

הירחון האלקטרוני של עדאלה

גליון מס' 26, יוני 2006

שולחן עגול על פסיקת בג"ץ בעתירה נגד החוק המונע איחוד משפחות

משתתפים:

ג'מיל דקואר, עורך דין ב-American Civil Liberties Union - ACLU, בעבר
עורך דין בעדאלה



ד"ר אילן סבן, מרצה בפקולטה למשפטים באוניברסיטת חיפה



נימר סולטאני, מועמד לתואר שלישי במשפטים



שאלה 1: מהן השלכותיו של פסק-הדין על פסיקתו העתידית של ביהמ"ש העליון בסוגיות הנוגעות לזכויות האדם?

דקואר: בית המשפט העליון, בחריגים מעטים ביותר, הקריב את זכויות האדם של הפלסטינים על מזבח הביטחון הלאומי. העתירה הזאת אינה שונה מאחרות. היא רק מחזירה אותנו לימים של מדיניות וחוקים המפלים בגלוי, שכעיקרון קיבלו את אישורה של הרשות השופטת. התפיסה החדשה, שקיבלה ביטוי ברור בכמה עתירות בתחום זכויות האדם שנדונו לאחרונה, היא שבית המשפט זוכה בנקודות כאלוף זכויות האדם גם במקרים שבהם עתירות למתן סעד משפטי נדחות. אף על פי שרוב השופטים העלו את מעמדן של הזכות למשפחה והזכות לשוויון למדרגה של זכויות חוקתיות מוגנות, אלפי משפחות פלסטיניות נאלצות לחיות בנפרד. בעוד שנשיא בית המשפט העליון, אהרן ברק, מאשר במכתב לידידיו באוניברסיטת ייל שפסק הדין של דעת הרוב הוא רק תבוסה טכנית לשופטים שבעמדת המיעוט, נטרקת הדלת בפני העותרים. אלה קיבלו תזכורת נוספת לכך שבישראל יש משפחות משני סוגים, שלכל אחד מהם דרגה אחרת של זכויות: אחת ליהודים ואחרת לערבים.

סבן: למרות הלוך הרוח הקודר, יש בפסק הדין גם צדדים חיוביים. נקודת אור מרכזית היא שבעקבות פסק הדין (ובעקבות פסק הדין בעניין חוק טל) השתנה ממשית המשטר החוקתי של ישראל. חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו הפך להיות מגילת זכויות של ממש. הזכות לכבוד האדם נמצאה מעגנת את הזכות לשוויון ואת הזכות לחיי משפחה. הנקודה השלילית העיקרית נעוצה במרכיב "הענישה הקולקטיבית": הוויתור על סינון אינדיבידואלי בין בני זוג שיש בהם סיכון ביטחוני לבין רוב-רובם של בני הזוג הפלסטינים החפים מכל חשד. השופט חשין, דוברם של שופטי הרוב, מחליף את מבחני האיזון המוכרים לנו במצבי התנגשות

בין זכויות האדם לביטחון המדינה במבחן המתקרב למבחן "הנטייה הרעה" שבית המשפט העליון נפרד ממנו בשנות החמישים. שניים משופטי הרוב האחרים (גרונים וריבלין) מדברים במקביל על אימוץ מבחן איזון אופקי במקום אנכי: הזכות לחיים (של אזרחי ישראל) למול הזכות לחיי משפחה (של הפלסטינים אזרחי ישראל). אבל, כמו שכתב רונאלד דבורקין לאחרונה ב"גרדיאן", מטאפורת "האיזון" (האופקי) בין האינטרס של הרוב לזכויות האדם של המיעוט חותרת "תחת כל מושג ההכרה בזכויות אדם. היא שקולה להצהרה שלפיה אין דבר כזה, זכויות אדם."

סולטאני: קשה לומר שלפסיקה תהיה השלכה כללית, שתחלחל לעומק, בסוגיות של זכויות אדם. לעומת זאת, השינויים המתחוללים לאחרונה בבית המשפט העליון, תבנית החשיבה של השופטים ומה שפסיקה זו מגלה על בית המשפט ועל השופטים, הם מקור לדאגה. ההחלטה היא בו-זמנית תוצר וסימפטום הן של המבנה החוקתי והן של התרבות הפוליטית בישראל. בשני המישורים האלה, ההתפתחויות בשנים האחרונות ביצרו את מעמד הנחות של האזרחים הפלסטינים, המשתקף גם בבית המשפט. החברה הישראלית (והציונית) נוטה יותר ויותר לימין, וכך גם בית המשפט. אופיה של החברה נעשה יותר ויותר לאומני, וכך גם אופיו של בית המשפט. את עלייתן של האליטות החדשות בחברה ליוותה התפתחות דומה בבית המשפט: נשיא בית המשפט העליון, אהרן ברק, ייצג עמדה "ליברלית" כביכול (במגבלות הציוניות, כמובן), וזו הציבה משוכה בדרך להצגת השקפות ימניות בתוך בית המשפט. המסר שמעבירה הפסיקה הנוכחית הוא, שגם מעל המשוכה הזאת אפשר לדלג. בעיתוי מרשים, המסר הזה נשלח לקראת פרישתו של ברק. במובן זה הפסיקה, שבה ניתן אישור למגמה קיימת, משמשת מנוף לפגיעה נוספת בזכויות האדם וזכויות האזרח של הפלסטינים – בין שהם אזרחי ישראל ובין שלא. האזרחים הפלסטינים נהפכים לבעלי מעמד חסר משמעות, המתקרב למצב של חוסר נתינות (איזו אזרחות היא זו, אם הזכות לחיי משפחה אינה כלולה בה?). בה בעת, הטיעון הביטחוני – כחלק מן האידיאולוגיה של המדינה – גובר פעם נוספת על כל שיקול אחר, כהצדקה לא מוגבלת לכל הפרה חמורה של זכויות האדם של הערבים.

שאלה 2: כיצד לדעתך על ארגוני זכויות האדם להיערך בכל הקשור לאסטרטגיות המשפטיות שלהם לאחר פסק-הדין?

דקואר: בעוד שמועיל לבחון מחדש אסטרטגיות משפטיות מסוימות, בעיקר בתיקים העשויים לעורר תקווה חלולה לקבלת סעד משפטי יעיל ולנקיטת פעולות מתקנות, חיוני לא פחות לבחון מחדש אסטרטגיות פוליטיות ולשאול מהם הפורומים הראויים לקיום הדיון בעוללות שונות. בעשר השנים האחרונות, בית המשפט העליון תחת הנשיא ברק קרא לממשלה כמה פעמים לשים קץ לכמה היבטים של מעמד האזרחות מדרגה שנייה שיש לפלסטינים בישראל. קריאות אלה, ככלל, התקבלו בהתעלמות. אחד התיקים המשמעותיים ביותר שעדיין תלויים ועומדים בבית המשפט הוא העתירה נגד חוקיות התיקון לחוק הנזיקים האזרחיים (אחריות המדינה). תיקון זה שולל מפלסטינים תושבי השטחים הכבושים את הזכות לתבוע פיצויים על פציעות ופגיעות שנגרמו להם כתוצאה מהפעולות הצבאיות של ישראל. בהקשר זה יש להזכיר לבית המשפט ששום מס שפתיים משפטי שישלם לא יציל אותו מביקורת וגינויים בינלאומיים. כפי שציין פרדריק דאגלס, הפעיל האפרו-אמריקאי הנודע לביטול העבדות, בעקבות הפסיקה הידועה לשמצה בפרשת דרד סקוט, שבה אישר בית המשפט העליון של ארצות הברית את העבדות: "תוכלו לאטום את בית המשפט העליון שלכם לפני קריאתו של האדם השחור לצדק, אבל אינכם יכולים, תודה לאל, לאטום את אוזנו של העולם האוהד."

סבן: מטעמי היקף אסתפק בנקודה אחת בלבד. אם נכון הטיעון שלפיו חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו הפך להיות מגילת זכויות של ממש, כי אז החוקה הישראלית התגבשה למדי. יש בה אמנם "חור" אחד גדול –

היא לא משוריית (הכנסת יכולה לשנות את רוב חוקי היסוד, כולל חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו, ברוב רגיל). ואולם כל ההצעות המושמעות ביחס לכינון חוקה מקיפה (הטיוטה שהכינה ועדת החוקה, חוק ומשפט והצעת המכון הישראלי לדמוקרטיה לחוקה בהסכמה) מכילות "פסקת התגברות" הדומה לזו שבקנדה. כלומר, הן מציעות חור גדול ורשמי בשריון החוקה, וזאת במדינה שהתרבות הפוליטית בה הרבה פחות דמוקרטית מזו של קנדה. מצב דברים זה מחזק לדעתי את התלבטותם של ארגוני זכויות האדם בשאלה עד כמה לתמוך באותם מהלכים מוצעים לכינון חוקה מקיפה לישראל. במהלכים אלה כל הקלפים מוצבים על השולחן – סמלי המדינה, קרקע, מינוי השופטים, היקף שריון החוקה... והנה, "השולחן" הוא שולחנו של הרוב הפוליטי – הכנסת. מתחזקת לפיכך האלטרנטיבה של הסתפקות במצב הדברים הקיים, שבו ההתפתחויות מווסתות בעיקר על ידי בית המשפט העליון. בחברה בריאה יותר היה ראוי לסמוך על התהליך בכנסת; בחברה הישראלית, בעיתוי הנוכחי, דומה כי זה סיכון גדול מדי.

סולטאני: מכיוון שהתקווה לחולל שינוי באמצעות התדיינות בין כותלי בית המשפט מוגבלת, כל עוד לא יתחולל שינוי מרחיק לכת בתרבות הפוליטית והמשפטית בכללה, ובהנחה ששינוי כזה לא יתרחש בעתיד הקרוב, ברצוני להציע כי ארגוני זכויות האדם יתמקדו ביצירת הזיכרון של בית המשפט: זיכרון של כישלוננו בהגנה על זכויות האדם ושל כניעתו לאידיאולוגיית דיכוי. אפשר להשיג זאת באמצעות הצפת בית המשפט בעתירות פרטניות וקיבוציות חוזרות ונשנות, המתייחסות לסוגיות שונות שקשורות לחוק האזרחות והכניסה לישראל. השופטים צריכים לשוב ולהיתקל בהתמדה ביומרותיהם ה"דמוקרטיות". באופן דומה יש ליצור זיכרון של התנגדות. קורבנות של החוק צריכים לקבל עידוד ציבורי לעבור עליו, וארגונים לא ממשלתיים צריכים לייצג אותם. את הביוש יש להפנות לא רק נגד בעלי תפקידים ברשות המבצעת, אלא גם נגד אנשים במערכת המשפט, ובהם שופטים שתמכו בחוק השולל איחוד משפחות ובצעדים מדכאים אחרים שנקטו בשטחים הכבושים. לדוגמה, יש לתבוע בהתמדה מאוניברסיטאות בחו"ל, ובמיוחד בארצות הברית, להימנע מלהזמין שופטים כאלה להרצאות. אם אלה יוזמנו בכל זאת, יש לסייע לארגוני סטודנטים מתקדמים בארגון פעולות מחאה נגדם. גם ארגוני סטודנטים ישראליים מתקדמים צריכים ליזום פעולות דומות. לבסוף, ארגוני זכויות אדם צריכים לבחור בקפדנות את האסטרטגיות המשפטיות והכלים הרטוריים שלהם: ראשית, הם טועים אם הם מנסים להיאבק נגד הטיעון הביטחוני תוך הישענות על ההיגיון הפנימי של אותו טיעון. במקום זה יש לאתגר את "הביטחון" כחלק בלתי נפרד מהאידיאולוגיה של המדינה. שנית, תרגום המלה "אזרחות" לאנגלית כ"נאשיונליטי" (Nationality) הוא טעות, שכן זה נותן את הרושם המוטעה ש"נאשיונליטי" מוצעת על ידי ישראל לכל. חוק ה"נאשיונליטי" היחיד בישראל הוא חוק השבות.

שאלה 3: מהו ההסבר לעובדה שבית המשפט העליון שנתן את פסקי הדין בעניין קעדאן, אסר על פסילתם של חברי כנסת ערבים, ציווה על השימוש בשפה הערבית בערים המעורבות וקבע שהחלטת הממשלה בעניין אזורי העדיפות הלאומית מפלה את הערבים, הוא אותו בית משפט שאישר את חוק האזרחות והכניסה לישראל והכל בתוך פחות משבע שנים?

דקואר: ראשית, שלא כמו התיקון לחוק האזרחות והכניסה לישראל, שעבר ברוב של 59 חברי כנסת, אף לא אחת מעתירות אלה לא דרשה לבטל חוק שנחקק על ידי הכנסת. לכן אפשר לומר שבית המשפט פעל בהתאם לתבנית של ריסון משפטי והענקת יחס של כבוד לרשות המבצעת, הננקטת בדרך כלל בתיקים המתייחסים לסוגיות של ביטחון לאומי. שנית, לאף לא אחת מאותן עתירות היתה השפעה מיידית על המדיניות הדמוגרפית הגזענית של ישראל. כולן היו, בראש ובראשונה, ניצחונות סמליים, מנוסחים במיטב הרטוריקה של ברק, שעדיין אינם משנים את המציאות בשטח. לכן, משפחת קעדאן נאלצה לשוב ולפנות לבית המשפט כדי לתבוע את מימוש זכותה הפרטית לבנות את ביתה בקציר; חברי הכנסת הערבים נהנו מהספק רק אחרי שבית המשפט אישר את השתתפותה בבחירות של רשימה יהודית קיצונית גזענית; לשפה

הערבית עדיין נשמר מקום רק בשוליים והמאמצים המתמשכים לערער את מעמדה כשפה רשמית שנייה נמשכים; לבסוף, רוב הערים והכפרים הערביים ממשיכים לסבול ממימון חסר ומשלילת זכויות חברתיות-כלכליות.

סבן: הפסיקה המעורבת של בית המשפט העליון מעידה על התרוצצות פנימית בתוכו, בין שופטים מקבוצה א' לקבוצה ב', אך אם להיות הוגן יותר – זו התרוצצות בנפשו של כל שופט פנימה. לאחר שנים ארוכות של בדידות ושל "אש מכל הכיוונים", חלק מהשופטים עייפו מתפקיד "הילד עם האצבע בחור הסכר". עייפות שכזו הופיעה גם בבתי משפט אחרים, בזמנים אחרים. קיוונו ששופטי בית המשפט העליון שלנו חסינים יותר; אולי טעינו, ואולי עדיין לא. שירו של וולט ויטמן אולי יסביר את הדברים טוב ממני. אולי הוא יזהיר טוב ממני.

וולט ויטמן מתוך "עלי עשב" (תרגום: שמעון הלקין)

אני יושב ומביט
אני יושב ומביט בכל היגונים שבעולם ובכל הלחץ והחרפה:
אני שומע אנחות חרישיות ואחוזות עווית יוצאות מלב בחורים
נקוטים בנפשם, מתחרטים על מעשים שנעשו [...];
אני רואה את הזלזולים ואת ההשפלות מצד הגאיונים
כלפי העמלים, העניים, הכושים וכיוצא בהם;
אני רואה – בכל הרשעות והייסורים לאין קץ; אני יושב ומביט,
רואה, שומע, ומחריש.

סולטאני: כל פסקי הדין האלה נפלו במתחם הפרמטרים הציוניים של בית המשפט. אף לא אחד מהם לא זיעזע את הנחות היסוד האידאולוגיות שלו. מאז ומתמיד בית המשפט שם דגש על יהדותה של המסגרת הכללית, לפני שהעניק לאזרחי המדינה הפלסטינים שאריות של זכויות. בעתירה הנידונה כאן, בית המשפט נאלץ להתמודד עם סוגיות הקרובות בהרבה לפער שבין "נאשיונליטי" לאזרחות. הוא אישר ש"נאשיונליטי" מיועדת ליהודים בלבד. אלה המאמינים שישראל יכולה להיות מדינה יהודית ובה בעת גם דמוקרטית (כמו כל שופטי בית המשפט העליון) יכולים להתנגד לחוק הזה, אבל בשורה התחתונה הם יצטרכו להצדיק ולאפשר מידה מסוימת של אפליה. מזווית זו, הדיון אינו עוסק בשוויון או באפליה. הוא מתייחס למידת האפליה שיש לנקוט כלפי האזרחים הפלסטינים ולאמצעים שדרכם תמומש אפליה זו. השאלה היא מידת האפליה ואופיה, לא עצם קיומה. בהתאם לכך, החוק והפסיקה הם התוצאה הבלתי נמנעת של גלישה הכרחית במדרון ממסדי חלקלק אנטי-ערבי. לכן, לדעתי, הפסיקה מתיישבת לחלוטין עם המבנה החוקתי והתרבות הפוליטית, שהם הם הבעיה. אלה הטוענים כי החוק אינו חוקתי לפי המשפט הישראלי, מתעלמים מטבעו הבעייתי של המבנה החוקתי. כאן גם אפשר למצוא את הצד ה"חיובי" של הפסיקה: היא חשפה את הבעייתיות שבטבעו של המבנה החוקתי. ככל שבית המשפט עקבי יותר בעמדותיו, כך מתבהרת דבקותו המוחלטת במנגנון הדיכוי וההכפפה. אכן, יותר משהזכיר לנו את פסק הדין בפרשת קורמטסו, בית המשפט העליון הזכיר לנו את מקבילו בארצות הברית בתקופת העבדות.