מדינה או משפחה?
חוק האזרחות והכניסה לישראל (הוראת שעה), תשס"ג-2003

גיא דוידוב, יונתן יובל, אילן סבן, אמנון רייכמן*

עניינו של המאמר במדיניות איחוד המשפחות בישראל, ובמיוחד באיחודם של בני זוג משני צדי הקו הירוק. במוקד הדברים שאלת חוקתיותו של חוק האזרחות והכניסה לישראל (הוראת שעה), תשס"ג-2003. החוק שולל, בכפוף לחריגים זעומים, את יכולתו של בן הזוג הפלסטיני להיכנס לישראל ולחיות עם בן זוגו הישראלי. בכך מוצבת לפני האזרח הישראלי בֵּרֵה טראגית: אם יבקש להיוותר במדינתו, עליו להיפרד מבחיר/ת לבו. אם, מנגד, יכריעו בני הזוג בעד חיים משותפים, ייכפה האזרח הישראלי להיפרד ממדינתו.

המאמר מנתח את התפתחות הדין הישראלי בעניין איחוד המשפחות בכמה מישורים שלובים. הראשון, בחינת מצב הדברים המשפטי בתחום איחוד המשפחות עובר לחקיקת חוק. השני - ניסיון לפרש את הוראות החוק ולזהות את השלכותיו, ועל רקע זה לבחון את תוקפו. מהלך זה של ביקורת חוקתית נערך לאורו של חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו ופסקת ההגבלה שבו. המאמר בוחן את תכליתו המוצהרת של החוק – התכלית הביטחונית – ובוחן גם את שנטענה להיות תכליתו הסמויה ואולי המרכזית יותר – התכלית הדמוגרפית, ומוסיף ובוחן את מידתיותו של ההסדר שגובש בשירותן של התכליות הללו. מישור נוסף המקרין

* הפקולטה למשפטים, אוניברסיטת חיפה.

תודה למוסה אבו־רמאדן, ליאב אורגד, חסן ג'בארין, ג'מיל דקואר, גיא הרפז, ארנה כהן ונעמה כרמי על הערות חשובות שהעירו לטיוטות מוקדמות של המאמר. תודה לתמי הראל בן־שחר, וכן לזיו בורר, אילת לוין, נדיה מוגילבסקי, מאור פישמן ושרון סביון על העזרה המצוינת במחקר. תודה גם לחברי מערכת **משפט וממשל** על הערותיהם המועילות. כל אתרי האינטרנט המוזכרים להלן נצפו באחרונה ב-20 בפברואר 2005 אלא אם כן נכתב אחרת. גרסה מוקדמת של המאמר הופיעה בחודש יוני 2004 בכתב העת המקוון של הפקולטה למשפטים באוניברסיטת חיפה: **הארת דין** א (תשס"ד) 62.

ניתן לצפייה באתר: [URL: http://www.law.haifa.ac.il/lawatch].

על הניתוח, הנו הקשרו של החוק: מערך יחסי ישראל ותושבי השטחים. המאבק המתחולל בין ישראל לארגוני הטרור מחד גיסא ומצב הכיבוש מאידך גיסא, משליכים על יחסה של המדינה כלפי אזרחיה שלה, האזרחים הערבים. מסקנת המאמר היא כי המחוקק חצה כאן "קו אדום" – החוק נגוע בפגמים חוקתיים כבדים, שראוי כי יובילו להכרזה על בטלותו.

המאמר ממשיך ועוסק בהצעה הממשלתית הנוכחית לתקן את החוק ולמתן מעט את קשייו. השתדלנו להבהיר מדוע מהלכי התיקון המוצעים עדיין אינם מגבשים הסדר קביל מבחינה חוקתית. לקראת תום המאמר בחנו כמה טיעונים, המושמעים בציבוריות הישראלית, מתחום המשפט ההשוואתי והמשפט הבינלאומי. בחינת דברים זו מגלה, כי מישורי ההשוואה אינם גורעים – ותכופות אף מוסיפים – לעצמת המסקנה בדבר פגמיו של החוק.

הדֶבֶר כבר השתלט על הכול. שוב לא היו גורלות אישיים כי אם פרשה קיבוצית.

[אלבר קאמי, **הדֶבֶר** (עם עובד, תשס"ב), 149]

העותר 1, אזרח ישראלי ואביהם של העותרים הקטינים 4-7, נשא לאישה את העותרת 2, תושבת האזור, בתחילת שנת 2003, לאחר שאשתו הקודמת נהרגה בתאונת דרכים. לשניים נולדה בת, היא העותרת 3. ביום 17.3.04 הגישו העותרים בקשה לאיחוד משפחות. בקשתם נדחתה על ידי המשיב על־פי חוק האזרחות והכניסה לישראל (הוראת שעה), התשס"ג-2003 (להלן – החוק), והעותרת 2 התבקשה לעזוב את הארץ. [...] התוצאה היא שהעתירה נדחית.

[בג"ץ 8986/04 **אבו ריאש נ' שר הפנים** (טרם פורסם)]

א. מבוא. ב. לפני החוק ולאחריו: דיני הגירה ודיני איחוד משפחות בישראל; 1. הדין לפני החוק; 2. השתלשלות העניינים שהביאה לידי חקיקת החוק; 3. הדין לאחר החוק. **ג. ניתוח תוקפו החוקתי של החוק – פגיעתו בזכויות יסוד מוגנות. ד. ניתוח תוקפו החוקתי של החוק – האם הפגיעה מוצדקת על פי פסקת ההגבלה?;** 1. ביטחון: התכלית המוצהרת – האם היא "תכלית ראויה"?; 2. מאזן דמוגרפי – תכלית נסתרת?; 3. מידתיות האמצעים שהופעלו בשמה של התכלית הביטחונית; 4. התכלית הדמוגרפית והאמצעים שננקטו בחוק החדש; 5. תזכיר החוק לתיקון חוק האזרחות והכניסה לישראל. **ה. הערה קצרה בנוגע למשפט החוקתי המשווה בתחום איחוד המשפחות. ו. הזכויות למשפחה, התאזרחות ושוויון: עמדת המשפט הבינלאומי. ז. אפילוג.**

א. מבוא

חוק האזרחות והכניסה לישראל (הוראת שעה), תשס"ג-2003[1] (להלן: "החוק" או "החוק החדש" לפי ההקשר) הוא מהחמורים שבחוקים שקיבלה ישראל במרוצת שנותיה. הוא חוק הסוטה מהתחייבותה ארוכת השנים של ישראל לקיים את זכויות האדם כמו גם מהתחייבותה לקיים שוויון זכויות בין אזרחיה, והוא חודר לאחת ההכרעות העמוקות ומרחיקות הלכת ביותר בחיי אדם: בחירת בן הזוג שעמו מבקש האדם (אזרח המדינה) לקשור את גורלו, להקים את משפחתו, ללדת את ילדיו.

עד החלטת הממשלה מחודש מאי 2002, שתורגמה בעיקרה לחוק כשנה לאחר מכן, שמרה המדינה על זכותם של כל אזרחיה/תושביה – ערבים כיהודים – להתאחד בישראל עם בני זוגם הזרים. זכות זו הוכפפה אך לשני סייגים מוגדרים: אם הוכח כי אין מדובר בנישואי אמת, או אם קמה תשתית ראיתית ממשית לכך שבן הזוג הזר מהווה סיכון לשלום הציבור בישראל.[2] החוק החדש והחלטת הממשלה שקדמה לו שינו את פני הדברים. החוק מצמצם עתה כמעט לחלוטין את יכולתם של ישראלים להינשא לפלסטינים תושבי השטחים ולדור עִמם בישראל, שכן הוא שולל כמעט לחלוטין את סמכותו של שר הפנים לאשר לבני הזוג הזרים מהקטגוריה הנזכרת להתגורר בישראל. פרטי החוק מובאים ומנותחים בהמשך. עיקרי בעייתיותו ניתנים לתמצות כלהלן.

ראשית, החוק עוסק לכאורה אך בדיני הכניסה וההגירה לישראל של "זרים" שהם פלסטינים תושבי השטחים אולם נפקותו המרכזית היא בשינוי הדין, שהוזכר לעיל, שחל בתחום "איחוד המשפחות" בין אזרחי/תושבי המדינה ובין בני זוג זרים. בגִזרה יסודית זו

1. חוק האזרחות והכניסה לישראל (הוראת שעה), תשס"ג-2003, ס"ח 544. החוק התקבל בעקבות הצעת חוק ממשלתית: הצעת חוק האזרחות והכניסה לישראל (הוראת שעה), תשס"ג-2003, ה"ח 482 (להלן: הצעת החוק).
2. בג"ץ 3648/97 **סטמקה נ' שר הפנים**, פ"ד נג(2) 728 (להלן: בג"ץ **סטמקה**).

בחייהם של אזרחיה קובעת המדינה חזקת מסוכנות בלתי ניתנת לסתירה בנוגע לציבור בני אדם. החוק הנדון נפרד מהצורך להוכיח מסוכנות אישית הטמונה בבן הזוג הנישא לישראלי. למעט חריגים מצומצמים ביותר, הוא שולל משר הפנים את הסמכות להתיר שהיית קבע בישראל לפלסטינים תושבי השטחים שנישאו לאזרח ישראל.[3] בכך הוא הופך – באורח גורף – קבוצה גדולה של בני אדם לקטגוריה שאיחוד משפחה עם מי מיחידיה אינו אפשרי עוד בישראל; ובכך הוא מעמיד – בלא הצדקה ראויה – חלק מהאזרחים והתושבים של המדינה לפני ברירת הכרעה אכזרית בין בני זוגם ובין מדינתם. על בן הזוג הישראלי להכריע, אם לדבוק בבן זוגו הפלסטיני תושב האזור, שאינו יכול להתגורר עמו במדינתו, או לדבוק במדינתו, במחיר פרידה מבן זוגו.

שנית, החוק גם לוקה בהטיה אתנית־לאומית במדיניותה הרשמית של המדינה כלפי הזוגיות. בחוקקה את החוק פונה החברה הישראלית לשני כיוונים מנוגדים ככל שהדברים נוגעים לחיים משותפים של בני זוג: מחד גיסא, מתפתחים ומשתכללים בחברה האזרחית הישראלית ובמשפטה הסדרים המכירים באינטרס לבנות חיים משותפים שלא במסגרת המשפחה המסורתית כפי שהיא מאופיינת בדין הישראלי – הסדרים כגון "ידועים בציבור", נישואין אזרחיים דה־פקטו, משפחות חד־מיניות, וכדומה.[4] מאידך גיסא, חוק האזרחות החדש מצמצם את זכות האזרחים הישראלים להינשא או לבנות חיים משותפים עם פלסטינים תושבי ה"אזור". והנה, היות שהרוב המוחלט של הישראלים הנישאים לפלסטינים תושבי האזור הנם אזרחים ערבים־פלסטינים, נוצרת תמונה של חברה המכירה בחשיבות האהבה, הרצון והבחירה ונפתחת כלפיהם – גם באופנים משפטיים – ככל שהדברים אמורים בקהילת הרוב היהודית, אך בה בעת ממעיטה בחשיבותם של אינטרסים אלו ככל שהדברים אמורים באזרחיה הערבים.

שלישית, כפיית הברירה הטרגית הנזכרת בעייתית לא רק במישור יחסי המדינה עם אזרחיה/תושביה, אלא גם במישור יחסי המדינה עם הפלסטינים תושבי השטחים; שכן אלו אינם "זרים" במובן הראוי של המילה, אלא בני אדם שישראל חבה כלפיהם אחריות ישירה מכוח היותם נתונים ל"תפיסתה הלוחמתית" למעלה משנות דור.[5]

רביעית, החוק החדש (כפי שיפורט בהמשך) נושא השלכות קשות גם על ילדיהם של בני הזוג.

החוק לא התקבל בחלל ריק. אין להתעלם מן המצב הביטחוני שבו שרויה מדינת ישראל ומחובת המדינה להגן על חיי תושביה. ואכן, טענתה העיקרית של המדינה בבואה

---

3. למען הדיוק, החוק מגדיר את הקבוצה כ"תושבי האזור", וה"אזור" מוגדר כ"יהודה, שומרון וחבל עזה", למעט יישוב ישראלי. ראו סעיף 1 לחוק.

4. ראו, בין היתר, את הניתוחים המקיפים האלה: רות הלפרין־קדרי, "דיני משפחה אזרחיים נוסח ישראל – לקראת השלמה: על הכבוד, הצדק, השוויון והכוונה יושתתו מעתה דיני המשפחה", **מחקרי משפט** יז (תשס"ב) 105; שחר ליפשיץ, "דיני זוגיות חילוניים ביובל הבא – בין "ליברטריאניזציה" ובין בית המשפט "המחשק"", **מחקרי משפט** יז (תשס"ב) 159.

5. יונתן יובל, "החי על המת: שוויון החיים ומות השוויון; או כולם רוצים לחיות", (בחוברת זו).

להגן בבית המשפט הגבוה לצדק על חוקתיות החוק מפני עתירות שהוגשו נגדו, הייתה כי החוק נחוץ למען הגנה על ביטחון המדינה.[6] המדינה טענה כי במצב הביטחוני השורר כיום, שהייתם של "תושבי האזור" בישראל מסוכנת שכן נאמנותם "עשויה להיות למדינה או לישות מדינית המצויים בעימות עם ישראל". במצב זה עלולים הפלסטינים הנישאים לאזרחי מדינת ישראל להימצא חשופים ללחצים שיופעלו על בני משפחתם שנותרו ב"אזור". לחצים אלו עלולים להוביל אותם לסייע לאויב. המדינה מציינת כי "לפי הידוע לרשויות הביטחון, מאז שנת 2001, 21 מתושבי האזור אשר קיבלו מעמד בישראל עקב איחוד משפחות, היו מעורבים בסיוע ממשי לפעילות עוינת נגד ביטחון המדינה". עוד מציינת המדינה, כי לטענת גורמי הביטחון אבחון פרטני הקובע את הסיכון הטמון בכל אדם אינו ניתן לביצוע אפקטיבי. "למן העברת הסמכויות וכינון הרשות הפלסטינית, וביתר תוקף למן פרוץ העימות המזוין פחתה יכולת גורמי הבטחון לאבחן באופן פרטני את מסוכנותו של מבקש תושב האזור המבקש לרכוש מעמד בישראל ולהיכנס לגדרה".[7]

כפי שנבהיר בהמשך, תשובת המדינה ראויה לדחייה. כשרותה של התכלית הביטחונית, הנשענת על מציאות קשה שבה הטרור מכה באזרחי המדינה בלא רחם, אינה מכשירה את האמצעי שבו בחרה הכנסת לעשות שימוש. היא פנתה לאיסור קבוצתי גורף בנוגע למימושה של זכות אדם מהמעלה הראשונה, ובכך הוציאה עצמה מגדרי הלגיטימיות המשפטית.

אופייה הגורף של החקיקה החדשה מחזק סימן שאלה נוסף המלווה אותה, והנוגע לבלעדיותו של הטעם הביטחוני. האם הטעם הביטחוני אינו מסווה טעם אחר, רגיש יותר, והוא הטיעון הדמוגרפי?[8] טיעון זה, האחרון, שלוב לא אחת בטיעון הביטחוני, ונוכחותו בשיח הציבורי־פוליטי בולטת.[9] הטיעון הדמוגרפי מעורר שאלות מהותיות במישור תוקפו כ"תכלית ראויה" בגזרת היחסים אזרח־מדינה, והוא מעורר – כפי שנבהיר בהמשך – בעיות מוסריות בלתי פתירות כאשר הוא משמש יסוד לנקיטת אמצעים מסוימים כלפי אזרחי המדינה, לא כל שכן אזרחי המיעוט.

---

6. ראו תגובת המדינה לעתירות התלויות ועומדות בבג"ץ 7052/03 **עדאלה המרכז המשפטי לזכויות המיעוט הערבי בישראל נ' שר הפנים** ובג"ץ 8099/03 **האגודה לזכויות האזרח נ' שר הפנים**. ראו: [URL:http://www.acri.org.il/hebrew-acri/engine/story.asp?id=742] (להלן: תגובת המדינה).
7. שם, סעיפים 4, 19 ו-16, בהתאמה.
8. הטיעון הדמוגרפי מכיל שני מרכיבים עיקריים. הוא מזהיר מפני "סכנת זכות השיבה הזוחלת", אשר לפיה פלסטינים רבים מקבלים מעמד אזרחי בישראל מכוח איחוד משפחות עם אזרחים ערבים־פלסטינים של ישראל, ובכך משנים את המאזן הדמוגרפי בין יהודים לערבים; בנוסף, טיעון זה גורס כי יש למדינה צידוק מוסרי לבלום זאת באמצעים כגון החוק החדש.
9. ראו **הצעת חוק האזרחות והכניסה לישראל (הוראת שעה), תשס"ג-2003 – פרוטוקול ועדת הפנים ואיכות הסביבה** (יולי, 2003) (להלן: **פרוטוקול הישיבה**). ראו: [URL:http://www.knesset.gov.il/protocols/data/html/pnim/2003-07-14-01.html]. כמו כן ראו ד"כ (תשס"ג) **3198**: [URL: http://www.knesset.gov.il/Tql//mark01/h0010246.html#TQL], וד"כ (תשס"ג) **4725**, ראו: [URL:http://www.knesset.gov.il/Tql//mark01/h0010249.html#TQL].

מהי "עמדת המדינה" בנוגע לטיעון הדמוגרפי, כפי שהיא עולה מתשובותיה לעתירות נגד החוק? מסתמנת כאן לטעמנו התפתחות חמורה. אם בתשובה הראשונה לעתירות דחתה המדינה את הטיעון הדמוגרפי דחייה מלאה – דחתה את עצם הרלוונטיות שלו לחוק שהתקבל, ורמזה ברורות שהיא דוחה אותו ערכית;[10] הרי בתשובתה המאוחרת יותר הפרידה המדינה בין שני סוגי הדחייה. היא המשיכה לדחות את הרלוונטיות של הטעם הדמוגרפי לעניינו של החוק, אך חצתה את הקווים, והשמיעה טענה המצددת בלגיטימיות של הטעם הדמוגרפי לעניין איחוד משפחות של בני זוג בישראל: "... גם אילו היתה עומדת ביסוד החקיקה התכלית הדמוגרפית, ואלה אינם פני הדברים, הרי שזו היתה ראויה ותואמת את ערכיה של מדינת ישראל כמדינה יהודית ודמוקרטית".[11] למיטב ידיעתנו, זו הפעם הראשונה שהמדינה מצדיקה, גם אם "באמרת אגב", שקילת שיקולים דמוגרפיים במסגרת מדיניות איחוד המשפחות של אזרחיה ותושביה שלה. נדון בכך בהרחבה בהמשך. המעט שנאמר בשלב זה הוא שהטעם הדמוגרפי בהקשרו זה מקרב את ישראל אל הביצה המוסרית שבה שקעו משטרים שפגעו בזכויות אזרחיהם על בסיס מוצא אתני־גזעי.

תכלית מאמר זה היא להבין את משמעויותיו של החוק, לנתחו, ולבחון את תוקפו החוקתי. רבדי המאמר יהיו אלה: בתחילה תוצג ותנותח המסגרת הנורמטיבית הכללית של דיני ההגירה לישראל, ובתוך כך דיני איחוד המשפחות בישראל – בדגש על החוק החדש. השלב הבא הוא מוקד המאמר: ניתוח תוקפו החוקתי של החוק החדש לנוכח הפגיעה שהוא פוגע בזכויות יסוד מוגנות של אזרחי מדינת ישראל ותושביה. בהמשך, לאור הדיון המקיף שלו זוכות הזכויות להקמת משפחה ולאזרחות במשפט הבינלאומי, נברר בקצרה גם את עמדת המשפט הבינלאומי בסוגיות אלו, וכן נבחן את מדיניותן של מדינות דמוקרטיות אחדות בהקשר זה.

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

1. הדין לפני החוק

דיני ההגירה לישראל – דיני הכניסה, הישיבה וההתאזרחות בישראל – מוסדרים על פני קשת הנעה בין קוטב "הזר" לבין קוטב "האדם בעל הזיקה העמוקה" לישראל. עד החלטת הממשלה ואישור החוק החדש הופיעו שלוש קטגוריות עיקריות: יהודי, זר ובן זוגו הזר של ישראלי. מבנה הדין הוא פשוט יחסית: "**יהודי**" זכאי להגר לישראל מכוח שבות, זכאי להתאזרח בה מיד עם כניסתו אליה, והוא אוצל זכויות אלו גם לחלק מבני משפחתו הלא־יהודים. ל"**זר**", מנגד, אין זכות שבדין להגר לישראל, קל וחומר אינו זכאי להתאזרח בה.

10. "... **הבחנה זו** [בין בן זוג זר תושב השטחים ובין כל בן זוג זר אחר] **אינה מבוססת על שיקולים אתניים ככאלה, אלא על שיקולים ביטחוניים, ובכך כל ההבדל שבעולם**" (ההדגשה במקור). ראו תגובת המדינה (לעיל, הערה 6), בסעיף 34.

11. סעיף 169 לסיכומי המשיבים בבג"ץ 7052/03 **עדאלה המרכז המשפטי לזכויות המיעוט הערבי בישראל נ' שר הפנים** (העתירה תלויה ועומדת) ובג"ץ 8099/03 **האגודה לזכויות האזרח נ' שר הפנים** (העתירה תלויה ועומדת) (להלן: סיכומי המדינה) (עותק שמור בידי המחברים).

לשר הפנים יש שיקול דעת רחב באשר למתן היתר שהייה, תושבות או אזרחות לזר שכזה. אשר ל"**בן־זוגו הזר של ישראלי**" – סוגיית איחוד המשפחות: בן הזוג הזר זכאי להגר לישראל, וכן זכאי הוא (לאחר תקופת מעבר) להתאזרח בה.

הבה נכיר את שלוש הקטגוריות מקרוב.

מכוח חוק השבות, תש"י-1950[12] זכאי יהודי לעלות לישראל. מכוח חוק האזרחות, תשי"ב-1952,[13] זכאי יהודי לאזרחות עם עלייתו. זכויותיו של יהודי מכוח חוק השבות וחוק האזרחות מוקנות על פי סעיף 4א לחוק השבות גם "לילד ולנכד של יהודי, לבן זוג של יהודי ולבן זוג של ילד ושל נכד של יהודי".

מנגד, כאמור, לא קמה חובה כללית המחייבת את המדינה להתיר כניסתם של זרים גמורים לתחומה. "זר" יכול להיכנס ולשהות בישראל רק מכוח אשרה שהעניק שר הפנים, אם העניק אותה על פי שיקול דעתו. חוק הכניסה לישראל, תשי"ב-1952,[14] מפרט את סמכותו ושיקול דעתו של השר, ועומד על סוגי האשרה המרכזיים: אשרת ביקור, אשרת עבודה, אשרה לישיבת ארעי (תושבות ארעית) ואשרה לישיבת קבע (תושבות). חוק האזרחות, מצִדו, מתווה את נתיב ההמשך: רכישת מעמד אזרחי מלא – "התאזרחות" – אם מתקיימים תנאי סעיפים 5 או 6 לחוק האזרחות, ואם שר הפנים "ראה זאת לנכון".[15] התנאים ההכרחיים העיקריים המפורטים בסעיף 5 הם שמרכז חייו של האדם יהיה בישראל בשלוש שנים מבין חמש השנים שקדמו להגשת הבקשה להתאזרחות, שתהא לו זכות ל"תושבות קבע", ושידע ידיעת מה את השפה העברית. בד בבד הבהיר בית המשפט, כי שיקול דעתו של שר הפנים בהקשרה של הגירת זרים לישראל הוא שיקול דעת רחב: "על פי סעיף 1(ב) לחוק הכניסה לישראל 'מי שאיננו אזרח ישראלי או בעל אשרת עולה או תעודת עולה, תהיה ישיבתו בישראל על פי רשיון ישיבה לפי חוק זה'. הסמכות למתן רשיון כזה ושיקול הדעת בה מסורים לשר הפנים, המשיב. החוק והתקנות שהותקנו מכוחו אינם מגדירים את הקריטריונים להענקת רשיון כזה. למשיב נתון שיקול דעת רחב בנושא, והוא אינו חייב לנמק את החלטתו".[16]

מה באשר לקטגוריה שהיא מוקד עניינו כאן – בן זוג זר של אזרח או תושב ישראל? הדין הישראלי ראה בנישואין לאזרח תעודת כניסה ובעקבותיה תעודת שייכות הניתנות לבן הזוג הזר אל הקולקטיב האזרחי הישראלי. במונח הטכני "איחוד משפחות" החברה

---

12. חוק השבות, תש"י-1950, ס"ח 354 (להלן: חוק השבות).
13. חוק האזרחות, תשי"ב-1952, ס"ח 146 (להלן: חוק האזרחות).
14. חוק הכניסה לישראל, תשי"ב-1952, ס"ח 159 (להלן: חוק הכניסה לישראל).
15. סעיף 5(ב) לחוק האזרחות. לא נעסוק כאן בחריגים המאפשרים לשר הפנים לפטור מחלק מאותם תנאים.
16. בג"ץ 431/89 **קנדל נ' שר הפנים**, פ"ד מו(4) 505, בעמ' 520. הפטור מחובת ההנמקה מוזכר בסעיף 9(ב) לחוק לתיקון סדרי המנהל (החלטות והנמקות), תשי"ט-1958, ס"ח 7. לא למותר להוסיף, כי הפטור מחובת הנמקה אינו משחרר מהחובה להפעיל את שיקול הדעת כהלכה – משמע, בין היתר, להפעילו על בסיס נימוקים שוויוניים וסבירים. הפטור הוא ממתן פומבי לנימוקים. השוו שם, בעמ' 525-526.

בישראל, כמו חברות דמוקרטיות אחרות, אִפשרה (עד החוק החדש) לכל אזרחיה להינשא לזרים כלשהם ולהמשיך לבנות את חייהם המשותפים בישראל.

התייחסות לתפישה זו קיימת בחוק החרות עצמו. סעיף 7 לחוק האזרחות, תשי"ב-1952 קובע כי:

> בעל ואשתו שאחד מהם אזרח ישראלי... יכול השני לקבל אזרחות ישראלית על ידי התאזרחות, אף אם לא נתקיימו בו התנאים שבסעיף 5 (א).[17]

ואולם פרטי המעמד המשפטי של בן זוגו הזר של הישראלי מותווים במסגרת נורמטיבית שהיא רחבה מאותה הוראה יחידה בסעיף 7 לחוק האזרחות. זו מסגרת הנגזרת מההכרה המשפטית־פסיקתית בזכות לאיחוד משפחות כזכות יסוד בעלת חשיבות עמוקה: "זכות־יסוד שקנה היחיד – כל יחיד – לנישואין ולהקמת משפחה... אם אלה דברים אמורים בזר, כל־שכן ייאמרו הם על האזרח הישראלי השותף לנישואין".[18] מהכרה זו נובעת ההלכה היסודית בעניינו של איחוד המשפחות בישראל. זו מסוכמת בבג"ץ **סטמקה**, פסק הדין המנחה בסוגיה:

> מדינת ישראל מכירה בזכותו של האזרח לבור לו בן־זוג כרצונו ולהקים עימו משפחה בישראל. ישראל מחוייבת להגנה על התא המשפחתי מכוחן של אמנות בינלאומיות (ראו: סעיף 10 לאמנה הבינלאומית בדבר זכויות כלכליות, חברתיות ותרבותיות, 1966, וסעיף 1.23 לאמנה הבינלאומית בדבר זכויות אזרחיות ומדיניות, 1966); והגם שאמנות אלו אינן מחייבות מדיניות זו־או־אחרת בנושא של איחוד משפחות, הכירה ישראל – הכירה ומכירה היא – בחובתה לספק הגנה לתא המשפחתי גם על דרך מתן היתרים לאיחוד משפחות. כך סיפחה עצמה ישראל לנאורות שבמדינות, אותן מדינות המכירות – בכפוף לסייגים של ביטחון המדינה, שלום הציבור ורווחת־הציבור – בזכותם של בני־משפחה לחיות בצוותא־חדא בטריטוריה שיבחרו בה.[19]

---

17. מופיעה בהוראה זו לכאורה הבחנה בעלת חשיבות, בין בן זוגו הזר של "תושב" ישראל ובין בן זוגו הזר של "אזרח" ישראל. לכאורה מגלה כאן המחוקק רצון להתחשב יותר ולהקל יותר את תהליך ההתאזרחות בעניינו של בן זוג של אזרח. לא נעסוק כאן בסוגיה שמעוררת הבחנה זו.
18. בג"ץ **סטמקה**, (לעיל, הערה 2), בסעיף 58. לדיון בפסק הדין ולדיון מקיף בזכות לחיי משפחה, ראו מאמר שהתפרסם לאחרונה: יובל מרין, "הזכות לחיי משפחה ולנישואין (אזרחיים) – משפט בינלאומי ומקומי", **זכויות כלכליות, חברתיות ותרבותיות בישראל** (יורם רבין, יובל שני – עורכים, רמות, 2004), 663.
19. שם, בסעיף 73.

בכך מכיר המשפט בתוקפה של האהבה. ניתן כמעט לשמוע את שיר התהילה ששר ג'ון מילטון, בשירתו הגדולה **גן העדן האבוד**, לאופי המשפטי דווקא של נישואי בחירה ואהבה: "Hail wedded love, mysterious law!".[20]

עם זאת, למדינה אינטרס לגיטימי למנוע ניצול לרעה של התאזרחות באמצעות איחוד משפחות. מותר לה למנוע את ניצולה לרעה של חירות הנישואין על ידי גורמים פליליים, עוינים, ואפילו גורמים אופורטוניסטיים 'סתם' (כבמקרה של נישואין פיקטיביים). לפיכך אין ההתאזרחות אוטומטית מכוח נישואין. על בסיס הלכת **סטמקה** גיבש משרד הפנים נוהל הידוע כ"נוהל המדורג".[21] נוהל זה מגן על האינטרס של איחוד משפחות ועל מעמדו של בן הזוג הזר באופן מבוקר, באמצעות הענקת אשרות העוברות שדרוג במרוצת הזמן – מאשרת שהייה זמנית ועד אזרחות מלאה. ביצוע הנוהל נמשך זמן רב – עד ארבע וחצי שנים – וכולל בדיקה פרטנית של המבקש ושל המקרה. ואלו פרטי הנוהל:

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

20. John Milton, *Paradise Lost* (Making of America, 2000), 100.

ויודגש: "הנוהל המדורג", וגם הלכת **סטמקה**, מבהירים כי אין כל הבדל בין בן זוגו של אזרח ישראל יהודי לבן זוג של אזרח ישראל שאינו יהודי: שניהם זכאים בה במידה להיכנס לישראל, להשתקע בה, ובבוא העת להתאזרח בה.[22] עוד יודגש כי אין מחלוקת על כך שחובת המדינה להגן על ביטחון תושביה, אזרחיה, וכל הנתונים לחסותה. לכן על פי הנוהל המדורג רשאית ואף חייבת המדינה שלא לאשר בקשה כאשר נוכחה שבן זוג זר מהווה סיכון ביטחוני או שהבקשה הספציפית הנה חלק מתכנית אופרטיבית של גורם עוין לפגוע בביטחון המדינה ותושביה.

בתמצית, הנוהל המדורג הִנו שוויוני וסביר. הוא פרטני, בלתי מפלה, והוא מאפשר למדינה לבחון אנשים לגופם ולסרב להתיר להם התאזרחות, ואפילו כניסה למדינה, אם עולה חשש שנשקפת מהם סכנה ביטחונית או סכנה חמורה אחרת, או אם מתגלה כי הזוגיות המוצגת אינה כנה כי אם פיקטיבית.[23]

2. השתלשלות העניינים שהביאה לידי חקיקת החוק

בחודש מרץ 2002, לאחר הפיגוע במסעדת "מצא" בחיפה, הורה שר הפנים דאז, אלי ישי, לפקידי משרדו 'להקפיא' את הליכי איחוד המשפחות בין אזרח או תושב המדינה ובין בן זוג פלסטיני תושב השטחים. הוראה זו נקשרה בגילוי שהמחבל המתאבד תושב השטחים נשא תעודת זהות ישראלית מכוח מעמדה האזרחי של אמו.

בחודש מאי 2002 החליטה הממשלה לשלול כמעט לחלוטין איחוד משפחות בין אזרח או תושב ישראל ובין בן זוג "ממוצא פלסטיני". נגד החלטה זו הוגשו עתירות לבית המשפט הגבוה לצדק.[24] בית המשפט נמנע מלהעניק צו ביניים המאפשר שהות זמנית לבני הזוג לחיות יחדיו בישראל עד ההכרעה בנוגע לחוקיותה של מדיניות הממשלה. העותרים טענו בין היתר, כי הסדר מסוג זה – מלבד כשליו האחרים – חייב היה להתקבל בדרך של חקיקה ראשית.

---

21. הנוהל פורט בתשובת המדינה מ-7 בספטמבר 1999 לעתירה בבג"ץ 338/99 **עיסא נ' שר הפנים** (טרם פורסם), והוא מצוטט בעתירות לבג"ץ נגד תוקפו של החוק החדש. ראו בג"ץ 8099/03 **האגודה לזכויות האזרח נ' שר הפנים**, בג"ץ 7052/03 **עדאלה נ' שר הפנים** (לעיל, הערה 6).
22. בג"ץ **סטמקה** (לעיל, הערה 2), בעמ' 740.
23. נוהל זה ממשיך לחול (גם עתה, לאחר חקיקת החוק החדש) על כל הבקשות לאיחוד משפחות בישראל של בני זוג, שאינן בקשות לאיחוד עם בני זוג פלסטינים "תושבי האזור". עם זאת, הועלתה טענה כי הנוהל נותר עלי ספר בלבד, ובפועל חורגת המדינה לרעה מהנוהל בהגבילה את הדיון בכל הבקשות לאיחוד משפחות עם בני זוג שבמקורם היו תושבי אחת ממדינות ערב. ראו עתירתה התלויה ועומדת של האגודה לזכויות האזרח: בג"ץ 9292/04 **פלונים נ' שר הפנים**.
24. ראו **החלטת הממשלה מס' 1813** (12.5.2002). נגד החלטת הממשלה הוגשו העתירות: בג"ץ 4022/02 **האגודה לזכויות האזרח נ' שר הפנים** (העתירה תלויה ועומדת) ובג"ץ 4608/02 **עוד נ' ראש הממשלה** (העתירה תלויה ועומדת).

בסוף חודש יולי 2003 אישרה הכנסת חוק המבקש לעגן בחקיקה ראשית את מדיניותה זו של הממשלה, בין השאר, כך ניתן להניח, בגלל הקשיים להגן על מדיניות זו – כל עוד עוגנה בהחלטת ממשלה בלבד – בבג"ץ. זהו החוק הנדון במאמר זה, שנכנס לתוקף ב-6 באוגוסט 2003. נגד החוק החדש הוגשו עתירות מספר.[25] גם כאן סירב בית המשפט העליון להוציא צו ביניים שיאפשר חיים משותפים בישראל לבני הזוג, עד מתן ההכרעה בעתירות. עם זאת, בית המשפט העליון רמז כי הוא מאתר קשיים של ממש בחוק. הוא הוציא צו־על־תנאי המורה לממשלה לנמק מדוע לא יבוטל החוק, וקבע את התיק לדיון בפני ההרכב הרחב ביותר של בית המשפט העליון – 13 שופטים.

3. הדין לאחר החוק

החלק האופרטיבי של החוק החדש מפורט בסעיף 2, הקובע כי:

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

סעיף 7 לחוק האזרחות הנזכר כאן הנו הסעיף אשר מכוחו גובש הנוהל המדורג שתואר לעיל. "אזור" הוא "כל אחד מאלה: יהודה ושומרון וחבל עזה" (סעיף 1 לחוק). "תושב אזור" אינו כולל "תושב יישוב ישראלי באזור" (שם).[26]

להוראה גורפת ונוקשה זו נקבעו חריגים מועטים. היעדר הסמכות להעניק אזרחות או רשיון לישיבה לא חל על "תושב אזור" ששר הפנים השתכנע "כי הוא מזדהה עם מדינת ישראל ויעדיה וכי הוא או בן משפחתו פעלו פעולה של ממש לקידום הביטחון, הכלכלה או עניין חשוב אחר של המדינה" – קובע סעיף 3(2). אשר לכל יתר תושבי הגדה

25. מדובר בעתירות התלויות ועומדות האלה: בג"ץ 7052/03 **עדאלה המרכז המשפטי לזכויות המיעוט הערבי בישראל נ' שר הפנים**; בג"ץ 7082/03 **ביטאר נ' שר הפנים**; בג"ץ 7102/03 **חברת־הכנסת גלאון נ' היועץ המשפטי לממשלה**; בג"ץ 7642/03 **מוסא נ' שר הפנים**; בג"ץ 7643/03 **עליון נ' שר הפנים**; בג"ץ 8099/03 **האגודה לזכויות האזרח נ' שר הפנים**; בג"ץ 8263/03 **אסכאפי נ' שר הפנים**.

26. יש לשים לב לשתיים: האחת, הוצאת "יישוב ישראלי" מגדר החוק נועדה להוציא את המתנחלים מגדרו. בכך היא משתלבת היטב במרקם המסועף של הוראות דין שנועדו ליצור מעמד משפטי מובחן לקטגוריות שונות של בני אדם המתגוררים בטריטוריה של הגדה המערבית ורצועת עזה – מעמד אחד לפלסטינים תושבי האזור, ואחר למתיישבים היהודים. השנייה, החוק יוצר כאן יציר טרמינולוגי שטרם הופיע בדין – "יישוב ישראלי" – ובכך מעלה שאלה בדבר הקריטריונים ההופכים יישוב מסוים באותם אזורים ל"ישראלי". כיצד עלינו להתמודד עם השכונה היהודית בתל־רומיידא שבחברון, למשל?

המערבית ורצועת עזה, נשללת הסמכות לאפשר להם איחוד משפחות בישראל עם בני זוגם הישראלים. ודוקו, לא רק האפשרות כי יתאזרחו נשללת מאותם בני אדם אלא עצם יכולתם הפיזית לחיות חיים משותפים עם בני זוגם נמנעת – שהרי סעיף 2 הנזכר שולל את סמכותם של שר הפנים או מפקד האזור לתת להם אפילו היתר זמני להיכנס לישראל. כל עוד יעמוד בתוקפו החוק החדש, תם עידן איחוד המשפחות בישראל בין בני זוג שאחד מהם ישראלי והשני פלסטיני תושב ה"אזור".

סעיף 3(1) לחוק החדש מוסיף את החריגים הקמוצים הבאים, המשלימים את רשימת החריגים, ואלו הם:

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

סעיף מרכך זה אינו בהיר. האם, למשל, התקופה המצטברת להיתרים הזמניים היא שישה חודשים בכל שנה או שמא שישה חודשים בכל תקופת תוקפו של החוק?[27] ואולם השאלה הפרשנית המרכזית העולה כאן נוגעת להיקפו של החריג ההומניטרי המותיר סמכות לשר הפנים ולמפקד האזור למנוע הפרדת ילד צעיר מהורהו. קביעה פרשנית זו חורצת את דינו של תא משפחתי עם ילדים רכים בשנים.

בשל חשיבותה של סוגיה זו – הנוספת על בעיית הגבלת איחוד המשפחות בין בני זוג – נייחד לה מילים מספר. לדעתנו, פרשנות ראויה תרחיב את החריג ההומניטרי בעניין הילדים והוריהם, ככל שמגבלות לשון החריג מאפשרות; וכאן הן אכן מאפשרות. לטעמנו הסייג הנזכר לשלילת הסמכות משר הפנים ומפקד האזור מותיר בידם סמכות להעניק רשיון ישיבה או היתר שהייה להורה שאינו שוהה בישראל כדין, ובלבד שההורה האחר שוהה בישראל כדין. הן טובת הילד והן זכותו של הילד הן לחיות עם שני הוריו. על כן יש לאפשר להורה שאינו שוהה כדין בישראל לקבל היתר שהייה בישראל, כאשר ההורה האחר שוהה בישראל כדין; שהרי גירוש אחד ההורים עלול להוביל לעתים מזומנות לכפיית הפרדתו של הילד מהורהו האחר, השוהה בישראל כדין, אשר ניתן להניח כי בהיותו אזרח ישראל או תושבה – זו מדינתו, מרכז חייו, מקום עבודתו, ומקור פרנסת משפחתו – יבקש (או ייאלץ) להישאר בה.

---

27. יש להניח כי אופיו הזמני של החוק, והצורך בהארכתו כל שנה, "יחיו" מחדש את תקופת ששת החודשים בכל שנה. המשנה ליועץ המשפטי לממשלה דאז, עו"ד מני מזוז, פנה לפרשנות דומה בדיוני ועדת הפנים של הכנסת. ראו **הצעת חוק האזרחות והכניסה לישראל (הוראת שעה), תשס"ג-2003 (הצבעה) – פרוטוקול ועדת הפנים ואיכות הסביבה** (יולי, 2003), 27. ראו: [URL: http://knesset.gov.il/protocols/data/rtf/pnim/2003-07-30-03.rtf].

פרשנות זו נגזרת אפוא מתורת הפרשנות הנוהגת בישראל – הפרשנות התכליתית – המורה לבית המשפט להעדיף את הפירוש התואם יותר את ערכי היסוד של ישראל, ככל שלשון הוראת הדין המפורשת אינה מונעת אפשרות זו. יתר על כן, כאן מילות החוק אף מפנות לכיוון פרשני זה, שכן הן אינן מצמצמות עצמן להענקת היתר לילד בלבד, אלא מאפשרות הענקת אישור גם לאחרים, וכל זאת "לשם מניעת הפרדת ילד מהורהו". פרשנות זו מתחזקת מתוקף תזכיר התיקון לחוק החדש שהוכן במשרד הפנים, תזכיר שעליו נעמוד בהמשך.[28]

---

28. עם זאת, יש שיבקשו לקרוא את התיבה "מניעת הפרדת ילד... מהורהו השוהה בישראל כדין" באחד משני כיווני פרשנות אחרים, הנראים לנו מוטעים. ראשית, יש שיבקשו לטעון כי התנאי בדבר מניעת ניתוקו של ילד "מהורהו השוהה בישראל כדין" חל במצבים שבהם ההורה השוהה בישראל כדין אינו תושב או אזרח ישראל, אלא הורה זר שקיבל היתר או רשיון על פי החוק. פרשנות זו מוקשה מאוד, שכן כיצד יהיה ההורה הזר "שוהה בישראל כדין", אם החריגים המקנים סמכות להעניק היתר שהייה הנם כה מועטים – מוגבלים לתקופה מצטברת של 6 חודשים, ובעיקר לאפשרות עבודה או טיפול רפואי? החריג ההומניטרי שביקש המחוקק להותיר כאן בנוגע לזכויותיהם של ילדים רכים ייהפך בפרשנות הזו לחסר משמעות מעשית.

אפשרות פרשנית אחרת שניתן להעלות לעומת הפרשנות המוצעת על ידינו היא כי תכלית ההוראה הנזכרת בסייפא לסעיף 3(1) לחוק, היא להעניק רשיון ישיבה לילד מתחת לגיל 12 ולא להורהו הזר. לפי טענה זו המחוקק כיוון את הוראתו לילדים אשר נולדו ב"אזור" להורה השוהה בישראל כדין. מכיוון שרק עצם הלידה התרחשה מחוץ לישראל, וההורה בדרכו חזרה לביתו שבישראל, הדרך להסדיר את מעמד הילד היא באמצעות הגשת בקשה לאיחוד משפחות. בלא החריג היה הילד מופרד מהורהו השוהה בישראל כדין. האם יש לצמצם את החריג רק למצבים אלו? לדעתנו התשובה שלילית. ראשית, קשה לפרש את ההוראה הנזכרת כעוסקת במתן היתר שהייה לילד, להבדיל מבן הזוג הזר, שכן חלק ניכר מהילדים שבהם עסקינן אינם זקוקים להיתר בעבור עצמם, שהרי אם הם נולדו לאזרחים ישראלים (שנולדו בישראל) הריהם אזרחים ישראלים [ראו סעיפים 4(א)(1) ו-4(א)(2) לחוק]. שנית, גם לו נועדה ההוראה להקנות סמכות להעניק היתר שהייה לאותם ילדים של הורה ישראלי, שהם עצמם אינם אזרחי ישראל או תושביה, הרי בנוגע לילדים אלו היינו נתקלים באותה בעיה שתוארה לעיל. אי־מתן היתר להורה הזר גורר מזומנות, כפיית פרידה של הילד מהורהו הישראלי, אם לא תוענק אשרת שהייה בישראל גם להורה הזר משום הקושי לנתקו גם מהורהו הזר. שלישית, כאמור, נוסח סופו של סעיף 3(1) לחוק אינו מגדיר את זהותו של מקבל ההיתר. לו הייתה הכוונה להעניק היתר לילד בלבד, היה על המנסח לומר "לתת...רישיון לישיבה בישראל...לילד עד גיל 12 לשם מניעת הפרדתו מהורהו השוהה בישראל כדין". אולם הסעיף אומר: "לתת רישיון ישיבה... לשם מניעת הפרדת ילד... מהורהו...".

הכיוון הפרשני שהוצע על ידינו (באשר לחריג של "מניעת הפרדת הילד") טרם התקבל על ידי בית המשפט. במקרים רבים בית המשפט דוחה לקונית את העתירות, כשהוא שומר את זכותם של העותרים לשוב ולפנות לבית המשפט לאחר הינתן פסק דין בעתירות העקרוניות

לשיטתנו אפוא יש לקרוא את סעיף 3(1) לחוק החדש כמעניק הגנה מסוימת על תאים משפחתיים, ובלבד שחבר בהם ילד בן 12 לכל היותר. אך גם לפי פרשנות זו ההגנה פוקעת לאחר גיל זה, משמע עדיין בתקופת הקטינות של הילד.

נקודת ריכוך חשובה נוספת המופיעה בחוק החדש היא צמצום תוקפו לשנה אחת בלבד. ואולם שלא כחוקי "הוראת שעה" אחרים, לא הכנסת היא שצריכה לחוקק את החוק מחדש; הארכת התוקף נעשית בידי הממשלה באישור הכנסת – משמע בהליך של החלטת הכנסת, להבדיל מהליכי החקיקה הרגילים.[29] ואכן, בחודש יולי 2004 האריכה הממשלה באישור מהיר של הכנסת, ובלא דיון ציבורי נרחב, את תוקף החוק בחצי שנה נוספת; ובחודש ינואר 2005 האריכה הממשלה באישור מהיר של הכנסת את תוקף החוק בארבעה חודשים נוספים.

עתה, משסרטטנו את עיקריו של החוק החדש, ומשהכרנו את מצב הדברים הנורמטיבי שקדם לו, ניתן לסכם בתמציתיות את גזרותיו. גזרות אלו מתגבשות גם אחרי שהחלנו על החוק החדש את הפרשנות המטיבה ביותר מנקודת ראות של זכויות האדם:

א. בן זוג ישראלי בלא ילדים ניצב לפני הברירה האכזרית בין החיים במדינתו לחיים עם בחיר לבו בשטח הנתון לתפיסה לוחמתית (בהנחה שדין ישראל, הדין הבינלאומי או דין "האזור" אינם אוסרים עליו לשהות ב"אזור" ולהתיישב שם, שאז נגזר על בני הזוג לחפש מדינה שלישית שתקבלם). אם יבקש בן הזוג הישראלי להיוותר במדינתו, הרי על בני הזוג תיכפה – בלא מפלט – היפרדות. ההיפרדות היא לפחות לשישה חודשים בשנה – והיא תימשך תקופה ארוכה יותר אם לא תעמוד לבן הזוג הפלסטיני עילה בדמות "טיפול רפואי", "עבודה" או "מטרה זמנית אחרת" – עילה הנתונה לשיקול דעתם של שר הפנים או מפקד האזור.

שעניינן חוקיות החוק והמדיניות שביסודו. ואולם לעתים מושמעות הנמקות מעט מפורטות יותר. לפני תקופה קצרה, למשל, נדונה בבג"ץ עתירה שעסקה חלקית בחריג הנזכר המופיע בסעיף 3(1) לחוק. זהו בג"ץ 8986/04 **אבו ריאש ואח' נ' שר הפנים** (טרם פורסם), שנסיבותיו פורטו בראשית המאמר. מדובר באזרח ישראלי שהוא אלמן, אב לשלושה ילדים קטינים, שנישא בשנית לאחר מות אשתו הראשונה בתאונת דרכים. מנישואיו לרעייתו החדשה, תושבת האזור, נולדה בת. והנה עתה מבקשת המדינה לגרש את אשתו. בכך יופרד הוא ממנה, יופרדו ילדיו הקטינים מאמם החדשה, ותופרד בתם מאביה או מאמה – זאת אלא אם כן יוותרו האזרח וילדיו על מדינתם, ויעברו להתגורר בשטחים. למרבה הצער, לא טענו העותרים שם לפרשנות המוצעת על ידינו כאן. הם ביקשו להקנות לאם היתר שהייה בישראל, כדי לא להפרידה מהבת המשותפת לה ולבן זוגה הישראלי. (משמע הם לא העלו את הטענה, כי אפשר שהבת תלך בעקבות אמה, אם זו תגורש מישראל, וכך תופרד מאביה הישראלי "השוהה כדין בישראל"). בית המשפט העליון דחה את העותרים בקצרה, שכן האם "אינה שוהה בישראל כדין".

29. סעיף 5 לחוק: "חוק זה יעמוד בתוקפו עד תום שנה מיום פרסומו, ואולם רשאית הממשלה, באישור הכנסת, להאריך בצו את תוקפו, מעת לעת, לתקופה שלא תעלה בכל פעם על שנה אחת".

ב. אם לזוג ילד, הרי בהגיע הילד לגיל 12 (ובהנחה שאין לו אחים צעירים יותר), כי אז, אם יבקש בן הזוג הישראלי להיוותר במדינתו, נכפית על המשפחה הפרידה הכפולה הזו: פרידת בני הזוג (שהרי אין סמכות להתיר עוד את שהייתו של בן הזוג הזר בישראל), ופרידת הילד בן ה-12 מאחד מהוריו בשל הליכתו אחר ההורה האחר.[30]

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

ד. חסימת שדרוג המעמד האזרחי חלה רטרואקטיבית, והיא חלה גם על בני זוג פלסטינים שנישאו לבני זוגם הישראלים לפני החלטת הממשלה מחודש מאי 2002. עד אותה עת חל עליהם "הנוהל המדורג" – ועתה הוא הוקפא כלפיהם.[31]

ה. בראשונה מאז חקיקת חוק־יסוד: כבוד האדם וחירותו, מאשרת הכנסת חקיקה ראשית אשר תוצאתה מפלה בעליל על רקע אתני־לאומי. כאמור לעיל, החוק החדש נגוע בהפליה שכן התולדה המעשית המובהקת שלו גורעת, על בסיס השתייכות לאומית, מהיקף הזכות לאיחוד משפחות של חלק מאזרחי המדינה. בפועל, רק מיעוט זניח של אזרחים יהודים נישא לאזרחים לא־יהודים תושבי ה"אזור" ולפיכך איחוד המשפחות שאותו מונע החוק נוגע כמעט אך ורק לאזרחים או התושבים הערבים של ישראל.

---

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

31. סעיף 4 לחוק – שכותרתו "הוראות מעבר", ושנועד לרכך את השפעות החוק על זוגות שהתאחדו בעבר – טורח להדגיש במפורש את המעמד האזרחי הנחות שלו יזכה (לכל היותר, אם בכלל) בן הזוג הפלסטיני. הוא קובע, בין היתר, כי:

> (2) רשאי מפקד האזור לתת היתר לשהייה זמנית בישראל לתושב אזור שהגיש בקשה להתאזרחות לפי חוק האזרחות או בקשה לרישיון לישיבה בישראל לפי חוק הכניסה לישראל, לפני יום א' בסיון התשס"ב (12 במאי 2002) ואשר ביום תחילתו של חוק זה טרם ניתנה החלטה בענינו, ובלבד שלא תוענק לתושב כאמור, לפי הוראות פסקה זו, אזרחות לפי חוק האזרחות ולא יינתן לו רישיון לישיבת ארעי או לישיבת קבע, לפי חוק הכניסה לישראל.

לא זו אף זו: הגזרות הקונקרטיות הללו, הטמונות בחוק החדש, מתגבשות באמצעות שלושה שינויים משפטיים רבי השלכות. השפעת שינויים אלו על דיני איחוד המשפחות בישראל היא בעלת אופי כללי־עקרוני, ולפיכך שינויים אלו נושאים השלכות אפשריות על המשפט הציבורי כולו.

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

(הגירה, קרקע, ביטחון). עם זאת, כדי למנוע ניצול לרעה ושימוש דרקוני בסמכויות הללו, גודר שיקול הדעת הרחב שנלווה להן במהלך השנים באמצעות העמקת הביקורת השיפוטית; זו פיתחה מערך דינים מפורט החולש על אופן הפעלת הסמכות המנהלית. והנה ההתפתחות שאנו חוזים בה עתה, בקבלת החוק החדש, היא התוויית "דרך עוקפת" לביקורת השיפוטית. כדי להשיג חסינות מעשית רחבה מפני ביקורת שיפוטית על החלטותיה הפרטניות בתחום איחוד המשפחות, מגייסת הרשות המבצעת את הרשות המחוקקת "לכפות" עליה בחוק, ולשלול ממנה כל שיקול דעת, באותן הכרעות פוליטיות שהיא מבקשת לקדם, ועליהן היא מבקשת לגונן (ובענייננו, שלילת איחוד המשפחות עם פלסטינים תושבי השטחים).[32]

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

---

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

שלישית, ובעניין דומה: הנמקת המדינה לצידוקו של החוק מבקשת לשנות באופן חסר תקדים את הבסיס הנדרש במשפט הישראלי להגבלה של זכויות יסוד. המדינה מבקשת להסתפק במבחן שהיא מכנה "חשש שאינו מופרך"[33] (קרי וכתיב: "מבחן הנטייה הרעה") כלפי כל פלסטיני תושב האזור באשר הוא, בנוגע לסיכון הביטחוני הצפון בו. זאת שעה שלִבת המשפט החוקתי של ישראל קובעת, כי פגיעה בזכויות אדם בסיסיות תיעשה רק על בסיס "ודאות קרובה" ולמצער "חשש ממשי" (או "חשד סביר") לפגיעה בביטחון המדינה מצִדו של האדם.[34] אם לחדד את הבעייתיות המופיעה כאן, הריהי זו: לבן הזוג הפלסטיני של האזרח הישראלי אין כל דרך לשלול מעצמו את תווית האדם העוין; הגנאי המוטח בו הִנו קולקטיבי ולא אישי, ולכן אין למעשיו האישיים משמעות.[35] ואם ייטען, כי על "זר" לא חלה מלוא הגנתם של מבחני איזון תובעניים, עדיין נזכור כי פגיעה בזר כאן היא בהכרח גם פגיעה בבן זוגו, האזרח הישראלי, שעל זכויותיו אין חולק כי הן אמורות להיות מוגנות באמצעות מבחני האיזון המוכרים של המשפט הציבורי.

עתה, משמסתמנות הן הגזרות הישירות שמטיל החוק והן השלכותיו הרחבות יותר, ניתן לפנות לשאלתו המרכזית של המאמר: האם גזרות והשלכות אלו שוללות את תוקפו של החוק?[36]

ג. ניתוח תוקפו החוקתי של החוק – פגיעתו בזכויות יסוד מוגנות

במבנה החוקתי של ישראל בעקבות "המהפכה החוקתית", חוק אינו תקף אם הוא סותר הוראות המעוגנות בחוקי היסוד, בלא היתר בחוקי יסוד אלו.[37] שאלת המפתח בענייננו

33. סיכומי המדינה (לעיל, הערה 11), בסעיף 28.

34. לדיון נרחב במבחני האיזון בהקשר הגבלתן של זכויות אדם במשפט הישראלי, ראו אמנון רובינשטיין וברק מדינה, **המשפט הקונסטיטוציוני של מדינת ישראל** (כרך ב, שוקן, תשנ"ז), 961-964, 1005-1009. ראו גם אהרן ברק, **פרשנות במשפט** (כרך שלישי: **פרשנות חוקתית**, נבו, תשנ"ב), 215-226 (להלן: ברק, **פרשנות חוקתית**).

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

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

37. ראו ע"א 6821/93 **בנק המזרחי המאוחד בע"מ נ' מגדל כפר שיתופי**, פ"ד מט(4) 221 (להלן: ע"א **בנק המזרחי**); בג"ץ 212/03 **חרות התנועה הלאומית נ' יושב־ראש ועדת הבחירות המרכזית לכנסת השש־עשרה**, פ"ד נז(1) 750; ע"ב 92/03 **מופז נ' יושב־ראש ועדת הבחירות המרכזית לכנסת השש־עשרה**, פ"ד נז(3) 793.

היא, אם מנוגד החוק החדש להוראותיו של חוק־יסוד: כבוד האדם וחירותו. שאלה זו נחלקת לשתי שאלות משנה: האם האינטרסים שבהם פוגע החוק מוגנים כזכויות חוקתיות בחוק היסוד האמור; והאם הפגיעה בזכויות מוגנות אלו – ככל שהיא קיימת – עומדת בתנאיה של פסקת ההגבלה, היינו בתנאים המגבשים צידוק לפגיעה בזכויות.

בפרק הקודם הרחבנו על אודות השלכות החוק. ציינו שהמדינה אינה חייבת להתיר כניסתם של זרים, לא כל שכן במצב של סכסוך אלים, כאשר המדינה חייבת להגן על ביטחון תושביה. אלא שבעשותה כן עליה להימנע ככל האפשר מפגיעה בזכויות אזרחיה. אם נבקש לתמצת את תמונת הזכויות שבהן פוגע החוק, הרי הן אלו: **הזכות להגנה על חיי המשפחה** (היינו הזכות לבחירת בן הזוג ולחיי זוגיות והורות תקינים בלא הפרעה מצד המדינה); **הזכות של האזרח לחיות במדינתו** כאשר הוא חופשי מלחץ הרשויות לעזוב את מדינתו; **זכותו של הילד** (גם כשהוא מבוגר מגיל 12) ליהנות מחיים משותפים עם שני הוריו, ליהנות ממסירותם ודאגתם האקטיבית של שני הוריו; **והזכות לשוויון** של מיעוט המוגדר על בסיס לאומי־אתני. זכויות אלו הן זכויות יסוד במשפט הישראלי – הן חלק מחוקתה המטריאלית של ישראל[38] – והן גם מוכרות ומוגנות במשפט הבינלאומי (כפי שנפרט לקראת סיום). ואולם השאלה החיונית שאליה הגענו עוסקת כאמור בשאלת המתאם בין החוק החדש ובין רובד חוקי היסוד. האם הזכויות שהחוק פוגע בהן כלולות או נגזרות מפרשנות ראויה של הזכות לכבוד האדם או זכות יסוד אחרת, כגון הזכות לפרטיות, המעוגנת בחוק־יסוד: כבוד האדם וחירותו? נתמקד תחילה בזכות לכבוד האדם, ולאחר מכן נדון בקצרה בזכות לפרטיות.

הפרשנות התכליתית של דבר חקיקה או הוראת חוקה – ולענייננו, פרשנותן של הוראות חוק־יסוד: כבוד האדם וחירותו – מחייבת את הפרשן לבחינה בת שלושה מרכיבים. ראשית יש לשרטט את מתחם האפשרויות הלשוניות של הביטוי המשפטי העומד לפרשנות. לאחר מכן יש לבחון את התכלית הסובייקטיבית שעמדה לנגד עיני המחוקק (או המכונן) בפעולת החקיקה (או הכינון), ובד בבד יש לבחון את התכלית האובייקטיבית, היינו את הפונקציה שממלאת הנורמה המשפטית כחלק משיטת המשפט הישראלית, מתוך התחשבות באופי המשטר ובעקרונות היסוד המכוננים את שיטת המשפט.[39]

מבחינה לשונית, נראה כי הפגיעות שתוארו לעיל כלולות באופן מובהק במתחם האפשרויות הלשוניות המגדירות את המושג "כבוד האדם". מסקנה אחרת אינה מתיישבת עם הבנת השפה העברית והשימוש בה בהקשר זה: וכי כבודו של אדם כאדם (וכאזרח) לא נפגע כאשר מדינתו מונעת ממנו לחיות עם בחיר לִבו או בחירת לִבו אלא אם כן יואיל

38. ראו, למשל, לעניין הזכות לחיי משפחה בג"ץ **סטמקה** (לעיל, הערה 2), בעמ' 782-788; לעניין זכות הילד לדאגת הוריו רע"א 3009/02 **פלונית נ' פלוני**, פ"ד נו(4) 872, בעמ' 893-912; ע"א 232/85 **פלוני נ' היועץ המשפטי לממשלה**, פ"ד מ(1) 1, בעמ' 7-8; לעניין הזכות לשוויון בג"ץ 4541/94 **מילר נ' שר הבטחון**, פ"ד מט(4) 94 (להלן: בג"ץ **מילר**), בעמ' 131-145; בג"ץ 6924/98 **האגודה לזכויות האזרח נ' ממשלת ישראל**, פ"ד נה(5) 15, בעמ' 26-32.

39. אהרן ברק, **פרשנות תכליתית במשפט** (נבו, תשס"ג), 137.

ויעזוב את מדינתו? וכי כבודו לא נפגע כאשר מנוע הוא על פי חוק מלחיות עם ילדיו? וכי כבודו לא נפגע כאשר מובחן הוא, בפועל, על פי מוצאו האתני? נראה אפוא כי מן הבחינה הלשונית נדרש מאמץ בלשני לא מבוטל כדי **לא** לראות בכל אחת מן הפגיעות שתוארו לעיל פגיעה בכבוד האדם. אם למושג "כבוד האדם" יש משמעות כלשהי, נראה כי משמעות זו מקיפה את תוצאותיו של החוק החדש. קביעה זו מתיישבת עם עמדת המלומדים הנשענים על מטפורת המעגלים,[40] אשר לפיה במושג "כבוד האדם" נעשה שימוש בתחומים שונים, החל בגרעין או בלִבה, כגון ההגנה על גופו של אדם, וכלה בתחומים אחרים החולשים על האוטונומיה של האדם לעסוק, למשל, במשלח יד שבו הוא חפץ. לפי מטפורה זו הזכות לכבוד האדם, לפחות מן הבחינה הלשונית, חלה גם על תחומים המוגנים על ידי הזכות לחיי משפחה, זכות הילד לחיות עם הוריו והזכות לשוויון, תחומים שאליהם חודר החוק החדש.

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

כוונת המכונן, כפי שעולה מדברי הכנסת ומעדויות אלו שעסקו בחקיקה, הייתה להגן על כמה זכויות מנויות ולהותיר כמה זכויות, כגון הזכות לשוויון וחופש הביטוי, מחוץ להגנה החוקתית שמספק חוק־היסוד, לפחות לעת עתה.[41] לפיכך ככל שיש להעניק משקל לכוונת המכונן, לא ניתן לראות בזכות לשוויון זכות עצמאית החוסה תחת כנפי הזכות לכבוד האדם.[42] אמנם לא מצאנו דברים מפורשים על כך שהמכונן נתן דעתו, במיוחד לזכות לחיי משפחה תקינים ולזכויותיו החוקתיות המיוחדות של הילד למרחב משפחתי ולדאגתם של שני הוריו כחלק מן הזכות לכבוד האדם. לפיכך ההתנגדות להכרה בזכויות אלו כזכויות המוגנות באמצעות הזכות לכבוד האדם פחותה מההתנגדות להכרה בזכות לשוויון. אך דומה שבכל זאת ההכרה בזכויות אלו כזכויות המקימות עילת תביעה עצמאית איננה עולה בקנה אחד עם כוונת המכונן לייחד מקום לזכות לכבוד האדם כזכות בעלת תוכן ייחודי שאיננו מאגד בחובו את מגילת הזכויות כולה. אם ניתן יהיה להכניס כל זכות תחת כנפי המושג "כבוד האדם", דומה שכוונת המכונן שלא לכלול כמה זכויות תיעשה פלסתר.

עם זאת, כוונת המכונן הִנה אך מרכיב אחד בשיטת הפרשנות התכליתית. על פי גישה מרכזית אחת,[43] בבואנו לפרש נורמה חוקתית עלינו להעניק משקל מועט לכוונת המכונן

---

40. יהודית קרפ, "מקצת שאלות על כבוד האדם לפי חוק־יסוד: כבוד האדם וחירותו", **משפטים** כה (תשנ"ה) 129, בעמ' 136-142 (להלן: קרפ, "מקצת שאלות על כבוד האדם"). וראו אזכור גם אצל ברק, **פרשנות חוקתית** (לעיל, הערה 34), בעמ' 418-419.

41. ראו יהודית קרפ, "חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו – ביוגרפיה של מאבקי כח", **משפט וממשל** א (תשנ"ב) 323, בעמ' 346. ראו גם הלל סומר, "הזכויות הבלתי מנויות – על היקפה של המהפכה החוקתית", **משפטים** כח (תשנ"ז) 257, בעמ' 267-271.

42. ראו, למשל, גישתו הזהירה של השופט זמיר בבג"ץ 453/94 **שדולת הנשים בישראל נ' ממשלת ישראל**, פ"ד מח(5) 501, 534-536. וגם בג"ץ **מרכז השלטון המקומי** (לעיל, הערה 32), בעמ' 496-497.

43. ראו ברק, **פרשנות חוקתית** (לעיל, הערה 34), בעמ' 151.

הסובייקטיבית כאשר כוונה זו סותרת את התכלית האובייקטיבית.[44] לפי גישה זו, בפירוש נורמה חוקתית יש לגשת למושא הפרשנות מתוך "מבט רחב" – לתת משקל רב לעקרונות היסוד האוביקטיביים, לערכי היסוד, שבבסיס שיטת המשפט הישראלית.[45] לפיכך יש להעניק לזכות לכבוד האדם היקף רחב ומשמעותי, אף אם המכונן ראה לנגד עיניו תבנית שונה.[46] זאת משום שהגישה הרחבה לזכויות האדם בכלל ולזכות לכבוד האדם בפרט מתיישבת עם אופייה של מדינת ישראל כמדינה אשר חרטה על דגלה ערכי יסוד המשותפים לחשיבה הדמוקרטית ולתפיסות הערכיות שביהדות.

על פי הגישה התכליתית־המרחיבה החוק החדש פוגע בזכות לכבוד האדם. על פי גישה זו כוללת הזכות לכבוד האדם את הזכות לשוויון,[47] אשר כאמור נפגעת על ידי התיקון. בכך מוגשמת תכליתו האובייקטיבית של חוק היסוד, והיא לתת הגנה מיטבית ככל שניתן לזכויות היסוד המוגנות באמצעותו, בהתאם לעקרונות היסוד של שיטת המשפט. כמו כן גישה זו קוראת לפרש את הזכות לכבוד האדם כמגִנה גם על מלוא ההיבטים של האוטונומיה האנושית, שכן זו מהווה עקרון יסוד במשפט הישראלי.[48] הגישה הפרשנית המרחיבה מקימה אפשרות לפתח זכויות פרטיקולריות תחת כנפי הזכות לכבוד האדם. כפי שנראה להלן, האוטונומיה ודאי כוללת גם את החירות לבחור בן זוג או בת זוג בלא התערבות המדינה, כפי שכוללת היא את זכות ההורים לחיות עם ילדיהם ואת זכותו של הילד לחיות עם שני הוריו כנגזרות של הזכות לחיי משפחה תקינים. על פי הגישה המרחיבה נוכל אפוא לפתח זכויות עצמאיות ושלמות לחיי משפחה תקינים בלא התערבות המדינה, כל זאת במסגרת מעגליה של הזכות לכבוד האדם.[49]

ישנה גישה אחרת בפסיקה ובספרות, המתמקדת אך באותם מרכיבים של הזכות לשוויון שאותם ניתן לגזור ישירות מהזכות לכבוד האדם. לפי גישה זו אין להעדיף את הפרשנות המרחיבה, אלא יש לראות בהחלטת המכונן שלא לכלול בחקיקת היסוד זכויות מסוימות משום חסם בפני אימוצן כשהן לעצמן אל הרובד החוקתי העל־חוקי מכוח פרשנות.[50] כך לא

---

44. אהרן ברק, **פרשנות במשפט** (כרך ראשון: **תורת הפרשנות הכללית**, נבו, תשנ"ב), 379-381; ברק, **פרשנות חוקתית** (לעיל, הערה 34), בעמ' 68-70, 74-76.
45. שם, בעמ' 83-87.
46. שם, בעמ' 417.
47. ראו "המודל הרחב", שם, בעמ' 414-416.
48. " ... כבוד האדם משמעו מערכת נורמטיבית של עקרונות, חירויות וערכים אשר במרכזם עומדת ההכרה כי האדם הוא יצור חופשי, המפתח את גופו ורוחו על־פי רצונו. ... ביסוד כבוד האדם עומדת האוטונומיה של הרצון האישי, וחופש הבחירה וחופש הפעולה של האדם... כבוד האדם היא החירות של האדם לעצב את חייו ולפתח את אישיותו כרצונו. ... וכל זאת בלא קשר למידת התועלת הצומחת ממנו לאחרים". ברק, **פרשנות חוקתית** (לעיל, הערה 34), בעמ' 319 (ההפניות הושמטו).
49. ראו קרפ, "מקצת שאלות על כבוד האדם" (לעיל, הערה 40), בעמ' 136-142.
50. השופטת דורנר בבג"ץ **מילר** (לעיל, הערה 38), בעמ' 131-132.

ניתן להקים עילת תביעה חוקתית בגין הפגיעה בזכות לחיי משפחה, בזכויות הילד ובזכות לשוויון כשהן לעצמן ובשלמותן, אלא אם כן ניתן להראות כיצד הפגיעה במרכיבים כאלה או אחרים של זכויות אלו מהווה פגיעה בזכות לכבוד האדם. במסגרת זו התפתחה בפסיקה מגמה המתמקדת במושג ההשפלה כמושג מרכזי בהבנת מרכיבי הזכות לשוויון המוגנים באמצעות הזכות לכבוד האדם.[51]

על פי גישת ההשפלה, האדם מושפל כאשר המדינה מחוקקת חקיקה ובה הוראות המפלות אותו או הגורמות להפלייתו על רקע השתייכותו לקבוצה שסבלה וסובלת מסטריאוטיפים שליליים תוך שלילת טובין חברתיים הניתנים לבני הקבוצות האחרות. ולענייננו כאן, לפנינו חוק המצמצם בפועל את יכולתם של תושבי המדינה ואזרחיה הערבים להינשא לבחירי לבם, תוך ויתור על הוכחת סיכון קונקרטי כלשהו. אין הם יכולים אלא לחוש השפלה, שהרי פסילתם הגורפת של בני זוגם הממשיים או הפוטנציאליים מבהירה לאזרחיה הערבים־פלסטינים של ישראל, הבהר היטב, שניים: כי משקל אזרחותם הישראלית אינו רב (קל וחומר, אינו שווה לזה של האחרים); וכי לאומיותם של בני הזוג הדחויים נתפסת **היא עצמה** כמסוכנת – והרי זו (גם) לאומיותם שלהם. הפליה זו של בניה ובנותיה של קהילה לאומית אחת – המיעוט הערבי־פלסטיני – נושאת עִמה אפוא "השפלה עמוקה לקורבן ההפליה".[52]

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

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

אמנם על מבחן ההשפלה נמתחה ביקורת, תוך הצעת חלופה.[53] ואולם גם חלופה זו מביאה לידי התוצאה כי החוק החדש פוגע בזכות לכבוד האדם. על פי חלופה זו כבוד האדם נפגע במצבים שבהם בעלי תפקידים שונים בחברה נוהגים כלפי אלה המצויים עִמם במערכות יחסים שונות באופן שאינו עולה בקנה אחד עם הרציונלים המכוננים את אותן מערכות

---

51. שם, בעמ' 132-133. ראו גם דני סטטמן, "שני מושגים של כבוד", **עיוני משפט** כד (תשס"א) 541.

52. השוו לדברי השופטת דורנר בבג"ץ **מילר** (לעיל, הערה 38), בעמ' 132, ובבג"ץ 4513/97 **אבו־עראר נ' יושב ראש הכנסת**, פ"ד נב(4) 26, בעמ' 45-46.

53. אמנון רייכמן, "כבוד האדם מלא עולם: כבוד האדם כחברות בקהיליה מוסרית", **משפט וממשל** ז (תשס"ה) 469.

יחסים. תפישה זו מהווה פיתוח של הדרישה הקנטיאנית להתייחס לאדם כאל תכלית ולא כאל אמצעי. כאשר הרשויות השלטוניות, אשר להן הוענק הכוח להסדרה חברתית של תחום מסוים, אינן מתייחסות אל האדם כאל תכלית אלא רואות בו מכשול בלבד המפריע לתכליותיה של קהילה מועדפת, או המפריע לרשויות עצמן לשרת את עצמן ביעילות, נפגע כבוד האדם. ובענייננו, במערכת היחסים בין ממלאי תפקידים מטעם המדינה ובין אזרחי המדינה אין ממלאי התפקידים רשאים להציב בפני אזרחי המדינה את הבחירה בין מדינתם ובין מימוש חיי השותפות והנישואים. המדינה נוצרה כדי לאפשר לאזרחיה לממש את חירויותיהם, ולא להפך. המדינה נוצרה כדי להגן על התא המשפחתי של אזרחיה, ולא להפך. יודגש כי לפי גישה זו, חוקים המונעים מממלאי התפקידים הרלוונטיים לאפשר לאזרחי המדינה לממש את חיי הזוגיות שלהם הם חוקים הפוגעים בכבוד האדם של **כלל** אזרחי המדינה – לא רק של האנשים הנפגעים מן החוק במישרין – משום שחוקים אלו חותרים תחת ההבניה הראויה של מערכת היחסים אזרח־מדינה.[54]

באופן דומה, הפגיעה בזכויות הילד הגלומה בחוק מתעלמת מחובתה של המדינה לשמר את מערכת היחסים הורים־ילדים, ובכך פוגעת בכבוד האדם הן של ההורים והן של הילדים במונעה מהילדים את האפשרות לזכות בדאגתם הנוכחת של הוריהם.[55] יתר על כן, העובדה שהפגיעות האלה מרוכזות באזרחי ישראל הערבים – משום שהם בעיקר אלה הצפויים להינשא לתושבי האזור ולהוליד עִמם ילדים – מחריפה את הפגיעה במערכת היחסים אזרח־מדינה, שכן בספֵרה זו אמורה המדינה להתייחס אל אזרחיה כאל אזרחים בלבד, בלי להעמיס עליהם מאפיינים שאינם רלוונטיים למערכת יחסים זו. כל זאת, בלי שהאזרח נקט צעד כלשהו שיש בו כדי להפר אמונים.

יודגש עוד כי בין שנאמץ את מבחן ההשפלה בין לאו, הרי על פי הגישה התכליתית לפרשנות הזכות לכבוד האדם מגוננת זכות זו גם מפני התערבות המדינה בהיבטים מסוימים של המרחב האישי המוגדר על ידי חיי המשפחה, משום שהתערבות מעין זו פוגעת בזכותו של האדם להגשמה עצמית.[56] כאשר המדינה מציבה בפני האדם את הבחירה בין חיים עם בן הזוג או בת הזוג ובין חיים במדינתו, נפגעת זכות זו. ההחלטה עם מי יקים את

---

54. חסן ג'בארין הדגיש בפנינו כי יצירת הזיקה ההדוקה בין פגיעה בכבוד האדם ובין התגבשותה של "השפלה" היא בעייתית. "מעולם לא הרגשתי מושפל כשהפלו אותי כערבי. נהפוך הוא. קיבלתי כוח וכתבתי עוד עתירה". לדעתו, ממד ההשפלה עלול אף לשמש בידי בית המשפט כלי לדחיית עתירות בנימוק שהפגיעה בכבוד האדם במצבים קונקרטיים מסוימים אינה כה משפילה. ניתן להניח כי ישנם אלה שתחושתם הסובייקטיבית שונה, אולם יש בכך כדי להצביע על הקושי שבתפיסה של כבוד האדם הנותנת משקל רב מדי לתחושות סובייקטיביות.

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

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

משפחתו וילד את ילדיו היא אחת המרכזיות ביותר בהגשמתו העצמית של האדם – משמע במימוש האוטונומיה האנושית שלו. היחס כלפי האזרח הישראלי המנוע מלהגשים את חיי המשפחה שבהם בחר מעיד כי המחוקק אינו תופש את האזרח הנדון כאדם שלם, בעל מרחב אישי הזכאי למימוש עצמי. ואכן, גם המשפט ההשוואתי מלמד כי צמצום האפשרות להינשא והאפשרות לנהל חיי משפחה תקינים נתפסת תכופות כפגיעה במימוש העצמי של אדם – וכך כפגיעה בכבודו כאדם.[57]

בנוסף, הזיקה הברורה בין המרחב הפרטי לזכות למימוש עצמי מלמדת על כך שהחוק החדש מתנגש גם בזכות לפרטיות המעוגנת בחוק־יסוד: כבוד האדם וחירותו.[58] סעיף 7 לחוק היסוד קובע כי "כל אדם זכאי לפרטיות ולצנעת חייו". זכות זו אינה יכולה להיות מצומצמת אך להגנה על מידע או על חשיפתו של האדם לעין זולתו. היא כוללת גם הגנה על מרחב מסוים ועל סוג מסוים של החלטות המצויות במרחב זה, החלטות כה עמוקות וכה אישיות כהחלטות בדבר בחירת בן זוג או בת זוג אינן יכולות שלא ליפול למתחם הפרטיות. לפיכך ראוי לטעון כי הזכות לפרטיות עצמה נפגעת בגלל החוק החדש.[59]

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

---

57. ראו, למשל, פסיקה דרום אפריקנית וקנדית זו:

> A central aspect of marriage is cohabitation, the right (and duty) to live together, and legislation that significantly impairs the ability of spouses to honour that obligation would also constitute a limitation of the right to dignity.

Dawood v. The Minister of Home Affairs, 3 SA 936 (CC) (2000); 8 BCLR 837 (CC) (2000), par. 73 [URL:http://www.concourt.gov.za].

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

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

58. סעיף 7 לחוק־יסוד: כבוד האדם וחירותו, ס"ח תשנ"ב 150.

59. בחרנו במודע שלא לדון בסוגיה הסבוכה הנוגעת לפרשנות ההגנה שמעניק חוק־יסוד: כבוד האדם וחירותו ל"חירות" (סעיף 5 לחוק היסוד). סוגיה זו טרם לובנה ליבון של ממש בפסיקה, וניתן להניח לה בשלב זה בשל התשובות שאליהן הגענו באשר לפגיעת החוק החדש בכבוד האדם ובזכותו לפרטיות. לדיון בהגנה החוקתית הנתונה ל"חירות", השוו ברק, **פרשנות חוקתית** (לעיל, הערה 34), בעמ' 420-422, וסומר (לעיל, הערה 41), בעמ' 292-294.

ד. ניתוח תוקפו החוקתי של החוק – האם הפגיעה מוצדקת על פי פסקת ההגבלה?

מדינת ישראל רשאית כאמור להסדיר את מדיניות הכניסה וההגירה אליה, ובכלל זה רשאית שלא להתיר כניסת זרים, קל וחומר במצב של סכסוך אלים. אלא שבחוקקה הסדר שכזה אל לה לפגוע בזכויות בעלות מעמד חוקתי באופן שאינו עומד בדרישות חוק היסוד. לפיכך משמצאנו כי החוק החדש פוגע בזכויות מוגנות בחוק היסוד, עלינו לפנות לשאלת המשנה השנייה ולבחון אם הפגיעה מוצדקת על פי "פסקת ההגבלה". פסקה זו מתירה פגיעה בזכויות המוגנות בחוק יסוד כאשר זו נעשית "בחוק ההולם את ערכיה של מדינת ישראל, שנועד לתכלית ראויה, ובמידה שאינה עולה על הנדרש או לפי חוק כאמור מכוח הסמכה מפורשת בו".[60]

פסיקת בית המשפט העליון מבחינה בין שני שלבים עיקריים ביישום פסקת ההגבלה. השלב הראשון מתמקד בתכלית, היינו במטרות החוק. השלב השני עיסוקו באמצעים שנבחרו להשגת אותן מטרות, ובמסגרתו נכללים שלושה מבחנים, שמקובל לכנותם "מבחני המידתיות". המבקש להצדיק את החוק הפוגע צריך להראות,[61] מלבד קיומה של תכלית ראויה כלשהי, כי קיים קשר רציונלי בין האמצעי למטרה; כי האמצעי שנבחר פוגע בזכות המוגנת במידה המינימלית האפשרית להשגת המטרה; וכי הפגיעה שגורם החוק אינה עולה במשקלה באופן בלתי סביר על התועלת שבו ("מידתיות במובן הצר").[62] נדון במבחנים אלו לפי סדרם.

1. ביטחון: התכלית המוצהרת – האם היא "תכלית ראויה"?

המדינה טוענת כי שלילת האפשרות לאיחוד משפחות חיונית לביטחון המדינה ולהגנה על חיי תושביה.[63] אין ספק שתכלית זו, כשהיא לעצמה, הִנה תכלית ראויה. אולם ספק אם זוהי רמת ההפשטה המתאימה להגדרת התכלית החקיקתית, ולכך חשיבות קריטית

60. סעיף 8 לחוק־יסוד כבוד האדם וחירותו.

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

62. שלושה מבחנים אלו, שמקורם באירופה ומשמשים גם בקנדה ובמדינות אחרות, אומצו בישראל תחילה במשפט המנהלי, ראו בג"ץ 3477/95 **בן עטייה נ' שר החינוך, התרבות והספורט**, פ"ד מט(5) 1, בעמ' 12-13; בג"ץ **סטמקה** (לעיל, הערה 2), בעמ' 767-776, ולאחר מכן נקראו לתוך פסקת ההגבלה החוקתית, ע"א **בנק המזרחי** (לעיל, הערה 37), בעמ' 436; בג"ץ **לשכת מנהלי השקעות** (לעיל, הערה 32), בעמ' 384-385.

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

כאשר ניגשים ליישום מבחני המידתיות. אכן, שאלה מתודולוגית מרכזית בכל ניתוח של קונפליקט, בכל שיטה אתית ומשפטית, היא מהי רמת ההפשטה הראויה.[64] דומה כי הפתרון הראוי בעת יישום פסקת ההגבלה הוא בהתמקדות בבחינת ההצדקות לחוק הספציפי, היינו **ההצדקות לפגיעתו הקונקרטית** של החוק בזכויות חוקתיות.[65]

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

נשאלת השאלה אם הקושי במנגנון הבדיקה הפרטנית אינו, ביסודו, אך קושי תקציבי, היינו האם תוספת תקציב תאפשר שיפור הליכי הבדיקה הפרטנית והשגת המודיעין הנדרש עד כדי השגת המטרה האמורה. האומנם תכליתו של החוק הִנה ביטחונית בלבד, או שמא למעשה עסקינן בהקצאת משאבים? בהנחה שאכן קיים קשר בין הקצאת המשאבים ובין היכולת לבצע בידוק פרטני יעיל, הרי למעשה תכלית החוק אינה ביטחונית "טהורה" אלא ביטחונית־כלכלית: חיסכון בתקציב הביטחון. תכלית זו אינה בהכרח בלתי ראויה,[66] אולם אין היא מספיקה להצדקת פגיעה עמוקה בזכויות חוקתיות הסמוכות לליבה של כבוד האדם כפי שנגרמת בענייננו.[67] אלא שהמדינה טוענת, לפחות במשתמע, כי גם תוספת תקציב

---

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

65. וראו: Peter W. Hogg, *Constitutional Law of Canada* (volume 2, Carswell, 1997), par. 35.9(a).

66. אם כי ראו ברק, **פרשנות חוקתית** (לעיל, הערה 34), בעמ' 526-528; Lorraine Weinrib, "The Supreme Court of Canada and Section 1 of the Charter", 10 *Sup. Ct. L. Rev.* (1988), p. 486.

67. ראו מילר (לעיל הערה 38); בג"ץ **צמח** (לעיל, הערה 61), בעמ' 279-282. כפי שנראה להלן בדיון במידתיות הפגיעה, האמצעי שנבחר – ההגבלה הגורפת של איחוד המשפחות – אינו

ניכרת לא תביא לידי השגת המטרה הביטחונית. אנו מפקפקים בטענה זו; טענה מעין זו יש לכל הפחות לתמוך בתשתית ראייתית איתנה.[68] אולם כדי להתמודד באופן המקיף ביותר עם עמדת המדינה, נניח לצורך הדיון בסוגיית "התכלית הראויה", כי אכן כך הוא: כי לא היה לתכלית החיסכון התקציבי משקל של ממש בגיבושו של החוק.

תכלית ביטחונית זו – אם אכן היא העומדת ביסוד החוק – הִנה "תכלית ראויה". השאלה המרכזית העולה בנוגע אליה נוגעת לטיב האמצעים שננקטו להגשמתה: סוגיית המידתיות. בטרם נגיע לכך, ראוי להציג בתמצית את התהייה המרכזית הנלוות להנחה שהתכלית הביטחונית היא אכן זו שבבסיס החוק החדש.

2. מאזן דמוגרפי – תכלית נסתרת?

בעתירות נגד החוק נטען, כי למעשה עומדת ביסוד החוק תכלית "דמוגרפית", היינו כי החוק נועד למנוע עלייה במספר האזרחים או התושבים הערבים בישראל, לעומת מספר היהודים בישראל.[69] עמדתה של המדינה בהקשר זה אינה עקיבה, והיא מדאיגה בתוכנה הנוכחי. כפי שצוין בפתח המאמר, בתשובתה הראשונה לעתירות נגד החוק פסלה המדינה את הטיעון הדמוגרפי.[70] אך בתשובתה השנייה, המשלימה, אף כי היא דוחה את הרלוונטיות

בהכרח ה"חלופה פחותה בחומרתה" להשגת התכלית הביטחונית־כלכלית. חלופה אחרת, של תוספת תקציבית, מחלקת את הנטל לאזן בין צורכי הביטחון ובין הזכות לחיי משפחה ולשוויון בין כל בני החברה (דרך תקציב המדינה). חלופה זו, התקציבית, מטילה על אזרחי המדינה נטל כספי (בדמות מסים), ואילו ההגבלה הגורפת של איחוד המשפחות מגלגלת את האיזון האמור, כל כולו, אל כתפיהן של אותן משפחות המבקשות להתאחד (ושרובן העצום אינו נושא סיכון ביטחוני כלשהו). ערים אנו לכך שבית המשפט נזהר לא פעם אחת ממעורבות בנושאים תקציביים וכלכליים. ראו, למשל, בג"ץ 5578/02 **מנור נ' שר האוצר** (טרם פורסם). אלא שזהירות זו מתבטאת בעיקר במצבים שבהם הפגיעה אינה בליבתה של הזכות (שם נדון קיצוץ בן 4% בקצבת זקנה), וקיימים מנגנונים המאפשרים לרשות להפעיל שיקול דעת בנסיבות המקרה. השוו לבג"ץ 494/03 **עמותת הרופאים למען זכויות אדם נ' שר האוצר** (טרם פורסם), שבו מציין הנשיא ברק את חשיבות קיומו של שיקול הדעת במקרים חריגים. בחוק שלפנינו מחירו של הנטל שמטילה המדינה על הפרטים הנוגעים בדבר הוא פגיעה עמוקה בזכויות שהן זכויות הליבה שלהם, והחוק נעדר מנגנון חריגים המאפשר שיקול דעת של ממש לרשות המבצעת.

68. הלכה יצאה מלפני בית המשפט העליון, ולפיה בטרם טוענת המדינה כי "אי־אפשר", עליה להראות כי בדקה וניסתה. ראו בג"ץ **מילר** (לעיל, הערה 38), בפסקה 21 לפסק דינו של השופט מצא; וראו הדיון להלן בסוגיית המידתיות.

69. ראו עמדות חברי כנסת ושרים המצוטטות בעתירת האגודה לזכויות האזרח בבג"ץ 8099/03 **האגודה לזכויות האזרח נ' שר הפנים** (לעיל, הערה 6), בפסקה 29. ראו: [URL: http://www.acri.org.il/hebrew-acri/engine/story.asp?id=718]

70. ראו לעיל, הערה 10.

של הטעם הדמוגרפי לעניין קבלתו של החוק החדש, היא מוסיפה כי לא היה פסול של ממש לו היה נשקל.

שאלה מקדמית היא, כיצד יש להתייחס לתכלית "נסתרת". עמדתנו היא כי בביקורת שיפוטית בית המשפט אינו צריך "להציל" חוק פוגע באמצעות יישום פסקת ההגבלה לפי תכלית שהוסתרה. אל לו לחוק שתכליתו הוסתרה ליהנות מההגנה המגולמת בפסקת ההגבלה. דבר חקיקה חייב לעמוד בסטנדרטים מינימליים של שקיפות; מחוקק המסתיר את כוונותיו האמיתיות אינו ראוי לקבל אשרור חוקתי לכוונות אלו. בכך יגשים בית המשפט תפקיד חשוב בשמירה על ההליך הדמוקרטי. לפני המחוקק פתוחה כמובן הדרך לחוקק את החוק מחדש על בסיס תכלית גלויה – וראויה.[71] הדרך הנכונה לבחינת תוקפו של חוק האזרחות החדש הִנה אפוא להחיל את מבחני המידתיות על התכלית הביטחונית לבדה. אף על פי כן, בחרנו להתעמת גם עם הטעם הדמוגרפי. בחרנו כך משום שטעם זה נושא השלכות קשות על תודעת הציבור (היהודי והערבי כאחד), על תודעת המשפטנים (ולראיה – השינוי האפשרי בעמדת הפרקליטות) ועל התנהגותן של הרשויות הפוליטיות בישראל. על כן חשוב להתעמת עִמו ולהצביע על כשליו. עם זאת, מטעמי בהירות נפריד את הדיון במידתיותם של האמצעים שננקטים בשמו של הטיעון הביטחוני, מהדיון בטיעון הדמוגרפי עצמו.

3. מידתיות האמצעים שהופעלו בשמה של התכלית הביטחונית

הערת זהירות מקדמית נוגעת למידת ההתערבות הראויה בדבר חקיקה ראשית במסגרת הביקורת החוקתית. מובן שאין להקל ראש בפסילת חוק שנחקק בידי נבחרי העם. שיקולי הפרדת הרשויות ועקרונות דמוקרטיים כגון הייצוגיות, ההשתתפות וה-accountability דורשים כי חוק ייפסל כלא־חוקתי על ידי בית המשפט רק בתום דיון מעמיק וממצה.[72] אבל יש הסבורים שלא די בכך, וכי בית המשפט צריך להימנע במידה מסוימת מהתערבות – עליו להנמיך את רף הביקורת – בנסיבות כאלו או אחרות.[73] טענה זו מבוססת בעיקרה על טיעונים נגד הביקורת החוקתית בכללותה. כדי לא להרחיב את היריעה יתר על המידה לא נעמיק כאן בדיון זה. עמדת בית המשפט העליון, אשר אליה אנו מצטרפים, בכל הכבוד, פונה לכיוון המאזן הבא. משקמה לבתי המשפט הסמכות לבצע ביקורת שיפוטית חוקתית – וכיום למעשה אין עוד חולקים על קיומה של סמכות זו – מוטלת עליהם החובה לבצע את המשימה בהתאם לדרישות חוק היסוד. לא ייתכן אפוא שבית משפט יגיע לכלל מסקנה

71. וראו ברק, **פרשנות חוקתית** (לעיל, הערה 34), בעמ' 531 (הגישה, אשר לפיה תכלית סובייקטיבית פסולה צריכה להביא לידי פסלות החוק, גם אם יש בנמצא תכלית אובייקטיבית ראויה – הנה הגישה העדיפה).

72. השוו בג"ץ 3434/96 **הופנונג נ' יושב ראש הכנסת**, פ"ד נ(3) 57, בפסקאות 8-12, 16 לדברי השופט זמיר.

73. ראו, למשל, Antonin Scalia, *A Matter of Interpretation* (Princeton University Press, 1997); Robert H. Bork, *Coercing Virtue: The Worldwide Rule of Judges* (AEI press, 2002).

כי חוק כלשהו פוגע בזכויות מוגנות במידה העולה על הנדרש (למשל), ובכל זאת יסרב להתערב. עם זאת, חוק היסוד מקנה לבית המשפט שיקול דעת רחב בכל הקשור לאופן יישומה של פסקת ההגבלה, וכן לבחירת סעדים מתאימים.

בתי משפט עליונים בדמוקרטיות חוקתיות שונות השתמשו בשיקול דעתם כדי להעניק למחוקק "מרחב תמרון" ("margin of appreciation" או "deference"), ואף סימנו את גבולותיו בנדיבות במקרים מסוימים, למשל, כאשר מדובר בחקיקה כלכלית,[74] או בעניינים ביטחוניים.[75] ייתכן שיש מקום לרמת ביקורת מופחתת כאשר קיים חשש כי טעות של בית המשפט תהיה כרוכה בהשלכות קשות מנשוא, כפי שאכן המצב, לעתים קרובות, בענייני ביטחון.[76] עם זאת, על בתי המשפט להיזהר מפני אפשרות שמתחם התמרון ייהפך למעטה חסינות. יש להיזהר מפני מתן יד חופשית למחוקק לפגוע בזכויות חוקתיות דווקא בהקשר של תגובה על איומים ביטחוניים, כאשר הרוב צפוי להיות חסר מעצורים והגנת החוקה נדרשת יותר מתמיד. גורמי הביטחון אשר עליהם מסתמכת המדינה אמונים על הערכת המצב הביטחונית, אך לא על הגנת זכויות חוקתיות. לפיכך אין שום סיבה להניח כי ההסדר שנקבע בהסתמך על קביעת גורמי הביטחון מאזן כראוי שיקולים ביטחוניים עם התחשבות בזכויות האדם.[77]

---

74. ראו, למשל, ע"א **בנק המזרחי** (לעיל, הערה 37), בעמ' 437-439; בג"ץ **לשכת מנהלי השקעות** (לעיל, הערה 32); בג"ץ 4769/95 **מנחם ואח' נ' שר התחבורה**, פ"ד נז(1) 235, בפסקה 23. וראו גם: *Irwin Toy LTD. v. Quebec (Attorney General)*, [1989] 1 S. C. R. 927, pp. 994-989.

75. ראו, למשל, פסק דינו של בית המשפט האירופי לזכויות אדם: *Ireland v. The United Kingdom* [1978] 2 EHRR 25, ראו: [URL: http://www.echr.coe.int/Eng/Judgments.htm].

76. ראו: Guy Davidov, "The Paradox of Judicial Deference", 12 *National Journal of Constitutional Law* (2001) 133. לפי גישה זו, יש להגביל כל הפחתה של הסטנדרט, אם בכלל, למבחן המידתיות במובן הצר, אשר מערב בהכרח מידה רבה של סובייקטיביות בהערכת התועלת של החוק, ואף זאת רק בתנאי ששינוי סטנדרט הביקורת יוגדר באופן ברור (למשל, העברת נטל ההוכחה). לגישה קיצונית הרבה יותר – הגוררת ביטול כמעט מלא של הביקורת השיפוטית במצבי חירום כלפי סמכויות חירום – ראו את גישתו של הלורד Hoffman **בעניין** *Secretary of State for the Home Department v. Rehman* [2003] 1 A.C. 153, par. 62. לביקורת על הגישה המאדירה את השיקול הביטחוני, ראו David Dyzenhaus, "The Permanence of the Temporary: Can Emergency Powers be Normalized?", *The Security of Freedom: Essays on Canada's Anti-Terrorism Bill* (Ronald Joel Daniels, Patrick Macklem and Kent Roach — eds. ,University of Toronto Press, 2001) 21.

77. לפיתוח פסיקתי מפורט של תפיסה זו, שברקעה החשש מפני ה-tunnel vision (זווית ראייה צרה מדי, ממוקדת מדי) המאפיינת תכופות את הרשויות הביטחוניות, ראו את פסק דינו החשוב של בית המשפט העליון בעניין גדר ההפרדה: בג"ץ 2056/04 **מועצת הכפר בית סוריק נ' ממשלת ישראל** (טרם פורסם) (להלן: בג"ץ **בית סוריק**).

(א) דרישת הקשר הרציונלי בין מטרה לאמצעי

כאמור, מבחנה הראשון של דרישת המידתיות בפסקת ההגבלה דן בקשר בין האמצעי שנבחר להשגת המטרה. אפשרות אחת ליישום דרישת הקשר הרציונלי הִנה להסתפק במבחן צר, שלפיו די בכך שהאמצעי שנבחר עשוי לקדם את המטרה שבבסיס החוק, בלי לבחון (בשלב זה) את המידה או הדרך שבה תקודם מטרה זו. לפי גישה זו, המשמעות העיקרית של המבחן הצר הִנה בעימות חוקים בעלי תכלית נסתרת עם התכלית המוצהרת שלהם. ייתכנו חוקים שיש בהם כדי לקדם, רציונלית, תכלית נסתרת כלשהי, אבל אין ביכולתם לקדם את התכלית המוצהרת שלהם. מבחן הקשר הרציונלי עשוי להביא לידי פסילת חוקים כאלו (בהנחה שהתכלית הנסתרת אינה ראויה, או שבית המשפט בחר שלא לדון בה בשל הבעייתיות הדמוקרטית שבהסתרה). מלבד זאת, המבחן הצר הוא כמעט חסר משמעות; קשה לחשוב על חוקים כה גרועים עד שאין ביכולתם לקדם, אפילו במעט, את המטרה אשר לשמה נועדו.

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

גישה מרחיבה יותר למבחן הקשר הרציונלי כוללת בדיקה, כבר בשלב זה, של **מידת ההתאמה** או **אופן ההתאמה** בין האמצעי למטרה.[78] במסגרת זו לעתים בוחנים בתי משפט כבר בשלב בדיקת הקשר הרציונלי אם האמצעי שנבחר הנו "רחב" מדי (over-inclusive או over-broad, ובלשוננו: "הכלת־יתר") כך שניתן לבחור אמצעי אשר יהיה הולם יותר את השגת המטרה.[79] אלא שבחינה זו עומדת במרכז מבחן הפגיעה המינימלית, אשר במסגרתו מתאים יותר לבדוק את קיומם של אמצעים חלופיים ופוגעניים פחות. אכן, יש קשר הדוק בין מבחן הקשר הרציונלי לזה של הפגיעה המינימלית, ויש המאחדים אותם למבחן אחד.[80]

---

78. ראו דליה דורנר, "מידתיות", **ספר ברנזון** (כרך שני, אהרן ברק וחיים ברנזון – עורכים, נבו, תש"ס) 281, בעמ' 289 ("נדרשת... מידה נאותה של הסתברות כי הפעולה הפוגעת בזכות או באינטרס מוגנים תתרום במידה סבירה להשגת התכלית"). ליישום בפסיקה הישראלית ראו בג"ץ 1030/99 **חבר־הכנסת אורון נ' יושב ראש הכנסת**, פ"ד נו(3) 640 (להלן: בג"ץ **אורון**), בעמ' 665-666. לפסיקה אמריקנית העושה שימוש במבחן הקשר הרציונלי המורחב, ראו: *Romer v. Evans*, 517 U. S. 620, 116 s. ct. 1620 (1996).

79. ראו, למשל, בג"ץ **סטמקה** (לעיל, הערה 2), בעמ' 778; בג"ץ **אורון** (לעיל, הערה 78), בעמ' 665-666; עניין *Oakes* (לעיל, הערה 61).

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

אך אם אנו בוחרים לדבוק בפסיקה אשר מפרידה בין המבחנים, אין מקום לבחון אמצעים חלופיים כבר בשלב זה.

לעומת זאת, הגיוני בהחלט לכלול בבדיקת הקשר הרציונלי דיון בשאלה אם האמצעי שנבחר הוא "צר" מדי (under-inclusive, ובלשוננו: "הכלת חסר").[81] סוגיה זו אינה מתעוררת בשלבים אחרים של בדיקת המידתיות, ויש לה חשיבות רבה בחשיפת התכלית האמיתית של החוק. בהקשר ספציפי זה יש גם רלוונטיות, כבר בשלב זה, לשאלה אם האמצעי "רחב" מדי באותה עת. אמצעי צר מדי מעורר ספקות בדבר האותנטיות של התכלית המוצהרת. כאשר האמצעי הוא גם צר מדי וגם רחב מדי, ספקות אלו מתחזקים במידה ניכרת. במבט ראשון אפשרות זו נראית אולי בלתי סבירה, אך למעשה היא שכיחה למדי בחוקים הפוגעים בזכויות חוקתיות שלא כדין. Tussman & TenBroek מדגימים זאת באמצעות מקרה חמור במיוחד בהיסטוריה האמריקנית: הטלת העוצר על אזרחים אמריקנים ממוצא יפני בתקופה שלאחר המתקפה על פרל־הרבור.[82] התכלית הנטענת באותו מקרה הייתה מניעת פעילות ריגול או חבלה.[83] ההחלטה על הטלת העוצר הייתה "רחבה" מדי, מפני שהיא הניחה שכל מי שמוצאו מיפן הוא בחזקת חשוד בחוסר נאמנות; ו"צרה" מדי, מפני שלא הוחלה מגבלה דומה על אלו שמוצאם מגרמניה או מאיטליה, שהחשש לנאמנות חצויה מצְדם היה דומה. במקרים כאלו, של אי־התאמה בולטת, דו־כיוונית, בין האמצעי למטרה הנטענת, ניתן לומר כי לא מתקיימת כלל דרישת הקשר הרציונלי. למעשה, המבחן של הכלת חסר והכלת יתר (over & under inclusiveness) משמש כלי עזר לחשיפת תכלית נסתרת. סדרת פסקי הדין האמריקנים מתקופת מלחמת העולם השנייה אשר אישרו פגיעות שונות באזרחים ממוצא יפני – כאותה פרשת קורמצו המפורסמת[84] – נודעו לשמצה כי הם נתפסו כפסקי דין המונעים מהטיות ומפחדים על רקע גזעני יותר משנועדו להשיג תכלית ביטחונית אמיתית כלשהי.[85] חוסר ההתאמה הדו־כיווני בין האמצעי לתכלית הנטענת מסייע לחשוף זאת.

אם אמנם תכלית החוק החדש הִנה לצמצם חדירות ופגיעות של גורמים עוינים בישראל, נראה כי הוא כושל במבחן זה. הוא רחב מדי, בכך שהוא קובע חזקה חלוטה בדבר הסיכון הביטחוני הנשקף מכל בני הזוג הפלסטינים תושבי השטחים של אזרחי ישראל המבקשים איחוד משפחות (למעט משתפי פעולה או בני משפחתם הקרובה). בעת ובעונה אחת, החוק

---

81. למבחן זה ראו: Joseph Tussman and Jacobus TenBroek, "The Equal Protection of the Laws", 37 *Cal. L. Rev.* (1994) 341. השימוש במונחים "רחב מדי" ו"צר מדי" מניח חקיקה פוגעת. כאשר מדובר בחקיקה מיטיבה, המקנה זכויות, אותם מונחים ישמשו במהופך.

82. שם, בעמ' 352.

83. *Hirabayashi v. United States*, 320 U. S. 81, 85, 63 s. ct. 1375 (1943).

84. *Korematsu v. United States*, 323 U. S. 214, 65 s. ct. 193 (1944). שם אישר בית המשפט העליון האמריקני את גירושם של אזרחים אמריקנים ממוצא יפני ממקום מגוריהם בחוף המערבי, שהוכרז כ"שטח צבאי סגור", ואת העברתם למחנות סגורים.

85. ראו, למשל: Eugene V. Rostow, "The Japanese American Cases — A Disaster", 54 *Yale L. J.* (1945) 489, p. 496.

גם צר מדי, בשים לב לתכלית הנטענת, מפני שאינו מונע את כניסתם לישראל של עובדים וסוחרים מהשטחים לצורכי עבודה. הלכה למעשה, מדינת ישראל מעניקה אישורי כניסה לאלפי עובדים וסוחרים מהשטחים. המדינה המשיכה לעשות כן ברוב תקופת העימות הנוכחי, וממשיכה בכך גם כיום, לאחר קבלת החוק. והנה, אם כל כניסה של תושב השטחים לישראל טומנת בחובה סכנה ביטחונית, כטענת המדינה, כיצד זה מותרת כניסתם של עובדים וסוחרים פלסטינים? הרי אין זה סביר שהסיכון במקרה של איחוד משפחות גבוה יותר. ההיגיון מצביע בכיוון ההפוך דווקא: לכאורה לפחות, קיומם של בן זוג ישראלי ומשפחה בישראל מפחיתים את הסיכון שבן הזוג מהשטחים יפעל נגד ישראל. זאת ועוד: אם טענת המדינה היא כי נשקף סיכון מכל פלסטיני אשר לו בני משפחה ב"אזור" (שכן הוא ניתן לסחיטה), אין נפקא מינה אם פלסטיני זה הוא תושב האזור או שמא תושב מדינה אחרת (ידידותית או עוינת). אך החוק אינו מונע משר הפנים לאשר איחוד משפחות של פלסטיני תושב ירדן או מצרים עם אזרח ישראלי, אף שפלסטיני זה ניתן לסחיטה בדיוק באותו האופן. החוק החדש לוקה אפוא במידה רבה של הכלת חסר. בכך יש משום ראיה חזקה לקיומה של תכלית אחרת (נסתרת) לחוק, במיוחד כאשר בה בעת קיימת גם הכלת יתר.

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

(ב) מבחן הפגיעה המינימלית

מבחן הפגיעה המינימלית נחשב ללב הביקורת החוקתית. בקנדה, שצ'רטר הזכויות והחירויות שלה שימש מודל השראה חשוב למכונן חוקי היסוד בתחום זכויות האדם, ברוב מכריע של המקרים שבהם נפסלו חוקים, נעשה הדבר על בסיס מבחן הפגיעה המינימלית.[86] גם אצלנו מסתמנת מגמה למקד את הדיון בשלב הזה.[87] אכן, תפקיד מרכזי של חוקה הוא למנוע פגיעות בלתי הכרחיות (gratuitous) במיעוט. לעתים קרובות, פגיעות מיותרות או מופרזות כאלה אינן פרי כוונה לפגוע, אלא נובעות מחוסר אכפתיות, אדישות או אי־התחשבות מספקת בזכויות המיעוט.

השאלה המרכזית שיש לשאול בשלב זה היא, אם אין אמצעים חלופיים אשר יאפשרו את השגת התכלית מתוך פגיעה פחותה בזכויות חוקתיות. לעניין זה טענה המדינה, כי האמצעי (שנהג קודם לחוק החדש) של מתן שיקול דעת לשר – עם אפשרות לדחות באופן פרטני כל בקשה לאיחוד משפחות שימצא לנכון – אינו מספק. אולם גם אם נניח כי עד כה הופעל שיקול הדעת באופן שלא מנע באופן מספק חדירת גורמים עוינים, הרי קשה לקבל את הטענה שאין באפשרות הכלל הקודם להשיג מטרה זו במידה הדומה לזו

86. ראו: Hogg (לעיל, הערה 65), בפסקה 35.11(a).

87. ראו, למשל, ע"א **בנק המזרחי** (לעיל, הערה 37), בעמ' 437; בג"ץ **לשכת מנהלי השקעות** (לעיל, הערה 32); בג"ץ **צמח** (לעיל, הערה 61). השוו גם בג"ץ **אורון** (לעיל, הערה 78), בעמ' 668-670.

שתושג באמצעות החוק החדש. הרי הכלל הקודם גמיש. השר יכול להקשיח את מדיניות מתן האישורים או להקל אותה בהתאם לשיקולים רלוונטיים לגיטימיים. יתר על כן, באמצעות הקצאת משאבים כספיים נוספים סביר שניתן לשפר את המידע המודיעיני ואת מהימנות הבדיקה הביטחונית הנערכת לכל פונה. טוענת המדינה, כי האמצעים החלופיים הנזכרים אינם צפויים להיות מספקים. ואולם בכך מתחדדת השאלה, על מי הנטל להוכיח את הטענה בדבר קיומם או היעדרם של אמצעים חלופיים פחותים בחומרתם. בפסיקה אין עדיין הכרעה חד־משמעית בשאלה זו, אך למצער ישנה מגמה ברורה לדרוש מן המדינה להראות כי נשקלו החלופות השונות על בסיס ראייתי איתן. בית המשפט העליון סירב בתוקף להסתפק בטענות כלליות מצד הרשות; הוא עמד על כך שיצורף להן אישוש עובדתי בעל כוח שכנוע.[88]

יתרה מזו, הטענה שלא ניתן להשיג את התכלית באמצעות הכלל הקודם, גם אם נביא בחשבון את האפשרות של קביעת מדיניות נוקשה יותר מצד השר, וכן הקצאת משאבים נוספים לבדיקה הפרטנית – מבוססת בהכרח על הכללה שקשה לקבלה, שכל מי שמוצאם בשטחים הם בבחינת גורמים הנכונים מעשית לסייע לטרור. אכן, החוק החדש קובע למעשה מעין חזקה שתושבי השטחים באשר הם מסייעים לטרור (פרט למשתפי פעולה, וכן הורים לילדים קטנים בתקופת היותם רכים בשנים, שלאחר התבגרם הם שבים ונופלים לקטגוריה החשודה הכללית). מטענת המדינה עולה כי כל הסדר פחות מקביעת חזקה כזו אינו מספק. לכך ודאי נדרשת תשתית ראייתית איתנה ביותר, בהתחשב בפגיעה בחזקת החפות ובשל ההפליה, השלובות זו בזו בחזקה זו.[89] אזרחי ישראל ובני זוגם זכאים ליהנות מחזקת חפות, כחלק מזכותם לכבוד האדם. המחוקק אינו רשאי להתבסס על הנחה עובדתית מכלילה שקבוצת בני אדם מסוימת – לא כל שכן קבוצה המאופיינת על פי השייכות לאתנוס או לאום כלשהו – מורכבת מעבריינים־מחבלים או מתרועעת עם עבריינים־מחבלים.[90] הנחות

88. ראו סיכומו של השופט זמיר לעמדות השונות שהושמעו בפסיקה בבג"ץ **צמח** (לעיל, הערה 61), בעמ' 267-268, וראו את האופן שבו חסם שם בית המשפט את טענותיה הכלליות של המדינה בקשר לאי־דיותן של החלופות שהציע העותר לתקופת המעצר שלא מכוח צו שופט.

89. והשוו בג"ץ 5580/98 **סופר נ' שר העבודה והרווחה**, פ"ד נד(4) 319, שם נפסלה תקנה, שקבעה כי נכה תאונת עבודה שהגיש ערעור על החלטת ועדה רפואית בעניינו לא יקבל מענק נכות כל עוד לא ניתנה החלטה בערעור, מפני שהתקנה התבססה על הנחה גורפת וקטגורית, בלא הפעלת שיקול דעת פרטני, בדבר החשש לאי־יכולת להחזיר סכומים שאולי ישולמו ביתר. ראו בעיקר את הערות הנשיא ברק (שם, בעמ' 331).

90. השוו: David Cole, "Enemy Aliens", 54 *Stanford L. Rev.* (2002) 953; Liam Braber, "Korematsu's Ghost: A Post-September 11th Analysis of Race and National Security", 47 *Villanova L. Rev.* (2002) 451. ראוי בהקשר זה, שלא להתעלם מסכנה נוספת, ולפיה בסופו של יום, הכללות גורפות המפקפקות בנאמנות אזרחים (והמהוות בסיס לענישתם ואפלייתם) יצדיקו את עצמן, ויובילו חלילה למאבק בין אזרחי מדינת ישראל לפי קווי שבר אתניים־לאומיים. השוו למקרה של צפון אירלנד: Graham Ellison and Greg Martin, "Policing,

מכלילות אלו מחזקות חשש, כי נאמנותם של אזרחי ישראל הערבים עצמה מועמדת בסימן שאלה, שהרי יש להניח כי רוב בני האדם מכירים את בני זוגם במידה מספקת כדי לדעת אם יש להם כוונות טרוריסטיות.

המדינה מודעת כפי הנראה לקושי זה, ועל כן היא משליכה את יהבה, במידה רבה, על הטענה כי אין מדובר בהתגייסותם של בני הזוג הפלסטינים לטרור אלא בסכנת שיתוף פעולה **לא רצוני** עם גורמים עוינים.[91] הטענה היא כי תושבי השטחים אשר יזכו לרשיון שהייה בישראל, בעקבות איחוד משפחות, יהוו מטרה נוחה לגיוס מצד ארגוני טרור – תוך לחץ ישיר ועקיף המתבסס על כך שחלק ממשפחתם הגרעינית נותר בשטחים. אולם הרושם שמתקבל הוא שלא נבחנו חלופות לפתרון בעיה נטענת זו, או לפחות לא הוצגה בחינה שכזו באופן ממצה כנדרש על פי סטנדרטים חוקתיים. במקום לספק הגנה לאותם קרבנות נטענים, המדינה מניחה, שוב כחזקה חלוטה, כי הם ייכנעו לאיומים וישתפו פעולה עם הטרור. יתר על כן, המדינה נוקטת אמצעי של סילוק בני האדם שפוטנציאלית עלולים להיות קרבן ללחץ ואיום, כדי למנוע פגיעות הנובעות מאותם איומים. טענה כי זהו האמצעי שפגיעתו מינימלית הנה מופרכת. ניתן, למשל, להימנע לפחות בשלב הראשון ממתן אישור שהייה קבוע, ולקבוע תקופה ממושכת שבמהלכה ייערכו בדיקות מחמירות לבן הזוג מהשטחים בעת הכניסה לישראל. בית המשפט העליון פנה ישירות בכיוון זה בהקשר דומה, שעניינו הענקת תעודת עיתונאי לעיתונאים פלסטינים:

סירוב ללא כל בדיקה אינדיבידואלית להעניק תעודת עיתונאי, בשל מסוכנות אינהרנטית של כל העיתונאים הפלסטינים תושבי האזור – לרבות אלה הזכאים להיכנס לישראל ולעבוד בה – הוא האמצעי הפוגעני ביותר האפשרי. אמצעי זה פוגע בצורה חזקה באינטרס לעיתונות חופשית, שניתן היה למנוע על ידי בדיקות ביטחוניות אינדיבידואליות מוצדקות להפגת הסכנה הביטחונית האישית הנובעת מתושבי האזור, ככל שסכנה כזאת קיימת מתושבים שעמדו בהצלחה בבדיקות הנדרשות לקבלת היתרי כניסה לישראל ועבודה בה.[92]

הגענו, אפוא לכלל מסקנה כי החוק החדש אינו עומד במבחן האמצעי המינימלי. האם העובדה שהתיקון הוגדר כ"הוראת שעה" בלבד יכולה לשנות זאת? לדעתנו יש להשיב

Collective Action and Social Movement Theory: The Case of the Northern Ireland Civil Rights Campaign", 51 *British Journal of Sociology* (2000) 681.

91. תגובת המדינה (לעיל, הערה 6), בסעיף 18; סיכומי המדינה (לעיל, הערה 11), בסעיף 16.

92. בג"ץ 5627/02 **סייף נ' לשכת העיתונות הממשלתית, פ"ד** נח(5) 70 (להלן: בג"ץ **סייף**). השוו, עם זאת, לעמדתו המעט שונה של השופט חשין בהחלטתו לדחות את הבקשה לדיון נוסף שהגישה המדינה, דנג"ץ 4418/04 **לשכת העיתונות הממשלתית נ' סייף** (טרם פורסם). מכל מקום, גם השופט חשין מצביע על הקושי הבא, שהוא הרלבנטי לענייננו: "לדידי, ההלכה שנקבעה מצומצמת יותר, והיא, כי מדיניותם הספציפית של העותרים, קרא: הסירוב הגורף ליתן תעודות עיתונאי לכל מי שהוא תושב האזור מבלי לערוך בעניינו בדיקה פרטנית, מדיניות בלתי מידתית היא". שם, בסעיף 14. בג"ץ **סייף**, בשני גלגוליו, תומך אפוא בטיעון מרכזי המושמע במאמר זה.

על כך בשלילה. ראשית, מבחינה חוקתית אין משמעות של ממש להגדרה זו. הרי כל חוק יכול המחוקק לבטל בכל עת, ועל כן כל חוק הוא בבחינת "הוראת שעה" כל עוד לא בוטל.[93] שנית, ואולי חשוב מכך, גם המדינה ודאי לא תטען, כי מי שנשללת ממנו כיום הזכות להתאחד עם בן זוגו, יכול להתנחם בידיעה כי ייתכן שהאיחוד יתאפשר בתום שנה. זאת ועוד, ראוי לשוב להזכיר, כי מדיניות הממשלה בתחום איחוד משפחות עם בני זוג פלסטינים ניצבת על מכונה – בלא כל סעד מרכך – כבר שלוש שנים ויותר. שלישית, שלא כבעניין גיוס תלמידי הישיבות,[94] שבו הסתמך בית המשפט – בשלב הביניים שבין פסילת הסדר ישן לחקיקת הסדר חדש – על "זמניות" החוק שנקבע לתקופת הביניים כשיקול בעת בחינת מידתיותו, בעניינו לא מדובר בחוק המשמר את הסטטוס־קוו, וגם לא בזמניות שנועדה לאפשר השלמת הדיון הציבורי בסוגיה – אלא בשינוי עמוק במצב הדברים הקיים.[95] רביעית, מצב הדברים שבו הארכתה של הוראת השעה אפשרית בהחלטת הכנסת בלבד, ולא בהליך חקיקתי מלא הכולל שלוש קריאות ודיון בוועדת הכנסת, מעורר קושי עצמאי ומשמעותי, שכן דווקא בעניינים הכרוכים בפגיעה עמוקה בזכויות האדם, לא ניתן להסתפק בהליך הארכה מקוצר שאינו כולל דיון ממצה בוועדה מוועדות הכנסת ושלוש הצבעות של מליאת הכנסת.[96]

(ג) מבחן המידתיות במובן הצר: היחס בין הפגיעה לתועלת

בתי משפט משתדלים להימנע מלפסול חוקים על בסיס מבחן המידתיות במובן הצר, אשר נתפס כסובייקטיבי יותר מהמבחנים האחרים.[97] אולם בכך אין כדי לפגוע בחשיבותו.[98] מבחני המידתיות האחרים הם טכניים יחסית; מחוקק מתוחכם יוכל להתגבר עליהם, גם כאשר כוונותיו ודרכי פעולתו פסולות. מבחן המידתיות במובן הצר הוא היחיד שיכול להבטיח מחסום בפני חוקים שפגיעתם בזכויות חוקתיות אדירה ותועלתם מוגבלת. זהו המבחן שיכול להגן עלינו מפני חוקים הפוגעים אנושות בזכויות חוקתיות בשם האפשרות – ולו הקלושה – להגשים מטרות לגיטימיות. אכן, קשה לתת תשובה "אובייקטיבית" על השאלה עד כמה חשובה מטרה מסוימת, ובוודאי אין מקום לפסול כל חוק אשר בית המשפט סבור כי הפגיעה שבו עולה במעט על התועלת.[99] את מבחן המידתיות במובן הצר יש על כן

---

93. ראו אמנון רייכמן, "הגירעון הדמוקרטי וחוקתיות התוכנית הכלכלית", **עבודה חברה ומשפט** י (תשס"ד) 307.
94. בג"ץ 24/01 **רסלר נ' כנסת ישראל**, פ"ד נו(2) 699.
95. השוו שם, בעמ' 713 ואילך.
96. ראו בג"ץ **רובינשטיין** (לעיל, הערה 32). לדיון בחשיבות קיום הליכי חקיקה תקינים ראו באחרונה בג"ץ 4885/03 **ארגון מגדלי העופות נ' ממשלת ישראל** (טרם פורסם).
97. ראו: Guy Davidov, "Separating Minimal Impairment from Balancing: A Comment on R. v. Sharpe (B.C.C.A.)", 5 *Review of Constitutional Studies* (2000) 195.
98. ואכן, אחד מפסקי הדין החשובים של העת האחרונה ניתנו על בסיס מבחן משנה זה של דרישת המידתיות. זהו בג"ץ **בית סוריק** (לעיל, הערה 77).
99. לפי הניסוח המקובל בפסיקה, על היחס בין התועלת לפגיעה להיות "סביר". ראו, למשל,

להפעיל בזהירות ובמשורה. אולם במקרים המתאימים, זהו מרכיב קריטי בסמכות הביקורת החוקתית. חוקה שלא תאפשר ביקורת מעין זו תהיה חוקה נכה. עצמתו וחשיבותו של מרכיב זה במבחן המידתיות נעוצה בכך שאליו מתנקז "מבחן האיזון" הראוי בין האינטרסים המתנגשים – האינטרס הציבורי (התכלית הראויה) שהציב המחוקק לנגדו לעומת זכויות היסוד שבהן פגע. מבחן האיזון הפרדיגמטי שאימץ המשפט הישראלי ברוב ההתנגשויות בין אינטרס ציבורי לזכויות אדם הקרובות לליבת כבוד האדם הוא מבחן "הוודאות הקרובה". משמע הצדקת הפגיעה בזכות היסוד מתגבשת רק בהתקיים הסתברות קרובה לוודאי שבלא הפגיעה בזכות היסוד תיגרם פגיעה – ופגיעה קשה – באינטרס לגיטימי חשוב.

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

ראשית, את התועלת יש לבחון בהתחשב באמצעים החלופיים האפשריים. גם אם נניח שהאמצעים החלופיים שהוזכרו לעיל לא ישיגו את התכלית הביטחונית במלואה, דהיינו לא יובילו למניעת חדירת גורמים עוינים, יש לזכור כי המדינה מכירה בכך שגם ההסדר שבו בחרה לא יוביל להגשמת תכלית זו במלואה. ההשוואה נוגעת אפוא לתוספת לביטחון המדינה שתושג – אם בכלל – על ידי החוק החדש בהשוואה לתוספת הביטחון שתושג באמצעים חלופיים. עיון מעמיק בתשובותיה של המדינה לעתירות נגד החוק לא מגלה אישוש לטענה בדבר עדיפות ממשית ברורה להסדר שבו בחרה המדינה. קושי זה מתחדד בעת שמביאים בחשבון את העובדה שהרוב המכריע של חדירות גורמים עוינים לישראל מבוצע בלא כל קשר להיתרי שהייה לצורך איחוד משפחות, ושהמדינה עצמה מאפשרת "פִּרצה" רחבה לא פחות בדמות היתרי כניסה לעובדים ולסוחרים. בנסיבות אלו, המידה שבה עשוי החוק החדש לצמצם את חדירתם של גורמים עוינים מסתמנת, אם בכלל, כנמוכה – ומכל מקום, אין היא שקולה לפגיעות העמוקות הנגרמות לבני הזוג הישראלים, לבני הזוג הפלסטינים ולילדיהם.[100]

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

בג"ץ **לשכת מנהלי השקעות** (לעיל, הערה 32); בג"ץ 6268/00 **קיבוץ החותרים נ' מינהל מקרקעי ישראל**, פ"ד נה(5) 639.

100. השוו בג"ץ **סייף** (לעיל, הערה 92), בפסקה 7 ("אכן, לעולם ניתן לטעון כי עצם היותו של עיתונאי פלסטיני תושב האזור יוצרת סיכון בטחוני מיוחד אם אותו עיתונאי יחזיק בתעודת עיתונאי. סיכון זה קיים אף אם אותו עיתונאי הוא בעל היתרי כניסה ועבודה כאמור ואף אם עמד בבדיקות בטחוניות נוספות ומיוחדות לצורך קבלת תעודת עיתונאי. עם זאת סיכון מיוחד זה הינו קלוש ותיאורטי, ואין בו כדי להצדיק פגיעה ודאית באינטרסים המוגנים לביטוי ולמידע חופשיים והבחנה – שלמעשה היא הפליה – בין עיתונאים זרים פלסטינים לבין כל שאר העיתונאים הזרים"). בענייננו חוסר המידתיות בולט אף הרבה יותר, בשים לב לאופייה ולמידתה של הפגיעה.

> ויגש אברהם ויאמר האף תספה צדיק עם רשע... חִלִּלה לך מעשׂת כדבר הזה להמית צדיק עם רשע והיה כצדיק כרשע חִלִּלה לך, השופט כל־הארץ לא יעשה משפט... ויאמר הנה־נא הואלתי לדבר אל־אדנָי אולי ימצאון שם עשרים, ויאמר לא אשחית בעבור העשרים. ויאמר אל־נא יִחר לאדנָי ואדברה אך הפעם אולי ימצאון שם עשרה ויאמר לא אשחית בעבור העשרה.

הכנסת בחרה כאן בדרך ההפוכה, האפלה. היא עונשת קבוצה גדולה של חפים מפשע בעבור עשרים ושלושה רשעים. עשרים ושלושה, שלטענת המדינה "היו מעורבים בסיוע ממשי לפעילות עוינת נגד ביטחון המדינה".[101] יתר על כן, מהלך זה גם עלול, אם לא צפוי, נוסף על פסלותו המוסרית, לפורר עוד את מערכת היחסים השברירית בין הרוב היהודי למיעוט הערבי־פלסטיני בישראל.

קושי עמוק נוסף העולה בהקשרה של דרישת המידתיות במובן הצר, הוא מבחן האיזון שנוקט החוק למעשה. המדינה מודה שנפרדה כליל ממבחן "הוודאות הקרובה", ואף למבחן סביר שמקל יותר עם עמדתה לא הגיעה (מבחן "האפשרות הסבירה"). היא מודה, כפי שציינו לעיל, בהסתפקותה ב"חשש שאינו מופרך" כלפי מושאי פגיעתה.[102] אם זיכרוננו אינו מטעה אותנו, זו הפעם הראשונה שבה מודה המדינה בהתבססותה על מבחן "הנטייה הרעה". מפנה זה הוא בו בזמן תוצר ומניע של תהליך קשה שבו נתונה החברה הישראלית בהווה: גלישתה במדרון חלקלק.[103] מדרון חלקלק פירושו כי בנסיבות מסוימות יש לאבדן

---

101. סיכומי המדינה (לעיל, הערה 11), בסעיף 17.

102. תגובת המדינה (לעיל, הערה 6), בסעיף 28.

103. הערכתנו שישראל מצויה ב"מדרון חלקלק" נשענת על התרחשויות ועל תהליכים מלבד החוק החדש. אלו נחשפים בעיקר בפעולות שונות של המדינה בשנים האחרונות בגדה המערבית וברצועת עזה. מדובר בפעולות שזכו לכאורה לביסוס עובדתי, וחלקן אף אינן שנויות במחלוקת. ראו, למשל, הפעולות המצוינות בדו"ח אמנסטי. ראו: [URL:http://web.amnesty.org/report2004/isr-summary-eng], ובמיוחד מספר הלא־חמושים שנהרגו בארבע השנים האחרונות על ידי חיילי צה"ל, ואחוז הילדים בתוכם. ראו גם: [URL: http://www.btselem.org/Hebrew/Statistics/Casualties.asp]. כך עולה גם מעדויות חיילים שלפיהן מעשי התעללויות בפלסטינים אינם בהכרח אירוע חריג שנחקר ונבדק. ראו: [URL: http://www.shovrimshtika.org]. וראו גם תיאור העובדות המצוינות בעתירות לבג"ץ בעניין המבצע ברפיח והריסת הבתים שם, בג"ץ 4764/04 **רופאים לזכויות אדם נ' מפקד כוחות צה"ל בעזה**, נח(5) 385; בג"ץ 4969/04 **עדאלה המרכז המשפטי לזכויות המיעוט הערבי בישראל נ' אלוף פיקוד הדרום בצה"ל** (העתירה תלויה ועומדת). דפוסי פעולה אלו משפיעים, להערכתנו, גם על הנעשה בתוך גבולות המדינה. ראו, למשל, אירועי אוקטובר, אשר נחקרו על ידי ועדת אור: [URLhttp://62.90.71.124/heb/inside_index.htm]. אינדיקציה נוספת לקיומו של "מדרון חלקלק" מתבטאת בצורך לפנות לבית המשפט כדי לוודא כי רשויות המדינה השונות ממלאות הוראות מסוימות של בג"ץ בעניין זכויות האדם. ראו, בין היתר,

קווי הבחנה עקרוניים השפעה סוחפת, חסרת נקודת עצירה. היעדר נקודת העצירה נובע מההגמוניה המוחלטת שלה זוכה בעתות חירום האתיקה המוכוונת על פי התוצאה – result oriented – שבה גודל הסכנה מזכה בהילה של הכרחיות, כמעט קדושה, כל אמצעי למניעת הסכנה.[104] ואכן עתה, בשם זכות אזרחיה לחיים, נפרדת המדינה מ"קווים אדומים" מרכזיים – מבחני האיזון לפגיעה בזכויות אדם.

בתמצית, הפגיעות ויסודות החומרה המצטברים בחוק החדש מגבשים פגיעה קשה, אולי אף פגיעה אנושה, בזכויות הקרובות ל"גרעין" של כבוד האדם, וזאת בלא הצדקה ראויה הנעוצה בהתנהגותם או בסכנה קונקרטית הנשקפת מנפגעי החוק. במצב עניינים זה קשה לראות כיצד מתקיים יחס מידתי כלשהו בין הפגיעה הקשה הגלומה בחוק ובין התכלית ההיפותטית שאותה נועד החוק להשיג. בנסיבות אלו, כאשר יכולתו של החוק להשיג את תכליתו עמומה ואילו פגיעתו ודאית וקשה, הפער בין התועלת לפגיעה שבחוק החדש הוא בלתי מידתי. אם יש מקרה יחיד ויוצא דופן שבו נדרשת בבירור הפעלת מבחן המידתיות במובן הצר – דומה שזהו המקרה.

המסקנה העולה מהניתוח עד כה, היא כישלונו של החוק לפחות בשניים ממבחני המידתיות: המבחן השני והשלישי. יתר על כן, בנוגע למבחן המידתיות הראשון הוספנו, כי החוק החדש עומד בדרישת הקשר הרציונלי רק אם ניתנת למבחן זה פרשנות מינימליסטית, כמעט חסרת משמעות.

4. התכלית הדמוגרפית והאמצעים שננקטו בחוק החדש

משהסתיים הדיון בהתאמתו של חוק האזרחות והכניסה לישראל ל"פסקת ההגבלה" בהקשרה של התכלית הביטחונית, נותר לנו לפנות לאותו מניע אפשרי נסתר של החוק החדש – התכלית הדמוגרפית. כפי שציינו לעיל, הניתוח החוקתי אינו מחייב מהלך זה. הביקורת השיפוטית אינה אמורה לנסות להציל חוק באמצעות תכלית נסתרת, אפילו הייתה זו לגיטימית. אף על פי כן בחרנו להתייחס לתכלית הדמוגרפית, משום מרכזיותה בתודעתם של אזרחי ישראל, ומתוך החשש שצעדה הבא של המדינה יהיה אימוצה הגלוי והמפורש של תכלית זו בהקשרו של איחוד משפחות ואף בהקשרים נוספים.[105]

מה שמכונה בעגה הצבאית "נוהל שכן", ומכונה על ידי אחרים "שימוש ב-human shields" (בקשה לצו ביניים מ-28 באפריל 2004 בבג"ץ 3799/02 **עדאלה המרכז המשפטי לזכויות המיעוט הערבי בישראל נ' אלוף פיקוד המרכז**).

104. לדיון מעט נרחב יותר, ראו אילן סבן, "לאחר הברבריות? תחיקת ביטחון, סמכויות שעת חירום ויישומן בבוקר שלמחרת", **הבוקר למחרת: עידן השלום – לא אוטופיה** (מירון בנבנשתי – עורך, כרמל, תשס"ב) 63.

105. ראו, למשל, התבטאותו של השר בנימין נתניהו מהתקופה האחרונה, דיאנה בחור־ניר, "נתניהו: הבעיה הדמוגרפית נעוצה בערביי ישראל", מתוך אתר Ynet, 17 בדצמבר 2003, ראו: [URL:http://www.ynet.co.il/articles/0,7340,L-2842724,00.html]. וראו ההתבטאות המיוחסת לראש הממשלה שרון בפגישת היוועצות בנוגע לחוק החדש, ולפיה: ""לא צריך להסתתר מאחורי טיעונים ביטחוניים. יש צורך בקיום מדינה יהודית". ראו בן

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

מחד גיסא, מדינת ישראל הִנה המקום שבו מממש העם היהודי את זכותו להגדרה עצמית. מסמכי היסוד של המדינה, כמו גם חוק־יסוד: כבוד האדם וחירותו, נותנים ביטוי מרכזי לאופייה של המדינה כמדינה "יהודית ודמוקרטית", וחוקי ההגירה שלה כלפי "זרים" מבטאים בבהירות את התפיסה של ישראל כמקום שבו ממומשת הזכות להגדרה עצמית של העם היהודי דווקא. הביטוי המובהק לקיומה של ישראל כמדינת לאום הוא חוק השבות.[106] מאידך גיסא, הסינתזה "יהודית ודמוקרטית" נושאת עִמה שורה של חובות כלפי אזרחיה של המדינה ותושביה "ללא הבדל דת, גזע ומין". ככל מדינת לאום,[107] גם ישראל נדרשת לפלס שביל בין הליברליזם ללאומיות.[108] השאלה המתחדדת אפוא היא זו: האם ערכי היסוד של המדינה "היהודית והדמוקרטית" מאפשרים לצמצם מטעמים דמוגרפיים את זכותם של אזרחיה הלא־יהודים של ישראל לבחור את בני זוגם ולהקים עמם משפחה במדינתם? מתן תשובה על שאלה זו מצריך הן הבנה של הסינתזה והן את יישומה בסוגיה שלפנינו.

הסינתזה המורכבת ("יהודית ודמוקרטית") זכתה לתשומת לב בפסיקה בשנים האחרונות.[109] פסיקה זו משרטטת בעיקרם של דברים שני תווים לסינתזה הזו. ראשית, מוכרת החובה להעניק שוויון זכויות מוחלט במישור זכויות הפרט – הזכויות המשותפות של האזרחות. שנית, חובה זו אינה חלה על מכלול הזכויות הקיבוציות.[110] וכך, המחויבות

אלוף ויועז יובל, "הממשלה תחמיר תנאי ההתאזרחות 'להבטחת רוב יהודי'", **הארץ – חדשות** (05.04.2005).

106. ראו הכרזת העצמאות; סעיף 1 לחוק־יסוד: כבוד האדם וחירותו; החוק החדש; חוק השבות. לדיון מקיף בחוק השבות ובהצדקות לו ראו אלכסנדר יעקובסון ואמנון רובינשטיין, **ישראל ומשפחת העמים: מדינת לאום יהודית וזכויות האדם** (שוקן, תשס"ג), 222-240; נעמה כרמי, **חוק השבות: זכויות הגירה וגבולותיהן** (אוניברסיטת תל־אביב, תשס"ד); חיים גנז, **מריבארד ואגנר עד זכות השיבה: ניתוח פילוסופי של בעיות ציבור ישראליות** (עתיד להתפרסם בהוצאת עם עובד, 2005), פרק ו: חוק השבות והגירה לישראל; יפה זילברשץ, "האזרחות: מהי ומה תהיה?", **מחקרי משפט** טז (תשס"א) 55.

107. לדיון נרחב בהסדרים השונים שבהם בחרה מדינת ישראל לעומת המקובל בקרב מדינות לאום אחרות, ראו (והשוו) יעקובסון, רובינשטיין וגנז (לעיל, הערה 106).

108. שם, שם. וראו גם Yael Tamir, *Liberal Nationalism* (Princeton University Press, 1996).

109. בג"ץ 6698/95 **קעדאן נ' מינהל מקרקעי ישראל**, פ"ד נד(1) 258 (להלן: בג"ץ **קעדאן**); ראו גם א"ב 11280/02 **ועדת הבחירות המרכזית נ' ח"כ טיבי**, פ"ד נז(4) 1 (להלן: א"ב **טיבי**); בג"ץ 4112/99 **עדאלה המרכז המשפטי לזכויות המיעוט הערבי בישראל נ' עיריית תל־אביב־יפו**, פ"ד נו(5) 393 (להלן: בג"ץ **עדאלה נ' עיריית תל־אביב־יפו**).

110. עמד על כך פרופ' זמיר, בקובעו כי "עקרון השוויון, המחייב דין שווה ליהודים ולא־יהודים, חל במישור הזכויות האישיות. נראה שאין הוא חל במישור הזכויות הקיבוציות". יצחק זמיר, **הסמכות המנהלית** (כרך א, נבו, תשנ"ו), 44. עמדה זו אומצה במפורש על ידי השופטת דורנר

לשוויון במשפט החוקתי של ישראל אינה חלה על הזכות הקיבוצית שעניינה קביעת הקריטריונים למדיניות ההגירה. לפי הפסיקה הקיימת שמורה לקהילת הרוב הסמכות ואולי הזכות לקבוע מסלולי הגירה שונים על פי השתייכות (או אי־השתייכות) לקהיליית הרוב הלאומית, וכן לקבוע תנאים שעל זרים לעמוד בהם בטרם יוכלו להתאזרח בישראל. בית המשפט העליון עמד על שני מרכיבי הסינתזה בפסק הדין שהוא מהחשובים שעסקו בשסע הלאומי בישראל – פרשת **קעדאן**:

> יהודים ולא־יהודים הם אזרחים שווי זכויות וחובות במדינת ישראל... משהוקמה המדינה, הרי היא נוהגת שוויון בין אזרחיה. מדינת ישראל היא מדינה יהודית אשר בתוכה חיים מיעוטים, ובהם המיעוט הערבי. כל אחד מבני המיעוטים החיים בישראל

בבג"ץ **עדאלה נ' עירית תל־אביב־יפו** (לעיל, הערה 109), בסעיף 6 לפסק דינה: "ככלל, עקרון השוויון בין יהודים לערבים חל על זכויות אישיות. לכלל זה יוצאים־מן־הכלל אחדים, ובהם ההכרה בשפה הערבית כלשון רשמית שנייה, לצד השפה העברית". להבהרת המושגים "זכויות הפרט" (או הזכויות המשותפות של האזרחות) ו"הזכויות הקיבוציות", ולדיון במקומן במשפט הישראלי, ראו אילן סבן, "הזכויות הקיבוציות של המיעוט הערבי־פלסטיני: היש, האין ותחום הטאבו", **עיוני משפט** כו (תשס"ב) 241, בעמ' 247-256. בתמצית, בעוד הזכויות המשותפות של האזרחות (זכויות הפרט) מוענקות לכל יחיד משום עצם אנושיותו ואזרחותו במדינה – קרי, במנותק מחברותו בכל תת־קבוצה חברתית כזו או אחרת – מצויות זכויות העשויות לעמוד ליחידים ולהתאגדויות דווקא משום השתייכותם הקבוצתית המיוחדת. זכויות אלו הן אותם הסדרים (מוסדיים ואחרים) מיוחדים, שקיומם חיוני לצורך איזון חולשתו ושבריריותו של המיעוט לנוכח לחציה של החברה הרחבה. זכויות אלו זכו למינוח "זכויות קיבוציות". הערת הבהרה נחוצה כאן שכן המינוח "זכויות קיבוציות" עלול להטעות. ראשית, יש פרקטיקות חברתיות מוגנות רבות הנעשות בהכרח בקבוצה, כגון זכות ההתאגדות וזכות ההפגנה, והן אינן זכויות קיבוציות. זכויות ההתאגדות וההפגנה עומדות **לכל אדם** באשר הוא אדם, בלא שום קשר להשתייכותו הקבוצתית. מנגד, "זכויות קיבוציות" הן כאמור אותן זכויות (וכן פטורים וחסינויות) המוענקות לבני אדם מסוימים **דווקא** משום השתייכותם לקבוצה מסוימת־מיוחדת. שנית, שלא כמה שעלול להשתמע משמן, רוב הזכויות הקיבוציות הן זכויות העומדות **ליחידי** אותן קהילות פגיעות, ולא לקבוצה כקבוצה. אמנם קיימות זכויות קיבוציות העומדות לקהילה (או למדינה) לבדה: דוגמה מרכזית היא זכות "ההגדרה העצמית" הנתונה למי שהוא "עם" (ורק למי שהוא עם) – אך אלו אינן הדוגמאות הרווחות. המונח "זכויות קיבוציות" עלול אפוא להטעות. לפיכך יש המעדיפים על פניו את המינוח "זכויות קבוצתיות" או "זכויות מיעוט", וקימליקה, שכתיבתו הייתה פורצת הדרך כאן, העדיף את המינוח "Group-Differentiated Rights". וראו: Will Kymlicka, *Multicultural Citizenship: A Liberal Theory of Minority Rights* (Clarendon Press, 1995), 45-48; Will Kymlicka, *Politics in the Vernacular: Nationalism, Multiculturalism, and Citizenship* (Oxford University Press, 2001), Ch. 1.

> נהנה משוויון זכויות גמור. אמת, מפתח מיוחד לכניסה לבית ניתן לבני העם היהודי (ראו חוק השבות, התש"י-1950). אך משמצוי אדם בבית כאזרח כדין, הוא נהנה מזכויות שוות כמו כל בני הבית האחרים.[111]

ודוקו: היעדרה של חובת שוויון בנוגע **למכלול** הזכויות הקיבוציות אין פרושה כי המדינה היהודית והדמוקרטית פטורה מחובות מצומצמות יותר בהקשר זה. זכויות קיבוציות נתונות למיעוט במשפט הישראלי, ויותר מזה, מחלקן אף לא ניתן לגרוע בלי לפגוע בכבודם של בני קהילת המיעוט הערבי־פלסטיני.[112] עם זאת, ההבחנה בין זכויות קיבוציות ובין זכויות הפרט (הזכויות המשותפות של האזרחות) נותרת חשובה; שהרי אם נמצא כי הזכות לזוגיות ולהקמת משפחה מצויה בקטגוריית זכויות הפרט, כי אז נהיה פטורים מלהתלבט באשר להחלתה באורח שוויוני על בני המיעוט הערבי. זכויות הפרט הרי קמות לכלל אזרחי המדינה; זו מחויבת ב"שוויון זכויות גמור" באשר להן. מהי אפוא הזכות להקים משפחה עם בחיר לב זר?

בית המשפט העליון נתן על כך תשובה ברורה בפסק הדין המנחה בעניין "איחוד משפחות" בין בני זוג – בג"ץ **סטמקה** – והרי היא:[113]

> ... לא יימצא לנו כל הצדק להעדיף יהודי היושב לבטח בארצו על־פני מי שאינו יהודי – שהראשון יוכל להקנות שבות לבן־זוג

---

111. בג"ץ **קעדאן** (לעיל, הערה 109), בעמ' 281-282. ראו גם א"ב **טיבי** (לעיל, הערה 109), בעמ' 41. לדיון מפורט, המעיד על כך שנושא שוויון הזכויות למיעוט הערבי היה חלק בלתי נפרד מהתפיסות הדומיננטיות בנוגע ל"מדינה היהודית" מלכתחילה, ועוד קודם להקמתה – ראו יעקובסון ורובינשטיין (לעיל, הערה 106), בעמ' 138-149.

112. זו נקודה העולה בבהירות מפסק דין הרוב בבג"ץ **עדאלה נ' עירית תל־אביב־יפו** (לעיל, הערה 109), פסק דין העוסק במעמדה של שפת המיעוט – הערבית. אחת הנקודות החשובות והחדשניות בפסק הדין נעוצה בכך שהנשיא ברק קושר את זכויותיו המיוחדות של המיעוט הערבי, להיותו מיעוט יליד, להבדיל ממהגר: "על רקע זה עשויה להתעורר השאלה הזו: מה מייחד את השפה הערבית, ומדוע דינה שונה מדינן של שפות אחרות – נוסף על העברית – אשר הישראלים דוברים אותה? האם אין נובע מגישתנו כי עתה יוכלו לבוא תושבים של ערים שונות, ובהם קבוצות מיעוט של דוברי שפות שונות, בדרישה כי השילוט בעירם יהיה גם בשפתם זו? תשובתי היא בשלילה, שכן לא הרי כל אותן שפות כהרי השפה הערבית. הייחוד של השפה הערבית הוא כפול: **ראשית** [ההדגשה במקור], הערבית היא שפתו של המיעוט הגדול ביותר בישראל, **החי בישראל מימים ימימה** [ההדגשה שלנו]. זוהי שפה הקשורה למאפיינים תרבותיים היסטוריים ודתיים של קבוצת המיעוט הערבית בישראל. זוהי שפתם של אזרחים, אשר חרף הסכסוך הערבי־ישראלי מבקשים לחיות בישראל כאזרחים נאמנים ושווי זכויות, תוך כיבוד לשונם ותרבותם ..." (שם, בעמ' 417-418). לדיון נרחב יותר בפסק הדין ראו אילן סבן, "קול (דו־לשוני) בודד באפלה?", **עיוני משפט** כז (תשס"ג) 109.

113. בג"ץ **סטמקה** (לעיל, הערה 2), בפסקה 25.

לא־יהודי ואילו אחרון לא יוכל. אם הסכמנו – ובכל־לב – לזכות שקנה כל יהודי – באשר־הוא־שם – לעלות ארצה, הוא ומשפחתו, נתקשה להסכים לזכות־יתר כי תינתן ליהודי, אזרח הארץ – לו, אך לא לאזרח הארץ שאינו־יהודי – לזכות בשבות לא־יהודי שהפך בן־זוגו בעוד הוא אזרח הארץ. כי נכיר בזכותו של יהודי אזרח ישראל לזכות את בן־זוגו הלא־יהודי בזכות־של־שבות, ובה־בעת נשלול זכות זו מאזרח ישראל לא־יהודי, נעשה מעשה חמור של הפליה ותכלית ראויה למעשה לא מצאנו. אמר בהקשר זה שר הפנים, **משה חיים שפירא**, בדיוני הכנסת על אודות הצעת חוק האזרחות, ד"כ 6 (תש"י) 2039:

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

בתמצית, זכותו של ישראלי – **כל** ישראלי – לזוגיות והקמת משפחה עם זר כפופה לחובת "שוויון זכויות גמור". התכלית הדמוגרפית – שכל כולה הבחנה בין קהילת אזרחים אחת ובין קהילת אזרחים אחרת על בסיס לאומי־אתני – פסולה היא אם כן ביחסים בין מדינה לאזרחיה.

על עמדה זו יש חולקים. עמדתה המאוחרת של המדינה אף פונה כאמור בדרך נוגדת זו. במאמרה על שלילת זכותם של פלסטינים לאיחוד משפחות כותבת פרופ' רות גביזון: "צידוקו [של החוק החדש] מעוגן בהיותו חלק מן המאמץ להמשך השימור של ישראל כמדינה שבה מממש העם היהודי את זכותו להגדרה עצמית, על רקע התנאים המתקיימים באזור בזמן הזה. ... מי שרוצה בפתרון יציב של שתי מדינות לשני עמים אינו יכול לדרוש הכרה בזכות של פלסטינים לאיחוד משפחות מפנים לגבולות [כך במקור] ישראל. באורח עקרוני, משפחות פלסטיניות אמורות להתאחד במדינתן, ואילו משפחות יהודיות יתאחדו בזו שלהן".[114] על כך משיב פרופ' חיים גנז את הדברים החשובים הבאים, שאותם אנו מאמצים:[115]

114. רות גביזון, "איחודי משפחות בשתי מדינות – צידוקו של התיקון לחוק האזרחות מעוגן בשימור זכות ההגדרה העצמית של העם היהודי", **ידיעות אחרונות – 24 שעות** (5.8.03)

11. יודגש כי לפי עמדתה המצוטטת של גביזון, הגבלת איחוד משפחות פלסטיניות במדינת ישראל אמורה לחול בד בבד עם הכרה בזכותם של הפלסטינים לאיחוד משפחות במדינתם הם. כידוע, מדינה פלסטינית טרם קמה.

115. גנז (לעיל, הערה 106), בסוף פרק ה.

> ואולם, מי שרוצה בפתרון יציב של שתי מדינות לשני עמים אפשר שגם אינו יכול לדרוש הכרה בזכות של פלסטינים להוליד ילדים בתוך גבולות ישראל. ברוח הדברים של גביזון הוא יכול לומר כי פלסטינים אמורים להוליד ילדים במדינתם, ואילו יהודים יולידו ילדים במדינתם שלהם... בניגוד לעמדת גביזון, הסבורה כי לזכות הבסיסית לקיים חיי משפחה לא נלווית זכות של אנשים לעשות זאת במקומות גידולם ובסביבה שלתוכה ארוגים חייהם, אני סבור כי יש להם זכות כזו, גם משפטית ובעיקר מוסרית – ממש כשם שיש להם זכות להוליד ילדים ולגדלם במקומות האלה, לרכוש השכלה במקומות האלה, לעבוד לפרנסתם במקומות האלה ולחיות חיים במקומות האלה. זכויות כאלה, זכויות האדם הבסיסיות, הן המגבלה הראשונה שצריך להחיל על אמצעי הויסות הדמוגרפי שמדינות רשאיות לנקוט בהם כדי לקדם באמצעותם את זכות ההגדרה העצמית של קבוצות אתנו־תרבותיות הנהנות במסגרתן מן הזכות הזו.

תשובתו של גנז מסייעת בדרך נוספת: גם מי שמגדיר את "התכלית הראויה" בדרגת הפשטה אחרת מזו שאנו נקטנו לעיל – ומכוח זאת מבקש להכשיר את התכלית הדמוגרפית – צפוי להיחסם במישור מידתיות האמצעים. במילים אחרות, גם מי שרואה את החוק החדש ברמת הפשטה גבוהה, היינו כחלק מהתכלית של שימור הרוב היהודי בישראל לשם מימוש אפקטיבי של זכות ההגדרה העצמית של העם היהודי, לא יוכל לקבל את האמצעים שנוקט החוק החדש. באמצעים אלו חוצה המדינה "קו אדום": היא פוגעת פגיעה עמוקה בזכויות יסוד של אזרחיה, והיא מפלה (מעשית) ביניהם על בסיס השתייכותם האתנית־לאומית.[116]

משטר ההגירה לישראל הִנו ייחודי, ובעל איזונים עדינים. יסודו – זכותו של כל יהודי לעלות לישראל ולהתאזרח בה מכוח שבות. זו זכות קיבוצית הניתנת ליהודים ואינה ניתנת לערבים. עד העת האחרונה נותרה העדפה זו במישור הזכויות הקיבוציות ולא גלשה לפגיעה (משפטית מפורשת) בשוויון במישור זכויות הפרט של אזרחי המדינה. ואכן שנים רבות נשמר השוויון בין אזרחים יהודים לאזרחים ערבים באשר ליכולתם להתאחד עם בני

116. להלן נקודה נוספת – עובדתית – באשר לתכלית הדמוגרפית. נקודה זו נוגעת לנתונים הממשיים של היקף איחודי המשפחות בין אזרחים ישראלים לפלסטינים תושבי השטחים בשנים שקדמו לקבלת החוק ומשמעותם. מטרת השמעת הנתונים היא לאתגר מכיוון נוסף, עובדתי, את "השד הדמוגרפי" הרודף חלקים כה רבים מקהילת הרוב. והנה, הנתונים שנמסרו לוועדת הפנים של הכנסת על ידי מר הרצל גדז', ראש מינהל האוכלוסין, מפרטים מספרים מצומצמים. נתונים אלה הושמעו בדיוניה של הוועדה לקראת קבלת החוק החדש. ראו **פרוטוקול הישיבה** (לעיל, הערה 9). מ-1993 ועד סוף 2001 הוגשו על־ידי אזרחי ישראל 22,414 בקשות לאיחוד משפחות – בממוצע 2,490 בקשות בשנה. 16,007 מהן אושרו; 1,779 בממוצע בשנה.

זוגם במדינתם. בכך נמצאה הגנה לחוק השבות מאגפו: מצב דברים זה גונן על חוק זה מפני טענת העדפה גזענית. לשון אחר, כל עוד זרים כלשהם רשאים להגר לישראל עקב קשירת גורלם באזרח או תושב המדינה, ההעדפה שמבצע חוק השבות הנה בעייתית פחות – עניינה "זרים" וזכויות קיבוציות, להבדיל מהפליה בזכויות המשותפות של האזרחות. לפיכך הוקל הלחץ על תפריה של הסינתזה הישראלית המגובשת במושג "מדינה יהודית ודמוקרטית". כל זה השתנה שינוי מהותי בעקבות החוק החדש. מחוקקי חוק האזרחות החדש, בכניעתם לרטוריקת הביטחון בכל מחיר, ואולי גם – דבר חמור הרבה יותר – במניעם הדמוגרפי לחוק, פגעו בלגיטימיות של אבן הפינה הזו. ביסוד החוק החדש עומדת, כך נראה, התעלמות מעובדת יסוד אחת: אזרחי מדינת ישראל הערבים אינם חיים כאן במעמד חלקי כלשהו, מכוח תקלה היסטורית. הם אזרחים במלוא מובן המילה, במדינה המצהירה על עצמה כדמוקרטית; הם ילידיה של הארץ, המדינה היא מדינתם, זיקותיהם האישיות והקולקטיביות נעוצות בה.

מצאנו אפוא כי חוק האזרחות והכניסה לישראל (הוראת שעה) אינו חוקתי: הוא מתנגש בזכויות המוגנות מכוח חוק־יסוד: כבוד האדם וחירותו, בלא שיעמוד בתנאיה של "פסקת ההגבלה".

5. תזכיר החוק לתיקון חוק האזרחות והכניסה לישראל[117]

בחודש ינואר 2004 תם הדיון בבית המשפט העליון בשבתו כבית המשפט הגבוה לצדק. שלושה עשר שופטים שמעו את טענות הצדדים, ואולם הכרעה בעתירות גופן לא ניתנה.

ב-18 ביולי 2004 פורסם צו האזרחות והכניסה לישראל (הוראת שעה), תשס"ד-2004, המאריך את תוקף החוק עד 5 בפברואר 2005. בד בבד הודיעה פרקליטות המדינה לבית המשפט בעתירות הנזכרות, כי הממשלה מכינה בדחיפות תיקון לחוק שימתן את חומרתו. בהחלטת ביניים, מ-14 בפברואר 2004, שעה בית המשפט להבטחת המדינה, וקבע כי "הגענו לכלל מסקנה כי מן הראוי הוא שפסק דיננו יינתן על בסיס המציאות הנורמטיבית החדשה אשר תיווצר תוך פחות מחודשיים".[118] עוד הוסיף בית המשפט את ההערה הלא שגרתית הזו: "משותפת לכולנו ההכרה כי העיון מחדש עליו החליטה הממשלה צריך לבחון באופן יסודי ביותר את הבעיות שהחוק מעורר ואשר מצאו ביטויין בעתירות שלפנינו. החוק שלפנינו, על דעת כולנו, אינו חוק 'מן המניין'. הוא מצדיק התייחסות מיוחדת".[119]

היועצת המשפטית של משרד הפנים ישבה על המדוכה ובדצמבר 2004 פרסמה המדינה תזכיר חוק הבא לתקן את התיקון. תזכיר זה אכן כולל שינויים מסוימים, ומכיוון ששינויים אלו עשויים למצוא דרכם לחקיקה, מצאנו לנכון לנתחם כאן בקצרה. יוקדם וייאמר כבר עתה כי עיון בשנויים אלו מביא לכלל מסקנה כי הם אינם מסירים מן החוק את אי־חוקתיותו.

---

117. תזכיר חוק לתיקון חוק האזרחות והכניסה לישראל (הוראת שעה) (תיקון), תשס"ה-2004.

118. סעיף 3 להחלטה מ-14 בדצמבר 2004 בבג"ץ 7052/03 **עדאלה נ' שר הפנים** ובבג"ץ 8099/03 **האגודה לזכויות האזרח נ' שר הפנים** (לעיל, הערה 6). ראו: [URL:http://www.court.gov.il].

119. שם, בסעיף 5.

שלושה הם עיקרי התיקון המוצע בתזכיר: (א) הרחבת סמכויות מפקד האזור לתת לתושב האזור היתר שהייה בישראל לתקופה העולה על שישה חודשים; (ב) הרחבת סמכויות מפקד האזור להעניק לתושב האזור היתר שהייה לשם מניעת הפרדה בין בני זוג מעל גילאים מסוימים; (ג) קביעה בחוק כי לא יינתן היתר שהייה גם בהתקיים אותם טעמי הענקה, אם לדעת גורמי הביטחון בן משפחתו של תושב האזור עלול להוות סיכון בטחוני למדינת ישראל. להלן הסעיף המרכזי בהצעת התיקון – סעיף 2 להצעה – שזו לשונו:

במקום האמור בסעיף 3 לחוק, יבוא:

על אף הוראות סעיף 2

(1) רשאי מפקד האזור לתת לתושב האזור היתר לשהייה בישראל –

(א) למטרה זמנית – לתקופה מצטברת שלא תעלה על שישה חדשים;

(ב) למטרת עבודה בישראל;

(ג) לשם מניעת הפרדת תושב אזור מעל גיל 35 מבת זוגו השוהה בישראל כדין;

(ד) לשם מניעת הפרדת תושבת אזור מעל גיל 25 מבן זוגה השוהה בישראל כדין;

(ה) לשם מניעת הפרדת ילד עד גיל 12 מהורהו השוהה בישראל כדין;

(ו) לשם טיפול רפואי;

(2) לא ינתן היתר לשהייה בישראל לפי סעיף קטן (1) (א)-(ד) לתושב אזור, אם בהתאם לחוות דעת גורמי הביטחון קבע שר הפנים כי הוא או בן משפחתו עלולים להוות סיכון בטחוני למדינת ישראל; בפיסקה זו, "בן משפחה" – בן זוג, וכן הורה, ילד, אח, ואחות – ובני זוגם;...

התיקונים המוצעים אינם זניחים. עם זאת, חלק משמעותי מבעיותיו של החוק נותר בעינו ובנקודות מסוימות התיקונים אף מוסיפים לחוק בעיות חדשות.

ראשית, התיקון המוצע ממשיך ושולל כל שיקול דעת מהרשות המבצעת, פרט לחריגים המצומצמים המנויים בחוק במפורש. כפי שקבע בג"ץ בפרשת איגוד העיתונאים שהוזכרה לעיל,[120] הבדיקה הפרטנית של כל אדם, ואיתור סכנה הנשקפת ממנו כתנאי לפגיעה בו – היא חיונית לחוקתיותו של האמצעי הנבחר. התיקון המוצע בתזכיר מותיר על כנה את הפגיעה הגורפת בכל הזוגות שבהם בת הזוג הפלסטינית היא מתחת לגיל 25 או בן הזוג הפלסטיני הוא מתחת לגיל 35.

שנית, גם באשר לאלו המצויים בתחום "הגיל המטיב", הצעת התיקון מבקשת להוסיף לחוק חזקה חלוטה, ולפיה תסורב שהייתם בישראל של פלסטיני/ת תושב/ת האזור אם "חוות דעת גורמי ביטחון" קובעת כי מי מבני משפחתו "עלולים להוות סיכון ביטחוני למדינת ישראל". משמע, התיקון המוצע מבקש להותיר על כנו את ביטול עקרון החפות ועקרון האחריות האישית. הוא מבקש לפגוע בזכויות יסוד של אדם אך בשל הקשר המשפחתי שלו לאחרים, קשר שאינו תלוי בבחירתו אישית ושאין הוא יכול לשנותו. חזקה חלוטה זו מתגבשת גם באין כל מידע הקושר את האדם עצמו למעשים המיוחסים לקרוביו, ואפילו אם אין לאדם כל קשר עם "קרובו המסוכן".[121]

120. ראו לעיל, הערה 92.

121. בדונו בסמכות המפקד הצבאי לתחום אדם לאזור מגורים, דרש בית המשפט כי בידי הרשות

וכך, בכל האמור בזוגות בלא ילדים,[122] אם יבקש בן הזוג הישראלי להיוותר במדינתו, הרי על בני הזוג תיכפה – בלא מנוס – היפרדות. זאת, אם גיל בן הזוג תושב השטחים הוא פחות מ-35 לגבר, ופחות מ-25 לאישה. דברי ההסבר המלווים את התזכיר לא מציעים כל הנמקה, קל וחומר תשתית עובדתית, המצדיקים את תנאי הגיל, ואת הקביעה בדבר הגילאים הספציפיים (25 ו-35). הצעה זו פותחת אפוא פתח לטענות הפליה מחמת גיל ועל בסיס מגדר, מבלי שהיא מספקת ראשית הצדקה לכינונן.

יודגש כי חריג "הגיל המטיב" מועיל למעט מהזוגות הרלוונטיים לענייננו. גיל הנישואין החציוני של מוסלמים בישראל עומד על 20.4 לנשים ו-25.6 לגברים,[123] וקשה להניח כי גיל הנישואין החציוני של פלסטינים תושבי השטחים הנישאים לבני זוג ישראלים יהיה גבוה במידה ניכרת מהנתונים הנזכרים. אכן, דווקא בחירת הגילאים – על רקע גיל הנישואין החציוני – מחזקת את החשד שהוזכר לעיל, בדבר המניע הדמוגרפי הסמוי המלווה את החוק (לרבות 'היוזמה' לתיקונו).[124]

זאת ועוד: המעבר לשימוש בקריטריון הגיל מציב את הנימוק שסיפקה המדינה לעצם הצדקת החוק – החשש כי בני הזוג תושבי האזור יהיו נתונים ללחץ שכן הותירו בני משפחה באזור – באור מוזר. האם גברים צעירים מגיל 35 נתונים ללחץ מוגבר? האם נשים צעירות מגיל 25 נתונות ללחץ מוגבר?[125]

יהיה מידע שממנו ניתן להסיק מסקנה סבירה על "מסוכנותו" של האדם הספציפי אשר כלפיו מופעלת הסמכות. ראו בג"ץ 7015/02 **עג'ורי נ' מפקד כוחות צה"ל בגדה המערבית**, פ"ד נו(6) 352 (להלן: בג"ץ **עג'ורי**). הגיונה של הפסיקה, כך נראה, עומד גם כנגד יצירת החזקה בתזכיר שלפנינו.

122. בכל הנוגע לזוגות עם ילדים, הרי התיקון מחזק את הפרשנות שהצענו לעיל. הוא מבהיר באמצעות סעיף קטן (1)(ה) לתזכיר, כי מפקד האזור "רשאי לתת לתושב האזור היתר שהייה... לשם מניעת הפרדת ילד עד גיל 12 מהורהו השוהה בישראל כדין". זאת כאשר ברור לחלוטין מהסעיפים הקטנים האחרים הסמוכים לחריג זה, כי "הורהו השוהה בישראל כדין" של הילד, הוא בן הזוג או ההורה שהוא אזרח או תושב ישראל. ראו סעיפים קטנים מוצעים (1)(ג)-(ד) לתזכיר, שצוטטו לעיל.

123. ראו הודעת הלשכה המרכזית לסטטיסטיקה: [URL:http://www.cbs.gov.il/hodaot2004/ 01_04_202.doc].

124. בתזכיר אמנם מעריך משרד הפנים כי השינוי שהוא מציע בסוגיית הגילאים עשוי להועיל למעט יותר מרבע ממבקשי איחוד המשפחות, אולם מספר זה מבוסס, מן הסתם, על ההנחה שזוגות רבים אשר חיים כבר שנים בישראל יוכלו כעת להגיש בקשות מאחר שבינתיים הספיקו לעבור את מגבלת הגיל האמורה.

125. לטענת גורמי הביטחון קריטריון הגיל משמש את כוחות הביטחון ככלי עזר המאפשר חיזוי מידת הסיכון הנשקפת מאדם פלוני. אולם יש לזכור כי המדינה לא טענה כי בני הזוג המתאחדים מהווים סכנה משום שהם עצמם שואפים להצטרף למאבקם של ארגוני הטרור. קיים יסוד סביר להניח שדווקא בן זוג המתאחד עם אזרח ישראלי ירצה לבסס בישראל חיים שקטים. ככל שהנחה זו אינה מבוססת, הרי בידי הרשויות היכולת לבצע בדיקה פרטנית, ועל בסיס מידע ספציפי בסמכותן לסרב לבקשת האיחוד.

'בני המזל' שגילם מכפיפם לחריג "הגיל המטיב" ניצבים לפני משוכה נוספת. הם עלולים שלא לזכות בהיתר שהייה מטעם ביטחוני. זאת גם אם לא מוכח – בשום דרגת ממשות סבירה – כי נשקפת מהם עצמם סכנה. די בכך, ש"בהתאם לחוות דעת גורמי הביטחון קבע שר הפנים כי... בן משפחתו [של תושב האזור]" עלול "להוות סיכון בטחוני למדינת ישראל". במילים אחרות, הממשלה מבקשת בתיקון החוק ליצור חזקה – שאיננה ניתנת לסתירה – של "מסוכנות מחמת קרבה משפחתית". בכך נמשך הוויתור על מרכיב האחריות וה"מסוכנות" האישית; וזאת אף כלפי קטגוריה של בני אדם שהיא עצמה מראש הגדירה כמסוכנים פחות לאור גילם. די אם נבצע תרגיל מחשבתי שבו נחיל חזקת "מסוכנות משפחתית" שכזו כלפי יהודים, כדי להיווכח עד כמה היא גורפת.[126] זאת ועוד, הסתמכות כמעט מוחלטת בהצעת התיקון על "חוות דעת גורמי הביטחון" – שאין כל הגדרה בחוק בדבר מהותם או הפניה לזהותם – במקום המנגנון הרגיל של היוועצות בהפעלת שיקול הדעת – יוצרת מנגנון חדש ומדאיג ביותר של העברת סמכויות וכוח בחקיקה ל"גורמי ביטחון" עלומים.

לא זו אף זו, ככל שהייתה לשר הפנים הסמכות להעניק רשיון ישיבה לפונים העומדים בחריגים המצומצמים שהוגדרו בחוק, הרי על פי התזכיר סמכות זו תבוטל. הסמכות היחידה המוזכרת בהצעת התיקון היא זו של מפקד האזור להעניק היתרי שהייה.

עוד אין לשכוח, כי אם יתקבל התיקון המפורט בתזכיר עדיין מדובר בחוק ראשון מאז קבלת חוק־יסוד: כבוד האדם וחירותו, שבו מאשרת הכנסת חקיקה ראשית אשר תוצאתה מפלה בעליל בין אזרחי ישראל על רקע אתני־לאומי.

ניתן היה לסיים כאן את דיוננו, אלא שבחרנו להראות עוד שתיים. תחילה נתייחס התייחסות קצרה למשפט החוקתי ההשוואתי שעניינו איחוד משפחות. נבחן את עמדתן של כמה מדינות כלפי טעמים ביטחוניים וטעמים דמוגרפיים, ונשאל עד כמה התרחש בהן שינוי מהותי בעקבות הפיגועים החמורים בארצות הברית ובספרד בשנים האחרונות. לאחר מכן נבקש להראות כי החוק מפר גם את דרישותיו של המשפט הבינלאומי – דרישות שברגיל הן מחמירות פחות עם המדינה מאלו שמטיל עליה משפטה החוקתי הפנימי.

ה. הערה קצרה בנוגע למשפט החוקתי המשווה בתחום איחוד המשפחות

ביקשנו לבדוק כיצד מדינות דמוקרטיות אחרות מסדירות את הזכות לאיחוד משפחות בין אזרחיהן/ תושביהן ובין בני זוג זרים. הבדיקה מתמקדת בהווה – משמע לאחר שגם מדינות אלו נחשפו בחריפות לסכנת הטרור הבינלאומי, שהכה בשתיים מהן – ארצות הברית וספרד – בעצמה מעוררת חלחלה. התבוננו בהקשר זה בשתי "הנחיות" של האיחוד האירופי, ובדין של שתיים ממדינות האיחוד: הממלכה המאוחדת (UK) ודנמרק; ובחנו גם את הדין בארצות הברית.

126. על פי דיווחי העיתונות בנו של הרוצח ברוך גולדשטיין התקבל לקורס טיס בחיל האוויר. ראו: [URL:http://www.nrg.co.il/online/archive/ART/492/285.html]. כאן, ובצדק, לא עלה על הדעת לפקוד עוון אבות על בנים.

לעניין **משפט האיחוד האירופי**, הדירקטיבה הרלוונטית ביותר לענייננו התקבלה באחרונה, ב-29 באפריל 2004.[127] דירקטיבה זו מסדירה במישרין את הסוגיה המיוחדת יותר של איחוד המשפחות של אזרחי האיחוד האירופי העוברים ממדינה חברה אחת למדינה חברה אחרת (2004/58/EC),[128] ואולם אחת הנקודות הבולטות לענייננו היא שאת זכות הכניסה והמגורים שהיא מעניקה לאזרחי המדינות החברות ולבני משפחותיהם, היא מעניקה בין שבני המשפחה הנם אזרחי מדינה החברה באיחוד האירופי **ובין שהם אזרחי "מדינה שלישית"** (שזו הסיטואציה האנלוגית לענייננו). ההנחיה מאפשרת את שלילת חופש הכניסה והמגורים של בני משפחתו של האזרח (ושלו עצמו) על בסיס טעמי ביטחון, בריאות ותקנת הציבור (public policy, public security or public health),[129] ואולם מודגש כי איסור כניסה על בסיס נימוקים אלה **ייעשה במידתיות ועל בסיס אינדיבידואלי בלבד**.[130] כן נדרש כי האיום הנשקף מאותו אדם יהא איום מוחשי וממשי על אינטרס יסודי של החברה (genuine, present and sufficiently serious threat affecting one of the fundamental interests of society).[131]

אשר לדין הפנימי במדינות אירופיות, בחרנו לבחון את הדין הקונקרטי **בממלכה המאוחדת** (UK), וזאת משום שדין זה מסדיר גם את סוגיית איחוד המשפחות בצפון אירלנד. הסיטואציה הדמוגרפית המלווה את סכסוך הדמים בצפון אירלנד דומה לזו של

---

127. דירקטיבה, או הנחיה, היא אחד המקורות המשפטיים המחייבים של האיחוד האירופי. מדובר לרוב בחקיקת מסגרת המורה יסודות מסדירים לסוגיה מסוימת, ומציבה לוח זמנים לחלותה על המדינות החברות באיחוד (הצריכות עד אותו מועד להתאים את דינם אליה באופן מלא). למדינות נותר כאן מרחב תמרון מסוים בנוגע לפרטי ההסדר שייקבעו על פי יסודות המסגרת, וכן בנוגע לשאלת המדרגה הנורמטיבית שבה ייקבע הדין הפנימי התואם את ההנחיה (חוקה, חוק או חקיקת משנה).

128. הנחיה זו מתקנת הנחיות אירופיות קודמות באותו עניין. תאריך היעד למילוי החובות הקבועות בהנחיה על ידי כלל מדינות האיחוד (למעט שלוש מדינות שהוחרגו כאן באופן נדיר: דנמרק, בריטניה ואירלנד) הוא אוקטובר 2005. להנחיה ראו: [URL:http://europa.eu.int/eur-lex/lex/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:32004L0038R(01):EN:HTML].

129. שם, Article 27.

130. "based exclusively on the personal conduct of the individual concerned". וכן: "Justifications that are isolated from the particulars of the case or that rely on considerations of general prevention shall not be accepted". ראו לעיל, הערה 128.

131. בצד דירקטיבה זו מצויה דירקטיבה נוספת, פחות רלוונטית לנו, שעניינה איחוד משפחות של **מהגרים לאירופה** שהם בעלי אשרות ישיבה של למעלה משנה עם בני זוגם ומשפחתם שמחוץ לאירופה (2003/86/EC), ראו: [URL:http://europa.eu.int/eur-lex/pri/en/oj/dat/2003/l_251/l_25120031003en00120018.pdf]. דיון בדירקטיבה זו חורג מהיקפו המתוכנן של המאמר. נסתפק בכך שנאמר כי אפילו כאן בולט בהיעדרו השיקול הדמוגרפי וניכרת אי־הנכונות להסתפק בחששות ביטחוניים 'כלליים' המופנים כלפי קטגוריה קבוצתית־אתנית של בני אדם כבסיס להגבלת הזכות לאיחוד משפחות עמם.

ישראל, והיא אף דרמטית ממנה. גם שם מופיע משולש יחסים מורכב בין מיעוט, מדינת עמו ומדינת אזרחותו, אלא שהיחסים הדמוגרפיים בין מיעוט ורוב בצפון אירלנד מעוררי דאגה הרבה יותר מנקודת ראותו של הרוב, בהשוואה למצב בישראל. צפון אירלנד מכילה שתי קהילות עיקריות: רוב הנהנה מיתרון מספרי קטן (כ-53% על פי אומדני אמצע שנות ה-90), שהוא פרוטסטנטי בדתו ובריטי בלאומיותו, ומיעוט גדול (כ-43% על פי אותם אומדנים), שהוא קתולי בדתו ואירי בלאומיותו.[132] המיעוט הקתולי־אירי חתר וחותר בדרכים שונות, ובכלל זה באלימות ברוטלית, לאיחודו של האי האירי. מסגרת היחסים הבין־קהילתיים מצאה מרגוע חלקי מאז הסכם בלפסט מ-1998 – הסכם השלום בין הצדדים השונים לסכסוך בצפון אירלנד. עם זאת, יחסי הכוח הדמוגרפיים בצפון אירלנד ממשיכים להיות בעלי משמעות קרדינלית, משום שבהסכם בלפסט נקבע מנגנון להכרעה עתידית בנוגע למעמדה של צפון אירלנד. אם יתגבש רוב במשאל עם בקרב תושבי צפון אירלנד אשר יהיה בעד איחוד עם הרפובליקה האירית, כי אז יאוחד האי. (ואכן, הן בריטניה והן אירלנד תיקנו הוראות דין יסודיות שלהן, כך שתולדה זו אכן תתגבש מיד עם קבלת הכרעה שכזו.) והנה, למרות המשמעות הדמוגרפית הקריטית, בכל שנותיה של צפון אירלנד – למן הקמתה ב-1921 כחלק מהממלכה המאוחדת – השיקול הדמוגרפי לא היה מעולם חלק ממדיניות איחוד המשפחות שם. יתרה מזו, הסכם בלפסט מכיר בזכות של פרטים בצפון אירלנד לתבוע אזרחות בריטית או אירית או את שתיהן, כחלק מזכותם שמלידה (Birthright).[133]

ב-1 באוקטובר 2004 נכנסו לתוקף כללים עדכניים בדבר איחוד משפחות בממלכה המאוחדת.[134] כללים אלו מתייחסים הן לאיחוד עם בני זוג זרים והן לאיחוד עם ילדים. לצד מגבלות כלליות שונות מצויה ההגבלה הכללית הנוגעת לסכנה לביטחון הציבור או לשלום הציבור הנשקפת מבן הזוג שעמו מתבקש איחוד המשפחות. הדין החולש על הפעלת שיקול הדעת על פי דין זה דורש בדיקה פרטנית, מתן זכות טיעון וייצוג, הסתמכות על ראיות מוצקות, חובת הנמקה וזכויות ערעור, כחלק מהזכות להליך הוגן.[135]

אשר **לארצות הברית**, החוק המסדיר את סוגיית ההגירה ובכלל זה את איחוד המשפחות הוא INA — Immigration & Nationality Act.[136] אחרי האירועים הטראומטיים של ה-11

---

132. John Darby, *Northern Ireland: Managing Difference* (Minority Rights Group, 1995), pp. 10-11.

133. Geoff Gilbert, "The Northern Ireland Peace Agreement, Minority Rights and Self-Determination", 47 *Int'l. Comp L. Q* (1998) 943, p. 945; וראו גם: Brian Thompson, "Transcending Territory: Towards an Agreed Northern Ireland", 6 *International Journal on Minority and Group Rights* (1999) 235, p. 250.

134. הם מופיעים באתר הרשמי של משרד הפנים הבריטי, ראו: [URL:http://www.ind.homeoffice.gov.uk/ind/en/home/laws___policy/immigration_rules/introduction.htm].

135. ראו: Special Immigration Appeals Commission (Procedure) Rules 2003, SI 1034, s. 33 & 44; וכן *Zia v. Secretary of State for the Home Department*, Imm AR 404 (1993).

136. ראו: [URL:http://uscis.gov/lpBin/lpext.dll/inserts/slb/slb-1/slb-21?f=templates&fn=document-frame.htm#slb-act].

בספטמבר 2001 חוקק ה-USA Patriot Act,[137] שהכניס תיקוני חקיקה רבים, שתכליתם מאבק אפקטיבי יותר בטרור. החוק מכיל פרק הנוגע להגירה, ומקשיח את חוקי ההגירה, לרבות הרחבת סמכויות הסירוב של רשויות ההגירה. והנה אין בחוק התייחסות מיוחדת, קל וחומר מחמירה, בנוגע לזכות לאיחוד משפחות הנתונה לאזרח או תושב ארצות הברית.[138]

לעומת דוגמאות השוואתיות אלו, בולטת **דנמרק** בעמדתה המצטיירת כמונעת משיקולים דמוגרפיים. הדין המסדיר את איחוד המשפחות מופיע בסעיף 9 ל-Aliens Act.[139] הוא מתייחס הן לבקשות לאיחוד משפחות של אזרחים, והן לבקשות של מי שקיבל אשרת תושבות כפליט או מי שקיבל אשרת תושב לפני למעלה מ-3 שנים. העמדה השנויה במחלוקת, המופיעה בסעיף 9, אינה מזכירה את השיקול הדמוגרפי־אתני במפורש בחוק, אך היא כוללת שתי דרישות המובילות בכיוון זה.

ראשית, בדומה לתזכיר לתיקון החוק הישראלי, מציב החוק הדני דרישת גיל מינימלית למבקשים איחוד משפחות, ומעמידה על 24 שנים.[140] אך שלא כהצעה הישראלית, הרציונל הניתן לדרישה זו בדברי ההסבר לתיקון החוק, הנו מאבק הן ב"נישואים כפויים" והן בנישואי נוחות שמטרתם לנצל לרעה את ההסדר של איחוד המשפחות.[141] דרישת הגיל המינימלי מכילה הטיה אתנית, ולו במישור התוצאתי, שכן גיל הנישואין החציוני האופייני בקרב קבוצות מהגרים מסוימות נמוך מ-24, ואילו גיל הנישואין החציוני בקרב כלל אזרחי דנמרק הוא גבוה בהרבה.[142]

---

137. ראו: [URL:http://www.aclu.org/SafeandFree/SafeandFree.cfm?ID=12251&c=207]. (הסעיפים הרלבנטיים להגירה מופיעים החל בעמ' 75 למסמך); וראו גם: Richard A. Boswell, "Racism and U. S. Immigration Law: Prospects for Reform After 9/11?", 7 *Journal of* Gender, *Race & Justice* (2003) 315.

138. ערים אנו לכך שבפועל, כפי שמדווחים עורכי דין העוסקים בתחום איחוד המשפחות בארצות הברית, חלה הקשחה בתנאי הבדיקה הפרטניים של כל בקשה ובקשה, הקשחה המאריכה את משך העיסוק בבקשות. עם זאת, ארצות הברית נמנעה במובהק מלשלול באופן גורף שיקול דעת, כפי שנעשה הדבר בישראל.

139. ראו: [URL:http://www.inm.dk/imagesUpload/dokument/aliens_act_amending.pdf].

140. שם, בסעיף 9(l)(i) לחוק.

141 במסמך מספר: 2001/7310-81, בעמ' 38, סעיף 7.1 לדברי ההסבר. ראו: [URL:http://www.inm.dk/imagesUpload/dokument/aliens_act_amending.pdf].

142. גיל הנישואין בדנמרק עומד על 29.6 שנים בממוצע לנשים (טבלה מספר 4, בעמ' 39), ראו: [URL:http://www.coe.int/T/E/Social_Cohesion/Population/Demographic_Year_Book/2003_Edition/04%20Country%20Data/Member%20States/Denmark/Denmark%20General%20Pageasp.].

בהקשר זה יצוין כי מבלי להמעיט בביקורת שניתן למתוח על ההסדר הדני, ההסדר שהוצע בתזכיר הצעת החוק המתקן בישראל קשה הרבה יותר. כזכור, התזכיר מתיר איחוד משפחות כאשר גיל הגבר הנו 35 וגיל האישה 25. בהתחשב בכך שגיל הנישואין החציוני של פלסטינים תושבי ישראל או ה"אזור" נמוך במידה ניכרת (כמוזכר לעיל), ייאלצו רבים לעמוד לפני הברירה האכזרית המוזכרת במאמר זה שנים רבות.

שנית – וזהו המרכיב שבעייתיותו רבה יותר – הזכות לאיחוד משפחות תוכר רק אם זיקתם של שני בני הזוג לדנמרק היא זיקה חזקה יותר מזיקתם למדינה אחרת.[143] זהו תנאי שקשה לעמוד בו בסיטואציה של איחוד משפחות, שכן תכופות מחצית הזיקה המשולבת של בני הזוג נוגעת לזיקתו של בן הזוג הזר למדינה הזרה.[144] דברי ההסבר של המחוקק הדני לדרישת "הזיקה המוגברת" לדנמרק אינם מסתירים טעם מרכזי לדרישה הנזכרת, והוא הרצון לצמצם את ההגירה בנתיב איחוד המשפחות עם בני זוג ממדינת האם, שכן היא פוגעת בתהליכי האינטגרציה של המהגרים בחברה הדנית. על פי הטענה, מספר מקבלי המעמד מכוח איחוד משפחות הולך ועולה, שכן כ-48% מהמהגרים ומהדור השני להגירה ממשיכים להינשא לזרים ממדינות המוצא שלהם. לדרישה מחמירה זו נקבעו שני חריגים, וגם הם מגלים הטיה אתנית. החריג הראשון לדרישת הזיקה המוגברת הוא שהמבקש נולד וחי בדנמרק; החריג החלופי, החל על מי שאינו יליד, הוא שהמבקש את איחוד המשפחות הוא אזרח או תושב דנמרק זה למעלה מ-28 שנים.[145] איננו מבקשים להרחיב עוד בתיאור הדין הדני. על המגבלות והבעיות הנזכרות נמתחה ביקורת קשה בדנמרק ומחוצה לה, לרבות זו של נציב זכויות האדם של מועצת אירופה, בדין וחשבון מפורט שעסק בכך.[146] נדגיש רק עוד זאת: אפילו חוק בעייתי זה עדיין מאפשר לרשות שיקול דעת לפעול אחרת "כאשר הדבר מתחייב בשל נסיבות יוצאות דופן".[147] הסדר זה – אשר מחייב בחינה אינדיבידואלית של כל מקרה על פי נסיבותיו – נעדר מהחוק הישראלי.

הממצאים העולים מסקירה השוואתית קצרה זו הם אלו: (א) דיני ההגירה הוקשחו בחלק מהחברות המערביות בעקבות סכנת הטרור, ואולם מגמה זו פסחה (במדינות שאותן בחנו, למעט דנמרק) על דיני איחוד המשפחות, שגרעינם נוגע כזכור לאזרחים/תושבים, להבדיל ממהגרים; (ב) השיקול הביטחוני כטעם להגבלת איחוד משפחות עם זר הנתפס כנושא סיכון, נותר כבעבר כפוף לבדיקה פרטנית; (ג) מבין המדינות שבחנו, השיקול הדמוגרפי מופיע בבהירות רק בדנמרק, ועל כך נמתחת על דנמרק ביקורת רבה. מכל מקום גם בדנמרק שיקול זה מופיע בהתייחס לזכות לאיחוד משפחות של יחידים השייכים **לקבוצות הגירה**; הוא לא עוסק בזכותם של יחידים המשתייכים לקהילת מיעוט ילידה.

---

143. ראו ה-Aliens Act (לעיל, הערה 139), בסעיף 9(7) לחוק.

144. אין בידינו נתונים בדבר אופן בדיקת אותה זיקה. אם אמנם כלל בדיקת הזיקה הנו טכני, המתבסס על מוצא לאומי או אתני, כי אז תנאי זה מפלה בעליל. עם זאת, ייתכן כי בדיקת הזיקה כוללת בדיקה לגופו של עניין – האם למועמד זיקה עצמאית לדנמרק (או למדינה שלישית). במצב עניינים זה ניתן לפרש את הוראת החוק כפוגענית פחות מההסדר הגלום בחוק הישראלי, המושתת על תושבות פורמלית ב"אזור" כחסם לאיחוד משפחות.

145. ראו ה-Aliens Act: [URL:http://www.udlst.dk/english/Family+Reunification/Spouses/Default.htm].

146. ראו: CommDH(2004) 12; ראו: [URL:http://www.coe.int/T/E/Commissioner_H.R/Communication_Unit/Documents/By_year/2004/index.asp#TopOfPage].

147. ראו ה-Aliens Act (לעיל, הערה 139), בסעיפים 9(8)-9(3) לחוק.

ו. הזכויות למשפחה, התאזרחות ושוויון: עמדת המשפט הבינלאומי

בגרסה המוקדמת של מאמר זה, אשר ראתה אור ב**הארת דין**,[148] דנו בפירוט בעמדת המשפט הבינלאומי כלפי הזכות למשפחה, עקרון השוויון וכללי ההתאזרחות. בגרסה זו – הדנה גם בהתפתחויות מאז הפרסום דנן – החלטנו לצמצם מעט את הדיון במשפט הבינלאומי, אך פטור בלא כלום אי־אפשר.

במשפט הבינלאומי אין מוטלת חובה כללית על מדינה לאפשר הגירת מאן־דהו אליה, אך הטלת הגבלה על אזרח הנישא לזר פוגעת בזכות היסוד של אזרחיה שלה לחיי משפחה כמו גם בחובת המדינה לאפשר לאזרחיה לחיות במדינתם.[149] בנוסף, על מדיניות ההגירה של המדינה לעלות בקנה אחד עם מחויבותה להגן על זכויות הילד, הגנה המעוגנת מפורשות במשפט הבינלאומי.[150] זאת ועוד, חובת המדינה לשמור על זכויות אלו כוללת בחובה את החובה לשמור על זכויות אלו באופן שוויוני, היינו שלא לפגוע בשוויון הזכויות

148. **הארת דין** א (תשס"ד) 62. ראו: [URL:http://law.haifa.ac.il/lawatch/lawatch_index.asp].

149. לניתוח ולביקורת ראו יובל מרין (לעיל, הערה 18), בעיקר פרק ג.4. המשפט הבינלאומי המנהגי מכיר בחובת המדינה לאפשר לאזרחי המדינה לחיות במדינתם (אלא אם כן נשללה אזרחותם או גורשו כדין) כביטוי לעקרון הריבונות. ראו סעיף 12 לאמנה בינלאומית בדבר זכויות אזרחיות ומדיניות, 1966 (כ"א 31, עמ' 269). עם זאת, אין לראות את המשפט הבינלאומי כמאפשר באורח גורף לאזרחי מדינה כלשהי להקנות אזרחות לבן זוג זר באמצעות נישואין. ואולם על המדינה לגבש סיבה טובה מדוע אינה מאפשרת לאזרחיה שלה לגור עם בחירי לבם בשטח המדינה. ודוקו, החוק הישראלי מרחיק לכת באוסרו לא רק מתן אזרחות אלא גם כניסה ומעמד כלשהו בישראל. נראה שעל המדינה להראות נימוק לגיטימי, המוכר במשפט הבינלאומי, לפני שתעמיד את אזרחיה לפני הבחירה בין הנישואין לזר ובין החיים בשטח המדינה. ראו J. Nafziger, "The General Admission of Aliens Under International Law", 77 *AJII* (1983) 804, p. 816. בעניין זה הטעם הביטחוני הוא אכן טעם לגיטימי, אך זאת כל עוד זהו אמנם הטעם, וכל עוד האמצעים הננקטים בשירותו הם מידתיים.

150. האמנה בדבר זכויות הילד, 1989 (כ"א 31, עמ' 221). ישראל אשררה אמנה זו ב-1991. האמנה קובעת במבוא לה כי לילד יש זכות משפטית – ככל שהדבר ניתן ליישום – ליהנות מדאגתם והשגחתם האפקטיבית של הוריו, וכי אין להפריד ילד מהוריו אלא אם כן הפרדה כזו הנה לטובת הילד ונעשית בתום הליך הוגן הכפוף לביקורת שיפוטית (סעיף 9 לאמנה). לילד נתונה הזכות שבקשתו, או בקשת הורהו, לאיחוד משפחות המשמר את הקשר בין ההורים לילדם תידון מתוך גישה חיובית, אנושית ובמהירות האפשרית (סעיף 10 לאמנה). רלוונטית במיוחד לענייננו הוראת האמנה כי על המדינות החברות לוודא שיישום האמנה לא יביא לידי מצב שבו ילדים ייוותרו חסרי אזרחות [סעיף 7(2) לאמנה] ולמעשה חסרי מולדת. ראו: [URL:http://www.unicef.org/crc/crc.htm].

של אזרחי המדינה. שוויון זכויות הנו אחת מאבני היסוד של המשפט הבינלאומי, לא כל שכן כאשר ההפליה מתבצעת על רקע "חשוד",[151] ובמיוחד רקע אתני־גזעי.[152]

על כן, ומשום שתוצאת החוק החדש בעניינו מובילה לפגיעה באזרחיה הערבים של המדינה על רקע לאום, מוצא אתני או גזע, אין פלא שהוועדה לעניין ביעורן של כל צורות ההפליה הגזעית, שהוקמה לשם פיקוח על האמנה לביעור הגזענות, קראה לישראל לבטל את החוק ולקבוע מדיניות איחוד משפחות שאינה מפלה.[153]

המדינה מודה[154] כי החוק אמנם פוגע בהגנות המוענקות במשפט הבינלאומי, אך טוענת כי פגיעה זו עומדת בדרישות ההצדקה המצויות באמנות השונות, ובראשן "ביטחון הציבור".[155] על פי תפיסתנו יש לדחות את טענת המדינה גם במישור המשפט הבינלאומי, וזאת מהטעמים האלה:

---

151. הפגיעה בזכות לשוויון מתרחשת כאשר החוק עושה שימוש בהשתייכות לקבוצה "חשודה" כקריטריון לחלוקת טובין חברתיים (ובכלל זה כקריטריון למימוש זכויות מוכרות אחרות). זאת, גם כאשר הקריטריון הרלוונטי נחזה כניטרלי, אך יישומו מביא בפועל לידי הפליה בתוצאתה, היינו השלכותיו על קבוצת אוכלוסייה המובחנת כקבוצה מקובעת פוגעות פגיעת יתר במשויכים לקבוצה. ראו, למשל, דיון בהקשר של הפליה על רקע מגדרי: *Abdulaziz v. United Kingdom* ECHR 7 (1985), par. 75 and 83. ראו: [URL: http://www.echr.coe.int/Eng/Judgments.htm].

152. הפליה על בסיס גזע אסורה במפורש גם מכוח סעיף 1 לאמנה הבינלאומית בדבר ביעורן של כל הצורות של הפליה גזעית, 1965 (כ"א 25, עמ' 547) ראו: [URL:http://www.unhchr.ch/html/menu3/b/d_icerd.htm] (להלן: אמנת ביעור אפליה גזעית). ישראל חתמה על האמנה בשנת 1979. באופן ספציפי, סעיף 1(3) לאמנה קובע כי אין לפרש דבר באמנה כמשליך על דיניהן של המדינות החתומות בענייני לאום, אזרחות או התאזרחות, ובלבד שהוראות דין אלו לא יפלו לרעה לאום ספציפי כלשהו (provided such provisions do not discriminate against any particular nationality). ניתן לטעון כי בעוד חוק השבות אינו מפלה **לרעה** לאום ספציפי כלשהו (אלא מעדיף את הלאום היהודי) החוק שלפנינו מייחד את פגיעתו ללאום ספציפי, ולפיכך סותר את האמנה. לעניין מרכזיות השוויון באופן הפעלת הדין ראו גם את ההכרזה הבינלאומית בדבר ביעורן של כל צורות ההפליה הגזעית. ראו: [URL:http://www.unhchr.ch/html/menu3/b/9.htm] (להלן: הכרזת ביעור הפליה גזעית).

153. ראו: *Committee on the Elimination of Racial Discrimination* CERD/c/63/Misc. 11/Rev. 1 Decision 2(63) Israel (22.8.03). [URL:http://www.unhchr.ch/tbs/doc.nsf/(Symbol)/1e6f099f2ca584e6c1256efb00314e07?Opendocument]. בהחלטה מאוחרת יותר של אותה ועדה (20.8.04) ישראל נדרשת להגיש דין וחשבון מפורט, תוך ציון שמדובר באזהרה מוקדמת הדורשת נקיטת אמצעים דחופים. ראו החלטה : [URL: CERD/C/65/Dec.2 http://www.unhchr.ch/tbs/doc.nsf/(Symbol)/5bd43c70511ea64ec1256efb0032dcf9?Opendocument].

154. תגובת המדינה (לעיל, הערה 6), בסעיף 1.

155. שם, בסעיף 35.

א. מבלי להמעיט כהוא זה מחובת המדינה להגן על זכויות אזרחיה שלה בשעת חירום – ולצמצם לשם כך חלק מזכויות אזרחיה שלה, וזכויות אדם של הזרים לה – הרי סמכות ההגבלה כפופה במשפט הבינלאומי לחובה להראות לשם כך, הן צורך צבאי אמיתי, והן את מידתיותם של האמצעים הננקטים בשמו של צורך זה.[156] כפי שטענו במאמר זה, לא ברור עד תום מהו הטעם שביסוד החוק – האם תכלית צבאית־ביטחונית, או שמא טעם דמוגרפי. יתרה מזו, מדינת ישראל תתקשה מאוד להראות כי החוק עומד בדרישת המידתיות של המשפט הבינלאומי, כפי שכאמור אין החוק עומד, על פי ניתוחנו, בדרישת המידתיות במשפט הפנימי של ישראל.

ב. זאת ועוד, אף אם למדינת ישראל לא הייתה חובה כללית כלפי זר להתיר כניסתו לישראל לצורך איחוד משפחות, לדעתנו אין לשלול על הסף קיומה של חובה כזו דווקא כלפי פלסטינים תושבי השטחים, משום שתושבים אלו נתונים לשליטתה של "המעצמה הכובשת" כהגדרתה במשפט הבינלאומי, וזאת "בתפיסה לוחמתית" (ממושכת במיוחד).[157] אמנם, על פי הסכמי אוסלו הועברה שליטה בעניינים מסוימים לרשות הפלסטינית, אך אין לומר כי העברה זו שחררה את מדינת ישראל מחובותיה כמעצמה כובשת, לפחות לעניין זה.[158] כך על פי ההסכמים, ולא כל שכן מאז מבצע "חומת מגן", שבמהלכו החזירה ישראל

---

156. ראו, למשל: *Nicaragua v. United states*, ICJ 14 (1986), [URL: http://www.icj-cij.org/icjwww/icases/inus/inusfram.htm]; Legal Consequences of the Construction of a Wall in the Occupied palestinian Territory (Advisory Opinion) 9.7.04, [URL: http://www.icj-cij.org/icjwww/idecisions.htm]; *Prosecutor v. Strugar*, CT/PIS/932e (31.1.05) (International Criminal Tribunal for the former Yugoslavia).

157. לעניין מהותה של "תפיסה לוחמתית" ראו את תקנות האג בדבר דיניה ומנהגיה של המלחמה ביבשה (1907) [URL:http://www.yale.edu/lawweb/avalon/lawofwar/hague04.htm] וכן אמנת ג'נבה בדבר הגנת אזרחים בימי מלחמה (כ"א 30, עמ' 559). ראו: [URL:http://www.unhchr.ch/html/menu3/b/92.htm]: (להלן: אמנת ג'נבה הרביעית).
יש לציין שברוב המקרים של איחוד משפחות בית המשפט מסתמך על התפיסה הלוחמתית של השטחים כדי להצדיק את המדיניות המגבילה. ראו: David Kretzmer, *The Occupation of Justice* (University of New York Press, 2002), 111. כן ראו לעניין "תפיסה לוחמתית ארוכת־טווח" פסק דינו של ברק בבג"ץ 393/82 **אסכאן נ' מפקד כוחות צה"ל באיזור**, פ"ד לז(4) 785. ראו גם בג"ץ **עג'ורי** (לעיל, הערה 121). יודגש כי חובתה של המעצמה הכובשת שלא להפר זכויות אדם בסיסיות חלה כלפי התושבים גם לפי דיני המלחמה החלים בזמן הלחימה עצמה, וגם לפי דיני המלחמה החלים על שטח הנתון לתפיסה לוחמתית בתום הלחימה או בעת "לחימה בעצימות נמוכה". השוו בג"ץ 4764/04 **רופאים לזכויות אדם נ' מפקד כוחות צה"ל בעזה** (טרם פורסם).

158. השוו לעניין זה עמדת המדינה בבג"ץ 769/02 **הועד הציבורי נגד עינויים בישראל נ' ממשלת ישראל** (העתירה תלויה ועומדת), העוסק בחוקיות החיסולים. בטעוניה המשלימים (פסקאות 45-46, 48) טוענת המדינה כי מכיוון שישראל ויתרה על השליטה האפקטיבית בחלקים מסוימים של יהודה, שומרון וחבל עזה, אין לראות בשטח זה שטח הנתון לתפיסה לוחמתית

לעצמה את השליטה הביטחונית דה־פקטו בחלקים נרחבים בעיקר בשטחי הגדה המערבית. חובתה של המעצמה הכובשת כלפי תושבי השטח המצוי בתפיסה לוחמתית – חובה המעוגנת הן במשפט הבינלאומי המנהגי והן במשפט ההסכמי – כוללת גם את החובה שלא לשלול את זכותם של תושבי השטח הכבוש לחיי משפחה. אמנם, דיני הכיבוש אינם מטילים חובה מפורשת על המעצמה הכובשת להתיר את שהייתם של תושבים "מוגנים" בשטחה, אך בהקימה חיץ משפטי כמעט בלתי עביר שאינו מאפשר לתושבי השטחים לבקש איחוד משפחותיהם בישראל, מטילה מדינת ישראל הגבלה קשה על זכותם של תושבי האזור לחיי משפחה תקינים. הגבלה זו מחריפה כאשר מביאים אנו בחשבון את המציאות האתנית־לאומית המתוארת לעיל, היינו את העובדה כי תושבי השטחים נדרשים להתמודד עם הגבלה החלה על יכולתם לממש את הזכות להקים משפחה דווקא עם בני עמם שלהם. זאת עוד: אם משמעות החוק החדש היא כי אזרחים של מדינת ישראל מתועלים להתיישבות (עם בני זוגם הפלסטינים) בשטחים, עולה שאלת חוקיותו של 'תמריץ' מעבר שכזה של אוכלוסייה אזרחית של המעצמה הכובשת לשטח הנתון לתפיסה לוחמתית לנוכח האיסור הקבוע בסעיף 49 לאמנת ז'נבה הרביעית.

ג. מודעים אנו כמובן לרקע לחקיקתו של החוק החדש הנובע ממעשי האלימות כלפי מדינת ישראל ואזרחיה, מעשים המעמידים את המדינה ואזרחיה במצב דמוי מלחמה. מצב לוחמה מתיר על פי המשפט הבינלאומי למדינה לשלול כניסתם של אזרחי מדינת אויב, בעודה מתירה כניסתם של אזרחי מדינות אחרות. המדינה טענה עניין זה בסיכומיה בפני בית המשפט,[159] תוך שהיא יוצרת השוואה בין "תושבי האזור" ובין "האויב". אלא שכאן עירבה מין בשאינו מינו משלושה טעמים לפחות.

ראשית, ה"אויב" איננו כל אחד ואחד מתושבי האזור, אלא ארגוני הטרור ותומכיהם. כל עוד לא הוקמה מדינה פלסטינית, אין לפנינו עימות בין מדינות, אלא בין מדינת ישראל ובין ארגוני הטרור כפי שהם מוגדרים במשפט הישראלי. אך הפגיעה על פי החוק אינה מופנית רק כלפי ארגוני הטרור, היינו החברים בארגוני המחבלים או אלו התומכים או המזדהים עם המאבק המזוין במדינת ישראל; בקשות ההתאזרחות של אלה צריכות להידחות על פי "הנוהל המדורג" שתואר לעיל. החוק החדש מתייחס אל "תושבי האזור" הפלסטינים כולם כאל "אויב" (למעט החריג של משתפי הפעולה). ודוקו, לאזרחי מדינת אויב זיקה לאומית ואזרחית לארצם, והם אף חייבים לה נאמנות ונתונים לאילוצים חוקיים

על ידי מדינת ישראל. קשה לנו להצטרף לעמדת המדינה; וראו בג"ץ 9586/03 **סואלמה נ' מפקד כוחות צה"ל באזור יהודה ושומרון** (טרם פורסם): "צו זה תואם את כללי המשפט הבינלאומי ההומניטרי, אשר חלים על אזור יהודה ושומרון **בהיותו שטח הנתון לתפיסה לוחמתית**" (ההדגשה שלנו). אך אפילו נקבל את עמדת המדינה, הרי חוק האזרחות והכניסה לישראל אינו מבחין בין שטח הנתון לתפיסה אפקטיבית ישראלית ובין שטח שאיננו נתון לתפיסה כזו, אלא מתייחס ליהודה, שומרון וחבל עזה כאל יחידה אחת (למעט "יישובים ישראלים").

159. תגובת המדינה (לעיל, הערה 6), בסעיפים 20, 27.

מכוח חוקיה; לעומתם, אין להניח כי לתושבי ה"אזור" זיקה גורפת כזו כלפי ארגוני הטרור ושיטותיהם הרצחניות, וודאי שלאחרונים אין מרות משפטית על הראשונים.[160] נימוק זה אינו אך נימוק טכני; הוא יורד לשורש השימוש בקטגוריה "אזרח מדינת אויב". בין האזרח ובין מדינתו קמה, לפחות מבחינה משפטית, חובת נאמנות. לפיכך אזרח שמדינתו מצויה בעימות מזוין עם מדינתה של בחירת לבו, ואשר מבקש להשתקע שם, עלול להימצא במצב של חובות נאמנות מנוגדות. מחד גיסא, חובתו למדינתו ומאידך גיסא, חובתו – המשפטית – לבחירת לבו (ובמשתמע, למדינה שבה חפץ להשתקע). ואילו בענייננו, כאמור, לתושבים פלסטינים אין כל חובת נאמנות לארגוני הטרור.

שנית, טיעונה זה של המדינה (בדבר הפלסטינים כ"זר־אויב") מחטיא נקודה מרכזית לענייננו. איחוד משפחות מקים זכויות שמקורן **בכל אחד משני בני הזוג.** גם לו הייתה חוצה המדינה את המשוכה שעניינה הפגיעה בבן הזוג הפלסטיני (הן המשוכה המוצבת על ידי הדין הפנימי והן זו המוצבת על ידי הדין הבינלאומי), ואנו כאמור טוענים אחרת, עדיין צריכה המדינה לעמוד בחובותיה כלפי אזרחה שלה המבקש להכריע הכרעה מרכזית כל כך בחייו, בלא התערבותה. משוכה זו ודאי מחזירה אותנו להכרח שבבדיקה אינדיבידואלית של טענת הסיכון המופנית כלפי בן זוגו של האזרח.

ושלישית, ספק אם מטפורת ה"מלחמה", על אף השימוש הרב הנעשה בה, הנה מטפורה מתאימה לציון מה שניתן לתאר כ"מצב הטרוריסטי", הן זה הגלובלי והן זה ששרויים בו הישראלים והפלסטינים. בתולדות מדינת ישראל, "מלחמות" נתפשו בדרך כלל כפרקי מציאות קצרים, אינטנסיביים מאוד מבחינת רמת האגרסיביות שלהם, קרובים למה שמכונה במדעי המדינה "מלחמה טוטלית". בתודעה הישראלית, מלחמות התחילו והסתיימו: ניתנו להן שמות, עוצבו ריטואלים להתמודד עִמן, הן נהפכו לחלק מן המיתוס ההרואי של האומות המעורבות. המצב הטרוריסטי, שלאחר ה-9 בספטמבר 2001 הוזנק אל בימת תשומת הלב

---

160. המדינה טוענת כי "ישראל מצויה בעימות מזוין עם הרשות [הפלסטינית], וחלק נכבד מהאוכלוסיה האזרחית תומך בעימות המזוין ואף שותף לו". סיכומי המדינה (לעיל, הערה 11), בסעיף 36.

הכללה זו בעייתית, שכן היא משייכת ל"תושבי האזור" זיקה כלפי הרשות הפלסטינית הזהה לזיקה כלפי מדינת אזרחות. והרי הרשות אינה, על פי ההסכמים, במעמד המאפשר לה להקנות אזרחות, ולא בכדי. זאת ועוד: החוק אינו חל רק על תושבים הגרים באזור המצוי בשליטת הרשות (נניח, שטחי A על־פי הסכמי אוסלו) אלא על כל שטחי יהודה, שומרון וחבל עזה. בכך גוזרת המדינה כלל זיקה מתוך התושבות עצמה, וזאת בניגוד לקשר הריבוני־אזרחי שהוא הבסיס למערך החובות והזכויות שקובע המשפט הבינלאומי ביחסי אזרח/תושב ומדינתו. זאת ועוד: הרשות הפלסטינית לא הוגדרה באופן רשמי על ידי מדינת ישראל כ"אויב", שכן הגדרה שכזו הייתה עלולה להביא לידי פקיעת ההסכמים בין ישראל לרשות, הסכמים שמהם ישראל לא חזרה בה ואף ציפתה שהרשות לא תחזור בה. ואכן, הפרקליטות מקפידה שלא לכנות את הרשות הפלסטינית כאויב. ולבסוף, הקביעה כי "חלק נכבד מהאוכלוסיה האזרחית תומך בעימות המזוין" מעלה שאלה עובדתית שנויה במחלוקת.

התקשורתית והאינטלקטואלית כקטגוריה גלובלית,[161] דורש אנליזה ושפה חדשות בנוגע לשיח מלחמות הלאום. הקשר בין הטרוריסט לציבור שאותו הוא תוקף אינו קשר של מדינה כלפי מדינה, או קולקטיב מובחן כלפי קולקטיב מובחן אחר. ארצות הברית משננת לעולם שמלחמותיה אינן באפגניסטן או בעירק, ואף מאבקה של ישראל בטרור הפלסטיני אינו מאבק בקולקטיב הפלסטיני, גם אם לעתים ניכרת בציבוריות הישראלית (בעיקר מאז "אינתיפאדת אל־אקצה") שנאה עממית אנטי־פלסטינית, ובקרב הציבור הפלסטיני – תמיכה עממית ב"טרור המתאבדים". גם סוגי האיומים הנובעים מן המצב הטרוריסטי שונים מאלו הנובעים מן המצב המלחמתי. למצב הטרוריסטי אין תחילה וסוף מובחנים, ובעצמות מסוימות הוא נהפך כעת לחלק ממציאות חיינו הקבועה – לא רק של הישראלים, אלא של המצב הגלובלי. האויב אינו מובחן בו באמצעות נאמנות מדינתית או לאומית, הוא אינו קולקטיב שניתן לשייך אליו אנשים שיוך פסיבי, כשיוך האזרחות הפורמלי. על כן על הלחימה באויב הטרוריסטי – לא רק מבחינה מוסרית, אלא גם מבחינה מבצעית – מחויבת ליצור דרכי חשיבה ופעולה שונות, שאינן משכפלות את דרכי החשיבה והמושגים המוכרים של מלחמות בין מדינות או בין אומות. בקרב אומות, המשפט הבינלאומי מבחין בין לוחמים לבלתי־לוחמים, והוא משייך אליהן אנשים מכוח זיקות פסיביות, ההופכות אותם ל"אזרחי אויב". במצב הטרוריסטי, לעומת זאת, הזיקות הפסיביות הנן חסרות משמעות, אבסורדיות. כל אדם הנו חשוד בפוטנציה: הקרבנות־בכוח הם אלו הנבדקים בפועל בכניסה למקומות ציבוריים. לכולנו מוכרת התמיהה האינסטינקטיבית על הבדיקה הזו, המחאה הדוממת, שהרי בעניינו אנו המועמדים לקרבנות, לא לאלימות. הפלסטינים תושבי השטחים אינם שונים לעניין זה. כאוכלוסייה – ואף אוכלוסייה שחלקים ניכרים ממנה עוינים את מדינת ישראל – מצבם בנוגע למצב הטרוריסטי[162] הנו כשל כל אוכלוסייה. הם אינם לוחמי אויב ולא אזרחי מדינת אויב. המאפיין הקריטי של אלו מקרבם שהנם אויבים־טרוריסטים אינו שהם פלסטינים אלא שהם טרוריסטים; וההתמודדות עם אלה – בין השאר באמצעות מניעת כניסתם לישראל – אין לה דבר וחצי דבר עם מושגים לא־רלוונטיים למצב הטרוריסטי כ"אזרחי אויב". במצב עניינים זה הקביעה שכל תושב ה"אזור" הוא "אויב" חוטאת לעיקר. מדינת ישראל יכולה לקבוע רמות בדיקה שונות לבקשות הנוגעות לבני אדם מאזורים שונים בעולם, אך עליה לבדוק בקשות לאיחוד משפחות של אזרחיה באופן פרטני, בלי שבני זוג (או כללית, בני אדם) תושבי האזור ייחשבו ל"טרוריסטים" (או ל"אויב") בהגדרה.

ז. אפילוג

בחודש ינואר 2005 נכנס לתפקידו שר פנים חדש, אופיר פז־פינס, שבשלבי חקיקת החוק היה ממתנגדיו הנמרצים. על פי דיווחי התקשורת, הורה השר להקפיא את קידומו של

161. ראו, למשל, ג'יובנה בוראדורי, **פילוסופיה בזמן טרור: שיחות עם יורגן הברמאס וז'אק דרידה** (הקיבוץ המאוחד, תשס"ד).

162. הכולל בתוכו טרור מצד מדינת ישראל כלפי לא־לוחמים זרים. ראו יובל (לעיל, הערה 5).

התיקון שהוצע בתזכיר לחוק שנדון לעיל עד עיון מחודש ומעמיק בו.[163] בד בבד, בסוף חודש ינואר 2005 אישרה הכנסת צו נוסף שהתקינה הממשלה להארכת תוקפו של החוק בארבעה חודשים נוספים – זאת עד 31 במאי 2005.

היכן עומדים אנו כיום? התמונה המצטיירת קודרת. במהלך מזדחל, שראשיתו בהחלטת שר, ולאחריה החלטת ממשלה, ולאחריה חוק 'זמני', שמוארך פעם ועוד פעם, והמשכו הצעה חלקית לתיקונו – מגיעים אנו לתקופת זמן של שלוש שנים ויותר, שבה בני אדם רבים – מחציתם אזרחי המדינה הזו או תושביה – מוגבלים בלא כל עוול בכפם בכל הנוגע ליכולתם לקשור את חייהם עם בחירי לבם; משפחות שבהן ילדים נתונות בצל האפשרות כי הילדים יופרדו מאחד מהוריהם. והנה, תוצאותיו הקשות של החוק התרחשו והן מתמשכות בלי שבית המשפט העליון התגייס להקהותן באמצעות סעד זמני של מניעת גירוש בן הזוג הפלסטיני עד מועד הכרעת בית המשפט בשאלת חוקיותם של החוק והמדיניות שבבסיסו.

לנוכח מציאות זו מצאנו לנכון לחבור יחדיו, למרות חילוקי הדעות שבינינו בקשת של נושאים, ולהתריע על אישורו של חוק זה ויישומו, חוק הנגוע באי־חוקתיות. כמו כל מדינה, ישראל רשאית לווסת את ההגירה אליה. כמו כל מדינה, היא רשאית וחייבת להילחם בטרור הרצחני המאיים ופוגע באזרחיה ותושביה. כמו כל מדינה, אסור לה לנקוט לשם כך כל צעד ואמצעי שבכוחה להפעיל. היא מוגבלת על ידי האיסור לפגוע שלא כדין בכבוד האדם ובזכויות יסוד נוספות. משמע היא מוגבלת לסייגיו של משפטה החוקתי ולמחויבויות משפטיות נוספות החלות עליה. והנה, בפגעה בשוויון בין אזרחיה, בפגעה בזכותם ובזכות בני זוגם הזרים הפלסטינים להקים משפחה, בפגעה בילדיהם, בפגעה במעמדם האזרחי של בני זוג, ובעשותה כל אלה בלא צידוק הולם – הפרה המדינה את חובותיה הן על פי משפטה החוקתי ועל פי המשפט הבינלאומי. הפרה זו שוללת את תוקפו של חוק האזרחות והכניסה לישראל.

יש אשר בשעות חירום מדינות דמוקרטיות יאבדו עשתונות ויפנו, בצר להן, לאמצעי חירום הנוגדים את אשיותיהן. בבהלתו מפני אויבים חיצוניים ינכר השלטון מעליו את אזרחיו שלו; בלהיטותו להבטיח את המדינה מפני כל איום יהפוך השלטון עצמו לאיום על רווחת חפים מפשע בקרב אזרחיו. מדינות דמוקרטיות אינן מתחסנות באמצעים לא־דמוקרטיים. דמוקרטיה אינה שיטת משטר בלבד: היא גם עיקרון מוסרי שעניינו גבולותיה של הפעלת כוח. הפיתוי העיקרי בזמנים מאיימים הנו לבוא אל הכוח וממנו, ולזנוח את העקרונות הדמוקרטיים של הפעלתו. בחקיקת חוק האזרחות והכניסה לישראל התפתה לכך המחוקק הישראלי. בלמיו, לעת עתה, לא עמדו לו. אך עוד ניתן לנו כחברה לעמוד בפני מידת ההפרזה בתגובה לפחדינו ולעמוד בפיתוי הכוח, ועוד קיימים הבלמים לסייע לנו לתקן את אשר נעשה.

---

163. ראו: [URL:http://www.ynet.co.il/articles/0,7340,L-3033721,00.html]