

בבית המשפט העליון
בשבתו כבית משפט גבוה לצדק

בג"צ 7052/03
בג"צ 8099/03

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

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

העותרים בבג"צ 7052/03

טל': 04-9501610 ; פקס: 04-9503140

העותרים בבג"צ 8099/03

האגודה לזכויות האזרח בישראל

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

נ ג ד

1. שר הפנים ואח'

המשיבים בבג"צ 7052/03
בבג"צ 8099/03

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

תשובה מטעם המשיבים

1. בהתאם להחלטות כבוד הנשיא, מוגשת בזאת תשובה מטעם המשיבים לתגובת העותרים
מיום 22.12.05.

פתח דבר

2. המציאות הביטחונית שהיוותה בסיס לחקיקת הוראת השעה, כמו גם לתיקון לה, עומדת
בעינה גם כיום. יתרה מזו, כמסתמן, מציאות ביטחונית זו אינה עומדת להשתנות בעתיד

הנראה לעיין – ודאי שלא לטובה. על כן, מתכוונים המשיבים להציג בפני בית המשפט הנכבד תמונת המצב הביטחוני אשר, למרבה הצער, לא זכתה להתייחסות מתאימה במסמכים אשר הוגשו מטעמים של העותרים.

3. הוויית החיים של האזרח הישראלי המצוי בשנים שמאז פרוץ העימות המזוין הינה הווייה קשה. היא מאופינת בחשש מתמיד מהימצאות במקומות ציבוריים הומי אדם, משימוש בתחבורה ציבורית, מקניות בקניונים ובילוי במסעדות ובבתי קפה. מאז פרוץ העימות המזוין בין הפלסטינים לבין מדינת ישראל בחודש ספטמבר 2000, בוצעו 26,844 פיגועים בסך הכל, מתוכם 25,248 פיגועים בוצעו בשטחים, ו-1,596 פיגועים בוצעו בישראל. נתונים אלה כוללים 167 פיגועי התאבדות, אשר מתוכם **148 פיגועי התאבדות בוצעו בישראל**, ו-19 בוצעו בשטחים.

כלל הפיגועים האמורים הביאו ל-1,080 הרוגים ישראליים, **626 מתוכם בישראל**. כמו כן, 7,416 אזרחים ישראליים נפצעו מפעולות טרור בסך הכל, ומתוכם **6,446 נפצעו בישראל**. **פיגועי ההתאבדות בתחום מדינת ישראל בלבד, הובילו ל-505 הרוגים ישראליים**.

המדינה תבקש להדגיש כבר בפתח הדברים, כי בסיכומי העותרים נעשה ניסיון לטשטש את תמונת המצב הביטחוני הכוללת, ולא פחות מכך, את **מידת המעורבות האפקטיבית של האוכלוסיה נשוא העתירה בפיגועים שמתבצעים בישראל דווקא כנגד האוכלוסיה האזרחית בישראל באמצעותם של אלה**. הניסיון למזער כביכול את חלקם של אנשים אלו בדרך של נטילת מספר הפיגועים הכולל בחמש שנות עימות (הן בתחום קו הירוק והן בתחומי השטחים, הן פיגועי התאבדות והן פיגועים "קלים" יותר) הוא ניסיון שעל פניו גובל בחוסר תום לב, שכן **הנתון של מידת המעורבות האפקטיבית של נשואי העתירה צריך להיגזר ממספרם של פיגועי ההתאבדות הקטלניים שבוצעו בישראל, כאשר רק לצורך השלמתם "בהצלחה" של פיגועים אלה נדרשים נושאי תיעוד ישראלי**. העתק דוח חמ"ן המסכם את הנתונים באשר לחמש שנות העימות המזוין מצורף ומסומן **מש/1**.

4. בהיבט מחוללי העימות ותומכי העימות ואלו שמסייעים בידיהם, קרי הן תשתיות הטרור והן מי שמשמשים אותם, המשך ביצועם של פיגועי התאבדות הוא בגדר יעד אסטרטגי – הן בהיבט המוראלי הן בהיקף ההרוגים הפוטנציאליים. כאשר, כפי שניתן לראות מהנתונים לעיל, החלק הארי של הפיגועים שבוצעו בישראל היו פיגועים מן הסוג האמור, וזאת בשל אפקט הפגיעה המשמעותית בחיי אדם ובשלמות גופם של אזרחים ישראלים רבים ככל האפשר והן בהיבט הפגיעה החמורה והאסטרטגית בשגרת החיים האזרחיים בישראל.

יודגש כבר בפתח הדברים, כי לצורך הוצאתו לפועל של פיגוע התאבדות בתחום מדינת ישראל, נדרשת התשתית הטרוריסטית בתחומי האזור לנושא תיעוד ישראלי אשר יהווה החוליה המקשרת בין האזור לבין פנים ישראל. בדרך כלל, מי שמהווה מבחינה אסטרטגית בהיבט של ארגוני הטרור הגורם האטרקטיבי להיות המוביל של מפגע

כאמור, או המלין של מפגע או סייען כיו"ב, הוא מי שהינו מחד גיסא, בעל תיעוד ישראלי והיכרות טובה עם עורף מדינת ישראל ומאידך גיסא, הינו בעל זיקה הדוקה יחסית לשטחים.

כפי שנראה עוד להלן, היתרון המובנה בהיבט תשתיות הטרור באוכלוסיה נשוא העתירה הינה יתרון משמעותי בשל מאפייניה המיוחדים של אוכלוסיה זו, בשונה מאזרחי ישראל הערביים, כפי שיפורט להלן.

5. עמדת גורמי הביטחון היא, כי על אף הרגיעה היחסית בהיבט של תכיפות ביצועם של פיגועי התאבדות בשטח ישראל שחלה בחודשים האחרונים לעומת תקופות שונות במהלך השנים מאז פרוץ העימות המזוין, **אין כל שינוי בכוונתם של ארגוני טרור לבצע פיגועי טרור בתוך תחומיה של מדינת ישראל**. כוונות אלו ניתן ללמוד ממספר ההתרעות והסיכולים בדקה ה-90 לאורך שנת 2005 ולענין זה מצורף ומסומן מש/2 גרף הנתונים בנדון. לענין זה נבקש להפנות גם לאמור בהודעת המשיבים מיום 6.11.05, באשר לשיקום תשתיות הטרור בכלל ההיבטים.

כפי שנראה עוד להלן, במהלך השנים האחרונות, נטלו גם אנשי הרשות הפלסטינית חלק בפיגועי הטרור, הן בהיבט הביצוע של פיגועי הטרור והן בהיבט מימון פיגועי הטרור.

הסיכון הנשקף כיום מהרשות הפלסטינית, כוונותיה ומדיניותה כלפי מדינת ישראל, בהתחשב בתוצאות הבחירות למועצה המחוקקת של הרשות, אינו ברור. עם זאת, מתוצאות הבחירות התבררו היבטים ברורים שחשובים לענייננו. **האחת, היקף התמיכה של האוכלוסיה האזרחית הפלסטינית בהמשך המאבק המזוין נגד ישראל, ושנית, מידת המעורבות הצפויה בממשל הפלסטיני של ארגון הטרור חמא"ס.**

6. בהקשר זה חשוב לעמוד על טיב העימות המזוין, ולציין כי התמיכה בו בקרב האוכלוסיה האזרחית באזור הינה רחבה. **נכונים הדברים ביתר שאת לאור תוצאות הבחירות למועצה המחוקקת של הרשות הפלסטינית, בהן זכה ארגון החמא"ס לתמיכה רחבה בקרב האוכלוסיה הפלסטינית האזרחית. לאור אופיו של ארגון החמא"ס, הבא לידי ביטוי חריף במצע הארגון לבחירות, לא נותר אלא להסיק כי התמיכה בהמשך המאבק המזוין נגד ישראל בקרב האוכלוסיה הפלסטינית אכן רחבה ביותר.**

בעוד שבעבר, בסעיף 9(א) לסיכומים מטעמה מחודש דצמבר 2003, הפנתה המדינה בנושא היקף התמיכה המאסיבית במאבק האלים לסקרי דעת קהל שנערכו על ידי מכון המחקר בראשות ד"ר חליל שקאקי, **כיום ניתן להסיק את שיעור התמיכה המאסיבית בהמשך המאבק המזוין באמצעות תוצאות הבחירות למועצה המחוקקת והכרעת הציבור הפלסטיני כי רצונו לראות בהנהגת הרשות הפלסטינית רוב מכריע למנהיגי ארגון טרור. יצוין, כי חמא"ס זכה ב-74 מתוך 132 מושבים במועצה המחוקקת. טבלה המפרטת את תוצאות הבחירות למועצה המחוקקת של הרשות הפלסטינית מצורפת ומסומנת מש/3.**

7. מעורבותם של פלסטינים תושבי האזור בפעולות טרור הינה משמעותית, לא רק בהיבט התמיכה אלא גם בהיבט הפעילות היוצאת מקרב האוכלוסיה האזרחית תושבת האזור והיא מכוונת נגד אוכלוסיה אזרחית במדינת ישראל. ויודגש, פעילי הטרור הפועלים להוצאת פיגועים אל הפועל, הן בתחומיה של מדינת ישראל והן בשטחים, הינם תושבי האזור, נתיני הרשות הפלסטינית. שלוחיה, מבצעי הפיגועים, הינם תושבי האזור ויעדיה הינם אזרחי מדינת ישראל. במהלך שנות העימות המזין ניתן להצביע על מאות מקרים בהם נתנה האוכלוסיה האזרחית הפלסטינית מחסה למבוקשים פעילי טרור בכירים, תוך הזדהות ומתן סיוע להמשך המאבק המזוין. ביטויי תמיכה אלה אף הם מבטאים בצורה בולטת את היקף התמיכה ומעורבות האוכלוסיה האזרחית הפלסטינית בהמשך המאבק המזוין.

8. כפי שיפורט להלן, מאפייניהם המיוחדים של תושבי האזור הנושאים בתיעוד ישראלי הופכים אוכלוסיה זו לחשובה ואטרקטיבית ביותר עבור ארגוני הטרור. תושבים אלה מהווים את החוליה הקושרת בין תשתיות הטרור באזור לבין יעדיהם האזרחיים במדינת ישראל. בשל יכולתם לנוע באופן בלתי מוגבל בתוך ישראל, ובשל היכרותם הטובה את השטח, מהווים תושבים אלה, חוליה בלעדית אין, בכל הקשור להוצאה לפועל של פיגועים בישראל. ודוק, בשל יכולתם לפעול עבור ארגוני הטרור בלב ליבה של מדינת ישראל, משמשים תושבים אלה דווקא לביצוע הפיגועים הקטלניים ביותר.

לאור מאפייניהם המיוחדים של תושבי האזור הנושאים בתיעוד ישראלי בעקבות הליך של איחוד משפחות, ולאור השימוש שעושים בהם ארגוני הטרור על מנת להוציא לפועל פיגועי התאבדות קטלניים בשטח מדינת ישראל, סבורים המשיבים כי מניעת שהייתם דרך קבע של תושבי האזור בישראל הינה חיונית לשמירה על ביטחון הציבור בישראל, וזאת כל עוד נמשך העימות המזוין עם הרשות הפלסטינית.

עמדת המשיבים מבוססת על מספר אדנים, כדלקמן:

ראשית, המאבק המזוין המתנהל נגד מדינת ישראל, ובעיקר נגד האוכלוסיה האזרחית בישראל, על ידי ארגוני הטרור שפועלים בשטחי הרשות הפלסטינית, בתמיכה ובמעורבות מסיבית של האוכלוסיה האזרחית הפלסטינית; היותה של הרשות הפלסטינית ישות מדינית עוינת לישראל; והצורך והחובה להגן על אזרחי ישראל מפעולות האיבה המבוצעות כחלק מהמאבק המזוין נגד מדינת ישראל, אזרחיה ותושביה;

שנית, מאפייניהם הייחודיים של תושבי האזור נושאי תיעוד ישראלי, כפי שיפורטו להלן, הן בהיבט הזדהותם עם המאבק הלאומי הפלסטיני והן בהיבט נגישותם הייחודית לשטח ישראל והרשות הפלסטינית גם יחד;

שלישית, החשיבות מבחינת ארגוני הטרור בגורם הפועל מתוך תחומיה של מדינת ישראל על מנת להוציא לפועל פיגועי התאבדות נגד יעדים אזרחיים בישראל, והעובדה שגורם כזה מהווה חוליה בלעדיה אין בשרשרת הארגונית המוציאה פיגוע אל הפועל;

9. תשתית זו הינה הבסיס לחקיקת הוראת השעה, והיא זאת שעמדה לנגד עיניו של המחוקק בבואו להאריך את תוקפה, ולחוקק את התיקון לה. להלן נעמוד בהרחבה על מרכיבים אלה של התשתית.

הרשות הפלסטינית כישות מדינית עוינת

10. כאמור בסיכומים מטעם המדינה, עיקרון מקובל במשפט הבינלאומי המנהגי הוא שלמדינה קיימת הזכות שלא להכניס זרים לשטחה. זכות זו של המדינה נגזרת, בראש ובראשונה מעקרון **ריבונות המדינה**. יתרה מזו, וכפי שנטען על ידי המשיבים במסגרת התשובה לעתירה דנן, ניתן למצוא במשפט הבינלאומי ובמשפט המדינתי הוראות אשר דווקא מעניקות למדינה רשות להטיל הגבלות על נתיני מדינת אויב מטעמים של הגנה עצמית. טענת המשיבים שם הינה, כי ההגיון והכלל האמורים חלים גם בענייננו, וזאת לאור העימות המזוין עם הרשות הפלסטינית אשר מהווה, כאמור, הרקע לחקיקת הוראת השעה והתיקון לה.

מתגובת העותרים מיום 22.12.05 עולה, כי הם מתנגדים לעמדה לפיה הרשות הפלסטינית הינה "מדינת אויב" וכי תושביה הינם, מניה וביה, נתיני מדינת אויב. העותרים טוענים, באמצעות הפניה למאמר אקדמי בעניין, כי כל עוד לא הוקמה מדינה פלסטינית, אין מקום לראות את העימות המזוין כעימות בין מדינות, אלא כעימות בין מדינת ישראל לבין ארגוני הטרור. לפיכך, ולטענתם של העותרים, אין מקום להחלת כללי המשפט הבינלאומי האמורים ביחס לתושבי האזור.

לאור טענות העותרים, ובהמשך לעמדת המשיבים כפי שהוצגה במסמכים קודמים, יבקשו המשיבים להרחיב בעניין עמדתם זו, וזאת בשני נדבכים. ראשית, לגישתם של המשיבים, הרשות הפלסטינית מהווה ישות מדינית עוינת, אשר דינה – לעניין נשוא העתירה – כדין מדינת אויב. שנית, סבורים המשיבים, כי התמיכה של האוכלוסיה הפלסטינית במאבק המזוין נגד ישראל, אשר באה לידי ביטוי חד משמעי לאחרונה בבחירות ברשות הפלסטינית, מצריכה התייחסות, במישור המשפטי, לתושבי האזור כאל תושבי מדינת אויב.

לגישתם של המשיבים, הגיון של ההגבלות על נתיני מדינות אויב, מבוססות על הסיכון הנובע מן העוינות כלפי המדינה אם לא תגביל את הכניסה אליה. טיבו המדויק של הארגון המדיני – היינו, אם זו מדינה או ישות מדינית – אינה מפחיתה את הסיכון, אלא אך מעצימה אותו. כאשר מדובר במדינת אויב, הגם שניתן לזהות את כוחותיה המזוינים, רשאית היא להגביל כניסה לשטחה של נתיני אותה מדינה. כאשר מדובר בישות מדינית,

שלא ניתן לבדוד את כוחותיה המזוינים, וידוע כי באותה ישות פועלות באין מפריע תשתיות מזוינות נוספות, שאינן נמנות על מנגנוני הביטחון של אותה ישות, וזאת באין מפריע ובתמיכה רחבה ומובהקת של האוכלוסיה האזרחית, כפי שנפרט בהמשך – קל וחומר, שהמדינה הנתונה בסיכון אל מול אותה ישות מדינית עוינת, רשאית להגביל כניסתם של נתיני אותה ישות.

אם נקבל את הטענה המשתמעת כאילו בישות מדינית שאינה מדינה, בה פועלים ארגוני טרור באין מפריע, לא חלים כללי המשפט הבינלאומי, הרי שניתן לזהות היבט נוסף בו מועצם הסיכון מישות מדינית עוינת יחסית למדינת אויב. היבט זה נובע מכך שמדינה הינה חלק מקהילה בינלאומית וזו מפעילה במידה כזו או אחרת מנגנוני פיקוח וסנקציות לגבי מדינה שחורגת מן הכללים המקובלים בקהילה. לעומת זאת, ישות מדינית עוינת אינה לכאורה חלק מהקהילה הבינלאומית, ומחויבותה לציית לכלליה הינה נמוכה יחסית, ועשויה שלא להתקיים כלל. משכך, במצב דברים זה, מועצם הסיכון הנובע מישות מדינית עוינת יחסית למדינת אויב.

הרשות הפלסטינית כישות מדינית

הרשות הפלסטינית הינה ישות מדינית, בעלת מנגנוני שלטון וכוחות מעין- צבאיים, ובעלת שליטה על השטחים בהם נמצאת רוב האוכלוסיה הפלסטינית. גם ביחס לשטחים המצויים תחת שליטתה האפקטיבית של מדינת ישראל (שטח C), יש לרשות זיקות פוליטיות, מנהליות ואזרחיות כלפי תושבי האזור. במישור הבינלאומי, יש לרשות הפלסטינית נוכחות דיפלומטית במדינות רבות, והינה בעלת מעמד של משקיף קבע באו"ם. בהקשר זה, ראוי לציין את דבריה של השופטת Higgins, היושבת בבית הדין הבינלאומי בהאג, בפסק דינה לעניין גדר ההפרדה. בדבריה, קבעה השופטת Higgins כי הרשות הפלסטינית אינה יכולה להיחשב לבעלת מעמד בפני בית הדין הבינלאומי, ובכך ליהנות מהמשפט הבינלאומי ההומניטארי, מבלי לשאת בחובות המוטלות על מדינות לפי משפט בינלאומי זה, כדלקמן:

"Further, Palestine cannot be sufficiently an international entity to be invited to these proceedings, and to benefit from humanitarian law, but not sufficiently an international entity for the prohibition of armed attack on others to be applicable. This is formalism of an unevenhanded sort. The question is surely where responsibility lies for the sending of groups and

persons who act against Israeli civilians and the cumulative severity of such action."

11. עמדת המדינה היא, כי הרשות הפלסטינית אינה מדינה, אך היא ישות מדינית, וכך יש לבחון את היבטיה השונים. בתחום הביטחוני ומדיניות החוץ, הרשות הפלסטינית פועלת כישות עצמאית ואינה כפופה למדינת ישראל. כמו כן, אין ספק, כי לעניין יכולתה של הרשות הפלסטינית לפגוע במדינת ישראל ובתושביה, היא מהווה ישות מדינית לכל דבר ועניין. על כן, הגדרתה של הרשות הפלסטינית כישות מדינית הינה מדויקת לכל הפחות בהקשר הביטחוני בכלל, ולצורך ההכרעה בעתירה דן בפרט.

כללי המשפט הבינלאומי החלים על נתיני מדינות אויב

12. בסיכומים מטעם המשיבים מחדש דצמבר 2003, טענו המשיבים כי המשפט הבינלאומי מתיר הטלת מגבלות מסוימות על אזרחי מדינות אויב, ובין יתר המגבלות, ניתן למנות את איסור הכניסה לשטח המדינה, איסור על קיום יחסי מסחר וכדומה. משום שהריבון מייצג את כלל החברה, ומשום שהוא פועל בשמה של החברה, הכרזת מלחמה של ריבון אחד נגד משנהו נחשבת הכרזת מלחמה של חברה אחת נגד החברה השנייה. על כן, הרציונאל בבסיס כללי המשפט הבינלאומי בעניין זה הינו כי מצב של מלחמה הופך כל פרט בחברה העוינת לאויב של החברה השנייה. יצוין, כי מודל זה הינו קוגנטי, ואינו תלוי בהשתתפותם בפועל של נתיני מדינת האויב במלחמה. ראו J.G.Ku, "Customary International Law in State Courts", 42 *Va. J. Int'l L.*, 265.

מקובל, כי אזרחי מדינת אויב מהווים קבוצת סיכון, וזאת בשל זיקותיהם למדינתם, וחובת הנאמנות שלהם אליה. לעניין זה, יפים דבריו של המלומד אופנהיים:

"In Great Britain and the United States of America it has been, since the end of the eighteenth century, an absolutely settled rule of the Common law that, certain cases excepted, all intercourse, and especially trading, with alien enemies became *ipso facto* by the outbreak of war illegal, unless allowed by special licence." L. Oppenheim "International Law" (H. Lauterpacht ed. 7th edition) 101

ראו גם דבריו של המלומד McNair, בהתייחס לנישואין עם נתיני מדינות אויב:

"Can a person in this country and a person in an enemy country exchange binding promises to marry? It is submitted that, so far as English law is concerned, the answer is in the negative." Sir Arnold Duncan McNair "Legal Effects of War" (3rd edition 1948) 132

וכן דבריו של המלומד Von Glahn, כדלקמן :

"In the absence of customary and conventional law, domestic legislation and public policy in each country determines the ending or continuation of relations between citizens of countries at war with one another. The Anglo-American practice, maintained unchanged until today, has been that the outbreak of war severs all legal and commercial relations between citizens of hostile states. European states, which had long opposed that interpretation, all have gradually come to accept the Anglo-American approach." Gerhard Von Glahn "Law among Nations" (5th edition 1986) 632

13. יצוין, כי סעיף 26 לאמנת זינבה בדבר הגנת אזרחים בימי מלחמה, 1949, מטיל חובה על מדינה שהיא צד לעימות לאפשר יצירת קשר בין בני משפחה אשר פוזרו **בעקבות המלחמה**, ובמידת האפשר, לאפשר מפגש ביניהם, כדלקמן :

"Each Party to the conflict shall facilitate enquiries made by members of families dispersed owing to the war, with the object of renewing contact with one another and of meeting, if possible. It shall encourage, in particular, the work of organizations engaged on this task provided they are acceptable to it and conform to its security regulations."

עם זאת, אמנת ז'נבה אינה מטילה כל חובה על מדינה המצויה בעימות מזוין לאפשר הליך של איחוד משפחות עם נתיני מדינת האויב. כאמור, סעיף זה אינו מטיל חובה מכוח המשפט הבינלאומי להתיר איחוד משפחות אשר פוזרו כתוצאה מן המלחמה. על אחרת כמה וכמה, לא מוטלת חובה על המדינה לאפשר איחודם של בני משפחה אשר אינם פרודים כתוצאה מן המלחמה, אלא מצויים הם מטעמים אחרים במדינות אויבות. לעניין זה ראו, י' דינשטיין "איחוד משפחות בשטחים המוחזקים", **עיוני משפט יג** (תשמ"ט), 221.

14. לעיתים, הטילו מדינות מגבלות על כניסתם של נתיני מדינות אויב על רקע איחוד משפחות גם בהיעדר מלחמה במובנה המקובל. במדינות מסוימות, גם החשש מפני ארגוני טרור הוביל להטלת מגבלות כאמור. ראו N.V. Demleitner "How much do Western Democracies Value Family and Marriage? Immigration Law's Conflicted Answers" 32 Hofstra Law Review (2003) 273, 285.

עוינות הרשות הפלסטינית למדינת ישראל

15. הערכתם המקצועית של גורמי הביטחון הינה, כי קיימים קשרים בין הרשות הפלסטינית לבין ארגוני הטרור הפועלים נגד ישראל, הן במתן חסות המאפשרת פעילותם החופשית של ארגוני הטרור נגד ישראל, והן במתן תמיכה כספית ועידוד אחר לארגוני הטרור. יתרה מזו, נמסר מגורמי הביטחון כי רבים מהמשרתים במנגנוני הרשות הפלסטינית משתייכים לארגוני טרור ומשתתפים בפעולות חבלניות נגד ישראל. הרשות הפלסטינית מממנת ונותנת חסות לפעילי טרור וחלק מראשי מנגנוני הביטחון הפלסטינים פעלו באופן ממוסד לעידוד פעיליהם לבצע פיגועי טרור נגד יעדים ישראליים.

לדוגמה, בין המסמכים שנתפסו במבצע "חומת מגן", נמצאו מסמכים של "המוסד לטיפול במשפחות חללים", המשתייך למשרד הרווחה ברשות הפלסטינית. מסמכים אלה העידו על העברת מענק לאביו של המחבל המתאבד סעיד חסן חותרי, **פעיל חמא"ס**, אשר ביצע את פיגוע ההתאבדות בדולפינריום בחודש יוני 2001. יצוין, כי מענק זה הועבר למרות שהמחבל השתייך לתנועת החמא"ס ועל אף שיו"ר הרשות הפלסטינית דאז, יאסר ערפאת, גינה בפומבי את הפיגוע. העברת המענק, במסגרת המעטפת תומכת טרור, מהווה עדות לתמיכה המעשית של הרשות הפלסטינית ומוסדותיה בטרור.

יתרה מזו, מנתונים אשר נמסרו מגורמי הביטחון עולה, כי 10% מכלל אנשי מנגנוני הביטחון הפלסטיני מעורבים בפעילות טרור נגד ישראל, דהיינו, מתוך 59502 אנשי ביטחון פלסטיני, נמצא כי 5995 היו מעורבים בפעולות חבלניות עוינות נגד ישראל. יצוין, כי מתוכם, 262 אנשי ביטחון פלסטיני עצורים בגין ביצוע ו/או מעורבות בפיגועים "עם דם על הידיים". נתון זה לגבי מעורבותם של אנשי מנגנוני הביטחון הפלסטיני כולל התייחסות

למעורבותם של אנשי המודיעין המסכל הפלסטיני, ובו 8432 משרתים, אשר מתוכם, 990 היו מעורבים בפעילות טרור נגד ישראל. כמו כן, מתוך המודיעין הכללי, ובו 7582 משרתים, 959 היו מעורבים בפעילות כאמור. בהקשר זה יצוין, כי בשנת 2005 בוצעו 311 פיגועים נגד מדינת ישראל על ידי אנשי הפת"ח.

עוד נמסר מגורמי הביטחון, כי כ-15% מכלל המשרתים במנגנוני הביטחון הפלסטיני משתייכים לארגוני טרור, מלבד התנזים. לדוגמה, מתוך 24224 משרתים במשטרה הפלסטינית, 2501 משתייכים לארגוני הטרור השונים. כמו כן, מתוך 8432 משרתים במודיעין המסכל הפלסטיני, 1102 משתייכים לארגוני טרור. **יצוין כי הנתונים לעיל נכונים נכון לחודש אוקטובר 2005.** עם זאת, הערכת גורמי הביטחון הינה, כי מאז לא חל שינוי משמעותי במידת מעורבותם והשתייכותם לארגוני טרור של המשרתים במנגנוני הרשות הפלסטינית. טבלה המפרטת את השתייכותם של אנשי הביטחון הפלסטיני לארגוני הטרור השונים ואת מעורבותם בפעילות חבלנית עוינת כנגד ישראל נכון לחודש אוקטובר 2005 מצורפת ומסומנת **מ/4**.

16. התמיכה של הרשות הפלסטינית בארגוני הטרור כוללת לעיתים אף רטוריקה פומבית ולוחמנית נגד ישראל. ראשי הרשות ממשיכים לעודד "תודעת מאבק" בקרב הציבור הפלסטיני ומסיתים את הציבור נגד ישראל, בין היתר, במוסדות הנתונים לשליטת הרשות הפלסטינית, במסגדים ובכלי תקשורת רשמיים. כמו כן, נמסר מגורמי הביטחון, כי האוניברסיטאות באזור הינם מוקדי הסתה של ארגוני הטרור השונים, וכי גם בתקופת כהונתו של אבו מאזן נמשכה תופעת ההסתה במערכת החינוך בכלל, ובאוניברסיטאות בפרט.

נושאי משרות בכירות ברשות הפלסטינית התבטאו לאחרונה בזכות המשך פעילות הטרור של הפת"ח ושל שאר ארגוני הטרור באזור, תוך הבעת התנגדות לפירוק הארגונים מנשקם. בראיון לעיתון "אלזמאן" בחודש אוקטובר 2005, היועץ לביטחון לאומי ברשות הפלסטיני מסר, כי יו"ר הרשות פלסטינית, אבו מאזן, לא יבקש ממנגנוני הביטחון של הרשות לפרק את החמא"ס מנשקו. במהלך ביקור שקיים בעיריית חי'אן יונס, קרא השר לעניינים אזרחיים, מחמד דחלאן, "לשחרר את ירושלים והגדה המערבית ולקחת בכוח את זכות השיבה של הפליטים לבתיהם." בראיון לעיתונות בחודש נובמבר 2005, הדגיש מפקד פת"ח בצפון רצועת עזה, מחמד חגיאזי, את חשיבותה של "דרך הגיהאד וההתנגדות, עד לשחרור כל האדמה הפלסטינית", וציין כי נשקם של פת"ח וגדודי חללי אלאקצא הינו לגיטימי וכי לארגונו, ולשאר הארגונים, "יש זכות להגיב על פשעי הכיבוש".

17. במסגרת מסע התעמולה שניהלה תנועת החמא"ס לקראת הבחירות למועצה המחוקקת ברשות הפלסטינית, נדרשה היא לסוגיית צביונה של הרשות הפלסטינית וסדר היום הפוליטי והחברתי של החמא"ס. בראיונות שהעניק מחמוד אלזהאר, מבכירי החמא"ס ברצועת עזה בחודש אוקטובר 2005, התייחס הוא לכוונת החמא"ס להימנע באופן מוחלט

משיתוף פעולה עם ישראל ולהפסיק גילויי הנורמליזציה עימה. כמו כן, לדבריו, תימצא בעתיד הנוסחה לשיתוף פעולה בין החמא"ס לבין מנגנוני הביטחון של הרשות הפלסטינית לטובת האינטרס הלאומי. משנשאל אלוהאר האם כניסת החמא"ס למועצה המחוקקת תחייב אותה לוותר על נשקה ולעבור לפעילות פוליטית, השיב: "זהו טיעון רדוד ופשטני, משום שהנשק המודרך נועד אך ורק להתנגדות פעילה לאויב. לכן אי אפשר להתנות תנאי כזה לכניסה למועצה המחוקקת." אלוהאר ביטא תפיסת עולם קיצונית לפיה יש להקים מדינה פלסטינית אסלאמית על כל שטחה של פלסטין, ובכלל זה, על שטח מדינת ישראל. הוא שלל את הסכמי אוסלו וטען כי ישראל יצאה מרצועת עזה כתוצאה מהמאבק המזוין שבהנהגת חמא"ס. עוד יוזכר, כי בראיון ל"ניוזוויק" ביום 30.8.05, הדגיש אלוהאר כי המשך המאבק המזוין נגד ישראל הוא הבחירה הנכונה וכי אין בכונת חמא"ס לאמץ מדיניות של ניהול משא ומתן עימה.

כמו כן במצע חמא"ס לבחירות למועצה המחוקקת צוין, כי לעם הפלסטיני "זכות לפעול כדי להשיב את זכויותיו ולשים קץ לכיבוש בכל האמצעים ובכלל זאת ההתנגדות המזוינת." העתק אמנת החמא"ס ומצע הבחירות של תנועת חמא"ס, מתורגם לעברית, מצורף ומסומן מש/5א'ב.

18. **כיום, בעקבות הבחירות למועצה המחוקקת של הרשות הפלסטינית והישגיה של תנועת חמא"ס בבחירות אלה, ברי כי ארגוני הטרור שולבו וישולבו במנגנוני הרשות הפלסטינית, וכי ההבחנה אותה מציעים העותרים בין הרשות הפלסטינית כגוף פוליטי, מחד גיסא וארגוני הטרור מאידך גיסא, אין לה על מה שתסמוך בהקשר דנן, וודאי שאין לטענה על מה שתסמוך לאור היקף התמיכה לה זכה ארגון החמא"ס בבחירות, כפי שהדבר בא לידי ביטוי בתוצאות הבחירות ברשות, ומספר המושבים להם זכה הארגון במועצה המחוקקת.** ברי, כי המצע הפוליטי של תנועת החמא"ס, אשר ביסודו המשך העימות המזוין עם ישראל, נקיטת אמצעים חבלניים והקפאת כל שיתוף פעולה עימה, מבטא את תפיסתה של תנועת החמא"ס כארגון טרור הפועל נגד מדינת ישראל.

לאחר הבחירות למועצה המחוקקת ברשות הפלסטינית, נמצאת תנועת החמא"ס בלב ליבם של מנגנוני הרשות הפלסטינית, ובתוך שהיא זוכה לתמיכה ציבורית רחבה ביותר. בעקבות הישגי ארגון החמא"ס בבחירות, יש להניח וניתן לצפות כי היקף הייצוג ומידת השליטה של ארגון החמא"ס בכלל המנגנונים השלטוניים יהא בהתאם, קרי- בהתאם לכוחו הפוליטי ולשיעור התמיכה לה זכה בקרב הציבור הפלסטיני. משמעות הדבר היא, כי הרשות הפלסטינית הינה ישות מדינית עוינת לישראל, וכי מדינת ישראל רשאית להתייחס אליה בתור שכזה בבואה לבחון מתן מעמד בישראל לתושביה- נתיניה.

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

הערה לעניין טענת העותרים כי הוראת השעה יוצרת הבחנה על בסיס אתני

19. העותרים טוענים, כי הוראת השעה יוצרת הבחנה פסולה על בסיס אתני, וזאת משום שהיא מונעת את כניסתם של תושבי האזור לישראל. לאור כל האמור לעיל, יבקשו המשיבים להבהיר, כי ההבחנה הרלוונטית לעניין הוראת השעה אינה נוגעת לסוגיה אתנית כלל ועיקר. המחוקק ראה לנכון להגביל את כניסתם של תושבי האזור למדינת ישראל, וזאת על רקע היותם נתינים של ישות מדינית עוינת, כאמור לעיל. יוצא, אפוא, כי ההבחנה הרלוונטית לעניין הוראת השעה הינה הבחנה על בסיס נתינות, או בהתאם לאזור גיאוגרפי הנתון לשליטתה של הרשות הפלסטינית, ואינה הבחנה על בסיס אתני. לראיה, הוראת השעה אינה מגבילה את כניסתם של פלסטינים מירדן או ממקומות אחרים, וזאת בהתאם להערכתם של גורמי הביטחון לעניין הסיכון הביטחוני הנשקף מתושבים זרים אחרים, נכון לעת הזו. נתינותם של תושבי הרשות הפלסטינית היא הבסיס להוראת השעה, וזאת בשל השתייכותם של פלסטינים אלו לישות מדינית עוינת למדינת ישראל המנהלת מאבק מזוין נגדה, והיא המהווה בסיס להוראת השעה. כפי שאף צוין בסיכומי המדינה בעבר, כל עוד לא התברר אופיו של העימות כמאבק מזוין שבו נוטלים חלק חלקים ניכרים של האוכלוסיה האזרחית, בתמיכה נרחבת ביותר של הציבור הפלסטיני, ולעיתים, אף בתמיכה מובהקת של מנגנוני הרשות הפלסטינית, נמנעה ממשלת ישראל וכנסת ישראל מקבלת החלטה בעניין נשוא העתירה.

ואולם, משעה שהתברר כי, הלכה למעשה, מדובר במלחמה כוללת שנועדה לפגוע באמצעות פצצות אדם חיות מקרב האוכלוסיה האזרחית הפלסטינית בעורף מדינת ישראל, ובעיקר באוכלוסיה אזרחית, לא ניתן היה להימנע מהמסקנה המתבקשת כי תושבי הרשות, בתור שכאלו, וכמי שנאמנים לעניין הפלסטיני, מהווים סיכון מובהק לביטחון המדינה.

20. בהקשר זה עוד יוסף, כי אין בהוראת השעה משום הטלת דופי כלשהו באזרח הישראלי המזמין את תושב האזור במסגרת בקשה לאיחוד משפחות. טענת המשיבים הינה, כי נאמנותו של תושב האזור לרשות הפלסטינית, דרכה ויעדיה, וזיקתו ההדוקה אליה ולקרוביו שנשארו שם, מהווים כר נרחב לתשתיות הטרור הפלסטיני, הנתמכות על ידי האוכלוסיה האזרחית הפלסטינית, להמשך המאבק המזוין בעורף מדינת ישראל. ויודגש, הוראת השעה בוחנת את זהותו של המוזמן לישראל, ולא את זהותו של המזמין. אכן, יש להניח, כי מרבית האזרחים הישראליים אשר מבקשים מעמד בישראל עבור בני זוגם הפלסטינים, הינם ערביי ישראל. עם זאת, יודגש – הוראת השעה אינה מושתתת על מיהות בן הזוג המקומי אלא על מיהות בן הזוג הזר.

זאת ועוד, הוראת השעה חלה על כל בני הזוג הישראליים ללא הבחנה הקשורה למאפייניהם האישיים. גם אזרח ישראלי יהודי שיינשא לתושב האזור לא יוכל לקבל היתר לכניסתו ארצה, וזאת משום שההבחנה שעורך החוק אינה מושתתת על מיהותו של

בן הזוג המקומי, כי אם על מיהותו של בן הזוג הזר ושיקולי ביטחון הנובעים מכך. למותר לציין, כי מרביתם של אזרחי ישראל הערביים מתחתנים עם אזרחי ישראל. מיעוטם מתחתנים עם תושבים זרים, בין שמדובר בנתינים פלסטינים, ובין שמדובר בנתינים זרים אחרים.

לא זו אף זו, אלא ישנם נישואין מעורבים בין אזרחי ישראל יהודיים לבין נתיני הרשות הפלסטינית. לעניין זה, נביא לידיעתו של בית המשפט הנכבד דוגמה ממנה ניתן ללמוד כי לאומיותו של האזרח הישראלי לא היוותה מחסום בפני הנתין הפלסטיני לביצוע פיגוע טרור אליו נשלח בהיותו נתין פלסטיני שקיבל מעמד בישראל מכוח נישואין. כך יובא עניינו של איבראהים צראחנה, אשר היה אחראי לפיגוע בו נהרגו שני בני אדם ונפצעו 36 איש במדרחוב בראשון לציון, שנישא לגב' אירנה פוליצוק וקיבל מעמד בישראל.

הפגיעה באזרחי ישראל כולם, כתוצאה מאלו המבקשים לאפשר לבני זוגם תושבי האזור להיכנס לישראל כתוצאה בלתי נמנעת מן המציאות הביטחונית, מחייבת נקיטתו של האמצעי של הוראת השעה, לעת הזו, על מנת לשמור על ביטחון המדינה וחיי אזרחיה. הצורך הביטחוני המובהק בהטלת מגבלות על כניסתם של תושבי האזור למדינת ישראל הוא זה העומד במוקד השאלה נשוא העתירה.

מעורבותה של האוכלוסיה האזרחית בעימות המזוין

21. הכוחות הנלחמים במדינת ישראל אינם נמנים על צבא סדיר, אלא הם באים מתוך האוכלוסיה האזרחית, בין שהם מוכרים כפעילי טרור ובין שאינם מוכרים ככאלה. בלא תמיכתה המאסיבית והרחבה של האוכלוסיה האזרחית הפלסטינית, חלק ניכר מפעולות הטרור לא יכול היה להתממש. 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.

מעורבותה של האוכלוסיה האזרחית בעימות המזוין, בין אם בדרך של נטילת חלק פעיל בעימות ובין אם בדרך של תמיכה משמעותית בו, מקימה את הצורך בהטלת מגבלות על כניסה (לא כל שכן כניסה והשתקעות) מן האזורים לישראל גם על האוכלוסיה האזרחית – בכלל, ועל מי שמצוי בטווח הגילאים בו המעורבות בפיגועים שכיחה – בפרט.

22. בטרם נידרש למאפיינים הייחודיים של מקבלי מעמד בישראל מכוח הליך של איחוד משפחות בהיבט של ארגוני הטרור, נבקש להדגיש כי את פוטנציאל הסיכון ביחס לאוכלוסית מבקשי המעמד בישראל נשוא עתירה זו, אין להעריך על יסוד הנתונים המצויים כיום בידי גורמי הבטחון באשר למעורבותה של אוכלוסיה תושבי הרשות הפלסטינית אשר הינם בעלי מעמד בישראל בפיגועי טרור, אלא יש למקד את המבט

לעבר אותן קבוצות אוכלוסיה ברשות הפלסטינית אשר תואמות את פרופיל הסיכון כמפורט לעיל, ואשר הינם מבקשי מעמד פוטנציאליים בישראל שאין לגביהם כיום כל מידע או אפשרות ניבוי באשר למידת הסיכון הפרטנית שעלולה להישקף מהם לאוכלוסיה בישראל, אם ולאחר שיקבלו מעמד בה.

הסיכון העתידי מתושב הרשות הפלסטינית העונה לפרופיל המסוכנות כמפורט לעיל, המבקש לקבל רישיון ישיבה בישראל לשם השתקעות בה אינו מוגבל לאלו שכבר קיבלו רישיון ישיבה בישראל בעבר. לכן, לא יהא נכון לגזור את פוטנציאל הסיכון אך ורק מן הנתונים בדבר מעורבות אוכלוסיה זו בפיגועים עד כה. תושב הרשות הפלסטינית בתקופה של עימות מזוין שמתנהל נגד מדינת ישראל, הזדהותו עם הצד הפלסטיני הינה ברורה ורבת שנים, וזיקתו לבני משפחתו הגרעינית ברשות הפלסטינית ברורה.

הנתונים שהובאו בפני כנסת ישראל ובפני בית משפט נכבד זה על ידי המשיבים כדי להדגים את אופי המאבק ואת עוצמת המאבק המתנהל בין הצד הפלסטיני לבין מדינת ישראל - מאבק מזוין שבו תומך אחוז גדול וניכר מקרב האוכלוסיה האזרחית הפלסטינית - הובאו על מנת להציג בפני בית המשפט הנכבד תמונה מלאה של פוטנציאל המסוכנות הנשקף מקרב האוכלוסיה האזרחית הפלסטינית הכללית, שבעיקרו של דבר, אין כל שוני מהותי בינה לבין אלו מקרבה שכבר זכו לקבל מעמד. על כן, הערכתם המקצועית של גורמי הביטחון באשר לפוטנציאל המסוכנות הנשקף מאוכלוסיה זו, צריכה להיגזר מנתונים בדבר היקף המעורבות של כלל האוכלוסיה האזרחית הפלסטינית בפיגועים, בין בדרך של נטילת חלק פעיל בעימות המזוין ובין אם בדרך של תמיכה משמעותית בו.

המאפיינים הייחודיים של תושב אזור אשר מקבל מעמד בישראל

23. ראשית, יבקשו המשיבים לחזור ולהדגיש, כי מעורבותם בטרור של תושבי האזור הנושאים בתיעוד ישראלי היא תוצאה ישירה של העניין שמגלים בהם ארגוני הטרור בשטחים ואף בחו"ל, התעניינות שגברה מאוד מאז פרוץ העימות המזוין.

ההתעניינות הגוברת נובעת, בראש ובראשונה, מכך שנושאי תיעוד ישראלי, לרבות רישיון לנהיגת כלי רכב ישראלי, הינם בעלי יכולת תנועה חופשית בישראל, תוך נגישות והיכרות ליעדים ישראליים, לרבות יעדים ישראליים ביטחוניים. 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 הפרדה.

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.

בנוסף, למותר לציין שקל להפעיל לחץ על מי שמשפחתו ממשיכה להתגורר באזור למטרת סיוע למפגעים.

לא זו אף זו, חלקם אף ממשיכים להתגורר באזור לסירוגין, והתיעוד הישראלי מאפשר להם מעבר חופשי בין האזור לישראל, כל אימת שיחפצו בכך.

24. ויודגש, מעורבותם של תושבי האזור אשר קיבלו מעמד בישראל הינה, בראש ובראשונה, בפיגועים קשים, ובכלל זה, בפיגועי התאבדות. בשל היותם של תושבי האזור נושאי תיעוד ישראלי מהווים הם חוליה הכרחית בהוצאת פיגועי התאבדות לפועל בתחומי מדינת ישראל.

בתנועתם החופשית בתחום מדינת ישראל ובהיכרותם הטובה את השטח, מהווים תושבי האזור אלה מרכיב חיוני בתשתיות הטרור ובתכנון וביצוע פיגועים. מאפיינים אלה של תושבי האזור אשר שוהים בישראל מכוח הליך של איחוד משפחות, הופכים קבוצה זו למועדפת ביותר על ידי ארגוני הטרור.

עוד יצוין בהקשר זה, כי ארגוני הטרור רואים בביצוע פיגועי התאבדות בתוך שטחה של מדינת ישראל הישג בעל חשיבות מיוחדת מבחינה אסטרטגית. לאור האמור, תושבי האזור אשר נושאים בתיעוד ישראלי משמשים חוליה מקשרת בין תשתית הטרור באזור לבין הוצאה לפועל של פיגועים קטלניים בתחום מדינת ישראל.

יצוין, כי מתוך 148 פיגועי התאבדות במתווה הרג המוני, בישראל אשר התממשו, תושבי האזור אשר קיבלו מעמד מכוח הליך של איחוד משפחות היו מעורבים ב-25 מהם, לרבות בפיגועי הרג המוני אשר סוכלו בדקה ה-90. מקבל מעמד נוסף, נעצר קודם לביצוע פעילות חבלנית עוינת בתחום החדרת אמל"ח.

מגבלות האבחון הפרטני והעדר יכולת ממשית לשלול את החשש לפגיעה בביטחון כתוצאה מכניסתם של תושבי האזור במצב הנוכחי

25. הציבור הישראלי כולו, ובית המשפט הנכבד זה בכללו, למד לדעת, ובית משפט נכבד זה אף קבע בהלכה הפסוקה כל אימת שנדרש לעתירות אגב העימות המזוין, כי הכוחות הלוחמים במדינת ישראל אינם נמנים על צבא סדיר, ואינם בהכרח מוכרים כפעילי טרור על ידי כוחות הביטחון, כאשר חלק בלתי מבוטל מהאוכלוסייה האזרחית הפלסטינית בגילאים מסוימים שותף במאבק המזוין, בצורה כזו או אחרת. כיוון שכך, וכפי שפורט בהרחבה אף בעבר, תושב הרשות הפלסטינית, שאינו מוכר לרשויות הביטחון כפעיל טרור, מעורבותו בטרור, בין בדרך של מעורבות סמויה, בין בדרך של תמיכה ובין בדרך של מימון, אינה ניתנת לחיזוי מראש.

26. נדגיש את הברור מאליו, שמשמיתם העיקרית והמרכזית של גורמי הביטחון הינה סיכול פעילותם האלימה של ארגוני הטרור הפלסטינים, קרי, הצלת חיי אדם, פשוטו כמשמעו. עיקר האמצעים שהמדינה יכולה לספק לטובת פעילותם של גורמי הביטחון מוקדשים, מטבע הדברים, למלחמה בטרור הרצחני.

למן העברת הסמכויות וכינון הרשות הפלסטינית, וביתר תוקף למן פרוץ העימות המזוין פחתה יכולת גורמי הביטחון לאבחן על בסיס פרטני את מסוכנותו של תושב האזור המבקש לרכוש מעמד בישראל ולהיכנס לתחומה.

יצוין 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 הסיורבים לאישור הבקשות בגין **מידע בטחוני קונקרטי** אודות בן זוג זר תושב האזור עמד בממוצע על כ- 8% בלבד. זאת **כיוון שחוות דעת גורמי הביטחון ניתנת רק על בסיס מידע ביטחוני קיים**. מקום שבו תושב הרשות הפלסטינית אינו מוכר לגורמי הביטחון, בין בכלל ובין כמי שמעורב ברמה כזאת או אחרת בפעילות טרור, חוות הדעת שתינתן למשרד הפנים תהא, כי ניתן לאשר את הבקשה ב"אין הערות".

27. 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.

28. הסיבות העומדות ביסוד **מגבלות האבחון הפרטני** של גורמי הביטחון 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 קבועים לישראל.

ג. **הסיכון מגיע ממי שיכול להיכנס לישראל דרך קבע באמצעות תיעוד ישראלי המאפשר גם לינה בישראל, ולנוע בה כדין בכל שטחי המדינה** – 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 "מכשול הפרדה" או בלשון אחרת "מרחב החיץ" או "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, ו/או כי לא קיים לגביו מידע בטחוני קונקרטי עדכני, אינה יכולה, כשלעצמה, לנבא כי לא ישקף ממנו סיכון עתידי לביטחון 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.

כך למשל, ניתן להביא דוגמאות מן החודשים האחרונים של שותפים לפעילות טרור שלא היו בגדר פוטנציאל מעורבות בפח"ע – כך למשל, אישה כבת 38, אם ל-7 ילדים אשר נטלה חלק בהחדרת מפגע וחגורת נפץ לישראל וכמוה חריגים נוספים שהחלו ליטול חלק במאבק המזוין, ללא כל התראה מוקדמת או בסיס לחשד כי כך יקרה.

בנוסף, מבחינת ארגוני הטרור יש עדיפות לשימוש במי שארגון הטרור מעריך שאין לישראל מידע בטחוני שלילי אודותיו.

מעורבות בטרור של מקבלי מעמד בישראל מכוח הליך של איחוד משפחות – הניסיון המצטבר בשנות העימות המזוין

29. נכון להיום, נפתחה **חקירה** בעקבות פיגוע במתווה הרג המוני שבוצע או סוכל ברגע האחרון נגד **26 תושבי האזור** אשר קיבלו מעמד בישראל בעקבות הליך של איחוד משפחות.

כפי שהובא **בתשובת המדינה מיום 20.11.05**, ל- **42 תושבי האזור נוספים**, לא הוארכה אשרת השהייה בישראל בעקבות מידעים מודיעיניים אשר הצביעו על מעורבותם בפעילות טרור או קיום קשרים שוטפים עם פעילי טרור – **מעורבות שהחלה לאחר אישור הבקשה לאיחוד משפחות.**

בעוד ש-247 איש מקרב ערביי ישראל היו מעורבים בפעילות טרור, כאשר מדובר באוכלוסייה המונה למעלה ממיליון איש, מספרם של המעורבים בטרור של מקבלי מעמד בישראל מכוח הליך של איחוד משפחות, הינו **באופן יחסי** גדול הרבה יותר.

מהנתונים שהובאו על ידי המשיבים בהודעה מטעמם מיום 20.11.05, מבקשים העותרים ללמוד כי השלכות מעורבותם של מקבלי מעמד בישראל מכוח איחוד משפחות אינן חמורות, וכי, בהתחשב **בכמות הפיגועים הכוללת** שבוצע מאז תחילת העימות המזוין (למעלה מ-24,000 פיגועים), אין המדובר בתרומה משמעותית מצידם של אלה לפעילות החבלנית במדינת ישראל. לעניין זה, טוענים העותרים כי "בעוד שכאלף פיגועים אירעו בתחומי מדינת ישראל אשר בביצועם היו ודאי מעורבים אלפים רבים, 25 מקבלי מעמד במסגרת איחוד משפחות נחקרו באשר למעורבות בפעילות טרור" (סעיף 12 לתגובת העותרים מיום 22.12.05).

דא עקא, שכפי שפורט לעיל, ועוד יפורט, **את מידת המעורבות בטרור של מקבלי מעמד בישראל מכוח הליך של איחוד משפחות, ואת מידת האטרקטיביות שלהם בעיני ארגוני הטרור, אין לגזור מכלל הפיגועים שבוצעו מאז תחילת העימות המזוין, כי אם אך ורק ממספר פיגועי ההתאבדות במתווה הרג המוני שבוצעו או סוכלו בדקה ה- 90 בתחומי הקו הירוק.** פיגועים אלה לא היו יכולים לצאת לפועל, ללא "הגורם בלעדיו אין" שהוא **נושא התיעוד הישראלי.**

30. יש לציין, כי **מרבית הפיגועים** אשר בוצעו **בתוך תחומיה של מדינת ישראל** הינם **פיגועי התאבדות.**

כמו כן, וכמפורט לעיל, מרבית פיגועי ההתאבדות אשר בוצעו מאז פרוץ העימות המזוין בכלל, בוצעו בשטח של מדינת ישראל (148 מתוך 167 פיגועי התאבדות בוצעו בישראל).

למותר לציין כי, מעצם טיבם, גורמים פיגועים אלה להרג רב ולפצועים רבים. החשוב לעניין הוא נתוני ההרוגים והפצועים בישראל כתוצאה מפיגועי ההתאבדות. נתונים אלו מצביעים על כך, שבעוד שבחמש שנות העימות מזוין מספר ההרוגים הישראליים מכלל הפיגועים בכלל הינו 1,080, הרי שמספר ההרוגים הישראליים מפיגועי התאבדות הינו

626, ומתוכם 505 הינם כתוצאה מפיגועי התאבדות, קרי 80% מן ההרוגים בקרב האוכלוסייה האזרחית בישראל הינם כתוצאה מפיגועי התאבדות שבוצעו בישראל, ומיחס זה של הרוגים ופצועים יש לגזור את פוטנציאל ההרג והפגיעה כתוצאה מפיגועי התאבדות שלשם ביצועם "המוצלח" נדרש תיעוד ישראלי.

אשר לפצועים בקרב האוכלוסייה הישראלית האזרחית מפעולות טרור בחמש שנות העימות - המזוין מקרב 7,416 פצועים ישראליים, הרוב המכריע, 6,446 נובע מפיגועים שבוצעו בישראל, ומקרב אלה, הרוב המכריע של הפצועים נפצעו בישראל, ומתוכם, הרוב המכריע הינם כתוצאה מפיגועי התאבדות.

על כן, למרות שמבחינה סטטיסטית, רק שיעור קטן מכלל הפיגועים אשר בוצעו על ידי ארגוני הטרור היו פיגועי התאבדות, הרי שמספר ההרוגים בישראל כתוצאה מפעילות זו בישראל הגיעו לכ-80% מההרוגים הישראליים בשטח ישראל.

עתה, ניתן להבין את היקף השלכות מעורבותם של תושבי האזור אשר קיבלו מעמד בישראל מכוח הליך של איחוד משפחות. מעורבותם החיונית של אלה בהוצאה לפועל של פיגועי התאבדות הובילה לפגיעה חמורה ביותר בביטחון המדינה ובשלום אזרחיה. מהנתונים שנמסרו מגורמי הביטחון עולה, כי פוטנציאל ההרג בישראל כתוצאה ממעורבותם של תושבי האזור אשר קיבלו מעמד בישראל מכוח הליך של איחוד משפחות (כלומר, מעורבותם בפיגועים שהוצאו לפועל ובפיגועים שסוכלו בדקה ה-90) הינו גדול הרבה יותר ממה שמשמע מתגובת העותרים.

לאור נתונים אלה, סבורים המשיבים כי אין כל מקום לטענת העותרים לפיה מעורבותם של תושבי האזור אשר קיבלו מעמד בישראל מכוח הליך של איחוד משפחות אינה משמעותית בהקשר הרחב. יש להבין את מעורבותם זו על רקע סוג הפיגועים בהם היו תושבי אזור אלה מעורבים והפגיעה העצומה בשלום אזרחי מדינת ישראל ובחיייהם כתוצאה מפיגועי ההתאבדות. כמו כן יודגש שוב, כי חלקם של תושבי האזור הנושאים בתיעוד ישראלי בביצוע פיגועים, בהיותם החוליה המקשרת בין האזור לבין ישראל, הינו חלק חיוני ביותר בהוצאת פיגועים קטלניים אלה אל הפועל.

31. כאמור לעיל, (כעולה מחקירות וסיכולי הדקה ה-90) 26 תושבי האזור אשר קיבלו מעמד בישראל בעקבות הליך של איחוד משפחות, היו מעורבים בהוצאה לפועל של פיגועי טרור קטלניים בישראל. פוטנציאל ההרג והפגיעה של פיגועי טרור אלה, באופן יחסי, גדול משמעותית. אין צריך לומר, כי כפי שפורט בהודעה מיום 20.11.05, עוד 42 תושבי אזור המצויים במהלך ההליך המדורג, נמצאו על פי מידע מודיעיני קשורים לפעילות טרור (במאמר מוסגר יוער, כי סביר להניח כי מספר זה אינו מעיד על מקבלי מעמד בישראל שטרם נתברר על פי מידע מודיעיני כי הם קשורים לפעילות טרור). בכל אותם מקרים, קיבלו אותם אנשים מעמד בישראל מבלי שניתן היה לנבא את הסיכון הביטחוני הנשקף מהם.

כאמור לעיל, עצם קבלת מעמד בישראל הוא זה שאפשר לתושבי אזור אלה לשמש חוליה בלעדיה אין בהוצאה לפועל של פיגועים קטלניים אשר גרמו למותם של עשרות אזרחים חפים מפשע.

32. התמונה המצטיירת מכל שנאמר עד כה, ולולא קראנו את סיכומי העותרים, ניתן היה לחשוב שחמש שנות עימות מזוין נדמו כלא היו, הינה, כי יש מאבק מזוין בין הצד הפלסטיני למדינת ישראל; מאבק זה נמשך כל העת, והציבור הפלסטיני שותף לו, בין מעט ובין יותר, ומכל מקום שותפים לו, לא רק פעילי טרור מוכרים. על כן, גם לולא נמצאה הלכה למעשה, מעורבות בטרור של מקבלי מעמד מכוח איחוד משפחות שגרמה להרג כה רב, כי אז ניתן היה, לשיטתה של המדינה, בשל הנסיבות דלעיל, קרי - קיומו של מאבק מזוין מתמשך בין הצד הפלסטיני לצד הישראלי שלו שותפים לא רק פעילי טרור מוכרים, כי אם גם נושאי משרה ברשות הפלשתינית שהינה ישות מדינית עוינת וזאת בתמיכה, מעורבות וסיוע ניכר מצד חלקים נרחבים באוכלוסיה האזרחית הפלשתינית; ובשל מגבלות האבחון הביטחוני הפרטני, כדי למנוע מתן מעמד בישראל מאוכלוסיה אזרחית הנמנית על פרופיל המסוכנות הפוטנציאלית, וקל וחומר כאשר מעורבות כאמור הינה מעורבות דומיננטית.

התיקון להוראת השעה

עיקרי התיקון

33. התיקון להוראת השעה ביקש לאפשר לאוכלוסיה אזרחית מקרב תושבי הרשות הפלסטינית שהינה, על פי הערכה כללית של גורמי הביטחון, בעלת פוטנציאל לסיכון ביטחוני מופחת, לקבל מעמד בישראל. **בצעד זה, נטלה על עצמה החברה בישראל שולי ביטחון פחותים, תוך נטילת סיכון בלתי מבוטל.**

גורמי הביטחון, ממשלת ישראל וכנסת ישראל מחויבים בהגנתם של אזרחי מדינת ישראל ותושביה, כך בעיתות שלום, ועל אחת כמה וכמה בעיתות עימות מזוין. הערכתם של גורמי הביטחון את פוטנציאל המסוכנות בקרב האוכלוסיה האזרחית הפלסטינית, על פי פרופיל סיכון ביטחוני, מבוססת על הערכה מקצועית כללית שתשתיתה נתוני היסוד של מפגעים מקרב האוכלוסיה הפלסטינית: גיל, מין וכיוצא באלה.

כפי שפורט לעיל, גורמי הביטחון, לעת הזו ולאורך השנים האחרונות, בשל המגבלות שפורטו לעיל, אינם מסוגלים לנבא, לגבי מי שאינו פעיל טרור מוכר, את מידת מעורבותו ו/או מסוכנותו כתוצאה של פעילות טרור עתידית. לפיכך, הערכת הסיכון הכללית שעמדה ביסוד הצעת התיקון והתיקון נוטלת סיכון מחושב, וברי כי את מחיר הטעות ישלמו אזרחי מדינת ישראל ותושביה.

34. כיוון שבתת הפרק הבא, נידרש לתשתית שעמדה ביסוד כל הקלה והקלה שבתיקון להוראת השעה, נבקש לציין להלן בתמצית את התיקונים שנערכו בחוק הוראת השעה, וזאת לשם הסדר הטוב.

- א. בעקבות התיקון להוראת השעה, רשאי שר הפנים לשקול מתן רישיונות שהייה בישראל לשם איחוד משפחות לתושבי האזור הנושאים לאזרחים ישראלים שגילם מעל 35 שנה, ולתושבות האזור שגילן מעל 25 שנה ;
- ב. כמו כן, מוסמך שר הפנים לתת לקטין שגילו עד 14 שנים, שהורהו המשמורן שוהה כדין בישראל, רישיון לישיבה בישראל לפי חוק הכניסה לישראל התשי"ב-1952, ולהעניק היתרי שהייה בישראל לקטין מגיל 14 עד גיל 18, שהורהו המשמורן שוהה כדין בישראל, ובלבד שלא יוארך ההיתר כאמור אם הקטין אינו מתגורר בדרך קבע בישראל ;
- ג. בעקבות התיקון להוראת השעה, רשאי מפקד האזור לתת היתר שהייה בישראל למטרה של טיפול רפואי, עבודה בישראל, ולמטרה זמנית אחרת, ובלבד שהיתר השהייה למטרה אחרת זו יינתן לתקופה המצטברת שלא תעלה על שישה חודשים ;
- ד. כמו כן, רשאי שר הפנים להעניק אזרחות או רישיון לישיבה בישראל לתושב האזור אם שוכנע כי תושב האזור פעל פעולה של ממש לקידום הביטחון או הכלכלה של מדינת ישראל, או עניין חשוב אחר של המדינה, או שהענקת האזרחות או רישיון לישיבה הם מעניינה המיוחד של המדינה ;
- ה. עוד נקבע בתיקון להוראת השעה, כי לא יינתן היתר לשהייה בישראל לתושב אזור אם קבע שר הפנים או מפקד האזור, בהתאם לחוות דעת מאת גורמי הביטחון המוסמכים, כי תושב האזור או בן משפחתו מן הדרגה הראשונה עלולים להוות סיכון ביטחוני למדינת ישראל

התשתית לתיקון להוראת השעה

35. הן הוראת השעה והן התיקון לה, התקבלו על בסיס תשתית איתנה המצביעה על תמיכתה ומעורבותה של האוכלוסיה האזרחית הפלסטינית במאבק המזוין נגד ישראל. אף החריגים אשר עוגנו בתיקון להוראת השעה מבוססים על **נתונים באשר לפרופיל המעורבות של תושבי האזור בפעילות המסכנת את ביטחון המדינה, ושלוש אזרחיה.**

36. כאמור בהודעת המשיבים מיום 6.11.05, התיקון להוראת השעה מסיר את המניעה מפני טיפול בבקשות חדשות ומפני הענקת רישיונות שהייה **לתושבי האזור שהינם מעל גיל 35, ותושבות האזור שהינם מעל גיל 25.**

כמו כן, **קטינים שגילם עד גיל 14** יכולים לזכות ברישיון ישיבה בישראל ואילו **קטינים מעל גיל 14** זכאים לקבל היתרי שהייה בישראל, ובלבד שהם גרים עם הורה משמורן השוהה כדין בישראל. במאמר מוסגר יוער, באשר לקטינים, כי לאמיתו של דבר, התיקון

ביחס לקטינים רלוונטי אך ורק לילדי תושב קבע, שכן ילדיו של אזרח ישראלי זוכים לאזרחות ישראלית מלידה.

התיקון להוראת השעה מבוסס על הנתונים שהוצגו על ידי ראש השב"כ בפני ועדת הפנים ואיכות הסביבה בכנסת ביחס למעורבותם של גברים, נשים וקטינים בטרור הפלסטיני בכל שנות העימות המזוין. כאמור בהודעת המשיבים מיום 6.11.05, תיקון זה נועד להחריג מתחולת הוראת השעה אוכלוסיות בעלות פוטנציאל מופחת לסיכון ביטחוני, אשר נישאו לאזרחי ותושבי קבע בישראל.

37. ויודגש, הערכת פוטנציאל המסוכנות הנשקף מתושבי האזור מבוססת על כלל המעורבים בפעילות טרור בקרב האוכלוסיה האזרחית הפלסטינית במהלך שנות העימות המזוין מחודש ספטמבר 2000, ולא על אלו מבין האוכלוסיה האזרחית הפלסטינית אשר עבורם התבקש מעמד במסגרת הליך של איחוד משפחות.

עמדת המשיבים היא, כי האוכלוסיה האזרחית הכללית הינה קבוצת הייחוס הרלוונטית לצורך כך, שכן מתוכה תוגשנה בקשות עתידיות למעמד בישראל, מטבע הדברים. הערכת פוטנציאל המסוכנות, כפי שטוענים העותרים, על בסיס נתוני העבר, מתעלמת מכלל האוכלוסיה האזרחית הפלסטינית בגיל הנישואין. ברי, כי בבואם להעריך את פוטנציאל המסוכנות הנובע ממתן מעמד בישראל לתושבי הרשות הפלסטינית, על הדרג הביטחוני, כמו גם על ממשלת ישראל וכנסת ישראל, להביא בחשבון לאו דווקא את מספרם המוחלט של מקרי העבר, אלא להעריך על יסוד מכלול הנתונים הרלוונטיים בדבר מעורבות האוכלוסיה האזרחית הפלסטינית בטרור את פוטנציאל המסוכנות הנשקף מתושבי הרשות.

38. באשר לנתונים הנוגעים לפרופיל המעורבים בפעילות הטרור, הערכתם של גורמי הביטחון המבוססת על נתונים של ממש היא, כי כ-90% מהמעורבים בפיגועי טרור בכלל הינם בין הגילאים 16 עד 35, וכמו כן כ-97% מהמחבלים המתאבדים הינם באותם הגילאים. עוד יצוין, כי 24 מתושבי האזור שקיבלו מעמד בישראל בעקבות איחוד משפחות, ושהיו מעורבים בפיגועי טרור נגד יעדים ישראלים, היו בין הגילאים 18 עד 35. מספר זה נוגע רק לפרופיל המעורבים בפעילות כאמור שנחשפה או סוכלה בדקה ה-90.

באשר לנשים, רוב רובן של המעורבות בפיגועי טרור הינן בין הגילאים 17 עד 30. כעולה מנתוני גורמי הביטחון, תחילת מעורבותן של נשים בפעילות טרור הינה החל משנת 2002, כשמתוכן אותרו 70 מעורבות בפיגועי התאבדות, ומתוכן 8 מתאבדות. בהקשר זה, נבקש להביא לידיעתו של בית המשפט הנכבד, כי מאז תחילת מעורבותן של נשים בפיגועי התאבדות, חל גידול דרמטי בהיקף המעורבות, כך שבעוד שבשנת 2002 היו מעורבות 16 נשים בפיגועי התאבדות, ובשנת 2003, 14 נשים, הרי שבשנת 2004, היו מעורבות 36 נשים בפיגועי התאבדות. עוד חשוב להדגיש בהקשר זה, שמרבית פעולות הנשים המתאבדות היו קטלניות ביותר – בסך כל פעולות הטרור שבוצעו על ידי נשים מתאבדות,

נהרגו 39 בני אדם ו-314 נפצעו. מתוך 8 פיגועי ההתאבדות שבהם שימשו הנשים כמתאבדות, רק אחד הסתיים ללא הרוגים. יצוין, כי עוד כמה עשרות נשים הביעו נכונותן לבצע פעולות התאבדות אולם הפעולות סוכלו על ידי כוחות הביטחון. הארגון המוביל בהפעלת נשים מתאבדות הנו הפת"ח, אשר אחראי על חמישה פיגועים מתוך השמונה. פירוט הנתונים באשר למעורבותן של נשים בפעילות טרור מצורף ומסומן מש/6.

באשר למעורבות קטינים בעימות המזוין בין הצד הפלסטיני לבין מדינת ישראל, נבקש להביא נתונים עדכניים באשר למעורבותם של קטינים בפעולות טרור. בשנים האחרונות מאז פרוץ העימות המזוין, 236 קטינים מתחת לגיל 18 היו מעורבים בפעולות טרור, והחלק הארי (136) היו מעורבים בפיגועי התאבדות. מתוך קטינים אלה, 36 קטינים היו מתחת לגיל 15. מעבר לכך, 53 קטינים היו מתחת לגיל 16, 81 קטינים היו מתחת לגיל 17 ו-66 קטינים היו מתחת לגיל 18. מעורבותם של הבנים הקטינים הינה בולטת במיוחד, כאשר מתוך 236 הקטינים המעורבים, 217 היו בנים, ו-19 בלבד היו בנות. פירוט הנתונים באשר למעורבותם של קטינים בפעילות טרור מצורף ומסומן מש/7.

39. נתונים אלה, בין יתר הנתונים שפורטו לעיל, מהווים את התשתית לחקיקת הוראת השעה והתיקון לה. כפי שעולה מן האמור לעיל, התיקון להוראת השעה מבוסס על נתונים המעידים על כך שפרופיל המעורבות של האוכלוסיה האזרחית הפלסטינית בפעילות טרור משתנה בחתך של גיל ומין.

כמפורט לעיל, בעניין קטינים למשל, הגם ש-24 קטינים מתחת לגיל 14 היו מעורבים בפעילות טרור, רוב רובם של הקטינים המעורבים בפעילות טרור היו מעל גיל 14. כיוון שכך, באיזון שבין מידת הסיכון הפוטנציאלי מאוכלוסיה זו לבין הרצון להתחשב באוכלוסיית הקטינים, הועמד הגיל הקובע לצורך קבלת מעמד תושב (בשונה מקבלת היתר) על גיל 14, שכן הקפיצה המשמעותית במעורבות הקטינים חלה מגיל 14 ומעלה. בראשית העימות המזוין, מידת המעורבות של קטינים הייתה שולית, וזו גדלה רק בשנתיים האחרונות. לכן, הגם שהתמונה המצטיירת ביחס למעורבות קטינים הינה חמורה יותר, למרות זאת, נטלה על עצמה המדינה סיכון מחושב גדול יותר בהעלאתה במסגרת התיקון את הגיל שבו יהיה זכאי קטין לקבל מעמד של תושב מגיל 12 ל-14, ובאפשרה לקטין מעל גיל 14 לקבל היתר. לכאורה, לנוכח תמונת המצב המצטיירת בהיבט פוטנציאל הסיכון מאוכלוסיה זו, נטילת סיכון זו הינה צעד מרחיק לכת.

הוא הדין באשר לנתוני מעורבות נשים. הגידול הדרמטי במעורבות נשים הינו בשנת 2004 – קרי, למעלה מפי שתיים ממעורבותן של נשים בשנת 2002, שהייתה לכאורה שנת השיא בביצוע פיגועי התאבדות. יוצא אם כן, כי ניכרת מגמה של שימוש גובר והולך של נשים לצורך ביצוע פיגועי טרור, ככל הנראה, על בסיס ההנחה של ארגוני הטרור כי נשים נתפסות כמסוכנות וכמעורבות פחות בפעילות טרור. כיוון שכך, הגבירו נשים את

מעורבותן בפעולות טרור, וקטלניותם של פיגועי הטרור המבוצעים על ידי נשים היא גבוהה יותר. כיוון שזו המגמה המסתמנת, לכאורה, לא היה מקום לערוך שונות כה גדולה בין גיל הגברים (35) שיוכלו לקבל מעמד בישראל לבין גיל הנשים (25), **שכן מהנתונים בדבר מעורבות נשים בפיגועי טרור מסתמנת מגמה של גידול מעורבותן של נשים (עד גיל 30), יחסית לשנת 2002.**

על כן, אין כל יסוד לטענת העותרים כי התיקון להוראת השעה לא מתבסס על תשתית ראויה. נהפוך הוא, כפי שעולה מן ההיסטוריה החקיקתית אשר הוצגה בפני בית המשפט בכתבי בית הדין מטעם המשיבים, **התיקון להוראת השעה התקבל על בסיס תשתית ראויה והולמת, ונועד לגלם את הערכתם המקצועית של גורמי הביטחון באשר לפוטנציאל הסיכון הביטחוני הנשקף מתושבי האזור.**

המשיבים סבורים, כי הנתונים אשר הוצגו לעיל, כמו כן הערכות גורמי הביטחון באשר למשמעותם, מהווים תשתית איתנה והולמת לחקיקת הוראת השעה ולתיקונים לה. נתונים אלה מעידים על נחיצותה של הוראת השעה, ועל ההכרח בה כאמצעי לשמירה על ביטחונם ושלומם של אזרחי ישראל ותושביה.

סיכון ביטחוני למדינת ישראל כנובע מזיקה בדרגה ראשונה לפעיל טרור

40. סעיף 3ד לתיקון להוראת השעה קובע, כי לא יינתן היתר שהייה לתושב האזור אם קבע שר הפנים או מפקד האזור, בהתאם לחוות דעת גורמי הביטחון, כי תושב האזור או בן משפחתו עלולים להוות סיכון ביטחוני למדינת ישראל. לטענת העותרים, סעיף זה מוסיף להוראת השעה "חזקה חלוטה" בדבר מסוכנות משפחתית, ומהווה ענישה קולקטיבית השוללת את העיקרון של אחריות אישית.

41. יוער, כי על מנת לצמצם למינימום את פוטנציאל הסיכון הביטחוני מהאוכלוסיות החדשות שיכנסו בגדר הצעת החוק המתקנת, הוצע לעגן בחקיקה את העיקרון, כי סיכון בטחוני הנובע מקרובי משפחה בדרגה ראשונה, יכול שימנע אישור הבקשה, בכפוף לחוות דעת גורמי הביטחון בנדון.

הניסיון המצטבר של גורמי ביטחון בסיכול ובחקירת פיגועים מלמד, כי **אחת הדרכים בהן ארגוני הטרור מאתרים ומגייסים פעילים הינה באמצעות קרובי משפחה מדרגה ראשונה, או קרובים אחרים, המשתייכים בצורה זו או אחרת לארגוניהם.** כאמור לעיל, תושבי האזור אשר נושאים בתיעוד ישראלי בעקבות הליך של איחוד משפחות הינם יעד אטרקטיבי ביותר עבור ארגוני הטרור, בהיותם נהנים מתנועה חופשית בתוך מדינת ישראל ובהיכרותם הטובה את השטח. על כן, **גוברים הסיכויים כי ארגוני הטרור ינצלו קשרי משפחה קיימים על מנת להפעיל לחץ על תושב האזור הנושא בתיעוד ישראלי להשתתף בהוצאה לפעול של פיגוע קטלני.**

ניסיון זה של גורמי הביטחון מבוסס על מקרים רבים בהם מעורבותם של תושבי האזור בפעילות טרור נבעה מן הכרויות אישיות עם פעילי טרור אחרים, ובייחוד, עם בני משפחה פעילים בארגוני טרור. לדוגמה, אברהים פתחי, אשר קיבל מעמד בישראל בעקבות נישואיו לאזרחית ישראלית, גויס לפעילות טרור על ידי אחיו המתגורר באזור. כמו כן, הלאל סעדו יוסף אבו טהא, אשר קיבל מעמד בישראל בעקבות נישואיו עם אזרחית ישראלית, נענה להצעתו של פעיל חמא"ס לחטוף חייל ישראלי לאחר שגויס לארגון טרור על ידי בן דודו במהלך ביקור אצל משפחתו ברצועת עזה.

42. על פי ההלכה הפסוקה, מוקנה לשר הפנים שיקול דעת רחב בעת שקילת בקשת אדם לקבל מעמד בישראל, בין אם מדובר במעמד ארעי ועל דרך קל וחומר עת מדובר במעמד של קבע. עוד טרם חקיקת התיקון להוראת השעה, במסגרת שיקול דעת שר הפנים, בין על פי חוק הכניסה לישראל, בין על פי חוק האזרחות ובין על פי חוק השבות על פיו לכאורה ה"זכאות" היא אוטומטית, רשאי שר הפנים לשקול - בין היתר - את השאלה, אם ההיענות לבקשה לשהות בישראל דרך קבע עלולה ליצור סכנה לביטחון הציבור, לשלום, לביטחון המדינה או לאינטרסים חיוניים שלה. לעניין זה ראו, בין היתר, בבג"צ 4156/01 דימיטרוב נ' משרד הפנים, פ"ד נו(6)289, בבג"צ 2527/03 סועאד אסעיד ואח' נ' משרד הפנים, תק-על 2003(3)2537, בג"צ 3648/97 סטמקה ואח' נ' שר הפנים, פ"ד נג(2)728, בעמ' 787-788, ובג"צ 2208/02 מהא סלאמה ו-3 אח' נ' שר הפנים, תק-על 2002(3)899, בעמ' 904.

43. על כן, ההתחשבות בקשרי המשפחה של מבקשי מעמד בישראל אינה נובעת מהתיקון להוראת השעה, אלא הינה, מאז ומתמיד, חלק מן התמונה הכוללת העומדת בפני הגורמים הרלוונטיים בבואם לבחון בקשות לקבלת מעמד. בניגוד לנטען בתגובת העותרים, אין בהוראות סעיף 3ד לתיקון כדי להוות מגבלה נוספת וחדשה. ברי, כי על שר הפנים לשקול אם נשקפת סכנה לביטחון המדינה ממבקש המעמד, וזאת בהתחשב בתמונה הכוללת ובמגוון השיקולים העומדים בפניו. כאמור לעיל, קשריו המשפחתיים הינם, בין היתר, שיקול כאמור.

44. לעיתים, אין לגורמי הביטחון חומר ביטחוני שלילי אודות המוזמן דווקא, אך קיים חומר ביטחוני שלילי אודות מקורבים לו – לדוגמה, בני משפחה מדרגה ראשונה שהינם פעילים בארגון טרור, ו/או עוסקים בייזום פיגועים ובניסיונות להוציאם לפועל. ניסיון העבר מלמד כי הקשר המשפחתי יוצר פוטנציאל להשפעה ושימוש במקבל המעמד בישראל, וזאת בגין נגישותו לישראל ולשטחים כאחד. סיוע כזה יכול להיות אפילו תמים ולא מודע מבחינת המוזמן.

השיקול המרכזי אותו מצווים גורמי הביטחון ומשרד הפנים לשקול הוא שיקול הסיכון. אם באישור הבקשה לאיחוד משפחות יהיה משום סיכון לציבור, יש לסרב לבקשה, בין שמאפייניו של הסיכון הם "ישירים" ובין שהם "עקיפים". אין הבדל מהותי בין חשיפת

הציבור לסיכון הנובע מהיותו של המוזמן עצמו מעורב ביוזמתו בפעילות חבלנית לבין מקרה בו הסיכון נוצר מקירבתו (תרתי משמע) לפעילי טרור; מקשריו להתארגנות התשתית החבלנית העוינת שמבקשת להוציא פיגועים בשטח מדינת ישראל ומחופש תנועתו בישראל. השיקול המכריע הוא **קיומו של הסיכון, ולא מקורו של הסיכון.**

בהקשר זה, יפים דבריו של בית המשפט הנכבד בבג"צ 7061/05 **חיטאם עטאונה ואח' נ' שר הפנים ואח' (טרם פורסם)**, כדלקמן:

"המבקש לזכות בישיבת קבע בישראל אינו יכול להיות קשור עם פעילי פח"ע וטרור. ישיבה בישראל וקשר לגורמים כאלה הם בחינת תרתי דסתרי. ויש צורך במידה רבה של נאיביות, שלא לנקוט ביוטי חריף יותר, כדי שהמשיבים יאפשרו בנסיבות כאלה לעותר להמשיך בתהליך המדורג ולישב קבע כאילו עולם כמנהגו נוהג."

ראו והשוו, בג"צ 4360/94 **תיסיר טאטור נ' שר המשטרה פ"ד נ(2)**, 560, ובג"צ 4574/94 **יהודה אשתמקר ואח' נ' מפכ"ל המשטרה** תק-על 96(4), 136.

45. המשיבים סבורים כי אין בטענת העותרים כי מונח זה הינו עמום ונעדר ספציפיקציה ולא כלום. מטיבם של דברים, אין כל יכולת לגבש רשימה סגורה של פעילויות אשר מהן נשקפת סכנה לביטחון המדינה, ואף הדבר אינו רצוי. דברי חקיקה רבים נוקטים במונח "סיכון ביטחוני" או "ביטחון המדינה", וזאת על מנת לתאר מגוון של פעילויות אשר עלולות להוות סיכון לביטחון מדינת ישראל. ראו, לדוגמה, סעיף 2(ב)(2) לחוק השבות התש"י-1950, וסעיף 1 לחוק איסור מימון טרור, התשס"ה-2005.

בהתאם לקבוע בסעיף 3ד לתיקון, על גורמי הביטחון לחוות את דעתם האם נשקף ממבקש המעמד ומקרוביו מדרגה הראשונה סיכון ביטחוני, וזאת בהתחשב בכלל הנתונים העומדים לרשותם של גורמים אלה. לא בכל הנסיבות, יגיע בהכרח שירות הביטחון הכללי למסקנה כי קיים סיכון לציבורמתן מעמד בישראל למוזמן, על סמך חומר בטחוני שלילי הנוגע לקרוב משפחה מדרגה ראשונה. ההחלטה לסרב בקשה לקבלת מעמד בישראל מן הסיבה כי נשקף סיכון ביטחוני ממבקש המעמד הינה **החלטה פרטנית** אשר מתקבלת לנוכח מכלול נסיבות העניין. **למותר לציין, כי מי שרואה עצמו נפגע מהחלטתו של שר הפנים, רשאי לפנות בעתירה לערכאה המתאימה, ואין כל בסיס לטענת העותרים כי מדובר בהחלטה מינהלית שאינה ניתנת לתקיפה.** כך היו פני הדברים טרם חקיקת התיקון להוראת השעה, וכך גם בעקבותיו.

סיכום העמדה המשפטית של המשיבים

46. העמדה המשפטית של המשיבים הובאה בהרחבה רבה במסגרת הסיכומים מטעמם מחודש דצמבר 2003. כמו כן, סיכמו המשיבים את טענותיהם המשפטיות בהודעה מיום 6.11.05, וזאת בהתאם להחלטת הנשיא מיום 1.8.05. המשיבים מבקשים להפנות את בית המשפט הנכבד לכל האמור במסמכים אלה. לנוחיות בית המשפט הנכבד, תובא עמדת המדינה כאן בתמצית.

תכלית החקיקה: הגנה על הזכות לחיים, לשלמות הגוף ולביטחון אישי

47. תכלית הוראת השעה הינה ההגנה על הזכות לחיים ולביטחון אישי, ובכלל זה, ההגנה על הזכות הקולקטיבית לביטחון. הזכות לחיים היא זכות חוקתית בסיסית, הנתונה לכל אדם בישראל, והינה **זכות בלעדית אין**. מעמדה החוקתי של זכות זו ושל עקרון קדושת החיים מעוגן בסעיף 1, בסעיף 2 ובסעיף 4 לחוק יסוד כבוד האדם וחירותו.

לצד זכותו של כל פרט בחברה לחיים, עומדת זכותה המוכרת של המדינה להגנה עצמית, זכות המוכרת גם במשפט הבינלאומי (סעיף 51 למגילת האומות המאוחדות).

המדינה נושאת בחובה ובאחריות לשמור על חייהם ועל שלומם של תושביה, והיא זכאית לנקוט בפעולות כנגד מבקשי רעתם, במטרה למנוע את הפגיעה בחייהם.

טיעון המשיבים הינה, כי חוק היסוד מגדיר באופן ישיר את זכויות הפרטים המצויים בשעריה של המדינה, ובאופן מכוון לא הקים כל זכות חוקתית לזר להגר אל תוך המדינה. טיעוננו הוא, כי זכות זו שלא נוצרה במישרין בכוונת מכוון, אין לייצרה בעקיפין בדרך פרשנית.

היעדר זכות חוקתית לזר להגר למדינה

48. עקרון מקובל במשפט הבינלאומי המנהגי הוא שלמדינה קיימת הזכות שלא להכניס זרים לשטחה. זכות זו של המדינה נגזרת, בראש ובראשונה, מעקרון **ריבונות המדינה**. כמו כן, המשפט הבינלאומי ההסכמי מבחין בין זכותו של אזרח מדינה להיכנס ולצאת מתחומה בחופשיות ולזכותו של כל אדם מצוי בשטח המדינה לנוע בה בחופשיות, לבין הזר אשר אינו מצוי בשטח המדינה, ואשר לו לא קיימת זכות כניסה לישראל.

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

חוקי היסוד בישראל, המגדירים את זכויותיהם של הפרטים המצויים בתוך המדינה ואת חובתה החוקתית של המדינה כלפיהם, לא העניקו זכות חוקתית להגירה. סעיף 6 לחוק היסוד כבוד האדם וחירותו מעניק לזר את הזכות המצומצמת **לצאת** משערי המדינה בלבד.

49. עוד יצוין, כי ניתן למצוא במשפט הבינלאומי ובמשפט המדינתי הוראות אשר דווקא **מעניקות למדינה רשות – בכפוף למשפט הבינלאומי ההומניטארי – להטיל הגבלות על נתיני מדינת אויב מתוך אקט של הגנה עצמית**. לעניין זה, וליישומו בנסיבות העימות המזוין בין מדינת ישראל לבין הרשות הפלסטינית, ראו האמור לעיל.

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

50. בסיכומים מטעמם, הציגו המשיבים בהרחבה פרופוזיציה משפטית באשר לאופי הניתוח החוקתי. בקליפת אגוז, סבורים המשיבים כי **יש לבחון את האיזון הפנימי הגלום בחוק נשוא הניתוח החוקתי. אם החוק המגביל מגלם איזון פנימי ראוי בין הזכויות החוקתיות השונות, הרי שלא מתקיימת "פגיעה" שאת תכליתה ומידתיותה יש לבחון במסגרת פסקת ההגבלה**. ראו לעניין זה ברק, פרשנות במשפט – פרשנות חוקתית (כרך ג'), תשנ"ה), עמ' 520.

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

51. הניתוח החוקתי הוא אחד הגורמים המשפיעים על היקף הגדרת הזכות, וכפועל יוצא, הפגיעה בה. **עמדתנו היא כי יש להגדיר את הזכות החוקתית, כך שרק פגיעה מהותית ובעלת חומרה בזכות החוקתית, תעבור לניתוח במסגרת פסקת ההגבלה**. גישה זו משקפת עמדה מהותית, ולפיה **מקומו של חלק עיקרי בדיון החוקתי הוא במסגרת הגדרת הזכות, ולא במסגרת פסקת ההגבלה**.

52. המשיבים טוענים עוד כי אין לפרש את הזכות הכללית לכבוד, וקל וחומר את הזכויות הפרטיקולריות (שהעותרים טוענים להן), כמצמיחות חובה חוקתית על המדינה להתיר את כניסת הזר בשעריה. טיעוננו הינו כי הימנעות מלאפשר כניסת הזר ארצה אינה מקימה פגיעה בזכות לכבוד או בזכות פרטיקולרית אחרת שכן זכויות אלה – בין השאר, בשל סעיף 6 לחוק היסוד (יציאה מישראל וכניסה אליה) – אינן כוללות את החובה החוקתית לאפשר את כניסת הזר. **במילים אחרות, עמדת המשיבים הינה, כי הזכות לכבוד, והזכויות הפרטיקולריות האחרות, מבחינת היקף התפרשותם על פי לשון תכליתם, אינם מקימות חובה על המדינה לאפשר כניסת הזר לתחומה**.

היקפן הפנימי של הזכויות הפרטיקולריות: הזכות לחירות ולפרטיות

53. סעיף 5 לחוק היסוד מעניק הגנה **לחירות האישית**, וסעיף 7 לחוק היסוד מגן על **הזכות לפרטיות**. עמדת המשיבים היא כי הזכות לחירות, כמו גם הזכות לפרטיות, שייכות **למשפחת החירויות**, ומשמעות הדבר היא כי מולן עומדת חובה נגטיבית, קרי – להימנע מפגיעה בהן. מסקנה זו מתבקשת בראש ובראשונה מלשון חוק היסוד, המגדיר טיבה של ההגנה הניתנת באופן שלילי. בנוסף, נסמכת מסקנה זו על מהותן של הזכויות.

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

היקפה הפנימי של הזכות הכללית לכבוד: הזכות לשוויון ולחיי משפחה

54. ההיסטוריה החקיקתית של חוק היסוד כבוד האדם וחירותו מלמדת כי ההסכמה אשר הובילה לחקיקת חוק היסוד הייתה לעגן את **הגרעין** של הזכות לכבוד, במובנו הלשוני הרגיל, דהיינו הגנה מפני הפגיעות **המובהקות** בכבוד האדם – פגיעות גופניות נפשיות, השפלה, ביזוי וכו'. **הסכמה זו לא כללה הסכמה לעגן זכויות שלא נמנו בחוק היסוד דרך הזכות לכבוד.**

עמדתם של המשיבים הינה, כי פרשנותו של המונח "כבוד האדם" אינה מחייבת הכרעה בשאלה האם קטגוריות מסוימות של זכויות אדם נכללות בגדר מונח זה. **על פי גישה זו, השאלה שצריכה להישאל בכל מקרה היא האם הפגיעה הנטענת במקרה הקונקרטי יש בה משום פגיעה בכבוד האדם, ולא האם נפגעת זכות פרטיקולרית כלשהי.**

הדברים נכונים גם לגבי הזכות לשוויון והזכות לחיי משפחה. על פי גישת המשיבים, פגיעה בשוויון או בחיי משפחה יכולה לעלות כדי פגיעה בכבוד האדם, אך לא כל פגיעה בשוויון או בחיי משפחה תהיה פגיעה בכבוד האדם המוגן בחוק היסוד. גדר המחלוקת היא אם כן, מהי הפגיעה בשוויון או בחיי המשפחה שתעלה כדי פגיעה בכבוד.

הזכות לשוויון

55. המשיבים סבורים כי **השאלה שצריכה לעמוד לדיון היא אם הפגיעה הקונקרטית – קרי זו הנובעת מהעדר נכונות המדינה ליתן אשרת כניסה לבן הזוג הזר השייך לרשות המצויה בעימות מזוין עם מדינת ישראל – מהווה פגיעה בשוויון המגעת כדי פגיעה בכבוד**. המשיבים סבורים כי שיטת ניתוח זו הינה ראויה בהתחשב בכך שהזכות לשוויון לא נכללה כזכות פרטיקולרית בחוק היסוד.

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

הזכות לשוויון, יחדה ההגנה לאזרחי מדינת ישראל ותושביה. מטעם זה, טענה בדבר הפלייה פסולה המצדיקה בטלות חקיקה לא תישמע מפיו של הזר המבקש להיכנס לישראל.

56. באשר לטענה של הפליה תוצאתית כלפי בן הזוג המקומי, תשובת המשיבים היא משולשת: ראשית, הצדקה אובייקטיבית לחקיקה העומדת לבחינה מאיינת את הפגיעה הנטענת כבר בשלב זה, וזאת אפילו אם מבחינה תוצאתית מביאה היא לתוצאה שבה נפגעת יותר קבוצה אחת. במקרה דנן, קיימת הצדקה אובייקטיבית המבוססת על הערכתם המקצועית של גורמי הביטחון בדבר הסיכון לאזרחי ישראל ותושביה נוכח דפוסי ההשתקעות מחמת נישואין של תושבי האזור במהלך העימות המזוין הפעיל. שנית, במקרה דנן, תכלית החקיקה אינה מכוונת להפליית אזרחי ישראל הערבים, אלא נועדה להגן על חיי כלל אזרחי ישראל ותושביה מפני מבקשי רעתם נתיני הרשות הפלסטינית בעת עימות מזוין. שלישית, טענת הפלייה קבוצתית עקיפה (תוצאתית) צריכה להיתמך בראיות מהן עולה כי תכלית החקיקה היא לפגוע לפרטים המשתייכים לקבוצה מסוימת מטעמים לא ענייניים, ונטל הבאת הראיה בעניין זה מוטל על שכמם של העותרים.

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

זיהוי הפגיעה בזכות באמצעות עריכת "איזון פנימי"

57. מבחינה מושגית, מהלך ניתוח הזכות לשוויון שונה ממהלך ניתוחן של זכויות אחרות, שכן בתיחום היקפה הפנימי של זכות זו מובנים שיקולים ערכיים. כך, למשל, בהגדרת רלבנטיות השונות, אשר יש בה כדי לאיין את עצם קיומה של הפגיעה עקב ההבחנה, היא פועל יוצא של שיקולים ערכיים המשתנים בהתאם לנסיבות הזמן והמקום. כוחם של השיקולים הערכיים אינו מוחלט במובן זה שנדרש איזון פנימי בין מידת השונות לבין עוצמת ההצדקה האובייקטיבית.

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

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

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

תמצית טיעוננו היא כי החוק אינו מביא להפלייתם הפסולה של אזרחי ישראל הערבים, כיוון שלא להפלייתם או כלפיהם כוון, ואף אם תאמר – ואין זו דעתנו – כי בפועל הינו בעל אפקט מפלה כלפיהם, הרי שאפקט זה לא מקים פגיעה בשוויון המגעת כדי פגיעה בכבוד.

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

הזכות לחיי משפחה

59. המשיבים סבורים כי, בהתאם לשיטת הניתוח המוצעת על ידם, הגם שייתכנו מקרים בהם פגיעה בזכות לחיי משפחה תגיע כדי פגיעה בזכות החוקתית לכבוד הרי שבענייננו השאלה שצריכה לעמוד לדיון היא אם הפגיעה הקונקרטיית – קרי, זו שנובעת מהיעדר נכונות המדינה ליתן אשרת כניסה לבן הזוג הזר השייך לרשות המצויה בעימות מזוין עם מדינת ישראל – מהווה פגיעה בזכות לחיי משפחה המוגעת כדי פגיעה בכבוד. המשיבים סבורים כי שיטת ניתוח זו הינה ראויה בהתחשב בכך שהזכות לחיי משפחה לא נכללה בזכות פרטיקולרית בחוק היסוד.

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

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

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

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

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

מבחני פסקת ההגבלה

62. עמדת המשיבים הינה כי גם בהנחה שיש פגיעה בזכות כלשהי של העותרים, הרי שפגיעה זו הינה חוקתית בהיותה עומדת במבחני פסקת ההגבלה.

יישום מבחני פסקת ההגבלה בחקיקה זמנית: עמדת המשיבים היא כי בבואו של בית המשפט לבחון את חוקתיותה של פגיעה נטענת בזכות מוגנת, במסגרת פסקת ההגבלה, עליו להתחשב בכך שמדובר בהוראת שעה, שמעצם טבעה הינה זמנית. בנסיבות העניין שבפנינו, נבקש להדגיש שניים אלו: ראשית, למן אוגוסט 2004, לא הוארך תוקפה של הוראת השעה המקורית אלא לתקופות קצובות של מספר חודשים כל פעם, ובאישור הכנסת, בשים לב למצב הביטחוני שנבחן מדי תקופה. שנית, ביולי 2005, תוקנה הוראת השעה באופן מהותי, תוך הכנסת שורה של חריגים, וגם אז, לא נחקקה אלא כחוק לתקופה קצובה.

63. תכלית ראויה ההולמת את ערכיה של מדינת ישראל כמדינה יהודית ודמוקרטית: תכלית הוראת השעה הינה, למזער את הסיכון היומיומי הנשקף לביטחון הציבור כקולקטיב ולצמצם את הסכנה לפגיעה בזכות היסוד הבסיסית ביותר, היא הזכות לחיים של כל פרט ופרט בישראל.

כאמור לעיל, תכלית זו נלמדת מהמציאות הביטחונית בעת חקיקת הוראת השעה והתיקון לה. לא יכול להיות ספק כי תכלית זו - היא ההגנה על הזכות לחיים, הינה תכלית ראויה ההולמת את ערכיה של מדינת ישראל כמדינה יהודית ודמוקרטית.

מבחני המידתיות:

64. המשיבים עמדו בהרחבה על עמדתם כי, בנסיבות הזמן והמקום, הגבלת כניסתם והשתקעותם של תושבי האזור בישראל הינה מכשיר ואמצעי מתאים וחיוני שבלתו אין לצמצם את הסיכון לביטחון הציבור ולזכותו של כל פרט ופרט בישראל לחיים ולביטחון אישי.

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

66. הדרישה לפגיעה "במידה שאינה עולה על הנדרש" קובעת את חוקתיות האמצעי שנבחר. מבחן המידתיות כולל שלוש דרישות מצטברות (בג"צ 1715/97 לשכת מנהלי השקעות בישראל נ' שר האוצר פ"ד נא(4) 367), כדלקמן:

(א) מבחן ההתאמה: על פי מבחן זה נדרש קשר רציונאלי בין המטרה לבין האמצעי. קשר זה מתקיים במקרה דנן. עמדתם המקצועית של גורמי הביטחון הנסמכת על התשתית שפורטה לעיל, קרי אופי המאבק המזוין, מעורבות האוכלוסיה האזרחית הפלסטינית בו, והשימוש שנעשה בנושאי תיעוד ישראלי לצורך הגברת האפקט האסטרטגי של המאבק המזוין היא כי, בנסיבות הזמן והמקום כאמור לעיל, הגבלת כניסתם והשתקעותם של תושבי האזור בישראל, הינה מכשיר ואמצעי מתאים וחיוני שבלתו אין, לצמצום הסיכון לביטחון הציבור ולזכותו של כל פרט ופרט מאזרחי המדינה ותושביה לחיים ולביטחון אישי.

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

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

הערכתם המקצועית של גורמי הביטחון – הנסמכת על ניסיון העבר, לרבות בשנות העימות המזוין – הינה כי בדיקה פרטנית של הסיכון, על גווניה השונים, אינה יעילה דיה לעת הזאת, ואינה מנבאת באופן מספק סיכון עתידי, בנסיבות הזמן והמקום, וזאת מן הטעמים שפורטו לעיל.

בנסיבות העניין, אין בנמצא חלופה יעילה, אשר יכולה להיחשב כאמצעי יעיל שפגיעתו פחותה.

יודגש שוב בהקשר זה, כי תושבי האזור שהיו מעורבים בתכנון וביצוע פיגועי טרור, כפי שפורט לעיל, ואשר בקשתם לאיחוד משפחות אושרה לפני חקיקת הוראת השעה, עברו בדיקות פרטניות על ידי גורמי הביטחון. **הסיכון הביטחוני שהתממש בסופו של דבר בקשר לתושבים אלה לא אותר במסגרת הבדיקות הפרטניות, ובקשתם לאיחוד משפחות אושרה על ידי גורמי הביטחון. רק לאחר שאושרה בקשתם לאיחוד משפחות, נטלו אלו חלק בפעילויות טרור, תוך ניצול התייעוד שניתן להם.**

עוד נבקש לחדד כי **הוראת השעה לא ננקטה כאמצעי ראשון** עם פרוץ העימות המזוין בספטמבר 2000, אלא רק לאחר הפיגוע במסעדת מצה בפסח 2002. **במהלך שנה ומחצה התחוור לגורמי הביטחון יותר ויותר כי האמצעי של אבחון פרטני אינו יעיל נוכח מאפייניו הייחודיים של העימות המזוין הנוכחי.**

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

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

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

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

כיום, על פי החוק המתקן, מוסמך שר הפנים להעניק לתושב האזור שהוא מעל גיל 35, ותושבת האזור שהיא מעל גיל 25, היתר שהייה בישראל לשם מניעת הפרדתם מבני זוגם השוהים כדין בישראל. כמו כן, מוסמך שר הפנים לתת לקטין שגילו עד 14 שנים רישיון לישיבה בישראל. החוק המתקן אף מאפשר להעניק היתרי שהייה בישראל גם לקטין מגיל 14 עד גיל 18, בעוד שלפני חקיקתו לא ניתן היה להעניק היתר או אשרה מכל סוג שהוא לקטין מעל גיל 12. הנה כי כן, לכלל הקטינים תושבי האזור אשר להם הורה משמורן, המתגורר כדין בישראל, יתאפשר מעתה לקבל רישיון ישיבה או היתר שהייה, לפי העניין, וזאת בהיעדר מניעה ביטחונית או פלילית (למותר לציין, כי ככל שמדובר בקטינים שהם ילדיהם של אזרחי ישראלי, ממילא אין הם נפגעים כלל, כי הינם אזרחים ישראלים מלידה).

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

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

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

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

נטל ההוכחה

71. לטענת העותרים, משהוציא בית המשפט הנכבד צו על תנאי בעניין העתירות שבנדון, מועבר למשיבים הנטל להוכיח כי הוראת השעה אינה פוגעת בזכויות יסוד. לטעמנו דין טענה זו להידחות מכל וכל.

לעניין זה, ניתן להעיר כי בבג"צ 366/03 עמותת מחוייבות לשלום וצדק חברתי נ' שר האוצר נידונה שאלת חוקיותו של תיקון לחוק הבטחת הכנסה שבעקבותיו הופחתו שיעורי הגמלה. עתירה זו נידונה, בהסכמת המדינה, כאילו ניתן צו על תנאי (ובענין זה ראו החלטת בית המשפט הנכבד מיום 16.3.04). מובן כי הסכמת המדינה למתכונת דיון זו, כפי שנפרט בהמשך, נבעה משיקולי יעילות דיונית ואין בה משום הסכמה כי העותרים הרימו את הנטל להוכיח קיומה של פגיעה. ואכן, דעת הרוב דחתה את העתירה מחמת אי הרמת נטל ההוכחה המוטל על העותרים להוכיח קיומה של פגיעה. וכך נאמר:

"במסגרת השלב הראשון של הבחינה החוקתית (ראו פסקה 11 לעיל), הנטל על העותרים להראות, שעל אף מכלול השירותים, חיים בארצנו אנשים שכבודם נפגע מפני שתנאי הקיום החומריים שלהם אינם מספיקים. בנטל זה לא עמדו העותרים.

.....

השלב הראשון של הבחינה החוקתית נשלם, אפוא, במסקנה, כי לא הוכחה פגיעה בזכות לכבוד. במצב זה איננו נדרשים להמשיך ולקיים את יתר השלבים של הבחינה החוקתית. דין העתירות נגד התיקון להידחות".

בית המשפט הנכבד דחה איפוא את הטענה בדבר פגיעה בזכות לכבוד בשל כך שלא הוכחה קיומה של פגיעה וזאת כאמור חרף מתן צו על תנאי בעתירה. עובדה זו מלמדת כי אין בסיס לטענה כי עצם הוצאת צו על תנאי בעתירה שעניינה חוקתיות של חוק יש בה כדי להעביר את נטל ההוכחה למשיבים.

72. בהקשר זה נעיר כי בעתירות התוקפות חוקתיות של דבר חקיקה הוצאת הצו על תנאי משרתת לא אחת יעילות דיונית. כאשר בעתירות אלה מצויה בפני בית המשפט התשתית המשפטית והעובדתית הדרושה להכרעה הרי שמתן צו על תנאי, משרתת תכלית של יעילות דיונית. הטעם לכך הוא שמתן צו על תנאי מאפשר לבית המשפט הנכבד להכריע בעתירה במהלך אחד (שיכול להתפרש על פני מספר דיונים באולם בית המשפט) ולא לשיעורין. שיקולי יעילות דיונית בוודאי שאינם מלמדים על חלוקת הנטלים המהותית.

בהליך חוקתי, אין אנו עוסקים בנטל דיוני אלא בנטל מהותי. משמעות הדבר הינה, כי גם לאחר הוצאת צו על תנאי, על העותרים להרים את הנטל כי החוק פוגע בזכות חוקתית, לתכלית שאינה ראויה ובמידה העולה על הנדרש. הוצאת צו על תנאי, שהינו צו דיוני, אין בה כדי לשנות לטעמנו את הנטל המהותי. לטעמנו חלוקת הנטלים מושפעת, בין היתר, מהגיונה של חזקת החוקתיות של דבר חקיקה, שפותחה בפסיקתו של בית משפט נכבד זה, ובהגיונה של חזקה זו שיקולי יעילות דיונית בוודאי שאינם מכרסמים.

73. הלכה פסוקה היא, כי לחוק עומדת חזקת חוקתיות. חזקת החוקתיות משקפת את הרגישות והזהירות בו ינהג בית המשפט הנכבד בדבר חקיקה ראשית של הכנסת בשל מרקם היחסים העדין בין הרשויות. עמד על כך בית משפט נכבד זה, בין היתר, בבג"ץ 1993/03 **התנועה למען איכות השלטון נ' ראש הממשלה תק-על 2003(3)**, 1982, עמ' 1990, כדלקמן:

"דבר-החקיקה עומד בחזקת כשרות חוקתית, זאת כפועל יוצא של הצורך להימנע מטשטוש הגבולות בין הרשויות."

ראו לעניין זה גם ע"א 6821/93 **בנק המזרחי המאוחד בע"מ נ' מגדל כפר שיתופי**, פ"ד מט(574, 397) (4).

על מעמדה המרכזי של חזקת החוקתיות בחלוקת נטלי ההוכחה, להבדיל מן השלב הדיוני בו מצוי ההליך, עמד כב' השופט זמיר אגב אורחא בבג"ץ 6055/95 **שגיא צמח נ' שר הבטחון** פ"ד נג(5), 241, עמ' 269-268, באומרו:

"במאמר מוסגר אעיר, שספק בעיני אם ההלכה בענין נטל ההוכחה, שהורתה ותחולתה בתחום המשפט הפלילי ובתחום המשפט האזרחי, חלה באותה מתכונת גם בתחום המשפט הציבורי. אכן, גם בתחום המשפט הציבורי, כמו בתחום המשפט האזרחי, חל הכלל הקובע כי המוציא מחברו עליו הראיה. לכן, בשלב הראשון של ההתדיינות בתחום המשפט הציבורי, מוטל על העותר הטוען נגד החוקיות של חוק, תקנה או החלטה מינהלית, הנטל לעורר ספק מהותי בחוקיות. אולם, משעורר העותר ספק כזה (בין אם הוצא צו על-תנאי ובין אם לא הוצא צו כזה) שוב אין בית המשפט חייב להסתפק בראיות שהובאו בפניו על ידי העותר. למשל, אם העותר הצליח לעורר ספק מהותי בחוקיות השיקולים של הרשות או בסבירות של ההחלטה, אך לא הצליח להביא די ראיות כדי שבית המשפט יוכל לקבוע בפסקנות אם ההחלטה חוקית או אינה חוקית, בית המשפט אינו חייב לדחות את העתירה

בשל חוסר ראיות. הוא רשאי לנקוט יוזמה ולדרוש מן הרשות להשיב על שאלות מסויימות או להביא בפניו ראיות נוספות כפי שיקבע: תצהירים, מסמכים, ועוד.

.....

מכאן נובע גם הבדל בשאלת נטל ההוכחה בין הליך מינהלי לבין הליך פלילי או הליך אזרחי. בהליך מינהלי, יותר מאשר בהליך פלילי או בהליך אזרחי, בית המשפט עשוי לפעול לחיזוק תשתית הראיות, לפי הצורך, עד שיוכל להכריע לגוף העניין בשאלת החוקיות של ההחלטה המינהלית. משום כך, בהליך מינהלי, לאחר שבתחילת ההליך התעורר ספק מהותי בחוקיות ההחלטה המינהלית, בדרך כלל לא מתעוררת יותר, בהמשך ההליך, השאלה של נטל ההוכחה.

אך לא תמיד כך. לעתים תשתית הראיות נשאר, גם בסופו של הליך, רופפת עד כדי כך שבית המשפט אינו יכול לבסס עליה ממצאים כפי שנדרש לצורך הכרעה בשאלת החוקיות של ההחלטה המינהלית. במצב כזה אפשר שבית המשפט יהיה נאלץ להכריע בשאלת החוקיות של ההחלטה המינהלית, לא לגוף העניין, אלא על יסוד הכרעה בשאלה של נטל ההוכחה. אולם ההכרעה בשאלה זאת, אף היא עשוייה להיות מושפעת מן המהות המיוחדת של ההליך המינהלי. היא עשוייה להיות מושפעת משיקולים של שלטון החוק, חזקת החוקתיות של חוק וחזקת החוקיות של החלטה מינהלית, החשיבות של הזכות הנפגעת ועוצמת הפגיעה בזכות, יעילות המינהל ואינטרסים ציבוריים אחרים. המשקל היחסי הניתן לשיקולים עשוי לקבוע אם נטל ההוכחה יישאר מוטל על העותר, המוציא מן הרשות, או שהוא יעבור אל הרשות. ייתכן כי זהו גם הסבר, ולו רק הסבר חלקי, לחילוקי הדעות בשאלה של נטל ההוכחה שנתגלעו בין השופטים במשפט בנק המזרחי".

74. המשיבים סבורים כי הניחו תשתית עובדתית מלאה ורחבה המאפשרת לקבוע כי החוק הינו חוקתי וזאת מבלי להידרש לשאלת נטלי ההוכחה. מכל מקום, שאלת חלוקת נטלי ההוכחה בעתירות חוקתיות מושפעת מחלוקה מהותית של הנטלים, בהתחשב בהגיונה של

חזקת החוקתיות, ואין היא מושפעת – כפי שעולה מפסיקתו של בית משפט נכבד זה – מן ההחלטה בדבר מתן צו על תנאי.

כלל מגישי הבקשות

75. בהתאם להחלטת כב' הנשיא מיום 31.1.06, מתכבדים המשיבים להשיב, ככל הניתן, על השאלות המפורטות שם, כדלקמן:

I. באשר למספר הבקשות לאיחוד משפחות שאושרו עד למועד קבלת החלטת הממשלה מיום 12.5.2002, בידי המשיבים נתונים באשר למספר הבקשות שהוגשו בין השנים 1993 עד תום 2001. נכון לשנת 2001, מספר הבקשות אשר הוגשו עמד על 22,414, כאשר בנתון זה אין הבחנה בין בני זוג נתינים זרים לגביהם נתבקשה הענקת מעמד בישראל, שהינם תושבי האזור לבין נתיני מדינות ערב.

מתוך 22,414 הבקשות שהוגשו, נכון לתום שנת 2001, סורבו 6,407 בקשות ו-16,007 **בקשות נמצאו בטיפול**, דהיינו, המוזמנים על פי הבקשה קבלו מעמד קבע בישראל, ו/או שולבו בהליך המדורג והינם בעלי מעמד כזה או אחר בישראל, ו/או טרם נתקבלה החלטה בענינם. (וזאת בשים לב לשונות בין התקופות, קרי- עד 1996 ומ-1997 ואילך). הגרף המפרט מספר הבקשות אשר הוגשו מדי שנה, בין השנים 1993 ל-2001 מצורף ומסומן **מש/8**.

בהקשר זה, נבקש להדגיש כי, כידוע לבית המשפט הנכבד, עד לתום שנת 1996, בעקבות בקשה שטופלה ואושרה זכה בן הזוג לקבלת מעמד של תושב קבע בישראל, בין שנישא לתושב ישראל ובין שנישא לאזרח ישראל. למן ינואר 1997, הוחל בהנהגת תקופת המבחן המדורג לעניין הטיפול בבקשות לאיחוד משפחות שאושרו. לנוכח שאלת בית המשפט הנכבד, נתבקש משרד הפנים לבקשת הח"מ לנסות ולאתר מתוך מספרן של 16,007 הבקשות שנרשמו כבקשות שבטיפול בתקופה הרלוונטית, בכמה מתוך הבקשות דגן הסתיים הטיפול במובן של קבלת רישיון לישיבת קבע. הנתונים

שנמסרו ממשרד הפנים (בהתאם לשאילתא לגבי מספר מקבלי מעמד קבע בישראל, בהיעדר הבחנה בין תושבי האזור לתושבי מדינות ערב) הינם, כדלקמן:

211 - 2000	1420 – 1993
176 - 2001	3200 – 1994
77 - 2002	4081 – 1995
	1713 – 1996
	386 – 1997
	1998 – שגיאת מחשב

1999 – 888 (מספר זה, ככל הנראה, כולל גם את מספר מקבלי רשיון ישיבת קבע בשנת 1998)

על כן, ניתן לראות שבעוד שעד 1997, בקשה שאושרה ניתן בעקבותיה רשיון ישיבת קבע, הרי שבקשה שאושרה למן שנת 1997, הביאה לקבלת מעמד אחר בישראל, לפי הענין.

II. לא ניתן לעמוד על מספר הבקשות שנדחו מאז ובשל קבלת החלטת הממשלה והוראת השעה נשוא העתירה דנן. יובהר, בקשות אשר נופלות בגדר החלטת הממשלה או הוראת השעה; או שמאז התיקון להוראת השעה, אינן נופלות בגדר החריגים הקבועים בה, לרוב אינן מתקבלות בלשכות מינהל האוכלוסין. על פי הרישומים שאותרו לגבי בקשות שנפתחו לגביהן בקשה פורמלית, אשר נרשמה במחשב, (למרות האמור לעיל), הרי שמאז החלטת הממשלה, ועד ליום 1.8.05, בכל הארץ, הוגשו 1144 בקשות למתן רשיון ישיבת קבע, ועוד 737 בקשות לפי סעיף 7 לחוק האזרחות (עבור מוזמנים "תושבי האזור"). מתוך אלו, 26 קבלו מעמד כלשהו, (משהתברר כי הוראת השעה אינה חלה עליהם) והשאר סורבו.

III. נכון ליום 2.2.06, מאז נכנס לתוקפו התיקון להוראת השעה, נתקבלו במשרד הפנים בכל הארץ 789 בקשות לאיחוד משפחות על יסוד הוראותיו. מתוכן, 529 בקשות לאיחוד משפחות הוגשו על ידי תושבי קבע עבור בני זוג תושבי האזור. מתוך בקשות אלה, 35 סורבו, 28 קיבלו היתרי שהייה, 1 קיבל תושבות ארעי. כמו כן, הוגשו 260 בקשות לאיחוד משפחות על ידי אזרחים עבור בני זוג תושבי האזור. מתוכם, 46 סורבו, 5 בוטלו (על ידי המבקש) ו-5 קיבלו היתרי שהייה. כל שאר הבקשות מצויות בהליך טיפול במשרד הפנים.

למספרים אשר הובאו לעיל באשר למספר הבקשות שהוגשו בפועל בעקבות התיקון להוראת השעה, יש להוסיף את אלה הממתינים להגיש בקשות כאמור. יצוין, כי בלשכת משרד הפנים במזרח ירושלים, נקבעו כבר מועדים להגשת 240 בקשות נוספות במהלך חודש פברואר. מעבר לכך, ישנן מעל ל-500 פניות נוספות ללשכה

במזרח ירושלים של מי שמבקש עתה שייקבע לו תור לשם הגשת בקשה לאיחוד משפחות בעקבות התיקון.

IV. על פי הנתונים בהתבסס על שנת 2001, (שהיתה השנה האחרונה המלאה בה הוגשו בקשות) הערכת משרד הפנים באשר לחזרה לטיפול של בקשות לאיחוד משפחות בעקבות התיקון להוראת השעה היתה, כי 28.5% מסך הבקשות לאיחוד משפחות תוחזרנה לטיפול, וזאת על בסיס הצעת החוק. (במאמר מוסגר יוער כי החוק המתוקן שהתקבל הרחיב את הזכאות בענין הקטינים). במילים אחרות, הצפי של משרד הפנים היה, כי התיקון להוראת השעה יאפשר טיפול בכ-400 בקשות לשנה, על בסיס נתוני שנת 2001. עם זאת, ובשל העובדה כי בקשות לאיחוד משפחות לא הוגשו ב-4 השנים האחרונות, הערכת משרד הפנים הייתה כי בשנה לאחר התיקון להוראת השעה תוגשנה כ-1,600 בקשות. לאור הנתונים לעיל, (הנכונים לחצי שנה בלבד) ניתן לומר בינתיים, כי מספר הבקשות המוגשות בפועל עולה על הצפי.

V. אין ביכולתם של הגורמים הרלוונטיים להעריך את מספרם של בני הזוג הפלסטינים החיים בישראל ללא היתר לאיחוד משפחות.

76. לאור כל האמור לעיל, עמדת המשיבים הינה כי אין הצדק להתערבותו של בית המשפט הנכבד לביטולו של החוק שחחקה הכנסת וכי דין העתירות להידחות.

היום, ט' שבט תשס"ו
07 פברואר 2006

יוכי גנסיין
מנהלת תחום עניינים מינהליים
בפרקליטות המדינה

דניאל מארקס
עוזרת לפרקליט המדינה