

בג"ץ 7052/03

בג"ץ 7082/03

בג"ץ 7102/03

בג"ץ 7642/03

בג"ץ 7643/03

בג"ץ 8099/03

בג"ץ 8263/03

בבית המשפט העליון

בשבתו כבית המשפט הגבוה לצדק

העותרים בבג"ץ 7052/03:

עדאלה - המרכז המשפטי לזכויות המיעוט הערבי בישראל ואח'

ע"י ב"כ עוה"ד חסן ג'בארין ו/או ארנה כהן ואח'

מעדאלה - המרכז המשפטי לזכויות המיעוט הערבי בישראל

ת"ד 510 שפרעם, 20200

טל': 9501610-04, פקס': 9503140-04

העותרת 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

רח' נחלת בנימין 75, תל אביב 65154

טל': 5608185-03; פקס: 5608165-03

נגד

המשיבים בבג"צ 7052/03:

1. שר הפנים
2. היועץ המשפטי לממשלה

המשיבים בבג"צ 8099/03:

1. שר הפנים
2. מפקד כוחות צה"ל באזור יהודה ושומרון
3. מפקד כוחות צה"ל באזור חבל עזה

כולם ע"י פרקליטות המדינה, משרד המשפטים, ירושלים

השלמת טיעון מטעם העותרים בבג"צ 7052/03 ובבג"צ 8099/03

בהתאם להחלטת בית המשפט הנכבד מיום 9 בנובמבר 2003, מתכבדים העותרים להגיש את טיעוניהם המשלימים לעתירות, אשר באים אך להוסיף על הנאמר בעתירות.

פרק א': מבוא

1. עניינן של עתירות אלה הינו ההפרה הבוטה של זכויותיו החוקתיות של הפרט לחירות אישית, לכבוד, לשוויון ולפרטיות, אשר מהוות את הבסיס לזכותו לבחור בן זוג כרצונו ולהקים עמו משפחה. זאת, כתוצאה מחוק האזרחות והכניסה לישראל (הוראת שעה), התשס"ג-2003 (להלן: "התיקון" או "החוק") מיום 31.7.03 (ס"ח התשס"ג 544), הקובע כי נוהל ההתאזרחות הנוהג, החל על בני זוג של אזרחים ישראלים, לא יחול על בני זוג פלסטינים אך ורק בשל מוצאם הלאומי.

2. כפי שפורט בהרחבה בעתירות, התיקון מונע הגשת כל בקשה חדשה של אזרחים למתן מעמד לבניות זוגם שהינם תושבי "האזור", כהגדרתו בחוק, קרי תושבי הגדה המערבית

ורצועת עזה, ומונע מתן כל מעמד בישראל לכל מי שלא הגיש בקשה עד ליום 12 במאי 2002.

3. כמו כן מונע התיקון שידרוג של מעמד לתושבות ארעית, לתושבות קבע ו/או לאזרחות, שניתן לפני יום 12 במאי 2002, וזאת אף אם הבקשות אושרו והמבקשים עמדו בכל מבחני ההליך המדורג להתאזרחות של בן זוג של אזרח או תושב ישראל (להלן: ההליך המדורג), אשר נקבע בעקבות פסק הדין בבג"ץ 3648/97 סטמקה ואח' נ' שר הפנים ואח', פ"ד נג (2) 728, ואשר עליו הודיעה פרקליטות המדינה לבית הנכבד במסגרת בג"ץ 338/98 עיסא ואח' נ' שר הפנים, ואין נגדם כל מידע המחשיד אותם בדבר.

4. זאת ועוד, התיקון מצמצם באופן קיצוני את סמכותם של המשיבים 2 ו-3 בבג"ץ 8099/03 ליתן היתר, ולו הקצר ביותר, לשהייה בישראל לפי תחיקת הביטחון.

5. במעמד זה יודגש, כי עתירות אלו אינן עוסקות במדיניות הגירה, כפי שהמשיבים מנסים לטעון. העתירות עניינן זכותם של אזרחי מדינת ישראל להינשא ולהקים משפחה, לפי בחירתם וללא התערבות המחוקק, במיוחד כאשר התערבות המחוקק, המגבילה זכויות אלו, הינה על בסיס השייכות הלאומית של בן הזוג. על כן, השאלה העומדת לדיון הינה האם רשאית המדינה לפגוע בחירויות החוקתיות הללו ולהפר אותן על בסיס השייכות הלאומית של בן הזוג. יצויין, כי ביום 18.11.03 פסק בית המשפט העליון של מדינת Massachusetts בעניין הזכות של בני זוג מאותו מין להינשא. בפסק הדין קבע בית המשפט, כי האיסור אינו מקיים את מבחן הבסיס הרציונלי, ולא נזקק למבחן קפדני יותר. עוד נפסק, כי:

"Without the right to marry- or more properly, the right to choose to marry - one is excluded from the full range of human experience and denied full protection of the laws for one's "avowed relationship" Laws may not "interfere directly and substantially with the right to marry"

(Goodridge v. Department of Public Health (2003) WL 22701313 (Mass.) p. 8)

פסק הדין המלא נמצא באתר : <http://www.glad.org/home.shtml> (העותרים ימציאו, ככל שיידרש, עותקים מפסקי הדין, המוזכרים בטיעון זה בהפנייה לאינטרנט).

6. תגובת המשיבים מיום 5.11.03 מעלה מספר סוגיות. ראשית יודגש, כי יריעת המחלוקת היא מצומצמת מזו שניסו המשיבים להציג, שכן העותרות אינן מקלות ראש כלל ועיקר בזכות לחיים, לשלמות הגוף ולבטחון אישי, אולם, יחד עם זאת עולות מספר טענות נגד החוק. טענות העותרים הן בתמצית:

א. התפיסה החוקתית של המשיבים מאיינת את מהותן של הזכויות החוקתיות ושל חוקי היסוד, ובעיקר את החירות האישית של הפרט, כבודו, שוויונו ופרטיותו, שהינן בסיס, בין היתר, לזכות לחיי משפחה.

ב. תגובת המשיבים אינה נסמכת על תשתית עובדתית נאותה והיא מבוססת על רטוריקה של הפחדה.

ג. התיקון אינו מידתי, מאחר שהוא פוגע באופן גורף בזכויות חוקתיות ללא תכלית ראויה ומעל לנדרש.

ד. התיקון כובל את שיקול דעתו של שר הפנים, קל וחומר את שיקול דעתו של מפקד האזור.

ה. בהליך חקיקת התיקון נפלו פגמים, וכן לא נבחנה השפעתו על הילדים כנדרש בחוק לציון מידע בדבר השפעת חקיקה על זכויות הילד, התשס"ב-2002.

ו. הנחת המשיבים, לפיה ישנה הצדקה לנקיטת אמצעי כה גורף וכוללני בשל סכנה כללית כביכול לביטחון המדינה מצד הפלסטינים המקימה "חשש שאינו מופרד", כלפי כל פלסטיני כי הוא מעורב בפעילות טרוריסטית נגד ישראל, אינה יכולה לעמוד, והיא מנוגדת לגישתו העקבית של בית המשפט, על פיה פגיעה בזכויות אדם בסיסיות תעשה רק על בסיס חשש ממשי לפגיעה בביטחון המדינה, כאשר חשש זה מופנה לגופו של אדם.

פרק ב': מעמדן של הזכויות החוקתיות

7. העותרים עומדים על פרשנותם למעמדן של הזכויות החוקתיות בכלל ובכל האמור לחוק בפרט, כפי שהובאה בהרחבה בעתירותיהם, בסעיפים 119-80 לבג"ץ 7052/03 ובסעיפים 32-61 לבג"ץ 8099/03. בנוסף ולאור עמדת המשיבים בתגובתם, תפורט להלן התייחסות העותרים לפרשנות המשיבים, המרוקנת את הזכויות החוקתיות מתוכן.

1. התחולה הטריטוריאלית של הזכויות החוקתיות

8. עמדת המשיבים היא, שהחקיקה אינה פוגעת בזכויות חוקתיות כלשהן, משום שהחוק אינו אוסר על אזרחים הישראלים להינשא לפלסטינים תושבי הגדה המערבית ורצועת עזה, אלא הוא "אך" מונע מהם לקיים את חיי המשפחה שלהם בישראל, והם יכולים לממש את זכויותיהם בכל מקום בעולם מלבד בישראל.

9. יש לפסול עמדה זו על הסף, היות שהעותרות מתייחסות לתחולתן הטריטוריאלית של זכויות היסוד והזכויות החוקתיות במדינת ישראל. הנושא העיקרי, המובא בפני בית משפט נכבד זה, הוא קיומם ומימושם של זכויות וחוקי היסוד במדינת ישראל. על כן טענת המשיבים, לפיה מימוש הזכות יכול שיהיה מחוץ לטריטוריה הריבונית של מדינת ישראל, אינו רלבנטי כלל ועיקר.

10. המשיבים מתעלמים מנקודת המוצא, המובנת מאליה, ולפיה יש לבחון את אפשרות כיבודן ומימושן של הזכויות החוקתיות במדינת ישראל. לכן, אם התוצאה או האפקט של החקיקה הנדונה מובילים לריקון הטריטוריה הריבונית של מדינת ישראל מזכויות חוקתיות אלה, משמע שלא רק שהן אינן זוכות להגנה חוקתית אלא הלכה למעשה הן מתאיינות. במילים פשוטות, בגדרה של הבחינה החוקתית לא נבחנת השאלה אם אזרחי מדינת ישראל נהנים מתחולת חוקי היסוד ברחבי העולם, אלא אם הם נהנים מתחולתם כאן, במדינת ישראל, ולפעמים אף נדונה השאלה אם חוקי היסוד מגינים מפני פגיעתן של רשויות ישראליות גם מחוץ לטריטוריה הישראלית.

11. יוצא, כי למעשה טענת המשיבים הינה, כי חוקי היסוד, ככל שהם נוגעים לנושא העתירות דנן, אינם חלים על אזרחי מדינת ישראל בתחומה הטריטוריאלי, דבר הנוגד את התפיסה הבסיסית, העומדת מאחורי קיומם וחיקיתם של חוקי היסוד.

אהרן ברק פרשנות במשפט - פרשנות חוקתית (1994) 461.

הנה כי כן פרשנות המשיבים מאיינת את מהות זכויות היסוד. נבחן את הפגיעה בזכויות היסוד כפי שהיא עולה מהתיקון:

2. התיקון פוגע בזכות לחיי משפחה

12. החוק מתיימר להסדיר את יחסי האישות, הזוגיות והאהבה של אזרחי מדינת ישראל. הלכה למעשה החוק מגביל את החופש של אזרחים ישראלים לבחור בתושבי הגדה המערבית ורצועת עזה כבני זוגם. החוק מבקש גם להפריד בין זוגות כאלה, אשר כבר הקימו משפחות, והוא מאלץ את בני הזוג לבחור בין שתי ברירות, שהינן שתיהן מרות, הראשונה לחיות בנפרד מבן הזוג והשניה לעזוב את מדינת ישראל.

13. המשיבים מרחיבים בתשובתם לעתירה בנושא המשפט הבינ⁴-לאומי ומנסים להדגים באותות ובמופתים כיצד עומד התיקון בסטנדרטים, שנקבעו במשפט הבינלאומי. למרבה הצער מלאה תשובתם באי דיוקים. כך, למשל, טוענים המשיבים, כי "האמנות הבינלאומיות השונות אינן מפרשות את ההגנה על הזכות לחיי משפחה ככוללת חובה מוחלטת לפתוח את שערי המדינה בפני הזר" (סעיף 35 לתשובת המדינה). טיעון זה הינו סתמי, שכן העותרים אינם טוענים, כי הזכות לחיי משפחה מקימה "חובה מוחלטת".

14. החופש של הפרט לבחור את בן זוגו והזכות לחיי משפחה הינן זכויות חוקתיות. ההליך המדורג הוא במהותו הליך, הבוחן את הזכות לחיי משפחה מול אינטרסים אחרים כמו הסדר הציבורי וביטחון הציבור, כמו גם מניעת קבלת מעמד שלא כדין. **יחד עם זאת המשיבים נמנעים מלציין, כי האמנות השונות ופסקי הדין המצוטטים על ידם קובעים במפורש, שפגיעה בחיי המשפחה תעשה באופן מידתי ולא מעבר לנדרש. זאת ועוד, האמנות אוסרות לפגוע בחיי המשפחה מטעמים מפלים או גזעניים.**

15. כך, למשל, סעיף 4 לאמנה בדבר זכויות אזרחיות ופוליטיות, 1966 קובע:

"בשעת חירום כללית המאיימת על חיי האומה ושעל קיומה הוכרז רשמית, רשאיות המדינות שהן צד באמנה זו לנקוט אמצעים הגורעים מהתחייבויותיהן שעל פי אמנה זו, **במידה הנדרשת במדוקדק מפאת חומרת המצב**, ובלבד שאותם אמצעים לא יהיו בלתי מתיישבים עם התחייבויותיהן האחרות על פי המשפט הבינלאומי ולא יגררו הפליה שהיא מבוססת אך ורק על טעמי גזע, צבע, מין, לשון, דת או מוצא חברתי" (כתבי אמנה 1040, ההדגשה אינה במקור).

16. נשוב ונציין, כי הוועדה לזכויות האדם של האו"ם, האחראית על אכיפת האמנה, סבורה, כי החוק מפר לכאורה את סעיף 26 לאמנה, המדבר על איסור הפליה בנוסף להפרתו את הסעיפים העוסקים בזכות לחיי המשפחה (ראו נספח 6/ע וסעיף 31 לעתירה בבג"ץ 8099/03).

17. מההיסטוריה אנו למדים, כי חקיקה מעין זו לא צלחה לאורך זמן. בפרשת Loving המפורסמת, אליה נתייחס בהרחבה בהמשך, אשר עסקה בחוק של מדינת וירג'יניה אשר אסר על נישואין בין לבנים ואפרו-אמריקנים, העותרים לא נפרדו אלא נאלצו לעזוב את ביתם ועברו לחיות בווינגטון הבירה, שם נאבקו נגד החקיקה הגזענית עד שבית המשפט העליון האמריקאי הורה על ביטול החקיקה של וירג'יניה בהיותה חקיקה, הפוגעת בחירות האישית, בכבוד האדם ובזכות לשוויון, שהם הבסיס לחיי משפחה.

Loving v. Virginia, 388 US 1 (1967).

<http://caselaw.lp.findlaw.com/scripts/getcase.pl?court=US&vol=388&invol=1>

18. בראשית המאה ה-21 מדינות דמוקרטיות מנסות לסלק את הכתמים המוסריים, שדבקו בהן כתוצאה מחקיקת העבר, אשר התיימרה להתערב בזכות לבחור בן זוג ובזכות לחיי משפחה על בסיס מפלה, וזאת מתוך הכרה בחשיבותן של הזכויות החוקתיות לחיי משפחה, לכבוד, לשוויון ולחירות אישית. דווקא בעת הזאת מצאה הכנסת לנכון לחוקק דבר חקיקה, הדומה לחמורים שבכתמים אלו. כך, כפי שיפורט בהמשך, ביטל לאחרונה

בית המשפט לענייני חוקה בדרום אפריקה הוראות חוק, אשר הגבילו את יכולתם של בני זוג של אזרחים ותושבים לשהות בדרום אפריקה עם בני זוגם עד להכרעה בבקשותיהם למעמד קבוע בדרום אפריקה. בדומה, בית המשפט העליון האמריקאי ביטל בשנה זו חקיקה של מדינת טקסס, שאסרה על בני זוג מאותו המין לקיים חיי אישות.

Dawood v. Minister of Home Affairs, 2000 (3) SA 936 (CC); 2000(8) BCLR 837 (CC).
http://www.concourt.gov.za/cases.php?applicant=dawood&respondent=&casenumber_first=&casenumber_second=&submit_quick=Find+case

Booyesen v. Minister of Home Affairs, 2001 (4) SA 485 (CC).
http://www.concourt.gov.za/cases.php?applicant=booyesen&respondent=&casenumber_first=&casenumber_second=&submit_quick=Find+case

Lawrence et al v. Texas, 539 U.S. (2003) (טרם פורסם)
<http://a257.g.akamaitech.net/7/257/2422/26jun20031200/www.supremecourtus.gov/opinions/02pdf/02-102.pdf>

19. בהקשר זה יוער, כי אף בעיצומה של תקופת האפרטהייד, בית המשפט של דרום אפריקה ביטל תקנות, שהגבילו מגורים משותפים של בני זוג שחורים, אשר רק לאחד מהם היה היתר להתגורר באזורים העירוניים.

Komani v. Bantu Affairs Administration Board Peninsula Area 1980 (4) SA 448 (A).

פסק הדין מצורף ומסומן א'.

20. האיסור על התערבות בחיי משפחה קבוע בסעיף 8 לאמנה האירופית להגנה על זכויות האדם וחירויות יסוד משנת 1950 :

"(1) Everyone has the right to respect for his private and family life, his home and his correspondence.

(2) 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 a 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 health or morals, or for the protection of the rights and freedoms of others. "

21. בעתירה בבג"ץ 7052/03 הופנה בית המשפט הנכבד לשלושה פסקי דין של בית הדין האירופי לזכויות אדם, המתייחסים להתערבות בחיי משפחה תוך הפרת סעיף 8 הנ"ל בהקשר לאיחוד משפחות. בחינת פסיקה זו מעלה, כי בית הדין האירופי שב והדגיש בפסקי דין אלה את החובה של המדינות לכבד את הזכות לחיי משפחה, וכי אין די בכך שהתכלית הינה ראויה ועל פי חוק, אלא עליה להיות מידתית על פי סטנדרטים של מדינה דמוקרטית לנוכח משקלה הרב של זכות היסוד לחיי משפחה.

כך, למשל, פרשת Ciliz v. The Netherlands עסקה באזרח טורקיה אשר קיבל מעמד של תושב בהולנד עקב נישואיו לאזרחית הולנד והיה אב לילד אזרח הולנד. לאחר שנפרד מאשתו נדרש ע"י ממשלת הולנד למצוא תעסוקה בתוך שנה ומשלא הצליח למצוא תעסוקה, ממשלת הולנד סירבה לחדש את תוקף תושבותו. נפסק, כי הקשר בין ההורה לילד מוגן ע"י סעיף 8 לאמנה הנ"ל, וכי אינו מסתיים עקב פרידת או גירושי ההורים ולכן על אף שהחלטת הממשלה היתה למטרה ראויה, ההתערבות בחיי המשפחה לא היתה נחוצה בחברה דמוקרטית ולכן מפרה את הוראות סעיף 8 לאמנה הנ"ל.

"72. In sum, the Court considers that the decision-making process concerning both the question of the applicant's expulsion and the question of access did not afford the requisite protection of the applicant's interests as safeguarded by Article 8. The interference with the applicant's right under this provision was, therefore, not necessary in a democratic society. Accordingly, there has been a breach of that provision" (App. No. 29192/95 *Ciliz v. The Netherlands*, Eur. Ct. H.R. (11 July 2000)).

<http://hudoc.echr.coe.int/Hudoc2doc2/HEJUD/200207/ciliz.batj.doc>

בפרשת Mehemi v. France ביקשה צרפת לבטל את תושבותו הצרפתית ולגרש לאלג'יריה אזרח אלג'יריה ותושב צרפת, שהיה נשוי לאזרחית איטליה ואב לשלושה ילדים אזרחי צרפת, לאחר שהורשע בפלילים בעבירות סמים. בית הדין פסק, כי על אף שביטול התושבות

והגירוש היו בהתאם לחוק ולמטרה ראויה, ההתערבות בחיי המשפחה היתה בלתי מידתית ולכן בלתי מוצדקת בחברה דמוקרטית והפרה את הוראות סעיף 8 לאמנה הנ"ל.

Case No. 85/1996/704/986 Mehemi v. France, 30 EHRR 739 (1997).
<http://hudoc.echr.coe.int/Hudoc2doc2/HEJUD/199810/mehemi%20batj.doc>

פרשת Berrehab v. The Netherlands עסקה באזרח מרוקו, אשר נישא לאזרחית הולנד והיה אביה של קטינה אזרחית הולנד. מספר שנים לאחר גירושיו מאשתו סירבה ממשלת הולנד לחדש את תוקף תושבותו וביקשה לגרשו. בית הדין פסק שעל אף שהחלטה היתה בהתאם לחוק ולמטרה ראויה, הרי שבאיזון בין ההתערבות בחיי המשפחה לבין האינטרס הציבורי לביטחון, ההתערבות בחיי המשפחה היתה מופרזת, ולכן בלתי מוצדקת בחברה דמוקרטית, והפרה את הוראות סעיף 8 לאמנה הנ"ל.

Case No. 3/1987/126/177 Berrehab v. The Netherlands, 138 Eur. Ct. H.R.(ser.A.) (1988).

<http://hudoc.echr.coe.int/hudoc/ViewRoot.asp?Item=5&Action=Html&X=1119103103&Notice=0&Noticemode=&RelatedMode=0>

22. המשיבים מפנים לשני פסקי דין של ביה"ד האירופי לזכויות אדם, המוכיחים לכאורה, כי לא קיימת זכות נלווית לבן הזוג הזר להתגורר במדינת בן הזוג המזמין, וכי לא קיימת חובה כללית על המדינה לאפשר זאת, וזאת על פי סעיף 8 לאמנה האירופית לזכויות אדם, האוסר על התערבות בחיי המשפחה (סעיף 35 לתגובת המדינה). טיעון זה אין בו ממש משתי סיבות: ראשית, בית המשפט העליון בישראל הכיר בפירוש בזכות הנלווית לזכות לחיי משפחה - זכותו של אזרח המדינה להתגורר יחד עם בן זוגו במדינה, באשר יבחרו להקים בה את ביתם:

"מדינת ישראל מכירה בזכותו של האזרח לבור לו בן-זוג כרצונו ולהקים עימו משפחה בישראל. ישראל מחוייבת להגנה על התא המשפחתי מכוחן של אמנות בינלאומיות (ראו: סעיף 10 לאמנה הבינלאומית בדבר זכויות כלכליות, חברתיות ותרבותיות, 1966, וסעיף 1.23 לאמנה הבינלאומית בדבר

זכויות אזרחיות ופוליטיות, 1966); והגם שאמנות אלו אינן מחייבות מדיניות זו-או-אחרת בנושא של איחוד משפחות, הכירה ישראל - הכירה ומכירה היא - בחובתה לספק הגנה לתא המשפחתי גם על דרך מתן היתרים לאיחוד משפחות. כך סיפחה עצמה ישראל לנאורות שבמדינות, אותן מדינות המכירות - בכפוף לסייגים של ביטחון המדינה, שלום הציבור ורווחת-הציבור - בזכותם של בני-משפחה לחיות בצוותא-חדא בטריטוריה שיבחרו בה" (בג"ץ 3648/97 סטמקה ואח' נ' שר הפנים, פ"ד נג(2) 728, 789, ההדגשה אינה במקור).

23. שנית, פסקי הדין, המוזכרים בתשובת המדינה, שונים מהעניין נשוא עתירה זו, שכן הם נסמכים על עובדות שונות בתכלית מהעובדות עליהן נסמכת עתירה זו. כך, למשל, פס"ד *Ahmut v. the Netherlands* עוסק בהחלטתה של הולנד לסרב לבקשת תושב להעניק לבנו, אשר במשך שנים חי בנפרד ממנו אשרת שהיה בהולנד. בנסיבות אותו מקרה קבע בית הדין, כי מאחר שהאב ובנו חיו במשך שנים בנפרד מרצונם, הסירוב אינו מהווה התערבות בחיי המשפחה, ולפיכך אינו הפרה של סעיף 8 לאמנה. **הציטוט המובא בתשובת המדינה** (בסעיף 35 לתשובתה) **מתייחס אם כן לקרובי משפחה של תושבים ואף במקרה זה נקבע, כי על המדינה לבחון את נסיבותיו הפרטניות של כל מקרה ומקרה:**

"The extent of a State's obligation to admit to its territory relatives of settled immigrants will vary according to the particular circumstances of the persons involved and the general interest"

(פיסקה 67, עמ' 15 לפסק הדין)

<http://hudoc.echr.coe.int/Hudoc2doc/HEJUD/sift/588.txt>

24. יתרה מזו, יודגש כי אף בנסיבות מיוחדות אלה הדעות היו חלוקות (חמישה שופטים מול ארבעה). דעת המיעוט התייחסה לעובדה, כי העותר קיבל אזרחות הולנדית בעיצומם של ההליכים לבירור בקשתו להזמנת בנו. לטענת דעת המיעוט יש בכך להקנות לו זכות לחיות במדינת אזרחותו עם בנו, ויש לכבד את רצונם בבחירת המדינה בה יחיו יחדיו. בנוסף, עולה מדעת המיעוט החשש, כי בבסיסה של ההחלטה דשם עמדו שיקולים זרים:

"The father had acquired Netherlands nationality, and in any country, a national is entitled to have his son join him, even if the son does not have the same nationality. How does it come about that in the present case this right was refused him? I cannot think that it is because the Dutch father was called "Ahmut". However, the suspicion of discrimination must inevitably lurk in people's minds"

(פיסקת הסיכום בדעת המיעוט של השופט VALTICOS)

25. אף פסק הדין בענין Abdulaziz v. United Kingdom, אשר ממנו הסיקו המשיבים, כי אין זה מחובתם לאשר כניסת בני זוג למדינה, אינו יכול ללמדנו דבר לעניין נשוא עתירה זו, שכן שם דובר על סירובה של בריטניה לאפשר קבלת מעמד בתחומה לשלושה בני זוג (גברים) של תושבות. יצויין כי בית הדין קבע, כי על המדינה לשקול את הבקשה באופן פרטני. ביה"ד מדגיש כי כל מקרה ייבחן לאור נסיבותיו הפרטניות ולא באופן גורף:

" the extent of a State's obligation to admit to its territory relatives of settled immigrants will vary according to the particular circumstances of the persons involved".

(פיסקה 67 לפסק הדין).

<http://hudoc.echr.coe.int/Hudoc2doc/HEJUD/sift/1.txt>

26. מעבר לכך דן בית הדין בקריטריונים להגירת בן זוג, וקבע כי החמרת הקריטריון בכל הנוגע לגברים לעומת נשים, מתוך ההנחה, כי גברים תופסים יותר מקומות עבודה, ועל רקע המצב הכלכלי החמור, שהיה באותה תקופה בבריטניה, היא פרקטיקה פסולה הנגועה בהפליה. הנה כי כן מדובר בסירובו של בית הדין לאפשר הפליה במדיניות ההגירה של בריטניה אף לנוכח טענותיה, כי הדבר דרוש על רקע המשבר הכלכלי והאבטלה הגואה:

"According to the Government, the difference of treatment complained of had the aim of limiting "primary immigration"(see paragraph 21

above) and was justified by the need to protect the domestic labor market at a time of high unemployment. They placed strong reliance on the margin of appreciation enjoyed by the Contracting States in this area and laid particular stress on what they described as a statistical fact: men were more likely to seek work than women, with the result that male immigrants would have a greater impact than female immigrants on the said market... The Court thus concludes that the applicants have been victims of discrimination on the ground of sex, in violation of Article 14 taken together with Article 8 (art. 14+8) "

(פיסקאות 75 ו-83 לפסק הדין).

27. עיננו הרואות, ביה"ד פסל את הקריטריון המפלה והגורף אף שהממשלה טענה, כי ההפליה נדרשת לטובת הציבור ולמלחמה באבטלה ובמשבר הכלכלי, וזאת תוך הדגשת חשיבותה של הזכות לחיי משפחה.

3. התיקון פוגע בזכות לחירות אישית

28. לנוכח פרשנותם של המשיבים את הוראת סעיף 5 לחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו (סעיף 32 לתגובת המדינה), העותרים מבקשים להדגיש את הסיפא של הוראת הסעיף:

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

29. פרשנותם של המשיבים מבטלת כל משמעות לסיפא של הסעיף, שלשונו "או בכל דרך אחרת". פרשנות זו הינה זרה אף לתורת הפרשנות הלשונית, להבדיל מהתכליתית. לגרסתם של המשיבים החירות האישית מוגנת כזכות חוקתית רק כאשר מדובר בהגנה על החירות הפיזית מפני פגיעה בה בדרך של מאסר, מעצר, הסגרה וכיוצא באלה. בכך המשיבים התעלמו מהאמור מפורשות בסיפא של סעיף זה, אשר משמעותה היא ההגנה על חירותו האישית של הפרט במובן של האוטונומיה וההגדרה העצמית שלו, פרשנות שהיא

היחידה אשר מתיישבת עם הגדרת הזכות בכותרת השוליים שלה, "חירות אישית", ועם פיסקת עקרונות היסוד, אשר מדגישה את זכויות האדם בהיותו "בן חורין" (ראו לעניין זה סעיפים 97-98 לעתירה בבג"ץ 7052/03).

30. באשר להיותה של הזכות לבחור בן זוג ולחיות עמו מוגנת על ידי הזכות לחירות אישית, יפנו העותרים לדברי נשיא בית המשפט העליון האמריקאי, השופט Warren, בפרשת Loving בדונו בפגיעה בחירות האישית כתוצאה מהטלת איסור על מגוריהם של בני זוג בני גזע שונה בוירג'יניה:

"There can be no doubt that restricting the freedom to marry solely because of racial classifications violates the central meaning of the Equal Protection Clause . These statutes also deprive the Lovings of liberty without due process of law in violation of the Due Process Clause of the Fourteenth Amendment. The freedom to marry has long been recognized as one of the vital personal rights essential to the orderly pursuit of happiness by free men. Marriage is one of the 'basic civil rights of man,' fundamental to our very existence and survival... To deny this fundamental freedom on so unsupportable a basis as the racial classifications embodied in these statutes, classifications so directly subversive of the principle of equality at the heart of the Fourteenth Amendment, is surely to deprive all the State's citizens of liberty without due process of law. The Fourteenth Amendment requires that the freedom of choice to marry not be restricted by invidious racial discrimination. Under our Constitution, the freedom to marry, or not to marry, a person of another race resides with the individual and cannot be infringed by the State". (שם, עמ' 5)

31. כך עולה אף מדברים, שנאמרו בפרשת Casey, בה דן בית המשפט העליון של ארצות הברית בזכות להפיל ובהגנה החוקתית על החירות האישית של הפרט בהחלטותיו בסוגיות

של נישואים, הולדה, מניעת הריון וכדומה. דברי בית המשפט בדבר ההגנה החוקתית מפני התערבות בספירה האישית, בהיותה מפרה את הזכות לחירות אישית, יפים הם לעניין זה:

"These matters, involving the most intimate and personal choices a person may make in a lifetime, choices central to personal dignity and autonomy, are central to the liberty protected by the Fourteenth Amendment. At the heart of liberty is the right to define one's own concept of existence, of meaning, of the universe, and of the mystery of human life. Beliefs about these matters could not define the attributes of personhood were they formed under compulsion of the State" (Planned Parenthood of Southeastern Pa. v. Casey, 505 U.S. 833, 851 (1992)).

<http://caselaw.lp.findlaw.com/scripts/getcase.pl?navby=case&court=us&vol=505&page=833>

32. הדברים שנאמרו בפרשת Goodridge, אליה התייחסנו לעיל, בדבר הפרת הזכות להינשא כפגיעה בזכות לחירות, יפים אף לענייננו:

"The individual liberty and equality safeguards of the Massachusetts Constitution protect both "freedom from" unwarranted government intrusion into protected spheres of life and "freedom to" partake in benefits created by the State for the common good... Both freedoms are involved here. Whether and whom to marry, how to express sexual intimacy, and whether and how to establish a family - these are among the most basic of every individual's liberty and due process... And central to personal freedom and security is the assurance that the laws will apply equally to persons in similar situations... the liberty interest in choosing whether and whom to marry would be hollow if the Commonwealth could, without sufficient justification, foreclose an individual from freely choosing the person with whom to share an exclusive commitment in the unique institution of civil marriage" (שם, עמ' 9)

4. פגיעה בזכות לשוויון

א. טענת המשיבים בדבר העדר הפליה

33. החוק מפלה בין אזרחים ישראלים בשל השייכות הלאומית של בני זוגם, ובכך הוא פוגע בזכות לשוויון - אזרחי ישראלי רשאי להנשא לכל אחד לבד מבן זוג פלסטיני. השאלה שבמוקד הדיון הינה, **בשלב ראשון האם מתקיימת פגיעה בזכות ובשלב שני האם פגיעה זו זוכה להגנה חוקתית.**

רות גבזון זכויות אזרח ודמוקרטיה (האגודה לזכויות האזרח בישראל, 1986) 16.

34. המשיבים, לעומת זאת, אינם עורכים אבחנה בין שני שלבי הניתוח החוקתי, ונעצרים כבר בשלב הראשון, כאשר הם טוענים, כי: "במקרה דנן לא נפגע כלל עקרון השוויון" (סעיף 34 רישא לתגובה). אין מנוס מהמסקנה, כי **הטענה כי אין כלל פגיעה בשוויון, היא רטוריקה ריקה מתוכן. בחינת נימוקיהם של המשיבים לטענה זו מעלה, כי למעשה הנימוקים נמצאים בשלב השני של הניתוח החוקתי, ועוסקים בהצדקת הפגיעה.** כך, למשל, מצויין, כי לשר הפנים יש שיקול רחב ביותר, וכן כי ההפליה הינה כלפי זרים ולא כלפי ישראלים ולכן היא לגיטימית. כמו כן מודגש ע"י המשיבים, כי ההגבלות מוטלות בשל העימות המזוין. הנה כי כן בחרו המשיבים בתשובתם, שלא להתמודד עם טענת הפגיעה בזכות לשוויון לגופה, ותחת זאת הם מציעים תיזה ללא כיסוי, לפיה אין פגיעה בשוויון. אולם, כפי שטוענים העותרים מדובר בהפליה (סעיפים 44-48 לעתירה בבג"ץ 8099/03 וסעיפים 80-91 לעתירה בבג"ץ 7052/03). לא זו אף זו, מדובר בהפליה קבוצתית.

ב. הפליה קבוצתית

35. בנוסף לנטען בעתירות בדבר ההפליה הפסולה המבוססת על אבחנה קבוצתית, נוסף ונטען, כי שומה עלינו ללמוד מהטעויות ההיסטוריות של מערכות השלטון של עמים אחרים, אשר בתקופות קשות ובעתות מלחמה אימצו את תורת ההכללה וההדרה, והחילו אותה על בסיס אתני, ומהתפקיד שמילאו בתי המשפט באותם מקרים.

36. כך, בדרום אפריקה בראשית שנות השמונים, קרי בעיצומה של תקופת שלטון האפרטהייד ניתן פסק הדין בעניין Komani (נספח א' המצורף) שם התערב בית המשפט הדרום אפריקאי והכריז על ביטול האיסור על מגורים משותפים של בני זוג שחורים, אשר רק לאחד מהם היה היתר להתגורר באזורים העירוניים, שנעשה באמצעות קביעת דרישות נוקשות כתנאי למתן היתר תושבות באזורים העירוניים לבן הזוג האחר. פסק הדין הסתמך אמנם על כללי המשפט המינהלי ולא על כללי המשפט החוקתי, ואולם חשיבותו היתה עצומה, שכן בית המשפט הדרום אפריקאי, תחת משטר האפרטהייד, אשר מטרתו המוצהרת העיקרית היתה להביא להפרדה על בסיס גזעי ולהרחיק שחורים מהאזורים העירוניים, העז להתערב ולהגביל את יכולת המדינה למנוע מעבר של שחורים לתוך השכונות העירוניות ככל שמדובר בבני משפחה של שחורים, שהיו תושבי אותם אזורים. התערבות בית המשפט היוותה איתות למחוקק בדבר קיומם של גבולות אף בחקיקת האפרטהייד, ואיפשרה בפועל למאות אלפי שחורים בדרום אפריקה להתאחד ולחיות עם בני זוגם ובחיק משפחתם.

לעניין השלכות הפסיקה ראו :

Richard L. Abel, Politics By Other Means - Law In The Struggle Against Apartheid 1980-1994 (1995) p. 24-43.

הפרק הרלוונטי מצורף כנספח ב'.

Charles Pillai, The Legal Resources Centre's Presentation to the Advocacy Unit Of The South African Human Rights Commission's National Conference On Racism On The Sub Theme On Racism In Judicial Reasoning, (2000) p. 4.

הפרזנטציה מצורפת כנספח ג'.

ג. הפליה תוצאתית

37. כאמור, החוק מפלה את אזרחי ישראל, הנישאים לפלסטינים. מטבע הדברים ברוב המקרים מדובר בערבים אזרחי ישראל, אשר ביניהם לבין הפלסטינים קיימים קשרים תרבותיים, לאומיים, משפחתיים, דתיים ואחרים, ואך טבעי הוא הדבר, כי ייווצרו קשרי

נישואים. החוק מכוון איפא, הלכה למעשה, כלפי אזרחי ישראל שנישאו לבני אוכלוסיה, המוגדרת על פי מוצאה הלאומי, והמבקשים לממש את זכותם לקיים חיי משפחה עם בני זוגם. התעלמות המשיבים מהתוצאה המפלה של החוק עומדת בסתירה למציאות החברתית הידועה לכל. החוק יוצר למעשה **אבחנה על בסיס מוצא לאומי וזאת בניגוד לחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו** (ראו גם סעיף 48 לעתירה בבג"ץ 8099/03 וסעיף 80 לעתירה בבג"ץ 7052/03). כמו כן קובע החוק מפורשות, כי הוא לא יחול על תושבי ישובים ישראלים ב"אזור", ובכך מפלה בין תושבי ה"אזור" היהודים לפלסטינים.

38. פסיקתו של בית משפט נכבד זה הכירה במבחן התוצאתי כמבחן קובע בסוגיית ההפליה. ע"פ מבחן זה אין נפקא מינא למניע, העומד מאחורי המדיניות או החקיקה. די בתוצאה, המבחינה בין קבוצה לבין קבוצות אחרות בכדי להוכיח את קיומה של ההפליה.

בג"ץ 2671/98 שדולת הנשים בישראל נ' שר העבודה ואח', פ"ד נב(3) 630, 654, 664.

בג"ץ 453/94 שדולת הנשים בישראל נ' ממשלת ישראל, פ"ד מח (5) 501, 516.

בג"ץ 205/94 נוף נ' מדינת ישראל, פ"ד נ (5) 449, 460.

בג"ץ 104/87 נבו נ' ביה"ד הארצי לעבודה, פ"ד מד (4) 749, 759.

בג"צ 6698/95 קעדאן ואח' נ' מינהל מקרקעי ישראל, פ"ד נד (1) 258.

39. החקיקה הנדונה מפלה את האזרחים הערבים מאחר שהיא מובילה לתוצאה מבחינה על רקע לאום. תוצאתו העיקרית של החוק אחת היא: אזרחי ישראל רשאי לבור לו בן זוג מכל קצות תבל, להביאו לישראל ולהקים יחדיו בית לתפארה, לבד מהאזרחים הערבים, שכן בפועל מרבית נישואיהם לזרים הם לפלסטינים. תושבות ברשות הפלסטינית והיא לבדה, מהווה קנה מידה, הפוסל קבלת מעמד בישראל. כזו היא רוחו הגזענית של החוק, החותר תחת עקרונות היסוד של מדינת ישראל.

השוו: ע"פ 2831/95 אלבה נ' מ"י, פ"ד נ(5) 221.

40. באשר לטענת המשיבים בדבר העדר אפליה כיוון שהחוק חל על כל האזרחים ללא אבחנה אתנית ביניהם, הרי שטענה זו מתעלמת מהעובדה, שהחוק מפלה על בסיס הזהות הלאומית של בן הזוג שאינו אזרח. יפים בהקשר זה הדברים הברורים של בית המשפט העליון של ארצות הברית בפרשת Loving על טענה דומה, שנטענה שם על ידי מדינת

"Thus, the State contends that, because its miscegenation statutes punish equally both the white and the Negro participants in an interracial marriage, these statutes, despite their reliance on racial classifications, do not constitute an invidious discrimination based upon race.... There can be no question but that Virginia's miscegenation statutes rest solely upon distinctions drawn according to race. The statutes proscribe generally accepted conduct if engaged in by members of different races. Over the years, this Court has consistently repudiated '[d]istinctions between citizens solely because of their ancestry' as being 'odious to a free people whose institutions are founded upon the doctrine of equality....' Indeed, two members of this Court have already stated that they 'cannot conceive of a valid legislative purpose ... which makes the color of a person's skin the test of whether his conduct is a criminal offense ...' (שם, עמ' 5-3) . . ."

41. כמו כן, המשיבים לא מסבירים כלל את תפיסתם בדבר תחולת חוק היסוד על הזכות לשוויון, וזאת הן במישור העקרוני והן באופן בו מתיישב, לטענתם, החוק עם זכות זו. הזכות לשוויון הינה זכות חוקתית בין אם יאמץ בית המשפט הנכבד את הגישה המרחיבה ובין אם יאמץ את הגישה הצרה, שהרי שבמקרה דנא, מאחר שמדובר באבחנה על בסיס לאום, עולה הפגיעה בשוויון כדי פגיעה בזכות לכבוד. אף היועץ המשפטי לממשלה, בכתב תגובתו בבג"ץ 4822/02 ועד ראשי הרשויות הערביות ואח' נ' ח"כ אברהם בורג ואח', שצורף **כנספח 6/ע** לעתירה בבג"ץ 8099/03, מפנה למונח "הפליה מקובעת", ומציין, כי הפליה על רקע קבוצתי הינה חמורה, וזקוקה להגנה רחבה יותר מהפליה אישית (סעיף 89 לכתב התגובה).

5. התיקון פוגע בזכות לכבוד

42. המשיבים אינם טורחים להסביר כיצד מתיישבת עמדתם עם הזכות לכבוד, המעוגנת בחוק

היסוד, וזאת על אף שסוגיה זו הינה משמעותית לבירור עתירה זו.

43. בנוסף למפורט בעתירות, מבקשים העותרים להפנות את בית המשפט הנכבד לפסיקת בית המשפט לענייני חוקה של דרום אפריקה בנושאים, שעניינם הזכות לכבוד.

44. כך בפסה"ד בענין Dawood, שענינו הוראה בחוק הדרום אפריקאי, המאפשרת הקלה בהתאזרחות בני זוג. אולם, הקלה זו מותנית בסעיף 25(9) של The Aliens Control Act 96 הקובע כי על בן הזוג הזר לשהות בהיתר ארעי. משרד הפנים לא העניק בפועל היתרים שכאלה ובכך בעצם רוקן את ההקלה מתוכן. בית המשפט קבע בפסק הדין שניתן בשנת 2000 כי הסעיף הנ"ל בטל, היות שאינו קובע כל קריטריונים לסירוב לתת היתר ישיבה ארעי. עוד קבע בית המשפט כי הסעיף מפר את הזכות לחיי משפחה, שאינה מעוגנת באופן מפורש בחוקה של דרום אפריקה אך הינה חלק מזכויות האדם המוכרות במשפט הבינלאומי ואי לכך על המדינה לכבדה, וכן את הזכות החוקתית לכבוד האדם, המעוגנת בחוקה. בית המשפט, בהתייחסו להפרת הזכות לכבוד האדם, קבע כי:

"The decision to enter into a marriage relationship and to sustain such a relationship is a matter of defining significance for many if not most people and to prohibit the establishment of such a relationship impairs the ability of the individual to achieve personal fulfillment in an aspect of life that is of central significance. In my view, such legislation would clearly constitute an infringement of the right to dignity. It is not only legislation that prohibits the right to form a marriage relationship that will constitute an infringement of the right to dignity, but any legislation that significantly impairs the ability of spouses to honour their obligations to one another would also limit the right. A central aspect of marriage is cohabitation, the right (and duty) to live together, and legislation that significantly impairs the ability of spouses to honour that obligation would also constitute a limitation of the right to dignity" (שם, פסקה 37)

45. פסק דין נוסף של בית המשפט לענייני חוקה של דרום אפריקה, שהינו רלבנטי לענייננו, ניתן בשנת 2001 בפרשת Booyesen (המוזכר לעיל). פסק הדין עוסק בהוראות סעיפים 26(a)(2) ו-26(b)(3) של ה-The Aliens Control Act 96, אשר היתנו מתן היתרי עבודה לבני זוג של אזרחים או בני זוג של תושבי קבע של דרום אפריקה בכך שהבקשה למתן ההיתר הוגשה בעוד שהאחרונים אינם שוהים בדרום אפריקה ובכך שהעיסוק שלהם אינו מאלו, שיש מהם די בעלי מקצוע בדרום אפריקה. בית המשפט פסק, שהסעיפים הנ"ל הינם בטלים בהיותם מפרים את הזכות לכבוד האדם של בני הזוג, בכך שלא ניתנה הכרה נאותה לחשיבות של חיי המשפחה, ובמיוחד לזכויות ולחובות ההדדיות של בני הזוג לחיים משותפים ולתמיכה כלכלית.

46. יפים לענייננו אף דברי בית המשפט העליון של מדינת Massachusetts בפרשת Goodridge, שהוזכרה לעיל:

"The Massachusetts Constitution affirms the dignity and equality of all individuals. It forbids the creation of second-class citizens. In reaching our conclusion we have given full deference to the arguments made by the Commonwealth. But it has failed to identify any constitutionally adequate reason for denying civil marriage to same-sex couples"

(שם, עמ' 2).

6. התיקון פוגע בזכות לפרטיות

47. סעיף 7(א) לחוק היסוד קובע: "כל אדם זכאי לפרטיות ולצנעת חייו".

48. המשיבים לא הציגו גם בעניין זה את פרשנותם לסעיף 7(א) ולא נתנו כל הסבר מדוע לגישתם החוק אינו פוגע בסעיף 7(א) לחוק היסוד. לעומתם טוענים העותרים, כי חיי המשפחה, הבחירה של בן הזוג והחיים המשותפים של בני זוג הינם לכל הדעות חלק מצנעת חייהם ומהמרחב הפרטי שלהם, המוגן על ידי סעיף 7(א) לחוק היסוד. ההפרדה הכפויה של בני הזוג בשל שייכותו הלאומית של מי מבין הזוג משמעה התערבות רצינית בחיים הפרטיים ובמרחב הפרטי של האזרחים, ולכן היא הפרה חמורה של הזכות לפרטיות.

49. יצויין, כי בית המשפט העליון של ארצות הברית פסק לאחרונה, בפרשת Lawrence, כי חוק של מדינת טקסס, אשר אסר על בני זוג מאותו המין לקיים יחסי מין, הינו בטל, בהיותו פוגע בזכות לפרטיות, כמו גם בזכויות חוקתיות נוספות:

"This, as a general rule, should counsel against attempts by the State, or a court, to define the meaning of the relationship or to set its boundaries absent injury to a person or abuse of an institution the law protects. It suffices for us to acknowledge that adults may choose to enter upon this relationship in the confines of their homes and their own private lives and still retain their dignity as free persons. When sexuality finds overt expression in intimate conduct with another person, the conduct can be but one element in a personal bond that is more enduring"

(שם, עמ' 6)

פרק ג': העדר תשתית עובדתית ראויה

כללי היסוד של המשפט המינהלי מטילים על רשויות השלטון, ועל הממשלה בראשן, לבסס את החלטותיהן על תשתית עובדתית ראויה ובדוקה (ראו: בג"צ 297/82 ברגר נ' שר הפנים, פ"ד לז(3) 29, 59), ולהסיר מדרכן שיקולים זרים, מפלים ובלתי חוקיים (ראו: ע"ב 2/84 נימן נ' יו"ר ועדת הבחירות המרכזית לכנסת האחת עשרה, פ"ד לט(2) 225, 251). התיקון לוקה בזה וגם בזה. המשיבים, ערים לשיקולים הזרים והפסולים שעמדו בבסיס החלטתם, בוחרים להחרישם ולדבוק ב"נימוק בטחוני". מטרתו של "הנימוק הביטחוני" להעלים כל שיקול זר, שעמד ביסודה של ההחלטה. אלא, שאף "הנימוק הביטחוני" מושתת על אדנים רעועים.

בבואה לשקול שיקולים, המשפיעים על זכויות אזרחיות בכלל ועל זכויות הקשורות לאזרחות בפרט, על הרשות לתמוך שיקולים אלה בראיות של ממש:

"אזרחות מעניקה זכויות וחובות מן המעלה הראשונה, ולפיכך הענקת או שלילת זכות זו צריכה להיעשות לאחר בירור עובדתי ושיקול דעת ראויים" (בג"צ 2394/95 מוצ'ניק נ' משרד הפנים, פ"ד מט(3) 276, 280-281).

תגובת המשיבים, הטעונה ברטוריקה בדבר קשר הדוק בין כניסת פלסטינים באשר הם לישראל לבין הזכות לחיים של האזרחים בישראל, אינה נסמכת על כל בסיס עובדתי ממשי. תשובת המשיבים סומכת עצמה, כאמור, כל כולה על "נימוק בטחוני". מאחר שהטיעון הביטחוני הינו בבחינת "מילת קסם", נשאה הרוח כל טיעון אחר, והוא נותר לבדו, שעון על אדנים רעועים. המשיבים לא הביאו נתונים סטטיסטיים כלשהם, התומכים בטענתם, הם לא צירפו מסמכים, המוכיחים את טענתם, ובכלל זה נתונים מדעיים, מחקרניים, חוות דעת של מומחים, מאמרים או ספרות מקצועית. למעשה תגובת המשיבים הינה חסרת כל תימוכין, המבססים ולו חלקית את הנטען בה.

בעניין סטמקה מתח בית משפט נכבד זה ביקורת על העלאת טיעון בלא עיגונו בתשתית עובדתית:

"משרד הפנים מוסיף ומודיענו, כי המדיניות החדשה הוכיחה את עצמה... נעיר עם זאת, כי אמירות אלו של משרד הפנים אינן נשענות על נתונים סטטיסטיים, ומייסדות הן עצמן אך על 'טביעת עין' ועל 'השערה מושכלת' בלבד של העוסקים בנושא" (שם, עמ' 772-773).

את טיעונם של המשיבים ניתן לתמצת בקצרה: במסגרת העימות המזוין בין ישראל לפלסטינים, נתמכים הפלסטינים באזרחי ישראל, בעיקר במי שזכו לקבל מעמד בישראל בעקבות הליכי איחוד משפחות. משכך, מהווה החקיקה "איזון ראוי" שתכליתו להגן על בטחון מדינת ישראל ותושביה.

בטחון המדינה "איננו מילת קסם ועדיפותו אינה קמה בכל מקרה ובכל נסיבות שהן ואינה שווה בכל רמה של בטחון ושל פגיעה בו" (בג"צ 4541/94 מילר נ' שר הביטחון, פ"ד מט (4) 94, 124). חמור שבעתיים הוא השימוש בביטחון המדינה כדי לכסות על קיפוח זכויותיו של האזרח:

"חטא הוא כלפי הציבור להשתמש במסווה של 'נימוקים בטחוניים' כדי לחפות על מעשי שרירות, ועוול הוא כלפי האזרח הבודד לקפח את זכותו ולעשות מאמצים לאחר זה 'לטהר את השרץ' בטענה קלוטה מן האויר כי הדבר לא נעשה אלא כדי לשמור על שלום המדינה... הדברים על 'נימוקים בטחוניים' אינם אלא כסות עיניים..." (בג"צ 199/51 גרייב נ' המפקח על התעבורה בדרכים, פ"ד ו 397, 398).

עשרים ואחד מקרים מונים המשיבים בתשובתם, עשרים ואחד מקרים בהם, לטענתם, היו מתאזרחים פלסטינים חשודים במעורבות בתמיכה בפעולות טרור בישראל (סעיף 19 לתגובת המדינה). אין העותרים מקלים ראש אפילו במפגע אחד, שזרע הרס וחורבן על סביבתו, יחד עם זאת יש לבחון את התמונה בכללותה. על פי נתוני מינהל האוכלוסין, על פי המצגת המסומנת ע/8 בבג"צ 8099/03, הוגשו בשנים האחרונות (1993-2002) 22,414 בקשות להתאזרחות של בני זוג פלסטינים, מתוכן אושרו 16,007 בקשות. על פי תשובת המדינה, ב-21 מקרים מתאזרחים שנכנסו להליך המדורג וקבלו מעמד זמני בישראל תמכו בפעולות טרור. מדובר ב-0.13% מכלל הבקשות שאושרו. **נתון זה אינו עולה בקנה אחד עם מדיניותם החדשה של המשיבים ועם הרטוריקה הביטחונית החריפה, המופיעה בתגובת המשיבים.**

פרק ד': התכלית הפסולה של החוק

50. החוק מעגן את החלטת הממשלה מיום 12.5.02 שעסקה באותו עניין. העותרים מפנים לנספח ע/8 בבג"צ 8099/03, שהינו מסמך הנושא את הכותרת "הגירה והשתקעות זרים בישראל", אשר הוגש לבית המשפט הנכבד ביום 13.11.03. המסמך הוא תדפיס מצגת ממוחשבת, אשר הוכנה במינהל האוכלוסין במשרד הפנים, ואשר הוצגה לממשלה על ידי שר הפנים בחודש מאי 2002, עובר לקבלת החלטת הממשלה מספר 1813, שהיוותה את הבסיס לחוק נשוא עתירה זו.

51. העמודים המסומנים 4-15 למסמך "הגירה והשתקעות זרים בישראל" עוסקים בהיבטים הדמוגרפיים של בקשות ההתאזרחות, כפי שעובדו על ידי מינהל האוכלוסין. מקורם של הנתונים, דרך איסופם ועיבודם לא פורש.

52. המצגת מתארת את הליכי ההתאזרחות ("איחוד משפחות") של פלסטינים וערבים ממדינות אחרות כתהליך יזום ומכוון להונות את המדינה, לחלוב את משאביה ולהפר את המאזן הדמוגרפי שלה. המצגת מציגה את אזרחי המדינה הערבים כמשתפי פעולה בתהליך ההונאה ונותנים ידם לתופעות של פוליגמיה והפרת החוק. למותר לציין, כי המצגת אינה כוללת נתונים כלשהם, שיוכיחו עלילות אלו. לא מצויין כמה מקרים של הונאה, נישואין או גירושין פיקטיביים ופוליגמיה ידועים למשרד הפנים.

53. מצגת זו, אשר היא התשתית להחלטת הממשלה ולחוק, אינה מדגישה כלל את ההיבט הביטחוני, אלא את ההיבט הדמוגרפי והכלכלי. כך, למשל, בעמוד המסומן 17 מסכם מינהל האוכלוסין את המלצותיו בפני הממשלה:

”מאחר ומדובר בסכנה מוחשית ומיידית יש לפעול בשני מישורים:

הטווח המיידי

שינויים מידיים בתהליכים הקיימים של קבלת המעמד. (עד לגיבוש מדיניות וחקיקה חדשה)

הטווח הבינוני

חקיקה שתבטא מדיניות, שתסייע לבלימת התופעה ושמירה על צביון מדינת ישראל כמדינה יהודית ודמוקרטית לטווח ארוך”.

54. לא למותר לציין, כי הגזענות הבוטה העולה מהמצגת, המציגה את הערבים כמי שנישואיהם הינם מזימה וחיי המשפחה, הזוגיות והאהבה של הערבים הינם כולם משום קונספירציה ומסווה לדבר אחר, מצביעה אף היא על כך שתכליתו של החוק הינה פסולה ובלתי ראויה.

55. הנה כי כן, יצא המרצע מן השק, שחור על גבי לבן במצגת מטעם המשיב 1, ממנה עולה, כי לא שיקול בטחוני אמיתי הוא שעמד בבסיס החוק. (וראו גם התבטאות השר גדעון עזרא במהלך הדיון בהצעת החוק בוועדת הפנים, פסקה 27 לעתירה בבג”צ 8099/03). לפיכך לחוק אין תכלית ראויה ועל כן הוא בטל.

פרק ה': התיקון בלתי מידתי

1. התיקון מכליל ומטיל רבב מסוכנות על ציבור שלם

56. תגובת המשיבים בונה נרטיב סיפורי עצמאי משלה חסר סימוכין, ועם זאת היא מבקשת לספק תגובה לחקיקה הנדונה.

57. הנרטיב הסיפורי של תגובת המשיבים מתחיל בסקירת אירועים טרגיים קשים, החרוטים בזיכרון הקולקטיבי של אזרחי המדינה, ותוך כדי סקירה זו המחבר מזכיר לנו במקרים רבים את הסכנה מכניסתם של בני הזוג הפלסטינים לשטחי ישראל, בנוסף למעורבותם באירועים טרגיים אלה. כך הם עשרת העמודים הראשונים, המציגים טקסט עמוס, קשה, טעון, שהגיבורים השליליים שלו, שרוב האחריות נופלת עליהם, הם בני הזוג הפלסטינים, הנשואים לישראלים. קורא הטקסט מצפה לפסגת העלילה, החושפת את הנתונים של הגיבורים השליליים האלה, את מספרם הגדול, את מעשיהם הנוראים, ואת מעורבותם האינטנסיבית בפיגועים ובהרג. והנה, בסוף העמוד העשירי מתחילים להופיע השמות והדוגמאות. אך כעת העלילה נחשפת, ועימה חוסר הרציונליות של הטקסט מתבלט אל מול העובדות. לקורא מתגלה כעת, כי המחבר לא הצליח להביא בפניו אלא ששה שמות של גברים בלבד, המייצגים את המקרים הקיצוניים הנמצאים בידיו, ובאמצעותם הוא מנסה להצדיק את מניעת כניסתם של כל הפלסטינים באשר הם לשטחי מדינת ישראל. אכן, אין להקל ראש עם מעשיהם המתוארים של ששת הגברים, אך לאחר הטקסט העמוס והמלא, המשתרע על עשרה עמודים, מתגלה, להפתעת הקורא, שאין בין הששה ולו אחד, אשר גרם למותו או לפציעתו של אזרח בישראל.

58. הנרטיב של המשיבים עושה את המקרים החריגים למייצגים, באמצעות תפישת ההכללה והייצוג, שהינה הבסיס לתורת ההדרה. תורה זו פוגעת בחירותם של האחרים באשר הם. עקרון ההכללה והייצוג מציג תמיד טיעון מעגלי, אשר אינו ניתן להפרכה, ולא ניתן להתייחס אליו כאל טיעון רציונלי. המשיבים טוענים, כי גם אם אין מידע לגבי הפלסטיני, ואין לו עבר מחשיד, והוא עבר בחינה תקופתית, עדיין הוא בבחינת סיכון עתידי (ראו עמ' 9-10 לתשובת המשיבים). **במילים אחרות, כל פלסטיני באשר הוא מהווה סכנה עתידית לביטחונם האישי של האזרחים.** כך מנסים המשיבים לחזק את טיעונם, המובא בעמ' 4 לתגובתם, לפיו "הערכת גורמי הבטחון הינה כי קיים הכרח בטחוני למנוע לעת הזו את כניסתם של תושבי האזור לישראל - **באשר הם**" (ההדגשה אינה במקור).

59. ודוקו, הסיכון העתידי, שהמשיבים מתייחסים אליו, הוא ההצטרפות למעגלי הטרור, כפי שצויין בעמ' 16 לתגובת המשיבים: "הסיכון האמור עקב שהייתו של **מאן זהו תושב האיזור** במדינת ישראל עלול לצוץ באופן מיידי" (ההדגשה אינה במקור). המשיבים מציגים למעשה את אישיותו של הפלסטיני, כל פלסטיני, בתור טרוריסט בפרוטנציה. ההכללה הזו

מתייחסת לעם שלם. לקבוצה של יותר משני מיליון בני אדם. לעם, אשר כמו שאר העמים, יש לו תרבות, מסורת, היסטוריה, עניים, עשירים, נשים, גברים, משכילים, בורים, אינטלקטואלים, אקדמאיים, פעילים חברתיים, ארגונים, פוליטיקאים, פעילי זכויות אדם וגם תומכי אלימות. לכן, אימוץ ומתן לגיטימציה כלשהי לנרטיב, המוצג בתגובת המשיבים, מהווה סכנה רצינית לעקרונותיו הבסיסיים של המשטר הדמוקרטי.

60. הרטוריקה הביטחונית החמורה, בה נוקטת המדינה בתשובתה, אינה נסמכת על תשתית עובדתית ראויה, ויש בה להטיל כתם על ציבור רחב ושומר חוק, הן על בני הזוג הישראלים והן על בני זוגם הפלסטינים. בעשותה כן גורמת המדינה לנזקים חברתיים קשים ולהסתה נגד המגזר הערבי בישראל, וזאת בניגוד לרוחו של דו"ח ועדת אור. מוטב היה לו המשיבים היו נמנעים מההסתה הפרועה, בה בחרו להשתמש על מנת לקדם את מטרותיהם.

וראו גם דו"ח ועדת אור : http://or.barak.net.il/inside_index.htm

61. כך, למשל, נכתב בתשובת המדינה, כי "... מזהים גורמי הביטחון בחלק ניכר מפיגועי ההתאבדות שבוצעו בתחומי הקו הירוק את מעורבותם, בעיקר כסייענים, של נושאי תיעוד כאמור בעקבות הליכי איחוד משפחות..." (סעיף 13 לתשובת המדינה), ובהמשך, "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" (סעיף 17 לתשובת המדינה). רטוריקה זו אינה מבוססת על תשתית עובדתית. במדינת ישראל בוצעו למרבה הצער מאות פיגועים בשנים האחרונות, 21 מהם, על פי טענת המדינה, נעשו בסיוע מתאזרחים פלסטינים. הנה אף לשיטת המדינה עולה, כי במילים "חלק ניכר" או "רבים" אין ממש מלבד התזת רפש והטלת כתם על קבוצה גדולה של אנשים.

62. חוסר הרציונליות הינו תוצאה ישירה של המבנה הפגום של אופן בניית טיעון המשיבים, המתבסס על גישה של הכללה ויצוג, קרי השלכת התכונות של מקרים ספורים על הקבוצה, ומהקבוצה על כל אחד מרכיביה. כלומר, המשיבים טוענים למסוכנות כוללת של הפלסטינים, וזאת בהתבסס על מספר מקרים ספורים, ולכן על מסוכנות אינדיבידואלית של כל פלסטיני. באם לוגיקה שגויה זו תקבל לגיטימציה, הרי שהיא תפתח, ותחולתה תתבקש על מקרים אחרים בכדי לקדם את תפיסת ההדרה והסגרציה הגזענית. כך, למשל,

באם ישנם עשרה מקרים, בהם היו מעורבים אזרחים ערבים בטרור, הרי שעל פי גישה זו ניתן למנוע באופן מוחלט מכלל האזרחים הערבים בישראל לגור או לעבוד במקומות, שבהם נמצאים יהודים. מאחר שגישת ההכללה והייצוג נשענת על החריגים שבתוך הקבוצה, הרי שקבוצות רבות בישראל יהיו מיועדות להדרה, וזאת בניגוד גמור לתפישה המכירה בזכויות היסוד לכבוד האדם ולחירותו.

63. יצויין, כי אפילו היו בידי המשיבים ראיות לתמוך בטענותיהם "הביטחוניות", הרי שחוק, המטיל רפש באדם אך בשל מוצאו, אינו יכול לעמוד. אף לו היו טענותיהם של המשיבים בדבר הסיכון הביטחוני נכונות, הרי שהפתרון בו בחרו - סגירת שערי ישראל בפני כל בן זוג פלסטיני בשל היותו תושב השטחים - אין לו מקום במדינה דמוקרטית. קל וחומר כאשר הטענות הביטחוניות מבוססות על אדנים כה רעועים.

2. מגבלות האבחון הפרטני

64. המשיבים טוענים, כי אין ביכולתם לבחון כל בקשה באופן פרטני בשל הסיכון, שתינתן אשרה למתאזרח, אשר יפנה לתמוך בטרור. לפיכך, טוענים המשיבים, נבחר אמצעי גורף כפי שמצוי בחוק - הקפאה מוחלטת של כל הבקשות. טענה זו לוקה בשני פגמים, המעלים סדקים בטענת המסוכנות הגורפת. ראשית, אף החוק עצמו אינו קוהרנטי ומאפשר חריגים לנכנסים לצרכי עבודה, למשתפי פעולה עם כוחות הביטחון ולדורשי אשרה מסיבות שאינן משפחתיות (ראו סעיפים 44-51 לעתירה בבג"ץ 7052/03 וסעיפים 14-15 לעתירה בבג"ץ 8099/03). שנית, אין לטענה זו כל אחיזה במבחן המציאות, מאחר שישראל מאפשרת כניסת אלפי עובדים וסוחרים לצרכי עבודה. דוגמה זו מובאת על מנת להדגים את חוסר הקוהרנטיות בדבר טיעונים של המשיבים. נבחן את הטענות אחת לאחת:

א. חוסר קוהרנטיות בתוך התיקון

65. עמדת המדינה היא, שאין באפשרותה לערוך בחינות פרטניות, כי גם מי שכבר קיבל מעמד ונמצא בעבר כי אין נגדו כל מניעה פלילית או ביטחונית, עלול לפנות לטרור (פיסקה 18 לתשובת המדינה). לא ברור כיצד מתיישבת עמדה ברורה זו עם הוראות התיקון, המאפשרות חידוש אשרה על בסיס בחינה פרטנית במקרים שונים: למי שכבר השיג מעמד

בישראל בעבר (סעיף 14(1) לתיקון), אשרת כניסה למטרות עבודה, טיפול רפואי או לשם מניעת הפרדת ילד עד גיל 12 מהוריו (סעיף 3(1) לתיקון), ובמיוחד לפלסטיני, אשר "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 לשיבה בישראל הם מעניינה המיוחד של המדינה" (סעיף 3(2) לתיקון).

66. שנית, הוראות המעבר בסעיף 24(2), שעניינן מועד הגשת הבקשה, מדגימות את חוסר הקוהרנטיות בטענת המשיבים, שכן אם מכל פלסטיני נשקפת סכנה כביכול, נשאלת השאלה איזו נפקות יש לתאריך הגשת הבקשה.

ראו: הפירוט בסעיפים 42-54 לעתירה בבג"ץ 7052/03.

ב. היתרי עבודה בפועל

67. אף מדיניותה הכללית של ישראל ביחס לכניסת פלסטינים לתחומה סותרת את הטענה, כי אין כל אפשרות לערוך בחינה פרטנית. בעיקר אמורים הדברים לגבי אשרות הכניסה ה"נדיבות" לכאורה, הניתנות לעובדים ולסוחרים פלסטינים לצרכי עבודה. רק לאחרונה פתחה המדינה את שעריה לעשרות אלפי פלסטינים, ואיפשרה להם להיכנס כדין לתחומה על בסיס בחינה פרטנית: ביום 23.9.03 הודיעה מערכת הביטחון שתאפשר כניסתם של 20,000 פועלים וסוחרים פלסטינים לישראל. ביום 28.10.03 אישר שר הביטחון את כניסתם של 4,000 סוחרים מעזה לישראל. ביום 31.10.03 פורסם כי שר הביטחון מתכוון להתיר את כניסתם של כמה אלפי פועלים פלסטינים מרצועת עזה. ביום 3.11.03 הודיעה מערכת הביטחון, כי תתיר כניסתם של 10,000 פועלים מרצועת עזה. ביום 6.11.03 נכנסו לישראל 15,000 פועלים פלסטינים. נתונים אלה פורסמו בכלי התקשורת וצורפו כנספחים ע/7-א-1 בבג"ץ 8099/03.

68. ודוקו: המדינה אינה סבורה, כי לפלסטינים זכות להיכנס לישראל לצורך עבודה או מסחר וכי מוטלת עליה החובה לאפשר את כניסתם (העותרים חולקים על עמדה זו, אך לצורכי הדיון בעתירה זו מוכנים לקבלה). יחד עם זאת סבורה המדינה, כי קיימים שיקולים הומניטריים ומדיניים כבדי משקל, המצדיקים מדיניות זו. זאת לעומת ענייננו, בו מדובר בזכויות יסוד.

69. לשיטת המשיבים, ברור כי קיים סיכוי, שמי מהעובדים, אשר מחזיק ברשיון כניסה לישראל לאחר שנבחן באופן פרטני, גויס בינתיים על ידי ארגוני הטרור. עוד ברור, כי מי מהעובדים עלול לנצל את אשרות השהיה שניתנה לו לצורך איסוף מידע או סיוע לארגוני הטרור, ואף להיות מעורב אישית בביצוע פעולות טרור. **חרף מודעותה לסיכון ומתוך הבנה, כי הליך המיון אמור לצמצם ככל הניתן סיכון זה, מתירה המדינה את כניסתם של פלסטינים לתחומי ישראל מאחר שהם זרועים לצרכי עבודה.** קשה להבין כיצד אותה יד, שמתירה כניסתם של פלסטינים לצרכי עבודה, אוסרת בצורה גורפת כניסתם של פלסטינים לצרכי קיום חיי משפחה או התאזרחות, לרבות לצורך ביקור בני משפחה. **קשה להבין כיצד אותה מערכת ביטחונית, המאשרת כניסתם של עשרות אלפי עובדים וסוחרים, על בסיס בחינה פרטנית, מודיעה כי אין כל אפשרות לבחון באופן פרטני את בני הזוג הפלסטינים, המבקשים לשהות בישראל עם בני זוגם הישראלים.**

ג. טווח הגילאים לסיכון

70. זאת ועוד, המשיבים טוענים, כי טווח הגילאים, בו הסיכון הנובע מהמבקש הוא גבוה יותר, הוא 18-40, שכן טווח גילאים זה חופף לטווח הגילאים של המפגע הממוצע. הנה כי כן, בנסותה לשכנע את בית המשפט בדבר קיומו של קשר רציונלי כביכול בין החוק למטרתו הביטחונית, מודים למעשה המשיבים, כי קיימים הבדלים ודרגות של סיכון ואין ממש בטענתם, כי כולם בגדר חשודים, וכי אין אפשרות להבחין בין מבקש אחד לרעהו מבחינת הסיכון שקיים בו כביכול.

71. לאור האמור ברור, כי טענת המדינה שאין לה אפשרות לנקוט בצעדים מידתיים יותר, וכי האמצעי הגורף הוא האמצעי היחיד האפשרי, אין בה ממש. ואולם, אף אם קיים הסיכון המזערי, כי המשך הבחינה הפרטנית בעתיד יביא לכך, שב-0.13% מהמקרים לא יצליחו הגורמים האמונים על ההליך המדורג לאתר את מבקשי המעמד המסכנים את ביטחון המדינה, ברי שזהו סיכון, שמדינה דמוקרטית לוקחת על עצמה בעבור שמירה על ערכיה הבסיסיים. דברים אלו נאמרו באופן ברור ע"י בית המשפט בפסק הדין בפרשת עג'ורי:

”אכן, קשה הוא מצבה של מדינת ישראל. גם תפקידנו שלנו כשופטים אינו קל. עושים אנו ככל יכולתנו לאזן כראוי בין זכויות האדם לבין ביטחון

האזור. באיזון זה, זכויות האדם אינן יכולות לקבל את מלוא ההגנה, כאילו אין טרור, וביטחון המדינה אינו יכול לקבל את מלוא ההגנה, כאילו אין זכויות אדם. נדרש איזון עדין ורגיש. זהו מחיר הדמוקרטיה. זהו מחיר יקר, אשר כדאי לשלמו. הוא מחזק את כוחה של המדינה. הוא נותן טעם למאבקה" (בג"ץ 7015/02 עג'ורי נ' מפקד כוחות צה"ל, פ"ד נו(6) 352, 383).

3. חוסר מיידתיות בעניין סמכותו של המפקד הצבאי

72. המשיבים נמנעו מלהשיב לטענת העותרים בדבר חוסר המידתיות בחקיקה לגבי סמכויות המפקדים הצבאיים, המשיבים 2 ו-3 (סעיפים 62 ו-63 לעתירה בבג"ץ 8099/03). גם אם יקבע בית משפט נכבד זה שהתיקון ככל שהוא מתייחס לשר הפנים, המשיב 1, הינו חוקתי, הרי שהאיסור הגורף על המפקד הצבאי באזור להעניק לתושבי האזור הפלסטינים היתרי שהייה זמניים בישראל הינו במידה העולה על הנדרש. הטיעונים שפורטו לעיל לעניין אי המידתיות של התיקון יפים ביתר שאת אף לעניין זה. התיקון מתעלם מנסיבותיהם האישיות של המבקשים ומצורכיהם, וקובע אבחנה אך ורק בשל השתייכותם הלאומית. מניעת אפשרות כניסה לישראל, ולו לביקור קצר, של פלסטיני אצל בן זוגו הישראלי, אינה רק פגיעה בזכות למשפחה, אלא מהווה התאכזרות מיותרת והתנהגות שאינה אנושית. טענה זו נכונה ביתר שאת לאור העובדה, שבחודשים האחרונים ניתנו עשרות אלפי היתרי כניסה לצרכי עבודה. כך קרה עם העותרת מס' 3 בבג"ץ 7052/03, אשר על אף שקודם לנישואיה קיבלה אישורי כניסה לישראל לצורך עבודה על בסיס בדיקה פרטנית, הרי שסמוך לאחר נישואיה ולאחר קבלת החוק סורבו כל בקשותיה, כמפורט בבקשה למתן צו ביניים מיום 28 באוגוסט 2003 והתצהיר שצורף לה.

4. התיקון אינו מקיים את מבחני המידתיות

73. הנה כי כן, מהנאמר לעיל עולה, כי החלטת המשיבים, שלא לאפשר לבני זוג ממוצא פלסטיני להמשיך את הליך התאזרחותם, פוגעת בזכות היסוד לחיי משפחה של אזרחי ישראל, שנישאו לבני זוג ממוצא פלסטיני, וזאת מבלי לקיים את עקרון המידתיות, על

שלושת מבחני המשנה שלו: מבחן הקשר הרציונאלי; מבחן הפגיעה הפחותה; ומבחן המידתיות במובנה "הצר", כפי שפורט בהרחבה בעתירות.

ראו סעיפים 107-119 לעתירה בבג"ץ 7052/03 וסעיפים 55-61 לעתירה בבג"ץ 8099/03 וכן: בג"ץ 5016/96 חורב נ' שר התחבורה, פ"ד נא(4) 1, 53-54; ע"א 6821/93 בנק מזרחי המאוחד בע"מ נ' מגדל כפר שיתופי, פ"ד מט(4) 221, 433-441; עניין סטמקה, עמ' 776-777.

א. מבחן הקשר הרציונלי

74. החלטת המשיבים אינה מקיימת את "מבחן הקשר הרציונאלי" באשר היא מענישה באופן גורף את כל הזוגות, הנמצאים בהליך ההתאזרחות, או המבקשים להצטרף אליו, בטענה כי הם מנסים לנצל לרעה את הליך ההתאזרחות על מנת לפגוע במדינת ישראל.

75. גם בענייננו חוקק החוק בהסתמך על "השערות מושכלות", על "טביעת עין" ועל "הערכות גורמי בטחון". נתונים של ממש אין, אלא מקרים בודדים המשליכים על הכלל. המשיבים לא הציגו נתונים של ממש באשר להיקף הבקשות ל"איחוד משפחות" ולהשלכתן על המצב הביטחוני; לא בחנו את חומרתו של האמצעי שנבחר להתמודד עם טענתם אל מול היקפן של התופעות הביטחוניות שטענו להן; ולא הציגו נתונים, שילמדו על מידת הנחיצות והיעילות של "החלטת ההקפאה".

ב. מבחן הפגיעה הפחותה

76. חוק מן הסוג נשוא עתירה זו יכול היה להיות מוצדק רק בתנאים, בהם לא ניתן היה להשיג את התכלית הנטענת, הענקת אזרחות רק במקרים מתאימים, על ידי אמצעים, שפגיעתם בזכות לחיי משפחה פחותה. לאור האמור לעיל ברור הוא, כי החוק אינו עומד במבחן זה, שכן מדובר בפגיעה בעלת היקף רחב מאוד, שבדאי אינה יכולה להיקרא "פגיעה פחותה".

77. בנוסף, יש לדחות בשתי ידיים את טענת המשיבים לפיה זמניות החוק, בהיותו הוראת שעה, הופכת את הפגיעה למידתית. ראשית, העובדה שהפגיעה היא לזמן קצוב אינה מפחיתה מעוצמתה ומחומרתה. שנית, ניתן להאריך את הוראת השעה שוב ושוב ולהפכה להסדר של קבע. יודגש כי ההסדר חל הלכה למעשה כבר קרוב לשנתיים, מאז תחילת שנת 2002, עת קבע המשיב 1 הסדר זה כמדיניות משרדו (וראו גם סעיפים 125-127 בעתירה בבג"צ 7052/03).

ג. המידתיות במובן הצר

78. בהעדר נתונים, התועלת, אשר המשיבים מבקשים להפיק מהחוק, הינה ספקולטיבית בלבד. המשיבים לא שקלו נזקים נוספים שגורם החוק לרבות תחושת ההשפלה והמרמור, הכתם המוטל על ציבור גדול ושומר חוק, וההשלכות של החוק על היחסים בין ערבים ליהודים במדינה, על משבר האמון בין הקהילה הערבית למדינה, ההקצנה שתהא תוצאה של החוק, במיוחד לאור דו"ח ועדת אור:

"אזרחי המדינה הערבים חיים במציאות שבה הם מופלים לרעה כערבים. חוסר השוויון תועד במספר רב של סקרים ומחקרים מקצועיים, הוא אושר בפסקי דין ובהחלטות הממשלה וכן מצא את ביטויו בדו"חות מבקר המדינה ובמסמכים רשמיים אחרים. אף שרמת המודעות להפליה זו בקרב הרוב היהודי היא לעתים קרובות נמוכה למדי, בתחושותיהם ובעמדותיהם של האזרחים הערבים היא תופשת מקום מרכזי. היא מהווה, לדעת רבים, הן במגזר הערבי והן מחוצה לו, כולל בקרב גורמי הערכה רשמיים, גורם מתסיס מרכזי. כך גם לגבי מישורים שונים, בהם לא נעשה די כדי להתמודד עם מצוקותיו וקשייו המיוחדים של המגזר הערבי. לפיכך, יש לראות תופעות אלה כגורמי יסוד העומדים ברקע לחיכוכים ולהתנגשויות שפרצו בין אנשי המגזר הערבי לבין השלטונות" (דו"ח ועדת אור, שער ראשון, פסקה 19, הדו"ח המלא פורסם באתר: http://or.barak.net.il/inside_index.htm)

79. הנה כי כן, המחוקק מוכן לאפשר את כניסתו של עובד פלסטיני לישראל, אך אינו מוכן לאשר כניסת הורה לישראל למען קיום חיי משפחה. המחוקק מוכן, שפלסטיני יעבוד בתל-

אביב ואף יתגורר שם לתקופה מסוימת, אך אם חלילה יתאהב באזרחית ישראל ויחליט להתחתן אתה ולהתגורר עמה בישראל, הוא יאבד את אשרתו.

80. הנה כי כן, התיקון אינו מידתי ולכן דינו בטלות.

פרק ו': פגמים בהליך החקיקה

81. תגובת המשיבים באשר לפגמים בהליך חקיקת החוק ובכלל זה הפרת הוראות החוק לציון מידע בדבר השפעת חקיקה על זכויות הילד, התשס"ב-2002, משמעה איון של תכליתו של הליך החקיקה וריקונו מתוכן. העותרים עומדים על טענותיהם בעניין זה, המפורטות בסעיפים 120-124 לעתירה בבג"ץ 7052/03 ובסעיפים 69-64 לעתירה בבג"ץ 8099/03.

פרק ז': מידת ההוכחה

82. מהי מידת ההוכחה הנדרשת על מנת להצדיק קיומו של תיקון גזעני שכזה בספר החוקים של מדינת ישראל? טוענים המשיבים: "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". (פיסקה 28 לתגובת המשיבים, ההדגשה אינה במקור).

83. המשיבים מסיקים אם כן, כי קיומה של סכנה כללית כביכול לביטחון המדינה מצד הפלסטינים מקימה "חשש שאינו מופרך" כלפי כל פלסטיני, לפיו הוא מעורב בפעילות טרוריסטית נגד ישראל. אליבא דמשיבים די בחשש זה על מנת להצדיק נקיטת אמצעי כה גורף וכוללני.

84. גישה זו אינה יכולה לעמוד והיא מנוגדת לגישתו העקבית של בית המשפט, על פיה **פגיעה בזכויות אדם בסיסיות תעשה רק על בסיס חשש ממשי לפגיעה בביטחון המדינה כאשר חשש זה מופנה לגופו של אדם**. כך, למשל, בפרשת עג'ורני, ביקשו המשיבים לגרש בני

משפחה של מחבלים מתאבדים מהגדה לעזה. בית המשפט קבע, כי אמצעי זה יינקט רק כאשר קיימת אפשרות סבירה, כי מהאדם, אותו מבקשים להרחיק, נשקפת סכנה ממשית לביטחון המדינה:

"מהי רמת הסיכון הנובעת מהאדם שאת מקום מגוריו מבקשים לתחם, ומהי מידת הסתברותה? התשובה הינה, כי לא די בסיכון של מה בכך. לאור אופיו המיוחד של אמצעי זה ניתן לנקוט בו בדרך כלל רק אם קיימות ראיות מינהליות - שגם אם אינן קבילות בבית משפט - הרי הן ברורות ומשכנעות, שאם לא יינקט האמצעי של תיחום מקום מגורים, קיימת אפשרות סבירה כי תהא נשקפת ממנו סכנה ממשית לפגיעה בביטחון האזור" (שם, עמ' 372, ההדגשות אינן במקור).

סוף דבר

85. התיקון לחוק נחקק לפני כשלושה וחצי חודשים, אולם החלטת ההקפאה שעליה מבוסס התיקון, נוהגת בפועל למעלה משנה וחצי. תוצאותיה החמורות עושות שמות בזכותם של רבים לחיי משפחה, ושומטת תחת רגליהם כל בסיס ליציבות אישית ומשפחתית, שכן היא מפרידה הורים מילדיהם ובני זוג מאהוביהם. התיקון מטיל כתם על ציבור גדול ונגוע בגזענות. לידתו בשיקולים זרים ובלתי חוקיים, הוא נעדר תשתית ראייתית, התומכת בעוצמת פגיעתו, והוא אינו עומד במבחן המידתיות. המשיבים לא המציאו טעם להצדקת החוק.

86. המשיבים מטילים יהבם על הנימוק הביטחוני, למרות שנימוק זה הועלה כבר בתגובת המשיבים לעתירות בבג"ץ 4022/02 ובג"ץ 4608/02 נגד החלטת ההקפאה של שר הפנים מיום 13.4.03 והחלטת הממשלה מיום 12.5.02. המשיבים לא טרחו לבסס את טיעוניהם, ותחת זו בחרו גם בעתירות דכאן, העוסקות באותו עניין, להטיל דופי חמור בציבור גדול של אזרחים ישראלים ובני זוגם, ללא שביססו דבריהם על נתונים ממשיים, היכולים להצדיק החלטה גורפת כל כך, המענישה קולקטיבית רבים על לא עוול בכפם, באופן חמור כל כך.

87. עמדת המשיבים אינה יכולה לעמוד כיוון שחוסר המידתיות בין האמצעי למטרה הוא כה גדול, והסתירות הפנימיות הרבות בחוק עצמו, בתשובת המדינה ובמדיניות הכוללת של ישראל לגבי כניסת פלסטינים לתחומה הן כה רבות עד כי התכלית הביטחונית מתמוססת מעצמה.

לפיכך מתבקש בית המשפט הנכבד להפוך את הצו על תנאי למוחלט, לקבוע, כי החוק בטל ולחייב את המשיבים בהוצאות משפט.

היום, 20 בנובמבר, 2003

חסן ג'בארין, עו"ד

ארנה כהן, עו"ד

ב"כ העותרים בבג"ץ 7052/03

שרון אברהם-ויס, עו"ד

ב"כ העותרת בבג"ץ 8099/03