

מדינה או משפחה?
חוק האזרחות והכניסה לישראל (הוראת שעה), התשס"ג-2003
גיא דוידוב, יונתן יובל, אילן סבן, אמנון רייכמן

1. מבוא
 - א. הדין לפני החוק
 - ב. הדין לאחר החוק
2. לפני החוק ולאחריו: דיני הגירה ודיני איחוד משפחות בישראל
3. ניתוח תוקפו החוקתי של החוק - פגיעתו בזכויות יסוד מוגנות חוקתית
4. ניתוח תוקפו החוקתי של החוק - האם הפגיעה מוצדקת על פי פסקת ההגבלה?
 - א. ביטחון: התכלית המוצהרת - האם היא "תכלית ראויה"?
 - ב. מאזן דמוגרפי - תכלית נסתרת?
 - ג. מידתיות האמצעים שהופעלו בשמה של התכלית הביטחונית
 1. דרישת הקשר הרציונלי בין מטרה לאמצעי
 2. מבחן הפגיעה המינימלית
 3. מבחן המידתיות במובן הצר: היחס בין הפגיעה לתועלת
 - ד. התכלית הדמוגרפית והאמצעים שנקטו בחוק החדש
5. הזכויות למשפחה, התאזרחות ושוויון: עמדת המשפט הבינלאומי
 - א. חיובי המדינה כלפי אזרחיה: הזכות למשפחה וזכויות הילד
 - ב. חיובי המדינה כלפי אזרחיה: הזכות ליחס שוויוני
 - ג. חובות המדינה כלפי הזר

סיכום

"הדָבָר כבר השתלט על הכול. שוב לא היו גורלות אישיים כי אם פרשה קיבוצית"
[א' קאמי הַדָבָר (תשס"ב, אילנה המרמן מתרגמת) 149]

1. מבוא

חוק האזרחות והכניסה לישראל (הוראת שעה), התשס"ג-2003 (להלן "החוק" או "החוק החדש" לפי ההקשר), הוא מהחמורים שבחוקים שקיבלה ישראל במרוצת שנותיה. הוא חוק הסוטה מהתחייבותה ארוכת השנים של ישראל לקיים את זכויות האדם כמו גם מהתחייבותה לקיים שוויון זכויות בין אזרחיה, והוא חודר לאחת ההכרעות העמוקות ומרחיקות הלכת ביותר בחיי אדם: בחירת בן הזוג שעמו מבקש האדם (אזרח המדינה) לקשור את גורלו, להקים את משפחתו, ללדת את ילדיו.

לחוק החדש קדמה החלטת ממשלה מיוחדת מאי 2002 שתורגמה בעיקרה לחוק כשנה אחר כך. עד החלטת הממשלה ואישור החוק אכן שמרה המדינה על זכותם של כל אזרחיה/תושביה - ערבים כיהודים - להתאחד בישראל עם בני זוגם הזרים, זאת בשני סייגים מוגדרים: אם הוכח כי אין מדובר בנישואי אמת, או אם קמה תשתית ראייתית ממשית אשר לפיה בן הזוג הזר מהווה סיכון לשלום הציבור בישראל³. החוק החדש והחלטת הממשלה שקדמה לו שינו את פני הדברים שינוי עמוק. החוק מגביל באופן כמעט מוחלט את יכלתם

* הפקולטה למשפטים, אוניברסיטת חיפה. תודה ליו בורר, אילת לוין, נדיה מוגילבסקי ומאור פישמן על העזרה המצוינת במחקר. כל אתרי האינטרנט המוזכרים במאמר זה אומתו ליום 20.6.2004. גרסה מעודכנת של המאמר תתפרסם בגליון ח של **משפט וממשל**.

1 ס"ח 544. החוק התקבל בעקבות הצעת חוק ממשלתית: הצעת חוק האזרחות והכניסה לישראל (הוראת שעה), התשס"ג-2003, ה"ח הממשלה 482 (להלן: "הצעת החוק").

2 ראו החלטת הממשלה מס' 1813 מיום 12.5.2002. נגד החלטת הממשלה הוגשו עתירות על ידי האגודה לזכויות האזרח (בג"ץ 4022/02) ועל-ידי עדאלה (בג"ץ 4608/02). להן הצטרפו לאחר מכן עתירות של אותם ארגונים נגד החוק עצמו (בג"ץ 8099/03, בג"ץ 7052/03 בהתאמה). עתירות אלו תלויות ועומדות; בית המשפט העליון הוציא בהן צו על תנאי וקבע דיון מורחב, דיון בהרכבו הרחב ביותר - 13 שופטים. הדיון התקיים בחודש ינואר 2004, ופסק הדין יינתן בשלב כלשהו בעתיד.

3 בג"ץ 3648/97 סטמקה נ' שר הפנים, פ"ד נגד (2) 728.

של ישראלים להינשא לפלשתינאים תושבי השטחים ולדור עימם בישראל. האופן בו החוק עושה זאת הנו על ידי שלילת כוחו של שר הפנים לאשר לבני-הזוג הזרים להתגורר בישראל, שלא לומר להתאזרח בה. פרטי החוק מובאים ומנותחים בהמשך. את עיקרי השינוי והבעייתיות המשפטית הכרוכה בו ניתן בקיצור נמרץ לסכם כלהלן.

ראשית, החוק נפרד מהצורך להוכיח מסוכנות אישית הטמונה בבן הזוג הנישא לישראלי. למעט חריגים מצומצמים ביותר, הוא שולל משר הפנים את הסמכות להתיר שהיית קבע בישראל לפלסטינים תושבי השטחים שנישאו לאזרח ישראלי⁴. משמע, הוא הופך - באורח גורף - קבוצה גדולה של בני אדם לקטגוריה שאיחוד משפחה עם מי מיחידה אינו אפשרי עוד בישראל. בפועלו הגורף מעמיד החוק, ללא הצדקה ראויה, חלק מהאזרחים והתושבים של המדינה בפני ברירת הכרעה אכזרית בין בני זוגם לבין מדינתם. על בן הזוג הישראלי להכריע, אם לדבוק בבן הזוג שאינו יכול להתגורר עמו במדינתו, או לדבוק במדינתו, במחיר פרידה מבן זוגו. במילים אחרות, החוק מטעין במתח טראגי שתי זיקות מרכזיות בחייו של אדם: אהבה והקמת משפחה מחד גיסא, ושייכות למדינה ולחברה מאידך גיסא.

שנית, החוק לוקה בהטיה אתנית-לאומית במדיניותה הרשמית של המדינה כלפי הזוגיות. בחוקקה את החוק פונה החברה הישראלית לשני כוונים הפוכים ככל שהדברים נוגעים לחיים משותפים של בני זוג: מחד גיסא, מתפתחים ומשתכללים בחברה האזרחית הישראלית ובמשפטה הסדרים המכירים באינטרס לבנות חיים משותפים שלא במסגרת המשפחה המסורתית כפי שהיא מאופיינת בדין הישראלי - הסדרים כגון ”ידועים בציבור”, נישואין אזרחיים דה-פקטו, משפחות חד-מיניות, וכדומה. מאידך גיסא, חוק האזרחות החדש מצמצם את זכות האזרחים הישראלים מלהינשא או לבנות חיים משותפים עם פלסטינים תושבי ה”אזור”. והנה, היות שהרוב המוחלט של ישראלים הנישאים לפלסטינים תושבי האזור הנם אזרחים ערבים-פלסטינים, נוצרת תמונה של חברה המכירה ונפתחת - גם באופנים משפטיים - לחשיבות האהבה, הרצון והבחירה, ככל שהדברים אמורים בקהילת הרוב היהודית, אך בה בעת ממעיטה בחשיבותם של אינטרסים אלו ככל שהדברים אמורים באזרחיה הערבים.

שלישית, כפיית הברירה הטראגית הנזכרת בעייתית לא רק במישור יחסי המדינה עם אזרחיה/תושביה, אלא גם במישור יחסי המדינה עם הפלסטינים תושבי השטחים; שכן אלו אינם ”זרים” במובן הראוי של המילה, אלא בני אדם שישראל חבה כלפיהם אחריות ישירה מכוח היותם נתונים ל”תפיסתה הלוחמתית” למעלה משנות דור⁵.

רביעית, החוק החדש נושא השלכות כבדות גם על ילדיהם של בני הזוג.

החוק לא התקבל בחלל ריק. טענתה העיקרית של המדינה בבואה להגן בבית המשפט הגבוה לצדק על חוקתיות החוק מפני עתירות שהוגשו נגדו, הייתה כי החוק נחוץ למען הגנה על בטחון מדינת ישראל וחיי תושביה⁶. המדינה טענה כי במצב הביטחוני השורר כיום, שהייתם של ”תושבי האזור” בישראל מסוכנת שכן נאמנותם ”עשויה להיות למדינה או ליישות מדינית המצויים בעימות עם ישראל”. במצב זה עלולים הפלסטינים הנישאים לאזרחי מדינת ישראל להימצא חשופים ללחצים שיופעלו על בני משפחתם שנתרו

4 למען הדיוק, החוק מגדיר את הקבוצה כ”תושבי האזור”, וה”אזור” מוגדר כ”הודיה, שומרון וחבל עזה”, למעט ישוב ישראלי. ראו סעיף 1 לחוק.

5 י. יובל ”החי על המת: שוויון החיים ומות השוויון; או כולם רוצים לחיות” משפט וממשל (טרם פורסם).

6 ראו תגובת המדינה לעתירות שאוחרו בהערה 2 לעיל (ניתנת לצפייה ב- <http://www.acri.org.il/hebrew-acri/engine/story.asp?id=742>) (להלן: תגובת המדינה).

ב"אזור". לחצים אלו עלולים להוביל אותם (ובמשתמע, את בני זוגם הישראלים) לסייע לאויב. המדינה מציינת כי "לפי הידוע לרשויות הביטחון, מאז שנת 2001, 23 מתושבי האזור אשר קיבלו מעמד בישראל עקב איחוד משפחות, היו מעורבים בסיוע ממשי לפעילות עוינת נגד ביטחון המדינה". עוד מציינת המדינה, כי לטענת גורמי הביטחון אבחון פרטני הקובע את הסיכון הטמון בכל אדם אינו אפשרי באורח אפקטיבי. "למן העברת הסמכויות וכינון הרשות הפלסטינית, וביתר תוקף למן פרוץ העימות המזוין פחתה יכולת גורמי הביטחון לאבחן על בסיס פרטני את מסוכנותו של תושב האזור המבקש לרכוש מעמד בישראל ולהיכנס לתחומה".

כפי שנבהיר בהרחבה בהמשך, תשובתה של המדינה אינה משכנעת. כשרותה של התכלית הביטחונית, הנשענת על מציאות קשה שבה הטרור מכה באזרחי המדינה ללא רחם⁷, אינה מכשירה את האמצעי שבו בחרה הכנסת לעשות שימוש. בפנותה לאיסור קבוצתי גורף, עלתה הכנסת על נתיב פסול מבחינה מוסרית ומשפטית.

בחירתה של הכנסת לפסוע בנתיב קשה זה מחדדת שאלה נוספת המלווה את החקיקה החדשה, והיא שאלת בלעדיותו של הטעם הביטחוני כציר המניע את החקיקה החדשה. האם הטעם הביטחוני אינו מסווה טעם אחר, רגיש יותר, והוא הטיעון הדמוגרפי? הטיעון הדמוגרפי מכיל שני מרכיבים עיקריים. ראשית, הוא מזהיר מפני "סכנת זכות השיבה הזוחלת", אשר לפיה פלסטינים רבים מקבלים מעמד אזרחי בישראל מכוח איחוד משפחות עם אזרחים ערבים-פלסטינים של ישראל, ובכך משנים את המאזן הדמוגרפי בין יהודים וערבים; ושנית, טיעון זה גורס כי יש למדינה צידוק מוסרי לבלום זאת באמצעים כגון החוק החדש. מהי "עמדת המדינה" ביחס לטיעון הדמוגרפי, כפי שהיא עולה מתשובותיה לעתירות נגד החוק?

מסתמנת כאן לטעמנו התפתחות חמורה. אם בתשובה הראשונה לעתירות דחתה המדינה את הטיעון הדמוגרפי דחייה מלאה - דחתה את עצם הרלוונטיות שלו לחוק שהתקבל, ורמזה ברורות שהיא דוחה אותו ערכית⁸; הרי שבתשובתה המאוחרת יותר הפרידה המדינה בין שני סוגי הדחייה. היא המשיכה לדחות את הרלוונטיות של הטעם הדמוגרפי לעניינו של החוק, אך חצתה את הקווים, והשמיעה טענה המצדדת בלגיטימיות של הטעם הדמוגרפי לעניין איחוד משפחות של בני זוג בישראל: "[...] גם אילו היתה עומדת ביסוד החקיקה התכליתית הדמוגרפית, ואלה אינם פני הדברים, הרי שזו היתה ראויה ותואמת את ערכיה של מדינת ישראל כמדינה יהודית ודמוקרטית"⁹. למיטב ידיעתנו, זו הפעם הראשונה שהמדינה מצדיקה, גם אם "באמרת אגב", שקילת שיקולים דמוגרפיים במסגרת מדיניות איחוד המשפחות של אזרחיה ותושביה שלה. נדון בכך בהרחבה בהמשך. המעט שנאמר כאן הוא שהטעם הדמוגרפי בהקשר זה מקרב את ישראל אל הביצה המוסרית שבה שקעו משטרים שפגעו בזכויות אזרחיהם על בסיס מוצא אתני-גזעי.

תכלית מאמר זה היא להבין את משמעויותיו של החוק, לנתחו ניתוח משפטי, אתי ואזרחי, ולבחון את תוקפו החוקתי. רבדי המאמר יהיו אלה: בתחילה תוצג ותנותח המסגרת הנורמטיבית הכללית של דיני ההגירה

7 שם, סעיפים 4, 19 ו-16, בהתאמה.

8 השוו: בג"ץ 5100/94 הוועד הציבורי נגד עינויים בישראל נ' ממשלת ישראל, פ"ד נג(4) 817.

9 ראו פרוטוקול מס' 47 משיבת ועדת הפנים ואיכות הסביבה מיום 14 ביולי 2003 (ניתן לצפייה ב- <http://www.knesset.gov.il/protocols/data/html/pnim/2003-07-14-01.html>). כמו כן ראו דברי הכנסת מהשיבה ה-33 של הכנסת השש-עשרה, 17 ביוני 2003 (ניתנים לצפייה ב- <http://www.knesset.gov.il/Tql/mark01/h0002777.html#TQL>), ודברי הכנסת מהשיבה ה-53 של הכנסת השש-עשרה, 31 ביולי 2003 (ניתנים לצפייה ב- <http://knesset.gov.il/Tql/mark01/h0002789.html#TQL>).

10 "[...] הבחנה זו [בין בן זוג זר תושב השטחים ובין כל בן זוג זר אחר] אינה מבוססת על שיקולים אתניים ככאלה, אלא על שיקולים ביטחוניים, ובכך כל ההבדל שבעולם". סעיף 34 לתגובת המדינה מיום 5 בנובמבר 2003 (ההדגשה במקור).

11 סעיף 169 לסיכומי המשיבים בבג"ץ 7052/03, 8099/03 מיום 16 בדצמבר 2003 (להלן: סיכומי המדינה).

לישראל, ובתוך כך דיני איחוד המשפחות בישראל - בדגש בחוק החדש. השלב הבא הוא מוקד המאמר: ניתוח תוקפו החוקתי של החוק החדש לאור הפגיעה שהוא פוגע בזכויות יסוד מוגנות של אזרחיה ותושביה של מדינת ישראל. בהמשך, היות שהזכויות להקמת משפחה ולאזרחות נדונות באופן אינטנסיבי במשפט הבינלאומי, נברר גם את עמדת המשפט הבינלאומי בסוגיות אלו. מסקנתנו היא כי החוק אינו תקף מבחינה חוקתית, כי הוא פסול גם מנקודת ראותו של המשפט הבינלאומי, וכי הדין שהיה קיים עובר להחלטת הממשלה מ-2002 ענה כהלכה על הצורך באיזון בין צורכי הביטחון הלגיטימיים לבין שמירה נאותה על כבוד האדם - הישראלי כפלטטיני תושב ה"אזור".

2. לפני החוק ולאחריו: דיני הגירה ודיני איחוד משפחות בישראל

א. הדין לפני החוק

דיני ההגירה לישראל - דיני הכניסה, הישיבה וההתאזרחות בישראל - מוסדרים על פני משרעת הנעה בין קוטב "הזר" לבין קוטב "האדם בעל הזיקה העמוקה" לישראל. עד החלטת הממשלה ואישור החוק החדש הופיעו שלוש קטגוריות עיקריות: זר; בן זוגו הזר של ישראלי; ויהודי. מבנה הדין הוא פשוט יחסית: "יהודי" זכאי להגר לישראל מכח שבות, זכאי להתאזרח בה מיד עם כניסתו אליה, והוא אוצל זכויות אלו גם לבני משפחתו הלא-יהודים. ל"זר", מנגד, אין זכות שבדין להגר לישראל, קל וחומר אינו זכאי להתאזרח בה. לשר הפנים יש שיקול דעת רחב באשר למתן היתר שהייה, תושבות או אזרחות לזר שכזה. אשר ל"בן-זוגו הזר של ישראלי" - סוגיית איחוד המשפחות - בן הזוג הזר זכאי להגר לישראל, וכן זכאי הוא - לאחר תקופת מעבר - להתאזרח בה. הבה נכיר את שלוש הקטגוריות מקרוב.

מכוח חוק השבות, התש"י-1950 זכאי יהודי לעלות לישראל. מכוח חוק האזרחות, התשי"ב-1952, זכאי יהודי לאזרחות עם עלייתו. זכויותיו של יהודי מכוח חוק השבות וחוק האזרחות מוקנות על פי סעיף 4א לחוק השבות גם "לילד ולנכד של יהודי, לבן זוג של יהודי ולבן זוג של ילד ושל נכד של יהודי".

מנגד, "זר" יכול להיכנס ולשהות בישראל רק מכוח אשרה שהעניק שר הפנים, אם העניק, על פי שיקול דעתו. חוק הכניסה לישראל, התשי"ב-1952, מפרט את סמכותו ושיקול דעתו של השר, ועומד על סוגי האשרה המרכזיים: אשרת ביקור, אשרת עבודה, אשרה לישיבת ארעי (תושבות ארעית) ואשרה לישיבת קבע (תושבות). חוק האזרחות, מצדו, מתווה את נתיב ההמשך: רכישת מעמד אזרחי מלא - "התאזרחות" - אם מתקיימים תנאי סעיפים 5 או 6 לחוק האזרחות, ואם שר הפנים "ראה זאת לנכון"¹². התנאים ההכרחיים העיקריים המפורטים בסעיף 5 הם שמרכז חייו של האדם יהיה בישראל בשלוש שנים מבין חמש השנים שקדמו להגשת הבקשה להתאזרחות, שתהא לו זכות ל"תושבות קבע", ושיידע ידיעת מה את השפה העברית. בד בבד הבהיר בית המשפט, כי שיקול דעתו של שר הפנים בהקשרה של הגירת זרים לישראל הוא שיקול דעת רחב: "על פי סעיף 1(ב) לחוק הכניסה לישראל "מי שאיננו אזרח ישראלי או בעל אשרת עולה או תעודת עולה, תהיה ישיבתו בישראל על פי רשיון ישיבה לפי חוק זה". הסמכות למתן רשיון כזה ושיקול הדעת בה מסורים לשר הפנים, המשיב. החוק והתקנות שהותקנו מכוחו... אינם מגדירים את הקריטריונים להענקת רשיון כזה. למשיב נתון שיקול דעת רחב בנושא, והוא אינו חייב לנמק את החלטתו"¹³.

12 סעיף 5(ב) לחוק האזרחות. לא נעסוק כאן בחריגים המאפשרים לשר הפנים לפטור מחלק מאותם תנאים.

13 בג"ץ 431/89 קנדל נ' שר הפנים, פ"ד מו(4) 505, 520. לא למותר להוסיף, כי הפטור מחובת הנמקה אינו פטור מהחובה להפעיל את שיקול הדעת כהלכה - משמע, בין היתר, להפעילו על בסיס נימוקים שוויוניים וסבירים. הפטור הוא ממתן פומבי לנימוקים. השוו שפ, בע' 526-525.

מה באשר לקטגוריה שהיא מוקד ענייננו כאן - בן זוג זר של אזרח או תושב ישראל?

הדין הישראלי ראה בנישואין לאזרח תעודת כניסה ובעקבותיה תעודת שייכות הניתנות לבן הזוג הזר אל הקולקטיב האזרחי הישראלי. במונח הטכני "איחוד משפחות", החברה בישראל, כמו חברות דמוקרטיות אחרות, אפשרה (עד החוק החדש) לכל אזרחיה להינשא לזרים כלשהם ולהמשיך לבנות את חייהם המשותפים בישראל.

לתפיסה זו עיגון מסוים בחוק החרות עצמו. סעיף 7 לחוק האזרחות קובע כי:

בעל ואשתו שאחד מהם אזרח ישראלי [...] יכול השני לקבל אזרחות ישראלית על ידי התאזרחות, אף אם לא נתקיימו בו התנאים שבסעיף 5 (א).¹⁴

ואולם, פרטי המעמד המשפטי של בן זוג הזר של הישראלי מותווים במסגרת נורמטיבית שהיא רחבה בהרבה מאותה הוראה בודדה בסעיף 7 לחוק האזרחות. זו מסגרת הנגזרת מההכרה המשפטית-פסיקתית בזכות לאיחוד משפחות כזכות יסוד בעלת חשיבות עמוקה: "זכות-יסוד שקנה היחיד - כל יחיד - לנישואין ולהקמת משפחה. [...] אם אלה דברים אמורים בור, כל-שכן ייאמרו הם על האזרח הישראלי השותף לנישואין"¹⁵. מהכרה זו נובעת ההלכה היסודית בענייניו של איחוד המשפחות בישראל. זו מסוכמת בפס"ד סטמקה, פסק הדין המנחה בסוגיה:

מדינת ישראל מכירה בזכותו של האזרח לבור לו בן-זוג כרצונו ולהקים עימו משפחה בישראל. ישראל מחוייבת להגנה על התא המשפחתי מכוחן של אמנות בינלאומיות (ראו: סעיף 10 לאמנה הבינלאומית בדבר זכויות כלכליות, חברתיות ותרבותיות, 1966, וסעיף 1.23 לאמנה הבינלאומית בדבר זכויות אזרחיות ופוליטיות, 1966); והגם שאמנות אלו אינן מחייבות מדיניות זו-או-אחרת בנושא של איחוד משפחות, הכירה ישראל - הכירה ומכירה היא - בחובתה לספק הגנה לתא המשפחתי גם על דרך מתן היתרים לאיחוד משפחות. כך סיפחה עצמה ישראל לנאורות שבמדינות, אותן מדינות המכירות - בכפוף לסייגים של ביטחון המדינה, שלום הציבור ורווחת-הציבור - בזכותם של בני-משפחה לחיות בצוותא-חדא בטרטוריה שיבחרו בה.¹⁶

בכך מכיר המשפט בתוקפה של האהבה. ניתן כמעט לשמוע את שיר התהילה ששר ג'ון מילטון, בשירתו הגדולה גן העדן האבוד, לאופי המשפטי דווקא של נישואי בחירה ואהבה: "Hail wedded love, mysterious law!"¹⁷.

עם זאת, למדינה אינטרס לגיטימי במניעת ניצול לרעה של התאזרחות באמצעות איחוד משפחות. מותר לה למנוע את השחתת חירות הנישואין האותנטית על ידי גורמים נצלניים, אופורטוניסטים, פליליים או עוינים. לפיכך, אין ההתאזרחות אוטומטית מכוח נישואין. על בסיס הלכת סטמקה גיבש משרד הפנים נוהל הידוע כ"נוהל המדורג"¹⁸. נוהל זה מקיים את האינטרס של איחוד משפחות ואת מעמדו של בן הזוג הזר באופן מבוקר,

14 מופיעה בהוראה זו לכאורה הבחנה בעלת חשיבות, בין בן זוג הזר של "תושב" ישראל ובין בן זוג הזר של "אזרח" ישראל. לכאורה מגלה כאן המחוקק רצון להתחשב יותר ולהקל יותר על תהליך ההתאזרחות בענייניו של בן זוג של אזרח. לא נעסוק כאן בסוגיה שמעוררת הבחנה זו.

15 עניין סטמקה, לעיל הערה 3, בסעיף 58.

16 שם, בסעיף 73.

17 J. Milton Paradise Lost (J. E. Boyd ed., Making of America, 2000) 100

18 הנוהל פורט בתשובת המדינה מיום 7.9.1999 לעתירה בבג"ץ 338/99 עיסא נ' שר הפנים (לא פורסם), והוא מצוטט בעתירות לבג"ץ נגד תוקפו של החוק החדש - בג"ץ 8099/03, בג"ץ 7052/03 - המוזכרות בהערה 2 לעיל

באמצעות הענקת אשרות העוברות שדרוג עם חלוף הזמן - מאשרת שהייה זמנית ועד אזרחות מלאה. ביצוע הנוהל אורך זמן רב - עד ארבע וחצי שנים - וכולל בדיקה פרטנית של המבקש ושל המקרה. ואלו פרטי הנוהל:

- א. אזרח ישראל שנישא לזר יגיש בקשה לאיחוד משפחות ולהתאזרחות בישראל עבור בן זוגו בלשכת מינהל האוכלוסין במקום מגוריו.
 - ב. עם הגשת הבקשה, ובהנחה שהבקשה אינה מעוררת חשד לפיקטיביות על פני הדברים, ובהעדר מניעה בטחונית או פלילית, יזכה בן הזוג המוזמן להיתר ישיבה ועבודה בישראל למשך שישה חודשים.
 - ג. ככלל, בתוך תקופה של שישה חודשים תתקבל החלטה בדבר הבקשה וכניסת בן הזוג להסדר המדורג לקבלת אזרחות ישראלית.
 - ד. החלטה תתקבל בשים לב לכנות קשר הנישואין בין בני הזוג, לקיום מרכז החיים בישראל וכן להעדר מניעה בטחונית או פלילית לאישור הבקשה.
 - ה. עם אישור הבקשה, יזכה בן הזוג המוזמן לרשיון לישיבת ארעי בישראל מסוג א/5. רשיון זה ינתן לתקופה כוללת של ארבע שנים, כאשר הוא יוארך מדי שנה, בשים לב לנסיבות המתוארות בסעיף ד'.
- בתום ארבע שנים ממועד אישור הבקשה על פי סעיף ג' לעיל, תוענק לבן הזוג אזרחות ישראלית על פי סעיף 7 לחוק האזרחות, התשי"ב-1952, וזאת בתנאי שישב בישראל בפועל במשך שלוש שנים מתוך תקופת ההסדר המדורג כמתואר לעיל, ומתוך זה לפחות שנתיים ברציפות לפני יום קבלת האזרחות, ובכפוף לתנאים שבסעיף ד' לעיל.
- מנהל מינהל האוכלוסין, רשאי יהיה בנסיבות מיוחדות בהתחשב בטעמים מיוחדים שיובאו בפניו, לקצר כל תקופה שנקבעה על פי נוהל זה.

ויודגש: "הנוהל המדורג", כמו גם הלכת סטמקה, מבהירים, כי אין כל הבדל בין בן זוגו של אזרח ישראל יהודי לבן זוג של אזרח ישראל שאינו יהודי: שניהם זכאים באותה מידה להיכנס לישראל, להשתקע בה, ובבוא העת להתאזרח בה¹⁹.

בתמצית, הנוהל המדורג הנו שוויוני וסביר. הוא פרטני, בלתי-מפלה, והוא מאפשר למדינה לבחון אנשים לגופם ולסרב להתיר להם התאזרחות, ואפילו כניסה למדינה, אם עולה חשש שנשקפת מהם סכנה בטחונית או סכנה חמורה אחרת, או אם מתגלה כי הזוגיות המוצגת אינה כנה כי אם פיקטיבית.

ב. הדין לאחר החוק

החלק האופרטיבי של החוק החדש הנו סעיף 2, הקובע כי:

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

סעיף 7 לחוק האזרחות הנו הסעיף אשר מכוחו גובש הנוהל המדורג שתואר לעיל, היוצר את הסדר מתן היתר הישיבה בישראל וההתאזרחות לבן זוג זר של ישראלי או ישראלית. "אזור" הוא "כל אחד מאלה: יהודה ושומרון וחבל עזה" (סעיף 1 לחוק). "תושב אזור" אינו כולל "תושב יישוב ישראלי באזור" (שם)²⁰. כמו כן היעדר הסמכות להעניק אזרחות או רשיון לישיבה לא חל על "תושב אזור" ששר הפנים השתכנע "כי הוא מזדהה עם מדינת ישראל ויעדיה וכי הוא או בן משפחתו פעלו פעולה של ממש לקידום הביטחון, הכלכלה או עניין חשוב

19 עניין סטמקה, לעיל הערה 3, בע' 740.

20 ודוק: החוק יוצר כאן יציר דמוגרפי חדש, "תושבי יישוב ישראלי", ובכך מעלה שאלה מעניינת בדבר הקריטריונים ההופכים יישוב מסוים ביהודה, שומרון וחבל עזה ל"ישראלי". כיצד עלינו להתמודד עם השכונה היהודית בתל-רומיידא בחברון, למשל?

אחר של המדינה" (סעיף 3 (2)). באשר לכל יתר תושבי הגדה המערבית ורצועת עזה, נשללת הסמכות לאפשר להם איחוד משפחות בישראל עם בני זוגם הישראלים. ודוק, לא רק האפשרות כי יתאזרחו נחסמת בפני אותם בני אדם אלא עצם יכולתם הפיזית לחיות חיים משותפים עם בני זוגם נמנעת - שהרי סעיף 2 הנוכח שולל את סמכותם של שר הפנים או מפקד האזור לתת להם אפילו היתר זמני להיכנס לישראל. כל עוד יעמוד בתוקפו החוק החדש, תם עידן איחוד המשפחות בישראל בין בני זוג שאחד מהם ישראלי והשני פלסטיני תושב ה"אזור".

להסדר מחמיר זה קובע סעיף 3(1) לחוק החדש חריגים קמוצים, ואלו הם:

רשאי שר הפנים או מפקד האזור, לפי העניין, לתת לתושב אזור רשיון לישיבה בישראל או היתר לשהייה בישראל, למטרת עבודה או לשם טיפול רפואי, לתקופה קצובה, וכן למטרה זמנית אחרת - לתקופה מצטברת שלא תעלה על ששה חודשים, וכן רשיון לישיבה בישראל או היתר לשהייה בישראל לשם מניעת הפרדת ילד עד גיל 12 מהורהו השוהה בישראל כדין.

סעיף מרכזי זה אינו בהיר. האם התקופה המצטברת להיתרים הזמניים היא שישה חודשים בכל שנה או שמא שישה חודשים בכל תקופת תוקפו של החוק? מכיוון שהיתרי השהייה הנם בעלי אופי זמני ("עבודה, טיפול רפואי או מטרה זמנית אחרת"; וכל אחד מאלה "לתקופה שלא תעלה על ששה חודשים") - כיצד יישמר הקשר בין בני הזוג וכן הקשר בין הורים לילדים בכל יתר הזמן? שאלה פרשנית נוספת העשויה לעלות הנה, מיהו ההורה "השוהה בישראל כדין", לענין מניעת הפרדת הורה מילדו? הפרשנות הראויה לדעתנו היא, כי המדובר בהורה הישראלי - האזרח או התושב - בסיטואציה בה יש סיכון כי מניעת ישיבת בן הזוג הזר (או בת הזוג הזרה) בישראל תביא לכך שעם בן או בת הזוג שיגורשו או שישבתם תיאסר יורחק מן ההורה הישראלי, בפועל, גם ילדו שמתחת לגיל 12.²² אף על פי כן, עשוי לטעון מי שיטען כי התנאי לישיבה חוקית חל דווקא על ההורה הזר, שהנו בעל זכות ישיבה בישראל שמקורה אחר. כאמור, זו אינה עמדתנו: הפרשנות הראויה היא הגנה מסוימת על תאים משפחתיים, שתנאי לה הוא כי חבר בה ילד בגיל בת מצווה לכל היותר ההגנה פוקעת לאחר מכן, אף בתקופת הקטינות של הילד.

נקודת ריכוך חשובה נוספת המופיעה בחוק החדש היא הגבלת תוקפו לשנה אחת בלבד. ואולם בניגוד לחוקי "הוראת שעה" אחרים, לא הכנסת היא שצריכה לחוקק את החוק מחדש; הארכת התוקף נעשית בידי הממשלה באישור הכנסת - משמע, בהליך של החלטת הכנסת, להבדיל מהליכי החקיקה הרגילים.²³

עתה, משרטטנו את עיקריו של החוק החדש, ומשהכרנו את מצב הדברים הנורמטיבי שקדם לו, ניתן לסכם בתמציתיות את הקשיים הכבדים שהוא מערים על איחוד המשפחות בין אזרח או תושב ישראל לבין

21 יש להניח כי אופיו הזמני של החוק, והצורך בהארכתו כל שנה, "יחיו" מחדש את תקופת ששת החודשים בכל שנה. המשנה ליועץ המשפטי לממשלה דאז, עו"ד מני מוז, פנה לפרשנות דומה בדיוני ועדת הפנים של הכנסת. ראו פרוטוקול מס' 66 מישיבת ועדת הפנים ואיכות הסביבה מתאריך 30.7.2003, בע' 27 (ניתן לצפייה ב-<http://knesset.gov.il/protocols/data/rtf/pnim/2003-07-30-03.rtf>).

22 חלק ניכר מהילדים שבהם עסקינן אינם זקוקים להיתר בעבור עצמם, שהרי אם נולדו לאזרחים ישראלים (שנולדו בישראל) הריהם אזרחים ישראלים (ראו סעיפים 4(א)(1) ו-4(א)(2) לחוק האזרחות). מניעת הפרדתם מהוריהם משמעה על כן מתן היתר להורה הזר שלהם. כך גם בענין ילדים שאינם אזרחי ישראל או תושביה: מתן היתר להם אינו מונע את אפשרות הפרדתם מהורה הישראלי, כי יתכן שהחוקה המשפטית - או המשפחתית, בפועל - עליהם, תהיה בידי ההורה הזר. מתן היתר להורה הזר נועד או למנוע שהילד יורחק מהורה הישראלי. על פי פרשנות זו קמה סמכות לשר הפנים או למפקד האזור לתת היתר שהייה זמני להורה תושב "האזור" בשל היותו בן זוג של ישראלי והורה לילד משותף, גם אם במועד הבקשה, או במועד הדיון בה, אינו "שוהה בישראל כדין". חשוב לציין כי גם פירוש זה אינו פותר את בעייתם של זוגות שגיל ילדיהם מעבר ל-12 שנה.

23 סעיף 5 לחוק: "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."

פלסטיני תושב ה"אזור". קשיים אלו מתגבשים גם אחרי שהחלנו על החוק החדש את הפרשנות המטיבה ביותר מנקודת ראות של זכויות האדם:

א. בכל האמור בזוגות בלא ילדים, אם יבקש בן הזוג הישראלי להיותר במדינתו, הרי שעל בני הזוג תיכפה - ללא מפלט - היפרדות. ההיפרדות הכפויה היא לפחות לשישה חודשים בשנה - והיא תימשך תקופה ארוכה יותר אם לא תעמוד לבן הזוג הפלסטיני עילה בדמות "טיפול רפואי", "עבודה" או "מטרה זמנית אחרת" - עילה הנתונה לשיקול דעתם של שר הפנים או מפקד האזור.

ב. אם לזוג ילד, הרי שבהגיע הילד לגיל 12 (ובהנחה שאין לו אחים צעירים יותר), כי אז, אם יבקש בן הזוג הישראלי להיותר במדינתו, נכפית על המשפחה הפרידה הכפולה הבאה: פרידת בני הזוג (שהרי אין סמכות להתיר עוד את שהייתו של בן הזוג הזר בישראל), ופרידת הילד בן ה-12 מאחד מהוריו בשל הליכתו אחר ההורה השני²⁴.

ג. גם אם ניתן לבן הזוג הפלסטיני היתר לאיחוד משפחות (למשל, בשל היותו הורה לילד שגילו פחות מ-12 שנים), הרי שנגזר כי ייותר כל העת במעמד אזרחי נמוך ביותר - בעל רישיון ישיבה - וכי מעמד זה לא ישודרג לדרגה המקנה זכויות אזרחיות, חברתיות ופוליטיות.

ד. חסימת שדרוג המעמד האזרחי חלה רטרואקטיבית, והיא חלה גם על בני זוג פלסטינים שנישאו לבני זוגם הישראליים לפני החלטת הממשלה מחודש מאי 2002 - "הנוהל המדורג" - שהוקפאה ביחס אליהם²⁵.

ה. לראשונה מאז קבלת חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו, מאשרת הכנסת חקיקה ראשית אשר תוצאתה מפלה בעליל על רקע אתני-לאומי. כאמור לעיל, החוק החדש נוגע בהפליה שכן התולדה המעשית המובהקת שלו גורעת על בסיס השתייכות לאומית מהיקף הזכות לאיחוד משפחות של חלק מאזרחי המדינה. איחוד המשפחות שאותו מונע החוק נוגע כמעט אך ורק לאזרחיה או תושביה הערבים של ישראל.

לא זו אף זו: הגזרות הקונקרטיות הללו שנושא החוק החדש, מתגבשות באמצעות שלושה שינויים משפטיים רבי השלכות. שינויים אלו הופכים את דיני איחוד המשפחות בישראל במישורים בעלי אופי כללי-עקרוני, והם נושאים לפיכך השלכות אפשריות על המשפט הציבורי כולו.

ראשית, תו היכר מרכזי של דיני ההגירה לישראל היה מאז ומעולם שיקול דעתו הרחב של שר הפנים. והנה בחוק החדש הכלל אינו שיקול הדעת אלא היעדרו המוחלט: "שר הפנים לא יעניק..." אזרחות או רשיון ישיבה לפלסטיני תושב ה"אזור", אף לא לצורך איחודם של בני זוג (סעיף 2 לחוק). מהלך זה אינו מקרי. הוא מגלה דינמיקה סוציפוליטית מיוחדת ביחסי הרשויות השלטוניות בישראל. בראשית נתן המחוקק שיקול דעת

24 אשר למשפחה שהצלע הישראלית בה היא של תושב ישראל (ולא אזרח) מצב הדברים מסתבך עוד. ילד של תושב ישראל זכאי לתושבות ישראלית, רק אם נולד בישראל לאב שהנו תושב בישראל, או לאם שהנה תושבת ישראל, והיא המשמורנית היחידה שלו (ראו תקנה 12 לתקנות הכניסה לישראל, התשל"ד-1974, ק"ת 1517). אשר לילד כזה שנולד מחוץ לישראל, הרי שמעמדו האזרחי בישראל - הסטטוס שלו כתושב, ואיחודו עם הורהו תושב ישראל - נתון לשיקול דעתו של שר הפנים (ואת מכוח הסמכות הכללית הנתונה לו בסעיף 1(ב) לחוק הכניסה לישראל, להעניק רשיונות לישיבת קבע). פירוש הדבר, כי מעמד הילד שנולד מחוץ לישראל כפוף להסדרים שהתגבשו באשר לאיחוד משפחות בין הורה וילד. עד החוק החדש התקיים נוהל איחוד מהיר יחסית, שכונה "רישום ילדים". והנה החוק החדש משנה את מצב הדברים: נשללת עצם סמכותו של השר לאפשר איחוד בין ילד זה לבין הורהו תושב ישראל, אם מלאו לילד 12 שנים ויותר.

25 סעיף 4 לחוק - שכותרתו "הוראות מעבר", ושנועד לרכך את השפעות החוק על זוגות שהתאחדו בעבר - טורח להדגיש במפורש את הנקודה הפוגעת הזו. הוא קובע, בין היתר, כי:

(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.

רחב במיוחד לרשות המבצעת בנושאי הרגישים של המדינה "היהודית והדמוקרטית" (הגירה, קרקע, ביטחון). עם זאת, כדי למנוע ניצול לרעה ושימוש דרקוני בסמכויות הללו, גודר שיקול הדעת הרחב שנלווה להן במהלך השנים באמצעות העמקת הביקורת השיפוטית; זו פיתחה מערך דינים מפורט החולש על אופן הפעלת הסמכות המנהלית. והנה ההתפתחות שאנו חוזים בה עתה, בקבלת החוק החדש, היא התוויית "דרך עוקפת" לביקורת השיפוטית. כדי להשיג חסינות מעשית רחבה מפני ביקורת שיפוטית על החלטותיה הפרטניות בתחום איחוד המשפחות, מגייסת הרשות המבצעת את הרשות המחוקקת "לכפות" עליה בחוק, תוך "שלילת" כל שיקול דעת ממנה, את אותן הכרעות פוליטיות שהיא מבקשת לקדם, ועליהן מבקשת היא לגונן (ובעניינו, שלילת איחוד המשפחות עם פלסטינים תושבי השטחים)²⁶.

שנית, אם דיני איחוד המשפחה בעבר הקנו זכות לאיחוד המשפחות בכפוף לסייג של הוכחת "סיכון" לשלום הציבור/"סיכון ביטחוני" מצד בן הזוג הזר, הרי עתה מתהפך החריג, ועל בני הזוג להראות "תרומה בטחונית" של בן הזוג הפלסטיני (או בן משפחתו). זהו חריג משתפי הפעולה הקבוע בסעיף 3(2) לחוק החדש.

שלישית, ובסמוך לנקודה הקודמת: הנמקת המדינה לצידוקו של החוק מבקשת לשנות באופן חסר תקדים את הבסיס הנדרש במשפט הישראלי להגבלה של זכויות יסוד. המדינה מבקשת להסתפק במה שהיא מכנה "חשש שאינו מופרך"²⁷ (קרי וכתוב: "מבחן הנטייה הרעה") כלפי כל פלסטיני תושב האזור באשר הוא, באשר לסיכון הביטחוני הצפון בו. זאת שעה שלפת המשפט החוקתי של ישראל קובעת, כי פגיעה בזכויות אדם בסיסיות תיעשה רק על בסיס "ודאות קרובה" ולמצער "חשש ממשי" (או "חשד סביר") לפגיעה בביטחון המדינה מצדו של האדם²⁸. אם לחדד את הבעייתיות המופיעה כאן, הריהי זו: לבן הזוג הפלסטיני של האזרח הישראלי אין כל דרך לשלול מעצמו את תווית האדם העוין; הגנאי המוטח בו הנו קולקטיבי ולא אישי, ולכן אין למעשיו האישיים משמעות²⁹. ואם ייטען, כי על "זר" לא חלה מלוא הגנתם של מבחני איוון תובעניים, עדיין נזכור כי פגיעה בזר כאן היא בהכרח גם פגיעה בבן זוגו, האזרח הישראלי, שעל זכויותיו אין חולק כי הן אמורות להיות מוגנות על ידי מבחני האיוון המוכרים של המשפט הציבורי.

עתה, משמסתמנות הן גזרותיו הישירות של החוק והן השלכותיו הרחבות יותר, ניתן לפנות לשאלתו המרכזית של המאמר: האם גזרות והשלכות אלו שוללות את תוקפו של החוק³⁰?

26 שתי נקודות ראיות להבהרה כאן. ראשית, ביקורת שיפוטית מסוימת נותרת גם עתה, זו הביקורת האפשרית על תוקפו של החוק לאור חוקי היסוד. נעסוק בכך בהמשך, אך נאמר כבר עתה כי הביקורת השיפוטית על חקיקה מצומצמת במידה של ממש מהביקורת השיפוטית על הפעלת שיקול דעת מינהלי. ראו בג"ץ 1715/97 לשכת מנהלי השקעות בישראל נ' שר האוצר, פ"ד נא(4) 367; בג"ץ 7111/95 מרכז השלטון המקומי נ' הכנסת, פ"ד נ(3) 485, 496-497. נקודה חשובה שנייה: המעבר משיקול דעת רחב לרשות המבצעת, להסדרים מפורטים הנקבעים על ידי המחוקק, הוא תכופות מעבר מבורך. התיאוריה הדמוקרטית תומכת בגיבושם של "הסדרים ראשוניים", קל וחומר בנושאים רגישים, על ידי המחוקק, על פני הותרתם להסדרתה של הרשות המבצעת. בג"ץ 3267/97 רובינשטיין נ' שר הביטחון, פ"ד נ(5) 481. זהו היבט מרכזי של שלטון החוק הפורמלי. אליה וקוץ בה: בעניינו מהלך הדברים הראוי במישור הפורמלי הוביל לבעיה מרכזית בשלטון החוק המהותי - החוק שנחקק הוא דרקוני.

27 סיכומי המדינה, לעיל הערה 11, בסעיף 28.

28 לדיון נרחב במבחני האיוון בהקשר הגבלתן של זכויות אדם במשפט הישראלי, ראו א' רובינשטיין וב' מדינה המשפט הקונסטיטוציוני של מדינת ישראל (1996, כרך ב'), 961-964, 1005-1009. ראו גם א' ברק פרשנות במשפט (1992, כרך שלישי: פרשנות חוקתית), 215-226 (להלן: "ברק פרשנות חוקתית").

29 אמנם, יכול בן הזוג הפלסטיני תושב ה"אזור" להתגייס למשתפי הפעולה עם ישראל, אך למותר לציין כי הטלת תנאי שכזה על בן הזוג הזר אינה מתיישבת בשום אופן עם התכליות והאמצעים המותרים בחברה דמוקרטית.

30 החלטנו שלא לרדן במפורט בחלק מהקשיים הנזכרים לעיל - הקשיים המוגברים בעניינם של תושבי ישראל (לרוב ממזרח ירושלים) הנישאים לבני זוג פלסטינים מהשטחים, ושילדיהם נולדים לעתים בשטחים; וכן לא להרחיב את הדיון בקושי המוגבר שמעוררים היסודות הרטרואקטיביים של החוק הנדון. כמו כן איננו דנים בהשלכות אחרות של החוק, כגון השלכותיו על היתרי שהייה זמניים לעובדים פלסטינים. בחירה זו נועדה לתמצת את הדיון ולמקד אותו בלב החוק.

3. ניתוח תוקפו החוקתי של החוק - פגיעתו בזכויות יסוד מוגנות חוקתית

במבנה החוקתי של ישראל בעקבות ”המהפכה החוקתית”, חוק אינו תקף אם הוא סותר הוראות המעוגנות בחוקי היסוד, בלא היתר בחוקי יסוד אלו.³¹ שאלת המפתח בענייננו היא, אם מנוגד החוק החדש להוראותיו של חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו. שאלה זו מצדה נחלקת לשתי שאלות משנה: האם האינטרסים שבהם פוגע החוק מוגנים כזכויות חוקתיות בחוק היסוד האמור; והאם הפגיעה בזכויות מוגנות אלו - ככל שקיימת - עומדת בתנאיה של פסקת ההגבלה, היינו בתנאים המגבשים צידוק לפגיעה בזכויות?

בפרק הקודם הרחבנו על אודות השלכות החוק. אם נבקש לתמצת את תמונת הזכויות שבהן פוגע החוק, הרי הן: **הזכות לבחירת בן הזוג ולחיי משפחה תקינים ללא הפרעה מצד המדינה; הזכות של האזרח לחיות במדינתו** כאשר הוא חופשי מלחץ הרשויות לעזוב את מדינתו; **זכותו של הילד** (גם כשהוא מבוגר מגיל 12) ליהנות מחיים משותפים עם שני הוריו, ליהנות ממסירותם ודאגתם האקטיבית של שני הוריו; **והזכות לשוויון** של מיעוט המוגדר על בסיס לאומי-אתני. זכויות אלו הן זכויות יסוד במשפט הישראלי³² - הן חלק מחוקתה המטריאלית של ישראל - והן גם מוכרות ומוגנות במשפט הבינלאומי. ואולם השאלה החיונית שאליה הגענו עוסקת כאמור בשאלת המתאם בין החוק החדש לבין רובד חוקי היסוד. האם זכויות אלו כלולות או נגזרות מפרשנות ראויה של הזכות לכבוד האדם או זכות יסוד אחרת, כגון הזכות לפרטיות, המעוגנת בחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו? נתמקד תחילה בזכות לכבוד האדם, ולאחר מכן נדון בקצרה בזכות לפרטיות.

הפרשנות התכליתית של דבר חקיקה או הוראת חוקה - ולענייננו, פרשנותן של הוראות חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו - מחייבת את הפרשן לשרטט את מתחם האפשרויות הלשוניות של הביטוי המשפטי העומד לפרשנות, לבחון את התכלית הסובייקטיבית שעמדה לנגד עיני המחוקק (או המכונן) בפעולת החקיקה (או הכינון), ולבחון את התכלית האובייקטיבית, דהיינו את הפונקציה שממלאת הנורמה המשפטית כחלק משיטת המשפט הישראלית, מתוך התחשבות באופי המשטר ובעקרונות היסוד המכוננים את שיטת המשפט.³³

מבחינה לשונית, נראה כי הפגיעות שתוארו לעיל כלולות באופן מובהק במתחם האפשרויות הלשוניות המגדירות את המושג ”כבוד האדם”. מסקנה אחרת אינה מתיישבת עם הבנתנו את השפה העברית בשימושה בהקשר זה: וכי כבודו של אדם כאדם (וכאזרח) לא נפגע כאשר מדינתו מונעת ממנו מלחיות עם בחיר לבו או בחירת לבו אלא אם כן יואיל ויעזוב את מדינתו? וכי כבודו לא נפגע כאשר מנוע הוא על פי חוק מלחיות עם ילדיו? וכי כבודו לא נפגע כאשר מובחן הוא, בפועל, על פי מוצאו האתני? דומה, אם כן, כי מן הבחינה הלשונית נדרש מאמץ בלשני לא מבוטל כדי לא לראות בכל אחת מן הפגיעות שתוארו לעיל פגיעה בכבוד האדם. אם למושג ”כבוד האדם” יש משמעות כלשהי, דומה כי משמעות זו מקיפה את תוצאותיו של החוק החדש. קביעה זו מתיישבת עם עמדת המלומדים הנשענים על מטאפורת המעגלים³⁴, אשר לפיה במושג ”כבוד האדם” נעשה שימוש בתחומים שונים, החל בגרעין או בלב, כגון ההגנה על גופו של אדם, וכלה בתחומים אחרים החולשים על האוטונומיה של האדם לעסוק, למשל, במשלח יד שבו הוא חפץ. לפי מטאפורה זו הזכות

31 ראו ע”א 6821/93 בנק המזרחי המאוחד בע”מ נ’ מגדל כפר שיתופי, פ”ד מט(4) 221; בג”ץ 212/03 חרות התנועה הלאומית נ’ יושב-ראש ועדת הבחירות המרכזית לכנסת השש-עשרה, פ”ד נו(1) 750; ע”ב 92/03 מופו נ’ יושב-ראש ועדת הבחירות המרכזית לכנסת השש-עשרה, פ”ד נו(3) 793.

32 ראו, למשל, לעניין הזכות לחיי משפחה עניין סטמקה, לעיל הערה 3, בע’ 782-788; לעניין זכות הילד לדאגת הוריו רע”א 3009/02 פלונית נ’ פלוני, פ”ד נו(4) 872, 893-912; ע”א 232/85 פלוני נ’ היועץ המשפטי לממשלה, פ”ד מ(1) 1, 7-8; לעניין הזכות לשוויון בג”ץ 4541/94 מילר נ’ שר הבטחון, פ”ד מט(4) 94, 131-145; בג”ץ 6924/98 האגודה לזכויות האזרח נ’ ממשלת ישראל, פ”ד נה(5) 15, 26-32.

33 א’ ברק פרשנות תכליתית במשפט (2003) 137.

34 י’ קרפ ”מקצת שאלות על כבוד האדם לפי חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו” משפטים כה (1995) 129, 136-142 (להלן: ”קרפ” מקצת שאלות על כבוד האדם”). וראו אזכור גם אצל ברק פרשנות חוקתית, לעיל הערה 28, בע’ 418-419.

לכבוד האדם, לפחות מן הבחינה הלשונית, חלה גם על תחומים המוגנים על ידי הזכות לחיי משפחה, זכות הילד לחיות עם הוריו והזכות לשוויון, תחומים שאליהם חודר החוק החדש.

משקבענו כי הביטוי הלשוני "כבוד האדם" פורש כנפיו גם על הפגיעות הטמונות בחוק החדש, עלינו לפנות לכוונה הסובייקטיבית של המכונן ולמטרה האובייקטיבית המגולמת בזכות לכבוד האדם.

כוונת המכונן, כפי שעולה מדברי הכנסת ומעדויות אלו שעסקו בחקיקה, הייתה להגן על מספר זכויות מנויות ולהותיר מספר זכויות, כגון הזכות לשוויון וחופש הביטוי, מחוץ להגנה החוקתית שמספק חוק-היסוד, לפחות לעת עתה³⁵. לפיכך, ככל שיש להעניק משקל לכוונת המכונן, לא ניתן לראות בזכות לשוויון זכות עצמאית החוסה תחת כנפי הזכות לכבוד האדם³⁶. אמנם המכונן לא נתן דעתו, ככל הנראה, לזכות לחיי משפחה תקינים ולזכויות החוקתיות המיוחדות של הילד למרחב משפחתי ולדאגתם של שני הוריו. לפיכך, ההתנגדות להכרה בזכויות אלו כזכויות המוגנות על ידי הזכות לכבוד האדם פחותה מההתנגדות להכרה בזכות לשוויון. אך דומה שבכל זאת ההכרה בזכויות אלו כזכויות המקימות עילת תביעה עצמאית איננה עולה בקנה אחד עם כוונת המכונן לייחד מקום לזכות לכבוד האדם כזכות בעלת תוכן ייחודי שאיננו מאגד בחובו את מגילת הזכויות כולה. אם ניתן יהיה להכניס כל זכות תחת כנפי המושג "כבוד האדם", דומה שכוונת המכונן שלא לכלול מספר זכויות נעשית פלסטר.

עם זאת, כוונת המכונן הנה אך מרכיב אחד בשיטת הפרשנות התכליתית. על פי גישה מרכזית אחרת³⁷, בבואנו לפרש נורמה חוקתית עלינו להעניק משקל מועט לכוונת המכונן הסובייקטיבית כאשר כוונה זו סותרת את התכלית האובייקטיבית³⁸. לפי גישה זו, בפירוש נורמה חוקתית יש לגשת למושא הפרשנות מתוך "מבט רחב" - לתת משקל רב לעקרונות היסוד האובייקטיביים, לערכי היסוד, שבבסיס שיטת המשפט הישראלית³⁹. לפיכך יש להעניק לזכות לכבוד האדם היקף רחב ומשמעותי, אף אם המכונן ראה לנגד עיניו תבנית שונה⁴⁰. זאת משום שהגישה הרחבה לזכויות האדם בכלל ולזכות לכבוד האדם בפרט מתיישבת עם אופייה של מדינת ישראל כמדינה אשר חרטה על דגלה ערכי יסוד המשותפים לחשיבה הדמוקרטית ולתפיסות הערכיות שביהדות.

על פי הגישה התכליתית-המרחיבה, החוק החדש פוגע בזכות לכבוד האדם. על פי גישה זו כוללת הזכות לכבוד האדם את הזכות לשוויון⁴¹, אשר כאמור נפגעת על ידי התיקון. בכך מוגשמת תכליתו האובייקטיבית של חוק היסוד, והיא מתן הגנה מיטבית ככל שניתן לזכויות היסוד המוגנות בו, בהתאם לעקרונות היסוד של שיטת המשפט. כמו כן גישה זו קוראת לפרש את הזכות לכבוד האדם כמגנה גם על מלוא ההיבטים של האוטונומיה האנושית, שכן זו מהווה עקרון יסוד במשפט הישראלי⁴². הגישה הפרשנית המרחיבה מקימה אפשרות לפתח

35 ראו: י' קרפ - חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו - ביוגרפיה של מאבקי כח" משפט וממשל א (1992) 323, 346. ראו גם ה' סומר "הזכויות הבלתי מנויות - על היקפה של המהפיכה החוקתית" משפטים כח (תשנ"ו) 257, 267-271.

36 ראו, למשל, גישתו הזהירה של השופט זמיר בבג"ץ 453/94 שדולת הנשים בישראל נ' ממשלת ישראל, פ"ד מח(5) 501, 534-536. וגם עניין מרכז השלטון המקומי, לעיל הערה 26, בע' 496-497.

37 ראו: ברק פרשנות חוקתית, לעיל הערה 28, בע' 151.

38 א' ברק פרשנות במשפט (1992), כרך ראשון: תורת הפרשנות הכללית) 379-381; ברק פרשנות חוקתית, לעיל הערה 28, בע' 68-70, 74-76.

39 ברק פרשנות חוקתית, לעיל הערה 28, בע' 83-87.

40 שם, בע' 417.

41 ראו "המודל הרחב", שם, בע' 414-416.

42 " ... כבוד האדם משמעו מערכת נורמטיבית של עקרונות, חירויות וערכים אשר במרכזם עומדת ההכרה כי האדם הוא יצור חופשי, המפתח את גופו ורוחו על-פי רצונו. ... ביסוד כבוד האדם עומדת האוטונומיה של הרצון האישי, וחופש הפעולה של האדם... כבוד האדם היא החירות של האדם לעצב את חייו ולפתח את אישיותו כרצונו. ... וכל זאת בלא קשר למידת התועלת הצומחת ממנו לאחרים". ברק פרשנות חוקתית, לעיל הערה 28, בע' 319 (הפניות הושמטו).

זכויות פרטיקולריות תחת כנפי הזכות לכבוד האדם. כפי שנראה להלן, האוטונומיה ודאי כוללת גם את החירות לבחור בן זוג או בת זוג ללא התערבות המדינה, כפי שכוללת היא את זכות ההורים לחיות עם ילדיהם ואת זכותו של הילד לחיות עם שני הוריו כנגזרות של הזכות לחיי משפחה תקינים. על פי הגישה המרחיבה נוכל, אם כן, לפתח זכויות עצמאיות ושלמות לחיי משפחה תקינים בלא התערבות המדינה, כל זאת במסגרת מעגליה של הזכות לכבוד האדם.⁴³

קיימת גישה אחרת בפסיקה ובספרות, אשר על פיה אין להעדיף את הפרשנות המרחיבה, אלא יש לראות בכונת המכונן שלא לכלול בחקיקת-היסוד זכויות מסוימות משום חסם בפני אימוצן כשהן לעצמן אל הרובד החוקתי העל-חוקי מכוח פרשנות⁴⁴. כך, לא ניתן להקים עילת תביעה חוקתית בגין הפגיעה בזכות לחיי משפחה, בזכויות הילד ובזכות לשוויון כשהן לעצמן ובשלמותן, אלא אם כן ניתן להראות כיצד הפגיעה במרכיבים כאלה או אחרים של זכויות אלו מגיעה לכדי פגיעה בזכות לכבוד האדם. לשם כך התפתחה בפסיקה מגמה המתמקדת במושג ההשפלה כמושג מרכזי בהבנת מרכיבי הזכות לשוויון המוגנים באמצעות הזכות לכבוד האדם⁴⁵.

על פי גישה זו, האדם מושפל כאשר המדינה מחוקקת חקיקה ובה הוראות המפלות אותו או הגורמות להפלייתו על רקע השתייכותו לקבוצה שסבלה וסובלת מסטריאוטיפים שליליים תוך שלילת טובין חברתיים הניתנים לבני הקבוצות האחרות. ולענייננו כאן, לפנינו חוק המגביל, בפועל, את יכולתם של תושבי המדינה ואזרחיה הערבים להינשא לבחירי לבם, תוך ויתור על הוכחת סיכון קונקרטי כלשהו. אין הם יכולים אלא לחוש השפלה, שהרי פסילתם הגורפת של בני זוגם הממשיים או הפוטנציאליים מבהירה לאזרחיה הערבים-פלסטינים של ישראל, הבהר היטב, שניים: כי משקל אזרחותם הישראלית אינו רב (קל וחומר, אינו שווה לזה של האחרים); וכי לאומיותם של בני הזוג הדחויים נתפסת היא עצמה כמסוכנת - והרי זו (גם) לאומיותם שלהם. הפליה זו של בניה ובנותיה של קהילה לאומית אחת - המיעוט הערבי-פלסטיני - נושאת עמה על כן “השפלה עמוקה לקורבן ההפליה”⁴⁶.

כך ניתן אף לטעון כי החוק משפיל את בן הזוג אשר נאלץ לבחור בין מדינתו ובין בן זוגו, ללא כל קשר למעשיו שלו או למעשי בן הזוג. דומה כי תחושת ההשפלה, הנובעת מהתקלות האזרח בחוק גורף, שאינו מאפשר שיקול דעת נקודתי-פרטני בכל מקרה לגופו, היא מן הקשות שבתחושות, שכן כפי שנראה להלן שומט חוק זה את חובתה הבסיסית של המדינה להתייחס אל האדם-האזרח כאל תכלית לעצמו.

באופן דומה מושפל גם הילד אשר טובתו לא מובאת בחשבון על ידי נציגי הרשויות - שכן מנועות הן מלשקול טובתו זו כשהיא לעצמה כשיקול במתן היתר לאיחוד משפחות - והוא נאלץ לחיות בחיי היומיום עם הורה אחד בלבד, ולו לאחר הגיעו לגיל 12. השפלתו מתעצמת עוד, שכן ניתוקו מאחד מהוריו בא לא בשל מעשה שעשה הורהו (או מעשה שעשה הוא, הילד, עצמו), אלא בשל מאפיין השתייכותי-קולקטיבי של ההורה (מאפיין שהילד עצמו שותף לו: השתייכותו הלאומית). איזו תחושה תלווה ילד זה אם לא השפלה עמוקה?

אמנם, על מבחן ההשפלה נמתחה ביקורת, תוך הצעת חלופה⁴⁷. ואולם גם חלופה זו מובילה לתוצאה כי החוק החדש פוגע בזכות לכבוד האדם. על פי חלופה זו כבוד האדם נפגע במצבים שבהם בעלי תפקידים שונים

43 ראו קרפ “מקצת שאלות על כבוד האדם”, לעיל הערה 34, בע’ 142-136.

44 השופטת דורנר בעניין מילר, לעיל הערה 32, בע’ 132-131.

45 שם, בע’ 132-133. ראו גם ד’ סטטמן “שני מושגים של כבוד” עיוני משפט כד (1997) 541.

46 השוו לדברי השופטת דורנר בעניין מילר, לעיל הערה 32, בע’ 132, ובבג”ץ 4513/97 אבו-ערער נ’ יושב ראש הכנסת, פ”ד נב(4) 26, 46-45.

47 א’ רייכמן “כבוד האדם כחברות בקהילה מוסרית” משפט וממשל (טרם פורסם).

בחברה נוהגים כלפי הללו המצויים עמם במערכות יחסים שונות באופן שאינו עולה בקנה אחד עם הרציונלים המכוננים את אותן מערכות יחסים. תפישה זו מהווה פיתוח של הדרישה הקנטיאנית להתייחס לאדם כתכלית ולא כאמצעי. כאשר הרשויות השלטוניות, אשר להן הוענק הכוח להסדרה חברתית של תחום מסוים, אינן מתייחסות אל האדם כאל תכלית אלא רואות בו כמכשול בלבד המפריע לתכליותיה של קהילה מועדפת, או המפריע לרשויות עצמן לשרת את עצמן ביעילות, נפגע כבוד האדם. ובענייננו, במערכת היחסים בין ממלאי תפקידים מטעם המדינה ובין אזרחי המדינה אין ממלאי התפקידים רשאים להציב בפני אזרחי המדינה את הבחירה בין מדינתם ובין מימוש חיי השותפות והנישואים. המדינה נוצרה כדי לאפשר לאזרחיה לממש את חירויותיהם, ולא להפך. המדינה נוצרה כדי להגן על התא המשפחתי של אזרחיה, ולא להפך. יודגש כי לפי גישה זו, חוקים המונעים מממלאי התפקידים הרלוונטיים לאפשר לאזרחי המדינה לממש את חיי הזוגיות שלהם הם חוקים הפוגעים בכבוד האדם של כלל אזרחי המדינה - לא רק של האנשים הנפגעים מן החוק באופן ישיר - משום שחוקים אלו חותרים תחת ההבניה הראויה של מערכת היחסים אזרח-מדינה.

באופן דומה, הפגיעה בזכויות הילד הגלומה בחוק מתעלמת מחובתה של המדינה לשמר את מערכת היחסים הורים-ילדים, ובכך פוגעת בכבוד האדם הן של ההורים והן של הילדים במונעה מהילדים את האפשרות לזכות בדאגתם הנוכחת של הוריהם⁴⁸. יתר על כן, העובדה שהפגיעות האלה מרוכזות באזרחי ישראל הערבים - משום שהם בעיקר אלה הצפויים להינשא לתושבי האזור ולהוליד עמם ילדים - מחריפה את הפגיעה במערכת היחסים אזרח-מדינה, שכן בספירה זו אמורה המדינה להתייחס לאזרחיה כאל אזרחים בלבד, מבלי להעמיס עליהם מאפיינים שאינם רלוונטיים למערכת יחסים זו. כל זאת, בלי שהאזרח נקט צעד כלשהו שיש בו כדי להפר אמונים.

יודגש עוד, כי בין שנאמץ את מבחן ההשפלה בין לאו, הרי על פי הגישה התכליתית לפרשנות הזכות לכבוד האדם מגוננת זכות זו גם מפני התערבות המדינה בהיבטים מסוימים של המרחב האישי המוגדר על ידי חיי המשפחה, משום שהתערבות מעין זו פוגעת בזכותו של האדם להגשמה עצמית⁴⁹. כאשר המדינה מציבה בפני האדם את הבחירה בין חיים עם בן זוג או בת זוג ובין חיים במדינתו, נפגעת זכות זו. ההחלטה עם מי יקים את משפחתו ויילד את ילדיו היא אחת המרכזיות ביותר בהגשמתו העצמית של האדם - משמע, במימוש האוטונומיה האנושית שלו. היחס כלפי האזרח הישראלי המנוע מלהגשים את חיי המשפחה שבהם בחר מעיד כי המחוקק אינו תופש את האזרח הנדון כאדם שלם, בעל מרחב אישי הזכאי למימוש עצמי. ואכן, גם המשפט ההשוואתי מלמד כי הגבלת האפשרות להינשא והאפשרות לנהל חיי משפחה תקינים נתפסת תכופות כפגיעה במימוש העצמי של אדם - וכך כפגיעה בכבודו כאדם⁵⁰.

48 ע"א 2266/93 פלוני, קטין נ' פלוני, פ"ד מט(1) 221.

49 השופטת דורנר בע"א 4463/94 גולן נ' שירות בתי הסוהר, פ"ד נ(4) 136, 192-191, שם היא פורסת הגנה חוקתית על חופש הביטוי באותם מצבים (ורק באותם מצבים) שבהם חופש הביטוי מגונן על הגשמתו העצמית של אדם. זהו הטעם "האישי", להבדיל מהרציונלים החברתיים העומדים לזכות חופש הביטוי.

50 ראו, למשל, פסיקה דרום-אפריקנית וקנדית זו:

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.

Dawood v. The Minister of Home Affairs, 2000 (3) SA 936 (CC); 2000 (8) BCLR 837 (CC), par. 73 (available at http://www.concourt.gov.za/cases.php?applicant=dawood&respondent=&casenumber_first=&casenumber_second=&submit_quick=Find+case).

[T]his case is ultimately about the recognition and protection of human dignity and equality in the context of the social structures available to conjugal couples in Canada.

בנוסף, הזיקה הברורה בין המרחב הפרטי והזכות למימוש עצמי, מלמדת על כך שהחוק החדש מתנגש גם בזכות לפרטיות המעוגנת בחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו⁵¹. סעיף 7 לחוק היסוד קובע כי ”כל אדם זכאי לפרטיות ולצנעת חייו”. זכות זו אינה יכולה להיות מוגבלת אך להגנה על מידע או על חשיפתו של האדם לעין זולתו. היא כוללת גם הגנה על מרחב מסוים ועל סוג מסוים של החלטות המצויות במרחב זה. החלטות כה עמוקות וכזה אישיות כהחלטות בדבר בחירת בן זוג או בת זוג אינן יכולות שלא ליפול למתחם הפרטיות. לפיכך ראוי לטעון כי הזכות לפרטיות עצמה נפגעת בגלל החוק החדש⁵².

לסיכום, הן על פי התפיסה הרחבה ביחס ל”כבוד האדם” המוגן בחוק היסוד, הן על פי התפיסה הצרה יותר, אשר לפיה הגנה על ”כבוד האדם” מופיעה אך כחיץ מפני ”השפלה”, והן על פי הבנת ”כבוד האדם” בחוק היסוד כמשוכת הגנה מפני הפרתן של מערכות היחסים בין הפרט והשלטון בחברה דמוקרטית, החוק החדש פוגע בזכות החוקתית לכבוד האדם ובזכות החוקתית המגוננת על פרטיותו של אדם. בשינויים המחויבים, ניתוח דומה חל על הפגיעה בילדי הזוג.

4. ניתוח תוקפו החוקתי של החוק - האם הפגיעה מוצדקת על פי פסקת ההגבלה?

משמצאנו כי החוק החדש פוגע בזכויות מוגנות בחוק היסוד, עלינו לפנות לשאלת המשנה השנייה ולבחון אם הפגיעה מוצדקת על פי ”פסקת ההגבלה”. פסקה זו מתירה פגיעה בזכויות המוגנות חוקתית כאשר זו נעשית ”בחוק ההולם את ערכיה של מדינת ישראל, שנועד לתכלית ראויה, ובמידה שאינה עולה על הנדרש”⁵³.

פסיקת בית המשפט העליון מבחינה בין שני שלבים עיקריים ביישום פסקת ההגבלה. השלב הראשון מתמקד בתכלית, היינו במטרות החוק. השלב השני עוסק באמצעים שנבחרו להשגת אותן מטרות, ובמסגרתו נכללים שלושה מבחנים, שמקובל לכנותם ”מבחני המידתיות”. המבקש להצדיק את החוק הפוגע צריך להראות⁵⁴, מלבד קיומה של תכלית ראויה כלשהי, כי קיים קשר רציונלי בין האמצעי למטרה; כי האמצעי שנבחר פוגע בזכות המוגנת במידה המינימלית האפשרית להשגת המטרה; וכי הפגיעה שגורם החוק אינה עולה במשקלה באופן בלתי סביר על התועלת שבו (”מידתיות במובן הצר”)⁵⁵. נדון במבחנים אלו לפי סדרם.

א. ביטחון: התכלית המוצהרת - האם היא ”תכלית ראויה”?

המדינה טוענת כי שלילת האפשרות לאיחוד משפחות חיונית לבטחון המדינה ולהגנה על חיי תושביה⁵⁶. אין ספק שתכלית זו, כשהיא לעצמה, הנה תכלית ראויה. אולם ספק אם זוהי רמת ההפשטה המתאימה

Halpern v. Attorney General of Canada, (2003) 65 O.R. (3d) 161, 167, 225 D.L.R. (4th) 529, 537 (Ont. C.A.) (available at <http://www.ontariocourts.on.ca/decisions/2003/june/halpernC39172.htm>).

51 סעיף 7 לחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו.
52 בחרנו במודע שלא לדון בסוגיה הסבוכה הנוגעת לפרשנות ההגנה שמעניק חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו ל”חירות”. סוגיה זו טרם לובנה ממש בפסיקה, וניתן להניח לה בשלב זה בשל התשובות שאליהן הגענו באשר לפגיעת החוק החדש בכבוד האדם ובזכותו לפרטיות. לדיון נרחב יחסית בהגנה החוקתית הנתונה ל”חירות”, השוו ברק פרשנות חוקתית, לעיל הערה 28, בע’ 420-422, וסומר, לעיל הערה 35, בע’ 294-292.

53 סעיף 8 לחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו.
54 שאלת נטל ההוכחה הושארה עד כה בצריך עיון (ראו בג”ץ 6055/95 צמח נ’ שר הביטחון, פ”ד נג(5) 241, 267-269). גם במקרה זה נראה לנו, כפי שיובהר להלן, כי החוק אינו חוקתי, בלי שיש הכרח להכריע בשאלת נטל ההוכחה. יצוין כי בקנדה הנטל מונח, בכל שלבי פסקת ההגבלה, על המדינה (ראו *R. v. Oakes*, [1986] 1 S.C.R. 103).

55 שלושה מבחנים אלו, שמקורם באירופה ומשמשים גם בקנדה ובמדינות אחרות, אומצו בישראל תחילה במשפט המנהלי (ראו בג”ץ 3477/95 בן עטייה נ’ שר החינוך, התרבות והספורט, פ”ד מט(5) 1, 12-13; עניין סטמקה, לעיל הערה 3, בע’ 767-776), ולאחר מכן נקראו לתוך פסקת ההגבלה החוקתית (עניין בנק המזרחי, לעיל הערה 31, בע’ 436; עניין לשכת מנהלי השקעות, לעיל הערה 26, בע’ 384-385).

56 ראו תיאור הדברים לעיל, בחלק המבוא בסמוך להערות 8 עד 12; וראו, ביתר הרחבה, הצעת החוק, לעיל הערה 1, בדברי ההסבר לסעיף 2; וכן סיכומי המדינה, לעיל הערה 11.

להגדרת התכלית החקיקתית, ולכך חשיבות קריטית כאשר ניגשים ליישום מבחני המידתיות. אכן, שאלה מתודולוגית מרכזית בכל ניתוח של קונפליקט, בכל שיטה אתית ומשפטית, היא מהי רמת ההפשטה הראויה⁵⁷. דומה כי הפתרון הראוי בעת יישום פסקת ההגבלה הוא בהתמקדות בבחינת ההצדקות לחוק הספציפי, דהיינו, **ההצדקות לפגיעתו הקונקרטי של החוק בזכויות חוקתיות**⁵⁸.

התכלית המופשטת ביותר של החוק החדש היא, כאמור, הגנה על ביטחון המדינה וחיי תושביה. התכלית הקונקרטיה היא למנוע שימוש לרעה (abuse) בהליכי איחוד המשפחות לצורכי החדרת גורמים עוינים לביצוע פעילות חבלנית, או, בהבניה שונה: למנוע טעויות של השר בהפעלת שיקול דעתו, למשל, כתוצאה מחוסר במידע. לטענת המדינה, התיקון נועד לסגור "פרצה" בחוק הקודם, שכן במסגרת מנגנון המקנה שיקול דעת לשר, מנגנון הנשען על בדיקה פרטנית של כל בקשה, אין אפשרות להבטיח הגנה **מוחלטת** מפני שימוש לרעה כאמור. אם נתמקד ברמת ההצדקות של התיקון הספציפי, כמוצע לעיל, הרי התכלית הנה לצמצם את אפשרות חדירתם של גורמים עוינים לשטח המדינה. ודוק, גם המדינה אינה טוענת כי החוק החדש נועד למנוע באופן הרמטי את חדירתם של גורמים עוינים, אלא רק כי כך ייסגר ערוץ חדירה אחד - אף כי לשיטתה, ערוץ מסוכן במיוחד.

נשאלת השאלה, אם הקושי במנגנון הבדיקה הפרטנית אינו, ביסודו, אך קושי תקציבי: היינו, האם תוספת תקציב תאפשר שיפור הליכי הבדיקה הפרטנית והשגת המודיעין הנדרש עד כדי השגת המטרה האמורה. האומנם תכליתו של החוק הנה ביטחונות בלבד, או שמא למעשה עסקינן בהקצאת משאבים? אם כך הדבר, הרי למעשה התכלית אינה אלא חסכון בתקציב הביטחון. תכלית זו אינה בהכרח בלתי ראויה⁵⁹, אולם לרוב אין היא מספיקה להצדקת פגיעה עמוקה בזכויות חוקתיות הסמוכות ללבה של כבוד האדם כפי שמופיעה בעניינינו⁶⁰. אלא שהמדינה טוענת, לפחות במשתמע, כי גם תוספת תקציב ניכרת לא תביא לידי השגת המטרה הביטחונית. אנו מפקפקים בטענה זו; טענה מעין זו יש לכל הפחות לתמוך בתשתית ראייתית איתנה⁶¹. אולם כדי להתמודד באופן המקיף ביותר עם עמדת המדינה, נניח לצורך הדיון בסוגיית "התכלית הראויה", כי אכן כך הוא: כי לא היה לתכלית החיסכון התקציבי משקל של ממש בגיבושו של החוק.

תכלית ביטחונית זו - אם אכן היא העומדת ביסוד החוק - הנה "תכלית ראויה". השאלה המרכזית העולה ביחס בקשר אליה נוגעת לטיב האמצעים שננקטו להגשמתה: סוגיית המידתיות. בטרם נגיע לכך, ראוי להציג בתמצית את התהייה המרכזית הנלוות להנחה אשר לפיה התכלית הביטחונית היא אכן זו שבבסיס החוק החדש.

57 בתורת המוסר הקאנטיאנית, אחד מנוסחי הצווי הקטגורי מחייב אדם לעשות מעשיו כך שיוכל לרצות כי הכלל המעשי המכוון אותם "היה לחוק כללי". ע' קאנט, הנחת יסוד למטפיסיקה של המדות מ' שפי מתרגם, (תשמ"ד) 37. אך מהו ה"כלל המעשי" המכוון פעולה כלשהי, כהחלטה בסוגיות הגירה? לכך אין תשובה א-פריורית המנותקת מן השיפוט. כלל צר מדי יחול על מעט מדי פעולות; כלל רחב מדי יבלע באופן אימפריאליסטי כל שיקול אחר. גם התועלתנות הקלאסית בגרסותיה המודרניות צמצמה את הכלל המוסרי, מחתירה כללית אל האושר לרמה קונקרטיה של הנאה והיעדר-סבל, ומשמם לרמות קונקרטיות יותר של העדפות סובייקטיביות ולבסוף אל חליפיהן המוניטריים.

58 וראו P. W. Hogg *Constitutional Law of Canada* (loose-leaf edition) par. 35.9(a).

59 אם כי ראו ברק פרשנות חוקתית, לעיל הערה 28, בע' 528-526; L. Weinrib "The Supreme Court of Canada and Section 1 of the Charter" 10 *Sup. Ct. L. Rev.* (1988) 469, 486.

60 ראו מילר, לעיל הערה 32; עניין צמח, לעיל הערה 54, בע' 279-282. כפי שנראה להלן בדיון במידתיות הפגיעה, הוראות החוק החדש צפויות להיחשב בלתי-מידתיות כשתוברר תכליתן הכלכלית, ולו מהטעם שהאלטרנטיבה של תוספת תקציבית תיתפס, קרוב לוודאי, כ"חלופה פחותה בחומרתה" להגבלה הגורפת של איחוד המשפחות. זאת משום שתוספת תקציבית מחלקת את הנטל לאון בין צורכי הביטחון לבין הזכות לחיי משפחה ולשוויון בין כל בני החברה (דרך תקציב המדינה), וביטוי של נטל זה הוא כספי, ואילו ההגבלה הגורפת על איחוד המשפחות מגלגלת את האיוון האמור, כל כולו, אל כתפיהן של אותן משפחות המבקשות להתאחד (ושרובן העצום אינו נושא סיכון ביטחוני כלשהו), ובנוסף, מחירו של הנטל שהיא מטילה על הפרטים הנוגעים בדבר הוא פגיעה עמוקה בזכויות שהן זכויות הלבנה שלהם.

61 הלכה יצאה מלפני בית המשפט העליון, ולפיה בטרם טוענת המדינה כי "אי-אפשר", עליה להראות כי בדקה וניסתה. ראו מילר, לעיל הערה 32, בפסקה 21 לפסק דינו של השופט מצא; וראו הדיון להלן בסוגיית המידתיות.

ב. מאזן דמוגרפי - תכלית נסתרת?

בעתירות נגד החוק נטען, כי למעשה עומדת מאחורי החוק תכלית ”דמוגרפית”, היינו, כי החוק נועד למנוע עלייה במספר האזרחים או התושבים הערבים בישראל, לעומת מספר היהודים בישראל⁶². עמדתה של המדינה בהקשר זה אינה עקיבה, והיא מדאיגה בתוכנה הנוכחי. כפי שצוין לעיל בפתח המאמר, בתשובתה הראשונה לעתירות נגד החוק פסלה המדינה את הטענות הדמוגרפיות⁶³. אך בתשובתה השנייה, המשלימה, אף כי היא דוחה את הרלוונטיות של הטעם הדמוגרפי לעניין קבלתו של החוק החדש, היא מוסיפה כי לא היה פסול של ממש לו היה נשקל.

שאלה מקדמית היא, כיצד יש להתייחס לתכלית ”נסתרת”? עמדתנו היא כי במסגרת ביקורת שיפוטית, בית המשפט אינו צריך ”להציל” חוק פוגע על ידי יישום פסקת ההגבלה לפי תכלית שהוסתרה. אל לו לחוק שתכליתו הוסתרה ליהנות מההגנה המגולמת בפסקת ההגבלה. דבר חקיקה חייב לעמוד בסטנדרטים מינימליים של שקיפות; מחוקק המסתיר את כוונותיו האמיתיות אינו ראוי לקבלת אשרור חוקתי לכוונות אלו. בכך יגשים בית המשפט תפקיד חשוב בשמירה על ההליך הדמוקרטי. בפני המחוקק פתוחה כמובן הדרך לחוקק את החוק מחדש על בסיס תכלית גלויה - וראויה⁶⁴. הדרך הנכונה לבחינת תוקפו של חוק האזרחות והכניסה לישראל (הוראת שעה) הנה, אם כן, להחיל את מבחני המידתיות על התכלית הביטחונית לבדה. אף על פי כן, בחרנו להתעמת גם עם הטעם הדמוגרפי. בחרנו כך משום שטעם זה נושא השלכות קשות על תודעת הציבור (היהודי והערבי כאחד), על תודעת המשפטנים (ולראיה - השינוי בעמדת הפרקליטות) ועל התנהגותן של הרשויות הפוליטיות בישראל. על כן חשוב להתעמת עמו ולהצביע על כשליו. עם זאת, מטעמי בהירות נפריד את הדיון במידתיותם של האמצעים שנקטים בשמו של הטיעון הביטחוני, מהדיון בטיעון הדמוגרפי עצמו.

ג. מידתיות האמצעים שהופעלו בשמה של התכלית הביטחונית

הערת זהירות מקדמית נוגעת למידת ההתערבות בחקיקה ראשית הראויה במסגרת הביקורת החוקתית. מובן שאין להקל ראש בפסילת חוק שנחקק בידי נבחרי העם, ובית המשפט לא יעשה כן בטרם ידון דיון מעמיק וממצה⁶⁵. אבל יש הסבורים שלא די בכך, וכי בית המשפט צריך להימנע במידה מסוימת מהתערבות - עליו להנמיך את רף הביקורת - בנסיבות כאלו או אחרות⁶⁶. טענה זו מבוססת בעיקרה על טיעונים נגד הביקורת החוקתית בכללותה. כדי לא להרחיב את היריעה יתר על המידה לא נעמיק כאן בדיון זה. עמדת בית המשפט העליון, אשר אליה אנו מצטרפים, בכל הכבוד, פונה לכיוון המאזן הבא. משקמה לבתי המשפט הסמכות לבצע ביקורת שיפוטית חוקתית - וכיום למעשה אין עוד חולקים על קיומה של סמכות זו - מוטלת עליו החובה לבצע את המשימה בהתאם לדרישות חוק היסוד. לא ייתכן, על כן, שבית משפט יגיע למסקנה כי חוק כלשהו פוגע בזכויות מוגנות במידה העולה על הנדרש (למשל), ובכל זאת יסרב להתערב⁶⁷. עם זאת, חוק היסוד מקנה לבית המשפט שיקול דעת רחב בכל הקשור לאופן יישומה של פסקת ההגבלה, וכן לבחירת סעדים מתאימים.

62 ראו עמדות חברי כנסת ושרים המצוטטות בעתירת האגודה לזכויות האזרח בבג”ץ 8099/03, בפסקה 29 (ניתנת לצפייה ב- <http://www.acri.org.il/hebrew-acri/engine/story.asp?id=718>).

63 “[...] הבחנה זו [בין בן זוג זר תושב השטחים ובין כל בן זוג זר אחר] אינה מבוססת על שיקולים אתניים ככאלה, אלא על שיקולים ביטחוניים, ובכך כל ההבדל שבעולם” (ראו לעיל הערה 10).

64 וראו ברק פרשנות חוקתית, לעיל הערה 28, בע’ 531 (הגישה, אשר לפיה תכלית סובייקטיבית פסולה צריכה להביא לידי פסלות החוק, גם אם יש בנמצא תכלית אובייקטיבית ראויה - הנה הגישה העדיפה).

65 השוו: בג”ץ 3434/96 הופנונג נ’ יושב ראש הכנסת, פ”ד (נ3) 57, בפסקאות 12-8, 16 לדברי השופט זמיר.

66 ראו, למשל, A. Scalia *A Matter of Interpretation* (1997); R. H. Bork *Coercing Virtue: The Worldwide Rule of Judges* (2002).

67 בית משפט שיעשה כן יפעל בניגוד לדרישות חוק היסוד בעצמו. דרישה זו אינה נורמטיבית בלבד, אלא מוסדית-לוגית: אם יצאו מן הכנסת דברי חקיקה סותרים, על בית המשפט לפתור את הסתירה, ולו בדרך של הכרזה על דבר חקיקה או חלקו כבלתי-תקף. הכנסת,

בתי משפט עליונים בדמוקרטיה חוקתיות שונות השתמשו בשיקול דעתם כדי להעניק למחוקק "מרחב תמרון" ("margin of appreciation" או "deference"), ואף סימנו את גבולותיו בנדיבות במקרים מסוימים, למשל כאשר מדובר בחקיקה כלכלית⁶⁸, או בעניינים ביטחוניים⁶⁹. ייתכן שיש מקום לרמת ביקורת מופחתת כאשר קיים חשש כי טעות של בית המשפט תהיה כרוכה בהשלכות קשות ממשוא, כפי שאכן המצב, לעתים קרובות, בענייני בטחון⁷⁰. עם זאת, על בתי המשפט להיזהר מפני אפשרות שמתחם התמרון יהפוך למעטה חסינות. יש להיזהר מפני מתן יד חופשית למחוקק לפגוע בזכויות חוקתיות דווקא בהקשר של תגובה לאיומים ביטחוניים, כאשר הרוב צפוי להיות חסר מעצורים והגנת החוקה נדרשת יותר מתמיד (ראו להלן, פרשת קורמצ'ווי). גורמי הביטחון אשר עליהם מסתמכת המדינה אמונים על הערכת המצב הביטחוני, אך לא על הגנת זכויות חוקתיות. לפיכך אין שום סיבה להניח כי ההסדר שנקבע בהסתמך על קביעת גורמי הביטחון מאז כראוי שיקולים ביטחוניים עם התחשבות בזכויות האדם.

1. דרישת הקשר הרציונלי בין מטרה לאמצעי

כאמור, מבחנה הראשון של דרישת המידתיות בפסקת ההגבלה דן ביחס בין האמצעי שנבחר והשגת המטרה. אפשרות אחת ליישום דרישת הקשר הרציונלי הנה להסתפק במבחן צר, שלפיו די בכך שהאמצעי שנבחר עשוי לקדם את המטרה שבבסיס החוק, בלי לבחון (בשלב זה) את המידה או הדרך שבה תקודם מטרה זו. לפי גישה זו, המשמעות העיקרית של המבחן הצר הנה בעימות חוקים בעלי תכלית נסתרת עם התכלית המוצהרת שלהם. ייתכנו חוקים שיש בהם כדי לקדם, רציונלית, תכלית נסתרת כלשהי, אבל אין ביכולתם לקדם את התכלית המוצהרת שלהם. מבחן הקשר הרציונלי עשוי להביא לפסילת חוקים כאלו (בהנחה שהתכלית הנסתרת אינה ראויה, או שבית המשפט בחר שלא לדון בה בשל הבעייתיות הדמוקרטית

ולא בית המשפט, היא שבחירה במדרג הנורמטיבי: בחרה לגונן על אינטרסים מסוימים באמצעות חוק-יסוד, ולהעמיד את חוק היסוד מעל לחוק רגיל, כחוק האזרחות. בקרות תקלה חקיקתית - וכאלה יקרו גם בעתיד - תפקידו וחובתו המוסדית של בית המשפט הנם לפתור לכנסת את התקלה. מבחינה פוליטית, בית המשפט מעניק לכנסת שירות, אף שחוקה על מצדדי החוק שנפסל שיועקו על התערבות לא נאותה בסמכויות המחוקק, ולא היא: המכוון הגדיר את תחומי הלגיטימיות של פעולת המחוקק, ועל כן שמירה על הגדרה זו היא התערבות מחויבת, שאינה שונה, מבחינה מושגית, מפסילה של דבר חקיקה נמוך יותר (כצו או תקנה) מפני שהוא חורג מהוראות החוק המסמך אותו.

68 ראו, למשל עניין בנק המזרחי, לעיל הערה 31, בע' 437-439; עניין לשכת מנהלי השקעות, לעיל הערה 26; בג"ץ 4769/95 מנחם נ' שר התחבורה, פ"ד נו(1) 235, בפסקה 23. וראו גם Irwin Toy v. Quebec (Attorney General), [1989] 1 S. C. R. 927, 989-994.

69 ראו, למשל, פסק דינו של בית המשפט האירופי לזכויות אדם: Ireland v. The United Kingdom (1978) 2 EHRR 25 (ניתן לצפייה ב- <http://hudoc.echr.coe.int/Hudoc2doc/HEJUD/sift/91.txt>).

70 ראו G. Davidov "The Paradox of Judicial Deference" (2001) 12 Nat'l J. Const. L. 133. לפי גישה זו, יש להגביל כל הפחתה של הסטנדרט, אם בכלל, למבחן המידתיות במונח הצר, אשר מערב בהכרח מידה רבה של סובייקטיביות בהערכת התועלת של החוק, ואף זאת רק בתנאי ששינוי סטנדרט הביקורת יוגדר באופן ברור (למשל, העברת נטל ההוכחה). לגישה קיצונית הרבה יותר - הגוררת ביטול כמעט מלא של הביקורת השיפוטית במצבי חירום כלפי סמכויות חירום - ראו את דברי הלורד Hoffman בעניין Secretary of State for the Home Department v. Rehman, [2003] 1 A.C. 153, at par. 62.

the recent events in New York and Washington... are a reminder that 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.

D. Dyzenhaus "The Permanence of the Temporary: Can Emergency Powers be Normalized?", in The Security of Freedom: Essays on Canada's Anti-Terrorism Bill (University of Toronto, 2001, R. J. Daniels et al. eds.) 21

71 Korematsu v. United States, 323 U.S. 214 (1944) (להלן: עניין קורמצ'ו).

שבהסתרה). מלבד זאת, המבחן הצר הוא כמעט חסר משמעות; קשה לחשוב על חוקים כה גרועים עד שאין ביכולתם לקדם, אפילו במעט, את המטרה אשר לשמה נועדו.

בענייננו, אי-מתן אפשרות לאיחוד משפחות עם תושבי השטחים אכן עשוי, במידה כזו או אחרת, לקדם את המטרה של צמצום ממדי החדירה של גורמים עוינים לישראל. במילים אחרות, אף שקיים חשד בדבר תכלית נסתרת - דמוגרפית - התכלית הביטחונית הנה רלוונטית. לא ניתן לומר כי החשש לניצול המנגנון של איחוד משפחות על ידי גורמים עוינים כלל אינו קיים. לפי פרשנות צרה למבחן הקשר הרציונלי, די בכך כדי שהתיקון לחוק יעבור משוכה זו.

גישה מרחיבה יותר למבחן הקשר הרציונלי כוללת בדיקה, כבר בשלב זה, של מידת ההתאמה או אופן ההתאמה בין האמצעי למטרה⁷². במסגרת זו לעתים בוחנים בתי משפט כבר בשלב בדיקת הקשר הרציונלי אם האמצעי שנבחר הנו “רחב” מדי (over-inclusive או over-broad, ובלשונו: “הכלת-יתר”) כך שניתן לבחור אמצעי אשר יהיה הולם יותר להשגת המטרה⁷³. אלא שבחינה זו עומדת במרכז מבחן הפגיעה המינימלית, אשר במסגרתו מתאים יותר לבדוק את קיומם של אמצעים חלופיים ופוגעניים פחות. אכן, יש קשר הדוק בין מבחן הקשר הרציונלי לזה של הפגיעה המינימלית, ויש המאחדים אותם למבחן אחד⁷⁴. אך אם אנו בוחרים לדבוק בפסיקה אשר מפרידה בין המבחנים, אין מקום לבחון אמצעים חלופיים כבר בשלב זה.

לעומת זאת, יש בהחלט היגיון לכלול במסגרת בדיקת הקשר הרציונלי דיון בשאלה אם האמצעי שנבחר הוא “צר” מדי (under-inclusive, ובלשונו: “הכלת חסר”)⁷⁵. סוגיה זו אינה מתעוררת בשלבים אחרים של בדיקת המידתיות, ויש לה חשיבות רבה בחשיפת התכלית האמיתית של החוק. בהקשר ספציפי זה יש גם רלוונטיות, כבר בשלב זה, לשאלה אם האמצעי “רחב” מדי באותה עת. אמצעי צר מדי מעורר ספקות לגבי האותנטיות של התכלית המוצהרת. כאשר האמצעי הוא גם צר מדי וגם רחב מדי, ספקות אלו מתחזקים במידה ניכרת. במבט ראשון אפשרות זו נראית אולי בלתי סבירה, אך למעשה היא שכיחה למדי בחוקים הפוגעים בזכויות חוקתיות שלא כדין. Tussman & tenBroek מדגימים זאת באמצעות המקרה של הטלת העוצר על אזרחים אמריקנים ממוצא יפני בתקופה שלאחר המתקפה על פרל-הרבור⁷⁶. התכלית הנטענת באותו מקרה הייתה מניעת פעילות ריגול או חבלה⁷⁷. ההחלטה על הטלת העוצר הייתה “רחבה” מדי, מפני שהיא הניחה שכל מי שמוצאו מיפן הוא בחזקת חשוד בחוסר נאמנות; ו“צרה” מדי, מפני שלא הוחלה מגבלה דומה על אלו שמוצאם מגרמניה או מאיטליה, שהחשש לנאמנות חצויה מצדם היה דומה. במקרים כאלו, של אי-התאמה בולטת, דו-כיוונית, בין האמצעי למטרה הנטענת, ניתן לומר כי לא מתקיימת כלל דרישת הקשר הרציונלי. למעשה, המבחן של הכלת חסר והכלת יתר (over & under inclusiveness) משמש כלי עזר לחשיפת תכלית נסתרת. סדרת פסקי הדין האמריקנים מתקופת מלחמת העולם השנייה אשר אישרו פגיעות שונות באזרחים

72 ראו ד' דורנר “מידתיות” ספר ברנון (א' ברק וחי' ברנון עורכים, תש”ס, כרך שני: בני סברה) 281, 289 (“נדרשת... מידה נאותה של הסתברות כי הפעולה הפוגעת בזכות או באינטרס מוגנים תתרום במידה סבירה להשגת התכלית”). ליישום בפסיקה הישראלית ראו בג”ץ 1030/99 אורון נ’ יושב ראש הכנסת, פ”ד נו(3) 640, 665-666. לפסיקה אמריקנית העושה שימוש במבחן הקשר הרציונלי המורחב, ראו Romer v. Evans, 517 U.S. 620 (1996).

73 ראו, למשל, עניין סטמקה, לעיל הערה 3, בע’ 778; עניין אורון, לעיל הערה 72, בע’ 666-665; עניין Oakes, לעיל הערה 54.

74 ראו D. Beatty Constitutional Law in Theory and Practice (Toronto: University of Toronto, 1995), אשר לגישתו הן הדין המצוי, במדינות רבות, והן הרצוי, מבוססים על שני מבחנים: רציונליות (אשר כולל לגישתו את שני המבחנים האמורים לעיל) ופרופורציונליות (“מידתיות במובן הצר”).

75 למבחן זה ראו: J. Tussman and J. tenBroek “The Equal Protection of the Laws” 37 Cal. L. Rev. (1949) 341. השימוש במונחים “רחב מדי” ו“צר מדי” מניח חקיקה פוגעת. כאשר מדובר בחקיקה מיטיבה, המקנה זכויות, אותם מונחים ישמשו במהופך.

76 שם, בע’ 352.

77 Hirabayashi v. United States, 320 U.S. 81, 85 (1943).

ממוצא יפני - כפרשת קורמצו המפורסמת⁷⁸ - נודעו לשמצה כי הם נתפסו כמונעים מהטיות ומפחדים על רקע גזעני יותר מאשר לשם השגת תכלית ביטחונית אמיתית כלשהי⁷⁹. חוסר ההתאמה הדו-כיווני בין האמצעי לתכלית הנטענת מסייע לחשוף זאת.

בהנחה שתכלית החוק החדש הנה לצמצם חדירות ופגיעות של גורמים עוינים בישראל, נראה כי התיקון כושל במבחן זה. התיקון רחב מדי, בכך שהוא קובע חוקה חלוטה לגבי הסיכון הביטחוני הנשקף מכל בני הזוג הפלסטינים תושבי השטחים של אזרחי ישראל המבקשים איחוד משפחות (למעט משתפי פעולה או בני משפחתם המיידית). בעת ובעונה אחת, התיקון גם צר מדי, בשים לב לתכלית הנטענת, מפני שאינו מונע את כניסתם לישראל של עובדים וסוחרים מהשטחים לצורכי עבודה. הלכה למעשה, מדינת ישראל מעניקה אישורי כניסה לאלפים רבים של עובדים וסוחרים מהשטחים. המדינה המשיכה לעשות כן לאורך כל תקופת העימות הנוכחי, וממשיכה בכך גם כיום, לאחר קבלת החוק החדש. אם כל כניסה של תושב השטחים לישראל טומנת בחובה סכנה ביטחונית, כטענת המדינה, כיצד זה מותרת כניסתם של עובדים וסוחרים פלסטינים? הרי אין זה סביר שהסיכון במקרה של איחוד משפחות גבוה יותר. ההיגיון מצביע בכיוון ההפוך דווקא: לכאורה לפחות, קיומו של בן זוג ישראלי ומשפחה בישראל מפחית את הסיכון שכן הזוג מהשטחים יפעל כנגד ישראל. זאת ועוד: אם טענת המדינה היא כי נשקף סיכון מכל פלסטיני אשר לו בני משפחה ב"אזור" (שכן ניתן הוא לסחיטה)⁸⁰, אין נפקא מינה אם פלסטיני זה הוא תושב האזור או שמא תושב מדינה אחרת (ידידותית או עוינת). אך החוק אינו מונע משר הפנים לאשר איחוד משפחות של פלסטיני תושב ירדן או מצרים עם אזרח ישראלי, אף שפלסטיני זה ניתן לסחיטה בדיוק באותו האופן. החוק החדש לוקה, אם כן, במידה רבה של הכלת חסר. בכך יש משום ראייה חזקה לקיומה של תכלית אחרת (נסתרת) לחוק, במיוחד כאשר בה בעת קיימת גם הכלת יתר.

אם כן, החוק החדש עומד בדרישת הקשר הרציונלי רק אם ניתנת למבחן זה פרשנות מינימליסטית, כמעט חסרת משמעות. כאשר מעמתים את החוק עם מבחן ממשי יותר, של הכלת חסר והכלת יתר, חוסר הרציונליות של החוק נחשף בכל עוצמתו.

2. מבחן הפגיעה המינימלית

מבחן הפגיעה המינימלית נחשב ללב הביקורת החוקתית. בקנדה, שצ'רטר הזכויות והחירויות שלה שימש מודל השראה חשוב למכונן חוקי היסוד בתחום זכויות האדם, ברוב מכריע של המקרים שבהם נפסלו חוקים, נעשה הדבר על בסיס מבחן הפגיעה המינימלית⁸¹. גם אצלנו מסתמנת מגמה למקד את הדיון בשלב הזה⁸². אכן, תפקיד מרכזי של חוקה הוא למנוע פגיעות בלתי הכרחיות (gratuitous) במיעוט. לעתים קרובות, פגיעות מיותרות או מופרזות כאלה אינן תוצאה של כוונה לפגוע, אלא נובעות מחוסר אכפתיות, אדישות או אי-התחשבות מספקת בזכויות המיעוט.

השאלה המרכזית שיש לשאול בשלב זה היא, אם אין אמצעים חלופיים אשר יאפשרו את השגת התכלית מתוך פגיעה פחותה בזכויות חוקתיות. לעניין זה טענה המדינה, כי האמצעי (שנהג קודם לתיקון) של

78 עניין קורמצו, לעיל הערה 71.

79 ראו, למשל, 489, 496 Yale L.J. (1945) 54 "The Japanese American Cases - A Disaster" E. V. Rostow.

80 ראו דיון להלן הערה 87, וטקסט נלווה.

81 ראו Hogg, לעיל הערה 58, בפסקה (a) 35.11.

82 ראו, למשל, עניין בנק המזרחי, לעיל הערה 31, בע' 437; עניין לשכת מנהלי השקעות, לעיל הערה 26; עניין צמח, לעיל הערה 54. השוו גם עניין אורון, לעיל הערה 72, בע' 668-670.

מתן שיקול דעת לשר - עם אפשרות לדחות באופן פרטני כל בקשה לאיחוד משפחות שימצא לנכון - אינו מספק. אולם גם אם נניח כי עד כה הופעל שיקול הדעת באופן שלא מנע באופן מספק חדירת גורמים עוינים, הרי קשה לקבל את הטענה שאין באפשרות הכלל הקודם להשיג מטרה זו במידה הדומה לזו שתושג באמצעות החוק החדש. הרי הכלל הקודם גמיש. השר יכול להקשיח את מדיניות מתן האישורים או להקל אותה בהתאם לשיקולים רלוונטיים לגיטימיים. יתר על כן, באמצעות הקצאת משאבים כספיים נוספים סביר שניתן לשפר את המידע המודיעיני ואת מהימנות הבדיקה הביטחונית הנערכת לכל פונה. טוענת המדינה, כי האמצעים החלופיים הנזכרים אינם צפויים להיות מספקים. ואולם בכך מתחדדת השאלה, על מי הנטל להוכיח את הטענה בדבר קיומם או היעדרם של אמצעים חלופיים פחותים בחומרתם. בפסיקה אין עדיין הכרעה חד-משמעית בשאלה זו, אך למצער קיימת מגמה ברורה לדרוש מן המדינה להראות כי נשקלו החלופות השונות על בסיס ראייתי איתן. בית המשפט העליון סירב בתוקף להסתפק בטענות כלליות מצד הרשות; הוא עמד על כך שיצורף להן אישור עובדתי בעל כוח שכנוע⁸⁵.

יתרה מכך, הטענה אשר לפיה לא ניתן להשיג את התכלית באמצעות הכלל הקודם, גם אם נביא בחשבון את האפשרות של קביעת מדיניות נוקשה יותר מצד השר, וכן הקצאת משאבים נוספים לבדיקה הפרטנית - מבוססת בהכרח על הכללה שקשה לקבלה, אשר לפיה כל מי שמוצאם בשטחים הם בבחינת גורמים הנכונים מעשית לסייע לטרור⁸⁴. אכן, החוק החדש קובע למעשה מעין חוקה אשר לפיה תושבי השטחים באשר הם מסייעים לטרור (פרט למשפטי פעולה, וכן הורים לילדים קטנים בתקופת הקטנות של ילדיהם, שלאחר התבגרם הם שבים ונופלים לקטגוריה החשודה הכללית). מטענת המדינה עולה כי כל הסדר פחות מקביעת חוקה כזו אינו מספק. לכך ודאי נדרשת תשתית ראייתית איתנה ביותר, בהתחשב בפגיעה בחוקת החפות ובשל ההפליה, השלובות זו בזו בחוקה זו⁸⁵. אזרחי ישראל ובני זוגם זכאים ליהנות מחוקת חפות, כחלק מזכותם לכבוד האדם. המחוקק אינו רשאי להתבסס על הנחה עובדתית מכלילה אשר לפיה קבוצת בני אדם מסוימת - לא כל שכן קבוצה המאופיינת על רקע שייכות לאתנוס או לאום כלשהו⁸⁶ - מורכבת מעבריינים-חבלנים או מתרועעת עם עבריינים-חבלנים. הנחות מכלילות אלו מחזקות חשש, כי נאמנותם של אזרחי ישראל הערבים עצמה מועמדת בסימן שאלה, שהרי יש להניח כי רוב בני האדם מכירים את בני זוגם במידה מספקת כדי לדעת אם יש להם כוונות טרוריסטיות.

המדינה מודעת כפי הנראה לקושי זה, ועל כן היא משליכה את יהבה, במידה רבה, על הטענה, כי אין מדובר בהתגייסותם של בני הזוג הפלסטינים לטרור אלא בסכנת שיתוף פעולה לא רצוני עם גורמים עוינים⁸⁷. הטענה היא כי תושבי השטחים אשר יזכו לרשיון שהייה בישראל, בעקבות איחוד משפחות, יהוו מטרה נוחה

83 ראו סיכומי של השופט זמיר לעמדות השונות שהושמעו בפסיקה, בעניין צמח, לעיל הערה 54, בע' 268. וראו את האופן שבו חסם שם בית המשפט את טענותיה הכלליות של המדינה בקשר לאי-דיותן של החלופות שהציע העותר לתקופת המעצר שלא מכוח צו שופט.

84 השוו: בג"ץ 5627/02 סייף נ' לשכת העיתונות הממשלתית, טרם פורסם (ניתן ביום 25.4.2004), בפסקה 7 (”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”).

85 והשוו בג"ץ 5580/98 סופר נ' שר העבודה והרווחה, פ”ד (נר) 319, שם נפסלה תקנה, אשר לפיה נכה תאונת עבודה שהגיש ערעור על החלטת ועדה רפואית בעניינו לא יקבל מענק נכות כל עוד לא ניתנה החלטה בערעור, מפני שהתקנה התבססה על הנחה גורפת וקטגורית, בלא הפעלת שיקול דעת פרטני, בדבר החשש לאי-יכולת להחזיר סכומים שאולי ישולמו ביתר. ראו בעיקר את הערות הנשיא ברק (שם, בעמ' 331).

86 השוו: D. Cole "Enemy Aliens" 54 *Stan. L. Rev.* (2002) 953; L. Braber "Korematsu's Ghost: A Post-September 11th Analysis of Race and National Security" 47 *Villanova L. Rev.* (2002) 451. ראוי גם שלא להתעלם מהסכנה שבסופו של יום, הכללות גורפות המפקקות בנאמנות אזרחים יצדיקו את עצמן, ויובילו חלילה למאבק בין אזרחי מדינת ישראל לפי קווי שבר אתניים-לאומיים.

87 תגובת המדינה, לעיל הערה 6, בסעיף 18; סיכומי המדינה, לעיל הערה 11, בסעיף 16.

לגיוס מצד ארגוני טרור - תוך לחץ ישיר ועקיף המתבסס על כך שחלק ממשפחתם הגרעינית נותר בשטחים. אולם הרושם שמתקבל הוא שלא נבחנו חלופות לפתרון בעיה נטענת זו, או לפחות לא הוצגה בחינה שכזו באופן ממצה כנדרש על פי סטנדרטים חוקתיים. במקום לספק הגנה לאותם קורבנות נטענים, המדינה מניחה, שוב כחזקה חלוטה, כי הם ייכנעו לאיומים וישתפו פעולה עם הטרור. יתר על כן, המדינה נוקטת באמצעי של סילוק בני האדם שפוטנציאלית עלולים להיות קורבן ללחץ ואיום, כדי למנוע פגיעות הנובעות מאותם איומים. טענה כי זהו האמצעי שפגיעתו מינימלית הנה מופרכת. ניתן, למשל, להימנע, לפחות בשלב הראשון, ממתן אישור שהייה קבוע, ולקבוע תקופה ממושכת שבמהלכה ייערכו בדיקות מחמירות לבן הזוג מהשטחים בעת הכניסה לישראל.

עשויה לעלות הטענה, כי האמצעים החלופיים שהוזכרו, גם אם ישיגו את התכלית כמעט באותה מידה, לעולם לא יוכלו להיות יעילים כמו האיסור המוחלט לתת אישורי שהייה לתושבי השטחים. אכן, מבחינה אנליטית, גם אם אמצעי חלופי (ופוגע פחות) משיג רק 99% מהמטרה, הרי שאינו משיג את המטרה במלואה אלא רק באופן חלקי. אך שאלות משפטיות אינן מתמצות בהכרח בניתוח אנליטי טהור. בענייננו, המסגרת הנכונה לבחינה היא מבחן המידתיות במובן הצר, שם יש לעמת את התעקשות המחוקק על 1% נוסף מול עוצמת הפגיעה בזכויות חוקתיות שתיגרם כתוצאה מכך⁸⁸. אולם לא זו הפרקטיקה הנוהגת; בשניים משלושת המקרים שבהם נפסלה חקיקה בישראל, בית המשפט העדיף לבסס את הפסילה על מבחן הפגיעה המינימלית דווקא⁸⁹, בדומה לבתי משפט רבים אחרים בעולם הרחב⁹⁰. במידה רבה הטעם לכך הוא הרצון להצטייר כאובייקטיביים, בעוד מבחן המידתיות במובן הצר - אשר דורש הערכה של מידת התועלת כנגד מידת הפגיעה - לכאורה חשוף במידה גבוהה במיוחד להשפעות סובייקטיביות. כמובן שפרקטיקה זו, אשר אינה מצמצמת את מידת הסובייקטיביות אלא רק מסתירה אותה, אינה רצויה⁹¹, אולם השימוש במבחן האמצעי המינימלי לפסילת חוקים אשר אינם משיגים 100% מהמטרה הנו הגיוני בהחלט כאשר הפער בין האמצעי שנקט לאמצעי החלופי הפחות בחומרתו הנו זניח⁹².

הגענו, אם כן, למסקנה כי החוק החדש אינו עומד במבחן האמצעי המינימלי. האם העובדה שהתיקון הוגדר כ"הוראת שעה" בלבד יכולה לשנות זאת? לדעתנו יש להשיב על כך בשלילה. ראשית, מבחינה חוקתית אין משמעות של ממש להגדרה זו. הרי כל חוק יכול המחוקק לבטל בכל עת, ועל כן כל חוק הוא בבחינת "הוראת שעה" כל עוד לא בוטל⁹³. שנית, הניסיון מלמד כי במדינת ישראל הזמני הופך קבוע: וראו את הכרזת

88 ראו G. Davidov "Separating Minimal Impairment from Balancing: A Comment on *R. v. Sharpe* (B. C. C. A.)" 5 *Rev. Const. Stud.* (2000) 195.

89 ראו פסקי הדין בעניין *לשכת מנהלי השקעות, לעיל* הערה 26, ובעניין *צמח, לעיל* הערה 54. בפסק הדין השלישי שבו נפסל חוק - עניין *אורון, לעיל* הערה 72 - בית המשפט העליון מדיש כי החוק הנבחן אינו עומד בשלושת מבחני המידתיות.

90 לדיון וסקירה השוואתית ראו Beatty, *לעיל* הערה 74.

91 ראו *שם*.

92 קחו לדוגמה את פסק הדין הקנדי שעסק בדרישת אוכלוסיית החירשים כי המדינה תממן שירות של מתורגמנים לשפת סימנים בבתי חולים. *Eldridge v. British Columbia (Attorney General)*, [1997] 3 S. C. R. 624. באותו עניין נפסק כי סירוב פרובינציית British Columbia לספק שירותים אלה היווה הפליה, בניגוד לזכות חוקתית מפורשת הכלולה בצ'רטר הקנדי. בית המשפט העליון קבע כי לא ניתן להצדיק הפליה זו על בסיס פסקת ההגבלה. הוא הניח כי מטרת החוק שנמנע מלכלול את השירות האמור - היסכון תקציבי - היא מטרה לגיטימית. אולם משום שעלות השירות הייתה זניחה יחסית - \$150,000 בלבד, שהיוו כ- 0.0025% מתקציב הבריאות של הפרובינציה באותה עת - נקבע כי החוק לא עמד במבחן הפגיעה המינימלית. אכן, במקרים כאלה, שבהם אמצעי חלופי יביא לידי השגת התכלית, *רובה ככולה*, למעט פער זניח, השימוש במבחן הפגיעה המינימלית דווקא הנו סביר בהחלט. דומה שזהו המצב בענייננו. אם ניקח את ההסדר הקודם, המקנה שיקול דעת רחב לשר, בצירוף תוספת תקציב לשיפור הליכי הבדיקה, בצירוף בדיקות מחמירות לבני הזוג המגיעים מהשטחים בעת הכניסה לישראל ובמשך שנים מספר לאחר מכן - הרי הפגיעה בזכויות חוקתיות תהיה פחותה לאין ערוך, והתכלית תושג, אם לא באופן מלא ומוחלט, אז בפער זניח לעומת החוק החדש.

93 ראו א' רייכמן "הגירעון הדמוקרטי וחוקתיות התוכנית הכלכלית" *עבודה חברה ומשפט* י (2004) 307.

מצב החירום המתחדשת מדי שנה כמעט כעניין של שגרה בירוקרטית⁹⁴. והרי גם המדינה ודאי לא תטען, כי מי שנשללת ממנו כיום הזכות להתאחד עם בן זוגו, יכול להתנחם בידיעה כי ייתכן שהאיחוד יתאפשר בתום שנה. בקלות יחסית ניתן להאריך את תוקף החוק בשנה נוספת כל פעם, ובעניינינו קלות זו אף גדלה, שכן מנגנון ההארכה הוא החלטת הממשלה באישור הכנסת בהחלטתה (להבדיל מהליכי חקיקה מחודשים). קשה גם לצפות ממחוקק שחוקק מלכתחילה חוק שאינו מידתי כי יימנע מהארכת תוקפו בהמשך. שלישית, שלא כבעניין גיוס תלמידי הישיבות⁹⁵, שבו הסתמך בית המשפט - בשלב הביניים שבין פסילת הסדר ישן לחקיקת הסדר חדש - על ”זמניות” החוק שנקבע לתקופת הביניים כשיקול בעת בחינת מידתיותו, בעניינינו לא מדובר בחוק המשמר את הסטטוס-קוו, וגם לא בזמניות שנועדה לאפשר השלמת הדיון הציבורי בסוגיה - אלא בשינוי עמוק במצב הדברים הקיים⁹⁶. רביעית, מצב הדברים אשר לפיו הארכתה של הוראת השעה אפשרית בהחלטת הכנסת בלבד, ולא בהליך חקיקתי מלא הכולל שלוש קריאות ודיון בוועדת הכנסת, היא עילה בפני עצמה לפסילתו של החוק, שכן דווקא בעניינים הכרוכים בפגיעה עמוקה בזכויות האדם, לא ניתן להסתפק בהליך הארכה מקוצר שאינו כולל דיון ממצה בוועדה מוועדות הכנסת ושלוש הצבעות של מליאת הכנסת.

3. מבחן המידתיות במובן הצר: היחס בין הפגיעה לתועלת

בתי משפט משתדלים להימנע מפסילת חוקים על בסיס מבחן המידתיות במובן הצר, אשר נתפס, כאמור, כסובייקטיבי יותר מהמבחנים האחרים. אולם בכך אין כדי לפגוע בחשיבותו. מבחן המידתיות האחרים הם טכניים יחסית; מחוקק מתוחכם יוכל להתגבר עליהם, גם כאשר כוונותיו ודרכי פעולתו פסולות. מבחן המידתיות במובן הצר הוא היחיד שיכול להבטיח מחסום בפני חוקים שפגיעתם בזכויות חוקתיות אדירה ותועלתם מעטה. זהו המבחן שיכול להגן עלינו מפני חוקים הפוגעים אנושות בזכויות חוקתיות בשם האפשרות - ולו הקלושה להגשים מטרות לגיטימיות. אכן, קשה לתת תשובה ”אובייקטיבית” לשאלה עד כמה חשובה מטרה מסוימת, ובוודאי אין מקום לפסול כל חוק אשר בית המשפט סבור כי הפגיעה שבו עולה במעט על התועלת⁹⁷. את מבחן המידתיות במובן הצר יש על כן להפעיל בזהירות ובמשורה. אולם במקרים המתאימים, זהו מרכיב קריטי בסמכות הביקורת החוקתית. חוקה שלא תאפשר ביקורת מעין זו תהיה חוקה נכה. עוצמתו וחשיבותו של מרכיב זה של מבחן המידתיות נעוצה בכך שאליה מתנקז ”מבחן האיזון” הראוי בין האינטרסים המתנגשים - האינטרס הציבורי (התכלית הראויה) שהציב המחוקק לנגדו לעומת זכויות היסוד שבהן פגע. מבחן האיזון הפרדיגמטי שאימץ המשפט הישראלי ברוב ההתנגשויות בין אינטרס ציבורי לזכויות אדם הקרובות ללב לבדור האדם הוא מבחן ”הוודאות הקרובה”. משמע, הצדקת הפגיעה בזכות היסוד מתגבשת רק בהתקיים הסתברות קרובה לוודאי שבלא הפגיעה בזכות היסוד תיגרם פגיעה - ופגיעה קשה - באינטרס לגיטימי חשוב.

בהשוואת התועלת של החוק החדש אל הפגיעה שהוא גורם, ובניסיון הזיהוי של ”מבחן האיזון” שהוא נוקט, מתגלה עיקר פסלותו של החוק.

94 לפי סעיף 38 לחוק-יסוד: הממשלה, ההכרזה על מצב חירום טעונה אישור הכנסת ותוקפה לא יעלה על שנה. בפועל עד היום ההארכה הייתה לשנה שלמה, אולם בתאריך 24.5.2004 נתקבלה בכנסת הארכה של מצב החירום לחצי שנה בלבד. זאת בעקבות המלצת הוועדה המשותפת לוועדת החוץ והביטחון ולוועדת חוקה, חוק ומשפט לנוכח מורת הרוח של חברי הוועדה מחוסר התקדמות הממשלה בעניין ביטול החקיקה האזרחית הנסמכת על מצב החירום. ראו פרוטוקול הכנסת מיום זה (ניתן לצפייה ב- <http://www.knesset.gov.il/plenum/data/60354904.doc>), בע' 92-113.

95 בג”ץ 24/01 סלר נ’ כנסת ישראל, פ”ד נו(2) 699.

96 השו”ש, בע’ 713 ואילך.

97 לפי הניסוח המקובל בפסיקה, על היחס בין התועלת והפגיעה להיות ”סביר”. ראו, למשל, עניין לשכת מנהלי השקעות, לעיל הערה 26; בג”ץ 6268/00 קיבוץ החותרים נ’ מינהל מקרקעי ישראל, פ”ד נה(5) 639.

ראשית, את התועלת יש לבחון בהשוואה לאמצעים החלופיים האפשריים. גם אם נניח שהאמצעים החלופיים שהוזכרו לעיל לא ישיגו את התכלית הביטחונית במלואה, דהיינו לא יובילו למניעת חדירת גורמים עוינים, הרינו לזכור כי המדינה מכירה בכך שגם ההסדר שבו בחרה לא יוביל להגשמת תכלית זו במלואה. ההשוואה נוגעת אם כן לתוספת לביטחון המדינה שתושג - אם בכלל - על ידי החוק החדש בהשוואה לאמצעים החלופיים. עיון מעמיק בתשובותיה של המדינה לעתירות נגד החוק לא מגלה אישור לטענה בדבר עדיפות ממשית ברורה להסדר שבו בחרה המדינה. קושי זה מתחדד בעת שמביאים בחשבון את העובדה שהרוב המכריע של חדירת גורמים עוינים לישראל מבוצע בלא כל קשר להיתרי שהייה כתוצאה מאיחוד משפחות, ושהמדינה עצמה מאפשרת "פרצה" רחבה לא פחות בדמות היתרי כניסה לעובדים ולסוחרים. בנסיבות אלו, המידה שבה עשוי החוק החדש לצמצם את חדירתם של גורמים עוינים מסתמנת, אם בכלל, כנמוכה - ומכל מקום, אין היא שקולה לפגיעות העמוקות הנגרמות לבני הזוג הישראליים, לבני הזוג הפלסטינים ולילדיהם⁹⁸.

את מהלכה של הכנסת כאן ראוי להשוות להשתדלותו של אברהם בפני אלוהיו על תושבי סדום ועמורה (בראשית, יח, כג-לג):

ויגש אברהם ויאמר האף תספה צדיק עם רשע... חללה לך מעשת כדבר הזה להמית צדיק עם רשע והיה כצדיק כרשע חללה לך, השופט כל-הארץ לא יעשה משפט... ויאמר הנה-נא הואלתי לדבר אל-אדני אולי ימצאון שם עשרים, ויאמר לא אשחית בעבור העשרים. ויאמר אל-נא יחר לאדני ואדברה אך הפעם אולי ימצאון שם עשרה ויאמר לא אשחית בעבור העשרה.

הכנסת בחרה כאן בכיוון ההפוך, האפל: היא עונשת קבוצה גדולה של חפים מפשע בעבור עשרים ושלשה רשעים. עשרים ושלשה, שלטנת המדינה "היו מעורבים בסיוע ממשי לפעילות עוינת נגד ביטחון המדינה"⁹⁹. מהלך זה, נוסף על פסלותו המוסרית, גם עלול - אם לא צפוי - לפורר עוד את מערכת היחסים השברירית בין הרוב היהודי והמיעוט הערבי-פלסטיני בישראל.

קושי עמוק נוסף העולה בהקשרה של דרישת המידתיות במובן הצר, הוא מבחן האיזון שנוקט החוק למעשה. המדינה מודה שנפרדה כליל ממבחן "הוודאות הקרובה", ואף למבחן סביר שמקל יותר עם עמדתה לא הגיעה (מבחן "האפשרות הסבירה"). היא מודה בהסתפקותה ב"חשש שאינו מופרך" כלפי מושאי פגיעתה¹⁰⁰. אם זיכרונו אינו מטעה אותנו, זו הפעם הראשונה שבה מודה המדינה בהתבססותה על מבחן "הנטייה הרעה". מפנה זה הוא בו בזמן תוצר ומניע של תהליך קשה שבו נתונה החברה הישראלית בהווה: גלישתה במדרון חלקלק¹⁰¹. מדרון חלקלק פירושו, כי בנסיבות מסוימות יש לאבדן קווי הבחנה עקרוניים השפעה סוחפת, חסרת

98 השוו: עניין סיפף, לעיל הערה 84, בפסקה 7 ("אכן, לעולם ניתן לטעון כי עצם היותו של עיתונאי פלסטיני תושב האזור יוצרת סיכון בטחוני מיוחד אם אותו עיתונאי יחזיק בתעודת עיתונאי. סיכון זה קיים אף אם אותו עיתונאי הוא בעל היתרי כניסה ועבודה כאמור ואף אם עמד בבדיקות בטחוניות נוספות ומיוחדות לצורך קבלת תעודת עיתונאי. עם זאת, סיכון מיוחד זה הינו קלוש ותיאורטי, ואין בו כדי להצדיק פגיעה ודאית באינטרסים המוגנים לביטוי ולמידע חופשיים והבחנה - שלמעשה היא הפליה - בין עיתונאים זרים פלסטינים לבין כל שאר העיתונאים הזרים"). בענייננו חוסר המידתיות בולט אף הרבה יותר, בשים לב לאופיה ומידתה של הפגיעה.

99 סיכומי המדינה, לעיל הערה 11, בסעיף 17.

100 תגובת המדינה, לעיל הערה 6, בסעיף 28.

101 הערכתנו שישראל מצויה ב"מדרון חלקלק" נשענת על התרחשויות ועל תהליכים מלבד החוק החדש. אלו נחשפים בעיקר בפעולות שונות של המדינה בשנים האחרונות בגדה המערבית וברצועת עזה. מדובר בפעולות שזכו לכאורה לביטוס עובדתי, וחלקן אף אינן שנויות במחלוקת. ראו, למשל, הפעולות המצוינות בדו"ח אמנסטי (ניתן לצפייה ב-

<http://web.amnesty.org/report2004/isr-summary-eng>), ובמיוחד מספר הלא-חמושים שנהרגו בשלוש השנים האחרונות על ידי חיילי צה"ל, ואחוז הילדים בתוכם (ראו גם

http://www.btselem.org/Hebrew/Special/040506_Court_Marshal.asp;

http://www.btselem.org/Hebrew/Statistics/AI_Aqsa_Fatalities.asp). כך עולה גם מעדויות חיילים שלפיהן מעשי התעללויות בפלסטינים אינם בהכרח אירוע חריג שנחקר ונבדק. א' לביא "מרוצא שם רע לכיבוש" הארץ - מוסף הארץ, 18.6.2004 (ניתן לצפייה ב-

נקודת עצירה. היעדר נקודת העצירה נובע מההגמוניה המוחלטת שלה זוכה בעתות חירום האתיקה מוכוונת התוצאה - result oriented - שבה גודל הסכנה, מיידיותה והעוול שבה, מזכים בהילה של הכרחיות וכמעט קדושה כל אמצעי למניעת הסכנה. ואכן עתה, בשם זכות אזרחיה לחיים, נפרדת המדינה מ”קווים אדומים” מרכזיים - היינו, מבחני האיזון לפגיעה בזכויות אדם. מהלכו של החוק החדש עלול אפוא לא להסתיים בו עצמו. הוא מהווה ”פתיחתה של דלת” עקרונית, כזו שכל החוצה את ספה חדר אל המבוא למציאות שבה שולט ליקוי מאורות.

בתמצית, הפגיעות ויסודות החומרה המצטברים בחוק החדש מגבשים פגיעה קשה, אולי אף פגיעה אנושה, בזכויות הקרובות ל”גרעין” של כבוד האדם; והנה בד בבד אין המחוקק מצביע על יכולת להשיג באמצעות החוק תכלית ממשית שתאזן את פגיעתו של החוק - חמור מכך, הוא אף מוותר על שמירה על ”מבחני האיזון” שעשויים היו לרכך את פגיעתו של החוק. בנסיבות אלו, הפער בין התועלת לפגיעה שבחוק החדש הוא בלתי מידתי. אם יש מקרה יחיד ויוצא דופן שבו נדרשת בבירור הפעלת מבחן המידתיות במובן הצר - דומה שזהו המקרה.

המסקנה העולה מהניתוח עד כה, היא כישלוננו של החוק לפחות בשניים ממבחני המידתיות: המבחן השני והשלישי.

ד. התכלית הדמוגרפית והאמצעים שננקטו בחוק החדש

משהסתיים הדיון בהתאמתו של חוק האזרחות והכניסה לישראל ל”פסקת ההגבלה” בהקשרה של התכלית הביטחונית, נותר לנו לפנות לאותו מניע אפשרי נסתר של החוק החדש - התכלית הדמוגרפית. כפי שצינו לעיל, הניתוח החוקתי אינו מחייב מהלך זה. הביקורת השיפוטית אינה אמורה לנסות להציל חוק באמצעות תכלית נסותרת, אפילו הייתה זו לגיטימית. אף על פי כן בחרנו להתייחס לתכלית הדמוגרפית, זאת בשל מרכזיותה בתודעתם של אזרחי ישראל, ומתוך החשש שצעדה הבא של המדינה יהיה אימוצה הגלוי והמפורש של תכלית זו בהקשרו של איחוד משפחות ואף בהקשרים נוספים¹⁰².

האם התכלית הדמוגרפית פסולה מבחינה משפטית בכל הקשר, או שמא היא עשויה בנסיבות מסוימות להיות לגיטימית? התשובה תלויה, שוב, בדרך שבה מגדירים את התכלית, וברמת ההפשטה הנבחרת.

מחד גיסא, מדינת ישראל הנה המקום שבו מממש העם היהודי את זכותו להגדרה עצמית. מסמכי היסוד של המדינה, כמו גם חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו, נותנים ביטוי מרכזי לאופייה של המדינה כמדינה ”יהודית ודמוקרטית”, וחוקי ההגירה שלה כלפי ”זרים” מבטאים בבירור את התפיסה של ישראל כמקום שבו ממומשת הזכות להגדרה עצמית של העם היהודי דווקא. הביטוי המובהק לכך הוא חוק השבות¹⁰³. מאידך גיסא, הסינתזה ”יהודית ודמוקרטית” נושאת עמה שורה של חובות כלפי אזרחיה של המדינה ותושביה ”ללא הבדל

וכן <http://www.haaretz.co.il/hasite/pages/ShArPE.jhtml?itemNo=439826subContrassID=13sbSubContrassID=0> ומתיאר העובדות המצוינות בעתירות לבג”ץ בעניין המבצע ברפיח והריסת הבתים שם (בג”ץ 4764/04 רופאים לזכויות אדם נ’ מפקד כוחות צה”ל בעוה; בג”ץ 4969/04 עדאלה נ’ אלוף פיקוד הדרום). דפוסי פעולה אלו משפיעים, להערכתנו, גם על הנעשה בתוך גבולות המדינה (ראו למשל אירועי אוקטובר, אשר נחקרו על ידי ועדת אור: http://62.90.71.124/heb/inside_index.htm). אינדיקציה נוספת לקיומו של ”מדורן חלקלק” מתבטאת בצורך לפנות לבית המשפט כדי לוודא כי רשויות המדינה השונות ממלאות הוראות מסוימות של בג”ץ בעניין זכויות האדם. ראו, בין היתר, מה שמכונה בעגה הצבאית ”נוהל סכך”, ומכונה על ידי אחרים ”שימוש ב-human shields” (בקשה לצו ביניים מיום 28.4.2004 בבג”ץ 3799/02 עדאלה נ’ אלוף פיקוד המרכז). כמו כן ראו בישראל את התנהלות המדינה והסוכנות היהודית סביב ביצועו של בג”ץ 6698/95 קעדאן נ’ מינהל מקרקעי ישראל, פ”ד נד(1) 258 (להלן: עניין קעדאן). שניתן במרץ 2000 אך יושם רק 4 שנים מאוחר יותר ולאחר פנייה נוספת לערכאות (בג”ץ 8060/03 קעדאן נ’ מינהל מקרקעי ישראל (עתיירה מיום 7.9.2003)).

102 ראו, למשל, התבטאותו של השר בנימין נתניהו לפני כמה חודשים: ד’ בחור-ניר ”נתניהו: הבעיה הדמוגרפית נעוצה בערביי ישראל” (מתוך אתר Ynet, 17 בדצמבר 2003: <http://www.ynet.co.il/articles/0,7340,L-2842724,00.html>).

103 ראו הכרות העצמאות; סעיף 1 לחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו; חוק האזרחות והכניסה לישראל, חוק השבות.

דת, גזע ומין". השאלה המתחדדת אפוא היא זו: האם ערכי היסוד של המדינה "היהודית והדמוקרטית" מאפשרים לצמצם מטעמים דמוגרפיים את זכותם של אזרחיה הלא-יהודים של ישראל לבחור את בני זוגם ולהקים עמם משפחה במדינתם? מתן תשובה לשאלה זו מצריך הן הבנה של הסינתזה והן את יישומה לסוגיה שבפנינו.

הסינתזה המורכבת ("יהודית ודמוקרטית") זכתה לתשומת לב בפסיקה בשנים האחרונות¹⁰⁴. פסיקה זו משרטטת בעיקרם של דברים שני תווים לסינתזה הזו. ראשית, מצויה החובה להעניק שוויון זכויות מוחלט במישור זכויות הפרט - הזכויות המשותפות של האזרחות. שנית, חובה זו אינה נפרשת אל מכלול הזכויות הקיבוציות¹⁰⁵. וכך, המחויבות לשוויון במשפט החוקתי של ישראל אינה חלה על הזכות הקיבוצית שעניינה קביעת הקריטריונים למדיניות ההגירה. בישראל שמורה לקהילת הרוב הסמכות ואולי הזכות לקבוע מסלולי הגירה שונים על פי השתייכות (או אי-השתייכות) לקהילת הרוב הלאומית, וכן לקבוע תנאים שעל זרים לעמוד בהם בטרם יוכלו להתאזרח בישראל. בית המשפט העליון עמד על שני מרכיבי הסינתזה בפסק הדין שהוא מהחשובים שעסקו בשסע הלאומי בישראל - פרשת קעדאן:

יהודים ולא-יהודים הם אזרחים שווי זכויות וחובות במדינת ישראל. [...] משהוקמה המדינה, הרי היא נהגת שוויון בין אזרחיה. 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, התש"ו-1950). אך משמצי אדם בבית כאזרח כדין, הוא נהנה מזכויות שוות כמו כל בני הבית האחרים.¹⁰⁶

ודוקו, היעדרה של חובת שוויון ביחס למכלול הזכויות הקיבוציות אין פרושה כי המדינה היהודית והדמוקרטית פטורה מחובות מצומצמות יותר בהקשר זה. זכויות קיבוציות נתונות למיעוט במשפט הישראלי, ויותר מכך, מחלקן אף לא ניתן לגרוע בלי לפגוע בכבודם של בני קהילת המיעוט הערבי-פלסטיני¹⁰⁷. עם זאת, ההבחנה בין

104 עניין קעדאן, לעיל הערה 101. ראו גם א"ב 11280/02 ועדת הבחירות המרכזית נ' ח"כ טיבי, פ"ד נו(4) 1; בג"ץ 4112/99 עדאלה נ' עירית תל-אביב-יפו, פ"ד נו(5) 393 (להלן: עניין עדאלה נ' עירית תל-אביב-יפו).

105 עמד על כך פרופ' זמיר, בקובעו כי "עקרון השוויון, המחייב דין שווה ליהודים ולא-יהודים, חל במישור הזכויות האישיות. נראה שאין הוא חל במישור הזכויות הקיבוציות". י' זמיר *הסמכות המנהלית* (1996, כרך א) 44. עמדה זו אומצה במפורש על ידי השופט דורנר בפסק-דין עדאלה נ' עירית תל-אביב-יפו, לעיל הערה 104 בסעיף 6 לפסק דינה: "ככלל, עקרון השוויון בין יהודים לערבים חל על זכויות אישיות. לכלל זה יוצאים-מן-הכלל אחדים, ובהם ההכרה בשפה הערבית כלשון רשמית שנייה, לצד השפה העברית". להבהרת המשגים "זכויות הפרט" (או הזכויות המשותפות של האזרחות) ו"הזכויות הקיבוציות", ולדיון במקומן במשפט הישראלי, ראו א' סבן "הזכויות הקיבוציות של המיעוט הערבי-פלסטיני: היש, האין ותחום הטאבו" *עיני משפט* כו (תשס"ב) 241, 256-247. בתמצית, בעוד הזכויות המשותפות של האזרחות (זכויות הפרט) מוענקות לכל יחיד משום עצם אנושיותו ואזרחותו במדינה - קרי, במנותק מחברותו בכל תת-קבוצה חברתית כזו או אחרת - מצויות זכויות העשויות לעמוד ליחידים ולהתאגדויות דווקא משום השתייכותם הקבוצתית המיוחדת. זכויות אלו הן אותם הסדרים (מוסדיים ואחרים) מיוחדים, שקיומם חיוני לצורך איוון חולשתו ושבריריותו של המיעוט אל מול לחצייה של החברה הרחבה. זכויות אלו זכו למינוח "זכויות קיבוציות". הערת הבהרה נחוצה כאן שכן המינוח "זכויות קיבוציות" עלול להטעות. ראשית, יש פרקטיקות חברתיות מוגנות רבות הנעשות בהכרח בקבוצה, כגון זכות ההתאגדות וזכות ההפגנה, והן אינן זכויות קיבוציות. זכויות ההתאגדות וההפגנה עומדות לכל אדם, ללא שום קשר להשתייכותו הקבוצתית. מנגד, "זכויות קיבוציות" הן כאמור אותן זכויות (וכן פטורים וחסינויות) המוענקות לבני אדם מסוימים דווקא משום השתייכותם לקבוצה מסוימת-מיוחדת. שנית, בניגוד למה שעלול להשתמע משמן, רוב הזכויות הקיבוציות הן זכויות העומדות ליחידים אותן קהילות פגיעות, ולא לקבוצה בקבוצה. אמנם קיימות זכויות קיבוציות העומדות לקהילה (או למדינה) לבדן; דוגמה מרכזית היא זכות "ההגדרה העצמית" הנתונה למי שהוא "עם" (ורק למי שהוא עם) - אך אלו אינן הדוגמאות הרלוונטיות. המונח "זכויות קיבוציות" עלול על כן להטעות. לפיכך יש המעדיפים על פניו את המינוח "זכויות קבוצתיות" או "זכויות מיעוט", וקיימליקה, שכתבתו הייתה פורצת הדרך כאן, העדיף את המינוח "group-differentiated rights" (1995) *W. Kymlicka Multicultural Citizenship: A Liberal Theory of Minority Rights* (1995) 45-47; W. Kymlicka *Politics in the Vernacular: Nationalism, Multiculturalism, and Citizenship*, (2001) Ch. 1.

106 עניין קעדאן, לעיל הערה 101, בע' 281. ראו גם עניין טיבי, לעיל הערה 104, בע' 40.

107 זו נקודה העולה בהירות מפסק דין הרוב בבג"ץ עדאלה נ' עירית תל-אביב-יפו, לעיל הערה 104, פסק דין העוסק במעמדה של שפת המיעוט - הערבית. הנשיא ברק קושר את זכויותיו המיוחדות של המיעוט הערבי, להיותו מיעוט יליד, להבדיל ממגור: "על רקע זה עשויה להתעורר השאלה הזו: מה מייחד את השפה הערבית, ומדוע דינה שונה מדין של שפות אחרות - נוסף על העברית - אשר הישראלים דוברים אותה? האם אין נובע מגישתנו כי עתה יוכלו לבוא תושבים של ערים שונות, ובהם קבוצות מיעוט של דוברי שפות שונות, בדרישה כי השילוט בעירם יהיה גם בשפתם וזו תשובתי היא בשלילה, שכן לא הרי כל אותן שפות כהרי השפה הערבית. הייחוד של השפה הערבית הוא כפול: ראשית, הערבית היא שפתו של המיעוט הגדול ביותר בישראל, החי בישראל מימיו ימימה. זוהי שפה הקשורה למאפיינים תרבותיים היסטוריים ודתיים של קבוצת המיעוט הערבית בישראל. זוהי שפתם של אזרחים, אשר חרף הסכסוך

זכויות קיבוציות ובין זכויות הפרט (הזכויות המשותפות של האזרחות) נותרת חשובה; שהרי אם נמצא כי הזכות לזוגיות ולהקמת משפחה מצויה בקטגוריית זכויות הפרט, כי אז נהיה פטורים מלהתלבט בקשר לחלותה באורח שוויוני על בני המיעוט הערבי. זכויות הפרט הרי קמות לכלל אזרחי המדינה; זו מחויבת ב"שוויון זכויות גמור" באשר להן. מהי אם כן הזכות להקים משפחה עם בחיר-לב זר?

בית המשפט העליון נתן לכך תשובה ברורה בפסק הדין המנחה בנושא "איחוד משפחות" בין בני זוג,

והרי היא:

[...] לא יימצא 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.

אמר בהקשר זה שר הפנים, **משה חיים שפירא**, בדיוני הכנסת אודות הצעת חוק האזרחות ("דברי הכנסת" כרך 6, תש"י, 2039):

"חוק השבות מגדיר את זכות היהודים לעלות ארצה, וחוק האזרחות מגדיר את זכותם להיות לאזרחי הארץ. אך עם קבלת האזרחות הישראלית לא קמו עוד זכויות יתר ומעמד בכורה של היהודים. לא יהיה הבדל כל-שהוא ולא תהיה הפליה כל-שהיא בין אלה שקיבלו את האזרחות בתור עולים ובין אלה שקיבלו אותה על-פי אחת ההוראות האחרות של חוק האזרחות. דין אחד יהיה לכלל האזרחים, בלי הבדל מוצא...." ¹⁰⁸

בתמצית, זכותו של ישראלי - כל ישראלי - לזוגיות והקמת משפחה עם זר כפופה לחובת "שוויון זכויות גמור". התכלית הדמוגרפית - שכל כולה הבחנה בין קהילת אזרחים אחת ובין אחרת על בסיס לאומי-אתני - פסולה על כן בגזרת ריבונות זו; פסולה היא ביחסים בין מדינה ואזרחיה.

על עמדה זו יש החולקים. עמדתה המאוחרת של המדינה אף פונה בכיוון זה. בכותבה על שלילת זכותם של פלסטינים לאיחוד משפחות כותבת פרופ' רות גביון: "צידוקו [של החוק החדש] מעוגן בהיותו חלק מן המאמץ להמשך השימור של ישראל כמדינה שבה מממש העם היהודי את זכותו להגדרה עצמית, על רקע התנאים המתקיימים באזור בזמן הזה. ... מי שרוצה בפתרון יציב של שתי מדינות לשני עמים אינו יכול לדרוש הכרה בזכות של פלסטינים לאיחוד משפחות לפנים לגבולות ישראל. באורח עקרוני, משפחות פלסטיניות אמורות להתאחד במדינתן, ואילו משפחות יהודיות יתאחדו בזו שלהן"¹⁰⁹. על כך משיב פרופ' חיים גנו את הדברים החשובים הבאים, אותם אנו מאמצים:

ואולם, מי שרוצה בפתרון יציב של שתי מדינות לשני עמים אפשר שגם אינו יכול לדרוש הכרה בזכות של פלסטינים להוליד ילדים בתוך גבולות ישראל. ברוח הדברים של גביון הוא יכול לומר כי פלסטינים אמורים להוליד ילדים במדינתם,

הערבי-ישראלי מבקשים לחיות בישראל כאזרחים נאמנים ושווי זכויות, תוך כיבוד לשונם ותרבותם. [...] " (עמ' 418, ההדגשה השנייה הוספה). לדיון נרחב יותר בפסק הדין ראו א' סבן "קול (דו-לשוני) בודד באפלה?" עיוני משפט כז (תשס"ג) 109.

108 עניין סטמקה, לעיל הערה 3, בפסקה 25.

109 ר' גביון "איחוד משפחות בשתי מדינות" ידיעות אחרונות - 24 שעות, 5.8.2003, ע' 11. יודגש כי לפי עמדתה המצוטטת של גביון, המגבלה על איחוד משפחות פלסטיניות במדינת ישראל אמורה לחול בד בבד עם הכרה בזכותם של הפלסטינים לאיחוד משפחות במדינתם הם. כידוע, מדינה פלסטינית טרם קמה.

ואילו יהודים יולידו ילדים במדינתם שלהם. [...] בניגוד לעמדת גביון, הסבורה כי לזכות הבסיסית לקיים חיי משפחה לא נלווית זכות של אנשים לעשות זאת במקומות גידולם ובסביבה שלתוכה ארוגים חייהם, אני סבור כי יש להם זכות כזו, גם משפטית ובעיקר מוסרית - ממש כשם שיש להם זכות להוליד ילדים ולגדלם במקומות האלה, לרכוש השכלה במקומות האלה, לעבוד לפרנסתם במקומות האלה ולחיות חיים במקומות האלה. זכויות כאלה, זכויות האדם הבסיסיות, הן המגבלה הראשונה שצריך להחיל על אמצעי הויסות הדמוגרפי שמדינות רשאיות לנקוט בהם כדי לקדם באמצעותם את זכות ההגדרה העצמית של קבוצות אתנו-תרבותיות הנהנות במסגרתן מן הזכות הזו.¹¹⁰

תשובתו של גנז מסייעת בכיוון נוסף: גם מי שמגדיר את "התכלית הראויה" בדרגת הפשטה אחרת מזו שאנו נקטנו לעיל - ומכוח זאת מבקש להכשיר את התכלית הדמוגרפית - צפוי להיחסם במישור מידתיות האמצעים. במילים אחרות, גם מי שרואה את החוק החדש ברמת הפשטה גבוהה, דהיינו כחלק מהתכלית של שימור הרוב היהודי בישראל לשם מימוש אפקטיבי של זכות ההגדרה העצמית של העם היהודי, לא יוכל לקבל את האמצעים שנוקט החוק החדש: פגיעה עמוקה בזכויות יסוד של אזרחי המדינה, והפליה מעשית בין אזרחים על בסיס השתייכותם האתנית-לאומית.¹¹¹

מצאנו, אם כן, כי חוק האזרחות והכניסה לישראל (הוראת שעה), תשס"ג-2003 אינו תקף: הוא מתנגש בזכויות המוגנות מכוח חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו, בלא שיעמוד בתנאיה של "פסקת ההגבלה". ניתן היה לסיים כאן את דיוננו, אלא שבחרנו להראות כי החוק מפר גם את דרישותיו של המשפט הבינלאומי - דרישות שברגיל הן פחות מחמירות עם המדינה מאלו שמטיל עליה משפטה החוקתי הפנימי.

5. הזכויות למשפחה, התאזרחות ושוויון: עמדת המשפט הבינלאומי

א. חיובי המדינה כלפי אזרחיה: הזכות למשפחה וזכויות הילד

כללי המשפט הבינלאומי מכירים בזכות המשפטית העצמאית להקים משפחה ובחופש לקיים חיי משפחה בעלי משמעות.¹¹² זכות זו מתייחסת, מבחינת היקפה, הן לאפשרות החוקית להינשא והן ולאפשרות לממש חיי משפחה.¹¹³ ובכלל זה חיי זוגיות.¹¹⁴ לזכות לחיי משפחה שורשים היונקים מן הזכות לחירות,

110 ח' גנז "מדינה יהודית" אַלפיים (טרם פורסם).

111 להלן נקודה נוספת - אחרונה ועובדתית - באשר לתכלית הדמוגרפית. נקודה זו נוגעת לנתונים הממשיים של היקף ומשמעות איחודי המשפחות בין אזרחים ישראלים ופלסטינים תושבי השטחים. מטרת השמעת הנתונים היא לאתגר מכיוון נוסף, עובדתי, את "השד הדמוגרפי" הרודף חלקים מקהילת הרוב ומפעיל אותם לאמץ חוק חמור כגון זה שבפנינו. המספרים הנורקים בחלל השיח הציבורי בישראל סבים סביב עשרות או מאות אלפים. והנה הנתונים שנמסרו לוועדת הפנים של הכנסת על ידי מר הרצל גדז, ראש מינהל האוכלוסין, מספרים סיפור אחר. הם הושמעו בדיוניה של הוועדה לקראת קבלת החוק החדש (ראו פרוטוקול הישיבה מ-14 ביולי השנה, המופיע באתר הכנסת). בעשר השנים שבין 1993-2002 הוגשו על-ידי אזרחי ישראל 24,000 בקשות לאיחוד משפחות - בממוצע 2,400 בקשות בשנה. 16,000 מהן אושרו. הערכת משרד הפנים היא כי בקשות אלו מעשר השנים האחרונות נוגעות לחייהם של כ-97,000 בני אדם - במספר זה כולל המשרד את בני הזוג של תושבי השטחים, משמע, בני הזוג הערבים אזרחי ישראל, והוא כולל את הילדים המשותפים. מה פירוש המספרים? כמה פלסטינים שאלמלא נישואים אלו לא היו הופכים להיות אזרחי ישראל התוספו עקב כך למאזן הדמוגרפי בין ערבים ויהודים אזרחי ישראל? התשובה היא מחצית המספר הנזכר. שהרי אם נניח לצורך החישוב, כי לא היו מתקיימים נישואין משני צידי הקו הירוק, אזי אותם אזרחים ערבים-פלסטינים שהם עתה בני זוג של תושבי השטחים היו ברובם המוחלט נישואים בינם לבין עצמם וילודים את ילדיהם. במילים אחרות, כמחצית המספר שהוזכר, כמחצית מ-97 אלף, היו בלאו הכי חלק מהמאזן הדמוגרפי בישראל. פירוש הדבר הוא, כי למאזן הדמוגרפי של אזרחי ישראל הצטרפו במשך העשור האחרון פחות מ-49 אלף פלסטינים, שאלמלא איחוד המשפחות לא היו חלק מישראל. מדובר לפיכך בפחות מ-4,900 נפש בשנה.

112 סעיפים 12 ו-16(3) להכרזה לכל באי עולם בדבר זכויות האדם (להלן: הכרות זכויות האדם) (ניתנת לצפייה ב- <http://www.hri.org/docs/UDHR48.html>); סעיף 23(1) לאמנה הבינלאומית בדבר זכויות אזרחיות ומדיניות משנת 1966, כ"א 31, ע' 269, שאליה הצטרפה ישראל (להלן: אמנת זכויות אזרחיות) (ניתנת לצפייה ב- http://www.unhchr.ch/html/menu3/b/a_ccpr.htm).

113 האמנה הבינלאומית בדבר זכויות כלכליות, חברתיות ותרבותיות משנת 1966 כ"א 31, ע' 205, לה הצטרפה ישראל בשנת 1991 (להלן: אמנת זכויות חברתיות) (ניתנת לצפייה ב- http://www.unhchr.ch/html/menu3/b/a_ceschr.htm) קובעת בסעיף 10(1) כי יש להעניק הגנה ועזרה מרביות למשפחה, ובאופן מיוחד בכל הנוגע ליסוד המשפחה וככל שהמשפחה אחראי לגידול ולחינוך ילדים התלויים במשפחה.

לאוטונומיה¹¹⁵, מן הזכות לתרבות¹¹⁶, ומן הזכות לפרטיות ולמרחב פרטי¹¹⁷. משמעותה האופרטיבית של זכות זו כוללת, לכל הפחות, הטלת חובה על המדינה להימנע מלפגוע (באופן שאיננו מתיישב עם פסקות ההגבלה המוכרות במשפט הבינלאומי) באפשרות המימוש של החירות על ידי אזרחי המדינה ותושביה החוקיים¹¹⁸. מדינה אשר מטילה על אזרחיה ותושביה מגבלות שאינן מאפשרות להם להינשא, או אינן מאפשרות להם, לאחר שנישאו, לחיות חיי משפחה זוגיים בעלי משמעות, נדרשת להצדיק מגבלות אלו, שאם לא כן תימצא מפרה את התחייבויותיה הבינלאומיות.

אין מוטלת במשפט הבינלאומי חובה כללית על מדינה לאפשר הגירת מאן-דהו אליה. אך הטלת מגבלה על אזרח/ית המדינה הנישוא/ת לזר, אשר לפיה על האזרח לחיות בנפרד מבת זוגו או בן זוגו או לעזוב את מדינתו, פוגעת בזכות לחיי משפחה כמו גם בחובת המדינה לאפשר לאזרחיה לחיות במדינתם¹¹⁹. מרבית מדינות העולם, משכבר הימים, רואות בנישואין לאזרח המדינה עילה לבקשת היתר ישיבה¹²⁰ ואף התאזרחות¹²¹, אשר לה ניתן לסרב רק מטעמים לגיטימיים ההולמים את המקרה לגופו. לפיכך, על מדינת ישראל יהיה להראות כי התכלית שנועד החוק החדש להשיג הנה תכלית שניתן להצדיקה כמקדמת מטרות לגיטימיות המצוינות באמנות השונות - כביטחון המדינה - ואינה נגועה במטרות לא לגיטימיות, כגון מדיניות המרתיעה אזרחים ערבים ממימוש זכותם להקמת משפחה. המדינה תידרש להראות כי תכלית זו אכן מקודמת על ידי החוק, וכי החוק עומד בדרישות המידתיות: האחת, באשר לאמצעים אלטרנטיביים, והשנייה, באשר לעוצמת הפגיעה היחסית באינטרסים המקודמים באמנות אלו.

מלבד הזכות להקים משפחה ולחיות חיי זוגיות במסגרת התא המשפחתי, מכיר המשפט הבינלאומי באופן מיוחד בזכויות הילד¹²². האמנה בדבר זכויות הילד, אשר אותה אשררה ישראל בשנת 1991, קובעת במפורש כי לילד יש זכות משפטית - ככל שהדבר ניתן ליישום - ליהנות מדאגתם והשגחתם האפקטיבית של הוריו¹²³, וכי אין להפריד ילד מהוריו אלא אם כן הפרדה כזו הנה לטובת הילד ונעשית בתום הליך הוגן הכפוף

114 קיימת אפשרות לראות בחיי המשפחה הזוגיים נגזרת של הזכות למרחב פרטי-אוטונומי. ראו אמנת זכויות אזרחיות, לעיל הערה 112, בסעיף 17, וכן סעיף 8 לאמנה האירופית לזכויות האדם משנת 1950 (ניתנת לצפייה ב- <http://www.hri.org/docs/ECHR50.html#C.Art8>).

115 למשל, סעיף 17 לאמנת זכויות חברתיות, לעיל הערה 112, מתייחס להחלטה להינשא כהחלטה שיש לשמור עליה כהחלטה חופשית (free consent) של הצדדים המיועדים להינשא.

116 הזכות לחיי משפחה מוזכרת באמנת זכויות חברתיות, לעיל הערה 112, ונראה כי אינה ניתנת לסיווג פשוט כזכות כלכלית-חברתית, כגון הזכות לזיווג, בריאות, חינוך וקיום אנושי בסטנדרט הולם, שכן היא כוללת גם מרכיב של זהות עצמית. כך, למשל, מוזכרת "המשפחה" בסעיף 12 להכרזת זכויות האדם, לעיל הערה 112, כ- the natural and fundamental group unit of society. ציון זה מלמד על מעמדה התרבותי המיוחד של המשפחה כחלק מ"האוטונומיה האנושית" - אותו מארג של הגדרה עצמית של אדם בחברה.

117 אמנת זכויות אזרחיות, לעיל הערה 112, מתייחסת בסעיף 17 להתערבות בתא המשפחתי יחד עם התערבות בפרטיות, חדירה לביתו של אדם ולתכתובותיו, וכן לצד פגיעות בכבוד ובמוניטין. גם ה ההצהרה בדבר זכויות פרטים שאינם אזרחי מדינת מגוריהם (Declaration on the Human Rights of Individuals Who are Not Nationals of the Country in Which They Live) משנת 1985, בסעיף 5(1)(b), רואה בהגנה על הזכות לחיי משפחה כזכות הדרה בכפיפה אחת עם הזכות לפרטיות (ניתנת לצפייה ב- http://www.unhchr.ch/html/menu3/b/o_nonnat.htm).

118 ראו ההצהרה בדבר זכויות פרטים שאינם אזרחי מדינת מגוריהם, לעיל הערה 117.

119 המשפט הבינלאומי המנהיג מכיר בחובת המדינה לאפשר לאזרחי המדינה לחיות במדינתם (אלא אם כן נשללה אזרחותם או גורשו כדין) כביטוי לעקרון הריבונות. ראו סעיף 12 לאמנת זכויות אזרחיות, לעיל הערה 112. וראו "The General Admission of Aliens Under International Law", 77 *Am. J. Int'l L.* (1983) 804, 816.

120 ראו, למשל, *Nishimura Eiku v. U.S.*, 142 U.S. 651 (1891), שדן בכוחה של הרשות המבצעת שלא להעניק אזרחות, ובה בעת הכיר בכך שלו המבקשת הייתה נשואה לאזרח ארצות הברית הייתה לה עילה לבקשת היתר ישיבה.

121 ראו, למשל, האמנה בדבר אזרחות של נשים נשואות משנת 1957, כ"א 8, ע' 605 (ניתנת לצפייה ב- <http://www.unhchr.ch/html/menu3/b/78.htm>), סעיף 3. הסעיף מתיר למדינה לקבוע מגבלות על זכות ההתאזרחות של אישה הנישאת לאזרח המדינה מסיבות של ביטחון הציבור או תקנת הציבור.

122 האמנה בדבר זכויות הילד, כ"א 31, ע' 221 (ניתנת לצפייה ב- <http://www.unicef.org/crc/crc.htm>).

123 שם, מכובא.

לביקורת שיפוטית¹²⁴. לילד קיימת זכות כי בקשתו, או בקשת הורו, לאיחוד משפחות המשמר את הקשר בין ההורים לילדם תידון מתוך גישה חיובית, אנושית ובמהירות האפשרית¹²⁵. רלוונטית במיוחד לענייננו הנה הוראת האמנה כי על המדינות החברות לוודא שיישום האמנה לא יביא לידי מצב שבו ילדים ייוותרו חסרי אזרחות¹²⁶, ובאופן אפקטיבי, חסרי מולדת. וככל שקיימת אפשרות חוקית למדינות לפגוע בזכויות אלו של הילד¹²⁷, על המדינה להראות כי המגבלות שהוטלו עומדות בדרישות המידתיות שהוזכרו לעיל.

ב. חיובי המדינה כלפי אזרחיה: הזכות ליחס שוויוני

כללי המשפט הבינלאומי אוסרים על הטלת מגבלות על הזכות לחיי משפחה ועל זכויות הילד באופן שאינו שוויוני¹²⁸. כאשר המגבלה פוגעת בחלק מאזרחי המדינה על בסיס קולקטיבי ולא אישי, שוויון הזכויות של אזרחי המדינה נפגע. שוויון זכויות הנו אחד מאבני היסוד של המשפט הבינלאומי¹²⁹. יתר על כן: זכות עצמאית לשוויון, נוסף על שאלת שוויון הזכויות, מתקיימת היכן שהפגיעה הבלתי-שוויונית מתרחשת על רקע "חשוד", דהיינו פגיעת יתר באוכלוסייה המובחנת על רקע מאפיינים מקובעים (immutable, or nearly immutable), אשר ההיסטוריה הרלוונטית מראה כי שימשו בעבר ואפשר שאף משמשים בהווה ככלי להעמקת פערים ביכולת למימוש זכויות, או כלי להפרה שיטתית של זכויות אדם. דיון מקיף במעמדה של הזכות לשוויון ולאי-אפליה במשפט הבינלאומי חורג ממסגרת מאמר זה, אך די אם נציין כי קיימים איסורים מיוחדים על הפליה על רקע גזעי¹³⁰. הפגיעה בזכות לשוויון מתרחשת כאשר החוק עושה שימוש בהשתייכות לקבוצה "חשודה" כקריטריון לחלוקת טובין חברתיים (ובכלל זה כקריטריון למימוש זכויות מוכרות אחרות). זאת, גם כאשר הקריטריון הרלוונטי נחזה כניטרלי, אך יישומו מוביל בפועל להפליה תוצאתית: דהיינו, השלכותיו על קבוצת אוכלוסייה המובחנת כקבוצה מקובעת פוגעות פגיעת יתר במשויכים לקבוצה¹³¹.

החלת כללים אלו על התיקון לחוק האזרחות מראה כי מדינת ישראל, אם וכאשר תידרש להצדיק את עמדתה באשר למשפט הבינלאומי, תיאלץ להעמידו במבחן פסקות ההגבלה הרלוונטיות, שכן יישומו פוגע בזכות לשוויון. תושבי ה"אזור" הנם ערבים-פלסטינים מוסלמים או נוצרים; בני הזוג הישראלים בזוגות שבהן עוסק החוק החדש משתייכים, רובם ככולם, למיעוט הערבי, ואף הם מוסלמים או נוצרים. במילים אחרות, החוק, למרות לשונו הניטרלית, כולל אלמנט לא-שוויוני ברור: זכותם של אזרחי ישראל הערבים לחיי משפחה נפגעת, ואילו זכותם של אזרחי ישראל היהודים נשמרת במלואה. היות שתוצאת החוק מובילה לפגיעה על רקע

124 שם, סעיף 9.

125 שם, סעיף 10.

126 שם, סעיף 7(2).

127 האמנה עצמה כוללת פסקות הגבלה הצמודות לסעיפים שונים, אך לא לכל הסעיפים; תנאי פסקות ההגבלה אינם זהים בין הסעיפים השונים. לדוגמה: בנוגע לחופש הביטוי של הילד האמנה קובעת שיש להגבילו בחוק בלבד כשהדבר נצרך על מנת להגן על שמם הטוב של אנשים אחרים או בסייגים של בטחון המדינה, סדר ציבורי, בריאות הציבור ותקנת הציבור (סעיף 13(2)) כך גם לגבי חופש הדת של הילד (סעיף 14(3)). לגבי החופש של הילד ממעצר הרי שהמגבלות הן אחרות: הדרישה היא שהדבר יעשה על פי החוק ולא באופן שרירותי, שלילת החופש צריכה להעשות כאמצעי אחרון ולתקופה מינימלית אפשרית ובכל מקרה יש להפריד את הילד ממבוגרים ולדאוג לצרכיו המיוחדים, הכוללים קשר עם משפחתו (סעיף 37).

128 ראו, למשל, שם, בסעיף 2.

129 ראו במישור סמוך את פסיקת בית הדין האירופאי לזכויות האדם לעניין השוויון ואי ההפליה: Relating Cetrain Aspects of the Laws on the Use of Languages in Education in Belgium v. Belgium (1979-80) 1 E.H.R.R. 252 (ניתן לצפייה ב-<http://hudoc.echr.coe.int/Hudoc2doc/HEJUD/sift/109.txt>).

130 האמנה הבינלאומית בדבר ביעורן של כל צורות האפליה הגועית משנת 1966, כ"א 25, ע' 547 סעיף 1 (להלן: אמנת ביעור אפליה גזעית) (ניתנת לצפייה ב-http://www.unhcr.ch/html/menu3/b/d_icerd.htm). ישראל חתמה על האמנה בשנת 1979. ראו גם ההכרזה הבינלאומית בדבר ביעורן של כל צורות האפליה הגועית (להלן: הכרזת ביעור אפליה גזעית) (ניתנת לצפייה ב-<http://www.unhcr.ch/html/menu3/b/9.htm>).

131 לפסיקת בית הדין האירופאי לזכויות אדם לעניין אפליה בין גברים ונשים, ראו Abdulaziz v. United Kingdom, (1985) 7 E.H.R.R. 471, בפסקאות 75 ו-83 (ניתן לצפייה ב-<http://hudoc.echr.coe.int/Hudoc2doc/HEJUD/sift/1.txt>).

לאום, מוצא אתני או גזע, נדרשת מדינת ישראל להצדיק גם את הפגיעה בזכות לשוויון, לא רק את הפגיעה בזכות לחיי משפחה.

מדינת ישראל תיאלץ לטעון כי החוק נחוץ לשמירת ביטחונה, ולמעשה כי אין באפשרותה לשמור על ביטחונה (לפחות באופן סביר) בלא החוק. ואכן, המדינה¹³² מודה כי החוק אמנם פוגע בהגנות המוענקות במשפט הבינלאומי, אך טוענת כי פגיעה זו עומדת בדרישות ההצדקה המצויות באמנות השונות, ובראשן ביטחון הציבור¹³³. כפי שהראינו בדיון בפסקת ההגבלה במשפט החוקתי הישראלי, קשה לקבל טיעון ביטחוני זה של המדינה, למצער לאור קיום חלופות סבירות פחותות בחומרתן.

ג. חובת המדינה כלפי הזר

נקודת המוצא היא כי לא מוטלת במשפט הבינלאומי חובה על המדינה להתיר כניסתם של אלו אשר אינם אזרחי המדינה¹³⁴. לפיכך, אדם שאינו אזרח המדינה או תושב קבע בה אינו יכול להלין, מכוח מעמדו שלו, על כך שמדינה מסוימת מסרבת להתיר לו כניסה לשעריה או שהייה בתחומה.

עם זאת, אין להבין ממצב עניינים זה כי למדינה זכות מוכרת במשפט הבינלאומי להטיל - אם בחוק, אם בכללים מנהליים ואם באמצעות פרקטיקה שלטונית - איסור גורף ושרירותי המונע קבלת בקשותיהם של פרטים שאינם אזרחי המדינה או תושביה החוקיים, בני (ובנות) קבוצה אתנית מסוימת להתאחד עם בני זוגם ובנות זוגם, אזרחי המדינה. קביעת כללי הגירה גזעניים, שעל פיהם בני מוצא אתני מסוים מנועים, רק בשל מוצאם האתני, מלקבל אשרות רלוונטיות, מפרה את האיסורים הרלוונטיים על פעולות גזעניות¹³⁵. במילים אחרות, אף אם לא קיימת לזר זכות משל עצמו להיכנס למדינה שאינה מדינת אזרחותו או להשתקע בה, לא ניתן לשלול טיעון שעל פיו חובת המדינה השוללת לפעול בהתאם לכללים שוויוניים, שאינם נגועים בגזענות לסוגיה. לפחות, טענה זו ניתנת להישמע כאשר המדינה השוללת חתומה על אמנות הכוללות את עקרון השוויון: אמנם אין חובה להתיר כניסתו של איש, אך משהתירה המדינה כניסתם של אנשים שאינם אזרחיה, עליה לפעול בהתאם לכללים שאינם מפלים כשהם לעצמם¹³⁶.

חוק השבות כשהוא לעצמו, ככל הנראה, אינו חשוף לביקורות מכוון זה - וזאת בניגוד לחוק האזרחות החדש. קיומה של העדפה בהליכי התאזרחות או איחוד משפחות לטובת בני הלאום שאת זכותו להגדרה עצמית מגלמת המדינה, אין בה כדי להתיר למדינה להפלות בין מבקשים שונים על רקע הלאומים השונים שאליהם הם משתייכים. כך, גם אם מדינת הלאום הגרמני או האסטוני תכונן מסלולי התאזרחות ואיחוד משפחות מועדפים לבני הלאומים הגרמני או האסטוני בהתאמה, אין בכך כדי להעניק למדינות אלו היתר

132 תגובת המדינה, לעיל הערה 6, בסעיף 1.

133 שם, בסעיף 35.

134 ראו Nafziger, 2003) 519. לעיל הערה 119, בע' 816; עניין *Nishimura Eiku*, לעיל הערה 120. על המדינה מוטלת חובה לכבד את חופש הכניסה והיציאה של אזרחיה, אך בכך מובחנים אלו מאותם שאינם אזרחים, קל וחומר מאלו שלא קיבלו היתר לשהייה חוקית. השוו סעיף 13 להכרות זכויות האדם, לעיל הערה 112; סעיף 12 לאמנת זכויות אזרחיות, לעיל הערה 112; סעיפים 2-3 לפרוטוקול הרביעי לאמנה האירופית לזכויות אדם (ניתן לצפייה ב-<http://www.hri.org/docs/ECHR50.html#P4.Art2>).

135 הכרות ביעור אפליה גזעית, לעיל הערה 130, סעיף (1)3. סעיף (3)1 לאמנת ביעור אפליה גזעית, לעיל הערה 130, קובע כי "Nothing in this convention may be interpreted as affecting in any way the legal provision of States Parties concerning nationality, citizenship or naturalization, provided that such provisions do not discriminate against any particular nationality". אמנם, החוק החדש אינו מצייץ במפורש בלאום הפלסטיני, אך דומה כי הן מדברי ההסבר והן במבחן התוצאה מבחין התיקון בין דיני איחוד המשפחות החלים על הפלסטינים ובין דיני איחוד המשפחות החלים על כל בני הלאומים האחרים (למעט, כמובן, בני הלאום היהודי, הזוכים להעדפה מתקנת-פרוטקטיבית).

136 M. Abou-Ramadan *Les Minorites en Israel et le Droit International* (These de Droit, Universite d'Aix-Marseille III, 2001) 108-110.

להפלות לרעה את בני הלאום הכורדי לעומת כל יתר הלאומים המבקשים התאזרחות או איחוד משפחות. אם כך בקשר ללאום, כך גם בקשר לדת או מוצא אתני.

אין להתעלם מכך שניתן להבין את החוק החדש כנובע מהמצב דמוי המלחמה שבו מצויה מדינת ישראל. מצב מלחמה, במשפט הבינלאומי ופרקטיקות הנהוגות במדינות שונות, מתיר למדינה לשלול כניסתם של אזרחי מדינת אויב, בעודה מתירה כניסתם של אזרחי מדינות אחרות. המדינה טענה לעניין זה בסיכומיה בפני בית המשפט¹³⁷, תוך שהיא יוצרת השוואה בין "תושבי האזור" ובין "האויב". אלא שכאן עורב מין בשאינו מינו: ה"אויב" איננו כל אחד ואחד מתושבי האזור, אלא ארגוני הטרור ותומכיהם. אין לפנינו עימות בין מדינות, אלא בין מדינת ישראל ובין ארגוני הטרור שהגדרתם במשפט הישראלי (והבינלאומי, ככל שזו קיימת). אך הפגיעה על פי החוק אינה מופנית רק כלפי חברים בארגון טרור או אלו התומכים או המזדהים עם המאבק המזוין כנגד מדינת ישראל; לגבי אלו, יסורבו בקשות ההתאזרחות שלהם במסגרת "הנוהל המדורג" שתואר לעיל. החוק החדש פוגע באזרח גורף ב"תושבי האזור" הפלסטינים כולם (בחריג של משתפי הפעולה). ודוק: לאזרחי מדינת אויב זיקה לאומית ואזרחית לארצם, והם אף חייבים לה נאמנות ונמצאים באילוצים חוקיים מכוח חוקיה. אין להניח כי לתושבי ה"אזור" זיקה גורפת כזו כלפי ארגוני הטרור ושיטותיהם הרצחניות, וודאי לאחרונים אין מרות משפטית על הראשונים¹³⁸.

הסיטואציה הישראלית-פלסטינית מעלה היבט מיוחד, הנובע מיחס הכיבוש כמסגרת משפטית. אף אם למדינת ישראל לא הייתה חובה כללית כלפי זר להתיר כניסתו לישראל לצורך איחוד משפחות, אין לשלול על הסף קיומה של חובה כזו דווקא כלפי פלסטינים תושבי השטחים, משום שתושבים אלו מצויים בשליטתה של "המעצמה הכובשת" כהגדרתה במשפט הבינלאומי, וזאת ב"תפיסה לוחמתית" (ממושכת ביותר)¹³⁹. אמנם, על פי הסכמי אוסלו הועברה שליטה בעניינים מסוימים לרשות הפלסטינית, אך אין לומר כי העברה זו שחררה את מדינת ישראל מחובותיה כמעצמה כובשת, לפחות לעניין זה¹⁴⁰. כך על פי ההסכמים, ולא כל שכן מאז מבצע "חומת מגן" ולאחריה, בתקופה בה החזירה ישראל לעצמה את השליטה הביטחונית דה-פקטו על שטחי הגדה והרצועה. חובתה של המעצמה הכובשת כלפי תושבי השטח המצוי בתפיסה לוחמתית - חובה המעוגנת הן במשפט הבינלאומי המנהגי והן במשפט ההסכמי - כוללת גם את החובה שלא לשלול את זכותם של תושבי השטח הכבוש לחיי משפחה. בהקדמה חיץ משפטי שאינו מאפשר לתושבי השטחים לבקש איחוד משפחותיהם

137 תגובת המדינה, לעיל הערה 6, בסעיפים 20, 27.

138 המדינה טוענת כי "ישראל מצויה בעימות מזוין עם הרשות [הפלסטינית] וחלק נכבד מהאוכלוסייה האזרחית תומך בעימות המזוין או שותף לו". הכללה זו בעייתית, שכן היא משייכת ל"תושבי האזור" זיקה כלפי הרשות הפלסטינית הוזהר לזיקה כלפי מדינת אזורות. והרי הרשות אינה, על פי ההסכמים, במעמד המאפשר לה להקנות אזרחות, ולא בכדי. זאת ועוד: החוק אינו חל רק על תושבים הגרים באזור המצוי בשליטת הרשות (נניח, שטחי A על-פי הסכמי אוסלו) אלא על כל שטחי יהודה, שומרון וחבל עזה. בכך גזרת המדינה כלל זיקה מהתושבות כשלעצמה, בסתירה לקשר הריבוני הקיים בין האזור ובין מדינתו.

139 לעניין מהותה של "תפיסה לוחמתית" ראו תקנות האג, 1907 (ניתנות לצפייה ב-<http://www.yale.edu/lawweb/avalon/lawofwar/hague04.html>); אמנת ג'נבה הרביעית (אמנת ג'נבה מ-12.8.1949 בדבר הגנת אזרחים בימי מלחמה, כ"א 30, ע' 559) (ניתנת לצפייה ב-

http://www.us-israel.org/jsource/History/Human_Rights/geneva1.html); כן ראו לעניין "תפיסה לוחמתית ארוכת-טווח" דברי השופט ברק בבג"ץ 393/82 ג'מעית אסכאן אלמעלמן אלעתאוויה אלמחדודה אלמסאוליה, אגודה שיתופית רשומה כדין במפקדת אזור יהודה ושומרון ג' מפקד כוחות צה"ל באזור יהודה ושומרון, פ"ד (4) 785. ראו גם 7015/02 עג'ורי ג' מפקד כוחות צה"ל בגדה המערבית, פ"ד (נו) 352. יודגש כי חובתה של המעצמה הכובשת שלא להפר זכויות אדם בסיסיות חלה כלפי התושבים גם לפי דיני המלחמה החלים בזמן הלחימה עצמה, וגם לפי דיני המלחמה החלים על שטח הנתון לתפיסה לוחמתית בתום הלחימה או בעת "לחימה בעצימות נמוכה". השוו בג"ץ 4764/04 רופאים לזכויות אדם ג' מפקד כוחות צה"ל בעזה (טרם פורסם).

140 השוו לעניין זה עמדת המדינה בבג"ץ 769/02 הועד הציבורי נגד עינויים בישראל ג' ממשלת ישראל העוסק בחוקיות החיסולים. בטעוניה המשלימים (פסקאות 45-46, 48) טוענת המדינה כי מכיוון שישראל ויתרה על השליטה האפקטיבית בחלקים מסוימים של יהודה, שומרון וחבל עזה, אין לראות בשטח זה כנתון לתפיסה לוחמתית על ידי מדינת ישראל. קשה לנו להצטרף לעמדת המדינה; וראו בג"ץ 9586/03 סואלמה ג' מפקד כוחות צה"ל באזור יהודה ושומרון (טרם פורסם, ניתן ביום 25.12.2003): "צו זה תואם את כללי המשפט הבינלאומי ההומניטרי, אשר חלים על אזור יהודה ושומרון בהיותו שטח הנתון לתפיסה לוחמתית" (ההדגשה הוספה). אך אפילו נקבל את עמדת המדינה, הרי שחוק האזרחות והכניסה לישראל אינו מבחין בין שטח הנתון לתפיסה אפקטיבית ישראלית ובין שטח שאינו נתון לתפיסה כזו, אלא מתייחס ליהודה, שומרון וחבל עזה כאל יחידה אחת (למעט "ישובים ישראלים").

בישראל, מטילה מדינת ישראל מגבלה קשה על זכותם זו של תושבי האזור. מגבלה זו מחריפה כאשר מביאים אנו בחשבון את המציאות האתנית-לאומית המתוארת לעיל, דהיינו את העובדה כי תושבי השטחים נדרשים להתמודד עם מגבלה החלה על יכולתם לממש את הזכות להקים משפחה דווקא עם בני עמם שלהם.

לסיכום, נראה שעמדת המשפט הבינלאומי נגד החוק החדש חזקה לא פחות מעמדת המשפט החוקתי הישראלי. כמו בניתוח הדין המקומי, נמצא כי החוק החדש פוגע שלא כדין בזכויות מוגנות. בנוסף לפגיעות כלפי פנים - באזרחי ישראל הערבים - עלה כאן איסור הפגיעה המפלה כלפי חוץ, כלפי "הזור"; ונטען כי לאנשים החיים בשלטון כיבוש יש תביעה מיוחדת ליחס נאות כ"מוגנים" כלפי המעצמה הכובשת, שאינה עומדת לזרים אחרים.

מסקנה זו מחזקת את זו שאליה הגענו בתום ניתוח עמידת החוק החדש בסייגיו של חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו. זאת, בין היתר, לאור החזקה הפרשנית כי על הדין הבינלאומי הרלוונטי להנחות את בית המשפט בבואו לפרש את הדין המקומי¹⁴¹.

סיכום

כמו כל מדינה, ישראל רשאית לווסת את ההגירה אליה. כמו כל מדינה, היא רשאית וחייבת להילחם בטרור הרצחני המאיים ופוגע באזרחיה ותושביה. כמו כל מדינה, אסור לה לנקוט לשם כך כל צעד ואמצעי שבכוחה להפעיל. היא מוגבלת על ידי איסורי הפרתם של כבוד האדם ושל זכויות יסוד נוספות. משמע, היא מוגבלת לסייגיו של משפט החוקתי ולמחויבויות משפטיות נוספות החלות עליה.

והנה, בפוגעה בשוויון בין אזרחיה, בפוגעה בזכותם ובזכות בני זוגם הזרים הפלסטינים להקים משפחה, בפוגעה בילדיהם, בפוגעה במעמדם האזרחי של בני זוג, ובעשותה כל אלה ללא צידוק הולם - הפרה המדינה את חובותיה הן במשפט החוקתי והן במשפט הבינלאומי. הפרה זו שוללת את תוקפו של חוק האזרחות והכניסה לישראל.

משטר ההגירה לישראל הנו ייחודי, ובעל איזונים עדינים. יסודו - זכותו של כל יהודי לעלות לישראל ולהתאזרח בה מכח שבות. זו זכות קיבוצית הניתנת ליהודים ואינה ניתנת לערבים. עד לאחרונה נותרה העדפה זו במישור הזכויות הקיבוציות ולא גלשה לפגיעה בשוויון במישור זכויות הפרט. ואכן לאורך שנים נשמר השוויון בין אזרחים יהודים ואזרחים ערבים באשר ליכולתם של האחרונים להתאחד עם בני זוגם במדינתם. בכך נמצאה הגנה לחוק השבות מאגפו: מצב דברים זה גונן על חוק זה מפני טענת העדפה גזענית. לשון אחר, כל עוד זרים כלשהם רשאים להגר לישראל עקב קשירת גורלם באזרח או תושב המדינה, ההעדפה שמבצע חוק השבות הנה בעייתית פחות - עניינה "זרים" וזכויות קיבוציות, להבדיל מאפליה בזכויות המשותפות של האזרחות. אשר על כן הוקל הלחץ על תפריה של הסינתזה הישראלית המגובשת במושג "מדינה יהודית ודמוקרטית". כל זה השתנה במידה מהותית בעקבות החוק החדש. מחוקקי חוק האזרחות החדש, בכניעתם לרטוריקת הביטחון בכל מחיר, ואולי גם - מה שחמור הרבה יותר - במניעים הדמוגרפי לחוק, פגעו בלגיטימיות של אבן הפינה הזו. ביסוד החוק החדש עומדת, כך נראה, התעלמות מעובדת יסוד אחת: אזרחי מדינת ישראל הערבים אינם חיים כאן במעמד חלקי כלשהו, מכוח תקלה היסטורית. הם אזרחים במלוא מובן המילה, במדינה

141 י' זילברשץ "קליטת המשפט הבינלאומי למשפט הישראלי - הדין המצוי, רצוי" משפטים כד (תשנ"ד) 317. ראו גם ר' לפידות "מקומו של המשפט בינלאומי הפומבי במשפט בישראל" משפטים כט (תש"ן) 807.

המצהירה על עצמה כדמוקרטית; הם ילידיה של הארץ, המדינה היא מדינתם, זיקותיהם האישיות והקולקטיביות נעוצות בה.

יש אשר בשעות חירום מדינות דמוקרטיות יאבדו עשתונות ויפנו, בצר להן, לאמצעי חירום הנוגדים את אושיותיהן. מקרה ידוע הנו פרשת קורמצו שנזכרה לעיל: בבהלתו מפני אויבים חיצוניים ניכר השלטון מעליו את אזרחיו שלו. בלהיטותו להבטיח את המדינה מפני כל איום הפך השלטון עצמו לאיום על רווחת חפים מפשע בקרב אזרחיו. דמוקרטיה אינן מתחסנות באמצעים לא-דמוקרטיים. דמוקרטיה אינה שיטת משטר בלבד: היא גם עיקרון מוסרי שעניינו גבולותיה של הפעלת כח. הפיתוי העיקרי בזמנים מאיימים הנו לבוא אל הכוח וממנו, ולזנוח את העקרונות הדמוקרטיים של הפעלתו. בחקיקת חוק האזרחות החדש התפתה לכך המחוקק הישראלי. בלמיו, לעת עתה, לא עמדו לו. אך עוד ניתן לנו כחברה לעמוד בפיתוי הכח, הדחייה והניכור, ועוד קיימים הבלמים לסייע לנו לתקן את אשר נעשה.