

בבית המשפט העליון בשבתו כבית משפט גבוה לצדק

בג"ץ 7052/03
בג"ץ 7102/03
בג"ץ 7642/03
בג"ץ 7643/03
בג"ץ 8099/03
בג"ץ 8263/03
בג"ץ 10650/03

בפני :

כבוד הנשיא א' ברק
כבוד המישנה לנשיא (בדימ') מ' חשין
כבוד השופטת ד' ביניש
כבוד השופט א' ריבלין
כבוד השופטת א' פרוקצ'יה
כבוד השופט א' לוי
כבוד השופט א' גרוניס
כבוד השופטת מ' נאור
כבוד השופט ס' גובראן
כבוד השופטת א' חיות
כבוד השופט י' עדיאל

- העותרים בבג"ץ 7052/03 :
1. עדאלה-המרכז המשפטי לזכויות המיעוט הערבי בישראל
 2. עו"ד מוראד אל סאנע
 3. עביר אל סאנע
 4. רנית טבילה
 5. חאתם טבילה
 6. אסאלה טבילה-קטינה
 7. דימא טבילה-קטינה
 8. שאוקי ח'טיב, יושב-ראש ועדת המעקב העליונה לעניני הציבור
 9. ח"כ טלאב אל סאנע
 10. ח"כ מוחמד ברכה
 11. ח"כ עזמי בשארה
 12. ח"כ עבד אל-מאלק דהאמשה
 13. ח"כ ג'מאל זחאלקה
 14. ח"כ ואסל טאהא
 15. ח"כ אחמד טיבי
 16. ח"כ עסאם מחיול

- העותרים בבג"ץ 7102/03 :
 1. ח"כ זהבה גלאון, יושבת-ראש סיעת מרצ-
 ישראל הדמוקרטית
 2. ח"כ רומן ברונפמן
 3. סיעת מרצ-ישראל הדמוקרטית

- העותרים בבג"ץ 7642/03 :
 1. שמה מחמד מוסא
 2. עבדאלקרים מחמד אבו חליל

- העותרים בבג"ץ 7643/03 :
 1. אברההים עליון
 2. פריאל אבו אלחסיין
 3. איהם אבו עליון, קטין
 4. עווד עליון, קטין
 5. אדהם עליון, קטין

- העותרת בבג"ץ 8099/03 :
 האגודה לזכויות האזרח בישראל

- העותרים בבג"ץ 8263/03 :
 1. ראמי מוחמד אסכאפי
 2. פאטמה אחמד אסכאפי
 3. אחמד ראמי אסכאפי

- העותרים בבג"ץ 10650/03 :
 1. מירפת תייסיר עבד אל חמיד
 2. אמאל סוהיל עבד אלהדי אבו גוויל
 3. כמאל סוהיל עבד אלהאדי גוויל
 4. ינאל סוהיל עבד אלהאדי גוויל
 5. מוחמד סוהיל עבד אלהאדי גוויל
 6. המוקד להגנת הפרט

נ ג ד

- המשיבים בבג"ץ 7052/03
 ובבג"ץ 8263/03 :
 1. שר הפנים
 2. היועץ המשפטי לממשלה
 3. הרוב היהודי לישראל
 4. עמותת נפגעי הטרור הערבי
 5. שפרה הופמן

- המשיבים בבג"ץ 7102/03 :
 1. היועץ המשפטי לממשלה
 2. שר הפנים
 3. הרוב היהודי לישראל
 4. עמותת נפגעי הטרור הערבי
 5. שפרה הופמן

- המשיבים בבג"ץ 7642/03
 ובבג"ץ 7643/03 :
 1. שר הפנים
 2. הרוב היהודי לישראל
 3. עמותת נפגעי הטרור הערבי
 4. שפרה הופמן

המשיבים בבג"ץ 8099/03 :
 1. שר הפנים
 2. מפקד כוחות צה"ל ביהודה ושומרון
 3. מפקד כוחות צה"ל באזור חבל עזה
 4. הרוב היהודי לישראל
 5. עמותת נפגעי הטרור הערבי
 6. שפרה הופמן

המשיבים בבג"ץ 10650/03 :
 1. שר הפנים
 2. מנהל מינהל האוכלוסין
 3. מנהל לשכת מינהל האוכלוסין בירושלים
 4. הרוב היהודי לישראל
 5. עמותת נפגעי הטרור הערבי
 6. שפרה הופמן

עתירות למתן צו על תנאי וצו ביניים

תאריך הישיבה : ט"ז בשבט התשס"ו (14.02.2006)

בשם העותרים בבג"ץ 7052/03 : עו"ד חסן ג'בארין ; עו"ד ארנה כהן

בשם העותרים בבג"ץ 7102/03 : עו"ד דפנה הולץ-לכנר

בשם העותרים בבג"ץ 7642/03
 ובבג"ץ 7643/03 : עו"ד צבי ששון

בשם העותרת בבג"ץ 8099/03 : עו"ד דן יקיר ; עו"ד שרון אברהם-ויס

בשם העותרים בבג"ץ 8263/03 : עו"ד מוחמד ח'לאילה

בשם העותרים בבג"ץ 10650/03 : עו"ד עדי לוסטיגמן

בשם המדינה : עו"ד יוכי גנסין ; עו"ד דניאל מארקס

בשם הרוב היהודי לישראל : עו"ד זאב פרבר

פסק-דין

הנשיא א' ברק:

חוק האזרחות והכניסה לישראל (הוראת שעה), התשס"ג-2003, קובע כי שר הפנים לא יעניק לתושב של יהודה, שומרון או חבל עזה אזרחות, ולא יתן לו רשיון לשיבה בישראל. כמו כן קובע החוק כי מפקד האזור לא יתן לתושב כאמור היתר לשהייה בישראל. הוראה זו אינה חלה על ישראלים המתגוררים באזור. להוראה זו נקבעו מספר סייגים. מכוחה של הוראה זו נשללת, בין השאר, האפשרות של איחוד משפחות בין בן זוג ערבי-ישראלי לבין בן זוגו הערבי (כשהגבר מהאזור למטה מגיל 35 והאשה מהאזור למטה מגיל 25) המתגורר באזור. כמו כן מטילה הוראה זו מגבלות על הקשר בין הורה שהוא תושב ישראל לבין ילדו הרשום במרשם האוכלוסין באזור. המטרה המונחת ביסוד הוראות אלה היא ביטחוניית. היא נועדה למנוע התממשותה של הסכנה, שהתרחשה בעבר, שבה בן זוג מהאזור, שניתנה לו האפשרות לחיות בישראל עם בן זוגו הישראלי, סייע למי שהיו מעורבים בפעילות חבלנית עויינת. ביסוד החוק לא עומדת מטרה "דמוגרפית", שעניינה הגבלה על גידול האוכלוסיה הערבית בישראל. על רקע זה מתעוררת השאלה אם הוראותיו של חוק האזרחות והכניסה לישראל, פוגעות שלא כדין בזכותם של בני הזוג הישראלים וילדיהם. השאלה אינה מהי זכותם של בני הזוג הזרים מהאזור. השאלה הינה אם הוראות החוק, ככל שהן חלות על איחוד משפחות בין בן זוג ערבי-ישראלי לבין בן זוגו הערבי מהאזור, ועל הקשר בין הורים תושבי ישראל לילדיהם הרשומים באזור, הן חוקתיות? האם הן פוגעות בכבוד האדם של בן הזוג או ההורים הישראלים? האם הפגיעה היא כדין? אלה השאלות הניצבות בפנינו.

א. רקע ביטחוני ונורמטיבי

1. הרקע הביטחוני

1. בספטמבר 2000 פרצה האינתיפאדה השנייה. מתקפת טרור עזה נחתה על ישראל. מרבית פיגועי הטרור הופנו כלפי אזרחים. הם פגעו בגברים ובנשים, בזקנים ובטף. משפחות שלמות איבדו את יקיריהן. הפיגועים נועדו לפגוע בחיי אדם. הם כיוונו לזרוע פחד ובהלה. הם ביקשו לשבש את אורח החיים של אזרחי ישראל. פיגועי

הטרור מבוצעים בתוככי ישראל ובאזור. הם התרחשו בכל אתר ואתר. הם פגעו במשתמשים בתחבורה הציבורית, במרכזי קניות ובשווקים, בבתי קפה ובתוככי בתים וישובים. היעד העיקרי של הפיגועים הוא מרכזי הערים בישראל. כן מכוונים הפיגועים כלפי הישובים הישראליים באזור, וכלפי צירי התנועה. ארגוני הטרור עושים שימוש במגוון אמצעים. בהם פיגועי התאבדות ("פצצות אדם מונחות"), מכוניות תופת, הנחת מטעני חבלה, השלכת בקבוקי תבערה ורימונים, פיגועי ירי, ירי פצצות מרגמה וירי רקטות. מספר ניסיונות לפיגועים ביעדים אסטרטגיים נכשלו. מאז תחילת פעולות הטרור הללו ועד לינואר 2006, בוצעו בתחומי מדינת ישראל למעלה מאלף וחמש מאות פיגועים. למעלה מאלף ישראלים קיפחו את חייהם בתחומי מדינת ישראל. כששת אלפים וחמש מאות ישראלים נפצעו. רבים מהפצועים הפכו לנכים קשים. גם בצד הפלסטיני גרם העימות המזוין להרוגים ופצועים רבים. השכול והכאב שוטפים אותנו (לתיאור מציאות זו, ראו בין השאר, בג"ץ 7015/02 עג'ורי נ' מפקד כוחות צה"ל בגדה המערבית, פ"ד נו(6) 352, 358; להלן – פרשת עג'ורי; בג"ץ 2056/04 מועצת הכפר בית סוריק נ' ממשלת ישראל, פ"ד נח(5) 807; להלן – פרשת בית סוריק).

2. ישראל נקטה שורה של צעדים להגנה על חיי תושביה. בין השאר, נערכו פעולות צבאיות כנגד ארגוני הטרור, ובהם מבצע "חומת מגן" (מארס 2002) ומבצע "דרך נחושה" (יוני 2002) (ראו בג"ץ 3239/02 מרעב נ' מפקד כוחות צה"ל באזור יהודה ושומרון, פ"ד נו(2) 349 (להלן – פרשת מרעב); בג"ץ 3278/02 המוקד להגנת הפרט נ' מפקד כוחות צה"ל באזור הגדה המערבית, פ"ד נז(1) 385). הוחלט על הקמתה של גדר הפרדה אשר תקשה על פעילי הטרור לפגוע בישראלים, ותקל על מאבקם של כוחות הביטחון בפעילי הטרור (ראו פרשת בית סוריק; בג"ץ 7957/04 מראעבה נ' ראש ממשלת ישראל (טרם פורסם); להלן – פרשת מראעבה).

3. במסגרת פעולות אלה, הוטלו מגבלות על כניסתם של תושבי האזור לתחומי מדינת ישראל. זאת, לנוכח הערכתם של גורמי הביטחון, לפיה כניסה של תושבי האזור לישראל, ותנועתם החופשית בתחומה, מסכנת בצורה משמעותית את שלומם וביטחונם של אזרחי המדינה ותושביה. על רקע מציאות ביטחונית קשה זו, ולנוכח הערכות ביטחוניות אלה, נחקק גם חוק האזרחות והכניסה לישראל (הוראת שעה), התשס"ג-2003 (להלן – חוק האזרחות והכניסה לישראל או החוק). החוק מונע, בכפוף לחריגים, מתושבי האזור להיכנס אל תחומי מדינת ישראל. בכלל זה, הוטלו, בין השאר, מגבלות גם על איחוד משפחות בין בן זוג ערבי בעל אזרחות ישראלית או תושב קבע בישראל (בעיקר בירושלים) לבין בן זוגו תושב האזור. בבסיס הסדר זה עמד החשש שהשתקעותם של תושבי האזור בישראל באמצעות נישואין ואיחוד משפחות תנוצל

לצרכי העימות המזוין. חשש זה התבסס, בין היתר, על מעורבותם בפועל של תושבי האזור אשר קיבלו מעמד בישראל מכוח נישואיהם עם ישראלים, בפעולות טרור אשר בוצעו בשטחה של ישראל. לטענת המשיבים, עשרים וששה מבין תושבי האזור אשר קיבלו מעמד בישראל מכוח נישואין היו מעורבים בפעילות חבלנית. חלקם היו מעורבים בביצוע הפיגועים עצמם. חלקם סייעו בהחדרת מפגעים לתחומי ישראל. חלקם סייעו באיסוף מודיעין על יעדי פיגועים. כמו כן התבסס חשש זה על הסיכון העתידי הנובע מהקשרים שמקיימים תושבי האזור המשתקעים בישראל עם קרובי משפחתם ואחרים תושבי האזור, ובהם כאלה המעורבים בפעילות חבלנית. הנה כי כן, הרקע שהביא לחקיקת חוק האזרחות והכניסה לישראל הינו המציאות הביטחונית הקשה השוררת בישראל בשנים האחרונות, והאיום הביטחוני שנשקף לאזרחי ישראל ולתושביה מפעולתם של ארגוני הטרור. מרכיב באיום זה הינו מעורבותם של פלסטינים תושבי האזור, אשר רכשו מעמד בישראל עקב נישואין ואיחוד משפחות, בפעולות טרור אשר בוצעו בשטחי מדינת ישראל, והסיכון העתידי הנשקף, לטענת המדינה, מהם. חוק האזרחות והכניסה לישראל נועד להתמודד עם איומים אלה.

2. הרקע הנורמטיבי

4. תחילה הוטלו המגבלות על איחוד משפחות מכוחה של החלטת ממשלה. ב-2002 החליטה הממשלה (החלטה 1813) על נוהל חדש לטיפול "במדיניות איחוד משפחות בנוגע לתושב הרשות הפלסטינית ולזרים ממוצא פלסטיני". בהחלטה (מיום 12.5.2002) נאמר:

ב. מדיניות איחוד משפחות (אחמ"ש)

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:

1. טיפול בבקשות חדשות, לרבות בקשות שטרם ניתנה לגביהן החלטה

א. תושב הרשות הפלסטינית – לא תתקבלנה בקשות חדשות של תושבי הרשות הפלסטינית לקבלת מעמד של תושב או מעמד אחר; בקשה שהוגשה לא תאושר, ובן הזוג הזר יידרש לשהות מחוץ לישראל עד לקבלת החלטה אחרת.

ב. אחר – הבקשה תידון בשים לב למוצאו של המוזמן.

2. בקשות הנמצאות בתהליך המדורג

בתקופת הביניים יוארך תוקפו של היתר שניתן, וזאת בכפוף להעדר מניעה אחרת. לא יהיה שידרוג למעמד גבוה יותר.

על פי נוהל זה הופסק הטיפול הרגיל של איחוד משפחות, ככל שהוא נוגע לתושבי הרשות הפלסטינית. כנגד נוהל זה הוגשו מספר עתירות לבית המשפט הגבוה לצדק (ראו, למשל, בג"ץ 4022/02; בג"ץ 4608/02; בג"ץ 7316/02; בג"ץ 7320/02). בעתירות אלה לא נפלה הכרעה, שכן בעוד עתירות אלה תלויות ועומדות נחקק חוק האזרחות והכניסה לישראל.

5. ביום 6.8.2003 פורסם חוק האזרחות והכניסה לישראל. הוא עיגן, בעיקרו של דבר, את מדיניות הממשלה. תוקפו של החוק הוא לשנה. נקבע בו כי הממשלה רשאית, באישור הכנסת, להאריך בצו את תוקפו, לתקופה שלא תעלה בכל פעם על שנה אחת (סעיף 5). בחלוף שנה הוארך החוק בששה חודשים (עד ליום 5.2.2005: ראו צו האזרחות והכניסה לישראל (הוראת שעה) (הארכת תוקף החוק), התשס"ד-2004, והחלטת הכנסת מיום 21.7.2004). בתום תקופה זו הוארך תוקף החוק בכארבעה חודשים נוספים (עד ליום 31.5.2005: צו האזרחות והכניסה לישראל (הוראת שעה) (הארכת תוקף החוק), התשס"ה-2005, והחלטת הכנסת מיום 31.1.2005). בתום תקופה זו, הוארך החוק בשלושה חודשים נוספים (עד ליום 31.8.2005: צו האזרחות והכניסה לישראל (הוראת שעה) (הארכת תוקף החוק) (מס' 2), התשס"ה-2005 והחלטת הכנסת מיום 30.5.2005). בד בבד הכינה הממשלה הצעות לתיקונים בחוק אשר הרחיבו את הסייגים לתחולת החוק (ראו הצעת חוק ה"ח התשס"ה, 173, בעמ' 560). החוק המתוקן פורסם ביום 1.8.2005. נקבע בו כי תוקפו עד ל-31 במרס 2006. מכוח הוראת סעיף 38 לחוק-יסוד: הכנסת, הוארך תוקפו של החוק בשלושה חודשים נוספים.

6. חוק האזרחות והכניסה לישראל הוא בן חמישה סעיפים. אביא אותו במלואו:

הגדרות	בחוק זה –
	‘אזור’ – כל אחד מאלה: יהודה והשומרון וחבל עזה;
	‘חוק האזרחות’ – חוק האזרחות, התשי”ב- 1952;
	‘חוק הכניסה לישראל’ – חוק הכניסה לישראל, התשי”ב-1952;
	‘מפקד האזור’ – לענין יהודה והשומרון – מפקד כוחות צבא הגנה לישראל ביהודה והשומרון, ולענין חבל עזה – מפקד כוחות צבא הגנה לישראל בחבל עזה או מי שיסמיך שר הפנים, בהסכמת שר הביטחון;
	‘תושב אזור’ – מי שרשום במרשם האוכלוסין של האזור, וכן מי שמתגורר באזור אף שאינו רשום במרשם האוכלוסין של האזור, ולמעט תושב יישוב ישראלי באזור.
הגבלת אזרחות וישיבה בישראל	2. בתקופת תוקפו של חוק זה, על אף האמור בכל דין לרבות סעיף 7 לחוק האזרחות, שר הפנים לא יעניק לתושב אזור אזרחות לפי חוק האזרחות ולא ייתן לו רישיון לישיבה בישראל לפי חוק הכניסה לישראל, ומפקד האזור לא ייתן לתושב כאמור היתר לשהייה בישראל לפי תחיקת הביטחון באזור.
היתר לגבי זוג בני	3. על אף הוראות סעיף 2, רשאי שר הפנים לפי שיקול דעתו לאשר בקשת תושב האזור למתן היתר לשהייה בישראל בידי מפקד האזור –
	(1) לגבי תושב אזור שגילו מעל 35 שנים – לשם מניעת הפרדתו מבת זוגו השווה כדין בישראל;
	(2) לגבי תושבת אזור שגילה מעל 25 שנים – לשם מניעת הפרדתה מבן זוגה השווה כדין בישראל.
היתר לגבי ילדים	3א. על אף הוראות סעיף 2, רשאי שר הפנים, לפי שיקול דעתו –

(1) לתת לקטין תושב אזור שגילו עד 14 שנים רישיון לישיבה בישראל לשם מניעת הפרדתו מהורהו המשמורן השוהה כדין בישראל;

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

היתרים
נוספים

ב.3. על אף הוראות סעיף 2, רשאי מפקד האזור לתת היתר לשהייה בישראל למטרה כמפורט להלן:

(1) טיפול רפואי;

(2) עבודה בישראל;

(3) למטרה זמנית, ובלבד שהיתר לשהייה למטרה כאמור יינתן לתקופה מצטברת שלא תעלה על שישה חודשים.

היתר
מיוחד

ג.3. על אף הוראות סעיף 2, רשאי שר הפנים להעניק אזרחות או לתת רישיון לישיבה בישראל, לתושב אזור, ורשאי מפקד האזור לתת לתושב אזור היתר לשהייה בישראל, אם שוכנעו כי תושב האזור 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, מתן הרישיון לישיבה בישראל או מתן ההיתר לשהייה בישראל, לפי הענין, הם מענינה המיוחד של המדינה; בפסקה זו, 'בן משפחה' – בן זוג, הורה, ילד.

מניעה
ביטחונית

ד.3. לא יינתן היתר לשהייה בישראל לתושב אזור לפי סעיף 3, א3(2), ב3(2) ו-1(3) ו-4(2), אם קבע שר הפנים או מפקד האזור, לפי הענין, בהתאם לחוות דעת מאת גורמי הביטחון המוסמכים, כי תושב האזור או בן משפחתו עלולים להוות סיכון ביטחוני למדינת ישראל; בסעיף זה, 'בן משפחה' – בן זוג, הורה, ילד, אח ואחות ובני זוגם.

הוראות
מעבר

4. על אף הוראות חוק זה –

(1) רשאי שר הפנים או מפקד האזור, לפי הענין, להאריך את תוקפו של רישיון לישיבה

בישראל או של היתר לשהייה בישראל, שהיו בידי תושב אזור ערב תחילתו של חוק זה, בהתחשב, בין השאר, בקיומה של מניעה ביטחונית כאמור בסעיף 73;

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

5. חוק זה יעמוד בתוקפו עד יום ב' בניסן התשס"ו (31 במרס 2006), ואולם רשאי הממשלה, באישור הכנסת, להאריך בצו את תוקפו, לתקופה שלא תעלה בכל פעם על שנה אחת.

תוקף

ב. העתירה והדיון בה

1. העותרים והמשיבים

7. חלקם של העותרים שלפנינו הינם זוגות נשואים שחוק האזרחות והכניסה לישראל חל עליהם. כך, העותר 2 בבג"ץ 7052/03 הוא אזרח ישראל ערבי, תושב כפר לקיה שבנגב, עורך דין במקצועו. הוא הכיר את העותרת 3, פלסטינית תושבת בית לחם, עובדת סוציאלית במקצועה ומרצה באוניברסיטה, בשנת 2000, עת למדו יחד באוניברסיטה בקנדה. לאחר סיום לימודיהם ועם העמקת הקשר ביניהם, החליטו להינשא. בני הזוג התארסו ביום 20.2.2003 ובאותו מעמד כרתו ברית נישואין שקיבלה תוקף על-ידי בית הדין השרעי בירושלים. בקשתם למתן מעמד בישראל לעותרת 3 (שהוגשה ביום 19.3.2003) נדחתה (על יסוד החלטת הממשלה מס' 1813). טקס נישואיהם נערך ביום 11.7.2003. לצורך הטקס הותר לעותרת 3 לשהות בישראל למשך שבוע ימים בלבד. מאז היא אינה מורשית להיכנס לישראל. העותרת 4 בבג"ץ 7052/03 היא אזרחית ישראל ערביה המתגוררת בשפרעם, מורה לספרות במקצועה בבית הספר התיכון הטכנולוגי בסחנין. היא נישאה ביום 6.11.99, לאחר היכרות של שנה, לעותר 5, פלסטיני משכם, חשמלאי במקצועו, אשר עבד בנצרת ושהה בישראל כדין. בני הזוג

מתגוררים בשפרעם ונולדו להם שתי בנות (העותרות 6 ו-7). העותרת 4 פנתה אל משרד הפנים באזור מגוריה בבקשה ליתן לבן זוגה רישיון ישיבה. לעותר 5 ניתן היתר שהייה ארעי. עם קבלת החלטת הממשלה הופסק הליך התאזרחותו של העותר 5, ומאז ועד עתה שוהה הוא בישראל מכוח היתרים ארעיים המתחדשים מעת לעת, בהתאם לשיקול דעתו של שר הפנים. העותר 1 בבג"ץ 8263/03 הינו אזרח ישראלי ערבי המתגורר בחיפה. הוא נישא לעותרת 2 (ביום 12.7.2002), פלסטינית מאזור חברון, ונולד להם בן. בקשת העותרים למתן מעמד לעותרת 2 נדחתה על בסיס החלטת הממשלה, וכעת מונע חוק האזרחות והכניסה לישראל את אפשרות כניסתם להליך המדורג לקראת מתן מעמד לעותרת 2. העותרים טוענים כי הם לא יכולים לחזור ולגור בשטחים, בין השאר, לאור סכנה הנשקפת לחיי העותרת. העותר 1 בבג"ץ 7082/03 הוא אזרח ישראלי ערבי, המתגורר בבית צפפה שבירושלים. הוא נישא (ביום 21.12.2002) לעותרת 2, פלסטינית מבית סאחור הסמוכה. בתחילת שנת 2003 הוגשה בקשתם להסדרת מעמדה של העותרת 2 בישראל. הבקשה נדחתה לאור החלטת הממשלה, ולאחר מכן נכנס לתוקפו חוק האזרחות והכניסה לישראל. העותרת 1 בבג"ץ 10650/03 היא ילידת ירושלים, תושבת מדינת ישראל. בשנת 1988 היא נישאה לתושב רמאללה ועברה להתגורר עמו. בשנת 2000 חזרה העותרת להתגורר בירושלים. לבני הזוג שבעה ילדים. הגדולה שבהם בת שש-עשרה, והקטנה בת שלוש. ארבעה מילדיה נולדו בעת שגרה בתחומי האזור, ונרשמו במרשם האוכלוסין שם. לאחר שחזרה להתגורר בירושלים ביקשה, בשנת 2002, כי יינתן לילדיה מעמד של תושבים. בקשתה נדחתה לאור החלטת הממשלה, ולאחר מכן נכנס לתוקפו חוק האזרחות והכניסה לישראל.

8. לפנינו, אפוא, סוגים שונים של עותרים הנפגעים מהחוק. העותרים בעלי האינטרס האישי בבירור העתירות הם זוגות נשואים, כש אחד מבני הזוג הוא ערבי ישראלי והאחר הוא ערבי-פלסטיני תושב האזור. לחלקם נולדו ילדים. הטיפול בעניינם של חלק מהזוגות לא נערך לאור החלטת הממשלה וחוק האזרחות והכניסה לישראל שעיגן אותה. הטיפול בעניינם של חלק אחר מהעותרים מצוי היה במסגרת הנוהל המדורג, אך החוק מונע את השלמת ההליך ואת מתן האזרחות הישראלית לבן הזוג הפלסטיני. לצד העותרים בעלי המעמד האישי, לפנינו עותרים ציבוריים רבים, ובהם חברי כנסת (ח"כ טאלב אל-סאנע, ח"כ מוחמד ברכה, ח"כ עזמי בשארה, ח"כ עבד אל-מאלק דהאמשה, ח"כ ג'מאל זחאלקה, ח"כ ואסל טאהא, ח"כ אחמד טיבי, ח"כ עסאם מח'ול, ח"כ זהבה גלאון וח"כ רומן ברונפמן), סיעות בכנסת (סיעת מר"צ), ועדת המעקב העליונה לענייני הציבור הערבי בישראל, וארגונים לזכויות אדם (עדאלה, האגודה לזכויות האזרח, המוקד להגנת הפרט). המשיבים הם שר הפנים והיועץ המשפטי לממשלה.

2. טענות העותרים

9. העותרים טוענים כי חוק האזרחות והכניסה לישראל אינו חוקתי, שכן הוא פוגע שלא כדין בזכויות המעוגנות בחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו, על בסיס של השתייכות אתנית ולאומית. העותרים טוענים כי החוק פוגע בזכותם של אזרחי המדינה המבקשים להתאחד עם בני זוגם או עם ילדיהם על מנת לקיים חי משפחה במדינתם. לטענתם, פגיעה זו מפרה את זכותם של אזרחי ישראל הערבים לשוויון, וההפליה שבו פוגעת בכבוד האדם. חוק האזרחות והכניסה לישראל מונע התאזרחות של בן זוג של אזרח ישראלי, אם בן הזוג מתגורר באזור והוא אינו תושב יישוב ישראלי שם. הואיל והרוב המכריע של אלו אשר נישאים לתושבי האזור (שאינם מתגוררים ביישוב ישראלי), הינם אזרחים ערבים, יוצא כי החוק פוגע בעיקר באזרחי ישראל הערבים. על כן, מדובר בשלילת זכויות מפלה, על בסיס אתני, או על בסיס לאום. על רקע זה טוענים העותרים, כי אין לראות בחוק האזרחות והכניסה לישראל כנוגע אך למדיניות הגירה, אלא יש להתמקד בפגיעה שהוא מסב לאזרחים ולתושבים ישראליים. לטענתם, מכתים החוק ציבור שלם בחשד של חוסר נאמנות למדינה ומסווג אותו כמשקף סיכון ביטחוני. בכל אלה יש, לטענת העותרים, פגיעה קשה ואנושה בזכות לשוויון ובזכות לכבוד האדם. העותרים טוענים כי החוק פוגע בזכויות יסוד נוספות המעוגנות בחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו. כך, הם טוענים כי הוא פוגע בצנעת הפרט של אזרחים ערבים הנישאים לתושבי האזור, שאינם מתגוררים ביישובים ישראליים. עוד נפגעת הזכות לחירות אישית. בנוסף, נפגעת הזכות הטבעית לקשר שבין הורה לילדו, והזכות להקים משפחה. בכל אלה, טוענים העותרים, חוק האזרחות והכניסה לישראל מפר את הוראות המשפט הבינלאומי המכיר בזכויות לנישואין, לחיי משפחה ולאיחוד המשפחה. בנוסף, טוענים העותרים כי החוק מחיל עצמו באופן רטרואקטיבי על זוגות שעניינם תלוי ועומד, ועל כן הוא פוגע בזכות להליך הוגן.

10. העותרים מוסיפים וטוענים כי הפגיעות בזכויות יסוד עליהן הצביעו אינן עומדות בפסקת ההגבלה שבחוק היסוד, ועל כן דינו של חוק האזרחות והכניסה לישראל להתבטל. בכל הנוגע לתכלית החוק, טענתם היא כי זו פסולה. לטענתם, סעיפי החוק נעדרים היגיון פנימי, דבר המצביע על כך כי תכליתו אינה ביטחונית כלל ועיקר. מהוראותיו עולה כי המחוקק מוכן לכניסתם של עובדים פלסטינים לישראל, אך אינו מוכן לאשר כניסת הורים לילדים ובני זוג על מנת לקיים חיי משפחה. על כן, התכלית העולה מחוק האזרחות והכניסה לישראל היא למנוע כניסתם ושהייתם בישראל של מי שמבקשים אשרות לצרכים משפחתיים. העותרים מצביעים על הרצון של משרד הפנים

לצמצם את תופעת איחוד המשפחות עם בני זוג פלסטיניים עוד בשנת 2002 מטעמים דמוגרפיים. הם גם לומדים על התכלית הדמוגרפית מהמצגת שהוצגה לממשלה לפני קבלת ההחלטה (ביום 12.5.2002), אשר נגעה בשיקול זה, ומדברי המשתתפים בדיונים בכנסת לפני חקיקת חוק האזרחות והכניסה לישראל. לאור זאת טוענים העותרים כי התכלית של החוק אינה ראויה ואינה הולמת את ערכיה של מדינת ישראל. מוסיפים העותרים וטוענים, כי הפגיעה החמורה של החוק בזכויות היסוד אינה מידתית. לטענתם, ניתן לבדוק את החשש הביטחוני הטמון בבני זוג פלסטיניים באופן אישי-פרטני, ואין מקום לשלילת האפשרות לאיחוד משפחות מציבור שלם בגין חטאם של יחידים. במיוחד כך, כאשר מנתוני המשיבים עולה כי מעורבות המתאזרחים בפעילויות טרור, עם כל החומרה שיש לייחס לה, הינה שולית ביותר. לטענת העותרים, מטרת ההליך המדורג שהונהג במשרד הפנים הייתה, בין השאר, הסרת חששות ביטחוניים. לפיכך, אין מקום לבטלו ולהחליפו בחוק המונע כליל את אפשרות איחוד המשפחות.

11. לטענות המהותיות כנגד תוכן החוק מוסיפים העותרים טיעון בדבר הפגמים שנפלו, לשיטתם, בהליך החקיקה של חוק האזרחות והכניסה לישראל. כך, שעה שנדונה הצעת החוק, נטען כי קיים צורך ביטחוני בחקיקתו, לנוכח מעורבות גוברת והולכת של פלסטינים שקיבלו מעמד בישראל מכוח איחוד משפחות בפיגועי טרור. אולם, לא ספקו נתונים מדויקים אודות מספרם של מקבלי המעמד בישראל, כמה מהם ילדים וכמה מהם בגירים, ומה היקף מעורבותם בטרור. כמו כן לא נבדקו השפעות חוק האזרחות והכניסה לישראל על זכויותיהם של ילדים, כמתחייב מהוראות החוק לציון מידע בדבר השפעת חקיקה על זכויות הילד, התשס"ב-2002. עוד טוענים העותרים כי לא ניתנה אפשרות בוועדת הפנים של הכנסת לקיים דיון בהשגות שהושמעו כנגד חוקתיות החוק. לטענתם, פגמים אלה יורדים לשורש הליך החקיקה, במידה המצדיקה את ביטול החוק.

3. טענות המשיבים

12. המשיבים דוחים את טענות העותרים. לטענתם, חוק האזרחות והכניסה לישראל הוא חוקתי. הם עומדים על הרקע הביטחוני לחקיקתו, ועל תכליתו הביטחונית. הסכסוך הישראלי-פלסטיני שינה פניו בספטמבר 2000, ומרכיב פעילות הטרור במסגרתו עלה בצורה משמעותית. ישראלים רבים איבדו חייהם כתוצאה מפעילות זו. במסגרת הסכסוך המזוין בין הפלסטינים לישראל מסתייע הצד הפלסטיני, במקרים מסוימים, באזרחים ערביים של מדינת ישראל, ובעיקר במי שהיו תושבי האזור וזכו לקבל מעמד בישראל בעקבות תהליכי איחוד משפחות. לפי הידוע לרשויות הביטחון,

מאז שנת 2001, עשרים וששה מתושבי האזור אשר קיבלו מעמד בישראל עקב איחוד משפחות, היו מעורבים בסיוע ממשי לפעילות טרור נגד ישראלים. בפיגועים אלה נהרגו חמישים ישראלים ונפצעו למעלה ממאה. לפיכך, הערכת גורמי הביטחון היא "כי קיים הכרח ביטחוני למנוע לעת הזאת את כניסתם של תושבי האזור לישראל – באשר הם – שכן כניסתם של תושבי האזור לישראל, ותנועתם החופשית בתחומי המדינה באמצעות קבלת תיעוד ישראלי, עלולה לסכן בצורה ממשית ביותר את שלומם וביטחונם של אזרחי ותושבי המדינה" (פיסקה 3 לתגובת המשיבים מיום 3.11.2003). עמדת המשיבים היא כי מתן היתר שהייה למטרת השתקעות בארץ לתושב מדינה או ישות מדינית המצויים בעימות מזוין עם ישראל טומנת בחובה סיכון ביטחוני, שכן נאמנותו ומחויבותו של אותו אדם הינה למדינה או לישות המדינית המצויים בעימות עם ישראל. עמדת המשיבים היא כי "במסגרת נאמנותו ומחויבותו של אותו אדם, וקשריו ההדוקים לאזור שבו וממנו יוצא הטרור כנגד מדינת ישראל, ניתן להפעיל לחצים על מי שמשפחתו ממשיכה להתגורר במקום מסוג זה, שיסייע בידי ארגוני הטרור, אם רצונו שלא יבולע למשפחתו" (סעיף 13 לתגובת המדינה מיום 6.11.2005).

13. המשיבים מדגישים כי תכליתו של החוק היא לצמצם את הסכנה לפגיעה בזכות לחיים של אזרחי ישראל ותושביה. חובתה של המדינה להגן על אזרחיה. זו גם זכותה לפעול לשם הגנתה העצמית. מניעת הכניסה לישראל או השהייה בה נתמכת בחשש ביטחוני, שאינו ערטילאי, מפני סיכון קרוב לוודאי לביטחון הציבור ולשלומם. המשיבים דוחים את הטענה כי חוק האזרחות והכניסה לישראל סובל מחוסר הגיון פנימי: אמנם נשמרת האפשרות להתיר כניסת עובדים פלסטיניים לישראל מהאזור, אולם כניסתם של אלה מוגבלת רק לזמני רגיעה, וקל לפקח על שהייתם בישראל. זאת, להבדיל מבני זוג פלסטיניים השוהים בישראל על בסיס קבוע. כניסה מקיפה של תושבי האזור לישראל הינה מסוכנת. תנועתם החופשית בישראל עלולה לסכן בצורה ממשית את שלומם וביטחונם של אזרחי ותושבי המדינה.

14. המשיבים טוענים כי החוק אינו פוגע בזכויות יסוד המעוגנות בחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו. ראשית, ככל שמדובר בפגיעה בזכויותיהם של זרים המבקשים להגר לישראל, הרי שלא קיימת זכות חוקתית לזר להגר ארצה מכל טעם שהוא, לרבות נישואין. זאת ועוד, משפטנו, כמו גם המשפט הנוהג במדינות העולם, מכיר בשיקול דעת רחב הניתן למדינה בקביעת מדיניות ההגירה אליה. ככלל, אין המדינה נדרשת לנמק בפני זר מדוע מסרבת היא להתיר את כניסתו לתחומה. שנית, המשיבים סבורים שהחוק גם אינו פוגע בזכויותיהם של אזרחי ישראל המעוגנות בחוק-יסוד: כבוד האדם

וחירותו. עמדתם העקרונית היא שאת חוק היסוד יש לפרש על פי ההסכמה החברתית ששררה בעת היווצרותו. על פי הסכמה זו יש ליתן לזכות לכבוד האדם את מובנה הגרעיני הכולל הגנה מפני הפגיעות המובהקות בכבוד האדם – פגיעות גופניות נפשיות, השפלה, ביזוי וכיוצא באלה, ואין מקום לכלול בו את מלוא היקפה של הזכות לשוויון או של הזכות לחיי משפחה. לטענתם, הן ההיסטוריה החוקתית והן כוונת הרשות המכוננת האובייקטיבית והסובייקטיבית תומכות במסקנה זו. שלישית, טענת המשיבים היא שכלל אין צורך להידרש לשאלה באילו נסיבות מגעת פגיעה בשוויון כדי פגיעה בזכות החוקתית לכבוד, שכן החוק כלל אינו פוגע בשוויון. ההבחנה אליה נדרש החוק הינה הבחנה עניינית ומוצדקת בנסיבות העניין, והיא השתייכות לישות מדינית המצויה בעימות מזוין עם מדינת ישראל. לשיטת המשיבים, הפלייה פסולה קיימת רק מקום בו מוענק יחס שונה לאזרחים, מחמת שונות שאינה רלוונטית (כגון מין, דת, גזע, ולאום). אלא שהחוק כלל אינו עורך הבחנות על בסיס תכונותיהם של בני הזוג הישראליים, כי אם הבחנה המושתתת על מאפיינים מסוימים של בן הזוג הזר. לפיכך, אין בסיס לטענת ההפליה ולטענה בדבר פגיעה בזכות החוקתית לשוויון. רביעית, מוסיפים המשיבים וטוענים, החוק אינו פוגע אף בזכויות יסוד אחרות המעוגנות בחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו. כך, לא נפגעת, להבנתם, זכות העותרים לחירות, שכן אין פגיעה בחירות בדרך של מאסר, מעצר, הסגרה וכיוצא באלה. גם הזכות לפרטיות אינה נפגעת, שכן החוק מונע מתן הטבות בתחום ההגירה בלבד, ואינו פוגע במרחב הפרטי לבחירת בן זוג. בכל הנוגע לזכות לחיי משפחה, טוענים המשיבים כי הוראת השעה "איננה מונעת התקשרות לחיי משפחה, איננה מונעת בחירה אוטונומית בבן הזוג, ואיננה מאיינת את הזכות לחיי משפחה מעיקרה, אלא היא אינה מאפשרת את מימושה של הזכות במדינת ישראל דווקא" (פיסקה 35 לתגובה מיום 3.11.2005). אם כן, החוק אינו מונע בחירה של בן הזוג, אלא אך אינו מאפשר את מימושה של הזכות בישראל דווקא. מימוש זה אינו מוגן על-ידי חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו. אשר לאמנות הבינלאומיות אליהן מפנים העותרים, טוענים המשיבים כי אלה אינן חלק מהמשפט הישראלי הפנימי, וכי גם הוראותיהן לגופן כפופות למגבלות של בטחון לאומי. לטענתם, המשפט הבינלאומי מגן על זכותו של אדם השוהה במדינה לצאת ממנה ולנוע בה בחופשיות, אך זכות הכניסה למדינה יחדה לאזרחי המדינה בלבד. המשפט הבינלאומי ההסכמי העוסק בהגנה על התא המשפחתי, אינו קובע חובה על המדינה לאפשר כניסת בן הזוג הזר לשטחה לשם השתקעות בה. גם חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו מאפשר לכל אדם לצאת מישראל (סעיף 6(א)), אך מתיר רק לאזרח להיכנס לישראל (סעיף 6(ב)). על רקע זה, טוענים המשיבים כי אין בפנינו פגיעה בזכויות המעוגנות בחוק היסוד.

15. לבסוף, המשיבים טוענים כי גם אם החוק פוגע בזכויות לפי חוק היסוד, עדיין עומדות פגיעות אלה בדרישות פסקת ההגבלה. ראשית, מדגישים המשיבים כי מדובר בהוראת שעה שהינה זמנית באופייה. שנית, הם טוענים כי הזכות לחיים של המתגוררים במדינת ישראל והאינטרס בהגנה על ביטחונם מהווים תכלית ראויה ההולמת את ערכיה של מדינת ישראל. העובדה כי תכלית החוק היא להגן על הזכות לחיים, שהינה זכות יסוד, צריכה להשליך על בחינתו של החוק במבחני פסקת ההגבלה. בהתחשב בכך, טענתם השלישית היא שהחוק עומד אף בדרישת המידתיות. המשיבים מצביעים על קושי ביכולת לבחון באופן פרטני את המועמדים לקבל מעמד בישראל. ביחס למועמדים רבים, ובעיקר כאלה המתגוררים בתחומי הרשות (באזורי A ו-B), אין כל מידע בטחוני. העובדה שלא קיים מידע בטחוני שלילי על מועמד אין משמעותה שהוא אינו מעורב בפעילות בטחונית שלילית. בנוסף, גם מי שכבר קיבל אישור שהייה בישראל עשוי להיות מגויס על-ידי פעילי טרור. המשיבים גורסים כי הוראות החוק אינן רטרואקטיביות. החוק אינו חל על בקשות שהוגשו או אושרו טרם כניסתו לתוקף. כמו כן, מפנים המשיבים להוראות המעבר המאפשרות הארכת תוקפו של רישיון ישיבה או שהייה בישראל. לבסוף, טוענים המשיבים כי הליך החקיקה היה תקין וכי הוראות החוק נשקלו היטב, ואף עברו שינויים חשובים במהלך הדיונים שנערכו בו.

4. הדיון בעתירות

16. העתירות כנגד חוק האזרחות והכניסה לישראל הוגשו סמוך לאחר חקיקתו. לאחר שנשמעו טענות הצדדים, הוצא (ביום 9.11.2003) צו-על-תנאי. עוד הוצאו צווי ביניים למניעת גירושם של העותרים הפלסטיניים השוהים בישראל. בקשות אחרות לצו ביניים, וכן בקשה לצו ביניים שימנע את כניסת החוק לתוקף, נדחו. הוחלט כי העתירות תידונה בפני מותב מורחב. עוד החלטנו לצרף כמשיבים לעתירות את עמותת "נפגעי הטרור הערבי" שהדגישה את זכותם של אזרחי ישראל לחיים שלווים ובטוחים. כן החלטנו לצרף כמשיבים את עמותת "הרוב היהודי לישראל" שהדגישה את השיקול הדמוגרפי לפיו יש לשמור על הרוב היהודי במדינה. בטרם היה סיפק בדינו לפסוק בעתירות חלפה שנה מיום פרסום החוק, ופורסם צו האזרחות והכניסה לישראל (הוראת שעה), התשס"ד-2004, אשר האריך את תוקפו בששה חודשים נוספים. בד בבד עם ההחלטה להאריך את תוקפו של החוק בחצי שנה התקבלה בממשלה החלטה לפיה יוכן תיקון לחוק אשר יכניס בו שינויים, ובמיוחד ירחיב את הסייגים לתחולת החוק. לאור זאת סברנו (בהחלטה מיום 14.12.2004) כי ראוי שפסק דיננו יינתן על בסיס המציאות הנורמטיבית החדשה העתידה להיווצר. בטרם הושלמו הליכי תיקון החוק, חלפו ששת החודשים, ופורסם צו האזרחות והכניסה לישראל (הוראת שעה) (הארכת תוקף)

התשס"ה-2005, המאריך את תוקפו של החוק בארבעה חודשים נוספים, לצורך השלמת הליכי החקיקה. בתיתנו דעתנו לתקופה המוגבלת של הארכת תוקף החוק החלטנו (ביום 1.3.2005) כי מן הראוי לאפשר למחוקק להשלים את הליכי החקיקה המורכבים. הליכי החקיקה הושלמו. החוק המתוקן פורסם. לאחר תיקונו שבנו ושמענו (ביום 14.2.2006) את טענות הצדדים ועיינו בטיעוניהם המשלימים. הגיעה עת ההכרעה בעתירות גופא.

ג. השאלות הדורשות הכרעה ודרכי ההכרעה

1. השאלות הדורשות הכרעה

17. במרכז העתירות שלפנינו עומד בן הזוג הישראלי. השאלה העיקרית הניצבת בפנינו הינה, אם זכויותיו החוקתיות של בן הזוג הישראלי נפגעו שלא כדין. השאלה הינה, אם זכויות שהוענקו לו בחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו נפגעו שלא כדין. לאור מרכזיות זכותו של בן הזוג הישראלי ולאור מסקנתי באשר להפרת זכותו של הישראלי, אינני מוצא לנכון לדון בזכויותיו של בן הזוג הלא-ישראלי (הזר), אם מכוח המשפט הבינלאומי על דבר זכויות האדם (כגון האמנה הבינלאומית בדבר זכויות אזרחיות ופוליטיות (1966), האמנה הבינלאומית בדבר זכויות כלכליות, חברתיות, ותרבותיות (1966), והאמנה בדבר ביעור כל הצורות של אפליה גזעית, (1965)) ואם מכוח המשפט הבינלאומי ההומניטרי החל עליו ככל שהוא מתגורר ביהודה ושומרון הנתונים לתפיסה לוחמתית (לעניין זה, ראו פרשת מדעאבה, וכן רובינשטיין ואורגד, "זכויות אדם, בטחון המדינה ורוב יהודי: המקרה של הגירה לצורכי נישואין", הפרקליט מח 315 (תשס"ו)). אכן, אפילו נפגעו זכויותיו של הזר על פי דיני זכויות האדם הבינלאומי ודיני זכויות האדם ההומניטריים – ואפילו נפגעו זכויותיו של הישראלי עד כמה שהן מעוגנות רק בדינים אלה – ואיננו נוקטים בשאלות אלה כל עמדה – פגיעה זו נעשתה מכוח חוק האזרחות והכניסה לישראל. חקיקה מקומית מפורשת יש בכוחה, מנקודת המבט הישראלית הפנימית, לפגוע בזכויות המוענקות בדין הבינלאומי. עד כמה שדין אחרון זה מהווה משפט בינלאומי מינהגי, אין בכוחו להתגבר על דבר חקיקה ישראלי הפוגע בו במפורש. לא כן לעניין זכותו של בן הזוג הישראלי על פי חוקי היסוד. עד כמה שעומדות לו זכויות על פי חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו, אין חוק רגיל (כגון חוק האזרחות והכניסה לישראל) יכול לפגוע בו כדין, אלא אם כן הוא מקיים את דרישותיה של פסקת ההגבלה. זהו הביטוי המובהק להיותה של ישראל דמוקרטיה חוקתית. כך נהגנו לעניין זכויותיהם של הישראלים שפנו מחבל עזה (ראו בג"ץ 1661/06 המועצה האזורית חוף עזה נ' כנסת ישראל, פ"ד נט(2) 481; להלן – פרשת המועצה האזורית חוף עזה). על פי אותה מערכת נורמטיבית עלינו לבחון את זכויותיהם החוקתיות של בני

הזוג הישראליים, עד כמה שחוק האזרחות והכניסה לישראל פוגע בהן. כמובן, אין להתעלם מבין הזוג הזר. יש להכיר בזכויותיו שלו, ובהשפעתן על חייו שלו ועל חיי בן זוגו הישראלי. עם זאת, מהבחינה המשפטית האנאליטית נתרכזו בבן הזוג הישראלי, שכן הוא נושא באמתחתו את חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו.

2. הבחינה החוקתית

18. לטענת העותרים, שתי הזכויות העיקריות אשר חוק זה פוגע בהן הן הזכות לחיי משפחה והזכות לשוויון. עמדתם היא שזכויות אלה מעוגנות בחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו, וכי הן נפגעו שלא על פי התנאים הקבועים בפסקת ההגבלה. בחינתה של טענה כנגד חוקתיותו של חוק האזרחות והכניסה לישראל נעשית בשלושה שלבים (ראו בג"ץ 6821/93 בנק המזרחי המאוחד בע"מ נ' מגדל כפר שיתופי, פ"ד מט(4) 221; להלן – פרשת בנק המזרחי המאוחד; בג"ץ 1715/97 לשכת מנהלי ההשקעות בישראל נ' שר האוצר, פ"ד נא(4) 367; להלן – פרשת לשכת מנהלי ההשקעות; בג"ץ 6055/95 צמח נ' שר הביטחון, פ"ד נג(5) 241; להלן – פרשת צמח; בג"ץ 1030/99 ח"כ אורון נ' יושב ראש הכנסת, פ"ד נו(3) 640; להלן – פרשת אורון; בג"ץ 4769/95 מנחם נ' שר התחבורה, פ"ד נז(1) 235; להלן – פרשת מנחם; פרשת המועצה האזורית חוף עזה). השלב הראשון בוחן אם החוק – בעניינינו חוק האזרחות והכניסה לישראל – פוגע בזכות אדם המעוגנת בחוק-יסוד. אם התשובה היא בשלילה, מסתיימת הבחינה החוקתית, שכן בכוחו של חוק רגיל, הקובע זאת במפורש, לפגוע בזכות אדם המעוגנת בחוק רגיל קודם או במשפט המקובל הישראלי (ראו, למשל, בג"ץ 4128/02 אדם טבע ודין – אגודה ישראלית להגנת הסביבה נ' ראש ממשלת ישראל, פ"ד נח(3) 503; להלן – פרשת אדם טבע ודין). אם התשובה היא בחיוב, עובר הניתוח המשפטי לשלב הבא. בשלב השני נבחנת השאלה אם הפגיעה בזכות מקיימת את דרישותיה של פסקת ההגבלה. אכן, לא כל פגיעה בזכות אדם היא פגיעה שלא כדין. לא פעם פוגע חוק בזכות אדם חוקתית, אך חוקתיותו של החוק עומדת בעינה, שכן הפגיעה מקיימת את דרישותיה של פסקת ההגבלה (ראו, למשל, בג"ץ 2334/02 שטנגר נ' יושב-ראש הכנסת, פ"ד נח(1) 786; בג"ץ 5026/04 דיזיין 22 – שארק דלוקס רהיטים בע"מ נ' ראש ענף היתרי עבודה בשבת – אגף הפיקוח במשרד העבודה והרווחה (טרם פורסם); להלן – פרשת דיזיין). אם הפגיעה בהסדר החוקתי היא כדין, מסתיימת הבחינה החוקתית. אם הפגיעה אינה כדין עובר הניתוח לשלב הבא. שלב שלישי זה בוחן את תוצאות אי החוקתיות. זהו שלב הסעד או התרופה.

3. היש מקום לבחינה חוקתית בעת לחימה?

19. יטען הטוען: המקרים שלפנינו עוסקים במניעת טרור בתקופת לחימה. הם אינם מקרים רגילים של מניעת איחוד משפחות. לפנינו מקרה חריג של איחוד משפחות, כאשר בן זוגו או ילדו של הטוען לזכותו החוקתית לאיחוד משפחות מצויים באזור הנמצא במצב של לחימה עם מדינת ישראל. במצב דברים זה – כך ימשיך הטוען – אין להחיל את הדינים הרגילים באשר לבחינה החוקתית על שלושת שלביהם. מצב דברים זה הוא מחוץ למסגרת הרגילה. הוא עניין קיומי. בלחימה כמו בלחימה, הצורך הביטחוני גובר על זכות הפרט.

20. טיעון זה אין בידי לקבלו. חוקי היסוד אינם מכירים בשתי מערכות דינים, האחת החלה בתקופת רגיעה, והאחרת החלה בתקופת לחימה. הם אינם כוללים הוראות לפיהן זכויות האדם החוקתיות נסוגות בעת לחימה. כך, למשל, סעיף 50 לחוק-יסוד: הממשלה, המסמיך את הממשלה להתקין תקנות שעת חירום, קובע במפורש כי "אין בכוחן של תקנות שעת-חירום... להתיר פגיעה בכבוד האדם" (סעיף קטן (ד)). חוק-יסוד: כבוד האדם מוסיף וקובע, כי "מותר להתקין תקנות שעת-חירום... שיהא בהן כדי לשלול או להגביל זכויות לפי חוק-יסוד זה, ובלבד שהשלילה או ההגבלה יהיו לתכלית ראויה ולתקופה ובמידה שלא יעלו על הנדרש" (סעיף 12). אכן, למשפט החוקתי הישראלי גישה אחידה לזכויות האדם בתקופה של שקט יחסי ובתקופות של לחימה מוגברת. אין אנו מכירים בהבחנה חדה בין השניים. אין לנו דיני איזון שהם מיוחדים לתקופת לחימה. כמובן, זכויות האדם אינן מוחלטות. ניתן להגבילן בתקופות רגיעה ובתקופות לחימה. אין לי זכות לצעוק "אש" בתיאטרון מלא צופים (ראו הדימוי של השופט הולמס (Holmes) בפרשת Schenck v. United States, 249 U.S. 47, 52 (1918) המובא בבש"פ 5934/05 מלכה נ' מדינת ישראל, פ"ד נט(2) 833, 843). הלחימה כמוה כחבית מלאה חומר נפץ ליד מקור אש. בתקופת הלחימה גדלה ההסתברות כי נזק לאינטרס הציבורי יתרחש וגדלה העוצמה של הפגיעה באינטרס הציבורי, ובכך מתאפשרת הגבלת הזכות במסגרת אמות המידה הקיימות (ראו בג"ץ 316/03 בכרי נ' המועצה לביקורת סרטים, פ"ד נח(1) 249, 283). אכן, איננו מנהלים שתי מערכות של דינים או איזונים, האחת לתקופת רגיעה והאחרת לימי טרור. קיים מערך דינים ואיזונים אחיד, החל הן בימי רגיעה והן בימי טרור. היטיב להביע רעיון זה השופט אטקיין (Lord Atkin) לפני למעלה מששים וחמש שנים, בתקופת מלחמת העולם השנייה, בדעת מיעוט, בה אמר:

“In England amidst the clash of arms the laws are not silent. They may be changed, but they speak the same language in war as in peace. It has always been one of the pillars of freedom, one of the principles of liberty for which... we are now fighting, that the judges... stand between the subject and any attempted encroachments on his liberty by the executive, alert to see that any coercive action is justified in law” (Liversidge v. Anderson [1941] 3 All E.R. 338, 361).

21. זאת ועוד: אין אפשרות לקיים הבחנה חדה בין מעמד זכויות האדם בעת לחימה ומעמדן בעת שלום. קו הגבול בין טרור לרגיעה הוא דק. כך בכל מקום. כך בוודאי בישראל. אין אפשרות לקיים אותו לאורך זמן. עלינו להתייחס לזכויות האדם ברצינות הן בעת לחימה והן בעת רגיעה. עלינו להשתחרר מהאמונה התמימה, כי עם חלוף הטרור ניתן להשיב את מחוגי השעון אחורה. אכן, אם נכשל בתפקידנו בימי מלחמה וטרור, לא נוכל למלא את תפקידנו כראוי בימי שלום ושלווה. מבחינה זו טעותה של הרשות השופטת בימי חירום קשה היא יותר מטעותן של הרשות המחוקקת והמבצעת בתקופת חירום. הסיבה לכך היא שהטעות של הרשות השופטת תלווה את הדמוקרטיה גם בחלוף איומי הטרור, ותישאר בפסיקתו של בית המשפט כאבן שואבת לפיתוחן של הלכות חדשות וקשות. לא כן טעותן של הרשויות האחרות. הן תמחקנה ולרוב איש לא יזכור זאת. היטיב להביע זאת השופט ג'קסון (Jackson) בפרשת Korematsu, באומר:

“A judicial construction of the due process clause that will sustain this order is a far more subtle blow to liberty... A military order, however unconstitutional, is not apt to last longer than the military emergency... But once a judicial opinion rationalizes such an order to show that it conforms to the Constitution, or rather rationalizes the Constitution to show that the Constitution sanctions such an order, the Court for all time has validated the principle of racial discrimination in criminal procedure and of transplanting American citizens. The principle then lies about like a loaded weapon ready for the hand of any authority that can bring forward a plausible claim of an urgent need... A military commander may overstep the bounds of constitutionality, and it is an incident. But if we review and approve, that passing incident becomes the doctrine of the Constitution. There it has a generative power of its own, and all that it creates will be in its own

image" (Korematsu v. United States, 323 U.S. 214, 245 (1944)).

22. הנה כי כן, קיים רק מסלול אחד במסגרתו יש לבחון את העתירות שלפנינו. מסלול זה הינו – לעניין טענה כנגד חוקתיותו של חוק – המסלול של חוקי היסוד. במסגרת מסלול זה, עלינו לצעוד בדרך הסלולה של בחינת חוקתיות החוק. אין מסלול מקביל; אין דרך עוקפת. יש דרך אחת החלה בכל הזמנים. היא חלה בזמני רגיעה. היא חלה בזמני לחימה.

ד. שלבי הבחינה החוקתית: (1) האם נפגעה זכות חוקתית?

1. הבעיות המתעוררות

23. נטען בפנינו כי חוק האזרחות והכניסה לישראל פוגע בזכותו של בן הזוג הישראלי לכבוד האדם. פגיעה זו, לפי הטענה, היא כפולה: ראשית, נפגעת זכותו של בן הזוג הישראלי לכבוד האדם, שכן נפגעת זכותו לחיי משפחה; שנית, נפגעת זכותו של בן הזוג הישראלי לכבוד האדם, שכן נפגעת זכותו לשוויון. טיעון זה מעלה בפנינו שלוש שאלות עקרוניות: הראשונה, האם מוכרת בישראל זכותו של בן זוג ישראלי לחיי משפחה וזכותו לשוויון. שאלה זו עוסקת בעצם קיומה של הזכות לחיי משפחה והזכות לשוויון. השנייה, האם כלולות זכויות אדם אלה לחיי משפחה ולשוויון בגדריה של הזכות החוקתית לכבוד האדם, המעוגנת בסעיפים 2 ו-4 לחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו. שאלה זו עוסקת בקיומה של הזכות לחיי משפחה ולשוויון כזכות חוקתית, בגדריו של חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו. שלישית, האם חוק האזרחות והכניסה לישראל פגע בזכות החוקתית לכבוד האדם (בהיבט של חיי משפחה ושוויון) של בן הזוג הישראלי. נפתח בשאלה הראשונה, תוך שנעמוד בנפרד על הזכות לחיי משפחה של בן הזוג הישראלי ועל זכותו לשוויון.

2. המכיר המשפט הישראלי בזכות של בן הזוג הישראלי לחיי משפחה ולשוויון?

(א) זכות בן הזוג הישראלי לחיי משפחה

24. האם מוכרת בישראל זכותו של אדם לחיי משפחה? בגדרי העתירות שלפנינו, אין לנו צורך לפסוק בשאלה זו על כל מרכיביה. נוכל להתמקד בעיקר בשני היבטים מיוחדים של חיי המשפחה: האחד, האם מוכרת זכותו של בן הזוג הישראלי לחיות יחדיו בישראל עם בן זוגו הזר; האחרת, האם מוכרת זכותו של בן הזוג הישראלי לחיות

יחד עם ילדיו בישראל וזכותם של ילדים ישראלים לחיות יחד עם הוריהם בישראל. היבטים אחרים של השאלה העקרונית, לרבות הגדרת המשפחה לעניין זה, נוכל להשאיר לעת מצוא (ראו י' מרין, "הזכות לחיי משפחה ולנישואין (אזרחיים) – משפט בינלאומי ומקומי", זכויות כלכליות, חברתיות ותרבותיות בישראל 663 (בעריכת י' רבין וי' שני (2004)).

25. הזכות לחיי משפחה, במובנה הרחב, מוכרת במשפט הישראלי. היא נגזרת מחיקוקים רבים, הקובעים הסדרים אשר מטרתם לשמור על התא המשפחתי, לעודדו ולטפח אותו. לבני זוג מוענקות זכויות סוציאליות, הטבות במס, בדיוור ובשיכון. הם נהנים מזכויות כביטוח רפואי ופנסיוני. יש להם זכויות ביקור בכתי חולים ובכתי סוהר. מוענקות להם חסינויות והגנות בדיני הראיות. הדין הפלילי מגן על המשפחה; לבני הזוג מוענקות זכויות ירושה, מזונות ותמיכה הדדית בזמן הנישואין, וזכויות לחלוקת רכוש בפקיעתם. אף שהחוקים השונים עוסקים בהיבטים מיוחדים, ניתן להסיק מהם כי התא המשפחתי מוכר במשפט הישראלי ומוגן על ידו. אכן, התא המשפחתי הינו "התא הראשוני... של החברה הישראלית" (השופט ש"ז חשין בע"א 238/53 כהן נ' היועץ המשפטי לממשלה, פ"ד ח 4, 53). "אין קיום לחברה האנושית אלא אם כן שומרים כבבת העין על התא הראשוני שלה, הוא התא המשפחתי" (השופט מ' זילברג בע"א 337/62 ריזנפלד נ' יעקובסון, פ"ד יז 1009, 1021). הוא "מוסד המוכר על ידי החברה כאחד היסודות שבחיי החברה" (הנשיא י' אולשן, שם, עמ' 1030). "חובתנו הראשונית והבסיסית לקיים, לטפח ולשמור על התא החברתי היסודי והקדום ביותר בתולדות האדם, שהיה, הווה ויהיה היסוד המשמר ומבטיח את קיומה של החברה האנושית – הלוא היא המשפחה הטבעית" (השופט אלון בע"א 488/77 פלוני נ' היועץ המשפטי לממשלה, פ"ד לב(3) 421, 434). "שמירתו של מוסד המשפחה הינו חלק מתקנת הציבור בישראל. במסגרת התא המשפחתי שמירה על מוסד הנישואין הינו ערך חברתי מרכזי... קיים אינטרס ציבורי עליון בשמירתו של סטטוס זה ובהסדרת... היקף הזכויות והחובות המגבשות אותו" (בג"ץ 693/91 אפרת נ' הממונה על מרשם האוכלוסין במשרד הפנים, פ"ד מז(1) 749, 783; להלן – פרשת אפרת). אכן, הקשר המשפחתי, והגנה עליו ועל מרכיביו הגרעיניים (בני הזוג וילדיהם), מונח ביסוד המשפט הישראלי. למשפחה תפקיד חיוני ומרכזי בחייו של היחיד ובחייה של החברה. הקשרים המשפחתיים, עליהם מגן המשפט ואותם הוא מבקש לפתח, הם מהחזקים ומהמשמעותיים ביותר בחייו של אדם.

26. ההגנה על התא המשפחתי מקבלת ביטוי מיוחד כאשר בתא המשפחתי נכלל קטין. הגנה זו מתחייבת הן מזכותם של ההורים לגדל את ילדיהם, והן מזכויותיו של הילד עצמו. אכן, "זכותם של ההורים לגדל את ילדיהם היא זכות טבעית, ראשונית, שקשה להגזים בחשיבותה" (פ' שיפמן, דיני המשפחה בישראל כרך ב' 219 (תשמ"ט-1989)). "הקשר בין ילד לבין הוריו-מולידיו הוא מן היסודות עליהם בנויה החברה האנושית" (בע"מ 377/05 פלונית נ' ההורים הביולוגיים (טרם פורסם, פסקה 46)).
 כדברי חברתי השופטת א' פרוקצ'יה:

"עומקו ועוצמתו של קשר ההורות, האוצר בתוכו את זכותם הטבעית של הורה וילדו לקשר חיים ביניהם, הפכו את האוטונומיה המשפחתית לערך בעל מעמד משפטי מן הדרגה הראשונה, אשר הפגיעה בו נסבלת רק במצבים מיוחדים וחריגים ביותר. כל ניתוק ילד מהורה הוא פגיעה בזכות טבעית" (רע"א 3009/02 פלונית נ' פלוני, פ"ד נו(4) 872, 89-894).

וכדברי חברי השופט מ' חשין:

"משפט הטבע הוא, שאם ואב מן הטבע יחזיקו בבנם, יגדלו אותו, יאהבו אותו וידאגו למחסורו עד אם גדל והיה לאיש. ... קשר זה חזק הוא מכל-חזק, והוא מעבר לחברה, לדת ולמדינה ... משפט המדינה לא יצר את זכויות ההורים כלפי ילדיהם וכלפי העולם כולו. משפט המדינה בא אל-המוכן, אומר הוא להגן על אינסטינקט מולד שבנו, והופך הוא 'אינטרס' של הורים ל'זכות' על-פי דין, לזכויות של הורים להחזיק בילדיהם" (דנ"א 7015/94 היועץ המשפטי לממשלה נ' פלונית, פ"ד נ(1) 48, 102).

27. הזכות לחיי המשפחה אינה מתמצית בזכות להינשא ולהוליד ילדים. הזכות לחיי משפחה משמעותה גם הזכות לחיי משפחה משותפים. זו זכותו של בן הזוג הישראלי לקיים את חיי משפחתו בישראל. זכות זו נפגעת אם אין מאפשרים לבן הזוג הישראלי לחיות חיי משפחה בישראל עם בן הזוג הזר. בכך נכפית עליו הבחירה בין הגירה מחוץ לישראל לבין ניתוק מבן זוגו. עמד על כך השופט מ' חשין בפרשת סטמקה. בפרשה זו נידונה מדיניות שר הפנים באשר להתאזרחותו של בן זוג זר בישראל. השופט מ' חשין מכיר ב"זכות-יסוד שקנה יחיד – כל יחיד – לנישואין ולהקמת משפחה" (עמ' 782). בפסק דינו מציין השופט מ' חשין:

"מדינת ישראל מכירה בזכותו של האזרח לבור לו בן-זוג כרצונו ולהקים עימו משפחה בישראל. ישראל מחוייבת להגנה על התא המשפחתי מכותן של אמנות בינלאומיות ... והגם שאמנות אלו אינן מחייבות מדיניות זו-או - אחרת בנושא של איחוד משפחות, הכירה ישראל - הכירה ומכירה היא - בחובתה לספק הגנה לתא המשפחתי גם על דרך מתן היתרים לאיחוד משפחות. כך סיפחה עצמה ישראל לנאורות שבמדינות, אותן מדינות המכירות - בכפוף לסייגים של ביטחון המדינה, שלום הציבור ורווחת-הציבור - בזכותם של בני-משפחה לחיות בצוותא-חדא בטריטוריה שיבחרו בה" (בג"ץ 3648/97 סטמקה נ' שר הפנים, פ"ד נג(2) 728, 787; להלן – פרשת סטמקה).

על רקע זה נפסק כי הגנה זו משתרעת לא רק על בני הזוג הנשואים, כי אם גם על בני הזוג הידועים בציבור. כותבת חברתי השופטת ד' ביניש:

"ההכרה כי גם תא משפחתי שאינו מבוסס על קשר פורמאלי של נישואין ראוי להגנה ויש לאפשר לבני הזוג המרכיבים אותו לחיות יחדיו תוך המשך מגורים בארץ, ובלבד שמדובר בקשר אמיתי, כן ומבוסס. מדיניות זו נותנת ביטוי למחויבותה של המדינה לזכות לחיי משפחה, הכוללת את זכותו של הפרט לבחור את בן זוגו ולהקים עמו משפחה. זכות זו מוכרת במשפטנו ומוגנת גם במשפט הבינלאומי" (עע"מ 4614/05 מדינת ישראל נ' אורן (טרם פורסם, פסקה 11 לפסק דינה של השופטת ד' ביניש)).

אכן, זכות זו של בן הזוג הישראלי לחיי משפחה בצוותא עם בן זוגו הזר בישראל מוצאת ביטוי בהוראת סעיף 7 לחוק האזרחות, התשי"ב-1952 (להלן: חוק האזרחות), המקל על התאזרחותו של בן הזוג הזר. כן ניתן ביטוי לזכות זו לעניין השימוש בשיקול דעתו של שר הפנים לעניין הכניסה בישראל. אמת, הזכות לחיי המשפחה בכלל, וזכותו של בן הזוג הישראלי למימושה בישראל בפרט, אינה זכות מוחלטת. ניתן להגבילה. עם זאת, אין בכוחן של הגבלות אלה לשלול את עצם קיומה של הזכות. זו קיימת בישראל. היא מוכרת על ידי משפטה. היא מהווה תכלית כללית של כל דברי החקיקה (ראו פרשת אפרת), ובכך מסייעת לפירושה של החקיקה (ראו ברק, "עקרונות כלליים של המשפט בפרשנות המשפט", ספר ויסמן 1 (2002)). היא מהווה חלק מהמשפט המקובל הישראלי, ממנה ניתן לגזור זכויות וחובות.

28. הזכות לחיי המשפחה היא גם זכותו של ההורה הישראלי שילדיו הקטינים יגדלו עימו בישראל וזכותו של ילד ישראלי לגדול בישראל יחד עם הוריו. המשפט הישראלי מכיר בחשיבות השוואת המעמד האזרחי של הורה לזה של ילדו. כך, סעיף 4 לחוק האזרחות, קובע כי ילד של אזרח ישראלי יהיה אף הוא אזרח ישראלי, בין אם נולד בארץ (א4(1)) ובין אם נולד מחוצה לה (א4(2)). בדומה, תקנה 12 לתקנות הכניסה לישראל, תשל"ד-1974, קובעת כי "ילד שנולד בישראל, ולא חל עליו סעיף 4 לחוק השבות, תש"י-1950, יהיה מעמדו בישראל כמעמד הוריו". אף שתקנה זו לא חלה, על פי לשונה, על ילדי תושבים שלא נולדו בארץ נפסק כי התכלית לשמה נועדה תקנה 12 חלה גם על ילדיהם של תושבי קבע אשר נולדו מחוץ לישראל. כך למשל, נפסק כי:

"ככלל, שיטתנו המשפטית מכירה ומכבדת את הערך של שלמות התא המשפחתי ואת האינטרס של שמירה על שלום הילד, ולפיכך יש למנוע יצירת פער בין מעמדו של ילד קטין לבין מעמדו של הורה המחזיק בו או הזכאי להחזיק בו" (השופטת ד' ביניש בבג"ץ 979/99 קרלו (קטין) ואח' נ' שר הפנים (טרם פורסם, פסקה 2 לפסק דינה של השופטת ד' ביניש)).

לכיבוד התא המשפחתי יש, איפוא, שני היבטים. ההיבט האחד הוא זכותו של ההורה הישראלי לגדל את ילדו במדינתו. זוהי זכותו של ההורה הישראלי לממש את הורותו בשלמות, הזכות להינות מהקשר עם ילדו ולא להינתק ממנו. זוהי זכותו לגדל את ילדו בביתו, במדינתו. זוהי זכותו של ההורה שלא תיכפה עליו הגירה מישראל, כתנאי למימוש הורותו. היא מבוססת על האוטונומיה והפרטיות של התא המשפחתי. זכות זו נפגעת אם אין מאפשרים לילדו הקטין של ההורה ישראלי להיות עימו בישראל. ההיבט השני הוא הזכות של הילד לחיי משפחה. הוא מתבסס על ההכרה העצמאית בזכויות האדם של ילדים. זכויות אלה מוענקות בעיקרן לכל אדם באשר הוא אדם, לאדם הבגיר ולאדם הקטין. הילד "הוא בן אנוש בעל זכויות וצרכים משלו" (בע"מ 377/05 פלונית ופלוני ההורים המיועדים לאימוץ הקטין נ' ההורים הביולוגים ואח' (טרם פורסם)). לילד הזכות לגדול בתא משפחתי שלם ויציב. טובתו מחייבת כי לא יופרד מהוריו וכי יגדל בחיק שניהם. אכן, קשה להפריז בחשיבות הקשר בין הילד לבין כל אחד מהוריו. ההמשכיות וההתמדה בקשר עם הוריו הם יסוד חשוב בהתפתחותם התקינה של ילדים. מנקודת ראותו של הילד, ניתוקו מאחד מהוריו אף עלול להיתפס כנטישה ולהשליך על התפתחותו הרגשית. אכן, "טובת הילדים מחייבת, כי יגדלו במחיצת אביהם ואמם במסגרת תא משפחתי יציב ואוהב, ואילו בפרידה של הורים כרוכה מידה של ניתוק בין אחד ההורים לילדיו (רע"א 4575/00 פלונית נ' אלמוני, פ"ד נה(2) 321, 331).

(ב) זכות בן הזוג הישראלי לשוויון

29. הזכות לשוויון מהווה חלק בלתי נפרד מהמשפט הישראלי. היא מרכיב מרכזי של המשפט המקובל הישראלי (ראו י' זמיר ומ' סובל, "השוויון בפני החוק", משפט וממשל ה' 165 (1999); פ' רדאי, "על השוויון", משפטים כד' 241 (1994); א' בנדור, "שוויון ושיקול דעת שלטוני – על שוויון חוקתי ושוויון מינהלי", ספר שמגר: מאמרים 287 (חלק א', 2003); א' רובינשטיין, "על השוויון לערבים בישראל", נתיבי ממשל ומשפט: סוגיות במשפט הציבורי בישראל 278 (2003); א' רובינשטיין וב' מדינה, המשפט הקונסטיטוציוני של מדינת ישראל 271 (מהדורה חמישית, כרך א', תשנ"ז)). מאז קום המדינה, חזר בית המשפט העליון וקבע כי השוויון מהווה את "נשמת אפו של המשטר החוקתי שלנו כולו" (השופט מ' לנדוי בבג"ץ 98/69 ברגמן נ' שר האוצר, כז(1) 693, 698). היא "עקרונן יסוד חוקתי, השלוב ושזור בתפיסות היסוד המשפטיות שלנו ומהווה חלק בלתי נפרד מהן" (השופט מ' שמגר בבג"ץ 114/79 בורקאן נ' שר האוצר, פ"ד לב(2) 800, 806). השוויון מונח ביסוד הקיום החברתי. הוא עמוד התווך של הדמוקרטיה (ראו בג"ץ 4112/99 עדאלה נ' עיריית תל-אביב-יפו, פ"ד נו(5) 393, 415; בג"ץ 10026/01 עדאלה נ' ראש הממשלה, פ"ד נז(3) 31, 39). הפגיעה בשוויון היא "הרע מכל רע" (השופט מ' חשין בבג"ץ 7111/95 מרכז השלטון המקומי נ' הכנסת, פ"ד נ(3) 485, 503; להלן - פרשת מרכז השלטון המקומי). עמדתי על כך בפרשת פורז:

"השוויון הוא ערך יסודי לכל חברה דמוקרטית... הפרט משתלב למירקם הכולל ונושא בחלקו בבניית החברה, בידעו שגם האחרים עושים כמוהו. הצורך להבטיח שוויון הוא טבעי לאדם. הוא מבוסס על שיקולים של צדק והגינות. המבקש הכרה בזכותו, צריך להכיר בזכותו של הזולת לבקש הכרה דומה. הצורך לקיים שוויון הוא חיוני לחברה ולהסכמה החברתית שעליה היא בנויה. השוויון שומר על השלטון מפני השרירות. אכן, אין לך גורם הרסני יותר לחברה מאשר תחושת בניה ובנותיה, כי נוהגים בהם איפה ואיפה. תחושת חוסר השוויון היא מהקשה שבתחושות. היא פוגעת בכוחות המאחדים את החברה. היא פוגעת בזהותו העצמית של האדם" (בג"ץ 953/87 פורז נ' ראש עיריית תל-אביב-יפו, פ"ד מב(2) 309, 332; להלן - פרשת פורז; ראו גם בג"ץ 104/87 נבו נ' בית הדין הארצי לעבודה, פ"ד מד(4) 749, 760; להלן - פרשת נבו).

אכן, "הפליה מכרסמת עד כלות ביחסים בין בני אנוש, ביניהם לבין עצמם. תחושת הפליה מביאה לאובדן עשתונות ולהרס מירקם היחסים בין אדם לרעהו" (השופט מ' חשין בפרשת מרכז השלטון המקומי, שם). "ההפליה היא רעה החודרת לבסיס המשטר הדמוקרטי, מחלחלת ומקעקעת את יסודותיו, עד שלבסוף היא מביאה להתמוטטות ולחורבנו" (בג"ץ 2618/00 חברת פארות בע"מ נ' שר הבריאות, פ"ד נה(5) 49, 52). במסגרת זו קשה ואכזרית היא ההפליה בשל דתו או גזעו של אדם, הפליה "גנרית" שכזו "פוצעת אנושות" (השופט מ' חשין בבג"ץ 2671/98 שדולת הנשים בישראל נ' שר העבודה והרווחה, פ"ד נב(3) 630, 658; א' ברק, שם, 142). על כן נפסק, ברשימה ארוכה של פסקי דין, כי הפליית הישראלי הערבי אך בשל היותו ערבי פוגעת בשוויון ממנו נהנים כל הישראלים (ראו בג"ץ 392/72 ברגר נ' הוועדה המחוזית לתכנון ולבנייה, מחוז חיפה, פ"ד כז(2) 764; בג"ץ 328/88 אביטן נ' מינהל מקרקעי ישראלי, פ"ד מג(4) 297; להלן – פרשת אביטן; בג"ץ 6698/95 קעדאן נ' מינהל מקרקעי ישראל, פ"ד נד(1) 258; להלן – פרשת קעדאן; בג"ץ 1113/99 עדאלה נ' השר לענייני דתות, פ"ד נד(2) 164; בג"ץ 6924/93 האגודה לזכויות האזרח נ' ממשלת ישראל, פ"ד נה(5) 15; להלן – פרשת האגודה לזכויות האזרח; בג"ץ 11163/03 ועדת המעקב העליונה לענייני הערבים בישראל נ' ראש ממשלת ישראל (טרם פורסם); להלן – פרשת ועדת המעקב העליונה; ראו גם י' זמיר, "שוויון זכויות כלפי ערבים בישראל", משפט וממשל ט 11 (תשס"ו); א' סבן, "המיעוט הערבי הפלסטיני ובית המשפט העליון: תמונה (ותחזית) לא בשחור-לבן", משפט וממשל ח 23 (תשס"ה)). היטיב להביע זאת השופט י' זמיר, בצינו:

"הפרה של עקרון השוויון במובן הצר נחשבת חמורה במיוחד... כזאת היא גם הפליה של ערבי באשר הוא ערבי, ואחת היא אם ההפליה מתבססת על הדת או על הלאום. זוהי הפרה של עקרון השוויון במובן הצר. לכן יש עמה חומרה מיוחדת. עקרון השוויון במובן זה הוא נשמת הדמוקרטיה. הדמוקרטיה דורשת, לא רק קול אחד לכל אחד בעת הבחירות, אלא גם שוויון לכל אחד בכל עת. המבחן האמיתי לעקרון השוויון נעוץ ביחס כלפי מיעוט: דתי, לאומי או אחר. אם אין שוויון למיעוט, גם אין דמוקרטיה לרוב... במישור המעשי במדינת ישראל נודעת משמעות מיוחדת לשאלת השוויון כלפי ערבים. שאלה זאת כרוכה במערכת יחסים מורכבת שהתפתחה בין יהודים לבין ערבים בארץ זאת במשך תקופה ארוכה. אף-על-פי-כן, ואולי דווקא בשל כן, יש צורך בשוויון השוויון חיוני לחיים משותפים. טובת החברה, ובחשבון אמיתי טובתו של כל אחד בחברה, מחייבות לטפח את עקרון השוויון בין יהודים לבין ערבים. מכל מקום, זוהי מצוותו של המשפט, ולכן זו חובתו של בית-המשפט" (פרשת האגודה לזכויות האזרח, עמ' 27, 28).

3. האם זכות בן הזוג הישראלי לחיי משפחה ולשוויון היא חלק מכבוד האדם?

(א) הזכות לחיי משפחה היא חלק מכבוד האדם

30. הזכות לחיי משפחה היא חלק מהמשפט המקובל של ישראל. עם כל חשיבותו של המשפט המקובל, בכוחו של חוק לפגוע בזכות המעוגנת בו, ובלבד שהחוק נוקט בלשון ברורה, חד-משמעית ומפורשת (ראו בג"ץ 122/54 אקסל נ' ראש העיר, חברי המועצה ובני העיר של איזור נתניה, פ"ד ח' 1524, 1531-1532; בג"ץ 200/57 ברנשטיין נ' המועצה המקומית בית-שמש, פ"ד יב 264, 268; ע"א 337/81 מיטרני נ' שר התחבורה, פ"ד לז(3) 337, 359; ע"א 333/85 אביאל נ' שר העבודה והרווחה, פ"ד מה(4) 581, 596; ע"א 524/88 "פרי העמק" – אגודה חקלאית שיתופית בע"מ נ' שדה יעקב – מושב עובדים של הפועל המזרחי, להתיישבות חקלאית שיתופית בע"מ, פ"ד מה(4) 529, 561). חוק האזרחות והכניסה לישראל נוקט בלשון מפורשת, ברורה וחד-משמעית. ביקורת חוקתית על הוראותיו המפורשות, הברורות והחד-משמעיות אפשרית רק אם הזכות לחיי משפחה מוגנת בחוק יסוד. חוק היסוד הרלבנטי לענייננו הוא חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו. האם הזכות לחיי משפחה מעוגנת בו ומוגנת על ידו?

31. חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו אינו קובע הוראה מפורשת בעניין הזכות לחיי משפחה. השאלה הינה אם ניתן לכלול זכות זו בגדרה של הזכות לכבוד האדם. האם הזכות לחיי משפחה היא "זכות ללא שם" הנגזרת מהזכות לכבוד (ראו ה' סומר, "הזכויות הבלתי-מנויות – על היקפה של המהפיכה החוקתית", משפטים כח 257 (1997)? ודוק: השאלה אינה אם בנוסף לזכויות הקבועות בחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו ניתן לכלול בחובו זכויות אדם נוספות שאינן קבועות בו במפורש. השאלה הינה אם במסגרת הזכויות הקבועות בחוק היסוד במפורש – לענייננו, במסגרתה של הזכות לכבוד האדם – נכלל גם ההיבט של כבוד האדם שעניינו חיי משפחה. אכן, השאלה אינה אם בחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו קיים "חסר" באשר לזכות לחיי משפחה, והאם ניתן להשלים חסר זה. השאלה הינה אם פירושה של הזכות לכבוד האדם מובילה למסקנה כי במסגרתה של זכות מפורשת זו כלול גם ההיבט של האוטונומיה של הרצון הפרטי המכוונת להקמת חיי משפחה ולהגשמתה בישראל. אכן, הזכות לכבוד האדם היא במהותה זכות "מסגרת" או "זכות-אם". המאפיין זכות שכזו הוא כי על פי ניסוחה, אין היא מפרטת בלשונה במפורש את סוגי הפעולות הפרטיקולריות עליהן היא משתרעת. היא בעלת פריסה פתוחה (ראו א' ברק, פרשנות במשפט: פרשנות חוקתית, עמ' 357 (1994); להלן – פרשנות חוקתית; ע"א 2781/93

דעקה נ' בית החולים כרמל, חיפה, פ"ד נג(4) 526, 573; להלן – פרשת דעקה). המצבים עליהם היא משתרעת נלמדים מפרשנות לשונו הפתוחה של חוק היסוד על רקע תכליתו. מצבים אלה ניתן, לשם הנוחות, לקבץ לקטיגוריות וסוגים, כגון הזכות לקיום אנושי בכבוד (ראו רע"א 4905/98 גמזו נ' ישעיהו, פ"ד נה(3) 360; להלן – פרשת גמזו; בג"ץ 366/03 עמותת מחוייבות לשלום ולצדק חברתי נ' שר האוצר (טרם פורסם); להלן – פרשת עמותת מחוייבות); הזכות לשלמות הגוף והנפש (ראו פרשת אדם טבע ודין, עמ' 59); הזכות לשם (ראו פרשת אפרת); הזכות של בגיר לאימוץ (ראו ע"א 7155/96 פלוני נ' היועץ המשפטי לממשלה, פ"ד נא(1) 160, 175), וכיוצא בהן "זכויות בת" הנגזרות מזכות האם. הן מכוננות בספרות החוקתית זכויות חוקתיות נגזרות (derivative constitutional rights norms) (ראו R. Alexy, *A Theory of Constitutional Law* 35 (2002); להלן - Alexy). כמובן, תחום הפריסה של זכויות הבת מעורר שאלות פרשניות קשות. כל עוד הן לא הופרדו על ידי הכנסת מכבוד האדם והועמדו על רגליהן הן, אין מנוס מפעילות פרשנית המתרכזת בכבוד האדם, והמבקשת לקבוע את היקפה של זכות זו, תוך נסיון לגבש סוגים של מקרים הכלולים בה. כמובן, קטיגוריזציה זו לעולם לא תשקף את מלוא ההיקף של הזכות לכבוד האדם, ואין היא מכוונת לכך. היא נועדה לסייע בהבנת הוראת המסגרת בדבר כבוד האדם (ראו י' קרפ, "מקצת שאלות של כבוד האדם לפי חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו", משפטים כה 129 (1995); ה' סומר, שם; ח' כהן, "ערכיה של מדינה יהודית ודמוקרטית: עיונים בחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו", הפרקליט ספר היובל 9 (תשנ"ד); ד' סטטמן, "שני מושגים של כבוד", עיוני משפט כד 541 (2001); א' קמיר, שאלה של כבוד (2005)). על היקפה של הזכות לכבוד האדם עמדנו בפרשת התנועה לאיכות השלטון:

"הזכות לכבוד האדם מהווה אגד של זכויות ששמירתן נדרשת כדי לקיים את הכבוד. ביסוד הזכות לכבוד האדם עומדת ההכרה כי האדם הוא יצור חופשי, המפתח את גופו וכוחו על פי רצונו בחברה בה הוא חי; במרכזו של כבוד האדם מונחת קדושת חייו וחירותו. ביסוד כבוד האדם עומדים האוטונומיה של הרצון הפרטי, חופש הבחירה וחופש הפעולה של האדם כיצור חופשי. כבוד האדם נשען על ההכרה בשלמותו הפיזית והרוחנית של האדם, באנושיותו, בערכו כאדם, וכל זאת בלא קשר למידת התועלת הצומחת ממנו" (בג"ץ 6427/02 התנועה לאיכות השלטון בישראל נ' הכנסת (טרם פורסם, פסקה 35 לפסק דיני); להלן – פרשת התנועה לאיכות השלטון בישראל; ראו גם בג"ץ 5688/92 ויכסלבאום נ' שר הביטחון, פ"ד מז(2) 812, 827; 7015/94 היועץ המשפטי לממשלה נ' פלונית, פ"ד נ(1) 48, 95; בג"ץ 4330/93 גאנץ נ' ועד מחוז תל-אביב של לשכת עורכי הדין, פ"ד נ(4) 221, 233; בג"ץ 205/94 נוף נ' משרד הביטחון, פ"ד

נ(5) 449, 457; להלן – פרשת נוף; פרשת דעקה, עמ' 570; פרשת גמזו, עמ' 375; בג"ץ 7357/95 ברק ופטה המפריס (ישראל) בע"מ נ' מדינת ישראל, פ"ד נ(2) 769, 783; פרשת אדם טבע ודין 518; ע"א 5942/92 פלונית נ' פלוני, פ"ד מח(3) 837, 842; פרשת המועצה האזורית חוף עזה, עמ' 561; פרשת עמותת מחוייבות; בג"ץ 3512/04 שזיפי נ' בית הדין הארצי לעבודה (טרם פורסם).

תפיסה זו של הזכות לכבוד מבוססת על התפיסה כי את הזכות לכבוד "אין לצמצמה אך לעינויים ולהשפלה, שכן בכך נחטיא את התכלית המונחת ביסוד. אין להרחיבה באופן שכל זכות אדם תיכלל בה, שכן בכך נייתר את כל זכויות האדם האחרות הקבועות בחוקי היסוד" (פרשת אדם טבע ודין, עמ' 518). מכאן מתבקשת גם המסקנה כי היקפן של זכויות הבת הנגזרות מזכות האם לכבוד האדם לא תחפוץ תמיד את היקפה של זכות הבת אילו נקבעה כזכות מפורשת ועצמאית בחוק היסוד. עמדתי על כך בפרשת עמותת מחוייבות, בצייני:

"בגזירת זכויות, שאינן מנויות במפורש בחוקי היסוד בדבר זכויות, אך נכללות בתוך המושג של כבוד האדם, לא ניתן תמיד לתפוס את מלוא ההיקף שהיה לזכויות ה'נגזרות' אילו עמדו לעצמן בזכויות 'בעלות שם'... הסקת הזכויות המשתמעות מכבוד האדם נעשית איפוא מזווית הראיה של כבוד האדם, וכדי להתאמה למושגיות זו. תפיסה זו קובעת את היקפן של הזכויות המשתמעות. זאת הן לעניין הזכויות האזרחיות המשתמעות... וזאת, הן לעניין הזכויות החברתיות המשתמעות" (שם, עמ' 28).

על רקע זה קמה ועולה השאלה שלפנינו: האם הזכות של בן הזוג הישראלי לחיי משפחה בישראל נכללת בגדר הזכות לכבוד האדם הקבועה בסעיפים 2 ו-4 לחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו.

32. התשובה על שאלה זו מורכבת היא. לא כל ההיבטים של חיי המשפחה נגזרים מכבוד האדם. עלינו למקד עצמנו באותם היבטים של חיי המשפחה החוסים בבית הקיבול של כבוד האדם. נקודת המוצא הינה כי המשפחה הינה "יחידה חוקתית" (ראו ע"א 232/85 פלוני נ' היועץ המשפטי לממשלה, פ"ד מ(1) 1, 17). היא זוכה להגנה חוקתית. הגנה זו מצויה בליבה של הזכות לכבוד האדם. היא נשענת גם על הזכות לפרטיות (ראו סעיף 7(א) לחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו). אכן, הזכות לחיות יחדיו כתא משפחתי, היא חלק מהזכות לכבוד האדם. היא נופלת לגרעינה של הזכות לכבוד

(ראו ע"א 5587/93 נחמני נ' נחמני, פ"ד מט(1) 485, 499). אחד המרכיבים היסודיים ביותר של כבוד האדם הוא כוחו של האדם לעצב את חיי המשפחה שלו על פי האוטונומיה של רצונו החופשי, ולגדל במסגרתו את ילדיו, תוך חיים משותפים של מרכיבי התא המשפחתי. התא המשפחתי הוא ביטוי מובהק למימושו העצמי של האדם. עמדה על כך השופטת ד' ביניש, בציינה:

"בעידן שבו 'כבוד האדם' הינה זכות יסוד חוקתית מוגנת יש ליתן תוקף לשאיפתו של אדם להגשים את הווייתו האישית, ומטעם זה יש לכבד את רצונו להשתייך לתא המשפחתי שהוא רואה עצמו חלק ממנו" (ע"א 7155/96 פלוני נ' היועץ המשפטי לממשלה, פ"ד נא(1) 160, 175; ראו גם דנ"א 6041/02 פלוני נ' פלוני, פ"ד נח(6) 246, 256; ע"א 2266/93 פלוני נ' פלוני, פ"ד מט(1) 221).

קשריו המשפחתיים של האדם הם במידה רבה טעם חייו (ראו Roberts v. United States Jaycees, 469 U.S. 609, 618-619 (1984)). מעטות הן ההחלטות המעצבות את חייו של אדם ומשפיעות עליהן כהחלטה עם מי יקשור את גורלו ועם מי יקים את משפחתו. כך גם ביחס לזכותם של ההורים לגדל את ילדיהם. "המשפט רואה בקשר שבין הורה לילדו זכות טבעית בעלת מימד חוקתי" (השופטת א' פרוקצ'יה ברע"א 3009/02 פלונית נ' פלוני, פ"ד נו(4) 872, 894); "זכותם של הורים להחזיק בילדיהם ולגדלם, על כל הכרוך בכך, היא זכות חוקתית טבעית וראשונית בבחינת ביטוי לקשר הטבעי שבין הורים לילדיהם. זכות זו באה לידי ביטוי בפרטיות ובאוטונומיה של המשפחה" (הנשיא מ' שמגר בע"א 2266/93 פלוני נ' פלוני, פ"ד מט(1) 221, 235).

33. הזכות לחיי משפחה זוכה להגנה חוקתית במשפטן הפנימי של מדינות רבות. היא קבועה כזכות חוקתית בחוקתן של מדינות אירופיות, כגון צרפת (המבוא לחוקה משנת 1958), אירלנד (סעיף 41 לחוקה משנת 1937), ספרד (סעיף 18 לחוקה משנת 1978), גרמניה (סעיף 6 לחוק היסוד), שבדיה (סעיף 2 לחוקה משנת 1975) ושווייץ (סעיף 14 לחוקה משנת 2000). גם במשפט האמריקאי, ועל אף היעדרה של זכות מפורשת לחיי משפחה מהחוקה, הוכרה הזכות להינשא ולקיים חיי משפחה כזכות חוקתית הנגזרת מהזכויות החוקתיות לחירות ולפרטיות (ראו: Griswold v. Connecticut, 381 U.S. 479 (1965); Loving v. Virginia, 388 U.S. 1 (1968); Lawrence v. Texas, 123 S. Ct. 2472 (2003)). נציין כי המשפחה זוכה גם להגנה במשפט הבינלאומי (ראו סעיף 16 להכרזה האוניברסלית בדבר זכויות האדם, 1948;

סעיף 23 לאמנה הבינלאומית על זכויות אזרחיות ופוליטיות; סעיף 8 לאמנה האירופאית לזכויות האדם).

34. הנה כי כן, מכבוד האדם אשר מבוסס על האוטונומיה של הפרט לעצב את חייו נגזרת זכות-הבת של הקמת התא המשפחתי והמשך החיים המשותף יחדיו כיחידה אחת. האם מתבקשת מכאן גם המסקנה כי המימוש של הזכות החוקתית לחיות יחדיו משמעותו גם הזכות החוקתית למימושה בישראל? תשובתי על שאלה זו הינה, כי הזכות החוקתית להקים תא משפחתי משמעותה הזכות להקים את התא המשפחתי בישראל. אכן, לבן הזוג הישראלי עומדת הזכות החוקתית, הנגזרת מכבוד האדם, לחיות עם בן זוגו הזר בישראל ולגדל בישראל את ילדיו. הזכות החוקתית של בן זוג למימוש התא המשפחתי שלו, היא, בראש ובראשונה, זכותו לעשות כן במדינתו שלו. זכותו של ישראלי לחיי משפחה משמעה זכותו לממשה בישראל. לענייננו, יפים דבריו של השופט מ' חשין בפרשת סטמקה, שלאור חשיבותם אביאם שוב:

”מדינת ישראל מכירה בזכותו של האזרח לבור לו בן-זוג כרצונו ולהקים עימו משפחה בישראל. ישראל מחוייבת להגנה על התא המשפחתי מכוחן של אמנות בינלאומיות ... והגם שאמנות אלו אינן מחייבות מדיניות זו-או - אחרת בנושא של איחוד משפחות, הכירה ישראל - הכירה ומכירה היא - בחובתה לספק הגנה לתא המשפחתי גם על דרך מתן היתרים לאיחוד משפחות. כך סיפחה עצמה ישראל לנאורות שבמדינות, אותן מדינות המכירות - בכפוף לסייגים של ביטחון המדינה, שלום הציבור ורווחת-הציבור - בזכותם של בני-משפחה לחיות בצוותא-חדא בטריטוריה שיבחרו בה” (פרשת סטמקה, עמ' 787).

אכן, זכותו החוקתית של בן הזוג הישראלי – זכות הנובעת מגרעינו של כבוד האדם כזכות חוקתית – הינה “לחיות בצוותא-חדא בטריטוריה שיבחרו בה”.

35. שאלת היחס בין כבוד האדם כזכות חוקתית לזכות לחיי משפחה בכלל, והזכות לממש זכות זו על ידי חיים משותפים בתא המשפחתי בפרט, התעוררה בפרשת דויד. פסק הדין ניתן בבית המשפט החוקתי של דרום אפריקה. חוקתה של דרום אפריקה (בסעיף 10), כוללת זכות מפורשת בעניין כבוד האדם (Everyone has inherent “dignity and the right to have their dignity respected and protected”). החוקה אינה כוללת הוראה מפורשת בעניין הזכות לחיי משפחה. חוק “רגיל” (ה-Aliens Control Act 96 of 1991) הטיל מגבלות על כניסה לדרום אפריקה על בן זוג זר של אזרח דרום אפריקאי. התעוררה השאלה אם הוראות החוק פוגעות בזכות לכבוד. בית

המשפט החוקתי השיב על כך (פה אחד) בחיוב. השופט אורגן (Oregon) ניתח את כבוד האדם כערך חוקתי וכזכות חוקתית, והוסיף:

“The decision to enter into a marriage relationship and to sustain such a relationship is a matter of defining significance for many if not most people and to prohibit the establishment of such a relationship impairs the ability of the individual to achieve personal fulfillment in an aspect of life that is of central significance. In my view, such legislation would clearly constitute an infringement of the right to dignity. It is not only legislation that prohibits the right to form a marriage relationship that will constitute an infringement of the right to dignity, but any legislation that significantly impairs the ability of spouses to honour their obligations to one another would also limit that right. A central aspect of marriage is cohabitation, the right (and duty) to live together, and legislation that significantly impairs the ability of spouses to honour that obligation would also constitute a limitation of the right to dignity” (CCT 35/99 Dawood v. The Minister of Home Affairs, 2000).

שנה לאחר מכן התעוררה בדרום אפריקה השאלה אם הוראה בחוק (אותו ה- Aliens Control Act) הקובעת כי זרים המבקשים אשרת עבודה חייבים להגיש את בקשתם בעודם מחוץ לדרום אפריקה, והמגבילה את תחומי המקצוע לגביהם ניתן לבקש אשרת עבודה היא חוקתית. בית המשפט העליון במחוזו כף התקווה הטובה פסק כי מדובר בהוראה בלתי חוקתית, שכן היא מגבילה את יכולתם של בני זוג לחיות יחד, ולפיכך היא נוגדת את כבוד האדם (Case No. 339/2000 In the High Court of South Africa, Cape of Good Hope Provincial Division). בית המשפט החוקתי אישר פסיקה זו פה אחד (Case CCT 8/01 Booyesen v. The Minister of Home Affairs).

36. הזכות לאיחוד משפחות מוכרת כמרכיב בזכות לחיי משפחה גם במשפט הבינלאומי ובמשפט החוקתי של מדינות רבות. כך, סעיף 8 לאמנה האירופאית לזכויות האדם פורש על ידי בית הדין האירופי לזכויות האדם ככולל את זכותם של בני משפחה לחיות יחדיו, ולפיכך כמטיל מגבלות על כוחן של מדינות האיחוד בתחום ההגירה. נפסק, בשורה ארוכה של פסקי דין, שהחלטות בנושאי הגירה הפוגעות בקשר שבין בני זוג או בקשר שבין הורה לילדו עשויות לפגוע בזכויות לפי סעיף 8 לאמנה (ראו למשל: Berrehab v. Netherlands, 11 EHRR 322 (1988); Moustaquim v. France, 13

EHRR 82 (1991); Ciliz v. Netherlands, 33 EHRR 623 (2000); Carpenter v. Secretary of State, ECR I-6279 (2002).

37. בעקבות אמנת אמסטרדם (משנת 1999), הועברו גם ענייני ההגירה לסמכותה של הקהילה האירופאית. בעקבות זאת הוציאה מועצת אירופה את הדירקטיבה בדבר הגירה משנת 2004 (2004/58/EC), המחייבת את כל מדינות האיחוד (למעט דנמרק, בריטניה, ואירלנד, שהוחרגו מדירקטיבה זו). דירקטיבה זו מתבססת, בין השאר, על סעיף 8 לאמנה האירופית, וקובעת במבוא כי: "Family reunification is a necessary way of making family life possible". היא מקנה זכות רחבה לאיחוד משפחות לכל אזרחי האיחוד האירופי, וזאת בין אם בן הזוג הזר הוא אזרח מדינה החברה באיחוד, ובין אם לאו. (ראו בעיקר סעיף 5 למבוא, וכן סעיפים 2, 3 וסעיף 7, הקובע את זכות איחוד המשפחות, בתנאים הקבועים שם).

38. הזכות לאיחוד משפחות נתפסת כמרכיב בזכות החוקתית לחיי משפחה גם במשפטן הפנימי של מדינות רבות. כך, ב-1978 פסק בית המשפט המנהלי (ה- Conseil d'Etat) בצרפת שמדיניות הגירה שפוגעת בזכותם של אזרחי צרפת לחיות במדינתם יחד עם בני זוגם היא בלתי חוקתית, שכן היא מפרה את התחייבות המדינה, הקבועה במבוא לחוקה משנת 1958, לפעול לקידומה ולהתפתחותה של המשפחה (Arret GISTI (C.E.) 8.12.1978). בית המשפט החוקתי (ה- Conseil Constitutionnel) הלך בעקבות פסיקה זו ואף הרחיב אותה. נפסק כי הזכות החוקתית לאיחוד משפחות משתרעת גם על מי שקיבלו תושבות צרפתית:

"הפיסקה העשירית למבוא לחוקה משנת 1958 קובעת כי: 'האומה תספק ליחיד ולמשפחה את התנאים החיוניים להתפתחותם'. תוצאת הוראה זו הינה כי לזרים אשר התגוררו באופן רגיל וחוקי בצרפת ישנה הזכות לנהל חיי משפחה רגילים כפי שזכות זו נתונה לאזרחי צרפת. ובמיוחד, נתונה להם הזכות להביא את בני זוגם וילדיהם הקטינים, בכפוף למגבלות חוקתיות הקשורות בשמירה על הסדר הציבורי ובריאות הציבור" (Case) (93-325 DC 13.8.1993).

גם במשפט הגרמני הוכרה הזכות לאיחוד משפחות כמרכיב בהגנה החוקתית על מוסד המשפחה המעוגנת בסעיף 6 לחוק היסוד הגרמני. נפסק, כי הזכות לחיי משפחה אין פירושה רק זכותו של כל יחיד להינשא, כי אם גם זכותם של בני הזוג הנשואים לקיים חיי משפחה, לחיות יחדיו ולגדל את ילדיהם. מטעם זה, הזכות החוקתית לחיי משפחה משתרעת גם על בן זוגו הזר של נתין גרמני:

"With respect to spouses and family members, there is only one, joint marriage or family. It would be contrary to the essence of the ideal of unity of marriage and family and the equal rights of spouses set down in Art. 3(2) of the Basic Law when the scope of protection afforded by Art. 6(1) were to be substantively and procedurally restricted to a certain marital partner or family member". (BVerfGE 76,1, judgment of 12 May 1987)

כך גם באירלנד, בה נפסק כי זכותו החוקתית של קטין אזרח אירלנד לחיי משפחה עשויה לחייב את המדינה ליתן תושבות קבע או אזרחות להוריו, אף אם נכנסו לאירלנד שלא כדין והם שוהים בה שלא כדין. כותב השופט פינלי (Finlay):

"[T]here can be no question but that those children, as citizens, have got a constitutional right to the company, care and parentage of their parents within a family unit. I am also satisfied that prima facie and subject to the exigencies of the common good that that is a right which these citizens would be entitled to exercise within the State". (Fajujonu v. The Minister of Justice, Supreme Court No. 387 [1990], IR 151); ראו גם Siobhan Mullally, "Citizenship and Family Life in Ireland: Asking the Question 'Who Belongs?'" , Legal Studies vol. 25 (2005), 578).

גם בארצות הברית נקבע כי הזכות לאיחוד משפחות מוגנת במסגרת ההגנה החוקתית הניתנת לזכות לחיי משפחה. סוגיה זו התעוררה בפרשת *Fiallo v. Bell* (430 U.S. 787, (1977)). חוק ההגירה והאזרחות אשר היה בתוקף באותה עת (The Immigration and Nationality Act of 1952) עיגן את זכותם של אזרחי ארצות הברית ותושביה לאיחוד משפחות. נקבע בו, בין השאר, כי אזרחים או תושבים אמריקאיים זכאים להביא את בני זוגם וילדיהם הזרים. "ילד" לצורך חוק זה הוגדר כילד "חוקי" (legitimate), חורג, או מאומץ. בנוסף, התיר החוק את הבאתו של ילד "בלתי-חוקי" (illegitimate) לצורך איחודו עם אמו האמריקאית. לא הוכרה זכות דומה לאביו של ילד כאמור. נטען כי חוק זה הינו בלתי חוקתי. בית המשפט העליון קיבל את העמדה לפיה פגיעה בזכות איחוד המשפחות הינה פגיעה בזכות חוקתית מוגנת, ולפיכך החוק הנדון נתון, עקרונית, לביקורת שיפוטית. הדעות נחלקו באשר לשאלה מהי דרגת הביקורת השיפוטית (level of scrutiny) הראויה. דעת הרוב הייתה שהדרגה הראויה במקרה זה הינה הדרגה הנמוכה ביותר (rational basis). על בסיס זה קבעו שופטי הרוב שהחוק הוא חוקתי.

השופטים מרשל (Marshal), ברנן (Brennan) ווייט (White) קבעו, בדעת מיעוט, כי דרגת הביקורת השיפוטית על הפגיעה בזכות לאיחוד משפחות הינה הדרגה המחמירה ביותר (strict scrutiny), הנהוגה במקרים בהם מופרת זכות יסוד חוקתית. על בסיס זאת, דעת המיעוט הייתה כי מדובר בהסדר בלתי חוקתי, שכן הוא פוגע בזכותם החוקתית של אזרחי ארצות הברית ותושביה לשוויון ולחיי משפחה, בכך שנמנעת זכותם של אבות להתאחד עם ילדיהם (ה"בלתי-חוקיים"), בעוד שזכות כזאת ניתנת לאימהות. כותב השופט מרשל:

"[T]he statute interferes with the fundamental freedom of personal choice in matters of marriage and family life. The right to live together as a family belongs to both the child who seeks to bring in his or her father and the father who seeks the entrance of his child" (810). ראו גם:
j. Guendelsberger, "Implementing Family Unification Rights in American Immigration Law: Proposed Amendments", 25 San Diego L. Rev. 253 (1988).

סיכומו של דבר, נמצא כי הזכות לחיי משפחה אינה רק זכות יסוד במשפט המקובל, כי אם זכות חוקתית המעוגנת בזכות לכבוד האדם.

(ב) הזכות לשוויון היא חלק מכבוד האדם

39. הזכות לשוויון היתה תמיד חלק בלתי נפרד מהמשפט המקובל שלנו. חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו לא כלל הוראה מפורשת בעניין השוויון. בעבר התעוררה השאלה אם ניתן לגזור את הזכות לשוויון מזכות-האם לכבוד האדם. בשאלה זו הובעו בפסיקה ובספרות דעות שונות (ראו בג"ץ 5394/92 הופרט נ' י"ד ושם, רשות הזיכרון לשואה ולגבורה, פ"ד מח(3) 353; ע"א 105/92 ראם מהנדסים קבלנים בע"מ נ' עיריית נצרת עילית, פ"ד מז(5) 189, 201; פרשת נוף, עמ' 460; בג"ץ 726/94 כלל חברה לביטוח בע"מ נ' שר האוצר, פ"ד מח(5) 441, 461; בג"ץ 721/94 אל-על נתיבי אויר לישראל בע"מ נ' דנילוביץ, פ"ד מח(5) 749; להלן – פרשת דנילוביץ; בג"ץ 453/94 שדולת הנשים בישראל נ' ממשלת ישראל, פ"ד מח(5) 501; בג"ץ 4541/94 מילר נ' שר הביטחון, פ"ד מט(4) 94; להלן – פרשת מילר; בג"ץ 4806/94 ד.ש.א. איכות הסביבה בע"מ נ' שר האוצר, פ"ד נב(2) 193, 204; בג"ץ 1074/93 היועץ המשפטי לממשלה נ' בית הדין הארצי לעבודה, פ"ד מט(2) 485; פרשת מרכז השלטון המקומי, עמ' 485; בג"ץ 1113/99 עדאלה – המרכז המשפטי לזכויות המיעוט הערבי בישראל נ' השר לענייני דתות, פ"ד נד(2) 164; ראו גם י' קרפ, שם, עמ' 347-351; ה' סומר, שם; ל' שלף, "שני דגמים

להבטחת זכויות האדם – דגם אמריקני מול דגם ישראלי אפשרי, מחקרי משפט טז (תשס"א) 105, 138; א' רובינשטיין וב' מדינה, שם, עמ' 921; ח' כהן, שם, עמ' 921; י' קרפ, "מקצת שאלות של כבוד האדם לפי חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו", משפטים כה (תשנ"ה) 129, 145; ד' דורנר, "בין שוויון לכבוד האדם", ספר שמגר: מאמרים 9 (חלק א', תשס"ג)). במחלוקת זו הכריע בית המשפט העליון בפרשת התנועה לאיכות השלטון בישראל (שם, פסקה 40 לפסק דיני). נקבע כי הזכות לכבוד האדם כוללת בחובה את הזכות לשוויון, עד כמה שזכות זו קשורה לכבוד האדם בקשר ענייני הדוק (ראו שם, פסקה 33). ודוק: הזכות לשוויון אינה זכות חוקתית "מכללא"; היא אינה מוכרת מחוץ לזכויות הקבועות בחוק היסוד במפורש. הזכות לשוויון היא חלק בלתי נפרד מהזכות לכבוד האדם. ההכרה בהיבט החוקתי של השוויון אינה נובעת מאקט שיפוטי של השלמת "חסר" בחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו. ההכרה בהיבט החוקתי של השוויון נובעת מפרשנותה החוקתית של הזכות לכבוד האדם. זכות זו לכבוד האדם מוכרת בחוק היסוד במפורש. עם זאת, לא כל היבטיו של השוויון – אילו הוכר כזכות עצמאית העומדת על רגליה היא בלבד – כלולות במסגרתו של כבוד האדם. רק אותם היבטים של השוויון אשר קשורים לכבוד האדם בקשר ענייני הדוק נכללים בגדריה של הזכות לכבוד האדם.

40. האם זכותו של בן זוג ישראלי לקיים תא משפחתי בישראל מתוך שוויון ביחס לבני זוג ישראליים אחרים לקיים תא משפחתי בישראל, מהווה חלק מזכותו של בן הזוג הישראלי לכבוד האדם? התשובה היא בחיוב. הן ההגנה על התא המשפחתי בישראל, והן ההגנה על שוויונו של תא זה ביחס לתאים משפחתיים של בני זוג ישראליים אחרים, מצויים בגרעינו של כבוד האדם. איסור ההפליה של בן זוג אחד לעניין קיום התא המשפחתי שלו בישראל ביחס לבן זוג אחר, היא חלק מההגנה על כבוד האדם של בן הזוג המופלה.

ה. האם חוק האזרחות והכניסה לישראל פוגע בזכות חוקתית

1. הבעיה

41. הזכות לכבוד האדם מעניקה לכל בן זוג ישראלי זכות חוקתית לקיים חיי משפחה בישראל תוך שוויון ביחס לבני זוג ישראליים אחרים. האם חוק האזרחות והכניסה לישראל פוגע בזכות זו של בן הזוג הישראלי? חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו קובע "אין פוגעים בכבודו של אדם באשר הוא אדם" (סעיף 2). רק אם חוק האזרחות והכניסה לישראל פוגע בכבוד האדם מתעוררת בעניינו שאלה חוקתית. על רקע זה

מתעוררת השאלה האם זכותו של בן הזוג הישראלי לחיי משפחה נפגעת על ידי הוראות חוק האזרחות והכניסה לישראל, והאם חוק זה פוגע בזכותו של בן הזוג הישראלי לשוויון. נבחן כל אחת משאלות אלה בנפרד.

2. הפגיעה בזכות לחיי משפחה

(א) הפגיעה בבן הזוג הישראלי

42. כבוד האדם כזכות חוקתית משתרעת על זכותו של ישראלי להקים תא משפחתי ולממשו בישראל. האם חוק האזרחות והכניסה לישראל פוגע בזכות זו? בוודאי שחוק האזרחות והכניסה לישראל אינו מונע מבן זוג ישראלי להינשא לבן זוגו מהאזור. החופש להינשא נשמר. זאת ועוד: לרוב אין מונעים מבן הזוג הישראלי לעבור לאזור ("כל אדם חפשי לצאת מישראל": סעיף 6(א) לחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו). בכך הוא רשאי, כמובן, לממש את זכותו לקיום התא המשפחתי מחוץ לישראל. אני מניח – בלא שנמסרו לנו לעניין זה כל פרטים – כי במרבית המקרים יקבל בן הזוג הישראלי היתר מהמפקד הצבאי להיכנס לאזור. אשר לרשויות הפלסטיניות, לא נמסר לנו כי הן מערימות קשיים בעניין זה. נמצא, כי השאלה העיקרית הניצבת בפנינו היא שאלת המימוש של חיי התא המשפחתי בישראל. האם הוראת חוק האזרחות והכניסה לישראל, לפיה (סעיף 2):

"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 רישיון לישיבה בישראל לפי חוק הכניסה לישראל, ומפקד האזור לא ייתן לתושב כאמור היתר לשהייה בישראל לפי תחיקת הביטחון באזור."

פוגעת בזכותו החוקתית של בן הזוג הישראלי לקיים חיי משפחה ולממשם בישראל?

43. תשובתי על שאלה זו הינה בחיוב. זכותו של בן הזוג לקיים תא משפחתי נפגעת קשות אם אין מאפשרים לו לקיים תא משפחתי זה בישראל. הזכות לקיומו של התא המשפחתי, הינה הזכות להגשמת התא המשפחתי במדינתו של בן הזוג הישראלי. שם ביתו, שם שאר משפחתו, שם קהילתו, שם שורשיו ההיסטוריים, התרבותיים והחברתיים. התא המשפחתי לא מתקיים בחללו של עולם. הוא חי בנתונים של זמן ושל מקום. בזכות זו פוגע החוק. אכן, זכותו של בן הזוג הישראלי שמשפחתו תחיה עימו בישראל; זכותו היא לנטוע את שורשי המשפחה באדמת ארצו שלו; זכותו היא שילדו

יגדל, יתחנך ויהא לישראלי בישראל. בפרשת סטמקה לא אמר בית המשפט העליון לישראל סטמקה: "מה לך כי תלין, הרי זכותך לקיים תא משפחתי עם אשתך הלא יהודיה ניתנת להגשמה בארצה של בת הזוג". בית המשפט הכיר בזכותם של "בני המשפחה לחיות בצוותא-חדא בטריטוריה שיבחרו בה" (שס, עמ' 787). כך נוהגת מדינה בת תרבות. זכות זו נפגעת על-ידי חוק האזרחות והכניסה לישראל. אכן, סעיף 2 לחוק האזרחות והכניסה לישראל פוגע בזכותו של בן הזוג הישראלי לממש את חיי המשפחה שלו בישראל. כאשר בן הזוג הזר מצוי באזור, נמנע ממנו להיכנס לישראל. מפקד האזור אינו מוסמך ליתן לבן הזוג היתר שהייה בישראל. שר הפנים אינו מוסמך ליתן לו רשיון להיכנס לישראל. אין יוצא ואין בא. התא המשפחתי נפגע.

(ב) הפגיעה בקטין הישראלי

44. פגיעה דומה מתרחשת בילדו של בן הזוג הישראלי, עד כמה שהוא עצמו ישראלי (כגון, שהורהו הישראלי הוא אזרח או תושב והקטין חי עימו). קטין זה אינו יכול לחיות עם הורהו השני בישראל. עליו להחליט להישאר עם הורהו הישראלי בישראל או לעבור להורהו האחר באזור. זוהי החלטה טרגית לכל הדעות, הפוגעת בקטין הישראלי קשות. היא פוגעת גם בהורה הישראלי. אם הקטין אינו ישראלי והוא מצוי עם אחד מהוריו באזור, מכיר חוק האזרחות והכניסה לישראל (ראו סעיף 3א לחוק) באפשרות ליתן לו – אך לא להורה עימו חי הקטין באזור – היתר כניסה ורשיון שהייה בישראל (תוך הבחנה בין קטינים עד גיל 14 לקטינים מעל גיל 14). גם במקרה זה יש לקבל החלטה טרגית, אשר ביסודה מונחת ההנחה כי התא המשפחתי אינו חי ביחד בישראל.

45. הנה כי כן, זכותם של בן הזוג הישראלי וילדו הישראלי לממש את חיי המשפחה בישראל עם בן הזוג הזר נפגעים. זכותם לכבוד נפגעת. לאור פגיעות אלה של חוק האזרחות והכניסה לישראל בכבוד האדם של בן הזוג הישראלי, עלינו לעבור לשלב השני של הבחינה החוקתית והוא השלב של פסקת ההגבלה. בטרם נעשה כן עלינו לבדוק אם חוק האזרחות והכניסה לישראל אינו פוגע בהיבט נוסף של כבוד האדם, שעניינו זכותו של בן הזוג הישראלי לשוויון. לבדיקה זו נעבור עתה.

3. הפגיעה בזכות לשוויון

(א) מהות הפגיעה

46. כבוד האדם כזכות חוקתית משתרע גם על זכותו של בן הזוג הישראלי לשוויון. האם חוק האזרחות והכניסה לישראל פוגע בהיבט זה של כבוד האדם? תשובתי על שאלה זו היא בחיוב. החוק פוגע ביכולתם של ישראלים הנישאים לבני זוג שהם פלסטינים תושבי האזור לממש את זכותם לחיי משפחה בישראל. מיהם ישראלים אלה? הרוב המוחלט של הישראלים הנישאים לבני זוג פלסטינים תושבי האזור הינם ערבים אזרחי ישראל או תושביה. פגיעתו של החוק ממוקדת אם כן בערבים הישראלים. אמת, גם ישראלים שאינם ערבים אינם רשאים לחיות בישראל יחד עם בני זוג פלסטינים תושבי האזור. אולם מספרם של אלה בטל בששים. המסקנה היא שחוק האזרחות והכניסה לישראל מגביל, הלכה למעשה, את זכותם של ערביי ישראל, ושלהם בלבד, לממש את זכותם לחיי משפחה. מספרם של אלה מגיע לאלפים רבים. מהנתונים שנמסרו לנו עולה כי בין השנים 1993-2001 – בטרם אימצה הממשלה (ביום 15.2.2002) את המדיניות החדשה ובטרם הוחק לראשונה חוק האזרחות והכניסה לישראל (ביום 6.8.2003) – למעלה משש-עשרה אלף בקשות לאיחוד משפחות עם בני זוג ערבים מהאזור נענו בחיוב כמובן זה שבני הזוג מהאזור קיבלו היתרי שהייה או רישיונות ישיבה בארץ. זהו אחוז ניכר מסך כל בני הזוג הערבים שנישאו בישראל באותן שנים. מסקנתי הינה, אם כן, שתוצאתו של חוק האזרחות והכניסה לישראל היא שלילת זכותם של אלפים מבין הערבים אזרחי ישראל, ושלהם בלבד, לממש את זכותם לחיי משפחה. חוק שזוהי תוצאתו הינו חוק מפלה. חוק שפגיעתו מתמקדת, רובה ככולה, בערבים אזרחי ישראל פוגע בשוויון.

(ב) הפליה אסורה או הבחנה מותרת

47. כנגד טיעון זה מעמידה המדינה שני קווי הגנה. קו ההגנה הראשון של המדינה הינו הטענה כי השוני בתוצאה בין בן זוג ישראלי-יהודי לבין בן-זוג ישראלי-ערבי אינה הפליה פסולה אלא הבחנה מותרת. טענה זו סומכת עצמה על ההגדרה הקלאסית (האריסטוטלית) של הפליה. על-פיה הפליה פסולה היא יחס שונה אל שווים ויחס שווה אל שונים (ראו בג"ץ 678/88 כפר ורדים נ' שר האוצר, פ"ד מג(2) 501, 507). על פי גישה זו, השוויון מוסבר על בסיס תפיסה של רלוונטיות. עמד על כך השופט ש' אגרנט:

"המושג 'שוויון' בהקשר זה, פירושו איפוא שוויון רלוונטי (relevant equality) והוא דורש, לעניין המטרה הנדונה, 'טיפול שווה' (equality of treatment) באלה אשר המצב האמור מאפיין אותם, כנגד זאת, תהא זו הבחנה מותרת, אם השוני בטיפול בכני אדם שונים ניזון מהיותם נתונים, בשים לב למטרת הטיפול, במצב של אי-שוויון רלוונטי (relevant inequality) כשם שתהא זו הפליה, אם ניזון מהיותם נתונים במצב של אי-שוויון שאיננו רלוונטי למטרת הטיפול" (ד"נ 10/69 בורונובסקי נ' הרבנים הראשיים לישראל, פ"ד כה (1) 7, 35).

על פי גישה זו, שוויון אינו מחייב זהות. לא כל הבחנה מהווה הפליה. "שוויון בין מי שאינם שווים אינו, לעתים, אלא לעג לרש" (השופט ת' אור בפרשת אביטן, עמ' 299). לעתים "לשם השגת השוויון יש לפעול מתוך שונות" (בג"ץ 246/81 אגודת דרך ארץ נ' רשות השידור, פ"ד לה (4) 1, 11); "ההפליה היא, כידוע, הבחנה בין אנשים או בין עניינים מטעמים בלתי ענייניים" (השופט מ' חשין בבג"ץ 6051/95 רקנט נ' בית הדין הארצי לעבודה, פ"ד נא (3) 289, 311; להלן – פרשת רקנט). אכן, "עקרון השוויון אינו שולל דינים שונים לאנשים שונים. עקרון השוויון דורש כי קיומו של דין מבחין ייצדק על-פי טיב העניין ומהותו. עקרון השוויון מניח קיומם של טעמים ענייניים המצדיקים שוני" (בג"ץ 1703/92 ק.א.ל. קווי אוויר למטען בע"מ נ' ראש המחשלה, פ"ד נב (4) 193, 236; ראו גם פרשת דנילוביץ, עמ' 779).

48. על רקע הגדרה קלאסית זו של השוויון, טוענת המדינה כי פגיעתו של החוק בזכותם של בני זוג ישראלים-ערבים לחיי משפחה, ובהם בלבד, מבוססת על שוני רלבנטי. שוני זה נעוץ בכך שבני זוג ישראלים-ערבים, והם בלבד, מבקשים להביא לישראל בני זוג המהווים סיכון ביטחוני, וזאת שעה שהם מבקשים להביא לישראל את בני זוגם הערבים מהאזור. לטענת המדינה, "קיימת הצדקה אובייקטיבית המבוססת על הערכתם המקצועית של גורמי הביטחון בדבר הסיכון לאזרחי ישראל ותושביה נוכח דפוסי ההשתקעות מחמת נישואין של תושבי האזור במהלך העימות המזויין הפעיל" (פסקה 56 לסיכומים מפברואר 2006).

49. אכן, הדין היה עם המדינה אילו קבע חוק האזרחות והכניסה לישראל כי בן זוג ישראלי (יהודי או ערבי) אינו רשאי לממש את חיי המשפחה בישראל במקום שנשקף מבין הזוג הזר סיכון ביטחוני. במצב דברים זה היה נוצר, אמנם, הלכה למעשה, שוני בין בני הזוג הישראליים-היהודיים (אשר זכותם לממש את חיי הנישואין לא הייתה נפגעת על-ידי החוק) לבין בני הזוג הישראליים-הערבים (אשר היה נמנע מהם לממש

את חיי הנישואין שלהם בישראל עם בני זוגם הערבים שבאזור המהווים סיכון ביטחוני). עם זאת, שוני זה היה רלבנטי להשגתה של המטרה המונחת ביסוד ההסדר.

50. לא אלה הן הוראותיו של חוק האזרחות והכניסה לישראל. החוק אינו אוסר כניסה לישראל של בן זוג אשר נשקפת ממנו סכנה לביטחון. החוק אוסר על כניסה לישראל של כל בן זוג פלסטיני מהאזור, בין אם נשקפת ממנו סכנה לביטחון ובין אם לאו. המדינה לא טענה בפנינו, כי מבין ששה-עשר אלף בני הזוג מהאזור שנכנסו לישראל לשם מימוש חיי משפחה בישראל, כולם או רובם או אף חלק ניכר מהם, מהווים סיכון ביטחוני. המדינה טענה בפנינו כי מספרם של בני הזוג המהווים סיכון ביטחוני, והידועים למדינה, הוא קטן. ברור, איפוא, כי גם לפי טענת המדינה, מרבית בני הזוג מהאזור אשר כניסתם לישראל מתבקשת על ידי בני הזוג הישראליים, אינם מהווים סיכון ביטחוני. ההבחנה עליה מושתת חוק האזרחות והכניסה לישראל איננה, אפוא, ההבחנה בין בני זוג ישראלים המבקשים להביא לישראל בני זוג זרים המהווים סיכון ביטחוני לבין בני זוג ישראלים המבקשים להביא לישראל בני זוג זרים שאינם מהווים סיכון ביטחוני. הבחנה כזו – גם אם בפועל היא מביאה לתוצאה המבחינה בין בני זוג ישראלים-יהודים לבין בני-זוג ישראלים-ערבים – היא רלבנטית, ואין בתוצאותיה משום פגיעה בשוויון (הפליה). אלא שחוק האזרחות והכניסה לישראל מושתת על הבחנה אחרת, והיא ההבחנה בין בני זוג זרים של ישראלים שהם פלסטינים תושבי האזור, לבין בני זוג זרים של ישראלים שאינם. ביסוד הבחנה זו לא עומד הסיכון הביטחוני הנשקף מבן הזוג הפלסטיני מהאזור, שכן גם אם אין כל נתון באשר לסיכון הנשקף ממנו, ואפילו מוכח הלכה למעשה שאינה נשקפת ממנו סכנה, כניסתו לישראל אסורה. מסקנתי היא, אם כן, שפגיעתו הקשה של חוק האזרחות והכניסה לישראל במימוש זכותם של בני הזוג הערבים-הישראלים, ושלהם בלבד, לחיי משפחה בישראל, אינה נשענת על הבחנה רלוונטית.

(ג) הפגיעה בשוויון בהיעדר כוונת הפליה

51. קו ההגנה השני של המדינה הינה הטענה כי תכליתו של החוק לא היתה להפלות בין בני זוג ישראלים-יהודים לבין בני זוג ישראלים-ערבים. לחוק תכלית ביטחונית בלבד. הוא לא נועד ליצור שוני בין בני זוג ישראלים יהודים לבין בני זוג ישראלים ערבים. טיעון זה אינו יכול לעמוד. מקובל עלינו, כי תכליתו של חוק האזרחות והכניסה לישראל היא ביטחונית, וכי לא מסתרת מאחוריו כל כוונה להפלות את בן הזוג הישראלי-יהודי לעומת בן הזוג הישראלי-ערבי. עם זאת, להיעדרה של הכוונה להפלות אין השפעה על קיומה של ההפליה. אכן, הלכה פסוקה היא בדיני השוויון, כי

הפגיעה בשוויון (או ההפליה) אינה נבחנת אך על פי מטרתה של הנורמה שלפי הטענה יש בה הפליה. על פי הדין הנוהג בישראל הפגיעה בשוויון (או ההפליה) נבחנה גם בתוצאה (ה-impact) הלא מכוונת המושגת על ידה (ראו פרשת נבו, עמ' 759; פרשת דנילוביץ, עמ' 764). כחוט השני עוברת בפסיקתו של בית המשפט העליון התפיסה כי "הפליה היא פסולה גם כשאינן ביסודה כוונה להפלות" (השופט א' מצא בבג"ץ 4531/94 שדולת הנשים בישראל נ' שר התחבורה, פ"ד מח(5) 501, 524); "עקרונות השוויון צופה פני התוצאה; תהא כוונתו של אדם טהורה וזכה ככל-שתהא, אם התוצאה המתקבלת ממעשהו תוצאה-מפלה היא, יפסל מעשהו כלא-היה" (השופט מ' חשין בבג"ץ 2671/98 שדולת הנשים בישראל נ' שר העבודה והרווחה, פ"ד נב(3) 630, 654; ראו גם פרשת נוף, עמ' 436; פרשת מילר, עמ' 116); "השאלה אינה רק מהו המניע של המחליטים; השאלה הינה גם מהי התוצאה של החלטה. החלטה היא פסולה, לא רק כאשר המניע הוא לפגוע בשוויון, אלא גם כאשר המניע הוא אחר, אך הלכה למעשה, נפגע השוויון" (פרשת פורז, עמ' 333). עמדתי על כך באחת הפרשות בציני:

"קיומה או היעדרה של הפליה נקבע, בין השאר, על-פי האפקט שדבר חקיקה משיג הלכה למעשה... על-כן דין שניסוחו 'נויטראלי' עשוי להיות מפלה, אם האפקט שלו הוא מפלה. אכן, הפליה עשויה להיות בלתי מכוונת... אפילו מטרתה של נורמה משפטית אינה ליצור הפליה, אם ההפליה נוצרת, הלכה למעשה, הנורמה נגועה בהפליה" (בג"ץ 1000/92 בבלי נ' בית הדין הרבני הגדול, פ"ד מח(2) 221, 241-242; ראו גם פרשת קעטאן, עמ' 279).

בפרשת ועדת המעקב העליונה הוספתי:

"הפליה אסורה עשויה להתקיים גם בהיעדר כוונה או מניע של אפליה מצד יוצרי הנורמה המפלה. לעניין ההפליה, די בתוצאה המפלה. כאשר מימוש הנורמה שיצרה הרשות – שיכול והתגבשה ללא כוונת הפליה – גורר תוצאה שהיא בלתי שוויונית ומפלה, עשויה הנורמה להיפסל בשל ההפליה שדבקה בה. הפליה אינה נקבעת אך על-פי מחשבתו וכוונתו של יוצר הנורמה המפלה. היא נקבעת גם על-פי האפקט שיש לה הלכה למעשה... המבחן לקיומה של הפליה הוא מבחן אובייקטיבי המתמקד בתוצאה של מימוש הנורמה העומדת לביקורת. הוא אינו מוגבל למחשבתו הסובייקטיבית של יוצר הנורמה. השאלה אינה אם קיימת כוונה להפלות קבוצה זו או אחרת. השאלה הינה מהי התוצאה הסופית הנוצרת במציאות החברתית" (שם, פסקה 18 לפסק דיני).

בעניין שלפנינו, התוצאה (ה-impact) של חוק האזרחות והכניסה לישראל הינה הגבלת זכותם של ערבים אזרחי ישראל ותושביה, ושלם בלבד, לחיי משפחה. זוהי תוצאה מפלה. הפליה זו אינה נשענת על הבחנה רלוונטית. אם נקבל אותה, "נעשה מעשה חמור של הפליה, ותכלית ראויה למעשה לא מצאנו" (דברי השופט מ' חשין בפרשת סטמקה, בעמ' 759; ראו עוד דברי השופטת א' פרוקצ'יה בבג"ץ 2597/99 טושביים נ' שר הפנים, פ"ד נח(5) 412, 451-450). המסקנה היא שהחוק פוגע בזכות החוקתית לשוויון.

(ד) פגיעה כדין בשוויון

52. כמובן, התוצאה המפלה כלפי בן הזוג הישראלי-ערבי הנגרמת על ידי חוק האזרחות והכניסה לישראל, אינה גוררת אחריה מיד את המסקנה, כי החוק אינו חוקתי. רבות הן הפגיעות החוקתיות בזכויות המוגנות על פי חוקי היסוד. חוקתיות זו קיימת חרף הפגיעה בזכויות האדם. היא מתאפשרת אם מתקיימים תנאיה של פסקת ההגבלה. כך הדין לעניין כל זכויות האדם. כך הדין גם לגבי הזכות למימוש חיי המשפחה בישראל. כך גם הדין לגבי הזכות לשוויון. לא כל פגיעה בשוויון – כלומר, לא כל הפליה – היא בלתי חוקתית. מצויות הפליות חוקתיות. אלה אותן הפליות המקיימות את דרישותיה של פסקת ההגבלה. עמדתנו על כך באחת הפרשות:

"בתחום הזכות לשוויון, ההבחנה היחידה אינה עוד בין שוויון או הבחנה (שהם חוקיים) לבין הפליה (שאינה חוקית). עתה עלינו להבחין בין זכות השוויון לבין האפשרות החוקתית לפגוע בזכות זו כאשר מתקיימות דרישותיה של פסקת ההגבלה. במצב דברים זה הפעולה השלטונית היא מפלה – אין בה הבחנה ויש בה פגיעה בשוויון. עם זאת, הפליה זו ראויה היא, שכן היא תואמת את ערכי המדינה, היא לתכלית ראויה, והפגיעה בשוויון אינה מעבר לנדרש" (פרשת הופנונג, עמ' 76).

ובפרשה אחרת הוספתי:

"הזכות לשוויון, ככל זכויות האדם האחרות, אינה זכות 'מוחלטת'. היא בעלת אופי 'חסי'. יחסיות זו מתבטאת באפשרות הפגיעה בה כדין אם מתקיימים התנאים של פסקת ההגבלה" (פרשת ועדת המעקב העליונה, פסקה 22 לפסק דיני).

הנה כי כן, תשובתה של המדינה בעניין הסיכון הביטחוני הנשקף מבן הזוג הזר המבקש לממש את התא המשפחתי עם בן הזוג הישראלי-ערבי הינה תשובה שאין בכוחה לשלול מחוק האזרחות והכניסה לישראל את אופיו המפלה. החוק פוגע בזכות לשוויון של בן הזוג הישראלי-ערבי. עם זאת, עדיין עומדת למדינה הטענה כי פגיעה זו בשוויון – כמו גם הפגיעה בזכותו של בן הזוג הישראלי לממש את חיי המשפחה בישראל – היא חוקתית, שכן היא מקיימת את יסודותיה של פסקת ההגבלה. עם זאת, מן הראוי הוא להבין את כוחה ואת מיקומה "הגיאומטרי" של טענת המדינה. כוחה אינו עומד לשלול מחוק האזרחות והכניסה לישראל את אופיו המפלה. מיקומה בשלב הראשון של הבחינה החוקתית אינו תופס, איפוא. עם זאת, עדיין עומדת למדינה הטענה – אשר את דבר תקיפותה יהא עלינו לבחון – כי הפליה זו היא כדין, שכן היא מקיימת את דרישותיה של פסקת ההגבלה. מקומה של טענה זו בשלב השני של הבחינה החוקתית. לבחינה זו נעבור עתה, הן לעניין הפגיעה בזכות בן הזוג הישראלי למימוש חיי המשפחה בישראל, והן לעניין הפגיעה בזכותו לשוויון.

1. שלבי הבחינה החוקתית: (2) האם הפגיעה בזכות החוקתית היא

כדין?

1. מטרתה, חשיבותה ויסודותיה של פסקת ההגבלה

(א) המעבר משלב הפגיעה בזכות לשלב הצידוק לפגיעה

53. הגענו למסקנה כי חוק האזרחות והכניסה לישראל פוגע בכבוד האדם של בני זוג ישראליים. פגיעה זו כפולה היא. (1) החוק פוגע בזכותו של בן הזוג הישראלי למימוש חיי המשפחה שלו בישראל; (2) החוק פוגע בזכותו של בן הזוג הישראלי-ערבי למימוש זכותו לחיי משפחה בישראל מתוך שוויון. מסקנה זו קשה היא, אך אין היא פאטאלית לתוקפו של החוק. לא נובע ממנה כי חוק האזרחות והכניסה לישראל אינו חוקתי. עם זאת, חוקתיות של החוק הועמדה בספק, שכן זכות אדם חוקתית נפגעת. עתה יש לעבור לשלב הצידוק (ה-justification). יש להראות כי הפגיעה בזכות החוקתית היא כדין. נמצא, כי אין אפשרות להפסיק את הבדיקה החוקתית בשלבה הראשון (האם נפגעת זכות חוקתית) ויש לעבור לשלב השני של הבדיקה החוקתית (האם הפרת הזכות היא כדין). אכן, רבים הם החוקים הפוגעים בזכויות אדם חוקתיות,

בלא שחוקתיותם נפגעת (ראו פרשת דיזיין, פסקה 11 לפסק הדין). זאת, משום שקיימים נימוקים חוקתיים המצדיקים את הפגיעה. נימוקים אלה מעוגנים בפסקאות ההגבלה (ה- limitation clauses). פסקאות אלה, יש והן מעוגנות בלשונו המפורשת של חוק היסוד, ויש והן פרי ההלכה הפסוקה (ראו פרשת הופנונג, עמ' 70, 75, 76; ע"ב 92/03 מופז נ' יושב-ראש ועדת הבחירות המרכזית לכנסת השש-עשרה, פ"ד נז(3) 793, 811 ראו גם ההחלטה ברע"א 9041/05 "אמרי חיים" עמותה רשומה נ' ויזל (טרם פורסמה, מיום 30.1.06). זאת ועוד: לרוב אין הזכות כוללת בחובה פסקת הגבלה המיוחדת לה. במצב דברים זה תחול על אותה הזכות פסקת ההגבלה הכללית הקובעת את התנאים לפגיעה בכלל ההוראות שבאותו חוק יסוד, בין אם המדובר בפסקת הגבלה חרותה ובין אם מדובר בפסקת הגבלה שיפוטית (ראו א' ברק, שופט בחברה דמוקרטית 350 (2004)). יחד עם זאת, לעיתים נקבעת פסקת הגבלה ספציפית הקובעת את התנאים לפגיעה בזכות או הוראה חוקתית מסויימת. במצב דברים זה חלות על זכות או הוראה חוקתית מספר פסקאות הגבלה במצטבר. כך הדבר שכן פגיעה בזכות מעין זו מחייבת עמידה הן בתנאים של פסקת ההגבלה הספציפית והן בתנאים של פסקת ההגבלה הכללית. בעתירות שלפנינו, רלבנטית פסקת ההגבלה הכללית הקבועה בחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו. לבחינתה של זו נעבור עתה.

(ב) פסקת ההגבלה הכללית בחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו

54. פסקת ההגבלה הכללית בחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו קבועה בסעיף 8 לחוק היסוד:

"פגיעה
בזכויות
8. 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".

הוראות דומות מצויות במשפט המשווה (ראו סעיף 1 לצ'רטר הקנדי בדבר זכויות וחירויות; סעיף 36 לחוקה של דרום אפריקה; סעיף 29 להכרזה האוניברסלית בדבר זכויות האדם). לפסקת ההגבלה תפקיד כפול: מחד גיסא, היא מבטיחה כי זכויות האדם הקבועות בחוק היסוד לא ייפגעו אלא בהתקיים התנאים הקבועים בה. מאידך גיסא, היא מבטיחה כי אם התנאים הקבועים בה מתקיימים, הפגיעה בזכויות האדם הקבועות בה היא חוקתית (ראו פרשת דיזיין, פסקה 11 לפסק הדין; בג"ץ 9333/03 קניאל נ' ממשלת ישראל (טרם פורסם; פסקה 17; פרשת המועצה האזורית חוף עזה, עמ' 545).

55. פסקת ההגבלה היא מרכיב מרכזי במבנה החוקתי שלנו (ראו D.M. Beatty, The Ultimate Rule of Law (2004)). היא מבטאת את הרעיון כי תוקפם החוקתי של זכויות האדם מבוסס על איזון כולל בין זכויות הפרט לבין צרכי הכלל (פרשת בנק המזרחי המאוחד, עמ' 433; פרשת לשכת מנהלי ההשקעות, עמ' 384; פרשת דיידין, פסקה 11 לפסק הדין). "היא נקודת האחיזה עליה מונח האיזון החוקתי בין פרט לכלל, בין היחיד לחברה" (פרשת התנועה לאיכות השלטון בישראל, פסקה 45 לפסק דיני). פסקת ההגבלה מבוססת על תפיסת היסוד כי זכויות האדם הן זכויות כחלק מחברה. "האדם אינו עומד לעצמו כפרט בודד. האדם הוא חלק מחברה... זכויות האדם הינן, איפוא, זכויותיו בחברה מאורגנת" (השופט א' לוי בפרשת עמותת מחוייבות, פסקה 4 לפסק דינו). פסקת ההגבלה משקפת את הרעיון כי זכויות האדם אינן מוחלטות; כי הן יחסיות; כי ניתן לפגוע בזכותו של פרט אחד כדי לקיים את זכותו של פרט אחר; כי ניתן לפגוע בזכותו של הפרט כדי לקיים את הכלל. עמדה על כך חברתי, השופטת א' פרוקצ'יה:

"פסקת ההגבלה משקפת איזון בין האינטרסים החוקתיים המשתקפים בזכויות היסוד לבין הצרכים המשתקפים בחקיקה העומדת למבחן. זכויות היסוד, גם בהיותן זכויות-על בעלות אופי חוקתי, הן אינן מוחלטות, אלא צומחות ממצואות חיים המחייבת קיום איזונים בין חובת השמירה על זכויות פרט חשובות לבין מתן מענה לאינטרסים אחרים בעלי ערך, בין של הפרט ובין של הציבור. קביעת סדר הרמוני בין מכלול אינטרסים אלה הוא תנאי לחיי חברה תקינים ולשמירה על משטר חוקתי ראוי... פסקת ההגבלה נועדה לתחום את הגבולות שבתוכם תוכל לצמוח חקיקה ראשית של הכנסת גם מקום שיש בה פגיעה בזכות יסוד, ובלבד שפגיעה זו תימצא במיתחם האיזונים הראוי בין ההגנה על הזכות לבין הצורך בהשגת תכליות חשובות אחרות הכרוכות בפגיעה בה" (רע"א 3145/99 בנק לאומי בע"מ נ' חזן, פ"ד נז(5) 385, 405).

אכן, "קיומן של זכויות אדם מניח קיומה של חברה וקיומן של הגבלות על חופש הרצון של הפרט" (פרשת התנועה לאיכות השלטון בישראל, פסקה 45 לפסק דיני).

56. חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו מעניק מעמד חוקתי למספר זכויות. הן מוגדרות במונחים רחבים. ניסוחן הוא פתוח. היקף הפריסה של כל אחת מהזכויות אינו בלתי מוגבל. גבולותיה של כל זכות ייקבעו על פי פרשנותה החוקתית. פרשנות זו תקבע את קו הגבול שבין הזכויות השונות. היא תקבע גם את האזורים עליהם חלות מספר זכויות חוקתיות ואת היחס ביניהן. שינוי בהיקף הפריסה של הזכויות החוקתיות מחייב שינוי חוקתי. ניתן לעשותו רק באמצעות חוק יסוד (ראו פרשת בנק המזרחי המאוחד, עמ' 407; בג"ץ 4676/94 מיטראל נ' כנסת ישראל, פ"ד נ(5) 15, 27; בג"ץ 212/03 חירות התנועה הלאומית נ' יו"ר ועדת הבחירות המרכזית, פ"ד נז(1) 750, 755-756; בג"ץ 1384/98 אבני נ' ראש הממשלה, פ"ד נב(5) 206). בכל אלה אין תחולה לפסקת ההגבלה. אין היא קובעת את היקפן של הזכויות החוקתיות. תפקידה שונה. היא מהווה חלק מחוקי היסוד עצמם, ורמתה היא חוקתית. היא נועדה לקיים את התוקף החוקתי של חקיקה רגילה הפוגעת בזכויות האדם החוקתיות. היא מהווה מטריה חוקתית המעניקה הגנה חוקתית לדברי חקיקה "רגילים" הפוגעים בזכויות אדם. אכן, תפקידה של פסקת ההגבלה אינו במישור היקפה של הזכות החוקתית. פסקת ההגבלה אינה מעניקה תוקף חוקתי לחקיקה רגילה המבקשת לשנות את היקפה של הזכות החוקתית. חקיקה רגילה אינה יכולה לקבוע כי עניין פלוני אינו נופל לגדרה של הזכות החוקתית. פסקת ההגבלה פועלת במישור שונה. תחום מחייתה הוא המשפט הרגיל (להבדיל מהמשפט החוקתי). המשפט הרגיל אין בכוחו לשנות את זכויות האדם. עם זאת, משפט זה כולל מערכת מקיפה של דינים, פרי יצירתם של רשויות המדינה. דינים אלה מגשימים לעתים זכויות אדם, ותוך כדי כך פוגעים בזכויות אחרות. לעתים הם נועדו להגשים את אינטרס הכלל, ותוך כדי כך הם פוגעים בזכויות הפרט. פסקת ההגבלה נועדה ליתן תוקף חוקתי לפגיעות שהדין הרגיל פוגע בזכויות האדם החוקתיות. בכך היא קובעת גם את מידת המימוש של זכויות האדם החוקתיות. אכן, תפקידה של פסקת ההגבלה הוא לקבוע את תוקפה של החקיקה הרגילה הפוגעת בזכויות האדם. מישור פעולתה של פסקת ההגבלה אינה היקפה של הזכות החוקתית וגבולות פריסתה. פעולתה של פסקת ההגבלה הוא במימושה של הזכות החוקתית באמצעות הדינים הרגילים ומידת ההגנה עליה.

57. פסקת ההגבלה היא חלק בלתי נפרד מחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו. זכותו של האדם וחוקתיות הפגיעה בזכות זו יונקות מחוק היסוד עצמו. הן את זכויות האדם והן את פסקת ההגבלה יש לפרש על פי עקרונות היסוד ומטרות היסוד של חוק היסוד (סעיפים 1 ו-1א לחוק היסוד). עמדתו על כך בפרשת בנק המזרחי המאוחד בציני:

”הזכות החוקתית והפגיעה כדין בה יונקים ממקור משותף... הן הזכות החוקתית והן ההגבלה שעליה כפופות לעקרון היסוד שעליו בנוי חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו (סעיף 1) ולמטרותיו (סעיפים 1א ו-2)“ (שם, עמ' 433).

אכן, זכויות האדם ויכולת הפגיעה בהן יונקות מאותו מקור. הן משקפות אותם ערכים. אמת, זכויות האדם אינן מוחלטות. ניתן להגביל את מימושן. אך להגבלה על מימוש זכויות אדם, יש גבולות (ראו בג"ץ 164/97 קונטרס בע"מ נ' משרד האוצר, אגף המכס והמע"מ, פ"ד נב(1) 289, 347; להלן – פרשת קונטרס; פרשת דיזיין (פסקה 11); פרשת המועצה האזורית חוף עזה, עמ' 545). גבולות אלה מעוגנים בפסקת ההגבלה.

58. ההגבלות על מימושן של זכויות האדם החוקתיות הן מסוגים שונים. אחד הסוגים המקובלים והידועים הוא ביטחון המדינה ושלוש הציבור. אלה הם אינטרסים ציבוריים המצדיקים חקיקה שיש בה כדי להגביל זכויות אדם. ”ביטחון הוא ערך יסודי בחברתנו. ללא ביטחון לא ניתן לשמור על זכויות אדם“ (השופט ד' דורנר בבג"ץ 5627/02 סייף נ' לשכת העיתונות הממשלתית, פ"ד נח(5) 10, 76; להלן – פרשת סייף). עמדתו על כך באחת הפרשות:

”חוקה אינה מרשם להתאבדות, וזכויות האזרח אינן במה לכיליון לאומי... זכויות האזרח יונקות מקיומה של המדינה, ואין להפכן לקרדום לחיסולה“ (ע"ב 2/84 ניימן נ' יושב ראש ועדת הבחירות המרכזית לכנסת האחת-עשרה, פ"ד לט(2) 225, 310).

ובפרשה אחרת ציינתי:

”אין מנוס – בחברה דמוקרטית שוחרת חופש וביטחון – מאיזון בין החירות והכבוד לבין הביטחון. אסור שזכויות האדם ייהפכו לקרדום לשלילת ביטחון הציבור והמדינה. נדרש איזון – איזון עדין וקשה – בין החירות והכבוד של הפרט לבין ביטחון המדינה וביטחון הציבור“ (דנ"פ 7048/97 פלוניס נ' שר הביטחון, פ"ד נד(1) 721, 741; ראו גם בג"ץ 7015/02 עג'ורי נ' מפקד כוחות צה"ל בגדה המערבית, פ"ד נו(6) 352, 383; להלן – פרשת עג'ורי).

אכן, "זכויות האדם אינן מרשם לכיליון לאומי" (פרשת קונטרס, עמ' 347). "צרכיה של החברה ומטרותיה הלאומיות עשויות לאפשר פגיעה בזכויות האדם" (פרשת המועצה האזורית חוף עזה, פסקה 59). ניתן לפגוע בזכות של בן זוג ישראלי-ערבי לממש בישראל את חיי המשפחה שלו, וניתן להפלותו אם צורכי הביטחון מצדיקים זאת. לשם כך חייב החוק הפוגע לקיים את תנאיה של פסקת ההגבלה. לבחינת תנאים אלה נפנה עתה.

(ד) תנאיה של פסקת ההגבלה

59. פסקת ההגבלה קובעת ארבעה תנאים אשר קיומם המצטבר מאפשר פגיעה חוקתית בזכות אדם הקבועה בחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו. ארבעת התנאים הם: (א) הפגיעה בזכויות האדם צריכה להיות מעוגנת "בחוק... או לפי חוק... מכוח הסמכה מפורשת בו"; (ב) החוק הפוגע "הולם את ערכיה של מדינת ישראל"; (ג) החוק הפוגע "נועד לתכלית ראויה"; (ד) החוק פוגע בזכות האדם החוקתית "במידה שאינה עולה על הנדרש". הכל מסכימים כי התנאי הראשון מתקיים בעתירות שלפנינו. לא שמענו טיעונים בעניין התנאי השני ואשאירו בצריך עיון. היבטים שלו ייבחנו במסגרת התנאים השלישי ("תכלית ראויה") והרביעי ("במידה שאינה עולה על הנדרש"). שני תנאים אלה קשורים זה בזה. האחד קובע את המטרה הראויה. השני קובע את האמצעים הראויים להגשמתה. כל עוד אין יודעים מהי המטרה וכל עוד לא נקבע כי המטרה היא ראויה, אין לדעת מהם האמצעים הראויים להגשמתה. נפנה עתה לכל אחד משני התנאים הללו, ונפתח ב"תכלית ראויה".

2. "תכלית ראויה"

(א) קביעת ה"תכלית"

60. תנאי זה של פסקת ההגבלה מתמקד בתכלית אשר הגשמתה מצדיקה פגיעה בזכות החוקתית. לשם כך יש צורך לאתר את "התכלית" של דבר החקיקה. כן יש לקבוע אם "תכלית" זו היא "ראויה". פעולות אלה נקבעות על פי אמות מידה נורמטיביות. הן מעוררות לא פעם קשיים ניכרים. כך, למשל, מתעוררת לא פעם השאלה כיצד לבחון את תכליתו של חוק שיש לו מספר תכליות? בעניין זה נקבע כי יש להתמקד בתכלית הדומיננטית (ראו פרשת מנחם, עמ' 264). כן מתעוררות בעיות קשות בקביעת רמת ההפשטה של התכלית, במקום שיש לחוק תכליות מספר ברמות הפשטה שונות. כן מתעוררות שאלות הקשורות באשר לאמות המידה לאיתור התכלית. השאלה הינה האם

התכלית של דבר החקיקה היא תכליתו הסובייקטיבית בלבד, תוך התמקדות במניע שעמד ביסוד החקיקה; או אולי ה"תכלית" של דבר החקיקה היא תכליתו האובייקטיבית בלבד, תוך התמקדות בתכלית בעת ההכרעה בשאלת החוקתיות; ואולי ה"תכלית" נקבעת – כמו לעניין פרשנותה של החקיקה – על פי תכליתה האובייקטיבית והסובייקטיבית גם יחד (ראו פרשת בנק המזרחי המאוחד, עמ' 435). שאלות אלה מתחדדות כאשר עובר זמן ניכר בין מועד החקיקה לבין מועד קביעת החוקתיות. העתירות שלפנינו אינן מחייבות מתן תשובה לשאלות אלה, ולו משום הזמן הקצר שעבר בין מועד חקיקתו של חוק האזרחות והכניסה לישראל ומועד קביעת חוקתיותו.

(ב) התכלית "ראויה"

61. חוק הפוגע בזכות אדם חוקתית צריך להיחקק לתכלית "ראויה". תכלית יכולה להיות ראויה בהקשרים שונים. לעניין פסקת ההגבלה היות התכלית ראויה נעשה בהקשר של הפגיעה בזכויות האדם. עמדתנו על כך באחת הפרשות בציינינו:

"בחינת השאלה אם התכלית היא 'ראויה' נעשית בהקשר של הפגיעה בזכות האדם המוגנת בחוק-היסוד. השאלה עליה יש להשיב הינה אם ניתן להצדיק את הפגיעה בזכויות האדם בתכליתה הראויה של החקיקה ... נמצא, כי חקיקה הפוגעת בזכויות אדם תקיים את הדרישה בעניין 'תכלית ראויה', אם תכליתה של אותה חקיקה מעניקה צידוק מספיק לאותה פגיעה בזכויות אדם" (פרשת המועצה האזורית חוף עזה, פסקה 63 לפסק דין הרוב).

קביעת אמות המידה להיות תכלית ראויה לעניין פגיעתה בזכויות האדם מעוררת בעיות לא פשוטות. בפרשת התנועה לאיכות השלטון בישראל עמדנו על שתיים מבעיות אלה: האחת, מהם מאפייניה של התכלית, המצדיקה פגיעה בזכות האדם המוגנת בחוק היסוד; השנייה, מה מידת הצורך בהגשמתה של תכלית זו (ראו שם, פסקה 50 לפסק דיני; ראו גם פרשת חורב, עמ' 52; פרשת לוי, עמ' 889).

(ג) מאפייני התכלית הראויה

62. מהם מאפייניה של התכלית הראויה? נקבע כי תכליתו של חוק הפוגע בכבוד האדם, היא ראויה אם היא נועדה להגשים מטרת חברתיות העולות בקנה אחד עם ערכיה של המדינה בכלל, והמגלות רגישות למקומן של זכויות האדם במערך החברתי הכולל (ראו פרשת התנועה לאיכות השלטון בישראל, פסקאות 51 ו-52 לפסק דיני, וכן

בנק המזרחי המאוחד, עמ' 434; בג"ץ 5016/96 חורב נ' שר התחבורה, פ"ד נא(4) 1, 42; פרשת אורון, עמ' 662; בג"ץ 4140/95 סופרפארם (ישראל) בע"מ נ' מנהל המכס והמע"מ, פ"ד נד(1) 49, 100; פרשת מנחם, עמ' 264; פרשת המועצה האזורית חוף עזה, עמ' 801 לפסק דינו של השופט א' לוי).

(ד) הצורך בהגשמת התכלית

63. מהי מידת הצורך בהגשמתה של התכלית כדי שזו תהא "ראויה"? התשובה לשאלה זו משתנה על פי מהותה של הזכות הנפגעת ומידת הפגיעה בה. "ככל שהזכות הנפגעת חשובה יותר, וככל שהפגיעה בזכות קשה יותר, כך צריך אינטרס ציבורי חזק יותר כדי להצדיק את הפגיעה" (השופט י' זמיר בפרשת צמח, עמ' 273; ראו גם פרשת מנחם, עמ' 258; פרשת חורב, עמ' 52). כאשר הפגיעה היא בזכות מרכזית – כגון הפגיעה בכבוד האדם – תכליתו של החוק הפוגע תצדיק הפגיעה אם התכלית מבקשת להגשים מטרה חברתית מהותית, או צורך חברתי לוחץ. יתכן ופגיעות בזכויות מרכזיות פחות יצדיקו רמת נחיצות נמוכה יותר.

3. "במידה שאינה עולה על הנדרש"

(א) מידתיות הפגיעה

64. הדרישה כי תכליתו של החוק הפוגע תהא "ראויה" מתמקדת במטרתה של החקיקה הפוגעת בזכות האדם החוקתית. הדרישה כי פגיעתה של החקיקה תהא "במידה שאינה עולה על הנדרש" מתמקדת באמצעי שהמחוקק בחר בו. חוק הפוגע בזכות אדם חוקתית הוא מידתי רק אם קיים יחס ראוי בין המטרה הראויה שהחוק מבקש להגשים, לבין האמצעים שהוא נוקט להגשמתה של המטרה. לפנינו "מבחן מינון" (השופט א' גולדברג בפרשת בנק המזרחי המאוחד, עמ' 574). העקרון המרכזי העולה מתנאי זה של מידתיות הוא כי "המטרה אינה מקדשת את האמצעים" (השופט ת' אור בפרשת אורון, עמ' 665). "מטרות ראויות אינן מקדשות את כל האמצעים" (פרשת התנועה לאיכות השלטון בישראל, פסקה 47 לפסק דיני). לא די בכך שהתכלית תהא "ראויה", גם האמצעים צריכים להיות ראויים (פרשת התנועה לאיכות השלטון בישראל, פסקה 57 לפסק דיני). אמצעי ראוי הוא אמצעי מידתי. אמצעי הוא מידתי אם פגיעתו של החוק בזכות המוגנת היא במידה שאינה עולה על הנדרש. אכן, עקרון המידתיות "נועד למנוע פגיעה יתרה בחירותו של היחיד. הוא קובע כי האמצעי השלטוני צריך להיגזר בקפידה כדי להלום את הגשמתה של התכלית. בכך בא לידי

ביטוי עקרון שלטון החוק וחוקיות השלטון" (בג"ץ 3477/95 בן עטייה נ' שר החינוך התרבות והספורט, פ"ד מט(5) 1, 12; להלן – פרשת בן עטייה).

(ב) מבחני המשנה למידתיות

65. במשפט הישראלי – בעקבות המשפט המשווה – נעשה נסיון לקונקרטיזציה של דרישת המידתיות (למקורות הישראליים והמשויים, ראו פרשת התנועה לאיכות השלטון בישראל, פסקה 57 לפסק דיני). קונקרטיזציה זו "נועדה לכוון את החשיבה החוקתית, אך לא להקפאה" (פרשת לשכת מנהלי ההשקעות, עמ' 385; ראו גם Craig, "Unreasonableness and Proportionality in UK Law", in E. Ellis (ed.), *The Principle of Proportionality in Laws of Europe* 85, 99 (1999)). נקבע כי קיומה של המידתיות מותנה בקיומם המצטבר של שלושה מבחני משנה. קו הגבול בין המבחנים אינו מדויק. קיימת ביניהם לעתים חפיפה ניכרת. הפעלתם של מבחני המשנה עצמם מושפעת ממהותה של הזכות הנפגעת. "מן הראוי כי כל שלושת מבחני המשנה... יופעלו וייושמו בהתחשב במהותה של הזכות שהפגיעה בה עומדת על הפרק" (השופט ד' דורנר בפרשת לשכת מנהלי ההשקעות, עמ' 430). כן מושפעת הפעלתם על מבחני המשנה מעוצמת הפגיעה, וחשיבותם של הערכים והאינטרסים שהחוק הפוגע נועד להגשים (ראו פרשת מנחם, עמ' 280, וכן ד' דורנר, "מידתיות", ספר ברנזון 281, 288 (כרך שני, 2000)). "בהחילנו את עילת המידתיות נזכור עוד זאת, כי כעוצמת הזכות הנפגעת או כעוצמת הפגיעה בזכות, כן תהא עוצמת הקפדתנו עם הרשות בעילת המידתיות" (פרשת סטמקה, עמ' 777). שלושת מבחני המשנה הם: מבחן הקשר הרציונלי (או מבחן ההתאמה); מבחן האמצעי שפגיעתו פחותה (או מבחן הצורך); מבחן האמצעי המידתי (או מבחן המידתיות במובן הצר).

4. מבחן המשנה הראשון: קשר רציונלי

(א) מהות הקשר הרציונלי

66. המבחן הראשון הוא "מבחן הקשר הרציונלי" או "מבחן ההתאמה". על פיו נדרש קשר של רציונליות בין המטרה הראויה לבין האמצעי שנבחר. הרציונליות אינה טכנית. היא מחייבת לעתים הוכחתם של קשרים סיבתיים, המבססים את הקשר הרציונלי. לעניין קשרים אלה, לא נדרשת, מחד גיסא, ודאות מוחלטת כי האמצעי ישיג את מטרתו, ומאידך גיסא, אין להסתפק בסיכון "קלוש ותיאורתי" (פרשת טייף, 78). נדרשת אותה מידת הסתברות שהיא ראויה בהתחשב במהות הזכות, עוצמת הפגיעה

בה, והאינטרס הציבורי שהפגיעה נועדה להגשים. "לא נדרשת וודאות מוחלטת כי האמצעי ישיג את מטרתו. די במידת הסתברות רצינית להשגת התכלית על ידי האמצעי הפוגע בזכות. מידת ההסתברות הנדרשת תיקבע בהתאם לחשיבותה היחסית של הזכות הנפגעת ושל תכלית הפגיעה" (השופט דורנר בפרשת לשכת מנהלי ההשקעות, עמ' 420): כך, למשל, בפרשת סטמקה נידונה מדיניות משרד הפנים, לפיה בן זוג זר חייב לעזוב את הארץ עד שבקשת בן הזוג הישראלי להסדרת מעמדו של בן הזוג הזר תידון לגופה. בית המשפט פסק כי מדיניות זו אינה מידתית. אשר למבחן הקשר הרציונלי, ציין השופט מ' חשין:

"משרד הפנים לא נתן בידנו כל סטטיסטיקה רלבנטית, לא באשר למספר הנישואין הפיקטיביים ולא באשר ליחס בין אלה לבין כלל הנישואין בסך אזרחי ישראל לבין זרים לא יהודיים. נניח שהמדובר בנישואין פיקטיביים של אחד לעשרה. הניתן למצוא קשר רציונלי בין האמצעי למטרה? האם קשר רציונלי ראוי הוא שהתשעה יסבלו בעבור האחד" (שם, עמ' 778).

(ב) ביטוס הקשר הרציונלי

67. לעתים נדרש להציג בפני בית המשפט את "העובדות החברתיות" (או "העובדות החוקתיות") המצביעות על הקשר הרציונלי (ראו פרשת בנק המזרחי המאוחד, עמ' 439, וכן Lamer, "Canada's Legal Revolution: Judging in the Age of the Charter of Rights", 28 *Isr. L. Rev.* 579, 581 (1994)). לעתים קרובות "נדרשת בחינה של המציאות החברתית, אשר החוק יבקש לשנותה. המאפיין מקרים אלה הוא, שהערכת ההתאמה או הקשר הרציונלי מצויה במידה רבה בתחום ההערכה באשר לעתיד לבוא. אלה מקרים בהם קיימים מספר משתנים היכולים להשפיע על ההתאמה הסופית של האמצעי למטרה ועל הקשר הרציונלי ביניהם. ההתאמה או הקשר הרציונלי נבחנים אז על פי 'מבחן התוצאה'" (פרשת התנועה לאיכות השלטון בישראל, פסקה 58 לפסק דיני). ברבים מהמקרים ניתן לבסס את הקשר הרציונלי על נסיון החיים והשכל הישר. על בסיס אלה ניתן להראות כי החקיקה אינה שרירותית, אלא מבוססת על שיקולים רציונליים. עצם העובדה שההנחות העובדתיות וההערכות החברתיות לא התגשמו, במשך השנים, אינה מובילה בהכרח למסקנה כי האמצעי שנבחר, בעת בחירתו, היה לא רציונלי. עם זאת, אמצעי שהיה רציונלי בעת החקיקה, עשוי להפוך לבלתי רציונלי עם עובר הזמן.

5. מבחן המשנה השני: אמצעי שפגיעתו פחותה

(א) מבחן הצורך

68. מבחן המשנה השני למידתיות הפגיעה הוא "מבחן האמצעי שפגיעתו פחותה", או "מבחן הצורך". ההנחה הינה כי מבחן המשנה הראשון מכיר במספר אמצעים המקיימים את הקשר הרציונלי בין התכלית הראויה לבין האמצעי שנבחר. מבין אמצעים אלה יש לבחור באותו אמצעי שפגיעתו בזכות האדם היא הפחותה. על פי מבחן זה, נדרש כי החוק הפוגע לא יפגע בזכות החוקתית מעבר לנדרש להשגתה של התכלית הראויה (ראו פרשת מנחם, עמ' 279; בג"ץ 6226/01 אינדור נ' ראש עיריית ירושלים, פ"ד נז(2) 157, 164; להלן – פרשת אינדור). "האמצעי החקיקתי משול לסולם, שעליו מטפס המחוקק להשגת התכלית החקיקתית. על המחוקק לעצור באותו שלב משלבי הסולם, שבאמצעותו מושגת התכלית החקיקתית, ואשר פגיעתו בזכות האדם היא הפחותה" (פרשת לשכת מנהלי ההשקעות, עמ' 385. ראו גם פרשת בנק המזרחי המאוחד, עמ' 414). החובה לבחור באמצעי שפגיעתו פחותה, אינה שקולה כנגד החובה לבחור באמצעי שבאופן מוחלט הוא הפוגעני פחות. החובה היא לבחור, מבין האופציות הסבירות העומדות לרשותה, את זו הפוגעת פחות. יש להשוות, איפוא, בין האפשרויות הרציונליות, תוך בחירה של אותה אפשרות, אשר בנסיבות הקונקרטיות, יש בכוחה להשיג את התכליות הראויות תוך פגיעה פחותה בזכויות האדם. "לא נדרש כי הכנסת תבחר, בכל תנאי ובכל מחיר, באמצעי המאפשר את השגת התכלית בלי לפגוע כלל בזכות או באמצעי הפוגע בזכות במידה המינימלית האפשרית" (השופטת דורנר בפרשת לשכת מנהלי ההשקעות, עמ' 420; פרשת מנחם, עמ' 280. ראו גם R. v. Sharpe [2001] 1 S.C.R. 45; להלן – פרשת שרף). תמיד יש לאזן בין תכלית למטרה; תמיד יש להתחשב באופציות הפתוחות (ראו פרשת לשכת מנהלי ההשקעות, עמ' 388); תמיד יש להתחשב במהותה של הזכות המופרת (ראו בג"ץ 490/97 תנופה שרותי כוח אדם ואחזקות בע"מ נ' שר העבודה והרווחה, פ"ד נב(2) 433, 454; פרשת סטמקה, עמ' 782). תמיד יש להתחשב בעוצמת ההפרה, ובתכלית אותה מבקש האמצעי שנבחר להשיג.

(ב) בדיקה אינדיבידואלית

69. הצורך לנקוט באמצעי שפגיעתו פחותה, מונע לעתים קרובות את השימוש בהסדר גורף (flat ban). הטעם לכך הוא שברבים מהמקרים השימוש באמת מידה פרטנית-אינדיבידואלית משיג את התכלית הראויה תוך שימוש באמצעי שפגיעתו בזכות האדם פחותה. עקרון זה מקובל בפסיקתו של בית המשפט העליון (ראו פרשת בן-עטיה, עמ' 15; פרשת סטמקה, עמ' 779). באחת הפרשות נדון הסדר גורף שמנע צירוף לשורות המשטרה של מועמדים מעל גיל שלושים וחמש. נקבע כי ההסדר אינו מקיים את הדרישה לנקוט באמצעי שפגיעתו פחותה שבמבחן המידתיות. בפסק דיני ציינתי כי:

"המעביד יתקשה לקיים את 'מבחן הפגיעה הקטנה יותר', אם אין לו נימוקים כבדי משקל, שיש בהם כדי לשכנע כי מבחן אינדיבידואלי ימנע הגשמתה של המטרה הראויה אותה הוא מבקש להגשים" (בג"ץ 6778/97 האגודה לזכויות האזרח בישראל נ' השך לבטחון פנים, פ"ד נח(2), 358, עמ' 367).

בפרשה אחרת נפסלה הוראה לפיה אין ליתן תעודות עיתונאים לאנשי תקשורת פלסטינים. בפסק דינה ציינה השופטת ד' דורנר:

"סירוב ללא כל בדיקה אינדיבידואלית להעניק תעודת עיתונאי, בשל מסוכנות אינהרנטית של כל העיתונאים הפלסטינים תושבי האזור - לרבות אלה הזכאים להיכנס לישראל ולעבוד בה - הוא האמצעי הפוגעני ביותר האפשרי. אמצעי זה פוגע בצורה חזקה באינטרס לעיתונות חופשית, שניתן היה למנוע על-ידי בדיקות ביטחוניות אינדיבידואליות מוצדקות להפגת הסכנה הביטחונית האישית הנובעת מתושבי האזור, ככל שסכנה כזאת קיימת מתושבים שעמדו בהצלחה בבדיקות הנדרשות לקבלת היתרי כניסה לישראל ועבודה בה" (פרשת סייף, עמ' 77).

כמובן, ייתכנו מצבים בהם הבדיקה האינדיבידואלית לא תגשים את תכליתו הראויה של החוק, ויש לנקוט באיסור גורף. עם זאת, בטרם מגיעים למסקנה זו יש להשתכנע, על בסיס נתונים ראויים, כי אין תחליף ראוי לאיסור הגורף. לעתים הבחירה באיסור הגורף באה בשל כישלון בעיצוב הבדיקה האינדיבידואלית ולא משום שבדיקה כזו אינה יעילה. בפרשת סטמקה קבע השופט מ' חשין – בהתייחס למדיניות משרד הפנים אשר

דרשה מבן הזוג הזר אשר שהה בישראל לעזוב את שטחה לתקופת מה על מנת שבקשתו למעמד בישראל תיבחן – כי:

“הרושם הברור הוא, כי רפיון הפיקוח של משרד הפנים היה אחד הגורמים העיקריים... להולדתה של המדיניות החדשה; ותחת אשר יגביר את יעילות הפיקוח, נקט משרד הפנים בדרך הקלה של דרישה מבן הזוג הזר כי יעזוב את הארץ” (שם, עמ' 770).

70. הגבלה גורפת של זכות, אשר אינה מבוססת על בדיקה אינדיבידואלית, הינה אמצעי חשוד בחוסר מידתיות. כך הדבר במשפטנו שלנו. כך הדבר במשפט המשווה (ראו N. Emiliou, The Principle of Proportionality in European Law: A Comparative Study, 30, 99 (1996); להלן – אמיליו). זוהי הגישה המקובלת בבית הדין האירופי לזכויות האדם. כך למשל, בפרשת Campbell v. United Kingdom, v (15 EHR 137 (1993)) נפסק, כי חוק בריטי המתיר באופן גורף את בחינתם של דברי הדואר אותם מקבלים אסירים מעורכי דינם מפר את הזכות לפרטיות הקבועה בסעיף 8 לאמנה האירופית. נקבע, כי לצורך הגשמתה של התכלית הביטחונית שעמדה בבסיס החוק, די בבדיקות המתבססות על חששות אינדיבידואליים. כך הדבר גם במשפט הקהיליה האירופית. הדירקטיבה האירופית אשר מעגנת את זכותם של אזרחי המדינות החברות לאיחוד משפחות מאפשרת, בנסיבות מסוימות, חריגה מהוראותיה, אך זאת בתנאי שהפגיעה בזכות תהיה מידתית ומבוססת על איום אינדיבידואלי ממשי ומוחשי (סעיף 27(2)):

"Measures taken on grounds of public policy or public security shall comply with the principle of proportionality and shall be based exclusively on the personal conduct of the individual concerned. ... The personal conduct of the individual concerned must represent a genuine, present and sufficiently serious threat affecting one of the fundamental interests of society. Justifications that are isolated from the particulars of the case or that rely on considerations of general prevention shall not be accepted".

71. המשפט החוקתי האמריקאי מכיר בדרישת המידתיות במובן האמצעי שפגיעתו פחותה כתנאי לחוקתיותה של פגיעה בזכות יסוד. פגיעות בזכויות יסוד חוקתיות (כגון חופש הביטוי, חופש הדת, חופש התנועה, ואיסור ההפליה) עשויות להיות חוקתיות, ובלבד שתעמודנה בדרישות ה"ביקורת הקפדנית" (strict scrutiny). בין מרכיביה של

ביקורת זו מצויה הדרישה לפיה, מבין הדרכים האפשריות להגשמת התכלית הציבורית, על המדינה לבחור באמצעי שפגיעתו בזכות היא המועטה ביותר (least restrictive) (ראו L. Tribe, *American Constitutional Law* (2nd ed. 1988), 1037-8, 1451-; E. Chemerinsky, *Constitutional Law* (1997), 532). בפרשו דרישה זו, קבע בית המשפט העליון כי תנאי לקיומה של דרישת הפגיעה המועטה ביותר היא שהפגיעה בזכות היסוד תהיה על בסיס בחינה אינדיבידואלית (individualized considerations), ולא תתבסס על איסור גורף (flat ban). כדברי השופט רוברטס (Roberts):

“[S]trict scrutiny at least requires a case by case determination of the question, sensitive to the facts of each particular claim” (Gonzales v. Centro Espirita Beneficente Unido Do Vegetal, Case no. 04-1084, February 2006, para. III-A; Employment Division v. Smith, 494 U.S. 872, 899 (1990)).

כך למשל בפרשת Aphteker v. Secretary of State נבחן חוק אשר נחקק בארצות הברית בזמן משבר הטילים בקובה, ואשר אסר על חברי המפלגה הקומוניסטית להחזיק בדרכון. חוק זה נומק בסיכון הביטחוני הנשקף מחברי המפלגה. בית המשפט העליון קבע שמדובר בחוק בלתי חוקתי. בית המשפט הכיר בכך שהתכלית שהחוק נועד להגשים היא תכלית ראויה, אך קבע כי האיסור הגורף אינו חוקתי. כדברי השופט גולדברג (Goldberg):

“[E]ven assuming that some members of the Communist Party... had illegal aims and engaged in illegal activities, it cannot automatically be inferred that all members shared their evil purposes or participated in their illegal conduct... The broad and enveloping prohibition indiscriminately excludes plainly relevant considerations such as the individual's knowledge, activity, commitment, and purposes in and places for travel. The section therefore is patently not a regulation narrowly drawn to prevent the supposed evil... yet here, as elsewhere, precision must be the touchstone of legislation so affecting basic freedoms” (378 U.S. 500, 504, 515 (1964); Sugarman v. Dougall, 413 U.S. 634, 647 (1973); Regents of Univ. of Cal. v. Bakke, 438 U. S. 265 (1978); City of Richmond v. Carson, 488 U.S. 469 (1989); Johnson v. City of Cincinnati, 310 F.3d 484 (2002); Gratz v. Bollinger, 539 U.S. 244 (2003); Grutter v. Bollinger, 539 U.S. 982 (2003)).

ג) חריגים להסדר הגורף

72. אף במקרים בהם לא יהיה אמצעי אלטרנטיבי להגבלה גורפת של זכויות, הרי שהצורך לנקוט באמצעי שפגיעתו פחותה עשוי לחייב קביעת מנגנון אשר יאפשר חריגים להסדר הגורף, כגון חריגים הומניטריים. הטעם לכך הוא שגם כאשר אין מנוס, לצורך השגת התכלית הראויה, מהגבלה גורפת של זכויות, תיתכנה נסיבות בהן, מחד גיסא, הפגיעה בזכות תהיה קשה במיוחד, ומאידך גיסא, לא יהיה בהגנה חריגה על הזכות כדי לפגוע בהגשמתה של התכלית הראויה. יצירתו של מנגנון חריגים נועד ליתן מענה לנסיבות אשר כאלה. מנגנון החריגים עשוי לצמצם את פגיעתו של החוק בזכויות, וזאת מבלי לפגוע בהגשמתה של התכלית הראויה. לפיכך, יצירתו של מנגנון כזה מתבקשת ממבחן המשנה השני שעניינו הבחירה באמצעי שפגיעתו פחותה. אכן, כפי שחובתו של כל בעל סמכות מינהלית להפעיל שיקול דעתו ממקרה למקרה, ולהכיר בחריגים לכללים ולהנחיות קבועות כאשר הנסיבות מצדיקות זאת (ראו ' דותן, הנחיות מינהליות (1996), 8-157; בג"ץ 278/73 הורה נ' ראש עיריית תל-אביב-יפו, פ"ד לח(1) 271, 6-265; בג"ץ 6249/96 התאחדות הקבלנים והבונים בישראל נ' ששון, פ"ד נב(2) 42, 8-47; בג"ץ 552/04 גוזמן נ' מדינת ישראל (לא פורסם, פסקה 7 לפסק דיני)), כך גם חובתו של המחוקק, בעת שהוא קובע הסדר אשר תוצאתו היא פגיעה גורפת בזכויות, לשקול קביעתו של הסדר חריגים אשר יאפשר מתן מענה למקרים מיוחדים בנסיבות המצדיקות זאת.

73. הצורך לקבוע חריגים להסדרים גורפים אשר מגבילים זכויות אדם מוכר גם במשפט המשווה. כך הדבר במשפט הגרמני. בפרשה אשר עסקה בעונש שהוטל על אשה שרצחה את בעלה, אשר התעלל בה תקופה ארוכה, נפסק, כי סעיף בקוד הפלילי אשר קובע עונש של מאסר עולם חובה על עבירת הרצח איננו מידתי, שכן אין הוא מותיר מקום לשיקול דעת אינדיבידואלי, ואין הוא מאפשר להקל בעונשו של רוצח בנסיבות בהן הצדק מחייב זאת (BVerfGE 6, 389 (1977)). בפרשה אחרת נדון חוק אשר קבע כי נאשמים אשר עלולים להימלט או לשבש הליכי משפט, וכן נאשמים בעבירת הרצח, ייעצרו לתקופת משפטם. לאור הוראות חוק זה, נעצר נאשם בן 76 אשר נחשד בעבירת רצח בתקופת מלחמת העולם השנייה, וזאת על-אף שהחשוד התייצב לחקירה בכל פעם שנדרש לכך במהלך חמש שנות החקירה המשטרתית, ולא היה כל חשש ממשי שהוא יימלט מאימת הדין. בית המשפט הורה לשחררו. נפסק כי יש להכיר בחריג לחוק בנסיבות בהן נפגעת חירותו של הנאשם מבלי שפגיעה זו מקדמת כל תכלית ראויה (BVerfGE 19, 342 (1965); וראו אמיליו, 56). הצורך להכיר בחריגים

מוכר גם במשפט החוקתי האמריקאי. נקבע, כי חוקים כלליים אשר מגבילים זכות חוקתית אינם חוקתיים, אף אם הם נועדו להגשמתה של תכלית ראויה, אם המדינה אינה מראה מדוע לא ניתן להכיר בחריגים להסדר הכללי בנסיבות מיוחדות. כדברי השופט רוברטס בפרשת גונזלס:

“[T]he strict scrutiny test ... contemplate[s] an inquiry more focused than the Government's categorical approach. [It] requires the Government to demonstrate that the compelling interest test is satisfied through application of the challenged law ‘to the person’ – the particular claimant whose sincere exercise of religion is being substantially burdened. ... [T]his Court look[s] beyond broadly formulated interests justifying the general applicability of government mandates and scrutinized the asserted harm of granting specific exemptions to particular religious claimants. ... [T]he State need[s] to show with more particularity how its admittedly strong interest ... would be adversely affected by granting an exemption” (שם).

כך, בפרשת גונזלס, נקבע כי חוק האוסר באופן מוחלט על שימוש בסמים הינו בלתי חוקתי, שכן אין הוא כולל חריג (exemption) שיאפשר שימוש בסם מסוים לחברי קבוצה דתית אשר משתמשת בסם זה לצרכי פולחן. בפרשה אחרת קבע בית המשפט העליון כי חוק חינוך חובה אשר אינו מאפשר חריג לקבוצה דתית ייחודית (בני ה-Amish) אשר מבקשת לחנך את ילדיה במסגרות פנימיות הינו בלתי חוקתי (Wisconsin v. Yoder, 406 U.S. 205 (1972)).

6. מבחן המשנה השלישי: מידתיות במובן הצר

(א) מבחן האמצעי המידתי

74. מבחן המשנה השלישי למידתיות הפגיעה הוא “מבחן האמצעי המידתי” או “מבחן המידתיות במובן הצר”. מבחן זה בוחן את היחס הראוי בין התועלת הצומחת מהשגת התכליות הראויה לבין הפגיעה בזכות החוקתית. עניינו “בתועלת הצומחת מן המדיניות לעומת הנזק שהיא מביאה בעקבותיה” (השופט מ’ חשין בפרשת סטמקה, עמ’ 782). הוא בודק אם קיים “מיתאם ראוי בין התועלת שהמדיניות מביאה לבין הנזק שהיא גורמת” (שם, שם). זהו מבחן של איזון. הוא נותן ביטוי לתפיסה של סבירות (ראו בג”ץ 6268/00 קיבוץ החותרים אגודה שיתופית חקלאית רשומה נ’ מנהל מקרקעי ישראל, פ”ד נה(5) 640, 668; פרשת אינדור, עמ’ 164; בג”ץ 6893/05 ח”כ הרב יצחק לוי נ’

ממשלת ישראל, פ"ד נט(2) 876, 890; להלן – פרשת לוי). הוא מחייב העמדת הערכים והאינטרסים המתנגשים אל מול אלה ואיזון ביניהם על פי משקלם. עמדתי על כך בפרשת בית סוריק:

”מבחן משנה זה בוחן את התועלת מול הנזק... על-פיו, החלטה של רשות שלטונית צריכה לקיים איזון סביר בין הצרכים של הכלל לבין הפגיעה בפרט. מטרת הבדיקה היא לבחון אם חומרת הפגיעה בפרט והטעמים המצדיקים אותה הם ביחס ראוי זה לזה. הערכה זו נעשית על רקע המבנה הנורמטיבי הכללי של מערכת המשפט” (שם, עמ' 850; ראו גם פרשת מראעבה, פסקה 110 לפסק דיני).

איזון ערכי זה בין התועלת הצומחת מהגשמת התכלית הראויה לבין מידת הפגיעה בזכות הפרט אינו חדש עימנו. הוא מקובל בפסיקתו של בית המשפט העליון מאז קום המדינה (ראו א' ברק, שופט בחברה דמוקרטית, עמ' 262 (2000)). באמצעותו יש לאזן בין מידת הפגיעה בזכות לבין מידת הקידום של האינטרס הציבורי. בהיבט של הזכות יש להתחשב במהותה של הזכות, ובהיקף הפגיעה בה. ככל שהזכות הנפגעת היא יסודית יותר, והפגיעה היא חריפה יותר, כן נדרש משקל כבד יותר לשיקולים המצדיקים פגיעה זו. בהיבט של האינטרס הציבורי, יש להתחשב בחשיבותו של האינטרס, ובמידת התועלת הנגרמת ממנו באמצעות הפגיעה בזכויות האדם. ככל שהאינטרס הציבורי הוא חשוב יותר, כן יש בו כדי להצדיק פגיעה קשה יותר בזכויות האדם (ראו J. Kirk, “Constitutional Guarantees, Characterisation and the Concept of Proportionality”, 21 MULR 8 (1997)).

(ב) מהותו של המבחן

75. בהפעילנו את מבחן המשנה השלישי, אנו מניחים כי התכלית אותה מבקש החוק הפוגע בזכות אדם חוקתית להגשים היא “ראויה”. כן אנו מניחים כי האמצעים נבחרו על ידי החוק מתאימים (במבחן הרציונליות) להגשמתה של התכלית הראויה. אנו מוסיפים ומניחים כי לא הוכח קיומם של אמצעים, אשר יש בכוחם להגשים את התכלית הראויה, תוך פגיעה פחותה בזכויות האדם. במצב נורמטיבי זה דורשת פסקת ההגבלה, כי הפגיעה הנגרמת בזכות האדם על ידי הסדריו של החוק תהיה מידתית ביחס לתועלת המושגת מהגשמת התכלית הראויה. בעוד שמבחן הקשר הרציונלי ומבחן הפגיעה הפחותה נקבעים בעיקרו של דבר, על רקע התכלית הראויה, ונגזרים מהצורך להגשימה, מבחן המידתיות (במובן הצר) בוחן אם הגשמתה של תכלית ראויה

זו שקול כנגד הפגיעה בזכות האדם. "היחס בין האמצעי למטרה צריך להיות מידתי (פרופורציונלי), כלומר, שאינו חורג מן המידה הראויה" (י' זמיר, "המשפט המינהלי של ישראל בהשוואה למשפט המינהלי של גרמניה", משפט ומחשל ב 109, 131 (תשנ"ד)). תכלית ראויה, קשר רציונלי בינה לבין הוראות החוק, תוך פגיעה פחותה בזכויות האדם שיש בה כדי להגשים את התכליות הראויות, הם תנאים הכרחיים לחוקתיות הפגיעה בזכויות האדם. הם אינם תנאים מספיקים. משטר חוקתי המבקש לקיים משטר של זכויות אדם, אינו מסתפק בכל אלה. הוא קובע גבול של הגנה על זכויות האדם אותו אין המחוקק רשאי לחצות. הוא דורש כי הגשמתה של התכלית הראויה, באמצעים הרציונליים העושים שימוש בדרגה הנמוכה להגשמת התכלית, לא תביא לפגיעה בלתי יחסית בזכויות האדם. ובלשונה של הנשיאה מקלוקלין (McLochlin C.J.) בפרשת שרף:

"The final proportionality assessment take all the elements identified and measured under the heads of Parliaments objective, rational connection and minimal impairment, and balances them to determine whether the state has proven on a balance of probabilities that its restriction on a fundamental Charter right is demonstrably justifiable in a free and democratic society" (p. 99).

מבחן משנה זה קובע, איפוא, מבחן ערכי המבוסס על איזון בין ערכים ואינטרסים הנוגדים זה את זה (ראו Alexy, 66). הוא משקף את התפיסה כי ישנן פגיעות בזכויות האדם שהן כה חמורות, שאין לאפשר את פגיעתן בחוק, גם אם תכליתו של החוק ראויה, הסדריו רציונליים ואין בנמצא אופציה סבירה הפוגעת בהם פחות. הערכת האיזון בין עוצמת הפגיעה בזכות האדם לעוצמת האינטרס הציבורי הפוגע בזכות נעשית על רקע מכלול ערכיה של שיטת המשפט.

(ג) פרשת בית סוריק

76. פרשת בית סוריק מדגימה את מהותו של המבחן המידתי (במובן הצר). הקמתה של גדר ההפרדה במרחב בית סוריק נקבע כתכלית ביטחונית ראויה. הוכח קיומו של קשר רציונלי בין הקמת הגדר באותו מקום לבין השגתה של התכלית הביטחונית. נקבע כי לא קיים תוואי אחר שפגיעתו בזכויות האדם תהא פחותה אך שיהא בו כדי להשיג את התכלית הראויה במלואה. חרף זאת הוחלט שתוואי הגדר אינו חוקי. זאת, משום

שהתועלת הביטחונית המושגת על ידי הגדר בתוואי שנקבע אינה שקולה כנגד הפגיעה הקשה בזכויות האדם של תושבי בית סוריק. קבענו באותה פרשה כי "אין מתקיים יחס מידתי בין מידת הפגיעה בתושבים המקומיים לבין התועלת הביטחונית הצומחת מהקמת גדר ההפרדה בתוואי שקבע המפקד הצבאי" (שס, עמ' 850). ציינו כי הוצגו בפנינו תוואים חלופיים, אשר יעניקו ביטחון לישראל, אם כי פחות ביטחון מהתוואי שהמפקד הצבאי בחר. בתוואים חלופיים אלה הפגיעה בתושבים המקומיים היא פחותה בהרבה. על רקע זה פסקנו:

"השאלה האמיתית הניצבת בפנינו הינה אם היתרון הביטחוני המתקבל מקבלת עמדתו של המפקד הצבאי... שקול כנגד תוספת הפגיעה המתקבלת מעמדתו... על שאלה זו תשובתנו הינה כי בחירתו של המפקד הצבאי בתוואי גדר ההפרדה אינה מידתית. הפער בין מרכיבי הביטחון הנדרשים על-פי גישתו של המפקד הצבאי לבין מרכיבי הביטחון של התוואי החלופי קטן ביותר ביחס לפער הרב שבין גדר המפרידה בין התושבים המקומיים לבין אדמותיהם לבין גדר שאינה יוצרת הפרדה זו, או שההפרדה הנוצרת היא קטנה וניתן לחיות עימה" (שס, עמ' 851, 852).

אכן, בפרשת בית סוריק עמדה ביסוד גדר ההפרדה תכלית (ביטחונית) ראויה; היה קשר רציונלי בינה לבין השגת התכלית הביטחונית; לא נמצא תוואי חלופי המגשים את התכלית הביטחונית במלואה. עם זאת, התוואי נפסל כי פגיעתו בזכויות התושבים המקומיים היתה לא מידתית. הצבענו על תוואי חלופי, שהביטחון המושג על ידו קטן יותר מזה המתבקש מהגשת התכלית הראויה במלואה, ואשר פגיעתו בתושבים המקומיים קטנה הרבה יותר. ציינו כי יחס זה – המקיים קצת פחות ביטחון עם הרבה יותר הגנה על הזכויות – הוא מידתי.

7. מיתחם המידתיות והביקורת השיפוטית

(א) מיתחם המידתיות

77. מבחן המידתיות, על שלושת מבחני המשנה שלו, אינו מבחן מדויק. בין מבחני המשנה יש לעתים חפיפה ניכרת. בתוך כל אחד מהם יש מקום לשיקול דעת. לא תמיד מובילים מבחני המשנה למסקנה אחת ויחידה (ראו פרשת מנחם, עמ' 280). אין בהם הדיוק המאפשר חד-משמעויות זו. ניתן לעתים לנקוט במספר פתרונות שיש בהם כדי לצאת ידי חובת המידתיות. לעתים המקרה הוא גבולי (ראו פרשת בן עטייה, עמ' 13). נוצר מיתחם של מידתיות (בדומה למיתחם הסבירות). כל בחירה של אמצעי או

מיזוג של אמצעים בתוך המיתחם מקיימת את דרישותיה של פסקת ההגבלה. למחוקק יש מרחב תימרון בתוך המיתחם. הבחירה נתונה לשיקול דעתו (ראו פרשת בנק המזרחי המאוחד, עמ' 438; פרשת מרכז השלטון המקומי, עמ' 496; בג"ץ 450/97 תנופה שירותים כוח אדם ואחזקות בע"מ נ' אלי ישי, שר העבודה והרווחה, פ"ד מב(2) 433; להלן – פרשת תנופה; עת"מ 4436/02 תשעים כדורים – מסעדה, מועדון חברים נ' עיריית חיפה, המחלקה לרישוי עסקים, פ"ד מת(3) 782, 815; פרשת המועצה האזורית חוף עזה, עמ' 550, 812; פרשת התנועה לאיכות השלטון בישראל, פסקה 61 לפסק דיני).

(ב) הביקורת השיפוטית

78. מהו מקומה ותפקידה של הביקורת השיפוטית? זו שומרת על גבולותיו של מיתחם המידתיות. עליה הוטל התפקיד לשמור על זכות האדם החוקתית שלא תיפגע על ידי אמצעים אשר חורגים מעבר למיתחם המידתיות. בכך בא לידי הביטוי עקרון הפרדת הרשויות. הרשות המחוקקת קובעת את האמצעים שיש לנקוט בהם כדי להגשים יעדים חברתיים. זהו תפקידה. הרשות השופטת בוחנת אם אמצעים אלה פוגעים בזכות האדם מעבר למידה הדרושה. זהו תפקידה. אין הרשות האחת נכנסת לגבולה של הרשות האחרת. בית המשפט אינו קובע למחוקק אלו תכליות עליו להגשים ומהם האמצעים שעליו לבחור בהם. אלה הן שאלות של מדיניות לאומית הנתונים למחוקק. בית המשפט בודק אם התכליות והאמצעים שנבחרו על ידי המחוקק, והפוגעות בזכות אדם חוקתית, מקיימים את ההגבלות שחוק היסוד הטיל על כוח החקיקה של המחוקק. עמדתי על כך באחת הפרשות, בצייני:

"דרישת המידתיות מציבה מבחן גמיש. לא פעם ניתן להצביע על פתרונות אחדים, המקיימים את דרישותיו. במצב דברים זה על השופט להכיר בחוקתיותו של החוק. אכן, נקודת המוצא העקרונית הינה, 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 עקרון הפרדת הרשויות, על המחוקק. בידי 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... נדרשת אפוא פעולה של התאמה בין המטרות לאמצעים. בהתאמה זו יש להכיר במרחב התמרון (ה- margin or

power of appreciation) של המחוקק או 'במרחב ההתחשבות' הנתון לו, המאפשר לו להפעיל את שיקול-דעתו בבחירת התכלית (הראויה) והאמצעים (הפוגעים במידה שאינה עולה על הנדרש) המצויים על גבול מרחב התמרון. אכן, יש לנקוט גישה גמישה המכירה בקשיי הבחירה של המחוקק, בהשפעת בחירתו על הציבור, וביתרון המוסדי של המחוקק" (פרשת לשכת מנהלי ההשקעות, עמ' 387-386).

הנה כי כן, קביעת המדיניות הלאומית וגיבושו לדבר חקיקה היא תפקידו של המחוקק. בדיקת חוקתיותה של החקיקה עד כמה שהיא פוגעת בזכויות אדם שבחוק יסוד, היא תפקידו של השופט. הוא יגשים את תפקידו זה בזהירות רבה. הוא יופעל "באיפוק שיפוטי, בזהירות ובריסון" (השופט ד' ביניש בפרשת מנחם, עמ' 263). על השופט לשמור על כבוד החוק (ראו פרשת מרכז השלטון המקומי, עמ' 496). עליו להבטיח את כבוד חוקי היסוד שמכוחם נחקק החוק, ואת כבוד האדם המוגן על ידו. אכן, המתח אינו בין כבוד החוק לכבוד האדם. כבוד החוק הוא שיכובדו הוראות חוק היסוד באשר לכבוד האדם ולאפשרויות לפגוע בהן גם יחד.

ז. האם חוק האזרחות והכניסה בישראל מקיים התנאים של פסקת ההגבלה?

1. האם תכליתו של החוק היא ראויה?

(א) תכליתו של חוק האזרחות והכניסה לישראל

79. מהו תכליתו של חוק האזרחות והכניסה לישראל? בשאלה זו נחלקו הדעות בעתירה שלפנינו. מקצת העותרים והמשיבה 4 (עמותת "הרוב היהודי לישראל") סברו כי תכליתו של החוק אינה אך ביטחונית וכי היא גם "דמוגרפית". לטענתם, החוק נועד לבלום את הגידול באוכלוסיה הערבית בישראל בדרך של נישואין לתושבי האזור. המשיבים לעומתם טענו בפנינו כי תכליתו של החוק היא ביטחונית בלבד. הנני סבור כי הדין עם המשיבים. לדעתי, תכליתו של חוק האזרחות והכניסה לישראל היא ביטחונית ועניינה הוא להפחית ככל האפשר את הסיכון הביטחוני מבני הזוג הזרים בישראל. תכליתו של החוק אינה מבוססת על שיקולים דמוגרפיים. מסקנה זו מעוגנת בהיסטוריה החקיקתית ובתוכן הסדריו של החוק. אכן, ביסוד החקיקה עמד החשש הביטחוני מפני מעורבות בפעילות טרור של בני זוג פלסטיניים, המחזיקים בתעודת-זהות ישראלית

עקב "איחוד משפחות" עם בני הזוג הישראלים. תכליתו של החוק להקטין סיכון זה ככל האפשר. תכלית זו עולה מדברי ההסבר להצעת החוק:

"מאז פרוץ העימות המזויין 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... 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 הביטחון באזור" (הצעת חוק האזרחות והכניסה לישראל (הוראת שעה), התשס"ג-2003 (ה"ח 31, התשס"ז, עמ' 482)).

תכלית זו עולה גם מדבריו של שר הפנים, אשר הציג את הצעת החוק בקריאה ראשונה (ראו פרוטוקול ישיבת הכנסת מיום 17.6.2003). על כך חזר גם יושב-ראש ועדת הפנים ואיכות הסביבה של הכנסת, אשר הציג את הצעת החוק לקריאה שניה ושלישית (ראו פרוטוקול ישיבת הכנסת מיום 31.7.2003). מסקנה דומה עולה מעיון בדבריהם של חברי הכנסת במהלך הדיון על הצעת החוק. אמת, במהלך החקיקה עלתה מעת לעת הטענה, כי החוק משמש למדינה כסות לקידום "תכלית דמוגרפית" של הגבלת גידול האוכלוסיה הערבית בישראל. נציגי הממשלה שללו טענות אלה. בטיעונים בפנינו חזרה המדינה והכחישה מכל בכל כי ביסוד החוק מונחת "תכלית דמוגרפית". הוצגו לנו נתונים על 26 בני זוג פלסטיניים, שנהנו מאיחוד משפחות, ואשר היו מעורבים בפיגועי טרור. הובהר לנו שהמידע אשר הונח לפני הממשלה והכנסת היה כולו ביטחוני באופיו.

80. על תכליתו הביטחונית של חוק האזרחות והכניסה לישראל ניתן לעמוד מהסדריו. כך, למשל, החוק הוא זמני ("הוראת שעה"). הוא לא בא לעצב מציאות דמוגרפית חדשה לאורך שנים. הוא נעשה לצרכי העכשיו. עולה מלשון החוק ומטיב הסדריו, שבבסיסו עומד כורח ביטחוני, ולא גישה חברתית-מדינית סדורה. התיקונים שהוכנסו לחוק עם הארכת תוקפו ב-2005 מצביעים אף הם על תכליתו הביטחונית של החוק. כך, למשל, ניתנה סמכות לשר הפנים לאשר בקשת בן זוג מהאזור לקבלת היתר שהייה בישראל, ובכך למנוע הפרדה מבין הזוג הישראלי, אם בן הזוג הזר הוא תושב האזור שגילו מעל 35 שנים, ואם בת הזוג היא תושבת האזור שגילה מעל 25 שנים.

הסדר זה נובע כל כולו משיקולים ביטחוניים. הוא מתבסס על הערכה ביטחונית, לפיה הסיכון הביטחוני הנשקף מגברים מעל גיל 35 ומנשים מעל גיל 25 נמוך באופן משמעותי מהסיכון הנשקף מתושבי האזור שאינם עונים לקריטריון הגיל.

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

(ב) האם מאפייניה של התכלית ראויים?

82. האם המאפיינים של התכלית הביטחונית המונחת ביסוד חוק האזרחות והכניסה לישראל מצדיקים פגיעה בזכות בן הזוג הישראלי-ערבי למימוש חיי משפחה בישראל ולשוויון? תשובתי היא בחיוב. חוק האזרחות והכניסה לישראל נועד להבטיח ביטחון לישראל על ידי הפחתה, ככל האפשר, של הסיכון הביטחוני הנשקף מבני זוג פלסטינים החיים יחד עם בני זוגם הישראליים. הוא נועד להגן על חייהם של כל השוהים בישראל. הוא נועד למנוע פגיעות בחיי אדם. אלה הן תכליות ראויות. הן נועדו לשמור על ביטחון המדינה ובכך הן מגינות על חיי האדם, כבודו וחירותו. אכן, כשם שבלא זכויות אין ביטחון, כך גם בלא ביטחון אין זכויות. עניין לנו באיזון עדין בין הביטחון לזכויות האדם. כפי שראינו, "אין מנוס – בחברה דמוקרטית שוחרת חופש וביטחון – מאיזון בין החירות והכבוד לבין הביטחון" (דנ"פ 7048/97 פלוני נ' שר הביטחון, פ"ד נד(1) 721, 741). כדי שאיזון זה בין "בין החירות והכבוד לבין הביטחון" יתרחש חייבים להכיר בלגיטימיות של החירות והכבוד מזה ושל הביטחון מזה. לגיטימיות זו של שני

צידי האיזון היא המונחת ביסוד התפיסה של דמוקרטיה מתגוננת (ראו ע"ב 1/65 ירדור נ' יושב-ראש ועדת הבחירות המרכזית לכנסת השישית, פ"ד יט(3) 363, 399; בש"פ 5934/05 מלכה נ' מדינת ישראל (טרם פורסם, פסקה 16), וכן Militant, A. Sajo (ed.), Democracy (2004). התגוננותה של הדמוקרטיה אינה שוללת ממנה את אופייה הדמוקרטי. ההתגוננות, היא השומרת על אופיה הדמוקרטי. זאת, בשל האיזון הראוי שנמצא בין ביטחון לכבוד האדם וחירותו. אכן, תכליתו של חוק האזרחות והכניסה לישראל ראויה היא, שכן היא נועדה להבטיח ביטחון שבא לקיים את חיי האדם וביטחונו.

(ג) האם מידת הצורך בהגשמת התכלית היא ראויה?

83. האם הפגיעה בזכות למימוש חיי המשפחה בישראל של בן הזוג הישראלי-ערבי והפגיעה בזכותו לשוויון הנגרמת על ידי כך, מהווה מטרה חברתית מהותית? האם היא פרי צורך חברתי לוחץ? תשובתי על שאלות אלה היא בחיוב. הטרור מכה בתושבי המדינה. רצח חפים מפשע ופגיעה של רבים אחרים מאפיינים פעולות טרור אלה. נקיטה באמצעים המקטינים ככל האפשר את הסיכון של טרור זה הינה מטרה חברתית מהותית. היא צורך חברתי לוחץ. הנה כי כן דרישתה של פסקת ההגבלה כי תכליתו של החוק הפוגע תהא "ראויה" התמלאה. האם תכלית ראויה זו מוגשמת באופן מידתי? זוהי השאלה העיקרית הניצבת בעתירות שלפנינו.

2. מידתיות: האם קיים קשר רציונלי בין מטרת החוק לאמצעים שנבחרו על-ידו?

(א) האיסור הגורף מקיים את הקשר הרציונלי הנדרש

84. תכליתו של חוק האזרחות והכניסה לישראל הינה ביטחונית. המטרה הינה להקטין את הסיכון הביטחוני הנשקף מבין זוג מהאזור המתגורר דרך קבע בישראל במסגרת איחוד משפחה. בעבר נחשפו מספר מקרים (26 במספר) בהם ניצלו ארגוני הטרור את מעמדם של בני זוג שהיו במקור תושבי האזור, ואשר בהיותם תושבי ישראל או אזרחיה רשאים היו לנוע בחופשיות בישראל. כדי למנוע סיכון זה הוטל איסור הכניסה של בני הזוג הזרים לישראל. האם מתקיים קשר רציונלי בין מטרת החוק (הקטנת הסיכון הנשקף מבין הזוג הזר המשתקע בישראל) לבין האמצעים שנקבעו (איסור הכניסה לישראל)? לדעתי, התשובה היא בחיוב. האיסור על כניסתם של בני הזוג הזרים לישראל מונע את הסיכון הנשקף מהם. מי שאינו מצוי בישראל אינו יכול

להוביל בישראל טרוריסט בדרכו לבצע את "זממו". האיסור הגורף מבטיח, בעתירות שלפנינו, את קיומו של הקשר הרציונלי הנדרש על פי פסקת ההגבלה.

(ב) קשר רציונלי ושהייה זמנית בישראל

85. העותרים ריכזו את עיקר טענותיהם בעניין הקשר הרציונלי, בהוראות החוק המסמיכה את מפקד האזור לתת היתר לשהייה זמנית בישראל. סעיף 3ב לחוק קובע:

"על אף הוראות סעיף 2, רשאי מפקד האזור לתת היתר לשהייה בישראל למטרה כמפורט להלן:

(1) לטיפול רפואי;

(2) עבודה בישראל;

(3) למטרה זמנית, ובלבד שהיתר לשהייה למטרה כאמור יינתן לתקופה מצטברת שלא תעלה על שישה חודשים".

לטענת העותרים, אלפים רבים מתושבי האזור מקבלים היתרי עבודה בישראל. אם כניסתם של אלה מותרת – כך טוענים העותרים – מדוע נאסרת כניסתם של בני זוג מהאזור? אם העובדים מהאזור אינם מהווים סיכון ביטחוני, מדוע בני הזוג מהאזור מהווים סיכון ביטחוני? אם ניתן להתגבר על הסיכון הנשקף מהעובדים הבאים מהאזור על ידי בדיקה ביטחונית אינדיבידואלית (ראו סעיף 3ד), מדוע לא ניתן להתגבר על הסיכון הנשקף מבן הזוג הזר על ידי בדיקה ביטחונית שכזו?

86. טענות אלה אינן מעלות שאלה של ממש בעניין הקשר הרציונלי בין האיסור שהחוק הטיל על כניסתם של בני זוג מהאזור לבין מטרתו של החוק. העובדה שניתן היה להגשים את תכלית החוק על ידי שימוש באמצעים נוספים שאינם ננקטים, אינה מצביעה בהכרח על כך שהאמצעי שננקט אינו רציונלי. תנאי הרציונליות אינו דורש מיצוי מקסימלי של כל האמצעים האפשריים להשגת המטרה. הימנעות מנקיטה בפועל באמצעים מסויימים – שאי נקיטה בהם אינה פוגעת באפקטיביות של האמצעים שננקטו בפועל – אינה הופכת את האמצעים שננקטו בפועל ללא רציונליים. דרישת הרציונליות אינה מעמידה את הבחירה אך בין מיצוי כל האמצעים האפשריים או הימנעות מכל נקיטה באמצעים. בחירה רציונלית יכולה להסתפק בנקיטה במספר אמצעים, תוך אי נקיטה באמצעים אחרים. בצדק ציין בית המשפט העליון האמריקני – לעניין מבחן הקשר הרציונלי – כי:

“It is no requirement... that all evils of the same genus be eradicated or none at all” (Railway Express Agency v. New York, 336 U.S. 106, 110 (1949)).

מיתחם ההגבלה מעמיד בפני המחוקק את האפשרות לבחור בין אמצעים שונים ומגוונים, מבלי שבחורגה באחד מהם מחייבת תמיד מבחינה רציונלית, בחירה באחר. המחוקק רשאי, על כן, לקבוע כי לשם השגת התכלית הביטחונית הוא ינקוט באמצעי של איסור על איחוד משפחות, ובה בעת לקבוע כי לשם השגת תכליות אחרות, כגון אלה הקשורות למשק הלאומי, הישראלי או לתנאי החיים באזור, לא לאסור על כניסתם של עובדים מהאזור. כל עוד אין בהגשת התכלית האחת כדי לפגוע בהגשמת התכלית האחרת, אין לראות כל בעיה, מנקודת המבט של דרישת הרציונליות, בנקיטה במדיניות זו.

3. מידתיות: האם ננקט האמצעי שפגיעתו פחותה?

(א) הטיעונים הנוגדים

87. תכליתו הראויה של חוק האזרחות והכניסה לישראל הינה להקטין את הסיכון הביטחוני הנשקף מבן זוג מהאזור המקבל היתר לישיבה בישראל או אזרחות ישראלית. האמצעי שננקט על ידי החוק הוא איסור על כניסתם לישראל של בני הזוג הזרים. טוענים העותרים כי קיים אמצעי אחר, המגשים את התכלית הביטחונית, ואשר פגיעתו בכבוד האדם של בן הזוג הישראלי פחותה. זהו האמצעי של הבדיקה הביטחונית האינדיבידואלית. אם בדיקה זו מספקת היא לבת הזוג בת ה-25, היא צריכה להספיק גם לבת הזוג בת ה-24; אם היא מספקת לעובדים מהאזור הנכנסים ברכבותיהם כל שנה לישראל, היא צריכה להספיק גם לאותם אלפים מעטים של בני זוג זרים המבקשים להיכנס כל שנה לישראל, ואם נדרש להחמיר בבדיקות אינדיבידואליות אלה ניתן לעשות זאת, ובלבד שהאיסור הגורף יוסר. כן ניתן לנקוט באמצעים מינהליים, כגון דרכי זיהוי של בני הזוג הזרים בישראל. על כל פנים, חסר הסדר המבטיח התחשבות במקרים מיוחדים על בסיס הומניטרי. לעומתם משיבה המדינה כי הבדיקה האינדיבידואלית אינה מקטינה את הסיכון הביטחוני במידה הנדרשת, שכן לעתים הסיכון נוצר שנים לאחר הכניסה לישראל. דרכי הזיהוי השונות שהובאו אינן מספיקות. מעבר לכך: בדיקה אינדיבידואלית אינה מעשית בתקופות לחימה, שכן נערמים קשיים ניכרים על כניסתם של החוקרים לאזורי הלחימה לשם עריכת הבדיקה הביטחונית. המשיבים מציינים כי גם מבת הזוג בת ה-25 נשקף סיכון ביטחוני, אך המחוקקים

הצביעו על כך, כי עם עליית הגיל יורד הסיכון הביטחוני. המדינה מוכנה ליטול על עצמה סיכון מופחת זה, אך לא מעבר לכך.

(ב) הבדיקה האינדיבידואלית במבחן תכליתו על חוק האזרחות והכניסה לישראל

88. האם הבדיקה האינדיבידואלית, לה טוענים העותרים, היא האמצעי שפגיעתו בזכות בן הזוג הישראלי פחותה? כמובן, אם ההשוואה היחידה הבאה בחשבון היא בין האיסור הגורף לבין הבדיקה האינדיבידואלית, ברור כי פגיעתו של האיסור הגורף בבן הזוג הישראלי קשה יותר מפגיעתה של הבדיקה האינדיבידואלית. במדרג הפגיעה בזכויותיו של בן הזוג הישראלי, הבדיקה האינדיבידואלית נמצאת בדרגה נמוכה יותר, מהאיסור הגורף. אך השוואה זו בין שתי הדרגות אינה הבדיקה הנדרשת בשלב זה של הבחינה החוקתית. השאלה אינה אם הבדיקה האינדיבידואלית פוגעת בזכויותיו של בן הזוג הישראלי פחות מהאיסור הגורף. השאלה הינה, אם ניתן להשיג את תכליתו של החוק על ידי שימוש באמצעי הפוגע פחות? אם האמצעי שפוגע פחות מגשים פחות מהתכלית הראויה, אין הוא אמצעי שהמחוקק חייב לנקוט בו. הדרישה באשר לאמצעי שפגיעתו פחותה היא מתוך האמצעים המשיגים את תכליתו של החוק. הנה כי כן, בשלב זה של הבחינה החוקתית, השאלה אינה אם הבדיקה האינדיבידואלית פוגעת בזכותו של בן הזוג הישראלי פחות מהאיסור הגורף. השאלה הינה, אם הבדיקה האינדיבידואלית מגשימה את תכליתו של חוק האזרחות והכניסה לישראל באותה מידה כמו האיסור הגורף. אם התשובה היא בחיוב – אותה מידת הגשמה של התכלית – כי אז על המחוקק לבחור באמצעי זה. לעומת זאת, אם הבדיקה האינדיבידואלית אינה מגשימה את תכליתו של החוק, אין המחוקק חייב לבחור באמצעי זה. עליו לבחור באמצעי המגשים תכלית זו ופגיעתו בזכותו של בן הזוג הישראלי פחותה.

89. עלינו לחזור, איפוא, אל תכליתו הראויה של חוק האזרחות והכניסה לישראל. ראינו, שתכליתו של החוק היא ביטחונית ולא דמוגרפית. מהי תכליתו הביטחונית? בעניין זה ראינו כי התכלית הינה להפחית ככל האפשר את הסיכון הביטחוני הנשקף מבני הזוג הזרים המשתקעים בישראל. על רקע תפיסה זו של התכלית, האם האיסור הגורף והבדיקה האינדיבידואלית מקיימים את התכלית במידה שווה? לעניין זה יש להשוות בין האיסור הגורף, כפי שהוא קיים היום, לבין הבדיקות האינדיבידואליות המקיפות ביותר שניתן לערוך. עם זאת, תהא יעילותם של אלה ככל שתהא, הן לא תוכלנה להשתוות לתוספת הביטחון שהאיסור הגורף מביא. נמצא, כי לאור הערך המרכזי של חיי אדם שהחוק בה להגן עליו, ברי כי האיסור הגורף יהא תמיד יעיל יותר – מבחינת הגשמת המטרה של הקטנת הסיכון הביטחוני ככל האפשר – מהבדיקה

האינדיבידואלית. מסקנתנו הינה, איפוא, כי בנסיבות המקרה שלפנינו, הבדיקה האינדיבידואלית אינה מגשימה את התכלית החקיקתית באותה מידה כמו האיסור הגורף. אין חובה, על כן, במסגרת האמצעי שפגיעתו פחותה, להיעצר בדרגה זו, והמחוקק רשאי היה לבחור באיסור הגורף בו בחר.

90. ניתן כמובן לטעון, כי המטרה עליה עמדנו – להקטין ככל האפשר את הסיכון הביטחוני הנשקף מבני הזוג – אינה מטרתו של החוק, וכי מטרה זו היא הקטנת הסיכון הביטחוני במידת מה, ולא ככל האפשר. על פי קו טיעון זה, ההיתר לשהייה בישראל הניתן לתושב אזור שגילו מעל 35 שנים ותושבת אזור שגילה מעל 25 שנים (סעיף 3 לחוק) מצביע על כך שתכליתו של החוק לא היתה להקטין ככל האפשר את הסיכון הביטחוני, וכי החוק מסתפק בהקטנה פחותה מכך. כן ניתן להצביע על ההיתר הניתן לשהות בישראל לשם עבודה בישראל. על טיעונים אלה ודומיהם ניתנה, לדעתנו, תשובה מניחה את הדעת של המדינה. היא הצביעה על הסיכון הביטחוני המופחת הנובע כאשר בני הזוג הם בגיל מבוגר יותר, וכן על הסיכון המופחת מתושבי האזור העובדים בישראל. נימוקים אלה מקובלים עלינו. לדעת המדינה, הסיכון העיקרי נובע מבני זוג צעירים השוהים דרך קבע בישראל. זו הערכה ביטחונית, אותה עלינו להניח כבסיס להכרעתנו (ראו פרשת בית טוריק, עמ' 842, והאסמכתאות המובאות שם). יטען הטוען: הקטנת הסיכון הביטחוני ככל האפשר אינה תכלית "ראויה"; אין היא רגישה מספיק לזכויות האדם. התשובה על טיעון זה הינה כי אין לראות ברצון להשיג ביטחון ככל האפשר – ביטחון שנועד להגן על חיי אדם – כתכלית שאינה ראויה. עם זאת, עדיין יש מקום לבדיקה, אם תכלית ראויה זו היא מידתית, שכן אין היא מתחשבת באופן מידתי בהיקף הפגיעה בזכויות האדם. "המקום הגיאומטרי" לבחינתה של טענה זו אינו במסגרת השאלה אם התכלית היא "ראויה", אלא במסגרת השאלה אם האמצעי שנבחר הוא מידתי (במובן הצר). לבחינה זו נעבור עתה.

4. מידתיות האם ננקט אמצעי מידתי (במובן הצר)

(א) האם המעבר מבדיקה אינדיבידואלית לאיסור גורף הוא מידתי?

91. הגענו לשלב המכריע בבחינה החוקתית בעתירות שלפנינו. השאלה הינה אם האיסור הגורף הוא מידתי (במובן הצר)? האם היחס בין התועלת הצומחת מהשגת התכלית הראויה של החוק (להקטין ככל שאפשר את הסיכון מבני הזוג הזרים בישראל) לבין הנזק לזכויות האדם הנגרם על ידו (פגיעה בכבוד האדם של בן הזוג הישראלי) הוא מידתי? אמת המידה בה עלינו לנקוט היא ערכית. עלינו לאזן בין ערכים

ואינטרסים מתנגשים, וכל זאת על רקע ערכיה של שיטת המשפט הישראלית. ודוק: השאלה הניצבת לפנינו איננה ביטחון לתושבי ישראל או שמירת כבוד האדם של בני הזוג הישראלים. השאלה אינה חיים או איכות חיים. השאלה הניצבת לפנינו היא מצומצמת הרבה יותר. היא זו: האם תוספת הביטחון המתקבלת במעבר מהבדיקה האינדיבידואלית המחמירה ביותר האפשרית על-פי הדין של בן הזוג הזר לאיסור גורף על כניסתו לישראל עומדת ביחס ראוי לתוספת הפגיעה בכבוד האדם של בני הזוג הישראלים המוסבת בשל מעבר זה?

92. תשובתי הינה, כי תוספת הביטחון שהאיסור הגורף מביא עימו אינה מידתית ביחס לתוספת הנזק הנגרמת לחיי המשפחה ולשוויון של בני הזוג הישראלים. אמת, האיסור הגורף נותן עימו יותר ביטחון: אך הוא מושג במחיר כבד מדי. אמת, הסיכוי להגברת הביטחון על ידי איסור גורף, אינו "קלוש ותיאורתי". יחד עם זאת בהשוואה לפגיעה הקשה בכבוד האדם, היחס אינו מידתי. היטיבו להביע זאת רובינשטיין ומדינה בציננס כי "האמצעי שננקט אינו 'מידתי' באופן מובהק, בעיקר מחמת אופיו הגורף" (רובינשטיין ומדינה, שם, עמ' 1100). ברוח דומה ציינו דוידוב, יובל, סבן ורייכמן:

"הפגיעות ויסודות החומרה המצטברים בחוק החדש מגבשים פגיעה קשה, אולי אף פגיעה אנושה, בזכויות הקרובות ל'גרעין' של כבוד האדם, וזאת בלא הצדקה ראויה הנעוצה בהתנהגותם ובסכנה קונקרטית הנשקפת מנפגעי החוק. במצב עניינים זה קשה לראות כיצד מתקיים יחס מידתי כלשהו בין הפגיעה הקשה הגלומה בחוק ובין התכלית ההיפותטית אותה נועד החוק להשיג. בנסיבות אלו, כאשר יכולתו של החוק להשיג את תכליתו עמומה, ואילו פגיעתו ודאית וקשה, הפער בין התועלת לפגיעה שבחוק החדש הוא בלתי-מידתי. אם יש מקרה יחיד ויוצא דופן שבו נדרשת בברור הפעלת מבחן המידתיות במובן הצר – דומה שזהו המקרה" (ג' דוידוב, י' יובל, א' סבן, א' רייכמן, "מדינה או משפחה? חוק האזרחות והכניסה לישראל (הוראת שעה), תשס"ג 2003" משפט וממשל ח(2), 643, 679 (תשס"ה)).

אמת הדבר, התיקונים שהוכנסו לחוק האזרחות והכניסה לישראל לקראת חידוש תוקפו, הקטינו במידת מה את היקפה של חוסר המידתיות. עם זאת, אין בתיקונים אלה – וגם לא באופיו הזמני של החוק – כדי לשנות את חוסר המידתיות באופן משמעותי. כך, למשל, נמסר לנו, כי הוראת סעיף 3 לחוק, לעניין היתרים לתושב אזור שגילו מעל 35 שנים ותושבת אזור שגילה מעל 25 שנים כדי למנוע את הפרדתם מבני הזוג הישראלים, מקטינה את מספר בני הזוג הנפגעים בכ-20%. משמעות הדבר הינה, כי רוב רובם של

בני הזוג הישראליים שנישאו לבני זוג מהאזור ממשיכים להיפגע גם לאחר התיקונים שהוכנסו לאחרונה.

(ב) חזרה למושכלות ראשונים

93. העיון במבחן המידתיות (במובן הצר) מחזיר אותנו למושכלות ראשונים עליהם מתבססת הדמוקרטיה החוקתית שלנו וזכויות האדם מהם נהנים הישראלים. מושכלות אלה הינם כי המטרה אינה מקדשת את האמצעים; כי הביטחון אינו עומד מעל לכל; כי המטרה הראויה של הגברת הביטחון אינה מקדשת פגיעה קשה בחייהם של אלפים רבים של אזרחים ישראלים. הדמוקרטיה שלנו מתאפיינת בכך, שהיא מציבה גבול ליכולת לפגוע בזכויות האדם; כי בבסיסה עומדת ההכרה כי סביב לפרט נבנית חומה המגינה על זכויותיו, אשר גם הרוב אינו יכול לפרוץ לתוכה. כך נהג בית משפט זה במקרים רבים ומגוונים. כך, למשל, נקיטה באמצעים פיזיים ("עינויים") היתה ללא ספק מגבירה את הביטחון. אך קבענו כי הדמוקרטיה שלנו אינה מוכנה לנקוט בהם, גם במחיר פגיעה מסויימת בביטחון (ראו בג"ץ 5100/94 הוועד הציבורי נגד עינויים בישראל נ' ממשלת ישראל, פ"ד נג(4) 817; להלן – פרשת הוועד הציבורי נגד עינויים). בדומה, קביעת תוואי גדר ההפרדה במקום שנקבע על ידי המפקד הצבאי בפרשת בית סוריק, היתה מגדילה את הביטחון. אך קבענו כי תוספת הביטחון אינה שקולה כנגד הפגיעה הקשה בחיי הפלסטיניים. הוצאתם של בני משפחה של מחבלים מתאבדים מאזור מגוריהם והעברתם למקומות אחרים ("תיחום מגורים") היתה מגבירה את הביטחון באזור, אך היא נוגדת את אופייה של ישראל "כמדינה דמוקרטית שוחרת חופש וחירות" (פרשת עג'ורי, עמ' 378). בדרך זו עלינו לנקוט גם במקרה שלפנינו. תוספת הביטחון המושגת מזניחת הבדיקה האינדיבידואלית וממעבר לאיסור גורף גוררת אחריה פגיעה כה קשה בחיי המשפחה והשוויון של אלפים רבים של אזרחי ישראל, עד כי אותו מעבר אינו מידתי. דמוקרטיה אינה נוהגת כך. דמוקרטיה אינה מטילה איסור גורף ובכך מנתקת את אזרחיה מבני זוגם ואינה מאפשרת להם לחיות חיי משפחה; דמוקרטיה אינה מטילה איסור גורף ובכך מעמידה בפני אזרחיה את האופציה לחיות בה בלא בן זוג, או לעזוב את המדינה כדי לחיות בחיי משפחה תקינים; דמוקרטיה אינה מטילה איסור גורף ובכך מפרידה בין הורים לילדיהם; דמוקרטיה אינה מטילה איסור גורף ועל ידי כך מפלה בין אזרחיה באשר להגשמת חיי המשפחה שלהם. אכן, דמוקרטיה מוותרת על תוספת מסויימת של ביטחון כדי להשיג תוספת גדולה לאין שיעור ממנה של חיי משפחה ושוויון. כך נוהגת דמוקרטיה בתקופות שלום ורגיעה. כך נוהגת דמוקרטיה בתקופות לחימה וטרור. דווקא בתקופות קשות אלה מתגלה כוחה של הדמוקרטיה (ראו Brennan, The Quest to Develop a Jurisprudence in Times of

(1988) 11 Israel Yearbook of Human Rights, 18 "Security Crises". דווקא במצבים הקשים בהם ישראל שרויה כיום, עומדת הדמוקרטיה הישראלית למבחן.

(ג) הגדלת היעילות של הבדיקה האינדיבידואלית

94. כמובן, יש לעשות הכל כדי להגביר את האפקטיביות של הבדיקות האינדיבידואליות. על כן מכירים אנו בחוקתיות של הוראת סעיף 33 לחוק האזרחות והכניסה לישראל. לפי הוראה זו לא יינתן היתר, אם נקבע בהתאם לחוות דעת ביטחונית, כי "תושב האזור או בן משפחתו עלולים להוות סיכון ביטחוני למדינת ישראל". זאת ועוד: את הבדיקות הביטחוניות יש לקחת ברצינות רבה. על כן אם לא ניתן לקיימן בשל המצב הביטחוני בחלק זה או אחר באזור, תידחה ההחלטה האינדיבידואלית עד אשר הבדיקה תתאפשר. אם יש צורך לאפשר את זיהויים של בני הזוג הזרים בישראל כמי שבאו מהאזור, יש לאפשר זאת עד הגיעם לגיל שבו הסכנה הנשקפת מהם קטנה. יש כמובן מקום לחשוב על אמצעים נוספים. חומרתם של אלה, גם אם קשה היא בנסיבות רגילות, אינה שקולה כנגד פגיעת הקבע בחיי המשפחה והפגיעה בשוויון. במקביל, יש להגדיל באופן סביר את הצוות הבודק. אם הדבר כרוך בהשקעה כספית סבירה, יש לעשותה. "הגנה על זכויות אדם עולה כסף, וחברה המכבדת זכויות אדם צריכה להיות נכונה לשאת המעמסה הכספית" (ברק, פרשנות במשפט, עמ' 528). "כשעל הפרק ניצבת תביעה למימוש זכות יסוד... משקלם של השיקולים התקציביים אינו יכול להיות גדול" (השופט א' מצא בפרשת מילר, עמ' 113; ראו גם דברי השופט ד' דורנר בפרשת מילר, עמ' 144). היטיב להביע זאת השופט י' זמיר:

"החברה נבחנת, בין היתר, על פי המשקל היחסי שהיא נותנת לחירות האישית. המשקל צריך לבוא לידי ביטוי לא רק באמירות יפות, ולא רק בספרי משפט, אלא גם בספר התקציב. ההגנה על זכויות האדם כרוכה לא פעם במחיר. החברה צריכה להיות מוכנה לשלם מחיר סביר בעבור הגנה על זכויות האדם" (פרשת צמח, עמ' 281 והאסמכתאות המובאות שם).

כך ככלל, וכך גם בעיתות מלחמה ושעת חירום. אכן, "חברה המבקשת ביטחון מזה וחירות מזה צריכה לשלם את המחיר" (פרשת מרעב, בעמ' 384).

(T) החריג

95. לאור עמדתנו באשר לחוסר המידתיות של האיסור הגורף, אין לנו צורך לדון בחריגים להסדר הגורף. נציין רק כי היעדרם מהחוק מבליט בעוצמה רבה את חוסר המידתיות (במובן הצר) של האיסור הגורף. מדוע לא ניתן לאשר היתר כניסה לישראל למקרים בודדים בהם יש טעמים הומניטריים כבדי משקל? ראויים לציון בהקשר זה דבריו של הנשיא מ' שמגר, לעניין איחוד משפחות בין זרים מחוץ לאזור לבני זוג באזור. כותב הנשיא:

"המדיניות ודרך הפעולה של המשיב הנ"ל כוללת את שקילתו של כל מקרה ומקרה לפי נסיבותיו, וכי בכל מקרה גם ישובו ויבחנו אם קיימות נסיבות הומאניטריות יוצאות דופן" (בג"ץ 13/86 שאהין נ' מפקד כוחות צה"ל באזור יהודה ושומרון, פ"ד מא(1) 197, 216).

(ה) המעבר לשאלות בדבר תוצאות אי החוקתיות

96. מסקנתנו הינה, איפוא, כי הסדריו של חוק האזרחות והכניסה לישראל פוגעים בזכות לכבוד האדם הקבועה בחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו. הוספנו וקבענו, כי פגיעה זו אינה מקיימת את הוראותיה של פסקת ההגבלה. בכל הנוגע למידתיות הפגיעה, חוסר המידתיות מתבטא בכך שהחוק קובע יחס לא מידתי בין תוספת ההגנה על הביטחון במעבר מהסדר שקדם לו, שקבע בחינה אינדיבידואלית, לבין תוספת הפגיעה בכבוד האדם שהמעבר לאיסור גורף גורר אחריו. על רקע מסקנתנו זו קמה ומתעוררת השאלה, מהי תוצאתה של אי חוקתיות זו. לבחינתה של שאלה זו נעבור עתה.

ח. שלבי הבחינה החוקתית: (3) הסעד או התרופה

97. השלב האחרון בבחינה החוקתית הוא שלב הסעד או התרופה. הגענו למסקנה כי הופרה זכות חוקתית המעוגנת בחוק-יסוד. קבענו כי הפרה זו אינה מקיימת את התנאים של פסקת ההגבלה. עתה עלינו לקבוע את תוצאותיה של אי החוקתיות. הקביעה כי חוק פוגע שלא כדין בזכות חוקתית, באשר הוא אינו מקיים את דרישות פסקת ההגבלה, אין משמעותה, מניה וביה, כי דינו של החוק בטלות, ולאלתר. לבית המשפט נתון שיקול דעת באשר לסעד הראוי במצב זה (ראו פרשת מנהלי ההשקעות, עמ' 413-414; דברי השופט א' מצא בבג"ץ 9098/01 גניס נ' משרד הבינוי והשיכון

(לא פורסם)). שיקול דעת זה משתרע הן לעניין הכרזת הבטלות עצמה, והן לעניין מועד כניסת הבטלות לתוקף. בית המשפט אינו חייב להורות על ביטול החוק כולו. הוא רשאי להורות על הפרדתו של החוק, כך שיבוטלו אותן הוראות מן החוק הלוקות בפגם החוקתי, תוך הותרת יתר ההוראות בתוקפן. את זאת ראוי לעשות כאשר להוראות הנותרות קיים טעם עצמאי, ואין בהפרדה כדי להביא לשיבוש תכליתו של החוק (ראו ברק, פרשנות חוקתית, עמ' 736-737). בית המשפט אף רשאי להורות על דחייה במועד כניסת הבטלות לתוקף. השעיה זו של הכרזת הבטלות נחוצה מקום בו בטלות בעלת תחולה מידית עשויה להביא לפגיעה קשה באינטרס הציבורי, וכן על מנת לאפשר למחוקק פרק זמן מתאים לקביעתו של הסדר חלופי אשר יעמוד בדרישות החוקתיות (ראו פרשת ועדת המעקב העליונה, פסקה 27; פרשת מנהלי ההשקעות, עמ' 416; פרשת צמח, עמ' 284). הסעד הראוי בנסיבות מעין אלו הוא אפוא השעיית הכרזת הבטלות (לעניין זה ראו י' מרזל "השעיית הכרזת הבטלות", משפט וממשל ט (תשס"ו) 39).

98. בענייננו, דעתי היא שאין מנוס מקביעה כי חוק האזרחות והכניסה לישראל בטל כולו. סעיף 2 לחוק הוא היוצר את הפגיעה האסורה בזכות. לכאורה, די היה בהוראה על בטלות סעיף 2, תוך הותרת יתר סעיפי החוק על כנם. אולם יתר סעיפי החוק אינם אלא חריגים להסדר הגורף הקבוע בסעיף 2. לפיכך, בהיעדר סעיף 2 מתוקן חוק הוראת השעה מכל תוכנו. מה טעם בחרג מקום בו הכלל בוטל. המסקנה היא כי יש להורות על ביטול החוק כולו.

99. האם ראוי לאפשר למחוקק שהות לבחינת המצב שנוצר עקב בטלות החוק, ולבחון את קביעתו של הסדר חלופי, בדרך של דחיית מועד תחילתה? תשובתי על שאלה זו היא בחיוב. קביעתו של הסדר חלופי בסוגיה הרגישה אשר לפנינו מחייבת שקילה יסודית של מכלול שיקולים בעלי השלכה רחבה. ראוי לאפשר פרק זמן הולם לקביעתו של הסדר חלופי. אילו לא נקבע בחוק האזרחות והכניסה לישראל מועד לסיום תוקפו הייתי קובע כי בטלות החוק מושעת לפרק זמן של ששה חודשים. מכיוון שתוקפו של החוק פוקע ב-16 ביולי 2006 ראוי להשהות את הכרזת הבטלות עד למועד זה. אם הממשלה והכנסת יידרשו לתקופת זמן מוגבלת, שלא תעלה על ששה חודשים, כדי להערך לחקיקה ברוח פסק דיננו, והיא תבקש, לשם כך, לחוקק מחדש בלא שינוי את חוק האזרחות והכניסה לישראל, כי אז הנני קובע כי פסק דיננו מושעה לששה חודשים מיום כניסתו של החוק לתוקף.

הערות לפסק דינו של המישנה לנשיא, השופט מ' חשין

100. עיינתי כמובן בפסק דינו של חברי, המישנה לנשיא, השופט מ' חשין. בעניינים רבים אנו מסכימים. אכן, מקובל עלי כי כל מדינה, לרבות מדינת ישראל, רשאית לקבוע לעצמה מדיניות הגירה. במסגרתה של זו, רשאית היא להגביל כניסתם של זרים (כלומר מי שאינם אזרחים או עולים לפי חוק השבות) לשטחה. אין המדינה חייבת לתת לזרים להיכנס לתוכה, להתיישב בה ולהפוך לאזרחיה. מפתח הכניסה למדינה נתון בידי המדינה. לזרים אין זכות לפתיחתה של הדלת. כך לעניין זרים שאין להם כל קשר עם אזרחי ישראל. כך לעניין זרים הנשואים לאזרחים ישראלים ולילדיהם. כולם צריכים לפעול על פי חוק האזרחות, התשי"ב-1952, ועל פי חוק הכניסה לישראל, התשי"ב-1952. על פי חוקים אלה אין לבן זוג זר זכות להיכנס לישראל, להשתקע בה ולהפוך לאזרח בה, שלא על פי החקיקה הרגילה. חקיקת הגירה זו יכולה להגביל את הכניסה לישראל, לקבוע לה מכסות כלליות ולהטיל הגבלות אחרות המוכרות במדינות בנות תרבות.

101. פסק דיני מוגבל הוא לנקודת המבט של בן הזוג הישראלי, המבקש לממש את חיי המשפחה שלו עם בן זוגו הזר או עם ילדם המשותף בישראל. אף כאן, איני טוען כי לבן הזוג הישראלי הכוח לחייב את המדינה לפתוח את שעריה בפני בן הזוג הזר, לאפשר לו להיכנס לישראל, להכיר בישיבתו בה, או להעניק לו אזרחות ישראלית. כפי שעולה מפסק דיני, המדינה רשאית לחוקק חוקים – כמו חוק הכניסה לישראל, או את חוק האזרחות – המגבילים את זכותם של בני הזוג הישראלים לאיחוד משפחות עם בני זוגם הזרים. מכוחה של הוראה זו נמנעה מאלפי בני זוג זרים מהאזור הכניסה או השהות בישראל. מכאן גם גישתי המובנת מאליה, כי הכנסת מוסמכת לחוקק את חוק הכניסה לישראל המגביל את כניסתם של בני זוג מהאזור. אכן, אילו קבע חוק הכניסה לישראל מניעת כניסה של בן זוג זר בעקבות בדיקה אינדיבידואלית באשר למסוכנותו הביטחונית, המקיימת את דרישותיה של פסקת ההגבלה, לא הייתי רואה כל בעיה חוקתית עם חוק זה.

102. מהי, איפוא, המחלוקת בעניין זה בין עמדתו של חברי לבין עמדתי שלי? בבסיס המחלוקת עומדת השאלה האם לבן זוג ישראלי זכות חוקתית-על-חוקית לממש את חיי המשפחה שלו בישראל עם בן זוגו הזר וילדם המשותף. חברי סבור שזכות חוקתית כזו אינה עומדת לבן הזוג הישראלי. ממילא סבור חברי, כי חקיקה הפוגעת במימוש חיי משפחה אלה בישראל אינה צריכה לקיים את תנאיה של פסקת ההגבלה,

שכן זכות חוקתית לא נפגעת. לעומתו, הנני סבור כי חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו מעניק לבן הזוג הישראלי זכות זו, כחלק מכבוד האדם. כדי למנוע את מימושה של הזכות, חייבים למלא את דרישותיה של פסקת ההגבלה. לדעתי, הוראותיו של חוק האזרחות והכניסה לישראל אינן ממלאות את תנאי המידתיות בפסקת ההגבלה. חברי סבור, כי לו נזקק להוראותיה של פסקת ההגבלה, תנאיה מתקיימים בחוק האזרחות והכניסה לישראל. מחלוקת שניה בינינו נוגעת לפגיעה בשוויון. חברי סבור כי זכותו של בן הזוג הישראלי-ערבי לשוויון לא נפגעת, שכן חוק האזרחות והכניסה לישראל מבוסס על הבחנה מותרת. לעומתו הנני סבור כי חוק זה מבוסס על הבחנה אסורה. מן הראוי להדגיש כי עמדתי אינה גורסת כי המפתח לכניסה למדינה של בן הזוג הזר נתון בידי בן הזוג הישראלי. עמדתי אינה מובילה למסקנה כי "הכרה בקיומה של חוקה חוקתית המוטלת על המדינה להתיר כניסתם של בני משפחה זרים, פירושה העברתה הריבונית לידי כל אזרח ואזרח בנפרד" (פסקה 55 לפסק דינו של חברי). בוודאי שעמדתי אינה מעניקה "זכות הגירה אוטומטית לכל מי שנישא לאחד מאזרחי המדינה או תושביה" (שם), וממילא היא אינה מובילה לכך כי "כל אזרח מחזיק בזכות להתיר הגירה למדינה, ללא פיקוחה של המדינה" (שם). עמדתי מובילה אך למסקנה כי הכרה בזכות החוקתית של בן זוג ישראלי לאיחוד משפחות עם בן הזוג הזר, מטילה על המדינה – שבידה היכולת לנווט את מדיניות ההגירה על פי מדיניותה ושבידה הפיקוח על מדיניותה – את הנטל לחוקק חוק התואם את דרישותיה של פסקת ההגבלה. כך היה המצב לפני חקיקתו של חוק האזרחות והכניסה לישראל וכך יהיה אחרי שיוכנסו בחוק זה התיקונים הנדרשים. כלום לפני חקיקתו של חוק האזרחות והכניסה לישראל העבירה המדינה את הריבונות לידי כל אזרח ואזרח בנפרד? האם לפני חקיקתו של חוק זה הוענקה זכות הגירה אוטומטית לכל מי שנישא לאחד מאזרחי המדינה או תושביה? האם לפני הוענקה לכל אזרח זכות להתיר הגירה למדינה ללא פיקוח של המדינה? היכן היה חוק הכניסה לישראל עד כה? ומה קרה לו, עד כה, לחוק האזרחות? אכן, על פי השקפתי, המפתח לכניסה למדינה נשאר נתון בידי המדינה. בידה הכוח לקבוע אמות מידה להגירה, ואף לשלול אותה מכל וכל. כל שנדרש ממנה הוא כי שעה שהיא משתמשת במפתח זה – וככל שהדבר פוגע בזכותו החוקתית של בן זוג ישראלי – השימוש בו יעשה באופן התואם את ערכיה של מדינת ישראל, לתכלית ראויה ולא מעבר לנדרש. לא פחות ולא יותר.

103. עמדתי של חברי – השוללת את תחולתה של פסקת ההגבלה בעניינינו – מבוססת על פירושו לזכות החוקתית לכבוד האדם. נקודת המוצא של חברי ושלי בעניין זה זהות הן. שנינו מסכימים כי מכבוד האדם נגזרת "זכותו של אזרח ישראלי להתגורר עם בני משפחתו בישראל, וחובתה של המדינה כלפי האזרח לאפשר לו לממש זכותו

לחיות עם בני משפחתו בישראל" (פסקה 47 לפסק דינו של חברי). על כן, אם שני בני הזוג הם ישראלים, זכותם לממש את חיי המשפחה בישראל נגזרת מכבוד האדם של כל אחד מהם (פסקה 48 לפסק הדין של חברי). אך מה הדין אם אחד מבני הזוג הוא ישראלי והאחר הוא זר? כאן מתפצלות דרכינו. על פי עמדתי שלי, כבוד האדם של בן הזוג הישראלי הוא לגור יחד עם בן זוגו – ישראלי או זר – וילדיהם בישראל. על פי עמדת חברי, יש שוני מהותי לעניין כבוד האדם, בין המקרה בו בן הזוג השני גם הוא ישראלי לבין המקרה בו בן הזוג השני אינו ישראלי. ביסוד גישתו זו מונחים שני שיקולים: האחד, עוצמתה של הזכות החוקתית לקיים חיי משפחה בישראל. על פי גישתו של חברי, הזכות לחיי משפחה היא בגרעינו של כבוד האדם, ואילו הזכות להביא את בן הזוג הזר לישראל כדי לממש בה את חיי המשפחה היא במעטפת או בפריפריה (פסקאות 59 ו-61 לפסק דינו של חברי). האחר, האינטרס הציבורי שבחובת המדינה כלפי כל אזרחיה לקבוע את אופייה וזהותה של מסגרת החיים המשותפת (פסקה 49 לפסק דינו של חברי), ואת דמותה של המדינה (פסקה 54). לדעת חברי, "ראוי לו כי נניח לאינטרס הציבורי לומר את דברו כבר בתחילה, לעת קביעת גדריה של זכות היסוד" (פסקה 56 לפסק דינו של חברי). לדעתי, אין לקבל את שיקוליו אלה של חברי, ואין בכוחם לשלול מבן הזוג הישראלי את זכותו – זכות הנגזרת מכבוד האדם הניתנת, כמובן, להגבלה בהתקיים תנאיה של פסקת ההגבלה – לממש את חיי המשפחה עם בן הזוג הזר בישראל. על גישתי זו אעמוד בקצרה, ואפתח בטיעון ה"עוצמה" של חברי.

104. לדעתי, זכותו של בן הזוג הישראלי לממש את חיי המשפחה שלו עם בן הזוג הזר בישראל, מצויה בגרעינה של הזכות לכבוד האדם. נזכור תמיד כי כבוד האדם הוא כבודו של "אדם באשר הוא אדם" (סעיף 2 לחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו). אם המימוש של חיי המשפחה בישראל הוא חלק מגרעינו של כבוד האדם כאשר שני בני הזוג הם ישראלים, כי אז המימוש של חיי המשפחה בישראל הוא חלק מגרעינו של כבוד האדם כאשר רק אחד מבני הזוג הוא ישראלי. מבחינת כבוד האדם של בן הזוג הישראלי, מה לי בן זוג אחר שהוא ישראלי ומה לי בן זוג אחר שהוא זר. כבוד האדם – גרעינו של כבוד האדם – זהה בשני המקרים. בשני המקרים, אם בני הזוג אינם חיים יחדיו (בישראל או מחוצה לה) אין בכוחם לממש את חיי המשפחה שלהם. אך מעבר לכך: גם אם זכותו של בן הזוג הישראלי לממש את חיי המשפחה שלו עם בן הזוג הזר בישראל מצויה במעטפת של הזכות לכבוד האדם ובפריפריה שלה, עדיין היא חלק מזכות האדם, ואין לפגוע בה בלא לקיים את תנאיה של פסקת ההגבלה. אכן, הנני סבור כי השימוש בהבחנה בין פגיעה בגרעינה של הזכות (עליה חלה פסקת ההגבלה) לבין הפגיעה במעטפת שלה (המצויה מעבר להיקפה של הזכות וממילא אין תחולה לפסקת

ההגבלה), פוגע בהגנה החוקתית על זכויות האדם. הבחנה זו מוציאה מתחום ההגנה החוקתית את מצבי המעטפת או הפריפריה, ובכך היא מרוקנת את זכויות האדם מחלקים ניכרים – הם מצבי המעטפת או הפריפריה – הכלולים בהם.

105. חברי קובע כי ההתחשבות באינטרס הציבורי בקביעת מדיניות ההגירה מוציאה מגדרה של הזכות החוקתית לחיי משפחה את הזכות של בן הזוג הישראלי למימוש חיי המשפחה שלו עם בן הזוג הזר בישראל. לדעתי, ההתחשבות באינטרס הציבורי – היא הוא חשוב כאשר היא – צריכה להיעשות במסגרת בחינת תנאיה של פסקת ההגבלה (השלב השני בבחינה החוקתית) ולא במסגרת קביעת היקפה של הזכות החוקתית עצמה (השלב הראשון בבחינה החוקתית). כך לעניין הזכות לחיי משפחה וכך לעניין כל זכות חוקתית אחרת (ראו: Alexy, 196; R. Dworkin, Taking Rights Seriously 90 (1977); (C.S. Nino, The Ethics of Human Rights 29 (1991)). המתודולוגיה בה נוקט חברי, סופה לצמצם במידה רבה את ההגנה החוקתית על זכויות האדם. היא עשויה להוביל, למשל, לתפיסה כי ההתחשבות באינטרס הציבורי, כמו ביטחון המדינה או שלום הציבור, לעניין הזכות לחופש הביטוי, צריך למצוא מקומו בקביעת היקפו של חופש הביטוי ולא בקביעת האפשרות החוקתית לפגוע בו. שינוי "המיקום" של האינטרס הציבורי אינו עניין טכני או מתודולוגי גרידא. הוא עניין בעל השלכות עמוקות על זכויות האדם בישראל. יש בו משום צמצום דרסטי בהיקפן של זכויות האדם. אכן, השיטה בה נקט בית משפט זה לפיה מיקומו של האינטרס הציבורי הוא במסגרת פסקת ההגבלה, עשויה להעניק הגנה חוקתית לחוק הפוגע בזכות האדם החוקתית, תוך שמירה על היקפה של זכות האדם. לעומת זאת, מיקומו של האינטרס הציבורי במסגרת קביעת היקפה של זכות האדם, כפי שקובע חברי, עשוי לצמצם את הזכות עצמה. על פי המתודולוגיה של חברי, איזונים שמקומם הראוי הוא בפסקת ההגבלה – תוך בחינה ערכיה של מדינת ישראל, תכליתה הראויה של החקיקה ומידתיותה – נעשים במסגרת קביעת היקפה של הזכות עצמה, תוך הטלת הנטל על מי שזכותו נפגעה. בכך סוטה גישה זו משורה ארוכה של פסקי דין, בהם נקבע כי ההתחשבות באינטרס הציבורי מקומו בשלב הפגיעה בזכות (כגון חופש הביטוי) ולא בשלב קביעת היקפה של הזכות (ראו בג"ץ 806/88 יוניברסל סיטי סטודיוס אינק. נ' המועצה לביקורת סרטים ומחזות, פ"ד מג(2) 22; ע"פ 2831/95 אלבה נ' מדינת ישראל, פ"ד נ(5) 221, 303, 316; וכן F. Schauer, Free Speech: A Philosophical Enquiry (1982)). בכך נפתח מתווה חוקתי חדש המעלה שאלות באשר לנוסחאות האיזון השונות שיש להשתמש בהן ובאשר ליחסן לנוסחאות האיזון שבפסקת ההגבלה.

106. אך מעבר לכך, יש בגישה זו, "משום ערעור האיזון החוקתי" (ע"פ 4424/98 טילגדו נ' מדינת ישראל, פ"ד נו(5) 529, 550); יש בה משום דילול ההגנה החוקתית על זכויות האדם בישראל. היא מובילה אותנו, בלשונו של חברי – להטיל "ספק אם חוקי היסוד, מעיקרם, נועדו להקנות זכויות יסוד ליחיד תוך השפעת-מישרין על היחסים האחרים במדינה ועל דמותה של החברה" (פסקה 62 לפסק דינו של חברי) (פסקה 39 לפסק דינו של חברי). ואילו לדעתי אין בכך כל ספק. זכויות היסוד של האדם בישראל קיימות ומוכרות דווקא במקום שיש בהן להשפיע במישרין "על היחידים האחרים במדינה ועל דמותה של החברה". דווקא אז אנו זקוקים להן ביותר כדי לשמור על ערכינו כמדינה יהודית ודמוקרטית. תפקידנו כשופטים, בשלב זה של חיינו הלאומיים, הוא להכיר במלוא היקפן של זכויות האדם, תוך מתן מלוא העוצמה לכוחה של פסקת ההגבלה לאפשר פגיעה בזכויות אלה, בשעת הצורך, בלא לצמצם את היקפן.

107. ודוק: אינני גורס כי יש למתוח את זכויות היסוד לכל עבר. הנני גורס כי יש ליתן להם פרשנות תכליתית. פרשנות זו אינה מצמצמת ואינה מרחיבה. זו פרשנות המשקפת את הבנתה של החברה הישראלית את מהותן של זכויות האדם, על פי המבנה החוקתי שלהן ועל פי המידות החוקתיות שנקבעו להן בחוקי היסוד, הכל תוך התחשבות בערכי ובבסיסי, ותוך דחיית הארעי והחולף (ראו פרשת אפרת, 780; פרשת אדם טבע ודין, 518; פרשת עמותת מחוייבות). זאת ועוד: אינני סבור שמתן פרשנות תכליתית לזכויות היסוד, תוך התחשבות באינטרס הציבורי בגדריה של פסקת ההגבלה, יש משום פגיעה בעקרון הפרדת הרשויות. אין דבר בעקרון הפרדת הרשויות לפיו בית המשפט צריך ליתן פירוש מצמצם לזכויות האדם, כדי לצמצם את היקפה של הביקורת השיפוטית על חוקתיותו של חוק. אין דבר בעקרון הפרדת הרשויות המוביל למסקנה כי ביקורת שיפוטית על חוקתיות החוק פוגעת בהפרדת רשויות. נהפוך הוא: ביקורת זו שומרת על גבולות הסמכות של האורגנים השלטוניים השונים ושומרת על זכויות האדם. זו גם תפקידה של הפרדת הרשויות. לבסוף, אינני סבור כי גישתו של חברי מובילה "לבחינה כוללת יותר וזהירה יותר של דברי חקיקה" (פסקה 42 לפסק דיני). נהפוך הוא: ככל שתגבר ההתחשבות באינטרס הציבורי בגדרי קביעת היקפה של הזכות, כך יצטמצם תפקידה של פסקת ההגבלה, ותפחת האפשרות לבחינה כוללת וזהירה של דברי חקיקה. תחת להתמקד בחוק הפוגע, יתמקד הניתוח בזכות הנפגעת. במקום דרישה כי המחוקק יחוקק חוקים התואמים את פסקת ההגבלה, תבוא הדרישה כי בית המשפט יצמצם את היקפן של זכויות האדם.

108. עמדתי זו באשר להיקפה של זכות חוקתית (כמו כבוד האדם) וההגבלות עליה (בתנאיה של פסקת ההגבלה) חלות הן בימי שלום ורגיעה והן בימי לחימה וטרור. העימות המזויין שבין ישראל לבין הפלסטינים באזור אינו משנה את היקפן של זכויות האדם של אזרחי ישראל. זכותנו לכבוד האדם, לפרטיות, לקנין ולחופש העיסוק לא השתנתה עם עליית החמאס בבחירות האחרונות באזור. זכויות יסוד אינן משתנות על פי רוחות השלום או המלחמה המנשבות באזורנו. ההתחשבות במצב הביטחוני – התחשבות שהיא כמובן חיונית ונחוצה – צריכה להיעשות במסגרתה של פסקת ההגבלה. על כן מקובלת עלי גישתו של חברי, כי "אף התומכים בקיומה של זכות – זכות חוקתית או זכות חוקית – לאזרח המדינה כי בן-המשפחה הזר ייכנס לישראל וישהה בה, יסכימו כי טעמים של ביטחון-המדינה וביטחון-הציבור יסיגו את זכות היחיד כי בן-משפחתו ייכנס אל המדינה וישב בה" (פסקה 77 לפסק דינו). עם זאת, מן הראוי לחזור ולהדגיש, כי הדיבור "יסיגו את זכות היחיד" אין משמעותו כי זכותו החוקתית כפי שזו קבועה בחוקי היסוד שונתה וצומצמה. משמעותו של דיבור זה הינה כי המימוש של הזכות וההגנה הניתנת לה בחקיקה הוגבל בשל טעמים של ביטחון המדינה וביטחון הציבור, כפי הנדרש בפסקת ההגבלה. כאשר אלו יעלמו – והרי לכך כולנו שואפים – לא יחול שינוי בזכות החוקתית עצמה. זו תישאר כשהיתה. השינוי יחול ביכולת מימושה. על כן, מסכים אני עם גישתו של חברי, כי "עת מלחמה אין דומה היא לעת שלום" (פסקה 82 לפסק דינו), וכי "מעשים שיפים הם לעת שלום – לא נוכל לקיימם לעת מלחמה" (שם). עם זאת, שוני זה צריך למצוא את ביטויו המלא בגדריה של פסקת ההגבלה. הוא צריך להשפיע על מימושה של הזכות. שוני זה אין בכוחו להשפיע על קיומה של הזכות והיקף פריסתה. על כן, אין בידי להסכים למסקנתו "כי בימי מלחמה קמים ונהיים – אם תרצו; מתעוררים לחיים – נימוקים ואינטרסים הייחודיים לתקופה זו – נימוקים ואינטרסים שיש בהם להגביל את תחומי התפרשותן של זכויות היחיד" (שם). הנימוקים והאינטרסים הייחודיים לעת מצב לחימה צריכים לפעול בגדריה של פסקת ההגבלה, ולא בגדרי הזכות החוקתית עצמה. אין הם מגבילים "את תחומי התפרשותן של זכויות היחיד". הם מגבילים את אפשרות מימושהן.

109. בהנחה שחוק האזרחות והכניסה לישראל פוגע בזכות חוקתית, האם הפגיעה היא מידתית? חברי ואנוכי מסכימים כי שני תנאי המשנה הראשונים של המידתיות – מבחן הקשר הרציונלי ומבחן האמצעי שפגיעתו פחותה – מתקיימים בענייננו. גדר המחלוקת בינינו היא לעניין תנאי המשנה השלישי (מבחן המידתיות במובן הצר, או "המבחן הערכי" כמינוחו של חברי). אף לעניין מבחן משנה זה, שנינו מסכימים כי האיסור הגורף הקבוע בחוק האזרחות והכניסה לישראל מעניק יותר ביטחון לאזרחי המדינה ותושביה מהבדיקה הפרטנית. כן מסכימים אנו כי הבדיקה הפרטנית פוגעת

פחות בזכויות בני הזוג הישראלים מאשר האיסור המוחלט. גדר הספיקות הוא איפוא זה: האם תוספת הביטחון המתקבלת במעבר מהבדיקה האינדיבידואלית (שנהגה בעבר) לאיסור הגורף (הנוהג על פי חוק האזרחות והכניסה לישראל) עומד ביחס ראוי לתוספת הפגיעה בכבוד האדם של בני הזוג הישראלים הנגרמת בשל מעבר זה? תשובתו של חברי הינה כי "תוספת הביטחון – ביטחון לחיים – שנותן בידינו האיסור הגורף אל-מול בדיקה פרטנית שכוחה מוגבל [הינה] ראויה" (פסקה 122). לעומתו, סבור אני כי תוספת הביטחון שמביא עימו האיסור הגורף אינה מידתית ביחס לתוספת הנזק הנגרמת לחיי המשפחה ולשוויון של בני הזוג הישראלים.

110. חברי מעמיד על הכף האחת את החיים עצמם. "עניינו הוא בחיים. בחיים ובמוות. בזכותם של תושבי המדינה לחיות. לחיות בביטחון. זכות זו של היחיד לחיים ולביטחון עוצמה רבה לה. ראשונה במלכות היא במיסדר זכויותיו של היחיד, וברי כי משקלה הכבד יש בו כדי להשפיע באורח מכריע על האיזון שבין הנזק לתועלת" (פסקה 120 לפסק דינו). לעומתה מעמיד הוא על הכף השניה את הזכות לקיים חיי משפחה (שם). אכן, מקובל עלי כי אם מעמידים חיים מול איכות חיים – יד החיים על העליונה. אך האם זו ההשוואה הראויה? אילו העמדנו כך את השאלה – חיים מול איכות חיים – היינו בוודאי קובעים כי מותר – אולי אף חייבים – לענות טרוריסט המהווה "פצצה מתקתקת" וזאת כדי למנוע פגיעה בחיים; כי מותר – אולי אף חייבים – להעביר את מקום המגורים של בן משפחה תמים של טרוריסט כדי להשפיע עליו להימנע מטרור ולמנוע פגיעה בחיים; כי יש להעמיד את גדר הביטחון במקום שהמפקד הצבאי ביקש להעמידו, שכן בכך מוגנים החיים של אזרחי המדינה וכל פגיעה באוכלוסיה המקומית – יהיה היקפה אשר יהא, כל עוד אינה פוגעת בחייהם ממש – אינה שיקול כנגד הפגיעה בחיי אזרחי המדינה. אך לא כך פסקנו, לא לעניין העינויים, לא לעניין תיחום המגורים, ולא לעניין פגיעתה של גדר ההפרדה במרקם החיים של התושבים המקומיים (ראו בהתאמה, פרשת הוועד הציבורי נגד עינויים; פרשת עג'ורי; פרשת בית סוריק). בפסקי דין אלה וברבים אחרים העמדנו תמיד את חיי האדם בראש דאגתנו. פסקנו כך, מתוך רגישות לטרור ולתוצאותיו. אכן, חיי אדם יקרים לכולנו; ורגישותנו לפיגועי הטרור היא חריפה כבעבר. פסקנו כפי שפסקנו, משום שאין להעמיד חיים מול איכות חיים. אין להעמיד קיום החיים לעומת מרקם החיים. בהעמדת דברים זו, יד החיים תמיד על העליונה, ותוצאתה הימנעות מכל פעולה המסכנת חיי אדם. כך חברה אינה יכולה לתפקד – לא בעת שלום (למשל לעניין נפגעי תאונות דרכים) ולא בעת לחימה (למשל לעניין נפגעי פעולות איבה). ההעמדה הראויה של השאלה הינה ברמה של הסיכונים ושל הסתברות התרחשותם, ושל השפעתם על חיי החברה כמכלול. השאלות שיש לשאול בענייננו הן שאלות של הסתברות. השאלה הינה מה ההסתברות כי ייפגעו

חיי אדם אם נתמיד בבדיקה האינדיבידואלית לעומת ההסתברות כי ייפגעו חיי אדם אם נעבור לאיסור גורף, והאם תוספת הסתברותית זו שקולה כנגד הוודאות שבהגדלה הנגרמת על ידי כך לפגיעה בזכויותיהם של בני זוג אזרחי המדינה.

111. משעברנו לתחום הסיכון, עלינו לומר בפה מלא: אין לקיים דמוקרטיה וזכויות אדם בלא ליטול סיכונים. בצדק ציין פרופ' סיו (Sajo), כי:

“[L]iberty is about higher risk-taking” (A. Sajo (ed.), Militant Democracy, 217 (2004)).

אכן, כל חברה דמוקרטית נדרשת לאזן בין הצורך לשמור ולהגן על חייהם ושלומו של האזרחים לבין הצורך לשמור ולהגן על זכויות האדם. “איזון” זה אין פירושו אלא שעל מנת להגן על זכויות האדם נדרשים אנו ליטול סיכונים אשר במסגרתם עשויים להיפגע אנשים חפים מפשע. חברה החפצה לשמור על ערכיה הדמוקרטיים והמבקשת לקיים משטר דמוקרטי גם בתקופת טרור ולחומה, אינה רשאית להעדיף את הזכות לחיים בכל מקרה בו היא מתנגשת עם השמירה על זכויות האדם. חברה דמוקרטית נדרשת למלאכה המורכבת של האיזון בין הערכים המתנגשים. איזון זה, מעצם טבעו, כולל בתוכו מרכיבים של סיכון ומרכיבים של הסתברות (ראו לעניין זה: C. Sunstein, Laws of Fear (2005), 204-223; J. Waldron, "Security and Liberty: The Image of Balance" The Journal of Political Philosophy vol.11 (2003), 191-210; M. Freeman, "Order, Rights, and Threats: Terrorism and Global Justice" in Human Rights in the War on Terror (R. Wilson, ed. 2005), 37-56). כמוכך, אין ליטול סיכונים בלתי סבירים. דמוקרטיה אינה צריכה להתאבד כדי לשמור על זכויות האדם של אזרחיה. דמוקרטיה צריכה להגן על עצמה ולהילחם למען קיומה וערכיה. אך הגנה זו ומלחמה זו צריכים להיעשות באופן שלא ישלול מאיתנו את אופיינו הדמוקרטי.

112. בהסתכלות זו ההשוואה בענייננו אינה בין חיים לבין חיי משפחה. ההשוואה הינה בין הסיכון לחיים ומידת ההסתברות לפגיעה בהם לעומת הוודאות שבפגיעה בחיי המשפחה. לדעתי, תוספת הביטחון הנגרמת במעבר מבדיקה אינדיבידואלית לאיסור גורף של כניסתם של בני זוג גברים עד גיל 35 ושל בני זוג נשים עד גיל 25 אינה שקולה כנגד תוספת הנזק הנגרמת לבני הזוג הישראלים בשל הפגיעה בזכותם לחיי משפחה. אכן, אם בדיקה אינדיבידואלית ראויה היא, מבחינת הסיכונים שיש לקחתם בדמוקרטיה המתגוננת שלנו, בהגיע בן הזוג הזר לגיל 35 ובת הזוג הזרה לגיל 25,

מדוע היא הופכת לבלתי ראויה, מבחינת הסיכונים, כאשר הם טרם הגיעו לגילים אלה? שאלה זו נשאלת בעיקר על רקע עמדת המדינה, שחזרה וציינה בפנינו – חברי נתן לה ביטוי בפסק דינו – כי החשש הוא מפני שינוי בעמדת בן הזוג הזר לאחר שכבר נכנס לישראל. שואל חברי: "מיהו איפוא חכם ולא יחשוש כי תושב אזור עלול להתקשר עם ארגון טרור לאחר קבלת התיעוד הישראלי?" (פסקה 111 לחוות דעתו). אכן, החשש בוודאי קיים. ככל שהשנים עוברות עשוי אולי חשש זה אף לגדול. והנה, חרף חשש זה, קבעה המדינה – ולדעתי, יפה עשתה – כי חשש זה אינו מספיק רציני כדי לשלול בדיקה אינדיבידואלית וכדי לחייב איסור גורף לבני 35 ומעלה (בגברים) ולבנות 25 ומעלה (בנשים). הוא הדין בהוראות המעבר הכלולות בחוק האזרחות והכניסה לישראל, עליהן עומד חברי (פיסקה 123 לפסק דינו). הוראות אלה קובעות כי שר הפנים או מפקד האזור רשאים ליתן רישיונות ישיבה והיתרי שהייה לתושבי האזור אשר הגישו בקשתם לאיחוד משפחות לפני יום 12.5.2002, בכפוף לבדיקה אינדיבידואלית של הסיכון הנשקף מהם. חברי מעמיד את מספרם של העשויים ליהנות מהוראות המעבר על כ-16,000. הנה כי כן, לעניינם של אלפים אלה שבה ומסתפקת המדינה בבדיקות אינדיבידואליות, חרף הסיכון הכרוך בכך. הפגיעה הנגרמת בהחלתו הרטרואקטיבית של החוק נראית למדינה – ובדין היא נראית כך – פגיעה קשה מדי בזכויות, אשר ראוי להימנע ממנה אף במחיר הסיכון הביטחוני הכרוך בה. והוא הדין בתושבי האזור הנכנסים לישראל לצורכי עבודה. אף לעניינם מסתפקת המדינה בבדיקה אינדיבידואלית, חרף הסיכון הקיים בכך. צרכי החברה הישראלית בעבודתם של אלה נראים למדינה – ולדעתי, בדין נראים לה – כיוצרים סיכון שיש לקחתו. על רקע כל אלה, קשה, קשה מאוד, להעניק משקל כה כבד לסיכון הנובע מקיום בדיקה אינדיבידואלית – הטובה וראויה לבני זוג שמעל גיל 35 (לגברים) ומעל 25 (לנשים), לבני זוג שהגישו בקשתם לפני המועד הקובע, ולעובדים מהאזור – דווקא בעניינם של שאר בני הזוג הזרים המבקשים להיכנס לישראל. ושוב: אילו העמדנו לנגד עינינו את חיי האדם, ואותם בלבד, היינו חייבים להגיע למסקנה כי יהא גילם של בני הזוג הזרים אשר יהא, יש לקיים לגביהם איסור גורף; היינו חייבים גם לקבוע כי אין להתיר איחוד משפחות, בלי קשר לשאלה מתי הוגשה הבקשה; היינו חייבים גם לקבוע כי אין להתיר כלל כניסתם של עובדים מהאזור. אך לא כך נקבע בחוק האזרחות והכניסה לישראל. אם המדינה מוכנה היתה ליטול את הסיכונים לחיי אדם שמדיניותה – הנמנעת מאיסור גורף והמסתפקת בבדיקה אינדיבידואלית – גורמת ביחס לבני זוג מעל הגילים 35 ו-25; ואם המדינה מוכנה היתה ליטול את הסיכונים שבמתן היתרי כניסה לבני זוג אשר הגישו בקשתם לפני המועד הקובע; ואם המדינה היתה מוכנה ליטול את הסיכונים שבהתרת עובדים מהאזור לישראל תוך הסתפקות בבדיקה אינדיבידואלית, אות הוא כי

הסיכון הנובע מהסתפקות בבדיקה אינדיבידואלית אינו כה גדול, עד שיש בו כדי להצדיק את הפגיעה הקשה בחיי המשפחה של בני הזוג הישראליים.

113. כמובן, יש מקום לעשות הכל כדי להגביר את יעילותה של הבדיקה האינדיבידואלית. בעניין זה קובע חוק האזרחות והכניסה לישראל הוראות באשר לבדיקה האינדיבידואלית של אלה שהאיסור הגורף לא חל עליהם (סעיף 3ד לחוק). ניתן, כמובן, להפעיל הוראות אלה לכל מי שעובר בדיקה אינדיבידואלית. ניתן גם להעלות אמצעים נוספים שניתן לנקוט בהם. כך, למשל, ניתן לתת משקל לעובדה שבן הזוג הישראלי פנה מראש למשיבים וביקש עריכתה של בדיקה אינדיבידואלית. כמובן, אם הלכה למעשה אין אפשרות ממשית לקבל מידע רלבנטי מבדיקה אינדיבידואלית של בן זוג זר בשל המצב הביטחוני, אין מנוס מדחיית ההחלטה בעניינו עד שהבדיקה האינדיבידואלית תתאפשר. במקום בו מתנהלת לחימה לא מתנהלת בדיקה; במקום שבו אין אפשרות, בשל התנאים הביטחוניים לקיים בדיקה, יש לדחותה עד לאחר שהתנאים ישתנו. כל אלה ייקבעו על פי תנאי הזמן והמקום, ולא ישלטו על ידי איסור גורף. על כן, לגבי אותם בני זוג שבהם הבדיקה האינדיבידואלית אפשרית, יש לקיימה. במצבים אלה מתבלטת חוסר המידתיות של האיסור הגורף. מדוע לא לאפשר לבן זוג ישראלי לקיים חיי משפחה בישראל עם בן זוגו הזר, כאשר בדיקה סבירה מעלה שבן הזוג הזר אינו מהווה בעת הבדיקה סיכון ביטחוני, וכי קיים סיכון קטן כי הדברים ישתנו בעתיד? גם אם נטל ההוכחה יועבר, בעניין זה, על שכם בן הזוג הישראלי, מדוע למנוע ממנו את האפשרות להוכיח כי הנטל הורם?

סוף דבר

114. ההכרעה בעתירות אלה קשה היא. "אנו בני החברה הישראלית. אף שמצויים אנו לעתים במגדל שן, מגדל זה מצוי בתוככי ירושלים, שלא פעם נפגעה מטרור חסר מעצורים. מודעים אנו להרג ולהרס אשר הטרור כנגד המדינה ואזרחיה גורר אחריו. ככל ישראלי אחר אף אנו מכירים בצורך להגן על המדינה ועל אזרחיה מפני פגיעתו הקשה של הטרור. מודעים אנו לכך כי בטווח הקצר פסק דינו זה אינו מקל על המאבק של המדינה נגד הקמים עליה. ידיעה זו מקשה עלינו, אך אנו שופטים. כאשר אנו יושבים לדין אנו עומדים לדין" (פרשת בית טוריק, עמ' 861). כשופטים אנו יודעים, כי עלינו לאזן כראוי בין זכויות האדם לבין הביטחון. "באיזון זה, זכויות האדם אינן יכולות לקבל את מלוא ההגנה, כאילו אין טרור, וביטחון המדינה אינו יכול לקבל את מלוא ההגנה, כאילו אין זכויות אדם. נדרש איזון עדין ורגיש. זהו מחיר הדמוקרטיה. זהו מחיר יקר, אשר כדאי לשלמו. הוא מחזק את כוחה של המדינה. הוא נותן טעם

למאבקה" (פרשת עג'ורי, עמ' 383). עמדנו על כך בפרשת הוועד הציבורי נגד עינויים לעניין השימוש באלימות כדי להציל חיי אדם מידי של טרוריסט שלפי הטענה הינו "פצצה מתקתקת". דברים אלה חלים גם לענייננו:

"מודעים אנו לכך כי פסק דיננו זה אינו מקל על ההתמודדות עם מציאות זו. זו גורלה של דמוקרטיה שלא כל האמצעים כשרים בעיניה, ולא כל השיטות שנוקטים אויביה פתוחות לפניה. לא פעם נלחמת הדמוקרטיה כאשר אחת מידיה קשורה לאחור. חרף זאת, ידה של הדמוקרטיה על העליונה, שכן שמירה על שלטון החוק והכרה בחירויות הפרט, מהווה מרכיב חשוב בתפיסת ביטחונה. בסופו של יום, הן מחזקות את רוחה ואת כוחה ומאפשרות לה להתגבר על קשייה" (שם, עמ' 835).

לו תשמע דעתי, התוצאה תהיה כי חוק האזרחות והכניסה לישראל בטל. ההכרזה על הבטלות של החוק מושעית עד ליום 16.7.2006.

ה נ ש י א

המישנה לנשיא (בדימ') מ' חשין:

משהונחה לפניי חוות-דעתו של חברי, הנשיא ברק, נתתי ידי בידו והינחתי לו להובילני בדרכו. כך הילכנו בדרכים שייצבון עיקרי-יסוד, עלינו הרים שבפיסגותיהם זכויות יסוד, עברנו על פניהן של דוקטרינות, ירדנו אל כללי משפט פרטיקולריים, ובדרכנו ליוו אותנו כל העת הצדק, האמת, היושר והשכל הישר. לקראת סופו של המסע עלינו על אניה והיגענו אל אי באמצע האוקיאנוס. ירדנו מן האניה, ועל המזח הקביל את פנינו איש נשוא פנים.

"ברוכים הבאים", ברכנו האיש במאור פנים.

"ברוכים הנמצאים" השיבוננו והוספנו: "אנו מישראל, מבית-המשפט העליון של ישראל. ומי אדוני?", שאלנו.

"שמי הוא תומאס, תומאס מור. ויש המכנים אותי תומאס מורוס".

"נעים מאוד. ומהו המקום שאנו נמצאים בו?", שאלנו.

"אתם נמצאים במדינת אוטופיה", השיב האיש, והוסיף: "מדינת אוטופיה

הוקמה על-פי תוכנית שהיתוותי בספר שכתבתי ואשר שמו הוא כשם המדינה:

אוטופיה. דרך-אגב", הוסיף האיש, "המילה 'אוטופיה' היא בלשון היוונית, ותרגומה לעברית הוא: 'שום מקום'".

"מעניין, מעניין מאד", אמרנו, "וכאנשי משפט נוסף ונשאל אותך: ומהי שיטת המשפט השוררת באוטופיה? האם דומה היא לשיטת המשפט שבישראל?" (הנחתנו היתה, כמובן, שהאיש החכם ההוא מכיר את שיטת המשפט בישראל).
מר מור חייך והשיב: "צר לי, אך יש הבדלים עמוקים בין שתי שיטות המשפט, ויעבור זמן רב עד שישראל תגיע למדרגת אוטופיה. לעת הזו אתם נלחמים על חייכם, על קיומה של המדינה, על יכולתו של העם היהודי לנהל חיי קהילה ומדינה ככל העמים. דיני אוטופיה - במצבכם כהיום הזה - לא לכם הם. עדיין לא. שימרו על עצמכם, עשו כמיטבכם, וחיו", כך אמר האיש ולא יסף.

ואיקץ, והנה חלום.

* *
*

חוק האזרחות והכניסה לישראל (הוראת שעה), התשס"ג-2003 (החוק או חוק האזרחות והכניסה לישראל) מורנו, כי בכפיפות לחריגים אלה ואחרים - חריגים רחבי-היקף - לא תוענק לתושב אזורי יהודה, השומרון וחבל עזה (האזור) אזרחות ישראל ולא יותן לו רישיון לישיבה בישראל. החוק אינו חל על תושבים של יישובים ישראלים באזור. ענייננו זו הפעם הוא בשאלה אם עומד הוא החוק - או אם אין הוא עומד - במיבחי החוקתיות המוצבים בחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו.

2. קראתי בעיון את חוות-דעתו של חברי, הנשיא ברק, חוות-דעת רחבת-היקף ומסודרת להפליא, ראשון ראשון, אחרון אחרון. קראתי - ונתקשיתי להסכים. דרכי במשפט - בעיקרים שבה - שונה מדרכו של חברי. הלוך מחשבתי אחר הוא מהלוך מחשבתו של חברי.

ראשית לכל, סבור אני כי מדינת ישראל - כמוה ככל מדינה בעולם - רשאית להגביל בחוק הגירתם של זרים לישראל, בהם בני-זוג של אזרחי ישראל. אין זה מקובל עלי כי אזרחי המדינה קנו זכות חוקתית - קרא: זכות שמכוחה ניתן לבטל חוק של הכנסת - כי בני-זוגם הזרים יהגרו לישראל עקב הנישואין. אמת, אף אני, כמוהו כחברי הנשיא, מכיר אני במעמדה הרם של הזכות לנישואין ולחיי משפחה, אך מחלוקת מפרידה בינינו באשר לזכויות-המישנה הנגזרות מאותה זכות. שלא כדעת חברי, ספק

בעיני אם הזכות לנישואין ולחיי משפחה גוזרת מתוכה חובה חוקתית המוטלת על המדינה להתיר כניסה לישראל לאזרחים זרים שנישאו לאזרחי המדינה.

שנית, לעת מלחמה רשאית מדינה - כל מדינה - למנוע כניסתם של נתיני אוייב למדינה, גם אם נישאו לאזרחי המדינה. מדינת ישראל, ידענו כולנו, נתונה במלחמה - למיצער: במעין-מלחמה - אכזרית וקשה אל-מול הרשות הפלסטינית ואירגוני טרור הפועלים מתוכה. תושבי האזור הפלסטינים הם בבחינת נתיני אויב, ובתורת שכאלה מהווים הם קבוצת סיכון לאזרחיה ולתושביה של ישראל. רשאית היא אפוא המדינה, להגנת אזרחיה ותושביה, לחוקק חוק האוסר על כניסתם של תושבי האזור - של נתיני האוייב - אל המדינה, כל עוד נמשך מצב המלחמה (או המעין-מלחמה). זכות היסוד לנישואין ולחיי משפחה, זכות-יסוד היא שכולנו מכירים בה כזכות הנגזרת מכבוד האדם. ואולם ספק בעיני אם משמיעה היא, כמו-מעצמה, חובה המוטלת על המדינה להתיר כניסה לישראל של נתיני אוייב - אויב שבחסותו נערכת תקיפה ממושכת ורצחנית נגד המדינה ותושביה - אך באשר נישאו למי שהם תושבים או אזרחים של ישראל. במקום זה תימצא אף התשובה לטענת ההפליה, שכן הבחנה שיוצר החוק - הבחנה שעניינה תושבי האזור ולא אזרחי המדינה - הבחנה מותרת היא בין אזרחי המדינה שנישאו לאזרחים זרים שהם נתיני אויב לבין אזרחי המדינה שנישאו לאזרחים זרים שאינם נתיני אויב.

שלישית, גם לו היסכמתי לדרכו של חברי באשר למעמדם החוקתי של הזכות לחיי משפחה עם מי שהם זרים למדינה, גם-אז לא היסכמתי למסקנתו כי מיבחן המידתיות ("במובנו הצר") מכשיל את החוק וגוזר עליו פְּלִיָּה. שלא כחברי, סבור אני כי הרווחה והתועלת שחוק האזרחות והכניסה לישראל משפיע על ביטחונם ועל חייהם של תושבי ישראל, גוברות על הפגיעה שהחוק פוגע במיקצת מאזרחי ישראל שנישאו - או האומרים להינשא - לתושבי האזור, והמבקשים לחיות עם בני זוגם בישראל. אכן, בהניחנו על כפות המאזניים, מזה ומזה, את זכותם של אזרחי ישראל לחיים ולביטחון ואת זכותם של מיקצת מאזרחי ישראל להינשא לתושבי האזור ולהתגורר בישראל - כף ראשונה תכריע. כך ראוי שיהא דין במקום שהביטחון מתערער באורח ניכר, לעת שהחיים הם בסיכון מתמיד. וכולנו ידענו כי בדברנו בסיכוני החיים ובשמירה על החיים, לא באו דברינו לתפארת המליצה. על החיים מבקשים אנו להגן, לא פחות. ומשנמצא לה לכנסת - לגוף העליון בדמוקרטיה של ישראל - כי הוראות חוק האזרחות והכניסה לישראל - חוק הוראת שעה המוגבל בסייגים נרחבים - מהווה כלי-יעיל וראוי להגנת חייהם של אזרחי המדינה ולמלחמה בסיכוני חיים וביטחון חמורים, אתקשה לקבל כי מבחינתה של החברה בישראל עובר החוק על לאו של מידתיות.

3. חוק האזרחות והכניסה לישראל, חוק הוא שנחקק על רקע מציאות ביטחון קשה שמדינת ישראל מצויה בתוכה. על רקע מציאות קשה זו, וביודענו מניסיון העבר כי מיקצת מתושבי האזור - תושבים שזכו עקב נישואיהם לאזרחי ישראל בהיתרים לנוע באורח חופשי בתוככי ישראל ובין שיטחי הרשות הפלסטינית לבין ישראל - סייעו לטרור המתאבדים המכה בישראל, דעתנו היא כי לא קמה להם לעותרים עילה לביטולו של החוק. נזכור כל העת: ישראל אינה אוטופיה. ישראל מצויה בעימות מזוין קשה אל-מול הפלסטינים. רשות כנגד מדינה. קולקטיב כנגד קולקטיב. ועימות מזוין זה היה כמלחמה. לא כמלחמת העצמאות; לא כמלחמת ששת הימים; לא כמלחמת יום הכיפורים. ובכל זאת - מלחמה. ומדינה המצויה במצב של מלחמה עם מדינה אחרת, נוהגת לאסור - ורשאית היא לאסור - על כניסת תושביה של מדינת האוייב אל תחומיה. וכך הוא ענייננו. ואשר ליחסים שבין המדינה לבין תושביה ואזרחיה - ביחסים הפנים-מדינתיים - רשאית היא המדינה, להגנת אזרחיה ותושביה, שלא להתיר לתושבי אותו אזור המצוי בעימות מזוין עימה - שלא להתיר לתושבי "מדינת האוייב" - להיכנס לישראל.

4. משנסתבר כי מיקצת מתושבי האזור היושבים בישראל היו מעורבים בפעילות מתאבדים שבאו מן הרשות הפלסטינית; ומשנתברר לגורמי ביטחון כי אין ביכולתם להבחין בדרגת סבירות ראויה בין תושבי אזור העלולים לסייע לטרור לבין תושבי אזור שאינם עלולים לסייע לטרור, ולו משום שאירגוני הטרור פונים לעזרתם של אותם תושבים לאחר שזכו לתיעוד הישראלי המיוחל; סבורים אנו כי הסדר שקבעה הכנסת בחוק האזרחות והכניסה לישראל - חוק שתוקפו מוגבל בזמן ותחולתו מוגבלת בסייגים - ואשר לפיו תושבים פלסטיניים מן האזור, בני קבוצות גיל הנמנות בחוק, לא יזכו באזרחות או ברשיון ישיבה בישראל - חוק חוקתי ומידתי הוא.

5. כולנו ידענו כי הוראת החוק פוגעת במיקצת אזרחי ישראל המבקשים להינשא לבני-זוג פלסטינים ולהתגורר עימם בישראל. כבני-אנוש אין לנו אלא להזדהות עם כאבם של אותם תמי-לב שזכותם לקיים חיי משפחה בישראל נפגעו. ואולם שני צדדים לה למטבע. וכך, כל עוד נמשך העימות המזוין הפלסטיני-ישראלי; כל עוד ממשיך הטרור הפלסטיני להכות ללא הבחנה בישראל ובישראלים; וכל עוד מתקשים שירותי הביטחון להבחין בין המסייעים לצרינו לבין מי שאינם מסייעים לצרינו; ראוי כי תידחה זכותם של המעטים לקיום חיי משפחה בישראל מפני זכותם של כלל תושבי ישראל לחיים ולביטחון. אכן, זו זכותה - יתר-על-כן: זו חובתה - של מדינה, של כל מדינה, להגן על תושביה מפני המבקשים להרע להם, וכנגזר מכך רשאית היא המדינה

למנוע הגירתם של נתיני האויב לתוכה - ולו בני-זוג הם לאזרחי ישראל - בעוד היא מנהלת עימות מזויין עם אותו אויב.

על המאבק המזוין שמנהלים הפלסטינים כנגד ישראל והישראלים

6. בחודש ספטמבר 2000 החלה מכה במדינת ישראל ובתושביה מיתקפת טרור רצחנית שמקורה בשיטחי יהודה, שומרון וחבל עזה, מיתקפה שמתכנניה ומבצעה הם, רובם ככולם, פלסטינים תושבי האזור. מאבקם החמוש של הפלסטינים נגד מדינת ישראל ותושביה לא חדל, ובשעה זו שבה כותבים אנו את פסק הדין מוסיפים אזרחי ישראל לחיות באיום הטרור הרצחני המופנה נגדם. כבר עתה יודעים אנו כי המדובר הוא באחת המיתקפות הקשות ביותר שעברו עלינו. עשרות אלפי פיגועי טרור שמקורם באזור היכו ללא הבחן וללא רחם בילדים, בקשישים, בנשים ובגברים - רובם המכריע אזרחים תמים שעסקו בשיגרת יומם - וגרמו למותם של למעלה מאלף ישראלים ולפציעתם של אלפים אחרים. רכוש רב ניזוק ונהרס. כלכלת המדינה נפגעה באורח קשה. חיי היום יום במדינה שובשו. אזרחים רבים החלו חוששים ממעשי שיגרה דוגמת נסיעה באוטובוס, ביקור בקניון, סעודה במסעדה. בעיני העולם נצטיירה ישראל כמדינה נגועת טרור שיש להימנע מלבקר בה.

7. הבה נעמוד על מיקצת נתונים שניתן לכנותם נתונים יבשים, אך לאמיתם של דברים רוויים וספוגים הם בדם רב. מאז חודש ספטמבר 2000 ביצעו הפלסטינים 26,448 פיגועי טרור ובהם רצחו 1,080 אזרחים ישראלים ופצעו 7,416 אזרחים. מניין פיגועי הטרור מקיף את כלל אירועי הטרור שבוצעו בישראל ובשטחים, וכולל הוא סוגים שונים של אירועי פח"ע (פעילות חבלנית עוינת) החל בפיגועי תופת רבי-נפגעים בתוך המדינה, המשך בפיגועי ירי באזור ועד לירי רקטות קאסם ונשק קל (נק"ל) אל-עבר ישראל. אשר לענייננו, נמקד עצמנו בפיגועים שבוצעו בישראל פנימה, דהיינו: בפיגועים שלביצועם נדרשת דרך כלל עזרתם של מי שמתגוררים בישראל בהיתר, וביכולתם לעקוף מכשולים שמציבה ישראל בפני טרוריסטים המגיעים משיטחי האזור. בתוככי מדינת ישראל - בתוך הבית ממש - ביצעו הפלסטינים 1,596 פיגועי טרור, ובכלל אלה 148 פיגועי התאבדות. 626 אזרחים ישראלים נרצחו סמוך לביתם - בעודם יושבים במסעדה, נוסעים באוטובוס, קונים בקניון או ממתינים לחצות מעבר-חצייה עם ילדיהם הקטנים. 6,446 ישראלים - גברים ונשים, ילדים וקשישים - נפצעו, חלקם פציעות קשות ביותר שיותירו בהם צלקות לכל ימי חייהם. בפיגועי ההתאבדות

לבדם רצחו הפלסטינים 505 ישראלים ופצעו אלפים. זוהי המציאות שאנו חיים בה. אלו הן תוצאות המלחמה שאסרו עלינו הפלסטינים. ולעת הזו לא נדע מה ילד יום.

8. להגנה על תושבי המדינה נלחמת ישראל בטרור מלחמת חורמה. אלא שמלחמה זו אינה פשוטה כל-עיקר. גם אין היא דומה למלחמות של-עבר, אותן מלחמות שעיצבו את נורמות המלחמה המקובלות במשפט הבין-לאומי. מלחמת הטרור הפלסטינית אינה נעשית בידי צבא מאורגן של לובשי מדים, אף אין היא נערכת בשדה הקרב. זוהי מלחמת טרוריסטים שאינם נושאים תג המבחין אותם מיתר התושבים, והמכוונים את התקפותיהם נגד אזרחים העוסקים בשיגרת יומם. הטרוריסטים נטמעים ומשתלבים באוכלוסיה האזרחית הפלסטינית עד-כי אין ניתן לדעת מיהו תושב פלסטיני תמים, מיהו פעיל טרור ומיהו תושב פלסטיני העלול לסייע לטרור. השתלבות זו של אירגוני הטרור באוכלוסיה האזרחית אינה מקרית. הטרוריסטים מסתתרים בתוכה של האוכלוסייה האזרחית, ולעיתים עושים הם שימוש באוכלוסיה התמימה כ"מגן אנושי" מפני פעולות צה"ל. יתר-על-כן: פעילי הטרור זוכים לתמיכה ולסיוע של חלקים באוכלוסייה האזרחית. אכן, לא זו בלבד שתושבי האזור אינם עושים להפסקת הטרור, אלא שרבים מהם אף תומכים בו ומסייעים לו. חלק גדול מן הטרוריסטים זוכה לעידוד ולסיוע של הסביבה הקרובה ומידי בני משפחה. רבים רואים בביצוע פעולות-טרור ובסיוע לטרור אמצעי להבטחת עתידה הכלכלי של המשפחה. אחרים עושים כמאוימים ומסייעים לאירגוני הטרור מחשש כי אם לא יסייעו יבולע להם או לבני-משפחתם. אף הרשות הפלסטינית עצמה אינה עושה די למיגור הטרור, ובמקרים אחדים נמצא כי הרשות פלסטינית או גורמים השייכים למנגנוניה סייעו לפעולות טרור או נטלו בהן חלק ישיר. תמיכה זו היא, בין השאר, פועל יוצא של הסתה כבדה וקשה הקוראת לביצוע מעשי אלימות נגד ישראל ותושביה. הסתה זו נמשכת שנים ארוכות וברי כי מחלחלת היא לכל שדרות החברה הפלסטינית. בית-משפט זה נדרש בעבר למציאות הביטחונית הקשה והסבוכה שאנו נמצאים בה, ונביא דברים שכתב הנשיא ברק לפני כשלוש שנים וחצי (ביום 3.9.2002) בבג"צ 7015/02 עג'ורי נ' מפקד כוחות צה"ל בגדה המערבית, פ"ד נו(6) 352, 358:

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 ושומרון וחבל עזה). הם זורעים הרג ודם בערים וביישובים. אכן, הכוחות הלוחמים בישראל הם טרוריסטים; הם אינם נמנים על צבא סדיר; הם אינם לובשים מדים; הם מסתתרים בתוך האוכלוסייה

הפלסטינית באזור, לרבות במקומות קדושים; הם זוכים לתמיכת חלק מהאוכלוסייה האזרחית, בכלל, וכן לתמיכתם של בני משפחה וקרובים, בפרט.

במקום אחר עמד בית-המשפט על הלוך הרוח השורה בחברה הפלסטינית ועל העידוד שמעניק חלק מן האוכלוסייה הפלסטינית למלחמתם של אירגוני הטרור במדינת ישראל (ע"פ 2131/03 טעדי נ' מדינת ישראל, טרם פורסם, מפי השופט לוי):

... די להפנות למספרם הגדול של הפיגועים שבוצעו ולרבים האחרים שנמנעו, ובעיקר נכון להפנות למצהלות השמחה בעקבות מעשי הרג ביהודים, ו"מי 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 ...

ומי שלא ראה אִם המשבֵּחת את בנה שהתאבד כפצצה-חיה כדי לרצוח ישראלים - ומי מאיתנו לא ראה מחזות-זוועה אלה על מסך הטלוויזיה - לא ראה מחזה סוריאליסטי מימיו. אלה הם אויבייך ישראל.

9. הוכחה ברורה ומפורשת להלוך רוחו של הציבור הפלסטיני זכינו לקבל בבחירות שנערכו ברשות הפלסטינית ביום 25.1.2006. בבחירות אלו זכה אירגון החמאס לרוב מושבים בפרלמנט הפלסטיני, ובעקבות זכייתו זו אף הרכיב את ממשלת הרשות. דומה כי אין צורך שנרחיב דברים על דמותו של אירגון החמאס אשר כבר ביום 22.6.1989, לפני כשבע-עשרה שנים, הוכרז בידי ממשלת ישראל להיותו אירגון טרור כהגדרתו בפקודה למניעת טרור, תש"ח-1948. החמאס הוא אירגון טרור רצחני, מן הקיצוניים והמסוכנים שבאירגוני הטרור, ומטרתו המוצהרת והברורה היא מלחמת ג'יהאד שתמחה את ישראל מעל פני האדמה. על מישנתו של אירגון החמאס ניתן ללמוד מאמנת האירגון, בה ניתן ביטוי מפורש לאידיאולוגיה המובילה אותו הדרך. אמנה זו, המהווה את מיסמך היסוד של החמאס, מגלה תפיסת עולם קיצונית הקוראת למלחמת ג'יהאד בלתי מתפשרת נגד ישראל והציונות. ארגון החמאס רואה עצמו חולייה במלחמת קודש נגד הפלישה הציונית, וקורא הוא לכלל האומה המוסלמית, בעיקר לעם הפלסטיני, לקחת חלק במלחמה זו שתביא לְהַאֲבָדָתָה של מדינת ישראל.

אמנת אירגון החמאס מחזיקה עמודים רבים, ואנו נביא (בתרגום שהעמידה המדינה לעיוננו) רק מיקצת עיקרים שבה, ועל קצה המזלג. בראשיתה של האמנה מצוטטת האמירה הבאה המיוחסת לחסאן אלבנא, מייסד תנועת האחים המוסלמים במצרים:

ישראל תקום ותוסיף להתקיים עד שהאסלאם ימחה אותה, כפי שמחה את מה שקדם לה.

זו ראשיתה של האמנה וזו הרוח הרעה והקשה המפעמת בה לכל אורכה.

בהמשך קובעת אמנת החמאס כי "פלסטין היא אדמת ואקף איסלאמי", ופועל יוצא מכך הוא ש"אסור להפקיר אותה או חלק ממנה או לוותר עליה או על חלק ממנה". הואיל וארגון החמאס שולל כל פיתרון הכרוך במסירת אדמות פלסטיניות - קרא: שולל כל פיתרון שאינו כרוך בהכחדתה של מדינת ישראל - קובעת האמנה במופגן ובמוצהר כי אירגון החמאס שולל מכל-וכל פיתרון של שלום, שכן פיתרון של שלום פירושו ויתור על אדמות פלסטין המקודשות. החמאס מאמין כי הפיתרון האחד והיחיד ל"גזילת פלסטין בידי היהודים" הוא פיתרון של מלחמה. לא אך מלחמה אלא מלחמת קודש איסלאמית שתמחה את מדינת ישראל מעל פני האדמה. ברוח זו קורא ארגון החמאס למוסלמים בכלל ולפלסטינים בפרט להתגייס לשורות לוחמי הג'יהאד (המוג'אהדין) במלחמתם בישראל, וכן קורא הוא לחכמי הדת המוסלמית להפיץ את רוח הג'יהאד ולטפח תודעה איסלאמית בבני האומה כולה (סעיפים ארבעה-עשר וחמישה-עשר לאמנה):

... [שחרורה של פלסטין] הוא חובה אישית על כל מוסלמי בכל מקום שבו הוא נמצא. [אך ורק] על יסוד זה יש להתייחס ל[אופן פיתרון] הבעיה [הפלסטינית], ועל כל מוסלמי להבין זאת היטב.

.....

ביום שהאויבים גוזלים חלק מאדמת המוסלמים, הג'יהאד [הופך] לחובה אישית על כל מוסלמי. בנוגע להתמודדות עם גזילת פלסטין על-ידי היהודים, אין מנוס מהנפת דגל הג'יהאד, דבר המחייב הפצת תודעה אסלאמית בקרב ההמונים במישור המקומי, הערבי, והאסלאמי, ואין מנוס מהפצת רוח הג'יהאד בקרב האומה [האסלאמית], מלהתעמת עם האויבים ומלהצטרף לשורות לוחמי הג'יהאד [מג'אהדין].

לא למותר לציין, כי בהמשך הדברים מוטחות בישראל וביהודים האשמות אנטישמיות קשות ודמיוניות, לרבות האשמה ש"הם עמדו מאחורי המהפכה הצרפתית, המהפכה הקומוניסטית ורוב המהפכות שעליהן שמענו ואנו שומעים פה ושם"; היהודים הם שגרמו למלחמת העולם הראשונה שנועדה להרוס את החליפות העת'מאנית; היהודים הקימו אירגונים חשאיים ברחבי העולם והם השולטים בהם; היהודים הקימו את אירגון האומות-המאוחדות - שבא תחת חבר הלאומים - כדי שיוכלו לשלוט בעולם; היהודים משתמשים בכסף ובמשאבים כדי לשלוט בעולם ולהבטיח את הקמתה ואת קיומה של מדינת ישראל (סעיף עשרים ושניים לאמנה). אכן, יש להם לפרוטוקולים של זיקני ציון צאצאים נאמנים.

10. הנה היא, אפוא, מישנתו של אירגון החמאס, הנה הן מטרותיו, ולמגינת הלב עשה החמאס - וממשיך הוא לעשות - למימוש מישנתו ומטרותיו. מאז הוקם, לוחם החמאס מלחמת טרור קשה ורצחנית בישראל ומכה הוא בתושביה ללא רחם. מאות נהרגו ואלפים נפצעו בפגיעות התאבדות מבית-מדרשו של האירגון, ודרכו זו פשטה לאירגונים פלסטיניים אחרים ומהם לארגונים מוסלמיים בעולם כולו. דם רב נשפך, והחמאס בדרכו ילך.

11. והנה, חרף עמדותיו הקיצוניות זכה החמאס והציבור הפלסטיני בחר בו להיות לו לראש. הציבור הפלסטיני בחר באירגון החמאס לשילטון, ובעקבות בחירתו זו הקים החמאס ממשלה ברשות הפלסטינית. אנשי החמאס מכהנים בראשות הממשלה וכשרים בה, שולטים הם בתקציבי הרשות ומתווים הם את דרכה. אנשי אירגון החמאס הם דוברי הרשות, הם המנחים את אמצעי התקשורת בה והם המנהלים את מדיניותה כלפי מדינות העולם וכלפי ישראל. אירגון החמאס והרשות הפלסטינית - למיצער מנגנוני השילטון ברשות הפלסטינית - היו לאחדים.

12. בין ישראל לבין הפלסטינים מתקיים עימות מזוין הנמשך שנים לא מעטות. עימות זה גבה מחיר כבד משני הצדדים, וראינו את היקף הפגיעה המאסיבי בישראל ובתושביה. הציבור הפלסטיני נוטל חלק פעיל בעימות המזוין. בציבור הפלסטיני שוררת איבה לישראל ולישראלים. חלקים נרחבים מן הציבור הפלסטיני - ובכללם גם מי שנמנים עם מנגנוני הרשות הפלסטינית - תומכים במאבק המזוין בישראל ומשתתפים בו השתתפות פעילה. אירגוני הטרור ופעיליהם נטועים היטב בכל שדרות הציבור הפלסטיני וזוכים לסיועו, למיצער בשתיקה ובאי-מניעת פעולות טרור. הציבור הפלסטיני בחר באירגון הטרור חמאס לשלוט בו, וידענו מהי דמותה ומישנתה של

המפלגה השלטת ברשות הפלסטינית. כל אלו עובדות הן שאינן שנויות במחלוקת, והמסקנה הנדרשת מהן היא, שהרשות הפלסטינית היא ישות מדינית עוינת לישראל. כנדרש מכך, תושבי האזור - אזורי יהודה, שומרון וחבל עזה - הם בבחינת נתיני-אויב. אמת נכון הדבר: בין ישראל לבין הרשות הפלסטינית מתקיימת מערכת יחסים מורכבת וסבוכה שאינה אך מערכת יחסים שבמלחמה, וברי כי רבים מתושבי האזור אינם נוטלים חלק בטרור ואף מגנים אותו. אך אנו ענייננו הוא בכלל, ולעת שמדברים אנו בכלל - ברשות הפלסטינית ובציבור הפלסטיני - התמונה המצטיירת היא תמונה של איבה ועוינות. הרשות הפלסטינית עוינת את ישראל. ממקומות שבשליטתה, ובידיעתה - אפשר אף ביוזמתה ובעידודה - מתנהל מאבק מזויין נגד ישראל ותושביה, ופצצות-אדם מן האזור זורעים הרג והרס בישראל. יחסיהן של ישראל והרשות דומים ליחסים בין מדינות הלוחמות זו-בזו.

הרקע הביטחוני לחקיקתו של חוק האזרחות והכניסה לישראל

13. מדינת ישראל וכוחות הביטחון עשו כמיטבם למיגורו של גל הטרור ששטף את המדינה, ונקטו בצעדים מרחיקי לכת שחלקם הביא - למרבה הצער וככורח המציאות - לפגיעה באוכלוסייה פלסטינית. כך, בין השאר, נערכו פעולות צבאיות - חלקן רחבות-היקף - בשטחים הנמצאים בשליטת הרשות הפלסטינית. במיבצעים אלה נטלו חלק כוחות רגלים, כלי-נשק כבדים - טנקים ונגמ"שים - מסוקי-קרב ומטוסים. כוחות הצבא נכנסו לערים ולכפרים הפלסטיניים, ניהלו בהם לחימה עזה ועצרו חשודים רבים. הצבא הטיל סגרים וכתרים על אזורים שונים ועל ערים אחדות ביהודה ובשומרון. מחסומים הוצבו בכבישים ובדרכים באזור. מדינת ישראל החלה במדיניות של סיכול ממוקד - על הקרקע ומן האוויר - ובמקרים אחדים הביאה בשוגג לפגיעה באוכלוסייה אזרחית שבקירבה הסתתרו פעילי הטרור שכנגדם כוונה הפעולה. במקביל לפעולות לוחמה אלו, ומשנמצא כי אין בהן מענה מספיק למיתקפת הטרור, החלה מדינת ישראל בבניית גדר הביטחון אשר נועדה להוות חיצ פסי שימנע חדירתם של טרוריסטים אל-תוך מדינת ישראל.

14. פעולותיה הצבאיות של מדינת ישראל - רובן ככולן - נתקפו בבית-המשפט בטענה כי פוגעות הן באזרחים שאינם שותפים לטרור, ואולם דעתו של בית-המשפט היתה עקבית וברורה: זכותה של המדינה להגן על עצמה ועל תושביה מפני מיתקפת הטרור, וכך גם במחיר הפגיעה האקראית והבלתי מכוונת באוכלוסייה אזרחית שאינה מבקשת להרע למדינת ישראל. הזכות לחיים ולקיום - חייהם וקיומם של תושבי ישראל,

חייה וקיומה של המדינה - הכריעו אפוא זכויות חשובות אחרות, וקולו של בית- המשפט נשמע צלול וברור. ראו, למשל: בג"צ 2056/04 מועצת הכפר בית סוריק נ' ממשלת ישראל, פ"ד נח(5) 807, 815; בג"ץ 7957/04 מראעבה נ' ראש ממשלת ישראל (טרם פורסם); בג"ץ 3239/02 מרעב נ' מפקד כוחות צה"ל באזור יהודה והשומרון, פ"ד נז(2) 349; בג"ץ 3278/02 המוקד להגנת הפרט נ' מפקד כוחות צה"ל באזור הגדה המערבית, פ"ד נז(1) 385; בג"ץ 8172/02 אבראהים נ' מפקד כוחות צה"ל בגדה המערבית, טרם פורסם; בג"ץ 4764/04 רופאים לזכויות אדם נ' מפקד כוחות צה"ל בעזה, טרם פורסם; השוו: בג"ץ 1730/96 סביח נ' מפקד כוחות צה"ל באזור יהודה ושומרון, פ"ד נ(1) 353. אותן פרשות עסקו אמנם בפעילות המדינה בשטח המוחזק בתפיסת לוחמה ובכך שונות הן מהפרשה שלפנינו. בה-בעת, נוכל ללמוד מאותם מקרים לעניין איזוני-זכויות שגם אנו נדרשים להם, שעה שמן הצד האחד מתייצבות זכויות היחיד ומן הצד האחר חובתה של המדינה למנוע פעילויות טרור ולהגן על חייהם של תושבי המדינה.

15. חרף כל פעילויותיה ומאמצייה של ישראל לא נבלמה מיתקפת הטרור, ומשנמצא אמצעי שצימצם את יכולתם של הטרוריסטים לפגוע בישראל, עשו ארגוני- הטרור מאמצים רבים להתגבר על אותו אמצעי. כך היה לאחר שהוחל בבנייתה של גדר הביטחון. אירגוני הטרור נתקלו באמצעי הגנה שנתקשו להכריעו, ובמטרה לעוקפו החלו מסתייעים בתושבי האזור שעברו הליכים של "איחוד משפחות" וזכו בהיתרים להיכנס לישראל ולנוע בה באורח חופשי. "תעודות הזהות הישראליות אשר ניתנו לתושבי האזור [בעקבות קישרי נישואין עם אזרחים או עם תושבים של ישראל] אפשרו להם תנועה חופשית בין שטחי הרשות לישראל, והפכו אותם לאוכלוסיה מועדפת על ארגוני הטרור לביצוע פעילות עוינת בכלל, ובשטח ישראל בפרט" (דברי הסבר להצעת חוק האזרחות והכניסה לישראל (הוראת שעה) (תיקון), תשס"ה-2005, ה"ח תשס"ה, 624). כך נוצרה מציאות חדשה "שבה התגלתה מעורבות גוברת והולכת בעימות, של פלסטינים שהם במקור תושבי האזור אשר נושאים תעודות זהות ישראליות בעקבות הליכי איחוד משפחות עם בעלי אזרחות או תושבות ישראלית, ואשר ניצלו את מעמדם בישראל לשם מעורבות בפעילות טרור ובכלל זה סיוע לביצוע פיגועי התאבדות" (שם).

החוק וטעמי הביטחון שבתשתיתו

16. תושבי האזור המחזיקים במיסמכים המתירים להם לשהות בישראל הפכו, אפוא, יעד גיוס בידי ארגוני הטרור בשל יכולתם לסייע לביצוען של פעולות טרור בשטח ישראל. ואכן נמצא להן לזרועות הביטחון של ישראל, כי מאמציהם של אירגוני הטרור נשאו פרי, וכי נתגברה מעורבותם של תושבי האזור הנושאים תעודות ישראליות בפעילות טרור. נוסף ונציין, כי לא אחת פנו אירגוני הטרור לתושב האזור לאחר שעמד בכל הבדיקות הנדרשות - בהן בדיקה של היעדר סיכון ביטחוני - וזכה לקבל היתר שהיה בישראל. לשון אחר: לעת שקיבל את ההיתר לא היה לתושב האזור כל קשר שהוא לאירגוני הטרור - וממילא לא נמצא לגורמי הביטחון כי נשקפת ממנו סכנת ביטחון - אך לאחר קבלת התיעוד גייסו אותו אירגוני הטרור לשורותיהם לסיוע בפעילויות טרור.

17. על רקע מציאות ביטחון קשה זו, החליטה ממשלת ישראל, ביום 12 במאי 2002, לקבוע מדיניות כוללת בנושא "הטיפול בשוהים בלתי חוקיים ומדיניות איחוד משפחות בנוגע לתושבי רש"פ ולזרים ממוצא פלסטיני" (החלטה מס' 1813). הממשלה היתוותה כללים ועקרונות לאותה מדיניות חדשה, בהוסיפה כי עד אשר תגובש מדיניות חדשה לא יוכלו תושבי האזור לזכות בתיעוד המתיר להם לשהות בישראל, ובכללו רישיונות ישיבה בישראל מכוח חוק הכניסה לישראל, תשי"ב-1952. ובלשון ההחלטה: "לא תתקבלנה בקשות חדשות של תושבי הרשות הפלסטינית לקבלת מעמד של תושב או מעמד אחר; בקשה שהוגשה לא תאושר, ובן הזוג הזר יידרש לשהות מחוץ לישראל עד לקבלת ההחלטה".

18. החלטת הממשלה והמדיניות שהחלטה נועדה ליתן לה תוקף עוגנו בחוק האזרחות והכניסה לישראל (הוראת שעה), תשס"ג-2003, הוא החוק שחוקתיותו (לאחר שתוקן) עומדת לדיון לפנינו. החוק הגביל, בכפיפות לחריגים מסוימים, את זכותם של תושבי האזור לקבל תיעוד ישראלי שיתיר להם לשהות בישראל, וכאמור בסעיף 2 בו:

הגבלת
אזרחות
וישיבה
בישראל

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

19. כפי שהיסברנו למעלה, טעמיה של הוראת חוק זו הם טעמי ביטחון, וכך אף מורים אותנו דברי ההסבר להצעת חוק האזרחות והכניסה לישראל (הוראת שעה), תשס"ג-2003 (ה"ח תשס"ג, 482):

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 ... 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 הביטחון באזור.

בה-בעת, ועל יסוד הנחה שאותם טעמי ביטחון אשר הולידו את החוק אפשר ישתנו בחלוף הזמן, הוחלט כי החוק יחוקק במתכונת של "הוראת שעה" לשנה, וכי בסיומה של אותה שנה, ולאחר שייבחנו השלכותיה של הוראת השעה ומצב הביטחון - תהא הממשלה רשאית, באישור הכנסת, להאריך את תוקפו של החוק לתקופה נוספת שלא תעלה על שנה נוספת, וחוזר חלילה. ראו: הצעת החוק, שם, 483. וכהוראת סעיף 5 לחוק (כניסוחה לעת חקיקתה):

תוקף

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.

הארכת תוקפו של החוק וצימצום תחולתו הפרוטונאלית

20. החוק נחקק ביום 6.8.2003, וכהוראת סעיף 5 בו עמד בתוקפו עד ליום 5.8.2004. אלא שהממשלה עשתה כסמכותה בסעיף 5 לחוק, ובאישורה של הכנסת האריכה את תוקפו שלוש פעמים, לשלוש תקופות קצרות: פעם אחת עד ליום 5.2.2005, פעם שנייה עד ליום 31.5.2005 ופעם שלישית עד ליום 31.8.2005. במהלך תקופה זו לא נשתנתה הערכתם המקצועית של גורמי הביטחון כי אירגוני הטרור עושים כמיטבם לגייס אל שורותיהם תושבי אזור המחזיקים תיעוד ישראלי מכוח נישואין לאזרחים ישראלים. יתר-על-כן, נמצא כי הוראת השעה משרתת את התכלית שיועדה לה וכי מהווה היא כלי יעיל לצימצום הטרור ולמניעת סיכוני הביטחון לתושבי המדינה. בה-בעת, נתנה הממשלה דעתה להערות שנשמעו בבית-המשפט במיסגרת הדיונים בעתירות שהוגשו כנגד חוקתיותו של החוק, לאמור, כי יש לתת את הדעת לפגיעה של החוק בזכויותיהם של אזרחי ישראל שנישאו לתושבי האזור, וכי יש לבחון אם ניתן לאזן באורח מקל יותר בין התכלית הביטחונית לבין הפגיעה באותן זכויות.

21. הממשלה נתנה דעתה לשיקולי הביטחון, לסכנה לביטחון הציבור ולפגיעה בזכויות האזרחים, ולאחר ששקלה את האינטרסים הנוגדים אלה אל-מול אלה, החליטה להציע לכנסת להאריך את תוקפו של החוק, ובה-בעת לתקנו בשני אלה: אחד, על-דרך של הרחבת האוכלוסייה העשויה לזכות ברישיונות ישיבה בישראל, ושניים, ובהענקת שיקול דעת לשר הפנים ליתן היתר שהיה בישראל לאוכלוסיות אשר על-פי הערכת גורמי הביטחון הן בעלות פוטנציאל פחות (יחסית) להוות סיכון ביטחוני. הרחבה זו, כך סברה הממשלה, תיתן ביטוי ראוי לשיקולי מידתיות שנקבעו בחוק ובפסיקה, ותביא ממילא לצימצום פגיעתו של החוק באזרחים ישראלים מבלי לפגוע באורח מהותי בתכלית הביטחון. לגירסת הממשלה, תיקונו של החוק יביא לצימצום של כשליש במספר המקרים שהחוק במקורו החיל עצמו עליהם. על טעמים שעמדו ביסוד התיקון ועל מהותו של התיקון נלמד מדברי ההסבר להצעת חוק האזרחות והכניסה לישראל (הוראת שעה) (תיקון), תשס"ה-2005 (ה"ח תשס"ה, 624):

עמדתם המקצועית של גורמי הביטחון היא כי במציאות הביטחונית שהייתה בסיס לחקיקת הוראת השעה לא חל כל שינוי בכל הנוגע לכוונת ארגוני הטרור להוציא לפועל פיגועים קשים ככל שיתאפשר בתחומי מדינת ישראל ובכל הנוגע לפוטנציאל לניצול

האוכלוסייה האמורה בביצוע פיגועים אלה, וגם כיום נמשכים כל העת נסיונות להוציא לפועל פיגועים כאמור.

עוד נמצא כי עם התקדמות בניית גדר ההפרדה הופכת אוכלוסיית הפלסטינים המחזיקים בתעודות זהות ישראליות למועדפת עוד יותר על ארגוני הטרור כאמור.

... [הערכתם המקצועית של גורמי ביטחון היא כי הוראת השעה מהווה כלי יעיל לצמצום המעבר החופשי של תושבי האזור בין שטחי הרשות לישראל ולמניעת הפוטנציאל לסיכון ביטחוני חמור מצד אוכלוסייה זו.

מוצע על כן להאריך את תוקפה של הוראת השעה בתקופה נוספת.

עם זאת, בהתאם להחלטת הממשלה מס' 2265 ... ולאור הערות בית-המשפט הגבוה לצדק בעתירות שהוגשו בעניין הוראת השעה [העתירות שלפנינו] מוצע כי בד בבד עם הארכת תוקפה תתוקן הוראת השעה כך שיורחבו הסייגים לתחולת ההגבלות הקבועות בה. הרחבה זו תיעשה ביחס לאוכלוסיות אשר על פי הערכת גורמי הביטחון הן בעלות פוטנציאל לסיכון ביטחוני מופחת, וזאת כדי להשיג את מטרתה של הוראת השעה, מחד גיסא, ולהבטיח כי מטרה זו תושג באופן מידתי יותר, מאידך גיסא.

22. הכנסת דנה בהצעת החוק, ולסוף נתגבשה ההצעה לכדי תיקון חוק שפורסם ברשומות ביום 1.8.2005. לא נרחיב בכלל התיקונים שהוכנסו בחוק, אך נזכיר שוב כי חרף האיסור הכללי שנקבע בסעיף 2 שלחוק, הוסמך שר הפנים - על-פי שיקול דעתו, ובהתקיים תנאים מסויימים - ליתן אישור ישיבה בישראל לתושבים של האזור. כך, למשל, נקבע בין השאר (בסעיף 3 לחוק) כי חרף האיסור שנקבע בסעיף 2 לחוק - האיסור להעניק לתושב האזור אזרחות או רשיון לישיבה בישראל - רשאי הוא שר הפנים, לפי שיקול דעתו, לאשר בקשת תושבי האזור למתן היתר שהיה בישראל, אם גילו של התושב הוא מעל 35 שנים ואם גילה של התושבת הוא מעל 25 שנים, והכל אם נעשה הדבר למניעת הפרדה מבני הזוג השוהים כדין בישראל. הקלה זו נקבעה לאחר שנמצא להם לגורמי הביטחון כי סיכוני הביטחון הצפויים מבני גילאים אלה הוא נמוך (יחסית). כן נקבע (בסעיף 3א) כי לשם מניעת הפרדתו של קטין מהורה משמורן השהה כדין בישראל, לא יחול האיסור שבחוק על קטין עד לגיל 14 שנים, וכי באישורם של שר הפנים ומפקד האזור תותר שהייתו בישראל של קטין תושב האזור שגילו מעל 14 שנים, גם כאן למניעת הפרדה מהורהו המשמורן. מן הראוי להדגיש, כי הוראת סעיף 3א לחוק עניינה אך ורק בקטינים תושבי האזור שלא נולדו בישראל והמבקשים

להצטרף להורה משמורן החי בישראל. קטיין שנולד בישראל לאזרח או לתושב ישראל, זכאי לקבל מעמד של הורה כהוראות סעיף 4(א)(1) לחוק האזרחות, תשי"ב-1952 ותקנה 12 לתקנות הכניסה לישראל, תשל"ד-1974. עוד נקבע - בסעיף 3 לחוק - כי מפקד האזור רשאי ליתן היתר לשהייה בישראל (לענייננו: לתושב האזור שהוא הורה לקטיין) "למטרה זמנית, ובלבד שהיתר לשהייה למטרה כאמור יינתן לתקופה מצטברת שלא תעלה על שישה חודשים". בה-בעת, וכדי שלא לפגוע בתכליתו העקרונית של החוק - תכלית הביטחון - נקבע בו מפורשות (בסעיף 3ד) כי חרף ההקלות שנוספו לחוק, לא יינתן אישור שהיה בישראל לתושב האזור שגורמי ביטחון סבורים כי הוא או בן משפחתו עלולים להוות סיכון ביטחוני למדינה. הבה נעיין בנוסחו של החוק כיום - בעיקרי השינויים וההקלות שנקבעו בתיקון - וזאת על רקע האיסור הכללי שבסעיף 2 בו:

הגבלת
אזרחות
וישיבה
בישראל

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

היתר
לגבי
בני-זוג
- האזור

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

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

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

היתר
לגבי
ילדים

3א. על אף הוראות סעיף 2, רשאי שר הפנים, לפי שיקול דעתו -

(1) לתת לקטיין תושב אזור שגילו עד 14 שנים רישיון לישיבה בישראל לשם מניעת הפרדתו מהורה המשמורן השווה כדין בישראל;

(2) לאשר בקשה למתן היתר לשהייה בישראל בידי מפקד האזור לקטיין תושב האזור שגילו מעל 14 שנים לשם מניעת

הפרדתו מהורהו המשמורן השוהה כדין בישראל, ובלבד שלא יוארך היתר כאמור אם הקטין אינו מתגורר דרך קבע בישראל.

היתרים
נוספים
ב. על אף הוראות סעיף 2, רשאי מפקד האזור לתת היתר לשהייה בישראל למטרה כמפורט להלן:

(1) טיפול רפואי;

(2) עבודה בישראל;

(3) למטרה זמנית, ובלבד שהיתר לשהייה למטרה כאמור יינתן לתקופה מצטברת שלא תעלה על שישה חודשים.

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

מניעה
ביטחונית
ד. חוק האזרחות והכניסה לישראל (הוראת לא יינתן היתר לשהייה בישראל לתושב אזור לפי סעיף 3, א3(3), 2(ב)1-3(2-1), אם קבע שר הפנים או מפקד האזור, לפי הענין, בהתאם לחוות דעת מאת גורמי הביטחון המוסמכים, כי תושב האזור או בן משפחתו עלולים להוות סיכון ביטחוני למדינת ישראל; בסעיף זה, "בן משפחה" - בן זוג, הורה, ילד, אח ואחות ובני זוגם.

החוק צימצם עצמו, אפוא, לתושבי האזור שבין הגילים 14 ל- 35 שנים, ולתושבות האזור שבין הגילאים 14 ו- 25 שנים. פירוש הדברים הוא - כך מוסרים דברי ההסבר להצעת החוק (שם, 625) - כי "הוספת הסייגים המוצעים ... יכול שתשיב לטיפול כ- 28.5% מסך הפניות לאיחוד משפחות של תושבי האזור...". כן צימצם החוק (בסעיף 3א בו) את פגיעתו בילדיהם של אזרחי ישראל ותושביה, בפותחו פתח לקטינים תושבי האזור להתאחד עם הורה משמורן המתגורר בישראל. עם זאת, ההורה הזר - תושב

האזור - אינו יכול ואינו זכאי לקבל מעמד מכוח הורותו לילד החי בישראל. עוד נקבע, ברוח המידתיות, כי החוק יעמוד בתוקפו עד ליום ב' בניסן התשס"ו (31 במרס 2006), ואולם רשאית הממשלה, באישור הכנסת, להאריך בצו את תוקפו, מעת לעת, לתקופה שלא תעלה בכל פעם על שנה אחת (סעיף 5).

חוק האזרחות והכניסה לישראל - סיכום ביניים

23. הנה הוא אפוא החוק שחוקקה הכנסת, ותכליתו הגבלת יכולתם של פלסטינים תושבי האזור להתיישב בתחומי המדינה כל עוד נמשך העימות המזוין בין המדינה לבין הרשות הפלסטינית ותושביה. החוק, נדגיש, אינו מדבר באזרחי ישראל ואין הוא מעסיק עצמו בזכויותיהם של אזרחי ישראל. בה-בעת, אין ספק כי החוק אוצל במישרין על זכויותיהם ועל מעמדם של אזרחי ישראל כולם: מיקצת אזרחים שלהם בני-זוג תושבי האזור לא יוכלו להתגורר עם בני-משפחתם הפלסטינים בישראל, ואילו כלל תושבי ישראל ייהנו - על-פי המשוער - מצמצום הטרור.

24. תכליתו של החוק, נסכים כולנו, תכלית של ביטחון היא, תכלית של הגנה על חייהם ועל ביטחונם של תושבי ישראל - של כלל תושבי ישראל - מפני הטרור הפלסטיני. הרקע לחקיקתו של החוק אף הוא ברור: בין ישראל לבין הישות הפלסטינית מתקיים מאבק מזוין שהציבור הפלסטיני נוטל בו חלק פעיל; חלק מתושבי אזור שזכו להיתרי שהיה בישראל מכוח נישואיהם לאזרחים או לתושבים של ישראל סייעו לפעולות טרור בישראל; גורמי הביטחון בדעה כי אין באפשרותם להבחין בין תושב אזור המשייך עצמו לאירגוני הטרור לבין שכנו שאינו משייך עצמו לאירגוני הטרור; אירגוני הטרור עושים לגיוסם של מי שעמדו כבר בבדיקות ביטחון וזכו להיתרי שהיה בישראל; והשקעת משאבים נוספת לא תוכל למנוע סיכוני ביטחון לתושבי המדינה. אשר-על-כן - ובמטרה להגן על חייהם ועל ביטחונם של תושבי המדינה - הוחלט שלא להעניק היתרי שהיה בישראל לכל מי שנמנים עם קבוצות אוכלוסייה שניסיון העבר מצביע על קיומו של סיכון גבוה - יחסית - כי ישייכו עצמן לטרור. בה-בעת, נפתח פתח להענקת היתרי שהיה לאותן אוכלוסיות שאינן נחשבות מסוכנות (יחסית).

25. האיסור שבחוק איסור הוא המוגבל בזמן ומסויג בסייגים, וייעודו ליתן מענה לסיכוני ביטחון ספציפיים שנתגלו במיסגרת המאבק המזוין שמנהלים הפלסטינים נגד ישראל. הערכתם המיקצועית של גורמי הביטחון באשר לסיכוני הביטחון, לא נשתנתה, ונמצא להם אף זאת, שהחוק מהווה כלי יעיל לצימצום אותם סיכונים. הממשלה והכנסת נתנו דעתן לפגיעה שפוגע החוק במיקצת אזרחי ישראל המבקשים להתגורר בישראל עם בני-משפחתם הפלסטינים, אך סברו כי במציאות הביטחון הקיימת פגיעה זו היא כורח המציאות. יחד-עם-זאת, עשו הממשלה והכנסת - לפי שיקול דעתן - לצמצם את פגיעתו של החוק. הממשלה והכנסת הגיעו אפוא לנוסחה המאזנת, לדעתן, באורח מידתי בין השיקולים השונים, וזו מתכונתו של החוק.

תמצית טיעוני העותרים ותשובתנו הקצרה

26. וזו היא תמצית טיעוניהם של העותרים: אזרחי ישראל, גברים ונשים, שנישאו לתושבי האיזור, חוק האזרחות והכניסה לישראל פוגע בזכותם לנישואין ולחיי משפחה, שכן מונע הוא אותם לקיים כסדר חיי משפחה בישראל. אם אין די בכך, הנה הפגיעה בזכויותיהם אלו של אזרחי ישראל ניגעת גם בַּנְגֵעַ של אי-שיוויון הואיל ועניינה הוא, בעיקרה, בערביי ישראל הנישאים לבני האזור. הן הפגיעה בחיי המשפחה הן הפגיעה בשיוויון, גם-זו גם-זו, השתיים עולות כדי פגיעה בכבודם של אזרחי ישראל הערבים הנשואים לתושבי האזור, וכנדרש מכך נוגדות הן את ערך כבוד האדם שבחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו. אשר למיבחני פסקת ההגבלה: טענת העותרים היא, כי הפגיעות לא נועדו לתכלית ראויה, ובהקשר זה רומזים הם כי תכלית הביטחון שהמדינה טוענת לה, לא נועדה אלא לטיעון בלבד, וכי תכליתו האמיתית של החוק היא התכלית הדמוגרפית. כן טוענים העותרים, כי הפגיעה בהם אין היא מידתית - בכל היבטיה של דרישת המידתיות - שכן פוגעת היא באורח קשה באלפי אזרחים בעוד שבפועל נתגלו רק עשרות בודדות של מקרים שבהם תושבי אזור שזכו לתיעוד ישראלי סייעו לטרור.

27. טענות העותרים אינן מקובלות עלינו: לא לעניין תוכנה והיקפה של הזכות הנפגעת, לא לעניין תכליתו של החוק ולא לעניין מידתיות הפגיעה. תשובתנו הקצרה והפשוטה היא, כי כל עוד נמשך עימות מזוין - מצב של מעין-מלחמה - בין ישראל לבין הפלסטינים; כל עוד ממשיך הטרור הפלסטיני להכות בישראל ולרצוח ישראלים; אין מוטלת על מדינת ישראל חובה משפטית (כלפי אזרחיה) להתיר לתושבי האזור

שנישאו לאזרחי המדינה להיכנס לישראל ולשהות בה. תושבי האזור נתיני אויב הם. נאמנותם נתונה לצד הפלסטיני. זיקות רבות קושרות ביניהם לבין הרשות הפלסטינית. וכבעת מלחמה, חזקה עליהם כי מהווים הם קבוצת סיכון לישראל ולאזרחיה. נסכים, כמובן, כי לא כל תושבי האזור מבקשים לפגוע במדינת ישראל, ואולם את המגמה העיקרית, את הרוח הנושבת, מכוונת ההנהגה, ותורתה של זו היא כי יש להכריז את שם ישראל בעמים. אם אין די בכך, הנה משלא ניתן להבחין בין פלוני המהווה סיכון לתושבי המדינה לבין אלמוני שאינו כפלוני, נתקשיתי להבין כיצד זה שניתן לחייב את המדינה כי תיטול סיכון ותתיר כניסתו לישראל גם של פלוני גם של אלמוני.

הגירה לישראל - על דרך הכלל ועקב נישואין ואיחוד משפחות

28. הבה נידרש תחילה לנושא הזכות לנישואין ולקיום חיי משפחה בישראל, מקום שהמדובר הוא בנישואין שבין מי שהוא אזרח ישראל לבין מי שאין הוא אזרח ישראל. נדבר תחילה בנושא זה ברמת החוק ולאחר מכן נעבור ונדבר בו ברמת חוקי היסוד. אין אנו מדברים בזכות לנישואין ולקיום חיי משפחה בין בני זוג ששניהם אזרחי ישראל.

29. דין הוא בישראל: מי שאינו אזרח ישראל או עולה לפי חוק השבות, אין קנויה לו זכות להיכנס לארץ או להתגורר בה אלא בהיתר שיקבל מן הרשויות. וכפי שנאמר במקום אחר: "אדם אשר אינו אזרח ישראלי או עולה לפי חוק השבות, אין לו זכות כניסה לארץ או זכות שהיה בה אלא ברשות" (בג"ץ 482/71 קלרק נ' שר הפנים, פ"ד כז(1) 113, 117). זה דינו של זר יחיד וזה דינו של בן-זוגו הזר של אזרח ישראל. תחנת המוצא למסע הפרשנות היא אפוא זו, שחוק המדינה אינו מקנה לבן-זוגו הזר של אזרח ישראל זכות להיכנס לישראל, לשבת בה קבע או לזכות באזרחות המדינה מכוח הנישואין. אמת נכון הדבר: ישראל מכירה - על דרך העיקרון - בזכותו של היחיד לנישואין ולחיי משפחה. כנדרש מכך תתיר המדינה - על דרך הכלל - לבני-זוגם הזרים של אזרחי ישראל להיכנס למדינה ולהתגורר בה, וכך תאפשר לאזרחי ישראל לממש את זכותם לנישואין ולהקמת משפחה במדינתם. בה-בעת, וחרף ההכרה בזכות לנישואין ולחיי משפחה, מיאנה המדינה להעניק ליחיד זכות חוקית ומפורשת ל"איחוד משפחות" בישראל. יתר-על-כן, במקום שבו יש חשש לפגיעה באינטרסים ציבוריים - בכלל אלה חשש לסיכוני ביטחון - לא תותר כניסתו של בן-המשפחה הזר לישראל, יהא מעמדו המשפחתי אשר יהא. על כל אלה, ועוד, עמדנו בהרחבה בפרשת סטמקה נ' שר הפנים (בג"צ 3648/97, פ"ד נג (2) 728, 787):

מדינת ישראל מכירה בזכותו של האזרח לבור לו בן-זוג כרצונו ולהקים עימו משפחה בישראל. ישראל מחויבת להגנה על התא המשפחתי מכוחן של אמנות בינלאומיות ... והגם שאמנות אלו אינן מחייבות מדיניות זו-או - אחרת בנושא של איחוד משפחות, הכירה ישראל - הכירה ומכירה היא - בחובתה לספק הגנה לתא המשפחתי גם על דרך מתן היתרים לאיחוד משפחות. כך סיפחה עצמה ישראל לנאורות שבמדינות, אותן מדינות המכירות - בכפוף לסייגים של ביטחון המדינה, שלום הציבור ורווחת-הציבור - בזכותם של בני-משפחה לחיות בצוותא-חדא בטריטוריה שיבחרו בה

ניתן דעתנו ונדגיש: ההכרה כי יש ונכון להעניק הגנה לתא המשפחתי באה בכפיפות "לסייגים של ביטחון המדינה, שלום הציבור ורווחת הציבור". סייגים אלה נדרשים כמו-מעצמם מן המאטריה, ואולם משנאמרו, ביקשנו להזכירם. כל-כך באשר לטענה על-אודות חובתה של המדינה שלא למנוע מן היחיד להקים ולקיים בישראל תא-משפחתי כרצונו.

לעניין זכותו - או היעדר זכותו - של בן זוג זר להיכנס לישראל ולשהות בה, ראו עוד: בג"ץ 754/83 רנקין נ' שר הפנים, פ"ד לח(4) 113, 116; בג"צ 4156/01 דימיטרוב נ' משרד הפנים, פ"ד נו(6) 289, 293; בג"ץ 2527/03 אטעיד נ' שר הפנים, נח(1) 139, 143; והשוו ובעניינם של ילדים והורים: בג"צ 758/88 קנדל נ' שר הפנים, פ"ד מו(4) 505; בג"ץ 1689/94 הררי נ' שר הפנים, פ"ד נא(1) 15; בג"ץ 9778/04 עלואן נ' מדינת ישראל (טרם פורסם); פרשת דימיטרוב, שם.

30. בחירתו של המחוקק שלא להקנות זכות כניסה וישיבה בישראל ולו לבני-משפחתם הזרים של אזרחי ישראל, היתה בחירה מדעת, בחירה שנעשתה בכוונת מכוון. כך, למשל, נמצא לנו כי בראשית ימי המדינה נבחנה אפשרות לקבוע בחוק כי אזרח זר שנישא לאזרח ישראלי יהיה לאזרח ישראל מכוח הנישואין (סעיף 6 להצעת חוק האזרחות, תשי"ב-1951; ה"ח תשי"ב, 22). הצעה זו נדחתה. ואילו במקום שביקש להעניק לאזרח זר או לבני משפחתו זכות הגירה לישראל, ידע המחוקק לעשות כן מפורשות. זה הוא פועלו של חוק השבות, תשי"א-1950, המעניק לכל יהודי באשר הוא - לו ולבני משפחתו - זכות לעלות ארצה, וכנגזר מכך לזכות באזרחות ישראל. זכות זו שניתנה לבני משפחתו של יהודי הזכאי לעלות לישראל לא ניתנה לבני-זוגם של בני-הארץ, לא ליהודים ולא לשאינם-יהודים. עניינם של אלה ניתן לשיקול דעתו של שר הפנים ודינם כדין כל אזרח זר אחר. ראו והשוו: פרשת סטמקה, 757-760. בני-זוג זרים

שנישאו לאזרחי ישראל, כניסתם לישראל ושהייתם בה נתונות אפוא לשיקול דעתו של שר הפנים, בהתאם למדיניות שהיתווה ובכפיפות לחוק ולכללי המשפט המינהלי. ראו: פרשת קנדל, 526-525; בג"ץ 282/88 עווד נ' ראש הממשלה, פ"ד מב(2) 424, 434; בג"ץ 100/85 בן ישראל נ' מדינת ישראל, פ"ד לט(2) 45, 47; השוו: בג"ץ 740/87 בנטלי נ' שר הפנים, פ"ד מב(1) 443, 444. אם כך בכניסה לישראל ובשהייה בה, לא-כל-שכן שאין מוקנית לו לבן הזוג הזר זכות לאזרחות ישראל מכוח הנישואין. אמת, בני זוגם הזרים של אזרחי ישראל זכו להקלת-מה בתנאים המתירים את התאזרחותם בישראל - ראו: סעיף 7 לחוק האזרחות, תשי"ב-1952 - אך הכול מסכימים כי אין להם לבני-הזוג זכות מהותית לקבלת האזרחות. וכאמור בפרשת סטמקה (שם, 766):

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.

ראו עוד: פרשת רנקין, 116; פרשת דימיטרוב, 292-293.

31. נישואין לאזרח ישראל אינם מקנים, אפוא, מכוחם הם, זכות לבן הזוג הזר להיותו אזרחי ישראל. שר הפנים הוא בעל הסמכות להחליט אם ייעתר לבקשת התאזרחות של בן-זוגו הזר של אזרחי ישראל, ואיש לא יטען כי בן הזוג הזר, וכמותו בן הזוג הישראלי, מחזיקים בזכות כי שר הפנים ייעתר לבקשה. גם ההקלה שבן הזוג הזר זוכה בה כהוראת סעיף 7 לחוק האזרחות, אין בה כדי לגרוע מסמכותו של שר הפנים - מסמכותו ומחובתו - לשקול בדעתו אם להיעתר לבקשת ההתאזרחות או אם לסרב לה. יתר-על-כן, הוראת סעיף 7 שלחוק האזרחות אף אינה מצמצמת את מרחב שיקול דעתו של שר הפנים, וכבר נקבע בעבר כי חרף הוראה זו מוסמך הוא שר הפנים לקבוע מדיניות שתתנה קבלת בקשתו של בן-הזוג הזר להתאזרחות בקיומם של מיקצת תנאים שנקבעו בסעיף 5(א) שלחוק. ראו: בג"ץ 576/97 שרף נ' שר הפנים (טרם פורסם).

32. נוסף ונזכיר בהקשר זה, שהלכה היא כי זר אינו זכאי לקבל מעמד בישראל מכוח ילדו הקטין, אם אין הוא מבקש באותה נשימה לקיים בישראל תא משפחתי עם בן זוגו הישראלי. בית-המשפט קבע במקרים אלה, כי חרף עוצמתו של הקשר בין הורים לבין ילדיהם, אין להורה זכות ל"איחוד משפחות" עם ילדו בישראל אך מכוח היותו הורה ובלא קיומו של תא משפחתי עם בן הזוג הישראלי. וכך פסק הנשיא ברק בפרשת דימיטרוב, 294:

... העותר אינו מבסס את טענתו למעמד של תושב קבע על קשר הנישואין. טענתו הינה כי זכותו זו באה לו בשל בתו הקטינה, שהינה אזרחית ישראלית. מבקש הוא להיות בקרבת בתו. אף שהקשר המשפחתי המשולש התפרק, הרי יחסיו עם בתו טובים הם וחמים, ומבקש הוא שלא לפגוע ביחס זה. מה דינה של טענה זו?

עמדתו של המשיב הינה כי רק במקרים חריגים, שמתקיימות בהם נסיבות הומניטריות יוצאות-דופן, יש בהורותו של זר לקטין שהוא אזרח ישראל כדי להצדיק להעניק לו מעמד של תושב קבע (ראו בג"ץ 1689/94 הררי נ' שר הפנים, פ"ד נא (1) 15). לדעת המשיב, נסיבות מיוחדות אלה אינן מתקיימות במקרה שלפנינו. עם זאת המשיב מוכן לאפשר לעותר, אם ירצה בכך, אשרות ביקור "נדיבות" על מנת שיוכל לבקר את בתו מעת לעת. האם שיקול זה הינו כדין? לדעתי, התשובה היא בחיוב. כבר בפרשת קנדל נפסק כי "מקומו של קטין אצל הוריו. באשר יישבו הם, שם יישב הוא, ולא להיפך. קטין תלוי בהוריו, ואין הוריו נתלים בו" (שם, בעמ' 518). על כן, ועל דרך העיקרון, אין באזרחות של הבת כדי להעניק מעמד של תושב קבע לאביה הזר, עם זאת ייתכנו כמובן מקרים הומניטריים אשר יחייבו סטייה מעיקרון זה. נחה דעתי, כי במקרה שלפנינו אין מתקיימים נתונים מיוחדים אלה.

הלכה זו שנקבעה בעניינם של הורים לקטינים החיים בישראל, מחמירה יותר מן ההלכה שנקבעה לגבי בני זוג. אכן, בשני המקרים אין מוכרת זכות לבן הזוג (במקרה האחד) או להורה הזר (במקרה האחר) להיכנס לישראל מכוח קשריהם המשפחתיים שבישראל. עם זאת, בעוד אשר לגבי בני זוג אושרה מדיניות המאפשרת לבן הזוג הזר, ככלל, להיכנס לישראל - בכפוף לבדיקות בנושאים הפלילי והבטחוני - הנה בעניינו של הורה זר אושרה מדיניות אשר אינה מאפשרת (בכפיפות למקרים הומניטריים יוצאי-דופן) קבלת מעמד כלשהו בישראל. ראו עוד: פרשת קנדל, 518; דנג"ץ 8916/02 דימיטרוב נ' משרד הפנים (לא פורסם); פרשת עלואן (בג"ץ 9778/04); בג"ץ 6708/04 בדר נ' משרד הפנים (טרם פורסם); בג"ץ 8986/04 דיאש נ' שר הפנים (טרם פורסם); בג"ץ 8030/03 סמוילוב נ' שר הפנים (טרם פורסם). לעניין איחוד משפחות בין הורים לבין ילדים זרים שאינם קטינים, ראו: פרשת הררי, שם; בג"ץ 3403/97 אנקין נ' שר הפנים, פ"ד נא (4)

33. סיכום הדברים עד עתה הוא אפוא זה, שהחוק בישראל אינו מקנה לבן זוגו הזר (והלא-יהודי) של אזרח ישראל, אף לא להורה של קטין החי בישראל, זכות להיכנס לארץ, להתגורר בארץ או להיותו אזרח ישראל. הסמכות להתיר כניסה לארץ, ישיבה בה או לזכות באזרחות ישראל, נתונה לרשויות המדינה, ואלו תעשינה כסמכותן ועל-פי שיקול דעתן, בהתאם לחוקי המדינה ובכפיפות לעיקרים ולדוקטרינות השוררות במשפט המינהלי. וכזו היא הילכתו של בית-המשפט העליון. אכן, לא אחת חייב בית-המשפט את רשויות המדינה להיעתר לבקשה שהוגשה להן לעניין כניסה לישראל או לקבלת היתר להתיישב בישראל, ואולם בכל מקרים אלה כולם לא הטיל איש ספק בהוראות הדין, והתערבותו של בית-המשפט לא היתה אלא בשיקול דעתה של הרשות המוסמכת. על רקע דברים אלה יש להבין ולנתח את דברו של חוק האזרחות והכניסה לישראל. חוק זה מודיענו, כי חרף סמכויות שהוענקו לשר הפנים - פעם בחוק האזרחות, לעניין אזרחות, ופעם לעניין כניסה לישראל וישיבה בה, בחוק הכניסה לישראל - אין לו לשר סמכות להעניק לתושבי האזור אזרחות ואין לו סמכות להתיר להם רישיון לישיבה בישראל. החוק אינו שולל אפוא זכות חוקית מפורשת שניתנה לאזרחי ישראל או לבני-זוגם הזרים. פועלו אינו אלא בצימצום סמכויותיו של שר הפנים על-פי חוק האזרחות ועל פי חוק הכניסה לישראל. ולא הרי זה כהרי זה. השאלה הנשאלת עתה היא, האם מותר היה המחוקק כך לצמצם את גידרי שיקול דעתו של שר הפנים? שאלה זו, כניסוחה, מעלה אותנו אל רמת חוקי היסוד, ולחוקי היסוד נידרש בסמוך.

הגירה בעקבות נישואין והקמת משפחה - הזכות החוקתית - כללי

34. מחוקק ישראל לא היקנה לאזרחי ישראל זכות מכוח חוק כי בני משפחתם הזרים ייכנסו לישראל, יישבו בה ויהפכו אזרחיה. אך האם קנו אזרחי ישראל זכות זו ממקום אחר, וביתר דיוק: מכוחו של ערך כבוד האדם שבחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו? טענת העותרים היא, בתמצית ובהכללה, כי מֵעֶרְך כבוד-האדם שבחוק-היסוד נגזרת זכותו של היחיד לנישואין ולחיי-משפחה, וכפועל יוצא מכך מוטלת עליה על המדינה חובה להתיר לבני-משפחתו הזרים של אזרח ישראל להתגורר עימו בישראל. יתר-על-כן, כך מוסיפים הם וטוענים: הוראת החוק שעניינה "תושבי האזור", הוראה היא המפלה לרעה את אזרחיה הערבים של המדינה, הוראה היא הפוגעת בשוויון בין אזרחי המדינה, שכן הם ורק הם (למעט מקרים בודדים) נישאים לתושבי האזור. והואיל וחובת השוויון בין אזרחי המדינה נגזרת אף היא מכבוד האדם, ימצא לנו כי הוראת

החוק המייחדת עצמה אך לתושבי האיזור, אף היא פוגעת עמוקות בכבוד האדם. הנדרש מן האמור הוא, כי החוק המייחד עצמו ל"תושבי האיזור" ניגע בשני נגעים הפוגעים עמוקות בכבוד האדם: אחר, בהיותו פוגע בזכותם של אזרחי ישראל לחיי משפחה, ושניים, בהיותו פוגע בשיויון שבין אזרחי ישראל. המסקנה הנדרשת מכל אלה היא - כך טוענים העותרים - שדין החוק להיבטל כחוק החותר עמוקות תחת חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו.

35. טענותיהם של העותרים טענות כיבדות-משקל הן. טענות הן הנשמעות מעומק ליבם של אזרחי מדינה ערבים שנישאו לתושבי האיזור והמבקשים לחיות עם בני-זוגם בישראל. נתרגם טענות אלו לשפתנו - שפת המשפט - והשאלה שתציג עצמה לפנינו מלוא קומתה היא: האם חבה היא המדינה חובה מכוח חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו - ביתר דיוק: מכוחו של ערך כבוד האדם שבחוק-היסוד - להתיר לבני-זוגם הזרים של אזרחי ישראל - יהודים ושאינם-יהודים - להגר לישראל, לקבוע בישראל את מקום ישיבתם קבע. ודוק: אין אנו מדברים בפיקת ההגבלה ובאיזונים הנדרשים מהתנגשות בין כבוד האדם לבין אינטרסים הנוגדים אותו. מדברים אנו עתה בהיקפו של כבוד האדם שבחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו מעיקרו של החוק. לחלופין, גם אם אמרנו כי ערך כבוד האדם מקנה לאזרח ישראל זכות כי בן זוגו הזר יעשה מישכנו קבע בישראל, שאלה נוספת היא אם זכות זו עומדת לו בעת מלחמה ועימות מזוין, או אם מוגבלת זכותו זו של האזרח בסמכותה של המדינה שלא להתיר ל"נתיני אויב" להיכנס ארצה ולהתגורר בה קבע. וגם כאן, נדגיש, מדברים אנו בהיקפה של הזכות לכבוד מעיקרה.

36. שאלה זו באשר להיקפו של כבוד האדם בהיבטה של הזכות לנישואין ולקיומם של חיי משפחה סדירים בישראל, נחלקת לשתי שאלות-מישנה הבאות, כסדרן, בזו-אחר-זו: שאלת-מישנה אחת היא, האם הזכות לנישואין ולקיומם של חיי משפחה סדירים, באה בגידרי כבוד האדם כמשמעותו בחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו. אם התשובה לשאלת-מישנה זו תהיה בשלילה, יסתיים הדיון ולא עוד תישאל שאלת-המישנה השניה. ואילו אם התשובה לשאלת-המישנה הראשונה תהיה בחיוב, כי-אז תישאל שאלת-המישנה השניה, לאמור, האם מושג כבוד האדם משמיע לא אך זכות לנישואין ולחיי משפחה סדירים אלא, בנוסף לכך, זכות הקנויה לאזרח ישראל לא אך להינשא לבן-זוג זר אלא להוסיף לקבוע את מגורי הקבע של בני הזוג בישראל דווקא. בהקשר זה עולה גם השאלה האם זכות קנויה היא לקטין (אזרח או תושב) החי בישראל עם הורהו הישראלי, כי יינתן מעמד בישראל אף להורהו הזר. בשלב מאוחר יותר, נוסיף ונשאל, אם ערך כבוד האדם מקנה לאזרח ישראל שנישוא לתושב של ישות המצויה במלחמה עם ישראל, זכות להתגורר עם בן זוגו בישראל, וכן, האם מקנה הוא

לקטין החי בישראל עם הורהו הישראלי זכות להביא לישראל את הורהו הזר תושב ישות המצויה במלחמה עם ישראל. הבה נדון בשאלות אלו, אחת לאחת, כסדרן, אך תחילה נבקש לומר דברים אחדים על-אודות תחימת היקפן של זכויות יסוד - זכויות חוקתיות - במשפט ישראל, לרבות הצבת גבולותיהן של זכויות הנגזרות מערך כבוד האדם שבחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו.

על קביעת תחומי התפרשותן של זכויות יסוד ועל זכויות הנגזרות מהן

37. קביעת תחומי התפרשותן של זכויות היסוד, והיחס בין זכויות היסוד, ביניהן לבין עצמן וביניהן לבין אינטרסים אחרים הבאים לצמצמן מתוכן או להגבילן מלְבַר - בהחלטה של פסקת ההגבלה - אינה מלאכה קלה כל-עיקר. חברי הנשיא ברק טוען להרחבת תחומיהן של זכויות היסוד, בסוברו כי הגבלתן של אותן זכויות מקומה הוא בפסקת ההגבלה (ראו: א' ברק, פרשנות במשפט - פרשנות חוקתית, תשנ"ד-1994, כרך ג', 385). בכך, כמובן, מצמצם חברי את תחומי סמכותה של הרשות המחוקקת. כשאני לעצמי, אינני בטוח כלל ועיקר כי אינטרסים ציבוריים הבאים לקבוע גבולות לזכויות היסוד, לחסר מזכויות היסוד או לפגוע בהן, מקומם הוא תמיד - או על הרוב - בפסקת ההגבלה דווקא ולא בקביעת גדריה של זכות היסוד מעיקרו של דין.

38. ראשית לכל, ועד שנידרש ליחס ולאזון שבין זכויות ואינטרסים, ראוי כי נהיה מודעים לקביעה כי זכות פלונית - זכות חוקתית היא, לאמור, כי זכות היא השואבת כוח ואוֹן מחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו. המושג זכות חוקתית משמיע אותנו זכות נעלה על חוק, זכות שהמחוקק - כמחוקק - לא קנה רשות וסמכות להתערב בה אלא כחריג שהותר בחוקה גופה, ובישראל - בחוק היסוד עצמו. לעניין זה אין צורך להידרש לסוגיה אם חוקי היסוד כולם מהווים חוקה של ממש. די לנו בכך שחוק-היסוד שלפנינו, חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו, הכל מסכימים כי הזכויות שבו שוריינו שיריון מהותי מפני התערבותה של הכנסת. ראו ע"א 6821/93 בנק המזרחי המאוחד בע"מ נ' מגדל כפר שיתופי, פ"ד מט(4) 221. וכך, בקובענו כי זכות פלונית עטתה אדרת של זכות חוקתית - או של זכות-יסוד - כמו-אומרים אנו למחוקק: היזהר והישמר. תחום זה תחום החוקה הוא. ובהרחיבנו את תחומיה של זכות-היסוד - כפי שמבקש חברי הנשיא לעשות - מצמצמים אנו ממילא את תחומי סמכותו של המחוקק ומונעים אנו אותו - בכפיפות לתנאים שנימנו בפסקת ההגבלה - לחוקק חוקים הפוגעים בהסדר שנקבע בחוקה באותו תחום. האם ראוי לנו כי כך נצמצם את סמכותו של המחוקק? לעניין זה שומה עלינו להבחין בין זכויות לזכויות. אכן, יש זכויות וערכים - זכויות וערכים אוניוורסליים - שראוי לה לסמכות המחוקק כי תהיה מוגבלת בהם. כך הם,

למשל, ערכי השינוי והחירות האישית. ואולם הרחבת-יתר של הזכויות במובנן הראשוני, והחלת ההגנה החוקתית על כל נגזרותיהן, פירושה הוא פגיעה בסמכותה של הכנסת שנבחרה לחוקק חוקים. וכך, ככל שנרחיב את תחומיהן של זכויות היסוד, כן נגביל את סמכותה של הכנסת לחוקק חוקים. בצדק ציין השופט זמיר כי:

[חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו וחוק-יסוד: חופש העיסוק לא באו לעשות את חוקי הכנסת טרף קל לכל מי שדעתו אינה נוחה מחוק. 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 (בג"ץ 7111/95 מרכז השלטון המקומי נ' הכנסת, פ"ד נ(3) 496, 485).

ראו עוד: בג"ץ 3434/96 הופנונג נ' יושב-ראש הכנסת, פ"ד נ(3) 57, 67-68, וחילוקי הדעות שנתגלעו בע"פ 4424/98 טילגדו נ' מדינת ישראל, פ"ד נו(5) 529.

39. אמת נכון הדבר: במדינות שנתכוננה בהן חוקה פורמלית, רשאית ומוסמכת היא הרשות המכוננת לכלול בחוקה הסדרים פרטיקולריים המעניקים זכויות שעל-דרך הכלל נתקשה לכנותן "זכויות-יסוד". הסדרי חוקה אלה אין עניינם ערכי-יסוד אוניוורסאליים - ערכים שהכול מסכימים כי ראוי שחוק רגיל ידחה מפניהם - ותכליתם היא הסדרת החיים במדינה באורח פרטיקולרי, בהתאם לצרכיה הייחודיים (והמשתנים). מעמדם הנורמטיבי של הסדרי-חוקה אלה מעמד חוקתי הוא ככל הסדרי-חוקה אחרים: חוק המדינה ידחה מפניהם וכוחו של המחוקק לא יעמוד לו נגדם. בה-בעת - ומטעם זה שאין הם משקפים ערכי-יסוד אוניוורסאליים - ניתן יהיה לבטל או לשנות אותם הסדרים עם שינוי העיתים ועם השתנות צרכיה של המדינה. נמחיש את דברינו בשניים מן ההסדרים שבחוקת ארה"ב: ראשון הוא איסור חוקתי שנקבע בשנת 1919 (בתיקון השמונה-עשר לחוקה) על ייצור, מכירה והובלה של משקאות משכרים בתחומי ארצות-הברית (איסור ה-Prohibition). איסור זה, שספק אם שיקף ערכי-יסוד אוניוורסאליים, אפשר היה נכון וראוי לזמנו, ואולם משבטל הצורך בטל גם האיסור (בשנת 1933, בתיקון העשרים-ואחד לחוקה). הסדר שני גודר עצמו בזכותו החוקתית של היחיד לשאת נשק (התיקון השני לחוקה משנת 1791). הסדר זה מקורו בימים של-עבר, לעת שהמדינה הצעירה נדרשה למיליציה חמושה שתבטיח את עצמאותה. הסדר חוקתי זה הסדר פרטיקולרי וייחודי הוא, וספק אם נמצא הסדר דומה לו בחוקותיהן של מדינות אחרות בעולם; נהפוך הוא: מרבית המדינות - וישראל בכללן - דווקא מונעות מאזרחיהן לשאת נשק. ראו והשוו: פרשת בנק המזרחי, 516.

עד-כאן - בחוקות פורמאליות ובמדינות שנתכוננו בהן חוקות פורמליות. ומכאן למדינות - ישראל - שאין בהן חוקה פורמלית ומפורטת. במדינות שכאלו נגזרות זכויות-היסוד של הפרט מערכי-היסוד עצמם, ומטבע הדברים מוגבלות הן לערכי-יסוד ואין הן פורשות עצמן על הסדרים פרטיקולריים שאינם אוניוורסליים, הסדרים שאפשר מצאו מקומם בחוקות פורמליות. לשון אחר: באין חוקה פורמלית, יש לו לבית-המשפט - האורגן המוסמך לבחינת חוקתיותם של חוקים - אך את ערכי-היסוד עצמם להיסמך עליהם, ואין לו סמכות "לכונן" הסדרים פרטיקולריים, קרא: להעניק להסדרים שאינם מבטאים זכויות-יסוד אוניוורסליות מעמד נורמטיבי של חוקה. בישראל, לא זכינו כי רשות מכוונת תקבע לנו הסדרי חוקה, והגם שמיקצת זכויות-יסוד זכו למעמד נורמטיבי מיוחד בחוקי היסוד, ספק אם מוסמכים אנו לגזור מזכויות אלו - ולענייננו מן הזכות לכבוד-האדם - זכויות פרטיקולריות שיזכו אף הן להגנתם הנורמטיבית של חוקי-היסוד. בית-המשפט אין הוא בן-סמכות ליתן מעמד נורמטיבי של זכות-יסוד - זכות הזוכה להגנתו הנורמטיבית של חוק-יסוד - לזכויות פרטיקולריות שמטבע בריאתן וברייתן אין מעמדן הנורמטיבי כמעמדה של "חוקה", אלא אם הרשות המכוונת במדינה הכילה אותן באורח מפורש אל תוך חוקת המדינה.

40. ענייננו עתה הוא בפירושו של המושג כבוד האדם שבחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו - בפירושו של המושג ובקביעת תחומי פרישתו. חוקתה של המדינה - לענייננו עתה: כבוד האדם שבחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו - מהווה נורמת תשתית לחיים יחידו במדינה לאזרחים ולתושבים שבה. מסקנה נדרשת היא, שבקביעת גדריה של זכות יסוד שומה עלינו להתבונן על סביבנו במבט פנורמי, ולעת תיחום גבולותיה של זכות היסוד נטל הוא המוטל עלינו ליתן דעתנו לא אך ליחיד הקונה זכויות אלא, למיצער, לסביבתו הקרובה ולהשלכות החברתיות והאחרות שתדרשנה מהענקתה של זכות בהיקף זה או אחר. אכן, זכות יסוד - כל זכות יסוד - אין היא חיה ומתקיימת לעצמה בחלל. זכויות היסוד חיות ומתקיימות בתוככי חברה אנושית, בין בני אדם, ואמורות הן לבטא את ההכרה בכבוד האדם, באוטונומיה של הרצון החופשי, בחופש של האדם לעצב את חייו כרצונו בחברה שהוא חי בה. האדם הוא יצור חברתי, וקיומו, התפתחותו ופריחתו, כל אלה תולים עצמם בקיומה של חברה אנושית בה מתקיימים סדר, ביטחון ושלוש מינימליים. זכות יסוד משפיעה על סביבותיה, מושפעת היא מסביבותיה, וקביעת תחום התפרשותה הוא פועל יוצא מעוצמתה הפנימית ומאותן השפעות כוללות. לא יהיה זה נכון, לדעתי, לנקז את נושא ההשפעות אך לפיסקת ההגבלה ולסוגיית הפגיעה בזכות היסוד. יש כוחות בעלי-עוצמה שביכולתם להשפיע על קביעת גבולותיה של זכות היסוד מעיקרה, וראוי כי כל אינטרס ימצא את מקומו הראוי לו.

41. מתיחת זכויות-יסוד אל כל עבר - מעלה, מטה ולצדדים - תוך הפניית האינטרסים שבכוחם להשפיע על גבולותיהן אל-עבר פסקת ההגבלה, עלולה להביא לפגימה בשיח החוקתי, וזו עלולה להוליך בסופו של יום לצימצום ההגנה החוקתית על זכויות האדם. ואנו, מבקשים אנו ליצור הליך חוקתי מאוזן וראוי העשוי למנוע זילות של השיח החוקתי. עמד על כך השופט זמיר בפרשת בנק המזרחי, 470-471, לעת הירדשו לשאלת היקפה של זכות הקנין:

... אני מבקש להיזהר מאד שלא לקבוע מסמרות בשאלה מהו קנין ומהי פגיעה בקנין. האם חוק-היסוד מעניק הגנה מפני כל חוק חדש שיש עמו פגיעה, לרבות פגיעה עקיפה, בערך הרכוש או בהכנסה כספית? לדוגמה, האם ההגנה על הקנין משתרעת גם על מגבלות שחוק מטיל על חוזי עבודה, כגון הוראה בדבר שכר מינימום, או על דרישות ביחסי ממון בין בני זוג, כגון הוראה בדבר חיוב במזונות? אם כל פגיעה בשווי רכושו של אדם, לרבות פגיעה בחיובים כספיים למיניהם, היא פגיעה בקנין, נמצא כי החוקים הפוגעים בקנין רבים מני ספור; בית המשפט עלול לשקוע ראשו ורובו בבדיקת החוקיות של כל חוק כזה, שמא, בין היתר, הוא פוגע בקנין מעבר למידה הדרושה; והמחוקק יתקשה למלא את תפקידו כראוי. ככל שיורחב ההיקף של הקנין כזכות חוקתית, כך, יש לחשוש, תיחלש עוצמת ההגנה על זכות זאת. ועל כך ניתן לומר: תפסת מרובה לא תפסת.

ראו עוד דברים שכתב פרופ' Hogg כפי שהובאו על ידי הנשיא שמגר בפרשת בנק המזרחי, 330 (ההדגשות הן של הנשיא שמגר):

The reason that generosity should give way, rather than the stringent standard of justification, concerns the policy-making role of the courts. If the scope of the guaranteed right is wide, and the standard of justification is relaxed, then a large number of *Charter* Challenges will come before the courts and will fall to be determined under section 1. Since section 1 requires that the policy of the legislation be balanced against the policy of the *Charter*, and since it is difficult to devise meaningful standards to constrain the balancing process, judicial review will become even more *pervasive*, even more *policy-laden*, and even more *unpredictable* than it is now. While some judges will welcome such extensive powers, most judges will be concerned to stem the wasteful floods of litigation, to limit the occasions when they have to review the policy choices of

legislative bodies, and to introduce meaningful rules to the process of *Charter* review. These purposes can be accomplished only by restricting the scope of *Charter* rights (P.W. Hogg "Interpreting the Charter Rights: Generosity and Justification" 28 *Osgoode Hall L.J.* (1990) 817, 819-820.

42. האינטרס הציבורי - אותו אינטרס המכוון עצמו להגביל זכות יסוד או לפגוע בה - מהווה לאמיתם של דברים אגד של אינטרסים - אינטרסים שונים באופיים ושונים בעוצמתם - ולא יהיה זה נכון וראוי כי נדבר בהאינטרס הציבורי - האינטרס הציבורי בה"א היידוע - כמו המדובר באינטרס אחד מעשה מיקשה. שומה עלינו לבחון ולבדוק מקרוב כל שריג מאותם אינטרסים המהווים יחדיו את האינטרס הציבורי הכללי, וכמידתו נמדוד לו. ראו והשוו: דנ"א 7325/95 ידיעות אחרונות בע"מ נ' קראוס, פ"ד נב (3), 1, 78.

פיזורם של שריגי אגד האינטרס הציבורי - בהתאם לעוצמת השריג שלעניין - בין מלאכת קביעת גבולותיה של זכות יסוד לבין פיסקת ההגבלה, עולה בקנה אחד עם עקרון הפרדת הרשויות וביזור הסמכויות, שכן יש בו כדי להוביל לבחינה כוללת יותר וזהירה יותר של דברי חקיקה. ונזכיר דברים שאמר בית משפט זה אך לאחרונה בבג"ץ 1661/05 המועצה האזורית חוף עזה נ' כנסת ישראל (פ"ד נט (2), 481, 553):

... בביטול חוק בשל אי-חוקתיותו עניין לנו בביטול דבר חקיקה שנחקק על ידי גוף שנבחר על-ידי העם. מכאן הגישה כי נדרשת פגיעה בולטת ומשמעותית בזכות אדם חוקתית כדי להביא לאי-חוקתיות החוק (ראו פרשת הופנונג, בעמ' 68); מכאן התפיסה כי לא הרי חוק "קבוע" כהרי חוק "זמני" בבחינת חוקתיות החוק (ראו בג"ץ 726/94 כלל חברה לביטוח נ' שר האוצר, פ"ד מח (5), 441, 486; פרשת מרכז השלטון המקומי, עמ' 494; בג"ץ 24/01 רסלר נ' כנסת ישראל, פ"ד נו(2) 699). אכן, בבחינה החוקתית "כל הממעט הרי זה משובח".

43. הנדרש מכאן הוא, שבבואנו לבחון את תחומי התפרשותה של זכות יסוד, חייבים אנו לשוטט במבט מאופק-אל-אופק ומעלה-מטה. ריכוז מבטנו בעץ הבודד בהתעלם מן היער שהוא שוכן בו שקול כנגד התעלמות מן המציאות. להגנה על העץ האחד עלולים אנו לפגוע ביער, ונמצאנו פוגעים בבלי-דעת בעץ עצמו, שהרי קיומו של העץ קיום הוא בתחומי היער. ונדגיש: בחינה זו ראוי לה כי תיעשה - ולו בחלקה -

במקור הזכות, לעת לידתה ועיצובה של זכות היסוד. שכן פרישת הזכות מלכתחילה אל-עבר מחוזות רחוקים - מחוזות שאפשר לא יועדו לה - תביא ממילא להגבלתה בשלב של פיסקת ההגבלה. הליך זה, כפי שאמרנו, עלול להביא לזילות השיח החוקתי.

44. בתהליך עיצובה ופיסולה של זכות-יסוד; לעת תיחום גבולותיה וקביעת תחום התפרשותה; שומה עלינו להבחין בין גרעינה של הזכות והתחום הקרוב לגרעין לבין חלקים אחרים המתרחקים והולכים מן הגרעין; בין אדוות-המים הקרובות למקום פגיעתה של האבן במים לבין אדוות-המים המתרחקות והולכות, הנחלשות והולכות (ראו והשוו: "ק"פ, "מקצת שאלות על כבוד האדם לפי חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו", משפטים כ"ה (תשנ"ה-1995), 129, 136). בין מרכז הכבידה של הזכות לבין תחומים המתרחקים והולכים ממרכז הכבידה. ככל שמצויים אנו בגרעין, במרכז הכבידה, או בסביבתו הקרובה, כן תרבה עוצמתם של הערכים המוגנים, וככל שנרחק ונלך מן הגרעין, ממרכז הכבידה, כן תיחלש עוצמתה של הזכות ותגבר (יחסית) עוצמתם של אינטרסים אחרים המתרוצצים אף הם בחלל המשפט: אינטרסים ציבוריים ואינטרסים של יחידים אחרים. בIODענו כך, נוסף ונדע כי לא הרי הגנה על המרכז, על הגרעין, כהרי הגנה על התחומים המרוחקים מן הגרעין. ויש שהתחום הנבחר הוא כה מרוחק - מרוחק לא אך מרחק פיזי אלא מרוחק בהיותו נתון להשפעתם של שיקולים ואינטרסים אחרים - עד שאפשר נבוא לכלל מסקנה כי אותם תחומים אינם באים כלל בתחום הכבידה של הזכות.

45. כך על דרך הכלל וכך בבחינת תחום התפרשותו של כבוד האדם, שראוי לנו כי נבחן היטב את טיב הערכים המוגנים, אם ערכי-גרעין הם אם ערכי-פריפריה.

הזכות לנישואין ולקיומם של חיי משפחה כזכות חוקתית

46. כולנו נסכים - כיצד נוכל אחרת - כי אדם, כל אדם, קנה זכות לנישואין ולקיומם של חיי משפחה. הברית בין איש ואשה, חיי המשפחה, נוצרו לפני היות המדינה ולפני שזכויות וחובות באו לעולם. תחילה היתה בבריאת האדם, ואדם הוא איש ואשה. נִיבְרָא אֱלֹהִים אֶת-הָאָדָם בְּצַלְמוֹ, בְּצֶלֶם אֱלֹהִים בְּרָא אֹתוֹ: זָכָר וּנְקֵבָה, בְּרָא אֹתָם (בראשית, א, כז). וכך נבראו אדם וחווה. איש נזקק לאשה ואשה נזקקת לאיש: עַל-כֵּן יַעֲזֹב-אִישׁ אֶת-אָבִיו וְאֶת-אִמּוֹ וְדָבַק בְּאִשְׁתּוֹ וְהָיוּ לְבֶשֶׁר אֶחָד (בראשית ב, כד). כך נכרתה ברית בין איש לאשה, ועם היוולד הילדים קמה ונהייתה המשפחה המורחבת. ובתוככי כל אלה נוצרה האהבה. וכך, ככל שהמדובר במשפחה, באה

המדינה אל המוכן ופרשה חסותה על מה שהכתיב לנו הטבע. החברה והמדינה קידשו את ברית האיש והאשה בנישואין, וכך נולדה הזכות לנישואין ולקיומם של חיי משפחה. יאמרו הפילוסופים והוגי הדעות את אשר יאמרו; בסוף כל הסופות - נדייק: בתחילת כל התחילות - קיומה של המשפחה בה מאלוה ממעל, מן הטבע, מן המערך הגנטי של האדם, מעצם קיומו של החי. כך הוא ביחסים שבין איש ואשה וכך הוא ביחסים שבין הורים וילדיהם. וכפי שאמרנו במקום אחר (דנ"א 7015/94 היועץ המשפטי לממשלה נ' פלונית, פ"ד נ(1) 48, 102):

משפט הטבע הוא, שאם ואב מן הטבע יחזיקו בבנם, יגדלו אותו, יאהבו אותו וידאגו למחסורו עד אם גדל והיה לאיש. זה יצר הקיום וההישרדות שבנו - "קום הדם", ערגת קדומים של אם לילדה - ומשותף הוא לאדם לחיה ולעוף. ... קשר זה חזק הוא מכל חזק, והוא מעבר לחברה, לדת ולמדינה. תנאי המקום והזמן - הם והנפשות המעורבות - יקבעו את מועד הפרידה של ילדים מהוריהם, אך עמדת המוצא תישאר כשהייתה. משפט המדינה לא יצר את זכויות ההורים כלפי ילדיהם וכלפי העולם כולו. משפט המדינה בא אל המוכן, אומר הוא להגן על אינסטינקט מולד שבנו, והופך הוא "אינטרס" של הורים ל"זכות" על-פי דין, לזכויות של הורים להחזיק בילדיהם.

חשוב לומר דברים אלה, שכן עשויים הם לשמש לנו מורה דרך לקביעת גבוליו של כבוד האדם.

47. הזכות לנישואין ולקיומם של חיי משפחה, ובכלל אלה זכותו של קטין להיות עם הוריו, מהווה תשתית לקיומה של חברה. התא המשפחתי הוא תא היסוד של החברה האנושית, ועליו נבנית חברה ומדינה. אין פלא בדבר, אפוא, שהזכות לחיי משפחה הוכרה בקהילה הבינלאומית כזכות יסוד. כך גם במשפט ישראל. ראו והשוו: פרשת טמקה, 782, 787; אמנון רובינשטיין, "הזכות לנישואין", עיוני משפט ג' (תשל"ג-1973), 433; ראו עוד: סעיף 16(1) להכרזה האוניברסאלית בדבר זכויות האדם, 1948; סעיף 12 לאמנה האירופית על זכויות אדם; סעיף 2.23 לאמנה הבינלאומית בדבר זכויות אזרחיות ופוליטיות, 1966. הגם שזכות זו, הזכות לנישואין ולקיום חיי משפחה, לא זכתה להימנות מפורשות עם זכויות היסוד שהוכרו מפורשות בחוקי היסוד, נסכים כולנו - נסכים ונצהיר - כי נגזרת היא, נגזרת מן הראשונות במלכות היא, מכבוד האדם. והזכות לנישואין ולקיום חיי משפחה גוזרת מעצמה, כדבר הלמד מעניינו, זכותו של אזרח ישראל להתגורר עם בני משפחתו בישראל, וחובתה של המדינה כלפי האזרח

לאפשר לו לממש זכותו לחיות עם בני משפחתו בישראל. פרשת סטמקה, שם. עד כאן - הזכות לנישואין והזכות העקרונית הקנויה לאזרח ישראל לחיות עם משפחתו בישראל.

הגירה מכוח הזכות לנישואין ולחיי משפחה כזכות חוקתית

48. ומכאן לשאלת-המישנה השנייה, שאלת-מישנה הנגזרת משאלת-המישנה הראשונה. האם זכות-היסוד של אזרח ישראל - זכות-יסוד הנגזרת מכבוד האדם - לקיים חיי משפחה כסדר בישראל, עניינה הוא אך באזרחי ישראל ובתושבי הקבע בישראל, ביניהם לבין עצמם, או שמא נאמר פורשת היא עצמה גם על בן-זוג שהוא אזרח או תושב זר הנישא לאזרח ישראל והמבקש להגר לישראל ולהתגורר בה דרך קבע? אזרח ישראל בא בברית נישואין עם בן-זוג שאינו אזרח ותושב ישראל. האם עומדת לו לאזרח ישראל זכות שבחוק-יסוד כי תינתן לבן-הזוג הזר הזכות להגר לישראל ולהתגורר בה דרך קבע? שאלה נוספת בהקשר זה היא, האם הזכות לכבוד של קטין החי בישראל פורשת עצמה גם על הורהו הזר המבקש להגר בעקבותיו לישראל? ומתוך שזכותו של אזרח - זכות שבחוק-יסוד - משמיעה חובה של המדינה כלפיו, השאלה הנשאלת היא, האם כבוד האדם של אזרח ישראל מחייב את המדינה - כחובה חוקתית - להתיר לבן-זוגו הזר להגר לישראל, והאם מחייב כבוד האדם של קטין המתגורר בישראל להתיר להורהו הזר להגר לישראל? כך הוא על דרך הכלל, וכך הוא במיוחד - כבענייננו - שעה שבן הזוג או ההורה הזר הוא תושב ישות הנמצאת בעימות מזוין עם מדינת ישראל.

49. חברי הנשיא ברק סובר כי הזכות לקיומם של חיי משפחה בישראל היא זכות חוקתית של אזרח ישראל גם אם בן-זוגו הוא זר. ובלשונו (בפיסקה 34 לחוות-דעתו):

הזכות החוקתית להקים תא משפחתי משמעותה הזכות להקים את התא המשפחתי בישראל. אכן, לבן הזוג הישראלי עומדת הזכות החוקתית, הנגזרת מכבוד האדם, לחיות עם בן זוגו הזר בישראל ולגדל בישראל את ילדיו. הזכות החוקתית של בן זוג למימוש התא המשפחתי שלו, היא, בראש ובראשונה, זכותו לעשות כן במדינתו שלו. זכותו של ישראלי לחיי משפחה משמעה זכותו לממשה בישראל.

קביעה נורמטיבית זו קשתה עליי. אבין לרצו של חברי בבקשו לפרוס את הערך של כבוד האדם על נגזרותיו - ולענייננו: זכותו של אזרח ישראל לקיים את משפחתו בישראל גם אם בן-זוגו זר הוא למדינה - על פני תחומים נרחבים ככל הניתן, ובהגבלת הזכויות דרכה של פסקת ההגבלה. דומני עם זאת, כי בבוחננו את המערכת הכוללת שומה עלינו לתת דעתנו לשני צידיו של המטבע. נטל הוא המוטל עלינו לבחון לא אך את זכויותיו של היחיד - אזרח המדינה - כלפי המדינה, קרא: את חובותיה של המדינה כלפי היחיד. נטל הוא המוטל עלינו לבחון - בה בעת - את חובותיה של המדינה כלפי יחידיה כולם; אם תרצו: חייבים אנו לבחון מקרוב מה נטל מטילה ההכרה בזכותו של האזרח היחיד על כלל תושבי המדינה ואזרחיה, על היחידים האחרים שהמדינה מהווה עבורם מיסגרת לחיים יחדיו. בחינה כל-כוללת זו תעלה, לדעתי, כי פריסה רחבה של זכות היסוד כהצעתו של חברי, עלולה לפגוע קשות ביחידים אחרים עד שספק אם נכון וראוי לקשור את המדינה בחובה ברמה של זכות-יסוד. אם כך בענייניו של אזרח יחיד שבעתיים כך בהגירה כי תבוא של רבבות זרים - בענייננו, רבבות אזרחי אויב - שנישאו לאזרחי ישראל בעוד ישראל מנהלת מאבק מזויין נגד אותו אויב.

50. הנחת המוצא היא - נדרשנו לנושא זה בדברינו לעיל - כי מדינה, כל מדינה, אינה חייבת להתיר לזרים להיכנס אל תחומה, לא-כל-שכן שאין היא חייבת להתיר לזרים להתיישב בה דרך קבע או אף דרך ארעי. כך מורה אותנו עקרון-העל של ריבונות המדינה, עיקרון שממנו נגזרת זכותה של המדינה לקבוע מי רשאים להיכנס אליה ומי יזכו באזרחותה או בזכות להתגורר בה. כך גם נפסק לא אחת בישראל. "מדינה, כל מדינה, מוסמכת ורשאית לקבוע אלו זרים יבואו בשעריה, [ו]אלו מהם ישהו בתחומה" (בג"ץ 4370/01 לפקה נ' משרד הפנים, פ"ד נז(4), 920, 930); "מעיקרו של דין אין המדינה חבה כל חובה שהיא כלפי זרים המבקשים להתיישב בשיטחה" (בג"ץ 164/97 קונטרס נ' משרד האוצר, פ"ד נב(1), 289, 381); "בכך בא לידי ביטוי העיקרון - המקובל במדינות הדמוקרטיות המודרניות - כי למדינה שיקול דעת רחב למנוע מזרים מלהשתקע בה. אין לו לזר זכות לבוא לארץ אם כתייר ואם כתושב" (פרשת דימיטרוב, 293). השוו עוד: פרשת קנדל, 520; בג"ץ 1031/93 פסרו (גולדשטיין) נ' שר הפנים, פ"ד מט(4), 661, 705. ראו עוד פרשת קלרק, 117 (מפי השופט ברנזון):

בדרך כלל, כל ארץ שומרת לעצמה את הזכות למנוע מאנשים זרים להיכנס לתחומה או להרחיקם מתחומה כאשר אינם רצויים עוד, מסיבה זו או אחרת, ואף ללא כל סיבה ...

דרך אגב, בפרשת קלרק סוקר השופט ברנזון את פסיקתם של בתי-המשפט באנגליה ובארה"ב, ומביא הוא מפסק דינו של בית-המשפט העליון בארה"ב בפרשת *Knauff v. Shaughnessy*, 70 S.Ct. 309 (1949), בו אושרה החלטת שלטונות ההגירה שלא להתיר לאישה זרה שנישאה לחייל בתקופת שירותו במלחמת העולם השנייה, להיכנס לארצות-הברית.

51. עיקרון זה, עקרון-יסוד הוא במשפטיהן של מדינות העולם. לכל מדינה הזכות הטבעית - זכות שמקורה בריבונות המדינה על שיטחה - לקבוע מי יהיו אזרחיה ומי יהיו זכאים לבוא בתחומיה. ראו, למשל: *Halsbury's Laws of England*, vol 18 (4th ed., 1977), para 1726

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.

ראו עוד פסיקתו של בית הדין האירופי לזכויות אדם בפרשת *Abdulaziz (Abdulaziz v. U.K.)* (1985) 7.E.H.R.R. 471

As a matter of well established international law and subject to it's treaty obligations a state has the right to control the entry of non-nationals into its territory.

ברוח זו אימצו מדינות העולם - וישראל בכללן - הלכה כי זכותה הטבעית של כל מדינה ריבונית היא לקבוע את זהות מי שייכנסו לתחומה ויהפכו תושביה. וכך פסק בית-המשפט העליון בארה"ב, עוד בשנת 1892, בפרשת *Nishimura Ekiu v. U.S.*, 142 :U.S. 651,659 (1892)

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.

ואכן, אף כיום אין אזרח זר מחזיק בזכות - לא כל שכן בזכות חוקתית - להיכנס או לשהות בארה"ב, ואפילו בן משפחה הוא לאזרח ארה"ב:

An alien has no constitutional right to enter, or to stay in, the United States (3B *American Jurisprudence 2d*, Aliens and Citizens, § 2291.

ראו עוד, למשל: פרשת *Knauff*, לעיל;

Fiallo v. Bell, 97 S.Ct. 1473 (1977); *Landon v. Plasencia*, 103 S.Ct. 321 (1982);

כך גם פסק בית-המשפט לערעורים בבריטניה, בקובעו כי זר אינו רשאי להיכנס לבריטניה אלא בהתאם לחוקי הממלכה. ובלשונו של השופט הלורד דנינג בפרשת R.

: v. Governor of Pentonville Prison [1973] 2 All E.R. 741, 747

[N]o alien has any right to enter this country except by leave of the Crown; and the Crown can refuse leave without giving any reason:

52. זר, אפוא, אינו רשאי להיכנס למדינה, לא כל שכן להגר אליה, אלא בהתאם לחוקי המדינה, ומדינות רבות בעולם אכן חוקקו חוקי הגירה מחמירים המציבים בפני המבקש להגר תנאים ומיגבלות המבוססים על צורכי המדינה ועל מדיניותה מעת לעת. כך, למשל, נמצאו לנו הסדרים המבחינים בין מועמדים להגירה על בסיס מצב כלכלי, מקצוע, גיל, מצב משפחתי, מצב בריאות, ביוגרפיה ועוד. מוצא אתני, לאום וארץ-מוצא אף הם שימשו יסוד להבחנה בין מועמדים להגירה, וכן נמצא כי מדינות רבות מוסיפות וקובעות מיכסה (קוטה) המגבילה את מספר המהגרים אליה. ההסדרים הסדרים מיוחדים הם לכל מדינה, ומשתנים הם מזמן לזמן בהתאם לרוח הזמן ולצורכי המדינה. על המצב בארה"ב ראו, למשל, *3A American Jurisprudence 2d*, Aliens and Citizens, §1

The history of the immigration laws of the United States is one of evolution from no restrictions to extremely narrow qualitative restrictions, to additional qualitative restrictions, and later to more extensive qualitative restrictions, including ethnic ones, and eventually to quantitative restrictions.

לשינויים שנתחוללו במהלך השנים ביחסיהן של מדינות אירופה להגירה בכלל, ולהגירה מטעמי נישואין בפרט, ראו, למשל: *S. Castles et al.*, "Migration and Integration as Challenges to European Society", Assessment of Research Reports Carried Out for European Commission Targeted Socio-Economic Research (TSER) Programme (Oxford, 2003); "Family Reunification Evaluation Project" (Final Report, The European Commission: Targeted Socio-Economic Research, Brussels, 2004) 21–22. מאמרים אלה מוזכרים גם במאמרם של פרופ' אמנון רובינשטיין ומר ליאב אורגד, "זכויות אדם, ביטחון המדינה ורוב יהודי - המקרה של הגירה לצורכי נישואין", הפרקליט מח (תשס"ו-2006) 315, 330 ה"ש 54, 341 ה"ש 108.

53. הנה כי כן, מדינה רשאית להטיל מיגבלות על ההגירה לתוכה בהתאם למדיניות ההגירה היפה בעיניה והמתאימה לצרכיה, בלא להתחשב בעניינם וברצונותיהם של האזרחים הזרים המבקשים להגר אליה. כל כך - ביחסיה של המדינה כלפי חוץ, כלפי מדינות אחרות וכלפי מי שאינם אזרחים או תושבים בה. ואולם מה באשר ליחסיה של המדינה עם אזרחיה ותושביה שלה? האם גם במסכת יחסים זו, מסכת יחסים פנים-מדינתית, כוחה של המדינה עימה להגביל כניסתם של זרים אל-תוך המדינה, ולו בני משפחה של אזרחים ותושבים הם? התשובה לשאלה היא בחיוב. הילכת הפררוגטיווה של המדינה כוחה לעניין הגירתם של אזרחים או תושבים זרים. ולו בני משפחה הם של אזרחיה או של תושביה. מדינה רשאית שלא להתיר לבני-משפחתם הזרים של אזרחיה להיכנס למדינה, לא-כל-שכן להגר אליה, ואזרח המדינה אינו זכאי לדרוש מן המדינה כי תתיר לבן-משפחתו הזר להגר אל תוך המדינה אלא בהתאם לחוקי המדינה. אכן, אף שהמשפט הבינלאומי מכיר בזכותו של היחיד לנישואין ולחיי משפחה, אין הוא מכיר בזכותו של היחיד לממש זכות זו דווקא בארץ אזרחותו. לשון אחר: זכותו של היחיד לנישואין ולחיי משפחה אינה משמיעה מעצמה זכות חוקתית ל"איחוד משפחות" בתוך המדינה. על המצב המשפטי השורר בתחום זה עמדו לאחרונה רובינשטיין ואורגד, במאמרם, שם, 340; ובלשונם:

גם כללי המשפט הבין-לאומי אינם מקימים זכות להגירה לצורכי נישואין. המשפט הבין-לאומי מכיר אמנם בחשיבות הזכות להקים משפחה, כמו גם בחשיבות הזכות של משפחה שלא להיות מופרדת על ידי גירוש, אך אין במשפט הבין-לאומי שום זכות מפורשת וקונקרטיה היוצרת חובה פוזיטיבית על מדינה לאפשר הגירה לשטחה לצורכי נישואין, גם בעתות של שלום (ההדגשה במקור - מ' ח').

מסקנה דומה הסיק בית-המשפט העליון בפרשת שאהין נ' מפקד כוחות צה"ל (בג"ץ 13/86, פ"ד מא(1) 197), שעסקה בסוגיה קרובה לענייננו. השוו: י' דינשטיין "איחוד משפחות בשטחים המוחזקים" עיוני משפט יג (תשמ"ט) 221, 223. ראו עוד, למשל, מחקר שפירסם האיחוד האירופי בשנת 2004 בעניין ההסדרים המשפטיים ששררו באיחוד האירופי עד לשנת 2004: "Family Reunification Evaluation Project" (Final Report, The European Commission: Targeted Socio-Economic Research, Brussels 22 (2004):

Although international documents endorse family rights, none of the declarations establishes an explicit right to family reunification. Likewise, although the Convention on the Rights of the Child demands that applications by a child or parents to enter or leave the State for the purpose of family reunification be handled in a "positive, humane and expeditious manner ... there is no specification that the provision provides the basis for legal claims to family reunification ... The second area of international law, which may be conflictual with the principle of universal family reunification, refers to the precedence of State sovereignty

דרך אגב, בעקבות הלכה מן הדין הבינלאומי, חוקק האיחוד האירופי את הדירקטיווה שלשנת 2004, ובה קיבלו על עצמן מיקצת מדינות האיחוד לחוקק הסדרים פנימיים - מסוייגים - שלפיהם יותרו לבני זוגם הזרים של תושבים להגר למדינה. בטרם היות הדירקטיווה לא היתה זכות שכזו לבני הזוג אלא בהתאם למשפטה הפנימי של כל מדינה ומדינה.

54. פני המדינה הם כפני תושביה. תושבי המדינה הם המעצבים את דמות החברה, וה"מדינה" משמשת מעטפת לחברה ולתושביה. כניסתו של אזרח זר למדינה כתושב קבע בה פירושה שינוי הסטטוס קוו אנטה (status quo ante) ביחסי האזרחים והתושבים, ביניהם לבין עצמם. הסתפחותו של תושב או של אזרח חדש אל החברה בישראל משווה את מעמדו לתושביה או לאזרחיה של המדינה, ועל דרך זה משתנות דמותן של החברה ושל המדינה. במקום המדובר הוא בתושב או באזרח בודד, השינוי הוא אינפניטיסימלי. לא כן הוא בכניסה מאסיבית של תושבים ואזרחים זרים שהשפעתם המשותפת על המדינה עלולה לשנות באורח משמעותי את דמותה. הקניית

זכות ליחיד להביא עימו לישראל בן-זוג זר יש בה, אפוא, כדי לשנות את פני החברה, והשאלה הנשאלת היא אם נכון וראוי כי נפקיד בידי כל אחד ואחד מאזרחי המדינה ותושביה מפתח חוקתי הפותח את דלתות המדינה לרווחה לפני זרים. זכויות היסוד של היחיד הן, בעיקרן, זכויות כלפי המדינה; וכי נכיר בזכותו החוקתית של אזרח, של כל אזרח, להביא אל ישראל, לרצונו, בן-זוג או הורה זר, ימצא לנו כי הכרה בזכות הקנויה לאזרח לקיים חיי משפחה עם זרים בתחומי הארץ, אין היא אך קובעת את זכותו של אזרח ישראל. באותה נשימה עצמה מצמצמת ומגבילה היא זכויותיהם של אזרחים אחרים שדעתם לא נשמעה. על כך אומר, שדומה כי כבוד האדם של אזרחי ישראל - של כל אזרחי ישראל - מחייב כי לא תינתן יד חופשית לכל אזרח - ברמה של זכות חוקתית - לשנות את הסטטוס קוו אנטה החברתי על דרך הבאתם של זרים לישראל, ולו כבני זוג. ה"מדינה" היא הדוברת המוסמכת של אזרחי ישראל ותושביה, ודומה כי אף מדינה לא תהא נכונה לפרוץ את גבולותיה על דרך הפקדת המפתח הפותח את שערי המדינה בידי כל אזרח, ולו להגירתו של בן זוג או הורה אל תחומי המדינה. הסמכות לקבוע מי יהיו אזרחי המדינה ותושביה - לחוקי המדינה מסורה היא, והמדינה היא שתחליט מי יהיו רשאים להגר אל תחומיה.

55. יתר-על-כן: חובה היא המוטלת על המדינה לנהל מדיניות הגירה שקולה, מדיניות ההולמת את צורכי המדינה ואת ערכי היסוד הנוהגים בה. המדינה אינה רשאית להתנצל את חובתה זו בהעבירה לידי אזרחיה את הסמכות לקבוע מי יהגר אל תחומיה. המבקש להגר אל המדינה, יפנה אל מוסדות המדינה ולא אל אחד מאזרחיה, ומוסדות המדינה הם שיחליטו בבקשה. הכרה בקיומה של חובה חוקתית המוטלת על המדינה להתיר כניסתם של בני-משפחה זרים, פירושה אינו אלא העברת הריבונות לידי כל אזרח ואזרח בנפרד, וממילא פוגעת היא ביכולתה של המדינה להתוות את דרכה ולכבד את מורשתה. לשון אחר: מתן זכות הגירה אוטומטית לכל מי שנישא לאחד מאזרחי המדינה או תושביה פירושו הוא, כי כל אזרח מחזיק בזכות להתיר הגירה למדינה, ללא פיקוחה של המדינה, וברי כי שום מימשל בעולם לא יתיר כך לפגוע לא אך בתיפקודו אלא בריבונות המדינה עצמה. ראו למשל: Arturo John, "Family Reunification for Migrants and Refugees: a Forgotten Human Right?" (Human Right Centre, Coimbra University, 2004) (בעמ' 10):

No Government wished to find itself shackled to a precise and enforceable standard of family reunification rights that would impede on the State's sovereign right to control who entered and settled on its territory (at p. 10).

לא בכדי מגיע מחברו של מחקר זה למסקנה כי חרף כל זכויות במשפט, ובכללן הזכות לחיי-משפחה, מיאנו מדינות העולם באורח עיקבי להכיר בקיומה של זכות לאיחוד משפחות מטעמי נישואין, בהיותה של זכות זו פוגעת בריבונות המדינה ובסמכותה לקבוע מי יהגר אליה (שם, עמ' 6):

[I]n all the international instruments adopted, States have opposed any recognition of a right to family reunification that might be considered to substantially curb States' sovereign right to control who may enter or settle in its territory.

56. אכן, מדינה - כל מדינה - לא תסכים ליתן בידי יחידה - בידי כל אחד מיחידה זכות יסוד לשנות את הסטטוס קוו אנטה בחברה ובמדינה. גם מדינות המכירות בזכות חוקתית מפורשת לנישואין ולחיי משפחה יתקשו להתיר הגירה חופשית מכוח זכות זו, ואכן נמצא כי רבות ממדינות אלו "[שוללות את העיקרון כי נישואין עצמם (או פירוקם) מביאים לשינוי אוטומטי באזרחות בני הזוג]" (פרשת רנקין, 116). יתר-על-כן: אף בהעניקן זכות הגירה מטעמי משפחה, נהגו ונוהגות מדינות העולם לצמצם זכות זו בהטלתן של מיגבלות על מימוש הזכות. לכל מדינה הסדר משלה: הסדר המותאם לערכי היסוד שלה, למדיניות ההגירה שנקבעה ולצרכיה הכלכליים והמדיניים, ואין דומה הסדר אחד למישנהו. בה-בעת, נמתחים קווי דמיון כלליים בין ההסדרים. כך, למשל, נמצא כי מדינות רבות מטילות מיגבלות גיל על הגירה מטעמי נישואין, ומתירות הן לבן הזוג הזר להגר למדינה רק אם בני הזוג - אחד מהם או שניהם - הגיעו לגיל מינימאלי. מדינות אחרות מוסיפות ומטילות מיגבלות כלכליות על ההגירה, בחייבן את בני-הזוג להוכיח כי ביכולתם לקיים עצמם בתחומי המדינה. באין יכולת כלכלית - לעתים לתקופה ממושכת - לא תותר הגירתו של בן הזוג הזר אל המדינה. מיקצת מדינות מחייבות כי בן הזוג הזר יקיים זיקות שונות למדינה הקולטת. קבלת אזרחות במדינה הקולטת מחייבת על-פי רוב שהות לא קצרה במדינה הקולטת, דרישות לידיעת שפתה של המדינה הקולטת, להכרות עם תרבותה ומורשתה ושכועת אמונים למדינה. לא אחת אף נדרש בן הזוג הזר לוותר על אזרחותו המקורית כתנאי לקבלת אזרחותו החדשה. לסקירה מקיפה של הדרישות המוטלות במדינות העולם ראו בהרחבה: רובינשטיין ואורגד, לעיל. וכך, למשל, מוסרים לנו המחברים בפיתחו של פרק ג' למחקרם (בעמ' 328):

בשנים האחרונות המגמה במדינות באירופה היא להחמיר את התנאים להגירת נישואין. בחלק ניכר מהמדינות נחקקו בשנים האחרונות חוקים המגבילים את האפשרויות להגר לצורך נישואין. כך, למשל, הוחמרו התנאים הכלכליים הנדרשים מבני זוג המבקשים להגר לצורכי נישואין, נקבעו תנאי סף תרבותיים (כגון למידת שפה) שעל בן הזוג המהגר למלאם בטרם הגירתו, הוטלו מגבלות גיל להגירה, נדרשות זיקות למדינה שאליה מבקשים להגר והוחמר הנטל להוכחת כנות הנישואין. בית המשפט האירופי לזכויות אדם העניק בדרך כלל הכשר לחקיקה המחמירה שהובאה בפניו.

אכן, יכול הטוען לטעון כי כל הגבלות אלו ראוי להן כי תיבחנה בהחלטה של פסקת ההגבלה, ואילו אנו נאמר, כי במאטריה זו, מאטריה רגישה מאין כמוה, ובעניינו של אינטרס ציבורי עמוק כאינטרס העומד מאחורי הסוגיה שלפנינו; ראוי לנו כי נניח לאינטרס הציבורי לומר את דברו כבר בתחילה, לעת קביעת גדריה של זכות היסוד. זהו המבט הפנורמי אליו מכוונים אנו, מבט המאפשר לנו לראות את הפרט ואת החברה בה הוא חי כשלוכים ביחידה אחת.

57. לסיכום נאמר אפוא זאת: מדינות העולם אינן מכירות על דרך הכלל בקיומה של זכות מוחלטת, זכות יסוד שהאזרח מחזיק בה, להגירתו של בן-זוג זר אל תחומי המדינה. הזכות לכניסתו של בן-הזוג למדינה זכות היא שתינתן מכוח חוקים הנקבעים על יסוד צרכיה של המדינה; חוקי המדינה רשאים להגביל את הזכות ואף לשלול אותה כליל, ובאין זכות לא תותר כניסתו של בן הזוג הזר למדינה, לא כל שכן הגירתו אליה.

המאבק והאיזון

58. על רקע כל הזכויות והאינטרסים המתרוצצים בחלל שאנו שטים בו, הנה היא התגוששות הענקים. מעבר מזה מתייצבת זכותה של המדינה שלא להתיר לזרים להיכנס אל תחומה, ומעבר מזה מתייצבת זכותו של האזרח - זכות יסוד, זכות חוקתית הנגזרת מכבוד-האדם - לחיות בצוותא עם בני משפחתו ולקיים חיי משפחה כסדר בישראל. השאלה הנשאלת היא, מה דין הוא במקום שאזרח ישראל מבקש לקיים בתוככי ישראל חיי משפחה כסדר עם בן-זוגו או הורהו הזר - בן זוג או הורה שהוא לא אזרח ולא תושב של ישראל? האם זכות היסוד לקיים חיי משפחה בישראל מחילה עצמה גם על בני זוג שאחד מהם הוא זר, או שמא נאמר אין זכות היסוד מחילה עצמה אלא על בני

זוג ששניהם אזרחים או תושבים של ישראל? האם זכות היסוד לחיי משפחה בישראל מחילה עצמה גם על קטינים החיים בישראל עם ההורה הישראלי ומבקשים כי יינתן מעמד אף להורה הזר? ודוק: השאלה הנשאלת עתה עניינה הוא אך ורק בהיקף זכות היסוד של כבוד האדם. וכך, גם אם נקבע כי כבוד האדם אינו גוזר מתוכו זכות-יסוד לאזרח לקיים חיי משפחה בישראל עם זר, עדיין לא נסתיים הדיון בזכויות האזרח שכן אפשר תעמוד לו זכות מן-המניין שאינה זכות-יסוד.

59. ולענייננו. השאלה הניצבת לפנינו עתה היא, האם חוק האזרחות והכניסה לישראל פוגע בזכות יסוד חוקתית של אזרחי ישראל. חברי הנשיא ברק קובע כי ערך כבוד האדם כביטוי בחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו חוצב מתוכו זכות חוקתית לקיומם של חיי משפחה בישראל גם במקום שאחד מבני-הזוג הוא זר, גם מקום בו מבקש הורה זר לקבל מעמד מכוח ילדו (זאת כאמור בניגוד גמור להלכה ששררה עד כה), וכי הוראות החוק פוגעות בזכות חוקתית זו. ואולם, יכול מי שיטען כי בחינה זו של הזכות לקיומם של חיי משפחה בישראל - בחינה המרכזת עצמה רק, ואך ורק, באזרח ישראל ובחיי המשפחה שלו בישראל - בחינה היא שאינה שלמה. שכן, לבחינת היקף זכותו של אזרח ישראל לקיים חיי משפחה בישראל עם זר, שומה עלינו לבחון מקרוב שני ערכים אלה ולעמתם זה-עם-זה: אחד, עוצמתה של הזכות לקיומם של חיי משפחה בישראל כנגזרת מן הערכים שהזכות באה ליתן להם ביטוי במשפט. פנים רבות לה לזכות לחיי משפחה, וכפי שאמרנו בדברינו למעלה, לא הרי הגנה על הגרעין כהרי הגנה על הפריפריה. שניים, שומה עלינו לבחון אם הכרה בזכות חוקתית כמוצע פוגעת בערכים או באינטרסים אחרים; ואם פוגעת היא בערכים או באינטרסים אחרים, האם עוצמתם של אותם ערכים או אינטרסים עוצמה היא ברמה של זכות יסוד - עוצמה היא שיש בה כדי לתחום גבולות לזכות היסוד - או שמא מקומם אינו אלא בשלב הבחינה השני, לעת בחינתם של תנאי פיסקת ההגבלה.

60. היכנסתי את כל הערכים והשיקולים כולם אל קַדְרָה אחת, ומסקנתי היא כי הערך של כבוד האדם - מעיקרו - אינו חוצב מתוכו זכות חוקתית לאזרח ישראל להביא בן-זוג זר אל תוככי ישראל. מסקנה זו נדרשת הן בבדיקת עוצמתה של הזכות לקיומם של חיי משפחה, הן מן הערכים והאינטרסים שכנגד, והן בעימות בין זו לאלה.

61. אשר לעוצמת היסוד החוקתי בקיומם של חיי משפחה: לא חלקתי - אף לא אחלוק - על זכותו החוקתית של אזרח ישראל לקיומם של חיי משפחה. זכות זו, כפי שהערנו, נדרשת היא מן הטבע, ונוח וראוי לו למשפט שיקיף את האינסטינקט הטבעי שבאדם ויגן עליו בחוק. וכאימרת החכם הקדמון: אף אם בקלשון תגרש את הטבע,

יחזור הוא ללא הרף. ובלשון המקור: *Naturam expelles furca, tamen usque recurret*. ראו: אלקושי, אוצר פתגמים וניבים לאטיניים, מהד' שניה, תשמ"ב, 293 (פתגם 1074). אלא שעוצמתה של זכות חוקתית זו - הנגזרת מן הערך של כבוד האדם - נחלשת והולכת ככל שמתרחקים אנו מגרעינה וקרבים אנו אל המעטפת. ואנו, אין ענייננו עתה בגרעין, בזכותו של אדם להינשא. אין ענייננו עתה בעיקר, בזכותו של אדם להקים משפחה ולחיות עימה בשיתוף. ענייננו עתה בתוספת לכל אלה, בשאלת זכותו של אזרח ישראל להביא עימו לישראל בן-זוג זר ובמעשהו זה לשנות את הסטטוס קוו אנטה של החברה בישראל. זכות זו, עם כל היותה זכות ראויה, אין היא בהכרח זכות מן הגרעין ולא בהכרח נכיר בה כזכות חוקתית.

62. ואולם עיקר הוא בערכים ובאינטרסים הנוגדים את הטעון בדבר זכותו החוקתית של האזרח ליישב בארץ בן-זוג זר. הערך והאינטרס הנוגדים ימצאו בזכותה הפררוגטיבית של המדינה להחליט מעת לעת על מדיניות הגירה כנראה לה, מדיניות שבכוחה לעצב את פני המדינה ואת פני החברה בה. זכות פררוגטיבית זו של המדינה, קומת חוקה לה, וממילא יש בה כדי לעצב את תחומי פרישתה של הזכות לקיום חיי משפחה. פררוגטיבית זו של המדינה אינה חייבת - ואין זה ראוי כי תחוייב - לכוף ראשה ולהיכנס אל השיח החוקתי מבעד לשערה של פסקת ההגבלה. מקומה הוא בכותל המזרח של החוקה, לעת עיצובם של הערכים ושל זכויות היסוד של היחיד. עוצמתו של אינטרס זה בענייננו היא כה חזקה, עד שבכוחה להשפיע על תחומי התפרשותה של הזכות לקיום חיי משפחה. לשון אחר: האינטרס החזק והמכריע של המדינה בשמירה על זהותה של החברה בישראל יש בו כדי לגבור - ונדגיש: ברמה החוקתית, להבדילה מן הרמה החוקתית - על עוצמת הזכות לחיי משפחה ככל שהדברים אמורים בהגירתו של בן זוג זר לישראל. המדינה, נזכור, אינה אלא התארגנות של יחידים ושל קבוצות לחיים בצוותא, ופירוש הדברים לענייננו הוא, שהפררוגטיבית של המדינה מהווה ביטוי להגנה שאזרחי ישראל נדרשים לה. חוקה נוצרה, בראש ובראשונה, לבני הארץ ולהסדר חיים לתושבי הארץ ולאזרחיה, ביניהם לבין-עצמם. חוקת אמריקה היא לאמריקאים, חוקת גרמניה היא לגרמנים וחוקת-היסוד בישראל הוא לישראלים ולוויסות היחסים ביניהם לבין המדינה וביניהם לבין עצמם. ואולם משבא יסוד זר במערכת - בענייננו: בן-זוג זר - ספק אם חוקי היסוד, מעיקרם, נועדו להקנות זכויות יסוד ליחיד תוך השפעת-מישרין על היחידים האחרים במדינה ועל דמותה של החברה. ספק גדול בעיניי.

63. יתר-על-כן, נזכור-נא אל נשכח: הסדרי הגירה, על-פי עצם טיבם וטבעם, הסדרים פרטיקולריים הם, הסדרים הם המשתנים מעת לעת בהתאם לצורכי המדינה (ראו לעיל, פסקה 39). וגם אם נכללים הסדרים אלה בחוקותיהן של מדינות אלו ואחרות, אין במיקומם זה כדי לשנות מטיבם וממהותם כהסדרים פרטיקולריים. ובהיותם מה שהם, נתקשה ללמוד מהסדריה של חוקה אחת להסדריה של חוקה אחרת ומההסדרים של מדינה זרה למשפט ישראל. וכפי שהורנו הנשיא שמגר בפרשת בנק המזרחי (שם, 329):

אך מובן שההתייחסות לחוקות אחרות וליישומן היא השוואתית בלבד. כל חוקה מבטאת בהגנות על זכויות הנפרסות מכוחה את סולם הערכים החברתי הייחודי שלה ואת התפיסות שהתגבשו בחברתה. למותר להוסיף כי יש גם מכלול של שיקולי מדיניות המתלווה לגיבושה של חוקה. כך החליטו, למשל, בקנדה להימנע מהכללת איסור הפגיעה בקניין במגילת הזכויות.

הנה היא רוריטניה, מדינה במרכז אירופה. תושביה מזדקנים ומבקשת היא להמריץ את מחזור החיים במדינה ולחיות את כלכלתה. מדינה שכזו תיטה לעודד הגירה, ומטבע הדברים אף תרחיב את זכות ההגירה של בני משפחה. לאחר זמן, משיימצא לה לרוריטניה כי מהגרים שבאו אל תוכה שינו את פני המדינה - ואפשר אף מאיימים הם על ההגמוניה של אזרחיה הוותיקים - עשויה רוריטניה לשנות את החוק ולעצור בעד ההגירה ואף מטעמי משפחה. שלא כמותה של רוריטניה היא שכנתה, זנדה: צפיפות האוכלוסין בזנדה רבה, ריבוי הילודה גבוה, ומטבע הדברים תיטה זו לצמצם הגירה, לרבות הגירה מטעמי משפחה.

64. כך הוא גם באשר לשאלה אם עומדת לו לקטין החי בישראל עם הורהו הישראלי, זכות להביא לישראל את הורהו הזר. אין בידי לקבל כי קנויה לו לקטין זכות חוקתית שכזו, לאמור: זכות המטילה חובה על המדינה להכניס לישראל אדם זר רק בשל קשריו המשפחתיים. ראינו כי אזרח ישראל אינו יכול להטיל על המדינה חובה להכניס לישראל אדם זר, לא-כל-שכן שאין בכוחו להעניק לזר מעמד על-פי דין. כן הוא קטין החי בישראל עם הורהו הישראלי, שאין הוא יכול להטיל חובה שכזו על המדינה. האינטרס של המדינה ושל יחידיה הוא, כי היא - המדינה - היא שתחליט מי ייכנס אל תחומיה, מי יצטרף אל החברה הישראלית וכיצד יראו פניה של חברה זו. אינטרס זה גדול וחזק דיו כדי להסיג את האינטרס שבהכרה בזכות חוקתית להבאת הורה זר לישראל.

65. אוסיף לכך, כי פגיעתו של חוק האזרחות והכניסה לישראל בילדים פגיעה מצומצמת היא. נזכיר, כי החוק - בסעיף 3א בו - קבע חריג מיוחד לעניינם של ילדים, וכלשונו:

היתר
לגבי

3א. על אף הוראות סעיף 2, רשאי שר הפנים,
לפי שיקול דעתו -

ילדים

(1) לתת לקטין תושב אזור שגילו עד 14 שנים רישיון לישיבה בישראל לשם מניעת הפרדתו מהורהו המשמורן השוהה כדין בישראל;

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

הנה-כי-כן, כהוראת סעיף 3א(1) לחוק, קטינים עד גיל 14 זכאים לקבל מעמד בישראל לשם מניעת הפרדתם מהורה משמורן השוהה כדין בישראל. לאמור: זכותם של קטינים אלה לחיות עם ההורה המשמורן אינה נפגעת כלל. אשר לקטינים מעל גיל 14, אלה יכולים - כהוראת סעיף 3א(2) - לקבל היתר לשהות בישראל לשם מניעת הפרדתם מההורה המשמורן. היתר כאמור יוארך רק אם הקטין מתגורר דרך קבע בישראל.

כך הוא באשר לזכותם של ילדים לחיות עם ההורה המשמורן בישראל. הסדר זה משביע רצון, וטוב עשה המחוקק בקובעו חריג המאפשר לילדים לשהות ולו עם אחד מהוריהם בישראל. נודה ונסכים: חוק האזרחות והכניסה לישראל במקורו פגע לא-במעט בילדים שנמנע מהם להתגורר עם ההורה המשמורן בישראל. ואולם לאחר תיקונו של החוק - בהוספת ההסדר שבסעיף 3א - נשתפר המצב במאוד: כך באשר לקטינים מתחת לגיל 14 וכך באשר לקטינים מעל גיל 14. על-פי החוק כניסוחו כיום, לא נמצא לי הצדק ראוי להורות על ביטולו מכיוון זה.

66. אשר לאינטרס של קטיין המתגורר עם הורוהו המשמורן בישראל, כי הורוהו הזר יתגורר אף-הוא עימו בישראל; וכנגזר מכך, האינטרס של ההורה הזר להתגורר עם ילדו הקטיין ועם בני משפחתו בישראל - אלה אינטרסים שחברי הנשיא מדבר בהן. אף אני שותף לעמדתו של חברי כי הפרדתם של ההורה הזר מן הקטיין אינה רצויה, אלא שסבור אני כי אף במקרה זה אין לו לקטיין זכות-יסוד מוגנת כי הורוהו הזר ישב בישראל אך מכוח היותו הורה לו. במקום זה משמיעים את קולם - וקול רם להם - שיקולי ההגירה שמנינו, ובראשם זכותה של המדינה להחליט מי יהיו תושביה ואזרחיה (לשיקולים אלה נוסף בהמשך דברינו אף שיקולים ממין מיוחד - שיקוליה של המדינה בעת מלחמה). זו היתה דרכה של ההלכה בישראל גם בימים כתיקנם. בטרם נחקק חוק האזרחות והכניסה לישראל הורה זר לא היה זכאי לקבל מעמד בישראל מכוח ילדו הקטיין המתגורר בישראל. וכדברי הנשיא ברק בפרשת דימיטרוב: "[על דרך העיקרון, אין באזרחות של הבת כדי להעניק מעמד של תושב קבע לאביה הזר" (שם, 294; לאסמכתאות נוספות ראו סעיף 32 לעיל). נוסף עוד, כי סעיף 3ב(3) לחוק האזרחות והכניסה לישראל קובע שמפקד האזור רשאי לתת לתושב האזור היתר לשהייה בישראל "למטרה זמנית ובלבד שהיתר לשהייה למטרה כאמור יינתן לתקופה מצטברת שלא תעלה על שישה חודשים". ניתן וראוי לפרש הוראת-חוק זו כמקנה סמכות למפקד האזור לאפשר כניסתו של ההורה הזר לישראל לשם ביקור זמני של ילדו הקטיין. עוד נזכור, שההגבלה היא זמנית - עד שההורה יגיע לגיל המנוי בחוק: 25 לאישה ו-35 לגבר - בו ניתן יהיה להעניק לו היתר כניסה לישראל.

67. כללם של דברים: הפגיעה בקטינים החיים בישראל עם ההורה המשמורן מצומצמת היא כיום בהשוואה לדין שהיה קיים ערב חקיקתו של התיקון לחוק האזרחות והכניסה לישראל. החוק אינו חל כלל על ילד הנולד בישראל להורה ישראלי הואיל וילד כזה מקבל מעמד כשל הורהו הישראלי. בנוסף, החוק מאפשר לקטיין תושב האזור שלא נולד בישראל להתגורר בישראל עם הורהו הישראלי (סעיף 3א לחוק). אשר להורה הזר, תושב האזור, נכון הוא כי אין הוא זכאי להיכנס לישראל. האם בשל כך נפגעת זכות חוקתית כלשהי של הקטיין החי בישראל עם הורהו הישראלי? התשובה לשאלה זו חייבת להיות בשלילה: הן בשל היותה של הפגיעה מצומצמת (יחסית) והן בשל האינטרס רב העוצמה העומד נגדה. מכל מקום, לא ידענו מנין קנה קטיין זכות-יסוד כי הורהו הזר יבוא אחריו ויקנה אף הוא זכות להתגורר בישראל.

הערות לעניין תחומי התפרשותה של הזכות החוקתית לחיי משפחה

68. בטרם אדרש לשאלה אם יש לו לאזרח ישראל זכות מן החוקה - זכות-יסוד - להביא לישראל בזמן מלחמה את בן זוגו הזר, נתין ישות עויינת, אבקש להעיר שתי הערות הנסכות על דברים שכתב חברי הנשיא כאשר לזכותו החוקתית של אזרח ישראל להביא את בן זוגו הזר לישראל. הערה אחת עניינה דברים שכתבתי בפרשת סטמקה. הערה שניה עניינה הסתמכות על הסדרים חוקתיים בארצות נכר.

א. על דברים שכתבתי בפרשת סטמקה

69. נתכבדתי, וחברי הנשיא מביא - ופעמיים מביא הוא, בפסקה 27 ובפסקה 34 לחוות דעתו - דברים שכתבתי בפרשת סטמקה (שם, 787), לאמור:

מדינת ישראל מכירה בזכותו של האזרח לבור לו בן-זוג כרצונו ולהקים עימו משפחה בישראל. ישראל מחויבת להגנה על התא המשפחתי מכוון של אמנות בינלאומיות ... והגם שאמנות אלו אינן מחייבות מדיניות זו-או-אחרת בנושא של איחוד משפחות, הכירה ישראל - הכירה ומכירה היא - בחובתה לספק הגנה לתא המשפחתי גם על דרך מתן היתרים לאיחוד משפחות. כך סיפחה עצמה ישראל לנאורות שבמדינות, אותן מדינות המכירות - בכפוף לסייגים של ביטחון המדינה, שלום הציבור ורווחת-הציבור - בזכותם של בני-משפחה לחיות בצוותא-חדא בטריטוריה שיבחרו בה

ולאחר הבאת הדברים (בפסקה 34), מוסיף חברי הנשיא משלו: "אכן, זכותו החוקתית של בן הזוג הישראלי - זכות הנובעת מגרעינו של כבוד האדם כזכות חוקתית - הינה 'לחיות בצוותא-חדא בטריטוריה שיבחרו בה'". אינני חוזר בי מדברים שכתבתי, אלא שאין אני סבור כי ניתן להסיק מהם קיומה של זכות חוקתית הקנויה לאזרחי ישראל כי בן-זוגו הזר ייכנס לישראל וישתקע בה.

ראשית לכל, ראוי לקרוא את המשך הדברים שכתבתי (שם, שם), לאמור:

גם בענייננו כך. המשיבים מכירים בזכותם של בני-זוג - אזרח ישראל ומי שאינו אזרח ישראל - שנישאו בנישואי-אמת לחיות בצוותא-חדא בישראל, ובזכותו של הזר להסדר שבסופו יקבל מעמד קבע במדינה: תושבות קבע ואזרחות. על מה אפוא קמה הצעקה? היא קמה על משך הזמן של אותו "הסדר מדורג" ועל נוקשותו של ההסדר.

פירוש הדברים הוא, שבדברי על-אודות "זכותו של האזרח לבור לו בן-זוג כרצונו ולהקים עימו משפחה בישראל" - בוודאי כך בדברי על "זכותו של הזר להסדר" - תיארתי מדיניות הנוהגת במדינה. אכן, ראיתי מדיניות זו כמדיניות ראויה, אך לא עשיתי יותר מאשר לתאר את המציאות המשפטית ששררה אותה עת. אוסיף, כי עיקריה של מדיניות זו - ככל הידוע לי - לא נשתנו. המדיניות על מכונה היא עומדת, למעט לעניין תושבי האזור. השאלה אינה אלא אם השינוי שנתחולל במדיניות לגבי תושבי האזור, שינוי כדין הוא.

שנית, והוא עיקר: פסק הדין בפרשת סטמקה נכתב ביום 4.5.1999. העימות המזוין והקשה בין הרשות הפלסטינית לבין ישראל - המעין-מלחמה - החל לאחר למעלה משנה, בחודש ספטמבר 2000, בשנותו מקצה-אל-קצה את מסכת היחסים בין הרשות הפלסטינית לבין ישראל. על מצבה הקשה של ישראל לאחר פרוץ העימות המזוין עמדנו בדברינו למעלה, ומה לנו שנוסיף. על רקע זה חקקה הכנסת את חוק האזרחות והכניסה לישראל, בבקשה להגן על תושבי ישראל ואזרחיה מפני המבקשים את רעתם. המג'לה החכמה לימדה אותנו (בסעיף 39 בה) כך: "אין לכחד, שעם שינוי העיתים, משתנים אף הדינים עימם". וכך אירע בענייננו. העיתות נשתנו - ובאורח עמוק נשתנו - ועל כן הוחלט על שינוי המדיניות.

שלישית, דבריי מסויגים בתוכם-ובהם ב"סייגים של ביטחון המדינה, שלום הציבור ורווחת הציבור". על סייגים אלה אין צורך להוסיף אלא זאת, שמוכנים הם במאטריה וקיומם לא היה מוטל בספק גם לולא נכתבו במפורש.

70. חוזרים אנו אפוא לתחילה, והשאלה היא אם נמצאו פגם או סירכה בחוק האזרחות והכניסה לישראל. תשובתי לשאלה זו היא, כאמור, בשלילה.

71. חברי הנשיא ברק סוקר בחוות-דעתו הסדרי משפט הנוהגים במדינות שונות בעולם, בכללן האיחוד האירופי, ומסקנתו היא כי "הזכות לחיי משפחה ... [היא] זכות חוקתית המעוגנת בזכות לכבוד האדם" (בפסקה 38 לחוות-הדעת). אני נכון לקבל עליו כי כן הוא דין במשפטן של אותן מדינות הנזכרות בחוות-דעתו של חברי, כשם שמקובל עליו כי זכותו של אדם בישראל לקיים חיי משפחה כסדר, זכות היא הנחצבת מכבודו של האדם. כך מורה אותנו משפט הטבע, והמדינה אך באה אל המוכן בעוטפה את משפט הטבע בעטיפה של חוק וחוקה. במה דברים אמורים, ביצירתו ובקיומו של התא המשפחתי בין בני המדינה ובמיסגרת המדינה. לא כן הם פני הדברים במקום שאזרח המדינה מבקש להינשא לאזרח זר ולהקים את תא המשפחה בתחומי המדינה. מערכת מעין-זו מעלה בכל כובדה את סוגיית ההגירה - בכללה הגירה מכוח הזכות לנישואין ולהקמת משפחה - וסוגיה זו ייחודית ומיוחדת היא לכל מדינה ומדינה, לא עוד אלא שמשנתה היא מעת לעת. הסדרי חוקה וחוק הנוהגים בתחומה של מדינה נגזרים, אמנם, מערכי-יסוד שמבקשת מדינה לקיים בתחומיה, אך בה-במידה נבנים הם גם על צרכיה של המדינה ועל מציאות החיים שהיא נדרשת להתמודד עימה. אין פלא בדבר, אפוא, כי פסיקותיו של בית-המשפט בכל מדינה ומדינה, פסיקות תלויות-הקשר הן בהסדר הנורמטיבי הפוזיטיבי שאומץ בחוקת המדינה, בחוק הנוהג, בעקרונות-יסוד ובמציאות החיים. עובדתית. השימוש במשפט המשווה בענייננו - כבכל עניין - יש לעשותו ברגישות ובזהירות, תוך בירור מעמיק אם הסדרי משפט הנוהגים במדינה זו או אחרת תואמים הם לחוק בישראל ולמציאות החיים שאנו מתמודדים עימה. עמד על כך חברי הנשיא ברק בהקשר להסדרים חוקיים וחוקתיים שעניינם איכות הסביבה, ואביא מיקצת מדבריו היפים אף לענייננו (בג"ץ 4128/02 אדם טבע ודין - אגודה ישראלית להגנת הסביבה נ' ראש ממשלת ישראל, נח(3) 503, 514):

במשפט המשווה רב העיסוק בדיני איכות הסביבה.
חוקים רבים העוסקים באיכות הסביבה חוקקו במדינות
רבות ... לעתים ניתן לאיכות הסביבה מעמד חוקתי.
במספר רב של חוקות הוכרה זכות חוקתית לאיכות
סביבה נאותה...

ובהמשך (עמ' 515-516):

משפט השוואתי זה - בין במישור הבינלאומי ובין
במישור המדינתי - הוא בעל חשיבות רבה ... עם זאת,
לכל מדינה בעיותיה שלה. גם אם השיקולים העקרוניים
הם דומים, האיזון ביניהם משקף את ייחודה של כל

חברה ואת המאפיין את הסדריה המשפטיים. ... אכן, זה כוחו ואלה גבולותיו של המשפט ההשוואתי. כוחו בהרחבת האופק ושדה הראיה הפרשני. כוחו בהדרכתו של הפרשן באשר לפוטנציאל הנורמטיבי הטמון בשיטת המשפט ... מגבולותיו הן בייחוד של כל שיטת משפט, מוסדותיה, האידיאולוגיה המאפינת אותה והאופן שבו היא מטפלת בפרט ובחברה. אכן, המשפט ההשוואתי הוא כחבר בעל ניסיון. רצוי לשמוע בעצתו הטובה, אך זו אינה צריכה להחליף הכרעה עצמית.

ראו עוד רע"פ 8472/01 מהרשק נ' מדינת ישראל, פ"ד נט(1) 442, 474 :

[נטל הוא המוטל עלינו להיזהר שלא נלך שבי אחרי שיטות משפט זרות, ובעיקר - שנדע להבחין ולברור בין עקרונות ודוקטרינות ואופני מחשבה וטכניקות לפתרון - שמהם ניתן לשאוב השראה וחוכמה - לבין פרטים ופתרונות ספציפיים שלא נשגיח בהם. אכן, יש בו במשפט המשווה כדי להרחיב את הדעת, להעשיר בידע ובחוכמה, למלט אותנו מפרובינציאליזם, ואולם בה-בעת בל נשכח כי בשלנו ובמקומנו אנו עושים, ונישמר מפני חיקוי של התבוללות והתבטלות.

72. נזכור ונשמור: שופטי ישראל אנו, שופטים אנו בישראל ובתוך עמנו אנו יושבים. ואף שעל דרך הכלל ראוי כי נסב עינינו לשיטות משפט זרות, ללמוד ולקבל השראה, נזכור תמיד כי הסדרים נורמטיביים שנוצרו ומתקיימים במקומות אחרים, נוצרו ומתקיימים הם על רקע מציאות השוררת באותן מדינות ובתוככי שיטות משפט הנותנות ביטוי לאותה מציאות, וממילא אל לנו ללכת שבי - על דרך של התבוללות והתבטלות - אחרי הסדרים נורמטיביים הנוהגים באותם מקומות. כך בחוק וכך בחוקה. וכהדרכתו של הנשיא שמגר בפרשת בנק המזרחי (שם, 329):

אך מובן שההתייחסות לחוקות אחרות וליישומן היא השוואתית בלבד. כל חוקה מבטאת בהגנות על זכויות הנפרסות מכוחה את סולם הערכים החברתי הייחודי שלה ואת התפיסות שהתגבשו בחברתה. למותר להוסיף כי יש גם מכלול של שיקולי מדיניות המתלווה לגיבושה של חוקה. כך החליטו, למשל, בקנדה להימנע מהכללת איסור הפגיעה בקניין במגילת הזכויות.

ככל שהסדר נורמטייווי פלוני מושפע מן המציאות ומצרכיה הספציפיים של המדינה בה הוא שורר, כן נתקשה ללמוד ממנו ולהקיש ממנו למדינת ישראל בה אנו חיים. כך על דרך הכלל וכך בענייננו-שלנו. התייחסותה של כל מדינה ומדינה להסדרי הגירה - ובכלל אלה להסדרי הגירה מכוח הזכות לנישואין ולחיי משפחה - נטועה לא רק בשיטת המשפט ובמאפייניה בכל אתר ואתר אלא גם - ובעיקר - במציאות שהמדינה נדרשת להתמודד עימה. אין פלא בדבר, אפוא, שמדינות העולם אימצו ומאמצות הן, כל אחת מהן לעצמה, הסדרים המותאמים לצורכיהן מעת לעת, ולא זו בלבד אלא שנוטות הן לשנות מפעם לפעם את הסדרי ההגירה הנוהגים בהן בהתאם למציאות - מציאות משתנה - שהמדינה נדרשת להתמודד עימה. וראו דברים שציטטנו למעלה (בפיסקה 52) בקשר למצב השורר בארה"ב ולשינויים בהסדרי ההגירה באותה מדינה.

73. אשר לנו, ספק בעינינו אם בין כל אותן מדינות שחברי הנשיא מבקש ללמוד מהן, יש עוד מדינה המתמודדת עם מציאות דוגמת המציאות שישראל מתמודדת עימה. ומבין שלל ההבדלים שבין ישראל לבין כל אותן מדינות - כולן יחדיו וכל אחת מהן לחוד - נזכור בעיקר את יחסי האיבה הקשים השוררים בין הרשות הפלסטינית לבין ישראל; את הכוונה המוצהרת של הגוף השולט ברשות הפלסטינית - החמאס - להאביד את ישראל ולמחות את שמה מעל פני האדמה; ואת העובדה המצערת כי ימינו אלה ימים הם של עימות מזוין - ימים של מעין מלחמה - בינינו לבין הרשות הפלסטינית. נוסף לגוף השולט ברשות הפלסטינית את העובדה שהאוכלוסייה בתחומי הרשות, על דרך הכלל, עוינת ואויבת היא לישראל, ודומה שנוכל להירפא מן הצורך ללמוד היקש משיטות משפט של מדינות אחרות שמצבן ומעמדן הגיאוגרפי-פוליטי יותר שונה מאשר דומה הוא למצבה ולמעמדה הגיאוגרפי-פוליטי של ישראל. היש עוד מדינה הנדרשת לאפשר הקמתו של תא-משפחתי בתחומיה בשיתופו של אזרח מדינת אויב? לכל אלה, ועוד, ראו רובינשטיין ואורגד, לעיל.

74. לענייננו-שלנו נאמר, כי גם אם נאמץ לנו עקרונות-יסוד כלליים המנהיגים דרכיהן של מדינות תרבות בעולם, נתקשה ללכת בעקבות הסדרים ספציפיים שבחרו להן מדינות אלו ואחרות, בין בתחומי האיחוד האירופי בין בכל מקום אחר. מעמדן ואורח חיהן של אותן מדינות, ובעיקר מצב הביטחון בהן, כה שונים הם ממעמדה של ישראל, מאורח החיים שבה וממצב הביטחון השורר בה, עד שהיקש משיטות המשפט הנוהגות בהן - שיטות משפט המשקפות את המתרחש באותן מדינות - לא יהיה במקומו.

75. נדרשנו עד כה לשאלה אם דין ישראל מקנה לו לאזרח ישראל - או אם אין הוא מקנה לו - זכות חוקתית, זכות יסוד, להביא לישראל את בן-משפחתו הזר לישיבת קבע או אף לישיבת ארעי. תשובתנו לשאלה היתה, כפי שפירטנו, בשלילה. נעבור עתה לדיון בסוגיה נוספת המתעוררת בענייננו, והיא, האם קמה לו לאזרח ישראל זכות חוקתית להביא לישראל את בן-משפחתו הזר מקום שאותו בן-משפחה תושב הוא של יישות עויינת המצויה בעימות מזוין עם ישראל.

הגירה בימי מלחמה

76. האם הזכות החוקתית לחיי משפחה, זכות הנגזרת מן הערך של כבוד האדם, משמיעה אותנו זכות הקנויה לאזרחים או לתושבים של ישראל להביא לישראל את בן משפחתם הזר (בן זוג או הורה), תושב ישות עויינת המצויה בעימות מזוין עם מדינת ישראל? תשובתי לשאלה היא בשלילה. גם במקרה זה סבור אני כי אל-מול עוצמתה של הזכות לחיי משפחה מתייצב עומד לו אינטרס חזק ורב עוצמה אחר: חייהם וביטחונם של האזרחים והתושבים בישראל וביטחונה ויציבותה של המדינה. אינטרסים אלה האחרונים בכוחם למנוע, לדעתי, הכרה בקיומה של זכות חוקתית לעת מלחמה להתיר כניסתו של תושב מדינת אויב לתחומי מדינת ישראל. האיזון הוא בין זכותם של יחידים לחיי משפחה לבין זכותם של אחרים לחיים. יפים לענייננו דברים שנאמרו באשר לדרך שבה יש לבחון חקיקה קנדית שעניינה מלחמה בטרור כחקיקה שתכליתה להגן על החירויות כולן:

The configurative analysis of the Bill in terms of national security versus civil liberties may be as misleading as it is inappropriate in its framing of the issues. It appears to suggest - however inadvertently - that those who are against the legislation are the true civil libertarians, while those in favour of it are somehow indifferent to, if not insensitive to, civil liberties. The point is that there are good civil libertarians on both sides of the issue - and the civil libertarian issue should be considered on the merits and not as a function of the labeling of one's positions as being for or against the legislation.

The better approach from a conceptual and foundational point of view is to regard the legislation as human security legislation, which

seeks to protect both national security - or the security of democracy if not democracy itself - and civil liberties. As the United Nations puts it, terrorism constitutes as fundamental assault on human rights and, as such, a threat to international peace and security, while counter-terrorism law involves the protection of the most fundamental of rights, the right to life, liberty, and the security of the person, as well as the collective right to peace.

Irwin Cotler, "Thinking Outside the Box: Foundational Principles for a Counter-Terrorism Law and Policy", in *The security of freedom: Essays on Canada's Anti Terrorism Bills* (Ronald J. Daniels, Patrick Macklem and Kent Roach eds., 2001) 111, 112-113.

77. סבורני, כי אף התומכים בקיומה של זכות - זכות חוקתית או זכות חוקית - לאזרח המדינה כי בן-המשפחה הזר ייכנס לישראל וישהה בה, יסכימו כי טעמים של ביטחון-המדינה וביטחון-הציבור יסיגו את זכות היחיד כי בן-משפחתו ייכנס אל המדינה וישב בה. וכך, אם יגלו רשויות המדינה כי אזרח זר נשקף ממנו סיכון ספציפי לביטחון-המדינה ולביטחון-הציבור, לא יזכה אותו אזרח זר להיכנס למדינה, יהא מצבו המשפחתי אשר יהא. ראו, למשל: פרשת סטמקה, 787-788; בג"ץ 2208/02 סלאמה נ' שר הפנים, פ"ד נו (5) 950; עע"מ 9993/03 חמדאן נ' ממשלת ישראל (טרם פורסם); בג"ץ 2455/95 דאגמה נ' משרד הפנים (לא פורסם); בג"ץ 7202/96 מנסור נ' שר הפנים (לא פורסם). השוו: סעיף 2(ב)(3) לחוק השבות. השוו עוד: בג"ץ 1227/98 מלבסקי נ' שר הפנים, פ"ד נב(4) 690; בג"ץ 442/71 לנסקי נ' שר הפנים, פ"ד כו(2) 337. כך הוא דין במקום שהאזרח הזר עצמו חשוד כמסוכן לביטחון הציבור, וכך הוא דין במקום שאזרח זר מקורב הוא לגורמים המסכנים את שלום הציבור והעלולים להשפיע עליו. ראו, למשל, בג"ץ 7061/05 פלוני נ' שר הפנים (טרם פורסם):

המבקש לזכות בישיבת קבע בישראל אינו יכול להיות קשור עם פעילי פח"ע וטרור. ישיבה בישראל וקשר לגורמים כאלה הם בחינת תרתי דסתרי ...

78. הלכה טבעית ופשוטה זו - כי אזרח זר שנשקף ממנו סיכון לביטחון המדינה לא יורשה להיכנס אל תוך המדינה - גוזרת מעצמה, כמו מאליה, מסקנה כי בעת מלחמה לא יורשו אזרחי אויב להיכנס אל המדינה, שכן חזקה עליהם כי מסכנים הם את ביטחון-המדינה ואת ביטחון-הציבור. אכן, לא נתקשה להבין ולידע, כי בן-משפחה זר שאינו אזרח ישראל, זיקה חזקה לו לעמו ולמולדתו, וכי זיקה זו אינה נקטעת אף אם עזב האיש את ביתו ועבר להתגורר בישראל. תחושת נאמנות זו של אדם לעמו ולמולדתו תחושה טבעית היא, תחושה היא בעלת עוצמה רבה, ומתעצמת היא שבעתיים במקום שבו מותיר אדם מאחוריו - וזה המקרה השכיח - הורים, אחים, אחיות, בני-משפחה אחרים, חברים וידידים. והנה, במקום שבו נקלעים שני העמים - העם שבמולדת בן-המשפחה והעם שבקירבו הוא יושב עתה - לעימות מזוין זה-עם-זה, עשוי אדם להידרש להכריע למי נתונה נאמנותו ולמי יסייע. ולא אחת יתמוך הוא במולדתו ויבקש לסייע לה בדרך זו או אחרת. הסיכון והסכנה יגברו שבעה מונים במקום שבן-המשפחה הותיר מאחור בני משפחה וידידים העלולים להיות נתונים לפגיעה ולאיום מצידו של המישטר בארץ המולדת או מצידן של כנופיות באותה ארץ. הסיכון והסכנה יגברו שבעים-ושבעה מונים במקום שבו משתייך האדם לעם המבקש להכחיד את המדינה הקולטת והמנהל נגדה מאבק דמים מתמשך ורב-שנים.

79. הנחת המוצא במשפט הבינלאומי היא, כי בעת מלחמה הופכים נתיני המדינות היריבות אויבים אלה לאלה, וכי כל אזרח יראה עצמו נאמן לארצו ולמולדתו ועוין לאויבי המולדת. מטבע הדברים, אפוא, רשאית היא מדינה המצויה במצב של עימות לקבוע הסדרים מיוחדים בעניינם של נתיני האויב, ובכלל אלה, כמובן, הסדר המונע כניסתם של אלה לתחומה. ראו: J.G. Ku "Customary International Law in State Courts", 42 *Va. J. Int'l L.* (2001) 265, 322

Because the declaration of war between sovereigns transforms every individual subject and citizen of those sovereign nations into enemies, the traditional law of nations naturally require 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.

80. בימינו - שלא כבעבר - אין עוד מכריזים באורח פורמאלי על פתיחת מלחמה, ומלחמות - שוב, שלא כבעבר - אין הן בהכרח בין מדינות דווקא. ואולם כללים ועיקרים שנועדו להגן על אזרחי המדינה ותושביה, כוחם והגיונם יפה גם במקום שבו מתנהל עימות מזוין לא בין מדינות אלא בין מדינה לבין ישות - כרשות הפלסטינית - שאינה מדינה. במצבים אלה, ובאחרים דוגמתם, מתקיימת במלואה חזקת העוינות של נתיני האויב, והסיכון לתושבי המדינה הקולטת אף הוא מתקיים במלוא עוצמתו. ראו והשוו: ע. גרוס, מאבקה של דמוקרטיה בטרור - היבטים משפטיים ומוסריים, (תשס"ד-2004), 70 ואילך; רובינשטיין ואורגד, 317, וראו האסמכתאות שם.

81. על יסוד היסק הגיוני זה, היסק המשותף לכלל בני האדם ולכלל עמי האנושות, נקבע במשפט הבינלאומי כי לעת קיומו של סכסוך בין מדינות, רשאית היא מדינה לאסור על נתיני מדינת האויב - באשר הם - להיכנס או להגר לתחומה. טעם הדבר: בשל הזיקות החזקות והמיוחדות שיש להם למולדתם, לעמם ולבני משפחתם, מהווים נתיני האויב - בתורת שכאלה - קבוצת סיכון מיוחדת. אמת נכון הדבר: לא כל נתיני האויב אכן אויבים הם, ואולם בעיצומו של עימות מזוין קמה ונהיית מעין-חזקה כי נתיני האויב - כל נתיני האויב - אויבים הם למדינה, ואין מוטל על המדינה נטל משפטי להפריך את החזקה ולהבחין בין נתין אויב העלול לסכן את המדינה ותושביה לבין נתין אויב שאינו עלול לסכן את המדינה ותושביה. חזקה על נתיני האויב, באשר נתיני אויב הם, כי אויבי המדינה הם וכי מסכנים הם את שלומו ואת ביטחונו של הציבור במדינה הלוחמת במדינתם; והמדינה רשאית - אף חייבת היא מכוח חובתה להגן על אזרחיה ועל תושביה - לסרב לבקשתם של נתיני האויב להגר לתחומה. הלכה זו - הלכה של ימי מלחמה ועימות - כוחה עימה גם לעניינם של המבקשים להגר מכוח הזכות לנישואין ולהקמת משפחה, שכן אף אלה עלולים לסכן את ביטחון המדינה ואת ביטחונם של תושבי המדינה. ראו רובינשטיין ואורגד (לעיל, שם, 320-321):

הנורמה המקובלת של אי-הכנסת נתיני מדינת אויב בעת מלחמה או בעת עימות מזוין חלה גם על הגירה לצורכי נישואין (Marriage Migration). המשפט הבין-לאומי והאמנות הרלוונטיות מטילים חובות שונות על המדינה בהקשר של איחודי משפחות. כך, למשל, מדינה שהיא צד לעימות מזוין נדרשת להקל על מפגשי משפחות אשר נאלצו להיפרד בעת הקרבות (אם כי החובה היא לסייע לחידוש הקשר ובמידת האפשר - על מפגש משפחות, אך אין כל חובה לאפשר איחוד משפחות או לאפשר הגירה לצורכי נישואין). מדינה שהיא צד לעימות מזוין נדרשת גם לעשות מאמץ על מנת שלא להפריד

מלכתחילה בין משפחות קיימות בעת העימות המזוין. אך אין שום חובה – משפטית או מוסרית – המוטלת על מדינה במשפט הבין-לאומי, לאפשר הגירה לצורכי נישואין ממדינה א' למדינה ב', כל עוד שתי המדינות נמצאות ביניהן בעימות מזוין, ואפילו כשהן מצויות בשלום מוחלט.

82. דעתנו נוטה להשקפה - הירחבנו בה למעלה - כי אין מוטלת עליה על המדינה חובה חוקתית או חוקית להתיר איחוד משפחות בתחומה. ואולם גם אם בימי שלום נוהגת המדינה להרשות לבני-משפחתם הזרים של אזרחי המדינה להגר למדינה (ראו פרשת סטמקה, לעיל), רשאית היא המדינה בזמן מלחמה להשעות נוהג זה ולמנוע כניסתם של בני משפחה זרים שהם נתיני אויב חרף הפגיעה ביחיד שנישא לנתין האויב או בקטין החי עם הורהו הישראלי בלבד. עת מלחמה אין דומה היא לעת שלום, ואף שידענו כולנו כי "גם בהריע שופרות המלחמה ישמיע שלטון החוק את קולו" (בג"ץ 1730/96 סביח נ' מפקד כוחות צה"ל, פ"ד נ(1) 353, 369), נדע גם כי מעשים שיפיים הם לעת שלום לא נוכל לקיימם לעת מלחמה. וכדברי החכם באדם (קהלת, ג', א', ח'): "לְכֹל זְמַן נֶעֱת לְכֹל חֶפֶץ תַּחַת הַשָּׁמַיִם ... עֵת לְאָהֵב נֶעֱת לְשֹׂא עֵת מְלַחְמָה וְעֵת שְׁלוֹם". אסכים עם חברי הנשיא כי אין בה במדינה שתי מערכות דין: אחת לתקופת רגיעה ואחרת לימי לחימה. זכויות היסוד של היחיד חיות ומתקיימות גם בימים של סיכוני ביטחון. בה-בעת, לא נוכל לכחד כי בימי מלחמה קמים ונהיים - אם תרצו: מתעוררים לחיים - נימוקים ואינטרסים הייחודיים לתקופה זו - נימוקים ואינטרסים שיש בהם כדי להגביל את תחומי התפרשותן של זכויות היחיד, ולמיצער, כדי לעצור בעד מימושן (פיסקת ההגבלה). לא נוכל לכחד כי בימי מלחמה רשאית היא המדינה להגביל את היחיד במימוש זכויותיו, ובלבד שהגבלה זו תיעשה לתכלית ראויה - קרא: לקיומם של אינטרסים ציבוריים כיבדי משקל - לתקופה מוגבלת ובמידה שאינה עולה על הנדרש. השוו: סעיף 12 לחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו. והוא (למיצער) ענייננו.

83. זכויות האדם על מכוון תעמודנה, ובמלוא עוצמתן, גם בימי מלחמה וחירום, אלא שמצב של מלחמה וחירום יש בו כדי להשפיע על ההגבלות שניתן להטיל על מימושן. השאלה שאלה היא של מינון, ולא הרי מינון בעת שלום כהרי מינון בעת מלחמה. בעת שלום תפרח הזכות ותפיץ ריח ניחוח מלוא כל הארץ, לא כן בעת מלחמה או בעת שסיכוני ביטחון אורבים תדיר לתושבי המדינה.

נזכור נא, אל נשכח: זכויות שניתנו ליחיד במדינה דמוקרטית לא יתקיימו באין מדינה ובאין חיים לאזרח. נוהגים אנו לרומם - ובצדק כך - את זכויות היסוד של היחיד, את כבוד האדם, את עקרון השוויון ועימהם ערכי-יסוד אחרים ששיטת המשפט שלנו טובלת בהם. זכויות ועקרונות אלה חשובים הם מכל חשובים. נעלים הם מכל נעלים. בלעדיהם לא תיכון מדינה דמוקרטית ראויה לשמה. אך עצם קיומה של המדינה וזכותו של היחיד לחיים נעלים וחשובים הם מכל אלה. באין מדינה לא תהא תקומה לזכויותיו של היחיד, ואסור להן לזכויות יסוד של היחיד כי תהינה קרדום לחתור בו תחת קיומה של המדינה. השוו: ע"ב 1/65 ירדור נ' יושב-ראש ועדת הבחירות המרכזית לכנסת השישית, פ"ד יט(3) 365, 388, 390; ע"ב 2/84 ניימן נ' יושב ראש ועדת הבחירות המרכזית, פ"ד לט(2) 225. כך בקיומה של המדינה וכך בסיכוני חיים של בני המדינה. "ללא ביטחון לא ניתן לשמור על זכויות אדם" (השופט ד' דורנר בבג"ץ 5627/02 סייף נ' לשכת העיתונות הממשלתית, פ"ד נח(5) 70, 77). אשר-על-כן, "אסור שזכויות האדם יהפכו קרדום לשלילת ביטחון הציבור והמדינה" (דנ"פ 7048/97 פלונים נ' שר הביטחון, פ"ד נד(1) 721, 741). הבטחת חייו וביטחונו של הציבור עלולה היא לחייב שחיקת-מה בזכויות היחיד - יהיו מי שיאמרו: עשויה היא להצדיק הגבלת תחומי פרישתן של זכויות, ולמיצער, לחייב השעיית מימושן של זכויות היחיד - ושחיקה זו, אם תיעשה באורח מידתי, פגיעה מותרת היא במערך החוקתי שלנו. וכדברי חברי הנשיא ברק, בפרשת קונטרס (שם, 347):

לא ניתן להגן על זכויות האדם בלא לפגוע בזכויות האדם. משטר דמוקרטי אינו מתאפיין בכך שהוא אינו פוגע בזכויות האדם. זכויות האדם אינן מרשם לכיליון לאומי.

84. המדינה חייבת לאזרחיה ולתושביה - וחובה ראשונה במעלה היא - להגן על חייהם ועל ביטחונם ולו במחיר פגיעה בזכותם של מיקצת אזרחים לממש בתחומי המדינה את זכותם לחיי משפחה עם בני זוגם שהם נתיני אויב. לעת עימות מזוין אין מדינה ריבונית נדרשת, אפוא, לאפשר לאזרחי אויב אשר יש להם בני משפחה מדרגה ראשונה בתחומה, להגר לתחומה. החשש, וחשש סביר הוא, כי בעת מיבחן יהיו נתיני האויב נאמנים לעמם ולמולדתם, ולמיצער כי יהיו נתונים במערכת לחצים - בשל זיקות משפחתיות ואחרות - לסייע לאויב, די בו כדי ליצור חזקת מסוכנות לכלל נתיני האויב ולהצדיק איסור כניסתם למדינה. זה הכלל, והגיונו וטעמיו בצידו. נוסף בהקשר זה, כי כללים שנוצקו במשפט הבינלאומי עניינם - על דרך הכלל - במקרים בודדים וחריגים, שהרי בדרך הטבע אין אזרחי מדינות אויב מתחננים זה עם זה ולעת

עימות מזוין אין הם מהגרים באלפיהם ממדינתם למדינת אויב. ענייננו, נזכור, שונה בתכלית, שכן מדברים אנו בתושבי האזור לאלפיהם המבקשים להגר לישראל. ומקום שענייננו הוא באלפי מהגרים - לא אך במהגרים בודדים - מתעצמים מאליהם אותם חששות שהולידו את הנורמה המקובלת במשפט הבינלאומי.

85. הנה כי כן, גם זו הפעם מתייצבים לפנינו למשפט זכויות ואינטרסים הנוגדים אלה את אלה: מעבר מזה מתייצבת זכותה של המדינה שלא להתיר לתושבי מדינת אויב להיכנס אל תחומה בעת מלחמה, ומעבר מזה מתייצבת זכותו של האזרח - זכות יסוד, זכות חוקתית הנגזרת מכבוד-האדם - כי יותן לו לחיות בצוותא עם בני-משפחתו ולקיים חיי משפחה כסדר בישראל. השאלה היא האם זכות היסוד לקיים חיי משפחה בישראל מחילה עצמה גם על בני משפחה שאחד מהם הוא תושב ישות עוינת המצויה בעימות מזוין עם מדינת ישראל? כדי להשיב לשאלה זו שומה עלינו לבחון מקרוב שני ערכים אלה ולעמתם זה-עם-זה (ראו גם פסקה 59, לעיל): אחד, עוצמתה של הזכות לקיומם של חיי משפחה בישראל כנגזרת מן הערכים שהזכות באה ליתן להם ביטוי במשפט. שניים, עוצמתם של ערכי-הנגד - לענייננו: חיי האזרחים והתושבים וביטחון המדינה. בהתייצב שני ערכים נוגדים אלה לפנינו, שומה עלינו לברר ולשקול עד כמה מחסרת הזכות לחיי משפחה כאמור מערכי החיים והביטחון, ומנגד: עד כמה מחסרים ערכי החיים והביטחון מהזכות לחיי משפחה. לענייננו שלנו נאמר, כי הכרה בזכותו של האזרח כגוזרת מתוכה זכות להכניס ארצה בעת מלחמה - בן משפחה תושב מדינת אויב - פגיעתה היא כפולה: ראשית, פוגעת היא בזכותה של החברה המאורגנת בישראל להחליט מי יתגוררו בתחומה ומי יהיו אזרחיה ותושביה, קרא, פוגעת היא ביכולתה של המדינה לקבוע את זהותה ואת אופיה. שנית, פוגעת היא - מכל מקום עלולה היא לפגוע - בביטחון המדינה.

86. שבתי והיכנסתי את כל הערכים והשיקולים כולם אל קְּרִירָה אחת, ומסקנתי היא כי הערך של כבוד האדם - מעיקרו - אינו חוצב מתוכו זכות חוקתית לממש בישראל את נישואיו עם בן-זוג זר, או להכניס לישראל את הורהו הזר, שהוא (בן הזוג או ההורה) נתין מדינה המצויה במצב של מלחמה - או מעין-מלחמה - עם ישראל. מסקנה זו נדרשת הן בבדיקת עוצמתה של הזכות לקיומם של חיי משפחה, הן מן הערכים והאינטרסים של המדינה ותושביה לחיים ולביטחון, והן בעימות בין זו לאלה.

כפי שכבר אמרנו (ראו פסקה 61, לעיל): לא חלקתי - אף לא אחלוק - על זכותו החוקתית של אזרח ישראל לקיומם של חיי משפחה. ואולם גם כאן עיקר הוא בערכים ובאינטרסים הנוגדים את הטיעון בדבר זכותו החוקתית של האזרח ליישב בארץ בן-משפחה נתין ישות המצויה בעימות מזוין עם מדינת ישראל (השוו: פסקה 62, לעיל). מדברים אנו בחשש לחדירתם של גורמים עויינים, ובקשתה של המדינה היא כי נתיר לה למנוע כניסתם של פלסטינים המבקשים להתיישב בה. עוצמתו של אינטרס זה הוא כה חזק בעיניי, עד שבכוחו להשפיע - ובמקור - על תחומי התפרשותה של הזכות לקיומם של חיי משפחה בישראל. המדינה, נזכור, אינה אלא התארגנות החברה לחיים בצוותא, ופירוש הדברים לענייננו הוא, שהפררוגטיווה של המדינה אינה אלא ביטוי להגנה שאזרחי ישראל נדרשים לה: גם בעיתות שלום ובעיקר בעיתות מלחמה.

אכן, אל לנו להתעלם מן האינטרסים והערכים הנוגדים, אלה של המדינה ואלה של יחידיה. זכויות האדם חיות ומתקיימות גם בזמן מלחמה, ואולם אין ספק כי חל שינוי בהליך האיזון שביניהן לבין אינטרסים הנוגדים אותן, הן לעניין ערך כבוד האדם הן לעניין ערך האוטונומיה האישית הן לעניין חירות האדם. המלחמה פוגעת בכל: בחיילים שבחזית ובאזרחים שבעורף. כלכלת המדינה נפגעת. הגשמתם של יעדים חברתיים נדחית למועד מאוחר. ובהשתנות המציאות יכול שישתנה האיזון אף-הוא. אכן, גרעין הזכויות לא ישתנה. הפיקולו ימשיך להשמיע את צלילו הזך. ואולם ככל שמתרחקים אנו מן הגרעין ומתקרבים אל המעטפת - ולענייננו: מדברים אנו בזכותו של האזרח להביא ארצה למגורים בן משפחה זר בעת מלחמה - כן רבה השפעתם ועוצמתם של יסודות וערכים אחרים.

87. סיכומם של דברים: בעת מלחמה לא קמה להם לאזרח ולתושב של ישראל זכות חוקתית להביא לישראל בן-משפחה שהוא נתין הישות המצויה בעימות מזוין או במלחמה עם מדינת ישראל.

הגירה מכוח הזכות לנישואין והזכות לחיי משפחה - סיכום ביניים

88. מסקנה שאנו מסיקים היא אפוא זו, שזכותו של היחיד לחיי משפחה אינה משמיעה חובה חוקתית או חוקית המוטלת על המדינה להתיר לבן משפחתו הזר של היחיד(בן זוג או הורה) להגר לתחומי המדינה. הגירה שכזו - אם תותר וככל שתותר - לרצונה של המדינה תותר ועל פי חוקיה. אין מוטלת על המדינה חובה להתיר הגירה מטעמי נישואין - אלא מכוח חוקיה-שלה - ורשאית היא המדינה להטיל מיגבלות על

הגירה לשיטחה מטעמי נישואין. אם כך על דרך הכלל, לא כל שכן לעת מלחמה, שעה שהמבקשים להגר לתחומה של המדינה נתיני אויב הם.

סוגיית הפגיעה בעקרון השיוויון -
זכותה (וחובתה) של מדינה להגביל הגירת נתיני אויב בעת מלחמה

89. לזאת נסכים כולנו, כיצד נוכל אחרת: חוק האזרחות והכניסה לישראל פוגע בעיקרו וברובו המכריע באזרחיה הערבים של המדינה. אמת, אין החוק עוסק כלל באזרחי ישראל וממילא אין הוא מבחין בין יהודי לבין ערבי, אך גם זו אמת, שהלכה למעשה נפגעים מן החוק אזרחי ישראל הערבים, שכן רק הם - למעט מקרים בודדים - מוצאים להם בני זוג בין תושבי האזור. מבחינת התוצאה אין שיוויון בין אזרחי המדינה הערבים לבין אזרחי המדינה היהודים. השוו: בג"ץ 2671/98 שדולת הנשים בישראל נ' שר העבודה והרווחה, פ"ד נב(3) 630, 654; בג"ץ 11163/03 ועדת המעקב העליונה לענייני הערבים בישראל נ' ראש ממשלת ישראל (טרם פורסם). היש לאי-שיוויון זה בתוצאה משמעות משפטית?

90. הכל יסכימו כי מיגבלת הגירה יש להחילה באורח דמוקרטי ושווה. אל-לה למדינה להפלות לרעה קבוצת אוכלוסיה פלונית על דרך מניעת בני-זוגם הזרים להגר למדינה ובה-בעת להתיר לבני-זוגם הזרים של בני אוכלוסייה אחרת להגר אליה. עמדנו על כך בפרשת סטמקה, ובה היסברנו כי עקרון השיוויון מחייב כי דיני הגירה מטעמי נישואין יש להחילם בשיוויון על יהודים ועל שאינם-יהודים (שם, 758-759):

... לא ימצא לנו כל הצדק להעדיף יהודי היושב לבטח בארצו על-פני מי שאינו יהודי - שהראשון יוכל להקנות שבות לבן-זוג לא-יהודי ואילו אחרון לא יוכל. אם הסכמנו - ובכל-לב - לזכות שקנה כל יהודי - באשר-הוא-שם - לעלות ארצה, הוא ומשפחתו, נתקשה להסכים לזכות-יתר כי תינתן ליהודי, אזרח הארץ - לו, אך לא לאזרח הארץ שאינו-יהודי - לזכות בשבות לא-יהודי שהפך בן-זוגו בעוד הוא אזרח הארץ. כי נכיר בזכותו של יהודי אזרח ישראל לזכות את בן-זוגו הלא-יהודי בזכות-של-שבות, ובה-בעת נשלול זכות זו מאזרח ישראל לא-יהודי, נעשה מעשה חמור של הפליה ותכלית ראויה למעשה לא מצאנו.

פירוש: אזרחי המדינה, יהודים ושאינם-יהודים, לא קנו זכות כי בני-זוגם הזרים יהגרו לישראל - בכך נבדלים הם מיהודים שאינם אזרחי ישראל הזכאים כי בני משפחתם יעלו ארצה (סעיף 4 לחוק השבות) - והיעדר הזכות יחול בשיוויון על יהודים ועל שאינם-יהודים. זכות כי תינתן לישראלים שבני-זוגם הזרים יהגרו לישראל, תוקנה זכות זו בשיוויון לישראלים כולם, ליהודים ולשאינם-יהודים כאחד. משידענו כך, השאלה הנשאלת עתה היא, האם חוק האזרחות והכניסה לישראל, חוק הוא המפלה לרעה את ערביי ישראל, וכי מטעם זה דינו להיבטל כחוק הפוגע בעקרון השוויון. לטענה זו נידרש עתה.

91. בידוע הוא, שלא כל היעדר שיוויון מביא לביטולה של נורמה משפטית, קל-וחומר שאין הוא מביא לביטולו של חוק הכנסת. לא כל הבחנה בין אנשים הבחנה פסולה היא. כך גם לעניין פגיעה בכבוד האדם. הבחנה המייסדת עצמה על נימוקים ענייניים אינה פוגעת בכבוד האדם ואין היא מהווה פגיעה בזכות לשיוויון. במילים אחרות: הזכות לשיוויון אינה פורשת עצמה על כל הבחנה אלא על הבחנות אסורות בלבד. לא כל טיפול שונה הוא טיפול מפלה. הפליה היא, כידוע, הבחנה בין אנשים או בין עניינים מטעמים שאינם ענייניים, אך בהתקיים שוני שלעניין רשאת היא הרשות - לעתים נדרשת היא - להתייחס לאנשים או לעניינים באורח שונה. וכך לימדנו הנשיא אגרנט: "תהא זו הבחנה מותרת, אם השוני בטיפול בבני אדם שונים ניוון מהיותם נתונים, בשים לב למטרת הטיפול, במצב של אי-שוויון רלוונטי" (ד"נ 10/69 בורונובסקי נ' הרבנים הראשיים, פ"ד כה(1) 7, 35). פועל יוצא מכך הוא, כך הורנו הנשיא ברק, כי: "כדי לבסס טענת הפליה המהווה לפי הטענה פגיעה בזכות החוקתית לשוויון, יש להצביע על קיומה של הבחנה בלתי מוצדקת בחוק הפוגע. הבחנה בין קבוצות המבוססת על שוני רלוונטי אינה מהווה כשלעצמה הפליה" (בג"ץ 5304/02 ארגון נפגעי תאונות עבודה ואלמנות נפגעי עבודה בישראל נ' מדינת ישראל, פ"ד נט (2) 135, 141). ראו עוד, למשל: בג"ץ 678/88 כפר ורדים נ' שר האוצר, פ"ד מג(2) 501, 507-508; בג"ץ 721/94 אל-על נתיבי אויר לישראל בע"מ נ' דנילוביץ, פ"ד מח(5) 749, 761; בג"ץ 6051/95 רקנט נ' בית הדין הארצי לעבודה, פ"ד נא(3) 289, 312; בג"ץ 6845/00 ניב נ' בית הדין הארצי לעבודה, פ"ד נו(6) 663, 680. וכפי שנאמר במקום אחד (פרשת מרכז השלטון המקומי, 502), מושג השוויון - מושג השוויון המהותי - מושג נרדף הוא לצדק ולהגינות; והפליה בין שווים (מבחינה מהותית) פירושה מעשה של אי-צדק ואי-הגינות.

92. בעניינינו-שלנו, האם מופלים אזרחי ישראל הערבים לרעה ביחס לאזרחי ישראל שאינם ערבים? האם נוהג חוק האזרחות והכניסה לישראל באורח מפלה ופסול בין ערבים אזרחי ישראל לבין אזרחי ישראל שאינם ערבים? תשובתנו היא בשלילה. חוק האזרחות והכניסה לישראל נחקק על רקע הסיכסוך המזוין ומצב הלוחמה שבין ישראל לבין הפלסטינים, ועל כן הבחנה ראויה ומותרת היא בין מי שנישאו לזרים שהם פלסטינים "נתיני אויב" וחזקה עליהם כי מהווים הם פוטנציאל לסיכוני ביטחון לתושבי המדינה, לבין מי שנישאו לזרים שאינם "נתיני אויב". יתר-על-כן: לעת מלחמה רשאית היא מדינה - כל מדינה שבעולם - למנוע באורח קטגורי הגירתם של נתיני האויב לתחומה מחשש שנאמנותם של אלה תהא נתונה למולדתם - קרא: לאויב - ולא למדינה הקולטת. ואף אם בימים כתיקנם נוהגת מדינה להרשות לבני-זוגם הזרים של אזרחי המדינה להגר אל-תוכה, בזמן מלחמה רשאית היא המדינה להשעות נוהג זה, למיצער בכל הנוגע לבני-זוג זרים שהם נתיני אויב. אמת, אזרח המדינה שנישא לנתיני האויב ייפגע מהחלטת המדינה, ואפשר אף יחוש מקופח בהשוואה לשכניו שנישאו לאזרחים זרים שאינם נתיני אויב ואשר בני-זוגם רשאים לבוא ארצה. אך האם נוכל לומר ברצינות כי מי שנישא לנתיני אויב הופלה לרעה? אשר לעניינינו שלנו נאמר, כי כל עוד נמשך הסיכסוך המזוין שבין ישראל לבין הפלסטינים רשאית היא המדינה למנוע הגירתם של פלסטינים תושבי האזור לישראל. מניעה זו פוגעת אמנם בקבוצת מיעוט שרוב מכריע בה הם ערבים, אך פגיעה זו נגזרת היא מנישואיהם לנתיני האויב העלולים לסכן את הציבור בישראל ולא מהיותם ערבים. הגורם המכריע הוא ביטחון המדינה וחייהם של תושבי המדינה, וגורם זה מכריע את הכף.

93. בידוענו כל אלה, נדחה מעלינו את טענת ההפליה שהעלו העותרים לפנינו.

הגירה מכוח הזכות לנישואין ולהקמת משפחה ועקרון השיוויון - סיכום

94. הזכות לנישואין ולהקמת משפחה, וכמותה הזכות לשיוויון, גם-זו גם-זו, שתי הזכויות אינן משמיעות אותנו חובה המוטלת על המדינה - לא חובה חוקתית ולא חובה חוקית - להתיר הגירה לישראל עקב נישואין. היחיד - כל יחיד - אינו מחזיק בזכות כי יותר לבן זוגו הזר להגר למדינה. כך הוא דין בעיתות שלום ולא-כל-שכן דין הוא בעיתות מלחמה, שעה שהמבקשים להגר הינם בני עם עוין שלו עימות מזוין עם המדינה ואזרחיה. ישראל אינה חבה, אפוא, חובה להתיר כניסה לישראל לתושבי האזור שנישאו לאזרחי ישראל, ואזרחי ישראל שנישאו לתושבי האזור אינם בעלי זכות

חוקתית - זכות שבכוחה להביא, כנטען, לביטול חוק של הכנסת - כי בני-זוגם הזרים יהגרו לישראל. אמת, חוק האזרחות והכניסה לישראל פוגע במיקצת אזרחי ישראל - ערבים ברובם המכריע - שנישאו לתושבי האזור ומבקשים לממש את זכותם לחיי משפחה בישראל. אלא שפגיעה זו כורח המציאות היא, מציאות הביטחון שאנו מצויים בה. מדינת ישראל רשאית למנוע כניסתם של נתיני אויב לתחומה בעת עימות מזוין, ואין מוטלת עליה חובה משפטית להתיר בעת מלחמה הגירה לישראל לצורכי נישואין ועקב נישואין. אזרח המדינה לא קנה זכות כי בעת מלחמה תתיר המדינה לבן-זוגו הזר שהוא נתין אויב להגר למדינה. וגם אם בימי שלום יש לו לאזרח המדינה זכות כלפי המדינה כי יותר לבן-זוגו הזר להגר למדינה, רשאית היא המדינה להשעות זכות זו בזמן מלחמה.

95. דעתנו היא אפוא זו, שעמדה לה לכנסת סמכותה לחוקק את חוק האזרחות והכניסה לישראל כפי שתוקן. נותרה, לכאורה, שאלה, אם ראוי היה לחוקק הוראת חוק גורפת הפורשת עצמה באורח כולל על קבוצת אוכלוסייה מסוימת בגילים מסויימים ללא הבחנה בין יחידי הקבוצה, או אם חקיקתה של ההוראה הגורפת פוגמת בעצם קיומו של החוק כחוק הנוגד עיקרים בחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו. התשובה לשאלה זו מורכבת משהו. כפי שראינו בדברינו למעלה, ניתן לסווג את יחסיה של ישראל עם הרשות הפלסטינית בשני אופנים: אחת, כיחסי עימות מזוין השקול - לענייננו - למצב של מלחמה, ושניים, לחלופין - ואפשר במצטבר - כיחסים היוצרים סיכוני ביטחון חמורים לתושבי ישראל מצידה של הרשות או גופי טרור הפועלים מתוכה.

96. והנה, ככל שמדברים אנו בעימות המזוין - השקול, לדעתנו, למצב של מלחמה - האיסור הכולל על כניסתה של קבוצת אוכלוסייה מסויימת לישראל יכול שיידרש ממצב העימות. ואם איסור כולל על כניסתם של נתיני אויב איסור הוא במקומו - וכדין - לעת מלחמה או עימות מזוין, בוודאי כך דינו של איסור חלקי כהוראת החוק. הוא הדין בסיווג החלופי, שלפיו היחסים בין הרשות הפלסטינית ובין ישראל יוצרים סיכוני-חיים חמורים לתושבי ישראל. בייחוד כך, ששירותי הביטחון אינם יכולים להבחין בין מהגרים המהווים סכנה לביטחון לבין מהגרים שאינם מהווים סכנה לביטחון.

97. כללם של דברים: חוק האזרחות והכניסה לישראל פוגע באזרחים ערבים של מדינת ישראל המבקשים להינשא לבני זוג תושבי האזור, אלא שפגיעה זו אינה עולה כדי פגיעה חוקתית כהוראת חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו. כך הוא לגבי הזכות

החוקתית לחיי משפחה - שזכות זו אינה פורשת עצמה על בקשתו של אזרח ישראל להביא את בן זוגו הזר לישראל, וכך הוא לגבי הזכות החוקתית לשיוויון - שזו אינה נפגעת הואיל והשפעתו של החוק על אזרחים ותושבים ערבים מקורה בשיקולים עניינים לעת הזו - עת מלחמה. משאמרנו דברים אלה שאמרנו, תם מסענו. עם זאת, למען הסר ספק, ועל יסוד הנחה כי חוק האזרחות והכניסה לישראל פוגע בזכות-יסוד של האזרח, אבקש להוסיף ולבחון אם עומדת אותה פגיעה במיבחני פיסקת ההגבלה.

חוק האזרחות והכניסה לישראל - תכלית ומידתיות

98. הנחת-המוצא לדיון תהא מעתה, כי המטרה שעמדה ביסוד חוק האזרחות והכניסה לישראל - המטרה כשהיא לעצמה - מטרה ראויה היא, והשאלה אינה אלא אם האמצעי שקבע החוק להשגתה של המטרה אמצעי ראוי ומידתי הוא. תכליתו של החוק היא להגן על ביטחונם ועל חייהם של אזרחי המדינה, וברי כי תכלית זו תכלית ראויה היא ההולמת את ערכיה של מדינת ישראל כמדינה יהודית ודמוקרטית. מדינת ישראל נדרשת להתמודד עם הטרור, ורשאית היא - יתר-על-כן: חייבת היא - לנקוט באמצעים שיבטיחו את חייהם ואת ביטחונם של תושבי המדינה. רשאית היא המדינה אפוא למנוע את אירגוני הטרור מניצול זכויות היסוד של היחיד - לענייננו: הזכות לנישואין ולחיי משפחה, וכנגזר מכך, הזכות להתגורר בישראל - להקלה על ביצוע פעולות טרור נגד אזרחי המדינה. הכל מקבלים, אפוא - על דרך העיקרון - כי רשאית היא המדינה לנקוט באמצעים ראויים כדי למנוע מבן זוגו הזר של אזרח ישראל להיכנס לישראל במקום שבו יש חשש כי אותו אדם יעסוק בפעילות טרור או יסייע לטרור. השאלה הנשאלת אינה אלא אם רשאית היתה המדינה - בגדר החוק - להטיל איסור גורף על תושבי האזור שנישאו לאזרחי ישראל והם בני גילים מסויימים להיכנס לישראל ולשבת בה.

פיסקת ההגבלה - ערכי המדינה ותכלית החוק

99. בהניחנו כי חוק האזרחות והכניסה לישראל פוגע בזכות מזכויות היסוד הקנויות לאזרח בחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו - וכשאני לעצמי, ספק בעיניי אם זה הוא ענייננו - השאלה הנשאלת היא, אם עוברת היא אותה פגיעה את מיבחנה של פיסקת ההגבלה ויוצאת ממנה בשלום, או אם נכשלת היא הפגיעה במיבחנה של פיסקת ההגבלה וכנדרש מכך נפגם החוק - כולו או חלקו - להיות בטל. להזכירנו, כך מורה אותנו פיסקת ההגבלה שבסעיף 8 לחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו:

פגישה
בזכויות

8. 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.

מדברים אנו בחוק הכנסת שהעותרים עותרים לביטולו, ולעניין זה מעמידה פסקת ההגבלה לפנינו כמה וכמה מיבחנים: החוק חייב שיהא הולם את ערכיה של מדינת ישראל; החוק חייב שיהא מיועד לתכלית ראויה; והפגיעה בזכות היסוד חייבת שתהא במידה שאינה עולה על הנדרש. העותרים לא טענו בעניינו של התנאי הראשון (החוק חייב שיהלום את ערכיה של מדינת ישראל). אשר לתנאי התכלית הראויה, חברי הנשיא ברק נדרש לו בפרוטרוט, ומסקנתו היא כי החוק עובר אותו בהצלחה. אני מסכים לדברי חברי ואתקשה להוסיף עליהם. ברי כי התכלית של הגנה על ביטחונם ועל חייהם של תושבי המדינה ואזרחיה - תכלית ראויה היא.

פיסקת ההגבלה: מידתיות

100. נותרה לו לחוק האזרחות והכניסה לישראל משוכה נוספת לעוברת, הלוא היא משוכת המידתיות; ובלשון החוק: הפגיעה בזכות היסוד חייבת שתהא "במידה שאינה עולה על הנדרש". מיבחן זה, להבדילו משני המיבחנים הראשונים, מעלה על סדר היום את האמצעי שהחוק מחזיק בו להשגתה של התכלית הראויה, והשאלה הנשאלת היא, אם אמצעי זה אמצעי "מידתי" הוא. מיבחן המידתיות נחלק, כידוע, לשלושה מיבחני מישנה, ועתה נעמוד על מיבחנים אלה, אחד לאחד. ראו עוד, למשל: בג"ץ 3477/95 בן-עטיה נ' שר החינוך, פ"ד מט(5) 1; בג"ץ 6971/98 פריצקי נ' ממשלת ישראל, פ"ד נג(1) 763, 779; בג"ץ 1030/99 אורון נ' יושב-ראש הכנסת, פ"ד נו(3) 640, 665; פרשת סטמקה, 776-778. מתוך שחברי הנשיא פירט בניתוחם של מיבחנים אלה, נקצר אנו במקום שיכולנו להאריך.

מיבחן מישנה ראשון - התאמת האמצעי למטרה

101. האם איסור גורף על כניסתם של תושבי האזור בני גילאים מסוימים לישראל מהווה אמצעי ראוי למימוש תכליתו של החוק? האם איסור זה משרת באורח רציונלי את מטרת הביטחון העומדת ביסודו של החוק? חברי הנשיא משיב לשאלה זו בחיוב. זו

גם דעתנו. תכלית החוק היא למנוע אירגוני טרור מהסתייע בתושבי האזור המחזיקים בתיעוד ישראלי המאפשר להם להיכנס לישראל ולנוע בתוכה בחופשיות. וכאמור בהצעת חוק האזרחות והכניסה לישראל (הוראת שעה) (תיקון), תשס"ה-2005 (ה"ח תשס"ה, 624):

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

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

בשל יכולתם וזמינותם לסייע לביצוע פעולות טרור בשטח ישראל, הפכו תושבי אזור המחזיקים תיעוד ישראלי יעד גיוס לאירגוני טרור, ואכן נמצא להם לגורמי הביטחון בישראל כי מאמציהם של אירגוני הטרור נושאים פרי וכי נתגברה מעורבותם של תושבי האזור הנושאים תעודות ישראליות בפעילות טרור. לנושא זה נוסף ונידרש עוד בדברינו להלן.

וכך, משנמצא כי תושבי האזור הנושאים תעודות של ישראל מכוח קישרי משפחה, מעורבים בטרור תוך ניצול זכותם לנוע באורח חופשי בתוככי ישראל ובין האזור לבין ישראל; כי מעורבותם של אלה בטרור גוברת והולכת ככל שמתקדמת בנייתה של גדר הביטחון המהווה מכשול פיזי בפני טרוריסטים המבקשים להרע לישראל; כי אירגוני הטרור עושים מאמצים רבים לגייס אל שורותיהם תושבי אזור המחזיקים בתיעוד ישראלי, ואפשר אף מאיימים הם על בני-משפחתם שנותרו מאחור; וכי אין ניתן לדעת מראש מיהו שיפנה לדרך הטרור; נמצא גם כי הגבלה שהטילה המדינה בחוק על כניסה לישראל משרתת באורח רציונלי וישיר את תכלית החוק. וכפי שנאמר בדברי ההסבר להצעת חוק האזרחות והכניסה לישראל (הוראת שעה) (תיקון), תשס"ה-2005 (ה"ח תשס"ה, 624):

... [הערכתם המקצועית של גורמי ביטחון היא כי הוראת השעה מהווה כלי יעיל לצמצום המעבר החופשי של תושבי האזור בין שטחי הרשות לישראל ולמניעת הפוטנציאל לסיכון ביטחוני חמור מצד אוכלוסיה זו.

102. בפסקאות 85 ו-86 לפסק דינו בוחן חברי הנשיא את השפעתם של היתרי שהייה זמניים בישראל שהחוק מתיר לתיתם - בעיקר לצורכי עבודה - על האיסור הגורף לבני גילאים מסוימים לשהות ולשבת בישראל, ומסקנתו היא שאין בהיתרים אלה כדי לנתק קשר רציונלי בין תכלית החוק לבין האיסורים שבו. מסקנתו של חברי מקובלת עלי. אכן, אין דומה עניינו של פועל הנכנס לישראל לזמן מוגבל ובתנאים מגבילים למצבו של אדם המחזיק בתעודה המתירה לו לנוע באין מפריע משיטחי האזור לישראל ובתוככי ישראל עצמה.

103. מיבחן המידתיות הראשון - מיבחן הקשר הרציונלי - מתקיים אפוא במלואו: האמצעי שנבחר לביצוע תכלית החוק מתאים באורח רציונלי לתכלית החוק.

מיבחן מישנה שני - האמצעי שפגיעתו בזכות פחותה

104. על פי מיבחן זה, האמצעי שקבע החוק והפוגע בזכות אדם חוקתית, אמצעי ראוי הוא אם לא ניתן להשיג את מטרת החקיקה תוך שימוש באמצעי אחר אשר פגיעתו בזכות האדם תהא פחותה. במקום זה נדרשים אנו להערת הבהרה: בהחלת מיבחן המישנה השני של המידתיות, אין החוק חייב לבור לו בהכרח את האמצעי הפחות ביותר בפוגענותו. לו אחרת אמרנו, כי-אז כמו היתרנו לבית-המשפט להכתיב למחוקק באיזה אמצעי יבחר, ובדרך זו היינו חותרים תחת שיקול דעתו של המחוקק ופוגמים קשות בעקרון הפרדת הרשויות וביזור הסמכויות. יתר-על-כן: במקרה מעין-זה, עלול היה בית-המשפט לפגוע בביצוע יעיל וראוי של תכלית החוק. מושג המידתיות לענייננו עתה פירושו הוא, שהחוק בחר באמצעי המצוי במיתחם אמצעים שפגיעתם מתאימה עצמה כראוי לתכלית החוק. יפים לענייננו דבריה של השופטת ביניש בבג"ץ 4769/95 מנחם נ' שר התחבורה, פ"ד נז(1) 235, ובלשונה (שס, 280):

הדרישה כי על המחוקק לבחור באמצעי הפוגע בזכות החוקתית במידה שאינה עולה על הנדרש לשם השגת תכלית החוק אין כוונתה כי על המחוקק להיצמד תמיד לדרגה הנמוכה ביותר שבתחתית הסולם. קביעה כזו תקשה מדי על המחוקק, אשר לא יוכל לחדור מבעד למחסום הביקורת השיפוטית. ... ייתכנו מצבים שבהם

בחירה באמצעי חלופי הפוגע בזכות החוקתית מעט פחות, עלולה להביא להפחתה ניכרת במידת ההגשמה של התכלית או במידת התועלת שתצמח ממנה, ועל-כן לא יהיה זה מן הראוי לחייב את המחוקק לאמץ את האמצעי האמור. עקב כך הכיר בית-משפט זה ב"מרחב תימרון חוקתי" המכונה גם "מיתחם המידתיות". גבולותיו של מרחב התמרון החוקתי נקבעים על-ידי בית-המשפט בכל מקרה לגופו על-פי נסיבותיו, בהתחשב במהותן של הזכות הנפגעת ועוצמת הפגיעה בה אל מול טיבם ומהותם של הזכויות או האינטרסים המתחרים.

ראו עוד: בג"ץ 1715/97 לשכת מנהלי ההשקעות בישראל נ' שר האוצר, פ"ד נא(4) 367, 389-387.

105. השאלה בענייננו היא, אם ניתן היה - או לא ניתן היה - להשיג את המטרה של מניעת פיגועים בסיועם של בני-משפחה תושבי האזור, תוך פגיעה פחותה בזכות לחיי משפחה. כוונתנו היא, בעיקר, ליצירת מנגנון בדיקה פרטנית לכל תושב האזור, בן זוג או הורה של אזרח ישראל, תחת הטלתו של איסור גורף על כלל תושבי האזור שהם בני גילאים מסוימים. חברי הנשיא מגיע לכלל מסקנה כי הוראת החוק מקיימת את מיבחן המידתיות השני, שלדבריו "בנסיבות המקרה שלפנינו, הבדיקה האינדיבידואלית אינה מגשימה את התכלית החקיקתית באותה מידה כמו האיסור הגורף. אין חובה, על כן, במסגרת האמצעי שפגעתו פחותה, להיעצר בדרגה זו, והמחוקק רשאי היה לבחור באיסור הגורף בו בחר" (פסקה 89 לחוות דעתו). נוסיף ונעיר כבר עתה, בהקדימנו מעט את המאוחר, כי בעומדו על מיבחן המידתיות השלישי - מיבחן התועלת-נזק - מגיע חברי למסקנה כי פגיעתו של האיסור הגורף רבה היא על הפרי שהוא מעלה; כי הטוב שהחוק מפיק מתוכו פחות הוא במידה ניכרת מן הנזק שהוא גורם לזכות האזרח; וכנדרש מכך, שומה היה עליה על המדינה לאמץ הסדר של בחינה אינדיווידואלית תוך הגדלת יעילותה במידת האפשר (פיסקאות 91-94 לחוות דעתו).

106. אף אני סבור כי חוק האזרחות והכניסה לישראל עובר את מיבחן המידתיות השני, ולא אוסיף על דברי חברי הנשיא. חילוקי הדעות העיקריים בין חברי לביני כונסים עצמם אל ביקעת מיבחן המישנה השלישי שבמיבחן המידתיות - המיבחן של תועלת כנגד נזק - ולמיבחן-מישנה זה נידרש עתה.

מיבחן מישנה שלישי - המיבחן הערכי - תועלת מול נזק

107. עד שניכנס אל הטרקלין לדיון ולשקלא-וטריא על זכויות וחובות, ביקשנו להעיר הערת מבוא שעניינה נומנקלטורה: שלושה מיבחני-מישנה הם במיבחן המידתיות, ומטעמים שלא נתבררו לי מכנים את מיבחן-המישנה השלישי בכינוי מיבחן המידתיות "במובנו-הצר". כינוי זה נפלא ממני. מיבחן המידתיות "במובנו הצר" הוא, לדעתי דווקא מיבחן המישנה השני, שכן מיבחן הוא שתחילתו במידתיות, המשכו במידתיות וסופו במידתיות (פרשת בנק המזרחי, 437). ואילו מיבחן המישנה השלישי שלפנינו, המיבחן שבו מניחים אנו על כפות המאזניים, מזה ומזה, ערכים הנוגדים זה את זה, ערכי תועלת כנגד ערכי נזק, ראוי הוא כי יכונה מיבחן המידתיות "במובנו הערכי". עניינו של מבחן זה הוא בערכים, וכך ראוי הוא כי נכנהו. ראו והשוו: פרשת בנק המזרחי, 347-345; "זמיר", המשפט המינהלי של ישראל בהשוואה למשפט המינהלי של גרמניה", משפט וממשל ב' (תשנ"ד-1994), 109, 131-132.

108. בשני מבחני המישנה הראשונים הלכנו חברי הנשיא ואנוכי יד-ביד, ומסקנותינו היו מסקנות דומות. שונה עניינו של מיבחן המישנה השלישי, מיבחן שעניינו ביחס הראוי - במיתאם - שבין התועלת שהחוק מביא עימו לבין היקף הפגיעה בזכותו של היחיד. חברי מסכים אמנם כי הוראות חוק האזרחות והכניסה לישראל תורמות לביטחון הציבור, אך דעתו כי הפגיעה בזכותם של אזרחי ישראל המבקשים להינשא לתושבי האזור ולהתגורר עימם בישראל גדולה יותר ומכריעה את הכף. ובלשונו (בפסקה 92 לחוות דעתו): "האיסור הגורף נותן עימו יותר ביטחון: אך הוא מושג במחיר כבד מדי. אמת, הסיכוי להגברת הביטחון על ידי איסור גורף, אינו 'קלוש ותיאורתי'. יחד עם זאת בהשוואה לפגיעה הקשה בכבוד האדם, היחס אינו מידתי". כנדרש מכך, מבקש חברי לחייב את המדינה בקיומה של בדיקה פרטנית של בני-הזוג מן האזור, בדיקה אשר יהיה בה כדי למעט מן הפגיעה בזכויות האזרח ולאזן באורח מידתי בין ביטחון הציבור לבין הפגיעה בזכויות. השוו: פרשת מועצת הכפר בית סוריק, 840, 850-852.

109. במקום זה אפרד מעל חברי ואפנה לדרכי-שלי. לדעתי, בדיקה פרטנית של הנמנים עם אותן קבוצות אוכלוסיה שיש בהן פוטנציאל מוכח לסיכוני ביטחון וחיים, אפשר תמעט את הפגיעה ביכולת לקיים חיי-משפחה בישראל, אך מנגד לא תבטיח באורח ראוי את ביטחון הציבור, ויהיה בה כדי לפגוע באורח בלתי מידתי בביטחון היחיד והכלל. לא-זו-בלבד שקיים קושי מובנה לבחון מראש את עמדותיו והשקפתו של תושב האזור - אם לצרינו הוא, אם לאו - אלא שלא נוכל להתעלם מחשש ממשי - כפי

שהוכח בעבר - כי אירגוני הטרור יגייסו את בן-הזוג תושב האזור לשורותיהם רק לאחר שזכה להיתר המאפשר לו להיכנס לישראל ולנוע בה בחופשיות. השקעת אמצעים רבים יותר או מאמצים ממוקדים יותר, גם היא לא תבטיח את ביטחונם של תושבי ישראל, ופירוש הדברים הוא, כי ביטול האיסור הכולל שבחוק והחלפתו בהסדר של בדיקה פרטנית, עלול להביא, ברמת הסתברות לא נמוכה, לריבוי פעולות טרור בישראל: להרג ולפגיעה בתושבי המדינה; לערעור ממשי ומוחשי של תחושת היציבות; ועקב כל אלה לערעורה של הדמוקרטיה עצמה. במלאכת האיזון שבין צימצום ההרג, הבטחת החיים והבטחת יציבותו של המישטר, לבין הנזק שנגרם למיקצת אזרחי ישראל המבקשים להתגורר עם בני-משפחתם הזרים בישראל - ונזכיר כי התיקון לחוק צימצם את היקף הפגיעה לא במעט - גוברת, לדעתי, התועלת על הנזק.

110. דיברנו בהרחבה על-אודות הסיכסוך המזוין שבין ישראל לבין הפלסטינים ועל המציאות הקשה - מציאות ביטחון קשה - שאנו חיים בתוכה. הוספנו ודיברנו על הקושי הרב שישראל נתקלת בו במלחמתה באירגוני הטרור, קושי שמקורו, בין השאר, בקשר האמיץ שבין אירגוני הטרור לבין האוכלוסייה האזרחית הפלסטינית. הרחבנו בדברים על עמדתו של העם הפלסטיני בסיכסוך זה; על הלוך הרוח בציבור הפלסטיני; על האיבה הגדולה שחשים פלסטינים רבים כלפי ישראל והישראלים; ועל תמיכתם של חלקים רחבים בציבור הפלסטיני במאבק המזוין שמנהלים אירגוני הטרור. תמיכה זו באה לא אחת לידי ביטוי בנטילת חלק בפעולות הטרור עצמן או בסיוע לטרור. הסכנה לציבור הישראלי, לביטחונו ולחיינו היא סכנה ברורה ומיידית, ואנו נוכחים בכך מדי יום ביומו. מי שחי בישראל כיום יודע זאת היטב. מקור הסכנה, נזכור, אינו רק ברשות הפלסטינית אלא - ואפשר בעיקר - באירגוני הטרור ובציבור הפלסטיני בכללו. ואף שנסכים כי לא כל הפלסטינים מבקשים להרע לישראל, על-דרך הכלל עוין הוא הציבור הפלסטיני ויחידיו למדינת ישראל. בנסיבות אלו הופכת בחינה פרטנית של כל תושב אזור המבקש להגר לישראל למשימה בלתי ישימה - ארחיק לכת: אפשר אף למשימה בלתי אפשרית - וגם אם ברגע נתון ניתן יהיה לקבוע כי תושב פלוני מן האזור אינו משייך עצמו לתומכים בטרור, מי לידנו יתקע כי מחר-מחרתיים, משיזכה להיתר המיוחל, לא ישנה מדעתו ומדרכו? אומרת על כך המדינה (בסעיפים 25 ו-27 לתשובה מטעם המדינה מיום 7.2.2006) (כל ההדגשות בציטוטים שלהלן הן במקור - מ' ח'):

הכוחות הלוחמים במדינת ישראל אינם נמנים על צבא סדיר, ואינם בהכרח מוכרים כפעילי טרור על ידי כוחות הביטחון, כאשר חלק בלתי מבוטל מהאוכלוסייה האזרחית הפלסטינית בגילאים מסוימים שותף במאבק המזוין, בצורה כזו או אחרת. כיון שכך, וכפי שפורט

בהרחבה אף בעבר, תושב הרשות הפלסטינית, שאינו מוכר לרשויות הביטחון כפעיל טרור, מעורבותו בטרור, בין בדרך של מעורבות סמויה, בין בדרך של תמיכה ובין בדרך של מימון, אינה ניתנת לחיזוי מראש.

.....

... 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 בהיעדר מידע ביטחוני 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 פיגועי טרור קטלניים.

111. על רקע נתונים אלה - נתונים המהווים תשתית לעיוננו ולדיוננו - צצים ועולים כמו-מעצמם מיגבלותיו של האיבחון הפרטני, ומוסיף ומתגלה היעדר יכולתם הממשית של גורמי ביטחון לזהות מיהם אותם תושבי אזור העלולים לסכן את ביטחון הציבור בישראל. כך, למשל, ברור כי שירותי הביטחון מתקשים לאסוף מידע - חיובי או שלילי - על תושבי אזור המתגוררים בשטח עוין. יתר על כן: גורמי הטרור עושים כמיטבם לגייס תושבי אזור המחזיקים בתיעוד ישראלי, בין בדרך של שיכנוע אידיאולוגי, בין באמצעים כלכליים ובין בהפעלת לחץ על בני-משפחתם המתגוררים באזור. מיהו אפוא חכם ולא יחשוש כי תושב אזור עלול להתקשר עם אירגוני טרור לאחר קבלת התיעוד הישראלי? וברי כי אין ביכולתם של שירותי הביטחון לקיים בדיקה שוטפת ורציפה על כל תושבי האזור שקיבלו היתר לשהות בישראל. בטיעוניה הרחיבה המדינה בטעמים ההופכים את האיבחון הפרטני לבלתי ישים, ונביא מיקצת מטיעוניה (סעיף 28 לתשובה מיום 7.2.2006; וראו גם פסקה 16 לסיכומים מיום 16.12.2003):

הסיבות העומדות ביסוד מגבלות האבחון הפרטני של גורמי הביטחון הינן כדלקמן:

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

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

ג. הסיכון מגיע ממי שיכול להיכנס לישראל דרך קבע באמצעות תיעוד ישראלי המאפשר גם לינה בישראל, ולנוע בה כדין בכל שיטחי 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 באזור; כמו גם, בשל המשך ההזדהות עם העניין הפלסטיני; כמו גם הנגישות הרבה לאזור ולמדינת ישראל במקביל; כמו גם, היכולת ללחוץ באמצעות המשפחה הגרעינית אשר נותרה באזור לשיתוף פעולה מצד אותו תושב אזור לשעבר. לא למותר יהיה לציין בהקשר זה כי הערכתם המקצועית של גורמי הביטחון היא כי להקמתו של "מכשול הפרדה" או בלשון אחרת "מרחב החיץ" או "מרחב התפר" כמו גם הקמתו של "עוטף ירושלים" עלולה להיות השפעה עתידית חמורה גם לעתיד לבוא בהקשר זה, שכן אלה יגבירו עוד יותר את האטרקטיביות של מקבלי המעמד בישראל בעיני ארגוני הטרור השונים וזאת בשל הקושי לצאת ו/או להוציא מחבלים ואמצעי חבלה מהשטחים לישראל.

ד. העבר אינו מצביע על העתיד - העובדה כי לפלוני הותר בעבר להיכנס לישראל, ו/או כי לא קיים לגביו מידע בטחוני קונקרטי עדכני, אינה יכולה, כשלעצמה, לנבא כי לא ישקף ממנו סיכון עתידי לביטחון המדינה, וזאת בין אם בשל הזדהותו עם המאבק המזוין שמנהל כיום הצד הפלסטיני, שהוא עצמו חלק ממנו, ובין אם בשל העובדה כי הוא לא

יוכל לעמוד בפני איומים עליו ועל משפחתו הגרעינית המתגוררת באזור, מצידם של ארגוני הטרור.

כך למשל, ניתן להביא דוגמאות מן החודשים האחרונים של שותפים לפעילות טרור שלא היו בגדר פוטנציאל מעורבות בפח"ע ... בנוסף, מבחינת ארגוני הטרור יש עדיפות לשימוש במי שארגון הטרור מעריך שאין לישראל מידע ביטחוני שלילי אודותיו.

112. חששות שמעלה המדינה בטיעוניה אינם קלוטים מן האוויר. כפי שצינו כבר בדברינו לעיל, ניסיון העבר הוכיח כי תושבי האזור שזכו בהיתר לשהות בישראל מכוח קישרי משפחה אכן קשרו עצמם לאירגוני הטרור, ועשו שימוש בהיתרים שאיפשרו להם לנוע בחופשיות מן האזור לישראל ובישראל גופה, לביצוע פעולות טרור בישראל. בטיעוניה לפנינו מביאה המדינה נתוני-מספרים הידועים לה, ומסתבר כי לפחות ששים-ושמונה (68) מתושבי האזור - גברים ונשים - שקיבלו היתר לשהות בישראל מכוח קישרי משפחה היו מעורבים או שהיה מידע מודיעין על היותם מעורבים בטרור. מעורבותם של תושבים אלה בטרור החלה, או למיצער נודעה למדינה, רק לאחר שאותם תושבים קיבלו את התיעוד הישראלי (ראו סעיף 31 לתשובת המדינה מיום 7.2.2006):

26 תושבי האזור אשר קיבלו מעמד בישראל בעקבות הליך של איחוד משפחות, היו מעורבים בהוצאה לפועל של פיגועי טרור קטלניים בישראל ... עוד 42 תושבי אזור המצויים במהלך ההליך המדורג, נמצאו על פי מידע מודיעיני כקשורים לפעילות טרור ... בכל אותם מקרים, קיבלו אותם אנשים מעמד בישראל מבלי שניתן היה לנבא את הסיכון הביטחוני הנשקף מהם ... עצם קבלת המעמד בישראל הוא זה שאפשר לתושבי אזור אלה לשמש חוליה בלעדיה אין בהוצאה לפועל של פיגועים קטלניים אשר גרמו למותם של עשרות אזרחים חפים מפשע.

113. זו המציאות שאנו חיים בתוכה. למרבה הצער נמצא כי תושבי האזור המחזיקים בהיתר לשהות בישראל סייעו לטרור וכי סיועם הלא-מבוטל גבה חייהם של עשרות מתושבי המדינה. "בתנועתם החופשית בתחום מדינת ישראל ובהיכרותם הטובה את השטח, מהווים תושבי האזור אלה מרכיב חיוני בתשתית הטרור ובתכנון וביצוע פיגועים" (סעיף 24 לתשובה מיום 7.2.06). "חלק מבין תושבי האזור, אשר קיבלו מעמד בישראל מכוח איחוד משפחות, היו מעורבים בהוצאתם מהכוח אל הפועל של

פיגועי התאבדות, בין בדרך של ביצוע ובין בדרך של סיוע. אחרים היו מעורבים בביצוע פיגועים באמצעות מכונית תופת, בחטיפה והתנקשות ובהפעלת מטעני חבלה" (סעיף 37 לתשובה מיום 6.11.05). "מעורבותם החיונית ... בהוצאה לפועל של פיגועי התאבדות הובילה לפגיעה חמורה ביותר בביטחון המדינה ובשלום אזרחיה" (סעיף 30 לתשובה מיום 7.2.06). אכן, תושבי אזור המחזיקים בתיעוד ישראלי מכוח נישואין היו מעורבים למיצער בעשרים-וחמישה פיגועי תופת וניסיונות לפיגועי תופת בישראל (סעיף 24 לתשובה מיום 7.2.2006), בהם נהרגו לפחות ארבעים-וחמישה ישראלים ונפצעו לפחות מאה עשרים וארבעה (סעיף 17 לסיכומים מיום 16.12.2003).

114. הנה-כי-כן, הנזק לביטחונה של ישראל ולביטחונם של תושביה נזק רב הוא, ומניעתו של אותו נזק אינה אפשרית בדרך איבחון פרטני של כל אחד מתושבי האזור המבקש להגר לישראל. בה-בעת, דווקא דרכו של החוק, המונעת מבני אוכלוסיות שהנמנים עימהן עלולים על-פי ניסיון העבר לסכן את ביטחון הציבור בישראל, הוכחה כיעילה. לשון אחר: האמצעי שנבחר להגשמת תכלית החקיקה הוכיח עצמו במיבחן התוצאה. הוכח כי החוק כמתכונתו מהווה כלי יעיל לצימצום סיכוני ביטחון, להגברת היציבות ולמניעת הפגיעה במישטר עצמו. וכאמור בדברים שציטטנו למעלה מהצעת חוק האזרחות והכניסה לישראל (הוראת שעה) (תיקון), תשס"ה-2005 (ה"ח תשס"ה, 624):

... [הערכתם המקצועית של גורמי ביטחון היא כי הוראת השעה מהווה כלי יעיל לצמצום המעבר החופשי של תושבי האזור בין שטחי הרשות לישראל ולמניעת הפוטנציאל לסיכון ביטחוני חמור מצד אוכלוסיה זו.

115. יש טוענים כי האיסור הגורף שבחוק האזרחות והכניסה לישראל מהווה פגיעה קולקטיבית בכלל האוכלוסיה הערבית בישראל בשל פשעיהם של מעטים שמקום מושבם היה בעבר בתחומי האזור וכיום מתגוררים הם בישראל. נסכים, כמובן, כי פגיעה קולקטיבית תוצאתה היא קשה ופוגענית, וראוי לה למדינה דמוקרטית כי תימנע מאחוזי בה. סבורני, עם זאת, כי יש ולא נוכל להימנע ממנה. לעיתים, פגיעתם של מעטים היא כה רעה וקשה עד שעשויה היא להצדיק הגבלות קולקטיביות; בייחוד כך, במקום שלא ניתן לזהות ולאתר את אותם מעטים המבקשים להרע, ואילו הפגיעה הצפויה מצידם קשה וחמורה היא ביותר. אכן, כעוצמתה של הפגיעה המשוערת כן צעדי המנע הנדרשים. לענייננו שלנו נאמר, כי הפגיעה המצטברת הצפויה מפיגועי טרור הינה קשה והרסנית עד-למאוד: אנשים נרצחים, רבים אחרים נפצעים ונפגעים

ומתערערת תחושת היציבות ההכרחית לקיומה של חברה בכלל ושל חברה דמוקרטית בפרט. נסיבות אלו עשויות לחייב, לצערנו - בימי מלחמה כימינו אלה - הטלת מיגבלות שיש בהן כדי לפגוע במיקצתו של קולקטיב אזרחי ישראל הערבים.

116. תועלתו של חוק האזרחות והכניסה לישראל כמתכונתו כיום הוכחה בעליל. כן הוכחה מעלתה היתרה של המניעה הגורפת על פני בחינה פרטנית. אלא שאל-מול התועלת שהחוק בא עימו, ניצבת הפגיעה באותם אזרחי מדינה המבקשים להביא לישראל את בני-משפחתם תושבי האזור. לא נקל ראש בפגיעה זו, אלא שאתקשה לקבל את עמדתו של חברי הנשיא כי פגיעה זו מישקלה כבד ממישקלה של התועלת הנלווית אל החוק במתכונתו הנוכחית. ראשית לכל, נזכור כי במטרה למעט את הפגיעה באזרחי ישראל צימצמה המדינה את האיסור שנקבע בחוק במקורו, בהחילה אותו אך על אוכלוסיות שניסיון העבר לימד כי סיכוני הביטחון הנשקפים מהן הוא גבוה (יחסית). כך יצאו מגדר האיסור שבחוק גברים שגילם מעל 35 שנים ונשים שגילן מעל 25 שנים, וכמותם קטינים הצעירים מגיל 14 שנים. כן הורחבה האפשרות למתן היתר שהייה בישראל לקטינים שגילם מעל 14 שנים. בנוסף, ניתנה אפשרות ליתן היתר שהייה בישראל למטרות זמניות. על נתונים העומדים ביסוד קביעת גבולותיו של החוק עמדה המדינה בסעיף 37 לתשובתה מיום 6.11.2005:

הערכתם של גורמי הביטחון היא כי כ-90% מהמעורבים בפגיעי טרור הינם בין הגילאים 16 עד 35, וכמו כן כ-97% מהמחבלים המתאבדים הינם באותם הגילאים. 22 מתושבי האזור שקיבלו מעמד בישראל בעקבות איחוד משפחות, ושהיו מעורבים בפגיעי טרור נגד יעדים ישראלים, היו בין הגילאים 18 עד 35. באשר לנשים, רוב רובן של המעורבות בפגיעי טרור הינן בין הגילאים 17 עד 30. יצוין כי בשנת 2004, 36 נשים היו מעורבות בפגיעי טרור כאמור - מספר המהווה גידול ניכר במעורבות הנשים ביחס לשנות 2002 ו-2003.

כידוע גם קטינים מעורבים בעימות המזוין בין הפלסטינים לבין מדינת ישראל. בשנים האחרונות, מעל 30 קטינים בין הגילאים 12 עד 15 היו מעורבים בפגיעי טרור. מתוכם עשרה קטינים היו מעורבים בפגיעי התאבדות. עם זאת, יצוין כי 24 מן הקטינים שהיו מעורבים בפגיעי טרור היו בין הגילאים 14 עד 15, 7 מתוכם היו בין הגילאים 13 עד 14, ושניים מתוכם היו בין הגילאים 12 עד 13.

117. פועלו של האיסור שבחוק צומצם אפוא לאותן אוכלוסיות המהוות, על פי הערכת גורמי הביטחון, פוטנציאל גבוה יחסית לסיכוני ביטחון. בתוך אותן אוכלוסיות בעלות פוטנציאל סיכון גבוה אין ניתן לָפְּוֹת מראש מי יהווה ומי לא יהווה סיכון לביטחון, ומטעם זה הוחל איסור גורף על כלל בני אותן קבוצות גיל שנימנו בחוק. בה-בעת, הוצאו מכלל האיסור אוכלוסיות שעל דרך הכלל אין נשקף מהן סיכון לביטחון, אך בכפיפות לסיכונים ספציפיים לביטחון המדינה (סעיף 3 לחוק). צימצום זה של האיסור הגורף, כך מוסרת לנו המדינה, עשוי להפחית את היקף האוכלוסייה הנפגעת מן החוק בקרוב לשלושים אחוזים, וכאמור בהצעת חוק האזרחות והכניסה לישראל (הוראת שעה) (תיקון), תשס"ה-2005 (ה"ח תשס"ה, 624) 625:

הוספת הסייגים המוצעים להגבלות שבהוראת השעה יכול שתשיב לטיפול כ- 28.5% מסך הפניות לאיחוד משפחות של תושבי האזור ...

העותרים מבקשים בטיעוניהם לקעקע שיעור זה שמציגה המדינה, ולהציב תחתיו שיעור העומד על 12.3% ממבקשי הבקשות. שיעור זה, העותרים מסיקים מסטטיסטיקות כלליות שעניינן גיל הנישואין הממוצע בחברה המוסלמית. באין נתונים מוצקים יותר נתקשינו לקבל את עמדת העותרים ולהעדיפה על עמדת המדינה. יתר-על-כן, אף לו קיבלנו את עמדת העותרים באשר לשיעור הצימצום בפגיעתו של החוק, גם-אז לא היה בידינו לקבל את טענתם כי פגיעתו של החוק (המתוקן) גדולה מן התועלת שבו.

118. נוסף וניתן דעתנו כי חוק האזרחות והכניסה לישראל חוקק במתכונת של הוראת שעה שתוקפה נקבע לשנה, וכי ניתן להאריכו, מעת לעת, לתקופה שלא תעלה על שנה אחת בכל פעם. זמניות זו של החוק נודעת לה חשיבות. הלכה פסוקה היא מלפנינו כי "לא הרי חוק 'קבוע' כהרי חוק 'זמני' בבחינת חוקתיות החוק" (פרשת המועצה האזורית חוף עזה, 553), וכל הממעט בפסילתו החוקתית של חוק זמני, הרי זה משובח. ראו והשוו: בג"ץ 726/94 כלל חברה לביטוח נ' שר האוצר, פ"ד מח (5) 441, 486; בג"ץ 24/01 רטלר נ' כנסת ישראל, פ"ד נו(2) 699. טעמיה של ההלכה כוחם יפה בפרשה זו שלפנינו. טעמי ביטחון טעמים הם המשתנים מעת לעת, וקביעתו של החוק כחוק זמני פירושה הוא צימצום הפגיעה אך למקום שטעמי ביטחון מחייבים זאת. יתר-על-כן, זמניות זו תחייב את הממשלה ואת הכנסת לשקול בתדירות גבוהה את הוראות החוק

ואת תוצאות הפעלתן, ולהוסיף ולאזן מעת לעת בין זכויות שנפגעו לבין צורכי הביטחון של המדינה.

119. התיקונים שנערכו בחוק בתיקון שלשנת תשס"ה-2005, צימצמו באורח ניכר את הפגיעה בזכותם של אזרחי ישראל, אך חברי הנשיא ברק סבור כי "אין בתיקונים אלה – וגם לא באופיו הזמני של החוק – כדי לשנות את חוסר המידתיות באופן משמעותי" (פיסקה 92 לחוות דעתו). טעם הדבר: "רוב רובם של בני הזוג הישראלים שנישאו לבני זוג מהאזור ממשיכים להיפגע גם לאחר התיקונים שהוכנסו לאחרונה" (שם, שם). דעתי שונה. בבואנו לערוך איזון כנדרש במיבחן-המישנה השלישי שבמיבחן המידתיות - איזון בין תועלת לבין נזק - נדרשים אנו לבחון, בראש ובראשונה, האם איזן המחוקק באורח סביר וראוי בין הצרכים של יחידי הכלל לבין הפגיעה ביחיד, והאם התועלת שהושגה לכלל גדולה היא מן הנזק שנגרם ליחיד. ובלשון אחר: האם האיזון שאיזן החוק בין האינטרסים המושכים לצדדים איזון כה בלתי-ראוי הוא עד שקורא הוא לבית-המשפט להתערב במעשה החקיקה.

במקום זה - כבמיבחן המישנה השני - קנה המחוקק מרחב תימרון שניתן לכנותו "מיתחם המידתיות" או "מרחב תימרון חקיקתי", בו רשאי הוא "לבחור, על פי שיקול דעתו, בין תכלית (ראויה) לבין אמצעים (מידתיים)" פרשת המועצה האזורית חוף עזה, 551. ו"בית-המשפט יתערב רק כאשר האמצעי הנבחר חורג באופן משמעותי מגדריו של המיתחם, והוא בלתי מידתי באופן ברור" (פרשת מנחם, 280). "עוד נזכור כי לא במהרה יתערב בית-המשפט ויבטל הוראת חוק שיצאה מבית המחוקקים. גם אם נמצא לנו כי ישנו פתרון עדיף על זה שבחר בו המחוקק, לא יתערב בית-המשפט אלא אם חרג המחוקק ממיתחם המידתיות" (בג"ץ 4915/00 רשת חברות תקשורת והפקות (1992) בע"מ נ' ממשלת ישראל, פ"ד נד(5) 451, 466). בית-המשפט אינו נותן את שיקול דעתו תחת שיקול דעתו של המחוקק ואין הוא עוסק בבחירתם ובבחינתם של אמצעים שלא נתקבלו על דעתו של המחוקק. תפקידו של בית-המשפט הוא לזהות את גבולות מרחב הפעולה שניתנו למחוקק - על פי החוקה או חוקי היסוד - ולבחון האם אמצעי שבחר בו המחוקק נופל במרחב זה. ובקביעת גבולותיו של אותו מרחב פעולה שניתן למחוקק יבחן בית-המשפט את עוצמת הזכויות והאינטרסים המושכים לצדדים - זכויות ואינטרסים הנותנים חיות לחוק, מזה, וזכויות הנפגעות מן החוק, מזה - וכמותם לנסיבות ולאינטרסים המעורבים במקרה העומד לדיון. וכפי שנאמר: "בהחילנו את עילת המידתיות נזכור ... [אפוא], כי כעוצמת הזכות הנפגעת או כעוצמתה [של] הפגיעה בזכות כן תהא עוצמת הקפדתנו עם הרשות בעילת המידתיות" (פרשת סטמקה, 777). ראו עוד: בג"ץ 450/97 תנופה שירותי כוח אדם ואחזקות בע"מ נ' שר העבודה

והרווחה, פ"ד נב(2) 433, 452; פרשת לשכת מנהלי ההשקעות בישראל, 387-389; עע"מ 4436/02 תשעים הכדורים - מסעדה, מועדון חברים נ' עיריית חיפה, פ"ד נח(3) 782, 812-813.

120. בענייננו שלנו מדברים אנו בזכות לקיים חיי משפחה, והיא זכות שעוצמתה רבה וקרינה חזקה בוקעת מתוכה (פרשת סטמקה, 782). כנגד זכות בת-עוצמה זו, ניצבת עומדת זכות שאף-היא בת-עוצמה רבה, הלא היא זכותם של כלל התושבים לחיים ולביטחון. אכן, טיעונים הנסכים על "חיים" ועל "ביטחון", אין בהם עצמם כל קסם, ונטל הוא המוטל עלינו לבוחנם ולבודקם היטב-היטב ומקרוב. ואולם, ניסיון העבר הוכיח כי מדברים אנו באמת מן החיים. כי ענייננו הוא בחיים. בחיים ובמוות. בזכותם של תושבי המדינה לחיות. לחיות בביטחון. זכותו זו של היחיד לחיים ולביטחון עוצמה רבה לה. ראשונה במלכות היא במיסדר זכויותיו של היחיד, וברי כי מישקלה הכבד יש בו כדי להשפיע באורח מכריע על האיזון שבין הנזק לבין התועלת. זכות זו לחיים שהיא תכלית החקיקה, בכוחה להורותנו כי המיתחם שבתוכו ייערך מעשה האיזון יהיה מיתחם רחב למדי.

121. יתר-על-כן: נזכור כי אין אנו מדברים בפגיעה בליבתה של הזכות לנישואין ולחיי-משפחה. אזרחי המדינה רשאים להינשא כרצונם לתושבי השטחים. איש לא שלל מהם זכות זו. איש אף לא מנע מהם לחיות חיי זוגיות ואהבה עם בני-משפחתם וילדיהם. הזכות לנישואין ולחיי משפחה במובנה הצר והגרעיני לא נפגעה, ואדם והמבקש לחיות עם אשתו וילדיו יוכל לעשות כן. אלא שלעת הזו - לעת מלחמה - ומטעמים של ביטחון הציבור, הוגבל מימוש הזכות בתוככי מדינת ישראל. בני הזוג יוכלו לממש את זכותם לנישואין ולהקמת משפחה במקום שבו אין צפויה סכנה לתושבי ישראל ולאזרחיה. יכולים ורשאים הם לממש את זכותם לחיי משפחה בישראל אם נמנים הם עם קבוצות הגילאים המנויות בחוק, ואולם אין הם יכולים לקיים חיי משפחה בישראל אם נמנים הם עם קבוצות הגיל מהוות סיכון פוטנציאלי לא קטן לחייהם ולביטחונם של אזרחי ישראל. ברי כי הגבלת היכולת לממש זכות לקיום חיי משפחה בישראל פוגעת באזרח הישראלי, ברם פגיעה זו פגיעה מצומצמת היא ונדרחית היא מפני זכותם של אזרחי ישראל ותושביה לחיים ולביטחון.

122. כנגד זכותם של מיקצת אזרחי המדינה לממש את זכותם לנישואין ולחיי משפחה בישראל ניצבת, אפוא, זכותם של כלל התושבים לחיים ולביטחון. נתבונן בארבעים וחמש המשפחות שקיפחו את יקיריהן; נוסיף ונתבונן במאה עשרים וארבע המשפחות המטפלות בבנים ובכנות שנפצעו; נתבונן היטב בכל אלה ונשאל: האם

תרומתו של החוק אינה תרומה ראויה? האם תוספת הביטחון - ביטחון לחיים - שנותן בידינו האיסור הגורף אל-מול בדיקה פרטנית שכוחה מוגבל, אינה ראויה? ונזכור: נתונים של-עבר עניינם בשנים של טרם-גדר-הביטחון, וידענו כי בנייתה של הגדר מהווה אחד התמריצים העיקריים לגיוסם של תושבי אזור המחזיקים בתיעוד ישראלי - תיעוד המאפשר להם לנוע בחופשיות בתוככי ישראל ובין האזור לבין ישראל - לאירגוני הטרור.

123. לא מן המותר יהא אם נזכיר ונדגיש, כי בחוק האזרחות והכניסה לישראל - הן במקורו הן לאחר שתוקן - נקבעו הוראות מעבר אשר נועדו להקל על אותם מתושבי האזור אשר החלו בהליכים לרכישת מעמד בישראל עובר לחקיקת החוק ובטרם נתקבלה החלטת ממשלה מס' 1813 (מיום 12.5.2002) שקדמה לחוק. ובלשונו של סעיף 4 לחוק (כנוסחו היום):

הוראות מעבר
4. על אף הוראות חוק זה-

(1) רשאי שר הפנים או מפקד האזור, לפי העניין, להאריך את תוקפו של רישיון לישיבה בישראל או של היתר לשהייה בישראל, שהיו בידי תושב אזור ערב תחילתו של חוק זה בהתחשב, בין השאר, בקיומה של מניעה ביטחונית כאמור בסעיף 33;

(2) רשאי מפקד האזור לתת היתר לשהייה זמנית בישראל לתושב אזור שהגיש בקשה להתאזרחות לפי חוק האזרחות או בקשה לרישיון לישיבה בישראל לפי חוק הכניסה לישראל, לפני יום א' 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 רישיון לישיבת ארעי או לישיבת קבע, לפי חוק הכניסה לישראל.

הוראות מעבר אלו יש בהן כדי למעט מפגיעתו של החוק במיקצת אזרחי-ישראל שנישאו לתושבי האזור לפני החלטת הממשלה ובהסתמך על המדיניות שקדמה לה. כך, למשל, אזרח-ישראל שבן-זוגו תושב האזור זכה למעמד בישראל לפני החלטת הממשלה ימשיך להיות בישראל עם בן-זוגו הזר חרף הוראות החוק (בכפיפות לטעמי ביטחון; סעיף קטן (1)). גם שכנו, אזרח-ישראל שנישא לתושב האזור ובן-זוגו הגיש

בקשה לחיות בישראל בטרם נשתנתה המדיניות, יוכל, על דרך העיקרון, להמשיך ולשהות בישראל, הגם שלא יוכל לזכות באזרחות ישראל, ברישיון לישיבת קבע או ברישיון לישיבת ארעי (סעיף קטן (2)).

בתשובתה מיום 7.2.2006 הודיעה אותנו המדינה כי לעת החלטת הממשלה (ביום 12.5.2002) היו תלויות ועומדות 16,007 בקשות לקבלת מעמד בישראל. נדע מכאן, כי יש בהן בהוראות המעבר כדי לפתור - ולו חלקית - עניינם של למעלה משישה-עשר אלף זוגות, בכפיפות, כמובן, לשיקולי ביטחון. הנה-כי-כן, הוראות-המעבר מצמצמות באורח משמעותי את הפגיעה באזרחי ישראל שנישאו לפני שינוי המדיניות והסתמכו על המדיניות הקודמת. אשר לאזרחי ישראל שנישאו לתושבי אזור לאחר החלטת הממשלה או לאחר חקיקתו של חוק האזרחות והכניסה לישראל, חזקה עליהם כי ידעו שבני זוגם תושבי האזור לא יותרו להיכנס לישראל, ואין עניינם דומה לעניינם של מי שנישאו בטרם נחקק החוק.

124. דעתי היא אפוא כי החוק עובר את מיבחן המידתיות במובנו הערכי, כשם שעובר הוא את שני מיבחני המידתיות האחרים.

סיכום

125. סיכום הדברים הוא אפוא זה, שחוק האזרחות והכניסה לישראל חוק הוא שאין בו פגם או סירכה והמסקנה הנדרשת מכך היא שדין העתירות דחייה.

הוראת טל למקרים הומניטאריים

126. חרף דברים שאמרנו למעלה, נבקש להוסיף ולציין כי טרדה את דעתנו היעדרה של הוראה שנועדה למקרים הומניטאריים מיוחדים. לשון אחר: חסרה בו בחוק הוראת-חריג שלפיה יותר לו לשר הפנים - משנמצא לו צורך הומניטארי מיוחד ומשהוסר כל חשד לסיכון ביטחון - לשקול מתן היתר לכניסתו של תושב האזור לישראל. חסר זה אין בו אמנם כדי להביא לביטול החוק, ברם דומה שראוי לה למדינה כי תשקול להוסיף לחוק חריג מעין זה, במתכונת זו או אחרת. וכפי שנאמר בפרשת סטמקה, שם, 794: "מדיניות נעדרת חריגים כמוה כמכונת-מְסָבִים בלא שֶמֶן לְהִסְיָהּ. מה זו האחרונה לא תפעל ותישרף במהרה, כן דין המדיניות".

127. דעתי היא כי יש לדחות את העתירות.

ויהי אחר הדברים האלה

128. עיינתי עיין היטב בתגובתו של חברי הנשיא ברק לחוות דעתי, ובוודאי לא אפתיע איש באומרי שעל עומדי אנוכי עומד. בחוות דעתו העיקרית הסביר חברי את עמדתו הסבר-היטב, וגם אם חידד ושייף עתה היבטים אחדים - היבטים חשובים - בהשקפתו, זעיר-שם זעיר-שם, העיקרים נותרו נטועים על מקומם. כך גם עיקרים עליהם בניתי אנוכי את חוות דעתי.

129. על ציר עיקרי זה סבים חילוקי הדעות בין חברי הנשיא לביני: האם יש להם לאזרח או לאזרחית ישראל זכות מן החוקה - זכות הנטועה בחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו - לחיות חיי משפחה בישראל עם בני-זוגם שאינם ישראלים לרבות עם ילדם או עם ילדיהם של בני הזוג. חברי סובר כי עומדת לו לאזרח ישראל זכות זו מן החוקה. שלא כחברי, דעתי היא כי זכות זו לחיי משפחה, ככל שהיא בנמצא, מן החוק באה היא - מן החוק ולא מן החוקה. מדעות נפרדות אלו שלנו היסקנו - כל אחד מאיתנו - מסקנות שהיסקנו, והכל נאמר ונכתב באריכות, אפשר אף באריכות-יתר.

130. עיקר חילוקי הדעות התורתיים בין חברי לביני נסבים על תחומי פרישתו של מושג כבוד האדם שבחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו, ועל היחס בין זכות יסוד זו לבין הוראות פסקת ההגבלה. חברי מבקש לפרוש את זכויות היסוד המנויות בחוק היסוד כמעט עד-בלי-די תוך שהוא משליך יהבו לריסון על פסקת ההגבלה, ואילו אני דעתי היא, שגם בשלב הראשון של קביעת תחום פרישתן של זכויות היסוד עלינו להביא במנין יסודות-עומק חברתיים שיש בהם כדי להשפיע על גבולותיה של זכות היסוד. הנה-כי-כן, כך אומר חברי (בפיסקה 107 לחוות דעתו):

אינני גורס כי יש למתוח את זכויות היסוד לכל עבר. הנני גורס כי יש ליתן להן פרשנות תכליתית. פרשנות זו אינה מצמצמת ואינה מרחיבה. זו פרשנות המשקפת את הבנתה של החברה הישראלית את מהותן של זכויות

האדם, על פי המבנה החוקתי שלהן ועל פי המידות
 החוקתיות שנקבעו להן בחוקי היסוד, הכל תוך
 התחשבות בערכי ובבסיסי, ותוך דחיית הארעי והחולף
 ...

ואני אעמוד ואשאל: מנין לו לחברי כי "הכנתה של החברה הישראלית" היא, כי קנויה
 לו לבן-זוג ישראלי זכות חוקתית - ודוק: זכות חוקתית, לא אך זכות מן החוק - לחיות
 חיי משפחה בישראל עם בן זוג שאינו ישראלי, דהיינו: כי זכות חוקתית היא לאזרחי
 ישראל להביא עימם בני-זוג מארץ-חוץ ולהשתקע עימם בארץ? אף אתה אמור:
 חברי סובר כי כך ראוי שיהיה, ומתוך שלא נאמר אחרת - הראוי הוא אף המצוי. ואילו
 אני אומר, כי יסודות-עומק, יסודות אוניוורסליים המשותפים לכלל עמי העולם ועימם
 יסודות המאפיינים את ישראל והמייחדים אותה מכל העמים, יש בהם כדי לקבוע
 גבולות גם לזכות היחיד לחיות חיי משפחה בישראל עם בן זוג הזר; מכל מקום, ככל
 שהמדובר הוא בזכות חוקתית. בימינו ובמקומנו, דומה עלי שראוי, מעיקרו של דין
 ומעיקרה של חוקה, כי בשאלה זו יכריע הגוף המוסמך להעניק חוקה לישראל.

131. אשר לסיכונים שהביאו את הכנסת לחוקק את חוק האזרחות והכניסה לישראל:
 גם אם אמרנו - ואכן נ'אמר - כי קיומה של דמוקרטיה ושמירת זכויות אדם כרוכים
 בסיכונים, לא אסכים - ולא יהא זה סביר, לדעתי, שאתבקש להסכים - כי נטיל על
 עצמנו סיכוני-חיים שעוצמתם וסיכויי התרחשותם משמעותיים כבענייננו. המאבד נפש
 אחת מן העולם מַעַלֵּין עליו כאילו איבד עולם מלא, וידענו כי נפשות רבות קופחו עקב
 סיכונים שנטלה המדינה על עצמה עד לחקיקתו של חוק האזרחות והכניסה לישראל.

אומר חברי (בפיסקה 114 לחוות דעתו):

חברה החפצה לשמור על ערכיה הדמוקרטיים והמבקשת
 לקיים משטר דמוקרטי גם בתקופת טרור ולחימה, אינה
 רשאית להעדיף את הזכות לחיים בכל מקרה בו היא
 מתנגשת עם השמירה על זכויות האדם. חברה דמוקרטית
 נדרשת למלאכה המורכבת של האיזון בין הערכים
 המתנגשים. איזון זה, מעצם טבעו, כולל בתוכו מרכיבים
 של סיכון ומרכיבים של הסתברות...

על דברים אלה של חברי אבקש להעיר זאת: אסכים כי חברה דמוקרטית נדרשת
 למלאכת איזונים ולבחינתם של סיכונים והסתברויות להתממשותם של סיכונים. אלא
 שכך היה גם בענייננו, שהכנסת - הרשות המחוקקת - נדרשה למלאכה המורכבת של

איזון בין הערכים המתנגשים, איזון שהביא במנין מרכיבים של סיכון ומרכיבים של הסתברות שלחוות-דעתם של גורמי הביטחון אין הם מבוטלים כלל ועיקר. הכנסת - הרשות המחוקקת בישראל - איזנה אפוא כסמכותה בין הזכות לחיים לבין זכויות אחרות, ולאחר שבחנה סיכונים והסתברויות גיבשה נוסחה שגיבשה בחוק וקבעה מי יותרו להיכנס לישראל - חרף הסיכון וההסתברות כי יפגעו בתושבי המדינה - ומי יימנע מהם להיכנס לישראל בשל כך שההסתברות כי יפגעו בתושבים גבוהה הוא יתר-על-המידה. כך קבעה הכנסת, ואינני סבור כי ראוי שנהפוך את החלטתה על פיה.

ועוד: ה"זכות לחיים" כה נעלה היא, עד שבמלאכת האיזונים ובבחינת הסיכונים זוכה היא למשקל גבוה במיוחד. כך הוא בוודאי במקום שבו עומדים בסיכון חייהם של רבים, והפגיעה בחיים יש בה כדי לערער את תחושת היציבות והביטחון במדינה. בהציבנו את הסיכונים המוכחים לחיים כנגד זכויות אחרות - בענייננו זכותו (כנטען) של איש ישראל לחיות חיי משפחה בישראל עם בן-זוג זר - תגבר זכות אחרונה רק אם הפגיעה בה פגיעה קשה וכבדה היא בעוד אשר ההסתברות לפגיעה בחיים הסתברות היא שאינה משמעותית. ולא זה המצב בענייננו.

132. אשר לקביעת גיל מינימלי של 35 לגבר ו-25 לאישה כהיתר להיכנס לישראל בכפיפות לבדיקה אינדיווידואלית, אומר חברי (בפיסקה 112):

אם בדיקה אינדיבידואלית ראויה היא, מבחינת הסיכונים שיש לקחתם בדמוקרטיה המתגוננת שלנו, בהגיע בן הזוג הזר לגיל 35 ובת הזוג לגיל 25, מדוע היא הופכת לבלתי ראויה, מבחינת הסיכונים, כאשר הם טרם הגיעו לגילים אלה?

ובהמשך:

אילו העמדנו לנגד עינינו את חיי האדם, ואותם בלבד, היינו חייבים להגיע למסקנה כי יהא גילם של בני הסוג הזרים אשר יהא, יש לקיים לגביהם איסור גורף; היינו חייבים גם לקבוע כי אין להתיר איחוד משפחות, בלי קשר לשאלה מתי הוגשה הבקשה; היינו חייבים גם לקבוע כי אין להתיר כלל כניסתם של עובדים מהאזור. אך לא כך נקבע בחוק האזרחות והכניסה לישראל. אם המדינה מוכנה היתה ליטול את הסיכונים לחיי אדם שמדיניותה - הנמנעת מאיסור גורף והמסתפקת בבדיקה אינדיבידואלית - גורמת ביחס לבני זוג מעל הגילים 35 ו-25; ואם המדינה מוכנה היתה ליטול את הסיכונים

שבמתן היתרי כניסה לבני זוג אשר הגישו בקשתם לפני המועד הקובע; ואם המדינה היתה מוכנה ליטול את הסיכונים שבהתרת עובדים מהאזור לישראל תוך הסתפקות בבדיקה אינדיבידואלית, אות הוא כי הסיכון הנובע מהסתפקות בבדיקה אינדיבידואלית אינו כה גדול, עד שיש בו כדי להצדיק את הפגיעה הקשה בחיי המשפחה של בני הזוג הישראליים.

אני חולק על ארגומנטציה זו, שהרי לעולם ניתן להיטיב במידתיות הפגיעה בטענה כי קביעתם של קווי-גבול גורפים מרחיבה את הפגיעה בזכות יתר-על-המידה. כך, למשל, נוכל לשאול, בדרכו של חברי: אם נכונה המדינה ליטול על עצמה סיכוני חיים בהתרתה של נסיעה במהירות של 90 קמ"ש, מדוע לא תקבע גבול של 91 קמ"ש? 92 קמ"ש? וכן הלאה. כך לעניינים אחרים, כגון להתיישנות, לגיל בגירות ועוד. "אלא שזה דינם של זמנים, של מידות, של מישקלות, של מרחקים ושל עוד כיוצא באלה מושגים מדידים, שבקצה קצהם גבולותיהם הם שרירותיים משהו. והדברים ידועים. עיינו ערך: ר' ירמיה" (ע"פ 3439/04 בזק (בוזגלו) נ' היועץ המשפטי לממשלה, טרם פורסם, בפסקה 24 לפסק הדין). אכן, תיחומם של מושגים מדידים הוא חלק מהוויית המשפט, והשאלה אינה אלא שאלה של סבירות בנסיבותיו של נושא זה או אחר, ובנושא שלפנינו, בעיקר - גם בשאלות של סיכונים וסיכויים. אשר לעניינינו-שלנו, הוסבר לנו הסבר-היטב מה טעם נקבעו הגילים 35 ו-25 לכניסתם של בני זוג זרים לישראל והדברים פורטו למעלה בהרחבה (ראו פסקה 116 לעיל). מכל מקום, אם נכונה המדינה ליטול סיכונים מסוימים על עצמה, הנבוא אנו בטענה ונאמר לה מה טעם לא נטלת על עצמך סיכונים גדולים יותר? ועל כל אלה: הכנסת והממשלה סברו, על-פי ייעוצו של שירות הביטחון, כי סיכונים אלה ואלה לחיי אדם ראוי לה לדמוקרטיה הישראלית כי תיטול על עצמה לשמירה על זכויות היסוד של היחיד, וכי סיכונים אלה ואלה לחיי אדם אין זה ראוי לה לדמוקרטיה בישראל כי תיטול על עצמה. הנמצא לו לבית המשפט - בתיתו דעתו, בין השאר, לעקרון הפרדת הרשויות - טעם ראוי להפוך החלטת-חוק זו על פיה? התשובה לשאלה היא, לדעתי, בשלילה.

133. ביני לבני הגיעוני חוות-דעתם של חבריי השופטת פרוקצ'יה והשופט ג'ובראן וביקשתי לומר על חוות-דעת אלו דברים אחדים.

134. חבריי, כל אחד מהם בדרכו ובסגנונו, רומזים בחוות-דעתם כי אפשר תכליתו של החוק לא היתה תכלית ביטחונית - למיצער: לא היתה אך תכלית ביטחונית; כי לעת חקיקת החוק אפשר עמדה נגד עיני המחוקק אף תכלית של דמוגרפיה (ראו פסקה 14 לחוות דעתה של השופטת פרוקצ'יה ופסקה 24 לחוות-דעתו של השופט ג'ובראן). חברי השופט ג'ובראן אינו מסיק מדברים אלה כל מסקנה שהיא, ואילו חברתי השופטת פרוקצ'יה סוברת כי "גם אם אין בו [בשיקול הדמוגרפי] כדי לשלול את אמינות השיקול הביטחוני, אפשר שיש בו כדי להקרין על משקלו ועוצמתו".

135. עמדה זו של חבריי נשללה מכל-וכל בחוות-דעתו של חברי הנשיא ובחוות דעתי שלי, ואף עתה מתקשה אני לקבל את עמדתם של חבריי. הצעת החוק, הוראות החוק, תיקוני החוק, ועל כל אלה - טיעוני המדינה לפנינו, כל אלה מורים כולם באצבע על-כי תכליתו של החוק תכלית ביטחונית היא. חילופי הדברים שנשמעו בכנסת לעת חקיקתו של החוק אין בהם כדי לשנות תכלית זו. יתר-על-כן: הנושא הדמוגרפי לא נדון כלל על-ידינו וממילא לא נדרשנו להכריע בו. מה טעם אפוא מזכירים חבריי נושא זה בחוות-דעתם? מה טעם מצאו חבריי להידרש לנושא על-דרך של נוגע-לא-נוגע ולהעיב על דיוננו בעננה? ואם לא שמענו טיעונים מלאים בנושא השיקול הדמוגרפי, כיצד נדע מה מישקלו של שיקול זה במיכלול השיקולים? אכן, אם ביום מן הימים תחקוק הכנסת חוק הגירה שאחת מתכליותיו תהא שמירת הרוב היהודי במדינת ישראל, אפשר יידרש בית-המשפט לדיון-עומק בשיקול הדמוגרפי. ובית-המשפט ידון בנושא ויוכל לו. אלא שאין זה המצב בענייננו, שהרי לא נדרשנו לדון באותו נושא.

136. ועוד זאת: חברתי השופטת פרוקצ'יה מרחיבה דברים על אודות פסיקתו של בית-המשפט העליון בארה"ב בפרשת Korematsu, ולאחר שהיא מאפיינת את הפסיקה באותו מקרה כפסיקה ה"נחשבת בעיני רבים לאחת מן האפיוזודות האפלות ביותר בהיסטוריה החוקתית של מדינות המערב", מוסיפה היא כי "הרוח המנשבת ברקע התפיסה החוקתית שהוחלה שם בדעת הרוב אינה זרה לטענות שנשמעו מפי המדינה בסוגיה שלפנינו", וכי "נישמר אנו מעשיית טעויות דומות". להזכירנו כי טענותיה של המדינה נתקבלו על דעתי ועל דעתם של מיקצת מחברי אף הם. ההיסטוריה האנושית כר נרחב היא למבקש לערוך השוואות, חלקן ראויות וחלקן שאינן ראויות. ואולם כבית-משפט נטל הוא המוטל עלינו ללמוד מן ההיסטוריה ולהימנע מטעויות העבר. אלא שבלימוד זה נדרשים לדוק פורתא ולבחון נסיבותיו של כל מקרה ומקרה לגופו פן נחטא לאמת ולמציאות החיים המורכבת שלפנינו. אשר לענייננו-שלנו, המרחק בין אותה פרשה היסטורית קשה עצובה לבין ענייננו-שלנו מרחק שנות אור הוא ומקובלת

עלי, בהקשר זה, עמדתה של חברתי השופטת נאור. די אם נזכיר כי בפרשת Korematsu דובר בשלילת חירותם של למעלה ממאה אלף אזרחי ארה"ב מבלי שהוכחו סיכוני ביטחון הנשקפים מהם. ענייננו-שלנו הוא, נזכור, במניעת כניסתם אזרחים זרים שעה שהוכחו סיכוני ביטחון ואזרחי ישראל רבים נרצחו ונפגעו. ההבדל בין המקרים כה זועק הוא עד שאין צורך להרחיב בו.

המישנה לנשיא (בדימ')

השופטת ד' ביניש:

1. ההכרעה בעתירות שלפנינו היא מן הקשות שבהכרעות שהונחו לפתחנו בשנים האחרונות. בכתבתם המקיפה צועדים חברינו, הנשיא א' ברק והמישנה לנשיא (בדימ') מ' חשין, בנתיבים שונים בהליך בדיקת חוקתיותו של חוק האזרחות והכניסה לישראל (הוראת שעה), התשס"ג-2003 (להלן: החוק או חוק האזרחות והכניסה לישראל) וכל אחד מהם מגיע, בהתאם למסלולו, לתחנה שונה בסופה של הדרך.

2. אציין כבר בראשית הדברים, כי באשר לאופן בחינת חוקתיותו של החוק, איני רואה מסלול אחר מזה שהתווה ופרט הנשיא ברק בפסק דינו, על שלביו השונים של מסלול זה. למען הבהרת עמדתי אחזור על דרך ההילוך המשפטי בתכלית הקיצור. בשלב הראשון של הבחינה החוקתית נבחנת קיומה של הזכות לחיי משפחה באספקלריה של חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו. השאלה הנשאלת בשלב זה היא האם אכן קיימת בשיטתנו זכות יסוד לחיי משפחה כחלק מהזכות לכבוד האדם. משהכרנו בקיומה של הזכות, אשר כבר הוכרה בפסיקתנו בשורה של פסקי דין, צועדים אנו לעבר השלב הבא של הבחינה החוקתית ובו נבחנת פגיעתו של החוק נשוא העתירה בזכות המוגנת של האזרח הישראלי, על פי אמות המידה של פסקת ההגבלה.

מסקנתי באשר לתוצאה המתחייבת מהצעידה במסלול זה היא כי החוק במתכונתו הנוכחית, בהיקפו הגורף והכוללני, אינו יכול לעמוד בשל הפגיעה הבלתי מידתית שבו בזכות לחיי משפחה ובשל הפגיעה בזכות לשיוויון.

בהגיענו למסקנה המשפטית האמורה לא נעלם מאיתנו מאבקה הקשה של מדינת ישראל נגד הטרור שאינו יודע גבולות. כשופטים וכאזרחי המדינה חיים אנו בלב-ליבה של המציאות וההוויה הקשה של הטרור ואיננו עוצמים עינינו ולו לרגע אל

מול מציאות זו. על ערכיה הדמוקרטיים של מדינת ישראל מבקשים אנו להגן מתוך המציאות איתה מתמודדת המדינה ולא מתוך התעלמות ממנה.

3. בעתירות שלפנינו נדרשנו לבחון אם חוק האזרחות והכניסה לישראל פוגע שלא כדין בזכותם של אזרחים ישראלים המבקשים לקיים חיי משפחה עם בן-זוג זר שהוא תושב האזור. יאמר תחילה, כי שותפה אני לנקודת המוצא של השופט חשין בפסק דינו לפיה כל מדינה רשאית להגביל ולהסדיר את דיני ההגירה אליה ואף בני-זוג של אזרחי מדינת ישראל לא קנו להם זכות אוטומטית להגר למדינת ישראל ולרכוש בה מעמד עקב נישואין. נראה, כי אין בינינו מי שחולק על כך שהמפתח למתן מעמד לזרים בישראל הוא בידי המדינה ולא בידי כל אחד מאזרחיה. יחד עם זאת, פסיקתנו כבר הכירה בעבר בזכותו של האזרח לכך שבקשתו להתאחד בישראל עם בן-זוגו הזר ולקיים עמו תא משפחתי תיבחן ותישקל באהדה בהעדר מניעה ביטחונית, פלילית או מניעה אחרת. איני רואה סתירה בין נקודת המוצא האמורה לבין המסקנה אליה הגענו לעניין חוקתיותו של החוק שהובא לביקורתנו השיפוטית. החוק אינו מבסס עצמו על מדיניות ההגירה של מדינת ישראל ולא על האינטרס והיכולת שלה לקלוט זרים אלא על צרכיה הביטחוניים בלבד. תכליתו של החוק, כפי שהובררה לנו גם בטיעונה המקיף של באת-כוח המדינה, מעוגנת בצורך הביטחוני, לעת הזאת, למנוע סיכון שמקורו, לשיטת המדינה, בכניסתם לישראל של תושבי האזור ובהם אלה אשר בני-זוגם הישראלים מבקשים לקיים עמם חיי משפחה. החוק מושתת על הנחה כוללת וגורפת לפיה סכנה ביטחונית נשקפת למדינת ישראל מכניסתם של בני-הזוג הפלסטינים אליה ומהאפשרות שיינתן להם מעמד בישראל. לפיכך נקבע בו כי יש לאסור את הכניסה של בני-הזוג מהאזור אף ללא בחינה פרטנית של עצם קיומו של סיכון כזה ואף ללא בחינת פוטנציאל הסיכון באופן קונקרטי. השאלה שלפנינו היא, אפוא, אם הוראות החוק שנחקקו על סמך הנחה זו עומדות במבחן החוקתיות, או, שמא מתקיימת בהן פגיעה בלתי מידתית בזכויות אדם, שאינה עומדת בפני הביקורת החוקתית.

4. נוכח תכליתו הביטחונית של החוק נראה כי שוב נדרש בית משפט זה לבחון מהי נקודת האיזון הראויה בין האינטרס הביטחוני המובהק להגן על חיי אזרחי המדינה ותושביה לבין ההגנה על זכויות האדם. בחינת האיזון הראוי בין שני קטבים אלה היא מלאכה קשה שבית משפט זה הורגל בה משך כל שנות קיומו. מאז הקמת המדינה עומדות רשויותיה וממשלתה של ישראל בפני הצורך להגן על ביטחונה וביטחון אזרחיה, צורך אשר מחייב לא אחת פגיעה בזכויות היסוד של האדם לשם קיום הביטחון וההגנה על החיים. משך שנים התמודדה פסיקתנו עם המתח בין שני קטבים אלה ויכלה לו. מתח זה הלך וגבר בשנים האחרונות מטעמים הנעוצים במצב הביטחוני

הקשה מצד אחד ומטעמים הנעוצים בעיגונן של זכויות היסוד של האדם כזכויות חוקתיות על-חוקיות מהצד האחר. אולם, עוצמתו של המתח אינה יכולה לשחררנו מהצורך להפעיל את ביקורתנו השיפוטית ולבחון את חוקתיות החוק גם כאשר נתוני הפתיחה קשים.

אכן, מאז ספטמבר 2000 נתונה ישראל למתקפת טרור אכזרית שגבתה מחיר דמים כבד. מתקפת הטרור לא פסחה על אזרחים תמימים, משפחות, נשים וטף, קשישים וצעירים, ורבים היו קורבנותיה. אימי הטרור עדיין מסכנים חיי אדם בישראל ומרחפים כצל כבד בכל יום ובכל מקום. כשעובדה זו לנגד עינינו לא נרתענו מלבחון ולהכריע בשאלות הנוגעות לאיזון הראוי ולהכרעה בדבר מידתיותם של אמצעים שנקטה ישראל במאבקה נגד הטרור וביניהם שיטות החקירה של שירות הביטחון הכללי, חוקיות המעצרים ותנאי המעצר, העתקת מקום מגורים של משפחות של טרוריסטים, הקמת גדר הביטחון ועוד עניינים רבים. כל הכרעותינו מעוגנות בהשקפה הבסיסית כי זכויות האדם מתקיימות בימי מלחמה כבימי שלום. נקודת האיזון הראויה לשם הגנה עליהן היא שנעה ומשתנה בימים של מאבק ולחימה.

5. כאמור, קושי נוסף להכרעתנו נובע מכך שזכויות היסוד מעוגנות כיום בחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו וביקורתנו השיפוטית בעניין שלפנינו משתרעת לא רק על מעשי הממשלה אלא גם על חקיקת הכנסת. גדריה של ביקורת זו מתוחמים כידוע רק למקום שבו פגע המחוקק בזכות המוגנת בחוק היסוד ומכאן מרכזיותה של השאלה אם אכן הזכות לקיום חיי משפחה נכללת בזכויות אלה, כנגזרת מהזכות לכבוד. בהפעלת הביקורת השיפוטית על חקיקת הכנסת מביאים אנו בגדר שיקולינו את מידת הריסון והאיפוק שאנו מחויבים בהם כלפי חקיקה של הכנסת. בשים לב לכך שהחוק נחקק כהוראת שעה, המתנו פעמים מספר לכך שעם תפוגת תוקפו של החוק תישקל מחדש עצם הארכתו או מתכונתו, אם וכאשר יחודש. ציפינו, כי המחוקק יקבע נקודת איזון חדשה, גם אם ישוב ויחליט על הותרת החוק המגביל כניסת בן-זוג של ישראלי על כנו. החוק אכן הוארך ואף תוקן לאחרונה ב-1.8.05 באופן ששונתה בו ההתייחסות לתושבי האזור שהם מעל גיל 35 ולתושבות האזור שהן מעל גיל 25. דא עקא, לא היה בתיקון האמור כדי לחסוך מאיתנו את הצורך להפעיל את ביקורתנו השיפוטית. מתכונתו הבסיסית של החוק נותרה כשהיתה כוללנית, גורפת וללא מנגנון לקיום בחינה פרטנית על בסיס אינדיבידואלי, והאפשרות כי יוארך תוקפו של החוק פעם נוספת לא נשללה. בנסיבות אלה, נותרה ההכרעה מונחת לפתחנו ומשמנינו את העקרונות המנחים את דיונו, עלינו להשקיף על השאלה הטעונה הכרעה תוך הבאתם של העקרונות הללו בגדר שיקולינו.

6. המחלוקת בין חבריי נעוצה בראש ובראשונה בשאלה העקרונית והיא, האם הוראות חוק האזרחות והכניסה לישראל פוגעות בזכות יסוד מוגנת. כאמור, רק קביעה כי כך הדבר תוביל אותנו לצעידה במסלול בחינת חוקתיותו של החוק, על פי פיסקת ההגבלה.

נראה בעיניי כי אין מחלוקת של ממש בשאלת עצם קיומה של הזכות לקיום חיי משפחה במובנה הגרעיני והמצומצם של הזכות הבסיסית של האדם לבחור בבן-זוגו או בבת-זוגו לחיים ולמש מש את קיום התא המשפחתי. השאלה היא, כמובן, האם זכות זו נגזרת מהזכות לכבוד האדם. בענין זה כבר נקטנו בעבר עמדה כי הזכות לנישואין ולחיי משפחה זכות יסוד היא לאזרח הישראלי הנגזרת מהזכות לכבוד. מכיוון שהנשיא ברק הביא את סיכומה של עמדה זו בפסק דינו אבקש להפנות כתזכורת בלבד לפסק הדין בענין סטמקה (בג"ץ 3648/97 סטמקה נ' שר הפנים, פ"ד נג(2) 728) ולדברים שאמר שם השופט חשין בעמוד 787 לפסק הדין וכן לדברים שאמרתי בענין אורן (ע"ם 4614/05 מדינת ישראל נ' אורן (טרם פורסם)) בפסקה 11 לפסק הדין כמו גם לדברים שנאמרו בע"א 7155/96 פלוני נ' היועץ המשפטי לממשלה, פ"ד נא(1) 160, 175. ניתוחו המשפטי המקיף של הנשיא בעניין זה כאמור מקובל עלי.

כעולה מפסק דינו של הנשיא, ומעמדת פסיקתנו עד היום, גם אם לא כל היבטיה של הזכות למשפחה נכללים בגדר כבוד האדם, הרי שהזכות לממש את האוטונומיה של הרצון החופשי על דרך של הקמת תא משפחתי על פי בחירתו של האדם ומימושו במסגרת של חיים משותפים היא עצמה נגזרת מכבוד האדם ונתונה לכל אזרח ישראלי. כן מקובל עלי כי זכותו של בן-זוג ישראלי לקיים תא משפחתי, מתחייבת גם מיישום עקרון השוויון בינו לבין בני-זוג ישראליים אחרים אשר ביחס אליהם קבענו בעבר כי ההגנה על זכותם לתא משפחתי היא נגזרת מזכותם לכבוד האדם.

7. זכות היסוד של האדם לבחור בבן-זוגו ולהקים עימו תא משפחתי במדינתו, היא חלק מכבודו ומתמצית אישיותו של האדם, וזכות זו נפגעת בהוראת חוק האזרחות והכניסה לישראל פגיעה קשה. האיסור הגורף שולל מאזרחי ישראל הערבים את זכותם לקיום חיי משפחה בישראל עם תושב האזור, בין אם נשקף סיכון ביטחוני מבן-הזוג ובין אם לאו. זוהי הפגיעה הבלתי מידתית בזכויות האדם. זאת ועוד: הפגיעה היא פגיעה בזכותה של אוכלוסיה שלמה באופן כוללני, וללא אבחנה בין יחידיה. המבקשים להינשא לפלסטינים באים ככלל מתוך הציבור הערבי במדינת ישראל. החוק יוצר,

אפוא, הפליה בין זכויותיהם של אזרחיה הערביים של המדינה להקים תא משפחתי בישראל עם בן-זוג זר לבין זכותם של ישראלים אחרים להקים תא משפחתי עם תושב זר. גם על פי ההשקפה הגורסת כי ערך השוויון על כל היבטיו אינו חלק מכבוד האדם הרי שהפליה החלה על האוכלוסייה הערבית בשלמותה, אך בשל השתייכותה לאותה קבוצה מתוך האוכלוסייה הישראלית, הינה בוודאי הפליה הנכללת בגרעין המובהק של כבוד האדם. ודוק: קיומה של הזכות הנתונה לאזרח הישראלי לקיים חיי משפחה בישראל אינה מקימה בהכרח זכות לאזרח הזר לרכוש מעמד בישראל. הזכות היא זכותו של בן-הזוג הישראלי ומדינת ישראל רשאית לקבוע בחוקיה אמות מידה קפדניות לבחינת בן-הזוג הזר בטרם תיעתר לבקשתו למעמד בישראל. יודגש, כי בחינתו של בן-הזוג הזר צריכה להיעשות תוך שקילת זכויותיו של בן-הזוג הישראלי מצד אחד אל מול האינטרס הציבורי המותאם לנסיבות הקונקרטיות העומדות להכרעת הרשות מן הצד האחר.

8. מאליו מובן כי גם משאמרנו כי נפגעה זכות היסוד של אזרחיה הערבים של מדינת ישראל, במניעת הכניסה לישראל של בן זוגם תושב האזור, לא אמרנו בכך כי החוק אינו חוקתי. זכות האדם לקיום חיי משפחה, ככל הזכויות האחרות, אינה זכות מוחלטת. הקביעה כי מתקיימת פגיעה בזכות יסוד מוגנת של האדם, היא רק נקודת הפתיחה לדיון בחוקתיות החוק, ובעקבותיה מתקיים הליך הבדיקה על-פי פיסקת ההגבלה. אף בעניין זה מקובלת עלי הבחינה שערך הנשיא ברק בפסק דינו וכן מקובלת עלי מסקנתו כי הפגיעה שבחוק אינה מידתית על-פי מבחן המשנה השלישי של המידתיות ומהטעמים שפירט.

אכן, אין בינינו חולק על תכליתו הראויה של החוק. אין גם ספק שמדינת ישראל נאלצת לנקוט באמצעים פוגעניים כדי להגן על חיי תושביה מפני הטרור האכזרי והבלתי מרוסן שבו היא נאבקה. כמו כן, ללא ספק מתקיים קשר רציונאלי בין מניעת הכניסה של פלסטינים תושבי האזור לישראל, לבין השגת המטרה של תוספת בטחון לתושבי מדינת ישראל. זאת ועוד, אין גם ספק שאיסור גורף על כניסת בני-זוג פלסטינים לישראל, יש בו כדי להעניק תוספת בטחון לאזרחי המדינה על פני איסור הכרוך בבדיקה אינדיבידואלית של מבקשי איחוד המשפחות שיש בו, מטבע הדברים, נטילת סיכונים. אם בכל זאת סבורה אני שאין בנטילת הסיכון טעם מספיק כדי להותיר את האיסור הגורף על כנו, הרי זה משום שעקרונות היסוד של שיטתנו הדמוקרטית בנויים על מציאת איזונים ראויים בין ההגנה על אינטרס הציבור לבין ההגנה על זכויות האדם, והפגיעה בזכות היסוד בעניין שלפנינו אינה מידתית נוכח אופיו והיקפו של הסיכון, כפי שהתברר לנו מהנתונים שנמסרו לנו לצורך זה.

9. ההגנה על החיים היא, כמובן, ההגנה על זכות היסוד החשובה ביותר של האדם. מערך עליון זה נגזר מעמדו החשוב של האינטרס הביטחוני, אשר אנו מצווים לתת לו את מלוא המשקל. כך הדבר במציאות הישראלית בכל שנות קיומה של המדינה וכך הדבר על אחת כמה וכמה בעידן הלחימה בטרור. לצערנו, דומה כי ההתמודדות בין ערך הביטחון לבין מידת הפגיעה בזכויות אדם לשם קיום הביטחון תלווה אותנו עוד שנים ארוכות. דווקא משום כך עלינו להקפיד על איזונים ראויים ומידתיים בכל הנוגע לפגיעה בזכויות לצורכי ביטחון. שיטת משטר המבוססת על ערכי הדמוקרטיה, אינה יכולה להרשות לעצמה נקיטת אמצעים שיתנו לאזרחי המדינה ביטחון אבסולוטי. מציאות של ביטחון אבסולוטי אינה קיימת בישראל ואף לא בשום מדינה אחרת. אשר על כן מתחייבת החלטה מושכלת ומאוזנת בדבר יכולתה של המדינה ליטול על עצמה סיכונים לשם הגנה על זכויות האדם.

10. חוק האזרחות והכניסה לישראל עצמו קובע מסגרת של נטילת סיכונים וכך אכן ראוי שיהיה. נטילת סיכון כזו קיימת למשל בסעיף 3 בנוסחו המתוקן של החוק, המסמיך את שר הפנים לאשר לפי שיקול דעתו בקשת תושב האזור למתן היתר שהיה לשם מניעת הפרדה בין בני-זוג, כאשר תושב האזור הוא גבר שגילו מעל 35 או אישה שגילה מעל 25. זוהי כמובן נטילת סיכון מסוים ולפיכך גם מתן היתר כאמור מותנה בשיקול דעתו של השר ובבדיקה אינדיבידואלית. כך גם לגבי היתרי כניסה לישראל הניתנים למטרות עבודה או ביקור. מוכנה אני גם לקבל את טענת המדינה שרמת הסיכון הנשקפת מבעל מעמד בישראל הינה, ככלל, גבוהה יותר מרמת הסיכון הנשקפת מאדם הנכנס לישראל בהיתר זמני לשם עבודה. אולם בכל אחד מאלה יש, כמובן, משום סיכון מחושב שהחברה בישראל יכולה ליטול על עצמה.

11. במהלך הדיון בעתירות הוצגו לפנינו נתונים מפורטים המלמדים על קיומו של פוטנציאל סיכון במתן אפשרות לתושבי האזור לקבל מעמד בישראל על פי חוק הכניסה לישראל או על פי חוק האזרחות. יודגש, כי הנתונים שהוצגו לפנינו מצביעים על אחוז קטן ביותר – מזערי – של בני זוג שניצלו את מעמדם בישראל לצורך מעורבות בפעילות טרור. נתונים אלה אינם מעמידים אותנו בפני הצורך להכריע במצב של התנגשות חזיתית בין הסיכון לחיים לבין הפגיעה בזכות לקיים חיים בכבוד תוך מימוש הזכות למשפחה. כאשר מדובר בהתנגשות חזיתית, כאשר קיים סיכון קונקרטי לביטחון ולחיים, האינטרס הציבורי אכן גובר על זכויות האדם המוגנות, וכך גם המצב כאשר קיים פוטנציאל קונקרטי לסיכון לחיים. ואולם, הפוטנציאל האמור צריך להתבטא ברמה של קונקרטיזציה מעבר לעובדה כי מבקש היתר הכניסה הוא פלסטיני תושב האזור. אי

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

12. חיינו בישראל מתקיימים כחייה של חברה תקינה, השואפת להתנהל כחברה חופשית המכבדת את זכויות האדם ומקיימת שוויון זכויות, אף בעיתות של חירום ולחימה, שאנו נתונים בהן מאז קום המדינה. על כך הייתה כל השנים גאוותנו. אם לא נעמוד על דמותה של חברתנו כחברה המכבדת את זכויות יחידה בימי מלחמה, נשלם מחיר כבד בעיתות רגיעה.

מדי יום נוטלים אזרחי ישראל סיכונים לביטחון, לסדר הציבורי ולביטחון האישי, אם כי ברמה מוגבלת ומסוימת. כך, מנחים אנו עצמנו שלא לפגוע בזכויות חשודים ובזכויות אדם של מי שעלולים לשמש מוקד פוטנציאלי לסיכון החברה בלא תשתית עובדתית ומשפטית ראויה. זהו סוד כוחה של ישראל כמדינה דמוקרטית השואפת לקיים כאן חברה צודקת המכבדת זכויות אדם גם בתנאים קשים. קיום בחינה פרטנית בהיקף הנדרש לשם שקילת בקשה לאיחוד משפחות אינה בגדר סיכון משמעותי ויוצא דופן, הגם שיש ממש בטענת המדינה שאיסוף מידע ועריכת בדיקה פרטנית, בתנאים השוררים כיום, עלולה להערים קשיים מעשיים לא מעטים. לקשיים אלה ניתן למצוא פתרונות ואף להתחשב בהם בקביעת הליכי הבדיקה. יחד עם זאת, אין להימנע מחובת הבדיקה רק בשל היותה מורכבת וכרוכה במאמץ. להגנה על זכויות אדם יש מחיר ובנסיבות ענייננו, מדובר במחיר ראוי.

13. נוכח המסקנה אליה הגענו, לפיה האיסור הגורף שנקבע בחוק באזרחות והכניסה לישראל פוגע באופן בלתי מידתי בזכויות אדם ולכן אינו עומד בתנאי החוקתיות, נשאלת השאלה מהו הסעד המתחייב מקביעתנו זו. אין ספק כי המחוקק היה ער לבעייתיות החוק ומטעם זה נחקק החוק כהוראת שעה ואף תוקן והוכנסו בו ההקלות שנועדו להגמישו, הגם שלא מצאנו כי הקלות אלה מעבירות את החוק מעל המשוכה החוקתית. תוקפו של החוק יפוג בקרוב ולכן איני רואה כי נדרשים אנו ליתן סעד מעבר להצהרה כי חוק זה במתכונתו הנוכחית אינו חוקתי ולפיכך בטל.

אין אנו יודעים אם בדעת הממשלה להציע למחוקק להאריך את תוקפו של החוק. ברור, כי במידה שתהיה חקיקה חדשה יש לקבוע בה איזון ראוי בין הצורך הביטחוני לבין מידת הפגיעה המותרת בזכות לקיים חיי משפחה. במסגרת חוות דעתי איני רואה להציע אמות מידה שעל המחוקק לקבוע כדי לקיים את חוקתיותו של חוק חדש. אוסיף עוד כי גם אני מסכימה שאם תידרש לממשלה תקופת זמן מוגבלת, שלא תעלה על 6 חודשים, כדי להיערך לחקיקה חדשה ברוח פסק דיננו זה, תינתן לה אפשרות להארכה מוגבלת וחד-פעמית של החוק הקיים, שכמוה כתקופת השעיה לחוק שהצהרנו עליו כבטל.

ש ו פ ט ת

השופט ס' ג'ובראן:

מצרף אני את דעתי לדעתו של חברי הנשיא א' ברק, לפיה יש לקבל את העתירות. עם זאת, בשל כובדה של השאלה המונחת לפתחנו, אבקש להוסיף כמה מילים בענין, בכל הנוגע להיקפן של הזכות לחיי משפחה והזכות לשוויון ובהתייחס לפגיעתו של חוק האזרחות והכניסה לישראל (הוראת שעה), התשס"ג-2003 (להלן: החוק) בזכויות אלו.

הזכות לחיי משפחה

1. מטבעו של האדם, מטבע בריאתו ממש, לחפש לו את זוגו או את זוגתו, עמם יחיה את חייו, עמם יקים את משפחתו. כך מזה עידן ועידנים וכך גם בימינו אנו, חרף שינויים רבים אשר באו על דרכי האדם ועל משפחתו. גם פעם וגם היום נאמר, כי "לא

טוב היות האדם לבדו" (בראשית ב', י"ח) ונכיר ברצונו העז של האדם למצוא "עזר כנגדו", אשר גורלם ייקשר יחדיו.

2. על חיפושיו של האדם אחר "עזר כנגדו", אודות משמעות הקשר בינו ובין מושא אהבתו, נכתבו מילים כה רבות, עד כי נדמה, כי חלק הארי של היצירה האנושית מוקדש לבחינתו של קשר זה. נדמה שקולעים לעניין דבריו של המחזאי הקדום אריסטופאנס אודות קשר זה, המובאים על-ידי אפלטון:

"שאם נהיה ידידי האל ובני בריתו, נזכה למצוא איש איש את האהוב שהוא בשר מבשרו, – דבר שבדורנו זוכים לו רק מועטים. . . . [מדבר אני] בכללו של הדבר, בכל הגברים והנשים, ואומר שהמין האנושי יהיה מאושר, אם נביא את האהבה לכלל שלימות, ואם כל אחד יזכה לאותו אהוב שהוא בשר מבשרו, וישוב להוותו הקדומה. ואם זהו הטוב מכל, הרי שעכשיו, בהווה, היא טוב מכל, מה שהוא קרוב לזה ביותר; היינו – שיזכה אדם באהוב לפי רוחו." (אפלטון, "המשתה", כתבי אפלטון, (מתרגם י' ג' ליבס, 1999, כרך ב') 116.

3. בחיפושו אחר בן-זוגו, בחייו המשותפים עמו, ביצירת משפחתם, מגשים האדם את עצמו, יוצר את זהותו, בונה מפלט ומגן מפני העולם. נדמה שדווקא בעולמנו הסוער והמורכב, מעטות הן הבחירות, אשר בהן מגשים האדם את רצונו החופשי, כמו בחירתו באדם עמו יחלוק את חייו.

4. טבעו זה של האדם, זכה לביטוי בעולם המשפט, בדמות קביעת זכותו של האדם לקיום חיי משפחה, כזכות יסוד, המוגנת מפני פגיעה. כך, מצהירה ההכרזה האוניברסלית בדבר זכויות האדם, משנת 1948, על היות המשפחה היחידה הבסיסית של החברה ועל הצורך להגן עליה בקובעה, כי:

Article 16.

(1) Men and women of full age, without any limitation due to race, nationality or religion, have the right to marry and to found a family. They are entitled to equal rights as to marriage, during marriage and at its dissolution.

(2)

(3) The family is the natural and fundamental group unit of society and is entitled to protection by society and the State.

(Universal Declaration of Human Rights, 1948)

ביוצאה מתוך הצהרה זו, קבעה גם האמנה האירופית להגנה על זכויות האדם,

כי:

Article 8.

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

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

(Convention for Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms, 1950)

בדומה, נקבע גם באמנה הבינלאומית בדבר זכויות כלכליות, חברתיות ותרבותיות, אותה אישרה ישראל בשנת 1991, כי:

סעיף 10.

מדינות שהן צד באמנה זו מכירות כי:

1. יש להעניק הגנה וסיוע רחבים ככל האפשר למשפחה, שהיא יחידת היסוד הטבעית של החברה, במיוחד לשם כינונה, וכן כל זמן שהיא נושאת באחריות לטיפול בילדים תלויים וחינוכם. ...

2. ...

3. ...

(אמנה בינלאומית בדבר זכויות כלכליות, חברתיות ותרבותיות, כ"א 31, 205 (1966).

כך, מצהירות גם המדינות החברות באמנה בדבר זכויות הילד, ובהן גם ישראל,

על היותן משוכנעות, כי:

המשפחה, כקבוצת יסוד לחברה וכסביבה טבעית להתפתחותם ורווחתם של כל בנה, ובפרט הילדים, מן ההכרח כי יובטחו לה הבטחה וסיוע, ככל הנדרש, באופן שתוכל לשאת במלוא אחריותה בתוך הקהילה...

אמנה בדבר זכויות הילד, כ"א 31, 221 (1989) (להלן):
אמנה בדבר זכויות הילד).

וכך גם קובעת האמנה הבינלאומית בדבר זכויות אזרחיות ומדיניות, גם לה
חברה ישראל, כי:

סעיף 23.

1. המשפחה היא היחידה הקיבוצית הטבעית
והיסודית של החברה, והיא זכאית להגנה מטעם החברה
והמדינה.

2. הזכות לשאת בן זוג ולכונן משפחה תהיה מוכרת
לגבר ולאשה שבגיל הנישואין.

3. ...

4. ...

(אמנה בינלאומית בדבר זכויות אזרחיות ומדיניות, כ"א
31, 269 (1966).

5. על זכותו של האדם ליצור חיי משפחה, ניתן ללמוד גם ממשפטן של מדינות
אחרות, בהן הוכרה חובתה של המדינה להימנע מהתערבות ומפגיעה בחייו
המשפחתיים של אדם. כך, למשל, ביטל בית-המשפט העליון האמריקאי איסורים על
נישואים מעורבים בין לבנים ושחורים, אשר נקבעו בחוקיהן של כמה מהמדינות
בארצות-הברית בקובעו, כי:

"The freedom to marry has long been recognized
as one of the vital personal rights essential to the
orderly pursuit of happiness by free men.
Marriage is one of the "basic civil rights of man,"
fundamental to our very existence and survival.
Skinner v. Oklahoma, 316 U.S. 535, 541 (1942).
See also *Maynard v. Hill*, 125 U.S. 190 (1888)."

Griswald v. Loving v. Virginia, 388 U.S. 1, 12 (1968) ; וראו גם
(*Connecticut*, 381 U.S. 479 (1965)).

כך ציין גם בית-המשפט לערעורים האנגלי, ביחס לעיכוב זכותו של עציר
להינשא למי שאמורה לשמש עדה במשפטו, כי:

"The right to marry has always been a right
recognised by the laws of this country long before
the Human Rights Act 1998 came into force. The
right of course is also enshrined in art 12 of the

convention." (*R (on the application of the Crown Prosecution Service) v. Registrar General of Births, Deaths and Marriages*, [2003] 1 All ER 540 (C.A., 2002).

6. הזכות לחיי משפחה, הינה זכות שהוכרה גם במשפט הישראלי כאחת מזכויות היסוד של האדם, אשר על רשויות המדינה להימנע מפגיעה בה, ללא סיבה ראויה. כך, במספר רב של פסקי-דין, התייחס בית-משפט זה, לצורך לשמור על האוטונומיה המשפחתית ולהימנע, ככל הניתן, מהתערבות בה. כך, באשר מדובר ביחסים שבין ההורים ובין ילדיהם, נקבע בע"א 232/85 פלוני נ' היועץ המשפטי לממשלה, פ"ד מ(1), 17, כי "בעיני המשפט, התא הבסיסי הוא המשפחה הטבעית" (וראו גם ע"א 7155/96 פלוני נ' היועץ המשפטי לממשלה, פ"ד נא(1) 161, 175); במקביל, לעניין הזכות לנישואין ולמשפחה, קבע חברי השופט מ' חשין (כתוארו אז), בבג"ץ 3648/97 סטמקה נ' שר הפנים, פ"ד נג(2) 728, 782 (להלן: עניין סטמקה), כי:

"ענייננו-שלנו, נזכור, נסב על זכות-יסוד שקנה היחיד – כל יחיד – לנישואין ולהקמת משפחה. למותר כי נזכיר שזכות זו הוכרה באמנות בין-לאומיות המקובלות על הכול; ראו: סעיף 16(1) להכרזה האוניברסלית בדבר זכויות האדם, 1948; סעיף 12 לאמנה האירופית על זכויות אדם; סעיף 2.23 לאמנה הבינלאומית בדבר זכויות אזרחיות ופוליטיות, 1966. עוד על הזכות, ראו: אמנון רובינשטיין, הזכות לנישואין, עיוני משפט ג' (תשל"ג-1973), 433; Irene Fahrenhorst, Family Law as Shaped by Human Rights, T.A University Studies in Law vol. 12 (1994) 33."

7. נדמה שבימינו, מעטות הן הבחירות, אשר בהן מגשים אדם את רצונו החופשי, כמו בחירתו באדם עמו יחלוק את חייו, עמו יקים את משפחתו, עמו יגדל את ילדיו. בבחירת בן-זוגו, בקשירת קשר הנישואין עמו, מבטא האדם את אישיותו ומממש את אחד ממרכביה המרכזיים של האוטונומיה האישית שלו. בהקמת משפחתו, מעצב האדם את הדרך בה הוא חי את חייו ובונה את עולמו הפרטי. לפיכך, בהגנה על הזכות לחיי משפחה, מגן המשפט על חירותו הבסיסית ביותר של האזרח לחיות את חייו כאדם אוטונומי, החופשי לבחור את בחירותיו.

מתוך גישה דומה, קבע בית-המשפט העליון האמריקאי, כי:

"When a city undertakes such intrusive regulations of the family...; the usual judicial deference to the legislature is inappropriate. 'This Court has long recognized that freedom of personal choice in matters of marriage and family life is one of the liberties protected by the Due

Process Clause of the Fourteenth Amendment.' *Cleveland Board of Education v. LaFleur*, 414 U.S. 632, 639-640, 94 S.Ct. 791, 796, 39 L.Ed.2d 52 (1974). A host of Cases..., have consistently acknowledged a 'private realm of family life which the state cannot enter.' *Prince v. Massachusetts*, 321 U.S. 158, 166, 64 S.Ct. 438, 442, 88 L.Ed. 645 (1944)." (*Moore v. City of East Cleveland, Ohio*, 431 U.S. 494, 499 (1977)).

ובדומה קבע גם בית-הדין האירופי לזכויות אדם, בהתייחסו ליישומו של סעיף

8 לאמנה האירופית להגנה על זכויות האדם, כי:

"...the Court considers that the decision-making process concerning both the question of the applicant's expulsion and the question of access did not afford the requisite protection of the applicant's interests as safeguarded by Article 8. The interference with the applicant's right under this provision was, therefore, not necessary in a democratic society." (*Ciliz v. Netherlands*, 33 EHRR 623 (2000)).

ובאותו הקשר, קבע גם בית-המשפט לערעורים האנגלי, כי:

"There is no evidence that the trust ever recognised, much less addressed, the interference with the appellant's art 8 rights. In none of the documents generated by the trust's consideration of her case can any reference to art 8 be found. Mr Toner claims that what the trust officers were embarked upon in considering Mrs Connor's case was 'in essence' an art 8 exercise. We cannot accept that argument. The consideration of whether an interference with a convention right can be justified involves quite a different approach from an assessment at large of what is best for the person affected." (*Re Connor's Application for Judicial Review*, [2004] NICA 45; [2005] NI 322 (C.A., 2004)).

8. בהתאם, כל פגיעה בזכותו של אדם לחיי משפחה, הינה פגיעה בחירותו ובכבודו כיצור אנושי, זכויות המוגנות בחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו. משמעם של דברים הוא, שיש לראות בזכות לחיי משפחה ולנישואין זכות חוקתית, המוגנת במלוא היקפה על-ידי חוק היסוד.

9. בלב ליבה של הזכות החוקתית לחיי משפחה ולנישואין, נמצאים החיים המשותפים, תחת קורת גג אחת. בפסיקה עניפה ועקבית, לא רק שראה בית-משפט זה בחיים המשותפים כמרכיב המרכזי של חיי המשפחה והנישואין, אלא שאף הגדיל

לעשות וזיהה בין החיים המשותפים ובין קיומו של הקשר הזוגי, עד כדי קביעה, כי במימוש ההחלטה לקיים קשר זוגי בדרך של חיים משותפים, יוצרים ביניהם בני הזוג קשר של "ידועים בציבור", אשר גם בהיעדרו של אקט נישואים פורמלי, יש בו כדי לשמש, לא פעם, כשווה ערך לקשר הנישואין עצמו. כפי שציין בית-משפט זה, בעע"מ 4614/05 מדינת ישראל נ' אבנר אורן (טרם פורסם) (להלן: עניין אורן):

"על פי הפסיקה, שני היסודות המרכזיים הטעונים הוכחה בכדי להיחשב כידועים בציבור הינם חיים משותפים כבעל ואשה וניהול משק בית משותף:

'יש כאן שני יסודות: חיי אישות כבעל ואשה וניהול משק בית משותף. היסוד הראשון מורכב מחיים אינטימיים כמו בין בעל ואשתו המשותפים על אותו יחס של חיבה ואהבה, מסירות ונאמנות, המראה שהם קשרו את גורלם זה בזה...

היסוד השני הוא ניהול משק בית משותף. לא סתם משק בית משותף מתוך צורך אישי, נוחות, כדאיות כספית או סידור ענייני, אלא כפועל יוצא טבעי מחיי המשפחה המשותפים, כנהוג וכמקובל בין בעל ואשה הדבקים אחד בשני בקשר של גורל חיים...'

(ע"א 621/69 נסיס נ' יוסטר, פ"ד כד(1) 617, 619 (להלן: פרשת נסיס). ראו גם: ע"א 79/83 היועץ המשפטי לממשלה נ' סוזן שוקרון, פ"ד לט(2) 690, 693 (להלן: פרשת שוקרון); ע"א 6434/00 דנינו נ' מנע, פ"ד נו(3) 683, 691).

יצוין כי הדברים נאמרו לעניין פירוש ההוראה שבסעיף 55 לחוק הירושה, תשכ"ה-1955, אשר אינה משתמשת במושג 'ידועים בציבור', אלא מתייחסת לזכויות הירושה של בני זוג "החיים חיי משפחה במשק בית משותף אך אינם נשואים זה לזה", אך בית המשפט הבהיר בפרשת נסיס הנ"ל כי אין הבדל ממשי בין הגדרה זו לבין המושג המקובל של 'ידועים בציבור' (שם, בע' 621).

גישה זו למרכזיותם של החיים המשותפים יחד, כחלק מחיי המשפחה, עולה גם מן המשפט המשווה. כך, למשל, ציין בית-המשפט לענייני חוקה בדרום-אפריקה, כי:

"A central aspect of marriage is cohabitation, the right (and duty) to live together, and legislation that significantly impairs the ability of spouses to honor that obligation would also constitute a limitation of the right to dignity." (*Dawood v. The Minister of Home Affairs*, 2000 (3) SA 936 (CC)).

ובדומה גם בית-המשפט העליון האמריקאי, אשר קבע, כי:

"Of course, the family is not beyond regulation. See *Prince v. Massachusetts*, supra, 321 U.S. at 166, 64 S.Ct. at 442. But when the government intrudes on choices concerning family living arrangements, this Court must examine carefully the importance of the governmental interests advanced and the extent to which they are served by the challenged regulation." (*Moore v. City of East Cleveland, Ohio*, 431 U.S. 494, 499).

10. עניינו הרואות, כי החיים המשותפים אינם אך מאפיין הנמצא בשולי היקפה של הזכות לחיי משפחה, אלא אחד ממרכיביה המהותיים ביותר של זכות זו, אם לא המהותי שבהם. משכך, הרי שפגיעה ביכולתו של אדם לנהל חיים משותפים יחד עם בן זוגו, הריהי למעשה פגיעה במהותם של חיי המשפחתיים; שלילת יכולתו של אדם לקיים חיים משותפים בישראל עם בן זוגו הריהי שלילת זכותו לחיי משפחה בישראל. פגיעה זו יורדת לשורש מהותו של האדם כאזרח בן-חורין. ודוק: אין מדובר אך בפגיעה באחד ממובניה של הזכות החוקתית לקיום חיי משפחה, אלא בשלילתה המלאה של זכות זו וככזו יש לבחון אותה (וראו עניין סטמקה, בעמוד 787; עניין אורן).

זכויות הילד והוריו

11. עיקרון יסוד במשפטנו, ביחס למערכת היחסים בין ילדים והוריהם, הוא כי:

"משפט הטבע הוא, שילד יגדל בבית אביו ואימו: הם שיאהבו אותו, הם שיאכילו וישקו אותו, הם שיחנכו אותו, הם שיעמידו אותו על רגליו עד אם גדל והיה לאיש. זו זכותם של אב ואם, וזו זכותו של הקטן" (ע"א 3798/94 פלוני נ' פלונית, פ"ד נ (3) 133, 154; וראו גם דנ"א 7015/94 היועץ המשפטי לממשלה נ' פלונית, פ"ד נ(1) 48, 65).

לפי עיקרון זה, גידולו של הילד על-ידי הוריו, מבטא בו זמנית הן את זכותו של הילד לגדול בבית הוריו והן את זכותם של הוריו להיות אלו שיגדלוהו. שילוב זה של אינטרסים, מגלם בתוכו את מהותם של יחסי ההורים וילדיהם, במסגרת חיי המשפחה, אשר על המדינה להישמר בפני פגיעה בהם ולעשות כן רק באם הדבר מחייב את טובת הילד. כפי שציינה חברתי השופטת א' פרוקצ'יה, בדנ"א 6041/02 פלוני נ' פלוני, פ"ד נח(6) 246, כי:

"הוצאת ילד ממשמורת הורוהו והעברתו לרשות הסעד או למעון נוגעת מעצם טיבה, לסוגייה בעלת אופי חוקתי הנוגעת לערך ההגנה על האוטונומיה האישית והמשפחתית של ילד והורוהו ולערך החברתי החשוב שעניינו שמירה על קשר המשפחה הטבעי בין הורים לילדים ועל המארג הסבוך של זכויות וחובות הנובעות מקשר הורות זה. היא נוגעת בזכות הטבעית של ילד להיות נתון למשמורת הוריו, לגדול ולהתחנך על ידם; היא נוגעת לזכויותיו היסודיות כבן אנוש לחיים, לכבוד, לשוויון, לביטוי ולפרטיות (הצהרת זכויות האדם משנת 1948; האמנה בדבר זכויות הילד; ע"א 6106/92 פלונית נ' היועץ המשפטי לממשלה, פד"י מח(2) 833, 836; דנ"א 7015/94 היועץ המשפטי נ' פלונית, פד"י נ(1) 48, 100). היא נוגעת לזכויות הייחודיות של ילדים מכח היותם ילדים, ובהן הזכות לגדול בחיק משפחה ולשמור על קשר עם הוריהם (הועדה לבחינת עקרונות יסוד בתחום הילד והמשפט ויישומם בחקיקה בראשות השופטת סביונה רוטלוי, 2004, חלק כללי, עמ' 26); היא נוגעת לזכותו של הורה מכח קשר הדם, לגדל ולחנך את ילדו, כמו גם לקיים את חובותיו כלפיו מכח הורותו. זכויות הילדים לקשר עם הוריהם, וזכויות וחובות ההורים כלפי הילדים יוצרים מערכת שלובה של זכויות, חובות, וערכים הבונים את האוטונומיה של המשפחה."

12. בכל הנוגע לטובת הילד, קובע סעיף 3(1) לאמנה בדבר זכויות הילד, כי:

"בכל הפעולות הנוגעות לילדים, בין אם ננקטות ביד מוסדות רווחה סוציאלית ציבוריים או פרטיים ובין ביד בתי משפט, רשויות מנהל או גופים תחקיתיים, תהא טובת הילד שיקול ראשון במעלה."

עוד קובע סעיף 9(1) לאמנה בדבר זכויות הילד, כי:

"המדינות החברות יבטיחו כי ילד לא יופרד מהוריו בניגוד לרצונם, אלא רק כאשר קובעות רשויות מוסמכות, הכפופות לביקורת משפטים, בהתאם לדינים ונהלים הנוגעים לעניין, כי פירוד כאמור נדרש לטובת הילד. ..."

אין חולק, כי בכפייתו של פירוד בין הילד ובין מי מהוריו, יש משום פגיעה חמורה ביותר בזכויותיו של הילד לגדול בחיק משפחתו ובחיק הוריו. זאת, כל עוד מדובר כמובן במשפחה מתפקדת, אשר אין בעצם הימצאותו של הילד בחיקה משום פגיעה בו. ראוי אולי לחזור ולהוסיף דברים אותם ציין בית-משפט זה בעניין פלונית, בעמוד 102, לפיהם:

"משפט הטבע הוא שילד יוחזק בידי הוריו, בביתם של הוריו יגדל, אותם יאהב, ומחסורו יהיה עליהם. חוק טבע זה אף הוא נספג אל משפט המדינה, וכך הפך "אינטרס" של ילדים ל"זכות" על-פי דין. להורים זכות לגדל את ילדיהם, ולילדים זכות כי הוריהם יאהבו אותם ויספקו להם את מחסורם. זכות כנגד זכות וזכויות כנגד חובות (לשני הצדדים). תירגומם של אלה לשפת המשפט ינוסח, בין השאר, על דרך של חזקה: חזקה על-פי חוק היא, ש"טובתו" של ילד תימצא בבית הוריו; מי כהורים שיאהבו את ילדם וידאגו למחסורו, וקטנים יחזירו אהבה ויתלו עצמם בצווארי הוריהם".

אין מדובר אך על פגיעה ב"טובת הילד", אלא בפגיעה ב"זכות" של ממש, העומדת לילד לגדול בחיק הוריו ואשר על המדינה מוטלת חובה להימנע בפעולותיה מפני פגיעה בזכות זו (ראו ע"א 2266/93 פלוני, קטין נ' פלוני, פ"ד מט(1) 221, -234 (235). בקריעתו של התא המשפחתי, בהפרדת הילד מאחד מהוריו, יש משום פגיעה קשה בזכויותיו של הילד, פגיעה אשר המדינה מחויבת להימנע ממנה ככל הניתן.

13. כך גם בכל הנוגע לזכותו של ההורה, הרי שמוקנית לו זכות טבעית, המוגנת על-ידי המשפט, לגדל את ילדו בחיקו ולא להיות מופרד ממנו, כל עוד אין בכך משום פגיעה בטובת הילד. כפי שציין חברי השופט מ' חשין (כתוארו אז), בעניין פלוני, בעמוד 102 :

"משפט הטבע הוא, שאם ואב מן הטבע יחזיקו בבנם, יגדלו אותו, יאהבו אותו וידאגו למחסורו עד אם גדל והיה לאיש. זה יצר הקיום וההישרדות שבנו - "קול הדם", ערגת קדומים של אם לילדה - ומשותף הוא לאדם לחיה ולעוף. "גם-תנין (תנים - מ' ח') חלצו שד היניקו גוריהן" (איכה, ד, ג) (ראו עוד ע"א 549/75 פלוני נ' היועץ המשפטי לממשלה, פ"ד ל(1) 459, בעמ' 462-463). קשר זה חזק הוא מכל חזק, והוא מעבר לחברה, לדת ולמדינה. תנאי המקום והזמן - הם והנפשות המעורבות - יקבעו את מועד הפרידה של ילדים מהוריהם, אך עמדת המוצא תישאר כשהייתה. משפט המדינה לא יצר את זכויות ההורים כלפי ילדיהם וכלפי העולם כולו. משפט המדינה בא אל המוכן, אומר הוא להגן על אינסטינקט מולד שבנו, והופך הוא "אינטרס" של הורים ל"זכות" על-פי דין, לזכויות של הורים להחזיק בילדיהם. השוו ע"א 1212/91 קרן לב"י ואח' נ' פ' בינשטוק ואח' וערעור שכנגד, פ"ד מח(3) 705, בעמ' 723. יפה קבע סעיף 14 לחוק הכשרות, כי "ההורים הם האפוטרופסים הטבעיים של ילדיהם הקטינים" (ההדגשה שלי - מ' ח'). הטבע הוא שיצר אפוטרופסות זו ואילו משפט המדינה לא בא אלא בעקבות הטבע וספג אל קרבו את חוק הטבע."

14. אין ספק, כי בהפרדת ההורה מילדו, בהפרדת הילד מאחד מהוריו, בביתור התא המשפחתי, יש משום פגיעות חמורות ביותר הן בזכויותיהם של ההורים והן בזכויותיהם של ילדיהם. פגיעות אלו מנוגדות לכללי בראשית של המשפט הישראלי ועומדות בסתירה לעקרונות של הגנה על כבודם של ההורים וילדיהם כבני אנוש, להם מחויבת מדינת ישראל כחברה במשפחת העמים המתוקנים.

15. אשר-על-כן, עלינו לומר, כי במניעת האפשרות לחיות יחד, כמשפחה, נפגעת זכותם החוקתית של בן-הזוג, ההורה והילד הישראליים, לחיי משפחה.

הזכות לשוויון

16. פגיעות קשות אלו בזכות לחיי משפחה אינן עומדות בפני עצמן ומתלוות גם לפגיעה קשה בזכותם של אזרחי המדינה הערביים לשוויון, בהיותם הנפגעים העיקריים, אם לא הבלעדיים, של חוק זה. בין אזרחי ישראל הערבים ובין תושבי האזור קיימים קשרים תרבותיים, משפחתיים, חברתיים ואחרים, אשר באופן טבעי, מובילים לכך שעיקר האזרחים הישראלים המוצאים את בני-זוגם בקרב תושבי האזור, הינם אזרחי ישראל הערבים. במניעת היכולת להינשא לבני-זוג תושבי האזור, יש על-כן פגיעה המתמקדת, בראש ובראשונה, באזרחי המדינה הערבים, כשבכך מתווספת לפגיעה בזכותם לחיי משפחה גם פגיעה בזכותם לשוויון.

17. חשיבותה של הזכות לשוויון, כמבטאת עקרון יסודי בשיטת המשפט הישראלית, הוכרה בשורה ארוכה של פסקי-דין של בית-משפט זה. יפים לעניין זה הדברים אותם ציין לאחרונה חברי הנשיא א' ברק, בבג"ץ 1163/03 ועדת המעקב העליונה לענייני ערבים בישראל נ' ראש ממשלת ישראל (טרם פורסם) (להלן: עניין ועדת המעקב העליונה לענייני ערבים בישראל), לפיהם:

”עקרון השוויון חולש על כל תחומי הפעילות של השלטון. יחד עם זאת, חשיבות מיוחדת נודעת לו בכל הקשור לחובת השלטון לנהוג בשוויון בין אזרחיה היהודים של המדינה ואזרחיה שאינם יהודים. חובה זו – של שוויון בין כלל אזרחיה של מדינת ישראל – ערבים ויהודים כאחד – מהווה יסוד מיסודותיה של היות מדינת ישראל מדינה יהודית ודמוקרטית. כפי שצינתי במקום אחר, ”אין מקובלת עלינו התפיסה כי ערכיה של מדינת ישראל כמדינה יהודית יש בהם כדי להצדיק... הפליה על ידי המדינה בין אזרחים של המדינה... מערכיה של מדינת ישראל כמדינה יהודית ודמוקרטית אין מתבקש כלל כי המדינה תנהג בהפליה בין אזרחיה. יהודים ולא-יהודים הם אזרחים שווי זכויות וחובות במדינת ישראל”

(ראו בג"ץ 6698/95 קענדאן נ' מנהל מקרקעי ישראל, פ"ד נד(1) 258, בעמ' 281-280). מעבר לכך, "לא רק שערכיה של מדינת ישראל כמדינה יהודית אינם דורשים הפליה על בסיס דת ולאום במדינה, אלא שערכים אלה עצמם אוסרים הפליה ומחייבים שוויון בין הדתות והלאומים" (שם, בעמ' 281). הוספתי כי "מדינת ישראל היא מדינה יהודית אשר בתוכה חיים מיעוטים, ובהם המיעוט הערבי. כל אחד מבני המיעוטים החיים בישראל נהנה משוויון זכויות גמור" (ראו שם, בעמ' 282, וכן א"ב 11280/02 ועדת הבחירות המרכזית לכנסת השש-עשרה נ' חבר-הכנסת אחמד טיבי, פ"ד נז(4) 1, 23). " (וראו גם בג"ץ 721/94 אל-על נתיבי אויר לישראל בע"מ נ' דנילוביץ, פ"ד מח(5) 749; בג"ץ 453/93 שדולת הנשים בישראל נ' ממשלת ישראל, פ"ד מח(5) 501; בג"ץ 4541/94 מילר נ' שר הביטחון, פ"ד מט(4) 94; בג"ץ 1113/99 עדאלה – המרכז המשפטי לזכויות המיעוט הערבי בישראל נ' השר לענייני דתות, פ"ד (2) 164 (להלן: עניין עדאלה)).

ואוסף גם את הדברים אותם ציינתי אני בעניין ועדת המעקב העליונה לענייני ערבים בישראל, לפיהם:

"השוויון, יותר מכל ערך אחר, הוא המכנה המשותף, אם לא הבסיס, לכל זכויות היסוד של האדם ולכל שאר הערכים שביסוד הדמוקרטיה. אכן, השוויון האמיתי, כיוון שהוא חל גם ביחסים שבין האדם לבין השלטון, הוא אחד מאבני היסוד של הדמוקרטיה, ובכלל זה שלטון החוק. הוא חיוני לא רק לדמוקרטיה הפורמאלית, שאחד מעיקריה הוא קול אחד לכל אחד, אלא גם לדמוקרטיה המהותית, המבקשת לשרת את האדם באשר הוא אדם. הוא מרכיב מרכזי לא רק של שלטון החוק הפורמאלי, שפירושו שוויון בכפיפות לחוק, אלא גם של שלטון החוק המהותי, הדורש כי החוק עצמו ישרת את ערכי-היסוד של מדינה מתוקנת."

18. הפגיעה בזכות לשוויון אינה מתרחשת רק באשר שיקול דעתה של הרשות נגוע היה בשיקולים מפלים פסולים. מדובר בזכות הצופה פני תוצאה, אשר נפגעת כל אימת שפעולה שלטונית מובילה למציאות אשר מפלה בין אזרח לאזרח על בסיס פסול (ראו בג"ץ 2671/98 שדולת הנשים בישראל נ' שר העבודה והרווחה, פ"ד נב(3) 630, 654; עניין עדאלה, בעמוד 176; בג"ץ 953/87 פורז נ' ראש עיריית תל-אביב-יפו, פ"ד מב(2) 309, 334; בג"ץ 205/94 נוף נ' מדינת ישראל – שר הביטחון, פ"ד נ(5) 449, 464-465).

בענייננו, תוצאתו המהותית של החוק, הלכה למעשה, מבחינה בין אזרחי ישראל מזה ואזרחי ישראל מזה, על בסיס מוצאם הלאומי. המצב אותו יוצר החוק, הוא מצב בו זכותם של אזרחי ישראל הערבים לחיי משפחה נפגעת בצורה משמעותית ביותר, בעוד שהפגיעה ביתר אזרחי המדינה הינה תיאורטית בלבד. כאמור, רבים מנישואיהם של אזרחי ישראל הערבים עם תושבים זרים, נעשים עם תושבי האזור, בשל הקשרים התרבותיים בין שתי הקבוצות. משכך, הרי שזכותם של אזרחי המדינה הערבים להינשא למי שאיננו אזרח נפגעת בצורה חמורה, בעוד שפגיעה זו נמנעת מיתר אזרחי המדינה. בדומה, נפגעות גם זכויותיהם של אזרחי המדינה הערבים כהורים וילדים, לקיים את חיי משפחתם. פגיעות אלו יורדות לשורשו של החוק, אשר בפועלו על המציאות הישראלית, יוצר פגיעה חמורה בזכותם של אזרחי המדינה הערבים לחיי המשפחה, פגיעה הנגרמת להם בשל מוצאם הלאומי.

משמעות הפגיעה בזכויות

19. משקבענו, כי בפעולתו של החוק יש משום פגיעה קשה וחמורה בזכויותיהם החוקתיות של אזרחי המדינה לחיי משפחה ולשוויון, זכויות המוגנות על-ידי חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו, הרי שיש להעמיד חוק זה במבחני "פסקת ההגבלה", שבסעיף 8 לחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו, לפיו "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". בהתאם למבחנים אלו יש לקבוע, האם חרף הפגיעה בזכויות המוגנות, יותר החוק על מכונו.

20. גם בסוגיה זו, מקבל אני את ניתוחו של חברי הנשיא א' ברק ואת קביעתו, לפיה החוק איננו עומד בתנאי מבחן המידתיות (במובנו הצר). אינני יכול לקבל בעניין זה את קביעתו של חברי המישנה לנשיא (בדימוס) מ' חשין, לפיה שלל פגיעותיו החמורות של החוק מהוות תוצאה קשה, אך בלתי נמנעת, של מדיניות ההגירה המותרת של מדינת ישראל, כפי שהיא מושפעת על-ידי צורכי השעה והביטחון.

21. אכן, אין חולק, כי התכלית של הגנה על שלומם וביטחונם של כלל אזרחי המדינה, העומדת בבסיס החוק, תכלית חשובה וראויה היא, בפרט בימים הקשים בהם אנו נמצאים. כן אין חולק, על הפררוגטיבה הנתונה למדינה, להסדיר את חוקי הכניסה אליה ולמנוע מפני מי שהיא רואה בו סיכון לביטחונה מלהיכנס לשטחה.

עם זאת, בכואו להגשים מטרות ראויות אלו, על המחוקק להביא בחשבון את הפגיעות הקשות אשר נגרמות כתוצאה מיישום החוק. חרף חשיבותה העליונה של זכותם של כלל אזרחי המדינה לביטחון, הרי שגם במסגרת מימושה של זכות זו, לא ניתן לאפשר את הפגיעה הקשה מנשוא לה גורם החוק, הן בפגיעתו בזכות לחיי משפחה והן בפגיעתו בזכות לשוויון.

22. בנסיבות הללו, לא ניתן לומר, כי החוק, אשר שולל באופן גורף את האפשרות לחיים משותפים של אזרחי ישראל עם תושבי האזור ואינו מותיר כל שביב של תקווה לקיומם של חיי משפחה עבור אזרחי ישראל אשר בני-זוגם, ילדיהם או הוריהם הינם תושבי האזור, עומד במבחן המידתיות.

כפי שציין חברי השופט מ' חשין (כתוארו אז), בעניין סטמקה, בעמוד 782 :

”אכן, עוצמתה של הזכות והקרינה החזקה הבוקעת מתוכה, מחייבות היו, כמו-מעצמן, כי האמצעי שמשרד הפנים יבור לו יהיה כך ומתון מן האמצעי הקשה והדרסטי שהחליט להחזיק בו. ונתקשה שלא להסיק כי המשיבים התעלמו לחלוטין - או יחסו אך משקל זעיר - לזכויות-יסוד אלו של היחיד לנישואין ולהקמת משפחה. אם אלה דברים אמורים פְּזֵר, כל-שכן ייאמרו הם על האזרח הישראלי השותף לנישואין.” (וראו גם עניין אורן).

23. בשל אפשרות השתתפותם של מי מבין תושבי האזור אשר יזכו כתוצאה מנישואיהם לאזרחי ישראל לאזרחות ישראלית בפעילות חבלנית כנגד אזרחי ישראל או בסיוע לפעילות מסוג זה, אוסר החוק, באופן גורף, את אפשרות הנישואים בין אזרחי ישראל ותושבי האזור. בכך יש לא רק משום פגיעה חמורה ומוגזמת במי מאזרחי ישראל שמבקש לקיים חיי משפחה יחד עם בן זוגו, ילדו או הורהו תושב האזור, אלא גם משום הכללת הציבור של אזרחי ישראל הערבים, כמי שקיים חשש לסיועו, הגם שבעקיפין, לפעילות עוינת למדינת ישראל.

בקביעתו הגורפת והמפלה של החוק, ובאי הכללת בחינה פרטנית – קשיחה ככל שתהא – בדבר הסיכון הטמון, בפועל או בכוח, מצד מי שאזרחי ישראל מבקש לקיים עמו חיי משפחה, גורם החוק לפגיעה קשה, שאין להשלים עמה, בזכויותיהם של אזרחי ישראל לחיי משפחה ולשוויון.

24. יתרה מכך, שלילת הסמכות משר הפנים, מלכתחילה, מלבחון את האפשרות שמא יש ליתן אזרחות למי מבין תושבי האזור, לשם מימוש זכותו של אזרח ישראלי לחיי משפחה, בהתעלם מנסיבותיו הפרטניות של המקרה, מעלה את החשש, שמא השיקול הביטחוני איננו השיקול היחידי העומד מאחורי קבלת החוק ומעלה תהיות אודות המדיניות אותה מבקש חוק זה להגשים.

חשש זה אף מתחזק, מתוך סקירת ההיסטוריה החקיקתית אשר הובילה לקבלת החוק, אשר בין אם במובלע ובין אם באופן מפורש, קושרת את החוק למדיניותה הדמוגראפית של הממשלה. כך, כבר בהחלטת הממשלה מיום 12.5.2003, שכותרתה "הטיפול בשוהים בלתי-חוקיים ומדיניות איחוד משפחות בנוגע לתושבי רש"פ ולזרים ממוצא פלסטיני" (החלטת ממשלה מספר 1813) ואשר היוותה את הבסיס לפיו נחקק החוק, נקשרו זה בזה "המצב הבטחוני" ו"ההשלכות של תהליכי ההגירה וההשתקעות של זרים ממוצא פלסטיני לישראל [כך במקור], לרבות בדרך של אחמ"ש" (עמוד 2 להחלטה), כשכל זאת "במסגרת המדיניות הכוללת בנושאים הקשורים בזרים" (עמוד 1 להחלטה). זאת ועוד, בהמשך קובעת ההחלטה, כי "משרד הפנים יבחן, במסגרת גיבוש המדיניות החדשה, אפשרויות לקביעת מכסות למתן אישורים לאחמ"שים ויביא בפני הממשלה הצעה בנדון" (עמוד 3 להחלטה). למותר לציין, כי אין בקביעת מכסות למתן אישורים לאיחוד משפחות כל נגיעה לשיקולים ביטחוניים, כך שניתן להבין סעיף זה בהחלטה כנובע משיקולים דמוגראפיים בלבד. בדומה, לכל אורך הליכי החקיקה, ניתן למצוא התבטאויות של חברי כנסת וחברי ועדות כנסת שונים, מסיעות שונות, אשר מתייחסות למדיניות הדמוגראפית אותה מיישם החוק (ראו, למשל, דיון במליאת הכנסת, מיום 17.6.2003). עם זאת, משקיבלתי את קביעתו של חברי הנשיא א' ברק, לפיה אף השיקול הביטחוני איננו מצדיק פגיעה כה חמורה בזכות לחיי משפחה ובזכות לשוויון, הרי שאיני רואה צורך לדון בסוגיה זו.

25. בסיכומו של עניין, הרי שלו תישמע דעתי, נקבל את העתירות, במובן זה שיבוטל חוק האזרחות והכניסה לישראל (הוראת שעה), התשס"ג-2003, מנימוקיו של חברי הנשיא. מדינה אשר רואה את עצמה כמדינה מתוקנת, אינה יכולה לקבל כחלק מחוקיה חוקים אשר פגיעתם בערכי יסוד אנושיים כה קשה וכה צורמת. טוב היה לו לא היה נחקק חוק זה מלכתחילה. משנחקק, הרי שאין ביכולתנו, כמי שאמונים על שמירת ערכיה של מדינת ישראל כמדינה דמוקרטית, להשלים עם המשך הימצאותו בספר חוקי המדינה.

1. חוק האזרחות והכניסה לישראל (הוראת שעה), התשס"ג-2003 (להלן: חוק האזרחות) הוציא את ימיו ביום 31.3.2006, אך בשל פיזור של הכנסת השש-עשרה הוארך תוקפו של חוק זה בשלושה חודשים שתחילת מניינם ביום 17.4.2006 (מועד התכנסותה של הכנסת השבע-עשרה). זאת מכוח סעיף 38 לחוק-יסוד: הכנסת, הקובע:

כל חיקוק שתקפו היה פוקע תוך שני החדשים האחרונים לתקופת כהונתה של הכנסת היוצאת, או תוך ארבעה חדשים לאחר שהכנסת החליטה להתפזר, או תוך שלושת החדשים הראשונים לתקופת כהונתה של הכנסת הנכנסת - יעמוד בתקפו עד תום שלושת החדשים האמורים.

ניתן היה לפטור את העותרים שבפנינו בכך שימי החוק ספורים ויש להמתין ולראות מה יוציא המחוקק תחת ידיו בתום תקופת ההארכה. אך משבחרו חבריי בשל חשיבות העניין להיכנס לעובי הקורה ולבחון את הטענות שעלו בעתירות כנגד חוק האזרחות, ראיתי אף אני להידרש לגופם של דברים. ולגופם של דברים, נראית לי דעתו של חברי הנשיא ברק מדעתו של חברי המישנה לנשיא (בדימ') חשין.

2. חוק האזרחות, כפי שהבהירה המדינה בתגובותיה בפנינו, נועד להתמודד עם הסיכונים הכרוכים במתן מעמד של אזרחות, תושבות או היתר שהייה בישראל לתושבי האזור כהגדרתם בחוק. במתכונתו המקורית מיום 6.8.2003, כלל החוק איסור גורף למתן מעמד כאמור, להוציא חריגים מצומצמים אחדים. החוק הוארך שלוש פעמים במתכונתו זו וביום 1.8.2005, לפני תום תקופת ההארכה השלישית, פורסם במתכונת מתוקנת לפיה צומצם האיסור והוחל בעיקרו של דבר על גברים תושבי האזור מגיל 14 שנים ועד גיל 35 שנים ועל נשים תושבות האזור מגיל 14 שנים ועד גיל 25 שנים. על פי הנתונים שהציגה המדינה, הבקשות שהגישו אזרחים ערבים תושבי ישראל לאיחוד משפחות עם בני ובנות זוג מן האזור, נחסמו רובן ככולן על פי החוק במתכונתו המקורית ואילו החוק במתכונתו המתוקנת חוסם כ-70% מתוך בקשות אלה. עוד עולה מן הנתונים שהציגה המדינה כי בני זוג פלסטינים של אזרחים ערבים תושבי ישראל אשר קיבלו היתר לאיחוד משפחות, היו מעורבים לאורך השנים בפעילות עוינת בהיקף מזערי בלבד, אם בכלל (26 מתושבי האזור שקיבלו מעמד בישראל נחקרו בחדש למעורבות ואשרת שהייה של 42 תושבים נוספים לא הוארכה בעקבות מידע מודיעיני מחשיד שנתקבל בעניינם). על רקע זה, קבע הנשיא ברק כי האיסור שבחוק האזרחות אינו עומד במבחן המשנה השלישי למבחני המידתיות הקבועים בפסקת ההגבלה שבחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו, משום שהוא אינו מקיים מיתאם ראוי בין התועלת

שבהגשמת התכלית אליה חותר החוק (שמירה על ביטחונם של אזרחי ישראל) ובין הפגיעה בזכויותיהם החוקתיות של הערבים אזרחי ישראל לשוויון ולחיי משפחה במדינתם. קביעה זו מקובלת עלי.

3. המאבק המזוין שמנהלים ארגוני הטרור הפלסטינים נגד אזרחי ישראל ותושביה היהודיים, מחייב היערכות מתאימה. הוא מחייב גיוס כל האמצעים העומדים לרשותנו כמדינה, על מנת להתמודד עם הסיכונים הביטחוניים שהציבור הישראלי חשוף אליהם כתוצאה מפעילות טרוריסטית זו. חקיקת חוקים אשר יתנו מענה לצורכי הביטחון היא אחד מאותם אמצעים ולכך מכוון חוק האזרחות. מבחינה זו, עניין לנו כקביעת הנשיא ברק בחוק ההולם את ערכיה של מדינת ישראל, אשר נחקק לתכלית ראויה. אלא שבכך אין די. על מנת שחוק האזרחות יעמוד במבחני פיסקת ההגבלה כולם יש להוסיף ולבחון האם הפגיעה בזכויות החוקתיות לשוויון ולחיי משפחה הנתונות לאזרחים הערביים במדינת ישראל, הנגרמת כתוצאה מן ההגבלות והאיסורים שהוטלו על תושבי האזור בחוק האזרחות, עונה על דרישת המידתיות.

אימת הטרור, ככל אימה, עלולה להיות מורה-דרך מסוכן למחוקק המבקש להתמודד עם מחולליה. היא עלולה לגרום לדמוקרטיה לעבור על מידותיה ולהיסחף לקביעת "שוליים רחבים" לצרכי ביטחון, תוך פגיעה בלתי ראויה ובלתי מידתית בזכויות אדם של אזרחים ותושבים המשתייכים לקבוצת מיעוט במדינה. עמד על כך המלומד Sunstein בספרו *Laws of Fear: Beyond the Precautionary Principle* (Cambridge, 2005):

When public fear is excessive, it is likely to produce unjustified infringements on liberty. In democratic nations in the twentieth century, public fear has led to unjustified imprisonment, unreasonable intrusions from the police, racial and religious discrimination, official abuse and torture, and censorship of speech. In short, fear can lead to human rights violations of the most grotesque kind (pp. 225-226).

המלומד Sunstein הוסיף ועמד בספרו על הנטייה להטיל בחקיקה איסורים גורפים מקום שבו רוב הציבור אינו נפגע כתוצאה מהם:

If the restrictions are selective, most of the public will not face them, and hence the ordinary political checks on unjustified restrictions are not activated. In these circumstances, public fear of national security risks might well lead to precautions that amount to

excessive restrictions on civil liberties. The implication for freedom should be clear. If an external threat registers as such, it is possible that people will focus on the worst-case scenario, without considering its (low) probability. The risk is all the greater when an identifiable subgroup faces the burden of the relevant restrictions. [...] if indulging fear is costless, because other people face the relevant burdens, then the mere fact of "risk", and the mere presence of fear, will seem to provide a justification (pp. 204-205, 208).

4. חוק האזרחות בו עסקינן אינו כולל קריטריונים אינדיבידואליים כלשהם לבדיקת מסוכנותו הביטחונית של תושב האזור, למעט קריטריון כללי של גיל. בקובעו איסור גורף כזה למתן מעמד לתושבי האזור, מסמן החוק שולי ביטחון רחבים ועיוורים הפוגעים באופן בלתי מוצדק ובלתי מידתי באלפים רבים מבני המיעוט הערבי החי בתוכנו המבקשים לקיים חיי משפחה בישראל עם תושבי האזור. הזכות העומדת לאדם לבחור את בן הזוג שעימו הוא חפץ להקים משפחה וכן הזכות העומדת לו להקים את ביתו במדינה שבה הוא חי, הן בעיני זכויות אדם מן המעלה הראשונה. הן מגלמות את תמצית הווייתו וכבודו של האדם באשר הוא אדם ואת חירותו כפרט במובן העמוק ביותר. עם זאת, ככל זכות יסוד אחרת, אין מדובר בזכויות מוחלטות והאדם כיצור חברתי החי במסגרת מדינתית חייב להשלים עם פגיעה אפשרית בהן כתוצאה ממגבלות לגיטימיות שזכאית המדינה להטיל. הלגיטימיות של מגבלות אלה נבחנת על פי מבחנים חוקתיים המפורטים לענייננו בפיסקת ההגבלה שבסעיף 8 לחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו.

הטלת מגבלות על איחוד משפחות עם תושבי האזור בשל צרכי ביטחון היא הכרח ואין לגנותו. הקושי ליטול סיכונים בענייני ביטחון ובעניינים הכרוכים בחיי אדם הוא מובן וברור והוא מתגבר בעיתות של משבר ושל סכנה מתמשכת המצריכים החמרה והידוק של אמצעי הביטחון. יחד עם זאת, צרכי הביטחון, עם כל חשיבותם, אינם יכולים להכשיר איסורים קיבוציים-גורפים שאינם קשובים לפרט. הדמוקרטיה על פי מהותה כרוכה בנטילת סיכונים ועל כך עמד גם חברי המישנה לנשיא (בדימ') חשין. עוד עמד הוא על כך ש"תיחומם של מושגים מדידים הוא חלק מהוויית המשפט". אלא שלדידו האיסורים שהוטלו בחוק האזרחות סבירים הם ועל כן אין להתערב במלאכת הממשלה והכנסת שכך קבעו. דעתי שונה. לדידי, בחינת הוראות חוק האזרחות באמות מידה חוקתיות מובילה אל המסקנה שהאיסורים הקבועים בו אינם עומדים במבחן משום שהם פוגעים במיעוט הערבי-ישראלי במידה העולה על הנדרש. במציאות המורכבת שבה אנו חיים, לא ניתן להתעלם מכך שתושבי האזור הפלסטינים מהווים לאורך שנים רבות בני זוג פוטנציאליים לאזרחים ערביי ישראל. עוד אין להתעלם מכך

שעל פי ניסיון העבר ועל פי הנתונים שהוצגו על ידי המדינה כמפורט לעיל, מידת הפגיעה הכרוכה באיסור הגורף שבחוק האזרחות אינה מאוזנת ואינה עומדת ביחס ראוי למידת הסיכון הנשקף לציבור הישראלי אם יקבלו תושבי האזור, לאחר בדיקה אינדיבידואלית, מעמד או היתר שהייה בישראל במסגרת איחוד משפחות.

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

6. ההתנגשות בין זכויות היסוד במקרה שלפנינו נוגעת בעצבים הרגישים ביותר של החברה הישראלית כחברה דמוקרטית. אך ככל שמבקשים אנו לשמור על ערכיה הדמוקרטיים של המדינה אל לנו לומר "ביטחון בכל מחיר". עלינו לתת את הדעת למחיר שנשלם כחברה בטוחה הארוך אם חוק האזרחות על איסוריו הגורפים ימשיך למצוא את מקומו בספר החוקים שלנו. אחד התפקידים המרכזיים של בית המשפט הגבוה לצדק, אם לא המרכזי שבהם, הינו הגנה על זכויותיו החוקתיות של המיעוט מפני פגיעה בלתי מידתית בהן על ידי הרוב. מקום שפגיעה כזו מוצאת את ביטויה בהוראות חוק של הכנסת, תפקידו של בית המשפט להצביע על אותה פגיעה ולהצהיר על בטלותן של ההוראות, על מנת שהכנסת תעשה כחוכמתה לתיקונן. הוראותיו של חוק האזרחות לוקות, כאמור, בפגיעה בלתי מידתית כזו. על כן מחויבים אנו להורות על בטלותן והכנסת, כך יש לקוות, תפעל על מנת לגבש הסדר סטטוטורי ראוי ומידתי חלף חוק זה.

מטעמים אלה אני מצרפת כאמור את דעתי לדעתו של חברי הנשיא.

1. אני מצטרפת לפסק דינו של חברי, הנשיא, על הניתוח החוקתי ועל מסקנותיו לענין הסעד. אני שותפה לדעה כי בשיטת המשפט בישראל מוכרת זכותו של אדם לחיי משפחה כחלק מכבוד האדם; כן אני מסכימה כי זכותו של בן זוג ישראלי לקיים תא משפחתי בישראל בתנאים של שוויון ביחס לבני זוג ישראליים אחרים מהווה חלק מכבוד האדם. לפיכך, הזכות לחיי משפחה בתנאים של שוויון מהווה זכות חוקתית מוגנת על פי חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו. חוק האזרחות והכניסה לישראל (להלן – "החוק") פוגע בזכות לחיי משפחה של בן זוג ישראלי, כאשר אין מאפשרים לו לממש את זכותו לחיי משפחה בישראל עם בן זוגו הפלסטיני מהאיזור. זכותו של בן הזוג הישראלי כי משפחתו – בן זוגו וילדיו, יחיו עמו בישראל. חוק האזרחות והכניסה לישראל שולל באורח מפלה את זכותם של אלפים מבין ערבים, אזרחי ישראל, לממש את זכותם לחיי משפחה בארץ; הוא פוגע בכך בזכותם לכבוד אדם.

כן אני מצטרפת לעמדת הנשיא כי פגיעת החוק בזכות למשפחה, כחלק מכבוד האדם, אינה עונה לעקרונות פיסקת ההגבלה שבחוק היסוד. אף שניתן לומר כי החוק נועד לתכלית ראויה, אין הוא עומד במבחני המידתיות. לענין זה, אבקש להתרכז במבחן המידתיות החוקתית במובנה הצר, ככל שהוא בוחן את היחס הראוי בין התועלת הצומחת מהגשמת המדיניות שהחוק נועד לקדם, לבין הנזק הנגרם עקב כך לזכות האדם וככל שהוא מבקש לאזן איזון ערכי בין עוצמת האינטרס שהחוק מבקש להשיג לעומת מידת הפגיעה בזכות הפרט הכרוכה בכך.

מוסכמת עלי גם התוצאה אליה הגיע הנשיא, בהחילו את מבחן המידתיות הצרה על הסוגיה שבפנינו, ובהסיקו כי באיזון הראוי בין הפגיעה בזכות האדם של בן הזוג הישראלי לחיי משפחה בתנאים של שוויון, הצומחת מאיסור גורף בחוק (בכפוף לחריגים מסוימים בתיקון לחוק) על כניסת בן זוג פלסטיני מהאיזור במסגרת איחוד משפחות, לבין התועלת הצומחת לאינטרס הבטחוני של הציבור בישראל מאיסור גורף כזה, יד הערך הראשון על העליונה. זאת, משהפער השולי החיובי להגשמת תכלית הבטחון בין התועלת שבאיסור הגורף לבין התועלת בבדיקה האינדיבידואלית של מבקשי איחוד המשפחות, אינו מצדיק את עוצמת הפגיעה בזכות החוקתית הנגרמת לבני זוג ישראליים משלילה גורפת של כניסת בני זוג פלסטינאיים מהאיזור להתאחד עימם, שכן "תוספת הבטחון שהאיסור הגורף מביא עמו אינה מידתית ביחס לתוספת

הנזק הנגרמת לחיי המשפחה ולשוויון של בני הזוג הישראליים" כדברי הנשיא בפסק דינו (פסקה 92).

אלא שראיתי צורך להוסיף דברים משלי בשל שוני מסוים הקיים בין גישת הנשיא לגישתי בשאלת משקלו ההתחלתי של השיקול הבטחוני במישוואת האיזון שבין הערכים הנוגדים. בעוד הנשיא מאמץ את טיעונה הבטחוני של המדינה במלואו, הן לענין אמינותו של השיקול הבטחוני והן לענין עוצמתו, בליבי עלו ספקות בענין זה. אף שאין מקום, לטעמי, לשלול את הנימוק הבטחוני כליל, אינני בטוחה כי נימוק זה הוא היחיד העומד באופן אמיתי מאחורי חקיקתו של החוק; יתר על כן, יש לי השגות לגבי עוצמתו של שיקול זה, בהתייחס לנתונים שהמדינה מסרה ומניתוחם על רקע מדיניות הממשלה בתחומים משיקים. התוצאה המתבקשת מכך הינה כי במשוואת האיזון לצורך בחינת יסוד המידתיות (במובנה הצר) כפי שראוי להציגה, ניצבת זכות האדם הנפגעת ברף העליון ומשקלה הוא רב. אל מולה עומד הערך הנוגד של הבטחון, אשר בנסיבות הענין ניצב ברף נמוך ומשקלו מסוייג ויחסי בלבד. תוצאת האיזון מצדיקה, איפוא, עוד ביתר שאת, התערבות בפגיעה הגורפת בזכות בן הזוג הישראלי לממש את חיי המשפחה עם בן זוגו הפלסטיני. היא מצדיקה את התניית מימושה של זכות האדם בתוצאות בדיקה בטחונית אינדיבידואלית לגילוי פוטנציאל סיכון אפשרי במבקש להיכנס לישראל לצורך איחוד משפחה, ואפשר אף בהטלת אמצעי פיקוח שונים על בן זוג פלסטיני שכניסתו וישיבתו הותרו, על פי מבחנים שייקבעו בשים לב לעוצמתו של השיקול הבטחוני.

אבאר את טעמי:

הבחינה החוקתית

2. ביסוד המשטר החוקתי במקומנו ניצבת ההגנה על זכויות אדם. בגידרה של הגנה זו עומדת התפיסה כי זכויותיו החוקתיות של האדם אינן מוחלטות, ולעיתים אין מנוס מפגיעה בהן כדי להגשים אינטרס ציבורי חיוני, או כדי להגן על זכות חוקתית של אדם אחר. בנסיבות בהן נוצר מתח בין זכות אדם, לבין תכלית ציבורית נוגדת נדרש שיקול ראוי ביניהן אשר ישיג את נקודת האיזון האופטימאלית שתיתן ביטוי ליחסיות הראויה של הערכים המתנגשים, הנגזרת מתפיסה חוקתית המושתתת על עקרונות משטר דמוקרטי.

“נדרש, אפוא, “איזון חיצוני” בין זכויות הפרט לצורכי הכלל. אף איזון זה הוא פרי ההכרה כי זכויות האדם אינן מוחלטות. הנה כי כן, האופי החוקתי העל-חוקי של זכויות האדם אינו גורר אחריו את המסקנה כי זכויות האדם הן מוחלטות. זכויות האדם העל חוקיות הן לעולם זכויות יחסיות.” (א’ ברק, פרשנות במשפט: פרשנות חוקתית, 361).

3. במסגרת בחינתו החוקתית של חוק המבקש לפגוע בזכויות הפרט, משמשים מבחניה של פסקת ההגבלה כלי עזר חיוני לאיזון הראוי בין הזכות הנפגעת לאינטרס הציבורי שהגשמת תכליתו כרוכה בפגיעה בזכות. פסקת ההגבלה היא המוקד סביבו מתגבש האיזון החוקתי בין הפרט לכלל, ובין פרטים בינם לבין עצמם. היא מבטאת תפיסה עקרונית לפיה צרכיה של החברה עשויים להצדיק אף פגיעה בזכויות אדם, ובלבד שהפגיעה היא לתכלית ראויה, ואינה עולה על המידה הראויה. מבחן זה משקף איזון בין זכויות יסוד לבין ערכים חשובים אחרים. הוא צומח ממציאות שבה אין אמיתות מוחלטות ואין ערכים מוחלטים. הוא בנוי על ראיית היחסיות הן של זכויות אדם והן של אינטרסים חברתיים. הוא מבוסס על ההנחה כי השגת ההרמוניה בין זכויות היחיד לבין צרכי החברה מחייבת פשרה, וכי גרעין הפשרה הוא העומד ביסוד הסדר ההרמוני בין מכלול זכויות הפרט לבין ערכי החברה. הוא התנאי לחיי חברה תקינים ולמשטר חוקתי ראוי.

4. דרישת המידתיות בפסקת ההגבלה בנויה על יסוד האיזון בין זכות האדם הנפגעת לבין הערך הנוגד מולו היא מתמודדת. עניינה בבחינה, בין היתר, האם התועלת המושגת מן הערך הנוגד שקולה כנגד הפגיעה בזכות האדם. האיזון מושפע ממשקלם היחסי של הערכים; בהערכת משקלה של הזכות, יש להתחשב בטיבה ובמעמדה במידרג זכויות האדם. יש להתחשב במידה ובהיקף של הפגיעה בה. באשר לאינטרס הציבורי הנוגד, יש לשקול את חשיבותו, את משקלו, ואת התועלת הצומחת ממנו לחברה. ישנו קשר גומלין בין משקלה של זכות האדם לבין מידת חשיבותו של האינטרס הציבורי הנוגד. ככל שזכות האדם בעלת משקל רב יותר והפגיעה בה קשה יותר, כך נדרש לצורך עמידה במבחן המידתיות כי האינטרס הציבורי הנוגד יהיה בעל חשיבות וחיוניות מיוחדת. פגיעה בזכות אדם תוכר רק מקום שהיא הכרחית להגשמת אינטרס ציבורי בעל עוצמה כזו המצדיקה, בתפיסה חוקתית, גריעה מידתית מן הזכות (בג”צ 6893/05 ח”כ הרב יצחק לוי נ’ ממשלת ישראל, פד”י נט(2) 876, 890; בג”צ 2056/04 מועצת הכפר בית סוריק נ’ ממשלת ישראל, פד”י נח(5) 807, 850). על פי מבחניה של פסקת ההגבלה, נבחנים, אפוא, הן הזכות הנפגעת, והן האינטרס

הציבורי, לפי משקלם היחסי, כאשר הנחת היסוד הינה: "ככל שהזכות הנפגעת חשובה יותר, וככל שהפגיעה בזכות קשה יותר, כך צריך אינטרס ציבורי חזק יותר כדי להצדיק את הפגיעה. פגיעה קשה בזכות חשובה, שלא נועדה אלא להגן על אינטרס ציבורי חלש, עשויה להיחשב פגיעה במידה העולה על הנדרש" (השופט י' זמיר בבג"ץ 6055/95 צמח נ' שר הבטחון, פד"י נג(5), 241, 273).

5. בסוגיה שלפנינו עומד למבחן האיזון שבין זכותו של בן זוג ישראלי למימוש חיי משפחה בישראל עם בן זוגו הפלסטיני מהאיזור, בתנאים של שוויון, לבין אינטרס ההגנה על שלום הציבור. איזון זה נועד להבטיח את בטחון החיים מצד אחד, ואת איכותם ומשמעותם של חיי אדם מצד שני. האיזון מחייב יחסיות. הוא אינו יכול להיות מושג בערכים מוחלטים. הוא בנוי על מבחן הסתברותי השולל הנחות מוחלטות. ההערכה ההסתברותית של מידת הסיכון לבטחון החיים היא העומדת מול זכות האדם למשפחה, ובקביעת היחסיות ביניהם יש לאמוד את עוצמת הסתברותה של הסכנה לחיים הכרוכה במימוש זכות האדם למשפחה. בקביעת היחסיות כאמור, נבחן, בין היתר, את מקומה של זכות אדם זו במידרג זכויות האדם.

הזכות למשפחה

6. זכות האדם למשפחה היא מיסודות הקיום האנושי. קשה לתאר זכויות אנוש שתשווינה לה בחשיבותן ובעוצמתן. היא משלבת בתוכה את הזכות להורות ואת זכותו של ילד לגדול בחיק הוריו הטבעיים. יחדיו הן יוצרות את הזכות לאוטונומיה של המשפחה.

"אלה מושכלות יסוד: הזכות להורות וזכותו של ילד לגדול בחיק הוריו הטבעיים הן זכויות שלובות זו בזו, היוצרות יחדיו את הזכות לאוטונומיה של המשפחה. זכויות אלה הן מיסודות הקיום האנושי, וקשה לתאר זכויות אנוש שתשווינה להן בחשיבותן ובעוצמתן." (בע"מ 377/05 פלונית ופלוני ההורים המיועדים לאימוץ הקטין נ' ההורים הביולוגיים, דינים עליון עב, 286 בפסקה 6 לפסק דיני).

בצד זכות האדם להגנה על חייו ועל קדושת חייו, ניתנת הגנה חוקתית לזכות האדם לממש את משמעות החיים ואת טעם החיים. הזכות למשפחה היא טעם החיים שבלעדיו נפגעת יכולתו של אדם להגיע לידי הגשמה עצמית ומימוש עצמי. בלא הגנה על הזכות למשפחה, נפגע כבודו של האדם, נגרעת זכותו לאוטונומיה אישית, ונמנעת ממנו היכולת לקשור את גורלו עם בן זוגו ועם ילדיו ולקיים חיים מתוך שותפות גורל עימם. בין זכויות האדם, ניצבת זכותו של אדם למשפחה במידרג העליון. היא קודמת

בחיובותה לזכות הקנין, לחופש העיסוק, ואף לפרטיות ולצינעת הפרט. היא משקפת את תמצית הווייתו של האדם ואת התגלמות הגשמת עצמיותו.

ערך הבטחון

7. בהינתן משקלה ועוצמתה המיוחדת של הזכות למשפחה הנתונה לפרט, גריעה ממנה תתכן רק מקום שכנגדה עומד ערך נוגד בעל עוצמה וחיובות מיוחדים. "מידת חיובות הצורך הנדרשת על מנת להצדיק פגיעה, עשויה להשתנות לפי מהותה של הזכות הנפגעת... התכלית היא ראויה אם היא נועדה להגשים 'מטרה חיונית, או צורך חברתי לוחץ, או עניין חברתי מהותי'." (בג"צ 6893/05 ח"כ הרב יצחק לוי ואח' נ' ממשלת ישראל ואח', תק-על 2005(3), 1417, 1423). חובתה של המדינה להגן על חיי אזרחיה מעמידה את אינטרס הבטחון ברמת חיובות גבוהה ביותר. לאינטרס זה שתי פנים: פן חברתי, המקרין על חובתה של המדינה להגן על בטחון אזרחיה; ופן אינדיבידואלי, המקרין על זכות הפרט בחברה להגנה על חייו. הזכות לחיים היא זכות חוקתית ראשונה במעלה של האדם, והיא ניצבת ראשונה במעלת זכויות האדם המוגנות בחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו. עם זאת, ערך ההגנה על בטחון החיים אינו עשוי מיקשה אחת. הוא נושא משמעויות שונות ועוצמות שונות בהקשרים שונים. משקלו היחסי משתנה מענין לענין בהתאם למידת ההסתברות למימושה של הסכנה לחיים הנובעת מההקשר הענייני הספציפי.

8. במתח הקיים בין ערך בטחון החיים לבין זכויות אדם אחרות, ובכללן הזכות למשפחה, גובר שיקול הבטחון מקום שישנה וודאות או הסתברות קרובה לוודאות כי אם לא תינקט פעולה הכרוכה בגריעה מזכות האדם, כי אז ייפגעו חיי אדם. הזכות לחיים קודמת לזכות לממש את משמעות החיים, שכן בלא חיים לא נותר דבר. אולם, דרך כלל, באיזון בין הבטחון לבין זכות האדם איננו עוסקים בערכים מוחלטים, ולרוב איננו מניחים וודאות לפגיעה בחיים. אנו עוסקים בהסתברות של מידת הסכנה, ואותה אנו אומדים כנגד הפגיעה בזכות האדם.

מהי הסתברות הסכנה לבטחון החיים בנסיבות של התרת כניסתם לישראל של בני זוג פלסטינים להתאחד עם בני זוגם הישראליים? האם הסתברות הסכנה גבוהה במידה כזו המצדיקה פגיעה גורפת בזכות למשפחה של בן הזוג הישראלי? או שמא, הסתברות הסכנה אינה ברמה המצדיקה איסור גורף, ויתכן מענה מידתי שיתבטא בנקיטת אמצעי הגנה פחותים, אשר יספקו את רמת ההסתברות הקיימת תוך גריעה קטנה יותר מזכות האדם?

נטל השכנוע

9. נטל השכנוע בדבר קיום הסתברות לסיכון בטחוני במידה המצדיקה גריעה מזכות אדם מוטל על שכם המדינה (בג"ץ 6427/02 התנועה לאיכות השלטון בישראל נ' הכנסת (טרם פורסם) בפסקאות 21-22 ו-49 לפסק דינו של הנשיא ברק; ברק, פרשנות חוקתית, בעמ' 477; פרשת בנק המזרחי המאוחד, בעמ' 428-429; וכן דעתו של השופט זמיר בפרשת צמח, בעמ' 268-269). הנטל על המדינה לשכנע כי צורכי ההגנה על הציבור מפני סיכון בטחוני ממשי מחייבים פגיעה ממשית בזכות אדם, וכי לא ניתן לענות לצורך הציבורי בלא פגיעה כזו. עליה לשכנע כי ההסתברות להתממשות הסכנה הבטחונית הינה כה גבוהה עד כי היא מחייבת נקיטת צעדים מפירי זכויות כפי שעוגנו בחקיקה הפוגעת. מקום שההסתברות לסכנה היא כה גבוהה, עד כי היא נושקת לסכנה וודאית, תיסוגנה מפניה אף הנעלות שבזכויות האדם החוקתיות. מקום שמערך ההסתברויות להתממשות הסיכון הינו נמוך, יתכן כי ערך הבטחון לא יצדיק פגיעה כלשהי בזכות האדם, או אפשר שיצדיק פגיעה פחותה בלבד.

10. טענת "צורך בטחוני" הנשמעת מפי המדינה אינה בבחינת נוסחת קסם, אשר העלאתה מצדיקה את קבלתה ללא חקירה ודרישה. היו ימים בעבר, שבהם טענת המדינה בדבר צורך בטחוני התקבלה על פניה, בלא בחינת משמעותה ומשקלה. ימים אלה חלפו, ומזה שנים רבות, טענות הרשות בדבר צורך בטחוני נבחנות לגופן בערכאות השיפוט בהקשרים שונים. אמנם, ככלל, בית המשפט נוקט ריסון בבחינת שיקולי הבטחון של הרשות, ולא בנקל יתערב בהם. עם זאת, מקום שהפעלת מדיניות בטחון כרוכה בפגיעה בזכויות אדם, על בית המשפט לבחון את סבירות שיקוליה של הרשות ואת מידתיות האמצעים שהיא מבקשת להפעיל (בג"צ 7015/02 עג'ורי נ' מפקד כוחות צה"ל בגדה המערבית, פד"י נו(6), 352, עמ' 6-375; בג"צ 9070/00 ח"כ לימוד ליבנת נ' ח"כ אמנון רובינשטיין, פד"י נה(4), 800, 810). לצורך בחינה זו, נדרש בית המשפט, לא אחת, לעיין בחומר חסוי במעמד צד אחד, ולהעריך את עוצמתו של הסיכון הבטחוני על פי אמות מידה הסתברותיות ביחס לעוצמת הפגיעה בזכויות הפרט הניצבת כנגד הסתברות זו (ראו למשל, לעניין צווי מעצר מנהליים: עמ"מ 8607/04 פחימה נ' מדינת ישראל, פד"י נט(3), 258, 264-263; בג"ץ 2320/98 אל-עמלה ואח' נ' מפקד כוחות צה"ל באזור יהודה ושומרון, פד"י נב(3), 346, 350, 361-360; לעניין מניעת מפגש עצור עם עורך דינו: בג"ץ 3239/02 מרעב נ' מפקד כוחות צה"ל באזור יהודה ושומרון, פד"י נז(2), 349, 381-382; לעניין אבטחת ביתו של שר הביטחון: בג"ץ 7862/04 אבו דאהר נ' מפקד כוחות צה"ל ביהודה ושומרון, תק-על תק-על 2005(1), 1871, בפסקאות 13-14; לעניין תיחום מגוריהם של תושבי האזור: פרשת עג'ורי, שם, בעמ' 370, 372, 376; לעניין צווי צמצום והשגחה: בג"ץ 6358/05 ואנונו נ' אלוף פיקוד העורף יאיר

נווה (טרם פורסם)). לעיתים, בחינת עוצמתו של השיקול הבטחוני מחייבת בדיקת חומר פרטני הקשור לאדם הנוגע בדבר; לעיתים, כאשר מדיניות הבטחון של הרשות נוגעת לציבור שלם, נדרשת בחינה כוללת על יסוד נתונים שהוצגו, באמצעות אמות מידה של ניתוח הסתברותי אובייקטיבי. זהו המקרה שלפנינו.

בחינת השיקול הבטחוני בהליך דו-שלבי

11. בחינת משקלו של השיקול הבטחוני ראוי שתיעשה בהליך דו-שלבי. ראשית, יש לבחון את מידת אמינות הטענה בדבר "צרכי בטחון". יש לברר האם שיקולי בטחון שהועלו אינם משמשים, לאמיתו של דבר, כסות לתכליות אחרות, שונות לגמרי, שהן אלה שהינחו, בפועל את החקיקה הפוגענית. שנית, בהנחה כי נמצא שהשיקול הבטחוני הוא אמין, עלינו להעריך, על יסוד נתונים שהוצגו, מהי עוצמתו של השיקול הבטחוני מבחינת היקף ההסתברות כי הסיכון העומד בבסיסו אכן יתממש באם המדיניות הכרוכה בפגיעה בזכות לא תיושם, או לא תיושם במלואה. ההליך הדו-שלבי לבחינת השיקול הבטחוני בנוי, איפוא, משני רבדים: בחינת אמינותו בשלב ראשון; ובחינת עוצמתו בשלב השני.

12. בחינה דו-שלבית זו של טענת המדינה בדבר צרכי בטחון נעשתה על ידי בית המשפט, עת נדרש להכריע בדבר חוקיותו של תוואי גדר ההפרדה בענין בית סוריק (שם) ובפרשת אלפי מנשה (בג"צ 7957/04 מראעבה נ' ראש ממשלת ישראל (פסקאות 62-65 לפסק הדין)). בפרשת בית סוריק נבחנה בשלב ראשון עצם אמינותו של השיקול הבטחוני ביחס לטענת העותרים לפיה השיקול האמיתי בהקמת הגדר אינו בטחוני, כנטען על ידי המדינה, אלא מדיני, ומטרתו היא לספח שטחים מהגדה המערבית אל שטחי ישראל המצויים מעברו המערבי של הקו הירוק. בענין זה קבע בית המשפט כי הוכח שהקמת הגדר היא פרי שיקולים בטחוניים ולא מדיניים (ענין בית סוריק, עמ' 830-1; ענין אלפי מנשה, פסקה 62). נפסק כי ההחלטה על הקמת גדר לא עלתה כרעיון פוליטי בדבר סיפוח שטחים, אלא נבעה מצרכים צבאיים-בטחוניים, וכאמצעי הכרחי להגנת המדינה ואזרחיה. בשלב שני נבחנה עוצמת הצורך הבטחוני-צבאי בהקמת הגדר ובתוואי שנבחר לה ביחס למידת הפגיעה בזכויות התושבים המקומיים הכרוכה בהגשמתו של צורך זה. בחינת עוצמה זו של האינטרס הציבורי נכרכה במלאכת האיזון שבה נשקל הצורך הציבורי לעומת הזכות הנפגעת, ונבחרה נקודת איזון אשר אינה מייחסת ערך מוחלט לאף אחד מן הערכים המתמודדים, אלא מאזנת ביניהם על פי יחסיות משקלם וחשיבותם כפי שנגזר מתפיסה חוקתית, החותרת להרמוניה בין זכויות הפרט לצורכי הכלל. בחינה דו-שלבית מעין זו יש לערוך גם במקרה שלפנינו.

אמינות השיקול הבטחוני

13. את אמינותו של השיקול הבטחוני מבססת המדינה על הערכותיהם הכלליות של גורמי הביטחון. לגישתם, "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" (פסקה 4 לסיכומי המשיבים מיום 16.12.03 בבג"צ 7052/03); ומן ההיבט הכללי "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". עוד נטען, כי מששינה העימות המזויין בין ישראל לבין הגורם הפלסטיני את פניו, בשלהי חודש ספטמבר 2000, החלו גורמים פלסטינים עוינים לעשות שימוש הולך וגובר באזרחים ערביים של מדינת ישראל, "ובעיקר" כלשון הטענה, "במי שהיו תושבי שטחים זכו לקבל מעמד בישראל בעקבות תהליכי איחוד משפחות לסוגיהם" (פסקה 5 לסיכומי המדינה מיום 16.12.03 בבג"צ 7052/03). תמצית טיעונה הבטחוני של המדינה היא כי, ככלל, נתיני אויב המחזיקים בנאמנות כפולה מהווים סיכון ביטחוני עם כניסתם לישראל; תושבי האזור שעברו הליך של איחוד משפחות, הינם דוגמא לענין זה, וכניסתם לתחומי ישראל ותנועתם החופשית בה, עלולות לסייע למאבק המזויין של הצד הפלסטיני בתושבי מדינת ישראל; ולראייה, מבין אזרחי ותושבי ישראל אשר סייעו למאבק הפלסטיני המזויין, עיקרם, לדבריה, הם תושבי האזור, אשר זכו במעמדם כתוצאה מהליך איחוד המשפחות.

אלא שיש קושי ליישב את טענת המדינה לפיה עיקר הסיכון הבטחוני נובע מבני זוג פלסטינאים שהתיישבו בישראל בעקבות איחוד משפחות, עם הנתונים הסטטיסטיים שהיא עצמה מביאה. מאז 1994 קבלו כ-130,000 מתושבי האיזור מעמד כזה או אחר במדינה (דברי היועץ המשפטי לממשלה מזוז וראש מינהל האוכלוסין במשרד הפנים בישיבת ועדת הפנים ואיכות הסביבה של הכנסת מיום 14.7.03 (פרוטוקול מס' 47)). מתוך מספר תושבים זה נמסר כי 26 מצויים בחקירה בחשד למעורבות בפעילות טרור. כנגד זאת, 247 מעורבים בפעולות טרור מקרב ערביי ישראל. כמו כן, לא הוצגו נתונים כלשהם ביחס למעורבים אפשריים בפעולות טרור מבין אלפים רבים של פועלים פלסטיניים המותרים בכניסה לישראל מידי יום לצורך עבודה. נתונים אלה, כשלעצמם, אינם מתיישבים עם האמירה כי עיקר הסיכון הבטחוני נובע מתושבי האיזור שקבלו מעמד בישראל במסגרת איחוד משפחות. עם זאת, ההנחה כי קיים סיכון בטחוני בעוצמה כזו או אחרת מכניסת בני זוג פלסטינאים להתיישב

בישראל בודאי אינה יכולה להישלל כשלעצמה, והיא מוכחת אף מעצם השיעור הקטן, יחסית, של נחקרים במעורבות בפעילות טרור מקרב תושבים כאלה. אלא ששיעור זה על רקע שאר הנתונים, מקרין על עוצמתו של הסיכון הבטחוני.

14. בבחינת אמינותו של השיקול הבטחוני, אין להתעלם גם מכך כי בנקודות זמן שונות במהלך הליכי החקיקה של החוק ותיקונו הועלה ונדון הנושא הדמוגרפי ברקע האיסור הגורף על כניסת בני זוג פלסטיניים מהאיזור לישראל. אמנם, המדינה בהציגה את החוק הצביעה על השיקול הבטחוני כשיקול יחיד. עם זאת, מדיוני הכנסת עולה כי הנושא הדמוגרפי ריחף על פני הליכי החקיקה כל העת, והיווה נושא מרכזי בדיונים בועדת הפנים של הכנסת ובמליאה. היו מבין חברי הכנסת מסיעות שונות שסברו כי ההיבט הדמוגרפי הוא הצידוק העיקרי להסדר החקיקתי שאומץ. היו מביניהם, דוגמת השר גדעון עזרא (ליכוד, השר המקשר בין הממשלה לכנסת אותה עת) ויו"ר הכנסת רובי ריבלין (ליכוד) אשר הזהירו מפני איחוד המשפחות כמנגנון המיועד למימושה בפועל של זכות השיבה (ראו: פרוטוקול הישיבה ה-276 של הכנסת ה-16, יום רביעי, כ' בתמוז התשס"ה (27.7.2005), בעמ' 15; ישיבת ועדת הפנים מיום 29.7.03). אחרים, דוגמת חברי הכנסת זהבה גלאון (מרצ-יחד), חיים אורון (מרצ-יחד), נסים זאב (ש"ס), ניסן סלומיאנסקי, (המפד"ל), מיכאל רצון (ליכוד) ואהוד יתום (ליכוד), ציינו מפורשות את התופעה שזכתה בדיונים לכינוי "הסכנה הדמוגרפית", והצביעו על ייעודו של החוק כמכוון לבלום אף סכנה זו. כנגד סכנה זו, הזהירו חלקם, על המדינה להתגונן (ראו: דברי הכנסת ה-16 מיום 23.5.05, בעמ' 3, 10-11; פרוטוקול מס' 47 מישיבת ועדת הפנים ואיכות הסביבה, מיום 14.7.2003, בעמ' 6; פרוטוקול מס' 459 מישיבת ועדת הפנים ואיכות הסביבה, מיום 28.6.05, בעמ' 7). חברי הכנסת הערביים טענו לאורך כל הליך החקיקה כי תכלית החוק הינה לקדם מטרה דמוגרפית. לא למותר לציין כי אף המשיבה 4, שצורפה כבעלת דין בהליך זה, התמקדה בטיעוניה בפן הדמוגרפי של החוק העומד לבחינה.

המדינה, במסגרת טיעוניה, היתה נכונה להצהיר כי הגם שהשיקול הבטחוני הוא היחיד העומד ברקע החוק, גם אילו ניצב השיקול הדמוגרפי ביסוד המדיניות שהביאה לחקיקתו עדיין היה מדובר בשיקול לגיטימי, ההולם את ערכיה של מדינת ישראל, כמדינה יהודית ודמוקרטית:

"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...” (פסקה 169 לסיכומי המדינה מיום 16.12.2003 בבג”צ 7052/03).

מאחר שהמדינה, על פי הצהרתה, לא הסתמכה על השיקול הדמוגרפי כיסוד לחקיקה העומדת כאן למבחן, פטורים אנו מהעמדת שיקול זה במבחן החוקתי. עם זאת, השיקול הדמוגרפי צף ועלה ברקע הליכי החקיקה של החוק, וקשה להשתחרר מן הרושם, חרף כפירתה של המדינה בענין זה, כי היתה לו נוכחות במשקל כזה או אחר בתהליך גיבושו של ההסדר הגורף המונע כניסתם של בני זוג פלסטינים מן האיזור לישראל במסגרת איחוד משפחות.

ניתן לומר, אפוא, כי השיקול הבטחוני שמטרתו למנוע ניצול לרעה של הליך איחוד המשפחות לשם הגברת הפעילות החבלנית בשטחי ישראל הוא, כשלעצמו, שיקול אמין, ויש לו יסוד בנתונים שהובאו. עם זאת, אפשרות קיומו של מניע נוסף ברקע חקיקתו של החוק, גם אם אין בו כדי לשלול את אמינות השיקול הבטחוני, אפשר שיש בו כדי להקרין על משקלו ועוצמתו.

עוצמת השיקול הבטחוני

15. בחינת עוצמת השיקול הבטחוני צריכה לתת מענה לשאלה האם ישנה הצדקה בעטיו לפסילה גורפת של כניסת פלסטינאים תושבי האיזור לישראל במסגרת איחוד משפחות. שאלה זו נבחנת מעבר להערכות הכלליות שהובאו בידי גורמי הבטחון, על פי מערך נתונים עובדתיים שהוצגו, וניתוחם באמות מידה של הסתברות אובייקטיבית. אומר כבר עתה כי, לטעמי, מערך הנתונים כפי שהוצג בידי המדינה אינו מצדיק איסור גורף על כניסת בני זוג פלסטינאיים לארץ במסגרת איחוד משפחות, שמשמעותו פגיעה גורפת בזכויות אדם של אזרחי ותושבי ישראל. המדינה לא השכילה להרים את הנטל המוטל עליה לשכנע כי בנסיבות הענין עוצמת הסיכון הבטחוני מצדיקה את הפגיעה הקשה והגורפת בזכות למשפחה הנגרמת לתושבי הארץ שנמנע מהם להתאחד עם בני זוגם. אלה הטעמים למסקנה זו:

שיעור החשודים במעורבות בפעילות עוינת מבין בני זוג פלסטיניים

16. בסיכומיה, טוענת המדינה כי “בפיגועים שבוצעו בסיוע תושבי האזור... נהרגו 45 ישראלים, ונפצעו 124”. בהתאם, “23 מתושבי האזור, אשר קיבלו מעמד בישראל עקב איחוד משפחות, היו מעורבים בסיוע ממשי לפעילות עוינת נגד ביטחון המדינה” (פסקה 17 לסיכומי המדינה מיום 16.12.03 בבג”צ 7052/03). מתוך 148 פיגועי התאבדות, ב-25 ארועים היו מעורבים תושבי איזור שקבלו מעמד מכח איחוד משפחות. בתשובת המדינה מיום 7.2.2006, הועמד מספר הנחקרים במעורבות

בפעילות טרור מתוך תושבי האזור בעלי מעמד מכוח איחוד משפחות, על 26 במספר. כמו כן, לגבי 42 תושבי אזור נוספים, לא הוארכה אשרת שהייתם בישראל בעקבות "מידעים מודיעיניים אשר הצביעו על מעורבותם בפעילות טרור או על קיום קשרים שוטפים עם פעילי טרור" (פסקה 29 לתשובת המדינה מיום 7.2.06 בבג"צ 7052/03). בגדר אותם 26 חשודים כמעורבים, מביאה המדינה את עניינם של שישה נושאי תעודות ישראליות שמעמדם הושג במסגרת הליך איחוד המשפחות, הנחשדים בביצוע פיגועים ובסיוע לביצועם. דוגמאות פרטניות אלה אינן מגלות מהי מהות מעורבותם של השישה בתכנון הפיגועים או בביצועם, ולא ניתן ללמוד מן הכתוב האם מדובר בפיגועים שהוצאו אל הפועל, או סוכלו, ומה עלה בגורלם של השישה. גם לגבי 20 החשודים האחרים במעורבות בפעילות טרור, לא הוצג מידע כלשהו באשר לגורל חקירתם.

לא למותר לציין, כי מאז שנת 1994 קיבלו כ-130,000 מתושבי האזור מעמד כזה או אחר במדינת ישראל, ומתוך כל אלה, מצויים, כאמור, 26 תחת חקירה באשר למעורבות בפעילות טרור. נוכח מספרם הרב של פלסטינאים מהאיזור שרכשו מעמד בישראל מאז 1994, עומד מספרם של הנחקרים בחדש למעורבות כזו או אחרת בסיוע לפעילות טרור על שיעור נמוך, מה גם שאין בידנו מידע ברור לגבי מהות שיתוף הפעולה של המעורבים בפעילות העויינת.

עובדים פלסטיניים הנכנסים לישראל

17. על פי מדיניות הממשלה, נכנסים מדי יום ביומו אלפים רבים של עובדים פלסטינים מן האיזור אל תחומי המדינה. מהודעת המדינה מיום 16.12.03 בבג"צ 7052/03 (פסקה 180) עולה כי היתרים ניתנים לכ-20,000 עובדים, כשמכסה זו משתנה מעת לעת בשים לב לנסיבות. המדינה לא הציגה בפנינו כל נתונים לגבי השאלה האם מתוך עובדים אלה נמצאו מעורבים כלשהם בפעולות טרור. לא נדרש מאמץ שכנוע רב כדי להבין שבחיפוש אחר משתפי פעולה לפעולות טרור אין קושי מיוחד להיעזר בעובדים כאלה, הנכנסים בהיתר מדי יום לשטחי ישראל וחוזרים עם ערב לאיזור. אם ובמידה, שכטענת המדינה, היסוד לסיוע האפקטיבי לטרור מצוי בשיוכו של אדם לאיזור מצד אחד, ובנגישותו לשטח ישראל מצד שני, הרי שיסוד דואלי זה מתקיים באלפים רבים של עובדים פלסטינים המגיעים לישראל מהאיזור מדי יום. לא מצאנו כי הסיכון הבטחוני הטמון בכניסתם של עובדים לאלפיהם לישראל מדי יום הניע את המדינה לאסור איסור גורף על כניסת העובדים לארץ, העונה לצרכים כלכליים ותעסוקתיים שלמדינה יש בהם ענין.

לטענת המדינה, אין להשוות בין אוכלוסיית העובדים לאוכלוסיית בני הזוג שכן הסיכון הביטחוני הנשקף מהם שונה בתכלית. כניסתה של אוכלוסיית העובדים לישראל מותנית בקיומה של רגיעה ביטחונית, שכן בעיתות סיכון מוגבר, מתקיימים תנאי סגר כללי על שטחי האזור, והיתרי הכניסה לישראל מוקפאים באורח אוטומאטי. כמו כן, אמצעי הפיקוח השונים המוטלים על אוכלוסיית העובדים מן האזור מאפשרים לכוחות הביטחון לעקר, עד כמה שניתן, את יכולתם של אלו להתערב בפעולות טרור. העובדה כי עובדים אלה אינם לנים בתחומי ישראל, מסייעת למנגנון מפקח זה (פסקה 180 לסיכומי המדינה מיום 16.12.03 בבג"צ 7052/03) לעומת זאת, כך נטען, בני זוג פלסטיניים המותרים בכניסה לישראל רוכשים בה מעמד ושוהים בה דרך קבע. מעמד זה מקנה להם משקל-יתר כמסייעים פוטנציאליים לטרור. עמדה זו מוקשה ממספר בחינות:

ראשית, בהעדר נתונים על שיעור מעורבות בפעילות טרור מקרב עובדים פלסטינאיים, קשה לקבל כפשוטה את נקודת המוצא כי הסיכון מבני הזוג הפלסטינאיים שרכשו תושבות בישראל עולה על זה הצפוי מהעובדים הפלסטינאיים. לבן הזוג המעורב בטרור צפוי הפסד ניכר לא רק בעונש שייגזר עליו אלא אף באובדן אפשרי של מעמדו בישראל והיכולת לחיות בחיק משפחתו בתחומי המדינה. העובד, לעומתו, יסתכן בענישה ובאובדן מקום עבודתו ובהיתר כניסה לישראל בעתיד. הסיכון לאובדן המעמד בישראל והיכולת לממש בה את חיי משפחה מהווה ללא ספק גורם מרתיע ביחס לבן הזוג, ואפשר שיש בכך כדי להסביר את המספר הקטן, יחסית, לאורך שנים של החשודים במעורבות טרור מקרב פלסטינים בעלי מעמד בארץ מכח איחוד משפחות.

שנית, במסגרת אמצעי הפיקוח המונהגים לצורך התמודדות עם פוטנציאל הסיכון, ניתן לברור אמצעי בטחון מתאימים, להחילם גם על בני זוג פלסטיניים אשר לא רק יועמדו לבחינה אינדיבידואלית קודם לכניסתם לארץ, אלא יהיו נתונים לפיקוח הרשויות גם בשלב ישיבתם בארץ, כדי להקשות על זמינותם ונגישותם לארגוני טרור. בגידרם של אמצעי הפיקוח ניתן לכלול גם אמצעי ביטול של אשרות שהייה מקום שישנו מידע מבוסס על סיכון הצפוי ממי שקיבל היתר ישיבה בישראל מכח איחוד משפחות. אמצעי פיקוח מידתיים על אוכלוסיית בני הזוג הפלסטיניים המבקשים להתיישב בארץ במסגרת איחוד משפחות ניתנים להחלה בדומה לאלה המוטלים על העובדים הפלסטיניים, תוך שינויים המתחייבים מטיב העניין. בין שלילה גורפת של היתרי כניסה, לבין מתן היתר גורף לכך, קיים מיתחם ביניים שבגידרו ניתן לבצע בדיקות אינדיבידואליות מחמירות של המבקשים טרם כניסתם, ולהטיל על אלה שכניסתם

הותרה אמצעי פיקוח שונים באורח מתמשך בדרך שתענה באופן מידתי על הסתברות הסיכון.

מעורבים בטרור מקרב אזרחי ישראל

18. אין להתעלם גם מהנתונים שהביאה המדינה לפיהם 247 מקרב ערביי ישראל, תושביה ואזרחיה, נמצאו מעורבים בפעילות טרור חבלנית כנגד תושביה היהודיים של ישראל (פסקה 29 לתשובת המדינה מיום 7.2.06 בבג"צ 7052/03). אזרחי ישראל, יהודים וערבים, נהנים מאותן זכויות אדם וחירויות המוענקות במשטר החוקתי במדינה. האוכלוסיה הערבית-ישראלית היא אוכלוסיה נאמנה ושחרת שלום, גם אם יש בתוכה מיעוט קטן המנצל את חירותו האזרחית ומתערב במאבק טרור רצחני. בשל מיעוט קטן זה לא עלה על דעתו של איש לפגוע בזכויותיה האזרחיות של האוכלוסיה הערבית בישראל, הגם שעל פי הנתונים, מספרם של ערביי ישראל המעורבים בפעילות טרור גדול במושגים מוחלטים פי 9 מחלקם של בני זוג פלסטינים שרכשו מעמד מכח איחוד משפחות. כשם שלא יעלה על הדעת להניח כי הסיכון הצפוי ממיעוט קטן של אזרחים מקומיים יביא לפגיעה גורפת באוכלוסיה שלמה של ערביי ישראל, תושביה ואזרחיה, באותה מידה קשה למצוא הצדקה לפגיעה גורפת בחלקים מאותה אוכלוסיה ממש, תושבים ואזרחים בישראל, כאשר הדבר אמור באיחוד משפחות עם בני זוג מהאיזור. הבחינה האינדיבידואלית שנועדה לאתר סכנה פוטנציאלית הצפויה מפלוני, גם אם לא תסיר את הסכנה במלואה, בודאי תפחית את ממדיה ההסתברותיים לרמה כזו אשר תשלול בסיס חוקתי לפגיעה גורפת בזכויות אדם למשפחה. ראוי להביא ליחסיות אמיתית ושקולה בין מידת הסכנה הבטחונית הנותרת לאחר הפעלת אמצעי הבקרה האינדיבידואליים, לבין ההגנה על זכויות אדם הכרוכה בפגיעה סלקטיבית בלבד, מקום שאותר פוטנציאל סיכון אמיתי בפלוני או אלמוני.

עוצמת השיקול הביטחוני - מסקנות

19. המסקנה המתבקשת מהדברים שהובאו הינה כי המדינה לא עמדה בנטל המוטל עליה להראות כי הפגיעה הגורפת בזכות החוקתית של האדם עומדת במבחן המידתיות של פיסקת ההגבלה. הסתברותו של הסיכון הבטחוני מכניסתם של פלסטינים לישראל במסגרת איחוד משפחות אינו בעל עוצמה כזו המצדיקה את הטלת האיסור הגורף על ידי החוק, המונע, ככלל, ולמעט חריגים מעטים, את איחוד המשפחות. האיסור הגורף אינו מידתי ביחס לעוצמתה של זכות האדם הנפגעת לחיי משפחה הנתונה לבן הזוג הישראלי תושב ואזרח ארץ. מהנתונים שהובאו לעיל קשה לאתר קו מדיניות רציונלי בגישתה של המדינה לסיכון הבטחוני הקיים, בהינתן התייחסותה השונה לקבוצות סיכון שיש בהן מן המאוחד ומן המשותף. היא מסכינה עם קיומם של סיכונים העולים

על אלה הצפויים מבני זוג פלסטיניים בלא הטלת איסורים גורפים, אך אינה נמנעת משלילה כמעט טוטלית של איחוד משפחות באופן שאינו תואם ליחסיות הסיכון הצפוי מכך.

התמקדותו של החוק באוכלוסיית בני זוג מהאיזור אינה מתיישבת עם מדיניות המדינה ביחס לגורמי סיכון שאינם פחותים, ואולי אף עולים על אלה הנובעים מאיחוד משפחות. בהקשרים אחרים, המעלים סיכונים משמעותיים, נמנעת המדינה מפגיעה גורפת. היא מבקשת לפזר את הסיכון בצורה מושכלת ומידתית ככל הניתן. לא כן ביחס למבקשי איחוד המשפחות. הדבר מעלה את החשש כי תכליתו האמיתית של החוק אינה חופפת במלואה את התכלית הבטחונית הנטענת, וכי עוצמתו של השיקול הבטחוני אינה משמעותית כפי שנטען. נוכח אלה, מבחניו של החוק אינם מתיישבים עם נקודת האיזון הראויה בין עוצמת האינטרס הבטחוני למידת הפגיעה בזכות האדם (ג' דוידוב, "יובל, א' סבן וא' רייכמן "מדינה או משפחה? חוק האזרחות והכניסה לישראל (הוראת שעה), תשס"ג – 2003" משפט וממשל ח(2) (2005) 671-672 ;

J. Tussman & J. tenBrock, "The Equal Protection of the Laws", 37 Calif. L. (Rev. 341 (1949) 344-353.

20. בנסיבות ענין זה, במישוואת האיזון הנדרשת לבחינת יסוד המידתיות שבפיסקת ההגבלה ניצבת זכות האדם הנתונה לבן הזוג הישראלי במעלה גבוהה מזו בה ניצב האינטרס הבטחוני הנגדי. עוצמת השיקול הבטחוני אינה מצדיקה פגיעה גורפת בזכות בן הזוג הישראלי לחיי משפחה בישראל. המידתיות מצדיקה התחשבות בערך הבטחון, אולם התחשבות יחסית הנגזרת מעוצמת הסיכון ומתחשבת בעוצמתה של זכות האדם הנפגעת. המידתיות מצדיקה אך פגיעה יחסית בזכות זו, המתקשרת לקיום סכנה פוטנציאלית קונקרטיית אשר תלמד מבדיקה אינדיבידואלית ומנתונים פרטניים שנצברו לגבי פלוני, ומהטלת אמצעי פיקוח שונים שיבטיחו במידת האפשר את איתור הסכנה בעוד מועד.

אכן, מבחני המידתיות מובילים להכרעה הערכית המתמודדת עם השאלה עד איזו נקודה רשאי השלטון במדינה דמוקרטית לפגוע בזכויות אדם בשם האינטרס הלאומי והבטחוני; מתי נחצית נקודת האיזון הראויה בה ניתנת הגנה גורפת לחברה, תוך פגיעה בלתי ראויה בזכויות הפרט, ומתי הופך האינטרס החברתי לערך מוחלט על חשבון זכות האדם, במקום שתישמר ביניהם היחסיות הראויה. מבחני המידתיות מצריכים איזון ערכי שבו הנחת המוצא היא כי לא כל תרומה שהיא לרמת הבטחון הכללית תצדיק פגיעה גורפת בזכויות אדם. מקום שפגיעה גורפת תבטא יחס לא ראוי

בין רמת ההסתברות לסיכון הבטחוני לבין עוצמת הפגיעה בזכות, תדרש יחסיות אחרת, רציונלית וצודקת יותר. יחסיות זו בנויה על פשרה בין הערך החברתי הכללי לזכויות הפרט הראויות להגנה.

הפגיעה הגורפת

21. עלינו להישמר מסכנה אורבת הטמונה בפגיעה גורפת בבני אדם המשתייכים לציבור מסוים על ידי הדבקת תווית של סיכון בלא אבחנה, ומפני החשש הכרוך בשימוש בטענת הבטחון כעילה לפסילה כוללת של קהילה שלמה. זכורים מקרים מן ההסטוריה בהם הדבר ארע, ובחשיבה חוקתית מאוחרת הוכרה הטעות בכך, טעות הניכרת על פניה. די להביא דוגמא אחת לכך מהפרשה הידועה בענין U.S. v. Korematsu, 323 U.S. 214 (1944), בה הובלו תושבים ואזרחים אמריקניים ממוצא יפני, החיים בארצות הברית, להסגר במדינתם הם, בעת מלחמת העולם השנייה, כאשר ארצות הברית נלחמה נגד יפן. היו יחידים מאותו ציבור שנחשדו בחוסר נאמנות למדינה. בעקבות כך, הוטלה סנקציה כללית של הסגר על ציבור שלם. אמצעים גורפים אלה אושרו ברוב דעות בבית המשפט העליון האמריקאי. המיעוט סבר אחרת.

את ההצדקה לנקיטת אמצעי ביטחון אלה ביטא בדעת הרוב השופט Black

בדברים המזכירים בהיבטם העקרוני את טיעוני המדינה בפנינו:

"We cannot reject as unfounded the judgment of the military authorities and of congress that there were disloyal members of that population, whose number and strength could not be precisely and quickly ascertained... It was impossible to bring about an immediate segregation of the disloyal from the loyal that we sustained the validity of the curfew order as applying to the whole group. In the instant case, temporary exclusion of the entire group was rested by the military on the same ground." (Korematsu, *id.*, at 219)

ובהמשך,

"There was evidence of disloyalty on the part of some [citizens of Japanese ancestry – A.P.], the military authorities considered that the need for action was great, and time was short." (Korematsu, *id.*, at 223-4)

שופטי המיעוט, ובראשם השופט Murphy, התייחסו לטיבו של הסיכון, ובצידו, לצורך בהתאמה רציונלית ומידתית בין אופי הסיכון והיקפו, לבין האמצעים הננקטים להגנה מפניו:

“In adjudging the military action taken in light of the then apparent dangers, we must not erect too high or too meticulous standards; it is necessary only that the action have some reasonable relation to the removal of the dangers of invasion, sabotage and espionage. But the exclusion, either temporary or permanently, of all persons with Japanese blood in their veins has no such reasonable relation. And that relation is lacking because the exclusion order necessarily must rely for its reasonableness upon the assumption that all persons of Japanese ancestry may have a dangerous tendency to commit sabotage and espionage and to aid our Japanese enemy in other ways... no reliable evidence is cited to show that such individuals were generally disloyal...or had otherwise by their behavior furnished reasonable ground for their exclusion as a group.” (Korematsu, *id.*, at. 235-236)

בהמשך, הסבירו שופטי המיעוט את מהות הסכנה הגדולה הטמונה בהסדרים גורפים המערבים ציבור שלם בלא אבחנה:

“[T]o infer that examples of individual disloyalty prove group disloyalty and justify discriminatory action against the entire group is to deny that under our system of law individual guilt is the sole basis for deprivation of rights... is to adopt one of the cruelest of the rationales used by our enemies to destroy the dignity of the individual and to encourage and open the door to discriminatory actions against other minority groups in the passions of tomorrow.” (Korematsu, *id.*, at. 240)

פסיקת רוב שופטי בית המשפט העליון האמריקני בעניין Korematsu נחשבת בעיני רבים לאחת מן האפיזודות האפלות ביותר בהיסטוריה החוקתית של מדינות המערב. (ראו למשל:

(E. V. Rostow, "The Japanese American Cases – A Disaster", 54 Yale. L. J. 489 (1945);

Liam Braber, "Comment: Korematsu's Ghost: A Post-September 11th Analysis of Race and National Security," 47 Villanova L. Rev. 451 (2002).)

הנסיבות באותה פרשה שונות בתכלית מאלה העולות בענייננו, אך הרוח המנשבת ברקע התפיסה החוקתית שהוחלה שם בדעת הרוב אינה זרה לטענות שנשמעו מפי המדינה בסוגיה שלפנינו. נישמר אנו מעשיית טעויות דומות. נימנע מפגיעה גורפת בציבור שלם החי בתוכנו הראוי להגנה חוקתית על זכויותיו; נגן על בטחון חיינו באמצעות אמצעי פיקוח אינדיבידואליים גם אם יש בכך כדי להעמיס עלינו מעמסה נוספת, ואפילו אם משמעות הדבר הותרת שוליים מסוימים של הסתברות לסיכון. נגן בכך לא רק על חיינו אלא גם על ערכי חיינו (בג"צ 5627/02 סייף נ' לשכת העיתונות הממשלתית, פד"י נח(5) 70, 77).

סוף דבר

22. איש לא יתכחש לחומרתו של המצב הבטחוני בו אנו שרויים, ולמשימה העליונה המוטלת על המדינה להגן על חיי אזרחיה. בה בעת, כשם שיש לקדם את פני הסכנה לחיים ולהתגונן בפניה, כך יש להישמר מפני סכנת אובדן הבטחון בערכים ובהגנה על זכויות אדם. יש להיזהר משחיקתן של זכויות אדם על רקע טיעון בטחוני בלא שנשמרת היחסיות הראויה ביניהם. בלא הקפדה על יחסיות זו, עלולה התפיסה החוקתית המגינה על זכויות אדם, להישחק; עימה, עלולים להיווצר בקיעים ביסודות המשטר החוקתי; דפוסי החיים הדמוקרטיים בישראל עלולים להיפגע, וההכרה בכבוד האדם ובזכותו למימוש עצמיותו עלולה להימצא מסוכלת. יש להזהר מהליכה אחר טיעון בטחוני כסומא באפלה מקום שאימוצו מביא לפגיעה בזכות אדם. יש לבחון את אמיתותו ואת עוצמתו על פי נתונים בדוקים, ולאמוד אותו על פי מבחני הגיון, שכל ישר, וכללי הסתברות.

במקרה זה איני שותפה לדעה לפיה יש לאמץ את הצורך הבטחוני במידה ובשיעור הנטענים על ידי המדינה. אני מזהה פער ניכר בין עוצמתו של השיקול הבטחוני כנטען על ידי המדינה, לבין עוצמת הפגיעה בזכויות אדם מן המעלה הראשונה הנגרמת בעקבות החוק. לפיכך, אני מגיעה למסקנה, וביתר שאת, כי על השיקול הבטחוני לסגת בפני זכות האדם. עם זאת, גם כך, אין מקום לאיזון בערכים מוחלטים, אלא בערכים יחסיים. ולפיכך, המעבר מאיסור גורף (להוציא מספר חריגים)

המעוגן עתה בחוק על כניסת בני זוג פלסטיניים לישראל אל שיטת הבדיקות הפרטניות לאיתור פוטנציאל סכנה אינדיבידואלי הוא המשקף את נקודת האיזון הראוייה. עוצמתו היחסית של השיקול הבטחוני, מן הדין שתקרין גם על אמצעי הבדיקה הפרטניים שיש להפעיל לצורך מתן היתרי כניסה למבקשים להתאחד עם בני זוג ישראלים, וכן על דרכי הפיקוח שראוי להנהיג ביחס לבני זוג פלסטיניים שכניסתם הותרה, ובמהלך ישיבתם בישראל. עוצמתו היחסית של השיקול הבטחוני, מן הדין שתקרין אף על המבחנים והעילות הרלוונטיים שראוי לגבש לצורך לעניינים אלו.

25. אני מצטרפת למסקנת הנשיא בדבר בטלותו של החוק, ולפרטי הסעד המוצע על ידו.

ש ו פ ט ת

השופט א' גרונניס:

1. מסכים אני לעיקרי הדברים שבחוות דעתו של חברי המשנה לנשיא (בדימוס) מ' חשין. מכאן ברור, שדעתי שונה מדעתו של חברי הנשיא א' ברק. אוסיף משלי דגשים מסוימים המבליטים את חילוקי הדעות בין עמדתי לזו של חברי הנשיא.

2. חברי הנשיא מגדיר באופן רחב ביותר את הזכות החוקתית לחיי משפחה (כחלק מכבוד האדם). הוא כולל בגדרה את זכותו של בן הזוג הישראלי להכניס לתחומי ישראל את בן זוגו הזר, אפילו הוא נתין של מדינת אויב, על מנת שהזוג יוכל לקיים חיי משפחה בארץ. משנמצא כי חוק האזרחות והכניסה לישראל (הוראת שעה), התשס"ג-2003 (להלן - החוק) פוגע בזכות החוקתית, עובר הנשיא לבדוק האם מתקיימים תנאיה של פיסקת ההגבלה. עמדתו של חברי הנשיא במקרה הנוכחי תואמת את גישתו במקרים אחרים, בהם עלתה שאלת היקפה של הזכות החוקתית (באופן כללי לגבי השקפתו של חברי הנשיא בנושא זה ראו, א' ברק, פרשנות במשפט: כרך שלישי - פרשנות חוקתית (1994), עמ' 369-390). כך למשל, בעניין היקפה של זכות הקניין (סעיף 3 לחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו) ושל החירות ממאסר (סעיף 5 לחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו). במקרה הראשון כולל הנשיא בגדר זכות הקניין, כנראה, כל אינטרס רכושי (ע"א 6821/93 בנק המזרחי המאוחד בע"מ נ' מגדל כפר שיתופי, פ"ד מט(4) 221 (להלן - פרשת בנק המזרחי), 431; בג"ץ 5578/02 מנור נ' שר האוצר, פ"ד נט(1) 729). במקרה השני מביאה גישתו של חברי הנשיא לכך שכל חוק פלילי חדש הכולל עונש מאסר, וכל החמרה של ענישה הנעשית בחקיקה, פוגעים בזכות היסוד (ע"פ 4424/98

טילגדו נ' מדינת ישראל, פ"ד נו(5) 529). לעומתו, חברי המשנה לנשיא (בדימוס) חולק על היקף פרישתה של הזכות החוקתית בה עסקינן. לדעתו, אין הזכות לחיי משפחה כוללת בחובה את זכותו של אזרח ישראלי לאיחוד משפחות בישראל עם בן הזוג הזר, בוודאי שלא בעת מלחמה או בזמן מאבק מזוין עם מדינתו של בן הזוג הזר. ההגדרה הרחבה מאד של הזכות החוקתית, כשיטתו של חברי הנשיא, מביאה לכך שחוקים לא מעטים ייחשבו כפוגעים בזכויות חוקתיות ולפיכך יהיו חייבים לעמוד בבחינה החוקתית, קרי בתנאיה של פיסקת ההגבלה. התוצאה עלולה להיות זילות של הזכויות החוקתיות. כמו כן עלולה להתעורר בעיה מעשית באשר ליכולתם של בתי המשפט להתמודד השכם והערב עם טענות חוקתיות (פרשת בנק המזרחי, עמ' 332 בין האותיות ב'-ה' (הנשיא מ' שמגר), 470-471 (השופט י' זמיר); בג"ץ 1715/97 לשכת מנהלי השקעות בישראל נ' שר האוצר, פ"ד נא(4) 367, 419 בין האותיות ד'-ה' (השופט ד' דורנר)). אפילו מקבלים את גישתו המרחיבה של חברי הנשיא בכל הנוגע לזכות לחיי משפחה, עשויה לעלות הטענה שבמקרה הנוכחי מתנגשת זכות זו בזכות חוקתית אחרת, היא הזכות לחיים (סעיף 2 לחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו). או אז, עולה השאלה האם יש הצדקה לפנות לבדיקתו של החוק על פי תנאי פיסקת ההגבלה, או שמא יש ליישב את ההתנגשות ללא התייחסות לפיסקת ההגבלה, ובוודאי שלא לכל מרכיביה. התשובה להתנגשות בין שתי זכויות חוקתיות מצויה במה שמכונה לעיתים "איזון אופקי". ייתכן, שבמסגרת הבחינה של אותה התנגשות או סתירה יהא צורך להידרש למבחני מידתיות. כמובן, שאותה בחינה תוביל בהכרח לצמצומה של אחת מן הזכויות המתנגשות על חשבון חברתה. מכל מקום, לצורך הדיון הנוכחי מוכן אני להניח, כשיטתו של חברי הנשיא, כי החוק פוגע בזכות החוקתית לחיי משפחה של בן הזוג הישראלי, משום שאין הוא מאפשר לו להביא ארצה את בן הזוג הפלשתינאי תושב האזור.

3. שני חבריי, הנשיא והמשנה לנשיא (בדימוס), מציינים שהחוק לא מעורר שאלה בכל הנוגע לתנאים הראשוניים שבפיסקת ההגבלה: הדרישה כי הפגיעה תיעשה בחוק או לפי חוק מכוח הסמכה מפורשת בו; הדרישה כי החוק הפוגע יהלום את ערכיה של מדינת ישראל; והדרישה כי החוק הפוגע נועד לתכלית ראויה. כן מסכימים הם כי החוק עומד בשני מבחני המשנה הראשוניים שבמבחן המידתיות הכלול בפיסקת ההגבלה. כך, נמצא שקיים קשר רציונלי בין איסור הכניסה לישראל החל על בן הזוג הפלשתינאי - הוא האמצעי בו עושה החוק שימוש - לבין הקטנת הסיכון הביטחוני הטמון בכניסה ארצה של בן הזוג הזר - היא התכלית של החוק. עוד נמצא, כי לא ניתן להשיג את תכליתו של החוק תוך שימוש באמצעי שפגיעתו פחותה. ההתייחסות במקרה הקונקרטי הינה לאיסור הגורף שבחוק על כניסתם של בני זוג פלשתינאים לישראל לעומת בדיקה

אינדוידואלית של הזרים הנישאים לישראלים. בדיקה אינדוידואלית של כל אחד ואחד לא תשיג את אותה רמת ביטחון שתבוא בעקבות איסור גורף.

4. המחלוקת בין חבריי מתמקדת ביישומו של מבחן המשנה השלישי שבמבחן המידתיות. לעיתים מתייחסים למבחן זה כאל מידתיות במובן הצר. מבחן זה בודק את היחס בין התועלת החברתית שבחוק לבין הנזק שנגרם עקב הפגיעה בזכות החוקתית. הנשיא מנתח באיזמל מנתחים, או שמא נאמר בקרן לייזר, את המקרה וקובע כי "ההעמדה הראויה של השאלה הינה ברמה של הסיכונים ושל הסתברות התרחשותם, ושל השפעתם על חיי החברה כמכלול" (פיסקה 110 לחוות דעתו). בהמשך מוצג המבחן במקרה הקונקרטי במילים אלה: "השאלה הינה מה ההסתברות כי ייפגעו חיי אדם אם נתמיד בבדיקה האינדיבידואלית לעומת ההסתברות כי ייפגעו חיי אדם אם נעבור לאיסור גורף, והאם תוספת הסתברותית זו שקולה כנגד הוודאות שבהגדלה הנגרמת על ידי כך לפגיעה בזכויותיהם של בני זוג אזרחי המדינה" (שם). תשובתו של חברי הנשיא היא, שתוספת הביטחון אינה שקולה כנגד הפגיעה הנוספת בזכותם של אזרחי המדינה לחיי משפחה. לעומתו, דעתו של חברי המשנה לנשיא (בדימוס) היא כי מאחר שעסקינן בזכות לחיים, הרי יש ליתן לה משקל עודף ביחס לפגיעה החוקתית. חולק אני על חברי הנשיא בשניים, הן באשר להצגת השאלה כשאלה של הסתברות, והן ביישומו של המבחן.

5. אין ספק, שהצגת מבחן המידתיות במובן הצר כמבחן של הסתברות תורמת לפיתוחו של המשפט ולתפישתנו את המאבק הערכי העומד בבסיס המבחן. המבחן שמציג הנשיא מזכיר את המבחן הידוע שטבע השופט לרנד הנד (Learned Hand) בכל הנוגע לעוולת הרשלנות ((United States v. Carroll Towing Co. 159 F. 2d 169 (1947)). לפי המשוואה שפיתח השופט הנד, קיימת התרשלות אם תוחלת הנזק (מכפלת שיעור הנזק בהסתברות להתרחשותו) עולה על ההוצאות הנדרשות למניעת הנזק (המבחן האמור נזכר בע"א 5604/94 חמד נ' מדינת ישראל, פ"ד נח(2) 498, על ידי הנשיא א' ברק (עמ' 510-511) וגם על ידי השופט א' ריבלין, אשר הצביע על יישומו אף בהקשר החוקתי (עמ' 517-521); עוד ראו, א' פורת, רשלנות ואינטרסים, עיוני משפט כד (תש"א 275). הצגת השאלה הטעונה הכרעה במעין משוואה מתימטית יש בה מידה רבה של תיחכום והיא מקדמת את הניתוח המשפטי. השימוש בדימויים, כמו "משוואה", "איזון", "משקל" וכיו"ב, נפוץ הוא בכתיבה המשפטית. המטאפורות מסייעות להבנתנו כאשר עוסקים אנו במושגים מופשטים. אך בל נשכח, עסקינן במשפטים ולא במתימטיקה. מכל מקום, בעניין שעל הפרק לא מתעוררת, לטעמי, שאלה של הסתברות בכל הנוגע לפגיעה בחיי אדם. הנתונים שהובאו בפנינו מלמדים כי

עשרים ושישה בני זוג פלשתינאים שנכנסו ארצה כדין בהליך של איחוד משפחות היו מעורבים בפגועי טרור. באותם פיגועים נהרגו עשרות בני אדם ורבים אחרים נפצעו. יוער, כי אותם עשרים ושישה קיבלו היתר להיכנס לישראל חרף הבדיקה הביטחונית שעברו. משמע, יש בפנינו הוכחה, כי הבדיקה הביטחונית האינדיווידואלית אינה מבטיחה שניתן יהיה להפריד באופן מלא בין אלה המהווים סיכון ביטחוני לאחרים שכניסתם ארצה לא תהווה סיכון. על יסוד נתונים אלה יש לדעתי לומר, כי קיימת וודאות שכניסה של אלפי בני זוג נוספים תביא בעקבותיה פגיעות בחיי אדם, וזאת אף אם תיערך בדיקה ביטחונית ביחס לכל אחד ואחד. כמובן, שאין שום דרך לומר מה יהא היקף הפגיעות ולעניין זה של היקף אין עסקינן בהסתברות אלא בניחוש גרידא. המשוואה אינה מורכבת, איפוא, מיסוד הסתברותי בצידה האחד ומיסוד של וודאות בצידה האחר, אלא משני מרכיבים וודאיים: פגיעה בחיי אדם לעומת פגיעה בחיי משפחה. ניתן לתמצת את גישתו של חברי הנשיא א' ברק בביטוי "ברי ושמא - ברי עדיף". לעומת זאת, על פי גישתי שלי המצב הוא של "ברי וברי", ולכן מתחייבת תשובה שונה. נודה על האמת, הצגת הדילמה בצורה כה חדה מטעה משהו. קיימים מצבים שונים בהם הערך של חיי אדם עומד כנגד ערכים ואינטרסים אחרים ולמרות זאת מתקבלת החלטה, לעיתים מושכלת ולעיתים אינטואיטיבית, להעדיף את הערך או האינטרס האחר. כך, למשל, לא יהא ויכוח כי איסור מוחלט על תנועת כלי רכב מנועיים בכבישים וחזרה לימי הכרכרות יקטינו באופן משמעותי את מספר ההרוגים והפצועים בתאונות דרכים. אף על פי כן, אין להניח שהצעה בכיוון האמור תתקבל בחברה מודרנית.

6. אפילו אקבל את גישתו של חברי הנשיא בהצגת המשוואה שבצידה האחד אלמנט הסתברותי, אין בידי להסכים לתוצאה אליה הוא מגיע. לדברי הנשיא, תוספת הביטחון המתקבלת מאיסור גורף על כניסה של בני זוג ביחס למידת הביטחון הכרוכה בבדיקה אינדיווידואלית, אינה שקולה כנגד תוספת הנזק לבני הזוג הישראליים עקב הפגיעה בזכותם לחיי משפחה (פיסקה 112 לחוות דעתו). אף אם אשתמש בדיוק באותו מבחן בו עושה הנשיא שימוש, הרי מסקנתי היא שתוספת הביטחון הכרוכה באיסור גורף מצדיקה את הפגיעה הנוספת בחיי המשפחה. בהקשר זה יוער, כי חילוקי הדעות בנקודה זו מהווים דוגמה למצב בו שופטים שונים עושים שימוש בנוסחה מילולית אחת כמבחן משפטי אך מגיעים לתוצאות שונות. השוני בתוצאה נובע, בין היתר, מן המשקל היחסי השונה הניתן לערכים המתנגשים ומן הכימות השונה של הנתונים. בלשון מתימטית, גם אם מסכימים לכל משתני המשוואה, ברור כי אין הסכמה לגבי ה"ערכים המספריים" שיש ליתן לאותם משתנים. ואחר כל אלה נזכיר את עצם הבעייתיות של הסתמכות על הסתברות, קרי, אומדן סיכויים להתרחשות אירועים לא

וודאיים (בהקשר זה ראו, בין היתר, ד' כהנמן ועמיתים, רציונליות, הוגנות, אושר - מבחר מאמרים (בעריכת מיה בר-הלל, 2005), במיוחד פרק שני).

7. העיסוק במושגים כמו הסתברות, סיכויים והערכות מעורר בהכרח את השאלה מהו מרחב התימרון החקיקתי בעת בחינתו של החוק. נראה, שכל המכיר במרחב זה יודה שאין מדובר במרחב סטטי שגבולותיו קבועים. גבולות אלה מושפעים מגורמים שונים, וביניהם הנושא בו עוסק החוק ומידת המומחיות של בית המשפט בתחום (השוו, בג"ץ 2533/97 התנועה למען איכות השלטון בישראל נ' ממשלת ישראל, פ"ד נא(3) 46, 57-58). כך, למשל, לגבי תחומי משק וכלכלה נאמר כי לרשות המחוקקת ולרשות המבצעת נתון מרחב תימרון רחב יחסית, בין היתר הואיל ומדובר בהכרעות שטמון בהן מרכיב של אי וודאות והכרוכים בשיקולים מקצועיים שמחוץ למומחיותו של בית המשפט (פרשת בנק המזרחי, עמ' 575 (השופט א' גולדברג); בג"ץ 1715/97 לשכת מנהלי ההשקעות בישראל נ' שר האוצר, פ"ד נא(4) 367, 388-389; בג"ץ 4769/95 מנחם נ' שר התחבורה, פ"ד נט(2) 481, 572-576). גורם נוסף שיש להתחשב בו בהערכה ביטחונית התלויה בגורמים ובמשתנים רבים (בג"ץ 1661/05 המועצה האזורית חוף עזה נ' הכנסת, פ"ד נט(2) 481, 572-576). גורם נוסף שיש להתחשב בו ואשר עשוי להשפיע על מרחב התימרון החקיקתי הוא החשש מפני טעות שיפוטית. בכך אעסוק עתה.

8. חברי הנשיא סובר כי "טעותה של הרשות השופטת בימי חירום קשה היא יותר מטעותן של הרשות המחוקקת והמבצעת בתקופת חירום. הסיבה לכך היא שהטעות של הרשות השופטת תלווה את הדמוקרטיה גם בחלוף איומי הטרור, ותישאר בפסיקתו של בית המשפט כאבן שואבת לפיתוחן של הלכות חדשות וקשות. לא כן טעותן של הרשויות האחרות. הן תמחקנה ולרוב איש לא יזכור זאת" (פיסקה 21 לחוות דעתו). מכך משתמע, כי קביעה שהחוק עומד בתוקפו ואין למוחקו מספר החוקים תהווה טעות שתוצאותיה ילוו את המדינה בעתיד ואפשר אף לאחר שתסתיים תקופת המלחמה והטרור. ברם, אל החשש מפני טעות שיפוטית עלינו להתייחס משני הכיוונים. היינו, לא רק מנקודת המבט של טעות שעניינה קביעה שהחוק הוא חוקתי, אלא גם מנקודת המבט של טעות שעניינה קביעה הפוכה, לפיה החוק אינו עומד במבחן החוקתי. אכן, אם תידחנה העתירות שבפנינו וייקבע שהחוק בעינו עומד, תיגרם פגיעה בזכות לחיי משפחה של מספר בלתי ידוע של אזרחי ישראל. מנגד, אם תתקבלנה העתירות וייפסק כי אין תוקף לחוק, תיגרם פגיעה בזכות לחיים ולשלמות גופנית ונפשית של מספר בלתי ידוע של בני אדם. הואיל ועסקינן בנעלמים משני צידיה של המשוואה, אין מנוס מלהביא בחשבון את האפשרות של טעות. לשיטתי, יש ליתן משקל גבוה יותר לחשש

של טעות באותו צד של המשוואה בו מונחת הזכות לחיים. ובדבריו של המלומד ג' דוידוב:

"When the harm that would be generated by a judicial mistake is especially severe, courts should raise the bar before striking the legislation down." (G. Davidov, *The Paradox of Judicial Deference*, 12 *Nat'l J. Const. L.* 133 (2001) 161; *Irwin Toy Ltd. v. Quebec (Attorney General)*, [1989] 1 S.C.R. 927.

9. במקרה הנוכחי, לא רק שקיים חשש מפני טעות שעלולה לגרום נזק חמור, אלא שהטעות הינה קרובה להיות בלתי הפיכה. על פי הנתונים שהציגה המדינה, אושרו במהלך השנים אלפי בקשות לאיחוד משפחות בהן בן הזוג הזר הינו תושב הרשות הפלשתינית. מכאן, שעד היום השתקעו בישראל כדין אלפים רבים שהיו תושבי הרשות הפלשתינית. אם ייקבע דבר פסלותו של החוק, צפוי כי אלפים רבים נוספים יהפכו, בסיומו של הליך, לאזרחים או לתושבי קבע בארץ. נתאר לעצמנו, שבעוד מספר שנים יתברר כי ביטולו של החוק על ידי בית המשפט היווה טעות שגרמה נזק חמור. הכוונה לכך שיימצא, כי שיעורם של בני הזוג הזרים שהיו מעורבים בפעילות טרור גבוה מכפי שהוערך בעת קבלתה של ההכרעה השיפוטית. אם, חס וחלילה, כך יקרה, יקשה מאד להחזיר את הגלגל לאחור. רוצה לומר, אף אם לפי גישתו של חברי הנשיא תהא הצדקה באותה עת לאיסור גורף, נראה שניתן יהיה להחילו מכאן ולהבא, בעוד שיישומו לגבי אלה שכבר נכנסו ארצה כדין יהא קשה עד מאד, אם לא בלתי אפשרי. על פי השקפתי, הואיל והטעות עלולה לגרום נזק חמור ובוודאי בשל הקושי הרב לתקנה, עד היותה כמעט בלתי הפיכה, חובה להותיר את החוק על כנו.

10. אף אם מצב היחסים הנוכחי עם הרשות הפלשתינאית אינו מוגדר כמלחמה, אלא כמעין מלחמה (בלשונו של חברי המשנה לנשיא (בדימוס) מ' חשין) או אולי כמאבק מזוין בין מדינה לבין יישות מדינית, לא ניתן להתעלם מן הסכנות הביטחוניות הטמונות בכניסה של אלפי נתיני אויב לשיטחה של ישראל. אין מדובר בכניסה לצורכי עבודה שעל פי טיבה הינה ארעית, ומכל מקום ניתן להגבילה בהתאם לנסיבות. הכניסה של אלפי בני זוג לתחומי ישראל, כאשר המטרה היא להשתקע בארץ ולקבל, בסופו של הליך, אזרחות או תושבות קבע, דורשת התייחסות מיוחדת. כל זאת על רקע המציאות הביטחונית. מי ניחן ביכולת נבואית כה מרשימה שצפה, בעת האינתיפאדה הראשונה, היא "אינתיפאדת האבנים", שנגיע לימים בהם מתאבדים פלשתינאים יתפוצצו ברחובות ערינו? ! מי העריך, לפני זמן לא רב, שתנועת החמאס תעלה לשלטון בבחירות

שתיערכנה ברשות הפלשתינאית?! שתי דוגמאות אלה, וניתן היה להביא עוד ועוד, מצביעות על הצורך בזהירות רבה ובאיפוק שעה שבוחנים דבר חקיקה אשר בא לטפל בבעיה אקוטית, בעת מאבק מזוין מעין זה המתנהל בין ישראל לבין הרשות הפלשתינית. חברי הנשיא חזר ושנה, כי "זכויות אדם אינן מרשם להתאבדות לאומית" (למשל, ע"ב 2/84 ניימן נ' יושב ראש ועדת הבחירות המרכזית לכנסת האחת עשרה, פ"ד לט(2) 225, 310; ע"פ 6696/96 כהנא נ' מדינת ישראל, פ"ד נב(1) 535, 580; רע"א 6709/98 היועץ המשפטי לממשלה נ' רשימת מולדת-גשר-צומת לבחירות לרשויות המקומיות, נצרת-עילית, פ"ד נג(1) 351, 360-361; עוד ראו, Kennedy v. Mendoza-Martinez, 372 U.S. 144, 160-161 אשר הוזכר בבג"ץ 448/85 דאהר נ' שר הפנים, פ"ד מ(2) 701, 716). לטעמי, יפה אמירה זו לגבי המקרה דנא.

11. חוות דעתו של חברי הנשיא, כדרכו, עשירה באסמכתאות מכל קצווי תבל ומלאה בהפניות להוגים ומלומדים רבים. עם זאת, לא הצביע חברי הנשיא ולו על דוגמה אחת של מדינה שהתירה כניסה של אלפי נתיני אויב לשטחה למטרה כלשהי בשעת מלחמה או בזמן מאבק מזוין. על אחת כמה וכמה שלא נמצאה דוגמה לפיה בית משפט מדינתי חייב מדינה להתיר כניסה של אלפי נתיני אויב לשטחה שלה. אסיים בדבריו של לורד Hoffmann (שאמנם נאמרו לגבי החלטה מינהלית ולא לגבי פסילת חוק, אך יפים הם לענייננו):

"...in matters of national security, the cost of failure can be high. This seems to me to underline the need for the judicial arm of government to respect the decisions of ministers of the Crown on the question of whether support for terrorist activities in a foreign country constitutes a threat to national security. It is not only that the executive has access to special information and expertise in these matters. It is also that such decisions, with serious potential results for the community, require a legitimacy which can be conferred only by entrusting them to persons responsible to the community through the democratic process. If the people are to accept the consequences of such decisions, they must be made by persons whom the people have elected and whom they can remove." (*Secretary of State for the Home Department v. Rehman* [2001] UKHL 47)

דברי אזהרה אלה, הם עצמם ראוי להם שיתקבלו בזהירות, שמא ייחצה הגבול באופן שבית המשפט יתפרק מהתפקיד החוקתי המוטל על כתפיו. מתן משקל יתר לדרישות הביטחון עלול, אכן, לגרור פגיעה בלתי מידתית בזכויות אדם. עוסקים אנו בעניינים שאינם ניתנים למדידה מדויקת. בסופו של יום, השאלה היא שאלה של נטילת סיכונים. ההכרעה במקרה זה קשה מאד. זאת בשל כך שלא ניתן ליישב במקרה הקונקרטי בין ערכים בסיסיים. אולם, משהועמדנו בפני הצורך לפסוק את דיננו, אין בידינו לברוח מפני הכרעה. להשקפתי, הסיכונים שייגרמו עקב פסילתו של החוק, מחייבים את בית המשפט להימנע מביטולו אף אם מנגד עומדת פגיעה בזכות יסוד.

12. לפיכך, דעתי היא שיש לדחות את העתירות.

ש ו פ ט

השופטת מ' נאור:

לדעתי, כדעת המישנה לנשיא (בדימ') מ' חשין, יש לדחות את העתירות.

ראשית דבר

1. בשנים האחרונות הטרור לא היה עוד נחלתה הבלעדית או הכמעט-בלעדית של ישראל. תחילת המאה הנוכחית התאפיינה במתקפת טרור רבת עוצמה במוקדים שונים בעולם. לעיתים הכה הטרור בארצות הדמוקרטיות ללא הכנה מוקדמת. ארועי ה-11 בספטמבר בארצות-הברית לא במהרה ישכחו מלב. מדינות רבות נערכו מחדש, התאימו עצמן למציאות החדשה שנכפתה עליהן, ובמסגרת זו נעשו גם שינויים בחקיקה. נזכיר, מבלי למצות, כמה דוגמאות מרחבי העולם: בארצות-הברית - The Patriot of 2001 - Act, ובשמו המלא: Uniting and Strengthening America by Providing Appropriate Tools Required To Intercept and Obstruct Terrorism (USA The Anti-terrorism, Crime and Security Act - בבריטניה - PATRIOT) Act of 2001; באוסטרליה - The Security Legislation Amendment (Terrorism) Act - 2001; ובקנדה - The Anti-Terrorism Act 2001.

2. בעקבות אירועי ה-11 בספטמבר השתנתה השקפתה של ארצות-הברית על הטרור והלחימה בו מהקצה אל הקצה. בעקבות כך הושפעו מדינות רבות. יש הגורסים כי הטרור הביא באותן מדינות ל"חקיקה שהיא תוצר של היסטריה" (עמנואל גרוס מאבקה של דמוקרטיה בטרור היבטים משפטיים ומוסריים 679 (2004)). ואולם, כפי שציין חברי הנשיא "ישראל לא הייתה זקוקה לאירועי ה-11 לספטמבר 2001 כדי לגבש את עמדתה ביחס לטרור. לנו היה טרור ב-10 לספטמבר 2001 וימים רבים לפניו, ולנו יש טרור ב-13 לספטמבר 2001 וימים רבים אחריו" (אהרן ברק "הקדמה מאת אהרן ברק", שם, בעמ' 25). חוק האזרחות והכניסה לישראל (הוראת שעה), התשס"ג-2003 (להלן: החוק) - שאת חוקתיותו אנו בוחנים עתה - הוא חלק משורה של צעדים שנקטה ישראל להגנה על חיי תושביה, שאת חוקיותם בחן ובוחן בית משפט זה. לא אמרנו, אף לא נאמר, כי דברי החקיקה שהזכרנו היו עוברים את מבחני הביקורת החוקתית. חקיקה המטילה מגבלות לעומת המצב שקדם לה, דוגמת חוקי המלחמה בטרור, היא חקיקה ה"מועדת" מעצם טיבה לביקורת שיפוטית על חוקתיות החוק. דוגמא יפה לכך נמצא בפסק דינו של בית הלורדים בפרשת *A and others v. Secretary of State for the Home Department, X and another v. Secretary of State for the Home Department* [2004] UKHL 56, [2005] 2 AC 68, בו לא עמדה הפגיעה בזכות לחירות בביקורת החוקתית. אכן, הביקורת החוקתית בישראל מתבצעת בעת שלום ובעת מלחמה כאחת. עלינו להיות ערים בין השאר לכך שלעתים, בצוק העתים, התגובה למלחמה או לטרור עלולה להיות מוגזמת. עמד על כך הלורד הופמן (Hoffmann) (שם, בעמ' 50-51), עת ציין כי במבט מפוכח ובראיה לאחור, אמצעים שננקטו בתקופת נפוליאון ובשתי מלחמות העולם נמצאו ככאלו שהופעלו שלא לצורך ובאופן אכזרי.

3. כולנו, אלה המבקשים לפסול את החוק ואלה המתנגדים (כמוני) לפסילתו, ערים לאזהרות ששולחת אלינו ההיסטוריה. לא בכדי ציינה חברתי השופטת ביניש כי ההכרעה בעתירות שלפנינו היא מן הקשות שבהכרעות שהונחו לפתחנו בשנים האחרונות. אנו ניגשים להכרעה זו בלב כבוד. אכן, העימות המזויין מציב אתגרים משמעותיים במיוחד להגנה נמשכת על זכויות האדם והאזרח בחברה הרואה עצמה כמאויימת וכמצוייה תחת סכנה של ממש. הביקורת השיפוטית שאנו מפעילים על חוקתיות החוק בענייננו, בעיצומו של עימות מזויין בין מדינת ישראל לארגוני הטרור שמוצאם בשטחי הרשות הפלסטינית, היא אותה ביקורת שיפוטית שמפעיל בית משפט זה על חוקתיות חוקים בעת רגיעה ושיגרה. כפי שציין חברי הנשיא, למשפט החוקתי הישראלי גישה אחידה לזכויות האדם בתקופה של שקט יחסי ובתקופות של לחימה מוגברת (לעמדה דומה במשפט החוקתי האמריקני ראו והשוו: *Ex parte Milligan*, 71 (U.S. 2, 120 (1886))). בכל שעה זוכרים אנו כי "אין ביטחון ללא חוק. שלטון החוק

הוא מרכיב בביטחון הלאומי" (בג"ץ 428/86 ברזילי נ' מ"י, פ"ד מ(3) 505, 622 (1986)). בה בעת זוכרים אנו כי "חוקה אינה מרשם להתאבדות" (ע"ב 2/84 ניימן נ' יו"ר ועדת הבחירות המרכזית פ"ד לט(2) 225, 311 (1985)). כללי הבדיקה החוקתית אינם כללים מוחלטים. שופטים שונים עשויים להגיע למסקנות שונות. המקרה שלפנינו (ומקרים אחרים) יוכיחו. עמדתי שלי היא, כאמור, כי אין מקום להצהיר על בטלות החוק. להבהרת עמדתי אפנה עתה.

1. הבחינה החוקתית – שלב ראשון: האם חוק האזרחות פוגע בזכות חוקתית

א. הזכות לחיי משפחה

4. שאלת המפתח השנויה במחלוקת כאן היא האם לבן זוג ישראלי מוקנית זכות חוקתית, כחלק מכבוד האדם, לממש חיי משפחה עם בן זוג זר בישראל? בשאלה זו נחלקו דעותינו. לדעתי, לבן זוג ישראלי לא מוקנית זכות חוקתית, כחלק מכבוד האדם, לממש את חיי המשפחה עם בן זוגו הזר בישראל דווקא. עניין לנו בפרשנות שיש ליתן לכבוד האדם כזכות חוקתית. גם להשקפתי הזכות לחיי משפחה היא זכות חוקתית הנגזרת מן הזכות החוקתית לכבוד האדם. ואולם, אין היא טומנת בחובה את הזכות הנגזרת הנוספת - היא הזכות למימוש חיי המשפחה בישראל דווקא. הזכות לחיי משפחה אינה זכות עצמאית ומפורשת בחוק היסוד, והזכות הנגזרת הנוספת כאמור אינה בעלת קשר ענייני הדוק לכבוד האדם. אין למתוח את פרשנותנו ל"כבוד האדם" מעבר לנדרש. לדעתי, גם לא ניתן לקבוע כי קיימת הכרה בינלאומית בזכות של האזרח או התושב - כזכות חוקתית - להביא את בן זוגו או בת זוגו הזרים לארצו שלו. מן המשפט המשווה אין להסיק הכרה כזו בזכות חוקתית.

5. חברי הנשיא מפרש למעשה מחדש את סעיף 8 לאמנה האירופאית לזכויות האדם, לפי הפירוש הראוי, לדעתו. בעיני, יש חשיבות רבה לשאלה האם מדינות אירופה רואות, הלכה למעשה, את הזכות לאיחוד משפחות בארצו של בן הזוג האירופאי כזכות חוקתית. על שאלה זו יש לדעתי להשיב בשלילה. כך למשל, בית הדין האירופי קבע כי לא הופר סעיף 8 לאמנה במקרה בו סורבה בקשתו של אזרח הולנדי (יליד מרוקו) לקבל היתר עבור ילדו שנולד במרוקו, ונקבע כי אין לכפות על המדינה חובה כללית לאפשר "איחוד משפחות" כאמור:

"Where immigration is concerned, Article 8 ... cannot be considered to impose on a State a general obligation to respect immigrants' choice of the country of their matrimonial residence and

to authorise family reunion in its territory" (*Ahmut v. The Netherlands*, no. 21702/93 §67, ECHR 1996-VI).

בפרשה אחרת עמד בית הדין האירופאי לזכויות האדם על כך שאין לכפות על המדינה חובה כללית להתיר "איחוד משפחות" בשטחה:

"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 ... Moreover, where immigration is concerned, Article 8 ... cannot be considered to impose on a State a general obligation to respect the choice by married couples of the country of their matrimonial residence and to authorise family reunion in its territory" (*Gül v Switzerland*, no. 23218/94 §38, ECHR 1996-I).

באותה פרשה עמד בית הדין האירופי על הקושי להגדיר מהן החובות המוטלות על המדינה בגדר סעיף 8 לאמנה והזכות לחיי משפחה, וכן עמד הוא על הצורך לאזן בגדרו של הסעיף בין האינטרס של הפרט לבין האינטרס של הקהילה, תוך שהוא קובע כי יש להתיר בידי המדינה "מרחב תימרון":

"The Court reiterates that the essential object of Article 8 (art. 8) is to protect the individual against arbitrary action by the public authorities. There may in addition be positive obligations inherent in effective "respect" for family life. However, the boundaries between the State's positive and negative obligations under this provision (art. 8) do not lend themselves to precise definition. The applicable principles are, nonetheless, similar. In both contexts regard must be had to the fair balance that has to be struck between the competing interests of the individual and of the community as a whole; and in both contexts the State enjoys a certain margin of appreciation" (שם).

למעשה, כבר בפרשת *Abdulaziz*, עליה עמד חברי המישנה לנשיא, קבע בית הדין כי אין בסעיף 8 לאמנה כדי לחייב מדינה לקבל לתחומה את בן הזוג הזר:

"The duty imposed by Article 8 (art. 8) cannot be considered as extending to a general obligation on the part of a Contracting State to respect the

choice by married couples of the country of their matrimonial residence and to accept the non-national spouses for settlement in that country" (*Abdulaziz, Cabales and Balkandali v. the United Kingdom* judgment of 28 May 1985, Series A no. 94, p 28).

גם בארצות-הברית הרצון להביא את בן הזוג הזר אינו זוכה להגנה חוקתית ואין בו כדי לחייב את המדינה לאפשר "איחוד משפחות" ("Americans have no constitutional right to compel the admission of their Families" (*Fiallo v. Bell*, 430 U.S. 787, 807 (1977)). מה גם שבית המשפט בארצות-הברית ממילא אינו נוהג להתערב בחקיקה בענייני הגירה, כפי שנקבע שם :

"At the outset, it is important to underscore the limited scope of judicial inquiry into immigration legislation. 'This Court has repeatedly emphasized that over no conceivable subject is the legislative power of Congress more complete than it is over' the admission of aliens" (שם, בעמ' 792).

וכפי שציינו גם רובינשטיין ואורגד: "אין במשפט הבין-לאומי שום זכות מפורשת וקונקרטית היוצרת חובה פוזיטיבית על מדינה לאפשר הגירה לשטחה לצורכי נישואין, גם בעתות של שלום" (אמנון רובינשטיין וליאב אורגד "זכויות אדם, בטחון המדינה ורוב יהודי – המקרה של הגירה לצורכי נישואין" הפרקליט מח(2) 315, 340 (2006) (להלן: רובינשטיין ואורגד)). רובינשטיין ואורגד מתייחסים במאמרם למחקרו של ארתור ג'ון, שהוקדש לסקירת נושא זה במשפט הבינלאומי והאירופי. הם העירו כי "המחבר מדגים כיצד כל מסמך בין-לאומי המעניק לכאורה אפשרות זו מסייגה מיד או קובע תנאים ומגבלות שמרוקנים אותה מתוכן. זהו עניין למדינות ובמסגרת ריבונותן. זהו אידיאל ושאיפה הומניטארית יותר מאשר חובה משפטית" (שם, 340, ה"ש 107). בהתייחס לדירקטיבה האירופית משנת 2004, המוזכרת בפסק דינו של הנשיא, נאמר כי היא אמנם הרחיבה את האפשרות להגר לצרכי נישואין באיחוד האירופי, אך בה בעת היא איפשרה "שיקול דעת רחב למדינות לקבוע תנאים והגבלות סביב אפשרות זו" (שם, בעמ' 332). כן מציינים רובינשטיין ואורגד כי "בית המשפט האירופי לזכויות אדם העניק במשך שנים גיבוי לזכותן של המדינות להגביל הגירה עקב נישואין; פסיקתו משקפת גישה שלפיה למדינות ריבונות לנהל את מדיניות ההגירה שלהן לפי שיקול דעתן ותוך קביעת מגבלות ותנאים שונים" (שם, בעמ' 338). כל זאת – אף בהיעדר עימות מזויין או סכסוך לאומי העומד ברקע הדברים.

לדעתי לא התגבשה אפוא במדינות העולם הדמוקרטי הכרה רחבה בזכותו של האזרח או התושב להביא לארץ מגוריו את בן זוגו האחר. ייתכן והדברים הם בגדר משאלת לב, שאולי תתגשם בעתיד.

6. גם בישראל, היקף הזכות למימוש חיי המשפחה בישראל דווקא, ככל שתוכר זכות כזאת, כרוך בשאלת היקף החובה שתוטל על המדינה (השוו לענין "הזכות לביטחון סוציאלי" ו"הזכות לביטוח בריאות", דברי חברי הנשיא ב-בג"ץ 494/03 נמזות דופאים לזכויות אדם נ' שר האוצר (טרם פורסם, ניתן ביום 9.12.2004)). בענייננו חברי הנשיא קובע כי על המדינה מוטלת חובה לאפשר לבת הזוג הזרה להיכנס ולהתגורר בישראל יחד עם בן זוגה הישראלי (ולהיפך). דעתי, כדעת המישנה לנשיא, היא כי הפרשנות הראויה לכבוד האדם מטילה על המדינה חובה צרה יותר. לענין זה אעבור עתה.

7. כאשר אזרח המדינה מבקש להינשא לאזרח זר ולהקים את תא המשפחה בתחומי המדינה מתעוררת בהכרח סוגיית ההגירה, ובכלל זה, הגירה מכוח הזכות לחיי משפחה. כשבני הזוג אינם מתגוררים באותה המדינה - שאלת היקף הזכות לחיי משפחה ושאלות מתחום דיני ההגירה הן שאלות שלא ניתן לנתק ביניהן. חברי הנשיא כתב בהקשר לדיני ההגירה כי "שר הפנים הוא 'שומר הסף' של המדינה" (בג"ץ 8093/03 ארטמייר נ' משרד הפנים (טרם פורסם, ניתן ביום 15.12.2004)), וכי "למדינה שיקול-דעת רחב למנוע מזרים מלהשתקע בה" (בג"ץ 4156/01 דימיטרוב נ' משרד הפנים, פ"ד נו(6) 289, 293 (2002)).

8. לפרשנות המוצעת על ידי חברי הנשיא בעניין היקף הזכות למשפחה, פרשנות המכירה בזכות חוקתית למימוש חיי המשפחה בישראל, השלכות רחבות. הפרשנות תצמצם, בהכרח, את כוחו של שר הפנים להיות "שומר סף". כיצד יוכל שר הפנים להיות שומר סף אם "מפתחות הבית" מצויים בידי כל אזרח ואזרחית?

אכן, חברי הנשיא בוחן את הזכות, ובצדק, מנקודת מבטו של האזרח הישראלי ולא מנקודת מבטו של הזר. ואולם, היקף הזכות כפי שנקבע על ידי חברי הנשיא לפיה קיימת זכות, מולה יש חובה של המדינה, לאפשר לישראלי להביא את בן זוגו הזר לישראל - יוצרת "גיזרת התנגשות" בין הזכות לחיי משפחה (לשיטת הנשיא) לבין זכותה של המדינה לקבוע מי יוכל לבוא בשעריה (המבוססת על פסיקה עניפה, כפי שהוזכרה על-ידי חברי המישנה לנשיא בפסקה 50 לפסק דינו). אכן, "זכותן של מדינות לקביעת תנאים סלקטיביים ומגבילים להגירה נתפסת כחלק מריבונותן"

(רובינשטיין ואורגד, בעמ' 330), ונפסק, כי "על המבקש להיכנס למדינה ריבונית לעבור מחסום אחד: שקול הדעת המוחלט הנתון לרשויות ההגירה בכל מקום ואתר, לאשר או שלא לאשר את כניסתו ולקבוע את משך שהותו במדינה" (בג"ץ 1031/93 פסרו (גולדשטיין) נ' שר הפנים, פ"ד מט(4) 661, 678 (1995)).

9. הנה כי כן, מקביעת היקף הזכות על ידי הנשיא, עולה בהכרח כי "בגיזרת ההתנגשות" גוברת, למעשה, הזכות למימוש חיי משפחה בישראל על ריבוניותה של המדינה. לדעתי, עלינו להימנע מהתנגשות זו. אם לא "נמתח" כאמור את פרשנותו של "כבוד האדם", וכנגזרת ממנו את היקפה של הזכות החוקתית לחיי משפחה, אכן נוכל להימנע מהתנגשות זו. "כבוד האדם כזכות חוקתית לא נועדה לייתר את שאר הזכויות החוקתיות. לא כל זכות אדם, המוכרת בחוקות על דבר זכויות אדם, כלולה בכבוד האדם... יש להמנע מהרחבתו של כבוד האדם באופן שהוא ישקף אוטופיה או שהוא ייתר את זכויות האדם הפרטיקולריות" (אהרן ברק "כבוד האדם כזכות חוקתית" מבחר כתבים (2000) 417, 437). ברוח דומה התבטא השופט זמיר:

"בפסיקה שלאחר חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו מפוזרות אמרות אגב המוצאות פנים הרבה בחוק היסוד. בעיקר כך בזכות לכבוד. וכך גם בספרות המשפטית. יש המוצאים בכבוד האדם את עקרון השוויון, יש המגלים בו את חופש הביטוי, ויש התולים בו זכויות יסוד אחרות שלא בא זכרון בחוק היסוד. מי שמקבץ את האמרות האלה יכול להתרשם כי כבוד האדם הוא, כביכול, כל התורה כולה על רגל אחת, וכי ניתן לומר עליו, כמאמר חכמים, הפוך בו והפוך בו דכולא בו" (בג"ץ 453/94 שדולת הנשים בישראל נ' שר התחבורה, פ"ד מח(5) 501 (1994); הדגשות לא במקור).

10. ודוק: בדיקה זו, עליה עמדתי לעיל, בוחנת את השאלה אם קיימת בישראל זכות אדם חוקתית להביא ארצה את בן הזוג הזר, וזאת בלי קשר לשיקולי ביטחון או לקיומו של עימות מזויין עם ארצו של הזר. אך מובן הוא, כי גם כשאין מוטלת על המדינה חובה לאפשר איחוד משפחות, מותר לה לנקוט מדיניות המאפשרת זאת. כך פעלנו בישראל, כמתואר בפרשת סטמקה. ואולם, השאלה איננה כיצד פועלות מדינות שונות הלכה למעשה. השאלה היא אם קיימת חובה המוטלת על המדינה.

ב. הזכות לשוויון

11. שאלת המפתח בהקשר זה, היא האם נפגעת זכותו של בן הזוג הישראלי-ערבי לשוויון?

הזכות לשוויון, בהיבטים אחדים בה, היא זכות חוקתית הכלולה בכבוד האדם (בג"ץ 6427/02 התנועה למען איכות השלטון נ' הכנסת (טרם פורסם, ניתן ביום 11.5.2006; להלן: פרשת "חוק טל"). ניתן לומר כי בענייננו נפגעה לכאורה הזכות לשוויון: לאזרח היהודי מ'שה יותר להביא ארצה את אשתו, למשל, תושבת רומניה (שאינה יהודיה ואינה זכאית, כשלעצמה, לזכות לעלות מכוח שבות), ואילו לאזרח הערבי מ'סא, לא יותר להביא ארצה את אשתו, תושבת האזור מתחת לגיל 25. נמצא, לכאורה, שדין שונה למשה ולמוסא, ומוסא נמצא מופלה לרעה. עם זאת, אם מ'סא הוא שיינשא לתושבת רומניה ומשה הוא שיינשא לתושבת האזור – יתהפכו היוצרות, ומשה – הוא זה שיופלה לרעה. על כך משיב חברי הנשיא, כי בדרך כלל ובכפוף לחריגים (בטלים בשישים) אזרחים ערבים הם הנישאים לבנות האזור (ואזרחיות ערביות נישאות לבני האזור), ואילו אזרחים יהודים אינם נישאים לבנות האזור. על כן, לפי מבחן התוצאה, קיימת לכאורה הפליה בין משה לבין מוסא ופגיעה בזכות לשוויון. מבחן התוצאה שובה את הלב, ואולם בסופו של יום לדעתי אין הפליה, וזאת בשל קיומה של שונות רלוונטית. הבחנה המייסדת עצמה על נימוקים ענייניים אינה פוגעת בכבוד האדם, שכן הבחנה שכזו אינה מהווה, כשלעצמה, הפליה. בעניין זה מקובלים עלי טעמיו של חברי המישנה לנשיא. גם בעיני, ההבחנה עליה מושתת החוק היא הסיכון הביטחוני לאזרחי המדינה ולתושביה במתן מעמד בישראל לבן הזוג הזר תושב האזור (לעומת בן הזוג הזר שאינו תושב האזור), נוכח העימות המזויין בין ישראל לרשות הפלסטינית, והבחנה זו היא הבחנה רלוונטית. עמדו על כך גם רובינשטיין ואורגד, שצינו כי בנסיבות שלפנינו חל "...הכלל הרגיל והמקובל בעולם שלפיו מדינה רשאית לאסור להכניס לתחומה נתיני מדינת אויב". כמו כן נאמר שם כי:

"ברור שבפועל לא כל אזרח של מדינת אויב מבקש לפגוע במדינה שאלה הוא מבקש להיכנס, ואולם מקובל הוא כי אזרחי מדינת אויב, בשל זיקותיהם למדינתם, חובת הנאמנות שלהם אליה ותלותם בשלטונה – שלהם ושל בני משפחותיהם – מהווים קבוצת סיכון קטגורית אשר שום מדינה אינה מחויבת להכניס לתחומה בעת עימות מזוין פעיל בין שתי מדינות. איסורים ומגבלות חמורים – ובכלל זה איסור על הגירת נישואין ואיחודי משפחות – מוטלים גם על כניסת אזרחי מדינות בלתי ידידותיות אף בהיעדר מלחמה או לחימה... אמת – הרשות הפלסטינית אינה מדינה... אולם יש לראות בה, למצער, 'מעין מדינה' באשר ליכולתה לפגוע בביטחון ישראל ובחיי תושביה בהיקף רחב... כאשר 'מדינה שבדרך' יוצאת, בעודה 'בדרך' לעצמאות ובעיצומו של משא ומתן על הקמתה, לעימות מזוין עם מדינה אחרת, דינה, לענין זה, כדין

מדינת אויב; דין נתיניה, לענין זה, כדין נתיני מדינת אויב" (שם, בעמ' 317-318; הדגשות לא במקור).

12. ההבחנה היא איפוא הבחנה רלוונטית, ועל כן לא נפגעה הזכות לשוויון. כמו כן, אין המדובר, כפי שנטען, בהפליה על רקע מוצא או גזע. מדובר בשונות רלוונטית על רקע נתינות הזר, במסגרת המאבק בטרור (השוו: *Macabenta v. Minister for Immigration and Multicultural Affairs* (1998) 90 FCR 202). החוק אינו חל על קבוצה אתנו-לאומית אלא על תושבי האזור, ממנו מתנהלות פעולות איבה בישראל (רובינשטיין ואורגד, 323-324). ודוק: החוק אינו מונע מערבים אזרחי ישראל "איחוד משפחות" עם מי שאינם תושבי האזור. כפי שמציינים היימן (Heymann) וקיאם (Kayyem) בספרם *Protecting Liberty in an Age of Terror* (Cambridge, 2005):

"A distinction based on nationality also has some rational justification in terms of combating terrorism. It is not unreasonable to assume, that, with the possession of a passport from a certain country, the passport holder has a loyalty to that particular country. If such a state is a terrorist-supporting state, or at least tolerant of terrorism against the United States, then people holding its passport are more likely to be supporting terrorist groups" (שם, בעמ' 102).

ובהמשך הדברים:

"In light of the danger of emigration for terrorist purposes, we would allow consideration of the original nationality where the newly adopted nation is less than vigorous in opposing terrorism" (שם, בעמ' 103).

13. בבחינת למעלה מן הצורך לעניין זה: לא הרי פגיעה בזכות חוקתית לחיי משפחה בישראל (בהנחה שזו קיימת) כהרי פגיעה בזכות חוקתית לשוויון. אם קיימת זכות חוקתית לחיי משפחה בישראל, לא ניתן לפגוע בה אלא כאמור בפסקת ההגבלה. אם לעומת זאת נפגעה הזכות החוקתית לשוויון, ניתן לסלק את הפגיעה על ידי השוואת מעמדם של שתי הקבוצות: הקבוצה המופלית לרעה מול קבוצת ההשוואה (בג"ץ 4906/98 עמותת "עם חופשי" לחופש דת, מצפון, חינוך ותרבות נ' משרד השיכון, פ"ד נד(2) 503, 520-522 (2000)). ולענייננו: אם תבוטל האפשרות לאיחוד משפחות לגבי כל אזרחי ישראל ותושביה, לא יהא עוד בסיס לטענת הפגיעה בשוויון. על כן, גם אם

נניח שקיימת בחוק פגיעה בזכות לשוויון, יוכל המחוקק ליצור מחדש שוויון בין הקבוצות בדרך זו.

סיכום ביניים

14. המסקנה העולה מכל האמור היא כי לדעתי החוק אינו פוגע בזכויות אדם חוקתיות המעוגנות בהוראות חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו.

המשך הבדיקה יתבסס על ההנחה לפיה נפגעה זכות אדם חוקתית. גם בהנחה זו סבורה אני כי נתקיימו בענייננו תנאיה של פסקת ההגבלה. אעבור אפוא לבחינת השלב השני של הבחינה החוקתית.

2. הבחינה החוקתית – שלב שני: האם הפגיעה בזכות החוקתית היא כדין (פסקת ההגבלה)?

15. בשלב השני של הבחינה החוקתית נטושה עיקר המחלוקת בין הנשיא לבין המישנה לנשיא בשאלה, האם הפגיעה בזכות החוקתית מקיימת את התנאי הרביעי של פסקת ההגבלה – "במידה שאינה עולה על הנדרש" (תנאי המידתיות), וגדר המחלוקת הוא לעניין תנאי-המשנה השלישי של המידתיות (מבחן המידתיות במובן הצר). הנשיא הציב (בפיסקה 109) את השאלה שבמחלוקת כך: האם תוספת הביטחון (המתקבלת במעבר מהבדיקה האינדיבידואלית לאיסור הגורף) עומדת ביחס ראוי לתוספת הפגיעה בכבוד האדם (הנגרמת בשל מעבר זה)? לשיטתו של הנשיא מדובר בשאלה של הסתברות. לגישתו, יש להשוות בין ההסתברות לפגיעה בחיים לבין הוודאות שבפגיעה בחיי המשפחה. הוא קובע כי הסיכון הנובע מהסתפקות בבדיקה האינדיבידואלית "אינו כה גדול" עד שיש בו כדי להצדיק את הפגיעה הקשה והוודאית בזכות למימוש חיי המשפחה בישראל. על כן, החוק נכשל במבחן זה, ואיננו מידתי. קביעה זו שובה אף היא את הלב. ואולם לדעתי, נוכח הנתונים שלפנינו לא קיימת אפשרות ריאלית, להבדיל מאשר תיאורטית גרידא, לקיים בדיקה אינדיבידואלית יעילה. לענין זה חולקת אני על כימות עוצמת הסיכון הביטחוני המוצע על ידי הנשיא, ומשכך, איני שותפה למסקנתו, לפיה הבדיקה האינדיבידואלית מקיימת "קצת פחות ביטחון עם הרבה יותר הגנה על הזכויות".

16. ברקע הדברים יש לזכור, כל העת, את הנתונים הכואבים אותם הציגה המדינה, לפיהם תושבי האזור המחזיקים בתיעוד ישראלי מכוח נישואים היו מעורבים למצער בעשרים וחמישה פיגועי תופת ונסיונות לפיגועים בהם נהרגו לפחות ארבעים וחמישה ישראלים ונפצעו לפחות מאה עשרים וארבעה (כמפורט בפיסקה 113 לפסק דינו של המישנה לנשיא). כידוע, "במרכזו של כבוד האדם מונחת קדושת חייו וחירותו" (פרשת חוק טל, פסקה 35 לפסק דינו של הנשיא; כן ראו: בג"ץ 680/88 שניצר נ' הצנזור הצבאי הראשי, פ"ד מב(4) 617, 629 (1989); בש"פ 537/95 גנימאת נ' מ"י, פ"ד מט(3) 355 (1995); משה לנדוי "חוק ובטחון" ספר לנדוי כרך א 117, 120 (אהרון ברק ואלניער מזוז עורכים, התשנ"ה - 1995; חיים כהן "ערכיה של מדינה יהודית ודמוקרטית, עיונים בחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו" הפרקליט ספר היובל 9, 25 (ארנן גבריאלי ומיגל דויטש עורכים, התשנ"ד-1993)). לקדושת החיים עלינו להקנות משקל נכבד, כראוי לנעלה מבין הזכויות.

17. במקביל, פוחת משקלה של כף המאזניים שמנגד, הנושאת את "תוספת הפגיעה בכבוד האדם". שכן, הפגיעה בזכות לחיי משפחה (ככל שקיימת), אף אם היא "וודאית" כלשונו של הנשיא, הרי שאין היא קיימת בעיני בגרעין הזכות לכבוד האדם – ויש ליתן לכך משמעות במשקל כף מאזניים זו.

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

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

ואולם, המשיבים מסבירים לנו כי אין אפשרות לברר, לעת הזו, פרטים על אודות תושבי האזור עמם מבקשים הישראלים להתאחד. זאת, בשל קשיים ביטחוניים, היעדר שיתוף פעולה של הרשות הפלסטינית במניעת סכנות ביטחוניות, תלותה של האוכלוסייה הפלסטינית במנגנוני הרשות הפלסטינית ומגבלות במידע הדרוש לגורמי הביטחון על מנת לקבוע פרטנית את דרגת המסוכנות הנשקפת מכל תושב האזור המבקש להיכנס לישראל. אין המדובר כאן בבעיה של עלות כספית. המדובר הוא בחוסר יכולת מבצעית להשיג אינפורמציה. על אף קושי זה, במסגרת תיקוני החוק, לקחה על עצמה המדינה סיכון לא קטן לגבי הגילאים הבוגרים יחסית. שלא כחברי הנשיא, איני סבורה שמכך ניתן להסיק שבדיקה אינדיבידואלית אפשרית היא. המסקנה היא שלגבי גילאים בוגרים יחסית דרגת הסיכון נמוכה יותר.

20. כעקרון, איני חולקת על חשיבותה של עריכת בדיקה אינדיבידואלית, במקום שהדבר אפשרי (ראו והשוו: בג"ץ 5627/02 סייף נ' לשכת העתונות הממשלתית, פ"ד נח(5) 70 (2004); בקשה לדיון נוסף נדחתה ב-דנג"ץ 4418/04 לשכת העתונות הממשלתית נ' סייף (טרם פורסם, ניתן ביום 4.8.2004)).

איני חולקת על דברי חברי הנשיא לפיהם "הגבלה גורפת של זכות, אשר אינה מבוססת על בדיקה אינדיבידואלית, הינה אמצעי חשוד בחוסר מידתיות" (פיסקה 70 לפסק דינו של הנשיא). ככלל מקובל עלי, כי פגיעה בזכות יסוד תהיה חשודה בחוסר מידתיות אם היא נעשית על בסיס גורף ולא על בסיס של בחינה אינדיבידואלית. עם זאת, ודומני שלכך מסכים חברי הנשיא, יתכנו מקרים בהם לא יהיה אמצעי אלטרנטיבי של בחינה אינדיבידואלית. בענייננו הראתה המדינה נימוקים כבדי משקל לפיהם אם נחייב עריכת "בחינה אינדיבידואלית" (בהעדר אפשרות לקבלת אינפורמציה) יביא הדבר למניעת הגשמתה של מטרת החוק, אותה הגדיר חברי הנשיא כמטרה "להקטין ככל האפשר את הסיכון הביטחוני הנשקף מבני הזוג" (פיסקה 90 לפסק דינו). נימוק כבד משקל יש בו לעתים כדי להעביר את האמצעי שנבחר בחוק במבחן המידתיות. כפי שציין חברי הנשיא בפרשה אחרת, בעניין קביעת גיל מקסימום:

"אכן, המעביד יתקשה לקיים את 'מבחן הפגיעה הקטנה יותר' אם אין לו נימוקים כבדי משקל שיש בהם כדי לשכנע כי מבחן אינדיבידואלי ימנע הגשמתה של המטרה הראויה שהוא מבקש להגשים" (בג"ץ 6778/97 האגודה לזכויות האזרח בישראל נ' השר לביטחון פנים, פ"ד נח(2) 358, 367 (2004); כן ראו והשוו: בג"ץ 13/86 שאהין נ' מפקד כוחות צה"ל באזור יהודה ושומרון, פ"ד מא(1) 197, 214 (1987)).

הנימוקים כבדי המשקל בענייננו הם שכאמור, אין אפשרות מעשית לבדיקה אינדיבידואלית יעילה. רובינשטיין ואורגד מציינים, שאף אין זה "מעשי לדרוש ממדינה הנמצאת בעימות מזוין להפעיל אמצעים של איסוף מודיעין בשטח עוין (אמצעים שיש בהם לעתים קרובות סיכון לחיי אדם והם חלק בלתי נפרד מהעימות עצמו), כדי לטפל בבקשות מנהליות של תושבי אותו שטח המבקשים להיכנס למדינה" (שם, בעמ' 323, ה"ש 33).

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

בנסיבות אלה מצטרפת אני לקביעתו של חברי המישנה לנשיא, ולפיה "ביטול האיסור הכולל שבחוק והחלפתו בהסדר של בדיקה פרטנית, עלול להביא, ברמת הסתברות לא נמוכה, לריבוי פעולות טרור בישראל... במלאכת האיזון שבין צמצום ההרג, הבטחת החיים והבטחת יציבותו של המשטר, לבין הנזק שנגרם למקצת אזרחי ישראל המבקשים להתגורר עם בני-משפחתם הזרים בישראל - ונזכיר כי התיקון לחוק צמצם את היקף הפגיעה לא במעט - גוברת, לדעתי, התועלת על הנזק" (פיסקה 109 לפסק דינו).

22. בשלב זה רואה אני חובה להתייחס לחלק מדבריה של חברתי השופטת פרוקצ'יה.

מקובל עלי, כאמור, כי עלינו ללמוד מן ההיסטוריה. גם לדעתי עדיפה בדיקה אינדיבידואלית כשזו אפשרית במקום לעסוק בהכללות לפיהן קבוצה מסוימת (תושבי "האזור") עלולה להצמיח מתוכה טרוריסטים או משתפי פעולה עם הטרור.

ואולם, חוששתי שחברתי השופטת פרוקצ'יה הרחיקה לכת. חברתי שולחת בפסק דינה אזהרה. היא מזכירה את פסק הדין בפרשת Korematsu הנודעת לשמחה בהיסטוריה של האומה האמריקנית. חברתי מציינת, אמנם, כי "הנסיבות באותה פרשה שונות בתכלית מאלה העולות בענייננו" אולם ממשיכה היא ומוסיפה מיד כי "הרוח המנשבת ברקע התפיסה החוקתית שהוחלה שם בדעת הרוב אינה זרה לטענות שנשמעו מפי המדינה בסוגיה שלפנינו" והיא מזהירה אותנו כי "נישמר אנו מעשיית טעויות דומות". התוצאה המשתמעת מהדברים היא כי בענייננו אנו עלולים ללקות בטעות "דומה", דהיינו, טעות בקנה מידה של Korematsu. על כך סברתי שראוי לחלוק.

בפרשת Korematsu, כמאה ועשרים אלף אזרחי ארצות-הברית ותושביה ממוצא יפני שהתגוררו לאורך האוקיינוס השקט ("החוף המערבי") נעקרו ממקום מגוריהם ופרנסתם והושמו במחנות מעצר במדבריות אמריקה. רובם שהו בהם יותר מארבע שנים (לתיאור הפגיעה באזרחי ארצות-הברית ממוצא יפני ראו: ארנון גוטפלד "ארצות-הברית נגד אזרחיה ממוצא יפני: מחנות-המעצר בארצות-הברית במלחמת-העולם השנייה" שערים לחוויה האמריקנית 127, 130 (תשס"ו-2006); לתיאור ההקשר ההיסטורי-משפטי בתקופת מלחמת העולם השנייה ראו גם אורן גרוס "חוקה וחירות: שימוש בסמכויות לשעת חירום בהיסטוריה האמריקנית" הדמוקרטיה האמריקנית הממשי המדומה והכחוב 197, 219-221 (ארנון גוטפלד עורך, תשס"ב-2002)). חירותם של אזרחי ותושבי ארצות-הברית ממוצא יפני נפגעה, כבודם נרמס, פרנסתם נגזלה. כיצד ניתן בכלל להשוות פגיעות אלו לפגיעה באזרח הישראלי, באשר הוא, שלעת הזו אין מאפשרים לו – אם בן זוגו הוא תושב האזור ובטווח גילאים מסוים – "איחוד משפחות" בישראל? הדברים רחוקים זה מזה מרחק שנות אור. אם נבקש להשוות, נשאל אפוא: האם בזמן מלחמת העולם השנייה היתה בריטניה מתירה כניסתם של עשרות אלפי גרמנים לצורך נישואים עם אזרחי בריטניה? האם ארצות-הברית הייתה מאפשרת כניסה של עשרות אלפי תושבי קיסרות יפן לצורך נישואים עם אזרחי ארצות-הברית לאחר מתקפת פרל הרבור? בפרשת Korematsu נבחנו שאלות אחרות לחלוטין. בעניין Korematsu נעשתה הכללה, והכל מסכימים כי היחס לאזרחי ארצות-הברית ממוצא יפני היה בלתי ראוי, וכי טעות נפלה לפני בית המשפט העליון האמריקאי בפסיקתו בעניין זה. ברם, טיעון לפיו בכל מקום בו נעשית הכללה, בהכרח נעשית גם טעות, ולא סתם טעות - אלא טעות בקנה המידה של Korematsu - אינו מקובל עלי. לא כל הכללה אינה מוצדקת. זהו עניין לשיקול דעת שיפוטי.

23. לדעתי, מקום שהדבר ניתן יש להימנע מהכללה. אכן, מן החוק משתמעת הכללה לפיה תושבי ה"אזור" בגילאים מסוימים מהווים קבוצת סיכון ולכן יש למנוע, לעת הזו, את כניסתם. ואולם, וכפי שבארה המדינה בתשובתה, על רקע העבר, אין היום דרך מעשית יעילה לבודד בין המסוכנים ובין אלה שאינם מסוכנים באמצעות בדיקה אינדיבידואלית. על כן, וכפי שבארתי, לעת הזו, אין להתערב בהכללה אותה משקפת הוראת החוק.

3. הבחינה החוקתית – שלב שלישי: הסעד או התרופה

24. משהגעתי למסקנה כי לא נפגעה בענייננו זכות אדם חוקתית, ואף בהנחה שכן – הרי שפגיעה זו עומדת בתנאיה של פסקת ההגבלה – נמצא כי החוק אינו לוקה באי-חוקתיות. אין מקום לעבור לשלב השלישי של הבחינה החוקתית, הוא שלב הסעד או התרופה. יחד עם זאת, אבקש להצטרף לקריאתו של המישנה לנשיא, בסעיף 125 לפסק דינו, כי ראוי לה למדינה כי תשקול, אם יוארך תוקפו של החוק, להוסיף לחוק חריג שלפיו יותר לשר הפנים – משנמצא לו צורך הומניטארי מיוחד ומשהוסר כל חשד לסיכון בטחוני – לשקול מתן היתר לכניסתו של תושב האזור לישראל. אוסיף כי ראוי לשקול גם, לטעמי, העלאה ניכרת של גילם של הקטינים עליהם לא יחול האיסור שבחוק.

סוף דבר

25. כאמור, דעתי היא שדין העתירות להידחות.

1. "ביטול חקיקה ראשית שתכליתה הגנה על ביטחון המדינה, בעיצומו של עימות מזוין, הוא אקט חריג שיש להשתמש בו רק במקרים יוצאי דופן המחייבים זאת" (א' רובינשטיין ול' אורגד "זכויות אדם, ביטחון המדינה ורוב יהודי - המקרה של הגירה לצורכי נישואין", הפרקליט מח(2) (תשס"ו) 315, 327, הערה 43 (להלן - רובינשטיין ואורגד). במקרה שלפנינו, לא שוכנעתי שיש הצדקה לנקוט בצעד חריג זה. אלה טעמי:

2. לטענת העותרים, חוק האזרחות והכניסה לישראל (הוראת שעה), התשס"ג-2003 (להלן - החוק), פוגע בזכויות החוקתיות לחיי משפחה ולשוויון.

3. אשר לזכות לחיי משפחה, לאור קרבתה של זכות זו לגרעין הזכות לכבוד, מרכזיותה במימוש האוטונומיה של הפרט לעיצוב חייו ופסיקה קודמת של בית משפט זה אשר נזכרה בחוות דעתו של הנשיא, מקובל עלי שזכותו של בן הזוג הישראלי לחיי משפחה בישראל יחד עם בן זוגו הזר אכן נכללת בגדר הזכות לכבוד האדם כמשמעותה בחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו (להלן - חוק היסוד). משהחוק מונע מימושה של זכות זו, הוא פוגע בזכות לכבוד לפי חוק היסוד.

4. מאידך, אינני סבור שהחוק פוגע בזכותו של בן הזוג הערבי-ישראלי לשוויון. אכן, "הפרה של עקרון השוויון ... היא גם הפליה של ערבי באשר הוא ערבי" (בג"ץ 6924/98 האגודה לזכויות האזרח בישראל נ' ממשלת ישראל, פ"ד נה(5) 15, 27). אולם, הסירוב להקנות מעמד בישראל לבן הזוג הזר, אינו מעוגן במוצאו הערבי של בן הזוג הישראלי (גם לא של בן הזוג הזר). הגיונו של סירוב זה בכך, שבן הזוג הזר הוא תושב של ישות מדינית הנמצאת במצב של מלחמה או מעין מלחמה עם ישראל, הוא נמנה על אוכלוסיה העוינת את ישראל, והקניית מעמד קבע בישראל לבני אותה אוכלוסייה טומנת בחובה סיכון בטחוני ממשי לציבור בישראל. על רקע זה מתקיימת שונות רלוונטית (ראה: בג"ץ 2671/98 שדולת הנשים בישראל נ' שר העבודה והרווחה, פ"ד נב(3) 630, 654), אשר מצדיקה את ההבחנה בין ישראלים (שהם אמנם בדרך כלל ערבים) המבקשים להתיר כניסתם לישראל ומתן מעמד בה לבני זוגם שהם תושבי האזור, לבין ישראלים שאינם מבקשים לעשות כן. התייחסו לכך רובינשטיין ואורגד במאמרם דלעיל:

“מניעת כניסתם של נתיני מדינת אויב או נתיני מדינה עוינת עלולה במקרים רבים לפגוע באינטרסים לגיטימיים וחשובים של אזרחי המדינה המטילה את האיסור - בין שמדובר ברצון ליצור קשרי נישואין ובין שמדובר בקשרים אישיים וכלכליים אחרים. פגיעה זו עלולה להיות קשה יותר כלפי קבוצות אזרחים מסוימות דווקא. ברוב המקרים המדינה העוינת אינה רק מדינת לאום, אלא לעתים קרובות, היא מדינה שכנה. משום כך אין זה נדיר כלל כי בעת שמתנהל עימות בין שתי מדינות יש בשטח אחת מהן, או בשתייהן, אוכלוסיית אזרחים הקשורה קשר אתנו-תרבותי עם המדינה האחרת. ... במצב זה, מניעת כניסתם של אזרחי המדינה העוינת פוגעת, מטבע הדברים, בבני אותה קבוצה יותר מאשר בקבוצות אחרות. אולם עובדה זו אינה פוסלת את האיסור על כניסת נתיני האויב - איסור שמטרתו להגן על ביטחונם של כלל אזרחי המדינה מכל מוצא שהוא - ואינה יכולה להיחשב לאפליה פסולה כלפי בני אותה קבוצה בשל מוצאם; זוהי תוצאה הכרחית ובלתי נמנעת של סכסוך בין שתי מדינות לאום ושל עקרון ההגנה העצמית” (שם, בעמ' 325-326).

5. חרף פגיעתו של החוק בזכותו של בן הזוג הישראלי לחיי משפחה בישראל עם בן הזוג תושב האזור, אינני סבור שפגיעה זו הינה בלתי חוקתית. זאת, משום שהחוק עומד בתנאיה של פסקת ההגבלה שבחוק היסוד. במחלוקת שנפלה בהקשר זה בין שופטי ההרכב בנושא המידתיות (כמובן הצר), שעניינה בשאלה האם תרומתו של החוק בקידום התכלית הביטחונית שביסודו, עומדת ביחס מידתי לפגיעה הצומחת ממנו בבני הזוג הישראלים המבקשים להקים משפחה בישראל עם בני זוגם תושבי האזור, דעתי כדעת המישנה לנשיא (בדימ') חשין.

6. עמדה זו נובעת מהעימות העקוב מדם המתקיים זה מספר שנים בין ישראל לבין הרשות הפלסטינית, ועל הערכתם המקצועית של גורמי הביטחון, על רקע זה, כי כניסתם דרך קבע של תושבי האזור לישראל ותנועתם החופשית בתחומי המדינה באמצעות קבלת תיעוד ישראלי, עלולה לסכן בצורה ממשית ביותר את שלומם וביטחונם של אזרחי המדינה ותושביה. הערכה זו מבוססת, בין היתר, על טיבו של העימות המתאפיין במעורבות עמוקה של אוכלוסייה פלסטינית אזרחית, היותם של תושבי האזור אשר קיבלו מעמד בישראל מרכיב חשוב בתשתית הטרור ובתכנון וביצוע פיגועים, והפיכתם של תושבים אלו “לאוכלוסיה מועדפת על ארגוני הטרור לביצוע פעילות עוינת בכלל, ובשטח ישראל בפרט” (דברי ההסבר להצעת חוק האזרחות והכניסה לישראל (הוראת שעה) (תיקון), תשס”ה-2005). גם בית משפט זה קבע בעבר, כי ארגוני הטרור “זוכים לתמיכת חלק מהאוכלוסייה האזרחית, בכלל, וכן לתמיכתם של

בני משפחה וקרובים, בפרט" (בג"ץ 7015/02 כיפאח מחמד אחמד עגורי נ' מפקד כוחות צה"ל בגדה המערבית, פ"ד נו(6) 352, 358). הערכה זו נתמכת בקיומה של מעורבות בפועל של פלסטינים תושבי האזור אשר קיבלו מעמד בישראל בעקבות הליכי איחוד משפחות, וניצלו מעמד זה לשם ביצוע או סיוע בביצוע של פיגועי טרור בהם נהרגו עשרות ישראלים. מעורבות זו אינה מייצגת, בהכרח, את מלוא הסיכון לביטחון הציבור הכרוך במתן מעמד קבע בישראל לתושבי האזור. כעולה מדברי ההסבר להצעת החוק, משקלה של מעורבות זו עלול לגבור בעתיד עם התקדמות בניית גדר הפרדה. עמדתם המקצועית של גורמי הביטחון אף גורסת, כי בדיקה פרטנית של הסיכון אינה יעילה דיה לעת הזו, ובנסיבות העניין, אין בנמצא חלופה אשר יכולה להיחשב כאמצעי יעיל להפגת הסיכון האמור. הערכות אלו של גורמי הביטחון לא הופרכו על-ידי העותרים, ולפי הכללים הנקוטים בדינו, יש ליתן להן משקל רב (ראה: בג"ץ 2056/04 מועצת הכפר בית סודיק נ' ממשלת ישראל, פ"ד נח(5) 807, 844-845; בג"ץ 258/79 עמידה נ' שר הבטחון, פ"ד לד(1) 90, 92-93). מה גם שהערכות אלו אומצו על-ידי המחוקק.

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

בה בעת, יש להביא בחשבון את העובדה שמדובר בחוק זמני (בג"ץ 1661/05 המועצה האזורית חוף עזה נ' ראש הממשלה, פ"ד נט(2) 481, 553), ואת הסייגים שהוכנסו בחוק לאחרונה, אשר מיתנו את פגיעתו ואפשרו מתן מעמד בישראל לאוכלוסיות שהסיכון הביטחוני הנשקף מהן פחות.

לאור מכלול השיקולים דלעיל ובהתחשב במידת הזהירות והריסון שעל בית המשפט לנקוט בבואו לבטל חקיקה ראשית (ראה: בג"ץ 4769/95 מנחם נ' שר התחבורה, פ"ד נז(1) 235, 263), אני סבור שהחוק עומד במבחן המידתיות הקבוע בפסקת ההגבלה שבחוק היסוד (על שלושת מבחני המשנה שלו), ואין עילה לבטלו.

7. לפיכך, אני מצטרף למסקנתו של המישנה לנשיא (בדימ'), השופט מ' חשין, שיש לדחות את העתירות. אני מצטרף גם להמלצתו של חברי, כי תישקל הכללתו בחוק של חריג המאפשר, במקרים הומניטאריים מיוחדים ובהיעדר כל חשש לסיכון בטחוני, מתן מעמד בישראל.

ההכרזה

1. חברי, הנשיא א' ברק, מבקש לסיים את פסק-הדין בקביעה כי חוק האזרחות והכניסה לישראל (הוראת שעה), התשס"ג-2003 (להלן: חוק האזרחות והכניסה לישראל או חוק האזרחות) בטל. בהכרזה זו אין היום צורך.

"חוק זה" – כך נקבע בחוק האזרחות – "יעמוד בתוקפו עד יום ב' בניסן התשס"ו (31 במרס 2006)" (עם הארכה קצובה בשל הבחירות שנתקיימו). סעיף פקיעה זה שבחוק (Sunset provision) קובע כי החוק בטל מששקעה שמשו. שוב אין צורך שנורה על כך. ואם איני מסיים כאן את חוות-דעתי, הרי זה בשל שתיים אלה: ראשית, אני מניח כי השותפים לעמדת חברי הנשיא סבורים שאם לא עכשיו, נדרש לחוקתיות החוק אם וכאשר יוארך. ושנית, וחשוב לא פחות, איני יכול לפטור עצמי מלהתייחס לעמדות העקרוניות שהביעו חברי הנשיא א' ברק מזה, וחברי המשנה לנשיא מ' חשין מזה. זאת, משום שהדרך בה הולכים שניהם, שונה – כל אחת במובנים אחרים – מדרכי.

כפי שעוד אבהיר, אין השאלה האחת – פקיעתו מאליו של החוק – עומדת במנותק מחברתה – הסוגיה העקרונית בדבר חוקתיות החוק. הדיון בזו משליך גם על זו.

2. חבריי, שראו צורך לאחוז בנשק הביקורת השיפוטית החוקתית, סברו, כך אני מניח, כי מה שהיה הוא שיהיה. בכך אין לנו כל בטחון. אכן, החוק הוארך בעבר על-ידי הכנסת לתקופות קצובות, ואולם, מפעם לפעם, הוכנסו בו שינויים חשובים. יתרה מכך: הכנסת, שחוקקה את חוק האזרחות – והאריכה את תוקפו – נתפזרה, וכנסת חדשה ושונה נתכוננה תחתיה. הממשלה שיזמה את החוק, שוב אינה קיימת וממשלה חדשה קמה תחתיה. המפלגות שהרכיבו את הממשלה הקודמת שינו פניהן כמעט ללא הכר. בשל כל אלה, הביקורת על חוקתיותו של החוק, ככל שהיא באה לצפות פני עתיד, מתייחסת, בהכרח, לחוק שטרם בא לעולם, לחוק שאת הוראותיו יקשה לצפות היום. מה שהיה הוא לא (בהכרח) מה שיהיה – אם יהיה.

3. שאלת ההתערבות פה ממחישה את סוגית הסמכות השיפוטית: הסמכות השיפוטית תחומה לשאלות שבמחלוקת. אכן, בית-המשפט חורג, בעת הצורך, מגדר התפקיד המסורתי והטבעי השמור לו, להכריע בין בעלי-דין בסכסוך בעל נפקות קונקרטי, ונדרש לשאלות ערכיות העומדות בבסיס שלטון החוק המהותי, ואשר השלכתן משתרעת אל מעבר לעניינם הממוקד של בעלי-דין אינדיבידואלים. חובתו של בית-המשפט היא להגן על זכויות היסוד של האדם הבודד ושל כלל האזרחים מפני פגיעה בהן מצד הרשות המבצעת ומצד בית-המחוקקים. יתרה מכך, הביקורת השיפוטית החוקתית משמשת כלי חיוני להבטחת ההגנה על שלטון החוק המהותי. דמוקרטיה אינה רק שלטון פורמלי של החוק. דמוקרטיה היא גם מהות. ערכיה, ובהם הכבוד, החירות וזכויות היסוד האחרות – הם נשמתה.

אלא, שגם בעת שנדרש השופט לחרוג מגרעין סמכותו ולהרים את תרומתו להנחלת שלטון החוק המהותי – אין הוא מסיר מעליו את גלימת השופט. גלימה זו אינה לבוש של שררה. היא נושאת עימה יתרון ומגבלות. יתרונה בכך שהיא מבודדת את העוטה אותה מפני השפעות זרות, ושומרת על עצמאותו. אולם לגלימה – גם תג של מחיר. מגבלותיה הן מגבלות ששם על עצמו עוטה הגלימה, מרצון, כי בהן גם כוחו. השופט שם עצמו בסד של כללים. אין הוא נדרש בפסקיו אלא למה שהצדדים הביאו בפניו. הוא מגביל עצמו לשאלות קונקרטיות שיש להכרעה בהן נפקות ממשית ואשר חיוני להכריע בהן. אין הוא נותן חוות-דעת מיעוצות (ראו: *Rescue Army v. Municipal Court of Los Angeles*, 331 U.S. 549 (1947)) ואין הוא מכריע בשאלה שטרם באה לעולם, או בשאלה שחלפה מן העולם.

על כללים אלה מצווה בית-המשפט להקפיד במיוחד בעת שאוחז הוא באמצעי החריף הנתון בידיו, והשמור למקרים בהם אין מנוס מכך - של הכרזה על בטלותו של חוק שנתקבל בבית-הנבחרים. ואכן, בארצות-הברית פיתח בית-המשפט שורה של כללים המסייעים בידו להימנע מדיון, שאין בו הכרח, בשאלות חוקתיות אשר ההכרעה בהן מצויה בתחום סמכותו. עמד על-כך השופט Brandeis בפרשת *Ashwander* (ראו: *Ashwander v. Tennessee Valley Authority*, 297 U.S. 288 (1936)) ועיינו: ע"א 6821/93 בנק המזרחי המאוחד בע"מ נ' מגדל כפר שיתופי, פ"ד מט(4) 221, 350-349; בג"ץ 5503/94 סגל נ' יושב ראש הכנסת, פ"ד נא(4) 529, 548-550; בג"ץ 3267/97 רובינשטיין נ' שר הבטחון, פ"ד נב(5) 481, 524; בג"צ 9098/01 גניס נ' משרד הבינוי והשיכון, תק-על 2004(4) 1390, 1418). רק מקום בו קיימת נחיצות של ממש (strict necessity), לדון באותן שאלות – כך סבר בית-המשפט שם – יידרש להן השופט. בלשונו של הנשיא ברק, "גישתנו השיפוטית היא שלא להכריע בשאלת תוקפו

של חוק אלא אם כן הדבר חיוני לצורך ההכרעה בעניין" (בג"ץ 1715/97 לשכת מנהלי ההשקעות בישראל נ' שר האוצר, פ"ד נא(4) 367).

4. בתי-המשפט בקנדה, כמו בתי-משפט אחרים של המשפט המקובל, גיבשו כללי עמידה שהתקיימותם היא תנאי להתערבות בית-המשפט (*Canadian Council of Churches v. Canada*, [1992] 1 S.C.R. 236). כללים אלה נחשבים שם לא רק כסכר העוצר את שטף ההתדיינות, כי אם גם כאמצעי לשימור המשאבים השיפוטיים וכמסגרת לתיחום ההתערבות השיפוטית. מתוך תפישה מסורתית של מעמד בתי-המשפט, רואים בתי-המשפט בקנדה צורך בהקפדה על המבנה הדיוני - במסגרתו נדונות רק מחלוקות חוקתיות קונקרטיות. עם זאת, מאפשר בית-המשפט בקנדה, בתנאים מסויימים, חריגה מכללי העמידה וזאת באותם מקרים שבהם מתעוררות שאלות מהותיות ומכריעות (לסקירה מקיפה של כללי העמידה במשפט הקנדי ראו: *T.A. Cromwell Locus Standi* (Toronto, 1986)).

הכלל השולל דיון בשאלות "תיאורטיות" יושם אף הוא בבתי-המשפט של קנדה בחריגים דומים לאלה שנוסחו בארצות-הברית. השיקולים אותם מביא בית-המשפט בחשבון, בעת שהוא מכריע בשאלה אם להידרש לשאלה "תיאורטית", נוגעים לדרך הדיונית שבמסגרתה מתקיים ההליך, לטיב היחסים שבין הרשות השופטת והרשות המחוקקת ולשאלה אם ניתן יהא להידרש לשאלה בעתיד בעת שתתעורר שאלה קונקרטית (*New Brunswick (Minister of Health and Community Services) v. G.*) [1999] 3 S.C.R. 46. ((J)). החריגים לעקרון זה מתבקשים מעצם הגיונו של הכלל. כך למשל, ההסתברות שהחקיקה הפסולה "תשוב לסורה" ותשליך בעתיד על העותר, או על אחרים בקבוצה אותה הוא מייצג, וכי חזרה זו תלבש צורה שתמנע ביקורת שיפוטית בעתיד – עשויה להצדיק ביקורת חוקתית (*Notes "The Mootness Doctrine in the Supreme Court"* 88 *Harv. L. Rev.* 373, 378 (1974-1975)). דוגמה מוחשית לכך נתגלתה בפרשת *Roe v. Wade* (410 U.S. 113 (1973)), בה נדרש בית-המשפט לבחון את חוקתיות החוק שקבע כי ביצוע של הפלה מלאכותית הוא בגדר עבירה פלילית. כאן, טיבה של המחלוקת חייב הכרעה בה למרות פגיעתה; משך ההריון הוא נתון שעשוי למנוע, מטבע הדברים, כל בירור קונקרטי ומעשי בשאלה שבמחלוקת – עד שאין מנוס מלקיים דיון "אקדמי", לאחר מעשה. הערעור באותה פרשה הוגש במקורו בשנת 1970 והוכרע רק בשנת 1973. זוהי דוגמה למחלוקת נשנית וחוזרת שאינה יכולה להיות מוכרעת בזמן אמת.

5. מקצת מכללי ה"סינון" הללו – לא אומצו במשפט הישראלי; את זכות העמידה של המתדיין בשאלות חוקתיות הגמשנו, ושאלת ה"שפיטות" זכתה אצלנו למענה משלנו. יחד עם זאת, ברגיל אין אנו נדרשים לשאלות "עיוניות" שאינן עוד במחלוקת או שטרם נתגבש הצורך להכריע בהן. אין אנו נדרשים לאותן שאלות מוקדם מדי ואין אנו נדרשים להן מאוחר מדי. אנו נדרשים להן במועד הראוי. שינוי בנסיבות שהתרחש לאחר שהוגשה עתירה להכריז על בטלותו של חוק, עשוי להשפיע על הבחירה אם להידרש לעתירה. שינוי מהותי, קל וחומר פקיעתו של החוק, לאחר הגשת העתירה, וקודם להכרעה השיפוטית, עשוי ליתר את ההכרעה.

על הכלל בדבר הימנעות מדיון בעתירה שהשאלה המתעוררת בה הפכה תיאורטית, עמד הנשיא א' ברק בבג"ץ 1853/02 נאו' נ' שר האנרגיה והתשתיות הלאומיות (לא פורסם):

הכלל הבסיסי הינו כי בדרך כלל בית המשפט לא ידון בעתירה, אף אם הייתה אקטואלית, משעה שנעשתה תיאורטית (בג"ץ 6055/95 צמח נ' שר הביטחון, פ"ד נג (5), 241, 250). כלל זה חל גם לגבי עתירות המעלות שאלות משפטיות חשובות ועקרוניות. עם מותו של מר אוברקוביץ ז"ל הפכה עתירה זו לתיאורטית. אמנם, לעיתים נדונו עתירות תיאורטיות למרות הכלל האמור. אלה יהיו פני הדברים במיוחד במקרים בהם 'מבחינה מעשית אין בית-המשפט יכול לפסוק... הלכה אלא כאשר היא מוצגת כשאלה כללית שאינה קשורה למקרה מסוים' (שם, בעמ' 250; ראו עוד בבג"ץ 73/85 טיעות 'כך' נ' יושב-ראש הכנסת, פ"ד לט (3) 141, 145-146). אולם, המקרה שלפנינו אינו כזה.

על הכלל – ועל החריגים לו – עמדה גם השופטת מ' נאור, בהתייחסה לערעור שעסק בפירוש חוק שהפך, לאחר הגשת הערעור, לתיאורטי. ואלה היו דבריה בע"א 7175/98 המוסד לביטוח לאומי נ' בר מימון בע"מ (בפירוק) (לא פורסם):

הכלל הוא שבית המשפט אינו דן בעניינים שהפכו אקדמיים ותיאורטיים. זה הכלל בעניינים אזרחיים: ע"א 506/88 שפר נ' מ"י, פ"ד מח (1) 87, 98-99. זהו הכלל גם בבית המשפט הגבוה לצדק: בג"צ 73/85 טיעות כך נ' יו"ר הכנסת, פ"ד לט (3) 141; בג"צ 1074/93 י-מ נ' בית הדין הארצי לעבודה בירושלים ואח', פ"ד מט (2) 485. אכן, אין לך כלל שאין לו יוצא מן הכלל. בית המשפט עשוי לדון גם בענין שהפך תיאורטי במקום שעומדת לדיון סוגיה העלולה לחזור על עצמה אשר מטבעה הופכת תיאורטית לפני שניתן לקבל הכרעה שיפוטית

לגביה (וכביטויו של השופט האמריקאי McKenna ב-Southern P.T.O. v. Interstate Com. Com. 31 S. Ct. Roe v. Wade 93 279, 283 (1910) המצוטטים מתוך S.Ct. 705, 713 (1973), בענין שפר הנזכר בעמ' 99, סוגיה שהינה "capable of repetition, yet evading review".)

דוגמה טובה לחריג אותו מזכיר המערער בהודעתו היא בג"צ 7083/95, 6055/95, צמח ואח' נ' שר הבטחון ואח', (לא פורסם), בו הועמדה לדיון השאלה האם הוראה בחוק השיפוט הצבאי, הקובעת כי קציין שיפוט שהוא שוטר צבאי רשאי לתת פקודת מעצר על כל חיל לתקופה שלא תעלה על 96 שעות, נוגדת את חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו. בענין זה, שטיבו לחזור על עצמו, לא ניתן לקבל הכרעה עקרונית בטרם יהפוך הענין לתיאורטי".

ראו גם בג"צ 4827/05, 4986 אדס טבע ודין – אגודה ישראלית להגנת הסביבה נ' שר הפנים (ניתן ביום 20.7.2005, טרם פורסם); וכן דבריה של השופטת מ' נאור בבג"צ 7190/05 לובל נ' ממשלת ישראל (ניתן ביום 18.1.2006, טרם פורסם), בדבר דחיית עתירה שאיננה בשלב להכרעה מחמת "היעדרה של מערכת עובדות קונקרטית, ברורה ושלמה, החיונית לצורך מתן הכרעה שיפוטית עקרונית".

6. בענייננו, העתירה נוגעת להוראת שעה מן הסוג, ובנסיבות, שבהן נכון יהא לומר כי העתירה היא הן מאוחרת מדי והן מוקדמת מדי. מספר גורמים חוברים לכך ומובילים, כולם יחד, למסקנה כי אין מקום להכרזה שיפוטית על בטלות הוראת השעה: החוק החדש טרם הבשיל - אם אכן תבחר הכנסת הנכנסת לחוקק חוק כזה, ומנגד החוק הקיים עומד לפקוע. במובן זה, המחלוקת היום היא ספקולטיבית בלבד והדיון הוא "תיאורטי". מחלוקת ממשית צריך שתקיים בכל שלב של ישום הביקורת השיפוטית ולא רק בעת הגשת העתירה; הדיון אינו בשל כשהוא מתקיים קודם זמנו כשהמחלוקת אינה ידועה, או מקום בו היא איננה מגובשת. התפישה כי באין נסיבות מיוחדות המצדיקות זאת, אין לבוא חשבון עם המחוקק על חוק שעבר מן העולם, או שטרם בא לעולם, נשענת על שיקולים תרופתיים ועל ההגיון שבהפעלת שיקול-הדעת השיפוטית. אכן, גם הוראת שעה עשויה להצדיק ביקורת שיפוטית, מקום בו מתקיימות נסיבות המצדיקות התערבות; ואולם בענייננו לא נתקיימו נסיבות כאלה (השוו: בג"ץ 24/01 רסלר נ' כנסת ישראל, תק-על 2002(1) 609, 616).

גם אם ישוב המחוקק ויתן תוקף מחודש, לתקופה קצובה, להוראת השעה, אין לנו בסיס להניח כי ההוראה החדשה תהא לזו אותה אנו מבקרים היום. נסיון העבר מלמד כי המחוקק שינה גם שינה, בעבר, מהוראות החוק הזה. השינוי היה בכיוון ברור

של צמצום המגבלות החלות על זרים המבקשים להתיישב בישראל, זאת הן בדרך של צמצום הקטגוריות של הבלתי זכאים והן באמצעות הוספת הוראות שסתום המסמיכות את שר הפנים להתיר כניסת זרים הנמנים עם הקטגוריות הראשונות. אל נסיון העבר הזה מצטרפת, כאמור, אי-הוודאות של העתיד. בחוסר הוודאות הזו (שהיא עצמה מסיגה את פסק-דיננו אל גבול חוות-הדעת המייעצת) טמונה ודאות אחת חשובה: המחוקק, שאת פעולותיו מתבקשים אנו לחזות היום, שונה מזה שכנגדו מבקשים אנו לדבר היום. את נשק הביקורת השיפוטית מבקשים אנו להפנות כנגד חשש שאנו תולים בחוקי עבר ואשר את פשרו יכולים אנו אך להניח.

מסקנתי היא, איפוא, כי אין צורך, ובפועל יש בכך בנסיבות המקרה משום חיסרון, להידרש לשאלת החוקיות של הוראת החוק, שפניה משתנות, ואשר לעת הזו שוקעת היא אל תוך מימיו העמומים של העתיד.

הזכות החוקתית

7. חבריי לא ראו לנהוג בדרך זו, ובמרכז המחלוקת ביניהם עומדות חוות-דעתו של חברי הנשיא א' ברק – מזה, וזו של חברי המשנה לנשיא מ' חשין – מזה. חרף נקודת המוצא השונה, איני רואה דרך לפטור עצמי מלהתייחס למחלוקת שביניהם. פסק-דינו של חברי הנשיא מציע משנה סדורה בדבר הביקורת השיפוטית החוקתית. פסק-דינו מתאר בחדות ובצלילות כבדולח את הסוגיות המשפטיות – דבר דבור על אופניו. פסק-דינו של חברי המשנה לנשיא נוגע בנימים הרגישים של החברה הישראלית. בדרכו הגלויה והרהוטה, הוא מיטיב לתאר את צוק העתים. "בשעה זו שבה כותבים אנו את פסקי-הדין מוסיפים אזרחי ישראל לחיות באיום הטרור הרצחני המופנה נגדם" – הוא כותב - "כבר עתה יודעים אנו כי המדובר הוא באחת המיתקפות הקשות ביותר שעברו עלינו. עשרות אלפי פיגועי טרור שמקורם באזור היכו ללא הבחן וללא רחם בילדים, בקשישים, בנשים ובגברים – רובם המכריע אזרחים תמימים שעסקו בשיגרת יומם... חיי היום יום במדינה שובשו. אזרחים רבים החלו חוששים ממעשי שיגרה דוגמת נסיעה באוטובוס, ביקור בקניון, סעודה במסעדה". הוא מתאר, בדרך מצמררת, את הדרך בה עשו דרכם "הפרוטוקולים של זקני ציון" אל תוך אמנת החמאס. הוא מדבר על האחריות המוטלת על המדינה לדאוג לחיי אזרחיה. על רקע זה הוא מבקש לקבוע את גבולותיה של הזכות החוקתית להקים משפחה. לעת מלחמה, כך הוא מציין, ספק אם זכות היסוד לנישואין ולחיי-משפחה "משמיעה היא, כמו מעצמה, חובה המוטלת על המדינה להתיר כניסה לישראל של נתיני אויב – אויב שבחסותו נערכת תקיפה ממושכת ורצחנית נגד המדינה ותושביה – אך באשר נישאו למי שהם

תושבים או אזרחים של ישראל". המציאות, המקום והתקופה מסמנים לחברי המשנה-לנשיא גם את תוכנו של עקרון השוויון: "במקום זה" – כך הוא כותב – "תימצא אף התשובה לטענת ההפלייה, שכן הבחנה שיוצר החוק – הבחנה שעניינה תושבי האזור ולא אזרחי המדינה – הבחנה מותרת היא בין אזרחי המדינה שנישאו לאזרחים זרים שהם נתיני אויב לבין אזרחי המדינה שנישאו לאזרחים זרים שאינם נתיני אויב".

8. גם אני סבור, כי אין לערטל את השאלה החוקתית מן הלבוש המציאותי בו היא נתונה. אין להציב את השאלה בעולם שאינו קיים – ב"פלנטה" אחרת. השאלה החוקתית נדונה, עכשיו וכאן – במדינה כואבת המתקיימת על פיסת קרקע בוערת. המציאות היא מציאות כוללת שיקשה להציב בה מחיצות עיוניות, כשם שאין מקום לערוך הבחנה עיונית ומלאכותית בין ענייניו של בן-הזוג הישראלי המבקש להינשא לבין ענייניו של הזר עימו הוא מבקש להינשא; אין לעצום עינינו מראות מי הוא הזר, לאיזו ישות מדינית הוא משתייך, מי הם מנהיגיו הנבחרים ומהן הנסיבות בהן מתברר עניינו. המציאות הזו אותה מתאר חברי המישנה לנשיא – היא מציאות האמת. היא משפיעה על התוצאה המשפטית, אלא שתפישתי באשר לדרך הבדיקה המשפטית שונה. אני סבור כי המציאות הזו, אין בה כדי לשנות מהגדרתה של הזכות ומתחום פריסתה. יש להביאה בחשבון ההכרעה בעת שאנו נדרשים, במסגרת האיזון החוקתי, לשאלת חוקתיותן של המגבלות המוטלות על זכויות היסוד. בכך שותף אני לעמדתו של הנשיא א' ברק. אין להרחיב את פועלה של פיסקת ההגבלה בדרך של הגבלת הזכות עצמה. הזכות צריך לה שתפורש בנדיבות ובאורח ליברלי. כך, למשל, פסקנו כי בגדרי הזכות לחופש הביטוי נכללים גם הביטוי הנתעב והדיבתי, באופן שכל צורות הביטוי יזכו, על-פניהן, להגנה חוקתית:

בבחינת הזכות לחופש הביטוי, נקודת המוצא במשפטנו היא שכל ביטוי, יהיה תוכנו אשר יהיה, 'מכוסה' על-ידי ההגנה החוקתית (דברי השופט ד' דורנר בבג"ץ 5432/03 ש.י.ן לשוויון ייצוג נשים נ' המועצה לשידורי כבלים ולשידורי לוויין, פ"ד נח(3) 65, 81).

הדברים יפים גם לעניין הזכות לקיים חיי משפחה. הזכות לממש את חיי המשפחה היא זכות יסוד. שלילתה פוגעת בכבוד האדם. שלילתה פוגעת באוטונומיה של הפרט להינשא על-פי רצונו ולהקים משפחה – ממילא פוגעת היא בחרות. פגיעה זו בחרות קשה לא פחות מאשר הפגיעה בכבוד האנושי (על הגבלת הזכות לנישואין כפגיעה בחרות ראו דברי השופט Warren בפסק-הדין המנחה בפרשת *Loving v. Virginia*, 388 U.S. 1 (1967)). היא פוגעת אנושות בבסיס היכולת של האדם לטוות את סיפור חייו. המשפט הישראלי מכיר בזכותו של האזרח הישראלי לחיי-משפחה.

הזכות לחיי-משפחה משמעותה גם הזכות לחיי-משפחה משותפים תחת קורת גג אחת. הזכות לחיי-משפחה אינה רק זכותם של ההורים. זוהי גם זכותו של הילד הנולד להוריו. הזכות לחיי-משפחה מוגנת היום אפוא בהוראות חוק-היסוד בהיותה חלק מזכות היסוד לחרות וחלק מזכות היסוד לכבוד.

אין לצמצם את עצם הגדרת הזכות לקיים חיי-משפחה. אף אם לא נוכל לאפשר, בשל אילוצים מותרים, את מימושה המלא, לא נגרע מן ההכרה בה. חברי המישנה לנשיא מציין כי המגבלות המוטלות על הזכות החוקתית כאן אינן נוגעות ל"גרעין" הזכות והן מצויות בפריפריה שלו. הוא מבקש לפיכך להגדיר בצורה ממוקדת יותר את הזכות שבמחלוקת. דעתי שונה. אפילו מדובר בהיבט "פריפריאלי" של הזכות, כהנחתו, אין בכך כדי להשפיע על הגדרת הזכות. נקודת המוצא צריכה להניח הגדרה נדיבה. ההגבלה – העשויה להביא בחשבון את מיקומו של המקרה בשולי הזכות או בגרעינה – צריך לה שתובא בחשבון במסגרת ישום פיסקת ההגבלה. האיזון שבין זכויות הפרט לבין האינטרס הציבורי או בינן לבין עצמן, צריך שיעשה במסגרת פיסקת ההגבלה.

9. הגריעה מן הזכות החוקתית לחיי משפחה, משליכה, בנסיבות המקרה ובאופן עקיף, על קבוצה מוגדרת ומובחנת באוכלוסייה, שהיא גם קבוצת מיעוט. ממילא יש עימה גם פגיעה בשוויון. הזכות לשוויון היא חלק מכבוד האדם. הפגיעה בשוויון פסולה בין אם היא פגיעה קבוצתית, בין אם זו פגיעה ביחיד, בין אם זו פגיעה הגורעת מכבוד האדם בשל ביזוי הנפגע והשפלתו ובין אם היא פגיעה הגורעת מן הזכות הנתונה לכל אדם ליהנות, באורח שווה, מיתרונות החיים בחברה בה הוא נתון. "זוהי פגיעה באוטונומיה של הרצון הפרטי – חופש הבחירה וחופש הפעולה של האדם כיצור חופשי" (הנשיא א' ברק בבג"ץ 6427/02 התנועה לאיכות השלטון בישראל נ' הכנסת (טרם פורסם)). גם מן הזכות לשוויון אין לגרוע אלא בהתקיים התנאים הנקובים בפיסקת ההגבלה. מדינה דמוקרטית מחוייבת לשוויון מהותי בין האזרחים המתגוררים בה. עמד על-כך הנשיא א' ברק בבג"ץ 6698/95 קעדאן נ' מינהל מקרקעי ישראל, פ"ד נד(1) 258, 282:

מדינת ישראל היא מדינה יהודית אשר בתוכה חיים מיעוטים, ובהם המיעוט הערבי. כל אחד מבני המיעוטים החיים בישראל נהנה משוויון זכויות גמור. אמת, מפתח מיוחד לכניסה לבית ניתן לבני העם היהודי (ראו חוק השבות) אך משמצוי אדם בבית כאזרח כדין, הוא נהנה מזכויות שוות כמו כל בני הבית האחרים.

פסקנו כי הפליית הישראלי הערבי אך בשל היותו ערבי פוגעת בשוויון. פגיעה מפלה בזכויות חברתיות – היא פגיעה בשוויון. פגיעה ישירה או עקיפה בזכות לחינוך שיש בה אפלייה גלויה או סמויה של מגזר מסויים באוכלוסיה היא פגיעה בזכות החוקתית לשוויון (ראו: בג"ץ 11163/03 ועדת המעקב העליונה לענייני הערבים בישראל נ' ראש ממשלת ישראל (ניתן ביום 27.2.2006, טרם פורסם)).

10. חוק האזרחות והכניסה לישראל פוגע באפשרות למימוש הזכות החוקתית לחיי-משפחה ובזכות החוקתית לשוויון. הוא גורע מהיקפן השלם. אכן, החוק אינו מונע מבן-זוג ישראלי להינשא לבן-זוגו מהאזור, הוא גם אינו מונע מבן-הזוג הישראלי לממש את זכותו לקיים חיי-משפחה באזור, או בכל מקום אחר מחוץ לישראל. אולם, הוא גורע מזכותו של בן-הזוג הישראלי לממש את התא המשפחתי בתוך גבולות ישראל, באותם מקרים בהם בן-הזוג הזר הוא תושב האזור והוא נמנה עם אותן קבוצות שלגביהן הוסמך שר הפנים למנוע את כניסתן מן האזור לישראל. התוצאה מכך היא גם פגיעה בשוויון, בשל שמרבית בני-הזוג הישראליים הנישאים לתושבי האזור הם ערבים ישראליים. נוטה אני להשקפתו של חברי הנשיא, כי אין המדובר בהבחנה שהיא, על-פניה (*prima facie*), הבחנה מותרת. יחד עם זאת, סבור אני כי אין החוק בא להפלות את האזרחים הערבים של ישראל, בשל השתייכותם המגזרית. בפועל הוא חל גם על בני זוג יהודיים הנישאים לתושבי האזור (שמספרם אמנם בטל בשישים). בכך אין די. הפגיעה בשוויון גם אינה נבחנת רק על-פי מטרתה של ההוראה, שנטען כלפיה שהיא מפלה, כי אם גם על-פי התוצאה הלא-מכוונת הנובעת ממנה. כיוון שכך, אילו עמד החוק בתוקפו נדרשים היינו לשאלה אם הפגיעה בזכויות החוקתיות במקרה זה מקיימת את דרישותיה של פסקת ההגבלה.

11. להשקפתי, אין גם לצמצם את מתחמן המוגדר של זכויות האדם בעת חרום. גם אין לנקוט במבחני איזון שונים. חוקי היסוד אינם מכירים בשתי מערכות דינים, האחת, החלה בתקופת רגיעה, והאחרת, החלה בעת חירום. למשפט החוקתי הישראלי גישה אחידה לכבוד האדם ולחרות הן בתקופה של רגיעה והן בעת סכנה. את אימרתו של השופט הולמס בפרשת *Schenck v. United States*, 249 U.S. 47 (1919), כי דברים הנאמרים בעת שלום יש ולא ניתן יהא לומר אותם בעת מלחמה – אין אנו מפרשים כקריאה לסטות מן המבחנים החוקתיים עצמם בעת חרום. כך, לענין חופש הביטוי וכך לענין זכויות יסוד אחרות. המבחנים על-פיהם בוחנים אנו הגבלות על זכויות האדם בשל סיבות מתחייבות הם מבחנים אחידים בכל עת. המבחן הוא זהה.

אולם ראוי לזכור כי ישומו מושפע מן המציאות. עמד על-כך חברי הנשיא בפסק-דינו כאן:

הלחימה כמוה כחבית מלאה חומר נפץ ליד מקור אש. בתקופת הלחימה גדלה ההסתברות כי נזק לאינטרס הציבורי יתרחש וגדלה העוצמה של הפגיעה באינטרס הציבורי, ובכך מתאפשרת הגבלת הזכות במסגרת אמות המידה הקיימות.

מסכים אני, אם כן, לתפישתו של חברי הנשיא כי קיים רק מסלול אחד ובמסגרתו יש לבחון את העתירות שבפינו. זהו המסלול שמתווים חוקי היסוד – הזכויות המנויות בו ומבחני האיזון הקבועים בו.

התנאים לגריעה מן הזכות החוקתית

12. ארבעה הם התנאים אותם מציבה פסקת ההגבלה: הפגיעה בזכות היסוד צריך שתהא בחוק או לפי חוק; החוק צריך שיהא הולם את ערכיה של מדינת ישראל; הוא נועד לתכלית ראויה; והוא פוגע בזכות החוקתית במידה שאינה עולה על הנדרש. המחלוקת במקרה זה אינה נסבה על השאלה אם נתקיימו התנאי הראשון והתנאי השני. היא נסבה על השאלה אם נתקיימו כאן התנאי השלישי והתנאי הרביעי, לאמור, אם נועד החוק לתכלית ראויה ואם אין הוא פוגע בזכות החוקתית במידה העולה על הנדרש. התנאי האחד נוגע למטרה, והאחר – לאמצעים הראויים למימושה.

אשר לתנאי השלישי, לאמור, השאלה אם נועד החוק לתכלית ראויה, עלול להתעורר קושי הנעוץ בעצם הגדרת התכלית. הפגיעה בזכות חוקתית במסגרת חוק של הכנסת יכול שתהא לתכלית של הגנה על זכות אחרת, ויכול שתהא לשם הגשמת אינטרס ציבורי מסוים. "בעיקרו של דבר, תכלית היא ראויה, אם היא משרתת מטרה חברתית חשובה הרגישה לזכויות האדם. על כן, חקיקה שנועדה להגן על זכויות האדם היא בוודאי לתכלית ראויה. גם חקיקה שנועדה להשיג תכליות חברתיות כלליות, כגון מדיניות רווחה או שמירה על אינטרס הציבור, היא לתכלית ראויה" (דברי הנשיא ברק בע"א 6821/93 בנק המזרחי המאוחד בע"מ נ' מגדל כפר שיתופי, פ"ד מט(4) 221, 459). השאלה האם הערך המתחרה לזכות הנפגעת, במקרה זה, לאמור, הערך שמהווה את תכליתו של החוק, הינו זכות של הפרט או אינטרס הציבור, היא שאלה מורכבת. לכך עוד נשוב.

תכליתו של החוק במקרה זה, כך קובע חברי הנשיא, היא בטחונות ועניינה הוא להפחית, ככל האפשר, את הסיכון הבטחוני מבני-הזוג הזרים בישראל. ביסוד החקיקה עמד החשש הבטחוני מפני מעורבות בפעילות טרור של בני-זוג פלסטינים, האוחזים בתעודת זהות ישראלית, מכוח נישואיהם לבני-זוג ישראליים. החשש הוא מפני ניצול מעמדם זה בישראל – מעמד המאפשר להם תנועה חופשית בין שטחי הרשות לישראל.

החוק, כך קובע חברי הנשיא, נועד להבטיח בטחון לישראל על-ידי הפחתה, ככל האפשר, של הסיכון הבטחוני הנשקף מבני-זוג פלסטינים החיים יחד עם בני-זוגם הישראלים. "הוא נועד להגן על חייהם של כל השוהים בישראל. הוא נועד למנוע פגיעות בחיי-אדם. אלה הן תכליות ראויות".

הדרישה למידתיות

13. התנאי הרביעי המנוי בפסקת ההגבלה מחייב כי הפגיעה בזכות החוקתית לא תהא במידה העולה על הנדרש. לא די בכך שהתכלית היא ראויה; יש צורך כי האמצעים הננקטים להגשמתה יהיו גם הם ראויים – לאמור, מידתיים. הדיבור "במידה שאינה עולה על הנדרש" נתפרש בפסיקה הישראלית, בעקבות הפסיקה הזרה, כמתכוון לשלושה מבחני משנה: מבחן ההתאמה (הקשר הרציונלי); מבחן הצורך (האמצעי שפגיעתו פחותה) ומבחן המידתיות במובן הצר (מבחן האמצעי המידתי). מבחן המשנה הראשון דורש קיומו של קשר של רציונליות בין התכלית (הראויה) לבין האמצעי שנבחר להגשמתה. זהו מבחן השכל הישר ומבחן נסיון החיים. מבין האמצעים המקיימים את הקשר הרציונאלי שבין התכלית הראויה לבין האמצעי – יש לבחור את אותו אמצעי שפגיעתו פחותה יותר – זהו מבחן המשנה השני. מבחן המשנה השלישי הוא מבחן של איזון כולל. הוא בוחן אם היחס, שבין התועלת הצומחת מהשגת התכלית (הראויה) לבין הנזק שנגרם (כתוצאה מן הפגיעה בזכות החוקתית), מקיים איזון ראוי בין צרכי הכלל לבין הפגיעה בפרט.

מבחן המשנה השלישי שבדרישת המידתיות מטיל, אפוא, על בית-המשפט עריכת איזון, אלא שאיזון זה אינו מנותק מן הבחינה שעורך בית-המשפט במסגרת שני מבחני המשנה הראשונים. יתרה מכך, במקרים רבים, משהוכח כי מתקיים קשר רציונלי בין מטרת החוק לבין האמצעים שנבחרו על-ידו (מבחן המשנה הראשון) ומששוכנע בית-המשפט כי אין להשיג את תכליתו של החוק, כמות שהיא, על-ידי שימוש באמצעים פוגעניים פחות (מבחן המשנה השני) קצרה הדרך למסקנה כי המאזן הכולל הראוי נתקיים גם הוא (מבחן המשנה השלישי). נתיב טבעי זה הביא אחדים למסקנה כי

מבחן המשנה השלישי הוא בפועל שלב מיותר בבדיקה החוקתית, ואמנם, ההכרעה החיובית בשני המבחנים הראשונים הביאה תכופות להכרעה מהירה בשאלת מבחן המשנה השלישי (ראו למשל: *McKinney v. R. v. Keegstra* [1990] 3 S.C.R. 69 ; *University of Guelph* [1990] 3 S.C.R. 229).

כשלעצמי אינני שותף להשקפה כי ישום המבחן השלישי מתייתר. נראה לי, כי אין לבוא לכלל מסקנה גורפת כי בהתקיים שני מבחני המשנה הראשונים – תוכרע בחיוב שאלת התקיימותו של תנאי המידתיות. אכן, אין לבודד את מבחן המשנה השלישי מאחיו, ולמענה הניתן לכל אחד מהם השפעה מובנת על רעיו. אולם, אין להמעיט מחשיבותו של המבחן האחרון, כשם שאין מקום להפריז בחשיבותו של כל אחד ממבחני המשנה כשלעצמו. ראוי להפעילם תוך גילוי רגישות לנסיבותיו של כל מקרה ומקרה (ראו: *Libman v. The Attorney General of Quebec* [1997] 3 S.C.R. 569). אין מדובר כאן אך בקווים מנחים. מבחני המשנה, כפי שאומצו, מתווים את דרך הפעלת הביקורת השיפוטית לענין תנאי המידתיות, ובמובנים מסויימים גם את גבולות הסמכות של בית-המשפט. הם מאפשרים בחינה אחידה ומושכלת של שאלת התקיימותו של התנאי.

לפיכך, ימנע בית-המשפט מליישם את מבחני המידתיות באורח מכני או מילולי, בעת שהוא בא להכריז על בטלותו של חוק. היטיב לנסח זאת בית-המשפט העליון בקנדה בעת שקבע כי :

The impairment must be "minimal", that is, the law must be carefully tailored so that rights are impaired no more than necessary. The tailoring process seldom admits of perfection and the courts must accord some leeway to the legislator. If the law falls within a range of reasonable alternatives, the courts will not find it overbroad merely because they can conceive of an alternative which might better tailor objective to infringement.

(ראו: *RJR – MacDonald Inc. v. Canada* [1995] 3 S.C.R. 199, 342 וכן עניין *Libman* הנ"ל).

מבחני המידתיות חוברים יחד לבדיקת היחס שבין תוחלת הפגיעה בזכות מוגנת, לאמור, עוצמתה של הפגיעה ומידת הסתברותה, לבין תוחלת התועלת הגלומה בתכלית הראויה של החוק.

14. מסכים אני לקביעת חבריי כי לעניין תנאי המידתיות נתקיימו שני מבחני המשנה הראשונים. ראשית, כי מתקיים קשר רציונלי בין מטרת החוק לבין האמצעים שנבחרו על-ידו. "האיסור על כניסתם של בני הזוג הזרים לישראל" – כך קובע הנשיא – "מונע את הסיכון הנשקף מהם. מי שאינו מצוי בישראל אינו יכול להוביל בישראל טרוריסט בדרכו לבצע את זממו". גם העובדה שניתן היה להגשים את תכלית החוק, על-ידי שימוש באמצעים נוספים שאינם ננקטים, אינה מצביעה בהכרח על-כך שהאמצעי שנבחר אינו רציונלי.

לעניין מבחן המשנה השני, קובע חברי הנשיא, כי השוואה כוללנית גרידא בין פגיעתו של "האיסור הגורף", כהגדרתו, החל על בני-הזוג הזרים, להיכנס לישראל, לבין האפשרות לערוך בדיקה אינדיבידואלית, באשר לסיכון הביטחוני הנובע מכל אחד מבני-הזוג המבקשים להיכנס לארץ – אכן תלמד, בהכרח, כי הבדיקה האינדיבידואלית – פגיעתה פחותה. אלא, שאין זו ההשוואה הרלבנטית. "השאלה היא" – מבהיר הנשיא – "אם ניתן להשיג, באותה המידה, את תכליתו של החוק על-ידי השימוש באמצעי הפחות פוגעני". לתפישה זו שותף, למשל, גם בית-המשפט בקנדה, שהציע כי הפגיעה אינה צריכה להיות זו הפחותה ביותר האפשרית, אלא הפחות פוגענית בהתחשב בתכלית החקיקתית ובאינטרסים אחרים (ראו: *Edwards Books and Art Ltd. v. R.* 2 S.C.R. 713 [1986]). די בכך שהמדינה תבהיר מדוע אמצעי אלטרנטיבי לא יהא כה אפקטיבי בקידום התכלית החוקית כמו האמצעי שבמחלוקת, כדי שתמלא אחר מבחן המשנה השני. בעניין זה קובע חברי הנשיא, בצדק, כי הבדיקה האינדיבידואלית אינה מגשימה את מטרת החוק באותה המידה כמו האיסור הגורף. "לאור הערך המרכזי של חיי אדם שהחוק בא להגן עליו, ברי כי האיסור הגורף יהא תמיד יעיל יותר – מבחינת הגשמת המטרה של הקטנת הסיכון הבטחוני ככל האפשר – מהבדיקה האינדיבידואלית". מסקנתו היא, לפיכך, כי בנסיבות המקרה שלפנינו, הבדיקה האינדיבידואלית אינה מגשימה את התכלית החקיקתית באותה מידה כמו האיסור הגורף וכי אין חובה, על-כן, במסגרת האמצעי שפגיעתו פחותה להיעצר בדרגה זו, והמחוקק הישראלי רשאי היה לבחור באיסור בו בחר.

נותרה עוד, אפוא, להכרעה – במסגרת הדיונית שנבחרה על-ידי חבריי – השאלה הנוגעת למבחן המשנה השלישי שבתנאי המידתיות – שאלת המידתיות "במובן הצר", לאמור, האם היחס בין התועלת הצומחת מהשגת התכלית הראויה של החוק לבין הנזק הנגרם על-ידו הוא מידתי. חברי הנשיא א' ברק סבור כי תוספת הבטחון "שהאיסור הגורף" מביא עימו אינה מידתית ביחס לתוספת הנזק הנגרמת לחיי המשפחה ולשוויון. "אמת" – כך מציין הנשיא – "האיסור הגורף נותן עימו יותר

בטחון: אך הוא מושג במחיר כבד מדי. אמת, הסיכוי להגברת הביטחון על ידי איסור גורף, אינו 'קלוש ותיאורטי'. יחד עם זאת – בהשוואה לפגיעה הקשה בכבוד האדם, היחס אינו מידתי". למסקנה זו איני שותף.

בין אינטרס לזכות

15. מבחן האיזון, בין האמצעי שננקט לבין התכלית שביסוד החוק, נגזר משאלת הגדרתו של הערך המתחרה בזכות הנפגעת: זכות פרטית או אינטרס ציבורי. הפסיקה, אף זו שקדמה לחוק היסוד, יצרה הבחנה בין מבחן איזון אנכי (בין זכות לאינטרס ציבורי) לבין מבחן איזון אופקי (בין זכויות שוות-משקל). אלא שהבחנה זו מעוררת לעתים קושי. הקושי נובע מן המלאכותיות הטמונה, לעיתים קרובות, בהגדרת האינטרס הציבורי במובחן מזכות הפרט. ראוי תמיד לזכור כי אותו ציבור, בעל-האינטרס, מורכב מפרטים. וכשפורטים את האינטרס הציבורי לפרטיו, נחשף צבר של זכויות-פרט. כך, למשל, כאשר בביטחון הציבור עסקינן, אינטרס ציבורי בלשונו, דוברים אנו בלא אחרת מאשר הזכות לחיים ולשלום הגוף של כל אחד מבני הציבור. לסיווג זה נפקות מהותית, שהרי מבחן האיזון נגזר ממנו (וראו בהקשר זה גם העמדות השונות בדבר סיווג הזכויות והערכים המתנגשים בבג"ץ 6126/94 סנש נ' יו"ר רשות השידור, פ"ד נג(3) 817 – אינטרס ציבורי או זכות אישית – ומבחני האיזון השונים שננקטו שם בהתאם). לעניין התכלית שבחוק – אין אנו נדרשים במקרה זה לאותה הבחנה, שהרי תכלית ראויה בפנינו בין שהערך המתחרה יסווג כאינטרס כללי של בטחון הציבור ובין שיסווג כזכות אישית לחיים – ועל כך אין חולקין. לסיווג זה עשויה, עם זאת, להיות, במקרה זה, נפקות לעניין האיזון העומד ביסוד דרישת המידתיות.

16. במקרה שלפנינו מבקש הנשיא לתאר את הערך המוגן כאינטרס ציבורי – בטחון הציבור; חברי המשנה לנשיא רואה לנגד עיניו את הזכות לחיים – שהיא, כשלעצמה, זכות יסוד מוגנת במסגרת חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו. לשוני זה נודעת חשיבות רבה, כאמור, לעניין בחירת מבחן האיזון המתאים – איזון אופקי או איזון אנכי. אכן, הערך של בטחון הציבור לובש ברגיל דמות ערטילאית, הנטיה היא לראות בו אינטרס של ציבור בלתי מסויים. תכופות גם טיבה של הפגיעה הצפויה בבטחון הציבור אינו מוחשי. זכות האדם לחיים, לעומת זאת, היא זכות קונקרטיה ומוחשית. היא זכות אולטימטיבית כמעט, היא זכותם של בני אדם מסויימים לחיים – בני אדם שכל אחד מהם הוא עולם בפני עצמו. היא באה להגן על אנשים מסויימים. כאמור, ההבחנה בין השניים – בין האינטרס לבין הזכות – היא לעתים קשה, והמקרה שבפנינו יעיד. לכאורה ערך מסוג אינטרס כאן – אינטרס הציבור. אלא שבמקרה זה מתחדדת

דמות הציבור ומתמקדת הסכנה. לא ציבור ערטילאי רואים אנו לנגד עינינו כי אם את פניהם הנוגים של מי שעלולים להיפגע במעשה הטרור הבא. את מוראותיה של הפגיעה רואים אנו בעיני רוחנו. אין זה החשש הערטילאי, לשלום הציבור, שאותו הכרנו בפרשות קודמות (עיינו, למשל, בבג"צ 73/53 חברת "קול העם" בע"מ נ' שר-הפנים, פ"ד ז(2) 871; בג"צ 806/88 Universal City Studios Inc. נ' המועצה לביקורת סרטים ומחזות, פ"ד מג(2) 22; בג"צ 2481/93 דיון נ' ניצב יהודה וילק, פ"ד מח(2) 456). בטחון הציבור דובר כאן בזכות לחיים ממש, ואותה מבקש החוק לשמר. הפיגוע אותו מבקש החוק למנוע מכוון כלפי בני אדם מסויימים, יחידים, מוסלמים, יהודים, נוצרים ובודהיסטים, החיים עימנו. לבני אדם אלה מוקנית, לכל אחד ואחד מהם, הזכות לחיים. אין הם ניצבים בפנינו היום בגופם שכן אין איש יודע מה צופן לו העתיד. אך זכותם ניצבת כאן. הגבולות בין אינטרס הציבור וזכות הפרט – מאבדים במקרה זה מכוחם. כשהבחנה זו בפנינו נפנה לבחינת האיזון הכולל כמצוות מבחן המשנה השלישי של תנאי המידתיות. נראה לי כי לא יהיה אז מנוס מן המסקנה כי התנאי נתקיים.

המאזן הכולל

17. על צד התועלת שבמאזן הזה עמד בפסק-דינו חברי המישנה לנשיא:

..בדיקה פרטנית של הנמנים עם אותן קבוצות אוכלוסיה שיש בהן פוטנציאל מוכח לסיכוני ביטחון וחיים, אפשר תמעט את הפגיעה ביכולת לקיים חיי-משפחה בישראל, אך מנגד לא תבטיח באורח ראוי את ביטחון הציבור, ויהיה בה כדי לפגוע באורח בלתי מידתי בביטחון היחיד והכלל. לא-זו-בלבד שקיים קושי מובנה לבחון מראש את עמדותיו והשקפתו של תושב האזור – אם לצרינו הוא, אם לאו – אלא שלא נוכל להתעלם מחשש ממשי – כפי שהוכח בעבר – כי אירגוני הטרור יגייסו את בן-הזוג תושב האזור לשורותיהם רק לאחר שזכה להיתר המאפשר לו להיכנס לישראל ולנוע בה בחופשיות. השקעת אמצעים רבים יותר או מאמצים ממוקדים יותר, גם היא לא תבטיח את ביטחונם של תושבי ישראל, ופירוש הדברים הוא, כי ביטול האיסור הכולל שבחוק והחלפתו בהסדר של בדיקה פרטנית, עלול להביא ברמת ההסתברות לא נמוכה, לריבוי פעולות טרור בישראל: להרג ולפגיעה בתושבי המדינה; לערעור ממשי ומוחשי של תחושת היציבות; ועקב כל אלה לערעורה של הדמוקרטיה עצמה. במלאכת האיזון שבין צימצום ההרג, הבטחת החיים והבטחת יציבותו של המישטר, לבין הנזק שנגרם למיקצת אזרחי ישראל – המבקשים להתגורר עם בני-משפחתם הזרים בישראל –

ונזכיר כי התיקון לחוק צימצם את היקף הפגיעה לא במעט – גוברת, לדעת, התועלת על הנזק.

כך לעניין התועלת. אשר לנזק – המחוקק עשה רבות להקטנתו. ראשית, ההגבלה המוטלת בהוראת השעה אינה חלה על נישואין עם פלסטינאים המתגוררים במדינות שפסקו מלהיות מדינות אויב – מצריים וירדן. היא חלה על אלה המתגוררים באזור הנתון היום לשלטון עויין. היא עשויה להתייטר עם שינוי העיתים. הפגיעה בזכות לקיים חיי משפחה אף שקשה היא, מתוחמת בראש ובראשונה בזמן. זוהי הוראה לשעה, והיא תבחן, אם תחודש, בכל פעם מחדש, ועל פי הנסיבות שיתקיימו באותה עת. עצם הבחינה המחודשת מפחיתה מן החשש לפגיעה מתמשכת בלתי-מידתית. הוראת השעה אך דוחה את מימוש הזכות. אין היא מבטלת אותה. גם חברי הנשיא א' ברק מכיר באפשרות שיהא צורך לדחות את מימוש הזכות - בהינתן קושי לבצע את הבדיקות האינדיבידואליות, כלשונו:

...את הבדיקות הביטחוניות יש לקחת ברצינות רבה. על כן אם לא ניתן לקיימן בשל המצב הביטחוני בחלק זה או אחר באזור, תידחה ההחלטה האינדיבידואלית עד אשר הבדיקה תתאפשר.

יתרה מכך: במציאות הקיימת מכיר גם חברי הנשיא באפשרות שיתקיים צורך לגבש חזקות של סיכון שיש בהן, מטבע הדברים, משום הכללה, לרבות החזקה בדבר הגיל שבו נשקפת סכנה מן הזרים. "אם יש צורך לאפשר את זיהויים של בני הזוג הזרים בישראל כמי שבאו מהאזור" – כך הוא מציין – "יש לאפשר זאת עד הגיעם לגיל שבו הסכנה הנשקפת מהם קטנה". צורך זה משקף גם את הקושי הטמון בבדיקה אינדיבידואלית כתחליף לאמצעי בו נוקט החוק. הצורך הזה, להחמיר בבדיקות האינדיבידואליות, מלמד על הקושי שבהשגת התכלית העומדת ביסוד החוק בדרך אחרת. הקושי הוא כפול – הצורך לעמוד על אופיים של מי שנמצאים מחוץ לתחומיה של מדינת ישראל והצורך לחזות פני עתיד בכל הנוגע להתנהגותם הצפויה של הזרים המבקשים להיכנס לתחומי המדינה כבר עתה. הגבלת זכותם של זרים נתיני ישות עויינת להתגורר בישראל יחד עם בני-זוגם, לעת המלחמה הזו, באה בשל החשש מפני כוונתם של גורמים עויינים לגייסם לפעולות טרור; בשל החשש כי במסגרת זו אף יופעל לחץ על מי שהיה מעדיף, הוא עצמו, להימנע מלעסוק בכך, ובשל נסיון העבר המלמד שלצורך המאבק במדינת ישראל נעשה שימוש באזרחים.

זאת ועוד זאת: המחוקק צמצם את האיסור הגורף שנקבע בחוק במקורו. הוא מחיל את האיסור על קבוצות אוכלוסין שמידת הסיכון הנשקפת מהן היא גבוהה יחסית,

על-פי נסיון העבר ועל פי עמדתם המקצועית של שלטונות הביטחון. הוא הוסיף על-כך את האפשרות ליתן היתרי שהייה לקבוצות נוספות וכן ליתן היתר של שהייה בישראל למטרות זמניות. הפגיעה באזרחים הנפגעים צומצמה, הודות לתיקונים האלה, כך עולה מדברי ההסבר להצעת החוק, בכשלושים אחוזים. הדעת נותנת כי מגבלות נוספות יוסרו בעתיד עד ששיעור הנפגעים בזכותם ילך ויפחת. בעניין זה, מצטרף אני לדברי חברי, כי ראוי הוא להוסיף לחוק גם הוראה שתאפשר לאשר היתר כניסה לישראל במקרים פרטניים, בהם מתקיימים טעמים הומניטריים כבדי משקל המצדיקים זאת. חסר זה טוב לו שיתוקן – אם יחליט בית-המחוקקים לחוקק הוראה חדשה המגבילה, בדרך דומה, את כניסת הזרים לישראל. אלא, שחוק כזה, טרם בא לעולם והחוק הקיים כבר יוצא מן העולם. וכאן שב אני אל בראשית: "חוק זה" – כך נקבע בחוק האזרחות – יעמוד בתוקפו עד יום ב' בניסן התשס"ו (31 במרס 2006). הוראת שעה היא – והשעה היא שעת דמדומים. נזקה של ההוראה נתעמעם ומתחזקת המסקנה כי המאזן הכולל גם הוא אינו יכול לשמש עילה להתערב בהוראת השעה.

אשר-על-כן, מצטרף אני לעמדת חברי השופטים המבקשים לבטל את הצו על-תנאי שהוצא ולדחות את העתירות.

ש ו פ ט

השופט א' א' לוי:

1. בסוגיה זו, אשר דומה כי היא מן הרגישות והמורכבות שהונחו לפתחו של בית-משפט זה, הוטלה על כתפינו המלאכה הקשה, ולא אפריז אם אומר – המיסרת, לאיתורה של נקודת האיזון הראויה בין זכויות-יסוד שמן המעלה הראשונה, לבין צורכי הביטחון של מדינת ישראל אשר, בפרט לעת הזו, אין צורך להכביר מלים על אודות משקלם. באשר לי, לא אסתיר כי ההחלטה היתה מלווה בלבטים קשים כאשר אני מטלטל שוב ושוב בין השקפותיהם המנוגדות של חברי הנשיא א' ברק והמישנה לנשיא (בדימ') מ' חשין. לבסוף, הגעתי לכלל דעה כי אותה נקודת איזון מצויה בקביעה, כי חוק האזרחות והכניסה לישראל (הוראת שעה), התשס"ג-2003, דורש בחינה מדוקדקת, בגדרה לא יהיה מנוס מהכנסתם בו של שינויים אשר ימזערו את פגיעתו. ברם, הואיל ועל גיבושה של הצעת חוק מתוקנת להיעשות בשום שכל ועל-יסוד עבודת-מטה מורכבת, ומאחר ומנגד מקנן החשש כי יימצא מי שיבקש לנצל את המצב כדי לפגוע בביטחונם של תושבי ישראל, עמדתי היא כי יש להותיר עד להשלמתה של מלאכת

החקיקה ומחמת החשש מפני חסר נורמטיבי, את החוק ואת ההסדרים הקיימים מכוחו על כנם.

2. זה למעלה ממחצית העשור שאזרחי ישראל ותושביה נתונים למתקפת טרור חסרת תקדים בעוצמתה ובמחיר הדמים הנלווה לה – תקופה, שהיא מן הקשות שפקדו את המדינה מיום היווסדה. הפיגועים מקשים על יכולתם של תושבי המדינה לנהג חיייהם בשלווה ובביטחון. זכות זו לחיים ולביטחון, אותה מבקש לעצמו כל אזרח או תושב מדינה על פני תבל, מבקש הטרור, באכזריות שאין דומה לה, לשלול מתושביה של מדינת ישראל. ודומה, כי אין לך המחשה בולטת יותר לכך שסכנה זו עודה רובצת לפתחנו, ובמשנה חומרה, ממגמות ההקצנה בחלקים מן העולם המוסלמי המאיימות להוסיף ולהתעצם, ובפרט מבחירתה-מדעת של החברה הפלסטינית בהפקדתן של מוסרות השלטון בידיה של תנועת החמאס, מהמובילות של הטרור הרצחני נגד ישראל.

3. לא בכדי הפכו אפוא האירועים החמורים, להם עדים אנו למן חודש ספטמבר 2000, לקו פרשת מים. כשם שעוצמתם לא דמתה לדפוסי הטרור המוכרים מעשורים קודמים, כך התחוויר כי שוב אין די בצעדי הסיכול והמגננה שננקטו עד אז. נדרשו היערכות חדשה ויישומם של אמצעי הגנה מרחיקי לכת, שעד אותה עת לא התעורר הצורך לנקוט בהם. על אלה נמנים הסדרים משפטיים שבכוחם להניח בסיס נורמטיבי ללחימה בטרור. כך, בין היתר, הוכרה עקרונית סמכותה של ישראל להגן על עצמה באמצעות גדר הפרדה (בג"צ 2056/04 מועצת הכפר בית טוריק ואח' נ' ממשלת ישראל ואח', פ"ד נח(5) 807); נקבע כי המפקד הצבאי בשטחים רשאי להורות על תיחום מקום מגוריו של אדם מטעמים של ביטחון האזור (בג"ץ 7015/02 עג'ורי נ' מפקד כוחות צה"ל, פ"ד נו(6) 352); הוכרה היכולת להטיל מגבלות קשות על עצורים בעת לחימה (בג"ץ 3239/02 מרעב נ' מפקד כוחות צה"ל, פ"ד נו(2) 349), ועוד.

בתוך כך התברר, כי ההסדרים מכוחם התאפשרה הקנייתו של מעמד בישראל לתושבי השטחים – כוחם לא יוכל עוד לעמוד להם נוכח השינוי הקיצוני בנסיבות. כוונת הדברים לחשש כי בקיומו של נוהל "איחוד משפחות" במתכונת שקדמה להחלטת הממשלה ממאי 2002, יש משום פרצה ביטחונית שעלולה לשחק לידיהם של גורמי הטרור. אלה, כידוע, אינם שוקטים על שמריהם ופועלים ללא לאות בניסיון לאתר נקודות תורפה במערך ההגנה של מדינת ישראל. לדאבון הלב, מעת לעת אף עולה הדבר בידם, ודי בפיגועי ההתאבדות שהיו מנת חלקנו אך לאחרונה, כדי להזכיר לאלה המבקשים להקל ראש במאמצי הסיכול הביטחוני, מה קשות ורצחניות הן תוצאותיה של פרצה ביטחונית מעין זו.

4. צדק, אפוא, חברי המישנה לנשיא חשין, בהטעימו כי בפרט לעת הזו ניכר הוא משקלו של האינטרס הציבורי, החותר לצמצם את הסכנה הביטחונית ולהבטיח הגנה על חיי הציבור ושלומו. בדין ביקשו הכנסת והממשלה, כל אחת באמצעים העומדים לרשותה, להגשים אינטרס זה על ידי הסדר שעשוי לצמצם את הסיכון הקיים. ואף אם, כדבריו של חברי הנשיא, אין בקיומו של סיכון זה כדי להמעיט ממשקלן של זכויות-יסוד של הפרט, הנמצאות נפגעות בשל ההסדרים הננקטים, הרי להשקפתי יש-גם-יש בו בסיכון הביטחוני להשפיע על היקף ההגנה על זכויות אלו ועל מיקומה של נקודת האיזון בינן לבין ערכים מתחרים.

5. באשר למהותו של ההסדר נושא-העתירות דנן, דומה כי אין עוררין על כך, שבכוחה של הכנסת לקבוע הסדרי חקיקה בדבר הגירתם של מי שאינם תושבי ישראל אל תחומיה. סמכות זו היא מאושיות היסוד של כל מדינה, וחברי – הנשיא והמישנה לנשיא כאחד, עמדו על כך בהרחבה בחוות-דעתם. באמצעותם של הסדרים מעין אלה מבטאת המדינה את כוחה הריבוני לקבוע מי רשאי לחסות תחת כנפיה, ומטבע הדברים כרוכות בכך הכרעות הנוגעות להרכבה של האוכלוסייה, הנטל בו מוכנה המדינה לשאת בקליטתם של תושבים חדשים, מידת התועלת שהדבר מביא לציבור התושבים הקיים, ועוד. ואם כך הדבר בימי שלום, מקל וחומר נכון הוא לעת מלחמה.

6. אכן, לאינטרס הציבורי משקל מרכזי בעיצובם של דברי החקיקה המסדירים את סוגיית ההגירה. ברם, וזהו הנדבך השני בו תומכת עמדתי את יתדותיה, דומה כי אין לך נושא המוסדר בחקיקה, הפטור מעמידה במבחנו של איזון נורמטיבי אל מולם של זכויות וערכים מתחרים. משעה שהללו הם בעלי מעמד חוקתי, הבחינה היא בחינה חוקתית, וכשבית-המשפט הוא הנדרש לעריכתה של בחינה זו, אין משמשים אותו בכך אלא אותם כלים של ביקורת חוקתית, שנקבעו בחוקי היסוד ושפותחו בפסיקתו של בית-משפט זה מזה קרוב לעשור ומחצה. דבר זה כמו מובן מאליו הוא, שכן כל עוד חפצה הכנסת בכובעה כבית-המחוקקים בקביעתם של הסדרים בחוק – להבדיל מחקיקת יסוד – כפופה היא לאותם עקרונות שקבעה היא-עצמה בשבתה כרשות מכוננת.

כך, חשובים ככל שיהיו, אין חוקי ההגירה חסינים מפניה של ביקורת חוקתית. לפיכך, וחרף החשש הטבעי והמובן מפני פגיעה באינטרס הציבורי בדבר שמירה על ביטחון המדינה ותושביה, איננו רשאים לראות בסמכות השלטונית לקבוע הסדרי הגירה, סמכות מוחלטת שאין אחריה ולא כלום. ככל סמכות, אף השימוש בה כפוף לכללים ולעקרונות המשמשים בביקורת החוקתית, אשר שלב ראשון בה עניינו בשאלה כלום נפגעו בעטיו זכויות-יסוד של הפרט.

7. שתי זכויות חוקתיות של בן הזוג הישראלי המבקש להתאחד כאן עם בן זוגו הפלסטיני, נפגעות מן ההסדר החקיקתי נושא העתירות שבפנינו, ושתיהן כאחת נגזרות מן הזכות לכבוד האדם, המנויה בחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו. האחת היא זכותו של אדם לחיי משפחה, בה גלומות שתי זכויות-משנה, אשר דומה כי בלעדיהן אין בה ממש – זכותו היסודית של אדם להינשא לבחירת/ת לבו על-פי רצונו והשקפתו, וזכותו כי יינתן לו ולבני משפחתו לקיים את חייהם בצוותא אף מבחינת מיקומו הגיאוגרפי של התא המשפחתי, אותו הם בחרו לעצמם.

הזכות השנייה בה ניכרת פגיעתו של חוק האזרחות (הוראת שעה), היא זכותו של אדם ליחס שווה. לכאורה, האיסור שבחוק אינו מבחין בין תושביה הערביים של ישראל לתושביה היהודים. אולם, לכל נהיר כי מבחינה אתנית ותרבותית כמעט רק עבור אזרחי ישראל הערביים מהווים הפלסטינים תושבי השטחים קבוצת התייחסות טבעית בחיפוש אחר בני זוג לנישואין. זהו שוני רלוונטי שהסדר חקיקה המתעלם ממנו, לוקה בחסר. עם זאת, אשוב ואטעים את שאנו מדגישים פעם אחר פעם בפסיקתו של בית-משפט זה, והוא כי אין הזכויות החוקתיות עומדות לעצמן, ועל כן אין הן מוחלטות. על כף המאזניים ניצבים כנגדן אינטרסים ציבוריים, אשר בענייננו – כפי שכבר ציינתי – דומה כי אין חיוניים מהם. בעריכתו של האיזון משמשים, כאמור, כלי הביקורת החוקתית המוכרים לנו, אלה הם רכיביה של "פסקת ההגבלה" שבחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו, ועיקרם שאלת תכליתם של האמצעים הפוגעניים ומידתה של הפגיעה.

8. באשר לתכלית, כאמור, בהסדר אשר עוגן בחוק האזרחות ביקש המחוקק לתת מענה לסיכון הביטחוני הנשקף מבן-זוג תושב האזור, המבקש לקבוע את מרכז חייו בישראל. עם זאת, לשון החוק מלמדת כי תכליתו לא נועדה לתת מענה לכל סיכון ביטחוני העלול לנבוע מכניסתם של פלסטינים לתחומיה של מדינת ישראל. יעידו על כך ההקלות, הפרטניות במהותן, שנקבעו בחוק להתרת שהייתם בישראל של בני זוג העומדים בדרישות הגיל (סעיף 3 לחוק), של קטינים המצויים בחזקת משמורן (סעיף

3א), ושל המורשים לקבל טיפול רפואי בישראל ולעבוד בה (סעיף 3ב). סבורני, כי הרציונל שעמד ביסודן של הקלות אלו – והוא כי ניתן לנטר סכנה ביטחונית העלולה לצמוח מאלה הנופלים לגדרן של ההקלות – צריך להשליך גם על עניינם של יתר המבקשים להיכנס לישראל כדי להתאחד עם בני-זוגם.

9. מצויים אנו אפוא, ובכך מצטרף אני בהסכמה לדעתו של חברי הנשיא, בשלב האחרון של הבדיקה החוקתית, הוא שלב בחינתה של שאלת המידתיות. מסכים אני עם חברי הנשיא, כי במתכונתו הקיימת מעורר החוק קשיים, הואיל וחוששני כי פגיעתו אינה רק בבני הזוג המבקשים להינשא, כי אם גם בצביונה הדמוקרטי של מדינת ישראל, ובמרקם היחסים העדין עם ציבור לא מבוטל החי בתוכה. עם זאת, דומני כי מרכז הכובד מצוי דווקא במבחנה השני של המידתיות, לאמור, בקיומו של אמצעי שפגיעתו בזכות היא פחותה, ובכל זאת בכוחו למלא אחר המטרה הניצבת בבסיסו של חוק האזרחות – והיא, כפי שציינתי, צמצום הסכנה כי ההסדר הנורמטיבי ינוצל לפגיעה בביטחון המדינה.

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

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

ב) תופעה נפוצה היא שפלסטיני המבקש להתאחד עם בן-זוגו הישראלי, מקדים ומעתיק את מקום מגוריו לתחומה של המדינה, ובכך הוא מעמיד את הרשויות

בפני עובדה מוגמרת. יתרה מכך, הואיל ובדיקתן של בקשות לאיחוד משפחות נמשכת זמן רב, לעתים גם עקב מחדלים של המבקשים עצמם, מכים בני הזוג שורשים, רוכשים נכסים, משתלבים במעגל העבודה, וילדיהם משתלבים במערכת החינוך המקומית. זהו, להשקפתי, מצב שאין להשלים עמו, הואיל והוא כרוך בעבירות על חוק הכניסה לישראל, והרי מושג-יסוד הוא כי המבקש להגר למדינה זרה חייב, בראש ובראשונה, לציית לחוקיה.

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

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

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

10. בטרם אחתום את דברי אוסיף, כי אין לי אלא להצר על כך שארגוני הטרור אשר אינם בוחלים באמצעים כדי להשיג את מטרותם, אף אינם מהססים, כפי שכבר הוכח, לרתום לעגלתם גם את רצונם הכן של ערבים משני צדיו של הגבול להתאחד בברית הנישואין. דומה, כי כשם שאין הללו נרתעים משפיכת דמם של גברים, נשים וטף שכל "חטאם" נובע מהיותם יהודים (ואגב כך, נזכור, כי נפגעו גם מי שאינם יהודים), כך ספק אם מייחסים הם משקל לעובדה, כי במעשיהם גורמים הם נזק כבד אף לענינם של בני הלאום אליו הם עצמם משתייכים.

