

על הגירת זרים שאינם יהודים לישראל – פתיחת דיון

בעקבות בג"ץ חוק האזרחות והכניסה לישראל

יפה זילברשץ*

בבג"ץ חוק האזרחות והכניסה לישראל קבע הנשיא בדימוס ברק, ואליו הצטרפו רוב שופטי ההרכב, כי לאזרח ישראלי קמה זכות חוקתית להינשא לבן-זוג זר ולהתגורר עימו בישראל. קביעה זו מבוססת על שתי הנחות: האחת, שיש לבחון את הנושא מנקודת-מבט של האזרח הישראלי, ולא מנקודת-מבט של הזר; והאחרת, שאין מקום לתת לשיקולי ביטחון משקל מיוחד בבחינת סוגיה זו.

במאמר מובעת העמדה כי אין אפשרות להתעלם מכך שממוש זכותו של האזרח לקיים בישראל חיי משפחה עם בן-זוג זר משפיע ישירות על שאלות של הגירת זרים שאינם יהודים למדינה, וכי יש להכריע בשאלת הזכות הזו תוך התחשבות בהשפעתה על סוגיית ההגירה לישראל. ההכרעה צריכה להיעשות תוך בחינה מחודשת של הלכת **סטמקה**, שבה הכשיר בג"ץ הגירה לישראל של זרים לא-יהודים הנשואים ליהודים אזרחי ישראל. על המחוקק לקבוע בחקיקה אמת-מידה ברורה ביחס להגירת זרים לא-יהודים לישראל למטרת מימוש נישואים עם אזרחי ישראל, יהודים ולא-יהודים כאחד. כמו-כן יש לגבש מדיניות הגירה של לא-יהודים למטרות אחרות, כגון עבודה או מקלט מדיני.

ביחס לסוגיית הביטחון, המאמר מצדד בגישה, הנתמכת על-ידי המשפט הבין-לאומי ונוהגן של המדינות, שעל-פיה אין מקום להתיר כל הגירה למדינה ממדינה או מישות אחרת הנמצאות איתה בסכסוך מזוין. במקרה כזה המהגרים נמצאים בניגוד נאמנויות בין מדינת-ההגירה למדינת-המקור כל עוד הסכסוך נמשך.

* פרופסור-חבר, דיקן הפקולטה למשפטים, אוניברסיטת בר-אילן. תודה לעמיתי ד"ר איציק בנבגי, ד"ר רות קנאי, פרופ' ידידה שטרן ופרופ' רון שפירא, שקראו והעירו הערות חשובות, ולנמרה גורן-אמיתי על עזרתה המועילה והיעילה במחקר.

א. פתח-דבר. ב. הנחות-היסוד של הנשיא בדימוס ברק – בחינה ביקורתית. ג. הזכות לחיי משפחה עם בן-זוג זר – ההיבט הבין-לאומי: 1. על מקומו של הדין הבין-לאומי במשפט הפנימי; 2. הערות נוספות לגבי התייחסותו של בן-שמש במאמרו למשפט הבין-לאומי; 3. הגירה למדינה בימי שלום ובימי מלחמה – עמדת המשפט הבין-לאומי והלורונטיות שלה למשפט הישראלי. ד. הזכות לחיי משפחה עם בן-זוג זר – ההיבט החוקתי: 1. הערות כלליות; 2. משפט ההגירה הישראלי – "אשמתם" של המחוקק ושל השופט חשין; 3. על מרכז ועל פריפריה. ה. סיכום.

א. פתח-דבר

חוקתיותו של חוק האזרחות והכניסה לישראל (הוראת שעה), התשס"ג-2003, נבחנה בבית-המשפט העליון, אשר החליט ברוב דחוק לא לבטל את החוק.¹ עם זאת, רוב השופטים קבעו כי לאזרח יש זכות חוקתית להינשא לבן-זוגו הזר ולהתגורר עימו בישראל.² קביעה זו מעניקה לזרים שאינם יהודים הגנה חוקתית על זכותם להגר לישראל למטרות נישואים, וזאת מבלי שהתקיים בישראל דיון ציבורי ומבלי שהתקבלה בעקבותיו חקיקה ביחס למדיניות ההגירה של זרים שאינם יהודים לישראל. בחודש מרס 2007 אמור לפוג תוקפו של החוק. אין ספק שאם יבחר המחוקק להאריך את תוקפו של החוק – כמות שהוא או עם שינויים כלשהם – תיבחן חוקתיותו כשנקודת המוצא היא שזכות ההגירה לישראל של זרים שאינם יהודים, למטרת נישואים עם אזרח ישראלי, מוגנת חוקתית, ולפיכך יש לבחון פגיעה בה על-פי אמות-המידה הרגילות של פסקת ההגבלה.

ברצוני להטיל ספק בעמדה הנחרצת שביטאו השופטים בפסק-הדין בעניין חוקתי זה. עמדה זו אינה תואמת את המשפט הבין-לאומי ששופטים רבים בחרו להתעלם ממנו, ואינה תואמת את משפטן החוקתי של כל המדינות הדמוקרטיות.

הוראת השעה יצרה התנגדות שכן נקבע בה כי רק פלשתנים מהשטחים המוחזקים לא יוכלו להגר לישראל למטרות נישואים. קביעה זו יש בה כדי להגביל הגירה של קבוצה לאומית אחת, ותוצאתה היא פגיעה אך ורק באזרחי ישראל הערבים. אכן, יש מקום – ויהיה זה צודק – לחוקק בישראל חוקי הגירה המתייחסים לקטגוריות רחבות יותר של אוכלוסיות זרים, כגון אזרחים של מדינות אויב או מהגרים שאין להם הכנסות כלכליות. על-ידי כך ייווצרו הגבלות הגירה המשפיעות על כל אזרחי מדינת-ישראל,

¹ בג"ץ 7052/03 עדאלה – המרכז המשפטי לזכויות המיעוט הערבי בישראל נ' שר הפנים, תק-על 2006(2) 1754 (2006) (להלן: פסק-הדין).

² אמנע מתיאור מפורט של פסק-הדין, שכן יעקב בן-שמש, במאמרו "זכויות חוקתיות, הגירה ודמוגרפיה – בעקבות בג"ץ חוק האזרחות והכניסה לישראל" (המתפרסם בחוברת זו), מסכם את עיקרי פסק-הדין בהירות וביעילות, ואין מקום לחזור על הדברים.

ולא רק על קבוצה מסוימת מקרבם. ראוי ורצוי שחוקים כאלה שיגובשו בכנסת יעצבו את מדיניות ההגירה של זרים לישראל, ולא יהיו כבולים לקביעות חוקתיות שנולדו בפסיקה. אם יוחלט בכנסת כי יש מקום להסדרים חוקתיים מסוימים בשאלות של הגירה, היא תוכל – בשבתה כרשות מכוננת – לקבוע זאת במפורש בחוקי-היסוד.

התייחסותי במאמרי זה לפסק-הדין, והתייחסותי לביקורתו של יעקב בן-שמש על חלקים ממנו, מהוות אך התחלה של דיון בסוגיית ההגירה של זרים שאינם יהודים לישראל. אם יהיה בכך כדי לתרום לשיח הציבורי בסוגיה מרכזית זו ולעורר את המחוקק לפעולה רחבה, יהא זה שכרי.

ב. הנחות-היסוד של הנשיא בדימוס ברק – בחינה ביקורתית

בן-שמש מתמקד במאמרו בביקורת על פסקי-הדין של השופטים חשין ונאור, ועוסק פחות בפסקי-הדין האחרים, ובראשם פסק-דינו של הנשיא בדימוס ברק, שבו הוא תומך. עיון בפסק-דינו של הנשיא בדימוס ברק, המתווה את העמדה הרווחת בקרב רוב שופטי בית-המשפט העליון, שלפיה החוק פוגע בזכויות החוקתיות למשפחה ולשוויון, מגלה בחוות-דעתו שתי הנחות הראויות לעיון ולביקורת.

ראשית, הנשיא בדימוס ברק מניח כי הדיון אינו צריך לכלול את זכות הזרים תושבי האזור המבקשים להגר למטרות נישואים, אלא רק את זכותם של אזרחי ישראל, ובמקרה דנן – אזרחי ישראל הערבים. לשיטתו יש להתרכז, מהבחינה המשפטית האנליטית, בבן-הזוג הישראלי, שכן הלה נושא באמתחתו את חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו. לדבריו, "לאור מרכזיות זכותו של בן הזוג הישראלי... אינני מוצא לנכון לדון בזכויותיו של בן הזוג הלא ישראלי (הזר)".³ גישה זו מתעלמת מכך ששני גורמים מעורבים במקרה זה במימוש הזכות לחיי משפחה: האזרח והזר. אין אפשרות שהאזרח הישראלי יממש את זכותו להינשא עם בן-זוג זר מבלי שגורם נוסף, שהוא הזר, יבוא לחיות בישראל. מכאן שאי-אפשר לדון בזכותו של בן-הזוג הישראלי לקלוט במדינתו את המהגר הזר מבלי להתחשב בכך שמיימוש הזכות הזו מעניק מיניה וביה זכות הגירה לזר. אם הדין יכול לבחור בין שני מצבים בלבד – (א) זכות לפלוני וזכות לאלמוני; ו- (ב) העדר זכות לפלוני והעדר זכות לאלמוני – תהא זו היתממות לומר שבחירת מצב א אינה מעניקה לאלמוני כל זכות. יש לבחור בגלוי בין המצבים ולהכריע מה מבין השניים חשוב יותר: מתן הזכות לפלוני או שלילת הזכות מאלמוני. נניח, למשל, שמזכותי לחופש הדת נגזרת זכותי להשתתף בהרצאות של איאתוללה אירני; האם נובע מכך שמדינת-ישראל חייבת לאפשר לאיאתוללה להיכנס לישראל כדי שאוכל לממש את זכותי? ובכן, לא. היות שאיני יכולה לממש את הזכות להשתתף בהרצאות של האיאתוללה מבלי שהוא יקבל זכות כניסה לישראל, המערכת המשפטית אנוסה לבחור

³ פסקה 17 לפסק-דינו של הנשיא בדימוס ברק.

בין החשיבות שהיא מייחסת למימוש חופש הדת שלי בהקשר זה לבין העדר זכות הכניסה של האחר.

לכניסת זרים למדינה יש תוצאה חברתית משמעותית. היא מעצבת את מדיניות ההגירה של המדינה. גישתו של הנשיא בדימוס ברק, שעל-פיה יש להתמקד באזרח הישראלי ובו בלבד, מעידה כי האינטרס של קביעת מדיניות הגירה למדינה אינו אינטרס ציבורי שיש לו מקום כלשהו בשיקוליו. לשיטתו של הנשיא בדימוס ברק, זכותו של אזרח המדינה להינשא יכולה להיות מוגבלת בגין חשש לפגיעה בביטחון או בסדר הציבורי ברמה הפרטנית בלבד, ואין היא יכולה להיות כפופה להסדרי הגירה כלליים כלשהם. עמדה זו מובילה את המשנה לנשיא בדימוס חשין לומר: "אכן, מדינה – כל מדינה – לא תסכים ליתן בידי יחידה – בידי כל אחד מיחידה – זכות יסוד לשנות את הסטטוס קוו אנטה בחברה ובמדינה."⁴ גישה זו של חשין היא קיצונית, באשר יש בה התעלמות מזכות האזרח להינשא ומן הצורך להכליל הגירת-נישואים כמרכיב מרכזי בקביעת מדיניות ההגירה. הגישה הרצויה בעינינו היא להתחשב בו-זמנית בזכות האזרח לנישואים ובזכותה של החברה במדינה להחליט אילו זרים היא מוכנה לקלוט לשטחה. הדרך ליצירת הסינתזה הזו היא באמצעות חקיקת חוקי הגירה למדינה שיכירו בהגירה לשם נישואים כפרמטר חשוב בקביעת מדיניות הגירה, אך לא כפרמטר בלעדי.⁵

ההנחה השנייה של הנשיא בדימוס ברק שאבקש לבקרה קשורה למסגרת ההתייחסות שהוא יוצר לזכויות אדם בעת מלחמה. הנשיא בדימוס ברק מציב כותרת לפני פסקה 20 לפסק-דינו שבה הוא שואל: "היש מקום לבחינה חוקתית בעת לחימה?" הוא עונה בחיוב על שאלה זו, וקובע כי יש מקום לבחינה חוקתית בעת לחימה. מכאן הוא הולך צעד נוסף וקובע: "חוקי היסוד אינם מכירים בשתי מערכות דינים, האחת החלה בתקופת רגיעה והאחרת החלה בתקופת לחימה. הם אינם כוללים הוראות לפיהן זכויות האדם החוקתיות נסוגות בעת לחימה... אכן, למשפט החוקתי הישראלי גישה אחידה לזכויות האדם בתקופה של שקט יחסי ובתקופות של לחימה מוגברת. אין אנו מכירים בהבחנה חדה בין השניים."⁶

עמדתו הנכונה של הנשיא בדימוס ברק, שלפיה יש מקום לבחינה חוקתית בעת לחימה, אינה מובילה בהכרח למסקנתו הנוספת, שלפיה הבחינה החוקתית בעת לחימה זהה לזו שבימי שלום. המשפט הבין-לאומי הודן בזכויות אדם יוצר שתי רמות של הגבלות על זכויות: הגבלות רגילות, החלות בזמנים רגילים שאינם עיתות מלחמה, שאותן הוא מכנה limitations; והגבלות נוספות על אלה הרגילות, שאותן הוא מאפשר במצב חירום ובימי מלחמה, ואשר מכונות "סטיות" (derogations). המשפט הבין-

⁴ פסקה 56 לפסק-דינו של השופט חשין.

⁵ לעניין פרמטרים נוספים בעיצוב מדיניות הגירת-נישואים ראו להלן ה"ש 53-55 והטקסט שלידן.

⁶ פסקה 20 לפסק-דינו של הנשיא בדימוס ברק.

לאומי תואם את עמדתו של הנשיא בדימוס ברק שזכויות האדם אינן נדחות ונעלמות במציאות של מלחמה. רוב הזכויות אינן מוחלטות, וניתן להגבילן בכל עת, גם בימי שלום, בשם שיקולים ואינטרסים ציבוריים – כגון מוסר, סדר ציבורי, ביטחון, בריאות ועוד – או על-מנת להגן על זכויות וחירויות של האחר. עם זאת, הגבלת זכויות האדם בשם האינטרס של בטחון המדינה בימי שלום אינה דומה לזו שבימי מלחמה. סעיף 4 לאמנה בדבר זכויות אזרחיות ומדיניות, שהיא אחת משתי האמנות לכל באי עולם המכוננות את נושא ההגנה הבין-לאומית על זכויות האדם, קובע:

בשעת חירום כללית המאיימת על חיי האומה ואשר על קיומה הוכרז רשמית, רשאיות המדינות שהן צד באמנה זו לנקוט אמצעים הגורעים מהתחייבויותיהן שעל-פי אמנה זו, במידה הנדרשת במדוקדק מפאת חומרת המצב...⁷

ברוח אותם דברים קובע גם חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו מסגרת דומה. סעיף 8 הוא הסעיף היוצר את מסגרת ההגבלה של הזכויות החוקתיות, אך עם זאת, ועל גבה של מסגרת זו, מתקיימת מסגרת הסדרה מיוחדת למצב חירום. מסגרת זו אינה מתנתקת ממסגרת העקרונות של חוק-היסוד – היא חלק ממנה וכפופה לה – אך מאפשרת הגבלות מסוימות של זכויות שאינן מתאפשרות בימים רגילים שבהם המציאות אינה של מצב חירום. סעיף 12 לחוק-היסוד קובע כי "מותר להתקין תקנות שעת חירום... שיהא בהן כדי לשלול או להגביל זכויות לפי חוק-יסוד זה, ובלבד שהשלילה או ההגבלה יהיו לתכלית ראויה ולתקופה ובמידה שלא יעלו על הנדרש".⁸ כלומר, במצב חירום ניתן לסטות מהזכויות מעבר למותר בימי שלום, אם כי גם כאן תיבחן הסטייה במבחנים חוקתיים של תכלית ומידתיות.

לסיכום, נקודת המוצא שלי להמשך הדיון בפסק-הדין היא שיש לבחון את שאלת הזכות להינשא לזר ולהתגורר עימו במדינת האזרחות מתוך התייחסות הן לאזרח והן לזר, ולא רק לאזרח, כפי שהנשיא בדימוס ברק סבור. כמו-כן יש להקפיד על שמירת זכויות האדם גם בימי מלחמה ובמצב חירום, אך יש להכיר בכך שאמות-המידה להגבלת זכויות במצב מלחמה שונות מאלה של ימי שלום.

⁷ אמנה בינלאומית בדבר זכויות אזרחיות ומדיניות, כ"א 31, 269 (נפתחה לחתימה בשנת 1966) (להלן: האמנה המדינית).

⁸ חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו, ס"ח התשנ"ב 150.

ג. הזכות לחיי משפחה עם בן-זוג זר – ההיבט הבין-לאומי

1. על מקומו של הדין הבין-לאומי במשפט הפנימי

הנשיא בדימוס ברק סבור כי אין מקום לפנות למשפט הבין-לאומי כמקור רלוונטי לדין במשפט זה. אומר ברק:

לאור מרכזיות זכותו של בן הזוג הישראלי ולאור מסקנתי באשר להפרת זכותו של הישראלי, אינני מוצא לנכון לדון בזכויותיו של בן הזוג הלא ישראלי (הזר), אם מכוח המשפט הבינלאומי על דבר זכויות האדם... ואם מכוח המשפט הבינלאומי ההומניטרי החל עליו ככל שהוא מתגורר ביחודה ושומרון הנתונים לתפיסה לוחמתית... אכן, אפילו נפגעו זכויותיו של הזר על פי דיני זכויות האדם הבינלאומי ודיני זכויות האדם ההומניטריים – ואפילו נפגעו זכויותיו של הישראלי עד כמה שהן מעוגנות רק בדינים אלה – ואיננו נוקטים בשאלות אלה כל עמדה – פגיעה זו נעשתה מכוח חוק האזרחות והכניסה לישראל. חקיקה מקומית מפורשת יש בכוחה, מנקודת המבט הישראלית הפנימית, לפגוע בזכויות המוענקות בדין הבינלאומי. עד כמה שדין אחרון זה מהווה משפט בינלאומי מינהגי, אין בכוחו להתגבר על דבר חקיקה ישראלית הפוגע בו במפורש.⁹

הנשיא בדימוס ברק נוקט בקטע זה עמדה פורמליסטית מאוד ביחס למעמדו של הדין הבין-לאומי במשפט הישראלי. הוא נצמד לכללים בדבר קליטת הדין הבין-לאומי למשפט הפנימי הישראלי כפי שגובשו בשנותיה הראשונות של המדינה. בכללים אלה נקבע כי אמנות בין-לאומיות ייכללו במשפטה הפנימי של מדינת-ישראל רק אם הכנסת תחוקק אותן כחוק,¹⁰ וכי מנהגים בין-לאומיים יהוו חלק ממשפטה הפנימי של המדינה גם בהעדר חקיקה מיישמת, אלא אם כן חוק של הכנסת עומד בסתירה מפורשת

⁹ פסקה 17 לפסק-דינו של הנשיא בדימוס ברק.

¹⁰ ראו יפה זילברשץ "קליטת המשפט הבינלאומי למשפט הישראלי – הדין המצוי, רצוי" **משפטים** כד 317, 321 (1994): "להבדיל ממנהגים, אמנות בינלאומיות נקלטות למשפט הישראלי רק אם הכנסת חוקקה אותם כחוק המדינה. הפסיקה קבעה שישנן אמנות שמגבשות מנהגים בינלאומיים ועל כן הן דקלרטיביות. ההסדרים של האמנות הללו הם חלק ממשפט המדינה בגין אופיים המנהגי, גם בלא שהכנסת תחוקק אותם כחוק. לעומתם, אמנות שלא גיבשו מנהגים הן קונסטיטוטיוביות, ורק חוק הכנסת יכול להחילן על המשפט הפנימי." ראו גם יפה זילברשץ "המשפט הבינלאומי במשפט החוקתי" **משפט וממשל** ד 47 (1997) (להלן: זילברשץ "המשפט הבינלאומי במשפט החוקתי"). מאמרים אלה עוסקים בנושא בראייה ביקורתית, ומציעים מודלים חלופיים למצב-הדברים הקיים.

להם.¹¹ כללי הקליטה אף יצרו הנחה פרשנית שהייתה כלי משמעותי לקליטת המשפט הבין-לאומי למשפט הישראלי. על-פי הנחה זו, יש לפרש את חוקי המדינה מתוך הנחה שהם באים ליישם את המשפט הבין-לאומי, אלא אם כן לשון החוק אינה מאפשרת להפעיל הנחה פרשנית זו.¹²

החלטתו של הנשיא בדימוס ברק להימנע מיישום הדין הבין-לאומי – החלטה המעוררת תמיהה כשלעצמה מסיבות שנפרט להלן – מובילה את בן-שמש להתייחסות תמוהה עוד יותר אל המשפט הבין-לאומי. בן-שמש אומר במאמרו כי קביעה של המשפט הבין-לאומי בסוגיית ההגירה "מצויה בתחום היחסים הבין-לאומיים, והיא רלוונטית לעניין מחויבויותיה של המדינה כלפי מדינות זרות ונתנים זרים... מדובר בהבחנה בין שתי מערכות משפטיות הנשענות על הנחות-מוצא פוליטיות ומוסריות שונות."¹³

עמדה זו אינה מדויקת. מקורות החיוב של המשפט הבין-לאומי שונים אומנם ממקורות המשפט הפנימי, אך עובדה זו אינה "זורקת" את המשפט הבין-לאומי אל מחוץ למסגרת המשפט הפנימי. במשפט הבין-לאומי מתקיימת מורכבות שעל-פיה התחייבויות בין-לאומיות נאכפות במסגרות בין-לאומיות לצד אפשרות לאוכפן גם במסגרות פנים-מדינתיות. כך, לדוגמה, נידונה שאלת הלגיטימיות של גדר-ההפרדה על-פי הדין הבין-לאומי הן לפני בית-המשפט העליון הישראלי בשבתו כבג"ץ¹⁴ והן בחוות-הדעת המייעצת שנתן בית-הדין הבין-לאומי בהג.¹⁵ שאלה גדולה, החורגת מדיוננו זה, היא מה מחייב כדין בין-לאומי כאשר הפרשנות למשפט הבין-לאומי בדין הפנימי שונה מזו שניתנה בערכאות בין-לאומיות. מכל מקום, אין ספק שהדין הבין-לאומי רלוונטי ומחייב התייחסות גם במסגרת משפטן הפנימי של מדינות. כפי שצינו לעיל, הנשיא בדימוס ברק בוחר לא לבחון את כללי המשפט הבין-לאומי בהקשר של סוגיה זו, והוא עושה זאת על-ידי היצמדות לכלל הפורמלי הקובע

¹¹ זילברשץ "המשפט הבינלאומי במשפט החוקתי", שם, בעמ' 91.
¹² ראו ע"פ 336/61 אייכמן נ' היועץ המשפטי לממשלה, פ"ד טז(3) 2033, 2040 (1962), שם נאמר: "אמת, כי ההנחה צריכה להיות, שהמחוקק שואף לתאם את חוקו לעקרונות המשפט הבינלאומי (שזכו להסכמה כללית). אולם, כאשר מתוך החוק שחקק הלה בולטת ברורות מגמה נוגדת, מאבדת אותה הנחה את ערכה ובית המשפט מצווה שלא להתחשב בה." כן ראו זילברשץ "המשפט הבינלאומי במשפט החוקתי", לעיל ה"ש 10, בעמ' 91-92.

¹³ בן-שמש, לעיל ה"ש 2, פרק 1.

¹⁴ בג"ץ 2056/04 מועצת הכפר בית סוריק נ' פרקליטות המדינה, פ"ד נח(5) 807 (2004); בג"ץ 7957/04 מראענה נ' ראש ממשלת ישראל, תק-על 2005(3) 3333 (2005).

¹⁵ Legal Consequences of the Construction of a Wall in the Occupied Palestinian Territory, Advisory Opinion (July 9, 2004), available at www.icj-cij.org/icjwww/ipresscom/ipress2004/ipresscom2004-28_mwp_20040709.htm

שקיזמו של חוק הכנסת סותם את הגולל על יישומו של הדין הבין-לאומי.¹⁶ גישה פורמליסטית כזו אינה תואמת את התייחסותו של הנשיא בדימוס ברק למשפט הבין-לאומי ולמעמדו במשפט הישראלי בשורה ארוכה של פסיקות. בשנים האחרונות נתן הנשיא בדימוס ברק החלטות רבות שבהן יישם את המשפט הבין-לאומי בהרחבה ובנדיבות, גם אם חלקים ממנו לא נקלטו למשפט הישראלי על-פי העקרונות הפורמליים. כך, לדוגמה, נשען הנשיא בדימוס ברק על אמנות בין-לאומיות האוסרות החזקת בני-אדם כבני-ערובה כדי לקבוע שאין להחזיק במעצר מנהלי אזרחים לבנונים שאינם מהווים סכנה לבטחון המדינה על-מנת שימשו "קלפי-מיקוח" לשחרור שבויים ונעדרים ישראלים.¹⁷ הנשיא בדימוס ברק הסתמך על האמנות הבין-לאומיות אף-על-פי שהן לא נחקקו כחוק במשפט הישראלי. כך גם בדיון על נוהלי החקירה של השב"כ. הנשיא בדימוס ברק בחן את הנהלים ופסל את חלקם שכן זיהה בהם מעשים העולים כדי עינויים או יחס משפיל, אשר אסורים על-פי האמנה הבין-לאומית נגד עינויים.¹⁸ מדינת-ישראל אשררה אמנה זו אך לא חוקקה אותה כחוק. למרות זאת לא נמנע הנשיא בדימוס ברק מליישם את האמנה בפסיקתו.

במקרה נוסף נדרש הנשיא בדימוס ברק לבחון את חוקיות השימוש שעשה הצבא בנוהל אזהרה מוקדמת או "נוהל שכן". על-פי נוהל זה שלח הצבא תושבים מקומיים בשטחים לקרוא למבוקשים לצאת מהבית. מטרת הנוהל הייתה למנוע שימוש בכוח לתפיסת המבוקש – כוח שהיה עלול לפגוע לא רק במבוקש, אלא גם בבני הבית שבו הסתתר.¹⁹ הנשיא בדימוס ברק, שפסל את הנוהל, בחן את חוקיותו לאור המשפט הבין-

¹⁶ ראו לעיל את הטקסט ליד ה"ש 9.

¹⁷ דנ"פ 7048/97 פלונים נ' שר הבטחון, פ"ד נד(1) 121 (2000). בפסקה 20 לפסק-דינו אומר הנשיא בדימוס ברק: "שנית, החזקתם של בני-אדם כבני ערובה – ומושג זה כולל בחובו גם החזקתם של בני-אדם כ'קלפי מיקוח' – אסורה היא על-פי המשפט הבין-לאומי (ראו סעיף 1 לאמנה הבין-לאומית נגד לקיחת בני ערובה: International Convention Against the Taking of Hostages, 1979; סעיף 34 לאמנת ג'נבה בדבר הגנת אזרחים בימי מלחמה, 1949 (אמנת ג'נבה הרביעית)). אכן, מוכן אני להניח – בלי להכריע בדבר – כי אין איסור כזה בדין הבין-לאומי המנהגי. כן מוכן אני להניח – בלי להכריע בדבר – כי האיסור ההסכמי על לקיחת בני ערובה איננו כובל את מדינת ישראל במשפט הפנימי של המדינה בהיעדר החלה שלו בחוק של המדינה. כך או כך, חזקה עלינו כי תכליתו של חוק היא, בין היתר, להגשים את הוראות המשפט הבין-לאומי ולא לעמוד בסתירה להן (ראו ע"פ 6182/98 שינבין נ' היועץ המשפטי לממשלה). ישנה 'חזקת התאמה' בין המשפט הבין-לאומי הפומבי ובין החוק המקומי...".

¹⁸ בג"ץ 5100/94 הועד הציבורי נגד עינויים בישראל נ' ממשלת ישראל, פ"ד נג(4) 817 (1999). בפסקה 23 לפסק-דינו אומר הנשיא בדימוס ברק: "...מסקנה זו עולה בקנה אחד עם המשפט הבינלאומי ההסכמי – אשר ישראל צד לו – האוסר על שימוש בעינויים (TORTURE), ביחס אכזרי ולא אנושי...".

¹⁹ בג"ץ 3799/02 עדאלה – המרכז המשפטי לזכויות המיעוט הערבי בישראל נ' אלוף פיקוד מרכז בצה"ל, תק-על 2005(4) 49 (2005) (להלן: פרשת נוהל שכן).

לאומי, תוך התעלמות מוחלטת מהכללים הפורמליים הקובעים אם יש מקום לתחולת המשפט הבין-לאומי במשפט הפנימי. הוא התייחס בפסיקתו לתקנות הג הנספחות לאמנת הג הרביעית משנת 1907, המוכרות כתקנות מנהגיות ועל-כן מיושמות בבג"ץ מקדמת דנא,²⁰ אך נוסף על כך התייחס בפסיקתו גם לסעיפים שונים של אמנת ז'נבה הרביעית, משנת 1949, אשר במשך שנים נמנע בג"ץ מליישמה בפסיקתו שכן הוא קטלג אותה כאמנה הסכמית, ולא מנהגית, משמע, כזו שבהעדר חקיקה מפורשת של הכנסת אינה דין מחייב במשפט הישראלי.²¹ הנשיא בדימוס ברק התייחס לסעיפי אמנה זו כאל דין פנימי שעליו לבחון גם מבלי שהדבר תאם את הכללים הפורמליים של קליטת אמנות. הוא אף הגדיל לעשות ובחן את חוקיותו של נוהל אזהרה מוקדמת גם לאור סעיפים 51(7) ו-57(2) לפרוטוקול הראשון משנת 1977 לארבע אמנות ז'נבה משנת 1949.²² מדינת-ישראל אינה צד לפרוטוקול כלל, והוא אינו מחייב אותה ברובד הבין-לאומי. עובדה זו מסבירה כמובן מדוע לא נחקק פרוטוקול זה כחוק על-ידי הכנסת ועל-כן אינו נכלל במשפטה הפנימי של המדינה. למרות זאת, מתוך מגמה מאוד לא-פורמלית ותוך שליחת מסר כי ראוי שהמשפט הבין-לאומי יובא בחשבון כל אימת שמצויה בו התייחסות לסוגיות שבית-המשפט דן בהן, התייחס הנשיא בדימוס ברק לפרוטוקול כאל אמת-מידה לקביעת המותר והאסור בפעולות הצבא.²³ ברוח זו גם נבחנה ואושרה חוקיותו של צו תחום מגורים המורה לתושב יהודה ושומרון לעבור לגור בעזה במסגרת פעולות הצבא למיגור הטרור.²⁴ הנשיא בדימוס ברק בחן בהרחבה את הלגיטימיות של הוראה זו הן על-פי עקרונות המשפט הישראלי הפנימי, הן על-פי עקרונות המשפט הבין-לאומי החלים באופן ספציפי על השטחים המוחזקים, והן על-פי הדין הבין-לאומי הכללי ביחס לזכויות האדם. ההתייחסות למשפט הבין-לאומי נעשתה כאמור מבלי להביא בחשבון שחלקים ממנו אינם כלל חלק מהמשפט הפנימי במובן הפורמלי.²⁵

²⁰ בג"ץ 393/82 אסכאן נ' מפקד כוחות צה"ל ביהודה ושומרון, פ"ד לז(4) 785, 793-794 (1983); בג"ץ 785/87 עפו נ' מפקד כוחות צה"ל באזור יהודה ושומרון, פ"ד מב(2) 4, 20, 22 (1988); וכן פרשת נוהל שכן, שם, בפסקות 20 ו-22 לפסק-דינו של הנשיא בדימוס ברק.

²¹ פרשת נוהל שכן, שם, בפסקות 20-22 לפסק-דינו של הנשיא בדימוס ברק.

²² שם, בפסקות 20 ו-21 לפסק-דינו של הנשיא בדימוס ברק.

²³ שם.

²⁴ בג"ץ 7015/02 עג'ורי נ' מפקד כוחות צה"ל בגדה המערבית, פ"ד נו(6) 352 (2002).

²⁵ בפסקה 14 לפסק-דינו בעניין עג'ורי, שם, מתייחס הנשיא בדימוס ברק לזכויות אדם רגילות: "מספר זכויות אדם בסיסיות נפגעות בשל עקירתו הלא רצונית של אדם מביתו והעברתו למקום אחר, גם אם העברה זו אינה כרוכה בחצייתו של גבול מדיני... זכויות אדם אלה מקורן בחלקן במשפט הפנימי של המדינות השונות, ובחלקן מעוגנות הן בנורמות של המשפט הבינלאומי." בפסקות 17-18, שם, הוא מתייחס לסעיף 78 לאמנת ז'נבה הרביעית.

לנוכח מגמה זו של הנשיא בדימוס ברק "לקחת ברצינות" את המשפט הבין-לאומי, ולהתייחס אליו בשורה ארוכה מאוד של פסקי-דין כאל מרכיב מרכזי בקביעת החלטותיו מבלי להפעיל את כללי הקליטה הפורמליים, תמוהה המגמה ההפוכה שנקט בפסק-הדין הנידון כאן, קרי, עקיפת הדיון במשפט הבין-לאומי באמצעות הכללים הפורמליים.

אך גם היצמדות לכללי הקליטה הפורמליים מחייבת לדעתנו את הנשיא בדימוס ברק לכללי המשפט הבין-לאומי. הנשיא בדימוס ברק משתחרר מדיון הבין-לאומי באומרו כי "חקיקה מקומית מפורשת [דוגמת חוק האזרחות והכניסה לישראל – י' ז'] יש בכוחה, מנקודת המבט הישראלית הפנימית, לפגוע בזכויות המוענקות בדין הבינלאומי". הוא מניח, מבלי לבחון הנחה זו כלל, שהדין הבין-לאומי מעניק זכויות שהחוק הישראלי שולל, קרי, שיש סתירה בין הדין הבין-לאומי לפנימי ועל-כן הדין הפנימי חוסם את האפשרות ליישם את הדין הבין-לאומי. אילו היה הנשיא בדימוס ברק מחליט לבחון את המשפט הבין-לאומי בסוגיה, הוא היה מגלה שהדין הבין-לאומי אינו מקנה כל זכות בנידון. כפי שנראה להלן, הדין הבין-לאומי מאפשר למנוע הגירה לשם נישואים ממדינות אויב בעת עימות מזוין. הדין הבין-לאומי אינו מקנה זכויות לזר במקרה כזה, ועל-כן אין החוק הישראלי עומד בניגוד לו. בהעדר סתירה בין הדין הבין-לאומי לחוק הישראלי, הנשיא בדימוס ברק מחויב ליישם את הוראות המשפט הבין-לאומי ולהתייחס אליהן. הכללים הפורמליים שאליהם בחר הנשיא בדימוס ברק להיצמד בפסק-דין זה מחייבים אותו לקלוט את הוראות הדין הבין-לאומי מכוח החזקה שיש לפרש חוק, ככל שהדבר ניתן, על-פי הוראות המשפט הבין-לאומי.

2. הערות נוספות לגבי התייחסותו של בן-שמש במאמרו למשפט הבין-לאומי

בהתייחסו למשפט הבין-לאומי אומר בן-שמש את הדברים הבאים:

אין מדובר כאן בהבחנה טכנית בלבד. מדובר בהבחנה בין שתי מערכות משפטיות הנשענות על הנחות-מוצא פוליטיות ומוסריות שונות. במישור המשפט הבין-לאומי המדינה אכן נהנית, ככלל, מעקרונ הריבונות ומהפררוגטיבות הנלוות לריבונות, אולם במישור יחסיה עם אזרחיה אין הדבר כך. במדינה דמוקרטית הנחת-היסוד של המשפט החוקתי היא כי העם הוא הריבון, ולא שליטיו... לפיכך, בבואה להצדיק לפני האזרחים עצמם פגיעות באזרחיה, לא תישמע המדינה בטענה כי הפגיעה מותרת על-פי המשפט הבין-לאומי.²⁶

המהלך שבן-שמש עושה בדבריו אלה נחלק למעשה לשני שלבים. בשלב הראשון הוא קובע שהנחת-המוצא המוסרית והפוליטית של המשפט הבין-לאומי נשענת על עיקרון

²⁶ בן-שמש, לעיל ה"ש 2, פרק ו.

מוחלט של ריבונות המדינה. מכאן הוא עובר לשלב השני: אין כל אפשרות להגביל זכויות של אזרחים מכוח המשפט הבין-לאומי, שעמדתו המוסרית והפוליטית זרה כל-כך לעמדה של שיטת משפט דמוקרטית, שעל-פיה העם הוא הריבון, ולא שליטיו. חבל שבן-שמש מתעלם מההתפתחויות שחלו במשפט הבין-לאומי המודרני. משפט זה עבר מהפכה עצומה בעקבות מלחמת-העולם השנייה, בדמות המהפכה הרעיונית שהולידה את תנועת זכויות האדם הבין-לאומית. מהפכה זו קבעה למעשה שריבונות המדינה אינה עיקרון מוחלט במשפט הבין-לאומי, ושמדינות מתחייבות זו כלפי זו לשמור על זכויות האדם של אזרחיהן. התחייבויות אלה יצרו כמובן מגבלות רבות לריבונות המדינות, שכן הללו קיבלו על עצמן התנהלות שעל-פיה אין הן יכולות לנהוג באזרחיהן כרצונן.²⁷

להבדיל מתפיסה של צדק לוקלי, שהוא הבסיס לאמנה החברתית בין האזרחים לשלטון, תנועת זכויות האדם הבין-לאומיות נשענת על תפיסה של צדק גלובלי, ומחייבת מדינה להקנות את מירב הזכויות לכל אדם, ולא רק לאזרחיה.²⁸ יש שתי זכויות בלבד שהמשפט הבין-לאומי מקנה לאזרחים בלבד, ולא לכל אדם: הזכות לבחור ולהיבחר, והזכות להיכנס למדינה.²⁹ את זכות הכניסה למדינה, ובכלל זה את הזכות להגר אליה, מקנה המשפט הבין-לאומי לאזרחים בלבד, ומכאן, בין היתר, נגזרת ההלכה שכל מדינה שומרת לעצמה את הזכות לקבוע מי הם הזרים שייכנסו לשטחה ויהגרו אליה, ועל-כן אין כל מקום להסדרה בין-לאומית של סוגיית ההגירה.

THOMAS BUERGENTHAL, INTERNATIONAL HUMAN RIGHTS IN A NUTSHELL 1-5 ²⁷

(1988); MALCOLM N. SHAW, INTERNATIONAL LAW 202, 454 (4th ed., 1997)

²⁸ לדוגמה, בסעיף 7 לאמנה המדינית, לעיל ה"ש 7, נאמר כי "לא יועמד אדם בפני עינויים, או בפני יחס או עונש אכזריים, בלתי אנושיים או משפילים; בפרט, לא יועמד אדם בלא הסכמתו החופשית, בפני ניסוי רפואי או מדעי", ובסעיף 1(8) שם נאמר כי "לא יוחזק אדם בעבדות". בסעיף ב(1) להכרזה לכל באי עולם בדבר זכויות האדם נאמר: "כל אדם זכאי לזכויות ולחירויות..." ראו www.knesset.gov.il/docs/heb/un_dec.htm. בסעיף 15 לאמנה הבינלאומית בדבר זכויות כלכליות, חברתיות ותרבותיות, כ"א 31, 205 (נפתחה לחתימה בשנת 1966), נאמר: "מדינות שהן צד באמנה מכירות בזכותו של כל אדם: א. להשתתף בחיי התרבות..." ובאמנה האירופית לזכויות האדם – European Convention on Human Rights, 1950, E.T.S. No. 005 – נאמר, למשל, בסעיף 2: "Everyone's right to life shall be protected by law..."

²⁹ בהכרזה לכל באי עולם בדבר זכויות האדם, שם, נקבע בסעיף יג(2): "כל אדם זכאי לעזוב כל ארץ, לרבות ארצו ולחזור אל ארצו"; ובסעיף כא נאמר: "(1) כל אדם זכאי להשתתף בהנהלת ארצו, בין השתתפות ישירה ובין דרך הנציגות שנבחרה בבחירות חופשיות. (2) כל אדם זכאי לשוויון בכניסה לשירות במגנון של ארצו". באמנה המדינית, לעיל ה"ש 7, בסעיף 12(ד), נקבע כי "לא תישלל באורח שרירותי מאיש הזכות להיכנס לארצו הוא", ובסעיף 25 נאמר: "לכל אזרח יהיו הזכות והאפשרות... 1. ליטול חלק בהנהלתם של עניני ציבור... 2. להצביע ולהיבחר בבחירות-אמת... 3. להיכנס, בתנאים כלליים של שוויון, לשירות הציבור בארצו." ראו גם: YAFFA ZILBERSHATS, THE HUMAN RIGHT TO CITIZENSHIP 41-42 (2002).

אם בן-שמש מבקש לנתק לחלוטין את המשפט הבין-לאומי משיח זכויות האדם בישראל, הוא יצטרך להביא בחשבון שגם את שורת הזכויות הארוכה והרחבה שמשפט זה קובע ומחייב בו מדינות, ובכלל זה את ישראל,³⁰ לא יהיה אפשר לתבוע במשפטה הפנימי של המדינה. החלטה להתעלם מהמשפט הבין-לאומי בשל כך שהוא לא מכיר בזכות הזר להגר למדינה חבל לה שתטרפד את ישומן של כל יתר זכויות האדם הבין-לאומיות במשפטה הפנימי של מדינה.

אני גם חולקת מכל וכל על הסתייגותו של בן-שמש מהשימוש במונח "זרים" ביחס לפלשתינים בהקשר הישראלי מהנימוק שהם גרים בשכנות למדינת-ישראל והיו להם בעבר הרחוק והקרוב קשרים הדוקים עם ערביי ישראל. ה"זרות" אינה באה ללמד על העדר קשרים, אלא על העובדה שתושבי השטחים אינם אזרחיה של מדינת-ישראל. זאת, בדומה לירדנים, לסורים, ללבנונים ולמצרים, שגם הם גרים בשכנות לישראל, ואשר ייתכן כי גם ביניהם יש אנשים שגרו בעבר בשטחה של מדינת-ישראל ואשר יש להם קשרי משפחה עם אזרחי ישראל. גם הם זרים לצורך ההגדרה המשפטית, במובן זה שהם אינם אזרחי המדינה. טשטוש ההבחנה, תוך ראיית תושבי השטחים כמי שאינם זרים וכבעלי מעמד מיוחד ביחס למדינת-ישראל, מהווה למעשה סיפוח סמוי של השטחים המוחזקים. מדינת-ישראל הקפידה מאוד ליצור את ההפרדה בינה לבין השטחים במשך כל שנות התפיסה הלוחמתית ביהודה, שומרון וחבל עזה, על-מנת לא לספח אותם. השטחים הללו לא נכללו בשטחה של מדינת-ישראל. תביעתם של הפלשתינים להקמת מדינה עצמאית מחוץ לגבולותיה של מדינת-ישראל נשענת על העובדה שהם ישות נפרדת שתושביה אינם אזרחי מדינת-ישראל. הגישה הנובעת מדבריו של בן-שמש משקפת עמדה שלפיה יש מקום לטשטוש הגבולות בין מדינת-ישראל לרשות הפלשתינית, מתוך מגמה לפתור את הסכסוך בין ישראל לפלשתינים באמצעות יצירת מדינה אחת לשני העמים. ספק אם זו הגישה הפוליטית המנחה את רוב האוכלוסייה בישראל ואת שופטי בית-המשפט העליון. על-כן יש להיצמד להנחה כי תושבי השטחים אינם אזרחי ישראל ועל-כן ייחשבו "זרים" לכל דבר ועניין, גם כאשר מדובר בשאלת הגירתם למדינת-ישראל.

³⁰ לדוגמה, באוקטובר 1991 אשררה מדינת-ישראל כמה אמנות בין-לאומיות בדבר זכויות אדם: האמנה המדינית, לעיל ה"ש 7; אמנה בינלאומית בדבר זכויות כלכליות, חברתיות ותרבותיות, לעיל ה"ש 28; אמנה נגד עינויים ונגד יחס ועונשים אכזריים, בלתי אנושיים או משפילים, כ"א 31, 249 (נפתחה לחתימה בשנת 1984); אמנה בדבר זכויות הילד, כ"א 31, 221 (נפתחה לחתימה בשנת 1989); אמנה בדבר ביעור אפליה נגד נשים לצורותיה, כ"א 31, 179 (נפתחה לחתימה בשנת 1979). ישראל מחויבת באמנות נוספות, כגון האמנה בדבר מעמדם של פליטים, כ"א 3, 5 (נפתחה לחתימה בשנת 1951); והאמנה בדבר מעמדם של חסרי אזרחות, כ"א 8, 553 (נפתחה לחתימה בשנת 1954).

3. הגירה למדינה בימי שלום ובימי מלחמה – עמדת המשפט הבין-לאומי והרלוונטיות שלה למשפט הישראלי

המשפט הבין-לאומי מגביל את התנהלותן של המדינות מכוח אמנות בין-לאומיות בתחום זכויות האדם. אמנות אלה מחייבות מדינות להקנות לכל הנמצאים בשטחן ובתחום סמכותן, בין אם הם אזרחי המדינה ובין אם לאו, את זכויות האדם הבסיסיות. פגיעה של המדינה בזכויות אלה של הנמצאים בשטחה גוררת אחריה אחריות בין-לאומית של המדינה כלפי יתר המדינות בגין הפרת הדין הבין-לאומי.³¹

כחריג לגישה רחבה זו, זכות הכניסה למדינה אינה מוקנית לכל אדם באשר הוא, אלא רק לאזרחי המדינה, ואולי גם לתושבי-הקבע שלה.³² מכאן נובעת המסקנה שהמשפט הבין-לאומי אינו קובע למדינות מסמרות והלכות בנושא של הגירה. אפילו זכותם של פליטים למקלט מדיני מחייבת מדינה לאפשר כניסה אליה רק באופן זמני, ומתירה לה להעביר את הפליטים למדינה שלישית שבה לא נשקפת כל סכנה לחייהם.³³ דהיינו, גם בנושא של פליטים, כאשר מדובר באינטרס עליון של הגנה על חיי אדם, אין כללי משפט בין-לאומי נחרצים וחזקים המחייבים מדינה במדיניות הגירה כלשהי.

הנושא של איחוד משפחות או הגירת-נישואים אינו מוסדר במשפט הבין-לאומי במפורש. ניתן אולי להסיק את הנורמות הרלוונטיות בעקיפין מסעיפים בהכרזה לכל באי עולם בדבר זכויות האדם ובאמנות נוספות הדנות בזכויות האדם מכוח הזכות למשפחה. בלשון ההכרזה לכל באי עולם:

המשפחה היא היחידה הטבעית והבסיסית של החברה וזכאית להגנה של החברה והמדינה.³⁴

יש להביא בחשבון שגם זכות זו, כרוב זכויות האדם, אינה זכות מוחלטת. ניתן להגבילה כדי להבטיח שמירה על זכויות אחרות אם מימושה מתנגש בהן, וכן כדי לקדם

³¹ ראו לעיל ה"ש 27-28 והטקסט שלידן.

³² ראו פירוט מורחב בספרי, לעיל ה"ש 29, בעמ' 43-47, וכן במאמרי "חופש התנועה: כניסה למדינה, שהות בה ויציאה ממנה" **משפט בינלאומי** 189, 191-195 (רובי סייבל עורך, 2003) (להלן: זילברשץ, 2003).

³³ זילברשץ, 2003, שם, בעמ' 198-203.

³⁴ סעיף טז(3) להכרזה לכל באי עולם בדבר זכויות האדם, לעיל ה"ש 28. ראו גם סעיף 10 (א) לאמנה בדבר זכויות כלכליות, חברתיות ותרבותיות, לעיל ה"ש 28; סעיף 1 לצ'רטר האירופי החברתי – European Social Charter 1961, ETS, art. 16 I §035; וסעיפים (1)18 ו-1(27) לצ'רטר האפריקאי בדבר זכויות האדם והעמים (1981) (YAN) ; BROWNIE, BASIC DOCUMENTS ON HUMAN RIGHTS 556 (3rd ed., 1992) ; להלן: בראונלי.

אינטרסים של מוסר, סדר ציבורי ורווחה כללית בחברה דמוקרטית.³⁵ אם כן, אף אם נניח שהסעיפים באותן אמנות הנוגעות בזכות להקים משפחה כוללים את הזכות להביא בן-זוג זר למדינתו של האזרח, זכות זו מוגבלת עדיין באינטרסים ציבוריים. אלא שכאן מתעוררת השאלה שהובילה לליבה של המחלוקת בין השופטים: כיצד משרטטים את האינטרסים הציבוריים הללו? אם נניח שמדובר באינטרס של מניעת פשיעה, אזי יש לבחון ביחס לכלל זר המבקש להיכנס למדינה מכוח הזכות להקים משפחה אם הוא עבריין שיש למנוע את כניסתו. אם מדובר באינטרס של רווחה כלכלית לאזרחי המדינה, ניתן למנוע הגירה של כל אדם שאינו עומד בדרישות כלכליות מסוימות. אך מה קורה אם האינטרס המוגן הוא בטחון הציבור? כאן פגשו השופטים בעיה חדשה, שהקשתה מאוד בדיקה פרטנית של בן-הזוג הזר. אדון בכך מייד בהרחבה יחסית. אקדים ואומר שנוצר כאן צורך בחסימה שאינה פרטנית, בדומה במידה מסוימת לתגובה על דרישתו של המוסר להגביל קבוצה – קבוצת-גיל – של מהגרי-נישואים, בשל חשש לנישואי-בוסר או לנישואים כפויים.

האמנה הבין-לאומית בדבר ביעורן של כל צורות האפליה הגזעית, המעצבת את הזכות לשוויון במשפט הבין-לאומי, קובעת במפורש כי אין לעורר טענה של אפליה ופגיעה בשוויון כאשר מדובר בשאלות של הענקת אזרחות.³⁶ במקרים רבים קודמת להענקת אזרחות הגירה למדינה, ומכאן ניתן להסיק שגם מניעת הגירה אינה עילה לטענה של פגיעה בשוויון. הסעיף מוסיף ואומר כי הוצאת ההגירה והאזרחות ממסגרת הדיון בשוויון מתקיימת אם ההגבלות אינן מופנות נגד קבוצה לאומית מסוימת. אם משיקולי ביטחון, לדוגמה, אוסרים כניסת אזרחים של מדינת אויב למדינה, אזי האפליה אינה כלפי הקבוצה משיקולים לאומיים, אלא משיקולים ענייניים של ביטחון, כפי שנפרט להלן, ועל-כן האיסור אפשרי על-פי המשפט הבין-לאומי.

המשפט הבין-לאומי מאפשר סטייה במצב חירום מחלק מזכויות האדם, ובכלל זה מהזכות לחיי משפחה.³⁷ כלומר, בימי מלחמה מדינה יכולה להגביל את הזכות לאיחוד משפחות יותר מאשר בימי שלום. המשפט הבין-לאומי, שהינו ניטרלי למדי בעיצוב

³⁵ האמנה המדינית, לעיל ה"ש 7, הינה חריגה בכך שהיא אינה מטילה הגבלות על זכות זו בשם אינטרסים ציבוריים. לעומת זאת, סעיף כט(2) להכרזה לכל באי עולם בדבר זכויות האדם, לעיל ה"ש 28, סעיף 31(1) לצ'רטר האירופי החברתי, לעיל ה"ש 34, סעיף 27(2) לצ'רטר האפריקאי בדבר זכויות האדם והעמים, לעיל ה"ש 34, וסעיף 32(2) לאמנה האמריקאית בדבר זכויות האדם (1969) (ראו בראונלי, לעיל ה"ש 34, בעמ' 504) – כל אלה מאפשרים את הגבלת הזכות אם שיקולים של בטחון המדינה מחייבים זאת.

³⁶ סעיף 31(3) לאמנה הבינלאומית בדבר ביעורן של כל צורות האפליה הגזעית, כ"א 25, 547 (נפתחה לחתימה בשנת 1966).

³⁷ סעיף 4 לאמנה המדינית, לעיל ה"ש 7, אינו כולל איחוד משפחות ברשימת הזכויות שאין לסטות מהן.

מדיניות הגירה,³⁸ אינו מטיל על מדינה כל מחויבות לאפשר כניסת אזרחים של מדינות האויב לשטחה.³⁹ ההפך הוא הנכון. המשפט הבין-לאומי מאפשר למדינה לסטות במצב חירום מקיום הזכות. אכן, הפרקטיקה הרווחת בין מדינות העולם היא להימנע מכל קשר מסחרי או אחר עם אזרחים של מדינות אויב. הימנעות זו כוללת גם איסור גורף של כניסת אזרחים של מדינות אויב לשטח המדינה למטרות נישואים או לכל מטרה אחרת.⁴⁰

הקביעה כי מדינה יכולה לאסור על אזרחים של מדינת אויב להיכנס לשטחה, באופן זמני או למטרות הגירה, אין בה כדי ליצור "תיוג" (profiling) מפלה. שאלת ה"תיוג" מתייחסת לאזרחי המדינה בלבד, אשר רק כלפיהם המדינה מחויבת לנהוג בשוויון.⁴¹ מסיבה זו ניתן להתנגד ל"תיוג" של אזרחי ארצות-הברית ממוצא יפני, אשר בתקופת מלחמת-העולם השנייה נחשדו כקבוצה בחוסר נאמנות למדינה. הסתמכותו של בן-שמש על שופט המיעוט Murphy בפסק-דין Korematsu,⁴² שבו גיבה בית-המשפט את המדיניות המתייגת של הממשל האמריקאי בתקופת מלחמת-העולם השנייה בשם האינטרס של בטחון המדינה, אינה רלוונטית למקרה שבו אנו דנים. אזרחים של מדינת אויב אינם אזרחי המדינה האוסרת את הגירתם אליה, ועל-כן אין היא מחויבת לנהוג בהם על-פי עקרונות השוויון המחייבים אותה בהתנהגותה כלפי אזרחיה. היא יכולה למנוע אותם, כקבוצה, מלהיכנס לשטחה או מלהגר אליה – כפי שהיא יכולה למנוע כל קבוצת זרים אחרת מלהיכנס למדינה, אלא אם כן ההגבלה היא על בסיס לאומי – וזאת ללא כל נימוק נוסף.⁴³ אכן, אם הגבלת הגירתה של אוכלוסייה נשענת על ההנחה כי

³⁸ ראו לעיל את הטקסט ליד ה"ש 32-33.

³⁹ דיני המלחמה של המשפט הבין-לאומי מטילים על מדינה לעשות מאמץ לא להפריד בין בני משפחה בגין הסכסוך. ראו: *Reunification of Families Dispersed by War: Extract from Protection of the Civilian Population in Periods of Armed Conflict* (26th International Conference of the Red Cross and Red Crescent, 15.9.1995), available at www.helpicrc.org/Web/eng/siteeng0.nsf/%20iwpList187/E716C00A8FAC0CF1C1256B6600595E2D. כמו-כן מוטל על מדינות לסייע במפגש של בני משפחה שנפרדו בגין הקרבות – ראו בדו"ח הוועדה המייעצת לבחינת מדיניות ההגירה למדינת ישראל – דו"ח ביניים (הוגש ביום 18.12.2005) (להלן: דוח רובינשטיין), בעמ' 6 והערה 12. אין במשפט הבין-לאומי כל חיוב מפורש לאפשר הגירה של בני-הזוג לאחת המדינות.

⁴⁰ ראו דוח רובינשטיין, שם, בעמ' 6 והערות 7-9. ראו גם אמנון רובינשטיין וליאב אורגד "זכויות אדם, ביטחון המדינה ורוב יהודי – המקרה של הגירה לצורכי נישואין" **הפרקליט** מח 315, 320-321 (2006); וכן פסקות 79-82 לפסק-דינו של השופט חשין בעניינו.

⁴¹ ראו רובינשטיין ואורגד, שם, בעמ' 343-346.

⁴² *Korematsu v. United States*, 323 U.S. 214, 235-240 (1944).

⁴³ ראו לעיל את הטקסט ליד ה"ש 36.

אוכלוסייה זו אינה נאמנה למדינה, בהיותה אוכלוסייה של מדינת אויב, היא אינה אסורה.

האינטרס של שמירה על בטחון המדינה מתקיים גם בימי שלום, והוא בסיס אפשרי להגבלת כניסתם של זרים למדינה. במקרה כזה תתחייב בדיקה פרטנית של כל אדם שאת כניסתו מבקשים להגביל. אך כאשר מדובר באזרח של מדינת אויב או באזרח של מדינה הנמצאת במלחמה עם מדינה אחרת, אזי המדינה האחרת יכולה לסטות משמירה על הזכויות, במובן זה שהיא יכולה לאסור כמכלול על כל אזרחיה של מדינת האויב להיכנס אליה. הנחת-המוצא במקרה כזה היא שאזרחיה של מדינה הנמצאת במלחמה עם מדינה אחרת אינם נאמנים למדינה שאליה הם מבקשים להיכנס. הם אזרחים של מדינת אויב, ונאמנותם למדינת אזרחותם גוררת באופן ישיר העדר נאמנות למדינה שאליה הם מבקשים להגר.⁴⁴ במקרה כזה הסטייה המותרת מזכויות בשעת חירום מאפשרת הטלת איסור גורף על כניסת אזרחים של מדינת האויב למדינה, אפילו לשם הגירת-נישואים. עם זאת, שינוי במצב הפוליטי וכינון הסכמי שלום בין המדינות יחייבו מעבר לבדיקה פרטנית של כל אדם שמבקשים להגביל את הגירתו למדינה מחשש שיפגע בבטחון המדינה.

במקרה של פסק-הדין הנידון כאן, התייחסותם של השופטים אל שאלת הביטחון הייתה התייחסות במובן הצר. ההתייחסות הייתה בלתי-נמנעת לנוכח עמדת המדינה, שהציגה נתונים ספציפיים בדבר כמות הפיגועים שנעשו על-ידי תושבי השטחים שנכנסו למדינת-ישראל כמהגרי-נישואים, ואשר על בסיסם בנתה את איסור הכניסה. גישה כזו מובילה לכאורה למסקנה כי נכון לבחון כל מקרה לגופו, וכי אין מקום להטיל איסור גורף, שכן אין לפגוע במי שאינו מתכוון להיות מעורב בפיגוע ולגרוע ממנו את האפשרות להגר לישראל לצורכי נישואים.

ברם, אם ההסתכלות על שאלת הביטחון בעת מלחמה היא רחבה יותר, וכוללת חשש לא מפני פיגועים ישירים, אלא מפני העובדה שאנשים שאינם יכולים להיות נאמנים למדינה יהגרו אליה למטרת נישואים, אזי ניתן להגביל באופן גורף את כניסתם של כל האנשים הללו מאזורי לחימה וממדינות אויב לישראל. במובן זה חטא חוק האזרחות והכניסה לישראל בכך שאסר את הכניסה לישראל למטרת נישואים רק על תושבי השטחים המוחזקים. החוק היה צריך לקבוע באופן רחב ונחרץ כי אזרחים של מדינת אויב או נתינים של מדינה או ישות הנמצאות במצב מלחמה עם ישראל מנועים מלהיכנס למדינה לכל מטרה שהיא, ובכלל זה למטרת נישואים, כל עוד לא הסתיים מצב המלחמה והאיבה בין המדינות או בין המדינה לישות האויב.

⁴⁴ לדין נרחב בשאלת הנאמנות למדינה ראו בספרי, לעיל ה"ש 29, בעמ' 113-153.

ד. הזכות לחיי משפחה עם בן-זוג זר – ההיבט החוקתי

1. הערות כלליות

הזכות לחיי משפחה, הכוללת את הזכות לגור בצוותא עם בן-הזוג או בת-הזוג תחת קורת-גג אחת, היא זכות אדם המוכרת לא רק במשפט הבין-לאומי, כמתואר לעיל, אלא גם במשפטן החוקתי של מדינות דמוקרטיות שונות.⁴⁵ אולם מה מעמדה של הזכות לחיי משפחה כאשר מדובר בנישואים של אזרח המדינה עם אזרח זר? האם הזכות זהה לזכותו של אזרח המדינה לחיי משפחה עם בן-זוג שגם הוא אזרח המדינה?

הנטייה הראשונית היא לומר שיש זהות בין שני המקרים, שכן אם בוחנים את הסוגיה מנקודת-מבטו של אזרח המדינה המבקש להינשא, אין מקום להבדיל בין המקרים. אכן, זו דעתו של הנשיא בדימוס ברק, וזו גם דעתם של יתר השופטים בפסק-הדין, למעט השופטים חשין ונאור. בן-שמש במאמרו מחזק עמדה זו ואומר נחרצות: "...זהותו של בן-הזוג אינה רלוונטית כלל לטעמים שביסוד ההגנה על הזכות, ואינה משפיעה כלל על הפגיעה האנושה בכבודו של אדם שהזכות לחיי משפחה נשללת ממנו. הרי הטעמים שבבסיס ההגנה על הזכות לחיי משפחה חלים באותה עוצמה בדיוק בין שבן-הזוג הוא ישראלי ובין שהוא זר."⁴⁶

עמדה זו נכונה ומוצדקת אם נקודת המוצא לבחינת הסוגיה היא האזרח בלבד. אך אם מביאים בחשבון שמימוש זכות זו של אזרח המדינה גוררת בעקבותיה הגירה של זרים למדינה, יש לשקול אם נכון שלמדינה תהיה מדיניות הגירה ביחס לזרים, ואם מדיניות זו נדחית מפני זכותו של האזרח להינשא לזר.

שאלת חשיבותה של מדיניות ההגירה מתחדדת כאשר כמות משמעותית של מהגרים נכנסת למדינה ועלולה לשנות את מרקם חייהם של אזרחי המדינה. ניטול, לדוגמה, הגירה שאינה לצורכי נישואים, אלא לצורך מקלט – למשל, אדם הנמלט על נפשו ומבקש להיכנס למדינה על-מנת למצוא בה מחסה והגנה על חייו. אם אדם כזה נמצא בשערי המדינה או נכנס אליה, אף אם לא כחוק, המדינה חייבת לאפשר לו לשהות בתוכה כל עוד נשקפת סכנה לחייו. כך הוא הדין הבין-לאומי,⁴⁷ וכך גם פסק בית-המשפט העליון שלנו בפרשת הפליטים העיראקים.⁴⁸ כל עוד מדובר במספר לא-

⁴⁵ להגנה על הזכות בארצות-הברית ובצרפת ראו: John Guendelsberger, *The Right to Family Unification in French and United States Immigration Law*, 21 CORNELL INT'L L. J. 1, 44-45, 66-67, 69-73 (1988). להגנה על זכות זו בגרמניה ראו: SABINE MICHALOWSKI & LORNA WOODS, *GERMAN CONSTITUTIONAL LAW* – THE PROTECTION OF CIVIL LIBERTIES 251-256 (1999).

⁴⁶ בן-שמש, לעיל ה"ש 2, בפרק ד למאמרו.

⁴⁷ ראו זילברשץ, 2003, לעיל ה"ש 32, בעמ' 199-198.

⁴⁸ בג"ץ 4702/94 טאיי נ' שר הפנים, פ"ד מט(3) 843 (1995). העותרים בפרשה זו היו אזרחים עיראקים שהסתננו ליהודה ושומרון ולישראל דרך ירדן, והיו נתונים במעצר

משמעותי של אנשים, אין מניעה כלשהי למחווה הומניטרית כזו. אם במשך שנים מבקש המקלט אינו יכול לחזור למדינה שממנה ברח או להיכנס למדינה שלישית, יש לקולטו במדינת-המקלט ולתת לו אזרחות.⁴⁹ אך האם מחויבות כזו קיימת גם כאשר גלים המוניים של פליטים מציפים את גבולות המדינה? במקרה כזה הצפה על-ידי פליטים עלולה לגרום לקריסתה הכלכלית של מדינת-המקלט ולאיום על סדרי החיים של אזרחיה ועל תרבותם. במקרה כזה ברור שיש לווסת את ההגירה למדינה ולהמציא לפליטים פתרונות חלופיים.⁵⁰

גם הגירת-נישואים יכולה להיות המונית ובת-השפעה על כלכלתה של מדינת-ההגירה ועל סדרי החיים של אזרחיה ותרבותם. מקרי הגירה ספורים בוודאי לא ישנו את אופי החיים במדינה, אך הצפה גדולה של הגירת-נישואים יכולה לגרום להשפעות ולשינויים במדינה שאין לכפותם על אזרחיה, בניגוד לרצונם וללא הסכמתם, רק בגין ההחלטה לממש את זכותם של האזרחים האחרים לחיי משפחה. על כך אומר המשנה לנשיא בדימוס חשין בפסקות 56-57 לפסק-דינו:

אכן, מדינה – כל מדינה – לא תסכים ליתן בידי יחידה – בידי כל אחד מיחידה – זכות יסוד לשנות את הסטטוס קוו אנטה בחברה ובמדינה. גם מדינות המכירות בזכות חוקתית מפורשת לנישואין ולחיי משפחה יתקשו להתיר הגירה חופשית מכוח זכות זו... מדינות העולם אינן מכירות על דרך הכלל בקיומה של זכות מוחלטת, זכות יסוד שהאזרח מחזיק בה, להגירתו של בן זוג זר אל תחומי המדינה. הזכות לכניסתו של בן הזוג למדינה זכות היא שתינתן מכוח חוקים הנקבעים על יסוד צרכיה של המדינה...

בן-שמש מפרש אמירה זו של חשין כאמירה המעידה על שיקולים דמוגרפיים סמויים.⁵¹

בישראל. בית-המשפט פסק כי למדינה יש סמכות לגרש מישראל מי שנכנס אליה לא-כדין, אולם סמכות זו צריכה להיות מופעלת לאור זכותו של כל אדם שחיו וחירותו לא יהיו בסכנה. לכן, פסק בית-המשפט, ניתן לגרשם, אך רק למדינה שלא תסכנם ולא תגרשם למדינה שלישית. גם הפעלת סמכות המעצר צריכה להיות מידתית, ויש לשקול חלופה למעצר. השופט קדמי הוסיף כי מכיוון שמדובר באזרחים של מדינת אויב, לאינטרס הבטחוני של המדינה יש משקל כבד בקביעת הדרך שבה ינהגו בעותרים.

ראו זילברשץ, 2003, לעיל ה"ש 32, בעמ' 206-208.

למשל, מקלט זמני במדינה או חלוקת הפליטים בין מדינות שונות המוכנות לסייע להם. הנושא מטופל על-ידי הנציב העליון מטעם האו"ם לענייני פליטים. על מסגרת פעולתו ומאפייניה ראו באתר הנציבות www.unhcr.org/cgi-bin/tehis/vtx/home. ראו גם: REFUGEE PROTECTION IN INTERNATIONAL LAW – UNHCR'S GLOBAL CONSULTATIONS ON INTERNATIONAL PROTECTION (Erika Feller, Volker Turk & Frances Nicholson eds., 2003).

בן-שמש, לעיל ה"ש 2, בסוף פרק ד.

הוא מתכוון בכך לומר שתכלית החוק הנידון אינה בטחונית, כפי שהציגה זאת המדינה, אלא תכלית שבאה להגביל כניסת ערבים לשטחי ישראל כדי לשמר בה את הרוב היהודי.⁵²

דעתי שונה מזו של בן-שמש. את דבריו של המשנה לנשיא בדימוס חשין אני קוראת תוך פרשנות רחבה יותר. השופט חשין בא לומר שכל הגירת זרים לשם נישואים, בין שמדובר באזרחים ישראלים יהודים המבקשים להינשא לזרים ובין שמדובר באזרחיה הערבים של המדינה, עלולה להפר את הסטטוס-קוו, כלומר, לשנות את ההרכב הנוכחי של האוכלוסייה במדינה. שינוי כזה, לשיטתו (ולשיטתי), חייב להיות מכוון על-ידי רצון רוב האוכלוסייה במדינה, כפי שבא לידי ביטוי בחוקי הכנסת.

לסיכום, הזכות לאיחוד משפחות היא עקרון-יסוד חשוב בדיני הגירה של זרים למדינה. מדינה נכון לה שתיתן לזכות זו משקל משמעותי בעיצוב דיני ההגירה שלה. עם זאת, הזכות אינה מוחלטת. למדינה שמורה הזכות לכוון ולווסת מדיניות הגירה אם תוצאותיה עלולות לפגוע במרקם החיים במדינה, ברווחת אוכלוסייתה ובאיונים השומרים על הרכבה. כך, על-סמך שיקולים כגון גיל המהגר,⁵³ מצבו הכלכלי⁵⁴ או היותו

⁵² לחששות דומים, גם אם נחרצים פחות, ראו אצל השופטת פרוקצ'יה, בפסקה 1 לפסק-דינה, וכן אצל השופט ג'ובראן, בפסקה 24 לפסק-דינו.

⁵³ באנגליה, לדוגמה, הועלה בשנת 2002 גיל ההגירה לצורכי נישואים ל-18. ראו: Katrin Mahnkopf & Mária Guličová-Grethe, *Is Marriage Migration an Immigration Gate? The Situation in the United Kingdom – Country Study*, in PROJECT: MARRIAGE AS IMMIGRATION GATE – THE SITUATION OF FEMALE MARRIAGE MIGRANTS FROM THIRD COUNTRIES IN THE EU MEMBER STATES (Berlin Institute for Comparative Social Research, Daphne Program-European Commission, 2004). כך גם בבלגיה. ראו: Katrin Mahnkopf & Mária Guličová-Grethe, *Marriage Migration in Belgium – A Neglected Aspect of Migration – Country Study*, in PROJECT: MARRIAGE AS IMMIGRATION GATE – THE SITUATION OF FEMALE MARRIAGE MIGRANTS FROM THIRD COUNTRIES IN THE EU MEMBER STATES (Berlin Institute for Comparative Social Research, Daphne Program-European Commission, 2004). בהולנד הועמד גיל ההגירה לצורכי נישואים על 21 לגבי שני בני-הזוג. ראו: Maria Guličová-Grethe, *Marriage Migration in the Netherlands – Country Study*, in PROJECT: MARRIAGE AS IMMIGRATION GATE – THE SITUATION OF FEMALE MARRIAGE MIGRANTS FROM THIRD COUNTRIES IN THE EU MEMBER STATES (Berlin Institute for Comparative Social Research, Daphne Program-European Commission, 2004). ובדנמרק נקבע גיל מינימלי 24 לשני בני-הזוג. ראו www.nyidanmark.dk/en-us/coming_to_dk/familyreunification/spouses/spouses.htm.

⁵⁴ בארצות-הברית, למשל, המבקש צריך להוכיח כי הוא משתכר 25% יותר מקו-העוני במדינה כדי לאפשר איחוד עם בן משפחה זר. ראו: uscis.gov/graphics/services/residency/family.htm. בהולנד המפרנס העיקרי צריך להשתכר 20% יותר משכר-המינימום. ראו www.ind.nl/en/inbedrijf/actueel/Nieuweregelsgezinsherenigingengezinsvorming.asp.

אזרח של מדינת אויב,⁵⁵ המדינה יכולה למנוע קבוצות מסוימות של זרים מלהגר למדינה, אפילו למטרה של איחוד משפחות. במערך האיזונים שבין זכות האזרח לחיי משפחה לבין האינטרס של חברה לשמר את מרקם החיים שלה, פגיעה מסוג זה בזכות לחיי משפחה אינה אלא אינטרס חברתי לגיטימי שרצוי להעלותו אל פני השטח על-מנת לעצב מדיניות הגירה למדינה.

2. משפט ההגירה הישראלי – "אשמתם" של המחוקק ושל השופט חשין

מדינת-ישראל נשענת בחוקי ההגירה הנוכחיים שלה על הנחת מציאות שהתקיימה בשנותיה הראשונות. מדינת-ישראל קמה תוך כדי מלחמה עם שכנותיה, כשרבים מפליטי השואה שוהים עדיין במחנות עקורים באירופה ומבקשים להם חוף-מבטחים והגירה של קבע למדינתם. המדינה נוסדה כדי לממש את עקרון ההגדרה העצמית של העם היהודי בישות מדינית עצמאית משלו. זה הרקע לחקיקתו של חוק השבות בשנת 1950, שהסעיף המרכזי בו – סעיף 1 – קובע כי "כל יהודי זכאי לעלות ארצה".⁵⁶ על חוק השבות ועל העיקרון של העדפת יהודים בהגירה למדינה נכתבו תילי-תילים של מילים, וגם נכון להיום רוב ההוגים בישראל,⁵⁷ כמו-גם כל שופטי בית-המשפט

בדנמרק אזרח הנתמך על-ידי רשויות הרווחה אינו יכול להגיש בקשה לאיחוד משפחות, ומי שכשיר להגיש בקשה כזו צריך להפקיד ערבות בסך 54,158 קרונות (Krones) לכיסוי עלויות עתידיות במימון בן-הזוג (דיוור, מזון, ביגוד וכדומה). כן עליו להוכיח שברשותו דיוור הולם ואמצעים מספיקים לפרנס את בן המשפחה הזו, ולהצהיר כי לא קיבל כל סיוע מהמדינה בשנה שקדמה לבקשה. ראו www.udlst.dk/english/Family+Reunification/Spouses/Default.htm

ראו: Nora V. Demleitner, *Conference on Marriage, Families and Democracy: How Much Do Western Democracies Value Family and Marriage? Immigration Law's Conflicted Answers*, 32 HOFSTRA L. REV. 273, 284 (2003). כן ראו, בהקשר של הטלת האמברגו האמריקאי על קובה, את ההחלטה משנת 1994 להטיל הגבלות על חופש התנועה בין קובה לארצות-הברית, הכוללות גם ביקורים הדדיים והגירת-נישואים: *Necessity of Ending the Economic, Commercial and Financial Embargo Imposed by the United States of America Against Cuba* (Report of the Secretary-General, 1995), available at www.un.org/documents/ga/docs/50/plenary/a50-401.htm

חוק השבות, התש"י-1950, ס"ח 159.
 ראו חיים גנז מריכרד ואגנר עד זכות השיבה – ניתוח פילוסופי של בעיות ציבור ישראליות (2006); מיכאל קורינאלדי "חוק השבות – הלכה למעשה" קרית המשפט א 155 (2001); חיים גנז "לאומיות והגירה" רב-תרבותיות במדינה דמוקרטית ויהודית – ספר הזיכרון לאריאל רוזן-צבי ז"ל 341, 358 (מנחם מאוטנר, אבי שגיא ורונן שמיר עורכים, 1998); Claude Klein, *The Right of Return in Israeli Law*, 13 TEL-AVIV (1997) UNIVERSITY STUDIES IN LAW 53 (1997).

העליון,⁵⁸ מאמינים כי זה היסוד האיתן לקיומה של מדינת-ישראל. עקרון השבות הושלם בחוק האזרחות, שבו נקבע כי "כל עולה לפי חוק השבות, תש"ו-1950, יהיה לאזרח ישראלי מכוח שבות..."⁵⁹

החקיקה לא טיפלה כלל בשאלה של הגירת זרים שאינם יהודים למדינה. לגבי זרים ערבים אזרחי המדינות השכנות, ההנחה הייתה שהם אזרחים של מדינות אויב, ועל-כן אין לאפשר תנועת אנשים מישראל למדינות אלה וממדינות אלה לישראל לכל מטרה שהיא. מדיניות זו נקבעה כמדיניות כוללת, והתנועה נאסרה לא על בסיס פרטני, אלא על בסיס כללי. ליהודים ולערבים אזרחי ישראל היה אסור לצאת למדינות אלה, ולאזרחיהן של מדינות אלה היה אסור להיכנס לישראל. זו הייתה המדיניות ככלל. לשר הפנים הייתה שמורה הזכות לתת רשיונות במקרים חריגים, אך בפועל נעשה שימוש זניח בלבד בסמכות זו.⁶⁰

הגירת זרים שאינם יהודים אך שהם קרובי-משפחה של יהודים טופלה על-ידי המחוקק בתיקון לחוק השבות משנת התש"ל-1970. לחוק הוסף סעיף 4א, שעל-פיו "הזכויות של יהודי לפי חוק זה והזכויות של עולה לפי חוק האזרחות, תשי"ב-1952... מוקנות גם לילד ולנכד של יהודי, לבן זוג של יהודי ולבן זוג של ילד ושל נכד של יהודי..."⁶¹ וכן נקבע שם כי "אין נפקא מינה אם יהודי שמכוחו נתבעת זכות לפי סעיף קטן (א) בעודו בחיים אם לאו ואם עלה ארצה או לאו"⁶². מטרת הרחבתו של עקרון השבות הייתה לעודד גם יהודים שנישאו בנישואי-תערובת לעלות לישראל. השאלה אם אין בסעיף זה משום הרחבת-יתר של הגירת זרים לישראל מעבר למטרה שאותה נועד התיקון להשיג עולה מדי פעם בדיון הציבורי, אך נכון להיום טרם נעשה כל שינוי בסעיף זה לחוק השבות.⁶³

⁵⁸ ראו, למשל, ע"ב 2/88 בן שלום נ' ועדת הבחירות המרכזית, פ"ד מג(4) 221, פסקות 7-8 ו-13 לפסק-דינו של השופט אלון (1989); השופט חשין בבג"ץ 3648/97 סטמקה נ' שר הפנים, פ"ד נג(2) 746, 728 (1999); השופט כהן בבג"ץ 72/62 רופאיון נ' שר הפנים, פ"ד טז 2440, 2428 (1962); ועוד.

⁵⁹ סעיף 2 לחוק האזרחות, התשי"ב-1952, ס"ח 146. לביקורת על הקניית אזרחות אוטומטית ליהודים ראו במאמרי "האזרחות: מהי ומה תהיה?" המשפט בישראל – מבט לעתיד 123, 135-139 (ידידיה צ' שטרן, יפה זילברשץ ואיתי ליפשיץ עורכים, 2003); וכן רות גביון "מדינה יהודית דמוקרטית: אתגרים וסיכונים" רב-תרבותיות במדינה דמוקרטית ויהודית – ספר הזיכרון לאריאל רוזן-צבי ז"ל 213, 276-278 (מנחם מאוטנר, אבי שגיא ורון שמיר עורכים, 1998).

⁶⁰ פקודת הארכת תוקף של תקנות שעת חירום (יציאה לחוץ לארץ), התש"ט-1948, ע"ר תש"ט; החוק למניעת הסתננות (עבירות ושיפוט), התשי"ד-1954, ס"ח 160.

⁶¹ סעיף 4א(א) לחוק השבות, לעיל ה"ש 56.

⁶² סעיף 4א(ב) לחוק השבות, שם.

⁶³ פסקה 21 לפסק-דינו של השופט חשין בפרשת סטמקה, לעיל ה"ש 58, וכן דברים שנישאו בכנסת דאז – ד"כ 56, 766 (התש"ל).

חוק השבות וחוק האזרחות דרים לצידו של חוק הכניסה לישראל, שאמור להסדיר את סוגיית ההגירה למדינה של מי שאינו נכלל במסגרת עקרון השבות. אולם עיון בחוק הכניסה לישראל מגלה שמדובר בחוק טכני, אשר נחקק בשנת 1952 מתוך נקודת מוצא שלפיה עיקר ההגירה לישראל מתבססת על השבות. החוק מטפל באשרות כניסה ובאישורי שהייה בישראל, ובכלל זה במתן אשרה ורישיון לשיבת-קבע, אך אין הוא קובע כל אמת-מידה מנחה לשר הפנים בנוגע למתן האשרות הזמניות או הקבועות. למעשה, ניתן לומר שלמעט הוראות חוק השבות בסעיפים 1 ו-4, אין במשפט הישראלי חקיקה עקרונית בנושא של הגירה למדינה.

כל עוד הייתה ישראל מדינה אטרקטיבית ליהודים בלבד ולבני משפחותיהם, יכלה המערכת להסתפק אולי בהסדרה זו. אך ככל שהתפתחה המדינה וכלכלתה התייצבה, היא נהפכה למדינה שמהגרי-עבודה מתדפקים על פתחה, והסדרה של הגירת הזרים אליה נהפכת לצורך דוחק יותר. כמו-כן, לצד התבססותה הכלכלית של המדינה, חלו גם שינויים פוליטיים באזור. מדינת-ישראל חתמה על הסכמי שלום עם מצרים, ולאחריה עם ירדן, ועובדה זו אפשרה כניסה ממדינות אלה לישראל לאחר שחדלו להיות מדינות אויב. נוסף על כך, עם התארכות התקופה של שליטת ישראל בשטחים המוחזקים, נוצרו קשרי עבודה בין מדינת-ישראל לשטחים, כמו-גם קשרים בין ערביי ישראל לתושבי השטחים. מציאות פוליטית חדשה זו יצרה אפשרות להגירת זרים שאינם יהודים לישראל – הן למטרות זמניות, כגון עבודה, והן לצורך השתקעות, במקרים של נישואים עם אזרחי ישראל.

הזרימה הגוברת של הגירת-עבודה לישראל, וכן הכניסה וההגירה של זרים מהשטחים וממדינות ערב לישראל, התרחשו מבלי שקדם להן דיון ציבורי בהגירת זרים לישראל. המחוקק לא נתן דעתו לשינוי מציאות זה. הוא הותיר את שיקול-הדעת לשר הפנים בסוגיות כה עקרוניות אלה, מבלי לקבוע אמות-מידה להתנהלות. חקיקה בנידון הייתה צריכה לקבוע הסדרים ביחס למהגרי-עבודה וביחס למעמדם במקרה של הישארות בארץ שנים רבות או נישואים לאזרחים ישראלים, והיא זו שהייתה צריכה להכריע בגורל מעמדם של ילדיהם שנולדו בישראל. יתר על כן, חסרה גם הסדרה של ההגירה ממדינות ערב ומהשטחים המוחזקים לישראל. אילו קבע המחוקק אמות-מידה בנידון, לא הייתה נוצרת אפליה בין אזרחי ישראל היהודים והערבים. המחוקק היה מבטיח את רצון רוב הציבור בישראל ביחס להיבטים הכלכליים, המוסריים והבטחוניים של ההגירה, ויוצר קבוצות מסוימות של זרים שהאינטרס הציבורי בישראל מונע מהם את מימוש הזכות לחיי משפחה עם אזרחיה היהודים והערבים כאחד.

העדר החקיקה לא היה יכול כמובן לעצור את המציאות, וכך הגיעו שאלות עקרוניות בנושא של הגירת זרים לישראל לפתחו של בית-המשפט. פסק-דין מרכזי ראשון בפרשה ניתן מפי השופט חשין בפרשת **סטמקה**.⁶⁴ השאלה שעמדה לדיון עסקה

⁶⁴ פרשת **סטמקה**, לעיל ה"ש 58.

בהגירת-נישואים של זרים לא-יהודים שביקשו להגר לישראל על-מנת לחיות בה עם בני-זוגם היהודים אזרחי ישראל ותושביה. במשך שנים רבות לא מנע משרד הפנים מזרים כאלה את האפשרות להגר לישראל מכוח עקרון השבות. משרד הפנים פירש באותן שנים את סעיף 4 לחוק השבות – שעל-פיו, כאמור, "הזכויות של יהודי לפי חוק זה... מוקנות גם... לבן זוג של יהודי..." – ככולל גם בן-זוג לא-יהודי של יהודי שהינו אזרח ישראל או תושב ישראל, ולא רק בן-זוג של יהודי שטרם עלה לישראל ואשר מבקש להביא עימו את בן-זוגו הלא-יהודי. כאשר התברר לשר הפנים כי מהגרי-עבודה רבים המבקשים להישאר בישראל מנצלים סעיף זה בחוק ונישאים לאזרחי ישראל בנישואים פיקטיביים, הוא ביקש לעצור מהלך זה, ולא להחיל על זרים כאלה באופן אוטומטי את זכויות-היתר של השבות. כמו-כן חייב אותם שר הפנים לעזוב את ישראל לתקופה מסוימת, על-מנת לבדוק את כנות הנישואים, ולשוב לאחריה לתהליך מדורג של התאזרחות. בני-זוג כאלה עתרו לבג"ץ נגד השינוי בנוהלי משרד הפנים. בית-המשפט העליון קבע בעניין **סטמקה** במפורש כי אין להחיל את סעיף 4 לחוק השבות על בן-זוגו הלא-יהודי של מי שהוא אזרח ישראלי, שכן מטרת הסעיף היא לעודד יהודי הנשוי בנישואי-תערובת לעלות לישראל, ואין תכליתו להיות צינור המאפשר לאזרחי ישראל לקצר הליכי הגירה והתאזרחות של בני-זוגם הזרים.⁶⁵

עם זאת סבר השופט חשין כי מלחמת-החורמה שאסר משרד הפנים על נישואים פיקטיביים של זרים עם ישראלים כדי לקנות אחיזה בארץ, שהיא תכלית ראויה כשלעצמה, אינה מתנהלת לפי אמות-מידה מידתיות. העובדה שכל זר כזה נדרש לעזוב את ישראל לחודשים אחדים כתנאי לכניסתו להליך מדורג של התאזרחות פוגעת קשות בבני-זוג שנישאים בכנות. השופט חשין הורה למשרד הפנים להשתדל לבדוק את כנות הנישואים בדרכים אחרות, ורק במקרים קיצוניים, אם אכן אין כל דרך חלופית לבדיקת כנות הנישואים או שהוכח כי הנישואים פיקטיביים, יאלץ בן-הזוג הזר לעזוב את ישראל.⁶⁶

לצד קביעתו של השופט חשין בפרשת **סטמקה** כי עקרון השבות אינו חל על הגירה לשם נישואים של מי שאינם יהודים המבקשים להינשא ליהודים אזרחי ישראל, באה אם כן הקביעה הנוספת כי אם נישואי הזרים שאינם יהודים עם יהודים אזרחי ישראל אינם פיקטיביים, אזי יש לאפשר את הגירת בני-הזוג הזרים לשם מימוש הנישואים של אזרחים ישראלים.

כאן נולד הבסיס לבעייתיות שהתגלעה במלוא חריפותה בפסק-הדין דנן, בעניין חוק האזרחות והכניסה לישראל. השופט חשין קבע למעשה בפרשת **סטמקה** כי אין הגבלות על הגירת זרים לשם נישואים עם אזרחי ישראל היהודים – לא הגבלות גיל ולא הגבלות כלכליות. כמו-כן אין המהגרים נדרשים להוכיח נאמנות למדינת-ישראל כתנאי להגירתם, ואף לא ידע מוקדם בשפת המקום, בהיסטוריה שלו ובתרבותו. על רקע גישה

⁶⁵ שם, בפסקות 21-23 לפסק-דינו של השופט חשין.

⁶⁶ שם, בפסקות 40-63 לפסק-דינו של השופט חשין.

זו, המאפשרת לכל יהודי להינשא לזר שאינו אזרח ישראל ולהקנות לו זכות הגירה למדינה בגין הנישואים גם אם הוא אינו יהודי, קשה לקבל חקיקה, דוגמת זו של חוק האזרחות והכניסה לישראל, שמגבילה בפועל רק את אזרחי ישראל הערבים. אילו הטיל המחוקק – או לחלופין בית-המשפט – הגבלות כלשהן על הגירת-נישואים שהיו רלוונטיות לכל אזרחי ישראל, יהודים וערבים כאחד, ואילו הוספה אליהן הקביעה שמאזורי לחימה או ממדינות אויב אין לאפשר הגירה לישראל, לא הייתה נוצרת התנגדות כה רבה להגבלות שהוטלו על הגירת פלשתינים לישראל בעידן של סכסוך מזוין עם תושבי אזור זה. קביעת אמות-מידה רחבות למדיניות ביחס להגירה בכלל, וביחס להגירה לצורכי נישואים בפרט,⁶⁷ הייתה מולידה מציאות משפטית שבה גם על יהודים מוטלים סייגים ביחס למימוש חיי משפחה עם בני-זוג זרים. על רקע מציאות כזו היה קל יותר להגביל הגירת-נישואים לישראל מאזורים הנמצאים עימה בסכסוך מזוין.

3. על מרכז ועל פריפריה

שאלת-מפתח בפסק-הדין שבו עסקינן הייתה אם זכותו של אזרח ישראלי להינשא לזר ולגור עימו בישראל נכללת בזכות לכבוד האדם ועל-כן היא זכות חוקתית במשפט הישראלי, משמע, זכות שחוקי הכנסת אינם יכולים לפגוע בה אלא על-פי המבחנים המנויים בפסקת ההגבלה, שעיקרם תכלית ראויה ומידתיות. הזכות להינשא ולהקים משפחה אינה זכות שמנויה במפורש בחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו. הדילמה ביחס למעמדן החוקתי של הזכויות הבלתי-מנויות העסיקה רבות את חוקרי המשפט לאחר חקיקתם של חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו וחוק-יסוד: חופש העיסוק.⁶⁸ בית-המשפט נקט גישה המאפשרת להרחיב את רשימת הזכויות גם לאלה שאינן מנויות, אבל רק ביחס לזכויות מרכזיות ביותר. כך, בית-המשפט לא מיהר להכליל את חופש הביטוי כחלק מעקרון החירות,⁶⁹ וגם השוויון הוכר אך לאחרונה כחלק מכבוד האדם, ורק ככל שהשוויון קשור לכבוד האדם בקשר ענייני הדוק.⁷⁰ הנשיא בדימוס ברק מציין במפורש

⁶⁷ ראו לעיל תת-פרק 1ד.

⁶⁸ ראו הלל סומר "הזכויות הבלתי מנויות – על היקפה של המהפכה החוקתית" **משפטים** כח 257 (1997); אהרן ברק **פרשנות במשפט** כרך שלישי – פרשנות חוקתית 357 (1994); ליאון שלף "שני דגמים להבטחת זכויות האדם – דגם אמריקאי מול דגם ישראלי אפשרי" **מחקרי משפט** טז 105 (2000); יהודית קרפ "מקצת שאלות על כבוד האדם לפי חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו" **משפטים** כה 129 (1995); חיים כהן "ערכיה של מדינה יהודית ודמוקרטית – עיונים בחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו" **הפרקליט – ספר היובל** 9 (1993); דניאל סטמן "שני מושגים של כבוד" **עיוני משפט** כד 541 (2001); אורית קמיר **שאלה של כבוד – ישראליות וכבוד האדם** (2005).

⁶⁹ ראו ע"א 4463/94 **גולן נ' שירות בתי הסוהר**, פ"ד נ(4) 136, 187, 190-192 (1996).
⁷⁰ ראו פסקה 33 לפסק-דינו של הנשיא בדימוס ברק בבג"ץ 6427/02 **התנועה לאיכות השלטון בישראל נ' הכנסת**, תק-על 2006(2) 1559 (2006).

שלא כל היבטיו של השוויון – אילו הוכר כזכות עצמאית העומדת על רגליה-היא בלבד – כלולות במסגרתו של כבוד האדם.⁷¹ כלומר, ייתכנו היבטים של שוויון שנכללים בזכות לשוויון אך לא יוכרו כחלק מכבוד האדם ועל-כן לא ישודרגו במשפט הישראלי לרמה חוקתית.

הזכות להקים משפחה הוכרה במשפט הישראלי כזכות-יסוד חשובה בשורה של פסקי-דין.⁷² עד לפסק-הדין דנן לא הייתה הכרה במעמד חוקתי של הזכות, ועל-כן חוקי הכנסת יכלו לכאורה לפגוע בה.⁷³ פסק-דין זה שדרג את הזכות לחיי משפחה לרמה של זכות חוקתית, בהכלילו אותה בגדר הזכות לכבוד.⁷⁴ אומר על כך ברק:

לא כל ההיבטים של חיי המשפחה נגזרים מכבוד האדם. עלינו למקד עצמנו באותם היבטים של חיי המשפחה החוסים בבית הקיבול של כבוד האדם. נקודת המוצא הינה כי המשפחה הינה "יחידה חוקתית"... היא זוכה להגנה חוקתית... הזכות לחיות יחדיו כתא משפחתי היא חלק מהזכות לכבוד האדם. היא נופלת לגרעינה של הזכות לכבוד... מכבוד האדם אשר מבוסס על האוטונומיה של הפרט לעצב את חיי נגזרת זכות-הבת של הקמת התא המשפחתי והמשך החיים המשותף יחדיו כיחידה אחת... לבן הזוג הישראלי עומדת הזכות החוקתית, הנגזרת מכבוד האדם, לחיות עם בן זוגו הזר בישראל...⁷⁵

כלומר, לפי גישתו של הנשיא בדימוס ברק, גם לזכות לחיי משפחה יש היבטים מרכזיים והיבטים פריפריאליים, ורק המרכזיים ייכללו במסגרת כבוד האדם. לשיטתו, זכותו של אזרח לחיות עם בן-זוגו הזר בישראל היא מרכזית, גרעינית, ועל-כן מהווה חלק מכבוד האדם.

גם המשנה לנשיא בדימוס חשין סבור כי הזכות להקים משפחה ולגור עם בן-הזוג בישראל היא חלק מכבוד האדם, אך רק כל עוד שני בני-הזוג הם אזרחי ישראל.⁷⁶

⁷¹ שם, בפסקה 39 לפסק-דינו של הנשיא בדימוס ברק.

⁷² ע"א 232/85 פלוני נ' היועץ המשפטי לממשלה, פ"ד מ(1) 1, 17 (1986); דנ"א 6041/02 פלוני נ' פלוני, פ"ד נח(6) 246, 256 (2004); פרשת סטמקה, לעיל ה"ש 58, בעמ' 787; ועוד.

⁷³ פסקה 30 לפסק-דינו של הנשיא בדימוס ברק.

⁷⁴ כך קבעו, למעשה, כל השופטים. ראו פסקה 47 לפסק-דינו של השופט חשין; פסקות 6-7 לפסק-דינה של השופטת ביניש; פסקות 7-8 לפסק-דינו של השופט ג'ובראן; פסקה 4 לפסק-דינה של השופטת חיות; פסקה 1 לפסק-דינה של השופטת פרוקצ'יה; פסקה 2 לפסק-דינו של השופט גרוניס; פסקה 4 לפסק-דינה של השופטת נאור; פסקה 3 לפסק-דינו של השופט עדיאל; פסקה 7 לפסק-דינו של השופט לוי; פסקה 8 לפסק-דינו של השופט ריבלין; וכן הציטוט להלן, בגוף הטקסט, מפי הנשיא בדימוס ברק.

⁷⁵ פסקות 32 ו-34 לפסק-דינו של הנשיא בדימוס ברק.

⁷⁶ פסקות 47-48 לפסק-דינו של השופט חשין.

אליבא דחשין, כאשר אחד מבני-הזוג הוא זר, הזכות להביאו לישראל כדי לממש בה את חיי המשפחה היא חלק מהזכות לחיי משפחה, אך אין היא בגרעין הזכות, אלא רק בפריפריה שלה,⁷⁷ וזכות בפריפריה אינה יכולה להשתדרג לרמה חוקתית ולהיכלל בכבוד האדם. אין להבין מדבריו של השופט חשין כי הוא שולל כל הגנה על הזכות להגירת-נישואים או לאיחוד משפחות. כאשר הוא בוחר למקם את הזכות להביא את הזר למדינתו של האזרח בפריפריה של הזכות לחיי משפחה, הוא מציע לא להעלות את ההיבט הזה של הזכות לרמה חוקתית כחלק מכבוד האדם, אלא להותירה ברמת "המשפט המקובל" של זכויות-היסוד בישראל, ובכך לתת למחוקק טווח אפשרות רחב לעצב מדיניות הגירה, אך לגונן במקביל על בני-הזוג מתחיקת-משנה או מפעולות אחרות של הרשויות המנהליות בישראל.

הנשיא בדימוס ברק תוקף את חשין על כך, וטוען כי המתודולוגיה שהוא נוקט, המשאירה את הזכות מחוץ למעגל הדיון החוקתי, אינה מקובלת עליו, שכן היא מצמצמת את הזכות בעת הגדרתה, ואילו לדידו ראוי לצמצם את הזכות רק במסגרת פסקת ההגבלה.⁷⁸ לביקורת זו על חשין מצטרף בן-שמש במאמרו, ואף מרחיב על כך את הדיבור.⁷⁹ עם כל הכבוד הראוי, נראה שהנשיא בדימוס ברק יוצר כאן ערבוב בין שתי שאלות שונות: האחת, שאלת הגדרת הזכויות; והאחרת, שאלת הכללתן במסגרת חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו כזכויות בלתי-מנויות. כדי להסביר את דבריי אטול כדוגמה את חופש הביטוי, ומשם אחזור לעסוק בזכות לחיי משפחה.

בדיון על חופש הביטוי יש אכן מחלוקת אם להותיר היבטים מסוימים של חירות זו מחוץ לזכות לחלוטין. כך, למשל, מתעוררת מחלוקת לגבי ביטוי גזעני. הנשיא בדימוס ברק סבור שגם ביטוי גזעני נכלל בהגדרת חופש הביטוי, וכי ניתן להגבילו בשם אינטרסים ציבוריים רק על בסיס איזון נאות בין הזכות לבין האינטרס.⁸⁰ על-פי גישה אחרת, הביטוי הגזעני אינו נכלל מלכתחילה במסגרת חופש הביטוי, שכן אין הוא מקיים את הרציונליות שבבסיס הזכות, ועל-כן יש לאסור אותו תמיד, ללא כל צורך ליצור איזונים בינו לבין אינטרסים ציבוריים.⁸¹ זה דיון מסוג אחד. דיון אחר בהקשר של חופש

⁷⁷ פסקות 59 ו-61 לפסק-דינו של השופט חשין.

⁷⁸ ראו בעיקר פסקה 105 לפסק-דינו של הנשיא בדימוס ברק.

⁷⁹ ראו בן-שמש, לעיל ה"ש 2, בפרק ד.

⁸⁰ פסקה 105 לפסק-דינו של הנשיא בדימוס ברק; אהרן ברק "חופש הביטוי ומגבלותיו" **הפריקליט** מ 5 (1991); אהרן ברק "זכויות אדם מוגנות: ההיקף וההגבלות" **משפט וממשל** א 253 (1992); אהרן ברק "המסורת של חופש הביטוי בישראל ובעיותיה" **משפטים** כז 223 (1996); בג"ץ 806/88 **יוניברסל סיטי סטודיוס אינק. נ' המועצה לביקורת סרטים ומחזות**, פ"ד מג(2) 22, פסקה 3 לפסק-דינו של השופט ברק (1989).

⁸¹ לדיון בעניין זה ראו: David Kretzmer, *Freedom of Speech and Racism*, 8 (1987) *CARDOZO L. REV.* 445. כן ראו את דברי השופט מצא בע"פ 2831/95 **הרב אלבה נ' מדינת ישראל**, פ"ד נ(5) 221, 266 (1996), ובע"פ 6696/96 **כהנא נ' מדינת ישראל**, פ"ד נב(1) 535, 572 (1998).

הביטוי מתעורר, לדוגמה, כאשר דנים בחופש ביטוי מסחרי. הדעה הרווחת ביחס אליו היא שאין כל דילמה אם להכליל את חופש הביטוי המסחרי במסגרת ההגנה על חופש הביטוי. להבדיל מההתלבטות ביחס לביטוי הגזעני, הדעה המקובלת היא שביטוי מסחרי הוא חלק מביטוי שביחס אליו קיימת הגנה חוקתית, אלא שהיקף ההגנה עליו קטן מזה המוענק לביטוי הפוליטי. חופש הביטוי המסחרי הוא דייר-משנה בבית חופש הביטוי – הוא דר בפריפריה של הזכות, ולא במרכזה.⁸² למרות זאת ברור לכל כי הביטוי המסחרי, לא כמו הביטוי הגזעני, אכן נכלל במשחק האיזונים כאשר מימושו פוגע בזכות או באינטרס.

נניח שעולה לדיון השאלה אם להכליל את חופש הביטוי המסחרי במסגרת הזכות לחירות הקבועה בחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו. על-פי גישת המרכז והפריפריה, השאלה אם להעניק מעמד חוקתי תתייחס רק לחלק המרכזי שבזכות לחופש הביטוי, ולא לזה שבפריפריה. וכאן בהחלט יכולה להתקבל הלכה כי אין לכלול את הביטוי המסחרי בגדר החירות הקבועה בחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו. האם בכך הוצאנו את הביטוי המסחרי לחלוטין מגדרי הזכות לחופש הביטוי? האם בכך ייחרץ גורלה להיות כמו הביטוי הגזעני בשיטה המותירה אותו מחוץ להגדרת הזכות? מובן שלא. כאמור, אלה שתי שאלות נפרדות: מה להכניס להגדרת הזכות, ומה להעלות ולשדרג מזכות של "משפט מקובל" ישראלי לזכות חוקתית.

מכאן, בחזרה אל הזכות לחיי משפחה. הקביעה של השופט חשין שזכות הזר להיכנס למדינת האזרחות של בן-זוגו היא בפריפריה של זכות האזרח לחיי משפחה היא קביעה לצורך ההכרעה כי אין להעלות זכות זו לרמה חוקתית. מכך לא נובע בהכרח שזכות זו אינה נכללת כלל במסגרת הזכות לחיי משפחה. היא חלק מהזכות לחיי משפחה, אך אינה מצויה ברמה נורמטיבית של חוקה. במצב כזה, לשיטתו של חשין, חקיקה שמגבילה אותה במסגרת קביעת מדיניות הגירה לא תיפסל מהנימוק שהיא פוגעת בזכות החוקתית של האזרח להביא את בן-זוגו הזר לישראל.

המהלך של הנשיא בדימוס ברק שבו הוא מעלה לרמה חוקתית לא רק את הזכות לחיי משפחה, אלא גם את הזכות להגירת-נישואים, הוא מהלך מרחיק-לכת. ראוי לציין שמדינות העולם הדמוקרטי חלוקות בגישותיהן אם להעניק הגנה חוקתית להגירה בכלל ולהגירת-נישואים בפרט. בצרפת, למשל, נקבעה הזכות כזכות חוקתית בהחלטת בית-המשפט לחוקה משנת 1993.⁸³ שם דובר בביקורת חוקתית על סעיפים בחוק הפיקוח על ההגירה, הכניסה והמגורים של זרים בצרפת. לפי החלטה זו, לזרים היושבים

⁸² ראו, למשל, בג"ץ 606/93 קידום יזמות ומו"לות (1981) בע"מ נ' רשות השידור, פ"ד מח(2) 1 (1994); בג"ץ 5118/95 מאיו סימון פרסום שיווקי ויחסי ציבור בע"מ נ' הרשות השנייה לטלוויזיה ורדיו, פ"ד מט(5) 751 (1996). לגישה זו בקשר לזכויות בכלל ראו פסקות 37-45 לפסק-דינו של השופט חשין.

⁸³ Decision 93-325 DC of 13 August 1993. ראו באתר בית-המשפט הצרפתי לחוקה: www.conseil-constitutionnel.fr/langues/anglais/a93325dc.pdf

כחוק בצרפת יש זכות חוקתית לחיי משפחה, בין שבני-זוגם וילדיהם צרפתים ובין שהם זרים. זכות זו מבוססת על המבוא לחוקה (הפסקה העשירית למבוא לחוקה משנת 1946), הקובע כי יש חובה לספק את התנאים הנחוצים להתפתחות הפרט ומשפחתו. בפסקה 70 להחלטה נאמר:

As a result of this provision aliens who have resided ordinarily and legally in France have the right to lead a normal family life in the same way as French nationals; this right specifically allows these aliens to send for their spouses and children who are minors on condition of restrictions relating to preserving public order and protecting public health which are constitutional objectives; the legislature must reconcile all these demands and at the same time respect this law...

לכן קבע בית-המשפט, בפסקה 74 להחלטתו, כי הסעיף בחוק ההגירה המוציא מכלל בעלי הזכות לאיחוד משפחות מי ששוהה בצרפת כסטודנט הינו בלתי-חוקתי.⁸⁴ בגרמניה קבע בית-המשפט לחוקה, בכמה פסקי-דין, כי סעיף 16(1) לחוק-היסוד, המגן על הזכות לחיי משפחה, מגן על נישואים וחיי משפחה מבלי להתחשב באזרחותם של האנשים המעורבים או בשאלה אם הנישואים נערכו בגרמניה דווקא או במדינה אחרת.⁸⁵

ברום-אפריקה קבע בית-המשפט לחוקה כי אף שאין בחוקה זכות מפורשת לחיי משפחה או לחיים משותפים עם בני-זוג, הזכות מעוגנת בזכות לכבוד (סעיף 10 חוקה). לכן בוטל סעיף בחוק אשר לא אפשר מגורים משותפים של אזרח דרום-אפריקאי עם בת-זוג זרה.⁸⁶

המשפט החוקתי האמריקאי, לעומת זאת, כפי שבא לידי ביטוי בפסיקת בית-המשפט העליון האמריקאי עד היום, מותח קווים מפרידים נוקשים בין אזרח לזר. בית-

⁸⁴ לשתי החלטות נוספות של בית-המשפט הצרפתי לחוקה בנושא זה ראו: Decision 97-389 DC of 22 April 1997 – Act making various provisions in respect of immigration, www.conseil-constitutionnel.fr/langues/anglais/a97389dc.pdf; Decision 98-399 DC of 5 May 1998 – Aliens (Entry and Residence in France and Right of Asylum) Act, www.conseil-constitutionnel.fr/langues/anglais/a98399dc.pdf.

⁸⁵ ראו, למשל: Family Reunion Case, BVerfGE 76, 1 (1987). בית-המשפט קובע שם כי למרות שיקול-הדעת הנרחב שיש לרשויות בעניין כניסת זרים, אין פירוש הדבר הגבלת הביקורת השיפוטית על חקיקה בנושאים אלה. ראו גם: BVerfG NJW 1997, 479. לדיון נרחב בנושא ראו MICHALOWSKI & WOODS, לעיל ה"ש 45, בעמ' 251-256.

⁸⁶ ראו: CCT 35/99 Dawood v. The Minister of Home Affairs, 2000, ובעיקר פסקה 34 לפסק-הדין, www.constitutionalcourt.org.za/Archimages/2758.PDF.

המשפט חוזר ומצהיר על סמכותו המלאה (plenary power) של הקונגרס להסדיר את התחום של כניסת זרים לארצות-הברית, כך שבפועל בית-המשפט אינו מטיל כל הגבלה חוקתית על סמכות זו של הקונגרס. דהיינו, בעניין זה חקיקת הקונגרס חסינה כמעט מפני ביקורת שיפוטית, והקונגרס חופשי להחליט על קטגוריות של זרים שייכנסו או לא ייכנסו לארצות-הברית.⁸⁷

השאלה אם מדינת-ישראל צריכה לאמץ גישה שעל-פיה שאלות הגירה נכללות בשיח החוקתי, או שמא גישה שעל-פיה שאלות אלה נותרות לקביעתו של המחוקק מחוץ לדיון החוקתי, היא שאלה נכבדה שראוי לתת לה את הדעת, אך היא חורגת ממסגרת דיונונו זה. בכל מקרה, כל עוד חוק השבות, שהוא עקרון ההגירה הבסיסי ביותר לישראל, לא הועלה לרמה החוקתית, אין מקום להעניק בחקיקה שיפוטית הגנה חוקתית לזרים שאינם יהודים המבקשים להגר לישראל לשם איחוד משפחות.

ה. סיכום

חוק האזרחות והכניסה לישראל (הוראת שעה), התשס"ג-2003, דן בהיבט אחד של שאלה רחבה יותר: שאלת הגירתם של מי שאינם יהודים לישראל. חוק השבות קבע העדפה ברורה להגירת יהודים, אך לצידו לא נוצרה כל תורה מושכלת ומנומקת לגבי הגירתם של מי שאינם יהודים לישראל. חוק האזרחות והכניסה לישראל (הוראת שעה), המונע הגירת פלשתינים המבקשים להיכנס לישראל לשם מימוש חיי נישואים, פוגע בפועל באזרחיה הלא-יהודים של מדינת-ישראל. בית-המשפט העליון, בדונו בעתירה שהוגשה נגד חוק זה, התחבט עמוקות אם להכשיר את החוק או לפסול אותו. ההכרעה בנידון, שהייתה קשה כשלעצמה, נעשתה מורכבת עוד יותר לנוכח קיומה של פסיקה קודמת בפרשת **סטמקה**, שהתירה הגירה לישראל של זרים שאינם יהודים למטרת מימוש חיי נישואים עם אזרח ישראלי, בהנחה שכנות הנישואים הוכחה. הקושי נבע במיוחד מכך שבעקבות פרשת **סטמקה** נוצר בפועל מצב שבו יהודים יכולים להינשא לזרים שאינם יהודים ולחיות עימם בישראל, ואילו בעקבות חקיקת חוק האזרחות והכניסה לישראל (הוראת שעה) נמנעת אפשרות זו מאזרחי ישראל הערבים המבקשים לממש את חיי הנישואים שלהם עם בני-זוג פלשתינים תושבי השטחים. בפרשת

⁸⁷ ראו: Fiallo v. Bell, 430 U.S. 787 (1977). בית-המשפט חוזר שם, בעמ' 796, על קביעתו כי הנושא של כניסת זרים לארצות-הברית הינו עניין פוליטי, ולכן הוא לא יתערב בו, ומצהיר על: "[the appropriateness] of narrow standard of review of decisions made by the Congress or the President in the area of immigration and naturalization". אפילו השופט מרשל, שהיה בדעת מיעוט, קובע שם, בעמ' 807: "[I]t is irrelevant that... Americans have no constitutional right to compel the admission of their family". לסקירה רחבה של הנושא ראו: THOMAS ALEXANDER ALEINIKOFF, SEMBLANCES OF SOVEREIGNTY – THE CONSTITUTION, THE STATE AND AMERICAN CITIZENSHIP 5, 7, 11, 151-167 (2002).

סטמקה תקפו העותרים את נוהלי משרד הפנים, ועל-כן לא התעורר שם דיון חוקתי. במקרה שלפנינו, לעומת זאת, העתירה הייתה נגד תקפותו של חוק, דבר שהוביל לדיון חוקתי. רוב שופטי בית-המשפט העליון, גם כאלה שהחליטו לא לבטל את החוק, קבעו כי זכותו של אזרח ישראלי להביא את בן-זוגו הזר לחיות עימו בישראל היא זכות חוקתית הנגזרת מהזכות לכבוד האדם. הכרעה זו נשענת בעיקרה על נקודת המוצא של הנשיא בדימוס ברק, שלפיה אין להתחשב בדיון זה בזכותם של הזרים להגר לישראל. על עמדה זו של הנשיא בדימוס ברק חלקנו במאמר זה. מימוש זכותו של האזרח לחיי משפחה עם בן-זוג זר משפיע באופן משמעותי על שאלות של הגירה למדינה. הכרעה בשאלה אם הזכות להגירה לשם נישואים מקבלת מעמד חוקתי מחייבת למידה עמוקה, דיון ציבורי והכרעה של הכנסת. חקיקה זו אמורה לגבש את אמות-המידה הרצויות לגבי הגירת-נישואים לישראל, כמו-גם לגבי כל הגירה אחרת, כגון הגירה לשם מקלט מדיני והגירת-עבודה. הכנסת, בשבתה כרשות מכוננת, אמורה להכריע אם היבטים מסוימים שקשורים להגירה ראוי להם שיעוגנו בחוקי-היסוד או שמא יש להסתפק בהסדרתם בחוקים. מבחינתנו, טעותו של בית-המשפט העליון החלה בבג"ץ **סטמקה**, והיא נמשכה והועמקה בבג"ץ חוק האזרחות והכניסה לישראל. פסיקות אלה הן תוצאה של שתיקתו הלא-ראויה של המחוקק בסוגיה העקרונית כל-כך של הגירת זרים שאינם יהודים לישראל.

נוסף על כך הראינו מדוע אין לקבל את הנחתו השנייה של הנשיא בדימוס ברק, שלפיה שיח זכויות האדם בימי מלחמה ובימי שלום חד הוא. גם על-פי עמדתנו ברור שזכויות האדם רלוונטיות בימי מלחמה, אלא שאז יש אפשרות לסטות מהן אל מעבר לשיעור הגבלתן משיקולי ביטחון בימי שלום. לאור הנחתנו זו הבענו את העמדה כי ניתן למנוע הגירה בכלל, ולצורכי נישואים בפרט, ממדינות או מישויות שנמצאות במצב מלחמה או בעימות מזוין עם המדינה שאליה בני-הזוג הזרים מבקשים להגר.

הרשות הפלשתינית נמצאת בסיטואציה מעין זו. כל עוד זאת המציאות בשטח, אין מניעה לאסור כניסה של פלשתינים לישראל, במיוחד כאשר מדובר בכניסה לשם הגירה. הנימוק המרכזי לכך הוא שאזרחים של מדינת אויב אינם נאמנים למדינה שאליה הם מהגרים, ועל-כן כל עוד לא הסתיימה המלחמה ואין נורמליזציה בין הצדדים, הגבולות ביניהם יכולים להיסגר, אף אם תהיה בכך משום פגיעה גם באזרחי המדינה עצמם. גישה כזו משקפת התייחסות רחבה לנימוק הבטחוני, מעבר לזו שהובעה בפסק-הדין דנן, שבו נבחנה שאלת הביטחון באופן צר. בית-המשפט בחן אם יש הסתברות שתושבי יהודה, שומרון וחבל עזה יבצעו פיגועים בישראל, ולא ראה בהם קבוצה שאינה יכולה להיות נאמנה למדינה. חקיקה עתידית שתאסור כניסה לישראל ממדינות אויב ומאזורי אויב, ובפרט כאלה שנמצאים בעימות מזוין עימה, אינה בלתי-חוקתית.