

בג"ץ 7052/03

בג"ץ 8099/03

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
דואל: ornak@adalah.org

העותרת בבג"ץ 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': 5608185-03; פקס: 5608165-03
דואל: sharon@acri.org.il

- נ ג ד -

המשיבים: **שר הפנים ואח'**

ע"י ב"כ עו"ד יוכי גנסיין
מפרקליטות המדינה, משרד המשפטים, ירושלים
טל: 6466590-02; פקס: 6466355-02

תגובת העותרים לטיעון המשלים מטעם המשיבים מיום 6.11.05

ומיום 20.11.05

תוכן ענינים:

1.	מבוא	3
2.	התיקון להוראת השעה	3
א.	בקליפת אגוז	3
ב.	רכיבי התיקון	4
1.	הגדרת "תושב איזור"	4
2.	סוג המעמד בישראל שהתיקון מאפשר לבקש	4
3.	אבחנה שרירותית על פי גיל ומין	5
4.	השלכה על זכויות ילדים	6
5.	החזקה בדבר מסוכנות בטחונית משפחתית	6
6.	הארכת תוקף הוראת השעה	6
ג.	העדר תשתית עובדתית	6
1.	המעורבים בפעילות טרור	8
2.	מידע מודיעיני	10
3.	כלל מגישי הבקשות	11
4.	הנהנים מהתיקון	13
3.	הטיעון המשפטי באשר לתיקון	14
א.	אבחנה שרירותית על בסיס גיל	14
ב.	אבחנה שרירותית על בסיס מין	15
ג.	חזקת מסוכנות "משפחתית"	15
ד.	התיקון עמום ולפיכך אינו מקיים את הדרישה כי פגיעה בזכויות תעשה ע"פ חוק	16
4.	הטיעון המשפטי באשר להוראת השעה	19
א.	מבוא	19
ב.	הניתוח החוקתי	21
1.	היקף ההגנה החוקתית על זכויות יסוד	22
2.	ניתוח חוקתי במשפט המשווה	25
3.	נטל ההוכחה	28
ג.	מעמדן של הזכויות החוקתיות	29
1.	התחולה של הזכויות החוקתיות	29
2.	הוראת השעה פוגעת בזכות לחיי משפחה	32
3.	הוראת השעה פוגעת בזכות לחירות אישית	41
4.	הוראת השעה פוגעת בזכות לשוויון	43
5.	הוראת השעה פוגעת בזכות לכבוד	47
6.	הוראת השעה פוגעת בזכות לפרטיות	48
ד.	ההוראה נעדרת תשתית עובדתית ראויה	49
ה.	התכלית הפסולה של הוראת השעה	51
ו.	הוראת השעה בלתי מידתית	52
1.	הוראת השעה מכלילה ומטילה רבב מסוכנות על ציבור שלם	53
2.	מגבלות האבחון הפרטני	55
3.	חוסר מידתיות בעניין סמכותו של המפקד הצבאי	58
4.	הוראת השעה אינה מקיימת את מבחני המידתיות	58
ז.	פגמים בהליך החקיקה	61
ח.	מידת ההוכחה	61
ט.	היקף הביקורת השיפוטית	62
5.	סוף דבר	62

1. מבוא

1. בהתאם להחלטת הנשיא ברק מיום 30.8.05 מתכבדים העותרים להגיש את תגובתם לטיעון המשלים מטעם המשיבים, שהוגש לבית המשפט ביום 6.11.05, ולהודעה המשלימה, שהוגשה על ידי המשיבים ביום 20.11.05.

2. סיכום הטענות המובא להלן הינו מסמך, המאגד את עיקרי טיעוני העותרים באשר לתיקון חוק האזרחות והכניסה לישראל (הוראת שעה), התשס"ג-2003, אשר התקבל ביולי 2005 (ראו פרקים 2-3 לכתב טענות זה), עם נוסח מעודכן של טיעוני העותרים נגד הוראת השעה, שהוגשו לבית משפט נכבד זה בטיעון המשלים מיום 20.11.03 (ראו פרק 4 לכתב טענות זה).

2. התיקון להוראת השעה

א. בקליפת אגוז

3. בהשלמת הטיעון מיום 20.11.03 העלו העותרים באריכות ובפירוט טענות מהותיות נגד חוק האזרחות והכניסה לישראל (הוראת שעה), התשס"ג-2003 (להלן: "הוראת השעה" או "ההוראה") מיום 31.7.03 (ס"ח התשס"ג 544), הקובע כי נוהל התאזרחות הנוהג, החל על בני זוג של אזרחים ישראלים, לא יחול על בני זוג פלסטינים אך ורק בשל מוצאם הלאומי.

4. ביום 27.7.05 החליטה הכנסת לתקן ולהאריך את תוקפה של הוראת השעה, והכניסה בה תיקונים שונים, שכונו על ידי גורמים שונים "הקלות". עיון בנוסח חוק האזרחות והכניסה לישראל (הוראת שעה) (תיקון), התשס"ה-2005 (להלן: "תיקון הוראת השעה" או "התיקון"), אשר פורסם ברשומות ביום 1.8.05, מעלה, כי אין חדש תחת השמש. סעיף 2 להוראת השעה, שהינו לב ליבה של הוראת השעה, נותר כמות שהוא גם לאחר התיקון. ההסדרים החדשים הקבועים בתיקון אינם משנים את מהותה של הוראת השעה, והם משאירים על כנם את עיקר הוראותיה: הקביעה לפיה נוהל התאזרחות בני זוג על פי סעיף 7 לחוק האזרחות התשי"ב-1952 (להלן: "חוק האזרחות") לא יחול על בני זוג פלסטינים אך ורק בשל מוצאם הלאומי. כפי שיפורט להלן, התיקון לא קובע חריגים מהותיים להוראת השעה, מאחר שהוא לא מאפשר קבלת מעמד בישראל אלא רק קבלת היתרי שהייה זמניים, ואף זאת רק במקצת המקרים. מכאן, כי הסוגיה העיקרית שעמדה במרכז העתירות, האם רשאים המשיבים להגביל מעמד בישראל על בסיס המוצא האתני של אחד מבני הזוג, נותרה בעינה.

5. זאת ועוד, עיון בתיקון מעלה, כי הוא מוסיף על הפגמים החוקתיים הגלומים בהוראת השעה פגמים נוספים - אפליה על בסיס גיל ומין. כמו כן קובע התיקון חזקה של מסוכנות

בטחוניית קולקטיבית על בסיס של קירבה משפחתית. ההסדרים החדשים, שהוספו להוראת השעה על ידי התיקון, הינם גורפים ומהווים ענישה קולקטיבית. הם מפריס באופן בוטה את זכויותיו החוקתיות של הפרט לחירות אישית, לכבוד, לשוויון ולפרטיות, המהוות את הבסיס לזכותו לבחור בן זוג כרצונו ולהקים עמו משפחה. לפיכך אין בתיקון כדי לאיין אף לא אחת מהטענות המהותיות שביסוד העתירות נגד הוראת השעה בהיותה בלתי חוקתית. הנה כי כן, הפגם, הגלום בבסיס הוראת השעה, אינו נרפא בשינויים הקוסמטיים, שהכניס התיקון בהוראת השעה.

6. יתרה מזו, הנתונים המספריים שהציגו המשיבים, בהתאם להחלטת בית המשפט הנכבד מיום 8.11.05, והעובדה כי למשיבים נדרשה אורכה על מנת להציג נתונים אלה, אך מחזקים את עמדת העותרים, כי התיקון התקבל ללא ביסוס עובדתי.

ב. רכיבי התיקון

7. על פי דברי ההסבר לתיקון הוראת השעה, מטרתו היתה הרחבת הסייגים, הקבועים בסעיף 3 להוראת השעה, ובדומה מציינת ב"כ המשיבים בטיעוניה המשלים, כי "תיקון זה היטיב עם מבקשי איחוד משפחות, תושבי האיזור, לעומת המצב עובר לחקיקתו" (סעיף 5 לתשובת המשיבים מיום 6.11.05).

8. בחינת התיקון גופו מעלה, כי הדבר אינו מדויק. בשולי הדברים אכן במקרים מסויימים מצמצם התיקון את הפגיעה, אולם בעיקרם נותרו הדברים בעינם, והתיקון אף הוסיף מגבלות נוספות על פני אלה שהוטלו בהוראת השעה. להלן נתייחס לפגיעות, הגלומות בתיקון אחת לאחת.

1. הגדרת "תושב איזור"

התיקון משנה את הגדרת "תושב איזור" באופן המרחיב את גדרי ה"ענישה" מאחר שמחיל את הוראת השעה על אוכלוסיה רחבה יותר. כעת, לאחר התיקון, חלה הוראת השעה לא רק על תושבי הגדה המערבית ורצועת עזה בפועל, אלא גם על כל מי שרשום במרשם התושבים של הגדה המערבית ורצועת עזה, גם אם בפועל אינו מתגורר שם.

2. סוג המעמד בישראל שהתיקון מאפשר לבקש

ההליך המדורג להתאזרחות בני זוג של אזרחים ישראלים מאפשר קבלת מעמד של תושבות ארעית בישראל עד לקבלת אזרחות על פי סעיף 7 לחוק האזרחות. סעיף 2 להוראת השעה שולל לחלוטין אפשרות זו מבני זוג פלסטינים, למעט משתפיים על פי שיקול דעת שר הפנים.

הוראת השעה לאחר התיקון מאפשרת בסעיף 3 הגשת בקשות לקבלת היתרי שהייה זמניים, הניתנים על ידי מפקד האיזור (היתרי מת"ק). משמע, לא מדובר בזכותו של בן

זוג, המוכרת על פי הנוהל שהוצא לפי חוק האזרחות, אלא בהיתר שהייה זמני, הניתן על ידי הרשות הצבאית, אשר אינו כולל את התנאים, הנלווים למעמד התושבות הארעית, לו זכאים בני זוג במסגרת ההליך המדורג, כגון ביטוח לאומי וביטוח בריאות.

יתר על כן, בני זוג, שנמצאו בעיצומו של ההליך המדורג בעת החלטת הממשלה ממאי 2002 להקפיא את הטיפול לאיחוד משפחות של פלסטינים, לא ימצאו כל מזור בתיקון, ודינם נגזר להישאר במעמד הזמני בו היו בעת ההקפאה, וזאת על אף שרבים מהם עמדו בתנאי ההליך המדורג זה מכבר.

זאת ועוד, בסעיף 42 לטיעון המשלים של המשיבים נטען, כי *"נערכו שינויים מהותיים בהוראת השעה, שעיקרם הכנסתם למסלול הטיפול בבקשות למתן מעמד בישראל, ראשית של בני זוג תושבי האזור...".* בדומה בסעיף 33 לתגובת המדינה מיום 6.11.05 נטען, כי *"על פי הוראת הצעת החוק המתקנת יחל משרד הפנים בטיפול גם בבקשות חדשות לאיחוד משפחות".* למרבית הצער אין לדברים אלו כל בסיס בהוראות התיקון, ולמעשה, כל שהתיקון משנה בהוראת השעה הוא ביצירת אפשרות מוגבלת להגשת בקשות להיתרי שהיה זמניים בלבד ולא כניסה למסלול ההליך המדורג עצמו. קרי התיקון יוצר חריג מצומצם לכלל הגורף של איסור שהיה בישראל, הקבוע בהוראת השעה.

3. אבחנה שרירותית על פי גיל ומין

עד לתיקון היתה הוראת השעה נגועה באפליה על בסיס מוצא לאומי "בלבד", ואילו התיקון הוסיף אבחנה נוספת, שרירותית אף היא, אפליה מטעמי גיל ומין. אבחנה זו המעוגנת בסעיף 3 להוראת השעה לאחר התיקון, קובע כי גברים מעל גיל 35 ונשים מעל גיל 25 יוכלו הם וילדיהם הקטינים לבקש היתרי שהייה זמניים כך, למשל, אישה בת 24 שנים ועשרה חודשים לא תוכל לבקש היתר שהייה זמני, ואולם לו היתה מבוגרת בחודשיים היתה היא רשאית לבקשו. לא ברור כיצד תנאי זה עולה בקנה אחד עם הקריטריון של "סיכון בטחוני". קביעה שרירותית זו רק מדגימה את האבסורד, הגלום בהוראת השעה כולה. זאת ועוד, כשם שניתן לבחון את קיומו או העדרו של סיכון בטחוני לגבי גברים מעל גיל 35 ונשים מעל גיל 25, כך ניתן לבדוק זאת לגבי מבקשים, שגילם נמוך מהסף שנקבע. בחינה זו נעשית כדבר שבשגרה לגבי אלפי מבקשים של היתרי עבודה, היתרי כניסה לצורך מסחר ואחרים. הקביעה השרירותית של תנאי הגיל מתעלמת מנסיבותיו האישיות של המבקש, שוללת זכויות יסוד ומשיתה עונש עליו ועל בני משפחתו על בסיס אבחנה שאינה רלבנטית. חמור הדבר שבעתיים לאור הנתונים הדלים, שהובאו ע"י ב"כ המשיבים בהודעתה המשלימה מיום 20.11.05, כפי שיפורט להלן בהרחבה, בפרק העוסק בהעדרה של התשתית העובדתית.

4. השלכה על זכויות ילדים

אף לאחר תיקון הוראת השעה קיימת פגיעה קשה בזכויות ילדים בגילאי 14-18, שהינם בנים להורה בעל מעמד בישראל. סעיף 3א להוראת השעה שלאחר התיקון קובע, כי ילדים בגילאים אלו יוכלו לכל היותר לקבל היתר שהייה זמני, אשר הינו מוגבל בזמן ואינו מקנה זכויות סוציאליות, ואף מכפיף אותם לחזקה בדבר הסיכון הבטחוני המשפחתי, כפי שיפורט להלן. למותר לציין, כי המשיבים לא פרשו כל תשתית עובדתית, המסבירה את הצורך בפגיעה קשה זו בילדים, ואף לא את הסיבה לקביעת סף הגיל ל-14 שנים.

5. החזקה בדבר מסוכנות בטחונית משפחתית

סעיף 3ד להוראת השעה לאחר התיקון קובע חזקה בדבר מסוכנות משפחתית. חזקה זו מונעת מתן היתר שהייה בישראל על בסיס חוות דעת של "גורמי הביטחון המוסמכים", לפיה מבקש המעמד או בן משפחתו, ובכלל זה בן זוג, הורה, ילד, אח ואחות ובני זוגם, עלולים להוות סיכון ביטחוני למדינה. סעיף 3ד מחיל חזקה זו על מבקשי היתרי שהייה זמניים ואף על ילדים בגילאי 14-18, וסעיף 4 להוראת השעה לאחר התיקון מחיל את החזקה אף על מי שהגישו בקשותיהם לקבלת מעמד בישראל לפני החלטת הממשלה ממאי 2002 ואף על אלו שקיבלו מעמד על פי ההסדר המדורג.

6. הארכת תוקף הוראת השעה

סעיף 4 להוראת השעה לאחר התיקון מאריך את תוקפה של הוראת השעה עד ליום 31.3.2006. מאחר שלידתה של הוראת השעה בהחלטת הממשלה מספר 1813, מיום 12.5.02, שקיבעה מצב שנהג בפועל מחודש מרץ 2002, הרי שהמדובר במצב "חריג" ו"זמני", שיעמוד בתוקפו במשך 4 שנים תמימות לפחות.

ג. העדר תשתית עובדתית

9. הוראת השעה לאחר התיקון, כמו לפניו, נעדרת תשתית עובדתית מבוססת. על אף שבתגובתה מיום 6.11.05 כותבת ב"כ המשיבים "במהלך העימות המזוין הנוכחי היתה מעורבות עקבית של פלסטינים תושבי האזור אשר נושאים תעודות זהות ישראלית בעקבות הליכי איחוד משפחות עם בעלי אזרחות או תושבות ישראלית" (סעיף 22, ההדגשה אינה במקור), הרי שהמידע שהוגש בהודעה המשלימה מטעם המשיבים מיום 20.11.05, המבקש לבסס את טענת "פוטנציאל המסוכנות הנובע מבני זוג פלסטינים של אזרחים ישראלים", אך מחזק את עמדת העותרים ומציג ביתר שאת את הרירותיות שבבסיס התיקון.

10. זאת ועוד, על אף החלטתו המפורשת של ביהמ"ש הנכבד מיום 8.11.05, לפיה ההודעה המשלימה "תפרט ביחס לאנשים שקיבלו מעמד לשהייה בישראל מכוח איחוד משפחות ושהיו מעורבים בפעילות טרור. כמה מהם גברים, כמה נשים ובאילו גילאים היו בעת שהיו

מעורבים בפעילות כאמור" (ההדגשה הוספה) הרי שהנתונים, שהוצגו בהודעתם המשלימה של המשיבים מיום 20.11.05, מתייחסים לשני סוגים של נתונים בדבר "מעורבות", כאלו שמקורם במידע מחקירות גורמי הבטחון וכאלו שמקורם במידע מודיעיני.

11. מההודעה המשלימה של המשיבים עולה, כי "המעורבות העקבית" הנטענת הינה של 25 אנשים, שנחקרו באשר למעורבות בפיגועים שבוצעו או סוכלו במהלך תקופה של כמעט חמש שנים, מהם 2 שנספו לרשימה בשנתיים האחרונות (פיסקה 3 להודעה המשלימה מטעם המשיבים מיום 20.11.05). ראוי היה, כי המשיבים יפרטו את אופי המעורבות המיוחס לכל אחד מהם ואת טיב המידע עליהם הם מתבססים. כך, למשל, אין התייחסות לשאלה האם הוגשו נגד מי מהם כתבי אישום והאם מי מהם הורשע בדיון.

12. אין העותרים מקלים ראש ולו במעשהו של מפגע אחד, אשר זרע חורבן והרס, יחד עם זאת אין השלטון יכול להתחבא בכל עת תחת האצטלה של "נימוקים בטחוניים". לא יתכן, כי מחד גיסא המשיבים יטענו שהמדובר בתופעה עקבית (ר' למשל סעיף 22 לתשובת המשיבים מיום 6.11.05, להלן "תשובת המשיבים" או "התשובה") ומאידך גיסא, כאשר מגיע רגע האמת וביהמ"ש הנכבד מבקש את הנתונים המבססים עקביות לכאורית זו, מתברר, כי למעשה אין בידי המשיבים כלל נתונים מבוססים, והם נדרשים לבקשת אורכה על מנת להמציא נתונים אלה. מחד גיסא המשיבים ציינו במפורש, בסעיף 24 לתשובתם, כי המציאות שימשה בסיס לתיקון לחקיקת הוראת השעה, ויכי הממשלה קיימה דיון מעמיק ויסודי ביותר בהצעת החוק הממשלתית המתקנת את הוראת השעה, במסגרתם בין היתר הובאה גם תשתית נתונים ביחס לגורמי הסיכון הביטחוני ולשינויים שחלו בעניין זה" (פיסקה 28 לתשובה) וכן כי "ראש השב"כ הביא בפני חברי הוועדה (ועדת הפנים, ש' א' ו', א' כ') סקירה מקצועית מפורטת... במסגרתה בין היתר הובאו נתונים עדכניים בנוגע למעורבות תושבי האיזור בפעילות... הוצגו נתונים הנוגעים בין השאר לפרופיל המעורבים (גיל, מין ועוד)" (פיסקה 36). מאידך גיסא, מהנתונים שהציגו המשיבים בהודעתם מיום 20.11.05 מתברר, כי בעוד שכאלף פיגועים ארעו בתחומי מדינת ישראל (כמפורט בסעיף 16 לתשובה), אשר בביצועם היו ודאי מעורבים אלפים רבים, 25 מקבלי מעמד במסגרת איחוד משפחות נחקרו באשר למעורבות בפעילות טרור.

13. גם טענת המשיבים, כי הקלות על פי גיל ומין נקבעו בתיקון לגבי אוכלוסיות בעלות "סיכון בטחוני מופחת", הינה תמוהה לאור הנתונים המספריים שהוצגו לבית המשפט על ידי המשיבים בהודעתם המשלימה, כפי שיפורט להלן. הנתונים הפשוטים לכאורה הובאו בהודעת המשיבים באופן בו רב הנסתר על הגלוי. אי לכך העותרים יציגו להלן את המידע, שנתקבל מהמשיבים, בטבלאות מספריות ברורות, על מנת לאפשר את הסקת המסקנות המתבקשות לגבי עניינן של העתירות.

1. המעורבים בפעילות טרור

מספר המעורבים בפעילות טרור

14. והנה המידע העולה מהודעת המשיבים על המעורבים בפעילות טרור, כפי שביקש ביהמ"ש הנכבד בהחלטתו מיום 8.11.05 :

מידע על מעורבים בפעילות טרור, שמקורו בחקירות

סה"כ	+35	25-35	18-25	
1	לא נמסר פירוט			נשים
24	2	7	15	גברים
25				סה"כ

15. המידע, שהוגש לבית משפט נכבד זה ביום 20.11.05, מעורר תהיות רבות. ראשית יצויין, שהמשיבים לא ציינו מהו אופי המעורבות המיוחס להם, נגד כמה מהמעורבים הוגשו כתבי אישום, וכמה מהם הורשעו בדין.

16. מהנתונים עולה, שבשנת 2003 נחקרו 23 מקבלי מעמד מכח איחוד משפחות בדבר מעורבות בפעילות טרור, ובשנת 2005 היו 25, משמע רק שניים מהאלפים הרבים שקיבלו מעמד מכח איחוד משפחות נוספו לרשימת הנחקרים בשנתיים האחרונות, אחד בכל שנה וזאת בניגוד גמור לתחזיות על "מעורבות עקבית". לאור זאת לא ברור מדוע מתעקשים המשיבים על הארכת הוראת השעה.

17. תמיהה זו אף גוברת לנוכח הנתונים, שנמסרו על ידי נציגי כוחות הבטחון בעת הדיון בכנסת על הצעת התיקון. בעת ההכנות לחקיקת התיקון התכנסה ועדת הפנים של הכנסת מספר פעמים לדון בתיקון. ביום 19.7.05 הופיע בפני הועדה, בדלתיים סגורות, ראש השב"כ מר יובל דיסקין. מאחר, שב"כ העותרים לא הורשו להיות נוכחים בישיבה זו לא נותר להם אלא להסתמך על המידע, שפורסם בכלי התקשורת יום לאחר מכן, לפיו ראש השב"כ אמר בדיון, כי 18,000 פלסטינים היו מעורבים בפיגועי טרור, מתוכם 16,000 בגילאי 16-35. דווקא מספרים אלה מדגישים את המעורבות הזעומה של מבקשי המעמד בישראל מקרב המעורבים בפיגועים. נתונים אלה מפריכים את טענת המסוכנות של אוכלוסיית בני הזוג הפלסטינים של אזרחי ישראל. על פי הפרסומים אמר ראש השב"כ, כי סך הכל היו מעורבים בפיגועים 225 ערבים בעלי מעמד בישראל, מתוכם 25 אשר קיבלו מעמד מכח איחוד משפחות. הפרסומים אף מביאים ציטוט מפיו של היועץ המשפטי לממשלה, לפיו "מעורבות האחמשיים (איחוד משפחות) בפיגועי טרור גדולה פי 10 ממעורבותם של ערביי ישראל". שוב

גם כאן לא נותר לעותרים אלא לתהות באשר לאמינות הנתונים, שהובאו בפני המחוקק, לאור הסתירות החמורות בין המקורות השונים.

העתק כתבתו של גדעון אלון מעיתון "הארץ" מיום 20.7.05 מצ"ב ומסומן נספח ד'.

העתק כתבה מתוך "חדשות נענע" מיום 19.7.05 מצ"ב ומסומן נספח ה'.

העתק כתבתה של רנית נחום הלוי, ב"חדשות מחלקה ראשונה" מצ"ב ומסומן נספח ו'.

מין המעורבים בפעילות טרור

18. מהטבלה שלעיל עולה, כי אין כל בסיס עובדתי לקביעת סף גיל של 25 שנים לנשים בחריג המאפשר הגשת בקשות לקבלת היתרי שהייה זמניים. זאת, שכן רק אישה אחת היתה מעורבת בפעילות טרור. בשל אישה אחת, אשר גילה לא צויין, הוטל כתם על כל אוכלוסיית הנשים הפלסטיניות מבקשות המעמד, ונקבע איסור גורף על קבלת היתר מתחת לגיל 25. הנה כי כן, זהו מקרה בולט של ענישה קולקטיבית בהעדר תשתית עובדתית.

אבחנה על בסיס גיל

19. לגבי 24 גברים נטען, שהיו מעורבים בפעילות טרור. כאמור, המשיבים לא מציינים כלל מהו אופי המעורבות, האם הוגשו כתבי אישום והאם הורשעו. התפלגות הגילאים העולה מהטבלה הינה: 15 מהם בגילאי 18-25, 7 מהם בגילאי 25-35. המשיבים בחרו לחלק את המידע לקבוצות של 7 שנים (18-25), ואחר כך עשר שנים (25-35), ואולם כאשר מדובר בפגיעה כה קשה בזכויות יסוד, ובודאי כאשר גיל הפיריון והנישואין הם בשנים אלה, ראוי היה להציג נתונים מדוייקים על פי כל אחת מהשנים, ולכל הפחות לחלק את המידע לקבוצות של חמש שנים, ולתת מידע גם לגבי קבוצות הגיל 25-30 ו-30-35. מאחר שמדובר בגיל הנישואין ראוי היה לציין את ההתפלגות מעל גיל 30, כפי שהודגם לגבי מידע מודיעיני לנשים, ולא להציג את הנתונים באופן המטשטש את המציאות.

20. מכל מקום, מאחר שלטענת המשיבים התקבלו בעשר השנים האחרונות בין 5,400 ל-21,300 בקשות לאיחוד משפחות (הנתונים הסותרים הובאו על ידי המשיבים כפי שיפורט להלן בפסקאות 27-30), הרי שגם המספרים המובאים כאן הינם מזעריים, ואינם בהם להצדיק את הפגיעה הגורפת בזכויות יסוד.

21. יצויין, כי שר הפנים בעצמו, אשר מן הסתם ידע את נתוני האמת, התנגד במהלך הליכי החקיקה לקריטריון הגיל עבור נשים. כפי שפורסם בעיתון הארץ ביום 9.5.05, ביקש השר לקבוע את גיל הנשים ל-20, אולם הצעתו זו נדחתה בוועדת השרים, ונתקבלה הצעתה של שרת המשפטים.

העתק כתבתו של יובל יועז מעיתון "הארץ" מיום 9.5.05 מצ"ב ומצורף נספח ז'.

2. מידע מודיעיני

22. בצר להם, ולאחר שהבינו המשיבים כי הנתונים העובדתיים, שכאמור לא היו בידיהם בעת שהתקבלה ההחלטה לקבל את התיקון, אינם מסייעים להם, מגדילים המשיבים לעשות, ועל אף החלטתו הממוקדת והמדויקת של ביהמ"ש הנכבד, הם "מתנדבים" לספק נתונים, החורגים מהמידע שהתבקשו ליתן. הנתונים מתיחסים למבקשי בקשות, אשר לגביהם יש מידע מודיעיני, שטיבו לא ברור. יצוין, כי המעורבות בפיגועי טרור, אם קיימת, כלל אינה מפורטת בהודעת המשיבים, קל וחומר מידע על הגשת כתבי אישום או הרשעות. להלן יוצגו הנתונים בטבלה ופירוט התייחסות העותרים אליהם:

מידע מודיעיני

	סה"כ	+35	30-35	25-30	18-25	
נשים	21		4	6	11	
גברים	21	1		4	16	
סה"כ	42			10	27	

אבחנת גיל עבור נשים

23. על פי נתוני המשיבים ל-21 נשים לא חודש מעמד בישראל בשל מידע מודיעיני במהלך חמש השנים האחרונות, משמע בממוצע 4 נשים בשנה. מתוכן 11 נשים מתחת לגיל 25, 6 נשים בין גיל 25 לגיל 30 ו-4 נשים מעל לגיל 30. ראשית נזכיר, כי רק אשה אחת היתה מעורבת בפעילות טרור כפי שתואר לעיל, משמע, המדיניות הנוהגת, המגבילה בקשת היתרים מגיל 25 ומעלה, מבוססת אך ורק על מידע מודיעיני זה. בחינת המידע מעלה, כי אין הבדל מהותי בין מספר הנשים מעל גיל 25 (11 נשים) לבין מספר הנשים שמתחת לגיל 25 (10 נשים). הנה כי כן, גם כאן עולה המסקנה, כי המדיניות, לפיה רק נשים בגיל 25 ומעלה יוכלו לבקש היתר שהייה, הינה שרירותית לחלוטין ונטולה בסיס בטחוני עובדתי.

אבחנת גיל עבור גברים

24. על פי נתוני המשיבים ל-21 גברים לא חודש מעמד בישראל בשל מידע מודיעיני בחמש השנים האחרונות, בממוצע 4 גברים בשנה. 16 גברים היו מתחת לגיל 25, 4 גברים היו בין הגילאים 25-35 וגבר אחד היה מעל גיל 35. גם כאן טרחו המשיבים לטשטש את הצגת הנתונים על מנת לא לחשוף את האמת הערומה: הקביעה, כי גברים יוכלו לקבל היתרים מגיל 35 ומעלה, הינה שרירותית. אף לו היינו מניחים, כי הנתונים לעיל הם נתונים מספקים (הנחה לה העותרים

מתנגדים), הרי שמנתונים אלה עולה, כי הגיל המכריע, ממנו יש להעניק היתר לגברים, הוא 25 שנים ולא 35 שנים כפי שקבעו המשיבים באופן שרירותי.

25. גם בהקשר זה יש להלין על אופן הצגת הנתונים הלא עקבי על ידי המשיבים. ברצותם מפלחים המשיבים את הנתונים לגבי נשים עד גיל 30, וברצותם מפלחים לגבי גברים את הנתונים לכל עשור גיל, דבר המקשה לעקוב אחר הנתונים ולהבין את השיקולים שביסוד הוראת השעה.

26. הנה כי כן ההחלטה להגביל את מתן ההיתרים על פי גיל אינה מגובה בתשתית עובדתית מתאימה. המידע בדבר מעורבות בפעילות טרור על פי גיל אינו חופף את הוראות התיקון.

3. כלל מגישי הבקשות

27. הבלבול המספרי והנתונים הלא מעודכנים, שנמסרו למחוקק ולציבור, הינם לא רק באשר למספר מבקשי המעמד מכח איחוד משפחות, שהיו מעורבים בפעולות טרור, אלא גם באשר למספר מגישי הבקשות בכלל.

28. במאי 2002 הפיץ מינהל האוכלוסין מצגת, המתארת את מספר מבקשי הבקשות (נספח ע/8 בבג"ץ 8099/03). על פי מצגת זו בין השנים 1993-2001 אושרו ונמצאו בהליך המדורג 21,300 בקשות. מתוכן 16,000 לאזרחות ועוד 5,300 לתושבות. בישיבת ועדת הפנים של הכנסת מיום 30.7.2003 לקראת חקיקת הוראת השעה, איששו מר הרצל גדז', ראש מינהל האוכלוסין דאז, ומר מני מזוז, המשנה ליועץ המשפטי לממשלה דאז, את הנתונים הללו.

פרוטוקול הישיבה מופיע באתר הכנסת:

<http://www.knesset.gov.il/protocols/data/rtf/pnim/2003-07-30-03.rtf>

29. ביום 22.9.05 פורסמה בעיתון הארץ כתבת תחקיר, שכותרתה "21 אלף? בקושי 5,000". בכתבה מציין העיתונאי שחר אילן, כי ביום 20.4.05 נמסר לו ממושרד הפנים, שבין התאריכים 1.1.94 ועד 31.12.04 אושרו ונמצאו בהליך המדורג 5,400 בקשות. מתוכן 1,400 בקשות לאזרחות ו 4,000 בקשות לתושבות. משמע רבע מהמספר, שהוצהר על ידי המשיבים שנתיים קודם לכן. על פי הכתבה לא הצליחו המשיבים לנמק את הפער הזה בנתונים, שהם עצמם מסרו. מאמצייהם של העותרים לקבל נתונים אלה ישירות ממושרד הפנים עלו בתוהו.

העתק כתבתו של שחר אילן, "21 אלף? בקושי 5,000", מעיתון "הארץ" מיום 22.9.05 מצ"ב ומסומן נספח ח'.

30. ביום 28.6.05 הופיע היועץ המשפטי לממשלה, מר מני מזוז, בדיוני ועדת הפנים ואיכות הסביבה לקראת התיקון. על אף שרק חודשיים קודם לכן מסר משרד הפנים נתונים לכאורה מעודכנים, הרי שהיועץ מסר בישיבה זו לגבי השנים 1993-2001, כי **"ב-8 השנים שקדמו להחלטת הממשלה שהטילה מגבלות, אושרו כ-12,000 בקשות"**.

פרוטוקול הדיון נמצא באתר הכנסת:

<http://www.knesset.gov.il/protocols/data/html/pnim/2005-06-28-01.html>

נתונים בדבר בקשות, שאושרו מאז 1993 כפי שהובאו על ידי המשיבים במועדים שונים:

בקשות שאושרו	מצגת 2002	מרץ 2005	אפריל 2005	יוני 2005
אזרחים	16,000	אין כלל	1,400	1993-)
תושבים	5,300	נתונים	4,000	1993-)
סה"כ	21,300	מספריים	5,400	2001)

עיקרי ממצאי דו"ח הביקורת מצ"ב ומסומן **נספח ט'**.

31. כמה בקשות למעמד בישראל מכח איחוד משפחות הוגשו? האם 21,300? שמא 5,400? או אולי 12,000? המספרים נזרקים על ידי המשיבים לחלל האוויר כלאחר יד, כאילו נמצאים אנו בשוק בטבורה של עיר, וזאת על אף שהפעם הם משמשים לקביעת גורלותיהם של בני אדם, להחלטה בדבר שינויי חקיקה ולפגיעה בזכויות יסוד. **המשיבים, שהינם בעלי המידע, אינם מסוגלים להמציא מידע עקבי ואמין על אף שהם מתבקשים לעשות זאת שוב ושוב. הנה כי כן, גם הנתונים בדבר מספר בקשי הבקשות אינם ידועים, ורק מחזקים את אי הוודאות, תחושת הכאוס והדמוניזציה, שנעשתה לאוכלוסיית בני הזוג הפלסטינים, המבקשים מעמד בישראל.**

32. הבלבול רק גובר לאחר עיון ב"עיקרי ממצאי דו"ח הביקורת בנושא נהלי מנהל האוכלוסין", שפורסמו על ידי המשיבים ביום 16.3.05. סעיף 5 לעיקרי הדו"ח קובע: **"אין במנ"א (מינהל האוכלוסין, ש' א' ו', א' כ') נתונים לגבי מספר הבקשות לקבלת מעמד בכל נושא, ועל מגמות של עליה או ירידה במספר הבקשות"**. הנה כך, הדו"ח הרשמי שמפרסם המשיב עצמו קובע שאין נתונים, אך למרות זאת אין עובדה זו מפריעה למשיב לשחרר נתונים, המתבססים על מקורות עלומים כפי שפורט לעיל, ולבסס עליהם חקיקה, המפרה באופן קשה זכויות אדם בסיסיות.

4. הנהנים מהתיקון

33. היועץ המשפטי לממשלה, מר מני מזוז, הופיע בפני ועדת הפנים של הכנסת ביום 28.6.05 בעת הדיון בהצעה לתקן את הוראת השעה, והצהיר לפרוטוקול, כי **תיקון הוראת השעה ייטיב עם 30% ממגישי הבקשות לאיחוד משפחות**. נתונים אלה התבססו על תשובתו של מר קציר, ראש מינהל האוכלוסין, מיום 27.6.05 לוועדת הפנים ואיכות הסביבה, שביקשה לדעת עם מי ייטיב התיקון.

34. על פי תשובתו זו של מר קציר, בשנת 2001 הוגשו 1,207 בקשות. מר קציר מקיש משנה זו בלבד, כי זהו מספר הבקשות הממוצע המוגש לשנה, ולפיכך במשך 4 השנים שחלפו מאז היו צריכות להיות מוגשות 4,800 בקשות. עוד מצויין במכתב, כי תיקון הגיל בהוראת השעה (גיל גברים 35 וגיל נשים 25) יאפשר לטפל בכ-30% מסך הבקשות, כלומר לפי נתוני 2001, 400 בקשות בשנה.

מכתבו של מנהל מנהל האוכלוסין, לוועדת הפנים מיום 27.6.05 מצ"ב ומסומן נספח י'.

לפרוטוקול ישיבת ועדת הפנים ואיכות הסביבה מיום 28.6.05, ראו אתר הכנסת:

<http://www.knesset.gov.il/protocols/data/html/pnim/2005-06-28-01.html>

35. ראשית, ומבלי להידרש לרזי הסטטיסטיקה, יצויין, כי ממוצע כמו זה שהוצג על ידי מר קציר ראוי שיעשה על בסיס נתונים של מספר שנים ולא על סמך נתונים של שנה אחת. זאת ועוד, ראוי היה להדגים באופן מיספרי בפני הועדה כיצד הגיעו לחישוב של 30%.

36. העותרים ייגעו את מוחם, בדקו בכתובים, נברו בנתוני הלשכה המרכזית לסטטיסטיקה, והנה המסקנות אליהן הגיעו לאחר עיבוד, שערכה גבי טל דהן, רכזת מידע באגודה לזכויות האזרח:

1. **נשים מוסלמיות בישראל**: גיל הנישואין הממוצע (על פי נתוני הלשכה המרכזית לסטטיסטיקה) הינו 22 שנים. עד גיל 24 נישאות 82.7% מהנשים המוסלמיות. **משמע מן התיקון יוכלו להנות 17.3% מהנשים המוסלמיות.**

2. גיל הנישואין הממוצע (על פי נתוני הלשכה המרכזית לסטטיסטיקה) הינו 27.3 שנים. עד גיל 34 נישאים 92.65% מהגברים המוסלמים. **משמע מן התיקון יוכלו להנות 7.35% מהגברים המוסלמים.**

נתוני הלשכה המרכזית לסטטיסטיקה בענין זה ודרך עיבוד הנתונים בעקבותיהם מצ"ב ומסומן נספח י"א.

37. הנחה תיאורטית, לפיה 50% מהאוכלוסיה הן נשים ו 50% הם גברים תוביל אותנו למסקנה, כי סה"כ יהנו מהתיקון 12.3% ממבקשי הבקשות לאיחוד משפחות, קרי כמחצית מהנטען על ידי היועץ המשפטי לממשלה בישיבת ועדת הפנים, כפי שפורט לעיל.

38. למען הסדר הטוב יצויין, כי הפילוח של הלשכה המרכזית לסטטיסטיקה נעשה עד גיל 24, משמע, הוא אינו כולל את מבקשי הבקשות בין הגילאים 24-25, כך שלמעשה, אחוז הנהנים מהתיקון הוא אף נמוך מהתוצאה אליה הגיעו העותרים בהתבסס על נתוני הלשכה המרכזית לסטטיסטיקה, וכשליש מהנטען על ידי היועץ המשפטי לממשלה.

39. למותר לציין, כי סביר כי בשל החזקה בדבר המסוכנות המשפחתית יסורבו מספר לא מבוטל מקרב הבקשות שיוגשו על ידי אלו העומדים בתנאי הגיל.

3. הטיעון המשפטי באשר לתיקון

40. בנוסף לטיעון המשפטי בדבר הוראת השעה, כמפורט להלן בפרק הרביעי, התיקון הינו בלתי חוקתי בשל היותו שרירותי, בשל כך שהוא קובע חזקת מסוכנות ובשל כך שאינו עומד בדרישות חוק היסוד לעגן פגיעה בחוק יסוד "בחוק".

א. אבחנה שרירותית על בסיס גיל

41. התיקון מבחין בין תושבי הגדה המערבית ורצועת עזה על בסיס גיל, בקובעו תנאי גיל שרירותי ובלתי סביר. נשים, שגילן נמוך מ-25 שנים, וגברים, שגילם נמוך מ-35 שנים, בני זוג של אזרחים ישראלים, לא יוכלו להגיש בקשה לקבלת היתר. בית משפט נכבד זה אסר בעבר על אבחנה שרירותית על בסיס גיל.

בג"ץ 104/87 נבו נ' בית הדין הארצי לעבודה, פ"ד מד (4) 749 ;

בג"ץ 6778/97 האגודה לזכויות האזרח בישראל נ' השר לביטחון פנים ואח', פ"ד נח (2) 358.

42. לכאורה נובעת האבחנה על פי גיל ממעורבותם של המבקשים בפעילות טרור. במהלך הדיונים השונים שקדמו לתיקון, טענו המשיבים, כי אבחנה זו על פי גיל תצמצם את הסיכון הבטחוני הנובע ממבקשי אשרות: 'הממשלה ביקשה להחריג מתחולת הוראת השעה אך ורק אוכלוסיות בעלות פוטנציאל מופחת לסיכון בטחוני' (סעיף 39 לתשובה). אולם, כפי שעולה מהנתונים שהביאו המשיבים עצמם (ר' פסקאות 19-25 לעיל), ממילא תנאי הסף בדבר הגיל נעדר כל בסיס עובדתי. כך, למשל, תנאי הגיל עבור נשים מתבסס על מעורבותה של אשה אחת, שגילה כלל לא פורט על ידי המשיבים.

43. הנה כי כן, תכליתו המוצהרת של התיקון, כמו גם של הוראת השעה, הינה בטחונות, אולם בשל העדרה של תשתית עובדתית, כלל לא ברור, כי מתקיים קשר בין התכלית לבין האמצעי שנקט. בדונו בעתירה לביטול "חוק ההתנתקות" בית משפט נכבד זה פסל קריטריון גיל שנקבע באופן שרירותי, אשר פגע בקטינים ללא הצדקה:

"נוכח תכליתו זו של המענק האישי, קשה להבין מדוע בחר המחוקק בגיל עשרים ואחת דווקא כגיל הסף לצורך הזכאות לקבלתו. שאלה זו נותרת ללא מענה ממצה גם לאחר עיון בדברי ההסבר להצעת החוק ובפרוטוקולים של דיוני ועדות הכנסת במסגרת הליכי החקיקה. אם תאמר שהמחוקק ביקש להעניק את הפיצוי לבגירים בלבד, לא ברור מדוע לא נבחר גיל שמונה עשרה שהוא, ככלל, גיל הבגירות... עיקר הבעיה נעוץ בכך שאין זה ברור כלל מדוע נשלל הפיצוי מקטינים".

בג"ץ 1661/05 המועצה האזורית חוף עזה נ' הכנסת, (פס"ד מיום 9.6.05) פסקה 237.

ב. אבחנה שרירותית על בסיס מין

44. הוראת סעיף 3 להוראת השעה שלאחר התיקון יוצרת גם אבחנה שרירותית על בסיס מין, כיוון שנקבע סף גיל שונה לנשים ולגברים. גיל הסף להגשת בקשה לקבלת היתר שהייה זמני לצורך "מניעת הפרדה מבן זוג" הינו 25 שנים לנשים ו-35 שנים לגברים. משמע, הגברים מופלים לרעה ביחס לנשים, שיכולות להגיש את הבקשה בהיותן צעירות בעשור. בית משפט נכבד זה אסר בעבר אבחנה שרירותית על בסיס מין.

בג"ץ 4541/94 מילר נ' שר הבטחון ואח', פ"ד מט (4) 94;

בג"ץ 2671/98 שדולת הנשים בישראל נ' שר העבודה והרווחה, פ"ד נב (3) 630, 662-664;

בג"ץ 6845/00 ניב ואח' נ' בית הדין הארצי לעבודה, תק-על 2002 (3) 1867.

45. הפער במעורבות נשים בפעילות בטחונות לעומת פעילות גברים אינו יכול להסביר את ההבדל, שכן מהנתונים שהביאו המשיבים עצמם עולה, כי כל המדיניות כלפי נשים מבוססת על מעורבותה של אישה אחת.

46. הנה כי כן, אף בעניין זה המשיבים לא הציגו תשתית עובדתית, המצדיקה את היחס השונה שנקט כלפי נשים וכלפי גברים.

ג. חזקת מסוכנות "משפחתית"

47. התיקון מוסיף להוראת השעה חזקה חלוטה בדבר מניעה בטחונות קולקטיבית, החלה על כל בני משפחתו של מי שהוגדר כמסוכן לכאורה. משמע, שהייתו של פלסטיני בישראל תאסר לא רק מכח מסוכנות לכאורה שלו עצמו, אלא גם מכח קרבתו המשפחתית, וזאת בשל

קיומה של "חוות דעת גורמי בטחון", לפיה מי מבני משפחתו ובני זוגם "עלולים להוות סיכון ביטחוני למדינת ישראל".

48. חזקה זו מעגנת בחקיקה ראשית את ההיגד "אבות אכלו בוסר ושיני בנים תקהינה", ומהווה ענישה קולקטיבית, אך בשל קירבה משפחתית, שהגדרתה רחבה במיוחד כך שהיא חלה לא רק על אבות ובנים, כמו בהיגד, אלא כוללת גם בן זוג, ילד, אח ואחות ובני זוגם של כל אלה. כלומר קבוצה גדולה, היכולה למנות עשרות בני אדם, אשר אין כל טענה שמי מהם בעצמו עלול להוות סיכון ביטחוני כלשהו, לא יוכלו לקבל מעמד בישראל אך בשל קרבתם המשפחתית.

49. זאת ועוד, המונח "סיכון בטחוני" הינו נעדר הגדרה ועמום. התיקון אינו מגדיר קריטריונים לקביעת קיומו של הסיכון הבטחוני, שבעקבותיו ישללו זכויות יסוד. הוא אף אינו קובע מי הם "גורמי הביטחון המוסמכים" לקבוע את קיומו של הסיכון. התיקון לא קובע מנגנון פיקוח או ביקורת על קביעה כאמור, אינו מקנה זכות טיעון לנפגעי החזקה ואף לא קובע כיצד ניתן לפעול לביטול החלטה בדבר קיום סיכון בטחוני. כך, אם נקבע על ידי גורמי הביטחון העלומים, כי אדם "עלול להוות סיכון בטחוני", יוטל כתם זה על בן זוגו, הוריו, ילדיו, אחיו, אחיותיו ובני זוגם של כל אלה.

50. חזקה זו משמעה ביטולם של עקרון החפות ושל עקרון האחריות האישית, ושלילה של זכויות יסוד של אדם אך בשל הקשר המשפחתי שלו לאחרים, קשר שאינו תלוי בבחירתו האישית ואין הוא יכול לשנותו. ויודגש, כי החזקה החלוטה קמה אף אם אין כל מידע, הקושר את האדם עצמו למעשים המיוחסים לקרובו, ואף אם אין לו בפועל כל קשר עם אותו קרוב. בית משפט נכבד זה הגביל בעבר ענישה מסוג זה. לטיעון המלא בדבר חוסר המידתיות שבענישה קולקטיבית ראו פסקאות 156-160.

בג"ץ 5627/02 סייף נ' לשכת העיתונות הממשלתית, פ"ד נח (5) 70 ;

בג"ץ 7015/02 עגירי נ' מפקד כוחות צה"ל, פ"ד נו (6) 352 ;

בג"ץ 3379/03 מוסטקי ואח' נ' פרקליטות המדינה ואח', פ"ד נח(3), 865, 911, פסקה 51.

ד. התיקון עמום ולפיכך אינו מקיים את הדרישה כי פגיעה בזכויות תעשה ע"פ חוק

51. המונח "סיכון בטחוני" המופיע בתיקון הינו נעדר הגדרה ועמום. התיקון אינו מגדיר קריטריונים לקביעת קיומו של הסיכון הבטחוני, שבעקבותיו ישללו זכויות יסוד. הוא אף אינו קובע מי הם "גורמי הביטחון המוסמכים" לקבוע את קיומו של הסיכון. התיקון לא קובע מנגנון פיקוח או ביקורת על קביעה כאמור, אינו מקנה זכות טיעון לנפגעי החזקה ואף לא קובע כיצד ניתן לפעול לביטול החלטה בדבר קיום סיכון בטחוני. למעשה, התיקון הקבוע בהסדר ראשוני הוא עמום כל כך שלמעשה משאיר כר פעולה נרחב ובלתי מוגדר לרשות המבצעת. כך, אם נקבע על ידי גורמי הביטחון העלומים, כי אדם "עלול להוות סיכון בטחוני", יוטל כתם זה על בן זוגו, הוריו, ילדיו, אחיו, אחיותיו ובני זוגם של כל אלה.

52. הוראה זו הינה רחבה (במובן overbreadth) ונעדרת מידה מינימאלית של ספציפיקציה (במובן של sufficient precision). ההחלטה על היות אדם לוקה ב"סיכון בטחוני משפחתי" מבוססת כולה על הנתון האמורפי של קיומה של "חווה דעת גורמי בטחון". היעדר קריטריונים ברורים ומפורשים מבטל, לכאורה, כל אפשרות לקיים ביקורת שיפוטית על החלטה כאמור, ולמעשה מעניק שיקול דעת בלתי מוגבל לשר. מה יעשה אדם, שייפגע מההחלטה? באשר למי כבר קיבלו מעמד וקיימת בעניין מי מבני משפחתם "חווה דעת גורמי בטחון" מעניק סעיף 14(1) שיקול דעת לשר האם להחיל את החזקה, קרי הוראת השעה מקנה לשר שיקול דעת רחב, ברצותו יחיל את החזקה וברצותו לא יחילנה. בכך נפגעים עקרון שלטון החוק, והחובה כי הפגיעה תיקבע במפורש בדבר חקיקה.

53. הנה כי כן, הוראת השעה אינה עומדת בדרישת פיסקת ההגבלה, המורה כי פגיעה תהא "בחוק" או "לפי חוק" והמחייבת שמירה על עקרון שלטון החוק בהיבטו המהותי-הצר: על החוק להיות נגיש, מכוון את ההתנהגות העתידית, ברור וודאי. כדברי פרופ' אהרן ברק:

"שלטון החוק בהיבטו המהותי הצר, מתייחס לכל אותם יסודות שהם חיוניים לקיומו של חוק כנורמה המדריכה (מכוונת) התנהגות בשיטת המשפט. כך, למשל, תנאי הוא לשלטון החוק שהחוק יהיה כללי, פומבי, ידוע ומפורסם, ושהוא יהיה ברור, ודאי, וניתן להבנה באופן שבני הציבור יוכלו לנהל על פיו את ענייניהם...{הרכיב} "בחוק" – אין משמעותו אך זאת שחוק של הכנסת מכיל את ההגבלה. הדרישה אינה באה להצביע אך על הצורך במקור משפטי פורמלי להגבלת זכות אדם... לדעתי, הוא מוסיף וקובע, כי מקור פורמלי זה צריך לקיים דרישות נוספות שהן טבעיות ומהותיות לקיומו של משפט כגורם המכוון התנהגות אנושית... חקיקה הקובעת כי זכויות האדם יוגבלו על פי שיקול דעתו של פלוני, אינה מקיימת את דרישות המינימום של הגבלה "בחוק" במשפטנו. על פי גישה זו הדרישה כי ההגבלה על זכות האדם תהא "בחוק" היא בעלת חשיבות רבה. אין זו אך דרישה פורמלית (שלטון חוק פורמלי), אלא גם דרישה מהותית... המהותיות נבחנת מבחינת תיפקודו של המשפט כמערכת מדריכה ומכוונת התנהגות אנושית. גישה דומה באשר לתכליתה של פסקת ההגבלה נוקטים בית-המשפט האירופאי לזכויות האדם ובתי המשפט הקנדיים."

אהרן ברק פרשנות במשפט (כרך שלישי, נבו 1994), עמ' 490-491.

ראו גם האסמכתאות ופסקי-הדין מהמשפט המשווה בעניין בטלותם של חוקים שלא קיימו את ההתנייה "בחוק" שם, בעמ' 491-507.

54. השופט חשין (כתוארו אז) עמד על חשיבות פניו של שלטון החוק הן בתור מיידע ומזהיר מראש את בני האדם והן בתור מכוון ברור להתנהגות שלהם, לאמור:

"פינו מלא שבח לעקרון שלטון החוק, ובהללנו אותו מבקשים אנו להעמיד את שלטון החוק כנגד שלטון האדם. החוק ישלוט בנו – החוק ולא האדם... שלטון האדם: שרירותי לגופו ושרירותי במועדו... כך הוא שלטון האדם – ומנגד יעמוד שלטון החוק. גם חוק הוא יציר רוחו של האדם, אך באשר הוא חוק – להבדילו מאדם – אמור הוא על-פי הגדרתו להינתן ולהיוודע מראש... כך מוזהר אדם מראש על נורמות התנהגות האמורות לחייב אותו, וכך הוא יוכל לכוון דרכו על פי אותן נורמות שנקבעו והובאו לידיעתו מראש."

רע"פ 1127/93 מ"י נגד קליין ואח', פ"ד מח (3) 485, 515.

55. במקום אחר עמד הנשיא שמגר על סוגייה זו, לאמור:

"ביטויי העיקרי של שלטון החוק הוא בכך שהוא אינו שלטונם של אנשים – לפי החלטותיהם, שיקוליהם, ומאווייהם הבלתי מוגבלים – אלא בכך שהוא נשען על הוראותיהן של נורמות יציבות, השוות לכול ואשר מחייבות את הכל במידה שווה."

ע"ב 2/84 ניימן נ' יו"ר ועדת הבחירות המרכזית לכנסת האחת-עשרה, פ"ד לט (2) 225, 261.

56. בית המשפט האירופאי לזכויות אדם פסק, שחקיקה המעניקה שיקול דעת רחב לרשות המבצעת ללא התווייתה בתנאים ברורים בחוק, אינה עומדת בתנאי, שנקבע באמנה האירופאית לזכויות האדם, המחייב שהפגיעה בזכויות יסוד תהא לפי חוק. כך למשל נקבע בפרשת **Sunday Times**:

"In the Court's opinion, the following are two of the requirements that flow from the expression "prescribed by law". Firstly, the law must be adequately accessible: the citizen must be able to have an indication that is adequate in the circumstances of the legal rules applicable to a given case. Secondly, a norm cannot be regarded as a "law" unless it is formulated with sufficient precision to enable the citizen to regulate his conduct: he must be able - if need be with appropriate advice - to foresee, to a degree that is reasonable in

the circumstances, the consequences which a given action may entail."

Sunday Times v. United Kingdom 6538/74 [1979] ECHR 1 (Judgment Delivered on 26 April 1979).

57. בית המשפט בקנדה קבע הלכה דומה, המתייחסת לפירוש "חוק" שבצירטר הקנדי, בהקשר

לחקיקה, שהגבילה את חופש הביטוי על ידי מתן שיקול דעת רחב לצנזורה על סרטים :

"In our view, although there has certainly been a legislative grant of power to the board to censor... it is not enough to authorize a board to censor or prohibit the exhibition of any film of which it disapproves. That kind of authority is not legal... that kind of regulation cannot be considered as "law". It is accepted that law cannot be vague, undefined and totally discretionary; it must be ascertainable and understandable. Any limits placed on the freedom of expression cannot be left to the whim of an official; such limits must be articulated with some precision or they cannot be considered to be law".

Re Ontario Film and Video Appreciation Society and Ontario Board of Censors 45 O.R. (2d) 80 ; 1984 Ont. Rep

58. הנה כי כן, הוראת השעה פוגעת בעקרון שלטון החוק בהיבטו המהותי-הצר בכך שאינה מקיימת את התנאי הראשון שבפיסקת ההגבלה "לפי חוק", המורה, כי על החוק ליידע מראש את הציבור בדבר תחולתו העתידית, להיות נגיש, ברור וודאי.

4. הטיעון המשפטי באשר להוראת השעה

א. מבוא

59. טיעוני העותרים כנגד הוראת השעה נותרו בעינם גם לאחר התיקון שהוכנס בה ביום 27.7.05 והם מתמקדים בהיותה מפרה באופן בוטה את זכויותיו החוקתיות של הפרט לחירות אישית, לכבוד, לשוויון ולפרטיות. זכויות אלו, המהוות את הבסיס לזכותו של הפרט לבחור בן זוג כרצונו ולהקים עמו משפחה, מופרות באופן קיצוני על ידי הוראת השעה בקובעה, כי נוהל ההתאזרחות הנוהג, החל על בני זוג של אזרחים ישראלים, לא יחול על בני זוג פלסטינים אך ורק בשל מוצאם הלאומי.

60. כפי שפורט בהרחבה בעתירות עצמן, ובכתבי בי- הדין שהוגשו על ידי העותרים עד כה, הוראת השעה מונעת הגשת כל בקשה חדשה של אזרחים למתן מעמד לבניות זוגם שהינם תושבי הגדה המערבית ורצועת עזה, ומונעת מתן כל מעמד בישראל לכל מי שלא הגיש בקשה עד ליום 12 במאי 2002, למעט החריגים המעטים והמותנים בדבר הגשת בקשות להיתרי שהייה זמניים הקבועים בתיקון, כפי שפורט לעיל.

61. כמו כן מונעת הוראת השעה שדרוג של מעמד לתושבות ארעית, לתושבות קבע ו/או לאזרחות, שניתן לפני יום 12 במאי 2002, וזאת אף אם הבקשות, אין נגד המבקשים כל מידע המחשיד אותם בדבר, והם 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 338/99 עיסא ואח' נ' שר הפנים.

62. זאת ועוד, הוראת השעה מצמצמת באופן קיצוני את סמכותם של המשיבים 2 ו-3 בבג"ץ 8099/03 ליתן היתר לשהייה בישראל לפי תחיקת הביטחון.

63. במעמד זה יודגש שוב, כי עתירות אלו אינן עוסקות במדיניות הגירה, כפי שהמשיבים מנסים לטעון (סעיף 51 לתשובת המשיבים). 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>

64. בכתבי בי-הדין אשר הוגשו ביום 5.11.03, בסיכומיהם מיום 16.12.03 וכן בהודעותיהם מיום 6.11.05 ומיום 20.11.05 מעלים המשיבים 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 חוקתיות הוראת השעה**. טענות העותרים הן בתמצית:

א. התפיסה החוקתית של המשיבים, כפי שהיא באה לידי ביטוי בסעיפים 61-75 לתשובתם, 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. עמדת המשיבים אינה נסמכת על תשתית עובדתית נאותה והיא מבוססת על רטוריקה של הפחדה.

ג. הוראת השעה אינה מידתית, מאחר שהיא פוגעת באופן גורף בזכויות חוקתיות ללא תכלית ראויה ומעל לנדרש.

ד. הוראת השעה כובלת את שיקול דעתו של שר הפנים, קל וחומר את שיקול דעתו של מפקד האזור.

ה. בהליך חקיקת הוראת השעה והתיקון לה נפלו פגמים, וכן לא נבחנה ההשפעה על ילדים 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.

ב. הניתוח החוקתי

65. פרשנותם של העותרים למעמדן של הזכויות החוקתיות בכלל ולהוראת השעה בפרט הובאה בהרחבה בעתירותיהם, בסעיפים 80-119 לבג"ץ 7052/03 ובסעיפים 61-32 לבג"ץ 8099/03 ותמציתה: **בשלב ראשון יש לבחון את השאלה האם מתקיימת פגיעה בזכות ובשלב שני לבחון האם פגיעה זו זוכה להגנה חוקתית**.

66. המשיבים מציעים פרשנות אחרת בה הם מציעים לבצע שני מהלכים המביאים לפגיעה בזכויות אדם:

- א. ראשית, צמצום היקף הביקורת השיפוטית על ידי מיקוד הניתוח העיקרי עוד בשלב הפגיעה בזכות, ובכך צמצום השימוש במבחני פסקת ההגבלה.
 - ב. שנית, העברת הנטל, המוטל על כתפיהם הרחבות של המשיבים, לכתפיהם הצרות של העותרים.
- נבחן שני נדבכים אלה תוך התייחסות למשפט המשווה.

1. היקף ההגנה החוקתית על זכויות יסוד

67. בסעיפים 75-61 לתשובתם טוענים המשיבים, כי "אם החוק המגביל מגלם איזון פנימי ראוי בין הזכויות החוקתיות השונות הרי שלא מתקיימת "פגיעה" שאת תכליתה ומידתיותה יש לבחון במסגרת פסקת ההגבלה" (פיסקה 64 לתשובה). לטענתם, "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 ובעטיה ניתן לומר כי אין החוק פוגע כלל בזכות מוגנת" (פיסקה 65 לתשובה, ההדגשה במקור). עמדתם זו של המשיבים מתבססת על הטענה, כי רק זכויות, המנויות בגרעין הזכויות, ראויות להגנה חוקתית (פסקות 78-87 לתשובת המדינה).

68. למעשה מסתמכים המשיבים על "תיאוריית המעגלים", המוצגת במאמרה של יהודית קרפ "מקצת שאלות על כבוד האדם לפי חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו" משפטים כה (התשנ"ה) 129. תיאוריה זו עושה אבחנה בין שלוש רמות:

א. מעגל פנימי, הכולל את הזכויות הגרעיניות הפוגעות "בכבוד האנושי במובנו הטבעי והמיידי. זה הוא הכבוד שהוא היפוכם של חילול, של ביזוי, של הלבנת פנים, של בושת ועלבון, של פגיעה בצלם".

ב. מעגל שני, הכולל זכויות חוקתיות המופיעות במפורש בטקסט החוקתי. המשיבים מעלים את הטענה, כי זכויות, הנמנות על שני המעגלים הראשונים, מוגנות בחוק היסוד ועליהן אין מחלוקת.

ג. במעגל השלישי מתמזג ערך כבוד האדם עם עקרון החירות, ומהתמזגות זו נגזרות זכויות אדם נוספות ובהן השוויון.

69. לפי עמדת המשיבים זכויות, המנויות במעגל השלישי, ובהן הזכות הרחבה לשוויון, אינן חוסות כלל תחת כנפי חוק היסוד.

70. עמדת המשיבים חסרה כל ביסוס תיאורטי. הרי מהרגע בו זכות מסוימת נהנית ממעמד חוקתי יש להחיל עליה את מערך האיזונים הרגיל ללא הבחנה על רקע טקסטואלי או בנקודת זמן פלונית (המועד בו דורג מעמדה של הזכות). עמדתנו הינה, כי אף הזכויות המנויות במעגל השלישי זכות להגנה חוקתית עוד בשלב בחינת הזכות הנפגעת. המלומד דבורקין ניתח בביקורתיות את השיח המשפטי החוקתי, היוצר אבחנה בין זכויות חוקתיות, המצוינות במפורש בטקסט החוקתי, ולכן ניתן לאוכף בבית המשפט, לבין זכויות יסוד אחרות, שאינן מצוינות בטקסט החוקתי, ולכן מתעורר ויכוח האם ניתן לאוכף בבית המשפט ולהפעיל באמצעותן את מנגנון הביקורת השיפוטית החוקתית. דבורקין קובע, כי קירבת הזכות ללשון הטקסט החוקתי אינה מעניקה לה את מעמדה ותוקפה המשפטי, אלא הבחירה הפרשנית, שעושה בית המשפט, והבנתו למידת חשיבות הזכות במערכת משפט קונקרטית היא זו המתווה את חוקתיותה, אם בכלל, של זכות ספציפית. דבורקין מדגים בהקשר האמריקאי, כי הזכות לשרוף את דגל ארה"ב לא נבעה מקרבה לשונית כלשהי לזכות לחופש ביטוי, כמו גם זכותה של אישה לא להיות מופלית בקבלה לעבודה. הבחירה הפרשנית, גורס דבורקין, היא שהובילה את בית המשפט להכיר בזכויות אלה כחוקתיות, וזאת משום חשיבותן:

"No comparable assumption can explain the supposed distinction between enumerated and unenumerated constitutional rights. The Bill of Rights, as I said, consists of broad and abstract principles of political morality, which together encompass, in exceptionally abstract form, all the dimensions of political morality that in our political culture can ground an individual constitutional right. The key issue in applying these abstract principles to particular political controversies is not one of reference but of interpretation, which is very different."

Ronald Dworkin "Unenumerated Rights: Whether and How Roe Should be Overruled" 59 U.Chi.L.Rev. (1992) 381, 387-388.

71. זאת ועוד, המשיבים טוענים, כי הזכות לחירות והזכות לפרטיות הינן חירויות, ולכן הן מקימות כלפי המדינה אך חובה נגיבית, והן אינן כוללות "את הכח להטיל על המדינה חובה פוזיטיבית לאפשר הגירת זר ארצה" (פיסקה 70 לתשובת המשיבים מיום 5.11.05). גם בהקשר זה מנסים המשיבים לטשטש את העובדה, כי אין המדובר בסוגיית זכויותיו של זר, המבקש להגר לישראל, אלא בזכויותיהם של אזרחים ישראלים, הנשואים ללא אזרחים.

72. ויודגש, עתירה זו לא מבקשת להטיל חובה כלשהי על המדינה, והיא לא נוגעת למערך הזכויות המטילות חובה פוזיטיבית על המדינה. עניינה של העתירה דווקא בהגנה על

חירויות במובן הנגטיבי, המטילות איסור על המדינה להתערב באוטונומיה האישית של הפרט, ובעיקרון איסור ההפליה, שהוא הבסיס לחירות האישית של הפרט. לכן טוענים העותרים, כי אסור למדינה לחוקק חוקים המגבילים את האוטונומיה האישית של הפרט על רקע שייכותו האתנית של בן זוגו.

73. יתר על כן הפרשנות המצרה של המשיבים מהווה ניסיון נוסף לאיין את משמעות ההגנה החוקתית למרבית הזכויות, המעוגנות בחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו. עמד על כך הנשיא ברק בספרו פרשנות במשפט שם אמר:

"אכן מרבית סעיפיו של חוק-היסוד מנוסחים בלשון פסיבית זו... בכך בא לידי ביטוי אופיים של כבוד האדם וחירותו כזכויות ההופלדיאניות מסוג "חירות" (liberty)... אולם, חוק היסוד אינו מגביל עצמו אך להגנה פסיבית. ניתן למצוא בו עיגון גם להגנה אקטיבית. הגנה אקטיבית משמעותה חובת עשייה לשם מניעת פגיעה בכבוד האדם וחירותו... אכן כל נורמה חוקתית המחייבת את השלטון להמנע מפעולה, עשויה בנסיבות מתאימות לחייב את השלטון לפעול. בסופו של דבר, ההבחנה בין מעשה לבין מחדל היא דקה ומטושטשת, וקשה להניח כי על בסיס כה צר ניתן לבנות תיאוריה חוקתית לפיה חוק-היסוד מחייב הימנעות מפעולה שלטונית, אך אינו מחייב עשייה שלטונית".

א' ברק, פרשנות במשפט (כרך שלישי, נבו 1994) עמ' 312-313.

74. לענין הניתוח החוקתי, התייחס אך בשבוע שעבר הנשיא ברק בפסק דינו בעתירה שעסקה בזכות לקיום אנושי בכבוד:

"הטענה שעלינו לבחון בעתירות אלה היא אפוא טענה חוקתית. דרך הבדיקה המקובלת של טענות מסוג זה עשויה שלושה שלבים (ראו: ע"א 6821/93 בנק המזרחי המאוחד בע"מ נ' מגדל כפר שיתופי, פ"ד מט(4), 221, 428; בג"ץ 1661/05 המועצה האזורית חוף עזה נ' כנסת ישראל, פסקה 56 (טרם פורסם; להלן – פרשת המועצה האזורית חוף עזה)): בשלב הראשון נבחנת השאלה, האם החוק (בענייננו: התיקון לחוק הבטחת הכנסה) פוגע בזכות לכבוד האדם. אם נקבע שמתקיימת פגיעה, בוחן השלב השני האם פגיעה זו עומדת בתנאי פסקת ההגבלה החוקתית. במצב בו מעלה הבדיקה שהפגיעה בזכות אינה הולמת את הוראות פסקת ההגבלה, פונים לשלב השלישי, שעניינו הסעד החוקתי".

בג"צ 366/03 עמותת מחויבות לשלום וצדק חברתי ואח' נ' שר האוצר ואח', (ניתן ביום 12.12.05, טרם פורסם), פסקה 11 לפסק דינו של הנשיא ברק.

75. הנה כי כן, המשיבים, אינם עורכים אבחנה בין שני שלבי הניתוח החוקתי, ונעצרים כבר בשלב הראשון, כאשר הם טוענים, כי: "במקרה דגן לא נפגע כלל עקרון השוויון" (סעיף 34 רישא לתגובת המשיבים מיום 5.11.03, וסעיפים 87-96 לתשובתם). אין מנוס מהמסקנה, כי הטענה כי אין כלל פגיעה זכויות יסוד ובכללן הזכות לשוויון, היא רטוריקה ריקה מתוכן. בחינת נימוקיהם של המשיבים לטענה זו מעלה, כי למעשה הנימוקים לגופם נמצאים בשלב השני של הניתוח החוקתי, ועוסקים בהצדקת הפגיעה.

2. ניתוח חוקתי במשפט המשווה

א. קנדה

76. בסעיף 122 לסיכומיהם מיום 16.12.05 מפנים המשיבים להלכה שנקבעה בפסק הדין בענין Law בשנת 1999, ולפיה הניתוח החוקתי יעשה בשלושה שלבים עוד בבחינת הפגיעה בזכות, הקבועה בסעיף 15(1) ל- Canadian Charter of Rights and Freedoms (להלן: "הצ'רטר"), ולא במסגרת פסקת ההגבלה, הקבועה בסעיף 1 לצ'רטר.

77. ראשית, יודגש כי הלכה זו אינה רלבנטית לענייננו, וזאת משום שהחקיקה דגן עוסקת בהבחנה ברורה על רקע אתני, ועל כך אין מחלוקת. לכן, אין צורך להוכיח כי מדובר בסוג של הבחנה חשודה שהרי הטקסט המשפטי עצמו מעלה את זה. השלב השני של הדיון אמור להתמקד, אפוא, בשאלת הצידוק של הבחנה על רקע אתני. דבר שהמשיבים לא סיפקו הסבר כלשהו להבחנה מסוג זה. שכן, הטקסט המשפטי, היינו החוק, לא מותיר ספקות בדבר הציבור שהוא מפנה אליו או מגביל את חירויותיו.

78. שנית, ממילא, לא רק שפס"ד law אינו רלבנטי, אלא שבדיקה מעמיקה יותר של המשפט הקנדי מעלה, כי הלכה זו, שניתנה פה אחד, מורכבת מרבדים רבים, ואינה סוף פסוק באבולוציה החוקתית הקנדית. מאז ניתנה ההלכה לא קפאה הפסיקה הקנדית על שמריה, והמחלוקת הפרשנית לגבי היקפה של הזכות, בעינה עומדת. כך, למשל, בענין Gosselin, אליו מפנים המשיבים בפסקה 128 לסיכומיהם, ניתן אמנם פסק דין ברוח הלכת Law, אולם פסק הדין ניתן ברוב של חמישה מול ארבעה שופטים, ודעת המיעוט, שנכתבה בעיקרה על ידי השופט Bastarche, קראה לחזור למבחנים, שנקבעו בפסק הדין Andrews, שקבע את ההלכה שטרם הלכת Law, לפיה יש לבחון את הפגיעה בזכות במגבלות פסקת ההגבלה, כאשר הנטל הוא על המדינה.

Law v. Minister of Human Resources Development [1999] 1 S.C.R. 497;

Gosselin v. Quebec (Attorney General) 2002 SCC 84;

Andrews v. Law Society of British Columbia [1989] 1 S.C.R. 143.

79. על שיטת הפרשנות שהוצעה בפסק הדין Law נמתחה ביקורת משפטית רבה. עיקר הביקורת הופנה כלפי עמימות מבחני העזר, האמורים לבחון את היקף הזכות הנפגעת, ריקונה מתוכן של פיסקת ההגבלה, והעברת נטל ההוכחה לעותר. כך, למשל, כותב המלומד Hogg:

*“The element of human dignity that has now been injected into s. 15 jurisprudence is, in my view, vague, confusing and burdensome to equality claimants. Although various “contextual factors” were listed in Law to assist in the task of determining whether a distinction impairs human dignity, the factors are not very helpful and the concept of human dignity is inherently vague and unpredictable in its application. The element of human dignity is a revision of the idea that was rejected in Andrews, namely, that s. 15 should be restricted to unreasonable or unfair distinctions. Distinctions that impair human dignity are presumably much the same as unreasonable or unfair distinctions. As McIntyre J. pointed out in Andrews, **by introducing this kind of evaluative step into s. 15, the relationship between s. 15 and s. 1 is confused, and s. 1 is left with little work to do. Moreover, any increase in the elements of s. 15 has the undesirable effect of increasing the burden of proof on the claimant, who has the burden of proving each element, whereas it is the government who bears the burden of establishing each element of s. 1. Indeed the Court in Law frankly acknowledged this last point, and could only offer that in some cases it would not be necessary for the claimant “to adduce evidence” because it would be “evident on the basis of judicial notice and logical reasoning” that human dignity has been impaired. The fact remains that a failure to persuade the Court (in one fashion or another) that human dignity is impaired causes the claimant to lose the case.***

In my view, the doctrine established in Andrews is far superior to the new human-dignity rule. It is simpler and less burdensome for the claimant to establish only a distinction based on listed or analogous grounds in order to show a breach of s. 15. Then it is up to the government to satisfy the elements of s. 1 justification, which is an inquiry that proceeds in accordance with the rules laid down in Oakes, of which the first is the establishment of a benign objective for the law (one that does not impair human dignity). A failure to satisfy the Oakes rules causes the government to lose the case, not the claimant."

(P.W. Hogg, Constitutional Law of Canada, (Toronto: Carswell, 2001 Stud. ed.) at 1014-1015) (ההדגשות הוספו).

לביקורת נוספת על פסק הדין ראו :

- B. Baines, "Law v. Canada: Formatting Equality" (2000) 11 Const. F. 65;
S. Martin, "Balancing Individual Rights to Equality and Social Goals" (2001) 80 Can. Bar Rev. 299 at 319-332;
J. Ross, "A Flawed Synthesis of the Law" (2000) 11. Const F. 74;
C.D. Bredt & I. Nishisato, "The Supreme Court's New Equality Test: A Critique" (September-October 2000) 8 Can. Watch 16.

ב. ארצות הברית

80. בית המשפט האמריקאי קבע כי בהעדר ראיות אחרות, חזקה שהמחוקק פעל באופן רציונאלי. עם זאת מוסיף בית המשפט בהערת שוליים, כי חזקה זאת תצומצם כאשר דבר החקיקה הנדון נחזה על פניו כמצוי בתחום ספציפי של איסור חוקתי. התיקון ה-14 "Equal Protection of the Laws", המגן על הזכות לשוויון, נחשב ככולל את כל הזכויות המנויות בחוקה, ולפיכך כל פגיעה בו נבחנת תחת הנחת חוקתיות צרה. לענין זה אין אף צורך בהוכחה, כי מדובר בפגיעה בקבוצה ספציפית, די בכך שהחוק מפר או מונע את זכותו של כל אדם לזכויות המנויות על מנת לקבוע שיש פגיעה חוקתית. לפיכך, הניתוח המשפטי שעורכים המשיבים באשר לדרישת הכוונה המפלה - אינו מדויק.

U.S. v. Carolene Products Co. 304 U.S. 144 (1938) fn. 4.

81. לא זו אף זו. במקרים, שבהם החוק עושה אבחנה על רקע גזע או אתני, מחילה הפסיקה האמריקאית דווקא את המבחן המקפיד ביותר "strict scrutiny". במקרים של אבחנה על בסיס מוצא על המדינה להוכיח, כי לא עמדה בפניה ברירה אחרת, אלא להפלות.

3. נטל ההוכחה

82. במשפט המינהלי והחוקתי מוטל על העותר בשלב ראשון להראות ספק בחוקיות החוק. משהורס נטל זה, כפי שהתרחש ללא ספק בעניין נשוא עתירה זו עת מצא לנכון בית המשפט הנכבד להוציא צו על תנאי, עובר נטל הראייה בשאלה האם הפגיעה החוקתית נעשתה כדין אל כתפי המשיבים. עליהם להציג ראיות חד משמעיות ומשכנעות, כי הפגיעה עומדת במבחני פיסקת ההגבלה. הרעיון, העומד ביסוד תיאורית הוכחה זו, הוא שהצד שהוא קרוב יחסית לעובדות, הוא זה שנושא בנטל הוכחתן.

ע"א 6821/93 בנק המזרחי המאוחד בע"מ נ' מגדל כפר שיתופי, פ"ד מט(4) 221; ראו את עמדותיהם של הנשיא ברק (עמ' 428-429) והשופט ד' לוי (עמ' 459-458).

83. יפים דבריה של השופטת ביניש באשר לנטל ההוכחה המוטל על העותרים בעתירה לביטול חוק:

"המידע המלא לצורך בחינה מקיפה של תנאי הקיום המינימלי כאמור מצוי בידיה של המדינה ולא בידיהם של העותרים. בהתחשב בכך, אני סבורה כי על העותרים היה הנטל הראשוני להוכיח באמצעות תיעוד מתאים את מקורות ההכנסה שלהם אל מול ההוצאות החיוניות השוטפות והקבועות בהן הם נושאים... לו היו העותרים עומדים בנטל זה, היתה נדרשת המדינה עוד בשלב הראשון של הבחינה החוקתית, להוכיח את טענתה כי על אף הפגיעה הלכאורית בזכות החוקתית עקב קיצוץ הבטחת הכנסה, יש בקיומם של מכלול אמצעים לאומיים ואחרים להבטיח קיום אנושי מינימאלי בכבוד, ואין להטיל נטל זה על כתפי העותרים".

בג"ץ 366/03 עמותת מחויבות לשלום וצדק חברתי ואח' נ' שר האוצר ואח', (ניתן ביום 12.12.05, טרם פורסם), פסקה 2 לפסק דינה של השופטת ביניש.

84. אף במקרה שלפנינו המידע, הנתונים, והידע הרלבנטי מצוי בידי המשיבים, כפי שפורט בהרחבה בפרק ג' העוסק בתשתית העובדתית.

85. זאת ועוד, להעברת הנטל ישנה משמעות רבה יותר ככל שקיים חשש להבחנה חשודה יותר. כך, למשל, קבע המחוקק בסעיף 9 לחוק שוויון ההזדמנויות בעבודה, התשמ"ח-1988 ובסעיף 6 לחוק איסור הפליה במוצרים, בשירותים ובכניסה למקומות בידור ולמקומות ציבוריים, התשס"א-2000, כי הנטל עובר בצורה כמעט אוטומטית לשכמו של מי שנטען נגדו כי היפלה. בחוקקו חוקים אלה הביע המחוקק את עמדתו, לפיה בהתעורר טענת הפליה "חשודה", ישנה הצדקה להעברת נטל ההוכחה ולא רק נטל הבאת הראיות לנתבע. חוקי איסור ההפליה בעבודה ובאספקת מצרכים ושירותים חלים על גופים פרטיים, שעליהם אמור לחול סטנדרט מקל מזה שחל על המדינה. מקל וחומר ניתן להסיק, שעקרון זה חל גם על הזכות החוקתית לשוויון, ולפיכך ראוי, כי הנטל יוטל על המדינה, כפי שנעשה באמצעות מבחני פסקת ההגבלה.

86. אף במשפט האמריקאי, כאשר נבחנת חוקתיות פעולות, המבוססות על סיווג החשוד כמפלה (suspect classification), נדרשת בדיקה קפדנית ומוטל על הרשות נטל שכנוע מהותי וראייתי כבד להצדקת הפגיעה בזכות. רק אינטרס ציבורי חיוני, שלא ניתן להשיגו באמצעים מפלים פחות, עשוי להצדיק פגיעה זו.

Brown v. Board of Education 347 US 483 (1954).

ג. מעמדן של הזכויות החוקתיות

87. בנוסף ולאור עמדת המשיבים בתגובתם, מרוקנת למעשה את הזכויות החוקתיות מתוכן, להלן נתייחס לעמדה זו.

1. התחולה של הזכויות החוקתיות

א. תחולה טריטוריאלית

88. עמדת המשיבים היא, שהוראת השעה אינה פוגעת בזכויות חוקתיות כלשהן, משום שהיא אינה אוסרת על אזרחים הישראלים להינשא לפלסטינים תושבי הגדה המערבית ורצועת עזה, אלא "אך" מונעת מהם לקיים את חיי המשפחה שלהם בישראל, והם יכולים לממש את זכויותיהם בכל מקום בעולם מלבד בישראל.

89. יש לפסול עמדה זו על הסף, היות שהעתירות 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 (סעיף 51 לתשובת המשיבים) אינו רלבנטי כלל ועיקר.

90. המשיבים מתעלמים מנקודת המוצא, המובנת מאליה, ולפיה יש לבחון את אפשרות כיבודן ומימושן של הזכויות החוקתיות במדינת ישראל. לכן, אם התוצאה או האפקט של הוראת השעה מובילים לריקון הטריטוריה הריבונית של מדינת ישראל מזכויות חוקתיות אלה, משמע שלא רק שהן אינן זוכות להגנה חוקתית אלא הלכה למעשה הן מתאינות. 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.

91. 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.

ב. מיהו אויב?

92. המשיבים מבקשים להצדיק את הוראת השעה בכך שמדינה רשאית להגביל כניסת אזרחי מדינת אויב, ואולם ההשוואה בין "כל תושבי האזור" לאזרחי "מדינת אויב" הינה עירוב מין בשאינו מינו. הטעם הראשון והחשוב ביותר לענייננו הוא, כי עסקינן בראש ובראשונה בפגיעה בזכויות החוקתיות של אזרחי המדינה הנשואים ל"תושבי האזור". על טעם זה ועל טעמים נוספים עמדו מלומדים מאוניברסיטת חיפה, אשר התייחסו במאמרם לסוגיה זו והרי הדברים כלשונם:

"ראשית, ה"אויב" איננו כל אחד ואחד מתושבי האזור, אלא ארגוני הטרור ותומכיהם. כל עוד לא הוקמה מדינה פלסטינית, אין לפנינו עימות בין מדינות, אלא בין מדינת ישראל ובין ארגוני הטרור כפי שהם מוגדרים במשפט הישראלי. אך הפגיעה על פי החוק אינה מופנית רק כלפי ארגוני הטרור, דהיינו החברים בארגוני המחבלים או אלו התומכים או המזדהים עם המאבק המזוין כנגד מדינת ישראל; לגבי אלו, יסורבו בקשות ההתאזרחות שלהם במסגרת "הנוהל המדורג" שתואר לעיל. החוק החדש מתייחס ל"תושבי האזור" הפלסטינים כולם באופן גורף, כ"אויב" (בחריו של משתפי הפעולה). ודוק: לאזרחי מדינת אויב זיקה לאומית ואזרחית לארצם, והם אף חייבים לה נאמנות ונמצאים תחת אילוצים חוקיים מכוח חוקיה; מנגד, אין להניח כי לתושבי ה"אזור" זיקה גורפת כזו ביחס לארגוני הטרור ושיטותיהם הרצחניות, וודאי שלאחרונים אין מרות משפטית ביחס לראשונים. נימוק זה אינו אך נימוק טכני; הוא יורד לשורש השימוש בקטגוריה "אזרח מדינת אויב". בין האזרח ובין מדינתו קמה לפחות מבחינה משפטית, חובת נאמנות.

לפיכך אזרח שמדינתו מצויה בעימות מזוין עם מדינתה של בחירת ליבו, ואשר מבקש להשתקע שם, עלול להימצא במצב של חובות נאמנות מתנגשות. מחד, חובתו למדינתו, ומאידך, חובתו – המשפטית – לבחירת ליבו (ובמשתמע, למדינה בה חפץ להשתקע). ואילו בענייננו, כאמור, לתושבים פלסטינים אין כל חובת נאמנות לארגוני הטרור.

שנית, טיעונה זה של המדינה (בדבר הפלסטינים כ"זר-אויב") מחטיא נקודה מרכזית לענייננו. איחוד משפחות מקים זכויות שמקורם **בכל אחד משני בני הזוג**. גם לו היתה חוצה המדינה את המשוכה שעניינה הפגיעה בבן-הזוג הפלסטיני (המשוכה המוצבת על ידי הדין הפנימי, וזו המוצבת על ידי הדין הבינלאומי), ואנו כאמור טוענים אחרת, עדיין עומדת המדינה בפני שאלת עמידתה בחובותיה כלפי אזרחיה שלה המבקש להכריע הכרעה מרכזית כל כך בחייו, ללא התערבותה. משוכה זו, ודאי מחזירה אותנו להכרח שבבדיקה אינדיבידואלית של טענת הסיכון המופנית כלפי בן-זוגו של האזרח.

ושלישית, ספק אם מטאפורת ה"מלחמה", על אף השימוש הרב הנעשה בה, הנה מטאפורה מתאימה לציון מה שניתן לתאר כ"מצב הטרוריסטי", הן זה הגלובאלי והן זה ששרויים בו הישראלים והפלסטינים. בתולדות מדינת ישראל, "מלחמות" נתפשו בדרך כלל כפרקי-מציאות קצרים, אינטנסיביים מאוד מבחינת רמת האגרסיביות שלהם, קרובים למה שמכונה במדעי המדינה "מלחמה טוטאלית". בתודעה הישראלית, מלחמות התחילו והסתיימו: ניתנו להן שמות, עוצבו ריטואלים להתמודדות עימן, הן הפכו לחלק מן המיתוס ההרואי של האומות המעורבות. המצב הטרוריסטי, שלאחר ה-9 בספטמבר 2001 הוזנק אל בימת תשומת הלב התקשורתית והאינטלקטואלית כקטגוריה גלובאלית, דורש אנליזה ושפה חדשות ביחס לשיח מלחמות-הלאום. היחס בין הטרוריסט לציבור אותו הוא תוקף אינו יחס של מדינה כלפי מדינה, או קולקטיב מובחן כלפי קולקטיב מובחן אחר... האויב אינו מובחן בו על ידי נאמנות מדינתית או לאומית, הוא אינו קולקטיב שניתן לשייך אליו אנשים שיוך פאסיבי, כשיוך האזרחות הפורמלי. שעל כן על הלחימה באויב הטרוריסטי – לא רק מבחינה מוסרית, אלא גם מבחינה מבצעית – מחוייבת ליצור דרכי חשיבה ופעולה שונות, שאינן משכפלות את דרכי החשיבה והמושגים המוכרים של מלחמות בין מדינות או בין אומות. בקרב אומות, המשפט הבינלאומי מבחין בין לוחמים ובלתי-לוחמים, והוא משייך אליהן אנשים מכח זיקות פאסיביות, ההופכות אותם ל"אזרחי אויב". במצב הטרוריסטי, לעומת זאת, הזיקות הפאסיביות הן חסרות משמעות, אבסורדיות. כל אדם הנו חשוד במוטנציה: הקרבות-בכח הם אלו הנבדקים בפועל בכניסה למקומות ציבוריים. לכולנו מוכרת התמיהה האינסטינקטיבית

על הבדיקה הזו, המחאה הדוממת, שהרי בעינינו אנו המועמדים לקורבנות, לא לאלימות. הפלסטינים תושבי השטחים אינם שונים לעניין זה. כאוכלוסיה -- ואף אוכלוסיה שבחלקים ניכרים ממנה עויינת את מדינת ישראל -- מצבם ביחס למצב הטרוריסטי הנו כשל כל אוכלוסיה. הם אינם לוחמי אויב ולא אזרחי מדינת אויב. המאפיין הקריטי של אלו מקרבם שהינם אויבים-טרוריסטים אינו שהם פלסטינים אלא שהם טרוריסטים; וההתמודדות עם אלה -- בין השאר על ידי מניעת כניסתם לישראל -- אין לה דבר וחצי דבר עם מושגים לא-רלוונטיים למצב הטרוריסטי כ"אזרחי אויב". במצב עניינים זה הקביעה שכל תושב ה"אזור" הוא "אויב" חוטאת לעיקר. מדינת ישראל יכולה לקבוע רמות בדיקה שונות לבקשות הנוגעות לבני אדם מאזורים שונים בעולם, אך עליה לבדוק בקשות לאיחוד משפחות של אזרחיה באופן פרטני, מבלי שבני זוג (או כללית, בני אדם) תושבי האזור ייחשבו ל"טרוריסטים" (או ל"אויב") בהגדרה".

גיא דוידוב, יונתן יובל, אילן סבן ואמנון רייכמן, "מדינה או משפחה? חוק האזרחות והכניסה לישראל (הוראת שעה), התשס"ג-2003", משפט וממשל, ח' (2005), 643, 694.

93. הנה כי כן פרשנות המשיבים מאיינת את מהות זכויות היסוד. נבחן את הפגיעה בזכויות היסוד אחת לאחת כפי שהיא עולה מהוראת השעה.

2. הוראת השעה פוגעת בזכות לחיי משפחה

94. הוראת השעה מתיימרת להסדיר את יחסי האישות, הזוגיות והאהבה של אזרחי מדינת ישראל. הלכה למעשה היא מגבילה את החופש של אזרחים ישראלים לבחור בתושבי הגדה המערבית ורצועת עזה כבני זוגם. הוראת השעה מבקש גם להפריד בין זוגות כאלה, אשר כבר הקימו משפחות, ומאלצת את בני הזוג לבחור בין שתי ברירות, שהינן שתיהן מרות, הראשונה לחיות בנפרד מבן הזוג והשניה לעזוב את מדינת ישראל.

95. על מעמדה של הזכות לחיי משפחה כזכות חוקתית מפרטים העותרים בהרחבה בעתירות (ר' סעיפים 32-37 בבג"צ 8099/03, סעיפים 92-96 בבג"ץ 7052/03). על אף זאת מנסים המשיבים את מזלם, ושמים בפייהם של העותרים דברים שלא נאמרו: "העותרים מבקשים לגזור מהזכות הכללית לכבוד שתי זכויות פרטיקולריות, שלא זכו להכרה בחוק היסוד, היא, הזכות לקבלת היתר כניסה לזר לשם מימוש חיי משפחה..." (פיסקה 76 לתשובה). ויודגש, כפי שפורט לעיל, מדובר בזכותו של אזרח ותושב ישראל לחיי משפחה.

96. בהמשך, ובדומה לניתוח הזכות לחיים לעיל, עורכים המשיבים ניתוח חוקתי, לפיו כלל לא מתקיימת פגיעה בזכות לחיי משפחה. טיעוני העותרים בסעיפים 81-84 לעיל יפים אף לטיעונם זה של המשיבים.

97. זאת ועוד, המשיבים הרחיבו בתשובתם המקורית לעתירה, מיום 5.11.03 בנושא המשפט הבינלאומי וניסו להדגים באותות ובמופתים כיצד עומדת הוראת השעה בסטנדרטים, שנקבעו במשפט הבינלאומי. למרבה הצער מלאה תשובתם באי דיוקים. כך, למשל, טענו המשיבים, כי *"האמנות הבינלאומיות השונות אינן מפרשות את ההגנה על הזכות לחיי משפחה ככוללת חובה מוחלטת לפתוח את שערי המדינה בפני הזר"*. טיעון זה הינו סתמי, שכן העותרים אינם טוענים, כי הזכות לחיי משפחה מקימה "חובה מוחלטת".

98. 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 נמנעו 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.**

99. 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).

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

101. בהערה כללית מס' 19 משנת 1990, המהווה את הפרשנות המוסמכת של האמנה בדבר זכויות אזרחיות ופוליטיות, נקבע מפורשות, כי הזכות לחיי משפחה במשפט הבינלאומי כוללת גם את זכותה של המשפחה לחיות יחד:

(Protection of the family, the right to marriage and equality of the spouses)

“1. Article 23 of the International Covenant on Civil and Political Rights recognizes that the family is the natural and fundamental group unit of society and is entitled to protection by society and the State. Protection of the family and its members is also guaranteed, directly or indirectly, by other provisions of the Covenant. Thus, article 17 establishes a prohibition on arbitrary or unlawful interference with the family. In addition, article 24 of the Covenant specifically addresses the protection of the rights of the child, as such or as a member of a family. In their reports, States parties often fail to give enough information on how the State and society are discharging their obligation to provide protection to the family and the persons composing it. ...

5. The right to found a family implies, in principle, the possibility to procreate and live together. When States parties adopt family planning policies, they should be compatible with the provisions of the Covenant and should, in particular, not be discriminatory or compulsory. Similarly, the possibility to live together implies the adoption of appropriate measures, both at the internal level and as the case may be, in cooperation with other States, to ensure the unity or reunification of families, particularly when their members are separated for political, economic or similar reasons.

6. Article 23, paragraph 4, of the Covenant provides that States parties shall take appropriate steps to ensure equality of rights and responsibilities of spouses as to marriage, during marriage and at its dissolution”.

General Comment No. 19 of the Committee on Civil and Political Rights – 1990

<http://documents-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/G04/413/02/pdf/G0441302.pdf?OpenElement>

102. בהערה כללית מס' 30 משנת 2004, המהווה את הפרשנות המוסמכת של האמנה בדבר ביעור כל צורות האפליה הגזעית, נקבע מפורשות, כי האיסור הקטגורי על אפליה על בסיס לאום, אוסר במיוחד אפליה מסוג זה בכל האמור בזכות לאזרחות:

**Discrimination against non-citizens
Access To Citizenship**

13. Ensure that particular groups of non-citizens are not discriminated against with regard to access to citizenship or naturalization, and to pay due attention to possible barriers to naturalization that may exist for long-term or permanent residents;

14. Recognize that deprivation of citizenship on the basis of race, colour, descent, or national or ethnic origin is a breach of States Parties' obligations to ensure non-discriminatory enjoyment of the right to nationality;

General Comment No. 30 of the Committee on the Elimination of Racial Discrimination - 2004

<http://documents-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/G04/437/35/pdf/G0443735.pdf?OpenElement>

103. מההיסטוריה אנו למדים, כי חקיקה הפוגעת בזכות לחיי משפחה 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>

104. 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 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)

<http://a257.g.akamaitech.net/7/257/2422/26jun20031200/www.supremecourtus.gov/opinions/02pdf/02-102.pdf>

105. 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 צורף לטיעון המשלים של העותרים מיום 20.11.03 וסומן א'.

106. 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.”

107. 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.

108. 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>

109. בפרשת **Mehemi v. France**, ביקשה צרפת לבטל תושבות צרפתית ולגרש לאלג'יריה אזרח אלג'יריה, 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>

110. פרשת **Berrehab v. The Netherlands** עסקה באזרח מרוקו, אשר נישא לאזרחית הולנד והיה אביה של קטינה אזרחית הולנד. מספר שנים לאחר גירושו 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>

111. המשיבים הפנו בתשובתם מיום 5.11.03 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 המשיבים מיום 5.11.03). 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". (ההדגשה אינה במקור).

בג"ץ 3648/97 סטמקה ואח' נ' שר הפנים, פ"ד נג(2) 728, 789,

112. שנית, פסקי הדין, המוזכרים בתשובת המדינה דלעיל, 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" (p. 15, art.67)

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

113. 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)

114. אף פסק הדין בענין **Abdulaziz v. United Kingdom**, אשר ממנו הסיק 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 הדגיש 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". (art. 67)

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

115. 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)".

(פסקאות 75 ו-83 לפסק הדין).

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. הוראת השעה פוגעת בזכות לחירות אישית

116. לנוכח פרשנותם של המשיבים את הוראת סעיף 5 לחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו (סעיף 32 לתגובת המדינה מיום 5.11.03), העותרים מבקשים להדגיש את הסיפא של הוראת הסעיף:

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

117. 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).

118. באשר להיותה של הזכות לבחור בן זוג ולחיות עמו מוגנת על ידי הזכות לחירות אישית, מפנים 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 בוירגיניה:

"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).

119. 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>

120. 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. הוראת השעה פוגעת בזכות לשוויון

א. טענת המשיבים בדבר העדר הפליה

121. המשיבים עורכים את הניתוח החוקתי בהתייחס ל-"תחולת הזכות לשוויון על זרים" (פיסקה 88 לתשובתם). ניתוח זה אינו רלבנטי, שכן העותרים אינם טוענים לפגיעה בשוויונם של זרים, אלא פגיעה בשוויונם של אזרחי ישראל, שנישאו לבני זוג פלסטינים, משמע פגיעה בשוויונו של המיעוט הערבי בישראל, אשר מטבע הדברים הוא הציבור הנפגע ביותר מהוראת השעה.

122. כפי שהודגם לעיל, המשיבים אינם עורכים אבחנה בין שני שלבי הניתוח החוקתי, ונעצרים כבר בשלב הראשון, כאשר הם טוענים, כי: "במקרה דגן לא נפגע כלל עקרון השוויון" (סעיף 34 רישא לתגובת המשיבים מיום 5.11.03, וסעיפים 87-96 לתשובתם). אין מנוס מהמסקנה, כי הטענה, שאין כלל פגיעה בזכות לשוויון, היא רטוריקה ריקה מתוכן. בחינת נימוקיהם של המשיבים לטענה זו מעלה, כי למעשה הנימוקים לגופם 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 המזויין. 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.

123. הנה כי כן, בגדרן של עתירות אלה אין צורך להכריע בשאלת היקפה של הזכות לשוויון, שכן בין אם יאמץ בית המשפט הנכבד את הגישה המרחיבה ובין אם יאמץ את הגישה הצרה, הרי 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 הרשויות הערביות ואח' נ' ח"כ אברהם בורג ואח' (תגובה מיום 6.4.03) מפנה למונח "אפליה מקובעת" ומציין, כי הפלייה על רקע קבוצתי הינה חמורה, וזקוקה להגנה רחבה יותר מהפליה אישית (סעיף 89 לכתב התגובה). הפרק הרלבנטי מתוך תגובת המשיבים בבג"ץ 4822/02 צורף לעתירה בבג"ץ 8099/03 וסומן **נספח ע/6**.

ב. הפליה קבוצתית

124. 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.

125. כך, בדרום אפריקה בראשית שנות השמונים, קרי בעיצומה של תקופת שלטון האפרטהייד ניתן פסק הדין בעניין **Komani** (נספח א') שצורף לתגובת העותרים מיום 20.11.03) 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.

ראו נספח ב' שצורף לתגובת העותרים מיום 20.11.03.

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.

ההרצאה צורפה כנספח ג' לתגובת העותרים מיום 20.11.03.

ג. הפליה תוצאתית

126. כאמור, הוראת השעה 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 איפה, 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 הוראת השעה עומדת בסתירה למציאות החברתית הידועה לכל. הוראת השעה יוצרת 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 קובעת הוראת השעה מפורשות, כי היא לא תחול על תושבי ישובים ישראלים ב"אזור", ובכך היא מפלה בין תושבי ה"אזור" היהודים לפלסטינים.

127. בסעיף 90 לתשובתם מצדיקים המשיבים את ההפליה התוצאתית בשלושה נימוקים:

א. *"קיימת הצדקה אובייקטיבית המבוססת על*

הערכתם המקצועית של גורמי הבטחון"

ב. *"יתכלית החקיקה אינה מכוונת להפליה"*

ג. *"ניטל ההוכחה בענין הפליה קבוצתית מוטל על*

העותרים".

128. באשר ל"הצדקה האובייקטיבית" של גורמי הבטחון, הראו העותרים בהרחבה בפרק ג' לעיל, עד כמה התשתית העובדתית שהביאו המשיבים רעועה.

129. באשר לתכלית החקיקה, טענת המשיבים, לפיה **"תמצית טיעוננו כי החוק אינו מביא להפלייתם הפסולה של אזרחי ישראל הערבים, כיוון שלא להפלייתם או כלפיהם**

כוון... ואף אם תאמר כי בפועל הינו בעל אפקט מפלה כלפיהם, הרי שאפקט זה לא מקיים פגיעה בשוויון" (פיסקה 102 לתשובה) - דינה להדחות. פסיקתנו 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"ץ 6698/95 קעדאן ואח' נ' מינהל מקרקעי ישראל, פ"ד נד (1) 258.

130. זאת ועוד, טענת העותרים בסעיף 103 לתשובה, לפיה קיומה של **הצדקה אוביקטיבית** הוא הבסיס ליחס השונה, הינה בעייתית ביותר וזאת לאור התשתית העובדתית הרעועה אותה הציגו המשיבים, אשר מעלה תמיהות באשר לגמישות המושג "אוביקטיביות". כפי שפורט בהרחבה בפרק ג' לעיל.

131. החקיקה הנדונה מפלה את האזרחים הערבים מאחר שהיא מובילה לתוצאה מבחינה על רקע לאום. תוצאתו העיקרית של הוראת השעה 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 רוחה הגזענית של הוראת השעה, החותרת תחת עקרונות היסוד של מדינת ישראל.

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

132. המשיבים מבקשים לדחות את הטענה בדבר היות הוראת השעה מפלה את הערבים בישראל בטענה, כי היא טעונה **'דאיות כדבעי ונטל הבאת הראיה בעניין זה מוטל על שכמם של העותרים'** (פיסקה 90 לתשובת המשיבים מיום 5.11.05). עמדת המשיבים הינה חסרת כל בסיס. ראשית, העובדה כי אזרחים ערבים הם רוב רובם של אזרחי ישראל, הנישאים לפלסטינים תושבי הגדה המערבית ורצועת עזה, ידועה לכל בר דעת, והינה בגדר ידיעה שיפוטית שאין צורך להוכיחה. כך גם עולה מהרטוריקה שנהגה בכל הליכי החקיקה. שנית, באם המשיבים סבורים, כי הנתונים בעניין זה, המצויים בידיהם, סותרים את טענת העותרים, הרי שעליהם להביאם ולא להסתפק

בהכחשתם. יתר על כן, לנוכח העובדה שבית המשפט הנכבד הוציא ביום 9.11.03 צו על תנאי בעתירות, הועבר נטל ההוכחה אל המשיבים ואין להשיבו אל העותרים.

5. הוראת השעה פוגעת בזכות לכבוד

133. בנוסף למפורט בעתירות בהרחבה (סעיפים 45-47 בבג"ץ 8099/03, סעיפים 86-91 בבג"ץ 7052/03), מבקשים העותרים להפנות את בית המשפט הנכבד לפסיקת בית המשפט לענייני חוקה של דרום אפריקה בנושאים, שעניינם הזכות לכבוד.

134. 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)

135. 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 (a)(2)26 ו-(b)(3)26 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 מפריס 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.

136. 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. הוראת השעה פוגעת בזכות לפרטיות

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

138. 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 מבן הזוג משמעה התערבות רצינית בחיים הפרטיים ובמרחב הפרטי של האזרחים, ולכן היא הפרה חמורה של הזכות לפרטיות.

139. 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)

ד. ההוראה נעדרת תשתית עובדתית ראויה

140. 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 נימון נ' יו"ר ועדת הבחירות המרכזית לכנסת האחת עשרה, פ"ד לט(2) 225, 251). הוראת השעה 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.

141. 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 מוציניק נ' משרד הפנים, פ"ד מט(3) 276, 280–281.

142. 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 הביאו נתונים סטטיסטיים שאינם תומכים במסקנתם, כפי שהודגם לעיל. למעשה גם לאחר הצגת הנתונים, תגובת המשיבים הינה חסרת כל תימוכין, המבססים ולו חלקית את הנטען בה. כפי שפורט בפרק הקודם, הנתונים המספריים שמסרו המשיבים בהודעתם מיום 20.11.05 אינם מאמתים את טענת המשיבים בדבר "מעורבות עקבית" של מקבלי מעמד בפעולות טרור ואין בהם להצדיק את הפגיעה האנושה בזכויות חוקתיות של אלפי אזרחים ותושבים חפים מפשע.

143. 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).

144. 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 הוראת השעה "איזון ראוי" שתכליתו להגן על בטחון מדינת ישראל ותושביה.

145. בטחון המדינה "איננו מילת קסם ועדיפותו אינה קמה בכל מקרה ובכל נסיבות שהן ואינה שווה בכל רמה של בטחון ושל פגיעה בו" (בג"ץ 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"ץ 199/51 גרייב נ' המפקח על התעבורה בדרכים, פ"ד ו 397, 398.

146. ראשית טענו המשיבים כי 21 פלסטינים שקיבלו מעמד בישראל מכח איחוד משפחות היו מעורבים בפעילות טרור. כעת, בחלוף 3 שנים וחצי טוענים המשיבים כי המספר עלה ל-25. (סעיף 19 לתגובת המדינה מיום 5.11.03, וסעיף 3 לתשובה

מיום 20.11.05). ויודגש שוב, 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 הוראת השעה התקבלה בשל 21 מקבלי המעמד שהיו מעורבים בפעולות טרור, קרי בשל 0.13% מכלל הבקשות שאושרו. **נתון זה אינו עולה בקנה אחד עם חומרת האמצעי שנבחר על ידי המשיבים ואף לא עם הרטוריקה הביטחונית החריפה, המופיעה בתגובות המשיבים.**

ה. התכלית הפסולה של הוראת השעה

147. הוראת השעה מעגנת 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 להוראת השעה.

148. 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.

149. המצגת מתארת את הליכי ההתאזרחות ("איחוד משפחות") של פלסטינים וערבים ממדינות אחרות כהליך 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.

150. מצגת זו, אשר היא התשתית להחלטת הממשלה ולהוראת השעה, 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 המייד

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".

151. 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 שתכליתה של
הוראת השעה הינה פסולה ובלתי ראויה.

152. 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 הוראת השעה. (וראו גם
התבטאות השר גדעון עזרא במהלך הדיון בהצעת החוק בוועדת הפנים, פסקה 27
לעתירה בבג"ץ 8099/03). לפיכך להוראת השעה אין תכלית ראויה ועל כן היא
בטלה.

153. מכל האמור לעיל עולה, כי טענתם של המשיבים בדבר התכלית הבטחונית הינה
חסרת כל בסיס משום שלא היתה תשתית עובדתית ראויה בפני המחוקק המבססת
את קיומה של תכלית זו כתכלית ראויה.

ו. הוראת השעה בלתי מיידת

154. בטענם כי הוראת השעה מקיימת את מבחני המידתיות מצביעים המשיבים על כך
שמדובר בהוראה זמנית (סעיף 117 בתשובתם)

155. תוקפה של הוראת השעה הוארך עד ליום 31.3.2006. מאחר שלידתה של הוראת
השעה בהחלטת הממשלה מספר 1813, מיום 12.5.02, שקיבעה מצב שנהג בפועל
מחודש מרץ 2002, הרי שהמדובר במצב "חריג" ו"זמני", אשר **יעמוד בתוקפו
במשך 4 שנים תמימות** לפחות. בנסיבות אלה נראה כי הזמני הופך לקבוע וסופו מי
ישורנו.

1. הוראת השעה מכלילה ומטילה רבב מסוכנות על ציבור שלם

156. תגובת המשיבים מיום 5.11.03, בדומה לכתבי בי-הדין הנוספים שהוגשו על ידם, בונה נרטיב סיפורי עצמאי משלה חסר סימוכין, ועם זאת היא מבקשת לספק תגובה המצדיקה את הוראת השעה.

157. 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 לתגובת המשיבים מיום 5.11.03, המציגים טקסט עמוס, קשה, טעון, שהגיבורים השלייליים שלו, שרוב האחריות נופלת עליהם, הם בני הזוג הפלסטינים, הנשואים לישראלים. קורא הטקסט מצפה לפסגת העלילה, החושפת את הנתונים של הגיבורים השלייליים האלה, את מספרם הגדול, את מעשיהם הנוראים, ואת מעורבותם האינטנסיבית בפגועים 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 בידי, 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.

158. 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 לתגובת המשיבים דלעיל). 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).

159. ודוקו, הסיכון העתידי, שהמשיבים מתייחסים אליו, הוא ההצטרפות למעגלי הטרור, כפי שצויין בסעיף 29 לתגובת המשיבים מיום 5.11.03: *"הסיכון האמור*

עקב שהייתו של מאן שהוא תושב האיזור במדינת ישראל עלול לצוץ באופן מידי" (ההדגשה אינה במקור). המשיבים מציגים למעשה את אישיותו של הפלסטיני, כל פלסטיני, בתור טרוריסט בפוטנציה. 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.

160. כפי שהודגם לעיל, בפרק העדר תשתית עובדתית, 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 ובני משפחתם המורחבת. בעשותה כן גורמת המדינה לנזקים חברתיים קשים ולהסתה נגד המיעוט 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

161. כך, למשל, נכתב בפסקה 13 לתגובת המשיבים מיום 5.11.03, כי "מזהים גורמי הביטחון בחלק ניכר מפיגועי ההתאבדות שבוצעו בתחומי הקו הירוק את מעורבותם, בעיקר כסייענים, של נושאי תיעוד כאמור בעקבות הליכי איחוד משפחות...". 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 לתגובה).

162. העותרים בדקו ומצאו, כי בתשובת המשיבים מוקדשות להיגד "הערכת גורמי הביטחון" עשר פסקאות שונות. כפי שהודגם לעיל, ההיגד הינו רטוריקה, שאינה בהכרח מלאה בתוכן. במקרה זה הרטוריקה אינה מבוססת על תשתית עובדתית. במדינת ישראל בוצעו למרבה הצער מאות רבות של פיגועים בשנים האחרונות, ואף על פי טענת המדינה, רק במספר זעום מהם היו מעורבים פלסטינים, שקיבלו מעמד בישראל מכח הליך מתן מעמד לבן זוג זר. הנה אף לשיטת המדינה עולה, כי במילים "חלק ניכר" או "רבים" או "הערכת גורמי הביטחון" אין ממש מלבד התזת רפש והטלת כתם על קבוצה גדולה של אנשים.

163. 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 תתפתח, 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.

164. 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

165. המשיבים טוענים, כי אין ביכולתם לבחון כל בקשה באופן פרטני בשל הסיכון, שתינתן אשרה למקבל מעמד בישראל מכח איחוד משפחות, אשר יפנה לתמוך בטרור. (סעיף 124 לתשובה). לפיכך, טוענים המשיבים, נבחר אמצעי גורף כפי שמצוי בהוראת השעה – הקפאה מוחלטת של כל הבקשות. טענה זו לוקה בשני פגמים, המעלים סדקים בטענת המסוכנות הגורפת. ראשית, אף הוראת השעה עצמה אינה קוהרנטית ומאפשרת חריגים לכנסים 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 הקוהרנטיות בתוך הוראת השעה

166. 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 (סעיף 16 לסיכומי המדינה מיום 16.12.03). לא ברור כיצד מתיישבת עמדה ברורה זו עם הוראות הוראת השעה, המאפשרות חידוש אשרה על בסיס בחינה פרטנית במקרים שונים: למי שכבר השיג מעמד בישראל בעבר (סעיף 4(1) להוראת השעה), אשרת כניסה למטרות עבודה או טיפול רפואי (סעיף 3ב להוראת השעה), או לשם מניעת הפרדת ילד עד גיל 14 מהוריו (סעיף 3א להוראת השעה), 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 3ג להוראת השעה).

167. שנית, הוראות המעבר בסעיף 4, 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

168. 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. כך 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-ו בבג"ץ 8099/03.

169. 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 מוכנים לקבלה). יחד עם זאת סבורה המדינה, כי קיימים

שיקולים הומניטריים ומדיניים כבדי משקל, המצדיקים מדיניות זו. זאת לעומת ענייננו, בו מדובר בזכויות יסוד.

170. 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 שהיה 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 דרושים 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

171. זאת ועוד, המשיבים טענו, כי טווח הגילאים, בו הסיכון הנובע מהמבקש הוא גבוה יותר, הוא בגילאי 18-40, שכן טווח גילאים זה חופף לטווח הגילאים של המפגע הממוצע. לאחר מכן במסגרת התיקון הם בחרו בגילאי עד 25 שנים לנשים ו-35 שנים לגברים (ללא קשר לתשתית העובדתית כפי שהודגם לעיל). הנה כי כן, בנסותם לשכנע את בית המשפט בדבר קיומו של קשר רציונלי כביכול בין הוראת השעה למטרתה 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.

172. 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 לאון 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 עגורני נ' מפקד כוחות צה"ל, פ"ד נו(6) 352, 383.

3. חוסר מידתיות בעניין סמכותו של המפקד הצבאי

173. למרות כתבי הטענות הרבים שהוגשו עד כה, נמנעו המשיבים מלהשיב לטענה בדבר חוסר המידתיות של הוראת השעה לגבי סמכויות המפקדים הצבאיים, המשיבים 2 ו-3 (סעיפים 62 ו-63 לעתירה בבג"ץ 8099/03). גם אם יקבע בית משפט נכבד זה שהוראת השעה ככל שהיא מתייחסת לשר הפנים, המשיב 1, הינה חוקתית, הרי שהאיסור על המפקד הצבאי באזור להעניק לתושבי האזור הפלסטינים היתרי שהייה זמניים בישראל, גם לאחר ההקלות החלקיות שהוכנסו בו במסגרת התיקון, הינו במידה העולה על הנדרש. הטיעונים שפורטו לעיל לעניין אי המידתיות של הוראת השעה יפים ביתר שאת אף לעניין זה. הוראת השעה מתעלמת מנסיבותיהם האישיות של המבקשים ומצורכיהם, וקובעת אבחנה אך ורק בשל השתייכותם הלאומית וגילם באופן שרירותי. מניעת אפשרות כניסה לישראל, ולו לביקור קצר, של פלסטיני, שאינו נמנה ברשימת החריגים על פי התיקון, אצל בן זוגו הישראלי, אינה רק פגיעה בזכות למשפחה, אלא מהווה התאכזרות מיותרת והתנהגות שאינה אנושית. טענה זו נכונה ביתר שאת לאור העובדה, שהמשיבים מנפיקים עשרות אלפי היתרי כניסה לצרכי עבודה. כך קרה עם העותרות 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 הוראת השעה סורבו כל בקשותיה, כמפורט בבקשה למתן צו ביניים מיום 28 באוגוסט 2003 והתצהיר שצורף לה.

4. הוראת השעה אינה מקיימת את מבחני המידתיות

174. 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 בכתבי בי-הדין שהוגשו על ידי העותרים. בפרשת סינף, שם הזכות הנפגעת היתה פחותה מהזכויות הנפגעות בעניינו, פסק בית המשפט הנכבד כי על לשכת העיתונות הממשלתית לבדוק בדיקה אינדיבידואלית את מבקשי תעודת עיתונאי שהינם תושבי הגדה המערבית ועזה. בית המשפט פסל את השלילה הגורפת של בקשותיהם וקבע כי רק

מסוכנות הנעוצה באדם עצמו, יכולה להביא לעמידת הפגיעה בזכות במבחן החוקתיות:

"בעניינינו, הסירוב הטוטלי להעניק תעודות עיתונאי לפלסטינים תושבי האזור - לרבות כאלה המחזיקים בהיתרי כניסה לישראל ועבודה בה - מלמד כי מלאכת האיזון בין שיקולי הביטוי והמידע ושיקולי הביטחון לא נעשתה כלל, ועל-כל-פנים האיזון שנעשה אינו כדיון. אף קביעת נוהל קבלת ההיתר לעבוד כעיתונאי שגובש במהלך הדיון, שעל-פניו אינו תחליף הולם לתעודת העיתונאי המאפשרת סיקור שוטף ומייד, אינו מרפא פגם זה. סירוב ללא כל בדיקה אינדיבידואלית להעניק תעודת עיתונאי, בשל מסוכנות אינהרנטית של כל העיתונאים הפלסטינים תושבי האזור - לרבות אלה הוכאים להיכנס לישראל ולעבוד בה - הוא האמצעי הפוגעני ביותר האפשרי. אמצעי זה פוגע בצורה חזקה באינטרס לעיתונות חופשית, שניתן היה למנוע על-ידי בדיקות בטחוניות אינדיבידואליות מוצדקות להפגת הסכנה הבטחונית האישיית הנובעת מתושבי האזור, ככל שסכנה כזאת קיימת מתושבים שעמדו בהצלחה בבדיקות הנדרשות לקבלת היתרי כניסה לישראל ועבודה בה. אכן, לעולם ניתן לטעון כי עצם היותו של עיתונאי פלסטיני תושב האזור יוצרת סיכון בטחוני מיוחד אם אותו עיתונאי יחזיק בתעודת עיתונאי. סיכון זה קיים אף אם אותו עיתונאי הוא בעל היתרי כניסה ועבודה כאמור ואף אם עמד בבדיקות בטחוניות נוספות ומיוחדות לצורך קבלת תעודת עיתונאי. עם זאת, סיכון מיוחד זה הינו קלוש ותיאורטי, ואין בו כדי להצדיק פגיעה ודאית באינטרסים המוגנים לביטוי ולמידע חופשיים והבחנה - שלמעשה היא הפליה - בין עיתונאים זרים פלסטינים לבין כל שאר העיתונאים הזרים".

בג"ץ 5627/02 סייף נ' לשכת העיתונות הממשלתית, פ"ד נח (5) 70, 77-78.

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

175. הוראת השעה 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.

176. הוראת השעה חוקקה בהסתמך על "השערות מושכלות", על "טביעת עין" ועל "הערכות גורמי בטחון". נתונים של ממש אין, כפי שהודגם לעיל, אלא מקרים בודדים מהם השליכו המשיבים 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 הוראת השעה.

ב. מבחן הפגיעה הפחותה

177. 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 הוראת השעה אינה עומדת במבחן זה, שכן מדובר בפגיעה בעלת היקף רחב מאוד, שבדאי אינה יכולה להיקרא "פגיעה פחותה".

178. בנוסף, יש לדחות בשתי ידיים את טענת המשיבים לפיה זמניותה של הוראת השעה, הופכת את הפגיעה למידתית. ראשית, העובדה שהפגיעה היא לזמן קצוב אינה מפחיתה מעוצמתה ומחומרתה. שנית, ניתן, וכך ארע בפועל בענייננו, **מוארכת הוראת השעה שוב ושוב ובפועל הפכה להסדר של קבע. יודגש כי ההסדר חל הלכה למעשה כבר קרוב לארבע שנים, מאז תחילת שנת 2002**, עת קבע המשיב 1 הסדר זה כמדיניות משרדו (וראו גם סעיפים 125-127 בעתירה בבג"ץ 7052/03).

ג. המידתיות במבחן הצר

179. בהעדר תשתית עובדתית, התועלת, אשר המשיבים מבקשים להפיק מהוראת השעה, הינה ספקולטיבית בלבד. המשיבים לא שקלו נזקים נוספים שגורמת הוראת השעה, לרבות תחושת ההשפלה והמרמור, הכתם המוטל על ציבור גדול ושומר חוק, וההשלכות של הוראת השעה על היחסים בין ערבים ליהודים במדינה, על משבר האמון בין הקהילה הערבית למדינה, ועל ההקצנה שתהא תוצאה של הוראת השעה, 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 לפיכך, יש לראות תופעות אלה כגורמי יסוד העומדים ברקע לחיכוכים ולהתנגשויות שפרצו המגזר הערבי. בין אנשי המגזר הערבי לבין השלטונות".

דו"ח ועדת אור, שער ראשון, פסקה 19.
(http://or.barak.net.il/inside_index.htm) דו"ח ועדת אור פורסם באתר:

180. 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. הנה כי כן, הוראת השעה אינה מידתית ולכן דינה בטלות.

ז. פגמים בהליך החקיקה

181. תגובת המשיבים בתשובתם מיום 5.11.03 באשר לפגמים בהליך חקיקת הוראת השעה 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 64-69 לעתירה בבג"ץ 8099/03.

ח. מידת ההוכחה

182. מהי מידת ההוכחה הנדרשת על מנת להצדיק קיומו של הוראת השעה הגזענית 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 מיום 5.11.03, ההדגשה אינה במקור).

183. 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.

184. גישה זו אינה יכולה לעמוד בהיותה 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 עגורי, 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).

ט. היקף הביקורת השיפוטית

185. כאשר מדובר לא רק באפליה, אלא בגזענות, כמו במקרה דנן, בית המשפט אינו רשאי לנהוג ריסון ואיפוק בהפעלת הביקורת השיפוטית, אלא עליו לומר את דברו בקול רם, צלול וחד משמעי.

"גם הימנעות מהכרעה עשויה לפגוע באמונו של אותו ציבור המצפה להכרעה, שכן אי הכרעה היא הכרעה. אך מעבר לכך, תהא זו טעות גדולה – טעות העשויה לפגוע קשות באמון הציבור – להימנע מהכרעה רק משום שההכרעה תפגע באמון הציבור. תפקידו של בית המשפט הוא להכריע בסכסוכים גם אם הציבור או חלקים ממנו אינם אוהבים את התוצאה."

אהרן ברק, שופט בחברה דמוקרטית (אוניברסיטת חיפה, 2004) עמ' 282.

5. סוף דבר

186. הוראת השעה נחקקה לפני כשנתיים וחצי, אולם החלטת ההקפאה שעליה מבוססת הוראת השעה, נוהגת בפועל קרוב לארבע שנים. 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. הוראת השעה מטילה כתם על ציבור גדול והיא נגועה בגזענות. לידתה של הוראת השעה בשיקולים זרים ובלתי חוקיים, היא נעדרת תשתית ראייתית התומכת בעוצמת פגיעתה, והיא אינה עומדת במבחן המידתיות. המשיבים לא המציאו טעם להצדקתה, גם לא לאחר השינויים הקלים שהכניס בה התיקון.

187. 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 הצליחו לבסס את טיעוניהם, כפי שהודגם לעיל. ותחת זו בחרו להמשיך ולהטיל 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.

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

189. כארבע שנים חלפו מאז החליט שר הפנים בחודש מרץ 2002 להקפיא לחלוטין את הטיפול בבקשות חדשות למתן מעמד לפלסטינים בישראל. תחילה עשו כן על יסוד הוראתו של שר הפנים דאז, מר אלי ישי, למן חודש מאי 2002 עשו כן בשל החלטת הממשלה ומאז חודש אוגוסט 2003 בשל "הוראת השעה". הטענה, שעמדה ביסוד תשובת המשיבים, הן בעתירות בעניין החלטת הממשלה והן בעתירות בעניין "הוראת השעה" - כשמה כן היא, אמורה היתה להיות "איזון לשעה". הנה כי כן, הוראה זו, אשר באה לאחר "ההקפאה" באמצעות החלטת ממשלה שנמשכה כשנה וחצי, שרירה וקיימת מזה כשנתיים וחצי נוספות, ואמורה לעמוד בתוקפה עד לאפריל 2006 לכל הפחות. גם לאחר מכן אין איש מבטיח, כי "איזון" זמני זה יפקע, וסופו – מי ישורנו.

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

היום, 22 בדצמבר 2005

דן יקיר, עו"ד

שרון אברהם-ויס, עו"ד

ארנה כהן, עו"ד

חסן ג'בארין, עו"ד

ב"כ העותרת בבג"ץ 8099/03

ב"כ העותרים בבג"ץ 7052/03

U:שרון.עתירות\אזרחות\חוק\כתבי בי-דין\sikum_final.doc