"דינו כדין מי שעלה לפי חוק זה":
המבוי הסתום של פרשת סטמקה,
תכליתו של חוק השבות והזיקה בין שבות לאזרחות

נעמה כרמי*

המאמר מבקש להראות כי הבעייתיות בחוק השבות אינה מסתכמת בהבחנה על בסיס לאום ודת בין מהגרים־בכוח וכן בין אזרחים יהודים לאזרחים לא־יהודים, אלא באה לידי ביטוי גם בהבחנה בין אזרחים יהודים לבין עצמם. בעייתיות זו של חוק השבות מודגמת היטב בפרשת **סטמקה**, שבה קבע בית־המשפט העליון כי בני־זוג לא־יהודים של יהודים אזרחי ישראל אינם זכאים לזכויות שבות. בפסיקתו זו ייתר בית־המשפט את סעיף 4 לחוק השבות, המחיל את קטגוריית השבות גם על יהודים ילידי הארץ, ולא רק על עולים אליה. המבוי הסתום שחוק השבות קולע אותנו אליו דורש חשיבה מחודשת על תכליתו של חוק השבות בניסוחו הנוכחי ועל דגם חדש של קשר בין שבות לאזרחות. דגם זה יבקש לנתק את הזיקה האוטומטית בין שבות לאזרחות, כפי שנקבעה בחוק האזרחות.

א. פרשת סטמקה על רקע חוק השבות וחוק האזרחות. ב. תכליתו של חוק השבות. ג. סעיף 4 לחוק השבות וייתורו על־ידי בית־המשפט בפרשת סטמקה. ד. המבוי הסתום של פרשת סטמקה: אפליה בין שתי קרני הדילמה. ה. שבות ואזרחות: הילכו שתיים יחדיו? 1. בין חוק השבות לחוק האזרחות; 2. ניתוק הזיקה שבות־אזרחות; 3. העדפה בקניית אזרחות; 4. ההפרדה בין כניסה להתאזרחות ונפקותה. **ו. סיכום.**

* תודתי נתונה לפרופסור דוד קרצמר על הערותיו המועילות למאמר. תודה גם לקורא החיצוני ולמערכת **משפט וממשל** על הערותיהם, אשר סייעו לי בשיפורו. האחריות לכתוב היא שלי בלבד.

א. פרשת סטמקה על רקע חוק השבות וחוק האזרחות

בפרשת **סטמקה**[1] הובאה לפני בג"ץ עתירתם של יהודים אזרחי ישראל ובני-זוגם הלא-יהודים להקנות לאחרונים אזרחות ישראלית מכוח שבות. טענת העותרים נשענה על שני יסודות: חוק האזרחות, המקנה אזרחות מכוח שבות לכל מי שעלה לישראל לפי חוק השבות;[2] וחוק השבות, המקנה זכויות של יהודי לפי חוק השבות וזכויות של עולה על-פי חוק האזרחות גם לבן-זוג של יהודי.[3] בית-המשפט דחה את העתירה, וקבע כי בני-זוגם של יהודים אזרחי המדינה אינם רשאים לקנות אזרחות מכוח שבות. בחלקו הראשון של מאמר זה אטען כי גישתו של בית-המשפט התעלמה מהוראה ספציפית בחוק השבות והובילה לתוצאה בלתי-קבילה. הפרשנות הבלתי-סבירה של החוק שאימץ בית-המשפט נובעת מקושי אמיתי, המדגים בעייתיות כללית בחוק השבות אשר חורגת מעבר לפרשת **סטמקה**. על בעייתיות זו אעמוד בחלקו השני של המאמר, ואציע לה פתרון אפשרי על-ידי ניתוק הזיקה בין שבות לאזרחות.

לצורך הבנת הרקע המשפטי לעתירה, אציג בקצרה את ההוראות הרלוונטיות של חוק השבות וחוק האזרחות.

הסעיף המרכזי בחוק השבות הוא סעיף 1, המכיר בזכותו של כל יהודי לעלות ארצה. חוק השבות עצמו אינו מקנה אזרחות ישראלית לעולים ארצה, אלא רק זכות כניסה לארץ וישיבה בה. את הזיקה בין שבות לאזרחות קובע סעיף 2(א) לחוק האזרחות:

> כל עולה לפי חוק השבות, תש"י-1950, יהיה לאזרח ישראלי מכוח שבות, זולת אם הוקנתה לו אזרחות ישראלית מכוח לידה לפי סעיף 4, או מכוח אימוץ לפי סעיף 4ב.

הזיקה בין חוק השבות לחוק האזרחות יוצרת אפוא הקניה אוטומטית של אזרחות לעולים ארצה לפי חוק השבות. לכאורה, זיקה זו קיימת רק לגבי יהודים שמימשו בפועל את זכותם לעלות ארצה לפי חוק השבות. אלא שסעיף 4 לחוק השבות קובע מפורשות:

> כל יהודי שעלה לארץ לפני תחילת תקפו של חוק זה, וכל יהודי שנולד בארץ בין לפני תחילת תקפו של חוק זה ובין לאחריה, דינו כדין מי שעלה לפי חוק זה.

---

[1] בג"ץ 3648/97 **סטמקה נ' שר הפנים**, פ"ד נג(2) 728 (1999). ההחלטה נכתבה על-ידי השופט חשין, כתוארו דאז. בפרשה זו נידונו שאלות נוספות, אך אלה אינן מעניינו של המאמר הנוכחי.

[2] סעיף 2(א) לחוק האזרחות, התשי"ב-1952, ס"ח 146 (להלן: חוק האזרחות).

[3] סעיף 4א לחוק השבות, התש"י-1950, ס"ח 159 (להלן: חוק השבות).

משמע, חוק השבות אינו חל רק על יהודים שעלו לישראל (אם מכוחו ואם טרם חקיקתו), אלא גם על יהודים שנולדו בארץ. לסעיף זה יש חשיבות מכרעת לדיון בפרשת **סטמקה**, וכן השלכות חשובות מעבר לה שאעמוד עליהן בהמשך.

מדוע הוכנס הסעיף הנידון לחוק השבות? הרי לכאורה החוק דן בזכותם של יהודים הנמצאים מחוץ לגבולות המדינה להיכנס לתחומה ולהתיישב בה, ומי שנולדו בישראל אינם זקוקים לזכות זו. התשובה טמונה בעיקרה בזיקה בין חוק השבות לבין חוק האזרחות: עד 1980 הדרך הראשונה לקבלת אזרחות ישראלית הייתה מכוח שבות, וסעיף 4 בא לקבוע כי כל היהודים ירכשו אזרחות בדרך זו, בין שעלו לארץ בפועל ובין שנולדו בה. אלא שבשנת 1980 תוקן חוק האזרחות, ונקבע בו, בין היתר, כי כל ילידי הארץ שאחד מהוריהם אזרח ישראלי – יקבלו אזרחות מכוח לידה.[4] אף שלא היה עוד צורך בסעיף 4 לחוק השבות כדי להקנות אזרחות ליהודים ילידי הארץ, הוא נותר בעינו.[5]

בשנת 1970 תוקן חוק השבות בעקבות פרשת **שליט**,[6] אף שעניינה של פרשה זו לא היה חוק השבות, אלא רישום במרשם האוכלוסין של ילדים לאם לא־יהודייה כיהודים בסעיף הלאום. התיקון לחוק היה תיקון כפול המבטא מגמות מנוגדות: מחד גיסא, מגמה מצמצמת, ומאידך גיסא, מגמה מרחיבה. לחוק נוספה הגדרת ״מיהו יהודי״, שקבעה: ״לעניין חוק זה, 'יהודי' – מי שנולד לאם יהודייה או שנתגייר והוא אינו בן דת אחרת״.[7] הגדרה זו צמצמה את תחולתו של חוק השבות מעצם כך שקבעה מיהו יהודי ולכן גם מי אינו יהודי ואינו קונה את זכויות השבות שהחוק מנביע. ההגדרה שנוספה בשנת 1970 התבססה בעיקרה על התפיסה ההלכתית, למעט הקביעה כי בן דת אחרת אינו נחשב יהודי.[8] בעוד שעל־פי פסיקת בג״ץ בפרשת **שליט** נרשמו ילדיהם של הזוג

---

4 הסעיף המקנה אזרחות מכוח לידה הוא סעיף 4(א)(1) לחוק האזרחות. התוספת ששינתה את המצב שנהג קודם לכן היא סעיף 2(א) לחוק, שהוציא מתחולת המקבלים אזרחות מכוח שבות את אלה הקונים אותה מלידה.

5 לדיון בסעיף 4 לחוק השבות ובשאלה מדוע הוא לא בוטל במקביל לחוק האזרחות (תיקון מס' 4), התש״ם־1980, ס״ח 222, ראו להלן בפרק ג למאמר.

6 בג״ץ 58/68 **שליט נ' שר הפנים**, פ״ד כג(2) 477 (1970).

7 סעיף 4ב לחוק השבות, לעיל ה״ש 3.

8 זאת, בעקבות בג״ץ 72/62 **רופאיזן נ' שר הפנים**, פ״ד טז(4) 2428 (1962). בעניין זה, שקדם לפרשת **שליט**, התבקש בית־המשפט לפסוק במקרה של יהודי שהתנצר ונהיה לנזיר כרמליטי, אשר ביקש כי יוכר כעולה על־פי חוק השבות ויירשם במרשם האוכלוסין כיהודי בסעיף הלאום. בית־המשפט קבע כי לצורך חוק השבות, המבחן להשתייכות לעם היהודי אינו תחושותיו הסובייקטיביות של העותר וגם לא מבחן הלכתי, שכן על־פי ההלכה מומרים נשארים בגדר יהודים. המבחן הקובע לצורך חוק השבות הוא אובייקטיבי ו״עממי״, הנקבע על־פי התפיסה המקובלת בציבור; וזו אינה רואה במי שהתנצר – יהודי.

שליט כיהודים בסעיף הלאום, את ילדם הבא הם לא היו יכולים לרשום כיהודי, שכן זה נולד לאחר התיקון של 1970 ולא נחשב יהודי על־פי ההגדרה שאומצה בו.[9]

המגמה המרחיבה, לעומת זאת, החילה את זכויות השבות גם על בני משפחה לא־יהודים:

> (א) הזכויות של יהודי לפי חוק זה והזכויות של עולה לפי חוק האזרחות, תשי״ב־1952, וכן הזכויות של עולה לפי כל חיקוק אחר, מוקנות גם לילד ולנכד של יהודי, לבן זוג של יהודי ולבן זוג של ילד ושל נכד של יהודי; להוציא אדם שהיה יהודי והמיר דתו מרצון.
> (ב) אין נפקא מינה אם יהודי שמכוחו נתבעת זכות לפי סעיף קטן (א) עודו בחיים או לאו ואם עלה ארצה או לאו.
> (ג) הסייגים והתנאים הקבועים לגבי יהודי או עולה בחוק זה או על פיו בחיקוקים כאמור בסעיף קטן (א), יחולו גם על מי שתובע זכות לפי סעיף קטן (א).[10]

מגמה זו מיתנה את המגמה המצמצמת, משום שנפקותה היא כי אדם אינו חייב להיות יהודי על־מנת לזכות בשבות. די בכך שהוא בן משפחה (עד דור שלישי) או בן־זוג של יהודי, ובלבד שלא המיר את דתו מרצון.[11]

ברור כי התיקון משנת 1970 שיקף פשרה פוליטית ועקרונית. במקביל להסכמה כי הגדרת המושג ״יהודי״ תחפוף את הגישה ההלכתית, הוסכם גם כי תחולתו של חוק השבות לא תוגבל רק לאלה המוגדרים בו יהודים, אלא תכלול גם בני משפחה של יהודים. הבנת פשרה זו חשובה לצורך עמידה על תכלית החוק, כפי שארצה לעשות בהמשך.

טענתם של העותרים בפרשת **סטמקה** הייתה כי בני־זוגם הזרים של יהודים אזרחי ישראל זכאים לאזרחות מכוח שבות, ממש כאילו עלו בני־הזוג היהודים ארצה. הטיעון המשפטי ברור: סעיף 2(א) לחוק האזרחות מקנה אזרחות לכל עולה לפי חוק השבות, וסעיף 4א לחוק השבות מרחיב את זכויות השבות גם לבני משפחה של יהודים, כולל בני־זוג. מכיוון שסעיף 4א אינו מבחין בין בני משפחה של יהודים העולים לארץ לבין

---

9 בג״ץ 18/72 **שליט נ׳ שר הפנים**, פ״ד כו(1) 334 (1972). התיקון לחוק מרשם האוכלוסין — שהוכנס במקביל לתיקון חוק השבות בעקבות פרשת **שליט** הראשונה, ואשר על־פיו אין לרשום אדם כיהודי על־פי הלאום או הדת, אלא אם כן הוא יהודי על־פי ההגדרה שנכנסה לחוק השבות — לא הוחל למפרע על מי שנרשמו כיהודים במרשם האוכלוסין לפני התיקון.

10 סעיף 4א לחוק השבות, לעיל ה״ש 3.

11 מגמה זו אף ליברלית יותר מהלכת **שליט**, שכן לפי האחרונה אדם צריך לראות עצמו יהודי ולהצהיר על כך, ואילו על־פי התיקון די בקרוב־משפחה יהודי, אלא אם כן המיר את דתו. ראו אשר מעוז ״הבן הנשכח: על סעיף 4א(א) לחוק השבות ועל השמטה שבהיסח הדעת״ **הפרקליט** לח 637, 641־642 (1989).

בני משפחה של יהודים היושבים בה, הוא חל על בן-זוגו של כל יהודי. על-כן בני-זוגם של יהודים ילידי הארץ זכאים לאזרחות מכוח שבות ממש כמו בני-זוגם של יהודים העולים ארצה. מסקנה זו מחוזקת בסעיף 4 לחוק השבות, הקובע כי דינו של יהודי שנולד בישראל, או שעלה אליה לפני תחילת תוקפו של החוק, "כדין מי שעלה לפי חוק זה".

דא עקא, שבית-המשפט קבע כי למרות לשונו המפורשת של החוק, הוא אינו חל על בני-הזוג האזרחים ועל בני-זוגם הלא-יהודים, וכי האחרונים אינם רשאים לקנות אזרחות מכוח שבות. הכיצד?

ב. תכליתו של חוק השבות

בית-המשפט נימק את דחיית העתירה בכך שפרשנות שתאפשר את הקנייתן של זכויות שבות לבני-זוג זרים של יהודים אזרחי ישראל אינה עולה בקנה אחד עם תכליתו של חוק השבות. נוסף על כך, פרשנות כזאת תיצור אפליה בלתי-מוצדקת בין אזרחים יהודים לבין אזרחים ערבים, שכן האחרונים אינם זכאים להקנות אזרחות לבני-זוגם מתוקף שבות.

פרשנותו של בית-המשפט נשענה על תכליתו העיקרית של חוק השבות, שהיא קיבוץ גלויות – "משאת הנפש של 'ושבו בנים לגבולם'", בלשון בית-המשפט.[12] תכלית זו ברורה לא רק משמו של החוק, אלא מסעיפו הראשון של החוק, הקובע כי "כל יהודי זכאי לעלות ארצה", ומן ההיסטוריה החקיקתית שלו.[13] בהצעות החוק המקוריות לא דובר על חוק שבות, אלא על חוק אזרחות, שהתייחס גם לעליית יהודים ארצה. הצעות חוק אלה ביססו את הקשר המשפטי שבין הפרט למדינה על האזרחות, ושמרו על שוויון זכויות בין יהודים ללא-יהודים. ההבחנה ביניהם נועדה רק להקל עלייה יהודית, אך לא ניתן מעמד מיוחד לעם היהודי או להשתייכות אליו לצורך קבלת אזרחות. עמדה זו הסתמכה, בין היתר, על חוות-דעתו של פרופ' בנימין אקצין, שלפיה אין לסגת מן המושג המודרני של אזרחות לעמדה שמשתמע ממנה כי חובות וזכויות נקבעות על-פי עיקרון גזעי. את הדחיפה לחקיקת חוק השבות, ולצידו חוק אזרחות משלים, נתן זרח ורהפטיג, אז מנהל המכון לחקר המשפט העברי במשרד המשפטים. ורהפטיג ביקש לעגן במפורש בחוק את העיקרון של קיבוץ גלויות, נשמת-אפה של הציונות, אשר דורש יחס מיוחד לעלייה והתאזרחות של יהודים. ביטוי לעיקרון זה ניתן במגילת העצמאות, הקובעת כי "מדינת ישראל תהא פתוחה לעליה יהודית ולקיבוץ

---

[12] עניין **סטמקה**, לעיל ה"ש 1, בפסקה 23.

[13] על הרקע ההיסטורי כתבתי בפירוט רב יותר במקום אחר. ראו נעמה כרמי **חוק השבות – זכויות הגירה וגבולותיהן** 20-22 (2003).

גלויות״.[14] הצעתו של ורהפטיג הייתה להפריד בין ״עולים״, שיקבלו אוטומטית את האזרחות הישראלית ואשר דינם כדין אזרחים מלידה, לבין ״מהגרים״, שיקבלו אזרחות מכוח התאזרחות. ורהפטיג הציע כי יחוקק חוק מיוחד שיקבע את העיקרון כי כל יהודי העולה לישראל על-מנת להשתקע בה דינו כדין אדם החוזר למולדתו, וכי חוק האזרחות יקבע את התאזרחותו האוטומטית. הממשלה קיבלה את הצעתו של ורהפטיג והגישה לכנסת שתי הצעות חוק: חוק השבות וחוק האזרחות. חוק השבות התקבל בכנסת פה אחד בכ' בתמוז תש״י, ואילו חוק האזרחות התקבל שנתיים מאוחר יותר, בשנת תשי״ב.

חשיבותו של חוק השבות כחוק מכונן, וזכותו המוחלטת כמעט של כל יהודי לממש את זכות השבות, בולטות מאוד בדבריו של דוד בן-גוריון בהביאו את הצעת החוק לפני הכנסת:

> חוק השבות הוא מחוקי-השתיה של מדינת ישראל. הוא מכיל ייעוד מרכזי של מדינתנו, הייעוד של קיבוץ גלויות. חוק זה קובע, שלא המדינה מקנה ליהודי חוץ-לארץ זכות להתיישב במדינה, אלא זכות זו טבועה בו באשר הוא יהודי, אם רק יש ברצונו להצטרף ליישובה של הארץ... חוק השבות אין לו דבר עם חוקי הגירה, זהו חוק ההתמדה של ההיסטוריה הישראלית, חוק זה קובע את העקרון הממלכתי, אשר בכוחו הוקמה מדינת ישראל. זכותו ההסטורית של כל יהודי באשר הוא לשוב ולהתיישב בישראל...[15]

מדברים אלה של בן-גוריון עולה לא רק שייעוד מרכזי של מדינת-ישראל הוא קיבוץ גלויות, וכי זה העיקרון שמכוחו הוקמה המדינה, אלא גם שהזכות לשבות היא זכות היסטורית שטבועה בכל יהודי באשר הוא יהודי, ואשר החוק הוא רק ביטוי לה. המדינה אינה מקנה את הזכות; היא רק מממשת אותה. בעצם, אומר לנו בן-גוריון, מדובר בזכות טבעית. מי שאומר זאת מפורשות בדיון בכנסת הוא חבר-הכנסת ישראל בר-יהודה ממפ״ם:

> ...ליהודים אין המדינה צריכה לתת צ'ארטר. זהו חוק טבעי; זוהי זכותם הטבעית שאין איש יכול לתתה להם או לקחת מהם. כאשר נזכה והכנסת תאשר את חוקת המדינה, אקווה שייקבע חגיגית כי הסעיף הראשון של

[14] הכרזה על הקמת מדינת-ישראל www.knesset.gov.il/docs/heb/megilat.htm (להלן: מגילת העצמאות).

[15] ד״כ 6, 2036-2037 (תש״י).

> חוק השבות אינו יכול לעמוד לרביזיה במדינת ישראל ושום רוב אין בכוחו לבטלו.[16]

השימוש במושג ״זכות טבעית״ נראה בעייתי בהקשר זה. זכות טבעית בוודאי אינה יכולה להיות קניינם רק של חלק מבני־האדם, שהרי היא מוקנית להם מתוקף טבעם האנושי, ולא מתוקף השתייכותם לקולקטיב כלשהו. ניתן לומר, עם זאת, כי זכותם הנידונה של היהודים היא רק מקרה פרטי של זכותו של כל אדם לשבת במולדתו. כלומר, ליהודים יש זכות לכך כפי שלבני כל עם אחר יש הזכות לכך. הזכות היא אוניוורסלית, מגיעה לכל אחד ואחת, ורק מימושה הקונקרטי משתנה בהתאם להשתייכות הלאומית. אך תשובה זו אינה מהווה מענה מספק לביקורת כי גם כזכות אוניוורסלית אי־אפשר לראות בזכות למדינה ולישיבה בה זכות טבעית. מקור התפיסה בדבר זכויות טבעיות הוא במשנתו של הפילוסוף ג׳ון לוק, המבטאת את הרעיון כי זכויות אדם אינן תוצר של חברה ומשפט, פרי הזמן והמקום, אלא נכס של האדם כאדם, בתוקף אנושיותו, עוד **בטרם** חי בחברה מדינית, על חוקיה ומוסכמותיה. טעם קיומו של כל שלטון הוא להבטיח אותן זכויות (לחיים, לחירות ולקניין, אליבא דלוק), משום שבדיוק לשם כך הקימו אותו בני־האדם ומסרו לו חלק מכוחם ומחירויותיהם.[17] על־פי תפיסה ליברלית קלסית זו, המדינה אינה אלא כלי־שרת בידי האזרחים לצורך מימושן והבטחתן של הזכויות הטבעיות. זכות הגירה (אם קיימת) וזכות לאזרחות — גם אם הן מבטאות אינטרסים אנושיים יסודיים המגיעים לכלל זכויות אדם — אינן יכולות להיות זכויות טבעיות טרום־מדינתיות, שכן דבר בטבענו האנושי אינו מחייב כלל קיומה של מדינה.[18]

נחיצותו של חוק השבות נבעה בראש ובראשונה מכך שבזמן הקמת המדינה שהה חלקו הגדול של העם היהודי מחוץ לגבולותיה. זהו מצב היסטורי ייחודי, שכן על־פי־רוב אחד המאפיינים המקובלים של עם הוא ריכוזו בטריטוריה מסוימת. הבאת העם המפוזר אל הארץ — קיבוץ הגלויות או שיבת ציון — הייתה הכרחית על־מנת לקיים את הצהרתה של מגילת העצמאות כי ״זוהי זכותו הטבעית של העם היהודי להיות ככל עם ועם עומד ברשות עצמו במדינתו הריבונית״.[19] יתר על כן, על רקע הרדיפות שחווה העם היהודי בגולה, שהגיעו לשיאן המפלצתי עם השמדת יהדות אירופה, נראה חוק השבות כתיקון הכרחי המאפשר מקלט לכל יהודי מפני רדיפה ומימוש זכותו של העם היהודי

---

16 שם, בעמ׳ 2041–2042.

17 ג׳ון לוק **המסכת השניה על הממשל המדיני** 65, 95–97 (יוסף אור מתרגם, 1997).

18 קיימות כמובן ביקורות לא־מעטות על תורת הזכויות הטבעיות. ביקורת אחת מגיעה מכיוון הפוזיטיביזם המשפטי, המכיר רק בזכויות המקבלות ביטוי משפטי. הדובר הידוע אולי ביותר של גישה זו הוא בנת׳הם. ביקורת אחרת על הזכויות הטבעיות היא ביקורת הכשל הנטורליסטי, הקובעת כי אין להסיק נורמות מעובדות. לסקירה של ביקורות פילוסופיות על תורת הזכויות הטבעיות ראו דוד סידובסקי ״פירושים בני זמננו לזכויות האדם״ **עיון** לג (1984).

19 מגילת העצמאות, לעיל ה״ש 14.

להגדרה עצמית, המתממשת בריבונות מדינית. לנוכח כל זה מובן תפקידו של חוק השבות בסיטואציה הייחודית של הקמת המדינה.

אף שחוק השבות אינו נהנה ממעמד של חוק-יסוד, הוא ללא ספק חוק מכונן של מדינת-ישראל כמדינה יהודית. כדברי בית-המשפט בפרשה אחרת, ״חוק השבות הוא מחוקיה היסודיים ביותר של המדינה. אם תרצה, זהו חוק היסוד הראשון שלה״.[20] אכן, נשמעות גם קריאות להעניק לו מעמד של חוק-יסוד.[21] על הסעיף בחוק האזרחות המקנה אזרחות מכוח שבות, אמר שר הפנים דאז חיים משה שפירא: ״על הסעיף הזה אפשר לומר שהוא מגשים בשטח האזרחות את רעיון המדינה היהודית הלכה למעשה.״[22]

הביקורת על חוק השבות נעוצה בהבחנה שהוא עורך על בסיס מוצא. זאת, אף שמבחינה יורידית גרידא אין מדובר באפליה כהוראתה במשפט הבין-לאומי, שכן האמנה בדבר ביעורן של כל הצורות של אפליה גזעית מוציאה מתחולתה הוראות חוק בנושא לאומיות, אזרחות או התאזרחות, כל עוד הן אינן מפלות לאום מסוים.[23] כלומר, על-פי הדין הבין-לאומי, העדפה של קבוצת לאום מסוימת אינה בבחינת אפליה פסולה. אך לפחות על-פי התפיסה הליברל-דמוקרטית, שעקרונות ההגירה הנגזרים ממנה הם אוניוורסליות ואי-אפליה ביחס למהגרים-בכוח, חוק השבות מציב בעייתיות מיוחדת, שכן הוא אינו מעמיד תנאים אוניוורסליים למהגרים-בכוח.[24] כך, יש הסבורים כי חוק השבות היה אומנם חיוני בזמנו, והיה אפשר להצדיקו כהעדפה מתקנת לעם היהודי בשלב הקמת המדינה,[25] אולם כיום – כמעט שישים שנה לאחר-מכן – המצב

---

20 בג״ץ 265/87 **ברספורד נ׳ משרד הפנים**, פ״ד מג(4) 793 (1989); מצוטט בפרשת **סטמקה**, לעיל ה״ש 1, בפסקה 17. במקום אחר מנה בית-המשפט את זכותו של כל יהודי לעלות ארצה עם ״המאפיינים ה׳גרעיניים׳ המעצבים את הגדרת המינימום של היות מדינת ישראל מדינה יהודית״. ראו א״ב 11280/02 **ועדת הבחירות המרכזית לכנסת השש-עשרה נ׳ ח״כ טיבי**, פ״ד נז(4) 1, פסקה 12 (2003).

21 דליה שחורי ״השופט ברק: להפוך חוק השבות לחוק יסוד״ **הארץ** 22.6.2001. התבטאויות ברוח זו נשמעו כבר בעת הדיון על חוק השבות בכנסת בשנת 1950; ראו את הטקסט ליד ה״ש 16 לעיל.

22 ד״כ 6, 2038 (תש״י).

23 סעיף 1.3 לאמנה הבין-לאומית בדבר ביעורן של כל הצורות של אפליה גזעית, כ״א 25, 547 (נפתחה לחתימה בשנת 1965).

24 לדיון במתווה למדיניות הגירה ליברלית ראו כרמי, לעיל ה״ש 13, בעמ׳ 96-106. לבעייתיות המיוחדת של חוק השבות בהקשר זה ראו שם, בעמ׳ 25-29.

25 חיים גנז כופר בכך שחוק השבות הוא בר-הצדקה כאמצעי של העדפה מתקנת: CHAIM GANS, THE LIMITS OF NATIONALISM 125-128 (2003) וכן חיים גנז **מריכרד ואגנר עד זכות השיבה – ניתוח פילוסופי של בעיות ציבור ישראליות** 203-205 (2006) (להלן: גנז **מריכרד ואגנר עד זכות השיבה**). אליבא דגנז ניתן להצדיק העדפה בהגירה על בסיס לאומי – אם כי לא את מתכונתו הנוכחית של חוק השבות – גם על יסוד שיקולי פיצוי רגילים של צדק מתקן (תרופתי) וגם על יסוד צדק חלוקתי. שם, בעמ׳ 204-205. בניגוד לעמדה

שונה. ראשית, העדפה מתקנת מוגבלת בזמן מעצם טבעה. מכיוון שמדובר באמצעי לא-שוויוני כשלעצמו, העדפה מתקנת ננקטת רק כמפלט אחרון, וחובה להגבילה בזמן על-מנת שלא תיצור אי-צדק גדול יותר מזה שהיא באה לתקן. שנית, הביקורת כלפי חוק השבות בהקשר זה נוגעת לא רק בהבחנה בין מהגרים-בכוח, אלא גם בהבחנה בין אזרחים. שכן רק אזרחים יהודים נהנים מכך שבני עמם זכאים להגירה חופשית למדינתם, בעוד שמן האזרחים הערבים הדבר נמנע. העדפה זו של מהגרים יהודים בעייתית במיוחד כל עוד אין לקבוצת המיעוט של ערבים-פלסטינים מדינת לאום משלהם, שבה יוכלו ליהנות מהעדפה בהגירה. שלישית, נטען כי אין בהכרח צורך בחוק גורף כחוק השבות על-מנת שמדינת-ישראל תמלא את תפקידה כמקום מקלט ליהודים נרדפים. גם אלה הסבורים כי ניתן כעיקרון להצדיק העדפה בהגירה על בסיס לאומי רואים בעיה בכך שחוק השבות מכונן מדיניות של פתיחות גמורה להגירת יהודים (בדמות זכות אישית לכל יהודי באשר הוא) וסגירות מוחלטת כלפי לא-יהודים.[26] על-כן השינויים הנחוצים, לדידם של המבקרים את חוק השבות, אינם בכיוון של מתן מעמד חוקתי לחוק השבות, אלא דווקא בכיוון של ליברליזציה של חוקי ההגירה – אם על-ידי ביטול חוק השבות (או למצער, קביעה ברורה של התנאים שבהם יסתיים תפקידו ההיסטורי) והחלפתו בחוק הגירה גורף פחות, שבמסגרתו תינתן עדיפות לקליטת יהודים נרדפים, ואם על-ידי שינוי החוק וכינון ערוצים נוספים להגירה לישראל, שיהיו פתוחים לפני לא-יהודים.[27]

המצדיקה את חוק השבות רק בשלב ההקמה, סבור גנז כי אם אינטרסים תרבותיים ולאומיים מצדיקים לתת לקבוצות לאומיות את הזכות לשלטון עצמי, קל וחומר שהם מצדיקים העדפות בהגירה של בני אותן קבוצות אל אותה מדינה. שם, בעמ' 206-208. לדיון בחוק השבות כהעדפה מתקנת ראו כרמי, לעיל ה״ש 13, בעמ' 35-55. ביקורת על עמדתו של גנז לגבי חוק השבות כהעדפה מתקנת (בגרסה מוקדמת יותר של עמדה זו) ניתן למצוא שם, בעמ' 37-39.

26 גנז **מריכרד ואגנר עד זכות השיבה**, לעיל ה״ש 25, בעמ' 211-215.

27 להרחבה ראו כרמי, לעיל ה״ש 13, בעמ' 51-55. חיים גנז מציע טיעון להצדקת העדפות לאומיות בהגירה, אם כי לא להצדקת חוק השבות במתכונתו הנוכחית. גנז מציע שלושה עקרונות מנחים למדיניות הגירה שונה, שעיקרם מתן משקל מיוחד להגירה ממניעים לאומיים, בדמות מכסות הגירה למהגרים המבקשים לממש את האינטרסים הלאומיים שלהם; קליטת מהגרים מטעמים אלה במספרים שיאפשרו לקבוצה הלאומית הקולטת להמשיך לממש את זכותה להגדרה עצמית; וקליטת פליטים ונרדפים של הקבוצות הלאומיות הנהנות מהגדרה עצמית במסגרת המדינה. גנז **מריכרד ואגנר עד זכות השיבה**, לעיל ה״ש 25, בעמ' 216-219. את העקרונות שגנז מציע יש להבין בהקשר של התפיסה הכללית שהוא מקדם, בדבר קונספציה תת-מדינתית של הגדרה עצמית לאומית. על-פי תפיסה זו, הזכות להגדרה עצמית נתפסת לא כזכות למדינה שתהיה ״של״ הקבוצה, אלא כחבילה של זכויות-יתר שכל קבוצה לאומית זכאית לה במיקום הגיאוגרפי המרכזי שלה. לדיון בקונספציה התת-מדינתית של הגדרה עצמית ראו Gans, לעיל ה״ש 25, בעמ' 68-70. לדיון בעקרונות ההגירה המוצעים ראו שם, בעמ' 134-141.

נראה, אפוא, כי בית־המשפט צדק רק חלקית כאשר קבע בפרשת **סטמקה** כי תכליתו של חוק השבות הוא קיבוץ הגלויות של היהודים בישראל. ראשית, ועל כך יורחב בהמשך, עם קבלת התיקון משנת 1970 נהפכו גם בני משפחתם הלא־יהודים של יהודים ל״זכאי חוק השבות״. שנית, מה טעם מצא המחוקק לנסח את סעיף 4 לחוק, הקובע כי דינם של יהודים שנולדו בארץ כדין אלה שעלו אליה על־פי חוק השבות? בסעיף הבא אראה כי בית־המשפט לא התמודד עם לשונה של הוראת החוק באופן משכנע, ולמעשה ייתר בפסיקתו את סעיף 4 לחוק השבות.

ג. סעיף 4 לחוק השבות וייתורו על־ידי בית־המשפט בפרשת סטמקה

סעיף 4 לחוק השבות הציב את הקושי העיקרי שאיתו נאלץ בית־המשפט להתמודד בפרשת **סטמקה**, שכן עליו – בצוותא עם סעיף 4א לחוק – נסמכו העותרים בבואם לבקש זכויות שבות בעבור בני־זוגם. מהו טעמה של החלת השבות גם על יהודים ילידי הארץ, שממילא גם לא עלו אליה?

תשובה חלקית טמונה בזיקה שבין שבות לאזרחות שחוק האזרחות יוצר. הזכרנו קודם כי עד לתיקונו של חוק האזרחות בשנת 1980, לא קנו יהודים ילידי הארץ אזרחות מכוח לידה, אלא מכוח שבות. בכך יצר החוק הבחנה בין שני מסלולים לקבלת אזרחות, והבחין בין ילידי הארץ על־פי השתייכותם הלאומית: יהודים קנו אזרחות מכוח שבות, כלומר על־פי דין הדם (jus sanguinis), ואילו ערבים קנו אזרחות מכוח לידה, כלומר על־פי דין האדמה (jus soli). יש לציין, עם זאת, שלדרך קניית האזרחות לא הייתה נפקות מעשית: המעמד האזרחי והזכויות הנלוות לא הושפעו מהדרך שבה נקנתה האזרחות. ההבדל היה סמלי, אך כפי שאטען – בעל משמעות.

ניתן לטעון כי סעיף 4 לחוק השבות מבקש להשוות את מעמדם של יהודים בישראל, בין שעלו אליה ובין שנולדו בה. אך השוואה כזאת הייתה יכולה להיעשות על־ידי קביעה כי העולים לישראל קונים את אזרחותה כאילו נולדו בה, ולא על־ידי ההצהרה ההפוכה, והאינטואיטיבית פחות, כי מי שנולד בארץ כמוהו כמי ששב אליה. דומה כי ברמה עמוקה יותר, בבסיס התשובה המשפטית־המעשית של ההשוואה, מצוי עיקרון יסודי יותר, המתבטא בדבריו הנרגשים של דוד בן־גוריון שצוטטו לעיל. אם הזכות להתיישב במדינה היא זכות ה״טבועה״ ביהודי באשר הוא יהודי, מאי נפקא מינה אם מימשו יהודים זכות זו לאחר הקמת המדינה או שמא לפני דורות רבים, או אפילו נמנים עם המעטים שמעולם לא עזבו את הארץ עם הגליית עמם? זכות זו היא טבעית, והמדינה באה רק לתת לה מעמד סטטוטורי. קטגוריית השבות מסמנת את שייכותה של ארץ־ישראל ומדינת־ישראל ליהודים. זכותם לשבת בה היא זכות היסטורית, שכן במרכז ההיסטוריה הישראלית נמצאת הבעלות על הארץ שהובטחה ליהודים על־ידי האל. על רקע זה אפשר להבין את דבריו של בן־גוריון, שעל־פיהם לחוק השבות אין

דבר עם חוקי הגירה, אלא זהו ״חוק ההתמדה של ההיסטוריה הישראלית״.[28] סעיף 4 לחוק השבות מבטא אפוא את זכותו ההיסטורית של כל יהודי באשר הוא לשבת בארץ־ישראל, ומכאן את מעמדם המועדף של יהודים בישראל: היהודים הם בעלי הארץ, וזכותם לשבת בה אינה קשורה לשאלה אם חזרו אליה או נולדו בה.

הפרשנות הרואה בתכלית החוק את זכותם ההיסטורית של היהודים לשבת בישראל אינה מסתמכת רק על דבריו של בן־גוריון. אילו דן חוק השבות אך ורק בכניסת יהודים לארץ – ויהודים ילידי הארץ היו קונים אזרחות מכוח לידה, ולא מכוח שבות – לא היה הדבר מעלה או מוריד מבחינת מעמדם האזרחי. זכויות האזרחות אינן תלויות באופן שבו נרכשה האזרחות. אלא שאז היה מעמדם מושווה באופן סמלי לזה של ערבים ילידי הארץ. עד לתיקון משנת 1980 נתקלו האחרונים בקשיים שהעמיד בפניהם החוק לקניית אזרחות, בשל התנאים שהציב לקניית אזרחות של לא־יהודים מכוח ישיבה. החוק דאז העמיד תנאים מצטברים לקניית אזרחות מכוח ישיבה בארץ, שערבים רבים אשר ברחו או גורשו מהארץ במלחמת 1948 וחזרו לאחר־מכן – חלקם לא כחוק – התקשו לעמוד בהם.[29] דומה כי המסקנה המתבקשת היא שההצהרה כי חוק השבות חל גם על יהודים ילידי הארץ נועדה להבחין בין יהודים לערבים באופן עקיף, מבלי לומר מפורשות כי בכך מבחינים בין יהודים שישבו בארץ לבין ערבים שישבו בה כאשר התקבל החוק.

כאשר הובא חוק השבות לכנסת, היה זה הסעיף היחיד שהובעה לגביו הסתייגות בדיון בשל אפליה בין יהודים לערבים. היה זה חבר־הכנסת מאיר וילנר ממק״י שהביע את תמיהתו על סעיף זה, שטעמו התחוור לו, לדבריו, כאשר קרא יחד איתו את חוק האזרחות המוצע:

> לפי חוק האזרחות לא תהיה אזרחות לרוב הערבים היושבים כיום במדינת ישראל. לכן אני מבין, שכדי להימנע אחר־כך מן הצורך להכניס בחוק האזרחות הפליה גלויה בין ילדים יהודים ובין ילדים ערבים שנולדים בישראל, הבטיחו ענין זה ליהודים הנולדים בארץ בדלת האחורית בחוק השבות. זה יכול להיות באמת תכסיס מחוכם מאד, לקבוע את ההפליה לגבי הערבים הנמצאים במדינה, או שנולדים בה, על־ידי כך שמבטיחים פה זכות אזרחות ליהודים בלבד – אך זוהי הפליה גזעית שקופה למדי... מכיוון שבחוק האזרחות אין האזרחות

---

[28] ד״כ 6, 2037 (תש״י).

[29] תנאים אלה היו: (1) רישום ב־1.3.1952 לפי פקודת מרשם האוכלוסין; (2) תושבות בישראל ביום כניסת החוק לתוקף; (3) שהייה בישראל או בשטח שנהיה לחלק ממנה לאחר הקמת המדינה, מיום הקמת המדינה עד ליום כניסת החוק לתוקף, או כניסה כחוק לישראל במהלך תקופה זו. DAVID KRETZMER, THE LEGAL STATUS OF THE ARABS IN ISRAEL 39-40 (1990).

> מובטחת באופן אוטומאטי לאוכלוסיה הערבית, אני רואה בפסקה זו על הנולדים היהודים – הפליה לאומית לגבי התושבים הערבים. אין לפסקה הנדונה שום שייכות לחוק השבות, כי ענין אזרחים צריך להיות דבר כללי ולא כן לגבי היהודים. אם חוק קובע הפליה לגבי מי שנולד במדינה, הרי הוא חוק גזעי.[30]

למרות דברים אלה התקבל חוק השבות בכנסת ללא מתנגדים, אף לא מצד המפלגה הקומוניסטית או המפלגות הערביות.

יש לזכור כי חוק השבות הוא בין החוקים היחידים שמאזכרים את המונח "יהודי".[31] חוק האזרחות שחוקק לאחריו נקי לחלוטין מאזכור של מוצא לאומי או דתי, ומזכיר רק שבות. למעשה, המונח "זכאי חוק השבות" החל לשמש לשון נקייה ל"יהודים", וחוקים או תקנות וצווים אחרים הפנו אל חוק השבות כאשר לא רצו לעשות שימוש ישיר ב"יהודים". למשל, בחוק להארכת תוקפן של תקנות שעת חירום (יהודה והשומרון וחבל עזה – שיפוט בעבירות ועזרה משפטית), התשל"ח-1977, המוארך על-ידי הכנסת באופן תקופתי, נאמר:

> לצורך החיקוקים המנויים בתוספת הביטוי "תושב ישראל" או ביטוי אחר בעניין תושבות, מגורים או ישיבה בישראל האמור בהם, יראו אותו ככולל גם אדם שמקום מגוריו הוא באזור והוא אזרח ישראלי או שהוא זכאי לעלות לישראל לפי חוק השבות, תש"י-1950, ואשר אילו מקום מגוריו היה בישראל היה נכנס בגדר ביטוי כאמור.[32]

חוק זה מחיל למעשה את החוק הישראלי באופן אישי על מתנחלים בשטחים, ומן הסעיף הנ"ל, שכותרתו "חזקת תושבות", עולה כי תחולתו היא גם על יהודים שאינם אזרחי ישראל או תושביה. גם בהכרזה על "מרחב התפר", האוסרת כניסה למרחב זה ושהייה בו, מוצאים מתחולת האיסור אזרחי ישראל ותושביה, לרבות מתנחלים הגרים בגדה המערבית וכן מי שזכאי להגר לישראל מתוקף חוק השבות, אף אם הוא אינו אזרח ישראלי.[33] משמעות הדבר היא כי בעוד תושבים שזו הייתה אדמתם ואשר גרים עדיין

---

30 ד"כ 6, 2106 (תש"י).

31 חוקים אחרים הם חוק שיפוט בתי דין רבניים (נישואין וגירושין), התשי"ג-1953, ס"ח 165; חוק מעמד ההסתדרות הציונית העולמית – הסוכנות היהודית לארץ-ישראל, התשי"ג-1952, ס"ח 2.

32 סעיף 26(א) לחוק להארכת תוקפן של תקנות שעת-חירום (יהודה והשומרון וחבל עזה – שיפוט בעבירות ועזרה משפטית), התשל"ח-1977, ס"ח 880.

33 צו בדבר הוראות ביטחון (יהודה והשומרון) (מס' 378) התש"ל-1970, הכרזה בדבר סגירת שטח מס' 2/03/ס' (מרחב התפר). ראו בצלם **ואליה לא תבוא: מניעת גישתם של פלסטינים לאדמותיהם שממערב למכשול ההפרדה באזור טול-כרם-קלקיליה**, יוני 2004, www.btselem.org/Download/200406_Qalqiliya_Tulkarm_Barrier_Heb.doc.

במקום כפופים למשטר היתרים על-מנת להיכנס אליו ולצאת ממנו, יהודים שאינם אזרחי ישראל או תושביה רשאים להיכנס אל המקום ולשהות בו כאוות-נפשם. המונח המשפטי ״זכאי חוק השבות״ מופיע גם בחוק הביטוח הלאומי:

> ״**תושב ישראל באזור**״ – מי שאילו מקום מגוריו היה בישראל היה בגדר תושב ישראל והוא אזרח ישראלי או שהוא זכאי לעלות לישראל לפי חוק השבות, והכל אם מתקיים בו אחד מאלה:
> **(1)** הוא מתגורר ביישובים או באתרים הצבאיים;
> **(2)** הוא מתגורר באזור ומועסק בישראל.[34]

השימוש במונח ״שבות״ מאפשר אפוא לערוך סגרגציה בין יהודים לבין לא-יהודים מבלי לומר זאת במפורש. בכך החוק משרת גם מטרה שאינה התכלית המוצהרת של חקיקתו.

בשנת 1980 תוקן חוק האזרחות. בין היתר השווה תיקון זה את דרך קבלת האזרחות של ילידי הארץ יהודים וערבים שאחד מהוריהם הוא אזרח ישראלי. מעתה קיבלו שתי הקבוצות אזרחות מכוח לידה. אך לתיקון זה לא נלווה תיקון מקביל של חוק השבות. אם כל תכליתו של סעיף 4 לחוק השבות הייתה להקנות אזרחות ליהודים ילידי הארץ, אזי אין בו צורך מרגע שאלה החלו לקנות אזרחות מכוח לידה. אך אף-על-פי שלא היה עוד צורך בסעיף 4 כדי להקנות אזרחות לקבוצה זו, לא בוטל הסעיף ולא תוקן במקביל לתיקון שנעשה בחוק האזרחות. אומנם, ניתן להעלות על הדעת מקרה שבו תיוולד בישראל ילדה להורים זכאי חוק השבות שוויתרו על אזרחותם הישראלית.[35] אך האומנם נותר סעיף 4 על כנו רק כדי להסדיר מקרים חריגים אפשריים כאלה, שחוק האזרחות עצמו היה יכול לענות עליהם? ואולי פשוט ״שכח״ המחוקק את סעיף 4 והותיר אותו כסרח עודף? אף אם נשמט הסעיף מזכרונו של המחוקק כאשר תיקן את חוק האזרחות, אי-הנכונות להכניס כל שינוי בחוק השבות מצביעה על המעמד החשוב המיוחס לו, בין היתר משום שהוא קובע את מעמדם המועדף של היהודים בישראל.

העותרים בפרשת **סטמקה** טענו טענה פשוטה: בהינתן סעיף 4 לחוק השבות, דין בני-הזוג האזרחים הוא כדין עולים על-פי חוק השבות. על-כן חל על בני-זוגם הלא-יהודים גם סעיף 4א לחוק השבות, ומוקנית להם הזכות לאזרחות מכוח שבות על-פי חוק האזרחות. בית-המשפט, לעומת זאת, אימץ את טענת המשיבים, שעל-פיה ״בן-

---

[34] סעיף 378א לחוק הביטוח הלאומי (נוסח משולב), התשנ״ה-1995, ס״ח 210.

[35] למעשה, הבעיה של הקניית אזרחות מכוח שבות למי שנולדה להורים שוויתרו על אזרחותם תתעורר רק במקרה שבו שני ההורים אינם רשומים כלל במרשם האוכלוסין. זאת, מכיוון שעל-פי סעיף 2(ג)(5) לחוק האזרחות, אזרחות מכוח שבות אינה מוקנית ל״מי שנולד בישראל ובשעת לידתו לא היה אף אחד מהוריו רשום במרשם האוכלוסין״. כלומר, די במעמד אזרחי כלשהו של אחד ההורים, לאו דווקא אזרחות, להקנות לילדיהם אזרחות מכוח שבות.

זוג״ כהוראתו בסעיף 4א לחוק השבות עניינו בן-זוג של יהודי לפני היותו אזרח ישראלי.[36] בית-המשפט מכיר בכך שסעיף 4 לחוק השבות כפשוטו תומך בטענת העותרים, אך לעומת פירוש זה, שאותו הוא מכנה ״הפירוש הלשוני הסטטי״, הוא מציע ״פירוש לשוני דינמי״, שלטענתו אינו מבודד את סעיף 4א או מוציא אותו מהקשרו. קריאה מוצעת זו היא קריאה של החוק ברצף, ללא התחשבות בפיצול לסעיפים וסעיפי-משנה, אשר אליבא דבית-המשפט נובע רק בשל קוצר-ידנו, שאינו מאפשר לנו להביע רעיון מורכב אלא על-ידי פיצולו למילים, לפסוקים, לסעיפים וכן הלאה.[37] הקריאה הנכונה של הסעיף הנידון, לדעת בית-המשפט, היא כדלהלן:

> הוראת-התשתית בחוק השבות באה בסעיף 1 בו, ולפיה כל יהודי זכאי לעלות ארצה. סעיף 4א אינו אלא המשכו של סעיף 1 – סעיף 1 זורם אל סעיף 4א וסעיף 4א מצטרף אל סעיף 1 בזרימתו – ופירושו אינו אלא זה, שהזכות הניתנת ליהודי לעלות ארצה ניתנת אף לבני משפחתו לעת עלייתו של היהודי. אכן, האמירה ״לעת עלייתו של היהודי״ אינה באה בסעיף 4א במפורש; אך אם במפורש לא מצאנו מילים אלו בחוק, הנה מובלעות הן בכתוב. סעיף 4א הינו מעין-המשך לסעיף 1, ובני המשפחה האמורים בסעיף 4א הם בני המשפחה של אותו עולה שסעיף 1 מדבר בו. מסקנה נדרשת היא, שהמושג בן-זוג בסעיף 4א פירושו הוא, בן-זוג (לא יהודי) לעת העליה ארצה של בן-זוגו (היהודי). פירוש זה שלחוק מוציא, כמובן, מגדריו – כטענת המדינה – לא-יהודי שהפך בן-זוג ליהודי שהוא אזרח המדינה לעת הנישואין. יהודי זה האחרון אינו עולה ארצה, וממילא אין לבן-הזוג הלא יהודי במי לתלות את זכותו.[38]

מובן כי חוק יש לקרוא ברצף. מובן גם כי סעיף 1 הוא הוראת-התשתית של חוק השבות. אך הטענה כי סעיף 4א הוא המשך לסעיף 1 היא מוזרה ביותר, בלשון המעטה. מדובר בסעיף שהוכנס לחוק בתיקון, כחלק מ״עסקת-חבילה״ שכרכה יחד הכנסת הגדרה צרה של המושג ״יהודי״ והרחבת תחולתו של החוק גם על בני משפחה של יהודים. הסעיף קיבל את הסימון ״א״ בהיותו סעיף שהוכנס לחוק בתיקון;[39] ואילו בית-המשפט קורא הוראה זו כאילו הייתה הוראת סעיף 1א. בית-המשפט מאמץ את מה שהוא מכנה ״פירוש לשוני דינמי״, ומנמק כי ״הוראת סעיף 4א, לא יהא זה נכון וראוי אם ייאמר עליה כי לבדד תשכון וכי בהוראות-חוק אחרות לא תתחשב״.[40] אך דומה כי בפרשנותו

---

36 עניין **סטמקה**, לעיל ה״ש 1, בפסקה 13.

37 שם, בפסקה 14.

38 שם.

39 ניתן לצפות בחוק בנוסחו המקורי, ובנפרד בשינויים שהוכנסו בו, באתר האינטרנט של הכנסת: www.knesset.gov.il/laws/special/heb/chok_hashvut.htm.

40 עניין **סטמקה**, לעיל ה״ש 1, בפסקה 15.

זו בית-המשפט אינו מתחשב בהוראת סעיף 4 לאותו חוק עצמו. בין ש״שכח״ המחוקק את סעיף 4 לחוק השבות לאחר שתוקן חוק האזרחות בשנת 1980, כמתואר לעיל, ובין שהותיר אותו על כנו בכוונה תחילה – לא לבית-המשפט התפקיד לייתר את הסעיף. עליו לפסוק על-פי לשון החוק, במיוחד כאשר מדובר בחוק כה מרכזי, שהוא עצמו מדגיש את חשיבותו בהמשך דבריו.[41] יתרה מזו, טענתו של בית-המשפט כי ״מסקנה נדרשת היא, שהמושג בן-זוג בסעיף 4א פירושו הוא, בן-זוג (לא יהודי) לעת העליה ארצה של בן-זוגו (היהודי)״ – מנוגדת ללשון החוק בסעיף 4א(ב), הקובע כי ״אין נפקא מינה אם יהודי שמכוחו נתבעת זכות לפי סעיף קטן (א) עודו בחיים או לאו ואם עלה ארצה או לאו״. כלומר, אדם יכול לתבוע זכות שבות מכוחה של קרבת-משפחה ליהודי שלא עלה כלל ארצה; קל וחומר שהוא יכול לעשות זאת לא ״לעת העליה ארצה של בן-זוגו״.

עמדנו על כך כי סעיפים 4א ו-4ב לחוק השבות מייצגים מגמות מנוגדות. לדעת בית-המשפט, המגמה המרחיבה המתבטאת בסעיף 4א אומצה מתוך כוונה לשמור על אחדות המשפחה, ולהקל את עלייתן של ״משפחות מעורבות״, שמא יימנעו מלעלות לישראל.[42] פרשנות זו מחזקת לדעתו את ההנמקה התכליתית לכך שחוק השבות אינו יכול לזכות בני-זוג של אזרחים יהודים בזכויות של עולים לפי חוק השבות. תשובה חיובית לשאלה זו, כפרשנות העותרים, מנוגדת לדעת בית-המשפט הן לתכליתו של חוק השבות, שהיא קיבוץ הגלויות, והן לתכלית תיקונו, שהיא מניעת פיצול משפחות.[43]

בית-המשפט נותן דעתו גם לסעיף 4א(ב), הקובע כי זכויותיהם של בני המשפחה אינן תלויות בכך שהיהודי שהזכות נתבעת מכוחו אכן עלה ארצה, ואף לא בכך שהוא עודו בחיים, ומפרש:

> בני משפחה לא-יהודים של יהודי, רואים אותם, במובנים מסויימים, כמי שסיפחו עצמם לעם היהודי, ועל-כן מקנה להם החוק זכויות עצמאיות משלהם...[44]

בהיותו כבול ל״פירוש הלשוני הדינמי״ שלו, בית-המשפט אינו רואה כי בדבריו אלה הוא עצמו מחזק את טענת העותרים דווקא. שכן מדוע לראות כ״מסופחים״ לעם היהודי רק את בני-זוגם של עולים, ולא את בני-זוגם של אזרחים? זאת ועוד, התחולה הנפוצה של סעיף 4א(ב) היא בהקשר של בנים או נכדים שעלו לישראל וזכאים לשבות גם אם הם אינם יהודים, כל עוד אחד מהוריהם או מסביהם היה יהודי, בין אם הוא עולה איתם

41 שם, בפסקה 17.
42 שם, בפסקה 21.
43 שם, בפסקה 22.
44 שם, בפסקה 21.

ובין אם לאו, ובין אם הוא עודו בחיים ובין אם לאו. אבל על-פי לשון הוראת החוק, היא חלה גם על בן-זוג של יהודי שיעלה לארץ ללא בן-זוגו, בין שזה נפטר ובין שהוא פשוט לא עלה לישראל. ניטול, לדוגמה, אישה לא-יהודייה שנישאה ליהודי, וזה נפטר. לאחר מותו היא מחליטה לעלות לארץ עם ילדיהם המשותפים. הייתכן כי הילדים יהיו זכאי חוק השבות ואילו האישה – לא? בפרשת **סטמקה** נקבע למעשה דין מיוחד לבת-הזוג (או לבן-הזוג). זאת, אף שבחוק אין הבחנה כלשהי בין בני משפחה שונים, הווה אומר: דין בן-זוג של יהודי כדין ילד או נכד של יהודי. על-פי החוק, בדיוק כמו במקרה של ילדיו ונכדיו של יהודי, אין בהכרח צמידות בין עליית בן-הזוג היהודי לבין זכויות השבות של בת-הזוג הלא-יהודייה. בית-המשפט אינו שם ליבו לכך שעובדה זו הופכת את פסיקתו לאבסורדית עוד יותר, שכן משמעותה היא כי אישה שנישאה ליהודי ועולה בלעדיו תקבל את זכויות השבות, ובראשן האזרחות הישראלית, וזאת אף שהתכלית של שמירה על אחדות המשפחה אינה מושגת כאן כלל, ואילו בת-זוגו של יהודי אזרח ישראל, המבקשת להתגורר עימו בה, אינה יכולה לקנות זכויות אלה. הכל משום שלדעת בית-המשפט, גם את התיקונים אין לפרש במנותק מחוק השבות המקורי.[45] אלא שבכך הוא מוסיף ומנתק אותם מההוראה המפורשת של סעיף 4 לחוק, שאף הוא חלק מאותו חוק מקורי.

אפשר להסכים עם עמדת בית-המשפט כי ״תכליתו הגדולה״ של חוק השבות היא ״קיבוץ גלויות העם היהודי אל מדינת היהודים״.[46] אולם אי-אפשר לקבוע בניגוד להוראת סעיף 4 לחוק, כפי שעושה בית-המשפט, כי יהודי שנולד בארץ – או שעלה בטרם נישא – מיצה את זכותו לשבות, ולכן גם בן-זוגו הלא-יהודי לא יוכל לספח את עצמו לזכות ששוב אינה קיימת.[47] שהרי סעיף 4 קובע בדיוק ההפך מכך.

לא אוכל להיכנס לדיון בפילוסופיה של פרשנות משפטית בגדריו של מאמר זה, אך פטור בלא-כלום אי-אפשר. השופט חשין (כתוארו אז) מאמץ כאן את גישת הפרשנות התכליתית, הגורסת כי בפרשנותו של טקסט משפטי יש לחתור להגשמת תכליתו. אך גם מי שדוגל בפרשנות תכליתית אינו גורס כי לשון החוק אינה מחייבת את הפרשן שבא לפרשו. ההפך הוא הנכון: נקודת המוצא, גם של פרשנות תכליתית, היא הטקסט ולשונו. כפי שכותב הנשיא ברק, מן התומכים המובהקים בפרשנות תכליתית: ״התכלית חייבת לפעול בגדרי הלשון. הלשון קובעת את גבולות הפרשנות.״[48] כך, גם הצורך לפרש את החוק כמכלול אינו מצדיק התעלמות מחלק מסעיפיו. יש לתת משמעות לכל סעיף על לשונו, שכן הלשון מתחמת את הפרשנות שניתן לתת לחוק.[49] ברור שיש מקרים שבהם יהיה לבית-המשפט מרחב פרשני רחב יחסית, אך בשום מקרה אין הוא

---

45 שם, בפסקה 24.

46 שם.

47 שם, בפסקה 23.

48 אהרן ברק **פרשנות תכליתית במשפט** 136 (2003).

49 אהרן ברק **פרשנות במשפט** כרך שני – פרשנות החקיקה 97 (1993).

רשאי לייתר טקסט משפטי שאינו נוח לו. יתרה מזו, את תכליתו של חוק יש להסיק בראש ובראשונה מלשונו: החזקה היא כי תכליתה של הנורמה נלמדת מלשונה. ככל חזקה, ניתן לסטות ממנה אם יש לכך נימוקים טובים, ואם ניתן ללמוד על התכלית גם ממקורות אחרים, אך אין להתעלם מלשון מפורשת.[50]

התחשבות בלשונו של סעיף 4 לחוק מערערת במידת־מה את הנחתו של השופט חשין לגבי תכלית החוק, או לפחות בדבר היותה תכלית יחידה. כפי שראינו לעיל, תכלית המביאה בחשבון את כל סעיפי החוק כמכלול היא שלכל יהודי באשר הוא יש הזכות לשבת בארץ־ישראל, בין אם עלה אליה בפועל ובין אם לאו. זאת ועוד, אף אם מקבלים את הנחתו של השופט חשין כי תכליתו היחידה של חוק השבות היא קיבוץ גלויות של יהודים, אין מקום להניח כי מדובר אך ורק ביהודים לפי הגדרתם בסעיף 24ב לחוק השבות. אל השאלה מהי תכלית החוק קשורה במובן זה המחלוקת בשאלה ״מיהו יהודי״, שנכרכה בחוק השבות. כפי שצוין לעיל, פסק־הדין של בית־המשפט העליון בפרשת **שליט** חשף מחלוקת עמוקה בציבור היהודי לגבי השאלה מיהו יהודי *לצורך חוק השבות*. בעוד שהמפלגות הדתיות לא היו מוכנות להסכים שהחוק יגדיר ״יהודי״ באופן הסוטה מן התפיסה ההלכתית, הרוב בכנסת לא היה מוכן להגביל את קבוצת האנשים הכלולה במסגרת קיבוץ הגלויות לאלה הנחשבים יהודים לפי תפיסה צרה זו. הרוב עמד על כך שגם בנים לאבות יהודים, נכדים של יהודים ובני־זוג של יהודים ייכללו בקבוצת אנשים זו. התוצאה הייתה אותה פשרה שהוזכרה קודם: בעוד סעיף 24ב מאמץ בעיקרה את התפיסה ההלכתית לגבי ההגדרה מיהו יהודי, סעיף 4א מחיל את חוק השבות עצמו על הגדרה רחבה של אנשים, קרי, בני משפחה ובני־זוג של יהודים. המסקנה המתבקשת היא שתכלית החוק היא קיבוץ גלויות של ״זכאי חוק השבות״, ולא של יהודים על־פי הגדרתם בסעיף 24ב לחוק.

ניתן אפוא לבקר את השופט חשין באופן כפול: **ראשית**, על האופן שבו הוא מיישם את הפרשנות התכליתית במקרה שלפנינו – חילוץ תכליתו של החוק מן הטקסט המשפטי חייב להתחשב בנאמר בכל סעיפיו; **שנית**, על עצם התשובה שנתן לשאלת תכליתו של החוק – אילו פירש את החוק לפי התכלית שעליה הצבענו לעיל, לא היה השופט חשין נאלץ לאמץ פרשנות אשר מנוגדת ללשונה של הוראת חוק ומייתרת את רעותה.

גם אם יש לפרשנות שנתן בית־המשפט סיבה טובה, כפי שיפורט בפרק הבא, אטען כי היה על בית־המשפט להמליץ לפני המחוקק לבטל את סעיף 4, ולא לבטלו במעשה שפיטה.

[50] ברק, לעיל ה״ש 48.

ד. המבוי הסתום של פרשת סטמקה: אפליה בין שתי קרני הדילמה

נוסף על ״הפירוש הלשוני הדינמי״, הדבק בתכליתו של חוק השבות, מציע בית-המשפט בפרשת **סטמקה** טעם נוסף לסירובו להקנות זכויות שבות לבני-זוג זרים של יהודים אזרחי הארץ:

> לא יימצא לנו כל הצדק להעדיף יהודי היושב לבטח בארצו על-פני מי שאינו יהודי – שהראשון יוכל להקנות שבות לבן-זוג לא-יהודי ואילו אחרון לא 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.[51]

היה אם ייענה לתביעת העותרים, אומר לנו בית-המשפט, יימצא מפלה בין אזרחים יהודים ללא-יהודים, שכן רק הראשונים יכולים לְזַכות את בני-זוגם בשבות. אפליה זו בין יהודים ללא-יהודים לגיטימית בעיני בית-המשפט כאשר מדובר בהגירה לישראל, אך אין היא לגיטימית כאשר מדובר באזרחים. משקנו אזרחות, תמו זכויותיהם העודפות.[52] גם מטעם זה מוקנית זכות השבות רק לבני משפחה של יהודים טרם עלותם ארצה.[53]

מניעת אפליה היא אכן טעם ראוי ביותר ובעל משקל רב. אין ספק שאין להפלות בין אזרחים. דברים דומים אומר לנו בית-המשפט בפרשה אחרת, פרשת **קעדאן**, שעניינה אפליה בהקצאת קרקעות. גם שם מבדיל בית-המשפט בין אפליה זו לבין ההבחנה בין יהודים ללא-יהודים בכל הקשור להגירה ארצה:

> מפתח מיוחד לכניסה לבית ניתן לבני העם היהודי (ראו חוק השבות, התש״י-1950), אך משמצוי אדם בבית כאזרח בדין, הוא נהנה מזכויות שוות כמו כל בני הבית האחרים.[54]

---

51 עניין **סטמקה**, לעיל ה״ש 1, בפסקה 25.

52 שם, בפסקה 26.

53 שם, בפסקה 27.

54 בג״ץ 6698/95 **קעדאן נ׳ מינהל מקרקעי ישראל**, פ״ד נד(1) 258, פסקה 31 (2000).

בבקשו, בצדק, למנוע אפליה בין אזרחים יהודים ללא-יהודים, מונע בית-המשפט מהעותרים את הסעד ומסרב להקנות לבני-זוגם אזרחות מכוח שבות. אלא שבעשותו כן, הוא מוצא עצמו מפלה בין אזרחים יהודים לבין עצמם: בין אלה שעלו לישראל לבין אלה שנולדו בה. בית-המשפט מבקש להצדיק את החלטתו בכך שאין מדובר באפליה, אלא בהבחנה בין שונים – ההבדל בין יהודים שנולדו בארץ לבין יהודים שעלו לארץ הוא הבדל רלוונטי לתכלית החוק, המצדיק יחס שונה. אלא שהסבר זה, משכנע ככל שיהיה, מנוגד לחלוטין ללשון החוק, כפי שהוסבר לעיל.

בפרשה אחרת, פרשת **טושביים**, דחה בית-המשפט את טענת משרד הפנים שחוק השבות אינו חל על מי שהתגייר לאחר שהגיע לישראל. בית-המשפט קבע כי:

> תהא זו הפליה פסולה אם יראו בפלוני 'עולה' משום שהתגייר ולאחר מכן השתקע בישראל, ולא יראו באלמוני המבקש להשתקע בישראל 'עולה' אך משום שגיורו בא לאחר השתקעות בישראל... השוני... בעניין 'סדר הזמנים' של הגיור והעליה אינו רלבנטי לתכליתו של חוק השבות, ואין לפרש את חוק השבות באופן המביא להפליה פסולה זו.[55]

אך בדיוק "סדר הזמנים" הוא שהוביל לפסיקה השונה בפרשת **סטמקה**. שהרי לפי סעיף 4א(ב) לחוק השבות, אין זה משנה לצורך הזכויות המוקנות בחוק מתי, אם בכלל, עלה ארצה היהודי שמכוח קרבת-המשפחה אליו נקנות הזכויות; ועל-פי סעיף 4 לחוק, דינם של יהודים ילידי הארץ כדין מי שעלה אליה. בא בית-המשפט וקובע כי רק בני-זוגם של עולים טרם עלייתם בפועל זכאים לזכויות אלה, ואילו בני-זוגם של מי שנחשבים אף הם לעולים על-פי אותו חוק, אף שהם ילידי הארץ – אינם זכאים להן. רובינשטיין ומדינה טוענים בספרם שדעת הרוב בעניין **טושביים** מנוגדת להלכת **סטמקה**. לדעתם, דעת המיעוט של השופטת פרוקצ'יה היא התואמת הלכה זו.[56] השופטת פרוקצ'יה קבעה כי החלת זכויות שבות על מי שהתגיירו במהלך ישיבתם עשויה להעלות טענת אפליה בינם לבין לא-יהודים תושבי הארץ, שחוק השבות אינו חל עליהם. לעומת זאת, ההבחנה בין יהודי שעלה ארצה מכוח חוק השבות (כלומר, היה יהודי בעת עלייתו) לבין מי שהתיישב בארץ מבלי שעלה אליה כיהודי (אלא התגייר רק אחרי ישיבתו בארץ) היא הבחנה לגיטימית.[57] הנשיא ברק דוחה את הסתמכותו של המשיב על פרשת **סטמקה**, ומנמק זאת בכך שבפרשה זו הבחין בית-המשפט הבחן היטב בין יהודים עולים לבין זכויותיהם של זרים. הוא קובע כי פרשת **סטמקה** אינה רלוונטית לעניין **טושביים** – הדן במעמדם של יהודים, ולא במעמדם של בני-זוגם – וכי בפרשת **סטמקה** לא ננקטה

---

[55] בג"ץ 2597/99 **טושביים נ' שר הפנים**, פ"ד נח(5) 412, פסקה 19 לפסק-דינו של הנשיא בדימוס ברק (2004).

[56] אמנון רובינשטיין וברק מדינה **המשפט החוקתי של מדינת ישראל** כרך שני – רשויות השלטון ואזרחות 1087, ה"ש 60 (מהדורה שישית, 2005).

[57] עניין **טושביים**, לעיל ה"ש 55, בפסקה 9 לפסק-דינה של השופטת פרוקצ'יה.

עמדה בשאלה מתי יהודי עולה לארץ.[58] ברק מחזק בכך את ההתעלמות השיפוטית מהוראת סעיף 4 לחוק השבות, הקובעת כי דינם של יהודים שנולדו בארץ כדין מי שעלו אליה,[59] וגם מהוראת סעיף 4א(ב), הקובעת כי זכויותיהם של בני משפחה של יהודים אינן תלויות בעלייתם יחד. מעניין במיוחד לקרוא את החלטתו של המשנה לנשיא חשין בפרשת **טושביים**:

> הנה הם מיכאל וגבריאל, שני חברים, תושבים ואזרחים של רוריטניה. השניים נישבו בקיסמה של יהדות ומבקשים הם להתגייר ולעלות לישראל. מיכאל פותח בהליכים בעודו ברוריטניה, ולימים, ובעודו ברוריטניה, זוכה הוא בגיור כדת וכדין. גבריאל, שלא כמיכאל, מבקש לשוט בארץ ולהתהלך בה בעודו עובר הליכי גיור. גבריאל בא אפוא ארצה, לומד בארץ את הצורך לימוד, ולימים, עם סיום הלימודים, זוכה אף הוא – כמוהו כמיכאל – בגיור כדת וכדין ברוריטניה, בצוותא-חדא עם מיכאל. ועתה אומרים לנו מיקצת מחברינו כי מיכאל יזכה בעליה ואילו גבריאל לא יזכה בעליה. ואני לא ידעתי מה בין מיכאל לבין גבריאל שזה יצא וידו על העליונה וזה יצא וידו על התחתונה.

המשנה לנשיא חשין אינו יכול לקבל הבחנה בין מי שעלה לארץ כיהודי לבין מי שהיגר אליה לא כיהודי, התגייר ומבקש כעת את מעמד השבות (כלומר, אזרחות מיידית מתוקפה), אף שלשון חוק השבות קובעת ברורות כי ״כל *יהודי* זכאי לעלות ארצה״.[60] לעומת זאת, בפרשת **סטמקה** קבע חשין הבחנה בין יהודים שעלו לארץ לבין יהודים שנולדו בה, בניגוד ללשון החוק המפורשת.

בהחלטת הרוב בפרשת **טושביים** מתייתרת תכלית חוק השבות כחוק עלייה וקיבוץ גלויות, כמוצהר בפרשת **סטמקה**[61] ובפרשות אחרות,[62] שכן בית-המשפט מפרש את החוק כחל לא רק על מי שעלה כיהודי, אלא גם על מי שיושב בארץ, בניגוד לפסיקה בפרשת **סטמקה**. אם מתבוננים על שתי הפרשות מבעד לפריזמה של טענת האפליה, דומה כי נוצרת גם אי-אחידות בפסיקה.

---

58 שם, בפסקה 21 לפסק-דינו של הנשיא בדימוס ברק.

59 זאת, אף שהוא מזכיר הוראת חוק זו בהמשך דבריו. הנשיא בדימוס ברק מתעלם בהמשך גם מהתיקון לחוק האזרחות משנת 1980, וטוען כי ילידי הארץ מקבלים עדיין אזרחות מכוח שבות. ראו שם, בפסקה 23; רובינשטיין ומדינה, לעיל ה״ש 56, בעמ׳ 1073, ה״ש 10.

60 סעיף 1 לחוק השבות, לעיל ה״ש 3 (ההדגשה שלי – נ׳ כ׳). ראו פסקי-הדין של השופטים טירקל ולוי בעניין **טושביים**, לעיל ה״ש 55.

61 עניין **סטמקה**, לעיל ה״ש 1, בפסקה 23.

62 למשל, עניין **ברספורד**, לעיל ה״ש 20, בפסקה 10; עניין **טושביים**, לעיל ה״ש 55, בפסקה 10 לפסק-דינה של השופטת פרוקצ׳יה.

הרי לנו שתי קרני הדילמה שחוק השבות קולע אותנו אליה בפרשת **סטמקה**: יחליט אשר יחליט בית-המשפט, ימצא עצמו מפלה. בנקודה זאת מתעוררות שתי שאלות: האחת – מה היה בית-המשפט צריך לעשות? והאחרת – מה המחוקק צריך לעשות? באשר לבית-המשפט, כל שהיה יכול וצריך לעשות הוא להצביע על כך שחוק השבות בנוסחו הנוכחי מוביל לאפליה גם בין אזרחים יהודים לבין עצמם – בכל הקשור לקניית אזרחות על-ידי בני-זוגם – ולהמליץ לפני המחוקק לשנותו. האם בית-המשפט רשאי להחליט לאחוז בקרן אחת מקרני הדילמה, ולהחליט שיש לזנוח תוצאת-לוואי לא-רצויה אחת של חוק השבות כדי למנוע תוצאת-לוואי לא-רצויה אחרת? ייתכן שאפליה בין אזרחים יהודים לאזרחים ערבים היא חמורה יותר מאפליה בין אזרחים יהודים לבין עצמם, אם כי טענה זו דורשת ביסוס. אך כאשר תוצאה מסוימת נובעת מסעיף מפורש בחוק, המקנה זכויות מסוימות רק ליהודים, בית-המשפט אינו רשאי להתעלם מלשון החוק. ככל מוסד בחברה דמוקרטית, גם בית-המשפט מוגבל בסמכויותיו. תפקידו של בית-המשפט הוא לפרש את החוקים בפסיקתו, אך אין לנפק פרשנות אשר מתעלמת מסעיף מפורש בחוק או מנוגדת לו רק כדי להימנע מתוצאה לא-רצויה של אותה הוראה. במקרה שבית-המשפט נתקל בהוראה מפורשת המובילה לתוצאה שנראית לו בלתי-רצויה, אם אין אפשרות לפסול את ההוראה מחמת אי-חוקתיותה, לא נותרת לו ברירה אלא להפנות את העניין אל המחוקק.[63]

באשר למחוקק, השינוי הנדרש לדעתי הוא ביטול סעיף 4 לחוק. כיום, כאשר יהודים וערבים ילידי הארץ (שאחד מהוריהם אזרח) מקבלים שניהם אזרחות מכוח לידה על-פי חוק האזרחות, אין עוד צורך מעשי בסעיף 4 לחוק השבות. מקרים חריגים כבר מקבלים כיום מענה בחוק האזרחות.[64] פרשנות שעולה בקנה אחד עם הוראת סעיף זה הייתה מייצרת החלטה שונה בפרשת **סטמקה**, ולכן מפלה בין יהודים אזרחי הארץ לבין אזרחים שאינם יהודים. פרשת **סטמקה** היא דוגמה לתסבוכות שסעיף זה מייצר בכל הנוגע לזכויות השבות הנלוות. יתר על כן, סעיף זה מפקיע את חוק השבות מתכליתו כחוק של קיבוץ גלויות בלבד, המיועד להגשים את שיבת ציון, בכך שהוא מחיל את החוק לא רק על השבים, אלא על כל היהודים אזרחי ישראל. בכך טמון הפוטנציאל המפלה של סעיף זה, שאותו ביקש בית-המשפט לעקוף.

אלא שדומה כי בית-המשפט עצמו שבוי בתפיסה הרואה בחוק השבות חוק-על. מדבריו שלו מתחוורת תפיסה דומה לזו של בן-גוריון, הרואה בזכותם של יהודים לעלות ארצה זכות טבעית, שהחוק אינו מקנה אותה, אלא רק נותן לה ביטוי. כך עולה מהערת-אגב של בית-המשפט לקראת סיום דבריו בהיבט זה של פרשת **סטמקה**:

---

[63] כל הוראותיו של חוק השבות היו בתוקף כאשר התקבל חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו, ס״ח תשנ״ב **150**, ונהנות אפוא מהוראת שמירת הדינים שבסעיף **10** לחוק-היסוד.

[64] ראו לעיל ה״ש **35**.

> נעיר בדרך אגב, כי בניסוחו של סעיף 4 כשל המחוקק בלשונו. אין יהודי "שעלה לפי חוק זה". יהודים עלו ועולים ארצה לא "לפי חוק זה" ולא לפי חוק אחר; יהודים עלו ועולים ארצה מתוך שנפשם ערגה לעלות, בגעגועיהם לעלות, בכליון נפש לעלות או מתוך שברחו ממשנאיהם; בא חוק השבות והצמיד זכות משפטית לעליה ארצה, זכות הנספחת לזכותו הטיבעית וההיסטורית של כל יהודי.[65]

מפליא במיוחד לקרוא הערה זו בהקשר של סעיף 4 לחוק השבות דווקא. הנה נקרתה לפני בית-המשפט הזדמנות לקרוא למחוקק לשנותו, שכן בו נעוצה האפליה בין אזרחים שכדי להימנע ממנה הוא פוסק בניגוד לו. וכל שיש לבית-המשפט לומר הוא כי המחוקק "כשל בלשונו" בכך שהקנה בחוק זכויות שהן לכאורה טבעיות והיסטוריות. בדבריו אלה רק הבליט בית-המשפט את מעמד-היתר הנטען של היהודים בכל הקשור לבעלות על הארץ – מעמד שלטענתי הוא-הוא שמבאר את עצם קיומו של סעיף 4, ובעיקר את הותרתו על כנו לאחר תיקון חוק האזרחות בשנת 1980. אילו ביקש בית-המשפט להישאר עקיב בטענתו כי מעמד-יתר זה שמור ליהודים רק בכל הקשור לעלייה לארץ, ולא לאזרחות בה, אזי היה צריך לקרוא למחוקק לבטל את סעיף 4, ולא לגעור בו על ש"כשל בלשונו" בכך שלא ביטא די את אותו מעמד-יתר.

כפי שפרשת **סטמקה** מדגימה, הבעייתיות בחוק השבות טמונה לא רק בהבחנה בין מהגרים-בכוח, ולא רק בהבחנה בין אזרחים יהודים לאזרחים לא-יהודים, אלא גם בהבחנה בין אזרחים יהודים לבין עצמם. אף אם נהפוך בחוק השבות לכאן ולכאן, נגיע בסופו של דבר למבוי סתום של אפליה. כיצד אפשר להיחלץ ממבוי סתום זה? דרך אפשרית אחת תותווה בפרק הבא.

ה. שבות ואזרחות: הילכו שתיים יחדיו?

מן הדברים שנאמרו עד כה בעניין פרשת **סטמקה** מתבררת הבעייתיות העמוקה הטמונה בחוק השבות. אין בכוונתי לבחון כאן את כלל הבעיות העולות מחוק השבות ואת פתרונותיהן האפשריים. מסקנה אפשרית אחת, שלא תידון כאן, היא לבטל את חוק השבות כולו, או לערוך בו רוויזיה משמעותית שתהפוך את חוקי ההגירה הישראליים לליברליים יותר.[66] בחלק זה של המאמר אבקש לדון בהיבט אחד בלבד של בעייתיות זו, ולהציע לו פתרון שאפשר לנקוט גם ללא מהלך של ביטול חוק השבות כולו או שינויו באופן רדיקלי.[67] השינוי שאני מבקשת לבחון אינו נוגע ישירות בחוקי ההגירה, אלא

---

[65] עניין **סטמקה**, לעיל ה"ש 1, בפסקה 26. בגוף פסק-הדין מובאים דברים אלה בסוגריים.

[66] כרמי, לעיל ה"ש 13, בעמ' 51-55.

[67] כמה מן ההיבטים הבעייתיים של חוק השבות הוזכרו בקצרה מוקדם יותר במאמר. להרחבה ראו שם, בעמ' 28-55; גנז **מריכרד ואגנר עד זכות השיבה**, לעיל ה"ש 25; חיים גנז "חוק השבות והפליה מתקנת" **עיוני משפט** יט 683 (1995); חיים גנז "לאומיות והגירה" **רב-**

בחוק האזרחות ובעילות שבגינן נקנית אזרחות בישראל. שינוי זה מוצע בהקשר הנוכחי כניסיון ליישב את הפרדוקס המתגלה בפרשת **סטמקה**, אך מדובר בהצעה נורמטיבית שמשמעותה בכל הקשור לקניית אזרחות בישראל חורגת אל מעבר למקרה מסוים זה.

גם בפרשת **סטמקה** וגם בפרשת **קעדאן** הצביע בית־המשפט על ההבדל בין הבחנה מותרת בין מהגרים לבין אפליה אסורה בין אזרחים. ביטול סעיף 4 לחוק השבות, שהוצע לעיל, יכול להוות צעד אחד לקראת ביעור האפליה הנזכרת בין יהודים ללא־יהודים, אך עדיין תיוותר על כנה הבחנה בין יהודים עולים לבין אזרחים ילידי הארץ. לאחר ביטול סעיף 4 אומנם לא יהיה לאחרונים בסיס משפטי להסתמך עליו בתביעתם כי לבני־זוגם יוקנו זכויות שבות, אך דומה כי גם אז ייוותר המצב הבעייתי שבו מהגרים זכאים לאזרָח אוטומטית את בני־זוגם, ואילו אזרחים (יהודים כערבים) אינם זכאים לכך. בעייתיות ספציפית זו אינה מחייבת בהכרח שינוי של חוקי ההגירה של ישראל. המפתח לפתרונה טמון בזיקה שחוק האזרחות יוצר בין שבות לאזרחות. זיקה זו תידון להלן, ולאחר־מכן נבחן את ההצעה לנתק אותה ואת השלכותיו של ניתוק כזה.

1. בין חוק השבות לחוק האזרחות

הקשר בין חוק השבות לחוק האזרחות היה הכרחי בעיני מחוקקיו. לדברי בן־גוריון:

> שני חוקים אלה, חוק השבות וחוק האזרחות, מהווים את מגילת הזכויות, צ'ארטר בלע״ז, המובטחת לכל יהודי הגולה במדינת ישראל.[68]

כוונת המחוקקים הייתה לאשר את שני החוקים יחד, אלא שחששם היה כי הם לא יספיקו לעשות זאת עד לכ' בתמוז, יום פטירתו של הרצל, שבו רצו לקבל חגיגית את חוק השבות. הוחלט להתחיל לדון בחוקים יחד, אך חוק האזרחות התקבל מאוחר יותר, במלאת שנתיים לקבלת חוק השבות, באופן סמלי ומכוון.[69] חבר־הכנסת יוחנן בדר התנגד לדיון בשני החוקים במשותף, שכן לדבריו מדובר בחוקים שונים, שלאחד מהם יש משמעות רבה ורקע היסטורי.[70] מכלל הן אנו למדים את הלאו: חוק האזרחות לא נראה לחבר־הכנסת בדר כחוק בעל רקע היסטורי ומשמעות רבה כחוק השבות. מובן כי חשיבותם של חוקי אזרחות לכל מדינה היא רבה. התנאים שקהילה פוליטית מעמידה להצטרפות מלאה אליה מצביעים על האופן שבו היא רואה את עצמה ואת משמעות החברוּת בה. במובן זה האזרחות היא זכות־על: הזכות (הניתנת רק לאזרחים) לקבוע

תרבותיות במדינה דמוקרטית ויהודית – ספר הזיכרון לאריאל רוזן־צבי ז״ל 341 (מנחם מאוטנר, אבי שגיא ורונן שמיר עורכים, **1998**) (להלן: גנז ״לאומיות והגירה״); Asa Kasher, *Justice and Affirmative Action: Naturalization and the Law of Return*, *in* 15 ISRAEL YEARBOOK ON HUMAN RIGHTS 101 (1985).

68 **ד״כ 6, 2037 (תש״י).**

69 **ד״כ 11, 1863 (תשי״ב).**

70 **ד״כ 6, 2037 (תש״י).**

את התנאים לה עצמה, ומכאן – מי רשאי להצטרף לאזרחים הקיימים. תנאים אלה מגדירים את טווח הזכויות והחובות הגלומות באזרחות ומי יהיו נושאיהן. בדרך זו האזרחים קובעים את צביונה של קהילתם. זוהי זכות בלעדית אשר ניתנת רק לאזרחים ונמנעת מתושבים.[71]

אך בעוד חוק השבות הוא החוק המסמל את שיבת ציון, וכתוצאה מכך את זכותם של יהודים לעלות בכל עת לישראל, אין הכרח שהם יִקנו אוטומטית את אזרחותה של המדינה עם הגיעם. דמוקרטיה מודרנית צריכה להכפיף את קבלת האזרחות בה לתנאים כלליים המוצבים בפני המבקשים להתקבל כחברים בה, ולא למבחנים שעיקרם מוצא לאומי/דתי. עם הקמת המדינה היה צורך בהגירה המונית של יהודים לארץ על-מנת שעצם הזכות להגדרה עצמית של קבוצתם תוכל להתממש, אולם אין זה עוד המצב כיום.[72] יש לציין כי ההבדל בין מעמדו ומשמעותו של חוק השבות לבין הדרכים לקניית אזרחות בישראל עלה כבר כאשר הגיעו שני החוקים לדיון בכנסת. בעוד שחוק השבות התקבל בכנסת פה אחד, ולא הייתה מחלוקת משמעותית בדיון על-אודותיו (למעט לגבי סעיף 4 לחוק דהיום),[73] התמונה לגבי חוק האזרחות הייתה שונה, והצעה לתיקונו עלתה כבר חודשיים לאחר קבלתו. עיקר ההתנגדות הייתה לדרישות היתרות שהועמדו בפני ערבים לקבלת אזרחות מכוח ישיבה,[74] ולהבדלים שהחוק יוצר בין יהודים לערבים. כך, למשל, אמר חבר-הכנסת תופיק טובי:

> חוק זה יוצר שתי דרגות לגבי תושבי המדינה, והן: תושבים אזרחים המקבלים את האזרחות לפי תנאים ולפי הגבלות מסוימות והן לגבי אזרחים ערביים בישראל... את קבלת האזרחות אין להתנות בתנאים לגבי תושבי הארץ, יהודים כערבים. אין אנחנו מקבלים את החוק בצירוף פירושים ״ליבראליים״ או ביצוע ״ליבראלי״. תושבי הארץ הערבים צריכים לקבל את האזרחות הישראלית לא בחסד, אלא בכוח החוק.[75]

בתשובתו טען שר המשפטים דאז, חיים כהן, כי אין בחוק אפליה על-פי גזע או מוצא, אלא בין אזרחים נאמנים לאזרחים לא-נאמנים, והוסיף:

> ההפליה הלאומית או הגזעית כביכול, אם ישנה כזאת, אינה אלא בחוק השבות, המעניק זכויות יתר ליהודי באשר הוא יהודי, ואיננו מעניק את

---

71 כרמי, לעיל ה״ש 13, בעמ׳ 70-71.

72 על ההבדלים בין סיטואציית ההקמה או הכינון של המדינה לבין סיטואציה מדינית רגילה בהקשר של חוק השבות, ראו שם, בעמ׳ 47-50.

73 ראו את הטקסט ליד ה״ש 30 לעיל.

74 ראו לעיל ה״ש 29.

75 ד״כ 12, 2700-2701 (תשי״ב).

> אותן זכויות למי שאינו יהודי. הזכויות הניתנות בחוק השבות, הן הן הגוררות את הזכויות הניתנות בסעיף 2 לחוק האזרחות.[76]

כהן מציין שלחוק השבות עצמו לא התנגדו טובי וסיעתו, ״ואין לך ראיה טובה מזו, שאפילו בהצעתם כיום אינם נוגעים בסעיף 2 של החוק [המקנה ליהודים אזרחות מכוח שבות – נ' כ'] ואינם מוצאים בו פגם״.[77] את ההצעה להעניק אזרחות אוטומטית לכל מי שישב ישיבת־קבע בישראל ביום כניסתו של חוק האזרחות לתוקף דחה כהן לא רק כחסרת אחיזה במציאות בישראל, אלא כדבר שאין לו תקדים בכל מדינה שהיא.[78] דבריו של כהן משקפים את העמדה הרווחת כי קיים קשר הדוק בין הזכויות המוקנות בחוק השבות לבין הזכות לקנות אזרחות מכוחו. אולם כאשר נידון בכנסת התיקון לחוק בשנת 1980, הועלו הצעות להפריד בין שבות לאזרחות על־ידי חברי־כנסת ממחנות פוליטיים שונים. מנחם סבידור, שהציע כי קבלת האזרחות תותנה בשהייה בארץ של שלוש שנים, בידיעת השפה העברית ובידע מינימלי על תולדות הארץ, אמר בדיון: ״אין לזה כל קשר לחוק השבות. את הזכות לשוב לארץ אבותיו אני נותן לו. את האזרחות – לא.״[79] בסיומו של אותו דיון תוקן חוק האזרחות, כזכור, ובין היתר פסקה ההפרדה לשני מסלולים בקניית אזרחות של ילידי הארץ; אך ההצעות להפרדה בין שבות לאזרחות לא התקבלו.

2. ניתוק הזיקה שבות־אזרחות

בעיניהם של הרואים בחוק השבות את החוק המכונן של ישראל כמדינה יהודית, שעריה של המדינה חייבים להיות פתוחים לפני יהודים. אך כפי שצוין כבר בפתח המאמר, חוק זה אינו מקנה אזרחות. הזיקה בינו לבין חוק האזרחות היא שמקנה למעשה אזרחות אוטומטית ליהודים עולים ולבני־זוגם, וזה לענייננו המוקד הבעייתי של חוק השבות, שכן כפי שראינו בניתוח פרשת **סטמקה**, זיקה זו מקנה זכויות־יתר לעולים לעומת אזרחי הארץ, יהודים כערבים. ניתוק זיקה זו יבטל את האוטומטיות של קניית האזרחות על־ידי יהודים. הוא יותיר את שעריה של ישראל פתוחים לכניסת יהודים, אך יכפוף את קניית האזרחות למבחנים כלליים. ניתוק הזיקה שבות־אזרחות יאפשר את מה שבית־המשפט טוען לו בפרשות **קעדאן** ו**סטמקה**: זכויות שוות לכל בני הבית היושבים בו בדין. ישראל תוכל, אם תרצה, להמשיך להעדיף יהודים בכניסה לארץ, על־מנת להמשיך להיות מדינת היהודים, ותוכל לשמש מקלט בטוח לכל יהודי באשר הוא, אך אזרחות לא תהיה נפקות אוטומטית של כניסתם בשעריה. המדינה לא תוכל, כתוצאה מהעדפה

---

[76] שם, בעמ' 2702־2703.

[77] שם, בעמ' 2703.

[78] שם.

[79] ד״כ 87, 774 (תש״ם). הצעה להפרדה בין שבות לאזרחות הועלתה במרומז גם על־ידי חבר־הכנסת אורי אבנרי, ובמפורש על־ידי חברת־הכנסת תמר אשל. ראו שם, בעמ' 767 ו־773־774, בהתאמה.

בכניסה, להעדיף בחוק אזרחים יהודים על לא-יהודים, או יהודים עולים על יהודים אזרחי הארץ. זכויותיהם השוות של האזרחים יכללו את הזכות לאזרח את בני-זוגם, בכפוף לתנאים שחוק האזרחות מעמיד. יהיה אפשר לשנות תנאים אלה, אך הם יחולו באופן שווה על האזרחים כולם.

3. העדפה בקניית אזרחות

האם אפשר להצדיק את העדפתם של יהודים בקניית אזרחות? הטיעון המבקש לבסס זאת קובע, אם לסכמו בקצרה, כי ענייני אזרחות והגירה הם בסמכותה הריבונית של כל מדינה ומדינה;[80] כי העדפה בהגירה ובמתן אזרחות אינה אסורה על-פי המשפט הבין-לאומי, האוסר רק על אפליה לרעה בעניינים אלה של קבוצה מסוימת;[81] וכי מדינות רשאיות להעדיף (ומעדיפות בפועל) את בני הקבוצה הלאומית שהן מהוות את מדינת הלאום שלה.[82]

גם אם העדפת יהודים במתן אזרחות על-ידי ישראל אינה אסורה על-פי המשפט הבין-לאומי, ניתן להעלות כמה טענות נגדה. **ראשית**, פרשת **סטמקה** היא דוגמה מובהקת – אך בשום פנים ואופן לא יחידה – לתסבוכות הנוצרות כתוצאה מחוק השבות. סוגיית ״מיהו יהודי״, על אשכול השאלות הנלוות אליה, מלווה את חוק השבות למן לידתו.[83] העובדה שמדיניות ההגירה של ישראל אינה מדיניות כלכלית, מחד גיסא, ומספקת תמריצים לעליית יהודים (סל-קליטה), מאידך גיסא, הופכת את המערכת לחשדנית כלפי מי שמנקודת-ראותה עשויים להעמיד פני יהודים על-מנת לזכות בהטבות אלה. התוצאה היא יישום מדיניות מחמירה בתוך הקבוצה היהודית פנימה, על-מנת לסלק את מי שלדידה אינו יהודי ״באמת״. מי שאינם יהודים סובלים ממדיניות גירוש שאינה מתחשבת בקשרי משפחה או בקשרים אחרים שטוו כאן. פרשת **דימיטרוב** ממחישה היטב נקודה כאובה זו. בפרשה זו דחה בית-המשפט העליון בשבתו כבג״ץ את עתירתו של אזרח זר, אב לבת מנישואיו לאזרחית ישראלית שממנה נפרד, להמשיך בתקופת המבחן המדורגת שלו לקראת קבלת אזרחות, או למצער לקבל תושבות-קבע מכוח היותו אב לאזרחית ישראלית. משרד הפנים טען בתשובתו לעתירה

---

80 The Hague Convention on Certain Questions Relating to the Conflict of Nationality Laws (1930), art. 1.

81 לעיל ה״ש 23.

82 לדיון באפשרות להצדיק עקרונות שבות ראו גנז ״לאומיות והגירה״, לעיל ה״ש 67. לדיון באפשרות הצדקתו של חוק השבות ראו אלכסנדר יעקובסון ואמנון רובינשטיין **ישראל ומשפחת העמים – מדינת לאום יהודית וזכויות האדם** 222-240 (2003). לביקורת על יעקובסון ורובינשטיין ראו גנז **מריכרד ואגנר עד זכות השיבה**, לעיל ה״ש 25, בעמ׳ 211-212, 215. לדיון בחוק השבות כאפליה אסורה וכהעדפה מתקנת ראו כרמי, לעיל ה״ש 13, בעמ׳ 28-55.

83 ראו, למשל, עניין **רופאיזן**, לעיל ה״ש 8; עניין **שליט**, לעיל ה״ש 6; עניין **ברספורד**, לעיל ה״ש 20.

כי רק במקרים חריגים, שבהם מתקיימות נסיבות הומניטריות יוצאות־דופן, יש בהורותו של זר לקטין שהוא אזרח ישראל כדי להצדיק הענקת מעמד של תושב־קבע לאותו זר. בית־המשפט קבע כי מדיניותו של משרד הפנים, כפי שהוצגה בתשובתו, הינה מדיניות סבירה.[84]

שנית, ישראל היא אומנם מדינת לאום של העם היהודי אך יש בה מיעוט ערבי גדול. מדובר במיעוט יליד, ולא מהגר, שחבריו אינם זכאים לאזרח את בני קבוצתם באופן אוטומטי. יתרה מזו, על אותם בני מיעוט (וצאצאיהם) שישבו בארץ בעבר ונעקרו ממנה עם הקמת המדינה נאסר לשוב אל הארץ שהייתה פעם ביתם: מדינת־ישראל חוקקה חוק משוריין השולל את זכות השיבה.[85] יש הטוענים כי הזכות להגר ולקנות אזרחות היא זכות שמוטביה הם מהגרים, ולא אזרחים, וככזו היא אינה מפלה את האזרחים הערבים.[86] אך ניתן גם לראות במצב שבו רק האזרחים היהודים זכאים לכך שבני עמם יצטרפו אליהם וייהפכו לאזרחים שווי־זכויות במדינתם משום פגיעה ביחס השווה שרשויות המדינה נדרשות לו.[87] מדיניות הגירה אינה עניין של מדיניות חוץ, אלא של מדיניות פנים: היא משקפת את האופן שבו הקהילה הפוליטית רואה את משמעות החברות בה. החלטתה של מדינה את מי לקבל ואת מי לדחות, יותר משהיא שוקלת את האינטרסים של המהגרים־בכוח, שוקלת את האינטרסים של האזרחים ושל הקהילה כולה.[88] כפי שמצביע גנז, חוק השבות מבטא ביטול כלפי האינטרסים של האזרחים הערבים ואינו שוקל אותם.[89] טענה נוספת היא שגם אם ניתן להצדיק את חוק השבות, שליטה של רוב במנגנוני ההגירה לשם הגדלת כוחו מעוררת תחושות קיפוח אצל המיעוט, וחוק השבות נהיה לסמל מרכזי בתחושות אלה אצל הערבים אזרחי ישראל.[90]

---

84 בג"ץ 4156/01 **דימיטרוב נ' משרד הפנים**, פ"ד נו(6) 289 (2002). זכותה של הילדה (בת חמש באותו זמן) לחיי משפחה עם שני הוריה לא עלתה כלל, ושאלת טובת הילד עלתה רק בבקשה לדיון נוסף, אשר נדחתה. ראו דנג"ץ 8916/02 **דימיטרוב נ' משרד הפנים**, תק־על 2003(2) 3494 (2003). על־פי פסיקתו של בית־הדין האירופי לזכויות אדם, גירוש אב בנסיבות כאלה נחשב להתערבות בחיי המשפחה. התערבות כזאת תהיה מוצדקת רק אם היא עומדת בתנאים המנויים בסעיף 8ב לאמנה האירופית לזכויות אדם. ראו: Berrehab v. The Netherlands, App. No. 10730/84 (1988) ECHR 14.

85 חוק שריון שלילת זכות השיבה, התשס"א־2001, ס"ח 116.

86 יעקובסון ורובינשטיין, לעיל ה"ש 82, בעמ' 223.

87 Kasher, לעיל ה"ש 67, בעמ' 108.

88 שם, בעמ' 103־107; כרמי, לעיל ה"ש 13, בעמ' 70.

89 גנז **מריכרד ואגנר עד זכות השיבה**, לעיל ה"ש 25, בעמ' 212. גנז מבחין בין אי־השוויון שחוק השבות יוצר בין יהודים לערבים על־ידי עצם ההעדפה של יהודים בהגירה (שיש לתקן על־ידי העדפה מקבילה בהגירה למדינה פלסטינית) לבין ההיבט הקטגורי הזה של אי־השוויון המבטל כל שיקול של האינטרסים של האזרחים הערבים. שם, בעמ' 212־213.

90 רות גביזון **ישראל כמדינה יהודית ודמוקרטית – מתחים וסיכויים** 106־107 (1999).

נקודה אחרונה זו מדגישה את השימוש בחוק השבות לא רק על־מנת לקבץ גלויות, אלא גם כדי לשמר את הרוב היהודי בישראל.

שלישית, הקניה אוטומטית של אזרחות טומנת בחובה חסרונות נוספים. פירושה הוא שאנשים שזה עתה הגיעו למדינה – ואשר אינם מכירים את תרבותה, את מבנה משטרה ופעמים רבות אף את שפתה – זכאים להצביע בבחירות, למשל. העובדה שאנשים יכולים להשפיע על מדיניותה של החברה מבלי להכירה כלל צורמת ומפֻרה את הרעיון הדמוקרטי של אחריות אזרחית.

התנגדות להפרדה בין שבות לאזרחות עשויה להתבטא בטענה כי הקשר בין שני החוקים חיוני למהותה של ישראל כמדינה יהודית. הרעיון של מדינה ריבונית שבה העם היהודי מגשים את זכות ההגדרה העצמית שלו מחייב לא רק זכות לעלות לארץ, אלא אף זכות לקבל את אזרחותה. אך העובדה שיהודים לא יקבלו אזרחות אוטומטית אינה אומרת שהם לא יוכלו לקבל אזרחות, או שיועמדו בפניהם קשיים מפליגים או לא־הוגנים בדרך לקבלת האזרחות. מדינת־ישראל צריכה להמשיך להוות מדינת־מקלט ליהודים נרדפים, אך תפקידה זה מתמלא קודם־כל על־ידי קבלת יהודים לשטחה, ואין מתחייבת ממנו הענקת אזרחות אוטומטית. גם כיום אזרחות אינה ניתנת לכל יהודי, אלא רק ליהודי המממש את זכותו לשבות. על־פי ההצעה, תינתן אזרחות ליהודים רק אם הם מממשים את שבותם ועומדים בתנאי האזרחות. המכשול הראשון לקבלת אזרחותה של כל מדינה – המוצב בפני מי שלא נולדו בה (אם היא מקנה אזרחות מתוקף דין האדמה) או בפני מי שאינם בניהם של אזרחים (אם היא מקנה אזרחות מתוקף דין הדם) – הוא עצם הכניסה לשטחה. בישראל, חוק השבות מסיר מכשול זה מדרכם של יהודים. אולם יהא זה אך סביר ומוצדק לדרוש שגם הם, ככל המבקשים לקבל את אזרחותה של המדינה, ימתינו פרק־זמן מינימלי, יוכיחו כי הפכו את ישראל למרכז חייהם ויעמדו בתנאים שנועדו להבטיח כי הם מבינים את המשמעות של היות חברים מלאים באותה קהילה פוליטית.[91]

4. ההפרדה בין כניסה להתאזרחות ונפקותה

התנגדות אפשרית אחרת לניתוק הזיקה שבות־אזרחות נוגעת בזכויות המוקנות של המהגרים, ובשאלה אם הן אינן נפגעות כאשר הללו אינם מקבלים אוטומטית זכויות מלאות כאזרחים. התשובה היא כי בניתוק הזיקה שבות־אזרחות אין כדי פגיעה בלתי־מוצדקת בזכויות מוקנות, שכן למרות הניסוח המקובל (אך המטעה) ״זכויות אזרח״, רוב־רובן של זכויות האדם אינן תלויות באזרחות. אזרחות נחשבת אומנם ״זכות

[91] גם גביזון מציעה להעמיד תנאים לכלל המתאזרחים, כך שהתאזרחות לא תהיה עניין מיידי ואוטומטי. עם התנאים העיקריים שהיא מציעה נמנים הכרת ישראל, תרבותה ושפתה; תקופת מגורים והשתלבות מינימלית; והכרזת מחויבות למדינה ולעקרונות משטרה. ראו שם, בעמ' 160.

לזכויות״,[92] אך על-פי המשפט הבין-לאומי של זכויות האדם, חובה על כל מדינה לכבד ולהבטיח את רוב הזכויות של כל בני-האדם אשר נמצאים בתחומה ונתונים בסמכות שיפוטה.[93] זכויות מעטות בלבד – גם אם חשובות – הן זכויות בלעדיות של אזרחות, כלומר, כאלה הנקבעות באמנות הבין-לאומיות כזכויותיהם של אזרחים בלבד. העיקריות שביניהן הן הזכות להשתתפות פוליטית[94] והזכות להיכנס לארץ ולהישאר בה, שנפקותה היא הזכות לא להיות מגורש ממנה. כך, האמנה הבין-לאומית בדבר זכויות אזרחיות ומדיניות קובעת כי ״לא תישלל באורח שרירותי מאיש הזכות להיכנס לארצו הוא״.[95] זכות הכניסה הקבועה לארץ נחשבת זכות רחבה יותר מזכותם של אזרחים בלבד, ועל-פי הפרשנות הבין-לאומית המקובלת, היא מוקנית גם לבעלי זיקות מיוחדות לארץ שאינם אזרחים.[96] אין להמעיט כמובן בחשיבותן של שתי זכויות אלה. הזכות להשתתפות פוליטית היא ביטוי לחברות מלאה בחברה, המתבטאת ביכולת להשפיע על דרכה וליטול חלק בעיצובה. הזכות לא להיות מגורש מן הארץ לא רק מבטיחה את המקום שקבע לו אדם כבית, על כל הקשור לכך, אלא גם מהווה תנאי להנאה מכל יתר הזכויות. שכן ממילא אין למדינה חובה כלפי המוצאים מגדרי הגנתה, כלפי מי שהיא מרחיקה מגבולותיה ואינה נותנת להם דריסת-רגל בה. זכויות נוספות המוקנות לאזרחים בלבד הן הגנה דיפלומטית ועיסוק בעיסוקים מסוימים, בדרך-כלל במסגרת השירות הציבורי.[97] יתר הזכויות – אזרחיות כמו-גם כלכליות וחברתיות – מוקנות לא רק לאזרחים. גם תושבי-קבע זכאים ליהנות מביטחון סוציאלי, מפרנסה ומרמת חיים נאותה. גם תיירת זכאית שלא יענו אותה או שלא יעצרו אותה באופן שרירותי. גם מהגרי-עבודה זכאים לבריאות ולחינוך. חברות במדינה, אפוא, אינה דיכוטומיה בין חברים ללא-חברים, אלא רצף: בקצהו האחד ממוקמים החברים המלאים – האזרחים; בקצהו האחר – תיירים, בעלי המעמד הארעי ביותר; ובתווך ממוקמים תושבים ארעיים, הכוללים לעיתים מהגרי-עבודה ותושבי-קבע. מלוא הזכויות ניתנות לאזרחים, אך כולם זכאים לזכויות אדם.

עם זאת, יש פער בין המצב הנורמטיבי לבין הפרקטיקה הנוהגת בפועל.[98] בעוד דה-יורה מדינות מחויבות להגן על זכויותיו של כל אדם הנמצא בשטחן ובשיפוטן, המצב

---

92 YAFFA ZILBERSHATS, THE HUMAN RIGHT TO CITIZENSHIP 63 (2002).

93 סעיף 2 לאמנה הבין-לאומית בדבר זכויות אזרחיות ומדיניות, כ״א 31, 269 (נפתחה לחתימה בשנת 1966).

94 שם, בסעיף 25.

95 שם, בסעיף 12.4.

96 זו פרשנותה של ועדת האו״ם לזכויות אדם לסעיף 12 לאמנה הבין-לאומית בדבר זכויות אזרחיות ומדיניות. ראו: CCPR/C/21/Rev.1/Add.9, CCPR General comment 27, 2 November 1999. בהחלטות של הוועדה נקבע כי הזכות לא להיות מגורש מהארץ מוקנית גם לתושבי-קבע. ראו, למשל: CCPR/C/58/D/538/1993 (Stewart v. Canada), 16 December 1996.

97 ZILBERSHATS, לעיל ה״ש 92, בעמ׳ 42-43.

98 שם, בעמ׳ 65.

דה־פקטו ברוב מדינות העולם אינו כזה. הן מעניקות אשכול רחב יותר של זכויות לאזרחים (ולעיתים לתושבי־קבע) מאשר לתושבים ארעיים, מהגרי־עבודה או תיירים, באופן שמשתנה ממדינה למדינה. כאמור, גם על־פי המצב דה־יורה, המעניק לאזרחים רק קומץ זכויות בלעדיות, יש משמעות לאזרחות בשל חשיבותן של אותן זכויות. בהפרדה בין כניסה לאזרחות אין כדי להציע כי סטטוסים פוליטיים שונים לאנשים שונים באותה סמכות שיפוט הם פתרון מועדף לאורך זמן, אלא רק שמותר למדינה להציב תנאים למבקשים להיות חברים מלאים בה.

מכיוון שכניסה ושהייה הן על־פי־רוב תנאי להתאזרחות, המדינות מעמידות קשיים רבים במסגרת מדיניות ההגירה שלהן כמחסום ראשון בדרך אל האזרחות, למעט בפני מי שהיא מעוניינת בהגירתם. במקרה של ישראל, המדינה מעוניינת בהגירתם של יהודים ועל־כן אינה מערימה קשיים על כניסתם. לעומת זאת, היא מקשה מאוד על מי שאינם נחשבים בעיניה ״יהודים״. אך טעמם של חוק השבות ומדיניות ההגירה המעדיפה של ישראל אין משמעם בהכרח הקניית אזרחות אוטומטית ליהודים. ניתוק בין השניים יהיה צעד בדרך לנורמליזציה של מדיניות ההגירה והאזרחות של ישראל.

ברוב מדינות העולם נהוגה הפרדה דוגמת זו המוצעת כאן, בין כניסה לארץ (הגירה) לבין קבלת אזרחות. בישראל, זכותם של יהודים לכניסה ולהשתקעות בארץ היא נרחבת, ומסויגת רק בשוליים. לרשויות אין שיקול־דעת בשאלה אם להקנות את הזכות כאשר המבקשים עומדים בתנאיה.[99] קניית אזרחות מכוח שבות היא אוטומטית מתוקף סעיף 2(א) לחוק האזרחות, הקובע כי ״כל עולה לפי חוק השבות... יהיה לאזרח ישראלי מכוח שבות״. משמע, קניית אזרחות על־ידי יהודים כפופה רק לסייגים שחוק השבות מעמיד לקבלת תעודת עולה. מרגע שנכנסו לארץ והוכרו כעולים, אין הם צריכים לעמוד בשום דרישה נוספת על־מנת לקבל אזרחות. למעשה, חוק האזרחות מאפשר לשר הפנים להעניק אזרחות ישראלית במקרים מיוחדים גם למי שטרם עלה לארץ, אם הלה זכאי לאשרת עולה לפי חוק השבות והביע את רצונו להשתקע בישראל.[100]

התאזרחות, לעומת זאת, מהווה זכות־יתר, ולא זכות, וכמו בכל מדינה, הענקתה כפופה לשיקול־דעת מִנהלי, ובמקרה של ישראל – לשיקול־דעתו של שר הפנים. התנאים שהחוק מעמיד להתאזרחות (בכפוף לשיקול־דעתו של שר הפנים) הם שהייה בישראל במשך שלוש מתוך חמש השנים שקדמו ליום הגשת הבקשה, זכאות לישיבת־קבע בישראל, השתקעות בארץ או כוונת השתקעות, ידיעת־מה של השפה העברית,

---

[99] התנאי לקבלת שבות הוא היות יהודי או בן משפחה של יהודי מדרגה המפורטת בחוק. הסייגים המוכרים מפורטים בסעיף 2(ב) לחוק: אשרת עולה לא תינתן למי שפועל נגד העם היהודי, למי שעלול לסכן את בריאות הציבור או את בטחון המדינה, או לבעל עבר פלילי העלול לסכן את שלום הציבור. לדיון ביישומם של סייגים אלה ראו רובינשטיין ומדינה, לעיל ה״ש 56, בעמ' 1091-1095.

[100] סעיף 2(ה) לחוק האזרחות, לעיל ה״ש 2.

ויתור על אזרחות קודמת והצהרת אמונים.[101] תנאים אלה, יש לציין, הם צרים ורחבים מדי בעת ובעונה אחת. ידיעת־מה של שפת המדינה אינה בהכרח ידיעה של השפה העברית. בישראל יש שתי שפות רשמיות, והחוק יכול לדרוש ידיעת־מה של אחת מהן — עברית או ערבית.[102] לעומת זאת, חסרה כיום הדרישה הסבירה ממי שמקבל זכות הצבעה בבחירות להוכיח בקיאות־מה בהיסטוריה ובמבנה הממשל של המדינה. מכל מקום, למעט ההסתייגות בנוגע לשליטה בשפה, התנאים המוצבים בחוק האזרחות מגלמים דרישות קבילות, שכל דמוקרטיה ליברלית רשאית להציג. דרישות אלה אינן מפלות משום שכל אדם מסוגל לעמוד בתנאים שהן מציבות, לעומת תנאים של מוצא או דת.[103]

הבעיה בהתאזרחות בישראל אינה עם לשון החוק, אלא עם המדיניות והפרשנות המוצמדות אליה, ועם הסמכות הרחבה המוענקת לשר הפנים בעניינים אלה. הסמכות היא למעשה בשני מישורים: במתן הרישיון לשבת בישראל כדין[104] — ישיבה המהווה כאמור תנאי מוקדם להתאזרחות; ובשיקול־הדעת אם לאפשר התאזרחות לאחר־מכן.[105] חריג לסמכות רחבה זו הוא חוק האזרחות והכניסה לישראל (הוראת שעה), המפקיע משר הפנים את שיקול־דעתו באשר לכניסה וקבלת מעמד בארץ של פלסטינים תושבי השטחים.[106] לא אכנס כאן לשאלת פרטיו של ההסדר הקונקרטי של התאזרחות בישראל משעה שתנותק הזיקה בין שבות לקניית אזרחות, אך שאלה מרכזית לגביו תהיה אם ההתאזרחות תוסיף להיות כפופה לשיקול־דעת מִנהלי. נראה כי עדיף שהתנאים למתן אזרחות, ובעיקר לשלילתה, ייקבעו בצורה ברורה ומפורשת בחוק עצמו. זאת, כדי לצמצם את התלות בשיקול־הדעת המשתנה של נושא משרה פוליטית, כשר הפנים, אף אם החלטותיו נתונות לביקורת שיפוטית. כיום גם אדם

---

101 סעיף 5(א) לחוק האזרחות, שם.

102 דברים אלה נאמרו כבר בדיון על קבלת חוק האזרחות, מפי חבר־הכנסת בר־יהודה. ד״כ **10**, **1494** (תשי״ב).

103 דת אומנם ניתן להמיר, אך ספק אם ניתן לדרוש את המרתה באופן לגיטימי כתנאי חוקי לצורך קבלת אזרחות. ראו כרמי, לעיל ה״ש 13, בעמ׳ 28. על ההבדל בין עמידה בתנאים אובייקטיביים לקבלה לבין תכונות טבעיות הנדרשות לצורך כך ראו שם, בעמ׳ 27.

104 סעיף 2(א)(4) לחוק הכניסה לישראל, התשי״ב־1952, ס״ח 354. מכיוון שגם על־פי ההצעה לא לתת אזרחות אוטומטית יוסיפו יהודים להיכנס לארץ ולשבת בה על־פי חוק השבות, ולא על־פי חוק הכניסה לישראל, הם לא יזדקקו לרישיון לישיבת־קבע. מבחינה זו תימשך העדפתם של מהגרים יהודים על מהגרים אחרים. ראו בהמשך את ההתייחסות למעמדם של בני־זוגם של יהודים ובני־זוגם של לא־יהודים.

105 סעיף 5(ב) לחוק האזרחות, לעיל ה״ש 2.

106 חוק האזרחות והכניסה לישראל (הוראת שעה), התשס״ג־2003, ס״ח 544. בג״ץ דחה את העתירות שהוגשו נגד החוק — ראו בג״ץ 7052/03 **עדאלה — המרכז המשפטי לזכויות המיעוט הערבי בישראל נ׳ שר הפנים**, תק־על 2006(2) 1754 (2006). לדיון ביקורתי בחוק ראו גיא דוידוב, יונתן יובל, אילן סבן ואמנון רייכמן ״מדינה או משפחה? חוק האזרחות והכניסה לישראל (הוראת שעה), התשס״ג־2003״ **משפט וממשל** ח 643־699 (2005).

העומד בכל התנאים להתאזרחות עשוי להידחות בשל שיקול-הדעת המסור לשר הפנים בנושא.[107] בקביעת התנאים בחוק ובחיוב לנמק דחייה של בקשת אזרחות גלומים כמה יתרונות: כללי ההתאזרחות יהיו ברורים וידועים מראש; יימנע ערעור של ציפיות מבוססות שהתפתחו בעקבות עמידה בתנאים; תקטן האפשרות לאפליה; ותצומצם הפנייה לערכאות. יהא ההסדר בעניין זה אשר יהא, הרציונל של המתווה שהוצע כאן מחייב שגם אם תושאר הסמכות בידי שר הפנים, יהיה ההסדר זהה לכל המתאזרחים.

יש להודות כי גם לאחר ביטול סעיף 4 לחוק השבות, כמוצע, תעמוד עדיין בעינה העדפה בכניסה לישראל לא רק של יהודים, אלא גם של בני משפחתם, שכן אלה יוסיפו להיכנס לארץ ולשבת בה על-פי חוק השבות, ולא על-פי חוק הכניסה לישראל. כלומר, תהיה להם עדיפות באחד התנאים המוקדמים להתאזרחות – ישיבת-קבע בארץ. לכן יש להבטיח כי בני-הזוג הזרים של כל אזרחי המדינה יהיו זכאים לשבת ישיבת-קבע בארץ. בכך יושווה מעמדם לזה של בני-זוג של יהודים, ויצומצם אי-השוויון הכרוך בחוק השבות.

ו. סיכום

למרות לשונו המפורשת של סעיף 4 לחוק השבות, קבע בית-המשפט בפרשת **סטמקה** כי להבדיל מבני-זוגם של עולים, בני-זוג של יהודים אזרחי המדינה אינם יכולים לקנות אזרחות מכוח שבות. זאת, לדעת בית-המשפט, משום שפרשנות שתאפשר זאת אינה מתיישבת עם תכליתו של חוק השבות, וכן תיצור אפליה לא-מוצדקת בין אזרחים יהודים לאזרחים שאינם יהודים. במאמר עמדתי על הקשיים הטמונים בעמדתו של בית-המשפט, וטענתי כי תכלית החוק שאימץ אינה התכלית היחידה, וכי פרשנותו אינה מביאה בחשבון את כל הוראות החוק כמכלול. התוצאה היא שפסיקתו מנוגדת לסעיף 4א(ב) ומייתרת את סעיף 4 לחוק השבות. בית-המשפט היה צריך להצביע על כך שתוצאתו של סעיף 4 לחוק השבות היא אפליה לא-מוצדקת, ולהמליץ לפני המחוקק לשנותו, ולא לבטלו במעשה שפיטה.

השינוי החקיקתי המוצע הוא, ראשית, ביטול סעיף 4 לחוק השבות. למן התיקון לחוק האזרחות משנת 1980, הן יהודים והן ערבים ילידי הארץ (שאחד מהוריהם אזרח) מקבלים אזרחות מכוח לידה. לכן אין צורך מעשי בסעיף 4 לחוק השבות. מקרים חריגים מקבלים כבר כיום מענה בחוק האזרחות. העובדה שלתיקון חוק האזרחות לא נלווה תיקון מקביל של חוק השבות מחזקת את טענת המאמר כי מטרתו של סעיף 4 לחוק השבות לא הייתה רק השוואת מעמדם של יהודים עולים ליהודים אזרחים, אלא עיגון מעמד-היתר של היהודים במדינתם.

[107] לעיל ה״ש 105.

גם אחרי הביטול המוצע של סעיף 4 לחוק, תעמוד בעינה הסיטואציה הבעייתית שבה מהגרים זכאים לאזרַח אוטומטית את בני־זוגם, ואילו אזרחים (יהודים כערבים) אינם זכאים לכך. כדי לפתור בעיה זו הוצע לנתק את הזיקה בין שבות לאזרחות, כך שיהודים לא יִקנו אזרחות אוטומטית עם עלייתם ארצה. הצעה זו אינה באה לשנות את חוק השבות עצמו (לבד מביטול סעיף 4, כאמור לעיל), אלא את הנפקות של רכישת אזרחות מיידית מכוחו. מבלי להיכנס לבעייתיות של העדפה בהגירה, יהודים יוכלו להמשיך לקבל העדפה בכניסה למדינה, אך נפקותה לא תהיה העדפה במתן אזרחות. כדי לקבל אזרחות יהיה עליהם לעמוד בתנאים כלליים מסוימים שהחוק מעמיד. זכויותיהם השוות של האזרחים יכללו את הזכות שבני־זוגם ייכנסו לארץ ויוכלו להתאזרח בה, בכפוף לתנאים שחוק האזרחות מעמיד. יהיה אפשר לשנות תנאים אלה ולהקל אותם, אך הם יחולו באופן שווה על האזרחים כולם. שינוי כפול זה לא רק יפתור את הבעיות המעשיות שעלו בפרשת **סטמקה** ובפרשות אחרות, אלא יהווה הצהרה עקרונית בדבר מושג כללי ומשותף של אזרחות וזכויות שוות שהוא מנביע.