

## תוכן עניינים

3 (א) פתח דבר

6 (ב) תכלית החקיקה: הגנה על הזכות לחיים, לשלמות הגוף ולבטחון אישי

6 (ב)(1) זיהוי תכליתה האובייקטיבית של החקיקה: הגנה על הזכות לחיים

7 (ב)(1)(I) העצמת הסיכון כתוצאה מדפוס השתקעות עובר לתיקון

13 (ב)(1)(II) הליך קבלת החוק

13 (ב)(1)(III) זמניות החקיקה כביטוי לתכליתה

14 (ב)(1)(IV) צמצום תחולת הוראת השעה

14 (ב)(1)(V) דברי ההסבר להוראת השעה

15 (ב)(2) עליונות תכלית ההגנה על החיים

17 (ג) העדר זכות חוקתית לזר להגר למדינה

17 (ג)(1) העדר זכות חוקתית לזר להגר למדינה במשפט הבינלאומי

17 (ג)(1)(I) המשפט הבינלאומי המנהגי

18 (ג)(1)(II) המשפט הבינלאומי ההסכמי

21 (ג)(2) כללי המשפט הבינלאומי החלים על נתיני מדינת אויב

22 (ג)(3) העדר זכות חוקתית "ישירה" בישראל להגירה מכל טעם שהוא

24 (ג)(4) המצב החוקי בהקשר להגירה מחמת נישואין טרם חקיקת הוראת השעה

26 (ג)(5) המצב החוקי בהקשר להגירה מחמת נישואין לאחר חקיקת הוראת השעה

27 (ג)(6) הסדר שלילי באשר לזכות חוקתית "עקיפה" להגירה

28 (ד) טענת הפגיעה בזכויות מוגנות

28 (ד)(1) איזונו הפנימי של החוק כשולל "פגיעה"

29 (ד)(2) היקפן הפנימי של הזכויות הפרטיקולריות: הזכות לחירות ולפרטיות

32 (ד)(3) היקפה הפנימי של הזכות הכללית לכבוד: הזכות לשוויון ולחיי משפחה

32 (ד)(3)(I) כללי

43 (ד)(3)(II) הזכות לשוויון

66 (ד)(3)(III) הזכות לחיי משפחה

|           |  |
|-----------|--|
| <u>75</u> | <u>(ה) מבחני פסקת ההגבלה</u>                                     |
| <u>75</u> | <u>(ה)(1) יישום פסקת ההגבלה בחקיקה זמנית</u>                     |
| <u>76</u> | <u>(ה)(2) יישום מבחני פסקת ההגבלה</u>                            |
| <u>76</u> | <u>(ה)(2)(I) תכלית ראויה ההולמת את ערכיה של מדינת ישראל</u>      |
| <u>79</u> | <u>(ה)(2)(II) שיקולים כלליים החולשים על יישום מבחני המידתיות</u> |
| <u>82</u> | <u>(ה)(2)(III) יישום מבחני המידתיות</u>                          |
| <br>      |  |
| <u>87</u> | <u>(ו) היקף הביקורת השיפוטית</u>                                 |

## סיכומים מטעם המשיבים

1. עניינן של העתירות הוא בחוקתיות חוק האזרחות והכניסה לישראל (הוראת שעה), תשס"ג – 2003 (להלן: "הוראת השעה"), הקובע כי:

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" – מפקד כוחות צבא הגנה לישראל באזור;  
 "תושב אזור" – לרבות מי שמתגורר באזור אף שאינו רשום  
 במרשם האוכלוסין של האזור, ולמעט תושב יישוב ישראלי  
 באזור.

2. בתקופת תוקפו של חוק זה, על אף האמור בכל דין לרבות סעיף 7 לחוק האזרחות, שר הפנים לא יעניק לתושב אזור אזרחות לפי חוק האזרחות ולא ייתן לו רשיון לישיבה בישראל לפי חוק הכניסה לישראל, ומפקד האזור לא ייתן לתושב כאמור היתר לשהייה בישראל לפי תחיקת הבטחון באזור.

3. על אף הוראות סעיף 2 –

(1) רשאי שר הפנים או מפקד האזור, לפי העניין, לתת לתושב אזור רשיון לישיבה בישראל או היתר לשהייה בישראל, למטרת עבודה או לשם טיפול רפואי, לתקופה קצובה, וכן

למטרה זמנית אחרת- לתקופה מצטברת שלא תעלה על ששה חודשים, וכן רשיון לישיבה בישראל או היתר לשהייה בישראל לשם מניעת הפרדת ילד עד גיל 12 מהורו השווה בישראל כדין ;

(2) רשאי שר הפנים להעניק אזרחות או לתת רשיון לישיבה בישראל, לתושב אזור, אם שוכנע כי הוא מזדהה עם מדינת ישראל ויעדיה וכי הוא או בן משפחתו פעלו פעולה של ממש לקידום הביטחון, הכלכלה או עניין חשוב אחר של המדינה, או שהענקת האזרחות או מתן הרשיון לישיבה בישראל הם מעניינה המיוחד של המדינה ; בפסקה זו, "בן משפחה"- בן זוג, הורה, ילד.

4. על אף הוראות חוק זה-

(1) רשאי שר הפנים או מפקד האזור, לפי העניין, להאריך את תוקפו של רשיון לישיבה בישראל או של היתר לשהייה בישראל, שהיו בידי תושב אזור ערב תחילתו של חוק זה ;

(2) רשאי מפקד האזור לתת היתר לשהייה זמנית בישראל תושב אזור שהגיש בקשה להתאזרחות לפי חוק האזרחות או בקשה לרשיון ישיבה בישראל לפי חוק הכניסה לישראל, לפני יום א' בסיוון התשס"ב (12 במאי 2002) ואשר ביום תחילתו של חוק זה טרם ניתנה החלטה בעניינו, ובלבד שלא תוענק לתושב כאמור, לפי הוראות פסקה זו, אזרחות לפי חוק האזרחות, ולא יינתן לו רשיון לישיבת ארעי או לישיבת קבע, לפי חוק הכניסה לישראל.

5. חוק זה יעמוד בתוקפו עד תום שנה מיום פרסומו, ואולם רשאית הממשלה, באישור הכנסת, להאריך בצו את תוקפו, מעת לעת, לתקופה שלא תעלה בכל פעם על שנה אחת."

עמדת המשיבים, בקליפת האגוז, היא כי הוראת השעה מגבילה הגירה והשתקעות של אוכלוסייה המצויה בעת הזו בעימות מזוין עם מדינת ישראל, וזאת על מנת להגן על שלום הציבור בישראל ובטחונו. משכך הוראת השעה עולה בקנה אחד עם הוראות חוק יסוד כבוד האדם וחירותו. לחילופין, אף אם יש בהוראת השעה משום פגיעה בזכויות שבחוק היסוד הרי שזו נעשית לתכלית ראויה ובמידה שאינה על הנדרש.

על מנת לבסס טיעון משפטי זה נפתח בהצגת הרקע לקבלת החלטת הממשלה וחקיקת הוראת השעה.

## (א) פתח דבר

2. עתירות אלה מופנות כנגד חוקתיות הוראת השעה, שיסודה בהחלטת הממשלה מיום 12.5.02, שעניינה הטיפול בשהים בלתי חוקיים ומדיניות איחוד משפחות בנוגע לתושבי הרשות הפלסטינית וזרים ממוצא פלסטיני (להלן: "החלטת הממשלה"). מן המפורסמות הוא שהסכסוך הישראלי-פלסטיני שינה פניו בספטמבר 2000, והפך למתקפת טרור אכזרית המנוהלת על ידי ארגוני הטרור הפלסטיני בתמיכה מסיבית של החברה האזרחית

הפלסטינית. עימות מזוין זה מאוכווך על ידי ההנהגה הפלסטינית וזאת בעקבות כשלון השיחות המדיניות על הסדרי הקבע.

3. פיגועי הטרור מתרחשים הן בשטחי יהודה, שומרון וחבל עזה (להלן: "השטחים" או "האזור") והן במדינת ישראל גופה. הם מופנים נגד אזרחים וחיללים, גברים ונשים, זקנים וטף, אזרחים מהשורה ואישי ציבור, בכל מקום ואתר ובכלל זה תחבורה ציבורית, מרכזי קניות ושווקים, בתי קפה ומסעדות ועוד. ארגוני הטרור עושים שימוש בפיגועים אלה באמצעים מגוונים ביותר, כאשר המכנה המשותף היחיד לכולם הוא קטלניותם ואכזריותם. בין אמצעים אלה ניתן למנות פיגועי ירי, פיגועי התאבדות, ירי פצצות מרגמה, ירי רקטות, שימוש במכוניות תופת וכיוצ"ב. עימות מזוין זה גבה עד היום את חייהם של למעלה מ-800 מאזרחי המדינה ותושביה, והביא לפציעתם של יותר מ-5,100 אחרים, חלקם באורח קשה ביותר.

על מאפייניו היחודיים של עימות זה עמד כב' הנשיא ברק בבג"צ 7015/02 **כיפאח עג'ורי נ' מפקד כוחות צה"ל**, תק-על-2002(3) 1021, באומרו:

"מאז סוף חודש ספטמבר 2000 מתנהלת באזורי יהודה והשומרון וחבל עזה לחימה קשה. אין זו פעילות משטרתית. זהו סכסוך מזוין. במסגרתו בוצעו כ- 14,000 פיגועים נגד החיים, הגוף והרכוש של אזרחים ותושבים ישראלים חפים מפשע ובהם זקנים וילדים, גברים ונשים. למעלה מ-600 אזרחים ותושבים של מדינת ישראל נהרגו. למעלה מ-4,500 נפצעו, חלקם באורח קשה ביותר. המוות והפגיעות היו גם מנת חלקם של הפלסטינים. רבים מהם נהרגו ונפצעו מאז ספטמבר 2000. זאת ועוד: בחודש אחד בלבד - הוא חודש מרס 2002 - נהרגו 120 ישראלים בפיגועים ומאות נפצעו. מאז מרס 2002 ועד לכתיבתו של פסק דין זה, נהרגו 318 ישראלים ונפצעו למעלה מ-1,500. השכול והכאב שוטפים אותנו.

2. לחימתה של ישראל סבוכה היא. הצד הפלסטיני משתמש, בין השאר, בפצצות-אדם מונחות. מתאבדים אלה מגיעים לכל מקום בו מצויים ישראלים (בתחומי מדינת ישראל ובתחומי הישובים היהודיים באזורי יהודה והשומרון וחבל עזה). הם זורעים הרג ודם בערים ובישובים. אכן, הכוחות הנלחמים בישראל הם טרוריסטים; הם אינם נמנים על צבא סדיר; הם אינם לובשים מדים; הם מסתתרים בתוך האוכלוסיה הפלסטינית האזרחית באזור, לרבות במקומות קדושים; הם זוכים לתמיכת חלק מהאוכלוסיה האזרחית בכלל וכן לתמיכתם של בני משפחה וקרובים בפרט. מציאות חדשה וקשה ניצבת בפני מדינת ישראל, הנלחמת על ביטחונה וביטחון אזרחיה. מציאות זו מצאה לא פעם את דרכה לבית משפט זה..."

פעולות הטרור המבוצעות מן הצד הפלסטיני, לרבות על ידי אנשים הנמנים על כוחות הבטחון השונים של המועצה הפלסטינית הביאו לנקיטת שורה ארוכה של צעדים בטחוניים בעלי דרגות חומרה שונות. דברים אלו באו לידי ביטוי גם בפסק הדין בבג"צ 2461/01 **כנעאן נ' מפקד כוחות צה"ל באיו"ש**, שלא פורסם:

"מזה חודשים אחדים שבאזור יהודה ושומרון ובחבל עזה מתרחשים **אירועי לחימה של ממש**: ירי אש חיה לעבר ישראלים וחיילי צה"ל, הנחת מטעני חבלה בצדי דרכים, השלכת בקבוקי תבערה ורימונים, החדרת מכוניות תופת לישראל, רצח ישראלים או פגיעה בישראלים הנכנסים לשטחי A"

(הדגשות מכאן ואילך אינן במקור, אלא אם מצוין אחרת – י.ג.)

מהאמור לעיל עולה כי עובדתית המצב הנוכחי הוא מצב שבו מתרחשים בשטחים "אירועי לחימה של ממש". או במילים אחרות מצב של "armed conflict" או בתרגום לעברית – "עימות מזוין" או "סכסוך מזוין" כפי שנקבע בפסק דין עגורי.

המצב החדש שנוצר בשטחים לאחר בחינת מכלול ההיבטים הרלבנטיים הינו מצב שבו נקבע על ידי המדינה כי היא מצויה במצב של "עימות מזוין שאינו עולה כדי מלחמה".

עוד יודגש כי גם אומות העולם הכירו במאבק נגד טרור כמקביל למאבק צבאי נגד מדינות תוקפניות; הכירו במתקפה של ארגון טרור כ'התקפה מזוינת' המסכנת את השלום והבטחון הבינלאומיים; ארצות הברית שנפגעה ישירות מהמתקפה בספטמבר 2001 אף הכריזה פורמלית על קיומו של עימות מזוין בינה לבין ארגון הטרור שפגע בה.

נציין כי במהלך המאה העשרים נתגבש והוטבע מונח חדש במשפט הבינלאומי, אשר ייעודו היה לכלול כל מצב של סכסוך אלים (מוכרז או שאינו מוכרז) אשר מעורבות בו לפחות מדינה אחת. מונח זה הוא "עימות מזוין". בעקבות התפתחות זו הרי שהמונח השגור היום לתיאור מצבי לחימה מסוגים שונים הינו המונח "עימות מזוין", הכולל היום מצבים של סכסוכים מזוינים שונים, נוספים, שאינם עולים כדי מלחמה.

לצורך הנוחות נתייחס למצב זה מכאן ואילך בעברית במונח "עימות מזוין".

4. הערכת גורמי הבטחון הינה כי קיים הכרח בטחוני למנוע לעת הזו את כניסתם של תושבי האזור לישראל - באשר הם – שכן כניסתם דרך קבע של תושבי האזור לישראל, ותנועתם החופשית בתחומי המדינה באמצעות קבלת תיעוד ישראלי, עלולה לסכן בצורה ממשית ביותר את שלומם ובטחונם של אזרחי ותושבי המדינה. על בסיס הערכה זו, בין היתר,

התקבלה החלטת הממשלה – עליה נרחיב בהמשך – ולאחר מכן התקבלה הוראת השעה נשוא עתירה זו. בחוק נכללו מספר חריגים עליהם נרחיב בהמשך.

5. טענתם הכללית של המשיבים היא כי מתן היתר שהייה למטרת השתקעות בארץ לתושב מדינה או ישות מדינית המצויים בעימות מזוין עם מדינת ישראל טומנת בחובה סיכון בטחוני, שכן נאמנותו ומחויבותו של אותו אדם עשויה להיות למדינה או לישות מדינית המצויים בעימות עם ישראל. וכיוון שניתן להפעיל לחצים על מי שמשפחתו ממשיכה להתגורר במקום מסוג זה, שיסייע בידי ארגוני הטרור, אם רצונו שלא יבולע למשפחתו.

עמדה כללית זו מקבלת משנה תוקף עקב החרפת העימות המזוין עם הצד הפלסטיני בספטמבר 2000. הקונפליקט המתמשך הישראלי - פלסטיני הינו מן המפורסמות שאינן צריכות ראייה, אלא שאופי הקונפליקט שינה פניו בשלהי ספטמבר 2000, והדברים ידועים. במסגרתו של הקונפליקט, שהפך לעימות מזוין, נלחם הצד הפלסטיני בכל האמצעים העומדים לרשותו כנגד אזרחיה ותושביה של מדינת ישראל, **תוך שהוא עושה שימוש ומסתייע במקרים מסויימים, למרבה הצער, באזרחים ערבים של מדינת ישראל, ובעיקר במי שהיו תושבי שטחים וזכו לקבל מעמד בישראל בעקבות תהליכי איחוד משפחות לסוגיהם**. כתוצאה מכך, אורבות סכנות חמורות לאזרחי מדינת ישראל ולביטחון הציבור, סכנות אשר הוחרפו בצורה משמעותית מאז החל העימות המזוין בספטמבר 2000. הדברים נאמרים מבלי לפגוע בכלל הציבור הערבי בישראל.

## **(ב) תכלית החקיקה: הגנה על הזכות לחיים, לשלמות הגוף**

### **ולביטחון אישי**

#### **(ב)(1) זיהוי תכליתה האובייקטיבית של החקיקה: הגנה על הזכות לחיים**

6. סעיף 8 לחוק יסוד כבוד האדם וחירותו קובע במפורש כי אין פוגעים בזכויות שלפי חוק-יסוד זה אלא בחוק "שנועד לתכלית ראויה". מכאן כי חוק היסוד עצמו מכוון למבחן אובייקטיבי (תכלית) ולא למבחן סובייקטיבי (כוונה).

אימוץ מבחן התכלית האובייקטיבית מיוסד על ההשקפה העקרונית לפיה "עם חקיקתו ניתק החוק מהליכי החקיקה ומתחיל חיים עצמאיים כחי הנושא את עצמו, והטעון פרשנות וביצוע אך על-פי תוכנו ולשונו שלו בלבד. עם חקיקת החוק נעשו המכינים והמצביעים והמצביעים, בעלי חומר ההכנה, FUNCTI OFFICIO - נגמרה מלאכתם לחלוטין, ועקבותיהם ישארו אך היסטוריים בלבד" (מתוך ח. כהן במאמרו "חומר הכנה" חיים כהן, "מבחר כתבים", הוצאת בורסי, 338 בעמ' 360).

ואכן בית משפט נכבד זה קבע בענין בג"צ 4769/95 רון מנחם ואח' נ' שר התחבורה ואח', פ"ד נז(1), 235, עמ' 268-269. כי:

"ככלל, בדיקת תכליתו של דבר-חקיקה על-פי פיסקת ההגבלה אינה מתמקדת בבדיקת מניעי המחוקק, הגם שקיימת לכאורה חפיפה מסויימת בין התכלית לבין המניע, אלא מתמקדת היא בתכלית האובייקטיבית של החוק. בדרך-כלל, אין כל פסול בעצם האימוץ של מדיניות ממשלתית על-ידי הכנסת, כל עוד עמדת הממשלה נועדה לתכלית ראויה על-פי מדיניותה".

יחד עם זאת, כוונת המחוקק ודברי ההסבר להצעת החוק עשויים לשמש ככלי עזר בזיהוי תכליתו האובייקטיבית של דבר החקיקה.

7. זיהוי תכלית החקיקה, היא ההגנה על הזכות הקולקטיבית לבטחון לצד זכות הפרט לחיים ולביטחון אישי, נסמך על הצטברות השיקולים הבאים:

**ראשית**, העצמת הסיכון הנשקף לחיי הפרטים במדינת ישראל עקב העימות המזוין וכתוצאה מדפוס השתקעות של תושבי האזור עובר לתיקון הוראת השעה. **שנית**, הליך קבלת החוק. **שלישית**, זמניות הוראת השעה כביטוי לתכלית הקשורה לנסיבות הזמן והמקום, קרי העימות המזוין והשלכותיו על העצמת הסיכון. **רביעית**, צמצום היקף פרישתה של הוראת השעה מבחינה פרסונלית ביחס להחלטת הממשלה. **חמישית**, דברי ההסבר להוראת השעה.

להלן נרחיב על כל אחד משיקולים אלה.

#### (ב)(1)(I) העצמת הסיכון כתוצאה מדפוס השתקעות עובר לתיקון עקב העימות המזוין

8. עמדתם המקצועית של גורמי הבטחון הינה כי מדיניות המאפשרת זרימה כמעט חופשית של תושבי האיזור לתוך שטח מדינת ישראל למטרת השתקעות עקב נישואין מעצימה את הסיכון הנשקף לשלום הציבור במדינת ישראל ולזכותו של כל פרט ופרט מקרב אזרחי ישראל ותושביה לחייו ולשלמות גופו. עמדה זו מבוססת אך ורק על מאפייניו הייחודיים של העימות המזוין הנוכחי. ואלה הם המאפיינים:

9. (א) מעורבות האוכלוסיה האזרחית במאבק האלים –

הכוחות הנלחמים במדינת ישראל אינם נמנים על צבא סדיר, אלא הם באים מתוך האוכלוסיה האזרחית. בהקשר זה יוער כי קיימת חפיפה כמעט מלאה בין טווח הגילאים

של המעורבים באופן אקטיבי בעימות נגד ישראל מקרב האוכלוסיה האזרחית ובין טווח הגילאים של המבקשים לשהות בישראל ולרכוש בה מעמד מכוח נישואין. פרופיל הגילאים של מבקשי איחוד משפחות לישראל זהה כמעט לחלוטין לפרופיל הגיל של המפגע הטיפוסי והוא נע, בדרך כלל, בין גיל 18 לגיל 40.

זאת ועוד, קיימת באוכלוסיה האזרחית הפלסטינית באזור תמיכה מסיבית במאבק האלים והמזוין נגד ישראל, לרבות בפיגועי התאבדות נגד אזרחים חפים מפשע, ושיעור תמיכה גבוה זה מעצים את הסיכון הנשקף לבטחון הציבור בישראל מהאוכלוסיה האזרחית באזור (ראו לענין זה סקרי דעת קהל שנערכו על ידי מכון המחקר בראשות ד"ר חליל שקאקי, מהם עולה כי שיעורי התמיכה בהמשך העימות המזוין בקרב האוכלוסיה האזרחית הפלסטינית נעים בין 58%-72% [www.pcpsr.org/survey/polls](http://www.pcpsr.org/survey/polls)).

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

#### 10. (ב) ניצול מדיניות ההשתקעות בישראל באמצעות הליך איחוד משפחות לצורכי העימות המזוין –

במסגרת חקירות גורמי הבטחון, בעיקר בשנתיים האחרונות, התברר יותר ויותר כי מבין תושבי האזור אשר קבלו מעמד בישראל מכוח נישואין, היו בהם מעורבים ב"גלגול" פיגועים בישראל, הן כמפגעים והן כסייענים לצורך החדרת מפגעים מהשטחים לישראל. בין יתר הפעולות בהן היו מעורבים תושבי האזור אשר קיבלו מעמד בישראל כאמור ניתן להצביע על:

- נטילת חלק אישי בביצוע הפיגוע, ובכלל זה כמפגע - מתאבד.
- החדרת מחבלים מתאבדים מהשטחים או מישובי קו התפר בצידו הפלסטיני והובלתם אל יעדי הפיגועים בתוך שטחי מדינת ישראל.
- איסוף מודיעין למבצע (מל"מ) על יעדי פיגועים אטרקטיביים, במיוחד במטרה להגדיל את קטלניות הפיגוע.
- ביצוע משימות לוגיסטיות בשליחות ארגוני הטרור כגון: שכירת דירות מבטחים, ששימשו בסיס ליציאה לפיגועים, החדרת האמל"ח ועוד.
- גיוס מפגעים וסייענים מקרב ערביי ישראל, עימם הם מקימים קשרים.

מעורבותם בטרור של תושבים אלו היא תוצאה ישירה של העניין שמגלים בהם ארגוני הטרור בשטחים ואף בחו"ל, התעניינות שגברה מאוד מאז פרוץ העימות המזוין.



11. ההתעניינות הגוברת נובעת, בראש ובראשונה, מכך שנושאי תיעוד ישראלי, לרבות רשיון לנהיגת כלי רכב ישראלי, הינם בעלי יכולת תנועה חופשית בישראל, תוך נגישות והיכרות ליעדים ישראליים, לרבות יעדים ישראליים בטחוניים. האטרקטיביות של תושבי שטחים לשעבר אלו בעיני ארגוני הטרור, הלכה וגברה ככל שגברו הקשיים להחדיר, באופן עצמאי, מפגעים לתחומי הקו הירוק, בין היתר בשל ההתקדמות בבניית גדר ההפרדה. מאז פרוץ העימות המזוין ובעיקר בשנה וחצי האחרונות, לאחר כניסת כוחות צה"ל לשטחים במסגרת מבצע חומת מגן, גברו קשיים לוגיסטיים אלו של ארגוני הטרור, בשל הכתרים והסגרים, כמו גם בשל נוכחות צה"ל בשטחים. כפועל יוצא מכך, מזהים גורמי הבטחון בחלק ניכר מפיגועי ההתאבדות שבוצעו בתחומי הקו הירוק את מעורבותם, בעיקר כסייענים, של נושאי תיעוד כאמור בעקבות הליכי איחוד משפחות, כמו גם מיעוטם של ערבים ישראלים.

12. בנוסף, במקביל להתערות זאת בחברה הישראלית, ממשיכים תושבי האזור במקור שקיבלו מעמד בישראל לשמור על קשרים הדוקים עם משפחותיהם בשטחים ועם מוסדות ו"ארגונים" בשטחים, וממילא נאמנות חלק מהם לעניין הפלסטיני ולרשות הפלסטינית הינה מובהקת וברורה.

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

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

13. זאת ועוד, ההתערות בישראל וההיכרות עם אורחות החיים בה, מחד גיסא, לצד המשך הקשרים ההדוקים באזור, מאידך גיסא, מאפשרת להם לפעול כגורם "מקשר" בין ישראל והאזורים. בדרך זו, ביכולתם לאסוף מל"מ על יעדי פיגועים ולהעבירו לאזור, וכן להוביל, הם עצמם, מפגעים מהאזור לישראל. מבחינתם של ארגוני הטרור עצמם, תעודת הזהות הישראלית ולוחית הרישוי הצהובה הישראלית מהווה "מכפיל כוח" בטרור.

14. (ג) **מגבלות האיבחון הפרטני והעדר יכולת ממשית לשלול את החשש לפגיעה בביטחון כתוצאה מכניסתם של תושבי האזור במצב הנוכחי -**

נדגיש את הברור מאליו, שמשימתם העיקרית והמרכזית של גורמי הבטחון הינה סיכול פעילותם האלימה של ארגוני הטרור הפלסטינים, קרי, הצלת חיי אדם, פשוטו כמשמעו. עיקר האמצעים שהמדינה יכולה לספק לטובת פעילותם של גורמי הבטחון מוקדשים, מטבע הדברים, למלחמה בטרור הרצחני, כאשר האמצעים העומדים לרשותם של גורמי הבטחון נמתחו עד הקצה.

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

יצוין כי, למן שנת 1994, שנה בה החל הגידול החד והמתמיד במספר הבקשות לאיחוד משפחות בין תושבי ואזרחי מדינת ישראל לבין תושבי האזור ועד להחלטת הממשלה, אחוז הסירובים לאישור הבקשות בגין **מידע בטחוני קונקרטי** אודות בן זוג זר תושב האזור עמד בממוצע על כ- 8% בלבד.

15. יחד עם זאת, מעורבותם מאז פרוץ העימות המזוין של נושאי תיעוד ישראלי, בכל שורת המאפיינים שפורטה לעיל, בסיוע לארגוני טרור ובביצוע פיגועי דמים בשטח מדינת ישראל מצביעה על כך כי רבים מבין אלה אשר בהעדר מידע בטחוני שלילי קונקרטי נאותה מדינת ישראל במסגרת בקשה לאיחוד משפחות להעניק להם מעמד בישראל, חיברו עצמם לעניין הפלסטיני בשלב כזה או אחר, לאחר כניסתם לישראל ונתנו ידם לסיוע כמו גם לביצוע פיגוע טרור קטלניים.

16. הסיבות העומדות ביסוד **מגבלות האבחון הפרטני** של גורמי הבטחון הינן כדלקמן:

1. פערי מידע – בנסיבות הזמן והמקום מובן שקיימים אצל רשויות הביטחון פערי מידע בנוגע לפעילותם של תושבי האזור, בעיקר אלה המתגוררים באזורי A ו-B. בנסיבות אלה, העובדה שלא קיים מידע בטחוני שלילי על תושב פלוני אינה מצביעה על כך שהני"ל אינו מעורב בפעילות בטחונית אסורה, ואינה יכולה לשלול את האפשרות שהעדר המידע מקורו בפערי המידע הקיימים כיום.

2. הסיכון לביטחון מדינת ישראל יכול להיווצר ולהתמש בכל עת ללא התראה מוקדמת, שכן מי שמבקשים לגביו את איחוד המשפחות בישראל, מתגורר במקום בו פועלים ארגוני הטרור באין מפריע, וכך גם בני משפחתו וסביבתו הקרובה. ארגוני הטרור יכולים אפוא ללא קושי רב ובכל עת ליצור קשר עם מבקש המעמד בישראל ו/או עם בני משפחתו או סביבתו החברתית, ולשכנעם – בין אם בדרכי נועם ובין אם באיומים - לשתף עימם פעולה. לפיכך, בחינה עיתית של כל מבקש - גם לו הייתה ישימה - לא הייתה יכולה לשלול קיומו של הסיכון הנובע ממתן היתרי כניסה קבועים לישראל.

3. הסיכון מגיע ממי שיכול להיכנס לישראל דרך קבע באמצעות תיעוד ישראלי המאפשר גם לינה בישראל, ולנוע בה כדון בכל שטחי המדינה – מאז הידוקו של הסגר הכללי, והתגברות הקושי להיכנס לתחומי המדינה, מחפשים ארגוני הטרור כל דרך

אפשרית שתסייע להם לבצע את פעולות הטרור בתחומי המדינה. ארגוני הטרור רואים בנושאי תיעוד ישראלי ובמיוחד באלו שיש להם זיקה חזקה לרשות הפלסטינית נכס אטרקטיבי וחשוב ביותר, מבחינתם, לסיוע לארגוני הטרור במסגרת המאבק המזוין. זאת, בשל המשך קיומו של קשר הדוק עם משפחה גרעינית וחברי ילדות באיזור; כמו גם, בשל המשך ההזדהות עם העניין הפלסטיני; כמו גם, הנגישות הרבה לאיזור ולמדינת ישראל במקביל; כמו גם, היכולת ללחוץ באמצעות המשפחה הגרעינית אשר נותרה באיזור לשיתוף פעולה מצד אותו תושב איזור לשעבר. לא למותר יהיה לציין בהקשר זה כי הערכתם המקצועית של גורמי הבטחון היא כי להקמתו של "מכשול ההפרדה" או בלשון אחרת "מרחב החיץ" או "מרחב התפר" כמו גם הקמתו של "עוטף ירושלים" עלולה להיות השפעה עתידית חמורה גם לעתיד לבוא בהקשר זה, שכן אלה יגבירו עוד יותר את האטרקטיביות של מקבלי המעמד בישראל בעיני ארגוני הטרור השונים וזאת בשל הקושי לצאת ו/או להוציא מחבלים ואמצעי חבלה מהשטחים לישראל.

4. העבר אינו מצביע על העתיד – העובדה כי לפלוני הותר בעבר להיכנס לישראל, ו/או כי לא קיים לגביו מידע בטחוני קונקרטי עדכני, אינה יכולה, כשלעצמה, לנבא כי לא ישקף ממנו **סיכון עתידי** לבטחון המדינה, וזאת בין אם בשל הזדהותו עם המאבק המזוין שמנהל כיום הצד הפלסטיני, שהוא עצמו חלק ממנו, ובין אם בשל העובדה כי הוא לא יוכל לעמוד בפני איומים עליו ועל משפחתו הגרעינית המתגוררת באזור, מצידם של ארגוני הטרור. ניתן להביא דוגמאות מן החודשים האחרונים של שותפים לפעילות טרור שלא היו בגדר פוטנציאל מעורבות בפח"ע – כך למשל, אישה כבת 38, אם ל-7 ילדים אשר נטלה חלק בהחדרת מפגע וחגורת נפץ לישראל וכמוה חריגים נוספים שהחלו ליטול חלק במאבק המזוין, ללא כל התראה מוקדמת או בסיס לחשד כי כך יקרה. בנוסף, מבחינת ארגוני הטרור יש עדיפות לשימוש במי שארגון הטרור מעריך שאין לישראל מידע בטחוני שלילי אודותיו.

17. כאן נביא מספר דוגמאות באשר למעורבותם של נושאי תיעוד ישראלי בעקבות איחוד משפחות, בביצוע פיגועים ובסיוע לפיגועים, לפי המאפיינים שפורטו לעיל (יוער כי דוגמאות אלה הובאו כבר בכתב התשובה במסגרת בג"צ 4608/02).

כך למשל, **א.א.**, אשר זכה לקבל מעמד בישראל מכח נישואיו בשנת 1991, אשר לו שני אחים – האחד פעיל חמאס והשני פעיל תנטיים, יצר קשר עם אחיו במטרה להחדיר מפגע עם מטען חבלה לישראל, וכן גייס שני ערבים ישראלים מאום אלפחם כדי שסייעו לו בהעברת המטען. (מרס 2001)

כך, **מ.א.**, במוצאו ממחנה נוציראת בעזה, אשר נישא לתושבת רמלה וזכה לתיעוד ישראלי בגין כך, נעצר בספטמבר 2002, לאחר שעלה כחבר בהתארגנות של ערבים ישראלים מרמלה ולוד שהופעלה בידי בכירי החמאס ברצועה. הנ"ל גויס במהלך מרס 2002 והוא

שגייס את 2 תושבי רמלה ולוד, ובהם גיסו, למטרת ביצוע פיגועים בישראל. חברי החוליה הונחו לחטוף חייל ולרצחו; אספו מל"מ לצורך הנחת מטענים בתחנות אוטובוס והסעה לחילים ואף החלו בהכנת המטענים וכן אספו מל"מ על ביתו של קצין צה"ל באזור מודיעין במטרה להתנקש בחייו, תוך שהמידע כולו מועבר למפעילים ברצועה.

כך, נ.ח., אשר מוצאו מהכפר ראעי בשומרון, ואשר זכה לקבל תיעוד ישראלי בעקבות בקשה לאיחוד משפחות עם אזרחית ישראלית, תושבת עילוט, גויס בידי התארגנות של הג'יהאד האיסלאמי בג'נין. הוא עצמו יצא לביצוע פיגוע של הנחת מטען באזור חיפה והקריות, יחד עם פעיל הארגון מג'נין. (אוגוסט 2001)

כך, מ.מ., מטול כרם במקור, נושא תיעוד ישראלי בעקבות נישואיו לתושבת ג'יסר אלזרקא, גויס בידי תשתית חמאס בשומרון על מנת להחדיר מפגע מתאבד למקום הומה אדם בישראל. (פברואר 2002)

כך, ע.ב., תושב קלקיליה במקור, נושא תיעוד ישראלי מנישואיו לתושבת ג'לגוליה, גויס על מנת להחדיר מתאבד מטעם התארגנות פתח - תנטיים בשומרון על מנת שזה יבצע פיגוע התאבדות במקום הומה אדם בישראל. (פברואר 2002)

וכן, מ.א., **יליד רפיח**, מתגורר בישראל כשנתיים, בעקבות נישואיו לתושבת רהט. קיבל תיעוד ישראלי בעקבות אישור בקשתו לאחמ"ש. הנ"ל גויס בידי פעילי חמאס ברצועה על מנת להחדיר 2 מפגעים מתאבדים מהרצועה לישראל, לשם ביצוע פיגוע התאבדות בתחנה המרכזית בבאר שבע. נסיון החדירה סוכל באפריל 2002 ומ.א. נעצר במאי 2002.

יוער כי המדובר בדוגמאות בלבד. לפי הידוע לרשויות הביטחון, מאז שנת 2001, 23 מתושבי האזור אשר קיבלו מעמד בישראל עקב איחוד משפחות, היו מעורבים בסיוע ממשי לפעילות עוינת נגד ביטחון המדינה. בפיגועים שבוצעו בסיוע תושבי האזור כאמור לעיל נהרגו 45 ישראלים, ונפצעו 124. הנתונים דלעיל בדבר מעורבות תושבי האזור שקבלו מעמד בישראל, בפיגועים מצביעים על המגמה המסוכנת שהתפתחה במהלך השנים האחרונות בקרב האוכלוסיה נשוא העתירה.

18. סיכומם של דברים: **ישראל, כמו מדינות רבות בעולם המערבי, נאלצת כיום להתמודד עם הבעיות הנובעות מכניסת זרים אליהן, לרבות עקב נישואין. ההתמודדות נעשית, בין היתר, על דרך של החמרת אמות המידה וקביעת תנאים נוספים המוטלים על זרים המבקשים לרכוש מעמד שם. ואולם – וזה העיקר לענייננו - מדינת ישראל נאלצת להתמודד עם בעיות הייחודיות לה, הנובעות ממיקומה ומצבה הגיאופוליטי, כמו גם מתוצאות ותולדות הסכסוך הישראלי ערבי-פלסטיני ואשר אין דומה להן בכל מקום אחר בעולם.**

בעיקרו של דבר, יש לזכור, כי לא דומה בכל היבט שהוא, בקשה למתן מעמד בישראל לבן זוג זר של ישראלי, שהינו תושב האזור, לבין בן זוג זר אחר - נתין של מדינה אחרת כלשהי (שאינה מדינת סיכון או מדינת עימות), שכן בין מדינת ישראל לרשות הפלסטינית קיים עימות מזויין על רקע לאומי ומדיני.

בעיות ייחודיות אלה יצרו, כאמור לעיל, סיכון ייחודי ומוגבר לשלום הציבור ובטחונו, כתוצאה מהגירה לשם השתקעות בהיקף משמעותי של אוכלוסייה תושבת האזור לתחומי מדינת ישראל, המתנהלת בה-בעת שבין מדינת ישראל לרשות הפלסטינית מתקיים עימות מזויין רווי דמים. סיכון זה ביקשה הכנסת לצמצם, בתקופה הנתונה, באמצעות הוראת השעה הנידונה.

### (ב)(1)(II) הליך קבלת החוק

19. הוראת השעה הובאה לקריאה ראשונה במהלך חודש יוני. בתאריכים 14.7.03, 29.7.03 ו- 30.7.03 נערכו דיונים לאורך שעות ארוכות בוועדת הפנים ואיכות הסביבה של הכנסת (להלן: "הוועדה"). בפני הוועדה הופיעו המשנה ליועץ המשפטי לממשלה, מר מני מזוז, מנהל מינהל האוכלוסין, מר הרצל גדז', נציג הלשכה המשפטית במשרד הפנים, מר דניאל סלומון ונציגי ארגונים לא ממשלתיים שונים. בנוסף, במסגרת הדיון השני של הוועדה, נטל חלק שר הפנים.

בדיון זה הציג ראש שירות הביטחון הכללי, בפני חברי הוועדה בלבד, מצגת לפיה מתן אשרות כניסה (למטרת השתקעות) לתושבי האזור מעצים את הסיכון לביטחון הציבור בישראל ואת הנתונים העובדתיים לביסוס עמדה זו.

הופעת ראש שירות הביטחון בפני הוועדה והצגת המצגת היא ראיה לכך שמזעור הסיכון הביטחוני הנשקף לאזרחי מדינת ישראל ולתושביה עקב דפוסי ההגירה, ובמיוחד זו המיועדת להשתקעות מחמת נישואין, שהיו עובר לחקיקה בשל העימות המזוין - היא תכלית החקיקה וכי זו אינה כסות לתכלית אחרת.

### (ב)(1)(III) זמניות החקיקה כביטוי לתכלית הקשורה לעימות המזוין והשלכותיו על הסיכון

20. תכלית החוק מעצבת את היקף תחולת החקיקה על פני ציר הזמן. כאשר המחוקק מבקש להגשים תכלית כללית, שאינה תלויה בנסיבות הזמן והמקום, עושה הוא זאת באמצעות חקיקת חוק אשר תוקפו אינו מוגבל בזמן. כאשר התכלית אותה מבקש המחוקק להגשים נובעת מנסיבות ייחודיות, המתקיימות בזמן נתון, פועל הוא להגשמתה באמצעות חקיקת הוראות המוגבלות בזמן.

נוכח המסקנה בדבר מתאם בין תכלית החקיקה לבין היקף תחולתה בזמן מתבקשת המסקנה כי, כאשר נחקקת הוראת שעה הדבר נובע מכך שזו מבקשת להגשים תכלית הקשורה לנסיבות זמן ומקום וכי תכליתה אינה כללית וקבועה.

ואכן, בענייניו נחקקה הוראת השעה, המוגבלת לשנה עם אפשרות הארכה, והדבר מלמד כי ביסוד חקיקת הכנסת, עומדות נסיבות הזמן והמקום הייחודיות של מדינת ישראל, המצויה בעימות מזוין ובקונפליקט מתמשך מול הצד הפלסטיני. תכלית הוראת השעה היא התמודדות עם העצמת הסיכון לחיי האזרחים כתוצאה מדפוסי ההגירה לשם השתקעות עובר לתיקון וזאת בשל העימות המזוין.

#### **(ב)(1)(IV) צמצום תחולת הוראת השעה ביחס להחלטת הממשלה**

21. תחולת הוראת השעה מוגבלת על-פי הגדרותיה למקרים בהם נישא הישראלי לתושב האזור. תושב האזור מוגדר כ"לרבות מי שמתגורר באזור אף שאינו רשום במרשם האוכלוסין של האזור, ולמעט תושב יישוב ישראלי באזור". האזור מוגדר "כל אחד מאלה: יהודה והשומרון וחבל עזה".

תחולת החלטת הממשלה, שקדמה להוראת השעה, היתה רחבה יותר. היא הוחלה על זרים ממוצא פלסטיני. לגבי תושב הרשות הפלסטינית נקבע בהחלטת הממשלה כי לא תתקבלנה בקשות חדשות בנוגע לו, ולגבי אחר, שבקשתו תידון בשים לב למוצאו של המוזמן.

צמצום תחולת הוראת השעה ביחס להחלטת הממשלה, וזאת עוד קודם לדיוני הוועדה בהם לובנו בצורה מקיפה הצרכים הביטחוניים הנובעים מהעימות המזוין, מלמד כי אלה מצויים בלב ליבה של הוראת השעה.

#### **(ב)(1)(V) דברי הסבר להוראת השעה**

22. דברי הסבר לחקיקה הינם כלי עזר לזיהוי תכליתה (ראו: בג"צ 5503/94 לילי סגל נ' יו"ר הכנסת, פ"ד נא(4) 529, 562). השיקולים שפורטו לעיל לעניין תכלית החקיקה, קרי – הרצון והחובה להגן על ביטחון המדינה ועל חיי תושביה, מצאו ביטויים בהחלטת הממשלה שקדמה לחקיקת הוראת השעה, שכך נאמר בה:

"לנוכח המצב הבטחוני, ובשל ההשלכות של תהליכי ההגירה וההשתקעות של זרים ממוצא פלסטיני לישראל, לרבות בדרך של אחמ"ש, משרד הפנים, בשיתוף עם משרדי הממשלה הנוגעים בדבר, יגבש מדיניות חדשה לטיפול בבקשות לאחמ"ש. עד לגיבוש מדיניות זו אשר תקבל ביטוי בנהלים ובחקיקה חדשה, במידת הצורך, יחולו הכללים הבאים..."

ובדברי ההסבר להצעת הוראת השעה נאמר כי :

"...מאז פרוץ העימות המזוין בין ישראל לפלסטינים אשר הוביל בין השאר לביצועם של עשרות פיגועי התאבדות בשטח ישראל, מסתמנת מעורבות גוברת והולכת בעימות זה של פלסטינים שהם במקור תושבי האזור, אשר נושאים תעודות זהות ישראליות בעקבות הליכי איחוד משפחות עם בעלי אזרחות או תושבות ישראלית, תוך ניצול מעמדם בישראל המאפשר להם תנועה חופשית בין שטחי הרשות לישראל. לפיכך, ובהתאם להחלטת הממשלה מס' 1813 מיום 12.5.2002 (להלן - החלטת הממשלה), מוצע להגביל את האפשרות להעניק לתושבי האזור אזרחות לפי חוק האזרחות, לרבות בדרך של איחוד משפחות, ואת האפשרות לתת לתושבים כאמור רישיונות לישיבה בישראל לפי חוק הכניסה לישראל או היתרי שהייה בישראל לפי תחיקת הבטחון באזור".

מדברים אלה עולה בבירור כי ביסוד החלטת הממשלה, כמו גם ביסוד חקיקת הכנסת, עומדות נסיבות הזמן והמקום הייחודיות של מדינת ישראל, המצויה בעימות מזוין ובקונפליקט מתמשך מול הצד הפלסטיני. אליבא דידו של המחוקק זכאית המדינה, בין השאר, בגדר חובתה כלפי אזרחיה ותושביה לשמור על חייהם ועל שלמות גופם ולקבוע הסדרים מיוחדים ונאותים שיהא בהם כדי להבטיח כי נישואין עם אזרחי לא יביאו במוקדם או במאוחר לפגיעה בבטחון הלאומי של מדינת ישראל, כמו גם בבטחונם האישי של אזרחיה ותושביה.

23. העולה מן המקובץ הוא כי החרפת העימות המזוין העצימה את הסיכון לביטחון הציבור, ובכלל זה הזכות הפרטית של כל אדם ואדם לחיים ולשלמות הגוף. העצמת הסיכון לפגיעה בזכות לחיים ושינוי מאפייני הסיכון האמור הצריכו בין היתר התאמת הכלים המשפטיים לנסיבות החדשות שנוצרו. חקיקת הוראת השעה הנידונה מהווה התאמת התשתית המשפטית לצרכים הנובעים מאופיו של העימות המזוין הנוכחי. כלומר, תכלית החקיקה הינה הגנה על הזכות החוקתית של הציבור ושל כל פרט ופרט לחיים, לבטחון אישי ולשלמות הגוף. על הוראת השעה יש להשקיף אפוא כמגשימה את החובה המשפטית המוטלת על רשויות השלטון להגן על הזכות לחיים ולשלמות הגוף, שהיא זכות יסוד רמת מעלה, כפי שנציג מיד.

(ב)(2) עליונות תכלית ההגנה על החיים

24. הזכות לחיים היא זכות חוקתית בסיסית, הנתונה לכל אדם בישראל. מעמדה החוקתי של זכות זו ושל עקרון קדושת החיים מעוגן בחוק יסוד כבוד האדם וחירותו (להלן: "חוק היסוד").

(א) סעיף 1 לחוק היסוד – אשר כותרת השוליים שלו היא 'עקרונות יסוד' – קובע כי:

"זכויות היסוד של האדם בישראל מושתתות על ההכרה  
בערך האדם, בקדושת חייו ובהיותו בן-חורין, והן יכובדו  
ברוח העקרונות שבהכרזה על הקמת מדינת ישראל."  
(הדגשות אינן במקור)

(ב) סעיף 2 לחוק היסוד קובע כי:

"אין פוגעים בחייו, בגופו, או בכבודו של אדם באשר הוא  
אדם." (הדגשות אינן במקור)

(ג) וסעיף 4 לחוק היסוד מתרגם עקרון יסוד זה לכלל זכות יסוד של כל פרט ופרט להגנה על חייו. וכך נאמר:

"כל אדם זכאי להגנה על חייו, על גופו ועל כבודו."  
(הדגשות אינן במקור)

וראו לעניין זה גם רע"א 5587/97 היועץ המשפטי לממשלה נ' בן אכר (קטיין) על-ידי הוריו ואפוטרופסיו, פ"ד נא(4) 830, בעמ' 848; ע"א 506/88 יעל שפר, קטינה נ' מדינת ישראל, פ"ד מח(1), 87, בעמ' 104.

25. צוין כי אף בטרם נחקק חוק-יסוד כבוד האדם וחירותו, היה ערך זה של קדושת החיים שלוב בשיטת המשפט הישראלית, אשר ינקה אותו מערכי היסוד של היהדות. עמד על כך השופט זילברג בע"א 461/62 צים חברת השיט הישראלית בע"מ ואח' נ' מזיאר, פ"ד יז 1319, בקובעו כי (בעמ' 1333):

"היהדות, מאז ומעולם, מאדירה ומפארת את הערך  
הכביר של חיי אנוש. תורת ישראל אינה שיטה פילוסופית  
של דעות ואמונות, אלא תורת חיים – של החיים, ולמען  
החיים...  
...תוך המסגרת הסדירה של חיי החברה, ועל-פי סולם  
העדיפויות של תורת ישראל, החיים הם הנכס הקדוש  
ביותר..."

ובאופן דומה, מציין המשנה לנשיא, השופט אלון, בעניין שפר (בעמ' 117):



”בצלם אלוקים ברא את האדם - הוא היסוד העיוני, הפילוסופי, לגישתו המיוחדת של המשפט העברי בדבר הערך העליון של קדושת חיי האדם – של קדושת צלם האלוקים שבו נברא האדם...”.

26. לצד זכותו של כל פרט בחברה לחיים, עומדת זכותה המוכרת של המדינה להגנה עצמית, זכות המוכרת גם במשפט הבינלאומי (סעיף 51 למגילת האומות המאוחדות). המדינה נושאת בחובה ובאחריות לשמור על חייהם ועל שלומם של תושביה, והיא זכאית לנקוט בפעולות כנגד מבקשי רעתם, במטרה למנוע את הפגיעה בחייהם.

27. הזכות לחיים היא אפוא זכות יסוד בסיסית של כל פרט ופרט בישראל. כמוזכר לעיל, קדושת החיים הינה עקרון יסוד המנחה את תפיסתנו בדבר כיבוד זכויות האדם במדינת ישראל. הזכות לחיים היא אם כל הזכויות, והינה זכות בלעדית אין. כל אדם בישראל זכאי להגנה על חייו (סעיף 4 לחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו), והמדינה מחויבת ונושאת באחריות ובחובה להגנה על חייהם ושלומם של תושביה.

28. בטרם נתמודד עם טענות העותרים בדבר פגיעה כביכול בזכויות המעוגנות בחוק יסוד כבוד האדם וחירותו, נבקש להקדים מספר מילים אודות השפעת חוק היסוד על רצונותיהם של המבקשים להגר למדינה. הטיעון אותו נבקש לבסס להלן הוא, כי **חוק היסוד מגדיר באופן ישיר את זכויות הפרטים המצויים בשעריה של המדינה, ומבקשים להיכנס אליה או לצאת ממנה** (סעיף 6 לחוק היסוד), ובאופן מכוון לא הקים הוא זכות חוקתית לזר להגר אל תוך המדינה. טיעוננו הוא כי זכות זו שלא נוצרה במישרין בכוונת מכוון, אין לייצרה בעקיפין בדרך פרשנית כנלווית לזכות חוקתית אחרת.

## (ג) העדר זכות חוקתית לזר להגר למדינה

### (ג)(1) העדר זכות חוקתית לזר להגר למדינה במשפט הבינלאומי

#### (ג)(1)(I) המשפט הבינלאומי המנהגי

29. עקרון מקובל במשפט הבינלאומי המנהגי הוא שלמדינה קיימת הזכות שלא להכניס זרים לשטחה:

“In customary international law a state is free to refuse the admission of aliens to its territory, or to

annex whatever conditions it pleases to their entry”

*Halsbury's Laws of England* (4<sup>th</sup> Ed., 1977), Vol. 18, paragraph 1726.

באופן דומה קבע פרופ' Brownlie כי :

“a state may choose not to admit aliens or may impose conditions on their admission”

I. Brownlie, *Principles of Public International Law* (6<sup>th</sup> Ed. 2003), p. 519.

עקרון זה מבוסס היטב במשפט הבינלאומי המנהגי וכפי שציין זאת בספרו המלומד Nafziger, הוא נתפס כמעין אקסיומה אשר אינה נזקקת להצדקה. זכות זו של המדינה שלא להכניס זרים לשטחה נגזרת בראש ובראשונה מעקרון ריבונות המדינה.

J. Nafziger, “The General Admission of Aliens Under International Law”, (1983) 77 *AJIL* 804, 816.

30. (א) זכותה של המדינה שלא להכניס לשטחה זרים עוגנה במספר פסקי דין של בית המשפט העליון האמריקאי. כך למשל בפסק הדין בעניין *Nishimura Ekiu v. U.S.*, נאמר כי :

**“ It is an accepted maxim of international law, that every sovereign nation has the power, as inherent in sovereignty, and essential to self-preservation, to forbid the entrance of foreigners within its dominions, or to admit them only in such cases and upon such conditions as it may see fit to prescribe”** (142 u.s. 651).

(ב) הפסיקה האנגלית הכירה גם כן בפררוגטיבה מדינתית זו. ראו לעניין זה את פסק הדין בעניין *R. v. Governor of Pentonville Prison*, שם נקבע כי :

**“No alien has any right to enter this country except by leave of the Crown and the Crown can refuse leave without giving any reason”** ([1973] 2 All E.R. 741, 747).

(ג) כך גם פסיקת בית המשפט הגבוה האירי בעניין Fajujonu, בו צוטטה ההלכה שנקבעה בפסק דין Oshoku (1987), לפיה :

“The control of aliens which is the purpose of the Aliens Act 1935 is an aspect of the common good related to the definition, recognition and the protection of the boundaries of the state. **That it is in the interests of the common good of the State that it should have control of the entry of aliens, their departure, and their activities and duration of stay within the State has been recognized universally and from earliest times.**” ([1987] IEHC 2; [1990] 2 IR 151).

31. הפררוגטיבה ממנה נהנית המדינה שלא להכניס זרים לתחומה, הנגזרת מעקרון הריבונות של המדינה, מקנה לריבון שיקול דעת רחב ביותר. הכלל במשפט הבינלאומי המנהגי קובע כיום למעשה כי זכות זו של המדינה מוגבלת רק על ידי התחייבויות משפטיות בינלאומיות שהמדינה לקחה על עצמה.

#### (ג)(1)(II) המשפט הבינלאומי ההסכמי

32. המשפט הבינלאומי ההסכמי, כפי שהוא בא לידי ביטוי באמנות השונות מבחין בין זכותו של אזרח המדינה להכנס ולצאת מתחומה בחופשיות ולזכותו של כל אדם המצוי בשטח המדינה לנוע בה בחופשיות – זכות המקימה חובה למדינה לאפשר זאת, לבין הזר, אשר אינו מצוי בשטח המדינה, ואשר לו לא קיימת זכות כניסה למדינה.

33. (א) הבחנה זו בין חופש התנועה בתוך המדינה לבין זכות ההגירה אליה מצויה כבר בהכרזה האוניברסלית לכל באי עולם בדבר זכויות אדם משנת 1948. בסעיף 13 להכרזה קובע כי :

“Everyone has the right to freedom of movement and residence **within** the borders of each state.  
Everyone has the right to leave any country, including his own, and to return to **his** country”.

(ב) סעיף 12 לאמנה הבינלאומית בדבר זכויות אזרחיות ופוליטיות משנת 1966 קובע באופן דומה הוראה מבחינה בין אזרח ותושב לבין זר :

1. Everyone lawfully within the territory of a State shall, within that territory, have the right

- to liberty of movement and freedom to choose his residence.
2. Everyone shall be free to leave any country, including his own.
  3. The above-mentioned rights shall not be subject to any restrictions except those which are provided by law, are necessary to protect national security, public order (ordre public), public health or morals or the rights and freedoms of others, and are consistent with the other rights recognized in the present Covenant.
  4. No one shall be arbitrarily deprived of the right **to enter his own country.**

(ג) ביטוי להבחנה זו ניתן לראות גם בסעיפים 2-3 לפרוטוקול הרביעי לאמנה האירופאית לזכויות אדם.

סעיף 2 קובע את זכותו של כל אדם השוהה באופן חוקי בשטחה של המדינה לנוע בה ולצאת ממנה בחופשיות:

1. Everyone **lawfully within the territory** of a State shall, within that territory, have the right to liberty of movement and freedom to choose his residence.
2. Everyone shall be free to leave any country, including his own.
3. No restrictions shall be placed on the exercise of these rights other than such as are in accordance with law and are necessary in a democratic society in the interests of national security or public safety for the maintenance of 'ordre public', for the prevention of crime, for the protection of rights and freedoms of others.
4. The rights set forth in paragraph 1 may also be subjected, in particular areas, to restrictions imposed in accordance with law and justified by the public interest in a democratic society.

סעיף 3 מייחד את הזכות להיכנס למדינה לאזרחים בלבד:

1. No one shall be expelled, by means either of an individual or of a collective measure, from the territory of the State **of which is a national.**
2. No one shall be deprived of the right **to enter the territory of the State which he is a national.**"

(ד) ויושם אל לב כי סעיף 29 להכרזה לכל באי עולם בדבר זכויות אדם יסודיות, סעיף 12) 3) לאמנה הבינלאומית בדבר זכויות אזרחיות ופוליטיות וסעיפים 2(3), 2(4) לאמנה האירופאית - מכפיפים את הזכות את הזכויות המעוגנות באמנות אלה להגבלות מטעמים של בטחון לאומי, בטחון הציבור, סדר ציבורי וכד'.

מן המקובץ עולה כי בעוד שהמשפט הבינלאומי מגן על זכותו של כל אדם (השוהה במדינה חוקית) לצאת ממנה ולהסתובב בה בחופשיות, הרי שזכות הכניסה למדינה יחדה לאזרחי המדינה בלבד.

34. העותרים מבקשים לטעון בעתירתם כי הזכות הלכאורית לחיי משפחה אותה הם מבקשים לגזור מהזכות לכבוד מקימה חובה על המדינה לאפשר כניסתו של זר.

תשובתנו – אשר תפותח בהרחבה במסגרת הפרק אודות הזכות לחיי משפחה – היא כי הדין המנהגי אינו מעגן חובה שכזו, ואפילו על-פי הדין ההסכמי, כפי שהוא בא לידי ביטוי באמנות בינלאומיות שונות, מן ההכרה בזכות לחיי משפחה לא נובעת חובת המדינה לאפשר הגירתו של בן זוג זר מכוח נישואין.

מכאן כי ההכרה במסגרת המשפט הבינלאומי ההסכמי להגן על התא המשפחתי לא פורשה כנטילת התחייבות של המדינה לאפשר כניסת בן הזוג הזר לשטחה לשם השתקעות בה. מכאן כי הכלל של המשפט המנהגי – בדבר ריבונות המדינה כלפי חוץ – נותר בעינו.

35. יחד עם זאת, ניתן למצוא במשפט הבינלאומי ובמשפט המדינתי הוראות אשר דווקא מעניקות למדינה רשות – בכפוף למשפט הבינלאומי ההומניטרי - להטיל הגבלות על נתיני מדינת אויב מתוך אקט של הגנה עצמית, כפי שנרחיב מיד.

**(ג)2) כללי המשפט הבינלאומי החלים על נתיני מדינת אויב**

36. מצב מלחמה מתאפיין באיזון עדין בין זכותה של המדינה להגן על עצמה לבין חובתה להגן על אזרחי מדינת אויב **המצויים בשטחה** (ובענין זה ראו סעיף 44 לאמנת ז'נווה הרביעית).

לגבי אזרחי מדינת אויב הנמצאים מחוץ לשטחה של המדינה גובר שיקול ההגנה העצמית של המדינה. המדינה רשאית לנקוט צעדים פרטניים או כלליים. בין המגבלות שניתן להטיל על אזרחי מדינת אויב ניתן למנות את איסור הכניסה לשטח המדינה, איסור על קיום יחסי מסחר וכדומה. הסבר לכך ניתן לא פעם בכתבי המלומדים שם נאמר כי :

“When the head of a state or sovereign declares war against another sovereign, it implies that the whole nation declares a war against the other, as the sovereign represents the nation, and acts for the whole society. Thus these two nations are enemies to all the subjects of the other.

Because the declaration of war between sovereigns immediately transforms every individual subject and citizen of those sovereign nations into enemies, the traditional law of nations naturally required that enemy aliens be accorded different legal status than alien subjects hailing from friendly powers. In particular, the treatise writers found that the law of nations imposed severe restrictions on the nature of the contacts between subjects of sovereigns at war with each other.“

J.G.Ku, "Customary International Law in State Courts", 42 *Va. J. Int'l L.*, 265.

ישראל מצויה בעימות מזוין עם הרשות, וחלק נכבד מהאוכלוסיה האזרחית תומך בעימות המזוין ואף שותף לו, ולכן ההגיון האמור חל בענייננו. במילים אחרות לעת הזאת, הרשות הפלסטינית הינה ישות מדינית תומכת טרור, בה פועלים מנגנוני בטחון תומכי טרור, מה גם שהמדובר ברשות בה פועלות באין מפריע, תשתיות טרור עליהן נמנים ארגונים שונים הפועלים בתמיכת הרשות כנגד מדינת ישראל, אזרחיה ותושביה, במסגרת המאבק המזוין כנגד מדינת ישראל ובעניין זה ראו לאחרונה פסק דינו של בית משפט נכבד זה בבג"צ 10467/03 **שרבאתי נ' אלוף פיקוד העורף**, טרם פורסם, בו נקבע כי :

“התופעה של מפגעים יהודיים ככל שחומרתה מופלגת, היא נחלתם של בודדים בלבד, בעוד שחלקו המכריע של הציבור היהודי בישראל מוקיע אותה וסולד ממנה. מכאן, שלצורך הרתעתו של ציבור זה לא נדרש לנקוט בסנקציות מן הסוג האמור, ומאידך, **ולמרבה הדאבה, שונה המצב**

**בקרב הציבור הפלסטיני.** לעניין זה די להפנות למספרם הגדול של הפיגועים שבוצעו ולרבים האחרים שנמנעו, ובעיקר נכון להפנות למצהלות השמחה בעקבות מעשי הרג ביהודים, ו"ימי המשתה" עליהם מכריזים בני-משפחותיהם של אלה המוגדרים "שאהידים" לאחר שנודע למשפחות על מות בניהם. להשקפתי, **יש באלה כדי להבהיר עד כמה מעודדת האוכלוסייה בשטחים המוחזקים על ידי ישראל את מעשיהם של המפגעים-המתאבדים**, ומכאן גם מובן מספרם ההולך וגדל של אלה המוכנים לשמש "פצצות-חיות". במצב זה הצורך לתור אחר גורמי הרתעה לשם צמצום מעגל ההרג, הוא צורך קיומי שאין נעלה ממנו, ומכאן שלא באפליה מדובר, אלא בשימוש מדוד ומאוזן בתקנה 119.

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

37. לבסוף נציין כי אמנות רבות מסייגות את תחולתן - ובכלל זה תחולת הזכות לחיי משפחה - בעיתות חירום, ועל כך נרחיב בהמשך בהקשר לזכות לחיי משפחה.

### **(ג)3 העדר זכות חוקתית "ישירה" בישראל להגירה מכל טעם שהוא**

38. חוק היסוד מגדיר באופן ישיר את זכויות הפרטים המצויים בשעריה של המדינה, ומבקשים להיכנס אליה או לצאת ממנה. סעיף 6 לחוק היסוד קובע כי:

"6. יציאה מישראל וכניסה אליה

(א) כל אדם חופשי לצאת מישראל.  
 (ב) כל אזרח ישראלי הנמצא בחוץ לארץ זכאי להיכנס לישראל." (הדגשות הוספו)

חוק היסוד אינו מעניק זכות כניסה למבקש להגר לישראל. חוק היסוד מעניק לזר בהקשר להגירה את הזכות המצומצמת לצאת משערי המדינה **בלבד**. בעל הזכות החוקתית להיכנס ארצה הוא האזרח, ואפילו לא התושב, כשבכך אין משום הגירה אלא חזרה של מי ששייך למדינה לשוב לחיק מולדתו. במילים אחרות, חוק היסוד מבחין בין זכות היציאה, המוקנית לכל אדם, לבין זכות הכניסה, המוענקת לאזרח ישראלי בלבד.

העולה מן האמור הוא כי חוק היסוד, המגדיר את זכויותיהם החוקתיות של הפרטים בשערי המדינה ואת חובתה החוקתית של המדינה כלפיהם, לא העניק זכות חוקתית להגירה ולא הטיל על המדינה חובה חוקתית לכבד את רצונו של הזר להגר למדינה.

39. למעשה בהקשר של הגירה לתוך המדינה לא שינה חוק יסוד כבוד האדם וחירותו את המצב המשפטי ששרר עובר לחקיקתו, בו ניתן משקל בכורה לעקרון ריבונות המדינה ממנה נגזר כוחה של כל מדינה לקבוע מי יכנס בשעריה.

מצב משפטי זה אף עולה בקנה אחד עם המשפט הבינלאומי, כמו גם עם המשפט הנוהג במדינות העולם, לפיו כל מדינה שומרת לעצמה זכות מוחלטת לקבוע אלו זרים יכנסו אליה, וככלל, מדינה אינה חייבת לנמק בפני אדם זר מדוע היא מסרבת להתיר את כניסתו לתחומה.

40. בית המשפט קבע לא אחת כי היקף שיקול הדעת הנתון לרשויות בעניין מדיניות ההגירה הוא רחב ביותר. עמדה זו של בית המשפט עוברת כחוט השני בפסיקותיו בעבר הרחוק והקרוב (וראו, למשל, לעניין זה: בג"צ 482/71 קלרק נ' שר הפנים, פ"ד כז(1), 113 ולאחרונה נאמר בדנג"צ 8916/02 מריו דימיטרוב נ' משרד הפנים (טרם פורסם), כי:

"בצדק טוען המשיב, כי הכרעת בית-המשפט מתיישבת עם ההלכות שנפסקו בנושא הענקת מעמד בישראל לתושבים זרים. הנחת המוצא שהוכרה בפסיקה היא, כי בשאלה אם להעניק לזר מעמד של תושב קבע בישראל - שהכרעה נגזרת, בין היתר, ממדיניות ההגירה של המדינה - נתון לשר הפנים שיקול-דעת רחב; וההתערבות השיפוטית בהחלטות שר הפנים בנושא זה היא בהכרח מצומצמת".

זאת ועוד. סמכותו של שר הפנים ליתן רשיונות על פי חוק הכניסה לישראל, או כל מעמד אחר, פורשה בבית משפט זה כסמכות בעלת שיקול דעת רחב ביותר, וכך נאמר בבג"צ 431/89 קנדל ריצ'רד ואח' נ' שר הפנים, פ"ד מו (4) 505, בעמ' 520:

"על פי סעיף 1(ב) לחוק הכניסה לישראל "מי שאיננו אזרח ישראלי או בעל אשרת עולה או תעודת עולה, תהיה ישיבתו בישראל על פי רשיון ישיבה לפי חוק זה". הסמכות למתן רשיון כזה ושיקול הדעת בה מסורים לשר הפנים, המשיב. החוק והתקנות שהותקנו מכוחו... אינם מגדירים את הקריטריונים להענקת רשיון כזה. למשיב נתון שיקול דעת רחב בנושא, והוא אינו חייב לנמק את החלטתו".

לענין הטלת הגבלות על כניסת הזרים לישראל, נאמר - לאחר חקיקת חוק יסוד כבוד האדם וחירותו - בבג"צ 1031/93 אליאן (חווה) פסרו (גולדשטיין), פ"ד מט(4) 661, בעמ' 705:

"משמעות ציבורית זו הביאה לכך שכל מדינה מטילה הגבלות על כניסתם של זרים אליה והגבלות נוספות על



המבקש להפוך לתושב או אזרח. הגבלות אלו נועדו לשמור על התרבות המיוחדת של תושבי המדינה, על הזהות, על המכנה המשותף המאחד אותם והמייחד אותם, על האינטרסים הכלכליים שלהם ועל הסדר והמוסר הציבוריים. הגבלות אלו נחלקות לשניים, להגבלות על הכניסה לישראל ולהגבלות על ההתאזרחות ועל ההשתקעות במדינה. לגבי ההגבלות על הכניסה למדינה, כל מדינה שומרת לעצמה את הכח המוחלט לשלוט על זרם הנכנסים אליה."

41. הלכות אלה נפסקו לענין יישום מדיניות הגירה בידי שר הפנים כהחלטה מינהלית ומקבלות הן משנה תוקף כאשר מדיניות הגירה, המותאמת לצורכי השעה, גובשה על ידי המחוקק בדבר חקיקה ראשי.

#### (ג) (4) המצב החוקי בהקשר להגירה מחמת נישואין טרם חקיקת הוראת השעה

42. מעמדו בארץ של זר שנישא לאזרח הארץ או לתושב הארץ הוסדר בחוק ובהוראות מינהל.

על בקשת ההתאזרחות של בן זוג של אזרח חלש סעיף 7 לחוק האזרחות. סעיף זה פורש – טרם חקיקת חוק היסוד ולאחר חקיקתו – כמקנה שיקול דעת לשר הפנים להחליט אם להיעתר לבקשת ההתאזרחות מבלי להצמיח לזר זכות אוטומטית לקבלת האזרחות מכוח נישואיו. הלכה זו, תוך הדגשת חשיבותה של קבלת האזרחות, נקבעה בבג"צ 754/83 רנקין נ' שר הפנים פ"ד לח(4) 113, מפי השופט ברק (כתוארו אז) באומרו כי:

"הענקת אזרחות היא מעשה בעל חשיבות רבה. האזרחות יוצרת קשר משפטי נמשך בין אדם לבין מדינתו (ראה א' רובינשטיין, המשפט הקונסטטיטוציוני של מדינת ישראל (שוקן, מהדורה 3, תשמ"א) 401). לקשר זה חשיבות בתחומי משפט נרחבים, הן מבחינת המשפט הבינלאומי והן מבחינת המשפט המדינתי. יש בה באזרחות כדי להטיל חובות על המדינה ביחסי החוץ שלה. מבחינת האזרח עצמו, יש בה כדי ליתן לו זכויות, להעניק לו כוחות, להטיל עליו חובות ולהכיר בחסינותו בעניינים שונים ומגוונים. האזרחות קשורה בזכות הצבעה לכנסת, ביכולת לשאת משרות ציבוריות שונות, בסמכות בתי המשפט, בענייני הסגרה ובעניינים רבים ומגוונים. אזרחות מקפלת בתוכה נאמנות" (שם, בעמ' 117, הדגשות אינן במקור)

מטעם זה הובהר בענין רנקין בהקשר לזכותו של בן הזוג הזר של אזרח הארץ להתאזרח כי:

"... אין כוחה של הוראה זו לבטל את הצורך בשיקול-דעתו של שר הפנים על-פי סעיף 5(ב) לחוק האזרחות. אכן, בהצעת חוק האזרחות, תשי"ב - 1951, הוצע, כי נישואין יעניקו אזרחות מיום הנישואין [סעיף 6], אך הצעה זו לא נתקבלה על-ידי הכנסת, אשר החליפה את ההסדר המוצע בהסדר, לפיו נישואין מקלים על הדרישות שיש למלא, אך אינם מיייתרים את שיקול הדעת של שר הפנים (ראה ד"כ 11 (תשי"ב) 1700-1688, וכן 82 (0791) M.D., GOULDMAN, ISRAEL NATIONALITY LAW (JERUSALEM)). בכך הצטרפה ישראל לרשימה ארוכה של מדינות, השוללות את העיקרון כי נישואין עצמם (או פירוקם) מביאים לשינוי אוטומטי באזרחות בני הזוג, והכירה בעקרון עצמאות האזרחות, לפיו התאזרחותו של בן-זוג נקבעת על-פי תנאיו שלו, תוך מתן הקלה מסויימת בהתחשב בנישואין... לשר הפנים ניתן איפוא שיקול-דעת (אם ראה זאת לנכון), אם להעניק אזרחות ישראלית לבן-זוג של אזרח ישראלי" (עמ' 116).

ברוח זו חזר בית המשפט הנכבד וקבע בבג"צ 3648/97 סטמקה ואח' נ' שר הפנים ואח', פ"ד נג' (2) 728 כי:

"זר הנישא לאזרח ישראל, אינו קונה - בעצם נישואיו - זכות להתאזרחות, ושר הפנים סמכותו עימו להיעתר או שלא להיעתר לבקשת התאזרחות המוגשת לו בידי אותו בן-זוג זר" (עמ' 767-768).

בבג"צ 2208/02 מהא סלאמה ואח' נ' שר הפנים (טרם פורסם), נאמר כך:

"כידוע, לשר הפנים מוענק שיקול דעת רחב, אם להעניק אזרחות ישראלית מכוח נישואין לאזרחית ישראלית (ראו בג"ץ 758/88 קנדל נ' שר הפנים, פ"ד מו(5) 505 (4), 520). אמת, סעיף 7 לחוק האזרחות מקל על בן הזוג הזר לרכוש אזרחות ישראלית, אך אין בו כדי לשלול מכל וכל את שיקול דעתו של שר הפנים (ראו בג"ץ 754/83 רנקין נ' שר הפנים, פ"ד לח(116), 113 (4); פרשת סטמקה 165; בג"ץ 4156/01 דימיטרוב נ' משרד הפנים (טרם פורסם))."

הדברים האמורים בדבר קיומו של שיקול דעת רחב בהקניית מעמד לבן הזוג הזר מקבלים משנה תוקף כאשר בן הזוג המקומי אינו אזרח, אלא תושב קבע בלבד. חוק הכניסה לישראל מסמיק את שר הפנים ליתן היתרי כניסה לישראל ואשרה לישיבה בה, כשהקריטריונים למתן אשרה ורשיון ישיבת קבע לזר אינם קבועים בחוק, ואף לא בתקנות. חסר זה אינו מקרי, והוא נובע מהתפישה העקרונית לפיה שיקול הדעת אם להתיר ישיבת זר בארץ רחב ביותר.

43. לעניין מניעת כניסתו של זר כלשהו לישראל, ככלל, אין כל צורך בהוכחת קיומו של חשש לשלום הציבור ברמה של "קירבה לוודאות", ואף לא ברמה של "חשש ממשי", אלא די בחשש שאינו מופרך, כדי להצדיק מניעת כניסתו של אדם זר לישראל. **כך נפסק בעיתות רגיעה יחסית, ועל אחת כמה וכמה שהדברים חלים, מקל וחומר, בעיתות של עימות מזוין.**

#### (ג)5 המצב החוקי בהקשר להגירה מחמת נישואין לאחר חקיקת הוראת השעה

44. הוראת השעה מגבילה את שיקול דעתו של שר הפנים, (כמו גם של מפקד כוחות צה"ל באזור) בכפוף לחריגים שיפורטו להלן, להעניק לתושב אזור אזרחות לפי סעיף 7 לחוק האזרחות וליתן רשיון לישיבה בישראל לפי חוק הכניסה לישראל.

הוראת השעה מסייגת באופן זמני וחלקי את משטר שיקול הדעת שהיה קיים עובר לה, וזאת מפאת העצמת הסיכון לזכות לחיים של אזרחי המדינה ותושביה כתוצאה מההשתקעות מחמת נישואין של תושבי האזור במהלך העימות המזוין. זמניות הסיוג נובעת מכך שהמדובר בהוראת שעה (הניתנת להארכה) והחלקיות נובעת מכך שהוראת השעה מוגבלת בתחולתה על תושבי האזור. לגבי זרים אחרים נותרת סמכות שיקול הדעת של שר הפנים על כנה.

הוראת השעה נועדה איפוא באופן מפורש – ובכפוף לחריגים המנויים בה – לצמצם את היקף שיקול הדעת של שר הפנים ומפקד כוחות צה"ל בהקשר לתושבי האזור, וכוונה מפורשת זו מצאה ביטוי בהוראת השעה גופה ("על אף האמור בכל דין לרבות סעיף 7 לחוק האזרחות").

45. ניתן לסכם ולומר, כי טרם חקיקת חוקי היסוד ולאחריה לא היתה זכות חוקתית לזר להגר ארצה מכל טעם שהוא, לרבות נישואין. היתרי הכניסה ורכישת המעמד היו נתונים לשיקול דעת שר הפנים. טרם הוראת השעה, הבנה המחוקק את שיקול דעת שר הפנים באופן שמשמעת ממנו הנחייה להקל על התאזרחותם של בני זוג של אזרחים. מכוח הוראת השעה שינה המחוקק את הנחייתו בהקשר לתושבי האזור, וזאת מפאת הסיכון לבטחון המדינה והעצמת הסיכון לזכות לחיים של אזרחי המדינה ותושביה כתוצאה מדפוס ההשתקעות מחמת נישואין של תושבי האזור במהלך העימות המזוין. המדובר בשינוי (חלקי ומסויים) של משטר שנקבע בחקיקה באמצעות חקיקה מאוחרת.

46. טענת המשיבים היא כי בשינוי המשטר באמצעות חקיקה אין כל פסול חוקתי, שכן חוק היסוד – אשר מגדיר את הזכויות החוקתיות של הפרטים המצויים בשערי המדינה – אינו מכיר בזכותו החוקתית של הזר להגר למדינה מכל טעם שהוא.

### (ג) (6) הסדר שלילי באשר לזכות חוקתית "עקיפה" להגירה

47. חוק היסוד – במסגרת הגדרתו את זכויותיהם החוקתיות של הנמצאים בשערי המדינה - נמנע מלהעניק לזר זכות להגר ארצה ונמנע מלהטיל חובה חוקתית על המדינה לאפשר את כניסתו של הזר ארצה. הימנעות זו הינה מכוונת והיא מבוססת – כפי שסקרנו בהרחבה לעיל - על הכרה בעליונות ערך ריבונות המדינה בדין הישראלי ובמשפט הבינלאומי, ומהווה הסדר שלילי.

48. עמדת המשיבים היא כי אין להטיל על המדינה בעקיפין חובה חוקתית לאפשר הגירה ארצה שעה שהרשות המכוננת נמנעה מליתן זכות זו לזר במישרין. על כן סבורים המשיבים כי אין לפרש את חוק היסוד באופן המביא ליצירת חובה חוקתית חדשה, היא החובה לאפשר לזר כניסה ארצה, על מנת לממש זכות חוקתית כביכול של הישראלי. פרשנות זו מעבר להיותה פוגעת באחדות החוקה עלולה לפגוע במרקם היחסי העדין שבין הרשות המכוננת והרשות השופטת-מזה, והרשות המחוקקת והרשות השופטת-מזה.

עמדתנו, עוד בטרם נדרש לשאלת היקפן **הפנימי** של הזכות לכבוד ושל זכויות פרטיקולריות אחרות, היא כי היקפן **החיצוני** של זכויות אלה צריך להתחם על ידי ההסדר השלילי באשר לזכותו החוקתית של הזר להיכנס ארצה. משמעות תיחום זה היא כי אי מתן היתר כניסה לזר אינו מהווה בשום מקרה פגיעה בזכות חוקתית מוגנת שלו או של אחר. עמד על כך כב' הנשיא ברק בספרו **פרשנות במשפט – פרשנות חוקתית** (כרך ג', תשנ"ה) – (להלן: **ברק**), בהקשר לתיחומה החיצוני של הזכות לכבוד באומרו (עמ' 390):

"קיומן של זכויות פרטיקולריות מצביע על כך שעקרונות אין תחולה לזכות המסגרת כאשר הזכות הפרטיקולרית עשויה להגזר ממנה. כך, למשל, **זכות הכניסה לארץ היא של האזרח. אדם שאינו אזרח אינו יכול לטעון לזכות חוקתית לכניסה לארץ מכוח העיקרון הכללי של כבוד האדם.** מי שאינו אזרח אינו יכול לטעון לזכות עיסוק חוקתית-על-חוקית הנגזרת מכבוד האדם. אכן, הסיסתמטיקה הפנימית של מבנה הזכויות מובילה למסקנה, כי יש להפריד בין הזכויות השונות ובין הערכים והאינטרסים המוגנים על-ידם. יש להימנע מפרשנות המייתרת את הזכויות הפרטיקולריות והמרכזת את כל הזכויות כולן לזכות המסגרת". (הדגשות שלי - י.ג.)

הדברים שנאמרו לעניין תיחומה החיצוני של הזכות הכללית לכבוד יפים מכוח קל וחומר שעה שעסקינן בתיחומן החיצוני של זכויות פרטיקולריות אחרות.

המסקנה המתבקשת מהטענה בדבר תיחומן החיצוני של הזכויות על-ידי הוראת סעיף 6 לחוק היסוד היא כי העותרים לא הצליחו לבסס קיומה של פגיעה בזכות כללית או פרטיקולרית, שכן בהיקפן של זכויות אלה לא כלולה בשום צורה החובה החוקתית ליתן לזר להיכנס ארצה.

49. מכאן נפנה להתמודד עם טענות העותרים בדבר פגיעה כביכול בזכויות המוגנות בחוק יסוד כבוד האדם וחירותו.

### (ד) טענת הפגיעה בזכויות מוגנות

#### (ד)(1) איזונו הפנימי של החוק המגן על זכות אדם חוקתית כשולל "פגיעה"

50. את הטענה בדבר פגיעה חוקתית בזכות מוגנת לשם הגנה על זכות חוקתית אחרת, ניתן לנתח משלוש נקודות מבט. נקודות המבט תלויות בזהות העותרים או המשיגים על החקיקה.

דרך אחת היא הדרך שבה בחרו העותרים, ולפיה נקודת המוצא של הדיון היא המגבלה על זכויות העותרים כך שעל המדינה להצדיק פגיעה זו באמצעות ניתוח פסקת ההגבלה. דרך זו מעמידה את החוק כחשוד ומועמד לפסילה ומחייבת את המשיבים להצדיק את מעשי החקיקה.

אלא שקיימת דרך שניה, המביטה על עניינה של העתירה מכיוון אחר, והוא מכיוון האינטרס המוגן של החקיקה, הוא הזכות לחיים. כפי שהסברנו זכות זו הינה זכות יסוד חוקתית עליונה במשפט הישראלי, אשר גם זכויות חוקתיות אחרות עשויות לסגת מפניה. לכן אם היתה מוגשת עתירה הפוכה נגד הוראות הסעיף, קרי עתירתו של אזרח ישראלי כנגד זמניות החוק והחריגים הקבועים בו, הרי שההתייחסות החוקתית ומשקלם של הטעונונים היה משתנה. אז היה על המשיבים להצדיק את רוחבם של החריגים וזמניות החוק.

קיימת דרך ניתוח שלישית, השמה את הדגש על היקף הפריסה של זכויות אדם המעוגנות כל כולן בחוקי היסוד. על-פי דרך ניתוח זו אם החוק המגביל מגלם איזון פנימי ראוי בין הזכויות החוקתיות השונות הרי שלא מתקיימת "פגיעה" שאת תכליתה ומידתיותה יש לבחון במסגרת פסקת ההגבלה. עמד על כך כב' הנשיא ברק באומרו:

"כאשר החוק 'הרגיל' מאזן בין זכויות האדם על פי נוסחת 'האיזון הפנימית' המתבקשת מחוק היסוד עצמו,

אין לדבר כלל על 'פגיעה' בזכות מוגנת. החוק ה'ירגילי'  
מקיים את זכויות האדם החוקתיות. חוקתיותו נקבעת  
כבר בשלב הראשון של הבחינה החוקתית ועקרונית אין  
**מקום כלל לעבור לשלב השני של הבחינה החוקתית,**  
**שעניינה פסקת ההגבלה" (ברק, בעמ' 520)**

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

51. מכל מקום, גם אם ננתח את טענת הפגיעה באמצעות התבניות הקבועות בחוק היסוד יש לזכור כי ניתן להסתכל על עתירה זו מנקודת מבט שונה לחלוטין, אשר המסגרת הקשיחה של הניתוח החוקתי אינה מאפשרת להעניק לה בולטות ראויה.

52. העותרים בעתירות השונות טוענים, כי הוראת השעה פוגעת בשתי זכויות פרטיקולריות, הזכות לחירות והזכות לפרטיות, ובזכות כללית לכבוד ממנה מבקשים הם לגזור את הזכות לחיי משפחה ואת הזכות לשוויון.

טענתנו לעיל היתה כי תיחומן החיצוני של הזכויות נעשה, בין היתר, באמצעות סעיף 6 לחוק היסוד וכי משמעות תיחום זה היא כי אין לפרש את הזכות הכללית לכבוד, וקל וחומר את הזכויות הפרטיקולריות, כמצמיחות חובה חוקתית על המדינה להתיר את כניסת הזר בשעריה. טיעוננו לעיל היה כי הימנעות מלאפשר כניסת הזר ארצה אינה מקימה פגיעה בזכות לכבוד או בזכות פרטיקולרית אחרת שכן זכויות אלה – בשל תיחומן החיצוני – אינן כוללות את החובה החוקתית לאפשר את כניסת הזר.

כעת נבקש להציג את הטיעון לפיו הזכות לכבוד והזכויות הפרטיקולריות האחרות, מבחינת היקפן הפנימי, אינן מקימות חובה על המדינה לאפשר כניסת הזר לתחומה.

### (ד)2) היקפן הפנימי של הזכויות הפרטיקולריות: הזכות לחירות והזכות לפרטיות

53. (א) סעיף 5 לחוק היסוד מעניק הגנה לחירות האישית. וכך נאמר:

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

(ב) סעיף 7 לחוק היסוד מגן על הזכות לפרטיות. וכך נאמר בו:

"(א) כל אדם זכאי לפרטיות ולצנעת חייו.  
 (ב) אין נכנסים לרשות היחיד של אדם שלא בהסכמתו.  
 (ג) אין עורכים חיפוש ברשות היחיד של אדם, על גופו,  
 בגופו או בכליו.  
 (ד) אין פוגעים בסוד שיחו של אדם, בכתביו או ברשומותיו."

54. עמדת המשיבים היא כי הזכות לחירות, כמו גם הזכות לפרטיות, שייכות למשפחת החירויות, ומשמעות הדבר היא כי מולן עומדת חובה נגיטיבית, קרי- להימנע מפגיעה בהן.

מסקנה זו מתבקשת בראש ובראשונה מהגדרת טיבה של ההגנה הניתנת בחוק היסוד לזכויות אלה. המדובר בהגנה שלילית "אין נוטלים ואין מגבילים" (בהקשר לזכות לחירות) ו"אין נכנסים" "אין עורכים" ו"אין פוגעים" (בהקשר לזכות לפרטיות). מנוסחה השלילי של ההגנה ברי, כי אין היא אוצרת בכוחה את הכוח להטיל על המדינה חובה פוזיטיבית לאפשר הגירת זר ארצה.

55. בנוסף, נסמכת מסקנה זו על מהותן של הזכויות. בהקשר לזכות לפרטיות שהיא למעשה הזכות של היחיד למרחב ולמתחם פרטי בה מוגבלת נגישות אחרים אליו. מרחב זה יכול שיהיה פיזי (בית) או מופשט (מידע). כך לדוגמא נאמר בבג"צ 2481/93 דיין נ' ניצב יהודה וילק ואח', פ"ד מח(2) 456, בעמ' 469-470, כי:

"על רקע גישה זו ניתן לקבוע, כי הזכות החוקתית לפרטיות משתרעת בין השאר - ובלא כל נסיון להקיף את הזכות על כל היבטיה - על זכותו של אדם לנהל את אורח החיים בו הוא חפץ בדי אמות ביתו, בלא הפרעה מבחוץ. ביתו של אדם הוא מבצרו, ובגדריו הוא זכאי לכך כי יניחו אותו לעצמו, לפיתוח האוטונומיה של הרצון הפרטי שלו (ראה . UNITED STATE POST OFFICE v. ROWAN, 397 (U.S. 728, 736 (1970)). מבחינה זו, הזכות לפרטיות מהווה בין השאר - בלשונה של פרופ' גביזון - "הגבלה על נגישותם של אחרים אל היחיד" (ראה גביזון, שם, עמ' 428)."

56. העותרים משליכים את יהבם על סעיף 7(א) לחוק היסוד הקובע כי כל אדם זכאי לפרטיות, וזאת מבלי להגדיר את המושג פרטיות. לטעמנו, יתר חלופות הסעיף מגדירות את סוגי הפגיעות האסורות בזכות העקרונית, כשהמכנה המשותף לסוגי הפגיעות האסורות הוא בהיותן פרי התנהגות אקטיבית ("אין נכנסים" "אין עורכים" ו"ואין פוגעים"), ובכך מבהירות למעשה כי סעיף 7(א) מעניק הגנה שלילית לזכות.

זאת ועוד. הגם שחוק היסוד לא הגדיר מהי פרטיות, הרי שניתן להיעזר בהגדרה של פגיעה בפרטיות המצויה בחוק הגנת הפרטיות, התשמ"א-1981. נדגיש, כי ערים אנו לכך שחוק יסוד אינו כפוף להגדרות המצויות בדבר חקיקה רגיל, וזאת בשל עליונותו הנורמטיבית של חוק היסוד. עם זאת, ניתן להסתייע בהגדרה המצויה בחוק הפרטיות וזאת בהנחה שהגדרתה זו משקפת "תרבות משפטית המשותפת לקהיליה המשפטית הישראלית" (ובענין זה ראו בג"צ 1384/98 **גלעד אבני נ' ראש הממשלה**, פ"ד נב(5) 206, בעמ' 210-211). למקרא סעיף 2 לחוק הגנת הפרטיות מתחזקת הטענה כי ההגנה על הזכות לפרטיות הינה נגטיבית באופיה ומכוונת היא למנוע, בין היתר: בילוש, האזנה אסורה, פרסומים למיניהם, צילום אדם ברשת היחיד, העתקה, שימוש בשם אדם, הפרת חובת סודיות, וכיוצא באלה.

57. הדברים, שנאמרו לענין החובה הנגטיבית, מקבלים משנה תוקף כאשר על כף המאזניים מונחת הזכות לחירות. ברוח זו נאמר על ידי כב' הנשיא ברק בספרו **פרשנות במשפט** – **פרשנות חוקתית** (כרך ג', תשנ"ה), בעמ' 361-362:

"מספר זכויות אדם חוקתיות הן זכויות לזכויות 'לאי פגיעה'. אלה הן חירויות (libertatis siva) שלעומתן עומדת העדר הזכות של הזולת לפגוע בהם. זכויות אלה מבטיחות לאדם חופש פעולה בתחום מסוים, מבלי שיהא חייב לפעול בתחום מסוים, מבלי שיהא חייב לפעול בדרך זו או אחרת. זכויות אלה הן, אפוא, **זכויות חופש**. **אין הן מטילות חובה על הזולת, פרט לדרישה להימנע מלפגוע בחופש (או חירות) זה**. הזכויות האזרחיות הקלאסיות – כבוד האדם, החירות, חופש הביטוי, המצפון, הדת והתנועה – נופלות למסגרת זו.

.....

בבסיס שני חוקי-היסוד בדבר זכויות האדם מונחות הזכויות הקלאסיות של החירות. הבסיס הלשוני לכך ניתן למצוא בנוסחת הלשון 'אין פוגעים', 'אין נכנסים', 'אין עורכים', 'אין נוטלים', 'אין מגבילים'.

על זאת נוסיף כי סעיף 5 מכוון להעניק הגנה לחירות הפיזית מפני פגיעה בה בדרך של מאסר, מעצר, הסגרה וכיוצא באלה. סעיף זה המכוון להגן על החירות הפיזית אינו המכשיר המתאים להגנה על האוטונומיה של הפרט בבחירת בן זוג ובהבאתו לישראל. לפיכך טענות העותרים בהקשר זה, הינן לטעמנו, מחוסרות יסוד.

58. העותרים מביאים מספר תקדימים זרים עליהם הם מבקשים להסתמך לענין היקפן של הזכות לפרטיות או הזכות לחירות. פסקי הדין עליהם משתיתים העותרים את טענותיהם דנו בחוקתיות חוק האוסר על נישואין בין בני זוג מגזעים שונים (ענין Loving) או בני אותו מין (ענין Goodridge), קיום יחסי מין בין בני זוג מאותו מין (Lawrence) וחירות נשים להפלה (ענין Casey).



לטעמנו, אין קשר בין תקדימים אלה לבין השאלה העיקרית הנדונה בעתירה, שכן תקדימים אלה – כפי שנפרט מיד – עולים בקנה אחד עם תפישת הזכות לחירות והזכות לפרטיות שעל המדינה להימנע מלהפריע לפרט לממשה, ולכן ההקשר שם אינו מבסס הטלת חובה על המדינה ליתן אשרת כניסה לזר- בכלל ובתקופת עימות מזוין- בפרט.

59. טענתם המשפטית של המשיבים הינה כי מקום בו לא מופרעת חירות הפרט בבחירת בן זוג וכל פעולת המדינה היא הימנעות מלהעניק לבן הזוג הזר את ההטבות בתחום ההגירה הנלוות להקמת התא המשפחתי – לא קמה כלל פגיעה בזכות לפרטיות או בזכות לחירות.

### (ד)(3) היקפה הפנימי של הזכות הכללית לכבוד: הזכות לשיוויון וחיי משפחה

#### (ד)(3)(1) כללי

#### לשונו של חוק היסוד – כבוד האדם כמונח רב משמעויות

60. העותרים מבקשים לגזור מהזכות הכללית לכבוד שתי זכויות פרטיקולריות, שלא זכו להכרה מפורשת בחוק היסוד, היא הזכות לקבלת היתר כניסה לזר לשם מימוש חיי המשפחה והזכות לשיוויון.

המונח "כבוד" מופיע ארבע פעמים בחוק יסוד כבוד האדם וחירותו: בשמו של החוק; בסעיף 1א' לחוק, הקובע את מטרתו, שהיא "להגן על כבוד האדם וחירותו, כדי לעגן בחוק-יסוד את ערכיה של מדינת ישראל כמדינה יהודית ודמוקרטית"; בסעיף 2 לחוק הקובע כי "אין פוגעים בחייו, בגופו, או בכבודו של אדם באשר הוא אדם"; ובסעיף 4 לחוק שעל פיו "כל אדם זכאי להגנה על חייו, על גופו ועל כבודו".

61. עמימותו הלשונית של המונח בהקשרו החוקתי מקימה קושי פרשני. עמימות זו נובעת בראש ובראשונה מהמטען הדתי והפילוסופי העומד בבסיס המונח "כבוד האדם", והאתגר שבתרגום מונחים אלה להקשר החוקתי הישראלי.

וראו לעניין זה:

א' ברק, פרשנות במשפט – פרשנות חוקתית (כרך ג', תשנ"ה), בעמ' 404-406.

לעניין המשמעויות הרבות הנלוות למונח זה ביהדות, ראו ח' כהן "ערכיה של מדינה יהודית ודמוקרטית: עיונים בחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו" **הפרקליט ספר היובל** (1993) 9, 31 ואילך; נ' רקובר **גדול כבוד הבריות – כבוד האדם כערך על** (תשנ"ט).

62. טעם נוסף לקושי הפרשני נובע ממהותו של כבוד האדם, בהקשר החוקתי – הן כזכות ספציפית והן כעררון על, המהווה בסיס לכל זכויות האדם, הנובעות ממנו, ובאות להגשימו.

ביטוי לקושי הפרשני בא לידי ביטוי בהוראות חוק היסוד עצמו. כך שמו של החוק, וכן סעיף המטרה שלו מדגישים כי כבוד האדם הוא עקרון על ממנו נגזרות זכויות אדם ספציפיות, המנויות בחוק היסוד עצמו. אחת מאותן זכויות ספציפיות היא הזכות לכבוד עצמה. מכאן ברור כי **קיימת הבחנה בין כבוד האדם כעררון על לבין כבוד האדם כזכות ספציפית**.

63. פרשנות רחבה של הזכות הספציפית לכבוד, באופן המושך לכיוון הפרשנות של הזכות הספציפית כעררון על, מעוררת את השאלה מדוע טרח המכונן ופרט זכויות ספציפיות אחרות בחוק היסוד, אם יכול היה לעגן את הזכות לכבוד בחוק יסוד, ובכך לייתר את כל מגילת זכויות האדם. פרשנות רחבה זו אף סותרת את כוונת המכונן, כפי שנסביר להלן. מאידך, פרשנות צרה מדי של המונח כבוד האדם, עלולה לעקר את ייחודיות הזכות, סמליותה הערכית, ומשמעותה.

64. על מנת לעמוד על היקפה הראוי של הזכות לכבוד יש לפנות בראש ובראשונה אל לשון הנורמה החקיקתית ולעקרונות היסוד של שיטת המשפט הישראלית. במערכת פרשנית זו יש להקנות משקל מיוחד לכוונת הגוף המכונן, כפי שעולה מהדרך שהביאה את הנורמה החוקתית לעולם.

#### עקרון פרשני: היקף ההסכמה החברתית

65. טקסט חוקתי, כבסיס מכונן של החברה אליה הוא מתייחס, חייב להתבסס על הסכמה רחבה. הסכמה רחבה משמעה מתן משקל רב לפשרות בין חלקיה השונים של החברה, בדרך ליצירת טקסט חוקתי מאחד.

אותה הסכמה לאומית רחבה על עקרונות היסוד, היא המעניקה את הלגיטימציה לגופים חוץ פוליטיים, כמו בית המשפט, להתערב בהליך הפוליטי ולפסול חוקים. בפסילת חוקים הנוגדים את החוקה, בית המשפט משקף את ההסכמה אליה הגיעו בניה ובנותיה של החברה לגבי העקרונות המאחדים אותם, ואשר לאורם פועלת החברה. לכן פסילת חוק אינה התערבות בהליך הדמוקרטי אלא הגנה עליו.

לעניין זה כתב פרופ' ברק:

"משפט חוקתי חייב להתבסס – והלכה למעשה, אכן מתבסס – על הסכמה לאומית. הוא משקף קונצנזוס חברתי מקורי, שעמד ביסוד המשפט החוקתי, וקונצנזוס חברתי נמשך, העומד ביסוד המשך הלגיטימיות והקיום של המשפט החוקתי. קונצנזוס זה מאפשר התלכדות סביב המשותף והמאחד. מטבע הדברים הסכמה לאומית זו נקנית במחיר של פשרה."

ברק, בעמוד 67-68.

עוד נכתב בעניין זה כי:

"כללית ניתן לומר רק, כי היכולת של חוקה למלא את הפונקציות הפוליטיות שלה תלויה במידה רבה בכך שהיא מבוססת על הסכמה רחבה. הדבר נכון במיוחד בחוקות עליונות ונוקשות המעבירות כוח החלטה בעניינים מרכזיים לרשויות חוץ פוליטיות, שאין להם קשר ישיר של אחריות כלפי הבוחרים. הלגיטימיות של פעולתם של גופים כאלה תלויה בכך שישנה הסכמה רחבה הן לערכים שהם פועלים מכוחם, והן לעובדה כי כח ההכרעה מסור בידיהם."

ר' גביזון "המהפכה החוקתית – תיאור המציאות או נבואה המגשימה את עצמה" **משפטים** כח (1997) 21, 71.

66. לכן, בדרך כלל, חוקות מתקבלות בהליך שונה מהליך חקיקה רגיל – הן מבחינת הגוף המכונן, הן מבחינת עיתוי קבלת החוקה, והחגיגות המתלווה לאקט קבלה זה. לעיתים נלווה לכך גם מנגנון חיצוני כמו משאל עם, בצירוף קבלת החוקה ברוב מיוחד או מיוחס בגוף המכונן. נעיר כי יסודות אלה נעדרו כמעט לחלוטין מהתהליך שבו התקבלו חוקי היסוד בישראל.

וראו לעניין זה פסק דינו של כבוד השופט מ' חשין בע"א 6821/93 **בנק המזרחי המאוחד נ' מגדל** פ"ד מט(4) 221, 471 ואילך, ובעיקר בעמוד 521.

67. אחת הדרכים בהן צריכה לבוא לידי ביטוי אותה הסכמה לאומית, היא ככלי בפרשנות החוקה. יסוד זה של הסכמה רחבה ופשרה מחייב מתן משקל מיוחד לכוונת המכונן. כוונה זו היא הביטוי העיקרי לאותה פשרה והסכמה רחבה. הדברים נכונים ביתר תוקף במשפט החוקתי הישראלי, בשל הליך כינון החוקה הייחודי.

לעניין הפשרה כמרכיב בפרשנות החוקתית של חוקי היסוד בישראל נכתב:

"ההתחשבות בפשרה נושאת עמה בראש ובראשונה חובה פרשנית במסגרת ההיזקקות לתהליך החקיקה. אולם היא משלבת גם תבונה חוקתית, שיש בה גם אסטרטגיה וגם טקטיקה."

א' רוזן צבי "מדינה יהודית ודמוקרטית – אבהות רוחנית, ניכור וסימביוזה – האפשר לרבע את המעגל?" **עיוני משפט** יט (תשנ"ה) 479, 508.  
לענין זה נאמר גם מפי כב' השופטת דורנר כי:

"כידוע, השאלה אם ניתן לכלול בביטוי "כבוד" שבחוק-היסוד זכויות-אדם שונות שלא צוינו בו במפורש, ובכך לאפשר ביקורת שיפוטית על חוקים הפוגעים בזכויות אלה, שנויה במחלוקת.  
**לשיטתי, ספק אם מכוח פרשנות מרחיבה ניתן לכלול בביטוי "כבוד" שבחוק-היסוד זכויות-אדם, שלא התגבשה בעניינן - לפי שעה - הסכמה לאומית הדרושה לעיגונן בחוק-יסוד, ועל-כן אף לא צוינו בחוק-היסוד במפורש. על-כל-פנים, אין זה ראוי לעשות כן...."**

בג"צ 4513/97 **אבו ערער נ' יושב ראש הכנסת** פ"ד נב(4) 26, 46.

וראו גם:

בג"צ 453/94 **שדולת הנשים נ' ממשלת ישראל ואח'**, פ"ד מח (5) 501, 534-536.  
עע"א 4463/94 **גולן נ' שירות בתי-הסוהר** פ"ד נ(4) 136, 190-191.

וראו גם י' זמיר ומ' סובל "השוויון בפני החוק" **משפט וממשל** ה' (תש"ס) 165, 211-212.

68. העולה מן האמור הוא כי ההסכמה החברתית מהווה שיקול מרכזי בפרשנות ההיקף הראוי של כל זכות יסוד לרבות של הזכות לכבוד. אחד הכלים המרכזיים לזיהוי היקף ההסכמה החברתית הוא בחינת ההיסטוריה החוקתית, אותה נציג להלן.

#### עקרון פרשני: ההיסטוריה החוקתית

69. בהכרזה על הקמת מדינת ישראל קיימת כוונה ברורה של האבות המייסדים לכונן חוקה למדינה בתוך זמן קצר. הכנסת הראשונה, שאמורה היתה להיות הגוף המכונן, לא כוננה חוקה, בשל התנגדות לעצם רעיון החוקה, ומחלוקת לגבי תוכנה.

ביום 13.6.50 קיבלה הכנסת את "החלטת הררי", על חיבור חוקה בצורה של פרקים, המעוגנים בחוקי יסוד, על מנת לעקוף את המכשלה הפוליטית, ואת חוסר ההסכמה על עקרונות החוקה.

70. אלא שהחלטת הררי לא פתרה את המחלוקת בדבר עיגון זכויות האדם בחוקה, אלא רק דחתה אותה במספר שנים.

ההיסטוריה החוקתית רצופה ניסיונות, מדי כנסת וכנסת, לכונן מגילת זכויות אדם שלמה ומלאה, ברוח "החלטת הררי". אלא שכל הניסיונות הללו נכשלו, וזאת בהיעדר הסכמה בכנסת לגבי האופי של אותה מגילה, והזכויות שיכללו בה.

71. פריצת הדרך הושגה בשנת 1989 בהצעת חוק פרטית של ח"כ א' רובינשטיין. הצעת חוק זו היתה העתק מדויק של הצעת חוק שנוסחה במשרד המשפטים, ואשר הוגשה לממשלה זמן קצר קודם לכן.

72. ביום 15.11.89 עברה הצעת החוק בקריאה טרומית. אלא שההצעה "נתקעה" בועדת חוקה, חוק ומשפט. אי לכך הגה ח"כ רובינשטיין את רעיון ה"אטומיזציה" של הצעת החוק, דהיינו פירוקה להצעות חוק פרטניות העוסקות בזכויות אדם ספציפיות, תוך ויתור על הזכויות עליהן אין הסכמה, וקידום הצעות חוק הכוללות זכויות, שסביר כי לא תעוררנה מחלוקת.

אחת מאותן הצעות חוק היתה הצעת חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו, שהבשילה בסופו של דבר לחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו.

73. **אף אחת מהצעות אלה לא כללה את הזכות לשוויון, אשר כאמור הופיעה בהצעת החוקה המקורית, ושל הזכות לחיי משפחה, אשר אפילו לא נכללה בהצעה, ולא בכדי, וזאת בשל הנסיבות הפרלמנטריות ששררו לעת היא.**

74. אכן, קשה לקבוע בודאות מה היתה כוונת המכונן, או כוונתו של כל אחד מחברי הכנסת, שתמכו בחוק. אולם ברור למה לא התכוון המכונן. ברור שלא היתה כוונה לעגן בחוק יסוד את הזכות לשוויון במובנה הכולל. לכן ההסכמה החברתית שהביאה לחקיקת חוק היסוד לא כללה את הזכות לשוויון.

75. לטעמנו, עולה מההיסטוריה החוקתית מסקנה חד משמעית, ולפיה חקיקת חוקי היסוד משקפת פשרה שבמהות, ולא פשרה טקטית, של הסכמה בשתיקה, לעיגון זכויות שלא נמנו בחוקי היסוד דרך הזכות לכבוד.

אחת התוצאות המרכזיות של פשרה חברתית זו היא, שלא לעגן את הזכות במובנה הכולל, לשוויון כמו גם את הזכות לחיי משפחה, כזכויות חוקתיות במסגרת חוקי היסוד.

76. מניתוח ההיסטוריה עולה כי ההסכמה החברתית, בעיגון הזכות לכבוד, היתה לעגן את הגרעין של הזכות, במובנה הלשוני הרגיל, דהיינו הגנה מפני הפגיעות המובהקות בכבוד האדם – פגיעות גופניות נפשיות, השפלה, ביזוי וכו'. כפי שהעיד מגיש ההצעה:

"בעת הדיון בהצעת החוק בקריאה ראשונה בכנסת ציין המחבר, אשר הגיש את הצעת החוק, כי חוק היסוד מתייחס לזכות ל"כבוד האדם וחירותו" במובנה הצר בלבד:

"זוהי הצעת פשרה והיא נוגעת רק לזכות אחת מכל זכויות האדם...אולי הזכות החשובה ביותר: זכותו של האדם לחייו, לחירותו לכבודו – הזכות שבלעדיה אין חברת תרבות; הזכות שבלעדיה אין דמוקרטיה; הזכות שבעצם היהדות נתנה לעולם, [דהיינו] שהאדם נברא בצלם ואין הוא רכוש ואין הוא קניין, ואין משעבדים אותו, ואין הוא עבד. כל אדם מכח עצמו, יש לו זכויות שעמן הוא נולד".

זו הגישה שעמדה למול עיניהם של חברי הכנסת. הצעת חוק יסוד: זכויות האדם, פוצלה לחלקים, ובחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו, לא נכלל אלא נתח – גם אם נתח עיקרי וחשוב מכל האחרים – מתוך רשימת הזכויות אשר אמורה היתה להיות מובטחת בהצעת החוק המקורית. לפיכך הזכות לכבוד מגינה על האדם מפני "החילול, הביזיון, הבושה והמבוכה, הפוגעים בצלם האדם" ובהם האיסור על ענישה אכזרית, מניעת פגיעה בשמו הטוב של אדם, וזכותו של אדם לקיום בסיסי בכבוד".

א' רובינשטיין, המשפט הקונסטיטוציוני של מדינת ישראל (כרך ב', מהד' חמישית, 1996), בעמ' 948-949.

77. במסגרת הניתוח הפרשני של הזכות לכבוד, ככל זכות חוקתית, בעיקר בהקשר הישראלי, יש להעניק משמעות רבה להסכמה החברתית ולכוונת המכוון, וזאת מהטעמים שהרחבנו עליהם להלן. יש ליתן משקל גם לזמן הקצר יחסית שחלף מעת שנחקק חוק היסוד.

#### עקרון פרשני: מבנה חוק היסוד

78. חוק היסוד מורכב מזכות המסגרת היא הזכות הכללית לכבוד האדם וחירותו ומזכויות פרטיקולריות שונות. מבנה זה מחייב כי קביעת היקפה ותחולתה של זכות אחת יעשה תוך התחשבות במכלול הזכויות. פרשנות מרחיבה מדי הזכות הכללית לכבוד תביא להכללתן של זכויות פרטיקולריות בגדרה של זכות המסגרת ולמעשה תייתר את תחולתן. בנוסף, פרשנות שתרחיב את זכות המסגרת עלולה להוביל להכרה בזכויות חוקתיות, אשר המכוון במפורש נמנע מלהכלילן בגדרי חוק היסוד.

עמד על כך כבי הנשיא ברק בספרו **פרשנות במשפט – פרשנות חוקתית** (כרך ג', תשנ"ה), בהקשר להיקפה של הזכות לכבוד באומרו (עמ' 390):

"קיומן של זכויות פרטיקולריות מצביע על כך שעקרונית אין תחולה לזכות המסגרת כאשר הזכות הפרטיקולרית עשויה להגזר ממנה. **כך, למשל, זכות הכניסה לארץ היא של האזרח. אדם שאינו אזרח אינו יכול לטעון לזכות חוקתית לכניסה לארץ מכוח העיקרון הכללי של כבוד האדם.** מי שאינו אזרח אינו יכול לטעון לזכות עיסוק חוקתית-על-חוקית הנגזרת מכבוד האדם. אכן, הסיסתמטיקה הפנימית של מבנה הזכויות מובילה למסקנה, כי יש להפריד בין הזכויות השונות ובין הערכים והאינטרסים המוגנים על-ידם. **יש להימנע מפרשנות המייתרת את הזכויות הפרטיקולריות והמרכזת את כל הזכויות כולן לזכות המסגרת.**"

79. במסגרת הניתוח הפרשני של הזכות לכבוד, בהיותה זכות מסגרת, יש ליתן משקל ליחס שבין היקפה ותחולתה של הזכות הכללית לכבוד לבין היקפן ותחולתן של הזכויות הפרטיקולריות באופן שיאפשר את "החיים בצוותא".

#### עקרון פרשני: מיקום הניתוח החוקתי

80. מיקום הניתוח החוקתי הוא אחד הגורמים המשפיעים על היקף הגדרת הזכות וכפועל יוצא הפגיעה בה. עמדתנו היא כי יש להגדיר את הזכות החוקתית, כך שרק פגיעה מהותית ובעלת חומרה בזכות החוקתית, תעבור לניתוח במסגרת פסקת ההגבלה. הדבר נכון ביתר תוקף במקרה של זכויות שאינן מנויות בחוק היסוד, ומוגנות חלקית דרך הזכות לכבוד.

גישה זו משקפת עמדה מהותית, ולפיה מקומו של חלק עיקרי בדיון החוקתי הוא במסגרת הגדרת הזכות, ולא במסגרת פסקת ההגבלה. עמדה זו משקפת את החשש כי הרחבת הזכות המוגנת יתר על המידה תגרום לשחיקת ההגנה החוקתית. ההסדר החוקתי מעניק עליונות נורמטיבית לשורה של זכויות אדם. על מנת לשמור על עליונות זו יש צורך לשמור על ייחודן של הזכויות. אם כל אינטרס מוגן יהפוך מייד ל"זכות חוקתית מוגנת" וכל התערבות שלטונית תהפוך ל"פגיעה בזכות חוקתית מוגנת" תישחק המשמעות של העליונות הנורמטיבית של זכויות אלה.

81. תכלית נוספת של עמדה זו הוא למנוע מצב שבו כל פגיעה תעביר מיידית את הדיון לפסקת ההגבלה, באופן שיאלץ את בית המשפט לבחון את הגיונה של כל חקיקה וחקיקה, המשפיעה על זכויות האדם. במקרה של הזכות לשוויון – עליה נרחיב להלן - מדובר כמעט בכל דבר חקיקה שאינו חל על כלל אזרחי הארץ ותושביה.

82. לעניין מיקומו הראוי של הניתוח החוקתי ראו את דבריה של כב' הש' שטרסברג כהן בע"פ 4424/98, 4713, 4779 **פדרו סילגדו נ' מדינת ישראל**, פ"ד נו(5) 529, בעמ' 554-555 :

5. על פי הכללים הנקוטים בידינו, נערכת בדיקת חוקתיותה של הוראת חוק, בשני שלבים עיקריים: בראשון שבהם בודק הפרשן אם זכות האדם המעוגנת בחוק היסוד אכן נפגעה על ידי הוראת חוק העומדת לבדיקה חוקתית. רק כאשר המסקנה היא שאכן כך, יבוא השלב השני, בו תיבדק השאלה, אם דבר החקיקה הפוגע, מקיים את דרישות פסקת ההגבלה שבחוק היסוד (ראו, א' ברק פרשנות במשפט - פרשנות חוקתית (תשנ"ד) 473-474)...

6. שותפה אני לעמדה לפיה הוראות המשפט הפלילי המהותי, עד כמה שהן כרוכות במאסרו של אדם, נתונות למשטר חוקתי. **אלא שאיני סבורה כי יש לדלג על שלבה הראשון של הבדיקה ולפנות ישירות לשלבה השני. אין זה מובן מאליו כי קביעת התנהגות כעבירה פלילית שעונש מאסר בצידה 'פוגעת' בזכות שחוק היסוד בא להגן עליה. שאלה זו מצריכה בדיקה יסודית ועניינית הנערכת בשלב הראשון של הבחינה החוקתית.** במסגרת שלב זה נבחנת השאלה, האם אכן פוגעות הנורמה הפלילית והאפשרות להרשיע באמצעותה בעבירה שעונש מאסר בצידה, בזכויות אדם המוגנות בחוק היסוד; האם ה'חירות', המוגנת בסעיף 5 לחוק היסוד, היא חירותו של העבריין שהורשע כדין בביצוע עבירה שפגעה בחירותו, בשלמות גופו, או בחייו של אחר; האם ה'פגיעה' בחירות עבריין כזה כה מובנת מאליה עד כי אין עוד על הפרשן לעבור את שלב הבדיקה הראשון וניתן להתמקד בשלב השני בלבד? **דעתי היא, כי יש טעם ויש צורך להעביר את הנורמה העומדת לבדיקה ואת האפשרות להטיל עונש מאסר באמצעותה, במבחני השלב הראשון של הבדיקה החוקתית...** " (הדגשות הוספו – י.ג.)

לעניין זה ניתן גם להקיש מגישת כב' השופט י' זמיר, העוסקת בפרשנות הזכות לקניין, שאף היא מעוגנת בחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו. על פי גישה זו יש לצמצם את היקף הזכות המוגנת על מנת למנוע מצב בו בית המשפט יאלץ לבחון כל חקיקה כלכלית שבה נפגע רכושו של אדם. לכן רק פגיעה מהותית בקניין תחשב להפרת הזכות החוקתית. על פי גישה זו:

"מרכז הכובד של הכלל הגדול שבסעיף 3 אינו דווקא בהגדרת התיבה "קניין", אלא בחיבור של אובייקט החקיקה עם הפעולה המתייחסת אליו. קרי, עניינה של ההוראה שבסעיף 3 ב"פגיעה בקניין". פגיעה בקניין לצורך העניין שלפנינו הודגמה על ידי הפניה לאקטים חקיקתיים בעלי השלכות אישיות מהותיות, למשל אלו שמכוחם מופקע רכושו של אדם ללא פיצויים נאותים, בשרירות או מתוך הפרה מהותית אחרת של זכויותיו." (הדגשות הוספו).

**בנק מזרחי הנ"ל** בעמוד 332, וראו גם בעמוד 578 (בדברי הנשיא לשעבר מ' שמגר).



83. נציין כי גם בדרום אפריקה נדחתה הגישה הרחבה, ולפיה כל הוכחה של הבחנה מעבירה את הניתוח החוקתי לעבר פסקת ההגבלה, וזאת מתוך הבנה כי גישה רחבה זו תביא את בתי המשפט לבחון כמעט כל מעשה חקיקה ואקטים מינהליים. נפסק כי :

“If each and every differentiation made in terms of the law amounted to unequal treatment that had to be justified by means of resort to s 33, or else constituted discrimination which had to be shown not to be unfair, the Courts could be called upon to review the justifiability or fairness of just about the whole legislative programme and almost all executive conduct. . . . The Courts would be compelled to review the reasonableness or the fairness of every classification of rights, duties, privileges, immunities, benefits or disadvantages flowing from any law. Accordingly, it is necessary to identify the criteria that separate legitimate differentiation from differentiation that has crossed the border of constitutional impermissibility and is unequal or discriminatory ‘in the constitutional sense.’”

Prinsloo v. Van Der Linden 1997 (6)BCLR 759 Para 17.

נעיר כי פסק הדין מתייחס לפסקת ההגבלה שהיתה קבועה בסעיף 33 לחוקה הזמנית, לפסקת ההגבלה, המצויה כיום בסעיף 36 לחוקה הקבועה, שכוונה בשנת 1996.

84. לטעמנו יש להחיל עקרון פרשני זה גם בסוגייה דנן, דהיינו לגבי היקף הזכות לכבוד, ובמיוחד להיקפן של הזכות לשוויון ולחיי משפחה המוגנות באמצעות הזכות לכבוד.

#### יישום העקרונות הפרשניים: הצגת המודלים הפרשניים

85. לשון חוק היסוד, ההיסטוריה החוקתית, הבנויה על היסודות החברתיים של מדינת ישראל, כוונת המכונן- הסובייקטיבית והאובייקטיבית, מבנה חוק היסוד ומיקומו הראוי של הניתוח החוקתי - מביאים כולם למסקנה אחת. המסקנה היא שלא ניתן לעגן את עקרון השוויון במובנו הכולל ואת הזכות לחיי משפחה במלוא היקפה והדרה במסגרת פרשנות רחבה של המונח “כבוד האדם”.

86. במצב המשפטי הקיים, קיים קושי לקבל את הפרשנות הרחבה של המונח “כבוד האדם”, בהקשר של חוק יסוד כבוד האדם וחירותו, אשר לפיה :

"כבוד האדם הוא האוטונומיה של הרצון הפרטי, וחופש הבחירה. כבוד האדם הוא הערך של האדם, קדושת חייו והיותו בן חורין. כבוד האדם רואה באדם מטרה ולא אמצעי להשגת מטרות של אחרים. ביסודם של אלה עומד חופש ההכרעה של האדם, שאינו מהווה אמצעי אלא הוא מטרה בפני עצמו. מתפיסה זו של כבוד האדם וחירותו, הקושרת אותו עם האוטונומיה של הרצון הפרטי, יש להסיק כי כבוד האדם הוא חופש הפעולה (הפיזית והמשפטית) של הפרט. על כן כבוד האדם הוא חופש החוזים של כל פרט. **מתפיסה מהותית זו של כבוד האדם וחירותו יש להסיק את עקרון השוויון, את חופש הביטוי, התנועה, האמונה הדתית וזכויות נוספות הקשורות בקשר הדוק לאישיותו של האדם וליחודו של כל פרט ופרט...**" (הדגשה הוספה).

ברק, בעמ' 421.

לגישה זו ראו, בין היתר:

- בג"צ 5394/95 הופרט נ' יד ושם, רשות הזיכרון לשואה ולגבורה, פ"ד מח (3) 353, 360-363.  
 בג"צ 721/94 אל-על נתיבי אויר לישראל נ' דנילוביץ', פ"ד מח (5) 749, 760.  
 בג"צ 453/94 שדולת הנשים נ' ממשלת ישראל ואח', פ"ד מח (5) 501, 521-522.  
 בע"א 105/92 ראם מהנדסים קבלנים נ' עיריית נצרת עילית ואח' פ"ד מז (5) 189, 201-203.  
 עע"א 4463/94 גולן נ' שירות בתי-הסוהר פ"ד נ (4) 136, 156-157.  
 בג"צ 1133/99 עדאלה נ' השר לענייני דתות ואח' פ"ד נד (2) 164, 186.

87. גישה מרחיבה זו יש בה תפיסה ערכית שניתן להזדהות עמה, אך שאלה אם היא מעניקה את המשקל הראוי להסכמה החברתית ולכוונת המכונן. על פי ההיסטוריה החקיקתית, הרציונל הבסיסי שהביא לכינון מגילת זכויות אדם חלקית בישראל, הוא השגת הסכמה חברתית, גם אם המחיר הוא ויתור על עיגון זכויות בחוקי היסוד, חשובות ככל שיהיו.

על פי גישה מרחיבה זו, ייכללו בזכות לכבוד, באמצעות פרשנות, אותן זכויות אדם, שהיו מכשול לחקיקת מגילת זכויות האדם, ולכן הושמטו **במכוון** מהמסגרת הסופית של חוקי היסוד. מדובר בחופש הדת, חופש הביטוי והתנועה. בראש וראשונה, נכללת בזכויות אלה הזכות לשוויון במובנה הכולל. והדברים נכונים גם לגבי הזכות לחיי משפחה, שמראשית לא נכללה בהצעות החוק השונות.

פרשנות רחבה זו מייתרת לכאורה את כל הויכוחים על מגילת זכויות האדם. הרי אם ניתן לקפל את כל הזכויות המרכזיות תחת כנפיה של הזכות לכבוד, לשם מה נועדו עשרות שנים של ויכוחים חוקתיים?

הביקורת על עמדה זו תוארה במילים הבאות:

"אין זה ראוי להשיג באמצעות הרשות השופטת את שנכשלו להשיג באמצעות הרשות המכוננת. מרכיבים בעייתיים – כגון השוויון, חופש אמונה ודת, חופש תנועה בגבולות המדינה – אשר הרשות המכוננת ביקשה להניחם לעת מצוא, אין להחדירם לחקיקה בניגוד לרצון הכנסת עצמה באמצעות הרשות השופטת. מן הראוי שהכרעה בשאלות אלה, השנויות במחלוקת לאומית תיעשה על ידי העם – באמצעות נציגיו ברשות המכוננת – ולא על ידי בית המשפט. הכרעה שיפוטית בבעיות אלה תפגע בלגיטימיות השיפוטית: היא תשאיר בעיות אלה כ"פצע פתוח", אשר יעורר ויכוחים חוזרים ונשנים באשר ללגיטימיות של המעשה השיפוטי. היא תהווה "בכייה לדורות" ותפגע במעמד השפיטה, אשר תואשם ב"חטיפת זכויות האדם" וב"גרילה שיפוטית".

**ברק**, בעמ' 414.

וראו גם: ה' סומר, "הזכויות הבלתי מנויות – על היקפה של המהפכה החוקתית", **משפטים** כ"ח (תשנ"ז) 257, בעמוד 314 ואילך.

88. קושי נוסף בגישה המרחיבה נובע מההיקף הרחב של הזכויות המוגנות. ההסדר החוקתי מעניק עליונות נורמטיבית לשורה של זכויות אדם. על מנת לשמור על עליונות זו יש צורך לשמור על ייחודן של הזכויות. אם כל אינטרס מוגן יהפוך מייד "לזכות חוקתית מוגנת" וכל התערבות שלטונית תהפוך ל"פגיעה בזכות חוקתית מוגנת" תישחק המשמעות של העליונות הנורמטיבית של זכויות אלה.

כפי שהסביר השופט י' זמיר, בהקשר דומה של היקף הזכות לקניין, שאף היא מוגנת בחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו.

"אם כל פגיעה בשווי רכושו של אדם, לרבות פגיעה בחיובים כספיים למיניהם, היא פגיעה בקניין, נמצא כי החוקים הפוגעים בקניין רבים מני ספור; בית המשפט עלול לשקוע ראשו ורובו בבדיקת החוקיות של כל חוק כזה, שמא בין היתר הוא פוגע בקניין מעבר למידה הדרושה; והמחוקק יתקשה למלא את תפקידו כראוי. ככל שיורחב ההיקף של הקניין כזכות חוקתית, כך, יש לחשוש, תיחלש עוצמת ההגנה על זכות זו, ועל כך ניתן לומר: תפסת מרובה לא תפסת".

**בנק המזרחי** בעמוד 471 (בדברי השופט י' זמיר). לתמיכה בעמדה זו ראו גם א' רובינשטיין **המשפט הקונסטיטוציוני של מדינת ישראל** (כרך ב', מהד' חמישית, 1996), בעמ' 940.

89. עוד יצוין כי חלק עיקרי ממסגרת החקיקה המודרנית מבוסס על הבחנות וקביעת סדרי עדיפויות. כאמור, קבלת הגישה המרחיבה, משמעה שכמעט כל חוק נתון לבחינה המורכבת של פסקת ההגבלה.

כפי שנראה להלן, סוגייה זו הטרידה את בתי המשפט במדינות אחרות בעולם, והביאה לגיבוש קריטריונים שימנעו תוצאה בלתי רצויה זו, וזאת על בסיס ניסיון בפרשנות של בתי המשפט לחוקה.

נדגיש כי לטעמנו קושי זה בגישה המרחיבה היה קיים גם אילו הזכות לשוויון והזכות לחיי משפחה היו מעוגנות במפורש בחוק היסוד. לכן וודאי שהוא קיים כאשר אין עיגון כזה.

90. מן העבר השני, מוסכם עלינו כי פרשנות צרה של המונח "כבוד האדם", באופן שיגביל, באופן מוחלט, כל התייחסות לזכויות אדם שאינן מנויות בחוק היסוד, אינה ראויה. הרי ברור כי לעיתים פגיעה בזכות אדם שאינה מנויה בחוק, יכולה לעלות כדי פגיעה ב"כבוד האדם".

בדברינו אלה אנו מתכוונים לכך שהזכות לכבוד אינה "כוללת בתוכה" זכויות ספציפיות אחרות, אלא לכך שמעשה או נורמה, שיש בהם פגיעה בזכות מסוימת, יכולים לפגוע גם בזכות לכבוד. כך שהפגיעה הרלוונטית היא בזכות לכבוד, כפי שנסביר להלן.

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

92. הדברים נכונים גם לגבי הזכות לשוויון והזכות לחיי משפחה. על פי הגישה המרחיבה הזכות לשוויון ולחיי משפחה במובן הכולל הינן חלק מכבוד האדם. על פי הגישה הצרה פגיעה בשוויון או בחיי המשפחה לעולם לא תבסס פגיעה בכבוד.

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

93. נבקש לפנות כעת לבחינת הפגיעה הנטענת על ידי העותרים בזכות לשוויון ובזכות לחיי משפחה, אותן מבקשים העותרים לגזור מהזכות הכללית לכבוד.

ד(3)(II) הזכות לשוויוןכללי

94. העותרים מבקשים לגזור את הזכות לשוויון מהזכות לכבוד. המשיבים סבורים כי בהתאם לשיטת הניתוח המוצעת על ידם, לפיה אין לייבא קטגוריות שלמות של זכויות (ובענייננו הזכות לשוויון) לתוך הזכות לכבוד, השאלה שצריכה לעמוד לדיון היא אם הפגיעה הקונקרטית – קרי זו הנובעת מהעדר נכונות המדינה ליתן אשרת כניסה לבן הזוג הזר השייך לרשות המצויה בעימות מזוין עם מדינת ישראל – מהווה פגיעה בשוויון המגעת כדי פגיעה בכבוד.

המשיבים סבורים כי שיטת ניתוח זו הינה ראויה בהתחשב בכך שהזכות לשוויון לא נכללה כזכות פרטיקולריות בחוק היסוד. חסר זה אינו מקרי. במהלך השנים שקדמו לחקיקת חוקי היסוד "החזית הקונקרטית ביותר, בה ניטשו הקרבות המרים ביותר, היתה סביב נוסחת השוויון" (י' קרפ, "חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו – ביוגרפיה של מאבקי כח" משפט וממשל א' (תשנ"ג) 323, בעמ' 336).

לכן כדי לקדם את כינון הזכויות שלא היו שנויות במחלוקת, הושמטה הזכות לשוויון. כפי שהסביר זאת סומר במאמרו:

"יוזמי הצעת חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו, נאלצו איפוא לוותר על הכללת סעיף בדבר שוויון בחוק היסוד, כדי לאפשר את מעברם המהיר של שאר סעיפיו. כבר בדיון בקריאה הראשונה בהצעת חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו, טענו כמה חברי כנסת כנגד העובדה שאין בחוק היסוד סעיף שוויון, ומציע הצעת חוק היסוד, ח"כ אמנון רובינשטיין, אף אמר כי:

'אין כאן סעיף שוויון כללי, נכון, מכיוון שסעיף השוויון הכללי הזה היה אבן הנגף, המכשלה שבגללה אי אפשר היה לקבל את הצעת החוק הכוללנית'".

ה' סומר, "הזכויות הבלתי מנויות – על היקפה של המהפכה החוקתית", משפטים כ"ח (תשנ"ז) 257, בעמ' 276.

לעומת זאת, ראו דבריו של ח"כ רובינשטיין בקריאה הראשונה כי "ברור שהצעה זו בתוכה, טומנת בחובה את רעיון השוויון הכללי, [בכל] מה שנוגע לכבוד האדם וחירותו" (ד"כ התשנ"ב 1532).

95. לעניין זה נאמר עוד כי:

"סעיף השוויון אינו חלק מחוק היסוד, וכמוסבר לעיל – היעדרו אינו בשגגת שכחה. הרעיון לחוקק מגילת זכויות "פרקים – פרקים" לא בא אלא כדי לעקוף את מכשול סעיף השוויון, שהיה סלע המחלוקת שעליו נסב הויכוח על אופייה היהודי של המדינה. ההסכמה הפוליטית היתה, כאמור, לחוקק חוק שלא יכלול את סעיף השוויון... נראה איפוא, שהמגמה הפוליטית היתה שלא לדון בעקרון השוויון במסגרת חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו, ומכאן גם שלא לתת לו את התוקף הנורמטיבי שניתן לזכויות אחרות במסגרתו של החוק."

י" קרפ, "חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו – ביוגרפיה של מאבקי כח" משפט וממשל א' (תשנ"ג) 323, בעמ' 348.

המשיבים סבורים כי ישנם מצבים של פגיעה בשוויון העולים כדי פגיעה בזכות החוקתית לכבוד האדם. כיוון שהזכות לשוויון אינה מעוגנת באופן מפורש יש לזקק המימד המוגן של הזכות לשוויון באמצעות הזכות לכבוד. מקור השראה לזיקוק זה עשויים לשמש ההסדרים החוקתיים במדינות שונות, ובענייננו בשלושה היבטים של הזכות: מידת החלת הזכות על זרים, הגדרת היקף הזכות באמצעות עריכת "איזון פנימי", במסגרת הגדרת הזכות, מהותיות הפגיעה בשוויון. להלן נרחיב על כל אחד מהיבטים אלה.

#### מידת תחולת הזכות לשוויון על זרים

96. (א) בחלק מהחוקות, בהן עוגנה הזכות לשוויון כזכות פרטיקולרית ונפרדת, היא ייוחדה לאזרחי המדינה ו/או לתושביה. כך למשל קובע סעיף 10(2) לחוקה הבלגית כי:

"(2) **Belgians** are equal before the law; they are the only ones eligible for civil and military service, but for the exceptions that could be made by law for special cases."

סעיף 13(1) לחוקה האיטלקית:

"(1) **All citizens** have equal social status and are equal before the law, without regard to their sex, race, language, religion, political opinions, and personal or social conditions."

בחוקת יוון:

“1. All Greeks are equal before the law.”

סעיף 140 (1) לחוקה האירית :

“1. All citizens shall, as human persons, be held equal before the law.”

(ב) הוראות ברוח זו, המייחדת את ההגנה החוקתית לאזרחי המדינה בלבד, מצויה גם בחוקות של לוקסמבורג, בולגריה, אלג'יריה, אלבניה, ארמניה, קמבודיה, מקדוניה.

(ג) להבחנה בין אזרח וזר במשפט הישראלי ראו: רע"ב 3969/97 **מדינת ישראל נ' אבו רביע חאלד**, פ"ד נא(5) 470, בעמ' 479-480.

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

**הטעם הראשון** נובע ממהות הזכות עליה מורכבת הזכות לשוויון, כשבעניינו היא זכות הכניסה לישראל לשם מימוש חיי המשפחה. נוכח עקרון ריבונות המדינה כלפי חוץ וכנובע מכך, שיקול דעתו הרחב של שר הפנים, ונוכח תכלית הסייג ההומניטרי בדבר איחוד משפחות אשר נועד להיטיב עם בן הזוג הישראלי, (כחריג לכלל בדבר היעדר זכות כניסה למדינה למי שאינו אזרח או תושב) ברי כי טענה בדבר הפלייה פסולה המצדיקה בטלות דבר חקיקה ראשית אינה יכולה להישמע מפיו של הזר המבקש להיכנס לישראל.

**הטעם השני** נובע מהיקפה של הזכות לשוויון וזאת במנותק מהזכות עליה היא מורכבת. כפי שהראינו במדינות רבות – מפותחות ומתפתחות – יוחדה ההגנה לאזרחי המדינה ותושביה, וגם מטעם זה טענה בדבר הפלייה פסולה המצדיקה בטלות חקיקה לא תישמע מפיו של הזר המבקש להיכנס לישראל

98. הפלייה פסולה קיימת כאשר מוענק יחס שונה לבני זוג ישראלים וזאת מחמת שונות בתכונותיהם או במאפייניהם האישיים, אשר איננה רלבנטית להבחנה. במקרה הנידון **ההבחנה שעורך החוק איננה מושתת על מיהות בן הזוג המקומי אלא על מיהות בן הזוג הזר**. זאת ועוד. הוראת השעה חלה על כל בני הזוג הישראלים ללא הבחנה הקשורה למאפייניהם האישיים. עובדה זו שומטת את הקרקע תחת הטענה בדבר הפלייה פסולה של בן הזוג המקומי.

העותרים, אשר אף לדידם, הנפגע מההבחנה אינו יכול להיות הזר אלא בן הזוג המקומי מעלים טענת הפלייה תוצאתית כלפי בן הזוג המקומי. תשובת המשיבים לטענה זו היא

משולשת: **ראשית**, הצדקה אובייקטיבית – כפי שנפתח בהרחבה בהמשך בהקשר למודל האירופאי – מאיינת את הפגיעה הנטענת כבר בשלב זה, וזאת אפילו אם מבחינה תוצאתית מביאה היא להבחנה קבוצתית. במקרה דנן, קיימת הצדקה אובייקטיבית המבוססת על הערכתם המקצועית של גורמי הביטחון (על יסוד הנסיון והניתוח המקצועי) בדבר הסיכון לאזרחי ישראל ותושביה נוכח דפוסי ההשתקעות מחמת נישואין של תושבי האזור במהלך העימות המזוין הפעיל. **שנית**, במקרה דנן כאמור תכלית החקיקה אינה הפליית אזרחי ישראל הערבים, אלא הגנה על חיי כלל אזרחי הארץ ותושביה. נציין כי בארצות הברית יש להוכיח כי תכלית הנורמה היא להפלות לשם פסילת דבר חקיקה ראשי. לכן, תוצאה מפלה בלבד, אינה מספיקה על מנת לפסול חוק. **שלישית**, טענת הפלייה קבוצתית עקיפה צריכה להיתמך בראיות כדבעי, ונטל הבאת הראיה בעניין זה מוטל על שכמם של העותרים. העותרים לא הניחו תשתית ראיתית כזו, וזו נחוצה בהתחשב בכך שעל פני הדברים, נישואין בין ערבי אזרח/תושב ישראל לתושבי האזור מהווה פלח קטן מכלל הנישואין של ערביי ישראל.

זיהוי הפגיעה בזכות באמצעות עריכת "איזון פנימי"

99. מבחינה מושגית מהלך ניתוח הזכות לשוויון שונה ממהלך ניתוחן של זכויות אחרות, שכן בתיחום היקפה הפנימי של זכות זו מובנים שיקולים ערכיים. כך למשל בהגדרת רלבנטיות השונות, אשר יש בה כדי לאיין את עצם קיומה של הפגיעה עקב ההבחנה, היא פועל יוצא של שיקולים ערכיים המשתנים בהתאם לנסיבות הזמן והמקום. עמד על כך פרופ' תומס וורטנברגר, באומרו:

“The important point of reference in the application of the general principle of equality is the idea of justice. Whatever justice requires as equal or unequal treatment in a particular case, depends on the prevailing moral and cultural order, and is also developed, in terms of legal psychology, from the generally prevailing ideas of justice. The generally prevalent moral and cultural values as well as ideas of justice find on the one hand their point of reference in the basic values of the constitution, but on the other hand can also change from time to time. The interpretation of the principle of equality depends not only on social and cultural changes, rather also on changes of legal consciousness”



כוחם של השיקולים הערכיים אינו מוחלט במובן זה שנדרש איזון פנימי בין מידת השונות לבין עוצמת ההצדקה האובייקטיבית.

100. ואכן, חלק מהחוקות מגדירות את היקפה של הזכות החוקתית המוגנת במימד ערכי, כשמימד זה יכול לאיין את הפגיעה (פינלנד) או הופך אותה לפסולה (דרום אפריקה). כך למשל בסעיף 6(2) לחוקת פינלנד נאמר כי :

“No one shall, **without an acceptable reason**, be treated differently from other persons on the ground of sex, age, origin language, religion, conviction, opinion, health, disability, or other reason that concern his or her person”.

החוקה בדרום אפריקה מעניקה הגנה רק לנפגע מהפליה בלתי הוגנת, כשמושג זה מקפל בתוכו את ערכי החברה הנתונה. וכך נאמר בסעיף 9(3) לחוקה :

9.

“Equality

... ”

(3) The state may not **unfairly** discriminate directly or indirectly against anyone on one or more grounds, including race, gender, sex, pregnancy, marital status, ethnic or social origin, colour, sexual orientation, age, disability, religion, conscience, belief, culture, language and birth. “

נציין כי בחוקתה של דרום אפריקה יש פסקת הגבלה (סעיף 36), ומכאן מתחדד כי שאלת ההצדקה להבחנה נעשית בשלב הגדרת הזכות, ולא במסגרת פסקת ההגבלה.

101. משמעות הבנייה זו – כפי שנראה מיד – היא כי כאשר קיימת הצדקה אובייקטיבית לפגיעה, כששונות רלבנטית היא דוגמא להצדקה כזו, הרי שיש בה לאיין את הפגיעה. יסוד ערכי זה יוצר במסגרת הגדרת הזכות לשוויון והיקף הפגיעה בה “איזון פנימי”, בו נבחנת לגיטימיות ההבחנה.

מבחן ההצדקה האובייקטיבית לבחינת קיומה של פגיעה בשוויון פותח במשפט הקהילה האירופית בהקשר להפליה עקיפה (הכוונה למצב בו נעזרים בקריטריון נייטרלי להבחנה, אך דה פקטו קבוצה מסוימת מופלית לרעה), אך היא איננה מוגבלת רק לכך, וניתן ליישמה גם לגבי הפליה ישירה ומכוונת :

“The concept of objective justification is in the European context often linked with the concept of indirect discrimination... However, as Drijver and Prechal point out, the application of objective justification is not necessarily limited to instances of indirect discrimination.”

Irene P. Asscher-Vonk, “Towards One Concept of Objective Justification”, *Non-Discrimination Law: Comparative Perspective* (Loenen&Rodrigues Eds.), 1999, p. 42.

102. (א) כך למשל, בפסק הדין התקדימי של בית הדין האירופי לצדק (ECJ) בעניין **Bilka-Kaufhaus** נידונה השאלה אם נוהג שכר היוצר הבחנה בין עובדים במשרה חלקית לעובדים במשרה מלאה, אשר תוצאתו היא פגיעה במספר גדול הרבה יותר של נשים מאשר של גברים (בהיות הנשים, במבנה שוק העבודה באותה עת, מרבית העובדים במשרה חלקית) מהווה הפליה פסולה. בית הדין קבע כי הבחנה זו לא תהווה פגיעה בשוויון אם המעביד יצדיק אותה בטעמים אובייקטיביים, דהיינו:

“objectively justified factors unrelated to any discrimination on the grounds of sex”

באותו ענין קבע בית הדין כי מבחן ההצדקה האובייקטיבית מחייב את המעביד להראות שהאמצעי שבחר להשגת המטרה הינו:

“corresponds to a real need on the part of the undertaking, an appropriate with a view to achieving the objective in question and are necessary to that end.”

*Bilka-Kaufhaus*, case 170/84, ECR 1986, 1607.

(ב) בית הדין האירופאי לצדק יישם גישה זו בפסקי דין נוספים שעסקו בהפליה עקיפה, ראו לדוגמא:

*Rinner-kuhn*, case 149/77, ECR 1989, 2743.

*Teuling-Worms*, case 30/85, ECR 1987, 2497

*Kowalska*, case C33/89, ECR 1990, 2591.

מפסיקת ה- ECJ – עולה כי כבר בעת הגדרת הפגיעה יש לבחון האם קיימת הצדקה להבחנה. במידה וקיימת הצדקה אובייקטיבית להבחנה (למשל, שוני רלבנטי), מתאינת הפגיעה

הנטענת כבר בשלב זה אפילו אם מבחינה תוצאתית מביאה היא להבחנה קבוצתית ובכלל זה הבחנה כלפי קבוצה מסוימת.

103. (א) כפי שעולה ממאמרה של Asscher-Vonk, שהוזכר לעיל, מבחן ההצדקה האובייקטיבית מיושם גם בבתי המשפט המדינתיים באירופה בבוחנם טענות הפליה (בעיקר לגבי הפליה עקיפה). קיומה או העדרה של הצדקה אובייקטיבית קובעת האם מדובר בהבחנה מותרת או אסורה:

“The concept of objective justification in these instances draws the line between allowed and forbidden indirect discrimination.” (Asscher-Vonk, p. 42)

(ב) כדוגמא נביא מדברי ההסבר לתיקונים מקיפים שנעשו לאחרונה בחוק הזרים בדנמרק משנת 2002 (Aliens (consolidation) Act), בהקשר לסעיף 14 לאמנה שעניינו באיסור הפליה:

“The fundamental criterion for the application of Article 14 is that the situations must be comparable (“in relevantly similar situations”). However, if differential treatment in comparable situations is **objectively and reasonably motivated, there is no discrimination**. This implies that **differential treatment must pursue a legitimate aim and be proportionate** in order not to fall within the prohibition of discrimination”  
[http://www.finfo.dk/wwwfinfo/HTML/engelsk/Finfo\\_Danmark/Ny\\_i\\_Danmark/Love\\_og\\_regler/side3.html](http://www.finfo.dk/wwwfinfo/HTML/engelsk/Finfo_Danmark/Ny_i_Danmark/Love_og_regler/side3.html)

104. לטעמנו, הבניית תהליך “האיזון הפנימי” במסגרת הגדרת הזכות לשוויון מתחייבת לא רק ממהותה של הזכות אלא גם ממיקומו הראוי של הניתוח החוקתי-בכלל ובזכות לשוויון-בפרט.

כאמור אנו סבורים כי הרחבת הזכות המוגנת יתר על המידה תגרום לשחיקת ההגנה החוקתית. אם כל אינטרס מוגן יהפוך מייד ל”זכות חוקתית מוגנת” וכל התערבות שלטונית תהפוך ל”פגיעה בזכות חוקתית מוגנת” תישחק המשמעות של העליונות הנורמטיבית של זכויות אלה. בנוסף, סינון הפגיעות כבר בשלב הראשון מונע העתקת מרכז הכובד של הניתוח החוקתי בבחינת תכלית הפגיעה ומידתיותה, ובכך שומר על האיזון העדין שבין הרשות המחוקקת לרשות השופטת.

דברים אלה מקבלים משנה תוקף כאשר מדובר בזכות לשוויון, אשר לא הוכרה באופן מפורש בחוק היסוד, וזאת בשל פוטנציאל פרישתה הרחב של זכות זו. למעשה ללא סינון הפגיעות בשלב הראשון יימצא עצמו בית המשפט בוחן במסגרת פסקת ההגבלה כל דבר חקיקה שאינו חל על כלל אזרחי הארץ ותושביה.

105. השאלה הצריכה להיבחן על מנת לקבוע אם קמה פגיעה בזכות לשוויון היא **האם קיימת הצדקה אובייקטיבית-עניינית להבחנה**. בענייננו – כפי שנפרט מיד - קיימת הצדקה כזו ולכן מתאינת הפגיעה בשוויון ולפיכך לא נדרשת בחינת חוקתיותה במסגרת פסקת ההגבלה.

עמדת המשיבים היא כי במקרה דנן קיימת הצדקה אובייקטיבית להבחנה על בסיס **מיהות בן הזוג הזר – תושב רשות (ישות מדינית) המצויה בעימות מזוין עם ישראל**. הבחנה זו מבוססת על שיקולים עניינים המתחייבים להערכתם המקצועית של גורמי הביטחון מנסיבות הזמן והמקום, ואשר תמציתם היא התגברות הסכנה לביטחון הציבור שעה שהמעמד בארץ מבוקש עבור בן זוג תושב האזור על רקע העימות המזוין הנוכחי בין הרשות וישראל. שיקולים עניינים של הגנה על הזכות לחיים ולביטחון הציבור **מהווים הצדקה אובייקטיבית לגיטימית** להגבלת זכויות במסגרת איזון הפנימי של הזכויות.

106. עמדתנו היא אפוא, כי בשל הצדקה האובייקטיבית כאמור, מתאינת הפגיעה בשוויון. עם זאת, מפאת חשיבות הסוגיה נבקש לפרוש בפני בית המשפט הנכבד את הבסיס העיוני וההשוואתי לכך שלא כל פגיעה בשוויון מגעת כדי פגיעה בזכות החוקתית לכבוד.

#### פגיעה בשוויון שאין לה הצדקה אובייקטיבית המגעת כדי פגיעה בכבוד

107. על פי גישתנו, פגיעה בשוויון שאין לה הצדקה אובייקטיבית יכולה לעלות כדי פגיעה בכבוד האדם (בודאי במונחיה הערכיים והסמליים), אך לא כל פגיעה בשוויון היא גם פגיעה בכבוד האדם המוגן בחוק היסוד. הגדרה נכונה של השאלה, לטעמנו תהיה - איזו היא פגיעה בשוויון אשר פוגעת בכבוד האדם.

108. על בסיס עמדה עקרונית זו, נבקש לבסס את הטענה כי **רק פגיעות מהותיות וחמורות בשוויון, יכולות לעלות כדי פגיעה בכבוד האדם**. כפי שהדברים באים לידי ביטוי במשפט ההשוואתי, חומרת הפגיעה ומהותה צריכות להיבחן, בין היתר, על פי הקבוצה הנפגעת, תכליתה של החקיקה, עוצמת הפגיעה, סוג הפגיעה וכו'.

109. **את הניתוח החוקתי בפגיעה יש למקד בעיקר בשלב הפגיעה בזכות, ולא במסגרת פסקת ההגבלה**, כך שרק הפגיעות החמורות, המהוות את ליבת הזכות לשוויון, אלה העולות כדי

פגיעה בכבוד, יבחנו במסגרת פסקת ההגבלה. זוהי גישה המכבדת את מעשה החקיקה, היא זו המקובלת במדינות בעלות חוקות דומות, והיא משמשת מגן מפני בחינת יתר שיפוטית של רבים ממעשי החקיקה. לשם כך נציג סקירה משווה אודות מידת ההגנה החוקתית על הזכות לשוויון והיחס בינה לבין הזכות לכבוד בארצות הברית, קנדה ודרום אפריקה.

#### (א) ארצות הברית:

110. מגילת זכויות האדם של ארצות הברית (Bill of rights) נחקקה באמצעות תיקונים לחוקה. חוקת ארצות הברית, ששימשה בסיס לחוקות המערביות האחרות, נוקבת ברשימת זכויות מוגנות ותו לא. אין היא בנויה במתכונת המודרנית של רשימה זכויות מוגנות, ובצידן פסקת הגבלה כוללת, המתירה פגיעה בזכויות אלה בתנאים מסוימים.

החוקה אינה כוללת התייחסות לנושא כבוד האדם, אם כי קיימות דעות בארצות הברית, הרואות בעקרון כבוד האדם עקרון יסוד המונח בבסיס ההגנה החוקתית על זכויות האדם. ראו לעניין זה **ברק**, בעמוד 408 ואילך.

111. עקרון השוויון מעוגן בחוקה האמריקאית בשתי הוראות שונות. החובה המוטלת על המדינות קבועה בתיקון ה-14 לחוקה, האוסר על המדינות לחוקק או לאכוף חוק המונע מכל אדם בתחום שיפוטם "equal protection of the laws". החובה על הממשל הפדרלי נגזרת מהתיקון החמישי לחוקה – "The due process clause".

112. מכיוון שההוראה החוקתית עמומה ביותר, התפתחו במהלך השנים הרבות מאז תוקנה החוקה, מבחניים פסיקטיים, שלאורם נבחנים החוק או פעולת הרשות. המבחנים העדכניים כוללים שלוש רמות שונות של ביקורת שיפוטית:

רמת הבדיקה הראשונה, והמחמירה מכולם (strict scrutiny), נוגעת לבחינת טענת הפלייה על בסיס של סיווג חשוד (suspect classification). ברמת בדיקה זו **על המדינה להוכיח כי הפגיעה הכרחית לקדם אינטרס רב חשיבות**. הסיווגים המשתייכים לסיווג החשוד הם גזע, מוצא לאומי, ובמקרים מסוימים גם סיווג המבחין בין זרים לתושבים. אותו מבחן יופעל גם אם הסיווג החשוד נועד להיטיב עם הקבוצות החלשות בחברה. סוג נוסף של פגיעות שכלפיהם יופעל המבחן הקפדני הוא פגיעות ב"זכויות יסוד" אותן הגדירה הפסיקה – הזכות לבחור, זכות הגישה לבתי המשפט, וזכות התנועה הבין מדינתית.

וראו לדוגמא:

Hernandez v. Texas, 347 U.S. 475 (1954).

City of Richmond v. Croson, 488 U.S. 469 (1989).

כמו כן קיימת חובה להוכיח כי **כוונת המחוקק**, או הרשות, היתה להפלות את אותה קבוצה חשודה. לכן, תוצאה מפלה בלבד אינה יכולה להביא לפסילת החוק, אם כי תוצאה מפלה היא אינדיקטור לתכלית החקיקה. וראו לעניין זה:

Washington v. Davis 426 U.S. 229 (1976).

113. בית המשפט העליון סרב לצרף אל הסיווגים החשודים סיווגים נוספים, גם אם הם נשאו את אותם מאפיינים. עם זאת, נוצרה קטגוריה חדשה, הקטגוריה האמצעית של הביקורת השיפוטית (intermediate scrutiny), של סיווגים "מעין חשודים". המבחן שיצדיק הבחנה על בסיס סיווג "מעין חשוד" הוא, **שהסיווג והפגיעה שהוא מביא משרתים באופן מהותי אינטרס ציבורי חשוב**. לקטגוריה זו משתייכים בעיקר הבחנה על רקע מין, אך גם הפליית ילדים שנולדו מחוץ למסגרת הנישואין. גם בסיווגים אלה, **תוצאה מפלה אינה מספיקה ויש להוכיח כי תכלית החוק היא ליצור הפלייה**.

וראו לעניין זה:

Craig v. Boren, 429 U.S. 190 (1976)

U.S. v. Virginia, 116 S.Ct 2264 (1996).

114. הרמה הנמוכה ביותר של ביקורת שיפוטית כוללת בחינה של כלל הסיווגים האחרים שאינם שייכים לשתי הקבוצות שפורטו לעיל. המבחן שיופעל (rational basis) דורש **קשר רציונלי בין הסיווג לבין המטרה, שחייבת להיות לגיטימית**.

לקבוצה זו משתייכים גם סיווגים הנושאים מאפיינים דומים לאלה אשר נושאות קבוצות, שעבורן מופעל מבחן מחמיר יותר. מדובר בסיווג על רקע העדפה מינית, מצב נפשי, נכות וכו'.

עם זאת, הדעה המקובלת היא כי סיווגים עם מאפיינים הדומים לסיווגים החשודים, ייבחנו על ידי בית המשפט ביתר חשדנות. לכן אם מתברר כי קיימת כוונה לפגוע בקבוצה "לא פופולרית" שאינה מיוצגת בזירה הפוליטית, יהיה קושי רב להצדיק את הפגיעה, גם על פי המבחן המקל, לכאורה, של קשר רציונלי. וראו לעניין זה:

Romer v. Evans, 116 S.Ct 1620 (1996).

Massachusetts Bd. Of Retirement v. Murgia, 427 U.S 307 (1976).

City of Cleburne v. Cleburne Living Center, 473 U.S 432 (1985).

115. ולסיכום, במשפט האמריקאי אין הגנה על כבוד האדם כזכות מנויה ונפרדת. יש הסוברים כי מדובר בעקרון על, המשפיע על הזכויות המנויות בחוקה. הזכות לשוויון היא זכות מפורשת ומוכרת. למרות שהזכות אינה כוללת, על פניה, כל סיווג, במהלך השנים יצר בית המשפט העליון קטגוריות לביקורת שיפוטית, המעניקות משקל שונה להבחנות שונות שעורכות הרשות המחוקקת והרשות המבצעת. בהתאם לכך קבעה הפסיקה מבחנים מחמירים להפליה על בסיס חשוד.

מהסקירה עולה כי לא כל הבחנה זוכה לבחינה מחמירה. קיימות הבחנות הנתפשות כחמורות יותר ולכן הן זוכות לבחינה חוקתית קפדנית ומחמירה יותר. לכן, למרות קיומה של זכות חוקתית מפורשת לשוויון, לא כל פגיעה בשוויון זוכה לבחינה חוקתית זהה.

קריטריון מהותי נוסף בארצות הברית מחייב להוכיח כי תכלית הנורמה היא להפלות. לכן, תוצאה מפלה בלבד, אינה מספיקה על מנת לפסול חוק.

#### (ב) קנדה:

116. הצ'רטר הקנדי מהווה דוגמא לחוקה מודרנית, הדומה במהותה לחוקי היסוד בישראל. מדובר ברשימת זכויות יחסיות, בהן ניתן לפגוע, אם הפגיעה עומדת בתנאי פסקת ההגבלה, הקבועה בסעיף 1 לצ'רטר.

קל לראות את ההשפעה של הצ'רטר הקנדי על הצעת החוק של משרד המשפטים, שהביאה לחקיקת חוקי היסוד. לכן הדרך שבה פורשו הוראותיו של הצ'רטר רלוונטית ביותר לשאלות בהן אנו מתלבטים.

117. הצ'רטר אינו כולל כל הוראה בדבר הזכות לכבוד. עם זאת הוא מעגן בצורה מפורשת את עקרון השוויון. סעיף 15 לצ'רטר קובע כי:

“(1) Every individual is equal before and under the law and has the right to the equal protection and equal benefit of the law without discrimination and, in particular, without discrimination based on race,

national or ethnic origin, color, religion, sex, age or mental or physical disability.”

סעיף 15(2) מתיר פגיעה בשוויון על בסיס של הבחנה מתקנת. בנושא זה לא נעסוק.

118. פגיעה בעקרון השוויון אפשרית אם היא עומדת בתנאי פסקת ההגבלה הקבועה בסעיף 1 לצ'רטר, כפי שפורש על ידי בית המשפט בקנדה. פסקת הגבלה זו דומה לפסקת ההגבלה בחוקי היסוד של ישראל.

119. סעיף 15 אוסר הפלייה על בסיס קבוצתי, ומונה במפורש קבוצות שאסור להפלותן. מדובר בהפלייה על בסיס גזע, מוצא אתני, לאום, צבע, דת, מין, ומוגבלות נפשית או גופנית. למרות שלשון הסעיף אינה מחייבת זאת, פורש הסעיף כמתייחס רק להפלייה של הקבוצות המנויות בו או של קבוצות בעלות מאפיינים דומים (enumerated or analogous grounds of discrimination).

הלכה זו צמצמה את תחולתו של סעיף השוויון כבר בתחילת הדרך של הפרשנות החוקתית בקנדה.

וראו לעניין זה:

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

P.W Hogg, *Constitutional Law of Canada* (4<sup>th</sup>. Ed)(loose-leaf)(2002) 52-15, 52-35.

120. בתחילת דרכו של הניתוח החוקתי הקנדי, כפי שבא לידי ביטוי בפס"ד **אנדרוז** הנ"ל, שלטה התפיסה לפיה היקף הזכות המוגנת הוא רחב יחסית. את ההצדקה לפגיעה, ומכאן שאת עיקר הניתוח החוקתי, יש לעשות בשלב הניתוח של פסקת ההגבלה. כאמור, גישה זו מאפיינת כיום גם את הגישה המרחיבה בישראל.

עם זאת, בית המשפט נחלק בשאלה האם ראוי לאמץ את מבחני פסקת ההגבלה הרגילים, או שמא בשל ייחודיות הזכות לשוויון, והקושי ליישם את המבחנים הרגילים של פסקת ההגבלה על הפגיעה בשוויון, יש מקום ליישם מבחן מקל יותר במקרים אלה. וראו לעניין זה **הוג** בעמוד 35-40 ואילך.

121. עשר השנים שלאחר פסק דין אנדרוז הביאו לשינוי הדרגתי. תקופה זו משקפת מבוכה מסוימת בפסיקה הקנדית בנושא עקרון השוויון. היא רצופה בפסקי דין, בהם התפצל בית המשפט הקנדי לדעות רבות, מהן קשה היה לחלץ הלכה ברורה לגבי היקף הזכות המוגנת לשוויון.



122. בשנת 1999 ניתן פסק דין בנושא השוויון, אשר באופן חריג התקבל פה אחד על ידי כלל השופטים בבית המשפט העליון הקנדי. מקריאת פסק הדין, הדרך שבה נוסח, ואף מאמירות מפורשות בו, עולה כי תכליתו היתה לנסות ולהגיע לנוסחה מוסכמת של הניתוח החוקתי של הזכות לשוויון, על מנת ליצור הנחייה ברורה לשאר בתי המשפט בקנדה. זהו פסק הדין בעניין:

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

123. פסק הדין קובע כי עיקר הניתוח החוקתי לא ייעשה במסגרת פסקת ההגבלה, אלא בניתוח הפגיעה בזכות החוקתית לשוויון. לכן לא כל הבחנה על בסיס קבוצתי תעבור לניתוח ההצדקות במסגרת פסקת ההגבלה.

בית המשפט העליון הקנדי הגיע להבנה, לפיה בשל העמימות של הזכות לשוויון, ובשל אופי החקיקה המודרנית, המבוססת על הבחנות בין סוגי אוכלוסיות ואנשים, אין מקום להעביר כל מעשה חקיקה דרך המבחנים הנוקשים של פסקת ההגבלה, אלא במקרים של פגיעות מהותיות בזכות המוגנת.

על פי ההלכה החדשה על התובע להוכיח לא רק כי קיימת הבחנה על בסיס קבוצתי, אלא בנוסף עליו להוכיח כי מדובר בהפליה פסולה ומהותית, הסותרת את תכלית הצ'רטר, ועל בסיס קבוצתי מוכר. רק מקרים חמורים של הפליה כזו, יעברו את הרף של הפגיעה בזכות ויעברו לניתוח במסגרת פסקת ההגבלה. ההלכה סוכמה בתמצית באופן הבא:

“39...., a court that is called upon to determine a discrimination claim under s. 15(1) should make the following three broad inquiries. First, does the impugned law (a) draw a formal distinction between the claimant and others on the basis of one or more personal characteristics, or (b) fail to take into account the claimant's already disadvantaged position within Canadian society resulting in substantively differential treatment between the claimant and others on the basis of one or more personal characteristics? If so, there is differential treatment for the purpose of s. 15(1). Second, was the claimant subject to differential treatment on the basis of one or more of the enumerated and analogous grounds? **And third, does the differential treatment discriminate in a substantive sense, bringing into play the purpose of s. 15(1) of the Charter in remedying such ills as**

**prejudice, stereotyping, and historical disadvantage? The second and third inquiries are concerned with whether the differential treatment constitutes discrimination in the substantive sense intended by s. 15(1).”**

124. הניתוח החוקתי מותנה עתה בהבנה לגבי התכלית של ההגנה על השוויון. **בית המשפט הקנדי קבע כי תכלית ההגנה על השוויון היא ההגנה על כבוד האדם.**

על בסיס הבנה זו נוספה לניתוח החוקתי של השוויון דרישה חדשה, והיא הוכחה כי הפגיעה בשוויון עולה כדי פגיעה בכבוד האדם.

לכן רק פגיעה בשוויון, העולה כדי פגיעה בכבוד האדם, תקים פגיעה בזכות חוקתית מוגנת, באופן שיעביר את הפגיעה לניתוח במסגרת פסקת ההגבלה.

125. נקודת המוצא לבחינה של הפגיעה בכבוד האדם היא זווית הראיה של **האדם הסביר**, הנמצא באותה סיטואציה חברתית והיסטורית שבה מצוי הטוען לפגיעה. וראו לעניין זה פסקאות 59-61 לפסק הדין. לצורך מתן מענה לשאלה האם נפגע כבודו של התובע, קבע בית המשפט סדרה של ארבעה מבחני עזר, אם כי אין מדובר ברשימה סגורה.

**ראשית**, האם פגיעה בקבוצה חלשה ופגיעה, שסבלה עוד קודם לחוק מפגיעות המבוססות על סטריאוטיפים ודעות קדומות (Pre-existing Disadvantage). עם זאת אין מדובר בתנאי הכרחי. יתר על כן, **עצם הפגיעה בקבוצה כזו, אינה מקימה בהכרח פגיעה בכבוד האדם, ולכן יש לבחון את כלל נסיבות העניין, במסגרת ניתוח הפגיעה בזכות.** כפי שהדגיש בית המשפט:

“67...I also do not wish to suggest that the claimant's association with a group which has historically been more disadvantaged will be conclusive of a violation under s. 15(1), where differential treatment has been established. **This may be the result, but whether or not it is the result will depend upon the circumstances of the case and, in particular, upon whether or not the distinction truly affects the dignity of the claimant.** There is no principle or evidentiary presumption that differential treatment for historically disadvantaged persons is discriminatory.”

**שנית**, האם מדובר בהבחנה רלוונטית, המביאה בחשבון את המאפיינים היחודיים של הטוען לפגיעה. כך, לעיתים, הבחנה על בסיס גיל, או על בסיס מין היא הבחנה רלוונטית, בשל מהות החקיקה, והאינטרסים העומדים על הכף, ולכן אין היא פוגעת בכבוד. (פסקאות 69-71 לפסק הדין).

**שלישית**, האם תכלית החקיקה או תוצאתה היא לתקן ולשפר מצב חברתי נחות של קבוצה מסוימת. נתון זה רלוונטי במקרים בהם הטוען לפגיעה משתייך לקבוצה בעלת מעמד חברתי חזק. עם זאת, גם חוקים שתכליתם לקדם זכויות של קבוצה מסוימת, במטרה לשפר מצב חברתי נחות, יכולים לעלות כדי פגיעה בכבוד של קבוצות אחרות בחברה (פסקאות 72-73 לפסק הדין).

**רביעית**, **טבעו** של האינטרס הנפגע, **עומק** הפגיעה ו**סוג** הפגיעה (פסקה 74 לפסק הדין).

126. כאמור, מדובר ברשימה לא סגורה, וניתן לחשוב על מבחנים נוספים. תכליתם של כל מבחני עזר אלה היא לקבוע האם מדובר בפגיעה בכבוד האדם, מנקודת ראותו של אדם סביר, הנמצא בנעליו של הנפגע הפוטנציאלי ונושא עמו את ההקשר החברתי הכולל. כפי שנפסק:

"75... The general theme, though, may be simply stated. An infringement of s. 15(1) of the *Charter* exists if it can be demonstrated that, **from the perspective of a reasonable person in circumstances similar to those of the claimant who takes into account the contextual factors relevant to the claim, the legislative imposition of differential treatment has the effect of demeaning his or her dignity.**"

127. בפסקה 88 לפסק הדין, מסוכמת ההלכה החדשה. על פי עקרונות אלה בית משפט מחויב לבחון את הפגיעה בסדר הבא – האם קיימת הבחנה, האם הבחנה מבוססת על אחד המאפיינים המנויים בחוקה או מאפיינים דומים, והאם האפיון עולה כדי הפלייה פסולה, העולה כדי פגיעה בכבוד האדם. להלן נביא את סיכום ההלכה, עליה הרחבנו ופרטנו לעיל.

פסק הדין קובע כי לא כל פגיעה בקבוצה המוגנת בחוקה, עולה כדי פגיעה חוקתית בשוויון. יש לבחון כל מקרה לגופו, כך שרק פגיעות מהותיות יעברו את משוכת הפגיעה בזכות.

ההלכה החדשה מציעה מבחני עזר לאיתור אותם פגיעות מיוחדות, העולות כדי פגיעות בכבוד – מתן משקל לקבוצה הנפגעת, הרלוונטיות של ההבחנה, **המניע** של החקיקה וסוג הפגיעה. עם זאת, בית המשפט מציין כי לעיתים, אם מדובר בפגיעות מסוימות על רקע

קבוצתי, לא יהיה צורך בראיות להוכיח פגיעה, מכיוון שהדבר יהיה ברור על פניו כחלק מהידיעה השיפוטית.

חשוב להזכיר בעניין זה, כאמור, כי בקנדה הזכות לשוויון מעוגנת בחוקה.

עוד נעיר כי זהו רק תחילתו של הניתוח, מכיוון שפגיעה בזכות, כפופה עדיין לבחינה במסגרת פסקת ההגבלה

128. ולסיכום, הלכת Law משקפת גישה חדשה במשפט הקנדי, אשר על פיה רק פגיעה מהותית בשוויון, העולה כדי פגיעה בכבוד האדם, יוצרת הפלייה פסולה. **עיקרו של הליך הבחינה החוקתית נעשה בשלב ניתוח הפגיעה בזכות ולא במסגרת ניתוח פסקת ההגבלה.**

לפסקי דין חדשים, המיישמים את העקרונות של הלכה זו, ראו, בין היתר:

Granovsky v. Canada [2000] 1 S.C.R 703.

Lavoie v. Canada [2002].

Gosselin v. Quebec [2002].

לביקורת על הלכה זו ראו:

P.W. Hogg, *Constitutional Law of Canada* (4<sup>th</sup> Ed., 2002), pp. 26-52.

### (ג) ההלכה בדרום אפריקה

129. החוקה הדרום אפריקאית היא החוקה החדשה מבין השלוש. היא כוננה בשנת 1996, כחלק מהמעבר של דרום אפריקה לשיטת משטר דמוקרטי.

130. בשונה מהחוקות לעיל, כוללת החוקה של דרום אפריקה גם הוראה המעגנת זכות ספציפית לכבוד. אולם בכך לא די, לזכות לכבוד מעמד מיוחד בחוקה, והיא מופיעה במספר הקשרים נוספים – כעקרון על המשליך על החוקה כולה, וגם בפסקת ההגבלה, כקריטריון נוסף לבדיקת הפגיעה בזכות המוגנת (ראו סעיפים 1, 10, 36 ו-39(1) לחוקה).

131. בית המשפט החוקתי פרש את המונח כבוד האדם באופן רחב, וראה בו עקרון על המשפיע על פרשנותה של כל החוקה. ההוראה הספציפית בדבר ההגנה על הכבוד, פורשה אף היא באופן רחב יחסית, במטרה לכלול זכויות אדם שלא נכללו במפורש בחוקה.

נקבע כי הזכות לכבוד היא זכות מרכזית בחוקה לאור עברה של דרום אפריקה והיחס שניתן לאזרחיה השחורים. מדובר בזכות שמשפיעה על פרשנות כל הזכויות האחרות, ואף יכולה לשמש כזכות המצמיחה זכויות אדם אחרות שאינן מוגנות בחוק.

132. כמו בארצות הברית ובקנדה כוללת החוקה עיגון מפורש של הזכות לשוויון. ההוראה בחוקה קובעת כי:

### “Section 9 - Equality

- (1) Everyone is equal before the law and has the right to equal protection and benefit of the law.
- (2) Equality includes the full and equal enjoyment of all rights and freedoms. To promote the achievement of equality, legislative and other measures designed to protect or advance persons, or categories of persons, disadvantaged by unfair discrimination may be taken.
- (3) The state may not **unfairly discriminate** directly or indirectly against anyone on one or more grounds, including race, gender, sex, pregnancy, marital status, ethnic or social origin, colour, sexual orientation, age, disability, religion, conscience, belief, culture, language and birth.
- (4) No person may unfairly discriminate directly or indirectly against anyone on one or more grounds in terms of subsection (3). National legislation must be enacted to prevent or prohibit unfair discrimination.
- (5) Discrimination on one or more of the grounds listed in subsection (3) is unfair unless it is established that the discrimination is fair.”

134. על פי החוקה בדרום אפריקה, כפי שפורשה על ידי בית המשפט החוקתי, רק הפליה לא הוגנת, להבדיל מסתם הבחנה או הפליה, מהווה פגיעה בעקרון השוויון המוגן בחוקה. החוקה מונה סיווגים רבים, אשר הפליה על בסיסם יכולה להוות פגיעה בזכות החוקתית המוגנת. פגיעה על בסיס סיווג זה יוצרת חזקה, הניתנת לסתירה, להפליה לא הוגנת. פגיעה בשוויון שלא על בסיס אחת הזכויות המנויות בחוקה, תהווה פגיעה בזכות החוקתית רק אם היא פוגעת בכבוד האדם של הטוען לפגיעה. וכך סוכמה ההלכה בדרום אפריקה לגבי הניתוח החוקתי של הזכות לשוויון:

[53] At the cost of repetition, it may be as well to tabulate the stages of enquiry which become

necessary where an attack is made on a provision in reliance on section 8 of the interim Constitution.

They are:

(a) Does the provision differentiate between people or categories of people? If so, does the differentiation bear a rational connection to a legitimate government purpose? If it does not then there is a violation of section 8(1). Even if it does bear a rational connection, it might nevertheless amount to discrimination.

(b) Does the differentiation amount to unfair discrimination? This requires a two stage analysis:

(b)(i) Firstly, does the differentiation amount to “discrimination”? If it is on a specified ground, then discrimination will have been established. If it is not on a specified ground, then whether or not there is discrimination will depend upon **whether, objectively, the ground is based on attributes and characteristics which have the potential to impair the fundamental human dignity of persons as human beings or to affect them adversely in a comparably serious manner.**

(b)(ii) If the differentiation amounts to “discrimination”, does it amount to “unfair discrimination”? If it has been found to have been on a specified ground, then unfairness will be presumed. If on an unspecified ground, unfairness will have to be established by the complainant. The test of unfairness focuses primarily on the impact of the discrimination on the complainant and others in his or her situation.

If, at the end of this stage of the enquiry, the differentiation is found not to be unfair, then there will be no violation of section 8(2).

(c) If the discrimination is found to be unfair then a determination will have to be made as to whether the provision can be justified under the limitations clause (section 33 of the interim Constitution).”

Harksen v. Lane no 1997 (111) BCLR 1489 Para 53.

135. על פי גישה זו, שלב ראשון, הוא הוכחת קשר בין האמצעי החקיקתי למטרה לגיטימית של המדינה. אם לא הוכח קשר כזה, אזי מדובר בהפליה פסולה. אולם בכך לא די, גם אם קיים קשר כזה, עדיין מעשה החקיקה חייב לעבור מבחנים נוספים.

אם מדובר בהבחנות המנויות בחוקה, אזי קיימת חזקה, הניתנת לסתירה כי מדובר בהפליה לא הוגנת. אם מדובר בסיווג שאינו נמנה בחוקה, יש להוכיח תחילה כי מדובר בהפליה, קרי הבחנה על בסיס מאפיינים לא רלוונטיים, הפוגעת בכבודו של האדם. השלב הנוסף הוא להוכיח כי מדובר בהפליה לא הוגנת.

נעיר כי הניתוח החוקתי נעשה על בסיס סעיף 8 לחוקה הזמנית, הזהה לסעיף 9 לחוקה הקבועה. הציטוט לעיל לקוח מדעת הרוב, שנמסרה מפי השופט גולדסטון.

136. אחד השלבים המעניינים בניתוח החוקתי נוגע להגדרת הפלייה לא הוגנת, כי הרי לכאורה כל הפלייה כוללת מרכיב של אי הוגנות. **בית המשפט החוקתי פרש את יסוד האי ההוגנות, כקובע שרק הפלייה חמורה הפוגעת בכבוד האדם, היא הפלייה לא הוגנת.** כפי שנפסק בעניין Harksen הנ"ל:

“[50]...In para 41 dignity was referred to as an underlying consideration in the determination of unfairness. **The prohibition of unfair discrimination in the Constitution provides a bulwark against invasions which impair human dignity or which affect people adversely in a comparably serious manner...**”

137. כמו בקנדה, גם בדרום אפריקה ניתנו מבחני עזר על מנת להגדיר מהי אותה פגיעה בכבוד, היוצרת את חוסר ההוגנות, וזאת בשל העמימות של המונח "כבוד האדם". אולם בית המשפט הדגיש כי אין מדובר ברשימה סגורה, וכי קיימת חובה לשמור על גמישות הניתוח החוקתי.

המבחנים שנקבעו דומים למבחנים שנקבעו בקנדה, והם מביאים בחשבון אם המצב החברתי של הטוענים לפגיעה, והיחס שלו זכו בעבר.

כמו כן מובאת בחשבון המטרה של החקיקה. מטרה לגיטימית, משפיעה באופן מהותי על אי ההכרזה על הפלייה כהפלייה לא הוגנת. נתון נוסף הנלקח בחשבון הוא עוצמת הפגיעה הנטענת.

המבחנים שנקבעו הם:

“[51]...(a) the position of the complainants in society and whether they have suffered in the past from patterns of disadvantage, whether the

discrimination in the case under consideration is on a specified ground or not;

(b) **the nature of the provision or power and the purpose sought to be achieved by it. If its purpose is manifestly not directed, in the first instance, at impairing the complainants in the manner indicated above, but is aimed at achieving a worthy and important societal goal, such as, for example, the furthering of equality for all, this purpose may, depending on the facts of the particular case, have a significant bearing on the question whether complainants have in fact suffered the impairment in question...**

(c) with due regard to (a) and (b) above, and any other relevant factors, the extent to which the discrimination has affected the rights or interests of complainants and whether it has led to an impairment of their fundamental human dignity or constitutes an impairment of a comparably serious nature.”

138. מבחנים אלה יושמו על ידי בית המשפט החוקתי באותה השנה, בדיון על הפלייה על רקע גזעי בגביית חובות מים. בפסק דין זה הרשות המנהלית לא הצליחה לסתור באופן מלא את החזקה של הפלייה בלתי הוגנת.

בפסק הדין נקבע כי את רכיב ההפליה יש לנתח על בסיס תוצאתי, כך שגם הפלייה לא מכוונת על בסיס גזע יכולה לקיים את יסוד ההפלייה בחוקה. עם זאת, כפי שהוסבר לעיל, ניתן משקל גם לתכלית של החקיקה ומטרתה, וזאת במסגרת ניתוח יסוד חוסר ההוגנות של ההפלייה, כיוון שתכלית לגיטימית היא גורם רלוונטי נגד הכרזה על הפלייה בלתי הוגנת. לעניין זה נפסק כי:

“[44] **This does not mean that absence of an intention to discriminate is irrelevant to the enquiry. The section prohibits “unfair” discrimination. The requirement of unfairness limits the application of the section and permits consideration to be given to the purpose of the conduct or action at the level of the enquiry into unfairness.** This is made clear in the passage cited above from the judgment of Goldstone J in *Harksen*’s case. It is also made clear in that case that an objective test has to be applied in deciding whether or not discrimination has been unfair.”



The City Council of Pretoria v. Walker 1998 (3) BCLR 257.

139. ולסיכום, בדרום אפריקה קיים קשר הדוק בין הזכות לכבוד לזכות לשוויון, אשר שתיהן מוסדרות מפורשות ומוגנות במסגרת החוקה. כבוד האדם הוא מונח מרכזי בחוקה, והוא משמש בסיס לפרשנות כלל הזכויות בחוקה, וגם בסיס לצירוף זכויות שאינן מנויות בחוקה. מפסקי הדין עולה כי ההיסטוריה של דרום אפריקה היא שהביאה למשקל הרב שניתן בחוקה לעקרון כבוד האדם.

במסגרת הניתוח של הזכות לשוויון, נמנע בית המשפט החוקתי, מהצהרה מהירה על הפגיעה בזכות. לכן עיקר הניתוח החוקתי נעשה במסגרת ניתוח הפגיעה החוקתית. רק הפלייה לא הוגנת, דהיינו הפלייה חמורה, הפוגעת בכבוד האדם, עולה כדי פגיעה בזכות החוקתית לשוויון.

במסגרת ניתוח מרכיב חוסר ההוגנות ניתן משקל **למעמד הטוען לפגיעה, למטרה של החוק, ולעוצמת הפגיעה.**

#### (ד) סיכום הסקירה המשווה

140. עיון בלתי ממצה בחוקות של ארה"ב, קנדה וארצות הברית, מצביע על שוני מהותי בינן לבין חוק היסוד. בכל החוקות מעוגן במפורש עקרון השוויון, וזאת בשונה מהמצב בישראל. בכל המדינות עיקר הדגש בניתוח הזכות לשוויון מתבטא בהפליה על רקע קבוצתי, או על רקע נתונים אישיים מסוימים.

בשל הקושי בקביעת היקף הזכות, והיכולת לטעון טענת הפלייה לגבי רבים מהאקטים המנהליים ומעשי החקיקה, היוצרים סדר עדיפויות, צומצם היקף הזכות החוקתית רק לפגיעות החמורות והמהותיות.

בכך **נמנעו** בתי המשפט ממעבר מהיר לניתוח הפגיעה במסגרת פסקאות ההגבלה, אם קיימת בחוקה פסקה כזו, תוך שבכך קיימת העברת הנטל הראיתי אל כתפיה של המדינה.

141. צמצום היקף הזכות החוקתית המוגנת נעשה בטכניקות שונות של פרשנות שיפוטית, אשר המעניינת ביניהם היא הקביעה בקנדה ודרום אפריקה כי רק פגיעה בשוויון העולה כדי פגיעה בכבוד האדם, עולה כדי פגיעה בזכות החוקתית.

142. בשל עמימות המונח "כבוד האדם" מנו בתי המשפט מבחני עזר שונים על מנת לקבוע מהי אותה הפרה חמורה של עקרון השוויון.

בניגוד לנוסחה הקשיחה שפותחה בארצות הברית, הרי שבקנדה ודרום אפריקה נמנעו בתי המשפט מקביעת רשימה סגורה של זכויות מוגנות, או מבחני עזר קשיחים. בפסקי הדין מודגש שוב ושוב ההכרח לשמור על פרשנות גמישה, ובחינה של כל מקרה לגופו.

במבחני עזר שפותחו בפסיקה ניתן משקל בין היתר, למעמדה של הקבוצה הנפגעת, היחס הכולל אליה, תכלית החקיקה הפוגעת, ואף עוצמת הפגיעה בזכות.

יש להדגיש כי בארצות הברית הוכחת **כוונה מפלה היא הכרחית** על מנת לפסול חוק. בקנדה ודרום אפריקה גם הפלייה תוצאתית יכולה להביא להכרזה על פגיעה בעקרון השוויון החוקתי. עם זאת, **תכלית לגיטימית**, היא גורם שיש בו בכדי להביא לאי הכרזה על פגיעה בזכות החוקתית למרות התוצאה המפלה.

#### (ה) מן הכלל אל הפרט

143. בישראל הזכות לשוויון אינה מעוגנת מפורשות בחוקי היסוד וכפי שהראינו על פי ההיסטוריה החקיקתית - לא בכדי. אי לכך, התהליך הפרשני לישראל הוא ייחודי ולמעשה הפוך מזה הקיים במדינות שנסקרו לעיל.

בעוד בקנדה ודרום אפריקה קיימת תנועה מכיוון עקרון השוויון לעבר כבוד האדם כדרך לצמצום הזכות המוגנת, במטרה למקד את ההגנה החוקתית בגרעין של הזכות לשוויון. בישראל המגמה הפוכה, מהזכות לכבוד אל הזכות לשוויון, וזאת כדרך פרשנית להרחבת זכויות המוגנות בחוקי היסוד.

144. כאמור בישראל טרם הוכרעה סוגיית היקף הזכות לכבוד; היחס בינה לבין הזכות לשוויון; כמו גם היות הזכות לשוויון זכות המעוגנת בחוק היסוד. לטעמנו, הגישה הראויה היא זו המדגישה כי לא כל פגיעה בשוויון היא בהכרח פגיעה בכבוד.

ובעניין זה ראו:

בג"צ 4541/94 **אליס מילר נ' שר הבטחון ואח'** פ"ד מט(4) 94, בפסקה 4 ו-7 לפסק דינה של השופטת ד' דורנר.

בג"צ 7111/95 **מרכז השלטון המקומי נ' הכנסת**, פ"ד נ(3) 485, 497.

בג"צ 453/94 **שדולת הנשים נ' ממשלת ישראל ואח'**, פ"ד מח(5) 501, 534-536.

י' זמיר, מ' סובל "השוויון בפני החוק" **משפט וממשל ה'** (התש"ס) 165, 211-212.

א' רובינשטיין, **המשפט הקונסטיטוציוני של מדינת ישראל** (כרך ב', מהד' חמישית, 1996), בעמ' 952-953.

ד' קרצימר "מברגמן וקול העם לבנק מזרחי" **משפטים** כח' (תשנ"ז) 359, 385 (ה"ש 49).

ד' סטטמן "שני מונחים של כבוד" **עיוני משפט** כד' (2001) 541, 579.

145. הפלייה על רקע קבוצתי אכן יכולה לעלות במקרים מסוימים כדי פגיעה בכבוד. מדובר בהפלייה **בשל השתייכות לקבוצה מסוימת**, מקום שההפלייה **מבוססת על טעמים לא ענייניים**, הנובעים מדעות קדומות וסטריאוטיפים בדבר הנחיתות של אותה קבוצה. הדבר נכון גם לגבי הפלייה על רקע שונות מולדת, או לא הפיכה.

ייחודיות הניתוח החוקתי, כבסיס לפסילה אפשרית של דבר חקיקה שיצא מאת המחוקק הראשי, מביאה לטעמנו למסקנה נוספת ולפיה, הבחנה העולה כדי הפלייה, היכולה להביא לביטול אקט מינהלי, לא תבסס בהכרח הפלייה העולה כדי פגיעה בכבוד האדם, הפלייה שיש בכוחה להביא לפסילתו של חוק (ובענין השוויון המנהלי ראו: בג"צ 528/88 אליעזר אביטן נ' מינהל מקרקעי ישראל ואח', פ"ד מג(4), 297; בג"צ 720/82 אליצור אגוד ספורטיבי דתי נ' עיריית נהריה, פ"ד לו(3), 17).

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

147. הוראת השעה חלה על כל בני הזוג הישראלים, ללא הבחנה הקשורה למאפייניהם האישיים או להשתייכותם הקבוצתית. יודגש כי גם אזרח יהודי שיינשא לתושב האזור לא יקבל היתר לכניסתו ארצה. ההבחנה שעורך החוק איננה מושתתת על מיהות בן הזוג המקומי אלא על מיהות בן הזוג הזר, ושיקולי בטחון הנובעים ממנה. עובדה זו שומטת את הקרקע תחת הטענה בדבר הפלייה פסולה של אזרחי ישראל הערבים.

148. העותרים טוענים כי הקריטריון הענייני הקבוע בחוק – הוא השתייכות הזר המבקש להיכנס ארצה לישות המצויה בעימות מזוין פעיל עם מדינת ישראל – מביא להפליה תוצאתית.

נקדים ונציין, כי העותרים לא הניחו תשתית ראייתית מספקת לטענתם בדבר הפלייה תוצאתית. אולם אפילו אם תונח תשתית לקיומה של הפלייה תוצאתית – ואין זו דעתנו – הרי שקיומה של **הצדקה אובייקטיבית לשונות ביחס, שומטת את הקרקע תחת טענת הפגיעה ומאיינת את פסלות ההבחנה**. במקרה דנן קיימת הצדקה אובייקטיבית המבוססת על הערכתם המקצועית (המבוססת על נסיונם המקצועי ונסיון העבר) של גורמי הביטחון בדבר הסיכון לאזרחי ישראל ותושביה נוכח דפוסי ההשתקעות מחמת נישואין של תושבי האזור במהלך העימות המזוין הפעיל. על היות שיקולים עניינים של הגנה על הזכות לחיים

ולביטחון הציבור הצדקה אובייקטיבית, לגיטימית להגבלת זכויות ראו ההסדרים באמנות הבינלאומיות השונות, כמפורט לעיל.

149. לבסוף נאמר כי גם אם נניח שקיימת פגיעה בשוויון, הרי שזו אינה מגעת כדי פגיעה בזכות החוקתית לכבוד המצדיקה פסילת החוק.

זכור עמדתנו היא כי רק הפלייה מהותית, מגעת כדי פגיעה בכבוד. אנו סבורים כי לצורך הוכחת מהותיותה של ההפליה יש ליתן משקל לתכלית החקיקה. הפגיעה הכרוכה בהפליה פסולה, מתחזקת, מקום שתכלית החקיקה היא לפגוע בפרטים המשתייכים לקבוצה מטעמים לא עניינים.

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

#### (ד)(3)(III) הזכות לחיי משפחה

#### כללי

150. העותרים מבקשים לגזור את הזכות לחיי משפחה מהזכות לכבוד. המשיבים סבורים כי בהתאם לשיטת הניתוח המוצעת על ידם, לפיה אין לייבא קטגוריות שלמות של זכויות (ובענייננו הזכות לחיי משפחה) לתוך הזכות לכבוד. הגם שייטכנו מקרים בהם פגיעה בזכות לחיי משפחה תגיע כדי פגיעה בזכות החוקתית לכבוד הרי שבענייננו השאלה שצריכה לעמוד לדיון היא אם הפגיעה הקונקרטית – קרי זו הנובעת מהעדר נכונות המדינה ליתן אשרת כניסה לבן הזוג הזר השייך לרשות המצויה בעימות מזוין עם מדינת ישראל – מהווה פגיעה בזכות לחיי משפחה המגעת כדי פגיעה בכבוד.

המשיבים סבורים כי שיטת ניתוח זו הינה ראויה בהתחשב בכך שהזכות לחיי משפחה, במלוא הדרה והיקפה, לא נכללה כזכות פרטיקולריות בחוק היסוד. חסר זה אינו מקרי, וההיסטוריה החוקתית - לפיה הזכות לא נכללה בטיוטות שונות של הצעת החוק של פרופ' רובינשטיין או בהצעת חוק זכויות חברתיות – מלמדת על כך. ההיסטוריה מלמדת

איפוא כי לא נתגבשה הסכמה חברתית, שהיא היסוד המרכזי לכינון זכויות חוקתיות, להכרה מלאה ורחבה בזכות זו כחוקתית.

151. מבחינה עניינית ההימנעות מהכללת זכות זו כזכות פרטיקולרית בחוק היסוד מבוססת על ההכרה בפוטנציאל הפגיעה העצום בזכות זו במדינת ישראל, בה חולש הדין הדתי על היבטיה הבסיסיים של זכות זו, קרי- הכשרות לנישואין, צורתם ועוד.

נבקש לחדד כי פוטנציאל פרישתה של הזכות לחיי משפחה הינו רחב, וזו מסוגלת להכיל גם תאים משפחתיים המתקיימים בפועל. בשל פוטנציאל זה יבקשו המשיבים לחדד כי סעיף שמירת הדינים הקבוע בסעיף 10 לחוק היסוד – אינו מהווה מענה מספיק לרתיעה המתוארת לעיל. הכרה בזכות לחיי משפחה כחלק מכבוד האדם, עלולה לגלגל לפתחו של בית המשפט דילמות חוקתיות הנוגעות לסוגיות המעמד האישי בכלל, ומה שמכונה "המשפחה החדשה", בפרט.

במדינת ישראל טרם התגבשה הסכמה חברתית לכך שיש לשרש את ההגבלות על זכות זו הנובעות מהדין האישי, ושאלת הלגיטימיות של הגבלות אלה משסעת את החברה הישראלית, על מכלול פלחיה וגווניה. בשל שסע חברתי זה לא נכללה זכות זו מלכתחילה כזכות יסוד פרטיקולרית ולא ניתן לומר כי התגבשה הסכמה חברתית המאפשרת הכרה במלוא היקפה והדרה כזכות חוקתית.

152. עוד נציין כי גם בספרות העוסקת בתיחום הזכות לכבוד – ומבלי שיהא בכך להסכים למלוא הזכויות שהוצע להכליל בה – הוצע להכליל בגדרה את מינימום הקיום האנושי, הזכות לשוויון, האוטונומיה של הרצון הפרטי, הזכות לשם טוב, חופש ביטוי, חופש התנועה, חופש הדת הפולחן והמצפון והאמונה, חופש ההתאגדות, בהליך הפלילי, **אך לא – וזה העיקר – את הזכות לחיי משפחה (ברק, 420-435).**

153. המסקנה המתבקשת היא כי על רקע העדר הסכמה חברתית, כפי שהדבר משתקף גם מההיסטוריה החוקתית, להכרה בזכות לחיי משפחה כזכות חוקתית במלוא היקפה והדרה, הרי ששיטת הניתוח המוצעת על ידי המשיבים מקבלת משנה תוקף. על-פי שיטה זו אין לייבא באמצעות הזכות לכבוד את הזכות לחיי משפחה במלוא היקפה והדרה, אלא **יש לבחון אם פגיעה קונקרטיית בה מגעת כדי פגיעה בכבוד.**

נחזור ונדגיש כי הוראת השעה איננה מונעת התקשרות לחיי משפחה, איננה מונעת בחירה אוטונומית בבן הזוג ואיננה מאיינת את הזכות לקיים חיי משפחה מעיקרה. הוראת השעה מגבילה את יכולתם של בני זוג, אשר אחד מהם הינו תושב האזור לקיים את התא המשפחתי שלהם דווקא במדינת ישראל בתקופת עימות בין מדינת האזרחות של אחד

מבני הזוג והישות המדינית של בן הזוג השני, וזאת על רקע העימות המזוין שבין הרשות הפלשתינית למדינת ישראל ובהתאם לתכלית הוראת השעה, אשר פורטה בהרחבה לעיל.

השאלה העומדת לדיון היא איפוא האם הוראת שעה, המשעה, על רקע עימות מזוין, את הסמכות לאפשר כניסתו למדינה של מי ששייך לרשות המצויה בעימות מזוין כנגד מדינת ישראל פוגעת בזכות לחיי משפחה והאם פגיעה זו מגעת כדי פגיעה בכבוד. במילים אחרות, **האם הזכות החוקתית לכבוד מקימה חובה חוקתית על המדינה לאפשר כניסת זר-בכלל, ונתיני ישות אויב המצויה בעימות מזוין פעיל-בפרט, על מנת לאפשר מימוש התא המשפחתי? תשובת המשיבים לשאלה זו שלילית.**

154. העותרים מפנים בתגובתם לפסק הדין בבג"צ 3648/97 **סטמקה ואח' נ' שר הפנים**, פ"ד נג(2) 728, כמקור לכך שהפסיקה בישראל הכירה **בזכות הנלווית** לזכות לחיי משפחה של אזרח המדינה לגור עם בן זוגו במדינה. עמדת המשיבים הינה כי אין ללמוד מפסק הדין בעניין סטמקה לענייננו וזאת משלושה טעמים:

**ראשית**, בפסק דין סטמקה לא הוכרה זכות חוקתית לחיי משפחה במובן של הכרה בזכותו של זר להגר אל מדינת אזרחותו של בן זוגו. באותו ענין נתקפה מדיניות משרד הפנים, **ולא חקיקה ראשית**, כבעניינו, ולכן לא נדרש בית המשפט לשאלת חוקתיותה של הזכות לחיי משפחה-בכלל ולשאלת חוקתיותה של חובת המדינה ליתן אשרת כניסה לזר-בפרט. במילים אחרות, הדברים שנאמרו שם לענין ההכרה בזכות יסוד הלכתית לחיי משפחה אינם מלמדים כי זו הגיעה למעלה חוקתית.

**שנית**, בעניין סטמקה מדובר היה במדיניות הגירה כללית ממדינה כלשהיא בעת רגיעה מכוח נישואין. בכך שונות נסיבות פסק הדין מענייננו, אשר עוסק כאמור בהגבלת ההשתקעות מכוח נישואין לתושבי הרשות הפלסטינית, בעת עימות מזוין פעיל, וזאת לאור הערכת גורמי הביטחון המקצועית, המיוסדת על דפוסי הפעולה של ארגוני הטרור וניסיון העבר, בדבר הסיכון הנשקף לאזרחי מדינת ישראל ותושביה עקב העימות המזוין הנוכחי.

**שלישית**, גם בפסקה אליה מפנים העותרים הוכרה חובתה של המדינה לספק הגנה לתא המשפחתי – **"בכפוף לסייגים של בטחון המדינה, שלום הציבור ורווחת הציבור"**.

155. יתרה מזו, מניתוח עקרונות המשפט הבינלאומי עולה כי הזכות לחיי משפחה החלה על תושב או אזרח המדינה איננה מטילה על המדינה חובה לאפשר כניסתו של בן הזוג הזר לשטח המדינה. המדינה – הן במשפט הבינלאומי המנהגי והן במשפט הבינלאומי ההסכמי – נהנית מריבונות מלאה כלפי חוץ. נהפוך הוא, הדין הבינלאומי מניח כנובע מעקרון ריבונותה של המדינה, כי אין חובה כאמור.

להלן נבחן את האמנות הבינלאומיות השונות וזאת על מנת לבסס את הטיעון כי אלה אינן מקימות – חרף הכרתן בזכות לחיי משפחה – חובה על המדינה להכניס לשטחה זרים.

האמנה הבינלאומית בדבר זכויות אזרחיות ופוליטיות

156. כפי שפורט לעיל אמנה זו מעניקה זכות כניסה לתוך המדינה לאזרח בלבד (סעיף 12 לאמנה המצוטט בסעיף 33(ב) לעיל). אמנה זו מתייחסת בסעיפים 17 ו-23 למוסד המשפחה, ואולם יושם אל לב כי אין באמנה כל הוראה המחייבת מתן מעמד לבן זוג זר.

סעיף 17 קובע כדלקמן :

“no one shall be subjected to arbitrary or unlawful interference with his privacy, family, home or correspondence, nor to unlawful attacks on his honour and reputation”

סעיף 23 (1) קובע :

“ The family is the natural and fundamental group unit of society and **is entitled to protection by society and the State**”.

כפי שציינו לעיל, בהעדר חובה מפורשת מכוח התחייבותה של המדינה, אין בכוחה של ההגנה על ערך המשפחה כדי להקים חריג לשיקול הדעת המוקנה למדינה באשר להגבלת כניסתם של זרים לשטחה – שיקול דעת המעוגן בסעיף 12 לאמנה, שצוטט לעיל.

157. הזכות לחיי משפחה ולהגנה על יחידת המשפחה מצד המדינה פורשה **כזכות יחסית**, אשר **מימושה תלוי גם בפרמטרים ואינטרסים נוספים**.

לענין זה, לא למותר יהא להפנות להוראת סעיף 4 לאמנה, החולשת על כלל הוראות האמנה, לפיו במצב חירום, המסכן את חיי האומה ואשר הוכרז רשמית, רשאית מדינה חברה לאמנה לנקוט באמצעים המביאים לפגיעה בהתחייבויותיהן על פי האמנה, בהיקף הנדרש לאור המצב.

סעיף 14(1) קובע כדלקמן :

“In time of public emergency which threatens the life of the nation and the existence of which is officially proclaimed, the States Parties to the present Covenant may take measures derogating from their obligations under the present Covenant to the extent strictly required by the exigencies of the situation, provided that such measures are not inconsistent with their other obligations under international law and do not involve discrimination solely on the ground of race, colour, sex, language, religion or social origin.”

חשוב להדגיש לענייננו, כי בסעיף קטן 2 לסעיף 4 הנ"ל נקבע כי, גם במקרה של מצב חירום כאמור, לא ניתן לפעול בניגוד למספר סעיפים באמנה, והם: הזכות לחיים (סעיף 6), איסור עינויים (סעיף 7), איסור עבדות (סעיף 8), מאסר אזרחי (סעיף 11) הרשעה בהעדר אזהרה (סעיף 15), הכרה בפרט כאישיות בפני החוק (סעיף 16). **סעיפים 17 ו 23 – המגינים על הזכות לחיי משפחה – לא נכללו בהוראת סעיף 4(2), ומשמעות הדבר היא כי ניתן לגרוע מהן בעיתות חירום.**

#### האמנה בדבר אזרחותן של נשים נשואות

158. באמנה זו נקבע כי יקבעו הסדרים מיוחדים כדי להקל על התאזרחותה של בת זוג זרה הנשואה לנתין מדינה חברה באמנה. האמנה, כפי שעולה מהפתיח שלה, מבקשת למנוע מצב שבו אישה תהיה חסרת אזרחות עקב נישואיה, בשל התנגשות בין חוקי אזרחות שונים. יחד עם זאת, סעיף 3 לאמנה קובע מפורשות, כי זכות זו של האישה כפופה למגבלות שיוטלו עליה מטעמים של בטחון לאומי ומדיניות ציבורית: "national security or public policy".

כפי שנבקש להרחיב בהמשך, מדיניות ההגירה הכללית לישראל מקלה באופן יחסי את תנאי ההתאזרחות של בן זוג זר, אשר נישא לבן זוג מקומי. עם זאת, במסגרת שיקול הדעת הנתון לריבון, גם במסגרת סעיף 3 לאמנה זו, הוגבלה, באופן זמני, תחולתה של מדיניות זו לגבי בני זוג תושבי הרשות הפלסטינית. זאת, נוכח הסיכון הנשקף לבטחון אזרחי מדינת ישראל ותושביה כתוצאה מהגירת תושבי הרשות לישראל מחמת נישואין וזאת עקב העימות המזוין הפעיל בין ארגוני הטרור הפועלים בתמיכת הרשות הפלסטינית לבין ישראל.

לבסוף נציין כי מדינות רבות נמנעו מלאשרר אמנה זו, ובהן ארצות הברית, צרפת, איטליה ואנגליה שאישרה את האמנה וחזרה בה.



האמנה האירופאית בדבר זכויות אדם

159. כפי שפורט לעיל הפרוטוקול הרביעי לאמנה זו קובע את זכותו של כל אדם השוהה באופן חוקי בשטחה של המדינה לנוע בה ולצאת ממנה בחופשיות (סעיף 2) והוא מייחד את הזכות להכנס למדינה לאזרחים בלבד (סעיף 3).

אמנה זו, אשר אינה מחייבת את ישראל שאינה צד לה, קובעת בסעיף 8 כי :

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

2. There shall be no interference by a public authority with the exercise of this right except such as is in accordance with the law and is necessary in democratic society in the interests of national security, public safety or the economic well-being of the country, for the prevention of disorder or crime, for the protection of the rights and freedoms of others.”

וסעיף 12 לאמנה קובע :

“Men and women of marriageable age have the right to marry and to found a family, **according to the national laws governing the exercise of this right**”

נדגיש כי סעיף 12 מסייג וקובע כי מימושה של הזכות ייעשה בכפוף לחוקי המדינה.

עוד נדגיש כבר עתה כי, סעיף 8 (2) לאמנה קובע לצד החובות המוטלות על מדינה חברה בהתייחס לזכות לחיי משפחה - **חריג עיקרי** לפיו, מדינה חברה רשאית להגביל את ה"זכות" בכפוף לחוקי המדינה וככל שהדבר דרוש בחברה דמוקרטית למען **אינטרסים של בטחון לאומי, שלום הציבור**, וכלכלה יציבה של המדינה, על מנת למנוע אי סדר או פשע, למען שמירה על הבריאות או המוסר הציבורי **ולהגנה על זכויות וחירויות של אחרים**.

עוד נדגיש ונאמר כי סעיף 15 לאמנה דגן מוסיף וקובע כי, בזמן מלחמה או מצב חירום המאיים על חיי האומה, רשאית מדינה חברה לנקוט בצעדים שיהא בהם כדי שלא לעלות בקנה אחד עם מחויבויותיה על פי האמנה (למעט סעיפים מסוימים באמנה שסעיף 8 אינו נמנה עליהם).

להלן נציג את פסיקת בית הדין האירופאי לזכויות אדם ( European Court of Human Rights) בהקשר לסעיף 8 לאמנה האירופאית בדבר זכויות אדם.

160. (א) בית הדין האירופאי לזכויות אדם נדרש במספר מקרים לפרשנות סעיף 8 בהקשר לזכותו של זר להמשיך ולשמר את המציאות בה חי מספר שנים בתחומי המדינה מכוח מעמד שהוקנה לו מחמת הנישואין. כך למשל בבית הדין האירופאי לזכויות אדם נקבע בפרשת Abdulaziz v. the united kingdom, בהקשר לסעיף 8 של האמנה האירופאית בדבר זכויות אדם, אשר נוסחו הובא לעיל, כי (פיסקה 68):

**“The duty imposed by article 8 (art. 8) cannot be considered as extending to a general obligation on the part of Contracting State to respect the choice of married couples of the country of their matrimonial residence and to accept the non-national spouses for settlement in that country.**  
<http://hudoc.echr.coe.int/hudoc/ViewRoot.asp?Item=0&Action=Html&X=1030120724&Notice=0&Noticemode=&RelatedMode=0>

(ב) בעניין Abdulaziz הוסיף בית הדין וציין בהקשר לנסיבותיו של המקרה שבפניו, הרלוונטיות גם לענייננו כי (פיסקה 67):

**“Moreover, the Court cannot ignore that the present case is concerned not only with family life but also with immigration and that, as a matter of well-established international law and subject to its treaty obligations, a State has the right to control the entry of non-nationals into its territory”**

(ג) דברים דומים אמר בית הדין בפסק דין בעניין Jakupovic v. Austria, שניתן בפברואר 2003, באומרו כי:

**“The court recalls that no right of an alien to enter or to reside in a particular country is as such guaranteed by the convention”**

לשם ההגינות נציין כי במקרה זה החליט בית הדין בסופו של יום שהחלטתה של אוסטריה פוגעת בזכות המוגנת על ידי פסקה 8 לאמנה, כאשר טעמו – אשר אינו רלבנטי לעניינו – היה נסיבותיו החריגות ביותר של פסק הדין, אשר הובילו את בית הדין למסקנה כי קיים חוסר מידתיות בין החלטת הרשויות האוסטריות להטיל איסור שהייה למשך 10 שנים על העותר, **נער ממוצא בוסני שחי באוסטריה מאז גיל 11**, בעקבות מעשים פליליים בגינם הורשע והוטלו עליו עונשי מאסר של מספר חודשים.

(ד) בעניין Ahmut v. the Netherlands קבע בית הדין האירופי לזכויות אדם כי, **הזכות המוקנית מכוח סעיף 8 אינה מקימה את הזכות לבחור את המקום הנוח ביותר לקיים חיי משפחה**. וכך נאמר:

**“Article 8 (art. 8) does not guarantee a right to choose the most suitable place to develop family life”**

(<http://hudoc.echr.coe.int/Hudoc1doc/HEJUD/sift/588.txt>)

באופן דומה, בפסק דינו בעניין Boultif v. Switzerland, שניתן באוגוסט 2001, בחן בית הדין, במסגרת בחינת המידתיות הנגזרת מסעיף 8(2) לאמנה, את חוקתיות ההחלטה לגרש אלגיראי שהתגורר בשוויץ מכוח נישואין, ואשר הוחלט לגרשו בשל הרשעה פלילית. בית הדין נתן במסגרת החלטתו משקל נכבד לסוגיה האם לו ולאשתו, תושבת שוויץ, קיימת אפשרות לקיים את חיי המשפחה שלהם במקום אחר – בין מולדתו של העותר (אלגיריה) ובין מדינה אחרת (פסקאות 52-53 לפסק הדין).

בית הדין שקל בין היתר את העובדה שאשת העותר מעולם לא חייתה באלגיריה, אין לה כל קשרים למדינה זו והיא אינה דוברת ערבית וכי אין לבני הזוג אפשרות לקבל מעמד חוקי במדינה אחרת, שאינה מולדתו של העותר.

בסופו של יום החליט בית המשפט הנכבד כי בהתחשב בפגיעה החמורה הצפויה בבני הזוג והעדר כל אפשרות ממשית לבני הזוג לחיות מחוץ לשוויץ ונוכח הסיכון המוגבל יחסית שמציב העותר לסדר הציבורי, ההחלטה על אי הארכת אשרת שהייתו של העותר אינה מידתית כנדרש בסעיף 8(2) לאמנה.

(ה) עקרונות אלה הוטמעו בחקיקה המדינתית באירופה. כך למשל בדברי ההסבר לתיקון חוק הזרים בדנמרק משנת 2002 (Aliens (consolidation) Act) נאמר כי:

“Article 8 does not involve a general and unconditional right to family reunification... **The European convention on human rights thus does not ensure a right to choose the country in which to start a family life.** As a rule, a duty for the country to grant family reunification will only exist if the parties are otherwise relegated to living as a family in a country which the resident person has no possibility of entering and in which he can't take up residents together with his applicant... As an example of this can be mentioned resident person holding a residence permit as a refugee or with protection of status.”

(ו) מן האמור עולה כי במשפט הבינלאומי, בו מוכרת הזכות לחיי משפחה, לא נתפשת הזכות לחיי משפחה כמקימה זכות נלווית לקבלת מעמד בארץ ובכל מקרה מסויגת זכות זו, בין היתר, בסייגים של הבטחון הלאומי והסדר הציבורי.

161. העותרים ממקדים טענותיהם כלפי פסקי הדין בענין **Ahmut** ו- **Abdulaziz** בכך שאלה הדגישו את חובת המדינה לבחון נסיבות פרטניות בכל מקרה ומקרה. תשובת המשיבים לכך כפולה:

**ראשית**, פסקי דין אלה הובאו על מנת להראות כי הזכות לחיי משפחה אינה כוללת באופן עקרוני את החובה לאפשר הגירתו של זר למדינה, וגם חיוב בבדיקה פרטנית אינו מקים חובה עקרונית.

**שנית**, אין המשיבים חולקים על העיקרון לפיו **כאשר ניתן ואפשרי** לקיים בדיקה פרטנית הרי שראוי שזו תיערך. החוק נשוא העתירה בא לעולם על רקע עמדתם המקצועית של גורמי הביטחון בדבר מגבלות האבחון הפרטני **בשל מאפייניו הייחודים של העימות המזוין הנוכחי**.

**שלישית**, פסקי דין אלה ניתנו בעיתות רגיעה, ואין בהם כדי ללמד על המסקנה אליה היה מגיע בית הדין האירופאי בנסיבות כגון אלו שמדינת ישראל מצויה בהן, קרי עימות מזוין פעיל בין ישראל לבין הצד הפלסטיני לגבי תושב האיזור.

162. העותרים בתגובתם מפנים למספר פסקי דין, מהם הם מבקשים ללמוד על קיום חובה חוקתית של המדינה לאפשר כניסת זר לשם מימוש התא המשפחתי (פסקי הדין בעניין **Ciliz, Mehemi, Berrehab**).

עמדת המשיבים היא כי פסקי דין אלה אינם מצביעים על חובה חוקתית כאמור **בבוודאי שלא על חובה חוקתית המצדיקה מתן אשרה, חרף הסכנה לביטחון הציבור ולזכותם לחיים של אזרחי המדינה ותושביה, ובעיתות חירום לא כל שכן**. בנוסף, נבקש להדגיש כי המסכת העובדתית ביסודן של הפסיקות אליהן מפנים העותרים שונה מענייננו מכמה טעמים:

**ראשית**, בשלושת פסקי-הדין מדובר **בתושבים ארעיים**, אשר כבר נמצאים במדינה, השתקעו בה וקיימו בה חיים מכוח הנישואין, כאשר בפסקי הדין נבחנת שאלת **המשך מעמדם**, לאור שינוי הנסיבות (הרשעה בפלילים, פירוק התא המשפחתי). בכך פסיקה זו שונה באופן מהותי מהעניין נשוא העתירה, באשר הוראת השעה מתייחסת לאנשים שטרם רכשו מעמד, טרם הקימו בה בית ומשפחה וטרם פיתחו ציפיות לגבי שהייתם כאן. מעבר לכך, ניתן לומר כי החוק נשוא העתירה לא רק שאינו סוטה מהלכות אלה, אלא שהוא אף עולה בקנה אחד עימן בשל הוראת המעבר מכוחה מובטח, שמי שהחזיק בידו היתר שהייה בארץ, אין החוק מונע את הארכת ההיתר.

**שנית**, פסקי הדין אינם עוסקים במידת מחויבותה של מדינה ליתן אשרה לזר, שהוא חלק מקהילייה המצויה בעימות מזוין עם המדינה אליה מבקש הזר להגר מכוח נישואיו, אלא במדיניות הגירה כללית.

**שלישית**, העותרים מנסים ללמוד גזירה שווה מפסקי דין אלה העוסקים במדיניות ההגירה הכללית לעתירה בענייננו, שעוסקת בפן נקודתי של הגבלת השתקעותם מכוח נישואין של תושבי הרשות הפלסטינית, המצויה בעימות מזוין עם מדינת ישראל אל שטחי מדינת ישראל בעת עימות מזוין פעיל. עמדתנו היא כי לאור מאפייניו הייחודיים של העימות המזוין הנוכחי וההערכות המקצועיות של גורמי הבטחון בדבר חוסר היכולת לערוך אבחון פרטני, לעת הזו, כמו גם לנבא התממשות הסיכון העתידי מנתין תושב האזור בנסיבות הנוכחיות, הכל כמפורט לעיל – אין מקום לגזירה זו.

**רביעית**, אחד היסודות המאבחנו בין ההלכות עליהן נשענים העותרים לענייננו הוא המציאות הישראלית הביטחונית, אשר הובילה להגבלת כניסתם של מי ששייכים לרשות המצויה בעימות מזוין עימה. חריג זה – כפי שפירטנו לעיל – מוכר באמנות הבינלאומיות.

163. לבסוף נעיר כי אף בחוקות חדשות – דוגמת החוקה החדשה של בוסניה משנת 1995 – נקבע כי הזכות החוקתית לחיי משפחה אינה חלה על מי שאינו מצוי בתחומי המדינה. וכך נאמר בסעיף 3(2):

“All persons **within the territory of Bosnia and Herzegovina** shall enjoy the human rights and

fundamental freedoms referred to in paragraph 2 above; These include:

...  
(f) The right to private and family life, home, and correspondence

...  
(j) The right to marry and to found a family”

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

## (ה) מבחני פסקת ההגבלה

### (ה)(1) יישום פסקת ההגבלה בחקיקה זמנית

165. גם אם קיימת פגיעה בזכות מוגנת, טענתנו היא כי זו עומדת בדרישות פסקת ההגבלה שבחוק היסוד. בטרם נבחן את תנאי פסקת ההגבלה, יודגש כי הוראת השעה הנידונה הינה הוראה זמנית שתוקפה לשנה, כפי שקובע סעיף 5 להוראת השעה:

”חוק זה יעמוד בתוקפו עד תום שנה מיום פרסומו ואולם רשאית הממשלה, באישור הכנסת, להאריך בצו את תוקפו, מעת לעת, לתקופה שלא תעלה כל פעם על שנה אחת”

עמדת המשיבים הינה כי בבואו של בית המשפט לבחון את חוקתיותה של פגיעה נטענת בזכות מוגנת, במסגרת פסקת ההגבלה, עליו להתחשב בכך שמדובר בהוראת שעה, שמעצם טבעה הינה זמנית. כך למשל נקבע בבג”צ 24/01 רסלר נ’ כנסת ישראל, פ”ד נו(2) 699, בעמ’ 713 ואילך:

”ייתכנו מקרים בהם יחליט בית המשפט, על יסוד שיקולים של מדיניות שיפוטית, להתחשב ב”זמניותו” של

חוק "זמני" כנימוק למידתיותו, ועל יסוד זה להניח -  
מבלי לפסוק - כי החוק עומד ביתר מבחניה של הביקורת  
 החוקתית... " (ההדגשות במקור).

לעניין זה יפים גם דבריו של כב' השופט גולדברג בבג"צ 7111/95 **מרכז השלטון המקומי**  
 נ' **הכנסת**, פ"ד נ(3) 485, בעמ' 494, שם נקבע כי:

"...יש לזכור כי מדובר בהוראת מעבר בלבד, ולא  
 בהנצחת אי-שוויון לתמיד. הבעיות המתעוררות בתקופת  
 מעבר של חוק ניתנות לפתרון במספר דרכים, ובאיזונים  
 שונים, ועל המחוקק לבחור באחת מן האופציות העומדות  
 לפניו. **לזמניותה של הנורמה יש נפקות לעניין התערבותו**  
**של בית המשפט בשיקולי המחוקק, ולעניין יישומה של**  
**פיסקת ההגבלה שבחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו,**  
**במקרה כזה.**"

וראו גם בג"צ 726/94 **כלל חברה לביטוח בע"מ נ' שר האוצר**, פ"ד מח(5) 441, בעמ' 486,  
 שם ייחסה כב' השופטת שטרסברג-כהן משקל מיוחד לזמניותו של מעשה החקיקה,  
 באומרה כי:

"המדיניות החדשה עולה בקנה אחד עם האינטרס  
 הציבורי. משקל מיוחד ניתן במסקנתי זו לזמניותו של  
 מעשה החקיקה. מעמדו הנורמטיבי של חוק הכנסת מקנה  
 נופך של רצינות ונחישות לכוונה לעצב מדיניות חדשה  
 ולפטור בעיות שהתעוררו במצב הקיים. על תקופת  
 הביניים להיות קצרה כמתחייב מייעודה. אל מול יעד  
 חברתי מרכזי עומדת הפגיעה בחופש העיסוק של  
 העותרות, שבנסיבות המקרה עליו לסגת זמנית מפני היעד  
 החברתי..."

לאור האמור מתבקש בית המשפט, לאור תוקפה המוגבל בזמן של הוראת השעה, שלא  
 להתערב בפועלו של המחוקק.

### **(ה) (2) יישום מבחני פסקת ההגבלה**

166. פסקת ההגבלה הקבועה בסעיף 8 לחוק היסוד 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.”

על-פי הוראות חוק היסוד, תנאי לחוקתיות החוק הפוגע הוא, שהפגיעה תהא בחוק או מכוח הסמכה מפורשת בחוק ההולם את ערכיה של מדינת ישראל ושנועד לתכלית ראויה וכן שהפגיעה אינה במידה העולה על הנדרש. עמדת המשיבים הינה כי גם בהנחה שיש פגיעה בזכות כלשהי של העותרים, הרי שפגיעה זו הינה חוקתית בהיותה עומדת במבחני פסקת ההגבלה, כפי שיפורט להלן.

**(ה)(2)(I) תכלית ראויה ההולמת את ערכיה של מדינת ישראל כמדינה יהודית ודמוקרטית**

167. תכלית הוראת השעה למזער את הסיכון היומיומי הנשקף לביטחון הציבור כקולקטיב ולצמצם את הסכנה לפגיעה בזכות היסוד הבסיסיות ביותר של כל אחד מהפרטים בישראל, היא הזכות לחיים.

כאמור לעיל, תכלית זו נלמדת מהמציאות העובדתית בעת חקיקת הוראת השעה, שהתאפיינה בהעצמת הסיכון הנשקף לחיי הפרטים במדינת ישראל כתוצאה מדפוסים ההשתקעות מחמת נישואין עובר לתיקון הוראת השעה, עקב העימות המזוין; מהליך קבלת החוק; מזמניות הוראת השעה כביטוי לתכלית הקשורה לנסיבות הזמן והמקום, קרי - העימות המזוין והשלכותיו על העצמת הסיכון; מצמצום היקפה פרישתה של הוראת השעה מבחינה פרסונלית ביחס להחלטת הממשלה ומדברי ההסבר להוראת השעה.

לא יכול להיות ספק כי תכלית זו, היא ההגנה על הזכות לחיים, הינה תכלית ראויה ההולמת את אופיה של מדינת ישראל כמדינה יהודית ודמוקרטית.

168. המשיבים יבקשו לדחות את ניסיון העותרים לטעון כי הנימוק הביטחוני הינו עלה תאנה לנימוק הדמוגרפי, אשר לגישת העותרים עומד בלב החקיקה, וזאת מהטעמים שפורטו לעיל.

בענין רון מנחם קבע גם בית המשפט כי כאשר לדבר חקיקה קיימות מספר תכליות אובייקטיביות אזי מושא הביקורת השיפוטית תהיה התכלית הדומיננטית. וכך נאמר (עמ' 276-277):

”בהתחשב בכך, לו היתה ההגנה על האינטרס הכלכלי של בעלי “המספרים הירוקים” תכלית בלעדית או אף דומיננטית של סעיף 14 לפקודה, יתכן שלא היינו רואים בטעם זה תכלית ראויה. אלא שבחינה לעומק של סעיף 14 מלמדת, כי לא כך הם פני הדברים. ראשית,



עמדנו לעיל על התכלית התעבורתית של הסעיף - אספקת שירות אוטובוסים בעלות סבירה לציבור הרחב, ודאגה לזרימת התנועה בצירי תחבורה מרכזיים. כאמור, הטעמים התעבורתיים הם ראויים, ומהווים תכלית דומיננטית של סעיף 14 לפקודה. **שנית, מההיסטוריה החקיקתית של סעיף 14 לפקודת התעבורה עולה כי האינטרס של בעלי "המספרים הירוקים" לשמירת הערך הכלכלי של רשיונותיהם, היווה שיקול נכבד במסגרת עיצוב ההסדר, אולם לא היה זה שיקול מכריע או בלעדי".**

אפילו אם נראה את החוק כבא להגשים, בין היתר, תכלית דמוגרפית, הרי שבוודאי שזו לא היתה הדומיננטית, ועל כך ניתן ללמוד מן עיתוי של החקיקה, קרי זו באה רק לאחר שנה ותשעה חודשים של עימות מזוין וגל פיגועי התאבדות.

169. לבסוף נאמר כי גם אם תכליתו הדומיננטית של החוק היתה דמוגרפית – מה שאין כן פני הדברים – הרי שתכלית זו עשויה לעלות בקנה אחד עם ערכיה של מדינת ישראל כמדינה יהודית ודמוקרטית. לענין זה נבקש להפנות לדבריה של פרופ' גביזון במאמרה "המדינה היהודית – השלכות למדיניות ההגירה" **מימד** 27 (נובמבר 2003), 4. וכך נאמר:

"דווקא עבור מי שרוצה בהגדרה עצמית לשני העמים ובמדינה פלסטינית בצד ישראל, תכליתו של החוק – הגבלת ההגירה הפלסטינית לישראל שאינה מוגבלת במספר ואינה תלויה שיקול דעתה של המדינה – **ראויה ואף נדרשת** במצב הגיאופוליטי הנתון... מדיניות הגירה 'עיוורת לאומים' שאינה מעדיפה יהודים ואינה מגבילה הגירתם של אחרים, ובעיקר פלסטינים, מהווה התעלמות מנסיבות קיומה של מדינת ישראל ומן ההיסטוריה של הקמתה.

.....

סוגית ההגירה של פלסטינים לישראל, אם מכוח איחוד משפחות ואם בהקשרים אחרים, אינה רק סוגיה הומניטרית או סוגיה הנוגעת לפרטים המתאזרחים. זו שאלה יסודית הנוגעת ליחסי הקבוצות. במצב כזה ישראל רשאית ואולי אף חייבת לאפשר לפלסטינים לקבל בה מעמד חוקי אם הדבר מתחייב משיקולים הומניטריים עליונים. **אולם, כענין שבשגרה יהיה זה נאיבי וטיפשי מצד ישראל להקנות זכויות הגירה כלליות וללא הגבלה מספרית לבני הקבוצה שיש לה תביעות מתחרות לאלה של העם היהודי להגדרה עצמית בארץ.**

כאמור אסור למדינת ישראל לשמור על הרוב היהודי שלה בדרכים הפוגעות בזכויות האדם אבל מותר לה בהחלט להחליט שלא להתנדב לשום הסדר מדיניות של הגירה של המיעוט הפלסטיני שחי בתחומה ושיש לו בה זכויות אזרחיות ופוליטיות".

דברים אלה הובאו על מנת להדגיש, כי גם אילו היתה עומדת ביסוד החקיקה התכליתית הדמוגרפית, ואלה אינם פני הדברים, הרי שזו היתה ראויה ותואמת את ערכיה של מדינת ישראל כמדינה יהודית ודמוקרטית.

כאמור, תכליתה האובייקטיבית של החקיקה, או למיזער תכליתה האובייקטיבית הדומיננטית, היא הגנה על הזכות לחיים של כל אזרחי המדינה ותושביה בעיות עימות מזוין.

### **(ה)(2)(II) שיקולים כלליים החולשים על יישום מבחני המידתיות**

170. בטרם נפנה ליישם את מבחני המידתיות נבקש להציג שני טעמים כלליים המשפיעים על אופן יישומם של המבחנים.

**הטעם הראשון** מושתת על עליונות הזכות שאותה מבקשת הוראת השעה לקדם, היא הזכות לחיים, כשמעליונות זו מתחייבת הסטת נקודת האיזון לעבר הזכות לחיים.

**הטעם השני** מושתת על כך שהוראת השעה מבוססת על עמדתם ומומחיותם המקצועית של גורמי הביטחון, ועל כן שאלת קיומם או ליתר דיוק יעילותם של אמצעים חלופיים להגשמת תכלית החוק- היא צמצום הסכנה לפגיעה בזכות לחיים - היא עניין מקצועי, המקנה למחוקק מתחם תמרון מצומצם יחסית בבירור האמצעים החלופיים. להלן נרחיב על כל אחד מטעמים אלה.

171. **לענין הטעם הראשון**, הוא השפעת תכלית החקיקה על יישום מבחני המידתיות, נקדים ונציין כי, הפרופ' ברק, בספרו **פרשנות במשפט – פרשנות חוקתית** (כרך ג', תשנ"ה), בעמ' 518-522, מבחין בין שלושה סוגים עיקריים של תכליות של החקיקה הפוגעת. הסוג הראשון כולל את כל אותם חוקים אשר תכליתם לקדם זכויות אדם. הסוג השני כולל את החקיקה שנועדה לקדם מטרות חברתיות ואילו הסוג השלישי כולל את החקיקה אשר תכליתה פגיעה בזכויות אדם, תכלית שאיננה ראויה ולכן דבר חקיקה שנועד לקיימה אינו עובר את הבחינה החוקתית.

סוג החוקים הרלוונטי לענייננו הינו הראשון מבין שלושה שנמנו, אשר כולל חוקים שתכליתם להגן על זכויות אדם וביניהן **הזכות להגנה על החיים ועל שלמות הגוף** הקבועה בחוק היסוד, שהינה, כאמור לעיל, זכות יסוד במשטר החוקתי במדינת ישראל. חקיקה זו מתאפיינת בכך שבמסגרתה עומדות שתיים או יותר זכויות אדם המתנגשות זו בזו.

מבחי פסקת ההגבלה הם המכשיר לאיזון בין מידת הגנה על הזכות הנפגעת לבין מידת הגנה על הזכות הפוגעת. נקודת איזון מושפעת מבחינה עיונית מטיבן של הזכויות המתגוששות, ולכן לשם יישום פסקת ההגבלה יש להגדיר את משקלן היחסי של הזכויות. או במילים אחרות, אמצעים מטיבם אינם מנותקים בהקשרם מהמטרות שהם נועדו להגשים ולכן גם מבחן המידתיות, על שלושת מבחני המשנה שלו, מושפע באופן ישיר מחוזקה של התכלית הראויה, אשר בשמה נעשית הפגיעה בזכויות היסוד האחרות. ברוח זו ציינה כבוד השופטת דורנר בפסק הדין בבג"צ 6268/00 **קיבוץ החותרים נ' מינהל מקרקעי ישראל**, נה(5) 639, בעמ' 668 כי:

"מידת הדווקנות שבה יש להפעיל את הדרישות השונות תלויה במשקלם הסגולי של הזכויות והאינטרסים המוגנים מחד **ושל תכלית הפעולה מצד אחר**" (הדגשות אינן במקור).

ראו גם ד' דורנר, "מידתיות" **ספר ברנזון** (א' ברק, ח' ברנזון עורכים, כרך ב', תש"ס) 281, 281, בעמ' 289, שם נאמר כי מן הראוי להתאים את מבחני המשנה של עקרון המידתיות לזכויות לאינטרסים השונים שעליהם העקרון משתרע וכי **מבחי המשנה צריכים להתפרש כיחסיים ולא כמוחלטים**.

ברוח זו גם קבעה כב' השופטת ביניש בבג"צ 4769/95 **רון מנחם ואח' נ' שר התחבורה ואח'**, פ"ד נו(1) 235, עמ' 261-262 כי:

"על-פי השקפתי, אין לגזור את היקף ההגנה על חופש העיסוק על בסיס טיבה של הזכות כשהיא עומדת לעצמה, אלא יש לקבוע את רמת ההגנה על הזכות החוקתית על פי מכלול פרמטרים נוספים, ובהם: התחום בו עוסקת החקיקה הפוגעת (כלכלי, חברתי - סוציאלי, בטחוני ועוד), הטעמים שבבסיס הזכות המוגנת וחשיבותה החברתית היחסית, מהות הפגיעה בזכות ועוצמתה במקרה הקונקרטי, נסיבות הפגיעה והקשרה, וכן מהות הזכויות או האינטרסים המתחרים. יש להניח כי עם הזמן תיושמנה אמות-מידה אלה בפסיקה בדרך של צעידה ממקרה למקרה, והדבר יסייע לגיבוש היקף ההגנה על חופש העיסוק החוקתי בשיטתנו המשפטית".

נציין כי החוקה בדרום אפריקה נותנת ביטוי מפורש במסגרת בחינת מידתיות הפגיעה משקל לחשיבות ומטרת ההגבלה. וכך נאמר בסעיף 36 למגילת הזכויות המעוגנת בחוקה הדרום אפריקאית:

"Limitation of rights

36. (1) The rights in the Bill of Rights may be limited only in terms of law of general application to the extent that the limitation is reasonable and justifiable in an open and democratic society based on human dignity,

equality and freedom, **taking into account all relevant factors, including** j

1. the nature of the right;
2. **the importance of the purpose of the limitation;**
3. the nature and extent of the limitation;
4. the relation between the limitation and its purpose;
- and
5. less restrictive means to achieve the purpose.

(2) Except as provided in subsection (1) or in any other provision of the Constitution, no law may limit any right entrenched in the Bill of Rights. “

המשיבים יטענו איפוא כי טרם יישום מבחני המידתיות, יידרש בית המשפט לאמוד את משקלן היחסי של הזכות הפוגעת ושל הזכות הנפגעת.

172. לסיכום הטעם הראשון נאמר כי באיזון הפנימי שבין זכויות האדם המדוברות, ידה של הזכות לחיים על העליונה בהיותה **זכות בלעדית אין, המוגנת הגנה כפולה בחוק היסוד וערך קדושת החיים הינו עקרון יסוד בחברה הישראלית**. משכך, דבר החקיקה המעגן בתוכו את הזכות לחיים הינו בעל תכלית ראויה, אשר ביישום כל אחד ממבחני המידתיות יש לתת משקל לעליונות זו.

173. **לענין הטעם השני**, הוא ביסוס הוראת השעה על הערכתם המקצועית של גורמי הביטחון, נציין כי ההלכה הפסוקה הכירה בכך שמתחם הסבירות בהחלטות של רשויות מקצועיות המבוססות על חוות דעת של מומחים לדבר הינו רחב (בג"צ 678/88 **כפר ורדים נ' שר האוצר**, פ"ד נג(2) 501, 507). הלכה זו מקבלת משנה תוקף כאשר אין עסקינן בהחלטה של רשות מינהלית, אלא בחקיקה ראשית, שלה עומדת חזקת החוקתיות. (במאמר מוסגר יוער כי ראש שירות הבטחון הכללי הופיע אישית בדיוני הוועדה, תוך הצגת העמדה המקצועית הנסמכת על הניסיון המקצועי שנצטבר בשירות הבטחון הכללי, למן עליית המדרגה בעימות המזוין).

לענין זה נבקש להפנות לדברי כב' השופטת שטרסברג-כהן בבג"צ 6406/00 **בזק החברה הישראלית לתקשורת נ' שר התקשורת** (טרם פורסם), בהקשר לחקיקת משנה. וכך נאמר:

“האם ההחלטה של המשיבים בנוגע לתעריפי העותרת לוקה בפגם משפטי של חוסר סבירות שיש בו כדי לבטל את ההחלטה? ... ככל שהפכנו בטענות המפורטות של העותרת, בכתב ובעל-פה, לא ראינו בהן אלא מחלוקות, ככל הנראה מחלוקות לגיטימיות, בין מומחים משני הצדדים. בית המשפט אינו אמור ואינו כשיר להכריע במחלוקת זאת. הוא אמור וכשיר להכריע בשאלה אם, בסופו של דבר, החלטת המשיבים להעדיף את עמדת

המומחים שלהם על עמדת המומחים של העותרת לוקה בחוסר-סבירות. התשובה לשאלה זאת שלילית: לא ראינו בהחלטת המשיבים חוסר סבירות שיש בו כדי לפסול את ההחלטה.

אם כך לגבי החלטה מינהלית רגילה, קל וחומר בהחלטת המשיבים, שאין היא החלטה מינהלית רגילה. החלטת המשיבים קיבלה ביטוי בתקנות שאושרו על ידי ועדת הכספים של הכנסת, וכיום העותרת תוקפת את התקנות. והרי ידוע כי בביקורת תקנות שאושרו על ידי ועדה של הכנסת, בית המשפט נוהג להחיל את מבחן הסבירות ביתר איפוק. במיוחד כך כאשר מדובר במחלוקת שהיא, בעיקרה, מחלוקת כלכלית, חשבונאית או טכנולוגית, כמו במקרה הנדון. במקרה כזה מתחם הסבירות של ועדת הכספים של הכנסת, כשהיא מאשרת את התקנות, רחב יותר. וככל שמתחם הסבירות רחב יותר, ההתערבות של בית המשפט מצומצמת יותר".

בבג"צ 240/98 **עדאלה ואח' נ' השר לענייני דתות ואח'**, פ"ד נב(5), 167 תקפו העותרים את חוקתיות חוק התקציב. בית המשפט בדחתו את העתירה ציין כי "העותרים לא ציידו אותנו בכלי-עבודה ראויים, לא-כל-שכן שלא העמידו את עניינם אל-מול אינטרסים אחרים המתחרים בהם, תוך בחינת שיקול הדעת של הכנסת בחקיקתו של חוק התקציב, שיקול-דעת שהוא רחב-מכל-רחב".

באותו ענין הפנה כבוד השופט חשין לדבריו של אהרן ברק בספרו **שיקול דעת שיפוטי** (תשמ"ז) בעמ' 255, לעניין התערבות בית-המשפט בשיקולים "שאינן לשופט כלים להתמודד עימם". וכך נאמר שם:

"לעומת זאת [לעומת שיקולים של מדיניות משפטית בנושאי זכויות היחיד, כגון חופש הביטוי, חופש ההפגנה, כבוד האדם, חופש העיסוק וכיו"ב - מ' ח'] שיקולים סבוכים של מדיניות כלכלית או חברתית, אשר לעתים קרובות אף שנויים הם במחלוקת, הדורשים מומחיות ומידע, ואשר עשויים לחייב הנחת הנחות והיפותיזות, שהן מצידן מחייבות הנחות נוספות, רצוי לו לשופט להזהר מהפעלתם. הדרך הבטוחה והסבירה תהיה לרוב להשאיר את הסוגיה למחוקק, אשר יוכל לקבל מידע מלא מפי מומחים ולגבש מדיניות משפטית התואמת את הסוגיה בכל היקפה."

174. לסיכום הטעם השני נאמר כי היות הוראת השעה מבוססת על עמדתם המקצועית של גורמי הביטחון בדבר נחיצות האמצעים שנבחרו יש בה כדי להשפיע על יישומם של מבחני המידתיות השונים.

175. לאחר שעמדנו על שני שיקולים כלליים החולשים על יישום מבחני המידתיות במקרה דנן. נפנה להציג את יישום מבחנים אלה.

### (ה)(2)(III) יישום מבחני המידתיות

176. הדרישה לפגיעה "במידה שאינה עולה על הנדרש" קובעת את חוקתיות האמצעי שנבחר. מבחן המידתיות כולל שלוש דרישות מצטברות. אלה הן דרישת ההתאמה שעל פיה על הפעולה הפוגעת להיות מתאימה להשגת תכליתה; דרישת הפגיעה המזערית שעל פיה יש לנקוט באמצעי שפגיעתו בזכות או באינטרס היא הקלה ביותר האפשרית; ודרישת היחסיות, שעל פיה פעולה הפוגעת בזכות או באינטרס תותר רק אם היחס שבין התועלת שבפעולה לבין הפגיעה שהיא גורמת הוא סביר (בג"צ 1715/97 **לשכת מנהלי ההשקעות בישראל נ' שר האוצר**, פ"ד נא(4) 367, בעמ' 384-385).

177. (א) מבחן ההתאמה: על פי מבחן זה נדרש קשר רציונלי בין המטרה לבין האמצעי. קשר זה מתקיים במקרה דנן. עמדתם המקצועית של גורמי הבטחון היא כי בתקופה הקשה בה אנו נתונים עת שחלקים נרחבים באוכלוסיה האזרחית הפלסטינית מגויסים לעימות מזוין ועת שרוב משמעותי בקרב החברה הפלסטינית, תומך בהמשך ביצועם של פיגועים כנגד ישראל, ועת שלמעגל שותפי הטרור, שותפים לא רק ארגוני הטרור וחבריהם, כי אם גם מנגנוני הבטחון של הרשות וכן תושבי הרשות שאינם בהכרח נמנים על אוכלוסיות המפגעים הפוטנציאליים בהיבט הגיל והמצב המשפחתי - עימות קשה ועקוב מדם עם מדינת ישראל, הרי שהגבלת כניסתם **והשתקעותם** של תושבי האזור בישראל, הינה מכשיר ואמצעי מתאים וחיוני שבלתו אין, לצמצום הסיכון לביטחון הציבור ולזכותו של כל פרט ופרט מאזרחי המדינה ותושביה לחיים.

178. (ב) מבחן האמצעי שפגיעתו פחותה: על פי מבחן זה יש לאמוד את מידת הפוגעניות של שני אמצעים. **כלומר על העותרים להצביע לכל הפחות על אמצעי אחר שיעילותו שקולה ופגיעתו פחותה**. נראה כי העותרים אינם מיישמים מבחן זה כהלכה, שכן תחת מבחן יחסי של שני אמצעים, מסתפקים הם בקביעה מוחלטת כי פגיעת האמצעי הנוכחי אינה פחותה דיה.

עמדתנו היא כי בחינת יעילותה של חלופה צריכה להיעשות בשים לב לתכלית שאותה מבקש החוק להגשים. הטעם לכך הינו שמשקלה היחסי של תכלית זו ומהותה ישפיעו על מידת הנכונות להסכין עם סיכון לטעות בהערכת יעילות החלופה. **במקרה דנן, על כף המאזניים מונחת הזכות לחיים, אשר טעות בהערכת יעילות החלופה האחרת שנועדה להגן עליה עלולה לגבות מחיר כבד בנפש. לכן נדרשת ודאות גבוהה במיוחד לגבי יעילותה של החלופה המוצעת.**

הערכתם המקצועית של גורמי הבטחון – הנסמכת על ניסיון העבר – הינה כי בדיקה פרטנית של הסיכון, על גווניה השונים, אינה יעילה דיה לעת הזאת, ואינה מנבאת באופן מספק סיכון עתידי, בנסיבות הזמן והמקום וזאת מהטעמים שפורטו בהרחבה לעיל. לכן, **בנסיבות העניין, אין בנמצא חלופה יעילה, אשר יכולה להיחשב כאמצעי יעיל שפגיעתו פחותה.**

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

כאמור העותרים אינם מצביעים על אמצעי חלופי שפגיעתו פחותה, כשאפילו אם היו מבקשים לטעון לקיומו של אמצעי שכזה, הרי שטענה זו אינה יכולה להיזרק לחלל האוויר ללא תימוכין מקצועיים של גורמי בטחון הבקיאים במאפייניו של העימות המזוין הנוכחי והשפעותיו.

179. (ג) שקילות התועלת מול הנזק: על פי מבחן זה נדרשת שקילות הנזק (הפגיעה הנטענת בזכות לחיי משפחה) מול התועלת (ההגנה על הזכות לחיים). מעליונותה וקדושתה של הזכות לחיים נובע כי במאזן הכולל מצדיקה התועלת את הפגיעה הנטענת בזכות לחיי משפחה. הדברים מקבלים משנה תוקף שעה שהפגיעה אינה מתבטאת בשלילת הזכות לנישואין אלא הכרה באפשרות לממשה בישראל דווקא (ולענין ההבחנה בין שלילת זכות לבין הגבלת מימושה ראו בג"צ 4769/95 **רון מנחם נ' שר התחבורה** (טרם פורסם), פיסקה 11 לפסק דינה של כבוד השופטת בייניש) וכן כי הפגיעה הינה **זמנית ולא קבועה**, כפי שפורט בהרחבה לעיל.

יזכר כי במסגרת מרחב התמרון הנתון למחוקק, במסגרת בחירת האמצעי שפגיעתו היא הפחותה ביותר ובמסגרת הניסיון לאזן בין חומרת הסכנה לבטחון המדינה ולשלום הציבור וזכותו לחיים לבין הזכויות האחרות, הטיל המחוקק את המגבלות מכוח הוראת שעה זמנית לשנה בלבד, כאשר התנאי להמשך תוקפה הינו **אישורה של מליאת הכנסת**, הנדרשת לדון בהמשך הצורך בקיומה של הוראת השעה.

כמובן, יוער כי בחינת השקילות בין הנזק לתועלת צריכה להיעשות על רקע סעיף הסייגים (סעיף 3) והוראת המעבר (סעיף 4).

(ב) בסעיף 3 נקבעו מספר סייגים, שנועדו לצמצם את תחולת המגבלה שנקבעה בסעיף 2 להוראת השעה. כך, הוסמכו שר הפנים ומפקד האיזור להעניק לתושב איזור היתר שהיה

למטרת עבודה, טיפול רפואי או לכל **מטרה זמנית אחרת**. התקופה המצטברת המירבית של ההיתרים נקצבה והועמדה על ששה חודשים. כמו כן, במסגרת הדיון בוועדה הוסף סייג נוסף הנוגע לילד עד לגיל 12, וזאת לשם מניעת הפרדתו מהורוהו השוהה בישראל כדין (סעיף 4(1)). סייג נוסף ענייננו הוקרת תודה למי שפעלו פעולה של ממש לקידום הביטחון הכלכלה או עניין חשוב אחר של המדינה (סעיף 3(2)), שאז ניתן להניח כי הסיכון הבטחוני הנשקף מאדם כזה אינו קיים פוטנציאלית.

(ג) בסעיף 4 נקבעה הוראת מעבר, אשר כדרכן של הוראות מעבר, קובעת הסדרים שיחולו על בקשות שהוגשו **ערב תחילת הוראת השעה**. ההסדרים הקבועים בהוראת המעבר – על שתי חלופותיה – מצמצמים את תחולת הוראת השעה באשר לבקשות שהוגשו או אושרו טרם הוראת השעה.

החלופה הראשונה של הוראת המעבר מסמיכה את שר הפנים או מפקד האזור להאריך תוקפו של רשיון לישיבה בישראל או היתר לשהייה בישראל שהיו ערב תחילת הוראת השעה. המדובר בסיוג חלקי של הוראת השעה לגבי בקשות אשר אושרו ומכוח סיג זה ממשיך המצב שהיה קיים ערב הוראת השעה לעמוד בתוקפו. נציין כי סיוג זה של הוראת השעה מחזק את מידתיותה, שכן מכוחו נמנע שינוי מצבו לרעה של מי שבידו אשרת שהייה בישראל.

החלופה השנייה של הוראת המעבר מסמיכה את מפקד האזור ליתן היתר זמני לשהייה בישראל למי שהגיש בקשה לפי חוק האזרחות או חוק הכניסה לישראל לפני יום 12.5.02, הוא מועד קבלת החלטת הממשלה. כלומר חלופה זו מאפשרת את הטיפול בבקשות שהוגשו טרם החלטת הממשלה. הוראת השעה נועדה להגן על אינטרס ההסתמכות של מי שכבר מצוי בהליך המדורג ועל אינטרס הציפיות של מי שהגיש בקשה עובר להחלטת הממשלה. למעשה מכוח הוראת המעבר מצומצם מאוד מעגל הנפגעים בפועל מההחלטה, שכן זה כולל בעיקרו תאים משפחתיים שנוצרו לאחר קבלת חקיקת הוראת השעה וזאת כאשר תוכן המדיניות המגבילה כניסת תושבי האזור מחמת נישואין היתה ידועה לפחות מאז החלטת הממשלה, קרי במשך תשעה-עשר חודשים.

(ד) עמדת המשיבים היא כי הסייגים, כמו גם הוראת השעה, מצמצמים את מידת פוגעניותה של הוראת השעה כך שבבחינה הכוללת של מאזן התועלת מול הנזק, מטה היא את הכף עוד יותר למסקנה שהתועלת עולה על הנזק.

180. העותרים מבססים את טענתם בדבר חוסר קוהרנטיות הוראת השעה על קיום החרגיגים והוראת השעה, הבאים לעגן את מידתיותה של הוראת השעה. נבקש להתמודד עם טענותיהם המרכזיות של העותרים בעניין זה ולהבהיר מדוע ההסדרים המידתיים אינם שוללים את הגיונה הפנימי של הוראת השעה.



**(א) היתרי עבודה** – הוראת השעה מסמיכה את מפקד האיזור ליתן אשרת עבודה לתקופה זמנית, אשר אורכה המצטבר אינו עולה על ששה חודשים. עמדתנו היא כי אין בהוראה זו כדי ללמד על חוסר קוהרנטיות בהוראה השעה, וזאת משני טעמים:

**ראשית**, בשל המגבלות החלות על כניסה לשם עבודה, הרי סוג הסיכון הנשקף מאוכלוסיית העובדים אינו שקול לסיכון הנשקף מהמבקשים להגר ולהשתקע בישראל מחמת נישואין. הנכנסים לישראל לצורכי עבודה רשאים להיכנס לישראל רק בעיתות רגיעה וכאשר קיים סגר כללי, כשאז מועצמת הסכנה לבטחון הציבור, נמנעת כניסתם וההיתר מוקפא אוטומטית.

מעבר לכך, גם בעיתות רגיעה, כניסתם מוגבלת מבחינה זו שהעובדים אינם לנים בישראל, אינם רשאים להיכנס עם ציוד לרבות כלי רכב, עוברים בידוק פיזי יומיומי בשערים ואורכה הכולל של האשרה מוגבל לששה חודשים. כמו כן, היתר הכניסה ניתן אך ורק ללא יותר מ- 20 אלף עובדים, לעת הזאת, כשהמכסה משתנה כל העת בשים לב לנסיבות.

לא זו אף זו, ההיתרים אינם ניתנים לרווקים, כי אם רק לבעלי משפחות מעל גיל מסוים ובמובן זה המדובר באוכלוסייה שונה לחלוטין מאוכלוסיית מבקשי האחמ"ש. מאחר וכניסתם של העובדים כפופה למגבלות רבות ולפיקוח יומיומי, כשבענין זה, מרבית מקבלי ההיתרים הינם תושבי עזה, לגביהם קיים בידוק בטחוני מחמיר בעברם את הגדר, דרך מעבר ארז, הרי שכוח משיכתם בעיני ארגוני הטרור נמוך. משכך, לא ניתן להשוות את הסיכון הנשקף מכניסת עובד ארצה לסיכון הנשקף עקב כניסה והשתקעות מחמת נישואין.

**שנית**, לגבי עובד יומי קיים אמצעי אפקטיבי למיזעור הסיכון הנשקף מכניסתו לישראל לשם עבודה, והוא הבידוק הפיזי היומיומי בשערים טרם הכניסה לישראל. אמצעי זה ישים רק לגבי אנשים אשר אינם לנים בישראל, וכאלה הם הנכנסים לישראל לצורכי עבודה, ולכן מדי יום נכנסים הם לישראל ומדי יום עוברים הם בידוק פיזי בשערים. אמצעי זה אינו ישים לגבי מבקשים להגר לישראל מחמת נישואין. אלה לנים בישראל, מקבלים כעבור זמן קצר יחסית תיעוד ישראלי, ועם אישורה הסופי של הבקשה ניידותם מישראל ולישראל חופשית, לרבות באמצעות כלי רכב ישראלי.

מטעמים אלה הנכונות לאפשר כניסה מוגבלת בהגבלות רבות לצורכי עבודה, אינה שקולה – מבחינת דרגת הסיכון והכלים למיזעורו - להשתקעות מחמת נישואין, ועובדה היא כי עד היום בפיגוע אחד בלבד, היה מעורב מי שנכנס ארצה לצורכי עבודה.

**(ב) הוראת מעבר** – חוק נטול הוראת מעבר עלול להיפסל מחמת היעדרן של הוראות מעבר המגינות על אינטרס ההסתמכות והציפיות של הפרטים (ובענין זה ראו בג"צ 1715/97

**לשכת מנהלי ההשקעות בישראל נ' שר האוצר**, פ"ד נא(4) 367. לכן נפלא מבינתנו הכיצד קיומה הוראת המעבר שולל את הגיונה הפנימי של הוראת השעה.

המשיבים סבורים כי אין צורך להרחיב מדוע אין כל בסיס להשוואת מי שפעל פעולה של ממש לקידום בטחון המדינה למבקש להגר לישראל מחמת נישואין, שהרי מעשיו של הראשון מלמדים על חוסר מסוכנותו, ולכן הנכונות לאפשר את כניסתו אינה שוללת מהוראת השעה את הגיונה הפנימי. כמו כן, גם הנכונות לאפשר מטעמים הומניטריים מובהקים כניסה לישראל לצורך טיפול רפואי, לתקופה קצובה ומוגבלת, בין השאר למקום מסוים, ללא יכולת תנועה חופשית בישראל, אינה שוללת מהוראת השעה את הגיונה הפנימי, אלא מלמדת על רגישות לשיקולים הומניטריים ממעלה ראשונה.

181. על זאת נוסיף כי, בניגוד לאמור בסעיף 78 לעתירה, אין הוראת השעה אוסרת על המפקד הצבאי באופן גורף להעניק לתושבי האזור היתרי שהייה זמניים בישראל. סמכות זו מוקנית למפקד האזור בסעיף 3(1) להוראת השעה הקובע כי "רשאי ... מפקד האזור... לתת לתושב אזור רשיון לישיבה בישראל או היתר לשהייה בישראל ... למטרה זמנית אחרת- לתקופה מצטברת שלא תעלה על ששה חודשים...".

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

## (ו) היקף הביקורת השיפוטית

183. נקודת המוצא היא כי "תפקיד החקיקה הוטל על המחוקק. הוא נציגו הנאמן של הריבון - העם. האחריות הלאומית לחקיקת חוקים אשר יגשימו תכלית ראויה באמצעים מידתיים מוטלת, על פי עיקרון הפרדת הרשויות, על המחוקק. בידיו הכלים לאיתור התכלית הראויה ולבחירת האמצעי המידתי. בית המשפט לא בא להחליף את שיקוליו של המחוקק בשיקוליו שלו. בית המשפט אינו נכנס לנעליו של המחוקק. הוא אינו שואל את עצמו מהם האמצעים שהוא היה בוחר אילו היה חבר בגוף המחוקק. בית המשפט מפעיל ביקורת שיפוטית. הוא בוחן את חוקתיות החוק, לא את תבונתו. השאלה אינה אם החוק טוב, יעיל, מוצדק. השאלה הינה אם הוא חוקתי" (מתוך בג"צ 1715/97 **לשכת מנהלי ההשקעות נ' שר האוצר**, פ"ד נא(4) 367).

לענין הריסון והאיפוק שעל בית המשפט לנהוג בהפעילו את הביקורת השיפוטית על חוקיותם של חוקים נאמר בע"א 6281/93 **בנק המזרחי נ' מגדל כפר שיתופי**, פ"ד מט(4) : 221

ההרמוניה בין הרשויות מחייבת... הצבת 'קו אדום' בין הפעלת סמכות הביקורת המסורה לבית המשפט על מעשה חקיקה לבין מעורבות בחקיקה. על בית המשפט להיזהר מטשטוש הגבולות ומגלישה לעבר סמכות לא לו. עליו לזכור כי בידו מסור הפיקוח המשפטי בלבד, אם החוק הוא חוקתי, ובהפעילו סמכות זו אין הוא משמש תחליף לרשות המחוקקת. אין בית המשפט ממיר את שיקוליו של המחוקק בשיקול דעתו שלו. חופש הבחירה בין אמצעים חילופיים, שכולם באים לאזן בין התכלית הראויה והפגיעה בזכות, מסור למחוקק ולא לבית המשפט. המחוקק הוא שמוסמך לבחור, מבין האמצעים האפשריים, את האמצעי הנראה לו מתאים להגשמת תכליתו הראויה של החוק".

על הזהירות והאיפוק בה נבחנת חוקתיות של חוק עמד גם כב' השופט זמיר בבג"צ 7111/95 **מרכז השלטון המקומי נ' הכנסת**, פ"ד נ (3) 485, 496, באומרו:

"המסר העיקרי הוא, לדעתי, שחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו וחוק-יסוד: חופש העיסוק לא באו לעשות את חוקי הכנסת טרף קל לכל מי שדעתו אינה נוחה מן החוק. חוק הכנסת כבודו במקומו מונח: עדיין החוק מבטא את רצון הריבון, הוא העם, ולכן החוק הוא ההולך לפני המחנה, ובו גם בית המשפט... כבוד האדם אינו צריך לדחוק את כבוד החוק."

184. **לאור כל האמור לעיל, עמדת המשיבים הינה כי המקרה דנן איננו מצדיק את התערבותו של בית המשפט הנכבד לביטולו של חוק שחוקקה הכנסת, ולפיכך סבורים המשיבים כי דין העתירות להדחות.**

היום: כ"א כסלו, תשס"ד

16 דצמבר, 2003

**יוכי גנסי**

**ממונה על ענייני הבג"צים**

**בפרקליטות המדינה**