

מגדר ולאומיות בשפיטה: פסיקת הנשים השופטות בבג"ץ חוק האזרחות

סאוסן זהר¹

"We bring an individual and collective perspective to our work that cannot be achieved in a system which reflects the experiences of only a part of the people whose lives it affects"²

בבג"ץ **עדאלה ואח' נגד שר הפנים**, שדן באיחוד משפחות ערביות-פלסטיניות במדינת ישראל,³ נדחו העתירות ברוב דעות של שישה שופטים, וביניהם השופטת מרים נאור, כנגד שופטי המיעוט: שלוש שופטות (דורית ביניש, אסתר חיות ואילה פרוקצ'ה), השופט הערבי (סלים גיבראן) והנשיא היוצא של בית המשפט העליון (אהרן ברק). ברשימה קצרה זו אדון בפסיקתן של שופטות בית המשפט העליון, בניסיון להבין אם קיים איזושהו ערך מוסף בהשתתפות נשים שופטות בפסק הדין החשוב הזה. סוגיה זו מעלה מספר שאלות על תפקידן של הנשים כשופטות, כגון, האם קיים ערך מוסף במינוי נשים לכס השפיטה? האם לשופטות קול ייחודי בהשוואה לזה של עמיתיהן השופטים הגברים ואם כן, כיצד מודדים את השוני של קול זה? כמו כן, האם משמע השוני הוא, כי על הנשים להיות נוטות – biased – כלפי ענייני הנשים והאם על נשים שופטות לייצג באופן בלעדי את האינטרסים של הנשים בסוגיות הקשורות אליהן?⁴

הספרות המשפטית הצביעה על ארבעה תפקידים שלפיהם אפשר לבחון החלטות שיפוטיות של שופטות.⁵ ראשית, התפקיד הייצוגי (*Representative*), שלפיו נשים שופטות מצדדות בצד של הנשים כאשר המקרה המובא לפנין משפיע ישירות על חייהן או מעמדן, למשל בתיקים שעניינם הטרדה מינית, אלימות בתוך המשפחה, סוגיית ההפללות, העסקת נשים וייצוגן במקומות העבודה וכדומה; שנית, התפקיד הסמלי (*Token*), שלפיו נשים שופטות מתאימות את עצמן ואת החלטותיהן לדעת הרוב הזכרי הדומיננטי בבית המשפט שבו הן יושבות, בלי למשוך תשומת לב לקול המיוחד המאפיין אותן כנשים בהיותן מיעוט במערכת השפיטה; שלישית, תפקיד הנוכרי (*Outsider*), שהוא ההיפך מהתפקיד הסמלי. בתפקיד זה הנשים השופטות נוטות לא להיות כבולות בנורמות הקשורות ומזהות עם הממסד שאליו הן משתייכות ועל כן הן מתעלמות ו/או אינן מתייחסות למנהגים הממסדיים ומסוגלות להחליט החלטות המנוגדות לעמדת הממסד ו/או ללכת נגד הזרם ו/או להיות בדעת מיעוט; לבסוף, תפקיד "הקול השונה" (*Different Voice*), המבוסס על התיאוריה של הפסיכולוגית קרול גיליגן, שלפיו נשים מאמצות גישה שונה למוסריות,

¹ עורכת דין בעדאלה – המרכז המשפטי לזכויות המיעוט הערבי בישראל.

² ציטוט מדברי שופטת בית המשפט העליון במדינת יוטה בארה"ב, השופטת קריסטין דורהם, כשהיא נשאלת על נשים שופטות. הציטוט נלקח מ-

Elaine Martin, *Men and Women on The Bench: Vive la Difference?*, 73 *Judicature* 204 (1990).

³ בבג"ץ 7052/03 **עדאלה ואח' נגד שר הפנים ואח'** (פסק דין מיום 14.5.06, טרם פורסם).

⁴ ראו:

Elaine Martin, *Women on the Bench: A Different Voice*, 77 *Judicature* 126 (1993).

⁵ לעניין תפקיד הנשים בכס השפיטה ראו:

David Allen, Diane Wall, *Role Orientation and Women State Supreme Court Justices*, 77 *Judicature* 156 (November-December 1993).

חושבות אחרת מאשר גברים ומביאות עמן תפיסה מגדרית המבוססת על הוויית חייהן כנשים בתוך החברה.

כדי לבדוק אם השופטות קיבלו על עצמן תפקיד ייצוגי (representative) בפסיקתן, יש לבדוק תחילה אם הסוגיה שבפנינו נוגעת במישרין ובאופן בלעדי לנשים ובאיזו מידה יש לה השפעה על חייהן. חוק האזרחות נשוא העתירות חותר לדחיית בקשות לאיחוד משפחה בין אזרחים ערבים לבין תושבי השטחים הכבושים, בנימוק שבן הזוג הפלסטיני מהווה סיכון ביטחוני בכל נקודת זמן נתונה. נכון שלסוגיה יש השפעה ישירה, בולטת וחמורה יותר על הנשים. גם בהנחה שנקבל את פסיקת רוב שופטי בית המשפט, שלפיה החוק נתקבל על רקע הסכסוך המזוין הישראלי-פלסטיני ועל כן תכליתו היא ביטחונית, הרי השפעת סכסוכים מזוינים על נשים הוכרה זה מכבר בהחלטה מס' 1325 של מועצת הביטחון של האו"ם, שכותרתה "נשים, שלום וביטחון". החלטה זו הכירה בין היתר בעובדה, כי באזורי סכסוך קיימת השפעה חמורה יותר ואו לפחות שונה על נשים ועל ילדות. עם זאת, החוק משפיע על כולם: גברים, נשים וגם ילדים. הוא פוגע, בין היתר, בזכות לחיי משפחה, בזכות לאהבה, בזכות לניהול אוטונומיה של התא המשפחתי. כתוצאה מכך הוא פוגע גם בזכות להורות. כמו כן, החוק מפלה על רקע לאום את האזרחים הערבים.

על כן, במקרה זה אי אפשר לנתח את החלטות השופטות כמיישמות של הגישה הייצוגית. העדר גישה זו מתבטא גם בניתוח שבחרו השופטות כדי להגיע למסקנה השיפוטית שאליה הגיעו, כל אחת בדרכה שלה. למשל, עיון בפסקי הדין של השופטות ביניש וחיות, שהשתייכו לעמדת המיעוט, מראה כי התוצאה הסופית שאליה הגיעו מבוססת על איזון "יבש" בין הזכות לחיי משפחה לבין ההגנה על ביטחון המדינה. שתי השופטות הכירו בזכות לחיי משפחה בישראל כזכות חוקתית, המהווה חלק מהזכות לכבוד המוכרת בחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו. השופטות ביניש וחיות הכירו בתכלית חוק האזרחות כתכלית ביטחונית, הבאה לשמור על ביטחון האזרחים וחיייהם מפני כל סיכון ביטחוני העומד להתממש עקב כניסת "מחבלים פוטנציאליים", כלשונן, העלולים לנצל את מסלול איחוד המשפחות כדי לפגוע בביטחון המדינה. מה שהכריע את הכף מבחינתן היה חוסר המידתיות הגלום באמצעי הגורף שנקבע בחוק כדי לשלול איחוד משפחות מכלל המבקשים, זאת ותו לא. אילו העמיד החוק אמצעי לבדיקה אינדיווידואלית לבחינת המסוכנות הביטחונית של בני הזוג הפלסטינים המבקשים איחוד משפחה עם בני משפחותיהם, היה אמצעי זה עומד במבחן המידתיות ושופטות המיעוט היו מצטרפות לרוב.

גם ניסיון לבחון את נימוקי השופטות ביניש וחיות מזווית של "הקול אחר" (different voice), לא צלח. נימוקיהן לא הותירו מקום להבלטה של "קול אחר" כלשהו, המבוסס על ניסיון חייהן והווייתן כנשים בחברה. בעצם הנכונות לאמץ את השימוש במרכיב הביטחוני והחדרתו עמוק לניתוח של איזוני הזכויות יש כדי להעיד על אימוץ שיח יותר "ביטחוניסטי-מיליטריסטי" מאשר הבלטת "הקול האחר" של הנשים השופטות. עיון מעמיק יותר בפסיקותיהן מראה, כי הן נעדרות כל ניתוח וראייה מגדרית (gender mainstreaming) בכל הנוגע למשמעות יישום החוק ודחיית בקשות לאיחוד משפחות בין גברים ונשים, לפירוק חיי משפחה שלמים ולהשפעה הייחודית שיש לפירוק זה על חיי הנשים בפרט.

בלי להטיל ביקורת על כך במעמד זה, אין ספק כי מקומן החברתי של הנשים הערביות, בין אם אזרחיות ישראל ובין אם תושבות השטחים הכבושים, מתמקד במתחם הפרטי, בבית ובמשפחה. פירוק המשפחות שנגרם וייגרם עקב אישור תקפותו של חוק האזרחות, יביא לכך שאשה פלסטינית תושבת השטחים הכבושים שהתחתנה עם גבר פלסטיני אזרחי ישראל, תצטרך לחזור לעיר הולדתה או לכפרה בשטחים הכבושים, שם אין ספק שמצופים לה חיים קשים שיעמידו אותה במדד חברתי-כלכלי נמוך ביותר, ובמדרג נמוך מזה שאליו השתייכה בטרם נישואיה. היא תיחשב פרודה ו/או גרושה ואם תיקח את ילדיה עמה, תחיה כאם חד הורית נטולת זכויות חברתיות וכלכליות כלשהן. נשים אלה יתקשו למקם את עצמן חזרה בבית אביהן ו/או בבית משפחתן. לבטח יתקשו למצוא עבודה בשטחים הכבושים, כדי לכלכל את עצמן ואת ילדיהן. ואם כן ימצאו מקום עבודה, אין ספק כי ישתכרו שכר ממוצע לכל היותר. מנגד, אם יישארו בישראל כתושבות בלתי חוקיות, יהיו צפויות לגירוש בכל רגע נתון ויישללו מהן הזכויות הסוציאליות המוקנות לנשים נשואות ולאמהות בישראל. הנשים הפלסטיניות אזרחיות ישראל יושפעו מפירוק המשפחה באותה מידה, שכן בחברה הערבית בשני המקומות מקובלות נורמות חברתיות דומות.

השופטת ביניש למשל, קובעת בפסק דינה, כי היא אכן מכירה בזכות לחיי משפחה כזכות חוקתית הכלולה בזכות לכבוד, אולם היא מוסיפה שרק המובן המצומצם והגרעיני של הזכות הבסיסית הזו כלול בזכות לכבוד.⁶ מבחינתה, הגרעין של הזכות לחיי משפחה הוא הזכות הבסיסית של האדם לבחור בן זוג או בבת זוג לחיים ולמשמש את קיום התא המשפחתי. ומה עם כל מה שמסביב? האם אכן ניתן לחלק את הזכות לחיי משפחה לתתי-זכויות חשובות יותר וחשובות פחות? יתר על כן, גם השופטת חיות מכירה בזכות לחיי משפחה כזכות חוקתית ואף מוסיפה, כי "הזכות העומדת לאדם לבחור את בן הזוג שעמו הוא חפץ להקים משפחה וכן הזכות העומדת לו להקים את ביתו במדינה שבה הוא חי, הן בעיני זכויות אדם מן המעלה הראשונה".⁷ אולם בהמשך פסק דינה, שבה השופטת חיות ומאמצת את השיח "הביטחוני" שאימץ המשנה לנשיא בית המשפט העליון, השופט מישאל חשין, שהוביל את דעת הרוב, וקובעת כי "הטלת מגבלות על איחוד משפחות עם תושבי האזור בשל צורכי ביטחון היא הכרח ואין לגנותו".⁸ כאמור, המסקנה שאליה הגיעה חיות בסוף פסק דינה התבססה על חוסר המידתיות שבפגיעה הגורפת בחיי המשפחה.

השופטת פרוקצ'יה, לעומת זאת, מכירה אף היא בזכות לחיי משפחה בתנאים של שוויון כחלק מהזכות החוקתית לכבוד האדם.⁹ בפסיקתה ניתן לראות הרחבה של הזכות לחיי משפחה מעבר לגרעין שעליו הצביעה השופטת ביניש. למשל, פרוקצ'יה קובעת כי "זכותו של בן הזוג הישראלי כי משפחתו – בן זוגו וילדיו, יחיו עמו בישראל".¹⁰ "זכות האדם למשפחה היא מיסודות הקיום האנושי. קשה לתאר זכויות אנוש שתשווינה לה בחשיבותן ובעוצמתן. היא משלבת בתוכה את הזכות להורות ואת זכותו של ילד לגדול בחיק הוריו הטבעיים. יחדיו הן יוצרות את הזכות

⁶ פסקה 6 לפסק הדין של השופטת ביניש.

⁷ פסקה 4 לפסק הדין של השופטת חיות.

⁸ שם.

⁹ פסקה 1 לפסק הדין של השופטת פרוקצ'יה.

¹⁰ שם.

לאוטונומיה של המשפחה"¹¹ למרות האמור לעיל, ניתן להבחין, כי פסיקת השופטת פרוקצ'יה בלטה ב"נוכריות" שבה (outsider). היא בוחנת את השיקול הביטחוני בהליך דו שלבי של אמינות ועוצמה.¹² במקום שבו כל יתר השופטות והשופטים, מלבד השופט גיבראן, קבעו כי השיקול הביטחוני הוא העיקר מאחורי חקיקת החוק, מצאה השופטת פרוקצ'יה לנכון לסטות מהמוסכמה שהובעה בקרב השופטים והשופטות, תוך הטלת ספק בשיקול הביטחוני לטובת השיקול הדמוגרפי. בסופו של דבר קבעה פרוקצ'יה, כי לא ניתן להסתמך על השיקול הדמוגרפי בבחינה החוקתית, הואיל והמדינה לא הסתמכה עליו כיסוד לחקיקה שעמדה למבחן.¹³ מבחינת עוצמת השיקול הביטחוני, היא, כחבריה בדעת המיעוט, קבעה שהמדינה לא הראתה שהפגיעה הגורפת בזכות החוקתית עומדת במבחן המידתיות של פסקת ההגבלה.¹⁴ כך, פסיקתה של השופטת פרוקצ'יה משלבת בין "הקול האחר" לבין התפקיד הנוכרי, שכן מחד גיסא היא הרחיבה את תוכן הזכות לחיי משפחה ומאידך גיסא הרשתה לעצמה לא להיות כבולה לדעת הרוב בעניין זה ואף סתתה ממנו. אולם, ניתוח זה מעניק משקל כבד יותר לתפקיד הנוכרי, שכן לפיו העזה השופטת פרוקצ'יה ללכת צעד אמיץ נוסף ולהשוות בין הסוגיה שעמדה בפני בית המשפט לבין פרשת Korematsu. בפרשה זו הושמו בהסגר תושבים ואזרחים אמריקנים ממוצא יפני, בעת מלחמת העולם השנייה, בשל חוסר נאמנות לארה"ב שגילו יחידים מעטים ממוצא דומה. פרוקצ'יה קראה להימנע מעשיית טעות בדמותה של פסיקת דעת הרוב בבית המשפט האמריקאי בפרשת Korematsu, אשר אישרה את האמצעים הגורפים שנקטו נגד האזרחים ממוצא יפני כחוקתיים. שופטי הרוב באותה פרשה הסתמכו על נימוקים דומים למדי לנימוקי דעת הרוב בפרשת חוק האזרחות בישראל. השופטת אף הדגישה כיצד במחשבה חוקתית מאוחרת הוכרה הטעות שבפסק הדין בפרשת Korematsu כ"טעות ניכרת על פניה",¹⁵ כדבריה, ותיארה כיצד פסיקת רוב השופטים בפרשה האמריקאית "נחשבת בעיני רבים לאחת האפיזודות האפלות ביותר בהיסטוריה החוקתית של מדינות המערב".¹⁶ אין ספק, כי השוואה בין שתי הפרשות מהווה סטייה חדה מהשיח הביטחוניסטי הישראלי המקובל, והיא מותירה את פרוקצ'יה בקצה הקיצוני הרדיקלי מבחינת העמדות שהביעו השופטים והשופטות בפסק הדין. עמדתה אף ספגה ביקורת חריפה מצד חלק מעמיתיה השופטים, כפי שיפורט להלן.

לעומת זאת, עיון בפסיקת השופטת נאור מעלה תוצאות שונות לגמרי. היא מאמצת את דעתו של השופט חשין, דוחה את העתירות וקובעת, כי "לבן הזוג הישראלי לא מוקנית זכות חוקתית, כחלק מהזכות לכבוד, לממש את חיי המשפחה עם בן זוגו הזר בישראל דווקא".¹⁷ היא מוסיפה כי החוק אף אינו פוגע בעקרון השוויון, בשל קיומה של שונות רלוונטית שאינה פוגעת בכבוד האדם ועל כן אינה מהווה אפליה.¹⁸ היא אף מרחיקה לכת וקובעת, כי גם אם קיימת פגיעה בעקרון השוויון, "ניתן לסלק את הפגיעה על ידי השוואת מעמדן של שתי הקבוצות: הקבוצה המופלית

¹¹ פסקה 6 לפסק הדין של השופטת פרוקצ'יה.

¹² פסקאות 11 עד 16 לפסיקת השופטת פרוקצ'יה.

¹³ פסקה 14 לפסק הדין של השופטת פרוקצ'יה.

¹⁴ פסקה 19 לפסק הדין של השופטת פרוקצ'יה.

¹⁵ פסקה 21 לפסק הדין של השופטת פרוקצ'יה

¹⁶ שם.

¹⁷ פסקה 4 לפסק הדין של השופטת נאור.

¹⁸ פסקה 11 לפסק הדין של השופטת נאור.

לרעה מול קבוצת ההשוואה... ולענייננו: אם תבוטל האפשרות לאיחוד משפחות לגבי כל אזרחי ישראל ותושביה, לא יהא עוד בסיס לטענת הפגיעה בשוויון. על כן, גם אם נניח שקיימת בחוק פגיעה בזכות לשוויון, יוכל המחוקק ליצור מחדש שוויון בין הקבוצות בדרך זו.¹⁹ דהיינו, לא רק שהשופט נאור מסכימה לפגיעה בזכות לחיי משפחה במקרה זה, אלא היא מציעה לבטל את האפשרות לאיחוד משפחה של כל האזרחים והתושבים בישראל, כדי שלא יהיה בסיס לטענת הפגיעה בשוויון. גם בבחינת השיקול הביטחוני, ניתוחה של השופטת נאור מאמץ את העמדה הביטחוניסטית הן של המדינה והן של שופטי הרוב, לרבות דעתו של השופט חשין. אין ספק כי פסיקת השופטת נאור מצטיירת בפן הסמלי (token), בכך שהשופטת התאימה את פסיקתה הן לעמדת דעת הרוב הדומיננטית של שופטי בית המשפט העליון והן לעמדת הממסד, תוך הימנעות מוחלטת מסטייה מהנורמות שזיהו את הממסד שאליו היא משתייכת.

אם העמדנו את פרוקציה בקצה הקיצוני הרדיקלי שביטא עמדה נוכרית לגמרי, פסיקתה של נאור ניצבת בקצה הקיצוני האחר. לעניין זה ניתן ביטוי בהעלאת הביקורת נגד ההשוואה שהעלתה פרוקציה בין פרשת איחוד המשפחות לפרשה האמריקאית. בעניין זה הצטרפה נאור לביקורת החריפה שהעלה השופט חשין.²⁰ נאור עצמה ציינה, כי באזכור פרשת Korematsu הנודעת לשמצה בהיסטוריה של האומה האמריקאית, השופטת פרוקציה "הרחיקה לכת" ואף "שולחת בפסק דינה אזהרה".²¹ אזהרה זו אינה מקובלת על נאור. לטענתה אין בסיס להשוואה בין שתי הפרשות, אף שגם היא סבורה שנפלה טעות לפני בית המשפט העליון האמריקאי.

לסיכום, אמנם רוב השופטות היו בדעת מיעוט בפסק-דין זה והן היוו רוב בקרב עמדת המיעוט (שחבריה היו שלוש שופטות, שופט ערבי ושופט יהודי), אך אין ספק כי פסיקתן היתה מנותקת מההוויה הנשית. מלבד השופטת פרוקציה, יתר השופטות אימצו את השיח הביטחוניסטי-הלאומי השורר בבית המשפט העליון. אמנם השופטת פרוקציה חרגה מהקונסנסוס הזה, אולם קשה לשייך את עמדתה לשיח הנובע מתוך ההוויה הנשית, בהעדר מאפיינים אחרים המחזקים את התרחקותה מהשיח הדומיננטי. עם זאת, ניתן לשייך את פסיקתה לעמדה ערכית אישית המנותקת מהשיוך המגדרי שלה.²² השיח הביטחוניסטי-המיליטריסטי היה הדומיננטי בפסק-הדין. בכל מקרה, ניסיוני לאתר הבדלים בין השופטות לבין השופטים בשיח המשפטי הישראלי על בסיס השיוך המגדרי, לא צלח. נראה כי אין לו קיום בנוכחות השיח הלאומי היהודי-הציוני המתמודד מול הזהות הערבית. כך, נוכחותה של הזהות הערבית בפסק-הדין איינה את הקיום של הזהות הנשית של השופטות היהודיות.

¹⁹ פסקה 13 לפסק הדין של השופטת נאור.

²⁰ ראו פסקה 136 לפסק הדין של המשנה לנשיא (בדימוס) חשין.

²¹ פסקה 22 לפסק הדין של השופטת נאור.

²² לעניין פסיקת השופטים/ות לפי עמדה אישית ערכית (attitudinal model), ראו:

Theresa Beiner, *What Will Diversity on the Bench Mean for Justice?*, 6 Mich. J. Gender & L. 113 (1999).