

זכויות חוקתיות, הגירה ודמוגרפיה

בעקבות בג"ץ חוק האזרחות והכניסה לישראל

יעקב בן-שמש*

חוק האזרחות והכניסה לישראל מטיל הגבלות קשות וגורפות על יכולתם של ערבים אזרחי ישראל לקיים חיי משפחה בישראל עם בני-זוג פלסטינים תושבי יהודה, שומרון וחבל עזה. הוא נחקק, לטענת המדינה, משיקולים בטחוניים ולזמן מוגבל, וזאת לנוכח מעורבותם בפעילות טרור של פלסטינים תושבי השטחים שקיבלו היתרי ישיבה בישראל מכוח איחוד משפחות. העתירות נגד חוקתיותו של החוק נדחו לאחרונה על-ידי בית-המשפט העליון בהרכב מורחב של שופטים. המחלוקת בין השופטים נסבה בעיקרה סביב השאלה אם פגיעתו של החוק בזכויות החוקתיות לחיי משפחה ולשוויון מוצדקת לנוכח הצרכים הבטחוניים. עם זאת, חלק משופטי ההרכב סברו שהחוק אינו פוגע כלל בזכויות חוקתיות. ברשימה זו אסקור את עיקרי פסק-הדין, ולאחר-מכן אבחן מקרוב את העמדה שלפיה החוק אינו פוגע בזכויות חוקתיות. אטען שעל-מנת לבסס עמדה זו, השופטים התומכים בה נזקקים לתפיסות חדשניות ביחס להגדרת היקפן של זכויות חוקתיות. אטען כי תפיסות אלה מעוררות קשיים משפטיים, וכי ראוי לדחותן. אוסיף ואטען כי הסבר אפשרי לתפיסות החדשניות נעוץ בשיקול שלא נידון מפורשות בפסקי-הדין, אך שהשפעתו עליהם ניכרת מקריאתם, והוא השיקול הדמוגרפי, שעניינו שמירת הרוב היהודי במדינת-ישראל. אטען שהתפקיד שהשיקול הדמוגרפי ממלא בפסקי-הדין הוא בעייתי. זאת, לא משום שהשיקול הדמוגרפי כשלעצמו הוא שיקול פסול בהכרח, אלא משום שתנאי לשימוש לגיטימי בו הוא דיון גלוי במשמעותו, בנתונים העובדתיים שבבסיסו, במשקלו ביחס לערכים אחרים ובהשפעתו על זכויות האדם.

* מרצה, הקריה האקדמית קרית-אנוו. המחבר עבד כעוזר משפטי של נשיא בית-המשפט העליון (בדימוס) אהרן ברק בתקופת כתיבתו של פסק-הדין מושא מאמר זה. אני מודה למערכת **משפט וממשל**, ובמיוחד לאילן סבן, על הערותיהם לגרסות קודמות של רשימה זו.

א. מבוא. ב. הרקע לחקיקת חוק האזרחות והכניסה לישראל. ג. תמצית עמדותיהם של השופטים בפסק-הדין וכמה הערות ביקורת ראשוניות: 1. האם חוק האזרחות והכניסה לישראל פוגע בזכויות חוקתיות? 2. האם הפגיעה בזכויות עומדת בתנאיה של פסקת ההגבלה? 3. שאלת הסעד. ד. על הטענה כי חוק האזרחות והכניסה לישראל אינו פוגע בזכות לחיי משפחה. ה. על הטענה כי חוק האזרחות והכניסה לישראל אינו פוגע בשוויון. ו. על הטענה כי המשפט הבין-לאומי אינו מטיל על המדינה חובה להכניס זרים לשטחה. ז. הערת סיום.

א. מבוא

ברשימה זו ברצוני לתאר את עיקרי פסק-דינו של בית-המשפט העליון בעתירות נגד חוקתיותו של חוק האזרחות והכניסה לישראל,¹ ולהציע ניתוח ראשוני של מקצת הסוגיות העולות בו. העתירות עוררו סוגיות משפטיות ופוליטיות מורכבות ורגישות. הן נידונו לפני הרכב מורחב של אחד-עשר שופטים.² רוב מכריע מבין שופטי ההרכב סבר שחוק האזרחות והכניסה לישראל אכן פוגע בזכותם החוקתית של הערבים אזרחי ישראל לחיי משפחה ולשוויון. המחלוקת העיקרית הייתה אם פגיעות אלה הן מידתיות. שישה מבין אחד-עשר השופטים סברו כי הפגיעות אינן מידתיות, אלא שאחד מהשישה סבר כי אין זה ראוי להעניק סעד של בטלות החוק עד לגיבושו של הסדר חלופי. חמישה שופטים סברו כי חוק האזרחות והכניסה לישראל אינו פוגע בזכויות חוקתיות או שפגיעתו בזכויות חוקתיות עומדת בתנאי המידתיות. לפיכך נדחו העתירות ברוב של שישה שופטים מול חמישה.

בהערה זו אתמקד בבחינת העמדה שהביעו שניים משופטי ההרכב – המשנה לנשיא מ' חשין והשופטת מ' נאור – שלפיה חוק האזרחות והכניסה לישראל אינו פוגע כלל בזכויות חוקתיות. כפי שאראה, עמדה זו נשענת על קונסטרוקציות משפטיות חדשניות ביחס לשאלה כיצד נקבע היקפן של זכויות חוקתיות. דעתי היא שקונסטרוקציות אלה מעוררות קשיים משפטיים רבים, וראוי לדחותן. נוסף על כך אבקש לבחון את השאלה מה מניע חדשנות זו. אציע, כהסבר אפשרי, את הטענה כי מה שעומד בבסיס חדשנות זו הוא השיקול הדמוגרפי שענייננו שמירת הרוב היהודי במדינת-ישראל, אשר מתבטא בהקשר זה ברצון לצמצם את הגירתם של פלסטינים לתחומי מדינת-ישראל. השיקול הדמוגרפי אינו נזכר במפורש בפסקי-הדין של השופטים חשין ונאור. הדין בפסקי-דין אלה עוסק לכאורה בסוגיית ההגירה באופן כללי, ואינו מתייחס באופן ספציפי לשאלות של מדיניות הגירה הקשורות לשיקול הדמוגרפי. אולם, כפי שאראה, קשה להסביר את

¹ חוק האזרחות והכניסה לישראל (הוראת שעה), התשס"ג-2003, ס"ח 544 (להלן: חוק האזרחות והכניסה לישראל או החוק).

² בג"ץ 7052/03 עזאלה – המרכז המשפטי לזכויות המיעוט הערבי בישראל נ' שר הפנים, תק-על-2006 (2) 1754 (2006) (להלן: פסק-הדין).

העמדות המובעות בפסקי-הדין מבלי להניח שהשיקול הדמוגרפי מילא בהם תפקיד חשוב. השיקול הדמוגרפי מתקיים אפוא בפסקי-הדין, אך ללא דיון גלוי ומפורש בו, ובכך עיקר נזקו. השיקול הדמוגרפי כשלעצמו אינו בהכרח שיקול פסול. הוא ניתן להצדקה – בגבולות מסוימים – גם על בסיס הנחות-יסוד ליברליות ודמוקרטיות. הוא עשוי להוות מרכיב בתפיסה הרואה במדינת-ישראל את מדינת הלאום של העם היהודי.³ חסידי תפיסה זו עשויים לתמוך במדיניות הגירה השואפת, בין היתר, לשמר את הרוב היהודי במדינת-ישראל. אולם גם אם אנו מקבלים הנחות אלה כנכונות וכמוצדקות, מובן שלא נובעת מהן המסקנה כי מוצדק, בשם השיקול הדמוגרפי, לעשות הכל. ככל שיקול אחר, על השיקול הדמוגרפי לעמוד במבחן הביקורת העובדתית והערכית כאחד, ועליו לקבל את מקומו הראוי בהתחשב בערכים חשובים אחרים העשויים להתנגש בו, ובפרט בצורך להגן על זכויות האדם. תנאי לכך הוא קיומו של דיון במקומו ובמשקלו של השיקול הדמוגרפי במסגרתם של שיקולים וערכים אחרים. דיון מעין זה אינו מופיע בפסקי-הדין. התוצאה היא שהשיקול הדמוגרפי מקבל בפסקי-דין אלה עוצמה מיוחדת. אין הוא נבחן לאורה של ריאליה עובדתית, מעמדו הנורמטיבי אינו מועמד לבחינה, ואין הוא נדרש למצוא את מקומו בין ערכים אחרים, ובכלל זה הצורך להגן על זכויות האדם.

אפתח בתיאור קצר של הרקע לחקיקת החוק, העתירות והדיון בהן, ועמדות השופטים כפי שבאו לידי ביטוי בפסק-הדין. במהלך ההצגה של עמדות השופטים אציע כמה הערות ביקורת ראשוניות. לאחר-מכן אבחן באופן ביקורתי את העמדה שלפיה חוק האזרחות והכניסה לישראל אינו פוגע בזכויות חוקתיות.

³ לעמדה זו ראו, למשל, אמנון רובינשטיין וליאב אורגד "זכויות אדם, בטחון המדינה ורוב יהודי – המקרה של הגירה לצורכי נישואין" הפרקליט מח 315, 341-345 (2006); רות גביזון "מדינה יהודית ודמוקרטית: זהות פוליטית, אידיאולוגיה ומשפט" עיוני משפט יט 631 (1995); אלכסנדר יעקובסון ואמנון רובינשטיין ישראל ומשפחת העמים: מדינת לאום יהודית וזכויות האדם (2003). לעמדה שלפיה קיומו של רוב יהודי הינו ממאפייניה הגרעיניים של מדינת-ישראל כמדינה יהודית הצטרף גם בית-המשפט העליון. ראו את עמדתו של השופט ש' לוינ בע"ב 2/88 בן שלום נ' ועדת הבחירות המרכזית לכנסת השתים עשרה, פ"ד מג(4) 221, 232-233 (1989); ואת עמדתו של הנשיא בדימוס ברק בא"ב 11280/02 ועדת הבחירות המרכזית לכנסת נ' טיבי, פ"ד נז(4) 1, 101 (2003). לאמיתו של דבר, השיקול הדמוגרפי עשוי להיות רלוונטי גם במסגרת מימושה של הלאומיות היהודית במסגרת תת-מדינתית (למשל, כיחידה פדרלית "יהודית" של מדינה דו-לאומית ישראל-פלסטין). לדיון מרתק בסוגיות אלה ראו חיים גנז מריכרד ואגנר עד זכות השיבה – ניתוח פילוסופי של בעיות ציבור ישראליות (2006), וכן את רשימת הביקורת על הספר המופיעה בחוברת זו.

ב. הרקע לחקיקת חוק האזרחות והכניסה לישראל

מדינת-ישראל, ככל המדינות המערביות, מאפשרת לאזרחים ישראלים המתחתנים עם בני-זוג זרים, ומבקשים לחיות את חייהם במדינתם, להקנות מעמד של תושבות או אזרחות ישראלית לבני-זוגם הזרים. הֶסְדֵּר זה חל גם על בני-זוג ידועים-בציבור, ובכלל זה בני-זוג בני אותו מין. הֶסְדֵּר זה משקף את העמדה המוסרית-הערכית שלפיה אין לאלץ אדם לבחור בין שניים מן הקשרים החזקים והמשמעותיים ביותר בחייו – קשרי אהבה ומשפחה, מחד גיסא, וקשריו עם מולדתו, משפחתו, עמו ותרבותו, מאידך גיסא. מדינה המאלצת את אזרחיה לוותר על קשרי אהבה ומשפחה או להגר ממדינתם פוגעת בזכויותיהם ובכבודם. מדינת-ישראל אינה נוהגת כך. בכך, כדברי השופט חשין בפרשת **סטמקה**, אשר הוכרעה לפני שנים אחדות, "סיפחה עצמה ישראל לנאורות שבמדינות, אותן מדינות המכירות – בכפוף לסייגים של ביטחון המדינה, שלום הציבור, ורווחת הציבור – בזכותם של בני משפחה לחיות בצוותא-חדא בטריטוריה שיבחרו בה".⁴

ההסדר המאפשר לבני-זוג זרים של אזרחי ישראל לרכוש תושבות ישראלית מכונה "ההליך המדורג". במסגרתו, על בני-הזוג לפנות אל משרד הפנים ולהגיש את בקשתם. בכך נפתח הליך אשר אורך שנים מספר, ובמהלכו מעמדו של האזרח הזר "משודרג" בהדרגה, החל במעמד של תייר בעל היתר עבודה, המשך במעמד של תושב ארעי וכלה במעמד של תושב-קבע (כאשר בן-הזוג הישראלי הוא תושב) או של אזרח (כאשר בן-הזוג הישראלי הוא אזרח). מטרתו של ההליך המדורג היא לבחון את כנות הקשר בין בני-הזוג ואת יציבותו, וכן לוודא שאין נימוקים בטחוניים או שיקוליים אחרים הקשורים לשלום הציבור שיש בהם כדי למנוע מתן מעמד המאפשר למבקש ישיבת-קבע בישראל.⁵

עד שנת 2002 חל הֶסְדֵּר זה על כל אזרחי ישראל. בחודש מאי 2002 החליטה הממשלה על נוהל חדש שיחול על אזרחי ישראל המבקשים להתאחד בישראל עם בני-זוג פלסטינים ותושבי השטחים. בין היתר הוחלט כי:

לנוכח המצב הבטחוני, ובשל ההשלכות של תהליכי ההגירה וההשתקעות של זרים ממוצא פלסטיני לישראל, לרבות בדרך של אחמ"ש [איחוד משפחות]... לא תתקבלנה בקשות חדשות של תושבי הרשות הפלסטינית לקבלת מעמד של תושב או מעמד אחר; בקשה

⁴ בג"ץ 3648/97 **סטמקה נ' שר הפנים**, פ"ד נג(2) 787, 728 (1999).

⁵ על פרטי ההסדר ועל הרקע לקביעתו ראו גיא דוידוב, יונתן יובל, אילן סבן ואמנון רייכמן "מדינה או משפחה? חוק האזרחות והכניסה לישראל (הוראת שעה), תשס"ג-2003" **משפט וממשל** ח 643, 650-652 (2005) (להלן: "מדינה או משפחה?").

שהוגשה לא תאושר, ובן הזוג הזר יידרש לשהות מחוץ לישראל עד לקבלת החלטת אחרת.⁶

כחמישה-עשר חודשים לאחר-מכן פורסם חוק האזרחות והכניסה לישראל, אשר עיגן את החלטת הממשלה בחוק, תוך שינויים מסוימים. הוא נחקק כהוראת שעה לתקופה של שנה. תוקפו הוארך פעמים מספר, והוא תוקן פעם אחת. נוסחו המתוקן עומד בתוקפו נכון למועד כתיבתן של שורות אלה. מדובר אם כן בהסדר שנמשך כבר יותר מארבע שנים.⁷ עיקרו של החוק הוא בסעיף 2 שבו, שזו לשונו:

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

"תושב אזור" מוגדר (בסעיף 1) כ"מי שרשום במרשם האוכלוסין של האזור, וכן מי שמתגורר באזור אף שאינו רשום במרשם האוכלוסין של האזור, ולמעט תושב יישוב ישראלי באזור". סעיף 3 לחוק, שבו הוכנסו תיקונים בחודש אוגוסט 2005, קובע חריגים מסוימים להסדר הגורף הקבוע בסעיף 2, וביניהם חריג גיל (ניתן לתת היתר שהייה בישראל לבן-זוג פלסטיני של אזרח או אזרחית ישראלים אם גילו של בן-הזוג הפלסטיני מעל 35, ולבת-זוג פלסטינית של אזרח או אזרחית ישראלים אם גילה של בת-הזוג הפלסטינית מעל 25). סעיף 3 קובע גם חריג מסוים לגבי ילדים קטינים, חריג לגבי פלסטינים המסייעים לכוחות הביטחון הישראליים, וכן חריגים המאפשרים מתן היתרים זמניים לשהייה בישראל לצורכי עבודה, טיפול רפואי וצרכים אחרים.⁸

עמדתה העקבית והנחרצת של המדינה הייתה שהחלטת הממשלה וחוק האזרחות והכניסה לישראל נועדו לשרת צורכי ביטחון. זאת, לאחר שהתברר שכמה מבין הפלסטינים שקיבלו היתרי ישיבה בישראל מכוח איחוד משפחות היו מעורבים בפעילות טרוריסטית במסגרת "האינתיפאדה השנייה", שפרצה בספטמבר 2000. לפי נתונים שמסרה המדינה, עד למועד קבלתה של החלטת הממשלה, 21 פלסטינים תושבי השטחים אשר קיבלו מעמד בישראל עקב איחוד משפחות היו מעורבים בפעילות טרוריסטית (עד למתן פסק-הדין – ארבע שנים לאחר-מכן – עלה מספר זה, לפי נתוני המדינה, ל-26). לטענת המדינה, בדיקה פרטנית של הסיכון הבטחוני הנשקף מפלסטינים

⁶ החלטה 1813 של הממשלה העשרים ותשע "הטיפול בשוהים בלתי-חוקיים ומדיניות איחוד משפחות בנוגע לתושבי רש"פ ולזרים ממוצא פלסטיני" (12.5.2002).

⁷ לאחרונה, ביום 5.6.2006, זמן קצר לאחר מתן פסק-הדין בפרשת חוק האזרחות והכניסה לישראל, האריכה הממשלה את תוקפו של החוק בשישה חודשים נוספים.

⁸ לניתוח מפורט של הסדרי החוק ראו "מדינה או משפחה?", לעיל ה"ש 5, בעמ' 653-659.

המבקשים להיכנס לישראל אינה אפקטיבית דייה, ואין בה כדי למנוע לחלוטין את הסיכון הבטחוני. לפיכך נחקק חוק האזרחות והכניסה לישראל כהוראת שעה, והוא נועד למנוע את הסיכון הבטחוני הכרוך בכניסתם לישראל של פלסטינים תושבי השטחים. עם זאת, היו שהביעו עמדה ספקנית ביחס לעמדת המדינה, ונשמעה הדעה שלשיקול הדמוגרפי הייתה השפעה רבה על חקיקתו של החוק.⁹ טענה זו הועלתה גם בעתירות נגד חוקתיות החוק. אין ברצוני, במסגרת זו, לדון בשאלת השפעתו של השיקול הדמוגרפי על חקיקתו של החוק. אמקד את דבריי בהשפעתו של השיקול הדמוגרפי על פסקי-הדין שניתנו בעניין חוקתיותו.

ג. תמצית עמדותיהם של השופטים בפסק-הדין וכמה הערות ביקורת ראשוניות

סמוך לאחר חקיקתו של חוק האזרחות והכניסה לישראל הוגשו אל בית-המשפט העליון עתירות לביטולו. העתירות נידונו לפני הרכב מורחב (בתחילה שלושה-עשר שופטים, ולאחר-מכן אחד-עשר). בפסק-הדין נשמעו כמה דעות. למעשה, כל אחד משופטי ההרכב כתב דברים. ניתן לסווג את פסקי-הדין באופנים שונים. לצורכי מאמר זה אבקש לסווג את פסקי-הדין השונים לפי התשובות המוצעות בהם לשלוש השאלות המרכזיות שנידונו בהם: ראשית, האם חוק האזרחות והכניסה לישראל פוגע בזכויות חוקתיות? שנית, האם הפגיעה עומדת בתנאיה של פסקת ההגבלה? שלישית, מהו הסעד שיש לפסוק?

1. האם חוק האזרחות והכניסה לישראל פוגע בזכויות חוקתיות?

בעתירות הועלו שתי טענות מרכזיות נגד חוקתיותו של חוק האזרחות והכניסה לישראל: ראשית, שהחוק פוגע בזכותם של הערבים אזרחי ישראל לחיי משפחה; ושנית, שהחוק פוגע בזכותם לשוויון. אבחן תחילה את עמדות השופטים ביחס לזכות לחיי משפחה, ולאחר-מכן את עמדותיהם ביחס לטענת הפגיעה בשוויון.

כל שופטי בית-המשפט העליון קבעו, לראשונה באופן מפורש, כי הזכות לחיי משפחה, לפחות ככל שמדובר בהיבטיה הגרעיניים (הכוללים את הקשר שבין בני-זוג ואת הקשר שבין הורים לילדיהם), הינה זכות חוקתית הנגזרת מכבוד האדם. קביעה זו נומקה בחשיבותה של המשפחה ושל הקשרים המשפחתיים בחייו של אדם, ובחשיבותה של היכולת להחליט בנושאים אלה באופן אוטונומי וללא הגבלות מצד המדינה. כך, למשל, אומר הנשיא בדימוס ברק: "למשפחה תפקיד חיוני ומרכזי בחייו של היחיד

⁹ קשה, למשל, להבין אחרת את נוסח החלטת הממשלה שהובא לעיל, המדבר על "ההשלכות של תהליכי ההגירה וההשתקעות של זרים ממוצא פלסטיני לישראל, לרבות בדרך של אחמ"ש [איחוד משפחות]". לעניין זה ראו גם את הדיון ב"מדינה או משפחה?", לעיל ה"ש 5, בעמ' 679, וכן להלן בטקסט שלידי ה"ש 16 ואילך.

ובחייה של החברה. הקשרים המשפחתיים, עליהם מגן המשפט ואותם הוא מבקש לפתח, הם מהחזקים ומהמשמעותיים ביותר בחייו של אדם" (פסקה 25 לפסק-דינו). כך התבטא גם השופט ג'ובראן: "מעטות הן הבחירות, אשר בהן מגשים אדם את רצונו החופשי, כמו בחירתו באדם עמו יחלוק את חייו, עמו יקים את משפחתו, עמו יגדל את ילדיו. בבחירת בן-זוגו... מבטא האדם את אישיותו ומממש את אחד ממרכיביה המרכזיים של האוטונומיה האישית שלו. בהקמת משפחתו, מעצב האדם את הדרך בה הוא חי את חייו ובונה את עולמו הפרטי. לפיכך, בהגנה על הזכות לחיי משפחה, מגן המשפט על חירותו הבסיסית ביותר של האזרח לחיות את חייו כאדם אוטונומי, החופשי לבחור את בחירותיו" (פסקה 7 לפסק-דינו). וכך ניסח זאת השופט חשין: "הזכות לנישואין ולקיומם של חיי משפחה, ובכלל אלה זכותו של קטין להיות עם הוריו, מהווה תשתית לקיומה של חברה. התא המשפחתי הוא תא היסוד של החברה האנושית, ועליו נבנית חברה ומדינה... הגם שזכות זו, הזכות לנישואין ולקיום חיי משפחה, לא זכתה להימנות מפורשות עם זכויות היסוד שהוכרו מפורשות בחוקי היסוד, נסכים כולנו – נסכים ונצהיר – כי נגזרת היא, נגזרת מן הראשונות במלכות היא, מכבוד האדם" (פסקה 47 לפסק-דינו).

בכך יוצק בית-המשפט העליון תוכן קונקרטי נוסף למושג "כבוד האדם", ונמשכת המגמה של הכללת זכויות קונקרטיות נוספות בגדרו.¹⁰ הזכות לחיי משפחה מוגנת מכוח הזכות לכבוד האדם, ומוקנה לה לפיכך מעמד חוקתי על-חוקי. אולם האם ההגנה החוקתית חלה גם על זכותם של אזרחי ישראל לחיות עם בני-זוגם הזרים בישראל? שמונה מבין אחד-עשר שופטי ההרכב עונים על שאלה זו בחיוב.¹¹ מסקנתם היא, לפיכך, כי חוק האזרחות והכניסה לישראל פוגע בזכותם החוקתית של הערבים אזרחי ישראל לחיי משפחה. השופטים קובעים כי זכותם של אזרחי ישראל לחיי משפחה פירושה, בין היתר, זכותם לממש את חיי המשפחה במדינתם, שם נעוצים שורשיהם התרבותיים, החברתיים וההיסטוריים.¹² שני שופטים, חשין ונאור, סבורים כי הזכות החוקתית לחיי משפחה אינה מקיפה את הזכות לממש את חיי המשפחה בישראל עם בן-זוג זר. לשיטתו של השופט חשין, הזכות להביא ארצה את בן-הזוג הזר אינה נמצאת

¹⁰ השוו לעניין זה הלל סומר "הזכויות הבלתי מנויות – על היקפה של המהפכה החוקתית" **משפטים** כח 257 (1997).

¹¹ ראו פסקות 30-36 לפסק-דינו של הנשיא בדימוס ברק; פסקות 6-7 לפסק-דינה של השופטת ביניש; פסקות 1-10 לפסק-דינו של השופט ג'ובראן; פסקה 4 לפסק-דינה של השופטת חיות; פסקות 1 ו-6 לפסק-דינה של השופטת פרוקצ'יה; פסקה 3 לפסק-דינו של השופט עדיאל; פסקה 8 לפסק-דינו של השופט ריבלין; ופסקה 7 לפסק-דינו של השופט לוי.

¹² ראו, למשל, פסקה 43 לפסק-דינו של הנשיא בדימוס ברק; פסקה 10 לפסק-דינו של השופט ג'ובראן; פסקה 3 לפסק-דינו של השופט עדיאל; פסקה 8 לפסק-דינו של השופט ריבלין.

בגרעין כבוד האדם, כי אם ב"פריפריה" שלו (ראו פסקה 59 לפסק-דינו). דברים דומים אומרת השופטת נאור. לשיטתה, לזכות להביא לישראל בן-זוג זר אין "קשר ענייני הדוק לכבוד האדם" (פסקה 4 לפסק-דינה). על ההנמקות שבבסיס עמדה זו אעמוד בהרחבה להלן. השופט גרוניס מעלה ספקות ביחס לשאלת קיומה של הזכות החוקתית, אך מוכן להניח את קיומה לצורך הדיון, לנוכח עמדתו כי החוק עומד ממילא בתנאיה של פסקת ההגבלה.

הזכות לשוויון, לפחות בהיבטיה הגרעיניים, קשורה באופן הדוק למושג "כבוד האדם", והוכרה בפסיקה כזכות חוקתית עוד לפני פסק-הדין בנושא חוק האזרחות והכניסה לישראל.¹³ השופטים חוזרים וקובעים הלכה זו גם בפסק-דין זה. במיוחד הם חוזרים וקובעים כי פגיעה בשוויון אינה מחייבת כוונה להפלות, דהיינו, שלצורך הקביעה כי חוק או מדיניות מסוימים פוגעים בשוויון, די בכך שתוצאתם מפלה.¹⁴ שבעה שופטים פסקו כי החוק פוגע בזכותם של אזרחי ישראל הערבים לשוויון.¹⁵ ההפליה שבה מדובר היא הפליה תוצאתית. היא נעוצה בכך שפגיעתו של החוק מתמקדת באזרחי ישראל הערבים. זאת, מכיוון שעיקר המבקשים להקים משפחה עם בן-זוג פלסטיני הם ערבים אזרחי ישראל. לעומת זאת, השופטים חשין ונאור, ובעניין זה מצטרף אליהם השופט עדיאל, סבורים כי החוק אינו פוגע בזכות לשוויון. פגיעה בשוויון היא הפליה בין שווים, ואילו בענייננו יש שוני רלוונטי בין הישראלים המבקשים להינשא לבני-זוג פלסטינים תושבי האזור לבין ישראלים אחרים. השוני הרלוונטי נעוץ בכך שמבני-זוג פלסטינים נשקף סיכון בטחוני מוגבר. היחס השונה כלפי יהודים וערבים המבקשים להביא לארץ את בני-זוגם מוסבר, אם כן, על בסיס שוני רלוונטי זה. לפיכך אין לומר שמדובר בהפליה. גם לעניין זה אחזור להלן.

כל השופטים, ובכלל זה השופטים שסברו כי חוק האזרחות והכניסה לישראל אינו פוגע בזכויות חוקתיות, המשיכו ודנו בשאלת התקיימות תנאיה של פסקת ההגבלה, בהנחה שחוק האזרחות והכניסה לישראל אכן פוגע בזכויות חוקתיות.

¹³ ראו, למשל, את פסק-הדין בבג"ץ 6427/02 **התנועה לאיכות השלטון בישראל נ' הכנסת, תק-על 2006(2) 1559** (2006) (להלן: פרשת חוק טל), ואת ההפניות שם. פסק-הדין עסק בתוקפו של חוק טל, שהסדיר את סוגיית השירות הצבאי ודחיית השירות הצבאי של תלמידי ישיבות.

¹⁴ ראו לעניין זה, לאחרונה, גם בג"ץ 11163/03 **ועדת המעקב העליונה לענייני הערבים בישראל נ' ראש ממשלת ישראל**, תק-על 2006(1) 2562 (2006), וההפניות שם. פסק-הדין עוסק באמות-המידה לקביעת "אזורי עדיפות לאומית".

¹⁵ פסקות 46-52 לפסק-דינו של הנשיא בדימוס ברק; פסקה 7 לפסק-דינה של השופטת ביניש; פסקות 16-18 לפסק-דינו של השופט ג'ובראן; פסקה 4 לפסק-דינה של השופטת חיות; פסקה 1 לפסק-דינה של השופטת פרוקצ'יה; פסקה 9 לפסק-דינו של השופט ריבלין; ופסקה 7 לפסק-דינו של השופט לוי.

2. האם הפגיעה בזכויות עומדת בתנאייה של פסקת ההגבלה?

המחלוקת בין השופטים נסבה בעיקרה סביב דרישותיה של פסקת ההגבלה, ובפרט דרישות המידתיות. כל השופטים הסכימו, למעט הסתייגויות של השופט ג'ובראן ובעיקר של השופטת פרוקצ'יה, כי תכליתו של חוק האזרחות והכניסה לישראל היא בטחונית, וכי תכלית זו ראויה. השופטים מתייחסים בקצרה בלבד לטענות שלפיהן תכלית החוק היא דמוגרפית – למנוע את כניסתם של פלסטינים לישראל במסגרת הליכי איחוד המשפחות על-מנת לשמר את הרוב היהודי במדינת-ישראל – ודוחים אותן. השופטים מקבלים את עמדת המדינה לעניין זה, שלפיה תכלית החוק היא בטחונית בלבד. התבטאויות של אישי ציבור במהלך הליכי החקיקה, שמהם עולה כי השיקול הדמוגרפי הוא שעומד בבסיס החוק,¹⁶ נדחו על-ידי השופטים כהתבטאויות חריגות שאינן מעידות על תכליתו האמיתית של החוק.¹⁷ רק השופטים ג'ובראן ופרוקצ'יה העלו ספקות של ממש לגבי עמדה זו.¹⁸ לעניין זה אומרת השופטת פרוקצ'יה:

השיקול הדמוגרפי צף ועלה 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 בו כדי לשלול את אמינות השיקול הבטחוני, אפשר שיש בו כדי להקרין על משקלו ועוצמתו. (פסקה 14 לפסק-דינה של השופטת פרוקצ'יה).

כאמור, עמדה זו נדחתה על-ידי השופטים האחרים. נוסף על כך נדחתה הטענה שלפיה החריגים בחוק – ובמיוחד החריג המאפשר כניסתם של אלפי עובדים פלסטינים לעבודה יומית בתחומי ישראל – מעידים על תכליתו הדמוגרפית הנסתרת של החוק. שהרי ניתן לתהות מדוע, אם אכן הסיכון הבטחוני הוא שמצדיק את האיסור הגורף על כניסת פלסטינים לצורכי איחוד משפחות, המדינה מתירה בכל-זאת את כניסתם של אלפי עובדים, שאף מהם, כך יש להניח, נשקפת סכנה בטחונית. רוב השופטים קיבלו לעניין זה את הסבריה של המדינה כי "התאזרחות או התיישבות של פלסטינים, הנושאים תעודות-זהות ישראליות, מהווה איום ביטחוני מסוג מיוחד ונפרד, שאין עניינו רק בעצם החדירה לשטח ישראל. לאור העובדה שתקופת שהותם של אנשים

¹⁶ לסקירה של חלק מהתבטאויות אלה ראו פסקה 14 לפסק-דינה של השופטת פרוקצ'יה.

¹⁷ ראו פסקה 79 לפסק-דינו של הנשיא בדימוס ברק, ופסקה 135 לפסק-דינו של השופט חשין.

¹⁸ ראו פסקה 24 לפסק-דינו של השופט ג'ובראן ופסקה 14 לפסק-דינה של השופטת פרוקצ'יה.

אלה בישראל איננה מוגבלת, וכי נתון להם חופש תנועה מלא הן בישראל והן בין ישראל לבין האזור (חופש תנועה אשר אינו נתון למחזיקי היתרים זמניים), קיים חשש מוגבר שהם ייקחו חלק בפעילות טרור. אותם שופטים, לדברי הנשיא בדימוס ברק, שוכנעו "כי ההבחנה בין כניסתם של עובדים מכוח היתרים זמניים לבין כניסתם של תושבי אזור לצרכי איחוד משפחות מעוגנת בצרכים הביטחוניים, ולפיכך אין בה כדי ללמד על תכלית אחרת" (פסקה 81 לפסק-דינו של הנשיא בדימוס ברק). גם לעניין זה הציגה השופטת פרוקצ'יה עמדה נוגדת. לשיטתה, ההסבר של המדינה אינו סביר, שכן דווקא לבני-זוג פלסטינים של אזרחים ישראלים יש הרבה יותר מה להפסיד ממעורבות בפעילות טרור מאשר לעובדים בעלי היתרי עבודה זמניים:

בהעדר נתונים על שיעור מעורבות בפעילות טרור מקרב עובדים פלסטינאיים, קשה לקבל כפשוטה את נקודת המוצא כי הסיכון מבני הזוג הפלסטינאיים שרכשו תושבות בישראל עולה על זה הצפוי מהעובדים הפלסטינאיים. לכן הזוג המעורב בטרור צפוי הפסד ניכר לא רק בעונש שייגזר עליו אלא אף באובדן אפשרי של מעמדו בישראל והיכולת להיות בחיק משפחתו בתחומי המדינה. העובד, לעומתו, יסתכן בענישה ובאובדן מקום עבודתו ובהיתר כניסה לישראל בעתיד. הסיכון לאובדן המעמד בישראל והיכולת לממש בה את חיי משפחה מהווה ללא ספק גורם מרתיע ביחס לבן הזוג, ואפשר שיש בכך כדי להסביר את המספר הקטן, יחסית, לאורך שנים של החשודים במעורבות טרור מקרב פלסטינים בעלי מעמד בארץ מכה איחוד משפחות. (פסקה 17 לפסק-דינה של השופטת פרוקצ'יה).

נראה לי, בכל הכבוד, שעמדתה של השופטת פרוקצ'יה משכנעת יותר מעמדת המדינה שאומצה על-ידי השופטים האחרים. יש לציין כי המדינה לא הניחה כל תשתית ראייתית התומכת בעמדה שלפיה הסכנה הבטחונית הנשקפת מבני-זוג היא גדולה יותר מהסכנה הבטחונית הנובעת מעובדים. למשל, המדינה לא הציגה נתונים ביחס למעורבותם בפעילות טרור של פלסטינים שנכנסו לישראל על-סמך היתרי עבודה. העובדה שהמדינה, המחזיקה בידה את כל המידע הבטחוני הרלוונטי, לא הציגה כל נתונים לגבי מעורבותם של בעלי היתרי עבודה בפעילות טרוריסטית מעלה תמיהות ואומרת דורשני. מכל מקום, המסקנה היא שעמדת המדינה לעניין זה לא יצאה מגדר השערות וניחושים, ולכן היה ראוי לדחותה ולו מטעם זה. יתר על כן, וככל שמדובר בהשערה המבוססת על "השכל הישר", עמדת המדינה אף אינה מסתברת לגופה, ועמדתה של השופטת פרוקצ'יה סבירה באותה מידה לפחות. זאת ועוד, אפילו אם נקבל שהסכנה הבטחונית הנשקפת מכניסתם של בני-זוג היא גדולה יותר, האם מדובר בפער המצדיק את השלילה הגורפת של יכולת הכניסה לישראל מכל בני-הזוג כולם? גם לעניין זה לא נדרשה המדינה לספק הסברים ונתונים. על רקע התשתית הראייתית

הדלה שהציגה המדינה על-מנת לתמוך בעמדתה, ולנוכח קלישותה של העמדה לגופה, היה ראוי לדעתי לדחות את ההסבר שלפיו כניסתם של בני-זוג נמנעת כליל, בעוד כניסתם של עובדים וסוחרים מתאפשרת על בסיס בדיקה בטחונות פרטנית, בגלל הסכנה הבטחונית המוגברת הנשקפת מכניסתם של בני-זוג.

שאלה אחרת היא מה נובע מדחיית העמדה שהציגה המדינה לעניין זה. יש הסבורים שיש בכך כדי להצביע על תכליתו הנסתרת של החוק, היא התכלית הדמוגרפית. לפי גישה זו, אילו הייתה תכלית החוק בטחונות בלבד, אזי היה מקום להחיל את האיסורים שבו גם על בעלי היתרי עבודה. העובדה שלא נעשה כן מצביעה על קיומה של תכלית נסתרת:

[חוק האזרחות והכניסה לישראל] הוא גם צר מדי, בשים לב לתכלית הנטענת, מפני שהוא אינו מונע את כניסתם לישראל של עובדים וסוחרים מהשטחים לצורכי עבודה... אם כל כניסה של תושבי השטחים טומנת בחובה סכנה ביטחונית, כטענת המדינה, כיצד זה מותרת כניסתם של עובדים וסוחרים? הרי אין זה סביר שהסיכון במקרה של איחוד משפחות גדול יותר. ההיגיון מצביע על הכיוון ההפוך דווקא... החוק החדש לוקה אפוא במידה רבה של הכלת חסר. בכך יש משום ראייה חזקה לקיומה של תכלית אחרת (נסתרת) לחוק, במיוחד כאשר בה בעת קיימת גם הכלת יתר.¹⁹

דברים ברוח דומה אומרת השופטת פרוקצ'יה:

התמקדותו של החוק באוכלוסיית בני זוג מהאיזור אינה מתיישבת עם מדיניות המדינה ביחס לגורמי סיכון שאינם פחותים, ואולי אף עולים על אלה הנובעים מאיחוד משפחות. בהקשרים אחרים, המעלים סיכונים משמעותיים, נמנעת המדינה מפגיעה גורפת. היא מבקשת לפזר את הסיכון בצורה מושכלת ומידתית ככל הניתן. לא כן ביחס למבקשי איחוד המשפחות. הדבר מעלה את החשש כי תכליתו האמיתית של החוק אינה חופפת במלואה את התכלית הבטחונית הנטענת, וכי עוצמתו של השיקול הבטחוני אינה משמעותית כפי שנטען. (פסקה 19 לפסק-דינה של השופטת פרוקצ'יה).

כנגד זה ניתן לטעון שקיומה של תכלית דמוגרפית נסתרת אינה ההסבר היחיד האפשרי להכלת-החסר של החוק. למשל, ייתכן ששיקולים הקשורים לצורכי העבודה של המשק הישראלי הם שהובילו להסדר המאפשר את כניסתם של עובדים וסוחרים על-אף

¹⁹ "מדינה או משפחה?", לעיל ה"ש 5, בעמ' 673. ראו לעניין זה גם משה כהן-אליה "הפרדת רשויות ומידתיות" **משפט וממשל** ט 297, 308 (2005).

הסיכון הבטחוני הכרוך בכך. אין ביכולתי להכריע בשאלה זו, אולם הארכת בדיון בה מכיוון שלדעתי, אף אם מתן היתרי כניסה לעובדים אינו מוביל בהכרח אל המסקנה שבבסיס החוק עומדת תכלית דמוגרפית נסתרת, יש לו השלכות חשובות לעניין שאלת המידתיות, כפי שאבהיר מייד.

לאחר קביעתם כי מדובר בחוק שנועד לתכלית ראויה, השופטים עוברים לבחון את התקיימותם של שלושת מבחני-המשנה של המידתיות. השופטים קובעים כי מתקיים קשר רציונלי בין הוראות החוק לבין הגשמת תכליתו הבטחונית, שכן האיסור שהוטל בחוק על כניסתם של בני-זוג פלסטינים לישראל אכן מצמצם את הסיכון הבטחוני הנשקף מהם. מתן היתרי כניסה זמניים לעובדים אינו פוגם ברציונליות של החוק שכן "תנאי הרציונליות אינו דורש מיצוי מקסימלי של כל האמצעים האפשריים להשגת המטרה. הימנעות מנקיטה בפועל באמצעים מסויימים – שאי נקיטה בהם אינה פוגעת באפקטיביות של האמצעים שנקטו בפועל – אינה הופכת את האמצעים שנקטו בפועל ללא רציונליים. דרישת הרציונליות אינה מעמידה את הבחירה אך בין מיצוי כל האמצעים האפשריים או הימנעות מכל נקיטה באמצעים. בחירה רציונלית יכולה להסתפק בנקיטה במספר אמצעים, תוך אי נקיטה באמצעים אחרים" (פסקה 86 לפסק-דינו של הנשיא בדימוס ברק).

האם חוק האזרחות והכניסה לישראל מקיים את מבחן המידתיות השני? דהיינו, האם קיים אמצעי אחר שבכוחו להגשים את התכלית הבטחונית של החוק אך שפגיעתו בזכויות קטנה יותר? במיוחד עולה השאלה אם בדיקה בטחונית פרטנית של הסיכון הנשקף מכל אדם שמבקש לקבל היתר כניסה לישראל מכוח איחוד משפחות אינה מהווה אמצעי כזה. בית-המשפט עונה על שאלה זו בשלילה. רוב השופטים קיבלו בעניין זה את עמדת המדינה, שלפיה בהתחשב בכך שיעילותה של בדיקה פרטנית אינה מוחלטת, במיוחד לנוכח העימות הבטחוני הקשה עם הרשות הפלסטינית והעדר האפשרות לאסוף מידע מספיק, אין בנמצא אמצעי שפגיעתו בזכויות פחותה ואשר יש בו כדי להבטיח אותה רמת ביטחון. מסקנת השופטים היא, לפיכך, כי חוק האזרחות והכניסה לישראל מקיים גם את תנאי המידתיות השני.

עמדה זו, בכל הכבוד, אינה נקייה מספקות. היא תלויה בקבלת הטענה כי תכליתו של חוק האזרחות והכניסה לישראל היא להבטיח באופן ודאי כי מי שנכנס לישראל אינו מהווה סכנה בטחונית. רק אם אנו מקבלים טענה זו, ניתן לומר שבדיקה פרטנית אינה משיגה את תכלית החוק, שכן אין ביכולתה למנוע לחלוטין את כניסתם לישראל של אנשים שנשקפת מהם סכנה. אולם ספק אם ראוי לקבל את העמדה שתכליתו של חוק האזרחות והכניסה לישראל היא למנוע לחלוטין את הסכנה הבטחונית הנשקפת מכניסתם של פלסטינים לישראל. אכן, דומה שזאת העמדה שביקשה המדינה כי בית-המשפט יאמץ. המדינה טענה כי אין די בבדיקות בטחוניות פרטניות, שכן אין בבדיקות אלה כדי "לשלול את החשש לפגיעה בביטחון כתוצאה מכניסתם של תושבי האזור" (פסקה 15 להודעת המדינה מיום 6.11.2005). ואף אם די בבדיקות הבטחוניות כדי

להסיר חשש היום, אין כל ודאות שסיכון בטחוני מאותו אדם לא יתעורר מחר: "העבר אינו מצביע על העתיד. העובדה כי לפלוני הותר בעבר להיכנס לישראל, ו/או כי לא קיים לגביו מידע ביטחוני קונקרטי עדכני, אינה יכולה, כשלעצמה, לנבא כי לא ישקף ממנו סיכון עתידי לביטחון המדינה" (פסקה 16.4 לסיכומי המדינה; ההדגשה במקור; וראו הדיון בסוגיה זו בפסקה 111 לפסק-דינו של השופט חשין). עמדת המדינה הייתה, אם כן, שתכליתו של חוק האזרחות והכניסה לישראל היא למנוע ולשלול, באופן ודאי ומוחלט ככל האפשר, את הסיכון הבטחוני הנשקף מתושבי השטחים המקבלים מעמד בישראל מכוח נישואיהם. אם זו תכלית החקיקה, ממילא מובן כי אין אמצעי אחר שבכווחו להשיג תכלית זו מלבד שלילה גורפת של הזכות לאיחוד משפחות.

אלא שיש טעמים טובים לדחות את העמדה שלפיה תכלית החוק היא ביטחון מרבי. אין לקבל עמדה זו הן משיקולים של עקביות והן משיקולים נורמטיביים. ראשית, המדינה אינה יכולה לטעון כי תכלית החוק היא לשלול שלילה מוחלטת את הסיכון הבטחוני הנובע מכניסתם של תושבי השטחים לישראל. זאת, מכיוון שההסדרים הקבועים בחוק עצמו אינם מונעים באופן מוחלט את הסיכון הבטחוני, שכן הם מאפשרים מתן היתרים זמניים לצורכי עבודה, טיפול רפואי וצרכים אחרים, כמו-גם לשם איחוד משפחות כאשר בן-הזוג עומד בתנאי הגיל הקבועים בסעיף 3 לחוק. אף אם אין בכך כדי לשלול את הרציונליות של החוק או כדי להעיד על תכלית נסתרת שבבסיסו, יש בעובדה זו כדי לכבול במידה מסוימת את המדינה בבואה להגדיר את דרגת האפקטיביות בהשגת התכלית הבטחונית שחוק האזרחות והכניסה לישראל נועד להשיג. שנית, ועיקר, יש לדחות את טענת המדינה משום שבמדינה דמוקרטית אין לקבל חוק שתכליתו היא ביטחון מרבי, יהא המחיר אשר יהא, ותהא הפגיעה בזכויות-יסוד קשה ככל שתהא.

ככלל, הגשמתן של תכליות ציבוריות כרוכה לרוב בפגיעה בזכויות אדם. רק לעיתים רחוקות ניתן לקדם תכליות ציבוריות חשובות ללא פגיעה בזכויות הפרט. לפיכך מדינה דמוקרטית אשר רגישה לזכויות האדם אינה חופשית לקדם את הגשמתן של תכליות ציבוריות באופן טוטלי, יהא המחיר אשר יהא, ותהא הפגיעה בזכויות האדם קשה ככל שתהא. תכליות טוטליות סופן פרקטיקות טוטלטריות. ספק אם חוק שנועד להגשים את תכליתו באופן מרבי הינו חוק שנועד לתכלית ראויה, וזאת אף אם תכליתו, כשלעצמה, הינה תכלית ראויה. בהתבסס על שיקולים אלה כבר קבע בית-המשפט העליון כי תכלית ראויה היא, בין היתר, תכלית שרגישה לזכויות האדם. הנשיא בדימוס ברק חזר על קביעה זו גם בפסק-הדין מושא דיונו:

מהם מאפייניה של התכלית הראויה? נקבע כי תכליתו של חוק הפוגע בכבוד האדם, היא ראויה אם היא נועדה להגשים מטרות חברתיות העולות בקנה אחד עם ערכיה של המדינה בכלל, והמגלות רגישות

למקומן של זכויות האדם במערך החברתי הכולל. (פסקה 62 לפסק-דינו של הנשיא בדימוס ברק, וראו ההפניות שם).

יש מקום לדעה כי יכול שחוק לא יצלח את מבחן התכלית הראויה לא משום שתכליתו אינה ראויה, כי אם משום שהוא מבקש להגשימה במידה שאינה ראויה, בהתחשב בחשיבותן של זכויות האדם. לפיכך, ועל-מנת לפרש חוקים באופן שיקיים את חוקתיותם, יש לפרש חוק, ככל שניתן, כבא לקדם את התכליות הציבוריות שבבסיסו לא באופן מוחלט וכוללני, כי אם באופן שרגיש לחשיבות ההגנה על זכויות האדם.

ניתן להגיע לתוצאה זו גם בדרך אחרת, תוך שימוש במושגים הלקוחים מתפיסתו הפרשנית של בית-המשפט העליון, שמבטאה העקבי הוא הנשיא בדימוס ברק – היא שיטת הפרשנות התכליתית. לפי תפיסה זו, בבסיס כל חוק עומדות תכליות מספר – מהן ספציפיות ומהן כלליות. אין לך חוק שתכליתו היא אחת. אף אם התכלית הקונקרטית של החוק היא אחת, אין בכך כדי למנוע את תחולתן של תכליות בעלות תחולה כללית המשקפות את ערכי-היסוד של שיטתנו המשפטית – ערכים ותכליות אשר כל חוק מוחזק כבא לקיימן ולהגשימן. המרכזיות מבין התכליות הכלליות הן אלה המיועדות להגן על זכויות האדם.²⁰ לפיכך אין להעלות על הדעת תכלית, תהא חשובה ונעלה ככל שתהא, אשר ראוי להגשימה באופן מלא ומוחלט מבלי לשים לב למחיר הגשמתה, בדמות ויתור על תכליות חשובות אחרות. עלינו לפרש כל הוראת חוק כמשקפת איזון ופשרה כלשהם בין הערכים, הזכויות והאינטרסים אשר מתחרים ביניהם בהקשרה של הוראת החוק. הערכים המתנגשים והאיזון יהיו שונים מחוק לחוק וממקרה למקרה, אך ככלל, אין לקבל עמדה שלפיה חוק מסוים נועד להגשמת תכלית אחת בלבד ובדרגת אפקטיביות מרבית.

לנוכח כל זה ראוי לדעת לאמץ את הגישה שלפיה תכליות ציבוריות אינן עניין של הכל או לא-כלום, וניתן להגשימן בדרגות שונות של אפקטיביות. במדינה דמוקרטית ראוי לדרוש מהמדינה להגדיר, ביחס לכל חוק אשר נועד (בתכליתו הספציפית) להגשים תכלית ציבורית כלשהי, דרגת אפקטיביות סבירה כלשהי בהגשמת התכלית שהחוק מיועד להשיג. דרגה זו תהיה תלויה כמובן בתכלית שבה מדובר, בתכליות האחרות העשויות להתנגש בה, כמו-גם במציאות החברתית והפוליטית. אך ככלל, כאמור, דרגה זו אינה יכולה להיות "אפקטיביות מרבית". על רקע זה יבחן מבחן המידתיות השני את השאלה אם התכלית הספציפית שהחוק מיועד להגשימה ניתנת להשגה, **בדרגה סבירה של אפקטיביות**, על-ידי אמצעי אחר שפגיעתו בזכויות פחותה.

²⁰ על תכליות כלליות ראו, למשל, בג"ץ 953/87 פורז נ' ראש עיריית תל-אביב-יפו, פ"ד מב(2) 309, 329 (1988); בג"ץ 869/92 זווילי נ' יושב ראש ועדת הבחירות המרכזית, פ"ד מו(2) 692, 706 (1992); אהרן ברק פרשנות במשפט כרך שני – פרשנות החקיקה 251 (1995).

שיקולים אלה יפים גם לעניינו של חוק האזרחות והכניסה לישראל, ומכוחם היה ראוי לדחות את העמדה שלפיה תכליתו של החוק היא ביטחון מרבי. לחוק האזרחות והכניסה לישראל, כמו לכל חוק אחר, יש תכליות נוספות, מהן ספציפיות ומהן כלליות. כפי שעולה מהחריגים הקבועים בסעיף 3, בבסיס החוק עומדות תכליות ספציפיות נוספות (למשל, הרצון לאפשר מידה מסוימת של חיי מסחר וכלכלה). בבסיס החוק עומדות גם תכליות כלליות כגון זכותו של אדם לכבוד ולחירות וזכותו לשוויון. במדינה דמוקרטית, כל חוק שתכליתו בטחונית אמור לשקף גם איזון כלשהו בין התכלית הבטחונית לבין ערכיה הדמוקרטיות האחרים של המדינה. לפיכך, במסגרת הדיון במידתיותו של חוק האזרחות והכניסה לישראל היה מקום, לדעתי, לדחות את עמדת המדינה שלפיה רק איסור גורף יכול להגשים את תכלית החוק. היה מקום לדרוש מהמדינה להגדיר דרגת ביטחון סבירה שאותה היא מבקשת להשיג, בהתבסס, בין היתר, על ההסדרים האחרים המופיעים בחוק האזרחות והכניסה לישראל ועל התכליות האחרות שבבסיסו. על רקע דרגת אפקטיביות זו היה ראוי לבחון את קיומו של אמצעי אחר שפגיעתו פחותה. אילו כך נעשה, ספק בעיניי אם חוק האזרחות והכניסה לישראל היה עובר את מבחן המידתיות השני.²¹

יתרון נוסף של גישה זו הוא חיזוק האפקטיביות של מבחן המידתיות השני. באופן כללי ניתן לומר כי ככל שנקבל את העמדה שחוקים נועדו להגשים את תכליתם הציבורית במידה המרבית האפשרית, כן תתבקש המסקנה כי רק שלילה גורפת של זכויות יכולה להגשים את תכלית החקיקה. בכך יתרוקן מבחן המידתיות השני מתוכנו, ועיקר הביקורת השיפוטית על מידתיותם של חוקים תתמקד, בהכרח, במבחן המידתיות השלישי. תוצאה זו אינה רצויה גם לנוכח הקשיים הכרוכים במבחן המידתיות השלישי (ובעיקר – כפי שהמחלוקת בין השופטים בפרשה זו מוכיחה – העדרן של אמות-מידה אובייקטיביות להכרעה בו).²² לפיכך ראוי לשמור על האפקטיביות של מבחן המידתיות השני, ולו על-ידי הכללת איזונים ערכיים מסוימים שייעשו כבר במסגרתו.²³

לאחר בחינת מבחן המידתיות השני נבחנת בפסק-הדין השאלה אם חוק האזרחות והכניסה לישראל מקיים את מבחן המידתיות השלישי. בהקשר זה התמקדה המחלוקת העיקרית בין השופטים בשאלה הבאה: האם תוספת הביטחון שהחוק משיג שקולה כנגד השלילה הגורפת והמפלה של זכויות-יסוד? שישה שופטים (ברק, ביניש, פרוקצ'יה, לוי, ג'ובראן וחיות) ענו על שאלה זו בשלילה. חמישה השופטים הנותרים

²¹ ניתן למצוא תימוכין לעמדה זו בפסק-דינו של השופט לוי, המציין כי לדעתו על המדינה לבחון אמצעים אחרים, שפגיעתם בזכויות פחותה, להשגת התכלית הבטחונית (ראו פסקה 9 לפסק-דינו).

²² ראו לעניין זה את מאמרו של משה כהן-אליה, לעיל ה"ש 19, וכן: Guy Davidov, *Separating Minimal Impairment from Balancing: A Comment on R. v. Sharpe* (B.C.C.A.), 5 REVIEW OF CONSTITUTIONAL STUDIES 195–209 (2000).

²³ ראו לעניין זה Davidov, שם.

(חשין, ריבלין, גרוניס, נאור ועדיאל) השיבו תשובה חיובית. לב תשובתם של ששת השופטים מצוי בפסקה הבאה בחוות-דעתו של הנשיא בדימוס ברק:

תוספת הביטחון שהאיסור הגורף מביא עימו אינה מידתית ביחס לתוספת הנזק הנגרמת לחיי המשפחה ולשוויון של בני הזוג הישראלים. אמת, האיסור הגורף נותן עימו יותר ביטחון: אך הוא מושג במחיר כבד מדי. אמת, הסיכוי להגברת הביטחון על ידי איסור גורף, אינו "קלוש ותיאורתי". יחד עם זאת בהשוואה לפגיעה הקשה בכבוד האדם, היחס אינו מידתי...

תוספת הביטחון המושגת מזניחת הבדיקה האינידיבידואלית וממעבר לאיסור גורף גוררת אחריה פגיעה כה קשה בחיי המשפחה והשוויון של אלפים רבים של אזרחי ישראל, עד כי אותו מעבר אינו מידתי. דמוקרטיה אינה נוהגת כך. דמוקרטיה אינה מטילה איסור גורף ובכך מנתקת את אזרחיה מבני זוגם ואינה מאפשרת להם לחיות חיי משפחה; דמוקרטיה אינה מטילה איסור גורף ובכך מעמידה בפני אזרחיה את האופציה לחיות בה בלא בן זוג, או לעזוב את המדינה כדי לחיות בחיי משפחה תקינים; דמוקרטיה אינה מטילה איסור גורף ובכך מפרידה בין הורים לילדיהם; דמוקרטיה אינה מטילה איסור גורף ועל ידי כך מפלה בין אזרחיה באשר להגשמת חיי המשפחה שלהם. אכן, דמוקרטיה מוותרת על תוספת מסוימת של ביטחון כדי להשיג תוספת גדולה לאין שיעור ממנה של חיי משפחה ושוויון. (פסקות 92 ו-93 לפסק-דינו של הנשיא בדימוס ברק).

לעומת זאת, עמדתם של חמישה שופטים הייתה כי באיזון בין תועלתו של החוק, קרי ביטחון רב יותר והגנה על זכותם של אזרחי ישראל לחיים, לבין נזקו, הוא הפגיעה בזכות לחיי משפחה – יד הזכות לחיים על העליונה. כדברי השופט חשין:

ה"זכות לחיים" כה נעלה היא, עד שבמלאכת האיזונים ובבחינת הסיכונים זוכה היא למשקל גבוה במיוחד. כך הוא בוודאי במקום שבו עומדים בסיכון חייהם של רבים, והפגיעה בחיים יש בה כדי לערער את תחושת היציבות והביטחון במדינה. בהציבנו את הסיכונים המוכחים לחיים כנגד זכויות אחרות – בענייננו זכותו (כנטען) של איש ישראל לחיות חיי משפחה בישראל עם בן-זוג זר – תגבר זכות אחרונה רק אם הפגיעה בה פגיעה קשה וכבדה היא בעוד אשר ההסתברות לפגיעה בחיים הסתברות היא שאינה משמעותית. ולא זה המצב בענייננו. (פסקה 131 לפסק-דינו של השופט חשין).

3. שאלת הסעד

לנוכח העובדה ששישה מבין שופטי ההרכב היו בדעה כי החוק פוגע בזכויות במידה העולה על הנדרש, היה אפשר לצפות שהעתירות יתקבלו ושהחוק יבוטל. אולם לא זו הייתה התוצאה. זאת, משום שהשופט לוי סבר כי יש לאפשר למדינה פרק-זמן של תשעה חודשים לגבש הסדר חקיקתי שפגיעתו בזכויות תהיה מצומצמת יותר. אך במקום ללכת בדרך המתבקשת במצב כזה, וכפי שנהג בית-המשפט העליון בעבר²⁴ – דהיינו, להורות על בטלותו של החוק אך להשעות את כניסתה לתוקף של החלטת הבטלות למשך חודשים אחדים (כפי שאכן נעשה בפסק-דינו של הנשיא בדימוס ברק, שהציע להשעות את הכרזת הבטלות לתקופה של שישה חודשים) – החליט השופט לוי לדחות את העתירות. זאת, לנוכח "הצורך הביטחוני החרף, והחשש מפני היווצרותו של חסר בחקיקה" (פסקה 9 לפסק-דינו). תוצאה זו אינה דומה לבטלות מושעית. דאשית, התוצאה המעשית היא שכאשר יחלפו תשעת החודשים, לא יתבטל חוק האזרחות והכניסה לישראל אף אם לא יוכנס בו כל שינוי. במקום זאת, ייאלצו מי שיראו עצמם נפגעים מהסדריו לשוב ולפנות אל בית-המשפט. שנית, מכיוון שבית-המשפט העליון אינו כפוף להחלטותיו, נותר בידי בית-המשפט שיקול-הדעת לדון בעתירה הנוספת שתוגש, ולהכריע בה באופן שונה.²⁵

קשה להצדיק תוצאה זו. אם פגיעתו של חוק האזרחות והכניסה לישראל בזכויות-היסוד אכן קשה באופן שהחוק אינו מקיים את דרישותיה של פסקת ההגבלה, כיצד זה מאפשר בית-המשפט את המשך קיומו ללא כל סעד של בטלות, ולו מושעית? האין בתוצאה זו משום זילות של הזכויות החוקתיות ופגיעה קשה בשלטון החוק? לדעתי, במקרה שלפנינו, ספק אם מתקיימים טעמים המצדיקים מתן סעד של בטלות מושעית, לא כל שכן טעמים המצדיקים העדר סעד בכלל. לעיתים, ובעיקר כאשר החלטה של בטלות מיידית תוביל לחסר חקיקתי ולפגיעה באינטרס ציבורי חשוב, יש מקום לתת סעד של בטלות מושעית,²⁶ אולם ספק אם שיקולים מעין אלה התקיימו בעניין חוק האזרחות והכניסה לישראל. החוק, והחלטת הממשלה שקדמה לו, לא נעשו על רקע של חלל נורמטיבי. ביטולו של חוק האזרחות והכניסה לישראל לא היה מביא לידי כך שבני-זוג פלסטינים היו רשאים להיכנס לישראל ללא הפרעה. ביטולו היה מביא לידי כך שהנוהל המדורג היה שב וחל עליהם, על כל מנגנוני הביקורת הנכללים בו. נוסף על

²⁴ ראו, למשל, בג"ץ 2918/93 עירית קרית גת נ' מדינת ישראל, פ"ד מז(5) 832 (1993); פסק-דינו של השופט קדמי בבג"ץ 4054/95 הוועד הציבורי נגד עינויים בישראל נ' ממשלת ישראל, פ"ד נג(4) 817 (1999); בג"ץ 1715/97 לשכת מנהלי ההשקעות בישראל נ' שר האוצר, פ"ד נא(4) 367 (1997); בג"ץ 3267/97 רובינשטיין נ' שר הביטחון, פ"ד נב(5) 481 (1998). לסקירה ולדיון נרחבים בסוגיית ההשעיה של הכרזת הבטלות ראו יגאל מרזל "השעיית הכרזת הבטלות" משפט וממשל ט 39 (2005).

²⁵ עם זאת, כמובן, ספק אם ראוי מבחינה מוסדית שבית-המשפט יראה עצמו, בעוד תשעה חודשים, חופשי לדון ולהכריע בעתירה, אם תוגש, כאילו פסק-הדין הנדרש כאן לא ניתן.

²⁶ ראו מרזל, לעיל ה"ש 24, בעמ' 66.

כך הייתה נשמרת יכולתו של שר הפנים להמשיך להפעיל את שיקול-דעתו הכללי באשר למתן היתרי שהייה בישראל. בנסיבות אלה, בטלותו של החוק, ואפילו בטלות מיידית, לא הייתה יוצרת חלל נורמטיבי. מן העבר האחר, שיקולים של הגנה על זכויות האדם ועל שלטון החוק תמכו במתן סעד של בטלות מיידית.²⁷ זאת, בהתחשב בפגיעה הקשה בזכותם של הערבים אזרחי ישראל לחיי משפחה, פגיעה הנמשכת כבר יותר מארבע שנים. בנסיבות אלה ספק בעיניי אם היה מוצדק ליתן סעד של בטלות מושעית. בוודאי לא היה מקום לא לתת סעד של בטלות בכלל.²⁸ דעתי היא, אם כן, שקשה להצדיק את התוצאה האופרטיבית של פסק-דינו של השופט לוי. יש גם לזכור בהקשר זה כי השופט לוי היה "לשון-המאזניים", וכי עקב התוצאה שאליה הגיע נדחו העתירות.

אם כן, תוצאתו של פסק-הדין היא מורכבת. מצד אחד, "השורה התחתונה" היא שהעתירות נדחו והחוק נשאר בתוקפו. מצד אחר, אין להסיק מכך שרוב השופטים סברו כי החוק הוא חוקתי. כאמור, שישה מבין שופטי ההרכב סברו כי החוק פוגע בזכויות במידה שעולה על הנדרש. יש לציין עוד שגם השופטים שסברו כי יש לדחות את העתירות המליצו למחוקק להכניס שינויים בחוק, ובפרט להקים "מנגנון חריגים" אשר יאפשר מתן היתרים לאיחוד משפחות במקרים מיוחדים אשר יצדיקו זאת.

פסק-הדין, על הדעות השונות המובעות בו, יכול לפרנס – ובוודאי עוד יעשה כן – מאמרים רבים אשר יבחנו את הסוגיות המשפטיות, הפוליטיות והחברתיות הנידונות בו והמשתמעות ממנו. במסגרת זו אבקש, כאמור, להתמקד בעמדה שלפיה חוק האזרחות והכניסה לישראל אינו פוגע בזכויות חוקתיות, ולעמוד על הקשיים שעמדה זו מעוררת.

ד. על הטענה כי חוק האזרחות והכניסה לישראל אינו פוגע בזכות לחיי משפחה

השופטים חשין ונאור מסכימים כי הזכות לחיי משפחה הינה זכות חוקתית הנגזרת מכבוד האדם. חוק אשר מונע מאדם מימוש חיי משפחה עם בחיר-ליבו פוגע בכבודו

²⁷ למקומם של שיקולים אלה ראו מרזל, שם, בעמ' 76-78.

²⁸ חשוב לציין כי התוצאה שהשופט לוי מגיע אליה אינה דומה לתוצאה שאליה הגיע בית-המשפט העליון בפרשת חוק טל. בפרשה זו נקבע כי ספק אם חוק טל, שנועד להסדיר את סוגיית גיוסם של בחורי ישיבות לשירות צבאי, עומד בתנאי המידתיות הראשון, קרי, תנאי הקשר הרציונלי שבין תכלית החוק לבין ההסדרים שנקבעו בו. עם זאת, הוחלט כי ראוי לאפשר לחוק למצות את תקופת הניסיון שנקבעה לו. במילים אחרות, הוחלט שחוק טל הוא "עוד לא בלתי חוקתי" (ראו פסקה 70 לפסק-דינו של הנשיא בדימוס ברק בפרשת חוק טל, לעיל ה"ש 13). ממילא לא התעוררה בפרשה זו שאלת הסעד שיש לתת (ראו שם). בכך המצב שונה מן האמור בפסק-דינו של השופט לוי בענייננו. כאן השופט לוי קובע כי החוק אינו עומד באמות-המידה החוקתיות, ולמרות זאת אין הוא נותן לעותרים סעד אפקטיבי.

כאדם. עם זאת, עמדתם היא שמקביעה זו לא נובעת המסקנה שחוק האזרחות והכניסה לישראל פוגע בזכות החוקתית לחיי משפחה. זאת, משום שמהכרה בקיומה של זכות חוקתית לחיי משפחה לא נובעת המסקנה שקיימת הזכות לממשה בישראל דווקא. כך השופט חשין:

יתר-על-כן: נזכור כי אין אנו מדברים בפגיעה בליבתה של הזכות לנישואין ולחיי-משפחה. אזרחי המדינה רשאים להינשא כרצונם לתושבי השטחים. איש לא שלל מהם זכות זו. איש אף לא מנע מהם לחיות חיי זוגיות ואהבה עם בני-משפחתם וילדיהם. הזכות לנישואין ולחיי משפחה במובנה הצר והגרעיני לא נפגעה, ואדם והמבקש לחיות עם אשתו וילדיו יוכל לעשות כן. אלא שלעת הזו – לעת מלחמה – ומטעמים של ביטחון הציבור, הוגבל מימוש הזכות בתוככי מדינת ישראל. בני הזוג יוכלו לממש את זכותם לנישואין ולהקמת משפחה במקום שבו אין צפויה סכנה לתושבי ישראל ולאזרחיה. (פסקה 121 לפסק-דינו של השופט חשין).

וכך השופט נאור:

שאלת המפתח השנויה במחלוקת כאן היא האם לבן זוג ישראלי מוקנית זכות חוקתית, כחלק מכבוד האדם, לממש חיי משפחה עם בן זוג זר בישראל? בשאלה זו נחלקו דעותינו. לדעתי, לבן זוג ישראלי לא מוקנית זכות חוקתית, כחלק מכבוד האדם, לממש את חיי המשפחה עם בן זוג זר בישראל דווקא... גם להשקפתי הזכות לחיי משפחה היא זכות חוקתית הנגזרת מן הזכות החוקתית לכבוד האדם. ואולם, אין היא טומנת בחובה את הזכות הנגזרת הנוספת – היא הזכות למימוש חיי המשפחה בישראל דווקא. (פסקה 4 לפסק-דינה של השופטת נאור; ההדגשות במקור).

בטרם נעמוד על פרטי הטיעונים המופיעים בשני פסקי-הדין, אבקש להעלות תמיהה ראשונית. פסקי-הדין מציעים לכאורה הבחנה בין שתי שאלות שונות שניתן לשאול ביחס לזכויות חוקתיות. השאלה הראשונה היא אם קיימת זכות חוקתית מסוימת. השאלה השנייה היא אם קיימת הזכות הנוספת לממש זכות זו בישראל דווקא. על כך ניתן לתמוה: האם קיומה של זכות חוקתית מסוימת אינה משמיעה, מניה וביה, את האפשרות לממשה בישראל? וכי היכן יממשו אזרחי ישראל את זכויותיהם החוקתיות? איזו משמעות יש לקיומה של זכות חוקתית אם אי-אפשר לממשה בישראל? האומנם ניתן לומר, למשל, כי בישראל מוכרת הזכות החוקתית לחופש הביטוי, אך אי-אפשר לממשה בישראל, כי אם במקום אחר? מובן שאמירה כזו הייתה נדחית. מדוע, אם כן, ניתן לומר שבישראל מוכרת הזכות לחיי משפחה, אך אי-אפשר לממשה כאן, כי אם רק

במקום אחר? אבחן להלן ביתר פירוט את עמדות השופטים לעניין זה. כפי שאראה, מענה מספק לתמיהה לא ימצא לנו.

על מה, אם כן, מתבססת העמדה שלפיה למרות קיומה של הזכות החוקתית לחיי משפחה, חוק האזרחות והכניסה לישראל אינו פוגע בזכויות חוקתיות? תוצאה זו מושגת על-ידי הוצאת הזכות לממש בישראל חיי נישואים עם בן-זוג זר אל מחוץ לתחומה של הזכות החוקתית לחיי משפחה. מהלך זה נעשה בשני שלבים. ראשית, הזכות לחיי משפחה עם בן-זוג זר מורחקת לשוליה של הזכות החוקתית לחיי משפחה. לשיטתו של השופט חשין, זכות זו נמצאת ב"פריפריה" של הזכות החוקתית לחיי משפחה. בלשונה של השופטת נאור, לא מתקיים "קשר ענייני הדוק" בין זכות זו לבין כבוד האדם. שנית, לאחר שהזכות לחיי משפחה עם בן-זוג זר הורחקה לשולי הזכות החוקתית לחיי משפחה, שני השופטים קובעים כי היא נדחית מפני האינטרס הציבורי שבניהול מדיניות הגירה. זאת, לא במסגרתה של פסקת ההגבלה, כי אם עוד במסגרת קביעת היקפה של הזכות החוקתית לחיי משפחה עצמה. כלומר, הזכות לחיי משפחה עם בן-זוג זר היא כה חלשה, והאינטרס הציבורי שבניהול מדיניות הגירה הוא כה חזק, שהזכות לחיי משפחה עם בן-זוג זר מתבטלת כזכות חוקתית, ונדחית באופן עקרוני מפני האינטרס הציבורי. דעתי היא כי כל אחד משני שלבים אלה הוא מוטעה.

הן הקביעה כי הזכות לחיי משפחה עם בן-זוג זר נמצאת ב"פריפריה" של הזכות לחיי משפחה, והן הקביעה כי אין "קשר ענייני הדוק" בין זכות זו לבין כבוד האדם, אינן מנומקות דיין. שני השופטים אינם מציעים לנו כל שיטה כללית שבאמצעותה נוכל להבחין בין גרעינה של הזכות לבין שוליה, או כל הסבר כללי כיצד נבחין בין זכויות המקיימות קשר ענייני הדוק עם כבוד האדם לבין זכויות שאינן מקיימות קשר מעין זה. ממילא לא מוצע הסבר שיש בו כדי לבסס את המסקנה כי מימוש חיי משפחה עם בן-זוג זר נופל לפריפריה של הזכות לחיי משפחה. דומני שאכן קשה למצוא בשיטתנו המשפטית הסבר או תיאוריה כללית שינביעו תוצאה מעין זו. שיטתנו המשפטית מובילה לתוצאה שלפיה זהותו של בן-הזוג אינה רלוונטית לעניין קביעת היקפה של הזכות החוקתית לחיי משפחה. כדברי הנשיא בדימוס ברק, "אם המימוש של חיי המשפחה בישראל הוא חלק מגרעינו של כבוד האדם כאשר שני בני הזוג הם ישראלים, כי אז המימוש של חיי המשפחה בישראל הוא חלק מגרעינו של כבוד האדם כאשר רק אחד מבני הזוג הוא ישראלי. מבחינת כבוד האדם של בן הזוג הישראלי, מה לי בן זוג אחר שהוא ישראלי ומה לי בן זוג אחר שהוא זר. כבוד האדם – גרעינו של כבוד האדם – זהה בשני המקרים" (פסקה 104 לפסק-דינו של הנשיא בדימוס ברק).

השאלה בדבר אופן קביעת היקפן של זכויות האדם, ובדבר התפקיד שיש לייחס בהקשר זה לזכויות אחרות או לאינטרס הציבורי, מעוררת קשיים מושגיים שטרם

הובהרו כל צורכם במשפטנו.²⁹ לצרכינו-אנו נוכל להסתפק בכמה עקרונות כלליים שניתן לגבש מתוך הכתיבה הקיימת בנושא. בכתיבה זו מבחינים בין שתי שאלות שונות: שאלת היקפה של הזכות ושאלת מידת ההגנה עליה.³⁰ שאלת היקפה של הזכות עוסקת בסוגי העניינים אשר נכללים בזכות, לעומת העניינים הנותרים מחוץ לה. למשל, האם הפגנה נכללת במסגרת הזכות לחופש הביטוי? האם רצח פוליטי נכלל בזכות זו? ומה באשר לביטוי גזעני או לביטוי מסחרי?³¹ כל אלה הן שאלות הנוגעות בהיקפה של הזכות. לעומת זאת, השאלה העוסקת במידת ההגנה על הזכות עוסקת בהתנגשויות אפשריות בין מימושה של הזכות שבה מדובר לבין זכויות אחרות או האינטרס הציבורי, ועניינה בשאלה עד כמה תזכה הזכות בהגנה במקרי התנגשות מעין אלה. למשל, עד כמה יש להגן על הזכות להפגנה כאשר מולה עומדת הזכות לחופש תנועה?³² עד כמה יש להגן על חופש הביטוי כאשר מולו עומדת הסכנה לפגיעה בשלום הציבור?³³

על-מנת לקבוע את היקפה של זכות עלינו לבחון, בראש ובראשונה, את הטעמים שבטעיים אנו מעוניינים להגן על הזכות. במילים אחרות, היקפה של זכות נקבע, בראש ובראשונה, על-פי התכליות שבבסיסה. תכליות אלה יכול שיהיו אינטרסים אישיים של הפרט, כמו-גם אינטרסים ציבוריים של החברה בכללותה. למשל, אנו מעוניינים להגן על חופש הביטוי משום שהוא מאפשר ביטוי לחירות הפרט ולאוטונומיה שלו, וכן משום חשיבותו למשטר הדמוקרטי ולקיומו של שוק חופשי של דעות ורעיונות. טעמים אלה, העומדים בבסיס תכליתיה של ההגנה על הזכות, יקבעו את היקפה של הזכות. הם גם יקבעו מה ייפול בגדר גרעינה של הזכות, ומה יימצא בשוליה. על בסיס טעמים אלה נוכל לומר, למשל, שביטוי פוליטי נכלל בחופש הביטוי, וכי הוא נמצא בגרעינה של זכות זו וראוי לפיכך להגנה מיוחדת. זאת, משום שהוא נתמך על-ידי כל הטעמים התומכים בהגנה על הזכות. לעומת זאת, הביטוי המסחרי נמצא בשוליה של הזכות, או בפריפריה שלה, משום שהן השיקולים בדבר חירות הפרט והאוטונומיה האישית והן השיקולים בדבר המשטר הדמוקרטי והשוק החופשי של דעות ורעיונות חלים במידה קטנה הרבה יותר בהקשרו של הביטוי המסחרי.

²⁹ לדיון כללי בשאלה זו ראו אמנון רובינשטיין וברק מדינה **המשפט הקונסטיטוציוני של מדינת ישראל** כרך ב: רשויות השלטון ואזרחות 961-964 (מהדורה חמישית, 1996); אהרן ברק **פרשנות במשפט** כרך שלישי – פרשנות חוקתית 369-390 (1995).

³⁰ הבחנה זו מנוסחת לעיתים כהבחנה בין "איזון פנימי" לבין "איזון חיצוני" – ראו המקורות בה"ש 29 לעיל.

³¹ לדוגמות אלה ראו, למשל, בג"ץ 399/85 **כהנא נ' רשות השידור**, פ"ד מא(3) 255 (1987); בג"ץ 806/88 **Universal City Studios Inc. נ' המועצה לביקורת סרטים ומחזות**, פ"ד מג(2) 22 (1989).

³² ראו, למשל, בג"ץ 148/79 **סער נ' שר הפנים והמשטרה**, פ"ד לד(2) 169 (1979).

³³ ראו, למשל, בג"ץ 73/53 **קול העם נ' שר הפנים**, פ"ד ז 871 (1953).

על-מנת לקבוע את מידת ההגנה על זכות מסוימת עלינו לאזן בין חשיבות ההגנה על הזכות שבה מדובר לבין חשיבותם ועוצמתם של הזכויות או האינטרס הציבורי המתנגשים עמה. איזון זה נעשה בדרך-כלל בשלב השני של הניתוח החוקתי, במסגרת פסקת ההגבלה, אך לא תמיד. במקרים שבהם אנו יכולים לקבוע איזון "עקרוני", שלפיו זכות אחת נסוגה תמיד מפני זכות אחרת או מפני אינטרס ציבורי מסוים, אזי ממילא מצטמצם היקפה של הזכות, והאיזון יכול שיערך בשלב הראשון, הוא שלב קביעת היקפה של הזכות (או שלב האיזון ה"פנימי"). למשל, מובן כי רצח לעולם אינו אופן ביטוי לגיטימי. לפיכך אנו יכולים לקבוע שהזכות לחופש הביטוי אינה כוללת את הזכות לרצוח, ולפיכך רצח פוליטי אינו נכלל במסגרת חופש הביטוי.³⁴ עם זאת, ברוב המקרים ההתנגשות בין הזכויות או בין זכות לבין אינטרס ציבורי אינה מאפשרת פתרון חד-משמעי ועקרוני, כי אם מחייבת איזון קונקרטי. במקרים אלה האיזון נערך במסגרתה של פסקת ההגבלה.

על יסוד דרך חשיבה זו נוכל עתה לתת דעתנו לשאלה אם הזכות לממש חיי משפחה בישראל עם בן-זוג זר נמצאת בגרעינה של הזכות לכבוד האדם, או שמא היא נמצאת בשוליה. הזכות לחיי משפחה נועדה לאפשר לאדם לקיים ללא הפרעה קשרים שהם מן החזקים והמשמעותיים ביותר בחייו, קרי, קשריו המשפחתיים עם בן-זוגו ועם ילדיו. הזכות לחיי משפחה נועדה אם כן להגן על מרכיבי זהותו היסודיים של אדם, על האוטונומיה שלו כפרט ועל יכולתו לעצב את חייו כראות עיניו. משיקולים אלה, מדינה המונעת אדם מלממש את רצונו לחיות עם בן-זוגו וילדיו, פוגעת קשות בכבודו. כבר על-סמך ניתוח זה ניתן לראות כי זהותו של בן-הזוג אינה רלוונטית כלל לטעמים שביסוד ההגנה על הזכות, ואינה משפיעה כלל על הפגיעה האנושה בכבודו של אדם שהזכות לחיי משפחה נשללת ממנו. הרי הטעמים שבבסיס ההגנה על הזכות לחיי משפחה חלים באותה עוצמה בדיוק בין שבן-הזוג הוא ישראלי ובין שהוא זר. כאשר אנו מונעים אדם מלממש את זכותו לחיי משפחה עם בן-זוגו, אנו פוגעים בכבודו ובחירותו. לעניין זה, מה חשיבות יש לשאלת נתינותו של בן-הזוג? אין חולק כי חוק הכופה בני-זוג ישראליים לעזוב את מדינתם אם הם רוצים לחיות יחדיו הוא חוק שפוגע בזכותם לחיי משפחה. ההבדל היחיד בין חוק זה לבין חוק האזרחות והכניסה לישראל הוא שחוק זה פוגע בשני אזרחים ישראליים, בעוד חוק האזרחות והכניסה לישראל כופה רק אחד מבני-הזוג (הוא האזרח הישראלי) לעזוב את מדינתו. פשיטא שהבדל זה אינו רלוונטי כלל לעניין הפגיעה באינטרסים האנושיים היסודיים והבסיסיים שעליהם נועדה הזכות לחיי משפחה להגן. שני החוקים פוגעים בזכות לחיי משפחה באותו אופן בדיוק. שניהם פוגעים בכבוד האדם במובנו הגרעיני ביותר של מושג זה.

האם ניתן להבחין בין גרעינה של זכות לבין הפריפריה שלה על בסיס הנטל המוטל על המדינה? האם ניתן לטעון, בהקשר שלפנינו, כי הזכות לחיי משפחה עם בן-זוג זר

³⁴ ראו ברק, לעיל ה"ש 29, בעמ' 380-381.

נמצאת בפריפריה של הזכות לחיי משפחה משום שהכרה בקיומה תטיל נטל מיוחד על המדינה – להתיר את כניסתו של בן-הזוג הזר למדינה – ואילו במקרה הרגיל של הזכות לחיי משפחה הנטל המוטל על המדינה הוא רק אי-התערבות? על שאלה זו יש להשיב בשלילה. טענה זו אינה אלא מקרה פרטי של טענה רחבה יותר שמועלית בדרך-כלל בהקשר של זכויות חברתיות וכלכליות. נטען בהקשר זה כי אין להעניק מעמד חוקתי לזכויות חברתיות וכלכליות משום שהן מטילות חובות "עשה" על המדינה, בעוד זכויות פוליטיות ואזרחיות מטילות חובות של הימנעות ואי-התערבות בלבד.³⁵ טענה זו הופרכה כבר באופן משכנע.³⁶ גם זכויות "שליליות" מטילות נטלים כבדים על המדינה. למשל, הזכות לשוויון מקימה חובות – כגון אינטגרציה בחינוך או שילובן של נשים במסגרות צבאיות – שעשויות להיות כרוכות בהוצאות גדולות. הזכות לקניין מונעת את המדינה מלפעול במקרים רבים, ומחייבת הקצאת משאבים ציבוריים עצומים להגנה ולאכיפה באמצעות המשטרה ומערכת בתי-המשפט. איננו קובעים אם כן את היקפה הגרעיני של הזכות לשוויון, לקניין או לחופש הביטוי על בסיס הנטל המוטל על המדינה, ואין כל טעם משכנע לעשות זאת דווקא במקרה של הזכות לחיי משפחה.

מעניין להשוות את עמדתו של השופט חשין בענייננו לעמדה אשר הביע בפרשת **סטמקה**. בפרשה זו נידונה מדיניותו של משרד הפנים שלפיה בן-זוג זר של אזרח ישראלי השוהה בארץ לא-כדין ידרש לעזוב את הארץ עד שיוסדר מעמדו כדין. הפגיעה בזכות לחיי משפחה הגלומה במדיניות זו – הדורשת פרידה זמנית בלבד – היא קלה לאין ערוך מהפגיעה בזכות לחיי המשפחה הנגרמת על-ידי חוק האזרחות והכניסה לישראל. למרות זאת קבע השופט חשין כי מדיניות זו פוגעת פגיעה קשה באופן בלתי-מידתי בזכותו של בן-הזוג הישראלי לחיי משפחה:

אין צורך בדמיון מפליג כדי לדעת ולהבין מה חמורה היא הפגיעה בבני-זוג לנישואי-אמת, שעה שגוזרים עליהם לעזוב את הארץ או להיפרד לתקופת-חודשים... הפגיעה בכבודם של בני-הזוג ובאחדות המשפחה לא יהיה זה ראוי כי נקל בה ראש... הראוי כי ליבנו יהא גם בצער-הפרידה?... אכן, קשה שלא להתרשם כי גזירה זו של חיוב בן-זוג לנסוע לחו"ל הינה גזירה קשה-מנשוא. המשיבים לא שקלו כראוי את זכותו של הפרט לנישואין, ואת הפגיעה הקשה בחיי המשפחה הנלווית למדיניות שאימצו לעצמם... ענייננו-שלנו, נזכור, נסוב על זכות-יסוד שקנה היחיד – כל יחיד – לנישואין ולהקמת משפחה. למותר כי נזכיר שזכות זו הוכרה באמנות בינלאומיות המקובלות על הכל... אכן, עוצמתה של

³⁵ לדיון ראו רות גביון "על היחסים בין זכויות אזרחיות-פוליטיות ובין זכויות חברתיות-כלכליות" **זכויות כלכליות, חברתיות ותרבותיות בישראל** 25 (יורם רבין ויובל שני עורכים, 2004).

³⁶ ראו גביון, שם, בעמ' 41-44.

הזכות והקרינה החזקה הבוקעת מתוכה, מחייבות היו, כמו-מעצמן, כי האמצעי שמשרד הפנים יבור לו יהיה כך ומתן מן האמצעי הקשה והדרסטי שהחליט להחזיק בו. ונתקשה שלא להסיק כי המשיבים התעלמו לחלוטין – או ייחסו אך משקל זעיר – לזכויות-יסוד אלו של היחיד לנישואין ולהקמת משפחה. אם אלה דברים אמורים בזה, כל-שכן ייאמרו הם על האזרח הישראלי השותף לנישואין.³⁷

הנה, בפרשת סטמקה לא הבחין השופט חשין, לעניין הזכות לחיי משפחה, בין בני-זוג ששניהם ישראלים לבין בני-זוג שרק אחד מהם ישראלי. גם כאשר האזרח הישראלי נושא לאישה אזרחית זרה, השופט מכיר בזכותו היסודית לחיי משפחה, ופוסל על בסיסה מדיניות של משרד הפנים אשר פגיעתה קלה יחסית. כיצד ניתן להסביר, אם כן, את התוצאה השונה שהוא מגיע אליה כאשר מדובר בקביעת היקפה של הזכות החוקתית לחיי משפחה? בפרשת סטמקה דובר אומנם בביקורת שיפוטית על מעשה מנהלי, ובעניינינו-אנו מדובר בביקורת שיפוטית על חוקתיותו של חוק. להבדל זה יש לייחס בוודאי חשיבות. אך הבדל זה אין בו כדי להצדיק את ההבחנה החדה בין ישראלי הנישא לישראלי לבין ישראלי הנישא לזר. גם במסגרת הבחינה החוקתית יש לתת טעם ולהסביר מדוע במקרה הראשון אנו נמצאים בגרעינו של כבוד האדם, ואילו במקרה השני אנו נמצאים בפריפריה שלו. הסבר משכנע מעין זה לא ניתן לנו.

אך גם אם נקבל עמדה זו, עדיין לא נגיע אל המסקנה שחוק האזרחות והכניסה לישראל אינו פוגע בזכויות חוקתיות. לכאורה, ההפך הוא הנכון. הרי גם מה שנופל בפריפריה של הזכות החוקתית נמצא בתחומה של הזכות וראוי להגנה, אף אם ההגנה מצומצמת יותר. כדברי הנשיא בדימוס ברק, "גם אם זכותו של בן הזוג הישראלי לממש את חיי המשפחה שלו עם בן הזוג הזר בישראל מצויה במעטפת של הזכות לכבוד האדם ובפריפריה שלה, עדיין היא חלק מזכות האדם, ואין לפגוע בה בלא לקיים את תנאיה של פסקת ההגבלה" (פסקה 104 לפסק-דינו; וראו גם פסקה 8 לפסק-דינו של השופט ריבלין). על-מנת להשלים את הטיעון שלפיו חוק האזרחות והכניסה לישראל אינו פוגע בזכות חוקתית נדרש מהלך נוסף, והוא הטענה כי החשיבות המיוחדת שיש בהותרת השליטה המלאה בענייני ההגירה לשיקול-דעתה המוחלט של המדינה מביאה לידי כך שמימוש חיי המשפחה עם בן-זוג זר מאבד למעשה את מעמדו כזכות חוקתית. כך השופט חשין:

פני המדינה הם כפני תושביה. תושבי המדינה הם המעצבים את דמות החברה, וה"מדינה" משמשת מעטפת לחברה ולתושביה. כניסתו של אזרח זר למדינה כתושב קבע בה פירושה שינוי הסטטוס קוו אנטה (status quo ante). ביחסי האזרחים והתושבים, ביניהם לבין עצמם.

³⁷ פסקות 57-58 לפסק-הדין בפרשת סטמקה, לעיל ה"ש 4.

הסתפחותו של תושב או של אזרח חדש אל החברה בישראל משווה את מעמדו לתושביה או לאזרחיה של המדינה, ועל דרך זה משתנות דמותן של החברה ושל המדינה. במקום המדובר הוא בתושב או באזרח בודד, השינוי הוא אינפניטיסימלי. לא כן הוא בכניסה מאסיבית של תושבים ואזרחים זרים שהשפעתם המשותפת על המדינה עלולה לשנות באורח משמעותי את דמותה. הקניית זכות ליחיד להביא עימו לישראל בן-זוג זר יש בה, אפוא, כדי לשנות את פני החברה, והשאלה הנשאלת היא אם נכון וראוי כי נפקיד בידי כל אחד ואחד מאזרחי המדינה ותושביה מפתח חוקתי הפותח את דלתות המדינה לרווחה לפני זרים... הכרה בזכות הקנויה לאזרח לקיים חיי משפחה עם זרים בתחומי הארץ, אין היא אך קובעת את זכותו של אזרח ישראל. באותה נשימה עצמה מצמצמת ומגבילה היא זכויותיהם של אזרחים אחרים שדעתם לא נשמעה. על כך אומר, שדומה כי כבוד האדם של אזרחי ישראל... מחייב כי לא תינתן יד חופשית לכל אזרח – ברמה של זכות חוקתית – לשנות את הסטטוס קוו אנטה החברתי על דרך הבאתם של זרים לישראל... אף מדינה לא תהא נכונה לפרוץ את גבולותיה על דרך הפקדת המפתח הפותח את שערי המדינה בידי כל אזרח, ולו להגירתו של בן זוג או הורה אל תחומי המדינה... הכרה בקיומה של חובה חוקתית המוטלת על המדינה להתיר כניסתם של בני-משפחה זרים, פירושה אינו אלא העברת הריבונות לידי כל אזרח ואזרח בנפרד, וממילא פוגעת היא ביכולתה של המדינה להתוות את דרכה ולכבד את מורשתה. לשון אחר: מתן זכות הגירה אוטומטית לכל מי שנישא לאחד מאזרחי המדינה או תושביה פירושו הוא, כי כל אזרח מחזיק בזכות להתיר הגירה למדינה, ללא פיקוחה של המדינה, וברי כי שום מימשל בעולם לא יתיר כך לפגוע לא אך בתיפקודו אלא בריבונות המדינה עצמה. (פסקות 54-55 לפסק-דינו של השופט חשין).

דברים דומים אנו שומעים מפי השופטת נאור:

כאשר אזרח המדינה מבקש להינשא לאזרח זר ולהקים את תא המשפחה בתחומי המדינה מתעוררת בהכרח סוגיית ההגירה... לפרשנות המוצעת על ידי חברי הנשיא בעניין היקף הזכות למשפחה, פרשנות המכירה בזכות חוקתית למימוש חיי המשפחה בישראל, השלכות רחבות. הפרשנות תצמצם, בהכרח, את כוחו של שר הפנים להיות "שומר סף". כיצד יוכל שר הפנים להיות שומר סף אם "מפתחות הבית" מצויים בידי כל אזרח ואזרחית?... היקף הזכות כפי שנקבע על ידי חברי הנשיא... יוצרת "גיזרת התנגשות" בין הזכות לחיי משפחה (לשיטת הנשיא) לבין זכותה

של המדינה לקבוע מי יוכל לבוא בשעריה... מקביעת היקף הזכות על ידי הנשיא, עולה בהכרח כי "בגירת ההתנגשות" גוברת, למעשה, הזכות למימוש חיי משפחה בישראל על ריבונותה של המדינה. לדעת, עלינו להימנע מהתנגשות זו. אם לא "נמתח" כאמור את פרשנותו של "כבוד האדם", וכנגזרת ממנו את היקפה של הזכות החוקתית לחיי משפחה, אכן נוכל להימנע מהתנגשות זו. (פסקות 7-9 לפסק-דין של השופט נאור).

העמדה העולה מקטעים אלה לוקה לדעתי בשני פגמים עיקריים, אשר קשורים זה לזה ונבנים זה מזה. ראשית, עמדה זו מניחה כי הכרה בקיומה של זכות לחיי משפחה עם בן-זוג זר פירושה שלילת יכולתה של המדינה לקבוע מדיניות הגירה. עמדה זו מתעלמת מיחסיותן של הזכויות החוקתיות ומן האפשרות להגבילן על-מנת לקדם תכליות ציבוריות חשובות או להגן על זכויות אחרות. אכן, "הנוהל המדורג" שהוזכר לעיל מכיל הסדרי הגבלה מגוונים. שנית, וכתוצאה מן העמדה המוטעית שלפיה הכרה בזכות שוללת את יכולתה של המדינה לקדם תכליות ציבוריות חשובות, עמדה זו מציעה קונסטרוקציה שיפוטית לקביעת היקפן של זכויות חוקתיות אשר עלולה להוביל לפגיעה בלתי-מוצדקת בהיקפן של זכויות האדם, וכתוצאה מכך ביכולת ההגנה עליהן. ראשית, דומה שהשופטים חשין ונאור סבורים כי הכרה בקיומה של זכות למימוש חיי משפחה עם בן-זוג זר תוביל לאובדן שליטה של המדינה בהגירה לתחומיה ול"הפקרתה" בידי כל החפץ לנצלה לרעה. תוצאתה תהיה ש"מפתח הכניסה" לישראל יהיה בידי כל יחיד ויחיד. הכרה בזכות פירושה "העברת הריבונות לידי כל אזרח ואזרח בנפרד" והענקת "זכות הגירה אוטומטית" לכל מי שנישא לאזרח ישראלי. אלא שמדובר בחששות מופרזים.³⁸ גם שופטי בית-המשפט העליון האחרים, הסבורים שהזכות לחיי משפחה מקיפה את הזכות לממש עם בן-זוג זר בישראל, אינם סבורים שזכות זו היא מוחלטת. גם הם מסכימים כי זכות זו, ככל זכות אחרת, תהיה כפופה לשיקולים של האינטרס הציבורי, ובכלל זה למדיניות הגירה זו או אחרת שתבחר המדינה לאמץ. כדברי הנשיא בדימוס ברק, "המפתח לכניסה למדינה נשאר נתון בידי המדינה. בידה הכוח לקבוע אמות מידה להגירה, ואף לשלול אותה מכל וכל. כל שנדרש ממנה הוא כי שעה שהיא משתמשת במפתח זה – וככל שהדבר פוגע בזכותו החוקתית של בן זוג ישראלי – השימוש בו יעשה באופן התואם את ערכיה של מדינת ישראל, לתכלית ראויה ולא מעבר לנדרש" (פסקה 102 לפסק-דין). וכדברי השופט ביניש,

³⁸ אגב, חשוב לציין כי בהקשרו של חוק האזרחות והכניסה לישראל לא התעוררה כלל שאלה של מדיניות הגירה במובנה הרחב. כאמור, החוק נועד, לטענת המדינה, לתכלית בטחונית. המדינה לא טענה כי מדובר בחוק הגירה במובנו הרגיל של הביטוי, שנועד לשלוט בהגירה אל ישראל משיקולים חברתיים או כלכליים. כדברי השופט ביניש, "החוק אינו מבסס עצמו על מדיניות ההגירה של מדינת ישראל, ולא על האינטרס או היכולת שלה לקלוט זרים, אלא על צרכיה הביטחוניים בלבד" (פסקה 3 לפסק-דין).

"שותפה אני לנקודת המוצא של השופט חשין בפסק דינו לפיה כל מדינה רשאית להגביל ולהסדיר את דיני ההגירה אליה ואף בני-זוג של אזרחי מדינת ישראל לא קנו להם זכות אוטומטית להגר למדינת ישראל ולרכוש בה מעמד עקב נישואין. נראה, כי אין בינינו מי שחולק על כך שהמפתח למתן מעמד לזרים בישראל הוא בידי המדינה ולא בידי כל אחד מאזרחיה" (פסקה 4 לפסק-דינה). אין בהכרה בזכות חוקתית זו, כבהכרה בכל זכות חוקתית אחרת, כדי לשלול את יכולתה של המדינה להטיל הגבלות על הזכות בשל אינטרסים ציבוריים לגיטימיים. לצורך זה קיימת פסקת ההגבלה. פסקה זו נועדה לא רק להטיל הגבלות על יכולתה של המדינה לפגוע בזכויות חוקתיות. היא נועדה גם לאפשר למדינה לפגוע בזכויות אלה כאשר צרכים ציבוריים לגיטימיים מצדיקים זאת. כדברי הנשיא בדימוס ברק:

תפקידה של [פסקת] ההגבלה הוא כפול. היא מגינה על זכויות האדם ומאפשרת פגיעה בהן, בעת ובעונה אחת. היא מבטאת את רעיון היחסיות של זכויות האדם. היא משקפת את תפיסת היסוד כי זכויות האדם מתקיימות במסגרת חברתית המקיימת זכויות האדם. היא ראי לתפיסת היסוד, כי זכויות האדם אינן משקיפות על הפרט כאי בודד, אלא כחלק מחברה אשר לה יעדים לאומיים. היא פרי ההכרה כי יש לקיים זכויות אדם בסיסיות ולשמור על המסגרת המדינית גם יחד. היא נועדה לאפשר פגיעה בזכויות האדם כדי לקיים מסגרת חברתית השומרת על זכויות האדם.³⁹

שנית, כאמור, ברוב המקרים שבהם מדובר בהתנגשות בין זכות אדם לבין אינטרס ציבורי, היקפה של הזכות נקבע על-פי התכליות שהיא מיועדת להגן עליהן, ואילו האינטרס הציבורי מוצא את מקומו בגדריה של פסקת ההגבלה. בבחינת היקפה של הזכות אנו בוחנים את האינטרסים החיוניים – של הפרט ושל החברה – שהזכות מיועדת להגן עליהם. על בסיס בחינה זו ניתן לקבוע אם פעילות מסוימת ראויה להגנה במסגרתה של זכות נתונה, ואם היא נמצאת בגרעינה של הזכות או בשוליה. בשלב השני אנו בוחנים את האינטרסים החיוניים – של החברה או של פרטים אחרים – אשר עלולים להיפגע מההגנה על הזכות במקרה הנתון. למתודת ניתוח זו יש יתרונות אנליטיים ונורמטיביים. תפיסה זו מאפשרת לנו למקד את מבטנו הן בזכויות האדם והן באינטרסים הציבוריים העשויים להצדיק את הגבלתן, כל אחד בתורו, מבלי לבלבל בין השניים. בכך ניתן לכל אחד ממרכיבים אלה מקום באיזון החוקתי. מתודה זו מעוגנת היטב גם בפסיקתו של בית-המשפט העליון.⁴⁰ מתודה זו חשובה במיוחד על-מנת

³⁹ ע"פ 4424/98 סילגודו נ' מדינת ישראל, פ"ד נו(5) 529, פסקה 24 (2002).

⁴⁰ ראו, למשל, פרשת סילגודו, שם; פסק-דין Universal, לעיל ה"ש 31; ע"פ 2831/95 אלבה נ' מדינת ישראל, פ"ד נו(5) 221, 303, 316 (1996); וראו לאחרונה גם בג"ץ 2194/06 מפלגת שינוי נ' יושבת ראש ועדת הבחירות המרכזית, תק-על 2006(2) 4500.

לאפשר הגנה נאותה על זכויות האדם. כדברי השופט ריבלין:

אין להרחיב את פועלה של פסקת ההגבלה בדרך של הגבלת הזכות עצמה. הזכות צריך לה שתפורש בנדיבות ובאורח ליברלי. כך, למשל, פסקנו כי בגדרי הזכות לחופש הביטוי נכללים גם הביטוי הנתעב והדיבתי, באופן שכל צורות הביטוי יזכו, על-פניהן, להגנה חוקתית... הדברים יפים גם לעניין הזכות לקיים חיי משפחה... אין לצמצם את עצם הגדרת הזכות לקיים חיי-משפחה. אף אם לא נוכל לאפשר, בשל אילוצים מותרים, את מימושה המלא, לא נגרע מן ההכרה בה. (פסקה 8 לפסק-דינו של השופט ריבלין).

מדוע אם כן לא נקבע את היקפה של הזכות לחיי משפחה על-פי תכליתה ועל-פי השיקולים העומדים בבסיסה (שאז היא תכלול את הזכות לממשה בישראל גם עם בן-זוג זר, מהשיקולים שעליהם עמדתי לעיל) אך נתיר את הפגיעה בה כאשר הפגיעה עומדת בתנאיה של פסקת ההגבלה? התשובה המוצעת לנו היא שהאינטרס הציבורי שבשליטה בהגירה הוא חשוב וחיוני עד כדי כך שיש בו כדי להגביל את הזכות לחיי משפחה עוד בשלב של קביעת היקפה: "עוצמתו של אינטרס זה בענייננו היא כה חזקה, עד שבכוחה להשפיע על תחומי התפרשותה של הזכות לקיומם של חיי משפחה. לשון אחר: האינטרס החזק והמכריע של המדינה בשמירה על זהותה של החברה בישראל יש בו כדי לגבור – ונדגיש: ברמה החוקתית, להבדילה מן הרמה החוקתית – על עוצמת הזכות לחיי משפחה ככל שהדברים אמורים בהגירתו של בן זוג זר לישראל" (פסקה 62 לפסק-דינו של השופט חשין).

אך נימוק זה, בכל הכבוד, אינו יכול לעמוד במבחן הביקורת. האם האינטרס שבניהול מדיניות הגירה חזק יותר, למשל, מהאינטרס הבטחוני שבהגנה על חייהם ועל שלומם של אזרחי ישראל? דומני שלא. ובכל-זאת אין אנו שוללים את עצם קיומה של זכות בשל שיקולים בטחוניים. למשל, אין אנו אומרים כי ביטוי שעלול לפגוע בבטחון המדינה אינו נכלל בזכות לחופש הביטוי. אנו אומרים כי ייתכן שיהיה מוצדק להגביל את ההגנה על חופש הביטוי כאשר יש בביטוי כדי לפגוע בבטחון המדינה, ובכפוף להגבלות כגון מבחני הסתברות (ודאות קרובה לפגיעה בבטחון המדינה) ומבחני מידתיות. באופן דומה, האם האינטרס הציבורי שבניהול מדיניות הגירה חזק יותר מהאינטרס הציבורי שבשמירה על אופייה היהודי והדמוקרטי של המדינה? ספק רב.

פסקה 9 לפסק-דינו של הנשיא בדימוס ברק (2006): "היקפן של זכויות האדם נקבע על פי פירושן... היקפן הפנימי של זכויות האדם נקבע על פי הערכים והעקרונות שהם פנימיים לזכויות, והמבטאים את הבנתה של החברה את זכויותיהם של בני האדם. במסגרת זו אין להתחשב, בדרך כלל, בשיקולים החברתיים שיש בהם כדי להצדיק הטלת מגבלות על מימוש של הזכות. אלה נלקחים בחשבון במסגרת שקילת המגבלות המדיניות, העשויות לאסור או להכביד על מימושה של הזכות."

אף-על-פי-כן אין אנו שוללים את עצם קיומה של זכות בשל שיקולים הקשורים לשמירת אופייה היהודי והדמוקרטי של המדינה. למשל, אין אנו אומרים כי אין זכות לבחור ולהיבחר כאשר מדובר במפלגה או במתמודד אשר שוללים את קיומה של ישראל כמדינה יהודית. אנו אומרים שגם למועמד מעין זה עומדת הזכות, אך ייתכן שיהיה מוצדק להגביל את זכותו בנסיבות שבהן יש במצו ובדבריו כדי לשלול את אופייה היהודי והדמוקרטי של המדינה, ואף כאן בכפוף למבחנים נוקשים למדי.⁴¹ אכן, כדברי השופט לוי:

אין לך נושא המוסדר בחקיקה, הפטור מעמידה במבחנו של איזון נורמטיבי אל מולם של זכויות וערכים מתחרים... כך, חשובים ככל שיהיו, אין חוקי ההגירה חסינים מפניה של ביקורת חוקתית. לפיכך, וחרף החשש הטבעי והמובן מפני פגיעה באינטרס הציבורי בדבר שמירה על ביטחון המדינה ותושביה, איננו רשאים לראות בסמכות השלטונית לקבוע הסדרי הגירה, סמכות מוחלטת שאין אחריה ולא כלום. ככל סמכות, אף השימוש בה כפוף לכללים ולעקרונות המשמשים בביקורת החוקתית, אשר שלב ראשון בה עניינו בשאלה כלום נפגעו בעטיי זכויות-יסוד של הפרט. (פסקה 6 לפסק-דינו של השופט לוי).

עמדתם של השופטים חשין ונאור אינה עומדת אם כן במבחן הביקורת, לדעתי. כמו-כן אין לה תקדים משפטי. לבסוף, אין לה גם הצדקה עניינית. כפי שפסק-הדין עצמו מוכיח במישור תוצאתו, ההכרה בקיומה של זכות חוקתית לא מנעה כאן את המדינה – ולו לתקופה מוגבלת – מלהגביל את הזכות, ואף בצורה גורפת וקיצונית, כאשר התקיים אינטרס ציבורי המצדיק פגיעה זאת לשיטתה.

כיצד ניתן להסביר את שני המהלכים יוצאי-הדופן המוצעים לנו כתמיכה בעמדה שלפיה חוק האזרחות והכניסה לישראל אינו פוגע בזכויות חוקתיות? ייתכן שיימצא לנו הסבר אפשרי אם נשוב ונעיין באופן שבו ההגירה נתפסת בציטוטים מפסקי-הדין שהובאו לעיל. מציטוטים אלה עולה תפיסה שאינה רואה בהגירה תופעה חברתית בעלת פוטנציאל לתרום למדינה ולאזרחיה, ואף לא מאפיין הכרחי וניטרלי מבחינה ערכית של התקופה המודרנית. בחושבם על הגירה, השופטים חשין ונאור רואים איום וסכנה. סכנה זו הינה חמורה במיוחד בעיניהם. יש בהגירה כדי לסכן את ה"סטטוס-קוו אנטה", שהוא – כך יש להניח – טוב וראוי, ויש לשמרו. כל סטייה ממנו מהווה איום וסכנה שיש להישמר מהם. עד כדי כך ראוי לשמר את הסטטוס-קוו, ועד כדי כך גדול האיום הנשקף לחברה הישראלית מההגירה, ש"כבוד האדם" של כל אזרח ואזרח נפגע על-ידי הגירה לישראל שלא נעשתה על דעתם. עד כדי כך גדול החשש

⁴¹ ראו ע"ב 1/88 ניימן נ' יו"ר ועדת הבחירות, פ"ד מב(4) 177 (1988); פרשת טיבי, לעיל ה"ש 3.

מפני סכנת ההגירה, שיש להעניק בעניין זה שיקול-דעת מוחלט למדינה לקבוע מדיניות הגירה כראות עיניה, ככל שזו תיקבע בחקיקה ראשית. עד כדי כך גדולה הסכנה, שאי-אפשר ליטול את הסיכון ולהכיר בזכויות אדם בסיסיות גם בהקשר זה, שמא לא תוכל עוד המדינה להתגונן מפני סכנותיה של ההגירה באמצעות פסקת ההגבלה.

ספק אם האיום והסכנה המדאיגים את השופטים חשין ונאור טמונים בהגירה כשלעצמה. הרי מדינת-ישראל, כמעט מעצם הגדרתה, היא מדינה קולטת הגירה ועלייה. בשנות קיומה ידעה המדינה גלי הגירה ועלייה רבים, אשר שינו את פניה. הם שינו ללא הכר את ה"סטטוס-קוו אנטה" התרבותי, הסוציולוגי והכלכלי של ימיהם. רק לאחרונה, בעקבות גל ההגירה הגדול מברית-המועצות-לשעבר ומאתיופיה, שבה החברה הישראלית ושינתה את פניה. בעקבות עלייה זו חלו תמורות בחברה הישראלית, בכלכלתה, במבנה הפוליטי שלה, בהרכבה הדתי, בצבע העור המזוהה עם היות יהודי וכיוצא באלה.⁴² זאת ועוד, חוק השבות נותן את הזכות בידי כל יהודי לעלות ארצה. בלשונם של השופטים, חוק זה, אשר יש הסבורים כי יש להעלותו לדרגת חוק-יסוד, נותן את "מפתח הכניסה" לישראל בידי כל יהודי ברחבי העולם, שרשאי לעשות בו שימוש כאשר יחפוץ. סכנת ההגירה אינה נוגעת בהגירתם של יהודים. להפך – מדינת-ישראל, כמדינת הגירה, ראתה מאז ומתמיד בעידוד ההגירה של יהודים לישראל ערך-יסוד. ראו, למשל, את הדברים שאמר השופט חשין בפרשת סטמקה על חוק השבות והזכויות שהוא מצמיח:

היו שסברו כי זכות השבות זכות אבסולוטית היא, זכות שלא תתפוש בה כל הגבלה. לבסוף נתקבלה הצעה כי גם זכות נשגבה זו יתפשו בה חריגים, ואולם יהיו אלה חריגים מצומצמים בהיקפם... זכות השבות מוענקת ליהודי – באשר יהודי הוא – והמאפיין העיקרי של הזכות הוא הנחרצות שבה, זכות שהיא כמעט זכות אבסולוטית. כל יהודי, באשר הוא שם, יכול וזכאי – לרצונו בלבד – לממש את זכות השבות, הזכות של "ושבו בנים לגבולם". לבד מאותם חריגים – מצומצמים בהיקפם – אין להתנות על הזכות ואין לרשות שיקול-דעת אם תעניק, ואם לא תעניק זכות של שבות ליהודי המבקש לעלות ארצה. נחרצותה זו של הזכות מקורה בייחודיות שבה, בהיותה הביטוי המוחשי לקשר בין היהודי – באשר הוא – לבין ארץ-ישראל.⁴³

אכן, אין זאת אלא שההגירה הספציפית שבה עוסק חוק האזרחות והכניסה לישראל – הגירתם של פלסטינים לישראל – היא שגוררת חשש ודאגה. הרוב היהודי במדינת-

⁴² ראו, למשל, ברוך קימרינג **מהגרים, מתיישבים, ילידים** (2004).

⁴³ פסקה 17 לפסק-הדין בפרשת סטמקה, לעיל ה"ש 4.

ישראל הוא ה"סטטוס-קוו אנטה" שעליו יש להגן. הערבים אזרחי ישראל הם שאין לתת בידיהם את "מפתח הכניסה" לישראל. החשש הוא שאם נכיר בזכות החוקתית לאיחוד משפחות, לא תוכל המדינה להבטיח את קיומו של רוב יהודי במדינת-ישראל. דומה כי שאר הטענות לא באו אלא כדי להלביש חשש זה במלבושים משפטיים. הנה, "בדלת האחורית", תוך דיון כללי ועקרוני לכאורה בסוגיית היקפה ומעמדה של הזכות לחיי משפחה אל מול האינטרס הציבורי שבשליטה במדיניות ההגירה, משתרבב לו השיקול הדמוגרפי – מבלי שהוא נזכר בגלוי ולו פעם אחת – ודומה כי הוא מכתוב את המסקנות המשפטיות. ראוי לציין במיוחד את העובדה שהשופט חשין ראה לנכון להתייחס לשאלה זו ישירות, ולדחות נחרצות את האפשרות שהשיקול הדמוגרפי מילא תפקיד בפסק-הדין. בדברים שהוסיף בשולי פסק-דינו, בתגובה על הערותיהם של השופטים פרוקצ'יה וג'ובראן, אומר השופט חשין:

ביני לביני הגיעוני חוות-דעתם של חבריי השופטת פרוקצ'יה והשופט ג'ובראן וביקשתי לומר על חוות-דעת אלו דברים אחדים. חבריי, כל אחד מהם בדרכו ובסגנונו, רומזים בחוות-דעתם כי אפשר תכליתו של החוק לא היתה תכלית ביטחונית – למיצער: לא היתה אך תכלית ביטחונית; כי לעת חקיקת החוק אפשר עמדה נגד עיני המחוקק אף תכלית של דמוגרפיה... עמדה זו של חבריי נשללה מכל-וכל בחוות-דעתו של חברי הנשיא ובחוות דעתי שלי, ואף עתה מתקשה אני לקבל את עמדתם של חבריי. הצעת החוק, הוראות החוק, תיקוני החוק, ועל כל אלה – טיעוני המדינה לפנינו, כל אלה מורים כולם באצבע על-כי תכליתו של החוק תכלית ביטחונית היא. חילופי הדברים שנשמעו בכנסת לעת חקיקתו של החוק אין בהם כדי לשנות תכלית זו. יתר-על-כן: הנושא הדמוגרפי לא נדון כלל על-ידינו וממילא לא נדרשנו להכריע בו. מה טעם אפוא מזכירים חבריי נושא זה בחוות-דעתם? מה טעם מצאו חבריי להידרש לנושא על-דרך של נוגע-לא-נוגע ולהעיב על דיוננו בעננה? ואם לא שמענו טיעונים מלאים בנושא השיקול הדמוגרפי, כיצד נדע מה מישקלו של שיקול זה במיכלול השיקולים? אכן, אם ביום מן הימים תחקוק הכנסת חוק הגירה שאחת מתכליותיו תהא שמירת הרוב היהודי במדינת ישראל, אפשר יידרש בית-המשפט לדיון-עומק בשיקול הדמוגרפי. ובית-המשפט ידון בנושא ויוכל לו. אלא שאין זה המצב בענייננו, שהרי לא נדרשנו לדון באותו נושא. (פסקות 133-135 לפסק-דינו של השופט חשין).

אכן, דומה שכוחו והשפעתו של השיקול הדמוגרפי רבים במיוחד דווקא משום שאין הוא נידון במפורש. כאמור במבוא, השיקול הדמוגרפי אינו שיקול פסול בהכרח. אך ככל שיקול אחר, עליו לעמוד במבחן הביקורת העובדתית והערכית כאחד, ועליו לקבל את

מקומו הראוי בהתחשב בערכים חשובים אחרים העשויים להתנגש בו. בהקשר שלנו, אם חפצים אנו לעשות שימוש בשיקול הדמוגרפי, עלינו לשאול כמה שאלות, הן במישור העובדתי והן במישור הנורמטיבי. במישור העובדתי עלינו לשאול, למשל: מהם ממדיה של הסכנה הדמוגרפית? מהי הסכנה הדמוגרפית הנשקפת מקיומו של הסדר איחוד המשפחות דווקא? האם קיימת בכלל סכנה מעין זו? במישור הנורמטיבי עלינו לשאול: האם ראוי, בשמו של השיקול הדמוגרפי, למנוע איחוד משפחות של אזרחי המדינה, להבדיל מהגירתם של זרים שאינם בני-זוג של אזרחים? האם קיימות דרכים אחרות, שפגיעתן בזכויות פחותה, על-מנת להגשים את התכלית הדמוגרפית? האם אמצעים הננקטים במישור זה יכולים לעמוד במבחן המידתיות הצר אם הם מגבילים את חיי המשפחה של אזרחי המדינה, ואם הם מפלים בין המיעוט היליד לבין קהילת הרוב? שאלות אלה אינן נידונות כלל. בכך נמנעת האפשרות להעמיד שיקול זה במבחנה הקפדניים של פסקת ההגבלה. (למען האמת, הדיון בשאלות אלה הכרחי גם אם אנו מקבלים את הגישה שלפיה עלינו לבחון את חשיבותו של השיקול הדמוגרפי עוד בשלב הראשון, דהיינו, בשלב של קביעת היקפה של הזכות החוקתית. גם במסגרת תפיסה זו ראוי לקיים דיון מפורש וגלוי במעמדו ובחשיבותו של השיקול הדמוגרפי. הדיון הוא הכרחי בין שהאיזון נערך בשלב הראשון ובין שהוא נערך בשלב השני.) אילו נידונו שאלות אלה, ספק אם היה בשיקול הדמוגרפי כדי לתמוך בהסדריו של חוק האזרחות והכניסה לישראל.⁴⁴

ה. על הטענה כי חוק האזרחות והכניסה לישראל אינו פוגע בשוויון

גם העמדה שלפיה חוק האזרחות והכניסה לישראל אינו פוגע בשוויון נשענת על קונסטרוקציה משפטית בעייתית. כאמור, שבעה משופטי ההרכב⁴⁵ קבעו כי חוק האזרחות והכניסה לישראל פוגע בשוויון על-פי מבחן התוצאה. אומנם, החוק על-פי לשונו וכשלעצמו אינו מבחין בין אזרחי המדינה. לכאורה, הוא פוגע בכל מי שמתחתן עם תושב האזור, בין שמדובר ביהודים ובין שמדובר בערבים. אולם במציאות החברתית בישראל, הרוב המוחלט של המתחתנים עם תושבי האזור הינם ערבים אזרחי ישראל. התוצאה היא שחוק האזרחות והכניסה לישראל פוגע בעיקר בזכותם של הערבים אזרחי ישראל לחיי משפחה. חוק שפגיעתו מתמקדת בקבוצת מיעוט הינו חוק מפלה, למעט אותם מקרים שבהם ניתן להראות כי התוצאה המפלה נשענת על שוני רלוונטי בין האוכלוסיות השונות. בית-המשפט העליון פסק בשורה של מקרים כי פגיעה בשוויון אינה מחייבת כוונה להפלות, וכי הפליה תוצאתית כמוה כהפליה. כדברי השופט חשין באחת הפרשות: "עקרון השוויון צופה פני התוצאה; תהא כוונתו של אדם טהורה וזכה

⁴⁴ כך סבורים גם אלה החושבים שחוק האזרחות והכניסה לישראל מוצדק על בסיס השיקול הבטחוני. ראו, למשל, רובינשטיין ואורגד, לעיל ה"ש 3, בעמ' 346: "החוק לגיטימי אמנם למטרה המוצהרת שלשמה נחקק, אך אין להצדיקו מטעמים של מדיניות דמוגרפית."

⁴⁵ ברק, ביניש, ריבלין, פרוקצ'יה, לוי, חיות, ג'ובראן.

ככל שתהא, אם התוצאה המתקבלת ממעשהו תוצאה מפלה היא, ייפסל מעשהו כלא היה.⁴⁶ על הלכה זו חזר לאחרונה בית-המשפט העליון בהרכב מורחב של שופטים.⁴⁷ כיצד, אם כן, ניתן לבסס את העמדה שלפיה חוק האזרחות והכניסה לישראל אינו פוגע בזכות לשוויון? עמדה זו נשענת על הנימוק שלפיו ההפליה שהחוק גורם מתבססת על הבדל רלוונטי בין קבוצות האוכלוסייה הרלוונטיות. כאמור, הבחנה הנשענת על "שוני רלוונטי" אינה הפליה. בענייננו, ההבדל הוא בכך שהערבים אזרחי ישראל מתחננים עם נתיני אויב, בעוד יהודים אזרחי ישראל אינם עושים כן. חוק האזרחות והכניסה לישראל, אומר השופט חשין, פוגע אומנם בקבוצת מיעוט שרוב מכריע בה הם ערבים, "אך פגיעה זו נגזרת היא מנישואיהם לנתיני אויב העלולים לסכן את הציבור בישראל ולא מהיותם ערבים" (פסקה 92 לפסק-דין). "במקום זה תימצא אף התשובה לטענת ההפליה, שכן הבחנה שיוצר החוק – הבחנה שעניינה תושבי האזור ולא אזרחי המדינה – הבחנה מותרת היא בין אזרחי המדינה שנישאו לאזרחים זרים שהם נתיני אויב לבין אזרחי המדינה שנישאו לאזרחים זרים שאינם נתיני אויב" (פסקה 3 לפסק-דין). דברים דומים אומרת בעניין זה השופטת נאור:

מבחן התוצאה שובה את הלב, ואולם בסופו של יום לדעתי אין הפליה, וזאת בשל קיומה של שונות רלוונטית. הבחנה המייסדת עצמה על נימוקים ענייניים אינה פוגעת בכבוד האדם, שכן הבחנה שכזו אינה מהווה, כשלעצמה, הפליה. בעניין זה מקובלים עלי טעמיו של חברי המישה לנשיא. גם בעיני, ההבחנה עליה מושתת החוק היא הסיכון הביטחוני לאזרחי המדינה ולתושביה במתן מעמד בישראל לבן הזוג הזר תושב האזור (לעומת בן הזוג הזר שאינו תושב האזור), נוכח העימות המזויין בין ישראל לרשות הפלסטינית, והבחנה זו היא הבחנה רלוונטית. (פסקה 11 לפסק-דין של השופטת נאור).⁴⁸

הטענה כי חוק האזרחות והכניסה לישראל אינו פוגע בשוויון שכן הוא נשען על הבחנה רלוונטית מעוררת לדעתי קשיים גדולים. אילו קבע חוק האזרחות והכניסה לישראל כי אזרח ישראלי הנישא לבן-זוג זר שנשקפת ממנו סכנה בטחונית לא יוכל לממש את זכותו לחיי משפחה בישראל, ייתכן כי היה טעם בטענה זו. אך לא זאת הוראתו של חוק האזרחות והכניסה לישראל. החוק אוסר איחוד משפחות של כל אזרח ישראלי הנישא לבן-זוג תושב השטחים, וזאת בין אם נשקף מבן-הזוג סיכון בטחוני ובין אם לאו. למעשה, מהרוב המכריע של אזרחי ישראל הערבים המעוניינים באיחוד משפחות עם

⁴⁶ בג"ץ 2671/98 שדולת הנשים בישראל נ' שר העבודה והרווחה, פ"ד נב(3) 630, 654 (1998).

⁴⁷ בג"ץ 11163/03, לעיל ה"ש 4, וראו ההפניות שם לשורה של פסקי-דין שבהם נפסק כי הפליה תוצאתית כמוה כהפליה.

⁴⁸ יש לציין כי לעמדה זו מצטרף גם השופט עדיאל.

בני-זוג תושבי השטחים, הזכות לכך נשללת על לא עוול בכפם. זכות זו נשללת מהם לא משום שנשקפת סכנה מבן-הזוג, אלא משום שבן-זוגם משתייך לקבוצת אנשים אשר מאחדים מביניהם נשקפת סכנה. זוהי תוצאה מפלה במובהק. מפסקי-הדין של השופטים חשין, נאור ועדיאל עולה למעשה הטענה כי התייחסות אל קבוצת אנשים מסוימת כולה כאל מסוכנים וחשודים בשל העובדה שחלק קטן מחברי הקבוצה מסוכנים אינה הפליה. זוהי טענה שקשה לקבלה. לפי גישה זו, התייחסות לערבים אזרחי ישראל כולם כאל מסוכנים מכיוון שאחדים מערביי ישראל היו מעורבים בפעילות טרוריסטית לא תיחשב התייחסות מפלה. לפי גישה זו, גם התייחסות אל בני עדה מסוימת כולם כאל בעלי נטייה עבריינית משום שאחוז המעורבים בפעילות עבריינית מקרב בני העדה הינו גבוה יחסית לא תיחשב התייחסות מפלה. אלה תוצאות שקשה לקבלן. ייחוס תכונות מסוימות לאדם בשל השתייכותו הלאומית או העדתית משקף אופן חשיבה סטריאוטיפי ומפלה במובהק. לפיכך התייחסות אל אדם כאל חשוד ומסוכן רק בשל השתייכותו לקבוצה מסוימת אינה "הבחנה רלוונטית", כי אם הפליה במלוא מובן המילה.

למעשה, חוק האזרחות והכניסה לישראל נשען על פרקטיקה מפלה ידועה ומוכרת – פרקטיקת ה"תיוג" (profiling). מהותו של התיוג הוא התייחסות אל קבוצת אנשים, המובחנת על-פי גזע, לאום, ארץ-מוצא או דת, כאל מסוכנים מעצם השתייכותם לקבוצה ("inherently suspicious"), ולא מתוקף חשד סביר על בסיס פרטני.⁴⁹ מסיבה זו התיוג הוא מפלה מטבעו. הוא מייחס לאדם מסופנות (או כל תכונה שלילית אחרת) לא על בסיס חשד פרטני, כי אם על בסיס גזעו או על בסיס הלאום שאליו הוא משתייך. כך הדבר גם בענייננו. כל בני-הזוג הערבים מהשטחים מוכנסים לקטגוריה של מסוכנים, ונמנעת מטעמי ביטחון כניסתם לישראל ואיחוד משפחות עם בני-זוגם הישראליים-הערבים. די בכך שבן-הזוג הוא פלסטיני מהגדה המערבית או מרצועת-עזה – בלא כל ראייה נוספת, ולו הקלושה ביותר, באשר לסיכון הנשקף ממנו – למנוע את כניסתו לישראל ואת מימוש חיי המשפחה של בן-הזוג הישראלי-הערבי בישראל.

לא זאת בלבד שחוק האזרחות והכניסה לישראל נשען על תיוג, הוא עושה זאת במובן הקיצוני ביותר של מושג זה. פרקטיקת התיוג נידונה בהרחבה במשפט הבין-לאומי ובמשפט הפנימי של מדינות המערב, ובמיוחד בקנדה ובארצות-הברית, לנוכח האמצעים החקיקתיים שננקטו במדינות אלה לאחר אירועי הטרור של ה-11 בספטמבר.⁵⁰ מחברים רבים עומדים על אופיו המפלה של התיוג, אך מציינים כי

⁴⁹ להגדרה זו ראו: HELEN DUFFY, THE "WAR ON TERROR" AND THE FRAMEWORK OF INTERNATIONAL LAW 366–367 (2005); Kent Roach, "Stop in the Name of the Law": What Law? Racial Profiling and Police Practice in Canada, 41 ALBERTA L. REV. 895, 896 (2004).

⁵⁰ ראו, למשל: Sujit Choudhry, *Protecting Equality in the Face of Terror: Ethnic and Racial Profiling and s. 15 of the Charter*, in THE SECURITY OF FREEDOM:

בנסיבות מסוימות ניתן להצדיקו.⁵¹ זאת, בשני תנאים: ראשית, כאשר לאומיותו, גזעו או דתו של אדם מהווים רק שיקול אחד מבין מגוון השיקולים המובילים לנקיטת צעדים כלפיו, ולא שיקול יחיד ומכריע; שנית, ועיקר, כאשר התיג נעשה לצורך פתיחה בחקירה, עריכת חקירה אינטנסיבית יותר או הכוונה כללית של רשויות המשטרה והחקירה, ולא לצורך שלילת זכויות סופית.⁵² תנאים אלה אינם מתקיימים במקרה שלפנינו. ראשית, כל בני-הזוג הערבים מהאזור מוכנסים לקטגוריה של מסוכנים רק על בסיס היותם תושבי האזור. שנית, תוצאתה של קטגוריזציה זו היא שלילה מוחלטת וגורפת של הזכות, ולא רק עריכת בדיקות מקיפות ומדוקדות יותר. מדובר, אם כן, בתיג מן הסוג הגורף והמפלה ביותר. דומני שלסוג כזה של תיג יפם דבריו של השופט מרפי (Murphy) בפרשת Korematsu:

[T]he exclusion, either temporarily or permanently, of all persons with Japanese blood in their veins... must rely for its reasonableness upon the assumption that all persons of Japanese ancestry may have a dangerous tendency to commit sabotage and espionage and to aid our Japanese enemy in other ways. It is difficult to believe that reason, logic or experience could be marshalled in support of such an assumption... No one denies, of course, that there were some disloyal persons of Japanese descent on the Pacific Coast... But to infer that examples of individual disloyalty prove group disloyalty and justify discriminatory action against the entire group is to deny that under our system of law individual guilt is the sole basis for deprivation of rights. Moreover, this inference, which is at the very heart of the evacuation orders, has been used in support of the abhorrent and despicable treatment of minority groups by the dictatorial tyrannies which this nation is now pledged to destroy. To give constitutional sanction to that inference in this case, however well-intentioned may have been the military command on the

ESSAYS ON CANADA'S ANTI-TERRORISM BILL 367 (Ronald J. Daniels, Patrick Macklem & Kent Roach eds., 2001); Kevin Johnson, *Racial Profiling after September 11: The Department of Justice's 2003 Guidelines*, 50 LOY. L. REV. 67 (2004).

51 גם הפסיקה האמריקאית אימצה גישה זו. ראו, למשל: *Whren v. United States*, 517 U.S. 806 (1996); Peter Schuck, *A Case for Profiling*, 24(1) AMERICAN LAWYER 59 (2002).

52 ראו לעניין זה Choudhry, לעיל ה"ש 50, בעמ' 369.

Pacific Coast, is to adopt one of the cruelest of the rationales used by our enemies to destroy the dignity of the individual and to encourage and open the door to discriminatory actions against other minority groups in the passions of tomorrow.⁵³

ו. על הטענה כי המשפט הבין-לאומי אינו מטיל על המדינה חובה להכניס זרים לשטחה

הן בפסקי-הדין בפרשת חוק האזרחות והכניסה לישראל, והן בדיון האקדמי והציבורי סביב החוק, שבה ועלתה הטענה כי "המשפט הבינלאומי אינו מטיל כל חובה על המדינה להכניס זרים לתחומה".⁵⁴ קביעה זו משמשת כהנחת-המוצא לניתוח המשפטי שמציע לנו השופט חשין: "הנחת המוצא היא... כי מדינה, כל מדינה, אינה חייבת להתיר לזרים להיכנס אל תחומה, לא-כל-שכן שאין היא חייבת להתיר לזרים להתיישב בה דרך קבע או אף דרך ארעי. כך מורה אותנו עקרון-העל של ריבונות המדינה, עיקרון שממנו נגזרת זכותה של המדינה לקבוע מי רשאים להיכנס אליה ומי יזכו באזרחותה או בזכות להתגורר בה" (פסקה 50 לפסק-דינו); "עיקרון זה, עקרון-יסוד הוא במשפטיהן של מדינות העולם. לכל מדינה הזכות הטבעית – זכות שמקורה בריבונות המדינה על שיטחה – לקבוע מי יהיו אזרחיה ומי יהיו זכאים לבוא בתחומיה" (פסקה 51 לפסק-דינו). השופט נאור מצטטת בהקשר זה את המלומדים רובינשטיין ואורגד: "וכפי שצינו גם רובינשטיין ואורגד: 'אין במשפט הבין-לאומי שום זכות מפורשת וקונקרטית היוצרת חובה פוזיטיבית על מדינה לאפשר הגירה לשטחה לצורכי נישואין, גם בעתות של שלום'"⁵⁵ (פסקה 5 לפסק-דינה). פרופסור רובינשטיין חזר על עמדתו זו בדברי פרשנותו לאחר פרסום פסק-הדין.⁵⁶

ספק אם עמדה זו אכן משקפת את עמדתו של המשפט הבין-לאומי בסוגיה,⁵⁷ אך במסגרת זו ברצוני להעלות רק שתי תמיהות ביחס לשימוש בטיעון זה. ראשית, אף אם קביעה זו נכונה, אין לייחס לה חשיבות רבה במסגרת בחינת חוקתיותו של חוק האזרחות והכניסה לישראל. קביעה זו מצויה בתחום היחסים הבין-לאומיים, והיא רלוונטית לעניין מחויבותיה של המדינה כלפי מדינות זרות ונתינים זרים. לעומת זאת, שאלת חוקתיותו של החוק מוכרעת על בסיס מחויבותיה של המדינה כלפי אזרחיה

⁵³ Korematsu v. United States, 323 U.S. 214, 235–240 (1944).

⁵⁴ ראו, למשל, את הדיון הנרחב בטענה זו אצל רובינשטיין ואורגד, לעיל ה"ש 3, וכן את הדיון במאמרה של יפה זילברשץ "על הגירת זרים שאינם יהודים לישראל – פתיחת דיון" בחוברת זו.

⁵⁵ רובינשטיין ואורגד, לעיל ה"ש 3, בעמ' 340.

⁵⁶ ראו אמנון רובינשטיין "חשין צודק" מעריב 15.5.2006, 7.

⁵⁷ ראו את הדיון בסוגיה זו ב"מדינה או משפחה?", לעיל ה"ש 5, בעמ' 693–698.

שלה ועל בסיס חובתה להגן על זכויותיהם על-פי חוקי-היסוד של המדינה. העדר חובה של המדינה בתחום יחסיה עם מדינות אחרות ועם נתינים זרים אינה רלוונטית לשאלת מחויבותיה של המדינה כלפי אזרחיה. אין מדובר כאן בהבחנה טכנית בלבד. מדובר בהבחנה בין שתי מערכות משפטיות הנשענות על הנחות-מוצא פוליטיות ומוסריות שונות. במישור המשפט הבין-לאומי המדינה אכן נהנית, ככלל, מעקרון הריבונות ומהפררוגטיבות הנלוות לריבונות, אולם במישור יחסיה עם אזרחיה אין הדבר כך. במדינה דמוקרטית הנחת-היסוד של המשפט החוקתי היא כי העם הוא הריבון, ולא שליטיו. כל כוחו של השלטון לא בא לו אלא מהאזרחים, שאת ענייניהם עליו לשרת ושעל זכויותיהם עליו להגן. לפיכך, בבואה להצדיק לפני האזרחים עצמם פגיעות באזרחיה, לא תישמע המדינה בטענה כי הפגיעה מותרת על-פי המשפט הבין-לאומי. יהיה עליה להסביר מדוע פגיעה זו מוצדקת על-פי עקרונות-היסוד של האמנה החברתית שהמדינה שואבת ממנה את כוחה, כפי שהם משתקפים בחוקתה. לפיכך דומני כי ככל שאנו מעוניינים להשתמש במשפט זר כמקור השראה לסוגיה שלפנינו, עלינו לפנות לא למשפט הבין-לאומי, כי אם למשפטן הלאומי של מדינות אחרות. והנה, בסוגיה זו, המצב רחוק מלהיות אחיד וחד-משמעי. מדינות ליברליות רבות, ובכללן רוב מדינות האיחוד האירופי, מכירות – ברמה החוקתית – בזכותם של אזרחיהן לאיחוד משפחות עם בני-זוג זרים.⁵⁸

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.⁵⁹ 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 שנתרו בשטח ישראל עם תום המלחמה. לאחר מלחמת ששת-הימים, במשך שנים ארוכות, הייתה 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

⁵⁸ ראו לעניין זה את הסקירות אצל רובינשטיין ואורגד, לעיל ה"ש 3, וכן ב"מדינה או משפחה?", לעיל ה"ש 5.

⁵⁹ לעניין זה ראו גם "מדינה או משפחה?", לעיל ה"ש 5, בעמ' 695-697.

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?

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 כל-כך 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 אם כן בני-בית. הפלסטינים תושבי השטחים, לעומת זאת, הם "זרים". תפיסה זו מתעלמת כאמור ממציאות החיים הסבוכה והרגישה המתקיימת בין ישראל לשטחים, וכן בין הפלסטינים אזרחי ישראל לבין הפלסטינים תושבי השטחים.

ז. הערת סיום

ברשימה זו עמדתי על הקשיים המשפטיים שמעוררת העמדה שלפיה חוק האזרחות והכניסה לישראל אינו פוגע בזכויות חוקתיות. לפני סיום, אני מבקש לעמוד גם על המסר הפוליטי, החברתי והמוסרי העולה מעמדה זו כלפי אזרחי ישראל הערבים. המסר הטמון בעמדה זו הוא שאחד החוקים הבעייתיים ביותר בהיסטוריה החקיקתית של מדינת-ישראל, אשר פוגע באופן קשה בהיבט מרכזי של חייהם של הערבים אזרחי ישראל כפרטים וכקבוצה, הוא בעצם חוק שאינו מעורר בעיה חוקתית. כלומר, אין זאת שהחוק הוא חוקתי משום שפגיעתו נדרשת ומוצדקת, באופן זמני, בשל מצוקות השעה; החוק אינו צריך כלל לעמוד בתנאיה של פסקת הגבלה; הוא אינו פוגע בכבודם של הערבים אזרחי ישראל; הוא אינו פוגע בשוויון; למעשה, הוא יכול להמשיך להתקיים ללא כל הגבלה. המדינה עצמה, בהיותה ערה לבעייתיות הרבה של החוק, הדגישה בכתיב טענותיה את המצב הבטחוני החמור השורר בישראל, אשר מצדיק לשיטתה, באופן זמני, את הפגיעה בזכויות. והנה, לפי עמדה זו, נימוקים בטחוניים אלה אינם הכרחיים כלל מבחינה משפטית. אף אין כל צורך להגביל בזמן את הפגיעה הצפונה בחוק. כך, למשל, אילו חוקקה הכנסת את חוק האזרחות והכניסה לישראל לא משום שבדיקות בטחוניות פרטניות אינן מספקות את דרישות הביטחון, כי אם משום שהן כרוכות בהקצאת כוח-אדם רב שעלותו גבוהה, או אילו נחקק החוק כחוק רגיל ולא כהוראת שעה, גם אז, לפי עמדה זו, היו העתירות נגד חוקתיותו נדחות. שהרי אם החוק אינו פוגע בזכויות חוקתיות, ממילא אין חשיבות משפטית לשאלה מהי תכליתו ולשם

מה נחקק. דומני שעמדה זו אינה רגישה דייה לפגיעותיו הקשות של החוק באזרחי ישראל הערבים כפרטים וכקבוצת מיעוט. המסר העולה ממנה הוא כי האינטרסים הבסיסיים ביותר של אזרחי ישראל הערבים, וביניהם היכולת לקיים חיי משפחה לפי בחירתם והיכולת לקיים את חייהם בישראל כאזרחים שווים-זכויות, הינם פחותי-ערך עד כדי כך שניתן לפגוע בהם ללא כל הצדקה מיוחדת הנדרשת לעמוד בתנאיה של פסקת ההגבלה, וזאת אף אם פגיעה זו ממוקדת באזרחים הערבים. עמדה זו אינה רגישה דייה למצוקות הקשות שחוק זה יוצר במישור הפרטני, ולתחושת הקיפוח וההפליה שהוא יוצר במישור הפוליטי.⁶⁰

⁶⁰ וראו לעניין זה את דברי השופט לוי, שלפיהם הקושי שחוק האזרחות והכניסה לישראל מעורר נעוץ בכך ש"פגיעתו אינה רק בבני הזוג המבקשים להינשא, כי אם גם בצביונה הדמוקרטי של מדינת ישראל, ובמרקם היחסים העדין עם ציבור לא מבוטל החי בתוכה" (פסקה 9 לפסק-דינו).