

בבית המשפט העליון

בשבתו כבית משפט גבוה לצדק

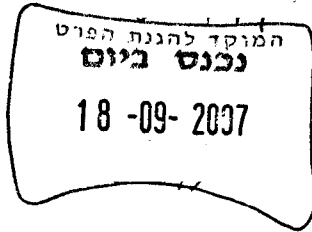
בג"צ 466/07

בג"צ 544/07

בג"צ 830/07

בג"צ 5030/07

קבוע: 24.10.07



העותרים בבג"צ 466/07

ח"כ זהבה גלאון- יו"ר סיעת מרצ- יחד

ע"י ב"כ עוה"ד דפנה הולץ- לכנר

מרחה המעפילים 2, רמת השרון 472415

טל': 03-5477921, פקס: 03-5473097

האגודה לזכויות האזרח

ע"י ב"כ עוה"ד שרון אברהם- ויס ואח'

מהאגודה לזכויות האזרח בישראל

רח' נחלת בנימין 75, תל אביב 65151

טל': 03-5608185, פקס: 03-5608165

העותרים בבג"צ 544/07

1. רנין טבילה

2. חאתם טבילה

3. אסאלה טבילה

4. דימא טבילה

5. מחמוד סביחאת

6. עולא סביחאת

7. אחמד סביחאת

8. מוחמד סביחאת

9. עדאלה- המרכז המשפטי לזכויות המיעוט הערבי בישראל

ע"י ב"כ עוה"ד סאוסן זהר ואח'

מעדאלה- המרכז המשפטי לזכויות המיעוט הערבי בישראל

ת"ד 510 שפרעם

טל': 04-9501610, נייד: 050-7313075, פקס: 04-9503140

העותרים בבג"צ 830/07

המוקד להגנת הפרט מיסודה של ד"ר לוטה זלצברגר

ע"י ב"כ עוה"ד יותם בן הלל ו/או יוסי וולפסון ו/או אחי

מרחוב אבו עוביידה 4, ירושלים 97200

טל: 02-6283555 פקס: 02-6276317

העותרים בבג"צ 5030/07

נגד

1. שר הפנים
2. היועץ המשפטי לממשלה
3. מפקד כוחות צה"ל ביהודה והשומרון
4. אלוף פיקוד הדרום

כולם ע"י פרקליטות המדינה,

משרד המשפטים, ירושלים

ה מ ש י ב י ם

תגובה לעתירות מטעם המשיבים

בהתאם להחלטת בית המשפט ולקראת הדיון הקבוע ליום 24.10.07, מתכבדים המשיבים להגיש תגובתם לכל ארבע העתירות.

מבוא

1. ביום 29.9.00 פרץ עימות מזוין בין ישראל לפלסטינים. עימות זה הוא מלחמה לכל דבר, למרות ששם רשמי לא ניתן לה. היקף האבידות והיקף הכוחות הפועלים בעימות הופכים אותו למלחמה במובנה היום יומי.

2. מדובר במלחמה ייחודית. המאפיין הראשון של מלחמה זו הוא היותה **מלחמת טרור**, ללא קווי חזית. העורף הוא החזית. הקורבנות של מלחמה זו הם ברובם המכריע אזרחים. אין מדובר במלחמה "רגילה", שבה שני צבאות מתנגשים זה בזה הרחק בשדה הקרב. מול ישראל עומדים שורה של ארגוני טרור, שחלקם נתמכים על ידי מדינות אויב.

ארגוני טרור אלה מכוונים את הפיגועים אל עבר אזרחי המדינה, אל רחובותיה של המדינה, בתי קפה, אוטובוסים, אולמות שמחה ובתי האזרחים. בשנים האחרונות לובשת

מתקפת הטרור אופי חדש של ירי חסר הבחנה של טילים ופצצות מרגמה אל עבר היישובים הסמוכים לרצועת עזה. לוחמת ההתאבדות והפגיעה חסרת מעצורים באוכלוסייה אזרחית זוכות לתמיכה רחבה בציבור הפלסטיני. מדובר הן בתמיכה אידיאולוגית והן בסיוע ממשי. מלחמת הטרור ניזונה ממערכת הסתה, תקשורתית וחינוכית, מאורגנת היטב.

3. המאפיין השני, הוא זהות האויב ומיקומו. רוב מוחלט של פעולות הטרור מקורו בשטחי הרשות הפלסטינית.

הרשות הוקמה בשנת 1994 על בסיס שורה של הסכמים בין ישראל לבין אש"ף. במסגרת זו הועברו לרשות הפלסטינית סמכויות רבות מהמפקד הצבאי. הרשות הפלסטינית מנהלת את חייהם של רוב מוחלט מתושבי איו"ש ואזח"ע, אף אם אין היא מדינה ריבונית.

ההסכמים בין ישראל לפלסטינים כוללים התחייבות של הצד הפלסטיני להילחם בטרור ולמנוע מעשי טרור ואלים נגד ישראל. הרשות הפלסטינית הפרה חובה זו, הן במעשה והן במחדל.

ביום 11.4.06, הכריזה ממשלת ישראל, בעקבות הקמת ממשלת החמא"ס, על הרשות "כרשות טרור, העוינת את ישראל".

בחודשים האחרונים, לאחר השתלטות החמא"ס על רצועת עזה, והקמת ממשלה אחרת השולטת בשטחי איו"ש, חל שינוי נסיבות, וישראל מקיימת קשרים מסוימים עם הרשות הפלסטינית הפועלת ביהודה ושומרון. עם זאת, עוצמת האיום משטחי הרשות הפלסטינית, בעיקר מרצועת עזה ומאזורים מסוימים בתחומי איו"ש, לא פחתה.

כך תיאר את המלחמה כבוד המשנה לנשיא (בדימוס) מי חשין :

"3...ישראל מצויה בעימות מזוין קשה אל-מול הפלסטינים. רשות כנגד מדינה. קולקטיב כנגד קולקטיב. ועימות מזוין זה היה כמלחמה. לא כמלחמת העצמאות; לא כמלחמת ששת הימים; לא כמלחמת יום הכיפורים. ובכל זאת - מלחמה..."

"8. להגנה על תושבי המדינה נלחמת ישראל בטרור מלחמת חורמה. אלא שמלחמה זו אינה פשוטה כל-עיקר. גם אין היא דומה למלחמות של-עבר, אותן מלחמות שעיצבו את נורמות המלחמה המקובלות במשפט הבין-לאומי. מלחמת הטרור הפלסטינית אינה נעשית בידי צבא מאורגן של לובשי מדים, אף אין היא נערכת בשדה הקרב. זוהי מלחמת טרוריסטים שאינם נושאים תג המבחין אותם מיתר התושבים, והמכוונים את התקפותיהם נגד אזרחים העוסקים בשיגרת יומם. הטרוריסטים נטמעים ומשתלבים באוכלוסייה האזרחית הפלסטינית עד-כי אין ניתן לדעת מיהו תושב פלסטיני תמים, מיהו פעיל טרור

ומיהו תושב פלסטיני העלול לסייע לטרור. השתלבות זו של אירגוני הטרור באוכלוסיה האזרחית אינה מקרית. הטרוריסטים מסתתרים בתוכה של האוכלוסיה האזרחית, ולעיתים עושים הם שימוש באוכלוסיה התמימה כ"מגן אנושי" מפני פעולות צה"ל. יתר-על-כן: פעילי הטרור זוכים לתמיכה ולסיוע של חלקים באוכלוסיה האזרחית. אכן, לא זו בלבד שתושבי האזור אינם עושים להפסקת הטרור, אלא שרבים מהם אף תומכים בו ומסייעים לו. חלק גדול מן הטרוריסטים זוכה לעידוד ולסיוע של הסביבה הקרובה ומידי בני משפחה. רבים רואים בביצוע פעולת-טרור ובסיוע לטרור אמצעי להבטחת עתידה הכלכלי של המשפחה. אחרים עושים כמאוימים ומסייעים לארגוני הטרור מחשש כי אם לא יסייעו יבולע להם או לבני-משפחתם. אף הרשות הפלסטינית עצמה אינה עושה די למיגור הטרור, ובמקרים אחדים נמצא כי הרשות פלסטינית או גורמים השייכים למנגנוני סיוע לפעולות טרור או נטלו בהן חלק ישיר. תמיכה זו היא, בין השאר, פועל יוצא של הסתה כבדה וקשה הקוראת לביצוע מעשי אלימות נגד ישראל ותושביה. הסתה זו נמשכת שנים ארוכות וברי כי מחלחלת היא לכל שדרות החברה הפלסטינית." (הדגשות הוספו).

בג"צ 7052/03 **עדאלה נ' ראש הממשלה ואח'** (טרם פורסם) - להלן עניין **עדאלה או פסק הדין**.

4. העתירות שלפנינו מעלות היבט משפטי מסוים של המלחמה, והוא התאמת דיני ההגירה למלחמה הייחודית.

5. כאמור, מדינת ישראל מצויה במלחמה עם הפלסטינים. עם מול עם. קולקטיב מול קולקטיב. לצד הפלסטינים קיימות מדינות נוספות, מדינות אויב, שחלקן מבקשות להשמיד את ישראל או מדינות בהן משתולל טרור אסלמי קיצוני.

במלחמה בין עמים ובין מדינות קיימת הנחת יסוד ולפיה כל אדם חב נאמנות לקולקטיב אליו הוא משתייך. לפיכך, המתקנות שבמדינות העולם מנעו את כניסתם של נתיני האויב למדינה בזמן המלחמה, גם אם לא היתה ראייה לכך שנתין האויב התכוון לעסוק בפועל בפעילות עוינת.

ראו לעניין זה:

י' זילברשץ "על הגירת זרים שאינם יהודים לישראל - פתיחת דיון" **משפט וממשל י** (2006) 87, 102-99.

א' רובינשטיין ול' אורגד, "זכויות אדם, בטחון המדינה ורוב יהודי: המקרה של הגירה לצורכי נישואין", **הפרקליט** מח (2006) 315.

6. כלל זה של חסימת ההשתקעות ממדינות אויב אינו מופעל באופן תדיר, שכן ברור כי נתין אויב לא ימהר לבקש להשתקע במדינה הלוחמת במדינתו.

אלא שהמצב בישראל שונה. נתיני האויב מבקשים להגר באלפיהם אל המדינה שעמם לוחם בה מלחמת חורמה. מדובר בתופעה ייחודית שלה טעמים כלכליים, חברתיים ואידיאולוגיים.

7. לכאורה, עם פרוץ העימות היה על ישראל לחסום את כניסת נתיני האויב לתחומה. אלא שישראל נהגה בשונה מהמקובל בעולם. בתחילה לא נסגרו השערים, כולל למטרת השתקעות בעקבות נישואין. אלא שמאפייני העימות חייבו שינוי גישה.

8. כלי הנשק הקטלני ביותר שבו עושים שימוש הפלסטינים במלחמתם הוא נשק המתאבדים - "פצצות אדם מונחות" בלשונו של בית המשפט הנכבד. פיגועי ההתאבדות גרמו את עיקר הנזק בנפש וברכוש לישראלים ופגעו בתחושת הביטחון של הציבור בישראל על כל המשתמע מכך.

פצצות אדם אלה, שהדלק המניע אותן הוא שנאה, תוצאה של מערכת חינוכית ואידיאולוגית המטיפה להרג ו"מות קדושים", דורשות הנחייה, או "ראש ביות". יש צורך לבחור במטרה, להעביר את המתאבד או את חומרי הנפץ שלו אל תחומי ישראל, ולהנחות אותו למקום שבו ייגרמו מקסימום אבידות במינימום סיכון לשאר חברי החוליה.

במהלך השנים הפכה החדרת המתאבדים לישראל למשימה קשה. זאת בעקבות הקמת גדר הביטחון ופעולות נגד פעילי הטרור שמנהלת ישראל בתוככי הרשות הפלסטינית.

בשל הקושי שנגרם לארגוני הטרור עולה עד מאוד האטרקטיביות של שימוש בתושבי ישראל ואזרחיה לשם החדרת המחבלים, איסוף מודיעין, סיוע לוגיסטי אחר, ואף ביצוע פעולות טרור בפועל. אזרחי ישראל ותושביה מכירים את יעדי הפיגוע והדרכים אליהם. הם אף נהנים מחופש תנועה במעברים בין ישראל לאיו"ש. הם יכולים להציע עורף לוגיסטי לחוליות הטרור הבאות מאיו"ש ואזח"ע.

9. הקבוצה האטרקטיבית לגיוס היא תושבי ישראל ואזרחיה שהיגרו לישראל מן האזור או ממדינות עוינות אחרות, והשתקעו בישראל. אלה היו נתונים למערכת הסתה שיטתית של שנים. הם מקיימים קשרים חברתיים ומשפחתיים עם תושבי האזור ונעים בחופשיות בין שני העולמות בעזרת תעודת הזהות הישראלית, רשיון הרכב הישראלי ורשיון הנהיגה הישראלי.

10. תחילה, ההנחה היתה כי "אבחון פרטני" של נתיני האויב ובכלל זה של תושבי הרשות הפלסטינית, יכול לנטרל את הסיכון הנובע מאוכלוסיה זו. כך נהגה ישראל מאז ומתמיד.

אולם משתכפו הפיגועים וניסיונות הפיגוע בהם נטלו חלק מנתיני האויב שהשתקעו בישראל ובני משפחותיהם, התברר כי לא ניתן לזהות מראש את הסייענים והמחבלים

באמצעות אבחון פרטני. האבחון הפרטני מתאים, אם בכלל, לתקופות של רגיעה, ולא לתקופת של עימות מזוין בין עם לעם.

אי לכך, בשנת 2002 החליטה ממשלת ישראל להטיל מגבלות מסוימות על כניסה לישראל והשתקעות בה מצד תושבי הרשות. בשנת 2003 חוקקה הכנסת חוק בעניין זה. **תכליתה של החקיקה היא להתאים את דיני ההגירה למלחמה הייחודית שבה נתונה מדינת ישראל.**

11. מדובר בחוק האזרחות והכניסה לישראל (הוראת שעה), התשס"ג 2003 (להלן - **החוק**).

מאז נחקק החוק הוארך תוקפו מספר פעמים והוא אף עבר שני תיקונים. התיקון האחרון נעשה בחוק האזרחות והכניסה לישראל (הוראת שעה) (תיקון מס' 2), התשס"ז - 2007 (להלן - **התיקון**).

12. עתה מבקשים העותרים לחזור לשיטת האבחון הפרטני שהוכחה כלא אפקטיבית, ולבטל את דבר החקיקה. עמדת שירות הביטחון הכללי שהתקבלה על ידי המחוקק הראשי היא שאבחון פרטני של נתיני אויב אינו מסוגל לנבא מסוכנות. **חזרה לשיטה הישנה משמעה מוות של ישראלים בפיגועי טרור שיבוצעו על ידי או בסיוע של מקבלי המעמד בישראל ובני משפחותיהם.**

13. בני זוגם הקיימים של נתיני אויב נפגעים במידה כזו או אחרת ממגבלות אלה. הדילמה הערכית העומדת בפני ישראל ברורה וחדה - **האם יש לאשר השתקעות לא מבוקרת של נתיני אויב בישראל, אף אם הדבר יביא למוות של ישראלים ולפציעתם של ישראל אחרים.**

או בלשון משפטית - הזכות לחיים ולשלמות הגוף של ישראלים מסוימים מול הגבלה במימוש הזכות לחיי משפחה בישראל של ישראלים אחרים.

המחוקק הראשי סבר שאבחון פרטני גורף לגבי כלל הבקשות הוא הימור מסוכן שהתממשות פוטנציאל הסיכון הימנו ודאית. התוצאה של כשלון האבחון קטלנית ובלתי הפיכה. אי לכך, הכלל הוא שאין להתיר כניסה של נתיני אויב לישראל לצורכי השתקעות בעת המלחמה או העימות המזוין.

יחד עם זאת, ההסדר שקבע החוק אינו גורף. המחוקק יצר שורה של הסדרים שתכליתם לגדר את הסיכון, ולהביאו לכלל סיכון מחושב אותו יכולה לשאת חברה במלחמה. כך, נקבעו הסדרים מיוחדים לקבלת מעמד בישראל לקטינים, וכן לנשים וגברים שאינם מצויים בקבוצות הסיכון המובהקות. ניתנה אף סמכות לחרוג מהסדרים אלה מטעמים הומניטאריים מיוחדים. ההסדר החוקי תחום בזמן והוא מכוון לתקופת המלחמה בלבד.

14. תכליתה של תגובה זו היא להראות כי לא נפל כל פגם חוקתי בחוק המצדיק את ביטולו כפי שדורשים העותרים.

אכן, ניתן לבחור בהסדר אחר, המביא בחשבון, כמעין גזירת גורל, מותם של ישראלים במטרה להגשים ערכים אחרים, כמו הזכות לחיי משפחה. אלא שהמחוקק בחר בהכרעה ערכית אחרת. לטעמנו אין להתעלם מהחלטה זו או לבטלה.

15. הדיון החוקתי לא נעשה בחלל ריק. גרסה מוקדמת של החוק עלתה לדיון בפני בית המשפט הנכבד אך לאחרונה בענין **עדאלה**. ביום 14.5.06 דחה הרכב מורחב של בית המשפט הנכבד, ברוב דיעות, שורה של עתירות דומות נגד חוקתיות החוק.

בפסק הדין קיים ניתוח מעמיק של מכלול הסוגיות החוקתיות, ולכן לטעמנו בעתירות אלה אין מקום לשוב ולהרחיב בטיעונים תיאורטיים עקרוניים.

16. בתגובה זו נבקש להתמקד בהשלכות המעשיות של פסק הדין. נראה כי המחלוקת בין דעת הרוב לדעת המיעוט, שהביאה להתפלגות הסופית, מצויה בניתוח מרכיב אחד בניתוח החוקתי. מדובר במבחן המשנה השלישי של מבחן המידתיות – העוסק ביחס בין התועלת שבחוק לבין נזקו.

בפועל, נקודת המחלוקת אינה משפטית אלא עובדתית. היא נוגעת למידת האפקטיביות של האבחון הפרטני. כפי שציינה כבוד השופטת מ' נאור:

”18. אני סבורה כי חילוקי הדעות בינינו בשאלה אם התקיימו או לא התקיימו תנאי פסקת ההגבלה נעוצים, במידה רבה, בהתייחסות שונה לדרישה לבדיקה אינדיבידואלית של תושבי האזור עמם מבקשים אזרחי ישראל או תושביה להתאחד. יש בינינו הסבורים כי בדיקה כזו תתאפשר אם רק יוקצו המשאבים הכספיים לכך; אחרים (ואני בתוכם) השתכנעו כי **בדיקה אינדיבידואלית של ממש אינה אפשרית לעת הזו**.” (ההדגשה הוספה).

על כן, דעת הרוב סברה כי אבחון פרטני אינו אפשרי, לעת הזאת, ולא יקטין את הסיכון מנתיני האויב, ולכן התועלת בחוק עולה על נזקו. לעומתה סברה דעת המיעוט כי תוספת משאבים ונקיטת דרכים אחרות שהוצעו בפסק הדין יהפכו את האבחון הפרטני לאפקטיבי במידה המאפשרת לראות בהפעלתו סיכון מחושב. לכן סברה דעת המיעוט כי נזקו של התיקון עולה על התועלת שבו.

17. הצעות בית המשפט הנכבד לשיפור האבחון הפרטני ולשינוי החוק, הן בדעת הרוב והן בדעת המיעוט, נבחנו בצורה מעמיקה ויסודית הן על ידי ממשלת ישראל והן על ידי המחוקק. בעקבות פסק הדין אף תוקן החוק.

אולם, גם עתה, לאחר שנבחנו ההצעות שנועדו לשפר את האבחון הפרטני, עמדתו המקצועית של שירות הביטחון הכללי היא כי אבחון פרטני אינו ישים ואינו אפקטיבי, ולא יביא להפחתה משמעותית בסיכון הוודאי לחיי אדם.

לטעמנו, בנסיבות אלה, **בהיעדר אפקטיביות לאבחון הפרטני, החוק הוא מידתי הן בהתאם לדעת הרוב והן בהתאם לדעת המיעוט**. זאת כיוון שאין אמצעי אחר שיגשים את התכלית הראויה של החוק - להגן על חיי תושבי ישראל, והן כיוון שהתועלת בחוק, מניעת הרג ודאי עולה על הנזק שלו, פגיעה זמנית בחיי המשפחה של חלק מאזרחי ותושבי ישראל שנישאו לנתין אויב בתקופת המלחמה.

יתר על כן, מידתיות החוק מתגברת לאור שילוב חריג חדש לחוק, במסגרת התיקון, המאפשר להתגבר על הוראות החוק מטעמים הומניטאריים מיוחדים.

18. על מנת להסביר עמדתנו, נסקור תחילה את ההיסטוריה החקיקתית ואת התהליכים שהביאו לחקיקת החוק.

במסגרת זו ננתח את פסק הדין בעניין **עדאלה**, ונראה כיצד השפיע פסק הדין על התיקון לחוק. פסק הדין בעניין **עדאלה** אף ישמש אותנו בהמשך לצורך הנחת התשתית המשפטית לניתוח חוקתיות החוק.

לאחר מכן נדון באירועים שאירעו לאחר פסק הדין ובעיקר בהליכים שהביאו לחקיקת התיקון.

19. על בסיס ניתוח זה נבקש לדון בהשלכות המשפטיות של פסק הדין בעניין **עדאלה**. נדחה את הטענה של העותרים כאילו נקבעה הלכה בפסק הדין ולפיה החוק העומד עתה לבחינה אינו חוקתי. עמדתנו היא כי ההלכה בפסק הדין שונה. ההלכה היא כי החוק נחקק לתכלית בטחונית ראויה וחשובה וכי הפגיעה שפגע החוק בזכות החוקתית, ככל שקיימת, אינה עולה על הנדרש.

הטיעון של המשיבים יתמקד בעמדה המקצועית של שירות הביטחון הכללי לגבי המגבלות האינהרנטיות של האבחון הפרטני, הנובעות הן מחוסר היכולת לנבא את הסיכון והן ממגבלות האיסוף. מגבלות אינהרנטיות אלה אינן ניתנות לגישור, לא באמצעות תוספת משאבים ולא באמצעות קביעת "חזקת מסוכנות".

המסקנה אותה ניתן לבסס היא שבהינתן מגבלות אלה, הן על פי דעת הרוב והן על פי חלק משופטי המיעוט אין לבטל את החוק.

גלגוליו של החוק – הרחבה הדרגתית של מרחב הסיכון שלקחה על עצמה החברה הישראלית

החלטת הממשלה

20. העימות המזוין עם הפלסטינים פרץ בשנת 2000. עד קרוב לשנתיים לאחר פרוץ העימות, לא הוטלו מגבלות על השתקעות בישראל של נתיני אויב. השתקעות נתיני האויב בישראל באותה תקופה נעשתה כאילו לא פרץ עימות.

רק בחודש מאי 2002, החליטה ממשלת ישראל להגביל את הטיפול בבקשות לקבלת מעמד בישראל לצורך השתקעות בישראל של תושבי הרשות הפלסטינית.

בהחלטת הממשלה נקבע כי לא תתקבלנה בקשות חדשות של תושבי הרשות הפלסטינית לקבלת מעמד בישראל מכח נישואין לישראלים. עוד הוחלט כי לא ישודרג המעמד של מי שבקשתו אושרה והוא נמצא בהליך מדורג לקבלת מעמד של אזרח או תושב קבע.

החלטת הממשלה מצורפת לתגובה ומסומנת מש/1.

החוק במתכונתו המקורית

21. ביום 6.8.03 פורסם ברשומות החוק במתכונתו הראשונית. החוק, בעיקרו, עיגן את מדיניות הממשלה, אך כבר בנוסחו הראשוני יצר שורה של חריגים בעלי היבט הומניטארי וכן הוראות מעבר מיטיבות.

כך, נקבע כי ניתן להעניק היתר כניסה לישראל לילד עד גיל 12 על מנת למנוע את הפרדתו מהורו השוהה בישראל כדין (סעיף 3(א)).

החוק אף איפשר להאריך את תוקפם של היתר שהייה בישראל ושל רשיון ישיבה בישראל, למי שהחזיק במעמד זה ערב תחילתו של החוק. כמו כן הוענקה למפקד האזור סמכות להעניק היתר שהיה זמני בישראל למי שהגיש בקשה לקבלת מעמד בישראל לפני ה-12.5.02 וביום תחילתו של החוק טרם ניתנה החלטה בעניינו (סעיף 4).

22. החוק אף העניק לשר הפנים את הסמכות להעניק מעמד בישראל לתושב האזור אם הדבר משרת אינטרס חשוב של המדינה (סעיף 3(ב)).

23. החוק נחקק כהוראת שעה לתקופה של שנה, אולם לממשלה באישור הכנסת ניתנה סמכות להאריך בצו את תוקפו של החוק, מעת לעת, לתקופה שלא תעלה על שנה אחת (סעיף 5).

הצעת החוק ונוסח החוק מצורפים לתגובה ומסומנים מש/2 א' ו- ב'.

24. הממשלה והכנסת עשו שימוש בסמכותם זו, והאריכו את תוקפו של החוק שלוש פעמים עד ליום 31.8.05.

התיקון הראשון

25. ביום 1.8.05 תוקן החוק בפעם הראשונה (להלן - **התיקון הראשון**). מדובר בתיקון שתכליתו יצירת איזון מידתי יותר בין צורכי הביטחון לשיקולים ההומניטאריים, וזאת לאור הצורך בהמשך הארכת תוקפו של החוק. עיקרו של התיקון בצמצום המגבלות על השתקעות בישראל של תושבי האזור.

סעיף 3 לחוק תוקן במטרה להעניק לשר הפנים ולמפקד האזור סמכות להעניק היתר שהיה בישראל לתושב האזור שגילו מעל 35 שנה ולתושבת האזור שגילה מעל 25 שנה לשם מניעת הפרדתם מבני זוגם השוהים כדין בישראל.

לחוק הוסף סעיף נוסף, סעיף 3א', העוסק כולו במעמדם של קטינים. בסעיף זה העניק המחוקק שיקול דעת לשר הפנים להעניק מעמד בישראל לקטינים מתחת לגיל 18 על מנת למנוע הפרדתם מהוריהם החיים כדין בישראל. החוק הבחין בין קטינים מתחת לגיל 14, שלגביהם ניתנה לשר הפנים הסמכות להעניק רישיון ישיבה בישראל, לבין קטינים מעל גיל 14 שלגביהם הוענקה הסמכות למפקד הצבאי באזור להעניק לקטין כאמור היתר שהייה בישראל.

על פי סעיף 3ד' לחוק, הענקת המעמד בישראל לחריגים אלה כפופה להיעדר מניעה בטחונית, על פי אבחון פרטני.

26. ההקלות שנקבעו בתיקון נקבעו בהתחשב בחוות דעת של גורמי הבטחון בנוגע לפרופיל הסיכון של המחבל הפוטנציאלי.

אי לכך החוק נתחם והוצאו ממנו מי שנכנס לישראל לצרכים זמניים, שהוא אינו נושא עימו תעודת זהות ישראלית, ואין לו כוונה להשתקע בישראל. כמו כן הוצאו מגדרו גברים מעל גיל 35 ונשים מעל גיל 25, לאחר שהתברר כי הסיכון הנשקף מקבוצת גילאים זו נמוך יחסית. הדבר נכון אף לגבי ילדים מתחת לגיל 14. לפירוט העובדתי בעניין זה נחזור בהמשך התגובה.

התיקון הראשון והצעת החוק שלו מצורפים לתגובה ומסומנים **מש/3 א ו-ב'**.

נוסח החוק כולל הוראות התיקון הראשון מצורף לתגובה ומסומן **מש/4**.

27. גם לאחר התיקון הראשון נותר החוק כהוראת שעה, שתוקפה עד ליום 31.3.06. מכח הוראת סעיף 38 לחוק יסוד: הכנסת, החוק נותר בתוקפו שלושה חדשים נוספים.
28. גרסה זו של החוק, לאחר התיקון הראשון, היא שעמדה להכרעתו של בית המשפט הנכבד בעניין **עדאלה**.
- החוק שעמד להכרעתו של בית המשפט הנכבד מצוטט במלואו בפסקה 6 לפסק דינו של כבוד הנשיא א' ברק.
29. פסק הדין ניתן בהרכב של 11 שופטים, שכל אחד מהם כתב חוות דעת משלו. ברוב של ששה נגד חמישה הוחלט לדחות את העתירות.
- בשלב זה לא נאריך בתיאור פסק הדין. נחזור לפסק הדין בהמשך התגובה.

האירועים לאחר פסק הדין וחקיקת התיקון השני

30. בעקבות דחיית העתירות נגד חוקתיות החוק, נדחו עשרות עתירות פרטניות שהמתינו להכרעה העקרונית. העתירות נדחו על בסיס ההלכה שנפסקה בפסק הדין ולפיה החוק חוקתי.
31. במקביל החלה המדינה בעבודת מטה בין משרדית לבחינת פסק הדין לשם ניסוח תיקון נוסף לחוק, לאור הערות שונות שנכללו בפסק הדין.
- במסגרת עבודה זו, נתבקשה אף מערכת הביטחון לגבש עמדתה המקצועית פעם נוספת לגבי הצורך בחוק. מסקנת גורמי הביטחון היתה שלא חל כל שינוי במצב הביטחוני ובכוונות של ארגוני הטרור לפגוע באזרחי ישראל ותושביה. כמו כן, התברר כי אף לאחר בחינת פסק הדין וההצעות שעלו בו, האבחון הפרטני אינו מסוגל לנבא סיכון עתידי, ולכן ביטול ההסדר שבחוק יביא לפגיעה ודאית בחיי אדם. אף לנושא זה נשוב בהרחבה בהמשך.
32. לצד עבודת המטה הפנימית, ביום 7.2.06, הוגש לשר הפנים דו"ח ביניים של הוועדה המייעצת לבחינת מדיניות הגירה למדינת ישראל.
- מדובר בוועדה מייעצת שהקים שר הפנים בעקבות החלטה של ממשלת ישראל שחפצה בגיבוש מדיניות הגירה כוללת למדינת ישראל.
- יושב ראש הוועדה היה פרופ' אמנון רובינשטיין. חברי הוועדה היו פרופ' שלמה אבינרי, פרופ' אריאל בנדור, פרופ' יפה זילברשץ ופרופ' רות לפידות.

33. דו"ח הביניים עוסק במספר נושאים. נבקש להתמקד בסוגיה של השתקעות נתיני אויב בישראל בעקבות נישואין לישראלים.

לעניין זה אמרה הועדה:

"א. המודל של יחסי מלחמה וסכסוך מזוין: איסור כניסה מוחלט של נתיני מדינות אויב

מדינה ריבונית אינה חייבת להכניס לשטחה מהגרים אשר אינם נאמנים לה, לא כל שכן כאלה המבקשים להגר ממדינות עוינות. אחד האמצעים הננקטים כדי למנוע כניסת מהגרים לא נאמנים הינו הטלת איסור על כניסת נתיני שטח אויב או עוין. אחד מכללי המשפט הבינלאומי מאפשר למדינה לאסור כניסה לשטחה של אזרחי מדינות אויבות או עוינות בעת מלחמה או בעת עימות מזוין בין המדינות. זאת כל עוד שתי המדינות נמצאות בעימות מזוין, ולעתים אף בהיעדר מלחמה. ברור שבפועל לא כל אזרח של מדינת אויב מבקש לפגוע במדינה שאליה הוא מבקש להיכנס. ואולם, מקובל כי אזרחי מדינת אויב, בשל זיקותיהם למדינתם, חובת הנאמנות שלהם אליה ותלות בני משפחותיהם בשלטונה, מהווים קבוצת סיכון (לפחות בעתות של עימות מזוין פעיל) שמדינה אינה מחויבת להכניס לתחומה...

מודל זה הוא קטגורי, ואינו מותנה במספרם של נתיני האויב המהגרים למדינה הנלחמת במדינתם או המעורבים בפועל בפעילות עוינת. אלא שבשל השתתפות פלסטינים רבים בטרור נגד ישראל (ובתוכם מהגרי נישואין) – הן השתתפות אקטיבית והן תמיכה ציבורית בטרור – החזקה שעליה מודל זה מבוסס, כי נתיני משטר אויב או עוין עלולים לפגוע במדינה שאליה הם מבקשים להיכנס, מקבלת חיזוק משמעותי.

המשפט הבינלאומי מטיל חובות שונות על המדינה בהקשר לאיחודי משפחות. כך, למשל, מדינה שהיא צד לעימות מזוין נדרשת להקל על מפגשי משפחות שנאלצו להיפרד בעת הקרבות (החובה היא לסייע לחידוש הקשר, ובמידת האפשר – למפגש המשפחות, אך אין חובה לאפשר איחוד משפחות או לאפשר הגירה לצורכי נישואין). מדינה שהיא צד לעימות מזוין נדרשת גם לעשות מאמץ על מנת שלא להפריד מלכתחילה בין משפחות קיימות בעת העימות המזוין. עם זאת, המשפט הבינלאומי אינו מחייב מדינה לאפשר הגירה לצורכי נישואין או איחוד משפחות בעתות של עימות מזוין. למדינות ניתן שיקול-דעת בעניין זה במסגרת ריבונית. (הדגשות הוספו).

עמדת חברי הועדה היתה כי אין חובה על ישראל מכת המשפט הבין לאומי להכניס לשטחה נתיני אויב בעת עימות מזוין.

בפרק ההמלצות, קיימת התייחסות נוספת לסוגיית נתיני האויב. בעניין זה נאמר כי:

2. מגבלות על הגירת נישואין בעתות חרום

חובת הנאמנות – שהיא חלק מחובות האזרחים והתושבים למדינתם – היא בעייתית יותר כאשר מדובר במהגרים ממדינות או אזורי סיכון, אויב ולחימה. זיקות הנאמנות של מהגרים אלו למדינתם יוצרות חזקת מסוכנות. שהרי, לא הרי הגירה בעתות חרום כהרי הגירה בעתות שלום. לכן, וכדי לקבוע הסדר מאוזן שייתן משקל הולם ומידתי למכלול האינטרסים והשיקולים הרלוואנטיים – לרבות הזיקות המיוחדות שבין האוכלוסייה הערבית בישראל לבין האוכלוסייה הפלסטינית בשטחי הרשות הפלסטינית ובמדינות ערב – מוצע לחלק מהגרים אלה לשלוש קטגוריות לפי השטח שממנו ההגירה מתבקשת:

מדינות ואזורי סיכון – מדינות או אזורים שבהם קיימת הסתה שיטתית וממסדית במערכות החינוך ואמצעי התקשורת כנגד ישראל. במקרים אלה מוצע שלא להסתפק בהצהרה, שחלה על כל מהגר, אלא להטיל על המהגרים חובות נוספות: לשם הגירתם יוטל עליהם להוכיח שאין יסוד של ממש לפקפק בנאמנותם. הוכחה זו תיעשה לפי קריטריונים שייקבעו על-ידי הממשלה בתקנות. ספק ממשי לגבי נאמנות המהגר, או לגבי הסיכון הביטחוני שבהגירתו, יתפרש לרעת המהגר. ניתן יהיה לבטל את האישור אם במהלך ארבע וחצי שנים לאחר כניסתו לישראל יוכח שהמהגר הפר את הצהרותיו.

מדינות אויב ואזורי עימות: דוגמת המצב הנוכחי שבין ישראל לסוריה או איראן. מוצע כי בנוסף לאמור לעיל בסעיף 1 – חזקת מסוכנות הניתנת לסתירה על-ידי המבקש להגר, הממשלה תהיה רשאית לקבוע מכסת הגירה שנתית סבירה ואמות-מידה לסדרי העדיפות במסגרת המכסה. המכסה תאפשר הגירה לצורכי נישואין ואיחוד משפחות גם ממדינות אויב ואזורי סיכון, אך תגביל את כמות המהגרים לפי שיקולי מדיניות.

אזור לחימה: מוצע שבמצב זה לממשלה תהיה סמכות להטיל איסור מוחלט על כניסה לישראל מהשטח שבו וממנו מתנהלת לחימה נגד ישראל. (ההדגשות הוספו)

דו"ח הביניים, כפי שהוא מופיע באתר האינטרנט של הכנסת וכפי שהוא מצוי בידי המשיבים מצורף לתגובה ומסומן מש/5.

34. תחולתו של החוק הוארכה פעמיים. תחילה עד יום 16.1.07 ולאחר מכן עד ליום 15.4.07.

מטרתן של הארכות אלה היתה לאפשר לקדם הצעת חוק ממשלתית שהוכנה בעקבות פסיקת בית המשפט הנכבד.

מדובר היה בהצעת חוק האזרחות והכניסה לישראל (הוראת שעה) (תיקון מס' 2) התשס"ז – 2006 (להלן - הצעת החוק).

הצעת החוק מיום 18.12.06 פורסמה בה"ח הממשלה התשס"ז 273, עמ' 181.

תכליתה של הצעת החוק ועיקריה הובאו בדברי ההסבר להצעה:

"נוכח הימשכות המצב הבטחוני שעמד בבסיס חקיקת הוראת השעה מוצע להאריך את הוראת השעה בשנתיים נוספות. במקביל מוצע לערוך כמה תיקונים בהוראת השעה וביניהם- הכללת חריג של טעמים הומניטריים, לתחולת ההגבלה שבסעיף 2 להוראת השעה, הרחבת תחולת ההגבלה האמורה על תושבים ואזרחים של מדינות סיכון המנויות בתוספת להוראת השעה (איראן, לבנון, סוריה ועיראק) (להלן- מדינות סיכון), ומתן אפשרות לשר הפנים לקבוע, במסגרת סעיף 3ד להוראת השעה, שענינו כאמור מניעה ביטחונית, כי מבקש היתר שהייה או רישיון לישיבה בישראל עלול להוות סיכון ביטחוני למדינת ישראל על יסוד חוות דעת של גורמי הביטחון המוסמכים ולפיה במדינת מושבו או באזור מגוריו מתבצעת פעילות העלולה לסכן את ביטחון מדינת ישראל או אזרחיה".

הצעת החוק כללה הצעה להוספת חריג הומניטארי מיוחד למגבלות הקבועות בחוק. כמו כן הוצע להטיל את מגבלות החוק גם על תושבים ממדינות סיכון כמו איראן, לבנון, סוריה ועיראק. עוד הוצע להטיל מגבלות על המבקש היתר כניסה או רישיון ישיבה לישראל אם לדעת גורמי הביטחון במדינת מושבו או באזור מגוריו מתבצעת פעילות העלולה לסכן את בטחון מדינת ישראל ואזרחיה.

הצעת החוק מצורפת לתגובה ומסומנת **מש/6**.

35. הצעת החוק עברה קריאה ראשונה ביום 19.12.06 ועברה לוועדת הפנים והגנת הסביבה לצורך הכנה לקריאה שניה ושלישית.

36. הועדה קיימה שלושה דיונים ממושכים בהצעת החוק, בתאריכים 8.1.07, 16.1.07 ו- 20.3.07.

בדיונים השתתפו גם נציגי העותרים שהעלו טענות דומות מאוד לאלה העולות בעתירה. כן נשמעו נציגי המדינה ובכלל זה נציגי משרד הפנים, שירות הביטחון הכללי ומשרד המשפטים. לדיון שהתקיים ביום 16.1.07 זומנו אף פרופסור אמנון רובינשטיין ופרופסור שלמה אבינרי וזאת לבקשת יושב ראש הוועדה וחברי וועדה נוספים.

הפרוטוקולים של הדיונים מצויים באתר האינטרנט של הכנסת ומצורפים אף לעתירה בבג"צ 830/07.

37. בעקבות הדיונים בוועדה הוכנסו בהצעת החוק מספר שינויים. ביום 21.3.07 עברה ההצעה בקריאה שניה ושלישית ברוב של 34 חברי כנסת תומכים מול 11 מתנגדים.

פרוטוקול הדיון מצוי באתר האינטרנט של הכנסת.

החוק העומד כיום לבחינה חוקתית

38. להלן נוסח החוק העומד היום לביקורת שיפוטית לאחר התיקון.

"הגדרות"

1. בחוק זה –

"אזור" – כל אחד מאלה: יהודה והשומרון וחבל עזה;
 "חוק האזרחות" – חוק האזרחות, התשי"ב-1952;
 "חוק הכניסה לישראל" – חוק הכניסה לישראל, התשי"ב-1952;
 "מפקד האזור" – לענין יהודה והשומרון – מפקד כוחות צבא הגנה לישראל ביהודה והשומרון, ולענין חבל עזה – מי שישמך שר הפנים, בהסכמת שר הביטחון;
 "מפקד האזור" – לענין יהודה והשומרון – מפקד כוחות צבא הגנה לישראל ביהודה והשומרון, ולענין חבל עזה – מפקד כוחות צבא הגנה לישראל בחבל עזה או מי שישמך שר הפנים, בהסכמת שר הביטחון;
 "תושב אזור" – מי שרשום במרשם האוכלוסין של האזור, וכן מי שמתגורר באזור אף שאינו רשום במרשם האוכלוסין של האזור, ולמעט תושב יישוב ישראלי באזור.

הגבלת אזרחות וישיבה בישראל

2. בתקופת תוקפו של חוק זה, על אף האמור בכל דין לרבות סעיף 7 לחוק האזרחות, שר הפנים לא יעניק לתושב אזור או לאזרח או לתושב של מדינה המנויה בתוספת אזרחות לפי חוק האזרחות ולא ייתן לו רישיון לישיבה בישראל לפי חוק הכניסה לישראל, ומפקד האזור לא ייתן לתושב אזור היתר לשהייה בישראל לפי תחיקת הביטחון באזור.

היתר לגבי בני זוג

3. 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.

היתר לגבי ילדים

3א. על אף הוראות סעיף 2, רשאי שר הפנים, לפי שיקול דעתו –
 (1) לתת לקטין תושב אזור שגילו עד 14 שנים רישיון לישיבה בישראל לשם מניעת הפרדתו מהורהו המשמורן השוהה כדין בישראל;
 (2) לאשר בקשה למתן היתר לשהייה בישראל בידי מפקד האזור לקטין תושב האזור שגילו מעל 14 שנים לשם מניעת הפרדתו מהורהו המשמורן השוהה כדין בישראל, ובלבד שלא יוארך היתר כאמור אם הקטין אינו מתגורר דרך קבע בישראל.

היתר ורישיון במקרים הומניטריים מיוחדים

1א3. (א) על אף הוראות סעיף 2, רשאי שר הפנים, מטעמים הומניטריים מיוחדים, בהמלצת ועדה מקצועית שמינה לענין זה (בסעיף זה – הוועדה) –
 (1) לתת רישיון לשיבת ארעי בישראל לתושב אזור או לאזור או לתושב של מדינה המנויה בתוספת, שכן משפחתו שוהה כדין בישראל;
 (2) לאשר בקשה למתן היתר לשהייה בישראל בידי מפקד האזור, לתושב אזור שכן משפחתו שוהה כדין בישראל.

(ב) שר הפנים רשאי להחליט על הקמת כמה ועדות לענין סעיף זה, שהרכבן יהיה כאמור בסעיף קטן (ג).

(ג) הרכב הוועדה יהיה –
 (1) מי שכשיר להתמנות לשופט בית המשפט המחוזי, שימנה שר הפנים והוא יהיה היושב ראש;
 (2) נציג שימנה שר הביטחון;
 (3) נציג שימנה ראש שירות הביטחון הכללי מבין עובדי השירות;
 (4) נציג שימנה שר הפנים מבין עובדי משרדו;
 (5) נציג ציבור שימנו שר המשפטים ושר הפנים.

(ד) שר הפנים ייתן החלטה, בכתב, אם לתת רישיון או לאשר בקשה, לפי הענין, כאמור בסעיף קטן (א), בתוך שישה חודשים מיום שהומצאו לוועדה כל המסמכים הדרושים; החלטת השר תהיה מנומקת.

(ה) לענין סעיף זה –
 (1) העובדה כי בן משפחתו של מבקש ההיתר או הרישיון, השוהה כדין בישראל, הוא בן זוגו, או כי לבני הזוג ילדים משותפים, לא תהווה כשלעצמה טעם הומניטרי מיוחד;
 (2) היה מבקש הרישיון תושב סוריה, ובן זוגו הוא בן העדה הדרוזית השוהה כדין בישראל ומתגורר בשטח רמת הגולן שהוחל עליו המשפט, השיפוט והמינהל של מדינת ישראל, לפי חוק רמת הגולן, התשמ"ב-1981, רשאי שר הפנים לראות בכך טעם הומניטרי מיוחד.

(ו) שר הפנים יכול לקבוע בצו, באישור הממשלה, מכסה שנתית מרבית של רישיונות או היתרים שיינתנו או שיאושרו לפי סעיף זה.
 (ז) בסעיף זה, "בן משפחה" – בן זוג, הורה או ילד.

היתרים נוספים

3ב. על אף הוראות סעיף 2, רשאי מפקד האזור לתת היתר לשהייה בישראל למטרה כמפורט להלן:
 (1) טיפול רפואי;
 (2) עבודה בישראל;
 (3) למטרה זמנית, ובלבד שהיתר לשהייה למטרה כאמור יינתן לתקופה מצטברת שלא תעלה על שישה חודשים.

היתר מיוחד

3ג. על אף הוראות סעיף 2, רשאי שר הפנים להעניק אזרחות או לתת רישיון לישיבה בישראל, לתושב אזור או לאזרח או לתושב של מדינה המנויה בתוספת, ורשאי מפקד האזור לתת לתושב אזור היתר לשהייה בישראל, אם שוכנעו כי תושב האזור כי התושב או האזרח כאמור מזדהה עם מדינת ישראל ויעדיה וכי הוא או בן משפחתו פעלו פעולה של ממש לקידום הביטחון, הכלכלה או ענין חשוב אחר של המדינה, או שהענקת האזרחות, מתן הרישיון לישיבה בישראל או מתן ההיתר לשהייה בישראל, לפי הענין, הם מענינה המיוחד של המדינה; בפסקה זו, "בן משפחה" – בן זוג, הורה, ילד.

מניעה בטחונית

3ד. לא יינתן היתר לשהייה בישראל או רישיון לישיבה בישראל, לתושב אזור, לפי סעיפים 3, 1א3, 2א(2), 3ב(2) ו-3(3) ו-2(4), ולא יינתן רישיון לישיבה 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.

שינוי התוספת

3ה. הממשלה רשאית, בצו, לשנות את התוספת.

הוראות מעבר

4. על אף הוראות חוק זה –
 (1) רשאי שר הפנים או מפקד האזור, לפי הענין, להאריך את תוקפו של רישיון לישיבה בישראל או של היתר לשהייה בישראל, שהיו בידי תושב אזור ערב תחילתו של חוק זה, בהתחשב, בין השאר, בקיומה של מניעה ביטחונית כאמור בסעיף 3ד;
 (2) רשאי מפקד האזור לתת היתר לשהייה זמנית בישראל לתושב אזור שהגיש בקשה להתאזרחות לפי חוק האזרחות או בקשה לרישיון לישיבה בישראל לפי חוק הכניסה לישראל, לפני יום א' בסיון התשס"ב (12 במאי 2002) ואשר ביום תחילתו של חוק זה טרם ניתנה החלטה בענינו, ובלבד שלא תוענק לתושב כאמור, לפי הוראות פסקה זו, אזרחות לפי חוק האזרחות ולא יינתן לו רישיון לישיבת ארעי או לישיבת קבע, לפי חוק הכניסה לישראל.

תוקף

5. חוק זה יעמוד בתוקפו עד יום כ"ח בתמוז התשס"ח (31 ביולי 2008), ואולם רשאית הממשלה, באישור

הכנסת, להאריך בצו את תוקפו, לתקופה שלא תעלה בכל פעם על שנה אחת.

תוספת

(סעיפים 2, 1א3, ג3, ח3)

איראן, לבנון, סוריה, עיראק."

39. התכלית הביטחונית עמה ביקש המחוקק להתמודד לא השתנתה בעקבות התיקון. יחד עם זאת נמשכה המגמה של הקלות בכלל שקבע המחוקק, כפי שנסביר להלן.

הכלל הרחב, הקבוע בסעיף 2 לחוק הוא שלא יינתן רישיון ישיבה בישראל או היתר כניסה לישראל לתושב האזור או לתושב של אחת ממדינות הסיכון המנויות בתוספת לחוק. החוק אינו בוחן עוד רק את הסכסוך עם הפלסטינים אלא מתייחס לכלל נתיני מדינות האויב.

לצד הוראה זו קיימת שורה של הקלות, המבוססות על ניתוח קפדני של מאפייני הסיכון מצד אוכלוסיה זו:

ראשית, המגבלה אינה חלה על תושבי האזור שהם גברים מעל גיל 35 ונשים מעל גיל 25. שר הפנים מוסמך לאשר את בקשתם לקבל היתר כניסה ושהייה בישראל לשם מגורים עם בן זוגם השוהה כדין בישראל (סעיף 3).

שנית, המגבלה אינה חלה על קטינים תושבי האזור שאחד מהוריהם מתגורר כדין בישראל. לשר הפנים קיימת סמכות להעניק לקטין תושב האזור שגילו עד 14 שנים, רישיון ישיבה בישראל לשם מניעת הפרדתו מהורו המשמורן המתגורר כדין בישראל. אם הקטין מעל גיל 14 למפקד האזור סמכות להעניק לו היתר שהיה בישראל לשם אותה מטרה ובתנאי שהוא מתגורר דרך קבע בישראל (סעיף 3א).

ההבחנה בין קטין מעל גיל 14 לקטין מתחת לגיל 14 נובעת מניתוח המעורבות בפגועים של קטינים תושבי האזור, ולא משום סיבה אחרת, כפי שנרחיב להלן.

שלישית, שר הפנים מוסמך להעניק רישיון לישיבת ארעי לתושב האזור או לתושב מדינת סיכון, או לאשר בקשה להיתר שהיה לתושב האזור שבני משפחתם שוהים כדין בישראל, מטעמים הומניטאריים מיוחדים. שר הפנים ייעזר בהמלצת ועדת מקצועית שהרכבה קבוע בחוק. לעניין זה קובע החוק כי עצם קיומם של בני משפחה בישראל כשלעצמו לא יהווה טעם הומניטרי מיוחד, וזאת במטרה למנוע את ריקון החוק מכל תוכן. כמו כן נקבע הסדר הומניטארי לגבי בני זוג סוריים של דרוזים המתגוררים ברמת הגולן (סעיף 1א3).

רביעית, מפקד האזור רשאי לתת לשהייה בישראל למטרות רפואיות, למטרת עבודה בישראל, או למטרה זמנית אחרת שלא תעלה על ששה חודשים (סעיף 3ב).

חמישית, שר הפנים מוסמך להעניק אזרחות, רשיון ישיבה או לאשר היתר שהייה למי שתרים תרומה משמעותית לישראל ולכן משפחתו או במקרה שבו הענקת המעמד היא מעניינה המיוחד של המדינה (ג3).

שישית, שר הפנים מוסמך להאריך רישיון ישיבה ומפקד האזור רשאי להאריך היתר שהייה בישראל למי שהחזיק ברשיון או בהיתר כאמור ערב כניסתו לתוקף של החוק. כמו כן ניתן להאריך רשיון ישיבה או היתר שהייה לגבי מי שהגיש בקשה למעמד בישראל לפני 12.5.02 ובמועד תחילתו של החוק לא ניתנה החלטה בעניינו (סעיף 4 לחוק).

שביעית, החוק, אף לאחר התיקון, נחקק כהוראת שעה שתוקפה עד ליום 31.7.08. אולם רשאית הממשלה, באישור הכנסת, להאריך בצו את תוקפו, לתקופה שלא תעלה בכל פעם על שנה אחת.

40. נבקש לציין כי כל ההקלות המנויות בחוק כפופות למבחנים נוספים. על פי סעיף 3ד' לחוק הקלות אלה לא יחולו אם נקבע כי המבקש או בן משפחתו הקרוב עלולים להוות סיכון בטחוני למדינת ישראל. על פי הוראה זו הסיכון מהתושב הזר יכול להיקבע, 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.

41. חשוב לציין כי אין מדובר בהקלות של מה בכך. הערכת משרד הפנים היתה כי הקלות לאחר התיקון הראשון יביאו לטיפול מחודש ב- 30% מהבקשות. בפועל, הנתונים מראים כי שיעור הבקשות המטופלות עולה על ההערכות המוקדמות. לכך יש לצרף את הבקשות על בסיס טעמים הומניטאריים מיוחדים שגם הן יגדילו את שיעור הבקשות המטופלות.

עמדת המשיבים

מבוא

42. הדיון בעתירות שלפנינו משול לחריש נוסף בשדה שנחרש אך לאחרונה. הרי רק לפני מספר חדשים דחה בית המשפט הנכבד עתירות שכוונו נגד חוקתיות החוק בגרסתו קודם לתיקון השני.

עיקר הסוגיות העובדתיות והמשפטיות נדונו בהרחבה בפסק הדין. לכן, אין בידינו לחדש חידוש מהותי מעבר לאמור בפסק הדין בכל האמור לשאלות העובדתיות והמשפטיות העומדות להכרעה.

43. לכאורה, לאור פסק הדין שדחה עתירות קודמות נגד חוקתיות החוק, מתייטר הצורך בדיון מחודש בעתירות שלפנינו. עם זאת, המשיבים מודעים לכך שמדובר בפסק דין חריג בנוף פסקי הדין של בית המשפט העליון. פסק הדין ניתן בהרכב מורחב של 11 שופטים. כל אחד מהשופטים כתב פסק דין משלו. כמעט ואין פסק דין הדומה לחברו, הן בדעת הרוב והן בדעת המיעוט.

44. העותרים מסתמכים רבות על פסק הדין. ניתן להבין מהעתירות כאילו בפועל בית המשפט קבע כי החוק אינו חוקתי. נדמה כי העותרים לא מייחסים כל משמעות משפטית לדחיית העתירות. העותרים אף מבקשים לגזור מפסק הדין הלכות שונות, המשליכות לטעמם על העתירות שלפנינו.

לשם כך, העותרים בחרו לפרק את פסקי דין של כל שופט למרכיבים קטנים, וניסו לבנות הלכה מפסקי הדין ה"מפורקים" ללא קשר לתוצאה הסופית אליה הגיע כל שופט. מדובר במהלך בעייתי ביותר מבחינה משפטית, אשר בנוסף מבוסס, לטעמנו, על קריאה לא נכונה של פסק הדין. לטעמנו ההלכה שנפסקה בפסק הדין שונה לחלוטין מזו אליה מכוונים העותרים.

לכן, שלב ראשון בהצגת העמדה המשפטית של המשיבים מחייב סקירה מפורטת של פסק הדין, והבנת משמעותו, ולכך נפנה עתה.

ניתוח פסק הדין

דעת הרוב

45. בפתח הדברים נבקש לציין כי חלק מחברי ההרכב פרשו מאז ניתן פסק הדין, ובמקומם מונו שופטים אחרים. לשם הנוחות, התארים המופיעים בתיאור פסק הדין נכונים ליום בו ניתן פסק הדין.

הדעה המרכזית בדעת הרוב נכתבה על ידי כבוד המשנה לנשיא (בדימוס) מ' חשין.

כבוד המשנה לנשיא (בדימוס) מ' חשין קבע כי לתושבים זרים, קל וחומר נתיני אויב כמו תושבי הרשות הפלסטינית, אין כל זכות חוקתית להיכנס לישראל ולהשתקע בה. זכותה של המדינה לקבוע כי נתיני אויב אלה, המהווים קבוצת סיכון, לא ייכנסו לתחומה.

עוד קבע כבוד המשנה לנשיא (בדימוס) מ' חשין כי לתושב ישראל ולאזרחי ישראל אין זכות יסוד חוקתית המקימה חובה חוקתית על המדינה להתיר כניסה לישראל של אזרחים זרים.

לחלופין, גם אם נפגעה זכות יסוד, סבר כבוד המשנה לנשיא (בדימוס) מ' חשין, כי זכותם לחיים של תושבי ישראל לחיים ובטחון גוברת על זכותם של חלק מאזרחי ישראל לחיות עם בן זוגם תושב האזור בישראל.

לדעת כבוד המשנה לנשיא (בדימוס) מ' חשין, החוק אינו פוגע בזכותם החוקתית של ערביי ישראל לשוויון, גם אם תוצאת החוק פוגעת בהם. זאת בשל העובדה שהחוק אינו מפלה, כיוון שהוא מבוסס על הבחנה עניינית. ראו סיכום עמדתו של כבוד המשנה לנשיא (בדימוס) מ' חשין לגבי הפגיעה בזכות החוקתית בפסקה 97 לפסק דינו.

46. לחלופין, כבוד המשנה לנשיא (בדימוס) מ' חשין סבר כי החוק עומד בכל תנאי פסקת ההגבלה. נפסק כי תכליתו של החוק, הגנה על חיי הישראלים, היא תכלית ראויה (פסקה 99 לפסק הדין). לדעת כבוד המשנה לנשיא (בדימוס) מ' חשין החוק מידתי בהתאם לשלושת מבחני המשנה של המידתיות.

כבוד המשנה לנשיא (בדימוס) מ' חשין קבע כי החוק מקיים קשר רציונאלי בין תכליתו לבין האמצעים שהוא נוקט במטרה להגשים את תכליתו הראויה, וזאת לאור העובדה שהמגבלות שקבע החוק מגשימות את תכליתו הביטחונית ומצמצמות את הסיכון מתושבי האזור (פסקה 103). עוד נקבע כי אין דרך אחרת שפגיעתה פחותה, המגשימה את התכלית הראויה (פסקה 106).

47. עיקר הדיון החוקתי ועיקר המחלוקת בין דעת הרוב לדעת המיעוט מצויים בניתוח המבחן השלישי של דרישת המידתיות. זהו מבחן המשנה המתייחס למידתיות במובנה הצר, דהיינו האם התועלת בתיקון עולה על נזקו.

כבוד המשנה לנשיא (בדימוס) מ' חשין סבר כי לאור העובדה שאין כל דרך אחרת להקטין את הסיכון מנתיני האויב, וכיוון שאבחון פרטני בלתי אפשרי ואינו אפקטיבי, התועלת בתיקון עולה על נזקו. לעניין זה נפסק כי:

109. במקום זה אפרד מעל חברי ואפנה לדרכי-שלי. לדעתי, בדיקה פרטנית של הנמנים עם אותן קבוצות אוכלוסיה שיש בהן פוטנציאל מוכח לסיכוני ביטחון וחיים, אפשר תמעט את הפגיעה ביכולת לקיים חיי-משפחה בישראל, אך מנגד לא תבטיח באורח ראוי את ביטחון הציבור, ויהיה בה כדי לפגוע באורח בלתי מידתי בביטחון היחיד והכלל. לא-זו-בלבד שקיים קושי מובנה לבחון מראש את עמדותיו והשקפתו של תושב האזור - אם לצרינו הוא, אם לאו - אלא שלא נוכל להתעלם מחשש ממשי - כפי שהוכח בעבר - כי אירגוני הטרור יגייסו את בן-הזוג תושב האזור לשורותיהם רק לאורך שזכה להיתר המאפשר לו להיכנס לישראל ולנוע בה בחופשיות. השקעת אמצעים רבים יותר או מאמצים ממוקדים יותר, גם היא לא תבטיח את ביטחונם של תושבי ישראל, ופירוש הדברים הוא, כי ביטול האיסור הכלול שבחוק והחלפתו בהסדר של בדיקה פרטנית, עלול להביא, ברמת הסתברות לא נמוכה, לריבוי פעולות טרור

בישראל: להרג ולפגיעה בתושבי המדינה; לערעור ממשל ומוחשי של תחושת היציבות; ועקב כל אלה לערעורה של הדמוקרטיה עצמה. במלאכת האיזון שבין צימצום ההרג, הבטחת החיים והבטחת יציבותו של המישטר, לבין הנזק שנגרם למיקצת אזרחי ישראל המבקשים להתגורר עם בני-משפחתם הזרים בישראל - ונזכיר כי התיקון לחוק צימצם את היקף הפגיעה לא במעט - גוברת, לדעת, התועלת על הנזק. (הדגשה הוספה)

על כן, אבחון פרטני אינו אפשרי ואינו אפקטיבי. בנסיבות הזמן והמקום אין הוא יכול לנבא סיכון, ואין הוא יכול למנוע גיוס לפעולות טרור לאחר קבלת המעמד בישראל.

כבוד המשנה לנשיא (בדימוס) מ' חשין הוסיף למערך האיזונים את ההקלות שיצר התיקון הראשון לחוק, ואת העובדה שמדובר בהוראת שעה בלבד (פסקה 116 לפסק הדין).

בעניין זה כבוד המשנה לנשיא (בדימוס) מ' חשין העמיד את האיזון בין התועלת בחוק לנזקו של החוק על האיזון בין הזכות לחיים במובנה הגרעיני לבין הזכות לחיי משפחה בישראל (פסקה 122).

48. מסקנתו של כבוד המשנה לנשיא (בדימוס) מ' חשין היא כי החוק מידתי. למרות האמור, סבר כבוד המשנה לנשיא (בדימוס) מ' חשין כי יש להוסיף לחוק סעיף שתפקידו לטפל בסוגיות הומניטאריות (פסקה 126 לפסק הדין).

49. כבוד השופט א' גרוניס הסכים לעיקרי חוות דעתו של כבוד המשנה לנשיא (בדימוס) מ' חשין. כבוד השופט א' גרוניס מוכן היה להניח כי החוק פוגע בזכות החוקתית לחיי משפחה, מבלי לקיים בכך דיון. בעקבות הנחה זו מיקד כבוד השופט א' גרוניס את ניתוחו החוקתי במבחני פסקת ההגבלה ובעיקר במבחן המשנה השלישי של עקרון המידתיות, העוסק בתועלת של החוק מול נזקו.

בעניין זה קובע כבוד השופט א' גרוניס כי במקרה דנן אין מדובר בשאלה של הסתברות וסיכונים אלא בפגיעה ודאית בחיי אדם מול פגיעה ודאית בחיי המשפחה:

"...יש בפנינו הוכחה, כי הבדיקה הביטחונית האינדיווידואלית אינה מבטיחה שניתן יהיה להפריד באופן מלא בין אלה המהווים סיכון ביטחוני לאחרים שכניסתם ארצה לא תהווה סיכון. על יסוד נתונים אלה יש לדעתי לומר, כי קיימת ודאות שכניסה של אלפי בני זוג נוספים תביא בעקבותיה פגיעות בחיי אדם, וזאת אף אם תיערך בדיקה ביטחונית ביחס לכל אחד ואחד. כמובן, שאין שום דרך לומר מה יהא היקף הפגיעות ולעניין זה של היקף אין עסקינן בהסתברות אלא בניחוש גרידא. המשוואה אינה מורכבת, איפוא, מיסוד הסתברותי בצידה האחד ומיסוד של ודאות בצידה האחר, אלא משני מרכיבים ודאיים: פגיעה בחיי אדם לעומת פגיעה בחיי משפחה. ניתן לתמצת את גישתו של חברי הנשיא א' כבוד הנשיא א' ברק בביטוי "ברי ושמא - ברי עדיף". לעומת זאת, על פי גישתי שלי המצב הוא של

"ברי וברי", ולכן מתחייבת תשובה שונה." (פסקה 5)
(ההדגשות הוספו).

כבוד השופט א' גרוניס ייחס משקל אף לחשש כי פסק הדין של בית המשפט יהיה מבוסס על הנחות מוטעות. לטעמו, החשש מטעות בלתי הפיכה שתוביל לפגיעה בחיי אדם כתוצאה מהשתקעות של אלפי פלסטינים בישראל בעת עימות מזוין מחייבת להותיר את החוק על כנו.

50. כבוד השופטת מ' נאור הצטרפה לפסק דינו של כבוד המשנה לנשיא (בדימוס) מ' חשין. אף לטעמה הזכות החוקתית לחיי משפחה אינה כוללת את הזכות לממש את חיי המשפחה דווקא בישראל, ולכן לשיטתה לא נפגעה כל זכות חוקתית של העותרים (פסקאות 6,7 לפסק הדין). כמו כן, לדעתה של כבוד השופטת מ' נאור לא נפגעה הזכות החוקתית לשוויון של ערביי ישראל, כיוון שהמגבלות בחוק מבוססות על הבחנה רלוונטית - היות התושב הזר נתין אויב (פסקה 11 לפסק הדין).

כבוד השופטת מ' נאור, כמו כבוד המשנה לנשיא (בדימוס) מ' חשין וכבוד השופט א' גרוניס, התמקדה במבחן המשנה השלישי של עקרון המידתיות, והעמידה אף היא את הפגיעה בחיי האדם מול הפגיעה בחיי המשפחה. לעניין המחלוקת בין דעת הרוב לדעת המיעוט ציינה כבוד השופטת מ' נאור כי:

18. אני סבורה כי חילוקי הדעות בינינו בשאלה אם התקיימו או לא התקיימו תנאי פסקת ההגבלה נעוצים, במידה רבה, בהתייחסות שונה לדרישה לבדיקה אינדיבידואלית של תושבי האזור עמם מבקשים אזרחי ישראל או תושביה להתאחד. יש בינינו הסבורים כי בדיקה כזו תתאפשר אם רק יוקצו המשאבים הכספיים לכך; **אחרים (ואני בתוכם) השתכנעו כי בדיקה אינדיבידואלית של ממש אינה אפשרית לעת הזו.**

19. לא אכתד: הקושי שמעוררות עתירות אלה גם בעיני, הוא החשדתם של הרבים (תושבי האזור בגילאים מסוימים) בתמיכה (בפועל או למצער בכוח) בפעולות טרור נגד ישראל. הרי ברור לכל שלחשד זה אין בסיס לגבי מרביתם המכרעת של תושבי האזור. גישת החוק איננה אינדיבידואלית (פלוגי חשוד כטרוריסט) אלא קולקטיבית (פלוגי נמנה עם ציבור שממנו באים טרוריסטים או למצער טרוריסטים בכח). גישה זו, אף שחיצה מופנים אל הזרים ורק בעקיפין אל תושבי ישראל ואזרחיה, אכן מעוררת קושי. וודאי שהיה עדיף, לו אך ניתן היה הדבר, לערוך בדיקה אינדיבידואלית, למיין בין זרים שאכן יוצרים סיכון ביטחוני לבין זרים שאינם יוצרים סיכון כזה, ולהתיר את כניסתם של האחרונים.

ואולם, המשיבים מסבירים לנו כי אין אפשרות לברר, לעת הזו, פרטים על אודות תושבי האזור עמם מבקשים הישראלים להתאחד. זאת, בשל קשיים ביטחוניים, היעדר שיתוף פעולה של הרשות הפלסטינית במניעת סכנות ביטחוניות, תלותה של האוכלוסייה הפלסטינית במנגנוני הרשות הפלסטינית ומגבלות במידע הדרוש

לגורמי הביטחון על מנת לקבוע פרטנית את דרגת המסוכנות הנשקפת מכל תושב האזור המבקש להיכנס לישראל. אין המדובר כאן בבעיה של עלות כספית. המדובר הוא בחוסר יכולת מבצעית להשיג אינפורמציה. על אף קושי זה, במסגרת תיקוני החוק, לקחה על עצמה המדינה סיכון לא קטן לגבי הגילאים הבוגרים יחסית. שלא כחברי הנשיא, איני סבורה שמכך ניתן להסיק שבדיקה אינדיבידואלית אפשרית היא. המסקנה היא שלגבי גילאים בוגרים יחסית דרגת הסיכון נמוכה יותר." (ההדגשה הוספה).

על כן, לדעת כבוד השופטת מ' נאור, לאור העובדה שביטול החוק ומעבר לבדיקה פרטנית ביחס לכלל המבקשים (ללא הבחנה גילאית) יעלו את הסיכון לחיי אדם, עולה התועלת בחוק על הנזק שנגרם לחיי המשפחה של מי שנישא לתושבי האזור (פסקה 21).

כבוד השופטת מ' נאור הצטרפה לכבוד המשנה לנשיא (בדימוס) מ' חשין בקריאה למחוקק להוסיף חריג הומניטארי לחוק, וכן ביקשה לשקול להעלות את גיל הקטינים שעליהם חל החוק (סעיף 24 לפסק הדין).

51. כבוד השופט י' עדיאל הצטרף אף הוא לדעת הרוב. לטעמו החוק פוגע בזכות לחיי משפחה בישראל אך אינו פוגע בשוויון.

עם זאת, למרות הפגיעה בזכות החוקתית, קבע כבוד השופט י' עדיאל כי החוק עומד בכל תנאי פסקת ההגבלה. לעניין מבחן המידתיות קבע כבוד השופט י' עדיאל כי:

"עמדתם המקצועית של גורמי הביטחון אף גורסת, כי בדיקה פרטנית של הסיכון אינה יעילה דיה לעת הזו, ובנסיבות העניין, אין בנמצא חלופה אשר יכולה להיחשב כאמצעי יעיל להפגת הסיכון האמור. הערכות אלו של גורמי הביטחון לא הופרכו על-ידי העותרים, ולפי הכללים הנקוטים בידינו, יש ליתן להן משקל רב... מה גם שהערכות אלו אומצו על-ידי המחוקק.

בהקשר זה, יש לייחס משקל גם ל"נורמה הבין-לאומית שלפיה שום מדינה אינה נוהגת להכניס לשטחה אנשים שיש להם זיקות לצד הלוחם כנגדה בעת עימות מזוין", נורמה אשר חלה גם על הגירה לצורכי נישואין (רובינשטיין ואורגד, בעמ' 316 ו-320).

בה בעת, יש להביא בחשבון את העובדה שמדובר בחוק זמני... ואת הסייגים שהוכנסו בחוק לאחרונה, אשר מיתנו את פגיעתו ואפשרו מתן מעמד בישראל לאוכלוסיות שהסיכון הביטחוני הנשקף מהן פחות." (פסקה 6)

כבוד השופט י' עדיאל הצטרף לקריאה להוסיף לחוק חריג הומניטארי.

52. כבוד השופט א' ריבלין (כתוארו אז) סבר אף הוא כי יש לדחות את העתירות. עמדתו של כבוד השופט א' ריבלין התבססה גם על זמניותו של החוק. בנוסף כבוד השופט א' ריבלין התייחס לגופם של דברים.

עמדתו של כבוד השופט א' ריבלין היתה כי החוק פוגע הן בזכות לחיי משפחה והן בזכות לשוויון (פסקה 10 לפסק הדין). עם זאת, הוא סבר כי החוק עומד בכל תנאי פסקת ההגבלה.

בנוגע למבחן המשנה השלישי של עקרון המידתיות הוא קיבל את עמדתו של כבוד המשנה לנשיא (בדימוס) מ' חשין. גם לטעמו אין מדובר באיזון בין הזכות לחיי משפחה לאינטרס הציבור, אלא באיזון בין הזכות לחיי משפחה לזכות לחיים, ובלשונו:

"לא ציבור ערטילאי רואים אנו לנגד עינינו כי אם את פניהם הנוגים של מי שעלולים להיפגע במעשה הטרור הבא. את מוראותיה של הפגיעה רואים אנו בעיני רוחנו. אין זה החשש הערטילאי, לשלום הציבור, שאותו הכרנו בפרשות קודמות... בטחון הציבור דובר כאן בזכות לחיים ממש, ואותה מבקש החוק לשמר. הפיגוע אותו מבקש החוק למנוע מכוון כלפי בני אדם מסויימים, יחידים, מוסלמים, יהודים, נוצרים ובודהיסטים, החיים עימנו. לבני אדם אלה מוקנית, לכל אחד ואחד מהם, הזכות לחיים. אין הם ניצבים בפנינו היום בגופם שכן אין איש יודע מה צופן לו העתיד. אך זכותם ניצבת כאן. הגבולות בין אינטרס הציבור וזכות הפרט – מאבדים במקרה זה מכוחם. כשהבחנה זו בפנינו נפנה לבחינת האיזון הכולל כמצוות מבחן המשנה השלישי של תנאי המידתיות. נראה לי כי לא יהיה אז מנוס מן המסקנה כי התנאי נתקיים." (פסקה 16) (הדגשה הוספה).

כבוד השופט א' ריבלין הצטרף לכבוד המשנה לנשיא (בדימוס) מ' חשין וקבע כי הבדיקה הפרטנית אינה אפקטיבית דיה ולא תביא למניעת הפגיעה בחיי אדם. כמו כן הוא הדגיש כי מול הזכות לחיים עומדת דחייה של הזכות לחיי משפחה בישראל ולא ביטולה, וכן הדגיש הוא את ההקלות שנכללו בתיקון ואת היותו של החוק הוראת שעה. כבוד השופט א' ריבלין הצטרף להמלצה להוסיף לחוק חריג הומניטארי.

לגבי הקושי בבחינה פרטנית קבע כבוד השופט א' ריבלין כי:

"הצורך הזה, להחמיר בבדיקות האינדיבידואליות, מלמד על הקושי שבהשגת התכלית העומדת ביסוד החוק בדרך אחרת. הקושי הוא כפול - הצורך לעמוד על אופיים של מי שנמצאים מחוץ לתחומיה של מדינת ישראל והצורך לחזות פני עתיד בכל הנוגע להתנהגותם הצפויה של הזרים המבקשים להיכנס לתחומי המדינה כבר עתה. הגבלת זכותם של זרים נתיני ישות עויינת להתגורר בישראל יחד עם בני-זוגם, לעת המלחמה הזו, באה בשל החשש מפני כוונתם של גורמים עויינים לגייסם לפעולות טרור; בשל החשש כי במסגרת זו אף יופעל לחץ על מי

שהיה מעדיף, הוא עצמו, להימנע מלעסוק בכך, ובשל נסיון העבר המלמד שלצורך המאבק במדינת ישראל נעשה שימוש באזרחים." (פסקה 17) (ההדגשה הוספה).

53. השופט האחרון בדעת הרוב הוא כבוד השופט א' א' לוי. דעתו של שופט זה חריגה מבין הדעות בדעת הרוב, ולכן סוברים העותרים בטעות כי יש למנות אותו עם שופטי המיעוט.

כבוד השופט א' א' לוי קבע כי החוק פוגע בזכות לחיי משפחה ובזכות לשוויון (פסקאות 7,8).

בניגוד ליתר השופטים, כבוד השופט א' א' לוי מיקד את עיקר ניתוח עקרון המידתיות במבחן המשנה השני ולא במבחן המשנה השלישי. לטעמו יש לנקוט בשורה של אמצעים במטרה למצוא דרך לשפר את הבדיקה הפרטנית. הצטרפותו לדעת הרוב מנומקת בכך שיש ליתן למחוקק שהות נוספת לבחון אמצעים אלה, והחשש כי ביטול ההסדר כיום עלול להוביל לפגיעה בבטחון. מכאן ניתן להבין כי גם כבוד השופט א' א' לוי סבור כי האבחון הפרטני כיום אינו אפקטיבי, אינו מאפשר ליתן מענה לסיכון הפוטנציאלי, ואינו יכול להבטיח הגנה על חיי תושבי ישראל.

לעניין זה קבע כבוד השופט א' א' לוי כי:

" נקודת המוצא לעמדת, המבקשת לתור אחר אמצעים פוגעניים פחות מזה שננקטו בחוק האזרחות, נשענת על ההנחה כי בסופו של יום לא יהיה מנוס מהמרתו של האיסור הגורף שבחוק, בהסדר שבבסיסו תעמוד בדיקה פרטנית של המבקש להתאחד עם בן זוגו. מטבע הדברים, הסדר זה יהיה חייב להתאים את עצמו למציאות הביטחונית ככל שיחול בה שינוי, ולעת הזו סבורני כי נכון לנקוט באמצעים מן הסוג שאמנה להלן או דוגמתם, הכל על פי שיקול דעתו של המחוקק:

(א) לעת הזו, וככל שמדובר בתושביה של הרשות הפלסטינית, ש"עוינותה" אינה טעונה הוכחה, תחול ביחס אליהם "חזקת מסוכנות", אותה יהיה על המועמד להגירה לסתור. לצורך כך יכולים המשיבים להתנות את הדיון בעניינו של בן-הזוג הפלסטיני בהצגתו של תיעוד מגוון, ממנו ניתן יהיה ללמוד על קשריו המשפחתיים והחברתיים, ואם נשקפת ממנו סכנה בהווה או בעתיד. נהיר לי כי בדיקת מסוכנותו של המועמד קשה היא גם בימים של רגיעה, ומקל וחומר בימי הסלמה ביטחונית, ועל כן עלולה בדיקה זו להימשך זמן, ולעתים אפשר שאף לא יהיה ניתן להשלימה, כאשר, לדוגמה, גורמי הביטחון לא יזכו לשיתוף פעולה מצד המקבילים להם ברשות הפלסטינית, וקיים קושי לקבל מידע בדרך אחרת.

(ב) תופעה נפוצה היא שפלסטיני המבקש להתאחד עם בן-זוגו הישראלי, מקדים ומעתיק את מקום מגוריו לתחומה של המדינה, ובכך הוא מעמיד את הרשויות בפני עובדה מוגמרת. יתרה מכך, הואיל ובדיקתן של בקשות לאיחוד משפחות נמשכת זמן רב, לעתים גם עקב מחדלים של המבקשים עצמם, מכים בני הזוג שורשים, רוכשים

נכסים, משתלבים במעגל העבודה, וילדיהם משתלבים במערכת החינוך המקומית. זהו, להשקפתי, מצב שאין להשלים עמו, הואיל והוא כרוך בעבירות על חוק הכניסה לישראל, והרי מושג-יסוד הוא כי המבקש להגר למדינה זרה חייב, בראש זבראשונה, לציית לחוקיה.

מכאן גם דעתי, כי דיון בבקשתו של פלסטיני המבקש להתאחד עם בן-זוגו בישראל, תותנה בכך שכל עוד לא הוחלט בה הוא יתחייב שלא להיכנס לתחומה של המדינה. ולהיפך, כניסה לישראל ואו שהייה בה שלא כדיון, יהיו עילה מספקת לדחייתה של בקשת האיחוד.

ג) עוד אני סבור, כי נכון יהיה לדרוש מכל פלסטיני המבקש להתאחד עם בן זוגו בישראל, להצהיר על נאמנותו למדינת ישראל ולחוקיה, מלווה בויתור על נאמנות למדינה או ישות אחרת.

כאמור, אלו הן רק דוגמאות לאמצעים בהם ניתן לנקוט כדי להבטיח שהבדיקה הפרטנית לא תהפוך מקור לסכנה ביטחונית, ואני משוכנע כי חשיבה יצירתית של כל הגורמים הנוגעים בדבר, עשויה לאתר אמצעים נוספים אשר ישיגו את אותה מטרה. ברם, כדי לעשות את כל אלה דרוש זמן, וסבורני כי הצבתה של מסגרת על פיה יידרשו המשיבים להעמיד בתוך תשנה חודשים הסדר משופר, היא סבירה. עד שיוצג הסדר כזה, ובשל הצורך הביטחוני החריף, והחשש מפני היווצרותו של חסר בחקיקה, דעתי היא כי יש להותיר את ההסדר הקיים על כנו, ככל שהכנסת תחליט להאריך את תוקפו. מאליו גם ברור, כי על המדינה להידרש, בגדריו של הסדר מתוקן, להוראות מעבר ככל שהן רלוונטיות." (ההדגשות הוספו)

54. לסיכום דעת הרוב, נראה כי המסקנה המאחדת את שופטי הרוב היא שהאבחון הפרטני אינו אפקטיבי ואינו מאפשר לאמוד את הסיכון של מי שהגיעו ממדינות אויב וודאי שאינו יכול לחזות פני עתיד. לפיכך האבחון הפרטני אינו יכול למנוע את הסכנה לחיי אדם. לכן בהינתן הפגיעה הודאית או הקרובה לודאית בחיי אדם, התועלת בחוק עולה על נזקו.

כבוד השופט א' א' לוי הסכים כי האבחון הפרטני אינו יעיל מספיק ולכן הוא אינו מצטרף לדעת המיעוט. כבוד השופט א' א' לוי הציע שורה של הצעות במטרה להפוך את האבחון הפרטני ליעיל יותר, וקרא לחשיבה יצירתית של הנוגעים בדבר.

55. פסק הדין העיקרי בדעת המיעוט נכתב על ידי כבוד הנשיא א' ברק (כתוארו אז).
- כבוד הנשיא א' ברק ניתח את הפגיעה החוקתית מנקודת מבטו של בן הזוג הישראלי.** זאת כיוון שלשיטת כבוד הנשיא א' ברק לבן הזוג הזר אין כל זכות להיכנס לישראל ולהשתקע בה (פסקה 100 לפסק הדין).
56. כבוד הנשיא א' ברק סבר כי הזכות ל"כבוד האדם" כוללת הן את זכותו של הישראלי לחיות עם בן זוגו וילדיו בישראל (פסקה 34-38 לפסק הדין), והן את הזכות לשוויון (פסקה 40).
- כבוד הנשיא א' ברק קבע כי החוק פוגע בזכות היסוד החוקתית על שני היבטיה - הן בזכותם של הנישאים לתושבי האזור לחיי משפחה בישראל (פסקה 43 לפסק הדין) והן בזכותם של ערביי ישראל לשוויון (פסקה 50 לפסק הדין).
57. במסגרת ניתוח פסקת ההגבלה, כבוד הנשיא א' ברק קבע כי תכליתו של החוק היא תכלית בטחונית ראויה - הגנה על חייהם של כלל השוהים בישראל (פסקה 82 לפסק הדין). לדעת כבוד הנשיא א' ברק מדובר במטרה חברתית מהותית המקיימת את דרישת חוק היסוד.
- לגבי מבחן המידתיות קבע כבוד הנשיא א' ברק כי החוק עומד בשני מבחני המשנה הראשונים של עקרון המידתיות. נקבע כי החוק מקיים קשר רציונאלי בין מטרתו לבין האמצעים שנקט בהם המחוקק (פסקה 84 לפסק הדין).
- עוד נקבע כי לא קיים אמצעי אחר להגשמת תכלית החקיקה, אשר פגיעתו בזכות היסוד פחותה. זאת כיוון שבדיקה פרטנית של המבקשים להגר לישראל ולהשתקע בה אינה מגשימה את התכלית הביטחונית של החוק באותה מידה כמו ההגבלות שנקבעו בחוק** (פסקה 89).
- בהקשר זה קיבל כבוד הנשיא א' ברק את עמדת המדינה כי תכליתו של החוק היא להפחית את הסיכון הביטחוני במידת האפשר, וכן קיבל את עמדת המדינה כי קיימת הבחנה לעניין זה בין הנכנסים לישראל לצורכי עבודה ולבין המבקשים להשתקע בה. לעניין זה נפסק כי:

"על טיעונים אלה ודומיהם ניתנה, לדעתנו, תשובה מניחה את הדעת של המדינה. היא הצביעה על הסיכון הביטחוני המופחת הנובע כאשר בני הזוג הם בגיל מבוגר יותר, וכן על הסיכון המופחת מתושבי האזור העובדים בישראל. נימוקים אלה מקובלים עלינו. לדעת המדינה, הסיכון העיקרי נובע מבני זוג צעירים השוהים דרך קבע בישראל. זו הערכה ביטחונית, אותה עלינו להניח כבסיס להכרעתנו." (פסקה 90). (הדגשה הוספה)

כבוד הנשיא א' ברק ממקם את ה"שלב המכריע בבחינה החוקתית" במבחן המשנה השלישי של עקרון המידתיות. השאלה לדעת כבוד הנשיא א' ברק היא:

"האם תוספת הביטחון המתקבלת במעבר מהבדיקה האינדיבידואלית המחמירה ביותר האפשרית על-פי הדין של בן הזוג הזר לאיסור גורף על כניסתו לישראל עומדת ביחס ראוי לתוספת הפגיעה בכבוד האדם של בני הזוג הישראלים המוסבת בשל מעבר זה?

92. תשובתי הינה, כי תוספת הביטחון שהאיסור הגורף מביא עימו אינה מידתית ביחס לתוספת הנזק הנגרמת לחיי המשפחה ולשוויון של בני הזוג הישראלים. אמת, האיסור הגורף נותן עימו יותר ביטחון: אך הוא מושג במחיר כבד מדי. אמת, הסיכוי להגברת הביטחון על ידי איסור גורף, אינו "קלוש ותיאורתי". יחד עם זאת בהשוואה לפגיעה הקשה בכבוד האדם, היחס אינו מידתי."

לדעת כבוד הנשיא א' ברק תוספת הביטחון הנובעת ממעבר מבדיקה פרטנית להגבלה כללית גוררת פגיעה קשה בזכויות חוקתיות של רבים מבין אזרחי ישראל ולכן המעבר הזה אינו מידתי.

58. נדמה כי כבוד הנשיא א' ברק לא דיבר על הבדיקה הפרטנית שהוצגה לבית המשפט הנכבד בעת הדיון בעתירות אלא על בדיקה משודרגת, הכוללת גם מרכיבים גורפים שאינם פרטניים. לעניין זה ציין כבוד הנשיא א' ברק כי:

"94. כמובן, יש לעשות הכל כדי להגביר את האפקטיביות של הבדיקות האינדיבידואליות. על כן מכירים אנו בחוקתיות של הוראת סעיף 3ד לחוק האזרחות והכניסה לישראל. לפי הוראה זו לא יינתן היתר, אם נקבע בהתאם לחוות דעת ביטחונית, כי "תושב האזור או בן משפחתו עלולים להוות סיכון ביטחוני למדינת ישראל". זאת ועוד: את הבדיקות הביטחוניות יש לקחת ברצינות רבה. על כן אם לא ניתן לקיימן בשל המצב הביטחוני בחלק זה או אחר באזור, תידחה ההחלטה האינדיבידואלית עד אשר הבדיקה תתאפשר. אם יש צורך לאפשר את זיהויים של בני הזוג הזרים בישראל כמי שבאו מהאזור, יש לאפשר זאת עד הגיעם לגיל שבו הסכנה הנשקפת מהם קטנה. יש כמובן מקום לחשוב על אמצעים נוספים. חומרתם של אלה, גם אם קשה היא בנסיבות רגילות, אינה שקולה כנגד פגיעת הקבע בחיי המשפחה והפגיעה בשוויון. במקביל, יש להגדיל באופן סביר את הצוות הבודק. אם הדבר כרוך בהשקעה כספית סבירה, יש לעשותה. "הגנה על זכויות אדם עולה כסף." (ההדגשה הוספה).

הנה כי כן, כבוד הנשיא א' ברק הסכים כי לעיתים יש לדחות את הבדיקה הפרטנית עד שתתאפשר. הוא אף קבע כי יש לאפשר את דחיית הבקשה עד לגיל שבו הסכנה מהאזרח הזר קטנה. כבוד הנשיא א' ברק סבר כי יש צורך להגדיל את הצוות הבודק.

בהמשך פסק הדין הציע כבוד הנשיא א' ברק דרכים אחרות להגברת האפקטיביות של האבחון הפרטני:

113. "כמובן, יש מקום לעשות הכל כדי להגביר את יעילותה של הבדיקה האינדיבידואלית. בעניין זה קובע חוק האזרחות והכניסה לישראל הוראות באשר לבדיקה האינדיבידואלית של אלה שהאיסור הגורף לא חל עליהם (סעיף 33 לחוק). ניתן, כמובן, להפעיל הוראות אלה לכל מי שעובר בדיקה אינדיבידואלית. ניתן גם להעלות אמצעים נוספים שניתן לנקוט בהם. כך, למשל, ניתן לתת משקל לעובדה שבן הזוג הישראלי פנה מראש למשיבים וביקש עריכתה של בדיקה אינדיבידואלית. 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. על כן, לגבי אותם בני זוג שבהם הבדיקה האינדיבידואלית אפשרית, יש לקיימה. במצבים אלה מתבלטת חוסר המידתיות של האיסור הגורף. מדוע לא לאפשר לבן זוג ישראלי לקיים חיי משפחה בישראל עם בן זוגו הזר, כאשר בדיקה סבירה מעלה שבן הזוג הזר אינו מהווה בעת הבדיקה סיכון ביטחוני, וכי קיים סיכון קטן כי הדברים ישתנו בעתיד? גם אם נטל ההוכחה יועבר, בעניין זה, על שכם בן הזוג הישראלי, מדוע למנוע ממנו את האפשרות להוכיח כי הנטל הורם?" (ההדגשות הוספו)

כבוד הנשיא א' ברק שב והציע לדחות את מתן התשובה במקרה שבו לא ניתן לקיים בדיקה פרטנית. עוד הציע כבוד הנשיא א' ברק להעביר את נטל ההוכחה לעניין היעדר מסוכנות לשכמו של בן הזוג הישראלי.

59. כבוד הנשיא א' ברק בדק את מבחן המידתיות במסגרת ניתוח של סיכונים והתממשותם:

"השאלה הינה מה תהסתברות כי ייפגעו חיי אדם אם נתמיד בבדיקה האינדיבידואלית לעומת תהסתברות כי ייפגעו חיי אדם אם נעבור לאיסור גורף, והאם תוספת תהסתברות זו שקולה כנגד הוודאות שבהגדלה הנגרמת על ידי כך לפגיעה בזכויותיהם של בני זוג אזרחי המדינה." (פסקה 110).

עוד נפסק בהקשר זה:

"חברה החפצה לשמור על ערכיה הדמוקרטיים והמבקשת לקיים משטר דמוקרטי גם בתקופת טרור ולחימה, אינה רשאית להעדיף את הזכות לחיים בכל מקרה בו היא מתנגשת עם השמירה על זכויות האדם. חברה דמוקרטית נדרשת למלאכה המורכבת של האיזון בין הערכים

המתנגשים. איזון זה, מעצם טבעו, כולל בתוכו מרכיבים של סיכון ומרכיבים של הסתברות...

כמובן, אין ליטול סיכונים בלתי סבירים. דמוקרטיה אינה צריכה להתאבד כדי לשמור על זכויות האדם של אזרחיה. דמוקרטיה צריכה להגן על עצמה ולהילחם למען קיומה וערכיה. אך הגנה זו ומלחמה זו צריכים להיעשות באופן שלא ישלול מאיתנו את אופיינו הדמוקרטי.

כבוד הנשיא א' ברק סבר כי הסיכון שבבדיקה הפרטנית אינו כה גדול, וזאת לאור הסיכונים הקיימים בהוראות המקלות של החוק:

"אם המדינה מוכנה היתה ליטול את הסיכונים לחיי אדם שמדיניותה – הנמנעת מאיסור גורף והמסתפקת בבדיקה אינדיבידואלית – גורמת ביחס לבני זוג מעל הגילים 35 ו-25; ואם המדינה מוכנה היתה ליטול את הסיכונים שבמתן היתרי כניסה לבני זוג אשר הגישו בקשתם לפני המועד הקובע; ואם המדינה היתה מוכנה ליטול את הסיכונים שבהתרת עובדים מהאזור לישראל תוך הסתפקות בבדיקה אינדיבידואלית, אות הוא כי הסיכון הנובע מהסתפקות בבדיקה אינדיבידואלית אינו כה גדול, עד שיש בו כדי להצדיק את הפגיעה הקשה בחיי המשפחה של בני הזוג הישראלים."

לאור האמור סבור כבוד הנשיא א' ברק כי יש לבטל את החוק כולו בכפוף להשעיה של מספר חדשים במטרה לאפשר לכנסת לחוקק חוק אחר (פסקה 99 לפסק הדין)

60. כבוד השופטת ד' ביניש (כתוארה אז) הצטרפה לעמדת כבוד הנשיא א' ברק על כל חלקיה. כבוד השופטת ד' ביניש פסקה כי החוק פוגע בזכותם של הישראלים שלהם בני זוג תושבי האזור לחיי משפחה בישראל וכן בזכותם של הערבים הישראלים לשוויון. עם זאת כבוד השופטת ד' ביניש קבעה כי זכות זו עומדת לישראלים בלבד ולא לתושבים הזרים (פסקה 7 לפסק הדין).

כבוד השופטת ד' ביניש הוסיפה וקבעה כי תכליתו של החוק היא תכלית בטחונית ראויה, וכי החוק עומד בשני מבחני המשנה הראשונים של המידתיות. כמו כבוד הנשיא א' ברק קבעה כבוד השופטת ד' ביניש כי החוק אינו עומד במבחן המשנה השלישי בשל המגבלה הגורפת שקבע ללא בדיקה פרטנית. לעניין זה נפסק כי:

"במהלך הדיון בעתירות הוצגו לפנינו נתונים מפורטים המלמדים על קיומו של פוטנציאל סיכון במתן אפשרות לתושבי האזור לקבל מעמד בישראל על פי חוק הכניסה לישראל או על פי חוק האזרחות. יודגש, כי הנתונים שהוצגו לפנינו מצביעים על אחוז קטן ביותר – מזערי – של בני זוג שניצלו את מעמדם בישראל לצורך מעורבות בפעילות טרור. נתונים אלה אינם מעמידים אותנו בפני הצורך להכריע במצב של התנגשות חזיתית בין הסיכון לחיים לבין הפגיעה בזכות לקיים חיים בכבוד תוך מימוש הזכות למשפחה. כאשר מדובר בהתנגשות

חזיתית, כאשר קיים סיכון קונקרטי לביטחון ולחיים, האינטרס הציבורי אכן גובר על זכויות האדם המוגנות, וכך גם המצב כאשר קיים פוטנציאל קונקרטי לסיכון לחיים. ואולם, הפוטנציאל האמור צריך להתבטא ברמה של קונקרטיזציה מעבר לעובדה כי מבקש היתר הכניסה הוא פלסטיני תושב האזור. אי ביצוע בדיקה אינדיבידואלית וקביעת איסור גורף מעניקים שוליים רחבים מדי לערך הביטחון בלא לקיים התמודדות הולמת עם ערכים וזכויות העומדים אל מול ערך זה. לדידי, כל התרת כניסה לישראל הניתנת לאדם זר לשם איחוד עם בן-זוגו הישראלי, בין אם האזרח הוא יהודי ובין אם ערבי, עלולה במידה זו או אחרת לטמון בחובה פוטנציאל סיכון. אלא שישנם סיכונים ברמה שהחברה בישראל מוכנה ליטול ויכולה להתמודד עמם, תוך נקיטת אמצעי זהירות. **אין ספק שבמצב הקיים לעת הזו יש בהתרת כניסתם של תושבי האזור למטרה של איחוד עם בן-זוגם הישראלי סיכון רב יותר מאשר בהליך של התרת כניסתו של זר אחר.** לפיכך, מתחייבת בדיקה קפדנית ודקדקנית של כל בקשה מצד ישראלי לממש את זכותו לקיים חיי משפחה עם תושב או תושבת האזור. מנגד, חסימה גורפת של אפשרות הכניסה לישראל מהאזור המונעת כניסה מכל בן-זוג של אזרח ישראלי, ללא מתן כל אפשרות לבדיקה אינדיבידואלית, ולו מחמירה כפי הנדרש, אינה מעניקה משקל הולם ליחס שבין מידת הסיכון הביטחוני למידת הפגיעה בזכויות האדם, יחס המתחייב מעקרונותיה הדמוקרטיים של שיטתנו...

קיום בחינה פרטנית בהיקף הנדרש לשם שקילת בקשה לאיחוד משפחות אינה בגדר סיכון משמעותי ויוצא דופן, הגם שיש ממש בטענת המדינה שאיסוף מידע ועריכת בדיקה פרטנית, בתנאים השוררים כיום, עלולה להערים קשיים מעשיים לא מעטים. לקשיים אלה ניתן למצוא פתרונות ואף להתחשב בהם בקביעת הליכי הבדיקה. יחד עם זאת, אין להימנע מחובת הבדיקה רק בשל היותה מורכבת וכרוכה במאמץ. להגנה על זכויות אדם יש מחיר ובנסיבות ענייננו, מדובר במחיר ראוי." (פסקאות 11,12) (ההדגשות הוספו).

כבוד השופטת ד' ביניש, כמו כבוד הנשיא א' ברק, הניחה כי הבדיקה הפרטנית כיום אינה בדיקה יעילה. יחד עם זאת, לדעתה ניתן להופכה ליעילה יותר בתוספת מאמץ. ללא בדיקה פרטנית לטעמה החוק אינו חוקתי. כבוד השופטת ד' ביניש הדגישה כי הנתונים על השיעור המזערי של המעורבים בפעולות טרור מקרב מקבלי המעמד בישראל בשל נישואין "אינם מעמידים אותנו בפני הצורך להכריע במצב של התנגשות חזיתית בין הסיכון לחיים לבין הפגיעה בזכות לקיים חיים בכבוד תוך מימוש הזכות למשפחה" (פסקה 11).

61. כבוד השופט ס' ג'ובראן הצטרף אף הוא לפסק דינו של כבוד הנשיא א' ברק. כבוד השופט ס' ג'ובראן הרחיב לגבי חשיבות הזכות המשפחתית לחיות ביחד בישראל וכן לגבי הפגיעה של החוק בעקרון השיוויון. כבוד השופט ס' ג'ובראן קבע כי החוק אינו מידתי בשל היעדר אבחון פרטני.

בפסק דינו העלה כבוד השופט ס' גובראן תהיות לגבי תכליתו של החוק והביע חשש כי לחוק תכלית נוספת, תכלית דמוגרפית. עם זאת, הוא סבר שאין צורך לדון בסוגיה זו לצורך הכרעה בעתירות (סעיף 24 לפסק הדין).

62. כבוד השופטת א' חיות הצטרפה אף היא לעמדת כבוד הנשיא א' ברק על כל חלקיה. לגבי קשיי האבחון הפרטני היא הוסיפה כי:

5. אחת הטענות המרכזיות שמעלים המשיבים להצדקת האיסור הגורף שבחוק האזרחות היא הטענה כי במקרים רבים אין בידי גורמי הביטחון מידע באשר לבן או בת הזוג הפלסטינים לגביהם מתבקש איחוד המשפחות. בנסיבות אלה ונוכח המצב הביטחוני המתוח והעוינות הרבה השוררת בין ישראל לפלסטינים בעת הזו, אין מנוס, כך מוסיפים המשיבים וטוענים, מלהחיל חזקה חלוטה של מסוכנות לגבי כל בן או בת זוג פלסטינים לפחות בגילאים שמפרט החוק במתכונתו המתוקנת. אכן, על רקע המציאות הביטחונית שעימה אנו נאלצים להתמודד מאז ספטמבר 2000 ואולי ביתר שאת בתקופה האחרונה, יש בהחלט מקום לחזקת מסוכנות שמבקשים המשיבים להחיל בסוגיה זו של איחוד משפחות בין ערבים אזרחי ישראל ובין תושבי האזור. יחד עם זאת ועל מנת שאימת הטרור לא תעבירונו על מידותינו הדמוקרטיות, מן הראוי שחזקה זו תהא ניתנת לסתירה במסגרת בדיקה אינדיבידואלית ופרטנית אותה יש לאפשר בכל מקרה ומקרה, וזאת אין החוק מאפשר. מכאן הפגם שבו לוקה חוק האזרחות מבחינה חוקתית - פגם של העדר מידתיות. (ההדגשה הוספה).

כבוד השופטת א' חיות קיבלה את טענות המדינה בדבר קשיי האבחון הפרטני. לכן, לטעמה יש לקבוע חזקת מסוכנות לתושבי האזור אותה יוכלו לסתור במסגרת בדיקה פרטנית.

63. כבוד השופטת א' פרוקציה הצטרפה לעמדתו של כבוד הנשיא א' ברק, הן לעניין הפגיעה בזכות והן לעניין היעדר המידתיות של התיקון.

בניגוד לעמדת שאר השופטים, כבוד השופטת א' פרוקציה ייחסה למחוקק מניע נוסף, מניע דמוגרפי, שיש בו להשליך על משקלו ועוצמתו של השיקול הבטחוני (פסקה 14).

בנוגע לסיכון הבטחוני, קבעה כבוד השופטת א' פרוקציה כי בהתבסס על נתוני המדינה, רק אחוז נמוך ביותר מבין מהגרי הנישואין היו מעורבים בטרור.

לכך הוסיפה כבוד השופטת א' פרוקציה את נכונותה של המדינה להתיר כניסתם של עובדים פלסטינים לישראל. לשיטתה, עובדה זו מוכיחה כי ניתן לפקח על הנכנסים. היא אינה מקבלת את ההבחנות שערכה המדינה בין המבקשים מעמד מכח נישואין לבין הנכנסים לישראל לצורכי עבודה. לטעמה, ניתן להפעיל את אותם אמצעי פיקוח שמופעלים על העובדים גם על מבקשי המעמד האחרים, בשינויים המתויבים (פסקה 17).

על בסיס עמדה זו קבעה כבוד השופטת א' פרוקצ'יה כי:

"19. המסקנה המתבקשת מהדברים שהובאו הינה כי המדינה לא עמדה בנטל המוטל עליה להראות כי הפגיעה הגורפת בזכות החוקתית של האדם עומדת במבחן המידתיות של פסקת ההגבלה. הסתברותו של הסיכון הבטחוני מכניסתם של פלסטינים לישראל במסגרת איחוד משפחות אינו בעל עוצמה כזו המצדיקה את הטלת האיסור הגורף על ידי החוק, המונע, ככלל, ולמעט חריגים מעטים, את איחוד המשפחות. האיסור הגורף אינו מידתי ביחס לעוצמתה של זכות האדם הנפגעת לחיי משפחה הנתונה לבן הזוג הישראלי תושב ואזרח הארץ. מהנתונים שהובאו לעיל קשה לאתר קו מדיניות רציונלי בגישתה של המדינה לסיכון הבטחוני הקיים, בהינתן התייחסותה השונה לקבוצות סיכון שיש בהן מן המאוחד ומן המשותף. היא מסכינה עם קיומם של סיכונים העולים על אלה הצפויים מבני זוג פלסטיניים בלא הטלת איסורים גורפים, אך אינה נמנעת משלילה כמעט טוטלית של איחוד משפחות באופן שאינו תואם ליחסיות הסיכון הצפוי מכך."

סיכום פסק הדין

64. מתיאור פסקי הדין השונים עולה כי בין השופטים קיים פיצול רב בנוגע למרבית השאלות שעמדו להכרעה, הן בשאלות העובדתיות והן בשאלות המשפטיות.
65. למרות הפיצול, נדמה כי ניתן לאתר מספר קביעות בולטות בפסק הדין, כפי שנתאר להלן.
66. לדעת כל השופטים **לבן הזוג הזר, כולל תושב האזור, אין כל זכות חוקתית להתגורר בישראל.** נקודת המבט החוקתית מתמקדת בבן הזוג הישראלי ובו בלבד.
- קיימות דעות שונות לגבי היקף הזכות החוקתית – ישנם שופטים שקיבלו את טענת המדינה כי לא נפגעה כל זכות חוקתית, אחרים קבעו כי נפגעה הזכות לחיי משפחה בלבד וחלקם, כל שופטי המיעוט וחלק משופטי הרוב, הוסיפו את הפגיעה בזכות לשוויון.**
- כמעט כל השופטים קיבלו את טענת המדינה לגבי תכליתו הביטחונית הראויה של החוק, וכן לגבי עמידת החוק בשני מבחני המשנה הראשונים של המידתיות.**
67. הארכנו בניתוח פסק הדין ובציטוטים ממנו על מנת להראות כי השאלה שהכריעה בסופו של דבר את גורלן של העתירות ממוקדת וצרה – האם האבחון הפרטני יעיל במניעת הסתננות של פעילי טרור לישראל, והאם יש ביכולתו לנבא הצטרפות לארגוני טרור לאחר קבלת המעמד בישראל, או סיוע לארגון טרור. התשובה לשאלה קבעה את עמדת השופטים לגבי התקיימות התנאים הקבועים במבחן המשנה השלישי של המידתיות.

שופטי הרוב קיבלו את טענת המדינה כי האבחון הפרטני אינו אפשרי ואינו יעיל. מכאן נובעת ודאות הפגיעה בחיי הישראלים אם יימשך האבחון הפרטני. הדבר נכון בעיקר לגבי אבחון פרטני של תושבי האזור העונים על פרופיל הסיכון. ודאות הפגיעה בחיי אדם הטתה את הכף מול דחיית מימוש הזכויות של הישראלים לחיי משפחה בישראל.

בעניין זה הצטרף כבוד השופט א' לוי לדעת הרוב. כבוד השופט א' לוי הסכים כי נכון להיום האבחון הפרטני אינו אפקטיבי, ולכן הוא סבר שאין לבטל את החוק לעת הזאת, מבלי לתת למדינה הזדמנות לבצע חשיבה מחודשת במטרה לבחון האם ניתן לתת מענה אלטרנטיבי למניעת הפגיעה הפוטנציאלית בביטחון הכרוכה באבחון הפרטני.

לטעמנו, בניגוד לטענת העותרים, לא ניתן לראות בדעת כבוד השופט א' לוי כחלק מדעת המיעוט. לטעמנו, לא בכדי הצטרף כבוד השופט א' לוי לדעת הרוב, וזאת על בסיס ההכרה כי אבחון פרטני, לעת הזאת, אינו אפקטיבי. כבוד השופט א' לוי אכן הציע הצעות לשיפורו של האבחון הפרטני, אך הוא לא קבע כי החוק אינו חוקתי.

68. מן העבר השני עומדת דעת המיעוט. דעת המיעוט סברה כי לאבחון הפרטני קיים פוטנציאל להפוך לאפקטיבי. שופטי המיעוט, ברובם, הכירו במגבלות האבחון הפרטני, אולם סברו כי קיימים אמצעים שיאפשרו להפוך אותו לאפקטיבי יותר.

על בסיס הנחת המוצא הזו, ראו שופטי המיעוט באבחון הפרטני "סיכון" מושכל בלבד, ולא אמצעי שיביא לפגיעה ודאית בישראלים.

ככל שניתן להבין מדעת שופטי המיעוט, נראה אף שופט משופטי המיעוט לא ימשיך להחזיק בדעה שיש לפסול את החוק אם אכן יוכח כי האבחון הפרטני אינו אפקטיבי.

נקדים ונאמר כי בהמשך התגובה נבקש להראות כי ההצעות השונות שהועלו בפסקי הדין נבחנו, ולדעת השב"כ אין בהן כדי להפוך את האבחון הפרטני הגורף לאפקטיבי.

ההבחנה בין דעת הרוב לדעת המיעוט אינה כה עמוקה

69. העתירות מבקשות ליצור הבדל תהומי בין דעת הרוב לדעת המיעוט. אולם עיון מעמיק בפסקי הדין מצביע על כך שהפערים בין דעת הרוב לדעת המיעוט אינם כה עמוקים.

כפי שהסברנו לעיל, בסופו של יום, פסק הדין הוכרע על בסיס היחס לשיטת האבחון הפרטני. אכן, דעת המיעוט סברה כי אבחון פרטני יכול להוות תשובה הולמת לחשש הביטחוני. אולם גם בדעת המיעוט קיימות אמירות המכירות במוגבלות כלי זה, ואף מכירות בצורך להקפיד את הבדיקה בנסיבות מסוימות בהן צפוי כי כלי זה לא ישמש מענה ראוי לצורך בסינון בטחוני.

לדוגמא, כבוד הנשיא א' ברק בפסקה 113 לפסק דינו קבע, בין היתר כי:

"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. על כן, לגבי אותם בני זוג שבהם הבדיקה האינדיבידואלית אפשרית, יש לקיימה."

בפסקה 94 לפסק דינו, כבוד הנשיא א' ברק אינו פוסל אפשרות לדחות את הליכי הבדיקה עד גיל מסוים. נזכיר כי יתר שופטי המיעוט הצטרפו לפסק דינו של כבוד הנשיא א' ברק. ראו לעניין זה גם פסקה 12 לפסק דינה של כבוד השופטת ד' ביניש ופסקה 5 לפסק דינה של כבוד השופטת א' חיות, מהם עולה ששופטות קיבלו את עמדת המדינה בדבר מגבלותיו של האבחון הפרטני שהוצג לבית המשפט ולכן הציעו לשפרו. ראו הערות לגבי שיפור האבחון הפרטני גם בפסקה 1 סיפא ופסקה 17 סיפא בפסק דינה של כבוד השופטת א' פרוקצ'יה.

יוצא שאף דעת המיעוט מסכימה כי בנסיבות של מלחמה ניתן לדחות את קבלת ההכרעה ואף להטיל מגבלות של גיל על אישור הבקשה, אם לא ניתן לקבל מידע רלוונטי מאבחון פרטני.

נזכיר כי הכרה במגבלות האבחון הפרטני והכרה באפשרות לדחות אותו בשל מצב בטחוני או בשל מאפיינים מסוימים הקיימים בתושב הזר, כמו גיל מסוים התואם פרופיל סיכון, עומדים בבסיס הוראות החוק, ובבסיס דעת הרוב. חקיקת החוק במתכונת של הוראת שעה אומרת אף היא כי אין מדובר באיסור גורף מכאן ואילך, אלא באיסור הנובע מסיכון מסוים הנובע ממצב המלחמה, הקיים לעת הזאת.

מכאן נובע כי ההבחנה בין דעת הרוב לדעת המיעוט אינה כה משמעותית, כיוון שכל השופטים הסכימו כי קיימות נסיבות ביטחוניות בהן לא ניתן לקיים אבחון פרטני, שאז ניתן להחליפו בהסדר כולל. בעניין זה ציינה כבוד השופטת מ' נאור כי:

"21. אף חברי הנשיא אינו מקל ראש בצורך בבדיקות ביטחוניות. הוא מצייין (פיסקה 94 לחוות דעתו) כי אם לא ניתן לקיים את הבדיקות הביטחוניות בחלק זה או אחר באזור "תידחה ההחלטה האינדיבידואלית עד אשר הבדיקה תתאפשר". **ואולם, החוק ממילא נקבע כהוראת שעה. אכן, בתקופות מסוימות בהן התנהלו העתירות לפנינו נראה היה, שקיים סיכוי לשיפור היחסים בין ישראל לבין הרשות הפלסטינית. לעת מתן פסק דיננו, לא כך הם פני הדברים. נראה לי, כי החוק במתכונתו הנוכחית כהוראת השעה, והאפשרות לה מסכים חברי הנשיא לדחות את ההחלטה האינדיבידואלית עד**

שתתאפשר הבדיקה האינדיבידואלית (פיסקה 94 לפסק דינו) משיגים, הלכה למעשה, אותה תוצאה. (ההדגשה הוספה).

משמעותו ההלכתית של פסק הדין

70. כאמור, העותרים סבורים כי פסק הדין קבע, למעשה, כי החוק אינו חוקתי, ולכן יש לפסק הדין השפעה מכרעת על גורל העתירות שלפנינו. אנו סבורים כי העותרים אינם קוראים את פסק הדין קריאה משפטית נכונה, וכי ההלכה שנפסקה בפסק הדין תומכת דווקא בעמדה של המשיבים ולפיה דין העתירה להדחות, כפי שנסביר להלן.

71. שלב ראשון בקביעת משמעותו של פסק הדין הוא חילוץ ההלכה מפסק הדין.

סעיף 20(ב) לחוק יסוד השפיטה קובע כי:

"(ב) הלכה שנפסקה בבית המשפט העליון מחייבת כל בית משפט, זולת בית המשפט העליון."

לכאורה, גם אם נפסקה הלכה בפסק הדין, רשאי בית המשפט העליון לסטות מהלכה זו. עם זאת, בית המשפט העליון אינו ממהר לסטות מתקדימיו, וודאי שלא זמן קצר לאחר מתן פסק הדין, וזאת על מנת לשמור על יציבות הדין.

ראו לסקירה עדכנית בעניין זה - מ' טמיר "עלותו השקועה של התקדים" **דין וחברים א'** (תשס"ה) 211, בעיקר בעמודים 239-230.

72. חילוץ ההלכה מפסק הדין אינו מדע מדויק. כפי שהסביר פרופסור אהרון ברק "בכל ההיסטוריה השיפוטית סרבו שופטים לכבול את ידיהם בעניין זה." (א' ברק **שיקול דעת שיפוטי** (תשמ"ז) 117).

חילוץ ההלכה מחייב הבחנה בין טעם הפסק לבין אמרות אגב שלא היו נחוצות להכרעה. טעם הפסק מסתמך על העובדות המהותיות, שהשליכו על המסקנה המשפטית ועל התוצאה הסופית של פסק הדין.

קיימות מספר שיטות עקרוניות לחילוץ ההלכה מפסק הדין. אולם, כל השיטות כפופות בסופו של התהליך לשיקול דעת שיפוטי. בית המשפט הנכבד אף נמנע בפסקי הדין שלו מלקבוע הלכה ברורה בסוגיה זו.

ראו לעניין זה: א' כבוד הנשיא א' ברק **שיקול דעת שיפוטי** (תשמ"ז) 118; נ' ליפשיץ "תקדים מאיי ספר זוסמן 95 (תשמ"ד); ח' ה' כהן "אוביטר ז"ל והגינות לאיי"ט" **משפטים** ל"א (תשס"א) 415 (להלן - ח' ה' כהן); מ' בן פורת "RATIO DECIDENDI" הד

המשפט (1956) 24 (להלן - **בן פורת**); א' ידין "אמת ויציב" (הידועה בציבור הרוצה לשאת את שם בן זוגה) **הפרקליט** כח (תשל"ב) 154; ג' טדסקי "מימרת אגב - הלכה פסוקה) **הפרקליט** כ' (התשכ"ד) 99.

73. על כן, קיים קושי עיוני והלכתי בחילוץ הלכות מפקי דין. הקושי מתגבר במקום שבו בית המשפט מתפצל בין דעות שונות. לעיתים דעת הרוב ודעת המיעוט לגבי **התוצאה הסופית** מורכבות כל אחת ממספר הנמקות שונות של שופטים שונים.

לעיתים, מספר שופטים מסכימים לגבי עקרון משפטי מסוים, אך מיישמים אותו בצורה שונה על עובדות המקרה, באופן המביא לתוצאה שונה של ההכרעה. כך, שופטים המנתחים את הסוגיה המשפטית בצורה דומה, מוצאים עצמם משני עברי המתרס בכל האמור למסקנה שיש להסיק מהניתוח המשפטי.

ראו, לדוגמא: ע"א 2084/91 **יעקובי נ' יעקובי** פ"ד מט(3) 529; דנ"א 2568/97 **כנען נ' ממשלת ארצות הברית** פ"ד נו(2) 632.

במקרים מעין אלו עולות השאלות, כיצד ניתן לחלץ הלכה מפקי דין בהם דעת הרוב מפוצלת, והאם ניתן לצרף דעות שונות של שופטים המצויות חלקן בדעת הרוב וחלקן בדעת המיעוט במטרה ליצור הלכה.

אף בנושא זה אין הלכה ברורה. בכתובה המשפטית הובעה דעה המתנגדת לפירוק פסקי דין וליצירת הלכה עיונית מצירוף דעות שונות מדעת הרוב ומדעת המיעוט:

"במקרה של פסק דין ברוב דיעות, יש ומתעוררת השאלה האם מותר לדלות מפיסקו של המיעוט עקרון מסוים, לצרפו אל עקרונות של אחד משופטי הרוב ולראות בצירופם משום הלכה מחייבת..."

מוגבל מובנו של הרציו דיסדנדי לנימוקי ההחלטה הסופית אליה הגיע בית המשפט, פה אחד או ברוב דיעות. כבר מכאן מתבקשת המסקנה שאין לחפש את השיקולים המשפטיים המחייבים בדעת המיעוט, אשר מעצם טבעו שהוא מסתייג מאותה החלטה"

בן פורת הנ"ל בעמוד 46.

ראו לאחרונה דיעה שונה במקצת (בהערת אגב) - רע"א 1990/06 **ארבס נ' סיבל נהריה** (טרם פורסם).

74. **עמדתנו כי בסוגיות רגישות מעין אלה יש לחזור למושכלות יסוד. יש לאתר את טעם הפסק באמצעות מציאת החוט המקשר בין העובדות המהותיות ששימשו להכרעה, המסקנה המשפטית הנובעת מהן והתוצאה של פסק הדין.**

במקרה של מספר דעות בפסק הדין, אין מקום לפירוק פסקי הדין לרסיסים במטרה לשוב ולאחותם מחדש ללא קשר לעובדות המהותיות ולהכרעה הסופית של פסק הדין.

75. נעיר בהקשר זה כי לכאורה, כיוון שבית המשפט הנכבד אינו כבול להלכותיו שלו פותח הצורך בהבחנה בין טעם הפסק להערות אגב שנכתבו בפסקי הדין. הרי בכל מקרה בית המשפט העליון אינו כבול להלכותיו (ראו ח' ה' כהן הנ"ל בעמוד 425).

אולם כיוון שבית המשפט הנכבד אינו ממהר לסטות מתקדימיו, הרי שבית המשפט הנכבד עצמו מייחס חשיבות להבחנה בין טעם הפסק להערות אגב בעת הכרעה בשאלה האם ראוי לסטות במקרה מסוים מהלכה קודמת. לכן סימון הלכה קודמת כהערת אגב מאפשר סטייה ממנה מבלי לראות בכך סטייה מתקדים. ראו לדוגמא:

בג"צ 1000/92 בבלי נ' בית הדין הרבני הגדול פ"ד מח(2) 221, 251.
מ' אלון "אלה הן אמרות אגב... בטעות יסודן ומן הראוי לסטות מהן" ערעורים והרהורים בעקבות פרשיות בבלי ולב" רב תרבותיות במדינה יהודית ודמוקרטית - ספר הזיכרון לאריאל רוזן צבי ז"ל (בעריכת מ' מאוטנר, א' שגיא ור' שמיר, תשנ"ח) 361, 376.

לעניינו של פסק הדין

76. כפי שהסברנו לעיל, פסק הדין דחה את כל העתירות. בחינת דעת הרוב מעלה כי כל שופטי הרוב התכנסו סביב ההכרעה ששיטת האבחון הפרטני אינה מסוגלת לנבא את מסוכנותם של נתיני האויב. לכן שיטה זו תביא בהכרח לפגיעה בחיי אדם.

כפי שהראינו זוהי אף דעתו של כבוד השופט א' א' לוי שהצטרף לדעת הרוב. כבוד השופט א' א' לוי הציע דרכים לשיפור הבדיקה, כיוון שסבר כי הבדיקה כיום אינה אפקטיבית. זוהי הסיבה שכבוד השופט א' א' לוי הצטרף לדעת הרוב ולא לדעת המיעוט.

חוסר האפקטיביות של האבחון הפרטני, ותוצאתו של כשלון בבדיקה, קרי הפגיעה בחיי האדם הן העובדות המהותיות שנדרשו להכרעת פסק הדין.

על בסיס הקביעה העובדתית בדבר מוגבלותו של האבחון הפרטני, הגיעו שופטי הרוב למסקנה משפטית - ערכית לפיה באיזון שבין הפגיעה הודאית בחיי אדם לבין הפגיעה הודאית בחיי המשפחה, בהינתן ההקלות שנקבעו בחוק, ידה של הזכות לחיים היא על העליונה.

הדבר נעשה בהתבסס על קביעה כי תכליתו של החוק היא תכלית ראויה, ופגיעתו בזכויות יסוד נעשתה במידה שאינה עולה על הנדרש.

לפיכך, טעם הפסק - החוט המקשר בין העובדות המהותיות, הניתוח המשפטי והתוצאה הסופית – הוא כי החוק עומד בכל תנאי פסקת ההגבלה.

77. יתר הדיון המשפטי בפסק הדין, כמו הדיון החשוב בפגיעה בזכויות היסוד כלל לא נדרש להכרעה הסופית. הרי בין אם נפגעו זכויות היסוד ובין אם לאו, ההבחנה בין הדעות השונות כלל לא נגעה להכרעה בשאלה האם נפגעו זכויות היסוד, אלא לשאלה האם עמדה הפגיעה בתנאי פסקת ההגבלה.

כך, כבוד השופט א' גרוניס, שפסק דינו הוא חלק מדעת הרוב, כלל לא דן בפגיעה בזכויות היסוד, והניח לטובת דעת המיעוט, כי אכן נפגעה הזכות לחיי משפחה, וזאת במטרה להראות כי דיון זה אינו נחוץ לשם דחיית העתירות.

אף הפיצול בדעת הרוב בסוגיית הפגיעה בזכות מצביע על כך שההכרעה בסוגיות האמורות כלל לא נדרשה לצורך דחיית העתירות. בדעת הרוב ניתן למצוא שופטים שסברו כי לא נפגעה כל זכות יסוד (כבוד המשנה לנשיא (בדימוס) מ' חשין וכבוד השופטת מ' נאור); שופטים שסברו כי נפגעה רק הזכות לחיי משפחה (כבוד השופט י' עדיאל וכבוד השופט א' גרוניס שהניח כי הזכות נפגעה מבלי להכריע בכך) וכאלה שסברו כי החוק פגע הן בזכות לחיי משפחה והן בזכות לשוויון (כבוד השופט א' ריבלין וכבוד השופט א' לוי).

78. **לסיכום חלק זה, לטעמנו, ככל שניתן לגזור הלכה מפסק הדין בעניין עדאלה, הרי שכל שניתן לומר הוא שבית המשפט קבע כי החוק במתכונת שעמדה להכרעה נועד לתכלית ראויה והוא מידתי בנסיבות הזמן והמקום.**

79. לכן לא ניתן לומר כי נקבעה הלכה, במשמעותה הצרה, בנוגע להיקף הפגיעה של החוק בזכות החוקתית. נעיר בעניין זה כי בדעת הרוב אין רוב לקביעה כי החוק פוגע בעקרון השוויון, ולטעמנו לא נקבעה הלכה בעניין זה, שכן אין לצרף למיעוט שבדעת הרוב את רוב דעת המיעוט.

אף לעניין הפגיעה בזכות לחיי משפחה המצב מורכב מזה המוצג בעתירות. לעניין זה נזכיר כי רק שלושה מבין שופטי הרוב קבעו שיש פגיעה בזכות החוקתית לחיי משפחה, כאשר אחד מהם, כבוד השופט א' ריבלין, סבר כי הפגיעה כרוכה לכל היותר בדחייה במימוש הזכות, ולא בליבת הזכות.

לכן, בכל האמור לפגיעה בזכות החוקתית לא נקבעה הלכה בפסק הדין.

הערת אגב - השלכות פסק הדין בעניין האחריות הנזיקית של המדינה לנזקי המלחמה

80. קודם שניגש לניתוח החוקתי, נבקש לדון בקצרה בטענות לגבי השלכותיו של פסק הדין בעניין חוק הנזיקים האזרחיים (אחריות המדינה) (תיקון מס' 7), התשס"ה-2005. מדובר בפסק הדין בבג"צ 8276/05 **עדאלה נ' שר הבטחון** (טרם פורסם) (להלן – **תיקון 7 ו- פסק הדין בעניין תיקון 7**).

81. תיקון 7 קבע כי המדינה לא תהיה אחראית בנזיקין לנזק שנגרם באזור עימות בשל מעשה שביצעו כוחות הביטחון, בכפוף לשורה של חריגים. פסק הדין קבע כי תיקון 7 אינו חוקתי, כיוון שהוא פוגע בזכויות יסוד חוקתיות, ואינו עומד בתנאי פסקת ההגבלה.

לענייננו חשובה ההכרעה הקובעת כי אין לשלול אחריות נזיקית של המדינה באופן גורף ללא בדיקה פרטנית של תחולת סייג האחריות של "פעילות מלחמתית" (פסקה 37 לפסק הדין של הנשיא (בדימוס) א' ברק).

בפסק הדין בעניין תיקון 7 מוסברת החשיבות של הבדיקה הפרטנית במקרים של פגיעה בזכות חוקתית, ולשם כך מובאים ציטוטים רבים מפסק הדין שבענייננו, המצביעים על חשיבותה של הבדיקה הפרטנית.

אלא שפסק הדין בעניין תיקון 7 אינו רלוונטי כלל לעתירות שלפנינו. אין מחלוקת כי בדיקה פרטנית עדיפה תמיד על פני איסור גורף, והיא אף מיידתית יותר. אולם הדבר נכון רק אם הבדיקה הפרטנית היא בדיקה אפקטיבית המגשימה את תכלית החקיקה.

בעניין תיקון 7 נפסק כי הבדיקה הפרטנית מגשימה את תכלית החקיקה, אולם הדבר אינו נכון במקרה שלפנינו. ההבחנה בין המקרים מופיעה גם בפסק הדין בעניין תיקון 7. נפסק כי:

"בפרשת עדאלה נטען כי לא ניתן להגשים את תכלית החוק על-ידי בדיקה אינדיבידואלית. טענה זו אין לה כל מקום בפרשה שבפנינו. יש בכוחה של הבדיקה האינדיבידואלית כדי להגשים את תכלית החוק." (פסקה 37) (ההדגשה הוספה)

82. פסק הדין בעניין תיקון 7 מדגים פער עמוק יותר בין שני המקרים. תיקון 7 עוסק בהסדרת דיונים משפטיים בתביעות נזיקין נגד המדינה.

בעולם זה של ההליכים המשפטיים, ההכרעה בתנאים של אי ודאות מבוססת על הנחות ותזקות. הרמת נטל וסתירת חזקה הם כלים משפטיים שתכליתם להכריע בין גרסאות נוגדות לגבי מעשים שאירעו בעבר, מבלי שיש בידי השופט את תמונת המציאות המלאה.

התוצאה של השימוש בחזקה היא הכרעה משפטית אודות האחריות לנוק שארע בעבר. השימוש בחזקה מניח הבחנה בין המציאות העובדתית למציאות המשפטית, אולם במקרה של אחריות נזיקית, אי התאמה בין האמת העובדתית המשפטית לאמת העובדתית היא בעלת משמעות כספית בלבד.

83. העתירות שלפנינו עוסקות בנושא שונה לחלוטין. הן עוסקות ביכולתו של שירות הביטחון הכללי לנבא **מסוכנות עתידית** של נתיני אויב. כשלון ביכולת הניבוי הוא בעל תוצאות בעולם הממשי, מחוץ לכותלי בית המשפט. כשלון בניבוי בא לידי ביטוי בהרג אזרחים.

לטעמנו השימוש בחזקות הבאות מעולם המשפט לגבי מעשים שאירעו **בעבר** עבור ניבוי מודיעיני **עתיד** הינו בעייתי ביותר, וספק אם יש בו כדי להועיל בניבוי המסוכנות או בסינון מושכל של מתבלים פוטנציאליים.

תוצאת הכישלון המודיעיני כתוצאה משימוש בחזקות תתבטא בחיי אדם, ולא בתשלום פיצויים או באי תשלום פיצויים.

84. על כן לטעמנו פסק הדין בעניין תיקון 7 אינו רלוונטי כלל לעניינן של העתירות שלפנינו.

הניתוח החוקתי

הבחנה בין נוסחו של החוק שלגביו ניתן פסק הדין לבין החוק שלפנינו

85. קודם שניגש לבחון את חוקתיות החוק, יש לזכור כי החוק שלפנינו, בעקבות התיקון, שונה במספר מאפיינים מהחוק שנדון בפסק הדין בעניין **עדאלה**.

תחולתו של החוק רחבה יותר. בנוסחו הנוכחי, כפי שעולה מתיקון סעיף 2, עוסק החוק לא רק בתושבי הרשות הפלסטינית אלא גם בנתינים של מדינות אויב נוספות הנקובות בתוספת. קשיי האבחון, והחשש לניצול לרעה של המעמד בישראל נכונים, וביתר שאת, גם בכל האמור למדינות אויב אחרות (תיקון לסעיף 2 לחוק).

החוק אף מאפשר לתחום את אזורי הסיכון ולהגביל עוד יותר את הכניסה משטחים אלה לישראל, אם מתברר כי באזור ממנו בא האזרח הזר מתבצעת פעילות העלולה לסכן את תושבי מדינת ישראל (תיקון לסעיף 3 לחוק).

86. החידוש המרכזי בחוק הוא הוספת חריג הומניטארי מיוחד להוראות החוק, המאפשר להתגבר על הוראותיו המהותיות, ולהתיר כניסה ושהיה בישראל גם למי שאינם זכאים לכך על פי הדין. מדובר בהוראה המאפשרת להתחשב בנסיבות אישיות מסוימות ומיוחדות על מנת לאפשר לבן הזוג הזר לשהות בישראל.

הוראה זו ששולבה בחוק בהתאם להמלצת דעת הרוב בפסק הדין מוסיפה חריג נוסף לחריגים הרבים שכולל החוק.

לכן, בפועל, החוק שעומד עתה לבחינה חוקתית מידתי יותר אף לעומת החוק שבו דן פסק הדין.

המצב הביטחוני הנוכחי וקשיי האבחון הפרטני לאור הוראות פסק הדין

87. הדיון בחוקתיות החוק מחייב הנחת תשתית עובדתית עדכנית בפני בית המשפט הנכבד.
88. מדינת ישראל מצויה במלחמה מתמשכת מול טרור היוצא מתחומי הרשות הפלסטינית. במסגרת המלחמה מותקפת ישראל במגוון דרכים, שהקטלנית שבהן היא ביצוע פיגועי התאבדות בתחומי ישראל ובישובים הישראליים באיו"ש.
- המלחמה בפיגועי ההתאבדות מתנהלת כיום, בעיקרה, במחשכים. זוהי הסיבה שלעיתים נדמה כי חזרנו לתקופת שגרה ורגיעה. אולם השקט הוא שקט מטעה. מתחת לפני השטח רוחשת פעילות, הן מצדם של המתבלים והן מצדם של גורמי הבטחון.
- כך, במועד חקיקת החוק, בחודש מרץ 2007 היו בידי שירות הביטחון הכללי 61 התרעות לביצוע פיגועים נגד ישראלים. מדובר בכמות התרעות דומה לזו שהיתה בידי שירות הביטחון הכללי שנה קודם לכן.
89. בשנת 2006 סוכלו 45 פיגועים שהיו בשלב מתקדם או בשלב סופי של הכנות לביצוע. בשנת 2005 סוכלו 46 פיגועים.
- עיקר הפיגועים שסוכלו היו פיגועי התאבדות, הטמנת מטעני חבלה ופיגועי ירי, המכונים על ידי הפלסטינים "פיגועי הקרבה" בשל הסיכוי הנמוך של המחבל לשרוד את הפיגוע.
90. פיגועי ההתאבדות לסוגיהם הם הקטלניים מבין סוגי הפיגועים השונים. עובדה זו באה לידי ביטוי בנתוני הפיגועים. הנתונים להלן נכונים לחודש מרץ 2007. נתונים אלה הוצגו לכנסת על ידי השב"כ בדיונים על התיקון.
- מתחילת המלחמה ועד לחודש מרץ 2007 בוצעו 30,585 פיגועים, 167 מתוכם, כחצי אחוז בלבד, היו פיגועי התאבדות.
- עד מרץ 2007 נהרגו במלחמת הטרור 1112 ישראלים ונפצעו 7352. למרות שרק חצי אחוז מהפיגועים היו פיגועי התאבדות, 46% מההרוגים (516 נשים גברים וטף) ו-56% מהפצועים נפגעו בפיגועי התאבדות.

91. פיגועי ההתאבדות הפכו לאיום אסטרטגי על מדינת ישראל. לפיגועים אלה השלכה מעבר לפגיעה בנפש ובגוף. לפיגועים אלה השלכה על תחושת הביטחון של תושבי המדינה, וליכולתם לנהל חיי יום יום תקינים. לפיגוע התאבדות קטלני יכולה להיות השלכה אסטרטגית על התנהלותה של ישראל מול מלחמת הטרור.

מדינת ישראל אינה יכולה להשלים עם פיגועים אלה. לפיכך ננקטו בשנים האחרונות צעדים רבים במטרה למנוע את התרחשותם, הן צעדים הגנתיים והן צעדים התקפיים.

הקמת גדר הבטחון מקשה עד מאוד על חדירת המחבלים לישראל. צה"ל והשב"כ מבצעים פעילות סיכולית מורכבת בעומק השטח הפלסטיני. מאמצים משולבים אלה הביאו לפגיעה קשה בפעילי הטרור וביכולתם להחדיר מחבלים מתאבדים או מבצעי פיגועים לישראל.

92. במסגרת מלחמת המוחות שמנהלים ארגוני הטרור מנסים ארגוני הטרור לאתר כל העת פרצות במערך ההגנה הישראלי.

הפרצה הבולטת היא נכונותה של מדינת ישראל להתיר כניסה לישראל של תושבי הרשות הפלסטינית מטעמים שונים - עבודה, טיפולים רפואיים, והשתקעות בעקבות נישואין לאזרחי ישראל ותושביה. דרך פעולה נוספת היא הסתייעות באזרחי מדינת ישראל ותושביה כמבצעי פיגועים ובעיקר כסייענים למחבלים.

93. השימוש "באדם מבפנים" הוא קריטי בפיגועי התאבדות ובפיגועים אחרים בתחומי מדינת ישראל. אי לכך, כמעט בכל פיגוע התאבדות בישראל היה מעורב ישראלי בשלב כזה או אחר של תכנון הפיגוע, סיוע לפיגוע וביצועו.

מאז תחילת המלחמה 272 ישראלים היו מעורבים בפיגועי טרור שבוצעו או שנמנעו "בדקה התשעים".

לעניין זה יש להבין כי בהכנות לפיגוע התאבדות ובביצועו מעורבים אנשים רבים. המתאבד הוא חוליה אחת בשרשרת. הוא פצצה מהלכת הדורשת ראש ביות ומודיעין מקדים.

לצורך איתור מקום הפיגוע האידיאלי יש צורך בהיכרות עם השטח. יש להכיר את הפעילות באזור המטרה, דרכי הגישה הבטוחות והמהירות אליה. יש לדעת כיצד להסוות את המתאבד בהתאם לאופי המקום וכו'. לשם כך יש צורך באיסוף מודיעין מקדים.

לאחר איתור היעד, יש צורך בהבאת המתאבד משטחי איו"ש אל מקום הפיגוע. בשל הקמת גדר הבטחון, קיים קושי רב להגיע ברגל מאיו"ש לישראל. יש צורך בכלי רכב ובנהג המסוגלים לעבור דרך מחסומי צה"ל והמעברים בגדר הבטחון.

בשל הידוק הפיקוח על התנועה בתוך איו"ש ובמעברים אל ישראל יש צורך במוביל שלא יעורר חשד במחסומים ובמעברים.

לעיתים נדרשת היערכות לוגיסטית בתוך ישראל - דירת מסתור, אנשי קשר, רכש ציוד להכנת מטעני חבלה וכלי נשק ואף ייצור מטענים.

לאחר הפיגוע נדרש כי המובילים ייטמעו באופן מיידי בשטח מבלי לעורר חשד ומבלי שייצרו ויחשפו את ראשי החוליה.

94. כאמור, קיימות שתי קבוצות עיקריות מהן יכול לבוא הסייען או המחבל.

הקבוצה הראשונה היא תושבי איו"ש הנכנסים לישראל לצורכי עבודה או לצרכים רפואיים. אלא שיכולת הסיוע של תושבי איו"ש אלה היא מוגבלת. חלקם אינם מכירים את היעדים, יכולת התנועה שלהם בישראל מוגבלת, הם אינם רשאים לנהוג בכלי רכב בישראל, הם מזוהים בתור תושבי איו"ש ונושאים תעודות זהות של תושבי איו"ש. אוכלוסיה זו אינה שוהה בישראל לתקופות ארוכות, ולכן יכולתה לארגן תשתית לוגיסטית למחבלים נמוכה יחסית.

בנוסף, המפקד הצבאי מגביל את הכניסה לישראל לצורכי עבודה לבעלי משפחות בגיל מבוגר יחסית, בהתאם לפרופיל הסיכון העדכני. לכן הסיכון הנשקף מאוכלוסיה זו נמוך יחסית.

העובדות מלמדות כי מאז החלה המלחמה בוצע פיגוע אחד בלבד על ידי מי שנכנס לישראל לשם עבודה. מדובר בפיגוע דריסה ייחודי, שנעשה ביוזמה עצמית, שלא בהכוונת ארגון טרור.

95. הקבוצה השנייה היא תושבי ישראל ואזרחיה, ובעיקר תת קבוצה מסוימת באוכלוסייה זו. אלו הם תושבי האזור שקיבלו מעמד בישראל בעקבות נישואין שלהם או של בן משפחתם לאזרח או תושב ישראלי. מדובר במקבל המעמד אך גם בילדיו. תת קבוצה זו היא אידיאלית לגיוס לפעילות טרור, וזאת ממספר טעמים:

ראשית, מדובר בדרך כלל באנשים צעירים. זוהי קבוצת ההתייחסות הטבעית של ארגוני הטרור. חלקם גדלו בתחומי הרשות וספגו לתוכם את המסרים של מערכת החינוך הפלסטינית ושל החברה הפלסטינית בכלל.

שנית, בשל הקרבה הגיאוגרפית בין ישראל לשטחי האויב, קבוצה זו ממשיכה לשמור על זיקה משפחתית וחברתית לאזור. לעיתים הם ממשיכים להתגורר באזור, ותעודת הזהות הישראלית מהווה עבורם מעין כרטיס כניסה לישראל, שלצדו הטבות שונות. לכן מטבע

הדברים קבוצת ההזדהות הלאומית של אנשים אלה מצויה ברשות הפלסטינית ולא בישראל.

שלישית, לאחר קבלת מעמד הקבע בישראל, מדובר בתושבים ואזרחים לכל דבר. הם רשאים לנוע בישראל, כולל באמצעות כלי רכב ורשיון נהיגה ישראלי. תנועתם באיו"ש קלה יותר בשל יכולתם לעבור במחסומי צה"ל ובכניסות לישראל.

חלקם רוכשים היכרות עם יעדי הפיגועים, הם מכירים את דרכי הגישה שלהם, ובתיהם יכולים לשמש כעורף לוגיסטי לפיגועים.

96. הצירוף של זיקה לשטחי האויב ולתושבי האזור; תחושת הנאמנות למאבק הלאומי הפלסטיני במדינת ישראל של חלק ניכר מאוכלוסייה זו; היכרות עם השטח ויכולת תנועה חופשית הופכים את מבקשי המעמד ובני משפחותיהם לקבוצה אטרקטיבית לפעילות במסגרת ארגוני הטרור. מדובר בקבוצת ביניים, המשלבת עבור ארגוני הטרור את היתרונות האידיאולוגיים של תושבי האזור לצד היתרונות הלוגיסטיים של תושבי ישראל.

97. לתיאוריה זו קיימת הוכחה אף בנתונים שנאספו אודות מאפייני הפיגועים. מאז פרוץ המלחמה 42 מבקשי מעמד בישראל בעקבות נישואין לישראלים וילדים של מי שקיבלו בעבר מעמד בישראל היו מעורבים באופן ישיר בפעולות טרור שבוצעו או כאלה שנמנעו ברגע האחרון.

זאת, כאמור, בהשוואה למעורב אחד בלבד מקרב הנכנסים לישראל למטרות עבודה. סביר מאוד גם להניח כי אלמלא נקטה מדינת ישראל במדיניות מגבילה, מאז שנת 2002, על כניסת מבקשי מעמד בעקבות נישואין, היה מספר המעורבים גדול בהרבה.

מדובר על נטילת חלק מעשי בביצוע פיגועים, כולל פיגועי התאבדות, השתתפות בניסיונות חטיפה, הקמת תשתיות קדמיות לארגוני הטרור, איסוף מודיעין, שכירת דירות מבטחים והברחות אמל"ח.

98. ככל שכוחות הביטחון מגבירים את פעולותיהם הופך נתיב זה לאטרקטיבי יותר. בשנת 2006 חלה עלייה במעורבות אוכלוסייה זו בפיגועים. במהלך שנת 2006 נעצרו 10 בנים של מי שקיבלו בעבר מעמד בישראל בחשד שהיו מעורבים בסיוע לפיגועים, בניסיונות לביצוע פיגועים או בהעברת אמצעי לחימה למבוקשים באזור.

בנוסף קיים בידי שירות הביטחון הכללי מידע חסוי המבסס את ההנחה כי השימוש באוכלוסייה זו נעשה במתכוון, ועל פי הנחיית ארגוני הטרור.

המשיבים מבקשים להציג מידע זה בפני בית המשפט הנכבד במעמד צד אחד.

99. לכאורה, הפתרון לבעיה הביטחונית של אוכלוסיית מבקשי המעמד ובני משפחותיהם היא בדיקה פרטנית קודם למתן המעמד בישראל. כך נהגו המשיבים לאורך שנים רבות, כולל לאחר פרוץ המלחמה. הענקת המעמד בישראל התבצעה לאחר הליך מדורג בן מספר שנים, שבסופו הוענק מעמד הקבע או האזרחות הישראלית.

אלא ששיטת האבחון הפרטני אינה מספקת מענה הולם. והראיה, חלק מתושבי הרשות שעברו אבחון פרטני, וקיבלו מעמד בישראל היו מעורבים בהכנות לפיגועים שסוכלו "בדקה התשעים".

100. אולם בכך לא די. על פי נתונים שנאספו מאז ספטמבר 2005 שירות הביטחון הכללי איתר לא פחות מ- 128 מקרים בהם לאחר הענקת המעמד התברר כי מבקש המעמד היה פעיל טרור או סייען לפעילות טרור או מי שהיה בקשר עם פעילי טרור או מי שהיה מצוי בקשר רצוף עם בני משפחה המעורבים בטרור.

נעיר כי בחלק מן המקרים מדובר באנשים שבעבר בוטל מעמדם בישראל לאחר שהתברר כי הם מהווים סיכון בטחוני, ועתה הם שבו והגישו בקשות חדשות למעמד בישראל. בקשתם זו נדחתה.

לכך יש לצרף 15 מקרים נוספים מאותה תקופה בהם תושבי האזור נכנסו לישראל לאחר שקיבלו היתרים לישיבה בישראל, לאחר שבדיקה העלתה כי אין נגדם מידע מחשיד. אלא שאז הם הגישו בקשה לקבלת מעמד. רק בשלב זה התברר כי כולם מעורבים בדרך זה או אחרת בפעילות טרור או עמדו בקשר עם פעילי טרור. באחד המקרים אף דובר על מי שהיה בכוונתה לבצע פיגוע. בכל אותם מקרים נדחתה בקשתם לקבלת מעמד, אולם רק לאחר ששהו בישראל כדין.

נדגיש כי מדובר במקרים בהם המידע התגלה בשלב מאוחר, לאחר שהאבחון הפרטני שנערך לפני אישור הבקשה לא העלה כל מידע מחשיד אודות מבקש המעמד.

אכן, למרבה המזל כל אותם אנשים אותרו קודם למעורבותם בטרור בישראל. אולם לא ברור כמה הצליחו לחמוק מגילוי, ויותר חמור מכך כמה הצטרפו לארגוני הטרור לאחר שקיבלו מעמד בישראל, ולאיש לא ידוע על כך.

101. קיימות מספר סיבות לכישלון האבחון הפרטני:

ראשית, חלק מהמעורבים בטרור מצטרף למעגל הטרור רק לאחר קבלת המעמד בישראל. זאת כיוון שרק לאחר קבלת המעמד הוא הופך לאטרקטיבי מבחינת ארגוני הטרור, ואז ננקטות פעולות על ידי ארגוני הטרור לגיוסו.

פעילותם של ארגוני הטרור וגופי המודיעין של מדינות עוינות לישראל מבוססת, בין היתר, על גיוס ואיתור של פעילים פוטנציאליים לשורותיהם, אשר גוף המודיעין שאחראי על סיכול פעולותיהם אינו יודע אודותיהם. זאת על מנת שאותו פעיל לא ייחשף וכדי שפעילותו לא תסוכל בשלביה הראשונים. מכאן עולה **שדווקא אלה שלא היו מעורבים בטרור קודם לקבלת המעמד בישראל הם קהל היעד האטרקטיבי ביותר לגיוס לטרור.**

עבור מבקשי מעמד אלה כל אבחון פרטני לא יועיל, כיוון שבעת הגשת הבקשה אותם אנשים כלל אינם מעורבים בטרור, ולכן אין כל מידע מחשיד אודותם.

האבחון הפרטני אינו בוחן כליות ולב, ואינו מסוגל לנבא התנהגות עתידית. אין ביכולתו לנבא מי יבחר בדרך הטרור ומי בדרך השלום.

לעיתים, יתכן והסיוע לאויב ייכפה על מבקש המעמד באמצעות שימוש באמצעי לחץ הנובעים מכך שמרכז חייו וחיי בני משפחתו נותר באיו"ש. לעיתים אירועים חיצוניים מסוימים עלולים להשפיע על מבקש המעמד, לשנות את תפיסת עולמו, ולהופכו לפעיל טרור. במקרים אלה, אפילו בוחן כליות ולב בעת קבלת המעמד לא יוכל לסייע באבחון שינוי בדפוס החשיבה של מקבל המעמד.

לכן, עבור אוכלוסיית ה"מצטרפים המאוחרים" לטרור כל אבחון פרטני, ולא משנה כמה הדוק ויסודי הוא יהיה, לא יכול להועיל.

משנפתח השער ומבקש המעמד חדר לישראל, לכישלון הניבוי יכול שיהיו תוצאות קטלניות ביותר.

מטעם זה בלבד, לא ניתן להסתמך על אבחון פרטני, וודאי שלא ניתן לעשות כן בעת מלחמה.

שנית, גם עבור מי שנכנסים לישראל כפעילי טרור, האבחון הפרטני אינו אפקטיבי. הקושי באבחון הפרטני נובע מפערי מידע של המודיעין הישראלי לגבי המתרחש בשטחי הרשות הפלסטינית. הדבר נכון במיוחד ברצועת עזה, אך גם באיו"ש.

שיטת האיסוף המודיעינית אינה יכולה להגיע לכל פינה ברשות הפלסטינית או לכל תושב ותושב ברשות. חדירתו של הטרור ברשות היא חדירה עמוקה. התמיכה הציבורית בו היא נרחבת ביותר. הסיוע למחבלים הוא נחלתם של כל שכבות החברה הפלסטינית.

למדינת ישראל אין את היכולת לאסוף מידע לגבי כל אחד ואחד ממיליוני התושבים ברשות הפלסטינית, על מנת לברר האם הוא תומך טרור - אידיאולוגית או מעשית. ארגוני המודיעין אינם פועלים בדרך זו.

למדינת ישראל לא היתה יכולת כזו גם בעת ששהתה באזור, וודאי שאין לה יכולת כזו לאחר פינוי רצועת עזה ויציאת הצבא ממרבית השטחים המאוכלסים באיו"ש. בעניינים מעין אלה גם תגבור בכוח אדם או באמצעים אחרים לא ישנה מהותית את תמונת המצב, וזאת בשל המגבלות של האיסוף המודיעיני.

הראיה הטובה לכך היא מעורבות בניסיונות פיגוע בישראל על ידי מי שלא היה כל מידע לגבי מעורבותו בטרור קודם לכן, וכן עשרות האנשים שהותרה כניסתם לישראל לאחר שנישאו לישראלים, ורק לאחר מכן התברר כי בפועל הם פעילי טרור או עמדו בקשרים עם פעילי טרור.

102. עד כה עסקנו בתושבי הרשות הפלסטינית, אולם הדברים נכונים, במשנה תוקף, גם כלפי תושבי מדינות האויב המקיפות את ישראל וחלקן אף חפצות בהשמדתה.

אין כל דרך אפקטיבית לוודא כי תושב לבנון או אזרח איראני המבקשים להשתקע בישראל אינם קשורים לפעילות חיזבאללה או למודיעין האיראני, וקיים קושי לוודא כי הקשר הפסול לא ייווצר לאחר מתן המעמד בישראל.

103. נשאלת השאלה האם ההליך המדורג שבו נוקט משרד הפנים אינו יכול למנוע את הסיכון. הרי נתין אויב אינו מקבל באופן מיידי אזרחות או מעמד של תושב קבע. עליו להמתין למעלה מארבע או חמש שנים לקבלת המעמד (תלוי אם מדובר במי שנישא לאזרח או במי שנישא לתושב קבע), ובכל אותה תקופה ניתן לשלול את מעמדו בישראל אם מתגלה מידע מחשיד אודותיו.

לטעמנו, ההליך המדורג כלל אינו מתאים לתקופת מלחמה בין עמים. כוחו יפה לעיתות רגיעה ושלוש, שהסיכון הנשקף מהמבקש להשתקע בישראל אינו גדול.

לעניין זה יש לזכור כי לאחר קבלת המעמד הראשוני, משתקע המהגר בישראל. כאן נוצרת הפרצה. גם אם יתברר בעוד שלוש שנים כי המהגר הוא פעיל טרור ייתכן שהגילוי יהיה מאוחר מדי, כיוון שבכל אותם שלוש שנים סייע המהגר לארגוני הטרור ללא ידיעת אף גורם בטחוני, מבלי שניתן היה למנוע סיוע זה.

לכן, מניעה בעת מלחמה צריכה להיעשות בשער הכניסה לישראל בתחילת ההליך ולא במהלכו. נזכיר שוב, כי מקבלי מעמד שחצו את שער הכניסה לישראל היו מעורבים בטרור, מבלי שהדבר היה ידוע לשירות הביטחון הכללי בעת שנבחנה מסוכנותם.

104. לכן, אבחון פרטני גורף של נתיני אויב המבקשים להשתקע בישראל הוא סיכון לא מחושב. הסתמכות על שיטת האבחון הפרטני הגורף תביא בסופו של דבר להרג ישראלים ולפגיעה קשה בבטחון המדינה.

105. בהקשר זה נבקש לציין כי אך לאחרונה הכיר בית המשפט הנכבד בהיעדר האפקטיביות של הבדיקה הפרטנית. בשל כך הכיר בית המשפט הנכבד בלגיטימיות של הגבלת המעבר הכוללת של צעירים בגילאים 16-35 מעזה לאיו"ש בשל הסיכון הכרוך בכך, ובשל החשש כי מעבר זה יוליך לפיגועי טרור בישראל. נזכיר כי מדובר במגבלות דומות לאלה שבהן עוסק החוק, ועל בסיס פרופיל סיכון דומה. בפסק הדין קיימת הפנייה לדעת הרוב בפסק הדין בעניין **עדאלה**.

ראו לעניין זה בג"צ 11120/05 **חמדאן ואח' נ' אלוף פיקוד הדרום ואח'** (טרם פורסם, ניתן ביום 7.8.07). ראו בעיקר פסקה טז' לפסק דינו של כבוד השופט א' רובינשטיין.

נעיר כי כבוד השופטת א' חיות, שפסק דינה בעניין **עדאלה** היה חלק מדעת המיעוט, הצטרפה לפסק דינו של כבוד השופט א' רובינשטיין, המבוסס כאמור על היעדר האפקטיביות של האבחון הפרטני, ועל דעת הרוב בעניין **עדאלה**.

האם ניתן לשפר את האבחון הפרטני הגורף - בעקבות הערות בית המשפט

106. כפי שהראינו, בית המשפט הנכבד היה מודע לחולשותיו של האבחון הפרטני. עם זאת, כבוד השופט א' לוי וחלק משופטי המיעוט סברו כי ניתן לשפר את האבחון הפרטני, וכי אפשרות זו לשיפור עשויה לבסס חובה להעדיף אבחון פרטני גורף על פני מגבלה כוללת (בגילאים מסוימים) ללא אבחון פרטני.

בפסק הדין של מספר שופטים מופיעות הצעות שונות לשיפור האבחון הפרטני הגורף. הצעות אלה נבחנו על ידי שירות הביטחון הכללי. הבדיקה העלתה כי אין בהצעות אלה כדי להתגבר על המגבלות הטבועות באבחון הפרטני.

107. אחת ההצעות היתה לקבוע "חזקת מסוכנות" לבן הזוג הזר, אשר לישראל ולבן זוגו הזר תהיה אפשרות לסתור אותה (ראו כבוד הנשיא א' ברק פסקה 113, כבוד השופטת א' חיות פסקה 5, כבוד השופט א' לוי פסקה 9).

לדעת שירות הביטחון הכללי חזקת מסוכנות זו לא תשנה את תמונת המצב הנוכחית:

ראשית, חזקת מסוכנות מניחה קיומה של מסוכנות אישית של בן הזוג הזר או היעדר מסוכנות אישית **בעת ביצוע הבדיקה**. אולם המצב מורכב בהרבה. כפי שהסברנו ייתכן כי בעת בדיקת שירות הביטחון הכללי בן הזוג הזר יהיה נקי מכל רבב. אולם רק לאחר הענקת המעמד יחליט נתין האויב מטעמים שונים לסייע לטרור. במקרה מעין זה שימוש בחזקה בעת ביצוע הבדיקה כלל לא יועיל.

שנית, קביעת החזקה אינה משנה מהותית את קשיי האבחון הפרטני שפורטו לעיל, כיוון שלא ברור כיצד ניתן להפריך חזקה זו. נניח כי בן הזוג הזר יביא לבודקים מכתבים מבני משפחתו המעידים עליו כי לא עסק בטרור, או אישור מהרשות הפלסטינית (בעזה או באיו"ש) כי אין לגביו מידע בטחוני מחשיד. מובן כי למסמכים אלה אין תועלת ממשית, כיוון שבמצב הדברים הנוכחי כל תושב יכול להמציא בקלות כל מסמך שיידרש. לכן, במצב הדברים הנוכחי לא ניתן לחשוב על מידע שיכול להפריך את חזקת המסוכנות האינהרנטית של נתין האויב.

אולם אם ייקבע כי מסמכים או תצהירים יעבירו את הנטל למדינה, הרי שחזרנו לנקודת המוצא של מגבלות האבחון הפרטני. זאת כיוון שבידי המדינה לא יהיה מידע מספק כדי להעביר את הנטל חזרה לנתין האויב, הן בגלל מגבלות האיסוף והן בשל חוסר היכולת לנבא התנהגות עתידית.

לכן, ממה נפשך; אם לא ניתן להפריך את החזקה, אזי החזקה הופכת לחזקה חלוטה הדומה להסדר הקיים בחוק; ואם המסמכים האמורים, שכל אחד יכול להמציא, מעבירים את הנטל להוכיח מסוכנות אל המדינה, נותרנו עם מגבלות האבחון ופערי המידע הקיימים בכל מקום באזור, וקל וחומר במדינות האויב האחרות. לכן למדינה לא יהיה מידע מחשיד שיכול להפריך את המסמכים של נתיני האויב.

לכן קיומה של חזקת המסוכנות לא יכול לסייע בצמצום הסכנות של האבחון הפרטני.

108. הצעה נוספת שהועלתה בפסק הדין (כבוד השופט א' א' לוי פסקה 9) דורשת להטיל חובה של הצהרת נאמנות למדינה קודם להענקת המעמד. אכן מדובר באקט בעל משמעות סמלית רבה, אולם תועלתו במניעת טרור אינה רבה:

ראשית, מול מערך התמריצים והלחצים המופעלים על נתיני האויב, אין ערך ממשי להצהרה סמלית. יתר על כן, גם אם הצהרה זו ניתנה בכנות, לא ניתן להסתמך על הצהרה זו כמחסום להצטרפות עתידית לארגון טרור.

שנית, אם פעיל טרור מעוניין להסתגל לישראל בחסות נישואין, ספק אם הצהרה זו תביא אותו לחזור בו מדרכו, ולנטוש את ארגון הטרור ששלח אותו.

109. הצעה אחרת בפסק הדין (כבוד השופט א' א' לוי פסקה 9) מתנה הענקת מעמד בישראל בשהייה בישראל כדין. אכן, הצעה זו יכולה לצמצם את תופעת השוהים הבלתי חוקיים המבקשים מעמד בישראל. ממשלת ישראל אף מנסה לקדם הצעת חוק בנושא, בינתיים ללא הצלחה.

אולם יש לזכור כי הצעה זו אינה נוגעת ישירות לאבחון הפרטני. כשלוך האבחון הפרטני רלוונטי גם עבור מי שנכנס לישראל כדין, ולכן הצעה זו אינה מנטרלת את הסיכון מנתיני האויב.

110. לאורך פסק הדין קיימות אמירות רבות הקוראות לשירות הביטחון הכללי להשקיע משאבים נוספים באבחון הפרטני. השופטים אף מבקשים גישה יצירתית בטיפול באבחון הפרטני.

שירות הביטחון הכללי משקיע מאמצים רבים באבחון הפרטני, וזאת כחלק ממאמציו לסכל את גל הטרור. אולם כל אלה אינם יכולים להתגבר על המגבלות הטבועות באבחון פרטני של נתיני אויב, בעיקר ביחס לעתיד לבוא.

גם אם יצטרפו עשרות אנשי שבי"כ נוספים להליכי הבדיקה, הדבר לא יועיל לנבא התנהגות של מי שיבקש לבצע פיגועי טרור לאחר קבלת המעמד, ולא יהיה בכך להתגבר על פערי האיסוף באזור.

111. לכן, לאחר בחינת כל ההצעות בפסק הדין, שבנו לנקודת המוצא - האבחון הפרטני אינו מסוגל לנבא הצטרפות עתידית לארגון טרור, ואין הוא יכול לחסום כניסת פעילי טרור לישראל.

112. בהקשר זה נבקש לציין כי שירות הביטחון הכללי הוא הגורם המקצועי העיקרי העוסק באבחון הפרטני של נתיני האויב, והוא זה שישא באחריות אם ייכשל האבחון הפרטני, וחלילה ארגוני הטרור יחדרו את מערכי ההגנה באמצעות שימוש במבקשי מעמד בישראל.

על מנת לסתור את עמדתו המקצועית של שירות הביטחון הכללי יש צורך להציג עמדה מקצועית נגדית, מבוססת, בדבר האפקטיביות של האבחון הפרטני. אין בעתירות כל ראייה או עמדה מקצועית נוגדת, ומטעם זה בלבד אין מקום להתערב בעמדתו המקצועית של השבי"כ.

הערה מקדימה

113. תכליתו של הניתוח החוקתי המתודי על שלל המבחנים ומבחני המשנה שלו הוא ליצור מתווה ברור ואחיד של ניתוח חוקתי. תרומתו של הניתוח המתודי רבה. אולם לעיתים בתוך הסבך אובדת השאלה המשפטית העומדת בבסיס הניתוח החוקתי.

במקרים מסוימים מורכבות הסוגיה והשלב ההתחלתי יחסית בו מצוי המשפט החוקתי הישראלי בכל האמור לניתוח חוקתיות של חוקים, מביאים לכך שלא תמיד קיימת תשובה ברורה לגבי דרך הניתוח.

הניתוח המתודי עלול לכבול את המנתח לתבניות משפטיות קשיחות. השיבוץ בתבניות קשיחות מכתוב במקרים רבים את התוצאה הסופית של האיזונים.

114. נדמה כי הנושא המובא לפנינו הוא דוגמא טובה לכך. החוק נועד להגן על זכותו הבסיסית של כל אדם לחיים ולשלמות הגוף. זכות יסוד בסיסית זו היא הזכות ממנה נגזרות שאר הזכויות. היא מעוגנת באופן מפורש בסעיף 2 לחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו. הזכות של כל אדם כי חייו יוגנו על ידי המדינה קבועה גם בסעיף 4 לחוק היסוד.

העמדה עליה מבוסס החוק כולו היא כי במצב הדברים הנוכחי כניסה לישראל של נתיני אויב בעלי פרופיל סיכון גבוה, לשם השתקעות בישראל בעת מלחמה, תוביל לפגיעה בחיי ישראלים.

אכן, לחוק קיימת השפעה על ישראלים המעוניינים להינשא לנתיני אויב ולגור עימם בישראל. במקרים מסוימים הוראות החוק ידחו את מימוש חיי הנישואים בישראל, ולעיתים כל עוד החוק בתוקף לא יוכל נתין האויב להיכנס לישראל.

115. אולם גם אם נקבל כי החוק פוגע בזכותם החוקתית של ישראלים המבקשים להינשא לנתיני אויב ולחיות עימם בישראל, עולה השאלה כיצד תאוזן זכות חוקתית זו מול זכותם לחיים ולשלמות הגוף של ישראלים אחרים. מדובר בישראלים שייפגעו מטרור שיבוצע על ידי חלק מאותם מקבלי מעמד או בני משפחותיהם.

הכרעה בסוגיה זו מצריכה איזון אופקי בין זכויות חוקתיות. היא מצריכה אף הכרעה ערכית בשאלה האם כל הזכויות החוקתיות הן שוות מעמד. כך, עולה השאלה האם הזכות לחיים אכן זהה לדחייה במימוש זכות לחיי משפחה בישראל עם נתין אויב או שמא יש להעניק עדיפות לחיי אדם.

לשאלות אלה אין תשובות בחוק היסוד (למעט עצם העובדה כי הזכות לחיי משפחה להבדיל מהזכות לחיים, ובודאי בהיבט הנדון כאן, אינה מעוגנת במפורש בחוק היסוד), וככל שניתן להבין אף לא בפסיקתו של בית המשפט הנכבד. יתר על כן, כלל לא ברור שמבחינה פסקת ההגבלה שפותחו על ידי בית המשפט הנכבד מתאימים לאיזון אופקי בין זכויות חוקתיות. זאת כיוון שמבחינה הפסיקה, בעיקר מבחינה המידתיות, מיועדים לאיזון אנכי בין זכויות חוקתיות לבין אינטרסים ציבוריים שמעמדם נחות מזכות חוקתית. לא נמצא מבחן חוקתי לאיזון בין זכויות שוות מעמד המעוגנות שתיהן בחוק היסוד.

סוגיה זו עלתה בפסק דינו של כבוד השופט א' גרוניס אך לא הוכרעה. נפסק כי:

"אפילו מקבלים את גישתו המרחיבה של חברי הנשיא בכל הנוגע לזכות לחיי משפחה, עשויה לעלות הטענה שבמקרה הנוכחי מתנגשת זכות זו בזכות חוקתית אחרת, היא הזכות לחיים (סעיף 2 לחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו). או אז, עולה השאלה האם יש הצדקה לפנות לבדיקתו של החוק על פי תנאי פסקת ההגבלה, או שמא יש ליישב את ההתנגשות ללא התייחסות לפסקת ההגבלה, ובודאי שלא לכל מרכיביה. התשובה להתנגשות בין שתי זכויות חוקתיות מצויה במה שמכונה לעיתים "איזון אופקי". ייתכן, שבמסגרת הבחינה של אותה התנגשות או סתירה יהא צורך להידרש למבחינה מידתיות. כמוכן, שאותה בחינה תוביל בהכרח לצמצומה של אחת מן הזכויות המתנגשות על חשבון חברתה. מכל מקום, לצורך הדיון הנוכחי מוכן אני להניח, כשיטתו של חברי הנשיא, כי החוק פוגע בזכות החוקתית לחיי משפחה של בן הזוג הישראלי, משום שאין הוא מאפשר לו להביא ארצה את בן הזוג הפלשתינאי תושב האזור." (פסקה 2).

116. בהיעדר תשובה ברורה לשאלת האיזון האופקי ודירוג הזכויות, השימוש בפסקת ההגבלה כתחליף לאיזון אופקי יוצר קושי לא מבוטל, כיוון שהוא מביא למצב שבו זהות העותר התוקף את החוק והגדרת השאלה המשפטית יכולים להכתיב את אופי הניתוח החוקתי ואולי אף את התוצאה הסופית של פסק הדין.

117. נדגים דברינו אלה על הסוגיה שלפנינו. העותרים מדברים בשם מי שנפגעו מכך שאין הם יכולים לממש עתה את זכותם לחיות עם בן זוגם, נתין האויב, בישראל בזמן המלחמה.

מול זכות זו של העותרים עומדת הזכות לחיים ולשלמות הגוף של מי שייהרגו וייפצעו בעקבות פיגועי טרור שיעשו על ידי או בסיוע נתיני האויב, שיטלו חלק בפעולות אלה.

בניתוח אופקי "רגיל", כל זכות נסוגה מעט מפני חברתה על מנת שתוכלנה לחיות זו לצד זו. בדרך כלל מדובר במגבלות הדדיות הנוגעות לזמן, מקום ואופן מימוש הזכות. ראו לדוגמא:

בג"צ 2481/93 דיינ נ' ניצב יהודה וילק פ"ד מח(2), 456.

בג"צ 1890/03 עיריית בית לחם נ' מדינת ישראל פ"ד נט(4) 736.

במקרה זה נדמה כי הפתרון המשפטי ברור. הזכות לחיי משפחה נדחית עד לסיום המלחמה או עד שכן הזוג יגיע למגבלת הגיל שבו יפחת הסיכון ממנו. הזכות לחיים נסוגה בכך שהמדינה מוכנה לקחת על עצמה סיכונים מחושבים הבאים לידי ביטוי בחריגי החוק.

הניתוח המשפטי אינו משתנה בהתאם לזהות העותר נגד החוק. הניתוח הוא ניטרלי.

118. השימוש במבחני פסקת ההגבלה בעייתי בהרבה במקרה של איזון אופקי, וזאת בהיעדר כלים מתודיים ברורים.

בעתירות שלפנינו, זווית הראיה כולה מתמקדת בפגיעה בזכותם של העותרים. השמירה על חייהם וגופם של ההרוגים והפצועים הפוטנציאליים אותה אנו מגדירים כפגיעה בזכות לחיים, הופכת לכאורה ל"אינטרס" של "בטחון הציבור".

דרך זו של איזון אנכי בין זכות חוקתית לאינטרס נחות ממנה מכתיבה את תוצאת הניתוח. זאת כיוון שפגיעה בזכות חוקתית לשם הגנה על אינטרס ערטילאי מצריכה עמידה במבחנים נוקשים בהרבה מפגיעה בזכות חוקתית לשם הגנה על זכות חוקתית אחרת בעלת משקל זהה.

לפיכך אין זה מפתיע שהעותרים מגיעים לתוצאה הפוסלת את החוק.

119. אולם ניתן לחשוב על עתירה הפוכה. מדובר בעתירה של הנפגעים הפוטנציאליים של הטרור, העומדים מאחורי אותו אינטרס של "בטחון הציבור". בעניינם של אלה העיר כבוד השופט א' ריבלין כי:

"אכן, הערך של בטחון הציבור לובש ברגיל דמות ערטילאית, הנטיה היא לראות בו אינטרס של ציבור בלתי מסויים. תכופות גם טיבה של הפגיעה הצפויה בבטחון הציבור אינו מוחשי. זכות האדם לחיים, לעומת זאת, היא זכות קונקרטיה ומוחשית. היא זכות אולטימטיבית כמעט, היא זכותם של בני אדם מסויימים לחיים – בני אדם שכל אחד מהם הוא עולם בפני עצמו. היא באה להגן על אנשים מסויימים. כאמור, ההבחנה בין השניים – בין האינטרס לבין הזכות – היא לעתים קשה, והמקרה שבפנינו יעיד. לכאורה ערך מסוג אינטרס כאן – אינטרס הציבור. אלא שבמקרה זה מתחדדת דמות הציבור ומתמקדת הסכנה. לא ציבור ערטילאי רואים אנו לנגד עינינו כי אם את פניהם הנוגים של מי שעלולים להיפגע במעשה הטרור הבא. את מוראותיה של הפגיעה רואים אנו בעיני רוחנו. אין זה החשש הערטילאי, לשלום הציבור, שאותו הכרנו בפרשות קודמות..."

בטחון הציבור דובר כאן בזכות לחיים ממש, ואותה מבקש החוק לשמר. הפיגוע אותו מבקש החוק למנוע מכוון כלפי בני אדם מסויימים, יחידים, מוסלמים,

יהודים, נוצרים ובודהיסטים, החיים עימנו. **לבני אדם**
אלה מוקנית, לכל אחד ואחד מהם, הזכות לחיים. אין הם
 ניצבים בפנינו היום בגופם שכן אין איש יודע מה צופן לו
 העתיד. אך זכותם ניצבת כאן. הגבולות בין אינטרס
 הציבור וזכות הפרט - מאבדים במקרה זה מכוחם."
 (פסקה 16) (ההדגשות הוספו).

בעתירה ההפוכה, נדרש המחוקק להסביר את כל חריגי החוק. דהיינו העתירה תדרוש
 להסביר מדוע מצמצם המחוקק את הזכות לחיים של תושבי ישראל ומאפשר כניסה של
 נתיני אויב לישראל בזמן מלחמה באופן שעלול לסכן חיי ישראלים.

בעתירה זו נקודת המבט היתה משנה לחלוטין את הניתוח החוקתי. כאן לא ניתן היה
 להמיר את זכותם לחיים של הישראלים באינטרס כזה או אחר. יתר על כן, נדמה כי
 המוקד החוקתי היה משתנה לחלוטין במקרה מעין זה, לו הזכות לחיי משפחה היתה
 מוגדרת תחת כותרת כמו "אינטרס הציבור" על מנת להתאימה לניתוח החוקתי המוכר.

120. לסיכום, לטעמנו ספק אם הניתוח החוקתי המתודי, בעיקר בכל האמור למבחני המשנה
 של עיקרון המידתיות, מתאים לאיזון אופקי בין זכויות חוקתיות שוות ערך.

ייתכן כי במקרה של התנגשות של זכויות שוות ערך יש לפרש את פסקת ההגבלה של חוק
 היסוד ובעיקר את התיבה "במידה שאינה עולה הנדרש" כמחייבת שימוש במבחנים של
 איזון אופקי ולא במבחנים הרגילים שפיתחה הפסיקה עד כה.

על פי המבחנים של איזון האופקי כל זכות יסוד נסוגה מעט על מנת לאפשר חיים בצוותא
 של שתי הזכויות.

121. עם זאת, בפסק הדין נבחרה דרך שונה, הדבקה בניתוח המתודי. אי לכך, נבקש עתה לנתח
 את העתירות על פי הדרך שאומצה בפסק הדין.

יחד עם זאת, נבקש לזכור כל העת כי הזכות לחיים היא העומדת במוקד החוק, וכי מול
 טענות העותרים עומדים הנפגעים מפעולות הטרור שייגרמו בשל ביטול החוק.

נושא הפגיעה בזכות החוקתית אינו מצריך הכרעה ופסק הדין לא קבע הלכה בעניין זה

122. השלב הראשון בניתוח החוקתי מבקש לברר אם החוק פוגע בזכות חוקתית המעוגנת בחוקי היסוד.

העותרים טוענים כי החוק פוגע בזכותם החוקתית לכבוד. לשיטתם, בעקבות עמדות חלק מן השופטים בפסק הדין יש לפרש את הזכות לכבוד ככזו המכילה גם זכויות משנה נוספות כמו הזכות לחיי משפחה והזכות לשוויון.

את הזכות לחיי משפחה מפרשים העותרים ככוללת אף את הזכות לחיי משפחה בישראל כולל עם נתין אויב. את הזכות לשוויון מפרשים העותרים בצורה רחבה, כולל פגיעה תוצאתית בשוויון של הציבור הערבי ישראלי, גם אם לא היתה כוונה להפלותו.

באחת העתירות (בג"צ 830/07) מגדילים העותרים לעשות ומבקשים לבסס טיעון ולפיו אף לבן הזוג הזר, נתין האויב, עומדת זכות חוקתית להשתקע בישראל בעקבות נישואיו לאזרח או תושב ישראלי. מובן כי דין טענה זו להדחות. דווקא העותרים, המבקשים להיאחזו בפסק הדין, אינם יכולים להעלות טענה מעין זו שנדחתה על ידי כל שופטי ההרכב. ההלכה בעניין ברורה וחד משמעית לנתין האויב אין כל זכות חוקתית להיכנס לישראל ולהשתקע בה. לכן לא נתייחס עוד לטענה האמורה המופיעה בעתירה.

123. עמדת המשיבים היא כי אין כל צורך להכריע בסוגיית הפגיעה בזכות החוקתית, כיוון שבין אם יקבע שנפגעה זכות חוקתית כלשהי ובין אם יקבע שלא נפגעה כל זכות חוקתית, דין העתירה להדחות בשל עמידת החוק בכל תנאי פסקת ההגבלה.

עם זאת, בחרנו להתייחס בקצרה לטענות העותרים וזאת למעלה מן הנדרש. העותרים טוענים כי פסק הדין קבע הלכה בשאלת הפגיעה בזכות החוקתית. לטעמנו דין טענה זו להדחות.

פסק הדין לא קבע הלכה מחייבת בשאלת הפגיעה בזכות החוקתית, כיוון שההכרעה בעתירות כלל לא דרשה הכרעה בנושא היקף הזכות החוקתית לכבוד האדם. אי לכך בפועל, הדיון שנערך בפסק הדין בשאלת הפגיעה בזכות החוקתית היה למעלה מן הנדרש.

יתר על כן, אפילו אם נאמר כי הדיון בפגיעה בזכות החוקתית יכול היה ליצור הלכה, הרי שההלכה אינה משרתת את טענות העותרים. זאת כיוון שלטעמנו אין לצרף דיעות מדעת המיעוט ודעת הרוב לשם יצירת הלכה, כפי שמנסים העותרים לעשות.

הדבר נכון בעיקר בכל האמור לפגיעה ב"שוויון התוצאתי". בדעת הרוב שהיא המחייבת לעניין זה (ללא צירוף של דעות המיעוט), רק שני שופטים מבין הששה סברו כי החוק פוגע בשוויון. ארבעה שופטים סברו כי החוק אינו פוגע בזכות לשוויון. לפיכך, אם נקבעה הלכה הרי שההלכה היא שהחוק אינו פוגע בשוויון.

עמדה זו נכונה גם לגבי הפגיעה בזכות לחיי משפחה בישראל. מבין שופטי הרוב (ללא צירוף של דעות המיעוט), שלושה שופטים סברו כי החוק פוגע בזכות החוקתית, שניים סברו כי אין פגיעה כזו, ואחד הניח מבלי להכריע כי אכן קיימת פגיעה כזו, רק על מנת לדחות את העתירה על בסיס עמידת החוק בתנאי פסקת ההגבלה. לכן, לטעמנו, גם בסוגיה זו ספק אם נפסקה הלכה בפסק הדין.

124. עולה מן האמור כי ההכרעה בעתירות אינה מחייבת הכרעה בשאלת הפגיעה בזכות החוקתית. אולם אם יתקיים דיון בסוגיה זו, לא ניתן לומר כי פסק הדין קבע הלכה בעניין זה.

החוק אינו פוגע בכל זכות חוקתית

125. אם תידרש הכרעה בנושא הפגיעה בזכות, עמדתנו היא כי יש לאמץ את העמדה העקרונית המובעת במלואה בפסקי הדין של כבוד המשנה לנשיא (בדימוס) מ' חשין וכבוד השופט מ' נאור, אשר לפיה החוק לא פגע בכל זכות חוקתית, כפי שנסביר בקצרה להלן.

126. המשפט הבין לאומי ואף המשפט הפנימי של מדינות רבות מתיר להגביל כניסת נתיני אויב אל המדינה בשעת מלחמה. ההנחה היא כי נאמנותם של נתיני האויב היא למולדתם ולא למדינה היריבה. לכן הציבור אינו צריך לשאת בסיכון הנשקף מנתיני האויב בעת מלחמה.

עמדה זו נכונה שבעתיים במקרה הישראלי, שבו הפלסטינים מנהלים את מלחמתם באמצעות שימוש באזרחים כפצצות מונחות, ולאחר שהתברר כי האויב עושה שימוש מכוון במי שזכו במעמד בישראל בעקבות נישואיהם או נישואי הוריהם לישראלים.

ראו לעניין זה:

י' זילברשץ "על הגירת זרים שאינם יהודים לישראל - פתיחת דיון" **משפט וממשל** י (2006) 87, 102-99.

א' רובינשטיין ולי' אורגד, "זכויות אדם, בטחון המדינה ורוב יהודי: המקרה של הגירה לצורכי נישואין", **הפרקליט** מח (2006) 315.

127. עתה בחסות הזכות לחיי משפחה והזכות לשוויון של הישראלים מבקשים העותרים להפוך את הכלל המקובל, ולחייב את ישראל להכניס לשטחה אלפי נתיני אויב בשעת מלחמה, מבלי שניתן יהיה לבחון את מסוכנותם. אין לקבל גישה זו. אין כל ראייה לכך

שאפילו מדינה אחת בעולם הסכימה לסוג זה של הגירה, לא בחקיקה ראשית וודאי שלא באמצעות פסק דין המבטל חקיקה ראשית המאמצת את הכלל המקובל בעולם בעניין זה. כפי שהסביר כבוד השופט א' גרוניס:

”11. חוות דעתו של חברי הנשיא, כדרכו, עשירה באסמכתאות מכל קצווי תבל ומלאה בהפניות להוגים ומלומדים רבים. עם זאת, לא הצביע חברי הנשיא ולו על דוגמה אחת של מדינה שהתירה כניסה של אלפי נתיני אויב לשטחה למטרה כלשהי בשעת מלחמה או בזמן מאבק מזוין. על אחת כמה וכמה שלא נמצאה דוגמה לפיה בית משפט מדינתי חייב מדינה להתיר כניסה של אלפי נתיני אויב לשטחה שלה.”

128. לטעמנו אין לאדם זכות חוקתית להביא ארצה כל בן זוג נתין אויב ולחייב את הציבור לשאת בסיכונים הנובעים מנישואיו.

לכן מול הזכות החוקתית לחיי משפחה לא עומדת חובה של המדינה להתיר כניסה או להעריך פרטנית את הסיכון הנשקף מכל זר וזר. הדבר נכון בעיקר כאשר הגורם המקצועי שאמור להעריך את מסוכנותם של נתיני האויב סבור כי אינו יכול לעמוד במשימה.

הכלל הוא כי כל מדינה רשאית לעצב לעצמה מדיניות הגירה התואמת את עקרונותיה. יצירת זכות חוקתית לחיי משפחה בישראל בצירוף היעדר יכולת להעריך את הסיכון הפרטני מכל נתין אויב משמעה, הלכה למעשה, צמצום עד איון של יכולתה של המדינה לעצב לה מדיניות הגירה כוללת. הדבר נכון בעיקר בעת חירום ומצב של לחימה.

יש לזכור כי הזכות לחיי משפחה אינה מעוגנת בצורה מפורשת בחוק יסוד כבוד האדם וחירותו. היא נגזרת בצורה משתמעת מההגנה על כבוד האדם. לטעמנו יהיה זה מרחיק לכת ביותר מבחינה פרשנית לגזור מעקרון ערטילאי של כבוד האדם זכות חוקתית ייחודית שאינה מוכרת בעולם או בישראל באופן שאינו עולה בקנה אחד עם דעתו של המחוקק הראשי.

129. הדברים נכונים גם בנוגע לטענה בדבר הפגיעה בעקרון השוויון. אכן, בבג"צ 6427/02 התנועה לאיכות השלטון נ' הכנסת (טרם פורסם) נפסק כי מרכיבים מסוימים של הזכות לשוויון כלולים בזכות לכבוד המעוגנת בחוק היסוד. נזכיר כי מדובר בעתירות שנגעו לחוקתיות של החוק הידוע בכינויו "חוק טל".

יחד עם זאת, מובן כי לא כל הבדל ביחס לאנשים שונים יוצר פגיעה בשוויון החוקתי. יש צורך בהפליה פסולה כדי ליצור את הפגיעה בשוויון העולה כדי פגיעה בכבוד האדם. **הבחנה המבוססת על נימוקים ענייניים אינה הפליה ואינה פוגעת בכבוד האדם.**

אולם בכך לא די. נדמה כי מוסכם כי החוק אינו מתכוון להפלות את אזרחיה ותושביה הערביים של מדינת ישראל, למרות שתוצאתו מתבטאת בעיקר כלפי ציבור זה. לכן הטענה היא כי החוק פוגע "בשוויון התוצאתי".

לטעמנו, הקביעה כי פגיעה תוצאתית בשוויון ללא כוונה להפלות מביאה אוטומטית לפגיעה בכבוד האדם היא מרחיקת לכת. כך, בארצות הברית על מנת להוכיח פגיעה בשוויון המצדיקה ביטול חוק, יש צורך להוכיח כוונה להפלות. גם במדינות אחרות, כמו קנדה ודרום אפריקה, בהן מוכרת הפגיעה התוצאתית בשוויון, טעם ענייני לפגיעה יכול להביא לקביעה כי לא נפגע עקרון השוויון החוקתי.

נזכיר כי חוקי היסוד אינם כוללים את הזכות לשוויון במונח המלא. הדבר נעשה במכוון, לאחר שלא הושגה הסכמה לגבי שילוב זכות זו בחוקי היסוד. הזכות לשוויון מעוגנת בחוקי יסוד רק אם הפגיעה בשוויון עולה כדי פגיעה בכבוד האדם. עמדתנו היא כי פגיעה תוצאתית בשוויון ללא כוונה להפלות אינה יוצרת בדרך כלל פגיעה בכבוד האדם.

במקרה שלפנינו, אין כל כוונה להפלות קבוצה כלשהי. החוק אינו מבוסס על תכונות של קבוצה בציבור הישראלי אלא על מאפייני בן הזוג הזר. ההבחנה מבוססת על תכלית ביטחונית ראויה ועל יסוד סיכון מוכח. לכן אין בחוק כל הפליה פסולה אלא הבחנה מותרת בין מי שנישא לנתין אויב בעל פוטנציאל סיכון לבין מי שנישא למי שאינו אמור לסכן את הציבור בישראל.

כך, החוק אינו חל על אזרח ערבי שנישא לתושב זר שאינו נתין אויב, אך הוא חל על אזרח שאינו ערבי המבקש להינשא לנתין אויב, והיו גם מקרים מעין אלה. לכן, החוק ניטרלי ולא מפלה.

כללי

130. פסקת ההגבלה הקבועה בסעיף 8 לחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו קובעת כי:

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

לפסקת ההגבלה תפקיד כפול. היא מבטיחה כי זכויות האדם הקבועות בחוק היסוד לא ייפגעו אלא בהתקיים התנאים הקבועים בה. **עוד היא קובעת כי אם התנאים הקבועים בה מתקיימים, הפגיעה בזכויות האדם הקבועות בה היא חוקתית.**

131. פסקת ההגבלה מתירה פגיעה בזכות יסוד אם מתקיימים ארבעה תנאים: הפגיעה נעשית בחוק או לפי חוק מכח הסמכה מפורשת בו; הפגיעה הולמת את ערכיה של מדינת ישראל, הפגיעה נעשית לתכלית ראויה, וכן במידה שאינה עולה על הנדרש.

אנו נתמקד בשני התנאים האחרונים של פסקת ההגבלה ונראה כי החוק נועד לתכלית ראויה וגם אם קיימת פגיעה בזכות חוקתית כלשהי הרי שפגיעה זו אינה עולה על הנדרש.

תכליתו של החוק היא תכלית ראויה

132. תכלית ראויה היא תכלית שנועדה להגשים מטרות חברתיות העולות בקנה אחד עם ערכיה של מדינת ישראל. בשל מרכזיותה של הזכות לכבוד רק תכלית חברתית מהותית יכולה להצדיק פגיעה בזכות זו. לעניין זה נפסק בפסק דינו של כבוד הנשיא א' ברק כי:

”62. מהם מאפייניה של התכלית הראויה? נקבע כי תכליתו של חוק הפוגע בכבוד האדם, היא ראויה אם היא נועדה להגשים מטרות חברתיות העולות בקנה אחד עם ערכיה של המדינה בכלל, והמגלות רגישות למקומן של זכויות האדם במערך החברתי הכולל...”

כאשר הפגיעה היא בזכות מרכזית – כגון הפגיעה בכבוד האדם – תכליתו של החוק הפוגע תצדיק הפגיעה אם התכלית מבקשת להגשים מטרה חברתית מהותית, או צורך חברתי לוחץ. יתכן ופגיעות בזכויות מרכזיות פחות יצדיקו רמת נחיצות נמוכה יותר.”

133. במקרה שלפנינו קבע פסק הדין הלכה ברורה. כל שופטי הרוב (כמו גם מרבית שופטי המיעוט) קבעו כי תכליתו היחידה של החוק היא תכלית ביטחונית ראויה, חשובה ומהותית - הגנה על חיי אדם על ידי הקטנת הסיכון מבני הזוג הזרים שהם נתיני אויב

בעת מלחמה ועימות מתמשך. בשל קיומה של הלכה ברורה בעניין זה נדמה כי אין צורך להרחיב עוד בסוגיה.

למעלה מן הצורך נציין כי תכליתו הראויה של החוק עולה מהעיתוי שבו נחקק, במהלכה של המלחמה, דברי ההסבר לחוק, ובעיקר הוראותיו של החוק.

החוק נחקק כהוראת שעה, המתייחסת לתקופת המלחמה. הוא אינו מבקש לחוקק מדיניות דמוגרפית ארוכת שנים. החוק אינו מונע לחלוטין כניסת נתיני אויב. בנוגע לתושבי האזור, החוק מבוסס על פרופיל סיכון משוער של מחבלים וסייענים. בפועל עיקר פעולתו היא **דחיית מימוש** המגורים בישראל ולא שלילת הזכות, ככל שקיימת.

הוראות החוק ממוקדות בסיכון הביטחוני, ואינן עונות כלל על תכלית דמוגרפית. הרי אם החוק היה מיועד לתכלית דמוגרפית לא היה מקום לאשר השתקעות בישראל של נתיני אויב המצויים מחוץ לפרופיל הסיכון. תכלית דמוגרפית מבקשת לצמצם כניסה של גורמים מסוימים בכל מצב ובכל תנאי ללא קשר לפרופיל הסיכון.

לעומת זאת, החוק שלפנינו, אינו מונע, במרבית המקרים, השתקעות בישראל אלא דוחה את ההשתקעות עד ליציאת בן הזוג הזר מפרופיל הסיכון. דחיית ההשתקעות בלבד אינה עולה בקנה אחד עם תכלית דמוגרפית שבאה למנוע השתקעות.

לפיכך, גם לגופו של עניין, החוק עומד במבחן התכלית הראויה.

הפגיעה בזכות החוקתית אינה עולה על הנדרש

134. הדרישה כי הפגיעה בזכות החוקתית תהיה במידה שאינה על הנדרש מתמקדת באמצעי שהמחוקק בחר כדי להגשים את התכלית הראויה. לא כל אמצעי שננקט להגשמת התכלית הראויה הוא אמצעי מידתי.

בית משפט נכבד זה עושה שימוש בשלושה מבחני משנה לשם בחינת המידתיות של החוק. מבחני המשנה מושפעים ממהותה של הזכות הנפגעת, מעוצמת הפגיעה בזכות וחשיבותם של הערכים עליהם נועד להגן החוק (ראו כבוד הנשיא א' ברק בפסקה 65).

נזכיר כי ההלכה היא כי החוק שעמד לבחינה בפסק הדין הוא מידתי. התיקון הוסיף חריג נוסף בדמות טעמים הומניטאריים מיוחדים, ולכן מובן כי החוק שלפנינו מידתי עוד יותר.

נבחן את עמידת החוק בכל אחד ממבחני המשנה. מטבע הדברים נתמקד במבחן המשנה השלישי שעליו עומד פסק הדין כולו.

135. מבחן המשנה הראשון הוא "מבחן הקשר הרציונאלי" או "מבחן ההתאמה". על פיו נדרש קשר של רציונאליות בין המטרה הראויה לבין האמצעי שנבחר. בעניין זה נפסק בפסק הדין כי:

"הרציונליות אינה טכנית. היא מחייבת לעתים הוכחתם של קשרים סיבתיים, המבססים את הקשר הרציונלי. לעניין קשרים אלה, לא נדרשת, מחד גיסא, ודאות מוחלטת כי האמצעי ישיג את מטרתו, ומאידך גיסא, אין להסתפק בסיכון "קלוש ותיאורתי"... נדרשת אותה מידת הסתברות שהיא ראויה בהתחשב במהות הזכות, עוצמת הפגיעה בה, והאינטרס הציבורי שהפגיעה נועדה להגשים. "לא נדרשת וודאות מוחלטת כי האמצעי ישיג את מטרתו. די במידת הסתברות רצינית להשגת התכלית על ידי האמצעי הפוגע בזכות. מידת ההסתברות הנדרשת תיקבע בהתאם לחשיבותה היחסית של הזכות הנפגעת ושל תכלית הפגיעה" (כבוד הנשיא א' ברק בפסקה 66).

בפסק הדין נקבעה בעניין זה הלכה ברורה על דעת כל חברי ההרכב, ולפיה החוק מקיים את מבחן המשנה הראשון, שכן הוא מונע את כניסתם של גורמי הסיכון לישראל ובכך מגשים את תכליתו הביטחונית הראויה.

לטעמנו, אין להרחיב בעניין זה שכן החוק שעמד לבחינה בפסק הדין אינו שונה מהותית מהחוק העומד להכרעה בפנינו.

136. מבחן המשנה השני הוא מבחן האמצעי שפגיעתו פחותה או מבחן הצורך. מבחן זה מניח כי קיימים מספר אמצעים להגשים את התכלית הראויה, העומדים כולם במבחן המשנה הראשון. מבין אמצעים אלה יש לבחור את האמצעי שפגיעתו בזכות האדם היא הפחותה. לעניין זה יש לזכור כי:

"החובה לבחור באמצעי שפגיעתו פחותה, אינה שקולה כנגד החובה לבחור באמצעי שבאופן מוחלט הוא הפוגעני פחות. החובה היא לבחור, מבין האופציות הסבירות העומדות לרשותה, את זו הפוגעת פחות. יש להשוות, איפוא, בין האפשרויות הרציונליות, תוך בחירה של אותה אפשרות, אשר בנסיבות הקונקרטיים, יש בכוחה להשיג את התכליות הראויות תוך פגיעה פחותה בזכויות האדם. "לא נדרש כי הכנסת תבחר, בכל תנאי ובכל מחיר, באמצעי המאפשר את השגת התכלית בלי לפגוע כלל בזכות או באמצעי הפוגע בזכות במידה המינימלית האפשרית...תמיד יש לאזן בין תכלית למטרה; תמיד יש להתחשב באופציות הפתוחות" (ההדגשה הוספה) (כבוד הנשיא א' ברק בפסקה 68).

תחת מבחן משנה זה עולה לעיתים השאלה האם רשאים המחוקק והרשות המינהלית לנקוט בהסדר גורף כאמצעי להגשמת התכלית הראויה או שמא חובה עליהם להשתמש

תמיד בבדיקה פרטנית לשם השגת התכלית. מדובר במקרים בהם מדיניות מוחלת כלפי קבוצה גדולה ביותר של אנשים, בשל קושי לבחון את עניינו של כל אדם בנפרד.

בעניין זה קיימת תמימות דעים בפסק הדין. נפסק כי הבדיקה הפרטנית עדיפה תמיד על איסור גורף, אלא אם הבדיקה הפרטנית אינה יכולה להגשים את תכליתו הראויה של החוק (כבוד הנשיא א' ברק בפסקה 69 לפסק הדין).

גם בעניין זה סברו כל חברי ההרכב כי החוק מקיים את מבחן המשנה השני, כיוון שאין אמצעי אחר, כולל שימוש באבחון פרטני, שיכול להגשים את תכליתו הביטחונית של החוק באותה מידה כמו ההסדרים בהם נקט המחוקק. לעניין זה נפסק על דעת כל חברי ההרכב כי:

"נמצא, כי לאור הערך המרכזי של חיי אדם שהחוק בה להגן עליו, ברי כי האיסור הגורף יהא תמיד יעיל יותר – מבחינת הגשמת המטרה של הקטנת הסיכון הביטחוני ככל האפשר – מהבדיקה האינדיבידואלית. מסקנתנו הינה, איפוא, כי בנסיבות המקרה שלפנינו, הבדיקה האינדיבידואלית אינה מגשימה את התכלית החקיקתית באותה מידה כמו האיסור הגורף. אין חובה, על כן, במסגרת האמצעי שפגיעתו פחותה, להיעצר בדרגה זו, והמחוקק רשאי היה לבחור באיסור הגורף בו בחר." (כבוד הנשיא א' ברק בפסקה 89 לפסק הדין).

בעניין זה נעיר כי כבוד הנשיא א' ברק בפסק דינו (פסקה 72) קבע כי אחת האינדיקציות לעמידה במבחן המשנה השני הוא קיומו של הסדר חריגים להסדר הכולל. שופטי המיעוט המליצו על הוספת הסדר מעין זה לחוק.

כאמור, בעקבות הערות בית המשפט הנכבד הוסף במסגרת התיקון הסדר הומניטארי, המאפשר לחרוג מהוראות החוק במקרים המתאימים.

בהקשר זה נבקש לציין כי החוק כלל אינו קובע הסדר גורף, וזאת בשל חריגים הרבים הקבועים בו.

על כן, בהתאם להלכה שנקבעה בפסק הדין, החוק עומד גם בתנאיו של מבחן המשנה השני.

137. מבחן המשנה השלישי למידתיות הפגיעה הוא מבחן האמצעי המידתי המכונה גם מבחן המידתיות במובן הצר. מבחן זה בוחן את היחס הראוי בין התועלת הצומחת מהשגת התכליות הראויה לבין הפגיעה בזכות החוקתית. הוא מאזן בין התועלת מהחוק לבין נזקו של החוק. מבחן זה מחייב "העמדת הערכים והאינטרסים המתנגשים אלה מול אלה ואיזון ביניהם על פי משקלם." (ראו כבוד הנשיא א' ברק בפסקה 74).

138. כפי שהראינו לעיל, התוצאה הסופית של פסק הדין נקבעה בהתאם לעמדתו של כל שופט ושופט (למעט כבוד השופט א' א' לוי) לגבי עמידת החוק במבחן משנה זה.

כפי שהסברנו, עמדתו העדכנית של שירות הביטחון הכללי היא כי על פי ניסיון העבר החזרת האבחון הפרטני הגורף אף בנוגע לקבוצות הנמנות על קבוצות הסיכון תביא לפגיעה בחיי אדם.

בנוסף, העמדה המקצועית של שירות הביטחון היא כי אין דרך להיטיב את האבחון הפרטני מעבר למקובל כיום, כך שיאפשר לנבא ולחזות את העתיד לגבי מי שאין לגבי כיום מידע. הצעות בית המשפט הנכבד בפסק הדין נבדקו ונמצא כי אינן משנות עובדה זו.

לכן, על בסיס עמדה עדכנית זו של שירות הביטחון הכללי, האבחון הפרטני שעמד בפני שופטי ההרכב הוא זה שעומד עתה בפנינו. אבחון זה אינו מסוגל לנבא מסוכנות. אבחון זה כשל בעבר וייכשל גם בעתיד.

אי לכך, מוגבלותו של האבחון הפרטני אינה מציבה בפני המחוקק דילמה של הסתברות או נטילת סיכון מחושב. החזרת האבחון הפרטני הגורף, בעת עימות מזוין, משמעה פגיעה ודאית בחיי אדם. מול הפגיעה הודאית בחיי אדם עומדת הפגיעה בחיי משפחה.

זהו האיזון אותו ראה המחוקק לנגד עיניו, כפי שהראו שופטי הרוב. לטעמנו לאור עמדתו עדכנית זו של שירות הביטחון הכללי איזון אופקי זה יכול להתאים גם לעמדת שופטי המיעוט. כפי שהסברנו לעיל, עמדת מרבית שופטי המיעוט היתה מבוססת על ההנחה כי ניתן לשפר את האבחון הפרטני.

בהיעדר יכולת כזו, ההנחה היא כי גם לדעת שופטי המיעוט יש לשנות אף את נוסחת האיזון עליה התבססו שופטי המיעוט, ולבחון את הוראות החוק בהתאם לשיטת שופטי הרוב..

במלאכת האיזון קיימים מספר נתונים ההופכים את החוק למידתי אף על פי מבחן המשנה השלישי:

ראשית, בעוד שהפגיעה בחיים ובשלמות הגוף מצויה בגרעין של הזכויות, הפגיעה בזכות לחיי משפחה, אם קיימת, מצויה בשולי הזכות לכבוד האדם. **אין להשוות פגיעה ודאית ובלתי הפיכה בחיי אדם, לדחייה במימוש חיי המשפחה בישראל. החוק אינו חוסם את הזכות להינשא ואף לא את הזכות לחיי משפחה משותפים**. כל שעושה החוק הוא הטלת מגבלות מסוימות על מימוש חיי המשפחה בישראל בעת נתונה.

לכן מהות הזכויות המתנגשות והיקף הפגיעה בכל זכות מחייבים מתן משקל רב יותר לזכות לחיים ולשלמות הגוף.

שנית, בניגוד לנטען אין מדובר באיסור גורף על מגורים בישראל של נתין אויב יחד עם בן זוגו הישראלי. קיימות בחוק מספר הוראות ההופכות אותו למאוזן. החוק בנוי על פרופילי סיכון משוערים של מחבלים וסייענים ולא על איסור המתייחס לכלל הנישאים לתושבי האזור.

פרופיל המחבל או הסייען למחבל נבנה על בסיס ניסיון העבר - הן ממעורבות מקבלי המעמד בישראל ובני משפחותיהם בפיגועים, והן מניתוח מעורבות בטרור של כלל האוכלוסייה באזור.

מהנתונים עולה כי רוב מוחלט ממקבלי המעמד ובניהם שהיו מעורבים בפיגועים, ביצעו את הפיגועים בעת שהיו בגילאים 18-35. לכן הוחלט לקחת סיכון מחושב, ולהתיר הגשת בקשות לקבלת מעמד בישראל מכח נישואין לנשים מעל גיל 25 וגברים מעל גיל 35.

נעיר בהקשר זה כי בעבר מעורבותן של נשים בטרור היתה נדירה. החל משנת 2002 חלה עליה משמעותית במעורבות נשים בטרור, הן מסיבות אידיאולוגיות והן מסיבות טקטיות של ארגוני הטרור, שסברו כי לנשים יהיה קל יותר לחדור את מערך ההגנה הישראלי.

מאז ינואר 2002 אותרה מעורבות של 101 נשים בפעולות טרור, 70 מהן היו מעורבות בפיגועי התאבדות. גילאי המחבלות היו בין 17 ל - 30 שנים. בפיגועים בהם נטלו חלק נשים נהרגו 39 ישראלים ונפצעו 314.

שלישית, החוק כולל בתוכו מנגנון חריגים הומניטארי עבור מקרים הומניטאריים מיוחדים.

רביעית, החוק נחקק כהוראות שעה בלבד, ולכן המגבלות המוטלות בו הן מגבלות זמניות בלבד, התחומות לתקופת העימות.

139. בעקבות ההוראות המקלות בחוק חלק ניכר (לפחות 30% מכלל המבקשים) יוכלו להיכנס לישראל. עבור רוב מוחלט מבין בני הזוג הנישאים לנתיני אויב, שאין מידע מחשיד אודותם, אין מדובר בפגיעה בלתי הפיכה אלא לכל היותר מדובר על דחיית מימוש המגורים המשותפים בישראל עד הגיעו של בן הזוג הזר למגבלת הגיל הקבוע בחוק. בנסיבות אלה לא ניתן לדבר על איסור גורף, אלא על הסדר מידתי ומאוזן.

מעמד הקטינים על פי החוק

140. העותרים בבג"צ 5030/07 מעלים בעתירתם טענה הנוגעת לקטינים תושבי האזור בגילאים 14-18 (להלן - נערים). העתירה מתמקדת בנערים תושבי האזור שהוריהם תושבי מזרח ירושלים ומחזיקים ברישיון לשיבת קבע בישראל. לעניין נערים אלה קובע סעיף 3א לחוק כי:

"על אף הוראות סעיף 2, רשאי שר הפנים, לפי שיקול דעתו:

...
(2) לאשר בקשה למתן היתר לשהייה בישראל בידי מפקד האזור לקטין תושב האזור שגילו מעל 14 שנים לשם מניעת הפרדתו מהורו המשמורן השוהה כדין בישראל, ובלבד שלא יוארך היתר כאמור אם הקטין אינו מתגורר דרך קבע בישראל."

החוק קובע כי נער שרשום במרשם התושבים באזור או התגורר שם בפועל יוכל לקבל היתר שהייה בישראל לשם מניעת הפרדתו מהורו המשמורן השוהה כדין בישראל. עם זאת, החוק קובע כי הסדר זה יופעל רק אם הנער מתגורר דרך קבע בישראל.

141. לעותרים בעתירה זו טענות רבות נגד הסדר זה. העותרים חפצים כי המחוקק יאפשר להעניק לאותם נערים רשיון לשיבת קבע בישראל כמו להוריהם. לשיטתם קיימים נערים רבים שנרשמו באזור אולם בפועל התגוררו עם הוריהם בישראל ולכן יש להעניק להם רישיון לשיבת קבע.

ככל שניתן להבין, העותרים מבקשים להרחיק הרבה מעבר להלכה שנקבעה בפסק הדין, אפילו מעבר לדעת המיעוט. לשיטתם, הזכות לחיי משפחה כוללת הן את הזכות לחיות עם המשפחה בישראל, אך גם את הזכות לקבלת מעמד קבע לכל בני המשפחה.

142. טענת העותרים היא טענה מרחיקת לכת שאין לקבלה. הזכות לחיי משפחה בישראל, ככל שקיימת זכות זו, כולל על פי דעת המיעוט בפסק הדין, מדברת על הזכות לחיות עם המשפחה בישראל. אין היא עוסקת כלל במעמד הנלווה לזכות זו, או בתנאים הסוציאליים הכלולים בה.

לכן, אפילו לשיטת אלה הסוברים כי קיימת להורה הישראלי זכות להתגורר בישראל עם ילדיו, זכות זו הוגשמה בהוראות החוק המקנות לשר הפנים סמכות להעניק לנער היתר ישיבה בישראל. מטעם זה בלבד דין העתירה האמורה להדחות, כיוון שהחוק לא פוגע בכל זכות חוקתית.

143. אולם גם אם נקבל שקיימת זכות חוקתית כפי שמנסחים העותרים הרי שהפגיעה בזכות עומדת בכל תנאי פסקת ההגבלה.
- מאז תחילת העימות אותרה מעורבות של 420 קטינים מעל גיל 12 בפעולות טרור. 221 קטינים היו מעורבים בפיגועי התאבדות.
- עיון בגילם של המעורבים העלה כי ככל שגילם של הקטינים עולה כך עולה השכיחות של המעורבת בטרור.
- כך, מבין 420 המעורבים בטרור רק ארבעה היו מתחת לגיל 14. אולם מגיל 14 חלה עלייה משמעותית במעורבות קטינים בפיגועים.
- אולם בכך לא די. חלק נכבד מפיגועי ההתאבדות הקטלניים ביותר בוצע על ידי צעירים תושבי האזור, בניס לתושבי האזור שזכו במעמד בישראל בשל נישואיהם לישראלים. מדובר בצעירים שהתגוררו באזור, אך נשאו תעודת זהות ישראלית, אותה ניצלו לשם ביצוע פיגועים.
- על כן, אוכלוסיית הצעירים שהתגוררו או מתגוררים באזור, המבקשים מעמד בישראל מהווה קבוצת סיכון מיוחדת. ההגבלות על שהייתה של אוכלוסיה זו משרתות תכלית בטחונית ראויה וחשובה.
144. יחד עם זאת, ולמרות הסיכון בכניסתם לישראל, הוחלט לאפשר כניסת הנערים לישראל על מנת לאפשר להם לגור עם ההורה המשמורן בישראל, ובתנאי שהם מתגוררים דרך קבע בישראל. לשם כך הוסמך שר הפנים לאשר הענקת היתר שהייה בישראל לנערים.
- באופן זה מוגשמת זכות ההורה הישראלי לחיות עם משפחתו בישראל. מנגד ניטלה מצעירים אלה האפשרות לקבל תעודת זהות ישראלית ולשאת ברשיון נהיגה ישראלי. צעירים אלה יזוהו כתושבי האזור, ולכן תנועתם בישראל לא תהיה חופשית. באופן זה יוקטן הסיכון מנערים אלה למרות שהייתם בישראל.
145. מגבלה זו אף עומדת בכל מבחני המידתיות, מהטעמים הכלליים עליהם הרחבנו לעיל. בעניין זה נעיר כי לטעמים הכלליים מצטרף טעם נוסף הממתן את הפגיעה בזכות. כאמור, החוק מתיר את ישיבתם של הנערים בישראל יחד עם הוריהם, בתנאים הקבועים בחוק בשונה מההסדר שנקבע לגבי נתיני אויב בגירים המבקשים להשתקע בישראל.
- על כן, באיזון בין הנזק השולי לקטינים לבין התרומה המשמעותית לחיי אדם, מדובר בהסדר העומד בכל תנאי המידתיות ובכלל זה מבחן המשנה השלישי.

146. החוק העומד עתה לבחינה חוקתית מהווה שלב נוסף בהתאמת דיני ההגירה של מדינת ישראל למלחמת הטרור המתנהלת נגדה. החוק הוא חוק מאוזן ומידתי, הכולל הוראות רבות הממתנות את הכלל הרחב הקבוע בו.

כפי שהראינו מסקנה זו עולה בקנה אחד עם פסק דינו של בית המשפט הנכבד שדן בגרסה קודמת של החוק. מפסק הדין עולה כי החוק שלפנינו עומד בכל תנאי פסקת ההגבלה, שכן הוא נחקק לתכלית ראויה, והמגבלות שהוא מטיל אינן עולות על הנדרש לאור המגבלות הטבועות באבחון הפרטני.

אין מדובר בהסדר חוקי גורף. החוק כולל לקיחת סיכונים לא מבוטלים במטרה לאפשר לתושבי ישראל להתגורר בישראל עם נתיני אויב, גם אם הנישואין נעשו בתקופת המלחמה.

דרישת העותרים לבטל את החוק ולחזור לשיטה שקדמה לו, קרי אבחון פרטני גורף, גם ביחס לבני זוג נתיני אויב בגילאי סיכון, משמעה לדעת המחוקק, על בסיס חוות דעת מקצועית עדכנית של שירות הבטחון הכללי, הימור מסוכן ופגיעה ודאית בחיי אדם. מדובר בהימור שחברה במלחמה אינה יכולה לשאת.

147. על כן, מתבקש בית המשפט הנכבד לכבד את מרחב המידתיות הנתון למחוקק הראשי ולדחות את העתירות.

148. העובדות בתגובה זו נתמכות בתצהירו של ראש האגף לסיכול טרור וריגול ערבי – איראני בשירות הבטחון הכללי.

היום: 16 ספטמבר 2007

ד' תשרי תשס"ח

יוכי גנסזן

**מנהלת תחום עניינים מינהליים
בפרקליטות המדינה**

אבי ליכט

סגן בכיר א' לפרקליט המדינה