

1. עדאלה – המרכז המשפטי לזכויות המיעוט הערבי בישראל
2. רנית טבילה, ת"ז 026177259
3. חאתם טבילה, ת"ז 318104429
4. אסאלה טבילה (קטינה), ת"ז 322628413
5. דימא טבילה (קטינה), ת"ז 213772106
6. מחמוד סביחאת, ת"ז 029217403
7. עולא סביחאת, ת"ז 907526495
8. אחמד סביחאת (קטין), ת"ז 212022974
9. מוחמד סביחאת (קטין), ת"ז 212022453

ע"י ב"כ עוה"ד חסן ג'בארין ו/או סאוסן זהר ו/או ארנה כהן
ו/או סוהאד בשארה ו/או מוראד אלסאנע ו/או עאדל בדיר ו/או
עביר בכר ו/או פאטמה אלעג'ו ו/או רנא עסלי
מעדאלה – המרכז המשפטי לזכויות המיעוט הערבי בישראל
רחוב יפו 94, ת.ד. 8921 חיפה 31090
טל: 04-9501610; נייד: 052-6399147; פקס: 04-9503140

העותרים

נגד

1. שר הפנים
 2. היועץ המשפטי לממשלה
- ע"י פרקליטות המדינה
רחוב צלאח אלדין 29, ירושלים
טל: 02-6466590, פקס: 02-6466655

המשיבים

עיקרי טיעון מטעם העותרים

העותרים מתכבדים בזאת להגיש עיקרי טיעון מטעמם, וזאת בעקבות הצו על תנאי שניתן ע"י בית המשפט הנכבד בתאריך 5.5.08 המורה כדלקמן:

"על יסוד עתירות אלה שהובאו לפני בית-משפט זה, מצווה בית המשפט כי ייצא מלפניו צו על תנאי המכוון אל המשיבים והמורה להם ליתן מדוע לא יצהיר בית המשפט על בטלותו של חוק האזרחות והכניסה לישראל (הוראת שעה), התשס"ג – 2003. המשיבים יגישו תשובתם בתוך 60 יום מיום המצאת כתב זה, לבית המשפט ולבעלי הדין ישירות."

תוכן עניינים

3	פרק א' – מבוא ותמצית הטיעונים
9	פרק ב' – חוק האזרחות מפלה על רקע אתני ולאום ועל כן דינו בטלות
9	ההיבט הראשון: החוק מפלה נגד המיעוט הערבי בישראל על רקע אתני ולאום
	רוב השופטים בפס"ד עדאלה קבעו כי חוק האזרחות מפלה
9	נגד האזרחים הערבים
10	חוק האזרחות יוצר מסלולי התאזרחות אתניים
11	וועדת האו"ם קראה לישראל לבטל את חוק האזרחות בהיותו חוק מפלה
	חוק האזרחות פוגע בזכות המיעוט הערבי לשמור על
11	קשרי משפחה עם בני עמו ואומתו
16	המשפט הישראלי אוסר על הפליה על רקע אתני ולאום
17	עקרון איסור ההפליה חל גם ובמיוחד במצבי מלחמה
19	ההיבט השני: איסור הפליה על בסיס זהותו האתנית של בן הזוג הזר
19	חיי המשפחה הם חיים משותפים של בני הזוג וילדיהם
21	המשפט המשווה: אין מפלים בן זוג זר של האזרח הישראלי
29	דוקטרינת "נתיני אויב" מנוגדת למשפט הבינלאומי
35	חוק האזרחות יוצר מדיניות של תיוג אתני
36	סיכום ביניים
38	פרק ג' – חוק האזרחות פוגע בזכות לחיי משפחה באופן בלתי מידתי
38	חוק האזרחות פוגע בזכות החוקתית לחיי משפחה
38	הפגיעה בזכויות החוקתיות אינה לתכלית ראויה
41	הפגיעה בזכות החוקתית לחיי משפחה אינה מידתית

פרק א' – מבוא ותמצית הטיעונים

1. חוק האזרחות והכניסה לישראל (הוראת שעה), תשס"ג – 2003 (להלן: "חוק האזרחות") נתקבל בכנסת בשנת 2003 והוא אוסר על איחוד משפחות בין הערבים אזרחי ישראל לבין תושבי השטחים הכבושים. הוא אוסר על כניסתם של פלסטינים עד גיל 35 ופלסטיניות עד גיל 25 שהינם תושבי השטחים הכבושים לתחום מדינת ישראל, מונע את אשרור מעמדם כתושבים ומונע אשרור היתרים לשהייתם הארעית בישראל. בשנת 2007 אושר תיקון מס' 2 לחוק האזרחות אשר הרחיב את תחולתו הגיאוגראפית של איסור איחוד המשפחות, בכך שהאיסור יחול לא רק על תושבי השטחים הכבושים אלא גם על ערבים תושבי מדינות ערב המנויות בתוספת לחוק שהינן, **איראן, עיראק, סוריה ולבנון** וכן על מבקשים אשר **במקום מושבם או אזור מגוריהם מתבצעת פעילות העלולה לסכן את ביטחון המדינה או אזרחיה** בהתאם לחוות דעת של גורמי הביטחון כפי שנקבע בסעיף 3ד לחוק האזרחות. בתאריך 15.6.08 אישרה הממשלה את החלטה מס' 3598 בה נעשה שימוש בסעיף 3ד ואשר קבעה, כי רצועת עזה הינה אזור בו מתבצעת פעילות העלולה לסכן את ביטחון המדינה ואזרחיה. כמו כן, ובמסגרת תיקון מס' 2 לחוק האזרחות הותרה כניסתם של תושבי סוריה במקרה בו בן הזוג הינו תושב רמת הגולן המתגורר כדין בשטח רמת הגולן וזאת כפי שנקבע בסעיף 1א3 ה(2) לחוק האזרחות.

2. יודגש, כי חוק האזרחות כלל חריגים מינוריים ביותר שאין בהם כדי להקל על חומרת הפגיעה בעקרון איסור ההפליה ובזכויות החוקתיות של האזרחים הערבים בישראל. בהתאם להוראות חוק האזרחות חריגים אלו חלים אך ורק על פלסטינים שהוגדרו כ"תושבי אזור", היינו תושבי הגדה המערבית ורצועת עזה ואילו אותם חריגים, לרבות חריגי הגילים (היתר לכניסת גברים מעל גיל 35 וכניסת נשים מעל לגיל 25) אינם חלים על בן זוג תושב או אזרח אחת המדינות המנויות בתוספת וכן לא חלים על בני זוג תושבי האזורים המוגדרים ע"י גורמי הביטחון כשטחים בהם מתבצעת פעילות המסכנת את בטחון המדינה וזאת מכח הפעלת סעיף 3ד לחוק האזרחות. בפועל, בעקבות החלטת הממשלה מס' 3598 והגדרת רצועת עזה כשטח בו מתבצעת פעילות המסכנת את בטחון המדינה, הוצאה רצועת עזה מהגדרת "תושב אזור" ועל כן החריגים המינוריים המאוזכרים בחוק האזרחות אינם חלים עוד על תושביה. בכך נוצרו דינים שונים בתוך אותו חוק: דין אחד על תושבי סוריה המבקשים להינשא לתושבי רמת הגולן; דין אחר חל על תושבי הגדה המערבית עליהם יחולו החריגים המינוריים, לרבות חריגי הגיל, ודין אחר חל על תושבי רצועת עזה, המדינות המנויות בתוספת וכן על כל שטח אחר שיוגדר כשטח בו מתבצעת פעילות המסכנת את בטחון המדינה או אזרחיה.

3. בפסק הדין בעניין **עדאלה נגד שר הפנים** (בג"ץ 7052/03 **עדאלה נגד שר הפנים**) (ניתן בתאריך 14.5.06) (להלן: "פס"ד **עדאלה**"), נקבע ע"י שישה שופטים מקרב אחד עשרה, כי חוק האזרחות הינו בלתי חוקתי (הנשיא (כתוארו אז) ברק, השופטת (כתוארה אז) ביניש, והשופטים, פרוקצ'יה, ג'ובראן, חיות ולוי). אך בסופו של דבר הצטרף כבוד השופט לוי לדעתם של חמשת השופטים האחרים (המשנה לנשיא (כתוארו אז) חשין, גרוניס, נאור,

עדיאל וריבלין) שאישרו את החוק. השופט לוי קבע כי אישורו לחוק הוא על מנת לתת שהות למדינה לתקן את החוק ולמזער את הפגיעות שנוצרו ע"י החוק. כמו כן, שבעה שופטים מבין האחד העשרה שופטים קבעו, כי חוק האזרחות מפלה על רקע לאום (הנשיא (כתוארו אז) ברק, השופטת (כתוארה אז) ביניש, והשופטים, פרוקצ'יה, ג'ובראן, חיות, לוי וריבלין). שמונה שופטים קבעו כי קיימת פגיעה בלתי מידתית בזכות החוקתית לחיי משפחה (הנשיא (כתוארו אז) ברק, השופטת (כתוארה אז) ביניש, פרוקצ'יה, ג'ובראן, חיות, לוי, ריבלין ועדיאל) ושבעה שופטים קבעו כי הזכות החוקתית לקיום חיי משפחה בתוך ישראל, הופרה (הנשיא (כתוארו אז) ברק, השופטת (כתוארה אז) ביניש, פרוקצ'יה, ג'ובראן, חיות, לוי וריבלין).

4. התוצאה הסופית של פסה"ד הושפעה מאופיו הזמני של חוק האזרחות ובתחיקתו כהוראת שעה. כך למשל, כבוד השופט ריבלין קבע, כי אין צורך להכריז על בטלותו של חוק האזרחות שכן בית המשפט אינו נוהג להכריע בשאלות שטרם באו לעולם במיוחד בכל הנוגע לבטלותו של חוק שנחקק כהוראת שעה. עם זאת נדרש כבוד השופט ריבלין לשאלה העקרונית שהתעוררה בעניין ובסופו של דבר התיר את הפגיעה בעקרון השוויון ובזכות החוקתית לחיי משפחה בהתבסס על הפגיעה המוגבלת בזמן וקבע כי במידה והוראת השעה תחוקק שוב, ראוי להקל את הפגיעה בזכויות החוקתיות (ראו פסקאות 1 ו-6 לפסה"ד של השופט ריבלין). קביעה דומה נקבעה ע"י כבוד השופט לוי אשר קבע כי החוק מפלה על רקע לאום וכי הוא פוגע בזכות החוקתית לחיי משפחה. אולם בסופו של דבר ובהתבסס על חקיקתו של החוק כהוראת שעה זמנית האמורה היתה לפוג תוך תשעה חודשים מיום מתן פסה"ד, הצטרף השופט לוי לדעת השופטים אשר קבעו, כי חוק האזרחות הינו חוקתי וזאת על מנת ליתן למדינה שהות ואפשרות לתקן את החוק ולהקל את הפגיעות שנוצרו על ידו. יתר על כן, יש להדגיש, כי אפילו קביעתו של המשנה לנשיא (כתוארו אז) חשין הושפעה מזמניותו של חוק האזרחות בהיותו הוראת שעה. בסעיף 118 לפסק דינו קבע המשנה לנשיא חשין כדלקמן :

"נוסיף וניתן דעתנו כי חוק האזרחות והכניסה לישראל חוקק במתכונת של הוראת שעה שתוקפה נקבע לשנה, וכי ניתן להאריך, מעת לעת, לתקופה שלא תעלה על שנה אחת בכל פעם. זמניות זו של החוק נודעת לה חשיבות. הלכה פסוקה היא מלפנינו כי "לא הרי חוק 'קבוע' כהרי חוק 'זמני' בבחינת חוקתיות החוק" ... יתר על כן, זמניות זו תחייב את הממשלה ואת הכנסת לשקול בתדירות גבוהה את הוראות החוק ואת תוצאות הפעלתן, ולהוסיף ולאזן מעת לעת בין זכויות שנפגעו לבין הביטחון של המדינה".

ראו סעיף 118 לפסק דינו של המשנה לנשיא (כתוארו אז) בדימוס חשין.

5. למרות זמניותו של חוק האזרחות, החוק עודנו תקף עד היום וכפי שפורט לעיל הורחבה תחולת האיסורים שנקבעו בו. תיקון מס' 2 האריך את תוקף האיסור על איחוד משפחות לתקופה של כשנה וחצי נוספות ועד לתאריך 31.7.08. בחודש יוני 2008 אישרה הכנסת את הארכת תוקפו של החוק עד לתאריך 31.7.2009 אז ימלאו לתוקף האיסור והפגיעה

בזכויות החוקתיות שש שנים ובכך מאבד החוק את אופיו הזמני והופך את הוראותיו לקבועות.

6. **על כן, פס"ד עדאלה לא קבע הלכה פסוקה לפיה ניתן להפלות על בסיס לאום או אתני במימוש הזכות החוקתית לחיי משפחה ולפיכך לא ניתן לטעון שפס"ד עדאלה מהווה מעשה בית דין.**

7. עיקרי טיעון אלו, באים לחדד ולהוסיף על הנטען בכתב העתירה. הם מבוססים על המשפט הישראלי, המשפט הבינלאומי ומשפטן של מדינות שונות בעולם. לצורך ביסוס המשפט המשווה מבקשים העותרים לצרף לעיקרי טיעון אלו שלוש חוות דעת של מומחים בתחום המשפט הבינלאומי המשפט החוקתי המשווה אשר יהוו חלק בלתי נפרד מעיקרי הטיעון (חוות הדעת צורפו בהודעת העותרים שהוגשה אל בית המשפט הנכבד בתאריך 9.3.09).

8. חוות הדעת הראשונה הינה מטעם ארגון Open Society Justice Initiative שהינו ארגון בעל שם עולמי הפועל לקידום רפורמות במשפט לצורך השמירה על זכויות האדם. לארגון סניפים במספר מדינות בעולם, כולל וואשינגטון וניו יורק בארה"ב, בודפסט בהונגריה, לונדון בבריטניה ואבוג'ה בניגריה. במסגרת פעילותו מגיש הארגון חוות דעת מומחה וחוות דעת ידיד בית משפט בבתי משפט מדינתיים, בינלאומיים ואזוריים שונים בעולם וזאת בנושאים הנוגעים להפרות זכויות האדם (להלן: "חוות דעת מטעם OSJI). חוות דעת זו מציגה את המעמד המשפטי והחוקתי של הזכות לחיי משפחה ואיחוד משפחות במשפט האזורי באירופה, אמריקה ואפריקה ופורשת את עקרון העל במשפטים האזוריים הנ"ל לפיו אין פוגעים בחירויות הפרט באופן בלתי מידתי ואין מפלים אדם אך ורק בגלל שייכותו לקבוצה אתנית או לאומית. בחלק השלישי בוחנת חוות הדעת את זכותם של מיעוטים אתניים ולאומיים בשמירה על קשרים משפחתיים, חברתיים ותרבותיים עם בני עמם במדינות אחרות.

9. חוות הדעת השניה הינה מטעם Dr. Helene Lambert ו- Prof. Rebecca Wallace. ד"ר למברט הינה מרצה למשפט בינלאומי באוניברסיטת ווסטמיניסטר ומרצה לשעבר באוניברסיטאות שונות בעולם והיא פרסמה מספר ספרים ומאמרים אקדמאיים בנושאי המשפט הבינלאומי, מעמד מהגרים ופליטים. כמו כן היא עבדה ב- United Nations High Commissioner for Refugees ושימשה כיועצת למועצת אירופה וסייעה לממשלות חדשות שהוקמו, כמו סרביה, מולדובה ואוקרנייה בניסוח חקיקה בנושאי פליטים. פרופ' וואלאס הינה מרצה למשפט הבינלאומי בתחום זכויות האדם באוניברסיטת רוברט גורדון בסקוטלנד ומרצה לשעבר באוניברסיטאות שונות בעולם והיא מכהנת במשרה חלקית כשופטת בתחום דיני הגירה בבריטניה. כמו כן היא פרסמה ספרים רבים ומאמרים אקדמאיים בנושא המשפט הבינלאומי וזכויות אדם, חוקי הגירה ופליטים (להלן: "חוות הדעת מטעם למברט וואלאס"). בחוות דעתן הן פורשות את

מעמדה של הזכות לחיי משפחה ודיני איסור ההפליה הן בבריטניה והן באיחוד האירופאי.

10. חוות דעת השלישית, הינה מטעם Attorney Anton Katz המומחה למשפט חוקתי בדרום אפריקה ואשר הופיע בפני בית המשפט החוקתי של דרום אפריקה במספר רב של מקרים אשר תקפו את ההגבלה על הזכות החוקתית לחיי משפחה בדרום אפריקה הן בתקופת האפרטהייד והן לאחר סיומו (להלן: חוות הדעת מטעם קצ'').

11. שלושת חוות הדעת מגיעות למסקנות הבאות: **ראשית**, אין באף מדינה דמוקרטית מאלה שנסקרו בחוות הדעת (אירופה, אמריקה, כולל ארה"ב ואפריקה) חוק הדומה לחוק הנדון, היינו חוק המפלה במימוש חיי המשפחה על רקע אתני ולאום. **שנית**, אין מדינה דמוקרטית האוסרת על מיעוט לאומי לקיים חיי משפחה עם בני עמו ואומתו. נהפוך הוא, קיימות הוראות שונות המאמצות את הוראות המשפט הבינלאומי והמבטיחות את קיומה של זכות זו כזכות ייחודית למיעוטים אתנים ולאומיים. **שלישית**, עקרון איסור ההפליה על רקע אתני במימוש חיי המשפחה הינו עקרון מוחלט. על כן, חוק מפלה על רקע אתני, הוא חוק בטל. **רביעית**, עקרון איסור ההפליה על פי המשפט הבינלאומי הינו עקרון מוחלט כאשר דווקא צריך לקיימו בקפדנות במצבי מלחמה וחירום. **חמישית**, הזכות לחיי המשפחה שאינה נוגעת לאיסור הפליה על רקע אתני, הינה זכות יחסית שאסור להגבילה באופן גורף ובכל מקרה אסור לשקול שיקולים אתניים בהגבלתה.

12. **הטיעון המרכזי של העותרים הוא שהחוק הנדון פוגע בזכות החוקתית של עקרון איסור ההפליה על רקע לאומי או אתני במימוש חיי המשפחה בישראל.** הפגיעה בעקרון איסור ההפליה מתבטא בבולטות ההיבטים האתניים של החוק. מצד אחד, החוק מונע מהאזרחים הערבים לקיים חיי משפחה בישראל עם בני זוגם השייכים לבני עמם ו/או בני אומתם שהם ממוצא פלסטיני, לבנוני, סורי, עיראקי או איראני. מצד שני, ומאחר שמדובר בחיי משפחה משותפים בין בני זוג, החוק מונע את כניסתם של בני זוג של אזרחי ישראל אך ורק מחמת שייכותם הלאומית או האתנית (הפלסטינית, הלבנונית, הסורית, העיראקית והאירנית).

13. להוכחת ההפליה על רקע לאום יטענו העותרים כדלקמן: **ראשית**, בפס"ד **עדאלה** רוב השופטים קבעו, כי חוק האזרחות שנחקק בשנת 2003 מפלה נגד האזרחים הערבים ולכל הדעות התווספות האיסור של איחוד משפחות גם עם בני זוג שהם ממוצא ארבע המדינות הנוספות הקבועות בתוספת לחוק האזרחות, מעמיקה את ההפליה עוד יותר. בהקשר זה נוסף כאן את עמדתה של ועדות האו"ם לביעור כל צורות ההפליה הגזעית אשר קראה למדינת ישראל לבטל את חוק האזרחות בהיותו מפלה על רקע אתני. **שנית**, נסביר, כי כתוצאה מחקיקת חוק האזרחות, נוצרו שלושה מסלולים שונים ואתניים להתאזרחות: המסלול היהודי לפי חוק השבות והליך גיור קפיצה; המסלול של הזרים, שהם לא יהודים ולא ערבים, לפי ההליך המדורג והמסלול הערבי שהוא הקשה ביותר מביניהם עליו מוטלים איסורים כמעט מוחלטים. **שלישית**, העותרים יטענו ויפרטו כי חוק האזרחות

מפר את הוראות המשפט הבינלאומי המורות על המדינות לחוקק חוקים ולנקוט בצעדים פוזיטיביים המקיימים את זכות חיי המשפחה של בני המיעוט הלאומי עם בני זוג השייכים לעמם או אומתם הנמצאים מעבר לגבולות הריבוניים. כך הוא הדין לפי המשפטים האזוריים באירופה ואמריקה בהם קיימים מיעוטים אתניים ומיעוטים רבים. למעשה, החוק הנדון הינו החוק היחיד מבין כל המדינות הדמוקרטיות בעולם אשר פוגע באופן ישיר בזכותם של בני מיעוט לאומי לקיים חיי משפחה עם בני עמו או אומתו. **רביעית**, החוק הנדון מטיל מצור חברתי על בני המיעוט הערבי בישראל: מצד אחד הם לא יכולים לקיים חיי משפחה בישראל עם בני זוג השייכים לבני עמם או אומתם, ומצד שני, וכפי שיוסבר בהמשך הם עלולים לאבד את אזרחותם אם יבחרו לקיים חיי המשפחה עם בני זוגם בארץ המוגדרת כמדינת אויב. **שישית**, נוכיח כי הן על פי המשפט הבינלאומי והן על פי המשפט המשווה איסור כניסתם של בני זוג זרים אך ורק מחמת שייכותם האתנית הינה בגדר ההפליה האסורה. בהקשר זה נתייחס בהרחבה לדוקטרינת "נתיני אויב" ונוכיח כי דוקטרינה זו שהיתה קיימת בין בתקופת מלחמות העולם הינה מנוגדת לעקרונות המשפט הבינלאומי שאושר לאחר סיום המלחמות ובעקבות הזוועות האנושיות שנגרמו בעקבותן. למעשה, אין מדינה דמוקרטית שאוסרת את כניסתם של בני זוג זרים בשל שייכותם האתנית ויהא מקור שייכותם אשר יהא.

14. עקרון איסור ההפליה על רקע שייכות לאחת מקבוצות החשודות הקלאסיות הינו עקרון מוחלט לפי המשפט הבינלאומי והמשפט המשווה. היינו, איסור ההפליה אינו עניין למבחן האיזונים או למבחן המידתיות. אין הפליה סבירה, אין הפליה יחסית ואין הפליה מידתית. אם הוכח כי מעשה חקיקה או מעשה שלטוני הינו מפלה על רקע מין, גזע או לאום למשל, התוצאה המשפטית המיידית לכך היא בטלות. **במשפט הישראלי קיים חריג אחד למוחלטות הזכות הזו** שאינו קיים במשפט הבינלאומי או במשפט המשווה. הזכות לאיסור ההפליה לפי המשפט הישראלי הינה זכות מוחלטת מלבד למקרים הנוגעים באופן ישיר לגרעינים המינימאליים להגדרת המדינה כמדינה "יהודית ודמוקרטית". ההלכה של **פס"ד קעדאן** (בג"ץ 6698/95 **קעדאן נגד מינהל מקרקעי ישראל**, פד"י נד(1) 258 (להלן: "פס"ד קעדאן") קובעת, כי קיים איסור הפליה גמור על רקע לאום בין אזרחי מדינת ישראל היהודים לבין האזרחים הערבים. ואולם עקרון איסור ההפליה הינו עקרון יחסי בעניינים הנוגעים לחוק השבות, הסמלים, השפה העברית ומורשת ישראל שבהם מחילים את מבחן האיזונים. יתר על כן, ההלכה של **פס"ד סטמקה** כפי שנפרט להלן (בג"ץ 3648/97 **סטמקה נגד שר הפנים**, פ"ד נג(2) 728) (להלן: "פס"ד סטמקה"), קובעת כי עקרון איסור ההפליה בין האזרח היהודי לבין האזרחי הלא יהודי במימוש חיי המשפחה הינו מוחלט ואין יתרון לאזרח היהודי על פני האחרים. ולכן, הלכת **סטמקה** קבעה פרשנות מצמצמת לחוק השבות בכך שהוא לא יחול על בן זוג לא יהודי לאזרח יהודי ישראלי. אף העמדות השמרניות ביותר שהובעו בפסיקה העליונה ציינו, כי חובה לקיים שוויון אזרחי גמור בין היהודים והערבים בישראל. כך היתה עמדותיהם של כבוד השופטים (בדימוס) לויין ואלון שהובעו כעמדת מיעוט בפס"ד **בן שלום** הדין בפסילת הרשימה המתקדמת לשלום (ע"ב 2/88 **בן שלום נגד ועדת הבחירות המרכזית לכנסת השתיים-עשרה**, פד"י מג(4) 221).

15. מכאן עולה, כי מאחר ונושא העתירה אינו נוגע לגרעינים המינמיליים של הגדרת המדינה כיהודית, ולפי הפסיקה העליונה חל על מקרה זה עקרון איסור ההפליה המוחלט, אזי אם בית המשפט הנכבד ישתכנע כי אכן חוק האזרחות הנדון הינו חוק מפלה על רקע אתני, התוצאה המשפטית המחייבת והישירה הינה בטלות.
16. יצוין וכפי שנסביר להלן, הזכות לאיסור הפליה זכתה במעמד מיוחד במשפט הבינלאומי בדבר זכויות האדם, שכן זכות זו הינה זכות שלא ניתנת לגריעה, כמו רוב הזכויות, גם במצבי חירום לאומי. הרציונל של האיסור הזה מבוסס על הלקחים ההיסטוריים של מלחמת העולם השנייה לפיהם פגיעה בזכויותיהם של קבוצות אתניות בעתות חירום הוביל דווקא למצבים של דיכוי ואף לסכנה קיומית.
17. במהלך הטיעונים שנעלה בדבר איסור ההפליה נסקור את החקיקה החדשה שנחקקה לאחר תיקון חוק האזרחות אשר רובה מופנה ובאופן ישיר נגד האזרחים הערבים. חקיקה מסוג זה לא היתה קיימת בעבר והמחוקק דאג במשך השנים לא להבליט את הצדדים האתניים של חקיקתו. אנו בדעה, כי חקיקה קיצונית זו הינה כתוצאה מהמדרון החלקלק שהעותרים הזהירו מפניו במהלך הדיונים בפס"ד **עדאלה**.
18. **הטיעון החילופי השני המועלה ע"י העותרים, הינו שחוק האזרחות פוגע בזכות לחיי המשפחה באופן לא מידתי.** הזכות לחיי המשפחה הינה זכות חוקתית. להבדיל מעקרון איסור ההפליה, זכות זו הינה זכות יחסית הנתונה למרותם של מבחני פיסקת ההגבלה. העותרים יטענו כי, הפגיעה בזכות זו אינה לתכלית ראויה, גורפת ובלתי מידתית.

פרק ב' - חוק האזרחות מפלה על רקע אתני ולאום ועל כן דינו בטלות

19. חוק האזרחות מפלה על רקע אתני ולאום ועל כן דינו בטלות וזאת משני היבטים: **ההיבט הראשון**, הוא הפלית המיעוט הערבי בישראל בכך שחוק האזרחות מגביל את זכויותיו לקיים חיי משפחה עם בני עמו ואומתו ממוצא פלסטיני, לבנוני, סורי, עיראקי ואיראני. **ההיבט השני**, מתבטא בכך שחיי המשפחה הם חיים משותפים של בני הזוג והחוק אוסר על קיום חיים משותפים כאלה על רקע שייכותו האתנית והלאומית של בני זוגם של האזרחים הערבים. נפרט את שני היבטי ההפליה:

ההיבט הראשון: החוק מפלה נגד המיעוט הערבי בישראל על רקע אתני ולאום

רוב השופטים בפס"ד עדאלה קבעו כי חוק האזרחות מפלה נגד האזרחים הערבים

20. פס"ד עדאלה קבע ברוב של שבעה שופטים (הנשיא (כתוארו אז) ברק, השופטת (כתוארה אז) ביניש, והשופטים, גיוראן, פרוקצ'יה, חיות, וריבלין), כי חוק האזרחות מפלה נגד האזרחים הערבים על רקע לאום. כך למשל, הנשיא (כתוארו אז) ברק קבע:

"החוק פוגע ביכולתם של ישראלים הנישאים לבני זוג שהם פלסטינים תושבי האזור לממש את זכותם לחיי משפחה בישראל. מיהם ישראלים אלה? הרוב המוחלט של הישראלים הנישאים לבני זוג פלסטינים תושבי האזור הינם ערבים אזרחי ישראל או תושביה. פגיעתו של החוק ממוקדת אם כן בערבים הישראלים. אמת, גם ישראלים שאינם ערבים אינם רשאים לחיות בישראל יחד עם בני זוג פלסטינים תושבי האזור. אולם מספרם של אלה בטל בששים. המסקנה היא שחוק האזרחות והכניסה לישראל מגביל, הלכה למעשה, את זכותם של ערביי ישראל, ושלהם בלבד, לממש את זכותם לחיי משפחה. מספרם של אלה מגיע לאלפים רבים.... חוק שזוהי תוצאתו הינו חוק מפלה. חוק שפגיעתו מתמקדת, רובה ככולה, בערבים אזרחי ישראל פוגע בשוויון.

...

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

פסקאות 46 ו-51 לפסה"ד של הנשיא (כתוארו אז) ברק.

השופטת (כתוארה אז) ביניש גם כן קבעה בפס"ד עדאלה, כי החוק מפלה נגד האזרחים הערבים על רקע לאום:

"הפגיעה היא פגיעה בזכותה של אוכלוסייה שלמה באופן כוללני, וללא אבחנה בין יחידיה. המבקשים להינשא לפלסטינים באים ככלל מתוך הציבור הערבי במדינת ישראל. החוק יוצר, אפוא, הפליה בין זכויותיהם של אזרחיה הערביים של המדינה להקים תא משפחתי בישראל עם בן-זוג זר לבין זכותם של ישראלים אחרים להקים תא משפחתי עם תושב זר. גם על פי ההשקפה הגורסת כי ערך השוויון על כל היבטיו אינו חלק מכבוד האדם הרי שהפליה

החלה על האוכלוסייה הערבית בשלמותה, אך בשל השתייכותה לאותה קבוצה מתוך האוכלוסייה הישראלית, הינה בוודאי הפליה הנכללת בגרעין המובהק של כבוד האדם. " פסקה 7 לפסה"ד של השופטת (כתוארה אז) ביניש.

כמו כן, קבע השופט ג'ובראן בהקשר זה כדלקמן:

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

חוק האזרחות יוצר מסלולי התאזרחות אתניים

21. התוצאה של מעשה ההפליה שבחוק האזרחות הינה ביצירתם של מסלולים שונים של התאזרחות בישראל וזאת לפי שייכותו האתנית של המבקש/ת ובן זוג/תו. הראשון ובדרגה העליונה של הסולם ההיררכי הוא ליהודים בלבד וזאת מכח חוק השבות וההלכה בדבר גיור קפיצה מעניקים אזרחות אוטומטית לכל יהודי בעלותו לישראל; המסלול השני הוא לזרים (לא יהודים ולא ערבים) שעליהם חל ההליך המדורג והחלטות ממשלה שונות והוא נמצא בדרגה האמצעית של ההיררכיה. הליך זה מאפשר התאזרחות של זרים תוך תקופה האורכת כארבע וחצי שנים. והמסלול השלישי, הנמצא בתחתית ההיררכיה, הוא לאזרחים הערבים וזאת לפי חוק האזרחות.
22. יצירתם של שלושה מסלולים אתניים אלה כתוצאה מחוק האזרחות, מנוגדת לעקרון השוויון בין כלל האזרחים והתושבים ואף סותרת את פסיקת בית המשפט העליון אשר קבעה, כי בענייני פנים – היינו בין אזרחי המדינה ותושביה – מסלולי ההתאזרחות יהיו שווים. פס"ד **סטמקה** נימק, בין היתר, את צמצום תחולת חוק השבות על האזרחים היהודים הנישאים ללא יהודים בנימוק לפיו, מסלולי איחוד המשפחות וההתאזרחות בתוך מדינת ישראל אמורים לחול באופן שוויוני. בסעיף 25 לפסק דינו קבע המשנה לנשיא (כתוארו אז) חשין:

"אלה דברים אמורים ביהודי השב לארצו – הוא ומשפחתו – אך 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 יכול. 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-שבת, ובה בעת נשלול זכות זו מאזרח
ישראל לא-יהודי, נעשה מעשה חמור של הפליה ותכלית ראויה
למעשה לא מצאנו..."

וועדת האו"ם קראה לישראל לבטל את חוק האזרחות בהיותו חוק מפלה

23. כאמור בסעיפים 42 עד 44 לכתב העתירה, בעקבות חקיקתו של חוק האזרחות הוציאה וועדת האו"ם בדבר ביעור כל צורות ההפליה הגזעית שלוש החלטות בהן קראה למדינה לבטל את הוראות חוק האזרחות בהיותו חוק המפלה על רקע לאום ופוגע בזכות לחיי המשפחה באופן בלתי מידתי. ההחלטה הראשונה (החלטה מס' 63(2)) הוצאה בשנת 2003 בעקבות חקיקת חוק האזרחות; ההחלטה השנייה (החלטה מס' 65(2)) הוצאה במהלך חודש אוגוסט 2004 בעקבות הארכת תוקף חוק האזרחות ובה הדגישה הוועדה, כי חוק האזרחות מנוגד לאמנה ובמהלך שנת 2007 בעקבות הארכת תוקפו של חוק האזרחות, חזרה הוועדה וקראה לממשלת ישראל להבטיח, כי הגבלות על איחוד משפחות יהיו רק במקרים חריגים וחיוניים ולא על בסיס שייכות אתנית או על בסיס תושבות או שייכותו של המבקש לקבוצת אוכלוסייה מסוימת:

"The Committee recommends that the State party revoke the Citizenship and Entry into Israel law (Temporary Order), and reconsider its policy with a view to facilitating family reunification on a non-discriminatory basis. The State party should ensure that restrictions on family reunification are strictly necessary and limited in scope, and are not applied on the basis of nationality, residency or membership of a particular community".

חוק האזרחות פוגע בזכות המיעוט הערבי לשמור על קשרי משפחה עם בני עמו ואומתו

24. כאן נטען כי המיעוט הערבי זכאי ליהנות מההגנות שהמשפט הבינלאומי בדבר מימוש זכותו לקיים חיי משפחה עם בני עמו ובני אומתו. חוק האזרחות פוגע בזכותם של האזרחים הערבים המוגדרים כמיעוט יליד בישראל לשמור על קשרי משפחה, חברה ותרבות עם בני עמם ואומתם מחוץ לגבולות המדינה. בעניין **עדאלה נגד עירית תל אביב יפו** ציין הנשיא (כתוארו אז) ברק, כי המיעוט הערבי הינו המיעוט הגדול ביותר בישראל החי בה מימים ימימה אשר מעמדו שונה משאר המיעוטים האחרים בישראל (בג"ץ 4112/99 **עדאלה נגד עירית תל אביב יפו**, פד"י נו(5) 393, פסקה 25 לפסה"ד של הנשיא (כתוארו אז) ברק).

25. גם וועדת החקירה הממלכתית לבירור ההתנגשויות בין כוחות הבטחון לבין אזרחים ישראלים באוקטובר 2000 (דו"ח ועדת אור) תיארה את המיעוט הערבי בישראל כדלקמן:

"ראשית, אוכלוסיית המיעוט הערבי בישראל היא אוכלוסייה ילידה, הרואה עצמה נתונה תחת הגמוניה של רוב שבעיקרו אינו כזה. בהבחנה המקובלת בספרות המקצועית בין "מיעוטים ילידים"

לבין "מיעוטי הגירה", המיעוט הערבי בישראל שייך בבירור לקטגוריה הראשונה בדרך כלל, אופיו הילידי של מיעוט מעצים את מודעותו העצמית ואת תוקף תביעותיו במידה רבה מעבר לאלו של מיעוטים המתהווים, למשל, מהסתפחות מהגרים אל חברות רווחה כדי לשפר את מצבם. הוא הדין במקרה של המיעוט הערבי בישראל. הערך "צמוד", דהיינו, ההיאחזות הנחושה בנחלת האבות לנוכח האתגרים שמציב הרוב היהודי, אשר דווקא אותו הם תופשים כחברת מהגרים, מצוי במקום גבוה בדמות עולמם של הערבים. משוואה זו, של מיעוט "ילידי" מול רוב "מהגר" - יש בה פוטנציאל של מתח גובר.

שנית, המיעוט הערבי בישראל הוא גלגול של אוכלוסיית רוב. בניגוד למיעוטים אחרים באזור, המצויים בסטטוס של מיעוט מזה מאות בשנים, הפך המגזר הערבי בישראל למיעוט רק בימינו. הוא נושא עימו את המורשת, את העמדות והציפיות של אלה שהיו תמיד שותפים בחברת רוב (לפחות המוסלמים שבהם), ואשר גם עם התרחבות היישוב העברי בזמן המנדט עדיין עלה מספרם על מספר היהודים פי שניים. המהפך שעשה אותם למיעוט של פחות מ-20% מתוך אוכלוסיית המדינה לא היה קל להפנמה. התקוממותם נגדו התבטאה, בין השאר, בסירוב לקבל את תיוגם כ"בני מיעוטים" בלשונם של מוסדות המדינה. גם מודעותם לכך שהם שלוחה של קיבוץ אנושי גדול, המהווה רוב במזרח התיכון, הזינה את מורת רוחם מהגדרתם כמיעוט."

ראו: דו"ח ועדת החקירה הממלכתית לבירור ההתנגשויות בין כוחות הביטחון לבין אזרחים ישראלים באוקטובר 2000 (ירושלים, 2003), כרך א', עמוד 26-27.

26. בהיותו חלק מהעם הפלסטיני, רבים מהאזרחים הערבים בישראל מקיימים קשרי משפחה וחברה עם תושבי הגדה ורצועת עזה שכן, רבים מהם התגוררו בשטח המדינה עוד לפני הקמתה. על כן, הפלסטינים תושבי הגדה ורצועת עזה אינם זרים לאזרחים הערבים בישראל. הן שתי קבוצות של בני אותו עם המתגוררים בשטח שהינו תחת שליטתה של מדינת ישראל. קטלוגה של הסוגיה הנדונה סביב חובתה של המדינה להתיר כניסת זרים לשטחה, אינה רק מתעלמת מחובת ישראל כלפי המיעוט הערבי בישראל אלא גם מתעלמת מחובתה כלפי העם הפלסטיני החי תחת שליטתה ומהמציאות החברתית בה האזרחים הערבים בישראל והפלסטינים תושבי הרשות הפלסטינית אינם זרים זה לזה. ראו לעניין זה קביעת כבוד השופט ג'ובראן בסעיף 16 לפסק דינו בעניין **עדאלה** הקובעת:

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

וכן ראו דבריו של בן שמש במאמרו "זכויות חוקתיות, הגירה ודמוגרפיה" אשר פורסם בעקבות פס"ד **עדאלה** :

"התמיהה השנייה ביחס לשימוש בטיעון כי "אין חובה מהמשפט הבין-לאומי" נוגעת בשימוש במונח "זרים" ביחס לפלסטינים בהקשר הישראלי. עלינו לזכור שהפלסטינים תושבי יהודה, שומרון וחבל עזה אינם "זרים" לישראל ולישראלים באותו מובן שבו האיטלקים או הסינים, למשל, זרים לישראל ולישראלים. רבים מאזרחי המדינה מקיימים קשרים משפחתיים, חברתיים ותרבותיים ענפים עם הפלסטינים תושבי השטחים. ערביי ישראל וערביי השטחים אינם "זרים" זה לזה. הם בני העם הפלסטיני שהתגורר בתחומי ארץ-ישראל לפני הקמת המדינה, ואשר המשיך להתגורר בה, תחת ריבונות פוליטית משתנה, בכל השנים שחלפו מאז. יתר על כן, שתי הקהילות הללו נתונות למן שנת 1967, ולפחות עד שנות התשעים, בשליטתו של אותו ריבון – ישראל. לא זו אף זו, הפליטים שנעקרו מבתיהם במהלך מלחמת השחרור ועברו להתגורר בשטחים היו פלסטינים תושבי כפרים ויישובים שנותרו בשטח ישראל עם תום המלחמה. לאחר מלחמת ששת-הימים, במשך שנים ארוכות, היתה התנועה בין ישראל לשטחים בלתי-מופרעת כמעט. לנוכח כל זאת אין פלא שנוצרים קשרי נישואים בין אזרחי ישראל לתושבי השטחים המבקשים לסווג תופעה חברתית נרחבת זו תחת הקטגוריה של "חובתה של המדינה להכניס זרים לתחומה" לא רק מתעלמים מחובתה של המדינה כלפי אזרחיה, כמוסבר לעיל, אלא גם מתעלמים מהמציאות החברתית הרלוונטית למיעוט גדול בקרב אזרחי המדינה, אשר אינם יכולים לראות בפלסטינים תושבי השטחים משום זרים. זאת ועוד, אותם דוברים מתעלמים לא רק מהמציאות האמורה, כי אם גם מאחריותה של ישראל לה. האם מדינה השולטת באותם "זרים" שנות דור ויותר, ואשר חלק מאזרחיה הם מיעוט לאומי יליד הקשור לאותם "זרים" יכולה לראות בהם משום זרים?"

יעקב בן שמש "זכויות חוקתיות, הגירה ודמוגרפיה (הערת פסיקה)" **משפט וממשל י** 2006, 47, 83-84 (להלן: "מאמרו של בן שמש"); וכן ראו בהקשר זה ברק מדינה ואילן סבן "זכויות האדם ונטילת סיכונים: על דמוקרטיה, "תיוג אתני" ומבחני פסקת ההגבלה (בעקבות פסק-דין חוק האזרחות והכניסה לישראל) (עתיד להתפרסם **במחקרי משפט** במאי 2009) (להלן: מאמרם של מדינה וסבן)".

27. משהוגדר כמיעוט לאומי יליד, זכאי המיעוט הערבי בישראל להגנה מיוחדת. הגנה כזו מוקנית לו מכוחו של המשפט הבינלאומי המטיל חובות על המדינות להגן, לכבד, לקדם ולסייע למיעוט לממש את זכויותיו, בין היתר על מנת לשמור על ייחודיותו וזהותו התרבותית, השפתית, הלאומית והאתנית בתוך מדינת הרוב. בהיותו ככזה מוקנית לו הזכות לשמור על קשרי חברה ומשפחה עם בני עמו המתגוררים בתוך המדינה בה הוא חי ומחוצה לה. במקביל חלה חובה על המדינה בתוכה הוא חי לאפשר לו לקיים קשרי משפחה וחברה ככאלה. הפגיעה במיעוט הערבי בהקשר זה מהווה הפרה להוראות סעיף 2 (5) להצהרת האו"ם בדבר זכויות אנשים השייכים למיעוטים אתניים, לאומיים ולשוניים משנת 1992, אשר מתבססת על האמנה הבינלאומית לזכויות אזרחיות ופוליטיות שמדינת ישראל צד לה, והקובע כדלקמן:

"Persons belonging to minorities have the right to establish and maintain, without any discrimination, free and peaceful contacts with other members of their group and with persons belonging to other minorities, as well as contacts across frontiers with citizens

of other States to whom they are related by national or ethnic, religious or linguistic ties".

28. לאחרונה, ובתאריך 13.9.07 אישר האו"ם את ההצהרה בדבר זכויות מיעוטים – קובעת בסעיף 36 את זכות של מיעוטים במיוחד המיעוטים אשר הופרדו באמצעות גבולות בינלאומיים לשמור ולפתח קשרים ושיתוף פעולה עם בני עמם ובני עמים אחרים מחוץ לגבולות המדינה בה הם חיים. הסעיף מוסיף, כי על המדינות לנקוט בצעדים אפקטיביים על מנת לסייע למיעוטים לממש את זכויותיהם לעיל. סעיף 36 קובע:

"1. Indigenous peoples, in particular those divided by international borders, have the right to maintain and develop contacts, relations and cooperations, including activities for spiritual, cultural, political, economic and social purposes, with their own members as well as other peoples across borders.

2. States, in consultation and cooperation with indigenous peoples, shall take effective measures to facilitate the exercise and ensure the implementation of this right."

29. גם אמנת ארגון העבודה הבינלאומי לעמים שבטיים וילידים משנת 1991 - International Labor Organization Convention on the Indigenous and Tribal People – קובעת את חובת המדינות החברות שלא לפגוע בעקרון השוויון ביחס לעמים שבטיים וילידים וכן חובת המדינות החברות שלא לפגוע בזכותם של עמים אלה לשמור על ייחודיותם התרבותית והחברתית.

30. הגנה על מיעוטים לאומיים ואתניים הוכרה גם באמנה האירופאית לזכויות אדם ובצ'ארטר האירופאי לזכויות בסיסיות הקובעים, כי אין להפלות על רקע שייכות לקבוצת מיעוט לאומית או אתנית. כמו כן, סעיף 5 לאמנה להגנה על מיעוטים לאומיים של מועצת אירופה משנת 1995 קובעת, כי על המדינות החברות לנקוט בכל האמצעים על מנת להגן על זכות המיעוטים הלאומיים לשמור על זהותם הלאומית, האתנית השפתית והתרבותית. בהמשך קובעת אמנה זו בסעיף 17 את זכותם של מיעוטים לאומיים לשמור על קשרים עם בני עמם המצויים מעבר לשטחה של המדינה החברה. חוות הדעת של ה-OSJI מראה, כי מסמכים משפטיים נוספים מגנים על זכות מיעוטים לאומיים לשמור על קשרי משפחה וקשרי חברה ותרבות עם בני עמם. יתר על כן אמנת המסגרת להגנה על מיעוטים לאומיים - Framework Convention for the Protection of National Minorities (FCNM) – קובעת אף היא, כי ההגנה על מיעוטים לאומיים כוללת בחובה גם ההגנה על זכותם לשמור על קשרים חברתיים ותרבותיים וקשרי משפחה עם בני הקבוצה אליה הם שייכים. גם הנחיית האיחוד האירופאי בדבר הזכות לאיחוד משפחות - European Union's Family Reunification Directive – קובעת, כי קיימת זכות לאיחוד משפחות בין אזרחים של המדינות החברות לבין בני זוגם שאינם אזרחים וכי אין להפלות במימוש הזכות לאיחוד משפחות על רקע שייכות לקבוצת מיעוט לאומי. קביעה

דומה כלולה גם בציארטר של מיעוטים אזוריים ולשוניים של מועצת אירופה - Council
of Europe's Charter for Regional and Minority Languages.

31. כמו כן, חוות הדעת של ה- OSJI מראה, כי המסמכים לעיל הינם נגזרת מהצהרת
הלסינקי משנת 1975 - The 1975 Helsinki Declaration - שהינה תוצר של כנס שנערך
בנושא בטחון ושיתוף פעולה באירופה ואשר העניקה הגנה מיוחדת למיעוטים לאומיים.
הגנה נוספת מעוגנת במסגרת מסמך קופנהגן משנת 1990 - 1990 Document of the
Copenhagen Meeting on the Human Dimension – בו סוכם כי שייכות לקבוצת
מיעוט לאומית הינה בחירה אישית של כל אדם ואין בהחלטה אישית זו כדי לפגוע באותו
אדם אך ורק על בסיס שייכותו לאותה קבוצה.

32. על כן, טוענים העותרים כי חוק האזרחות פוגע בזכותם של המיעוט הערבי בישראל
לשמור על קשרי משפחה וחברה עם בני עמ המתגוררים מעבר למדינה ובכך מהווה הפרה
להוראות המשפט הבינלאומי ומנוגד באופן טוטאלי להוראות המשפט האזורי באירופה.
הפרה זו נעשית חמורה עוד יותר בשל חובתה של ישראל לאפשר לבני אותו עם המצוי
תחת שליטתו לשמור על קשרי משפחה וחיי חברה בינו לבין עצמו.

33. ועוד. את הוראותיו של חוק האזרחות והאיסור על איחוד משפחות הנובע ממנו, יש
לקרוא במכלול האיסורים המוטלים על המיעוט הערבי בישראל מכח חוקים אחרים,
לרבות הוראותיו של חוק האזרחות (תיקון מס' 9) (סמכות לביטול אזרחות) התשס"ח-
2007 אשר נחקק בחודש אוגוסט 2008. חוק זה מתיר שלילת אזרחות מכל מי שהפר
אמונים נגד המדינה כאשר המונח "הפרת אמונים" מוגדר באופן הרחב ביותר לרבות
"ישיבת קבע במדינה או בשטח" הקבועות בחוק והכוללת תשע מדינות מוסלמיות
וערביות וכן את רצועת עזה. על כן החוק יוצר מצב של מצור חברתי נגד האזרחים
הערבים. מצד אחד הם לא יכולים לקיים חיי משפחה בישראל עם בני עמם או אומתם,
ומצד שני אם יעברו לאזור או לארץ המוגדרת כאויב הם עלולים לאבד את אזרחותם. זהו
המצב של מיעוט לאומי במצור חברתי.

המשפט הישראלי אוסר על הפליה על רקע אתני ולאום

34. הלכה פסוקה היא, כי בית המשפט נכבד זה קבע כי מבחן ההפליה הינו מבחן תוצאתי. לא
המניע או הכוונה של החוק או הפעולה הממשלתית הם אלה הקובעים באם מדובר
בהפליה על רקע שייכות לאחת הקבוצות הקלאסיות אלא התוצאה הלכה למעשה של
החוק או המעשה השלטוני.
על המבחן התוצאתי להוכחת ההפליה ראו :

בג"צ 2671/98 **שדולת הנשים בישראל נ' שר העבודה והרווחה**, פ"ד נב (3) 630, 654 ;
בג"צ 1113/99 **עדאלה- המרכז המשפטי לזכויות המיעוט הערבי נ' השר לענייני דתות**,
פ"ד נד (2) 164, 176 ; בג"צ 953/87 **פורז נ' ראש עיריית תל-אביב יפו**, פ"ד מב (2) 309,
334 ; בג"צ 205/94 **עקיבא נוף נ' מדינת ישראל- משרד הביטחון**, פ"ד נ (5) 449, 464-5 ;
בג"ת 11163/03 **וועדת המעקב העליונה לענייני הערבים בישראל נגד ראש ממשלת
ישראל** (טרם פורסם, 27.2.06).

35. המשפט הישראלי אוסר על הפליה על רקע אתני ולאום וקובע, כי כל הפליה על רקע חשד להשתייכות לאחת מהקבוצות הקלאסיות (אתני, לאום, מין דת וכד') הינה בטלה והיא אף אינה עניין למבחן המידתיות. בפס"ד **קעדאן** קבע הנשיא (כתוארו אז) ברק כדלקמן :

"התרגום המעשי של תפיסות יסוד אלה באשר לשוויון הינו כי תכליתה (הכללית) של כל חקיקה הינה להבטיח שוויון בין בני-האדם בלא הפליה על בסיס של דת או לאום. טיפול שונה בשל דת או לאום הוא טיפול "חשוד" והוא לכאורה טיפול מפלה (השוו: בג"ץ 4541/94 מילר נ' שר הביטחון (להלן – פרשת מילר [15]), בעמ' 136-137 ; בג"ץ 2671/98 שדולת הנשים בישראל נ' שר העבודה והרווחה [16], בעמ' 659). אמרנו שהטיפול הוא "לכאורה" מפלה, שכן עשויות להיות נסיבות – כגון בגדרי ההעדפה המתקנת (על-פי ההשקפה הרוואה בהעדפה המתקנת הגשמה של עקרון השוויון ולא חריג לה, ראו עמדת השופט מצא בפרשת מילר [15]) – שבהן טיפול שונה בשל דת או לאום לא יהיה טיפול מפלה."

ובהמשך נקבע:

"מדינת ישראל היא מדינה יהודית אשר בתוכה חיים מיעוטים, ובהם המיעוט הערבי. כל אחד מבני המיעוטים החיים בישראל נהנה **משוויון זכויות גמור**. אמת, מפתח מיוחד לכניסה לבית ניתן לבני העם היהודי (ראו חוק השבות), אך משמצוי אדם בבית כאזרח כדין, הוא נהנה מזכויות שוות כמו כל בני הבית האחרים... אין אפוא כל סתירה בין ערכיה של מדינת ישראל כמדינה יהודית ודמוקרטית **לבין שוויון גמור בין כל אזרחיה**. נהפוך הוא: שוויון הזכויות בין כל בני-האדם בישראל, תהא דתם אשר תהא ותהא לאומיותם אשר תהא – נגזר מערכיה של מדינת ישראל כמדינה יהודית ודמוקרטית."

ההדגשה אינה במקור.

פס"ד **קעדאן**, עמוד 282.

ראו גם: בג"ץ 6924/98 **האגודה לזכויות האזרח נגד ממשלת ישראל**, פד"י נה(5) 15, 27-28 ; בג"ץ 1113/99 **עדאלה נגד השר לענייני דתות**, פד"י נד(2) 164 ; בג"ץ 11163/03 **וועדת המעקב העליונה לענייני הערבים בישראל נגד ראש ממשלת ישראל** (טרם פורסם, פסק דין מתאריך 27.6.06).

החריג לכלל איסור ההפליה שנקבע עפ"י הפסיקה העליונה בעקרון מוחלט הוא כאשר העקרון מתנגש עם הגרעינים המנימאליים של מדינת ישראל כמדינה יהודית (חוק השבות, סמלים, שפה עברית ומורשת ישראל). במקרה זה ניתן להחיל את מבחן

האיזונים. כך למשל נקבע בעניין **ראם מהנדסים** בעניין מעמדה של השפה הערבית מול מעמדה של השפה העברית (ע"א 105/92 **ראם מהנדסים קבלנים בע"מ נגד עיריית נצרת עילית**, פד"י מז(5) 189 (1993)). במקרה דנן וכפי שצויין במבוא לא מדובר בגרעינים המינימאליים של המדינה היהודית ולכן לפי מבחן התוצאה, מדובר בהפליה על רקע לאום שדינה בטלות.

עקרון איסור ההפליה חל גם ובמיוחד במצבי מלחמה

36. לקחי מלחמת העולם השנייה לימדו, כי הגבלת חירויות על בסיס אתני אסורה היא בכל העתים, במיוחד בעתות מלחמה. על כן הוטל איסור מוחלט על הפליה על רקע לאום ואתני גם ובמיוחד במצבי חירום לאומי. האמנה הבינלאומית לזכויות אזרחיות ופוליטיות משנת 1966 קובעת, כי ניתן להגביל את תחולתן של זכויות וחירויות במצבי חירום לאומי. אולם, כפי שנקבע בסעיף 4 לאמנה, אין לגרוע מהזכות לאיסור ההפליה או להתנות אותה במצב חירום לאומי. שכן, בעתות אלה תמיד היה קל למשטרים לנצל את השנאה והעוינות הנוצרות כדי לממש את הפגיעה בחירויותיהן ובזכויותיהן של קבוצות שונות על בסיס שייכותן האתנית; ובמקרים אלה תמיד הפגיעה בזכויות, בהיותה דווקא מתבצעת בעתות המלחמה, גרמה לתוצאות מסוכנות.

סעיף 4 לאמנה קובע:

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

ההדגשה אינה במקור.

בהקשר לסעיף 4 לאמנה יפים דבריהם של מדינה וסבן במאמרם שאזכר לעיל:

"זהו הטעם המרכזי שבשלו האמנה הבינלאומית לזכויות אזרחיות ופוליטיות משנת 1966 קובעת, בו-זמנית, כי ניתן להגביל את היקפן של רוב הזכויות והחירויות במצבי חירום לאומי, ואולם אין בשום אופן לגרוע או להתנות על הזכות לאיסור האפליה (סעיף 4 לאמנה). במילים אחרות, בני אדם אינם רשאים לנסות לקנות את ביטחונם על ידי פגיעה מפלה באחרים; אינם רשאים להפוך בני אדם אחרים לאמצעים להשגת ביטחונם. הם רשאים (בסייגים של מידתיות) לשנות את "שולי הסיכון" שהם נוטלים בעת חירום, משמע, לפגוע יותר מהמותר בימי שלום בחופש התנועה, בחופש הביטוי, בפרטיות, בקניין וכדומה, אך הם צריכים להחיל את השינוי הזה על הכול, ללא הפליה. בתמצית, ההיתר לשנות את "שולי הסיכון" מסייג באיסור לעשות כן באורח סלקטיבי. נאסרת לפיכך הטיה על בסיס השתייכות קבוצתית, ובתוך כך נאסר המעבר ממבחן סיכון אישי למבחן סיכון קולקטיבי."

37. יתר על כן, בתאריך 31.8.01 אישרה וועדת האו"ם האחראית על יישום האמנה הבינלאומית לזכויות אזרחיות ופוליטיות את הערה כללית מס' 29 לפיה, במצבי חירום לאומי לא ניתן להפלות נגד אנשים השייכים לקבוצות מיעוטים וכי על המדינות לכבד את זכויותיהם של מיעוטים המתגוררים בתוכה בכל מצב ובכל עת, ובלשון סעיף 13 (c) להערה הכללית מס' 29:

"In those provisions of the Covenant that are not listed in article 4, paragraph 2, there are elements that in the Committee's opinion cannot be made subject to lawful derogation under article 4. Some illustrative examples are presented below:

The Committee is of the opinion that the international protection of the rights of persons belonging to minorities includes elements that must be respected in all circumstances. This is reflected in the prohibition against genocide in international law, in the inclusion of a non-discrimination clause in article 4 itself (para. 1), as well as in the non-derogable nature of article 18".

CCPR/C/21/Rev.1/Add.11, General Comment No. 29.

38. גם מועצת אירופה – Council of Europe – אימצה שתי הנחיות עיקריות הנוגעות לאיסור ההפליה על בסיס שייכות אתני או על בסיס לאום גם במהלך הלוחמה בטרור. הנחיה מס' 2 קראה למדינות החברות לשמור על זכויות אדם ואיסור ההפליה במהלך הלוחמה בטרור וכן הנחיה מספר 8 שאומצה ע"י European Commission against Racism and Intolerance (ECRI) קראה למדינות החברות להימנע מחקיקת חוקים הנוגעים לחימה בטרור הגורמים הן בעקיפין והן במישרין להפליה על רקע לאום, גזע, צבע, שפה, דת או מוצא אתני. בהמשך, ממליצה הנחיה מס' 8 לעיל למדינות החברות לנקוט משנה ערנות והימנעות מהפליה עקיפה או ישירה בזכות לפרטיות וחיי המשפחה באמצעות אישור היתרים לאיחוד משפחות והיתרי עבודה.

39. גם מסמך מוסקוה - Document of the Moscow Meeting of the Conference on the Human Dimension of the CSCE – מגביל את סמכות המדינות לפגוע בעקרון איסור ההפליה לרבות נגד מיעוטים לאומיים במצבי חירום. מסמך זה מוסיף, כי אין במצבי חירום כדי להתיר פגיעה ו/או הפליה אך ורק על בסיס שייכות לקבוצה אתנית או לאום ו/או שייכות לקבוצת מיעוט כלשהי.

40. לא למותר לציין, כי מאחורי חוק האזרחות לא עומדת כל תשתית ראייתית ו/או עובדתית להצדקת המעשה השלטוני. כך המצב במקרה דנן. בהתאם לפרטים הנוספים שהומצאו בתאריך 22.12.08 ע"י המשיבה אל האגודה לזכויות האזרח העותרת בבג"ץ 544/07 (להלן: "פרטים נוספים מטעם המשיבה"), מתברר כי אין כל תשתית ראייתית

אודות מבקשים תושבי הרשות הפלסטינית בכלל ותושבי או אזרחי המדינות המנויות בתוספת לחוק האזרחות, בפרט, אשר היו מעורבים בפעילות בטחונות כלשהי. כך למשל, לגבי תושבי או אזרחי המדינות המנויות בתוספת לחוק האזרחות, בהתאם לפרטים הנוספים מטעם המדינה צוין, כי במהלך 11 שנים (בין שנת 1997 עד 31.8.08) הוגשו רק 164 בקשות למעמד בישראל ע"י נתיני אויב מאיראן, עיראק, סוריה ולבנון לפי הפילוח הבא: בקשה אחת בלבד ע"י נתיני איראן; 5 בקשות בלבד ע"י נתיני עיראק; 88 בקשות ע"י נתיני לבנון ו- 70 בקשות ע"י נתיני סוריה. מתוך כל הבקשות הנ"ל סורבה רק בקשה אחת של נתין מלבנון כאשר סיבת הסירוב לא צוינה ועל כן יש להניח כי הסיבה אינה מבוססת דווקא על מידע בטחוני או מודיעיני. יתר על כן, ועל פי הפרטים הנוספים מטעם המשיבה, אף אחד מהמבקשים האלו שהינם נתיני מדינות אויב המנויות בתוספת, לא היה מעורב באופן כלשהו בפעילות שסיכנה את בטחון המדינה. על כן, העדרה של תשתית ראייתית לא זו בלבד שאינו יכול להצדיק אישורו של חוק דרקוני, אלא וכפי שיפורט בהמשך, היא מצדיקה את טענת העותרים בדבר גורפות הפגיעה בזכויות החוקתיות הנוצרות עקב חוק האזרחות.

ההיבט השני: איסור פגיעה בחיי משפחה על בסיס זהותו האתנית של בן הזוג

41. בפרק זה נטען כי אסור להפלות בקיום חיי המשפחה על רקע שייכותו הלאומית של בן הזוג מכיוון שמדובר בחיי משפחה משותפים וכי פגיעה בזכותו של בן הזוג הזר של האזרח הישראלי על בסיס שייכותו האתנית היא פגיעה בכבודו הן של האזרח והן של בן זוגו הזר וכי הפגיעה בזכותו של בן הזוג הזר של האזרח על בסיס שייכותו האתנית היא פגיעה בחיי המשפחה על בסיס אתני. כמו כן יטענו העותרים, כי הריבונות של המדינה מוגבלת לעקרון איסור ההפליה החל על בן הזוג של האזרח וכי הריבונות של המדינות מתירה להן לקבוע קריטריונים לכניסה לתחומן אך אסור לקריטריונים אלה להתבסס על שייכותו האתנית של בן הזוג הזר.

חיי המשפחה הם חיים משותפים של בני הזוג וילדיהם

42. חיי המשפחה הם חיים משותפים של בני זוג. פגיעה בזכות לקיים חיי משפחה פוגעת בקיום חיי זוגיות וחיים משפחתיים משותפים בין בני המשפחה, בין בני הזוג בינם לבין עצמם ובין הילדים והוריהם. חוק האזרחות אוסר על קיום חיים משותפים כאלה על רקע שייכותו האתנית והלאומית של בני זוגם של האזרחים הערבים.

43. הנשיא (כתוארו אז) ברק התייחס לסוגיה זו בפסק דינו בעניין **עדאלה** וקבע:

"הזכות לחיי המשפחה אינה מתמצית בזכות להינשא ולהוליד ילדים. הזכות לחיי משפחה משמעותה גם הזכות לחיי משפחה משותפים. זו זכותו של בן הזוג הישראלי לקיים חיי משפחתו בישראל, זכות זו נפגעת אם אין מאפשרים לבן הזוג הישראלי לחיות חיי משפחה בישראל עם בן הזוג הזר. בכך נכפית עליו הבחירה בין הגירה לישראל לבין ניתוק מבן זוגו.

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

פסקאות 27 – 28 לפסה"ד של הנשיא (כתוארו אז) ברק בעניין **עדאלה**.

קביעה דומה נקבעה ע"י כבוד השופט ג'ובראן בסעיף 9 לפסק דינו בעניין **עדאלה**:

"בלב ליבה של הזכות החוקתית לחיי משפחה ולנישואין, נמצאים החיים המשותפים, תחת קורת גג אחת. בפסיקה עניפה ועקבית, לא רק שראה בית-משפט זה בחיים המשותפים כמרכיב המרכזי של חיי המשפחה והנישואין, אלא שאף הגדיל לעשות וזיהה בין החיים המשותפים ובין קיומו של הקשר הזוגי, עד כדי קביעה, כי במימוש ההחלטה לקיים קשר זוגי בדרך של חיים משותפים, יוצרים ביניהם בני הזוג קשר של "ידועים בציבור", אשר גם בהיעדרו של אקט נישואים פורמלי, יש בו כדי לשמש, לא פעם, כשווה ערך לקשר הנישואין עצמו."

44. בתי משפט שונים בעולם התייחסו למרכיב החיים המשותפים כבסיס שבלעדיו אין לקיום חיי משפחה. כך למשל, בית המשפט החוקתי בדרום אפריקה התייחס לחשיבות קיום חיים משותפים בין בני הזוג וילדיהם כבסיס למימוש חיי המשפחה. בעניין *Dawood v Minister of Home Affairs*, הוגבלה כניסתם של בני זוג זרים של אזרחים ותושבים דרום אפריקאים אל דרום אפריקה וזאת באמצעות חוק Alien Control Act. בית המשפט קבע, כי הגבלת כניסתם של בני הזוג של אזרחים ותושבים דרום אפריקאים יש בה כדי לפגוע ביכולת בני זוג לכבד את התחייבותם אחד כלפי השני ועל כן להגביל את זכותם לחיי משפחה. בית המשפט קבע:

"The decision to enter into a marriage relationship and to sustain such a relationship is a matter of defining significance for many, if not most, people and to prohibit the establishment of such a relationship impairs the ability of the individual to

achieve personal fulfilment in an aspect of life that is of central significance. In my view, such legislation would clearly constitute an infringement of the right to dignity. It is not only legislation that prohibits the right to form a marriage relationship that will constitute an infringement of the right to dignity, but any legislation that significantly impairs the ability of spouses to honour their obligations to one another would also limit that right. A central aspect of marriage is cohabitation, the right (and duty) to live together, and legislation that significantly impairs the ability of spouses to honour that obligation would also constitute a limitation of the right to dignity

(ההדגשה אינה במקור)

המשפט המשווה: אין מפלים בן זוג זר של אזרח ישראלי

45. גם המשפט הבינלאומי ומשפטן של מדינות שונות בעולם אוסרים על הפלית בני אדם גם אם אינם אזרחים או תושבים על רקע אתני ולאום. ההכרזה האוניברסלית בדבר זכויות האדם משנת 1948 הטילה חובה על כל המדינות החברות באו"ם לכבד את עקרון איסור ההפליה כלפי כל אדם באשר הוא. אכן, מותר לכל מדינה להגביל את כניסתם של בני אדם זרים לשטחה, אולם הגבלה זו חייבת להיות על בסיס נימוקים ושיקולים ענייניים. זהו חלק ממימוש הריבונות הלגיטימית שלה. אך שייכותו האתנית של האדם מעולם לא הוכרה כשיקול לגיטימי האוסר את כניסתם של מי שאינם אזרחים או תושבים לשטחה של מדינה. איסורים כאלה פוגעים בכבודו של האדם באשר הוא אדם. פגיעה בערך האוניברסלי הזה עומדת גם בניגוד לעקרונות היסוד העומדים בבסיס חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו המציינים, כי זכויות היסוד של האדם במדינת ישראל מושתתות על "ההכרה בערך האדם, בקדושת חייו ובהיותו בן-חורין...". גם יתר סעיפיו של חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו, מגינים על חירויותיו הקלאסיות של האדם. סעיף 2 לחוק יסוד זה קובע: "אין פוגעים בחייו, בגופו או בכבודו של אדם באשר הוא אדם". כך היא לשונם של הסעיפים המתייחסים לשמירה על הקניין (סעיף 3) וההגנה על החיים, הגוף והכבוד (סעיף 4). יצויין, כי אמנם סעיף 6 (ב) לחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו, שכותרתו "יציאה מישראל וכניסה אליה", קובע כי "כל אזרח ישראלי הנמצא בחוץ לארץ זכאי להיכנס לישראל", אולם אין בקביעה זו שלילה לזכותו של כל אדם – במיוחד מי שיש לו זיקה לאזרחי המדינה – לא להיות מופלה אך ורק על רקע שייכותו האתנית.

46. פיתוח מושג "כבוד האדם" הן במשפט הבינלאומי והן במשפטן של מדינות שונות בעולם, הינו תוצר של הזוועות שהתחוללו במלחמת העולם השנייה כאשר המטרה היתה החלת משפט "כבוד האדם" על כל אדם ללא קשר לנאמנותו של אותו אדם למדינה זו או אחרת. יתר על כן, פיתוח מושג זה נועד במיוחד כדי להגן על כל אדם כולל מי שאינו אזרח מפני פגיעות מעשי ריבוני זה או אחר של המדינה העומדת לפגוע בזכויותיו. המלומדת ריזניק הטיבה לתאר את המטרה מאחורי תחולת מושג "כבוד האדם" כפי שהוא פותח לאחר מלחמת העולם השנייה:

"We think it useful to focus instead on sovereignty's plasticity, no longer signaling total power nor predicated only on physical boundaries but continuing to mark significant amounts of authority and status. Whatever prerogatives governments once had, they cannot--as a legal matter (see human rights law) and as a political matter (see preemptive military strikes beyond one's national borders)--treat human beings with utter disregard and assert sovereignty as an absolute defense to their actions. The rise of dignity (inter alia) has changed the meaning of sovereignty."

ובהמשך :

"As these phrases from many legal documents illustrate, the law of dignity defines it as an attribute of all persons, not only those who claim loyalties to a specific nation. Thus dignity becomes a transportable aspect of personhood, responsive to the practical and political import of globalization. The law of dignity dovetails with a range of political theories of the changing relations between states and their citizenry and the obligations of political actors more generally. For functioning democracies, all participants must partake in conversation, accounting for their actions and views in order to legitimate them."

Judith Resnik "Adding insult to injury: questioning the role of dignity in conceptions of sovereignty" 55 Stan L. Rev. 1921, 1929.

47. כנגזרת מפיתוחו של מושג "כבוד האדם" במשפט הבינלאומי, הושרש גם מעמדו של עקרון איסור ההפליה גם נגד מי שאינו אזרח. ההצהרה האוניברסלית לכל באי העולם משנת 1948 מתייחסת לחירויותיו של האדם והיא מטילה חובות על כל המדינות ואומות העולם לכבד את חירויותיו של האדם באשר הוא. חובות אלו אינן מחייבות את המדינה כלפי אזרחיה או תושביה בלבד, אלא הן מחייבות אותה כלפי כל אדם שחירותו עלולה להיפגע מטעמה או מטעם סוכניה ללא קשר למקום הפגיעה או למעמדו האזרחי של הנפגע. כך מורה לשונו הברורה של סעיף 2 להצהרה זו :

"Everyone is entitled to all the rights and freedoms set forth in this Declaration, without distinction of any kind, such as race, colour, sex, language, religion, political or other opinion, national or social origin, property, birth or other status. Furthermore, no distinction shall be made on the basis of the political, jurisdictional or international status of the country or territory to which a person belongs, whether it be independent, trust, non-self-governing or under any other limitation of sovereignty".

48. האמנה העיקרית והרלוונטית ביותר לעניין זה הינה האמנה הבינלאומית בדבר ביעור כל צורות ההפליה הגזעית משנת 1966 ואשר נחתמה ואושררה ע"י ישראל בשנת 1979. סעיף 1(1) לאמנה מגדיר את ההפליה הגזעית ככל אבחנה, הדרה, הגבלה או העדפה על בסיס גזע, צבע, מוצא אתני או על בסיס לאום כדלקמן :

"In this Convention, the term "racial discrimination" shall mean any distinction, exclusion, restriction or preference based on race, colour, descent, or national or ethnic origin which has the purpose or effect of nullifying or impairing the recognition, enjoyment or exercise, on an equal footing, of human rights and fundamental freedoms in the political, economic, social, cultural or any other field of public life."

יתר על כן, סעיף 1(3) לאמנה קובע, כי אין בסעיפי האמנה להשפיע על הוראות משפטיות של מדינות הנוגעות ללאומיות, אזרחות או התאזרחות, ובלבד שהוראות אלו אינן מפלות בהליכים אלו כנגד קבוצת לאום ספציפית כלשהי. הסעיף קובע:

"Nothing in this Convention may be interpreted as affecting in any way the legal provisions of States Parties concerning nationality, citizenship or naturalization, provided that such provisions do not discriminate against any particular nationality."

49. יוצא אם כן, כי האמנה לביעור סוגי ההפליה הגזעית אינה מתירה הפליה או הדרה כלשהי על בסיס לאום או שייכות אתנית אף לא באזרחות או בהליכי התאזרחות.

50. עקרון איסור ההפליה הינו עקרון על במשפט האזורי של האיחוד האירופאי, אפריקה ודרום אמריקה. כך עולה מחוות הדעת של OSJI המדגישה, כי פסקי הדין של בית הדין האירופאי לזכויות אדם הדנים בהפליה על רקע אתני או לאום, נסמכים על עקרון העל האוסר הפליה על רקעים אלו והמעוגן עצמו בסעיף 14 לאמנה האירופאית לזכויות אדם הקובע:

"The enjoyment of the rights and freedoms set forth in this Convention shall be secured without discrimination on any ground such as sex, race, colour, language, religion, political or other opinion, national or social origin, association with a national minority, property, birth or other status."

בית הדין האירופאי לזכויות אדם נסמך על סעיף 14 לעיל בפסיקותיו. בעניין *Gaygusuz v. Austria*, משנת 1996, דן בית הדין האירופאי לזכויות אדם בתביעתו של טורקי אשר התגורר ועבד באוסטריה במשך שנים רבות לתשלום זכויות ותנאים סוציאליים וזאת לאחר שדרישותיו לתשלום נדחו בשל היותו טורקי. בית הדין קבע, כי האבחנה בין בני הלאום האוסטרים לבין אלה שלא, מהווה הפליה על רקע לאום ועל כן היא מהווה הפרה לסעיף 14 לאמנה האירופאית לזכויות אדם. גם בשנת 2005 אימץ בית הדין האירופי לזכויות אדם בעניין *Timishev v. Russia* את הקביעה שלפיה אין להפלות אדם על רקע השתייכותו הקיבוצית לקבוצה אתנית. במקרה זה הגבילו השלטונות הרוסיים את תנועתו של התובע אך ורק בשל היותו שייך לקבוצת המיעוט הצי'צנית.

52. יתר על כן, בעקבות גל הגזענות שהחל להתגבר באירופה בשנת 2000, במיוחד נגד המיעוט האתני הצועני, אישר האיחוד האירופאי את הנחייתו בדבר הפליה גזעית - Race Directive - בה נקבע, כי שוויון בפני החוק והגנה מפני הפליה לכל בני האדם מהווים זכות אוניברסאלית המופרת במשפט הבינלאומי ובלשון ההנחיה:

"The right to equality before the law and protection against discrimination for all persons constitutes a *universal right* recognised by the Universal Declaration of Human Rights, the United Nations Convention on the Elimination of all forms of Discrimination Against Women, the International Convention on the Elimination of all forms of Racial Discrimination and the United Nations Covenants on Civil and Political Rights and on Economic, Social and Cultural Rights and by the European Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms, to which all Member States are signatories."

European Union Directive 2000/43/EC (Race Directive).

53. עקרון איסור ההפליה הינו עקרון על גם במשפט האזורי הדרום אמריקאי. כך עולה מחוות הדעת מטעם ה-OSJI. האמנה האמריקאית לזכויות אדם וההצהרה האמריקאית לזכויות וחובות האדם אוסרות הפליה על רקע אתני ולאום. על בסיס סעיפים אלו קיבלה ה-Inter-American Commission on Human Rights החלטות הנסמכות על עקרון זה. בעניין *María Eugenia Morales de Sierra v. Guatemala* קבעה הועדה בשנת 2000 שאבחנות סטטוטוריות על בסיס אתני הינן נשוא לביקורת שיפוטית ברמה העליונה (strict scrutiny). כמו כן בשנת 2003 קבע בית המשפט בהחלטה שיפוטית בעניין מהגרים לא רשומים (Juridical Condition and Rights of the Undocumented Migrants) כי עקרון השוויון חל על כל פעולות רשויות הממשל וכי אסור למדינות לחוקק חוקים או לאשר החלטות או אקטים מנהליים אשר יש בהם או בפרשנותם כדי להפלות נגד קבוצה ספציפית אך ורק בשל שייכותה האתנית או על בסיס לאום. בעניין אחר *Case of the Girls Yean and Bosico v. Dominican Republic* (2005) קבע בית המשפט הבינ-אמריקאי כי מדינות רשאיות לאבחן בין אזרחים לבין זרים בחלוקת הטבות שונות אולם אל לאבחנות אלו להפלות בין קבוצות אתניות ולאומיות בין במישרין ובין בעקיפין.

54. כך גם המצב המשפטי האזורי באפריקה כפי שעולה בחוות הדעת מטעם OSJI. הצ'ארטר האפריקאי לזכויות אדם קובע בסעיף 2 את עיקרון איסור ההפליה על רקע אתני או לאום. גם הועדה האפריקאית האחראית על יישום הצ'ארטר האפריקאי קבעה במספר מקרים כי אין להפלות נגד בני אדם אך ורק על רקע שייכותם האתנית או הלאומית (*Legal Resources Foundation v. Zambia* משנת 2001). ובעניין *Amnesty*

International v. Zambia משנת 1999 אשר דן בהגבלת אזרחותם של מבקשים לצורכי שמירה על בטחון הציבור נקבעה הלכה דומה. במקרה זה קבעה הועדה, כי הוצאת צו גירוש נגד שני תושבים בזאמביה על מנת לשמור על בטחון הציבור מנוגדת לצ'ארטר האפריקאי לזכויות אדם שכן הצו הפלה אותם לרעה על רקע לאום ופגע בעקרון השוויון.

55. יתר על כן, עיון בחוות הדעת אשר צורפו לעיקרי הטיעון מראה כי המצב המשפטי באזורים שונים בעולם מכיר בזכות לחיי משפחה כזכות חוקתית ואוסר את הפגיעה בה בכלל ואוסר את הפגיעה בה על רקע שייכות אחד מבני הזוג לקבוצה אתנית או לאומית בפרט. כך למשל חוות הדעת מטעם ה-OSJI מפרטת כי האמנה האירופאית לזכויות אדם מכירה בסעיף 8 בזכות לחיי משפחה. בית הדין האירופאי לזכויות אדם פסק באין ספור מקרים כי אין לפגוע בזכות לחיי משפחה בין אם מדובר בפגיעה בגרעין חיי המשפחה או צורתיו השונים של התא המשפחתי, בין אם באנשים מאורסים ובין אם פגיעה בזכות לפרטיות של המשפחה אשר הוכרה אף היא כחלק מהזכות לחיי משפחה. אולם בית הדין הוסיף כי פגיעות בזכות לחיי משפחה חייבות להיות לתכלית ראויה ובאופן מידתי ובכל מקרה אסור למדינות להפלות על רקע אתני או לאום. כך למשל נקבע בעניין *Dudgeon v UK* (1981) ובעניין *Ciliz v. Netherlands* דן בית הדין בזכות של אזרח טורקי לאיחוד משפחות עם בנו בעל האזרחות ההולנדית בהולנד וקבע כי אין לפגוע בזכותם של האב ובנו לחיי משפחה וכי הזכות לחיי משפחה של האב ובנו גוברים על האינטרסים של המדינה בהגבלת ההגירה לתוכה.

56. יתר על כן, כפי שעולה מחוות דעת של ה-OSJI, האיחוד האירופאי הרחיב את היקף הזכות לחיי משפחה וזאת בסעיף 7 לצ'ארטר של הזכויות הבסיסיות של האיחוד האירופאי. כמו כן, הזכות לאיחוד משפחות הוכרה גם כזכות עצמאית בהנחיה של המועצה האירופאית בדבר הזכות לאיחוד משפחה כאשר ההנחיה מחייבת את המדינות להכיר בזכות לאיחוד משפחות בין אזרחים לבני זוג/שאינם אזרחים. ההנחיה מוסיפה גם חריגים לזכות לאיחוד משפחות וזאת במקרה של איום על בטחון הציבור כגון מקרים בהם מי שמבקש להיכנס למדינה שייך לארגון טרור. אולם, בהתאם להנחיה הנ"ל, אין לפגוע בזכות לחיי משפחה גם כאשר קיים איום על בטחון הציבור.

57. בעניין של *Abdulaziz, Cabales and Balkandali v UK* אשר הובא בחוות דעתה של פרופ' למברט וואלאס נידונה בקשותיהם של נשים לא בריטיות לאיחוד משפחה עם בני זוגן שאף הם אינם בריטים אך התגוררו ועבדו באופן זמני בבריטניה. גם במקרה זה בו שני בני הזוג לא היו בריטים, בקשתם לאיחוד משפחה בתוך בריטניה נתקבלה על מנת שלא לפגוע בזכותם לחיי משפחה. במקרה אחר - *Sen v the Netherlands* – הותר איחוד משפחה בתוך הולנד בין אזרחים טורקים שהשתקעו בתוך הולנד יחד עם ילדיהם אשר נולדו וגדלו אצל בני משפחה בטורקיה וזאת מהנימוק כי אי התרת איחוד המשפחה ביניהם היה בו כדי לפגוע בזכות לחיי משפחה הן של ההורים והן של הילדים. ובמקרה של *Huang & Kashmiri v the Secretary of State for the Home Department* נקבע

כי סירוב המדינה לאפשר מימוש חיי המשפחה בתוכה כאשר מימוש הזכות במדינה אחרת אינו יכול להתממש, מהווה פגיעה והפרה של הזכות לחיי משפחה הקבוע בסעיף 8 לאמנה האירופאית לזכויות אדם.

58. פסיקת בית המשפט לחוקה בצרפת משנת 1993 הכירה בזכות לחיי משפחה כזכות חוקתית וקבעה כי למי שמתגורר בצרפת יש את הזכות החוקתית לחיי משפחה בין אם הוא אזרח ובין אם הוא זר. במקרה זה סורב סטודנט זר שהתגורר בצרפת מלממש את זכותו לחיי משפחה. בית המשפט קבע, כי הסירוב להעניק לסטודנט הזר את האפשרות להביא את משפחתו להתגורר עימו בצרפת הינו בלתי מוצדק ומהווה הפרה לזכות החוקתית של חיי המשפחה המעוגנת בחוקת צרפת משנת 1946 (החלטה מס' 93-325 מאוגוסט 13, 1993. ניתן לעיין בה: http://www.conseil-constitutionnel.fr/conseil-constitutionnel/root/bank_mm/anglais/a93325dc.pdf). החלטה נוספת של בית המשפט לחוקה בצרפת משנת 1997 דנה בהוראת חוק המסמיך את הרשויות בצרפת שלא לחדש היתר שהייה של זר המתגורר בצרפת במקרה בו נוכחות הזר מהווה איום על הסדר הציבורי – "the presence of the alien constitutes a threat to public order". בית המשפט לחוקה קבע, כי למרות שיש לרשות המחוקקת את הזכות לקבוע נוהלים באשר להכנסת זרים לשטח המדינה, אולם סירוב לחדש היתר שהייה לזר המתגורר זה מכבר בצרפת אך ורק עקב הסיכון לסדר ציבורי הינו בלתי חוקתי שכן הוא פוגע בזכות החוקתית של הזר לחיי משפחה המעוגנת בחוקת צרפת משנת 1946, ובלשון בית המשפט:

"Although the legislature has the power to enact provisions governing the entry and residence of aliens in order to safeguard the constitutional objective of public order, it must reconcile that objective with respect for the fundamental rights and liberties enjoyed by all those who reside in the territory of the Republic; The tenth paragraph of the Preamble to the Constitution of 27 October 1946 states that "the Nation shall provide the individual and the family with the conditions necessary to their development"; aliens who have a stable and regular residence in France are entitled, in the same way as nationals, to lead a normal family life; serious interferences with their private life are a violation of their individual freedom, as would be the case if they were nationals; When they apply for renewal of their residence card, aliens may show evidence of regular residence in France for at least ten years; in the event of such a stable situation, which is likely to have generated manifold links between the alien and the host country, a mere threat to public order is not enough to justify refusal to renew; this would be an excessive encroachment on the applicant's right to respect for his private and family life whereas at any time the authorities can, in the event of a serious threat, order his expulsion in accordance with the conditions and procedures of sections 23 to 26 of the Ordinance of 2 November 1945; the words "unless the

presence of the alien constitutes a threat to public order”
are accordingly unconstitutional.”

ההחלטה ניתנת לעיון ב :

http://www.conseil-constitutionnel.fr/conseil-constitutionnel/root/bank_mm/anglais/a97389dc.pdf

(פסקאות 43 עד 45 להחלטה).

59. חוות הדעת של ה- OSJI פורשת גם את מעמדה של הזכות לחיי משפחה במשפט האזורי האמריקאי. האמנה האמריקאית בדבר זכויות אדם קובעת, כי אין לפגוע בזכות לחיי משפחה או בזכות לפרטיות של המשפחה. הועדה האמריקאית האחראית על יישום האמנה ביטלה במספר מקרים פגיעות בחיי משפחה אשר הובילו להפרדה ופיצול בתא המשפחתי. כך למשל, דנה הועדה בתביעה של בני משפחה ממוצא הייטי נגד הרפובליקה הדומיניקנית כתוצאה מגירושם של בני משפחה ממוצא הייטי אשר הוביל להפרדה בין ההורים לבין ילדיהם שנותרו ברפובליקה הדומיניקנית. הועדה ביטלה את הגירוש בשל הפגיעה בזכות לחיי משפחה. כמו כן, במקרה *Case of the Serrano-Cruz Sisters v. El Salvador* אשר נידון בועדה בשנת 2005 נקבע, כי על רשויות השלטון לדאוג לאיחודם של בני משפחה אשר הופרדו עקב היעלמותם של בני משפחתם במהלך הכיבוש של אל-סאלבדור בשנות השמונים של המאה העשרים. במילים אחרות, המשפט האזורי האמריקאי לא רק שהוא מכיר בזכות לחיי משפחה ואוסר את הפגיעה בה, אלא שהוא מטיל חובות פוזיטיביות על המדינות החברות המחייב אותם לנקוט בפעולות על מנת להתיר את מימוש הזכות לחיי משפחה.

60. כך גם במשפט האזורי האפריקאי כפי שהוא עולה מחוות דעת של ה- OSJI. הצי'ארטר האפריקאי לזכויות אדם אף הוא מכיר בזכות לחיי משפחה. הועדה האפריקאית האחראית על יישום הצי'ארטר דאגה ליישום הצי'ארטר במקרים בהם קיימת היתה פגיעה בזכות לחיי משפחה. כך למשל בעניין *Modise v. Botswana* אשר נידון בפני הועדה במהלך שנת 2000 ובו נקבע, כי אסור היה למדינת בוטצוואנא לגרש את התובע אל דרום אפריקה שכן גירושו הוביל לסבל אישי ושלל ממנו את משפחתו ושלל את תמיכת משפחתו בו. במקרה אחר, הטילה הוועדה ביקורת כנגד החלטת ממשלת זאמביה לגרש משפחות רבות מחוץ לשטחה כאשר בין היתר קבעה כי גירוש המשפחות אל מחוץ לשטח המדינה הפריד בין המשפחות ובכך פגע בזכותם לחיי משפחה.

61. גם פסיקת בית המשפט החוקתי בדרום אפריקה הגן על הזכות לחיי משפחה. כך עולה מחוות דעתו של עו"ד קץ מדרום אפריקה אשר צורפה לעיקרי טיעון. בעניין *Dawood v Minister of Home Affairs*, הוגבלה כניסתם של בני זוג זרים של אזרחים ותושבים דרום אפריקאים אל דרום אפריקה וזאת באמצעות חוק Alien Control Act. בית המשפט קבע, כי הגבלת כניסתם של בני הזוג של אזרחים ותושבים דרום אפריקאים יש

בה כדי לפגוע בזכותם לכבוד ועל כן בזכותם לחיי משפחה. בית המשפט הדגיש את חשיבותה של הזכות לחיי משפחה וקבע כי לא רק החוק שנדון בפני בית המשפט מהווה הפרה לזכות לחיי משפחה, כי אם כל חוק אחר אשר יש בו כדי לפגוע ביכולת בני זוג לכבד את התחייבותם אחד כלפי השני יש בו אף הוא כדי להגביל את הזכות.

ובמקרה, *Booyesen and Others v Minister of Home Affairs and Another*, נדונה הוראה באותו חוק שנדון בעניין *דאוד* לעיל, *Alien Control Act*, לפיה, על היתרי כניסה לבני זוג זרים של אזרחים דרום אפריקאים להיות מוגשים מחוץ לשטח המדינה וכתוצאה מכך, אילצה הוראת החוק את בני הזוג להיפרד אחד מהשניה לצורך הגשת בקשת היתר השהייה לבן הזוג הזר. בית המשפט החוקתי של דרום אפריקה קבע, כי הוראה זו פגעה בחיי המשפחה שכן היא גרמה לבני הזוג להפר את התחייבויותיהם של האחד כלפי משנהו ובכך היוותה הגבלה בלתי מוצדקת על הזכות לכבוד הן של האזרחים הדרום אפריקאים והן של בני הזוג הזרים. גם בעניין **מאקינאנא** ובעניין **קילתי**, *Makinana and Others v Minister of Home Affairs and Another; Keelty and Another v Minister of Home Affairs and Another*, דן בית המשפט החוקתי בדרום אפריקה בהוראה באותו חוק לעיל אשר הגבילה והשפיעה במישרין ובעקיפין על בני זוג זרים של אזרחים דרום אפריקאים לקבל היתר עבודה בתוך שטח דרום אפריקה. גם כאן קבע בית המשפט החוקתי של דרום אפריקה, כי ההוראה פגעה בזכות החוקתית לכבוד הן של האזרחים הדרום אפריקאים והן של בני זוגם הזרים, שכן הפגיעה היתה בלתי מוצדקת ובלתי סבירה. לאור סעיפי החוקה הדרום אפריקאית וכן לאור הפסיקה של בית המשפט החוקתי בדרום אפריקה, הסיק המומחה מר קץ כי חוק האזרחות הנדון בענייננו פוגע בזכות החוקתית לחיי משפחה.

62. הנה כי כן, חוק האזרחות אשר מגביל את הזכות לחיי משפחה על בסיס שייכותו האתנית של בן הזוג של האזרח הישראלי הינו חוק מפלה ופסול במיוחד על רקע העובדה שחיי משפחה הינם חיים משותפים.

דוקטרינת "נתיני אויב" מנוגדת למשפט הבינלאומי

63. העדרה של תשתית ראייתית כפי שפורט לעיל והתרת הפגיעה הגורפת נגד מי שמבקש להיכנס לשטח ישראל אך ורק על בסיס שייכותו האתנית והלאומית מחיה ומחזקת בעצם את **דוקטרינת "נתיני אויב"** שהיתה רווחת במהלך מלחמת השניה ומוגרה לאחר סיום המלחמה באמצעות עיגון כללי המשפט הבינלאומי אשר שמו להם את עקרון איסור ההפליה והגזענות כעקרון על. דוקטרינה זו מניחה שבזמני קונפליקט, אדם ייחשב כמסוכן באופן פוטנציאלי אך ורק על בסיס שייכותו הלאומית או האתנית וזאת ללא קשר למעורבותו בפועל של אותו אדם בקונפליקט, אם בכלל הוא מעורב, ועל כן נאמנותו והשקפותיו הפוליטיות הינן פונקציה של לאומיותו ושל הקבוצה האתנית אליה הוא שייך. דוקטרינה זו מוצאת ביטוי לא רק בעמדת המשיבה אלא גם בפסה"ד של המשנה

לנשיא (כתוארו אז) חשין ושל כבוד השופטת נאור בעניין **עדאלה** אשר קבעו כי "הלכה טבעית ופשוטה זו – כי אזרח זר שנשקף ממנו סיכון לביטחון המדינה לא יורשה להיכנס אל תוך המדינה – גוזרת מעצמה, כמו מאליה, מסקנה כי בעת מלחמה לא יורשו אזרחי אויב להיכנס אל המדינה, שכן חזקה עליהם כי מסכנים הם את ביטחון-המדינה ואת ביטחון-הציבור.

64. דוקטרינה זו פותחה במהלך מלחמת העולם השנייה ע"י בריטניה וארה"ב על מנת שיהיה ניתן לעשות בה שימוש כדי להצדיק באופן אפקטיבי מדיניות אשר כשלעצמה לא היתה חוקית. בבריטניה, חוקק חוק אויבי בריטניה (תיקון) 1914, אשר מכוחו הוקם אפוטרופוס על נכסי האויב וזאת על מנת להפקיע מקרקעין בבריטניה שהיו בבעלות גרמנים וזאת לצורך איסוף התשואות מנכסיהם. מדיניות זו כלפי נכסי הגרמנים נמשכה במהלך מלחמת העולם השנייה עם אישור חוק המסחר עם האויב משנת 1939. חוקים אלו הגדירו בן אדם כ"אויב" על בסיס מקום מגורים ולא על בסיס לאומו כאשר הם חייבו את הגרמנים המתגוררים בבריטניה להירשם בפנקס מטעם הרשויות ולצורך כך הם חולקו לשלוש קבוצות לפי רמת מסוכנותם. סוג א' של נתיני אויב גרמניים היו אלו שנחשבו כאיום מוחשי לבריטניה ועל כן נפלאו ורבים מהם אף הוגלו מהאיים הבריטיים; סוג ב' היו אלה שלא שיקפו איום מוחשי ועל כן חופש התנועה שלהם הוגבל ונמנעו מלרכוש או להחזיק מצלמות או רישיונות נהיגה וסוג ג' היו אלה שברחו מהשלטון הנאצי ועל כן תנועתם לא הוגבלה. בסופו של דבר נמצא כי רוב הנתינים הגרמנים ששהו בבריטניה (86.7%) לא היו מעורבים בכל סוג שהוא של פעילות בטחונית ו/או שיתוף פעולה עם השלטון הנאצי ובכל זאת חירותם הוגבלה.

65. ארה"ב הרחיקה עוד יותר לכת ואישרה מדיניות לפיה המוצא האתני והלאומי הוא האינדקטור לאיום הבטחוני הנובע מהנתיני. בשנת 1942 אישר הנשיא האמריקאי רוזוולט מדיניות אשר פוונה נגד אזרחים אמריקאים ממוצא יפני, לפיה בני אדם ממוצא יפני נחשבו כנתיני מדינת אויב אף אם היו אזרחי ארה"ב באותה עת. כל מי שהיה אזרח אמריקאי ממוצא יפני הועבר למחנה פליאה בהנחה כי הוא מהווה סיכון לביטחון ושלום הציבור. מדיניות דומה ננקטה גם כלפי אזרחים אמריקאים ממוצא גרמני ואיטלקי למרות שאלו לא הועברו למחנות הפליאה אך תנועתם הוגבלה. חשוב לציין כי מקורה של מדיניות זו לא היה קשור באופן בלעדי לארועי מלחמת העולם השנייה, כי אם להגבלת הגירת היפנים לשטח ארה"ב, הגבלה שהתחילה עוד בשנת 1907. מדיניות זו הביאה לפליאתם של יותר מ- 100,000 אזרחים אמריקאים ממוצא יפני. המדיניות הועברה לביקורת שיפוטית בבית המשפט העליון האמריקאי לראשונה בעניין **הירביאשי** ולאחר מכן בעניין **קורמטצו**. בעניין **הירביאשי** נדונה הגבלת תנועתו של אזרח אמריקאי ממוצא יפני מהנימוק כי מוצאו הינו אינדקטור לנאמנותו למדינת יפן והשקפותיו הפוליטיות נגד ארה"ב. באשרו את מדיניות הממשל האמריקאי, קבע השופט Stones מבית המשפט העליון האמריקאי כדלקמן:

"The alternative [to internment only people of Japanese descent] which the appellant insists must be accepted is for the military

authorities to impose the curfew on all citizens within the military area, or none. In a case of threatened danger requiring prompt action, it is a choice between inflicting obviously needless hardship on the many, or sitting passive and unresisting in the presence of the threat."

Hirabayashi v. United States 320 U.S. 81 (1943) at 95.

66. בית המשפט ביסס את החלטתו על הקשר התרבותי בין האזרחים האמריקאים ממוצא יפני לבין מדינת יפן עצמה, התרבות והשפה היפנית והקהילה היפנית וקבע:

"There is support for the view that social, economic and political conditions which have prevailed since the close of the last century, when the Japanese began to come to this country in substantial numbers, have intensified their solidarity and have in large measure prevented their assimilation as an integral part of the white population. In addition, large numbers of children of Japanese parentage are sent to Japanese language schools outside the regular hours of public schools in the locality. Some of these schools are generally believed to be sources of Japanese nationalistic propaganda, cultivating allegiance to Japan. Considerable numbers, estimated to be approximately 10,000, of American-born children of Japanese parentage have been sent to Japan for all or a part of their education. Of the large number of resident alien Japanese, approximately one-third of all Japanese inhabitants of the country, are of mature years and occupy positions of influence in Japanese communities. The association of influential Japanese residents with Japanese Consulates has been deemed a ready means for the dissemination of propaganda and for the maintenance of the influence of the Japanese Government with the Japanese population in this country. The restrictions, both practical and legal, affecting the privileges and opportunities afforded to persons of Japanese extraction residing in the United States, have been sources of irritation and may well have tended to increase their isolation, and in many instances their attachments to Japan and its institutions."

Hirabayashi v. United States 320 U.S. 81 (1943) at 96-98.

67. כשנה לאחר מכן, ניתן פסה"ד של בית המשפט העליון האמריקאי בעניין **קורמטצו** אשר דן בפליאתם של אזרחים אמריקאים ממוצא יפני במחנות פליאה במטרה למנוע מהם שיתוף פעולה עם האויב וריגול למענו. קורמטצו סירב להיענות לצו הפליאה ועל כן הגיש את עתירתו לבית המשפט. בעצם, הקביעה של בית המשפט העליון בעניין **הירביאשי** הקלה על מתן פסה"ד הגורף בעניין **קורמטצו** והיוותה בבחינת מדרון חלקלק לקביעתו.

68. פליאתם של האזרחים האמריקאים ממוצא יפני נחשבת כאפיוזודה מחפירה וידועה לשמצה בהסטוריה האמריקאית. עם סיום מלחמת העולם השנייה הושמעו ביקורות חריפות כנגד שני פסה"ד לעיל בפרט ונגד השימוש בדוקטרינת מדינות אויב בכלל. בשנת 1986 ביטל בית המשפט המחוזי הפדרלי במחוז התשיעי את הרשעתו של הירביאשי

מהנימוק לפיו, ההרשעה התבססה על סטריאוטיפים גזעניים נגד המורשע. בבטלו את ההרשעה קבע בית המשפט כדלקמן:

"The *Hirabayashi* and *Korematsu* decisions have never occupied an honored place in our history. In the ensuing four and a half decades, journalists and researchers have stocked library shelves with studies of the cases and surrounding events. These materials document historical judgments that the convictions were unjust. They demonstrate that there could have been no reasonable military assessment of an emergency at the time, that the orders were based upon racial stereotypes, and that the orders caused needless suffering and shame for thousands of American citizens."

Hirabayashi v. United States, 828 F.2d 591, 593 (9th Cir. 1987).

שנתיים לאחר מכן, במהלך 1988 אושר חוק פדרלי מטעם הקונגרס - Civil Liberties Act of 1988 – אשר בו, בין היתר, התנצל הקונגרס בשם העם האמריקאי בפני האזרחים האמריקאים ממוצא יפני על מה שהממשל האמריקאי עולל להם במהלך מלחמת העולם השנייה (לעיון בחוק ראו: <http://www.civics-act.org/library/formatted/texts/civilact1988.html>).

69. החרפה שנבעה מהשימוש בדוקטרינות מדינות אויב במהלך מלחמת העולם השנייה היא שהביאה לשינוי הרציונאל שבסיס המשפט הבינלאומי אשר עבר מעקרון העל של ריבונות המדינה אל עקרון העל של איסור ההפליה, גם במהלך מלחמות וקונפליקטים. מגמה זו החלה להשתנות עוד לפני פינונה של האו"ם וזאת בהסכם לונדון משנת 1945 שעניינו ההסכמה להעמדה לדין וענישת פושעי מלחמת העולם השנייה מציר המדינות האירופאיות. אף הסכם זה כלל עקרון איסור ההפליה בהעמדתם לדין של פושעי מלחמת העולם השנייה במסגרת משפטי נירנברג וזאת על רקע אתני או דתי של החשודים.

70. בהמשך, עם פיתוחו של המשפט הבינלאומי עוגן והושרש עקרון איסור ההפליה, בין היתר על רקע שייכות לאומית ואתנית. סעיף 3 לאמנת ג'נבה משנת 1949 אף הוא קבע איסור הפליה בזו הלשון:

"Persons taking no active part in hostilities ... shall in all circumstances be treated humanely, without any adverse distinction founded on race, colour, religion or faith, sex, birth or wealth, or any other similar criteria."

כמו כן, אמנת ג'נבה הרביעית משנת 1949 הגנה על אזרחים במהלך מלחמה ואמנת ג'נבה משנת 1951 הגנה על מעמדם של פליטים ושתייהן הגבילו את השימוש בדוקטרינת נתיני אויב. סעיף 44 לאמנת ג'נבה הרביעית קובע:

"In applying the measures of control mentioned in the present Convention, the Detaining Power shall not treat as enemy aliens exclusively on the basis of their nationality de jure of an enemy"

State, refugees who do not, in fact, enjoy the protection of any government."

ובשנת 1951 אושרה אמנת הפליטים אשר הרחיבה את ההגבלות על השימוש בדוקטרינת מדינות אויב והרחיבה את תחולת האמנה לא רק על זמני מלחמה אלא גם על זמני רגיעה וקבעה בסעיף 8 כדלקמן:

"With regard to exceptional measures which may be taken against the person, property or interests of nationals of a foreign State, the Contracting States shall not apply such measures to a refugee who is formally a national of the said State solely on account of such nationality. Contracting States which, under their legislation, are prevented from applying the general principle expressed in this article, shall, in appropriate cases, grant exemptions in favour of such refugees."

בהמשך השנים, וכפי שפורט לעיל, אושרו שלושת האמנות הבינלאומיות העיקריות - האמנה לביעור כל סוגי ההפליה הגזעית, האמנה הבינלאומית לזכויות אזרחות ופוליטיות והאמנה הבינלאומית לזכויות בחרתיות, כלכליות ותרבותיות - אשר עיגנו והשרישו את עקרון איסור ההפליה על בסיס שייכות הפרט לקבוצה חשודה לרבות על רקע אתני ולאום.

למידע נוסף על הרקע ההסטורי לעיל הנוגע להתפתחות דוקטרינת "נתיני אויב" והחייאתה ע"י חוק האזרחות, ראו גם:

Michael Kagan, *Destructive Ambiguity: Enemy Nationals and the legal Enabling of Ethnic Conflict in the Middle East*, 38 Colum. Hum. Rts. L. Rev. 263.

וכן מאמרם של מדינה וסבן.

71. יוצא איפוא, כי חוק האזרחות מחייה ומעגן בהוראותיו את דוקטרינת נתיני מדינות אויב ופסק דינו של המשנה לנשיא (כתוארו אז) חשין מחזק אותה עוד יותר, אף אם רק במשתמע. בנוסף, הן חוק האזרחות והן פסק דינו של המשנה לנשיא (כתוארו אז) חשין מתעלמים מהשינויים שהתחוללו במשפט הבינלאומי מאז מלחמת העולם השנייה כפי שתוארו לעיל ואשר ביטלו את חזקת המסוכנות הנובעת מאדם אך ורק בשל שייכותו הלאומית והאתנית (ראו מאמרם של ברק מדינה ואילן סבן ומייקל קגן שהובאו לעיל).

72. לא זו בלבד, אלא שעיון מעמיק בפסק הדין של המשנה לנשיא (כתוארו אז) חשין מראה כי השופט חשין לא נסמך כלל ועיקר על הוראות המשפט הבינלאומי או ניתוחו. כל שנסמך עליו הוא מאמרם של פרופ' אמנון רובנשטיין וליאב אורגד "זכויות אדם, בטחון המדינה ורוב יהודי - המקרה של הגירה לצורכי נישואין" הפרקליט כרך מח 315 (2006) אשר בתורם לא הציגו אף מחקר או ניתוח משפטי לדוקטרינת נתיני אויב ואת עמדת המשפט הבינלאומי אודותיה. המאמר עליו התבססו רובנשטיין ואורגד לביסוס טענתם, היה מבוסס על על מאמר אקדמי אמריקאי שפורסם ע"י קארן אנגל בארה"ב על בסיסי

עקרון "הלא רצויים" ואשר ניתח את הליכי ההגירה המקומיים בארה"ב. בכך נסמך המשנה לנשיא (כתוארו אז) חשין על מקור אקדמי משני הנסמך בתורו על ניתוח המשפט המקומי בארה"ב ולא על המשפט הבינלאומי עצמו. בעמוד 13 למאמרו שצויין לעיל, הטיב מייקל קגן לתאר את המחדל בניתוח המשפט הבינלאומי בפסק דינו של המשנה לנשיא (כתוארו אז) חשין, כדלקמן:

"Much of the confusion stemmed from the way in which international and comparative sources were used. Superficially, the lead opinion relied extensively on international law. But it would be more precise to say that Justice Cheshin relied on the mere fact that there is an enemy nationals doctrine in international law; he did not explore how international law regulates it and arguably has dismantled its foundations. Cheshin's simplification of the enemy nationals doctrine has its roots in how the concept was imported to Israeli academic literature. He relied extensively on an Israeli law review article by Amnon Rubenstein and Liav Orgad, called *Human rights, state security and the Jewish majority: The case of immigration for purposes of marriage*, published in 2006 in the Hebrew-language law journal *Hapraklit*. Rubenstein and Orgad presented no original research or analysis of the enemy nationals rule, but cited an American law review article by Karen Engle that discusses its existence. I have also cited Engle's work. But Engle's article is actually focused on American domestic immigration law rather than international norms, and it did not extensively analyze whether enemy nationals rules are actually legitimate. Her thesis was that American immigration laws in general are an index of which groups are subject to disfavor at any given time. Thus, rather than conduct direct analysis of the body of international law on which he relied, Justice Cheshin depended on a second-hand account of an article that was actually focusing on something else. This is flawed judicial methodology to be sure, but it is also an indication of how poorly understood norms of international law can lend apparent legitimacy to policies that may actually be illegal."

73. יתר על כן, פסק דינו של המשנה לנשיא (כתוארו אז) חשין מתעלם מהעובדה לפיה, הזכות לחיי משפחה הינה זכות אדם אוניברסאלית ולא זכות המוקנית לאזרחים בלבד. הן הזוגיות והן הנישואין לאזרח או תושב המדינה, הופכים את בן האדם הזר לשונה מהותית מכל אדם אחר המבקש להיכנס לשטחי המדינה מכל סיבה אחרת, כגון תעסוקה או השתקעות אחרת ובכך קיימת התעלמות מייחודיותו של אותו "זר-אויב" המבקש להיכנס לשטח המדינה מכח נישואין עם אזרח ישראלי, ובכל מקרה קיימת התעלמות מזכותו של אותו אזרח ישראל לממש את זכותו החוקתית לחיי משפחה עם בן הזוג הזר, שהינה זכות חוקתית העומדת בפני עצמה.

74. יודגש, כי סוגיה דומה נדונה לאחרונה בפסה"ד של בית המשפט הנכבד בעניין **פלוני נגד מדינת ישראל** אשר דן בחוקתיות חוק לוחמים בלתי חוקיים, התשס"ב – 2002 שהגדיר

בסעיף 7 את מי שנמנה כ"לוחם בלתי חוקי" כ"מי שנמנה עם כוח המבצע פעולות איבה נגד מדינת ישראל או שנטל חלק בפעולות איבה של כוח כאמור, בין במישרין ובין בעקיפין, כמי ששחרורו יפגע בביטחון המדינה כל עוד לא תמו פעולות האיבה של אותו כוח נגד מדינת ישראל, וזאת כל עוד לא הוכח אחרת." היינו, לצורכי ביצוע המעצר המנהלי של מי שהוגדר כלוחם בלתי חוקי, הותיר החוק את הגדרת לוחם בלתי חוקי כחזקה הניתנת לסתירה וזאת להבדל מהמקרה הנדון בפנינו, בו לצורכי נישואין מוטלת חזקת מסוכנות קולקטיבית על כל מי שהוא תושב הרשות הפלסטינית ותושבי ארבע מדינות ערב המנויות בתוספת לחוק. בנוסף, פסק הדין בעניין **פלוני** אשר ניתן ע"י כבוד הנשיאה ביניש קבע, כי החוק הינו חוקתי וזאת על סמך ולאור הצהרת המדינה כי לא יעשה שימוש בחזקת המסוכנות של מעורבות בפעילות בטחונית וכי בחינת מסוכנותו של כל עצור תיעשה באופן אינדיוודואלי. המדינה הצהירה כי היא נמנעה מלהתבסס על החזקה הראייתית הקבועה בסעיף 7 לחוק ובשל כך בלבד בית המשפט הנכבד לא הכריע בחוקתיות חזקת המסוכנות. בכך, דווקא במקום בו סביר היה כי המדינה תעשה שימוש בחזקת המסוכנות הקולקטיבית, היא הצהירה בפני בית המשפט כי אין היא מתכוונת להסתמך על החזקה (לפחות נכון למועד מתן פסק הדין) ובמקום זאת היא עושה שימוש בחזקת המסוכנות הקולקטיבית באופן בלתי ניתן לסתירה מקום בו נדונה בקשת בני זוג לקיים ולממש את זכותם לחיי משפחה.

ע"פ 6659/06 **פלוני נגד ממשלת ישראל** (טרם פורסם, פסק דין מתאריך 11.6.08).

חוק האזרחות יוצר מדיניות של תיוג אתני

75. חוק האזרחות אוסר על כל מי שהוא ערבי להיפנס לשטח המדינה בשל היותו איום לבטחון המדינה ו/או אזרחיה. הוא נשען על חזקת מסוכנות קולקטיבית נגד קבוצה לאומית ואתנית ללא אבחנה בין הפרטים. בהחלת מדיניות זו יש כדי לחזק את מדיניות התיוג (profiling) נגד אותה קבוצה אך ורק על בסיס שייכותה הלאומי והאתני (inherently suspect). מדיניות זו מופעלת הן כלפי תושבי הרשות הפלסטינית ותושבי ו/או אזרחי המדינות המנויות בתוספת והן כלפי האזרחים הערבים בישראל בהיותם קבוצת מיעוט לאומי. שכן האזרחים הערבים בישראל, הם אלו הנפגעים העיקריים ואף הבלעדיים מחוק האזרחות והם אלו הנצפים כמי שמבקשים להינשא לאותם בני זוג שחוק האזרחות רואה בהם כאיום על בטחון המדינה. היותם של המיעוט הערבי הלאומי בישראל בני אותו עם פלסטיני ובני העם הערבי בכלל מתייגת את המיעוט הערבי במעגל המסוכנות הקולקטיבית עליו נשען החוק. תיוג זה כשלעצמו מהווה יחס מפלה המתווסף להפליה, ההדרה והחשד רבי השנים נגד המיעוט הערבי בישראל. הטיבו מדינה וסבן לתאר במאמרם שאוזכר לעיל, את מדיניות התיוג של חוק האזרחות כדלקמן:

"כאמור לעיל, אנו סבורים כי החוק מגבש תיוג אתני אסור. הוא עושה כן כלפי הפלסטינים תושבי השטחים. והוא מבטא, אף אם בעקיפין, מדיניות של תיוג אתני נגד אזרחי ישראל הערבים. אשר לפלסטינים תושבי השטחים, נאמר בקצרה, כי בעינינו מופרכת ופוגענית הקביעה שכל מי שנמנה עם ציבור זה הוא אויב של מדינת

ישראל, שיש להחיל לגביו חזקה חלוטה של מסוכנות, אף אם הוא חי, או מבקש לחיות, במדינת ישראל לצד בן זוגו וילדיהם. בנוסף לכך נלוות למדיניות תיוג זו גם פגיעה באזרחי ישראל הערבים. זאת משום שכאשר המדינה קובעת באופן גורף, בלא כל בדיקה של מאפיינים אישיים, כי כל בן זוג פלסטיני של אזרח ישראל הוא מסוכן לביטחון המדינה, המדינה אינה מתבססת על מידע שאינו ידוע לבני הזוג אזרחי ישראל; ממילא, המשמעות הנובעת מן ההסדר שקובע החוק היא חוסר אמון גורף באזרחי ישראל הערבים, ששיעור מסוים מהם בוחר להינשא לבני זוג תושבי השטחים, כי לא יבקשו לסכן באופן מודע את ביטחון מדינתם בהחלטתם זו. ההסדר מטיח בהם לכן, ולו במשתמע, האשמה כמי שחשודים בנכונות לסייע לפגיעה בביטחון המדינה (או לפחות חשודים באדישות לכך שמעשיהם עלולים לגרום לכך)... דברים אלה כווננו, כפי פשוטם, אל בני הזוג תושבי השטחים, המבקשים לזכות במעמד בישראל. אולם, אם אדם הוא מסוכן מעצם היותו בן העם הפלסטיני, ומתוקף כך שיש לו קרובי משפחה בשטחים, וזאת אף אם בחר לבקש לחיות במדינת ישראל, המסקנה הבלתי נמנעת היא כי לא רק בני הזוג תושבי השטחים אלא גם הפלסטינים שהם אזרחי ישראל מכוח לידה בהם, אליבא דתפיסה זו, מסוכנים.

ראו מאמרם של מדינה וסבן.

76. עוד יצוין, כי סעיף 6 לחוק האזרחות הסמיך את הממשלה לשנות בצו את התוספת הקובעת את רשימת המדינות שעליהן יחול החוק. הסמכה זו מאפשרת לממשלה לשנות את התוספת ולקבוע כל פעם מחדש ולפי שיקול דעתה את רשימת המדינות שייכללו בה, אף היא אינה חוקית. שכן סמכות כללית שכזו הפוגעת בזכויות חוקתיות אמורה להיות בסמכותו של המחוקק ולא של הרשות המבצעת. האצלת הסמכות לרשות המבצעת במקרה זה פוגעת בשלטון החוק ובעקרון החוקיות (ראו: עניין **ועדת המעקב העליונה לענייני הערבים בישראל נגד ראש ממשלת ישראל**, לעיל).

סיכום ביניים

77. הוכח לעיל כי החוק הינו מפלה על רקע אתני ולאום וכי הוא פוגע בעקרון החוקתי של "איסור הפליה". החוק מנוגד אם כן למשפט הישראלי, למשפט הבינלאומי ולמשפטי מדינות דמוקרטיות בעולם אשר אימצו את עקרון איסור ההפליה כעקרון על. יתר על כן, דווקא בעת מלחמה ומצבי חירום לאומי יש להקפיד על מימוש עקרון איסור ההפליה שאם לא כן, מגיעים ביתר קלות למדרון חלקלק. בהתירו הפליה על רקע אתני ולאום, גורם חוק האזרחות למדרון החלקלק שהעותרים הזהירו מפניו עת העלו את טיעוניהם בפני בית משפט נכבד זה בעניין **עדאלה**. גם מדינה וסבן מאשרים במאמרם את המסקנה הנ"ל:

"בהינתן החשיבות של הזכות לחיי משפחה ושל הזכות לשוויון, במיוחד בחברה הישראלית השסועה, הרי שהמסקנה הנזכרת הופכת את חוק האזרחות והכניסה לישראל, ואת פסק הדין שהותירו על כנו, להתפתחויות משפטיות מהמורות שהתרחשו בישראל. הטעם להתנסחותנו הקשה נעוץ בתוצאות פסק הדין (תוצאתו הישירה ותוצאתו במונחי היחסים הבין-קהילתיים בישראל), והוא נעוץ גם בהנמקות שנתנו השופטים מאשרי החוק להחלטתם. הנמקות אלה פותחות "מדרון חלקלק" בכל הנוגע לפגיעה קולקטיבית עתידית, הן

בפלסטינים תושבי השטחים, הן בפלסטינים תושבי ירושלים המזרחית, והן בפלסטינים אזרחי ישראל."

ראו מאמרם של מדינה וסבן.

78. החשש מיצירת מדרון חלקלק מומשה גם בהרחבת תחולתו של חוק האזרחות וגם באישורה של חקיקה מפלה המכוונת נגד המיעוט הערבי בישראל ואשר מגבילה את חריותיו. כך למשל, אחרי פסה"ד בעניין **עדאלה** וככל הנראה בעקבותיו, אישרה הפנסת מספר חוקים המכוונים, בין במישרין ובין בעקיפין, נגד המיעוט הערבי. כך למשל: **חוק האזרחות (תיקון מס' 9) (סמכות לביטול אזרחות) התשס"ח-2007** המאפשר שלילת אזרחות בגין מעשה של הפרת אמונים למדינה, אותו הוא מגדיר באופן רחב ביותר. חוק זה משפיע לרוב על האזרחים הערבים אשר עברו להתגורר בעזה כדי לחיות עם בני זוגם שאין באפשרותם לקבל מעמד בישראל לאור הוראות חוק האזרחות; **חוק יסוד: הכנסת (תיקון מס' 38)** (מועמד ששהה במדינת אויב שלא כדין) שולל את הזכות להיבחר ממי שביקר במדינות ערב מסוימות, המוגדרות כמדינות אויב ואשר נחקק על רקע ביקורים של חברי כנסת ערבים בחלק ממדינות ערב; **חוק סדר הדין הפלילי (חקירת חשודים) (תיקון מס' 4) התשס"ח-2008**, מאריך את הפטור מתיעוד חזותי וקולי של חקירות חשודים בעבירות ביטחוניות ויוצר תנאים המקילים על עינויים של נחקרים ועל הפרת זכויותיהם. במבחן התוצאה, הפטור יוצר אפליה על בסיס לאום, שהרי רובם המוחלט של הנחקרים בעבירות שעליהן חל הפטור הם פלסטינים; **חוק הגבלת השימוש ורישום פעולות בחלקי רכב משומשים (מניעת גניבות) (תיקון מס' 4-הוראת שעה) התשס"ח-2008**, מטיל איסור פלילי על תיקון רכבים במוסכים פלסטינים בגדה המערבית והוא מיועד בראש ובראשונה לפגוע בפרנסתם של בעלי המוסכים הפלסטינים בפרט ובכלכלה הפלסטינית בכלל. על כן הוא חלק ממערך של חוקים שנועדו ליצור בידוד כלכלי של האוכלוסייה הפלסטינית בשטחים הכבושים והפרדה גזעית, שהיא בלתי חוקית בעליל. וכן **חוק סדר הדין הפלילי (עצור החשוד בעבירת ביטחון) (הוראת שעה), התשס"ו - 2006** הפוגע קשות בזכויותיהם של עצירים ואסירים בעבירות בטחון כגון מתן האפשרות למעצרים של חשודים למשך 96 שעות ללא ביקורת שיפוטית, קיום דיונים במעצר ללא נוכחות החשודים. חוק זה פועל הלכה למעשה אך ורק כלפי בני הלאום הפלסטיני ומפלה אותם לרעה על ידי כך שהוא שולל מהם זכויות אוניברסאליות וערבויות להליך הוגן להן זכאי כל אדם.

79. לא רק העותרים הזהירו מפני יצירתו של אותו מדרון חלקלק אלא גם כבוד השופטת פרוקצ'יה כאשר היא ציינה בסעיף 21 לפסק דינה כדלקמן:

"הנסיבות באותה פרשה שונות בתכלית מאלה העולות בענייננו, אך הרוח המנשבת ברקע התפיסה החוקתית שהוחלה שם בדעת הרוב אינה זרה לטענות שנשמעו צפי המדינה בסוגיה שלפנינו. נישמר אנו מעשיית טעויות דומות. נימנע מפגיעה גורפת בציבור שלם החי בתוכנו הראוי להגנה חוקתית על זכויותיו; נגן על בטחון חיינו באמצעות פיקוח אינדיבידואליים גם אם יש בכך כדי להעמיס עלינו מעמסה נוספת, ואפילו אם משמעות הדבר הותרת שוליים מסוימים של הסתברות לסיכון. נגן בכך לא רק על חיינו אלא גם על ערכי חיינו

בג"צ 5627/02 סייף נ' לשכת העיתונות הממשלתית, פד"י נח(5) 70,
77).

פסקה 21 לפסה"ד של השופטת פרוקצ'יה.

80. אזהרה דומה ניתנה בפס"ד **קורמטצו** בה ביכה שופט המיעוט Jackson את חוסר אבחנת השופטים במדרון החלק אותו יצר פסה"ד *Hirabayashi*, במילים אלו:

"[The government] argues that we are bound to uphold the conviction of Korematsu because we upheld one in *Hirabayashi*, when we sustained these orders in so far as they applied a curfew requirement to a citizen of Japanese ancestry. I think we should learn something from that experience. [...] However, in spite of our limiting words we did validate a discrimination on the basis of ancestry for mild and temporary deprivation of liberty. Now the principle of racial discrimination is pushed from support of mild measures to very harsh ones, and from temporary deprivations to indeterminate ones. And the precedent which it is said requires us to do so is *Hirabayashi*. The Court is now saying that in *Hirabayashi* we did decide the very things we there said we were not deciding."

Korematsu v. United States 323 U.S. 214 (1944) page 323.

81. העותרים מבקשים להצטרף לאזהרות הנ"ל ומבקשים מבית המשפט להורות על ביטול חוק האזרחות בהיותו מפלה על רקע לאום.

פרק ג' – חוק האזרחות פוגע בזכות החוקתית לחיי משפחה באופן בלתי מידתי

חוק האזרחות פוגע בזכות החוקתית לחיי משפחה

82. חוק האזרחות פוגע גם בזכות החוקתית לחיי משפחה. קביעה זו גם אושרה ע"י רוב השופטים בפסה"ד בעניין **עדאלה** אשר קבעו, כי הזכות החוקתית לחיי משפחה בתוך ישראל הינה זכות חוקתית הנגזרת מהזכות החוקתית לכבוד אדם לפי חוק יסוד: כבוד האדם וכי חוק האזרחות פוגע בה במידה העולה על הנדרש (ראו סעיפים 25 עד 28, 30 עד 35 לפסק דין הנשיא בדימוס ברק; סעיפים 6 ו-7 לפסק דינה של הנשיאה בייניש; סעיפים 1 עד 15 לפסק דינו של השופט גיבוראן; סעיף 4 לפסק דינה של השופטת חיות; סעיפים 1 ו-6 לפסק דינה של השופטת פרוקצ'יה; סעיף 3 לפסק דינו של השופט עדיאל; סעיף 8 לפסק דינו של השופט ריבלין וסעיף 7 לפסק דינו של השופט לוי).

הפגיעה בזכות החוקתיות אינה לתכלית ראויה

83. בית המשפט קבע בפסה"ד בעניין **עדאלה** כי תכליתו של החוק – השגת בטחון מירבי – הינה לתכלית ראויה, אולם טוענים העותרים כי בית המשפט הנכבד טעה בקביעתו, שכן חוק הפוגע בזכויות חוקתיות באופן חמור וגורף אינו חוק שתכליתו ראויה. זוהי גם

הלכתו של בית המשפט הנכבד בה קבע במספר פסקי דין כי חוק הפוגע בזכויות אדם אינו לתכלית ראויה. תכלית ראויה נבחנת אם היא משרתת מטרה חברתית חשובה והרגישה לזכויות אדם כאשר אין זה המקרה שבפנינו.

84. השגת בטחון מירבי ומוחלט לעולם אינה יכולה להוות תכלית ראויה שכן אין היא משרתת מטרה חברתית ראויה במדינה דמוקרטית השואפת לשוויון ולמיזעור הפגיעה בזכויות היסוד של אזרחיה. השגת בטחון מוחלט משמעה פגיעה וודאית וחסרת כל רגישות בזכויות האדם. בנוסף, המטרה להשיג בטחון מוחלט מרוקנת מתוכן את היחסיות שבזכויות החוקתיות ביניהם יש לאזן ומייתרת כל פעולה של איזון בין הזכויות המתחרות במבחן המידתיות.

85. יתר על כן, תכלית אינה יכולה להיות ראויה, כאשר האמצעי שנבחר כדי להשיגה אינו אמצעי לגיטימי בחברה דמוקרטית. האמצעי שנבחר בחוק האזרחות כדי להשיג את המטרה, הינו אמצעי גורף, אשר כפי שיפורט להלן פוגע בזכויות החוקתיות באופן גורף ובלתי מידתי. יתר על כן, זהו אמצעי בעל השלכות חמורות במיוחד המכוונן כנגד קבוצת מיעוט לאומית הזכאית להגנה מיוחדת עפ"י המשפט הבינלאומי ואשר גורם בסופו של דבר לקיבוע מדיניות התיוג נגדה. חוק אשר דוחה את הדרישה כי לא יוגבלו חירויותיהם של מי שלא נשקף ממנו סיכון לבטחון המדינה, אינו לתכלית ראויה. על כן, תכליתו של החוק אינה יכולה לשרת מטרה חברתית ראויה ועל כן התכלית עצמה אינה יכולה להיות בבחינת תכלית ראויה.

86. כבר נפסק כי תכלית היא ראויה אם נועדה להגן על זכויות האדם ואם היא משרתת מטרה חברתית הרגישה לזכויות האדם, כאשר לא כך המצב במקרה דנן. יפים לעניינו דבריה של כב' השופטת ביניש (כתוארה אז בעניין **מנחם** :

"כבר נקבע בפסיקתנו כי תכלית היא ראויה אם נועדה להגן על זכויות אדם, לרבות על-ידי קביעת איזון סביר והוגן בין זכויות של פרטים בעלי אינטרסים מנוגדים באופן המוביל לפשרה סבירה בתחום הענקת הזכויות האופטימליות לכל פרט ופרט. זאת ועוד, תכלית תימצא ראויה אם היא משרתת מטרות ציבוריות חשובות למדינה ולחברה במטרה לקיים תשתית לחיים בצוותא ולמסגרת חברתית המבקשת להגן על זכויות אדם ולקדמן."

בג"צ 4769/95 **מנחם נ' שר התחבורה**, פ"ד נז(1) 235, 264.

וכדברי כב' הנשיא (כתוארו אז) ברק :

בחינת התכלית הראויה נעשית על רקע תוכן תכליתו של החוק הפוגע ולנוכח מידת הצורך בהגשמתה של התכלית (ראו: בג"ץ 5016/96 חורב נ' שר התחבורה, פ"ד נא(4) 1, 52 (להלן: חורב); והשוו: R. v. Oakes [1986] 1 S.C.R. 103, 138). תכלית היא ראויה אם היא משרתת מטרה חברתית חשובה הרגישה לזכויות האדם (ראו: פרשת חורב, שם; פרשת המזרחי, 434; פרשנות במשפט, P. W. Hogg, Constitutional Law of Canada (4th ed., 1997) 882). זאת ועוד, התכלית היא ראויה

אם הצורך בהגשמתה הינו בעל חשיבות חברתית או מדינית
(ראו: פרשנות במשפט, 522, 524 והאסמכתאות שם).

בג"צ 5578/02 רחל מנור ואח' נ' שר האוצר ואח' פד"י נט(1) 729, 739.

87. כמו כן, גם בעניין מועצת חוף עזה נקבע, כי החלטת רשות מנהלית הפוגעת בזכויות חוקתיות, היא אינה החלטה לתכלית ראויה ובלשון הנשיא (כתוארו אז) ברק:

"כך ראינו כי תכלית היא "ראויה" אם היא "משרתת מטרות ציבוריות חשובות למדינה ולחברה במטרה לקיים תשתית לחיים בצוותא ולמסגרת חברתית המבקשת להגן על זכויות אדם ולקדמן... (השופטת ביניש בפרשת מנחם [39], בעמ' 264). תכלית אינה "ראויה" אם היא נועדה לחלק משאבים לאומיים באופן שרירותי ותוך הפליה בין הסקטורים השונים בחברה (ראו פרשת אורון [38], בעמ' 662). לעניין חשיבותה של התכלית, היא ראויה אם היא נועדה להגשים מטרה חברתית מהותית".

בג"ץ 1661/05 המועצה האזורית חוף עזה נ' כנסת ישראל, פ"ד נט (2) 481, 570.

לעניין תכליתו הבלתי ראויה של חוק האזרחות ראו גם מאמריהם של בן שמן ומדינה וסבן שאוזכרו לעיל.

88. בנוסף, אין לקבל את הטענה לפיה תכלית החוק הינה בטחון מירבי שכן ההסדרים הקבועים בחוק עצמו אינם מונעים באופן מוחלט את הסיכון הבטחוני. כך למשל, במקרים מסויימים מתיר החוק כניסת פלסטינים לצורכי עבודה, טיפול רפואי או מטעמים הומניטריים אחרים וכן מתיר איחוד משפחות בין תושבי רמת הגולן לבין אזרחי סוריה. אין ספק, כי בטחון מירבי לא ניתן להשגה באופן אפקטיבי מקום בו קיימים הסדרים המתירים כניסתם של פלסטינים ו/או סורים מכח החוק. כמו כן, אין ספק כי אילו אכן היתה תכליתו של החוק מניעת כניסתם של הפלסטינים בשל מסוכנותם לבטחון המדינה, הרי מדוע להתיר כניסתם במקרים מסויימים, כגון לצורכי עבודה? ואם אכן היתה כל תשתית מאחורי מניעת כניסתם של תושבים ו/או אזרחים מסוריה, לבנון, איראן ועיראק, הרי מדוע להתיר כניסתם של אזרחים סורים לצורך איחוד משפחות עם תושבי רמת הגולן? שאלות אלו מקבלת חשיבות מירבית בשל העדר תשתית ראייתית ועובדתית התומכת בטענת המדינה בדבר מסוכנותם של תושבי הרשות הפלסטינית ומסוכנות תושביהם ואזרחיהם של נתיני האויב שנקבעו בתוספת לחוק.

89. אמנם פסה"ד בעניין עדאלה קבע כי תכליתו של חוק האזרחות הינה תכלית בטחונית ופסל את הדיון בתכליות אחרות כגון התכלית הדמוגרפית, אולם מהאמור לעיל ומההסדרים שפורטו בחוק, אין אלא להסיק כי בבסיס החוק עומדת תכלית שאינה בטחונית, הלא היא התכלית הדמוגרפית עצמה. במסקנה זו תמכו הן כבוד השופט גיבראן והן כבוד השופטת פרוק'ציה אשר קבעה בפסק דינה כדלקמן:

"השיקול הדמוגרפי וועולה ברקע הליכי החקיקה של החוק. וקשה להשתחרר מן הרושם, חרף כפירתה של המדינה בעניין זה, כי היתה

לו נוכחות במשקל כזה או אחר בתהליך גיבושו של ההסדר הגורף המונע כניסתם של בני זוג פלסטינים מן האיזור לישראל במסגרת איחוד משפחות...אפשרות קיומו של מניע נוסף ברקע חקיקתו של החוק, גם אם אין בן כדי לשלול את אמינות השיקול הבטחוני, אפשר שיש בו כדי לקרין על משקלו ועוצמתו."

ובהמשך:

התמקדותו של החוק באוכלוסיית בני זוג מהאיזור אינה מתיישבת עם מדיניות המדינה ביחס לגורמי סיכון שאינם פחותים, ואולי אף עולים על אלה הנובעים מאיחוד משפחות. בהקשרים אחרים, המעלים סיכונים משמעותיים, נמנעת המדינה מפגיעה גורפת. היא מבקשת לפזר את הסיכון בצורה מושכלת ומידתית ככל הניתן. לא כן ביחס למבקשי איחוד המשפחות. הדבר מעלה את החשש כי תכליתו של החוק אינה חופפת במלואה את התכלית הבטחונית הנטענת, וכי עוצמתו של השיקול הבטחוני אינה משמעותית כפי שנטען."

(פסקאות 14 ו-19 לפסק דינה של השופטת פרוקצ'יה).

90. ראו גם בן שמש אשר ציין במאמרו (עמוד 84-83) כדלקמן:

"אין זאת אלא שהשיקול הדמוגרפי משפיע את השפעתו גם בהקשר זה. פלסטינים תושבי השטחים אינם "זרים" רק משום שהם נתיניה של הרשות הפלסטינית. הם זרים משום השתייכותם הלאומית. ספק רב אם היה נעשה שימוש רב כלכך בביטוי "זרים", ובטיעון כי המשפט הבין-לאומי אינו מטיל על המדינה חובה להכניס זרים אל שטחה, אילו דובר במניעת כניסתם של יהודים אזרחי מדינות זרות למדינת-ישראל. זאת משום שישראל רואה עצמה כבית לאומי ליהודים באשר הם. היהודים הם אכן בני-בית, הפלסטינים תושבי השטחים, לעומתו את, הם "זרים". תפיסה זו כאמור מתעלמת ממצאות החיים הסבוכה והרגישה המתקיימת בין ישראל לשטחים, וכן בין הפלסטינים אזרחי ישראל לבין הפלסטינים תושבי השטחים."

וכן ראו: אייל גרוס "מאוהב לאויב: צדק אמת, יושר ושכל יש בין ישראל לאוטופיה בבג"ץ חוק האזרחות" המשפט ט 79.

הפגיעה בזכות החוקתית לחיי משפחה אינה מדינית

91. חוק האזרחות פוגע בזכות החוקתית לחיי משפחה באופן בלתי מידתי ופס"ד **עדאלה** מאשר בסופו של דבר את הפגיעה הבלתי המידתית הנ"ל. העותרים טוענים, כי הרחבת תחולת חוק האזרחות מהווה סתירה הן לעמדת רוב השופטים בפסה"ד **עדאלה** עצמו והן להלכת בית המשפט הנכבד לפיה אין לפגוע בחירויות אדם אלא במקרה של פגיעה קרובה לודאי בבטחון המדינה. עמדת רוב השופטים בפסה"ד **עדאלה** קבעה, כי אין להתיר חסימה גורפת של כניסה לישראל כאשר מידת הסיכון הבטחוני הנובעת מכניסת תושבי הרשות הפלסטינית הינה נמוכה ביותר (ראו סעיף 110 לפס"ד הנשיא (כתוארו אז) ברק, סעיף 8-9 לפס"ד של השופטת פרוקצ'יה, סעיף 23 לפס"ד השופט גיבוראן, סעיף 4 לפסה"ד של

השופטת חיות, סעיף 8 לפסה"ד של השופט לוי וכן סעיף 11 לכבוד הנשיאה ביניש אשר קבעה:

"כאשר קיים סיכון קונקרטי לביטחון ולחיים, האינטרס הציבורי אכן גובר על זכויות האדם המוגנות, וכך גם המצב כאשר קיים פוטנציאל קונקרטי לסיכון לחיים. ואולם, הפוטנציאל האמור צריך להתבטא ברמה של קונקרטיזציה מעבר לעובדה כי מבקש היתר הכניסה הוא פלסטיני תושב האזור. ...הנתונים שהוצגו לפנינו מצביעים על אחוז קטן ביותר – מזערי – של בני זוג שניצלו את מעמדם בישראל לצורך מעורבות בפעילות טרור. ...חסימה גורפת של אפשרות הכניסה לישראל מהאזור המונעת כניסה מכל בן-זוג של אזרח ישראלי... אינה מעניקה משקל הולם ליחס שבין מידת הסיכון הביטחוני למידת הפגיעה בזכויות האדם, יחס המתחייב מעקרונותיה הדמוקרטיים של שיטתנו".

92. גם לאחר מתן פסה"ד בעניין **עדאלה** חזר בית המשפט הנכבד ואישר את ההלכה לעיל לפיה אין לפגוע בחירויות הפרט על בסיס גורף וכוללני. בדצמבר 2006 פסק בית המשפט הנכבד בעניין חוקתיות החוק אשר שלל את הזכאות להגיש תביעות נזיקין מתושבי השטחים הכבושים בגין פגיעה ברכושם או בגופם ע"י כוחות הביטחון. המשיבים ביקשו להצדיק את שלילת הזכויות על בסיס שיוכם האתני של הנפגעים וקטרוגם בבחינת שייכים ל**ישות אויבת** (בג"ץ 8276/05 **עדאלה נגד שר הביטחון**, (טרם פורסם, פסק דין מתאריך 12.12.06). בפסק דין זה ובהסכמת כל שופטי ההרכב נקבע, כי החוק אינו חוקתי בהיותו, בין היתר, גורף וכוללני. הנשיא בדימוס ברק קבע בפסקה 37 לפסק דינו, כי:

"אכן, הדרך המידתית היא בבחינה אינדיבידואלית של כל מקרה ומקרה. בחינה זו תבדוק אם המקרה נופל לגדרה של 'פעולה מלחמתית', תהא הגדרתה אשר תהא. ניתן להרחיב הגדרה זו, אך אין להחליף בדיקה אינדיבידואלית זו בשלילת אחריות גורפת" (הדגשה לא במקור).

93. הנה בית המשפט הנכבד שב וחיזק את ההלכה שלפיה, אין פוגעים בזכויות אדם ואין מגבילים זכויות חוקתיות על בסיס שייכות אתנית ו/או באופן גורף וכוללני. הפועל היוצא מפסק דין **עדאלה נגד שר הביטחון**, הינו חיזוק התפיסה המשפטית האוסרת פגיעה גורפת בזכויות חוקתיות וללא עריכת בדיקות אינדיבידואליות לצורך הגשמת תכלית החוק. פס"ד זה אשר ניתן לאחר פס"ד **עדאלה** בעניין חוק האזרחות, חוזר ומדגיש את ההלכה הפסוקה השוללת את הפגיעה בזכויות חוקתיות באופן גורף. אישורו של תיקון מס' 2 לחוק האזרחות עומד בניגוד גמור לפסק דין **עדאלה נגד שר הביטחון** בכך שהוא שולל את הבחינה האינדיבידואלית של בקשות לאיחוד המשפחות.

94. יודגש, כי זוהי גם ההלכה הפסוקה מאז ומתמיד. עוד בעניין **קול העם**, נאסרה פגיעה בלתי מידתית בחירויות הפרט כאשר הפגיעה בחירויות הותרה אך ורק במקרה בו הוכח כי אי הגבלת חירות הפרט תפגע בוודאות קרובה בבטחון המדינה (ראו: בג"ץ 73/53 **חברת קול העם בע"מ נגד שר הפנים**, פד"י ז(1) 871 (1953)).

95. ההלכה הושרשה בפסיקה מאוחרת יותר של בית המשפט הנכבד אשר דנה בהגבלת חירויות הפרט באמצעות מעצרים מנהליים ואשר גם בה נקבע כי עילת המעצר המנהלי

מותנית במסוכנות האינדיוודואלית של העצור לבטחון המדינה. כך למשל, בעניין **פלונים נגד שר הבטחון** נקבע, כי אין להרחיב את האמצעי של מעצר מנהלי על מי שלא נשקפת ממנו סכנה והנשיא (כתוארו אז) ברק קבע:

"ניתן לאפשר – במדינה דמוקרטית שוחרת חופש וביטחון – מעצר מינהלי של אדם אשר ממנו עצמו נשקפת סכנה לביטחון המדינה, אך אין להרחיב אפשרות זו לעבר מעצרו של אדם שממנו עצמו אין נשקפת [סכנה]"

דני"פ 7048/97 **פלונים נ' שר הביטחון**, פ"ד נד(1) 721, 741.

גם כבוד השופט גרוניס קבע בהקשר זה בעניין **פדרמן** כי בהחלטה על צו מעצר מנהלי יש להתחשב במבחן ההסתברותי הבוחן את הסכנה העולה מן החומר באופן אינדיוודואלי לכל חשוד וקבע:

"הואיל וצו המעצר המינהלי בא לקדם פני סכנה עתידית, עלינו לעשות שימוש במבחן הסתברותי, היינו יש לבחון את מעשיו ודבריו של העצור כפי שהם עולים מן החומר... נראה כי המבחן הראשון, זה של אפשרות סבירה, אינו יכול לשמש כאמת מידה ראויה. מבחן זה אין בו די כאשר מדובר במעצר מינהלי. המבחן המקובל בפסיקה הינו זה של ודאות קרובה."

עמ"ס 8788/03 **פדרמן נ' שר הביטחון**, פ"ד נח(1) 176, 188.

96. על הלכה זו חזר בית המשפט וחיזקה וזאת בפסה"ד **פלוני נגד מדינת ישראל** אשר ניתן לאחרונה הדן בחוקתיותו של חוק לוחמים בלתי חוקיים, התשס"ב – 2002. בית המשפט הנכבד קבע כי החוק הינו חוקתי בין היתר, בעקבות הצהרת המדינה כי אין היא עושה שימוש בחזקת המסוכנות של העצורים וכי היא בודקת את מסוכנותו האינדיוודואלית של כל עצור בנפרד. כמו כן, בית המשפט קבע כי נדרשת פרשנות של החוק התואמת את העקרונות החוקתיים ואת המשפט הבינלאומי לפיהם לא די בקשר רופף כלשהו של העצור בארגון טרור על מנת להימנות בהגדרת "לוחם בלתי חוקי" עפ"י החוק, כי אם יש לבסס את עילת המעצר ביחס לכל אחד מהעצורים באופן אישי. הנשיאה ביניש אשר נתנה את פסה"ד קבעה:

"אשר לפרשנות החלופה הראשונה שעניינה "אדם שנטל חלק בפעולות איבה נגד מדינת ישראל, בין במישרין ובין בעקיפין" - בהתאם לתכלית החקיקתית ולעקרונות עליהם עמדנו, מתבקשת המסקנה כי לשם מעצרו של אדם אין די בתרומה רחוקה, זניחה ושולית לפעולות האיבה נגד מדינת ישראל. לשם הוכחת היותו של אדם "לוחם בלתי חוקי", נדרשת המדינה להוכיח כי העצור תרם לביצוע פעולות האיבה נגד המדינה, בין במישרין ובין בעקיפין - באופן העשוי להצביע על מסוכנותו האישית. מטבע הדברים, לא ניתן להגדיר באופן מדויק וממצה את טיב התרומה האמורה, והדבר ייבחן בהתאם לנסיבותיו של כל מקרה לגופו. אשר לחלופה השנייה שעניינה אדם "הנמנה עם כוח המבצע פעולות איבה נגד מדינת ישראל" - אף כאן נדרשת פרשנות התואמת את תכלית החוק ואת העקרונות החוקתיים והבינלאומיים-ההומניטאריים עליהם עמדנו לעיל: מחד גיסא, אין די בקשר רופף כלשהו לארגון טרור על-מנת להיכלל במעגל הלחימה במובנו הרחב של מושג זה. מאידך

גיסא, כדי לבסס עילת מעצר ביחס למי שנמנה עם ארגון טרור פעיל השם לו למטרה להילחם באופן בלתי מתפשר במדינת ישראל, אין הכרח כי אותו אדם ייטול חלק ישיר או עקיף בפעולות הלחימה עצמן, ואפשר שזיקתו ותרומתו לארגון יתבטאו בדרכים אחרות שיהיה בהן כדי להכלילו במעגל הלחימה במובנו הרחב, באופן שיצדיק את מעצרו לפי החוק.

...
יוער כי הוכחת תנאי ההגדרה של "לוחם בלתי חוקי" במשמעות האמורה, כוללת מעצם טיבה הוכחת מסוכנות אישית הנובעת מסוג המעורבות בארגון. עוד יוער כי רק לאחר שהמדינה הוכיחה כי התקיימו בעצור תנאי ההגדרה הסטטוטורית של "לוחם בלתי חוקי", יכולה המדינה לעשות שימוש בחזקה הראייתית הקבועה בסעיף 7 לחוק, ולפיה שחרורו של העצור יפגע בביטחון המדינה כל עוד לא הוכח אחרת. ברי, אפוא, כי סעיף 7 לחוק אינו מאיין את החובה המוטלת על המדינה להוכיח את מסוכנותו של העצור, הנובעת מסוג המעורבות בארגון כנדרש מהוכחת היותו "לוחם בלתי חוקי" לפי סעיף 2 לחוק. בהתחשב בכך, מתבקשת המסקנה כי הטענה לפיה אין החוק כולל כל דרישה למסוכנות אינדיבידואלית, הינה מרחיקת לכת ויש לדחותה.

ובהמשך:

"פרשנות ההגדרה של "לוחם בלתי חוקי" בסעיף 2 לחוק כפופה לעקרונות חוקתיים ולדין הבינלאומי ההומניטארי המחייבים הוכחתה של מסוכנות אינדיבידואלית כבסיס למעצר מינהלי. בהתאם לכך, לצורך מעצר מכוח חוק כליאתם של לוחמים בלתי חוקיים, נדרשת המדינה להוכיח בראיות מנהליות כי העצור נטל באופן ישיר או עקיף חלק ממשי - שאינו זניח או שולי - בפעולות האיבה נגד מדינת ישראל; או כי העצור השתייך לארגון המבצע פעולות איבה וזאת בהתחשב בזיקתו ובמידת תרומתו של העצור למעגל הלחימה של הארגון במובנו הרחב של מושג זה. בדברינו לעיל ציינו כי הוכחת תנאי ההגדרה של "לוחם בלתי חוקי" במשמעות האמורה, כוללת הוכחת מסוכנות אישית הנובעת מעצם סוג המעורבות של העצור בארגון הטרור. עוד צוין כי המדינה הצהירה בפנינו כי עד כה פעלה להוכחת המסוכנות האישית של כל העצורים מכוח החוק באופן פרטני, וכי נמנעה מלהתבסס על החזקות הראייתיות הקבועות בסעיפים 7 ו-8 לחוק. בהתחשב בכך, לא ראינו להכריע בשאלת חוקתיותן של חזקות אלה (ראו: פסקאות 24 ו-25 לעיל)."

ע"פ 6659/06 פלוני נגד מדינת ישראל (טרם פורסם, פסק דין מתאריך 11.6.08) פסקאות 21 ו-49 לפסק דינה של הנשיאה ביניש).

97. גם בעניינים בטחוניים מובהקים, אימץ בית המשפט הנכבד את ההלכה לפיה אין פוגעים בזכויות אדם באופן לא מידתי. בעניין הוועד הציבורי נגד עינויים קיבל בית המשפט הנכבד את העתירה כנגד השימוש באמצעי חקירה הכוללים הפעלת לחץ פיזי על נחקרים. במקרה זה ולמרות שהעתירה נתקבלה הואיל והסמכות להפעיל לחצים פיזיים במהלך חקירות, לא היתה מעוגנת בחוק אך בית המשפט קבע כי בכל מקרה הפעלת סמכות החקירה חייבת לאזן בין הצורך לחשוף עבירות ולמנוע אותן לבין השמירה על כבוד האדם (בג"ץ 5100/94 הוועד הציבורי נגד עינויים בישראל נגד ממשלת ישראל, פד"י נג(4) 817 (1999)). בעניין אחר שאף הוא דן בסוגיה בטחונית מובהקת, מועצת הכפר בית סוריק, נדונו ההפרות החמורות שנגרמו לתושבים הפלסטינים עקב תפיסת שטחי

מקרקעין שבעלותם לצורך בניית מכשול קו התפר. בעניין זה הדגיש בית המשפט הנכבד את חשיבותו של עקרון המידתיות וקבע:

" עקרון המידתיות הוא עיקרון בסיסי של המשפט הבינלאומי, בכלל, ושל דיני התפיסה הלוחמתית, בפרט, והוא גם אמת מידה מרכזית במשפט המינהלי הישראלי החלה באזור הנתון לתפיסה לוחמתית. על-פי עקרון המידתיות, ניתן להגביל את חירותם של התושבים המקומיים הנתונים לתפיסה לוחמתית כדי להגשים את המטרות של ביטחון המדינה ואזרחיה ואת ביטחון האזור, ובלבד שההגבלה הינה מידתית."

ובהמשך נקבע:

"עקרון המידתיות קובע כי החלטה של רשות מינהלית היא כדין רק אם האמצעי השלטוני אשר ננקט לשם הגשמתה של התכלית השלטונית הוא במידה הראויה. במסגרת העיקרון נדרש כי האמצעי שנקט המינהל צריך להוביל באופן רציונלי להגשמתה של המטרה; כי האמצעי אשר הרשות המינהלית נוקטת צריך לפגוע בפרט במידה הקטנה ביותר וכן כי הנזק שנגרם לפרט מהאמצעי שהרשות המינהלית נוקטת להגשמת מטרותיה צריך להיות ביחס ראוי לתועלת שאמצעי זה יביא."

בג"ץ 2056/04 מועצת הכפר בית סוריק נגד ממשלת ישראל, פד"י (נח) 5(807) (2004) עמודים 836-837 וכן עמודים 839-840.

בעניין בית סוריק איזון בית המשפט הנכבד בין התכלית הבטחונית העומדת מאחורי בניית מכשול קו התפר לבין הפגיעה הרחבה והחמורה שנגרמה לזכויות התושבים במקום וקבע כי אין בתוואי שנבחר כדי לאזן באופן נאות בין הצרכים הבטחוניים של המדינה לבין הפגיעה בזכויות היסוד של התושבים המתגוררים במקום, ובכך דחה בית המשפט את השיקול בדבר קידום תכלית בטחונית אופטימלית שעמדה לטענת המדינה מאחורי בניית הגדר. כך נקבע:

"גם בהנחה שהתוואי שאומץ על-ידי המשיב הוא התוואי הביטחוני האופטימלי בגדר, הרי אין בתוואי שנבחר איזון נאות בין הצרכים הביטחוניים לבין הפגיעה בתושבי האזור, בייחוד לאור העובדה שהשיקול הביטחוני שלפיו הועדף תוואי זה על פני תוואים אחרים, שבמרכזו עומד הצורך להבטיח את השליטה הצבאית באזור הגדר, ניתן להגשמה גם בלי שתוואי הגדר יקיף את מלוא השטחים שנכללו בתוואי שעליו הוחלט, כלומר: ניתן להפחית את הפגיעות באוכלוסיה בלי לפגוע בהגשמת המטרות הביטחוניות על-ידי בחירה בתוואי חלופי לגדר הפרדה באזורים נושא העתירה."

עמודים 851-852 לפסה"ד בעניין בית סוריק (לעיל).

98. יוצא אם כן, כי הן התוצאה הסופית של פסה"ד בעניין **עדאלה** והן הרחבת תחולתו של חוק האזרחות מנוגדים להלכת בית המשפט הנכבד ומהווים סטייה חמורה ממנה, הן בעניין מלאכת האיזונים בכלל והן בנוגע לאיזונים שבית המשפט מבצע בין שיקולים בטחוניים מובהקים של המדינה לבין הפגיעה בזכויות וחירויות הפרט. יתר על כן, הקלות

הבלתי נסבלת שבה הורחב חוק האזרחות על ארבע קבוצות לאומיות ואתניות נוספות (איראן, עיראק, סוריה ולבנון) ובמיוחד כאשר אין בנמצא ראיות על מעורבות נתיני מדינות אלו בפעילות בטחונית כלשהי, מעידה כשלעצמה על כוונתו של החוק להמשיך ולפגוע ביוזעין בזכותם החוקתית של האזרחים הערבים לחיי משפחה.

99. אמנם נכון הוא שבית המשפט עצמו אינו מחוייב להלכות שהוא עצמו קובע (סעיף 20 לחוק יסוד: השפיטה), אולם, סטייה מהלכה של בית המשפט העליון הינה עניין רציני ביותר כאשר בית המשפט חייב לשקול מספר שיקולים בטרם יחליט אם לסטות ממנה אם לאו. בין היתר, על בית המשפט לשקול שיקולים נורמטיביים הנוגעים לוודאות, עקביות והמשכיות המערכת הנורמטיבית; על בית המשפט לקחת בחשבון כי הוא המוסד המכריע בסכסוכים ועל כן ככל שהוא יפעל עפ"י הלכותיו, כך תהיה פעולתו יעילה ומהירה יותר. כמו כן, על בית המשפט לשקול שיקולים לא מוסדיים לרבות אלו הנוגעים לאימון הציבור בו, שכן סטייה מהלכה שנקבעה ע"י בית המשפט, פוגעת בתפיסת החברה את התפקיד השיפוטי ובסופו של דבר תוביל לפגיעה בציבור ובאמון שהציבור רוחש לבית המשפט (ראו: ע"א 1570/92 **בנק המזרחי המאוחד בע"מ נגד ציגלר**, פד"י מט(1) 369 (1995)). במקרה דנן היה על בית המשפט להביא את מכלול השיקולים שצויינו לעיל ולהתחשב בעובדה, כי ההלכה לפיה אין פוגעים בחירויות הפרט באופן בלתי מידתי הינה הלכה ארוכת שנים שנקבעה בשנת 1953 בפסה"ד **קול העם** והושרשה בפסה"ד המאוחרים יותר אשר מקצתם צויין לעיל. לשיקולים אלו, יש להוסיף את העובדה כי מספר חודשים לאחר פסה"ד **עדאלה** חזר בית המשפט הנכבד ואישר את ההלכה לעיל וזאת בפסה"ד בעניין **עדאלה נגד שר הבטחון**. חיזוק ההלכה בפסה"ד שניתן מאוחר יותר, מסמן את הסטייה מההלכה שנגרמה בעקבות פסה"ד **עדאלה** בסימני תהייה גדולים. יתר על כן, במסגרת השיקולים לעיל על בית המשפט הנכבד להתחשב בפגיעה החמורה והרחבה הנגרמת לאזרחים הערבים בישראל כתוצאה מחוק האזרחות והרחבת תחולתו באמצעות תיקון מס' 2 ולפגיעה בזכויותיהם החוקתיות לכבוד, שוויון ולחיי משפחה. אין ספק, כי פגיעה חמורה זו, במידה ותאושר שוב ע"י בית המשפט הנכבד היא תגרום לפגיעה חמורה עוד יותר באמון אותו רוחש המיעוט הערבי כלפי בית המשפט הנכבד.

100. חוות הדעת של ה- OSJI מראה כי פסיקת בית הדין האירופאי לזכויות אדם אינה מתירה פגיעות גורפות בזכויות אדם. בעניין *Hirst v United Kingdom (No.2)* נקבע כי איסור גורף – blanket ban – שאינו מתחשב בנסיבות האינדיווידואליות של כל פרט ופרט נכשל במבחן המידתיות. במקרה זה נדונה הוראה אשר שללה את הזכות לבחור מכל אסיר ונקבע כי שלילה גורפת זו שאינה מתחשבת בתנאי המאסר, סוגי העבירה ותקופת המאסר של כל אסיר הינה מפלה באופן בלתי מידתי. גם מחוות הדעת של פרופ' למברט וואלאס ניתן להסיק, כי בהתאם לפסיקת בית הדין האירופאי לזכויות אדם וכן פסיקת בית הלורדים הבריטי, אין לפגוע בזכויות יסוד באופן בלתי מידתי ובכל מקרה יש לבחון כל מקרה לגופו. כך נקבע בעניין *R v Secretary of State for the Home Department, ex p*

Daly וכך נקבעי גם בעניין *Betts v Secretary of State for the Home Department* אשר דן בהגבלה בלתי מידתית על הזכות לחיי משפחה ובו נקבע כדלקמן:

"there is only one family life, and that, assuming the appellant's proposed removal would be disproportionate looking at the family unit as a whole, then each affected family member is to be regarded as a victim, section 65 seems comfortably to accommodate the wider construction."

כמו כן, עולה מחוות דעתן של פרופ' למברט וואלאס, כי גם במקרים של הגבלת זכויות אדם במצבי בטחון לאומי, כמו בעניין *Al-Nashif v Bulgaria*, יש לבצע איזון בין האינטרס של בטחון המדינה לבין זכויות האדם הנפגעות ואין לפגוע בזכויות האדם באופן גורף.

101. יש להדגיש כי החריג שנקבע בסעיף 3 לחוק האזרחות הנוגע להקמת ועדה למקרים הומניטריים מיוחדים אין בו כדי להקטין את הנזק שנגרם מהפגיעה הגורפת בזכויות החוקתיות של האזרחים הערבים. ראשית, זהו חריג שהיה אמור להיות הכלל. שכן, הקונספציה של החריג הינה בעייתית שכן כל פגיעה בחיי המשפחה הינה כשלעצמה מקרה הומניטרי. שנית, סעיף 3 לחוק מסייג את המקרים שייחשבו למקרים הומניטריים בכך שקיומו של בן משפחה בישראל או קיומם של ילדים משותפים, אינם יכולים להיחשב ל"טעם הומניטרי מיוחד" ובכך מתרוקן החריג מכל תוכן, שכן ההגבלה כשלעצמה שהחוק גורם, הינה הגבלה על קיום ומימוש זכות הומניטארית בסיסית, שהינה הקמת חיי משפחה.

על יסוד האמור לעיל מבקשים העותרים מבית המשפט הנכבד להיעתר לסעדי העתירה ולהפוך את הצו על תנאי לצו מוחלט.

סאוסן זהר, עורכת-דין
ב"כ העותרים

חסן ג'בארין, עו"ד
ב"כ העותרים

חיפה, 12.3.09