

בבית המשפט העליון

בשבתו כבית משפט גבוה לצדק

בג"ץ 4047/13

קבוע: 21.5.14

חדרי ואח'

על ידי ב"כ עוה"ד נועה דיאמונד ואח'

מהמוקד להגנת הפרט מיסודה של ד"ר לוטה זלצברגר

טלפון: 6283555; פקס': 6276317

העותרים

נ ג ד

1. ראש הממשלה

2. שר הפנים

3. היועץ המשפטי לממשלה

על ידי פרקליטות המדינה,

משרד המשפטים, ירושלים

טלפון: 02-6466590; פקס': 02-6467011

המשיבים

תגובה מקדמית מטעם המשיבים

1. לקראת מועד הדיון בעתירה, מתכבדים המשיבים להגיש תגובה מטעמם לעתירה.
2. עניינה של העתירה בבקשות העותרים כי המשיבים יבואו ויתנו טעם "מדוע לא יבטלו את החלטת הממשלה 3598 מיום 15.6.2008, המנחה את שר הפנים שלא לאשר בקשות לאיחוד משפחות למי שרשום במרשם האוכלוסין כתושב רצועת עזה, וכן למי שמתגורר ברצועת עזה אף שאינו רשום במרשם האוכלוסין כתושב רצועת עזה".
3. עמדת המשיבים היא כי דין העתירה להיתדות, כפי שיפורט להלן.

פתח דבר

4. ביום 29.9.00 פרץ עימות מזוין בין ישראל לפלסטינים. כדברי כבי הנשיא ברק, "מתקפת טרור עזה נחתה על ישראל. מרבית פיגועי הטרור הופנו כלפי אזרחים. הם פגעו בגברים ובנשים, בזקנים ובטף. משפחות שלמות איבדו את יקיריהן. הפיגועים נועדו לפגוע בחיי אדם. הם כיוונו לזרוע פחד ובהלה. הם ביקשו לשבש את אורח החיים של אזרחי ישראל. פיגועי הטרור מבוצעים בתוככי ישראל ובאזור. הם התרחשו בכל אתר ואתר" (בג"צ 7052/03 עדאלה – המרכז המשפטי לזכויות המעוט הערבי בישראל נ' שר הפנים (מיום

14.5.06 (להלן – "עניין עדאללה") מול ישראל עומדים שורה של ארגוני טרור, שחלקם נתמכים על ידי מדינות אויב. ארגוני טרור אלה עושים בין היתר, שימוש באזרחים לצורך ביצוע פיגועים.

5. בהמשך דבריו של כבי' הנשיא ברק נקבע, כי "על רקע מציאות ביטחונית קשה זו, ולנוכח הערכות ביטחוניות אלה, נחקק גם חוק האזרחות והכניסה לישראל (הוראת שעה), התשס"ג-2003" (להלן – "חוק הוראת השעה").

6. סעיף 2 להוראת השעה קובע, כי בתקופת תוקפו, לא יעניק שר הפנים רישיון לישיבה בישראל, או היתר שהייה בה, למי שרשום במרשם האוכלוסין של האזור, וכן מי שמתגורר שם אף שאינו רשום במרשם האוכלוסין (למעט תושב יישוב ישראלי באזור).

תכליתו של חוק הוראת השעה הינה בטחונית, והיא נשענת על הקושי האינהרנטי הקיים בעריכת בחינה בטחונית פרטנית באזור, ל"תושב האזור" כהגדרתו בחוק, ומהסיכון שמא האבחון הבטחוני הפרטני האפשרי, בנסיבות הענין, לא ינבא את פוטנציאל הסיכון הנשקף ממי שמוצאם מהאזור, בעת קיומו של עימות מזוין המופנה כנגד מדינת ישראל ואזרחיה.

7. במסגרת שני תיקונים להוראת השעה, התווספו מספר חריגים לסעיף 2 האמור. כך, לדוגמה, נקבע כי יטופלו בקשות של תושבי האזור, שגילם כאמור בתיקון, ושהינם בני זוג (לפי גילאים שנקבעו בחוק) של מי ששוחה בישראל כדין, וכן בקשות קטינים תושבי האזור (לפי גילאים הקבועים בחוק) למניעת הפרדה מהורהו המשמורן השווה כדין בישראל. כמו כן, בתיקון מיום 28.3.07, נכלל חריג של טעמים הומניטאריים מיוחדים שמסגרתו הוסמך שר הפנים, בהמלצת וועדה מקצועית, ליתן מענה מתאים, בנסיבות הענין לתושב האזור, על פי הקבוע בסעיף 1א' לחוק.

8. בתיקון האחרון דנו, נקבע עוד כי שר הפנים רשאי לקבוע כי מבקש היתר שהייה או רישיון לישיבה עלול להוות סיכון ביטחוני למדינת ישראל על יסוד חוות דעת של גורמי הביטחון המוסמכים, לפיה במדינת מושבו או באזור מגוריו מתבצעת פעילות העלולה לסכן את ביטחון מדינת ישראל או אזרחיה.

9. במסגרת עתירה זו, מבקשים העותרים את ביטולה של החלטת הממשלה מס' 3598 מיום 15.6.08 (להלן – "החלטת הממשלה") שהתיחסה, בין היתר, לאחר חקיקת התיקון לרצועת עזה, על בסיס חוות דעת מקצועית של גורמי הביטחון, כאזור בו מתבצעת פעילות העלולה לסכן את ביטחון מדינת ישראל או אזרחיה.

10. יובהר כי העותרים אינם תוקפים את הוראת השעה עצמה. כמו כן, העותרים אינם תוקפים את העמדה המקצועית של גורמי הביטחון, האמורה, לפיה רצועת עזה היא אזור בו מתבצעת פעילות העלולה לסכן את ביטחון מדינת ישראל או אזרחיה. לפיכך,

תגובת המשיבים לעתירה לא תתייחס לחוקתיות הוראת השעה בנוסחה המתוקן, אשר אושרה על ידי בית המשפט בבג"צ 466/07 גלאון נ' היועץ המשפטי לממשלה (פסק דין מיום 11.1.12) (להלן - עניין גלאון), ואף תניח את נכונותה המקצועית של עמדת גורמי הביטחון, באשר למצב השורר ברצועת עזה.

11. כל טענתם של העותרים היא כי החלטת הממשלה, בענין רצועת עזה, הינה החלטה החורגת מגדר הסמכות שניתנה לשר הפנים בהוראת השעה. עמדת המשיבים היא, כי החלטת הממשלה בענין רצועת עזה, וזאת בהמשך למספר החלטות שנתקבלו בממשלה ובקבינט הבטחוני-מדיני, בין היתר, מאז השתלטות החמאס על רצועת עזה, היא החלטה ה"מצלמת מצב קיים", המצהירה על רצועת עזה כאזור בו מתבצעת פעילות העלולה לסכן את ביטחון מדינת ישראל ואזרחיה (ובמובן זה היא החלטה דקלרטיבית בלבד).

12. כפי שנראה להלן, ההוראה שבסעיף 3ד להוראת השעה מסמיכה את שר הפנים לקבוע, בין היתר על יסוד חוות דעת של גורמי הביטחון המוסמכים, כי קיימת מניעה ביטחונית לאישור בקשות לאיחוד משפחות - מניעה אשר מקורה בפעילות עוינת המתרחשת במדינת מושבו או באזור מגוריו של התושב הזר, המבקש להיכנס לישראל.

13. כפי שנראה להלן, הוראה זו נועדה בראש ובראשונה, להתמודד עם הסיכון שבמתן רשויות ישיבה בישראל של נתיני מדינות סיכון ותושבי אזור סיכון מיוחד, כגון רצועת עזה, וזאת, הן בשל המצב הבטחוני המיוחד, והן בשל חוסר האפשרות לערוך בדיקה פרטנית ביחס לתושבים/נתינים כאמור, בשים לב לפעילות העוינת המתבצעת שם, לעוצמתה ולהיקפה, כנגד מדינת ישראל ותושביה. אין כל ספק כי כוונת המחוקק בהקשר של רצועת עזה, או מדינה עוינת כדוגמת רצועת עזה, כוונה שבאה לידי ביטוי בתיקון שחוקק לאחר ההתנתקות, ויציאת כוחות צה"ל מרצועת עזה, היתה להעמיד בפני מדינת ישראל, ושר הפנים בכלל זה, את הכלים הנורמטיביים להתמודדות עם המצב המיוחד שנוצר בעקבות הפיכתה של רצועת עזה לאזור סיכון מוגבר מאז השתלטות ארגון החמאס על הרצועה, והחלטתו ללחום כנגד מדינת ישראל, ואזרחיה, מתוך שטחי הרצועה והיעדרה של שליטה אפקטיבית בשטחי הרצועה.

14. בנסיבות אלה, עמדת המשיבים היא כי אין יסוד לטענת העותרים באשר להחלטת הממשלה, ראשית, משום שהחלטת הממשלה אינה צילום של המצב הבטחוני השורר ברצועת עזה, לפי עמדת גורמי המקצוע בשירות הביטחון הכללי, וניתן אף לומר כי מצב בטחוני זה הוא למרבה הצער מן המפורסמות שאינן זקוקות לראיה, ורי לענין זה, למשל, בג"צ 9132/07 גב' אלבסיוני אחמד ואח' נ' ראש הממשלה (מיום 30.1.08) ושנית, משום שמצב דברים זה, אף אליבא דידו של בית המשפט הנכבד בעניין עזאלה ולאחריו גם בעניין גלאון, אין בידי מדינת ישראל, לבצע אבחון בטחוני פרטני, לתושבי אזור מרצועת עזה, בנסיבות הזמן והמקום.

ראו לעניין זה, לדוגמה, את דברי כב' השופטת ע' ארבל, עליהם נרחיב בהמשך, אשר קבעה כי: "הקושי השני שרואה אני בבידוק הפרטני, עניינו בעצם היכולת לערוך בדיקה של ממש ביחס למסוכנותו של אדם, על בסיס איסוף מידע, במקומות שהעוינות בהם לישראל קשה".

בנסיבות אלו בכללותן אין לומר על החלטת הממשלה, כי היא חורגת מן הקבוע בהוראת השעה, ודין העתירה להידחות, מה גם שבנסיבות המצב השורר בעזה, כלפי מדינת ישראל, הוראה זו מתחייבת מן הנסיבות הבטחוניות החמורות.

15. נפנה תחילה לפירוט הרקע הנורמטיבי הצריך לעניין, ולאחר מכן להצגת עמדת המשיבים.

הרקע הנורמטיבי הצריך לעניין

16. הוראת השעה בנוסחה המקורי נחקקה בהתאם להחלטת הממשלה מס' 1813 מיום 12.5.02, לאור המציאות הביטחונית הקשה מאז פרוץ העימות המזוין בין ישראל לפלסטינים, שבה התגלתה מעורבות גוברת והולכת של פלסטינים שהם במקור תושבי האזור אשר נושאים תעודות זהות ישראליות בעקבות הליכי איחוד משפחות עם בעלי אזרחות או תושבות ישראלית, ואשר ניצלו את מעמדם בישראל לשם מעורבות בפעילות טרור, ובכלל זה סיוע לביצוע פיגועי התאבדות.

17. יוער, כי תעודות זהות ישראליות אשר ניתנו לתושבי האזור כאמור אפשרו להם תנועה חופשית בין שטחי הרשות לישראל, והפכו אותם לאוכלוסיה מועדפת על ארגוני הטרור לביצוע פעילות עוינת בכלל, ובשטח ישראל בפרט.

18. בשים לב לאמור, סעיף 2 לחוק הוראת השעה קבע את הכלל לפיו בתקופת תוקפו של החוק, שר הפנים לא יעניק לתושב אזור אזרחות או רשיון ישיבה בישראל, ומפקד האזור לא ייתן לתושב אזור היתר לשהייה בישראל.

19. לכלל הקבוע בסעיף 2 להוראת השעה נקבעו חריגים שונים. בכלל זה, **התיקון הראשון** שנערך לחוק בשנת 2005, הרחיב את סמכויות מפקד האזור לתת לתושב אזור היתר לשהייה בישראל לתקופה העולה על שישה חודשים, למטרות המנויות בתיקון. כן קבע כי יטופלו בקשות של תושבי האזור שגילם כאמור בתיקון ושהינם בני זוג של מי ששוהה בישראל כדין, וכן בקשות ילדיהם (לפי גילאים הקבועים בחוק) של תושבי האזור השוהים בישראל.

באשר לבני זוג, נקבע כדלקמן:

3. היתר לגבי בני זוג

על אף הוראות סעיף 2, רשאי שר הפנים לפי שיקול דעתו לאשר בקשת תושב האזור למתן היתר לשהייה בישראל בידי מפקד האזור

(1) לגבי תושב אזור שגילו מעל 35 שנים - לשם מניעת הפרדתו מבת זוגו השוהה כדין בישראל;

(2) לגבי תושבת אזור שגילה מעל 25 שנים - לשם מניעת הפרדתה מבן זוגה השוהה כדין בישראל."

20. נוסף על כך, נוכח הרחבת הסייגים, ולשם מניעת הסיכון הביטחוני כתוצאה מכך, נקבע בתיקון הראשון, בסעיף 3 להוראת השעה, כי סיכון ביטחוני הנובע מקרובי משפחה בדרגה ראשונה של מבקש איחוד משפחות בישראל או של מבקש היתר שהייה אחר, יכול שימנע את מתן ההיתר.
21. ביום 12.9.05 הסתיים יישומה של תכנית ההתנתקות, ואחרון חיילי צה"ל עזבו את שטח רצועת עזה. עוד באותו היום, 12.9.05, הוציא מפקד פיקוד הדרום באותה עת, ששימש כמפקד כוחות צה"ל באזור חבל עזה, מנשר המודיע על דבר סיום הממשל הצבאי ברצועת עזה.
22. לפיכך, החל מיום 12.9.05, בשעה 24:00, הסתיים הממשל הצבאי של צה"ל בשטח רצועת עזה, ואיתו הסתיימה גם התפיסה הלוחמתית של צה"ל את רצועת עזה, על כל המשתמע מכך מבחינה מדינית, ביטחונית ומשפטית.
23. ביום 25.3.06 הושבעה ממשלת החמאס (בתמשך לבחירות שנערכו ברשות הפלסטינית ביום 25.1.06), ולפיכך, החל מאותו היום, עברה השליטה ברצועת עזה לידי ארגון טרור, אשר חרת על דגלו את השמדתה של מדינת ישראל.
24. ביום 11.4.06, בעקבות השבעת ממשלת החמאס, קיבלה הממשלה החלטה נוספת, מס' 4780, שעניינה "מדיניות ישראל כלפי הרשות הפלסטינית עם הקמת ממשלת החמאס". במסגרת החלטה זו הכריזה ממשלת ישראל על הרשות "כרשות טרור, העוינת את ישראל".
25. ביום 14.5.06, ניתן פסק דין בעתירות בג"צ 7052/03 עדאלה – המרכז המשפטי לזכויות המעוט הערבי בישראל נ' שר הפנים ובג"צ 7102/03 ח"כ זהבה גלון נ' שר הפנים וכן בג"צ 8099/13 האגודה לזכויות האזרח נ' שר הפנים (תק-על 2006 (2), (1754). בית המשפט הנכבד, בהרכב מורחב, קבע בדעת רוב כי דין העתירות להידחות.

בהקשר שלפנינו יוער כי, אף לפי דעת המיעוט המנומקת של כבוד הנשיא ברק, כאשר המדובר בכניסה מאזורי לחימה, לא מתאפשר אבחון פרטני של בקשות. כפי שקבע בהקשר זה: "במקום בו מתנהלת לחימה לא מתנהלת בדיקה; במקום שבו אין אפשרות, בשל התנאים הביטחוניים לקיים בדיקה, יש לדחותה עד לאחר שהתנאים ישתנו".

על אף דחיית העתירות, כיוון שגם על פי דעת הרוב, נקבע כי יש מקום במסגרת הוראות החוק, ליתן מענה מסוים למקרים הומניטריים חריגים, נדרשה הממשלה לתיקון חוק הוראת השעה, בעקבות מתן פסק הדין, במרץ 2007.

26. ביום 28.3.07, תוקנה הוראת השעה פעם נוספת על מנת לכלול בה חריג של טעמים הומניטאריים מיוחדים לתחולת ההגבלה הקבועה בסעיף 2, וכן הרחבת תחולת ההגבלה גם על תושבים ואזרחים של מדינות סיכון המנויות בתוספת להוראת השעה (איראן, לבנון, סוריה ועיראק).

כמו כן, נקבע כי שר הפנים רשאי לקבוע כי מבקש היתר שהייה או רישיון לשיבה עלול להוות סיכון ביטחוני למדינת ישראל בין השאר על יסוד חוות דעת של גורמי הביטחון המוסמכים, לפיה במדינת מושבו או באזור מגוריו מתבצעת פעילות העלולה לסכן את ביטחון מדינת ישראל או אזרחיה.

בעקבות התיקון השני לחוק הוראת השעה, קובע סעיף 23 לחוק (בנוסחו המשולב) כדלהלן:

"23. מניעה ביטחונית

לא יינתן היתר לשהייה בישראל או רישיון לשיבה בישראל, לתושב אזור, לפי סעיפים 3, 3א, 3א(2), 3ב(2) ו-3(4)2, ולא יינתן רישיון לשיבה בישראל לכל מבקש אחר שאינו תושב אזור, אם קבע שר הפנים או מפקד האזור, לפי הענין, בהתאם לחוות דעת מאת גורמי הביטחון המוסמכים, כי תושב האזור או המבקש האחר או בן משפחתם עלולים להוות סיכון ביטחוני למדינת ישראל;

בסעיף זה, "בן משפחה" - בן זוג, הורה, ילד, אח ואחות ובני זוגם;
לענין זה, רשאי שר הפנים לקבוע כי תושב האזור או המבקש האחר עלולים להוות סיכון ביטחוני למדינת ישראל, בין השאר על סמך חוות דעת מאת גורמי הביטחון המוסמכים ולפיה במדינת מושבו או באזור מגוריו של תושב האזור או המבקש האחר מתבצעת פעילות העלולה לסכן את ביטחון מדינת ישראל או אזרחיה.
 [ההדגשה בציטוט זה ובציטוטים להלן נוספו ע"י הח"מ]

27. בחודש יוני 2007, השתלט ארגון החמאס באופן אלים על רצועת עזה כולה, וכיום הוא שולט באופן אפקטיבי בשטח רצועת עזה.
28. יוזכר כי ביום 19.9.07 קבע הקבינט המדיני-בטחוני כי "ארגון החמאס, הוא ארגון טרור שהשתלט על רצועת עזה והפך אותה לשטח עויין. עוד נקבע בהחלטה, כי ארגון זה נוקט בפעילות עויינת נגד מדינת ישראל ואזרחיה ומהווה את הכתובת האחראית לפעילות זו. לאור זאת, הוחלט לאמץ את ההמלצות שהציגה מערכת הביטחון ובכלל זה המשך הפעילות הצבאית והסיכולית כנגד ארגוני הטרור. בנוסף, יוטלו הגבלות נוספות על שלטון החמאס... ותוטל מגבלה על תנועת אנשים מן הרצועה ואליה...."
- נוסח החלטת הקבינט המדיני-בטחוני הובא בפסק הדין בבג"צ 9132/07 **גבד אלבסיוני אחמד נ' ראש הממשלה** (מיום 31.1.08).
29. בשנת 2008, בעקבות עליית החמאס לשלטון ברצועת עזה, חיזוה שירות הביטחון הכללי דעתו כי רצועת עזה הינה אזור בו מתבצעת פעילות המהווה סיכון לביטחון מדינת ישראל או אזרחיה. כעולה מהודעה שפרסמה מזכירות הממשלה בעניין זה, לדעת גורמי הביטחון, בעוד שהאיום מפני כניסת תושבי רצועת עזה לישראל התגבר משמעותית בתקופה שקדמה למתן חוות הדעת, הרי שמאז יציאת צה"ל מרצועת עזה והתמורות הדרמטיות שחלו באזור לרבות פריצת מעבר רפיח, הפך האבחון הביטחוני הפרטני לצורך בחינת בקשות לכניסה לישראל מרצועת עזה לבלתי אפקטיבי ויעיל בעליל.
30. עוד עולה מהודעת מזכירות הממשלה, כי על פי חוות הדעת של שירות הביטחון הכללי, יש לראות את רצועת עזה כיחידה טרטוריאליית אחת, לנוכח שלטון החמאס המלא והאפקטיבי ברצועה כולה.
- צילום הודעת מזכירות הממשלה מצורף ומסומן מש/1.
31. ביום 15.6.08 התקבלה החלטת הממשלה בדבר הארכת התוקף של הוראת השעה. בישיבה זו נדרשה הממשלה גם לחוות דעת מקצועית של גורמי הביטחון לפיה רצועת עזה היא אזור בו מתבצעת פעילות העלולה לסכן את ביטחון מדינת ישראל ואזרחיה, בהתאם לסעיף 3 די האמור לעיל. לפיכך, הנהתה הממשלה את שר הפנים, או מי שהוא הסמיק לכך, שלא לאשר מתן רישיונות לישיבה בישראל, או היתרי שהייה, לפי סעיף 3 ו-3א(2) לחוק, למי שרשום במרשם האוכלוסין כתושב רצועת עזה, וכן למי שמתוגרר ברצועת עזה אף שאינו רשום במרשם האוכלוסין כתושב.

להלן לשון החלטת הממשלה:

”מחליטים:...

ג. בהתאם לסעיף 3ד לחוק, ועל בסיס חוות דעת גורמי הביטחון המוסמכים, לקבוע כי רצועת עזה הינה אזור בו מתבצעת פעילות העלולה לסכן את ביטחון מדינת ישראל ואזרחיה, ולפיכך מנחה הממשלה את שר הפנים או מי שהסמיק לכך שלא לאשר מתן רישיונות לישיבה בישראל או היתרים לשהייה בישראל לפי סעיפים 3 ו-3א(2) לחוק, למי שרשום במרשם האוכלוסין כתושב רצועת עזה, וכן למי שמתגורר ברצועת עזה אף שאינו רשום במרשם האוכלוסין כתושב רצועת עזה. מובהר בזאת כי סעיף זה יחול מכאן ולהבא ואינו חל בכל מקרה על מי שבקשתו הראשונית כבר אושרה.”

צילום החלטת הממשלה מצורף ומסומן מ/ש/2.

32. יוער, כי החלטת הממשלה מתייחסת לסעיפים 3 ו-3א(2) להוראת השעה בלבד אשר עניינם מתן היתר לשהייה בישראל לגבי בני זוג, ומתן היתר לילד שגילו מעל 14 לשם מניעת הפרדתו מהוריו המשמורן השווה כדין בישראל.

33. לאחר שנוסף סעיף 3ד לחוק הוראת השעה, הוגשה עתירה נוספת אשר עסקה, בין השאר, בסעיף זה (בג"צ 466/07 גלאון נ' היועץ המשפטי לממשלה, פסק דין מיום 11.1.12). העתירה נדחתה, בדעת רוב, ובית המשפט הנכבד אישר את חוקיותה של הוראת השעה. לענייננו, נציין כי בפסק דין זה חזר בית המשפט ואישר את התכלית הבטחונית של הוראת השעה ואת הקושי בעריכת אבחון בטחוני פרטני ביחס לתושבי האזור.

34. בימים 19.7.09, 18.7.10, 16.1.11, 22.1.12, 14.4.13 ו-19.3.14 קיבלה הממשלה החלטות נוספות, על יסוד חוות דעת עדכניות של גורמי הביטחון, לפיה רצועת עזה עוזנה אזור בו מתבצעת פעילות העלולה לסכן את ביטחון מדינת ישראל ואזרחיה. בהחלטות אלה, שבה הממשלה והנחתה את שר הפנים להמשיך שלא לאשר מתן רישיונות לישיבה בישראל או היתרים לשהייה בישראל לפי סעיפים 3 ו-3א(2) לחוק, למי שרשום במרשם האוכלוסין כתושב רצועת עזה, וכן למי שמתגורר ברצועת עזה אף שאינו רשום במרשם האוכלוסין.

צילומים החלטות אלה מצורפים ומסומנים מ/ש/3.

35. נפנה עתה לעמדת המשיבים ביחס לעתירה.

עמדת המשיבים

36. הכלל הקבוע בסעיף 2 להוראת השעה הינו כי לא יוענק היתר שהייה למי ש"רשום במרשם האוכלוסין של האזור וכן מי שמתגורר באזור אף שאינו רשום במרשם האוכלוסין של האזור, למעט תושב ישוב ישראלי באזור".

כאמור לעיל, הוראת השעה והתכלית העומדת בבסיסה קיבלו התייחסות מלאה בהליכים המשפטיים העקרוניים שנוהלו בעניין הוראת השעה, ולא נרחיב עליהם כאן. במסגרת זו נפסק כי תכליתו של חוק הוראת השעה הינה בטחונית, והיא נשענת על הקושי האינהרנטי הקיים בעריכת בחינה בטחונית פרטנית באזור, ל"תושב האזור" כהגדרתו בחוק, (קל וחומר מאזור סיכון מוגבר כגון רצועת עזה ור' לעיל, דברי כבוד הנשיא ברק בפרשת עדאלה וכב' השופט ארבל בפרשת גלאון) ומהסיכון שמא הבחינה הבטחונית החלקית האפשרית לא תנבא את פוטנציאל הסיכון הנשקף ממי שמוצאם מהאזור, בעת קיומו של עימות מזוין המופנה כנגד מדינת ישראל.

37. לכלל הקבוע בסעיף 2 נקבעו בחוק הוראת השעה מספר חריגים, כך למשל, סעיף 3 לחוק הוראת השעה קובע כי שר הפנים רשאי ליתן היתרי שהייה לתושבי אזור שגילם גבוה מ-35, ולתושבות אזור שגילן גבוה מ-25, "לשם מניעת הפרדתם מבני זוגם השוהים כדין בישראל". חריג זה מבוסס על הערכת גורמי הביטחון כי ככלל הסיכון הנשקף מתושבי אזור בגילאים אלו נמוך יותר, ומהצורך לאזן בין הסיכון הנשקף מהם לבין הטעם העומד בבסיס בקשתם.

בעקבות הערות פסק דין הרוב בעניין עדאלה, הוכנס לחוק הוראת השעה, בתיקון 2007, סעיף 1א3 לחוק הוראת השעה הקובע כי שר הפנים רשאי לאשר בקשותיהם של תושבי אזור שבן משפחתם שוהה כדין בישראל, אם מתקיימים בעניינם טעמים הומניטריים מיוחדים, ובהמלצת ועדה שהוקמה לצורך זה. יוער, כי סעיף 1א3(ה)1 קובע כי "העובדה כי בן משפחתו של מבקש ההיתר או הרישיון, השוהה כזי בישראל, הוא בן זוג, או כי לבני הזוג ילדים משותפים, לא תהווה כשלעצמה טעם הומניטארי מיוחד".

38. המשיבים יטענו כי פרשנותם של העותרים להוראה הרלוונטית שבסעיף 13 להוראת השעה – לפיה מדובר בנדבך נוסף בבדיקה פרטנית ולא בקביעת כלל בדבר מסוכנות ביחס לתושבי אותה מדינת סיכון ו/או תושבי אותו אזור סיכון לגביו ניתנה חוות דעת מקצועית – אין לה תימוכין בפסק הדין בעניין גלאון, אשר אישר את הוראת השעה בנוסחה המתוקן. כמו כן, פרשנות העותרים אינה עולה בקנה אחד עם לשון הוראת השעה ותכליתה.

39. כמבואר לעיל, על אף יציאת כוחות צה"ל מאזור חבל עזה, וסיום הממשל הצבאי באזור, המשיכו ארגוני הטרור כל העת לבצע פעולות טרור נגד מדינת ישראל, ונגד אזרחיה ותושביה, מתוך שטח רצועת עזה, ובכלל זה ירי רציף ומתמשך של טילים לעבר מדינת ישראל ופיגועים וניסיונות פיגוע המכוונים נגד אזרחים וחיילי צה"ל במעברים שבין רצועת עזה לישראל, לאורך גדר המערכת ובשטח מדינת ישראל. מעשי טרור אלה מהווים המשך ישיר לפעילות ארגוני הטרור נגד מדינת ישראל ותושביה.
40. משכך, קביעת המחוקק בסעיף 3 ד', נועדה לאפשר לשר הפנים לתת מענה לצרכי הביטחון של מדינת ישראל ואזרחיה, אל מול תושבי אזור סיכון ייחודי, כרצועת עזה, אשר על פי חוות דעת מקצועית של גורמי הביטחון, מתקיימת בו פעילות טרור נגד מדינת ישראל.
41. המשיבים יטענו כי התיקון לסעיף 3ד לחוק הוראת השעה נועד להטמיע בחוק את האפשרות כי מקום בו מתקיים מצב בטחוני מיוחד ביחס לשטח מסוים, לפי דעת גורמי הביטחון המוסמכים, כי אז ראשי שר הפנים לקבוע כי קמה מניעה ביטחונית לאשר בקשות של תושבי אזור מוגדר זה, להשתקע בישראל לפי החריגים הקבועים בסעיף 3 ו-3א' בהוראת השעה. ברי, כי תכלית התיקון נועדה לקבוע כי במצב דברים מובהק זה, דהיינו- שעמדתם המקצועית של גורמי הביטחון הינה כי בשטח מסוים מתבצעת פעילות עוינת שעלולה לסכן את בטחונה של מדינת ישראל, יתחשב שר הפנים בחוות דעת מקצועית זו.
42. יובהר, כי בעניינה של רצועת עזה מתקיימים שני פרמטרים שלובים, לענין זה. אין חולק כי מתקיימת בה פעילות אינטנסיבית שעלולה לסכן במובהק את ביטחון המדינה. בנוסף, למדינת ישראל אין שליטה אפקטיבית בשטח זה ואין בידה לערוך אבחון בטחוני פרטני ביחס לאוכלוסית תושבי האזור מרצועת עזה.
43. המשיבים יוסיפו ויטענו כי משמעות טענת העותרים, הינה ריקונה מתוכן של הוראת המחוקק בסיפא של סעיף 3ד, שכן, לא תהיה אבחנה בין תושבי רצועת עזה ותושבי מדינות סיכון, לבין תושבי איו"ש, למרות השוני במצב הביטחוני והמדיני בין אזורים אלה.
44. עוד בפסק הדין הראשון שעסק בחוקתיותו של חוק הוראת השעה, הזכיר הנשיא ברק (שהיה בדעת מיעוט באותו פסק דין) כי "את הבדיקות הביטחוניות יש לקחת ברצינות רבה. על כן, אם לא ניתן לקיימן בשל המצב הביטחוני בחלק זה או אחר באזור, תידחה ההחלטה האינדיווידואלית עד אשר תתאפשר הבדיקה" (בג"ץ 7052/03 עזאלה נ' שר הפנים, פד"י סא(2) 202 (2006), פסקה 94 לפסק דינו).
- כמו כן ראו את דברי הנשיא ברק בסעיף 113 לפסק הדין: "כמובן, אם הלכה למעשה אין אפשרות ממשית לקבל מידע רלבנטי מבדיקה אינדיבידואלית של בן זוג זר בשל המצב הביטחוני, אין מנוס מדחיית ההחלטה בעניינו עד שהבדיקה האינדיבידואלית תתאפשר. במקום בו מתנהלת לחימה לא מתנהלת בדיקה; במקום שבו אין אפשרות, בשל התנאים

הביטחוניים לקיים בדיקה. יש לדחותה עד לאחר שהתנאים ישתנו. כל אלה ייקבעו על פי תנאי הזמן והמקום, ולא ישלטו על ידי איסור גורף..."

45. **בעניין גלאון**, התייחסה כב' השופטת ארבל במפורש לאפשרות לערוך בחינה בטחונית פרטנית לתושבי רצועת עזה. נעיר כי כב' השופטת ארבל הייתה בדעת מיעוט באותו הליך. כב' השופט ארבל קבעה כדלהלן:

"הקושי השני שרואה אני בבידוק הפרטני, עניינו בעצם היכולת לערוך בדיקה של ממש ביחס למסוכנותו של אדם, על בסיס איסוף מידע, במקומות שהעיונות בהם לישראל קשה. דומני שגם בלא שתהא בפנינו חוות דעת מקצועית בעניין, ניתן להבחין בין היכולת לעמוד על הסיכון הנשקף מתושבי יהודה והשומרון, לבין היכולת לעמוד על הסיכון הנשקף מנתיני מדינות הסיכון, כמו-גם מתושבי רצועת עזה. רצועת עזה ומדינות הסיכון הן ישות ומדינות עוינות שאין לישראל קשרים עימן. קשה להניח על כן כי לישראל יכולת לבצע בידוק עובדתי-ביטחוני ממשי בעניינו של בן הזוג הזר מול הרשויות במדינות אלה. במצב זה, קשה יהיה לקבל מידע מהימן על אודות בן הזוג הזר או לבדוק את המידע שטיפק. לפיכך, נראה כי במקרים אלה, יקשה על גורמי הביטחון לעמוד מבחינה מעשית, ובאופן מספק, על הסיכון הנשקף מבן זוג זר עבודו מתבקש המעמד בישראל. קושי זה רלוונטי כאמור, גם ביחס לבני זוג שהם תושבי רצועת עזה, שבה אין לישראל עוד שליטה אפקטיבית (ראו למשל: ב"פ 5268/08 הנ"ל, בפסקה 6), והיא נשלטת על-ידי ארגון טרור שמטרתו פגיעה בביטחון המדינה. לאור האמור, אני סבורה כי ככלל, ביחס לבני זוג שהם נתיני מדינות סיכון ורצועת עזה, יקשה לקיים בידוק פרטני של מסוכנותם."

ובהמשך קבעה כב' השופטת ארבל כדלהלן:

"אם הגורמים המקצועיים אצל המשיב יסברו כי קיים הבדל בין שטחי יהודה והשומרון לבין רצועת עזה ומדינות הסיכון, ככל שדברים אמורים ביכולת איסוף המידע לצורך עריכת בדיקה אינדיבידואלית, איני שוללת את האפשרות כי ההסדר שייקבע יבחין בין אלה לאלה, באופן שייקבע כי כל עוד נמשך מצב העוינות, אין אפשרות לבצע בדיקה אינדיבידואלית של בקשות לאיחוד משפחות עבור בני זוג זרים שמוצאם ברצועת עזה או במדינות הסיכון. ממילא לא יתאפשר במקרים אלה איחוד משפחות."

46. הנה כי כן, סעיף 3ד לחוק הוראת השעה נשען על האפקטיביות הנמוכה יחסית של היכולת לערוך בחינה בטחונית פרטנית לתושב אזור סיכון בו מתבצעת פעילות עוינת כנגד מדינת ישראל ואזרחיה ובהינתן מגבלות האבחון. בהמשך לכך, החלטת הממשלה, המצהירה על המצב הביטחוני ברצועת עזה עליו אין חולק, נשענת בתורה על ההוראה המפורשת של המחוקק בסעיף ועל הרציונאל הקבוע בהוראת השעה.

47. כעולה מכל האמור לעיל, עמדת המשיבים היא כי כל תכליתו של סעיף 3ד היא להסמיך את שר הפנים לקבוע כי אזור מסוים הוא אזור שבו מתבצעת פעילות העלולה לסכן את בחון מדינת ישראל או אזרחיה (בדומה למבקש ממדינת סיכון, כפי שהוגדרה) ולפיכך, לא נתנו היתרים או רשיונות לישיבה בישראל לתושבי אזור מוגדר זה.
48. ואכן, מעיון בפסק הדין בעניין גלאון, ניכר כי ההתייחסות להוראה שבסיפא של סעיף 3ד היא כאל הוראה המסמיכה את שר הפנים לקבוע כי קיימת מניעה בטחונית, הנובעת מהיותו של אותו מבקש, תושב אזור סיכון, כאמור.
49. ראו לדוגמה, סעיף 7 לפסק הדין של כב' הנשיאה (בדימוס) ד' ביניש, בו נקבע כדלקמן: "במסגרת התיקונים שהוכנסו לאחר פסק הדין הראשון לא שונתה "חזקת" הסיכון הביטחוני וניכר כי היא אף הורחבה. כיום קובע החוק כי ניתן למנוע כניסתו של אדם לישראל אף במצב בו גורמי הביטחון המוסמכים סבורים כי במדינת מושבו או באיזור מגוריו של המבקש מתבצעת פעילות העלולה לסכן את ביטחון מדינת ישראל או אזרחיה. כלומר, לא זו בלבד שלא נדרשת בדיקה קונקרטיית של הסיכון הנשקף מבו הזוג או מבני משפחתו או סביבתו הקרובה, אלא די בפרופיל כללי של פעילות מסוכנת המתבצעת במקום מגוריו של בו הזוג."
50. כמו כן, ראו סעיף 20 לפסק הדין של כב' השופט ח' מלצר, בו נקבע כי "לפיכך, לפי הערכת גורמי הביטחון, התרת כניסתה לישראל של כלל אוכלוסיית המבקשים, ללא אבחנה מבדלת המבוססת על מקום מושבם ברשות הפלסטינית, או היותם נתיני ארבע מדינות אויב המנויות בחוק המתוקן, וללא אבחנה מבדלת ביחס לגילאי הסיכון, וזאת – על יסוד אבחון פרטני לכל, איננה צפויה לתת מענה מספק ואפקטיבי (אף אם היתה אפשרות כזו קיימת – תנאי שלא מתמלא כאמור) לסיכון הנשקף הימנה בתור שכזו (לנוכח השימוש שנעשה בה ובאמצעותה כל מנת לפגוע בביטחון המדינה ובחיי אזרחיה ותושביה כאמור)"
51. המשיבים יטענו כי דברים אלה משקפים את הפרשנות, המתבקשת מאליה, כי האבחנה האמורה שמעוגנת בהוראת השעה דומה באופן מהותי לאבחנה המבדלת ביחס לגילאי הסיכון, ותוחמת את גדר היכולת של גורמי הביטחון לאיין את הסיכון הביטחוני באופן פרטני.
52. נעיר, כי אין יסוד לטענת העותרים כאילו מדיניות המשיבים מלמדת כי ניתן לערוך בחינה פרטנית אפקטיבית לתושבי רצועת עזה. אין מתן היתר לשהייה זמנית קצרה בישראל, או למעבר דרכה, דומה מבחינת הסיכון הביטחוני למתן היתר בהתאם לסעיפים 3 ו-3א(2) להוראת השעה, אשר עניינם השתקעות במדינת ישראל, וביחס אליהם התקבלה החלטת הממשלה בענין רצועת עזה.

לעניין זה ראו, לדוגמה, את דברי כב' הנשיא ברק בפסק דינו בעניין עזאלה, כדלקמן:

"התעורר ספק בליבנו אשר לתכליתו הביטחונית של חוק האזרחות והכניסה לישראל לנוכח הוראתו של סעיף 3ב(2) לחוק, אשר מתיר את כניסתם של תושבי אזור לישראל לצרכי עבודה. טוענים העותרים כי סעיף זה מצביע על כך שתכליתו של החוק אינה ביטחונית כלל ועיקר. שהרי סכנה ביטחונית נשקפת גם מכניסתם של עובדים לשטחי ישראל. מסקנת העותרים היא שסעיף זה מצביע על תכליתו הדמוגרפית של החוק. לטענתם תכלית החוק היא למנוע הגירתם של תושבי האזור לישראל לצורך איחוד משפחות. תשובת המשיבים היא כי התאזרחות או התיישבות של פלסטינים, הנושאים תעודות-זהות ישראליות, מהווה איום ביטחוני מסוג מיוחד ונפרד. שאין עניינו רק בעצם החזירה לשטח ישראל. לאור העובדה שתקופת שהותם של אנשים אלה בישראל איננה מוגבלת, וכי נתון להם חופש תנועה מלא הן בישראל והן בין ישראל לבין האזור (חופש תנועה אשר אינו נתון למחזיקי היתרים זמניים), קיים חשש מוגבר שהם ייקחו חלק בפעילות טרור (ראו פסקה 180 בסיכומי המשיבים מדצמבר 2003). תשובת המשיבים מגיחה את דעתנו. שוכנענו כי ההבחנה בין כניסתם של עובדים מכוח היתרים זמניים לבין כניסתם של תושבי אזור לצרכי איחוד משפחות מעוגנת בצרכים הביטחוניים, ולפיכך אין בה כדי ללמד על תכלית אחרת."

53. לבסוף נתייחס לטענה הנוספת של העותרים, לפיה החלטת הממשלה חורגת מגדרי הוראת השעה בשל החלתה על מי "שרשום במרשם האוכלוסין כתושב רצועת עזה", ולא רק על מי שמתגורר שם בפועל. המשיבים יטענו כי דין טענה זו להידחות.
54. נפנה תחילה להגדרת המונח "תושב האזור" בהוראת השעה. בנוסחה המקורית של הוראת השעה משנת 2003, הוגדר "תושב אזור" באופן הבא: "תושב אזור – לרבות מי שהתגורר באזור אף שאינו רשום במרשם האוכלוסין של האזור, ולמעט תושב יישוב ישראלי באזור".
55. ביום 1.8.05 פורסם ברשומות התיקון הראשון להוראת השעה, בעקבותיו הוגדר "תושב אזור", כדלקמן: "תושב אזור - מי שרשום במרשם האוכלוסין של האזור, וכן מי שמתגורר באזור אף שאינו רשום במרשם האוכלוסין של האזור, ולמעט תושב יישוב ישראלי באזור".

56. בדברי ההסבר לתיקון הוראת השעה נכתב כדלקמן:

"הוראת השעה נחקקה בהתאם להחלטת הממשלה מס' 1813 מיום 12 במאי 2002, לאור המציאות הבטחונית מאז פרוץ העימות המזוין בין ישראל לפלסטינים, שבה התגלתה מעורבות גוברת והולכת בעימות זה, של פלסטינים שהם במקור תושבי האזור אשר נושאים תעודות זהות ישראליות בעקבות הליכי איחוד משפחות עם בעלי אזרחות או תושבות ישראליות, ואשר ניצלו את מעמדם בישראל לשם מעורבות בפעילות טרוד ובכלל זה סיוע לביצוע פיגועי התאבדות.

מוצע, למען הסר ספק, לתקן את ההגדרה 'תושב האזור' ולהבהיר במפורש כי הגדרה זו כוללת גם את המובן מאליו, היינו את אלה הרשומים במרשם האוכלוסין של האזור". (הצ"ח 173, 16.5.05, בעמ' 624)

57. הנה כי כן, "תושב אזור" הוא מי שרשום במרשם האוכלוסין של האזור או מי שמתגורר באזור אף שאינו רשום במרשם האוכלוסין. דאו לעניין זה את פסק דינו של בית משפט נכבד זה בעע"מ 1621/08 מדינת ישראל נ' זיאד חטיב (מיום 30.1.11, פורסם בנבו).

58. נדגיש, כי עמדת המדינה היא כי המונח "תושב אזור" - למצער בהקשר של חוק הוראת השעה אשר מגדיר מונח זה מפורשות - שונה מהמונח "תושב ישראלי" (או תושב מדינה אחרת) המופיע בחוקים אחרים, ואשר מתייחס לסוגיית מקום הישיבה של האדם ודבר קיומו נקבע בדרך כלל לפי מבחן מירב הזיקות. בענייננו, הגדרת "תושב אזור" מתייחסת למעשה גם לשאלת הנתינות, ולא רק לשאלת מקום הישיבה הפיזי.

59. ככלל, כשהמדובר במדינה, המונח המבטא לגביה זיקה משפטית של נתינות הוא האזרחות. לעומת זאת, כשהמדובר בשטחי הרשות הפלסטינית, שאינה מדינה, המונח תושבות כולל בתוכו, באופן בלתי ניתן להפרדה - למצער בהקשר שלפנינו - גם את ההיבט המשפטי של נתינות (למעשה "מעין נתינות", שהרי נתינות ממש מתייחדת למדינות בלבד). במרשם האוכלוסין של האזור לא רשומים "אזרחים פלסטיניים" אלא רק "תושבים". המעמד המשפטי של "תושב אזור" מקנה זכויות שונות המאפיינות מעמד משפטי של אזרחות, כגון הזכות לבחור ולהיבחר לרשות הפלסטינית. המונח "תושב אזור" טומן בחובו, אפוא, זיקת נתינות לרשות הפלסטינית, וממילא גם חובת נאמנות כלפיה.

60. הדברים מקבלים משנה תוקף לאור הקרבה הגיאוגרפית בין ישראל לשטחי האזור, והעובדה שתושבי האזור ממשיכים לשמור על זיקה משפחתית וחברתית לו. לכן מטבע הדברים קבוצת ההזדהות הלאומית שלהם מצויה ברשות הפלסטינית.

61. בענייננו, הסיפא של סעיף 3ד מתייחס ל"מדינת מושבו" של אדם או ל"אזור מגוריו" ותכליתו הברורה היא להתמודד עם פוטנציאל הסיכון המיוחד הנשקף ממי שיש לו זיקה גיאוגרפית הדוקה לאזור בו מתבצעת פעילות העלולה לסכן את ביטחון המדינה. בשים לב לתכלית ההוראה מחד גיסא, ומאידך גיסא לזיקות ההדוקות של תושבי רצועת עזה למקום מוצאם, גם אם הם מתגוררים באופן בלתי חוקי במקום אחר, עמדת המשיבים היא כי יש לפרש את סעיף 3ד באופן העולה בקנה אחד עם הגדרת המונח "תושב אזור" על ידי המחוקק. בשני המקרים, כוונת המחוקק היתה למושג של "נתינות", כפי שהובהר לעיל.

לכך נוסיף, כי השימוש במונח "מקום מגוריו" (להבדיל מ"מדינת מושבו") נועד ליתן מענה לאזור מסוים רלוונטי שאינו "מדינה", בהכרח, זוגמת איו"ש או חלק מסוים ומוגדר ממנה, (בהתאם לחוות דעת מקצועית ספציפית) או רצועת עזה, זאת כיוון שהרשות הפלסטינית, על חלק כזה או אחר שלה, בעת הזו, או בעת אחרת, איננה מדינה, כי אם ישות מדינית, שאינה מדינה, אך הכלל הפרשני המוצג לעיל תקף גם לגבינו.

62. יוער כי, משמעות טענת העותרים תביא לתוצאה אבסורדית, לפיה מי שהינו "תושב רצועת עזה", אשר עבר לגור בישראל או באיו"ש שלא כדין, ייחשב כתושב ישראל ולכל הפחות, כמי שאינו עוד תושב רצועת עזה, כהגדרתו בהורת השעה.

63. מכל האמור לעיל עולה, כי אף דין טענה זו של העותרים להידחות.

דברי סיכום

64. העותרים אינם תוקפים את חוקתיות סעיף 3ד להוראת השעה – משזו אושרה על ידי בית המשפט הנכבד בעניין גלאון. כמו כן, הם אינם מעלים טענה כלשהי ביחס לקביעה העובדתית המקצועית של גורמי הבטחון כי רצועת עזה היא אזור בו מתבצעת פעילות שעלולה לסכן את מדינת ישראל או אזרחיה.

65. כל טענתם של העותרים היא כי החלטת הממשלה חורגת מגדרי ההסמכה של שר הפנים מכוח סעיף 3ד להוראת השעה. קשה להלום טענתם זו של העותרים, כאשר רצועת עזה, בהתאם לחוות דעת גורמי הבטחון, כמו גם בהתאם להלכה הפסוקה של בית המשפט הנכבד, היא אזור הנתון לשליטת ממשלה בהנהגת ארגון החמאס, אשר שם לו למטרה את חיסולה של מדינת ישראל, כאשר לצד ארגון החמאס מתקיימת ברצועה פעילות פונדמנטליסטית של שורה של ארגוני טרור נוספים הפועלים מרצועת עזה כנגד מדינת ישראל ותושביה. בנסיבות אלו נועד סעיף 3ד לחוק, לאפשר לשר הפנים, בגדר סמכויותיו על פי חוק לתת מענה הולם לצרכי הבטחון של מדינת ישראל ואזרחיה, אל מול תושבי

אזור ייחודי, אשר על פי חוות דעת מקצועית של גורמי הבטחון, מתקיימת בו פעילות טרור מובהקת כנגד מדינת ישראל ואזרחיה.

מכל הטעמים המפורטים לעיל, סבורים המשיבים כי יש לדחות טענה זו.

66. אשר על כן, מתבקש בית המשפט הנכבד לדחות את העתירה, ולחייב את העותרים בהוצאות המשיבים.

היום, י"ג אייר תשע"ד

13 מאי 2014

דניאל מארקס, עו"ד
סגנית בכירה בפרקליטות המדינה

יוכי גנסין, עו"ד
מנהלת תחום בכירה (עניינים מינהליים)
בפרקליטות המדינה