



בבית המשפט העליון בשבתו כבית משפט גבוה לצדק

בג"ץ 466/07

בג"ץ 544/07

בג"ץ 830/07

בג"ץ 5030/07

לפני :

כבוד הנשיאה ד' ביניש
כבוד המשנה לנשיאה א' ריבלין
כבוד השופט (בדימ') א' א' לוי
כבוד השופט א' גרוניס
כבוד השופטת מ' נאור
כבוד השופטת ע' ארבל
כבוד השופט א' רובינשטיין
כבוד השופט ס' גובראן
כבוד השופטת א' חיות
כבוד השופט ח' מלצר
כבוד השופט נ' הנדל

ח"כ זהבה גלאון – מר"צ-יחד

העותרת בבג"ץ 466/07 :

האגודה לזכויות האזרח בישראל

העותרת בבג"ץ 544/07 :

1. רנין טבילה

העותרים בבג"ץ 830/07 :

2. חאתם טבילה

3. אסאלה טבילה

4. מחמוד סביחאת

5. דימא טבילה

6. עולא טבילה

7. אחמד סביחאת

8. מחמד סביחאת

9. עדאלה – המרכז המשפטי לזכויות המיעוט

הערבי בישראל

המוקד להגנת הפרט מיסודה של דר' לוטה
זלצברגר (ע"ר)

העותר בבג"ץ 5030/07 :

נגד

1. היועץ המשפטי לממשלה

המשיבים בבג"ץ 466/07 :

2. שר הפנים

3. כנסת ישראל

1. שר הפנים

המשיבים בבג"ץ 544/07

2. מפקד כוחות צה"ל ביהודה ושומרון

ובבג"ץ 5030/07 :

3. אלוף פיקוד הדרום

1. שר הפנים : המשיבים בבג"ץ 830/07
 2. היועץ המשפטי לממשלה

1. תנועת גדר לחיים – להקמת גדר הפרדה : המבקשים להצטרף כמשיבים
 2. שורת הדין – Israel Law Center
 3. אם תרצו – ציונות להיות או לחדול
 4. תנועת הציונות המתחדשת

עותרות למתן צו על-תנאי

תאריכי הישיבות :
 ב' בניסן התשס"ז ; (21.3.07)
 י"ב בחשון התשס"ח ; (24.10.07)
 ל' בניסן התשס"ח ; (5.5.08)
 י"ט באדר התשס"ט ; (15.3.09)
 ט"ז באדר התש"ע (2.3.10)

בשם העותרת בבג"ץ 466/07 : עו"ד דפנה הולץ-לכנר ; עו"ד טלי אביב
 בשם העותרת בבג"ץ 544/07 : עו"ד דן יקיר ; עו"ד שרון אברהם-ויס ;
 עו"ד עודד פלר
 בשם העותרים בבג"ץ 830/07 : עו"ד חסן גיבארין ; עו"ד סאוסן זהר
 בשם העותר בבג"ץ 5030/07 : עו"ד יותם בן הלל ; עו"ד יוסי וולפסון ;
 עו"ד ליאורה בכור

בשם המשיבים 1-2 בבג"ץ
 466/07, המשיבים בבג"ץ
 544/07, בבג"ץ 830/07 ובבג"ץ
 5030/07 :
 עו"ד יוכי גנסין ; עו"ד אבי ליכט ; עו"ד נחי בן-אור

בשם משיבה 3 בבג"ץ 466/07 : עו"ד רוקסנה שרמן-למדן
 בשם המבקשת להצטרף 1 : עו"ד אילן ציאון
 בשם המבקש להצטרף 2 : עו"ד ליאת עזר ; עו"ד אסף חן
 בשם המבקשת להצטרף 3 : עו"ד יואל רשף ; עו"ד עדי ברוך
 בשם המבקשת להצטרף 4 : עו"ד קורן נוימרק

פסק-דין

השופט (בדימ') א' א' לוי:

"מדינת ישראל תהא מושתתה על יסודות החירות, הצדק והשלום לאור חזונו של נביאי ישראל [ו]תקיים שוויון זכויות חברתי ומדיני גמור לכל אזרחיה בלי הבדל דת, גזע ומין (...) אנו קוראים – גם בתוך התקפת-הדמים הנערכת עלינו זה חדשים

– לבני העם הערבי תושבי מדינת ישראל לשמור על שלום וליטול חלקם בבנין המדינה על יסוד אזרחות מלאה ושווה.”
 [מתוך הכרזת העצמאות של מדינת ישראל, ה' באייר התש"ח (14.5.1948)]

פתח דבר

1. 58 שנים לאחר שנכתבו הדברים האלה, והיה זה ביום ט"ז באייר התשס"ו (14.5.2006), אמר בית-משפט זה את דברו בהידרש לחוק האזרחות והכניסה לישראל (הוראת שעה), התשס"ג-2003. ברוב דעות של ששה מתוך 11 השופטים שבהרכב, נקבע כי החוק אינו חוקתי הואיל ואין הוא עונה על דרישות בהן מחויב כל דבר חקיקה אשר פוגע בזכויות יסוד מוגנות של האדם (בג"ץ 7052/03 עדאלה – המרכז המשפטי לזכויות המיעוט הערבי בישראל נ' שר הפנים, פ"ד סא(2) 202 (2006)). פגיעתו של החוק, קבע רוב השופטים, מצויה בגריעה מן הזכות החוקתית לשוויון של אזרחי ישראל הערבים, כמו גם מזכותם החוקתית של אזרחי המדינה ותושביה לחיי משפחה, הנגזרת מן הזכות לכבוד ומשתרעת גם על יכולתו של אדם להתגורר עם משפחתו במקום בו נטועים שורשיו. להשקפת הרוב, לקה החוק בראש ובראשונה בכך שלא הציע מתווה פעולה הנדרש באורח פרטני לכל בקשה למתן מעמד בישראל, כפי שהיה מקובל בטרם בא לעולם. וכך כתבה חברתי, הנשיאה ד' ביניש:

“חסימה גורפת של האפשרות להיכנס לישראל מהאזור המונעת כניסה מכל בן זוג של אזרח ישראלי, ללא מתן כל אפשרות לבדיקה אינדיבידואלית, ולו מחמירה כפי הנדרש, אינה מעניקה משקל הולם ליחס שבין מידת הסיכון הביטחוני למידת הפגיעה בזכויות האדם, יחס המתחייב מעקרונותיה הדמוקרטיים של שיטתנו... האיסור הגורף שנקבע בחוק האזרחות והכניסה לישראל פוגע באופן בלתי מידתי בזכויות אדם ולכן אינו עומד בתנאי החוקתיות” (שס, בעמ' 468-469).

בהכרעתו נדרש בית-המשפט למספר שאלות-משנה שעיקרן מתודולוגי, והוא שב ואישרר בהן הלכות הנוהגות עמנו זה עשור ומחצה. הביקורת החוקתית, נקבע, מוצאת לה עיגון, כמו גם גדר, בפסקת ההגבלה שבחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו, בבחינה הנשענת על מספר אדנים – עמידה על הלימתה של הפגיעה את ערכיה של מדינת ישראל, על נאותותה של תכליתה הקונקרטית ועל מידתה. זה אל-מול זה מונחים הזכות הנפגעת, תהא זו זכות מנויה או זכות הנגזרת ממנה, והאינטרס הציבורי. זה האחרון הוא בן מעלה נורמטיבית נמוכה יותר. אין לתארו כמגלם את אוסף זכויותיהם המוגנות של בני החברה כולם. תיאורם של הערכים המתנגשים כזכויות שוות-מעמד, משל ניצבו על אופק אחד, אינו יישום ראוי של הביקורת החוקתית, באשר הוא מאיים

ליטול מן ההגנה על זכויות היסוד את כוחה. וכפי שנכתב בפרשה קודמת: "הקניית מעמד של זכות-יסוד למכלול האינטרסים הפרטיים המאוגדים בערך [הציבורי] הכללי עשויה להביא לשלילת המשמעות של זכויות-היסוד של הפרטים האינדיווידואליים. עניינה של תורת זכויות-היסוד של האדם, ועניינו של חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו, הוא באיזון בין הצרכים הבסיסיים של הפרט לבין צרכי הציבור. בכך שהציבור מורכב מפרטים, וצרכי הציבור מגלמים את צרכי הפרטים, אין כדי לשלול את הדיכוטומיה האמורה בין צרכי הפרט לבין צרכי הכלל, שעליה מבוססת תורת זכויות-היסוד של האדם מעיקרה" (דנ"פ 2316/95 גנימאת נ' מדינת ישראל, פ"ד מט(4) 589, 645 (השופט ד' דורנר) (1995); ראו גם ברק מדינה ואילן סבן "זכויות האדם ונטילת סיכונים: על דמוקרטיה, 'תיוג אתני' ומבחני פסקת ההגבלה" משפטים לט 47, 83 (2009)). גבולותיה של זכות היסוד המוגנת, הוסיף בית-המשפט ופסק בענין שהונח לפתחו בפעם הקודמת, נקבעים מתוכה פנימה, ולאינטרס הציבורי, כמו ליתר הנסיבות האופפות את הפרשה הנדונה, משקל אך בקביעת היקף ההגנה על זכות זו (בג"ץ 7052/03 עדאלה הנ"ל, בעמ' 355).

עוד עלה מפסקי-דינם של רוב השופטים, כי המסגרת הנורמטיבית לבחינת חוקתיותו של החוק היא זו הנדרשת לזכויותיהם של אזרחי המדינה ותושביה בלבד ("בן הזוג הישראלי" – כלשון הנשיא א' ברק, שם, בעמ' 280), מכוחה של חקיקת היסוד הישראלית. לא נמצא מקום להרחיב עוד את היריעה, וזאת נוכח מורכבותן הרבה, המשפטית והאחרת, של סוגיות שמעורר החוק ובחלקן – כשאלת יחסו של המשפט הבין-לאומי לדברים – דיברו העותרים (לביקורת על גישה זו ראו יפה זילברשץ "על הגירת זרים שאינם יהודים לישראל – פתיחת דיון" משפט וממשל י 87, 89 (2006); וכן ליאב אורגד "הגירה, טרור וזכויות אדם: מדיניות הכניסה לישראל בעתות חירום" מחקרי משפט כה 485, 508 (2009)).

בענין אחד לא שררה מחלוקת בין שופטי ההרכב, אשר הטעימו איש בדבריו את המציאות הביטחונית הקשה שקדמה לחקיקת החוק, וחשפה את תושביה של מדינת ישראל לאיום מן החמורים שנודעו, בדמותו של טרור רצחני אשר אינו בוחל באמצעים להשגת מטרותיו – הרג רחב ממדים של גברים, נשים וטף בחוצות העיר, בתחבורה הציבורית, בבתי הקפה, במועדונים ובמסעדות, ואינו סר למצוותו של שום חוק מוכר – בין-לאומי או אחר. לא אמירה מן השפה ולחוץ הייתה זו, אף לא מצוות אנשים מלומדה. פגיעתו האכזרית של הטרור ופעולתו, בכוונת מכוון, לקטילתן של משפחות שלמות, של בני נוער, של אמהות צעירות – עולמות מלאים שכל חטאם היה רצונם

לחיות את חייהם בארץ הזו, ראוי כי יוטעמו הטעם-היטב, באשר הם היו, ועודם, נחלתנו כמעשה יום ביומו.

מרבית השופטים מיקדו את דיונם בטיעון הביטחוני, בו נאחזה המדינה ועליו התבססו טיעוניה כולם (ראו, כפרט, את דברי הנשיא ברק, כג"ץ 7052/03, בעמ' 339-336). אולם, בהתחקות אחר המטרות שבשורשי החוק היו שסברו, בדברים שטעם רב בהם, אחרת (חברי, השופטת א' פרוקצ'יה, שם, בעמ' 503-500, והשופט ס' ג'ובראן, בעמ' 487-486; ראו גם גיא דוידוב, יונתן יובל, אילן סבן ואמנון רייכמן "מדינה או משפחה? חוק האזרחות והכניסה לישראל (הוראת שעה), תשס"ג-2003" משפט וממשל ח 643, 667 (2005); יעקב בן-שמשי "זכויות חוקתיות, הגירה ודמוגרפיה" משפט וממשל י 47, 56; 76 (2006); אייל גרוס "מאוהב לאויב: צדק, אמת, יושר ושכל ישר בין ישראל לאוטופיה בבג"ץ חוק האזרחות" המשפט יג 141, 152 (תשס"ט); Yoav Peled, *Citizenship Betrayed: Israel's Emerging Immigration and Citizenship Regime*, 8 THEO. INQ. L. 603, 617 (2007). מנגד, ראו אורגד לעיל, בעמ' 504).

כשלעצמי, כלל אין זה ברור בעיני אם קו הטיעון בו בחרה המדינה בתשובתה לעתירות אלו מחזק את עמדתה או שמא הוא מחלישה. אך אגביל אף אני את הדיון לגדרי המחלוקת אותה מסמנת פרשת טיעוניהם של המשיבים. שאלות שלא הבשילו להכרעה (וראו Na'ama Carmi, *The Nationality and Entry into Israel Case (before the Supreme Court of Israel)*, 22 ISRAEL STUDIES FORUM 26, 40 (2007) ובהן, לדוגמה, שאלת הרכבה של האוכלוסיה בישראל או דמותם הראויה של הסדרי הגירה כלליים אליה – סוגיות בהן הרחיבו טיעונם המבקשים להצטרף כמשיבים לעתירות, יונחו לזמנן. אומר רק, כי דמות לחוק נשקפת גם מדברים שאמר, בשם הממשלה, המשנה ליועץ המשפטי לממשלה דאז, מר מני מזוז, בישיבתה של ועדת הפנים של הכנסת, עת נדון לראשונה החוק המוצע בשנת התשס"ג-2003:

"מדובר בהצעת חוק לא פשוטה. אין חידוש בעצם העובדה שהמדינה לוקחת לעצמה את שיקול הדעת להגביל כניסת זרים לתחומה, אפילו על בסיס של איחוד משפחות. זה קיים בכל מדינה בעולם. הייחוד של הצעת החוק הוא לא בשיקול הדעת, אלא בהודאה הגורפת שמתייחסת לאיחוד משפחות בין אזרחי מדינת ישראל לתושבי הרשות הפלסטינית.

...

ההוראה הזאת התקבלה על ידי הממשלה מטעמים ביטחוניים ובגלל התהליך המוגבר של השתקעות של עשרות אלפי פלסטינים במדינת ישראל דרך התהליך הזה. נכון ללפני כשנה, ערב החלטת הממשלה, הנתונים

שהוצגו דיברו על כ-130, 140 אלף פלסטינים שהשתקעו במדינת ישראל מ-1994 עד תחילת 2002. לא מדובר באיזה שהן החלטות אקראיות. בני זוג משבדיה, מרומניה או מקנדה זה כמה עשרות בשנה. עד 1993 היה מדובר במספרים של כמה עשרות או מאות לשנה גם בהתייחס לתושבים הפלסטינים, אבל משנת 1994 חלה קפיצה גדולה מאוד במספרים". (פרוטוקול [דיון מיום י"ד בתמוז התשס"ג \(14 ביולי 2003\)](#)). (ההדגשות הוספו).

2. כך או כך, ובפרט מאחר שהמדינה מוסיפה ואוחזת בעמדה ולפיה מטרתו של החוק היא ביטחונית גרידא, את שנפסק כהלכה בגלגולה הקודם של הפרשה – אין צורך ללבן מחדש; מן הקביעות העקרוניות שנקבעו בדעת הרוב – אין מקום לשנות; ואת שנטמע במסורתנו החוקתית – אין יסוד לשרש. על בסיסם של כל אלה, צירפתי אז את דעתי לדעתם של רוב חברי, כי חובתם של המשיבים היא להציע, על-פי שיקול דעתם ולאור מומחיותם המקצועית, חלופה להסדר הגורף שהוחל, בדמותן של הגבלות פרטניות, המתיישבות עם אופייה הדמוקרטי של מדינת ישראל ועם ההגנה על זכויות האדם. כך כתבתי:

"נקודת המוצא לעמדתי, המבקשת לתור אחר אמצעים פוגעניים פחות [מאלה] שננקטו בחוק האזרחות, נשענת על ההנחה כי, בסופו של יום, לא יהיה מנוס מהמרתו של האיסור הגורף שבחוק בהסדר שבבסיסו תעמוד בדיקה פרטנית של המבקש להתאחד עם בן זוגו. מטבע הדברים, הסדר זה יהיה חייב להתאים את עצמו למציאות הביטחונית ככל שיחול בה שינוי... הכול על פי שיקול דעתו של המחוקק" (בג"ץ 7052/03, בעמ' 564).

סברתי אז, כי ראוי לאפשר למשיבים את פרק הזמן הדרוש לצורך גיבושם של הסדרים כאמור, לבל יהא החלל אותו ביקש החוק למלא כחרב המתהפכת מעל ראשם, ופן תוביל חזרה למצב שקדם לחוק – ונמצא בלתי מספק – להתממשותו חלילה של הסיכון הביטחוני אותו ביקש החוק למנוע. בד בבד הטעמתי, כי "אם לא ישכילו המשיבים למלא אחר שהתבקשו, ספק בעיני אם יוכל החוק להתמיד ולצלוח את הביקורת השיפוטית גם בעתיד" (שם, בעמ' 565). היה זה לפני כחמש שנים.

3. עתירות דומות לאלו שהובאו בפנינו אז מונחות לפתחנו עתה, לאחר שהמשיבים לא קיימו את חובתם ומיעטו מהצבתו של החוק על מכונו הראוי. את העמדתו החוזרת של חוק האזרחות והכניסה לישראל לביקורת חוקתית אין לראות, כלל ועיקר, כמקצה שיפורים של ההכרעה שנתקבלה, אף לא כהיזקקות לכך שבחלוף העתים נשתנה הרכב שופטיו של בית-משפט זה, אשר שלושה מחבריו דאז שוב אינם יושבים

עוד על כס השיפוט. אם נדרשים אנו לדון מחדש באותה פרשה, אין זאת אלא משום שבגלגולן הקודם נדחו העתירות בכפוף לתיקונו של החוק בידי המשיבים, תיקון שלא קרם עד היום הזה עור וגידים.

העתירות והתשובה להן

4. שלוש מן העתירות שבפנינו הוגשו עוד בטרם תוקן החוק ביום ט' בניסן התשס"ז (28.3.07), ולכתחילה הן ביקשו להשיג על החוק בנוסחו הקודם ועל הארכת תוקפו החוזרת ונשנית. עתירה רביעית הונחה לפתחו של בית-המשפט לאחר התיקון, ואף בה בקשה לביטולו של החוק. ארבע העתירות סומכות עצמן על אדנים דומים. טוענים העותרים – חברת הכנסת לשעבר זהבה גלאון, האגודה לזכויות האזרח, מרכז עדאלה לזכויות המיעוט הערבי בישראל, המוקד להגנת הפרט ושמונה עותרים פרטיים הרואים עצמם נפגעים מן החוק, כי חוק האזרחות והכניסה לישראל, אף בנוסחו החדש אינו חוקתי, משהוא פוגע שלא כדין בזכויות יסוד ראשונות במעלה. טענותיהם ממקדות עצמן בשתיים:

(א) החוק לא תוקן באורח מספק ואין הוא מיישם את מסקנות הפסיקה באשר לפסול שבקביעתן של הגבלות גורפות. מנגנוני ההקלה שהיתוספו בנוסחו החדש מקיפים בפועל אך את מקצת המקרים הרלוואנטיים, ומנגד הוחמרו עוד ההסדרים המגבילים, עד כי במובנים אחדים – והכוונה לענינם של בני זוג ממקומות מוצא נוספים ולאנשים שהוחלה עליהם חזקת מסוכנות בשל האזור בו הם מתגוררים, פגיעתו של החוק אף עמוקה מבעבר. פרק הזמן שחלף אינו מותר, בתוך כך, בסיס להנחה כי הוראת השעה לא תוארך שוב ושוב, עד כי תונצח עלי ספר לצמיתות.

(ב) החוק אינו הולם את הפרדיגמה הדמוקרטית. הוא מפלה בין אנשים על רקע לאום והשתייכות אתנית, ואינו משקף נכונות ליטול את הסיכונים הכרוכים, בבחינת טבע, בהקפדה בזכויות היסוד של האדם בכלל, ושל המיעוט בפרט. העובדה כי החוק אינו עולה בקנה אחד עם שורה ארוכה של הסדרים אחרים שבהם נכונה המדינה, לתועלתה, ליטול על עצמה סיכונים של בדיקה פרטנית – והכוונה היא, בין היתר, להתרת כניסתם לעבודה בישראל של אלפי פלסטינים תושבי השטחים – שבה ומעלה את החשש כי תכלית החוק אינה ביטחונית גרידא.

המשיבים, מן העבר האחר, משוכנעים כי נעשה כל אשר דרוש לסילוק הפגמים שדבקו בחוק בנוסחו הקודם, בד בבד עם התאמתו למציאות המורכבת בה נטועה הדמוקרטיה הישראלית מראשיתה, ובמיוחד בעשור החולף – שנות טרור וכמוהו

כמלחמה ממש. טיעוניהם נתמכו בנתונים מהם עלה (נכון למועד הגשת התשובה בחודש אפריל 2010), כי מאז שנת 2001 אותרה ב-54 מקרים מעורבותם בטרור של פלסטינים שזכו – הם או הוריהם – למעמד בישראל, ומתוכם 28 היו מעורבים ישירות בפיגועים שיצאו אל הפועל או שסוכלו בשלב מתקדם בארבע השנים האחרונות (סעיף 17 להודעתה המשלימה של המדינה מיום כ"ט בניסן התש"ע (13.4.10)). עוד שיקפו הנתונים את מה שלהוותנו ידוע לכל ישראלי, היינו, כי ארגוני הטרור מוסיפים כל העת ונערכים לביצועם של פיגועים, תוך שהם מציבים בפני כוחות הביטחון איומים חדשים ומורכבים. כך, מאז שנת 2006 סוכלו, ערב מימושו, כ-200 פיגועים במתווים חמורים, ובהם נדרשו המפגעים לסיועו של אדם נושא תיעוד ישראלי (שם, בסעיף 7). במצב דברים זה אך מתחייבת, כך המשיבים, מניעת הגירתם של נתיני האויב – כל אויב – אל תחומי המדינה. את הסיכון, נטען, לא ניתן לסלק באמצעי אבחון פרטניים המבקשים להתחקות מראש אחר הסיכון הנשקף מאדם, בפרט הואיל ובעלי מעמד או היתר שהייה בישראל הופכים לסייענים מועדפים על ארגוני הטרור רק לאחר שניתן להם התייעוד הישראלי. תחת אמצעי האבחון הפרטניים אומצה בחוק העומד לבחינתנו גישה של התווית דיוקנאות-סיכון (profiling), שאינם שרירותיים אלא מבוססים על מאפיינים, המשותפים לכ-97 אחוזים מן המפגעים המתאבדים מאז פרוץ ההתקוממות השנייה בספטמבר 2000 (שם, בסעיפים 31-32). מנגנון אבחון זה, כך להשקפת המשיבים, אינו גורף כלל ועיקר, בכוחו לחזות מסוכנות ולהגן על חייהם של ישראלים, ולאורו הותוותה שורה של הקלות שבחוק. אלו, בתורן, מרחיקות עוד את החוק מן המודל הגורף, ולראיה, מאז תוקן החוק בקיץ 2005 זכו מדי שנה בממוצע כ-1,000 בני אדם, כשליש מן המבקשים הפוטנציאליים, לצלוח את הליך הבדיקה הפרטני והותרה שהייתם בישראל (שם, בסעיפים 4-5).

5. טיעוני הצדדים נפרשו בפני בית-המשפט על-פה במהלכן של חמש ישיבות, תחילה בהרכב שבעה ובהמשך אל מול הרכב רחב זה. הם הובאו עוד, בפירוט רב, בכתובים. בחנו טיעונים אלה לפני-ולפנים ושקלנו כל אחד מהם בהקפדה ובכובד ראש. ביום ל' בניסן התשס"ח (5.5.08) החלטנו ליתן צו על-תנאי. עתה שומה עלינו לעשותו מוחלט.

חוק האזרחות והכניסה לישראל – ערב התיקון ולאחריו

6. סעיף הליבה בחוק נושא עתירות אלו מגביל את כוחם של שר הפנים ושל המפקד הצבאי באזור, על-פי ההקשר, ליתן מעמד או היתר שהייה בישראל לתושבי השטחים ולמי שמוצאו במדינות אויב:

2. הגבלת אזרחות
וישיבה בישראל

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

לאיסור גורף זה, מגדרו הוצאו הישראלים תושבי השטחים (סעיף 1 לחוק), נמנו חריגים מספר, שעיקרם עמד בתוקף עוד בטרם הוכרע ענינו של החוק בבית-משפט זה בראשונה. מכוחם של חריגים אלה הוסמכו הגורמים הממונים –

(א) ליתן היתר שהייה, להבדיל ממעמד של אזרח או תושב, לפלסטיני שגילו מעל 35 שנים ולפלסטינית בת 25 שנים לפחות, לשם מניעת הפרדתם מבן זוגם הישראלי;

(ב) להרשות את ישיבתו בישראל (במעמד תושב) של קטין עד גיל 14, ואת שהייתו בה של קטין בגילאי 14-18, לשם מניעת הפרדתם מהוריהם המשמורנים;

(ג) להתיר שהייה בישראל למטרות עבודה, קבלת טיפול רפואי או למטרה זמנית אחרת;

(ד) ליתן מעמד בישראל, ולמצער היתר לשהייה בה, למי שמזדהה עם המדינה ופעל – הוא או בן משפחתו – לקידום יעדיה, או שיש למדינה ענין מיוחד בהסדרת מעמדו.

(ה) להתיר את שהייתו הזמנית בישראל של מי שבקשתו הוגשה עוד בטרם נכנסה לתוקפה, בשנת התשס"ב-2002, החלטת הממשלה אשר שימשה בסיס לחוק.

כל אותם חריגים, שמקור חלקם בתיקון הראשון לחוק מקיץ התשס"ה-2005, שימשו בבחינתו השיפוטית הקודמת של החוק, ואולם חרף קיומם הוא נמצא גורף ובלתי מידתי. בעקבות כך תוקן החוק בשנית. בדברי ההסבר לתיקון, שהתקבל בכנסת ביום ב' בניסן התשס"ז (21.3.2007), נכתב:

"ביום ט"ז באייר התשס"ו (14 במאי 2006) ניתן פסק דין בבית המשפט הגבוה לצדק בעתירות שנזכרו לעיל בענין הוראת השעה בנוסחה המתוקן. בית המשפט בהרכב מורחב של שופטים קבע ברוב דעות כי דין העתירות להידחות. עם זאת, בית המשפט התייחס לצורך בקביעת הסדרים אחרים אשר יאזנו באופן מידתי יותר את ההסדרים הקבועים בהוראת השעה בנוסחה המתוקן. ואשר ייתנו ביטוי להיבטים ההומניטריים" (דברי הסבר להצעת חוק האזרחות והכניסה לישראל (הוראת שעה) (תיקון מס' 2), התשס"ז-2006, ה"ח הממשלה 182, 273).

דמות לאותם "הסדרים אחרים" נמצאה למחוקק בקביעתם של שלושה חידושים עיקריים בהוראות החוק:

(א) הוסף סעיף 1א3, שמכוחו הוקמה ועדה לבחינתם של מקרים הומניטאריים מיוחדים. הוועדה הוסמכה להמליץ לשר הפנים להתיר ישיבת-ארעי או שהייה בישראל לזר המבקש להתאחד עם בן זוגו השוהה בישראל כדין, מטעמים מיוחדים. השר הוסמך, באישור הממשלה, לקבוע מכסה שנתית מרבית של היתרים כאלה. קשר הזוגיות או ההורות, נקבע, אינו מקים כשלעצמו טעם הומניטארי מיוחד, למעט בענינם של בני-זוג דרוזים תושבי רמת הגולן, עמם ביקש החוק להקל.

(ב) הורחבה יריעתו המגבילה של החוק כך שתחול, בנוסף לתושבי השטחים, גם על אזרחים או תושבים של ארבע מדינות אויב – איראן, לבנון, סוריה ועיראק.

(ג) הורחבה הוראתו של סעיף 3ד לחוק, שעוד קודם לתיקון הכפיף את הבאים בחריגיו לבדיקה ביטחונית נוספת, פרטנית מטבעה. בנוסח המתוקן בשנית נקבע, כי אדם עלול להקים סיכון ביטחוני למדינת ישראל לא רק אם קיים מידע אודות סיכון הנשקף ממנו או מבן משפחתו, אלא אף אם "במדינת מושבו או באזור מגוריו מתבצעת פעילות העלולה לסכן את ביטחון מדינת ישראל או אזרחיה".

7. לא נדרש עיון מדוקדק כדי להיווכח כי אם הוכנסו בחוק שינויים בעקבות העמדתו לבחינה חוקתית, הרי עיקרם מצוי דווקא בהרחבת ההגבלות שהוא נושא עמו, ובהעמקתה של הפגיעה בזכויות מוגנות. שני השינויים שנמנו אחרונים מדברים בעד עצמם, ושניהם כאחד מוסיפים על מגמתו הגורפת של החוק ומרחיקים אותו עוד מן

המודל הפרטני. ואילו על החריג ההומניטארי העידו באי-כוח המדינה בפנינו, כי הוא מכסה בפועל מספר מצומצם ביותר של מקרים. מאז הקמתה ברבעון הראשון של שנת 2008, כך הצהירה המדינה, הונחו בפני הוועדה ההומניטארית למעלה מ-600 בקשות, מתוכן עלה בידיה לדון עד כה בפחות ממחצית. 33 בקשות בלבד – כאחוז אחד מתוך כ-3,000 בקשות להיתרים שהוגשו בממוצע בכל שנה ערב כניסתו של החוק לתוקף, אושרו ולמבקשים הוענק היתר שהייה על-פיהן (עמ' 8 ש' 22-24 לפרוטוקול הדיון מיום ט"ז באדר התש"ע (2.3.10); סעיף 4 להודעה המשלימה).

פגיעתו של החוק

8. משנקבע, כאמור בדעת רוב שופטיו של בית-משפט זה, כי תחיתם של גבולות הגדרתה של הזכות המוגנת, להבדיל מהיקף ההגנה עליה, נעשית מתוכה-פנימה ושלא על יסוד יחסה לערכים מתחרים, נעשתה מלאכת איתרון של הזכויות הנפגעות פשוטה למדי. באלו דיבר הנשיא ברק:

"האם הוראת חוק האזרחות והכניסה לישראל פוגעת בזכותו החוקתית של בן הזוג הישראלי לקיים חיי משפחה ולמשם בישראל? תשובתי על שאלה זו הינה בחיוב. זכותו של בן הזוג לקיים תא משפחתי נפגעת קשות אם אין מאפשרים לו לקיים תא משפחתי זה בישראל. הזכות לקיומו של התא המשפחתי, הינה הזכות להגשמת התא המשפחתי במדינתו של בן הזוג הישראלי. שם ביתו, שם שאר משפחתו, שם קהילתו, שם שורשיו ההיסטוריים, התרבותיים והחברתיים. בזכות זו פוגע החוק.

...

פגיעה דומה מתרחשת בילדו של בן הזוג הישראלי, עד כמה שהוא עצמו ישראלי. קטין זה אינו יכול לחיות עם הורו השני בישראל. עליו להחליט להישאר עם הורו הישראלי בישראל או לעבור להורו האחר באזור. זוהי החלטה טרגית לכל הדעות, הפוגעת בקטין הישראלי קשות.

...

התוצאה של חוק האזרחות והכניסה לישראל הינה הגבלת זכותם של ערבים אזרחי ישראל ותושביה, ושלהם בלבד, לחיי משפחה. זוהי תוצאה מפלה. הפליה זו אינה נשענת על הבחנה רלוונטית. המסקנה היא שהחוק פוגע בזכות החוקתית לשוויון" (בג"ץ 7052/03 עדאלה הנ"ל, בעמ' 304-306; 311).

אותה יכולת "להגשמת התא המשפחתי", פירושה כי כל המשתייכים לתא זה ייהנו ממעמד זהה בישראל או, למצער, מן ההטבות העיקריות הנלוות למעמד. ככל שלבן המשפחה הישראלי, שמכוח מעמדו-שלו קונים גם בן-זוגו או ילדיו את

האפשרות להיכנס לישראל ולגור בה, מקנה הדין זכויות או הטבות, מזכותו לחיי משפחה מתחייב כי אלו יוקנו גם לבני משפחתו שבקשתם להתאחד עמו אושרה, כשם שיחולו עליהם כל החובות שבדין. גם על כך כתב הנשיא: "הזכות לחיי משפחה, במובנה הרחב, מוכרת במשפט הישראלי. היא נגזרת מחיקוקים רבים הקובעים הסדרים אשר מטרתם לשמור על התא המשפחתי, לעודדו ולטפח אותו. לבני זוג מוענקות זכויות סוציאליות, הטבות במס, בדיוור ובשיכון. הם נהנים מזכויות בביטוח רפואי ופנסיוני. יש להם זכויות ביקור בבתי חולים ובבתי סוהר. מוענקות להם חסינויות והגנות בדיני הראיות. הדין הפלילי מגן על המשפחה; לבני הזוג מוענקות זכויות ירושה, מזונות ותמיכה הדדית בזמן הנישואין, וזכויות לחלוקת רכוש בפקיעתם... המשפט הישראלי מכיר בחשיבות השוואת המעמד האזרחי של הורה לזה של ילדו. זכותו [של בן הזוג הישראלי] היא שילדו יגדל, יתחנך ויהא לישראלי בישראל" (שם, בעמ' 286; 289; 305). גם במובן זה פוגע חוק האזרחות, שעיקרו במתן היתר שהייה בישראל, להבדיל ממעמד, בזכויות המוגנות.

הזכות לשוויון והזכות לחיי משפחה מצויות בגרעינו של המושג כבוד האדם, ולהן מעמד חוקתי המשקף ערכי יסוד של מדינת ישראל. היטב זכורים דברי השופט מ' לנדוי כי "עקרון היסוד של שוויון הכל בפני החוק הוא מנשמת אפו של המשטר החוקתי שלנו כולו" (בג"ץ 98/69 ברגמן נ' שר האוצר, כג(1) 693, 698 (1969)). "הוא כצמח המחייב טיפוח מתמיד", הוסיף אליקים רובינשטיין, "הוא כשדה שלחין המצפה לא רק למטר שמים אלא גם ליד בוטחת של האדם" ("על השוויון לערבים בישראל" נתיבי ממשל ומשפט 278, 280 (התשס"ג-2003)). ואילו "זכות האדם למשפחה", כתבה חברתי, השופטת א' פרוקצ'יה, "היא מיסודות הקיום האנושי. קשה לתאר זכויות אנוש שתשווינה לה בחשיבותן ובעוצמתן. בין זכויות האדם ניצבת זכותו של אדם למשפחה במדרג העליון. היא משקפת את תמצית הווייתו של האדם ואת התגלמות הגשמת עצמיותו" (בג"ץ 7052/03 עטאלה הנ"ל, בעמ' 496-497). דברים אלה שבה והטעימה חברתי אך לאחרונה, בפסק-דינה בבג"ץ 7444/03 דקה נ' שר הפנים (בפסקה 15 לפסק-הדין (טרם פורסם, 22.2.10)), ועוד היא הוסיפה וכתבה:

"הסירוב [למתן מעמד] בישראל מוביל את בני המשפחה המאוחדת לבחירה טראגית. עליהם לבחור בין ניתוק המשפחה כולה מישראל, מהקרובים, מהמשפחה המורחבת, מהחברים החיים בישראל, ומהתרבות וממקורות התעסוקה עליהם הם נשענים. ניתוק זה משמעו ניתוק משפחתי, חברתי, כלכלי ותרבותי של משפחה מאוחדת. אפשרות אחרת היא פירוד בין בני הזוג, תוך הותרת בן הזוג הישראלי בישראל, וניתוקם של הילדים מאחד מהוריהם. להפרדת המשפחה בנסיבות

כאלה משמעות קשה ביחס לכל הנוגעים בדבר – בני הזוג, והילדים – והיא כרוכה בשברון המסגרות האנושיות, החברתיות, התרבותיות והכלכליות של המשפחה” (שם, בפסקה 34).

הפגיעה בזכות לשוויון ובזכות לחיי משפחה, ככל שאין מטרתה הולמת או שאין היא מידתית, אינה מתיישבת עם משפטנו החוקתי. בגלגולה הקודם של הפרשה הייתה המסקנה, בדעת רוב, כי הוראות הדין לא קוימו. עתה נדרשים אנו לשוב ולהעמיד את חוק האזרחות והכניסה לישראל, בנוסחו העדכני, למבחן.

על ערכים מכוונים וביטויים החוקתי

9. הביקורת החוקתית תרה, מטבעה, אחר ערכי היסוד עליהם מושתתת המסגרת המדינית והחברתית של ישראל, ובכללם מה שכינה בשעתו השופט לנדוי “ההשקפות המקובלות על הציבור הנאור” (ע”א 461/62 צים בע”מ נ’ מזיאר, פ”ד יז(2) 1319, 1335 (1963)), וכיום מקובל לכנות “תפישותיה של הקהילה בישראל” או “ערכי היסוד של השיטה” (הנשיא ברק בע”א 6821/93 בנק המזרחי המאוחד בע”מ נ’ מגדל כפר שיתופי, פ”ד מט(4) 221, 386 (1995); חברתי, הנשיאה ביניש, בע”פ 6659/06 פלוני נ’ מדינת ישראל, בפסקה 29 (טרם פורסם, 11.6.08); חברי, המשנה לנשיאה א’ ריבלין בע”א 11152/04 פרדו נ’ מגדל בע”מ, בפסקה 20 (טרם פורסם, 16.10.06)). כתב על כך המישנה לנשיא, השופט מ’ חשין:

“מדינה, כל מדינה – בוודאי כך מדינת לאום – שוררת בה ‘אמנה חברתית’ המהווה בסיס לחיים משותפים של בני החברה. אותה אמנה – והיא הצופן הגנטי של המדינה – מכילה את הערכים העיקריים שהמדינה מושתתת עליהם; משרטטת היא את קווי היסוד לבניינה של המדינה; ונקבעים בה כללי המיסגרת שלפיהם תתנהל המדינה. האמנה היא העיקר והתמצית של חיי המדינה, ומהווה היא מכנה משותף לחייהם של האזרחים והתושבים. מיקצת מתכניה של אותה אמנה זוכה לחקיקה מפורשת – בין בחוקה, בין בחוקי-יסוד, בין בחוקים מן-המניין, בין בדברי-חקיקה אחרים – ותכנים אחרים שבאמנה, בייחוד התכנים הערכיים, המערכת החברתית, המדינתית והמשפטית טובלת בהם, ומשפיעים הם במישרין על חיי המדינה, ועל חיי המשפט בה, גם אם בשוליהם נותרים הם בחצי-צל. בחיי היומיום של המדינה נודעת חשיבות יתרה לאותם ערכים ולאותם עיקרי יסוד ודוקטרינות שזכו לחקיקה חרותה. ואולם כל נטעה למראה עינינו. החקיקה החרותה – בין בחוקה בין אחרת – בעיקרה אין היא אלא הצהרה על אותם ערכים ועיקרים שהמדינה מושתתת עליהם. כך הוא באשר לזכויות היסוד של היחיד החרותות בחוקי

היסוד וכך הוא באשר לסמכויותיהן של הרשויות המרכזיות ולדרכי תיפקודן של אותן רשויות. החקיקה החרוטה בנושאים אלה כולם אינה, בעיקרה, אלא מניפסטציה, גילוי, לערכי חברה המזינים את החקיקה בשורשיה. חוקה וחוק שאינם שולחים שורשים עמוק אל הערכים והמוסכמות של החברה, יקמלו וייעלמו עד-מהרה. בסוף כל הסופות, ערכי העומק של החברה ידם תהא על העליונה" (בג"ץ 6427/02 התנועה לאיכות השלטון בישראל נ' הכנסת, פ"ד סא(1) 619, 727 (2006)).

10. ערכים מכוננים אלה מתגבשים לכלל תפישה רחבה, המשיתה בסיס משותף לבני האומה, חותרת לקוהרנטיות בהתווית סיפור חייה ורושמת את קווי המיתאר לדמותה. תפישה זו מספקת לגיטימציה לקיומה של האומה ומעניקה לה את משקלה הסגולי, המבחין אותה מאומות אחרות. ממנה נגזר, אף לעתיד, מראה פניה של האומה, שגלגוליו השונים אינם אלא רצף הגיוני ומתמשך של פרקים בסיפור המכונן עליו היא מושתתת. היטיב לבטא רעיון זה דר' שרון וינטל:

"במבט אל העבר, 'הנרטיב המכונן' מציג את [ה]אירועים ההיסטוריים שקדמו לכינון האומה במסגרת של מדינה, ומספק את הרקע ואת ההצדקה למהלך זה, כך שהמהלך כולו נתפס כמהלך טבעי, מתבקש ולגיטימי. במבט אל ההווה 'הנרטיב המכונן' מציג את זהותה של האומה, כפי שעוצבה בתהליכי הכינון, זהות המלמדת על אורח החיים המועדף, הערכים המשותפים, השאיפות והמטרות של חברי הקהילה הפוליטית, שאמורים להנחות את האמונים על ניהולה של המסגרת המדינית. במבט אל העתיד, 'הנרטיב המכונן' מזמין את הדורות הבאים לכתוב את הפרקים הייחודיים שלהם בסיפור המשותף, בלי לפגוע ברצף ההגיוני של הסיפור, להשתנות מבלי להתנתק ממקורות המסורת של הקהילה" (שרון וינטל "פסקאות נצחיות" בחוקה: הסטנדרט הנורמטיבי המחמיר בכינון סדר חוקתי חדש (חיבור לשם קבלת התואר דוקטור למשפטים, האוניברסיטה העברית בירושלים, איל בנבנשתי מנחה, תשס"ו-2005)).

החיפוש אחר ערכיה המכוננים של אומה נעשה מתוך הידרשות לתפישות הבסיס של בני החברה שלה, לרעיונות הדומיננטיים והעל-זמניים שבה, לאירועיה המכוננים, למסמכים בעלי משקל מיוחד, לחוקיה היסודיים, למורשתה ההיסטורית ולתודעה המעצבת את דמותה. איתורם של ערכים אלה נעשה, בלשונו של הנשיא ברק, "תוך התחשבות בערכי ובבסיסי, ותוך דחיית הארעי והחולף" (בג"ץ 7052/03 עדאלה הנ"ל, בעמ' 356). הערכים המכוננים מבטאים קונצנזוס בין-דורי רחב. הם מתגלים מפעם לפעם בתרחישים שונים שמזמנים לה חייה של האומה. הם נכתבים ומעודכנים

מעט לעת. כל אחת מרשויות השלטון שותפה, כפי חלקה ותפקידיה, לגילויים, כמו גם להשפעה על דמותם (והשוו לבג"ץ 5699/07 פלונית (א') נ' היועץ המשפטי לממשלה, בפסקה 47 לפסק-דין (טרם פורסם, 26.2.08)).

11. אלא שתפישה הנדרשת לקיומם של ערכים מכוננים מעוררת, כמו מאליה, שאלה בדבר תפקידם החוקתי. מה ביטוי מצוי לאלה במשפטנו, ומהו השלב בבחינה החוקתית בו הם נותנים את אותותיהם? על הדעת עולות שתי אפשרויות: האחת מגולמת ברעיון של חוקה מהותית (מטריאלית), בגדרה פועלים הערכים המכוננים את פעולתם משל היו נורמה חוקתית, אף אם אין הם מוצאים עיגון כתוב בהוראה על-חוקית. די, אפוא, בזיהום הנכון של אותם ערכים כדי להכיר במשקלם הנורמטיבי, העשוי להגביל את הכוח – אף זה שבידי המחוקק – לפגוע בהם. בדרך זו יכול הסיפור המכונן לשמש מקור נביעה עצמאי לערכים מוגנים. עם זאת, הואיל ועומק ההגנה ומאפייניה עשויים להיגזר מן העובדה כי אין מדובר בנורמות שעל ספר, אפשר שקשה יהיה ליישב רעיון זה עם שיטה משפטית, המיישמת בטלות כסעד מרכזי בביקורת השיפוטית על פעולת המחוקק (ראו והשוו ברק מדינה "חוקה כלכלית", הפרטה ומימון ציבורי: מתווה להגבלת חופש הפעולה בקביעת מדיניות כלכלית" ספר יצחק זמיר: על משפט, ממשל וחברה 583, 666 (יואב דותן ואריאל בנדור עורכים, 2005)).

האפשרות השנייה ממאנת להכיר בכוחו של הנרטיב המכונן כבסיס עצמאי ליצירתם של ערכים חוקתיים מוגנים, אך רואה מקום להידרש לו במלאכת פירושם של ערכים שמקורם במסמכים החוקתיים, לרבות גזירתם של ערכים שאינם מנויים בהם בלשון מפורשת. על תפקידם זה של ערכי היסוד בהתווית היקף תחולתן של זכויות הפרט כתב אהרן ברק, כי "זכויות האדם החוקתיות מתפרשות על רקע הטעמים המונחים ביסודן כפי שהם מובנים על רקע ערכיה הבסיסיים של המדינה, על רקע יסודות קיומה, ועל רקע העקרונות המונחים ביסוד הזכויות כולן" (אהרן ברק מידתיות במשפט: הפגיעה בזכות החוקתית והגבלותיה 70 (2010)). בד בבד, לערכי היסוד תפקיד חשוב בתחימתם של גבולות ההגנה על הערך המוגן (ראו בין השאר שם, בעמ' 432). על כן, לפי גישה זו, ערכים שהחוקה לא ביקשה, מפורשות או באורח נגזר, לפרוש עליהם את כנפיה לא יזכו למעמד חוקתי אפילו ברי כי הם חלק מערכיה המכוננים של האומה; אך אלה שכן – ימצאו בנרטיב המכונן גורם בעל תפקיד משמעותי הן בקביעתו של היקף תחולתם (מתוך פירוש "פנימי" של הערך החוקתי על רקע תכליתו), והן בקביעתו של היקף ההגנה עליהם.

סימנים להידרשות שיפוטית לגישות חלוקות אלו כבר ניכרים בפסיקתנו, ואוכל לשער כי הם ירבו ככל שהסוגיות החוקתיות שיונחו לפתחו של בית-המשפט ייעשו מורכבות יותר. ביטוי לדברים ניתן, כפי שכבר ציינתי, בפרשת בני הישיבות (בג"ץ 6427/02 התנועה לאיכות השלטון הנ"ל, בעמ' 727 (המישנה לנשיא חשין) ובעמ' 715 (הנשיא ברק)), ועוד קודם לכן בפרשת בנק המזרחי (ע"א 6821/93 הנ"ל, גישת השופט חשין, בעמ' 545). אך במיוחד ניכרו הדברים בפרשה בענין הקמתו של בית-סוהר פרטי בישראל (בג"ץ 2605/05 חטיבת זכויות האדם נ' שר האוצר (טרם פורסם, 19.11.09)). באותה פרשה הערתי כי "ניתן היה לטעון, כי הכרה בקיומם של ערכי יסוד של השיטה ככלי לביקורת מעין-חוקתית, אינה מתיישבת עם ההסדר החוקתי הפוזיטיבי, ולפיו מה שטרם נכלל בחוקי-היסוד כמוהו כביטוי לשלילתה של ההגנה החוקתית מאותם ערכים חסרים" (שם, בפסקה 19). דברים אלה מבקש אני לחדד עתה, במשקפיה של הפרשה שבפנינו.

דומה, כי מעטים הם החולקים על כך שברעיון החוקתי שלנו – בצד ההכרה ביתרונות העמוקים שבקיומו של המשטר שכבר כונן, טבועה התובנה כי המפעל החוקתי הישראלי טרם הושלם וכי הכנסת, כרשות מכוננת, מוסיפה ואוחזת בכוח לפתחו, ובתוך כך בכוח להעמיק את ההכרה החוקתית בערכי יסוד הראויים לכך. וכפי שנכתב באחד המקומות: "המטרה הייתה מראש להסדר חלקי אשר יושלם בעתיד. כל עוד אפשרות זו פתוחה היא, יש להמתין להשלמת החסר על ידי הרשות המכוננת עצמה" (אהרן ברק, שופט בחברה דמוקרטית 227 (2004)). מותר אפוא לתהות מה צורך יש בהמשך פיתוחו של מפעל זה, אם ממילא פרושים כל תוצריו בפנינו כשהם מוכנים לשימוש, בזכותה של תפישה המכירה בכוחם של "ערכי יסוד של השיטה" לכונן, כמו מעפר, ערכים חוקתיים חדשים. היגיון מצוי דווקא במסקנה, אשר משתלבת במסורת החוקתית שלנו, כי בעוד שערכיה המכוננים של ישראל אינם יכולים להצמיח ערכים מוגנים עצמאיים, הרי שמשקלם ניכר בפירושם של ערכים חוקתיים – מנויים או נגזרים – לאור תכליתם, ובקביעתו של היקף ההגנה הראויה לאותם ערכים. זו אף הייתה, כדומה, המסקנה בה חתמה חברתי, השופטת מ' נאור, את פסק-דינה בפרשת בית-הסוהר, בכותבה כי "לעת הזו די לטעמי בשימוש באמנה החברתית ככלי לפרשנות הזכויות החוקתיות המעוגנות בחוקי היסוד" (בג"ץ 2605/05 חטיבת זכויות האדם הנ"ל, בפסקה 29 לפסק-דינה. ההדגשה במקור).

12. במובנים אלה, המנגנון החוקתי הוא אמצעי חשוב מאין כמותו להבטחת קיומם של ערכים מכוננים של האומה, ודרך להשיב אל התלם שינוי חקיקתי שאינו עולה עמם בקנה אחד. זהו מתפקידיו הבולטים של הרעיון החוקתי. קיומה של מסגרת נורמטיבית

על-חוקית היא מבין הכלים המקנים לשיטה המשפטית כוח להגן על האומה מפני שינויים קיצוניים בנרטיב המכונן, המאיימים לפרק את רצף אבני-הבנין מהן מורכב סיפורה. השיח החוקתי מגן על בני המיעוט מפני שינוי שכזה, המתקבל בהכרעת רוב. לעתים, ענינו אף בהגנה על זכויותיהם של בני הרוב מפני עצמם (בג"ץ 6427/02 התנועה לאיכות השלטון הנ"ל, בעמ' 719-720 (הנשיא ברק)). גם על כך כתב וינטל:

"תפקידו המרכזי של המנגנון החוקתי בחברה דמוקרטית [ת] הוא ליצור פלטפורמה דמוקרטית המאפשרת לכל דור לכתוב את הפרק החדש והמיוחד שלו בהיסטוריה של האומה, אך בד בבד להגן על החברה מפני 'שינויים מהפכניים' ב'נרטיב המכונן' של האומה... כפייה של 'שינויים מהפכניים' ב'נרטיב המכונן', בהכרעת רוב, מערערת את חוסנה של הקהילה הפוליטית וטומנת בחובה פוטנציאל לפגיעה ממשית באינטרסים הבסיסיים של הפרטים בחברה, באופן המצדיק את התערבות המנגנון החוקתי" (וינטל לעיל, בעמ' 17).

המנגנונים המשפטיים מסייעים, אפוא, בקיום ערכים יסודיים של האומה (ככל שענינם של אלה מתעורר בגדרה של סוגיה משפטית). הם תורמים לזיהויה של פגיעה באותם ערכים, בעקבות שינוי הקם ומתרגש על החברה. ביכולתם להתריע מפניה. הם מנסים לעזור בתיקונה. בכוחם להגן, לא אחת, על המסגרת הנורמטיבית מפני שינויים אשר יאפשרו פגיעה שכזו. אכן, "למשפט נועד תפקיד חשוב בקיום יסודותיה של החברה הישראלית ובשיח הפנימי בתוכה" (רובינשטיין, נתיבי ממשל ומשפט לעיל, בעמ' 294). אך כוח זה אינו בלתי-מוגבל, ועל כך עמד פרופסור גואלטירו פרוקצ'יה:

"...יש משום סכנה, שנסיגה אידיאולוגית בחברה תלווה בנסיגה אידיאולוגית של ערכי-היסוד המשפטיים. נגד סכנה זו אין לשיטה המשפטית הגנה. השיטה המשפטית כולה היא בבואה של החברה, ואם החברה משתנית, ממילא משתנית השיטה המשפטית, לטוב או לרע. אין בכוחם של ערכי-היסוד [המשפטיים] לעצור את הידרדרות החברה. לא לשם כך הם נוצרו. רק הכוחות הפנימיים של החברה יכולים למנוע את הידרדרותה. רק עמידה מתמשכת ובלתי-מתפשרת על ערכי המוסר הנצחיים של האנושות יכולה למנוע את הידרדרות החברה. חירות, שוויון, צדק הם מושגי-יסוד הקודמים לשיטה המשפטית וקיימים מעל ומעבר לה. כל עוד קיימים ערכים מוסריים אלה בלבבות בני-אדם, הם ימנעו את הידרדרות החברה אך אם אלה אינם קיימים, אין בכוחם של חוקה, חוקים ובתי-משפט להצילם" (גואלטירו פרוקצ'יה "הערות בדבר שינוי תוכנים של ערכי-היסוד במשפט" עיוני משפט טו 377, 382 (תש"ן)).

הנרטיב הישראלי – "מדינה יהודית ודמוקרטית"

13. ביטוי מזוקק לנרטיב המכונן של ישראל מספק צירוף המלים המשולש "מדינה יהודית ודמוקרטית", הקבוע כאבן הראשה במשפטנו החוקתי. הכרזת העצמאות, ממנה הבאתי בראשית הדברים, מרחיבה בקווי דמותה של התשתית המכוננת לאומה הישראלית. על אותה הכרזה כתב חיים כהן כי היא "הועלתה לדרגת ה'אני מאמין' של המדינה, כלומר לערך שאין עליון ממנו". ערכיה הם "ערכים אשר האבות המייסדים הבטיחו להשתית עליהם את המדינה. לא רק המשפט והחקיקה הושתתו על יסודות אלה, כי אם המדינה כולה, על ממשלתה ורשויותיה וצבאותיה" (חיים כהן "ערכיה של מדינה יהודית ודמוקרטית" מבחר כתבים 45, 51-52 (2001)). לא בכדי נפתחים שני חוקי-היסוד המרכיבים יחד את מגילת הזכויות הכתובה בישראל בהוראות אלו:

1. עקרונות יסוד
זכויות היסוד של האדם בישראל
מושתתות על ההכרה בערך האדם,
בקדושת חייו ובהיותו בן-חורין, והן
יכובדו ברוח העקרונות שבהכרזה על
הקמת מדינת ישראל.

1א. מטרה
חוק-יסוד זה, מטרתו להגן על כבוד
האדם וחירותו, כדי לעגן בחוק-יסוד
את ערכיה של מדינת ישראל כמדינה
יהודית ודמוקרטית.

באותן הוראות טמון לא רק כוח הצהרתי ניכר, כי אם גם – כפי שכבר ציינתי, בסיס פרשני שמשמעותו תרגומו של צירוף המלים "מדינה יהודית ודמוקרטית" לחיי המעשה. צירוף מלים זה קונה לו ביטוי עוד מתוך שהוא נכלל בפסקת ההגבלה שבחוקי היסוד, בה הוא קבוע כתנאי סף לפגיעה בזכויות מוגנות של הפרט, ובסעיף 7א לחוק יסוד: הכנסת, שיש הרואים בו – ולהשקפתי במידה רבה של תבונה – הוראה המבטיחה את המנגנון החוקתי מפני שינוי שאינו עולה בקנה אחד עם הנרטיב המכונן (וינטל לעיל, בעמ' 25).

14. יציקתו של תוכן ממשי לרעיון בדבר "מדינה יהודית ודמוקרטית" אינה מלאכה פשוטה, ויעידו על כך הכתיבה הענפה, המשפטית והאחרת, שביקשה לעשות כן ורוב המלל החשוב שהועתר על אותו ביטוי. כל אחד מן המונחים – "מדינה", "יהודית", ו"דמוקרטית", מאחסן תחת קורתו שורה ארוכה של ערכים מכוננים שהם מאושיותיו. "כל אחד מהם הוא ים שאין לו סוף" (חיים כהן לעיל, בעמ' 47). לעתים אף סותרים אותם מונחים האחד את השני ומתחרים זה בזה פנימה.

מבלי למצות אומר, כי ביסוד כינונה של המסגרת המדינית מצוי צורך להבטיח את שלומם של אזרחי המדינה ואת ביטחונם. מדינות רבות קמו עוד מתוך רצונה של קבוצת הלאום שכוננה אותן לממש את זכותן להגדרה עצמית.

המושג יהודית מתייחס באורח קונקרטי לזכותו של העם היהודי להגדרה עצמית, כמו גם ליכולתו להגן על עצמו מפני הקמים עליו מן החוץ. ישראל היא, מבחינה זו, "דמוקרטיה ייעודית" (שלמה אבינרי, ליאב אורגד ואמנון רובינשטיין [התמודדות עם הגירה גלובלית: מתווה למדיניות הגירה לישראל](#) (נייר עמדה מאת מרכז מציל"ה, רות גביזון עורכת) 23 (2009)). תפישות יסוד של ציונות, היסטוריה, תרבות, מסורת ישראל ולשון עברית, כמו גם רוב יהודי מקרב אוכלוסיית המדינה, הם רק חלק ממגוון החלקים המרכיבים את הצלע היהודית. "זהותו של העם היהודי פנים רבות לה, [והן] מן הביטויים החשובים לרוחו של העם, למורשתו ולתרבותו" (בג"צ 6427/02 [והן] מן הביטויים החשובים לרוחו של העם, למורשתו ולתרבותו" (בג"צ 61; רות גביזון, במבוא לספרו של חיים כהן להיות יהודי 24 (2006); ברק, מידתיות במשפט לעיל, בעמ' 309). על חלק מאותם ביטויים עמד גם פרופסור שלמה אבינרי:

"אפשר להבין את המימד היהודי של מדינת ישראל במובן של סולידריות. לכך ישנן כמה נגזרות, אחדות מהן סמליות ואחדות מהן סמליות אך גם ממשיות יותר מסמל. דגל המדינה הוא דגל שיש לו משמעות יהודית. סמל המדינה הוא סמל שיש לו משמעות יהודית. המנון המדינה מדבר על נפש יהודי הומייה. חגי המדינה הרשמיים הם חגייה של המסורת היהודית. אלה הם סמלים יהודיים. כך צריך שיהיה, ואין בכך כל פגיעה בדמוקרטיה של המדינה". (מדינת ישראל כמדינה יהודית ודמוקרטית: רב שיח ומקורות נלווים 38 (רון מרגולין, עורך; הקונגרס העולמי השנים-עשר למדעי היהדות, תשנ"ז) (תשנ"ט)).

כמסגרת דמוקרטית, מחויבת המדינה לתפישה מהותית של חירות ושל שוויון, לקיום זכויות יסוד של הפרט ובכלל זה של בני קבוצות המיעוט, ולמנגנונים פתוחים ונגישים של שיח ושל הכרעה. "אין בקרבנו מחלוקת כי מדינת ישראל היא לא רק דמוקרטיה פורמאלית, המסתפקת בבחירת מוסדות יציגים, ובראשם הרשות המחוקקת והרשות המבצעת, מדי שנים אחדות. מדינת ישראל היא דמוקרטיה מהותית, שבה כל המוסדות היציגים מונחים על-ידי ערכי יסוד, ובמרכזם כבוד האדם וחירותו, במטרה לשרת את האדם באשר הוא אדם. מתוך תפיסה זאת של הדמוקרטיה פעל בית-המשפט כדי לקבוע את זכויות היסוד של האדם, לפתח אותן ולהגן עליהן מפני פגיעה על-ידי מוסדות אחרים" – דברי השופט י' זמיר בבג"ץ 164/97 קונטרס בע"מ נ' משרד האוצר,

פ"ד נב(1) 289, 340 (1998). "עולמה של הדמוקרטיה הוא עשיר ורב-פנים", כתב באחרונה אהרן ברק. "היא מבוססת הן על מרכזיות של העם המיוצג על ידי נבחריו הפוליטיים והן על מרכזיותם של ערכים, בהם זכויות אדם וערכי אנוש וחברה" (מידתיות במשפט לעיל, בעמ' 303). "מדינת ישראל היא מדינה 'יהודית ודמוקרטית'", הוסיף וכתב השופט מ' חשין, "ובהיותה מה שהיא חובה היא המוטלת עליה לכבד את המיעוט שבה" (רע"א 12/99 מרעי נ' סאבק, פ"ד נג(2) 128, 142 (1999)). "חובה זו – של שוויון בין כלל אזרחיה של מדינת ישראל – ערכים ויהודים כאחד – מהווה יסוד מיסודותיה של היות מדינת ישראל מדינה יהודית ודמוקרטית" – דברי הנשיא ברק בבג"ץ 11163/03 ועדת המעקב העליונה לענייני הערבים בישראל נ' ראש ממשלת ישראל, בפסקה 14 (טרם פורסם, 27.2.06). על היותה של ההגנה על כבוד האדם, ובכלל זה של בני המיעוט, מערכיה המכוננים של השיטה הדמוקרטית ועל כן מרכיב מהותי בהגדרתה העצמית, שב ועמד וינטל:

"כל דמוקרטיה מכילה בצופן הגנטי שלה את גן המחויבות לכבוד האדם ב'מובן הצר' ובאותו אופן 'הנרטיב המכונן' של כל אומה דמוקרטית מזמין הכרה במחויבות זו כ'ערך מכונן', שכן בהעדר מחויבות בסיסית להגנה על גרעין צר זה, האומה תסבול מדיסוננס חברתי חריף ומניכור לזהותה הדמוקרטית האמיתית שהיא יסוד מרכזי בהגדרה העצמית שלה.

...

הסטנדרט לבחינת הלגיטימיות של הסדר החוקתי הקיים מציב כתנאי כי התוצאה של הליכי ההגדרה העצמית היא ייסודה של מסגרת מדינית דמוקרטית המכבדת זכויות אדם, שתוכן הסדריה משקף בקירוב את ההסדרים שהיו מתקבלים במסגרת האמנה החברתית בין רוב ומיעוט" (וינטל לעיל, בעמ' 24 ו-122).

15. הנה כי כן, בצירוף "מדינה יהודית ודמוקרטית" מצוי מפתח להגדרתה העצמית של ישראל. עיקר הוא בהגדרתה גם בידי המתבונן מן החוץ. בו טבוע פשר כינונה של המדינה, על צביונה המיוחד. הוא המקור לתביעתה, המוצדקת, להכרה בין-לאומית. הוא העומד ביסוד תחושתם של הישראלים כי זוהי מדינה שראוי לקיימה וכדאי להימנות עם אזרחיה. הוא המספק יסוד למסקנה כי ניתן לעשות כן, חרף סתירות ומתחים פנימיים שקיומם הוא, לעתים, ניכר. על כך עמדה פרופטור דפנה ברק-ארז:

"[T]he tension between 'Jewish' and 'democratic' can be reconciled. Israel can be a home for the Jewish nation and a medium for the flourishing of Jewish culture without infringing the full equality of its Arab citizens" (Daphne Barak-Erez, *Israel: Citizenship and Immigration law in the vise of*

הקריאה לשוויון זכויות אינה מנסרת, אמנם, בחלל ריק. גם בשעה שבה הונחו על שולחננו עתירות אלו, לא ניתן היה שלא לשמוע את קולותיהם של רבים, לא רק בעולם כי אם גם בישראל פנימה, הממאנים להכיר בהגדרתה של המדינה – יהודית ודמוקרטית. כך, למשל, מדד יחסי ערבים-יהודים, ששב ועורך פרופסור סמי טמוחה מאוניברסיטת חיפה ופורסם לאחרונה בשנת 2009, גילה כי רק 41 אחוזים מקרב הערבים בישראל סבורים כי ראוי להשלים עם היותה של מדינת ישראל מדינה יהודית ודמוקרטית. פחות מ-54 אחוזים מן הציבור הערבי בישראל הכירו בזכותה של מדינת ישראל להתקיים בכלל. למעלה מ-40 אחוזים סברו כי שואת היהודים לא התרחשה מעולם (מדד יחסי ערבים-יהודים בישראל לשנת 2008), הוצג בכנס מדד 2008, אוניברסיטת חיפה, כ"ד באייר התשס"ט (18.5.2009)). על-פי המחקר, אלה הם פירותיה של הקצנה ניכרת בקרב הציבור הערבי, שאותותיה ניכרים בפרט בשנים האחרונות. מן העבר האחר, הוצג ביום עיון מטעם בית-הספר לחינוך של אוניברסיטת תל-אביב והמרכז הישראלי להעצמת האזרח (11.3.10) סקר, שערך פרופסור יצחק כ"ץ בקרב תלמידי תיכון וגילה כי כ-50 אחוזים מן התלמידים היהודים היו בדעה כי הערבים אזרחי ישראל אינם זכאים לשוויון זכויות, ושיעור גדול אף יותר סבר כי אין לאפשר לערבים להיבחר לכנסת. אל מול תמונה עגומה זו שבים ועולים לנגד עיני דברים שכתבה ועדת החקירה הממלכתית לאירועים שהתרחשו בסתיו התש"ס (אוקטובר 2000), בראשותו של השופט ת' אור:

"יש לחתור ולפעול כדי להבטיח חיים ביחד בשלום של יהודים וערבים בארץ הזאת. חיי השכנות של יהודים וערבים מהווים עובדה קיומית, המותירה לצדדים רק אפשרות מעשית אחת, והיא קיום יחדיו מתוך כבוד הדדי. כל שאר האפשרויות הן מרשמים להגברת מתחים, להתגברות המצוקות ולהתערעורת הסדר. קיום יחדיו אינו מושג בנקל. הוא מציג תביעות שאינן קלות לשני הצדדים. הוא מחייב להקשיב לזולת, להבין את רגישויותיו ולכבד את זכויותיו הבסיסיות. על האזרחים הערבים לזכור, כי ישראל מהווה את התגשמות כיסופיו של העם היהודי למדינה משלו, מדינה יחידה שבה היהודים הם הרוב, מדינה שקיבוץ הגלויות הוא אחד מעיקריה – וכי זו תמצית הווייתה של המדינה בעבור אזרחיה היהודים. יהדותה של המדינה היא נתון קונסטטוציוני הבא לכלל ביטוי, בין השאר, גם במרכזיות של מורשת ישראל ושל הלשון העברית בחייה הציבוריים. על הרוב היהודי לזכור, כי המדינה אינה רק יהודית אלא גם דמוקרטית, כי – כפי שנאמר לעיל – השוויון הוא אחד הנדבכים המרכזיים במבנה החוקתי

של המדינה, וכי איסור ההפליה חל על כלל אזרחיה" (ועדת החקירה הממלכתית לבירור ההתנגשויות בין כוחות הביטחון לבין אזרחים ישראלים באוקטובר 2000 כרך ב 779 (התשס"ג-2003)).

16. אמת, מתח שאינו נסתר מן העין טבוע ביחס שבין כל אחד מהיבטיה של מדינת ישראל לבין משנהו, ובין היסודות המרכיבים כל אחד מהם כשלעצמו (אריאל רוזן-צבי "מדינה יהודית ודמוקרטית": אבהות רוחנית, ניכור וסימביוזה" עיוני משפט יט 479, 482 (1995)). מלאכת יישובם של הערכים המכוננים לכלל סיפור קוהרנטי אחד, נדמית לעתים כניסיון לרבע את המשולש שמושגים אלה – "מדינה", "יהודית" ו"דמוקרטית", בקודקודיו. אך מכך אין מנוס. הקונפליקטים המתעוררים, כמו המאמצים ליישבם, הם חלק בלתי נפרד מן הסיפור הישראלי. "האידיאל של מדינה יהודית ודמוקרטית, במובנים מסוימים של מושגים אלה ובהסדרים פרטניים מסוימים, הוא אפשרי, עקרונית ומעשית, וניתן אף להעניק לו הצדקה מוסרית" (רות גביזון ישראל כמדינה יהודית ודמוקרטית: מתחים וסיכויים 21 (1999)). "תכלית דו-ערכית זו – מדינה יהודית ודמוקרטית – חד היא, ובא זה ולימד על זה, ובא זה ומשלים את זה, והיו לאחדים בדינו" – לשונו היפה של המשנה לנשיא, השופט מ' אלון – "מעשה, יתפרשו המונחים-ערכים כבוד האדם וחירותו כבאים להגשים תכלית דו-ערכית זו" (ע"א 294/91 חברה קדישא גחש"א "קהילת ירושלים" נ' קסטנבאום, פ"ד מו(2) 464, 511 (1992). ראו גם ברק, מידתיות במשפט לעיל, בעמ' 310. לגישה חולקת ראו Peled, *Supra*, at p. 605. עוד ראו סמי סמוחה "מדינה יהודית ודמוקרטית" משפט וממשל י 13, 19 (2006)).

17. מתח זה וההכרח ליישבו משמיצים, כמו מאליהם, מסקנה בדבר היקף ההגנה לה זוכה כל אחד מערכי היסוד של חברתנו. אף אם כל אחד מערכים אלה, כשלעצמו, ניתן לתיאור כערך מוחלט ושלם (מבחינת היקף התחולה), לא כן היא מידת השתרעותו (מבחינת היקף ההגנה לה הוא זוכה) במרחב אותו הוא חולק עם ערכים אחרים. הנוסחה הכה מורכבת, לתוכה נדחסים בצוותא ערכיה של מדינה יהודית ודמוקרטית, אינה יכולה להתיר לאיזה מבין הערכים המעורבים להתרווח מלוא כל הארץ או לנהוג משל התקיים בחלל הריק. הגנה אבסולוטית על ערך אחד מאיימת לפרק את המשוואה כולה. איוון הולם וראוי, מנגד, מגדיל את תוחלת הצלחתה. אמת, "כל אחד ממרכיבי המשוואה זקוק למרכיב האחר כדי לבסס את מעמדו" (רוזן-צבי לעיל, בעמ' 492). "כדי להבטיח את אופיה היהודי של המדינה, הגשמת חלום הדורות של העם היהודי לבית ליהודים המבקשים לבוא אליו", כתב אליקים רובינשטיין, "יש להיאבק באופן פעיל, ללא לאות, על שוויון למיעוטים הלא-יהודים בישראל. כך, באותה מידה שמבטנו

יישיר אליהם באומרנו כי המדינה תישאר יהודית, אנו נעשה לשוויוניות, על מנת שהמדינה היהודית תהיה דמוקרטית לכל תגיה – נאה דורשת ונאה מקיימת – באותו תוקף מוסרי והיסטורי" (נתיבי ממשל ומשפט לעיל, בעמ' 286). יסוד זה של איזון משמש, אפוא, גם הוא ערך מכונן בשיטתנו. סיפורה של המדינה היהודית והדמוקרטית הוא סיפור עדין ומורכב של איזון בין מרכיבי השונים, וכשם שאין הוא הולם ויתור מוחלט על אחת מצלעותיו של מבנה זה או על איזה מבין המקטעים מהם הן עשויות, כך אין הוא יכול להשלים עם ביטוי מוחלט וחובק-כל של אחד מאלה. לכך נמצא ביטוי בדברי חברתי, השופטת א' פרוקצ'יה, עת הונח החוק לפתחנו בפעם הקודמת:

"האיזון מחייב יחסיות. הוא אינו יכול להיות מושג בערכים מוחלטים. הוא בנוי על מבחן הסתברותי השולל הנחות מוחלטות" (בג"ץ 7052/03 עטאלה הנ"ל, בעמ' 496).

ובענין אחר הוסיף הנשיא ברק:

"עושים אנו ככל יכולתנו לאזן כראוי בין זכויות האדם לבין [ה]ביטחון. באיזון זה, זכויות האדם אינן יכולות לקבל את מלוא ההגנה, כאילו אין טרור, וביטחון המדינה אינו יכול לקבל את מלוא ההגנה, כאילו אין זכויות אדם. נדרש איזון עדין ורגיש. זהו מחיר הדמוקרטיה. זהו מחיר יקר, אשר כדאי לשלמו. הוא מחזק את כוחה של המדינה. הוא נותן טעם למאבקה" (בג"ץ 7015/02 עג'ורי נ' מפקד כוחות צה"ל בגדה המערבית, פ"ד נו(6) 352, 383 (2002)).

המסקנה המתבקשת היא, כי אף אם לא-אחת עשוי ערך מרכזי בשיטתנו המשפטית למצוא עצמו ושולֵי אדרתו חורגים מתחומיו של המארג המכונן הישראלי, הרי שעיקרו של אותו ערך, הגרעין סביבו מרוכזים ביטויי המוצקים ביותר, מקומו לא ייפקד מן הסיפור המכונן שלנו. פגיעה בגרעין זה לא תוכל שלא להפר את האיזון העדין עליו מייסדת עצמה המשוואה הישראלית. גריעה מן המצוי בלבת הערך המכונן, לא תוכל לדור בשלום עם עיקריה של שיטתנו. התנערות מן היסודי והמובהק לא תוכל להלום "מדינה יהודית ודמוקרטית". על מהותו הגרעינית של אחד מערכי לְבַה אלה, הוא עקרון השוויון, עמד יצחק זמיר. "הפרה של עקרון השוויון במובן הצר – המתייחס לעילות השוויון הקלאסיות כמו דת, גזע, לאום או מין", הוא כתב, "נחשבת חמורה במיוחד" (יצחק זמיר "שוויון זכויות כלפי ערבים בישראל" משפט וממשל ט 11, 19 (2005)).

18. הנרטיב הישראלי משמיענו את הצורך ביישוב הולם בין ערכים, אך אין הוא עוסק באופן בו על הדבר להיעשות. בכך אין תימה, שהרי דרך היישוב והאורח בו משורטטים לכל ערך גבולות הגנתו, מותנים בנסיבות הענין, כמו גם במלכוש אותו עוטה כל אחד מן הערכים במצב דברים נתון. הערכים המכוננים עשויים ללבוש צורות שונות. הם עשויים להתגלות בדרכים מגוונות. ההגנה על החיים, למשל, אפשר שתתגלה כאינטרס ציבורי רב חשיבות במקרה אחד, וכזכות יסוד של הפרט במקרה אחר. אל מולה עשוי להתייצב ערך מתחרה מסוג אינטרס או מסוג זכות, ואולי מסוג אחר, הכל על-פי הנסיבות. המשוואה והאופן בו מוצבים בה הערכים המתחרים תהא, אפוא, שונה בין מקרה למקרה. על כן פיתחה התפישה המשפטית מנגנונים שונים להכרעה בין ערכים מתחרים, על-פי טיבם ועל-פי טיב התחרות ביניהם (ראו, בין השאר, בג"ץ 1514/01 גור אריה נ' הרשות השנייה לטלוויזיה ולרדיו, פ"ד נה(4) 267, 284 (השופט דורנר) (2001); אהרן ברק פרשנות במשפט ג 216 (1994). אך ראו גם Iddo Porat, *The*; JOSEPH RAZ, PRACTICAL REASONS AND NORMS 35-39 (1999) *Dual Model of Balancing*, 27 CARDOZO LAW REVIEW 1393, 1402; 1411; 1447 (2006)). למגוון הנוסחאות, עת נעשית ההכרעה בדרך של איזון, התייחס כבר לפני מחצית היובל, השופט ברק:

”רב-הגוניות של המצבים האפשריים, מחייבת רב-גוניות בנקודות האיזון. אין לנקוט באמת מידה אחת ויחידה, שיהא בה כדי לפתור את כל הבעיות. הטעם לכך הוא, שהאינטרסים המתנגשים אינם תמיד בני אותה רמה נורמטיבית, והבעייתיות שבהתנגשות היא מסוגים שונים” (בג"ץ 153/83 לוי נ' מפקד המחוז הדרומי של משטרת ישראל, פ"ד לח(2) 393, 401 (1984)).

באיזון בין ערך מכונן, הנגלה בדמותו של אינטרס ציבורי חשוב, לבין זה הנושא את דמותה של זכות חוקתית של הפרט, מדברת – כך במשפטנו – פסקת ההגבלה שבחוקי היסוד. תחרות בין ערכים אלה מיושבת לאורו של העקרון המתיר פגיעה בזכות אך לשם הגשמתו של אינטרס ציבורי הולם, ובלבד שאין מידת הפגיעה עולה על הנדרש. ובלשונה של השופטת דורנר: ”מבחן הפגיעה הפחותה ונוסחות האיזון משקפים את המחיר הציבורי שחברה דמוקרטית מוכנה לשלם לשם הגנה על זכויות האדם” (בג"ץ 1514/01 גור אריה הנ"ל, בעמ' 284). הכרעה בין ערכים מתחרים מן הסוג האמור, העומדת בסתירה לרעיון התכלית הראויה והמידתיות, אינה מתיישבת עם הנרטיב המכונן. על המנגנון החוקתי מוטל לתקן את הדבר.

19. במאמציו לברר אם פגיעה בערך חוקתי מוגן היא הולמת, פורש המנגנון החוקתי של פסקת ההגבלה מערך הירארכי, שצורתו כעין משפך:

[בחוק], ההולם את ערכיה של מדינת ישראל, שנועד לתכלית ראויה, ובמידה שאינה עולה על הנדרש.

מבנה מדורג זה עשוי מסננות נורמטיביות, ההופכות דקות וצפופות ככל שמוסיפים לצעוד במורד הנתביב שמשרטטת פסקת ההגבלה. הבחינה נעה מן הכבד אל הקל יותר. ככל שהסטייה מן הסדר החוקתי היא גסה יותר, כך תעלה הנורמה הנבחנת מוקדם יותר ברשת הסינון החוקתית. פגיעות ששאלת חוקתיותן היא מורכבת יותר יידרשו להעמיק את מסען במסלולה של פסקת ההגבלה. כל אחת מתחנות הבדיקה לאורכו של מסלול זה, אפילו נדרשים בה לפרמטרים דומים (למשל, לתכליתו של החוק הפוגע או לאמצעים בהם עושה הוא שימוש) תחומה היטב בגבולות שמתווים לה מטרתה הייחודית והשאלה עליה היא מבקשת לענות.

יתרונו של מבנה זה – שאת פעולתו אדגים להלן, מצוי באיתות שהוא משגר, הן למחוקק והן לבית-המשפט, בדבר עומקה של הפגיעה בסדר החוקתי, ובאינדיקציה שהוא מספק באשר לאופן ההתמודדות הראוי עם פגיעה זו. למחוקק, מאפשר איתור "מיקומה הגיאוגרפי" של הפגיעה הבנה טובה יותר בדבר מהות השינוי שעליו להכניס בחוק, על מנת שלהבא יצלח את הבדיקה. לבית-המשפט מסייע הדבר בבחירת הסעד החוקתי ההולם, הואיל וככל שהפגיעה בסדר הנורמטיבי חמורה יותר, כך יהא הסעד השיפוטי באמצעותו מגנים על הזכות הנפגעת, נחרץ ומידי יותר.

"בחוק" ("או לפי חוק")

20. דרגת הסינון הראשונה שבפסקת ההגבלה נדרשת לעקרון החוקיות, המשמיע כי על הנורמה הנבחנת – יהיו אלה דבר חקיקה, תקנה, או הלכה פרי המשפט המקובל (ברק, פרשנות במשפט לעיל, בעמ' 507), לקרום עור וגידים בסמכות (ע"א 294/91 קסטנבאום הנ"ל, בעמ' 524), ולמלא אחר תנאים חיוניים נוספים ובהם עמידה בדרישות-הלכה של הליך תקין (בג"ץ 4885/03 ארגון מגדלי העופות בישראל נ' ממשלת ישראל, פ"ד נט(2) 14, 42 (חברתי, השופטת ביניש) (2004)); לפומביות – קרי להיותה של הנורמה ידועה ברבים ונגישה (רע"פ 1127/93 מדינת ישראל נ' קליין, פ"ד מח(3) 485, 514 (1994)); ולתחולתה על ציבור לא מסוים של אנשים ומקרים (ע"פ 213/56

היועץ המשפטי לממשלה נ' אלכסנדרוביץ, פ"ד יא(2) 695, 701 (1957)). סטייה מעקרון החוקיות עומדת בניגוד כה חמור לסדר החוקתי, עד כי מתייחר הצורך לעמוד על תוכנה של הנורמה הנבדקת, ואפילו היה זה נטול רכב. נורמה שאינה עומדת בעקרון החוקיות תיפול על נקלה ברשת החוקתית, ותנופה כבר לראשיתה של הבחינה. בדרישה זו של חוקיות אין צורך להוסיף ולדבר עתה, הואיל ולא הונחה בפנינו טענה כי היא לא התקיימה כל צורכה בענין בו אנו עוסקים.

"ההולם את ערכיה של מדינת ישראל"

21. צליחתו של המכשול הראשון מעידה על חוק כי הוא ראוי לבחינה לגופו. אף זו נעשית באורח מדורג ועניינה, תחילה, בשאלת התאמתו של החוק לערכיה של מדינה יהודית ודמוקרטית. חוק שאינו עולה בקנה אחד עם הנרטיב הישראלי, ככל שהדבר נוגע לזכות היסוד המוגנת, לא יוכל לעמוד. פגיעתו תהא אז ניכרת במידה כזו, שהסדר החוקתי יתייצב לחסום אותה כבר בשלב מוקדם יחסית של הבדיקה, ועוד בטרם תינתן הדעת לשאלה כלום תכליתו הקונקרטית של החוק הנבדק, או האמצעים בהם הוא עושה שימוש, הם ראויים. בפסיקה מקובל להתייחס לדרישה בדבר ערכי המדינה כמבחן של תכלית ברמת הפשטה גבוהה, וענינו בשאלה כלום מקדם החוק, על-פי מטרתו, את ערכי היסוד של ישראל, כפי שהם נגזרים מן הצורך להגן על הזכות החוקתית. הנשיא ברק כינה זאת "תכליתו הכללית" של החוק, להבדיל מן התכלית הקונקרטית, הנבדקת בשלב מאוחר יותר. "תכליתה של חקיקה הפוגעת בזכויות אדם", כתב, "כוללת תכליות כלליות ותכליות ספציפיות. התכליות הכלליות הן ערכיה של מדינת ישראל כמדינה יהודית ודמוקרטית. התכליות הספציפיות הן 'התכלית הראויה' שבפיסקת ההגבלה" (בג"ץ 5016/96 חורב נ' שר התחבורה, פ"ד נא(4) 1, 43 (1997)).

אך מובן הוא, הן בהקשר הכללי והן בזה הקונקרטי, כי בתכלית במשמעותה הרחבה אנו מדברים, היינו, בכל המרכיבים המקנים לחוק את משקלו הסגולי. עם אלה נמנים לא רק מטרתו של החוק, כי אם גם האמצעים שהוא נוקט והפועל היוצא שלו. מדגימים זאת דברים שכתב הנשיא ברק בפרשת בני הישיבות, ובהם הוא כלל את האמצעים שנקט החוק, המסדיר פטור מגיוס, כמרכיב בבחינת תכליתו: "[אחת מתכליות החוק] הינה להביא לפתרון הדרגתי של הקשיים שהיו קיימים בהסדר דחיית השירות של תלמידי ישיבות, וזאת בדרך הדרגתית ובזהירות, ועל יסוד הסכמה רחבה וללא כפייה" (בג"ץ 6427/02 התנועה לאיכות השלטון הנ"ל, בעמ' 701. ההדגשות הוספו).

חוק שאינו עולה בקנה אחד עם ערכיה של מדינה יהודית ודמוקרטית הוא אמנם חוק שניתן בסמכות, אך הוא לוקה בפגם חמור שאינו מאפשר לו לדור בצל קורתה של שיטתנו המשפטית. פגיעתו של חוק כזה במושכלות היסוד שלנו היא קשה, וכמוהו כעצם זר שלא ניתן להשלים עם קיומו. הוא ייעצר בתחנת הביניים השנייה, לא הרחק מן הנקודה בה החל במסע הבדיקה החוקתית.

"שנועד לתכלית ראויה"

22. חוק שאינו הולם את ערכיה של מדינת ישראל לא יוכל לקיים את מבחנה הבא של פסקת ההגבלה, הוא מבחן התכלית הראויה (אף כי מכך אין משתמע, כמובן, כי דבר חקיקה שאינו סותר את ערכי המדינה, בהכרח יהא לתכלית ראויה). בשלב שלישי אנו נדרשים, אפוא, למטרתו הפרטנית של החוק. ההתחקות היא אחר תכליתו המשולבת – זו המתפרשת על-רקע מכלול הנסיבות, תנאי הסביבה הנורמטיבית והזמן בו נערכת הביקורת החוקתית, וזו המבטאת את כוונתו "ההיסטורית" של המחוקק (ע"א 975/97 המועצה המקומית עילבון נ' מקורות חברת מים, פ"ד נד(2) 433, 442 (2003); בר"מ 4832/07 רכבת ישראל בע"מ נ' מנהל הארנונה – מועצה אזורית דרום השרון, בפסקה העשירית לפסק-דינו של השופט ע' פוגלמן (טרם פורסם, 22.2.10); ברק, מידתיות במשפט לעיל, בעמ' 367)). על יסוד התכלית הראויה כתבה חברתי, השופטת פרוקצ'יה: "חקיקה שנועדה להגשים יעדים חברתיים חשובים, אשר הגשמתם עולה בקנה אחד עם אופייה של החברה כחברה המגנה על זכויות אדם, היא חקיקה שנועדה לתכלית ראויה" (בג"ץ 4264/02 שותפות המגדלים אעבלין נ' המועצה המקומית אעבלין, בפסקה 21 לפסק-דינה (טרם פורסם, 12.12.06)).

שלוש משוכות, בזו אחר זו, נדרש חוק לצלוח כדי שמטרתו הקונקרטית תיחשב ראויה: [א] עליו להיות מכוון להשגתם של יעדים חברתיים, היינו, לשרת אינטרס ציבורי ממשי. ניתן לכנות דרישה זו בשם מבחן האינטרס; [ב] אינטרס זה צריך להיות חשוב דיו כדי שיצדיק פגיעה בזכות יסוד מוגנת, וזאת בהתחשב במהותה של הזכות ובעומק הפגיעה בה (השופט זמיר בבג"ץ 6055/95 צמח נ' שר הביטחון, פ"ד נג(5) 241, 273 (1999)). זהו מבחן הנחיצות. מבחן זה, כפי שהתפתח בשיטתנו ושלא כבאחדות משיטות המשפט הזרות (וראו בג"ץ 6427/02 התנועה לאיכות השלטון הנ"ל, בעמ' 698 (הנשיא ברק); ברק, מידתיות במשפט לעיל, בעמ' 355), הוא בעל מרקם פתוח יחסית ומערב הכרעות ערכיות. אמת, "מרכיב הלגיטימיות מבטא מרכיב ערכי" (שם, בעמ' 295); [ג] על החוק להלום משטר חוקתי המגן על זכויות אדם. מדברים אנו במבחן הרגישות לזכות.

23. מבחן הרגישות לזכות טרם בואר כל צורכו בפסיקתנו, וכפי שכתב הנשיא ברק בפרשת בני הישיבות: "מעבר להגדרות כלליות אלה אין זה רצוי, בשלב זה של התפתחותנו החוקתית, ללכת. במשך השנים, ניתן יהא, כמובן, לעדן תפיסה זו [בדבר מהותה של התכלית הראויה], ולהתאימה לצרכים מיוחדים ומשתנים" (בג"ץ 6427/02 התנועה לאיכות השלטון הנ"ל, בעמ' 697). עיקר בהלכה שנפסקה עד כה הוא, כי "תכלית היא ראויה, בין השאר, אם היא מהווה מטרה חברתית הרגישה לזכויות האדם" (בג"ץ 6126/94 סנש נ' רשות השידור, פ"ד נג(3) 817, 838 (1999)). על אודותיו של חוק האזרחות והכניסה לישראל, עת הונח לפתחנו בפעם שעברה, כתב בענין זה הנשיא ברק:

"יטען הטוען: הקטנת הסיכון הביטחוני ככל האפשר אינה תכלית 'ראויה'; אין היא רגישה מספיק לזכויות האדם. התשובה על טיעון זה הינה כי אין לראות ברצון להשיג ביטחון ככל האפשר – ביטחון שנועד להגן על חיי אדם – כתכלית שאינה ראויה" (בג"ץ 7052/03 עדאלה הנ"ל, בעמ' 345).

על-פי תפישה זו, חוק שמבקש לקדם מטרה ביטחונית, היינו, חותר בבסיסו להגנה על זכותו של אדם לחיים, הוא חוק הרגיש לזכויות אדם, ודי בכך כדי להלום את מבחן הרגישות ולהוביל לקביעה כי תכליתו של החוק היא ראויה.

אלא שמתקשה אני לחשוב על חוק, המבקש לקדם אינטרס ציבורי בר קיימא, ביטחוני או אחר, ואינו נושא עמו בשורה לאיזו מבין זכויותיו של אדם. לא זו בלבד שקשה להניח כי לו נמצא חוק כזה היה המחוקק נמנע מלחוקקו, אלא שאפילו חוקק – לא היה החוק צולח את משוכת ההתאמה לערכיה של מדינה יהודית ודמוקרטית. הרי על חוקים מעין אלה כתב ברק בספרו כי: "מקרים אלה קשה להלמם. אין להניח שמחוקק דמוקרטי נאור יחוקק חוקים אלה. בוודאי שחקיקה זו תיכשל כבר בשלב הקודם של הבחינה החוקתית, שכן אין [היא הולמת] את ערכיה של מדינת ישראל" (פרשנות במשפט לעיל, בעמ' 521). מותר, על כן, לתהות מהי הרבותה שבהצבתה של משוכת הרגישות לזכויות אדם בשלב זה של הבחינה החוקתית, מקום בו קשה להניח חוק שלא יוכל לצלוח משוכה זו.

אין זאת אלא, כי יש לקרוא את דרישת התכלית הראויה במובן זה, שלא ניתן להלום חוק אשר אינו מגלה, על-פי תכליתו, רגישות לזכות הנפגעת ממש, כפי שהיא מתגלה בנסיבות הנבחנות. לפיכך, אם במבחן המשנה הקודם – מבחן הנחיצות – נבחנה נאותותה של התכלית הקונקרטית מנקודת מבטו של האינטרס הציבורי, הרי שעתה

מיתוספת לדברים אספקלריה של הזכות הנפגעת. יתהה הקורא: כיצד זה יכול חוק, שכל מהותו היא גריעה מן הזכות, לבטא רגישות לאותה זכות? התשובה על כך פשוטה. כדי שייחשב ראוי מבחינת מטרתו, על החוק הפוגע לגלות דעתו כי אין הוא מבקש לפגוע בזכות המוגנת באורח כה אנוש, עד כי הוא נעשה אדיש לחלוטין למשקלה ולחשיבות ההגנה עליה. חוק, שאינו מכיר כל ועיקר בחשיבותה של זכות היסוד הנפגעת, הוא חוק שתכליתו אינה ראויה. לא ניתן להולמו בגדרו של סדר חברתי ששיח הזכויות הוא מאושיותיו (ראו גם מדינה וסבן לעיל, בעמ' 88). כדי לצלוח את מבחן הרגישות לזכות יש להראות, אפוא, כי החוק מותיר – ככל שהדבר ניתן – מרווח אמיתי לקיומה, ולו הגרעיני, של הזכות – רחב יותר או פחות, כעת או לעתיד לבוא, במגבלות כאלו או אחרות – ובלבד שקריאתו מובילה למסקנה כי אין הוא מתכחש לזכות זו. כתב על כך דר' יעקב בן-שמח:

“מדינה דמוקרטית אשר רגישה לזכויות האדם אינה חופשית לקדם את הגשמתן של תכליות ציבוריות באופן טוטלי, יהא המחיר אשר יהא, ותהא הפגיעה בזכויות האדם קשה ככל שתהא. תכליות טוטליות סופן פרקטיקות טוטליטריות. ספק אם חוק שנועד להגשים את תכליתו באופן מרבי הינו חוק שנועד לתכלית ראויה, וזאת אף אם תכליתו, כשלעצמה, הינה תכלית ראויה. יש מקום לדעה כי יכול שחוק לא יצלח את מבחן התכלית הראויה לא משום שתכליתו אינה ראויה, כי אם משום שהוא מבקש להגשימה במידה שאינה ראויה, בהתחשב בחשיבותן של זכויות האדם” (בן-שמח לעיל, בעמ' 59).

על אחד מהיבטיו של הקשר בין נאותות התכלית לבין זכויות האדם עמד גם הנשיא מ' שמגר בענין בנק המזרחי:

“המילים 'תכלית ראויה' מתארות מטרה חיובית מבחינת זכויות האדם וערכי החברה, לרבות התכלית של קביעת איזון סביר והוגן בין זכויות של בני-אדם שונים, בעלי אינטרסים העומדים לעתים בניגוד זה לזה. תכלית ראויה היא זו היוצרת תשתית לחיים בצוותא, אף אם יש בה פשרה בתחום הענקת הזכויות האופטימאלית לכל פרט ופרט” (ע”א 6821/93 בנק המזרחי הנ”ל, בעמ' 342). דברים אלה הביאה בהסכמה גם חברתי, השופטת ביניש, בבג”ץ 4769/95 מנחם נ' שר התחבורה, פ”ד נז(1) 235, 264 (2002).

אכן, עצם העמדתו של חוק לבחינתה של פסקת ההגבלה היא אות לכך כי בנסיבות העניין לא מתאפשרת "הענקה אופטימלית" של זכויות. ואולם התכחשות לזכות הנפגעת – אם כעניין של כוונה מוצהרת ואם על-פי תוצאתו של החוק – אינה עולה כדי "איזון סביר והוגן בין זכויות", ואין לקבלה.

ראוי להטעים, כי אין ענין לנו כאן במאזן תועלות או בהיבטים אחרים של מידתיות, סוגיות שמקומן יכירן בשלב הבא של הביקורת החוקתית, ומתמקדות בכשרותו של האמצעי המשמש ביישום החוק, ביחס בינו לבין מטרת החוק וביחס בין זו לבין הערך המוגן (ראו גם ברק, מידתיות במשפט, בעמ' 297 ; 425). בשלב בדיקתה של התכלית, לאמצעי יש משקל מתוך שהוא עשוי ללמד על נאותותה של מטרת החוק. לכך כיוונו מדינה וסבן בכותבם כי "המישור האחר [בו נבחנת סוגיית התכלית הראויה] הוא בחינה אם תכלית החוק היא ראויה מתוך פרשנותו של החוק ומתוך האמצעים שבחר בהם החוק לשרת את תכליתו או תכליותיו" (מדינה וסבן לעיל, בעמ' 89). עם האמצעים הנבחנים יש להביא בחשבון, בין היתר, את מידת גורפותם של ההסדרים הפוגעניים שבחוק ואת משך תחולתה של הפגיעה.

הרגישות לזכות הנפגעת היא מפתח להמשכה של הבדיקה החוקתית (וראו בן-שמש לעיל, בעמ' 61 ; מדינה וסבן לעיל, בעמ' 100). בהיעדרה, ממילא לא נוכל לדבר במבחן האמצעי שפגיעתו פחותה – יסוד מוסד בשאלת המידתיות, אליה אדרש עתה.

"במידה שאינה עולה על הנדרש"

24. במשפטנו מוכרים היטב שלושה מבחני המידתיות, אותם שאבנו מתבוננתם ומניסיונם של אחרים (Moshe Cohen-Eliya & Iddo Porat, *American Balancing and German Proportionality: The Historical Origins*, 8 INT. JNL. OF CON. L. 263 (2010); ברק, מידתיות במשפט לעיל, מעמ' 225 ; 103 S.C.R. [1986] 1 (R. v. Oakes). חוק שבא בשעריה של המידתיות מעיד על עצמו כי הורתו אינה בחטא ומטרתו ראויה, ואם נפל בו פגם הרי הוא מצוי אך באמצעי בו מבקשים לעשות שימוש. אמצעי זה עלול שלא להגשים כלל את תכלית החוק, או-אז נמצא כי פגיעתו בזכות היא לשווא (דרישת הקשר הרציונלי), או שהוא מגשים את התכלית אך מסב פגיעה שניתן היה להימנע ממנה. חשיבותו של ממד אחרון זה, ובו עוסק מבחן המשנה השני המבקש לתור אחר אמצעי שפגיעתו בזכות היא פחותה, מתבררת בפרט עם אימוצו של הרעיון ולפיו תכליתו הראויה של חוק חייבת להותיר, אם ניתן, מרווח מחיה לזכות הנפגעת. משנדחה רעיון המוחלטות שבהגשמת האינטרס הציבורי, נפתחת הדרך לבחינת השאלה כלום היה האמצעי שננקט – היחיד האפשרי (ראו בן-שמש לעיל, שם). לבסוף, אפשר

שהנורמה הנבחנת אמנם הגשימה היטב תכלית שנמצאה ראויה, אך בד בבד נמצאה מזיקה לעקרונות ולערכים אחרים, באופן שתוספת התוחלת של התועלת שביישומה קטן מתוספת התוחלת של הנזק. סוג הבדיקה המשמשת במבחן אחרון זה – הוא מבחן המידתיות "הצר" – דומה לזה בו נעזרנו לראשית הדברים, בשלב ההלימה את ערכיה של מדינה יהודית ודמוקרטית. שני המבחנים כאחד יוצאים אל מחוץ לגדריו של האינטרס הפרטני, במבט המשקיף אל עבר עולם ערכי רחב יותר. אולם כשם שברור הוא, כי חוק שנפסל בשלב ההלימה לא יגיע כלל לבדיקה על-פי מבחן המידתיות "הצר", כך נהיר בעיני כי העולם הערכי שבו עוסק מבחן אחרון זה, הוא אחר מזה בו מדבר מבחן ההלימה. אסביר.

25. מבחן ההלימה נדרש למושכלות יסוד, ודומני לפיכך כי ההכרעות הערכיות שהוא מערב ישקפו, דרך כלל, תפישה הנהנית מהסכמה רחבה יחסית. בנוסף, על אף שכל אחד מיסודותיו הוא רחב, וכמוהו כעולם ומלואו, עדיין מציבים יסודות אלה גדרות להפעלתו. ואילו מבחנה האחרון של המידתיות, המכונה באורח פרדוקסלי מבחן "צר" אף שהוא, לאמתו של דבר, רחב למדי, מערב הכרעות ערכיות העלולות להיות שנויות במחלוקת ותלויות, במידה רבה יותר, בהשקפת עולמו של המתבונן. זאת, ואפילו ניתן להבנות גם מבחן זה, ולגדור את שיקול הדעת השיפוטי הנדרש בהפעלתו (ראו והשוו ברק, מידתיות במשפט לעיל, בעמ' 422 ; 438 ; 446). דומני, כי כיום כבר רווחת ההכרה בדמיון שבין אותו מבחן לבין עילת הסבירות אשר משלה במשך שנים רבות בכיפת משפטנו המנהלי (בג"ץ 10203/03 "המפקד הלאומי" בע"מ נגד היועץ המשפטי לממשלה, בפסקה 55 לפסק-דינה של חברתי, השופטת מ' נאור (טרם פורסם, 20.8.08); בש"פ 8823/07 פלוני נ' מדינת ישראל (טרם פורסם, 11.2.10), בפסקה כ"ד לפסק-דינו של חברי, השופט א' רובינשטיין; אהרן ברק "מבחן המידתיות במובנו הערכי" ספר מישאל חשין (א' ברק, י' זמיר וי' מרזל עורכים) 201, 211 (2009); ברק, מידתיות במשפט לעיל, בעמ' 465). בעילת הסבירות, על מאפייניה המותווים בפסיקתנו, ניכרו ביתר עוצמה הקשיים התורתיים והמעשיים הטבועים בהיזקקות לשיקול-דעת שיפוטי, בהתווית גבולותיו ובאיתור היחס הראוי בינו לבין מעשה השקילה המנהלי (משה לנדוי "על שפיטות וסבירות" עיוני משפט יד 1, 12 (1989); ע"א 10078/03 ע"א 10078/03 שתיל נ' מדינת ישראל, בפסקה 22 לפסק-דיני (טרם פורסם, 19.3.07)). קשיים אלה מתחדדים, בבחינת קל וחומר, כשענין לנו בביקורת על פעולת המחוקק, והם נחלתן של רבות משיטות המשפט המתמודדות עם הצורך להגדיר את מיקומן של רשויות השלטון השונות, ובפרט את היחס שבין רשות מחוקקת נבחרת הפועלת מכוחו של העקרון הרובני, לבין זו השופטת.

המעבר ההולך ונשלם מסבירות למידתיות אינו מספק פתרון קסם לאותם קשיים. אין בו כדי לסלק את המחלוקת בין השקפות שונות באשר לתפקידו של בית- המשפט בחברה דמוקרטית. כפי שכבר ציינתי, אחדים מהיבטיה של המידתיות – מבחן ההלימה את ערכיה של המדינה, מבחן הנחיצות כחלק ממבחני התכלית ומבחן המידתיות "הצר" – עשויים לדרוש הכרעות ערכיות, שבגדרן עשויה מחלוקת זו להתחדד. ברם, מידתיות נושאת עמה את יתרונותיה, שעיקרם בכלי בחינה מפורטים ומוכּנים יותר, חלקם אובייקטיביים למהדרין, אשר מספקים כר להנמקה מעמיקה. יש בהם כדי להפחית מן הקושי הנלווה לשימוש בעילת הסבירות, אשר עמדה לבדה כמבחן עיקרי והתאפיינה לא אחת בעמימות באשר לדרך ההכרעה ולנימוקיה. על יתרונותיה אלה של המידתיות עמד אהרן ברק:

"מידתיות מתבססת על שיקול דעת מובנה. מי שמפעיל את המידתיות צריך לחשוב בשלבים. להבניית שיקול הדעת יתרונות רבים. היא מחייבת את השוקל לחשוב באופן מסודר, לא לדלג על עניינים שיש להביאם בחשבון, ולהתחשב בהם בזמנם ובמקומם... המעיין בהחלטה שהתקבלה על פי שיקול דעת מובנה יכול לעקוב אחר שלביה ונימוקיה. ההחלטה שוב אינה ספר חתום. הנימוקים שעמדו ביסוד ההחלטה מפורטים כמו גם המשקל שניתן להם. ניתן להבין טוב יותר את ההחלטה. ניתן לבקר אותה. ניתן לצפות אותה. השקיפות תורמת תרומה חשובה להבטחת טוהר השיקולים. הבניה של שיקול הדעת מבטיחה כי שיקולים אלה יישקלו בהקשר הראוי לכך" (מידתיות במשפט לעיל, בעמ' 558; 560-561).

לא בכדי משמש מבחן המידתיות "הצר" אך אחד בשורת מבחנים שקובעת פסקת ההגבלה, ולא לחינם הוא אף האחרון שבהם. לדעתי, ראוי להישמר פן יהפוך מבחן זה, למעשה גם אם לא להלכה, למבחן דומיננטי עד כדי בלעדיות, באורח המאפיל על יתר מרכיביה של הבדיקה החוקתית. להשקפתי, ככל שניתן להציב, שלא באורח מלאכותי כמובן, את נקודת המוקד של בחינה זו בשלב מוקדם יותר, כן ייטב.

חוק האזרחות והכניסה לישראל – במשקפיה של פסקת ההגבלה

26. אם בגלגולה הקודם של הפרשה הייתה דעתי כי עיקר התשתית לאי-הכרה בחוקתיותו של חוק האזרחות והכניסה לישראל מצוי במבחנה השני של המידתיות, הרי הרהור מעמיק בעובדות הפרשה לנוכח נסיבותיה העדכניות – שמקצתן נחשפו כל צורכן רק בחלוף הזמן, ומקצתן נבעו מן השינויים שחולל התיקון השני לחוק, הביאוני לכלל מסקנה כי זולת עקרון החוקיות, אין בכוחו של החוק לצלוח אף לא אחת משלוש המסננות הנורמטיביות שבהמשכו של הליך הבדיקה החוקתית.

מבנהו ההירארכי של המנגנון החוקתי משמיע כי פסילתו של חוק בשלב מוקדם של הבדיקה השיפוטית פוטרת מן הצורך להמשיך אל אחריתה. על אף זאת, למען בהירות התמונה ובעיקר למען יינתנו בידי יוצרי החוק כלים טובים יותר לתיקונם של הפגמים שנפלו בו, אצמד למלוא אורכה של הדרך ואראה כיצד זה חוק האזרחות והכניסה לישראל, במתכונתו הקיימת, שב ומועד בה, עד כי אין הוא יכול להוסיף ולשמש בספר החוקים שלנו. אעשה כן על אף שאין בדבר כדי לטשטש כמלוא הנימה את השקפתי, כי עיקר הפסול שבחוק מצוי בכך שאין הוא מתיישב, כמבואר מייד, עם הנרטיב המכונן של ישראל כמדינה יהודית ודמוקרטית.

ערכיה של מדינה יהודית ודמוקרטית

27. מדינת ישראל נולדה לתוך הוויה ביטחונית קשה, קשה לאין ערוך מן המציאות עמה היא מתמודדת בשנים האחרונות. סכנה קיומית ממשית הייתה תלויה מעל ראשה בעשורים הראשונים לקיומה. ספק כרסם בלב רבים אם היא תוכל לאתגרים שניצבו לפתחה. סימן שאלה נוקב ריחף לפרקים מעל הרעיון כי ניתן יהיה לייסד ולקיים בהצלחה יישות דמוקרטית אמיתית בלבו של איזור עוין, הנעדר דפוסי חשיבה דמוקרטיים. מנהיגים מקרב הציבור הערבי בארץ ישראל כמו מחוצה לה, מיאנו להשלים עם קיומה של מדינה יהודית ריבונית בשטח כלשהו משטחה של הארץ. הם פתחו במלחמה להכחדתה בעודה בחיתוליה. כעבור זמן לא רב, הפכו רבים מבניו של אותו ציבור, כמו באחת, לאזרחיה של המדינה שהוקמה. בתוך מציאות סבוכה זו, סבוכה עד למאד, חרתה המדינה הצעירה על דגלה את העקרון, לו ניתן ביטוי במעמדה של הכרזת העצמאות – מן הבולטים שבאירועיה המכוננים של האומה, כי אף בעתות של קושי ביטחוני ניכר, והגם שיסודה של המדינה בתקומתו של העם היהודי במולדתו, יהנו כל אזרחיה משוויון זכויות חברתי ומדיני, בלי תלות בדתם, במוצאם האתני או בקהילה אליה הם משתייכים. ניסיונו ההיסטורי רב השנים של העם היהודי, ואחד מן היסודות בשמם עתרה מדינת ישראל להכרתן של אומות העולם, ביקשו לצקת אל דמותה המתהווה של המדינה מרכיב גרעיני זה של שוויון – היעדרה של הפליה מחמת השתייכות קבוצתית.

הדעות חלוקות על האורח והמידה בהם יושם עקרון זה בפועל. שנים ארוכות לאחר שהוקמה המדינה, חיו רבים מבני הציבור הערבי בישראל תחת ממשל צבאי, שפגיעתו הייתה קשה עד מאד ושהוסר רק בשנת 1966. ממשל זה וההגבלות שנלוו לו השיתו עצמם, אף כשכבר לא היה כל ממש בדברים, על טעמים ביטחוניים. את שאמר

על כך בנאומו בכנסת מי שלימים נעשה לראש הממשלה, ח"כ מנחם בגין, ניתן לקרוא כאילו התייחס לחוק שבפנינו:

"משום מה עלינו במו ידינו ובמו פינו לבטל את אשר אנחנו נותנים לתושביה ולאזרחיה של מדינתנו ללא הבדל דת ולאום? משום מה עלינו ליטול את הכוח המוסרי שכבר קיים במדינתנו? ועל-ידי מה? על-ידי המשכת קיומו של הממשל הצבאי ההופך את כל הקערה על פיה. הערכים במדינתנו מתקדמים מבחינה כלכלית, לומדים, מקבלים השכלה, נעים באופן חופשי למעשה, יושבים בכנסת, מדברים ערבית, ובצדק. כולנו הסכמנו לכך, כי מאז נטלנו לידינו את דגל ציון, אנחנו מאמינים שבמדינת היהודים צריך להיות ויהיה שוויון זכויות לכל אזרחיה ללא הבדל דת, לאום ומוצא. משום מה, על-ידי קיום המוסד האדמיניסטרטיבי הזה, עלינו להוכיח לעולם שאף-על-פי-כן אין שוויון זכויות. להיפך, קיים דבר שאינו קיים בשום מדינה אחרת. נכון, מצבנו מיוחד במינו, אבל הרי אין קשר בין אותו מוסד לבין בעיות הבטחון החיצונית והפנימית" (ד"כ 33, 1321 (התשכ"ב)).

גם כיום רבות הטענות, ואין הן נטולות בסיס, בדבר קיומם של הפליה, של קיפוח ושל מציאות שאיננה שוויונית בעינים של הערבים אזרחי ישראל. ואולם, מאמצים הושקעו ועודם מושקעים, בפרט בעשורים האחרונים, בניסיון לשנות מן הדבר. נעשה ניסיון לקיים בפועל את מה ששב ומוצהר באורח רשמי – מחויבותם של המדינה ומוסדותיה לקידומו של שוויון לאזרחים הערבים. מחויבות זו, שהיא חלק בלתי נפרד מן הנרטיב המכונן של כל דמוקרטיה ובה מיעוטים באשר הם, ראוי לה שתהא חלק בלתי נפרד אף מסיפורה המכונן הפרטיקולארי של האומה הישראלית, אשר כוננה את מסגרתה המדינית במטרה לאפשר לעם היהודי הגדרה עצמית וחיים בביטחון שכה חסר לו, בגדרם של ערכי יסוד כחופש, שוויון וכבוד – מאושיותיה של שיטת משטר דמוקרטית, לצד הכרה בקיומן של קבוצות מיעוט ובזכותן ליהנות אף הן מהגנתם של ערכים אלה. גלגולים רבים ותהפוכות לא-מעטות ידעה ההיסטוריה הישראלית במרוצת ששה העשורים שחלפו. ערכיה המכוננים של האומה נצבעו בגווני שונים, הם זכו לביטויים שונים, ופרקים חדשים נכתבו, ועודם נכתבים כל העת, עלי ספר. פרק השוויון בין יהודים לבין שאינם יהודים הורחב ואף ראוי לו שיורחב עוד, עד כי שזירתו בחוט השני, העובר לאורכו של הסיפור הישראלי, תהפוך עובדה מוגמרת.

למרבה הצער, המאבק הקשה והמתמשך על קיומו בשלום של העם היהודי ועל ביטחון בנותיו ובניו, מוסיף אף הוא ומרכיב עדיין את הנרטיב המכונן הישראלי. רחוקים אנו, רחוקים עד מאד, מן המנוחה ומן הנחלה. אף אם, ולו לזמן קצר במונחים

היסטוריים, סרה אימתו של הסיכון הקיומי מעלינו, מיהר ותפס את מקומו טרור רצחני. טרור זה, ש"הפך שחקן של קבע" במציאות חיינו (חברתי, השופטת ע' ארבל בכש"פ 8823/07 פלוני הנ"ל), נעשה אכזרי משנה לשנה ומסב סבל רב לבני אדם משני צדיו של המתרס. לעת הזו, הוא מנת חלקנו. עמו נגזר עלינו להתמודד. מאמציה של קהילת הביטחון והמודיעין, רבת הזכויות, מאפשרים זאת בידינו. עוז רוחו של העם בישראל, נחישותם של תושבי המדינה, הם מרכיבים חשובים לא פחות. אך כוחנו מצוי עוד בזאת: בקיומנו כמדינה דמוקרטית, החותרת לאפשר ליחידים, כמו גם לקהילות, להגשים את עצמם, לבטא את אשר על לבם, לנוע בחופשיות ממקום למקום, לחשוב באורח עצמאי, לכבד איש את רעהו, ליתן לאדם תחושה כי שווה ערך הוא לאחר, לאפשר לו להקים בית ומשפחה על-פי בחירתו, וכל זאת בלי לגרוע מענינם של אחרים.

28. הגשמתם של יסודות אלה תחת קורתה של מסגרת אחת היא משימה לא קלה. היא מחייבת ויתורים הדדיים. היא דורשת נטילתם של סיכונים. אין היא מתיישבת עם תחולה חובקת-כל. עמדה על כך חברתי, הנשיאה בינינו, בהתייחס לערך המכונן של שמירה על ביטחון הציבור:

"שיטת משטר המבוססת על ערכי הדמוקרטיה אינה יכולה להרשות לעצמה נקיטת אמצעים שיתנו לאזרחי המדינה ביטחון אבסולוטי. מציאות של ביטחון אבסולוטי אינה קיימת בישראל ואף לא בשום מדינה אחרת. אשר על כן מתחייבת החלטה מושכלת ומאוזנת בדבר יכולתה של המדינה ליטול על עצמה סיכונים לשם הגנה על זכויות האדם" (בג"ץ 7052/03 עדאלה הנ"ל, בעמ' 466).

אמת, "הדמוקרטיה שלנו מתאפיינת בכך שהיא מציבה גבול ליכולת לפגוע בזכויות האדם; כי בבסיסה עומדת ההכרה כי סביב לפרט נבנית חומה המגינה על זכויותיו, אשר גם הרוב אינו יכול לפרוץ לתוכה... דמוקרטיה אינה מטילה איסור גורף ובכך מנתקת את אזרחיה מבני זוגם ואינה מאפשרת להם לחיות חיי משפחה; דמוקרטיה אינה מטילה איסור גורף ובכך מעמידה בפני אזרחיה את האופציה לחיות בה בלא בן זוג, או לעזוב את המדינה כדי לחיות בחיי משפחה תקינים; דמוקרטיה אינה מטילה איסור גורף ועל ידי כך מפלה בין אזרחיה באשר להגשמת חיי המשפחה שלהם. אכן, דמוקרטיה מוותרת על תוספת מסוימת של ביטחון כדי להשיג תוספת גדולה לאין שיעור ממנה של חיי משפחה ושוויון. כך נוהגת דמוקרטיה בתקופות שלום ורגיעה. כך נוהגת דמוקרטיה בתקופות לחימה וטרור. דווקא בתקופות קשות אלה מתגלה כוחה של

הדמוקרטיה. דווקא במצבים הקשים בהם ישראל שרויה כיום, עומדת הדמוקרטיה הישראלית למבחן" (הנשיא ברק, שם, בעמ' 347).

וכמו שזור באותם דברים העקרון, ולפיו כל אדם עומד לעצמו ולכל איש ואישה – אף אם נמנים הם עם קהילה חברתית נתונה, קיום ייחודי ונפרד. זהו הבסיס לרעיון כי כל אדם נושא באחריות (המשפטית) למעשיו-הוא. אמת, "מסקנה זו מתבקשת מערכינו היהודים והדמוקרטיים. ממורשתנו היהודית למדנו כי 'לא-יומְתו אָבוֹת עַל-בְּנִים וּבְנִים לֹא-יוּמְתוּ עַל-אָבוֹת אִישׁ בְּחַטָּאוֹ יוּמְתוּ' (דברים כד, טז). מאופיינו כמדינה דמוקרטית שוחרת חופש וחירות מתבקשת המסקנה כי אין [פוגעים בזכותן] של אדם אלא אם אותו איש בעצמו, במעשיו שלו, הוא סכנה לביטחון המדינה" – דברי הנשיא ברק בבג"ץ 7015/02 עג'ורי הנ"ל, בעמ' 372. וכפי שהטעימה אך לאחרונה חברתי, השופטת פרוקצ'יה:

"זאת יש להדגיש: נשוא המניעה הביטחונית הוא, בכל מקרה, סיכון ביטחוני הנשקף ממבקש ההיתר עצמו" (בג"ץ 7444/03 דקה הנ"ל, בפסקה 38 לפסק-דינה. ההדגשה במקור).

29. הוראותיו של חוק האזרחות והכניסה לישראל עומדות בניגוד לכל אלה. הן מעניקות משקל מכריע למרכיב הביטחון, אגב פגיעה בנושא בזכויות יסוד שמן המעלה הראשונה. הן יוצרות מציאות, שתוצאתה המובהקת היא הצרת זכויותיהם של ישראלים אך משום שערכים הם. הן מקנות לגיטימציה לרעיון זר לתפישות היסוד שלנו – קיפוחם של בני המיעוט אך בשל היותם כאלה. בהתבססן על הסדר של סיווג קטגוריאלי, שיש בו הכל זולת בחינה פרטנית של הסיכון הנשקף מאדם, הן מטשטשות את דמותו של היחיד, כל יחיד, כעולם ומלואו וכמי שנושא באחריות למעשיו-הוא. הן פותחות פתח למעשי חקיקה נוספים, שמקומם לא יכירם בתפישה הדמוקרטית. הן מאיימות לקרננו צעד נוסף אל עבר תפישה "המשמרת את הדמוקרטיה בקליפתה, מבלי להתיר שריד מתוכנה" (מנחם הופנונג ישראל – בטחון המדינה מול שלטון החוק 105 (1991)). הן חורגות מן "התפישה העקרונית של שיטת המשפט בישראל שיש לקיים את מצוות החוקה גם אל מול איום הטרור" (חברי, המשנה לנשיאה, בבש"פ 8823/07 פלוני הנ"ל). המשך קיומו של חוק האזרחות והכניסה לישראל (הוראת שעה), התשס"ג-2003, מטיל צל כבד על סיכוייה של הדמוקרטיה בישראל לעמוד באתגרים להם יכלה עד כה. טועה מי שסבור, כי לאורך זמן יוכל אף הרוב, שמכוח הכרעותיו בא חוק זה אל העולם, לעמוד בפני פגיעתו הרעה. חוששני, כי זו תאיים להשיג כל ישראלי באשר הוא, הואיל וטמון בה הכוח לערער את המסד עליו ניצבים כולנו שכם-אל-שכם. בסופו

של יום פגיעה זו, רחוקה וזוחלת ככל שתהיה, ממלכתית ככל שהיא נחזית, אין נזקה פחות מזה הטמון במעשי הטרור מפניהם מבקשים אנו להתגונן. בלשון חברתי, השופטת א' חיות: "עלינו לתת את הדעת למחיר שנשלם כחברה בטווח הארוך אם חוק האזרחות על איסוריו הגורפים ימשיך למצוא את מקומו בספר החוקים שלנו" (בג"ץ 7052/03 עדאלה הנ"ל, בעמ' 492).

30. כל זאת עושה חוק האזרחות והכניסה לישראל, שעה שאין הוא משיא תרומה ממשית לנדבכה האחר של המדינה, זה היהודי (זולת, אולי, מעט הכוח הטמון ברעיון התגוננותם של יהודים מפני מעשי פגיעה בהם). אדרבה, הואיל ויש בחוק זה כדי להחליש את יסודותיה הדמוקרטיים של ישראל, נושא הוא עמו פגיעה גם בכושרה לשמש כור מחצבתו של העם היהודי. תובנה זו בולטת דווקא על רקע התעקשותה של המדינה על טענתה, כי לחוק תכלית ביטחונית ותו לא. לו נטען והוכח אחרת, אפשר כי גם המסקנה הייתה שונה. אלא, שכמוצהר, מבין שלוש צלעותיו של המשולש המכונן הישראלי, מבקש החוק לסייע אך בהגשמת זו הנוגעת ל"מדינה", היינו למסגרת ממלכתית המקדמת את ביטחונם של אזרחיה. דומני, כי תכלית זו ניתן וראוי להשיג במחיר של פגיעה פחותה באותם יסודות המקנים למסגרת זו את מאפייניה הייחודיים ואת טעם קיומה. על קווי דמותה של פגיעה פחותה זו כתבתי, כמצוין בראשית הדברים, כי "בסופו של יום, לא יהיה מנוס מהמרתו של האיסור הגורף שבחוק בהסדר שבבסיסו תעמוד בדיקה פרטנית של המבקש להתאחד עם בן זוגו. מטבע הדברים, הסדר זה יהיה חייב להתאים את עצמו למציאות הביטחונית ככל שיחול בה שינוי" (שם, בעמ' 564). אמת, רק הסדרים פרטניים, המתנערים מתיוגו של אדם על רקע מוצאו האתני, השתייכותו לקבוצת גיל, מינו או אזור מגוריו, הסדרים המבוססים על הכרה באחריותו למעשיו-הוא, מבטאים נכונות ליטול את הסיכון הכרוך בהכרה בזכויות האדם ושואבים מניסיוננו ההיסטורי וממסורתנו כעם וכמדינה, יוכלו לקלוע למשוואה המורכבת אשר כותרתה מדינה יהודית ודמוקרטית. וכדברי חברתי, השופטת פרוקצ'יה:

"פגיעה גורפת בפרטים המבקשים לממש את זכויות היסוד הנתונות להם, בלא עריכת איזון חוקתי אינדיבידואלי, הנשען על נתונים פרטניים המיוחדים למקרה, סותרת עקרונות חוקתיים. היא עלולה להביא לפגיעה קשה בערכי החיים והתרבות, ולפגוע בעקרונות המשטר הדמוקרטי, המושתת על הגנה על זכויות אדם" (בג"ץ 7444/03 דקה הנ"ל, בפסקה 18 לפסק-דינה).

31. דברים שכתבתי עד כה נשענים, להשקפתי, על מושכלות יסוד. עליהם להיות נהירים לכל אדם שאופייה היהודי והדמוקרטי של מדינת ישראל יקר ללבו. מסמנים הם את נקודת המוקד בבחינתו הנדרשת של חוק האזרחות והכניסה לישראל. עם זאת, מוכן הייתי להוסיף ולבחון את החוק כאילו עמד בדרישתה השנייה של פסקת ההגבלה, ולו כדי להניח את דעתם אף של אלה אשר אינם שותפים להשקפתי זו. וכפי שציינתי, חוששני כי אף את מבחנה של התכלית הקונקרטית אין בכוחו של החוק לצלוח.

התכלית הפרטנית

32. חוק האזרחות והכניסה לישראל משרת אינטרס ציבורי ממשי. זהו אינטרס ציבורי שלא ניתן להפריז בחשיבותו. ההגנה על ביטחונם של תושבי מדינת ישראל נוכח איומי טרור שכמותם לא ידענו בעבר, מצדיקה גריעת-מה מן הזכות לשוויון. היא מצדיקה את צמצומם של תחומי השתרעותה של הזכות לחיי משפחה. אך מחדלו של החוק להציע אמצעי בדיקה פרטניים, וזאת נוכח עמדתם של גורמי הביטחון כי אין בכוחם של אלה להשיג את אותה מידה מרבית של ביטחון אליה חותר החוק בנוסחו דהיום, כה פוגע בזכויות אלו, עד כי שוב לא ניתן לומר כי הוא רגיש לזכויות האדם. החוק קובע, אמנם, סייגים למגבלה על קניית מעמד בישראל. הוא מגלה דעתו כי בנסיבות מסוימות, יוכלו ישראלים להתאחד כאן עם בני זוגם הפלסטינים, כמו גם עם צאצאיהם. אך נסיבות אלו כה צרות הן, ותחולתן כה מצומצמת, עד כי בפועל אין הן מותירות מרווח מחייה לעיקריהן של הזכויות המנויות. אינך נצרך לבחינה מקיפה כדי להיווכח, כי רובם של בני הזוג הערבים-הישראלים מבקש לשאת לו מבני ובנות "הגיל האסור" על-פי חוק האזרחות. זהו גיל הנישואין המקובל, ותעיד על כך הערכתם של המשיבים עצמם, כי כשני שלישים מן הנזקקים למעמד מכוח איחוד משפחות (כ-2,000 בממוצע מדי שנה) אינם באים כלל בגדרי החריגים שנקבעו בחוק ערב תיקונו השני (סעיף 5 לתשובה המשלימה). ואם נדרשה ראייה נוספת לכוחו הדל של החריג הנוסף – זה ההומניטארי – הרי אף היא מצויה בנתוני המשיבים מהם הבאתי לעיל, וברעיון התמוה כשלעצמו בדבר האפשרות לקבוע מכסות להיתרים על בסיסו של חריג זה (סעיף 1א3(ו) לחוק).

מרביתן של הבקשות-בכוח לנישואין או להתאחדות עם צאצאים אינו צולח את המגבלה הגורפת שבחוק. אך גם אלו הבאות בגדריו של אחד הסייגים – אין זכייתן בבדיקה פרטנית מובטחת. עוברות הן אל התחנה הבאה, לבדיקה לפי סעיף 3ד לחוק, המעגן אף הוא הסדר גורף אשר זו לשונו:

3ד. מניעה ביטחונית לא יינתן היתר לשהייה בישראל או רישיון לישיבה בישראל, לתושב אזור, לפי סעיפים 3, 1א3, 3א(2), 3ב(2), ו-3 (3) ו-2(4), ולא יינתן רישיון לישיבה בישראל לכל מבקש אחר שאינו תושב אזור, אם קבע שר הפנים או מפקד האזור, לפי הענין, בהתאם לחוות דעת מאת גורמי הביטחון המוסמכים, כי תושב האזור או המבקש האחר או בן משפחתם עלולים להוות סיכון ביטחוני למדינת ישראל; בסעיף זה, "בן משפחה" – בן זוג, הורה, ילד, אח ואחות ובני זוגם. לענין זה, רשאי שר הפנים לקבוע כי תושב האזור או המבקש האחר עלולים להוות סיכון ביטחוני למדינת ישראל, בין השאר על סמך חוות דעת מאת גורמי הביטחון המוסמכים ולפיה במדינת מושבו או באזור מגוריו של תושב האזור או המבקש האחר מתבצעת פעילות העלולה לסכן את ביטחון מדינת ישראל או אזרחיה.

צא ולמד, בקשות שעברו את מכשוליו השונים של החוק והגיעו עד הלום, עלולות למצוא עצמן חשופות לפסילה גורפת, שבינה ובין מידע פרטני אין דבר וחצי דבר, וזאת, למשל, אך משום שבן הזוג הפלסטיני מתגורר באזור בו מתבצעת פעילות העלולה לסכן את ביטחון מדינת ישראל או אזרחיה. עד כמה רחבים הם גדריה של אותה הגבלה, יעיד, בין השאר, האמור בהחלטות הממשלה בהן הוארך תוקפו של החוק. בסעיף השלישי [להחלטה מיום 15.6.08](#) ו**[להחלטה מיום 19.7.09](#)** נקבע, כי ההגבלה מקיפה את כל רצועת עזה, מקצה ועד קצה, וזאת על-פי חוות דעתם של גורמי הביטחון. ניתן לתהות עד כמה רחוק היום בו יוכרזו כך אף כל שטחי יהודה ושומרון, שבשנת 2009, למשל, היו מקור למאות פיגועים נגד ישראלים (שירות הביטחון הכללי [סיכום שנותי 2009: נתונים ומגמות בטרור הפלסטיני](#) 10 (2009); פרוטוקול הדיון מיום ט"ז באדר התש"ע (2.3.10), בעמ' 4, ש' 30)). ומה פירוש הביטוי מתבצעת פעילות? האם מצומצם הוא לנעשה במועד בו הוגשה הבקשה למעמד בישראל או שמא הוא חובק התארגנויות של ימים עברו? וכלום אין מקום לאפשר לו, לבן הזוג הזר, ואפילו הרימה המדינה את הנטל הראשוני המוטל עליה, להראות כי נשקף ממנו סיכון ביטחוני, להוכיח מצדו כי חרף מעורבותם בטרור של קרובי משפחתו או של שכניו לאזור המגורים, לו עצמו אין נגיעה לפעילות מעין זו? בחינת התאמתו של אדם לפרופיל סיכון כזה או אחר, אשוב ואומר, איננה בדיקה פרטנית, ודבר זה ראוי כי יוטעם היטב.

ולא זו בלבד כי כפי שציינתי, כשני שלישים ממקרי איחוד המשפחות כלל אינם חוצים את שערי החוק, אלא שאף מרביתן המכרעת של הבקשות שעלה בידיהן לבוא אל הטרקלין ולחצותו בהצלחה, זיכתה – כך על-פי לשונו של החוק ובכך מודה גם המדינה – את נושאה בהיתר שהייה בלבד, שאינו מקנה את הזכויות הנתונות לישראלים – יהיו אלה אזרחי המדינה או תושביה בלבד.

מקץ כל הסייגים, מיישם החוק הסדר גורף עד מאד, שאינו מביא בחשבון את זכויותיו של רוב ניכר של בני הזוג הישראלים, ומרביתם המכרעת הם ערבים אזרחי ישראל. בכך מתבררת גריעתו הקשה של החוק מהזכות לחיי משפחה. בכך מתבררת פגיעתו האנושה בגרעינה של הזכות לשוויון – מניעתה של הפליה על רקע של השתייכות קבוצתית. אכן, כפי שציננה בדברים קולעים פרוֹפֶסוֹר דֶפְנָה בֶרֶק-אֶרֶז:

"The amendment sent a message to Israel's Arab citizens that they are considered inherently suspect, and it authorized legal as well as de facto discrimination against them" (Barak-Erez, *Supra*, at p. 192).

מזור אפשרי לדבר אפשר שמצוי היה בתחולה מוגבלת בזמן של הוראת השעה. שכן אפילו הסדר גורף, שמגבלה אמיתית וכנה של תחולה בזמן גודרת את תחומיו, עשוי עוקצו לקהות, ואפשר כי בכך נפרש היה מרחב המחיה המינימאלי הדרוש לזכויות הנפגעות. אך מה אעשה, ושוב איני יכול לחמוק מן המסקנה כי חוק האזרחות והכניסה לישראל אינו זמני כלל ועיקר, אלא נועד ללוותנו שנים ארוכות חרף כותרתו המבטיחה – "הוראת שעה".

על אודות הוראות של שעה

אֵין נֶצַח גְּדוֹל מִדֵּלֶת שְׁפָתוֹב עֲלֶיהָ : סְגוֹר הַיּוֹם.
 לְעַד תִּהְיֶה סְגוּרָה. לֹא יִפְתָּחוּ וְלֹא יִבּוֹאוּ הַלֵּם.
 וְאֵין עֲנָנִים בְּשָׁמַיִם. קִבֵּל אֶת הַדֵּיּן. תִּתֵּם.
 לֹא יִפְתָּחוּ. לֶךְ לְבֵיתְךָ נְתִלֵּם.
 (יהודה עמיחי שירים 1948-1962 352 (2002))

33. קודם שקיבלה הכנסת את החוק בקיץ התשס"ג-2003, הוצגה בפניה עמדתה הברורה של הממשלה לאמור:

"הצעת החוק, כפי שהבהיר נציג משרד הפנים, כוללת בתוכה איזונים מסויימים... ההגבלה החשובה ביותר היא עצם העובדה שהחוק המוצע הוא הוראת שעה לשנה, לא הוראה כללית בלתי מוגבלת בזמן... הממשלה סברה שצריך לעשות פסק זמן בתהליך הזה. פסק הזמן יאפשר לבחון במהלך השנה הקרובה פתרונות לטווח ארוך יותר. אנחנו לא מדברים על הוראה לאורך זמן, אלא על הקפאה זמנית..." (דברי המשנה ליועץ המשפטי לממשלה, מר מני מזוז, בישיבת ועדת הפנים של הכנסת מיום 14.7.03).

אלא שמאז חוקק, הוארך תוקפו של חוק האזרחות והכניסה לישראל (הוראת שעה), על תיקוניו, שלוש-עשרה פעמים – פעמיים בידי הכנסת ועוד אחת עשרה פעמים בהחלטות הממשלה שאושרו בהצבעה במליאת הכנסת. על-פי הוראתו המקורית, שהתקבלה ביום ב' באב התשס"ג (31.7.2003), היה החוק אמור לפקוע בתוך שנה מיום פרסומו. שלושה צווים שהתקינה הממשלה – שהחוק מתיר לה להאריכו – הקנו לו תקופת חיים נוספת, עד ליום כ"ו באב התשס"ה (31.8.2005). או-אז תוקן החוק לראשונה בכנסת, ומועד תפוגתו נקבע ליום ב' בניסן התשס"ו (31.3.2006). שוב התערבה הממשלה, ובהחלטותיה נדחה המועד ליום כ"ז בניסן התשס"ז (15.4.2007). בתיקון נוסף לחוק קבעה הכנסת את מועד פקיעתו ליום כ"ח בתמוז התשס"ח (31.7.2008), אך [החלטת ממשלה](#) האריכה את תוקפו עד לתאריך י' באב התשס"ט (31.7.2009). ביום כ"ז בתמוז התשס"ט (19.7.2009) [שוב החליטה הממשלה](#) על הארכת תוקפו של החוק, עד ליום כ' באב התש"ע (31.7.2010). בישיבתה מיום י' באב התש"ע (21.7.10) אישרה מליאת הכנסת את [החלטת הממשלה](#) להאריך את תוקף החוק בששה חודשים נוספים, היינו, עד ליום כ"ו בשבט התשע"א (31.1.2011). בתאריך 17.1.11 [אישרה המליאה](#) את בקשת הממשלה להעניק לחוק חיות לפרק זמן של "עד חצי שנה" נוספת, וכך נהגה בבקשה נוספת של הממשלה בעקבות החלטתה מיום ט"ו בתמוז התשע"א (17.7.2011). בתאריך כ"ט בתמוז התשע"א (31.7.2011) שבה הממשלה והאריכה, באישור הכנסת, את תוקפו של החוק עד ליום ז' בשבט התשע"ב (31.1.2011) (ק"ת 7019 בעמוד 1198). כפי שציינתי, תיקוני החוק לא הפכו את תכליתו, הפגומה, על פיה. שמונה שנים עומד הוא על תלו, ועמו המגבלות הקשות על זכויות יסוד של הפרט.

על טיב ההליך לאישורם של צווי הממשלה בכנסת, יעיד כאלף עדים דו-השיח שהתנהל בישיבתה של מליאת הכנסת מיום ו' באב התשס"ט (27 ביולי 2009), באחת הפעמים שבהן אושרה הארכת תוקפו של החוק:

"שר הפנים אליהו ישי: ...אזרחים ישראלים מתחתנים עם פלסטינים מהשטחים ומעזה, וכתוצאה מכך יש יותר מעורבות של פעולות טרור וארגוני טרור, כולל מתאבדים.

ח"כ אילן גילאון: כמה? איזה אחוז?

שר הפנים אליהו ישי: 40%. 40%. כן, בפירוש. 40%. 40% השתתפו באירועים.

...

"יש לציין כי למקרים מיוחדים ישנה ועדה הומניטרית, הדנה בבקשות של התושבים... עד עתה קיבלתי את המלצותיה... עוד לא היה מקרה אחד שסירבנו. עוד לא היה מקרה אחד, הומניטרי, שסירבנו.

ח"כ חיים אורון: כמה קיבלתם בשנה האחרונה?

שר הפנים אליהו ישי: לא זוכר את המספר. אבל קיבלתי מספר לא מבוטל" (דברי הכנסת, ו' באב התשס"ט (27 ביולי 2009)).

ראו עוד את חילופי הדברים בפתח הדיון בהארכת התוקף האחרונה עד כה (דברי הכנסת מיום י"ב בשבט התשע"א (17 בינואר 2011)). אך אפילו התעלמנו מן השאלה המורכבת כשלעצמה – כלום הולם הוא כי תוקף חוקיה של הכנסת, ובפרט של חוק שהשפעתו כה ניכרת, יוארך בצו ממשלתי, שאותו מאשר בית המחוקקים בהליך קצר ובהצבעה יחידה אשר ספק אם היא מבוססת על תמונת נתונים מלאה, חוששני כי שוב לא נוכל לאמץ את הגישה שנקט בשעתו חברי, המושנה לנשיאה א' ריבלין, והייתה נכונה לזמנה, לפיה "אין מקום להכרזה שיפוטית על בטלות הוראת השעה: החוק החדש טרם הבשיל – אם אכן תבחר הכנסת הנכנסת לחוקק חוק כזה, ומנגד החוק הקיים עומד לפקוע" (בג"ץ 7052/03 עאדלה הנ"ל, בעמ' 545). בכוונת מכוון בחר לכאורה המחוקק שלא להקנות לחוק האזרחות מושב מפורש של קבע עלי ספר החוקים, וייעד לו לכתחילה תוחלת חיים קצרה. אך מה שנועד להיות הוראת שעה התגלה, למרבה הצער, כ"הוראת שנים". ואם ממילא, ומטעם עקרוני, התקשיתי לקבל את התפישה אותה שב והזכיר המישנה לנשיא, השופט חשין, ולפיה "כל הממעט בפסילתו החוקתית של חוק זמני, הרי זה משובח" (שם, בעמ' 450), מקל וחומר כי מתקשה אני לקבלה נוכח כל שנאמר לעיל.

חוק האזרחות והכניסה לישראל אינו יחיד ומיוחד בענין זה. עיון בהסדרים אחרים שקבע המחוקק, כולם הוראות שעה לטווחים קצרים שהוארכו שוב ושוב, מקים חשש כי אין בכוחה של הפרקטיקה ששימשה יסוד מוסד בהורתו של החוק, לסלק את החשש מפני תחולתו המופרזת. הוראות שעה ניתן למצוא למכביר בחקיקה הישראלית. מראש, הן נועדו ליתן מענה לאילוצי העת הדוחקת ולשמש הסדרים לתקופות ביניים. בעוד שבחלק מן המקרים פקעו הוראות אלו במועדן הנקוב או בסמוך לו, הרי שבמספר לא מבוטל של מקרים, וכאן טמון החשש אף בענינו, הפך הארעי לדבר קבע. כזוהי, לדוגמה, ההכרזה המקנה לחקיקת החירום הישראלית את תוקפה (סעיף 38 לחוק יסוד: הממשלה), אשר על-פי טיבה נועדה לעתות מצוקה, אך למעשה "המאפיין הבולט ביותר שלה הינו היותה מצב רגיל וקבוע" (הופנונג לעיל, בעמ' 51). במרוצת השנים הפכה היכולת לשוב ולהאריך את תוקפה, מאמצעי המספק מענה למצב ביטחוני רעוע, לתחליף נוח לדין לגופם של ההסדרים שהיא מכסה (בג"ץ 3091/99 האגודה לזכויות האזרח בישראל נ' הכנסת (החלטות מיום 1.8.06, 1.8.07, 8.9.08. כן ראו [ילקוט הפרסומים 6100, מיום 24.6.10, בעמ' 3554](#)). דוגמאות נוספות לחקיקת שעה שהתארכה הן חוק שירות ביטחון (הוראת השעה), התשנ"ה-1995, המסדיר את משך השירות הצבאי לגברים והתוקף הנקוב בו הוארך עד כה לא פחות מ-13 פעמים; חוק שהייה שלא כדין (איסור סיוע) (הוראות שעה), התשנ"ו-1996 התקף מזה כ-15 שנים והוארך, לפי שעה, עד שנת 2012; אכרזת המסים (גביה) (ארנונה כללית ותשלומי חובה לרשויות המקומיות) (הוראת שעה), התש"ס-2000, שחודשה עד כה 16 פעמים; חוק רשות שדות התעופה (הוראת שעה), התש"ם-1980 שעודו בתוקף, ותוקן בפעם האחרונה בשנת 2008 – 28 שנים לאחר שהוחל; חוק סמכויות חיפוש בשעת חירום (הוראת שעה), התשכ"ט-1969, שמשמעותו החוקתית ברורה מאליה ובוטל רק מקץ 36 שנים מיום שנחקק, בשנת התשס"ה-2005; וחוק סדר הדין הפלילי (עצור החשוד בעבירת ביטחון) (הוראת שעה), התשס"ו-2006, הנוגע לזכויות יסוד של עצורים, תוקפו נקבע לכתחילה ל-18 חודשים, לא מכבר ביטל בית-משפט זה הוראה מהוראותיו לאחר שמצא כי היא אינה חוקתית (בש"פ 8823/07 פלוני הנ"ל), ובהמשך הוא תוקן ותוקפו הוארך עד לשנת 2012. אבסורד הוא, כי חוקים שמלכתחילה ברורה הייתה מורכבותם, ונהיר היה הצורך לשוב ולהעמיק את הבדיקה בהם מעת לעת, הפכו אכסניות של קבע להסדרים אשר עומדים בתוקפם משך שנים ארוכות.

"גם המדינה ודאי לא תטען, כי מי שנשללת ממנו כיום הזכות להתאחד עם בן זוגו, יכול להתנחם בידיעה כי ייתכן שהאיחוד יתאפשר בתום שנה" (דוידוב, יובל, סבן ורייכמן לעיל, בעמ' 676). אכן, משנעשה נהיר, כי לא רק מבחינת תוכנו, אלא אף בהיבט של משך תחולתו, אין חוק האזרחות והכניסה לישראל מותר מרווח מחייה

הולם לזכויות הנפגעות, שוב לא ניתן לומר עליו כי הוא רגיש לזכויות האדם. על תכליתו, אף זו הקונקרטי, לא ניתן לומר כי היא ראויה.

34. חוסר רגישות זה לזכויות הנפגעות אך מתחדד נוכח המסקנה, כי לחוק תכליות נוספות זולת זו הביטחונית. כוונתי היא להסדרים הקבועים בו בדבר התרת כניסתם של עובדים פלסטינים לישראל ובדבר מתן מעמד לפלסטינים על רקע זיקתם לישראל, קרי, בפרט על רקע סיוע ביטחוני מצדם. מתקשה אני לקבל את טענתה של המדינה, ובכך שותף אני למסקנותיה של חברתי, השופטת פרוקצ'יה כפי שהועלו בגלגולה הקודם של הפרשה (בג"ץ 7052/03 עדאלה הנ"ל, בעמ' 505), כי הסיכון הנשקף מעובדי-ארעי פלסטינים, למשל, שמספרם מגיע לכדי עשרות אלפים מדי שנה, הוא קל ושונה מהותית מזה שמקימים תושבי השטחים שהתאזרחו בישראל. המשיבים אמנם תומכים את טענתם בדבר מידת האטרקטיביות הנמוכה, בראייתם של גורמי הטרור, של שוהי-יום פלסטינים בישראל, בנתונים בדבר זהותם של המעורבים בפיגועים מאז שנת 2000 (פרוטוקול מיום 2.3.10, בעמ' 7, ש' 32-37). אולם הטענה העקרונית אינה משכנעת בעיני כלל ועיקר, שהלא גם בשוהי-היום מתקיים התנאי – אותו הציגו המשיבים כתנאי מפתח עבור גורמי הטרור, של נגישות לישראל ולאזור כאחת. והרי היטב ידוע, ובפרט לגורמי הביטחון, כי ארגוני הטרור מתאימים עצמם כל העת לאילוצים שמתווים צעדי הביטחון הננקטים ומה שהיה, בכל הנוגע לטרור בשנים קודמות, אינו ערובה למה שיהיה בעתיד.

חוששני, כי אין מנוס מן המסקנה כי מקום בו קם לה, למדינה, אינטרס בהימצאותם בשטחה של עובדים העונים, כידוע, על צורכי תעסוקה שהמשק מתקשה לספקם, מונח לעת קלה השיקול הביטחוני בצד, או לפחות מאבד ממעמדו כשיקול עיקרי. דבר זה לא רק שעלול להפוך את התכלית הביטחונית חשודה בעיני אחדים, אלא שלהשקפתי הוא מעמיד בסימן שאלה נוסף את מידת כובד הראש בו מתייחסת המדינה לפגיעה בזכויותיהם המוגנות של אזרחיה הערבים.

מידתיות

35. נאמן לדרך הניתוח אותה התוויתי אוסיף ואניח, לצורך הדיון, כי הסייגים הכלולים בחוק, תחולתו המוגבלת בזמן ואף תוצאותיו שבפועל – המשתקפות בהיקף הבקשות שנענו, ביטאו כוונה של אמת להכיר במשקלן של הזכויות הנפגעות. האוחזים בהשקפה זו עשויים למצוא לה ביסוס דווקא בכך שהתפישה של נטילת סיכונים מחושבים אינה זרה לחלוטין לחוק הנבחן. עמדה על כך חברתי, השופטת ביניש:

“חוק האזרחות והכניסה לישראל עצמו קובע מסגרת של נטילת סיכונים. נטילת סיכון כזו קיימת למשל בסעיף 3 בנוסחו המתוקן של החוק, המסמיך את שר הפנים לאשר – לפי שיקול דעתו – בקשת תושב האזור למתן היתר שהייה לשם מניעת הפרדה בין בני זוג, כאשר תושב האזור הוא גבר שגילו מעל 35 או אישה שגילה מעל 25. זוהי, כמובן, נטילת סיכון מסוים, ולפיכך גם מתן היתר כאמור מותנה בשיקול דעתו של השר ובבדיקה אינדיווידואלית. כך גם לגבי היתרי כניסה לישראל הניתנים למטרות עבודה או ביקור... בכל אחד מאלה יש משום סיכון מחושב שהחברה בישראל [נוטלת] על עצמה” (בג”ץ 7052/03 עדאלה הנ”ל, בעמ’ 467).

אך האם הנחה, שלפיה אין החוק סותר את ערכיה של מדינה יהודית ודמוקרטית ותכליתו הפרטנית ראויה היא, עשויה לסייע בעדו לצלוח את הבחינה החוקתית בתחנתה האחרונה, היא סוגיית המידתיות? לצערי, לא אוכל להשיב בחיוב אף על שאלה זו.

36. ראשית, סבורני כי העמקתה של הפגיעה בשוויון בין אזרחי ישראל היהודים לערבים, לא תשא עמה בשורה אף בהיבט הביטחוני. תוצאתה עשויה להיות צמצום הסיכון הביטחוני בהיבט אחד, אך העמקתו בהיבט אחר, שכן רגשות של תסכול ושל קיפוח עלולים להיות מתועלים, ותוכיח זאת מציאות חיינו הכאובה, לאפיקים שליליים של חיי המעשה. גורמי הביטחון עצמם, ובראשם שירות ביטחון כללי, עמדו על סיכון זה, כפי שמשתקף בין השאר בחוות-דעתה של ועדת אור:

“מעניינה של המדינה הוא לפעול למחיקת כתם ההפליה של אזרחיה הערבים, על צורותיה וביטויה השונים. למעשה, אין מחלוקת על הצורך החיוני בהשגת יעד זה. גם גורמי הביטחון, ובהם שירות הביטחון הכללי, עומדים השכם והערב על חשיבותו הרבה.

...

עוד בטרם אירועי אוקטובר, היו גורמי הרשויות מאוחדים בדעה, כי תחושות קיפוח והפליה במגזר הערבי מהוות גורם משמעותי בתהליך הרדיקליזציה של הציבור הערבי במדינה. ברוח זו חיווה את דעתו היועץ לענייני ערבים של מפכ”ל המשטרה. גם המועצה לביטחון לאומי זיהתה בעיה דומה, במסמך מיום 9.7.00. נושא הטענות לקיפוח והפליה של המגזר הערבי, והתסיסה שנושא זה מעורר, עלה גם בשירות הביטחון הכללי. גורמי מחקר בשירות הציגו את נושא השוויון כבעיית יסוד של ערביי ישראל. במסמך של גוף מחקר בשירות, שהוכן זמן קצר לאחר אירועי אוקטובר, צוין כי האירועים הם, בין היתר, פרי של הבשלת תהליכים ארוכי טווח, וראשון בהם תסכול מתמשך

במגזר הערבי נוכח המצוקה הכלכלית לצד טענות לקיפוח, הזנחה ו'דחיקה לשוליים' מצד השלטונות. מצב זה יצר ניכור מהמדינה עד כדי דה לגיטימציה שלה, בחוגים מסויימים במגזר הערבי" (ועדת החקירה הממלכתית לעיל, כרך א' בעמ' 37-39; כרך ב' בעמ' 766).

אם בדברים אלה יש כדי להביא למסקנה, כי החוק לוקה אף באשר לקיומו של קשר רציונאלי בין מטרתו לבין האמצעים המשמשים בהשגתה, הרי שלמסקנה זו משנה תוקף בהיבט נוסף. כוונתי לכך, שאפילו אניח כי החוק מבקש על-פי תכליתו להותיר מרווח מחיה הולם לזכויות הנפגעות, הרי האמצעים הגורפים עליהם הוא מצווה עומדים בסתירה למטרה זו. לתחולתו הגורפת הפסולה של החוק ביטוי אף בהערכתם של הכלים שאימץ. הסדרים שאינם רגישים באורח פרטני לכל בקשה המונחת לפתחם של גורמי הביטחון, אינם עולים בקנה אחד עם כוונה להכיר במקומן המרכזי של הזכות לחיי משפחה ושל הזכות לשוויון. על כך כתבתי בפרשה אחרת, כי "דרך כלל, נקיטתו של אמצעי גורף היא 'חשודה' מן הבחינה החוקתית. צעדים מוחלטים דורשים, אף יותר מן הרגיל, הנמקה מבוססת שבכוחה לשכנע בדבר הצידוק שבנקיטתם. זאת, בשל הסתירה המובנית בין פעולה באורח גורף לבין הגנה על זכויות (בג"ץ 2150/07 ראש מועצת הכפר בית סירא נ' שר הביטחון, בפסקה החמישית לפסק-דיני (טרם פורסם, 29.12.09)). אף בהנחה, שכאמור כלל אינה מובנת מאליה, כי חוק המורה על הכרעה על-פי שרטוט דיוקנאות כוחו יהא רב לו בהגברת הביטחון, הרי סימן שאלה ניכר מרחף מעל יכולתו לקדם גם את חלקה האחר של התכלית הראויה, היינו, גילוי של רגישות לזכויות האדם (וראו Barak-Erez, *Supra*, at p. 190).

37. דומה כי בכך ניתן היה לסיים, שכן אפילו כוחן של הנחות תיאורטיות לזכותו של חוק האזרחות מוגבל הוא, וקשה לראות כיצד חרף כל האמור יוכל החוק לצלוח את מבחנה הראשון של המידתיות. אולם גם אם היה בידו להגיע אל מפתנו של המבחן השני, זה התר אחר אמצעי שפגיעתו פחותה, הרי נוכח האמור בחלקם הקודם של דברי (וראו גם בן-שמע, לעיל) היה מעברו נחסם במסננת דקה זו. בנקודת המוצא, הגורסת כי אין החוק מכוון להשגתו של ביטחון מוחלט, אלא הוא עושה את שביכולתו לצמצום האיום הביטחוני הנשקף מתושבי השטחים ומדינות האויב, אין מנוס מן המסקנה כי קיים אמצעי שפגיעתו פחותה – הלא הם ההסדרים הפרטניים ששימשו בסיס למסקנתי בעת הקודמת בה הונח חוק האזרחות לפתחנו. בדיקות פרטניות – בהיקף ובמתווה שייקבעו בהתייעצות עם המומחים לדבר ובהם גורמי הביטחון, מראש או לאורכו של תהליך קניית המעמד (וראו גם דויזוב, יובל, סבן ורייכמן לעיל, בעמ' 675), ובמידת הצורך גם לאחר מכן – הן אמצעי לצמצומו של הסיכון הביטחוני, במחיר של פגיעה

עמוקה פחות בזכויות המוגנות. ואטעים: הותרתו של שיקול הדעת בבחירת האמצעים בידי המשיבים אינה בבחינת "רטוריקה עמומה" (Carmi, *Supra*, at p. 44). זוהי אמירה מפורשת, ובה אין כל חדש, כי שיקול הדעת הוא למומחים ובית-המשפט, כדרכו, לא ישים עצמו במקומם.

37. והנה, אין כמו דברים שהשמיעה באת-כוח המדינה בדיון בפנינו כדי להמחיש כי בבדיקות הפרטניות שעורכים כוחות הביטחון טמון דווקא כוח לא מבוטל. על-פי נתונייהם של המשיבים (פרוטוקול הישיבה מיום 2.3.10, בעמ' 5, ש' 15-20; סעיפים 19-20 להודעה המשלימה), מתוך למעלה ממש מאות הבקשות, שהוגשו מאז ספטמבר 2005 על-פי אחד החריגים שבחוק, ונדחו מן הטעם שהמבקש נמצא קשור לפעילות טרור, למעלה מ-270 היו של מי שכבר החל בתהליך קבלתו של מעמד או של היתר שהייה זמני בישראל, זכה בתיעוד ישראלי זמני, ואולם בבדיקת-מעקב שנערכה לו בהתאם לנוהלי המשיבים, התברר כי קיים בענינו מידע ביטחוני שלילי שלא היה ידוע קודם. ב-66 מקרים נוספים כך היה בענינם של מי שקיבלו היתר שהייה בישראל שלא מכוח איחוד משפחות אלא מטעמים אחרים. המדינה נזקקה לנתונים אלה על מנת לתמוך בעמדתה ולפיה בעת שהוחל בתהליך לא הובילו הבדיקות לסינונם של אותם אנשים. אלא שדומני, ואף בהתעלם מן העובדה כי הללו ממילא לא נפסלו על בסיס פרופילי הסיכון שבחוק, כי בד בבד מוכיחים אותם נתונים את יעילותו של הבידוק הביטחוני המלווה, כאמור, את האדם לא רק לאורכו של התהליך אלא אף לאחריו.

38. לא אחת, בדברנו במבחן המידתיות השני, עולה טענה בדבר עלותו הכספית של האמצעי שנבחר, ובדבר העול הכלכלי שעשויים אמצעים חלופיים להטיל על המדינה. פער ניכר בעלות בין השניים עשוי להוציא את האמצעי החלופי מגדר האמצעים שנקיטתם אפשרית, ועל כן מתחייבת בגדרו של מבחן זה. שכן, דרך כלל, על האמצעי החלופי לִדְמוֹת לזה שנבחר בכל היבטיו, זולת במידת הפגיעה שהוא מסב לזכות המוגנת. על כך אומר, בהקשרה של הפרשה שבפנינו, שתיים: ראשית, להשקפתי, אין להתכחש לכך שלסוגיית העלות נודעת משמעות, אלא שזו הולכת ומאבדת ממשקלה ככל שהפגיעה בזכות היא עמוקה יותר, ובעיקר כשאין היא ממין הפגיעות שברכוש או שניתן לתקנן באמצעות פיצוי כספי (וראו בג"ץ 4541/94 מילר נ' שר הביטחון, פ"ד מט(4) 94, 110 (1995); דנג"ץ 4191/97 רקנט ואח' נ' בית-הדין הארצי לעבודה, פ"ד נד(5) 330, 355 (2000); עע"מ 4614/05 מדינת ישראל נ' אורן, פ"ד סא(1) 211, 252 (השופטת ביניש) (2006); ע"א 10078/03 שתיל הנ"ל, בפסקה 27 לפסק-דיני). כזו היא הפגיעה בזכויות נושא עתירות אלו, שההגנה עליהן מצדיקה השקעתם של משאבים ציבוריים, ואפילו ניכרים. למעשה, ניתן היה לדבר בסוגיה זו עוד קודם, בהידרש

לתכליתו של חוק האזרחות. והנה, גם אם "תכלית החוק אינה ביטחונית 'טהורה' אלא ביטחונית-כלכלית: חיסכון בתקציב הביטחון], אין היא מספיקה להצדקת פגיעה עמוקה בזכויות חוקתיות הסמוכות לליבה של כבוד האדם כפי שנגרמת בענייננו" (זוידוב, יובל, סבן ורייכמן לעיל, בעמ' 667). שנית, את דעתי הניחו אף בענין זה דבריה המפורשים של באת-כוחם של המשיבים, ולפיהם אין הענין פְּעִלוֹתָן של הבדיקות הפרטניות – ובלשונה: "הטענה שלנו היא לא טענה של חוסר משאבים" – כי אם "בקושי האינהרנטי" הטבוע בנקיטתם של אמצעים פרטניים, תהא עלותם אשר תהא (פרוטוקול הדיון מיום 2.3.10 בעמ' 8, ש' 8-9).

39. במבחן המידתיות השלישי דיבר הנשיא ברק בגלגולה הקודם של הפרשה, ובו הוא ראה את המכשול שאין בכוחו של החוק לחצות (בג"ץ 7052/03, מעמ' 345). כפי שהסברתי, השקפתי היא כי מקומה של הבדיקה שנערכה, על-פי תוכנה, יכירנה במבחן ערכיה של מדינה דמוקרטית, ואם לא בו – הרי בשלביה המתקדמים יותר של בחינה על-פי פסקת ההגבלה אך קודם לסוגיית המידתיות הצרה. בכך יש, לדעתי, כדי להקל במידת-מה על הקושי הטבוע, כאמור, בשימוש במבחן המידתיות השלישי – קושי שהומחש היטב בחילוקי הדעות שנתגלעו בין חברי השופטים בגלגולה הקודם של הפרשה. כך או כך, בסופו של יום, דעתי היא כי חוק האזרחות והכניסה לישראל אינו צולח את משוכותיו של המנגנון החוקתי, וכמו מאליו קורא הדבר להושטתו של הסעד השיפוטי ההולם. בכך אחתום את דברי.

הסעד החוקתי

40. סעד הבטלות משמש במשפטנו, מימיו הראשונים, תרופה מרכזית לתיקון פגם שנפל במעשיה של רשות שלטונית (ע"א 183/69 עיריית פתח תקוה נ' טחן, פ"ד כג(2) 398, 402 (1969); ע"א 790/77 אורט נ' הפול לביטוח חובה בע"מ, פ"ד לד(2) 785, 790 (1980); דפנה ברק-ארז "בטלות יחסית ושיקול דעת שיפוטי" משפטים כד 519, 523 (1994)). תכלית הבטלות, ככל סעד חוקתי, היא כפולה: ריפוי העוול אשר נגרם לפרט בעטייה של פעולת הרשות המוסמכת, והשבתה של הרשות אל תלם החוקיות (R.H. Fallon & D.J. Meltzer *New Law, Non-Retroactivity and Constitutional Remedies*, 104 HARV. L. REV. 1731, 1736 (1991)). הדבר נחוץ לשם אישורם של ערכי יסוד של המשפט ובהם שלטון החוק, ולהבטחת האמון הציבורי ברשויות השלטון.

לבטלות פנים רבות. במרוצת השנים התבססו במשפט דוקטרינות המצדדות בהגמתו של הסעד שלימים עברו. ממודל מוחלט, שפירושו – בתמצית – הוא ביטולה של הפעולה נושאת הפגם השלטוני על אתר ולמלא עומקה, מדברים אנו כיום בהכרעות שיפוטיות המסייגות את הסעד על-פי הנסיבות, ובכלל זה לאור מהותו של ההליך ומיהותם של הצדדים לו. אמת, הגמשתה של התרופה החוקתית היא מביטוייה של התופעה המשפטית ולפיה "תוצאתו של ההליך שיפוטי לעולם מושפעת לא רק ממצב הזכויות לפי הדין המהותי, אלא גם מן ההליך והצדדים לו" (דפנה ברק-ארז "הבטלות היחסית במשפט המינהלי: על מחירן של זכויות" ספר יצחק זמיר: על משפט, ממשל וחברה 283, 311 (י' דותן וא' בנדור עורכים, 2005)).

דמות אחת לדבר מציעה הדוקטרינה בדבר בטלות יחסית, שעיקרה בקנייתו של שיקול-דעת שיפוטי באשר להיקף הבטלות ולעומקה (בג"ץ 243/80 מדד'ינסקי נ' בית הדין הצבאי לערעורים, פ"ד לה (1) 67, 76 (1980); ע"פ 768/80 ש' שפירא ושוח' בע"מ נ' מדינת ישראל, פ"ד לו (1) 337, 362 (1981); רע"פ 2413/99 גיטפון נ' התובע הצבאי הראשי, פ"ד נה (4) 673, 684 (2001)); בג"ץ 9232/01 "נח" ההתאחדות הישראלית של הארגונים להגנת בעלי חיים נ' היועץ המשפטי לממשלה, פ"ד נז (6) 212, 263 (2003)). היבט אחר בגמישותו של הסעד השיפוטי מגלם הרעיון של בטלות מושעית, לפיו מוסמך בית-המשפט לדחות את המועד בו תישא הבטלות – המלאה או היחסית – את ביטוייה המעשי. פעולה שלטונית שבטלותה הושעתה מוסיפה לעמוד בתוקפה לפרק זמן מוגבל, אף כי ניטל ממנה, בקביעה שיפוטית, ההכשר החוקי או החוקתי. הבטלות היחסית, כמו הבטלות המושעית, משמשות כלי בידי בית-המשפט בהגיעו למסקנה כי בפעולתה של הרשות השלטונית נפל פגם, ששוב אינו מאפשר לה לשאת תוקף כמתוכנן. שתי הדוקטרינות עשויות לשמש בבחינתו החוקתית של חוק של הכנסת:

"הקביעה כי חוק פוגע שלא כדין בזכות חוקתית, באשר הוא אינו מקיים את דרישות פסקת ההגבלה, אין משמעותה, מניה וביה, כי דינו של החוק בטלות, ולא לתר. לבית המשפט נתון שיקול דעת באשר לסעד הראוי במצב זה. שיקול דעת זה משתרע הן לעניין הכרזת הבטלות עצמה והן לעניין מועד כניסת הבטלות לתוקף" (הנשיא ברק בבג"ץ 7052/03 עדאלה הנ"ל, בעמ' 350).

41. שיקול הדעת השיפוטי בבחירתו של סוג הסעד ההולם – ובכלל זה ההחלטה אם לפסול את הפעולה השלטונית לאלתר או להשעות את הפסילה, נדרש למערכת מורכבת של איזונים, המקיפה שיקולים פרטניים וכלליים, שיקולים אינדיבידואליים ומערכתיים, שיקולי זכויות היחיד ושיקולים של אינטרס הכלל. פתרון המתאים

למערכת נסיבות אחת, עלול להתגלות כבלתי מספק במערכת נסיבות אחרת. יש והכרזה על בטלותה המיידית של נורמה חקיקתית או של פעולה שלטונית אחרת תהא תשובה הולמת לפגיעה הטמונה בה, בפרט ככל שפגיעה זו קשה ובוטה יותר. יש, מנגד, כי חרף ההכרה בפסול שנפל, השעיתה של הבטלות – תועלתה תהא רבה מן הנזק שהסבה הפגיעה החוקתית (בג"ץ 5100/94 הוועד הציבורי נגד עינויים בישראל נ' ממשלת ישראל, פ"ד נג(4) 817, 848 (1999); בג"ץ 1715/97 לשכת מנהלי ההשקעות בישראל נ' שר האוצר, פ"ד נא(4) 367, 416 (1997); בג"ץ 3267/97 רובינשטיין נ' שר הביטחון, פ"ד נב(5) 481, 530 (1998)).

להשעיה יתרונות וחסרונות (יגאל מרזל "השעיית הכרזת הבטלות" משפט וממשל ט 39, 66; 76 (2005)). מחד גיסא, מעניקה היא לרשות השלטונית את פרק הזמן הדרוש לחשיבה מחודשת ולהיערכות לתיקונו של ההסדר הקיים. יתרונה בכך שאין היא מביאה את ההליך המשפטי אל קצו בטרם הוכרע גורלה של הפעולה השלטונית ובאורח שמובטח כי יביא, גם אם בחלוף פרק זמן, לסילוקו של הפגם שנפל. היא מאפשרת לרשות השלטונית שהות לשקילה ולקיומו של השיח הציבורי והפוליטי הנדרש – יסודות חיוניים בעשייה החקיקתית והמנהלית. יתרונה אף בכך שהיא מצמצמת את הסיכון מפני התגלעותו של חסר נורמטיבי, העלול להתלוות לבטלות מיידית. מאידך גיסא, חולשתה היא בשתיים. ראשית, בכך שהיא מאפשרת תקופת חיות נוספת לנורמה פסולה, ושנית, בכך שהיא – ככל אקט של בטלות – נוטלת מכוחה של הרשות המבוקרת, עלולה לקומם על בית-המשפט את המתנגדים לביקורת שיפוטית, ובמקרה שבו עם הגיעו של מועד הבטלות מתברר כי לא ניתן להציע הסדר חלופי מעשי לזה שבוטל, אף עלולה לכרסם במעמדן של ערכאות המשפט.

42. אולם דומני, כי לדוקטרינת ההשעיה מעלה עיקרית, ומצויה היא בתרומתה לרעיון של דיאלוג חוקתי, היינו, להבנה כי ההגנה על הערכים המגולמים בחוקה וקידומם – מלאכה משותפת היא לשלוש רשויות השלטון יחדיו. הבנה זו אינה חותרת תחת עקרונות-היסוד הדמוקרטיים בדבר הפרדת הרשויות ורעיון האיזונים והבלמים, אלא ענינה בהעמקת השיח בין זרועות השלטון וברגישות הדדית האחת לרעותה. מכירה היא בכך שהמפעל החוקתי אינו נחלתה של רשות שלטונית יחידה. אין הוא רובץ לפתחה של איזו מבין הרשויות לבדה. אין האחריות לו, אחריות כבדה עד מאד, מוטלת על שכמו של בית-המשפט לבדו, אף לא על הכנסת או על הממשלה לחוד. ההגנה על ערכי-בסיס חוקתיים, מיסודותיה היפים ביותר של השיטה הדמוקרטית, חבה את קיומה לשלוש הרשויות גם יחד. כאמור בראשית הדברים, כל אחת מאלו נושאת את תרומתה-היא לקידומם, פיתוחם ויישומם של הערכים החוקתיים. הבנה זו מניחה

תשתית לתפישה לפיה מוטב יהא העיסוק בשאלות החוקתיות פרי של דיאלוג כן, רציף ומתמשך בין הרשויות. דבר זה עשוי להיטיב עם ההתנהלות השלטונית ככלל. הוא עשוי להיטיב עם זכויות האדם. בכוחו לסלק אנטגוניזם, הנקשר לא אחת במושג הזכות וההגנה עליה. בכוחו לסייע בפיתוחן של זכויות חוקתיות נוספות. מאפשר הוא לזכויות היסוד לחלוק את אור הזרקורים עם ערכים אחרים, שקידומם הוא לציבור מטרה חשובה. על מאפייניו החיוביים של הדיאלוג החוקתי כתבו במאמרם הידוע והג ובאשל:

[T]he judicial decision causes a public debate in which *Charter* values play a more prominent role than they would if there had been no judicial decision. The legislative body is in a position to devise a response that is properly respectful of the *Charter* values that have been identified by the Court, but which accomplishes the social or economic objectives that the judicial decision has impeded... The legislative body would have been forced to give greater weight to the *Charter* values identified by the Court in devising the means of carrying out the objectives, or the legislative body might have been forced to modify its objectives to some extent to accommodate the Court's concerns. These are constraints on the democratic process, no doubt, but the final decision is the democratic one... Judicial review is not "a veto over the politics of the nation," but rather the beginning of a dialogue as to how best to reconcile the individualistic values of the *Charter* with the accomplishment of social and economic policies for the benefit of the community as a whole" (P.W. Hogg and A.A. Bushell, *The Charter Dialogue between Courts and Legislatures — Or Perhaps the Charter of Rights isn't such a bad thing after all*, 35 OSGOODE HALL L. J. 75, 79; 80; 105 (1997)).

על חשיבותו של הדיאלוג החוקתי עמד גם אהרן ברק:

"החלטה על אי-חוקתיותן של חוק אינה סוף פסוק. הדיאלוג בין הרשויות – שהתחיל בחקיקה ונמשך בקביעה שהחוק אינו חוקתי – נמשך. כעת העניין חוזר למחוקק. שקיפותה של ההחלטה השיפוטית מאפשרת למחוקק לדעת מה עליו לעשות אם הוא מבקש להמשיך בהגשמת מטרת החוק. שוב אין לנו עניין במונולוגים נפרדים – חוק לחוד ופסיקה לחוד. עניין לנו בהבנה בין השניים. כל רשות מבינה את רעותה. כל רשות פועלת בגדריה של מציאות נורמטיבית אחידה המוכרת לה ומשותפת לה ולרשות האחרת" (מידתיות במשפט לעיל, בעמ' 563).

43. אותם טעמים שימשו אדן עיקרי בהשקפתי, אשר מצאה את ביטויה בגלגולה הקודם של הפרשה, כי בד בבד עם הצהרה על אי-חוקתיותו של חוק האזרחות והכניסה לישראל, מוטב להניח לממשלה ולכנסת את חופש הפעולה הדרוש לגיבושו של הסדר מתוקן. הם שהקימו יסוד למסקנתי, כי יש מקום להעמיד רשויות אלו על הפגמים שנפלו בחוק ומצדיקים – לא מתוך גחמה חלילה, אף לא בשל השקפה פוליטית כזו או אחרת, אלא על יסודה של הנמקה בהירה המנסה לשכנע כפי כוחה – את תיקונו. הנחת, כי השבתו של הכדור למגרשן של אותן רשויות תניע הליך מחודש של שקילה ושל מאמץ, ליישב את הדרוש יישוב. תקווה קיננה בלבי, כי שיח חוקתי שיתפתח ישיא את תרומתו הן לזכויות שבמוקד הדיון והן לאינטרסים הכה-חשובים שבבסיס החוק. יסוד בהשקפתי שימשה העובדה, כי משעסקינן בהוראת שעה בעלת סעיף פקיעה, הרי הפער בין סעד של בטלות מושעית עד למועד פקיעתו של החוק, לבין הצהרה כי החוק אינו חוקתי אך אין לבטלו בטרם תתן עליו הכנסת את דעתה, אינו עמוק כלל ועיקר.

אך מאום מן הנדרש לא נעשה. היפוכם של דברים – לא זו בלבד שלא נקבעו הסדרים פרטניים של ממש, אלא שמגמתו הגורפת של חוק האזרחות והכניסה לישראל אך הועמקה. בעת הזו, כחמש שנים מיום שניתן פסק-דיןנו הקודם, ניצבים אנו בפני חוק שפגיעתו קשה יותר, ודמותו – דמות נורמה פוגענית שנועדה ללוותנו עוד שנים רבות – הולכת וניכרת. ברי הוא, כי דיאלוג חוקתי לא יוכל להיות עקר. הוא לא יוכל לשמש כסות לפגיעה מתמשכת בזכויות אדם. הוא לא יוכל להסוות תפישה אשר אינה מכירה בחיוניות ההגנה על זכויות אלו. הוא לא יוכל לספק במה להקלת-ראש במשקלן. הוא לא יוכל לייתר את הליך הביקורת שיפוטית. האין זה יסוד מוסד במערכת יחסים ראויה בין רשויות השלטון, כי את שמופנה אליהן, אף אם בלשון המעטה שאין תכליתה אלא לכבדן, ישכילו הכנסת והממשלה לקיים בלא שיהא צורך לשוב ולהטעים באוזניהן את המסקנה החוקתית, הפעם ברחל בתך הקטנה? האין זה בבחינת המובן מאליו כי בדמוקרטיה חוקתית, שביקורת שיפוטית אף היא ערך מערכיה המכוננים, תיושמנה תוצאותיה של הבדיקה החוקתית כל צורכן ובמועד? הגם לכך ייקרא אוטופיה?

44. אמנם, כדברי חברי, המשנה לנשיאה ריבלין, כאז כן כיום, "הכנסת שחוקקה את חוק האזרחות – והאריכה את תוקפו – נתפזרה, וכנסת חדשה ושונה נתכוננה תחתיה. הממשלה שיזמה את החוק, שוב אינה קיימת וממשלה חדשה קמה תחתיה. המפלגות שהרכיבו את הממשלה הקודמת שינו פניהן כמעט ללא הכר" (בג"ץ 7052/03 עדאלה הנ"ל, בעמ' 541). מפי באי-כוחה של המדינה נמסר לנו, כי באחרונה שוקדת הממשלה על הכנתו של הסדר חקיקתי חדש, שיקיף את סוגיות האזרחות והכניסה לישראל ויידרש גם לבקשות של נתינים ממדינות אויב למעמד. בהארכת התוקף האחרונה

הוטעם בפני הכנסת כי התהליך מצוי בשלב מתקדם. אלא שחוששני, כי הוכח כבר, כי בכל אלה לא טמון סיכוי לשינוי מהותי מהוראותיו הפוגעניות של החוק, אפילו הוא יולבש אדרת חדשה וימצא משכנו באכסניה חלופית. על כן, שוב לא אוכל לעמוד על הצעתי שמכבר, היינו, להותיר את החוק על מכוננו עד שיעלה מלפניה של הכנסת לתקנו.

הכרעה וסוף דבר

45. אבדן צלמה הדמוקרטי של מדינת ישראל, וויתור על מושכלות יסוד אשר שימשו מראשיתה, יהיו מהישגיהם העיקריים של המבקשים להכריתה. הפניית עורף לעקרונות שבגרעין תפישתנו הערכית, אימוצן – ולא בליית ברירה – של אמות מידה בהן אוחזים אלה שמפניהם מבקשים אנו להתגונן (בג"ץ 5100/94 הוועד הציבורי נגד עינויים הנ"ל, בעמ' 845), והשלמה עם פגיעה מוסרית שאינה מחויבת המציאות, סופם שיחלישנו יותר משיחזקו. לכך לא יוכל הציבור הישראלי להסכין. עם כך לא תוכל שיטתנו המשפטית להשלים. יותר מסדק מאיים חוק האזרחות והכניסה לישראל, בנוסח המונח לבחינתנו, לקרוע בחומה, שחוסנה עמד לה עד כה ושמה "מדינה יהודית ודמוקרטית". פגיעתו של החוק קשה היא. נזקו מהדהד. חקיקתו היא אירוע מכונן בתולדות הדמוקרטיה הישראלית. אף אם יש שיראו בכך קו פרשת מים ביחסים שבין רשויות השלטון, לא יוכל עוד בית-המשפט להשקיף על אירוע זה מן הצד. אין מנוס מהפעלת סמכותנו השיפוטית. חומרת הפגיעה והחשש מפני השלכותיה הנוספות הם המחייבים זאת.

בכך אין כדי לגרוע, אשוב ואטעים, מן ההכרה בחומרתו של הטרור שהיכה, ומבקש להוסיף ולהכות, בחוצותינו. עמדתי על כך בשורה ארוכה של פרשות בעבר, ומהשקפתי לא שיניתי מאום. מוראות הפיגועים מנת חלקנו ותוצאותיהם הקשות חוזרים ומנקרים בלב. נחמה על עולמות שנכרתו באחת – נערים ונערות צעירים, הורים, קשישים, משפחות שלמות על בנותיהן ובניהן, חיילים, גברים ונשים – מתקשה אתה למצוא. על המרצחים, על שולחיהם, על עושי דברם – אף מקרב ערביי ישראל – יש לאסור מלחמת חורמה. חובתה של המדינה היא להגן על תושביה, ככל אשר ניתן במסגרתה של שיטת משטר דמוקרטית. תפקידה הוא לחתור להבטחת הביטחון האישי. מושכלות יסוד שאין משקלם פחות הם, כי בעתות של סיכון ביטחוני רשאית המדינה לנהוג אחרת מבימי שלום ושלווה (בג"ץ 2150/05 בית סידא הנ"ל, בפסקה הששית לפסק-דיני). על אף זאת, בעשותה כן, שומה עליה שלא לחצות קווים שאין לחצותם. "זה סוד עוצמתו של המשטר הדמוקרטי, שעומד איתן על עקרונותיו ועל ערכי היסוד

שלו גם כאשר מדובר בעימות מול מי שאינו אוחד בעקרונות דומים" – דברי חברי, המשנה לנשיאה, בבש"פ 8823/07 פלוני הנ"ל, בפסקה 34 לפסק-דינו. "גם במציאות זו", הוסיפה חברתי, השופטת ארבל, "נדרשת ישראל לנהל את המאבק על ביטחונה ועל ביטחון אזרחיה תוך שמירה על אופייה כמדינה יהודית ודמוקרטית" (שם).

"אימת הטרור" כתבה עוד חברתי, השופטת חיות, "עלולה להיות מורה-דרך מסוכן למחוקק המבקש להתמודד עם מחולליה. היא עלולה לגרום לדמוקרטיה לעבור על מידותיה" (בג"ץ 7052/03, בעמ' 489). למרבה הצער, אין זה חשש בעלמא. היו דברים מעולם, גם אם בשדות זרים (וראו Hirabayashi v. United States, 320 U.S. 81 (1943)). אין זו דרכו של המחוקק הישראלי. "ישראל הינה המדינה היחידה במאה ה-20 אשר הצליחה לשמור על קיום מוסדות דמוקרטיים ועל רמה סבירה של זכויות אדם לאזרחיה, למרות איום חיצוני מתמיד" (הופנונג לעיל, בעמ' 346). בטוחני, כי כפי שעלה בידי הכנסת, לאורך השנים, להתמודד עם אתגרים מורכבים וקשים, אף הפעם תימצא לה דרך להביא את שדרוש תיקון על תיקונו, בד בבד עם המאמץ להבטיח את ביטחונם של תושבי ישראל ואת שלומם.

46. על יסוד עמדתי זו אציע לחברי כי נעשה צו מוחלט, הקובע כי חוק האזרחות והכניסה לישראל (הוראת שעה), התשס"ג-2003, בטל מחמת היותו בלתי חוקתי. בטלותו של החוק תיכנס לתוקפה בעוד תשעה חודשים מהיום.

47. בטרם נעילת שער

א. בחודש יוני 2010 הפצתי את חוות דעתי בקרב שופטי המותב המקורי שנקבע לדון בעתירות שבפנינו. אותה שעה היה מועד פרישתי לגמלאות (11.10.2011), רחוק דיו כדי לאפשר לחברי לגבש את עמדותיהם בסוגיות שבמחלוקת ולהעלותן על הכתב. לדאבוני, שלוש מתוך חוות הדעת בהן חלקו חבריי על השקפתי הועברו אלי רק ביום 10.1.2012, שתיים מהן בשעות הערב, היינו כיממה ומחצה בלבד לפני תום המועד המאפשר לי לחתום על פסק הדין.

בנסיבות אלו, ונוכח סד הזמנים הבלתי אפשרי אליו נקלעתי, החלטתי להגיב על דבריהם של חבריי בקצרה, ולא כפי שתכננתי לעשות באחת הסוגיות היותר חשובות שהונחו אי פעם על שולחנו של בית משפט זה.

ב. הנימה העולה מדבריהם של שופטי הרוב היא שאם העתירות תתקבלנה, כי אז צפוי זרם גועש של אלפי פלסטינאים אשר יבקשו לקבוע את מקום מושבם בישראל. אחד מחבריי אף כתב שאין לו ספק (ואני תוהה על מה מתבססת הנחה זו - א' א' לוי) כי שיעור מסוים מאלה יהיה מעורב במעשי טרור, ועל כן צפויה פגיעה ודאית בחייהם ובגופם של אזרחי ישראל. אותו שופט אף שינן באוזנינו מתוך הפסיקה לאמור: "זכויות אדם אינן מרשם להתאבדות לאומית".

ג. נראה אפוא כי אחדים מחבריי סבורים כי לא ניתן בחוות דעתי משקל הולם לשיקולי ביטחון שעמדו בבסיסה של הוראת השעה. אולם, חוששני כי הקורא התמים, זה שאינו בקי בניסוחים משפטיים, לא יעצור כאן ויהיה סבור כי שופטי המיעוט עליהם אני נמנה, הניחו את הבסיס לסכנה קיומית למדינת ישראל, שהרי זו משמעותו של המונח "מרשם להתאבדות לאומית". לא זו אף זו, יהיו גם מי שיטענו כי שופטי המיעוט נתנו גושפנקא למה שמכונה "זכות השיבה" של פליטי 1948, וכבר היו דברים מעולם.

ד. דברים אלה מקוממים הם, הואיל וביסוסו של הבית היהודי בארץ ישראל והבטחת קיומו לנצח נצחים, היה מאז ומתמיד אבן מסד בהשקפת עולמי. יתרה מכך, אותם דברים מקוממים גם באשר הם חוטאים לאמור בחוות דעתי, ובסיסם בהעצמה של פחד, נחלתם של רבים, שכל עמידה על זכויות אדם של המיעוט הערבי, כרוכה מיניה וביה בסכנה קיומית לישראל. לו היה עולה בלבי הרהור שהתוצאה אותה הצעתי בחוות דעתי עלולה להעמיד בסכנה את מדינת ישראל ותושביה, הייתי מצטרף ללא היסוס להצעה לדחות את העתירות. ברם, המצב שונה בתכלית, בראש ובראשונה מאחר והקפדה על זכויות אדם בנסיבות הנוכחיות, יכולה גם יכולה לדור עם שמירה על ביטחון ישראל. ולא למותר להדגיש כי ההלכה הנוהגת עמנו היא כי המחוקק אינו פטור, גם מקום שקיים סיכון, להימנע כליל מנטילת סיכון זה שעה שההימנעות באה על חשבון זכויות יסוד של הפרט. אכן, כניסתם של פלסטינאים לישראל כתוצאה מנישואין עם בן/בת זוג ישראלים כרוך בה סיכון מסוים. אולם מעולם לא אמרתי כי יש להתיר את כניסתם באופן גורף, אלא להימנע מאיסור כמעט מוחלט ברוח הוראת השעה, ולהעדיף על פניה בדיקה פרטנית של כל מקרה על פי נסיבותיו. אכן, בדיקה כזו תחייב היערכות מיוחדת של גורמי הביטחון, ולמיטב הבנתי והכרתי אותם הם יוכלו לעמוד בה. הנה כי כן סבורני כי הדרך בה הלכתי מציעה הסדר מאוזן וראוי בין האינטרסים הנוגדים העומדים על הפרק, ולא נותר לי אלא להצר על כך שדעתי לא התקבלה.

ה. כאמור, סוגיות נוספות שעלו בדברי חבריי חייבו את תגובתי, אולם מחמת קוצר השעה לא אעשה זאת.

שׁוֹפֵט (בדימ')

השופט ס' ג'ובראן:

1. זוהי הפעם השנייה שאנו דנים בשאלת חוקתיותו של ההסדר הקבוע בחוק האזרחות והכניסה לישראל (הוראת שעה), התשס"ג-2003 (להלן: החוק או חוק האזרחות והכניסה לישראל). בפסק דיננו הקודם בסוגיה (בג"ץ 7052/03 עדאלה – המרכז המשפטי לזכויות המיעוט הערבי בישראל נ' שר הפנים, פ"ד סא(2) 202 (2006) (להלן: פרשת עדאלה)) הבעתי את עמדתי שלפיה עלינו להורות על בטלותו של חוק זה הן בהיותו פוגע פגיעה קשה בזכות של בן הזוג הישראלי לחיי משפחה, וזאת ביחס לאפשרותו לבחור את בן זוגו ולחיות עמו חיים משותפים, בזכותו ביחס לילדיו וזכויות ילדים אלו ביחס להוריהם; והן בזכותם של אזרחי ישראל הערבים לשוויון. את דבריי חתמתי במילים:

“מדינה אשר רואה עצמה כמדינה מתוקנת, אינה יכולה לקבל כחלק מחוקיה חוקים אשר פגיעתם בערכי יסוד אנושיים כה קשה וכה צורמת. טוב היה לו לא היה נחקק חוק זה מלכתחילה. משנחקק, הרי שאין ביכולתנו, כמי שאמונים על שמירת ערכיה של מדינת ישראל כמדינה דמוקרטית, להשלים עם המשך הימצאותו בספר חוקי המדינה” (פרשת עדאלה, עמ' 487).

נדמה שדברים אלו נכונים שבעתיים כיום, כאשר לא זו בלבד שחלוף הזמן לא הביא לפגיעתו של החוק באמצעות הארכת תוקפו מפעם לפעם, אלא שתיקון החוק בשנת 2007 אף הוסיף והעמיק את פגיעתו בכבוד האדם ובזכויות הבסיסיות הנובעות ממנו, כפי שקבע חברי השופט א' א' לוי.

2. מסיבה זו מצטרף אני גם היום לקביעתו של חברי השופט א' א' לוי שלפיה דין החוק להתבטל, אף בגרסתו הנוכחית. עם זאת הנמקתי במעט שונה. לשיטתי, מרכזה של הבחינה החוקתית בדבר חוקתיות החוק צריך להיות נעוץ במבחני המידתיות ובעיקר במבחן המשנה השלישי (מידתיות במובן הצר), כפי שנוחת על ידי הנשיא א' ברק בפסק דיננו בפרשת עדאלה. לטעמי אין לנו צורך להידרש במקרה דנן לפסילתו

של החוק בשל כך שאינו הולם את ערכי מדינת ישראל או לקבוע כי אינו לתכלית ראויה, כפי שמציע חברי השופט א' א' לוי. אלא, עלינו לקבוע כי חוק האזרחות והכניסה לישראל מפר את האיזון הראוי בין צורכי הכלל וזכויות הפרט, ופוגע בזכויות אדם מוגנות מעבר למותר, ועל כן דינו להתבטל.

פגיעותיו של החוק

3. בפרשת עדאלה קבעתי שהזכות למימוש חיי משפחה היא זכות חוקתית המוגנת במלוא היקפה על-ידי חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו. כן, נדרשתי לעומק פגיעתו של ההסדר הקבוע בחוק האזרחות והכניסה לישראל בזכות זו, וכך קבעתי:

"בהקמת משפחתו, מעצב האדם את הדרך בה הוא חי את חייו ובונה את עולמו הפרטי... בלב ליבה של הזכות החוקתית לחיי משפחה ולנישואין, נמצאים החיים המשותפים, תחת קורת גג אחת... עינינו הרואות, כי החיים המשותפים אינם אך מאפיין הנמצא בשולי היקפה של הזכות לחיי משפחה, אלא אחד ממרכיביה המהותיים ביותר של זכות זו, אם לא המהותי שבהם. משכך, הרי שפגיעה ביכולתו של אדם לנהל חיים משותפים יחד עם בן זוגו, הריהי למעשה פגיעה במהותם של חייו המשפחתיים; שלילת יכולתו של אדם לקיים חיים משותפים בישראל עם בן זוגו הריהי שלילת זכותו לחיי משפחה בישראל. פגיעה זו יורדת לשורש מהותו של האדם כאזרח בן-חורין. ודוק: אין מדובר אך בפגיעה באחד ממובני של הזכות החוקתית לקיום חיי משפחה, אלא בשלילתה המלאה של זכות זו וככזו יש לבחון אותה" (שם, עמ' 469-479).

יודגש, כי איננו נדרשים לדון בשאלת חוקתיותו של חוק השולל מכלל אזרחי המדינה את זכותם למימוש חיי משפחה עם בני זוג בעלי אזרחות זרה. אלא, החוק והתיקון לו מונעים (כמעט באופן מוחלט) את אפשרות מימוש זכויות אלה, עם בן זוג תושב או אזרח האזור. מגבלה זו רלוונטית למעשה אך לקבוצה מסוימת מתוך כלל אזרחי המדינה, והיא קבוצת אזרחי המדינה הערבים, אשר הם הנישאים בפועל לבני זוג תושבי האזור. לפיכך, יש לראות בהוראות חוק זה כפוגעות באופן משמעותי בזכות החוקתית לשוויון (לעניין זה ראו גם את דברי בפרשת עדאלה, עמ' 484). אציין, כי אל מול מניעה זאת, לקבוצת אזרחי המדינה היהודים נתונה זכות רחבה וכמעט בלתי מוגבלת למימוש הזכות לחיי משפחה עם בני זוג יהודים בעלי אזרחות זרה (לרבות ממדינות המנויות בתוספת השנייה), מכוחו של חוק השבות, התש"ו-1950.

בעניין זה אוסיף כי התיקון לחוק כולל בקטגוריה אחת הן את תושבי האזור והן את תושבי המדינות המנויות בתוספת השנייה, בין מדינות אלו מנויות סוריה, לבנון ואיראן. לדעתי אין מקום להתייחסות שווה לתושבי האזור ותושבי המדינות המנויות בתוספת השנייה. ראשית, משום שאין דומה המצב המדיני השורר בין ישראל לרשות הפלשתינאית, לבין זה השורר בינה לבין יתר המדינות המנויות בתוספת השנייה. שנית, בשל הסיטואציה החברתית, התרבותית וההיסטורית המיוחדת שבין אזרחיה הערבים של מדינת ישראל ובין תושבי האזור. נראה כי ראוי היה שיינתן משקל להבדלים אלו.

לטענת המשיבים, הוראות אלו אינן פוגעות בזכות לשוויון שכן הן מבוססות על הבחנה מותרת בין כלל אזרחי המדינה המבקשים מעמד לבני זוגם בעלי אזרחות זרה, ובין אזרחי המדינה המבקשים מעמד לבני זוגם ממדינות המנויות בחוק. זאת, בשל הסיכון הביטחוני הנשקף מהם. לשיטתי, ייתכן וניתן היה לקבל טענה זו, לו היה קובע החוק כי לא יינתן מעמד לבן זוג אשר נשקף ממנו סיכון בטחוני. אולם, שלילה מוחלטת של מתן אפשרות לקבלת מעמד עבור בן זוג תושב האזור ללא כל אינדיקציה לסיכון הנשקף ממנו, מלמדת לטעמי על הבחנה שאינה מותרת, שכן בפועל השלכתה היא כלפי קבוצת אוכלוסייה מוגדרת ומסוימת (אזרחים ערבים) ואינה נשענת על מאפיינים קונקרטיים של מבקשי המעמד (תושבי האזור), המצדיקים הבחנה זו.

בגישתה זו, מבקשת המדינה כי נכיר בסיכון הנשקף מפרט הנובע אך מעצם השתייכותו לקבוצה מסוימת, ולא בשל מאפיינים ספציפיים הקשורים בו או במעשיו. את טענתה זו, תומכת המדינה בנתון אשר לפיו מתוך כלל תושבי האזור אשר קיבלו מעמד בישראל מכוח איחוד משפחות, כמה עשרות היו מעורבים בפעילות טרור. דהיינו, לטענתה, קיים סיכון סטטיסטי פוטנציאלי הנשקף מכל אחד מחברי הקבוצה המצדיק את ההבחנה האמורה. לשיטתי, נקיטה בדרך זו של "תיוג" – ייחוס מאפיינים שליליים המיוחסים לקבוצה, לפרט בתוכה, ללא כל אינדיקציות ספציפיות לגביו (אלא מכוחה של הערכה סטטיסטית בלבד), היא פסולה בעיקרה, ויש בה כדי לפגוע באוטונומיה של היחיד ובכבודו. שכן, שפיטתו של האדם באופן זה נעשית לא על פי מעשיו ומידותיו, אלא לפי מעשיהם ומידותיהם של אחרים. לפיכך, צריך וראוי להימנע ממנה. מובן כי יתכנו מקרים בהם ההשלכה ממאפייני הקבוצה על הפרטים תתקבל כלגיטימית. מכל מקום, ככל שהגדרת הקבוצה הינה רחבה יותר, ייחוס מאפייניה לפרט תהיה בעייתית יותר. על כן, ראוי היה כי המדינה תפעל להשגת מידע מרבי, ותשתמש במידע זה על מנת ליצור הבחנה בין מבקשי המעמד השונים ומידת הסיכון הנשקפת מהם.

4. ודוקו, אין בכך כמובן כדי להמעט מחשיבותו של הצורך הביטחוני העומד לטענת המשיבים מאחורי קבלת החוק. כל מדינה, מעצם הגדרתה, מחויבת בשמירה על קיומה ובשמירה על ביטחונם של אזרחיה – בהיעדר יכולתה לעשות כן לא תוכל היא להצדיק את קיומה. אולם, מן העבר השני יש לזכור כי קיומה של המדינה אינו נועד אך לשם שמירת קיומם הפיזי של אזרחיה, אלא גם כדי לאפשר להם לממש את אנושיותם ואת חירותם, באמצעות יצירתו של שלטון החוק. מסיבה זו, הגם שאיום הטרור המופנה כלפי המדינה וכלפי אזרחיה ממשי וקשה הוא, וחובה על המדינה לעשות ככל שביכולתה כדי להילחם בו ולהדפו, עליה לעשות כן תוך זיכרון מתמיד של מטרתו הסופית של המאבק – השמירה על חירותם ואנושיותם של אזרחיה. כך, שלעולם מוטל על המדינה לשים לנגד עיניה את ערך האדם ואת כבודו כנקודת המוצא וכגבול לפעולותיה, אלמלא כן תאבד את הלגיטימיות לעצם קיומה:

"The act by means of which the people constitute themselves a state is the original contract. More properly, it is the Idea of that act that alone enables us to conceive of the legitimacy of the state. According to the original contract, all (*omnes est singuli*) the people give up their external freedom in order to take it back again immediately as members of a commonwealth, that is, the people regarded as the state (*universi*). Accordingly, we cannot say that a man has sacrificed in the state a part of his inborn external freedom for some particular purpose; rather, we must say that he has completely abandoned his wild, lawless freedom in order to find his whole freedom again undiminished in a lawful dependency, that is, in a juridical state of society, since this dependency comes from his own legislative will". (Immanuel Kant THE METAPHYSICAL ELEMENTS OF JUSTICE: Part I of the Metaphysics of Morals 80-81 (John Ladd trans., 1965) (1797)).

בענייננו, חשוב לחזור ולהדגיש שחובתה של המדינה להילחם באיומים נגד קיומה וביטחון אזרחיה אינה מטרה מוחלטת העומדת בפני עצמה, אלא נובעת מחובתה למימוש חירותו של כל אחד ואחת מפרטיה. החוק נושא עתירה זו, מביא לפגיעה קשה בזכויות ועקרונות בסיסיים ביותר, המוצאים את ביטויים בחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו. יש לזכור שחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו אינו אך מגבלה פורמאלית, אשר על מנסח החוק להתחשב בה או להתגבר עליה בעת ניסוח החוק (או חלילה לחפש אמצעים "לעקפה"), אלא תזכורת מתמדת לסיבות לשמן נוצרה המדינה מלכתחילה ולמענן נחקק כל חוק באשר הוא – מימוש ושמירה על כבודם, אנושיותם וחירותם של הפרטים המרכיבים את המדינה.

5. מאפייני החוק העומדים בבסיס זיהויו כחוק שאינו תוחם כראוי את גבולותיהן של זכויות הפרט, הם אלו שעמדו בבסיס קביעתנו בעבר כי החוק פוגע פגיעה קשה בזכויות האדם (ולדעת חלקנו פגיעה שאינה יכולה לעמוד). אולם, נדמה כי לא רק חלוף הזמן בו נותרה הפגיעה לעמוד על מכונה, אלא דווקא אופן עיצובו של "חריג ההומניטארי" לחוק, המגלה את מהותו האמיתית, הוא המעיד על פגיעותיו הקשות. מהותו זו של החוק עולה משילובן של שלוש הוראות בו – ההוראה האוסרת, ההוראה היוצרת חריג לאיסור, וההוראה היוצרת חריג (יוצר כי לא בכדי נדמה שמבנה זה דומה יותר למבנהו של איסור פלילי ולא להוראה המורה ומסמיכה את הרשות כיצד לפעול לשם שמירה על זכויות הפרט). ראשית קובע סעיף 2 לחוק כי:

2. הגבלת אזרחות וישיבה בישראל

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

דהיינו, הוראת החוק הבסיסית היא שלילת שיקול דעתו של שר הפנים בסוגית הענקתה של אזרחות לתושבי האזור ולתושבי המדינות המנויות בתוספת, לרבות מטעמים של איחוד משפחות. בהמשך קובע סעיף 1א3 "חריג ההומניטארי":

היתר ורישוי במקרים הומניטאריים מיוחדים

1א3. (א) על אף הוראות סעיף 2, רשאי שר הפנים מטעמים הומניטאריים מיוחדים, בהמלצת ועדה מקצועית שמינה לענין זה (בסעיף זה – הוועדה) –

(1) לתת רישיון לישיבת ארעי בישראל לתושב אזור או לאזרח או לתושב של מדינה המנויה בתוספת, שבן משפחתו שוהה כדין בישראל;

(2) לאשר בקשה למתן
היתר לשהייה בישראל
בידי מפקד האזור,
לתושב אזור שבן
משפחתו שוהה כדין
בישראל.

(ב) ...

(ג) ...

(ד) ...

(ה) (1) העובדה כי בן משפחתו
של מבקש ההיתר או
הרישיון, השוהה כדין
בישראל, הוא בן זוגו, או
כי לבני הזוג ילדים
משותפים, לא תהווה
כשלעצמה טעם
הומניטרי מיוחד;

...

אלא שכפי שניתן לראות, יותר משמדובר ביצירתו של חריג לאיסור הרי
שלמעשה מדובר באישוש של שלילת הזכות הבסיסית – בקביעה כי הפגיעה בזכות
לחיי משפחה ולהורות היא נקודת המוצא לחוק, ולא תוצאת לוואי שיש להימנע ממנה
ככל הניתן. ואם בכך לא די, מוסיף סעיף 3ד ומבהיר את מהות החוק:

מניעה ^{3ד.} לא יינתן היתר לשהייה בישראל או
ביטחונית רישיון לישיבה בישראל, לתושב אזור,
לפי סעיפים 3, 1א3, 3א(2), 3ב(2) ו-
(3) ו-4(2), ולא יינתן רישיון לישיבה
בישראל לכל מבקש אחר שאינו תושב
אזור, אם קבע שר הפנים או מפקד
האזור, לפי הענין, בהתאם לחוות דעת
מאת גורמי הביטחון המוסמכים, כי
תושב האזור או המבקש האחר או בן
משפחתם עלולים להוות סיכון
ביטחוני למדינת ישראל; בסעיף זה,
"בן משפחה" – בן זוג, הורה, ילד, אח
ואחות ובני זוגם. לענין זה, רשאי שר
הפנים לקבוע כי תושב האזור או
המבקש האחר עלולים להוות סיכון
ביטחוני למדינת ישראל, בין השאר על
סמך חוות דעת מאת גורמי הביטחון
המוסמכים ולפיה במדינת מושבו או
באזור מגוריו של תושב האזור או
המבקש האחר מתבצעת פעילות
העלולה לסכן את ביטחון מדינת

ישראל או אזרחיה.

6. לסיכום פרק זה, כפי שנקבע בפרשת עדאלה, קביעה אשר מתחזקת כיום, חוק האזרחות והכניסה לישראל פוגע בזכויות חוקתיות בסיסיות לשוויון ולחיי משפחה. חברי השופט א' א' לוי היטיב לתאר את תחלואיו של התיקון לחוק האזרחות, ובמרכזם ההתייחסות הגורפת של ההסדר המנוי בו. הסדר זה מתעלם מכך שהעומדים לבחינתו הם בני אדם, בעלי סיפור חיים ייחודי, ובאמתחתם בקשה אחת ויחידה – לממש את זכותם הטבעית לחיי משפחה. עינינו הרואות, שאין בחריג אשר הוסף כדי לשנות כהוא זה מרוע הגזירה. אין מדובר אך בהוראת החוק לשר הפנים להחמיר בקריטריונים להענקת הזכות תוך שקילה מוגברת של שיקולים ציבוריים, ובכך להביא לצמצום היקפה של הזכות לחיי משפחה. אלא בקביעה שלפיה זכויות אלו – זכויות אדם בסיסיות ביותר – נמחות כמעט כליל ממפת שיקוליו של השר, ולמעט מקרים חריגים שבחריגים קיומן למעשה מבוטל בכל הנוגע למושאי החוק.

מבחני הביקורת השיפוטית על חוקתיות החוק

7. הנה כי כן, מסקנתי היא כי פגיעותיו של החוק בזכויות חוקתיות מוגנות הן קשות ביותר. אולם, כידוע, לא די בכך על מנת לבטלו. בהתאם לפסקת ההגבלה שבחוקי היסוד מותר לחוק לפגוע בזכויות חוקתיות, שכן הן אינן מוגנות עד כדי מלוא היקפן. מידת ההגנה נבחנת בגדרי פסקת ההגבלה. חברי השופט א' א' לוי קובע כי כבר במבחן השני של פסקת ההגבלה (מבחן ההלימה לערכי המדינה) החוק נכשל. עמדתי שונה. לדעתי דינו של החוק להיפסל מכיוון שהוא אינו מידתי. אין ביני לבין חברי מחלוקת על מהות הפגיעות, ועל המסקנה כי חוק שכזה אינו יכול להיות חלק מהשיח החוקתי של מדינתנו. חוק זה הלכה למעשה מרוקן מתוכן את האמונה בדבר קיומן של זכויות אדם בסיסיות, שלא ניתן לפגוע בהן בצורה כה קשה ובלתי מידתית. על כן, הדומה בעמדותינו עולה בהרבה על השונה. אלא, שלטעמי אין אנו נדרשים במקרה זה לקבוע כי דינו של החוק להתבטל מחמת אי הלימתו את ערכי מדינת ישראל כמדינה יהודית ודמוקרטית. גם במקרה זה, בו הפגיעות של החוק הן כה קשות וצורמות, עלינו לשמור על דרכי הביקורת החוקתית שהתפתחו עקב בצד אגודל במהלך השנים בפסיקותיו הענפות של בית משפט זה, ובייחוד מאז פסק הדין בע"א 6821/93 בנק המזרחי המאוחד בע"מ נ' מגדל כפר שיתופי, פ"ד מט(4) 221 (1995).

8. אומנם, חברי השופט א' א' לוי בחוות דעתו המקיפה והמעמיקה, אינו בוחן את חוקתיות חוק האזרחות והכניסה לישראל מכוחן של דוקטרינות שהן חיצוניות לחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו (השוו בג"ץ 6427/02 התנועה לאיכות השלטון בישראל נ' הכנסת, פ"ד סא(1) 619, 714-721 (2006)). יחד עם זאת, לטעמי, מרחיב חברי בגישתו את הביקורת השיפוטית בגדריו של מבחן ההלימה לערכי מדינת ישראל אשר בפסקת ההגבלה, וזאת בשעה שכלי הביקורת החוקתיים, ובמרכזם המידתיות, אשר פותחו בצורה ענפה במשפט המשווה ובמשפט הישראלי ראויים יותר לבחינתו החוקתית של חוק זה, בהתאם לאמור בחוות דעתו של הנשיא א' ברק בפרשת עדאלה. זאת, בין היתר, שכן הדרישה של פסקת ההגבלה בחוקי היסוד כי הפגיעה בזכויות חוקתיות תהיה בחוק "ההולם את ערכיה של מדינת ישראל", לא נבחנה עד כה בצורה מעמיקה בפסיקה, ולא הובילה לבדה לפסילתו של חוק. דרישה זו היא עקרונית, כללית ולא ניתנו בה מבחני משנה משמעותיים במהלך השנים, לבד מן הקביעה כי מדובר בערכי מדינת ישראל כמדינה יהודית ודמוקרטית (ראו למשל: בג"ץ 5016/96 חורב נ' שר התחבורה, פ"ד נא(4) 1, 43 (1997); אהרן ברק פרשנות במשפט כרך שלישי – פרשנות חוקתית 517-518 (1994)). לטעמי בתחום זה של ביקורת שיפוטית על חוקתיות חוק עלינו לנקוט בזהירות ובריסון. כל עוד לא פותח המבחן השני של פסקת ההגבלה די צורכו ראוי להמשיך ולהשתמש בו כמבחן סף בעל רמת הפשטה גבוהה, ולהותיר את פיתוחו בצריך עיון לעתיד לבוא.

בנוסף, שימוש במבחן ההלימה לפסילתו של חוק זה סוטה מדרך ניתוחנו בפסק הדין בפרשת עדאלה. על אף התיקונים בחוק כפי שפורטו, והעמקת הפגיעות, לא שוכנעתי כי יש מקום לסטות מדרך הניתוח שערך הנשיא א' ברק, אשר אליה הצטרפתי בהסכמה (ראו פרשת עדאלה עמ' 485). אכן, יש להקפיד כי מקרים דומים יקבלו טיפול משפטי דומה, ואף אם במקרה זה נראה על פניו כי דרך הילוכו של חברי השופט א' א' לוי היא צודקת ונכונה יש להקפיד על עקביות, אלא אם קיים שיקול משמעותי לסטות מדרכנו.

בחינת החוק במבחני פסקת ההגבלה

9. משנקבע כי החוק פוגע פגיעה קשה בזכויות חוקתיות, הגיעה העת לבחינת עמידתו בפסקת ההגבלה. בעניין זה לא שיניתי מגישתי בפסק דיננו הקודם בפרשת עדאלה. אין חולק כי מדובר בחוק. בכל הנוגע למבחן השני הקבוע בפסקת ההגבלה, קבעתי לעיל כי יש להשאיר את השאלה האם החוק הולם את ערכי מדינת ישראל בצריך עיון. באשר לתכליתו של החוק, נקבע בפרשת עדאלה כי הוא נועד לתכלית ראויה

(פרשת עטאלה, עמ' 318, 340). בעניין זה אחזור ואדגיש כי בחינת החוק והסדריו, גם במתכונתו הנוכחית, מעלה את החשש שמא השיקול הביטחוני אינו השיקול היחיד העומד מאחורי קבלת החוק ומעלה תהיות אודות המדיניות אותה מבקש חוק זה להגשים. נראה כי בין השיקולים העומדים בבסיסו של החוק קיימת גם מדיניות דמוגרפית (ראו פרשת עטאלה, עמ' 486-487). אי קבלת התכלית הביטחונית במלוא עוצמתה והיקפה משפיעה כמובן על הפעלת מבחני המידתיות, אשר בוחנים את היחס בין האמצעים למטרה. עמדה על כך חברתי השופטת א' פרוקצ'יה:

"בעוד הנשיא מאמץ את טיעונה הביטחוני של המדינה במלואו, הן לעניין אמינותו של השיקול הביטחוני והן לעניין עוצמתו, בליכי עלו ספקות בעניין זה. אף שאין מקום, לטעמי, לשלול את הנימוק הביטחוני כליל, אינני בטוחה כי נימוק זה הוא היחיד העומד באופן אמיתי מאחורי חקיקתו של החוק; יתר על כן, יש לי השגות לגבי עוצמתו של שיקול זה ... התוצאה המתבקשת מכך הינה כי במשוואת האיזון לצורך בחינת יסוד המידתיות (במובנה הצר) כפי שראוי להציגה, ניצבת זכות האדם הנפגעת ברף העליון ומשקלה הוא רב. אל מולה עומד הערך הנוגד של הביטחון, אשר בנסיבות העניין ניצב ברף נמוך ומשקלו מסויג ויחסי בלבד. תוצאת האיזון מצדיקה, אפוא, עוד ביתר שאת, התערבות בפגיעה הגורפת בזכות בן הזוג הישראלי לממש את חיי המשפחה עם בן זוגו הפלסטיני" (פרשת עטאלה, עמ' 493-494).

עם זאת, משהצטרפתי לקביעתו של הנשיא א' ברק, בפסק דינו הקודם, שלפיה אף השיקול הביטחוני אינו מצדיק פגיעה כה חמורה בזכות לחיי משפחה ובזכות לשוויון, הרי שאיני רואה צורך לדון בסוגיה זו גם בעתירה דנן (לדיון בסוגיה זו ראו אמנון רובינשטיין וברק מדינה המשפט החוקתי של מדינת ישראל 406-407, 1100 (2005).

10. אם כן, מתוך הנחה כי תכליתו של החוק היא ביטחונית, ותכלית זו ראויה, יש לעבור למבחני המידתיות. כידוע, על ההסדר הפוגע הקבוע בחוק לעמוד בשלושה מבחני-משנה: (א) קשר רציונאלי בין המטרה הראויה לבין האמצעים. (ב) אין להשיג את המטרה הראויה באמצעים שפגיעתם בזכות החוקתית פחותה. (ג) מתקיים איזון מידתי בין התועלת החברתית שבהגשמת המטרה הראויה לבין הנזק לזכות החוקתית (מידתיות במובן הצר) (ראו למשל: בג"ץ 1715/97 שר האוצר נ' לשכת מנהלי ההשקעות, פ"ד נא(4) 367, 385 (1997)).

11. בכל הקשור למבחן המשנה הראשון, קרי, קשר רציונאלי בין האמצעי למטרה, יש לדעתי לקבוע כי מתקיים קשר רציונאלי בין מטרתו הביטחונית של החוק לבין האמצעים שנקבעו בו. במסגרת מבחן הקשר הרציונאלי יש לשאול שאלה ברורה – האם האמצעים שנבחרו מקדמים את מטרת החוק – ואפילו אם מדובר בהגשמה חלקית של תכלית החוק, הקשר הרציונאלי מתקיים. עמד על כך פרופ' א' ברק:

“הבחירה בין האמצעים הרציונליים השונים אינה נעשית במסגרת מבחן-המשנה הראשון, אלא במבחן-המשנה השני והשלישי. אין דרישה כי האמצעי שנבחר יגשים את המטרה במלואה. הגשמה חלקית של המטרה – ובלבד שחלקיות זו אינה שולית או זניחה – מקיימת את הדרישה לקיום קשר רציונלי. נדרש אפוא כי האמצעי החקיקתי יקדם 'במידה מספקת' את התכלית שבגינה נפגעה הזכות החוקתית, וכי יתקיים 'מתאם אמיתי' בין האמצעי הראוי למטרה הראויה. השאלה שמבחן הקשר הרציונלי מעוררת אינה אם האמצעי ראוי ונכון או אם יש אמצעים ראויים ונכונים יותר. השאלה הינה אך זו: האם יש באמצעי שנבחר כדי לקדם הלכה למעשה את המטרה (הראויה) שביסוד החוק?” (אהרן ברק מידתיות במשפט הפגיעה בזכות החוקתית והגבלותיה 377 (2010) (להלן: ברק, מידתיות במשפט) (הדגשה שלי – ס' ג').

על כן, בהתאם לפרשנות שניתנה למבחן זה קשה לומר כי חוק האזרחות והכניסה לישראל נכשל בו. עצם העובדה כי יש בו כדי לסייע בהגשמת המטרה, קרי, צמצום הסיכון הביטחוני (כפי שקובע גם חברי השופט א' א' לוי בפסקה 36 לחוות דעתו), מלמדת כי הוא מקיים קשר רציונאלי בין המטרה לאמצעי. אין להכניס למבחן זה שיקולים נוספים, כגון השלכות החוק על האוכלוסייה הערבית במדינת ישראל. שיקולים אלו צריכים לבוא לידי ביטוי באיזון בגדרי מבחן המשנה השלישי של המידתיות.

(ב) האמצעי שפגיעתו פחותה

12. מבחן זה פורש בפסיקה באופן המורה לבחון האם בחר המחוקק מבין האמצעים המגשימים באותה מידה של אינטנסיביות את מטרתו הראויה של החוק הפוגע, באותו אמצעי שפגיעתו בזכות האדם היא הפחותה. על פי תפיסה זו השינוי היחיד שאמור להתרחש אם נחליף בין האמצעי הפוגעני לאמצעי החלופי, הוא פגיעה פחותה יותר בזכויות החוקתיות ללא כל שינוי בשאר הנתונים הסובבים את החוק ובמידת הגשמתה של המטרה הראויה (ברק, מידתיות במשפט, עמ' 399). לטעמי, בעניין זה

עשויה להתעורר השאלה באיזו מידה על האמצעי החלופי להגשים את תכלית החוק – האם ההגשמה צריכה להיות מלאה וזהה, או שמא נוכל להסתפק במידת הגשמה גבוהה אף אם לא זהה.

בפרשת עטאלה נקבע כי על אף האמצעי הגורף שנוקט בו החוק, לא ניתן לומר כי קיים אמצעי פוגעני פחות, כגון בדיקה פרטנית, שיש בכוחו להגשים את התכלית החקיקתית באותה מידה:

“על רקע תפיסה זו של התכלית, האם האיסור הגורף והבדיקה האינדיבידואלית מקיימים את התכלית במידה שווה? לעניין זה יש להשוות בין האיסור הגורף, כפי שהוא קיים היום, לבין הבדיקות האינדיבידואליות המקיפות ביותר שניתן לערוך. עם זאת, תהא יעילותם של אלה ככל שתהא, הן לא תוכלנה להשתוות לתוספת הביטחון שהאיסור הגורף מביא. נמצא, כי לאור הערך המרכזי של חיי אדם שהחוק בה להגן עליו, ברי כי האיסור הגורף יהא תמיד יעיל יותר – מבחינת הגשמת המטרה של הקטנת הסיכון הביטחוני ככל האפשר – מהבדיקה האינדיבידואלית. מסקנתנו הינה, איפוא, כי בנסיבות המקרה שלפנינו, הבדיקה האינדיבידואלית אינה מגשימה את התכלית החקיקתית באותה מידה כמו האיסור הגורף. אין חובה, על כן, במסגרת האמצעי שפגיעתו פחותה, להיעצר בדרגה זו, והמחוקק רשאי היה לבחור באיסור הגורף בו בחר” (שם, עמ' 344).

בעתירה שלפנינו, טוענים המשיבים כי הבחינה האינדיבידואלית של מבקשי המעמד אין בה כדי להגשים את תכליתו של החוק, כפי שזו נקבעה על ידי המחוקק. אולם לטעמי, אין צורך להכריע בשאלה זו. זאת, מאחר שלשיטתי דינו של החוק להיפסל ממילא כיוון שאינו מקיים את מבחן המשנה השלישי, כפי שיפורט להלן.

(ג) מבחן המידתיות במובנו הצר

13. מבחן המשנה השלישי הוא לב ליבו של עקרון המידתיות (ראו אהרן ברק “מבחן המידתיות במובנו הערכי” ספר מישאל חשין 201, 209 (2009)). מבחן זה קובע כי צריך להתקיים יחס ראוי בין התועלת הצומחת מהגשמת מטרתו של החוק לבין פגיעתו בזכויות האדם החוקתיות. על ההבחנה בין מבחן משנה זה לשני מבחני המשנה הקודמים עמד בית משפט זה בבג”ץ 8276/05 עטאלה – המרכז המשפטי לזכויות המיעוט הערבי נ’ שר הביטחון, פ”ד סב(1) 1, 37 (2006):

”מבחן המשנה השלישי הוא בעל אופי שונה. הוא אינו מתמקד אך באמצעי להשגת המטרה. הוא מתמקד בפגיעה בזכות האדם הנגרמת בשל הגשמתה של המטרה הראויה. הוא מכיר בכך שלא כל האמצעים – בעלי הקשר הרציונלי ושפגיעתם היא פחותה – מצדיקים הגשמת המטרה. מבחן משנה זה נושא על כתפיו, בעיקרו של דבר, את התפיסה החוקתית, כי המטרה אינה מקדשת את האמצעים. הוא ביטוי לרעיון כי קיים מחסום ערכי, שהדמוקרטיה אינה יכולה לעבור אותו, גם אם התכלית אותה מבקשים להגשים היא ראויה”.

אכן, מבחן זה מעמיד ”מחסום ערכי”. הוא שב ומזכיר לנו כי בדמוקרטיה המטרה אינה מקדשת את האמצעים, ותהיה התכלית ראויה ככל שתהיה ישנם אמצעים שמדינה דמוקרטית אינה יכולה לקבל על מנת להגשימה.

14. במבחן המידתיות במובנו הצר לא נערך איזון אמורפי וכוללני בין התועלת לבין הנזק. אין אנו מאזנים בין ביטחון לחיי משפחה. בין חיים לאיכות חיים. למעשה אנו נדרשים לאזן בין משקלה של התוספת השולית של הפגיעה בזכות הראויה לבין משקלה של התוספת השולית של הפגיעה בזכות החוקתית. ”השאלה הינה אם משקלה של התועלת השולית שקול כנגד משקלו של הנזק השולי” (ברק, מידתיות במשפט, עמ' 433). עלינו להגדיר את התוספת שהעניק האמצעי הפוגע למטרה שהחוק רצה לקדם, ולבחון זאת אל מול תוספת הפגיעה בזכות החוקתית כתוצאה מאותו אמצעי פוגעני שקבוע בחוק (ראו: Steven Heyman FREE SPEECH AND HUMAN DIGNITY 70 (2008)). יתר על כן, יתכן מצב שבו ניתן לצמצם את האיזון אף מעבר לכך. איזון התוספות יצא מתוך נקודת הנחה כי אנו משווים בין המצב שלפני חקיקתו של האמצעי הפוגעני למצב שלאחר חקיקתו. כזכור, ייתכן ויימצא אמצעי פוגעני פחות, אשר אינו מגשים את מטרתו של החוק במלואה. אמצעי זה אינו רלוונטי בהכרח למבחן המשנה השני, אולם הוא חוזר אל קדמת הבמה בגדרו של מבחן המשנה השלישי. אם הוא קיים אזי האיזון יהיה אל מול החלופה המידתית. אנו נשאל ”האם היחס בין תוספת התועלת (לעומת החלופה) לבין תוספת הנזק הנגרם בשל כך לזכות החוקתית (לעומת החלופה) הוא ראוי” (ברק, מידתיות במשפט, עמ' 435). עמד על כך בית משפט זה בבג”ץ 2056/04 מועצת הכפר בית סוריק נ' ממשלת ישראל, פ”ד נח(5) 807, 851 (2004):

”ניתן גם להפעיל בחינה 'יחסית' של המידתיות במובן הצר. לפי גישה זו, נבחנת הפעולה השלטונית לעומת חלופה אפשרית לה, שתועלתה תהא פחותה במידת-מה מן הפעולה השלטונית המקורית. הפעולה השלטונית המקורית תהא בלתי מידתית על-פי מבחן המידתיות

”במובן הצר” אם הפחתה מסוימת ביתרון המושג מן הפעולה המקורית, למשל באמצעות נקיטת החלופה האפשרית, תבטיח הפחתה משמעותית בנזק שנגרם מן הפעולה המקורית.”

15. כך, החוק במקרה שלפנינו, אינו האמצעי היחיד המבקש להבטיח את ביטחון תושבי המדינה, הוא אך נדבך אחד מיני רבים בשמירה על הביטחון לצד חוקים רבים אחרים, פעילות כוחות הביטחון וכדומה. מן העבר השני האמצעים שחוק זה נוקט בהם פוגעים קשות בזכות לחיי משפחה והזכות לשוויון. אולם, זכויות אלו נפגעות גם מהסדרים רבים אחרים ומפעולות שלטוניות אחרות. על כן לא ניתן באמת לערוך בבחינתו של החוק השוואה בין ביטחון לשוויון או בין ביטחון לחיי משפחה. השוואה זו לא רק שהיא קשה, היא גם אינה מציאותית. הדרך המציאותית היא לבחון איזה תוספת משיא החוק לביטחון ואילו תוספות הוא משיא לפגיעה בזכות. זאת מתוך הנחה כי הביטחון מוגשם גם באמצעים רבים אחרים, והזכויות החוקתיות נפגעות גם מהסדרים רבים אחרים.

16. אם כן, במקרה דנן, כפי שגם נקבע בפרשת עדאלה, השאלה במסגרתו של מבחן משנה זה היא: ”האם תוספת הביטחון המתקבלת במעבר מהבדיקה האינדיבידואלית המחמירה ביותר האפשרית על-פי הדין של בן הזוג הזר לאיסור גורף על כניסתו לישראל עומדת ביחס ראוי לתוספת הפגיעה בכבוד האדם של בני הזוג הישראליים המוסבת בשל מעבר זה?” (שם, עמ' 345). כמו אז, גם היום, וביתר שאת, התשובה לשאלה זו היא כי אין יחס ראוי בין התוספת לתכלית של החוק אל מול התוספת לפגיעה בזכויות החוקתיות. אכן, בהנחה שמדובר בתכלית ביטחונית ראויה, אזי האמצעים הקבועים בחוק, ובראשם האיסור הגורף, תורמים לביטחון. אולם תכלית זו מושגת במחיר כבד מדי. מדינה דמוקרטית אינה יכולה להרשות לעצמה לשלם מחיר שכזה גם אם מדובר בתכלית ראויה לכאורה. זהו בדיוק המקום שבו צריך לומר כי המטרה אינה מקדשת את האמצעים, וגם בזמנים קשים עלינו לשמור על זכויות האדם ולא לפגוע בהן מעבר למידה הדרושה. עמדה על כך השופטת (כתוארה דאז) ד' ביניש בפרשת עדאלה:

”אין גם ספק שאיסור גורף על כניסת בני-זוג פלסטינים לישראל, יש בו כדי להעניק תוספת בטחון לאזרחי המדינה על פני איסור הכרוך בבדיקה אינדיבידואלית של מבקשי איחוד המשפחות שיש בו, מטבע הדברים, נטילת סיכונים. אם בכל זאת סבורה אני שאין בנטילת הסיכון טעם מספיק כדי להותיר את האיסור הגורף על כנו, הרי זה משום שעקרונות היסוד של שיטתנו

הדמוקרטיה בנויים על מציאת איזונים ראויים בין ההגנה על אינטרס הציבור לבין ההגנה על זכויות האדם, והפגיעה בזכות היסוד בעניין שלפנינו אינה מידתית נוכח אופיו והיקפו של הסיכון ... שיטת משטר המבוססת על ערכי הדמוקרטיה, אינה יכולה להרשות לעצמה נקיטת אמצעים שיתנו לאזרחי המדינה ביטחון אבסולוטי. מציאות של ביטחון אבסולוטי אינה קיימת בישראל ואף לא בשום מדינה אחרת. אשר על כן מתחייבת החלטה מושכלת ומאוזנת בדבר יכולתה של המדינה ליטול על עצמה סיכונים לשם הגנה על זכויות האדם ... מדי יום נוטלים אזרחי ישראל סיכונים לביטחון, לסדר הציבורי ולביטחון האישי, אם כי ברמה מוגבלת ומסוימת ... זהו סוד כוחה של ישראל כמדינה דמוקרטית השואפת לקיים כאן חברה צודקת המכבדת זכויות אדם גם בתנאים קשים" (שם, 466-468).

כאמור, ההשוואה אינה בין הזכות לחיים של תושבי המדינה לאיכות החיים של מי אשר נפגע מהחוק. זו אינה השאלה, וזו לא דרך ההשוואה הראויה. אם זו הייתה השאלה אזי תמיד החיים היו "מנצחים". אף אחד לא יטען כי יש לפגוע בחייו של אדם למען איכות חייו של אדם אחר. אם הייתה זו דרך הניתוח וודאי "לא יהא ויכוח כי איסור מוחלט על תנועת כלי רכב מנועיים בכבישים וחזרה לימי הכרכרות יקטינו באופן משמעותי את מספר ההרוגים והפצועים בתאונות דרכים" (בפרשת עדאלה, עמ' 516). חרף זאת לא יהיה מי שיתמוך באמצעי זה, על אף שהוא יחסוך פגיעה משמעותית בחיי אדם. על כן ההשוואה הנכונה היא "בין הסיכון לחיים ומידת ההסתברות לפגיעה בהם לעומת הוודאות שבפגיעה בחיי המשפחה" (פרשת עדאלה, עמ' 360).

כאשר זאת השאלה התשובה שיש לתת היא כי תוספת הביטחון שמעניק החוק במתכונתו הנוכחית אינה שקולה כנגד תוספת הנזק הנגרמת לזכויות החוקתיות. על כן החוק אינו מידתי ונכשל במבחן הביקורת השיפוטית. אדגיש כי המשיבים ניסו לטעון שלנוכח השינויים שהוכנסו לחוק, כעת הוא עומד גם במבחן המידתיות כמוכנו הצר. יש לדחות טענה זו. כפי שציינתי, וכפי שקבע חברי השופט א' א' לוי, תיקונו של החוק העמיק את הפגיעות בזכויות החוקתיות, ולא הקהה אותן. החריגים שנקבעו אינם חריגים להלכה, ובוודאי שלא למעשה, לאור הנתונים שהוצגו בפנינו. מהתשובה המשלימה ומהדיון שהתקיים עולה כי 33 בקשות בלבד אושרו בהתאם לחריג ההומניטארי, מתוך למעלה מ-600 בקשות, וזאת בהשוואה לאלפי בקשות שהוגשו ערב כניסת החוק לתוקפו. בקריאתו של נתון זה יש לזכור כי החוק מצמצם מראש את מספר המבקשים, שכן הסיכוי לעמוד בדרישות החריג הוא נמוך ביותר לנוכח הקביעה כי "העובדה כי בן משפחתו של מבקש ההיתר או הרישיון, השוהה כדין בישראל, הוא בן

זוגו, או כי לבני הזוג ילדים משותפים, לא תהווה כשלעצמה טעם הומניטרי מיוחד". גם ביתר טיעוני המשיבים בסוגיה זו לא מצאתי ממש, קרי, ההסדר הגורף נותר כשהיה. כמו כן, טענת המשיבים בדבר כשלי האבחון הפרטני מדגישה כשלעצמה את ההסדר הגורף שבו נוקט החוק.

17. הסדר גורף זה, שנזקו אך התעצם ברבות השנים, פוגע עמוקות בזכויות חוקתיות בעלות חשיבות חברתית רבה ביותר. על כן, תוספת הנזק לזכויות החוקתיות כבדה מנשוא. ראשית, כפי שפורט בהרחבה לעיל, ישנה תוספת נזק שולית לזכות לחיי משפחה. כך גם בכל הנוגע לזכות לשוויון, שכן פגיעותיו הקשות של ההסדר הגורף בזכות לחיי משפחה אינן עומדות בפני עצמן ומתלוות גם לפגיעה קשה בזכותם של אזרחי המדינה הערבים לשוויון, בהיותם הנפגעים העיקריים, אם לא הבלעדיים, של חוק זה. בין אזרחי ישראל הערבים ובין תושבי האזור קיימים קשרים תרבותיים, משפחתיים, חברתיים ואחרים, אשר באופן טבעי, מובילים לכך שעיקר האזרחים הישראליים המוצאים את בני-זוגם בקרב תושבי האזור, הם אזרחי ישראל הערבים.

18. אכן, התוספות לפגיעה בזכויות החוקתיות הן כבדות משקל. האמצעים שנקבעו בחוק לוקים בעיוורון רב, עד כי הם חדלים מלראות שעומד בפניהם אדם, ועושים באזרח מסוים, בקבוצה או אף בכלל האזרחים שימוש "כאמצעי בלבד" לשם קידום מטרות חיצוניות להם. השלטון, אשר נדרש להגן על אזרחי המדינה, לשם שמירה על זכויותיהם ועל אנושיותם, חייב לזכור, כי פעולתו תהיה לא רק בשם אותו אינטרס ציבורי חשוב, אלא אף בשמם של אותם אזרחים שאת זכויותיהם מבקש הוא להגביל. אל מול פגיעות צורבות אלו, אשר יש בהן להותיר צלקת בדמותה של המדינה, עומד אינטרס ביטחוני משמעותי, כפי שנטען על ידי המשיבים. אולם התוספת לאינטרס חשוב זה, כאמור, אינה שקולה כלל לתוספת הנזק לזכויות החוקתיות אלו. המחיר שגובים האמצעים הקבועים בחוק הוא כבד, ולא ניתן לקבלו במדינה דמוקרטית. זהו המחסום הערכי שמציב לנו חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו. על כן, מסכים אני לדבריו של חברי השופט א' א' לוי כי החוק נותן משקל מכריע ביותר לאינטרס הביטחוני, אגב פגיעה אנושה בזכויות חוקתיות ללא יחס הולם (פסקה 29 לחוות דעתו). נדמה כי כאשר על הכף עומדות זכויות חוקתיות כה חשובות, רק הסדרים פרטניים, המבטאים נכונות לנטילת סיכון, במידה מסוימת, יעמידו יחס ראוי בין תוספת התועלת לתוספת הנזק.

19. ראשית, לאחר כתיבת דברים אלה הונחה לפניי חוות דעתה של חברתי השופטת ע' ארבל. אין לי אלא להצטרף לחוות דעתה המקיפה של חברתי, הן ביחס לפגיעה שפוגע החוק בזכות לחיי משפחה ובזכות לשוויון, הן ביחס לפרק העוסק במבחן המידתיות ב"מובנו הצר". בשונה מגישתה של חברתי (ראו פס' 20 לחוות דעתה), לטעמי יש להשאיר בצריך עיון את השאלה האם יש בבדיקה הביטחונית הפרטנית כדי להגשים את תכלית החוק בהתאם למבחן המשנה השני של דרישת המידתיות.

שנית, מצטרף אני לעמדתם העקרונית של חבריי, הנשיאה ד' ביניש והשופט א' רובינשטיין בכל הנוגע ל"עקרון הזהירות המונעת" העומד בבסיסה של חוות דעתו של חברי השופט ח' מלצר. בעניין זה מקובלת עלי עמדת הנשיאה שלפיה עיקרון זה כלל אינו חל על המקרה שלפנינו.

סוף דבר

20. אשר על כן, מצטרף אני להכרעתו של חברי השופט א' א' לוי כי יש לעשות את הצו למוחלט ולקבוע כי חוק האזרחות והכניסה לישראל בטל בשל אי חוקתיותו, וכי בטלותו תיכנס לתוקף תוך תשעה חודשים מיום פקיעתו הקרוב, במידה ויארך תוקפו.

21. האמצעים הבלתי מידתיים שחוק זה נוקט בהם אינם יכולים להתקבל במדינה דמוקרטית וליברלית. בכך כמובן אין לגרוע כהוא זה מחשיבות המלחמה בטרור אך גם במלחמה זו על המדינה הדמוקרטית לבחור באמצעים המתאימים, הראויים והמידתיים, שהרי "זה גורלה של דמוקרטיה, שלא כל האמצעים כשרים בעיניה, ולא כל השיטות שנוקטים אויביה פתוחות לפניה. לא פעם נלחמת הדמוקרטיה כאשר אחת מידיה קשורה לאחור. חרף זאת, ידה של הדמוקרטיה על העליונה, שכן שמירה על שלטון החוק והכרה בחירויות הפרט, מהוות מרכיב חשוב בתפיסת ביטחונה. בסופו של יום, הן מחזקות את רוחה ואת כוחה ומאפשרות לה להתגבר על קשייה" (בג"ץ 5100/94 הוועד הציבורי נגד עינויים בישראל נ' ממשלת ישראל, פ"ד נג(4) 817, 845 (1999)).

22. לפני סיום הדברים אבקש להוסיף כי לצד הקשיים המשפטיים אשר לטעמי מעורר חוק זה, ואשר בגינם ראוי כי יבוטל, הרי שחוק זה ככל חוק, נוצר בתוך אטמוספירה חברתית ועליה הוא משפיע. אין לי אלא לכאוב את קיומו של חוק זה אשר בכוחו להוסיף ולהקשות על שמירת שלמות המרקם העדין של החברה הישראלית על

כלל קבוצותיה וגווניה. אני תקווה כי מילותיה החשובות של מגילת העצמאות, שלפיהן מדינת ישראל תקיים "שויון זכויות חברתי ומדיני גמור לכל אזרחיה בלי הבדל דת, גזע ומין; תבטיח חופש דת, מצפון, לשון, חינוך..." תמשכנה לעמוד לנגד עיניהם של העוסקים במלאכת החקיקה.

ש ו פ ט

השופט א' רובינשטיין:

א. שוב חוזרת ההתלבטות. כפי שכתבה חברתי השופטת (אז, והנשיאה היום) ביניש, "ההכרעה בעתירות שלפנינו היא מן הקשות שבהכרעות שהונחו לפתחנו בשנים האחרונות" (בג"צ 7052/03 עדאלה - המרכז המשפטי לזכויות המיעוט הערבי בישראל נ' שר הפנים, פ"ד סא(2) 202, 461; להלן פסק הדין הקודם או עניין עדאלה). ההכרעה קשה, כיון שבמישור המעשי הוראת השעה, שלואי ולא נזקקה לה מדינת ישראל, גורמת לכך שציבור קטן - אותם בני המיעוט הערבי בישראל ובנותיו המבקשים להינשא לבני זוג תושבי האזור - נאלץ לשלם מחיר כבד כדי להגביר את בטחונם של בני החברה הישראלית ובנותיה כולה, ושלהם בכלל זה. על נושאי ביטחון הנכרכים בשאלות של זכויות מסוגים אחרים נזדמן לי לומר:

"המדובר בנושא רגיש מטבעו. ספק אם ישנן אומה ולשון הנדרשות לאיזון עדין כל כך, בין הצורך בשיוון לכל אזרחי המדינה, לא רק באמירה אלא גם במימוש, לבין צרכי ביטחון שאין עליהם חולק..." (בש"א 6763/06 כיאט נ' רשות שדות התעופה (לא פורסם), פסקה י').

ובמקום אחר: "היחס בין שאלות בנושאי זכויות האדם לבין האתגר הביטחוני והצורך הביטחוני עתיד להישאר לאורך ימים על סדר-יומם של החברה הישראלית ובתי המשפט בישראל... יימשך איפוא המתח הטבוע שבין הביטחון לנושאי זכויות האדם. בית המשפט יבקש את האיזון שבין הביטחון לזכויות, כך שלא יינשא שמו של הביטחון לשווא אך הביטחון גם לא יופקר" (א' רובינשטיין, "על חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו ומערכת הביטחון", עיוני משפט כ"א (תשנ"ח) 21, 22; וכן נתיבי ממשל ומשפט (תשס"ג) 226; בש"פ 8823/07 פלוני נ' מדינת ישראל (לא פורסם) פסקאות ה'-ח'). ולא למותר לציין, כי זכויות הן של הכל, גם של מי שבהם עסקינן בעתירה, אך גם של הציבור הרחב לביטחון; וכידוע, מתקשה הטרור למינהו להבחין בין יהודים שאליהם הוא מכוון, לשאינם יהודים.

ב. לא יתכן חולק, כי הוראת השעה נשוא ענייננו אכן תורמת במידה כזאת או אחרת (גם אם על היקפה יתכנו חולקים) לבטחון המדינה ככלל, ובסופו של דבר לזכותו של כל אחד מאזרחיה, תושביה והשוהים בה - יהודים, ערבים ואחרים - "להגנה על חייו" (כלשון סעיף 2 לחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו). המציאות הקשה שהביאה את המחוקק לקבלת הוראת השעה נסקרה ארוכות בפסק הדין הקודם (בין היתר בעמודים 265-266, 368-375), ועיון בתיאורים אלה מחזירנו "לתקופה קשה, שאנו תפילה שלא תשוב עוד" (ראו בג"צ 9197/06 יחיא נ' ראש המטה הכללי (לא פורסם) פסקה כ'). חרף הזמן שחלף, גם פסק דין זה נכתב - לצערנו - במציאות מדינית-בטחונית לא פשוטה, אשר את מחיריה משלמים כל הצדדים, בלא קשר לאחריותם ולאשמתם; ושספק אם יש לה אח ורע. במסגרת דיון בעתירות שמגישים עצורים מינהליים וכיוצא באלה, נחשף בית משפט זה השכם והערב לחומר סודי (מהימן על פניו על פי סוגי מקורותיו); הדברים אולי אינם ידועים ברבים, שכן חומר מודיעיני מחייב זהירות מופלגת בשמירתו, אך החומר המוצג מלמד כי השטח רוחש באופן מתמיד פעילות נמרצת נגד ישראל. ואולם, בשורה התחתונה, השאלה היא, האם הוראת השעה אכן פוגעת בזכות החוקתית לכבוד; ואם כן, האם עומדת היא בתנאיה של "פסקת ההגבלה" שבסעיף 8 לחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו.

ג. הנושא שלפנינו משפטי; בית משפט אנו. אבל בהכריענו נזכור, כי אחריותנו אינה מצטמצמת לדל"ת אמותיו של בית המשפט, אלא משליכה על כל בית בישראל, ומכאן כובדה. יש תיקים שנאמר עליהם, כי הם "חותכים בבשר החי"; ולא בכדי נחלק בית משפט זה בפסק הדין הקודם בין שישה לחמישה. העם היהודי זכה לריבונות אחרי אלפיים שנות גלות, והריבונות היהודית היא פיקדון יקר מכל יקר של ההיסטוריה היהודית, שחובה על דורותינו, וכל דור, לשמור עליו ועל ביטחוננו מכל משמר. ועם זאת, היא נושאת עיניה גם לשויון לכלל אזרחיה, ומי כיהודים שהופלו ונרדפו צריכים להיות קשובים לשויון לזולת. הנושא שבפנינו מחייב איפוא מבט רחב; אנו בוחנים אותו במשקפיים משפטיים, אך עלינו לזכור כי המשפט הוא רק חלק מן המציאות המורכבת שבה אנו חיים. אי אפשר לנתקו מהקשרים רחבים, כשם שהמאבק בטרור, והמאבק הישראלי הקיומי ככלל, אינם חד כיווניים, ו"משחק סכום אפס". המבט הכולל מאפשר לנסות ליתן את המשקל הנכון לכל אחד מן הרכיבים.

ד. לאחר התלבטות לא קלה - נדודי שינה פשוטם כמשמעם ("לילות עמל מנו ליי"; איוב ז', ג') - החלטתי לצרף דעתי לעמדתם העקרונית (גם אם לא לכל סעיפיה ודקדוקיה) של המשנה לנשיא חשין והשופטת נאור בפסק הדין הקודם. הטעם העיקרי הוא, כי לישראל - כלכל מדינה, ולא כל שכן בהיותה שרויה במצב מלחמה - זכות

להגביל כניסתם של נתיני אויב אליה, כדרך שעושות מדינות רבות. הזכות להביא נתיני אויב ארצה, להבדיל מעצם הזכות לנישואין, אינה בעיני זכות חוקתית. אכן, קל יותר על פי נטיית הלב היה לומר, כי החוק בו עסקינן אינו חוקתי; יהיה מי שיאמר שתוצאה כזאת היא גם יותר "Politically Correct", "דבר הנשמע" במובן הציבורי. ברם, כמו המשנה לנשיא חשין והשופט נאור סבורני, כי בנסיבות הבטחוניות הקיימות, הגבלת זכותם של אזרחי ישראל להשיג אזרחות ישראלית בעבור בני זוגם או בנות זוגם תושבי האזור (וכן "איראן, לבנון, סוריה, עיראק" מדינות אויב הנזכרות בתוספת להוראת השעה), או לקבל היתרי שהיה בעבור אלה מהם שגילם פחות מהקבוע בסעיף 3 להוראת השעה, אינה פוגעת בזכות חוקתית. ויודגש, בכל הנוגע למתן אזרחות (שמסקלה לעניין מימוש הזכות החוקתית לחיי משפחה נמוך יותר) אכן מדובר בשלילה גורפת כל עוד הוראת השעה בתקפה; ואולם, לגבי עצם השהיה בישראל (אשר משקלה המהותי והמעשי לעניין מימוש הזכות החוקתית משמעותי הרבה יותר), מדובר בעיכוב זמני עד להתקיימות דרישות הגיל הקבועות בסעיף 3 להוראת השעה.

ה. בהינתן הנחה זו, וכיון שפסקת ההגבלה - המסדירה, ככלל, את סמכות הביקורת השיפוטית על חקיקת הכנסת (ראו בג"צ 4908/10 ח"כ בר-און נ' כנסת ישראל (לא פורסם)) - מסמיכה את בית המשפט לפסול אך ורק חוקים הפוגעים "בזכויות שלפי חוק-יסוד זה" (ראו ע"א 6821/93 בנק המזרחי המאוחד בע"מ נ' מגדל כפר שיתופי, פ"ד מט(4) 221, 428; בג"צ 4128/02 אדם טבע ודין נ' ראש ממשלת ישראל, פ"ד נח(3) 503, 517-520; בג"צ 1661/05 המועצה האזורית חוף עזה נ' ראש הממשלה, פ"ד נט(2) 481, 545; בג"צ 1662/05 לוי נ' ממשלת ישראל (לא פורסם) פסקה 39; בג"צ 6304/09 לה"ב נ' היועץ המשפטי לממשלה (לא פורסם) פסקה 75), סבורני כי אין היא מאפשרת בנסיבות לפסול את הוראת השעה:

"השלב הראשון בוחן אם החוק פוגע בזכויות אדם המעוגנות בחוק-יסוד. אם התשובה היא בשלילה, מסתיימת הבחינה החוקתית לעניין חוקי היסוד" (בג"צ 6427/02 התנועה לאיכות השלטון בישראל נ' הכנסת, פ"ד סא(1) 619, 670 - הנשיא ברק).

ו. המשנה לנשיא חשין והשופט נאור הסבירו באריכות (בפסק הדין הקודם) מדוע הוראת השעה אינה פוגעת בזכות חוקתית (בין היתר בעמודים 401-410, 433-431; 523-531). את הפסקאות הבאות בהן אדרש בקצרה לעניין זה, לעתים בדגשים שונים קמעא, יש לקרוא על רקע חוות דעת מפורטות ומנומקות אלה - וכתוספת לאמור

בהן. מעבר לצורך, ונוכח ספקות מסוימים, אדרש בקצרה גם לבחינת הוראת השעה במבחני פסקת ההגבלה; ובעניין זה אנסה להציע "כלי עבודה" נוספים ליישומם בנסיבות של "מבחן המשנה השלישי: מידתיות במובן הצר" (כלשון הנשיא ברק בעמוד 331 לפסק הדין הקודם). עוד אומר, ושמא אתנצל, כי תיק זה וחוות הדעת שנכתבו בו (בגלגולו הקודם ובגלגול הנוכחי) מעוררים שורה ארוכה של שאלות משפטיות, ופותרים פתח לסוגיות רבות; גם מאמרים רבים נכתבו בעקבות פסק הדין הקודם, והועלו טענות מעניינות מסוגים שונים. ואולם, בפסקאות הבאות אבקש להציג טיעון אשר סבורני כי יש בו כדי לבסס את עמדתי, ואינני מתיימר להידרש לכל הנושאים ולכל הטענות שניתן היה להידרש להם, כי קצר המצע מהשתרע ולא אלאה יתר על המידה.

האם הוראת השעה אכן פוגעת בזכויות יסוד: רקע

ז. בכל הנוגע להגדרת היקפה של הזכות החוקתית אקדים ואומר, כי במישור העיוני מקובלת עלי עמדת הנשיא ברק, לפיה "ההתחשבות באינטרס הציבורי מקומו בשלב הפגיעה בזכות... ולא בשלב קביעת היקפה של הזכות" (עניין עדאלה, עמוד 355; לדיון מקיף ראו א' ברק, מידתיות במשפט - הפגיעה בזכות החוקתית והגבלותיה (תש"ע) 102-114); ובניסוחו של השופט (אז, והיום המשנה לנשיאה) ריבלין:

"אין להרחיב את פועלה של פסקת ההגבלה בדרך של הגבלת הזכות עצמה... אין לצמצם את עצם הגדרת הזכות לקיים חיי משפחה. אף אם לא נוכל לאפשר, בשל אילוצים מותרים, את מימושה המלא" (עניין עדאלה, עמודים 548-549).

מקובלת עלי איפוא הנחת המוצא, לפיה "העימות המזוין שבין ישראל לבין הפלסטינים באזור אינו משנה את היקפן של זכויות האדם של אזרחי ישראל... זכויות יסוד אינן משתנות על פי רוחות השלום או המלחמה" (עניין עדאלה, עמוד 357 - הנשיא ברק). ההתחשבות בגורמים אלה (זמניים, יש לקוות), צריכה להיעשות במסגרת מבחניה של פסקת ההגבלה, ולא במסגרת הגדרת היקפה של הזכות לכבוד כשלעצמה.

ח. כיצד נקבע איפוא "היקפן של זכויות האדם של אזרחי ישראל"? כיצד נפרש את היקפה של הזכות החוקתית לכבוד? מזה, "טקסט חוקתי יש לפרש מתוך תפיסה רחבה, ולא באופן טכני. הפירוש צריך להיות תכליתי ולא פדנטי. הוא צריך להיות פונקציונלי ולא לגליסטי" (בג"ץ 6924/00 שטנגר נ' אהוד ברק ראש ממשלת ישראל, פ"ד נה(2) 485, 494 - הנשיא ברק; ראו גם ע"ב 2/84 ניימן נ' יו"ר ועדת הבחירות המרכזית, פ"ד לט(2) 225, 306; א' ברק, פרשנות במשפט - פרשנות חוקתית (תשס"ג) 460-462). ומנגד:

"באותה מידה יש להיזהר מהרחבת יתר. כבוד האדם אינו כל הטוב והיפה שבחיים. כבוד האדם אינו כלל זכויות האדם. עלינו להבחין בין כבוד האדם כמטרה כוללת המונחת ביסוד כל הזכויות לבין כבוד האדם כזכות חוקתית" (עניין התנועה לאיכות השלטון, עמוד 683 - הנשיא ברק).

לא כל זכות או פריבילגיה, שיש בה כדי להגן במידה זו או אחרת על כבוד האדם במובנו הרחב, באה בגדרי הזכות החוקתית. "אין 'לקרוא' אל תוך הזכות לכבוד יותר ממה שבכוחה לשאת" (בג"צ 366/03 עמותת מחויבות לשלום וצדק חברתי נ' שר האוצר, פ"ד (3) 464, 481 - הנשיא ברק). נשיאת שמה של הזכות החוקתית לשווא עלולה - ואיני מדבר במקרה זה - להביא לזילותה, "[ו]כל יתר כנטול דמי [כל יתר חשוב כנטול - א"ר]" (בבלי חולין, נח ע"ב), וכל המוסיף גורע.

ט. ברי, כי גם בכל הנוגע לזכויות שהוכרו במפורש בחוק היסוד אין ההגנה החוקתית משתרעת על כל נגזרותיהן האפשריות; והדברים נכונים לפחות באותה מידה גם כלפי זכויות "נגזרות" שלא הוזכרו בחוק היסוד מפורשות. לדוגמה, סעיף 3 לחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו מורה "אין פוגעים בקנינו של אדם". ואולם, לא כל דבר חקיקה הפוגע בשווי רכושו של אדם (או שיש לו השפעה אחרת על קניינו) יבוא בגדרי פגיעה בזכות החוקתית לקניין, באופן המחייב לבחון אותו במבחני פסקת ההגבלה: "יש גבול לזכות הקניין, גם במשמעות הרחבה של חוק-היסוד, ואין למתוח אותה אל מעבר לגבול" (בג"צ 4806/94 ד.ש.א איכות הסביבה בע"מ נ' שר האוצר, פ"ד נב(2) 193, 200 - השופט זמיר; ראו גם עניין בנק המזרחי, עמוד 471; לסקירה ראו א' יורן, "היקף ההגנה החוקתית על הקניין וההתערבות השיפוטית בחקיקה כלכלית", משפטים כ"ח (תשנ"ז) 443). כך נקבע גם לגבי חופש העיסוק:

"יש להיזהר מפירוש גורף וכול-כולל של חופש העיסוק המוגן בחוק היסוד... פירוש מרחיב יתר על המידה של הזכויות הקבועות בחוקי היסוד אינו ראוי" (בג"צ 1715/97 לשכת מנהלי ההשקעות בישראל נ' שר האוצר, פ"ד נא(4) 367, 419 - השופט דורנר).

היקפה של הזכות החוקתית לחיי משפחה

י. נשוב לזכות לחיי משפחה. אין ולא יתכן חולק, כי בגדרי זכות האדם לכבוד באה גם זכותו לחיי משפחה:

"הגם שזכות זו, הזכות לנישואין ולקיום חיי משפחה, לא זכתה להימנות מפורשות עם זכויות היסוד שהוכרו מפורשות בחוקי היסוד, נסכים כולנו - נסכים ונצהיר - כי נגזרת היא, נגזרת מן הראשונות במלכות היא, מכבוד האדם" (עניין עדאלה, עמוד 400 - המשנה לנשיא חשין).

וכבר אמרה תורה, "לא טוב היות האדם לבדו אֶעֱשֶׂה לוֹ עֶזְרָא כְּנֶגְדּוֹ" (בראשית ב', י"ח); ודרשו חז"ל עד כמה מימושה של זכות זו נוגע לעצם אושרו וקיומו של האדם (ראו, לדוגמה, מדרש בראשית רבה פרשה י"ז דיבור המתחיל "לא טוב"). השאלה הרלבנטית היא לפיכך, אם הזכות החוקתית "לנישואין ולקיום חיי משפחה", הנגזרת מזכות האדם לכבוד, גוזרת מתוכה זכות חוקתית למתן אזרחות לבן הזוג הזר (או למימוש הזוגיות בישראל באמצעות היתרי שהיה). בהקשר זה של גזירת זכויות קונקרטיות מתוך זכויות יסוד מופשטות, כל שכן לגזירת נגזרת מנגזרת, נאמר:

"התפיסה [היא] כי בגזירת זכויות, שאינן מנויות במפורש בחוקי היסוד בדבר זכויות אדם, אך נכללות בתוך המושג של כבוד האדם, לא ניתן תמיד לתפוס את מלוא ההיקף שהיה לזכויות ה'נגזרות' אילו עמדו לעצמן כזכויות 'בעלות שם'" (עניין עמותת מחויבות לשלום וצדק חברתי, עמוד 481 - הנשיא ברק; ראו גם בג"צ 2557/05 מטה הרוב נ' משטרת ישראל (לא פורסם) פסקה 13 לחוות דעתו של הנשיא (בדימוס) ברק).

י"א. לשיטתי, ככלל, האפשרות למימוש חיי המשפחה של אזרחי מדינה בגבולות מדינתם היא זכות שראוי שמדינה מתוקנת תעניק לאזרחיה. כאזרח וכשופט, רוצה הייתי שמדינתי תנקוט (ככלל) מדיניות המעניקה אזרחות לבן-הזוג הזר, ובכך מקלה על מימושה המלא של זכות יסוד הנוגעת ללב הקיום האנושי; שמח אני שזכות זו מוענקת בסעיף 7 לחוק האזרחות, תשי"ב - 1952, ומצר על כך שבעתות לחימה היא הוגבלה - גם אם בהוראת שעה, וגם אם בכל הנוגע לשהיה בישראל (במובחן ממתן אזרחות) מדובר לעת הזאת בהשחיה בהתאם למגבלות הגיל, ולא בנעילת דלת. ואולם, האם מדובר בזכות שהכנסת התכוונה להכיר בה באצטלתה כרשות מכוונת? בזכות שהכנסת התכוונה לקבעה במישור החוקתי, ולהסמיך את בית המשפט לבקר חקיקה עתידית בעניינה (לפער אפשרי בין השקפה אישית, לבין התערבות במדיניות הגירה ראו גם דברי השופט פרנקפורטר (Frankfurter) מבית המשפט העליון של ארה"ב שיובאו בהמשך; לניתוח השיקולים העיוניים, וההשלכות המעשיות, של הכרה בזכות לאיחוד משפחות כזכות יסוד ראו R. Gavison, "Immigration and the Human Rights Discourse: The Universality of Human Rights and the Relevance of States and of Numbers", Israel Law Review 43 (2010) 7 להתייחסות נקודתית לזכות לאיחוד משפחות ראו עמוד 43). ונזכור, עסקינן

במדינה שרבים משכניה שוללים את קיומה, אך רבים מתוכם עושים מאמצים להגיע אליה ולהיקלט בה משיקולים שונים; פרדוקס רב עניין וצופן דילמות.

י"ב. תיחום היקפה החוקתי של ההגנה על הזכות לחיי משפחה, אינו שאלה פשוטה; והיא אינה מוגבלת רק לשאלה העומדת ביסוד העתירה שלפנינו. כך לדוגמה הוצגו דעות שונות לגבי היקפה החוקתי של הזכות להורות - שאף היא נגזרת מהזכות לכבוד (ראו בג"ץ 4293/01 משפחה חדשה נ' שר העבודה והרווחה (לא פורסם); ראו גם בג"ץ 2458/01 משפחה חדשה נ' הוועדה לאישור הסכמים לנשיאת עוברים, פ"ד נז(1) 419). בסופו של יום, בהקשר זה מקובלת עלי עמדתם של המשנה לנשיא חשין וחברתי השופטת נאור. כאמור, לא אחזור על כל נימוקיהם ואתיחס רק לשני עניינים שיש בהם, לדירי, אפשרות להציג גם פנים חדשות.

לשון חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו ומבנהו

י"ג. ראשית, חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו כולל זכויות ברמות הפשטה שונות. אל מול ההוראה המופשטת "אין פוגעים... בכבודו של אדם באשר הוא אדם" (סעיף 2), עומדות גם הוראות קונקרטיות דוגמת "כל אזרח ישראלי הנמצא בחוץ לארץ זכאי להיכנס לישראל" (סעיף 6(ב)); ההדגשה הוספה - א"ר). מערכת היחסים בין ההוראות המופשטות להוראות הקונקרטיות סבוכה, בעיקר כיון שהוראות מופשטות עשויות בנקל "לבלוע" הוראות קונקרטיות שנקבעו בחוקי היסוד (ראו לדוגמה פרשנות חוקתית, עמודים 428-429; ומנגד ה' סומר, "הזכויות הבלתי-מנויות - על היקפה של המהפכה החוקתית" משפטים כ"ח (תשנ"ז) 257, 322-324); וכן "לייצר" (גם אם בצדק) זכויות שהמחוקק (או שמא המכוון) נמנע באורח היסטורי במכוון מקביעתן בחוק בהוראה קונקרטית - דוגמת הזכות לשויון (ראו י' קרפ, "חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו - ביוגרפיה של מאבקי כח", משפט וממשל א' (תשנ"ג) 323, 345-346; בג"צ 4541/94 מילר נ' שר הבטחון, פ"ד מט(4) 94, 131-132), הגם שהאינסטיטוט האנושי והמשפטי הבסיסי רואה את השויון בחינת פשיטא (ראו רשימותי, "על השויון לערבים בישראל" קרית המשפט א' (תשס"א) 17; "המדינה וערביי ישראל: המאבק לשויון במסגרת מדינה יהודית, דמוקרטית ומיוסרת", קרית המשפט ג' (תשס"ג) 107; מופיעות גם בספרי נתיבי ממשל ומשפט בעמוד 278 ובעמוד 293).

י"ד. חרף מורכבות זאת, סבורני כי יש בעובדה שחוק היסוד נדרש מפורשות לסוגיית הכניסה לישראל, וקובע לגביה הוראה מצמצמת ("כל אזרח ישראלי... זכאי להיכנס לישראל"; אזרח ישראלי במשמע, מי שאינו אזרח ישראלי אינו במשמע), כדי להצדיק

גישה זהירה בגזירת זכות האזרחות והכניסה לישראל מהוראות אחרות בחוק. "ההוראה החוקתית הספציפית משפיעה על הבנתו של המכלול החוקתי, וזה משפיע על פירושה של ההוראה הספציפית המשולבת בו" (פרשנות תכליתית, עמוד 446; בג"צ 428/86 ברזילי נ' ממשלת ישראל, פ"ד מ(3) 505, 586-587). במקום אחר כתב פרופ' ברק:

"כבוד האדם כזכות חוקתית לא נועדה לייתר את שאר הזכויות החוקתיות" (א' ברק, "כבוד האדם כזכות חוקתית" בתוך א' ברק, מבחר כתבים (חלק א', ח' כהן וי' זמיר עורכים, תש"ס) 417, 437).

אכן, אינני אומר כי פרשנות אחרת למערכת היחסים בין הסעיפים אינה אפשרית. ניתן כמובן לומר, כי סעיף 6 בא להבטיח את חופש התנועה ואינו בא למעט את היקפה של הזכות לחיי משפחה. ואולם, סבורני כי קיומו של סעיף ובו הוראות קונקרטיות נחוצות לגבי הכניסה והיציאה מישראל, יכול לתמוך בגישה זהירה לגבי פרשנות ההוראות המופשטות ביחס לנושא זה שהוסדר מפורשות.

ט"ו. המִשְׁנָה (חגיגה א', ח') מתייחסת לתחומים מסוימים בהלכה, במשפט העברי, כאל "הררים התלויין בשערה, שהן מקרא מועט והלכות מרובות"; קרי, ריבוי הלכות פרטניות המבססות עצמן על טקסט נורמטיבי מועט. כך הוא, לדעתי, גם המצב לגבי משפט זכויות האדם בישראל. דווקא נוכח הפער הקיצוני בין ריבוי הזכויות והעניינים הנתלים (על פי רוב בצדק רב) בחוקי היסוד לבין מיעוט הטקסט, סבורני כי יש להתייחס בכבוד לאותן הוראות מפורשות מועטות - לא רק כדי להצדיק את הלגיטימציה של הביקורת השיפוטית המייסדת עצמה על "המהפכה החוקתית" ועל לשונם של חוקי היסוד, אלא גם כדי להבטיח בסיס טקסטואלי, נקודת משען ארכימדית, שיוכלו לסייע לבתי המשפט להישמר מפני גלישה ל"סובייקטיביות שיפוטית" (ראו פסקה ל"ד להלן).

הזכות לחיי משפחה ודיני האזרחות במשפט המשווה

ט"ז. שנית, אדרש בקצרה למשפט המשוה, כדי להדגיש שתי נקודות. ראשית כדי להראות, כאמור מעלה, כי הגנה חוקתית על זכות קונקרטית אינה משתרעת במישור החוקתי גם על כל נגזרותיה וסעיפיה האפשריים. שנית, כדי להראות שבמשפט המשוה, ובמשפט הבינלאומי, אמנם מוכרת הזכות לחיי משפחה כזכות יסוד, וניתן אף לומר כי היא מצויה בקונסנזוס; ואף על פי כן, הזכות הנגזרת לאיחוד-משפחות מצויה במחלוקת, ואין ניתן לראות בה מראש חלק אינהרנטי ובלתי ניתן להפרדה מן הזכות

הראשונית. עוד נראה, כי ביחס לזכות האחרונה קיימים שיקולי מדיניות התומכים בגישה שיפוטית זהירה.

י"ז. ואולם, אומר כבר כאן, כי אינני סבור שמדיניות אשר ננקטה במדינה זרה זו או אחרת יכולה להיות נר לרגליו של בית משפט זה בתיק הנוכחי, ואין בנמצא "נוסחת קסם" שיש לאמצה משיטת משפט זרה. בהקשר זה, ובודאי בהתחשב בנסיבותיה הייחודיות - הן המדיניות-בטחוניות והן החוקתיות - של מדינת ישראל, ואכן ייחודיות הן, מדובר בשאלה שההכרעה בה צריכה להיות נטועה כאן ולא מעבר לים. בפסק הדין הקודם נסקרו איזונים שונים שננקטו במדינות שונות, ובעוד הנשיא ברק מדגיש את האיזונים שננקטו במדינות דוגמת דרום אפריקה (עמודים 298-299), צרפת (בעמוד 300), גרמניה ואירלנד (בעמוד 300); נדרש המשנה לנשיא חשין למשפט הנוהג בארצות הברית ובאנגליה (בעמוד 404). ישנן מדינות הנוקטות גישה אשר עולה בקנה אחד עם שיטת המשנה לנשיא חשין והשופטת נאור בה אני תומך - וישנן גם מדינות שהכריעו אחרת; אך מטרתה היא להדגיש, כי מדובר בשתי זכויות ניתנות להפרדה - אשר אחת מצויה בקונסנזוס ואחת במחלוקת, ולהצביע על שיקולים הנוגעים להיקף הביקורת וההתערבות השיפוטית.

י"ח. ראשית, כפי שנכתב בפסק הדין הקודם, חוקת ארצות הברית אינה כוללת הוראה מפורשת בדבר הזכות לחיי משפחה; ואולם, בשורה ארוכה של פסקי דין נקבע כי זכות חוקתית כאמור מעוגנת בעיקר בתיקון ה-14 לחוקה משנת 1868 שלאחר מלחמת האזרחים, האוסר בין השאר פגיעה בחייו, חירותו או קנינו, של אדם בלי הליך משפטי נאות (ראו לדוגמה *Loving v. Virginia*, 388 U.S. 1 (1967); *Griswold v. Connecticut*, 381 U.S. 479 (1965); עניין טדאלה, עמוד 297). ברם, לא כל הזכויות הנגזרות מהזכות לחיי משפחה זוכות לאותה מידה של הגנה חוקתית, ולא את כולן יש לבחון באותה מידת תוקף:

"By reaffirming the fundamental character of the right to marry, we do not mean to suggest that every state regulation which relates in any way to the incidents of or prerequisites for marriage must be subjected to rigorous scrutiny" (*Zablocki v. Redhail*, 434 U.S. 374, 386 (1978)).

לשון אחר, לא כל היקפה וכל נגזרותיה של זכות יסודית חוסים תחת אותה מידה של הגנה חוקתית. יתכנו בהחלט דברי חקיקה אשר יגבילו את מימושה של זכות, אך כיון שאין הם פוגעים בגרעינה המוגן ברמה החוקתית, אין הם חייבים לעמוד באותן אמות מידה (מחמירות) של ביקורת שיפוטית. כך קבע בית המשפט לערעורים של ה-9th

Circuit בארצות הברית בתיק אחר שעניינו פגיעה נטענת בזכות לחיי משפחה (אם כי, יש להודות, פגיעה רחוקה יותר מזו הנובעת מהוראת השעה):

"The Schedule does not directly and substantially interfere with marriage... Every obligation imposed by the State cannot be subject to strict scrutiny. Such a holding would turn the doctrine of strict scrutiny "into a virtual engine of destruction for countless legislative judgments which have heretofore been thought wholly consistent with the *Fifth and Fourteenth Amendments to the Constitution*." *Weinberger, 422 U.S. at 772*. The judgment of the legislature must stand if there is a rational relationship between the operation of the Schedule and the policy that the Schedule serves" (P.O.P.S. v. Gardner, 998 F. 2d 764 (1993)).

קרי, לא כל טענה לפגיעה בזכות לחיי משפחה נבחנת באותה אמת מידה של ביקורת שיפוטית; ויש מקום להבחין בין אספקטים שונים של זכות היסוד לעניין עוצמת הביקורת השיפוטית. נושאי הגירה בלתי חוקית ממדינות שונות, ובמהלכה יצירת זוגיות ואף הבאת ילדים לעולם עם בני זוג אזרחי ארה"ב, הם על הפרק בכל עת, לרבות לעת הזאת, ורק לאחרונה (ביום 6.1.12) פרסם הממשל האמריקאי הודעה בדבר כוונתו לשנות את כללי ההגירה באופן שיצמצם את משך הזמן בו נאלצים בני משפחה להיפרד לצורך הטיפול בבקשתם לאיחוד משפחות (ראו Notice of Intent באתר רשות ההגירה (USCIS) בכתובת <http://www.uscis.gov>; לסקירה וביקורת ראו מאמר המערכת "A Common-Sense Immigration Move שפורסם ב-New York Times ביום 6.1.12).

התערבות בית המשפט העליון בארצות הברית בענייני אזרחות והגירה

י"ט. בכל הנוגע לאיזון בין זכויות חוקתיות לבין שיקולי מדיניות של הגירה ואזרחות, נוקט בית המשפט העליון בארצות הברית - מזה למעלה ממאה שנה - מדיניות מצמצמת, המכירה בכוחן המובהק, ובאחריותן המובהקת, של הרשות המבצעת והמחוקקת להסדרת הנושא. נקודת המוצא היא, כי נושאי הגירה ואזרחות הם בסמכות הרשות המחוקקת והמבצעת ("the political branches of government") וכליכת פעילותן. כך לדוגמה מפי השופט Jackson:

"It is pertinent to observe that any policy toward aliens is vitally and intricately interwoven with contemporaneous policies in regard to the conduct of foreign relations, the war power, and the maintenance of a republican form of government. Such matters are so exclusively entrusted to the political branches of government as to be largely immune from judicial inquiry or interference" (*Harisiades v. Shaughnessy, 342 U.S. 580 (1952)*).

השופט Frankfurter התייחס בהמשך אותו פסק דין לכך, שגם כאשר שופטים הסתייגו ברמה האישיית ממדיניות הגירה שאינה ראויה, נשמרה ההפרדה בין הרשויות; דוקטרינת הפרדת הרשויות והריסון השיפוטי גברו, כך נאמר, על השלטת המשפט "הרצוי" גם בשעה שהמצוי היה רחוק מלהיות "רצוי":

"The Court's acknowledgment of the sole responsibility of Congress for these matters has been made possible by Justices whose cultural outlook, whose breadth of view and robust tolerance were not exceeded by those of Jefferson. In their personal views, libertarians like Mr. Justice Holmes and Mr. Justice Brandeis doubtless disapproved of some of these policies, departures as they were from the best traditions of this country and based as they have been in part on discredited racial theories or manipulation of figures in formulating what is known as the quota system. But whether immigration laws have been crude and cruel, whether they may have reflected xenophobia in general or anti-Semitism or anti-Catholicism, the responsibility belongs to Congress".

כ. דוקטרינת הריסון השיפוטי בכל הנוגע למדיניות הכניסה לארצות הברית באה לידי ביטוי גם בהקשרים נוספים (ראו לדוגמה Kleindienst v. Mandel, 408 U.S. 753 (1972); S. R. Shapiro, "Ideological Exclusions: Closing the Border to Political Dissidents", 100 Harv. L. Rev. 930 (1987); J. Wurtzel, "First Amendment Limitation on the Exclusion of Aliens", 62 N.Y.U.L. Rev. 149 (1987)); והדיון באופן חלוקתן של הסמכות והאחריות למדיניות הכניסה למדינה שבו ונתעורר אחרי פיגועי ספטמבר 2001 (ראו לדוגמה K. Augustine-Adams, "The Plenary Power Doctrine After September 11", 38 U.C. Davis L. Rev. 701 (2005)). לא נדרשתי לעניין זה כדי להצביע על נקודת איזון ראויה, ואינני סבור בהכרח כי במשטר המשפטי השורר בישראל היינו מגיעים לאותן תוצאות להן הגיע בית המשפט העליון בארצות הברית; ברם, הדברים הובאו כדי להצביע על מדיניות של ריסון שיפוטי, המיוסדת בדוקטרינה של הפרדת רשויות והקצאת תפקידים ותחומי אחריות, וכדי ללמד על מידת הזהירות שראוי לנקוט בכגון דא.

כ"א. בכל הנוגע לאיזון בין הזכות לחיי משפחה למדיניות הגירה ואזרחות, הוזכר (בפסק הדין הקודם) פסק דינו של בית המשפט העליון בארצות הברית בעניין Faillo (Fiallo v. Bell, 430 U.S. 787 (1977)), אשר קבע (בדעת רוב) כי החוקה אינה מעניקה זכות לאיחוד משפחות לצורך מימוש הזכות לחיי משפחה. לא אחזור ואדרש למקורות שכבר הובאו בפסק הדין הקודם, ואולם אציין כי גם בשנים שחלפו מאז ניתן פסק הדין הקודם נותרה גישה זו בעינה. כך לדוגמה בפסק דין של בית המשפט של ה-9th Circuit

משנת 2010:

"We may have sympathy for Morales's situation, insofar as it is always troubling when the impact of our immigration laws is to scatter a family or to require some United States citizen children to move to another country with their parent. But the right as asserted by Morales is one far removed from the right of United States citizens to live together as a family espoused in *Moore*. Morales "point[s] to no authority to suggest that the Constitution provides [him] with a fundamental right to reside in the United States simply because other members of [his] family are citizens or lawful permanent residents." *De Mercado v. Mukasey*, 539 F.3d 1102, 1107 n.5 (9th Cir. 2008)... In short, lawfully denying Morales adjustment of status does not violate any of his or his family's substantive rights protected by the Due Process Clause" (*Morales v. Department of Homeland Security*, 600 F.3d 1076 (2010)).

כ"ב. אף העמדות השונות במשפט האירופי - המשפט המדינתי ומשפט האיחוד - נסקרו בפסק הדין הקודם. לא אחזור על אשר נאמר ואוזכר שם, ואולם אדגיש כי בשנים שחלפו מאז ניתן פסק הדין הקודם חזר בית המשפט האירופי לזכויות האדם במספר רב של החלטות על קביעותיו הקודמות, לפיהן סעיף 8 לאמנה האירופית להגנה על זכויות האדם, המכיר בזכות לחיי משפחה (Everyone has the right to respect for his private and family life...) אינו מחייב מדינות לאפשר חיי משפחה בתחומן דווקא: "Article 8 cannot be considered to impose on a state a general obligation to authorize family reunion in its territory" (*Makuc v. Slovenia*, 26828/06 (2007))

"The court observes that where immigration is concerned Article 8 cannot be considered to impose on a state a general obligation to respect immigrants' choice of the country of residence to authorize family reunion in its territory" (*Z. and T. v. The United Kingdom*, 27034/05 (2006)).

גם (ראו גם *Priya v. Denmark*, 13594/03 (2006); *Haghighi v. The Netherlands*, 38165/07 (2009) L. Orgad, "Illiberal Liberalism: Cultural Restrictions on Migration and Access to Citizenship in Europe", 58 *Am. J. Comp. L.* 53, 91 (2010); L. Orgad, "Love and War: Family migration in time of National Emergency", 23 *Geo. Immigr. L. J.* 85 (2008) גם המחברות רות לפידות ועפרה פריזל סוברות כי אין במשפט הבינלאומי זכות לאיחוד משפחות (Some Reflections on Israel's Temporary Legislation on Unification of Families) (Israel Law Review 43, 457, 467 (2010)) אם כי לשיטתן קיימת בענייננו בעיה של פגיעה בשוויון).

כ"ג. אינני בא לומר, כי סקירה זו מהווה תיאור ממצה של המצב במשפט המשוה בכל הנוגע לאיחוד משפחות. מעבר לאותם מקורות שהציג הנשיא ברק בתמיכה לגישתו בפסק הדין הקודם, ניתן להתייחס גם לפסק דינו של בית המשפט העליון באנגליה (The)

Supreme Court) אשר קבע לאחרונה (12.10.11), כי בדין פסל בית המשפט לערעורים (Court Of Appeals) חוק האוסר איחוד-משפחות של בני זוג זרים בגילאי 18-21, שנחקק כדי להילחם בתופעה של נישואים כפויים - בהיותו פוגע בזכויות יסוד באופן שאינו מידתי (ראו, בהתאמה, R. v. Secretary of the State for the Home Department [2011] UKSC 45 וכן Quila v Secretary of State for the Home Department, [2010] EWCA Civ. 1482 (21/12/2010)). אף אם נסיבות המקרה שם שונות מהמקרה שלפנינו בכל הנוגע לניתוח המידתיות (הן בכל הנוגע להוכחת הקשר הרציונלי בין הוראות החוק למטרתו, והן בכל הנוגע לאינטרסים המונחים על כפות המאזניים), יש בפסק הדין כדי ללמד על היקפה הראוי להגנה של הזכות לחיי משפחה. ואולם, כאמור, מטרתי בסקירה זו היא ביסוס הטענה לפיה, במבט השוואתי רחב, ההגנה על הזכות לאיחוד משפחות אינה באותה רמה ועוצמה, ובודאי שאינה באותו קונסנזוס, כמו ההגנה על עצם הזכות לחיי משפחה (לסקירה נוספת של שיקולים הנוגעים לדיני הגירה לישראל ראו שלמה אבינרי, ליאב אורגד ואמנון רובינשטיין בנייר העמדה "התמודדות עם הגירה גלובלית: מתווה למדיניות הגירה לישראל" (ר' גביון עורכת, מרכז מציל"ה, תשס"ט); ראו גם י' זילברשץ, "על הגירת זרים שאינם יהודים לישראל - פתיחת דיון: בעקבות בג"צ חוק האזרחות והכניסה לישראל", משפט וממשל י' (תשס"ז) 87).

טענת ההפליה

כ"ד. בכל הנוגע לפגיעה בזכות לשוויון, גם נושא זה נדון באריכות בפסק הדין הקודם, ולא אחזור על אשר כבר נאמר. ברי, כי לפי לשונה הוראת השעה אינה מפלה ואינה פוגעת בשוויון. אין הוראת השעה קובעת, חלילה, כי לבני המיעוט הערבי אין זכות לקבל אזרחות בעבור בני זוגם, או לממש את זכותם לחיי משפחה בגבולות המדינה. הוראת השעה קובעת, כי כל אזרח ישראלי, תהא זהותו הלאומית או הדתית אשר תהא, לא יוכל לקבל אזרחות בעבור בן או בת זוגו שמוצאם באזור או באחת המדינות המנויות בהוראת השעה (והוא הדין לקבלת היתרי שהיה בישראל שלא בכפוף למגבלות הגיל שבהוראת השעה). ואולם, מקובל עלי כי את שאלת ההפליה אין לבחון רק לפי לשון החוק, אלא גם לפי השפעתו המעשית; לצורך "קביעת קיומה של הפליה יש לבחון את התוצאה הסופית, כפי שהיא מצטיירת במציאות החברתית" (בג"צ 104/87 נבו נ' בית הדין הארצי לעבודה, פ"ד מד(4) 749, 754 - השופט בך; בג"ץ 4948/03 אלחנתי נ' שר האוצר (לא פורסם); עניין עטאלה, עמודים 310-311). ואכן, במבחן התוצאה, בני המיעוט הערבי הם הקושרים קשרי נישואין עם תושבי האזור - ומכאן יתד ופינה אפשריים לטענת הפליה.

כ"ה. ברם, על פניהם יש היגיון רב בדברי המשנה לנשיא חשין: "האם נוכל לומר ברצינות כי מי שנישא לנתין אויב הופלה לרעה?" (עניין עדאלה, עמוד 433; לסקירת הנושא של נישואים לנתני אויב בשעת מלחמה ראו ל' אורגד, "הגירה טרור וזכויות אדם: מדיניות הכניסה לישראל בעתות חירום (בעקבות בג"צ 7052/03 עדאלה נ' שר הפנים)", מחקרי משפט כ"ה (תש"ע) 485, 495-498). זו, לדעתי, הבחנה רלבנטית. "אין מדובר... בהפליה על רקע מוצא או גזע. מדובר בשונות רלבנטית על רקע נתינות הזר במסגרת המאבק בטרור" (עניין עדאלה, עמוד 530 - השופטת נאור). אזרח או אזרחית ישראלי (יהודים או ערבים) חופשיים לבחור למי הם רוצים להינשא, ואם הם בוחרים לבוא בקשרי נישואין עם אזרחים (או תושבים) של מדינה (או ישות מדינית) המצויה במצב לחימה עם ישראל, עלולות להיות לבחירתם השלכות לגבי האפשרות לקבוע את מקום המגורים המשותף בישראל.

כ"ו. לשון אחר, אל מול טענת הפגיעה בשוויון עומדים שני טיעונים שלובים: ראשית, הוראת השעה חלה על מי שבוחר לקשור קשרי נישואין עם בן-זוג מסוים; היא אינה קובעת, חלילה, כי הזכות לאזרוח בן-הזוג אינה מוקנית לקבוצת אוכלוסיה מסוימת; שנית, הוראת השעה מטילה מגבלות הנובעות משונות רלבנטיות. ושוב, בהטלת הגבלות כאלה אין ישראל שונה ממדינות רבות אחרות, ומן המתקנות שבהן. ואולי זה המקום לציין, כי אין כל השוואה בין הפרשה נשוא ענייננו לבין פרשת *Korematsu v. United States* שהועלתה בפסק הדין הקודם בפולמוס בין חברותי השופטות פרוקצ'יה ונאור (ראו ספרי, נתיבי ממשל ומשפט, עמודים 18-20). הניתן להשוות בין ההגבלה נשוא ענייננו לבין מעצר של אלפי יפנים חפים מפשע אזרחי ארה"ב, בהיסטוריה של מלחמת העולם השנייה לאחר המתקפה היפנית על פרל-הרבור?

פגיעה בזכות חוקתית? - סיכום

כ"ז. סוף דבר, נוכח חוות דעתם של המשנה לנשיא חשין והשופטת נאור בפסק הדין הקודם, ובהינתן האמור מעלה, קיים בעיני - למצער - ספק רב אם ההגנה החוקתית על הזכות לחיי משפחה ולשויון כוללת בתוכה גם את זכות האזרחות והכניסה לישראל; וכבר הובאו דברי הנשיא ברק, כי "בגזירת זכויות, שאינן מנויות במפורש בחוקי היסוד בדבר זכויות אדם... לא ניתן תמיד לתפוס את מלוא ההיקף שהיה לזכויות ה'נגזרות' אילו עמדו לעצמן כזכויות 'בעלות שם' (לעיל פסקה י'). בהקשר זה אולי לא למותר להזכיר, "כי נטל ההוכחה בשלב הראשון של הבחינה החוקתית מוטל על הטוען לאי-חוקתיות ועליו להוכיח כי נפגעה זכות חוקתית" (בש"פ 8823/07 הנזכר פסקה 7 לפסק דינה של השופטת נאור; ע"א 1211/96 עו"ד יורם ל. כהן מפרק נ' נשיונל קונסטלנטס,

פ"ד נב(1) (481, 500). אכן, "נטל זה רלבנטי, כמובן, לעניין העובדות המבססות את הפגיעה", ולא להוכחת הפרשנות הנכונה של הוראת חוק היסוד - עניין המסור לבית המשפט (ראו פרשנות חוקתית, עמוד 477); ואולם יותר ממה שכלל זה משקף גישה ראייתית, הוא משקף תפיסת-עולם ערכית (ראו א' ברק, "נטל ההוכחה ופגיעה בזכויות חוקתיות" בתוך מגמות בדיני ראיות ובסדר הדין הפלילי - אסופת מאמרים לכבודו של פרופסור אליהו הרנון (ע' הורוויץ ומ' קרמניצר עורכים, 2009) 53, 58; לסקירה ראו F.A. Hessick, "Rethinking the Presumption of Constitutionality", 85 Notre Dame L. Rev. 1447 (2010); M. L. Stokes, "Judicial Restraint and the presumption of Constitutionality", 35 U. Tol. L. Rev. 347 (2003).

כ"ח. תפיסת-עולם ערכית זו משקפת את ההכרה השיפוטית בכך שהכרזה "על בטלותו של חוק או חלק ממנו היא עניין רציני" (בג"צ 6976/04 עמותת "תנו לחיות לחיות" נ' שר החקלאות ופיתוח הכפר (לא פורסם) פסקה 9 - השופטת חיות). "נקודת המוצא... היא כי מדובר בחוק של הכנסת המבטא את רצון נבחרי העם, וככזה בית המשפט נדרש לכבדו; על כן לא בנקל יקבע בית המשפט שחוק מסוים אינו חוקתי" (בג"ץ 2605/05 המרכז האקדמי למשפט ולעסקים נ' שר האוצר (לא פורסם) - פסקה 14 לחוות דעתה של הנשיאה ביניש). הסמכות לביקורת שיפוטית חוקתית על מכונה עומדת, ובמקומות המתאימים אין מנוס מהפעלתה; אך ידועים ומוכרים דבריו של השופט זמיר:

"בית המשפט חייב כבוד לחוק כביטוי של רצון העם. עד שבית המשפט פוסל חוק הוא חייב לשבת שבעה נקיים" (בג"צ 3434/96 הופנונג נ' יו"ר הכנסת, פ"ד נ(3) 57, 67).

בהקשר דנא (אזרחות וכניסה לישראל), העומד בליבה הטעון של מערכת האיזונים והבלמים בין הרשויות, ראויה - לדידי - גישה זהירה; וכבר הבאתי מדברי השופט Jackson לגבי אופיים הייחודי של דיני האזרחות וההגירה הקשורים בהקשר הדוק עם מדיניות חוץ ודיני המלחמה - עניינים שגם בית משפט זה נוקט לגביהם מדיניות התערבות מאופקת (ראו לדוגמה בג"ץ 5167/00 וייס נ' ראש הממשלה, פ"ד נה(2) 455, 479; בג"צ 1451/05 פס נ' ועדת השרים לענייני שחרור אסירים (לא פורסם)), לרבות בהקשר הקונקרטי של מניעת כניסה לישראל חרף פגיעה בזכויות (ראו בג"ץ 5268/08 ענבר נ' אלוף פיקוד הדרום (לא פורסם) פסקה 4). בדברים שהובאו מעלה, כמו גם בחוות דעתם של המשנה לנשיא חשין והשופטת נאור, ראינו את ההסתייגות הקיימת במשפט המשווה מפני הסדרה חוקתית (שבצדה ביקורת שיפוטית) של דיני ההגירה. חוששני, איפוא, כי אף שהזכות לאיחוד-משפחות לשם מימוש חיי המשפחה בשטחי

המדינה היא זכות ראויה וחשובה, אין בידי לקבל את הטענה לפיה הוראת השעה פוגעת בזכות חוקתית. אחזור ואטעים, המדובר בנתיני אויב, לא בנתיני אוהב; ולא למותר לציין, כי הוראת השעה אינה חלה לעניין מצרים וירדן, שכרתו שלום עם ישראל (ולגבי ירדן במיוחד לדבר גם משמעות מעשית נוכח הרכב אוכלוסייתה, הכולל רבים ממוצא פלסטיני), וכן לעניין מדינות אחרות בעולם הערבי כמו בצפון אפריקה.

כ"ט. בחתימת הדיון בשאלת תיחום היקפה של הזכות החוקתית בכל הנוגע למערכת היחסים בין בני זוג, אציין כי העתירה בתיק בג"צ 5030/07 מתמקדת בעיקרה בהיבט אחר של הזכות החוקתית: מערכת היחסים בין הורים לילדים. חברתי השופטת נאור דנה בסוגיה, ודבריה - המבוססים על הצהרת המדינה אשר הובאה בפסקה 21 לחוות דעתה, ולפיה בכפוף למניעה ביטחונית או פלילית מאריך משרד הפנים את המעמד שהיה בידי הקטין - מקובלים אף עלי. כיון שלשון החוק אינה מורה מפורשות מה יעלה בגורלם של הקטינים שחל עליהם סעיף 3א לאחר שיבגרו, סברתי כי בעייתיות זו אינה יכולה לרדת לשורש חוקתיותו של החוק. ואולם, אין ספק שעמדת המדינה משקפת פרשנות, וממילא גם מדיניות, שהיא למצער ראויה. בפסקה ד' לעיל נדרשתי לכך, שהבחנה החוקתית לגבי הזכות לחיי משפחה מתמקדת בעיקר באפשרות המעשית-מהותית לחיים משותפים, ופחות במנגנון מכוחו מתאפשר הדבר (אזרחות או היתרי שהיה). היגיון זה יפה גם לגבי המנגנון הספציפי שיינקט כדי למנוע הפרדת הורים מילדיהם (אפילו יהא זה היתר מת"ק).

עמידה במבחן המידתיות

ל. חרף האמור לגבי היקף הזכות החוקתית, ואף אילו קיבלתי את טענת העותרים, כי הוראת השעה פוגעת בזכויות המוגנות בחוק היסוד - לא השתכנעתי שפגיעה זו אינה עומדת בדרישות פסקת ההגבלה. המשנה לנשיא חשין והשופטים ריבלין, גרוניס, נאור ועדיאל הסבירו מדוע הוראת השעה עומדת במבחני פסקת ההגבלה. לא אחזור על חוות הדעת המפורטות שנכתבו, ואולם אנסה להציע נקודת-מבט נוספת, העשויה לתרום לזיהוי משקלם היחסי של הערכים המונחים על כפות המאזניים לעניין "מבחן המידתיות במובן הצר".

ל"א. למעשה רוב שופטי ההרכב הקודם הסכימו, כי הוראת השעה עומדת בשלושת המבחנים הראשונים של פסקת ההגבלה ("בחוק", "ההולם את ערכיה של מדינת ישראל", "לתכלית ראויה"). דומה גם, כי קיימת הסכמה לגבי העמידה בשני מבחני המשנה הראשונים של מבחן המידתיות: מבחן "הקשר הרציונלי" ומבחן "האמצעי שפגיעתו פחותה". בסופו של דבר התכנסה המחלוקת לשאלת עמידתה של הוראת

השעה במבחן "האמצעי המידתי" או "מבחן המידתיות במובן הצר" (כלשון הנשיא ברק בעמוד 331); ולמעשה לשאלה אם:

"תוספת הביטחון המושגת מזניחת הבדיקה האינדיווידואלית וממעבר לאיסור גורף גוררת אחריה פגיעה כה קשה בחיי המשפחה ובשוויון של אלפים רבים של אזרחי ישראל עד כי אותו מעבר אינו מידתי" (עניין עדאלה, עמוד 347 - הנשיא ברק; ראו גם עמוד 442 - המשנה לנשיא חשין; עמוד 493 - השופטת פרוקצ'יה; עמודים 151-516 - השופט גרוניס).

ל"ב. ואולם, אף "שהצגת מבחן המידתיות במובן הצר כמבחן של הסתברות תורמת לפיתוחו של המשפט ולתפישתנו את המאבק הערכי העומד בבסיס המבחן" (עניין עדאלה, עמוד 515 - השופט גרוניס), אין ספק כי להתכנסות לפרספקטיבה צרה זו, להתנסחות "מתמטית", בעייתיות אינהרנטית:

"השימוש בדימויים, כמו 'משוואה', 'איזון', 'משקל' וכיו"ב, נפוץ הוא בכתובה המשפטית. המטאפורות מסייעות להבנתנו כאשר עוסקים אנו במושגים מופשטים. אך בל נשכח, עסקינן במשפטים ולא במתימטיקה... בהקשר זה יוער, כי חילוקי הדעות בנקודה זו מהווים דוגמה למצב בו שופטים שונים עושים שימוש בנוסחה מילולית אחת כמבחן משפטי אך מגיעים לתוצאות שונות. השוני בתוצאה נובע, בין היתר, מן המשקל היחסי השונה הניתן לערכים המתנגשים ומן הכימות השונה של הנתונים. בלשון מתימטית, גם אם מסכימים לכל משתני המשוואה, ברור כי אין הסכמה לגבי הערכים המספריים שיש ליתן לאותם משתנים" (עניין עדאלה, עמודים 515-516 - השופט גרוניס).

ל"ג. ההתכנסות למבחן הצר מעוררת בענייננו קשיים ברמות הפשטה שונות: ראשית, איננו יודעים את הערכים ה"מספריים" שיש להציב בכל אחד מצדי המשוואה. איננו יודעים (ולא נוכל לדעת) כמה ישראלים עלולים חלילה להיפגע כתוצאה מביטול הוראת השעה, ואיננו יודעים כמה זוגות של אזרחי ישראל ותושבי האזור ייפגעו כתוצאה מהשאתה על כנה. אף איננו יודעים כיצד הותרתה על כנה תשפיע על התנהגות הציבור; קרי, כיצד קיומה ישפיע על היוצרות זוגות "מעורבים" בעתיד (ולא למותר להזכיר כי ביחס לזוגות שכבר נישאו קיימת גם הועדה ההומניטרית שהתחדשה מאז מתן פסק הדין הקודם, ויש בה מענה מסוים לביקורתו של הנשיא ברק (בעמודים 330-229) בעניין היעדר פתרון למקרים חריגים, ואני יוצא מן ההנחה כי פעולתה תיבדק במבחן הזמן, ולא הייתי חש, בודאי ומכל מקום לעת הזאת, לראותה ככישלון כעולה מחוות דעתו של חברי השופט לוי).

ל"ד. שנית, ברמת הפשטה גבוהה יותר, איננו יודעים כיצד להשוות בין הערכים המונחים על כפות המאזניים. "השוני בתוצאה נובע, בין היתר, מן המשקל היחסי השונה שניתן לערכים המתנגשים" (עניין עדאלה, עמוד 516 - השופט גרוניס; למהותו הערכית של מבחן המידתיות במובן הצר ראו גם בג"ץ 10203/03 "המפקד הלאומי" בע"מ נ' היועץ המשפטי לממשלה (לא פורסם) פסקה 55 לפסק דינה של השופטת נאור). בסופו של יום, "ביטויים אלה - איזון משקל - אינם אלא מטאפורות" (בג"צ 14/86 לאור נ' המועצה לבקורת סרטים ומחזות, פ"ד מא(1) 421, 434 - השופט, כתארו אז, ברק; בג"צ 4267/93 אמיתי נ' יצחק רבין, פ"ד מז(5) 441, 464). משעסקינן במציאות שבתוכה נעלמים רבים, עלול שיח האיזונים להיתפס כסיסמה וכדרך לביטוי של עמדות ציבוריות וסמלים בעגה משפטית.

ל"ה. מסיבה זו יש שטענו, כי "מובנו הערכי [של מבחן זה - א"ר] שולל ממנו כל אמת מידה אובייקטיבית. הוא הופך להיות מכשיר לסובייקטיביות שיפוטית ולאקטיביזם שיפוטי" (א' ברק, "מבחן המידתיות במובנו הערכי", בתוך ספר מישאל חשין (א' ברק, י' זמיר וי' מרזל עורכים, תשס"ט) 201, 211; לביקורת נוספת, שעניינה הטענה כי "איזון הזכויות הוא בפועל מונח חלול" ראו ד' טייכמן, "צדק, הגינות ויעילות בדיני חברות: הערות בעקבות ע"א 4263/04", משפטים מ' (תשע"א) 701, 714). ואולם, כשלעצמי מקובלת עלי קביעתו של פרופ' ברק: "יש לבחון את דרכי הפעלתו של האיזון הערכי... אך מכאן ועד לשלילת כל אובייקטיביות ממנו - ארוכה הדרך" (שם, עמוד 211); וגם כאן, כמו בתחומים רבים, לשכל הישר ולנסיון החיים מעמד. בהקשר זה סבורני, כי לאחר ההתכנסות למבחן הצר, ובטרם הכרעה בו, יש לשוב ולהרחיב מבט. הכרעה במבחן הצר מחייבת לדעתי, במקרים מסוימים, פרספקטיבה רחבה. כשאנו באים לבחון את "תוספת הביטחון" אל מול "תוספת הפגיעה בזכות"; את "התועלת" שבהוראת השעה, אל מול "המחיר" או "הנזק" שבצדה (לשימוש במונחי "תועלת מול נזק" בהקשר החוקתי השוו בג"צ 2056/04 מועצת הכפר בית סוריק נ' ממשלת ישראל, פ"ד נח(5) 807, 850; בג"ץ 1030/99 ח"כ חיים אורון נ' יו"ר הכנסת (לא פורסם) פסקה 40) - נדרש, במקום שהדבר אפשרי, גם מבט רחב.

ל"ו. אכן, אין ספק כי המחיר שקובעת הוראת השעה בעבור תוספת הביטחון הוא מחיר יקר במקרים שבהם באה הפגיעה, אשר מגולגל בפועל על אזרחי המדינה הערבים. ואולם, כשאנו אומרים "מחיר יקר" יש גם לשאול "יקר ביחס למה?" וכאן כוונתי אינה רק ביחס לשווי ה"תמורה", הלא היא תוספת הביטחון (שאלה המחייבת, כאמור, השוואה בין ערכים שבמהות אינם בני-השוואה); אלא גם ביחס למחירים

אחרים שהחברה מוכנה לשלם, ומשלמת בפועל, בעבור "תמורה" מסוג זה - סיכול פיגועים והגנה על אזרחים מפני הטרור (זאת, גם אם אין מדובר במחיר אחר בעבור אותה "תמורה" עצמה, עניין אשר יתכן שכבר נבחן במסגרת מבחן המשנה השני, בגדר האמצעים שפגיעתם קלה יותר). כדי להכריע אם בענייננו מדובר במחיר "יקר מדי" יש לבחון גם, אילו מחירים בכלל מוכנה החברה הישראלית לשלם - ומשלמת בפועל - להבטחת בטחונה ובטחון אזרחיה מזה, ושמירת המסגרת החברתית מזה. יש גם לבחון כיצד "מתפזרים" מחירים אלה בין חלקי האוכלוסיה.

ל"ז. אם, כפי שניסח זאת פרופ' ברק, "שאלת המפתח הינה... כיצד ייקבעו החשיבות היחסית...?" (מידתיות במשפט, עמוד 431) - אזי לדידי, בחינתם של "מחירים" שהחברה מוכנה לשלם בעבור אמצעים אחרים להשגת תכלית דומה, היא כלי עזר ראוי בניסיון ליתן מענה. הם מלמדים כמה "חשובה" תכלית זו בעיניה של החברה. פרופ' ברק מציין, כי :

"חשיבות זו מושפעת הן מגורמים שהם חיצוניים לעקרונות המתנגשים והן מגורמים פנימיים להם. הגורמים החיצוניים הם בעלי אופי חברתי. הם משקפים את ההיסטוריה והתרבות של החברה. הגורמים הפנימיים הם בעלי אופי נורמטיבי" (מידתיות במשפט, עמוד 432).

לדידי - במקרים בהם הדבר אפשרי - יש לבחון אם מדובר במחירים העומדים בפרופורציה (והרי המונח "מבחן המידתיות" הוא עצמו תרגומו של *The Proportionality Test*) למחירים אחרים שהחברה הישראלית מוכנה לשלם להשגת תכלית זו במובנה הרחב. לבחינה השוואתית זו יש - לדעתי - חשיבות גם ביחס לשיקול נוסף שיכול להשפיע על מבחן המידתיות במובנו הצר, ועניינו אופן "פיזור" המחיר. ויובהר שוב, איננו בודקים האם קיימים אמצעים אחרים שפגיעתם קלה יותר להשגת אותה מטרה עצמה, עניין שכבר נבחן במסגרת מבחן המשנה השני - ובענייננו נקבע, כי אין אמצעי כאמור (ראו לדוגמה עמוד 344 ועמוד 440). מטרתה של "הרחבת המבט" היא ללמוד מהו הערך שמייחסת החברה לסוג זה של ערכים ותכליות; ובכך להבטיח שהמשקל שניתן להם במקרה הקונקרטי עומד בפרופורציה למשקל שניתן להם בהקשרים אחרים.

ל"ח. מסיבה זו, אילו התרשמנו, כי הצעד היחיד שנוקטת החברה הישראלית כדי להגן על אזרחיה הוא הטלת המגבלות שבהוראת השעה (אשר במבחן התוצאה אכן פוגעות כמעט רק בציבור הערבי בישראל) - לא היה בעיני ספק כי דין הוראת השעה להתבטל. ככלל הוא הדין אילו התרשמתי, כי המחיר שנדרשת אוכלוסיה זו לשלם אינו

עומד בְּיַחַס למחירים אחרים שנדרשים יתר חלקי החברה לשלם. ללא הנמקה עניינית חזקה במיוחד, קשה להלום מצב שבו רק קבוצת מיעוט נפגעת אף אם הדבר נעשה "לתכלית ראויה". ואולם, הוראת השעה היא לְבִנָּה אחת בחומת המגן שמציבה החברה הישראלית אל מול סיכוני הטרור (ראו, בין היתר, עניין בית סוריק, עמודים 815-816; בג"צ 7957/04 מראעבה נ' ראש ממשלת ישראל, פ"ד ס(2) 477, 485), ואל מול בעיות אחרות שהן בעלות אופי מהותי, אם לא אקסיסטנציאלי.

ל"ט. בהקשר הבטחוני החברה הישראלית מוכנה לשלם, ומשלמת בפועל, מחירים כבדים בעבור חומת מגן זאת (זאת מבלי להקל ראש במחירים הנגבים גם מהאוכלוסיה האזרחית בצד הפלסטיני), הן מחירים כלכליים - המתחלקים ככלל בחלוקה רוחבית על פני החברה כולה (בגדר ההוצאה הכללית האדירה על ביטחון במישורים אין ספור אפשר להתייחס, לדוגמה, לעלותה העצומה של גדר ההפרדה); והן מחירים אחרים - אשר מסיבות שונות, ראויות ככל שיהיו לגופן, ישנן קבוצות מיעוט - יהודים וערבים - בחברה הישראלית שאינן שותפות להם על הרוב (דוגמת השירות הצבאי בסדיר ובמילואים על משמעותו האנושית שאין לה שיעור ומשמעותו הכלכלית הרבה; ולא נידרש כאן לכפל המשמעות של המילה דְּמִים). כבר ציין חברי השופט לוי בעניין התנועה לאיכות השלטון, כי "החברה האנושית, אף במדינה חופשית ודמוקרטית, אינה שוויונית במובן זה שכל אחד מן הפרטים בה תורם תרומה זהה לזו של חברו. גם צריכתם של המשאבים החברתיים אינה זהה" (עמוד 783); הנה באשר למורכבות הנושא.

מ. מבט רחב זה מעלה, כי המחיר שנכפה על בני המיעוט הערבי בגדרי הוראת השעה אינו בחוסר פרופורציה למחירים חוקתיים אחרים שנאלצת החברה הישראלית כולה לשלם למען הביטחון הלאומי ולמען חוסן המסגרת המדינתית; וכי אין מדובר במחיר המגולגל באופן בלתי פרופורציונלי על הציבור הערבי. מבט זה מלמד, כי החברה בישראל החליטה לשלם מחירים כבדים מאוד למניעת פיגועים; לרבות מחירים הפוגעים פגיעה בזכויות חוקתיות משמעותיות. היא משלמת מחירים כבדים גם בתחומים אחרים, לשם שמירת מסגרותיה ולכידותה ככל הניתן. פרספקטיבה זו מסייעת לנו לזהות את "משקלם" של הערכים המונחים על כפות מבחן המשנה השלישי; ואת סבירות הטלתו של חלק מסוים מתוך המחיר הכללי על קבוצה מסוימת באוכלוסיה (לקשר שבין מבחן המידותיות למבחני סבירות ראו פסקה 25 לחוות דעתו של חברי השופט לוי). בסופו של יום:

"ישראל נאבקת בסיטואציה שהיא אולי הקשה ביותר [מבין מדינות דמוקרטיות אחרות - א"ר]; היא משתדלת לעשות כמיטב יכולתה, גם אם עשייתה אינה מושלמת, ובקרה נחוצה תדיר" (נתיבי ממשל ומשפט, עמוד 20).

הכרח לזכור זאת, שכן החתירה לשוויון, חתירה אמיתית, המצויה בקוד הגנטי של מדינת ישראל, וצריך שתהא בקוד הגנטי של כל אחד מאתנו כבני אנוש, כאנשים הגונים, אסור שתסמא את עינינו למציאות המורכבת - למכלול המחירים, הסיכונים והסיכויים - אשר יש ליתן לה ביטוי בבואנו לפרש מהם ערכיה של מדינת ישראל כמדינה יהודית ודמוקרטית.

מ"א. אם נשוב למבחן המידתיות כפי שנוסח על ידי שופטי ההרכב בפסק הדין הקודם, יש לומר איפוא, כי "תוספת הביטחון המושגת מזניחת הבדיקה האינדיווידואלית וממעבר לאיסור גורף" אולי אינה גדולה - עד כמה שניתן לומר דברים אלה ביחס לחיי אדם, וכבר אמרו חכמים "וכל המקיים נפש אחת מעלה עליו הכתוב כאילו קיים עולם מלא" (משנה סנהדרין ד', ה'; והראו פרופ' א"א אורבך ("כל המקיים נפש אחת", תרביץ מ' (תשל"א) 268) והרב שלמה גורן (משיב מלחמה (חלק א', תשמ"ג) ג') כי הכונה לנפש אחת תהא אשר תהא, לאו דוקא מישראל); ואולם, במבט הסתברותי גם תוספת הביטחון הנובעת מגיוסו של חייל אחד לשירות חובה או מילואים (על סיכון החיים הכרוך בכך) אינה, כשלעצמה, גדולה (ולא אכחד, כי שאלתי את עצמי שוב ושוב האם הנימוק הביטחוני להוראת השעה אינו נובע מ"רוחות לחץ" שהזמן גרמן; אך אין בידינו הכלים לבדוק כמה חיי אדם יינצלו מכוח הוראת השעה).

מ"ב. קיימת איפוא הכרעה חברתית, הפוגעת וגובה מחיר כבד לא רק מקבוצת המיעוט, כי צירופן של לְבָנִים - שעלותה החוקתית של כל אחת מהן גדולה, והתועלת הכמותית ההסתברותית ממנה עשויה להיראות קטנה - מוצדק לצורך הבטחת בטחונם של תושבי ישראל, תושביה כולם, ולכינון בניין של ביטחון. אל מול הכרעה זו, דומה כי גם "מחירה" של הוראת השעה אינו חורג מן המידתיות - ובפרט בהתחשב בטיבה הזמני של ההגבלה הקבועה בסעיף 3 להוראת השעה, ונוכח אפשרויות התנועה הנוחות יחסית בין האזור לשטחי ישראל, עובדה שיש בה גם כדי להחריף את הסיכון הבטחוני, אך גם כדי למתן את חומרת הפגיעה במי שהוראת השעה חלה עליו (אין מדובר במקרים חוצי ימים ויבשות, כאלה שנדונו בבית המשפט האירופי לזכויות אדם).

מ"ג. לעניין זה נזכור גם, כי שרויים אנו מזה שנים במצב נזיל, חולות נודדים, שכשופטים איננו יודעים להעריכם אל נכון. השתלטות החמאס על עזה (שנזכרה כבר

בפסק הדין הקודם), תקופות ארוכות של ירי על שדרות וישובי עוטף עזה, ההסכם בין חמאס לפת"ח (מחודש אפריל 2011) שאין לדעת את משמעותו, והאירועים שכוננו "האביב הערבי" (החל מחודש דצמבר 2010) - האם בידינו לקבוע היטב יותר מגורמי הביטחון והממשלה את משמעותם הבטחונית? לדידי, התשובה אינה יכולה להיות בחיוב. אכן, זו חקיקה של הוראת שעה - וכך יאה לה, כדי שתיבחן מדי פעם מחדש בקפידה - אך לצערנו השעה אינה קצרה, בגלל נתונים עלומים והשתנויות תכופות.

מ"ד. ועם כל זאת אציין, כי אילו סברתי שהזכות החוקתית לחיי משפחה כוללת גם את הזכות לקבל אזרחות בעבור בן-הזוג הזר (וכאמור, בודאי בהקשר של קבלת אזרחות, במובחן מהסדרה אחרת של שיהיה בישראל, אין זו דעתי), הייתי מתקשה להבין מדוע בני זוג ובנות זוג תושבי האזור, היכולים לקבל היתרי שהיה לפי סעיף 3 להוראת השעה ("לגבי תושב אזור שגילו מעל 35 שנים - לשם מניעת הפרדתו מבת זוגו השוהה כדין בישראל; לגבי תושבת אזור שגילה מעל 25 שנים - לשם מניעת הפרדתה מבן זוגה השוהה כדין בישראל"), אינם יכולים לקבל אזרחות - בכפוף לתנאים החלים על כל בן-זוג זר (ראו סעיף 7 לחוק האזרחות, תשי"ב - 1952). על-פניו, וכאמור לדידי דבר זה אינו טעון הכרעה, אם הותר לבן-הזוג תושב האזור להקים את ביתו בישראל, מדוע יורו שיקולי ביטחון כי עליו לעשות זאת כתושב ולא כאזרח? והלא, כפי שקבעו רוב שופטי ההרכב הקודם (ראו לדוגמה עמודים 336-339) התכלית הבטחונית היא העומדת ביסוד החוק.

מספר הערות נוספות

מ"ה. בעניין פלוני (בש"פ 8823/07) ציינתי, כי "בפסיקתו של בית משפט זה עובר כחוט השני המאמץ לאיזון בין ביטחון לזכויות, במאזניים רגישים ובכלים עדינים. בהיות מדינת ישראל מדינה יהודית ודמוקרטית, ראוי כי גישותיה לעניין מוסר הלחימה בטרור ישאבו השראה גם מן המשפט העברי". בתיק אחר (בג"צ 9441/07 אגבר נ' מפקד כוחות צה"ל באיו"ש (לא פורסם) פסקה י"ד) הבאתי מדברי ראש ישיבת הר-עציון הרב א' ליכטנשטיין:

"עלינו להמשיך ללכת בדרך אותה התוה לנו אברהם אבינו (שבה ניהל את מלחמתו - א"ר) - להיות רגישים למוסר ולצדק גם בתוך המלחמה והמאבק הצודקים והנכונים כשלעצמם".

בגדרי המשפט העברי, "נתפס כבוד האדם, כבבואה לצלם אלוקים בו נברא האדם, וכיסוד לחובות שבין אדם לחבירו" (חוות דעתי בבג"ץ 7195/08 אבו רחמה נ' תא"ל

אביחי מנדלבלויט הפרקליט הצבאי הראשי (לא פורסם) פסקה ט"ו; נתיבי ממשל ומשפט, עמודים 229-230). מטרתו של חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו היא "להגן על כבוד האדם וחירותו, כדי לעגן בחוק-יסוד את ערכיה של מדינת ישראל כמדינה יהודית ודמוקרטית" (כלשון סעיף 1א לחוק). החובה להגן על כבודם של כל אזרחי ישראל - יהודים ובני העדות האחרות - נובעת, כאמור, הן מהיותה של מדינת ישראל "מדינה דמוקרטית", והן מהיותה "מדינה יהודית".

מ"ו. קולמוסים רבים נשתברו על התאמת ההלכות משכבר הימים בעניין יחסי ישראל ואומות העולם, שנתנסחו ברובן בתקופת הגלות והיעדר ריבונות ממלכתית, למציאות של ריבונות יהודית ודמוקרטית (ראו לדוגמה מפעלו של הרב הראשי לישראל בתקופת הקמת המדינה, הרב יצחק אייזיק הלוי הרצוג, תחוקה לישראל על פי התורה - סדרי שלטון ומשפט במדינה היהודית (כרך א', תשמ"ט) 12-38 והמעין יעין; כך גם מפעליהם של הרב שאול ישראלי (קובצי התורה והמדינה, והספר עמוד הימני (תשנ"ב)), הרב שלמה גורן ועוד; וכן המפעל הגדול של תחומין). ברם, גם מבלי להרבות דברים, ראוי להדגיש כי שאלת התאמתה של הוראת השעה לזכותו של כל "אדם באשר הוא אדם" לכבוד (כלשון סעיף 2 לחוק היסוד) היא שאלה גם בגדרי המשפט העברי והמוסר היהודי; בגדריה של שיטה אשר כמעט לפני אלפיים שנה השכילה לקבוע, "חביב אדם שנברא בצלם, חבה יתירה נודעת לו שנברא בצלם שנאמר 'בצלם אלהים עשה את האדם'" (משנה אבות ג', י"ד). וכדברי הרב גורן:

"אין ספק שחיי האדם הם הערך העליון בתורת ישראל בהלכה,
ולפי מוסר הנביאים, והמדובר לא רק בחיי ישראל אלא בחיי כל
אדם שנברא בצלם האלקים" (משיב מלחמה, שם).

מ"ז. הערה שניה נוגעת לחובה להתאים את אמצעי המגן שהחברה נוקטת לנסיבות המשתנות. הוראת השעה יכולה לעמוד במבחן המידתיות רק כל עוד המצב הבטחוני-מדיני מחייב נקיטת צעד כאמור; שעל כן הוראת שעה היא. משמעות המושג "הוראת שעה" במשפט העברי היא, "הוראה שאפשר, במקרים מיוחדים, להורות לפי שעה בלבד, שלא כפי הדין הנוהג תמיד" (אנציקלופדיה תלמודית, ערך "הוראת שעה"). בין שני הרכיבים - "שלא כפי הדין הנוהג תמיד" מזה, "לפי שעה בלבד" מזה - קיימת זיקת גומלין. סטייה מהדין הנוהג (והראוי שינהג) תמיד, יכולה להיעשות "לפי שעה בלבד". התורה אמנם מתעדת מקרים שונים של הוראת שעה (ראו אנציקלופדיה תלמודית, שם), אך חכמים הבינו בחושיהם:

”שעניינים שיש בהם חריגה מן הנורמות הבסיסיות מחייבים זהירות רבה מאין כמוה, שלא יימצא מי שיגלה בהם פנים שלא כהלכה, ותיפרץ הפרצה” (ראו רשימתי ”מי לה’ אלי... והרגו איש את אחיו”: על סכנת המדרון החלקלק”, פרשת השבוע 65 (תשס”ב)).

הוראת שעה כשמה כן היא, גם אם השעה מתארכת בשל נסיבות המחייבות זאת, כבענייננו; לפיכך, מעבר לזהירות הנדרשת בקבלתה, היא מחייבת גם עיון ובחינה מחדש באופן תדיר.

מ”ח. על המחוקק להיות איפוא קשוב היטב לשינויים במציאות, וזאת במספר הקשרים. ראשית, יש לקוות כי יתרחש בעתיד שיפור במצב הביטחוני באופן שיפחית את הצורך באמצעי הגנה, ולמצער יהפוך את נטילת הסיכון שכרוך בהסרתם החלקית או המלאה למחויבת המציאות. שנית, יתכנו שינויים שיהפכו את הבחינה הפרטנית למעשית ויעילה יותר - ובכך ישוב ויתעורר מבחן המשנה השני (”אמצעי שפגיעתו פחותה”). על הרשויות להניח תדיר ”אצבע על הדופק” הן בכל הנוגע לצרכים הבטחוניים, והן בכל הנוגע לאפשרות לייצר כלים אפקטיביים שפגיעתם קלה יותר. עליהן גם לשקוד ולבחון את האפשרות לייצל את הטיפול במקרים חריגים; הן בגדרי הועדה ההומניטרית, והן באמצעות חשיבה על מנגנונים נוספים העשויים להקל על אותם זוגות אשר נמנע מהם, לעת הזאת, לקבוע את ביתם המשותף בישראל.

מ”ט. העמדה התומכת בחוקתיותה של הוראת השעה איננה פוטרת את המחוקק, ואת הרשות המבצעת, מחיפוש דרכים למיתון ההכרעה גם מטעם נוסף: הרוח הנכונה של מאמץ ללכת לקראת מי שלא חטא, המשלם - כפי שלמרבה הצער יארע במצבי מלחמה - מחיר בשל מי שחטאו. במקרים רבים סוברת מערכת הביטחון, במבט ראשון, כי לכלי ביטחוני מסוים אין תחליף, ובמבט שני - לאחר השקעה מרובה של מחשבה ומשאבים - נמצא לו תחליף ראוי. בעניין פלוני (בש”פ 8823/07) נדרשתי לתגובת מערכת הביטחון לפסק הדין בעניין שיטות החקירה של שירות הביטחון הכללי (בג”ץ 5100/94 הוועד הציבורי נגד עינויים בישראל, פ”ד נג(4) 817):

”לאחר שניתן פסק הדין... היתה מערכת הביטחון מוטרדת ביותר, לשון המעטה; כיהנתי אז כיועץ המשפטי לממשלה, ודיונים על דיונים נערכו בפורומים שונים באשר ליישום פסק הדין ולמצב החדש שנוצר, ונשקלו גם יוזמות חקיקה כדי להעביר את רוע הגזירה. והנה תודה לאל מצאה המערכת לאורך הזמן פתרונות לבעיות, תוך יצירתיות מסוגים שונים. שנה לאחר פסק הדין החלה התקופה הקשה הקרויה ‘האינתיפאדה השנייה’, והמשימות שבפני מערכת הביטחון היו

קשות ביותר; אך היא התמודדה עמן, במגבלות פסק הדין, בהצלחה שאינה מבוטלת" (פסקה י"ד).

אכן, אין הנדון דומה לראיה באופן מלא, הן מצד התשתית הנורמטיבית (אשר לא התירה את שיטות החקירה שנפסלו) והן בהינתן ההנחה שלעת הזאת בדיקה פרטנית לא תוכל לספק תחליף שקול לאיסור להוראת השעה, אך ראוי לזכור זאת במבט לעתיד.

נ. הערה נוספת נוגעת לדברים שכתב חברי השופט לוי בשאלת היחס בין שני רכיבי הצירוף "מדינה יהודית ודמוקרטית"; נושא שנשתברו עליו קולמוסים רבים, וספק אם אי-פעם תיאמר בו מלה אחרונה. גם לדידי יש לעשות כל מאמץ למצוא את ההשלמה בין שני רכיבי המשוואה, ולטעמי - גם על פי ניסיון רב במערכות הממשל - הדבר אפשרי במידה רבה. ברשימה שנכתבה עם חברי השופט נ' סולברג ("דת ומדינה בישראל בשנת היובל" בתוך מנחה ליצחק: קובץ מאמרים לכבודו של השופט יצחק שילה בגבורותיו (א' ברק ומ' שאוה עורכים, תשנ"ט) 339; נתיבי ממשל ומשפט, עמוד 196) דנו בשאלות הללו, וציינו כי: "מגמתנו, ככל הניתן, לאפשר קיום הדדי של עקרונות וזכויות יסוד גם במצבים שאותם עקרונות וזכויות אינם מתיישבים זה עם זה. כשההתנגשות בלתי נמנעת, המאמץ הוא לחשב 'שכר מצוה כנגד הפסדה' (אבות ב', א'), לאזן בין השיקולים השונים על-פי משקלם הראוי במצב נתון ולנסות לשרטט את שביל הזהב, לנקוט ב'מידה הממוצעת' בלשון הרמב"ם בשמונה פרקים (הקדמה לפרקי אבות פרק ד')" (נתיבי ממשל ומשפט, 199).

נ"א. והנה כשלעצמי סבורני, כחלוף השנים, כי המצוה של חיפוש המשותף, ההלימה בלשון המשפטית, נתגברה ביתר שאת. המחוקק-מכונן בציינו, אולי בלי משים, בחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו ובחוק יסוד: חופש העיסוק, את ערכיה של מדינת ישראל, הטיל מיניה וביה על בתי המשפט את פרשנותם; טקסט משפטי ומונח המופיע בו, ובמקרה זה "ערכיה של מדינת ישראל כמדינה יהודית ודמוקרטית", הכתובת לפרשנותו היא בית המשפט. זו משימה כבדה, במדינה משוסעת בין יהודים לערבים, בין דתיים לשאינם דתיים ועוד - אך היא אפשרית, ולא רק אפשרית אלא הכרחית. היא אינה יכולה להיות מנותקת מן היסודות-אין-בלתם, והם כי מדינה יהודית היא תמצית שיבתו של העם היהודי לארצו בתום אלפיים שנות גלות, אחת היא ואין זולתה; אך ערכיה דמוקרטיים, וההיסטוריה היהודית של רדיפות וסבל מחייבים כי תנהג באופן דמוקרטי, ותבקש בכל עת צדק.

בעקבות חוות דעתו של השופט מלצר

נ"ב. למקרא חוות דעתו המעניינת של חברי השופט מלצר אוסיף את אלה. חברי נדרש לתורת "הזהירות המונעת", וכידו הטובה תיאר התפתחותה מהתגוננות בפני קטסטרופות בתחומים בעלי אופי של "יום-דין מדעי", דוגמת איכות הסביבה, אנרגיה ופסולת גרעינית, תרופות, הנדסה גנטית ופיקוח על מזון ומקורות מים. הצד השווה שבאלה הוא - בדרגות שונות - כי מחירם עשוי להיות דרמטי, מזעזע ומוחץ, לעתים בלא תקומה. המשכה של הדוקטרינה, כפי שתיאר חברי, גם בנושאי ביטחון לאומי. תורה זו שובת לב כשלעצמה, בחינת אותו "אֶשְׁרֵי אָדָם מִפְּחַד תָּמִיד" (משלי כ"ח, י"ד) שאליו נדרש חברי, המביא גם את הביטוי "better safe than sorry" (ובתרגום חופשי שלי, "טוב בטוח מנכה רוח"). ואולם, מבקש אני לנקוט לשון של 'זהירות מונעת מן הזהירות המונעת'. רוצה לומר, להזהר מזהירות-יתר ומן המדרון החלקלק.

נ"ג. חלק מתפקיד הריסונים המשפטיים שעליהם אמונה מערכת השפיטה, הוא להזהיר מאלה. המחוקק (והוא הדין לרשות המבצעת) אינו בן חורין להימנע כליל מנטילת סיכון, שעה שהימנעות זו באה על חשבון זכויות הפרט. כפי שציינה חברתי השופטת חיות בפסק הדין הקודם: "הדמוקרטיה - על פי מהותה - כרוכה בנטילת סיכונים" (עמוד 491). בהקשר אחר נאמר, כי:

"המציאות הקיימת בשטח מחייבת נטילת סיכונים סבירים מסוימים על מנת לאפשר מימוש זכויותיהם של כל הגורמים הנוגעים בדבר" (בג"ץ 3607/10 שורת הדין נ' שר הבטחון (לא פורסם) פסקה 6; ראו גם בג"צ 10450/07 תנועת נאמני הר הבית בא"י נ' ניצב אהרון פרנקו (לא פורסם) פסקה 4).

במקרים מסוימים, מדיניות הנמנעת מנטילת סיכון באופן גורף עלולה לחרוג מגדרי סבירות; ומטבע הדברים, כמידת החשש כך מידת הזהירות. ההכרעה בשאלה זו, שאלה של מידתיות, בהקשר השיפוטי, היא חלק מתפקידו של בית המשפט.

נ"ד. בספר מטילת ישרים, לרבי חיים משה לוצאטו (בן המאה הי"ח) הוגדרה מידת הזהירות, "שיהיה האדם נזהר במעשיו ובענייניו, כלומר, מתכוון ומפקח על מעשיו ודרכיו, הטובים הם אם לא, לבלתי עזוב נפשו לסכנת האבדון... ולא ילך במהלך הרגלו כעור באפלה" (פרק שני, "בביאור מדת הזהירות"). ובהמשך "בביאור חלקי הזהירות" (פרק ג') הוא מוסיף שתי השקפות - כלשונו - נדרשות:

"האחת, שיתבונן מהו הטוב האמיתי שיבחר בו האדם, והרע האמיתי שינוס ממנו. והשניה, על המעשים אשר הוא עושה לראות אם הם מכלל הטוב או מכלל הרע. וזה, בשעת מעשה ושלא בשעת מעשה....".

קרי, ראשית נדרשת בחינה והגדרה אנליטית של הערכים הראויים להגנה ואלה שראוי לרחק מהם; לאחר מכן נדרש אדם, והוא הדין לציבור ולחברה, לבחון את מעשיו על רקע סולם ערכים זה. ברם, מידת הזהירות אינה צריכה להביא לידי הימנעות מעשייה. נהפוך הוא, "אמר רבי פנחס בן יאיר [ועל אמירתו זו מבוסס ספר "מסילת ישרים" כולו]... זהירות מביאה לידי זריזות" (בבלי עבודה זרה כ ע"ב; ראו גם מסילת ישרים, פרק ו').

נ"ה. חברי השופט מלצר התייחס בחוות דעתו למעשה התלמודי הידוע "על קמצא ובר קמצא" (בבלי, גיטין נה ע"א), והוא מזכיר את הגישה הפרשנית לפיה הפסוק המובא בראש המעשה, "אֲשֶׁר־י אָדָם מִפֶּחַד תְּמִיד וּמִקְשָׁה לְבוֹ פֹּלַל בְּרָעָה" (משלי כ"ח, י"ד), "מוסב על הנוגעים בדבר, לרבות החכמים שנכחו בסעודה (ופרשנים נוספים כוללים במי שהתעלמו מהפסוק אף את רבי זכריה בן אבוקלס), כל אלה - לא ראו את הנולד, העמידו הכל על שורת הדין ולא החילו את הכלל: 'אשרי אדם מפחד תמיד', או במינוחים של היום, את עיקרון הזהירות המונעת היכן שהיה ראוי לפעול על פיו" (פסקה 44).

נ"ו. בהקשר הנוכחי של בחינת סבירותה של הוראת השעה ישנו כמובן מקום לגישה פרשנית זאת, ויש ליתן את הדעת להשלכות העלולות להיות חלילה להכרעה המבכרת הגנה מרחיבה על זכויות בהווה גם במחיר נטילת סיכונים בלתי סבירים בעתיד. ואולם, בה במידה יש מקום לגישות פרשניות אחרות (לסקירה ראו 'פורסטנברג, "קמצא ובר קמצא", בתוך חמש סוגיות מן התלמוד הבבלי (ש' י' פרידמן עורך, תשס"ב) 93-114), המייחסות את אי ראיית הנולד לשאננותם של חכמים שלא נזהרו בכבודו - בזכויותיו - של בר-קמצא, אשר מצא עצמו נבוך ומושפל ברבים. וכפי שכתבו בעלי התוספות: "שבטחו על רוב טובתם ושלוותם לבייש את בר קמצא" (גיטין נה ע"ב דיבור המתחיל "אשרי אדם").

נ"ז. התלמוד מייחס את חורבן ירושלים ל"ענוותנותו של רבי זכריה בן אבוקלס". לטעמי, משמעה של ענוותנות זו היא "חסידות יתירה", כלומר דבקות בעיקרון חשוב תוך שנזנח עיקרון חשוב כמותו או חשוב ממנו. במובן זה, "אֲשֶׁר־י אָדָם מִפֶּחַד תְּמִיד", והחשש מפני "חסידות יתירה", פועלים בענייננו לשני הצדדים: יש להיזהר מפני הרחבת ההגנה החוקתית במחיר נטילת סיכונים בלתי סבירים, כשם שיש להיזהר מפני

"חסידות הביטחון" במחיר פגיעה בזכויות. גם אם יש בקביעה, "ענוותנותו של רבי זכריה בן אבקולס, החריבה את ביתנו... ", משום ביקורת על העדפת שורת הדין על פני צפיית ההשלכות העתידיות; הסברים אחרים שניתנו לחורבן מצביעים גם על חוסר רגישות בחברה הירושלמית דאז לזכויות, ולפגמים בהתנהגות אנושית שבין אדם לחברו: "לא חרבה ירושלים אלא מפני שלא היה להם כושת פנים זה מזה... לא חרבה ירושלים אלא בשביל שלא הוכיחו זה את זה... לא חרבה ירושלים אלא בשביל שפסקו ממנה אנשי אמנה" (בבלי, שבת קי"ט ע"ב). מדובר איפוא בשאלה של איזון.

למקרא חוות דעתו של חברי המשנה לנשיאה

נ"ח. המשנה לנשיאה השופט ריבלין ואנוכי מצאנו עצמנו באותו צד של מתרס ההכרעה בתיק זה. מסכים אני בכל לב לדבריו, כי בית המשפט נאלץ להכריע בעניינים שהמחוקק - והממשל בכלל - מושכים ידם מהכרעה מקפת בו. ענייני הגיור, למשל, הם דוגמה מובהקת לכך; מקום שהממשל נמנע מהכרעה, ואנשים טוענים לזכויות, אין פורום אחר שיכריע זולת בית המשפט, ואת חוקי היסוד אי אפשר לקרוא אחרת. זו מציאות הגוררת את הכל למחוזות של יריבות מלאכותית תחת הרמוניה הגונה.

נ"ט. המשנה לנשיאה ריבלין הוסיף ופרש את משנתו בתחום ההתערבות השיפוטית החוקתית. גישתי בתחום החוקתי נובעת ממבט רחב ואינה נרתעת ככלל מהתערבות במקרים הראויים. לא בכל איפוא, אף לא בכל הזכויות, דעותינו שוות. דרך משל, חברי מזכיר הגנה חוקתית לכל צורות הביטוי, "גם הביטוי הנתעב והדיכתי" (פסקה 22 לחוות דעתו). אני סבור, כי חופש הביטוי, שנועד מראשיתו, עוד מימי נביאי ישראל, "המוכיחים בשער" (השוו ישעיהו כט, כא), להתרסה כנגד הממשל, אינו יכול להפוך בסיס לרמיסת כבוד האדם כפשוטו על ידי הכפשתו ורמיסתו ביחסים שבין אדם לחברו (וחוק איסור לשון הרע, תשכ"ה - 1965 אין די בו להגנה הראויה; ראו גם רע"א 4447/07 רמי מור נ' ברק אי.טי.טי. [1995] החברה לשרותי בוק בינלאומיים בע"מ (לא פורסם); וכן רע"א 1700/10 דוביצקי נ' שפירא (לא פורסם)). לא בכל ניתן ללמוד מארצות הברית (ראו גם פסקה י"ז מעלה), שהיא אמנם 'אחותנו החוקתית הבכירה' (פסקה 17 לחוות דעתו של המשנה לנשיאה), אך אחותנו הערכית הצעירה, אם נזכור את שרשינו עוד מימי המקרא, אשר אומצו במגילת העצמאות, והם השתת המדינה "על יסודות החרות, הצדק והשלום לאור חזונם של נביאי ישראל".

ס. לא התיקון הראשון לחוקת ארה"ב הוא מורנו, אלא דברי הנביא "קָחָא כְּגֵרוֹן אַל תַּחֲשֶׁךְ פְּשׁוֹפָר הָרַם קוֹלְךָ וְהִגַּד לְעַמִּי פְּשָׁעָם וּלְבֵית יַעֲקֹב חַטָּאתָם" (ישעיהו נח,

(א), וגם דברי משורר התהילים "נָצַר לְשׁוֹנְךָ מִרְעַ וּשְׁפָתֶיךָ מִדְבַר מְרָמָה" (תהלים לד, יד). עמדתי על כך בעניין אונגרפלד:

"חברי מקדש את חופש הביטוי, ולא יתכן חולק על חשיבותו העצומה של זה במדינה דמוקרטית, לא כל שכן בביקורת על השלטון, שהיא חלק מרכזי בשיח דמוקרטי. מי לנו גדולים מנביאי ישראל, ששילמו - בודאי בחלקם - מחיר אישי יקר על ביקורתם כלפי השלטון... במשפט הישראלי נוטים אנו לרעות בשדות זרים בהאדרתו של חופש הביטוי, אך זהו מה שלימדונו הנביאים, והכרזת העצמאות של מדינת ישראל קובעת כי המדינה 'תהא מושתתת על יסודות החרות, הצדק והשלום לאור חזונו של נביאי ישראל'" (דנ"פ 7383/08 אונגרפלד נ' מדינת ישראל (לא פורסם) פסקאות ב-ג לחוות דעתי; ראו גם רע"א 1104/07 חיר נ' גיל (לא פורסם); וכן דברי בבג"ץ 7192/08 המטה להצלת העם והארץ נ' הרשות השניה לטלוויזיה ורדיו (לא פורסם)).

ס"א. ואולם, באשר לשויון אנו הולכים יד ביד, וכך שומה עלינו, וגם באשר לבטחון ולזכות לחיים וליחס ביניהם בהקשר העתירה. על כן באנו לאותה מסקנה.

סוף דבר

ס"ב. סוף דבר, ועם שצר מאוד על קושי שנוצר לחפים מפשע, בהינתן עמדתי לגבי היקף הזכות החוקתית, העולה בקנה אחד גם עם היקפה במשפט הבינלאומי; ונוכח עמדתי (גם אם מעבר לצורך) לגבי העמידה במבחני המידתיות, יש אמנם להתמיד לחפש דרכים להקל על המצוקה (וגם לכך נדרשנו מעלה), אך אין מקום לפסול את הוראת השעה, כמשקפת איזונים הנתונים לבחינה שוב ושוב. בנתון לכל האמור, אציע איפוא שלא להיעתר לעתירה.

בטרם חתימה

מבקש אני להפיס את דעתו של חברנו השופט לוי, שאין כל מקום שבעולם, חלילה, להעלות כנגדו - או כנגד שופטי המיעוט - טענה של אי רגישות לביטחון המדינה. זאת - כשם שאין להעלות נגד שופטי הרוב טענה שאינם רגישים לזכויות אדם, חלילה. המחלוקת היא בסוגיות משפטיות כבדות משקל, שמאחוריהן כמובן נסיבות אנושיות. אלה ואלה דברי משפט חיים, והיחס המספרי בין הרוב למיעוט (5:6) משקף את כובד הנושאים.

השופטת ע' ארבל:

"הסוגיה היא סוגיה קשה. קשה ביותר. וכדי כך קשה היא, עד ששופט יכול שישאל עצמו מה-טעם בחר בייעוד השפיטה ולא במקצוע אחר לענות בו. אוי לי מיוצרי אוי לי מייצרי. כל פיתרון שאבחר בו, יבואו ימים ואתחרט על בחירתי. אכן, אין כלל משפטי ברור שיורנו הדרך, ואנו - בדרכנו נכריע" (המשנה לנשיא, מ' חשין, בג"צ 3799/02 עדאלה - המרכז המשפטי לזכויות המיעוט הערבי בישראל נ' אלוף פיקוד מרכז בצה"ל (לא פורסם, 6.10.05)).

1. הסוגיה שלפנינו היא מהקשות, הטעונות והמורכבות ביותר שבאו לפני בית משפט זה, היא מן הסוגיות שדומה כי יקשה על שופט להכריע בהן כשליבו שקט וידו אינה רועדת. ואולם, זהו טיבה של מלאכת השיפוט, שלעתים מחייבת היא הכרעות קשות מנשוא באמצעות הכלים היחידים המוכרים לנו והמצויים בידנו - החוק ועקרונות הביקורת השיפוטית. הדברים התגלגלו כך שבית המשפט נדרש לסוגיה שלפנינו זו הפעם השנייה, גם אם בשינויים מסוימים (בג"ץ 7052/03 עדאלה - המרכז המשפטי לזכויות המיעוט הערבי בישראל נ' שר הפנים, פ"ד סא(2) 202 (2006). להלן: עניין חוק האזרחות הראשון). כך הפכו החיבויים וייסורי הנפש שבהכרעה, שנפרשו בפסק הדין שניתן בגלגולה הראשון של פרשה זו, כך אני מאמינה, מנת חלקם של חבריי שהצטרפו להרכב, ומכל מקום - מנת חלקי.

הפלוגתא שבין חבריי הוצגה בבהירות בעניין חוק האזרחות הראשון ודומה כי אין לך טיעון או נימוק שלא הועלה על הכתב בפירוט ובבהירות. אלה גם אלה שובים את הלב, בכולם היגיון רב וההכרעה ביניהם קשה. בסופו של יום, פוסעת אני בנתיבים שנשללו כבר בפסק הדין, לוקחת מזה גם מזה, ומוסיפה משלי. לא נותר לי, אפוא, אלא להציג את עמדתי ולפרוש טעמי לה.

פסק הדין בעניין חוק האזרחות וגלגולם של דברים מאז ניתן

2. היה זה ביום ט"ז באייר תשס"ו (14.5.06) שבית משפט זה דחה, על חודו של קול, את העתירות נגד חוקתיותו של חוק האזרחות והכניסה לישראל (הוראת שעה), התשס"ג - 2003 (להלן: החוק או חוק האזרחות והכניסה לישראל). חוק זה קבע כי בכפוף למספר סייגים, לא תוענק לתושב יהודה, שומרון או חבל עזה אזרחות, ולא יינתן לו רישיון לישיבה בישראל או היתר לשהייה בישראל. הוראה זו לא הוחלה על ישראלים המתגוררים באזור. בעטיו של החוק נשללה למעשה, בכפוף לסייגים שקבע החוק כהוראתו דאז, האפשרות של איחוד משפחות בין בן זוג ערבי-ישראלי לבין בן זוגו תושב האזור (להלן גם: בן הזוג הזר). שופטי ההרכב כולם סברו כי הזכות לחיי משפחה בישראל נובעת מן הערך החוקתי של כבוד האדם. בין שופטי

ההרכב התקיים רוב לסוברים כי החוק פוגע בזכות לחיי משפחה ובזכות לשוויון, שהן זכויות יסוד מוגנות לפי חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו, ולוקה בכך שהחלטה על פגיעה בזכויות אלה אינה מבוססת על בדיקה אינדיבידואלית של הסיכון לביטחון המדינה הנשקף מבין הזוג הזר, שעבורו מתבקש איחוד המשפחות. מיעוטם של שופטי ההרכב סברו כי החוק אינו פוגע בזכויות יסוד חוקתיות. לשיטתם, החוק אינו פוגע בשוויון, שכן ההבחנה שהוא עורך מבוססת על שונות רלוונטית, ואף הזכות לחיי משפחה אינה נפגעת, שכן זכות זו אינה נפרשת בהכרח על מימוש חיי המשפחה עם בן זוג זר, נתין ישות עוינת, דווקא בישראל. משמרבית שופטי המותב סברו כי החוק אכן פוגע בזכויות חוקתיות, התמקדה המחלוקת בשאלה האם הפגיעה בזכויות אלה היא פגיעה מידתית. לשאלה זו השיבו מרבית חברי המותב בשלילה. חברי, השופט א' א' לוי, סבר כי יש לאפשר למשיבים להעמיד הסדר משופר בתוך תשעה חודשים. משכך התקיים רוב לדחיית העתירות, וכך נפסק.

3. כעת, בחלוף למעלה מחמש שנים מאז ניתן פסק הדין, נדרשים אנו לשוב ולדון בחוקתיות החוק. בתקופה שחלפה תוקן החוק. אלה הם עיקרי השינויים שהוכנסו בו: הוקמה ועדה לבחינתם של מקרים הומניטאריים מיוחדים (סעיף 1א3 לחוק); ההגבלה שהוטלה על אזרחות ושיבה בישראל לפי סעיף 2 לחוק הורחבה והיא חלה כיום גם על אזרח או תושב של מדינה מן המדינות המנויות בתוספת לחוק, אשר הוגדרו "מדינות סיכון": איראן, לבנון, סוריה ועיראק; ביחס לחריגים לאיסור על הגבלת האזרחות והשיבה בישראל שמונה החוק (סעיפים 3, 1א3, 2א3, 3ב3, 2), ו-1(3) ו-2(4)), נקבע כי לא יינתן לתושב האזור היתר לשהייה בישראל או רישיון לשיבה בישראל, אם נקבע כי הוא עלול להוות סיכון ביטחוני למדינת ישראל, "בין השאר על סמך חוות דעת מאת גורמי הביטחון המוסמכים ולפיה במדינת מושבו או באזור מגוריו של תושב האזור או המבקש האחר מתבצעת פעילות העלולה לסכן את ביטחון מדינת ישראל או אזרחיה".

4. העתירה שלפנינו מופנית נגד החוק כנוסחו לאחר התיקון, ובמוקדה טענת העותרים כי החוק אינו חוקתי גם לאחר תיקונו, משום פגיעתו הקשה והבלתי מידתית בזכות לשוויון ולחיי משפחה של אזרחי ישראל הערבים. טיעוני הצדדים נותרו דומים בעיקרם לאלה שהועלו בגלגולו הראשון של הדיון בחוקתיות החוק בבית משפט זה – במסגרת עניין חוק האזרחות הראשון. עמדתם של המשיבים כי לעת הזו לא ניתן לערוך אבחון פרטני לצורך הערכת מסוכנות לגבי כלל הבקשות ולכן אין מנוס מהמודל שאומץ בחוק ומבוסס על פרופילי סיכון, נותרה בעינה. מודל זה עניינו קביעת דרישות שונות לקבלת מעמד בישראל, דוגמת דרישת גיל מינימלי של בן זוג זר, עבורו מתבקש איחוד משפחות עם בן-זוג ישראלי, אשר יאפשרו "סיכון מחושב אותו יכולה לשאת חברה הנתונה למתקפה", כך בלשון המשיבים. בתגובה עדכנית מטעמם,

פרשו המשיבים נתונים רלוונטיים, נכונים לחודש אפריל 2010, מהם עולה כי מאז שנת 2001 היו 54 נתינים פלסטינים אשר רכשו מעמד בישראל במסגרת הליך של איחוד משפחות או גורמים הקשורים אליהם ישירות, מעורבים בפעילות טרור. בסמוך למתן פסק הדין בעניין חוק האזרחות הראשון עמד נתון זה על 26 איש. מכאן, בתקופה שחלפה מאז ניתן פסק הדין, אותה ניתן לתאר, לכאורה, כתקופה של שקט יחסי, התווספו למניין המעורבים בטרור אשר רכשו מעמד בישראל במסגרת הליך של איחוד משפחות, 28 מעורבים נוספים.

נתון רלוונטי נוסף הינו כי בהתאם לחריגים שבחוק, אושר מתן מעמד בישראל מאז אוגוסט 2005 ל- 4,118 נתינים של הרשות הפלסטינית, ובנוסף דנה הוועדה המקצועית-הומניטרית ב- 282 בקשות, מתוך למעלה מ- 600 בקשות שהוגשו לה. 33 מן הבקשות שנדונו על-ידי הוועדה, הועברו לשר הפנים עם המלצה חיובית, ואושרו על-ידו. המשיבים מוסיפים בתגובתם כי בתקופה שחלפה, נמשכו הניסיונות של גורמי טרור לבצע פיגועים חמורים נגד ישראל ומידי שנה סוכלו "בדקה ה-90" עשרות פיגועים במתווה של הרג המוני בישראל, אשר היו בשלב מתקדם או סופי של הכנות לביצועם. כן סוכלו עשרות כוונות לבצע פיגועים קשים. הערכתם של גורמי הביטחון, על רקע מגמות הקצנה כלליות באזור, ששיאן בעזה הנשלטת על-ידי ארגון טרור, היא כי השקט היחסי השורר באזורנו בתקופה האחרונה שברירי ביותר.

הרקע לחקיקת החוק ותכליתו

5. חוק האזרחות והכניסה לישראל נחקק על רקע תקופת דמים של פיגועים וטרור. החל משנת 2000 היו אזרחי ישראל ותושביה נתונים למתקפת טרור אכזרית ומשולחת רסן, אשר גבתה קורבנות בנפש ובגוף, תינוקות, גברים, נשים, ילדים וישישים. החוק נחקק בעיצומה של תקופה שבה הפכו רחובות ישראל לזירה של פיגועי תופת שכוונו נגד אזרחים תמימים בדרכם לעבודה, לבילוי, לבית הספר, לשגרת היומיום. מציאות קשה זו יצרה איום מוחשי וממשי - שלא אחת התממש - על זכותם של אזרחי ישראל ותושביה לחיים ולביטחון. חובת המדינה להגן על אזרחיה, על חייהם ושלמות גופם, אל מול היקפה הרחב של הפעילות נגד ביטחון המדינה ונכונותם של גורמי הטרור לפגוע פגיעה אכזרית בכל יעד ומטרה, חייבו היערכות עדכנית ונקיטת צעדים שונים על-ידי הממשלה והכנסת. חלקם של צעדים אלה עוררו שאלות קשות. בצד התועלת שהייתה בהם במישור הביטחוני, הם היו כרוכים בפגיעה בזכויות יסוד מוגנות אחרות בשיטתנו, והביאו אל פתחו של בית משפט זה הכרעות מן המורכבות והרגישות ביותר (ראו למשל: נושא הסיכול הממוקד, בג"ץ 769/02 הוועד הציבורי נגד העינויים בישראל נ' ממשלת ישראל (לא פורסם, 12.12.06); נוהל אזהרה מוקדמת, בג"ץ 3799/02 עדאלה - המרכז המשפטי לזכויות המיעוט הערבי בישראל נ' אלוף פיקוד מרכז בצה"ל (לא פורסם, 6.10.05); תיחום מגורים, בג"ץ 7015/02 עג'ורי נ' מפקד כוחות צה"ל בגדה המערבית, פ"ד נו(6) 352 (2002); גדר ההפרדה, בג"ץ 2056/04 מועצת הכפר בית סוריק נ'

ממשלת ישראל, פ"ד נח(5) 807 (2004). להלן: עניין בית סוריק; פתיחת כביש 443 לתנועת פלסטינים, בג"ץ 2150/07 ראש מועצת הכפר בית סירא נ' שר הביטחון (לא פורסם, 29.12.09)).

חוק האזרחות והכניסה לישראל הוא אחד מן הצעדים שננקטו במסגרת ההתמודדות עם איומי הטרור. עיקרו בהגבלת אפשרותם של תושבי האזור – ולאחר התיקון לחוק – גם נתיני המדינות המנויות בתוספת לחוק, אשר הוגדרו "מדינות סיכון": איראן, לבנון, סוריה ועיראק (להלן: מדינות סיכון) (הצעת חוק האזרחות והכניסה לישראל (הוראת שעה)(תיקון מס' 2), התשס"ז – 2006, ה"ח 273 עמ' 182) - להשתקע בישראל, נוכח מעורבותם הגוברת של פלסטינים תושבי האזור שזכו למעמד בישראל במסגרת הליך של איחוד משפחות, בפעילות נגד ביטחון המדינה. זאת, תוך ניצול מעמדם החוקי בישראל וחופש התנועה שממנו הם נהנים בין ישראל לבין האזור (דברי ההסבר להצעת חוק האזרחות והכניסה לישראל (הוראת שעה), התשס"ג – 2003, ה"ח 31, בעמ' 482). החוק עושה כן על-ידי קביעת כלל של איסור הגירה לישראל של נתיני האזור או נתיני מדינות הסיכון, לרבות לצרכי נישואין עם בן או בת זוג ישראלים.

6. סלע מחלוקת משמעותי שהתגלע בין חברי המותב בעניין חוק האזרחות הראשון נגע לתכלית החוק. מרביתם הסכימו כי תכליתו של החוק הינה ביטחונית. מיעוטם העלה את החשש כי השיקול הביטחוני לא היה השיקול היחיד שעמד לנגד עיני המחוקק וכי לחוק מטרה נוספת - דמוגרפית. מחלוקת זו שבה ומלווה אותנו גם בעתירה שלפנינו. ראיתי להבהיר עמדתי בסוגיה זו כבר בפתח הדברים, שכן אני סבורה כי תכלית החוק קובעת במידה רבה את העדשה שמבעד לה יבחן החוק במבחני פיסקת ההגבלה.

נקודת המוצא לטעמי הינה, כפי שקבעו מרבית שופטי המותב בעניין חוק האזרחות הראשון, כי תכליתו של החוק היא תכלית ביטחונית. בליכתה החשש, שיש לו אחיזה בניסיון החיים, מפני מעורבותם בפעילות נגד בטחון מדינת ישראל של זרים המגיעים ממדינות או מאזורים שעוונותם לישראל ברורה וידועה, ומבקשים להשתקע בה במסגרת של איחוד משפחות עם בן-זוג ישראלי. איש לא יחלוק על כך שמשמיתה העליונה של המדינה היא להגן על חיי אזרחיה ובסמכותה לנקוט לשם כך צעדים שונים, לרבות הטלת מגבלות שונות על הכניסה לישראל והשהיה בה. זה עיקרו של החוק. איני מתעלמת מכך שאכן, כפי שצינו כמה מחבריי בעניין חוק האזרחות הראשון (ראו חוות דעתה של השופטת פרוקצ'יה, עמ' 502 – 503; חוות דעתו של השופט ג'ובראן, עמ' 486 - 487), עיון בפרוטוקולים של ישיבות הכנסת, כמו-גם בפרוטוקולים של ועדת הפנים ואיכות הסביבה של הכנסת, אינו מאפשר לשלול כי היה

מי שראה לנגד עיניו גם את השיקול הדמוגרפי. ואולם, אני סבורה כי מכלול החומר הנוגע להליך החקיקה מלמד כי תכליתו הדומיננטית, המוצהרת, העיקרית והאמיתית של החוק הייתה ועודנה ביטחונית.

תכליתו הביטחונית של החוק נלמדת מצבר עובדות. ראשית, מן העובדה שעובר לחקיקת החוק איפשרה ישראל הגירת נישואין של תושבי האזור לשטחה, כאשר החוק נחקק רק כשנה ומחצה לאחר פרוץ אירועי האלימות שנודעו כ"אינתיפאדה השנייה", בבחינת נדבך נוסף בהגנה על אזרחי ישראל ותושביה. שנית, היוזמה לחקיקת החוק באה מגורמי הביטחון, על בסיס הניסיון שנצבר לאחר פרוץ אירועים אלימים אלה, על רקע העובדה שבין המעורבים בפעילות טרור נגד ישראל נמצאו גם תושבי האזור, או קרובים ישירים שלהם, שזכו למעמד בישראל במסגרת הליך של איחוד משפחות עם אזרחי ישראל (ראו בעניין זה: ליאב אורגד "הגירה, טרור וזכויות אדם: מדיניות הכניסה לישראל בעתות חירום" מחקרי משפט כה 485, 504 - 505 (2009). להלן: אורגד). שלישית, החוק אינו אוסר איחוד משפחות עם כל בן-זוג, אלא אך עם מי שמגיע מאזורים הנחשבים עוינים ביותר לישראל. החוק, אינו מונע איחוד משפחות עם בני זוג שהם נתיני מדינות שבינן לבין ישראל נחתמו הסכמי שלום, כמצרים וירדן. למעלה מכך – החוק אינו מונע איחוד משפחות עם נתיני מדינות ערביות אחרות של ישראל אין קשרים עימן. פרטים אלה מקשים לטעמי על ראיית תכליתו של החוק כדמוגרפית.

מטעמים אלה, להשקפתי, וכפי שסברו מרבית חברי המותב בפסק הדין בעניין חוק האזרחות הראשון, נקודת המוצא לדיון צריכה להיות כי תכלית החוק היא ביטחונית.

הזכויות הנפגעות

7. דיו רבה נשפכה באשר לחשיבות הזכות לשוויון והזכות לחיי משפחה בהקשר של איחוד משפחות בעניין חוק האזרחות הראשון ובכתיבה המשפטית (ראו למשל: אמנון רובינשטיין, ליאב אורגד "זכויות אדם, ביטחון המדינה ורוב יהודי" הפרקליט מח 315 (תשס"ו). להלן: רובינשטיין ואורגד; יפה זילברשץ "על הגירת זרים שאינם יהודים לישראל – פתיחת דיון" משפט וממשל י (1) (2006). להלן: זילברשץ; יעקב בן שמש "זכויות חוקתיות, הגירה ודמוגרפיה" משפט וממשל י (1) 47 (2006). להלן: בן שמש; גיא דוידוב, יונתן יובל, אילן סבן, אמנון רייכמן "מדינה או משפחה? חוק האזרחות והכניסה לישראל (הוראת שעה), תשס"ג – 2003" משפט וממשל ח (2) 643 (תשס"ה); ברק מדינה, אילן סבן "זכויות האדם ונטילת סיכונים: על דמוקרטיה, "תיוג אתני" ומבחני פסקת ההגבלה (בעקבות פסק דין חוק האזרחות והכניסה לישראל)" משפטים לט 47 (תשס"ט)), עד כי נדמה שאין עוד סוגיה שטרם לובנה. לא אאריך, אפוא, היכן שניתן לקצר.

כפי שצוין לעיל, בעניין חוק האזרחות הראשון נחלקו עמדות השופטים בשאלה אם החוק פוגע בזכויות יסוד המוגנות לפי חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו. מרבית חברי המותב סברו כי החוק פוגע בזכותם של אזרחי ישראל הערכים לשוויון ולחיי משפחה. מיעוטם של השופטים סבר כי החוק אינו פוגע בשוויון, שכן הוא מבוסס על הבחנה מותרת בין מי שנישאו לזרים שהם בבחינת נתיני אויב, לבין מי שנישאו לזרים שאינם כאלה. כן גרסו כי הזכות לחיי משפחה אינה כרוכה בזכות האזרח הישראלי לממשה עם בן זוגו הזר דווקא בישראל. אבקש להבהיר עמדותי בנקודה זו.

8. חוק האזרחות והכניסה לישראל מטיל כאמור הגבלה רחבה, גורפת-כמעט, על אפשרותו של אזרח ישראלי לקיים קשר זוגי ולהקים משפחה בישראל, עם בן זוג זר שמוצאו באזור או במדינות הסיכון. החוק, יש לשוב ולהטעים, אינו מונע את עצם היקשרותם של בני זוג, ועניינו אך בשאלת מימוש זוגיותם וחיי משפחתם בישראל.

המשפט הישראלי מכיר בזכות העומדת לכל אדם לנישואין ולחיי משפחה (ראו: בג"ץ 3648/97 סטמקה נ' שר הפנים, פ"ד נג(2) 728, 782 (1999), להלן: עניין סטמקה; בג"ץ 377/05 פלונית ופלונני ההורים המיועדים לאימוץ הקטין נ' ההורים הביולוגיים, פ"ד ס(1) 124, 184 - 186 (2005)). ואכן שופטי המותב בעניין חוק האזרחות הראשון סברו כי זכות זו עומדת לכלל אזרחי ישראל, הגם שנחלקו באשר להיקף פרישתה. גם עליי מקובל כי הזכות לחיי משפחה היא זכות חוקתית הנגזרת מן הערך החוקתי של כבוד האדם. זכותו של אדם ליצור לו קשר זוגי ולהקים משפחה עם בן או בת זוגו, כרוכה בעבותות בערך כבוד האדם, ומצויה בליבתו. היא מהמרכיבים היסודיים המגדירים את זהותו של האדם ואת יכולתו להגשים עצמו. זכותו של אדם לבחור עם מי יקשור את חייו היא הביטוי האולטימטיבי לאוטונומיה של הרצון הפרטי. היא מבטאת את צרכיו הבסיסיים ביותר של אדם באהבה, בשייכות, בשיתוף ובהעמדת דור המשך. ככזו, היא נובעת מבסיס הקיום האנושי.

המשפחה היא "הרכיב המולקולרי" שהוא תנאי בלעדיו אין לקיומה של חברה. מעצם טיבו של התא המשפחתי, וכמתחייב מעקרונות היסוד של שיטתנו, ברי כי הזכות לחיי משפחה אינה מוגבלת אך לחופש הבחירה בכך או בת זוג אלא היא כוללת גם את היכולת לנהל חיי משפחה יחד. ישראל, בדומה למדינות דמוקרטיות אחרות בעולם, מחויבת להגנה על התא המשפחתי בתחומה בכפוף לסייגים מתחייבים, כפי שעמד עליהם המשנה לנשיא מ' חשין:

"מדינת ישראל מכירה בזכותו של האזרח לבור לו בן-זוג כרצונו ולהקים עימו משפחה בישראל. ישראל מחויבת להגנה על התא המשפחתי מכוחן של אמנות בינלאומיות (ראו: סעיף

10 לאמנה הבינלאומית בדבר זכויות כלכליות, חברתיות ותרבותיות, 1966, וסעיף 1.23 לאמנה הבינלאומית בדבר זכויות אזרחיות ופוליטיות, (1966); והגם שאמנות אלו אינן מחייבות מדיניות זו-או-אחרת בנושא של איחוד משפחות, הכירה ישראל - הכירה ומכירה היא - בחובתה לספק הגנה לתא המשפחתי גם על דרך מתן היתרים לאיחוד משפחות. כך סיפחה עצמה ישראל לנאורות שבמדינות, אותן מדינות המכירות - בכפוף לסייגים של ביטחון המדינה, שלום הציבור ורווחת-הציבור - בזכותם של בני-משפחה לחיות בצוותא-חדא בטריטוריה שיבחרו בה" (עניין סטמקה, בעמ' 787).

9. הזכות החוקתית לחיי משפחה, אין משמעה כי עומדת לבן זוגו של אזרח ישראלי זכות להגר לישראל מכוח קשר הזוגיות. כפי שהוזכר, מכוח ריבונותה נתונה למדינה סמכות להגביל כניסתם של זרים לתחומה ואין לזר זכות קנויה להיכנס לארץ (ראו למשל: בג"ץ 482/71 קלרק נ' שר הפנים, פ"ד כז(1) 113, 117 (1972); בג"ץ 5268/08 ענבר נ' אלוף פיקוד דרום בפסקה 5 (לא פורסם, 9.12.09); עע"ם 4614/05 מדינת ישראל נ' אורן, פ"ד סא(1) 211, 224 (2006); בג"ץ 758/88 קנדל נ' שר הפנים, פ"ד מו(4) 505, 520 (1992)). כפועל יוצא של עקרונות אלה, מקובל עליו כי באופן עקרוני, רשאית המדינה, בשל צרכיה הביטחוניים, לאסור את כניסתם לתחומה של נתיני אויב או מי אשר מגיעים ממקומות שבהם עוינות רבה לישראל ופעילות נגד ישראל ובטחונה. דברים אלה נכונים במשנה תוקף עת שמתנהל עימות מזוין בין המדינה למדינתו של הזר עבורו מתבקש איחוד המשפחות, ובוודאי שנכונים הם ביחס למדינה הנתונה לאיומים ביטחוניים משמעותיים כה מגוונים ומתמשכים כישראל. החוק מבטא למעשה עקרונות אלה.

על רקע זה, בין היתר, הועלתה הטענה, בעניין חוק האזרחות הראשון, כי זכותו של האזרח הישראלי להינשא לזר, תושב האזור או נתין "מדינת סיכון", ולהקים עמו משפחה, אינה כוללת בהכרח את זכותו להגשים את חיי המשפחה המשותפים בישראל דווקא. בשאלה זו התלבטתי לא מעט, ומצאתי כי אין מנוס מהמסקנה לפיה הזכות לחיי משפחה כוללת את שני הנדבכים גם יחד – את הזכות המהותית להינשא לזר ואת הזכות להגשים את חיי הנישואין בישראל. לטעמי, ההפרדה בין הזכות המהותית לזכות לממשה היא מלאכותית ומרוקנת במידה רבה מתוכן את הזכות מליבתה. ודוק: האפשרות לממש זכות כוללת היא בדרך כלל רכיב אינטגרלי של הגדרת הזכות עצמה. שהרי, בלא מימוש הזכות – אין לך זכות (וראו גם: בן שמש, בעמ' 65 - 66). מה משמעות תהיה להכרתה של מדינה בזכות כלשהי ללא מתן האפשרות להגשימה בתוך תחומיה של אותה מדינה? האם היינו מעלים על הדעת הכרה בחופש הביטוי תוך קביעה כי מימושה של הזכות ייעשה מחוץ לישראל? לדעתי, אין ספק כי המענה לשאלה זו הוא בשלילה. ההכרה בזכות משמעותה גם זכות להגשימה באופן אפקטיבי בישראל.

האם החוק פוגע בזכות לחיי משפחה, לרבות באפשרות להגשימם בישראל, או שמא כשר הוא נוכח סמכותה של המדינה לאסור על פלוני כניסה לתחומה, ובפרט כאשר מדובר בתושב האזור או בנתין מדינת סיכון?

10. דומני כי ניתן להכליל ולקבוע כי עמדת המדינה מבוססת על חזקת מסוכנות הנשקפת מנתני האזור ומנתני מדינות הסיכון. זאת, גם אם ניתן להניח כי חלקם הגדול אינו מעורב בפעילות נגד ישראל.

ואולם, את הטיעון בדבר סיכון ביטחוני הנשקף מכניסתם של תושבי האזור לישראל מחלישה במידה מסוימת העובדה שבפועל החציצה בין ישראל לאזור אינה הרמטית, כפי שניתן ללמוד על הכניסה לישראל מאזורי יהודה ושומרון לצרכי עבודה באופן חוקי. אמנם, קיים הבדל ניכר בין הגירה לצורכי נישואין שעניינה שהייה ממושכת במדינה, לבין כניסה לצורכי עבודה, שהיא מטבעה קצרה יותר ונתונה לפיקוח. עם זאת, אני סבורה כי ככל שהדברים אמורים בתושבי יהודה ושומרון שאינם ישראלים, יש בכניסתם לישראל למטרות עבודה - לאחר הליכים של בידוק פרטני - כדי לפגום בעוצמת הטיעון בדבר המסוכנות המחייבת איסור כה רחב על כניסתם לשטח המדינה. שנית, קשה להתעלם מן הנסיבות הייחודיות לישראל: ישראל נמצאת בלב שטח שברובו עוין לה ואינו מקבל את עובדת קיומה. היא מנהלת שנים רבות מאבק ארוך ועיקש על בטחון אזרחיה, ומתמודדת מאז הקמתה עם איומים מורכבים, שחלקם אף מתממשים. כמדינה דמוקרטית מחויבת ישראל למגוון של ערכים, דוגמת הפרדת הרשויות, שלטון החוק, עצמאות השפיטה וזכויות האדם (להרחבה ראו: אהרן ברק שופט בחברה דמוקרטית 90-89 (2004)). לרקע זה שמורכב דיו, מתווספת העובדה שבישראל ציבור גדול של אזרחים, ערביי ישראל, שהם בני אותו לאום כתושבי האזור ומקיימים עימם קשרים, לרבות קשרי משפחה. החוק מטיל איסור כמעט-גורף על אפשרותם לאיחוד משפחות עם תושבי האזור ומדינות הסיכון בטווח הגילאים שבו קושרים רבים את קשרי הזוגיות שלהם. נתונים אלה כולם ממחישים את עוצמת ההגבלה המוטלת לפי החוק.

11. ההגבלה שמטיל החוק על האפשרות לקיים חיי משפחה משותפים עם בן זוג זר תושב האזור או נתין מדינת סיכון מהווה פגיעה בזכות חוקתית לא רק מעצם טיבה, אלא גם ובעיקר משום שיישומה של ההגבלה האמורה אינו שוויוני.

ההגבלה המוטלת לפי החוק על רכישת מעמד של אזרחות או היתר לישיבה בישראל חלה על כל אזרח ותושב ישראלי שיבקש לאפשר כניסתו לישראל של בן זוג זר מן האזור או ממדינות הסיכון, נוכח המציאות הביטחונית השוררת במקומות אלה ועוינותם לישראל.

ההבחנה שעורך החוק אינה בין אזרחיה היהודים לאזרחיה הערבים של ישראל. החוק אינו מבחין בין אזרח לאזרח. כלל אחד לכולם.

יחד עם זאת, דומה כי לא נמצא בין הטוענים לפנינו מי שיחלוק על כך שבסופו של יום, הנפגעים העיקריים מן ההגבלה לפי החוק הינם אזרחים ישראלים ממוצא ערבי. כפי שצוין, עבור אזרחי ישראל הערבים, תושבי האזור, שהם בני לאומם, מהווים קבוצה פוטנציאלית לרקמת קשרי משפחה. גם אם ישנם אזרחים ישראלים שאינם ערבים, המבקשים איחוד משפחות עבור בן-זוג תושב האזור או נתין מדינת סיכון, נראה כי מספרם של אלה בטל בשישים, לא כל שכן ביחס למספרם של האזרחים הערבים המבקשים איחוד משפחות עם בני זוג זרים מן המקומות האמורים. תוצאתו של דבר חקיקה או מעשה מינהל יכולה כידוע ללמד על קיומה של הפליה:

“...הפליה אסורה עשויה להתקיים גם בהעדר כוונה או מניע של אפליה מצד יוצרי הנורמה המפלה. לעניין ההפליה, די בתוצאה המפלה. כאשר מימוש הנורמה שיצרה הרשות - שיכול והתגבשה ללא כוונת הפליה - גורר תוצאה שהיא בלתי שוויונית ומפלה, עשויה הנורמה להיפסל בשל ההפליה שדבקה בה. הפליה אינה נקבעת אך על-פי מחשבתו וכוונתו של יוצר הנורמה המפלה. היא נקבעת גם על-פי האפקט שיש לה הלכה למעשה” (בג”ץ 11163/03 ועדת המעקב העליונה לענייני הערבים בישראל נ’ ראש ממשלת ישראל בפסקה 18 לפסק דינו של הנשיא ברק (לא פורסם, 27.2.06). כן ראו: בג”ץ 3916/05 עמותת “בת דור – אגודה לאומנות המחול בתל-אביב נ’ שרת החינוך, התרבות והספורט פסקה 10 לפסק דיני (לא פורסם, 14.6.06)).

ניתן לקבוע, אם כן, כי במבחן התוצאה ניכר כי גם אם הכלל החל מכוח החוק חל באופן שווה על כלל תושבי ישראל, מדובר בשוויון במובנו “הטכני” ולא במובנו המהותי, העמוק:

“...שוויון “מהותי” אינו אלא אחת מנגזרות הצדק וההגינות. לצדק ולהגינות פנים הרבה, ואחד מפניהם הוא השוויון. ניתן לנסח את עקרון השוויון בדרכים הרבה, שאינן זהות זו לזו: שוויון בסיכויים, שוויון בתוצאות, שוויון בנקודת המוצא, שוויון בהקצאת משאבים, שוויון בצרכים וכולי. ואולם “שוויון מהותי” בכל אחד מאלה נרדף הוא - גם להלכה וגם למעשה - לצדק ולהגינות כנראה להם לבני חברה מסוימת בתקופה מסוימת, לאמור: שוויון המוליך אל צדק, שוויון שדרכו היא דרך ההגינות” (בג”ץ 7111/95 מרכז השלטון המקומי נ’ הכנסת, פ”ד נ(3) 485, 502 (1996)).

העיקרון המקובל אצלנו הוא כי הרשות מחויבת בשוויון במובנו המהותי ולא במובנו הפורמאלי גרידא. שוויון מהותי אינו מתקיים בחוק שלפנינו שכן מכוחו מוטלות בפועל מגבלות ניכרות יותר על זכויותיהם של אזרחי המדינה הערבים, מכפי שהן מוטלות על יתר אזרחי המדינה. מצב דברים זה, גם אם הצדקה ביטחונית לו, מעורר תחושה קשה, ואזכיר את שנאמר כבר, כי "אין לך גורם הרסני יותר לחברה מאשר תחושת בניה ובנותיה, כי נוהגים בהם איפה ואיפה" (בג"ץ 953/87 פורז נ' ראש עיריית תל-אביב – יפו, פ"ד מב(2) 332, 309 (1988)).

12. אבהיר, כי איני מתעלמת מן העובדה שההבחנה שבה נוקט החוק מבוססת על שונות רלוונטית הקיימת בין בני זוג זרים שמוצאם באזור ובמדינות סיכון, מקומות מהם מתנהלת פעילות נגד ישראל ובטחונה, לבין בני זוג זרים ממקומות אחרים, שאין טבועה בהם לכאורה חזקת מסוכנות שכזו (ראו לעניין זה גם: זילברשץ, בעמ' 89 – 91). הבחנה זו מבוססת אפוא על הסיכון הביטחוני שיכול לנבוע ממי אשר מגיע ממקומות שמתקיימת בהם פעילות ענפה נגד בטחון מדינת ישראל, בין היתר נוכח אופיו של מאבק זה, שלפחות ככל שדברים אמורים באזור, מתנהל מתוך האוכלוסייה האזרחית ולא אחת תוך שיתופה ותמיכתה המלאה בו. אכן, חשד לקיומה של מסוכנות, לאי-נאמנות למדינה, מתעורר כשמדובר בתושבי האזור ובנתיני מדינות הסיכון. זאת, נוכח היחס העוין הרווח במקומות אלה כלפי ישראל והשאיפות המדיניות והצבאיות הנלוות ליחס זה. גם אם נכונה אני לקבל כי לא כל הזרים אליהם מתייחסת ההגבלה לפי החוק עוינים את ישראל בפועל, ברי כי חלה ביחס אליהם חזקת מסוכנות, במיוחד נוכח החשש מפני גיוסם לשורות אויבי ישראל בבחינת "אדם מבפנים", עניין אליו אדרש בהמשך.

אם כן, אמנם, במצב הדברים הביטחוני ששרר בישראל בעת חקיקת החוק, כבמצב הדברים הנוכחי, ניתן לומר כי ההבחנה שעושה החוק היא הבחנה רלוונטית. יתר על כן, אני סבורה כי הגישה הבסיסית הבוחנת מיהו אותו בן זוג שמביא עמו אזרח ישראלי לישראל היא הכרחית כאשר בהקשר ביטחוני עסקינן. ואולם, גם במצב דברים זה, מוקד הבחינה הוא באזרח הישראלי. כאשר במבחן התוצאה נפגעים, כתוצאה מן ההגבלה לפי החוק, אזרחי ישראל הערבים פגיעה קשה באופן משמעותי מכפי שנפגעים יתר אזרחי ישראל, איני סבורה כי יש בכוחה של חזקת מסוכנות רחבה כל כך כפי שקובע החוק כדי להכשיר את הפגיעה בזכות לחיי משפחה, בשוויון, וממילא גם לא את הפגיעה בכבוד.

13. סיכומה של נקודה זו. לשם השגת התכלית הביטחונית שלשמה נחקק, קובע החוק איסור רחב, גורף כמעט, על האפשרות, של אזרח ישראלי לקיים חיי משפחה בשיתוף עם בן זוג זר תושב האזור או נתין מדינת סיכון. הגם שאיסור זה חל על כלל אזרחי ישראל, בפועל פגיעתו העיקרית הינה באזרחי ישראל הערבים. לאמור: הפגיעה בזכות לחיי משפחה, הלכה למעשה,

נעשית באופן בלתי שוויוני ומפלה. מכל האמור נובע כי החוק פוגע בזכות לחיי משפחה, במובנה הרחב, ובזכות לשוויון.

ודוק: בשלב זה ענייננו אך בשאלת עצם קיומה של פגיעה בזכויות החוקתיות. שאלה אחרת ונפרדת נוגעת להיקף ההגנה שיש ליתן לזכויות האמורות אל מול הערכים והאינטרסים העומדים ביסוד החוק ולאזנם אלה מול אלה, במסגרת המבחנים הקבועים בפסקת ההגבלה בסעיף 8 לחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו. כפי שציינתי לעיל, העקרונות הונחו בהרחבה בעניין חוק האזרחות הראשון, ועל כן רואה אני עצמי פטורה מלחזור עליהם, ודי לי שאזכיר את עיקרי הדברים בקיצור נמרץ.

הפגיעה בזכות החוקתית – האם פגיעה כדין?

14. העובדה שהחוק פוגע בזכויות יסוד מוגנות אינה מלמדת בהכרח כי זוהי פגיעה שאינה כדין. בחינת חוקתיותה של הפגיעה נעשית בגדריה של פסקת ההגבלה שבסעיף 8 לחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו. פסקת ההגבלה קובעת ארבעה תנאים שבהתקייםם יחד יתאפשר לפגוע כדין בזכויות אדם המעוגנות בחוק היסוד: עיגונה של סמכות הפגיעה בחוק; הלימתה את ערכי המדינה; היות הנורמה הפוגעת לתכלית ראויה; והיות הפגיעה במידה שאינה עולה על הנדרש. לטעמי, שלושת התנאים הראשונים מתקיימים בענייננו מאותם טעמים שפורטו בחוות הדעת השונות בעניין חוק האזרחות הראשון. עיקר הקושי שמעורר החוק, גם בנוסחו הנוכחי, עניינו ביסוד המידתיות.

דרישת המידתיות, עניינה ביחס שבין תכלית החקיקה לאמצעים הננקטים לשם הגשמתה של תכלית זו. שיטת המשפט הישראלית, כשיטות משפט נוספות, נוהגת לקבוע את תוכנה הקונקרטי של דרישת המידתיות באמצעות שלושה מבחני משנה מצטברים: מבחן "האמצעי המתאים" הדורש קשר של התאמה בין המטרה לבין האמצעי; מבחן "האמצעי שפגיעתו פחותה", הבוחן אם האמצעי שנקט הוא בעל הפגיעה הפחותה ביותר בזכותו של הפרט העומדת על הפרק, בהתחשב בחלופות שיש בהן כדי להגשים את אותה תכלית; ומבחן המידתיות "במובן הצר", הבוחן אם הנזק שנגרם לפרט כתוצאה מהאמצעי שנבחר על-ידי הרשות המנהלית עומד ביחס ראוי לתועלת שתצמח ממנו (ראו גם עניין בית סוריק, עמ' 838-840; להרחבה ראו אהרן ברק מידתיות במשפט עמ' 295 - 445 (2010). להלן: ברק - מידתיות). עיקרי התורה ידועים ואיני רואה להרחיב.

15. בעניין חוק האזרחות הראשון התמקדה המחלוקת במבחן המשנה השלישי של יסוד המידתיות, הוא מבחן המידתיות "במובן הצר". עם זאת, חברי השופט לוי סבר כי החוק כושל כבר במבחנה השני של המידתיות - מבחן האמצעי שפגיעתו פחותה. בדיון בעתירה הנוכחית

סבור הוא כי דינו של החוק בטלות שכן הוא כושל בשלב מוקדם עוד יותר של הבחינה החוקתית - כיוון שאינו הולם את ערכיה של מדינת ישראל.

לטעמי, גם בנוסחו העדכני, עיקר הקושי שמעורר החוק מתמקד בשלב בחינת המידתיות במובנה הצר. העמדה שהוצגה בעניין חוק האזרחות הראשון, שלפיה החוק עומד בשני מבחני המשנה הראשונים של המידתיות – מבחן האמצעי המתאים ומבחן האמצעי שפגיעתו פחותה – מקובלת עליי. עם זאת, אבקש להתייחס למבחן האמצעי שפגיעתו פחותה וליישמו בענייננו, על-פי השקפתי. לאחר מכן אפנה לדון בשאלת המידתיות במובנה הצר.

מבחן האמצעי שפגיעתו פחותה – הערה וסלילת הדרך אל מבחן המידתיות במובנה הצר 16. העותרים טוענים כי את תכליתו הביטחונית של החוק, ניתן להגשים, תחת האיסור הרחב לפי החוק, באמצעות בידוק בטחוני אינדיבידואלי. מנגד, המדינה שבה ומבהירה כי בעת הזו, הדבר אינו אפשרי, ועל-כן נקבע מודל המבוסס על פרופילי סיכון.

מבחן האמצעי שפגיעתו פחותה הוא מבחן עובדתי ואובייקטיבי במהותו. השאלה אם קיים אמצעי אחר, פוגעני פחות, אשר יגשים את תכלית החוק באותה מידה שעושה כן האמצעי שנבחר, היא שאלה עובדתית ביסודה, שאין עמה לא עקרונות משפטיים ולא איזון בין אינטרסים וערכים (וראו גם: ברק – מידתיות, בעמ' 415 - 416). זהו מבחן שעניינו בהערכה המבוססת על עובדות ונתונים. לפיכך, אני סבורה כי בשלב זה יש ליתן משקל משמעותי לעמדתם של הגורמים המקצועיים, אשר מצויים בסוגיה, ובידיהם לא רק הנתונים הצריכים לעניין, אלא גם הידע והניסיון המקצועי הרלוונטיים. אטעים כי אין משמעם של הדברים כי עמדתם של הגורמים המקצועיים היא שמכרעת האם קיים אמצעי שפגיעתו פחותה. זהו עניין משפטי שההכרעה בו מסורה לבית המשפט, אולם ככלל ראוי שיינתן לעמדת הגורמים המקצועיים משקל ניכר (והשוו: בג"ץ 10309/06 מועצה מקומית אלפי מנשה נ' ממשלת ישראל בפסקה 18 (לא פורסם, 29.8.07); חוות דעתי בדנ"א 1892/11 היועץ המשפטי לממשלה נ' פלוני (לא פורסם, 22.5.11) וההפניות שם).

כפי שציינתי לעיל, גם עליי מקובל, כפי שסברו מרבית חברי המותב בעניין חוק האזרחות הראשון, כי תכליתו של החוק להפחית ככל הניתן את הסיכון לביטחון המדינה, הנובע מכניסתם לישראל, במסגרת איחוד משפחות, של תושבי האזור ונתיני מדינות סיכון. הערכתם של הגורמים המקצועיים אצל המשיבים היא כי "בעת הזו לא ניתן לערוך אבחון פרטני לצורך ניבוי מסוכנות לגבי כלל הבקשות להשתקעות בישראל עקב הליך איחוד משפחות בישראל". כיוון שכן, ברי גם בעיני כי על אף שבדיקה אינדיבידואלית של בני הזוג המבקשים להיכנס, תגרום פגיעה פחותה בחומרתה, בהיקפה ובעומקה, בזכות לחיי משפחה ובשוויון, אין בה כדי

להגשים את תכלית החוק במידה שעושה כן האיסור הרחב לפי חוק האזרחות והכניסה לישראל. האיסור הרחב שמטיל החוק, יש בו כדי להשיג את תכליתו ביתר הצלחה מאיסור מצומצם יותר. הערכה זו מקובלת על ידי בעיקר כיוון שאני סבורה כי קיים ספק רב, אם מבחינה מעשית יש בבדיקה האינדיבידואלית, לבדה, כדי להשיג את תכליתו של החוק. אבהיר את דברי.

17. מידת האפקטיביות של הבידוק הביטחוני הפרטני תלויה בראש ובראשונה בהיקף המידע הרלוונטי שניתן לקבל אודות בן הזוג הזר, ובאיכותו. בהקשר זה מעורר הבידוק הביטחוני הפרטני שני קשיים. הקושי האחד הינו כי בהיקף בו ככל הנראה מדובר, של בני זוג זרים מהאזור או ממדינות סיכון, שעבורם מתבקש איחוד משפחות, הבידוק הביטחוני הפרטני נראה בעייתי. הגם שלא הוצגו לנו נתונים מספיקים בעניין זה, דומה כי הנתונים שסיפקה המדינה מאפשרים מושג כלשהו באשר לסדרי הגודל בהם מדובר. כך, המדינה מפרטת כי מאז אוגוסט 2005 (וככל הנראה עד למועד הגשת התגובה ביום 13.4.10), אישר משרד הפנים מעמד בישראל ל- 4,118 נתיני הרשות הפלסטינית על יסוד בקשות לאיחוד משפחות, וזאת בהתאם לחריגים לפי החוק. כ- 1,000 איש נכנסו אפוא בממוצע משטחי הרשות הפלסטינית לישראל מדי שנה לצורכי איחוד משפחות מכוח החריגים לחוק בלבד. ניתן להניח על-כן, כי אם ההגבלה לפי החוק לא תעמוד עוד, יהיה מספר נתיני הרשות הפלסטינית שיתבקש עבורם מעמד בישראל מכוח איחוד משפחות גדול בהרבה. בהיקפים שבהם ככל הנראה מדובר, קשה להניח כי המשיבים יוכלו לקיים הליכי בדיקה יעילים לכל מי שמתבקש עבורו איחוד משפחות. לטעמי, אין מדובר בקושי תקציבי או לוגיסטי, אלא ביכולתה של מערכת – כל מערכת – לערוך בידוק של ממש, שהרכיב המודיעיני בו הוא משמעותי, למספר כה רב של אנשים.

הקושי השני שרואה אני בבידוק הפרטני, עניינו בעצם היכולת לערוך בדיקה של ממש ביחס למסוכנותו של אדם, על בסיס איסוף מידע, במקומות שהעוינות בהם לישראל קשה. דומני שגם בלא שתהא בפנינו חוות דעת מקצועית בעניין, ניתן להבחין בין היכולת לעמוד על הסיכון הנשקף מתושבי יהודה והשומרון, לבין היכולת לעמוד על הסיכון הנשקף מנתיני מדינות הסיכון, כמו-גם מתושבי רצועת עזה. רצועת עזה ומדינות הסיכון הן ישות ומדינות עוינות שאין לישראל קשרים עימן. קשה להניח על כן כי לישראל יכולת לבצע בידוק עובדתי-ביטחוני ממשי בעניינו של בן הזוג הזר מול הרשויות במדינות אלה. במצב זה, קשה יהיה לקבל מידע מהימן על אודות בן הזוג הזר או לבדוק את המידע שסיפק. לפיכך, נראה כי במקרים אלה, יקשה על גורמי הביטחון לעמוד מבחינה מעשית, ובאופן מספק, על הסיכון הנשקף מבין זוג זר עבורו מתבקש המעמד בישראל. קושי זה רלוונטי כאמור, גם ביחס לבני זוג שהם תושבי רצועת עזה, שבה אין לישראל עוד שליטה אפקטיבית (ראו למשל: בג"ץ 5268/08 הנ"ל, בפסקה 6), והיא נשלטת על-ידי ארגון טרור שמטרתו פגיעה בביטחון המדינה. לאור האמור, אני סבורה כי

ככלל, ביחס לבני זוג שהם נתיני מדינות סיכון ורצועת עזה, יקשה לקיים בידוק פרטני של מסוכנותם.

18. שונים הם פני הדברים - ולו במידת מה - כאשר עסקינן בבני זוג זרים הבאים מיהודה ומהשומרון. ביחס לאלה, ניתן להניח כי קיימת יכולת מסוימת לבדוק את מבקש המעמד, את הרקע שלו ואת מערך קשריו. בפועל, הדבר אף נעשה בגדרם של החריגים לחוק. מכאן, שלגבי אלה סביר כי ניתן לערוך בדיקה פרטנית אם קיים מידע הקושר את בן הזוג הזר לפעילות בעלת אופי בטחוני, אף אם לא בצורה מלאה, וגם אם ניתן להניח כי היקפה עלול להשתנות עם שינויי העיתים והנסיבות (ראו גם: אורגד, בעמ' 520 – 521). נראה, כי ביחס לבני זוג אלה, היכולת לערוך בדיקה פרטנית ולבחון אם בנתונים שסיפקו יש כדי להפריך את החשש כי כניסתם לשטח ישראל צופנת בחובה סיכון לביטחון המדינה, היא יכולת טובה יותר.

19. לשיקולים אלה יש להוסיף את הקושי המרכזי שעליו מצביעה המדינה, ואשר אני סבורה כי יש בו ממש, כי אין בכוחו של הבידוק הפרטני ליתן מענה לחשש כי הסיכון ממבקש המעמד ייווצר דווקא לאחר שזכה למעמד בישראל. ניסיונם של גורמי הביטחון, שלהערכתם המקצועית אני סבורה כאמור כי יש ליתן משקל משמעותי, הוא כי דווקא לאחר קבלת המעמד בישראל, המקפל בתוכו את האפשרות לנוע בחופשיות ברחבי המדינה, "עולה ערכו" של מבקש המעמד והוא הופך ל"נכס אטרקטיבי" עבור ארגוני הטרור. החשש הוא כי ארגוני הטרור יפעלו לגיוס בן הזוג הזר לשירותם או יעשו בו שימוש, אף בלא ידיעתו או בלא הסכמתו. הבידוק הביטחוני אינו נותן מענה לסיטואציה שבה הסיכון הביטחוני נוצר לאחר כניסתו של בן הזוג הזר למדינת ישראל.

חשש זה אינו מופרך ואינו חשש בעלמא: מהמידע שהציגה המדינה עולה, כי מבין אותם מבקשים שזכו למעמד בישראל מכוח החריגים שקובע החוק, ועל כן נערך בעניינם בידוק פרטני, נפסלו 632 בקשות לאחר אישור כניסתו של בן הזוג הזר לישראל לצורכי איחוד משפחות. במקרים אלה התגלתה מניעה ביטחונית בעניינו של בן הזוג הזר רק לאחר הכניסה לישראל. המדינה מפרטת כי המניעה המאוחרת התבססה על העילות הבאות: היותו של המבקש מפגע (4 מקרים); היותו של המבקש פעיל טרור (149 מקרים); היותו של המבקש קשור לפעילי טרור (63 מקרים); המבקש סייע לארגון טרור (22 מקרים); המבקש מקיים קשר שוטף עם בני משפחה שהם פעילי טרור (394 מקרים). יחד עם זאת, ראוי לציין, כי המדינה לא הבהירה בכמה מן המקרים הללו נוצרה המניעה הביטחונית רק לאחר שבן הזוג הזר זכה במעמד בישראל, להבדיל מן המקרים שבהם המניעה הביטחונית היתה קיימת עוד בטרם החל ההליך של איחוד משפחות, אך התגלתה רק לאחר שההליך החל. כך או כך, דומני כי חשש זה עומד בעינו גם

בהיעדר נתונים מדויקים, נוכח ההערכות שהובאו בתגובת המשיבים על בסיס הנתונים שבידיהם.

20. ניתן לטעון כי דווקא העובדה שבאמצעות הבידוק הפרטני עלה בידם של גורמי הביטחון לאתר את אותם מבקשי המעמד שמהם נשקף סיכון לביטחון המדינה, מעידה על יעילות הבדיקה. לפי הגיון זה, הנתונים האמורים מלמדים דווקא כי הבדיקה הפרטנית מהווה אמצעי חלופי, שיש בו כדי להשיג את תכליתו הביטחונית של החוק תוך פגיעה פחותה בזכות לחיי משפחה. מנגד יהיה מי שיטען, כי העובדה שמדובר במאות מקרים מתוך אלה שנכנסו בגדר החריגים לפי החוק, מלמדת שמספרם של המבקשים שנשקפת מהם סכנה מבין ציבור כלל מבקשי המעמד גבוה עוד יותר, ולא ניתן להבטיח כי הבדיקה האינדיבידואלית תביא לחשיפת המסוכנות הנשקפת מבין הזוג שעבורו מבוקש איחוד המשפחות.

מכל מקום, מהטעמים שפורטו, אני סבורה כי אין בבדיקה הביטחונית הפרטנית לבדה כדי לספק מענה מלא לחשש מפני מסוכנותו של בן הזוג הזר לביטחון המדינה. זאת, הן משום הקושי - מלא או חלקי - לערוך בדיקה אפקטיבית של המסוכנות הנשקפת מבין הזוג הזר, הן משום שאין בבדיקה הפרטנית כדי למנוע את החשש מפני גיוס בן הזוג הזר או שימוש בו לצרכי גורמי הטרור לאחר קבלת המעמד בישראל.

סיכומה של נקודה זו - הבידוק הפרטני פוגע אמנם במידה פחותה בזכויות היסוד הנפגעות שבהן דיברנו מכפי שעושה כן האיסור לפי החוק, ויש בו כדי לסייע בעמידה על מסוכנותו הקונקרטית של אדם, תחת שתוחל לגביו חזקת מסוכנות אך בשל מקום מוצאו. עם זאת, בשל קשיים שונים שנמנו לעיל, מתקשה אני לסבור כי מדובר באמצעי שדי בו לבדו כדי להשיג את תכליתו הביטחונית של החוק, במידה המושגת על-ידי האיסור הרחב שבחוק. אני סבורה, אפוא, כי החוק צולח את מבחן האמצעי שפגיעתו פחותה.

מבחן המידתיות "במובן הצר"

21. האם קיים יחס ראוי בין תכליתו הביטחונית של החוק לבין הנזק הגלום בו לזכות היסוד לחיי משפחה? האם נזק זה עומד ביחס ראוי לתועלת שאמור החוק להצמיח?

בשלב האחרון של בחינת המידתיות נערך מבחן ערכי, שבליבתו איזון בין ערכים ואינטרסים מתנגשים (בג"צ 2887/04 אבו-מדיג'ם נ' מינהל מקרקעי ישראל פסקה 42 (לא פורסם, 15.4.07). להלן: עניין אבו-מדיג'ם; בג"צ 6427/02 התנועה לאיכות השלטון בישראל נ' הכנסת, פ"ד סא(1) 619, 707 - 708 (2006); ברק - מידתיות, בעמ' 422). מלאכת האיזונים

צריכה להביא בחשבון, מחד גיסא, את מהותה של הזכות הנפגעת ואת היקפה של הפגיעה, ומאידך גיסא, את מהותו של האינטרס הציבורי העומד על הפרק. זהו "...איזון בין תועלת השולית המוגשמת על-ידי המטרה הראויה לבין הנזק השולי שהיא גורמת לזכות" (ברק – מידתיות, בעמ' 424). כפי שציינתי בעניין אבו-מדיג'ס, ככל שמדובר בזכות יסודית יותר, וככל שהפגיעה בה קשה וחריפה יותר, על השיקולים העומדים ביסוד האינטרס הציבורי המצדיק את הפגיעה בה להיות כבדי משקל ובעלי חשיבות מכרעת יותר כדי לקבוע שהוראת החוק מידתית. ככל שהאינטרס הציבורי מהותי יותר, וככל שהגשמתו טומנת בחובה תועלת ציבורית רבה יותר, כך ניתן יהיה לקבל - גם אם בלית ברירה - פגיעה קשה יותר בזכויות אדם (שם, בפסקה 43 לפסק דיני; ראו גם עניין חוק האזרחות הראשון, בעמ' 331 - 332). זהו האיזון הנורמטיבי בין היחיד לבין הכלל, בין הזכות הפרטנית לבין האינטרס הרחב. מלאכת האיזון אינה מדברת בשפה של ערכים מוחלטים. היא משקפת את מורכבות הקיום האנושי ואת מורכבות הסיטואציות המעמידות משני צידי המתסר ערכים מתנגשים.

אכן, בסופו של יום הציר המרכזי של כל בחינה חוקתית – מעצם טיבה - הוא ציר ערכי. מן הבחינה הזאת, מבחן המידתיות במובן הצר, שהוא אולי השלב החשוב ביותר של הבחינה החוקתית, הוא הכלי האפקטיבי ביותר המצוי בידנו כיום. למבחן המידתיות במובנה הצר תפקיד נכבד ביכולתנו להבין את מושג המידתיות ולצקת לתוכו תוכן, כחלק אינטגרלי של הליך בדיקה סדור ומובנה. חרף אופיו האמורפי של כל מבחן שהוא ערכי במהותו, גם מבחן זה ילך ויהפוך ברור יותר ככל שתיקבענה, עקב בצד אגודל בפסיקת בית משפט זה, אינדיקציות ברורות יותר להפעלתו.

22. עיקרון מנחה חשוב בהפעלתו של מבחן המידתיות במובנה הצר, הוא כי האיזון בין הערכים המתנגשים מחייבנו לבחון את טיב הפגיעה בזכויות היסוד הרלוונטיות - אשר נובעות בענייננו שתיהן מערך כבוד האדם - על רקע תפישותיה הערכיות, החברתיות, התרבותיות וההיסטוריות של ישראל כמדינה יהודית ודמוקרטית. מדינת ישראל, שמרגע היוסדה הייתה נתונה לאיומים ביטחוניים קשים, נטלה על עצמה כבר מיום ההכרזה על עצמאותה, התחייבויות כבדות משקל, שהיוו ציווי מוסרי שהנחה את דרכה מאז ועד היום. וכך, נזכיר, הוצהר בהכרזת העצמאות מיום ה' באייר תש"ח:

"מדינת ישראל תהא פתוחה לעליה יהודית ולקיבוץ גלויות; תשקוד על פיתוח הארץ לטובת כל תושביה; תהא מושתתת על יסודות החירות, הצדק והשלום לאור חזונם של נביאי ישראל; תקיים שויון זכויות חברתי ומדיני גמור לכל אזרחיה בלי הבדל דת, גזע ומין; תבטיח חופש דת, מצפון, לשון,

חינוך ותרבות; תשמור על המקומות הקדושים של כל הדתות;
ותהיה נאמנה לעקרונותיה של מגילת האומות המאוחדות.

...

אנו קוראים - גם בתוך התקפת-הדמים הנערכת עלינו זה
חדשים - לבני העם הערבי תושבי מדינת ישראל לשמור על
שלום וליטול חלקם בבנין המדינה על יסוד אזרחות מלאה
ושווה ועל יסוד נציגות מתאימה בכל מוסדותיה, הזמניים
והקבועים".

אכן, לצד ההכרה בזכותה של ישראל להתקיים כמדינת העם היהודי, שבה תוגשם זכותו
להגדרה עצמית, ניצבת ההכרה בכך שבישראל חיים גם בני לאומים נוספים. הכרזת העצמאות,
כמסמך המכונן שלנו כציבור וכמדינה, מבטאת את השאיפה לחיים משותפים של כלל תושבי
הארץ. המטען הערכי המשתקף ממגילת העצמאות אינו נגזר אך ממחויבותה של ישראל
לעקרונות הדמוקרטיה. הוא נובע בראש ובראשונה מאופייה של ישראל כמדינה יהודית. כמדינת
העם היהודי, חרתה ישראל על דגלה את הערכים שעיצבו את דמותו של העם היהודי במולדתו
ובשנות גולה: להיות עם רודף שלום, השומר על ייחודו אך מקבל גם את האחר, מגן על
זכויותיו ובראש ובראשונה על כבודו כאדם.

אל לנו להתעלם מן האתגרים הביטחוניים הניצבים לפתחנו, אך אל לנו להפנות עורף
גם ללקח המוסרי של שנותינו בגלות. בטחון ישראל אינו תלוי אך ורק בעוצמתה הצבאית של
המדינה ובחומות שתקים סביבה. לצעדים שיינקטו לשמירה על הביטחון אין תוחלת ללא
שמירה על חוסנה המוסרי והערכי של החברה, שבסופו של יום גם מחזקת את הביטחון. אכן,
"לצורך השגת איזון, מתחייב ויתור יחסי על שלמותו של כל אחד מהערכים המתנגשים,
ובאמצעות איזון זה תושג הקידמה החברתית תוך כיבוד זכויות הפרט, וכיבוד המורשת וערכי
העבר" (השופטת פרוקצ'יה, בג"ץ 52/06 חברת אלאקסא לפיתוח נכסי ההקדש המוסלמי
בא"י בע"מ נ' Simon Wiesenthal Center Museum Corp בפסקה 249 (טרם פורסם,
29.10.08)).

23. לטעמי, בחינתה של "תוספת התועלת" שמביאה עמו החוק אל מול "תוספת הנזק"
הטבועה בו, מעצם פגיעתו בזכותם של אזרחים ישראלים לקיים חיי משפחה משותפים עם בני
ובנות זוגם בישראל, מעלה כי החוק אינו מידתי. את עמדתי זו אבקש לבסס על שני אדנים: אי-
מידתיותה של הפגיעה בהיבט הזמן ואופי הפגיעה בזכויות יסוד.

מידתיות הפגיעה בהיבט של מימד הזמן – הוראת שעה

24. במעשה החקיקה מחויב המחוקק לערכיה של ישראל כמדינה יהודית ודמוקרטית. ההסדר החקוק נתפש כמבטא את רוחה של החברה ועל-כן חזקה שגובש בסופו של הליך בדיקה, דיון, שקילה והצבעה, פרי הליך סדור המאפשר דיון ציבורי רחב ופתוח. במקביל, החקיקה מקרינה את העקרונות הטבועים בה על שיטת המשפט ועל החברה כולה. תהליך החקיקה מטיל, על-כן, אחריות כבדה על כתפי המחוקק בעיצוב דמותה של החברה. בפרט נכונים הדברים ביחס לחקיקה שיש עמה פגיעה בזכויות יסוד חוקתיות.

החוק, שאמנם התקבל לאחר דיון ושיח ער במסגרות שונות בכנסת, נחקק כהוראת שעה. הוראת שעה, ככל חוק, היא מעשה שמימד הזמן טבוע בו, שפניו מן ההווה אל העתיד (בע"מ 377/05 פלונית ופלוני ההורים המיועדים לאימוץ הקטין נ' ההורים הביולוגיים, פ"ד ס(1) 124, 176 (2005)). הסדרת הסוגיה שלפנינו בהוראת שעה ניתנת להסבר בשני טעמים עיקריים, השלובים זה בזה: האחד הינו המצב הביטחוני הקשה ששרר בישראל בעת חקיקת החוק ומעורבותם הגוברת של פלסטינים שמקורם באזור, אשר זכו למעמד בישראל במסגרת הליך של איחוד משפחות, בפעילות נגד ישראל. הטעם השני הינו הפגיעה הקשה הגלומה בחוק בזכותם של אזרחים ישראלים לחיי משפחה בישראל. מטעמים אלה, ומתוך תקווה כי המצב הביטחוני האמור לא ימשך לעד, ייתכן שהמחוקק סבר כי ניתן לקבל לפרק זמן מוגבל את הפגיעה בזכות החוקתית. נכונה אני להניח כי לכתחילה גובש החוק כהסדר זמני, מתוך רצון לאפשר למחוקק שהות לגבש הסדר חוקי ראוי ומאוזן בסוגיה כה רגישה. הד לדברים נמצא בדברי היועץ המשפטי לממשלה בפני הכנסת עובר לקבלת החוק, שמהם מביא חברי השופט לוי בחוות דעתו בעתירה הנוכחית:

“...ההגבלה החשובה ביותר היא עצם העובדה שהחוק המוצע הוא הוראת שעה לשנה, לא הוראה כללית בלתי מוגבלת בזמן...פסק הזמן יאפשר לבחון במהלך השנה הקרובה פתרונות לטווח ארוך יותר...” (דברי היועץ המשפטי לממשלה, מ' מזוז, בישיבת ועדת הפנים של הכנסת מיום 14.7.03).

25. העובדה שפגיעה בזכויות יסוד נעשית במסגרת הוראת שעה, בשל צרכי השעה, יכולה אכן לשמש אינדיקציה למידתיותה של הפגיעה. זמניות הפגיעה, הנובעת מכך שמדובר בחקיקה במסגרת הוראת שעה, יש בה כדי להשליך על הערכת עוצמתה, עומקה והיקפה של הפגיעה בזכות יסוד. כאשר אל מול תוספת התועלת שיש בחוק או בהחלטת הרשות המינהלית, ניצבת תוספת הנזק שנגרמת כתוצאה מאלה לזכות היסוד, ועולה כי מדובר בנזק זמני במהותו, יהווה הדבר שיקול משמעותי במסגרת מבחן המידתיות במובנו הצר. עם זאת, כמובן, ההכרעה

הסופית בשאלת המידתיות - לרבות במסגרת מבחן המשנה השלישי - היא פרי שקלולם של מכלול שיקולים וגורמים, והיותה של הפגיעה זמנית, אין בה, בפני עצמה, כדי להכריע את הכף לטובת מידתיות הפגיעה.

לאור האמור ניתן להניח כי איסור כה גורף על אפשרותם של אזרחי המדינה לממש את זכותם לחיי משפחה בישראל, נקבע במסגרת הוראת שעה מתוך התפישה כי לכאורה, מדובר בהסדר זמני במהותו, ולכן הפגיעה הגלומה בו בזכויות יסוד מוגבלת בהיקפה, וממילא חריפה היא פחות.

26. הנחה שכזו יכולה אולי לעמוד במצב שבו ניכר כי אכן מדובר בהגבלה זמנית, או כי המחוקק עורך מעת לעת שינויים בחוק, באופן שמעת לעת נשקל הצורך בהמשך הפגיעה בזכויות היסוד ובאשר להיקפה. אין זה המצב בענייננו.

מאז נחקק החוק כהוראת שעה, הוארך תוקפו פעמיים על-ידי הכנסת ועשר פעמים נוספות בהחלטות ממשלה שאושרו במליאת הכנסת. שתיים עשרה הארכות. שינויים כאלה ואחרים אירעו במציאות הביטחונית, חלקם משמעותיים יותר, חלקם פחות, אך שינוי משמעותי בחוק – אין. סקירת השינויים שהוכנסו בחוק בשנים שחלפו מאז חקיקתו מעלה, למצער, חשש כי אלה, יותר משנועדו למתן את הפגיעה הקשה הגלומה בחוק, נועדו לבססה. כך עולה מהרחבת ההגבלה על-פי החוק גם לנתיני מדינות סיכון, הגם שאלה לא נכללו בחוק בנוסחו הראשוני, ולא הובאו כל נתונים שיבהירו מדוע נוצר דווקא בשלב מאוחר הצורך בהחלת ההגבלה גם עליהם; כך עולה מן העובדה שחרף קביעת אפשרות ליתן רישיון לשיבת ארעי או היתר לשהייה בישראל במקרים הומניטאריים מיוחדים (סעיף 1א3 לחוק), הנתונים שהציגה המדינה מעוררים, לכל הפחות, תהיות באשר לקריטריונים לפיהם פועלת הוועדה לעניינים הומניטאריים ולאופן הפעלתם. כל אלה מטילים עננה על הטענה כי החוק והצורך בו נבחנים בחינה עתית. כיום, למעלה משמונה שנים לאחר חקיקת החוק, נראה כי ההסדר הזמני הפך דה-פקטו להסדר של קבע.

27. כפי שהובהר, חוק האזרחות והכניסה לישראל הינו הסדר לשעה, שנועד ליתן מענה למצב אקוטי ודחוק. אמנם, הוראת שעה ניתנת להארכה, ואולם מטבעה היא דבר חקיקה שתאריך תפוגה טבוע עליו. זהו דבר חקיקה ששעון עצר מוצמד אליו, אשר לא נועד להוות הסדר של קבע. בחקיקת האיסור על איחוד משפחות עם תושבי האזור ונתיני מדינות סיכון בגדרה של הוראת שעה, גילה המחוקק דעתו כי מדובר בהסדר זמני, כי אין זה הסדר שראוי להימצא על ספר החוקים שלנו דרך קבע, או, למצער, כי אין זה מובן מאליו שיש לו מקום בספר

החוקים. המחוקק נמנע מלהסדיר בהסדר חוקי קבוע את הפגיעה בזכויות יסוד של אזרחיו, וככל הנראה לא בכדי, שהרי מכיר הוא בקושי הגלום בחוק זה.

במבחן השנים נוכחנו כי החוק שב ומוארך, והלכה למעשה אין מדובר עוד בהסדר זמני. שינויים מהותיים בהוראותיו, בפרט באופן שייתן מענה לליקויים שעליהם הצביע בית המשפט בעניין חוק האזרחות הראשון, לא הוכנסו. גם אם ניתן לסבור כי לכאורה עצם השימוש בהוראת שעה עשוי להוות אינדיקציה למידתיות ההסדר משום זמניותו, הרי שמצב הדברים כפי שפורט, כאשר הוראת השעה מוארכת פעם אחר פעם, מעורר את החשש כי לפנינו דוגמא נוספת לשימוש באמצעי של הוראת שעה, על הגמישות היחסית הנלווית לו, לצורך הסדרת סוגיות מורכבות ורגישות, תוך "דילוג" על משוכת הדיון הציבורי בנושאים הנתונים במחלוקת ציבורית חריפה, ותוך "התחמקות" מהמשמעויות הנודעות לקיומה של חקיקה פוגענית שכזו לאורך זמן עלי ספר החוקים שלנו (והשוו: מנחם הופנונג ישראל – בטחון המדינה מול שלטון החוק 50 – 55, 66 – 70 (תשס"א). כן ראו בג"ץ 4885/03 ארגון מגדלי העופות בישראל אגודה חקלאית שיתופית בע"מ נ' ממשלת ישראל, פ"ד נט(2) 14, 33 – 36 (2004). להלן: עניין ארגון מגדלי העופות). השימוש באמצעי של הוראת שעה, שלעתים נעשה כשתחושת בהילות נלווית אליו, אינו יכול להוות תחליף - בוודאי שלא במשך שנים - לצורך בדיון ובשיח ציבורי שקול, זהיר ומאוזן לשם קביעת הסדרים מהותיים, כמו-גם עקיפת מנגנוני הביקורת והפיקוח על החקיקה (והשוו: עניין ארגון מגדלי העופות בישראל, שם).

אכן, נושא כה מהותי, הנוגע בליבת הזכויות החוקתיות כבענייננו, ראוי היה להסדיר בספר החוקים, ולא בגדרו של הסדר ארעי כהוראת שעה. העובדה שהפגיעה בזכות לחיי משפחה ובשוויון נעשית באופן מתמשך באמצעות ניצול הגמישות היחסית שיש באמצעי החקיקתי של הוראת שעה לקביעת הוראה כה גורפת, תוך הימנעות מקביעת חוק "רגיל" שיעמוד לדיון ולביקורת ככל חוק, וכאשר השינויים המוכנסים בחוק אינם מהותיים, מהווה בנסיבות העניין אינדיקציה חזקה לחוסר המידתיות שבחוק.

למען הסר ספק, אבהיר כי איני טוענת כי הליך חקיקתה של הוראת שעה פטור מבחינה, שקילה ודיון. איני שוללת גם את האפשרות לעשות שימוש, במקרים המתאימים, באמצעי של הוראת שעה. ואולם, מטבעה מתאימה הוראת שעה להוות הסדר זמני, בבחינת הסדר ביניים שיאפשר פעולה על-פי מתווה חוקי בהווה, תוך הותרת השהות הנדרשת באופן סביר למחוקק לליבון מכלול הסוגיות הצריכות לעניין במסגרת הסדר חוקי קבוע. שימוש בה למטרות אחרות מעורר קשיים, בפרט ככל שהיא מעגנת פגיעה חריפה בזכויות יסוד.

28. חוק האזרחות והכניסה לישראל קבע, תחת הסדר המבוסס על בדיקה פרטנית, איסור רחב, גורף כמעט, על שהיה והתאזרחות בישראל של תושבי האזור ונתיני מדינות הסיכון. איסור זה מבוסס על מקום מוצאו של בן הזוג הזר ולא על הסיכון הקונקרטי הנשקף ממנו. האם, על רקע ערכיה של מדינת ישראל כמדינה יהודית ודמוקרטית, ניתן לומר כי תוספת הביטחון שמאפשר החוק עומדת ביחס ראוי לתוספת הנזק לחיי משפחה ולשוויון של אזרחים ישראלים? האם התועלת היחסית שבחוק מצדיקה את הפגיעה שבו בזכות לחיי משפחה? לטעמי יש להשיב לשאלה זו בשלילה, מפאת אופייה של הפגיעה בזכויות היסוד שמתקיימת מכוח החוק.

נקודת המוצא לעריכתו של האיזון בין הזכויות והערכים המתחרים בגדרו של מבחן המידתיות במובן הצר צריכה לטעמי להיות כי במוקדו של מבחן זה ניצבת הפגיעה בזכות האדם לשם הגשמתה של מטרה ראויה שאין אמצעי שפגיעתו פחותה שיכול להשיגה. במילים אחרות, בשלב זה אין אנו נדרשים לאמצעי שנבחר לשם השגת המטרה (ברק – מידתיות, בעמ' 425). "מבחן משנה זה נושא על כתפיו, בעיקרו של דבר, את התפיסה החוקתית, כי המטרה אינה מקדשת את האמצעים. הוא ביטוי לרעיון כי קיים מחסום ערכי, שהדמוקרטיה אינה יכולה לעבור אותו, גם אם התכלית אותה מבקשים להגשים היא ראויה" (בג"צ 8276/05 ענדאלה-המרכז המשפטי לזכויות המיעוט הערבי בישראל נ' שר הביטחון בפסקה 30 (לא פורסם, 12.12.06)). אכן, מהותו של מבחן זה, בהצבת תמרור עצור, בסימון קו גבול לפגיעה בזכויות אדם, שאותו אין המדינה רשאית לחצות, גם אם תכלית פעולתה ראויה היא, גם אם יש בפעולה כדי להגשים תכלית זו וגם אם אין בנמצא אמצעי שפגיעתו פחותה להשגת התכלית.

29. ההגבלה הרחבה שהוטלה בחוק, יש בה כדי להביא לפגיעה ודאית בזכות לחיי משפחה של אותם אזרחים ישראלים - שכפי שצוין, ברובם המכריע הם בני המגזר הערבי - שיבקשו להם בן זוג שנופל תחת ההגבלה שבחוק. זוהי פגיעה ממשית, קונקרטי, עמוקה וקשה בזכותם לקיים חיי משפחה, בזכותם לשוויון ובכבודם, כמו-גם פגיעה בזכותם לממש זכויות אלה במדינה שהם אזרחים שווים זכויות בה. הפגיעה בזכות לחיי משפחה נכרכת בפגיעה בשוויון, המעמיקה את הפגיעה בכבוד האדם של אזרחים ישראלים שברצונם להקים להם בית ומשפחה עם בחיר או בחירת ליבם, ומוצאים עצמם נתונים למגבלה קשה על חופש הבחירה שלהם והיכולת לממשו בארצם. לאלה מתווספת הפגיעה הקשה בתחושת השייכות של אזרחי ישראל הערבים, שיש בה כדי להעמיק תחושות של ניכור והדרה הרווחות לפחות בחלקן של ציבור זה. פגיעה נוספת שראויה להישקל הינה פגיעתו של החוק בחוסנה החברתי, המוסרי והערכי של ישראל כמדינת חוק. פגיעה זו נושאת עמה, בטווח הארוך גם פגיעה בחוסנה של המדינה הנדרשת להתמודד עם אתגרים שונים ומורכבים, ביטחוניים ואחרים.

אל מול הפגיעה הוודאית בזכותו של הפרט לחיי משפחה ולשוויון ניצבת תוספת התועלת שיש בהגבלה מכוח החוק. תועלת זו עניינה במזעור פוטנציאל הפגיעה בביטחון המדינה, בחיי אדם ובשלום הציבור, על-ידי מניעת כניסתם של מי שמוחזקים, בשל מקום מוצאם, כעוינים את ישראל. בנקודה זו ראוי להבהיר כי ההגבלה שמטיל החוק על איחוד משפחות מצטרפת למעשה לאמצעים אחרים שנוקטת המדינה ושכליתם ביטחונית. תוספת התועלת שטמונה באמצעי זה היא העומדת להכרעתנו. מתוך ההכרה בכך שכל אמצעי, גורף ככל שיהיה אין בו, לדאבונו, כדי להשיג בטחון מלא, נדרשים אנו לאיזון בין צרכי הפרט לבין צרכי הכלל.

30. לטעמי, תוספת הביטחון הפוטנציאלית שטמונה בהגבלה לפי החוק, אינה יכולה לעמוד ביחס לתוספת הנזק הוודאי שנגרם בעטייה של הגבלה זו. למסקנה זו מגיעה אני בעיקר נוכח קיומה של חלופה מידתית יותר, גם אם לא אופטימלית - הבדיקה הפרטנית - שאת מידת התועלת והאפקטיביות שלה ניתן לשפר על דרך שילובה עם אמצעים נוספים, כפי שאעמוד על כך בהמשך. ציינתי במסגרת הדיון במבחן המשנה השני (מבחן האמצעי שפגיעתו פחותה), כי לדעתי אין בבדיקות הפרטניות לבדן כדי להשיג את תכליתו של החוק במידה שעושה כן ההגבלה הרחבה לפי החוק. ואולם כפי שצוין לעיל, מבחן המידתיות במובנה הצר אינו בוחן את האמצעי הנבחר, אלא את הפגיעה בזכות האדם, ועל כן בשלב זה יכול שישוּב ויעלה, עם כל הקושי שבדבר, אמצעי אשר כשל במבחן המשנה שקדם לו. בשלב זה נערכת הבחינה השיפוטית מתוך הכרה בכך שייתכן שקיימת חלופה מידתית יותר, שפגיעתה בזכות היסוד פחותה, הגם שאין היא משיגה את תכלית החוק באותה מידה (והשוו: ברק - מידתיות, בעמ' 434 - 437).

האפשרות לקיים בדיקה פרטנית עשויה לשמש חלופה, גם אם לא מיטבית, מן הטעמים שעליהם עמדתי. כאשר בוחנת אני את ההגבלה לפי החוק אל מול האפשרות לקיים בדיקה פרטנית, אליה ישולבו כאמור אמצעים נוספים, סבורה אני כי הבדיקה הפרטנית אכן עשויה לאפשר תוספת ביטחון, תוך פגיעה מצומצמת, מידתית, בזכות לחיי משפחה של אזרחים ישראלים. איזון זה אין עמו כל חידוש, באשר הוא מקיים את העיקרון המקובל אצלנו זה מכבר כי לא כל הכלים כשרים בידה של הדמוקרטיה להשגת מטרתיה.

על רקע קיומה של חלופה מידתית אני סבורה, אפוא, כי הפגיעה בזכות לחיי משפחה בעטיו של האיסור הרחב היא כה קשה ועמוקה, כה פוגענית, עד כי לא ניתן לקבוע כי התוספת המסוימת של ביטחון שמתאפשרת באמצעותה עומדת ביחס ראוי אל מול הפגיעה בפרט.

31. החיים בצל הטרור מחייבים את הגורמים המוסמכים בנקיטת צעדים מתאימים. אלה כרוכים לא אחת, מטבעם של דברים, בפגיעה בזכויות יסוד. עם זאת, כפי שבית משפט זה שב ושנה, המאבק בטרור חייב להיעשות במסגרת הדין:

”באיזון זה, זכויות האדם אינן יכולות לקבל את מלוא ההגנה, כאילו אין טרור, וביטחון המדינה אינו יכול לקבל את מלוא ההגנה, כאילו אין זכויות אדם. נדרש איזון עדין ורגיש. זהו מחיר הדמוקרטיה. זהו מחיר יקר, אשר כדאי לשלמו. הוא מחזק את כוחה של המדינה. הוא נותן טעם למאבקה” (בג”ץ 7015/02 הנ”ל, בעמ’ 383).

ועוד:

”אכן, המאבק בטרור הפך את הדמוקרטיה שלנו ל”דמוקרטיה מתגוננת” או ל”דמוקרטיה לוחמת” (ראו A. Sajo, Militant Democracy (2004)). עם זאת, אסור שמאבק זה ישלול ממשטרנו את אופיו הדמוקרטי” (בג”ץ 769/02 הנ”ל, בפסקה 62 לפסק דינו של הנשיא ברק).

הצעד שנקט המחוקק בחקיקת החוק נועד לשמש נדבך נוסף בחומת ההגנה על אזרחי ישראל ותושביה. הצורך להעמיד לגורמים המוסמכים כלים מתאימים שיאפשרו להם למלא כראוי את תפקידם בהגנה על ישראל ותושביה הוא בבחינת הכרח לא יגונה, וכך גם ההכרה בכך שכלים אלה יכולים להביא עימם פגיעה מסוימת בהיקף ההגנה על זכויות יסוד. בבואי לערוך איזון בין זכותו של האזרח הישראלי המבקש לממש בארצו את זכותו לחיי משפחה, לבין האינטרסים הציבוריים שביסוד החוק, אין ספק בעיני כי נתונה למדינה הסמכות להגביל את הכניסה לתחומה, בפרט בתקופה של עימות מזוין מתמשך וממושך, גם אם יש בו תקופות של בעירה ויש בו תקופות של רגיעה, ויש בו תקופות ביניים מתמשכות של ”מעין מלחמה” (כלשונו של המשנה לנשיא מ’ חשין בעניין חוק האזרחות הראשון, בעמ’ 365). ואולם, גם במצב דברים זה, נדרש החוק לעמוד באמות המידה החוקתיות לביקורתו של חוק. ככל שתכלית החוק חשובה היא, ואין ספק בכך, וככל שהאמצעי שנבחר להגשמתה יש בו כדי לשפר את יכולתה של המדינה להתמודד עם הסיכון שבכניסת בני זוג זרים מן האזור וממדינות סיכון, עדיין מדובר באיסור רחב וגורף אשר מביא עימו פגיעה שלא ניתן לקבלה בציבור שלם של אזרחים המבקשים לחיות בישראל עם בני זוגם וילדיהם. זוהי פגיעה ישירה וקשה בליבת הזכות לחיי משפחה של אזרחים ישראליים רבים. כפי שהסכימו רוב חבריי, זוהי גם פגיעה בכבוד האדם ובאוטונומיה של הפרט להקים לו משפחה במדינת אזרחותו, וממילא פגיעה אנושה גם בחירותו של הפרט לקבוע את דרך חייו. על כך יש להוסיף, כי החוק פוגע פגיעה קשה גם בצביונה של ישראל כמדינה יהודית ודמוקרטית ושולח מסר שלילי לכל אזרח ואזרחית, כמו-גם לרשויות השלטון, כאשר לחשיבות השמירה על זכויות הפרט. בסופו של יום, דומה כי הפגיעה

הגלומה בחוק היא מוחשית וקשה יותר בשל ההיקף הרחב של הנפגעים ובשל מהות הפגיעה ואופייה.

הסנד

32. משהגעתי למסקנה כי הפגיעה בזכות החוקתית אינה עומדת בדרישות פסקת ההגבלה, מתבקשת קביעת התרופה. ההכרזה על בטלותו של חוק לא בנקל תיעשה, שכן מדובר במעשה שיפוטי עוצמתי. יש בה כדי להגשים את מצוותם של חוקי היסוד, וככזו היא מצויה בלבו של התפקיד השיפוטי, אך היא מהווה גם התערבות חריפה בגזרתו של המחוקק (וראו: ברק – פרשנות חוקתית, בעמ' 734 - 735). האיזון העדין בין הרשויות בשיטת משטר שאחד מעמודי התווך שלה הוא עקרון הפרדת הרשויות, אשר מקיימות ביניהן יחסי גומלין של "איזונים ובלמים" (עניין ארגון מגדלי העופות, בעמ' 84; בג"ץ 164/97 קונטרס בע"מ נ' משרד האוצר – אגף המכס והמע"מ, פ"ד נב(1) 289, 388 (1998)), והעובדה שתפקידו של בית המשפט הוא להעביר תחת שבט הביקורת, בין היתר, את החלטותיה של הרשות המחוקקת, יוצרים מתח טבעי שחשוב לתפקודן התקין של שלוש הרשויות. השמירה על האיזון האמור מטילה אחריות כבדה על כתפיו של בית המשפט. עליו למלא תפקידו בהבטחת הגשמתם של חוקי היסוד והערכים המוגנים לפיהם, תוך ניסיון להישמר ככל הניתן מהתערבות במלאכת המחוקק. אשר על כן, "ביטול חוק הינו מוצא אחרון" (בש"פ 8823/07 פלוני נ' מדינת ישראל פסקה 6 לפסק דינה של השופטת נאור (לא פורסם, 11.2.10)). דברים אלה נכונים ביתר שאת כאשר עסקינן בדבר חקיקה שתכליתו ביטחונית.

הסעד שיושט מקום שנמצא כי התקיימה פגיעה בזכות יסוד שאינה עומדת בדרישות פסקת ההגבלה, נתון, אפוא, לשיקול דעתו של בית המשפט. זה רשאי להורות על בטלות החוק כולו או חלקו, כמו-גם על מועד כניסת הכרזת הבטלות לתוקף. בהחליטו על הסעד שיושיט בית המשפט בגין פגיעה בזכות חוקתית, נדרש הוא לערוך איזון בין השיקולים השונים הצריכים לעניין, לרבות האינטרס הציבורי (אהרן ברק פרשנות במשפט – פרשנות חוקתית כרך שלישי 708 (1994)).

33. לו בגלגולה הראשון של העתירה היינו, דומה כי חלקי היה עם אלה אשר סברו כי גם אם החוק הוארך מספר פעמים בעבר, הרי שנוכח חילופי הממשלה והכנסת אין לדעת אם לא יוכנסו תיקונים בחוק שייתרו את הביקורת השיפוטית. לצערי, בנקודת הזמן הנוכחית, לאחר שפסק דינו של בית משפט זה ביחס לחוק בנוסחו הראשוני ניתן, ואין לומר כי השינויים שהוכנסו בו משקפים יישום מהותי של העקרונות שהותוו בו, איני סבורה כי ניתן להניח כי בכוונת הממשלה או הכנסת לשנות באופן משמעותי, בעתיד הנראה לעין, מההסדר הקיים, כל עוד הוא עומד על כנו.

34. הפסול שבחוק טבוע בכלל שבו, בעקרון הרחב שהוא מחיל, ועל כן איני רואה כיצד ניתן יהיה להסיר את הפגיעה הבלתי חוקתית בזכות לחיי משפחה ובשוויון מבלי להורות על בטלות החוק כולו. גם בנוסחו הנוכחי של החוק, לאחר שתוקן, עומדים בעינם הטעמים שפורטו בעניין חוק האזרחות הראשון ומחייבים את הקביעה כי החוק בטל. בה בעת, ההחלטה על הסעד שיושט בגין הפגיעה בזכות החוקתית אינה יכולה להתעלם, לטעמי, מכך שלסעד של בטלות עלולה להיות השפעה ממשית ביותר על בטחון הציבור ושלומו. זהו אינטרס ציבורי כבד משקל שהמחוקק רשאי להבטיחו על-ידי הגבלת כניסתם של זרים לשטח המדינה, תוך שמירה על הסטנדרד החוקתי שמתווה פסקת ההגבלה. על רקע הקושי האמור, עמדתי היא כי נכון יהיה לבטל החוק, תוך השהיית כניסתה לתוקף של הכרזה זו ב- 12 חודשים, באופן שיתאפשר למחוקק להעמיד הסדר חוקי אחר, מידתי, תחת החוק, או לבצע כל היערכות אחרת, כפי שיראה לנכון. אבקש להבהיר.

35. בבסיס עמדתי, עומדת ההכרה בתכליתו הביטחונית של החוק, שגם כיום ניצבת על מכונה. הגם שעמדת המדינה טעמיה ביטחוניים, בסופו של דבר, נושא הכניסה לישראל קשור קשר הדוק לנושא ההגירה לישראל. לישראל, ככל מדינה ריבונית, זכות לקבוע בחוק את מדיניותה ביחס להגירתם של זרים אל תחומה, לרבות למטרות נישואין. הסדרים אלה נדרשים, כאמור, לעמוד ברף שמציבה פסקת ההגבלה בחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו. באופן כללי ורחב מהנדרש לדיון הנוכחי יצוין כי מדיניות ההגירה שראוי למדינה לאמץ, היא סוגיה מורכבת שמדינות רבות התחבטו בה ונדרשו להסדרתה בחקיקה בעשורים האחרונים. זוהי סוגיה רחבה שנכנסים תחתיה נושאים שונים, וביניהם הגירה לצרכי נישואין. פסק דין זה אינו המסגרת המתאימה להידרש לנושא זה, ואין הדבר נדרש להכרעה. אסתפק בכך שאציין כי ישראל אינה יוצאת דופן בהקשר זה, ואף היא מתמודדת בשנים האחרונות עם שאלות שונות ומגוונות שבליבתן רצונם של זרים להגר אל ישראל ולהשתקע בה מטעמים שונים (להרחבה בעניין זה ראו למשל: שלמה אבינרי, ליאב אורגד, אמנון רובינשטיין "התמודדות עם הגירה גלובלית: מתווה למדיניות הגירה לישראל" נייר עמדה (בעריכת רות גביזון, מרכז מציל"ה, 2009)).

העתירה הנוכחית, כמו-גם עתירות רבות אחרות בסוגיות שונות שנוגעות לבקשות להגר אל ישראל ולהשתקע בה, אך מלמדת על הצורך הדוחק בקביעת הסדר הגירה חוקי כולל לישראל, שיגובש על בסיס ערכיה כמדינה דמוקרטית המקפידה בזכויותיהם של אזרחיה ותושביה כולם, תוך שהיא שומרת על אופייה כמדינת הלאום של העם היהודי. טוב יעשה המחוקק אם יידרש לגיבושו של הסדר חוקי כולל, שיביא בחשבון את מכלול הסוגיות השיקוליים והאינטרסים הרלוונטיים בהקשר זה, כמו-גם את אופייה וצרכיה הייחודיים של מדינת ישראל. הסדר חוקי בנושא ההגירה לישראל יכול שיכלול מגבלות שונות על ההגירה

לתחומה, כל עוד אלה מוחלות באופן שוויוני על כלל הזרים המבקשים להתאזרח. כך, ראינו בשנים האחרונות מדינות שונות שהגבילו את ההגירה לתחומן, החל מקביעת מכסות, עבור בקביעת תנאי סף סוציאליים, תרבותיים וכלכליים, הטלת מגבלות גיל להגירה ועוד (ראו הסקירה המובאת ביחס למדינות שונות באירופה במאמרם של רובינשטיין ואורגד, בעמ' 328 - 341).

36. כאמור, לא לנו לקבוע האם יקבע המחוקק הסדר חלופי תחת זה הבטל, ואם כך יעשה - אם יהיה זה הסדר מקיף של תחום ההגירה או הסדר מצומצם יותר לתכלית הביטחונית, שייתן מענה ראוי לקשיים שעליהם עמד בית משפט זה כבר בעניין חוק האזרחות הראשון. ככל שדברים אמורים בגיבוש הסדר חלופי שיבקש מענה חוקי לתכלית הביטחונית, רואה אני להעיר כי נכון יהיה לבחון אפשרות לקבוע הסדר המבוסס על בדיקות פרטניות מקיפות בשילוב אמצעי בקרה ופיקוח אפשריים נוספים. כפי שציינתי, ספק אם די בבדיקות הפרטניות לבדן כדי להשיג את התכלית הביטחונית הלגיטימית. ואולם, ככל שהן תצטרפנה לאמצעים אחרים, הן תהיינה בבחינת הרע במיעוטו, שיש בו כדי להשיג את התכלית הביטחונית, גם אם לא במלואה, ולהימנע מפגיעה בלתי מידתית בזכות לחיי משפחה. למחוקק שיקול הדעת המלא כיצד לפעול. בצד זה, מצאתי להצביע על תנאים שאותם ניתן להוסיף לבדיקות הפרטניות, כדי להדגים כי בטלותו של החוק אינה חייבת להותיר את המחוקק בידים ריקות.

הסדר ראוי יכול לדמות בבסיסו למתווה שהוצע על-ידי השופט לוי בגלגולו הראשון של ענייננו, בעניין חוק האזרחות הראשון (בעמ' 564 - 565), אשר כלל שלושה רכיבים עיקריים: בידוק פרטני ויסודי ככל הניתן בנסיבות; התניית הטיפול בבקשה לאיחוד משפחות בכך שבן הזוג הזר אינו שוהה שלא כדין בישראל ולא ישהה בה כל עוד לא הותרה כניסתו ארצה; דרישה על הצהרת נאמנות למדינת ישראל ולחוקיה, תוך זניחת הנאמנות לכל מדינה או ישות מדינית אחרת. על אלה ניתן להוסיף ולקבוע כתנאי סף להתאזרחות בישראל תקופת שהיה מינימאלית ארוכה יותר בישראל, כאשר בן הזוג הזר הינו תושב האזור או נתין מדינת סיכון. הסדר נוסף שיכול לבוא בחשבון הינו קביעה כי מעורבותו של אדם שנכנס לישראל במסגרת הליך של איחוד משפחות בביצוע עבירות פליליות חמורות תהווה עילה להפסקה מיידית של הליך איחוד המשפחות.

37. שלוש הערות נוספות רואה אני לנכון להוסיף, לפני סיום:

א. להשקפתי, התניית בדיקת הבקשה לאיחוד משפחות בכך שבן הזוג הזר לא יהיה שוהה בלתי חוקי בישראל כל עוד לא ניתן לו ההיתר להיכנס ארצה למטרה זו, היא בבחינת תנאי יסודי לכלל הסדר מעין זה שתואר, הן משום

התכלית הביטחונית של החוק, הן משום הציפייה מזר המבקש להיכנס למדינה לציית לחוקיה, ולא לכפות עליה את שהייתו במדינה לאחר ש"קבע עובדות בשטח", נכנס למדינה ולעיתים אף הקים בה כבר משפחה וטוה קשרים משפחתיים, חברתיים ותעסוקתיים.

ב. תנאים שלאחר הכניסה לישראל - הדעת נותנת כי נוכח "חזקת המסוכנות" הביטחונית הנשקפת מתושב האזור או נתין מדינת סיכון עבורו מתבקש איחוד המשפחות, הבדיקה בעניינו אינה מסתיימת אך עם כניסתו לישראל במסגרת הליך של איחוד המשפחות ובדיקה עדכנית של הסיכון הנשקף ממנו תיערך מעת לעת, כפי שהדבר נעשה אף כיום במסגרת ההליך המדורג. בהקשר זה סבורני כי המדינה מוסמכת לקבוע את האפשרות להתנות כניסתו של אדם לישראל בתנאים מסוימים, שמטרתם לצמצם הסיכון הביטחוני הנשקף ממנו, דוגמת איסור ביקור במקום מושבו המקורי או איסור על יצירת קשר עם גורמים מסוימים שם אם מעורבים הם בפעילות נגד ביטחון המדינה. ככל שבידי רשויות הביטחון יצטבר מידע אשר יצביע על כך שתנאים אלה הופרו, ניתן יהיה לקבוע כי הדבר יהווה עילה להפסקת ההליך.

ג. אם הגורמים המקצועיים אצל המשיב יסברו כי קיים הבדל בין שטחי יהודה והשומרון לבין רצועת עזה ומדינות הסיכון, ככל שדברים אמורים ביכולת איסוף המידע לצורך עריכת בדיקה אינדיבידואלית, איני שוללת את האפשרות כי ההסדר שייקבע יבחין בין אלה לאלה, באופן שייקבע כי כל עוד נמשך מצב העוינות, אין אפשרות לבצע בדיקה אינדיבידואלית של בקשות לאיחוד משפחות עבור בני זוג זרים שמוצאם ברצועת עזה או במדינות הסיכון. ממילא לא יתאפשר במקרים אלה איחוד משפחות.

הערות לסיום

38. האפשרות לתקן את החוק הועלתה בגלגולה הראשון של עתירה זו, בעניין חוק האזרחות הראשון, לא רק על-ידי השופט לוי, אלא אף על-ידי הנשיא ברק שסבר כי ראוי לאפשר למחוקק פרק זמן הולם לקביעתו של הסדר חלופי. יהיה אפוא, מי שיתהה מדוע מצאתי אף אני להמליץ על שהיית הכרזת הבטלות כאשר במבחן המציאות לא בחר המחוקק להכניס בחוק שינויים ברוח פסק הדין.

שני טעמים מוליכים אותי למסקנה כי יש להשהות את כניסתה לתוקף של ההכרזה על בטלות החוק. הטעם האחד הינו כי בסופו של יום, מדובר בנושא מורכב שיש לו חשיבות ציבורית רבה. ברי בעיני כי בנושא כה מורכב, שומה על המחוקק לשקול הנושא על מכלול היבטיו ולגבש הסדר ראוי ומאוזן, או לחלופין להיערך למציאות שתיווצר כאשר החוק לא יעמוד עוד בתוקף. לשם כך נדרשת שהות מספקת. הטעם השני עניינו בכיבוד הדדי בין רשויות המדינה. כפי שציניתי, כשופטים, אין זה מתפקידנו ואין זה בסמכותנו לקבוע עבור המחוקק אם לחוקק הסדר חלופי ומהו ההסדר החוקי הנכון וההולם. זהו תפקידו ומומחיותו של המחוקק. תפקידנו ומומחיותנו המקצועית היא להעביר את ההסדר שנבחר תחת שבט הביקורת ולקבוע אם חוקתי הוא אם לאו (והשוו: ברק – מידתיות, בעמ' 504 – 505). ההסדר החוקי יגובש וייקבע על-ידי המחוקק, אם ימצא לנכון לעשות כן. יחס של כבוד אל הכנסת שבו אנו מצווים, משמעו כי מקום שנמצא כי חוק שיצא תחת ידה אינו חוקתי, יתאפשר לה לקבוע האם יש צורך בהסדר חלופי ומה יהיו פרטיו. ואולם, הכבוד בין רשויות המדינה ראוי לו שיהיה הדדי. חזקה אפוא על הכנסת כי ככל שתבחר לקבוע הסדר חלופי, ייעשה הדבר לאור הקו המנחה של פסק דין זה ושל קודמו. הדברים מקבלים משנה תוקף לאור הודעת העדכון של המדינה וההסדר החוקי החדש המתגבש.

לא נותר לי אלא לשוב ולהזכיר את דבריו של מ"מ הנשיא (כתארו אז) לנדוי:

"יש לנו מקורות כשרים לפסיקתנו ואין לנו צורך, ואף אסור לנו בשבתנו לדין, לערב בה את השקפותינו האישיות כאזרחי המדינה. אבל עדיין רב החשש שבית-המשפט יראה כאילו נטש את מקומו הראוי לו וירד אל תוך זירת הוויכוח הציבורי, ושהחלטתו תתקבל על-ידי חלק מן הציבור בתשואות ועל-ידי חלקו האחר בדחייה גמורה ונרגשת. במובן זה אני רואה עצמי כאן, כמי שחובתו לפסוק על-פי הדין בכל עניין המובא לפני בית-המשפט כדין, היא דווקא כופה עלי הר כגיגית, ביודעי היטב מראש שהציבור הרחב לא ישים לבו להנמקה המשפטית אלא למסקנה הסופית בלבד ובית-המשפט בתור מוסד עלול להיפגע במעמדו הראוי לו, מעל למחלוקות המפלגות את הציבור. אך מה נעשה וזה תפקידנו וזו חובתנו כשופטים" (בג"ץ 390/79 דויקאת נ' ממשלת ישראל, פ"ד לד(1) 1, 4 (1979).

לו תישמע דעתי, אציע לחבריי לקבוע כי חוק האזרחות והכניסה לישראל (הוראת שעה), התשס"ג – 2003 בטל וכי ההכרזה על בטלותו תיכנס לתוקף בתוך שנה מיום פרסום פסק דין זה. במהלך תקופה זו, יש לקוות, תיבחן האפשרות לקבוע הסדר חלופי מידתי, שיאזן בין צרכי הביטחון של ישראל לערכיה כמדינה דמוקרטית.

39. אחר הדברים הללו קראתי את חוות דעתם המשלימות של חבריי, ובכללן של חברתי, השופטת נאור. כפי שמציינת חברתי, וכפי שעולה גם מדבריי שלעיל, שותפה אני לעמדתה כי מכוח ריבונותה נתונה למדינה סמכות להגביל את כניסתם של זרים לתחומה ואין זר שיש לו זכות קנויה להיכנס ארצה. למעשה, דומה כי אין מי בינינו שיחלוק על עקרון יסוד זה. עיון בעניין חוק האזרחות הראשון יעלה קיומה של הסכמה רחבה בסוגיה זו. כך, הנשיא ברק, שסבר כי דין החוק בטלות, ציין:

“...מקובל עליי כי כל מדינה, לרבות מדינת ישראל, רשאית לקבוע לעצמה מדיניות הגירה. במסגרתה של זו, רשאית היא להגביל כניסתם של זרים...לשטחה. אין המדינה חייבת לתת לזרים להיכנס לתוכה, להתיישב בה ולהפוך לאזרחיה. מפתח הכניסה למדינה נתון למדינה. לזרים אין זכות לפתיחתה של הדלת” (עניין חוק האזרחות הראשון, בעמ’ 351).

המשנה לנשיא מ’ חשין, שסבר כי יש לדחות העתירות נגד חוקתיות החוק הביע בנקודה זו עמדה עקרונית דומה:

“דין הוא בישראל: מי שאינו אזרח ישראל או עולה לפי חוק השבות, אין קנויה לו זכות להיכנס לארץ או להתגורר בה אלא בהיתר שיקבל מן הרשויות...זה דינו של זר יחיד וזה דינו של בן-זוגו הזר של אזרח ישראל. תחנת המוצא למסע הפרשנות היא אפוא זו, שחוק המדינה אינו מקנה לבן-זוגו הזר של אזרח ישראל זכות להיכנס לישראל, לשבת בה קבע או לזכות באזרחות המדינה מכוח הנישואין” (שם, בעמ’ 386).

עמדה זו ביטאו גם השופטת (כתוארה אז) ד’ ביניש (בעמ’ 462), השופט ס’ ג’ובראן (בעמ’ 485) והשופט לוי (בעמ’ 561).

ואולם, ההכרה בזכותה של המדינה לקבוע את דיני הכניסה לתחומה אינה סופה של דרך. במוקדו של עקרון זה ניצב הזר המבקש להיכנס לישראל. חוות דעתי, כמו-גם דעתם של השופטים האחרים שסברו כי דין החוק בטלות, ממקדת המבט לא אל הזר שכלפיו אין לישראל חובות בכל האמור בכניסה לשטחה, אלא אל בן הזוג שהינו אזרח ישראלי, ואל זכויותיו. במצב דברים זה נוצרת, כפי שהסבירה בבהירות חברתי השופטת נאור בעניין חוק האזרחות הראשון ובגלגולו הנוכחי של נושא זה, “גזרת

התנגשות" בין זכותו של האזרח הישראלי לחיי משפחה לבין זכותה של המדינה לקבוע מי ייכנס לתחומה. עמדת חברתי השופטת נאור כי טוב היה לו יכולים היינו להימנע מלהיכנס לגזרת ההתנגשות האמורה מקובלת אף עליי ולוואי יכולים היינו לעשות כן, ואולם אני סבורה כי הפגיעה בזכויות היסוד שפורטו אינה מאפשרת הימנעות שכזו, גם כאשר נוקטים אנו ריסון רב. ההכרעה בגזרת התנגשות זו היא פרי בחינה חוקתית סדורה שבליבתה איזונים בין שיקולים שונים. בחינה זו אינה מניחה כי עצם קיום זכותה של המדינה לקבוע מי זכאי לבוא בין שעריה מביאה את הדיון לסיומו, אלא היא מחייבת לבחון כיצד הפעילה המדינה סמכותה זו ומה טיב פגיעתה בזכויות יסוד של אזרחי המדינה. כך נמצאנו דנים בשאלת מידתיות החוק. ודוק: דבריי אין משמעם, לא במפורש וגם לא במשתמע, כי דה-פקטו נתונה לאזרח המדינה ההחלטה מי ייכנס לתחומה. כל משמעם הוא כי ההסדר בו תבחר המדינה צריך לעמוד בדרישות פסקת ההגבלה שבחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו. הא ותו לא.

ש ו פ ט ת

השופט ח' מלצר:

מבוא

1. המכלול שהונח כאן לפנינו הוא אכן מורכב וקשה. עם זאת לאחר עיון בחומר הרב שהוגש וכן בטיעוני הצדדים שהוצגו לנו בהרחבה, בכתב ובעל-פה, הגעתי למסקנה כי דין הצו-על-תנאי שהוצא בתיק זה – להתבטל. עיקר טעם הדבר נעוץ בכך שהשתכנעתי מהעמדה אותה שטחו המשיבים ועל פיה אין פה מקום להתערבות על פי העילות המוכרות, שכן ההסדרים שננקטו בחוק שנתקף הינם, לעת הזו, בבחינת הרע במיעוטו וכי מוטב להישמר מאשר להצטער (כלל זה מנוסח באנגלית במילים: Better Safe than Sorry). בתחום שבו אנו עוסקים – כמו בענפי ממשל ומשפט אחרים – עדיף העיקרון המשקף את האמירה הנ"ל של זהירות מונעת (Precautionary Principle). כלל זה קונה לו שביטה בשנים האחרונות בנושאים שונים ודומה שיש להחילו גם בענייננו.

נוכח ההיקף האדיר של הכתיבה השיפוטית והאקדמית עד הנה בסוגיות המתעוררות בעתירות – אשתדל להצדיק את התוצאה אליה הגעתי תוך התמקדות רק באותן שאלות שבמחלוקת גיליתי בהן זוויות ראייה עובדתיות ומשפטיות שלא נדונו בעבר. אנסה לפיכך להימנע מלחזור על עניינים והפניות שכבר זכו להתייחסויות, אלא אם כן בינתיים נוספו אסמכתאות, או נימוקים חדשים הקוראים לאיזכור.

הילוך הדיון וההנמקה יתנתב איפוא כדלקמן:

תחילה אציג את העתירות הנוכחיות ואת הבסיס הנורמטיבי שבתשתיתן, לאחר מכן אביא נתונים עדכניים שברקע החוק, מושא העתירות, וזאת בראי המצב הביטחוני (כפי שנמסרו לנו על ידי המשיבים); בהמשך אביא את תגובות העותרים לעובדות הנטענות.

בתום פרק זה אכנס לליבון המשפטי ובמסגרתו אראה כי לשיטתי:

(א) במשפט הישראלי ובמשפט המשווה – לא הוכרה זכותו של בן זוג אזרח לגרום לכך שמי שהוא מבקש לחיות עמה או עמו (בין בקשרי נישואין, בין בדרך אחרת) – ישיג אזרחות, או מעמד אחר של שהיה במדינת האזרחות של הראשון. מכאן שאין בנמצא זכות חוקתית מהסוג הנטען על ידי העותרים, ודי בכך על מנת לדחות את העתירות.

(ב) אפילו נאמר שהחוק, מושא העתירות, פוגע בזכויות חוקתיות כנטען – הוא עומד בדרישות "פיסקת ההגבלה החוקתית", המאפשרת את הדבר, אם וככל שתנאי מתקיימים בחוק הפוגע.

(ג) לעניין "פיסקת ההגבלה" – אצביע על כך כי:

(1) החוק, מושא העתירות, הולם את ערכיה של מדינת ישראל, בנסיבות בהן היא נתונה.

(2) החוק, מושא העתירות, משרת תכלית ראויה: לשמור על בטחון המדינה ובטחון כל אזרחיה והשוהים בה.

(3) החוק, מושא העתירות, ככל שהוא מגביל זכויות חוקתיות – הוא איננו עושה כן במידה העולה על הנדרש. לעניין זה אציג את עקרון הזהירות המונעת, שמקובל להחילו בעולם בתחומים שבהם החברה עומדת בפני סיכונים לא ודאיים רבי היקף. אני מציע ליישם עיקרון זה גם על ענייננו ומתוך כך לא להתערב בעמדת המחוקק, שנקט בגישה של: "הישמר פן תצטער". בהקשר זה אדגיש שהחלופות שהוצגו ע"י העותרים ובהן בדיקה אינדיבידואלית של המבקשים להיכנס לישראל עקב קשרי חיתון – אין בהן תשובה לקשיים

הביטחוניים המתעוררים במכלול והבדיקה האינדיבידואלית המוצעת איננה ריאלית, על פי הערכת גורמי הביטחון.

(ד) החוק, מושא העתירות, ערוך במתכונת של הוראת שעה מתחדשת. בכך יש גם יתרונות (ולא רק חסרונות), שכן הדבר מאפשר בדיקה תקופתית של החוק. בהקשר זה אציע כי בעתיד הקרוב תיבחן האפשרות להקל על מעמדם של הקטינים הנזכרים חוק.

אסיים בלקחים תלמודיים ובהבעת תקווה שבמהרה נגיע למצב שבו לא יהיה עוד צורך בחוק.

אפרט עתה ראשון-ראשון ואחרון-אחרון.

תאור העתירות הנוכחיות והבסיס הנורמטיבי

2. עתירות אלה שבפנינו מעלות מחדש את שאלת החוקתיות של הוראותיו הנוכחיות של חוק האזרחות והכניסה לישראל (הוראת שעה), התשס"ג-2003. זאת בעקבות צו-על-תנאי שהוצא בתאריך 5.5.2007, אשר כוון אל המשיבים ודרש מהם לבוא וליתן טעם מדוע לא יצהיר בית משפט זה על בטלותו של החוק האמור (להלן גם: החוק, ובשילוב התיקונים שהוכנסו בו: החוק המתוקן).

3. כידוע, נוסח קודם של החוק נבחן במסגרת בג"ץ 7052/03 עדאלה נ' שר הפנים, פ"ד סא(2) 202 (2006) (להלן: עניין עדאלה). חמישה מבין השופטים בהרכב שדן בפרשה זו (המשנה לנשיא (בדימ') דאז מ' חשין והשופטים: א' ריבלין (כתוארו אז), א' גרוניס, מ' נאור ו-י' עדיאל) קבעו כי יש לדחות את העתירות בין משום שסברו כי החוק אינו פוגע בזכויות מוגנות מכוח חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו ובין משום שהגיעו למסקנה כי הפגיעה בזכויות עומדת בדרישות פיסקת ההגבלה. חמישה שופטים אחרים (הנשיא דאז, א' ברק והשופטים: ד' ביניש (כתוארה אז), א' פרוקצ'יה, ס' ג'ובראן ו-א' חיות) קבעו כי החוק פוגע שלא כדין בזכויות יסוד מוגנות מכוח חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו (הזכות לחיי משפחה והזכות לשוויון) ואיננו עומד בדרישות פיסקת ההגבלה. לפיכך הם ראו להכריז על בטלותו, תוך השעיה מסוימת של תוצאת הבטלות (עיינו: פסקה 114 לחוות דעתו של הנשיא א' ברק). השופט א' א' לוי הצטרף לעמדה כי החוק פוגע שלא כדין בזכויות מוגנות, אך קבע כי אין להכריז על בטלות החוק, שכן יש לאפשר לכנסת להעמיד בתוך תשעה חודשים הסדר משופר, אשר ימזער את הפגיעות שבחוק (עיינו גם בפסקאות 1, 9 ו-11 לחוות דעתו הנוכחית).

בשים לב לעמדות הנ"ל – העתירות בעניין עדאלה נדחו בסופו של דבר (הצגת דעות השופטים כנ"ל היא במתכונת המופיעה במאמרם של ברק מדינה ואילן סבן: "זכויות האדם ונטילת סיכונים: על דמוקרטיה, 'תיוג אתני' ומבחני פסקת ההגבלה" משפטים לט 47 (2009); להלן: מדינה וסבן)).

4. לאחר שניתן פסק הדין בעניין עדאלה הוארך תוקפו של החוק פעמיים על ידי הממשלה, באישור הכנסת, מכוח הסמכות שהיתה קבועה בסעיף 5 לחוק ואיפשרה זאת.

לאחר מכך – במארכ 2007 – החוק תוקן והוכנסו בו שינויים (שהמשיבים רואים אותם כמיטיבים ואילו העותרים משיגים גם עליהם). ראו: ס"ח 2092 מתאריך 28.3.2007, עמ' 295 (להלן: התיקון).

נגד החוק, בנוסחו החדש (להלן כאמור: החוק המתוקן), הוגשו העתירות שלפנינו ובתקופה שבה העתירה תלויה ועומדת הוארך תוקפו של החוק המתוקן פעמים אחדות על ידי הממשלה באישור הכנסת, מכוח הסמכות הקבועה בחוק המתוקן בסעיף 5 בו, כך שבעת כתיבת חוות דעת זו החוק המתוקן צפוי לעמוד בתוקפו (אם לא יוארך שוב) עד לתאריך 31.1.2012 (ראו: צו האזרחות והכניסה לישראל (הוראת שעה) (הארכת תוקף החוק) (מס' 2), התשע"א-2011 מתאריך 23.7.2011 – פורסם בק"ת 7019 מתאריך 31.7.2011 בעמ' 1198).

5. החוק המתוקן קובע כי שר הפנים לא יעניק אזרחות ישראלית או רישיון לישיבה בישראל למי שהוא תושב של יהודה ושומרון או של חבל עזה (להלן: האזור), או למי שהוא אזרח או תושב של: איראן, לבנון, סוריה או עיראק. עוד קובע החוק המתוקן כי המפקדים באזור לא יתנו לתושבים באזור היתר לשהייה בישראל. הוראה זו לא חלה על תושב ישראלי באזור.

להוראה זו נקבעו מספר סייגים (שעיקרם עמד בתוקף עוד טרם שניתן פסק הדין בעניין עדאלה). מכוחם של חריגים אלה הוסמכו הגורמים הממונים הנזכרים בחוק:

(א) ליתן היתר שהייה, להבדיל ממעמד של אזרח או תושב, לתושב אזור שגילו מעל 35 שנים ולתושבת אזור בת 25 שנים לפחות, לשם מניעת הפרדתם מכן זוגם השוהה כדין בישראל.

(ב) להרשות את ישיבתו בישראל (במעמד תושב) של קטין עד גיל 14, ואת שהייתו בה של קטין שגילו מעל 14 – לשם מניעת הפרדתו מהורו המשמורן השווה כדין בישראל.

(ג) להתיר שהייה בישראל למטרות: עבודה, קבלת טיפול רפואי, או למטרה זמנית אחרת.

(ד) ליתן מעמד בישראל, ולמצער היתר לשהייה בה, למי שמזדהה עם המדינה ויעדיה ופעל – הוא או בן משפחתו – לקידום הביטחון, הכלכלה, או עניין חשוב אחר, או שיש למדינה עניין מיוחד בהסדרת מעמדו כאמור.

(ה) להתיר את שהייתו הזמנית בישראל של מי שבקשתו הוגשה עוד טרם שנכנסה לתוקפה, בשנת התשס"ב-2002, החלטת הממשלה, אשר שימשה בסיס לחוק המתוקן.

6. בתיקון (משנת 2007) הוכללו בחוק המתוקן מספר חידושים (שחלקם צוין ושולב כבר בתיאור שהובא בפסקה 5 שלעיל), שיפורטו להלן:

(א) הוחק בגדרו סעיף 1א3, שמכוחו הוקמה ועדה לבחינתם של מקרים הומניטריים מיוחדים. הוועדה הוסמכה להמליץ בפני שר הפנים להתיר ישיבת-ארעי או שהייה בישראל למי שחל עליו האיסור מלכתחילה ואשר מבקש להתאחד עם בן זוגו השוהה בישראל כדין, מטעמים הומניטריים מיוחדים. השר הוסמך לקבוע בצו, באישור הממשלה, מכסה שנתית מירבית של רשיונות או היתרים כאמור. עם זאת נקבע כי קשר הזוגיות או ההורות אינו מקים כשלעצמו טעם הומניטרי מיוחד לעניין זה.

(ב) הורחבה פריסתו של החוק כך שהוא יחול לא רק על תושבי האזור (כאמור בפסקה 5 שלעיל), אלא גם על אזרחים או תושבים של ארבע מדינות אויב: איראן, לבנון, סוריה ועיראק. עם זאת לגבי מבקש רישיון תושב סוריה, שכן זוגו הוא בן העדה הדרוזית השוהה כדין בישראל ומתגורר בשטח רמת הגולן (שהוחל עליו המשפט, השיפוט והמינהל של מדינת ישראל) – נקבע כי קשר הזוגיות עשוי להיחשב לגביהם כטעם הומניטרי מיוחד.

(ג) הורחבה הוראתו של סעיף 3ד לחוק, שעוד קודם לתיקון הכפיף את הבאים בחריגיו (הרשאים לקבל היתר לשהייה בישראל, או רישיון לישיבה בישראל) לבדיקה ביטחונית – לבירורים אפשריים נוספים. בנוסח המתוקן נקבע כי אדם עלול להקים

סיכון ביטחוני למדינת ישראל לא רק אם קיים מידע על אודות סיכון הנשקף ממנו או מבן משפחתו, אלא אף אם "במדינת מושבו או באזור מגוריו מתבצעת פעילות העלולה לסכן את ביטחון מדינת ישראל או אזרחיה".

7. העותרים סברו כאמור כי השינויים שהונהגו בחוק בשנת 2007 הרעו את המצב המשפטי ששרר קודם לכן, ולכן עתרו מחדש, בעוד שהמשיבים גרסו ועדיין גורסים כי מדובר – במבט כולל – בהוראות מיטיבות ולכן אין מקום לבירור נוסף במכלול במסגרת עתירה זו. בחרתי שלא להכריע בקושיה זו, שהרי יש בתיקון (משנת 2007) גם הוראות מיטיבות (הקמת הוועדה המקצועית לבחינת מקרים הומניטריים מיוחדים וסמכויותיה, למשל) וגם הוראות מכבידות (הרחבת הבדיקה הבטחונית הנוספת והוספת עילת סירוב, למשל). לכן גם כינתי את החוק (בנוסחו המשולב, על תיקוניו) – בשם ניטראלי: החוק המתוקן, והגעתי לתובנה שאין מקום להחיל כאן את הדוקטרינות המונעות היזקקות חוזרת של בג"צ לעניינים שהוכרעו בפסקי דין קודמים, החלות, לעתים, אף בהקשרים של פסיקה קונסטיטוציונית. תפיסות אלו, המניחות שככלל אין זה ראוי לפסוק בהליך מאוחר כי חוק שנקבע בפסק דין מוקדם יותר שהוא חוקתי – הפך בינתיים לבלתי חוקתי, נועדו לשמור על היציבות המשפטית ובין השאר בעטיין נוצר גם הנוהג שעתירות קונסטיטוציוניות, שלגביהן מוצא צו-על-תנאי ביחס לחוקתיותו של חוק – נשמעות אצלנו בהרכבים מורחבים. ראו: זאב סגל "הדרך לביקורת שיפוטית על חוקתיות של חוקים – הסמכות להכריז על אי חוקתיות חקיקה – למי?" משפטים כ"ח 239 (תשנ"ז). לסוגיה זו בכללותה – עיינו עוד: בג"ץ 7198/93 מיטראל בע"מ נ' שר התעשייה והמסחר, פ"ד מח(2) 844, 852-853 (1994) (להלן: עניין מיטראל); בג"צ 5991/10 "אומץ" אזרחים למען מינהל תקין וצדק חברתי משפטי נ' מדינת ישראל (טרם פורסם, 27.9.2011) (להלן: עניין אומץ); יגאל מרזל, סדרי הדין בעתירות לענין תוקף החוק, 38-40 (עתיד להתפרסם בספר אליהו מצא (בהוצאת עיוני משפט ונבו)), המפנה גם למשפט משווה, שמתוכו ראוי לצטט את סעיף 152 לחוקה התורכית הקורא כך (בתרגום לאנגלית): "No allegation of unconstitutionality shall be made with regard to the same legal provision until ten years elapse after the publication in the Official Gazette of the decision of the Constitutional Court dismissing the application on its merits"; השוו גם: אליעד שרגא ורועי שחר המשפט המינהלי כרך 2 (עילות סף) 299-296 (2007); בג"ץ 551/99 שקם בע"מ נ' מנהל המכס והמע"מ, פ"ד נד(1) 112, 128-117 (2000).

עם זאת אין המקרה שלפנינו מתאים לישום הדוקטרינה הנ"ל של מעשה בית דין, שתחול כאמור על דרך הכלל (השוו: עניין אומץ) – משורה של טעמים:

(א) עבור הזמן (עיינו: עניין מיטראל).

(ב) בפסק הדין הקודם בעניין עזאלה היו מספר "דעות רוב" ו"דעות מיעוט" בנושאים שונים, ועובדה זו דוחקת לבחינה חוקתית מחודשת של הדברים, נוכח התיקון והשתלבותו במכלול.

(ג) ההלכה גורסת שגם כאשר מדובר בשינויי חקיקה הכוללים רק הוראות מיטיבות – ראוי לבצע עיון חוזר באיזונים (השוו: בג"ץ 6055/95 צמח נ' שר הביטחון, פ"ד נ"ג(5) 241 (1999); חוות דעתי ב-בג"ץ 6784/06 רס"ן שליטנר נ' הממונה על תשלום הגימלאות בצה"ל (טרם פורסם, 12.1.2011)).

(ד) העובדה שמדובר בהוראת שעה (מתחדשת).

(ה) הנתון שהוצא כאן צו-על-תנאי בעתירות.

הנה כי כן עלינו להידרש לגופם של דברים וכך נעשה בהמשך ואולם טרם שאנו מגיעים לדיון האמור עלינו להביא מספר עובדות-רקע על פי התשובה המשלימה שנמסרה לנו מטעם המשיבים.

נתונים עדכניים על אודות החוק המתוקן בראי המצב הביטחוני (כפי שנמסרו על ידי המשיבים ולגישתם)

8. נקודת המוצא של החוק המתוקן היא כי בעת הזו לא ניתן לערוך אבחון פרטני לצורך ניבוי מסוכנות לגבי כלל הבקשות להשתקעות בישראל עקב הליך איחוד משפחות. לפיכך נקבע בחוק המתוקן מודל המבוסס על פרופילי סיכון.

המודל יצר שורה של הסדרים שתפקידם לגדר את הסיכון, ולהביאו לכדי סיכון מחושב, שהחברה הישראלית הנתונה למתקפות טרור יכולה לשאת, לשיטת המשיבים. כך נקבעו, בין היתר, הסדרים מיוחדים לקבלת מעמד בישראל וכן הוחרגו נשים וגברים שאינם מצויים בקבוצות הסיכון המובהקות (גברים תושבי האזור מעל גיל 35 ונשים תושבות האזור מעל גיל 25). ניתנה אף סמכות לסטות מהסדרים אלה מטעמים הומניטריים מיוחדים.

9. לשיטת המשיבים, לאחר כחמש שנים של יישום הוראות החוק המתוקן על חריגיו, ניתן כיום להעריכו על בסיס נתונים עובדתיים מוכחים. המשיבים מצהירים כי מאז אוגוסט 2005 ועד אפריל 2010 (היא התקופה לגביה דווחנו בתשובה המשלימה מטעם המשיבים מתאריך 13.4.2010), אישר משרד הפנים מתן מעמד בישראל ל-4,118 נתיני הרשות הפלסטינית (היינו כאלף מבקשים בשנה בממוצע) על יסוד בקשות לאיחוד משפחות, וזאת בהתאם לחריגי החוק המתוקן.

לנתונים אלה יש לצרף את פעולתה של הוועדה המקצועית-הומניטרית, אשר הוקמה והחלה לפעול. עד לאפריל 2010 הוגשו לוועדה למעלה מ-600 בקשות. 282 בקשות נדונו בוועדה. 33 בקשות הועברו עם המלצה חיובית לשר הפנים ואושרו על ידו, כך שהוענקו למבקשים היתרי שהייה בישראל. חלק מן הבקשות אף הופנו למסלולים הרגילים של הדין, לאחר שהמבקשים חצו את מגבלת הגיל שנקבעה בחוק המתוקן.

מן האמור עולה בבירור, כי התמונה המצטיירת בעתירות שבפנינו, שלפיה קיים בישראל איסור גורף והרמטי על איחוד משפחות מהסוג הנדון בעתירה – איננה משקפת באופן מדויק את המציאות. הנה כי כן למרות הסיכון הביטחוני, אשר אליו חשופים אזרחי מדינת ישראל – למעלה מ-4,000 פלסטינים קיבלו בשנים האחרונות מעמד בישראל וזאת בהתאם לחריגים שנקבעו בחוק המתוקן. יתר על כן חריגים אלה מאפשרים בידוק פרטני של כ-30% מהבקשות (ראו פסקה 41 לתשובה מטעם המשיבים מתאריך 16.9.2007).

להלן אפרט נתונים רלבנטיים נוספים, העולים מהתשובה המשלימה שנמסרה לנו מטעם המשיבים בתאריך 13.4.2010:

המצב הביטחוני הנוכחי, סיכולי פיגועים במתווה של הרג המוני ומידע על כוונות לבצע פיגועים כאמור וכן פיגועי חטיפה

10. בהתאם לנתוני מערכת הביטחון, ביחס לפיגועים במתווה של הרג המוני בישראל, אשר היו בשלב מתקדם או בשלב סופי של הכנות לביצוע וסוכלו "בדקה ה-90" במהלך התקופה המדווחת הנ"ל – מתבררות העובדות הבאות:

בשנת 2006 סוכלו 42 פיגועי התאבדות או "הקרבה" (עיקר הפיגועים שסוכלו היו פיגועי התאבדות, וכן הטמנת מטעני חבלה ופיגועי ירי, המכונים על ידי

הפלסטינים: "פיגועי הקרבה" בשל הסיכוי הנמוך של המחבל לשרוד את הפיגוע); בשנת 2007 סוכלו 43 פיגועים כאמור; בשנת 2008 סוכלו 63 פיגועים כאמור. בשנת 2009 סוכלו 40 פיגועים כאמור, מתוכם 24 שמוצאם מרצועת עזה ו-16 שמוצאם באיו"ש ומתחילת שנת 2010 ועד אפריל 2010 (המועד בו הוגשה לנו ההודעה המשלימה הנ"ל) סוכלו 11 פיגועים כאמור, מתוכם שמונה שמקורם ברצועת עזה ושלושה שמוצאם באיו"ש.

11. נוסף על סיכולי "הדקה ה-90" כאמור, יצוין כי במהלך השנים 2009-2010 סוכלו על ידי שירות הביטחון הכללי עשרות כוונות לביצוע פיגועי התאבדות וחטיפה בשלבים מוקדמים יותר של תכנון ההוצאה לפועל של פיגועים מסוג זה. נמסר לנו עוד כי ארגוני הטרור, בעיקר ארגון החמאס וארגון הג'יהאד האיסלאמי, ממשיכים לנסות כל העת לבצע פיגועים בישראל וכן לגייס פעילים ונשק לביצוע פיגועים.

12. הערכת גורמי הביטחון היא כי מגמות ההקצנה בקרב האוכלוסייה הפלסטינית וכן פעילותו של ארגון החמאס כמפורט לעיל, כמו גם ביטויין ומימושן של כוונות אלו באירועים בשטח, נמצאים במגמת עלייה.

בכל הנוגע לרצועת עזה, מאז השתלטות ארגון החמאס על הרצועה ביוני 2007 הוא חותר, על פי מה שנמסר לנו, לבסס את שליטתו ברצועה. התמקדות הארגון הינה בפעילות להתעצמות צבאית, בניין הכוח ושדרוגו וזאת בדרך של הקמת מסגרות צבאיות, רכש של אמצעי לחימה והברחתם, הקמת תשתית לייצור עצמי של אמצעי לחימה לטווחים ארוכים, הוצאת פעילים לאימונים והכשרות בחו"ל (בעיקר בסוריה ובאיראן), הכנסת מומחי לחימה לרצועה, וכן שובם לרצועה של בוגרי הכשרה צבאית שסיימו "לימודיהם" בחו"ל.

להערכת גורמי הביטחון, מאז תום מבצע "עופרת יצוקה" ממשיך ארגון החמאס לבסס את כוחו הצבאי ברצועה לקראת סבב לחימה נוסף. לצידו פועלים ארגוני טרור נוספים ובראשם הג'יהאד האיסלאמי. המוטיבציה הכללית של ארגונים אלה לבצע פיגועים לעבר ישראל היא גבוהה ביותר. עניין זה בא לידי ביטוי, בין היתר, בביצוע של ירי רקטות ופצצות מרגמה מעת לעת.

בכל הנוגע לאיו"ש ולגזרת ירושלים, פעילים מדרג בינוני ובכיר בארגון הפת"ח, ובמידה רבה יותר – ארגון החמאס, מנסים להבעיר את שטחי איו"ש וירושלים ולהתניע "אינתיפאדה שלישית", אלימה ורחבת היקף.

13. מן האמור לעיל עולה, כי בניגוד לרושם בדבר שקט יחסי, שלו טענו העותרים – ארגוני הטרור הפלסטינים, לרבות אלו הפעילים בשטחי איו"ש, מנסים כל העת לשלח ולהוציא מן הכוח אל הפועל פיגועים כואבים בלב מדינת ישראל. לצורך ביצוע פיגועים במתווה של הרג המוני הם נזקקים לשיתוף פעולה של "תושבי האזור" במקור, אשר השתקעו בישראל זה לא מכבר (אלה שהגורמים העוינים מכנים "אדם מבפנים"). השימוש ב-"אדם מבפנים" הוא קריטי, בבחינת גורם בלעדיו אין, בפיגועים מסוג זה. לפיכך כמעט בכל פיגוע כזה בתחומי ישראל היה מעורב עד הנה נושא תיעוד ישראלי בשלב כזה או אחר של תכנון הפיגוע, סיוע לפיגוע או ביצועו.

החוק המתוקן הוא אחד האמצעים למנוע זאת, לדעת המשיבים, במיוחד ככל שהמדובר במי שהם במקור "תושבי האזור" ואשר אינם מוכרים מלכתחילה אצל רשויות הביטחון של ישראל כפעילי טרור, או כחברי ארגון טרור.

נתונים על אודות מעורבות בפעילות חבלנית עוינת של פלסטינים שהיו במקור תושבי אזור, המתגוררים בישראל לאחר שקיבלו מעמד בעקבות הליך איחוד משפחות

14. משעמדנו לעיל על הכוונות ועל ההיערכות לבצע פיגועים בישראל נדרשת עתה התייחסות למעורבות בפעילות טרור על ידי מי שקיבלו מעמד בישראל בעקבות הליך "איחוד משפחות". לעניין זה יובהר כי מבין המבקשים לבצע פיגועי טרור בלב ישראל, לא נפקד כאמור מקומם של מי שהם, או הוריהם, רכשו מעמד בישראל מכוח הליך איחוד משפחות. הנתונים שבידי גורמי הביטחון מלמדים, כי מאז שנת 2001 ועד שנת 2010 – 54 נתינים פלסטינים, אשר הם עצמם רכשו או ביקשו לרכוש מעמד בישראל במסגרת הליכי איחוד משפחות, או גורמים הקשורים אליהם ישירות, היו מעורבים בפעולות טרור שבוצעו בפועל, או כאלה שנמנעו ברגע האחרון.

זה המקום לציין כי עובר לפברואר 2006 (סמוך למועד מתן פסק הדין בעניין עטאלה) עמד הנתון דנן על 26 אנשים; במועד הגשת כתב התשובה לעתירות שלפנינו עמד הנתון על 47 אנשים; בעת שהוגשה ההודעה המעדכנת (אפריל 2010) דובר כבר ב-54 איש.

בהקשר זה יש לחזור ולהבהיר כי על פי תפיסת גורמי הביטחון עצם כניסתו של נתין פלסטיני לישראל במסגרת "המבחן המדורג" שרשויות ישראל נוקטות בו, היא זו ההופכת אותו ל"אטרקטיבי" – בראיית הגורמים המסכנים את ביטחון המדינה (כלומר,

פעילי ארגוני הטרור). זאת משום שהנוכחות הקבועה בישראל יש בה כדי להקל בצורה ניכרת על מי שמבקש לפגוע בישראל ובתושביה. מטבע הדברים, ככל שמדובר באדם הנושא תעודת זהות ישראלית או רישיון נהיגה ישראלי, אזי אף גוברת "תרומתו הפוטנציאלית" לגורמי הטרור. יודגש, כפי שיפורט בתת-הפרק הבא, כי קיים קושי מובנה להעריך במועד קבלת הבקשה למתן מעמד (בעקבות פתיחת הליך "איחוד משפחות") את מידת הסיכון הנשקפת מן המבקש.

כשלי האבחון הפרטני וקבוצות הגיל המצויות בפרופיל המסוכנות לביצוע פעילות חבלנית עוינת נגד מדינת ישראל בהתאם לחוק המתוקן

15. על פי נתוני גורמי הביטחון, מאז ספטמבר 2005 נפסלו 632 בקשות לקבלת מעמד בישראל מכוח איחוד משפחות. נתון זה מתייחס למי שנכלל בגדר חריגי החוק, ולפיכך עבר אבחון פרטני קודם התרת שהייתו הראשונית בישראל כדין – מכוח בקשה לאיחוד משפחות, אשר לא העלתה מניעה ביטחונית מקדמית לכניסתו, ואולם מניעה כאמור נמצאה לאחר אישור הגעתו לישראל לצרכי השתקעות כבן משפחה.

ניתוח הנתונים בעקבות האבחון שנעשה לאחר התרת הכניסה לצרכי השתקעות מלמד כי המניעה המאוחרת התבססה על העילות הבאות: הסתבר כי המבקש הוא מפגע (4 מקרים), או כי המבקש הוא פעיל טרור (149 מקרים), או כי המבקש קשור לפעילי טרור (63 מקרים), או כי המבקש סייע לארגון טרור (22 מקרים), או כי המבקש מקיים קשר שוטף עם בני משפחה שהם פעילי טרור (394 מקרים).

יובהר כי מבין 632 הבקשות שנפסלו כאמור, ב-273 מקרים התעוררה המניעה לאחר הענקת המעמד או מתן האישור הראשוני במסגרת "ההליך המדורג". באותו שלב התברר כי מבקש המעמד היה פעיל טרור, או סייען לפעילות טרור, או מי שהיה בקשר עם פעילי טרור, או מי שהיה מצוי בקשר שוטף עם בני משפחה המעורבים בטרור. לנתון זה יש לצרף 66 מקרים נוספים של מניעה מאוחרת מאותה תקופה, שבהם תושבי הרשות הפלסטינית נכנסו לישראל לאחר שקיבלו היתרים לכניסה לישראל (שלא במסגרת הליך איחוד משפחות) על בסיס בדיקה פרטנית (אשר לא העלתה מלכתחילה מניעה ביטחונית לגביהם). ואולם, לאחר שהייתם בישראל בהיתר כאמור ועל רקע בקשה שהגישו להמשך הסדרת מעמדם, התברר לגבי אותם 66 אנשים כי הם מעורבים בפעילות טרור, או עמדו בקשר עם פעילי טרור. באחד המקרים אף דובר על מי שהיה בכוונתו לבצע פיגוע בישראל. יודגש, כי בכל המקרים המנויים לעיל – המדובר במבקשים שבהם המידע שממנו עלה כי הם מפגעים, פעילי טרור או סייענים התגלה

בשלב מאוחר, לאחר שהאבחון הפרטני שנערך לאותו מבקש/ת קודם לכן ושכגיניו הותרה השהייה בישראל – לא העלה כל מידע מחשיד לגביו/לגביה.

מכאן ניתן ללמוד על הקושי המובנה שבהסתמכות על אבחון פרטני, בהתעלם מפרופיל גילאי הסיכון של תושבי הרשות הפלסטינית. הנה כי כן במקרים רבים בשלב הראשוני לא קיים בידי גורמי הביטחון כל מידע, אשר ממנו ניתן ללמוד על מניעה ביטחונית. ואולם רק לאחר שהאדם נכנס לישראל בהיתר – במיוחד היתר שניתן למטרת השתקעות בהליך איחוד משפחות – מצטבר על אודותיו מידע הקושר אותו לגורמי טרור. החשש, מטבע הדברים, הוא כי מידע זה לא יתגלה במועד, ושהייתו של אותו אדם בישראל תנוצל על מנת לפגוע במדינה ובתושביה.

בהקשר זה הדגישו המשיבים בפנינו כי פעילותם של ארגוני הטרור וגופי המודיעין של מדינות עוינות לישראל – מבוססת, כשיטה, על גיוס ואיתור של פעילים פוטנציאליים לשורותיהם, אשר אינם מוכרים לגורמי הביטחון בישראל מלכתחילה כפעילי טרור, זאת, על מנת שאותו פעיל לא יחשף מיד וכדי שפעילותו לא תסוכל בשלביה הראשונים. מכאן מתבקש שדווקא אלה שלא היו מעורבים בטרור קודם לקבלת המעמד בישראל, או כאלה שהנחת ארגוני הטרור לגביהם היא כי אינם מוכרים כפעילי ארגוני טרור, הם קהל היעד האטרקטיבי ביותר לגיוס לטרור, וזאת לאחר שהשתקעו בישראל. עבור מבקשי מעמד אלה ממילא לא יעיל כל אבחון פרטני, שכן בעת הגשת הבקשה אותם אנשים אינם מעורבים בטרור ולכן אין כל מידע מחשיד על אודותיהם.

16. על האמור לעיל יש להוסיף ולהדגיש כי נמסר לנו מטעם המשיבים שבידי גורמי הביטחון מצוי מידע חסוי, שממנו עולה באופן ברור כי שימוש באוכלוסיה מסוג זה (קרי – אוכלוסיה, אשר ההנחה היא כי אין היא מוכרת לגורמי הביטחון), נעשה – כשיטה – במתכוון של החדרה לישראל באמצעות חיתון, וזאת בהתאם להנחיות גורמי הטרור וארגוני מודיעין זרים.

17. קושי נוסף הנעוץ באבחון הפרטני, כך הצביעו המשיבים, נובע מכך שדרך האיסוף המודיעינית מעצם טיבה וטבעה איננה יכולה להגיע לכל פינה ברשות הפלסטינית, או במדינות האויב הנקובות בחוק המתוקן, או לכל אזרח ותושב שם. לפיכך לא אחת גם עבור מי שנכנס לישראל והוא כבר פעיל או תומך טרור – האבחון הפרטני לגביו איננו אפקטיבי, שכן אצל רשויות הביטחון הישראליות קיימים פערי מידע. פערים כאמור היו קיימים עת שהה צה"ל בכל שטחי האזור, והם קיימים אף

ביתר שאת מאז פינוי רצועת עזה ומאז יציאת הצבא ממרבית השטחים המאוכלסים באזורי יהודה ושומרון.

זאת ועוד – הכשלים של האבחון הפרטני מתעצמים עם הפיכתה לשגורה של התופעה המכונה "המפגע הבודד", אשר פועל ללא שיוך לארגון טרור כלשהו. הקושי לנבא התנהגות עתידית של מפגע בודד כזה מובנת מאליה, וממילא נובע הימנח גם היעדר האפשרות להתבסס על אבחון פרטני לגביו ולמנוע מראש כניסתם של מבקשים כאמור לשטחי ישראל, ואולם הדגש לענייננו הוא בכך שתופעה זו נמצאת כאמור במגמת עלייה.

עניין נוסף הקשור לאוכלוסיות "המצטרפות לטרור" לאחר כניסתן לישראל מקורו בלחץ המופעל על בני משפחות של הנכנסים (שנשארו מחוץ לישראל) לגייס את קרוביהם שנכנסו לארץ – לפעילות עוינת בישראל, ולא – יבולע להם.

18. הנתונים המפורטים לעיל מצביעים, לשיטת המשיבים, על עומק החדירה של ארגוני הטרור הפלסטינים לכל שכבות החברה בשטחים, מושאי החוק, ועל התמיכה הרבה שמקבלים הטרור וארגוני הטרור נגד ישראל בקרב האוכלוסיה האזרחית הפלסטינית, שאינה מאובחנת או מזוהה מלכתחילה כנוטלת חלק בפעילות טרור. מכך אף ניתן ללמוד, לדברי המשיבים, על המסוכנות הרבה, אשר נשקפת מכניסתם של אלפי נתיני הרשות הפלסטינית לישראל, אם זו תותר בעת הנוכחית (כאשר אין המדובר בלחימה בעלת אופי מסורתי, קרי – צבא מול צבא, אלא במעגל לחימה, לו שותפים חלקים נרחבים באוכלוסיה האזרחית) ועל הכשלים המובנים של האבחון הפרטני, בכלל, ושל אבחון פרטני שיתבצע לכלל המבקשים – יהא גילם אשר יהא ומקום מושבם אשר יהא, במיוחד.

19. לצד האמור לעיל המשיבים חזרו והדגישו כי החוק המתוקן איננו קובע כאמור איסור גורף, כפי שנטען בעתירות. לשיטתם היעדר האפשרות לפי החוק להיעתר לבקשה לאיחוד משפחות, חל רק לגבי מבקשים מסוימים (המפורטים בחוק המתוקן, אף כי רבים אכן נכללים בקטגוריות הללו), וגם אז קיימים, כידוע, חריגים מסוימים (אם כי מצומצמים מאוד יחסית). אף הקביעה של קבוצות הגיל המסוימות שהן מנועות איחוד מבוססת כאמור על היקף ומידת המעורבות של נתיני הרשות בטווחי גיל נתונים במעורבות בפעילות טרור. הערכת מסוכנות זו של גורמי הביטחון מעוגנת, לדבריהם, בנתונים מבוססים, אשר נאספו על ידי גורמי הביטחון לאורך זמן ונותחו על ידם. כך,

פילוח המאפיינים של המחבלים המתאבדים בשנים 2000-2008 מלמד כי מתוך 163 מתאבדים, 13 היו בקבוצת הגיל של עד 17 שנים; 119 היו בקבוצת הגיל של 18-24 שנים; 27 היו בקבוצת הגיל של 25-34 שנים ורק 3 היו בקבוצת הגיל של מעל 35 שנים (לשלמות התמונה יצוין כי גילו של מתאבד אחד איננו ידוע). הנה כי כן: כ-98% מן המחבלים המתאבדים שייכים לטווח הגילאים של עד 35 שנים. זאת ועוד – נתונים המבוססים על כלל המעורבים בפעילות טרור בקרב האוכלוסייה האזרחית הפלסטינית החל משנת 2000, כפי שהובאו בפני המחוקק בדיון שהתקיים בכנסת לקראת חקיקת התיקון הראשון לחוק, מלמדים כי כ-90% מהמעורבים בפיגועי טרור בכלל (קרי – לא רק אוכלוסיית המתאבדים) הינם בין הגילאים 16-35. עולה איפוא כי מטעם זה נקבעה על פי המלצת גורמי הביטחון – בחוק המתוקן – קבוצת הגיל של "עד 35" כקבוצת הגיל המצויה בפרופיל המסוכנות לביצוע פעילות חבלנית עוינת על ידי גברים.

באשר לנשים, רוב רובן של המעורבות בפיגועי טרור הינן בין הגילאים 17-30. לפיכך מובן כי קביעת קבוצת הגיל של "עד 25" (ולא "עד 30") בחוק המתוקן, כקבוצת הגיל המצויה בפרופיל המסוכנות לביצוע פעילות חבלנית עוינת על ידי נשים מבוססת גם היא על נתונים מוצקים, ויש בה אפילו נטילת סיכון מסוים לטובת האפשרות של פיתוח חיי משפחה של הנוגעים בדבר (למעשה זהו אף הדין ביחס לגברים, שם טווח הגילים הוגבל ל-35, אף שהיו מקרי טרור שהמשתתפים בהם היו מבוגרים יותר).

20. העולה מן המקובץ מלמד כי קביעת המחוקק, שהציב מעין "חזקת מסוכנות" לגבי גילאי המסוכנות, לפי העניין, מקרב תושבי האזור, כהגדרת החוק המתוקן, נסמכה על נתונים עובדתיים, אשר נבחנו אמפירית ולאורך זמן. נתונים אלה מצביעים, לשיטת המשיבים, באופן מובהק, על מעורבותה של האוכלוסייה האזרחית הפלסטינית, בגילאים מסוימים, בפעילות חבלנית עוינת, והיא שחייבה כי תהיה התייחסות לאוכלוסייה זו באופן מיוחד ומבדל.

לפיכך, לפי הערכת גורמי הביטחון, התרת כניסתה לישראל של כלל אוכלוסיית המבקשים, ללא אבחנה מבדלת המבוססת על מקום מושבם ברשות הפלסטינית, או היותם נתיני ארבע מדינות אויב המנויות בחוק המתוקן, וללא אבחנה מבדלת ביחס לגילאי הסיכון, וזאת – על יסוד אבחון פרטני לכל, איננה צפויה לתת מענה מספק ואפקטיבי (אף אם היתה אפשרות כזו קיימת – תנאי שלא מתמלא כאמור), לסיכון הנשקף הימנה בתור שכזו (לנוכח השימוש שנעשה בה ובאמצעותה על מנת לפגוע בביטחון המדינה ובחיי אזרחיה ותושביה כאמור).

21. העותרים ב-בג"ץ 830/07 הגיבו למידע הנ"ל, הגורס כי במהלך תשע השנים מאז שנת 2001 – 54 נתינים פלסטיניים, אשר רכשו מעמד בישראל מכח הליך של איחוד משפחות היו "מעורבים באופן ישיר" בפעולות טרור שבוצעו בפועל, או כאלה שנמנעו "ברגע האחרון" – בכפירה כללית, ובהערה כי: "מבלי להקל ראש עם אף מקרה של מעורבות כזו – אין בנתון זה כדי להצדיק את ההוראות הגורפות של החוק". מעבר לכך הם ושאר העותרים חזרו על הטענות המשפטיות שהועלו על ידם בעניין עדאלה ובעתירות שלפנינו.

22. העותרים ב-בג"ץ 5030/07 ובראשם המוקד להגנת הפרט מיסודה של ד"ר לוטה זלצברגר ביקשו ליתן תשומת לב מיוחדת במכלול לפגיעה בזכויותיהם של הקטינים בהוראות החוק המתוקן והעירו כי באינפורמציה שנמסרה על ידי המשיבים לא יוחדו נתונים נפרדים לגבי מעורבות של ילדי תושבים, שקיבלו מעמד או היתר – בפיגועים. מעבר לכך ולשיטתם מעמדם של הילדים החיים במזרח ירושלים לא זכה לטיפול נפרד, כפי שנדרש לגישתם. כן הם הוסיפו כי החלת החוק המתוקן על ילדים, כמו גם הנכונות לצייד אותם בהיתרי מת"ק ובה בעת הסירוב להעניק להם מעמד של קבע וזכויות סוציאליות – חותרים תחת אמינות הטיעון הביטחוני.

עתה מששורטטו גבולותיהן של המחלוקות – ראוי לדון בהן וזאת אעשה מיד בסמוך.

דיון והכרעה

23. אבן הראשה לטיעוני העותרים מתבססת על הפרופוזיציה שהחוק המתוקן מביא לפגיעה בזכות היסוד החוקתית לחיי משפחה, שהרי אם לא כן – אין אנו מגיעים כלל לבחינת ההתקיימות של תנאי פסקת ההגבלה הקבועים בסעיף 8 לחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו (ראו: ע"פ 4424/98 טילגדו נ' מדינת ישראל, פ"ד נו(5) 529, 538-552 (2002). על תורת "שני השלבים" בכללותה – עיינו: חוות דעתה של חברתי, השופטת א' פרוקצ'יה ב-בג"ץ 10203/03 המפקד הלאומי בע"מ נ' היועץ המשפטי לממשלה (טרם פורסם, 20.8.2008) (להלן: עניין המפקד הלאומי)).

24. בעניין ענדאלה גישה זו שהציגו העותרים היתה מקובלת על רוב שופטי ההרכב, אף כי המשנה לנשיא השופט מ' חשין וחברתי השופטת מ' נאור התנגדו לה וסברו כי אף שהזכות לחיי משפחה היא זכות יסוד – האפשרות לממש אותה דווקא במדינת אזרחותו של בן-הזוג הישראלי איננה זוכה למעמד חוקתי. מרשה אני לעצמי לצרף קולי לעמדה זו, בהסתמך על אסמכתאות חדשות שבאו בינתיים לעולם וטעמים נוספים לאלה שהוצגו בחוות הדעת שלהם. אבהיר הדברים להלן.

שלילת הטענה כי זכותו של בן הזוג הישראלי להביא ארצה את בן-זוגו הזר היא זכות חוקתית המוגנת על פי חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו

25. היקף פריסתה של הזכות החוקתית נעשית על דרך של פרשנות חוקתית של ההוראות החוקתיות הרלבנטיות (בג"ץ 4593/05 בנק המזרחי המאוחד בע"מ נ' ראש הממשלה, פסקה 10 לדברי הנשיא א' ברק (לא פורסם, 20.9.2006); אהרון ברק מידתיות במשפט: הפגיעה בזכות החוקתית והגבלותיה 58-59 (2010); להלן: ברק, מידתיות במשפט).

אצלנו מכוח הוראות חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו – הזכות להיכנס לישראל מוקנית רק לאזרחי ישראל (סעיף 6(ב) שם, המורה כך: "כל אזרח ישראלי הנמצא בחוץ לארץ זכאי להיכנס לישראל"). לעומת זאת, הזכות לצאת מהארץ מוקנית לכל אדם (סעיף 6(א) שם, המורה כך: "כל אדם חופשי לצאת מישראל").

אפרת רחף בחיבורה, שבהנחיית פרופ' מדדכי קרמניצר: אף על פי שחטא – ישראלי הוא, שלילת אזרחות בגין הפרת אמונים (יולי 2008) הסיקה מהשוני שבהוראות חוק היסוד הנ"ל (שם, בעמ' 45) ש"זכות הכניסה לישראל היא זכות חוקתית של אזרח ולא של כל אדם... זו גם ההנחה המגולמת בחוק הכניסה לישראל, התשי"ב-1952, אשר מחיל את החובה להצטייד באשרה כדי להיכנס לארץ רק על מי שאיננו אזרח ישראלי (סעיף 1 לחוק). אף חברי, השופט א' רובינשטיין בחוות דעתו כאן מציג גישה דומה והנני מבקש לבסס עתה תפיסה זו בעקרונות שמתחום הפרשנות החוקתית.

26. בענייננו הצעד הראשון המתבקש הוא בחינה של ההוראות החוקתיות הקובעות את גבולות הזכות. עיינו: ברק, מידתיות במשפט 58-59, 69-73. אנו עשינו כן במסגרת פסקה 25 שלעיל ולכך נוסיף כי גישה פרשנית חוקתית מעין זו מקובלת היא במקרים המתאימים (כאשר מדובר בסמיכות מקום ועניין רלבנטיים), ובארצות הברית היא מכונה: Defining Out. עיינו: Frederic Schauer, *Categories and the First*

: ראו גם ; *Amendment: A Play in Three Acts*, 34 VAND. L. REV. 265, 280-281 (1981)
 Chester James Antieau, CONSTITUTIONAL CONSTRUCTION 29-30 (1982);
 Antonin Scalia, A MATTER OF INTERPRETATION 25 (1997).

לקשיים פרשניים-חוקתיים דומים נוספים עיינו: בג"ץ 2257/04 סיעת חד"ש-
 תנ"ל נ' יושב ראש ועדת הבחירות המרכזית לכנסת ה-17, פ"ד נח(6) 685 (2004); חוות
 דעתי ב-בג"ץ 3002/09 ההסתדרות הרפואית בישראל נ' ראש הממשלה (טרם פורסם,
 9.6.2009).

27. זאת ועוד – אחרת. גדר הספקות כאן נובע מהעובדה שזכות היסוד החוקתית
 למשפחתיות, על פי השקפת רוב השופטים בעניין עדאלה, היא זכות נגזרת מ"זכות
 האם" לכבוד האדם, או מעין זכות נגזרת שבנגזרת ("זכות נכדה") לזכות השוויון
 הכלולה ב"זכות המסגרת" של כבוד האדם. עיינו גם: ברק, מידתיות במשפט 76-78.
 השאלה פה היא איפוא עד היכן ניתן "למתוח" את "הזכויות ללא שם מיוחד". ד"ר הלל
 סומר, שכינה זכויות אלו "בלתי מנויות" – שלל במאמרו: "הזכויות הבלתי מנויות –
 על היקפה של המהפכה החוקתית" משפטים כ"ח 257 (1997) את חיותן החוקתית.
 גישתו לא התקבלה בפסיקתו של בית משפט זה (ראו: ברק, מידתיות במשפט 79
 והאסמכתאות הנזכרות בה"ש 54 שם). יחד עם זאת דומה עלי שכאשר היקפה של
 הזכות הנגזרת איננו מתיישב עם תחום הפריסה של "זכות אם" חוקתית פרטיקולרית –
 דין האחרונה לגבור בבחינת *lex specialis* (השוו: רע"א 3007/02 יצחק נ' מוזס פ"ד
 נ"ו(6) 592, 598 (2002)), או בהיותה מעוצבת ככלל ייחודי (rule) כנגד העיקרון
 המופשט (principle), הגלום ב"זכות האם" של הזכות הנגזרת. ראו: ברק, מידתיות
 במשפט 75-76. הווה אומר, במקרה דנן גוברת "זכות האם" הפרטיקולרית – הזכות
 להיכנס לישראל, כפי שהוגדרה בחוק היסוד, על הזכות הנגזרת – הזכות לחיי משפחה
 בישראל של האזרח הישראלי והשלכותיה על האפשרויות של בן זוגו וילדיו הזרים
 להגיע למדינה ולשהות בה. יש אמנם לאמץ קביעה זו בזהירות, שהרי צמצום הזכות
 לכניסה לישראל לגבי בן הזוג או הילד נלמדת פה כאמור על דרך של: מכלל הן של
 האזרח הישראלי (ושלו בלבד) להיכנס לישראל, אנו מסיקים לאו (הסדר שלילי) לגבי
 זכות חוקתית דומה של בן-זוגו או של ילדו. יחד עם זאת נראה שההיסק האמור נכון
 הוא, שהרי הוא נתמך גם על דרך של פרשנות מתוך הסתייעות במשפט המשווה, שאף
 הוא מקור לגיטימי במקרים מעין אלו: ראו: ברק, מידתיות במשפט 91-94. השוו לחוות
 דעתי ב-רע"ב 5493/06 פלד נ' שירות בתי הסוהר (לא פורסם, 12.10.2006). על כך מיד
 בסמוך.

28. בניגוד לנטען על ידי העותרים – במשפט המשווה לא הוכרה כזכות חוקתית הזכות של בן זוג אזרח לגרום לכך שמי שהוא חי עימה או עימו (בין בקשרי נישואין, בין בדרך אחרת) ישיג אזרחות או מעמד אחר של שהייה במדינת האזרחות (של הראשון). רק לאחרונה כלל זה אושר מחדש בבית הדין האירופאי לזכויות אדם, בפרשת *Kiyutin v. Russia*, no. 2700/10, ECHR (2011) – III, שם נפסק (ב-53 Para) כדלקמן:

“Where immigration is concerned, Article 8 or any other Convention provision cannot be considered to impose on a State a general obligation to respect the choice by married couples of the country of their matrimonial residence and to authorise family reunion in its territory (see Gül v. Switzerland, 19 February 1996, § 38, Reports 1996-I). Neither party contests this. However, even though Article 8 does not include a right to settle in a particular country or a right to obtain a residence permit, the State must nevertheless exercise its immigration policies in a manner which is compatible with a foreign national’s human rights, in particular the right to respect for their private or family life and the right not to be subject to discrimination (see [Abdulaziz, Cabales & Balkandali v. United Kingdom, (1985) 7.E.H.R.R. 471, § 59-60] and Nolan and K. v. Russia, no. 2512/04, § 62, 12 February 2009).”

עיינו גם: Jacobs, White & Ovey, *The European Convention on Human Rights* 344-351 (5th ed 2010), שם בעמ' 349 נאמר כדלקמן:

"The conclusion seems to be that the Convention does not guarantee the right to family life in a particular country, but only an effective family life as such, no matter where. This principle, however, appears to be modified in the case of relationships between parents and children if the latter are not admitted to the country where the former have their residence."

(הערה: לגבי ההתייחסות השונה הנדרשת גם אצלנו ביחס לילדים וקטינים – ראו פסקה 42(ב) שלהלן).

גישה דומה נוהגת בארצות הברית מאז פסק הדין הידוע בפרשת *Knauff v. Shaughnessy*, 338 U.S. 537 (1950). לתיאור הסתעפויות הפרשה והדעות השונות בה – עיינו בחוות דעתי ב-ע"מ 1038/08 מדינת ישראל נ' גנאביץ (טרם פורסם, 11.8.2009). להיבטים האישיים של הסיפור – ראו בספרה של Ellen R. Knauff, *THE ELLEN*

KNAUFF STORY (1952). בית המשפט העליון של ארצות הברית חזר על תפיסה זו בדעת רוב בפרשת *Fiallo v. Bell* 430 U.S 787, 800 (1977) וכן בפסק דינו האחרון בסוגייה בפרשת *Nguyen v. Immigration and Naturalization Service*, 533 U.S 53 (2001). עיינו גם והשוו: *Rajah v. Mukasey*, 617 F.2d 745 (D.C. Cir. 1979); *Liav Orgad & Theodore Ruthizer, Race, כן ראו: 544 F.3d 427 (2d Cr. 2008) Religion and Nationality in Immigration Selection: 120 Years After the Chinese Exclusion Case*, 26 CONSTITUTIONAL COMMENTARY 237 (2010) (להלן: Orgad and Ruthizer).

העוגן לעמדה זו, שאותה ביטא בשעתו בעניין ענדאלה המשנה לנשיא, השופט מ' חשין, נומק כדלקמן:

“הלכה טבעית ופשוטה זו – כי אזרח זר שנשקף ממנו סיכון לביטחון המדינה לא יורשה להיכנס אל תוך המדינה – גוזרת מעצמה, כמו מאליה, מסקנה כי בעת מלחמה לא יורשו אזרחי אויב להיכנס אל המדינה, שכן חזקה עליהם כי מסכנים הם את ביטחון-המדינה ואת ביטחון-הציבור”
(שם, בעמ' 424).

דעה זו ותחולתה גם על הגירת נישואין התבססה, בין השאר, על מאמרם של פרופ' אמנון רובינשטיין וליאב אורגד “זכויות אדם בטחון המדינה ורוב יהודי – המקרה של הגירה לצרכי נישואין” הפרקליט מ”ח 315, 317-328 (2006).

פרופ' יפה זילברשץ, במאמרה: “על הגירת זרים שאינם יהודים לישראל – פתיחת דיון: בעקבות בג”ץ חוק האזרחות והכניסה לישראל” משפט וממשל י' 87 (2006) מצדדת בגישה דומה. היא גורסת כי:

“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 היעדר נאמנות למדינה שאליה הם מבקשים להגר” (שם, בעמ' 102).

להכרה בקיומן של תפיסות שכאלה (אם כי לא בהכרח הסכמה עמן) – עיינו גם: *Na'ama Carmi, The Nationality and Entry to Israel Case Before the Supreme Court of Israel* 22 ISRAEL LAW STUDIES FORUM 26 (2007); John Finnis, *Nationality, Alienage and Constitutional Principle*, 123 L.Q. REV 417 (2007).

ד"ר ליאב אורגד במאמרו: "הגירה, טרור וזכויות אדם: מדיניות הכניסה לישראל בעתות חירום (בעקבות בג"ץ 7052/03 עדאלה נ' שר הפנים) מחקרי משפט כה(2) 485 (2009) (להלן: אורגד, הגירה וטרור) עוד ביסס והרחיב הדברים. הוא הראה כי:

"הדין הבינלאומי מאפשר למנוע באופן גורף הגירה ובכלל זה הגירת נישואין של נתיני אויב ושל נתיני מדינת סיכון ואזורי סיכון" (שם, בעמ' 489).

עיינו גם: Orgad and Ruthizer. הפלגה למקורות ההיסטוריים, הפילוסופיים, הדתיים (פרשת שמשון ודלילה), הספרותיים והמשפטיים של הכלל האמור – ראו: Liav Orgad, *Love and War: Family Migration in Time of National Emergency*, 23 GEO. IMMIGR. L.J 85 (2008).

29. העולה מכל המקובץ עד כאן מוביל למסקנה כי דין העתירות להידחות, ולו על בסיס העובדה שלשיטתי הזכות הנטענת, עליה מבוססות העתירות – איננה חוצה את "השלב הראשון" בבדיקה החוקתית. עם זאת מתוך רחישת כבוד רב לדעות המנוגדות, המנומקות והמפורטות של רוב השופטים בעניין עדאלה, וחלק מחבריי וחברותיי כאן – אמשיך בניתוח ואדון בתחולתם של תנאי פיסקת ההגבלה על המכלול, זאת בהנחה (שאני כופר בה, כאמור), כי מדובר פה בפגיעה בזכות מוגנת על פי חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו. בכך ארחיב להלן.

30. דומה שכולי עלמא לא פליגי שהתנאי בפיסקת ההגבלה הדורש שהפגיעה תיעשה באמצעות חוק, או לפי חוק כאמור מכוח הסמכה מפורשת – מתקיים כאן (עיינו בפיסקה 20 לחוות דעתו המקיפה של חברי, השופט א' א' לוי). אוסיף כי לעניין זה אין נפקא מינה אם מדובר בחוק שהוא בבחינת הוראת שעה, או חוק רגיל (ובהקשר זה כמעט ואין חשיבות למחלוקות שהתעוררו בעניין המפקד הלאומי, באשר למשמעות הביטוי: "או לפי חוק כאמור מכוח הסמכה מפורשת בו", שהרי גם הארכות תוקפו של החוק המתוקן נעשו מכוח הסמכות מפורשות בחוק עצמו). עם זאת יש נפקויות מסוימות (אחרות) לעובדה שמדובר בחוק הוראת שעה, המוארך מעת לעת, ואולם באלה אעסוק בהמשך (ראו פסקה 42 ה'לן).

31. נראה שאף מרבית שופטי ההרכב (למעט חברי, השופט א' א' לוי בתיק הנוכחי) אוחזים בדעה שאין לומר כי החוק המתוקן – במתכונתו דהיום ובזמניתו – איננו הולם, בנסיבות בהן אנו נתונים, את ערכיה של מדינת ישראל, כמשמעותם בחוק יסוד:

כבוד האדם וחירותו, שיש לה, בין השאר, מחויבות לשמור על ביטחונה וביטחון כל אזרחיה והשוהים בה. בעניין אחרון זה הנני מצרף דעתי לגישתו של חברי, השופט ס' ג'ובראן, שראה להסביר מדוע אין זה המקרה להיזקק ולפתח כאן את הדרישה הנ"ל ולפסול את החוק המתוקן בגין אי-עמידתו בתנאי האמור.

אוסף כי המשיבים המשיכו לדבוק בתיק שלפנינו (כמו גם בעניין עדאלה, שקדם לו) בטענה כי החוק המתוקן נועד רק לתכלית ביטחונית. נוכח העובדה שלא הוכח אחרת, כפי שמציין חברי, השופט א' א' לוי בחוות דעתו – אמנע מלדון בהצדקותיו האפשריות של חוק מעין זה במצבים של דו-קיום בשלום עם שכנינו, או לשם שימור הרוב היהודי במדינה. דיון שכזה מקומו יבוא, היה ויהיה בו צורך ובהקשר האמור התבטאה פעם פרופ' רות גביון כך:

”צידוקו [של החוק בו אנו דנים – ח”מ] מעוגן בהיותו חלק מן המאמץ להמשך השימור של ישראל כמדינה שבה מממש העם היהודי את זכותו להגדרה עצמית, על רקע התנאים המתקיימים באזור בזמן הזה. [...] מי שרוצה בפתרון יציב של שתי מדינות לשני עמים אינו יכול לדרוש הכרה בזכות של פלסטינים לאיחוד משפחות מפנים לגבולות ישראל. באורח עקרוני, משפחות פלסטיניות אמורות להתאחד במדינתן, ואילו משפחות יהודיות יתאחדו בזו שלהן.”

רות גביון, איחודי משפחות בשתי מדינות, ידיעות אחרונות 5.8.2003 (ניתן לעיין באתר: <http://www.ynet.co.il/articles/0.7340.L-2717741.00.html>). ציטוט של הקטע הנ"ל ממאמר זה מובא גם אצל מדינה וסבן, שם בעמ' 97.

יצויין כי זוהי ”דרך האמצע”. לדעות נוגדות וקיצוניות יותר משני צידי המתרס, ראו: מדינה וסבן, בעמ' 96-99; אביעד בקשי וגדעון ספיר ”מדינת לאום יהודית כזכות חוקתית” (טרם פורסם, הושמע ב-2011 בכנס על משפט חוקתי באוניברסיטת בר אילן).

32. המבחן הבא שעל החוק המתוקן לחלוף על פניו הוא מבחן ”התכלית הראויה”. בעניין עדאלה תשעה מבין אחד עשר השופטים (יצאו מן הכלל – חבריי השופטים: א' פרוקצ'יה וס' ג'ובראן, שרמזו כי יתכן ולחוק תכלית דמוגרפית נסתרת, בצד הנימוק הביטחוני שהועלה להצדקתו) הסכימו למעשה להשקפה, שבוטאה על ידי הנשיא א' ברק ונוסחה כך:

“חוק האזרחות והכניסה לישראל נועד להבטיח ביטחון לישראל על ידי הפחתה, ככל האפשר, של הסיכון הביטחוני הנשקף מבני זוג פלסטינים החיים יחד עם בני זוגם הישראלים. הוא נועד להגן על חייהם של כל השוהים בישראל. הוא נועד למנוע פגיעות בחיי אדם. אלה הן תכליות ראויות” (שם, בעמ' 339).

הוסיף, שאל והשיב הנשיא א' ברק:

“האם הפגיעה בזכות למימוש חיי המשפחה בישראל של בן הזוג הישראלי-ערבי והפגיעה בזכותו לשוויון הנגרמת על ידי כך, מהווה מטרה חברתית מהותית? האם היא פרי צורך חברתי לוחץ? תשובתי על שאלות אלה היא בחיוב. הטרור מכה בתושבי המדינה. רצח חפים מפשע ופגיעה של רבים אחרים מאפיינים פעולות טרור אלה. נקיטה באמצעים המקטינים ככל האפשר את הסיכון של טרור זה הינה מטרה חברתית מהותית. היא צורך חברתי לוחץ. הנה כי כן דרישתה של פסקת ההגבלה כי תכליתו של החוק הפוגע תהא 'ראויה' התמלאה” (שם, בעמ' 340).

חברי, השופט א' לוי, בחוות דעתו הנוכחית, בעקבות מאמרם של מדינה 101, סבור שאין עוד לומר כי החוק המתוקן מיועד “לתכלית ראויה”, שכן אין הוא עונה “למבחן הרגישות לזכויות האדם”, שאף הוא נכלל, לשיטתו, בגדר התכליות שצריכות להיבחן במסגרת אמת המידה של “התכלית הראויה”, כמשמעה בסעיף 8 לחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו. לגישתו בקריטריון זה החוק המתוקן נכשל, שהרי הוא מתעלם למעשה – בהסדרים שננקטו – מהפגיעות הנטענות בזכות החוקתית לקיום חיי משפחה במדינתו של בן הזוג הישראלי. השקפה קרובה מבטא פרופ' ברק מדינה במאמרו: “על 'פגיעה' בזכות חוקתית ועל 'תכלית ראויה' (בעקבות ספרו של אהרון ברק מידתיות במשפט – הפגיעה בזכות החוקתית והגבלותיה) (צפוי להתפרסם בכתב העת משפט ועסקים).

אינני יכול להסכים לגישה זו, ומעדיף אני לצעוד בנושא זה בשיטה אותה

התווה פרופ' אהרון ברק בספרו מידתיות במשפט ועל פיה:

“מרכיב המטרה מהווה דרישת סף לגיטימית. הוא בוחן אם הנורמה המשפטית שפגעה בזכות חוקתית... נועדה להגשים את המטרות המצדיקות פגיעה בזכות חוקתית... בחינתה של המטרה הראויה נעשית בלא כל בדיקה של היקף הפגיעה בזכות החוקתית. ממילא לא נבחנת השאלה אם האמצעים שהחוק נקט בהם הם מידתיים, ואם התועלת שבהגשמתה של המטרה היא מידתית ביחס

לנוק הנגרם לזכות החוקתית. בדיקת הסף מתמקדת במטרתו של החוק ולא בתוצאותיו. היא מבקשת ליתן תשובה לשאלת הסף אם במשטר חוקתי-דמוקרטי ניתן לפגוע בזכות חוקתית כדי להגשים את מטרות החוק הפוגע. אין היא עורכת כל איזון בין התועלת לחברה בהגשמת החוק לבין הנוק לזכות שהגשמת החוק גורמת. בדיקה זו תיעשה במסגרת מרכיבים אחרים של דרישת הלגיטימיות. אין להם מקום בבחינה של המטרה הראויה. דרישת הסף קובעת אלו מטרות מצדיקות פגיעה בזכות חוקתית, ואלו מטרות הן 'מחוץ לתחום'. המשך הפנייה לדיני המידתיות תתבצע רק כשהמטרה היא 'בתוך התחום'."

(שם, בעמ' 297; כן ראו שם בעמ' 298-371; עיינו עוד Dieter Grimm, *Proportionality in Canadian and German Constitutional Jurisprudence* 57 U. TORONTO (L.J. 383 (2007)).

33. משהגענו עד לכאן עלינו לבחון עתה האם התכלית הביטחונית הראויה הנ"ל מוגשמת באופן מידתי, בהתאם לתנאי הרביעי להתקיימותה של פסקת ההגבלה. למידתיות, כידוע, שלושה מבחני-משנה:

(א) מבחן הקשר הרציונאלי בין האמצעי שנבחר, הפוגע בזכות החוקתית, לבין התכלית.

(ב) מבחן האמצעי שפגיעתו פחותה.

(ג) מבחן האמצעי המידתי במובן הצר ("מבחן היחסיות" – כהצעתו של פרופ' א' בנדור במאמרו: "מגמות במשפט ציבורי בישראל – בין משפט לשפיטה" (עתיד להתפרסם במשפט וממשל בשנת 2012). ראו: בש"פ 8823/07 פלוני נ' מדינת ישראל (לא פורסם, 11.2.2010) מפי חברי, המשנה לנשיאה, השופט א' ריבלין, בפסקה 26.

המחלוקת העיקרית בתיק זה, כמו גם בעניין עדאלה, נסבה סביב התקיימותו של מבחן המשנה השלישי הנ"ל. עם זאת חברי, השופט א' א' לוי בחוות דעתו סבור שהחוק המתוקן איננו עומד גם במבחני המשנה הראשון והשני. על כך אעיר כי הטעמים שהוא מונה לגבי הכשל במבחן המשנה הראשון זהים בחלקם לנימוקים שפורטו על ידו לגבי אי-עמידתו של החוק המתוקן, לשיטתו, במבחן התכלית הראויה ולכך ניסיתי ליתן תשובה מסוימת כבר שם. הנה כי כן, לגישתי, האמצעי שאימץ המחוקק בחוק המתוקן והמתכונת בה הלך (איסור על כניסה לישראל של נתיני ישויות עוינות אף לצורך איחוד משפחות – עם חריגים) מתאים רציונלית להגשמת תכליתו הביטחונית של החוק. ראו:

אורגד, הגירה וטרור 515. בחלקם האחר טעמיו של חברי, השופט א' א' לוי, מתלכדים עם הקריטריונים היפים למבחן המשנה השלישי ולפיכך אשיב עליהם, כשאדון בכך להלן.

באשר למבחן המשנה השני, שמצביע לגישת חברי על כך שניתן להסתפק בבדיקות פרטניות חלף האיסור הגורף (על חריגיו), אציין שגורמי הביטחון הודיעו לנו כאמור כי הדבר איננו ביכולתם (כך שחלופה זו איננה ריאלית כלל). לעניין זה אוסיף כי גם חברתי, השופטת ע' ארבל, הסבירה בצורה משכנעת בחוות דעתה פה (שם, בפסקאות 17-20), כי האפשרות האמורה – של בדיקות פרטניות – היא קשה מאוד לביצוע וממילא היא לא צפויה להשיג לבדה את תכליתו הראויה של החוק המתוקן. ראו לעניין זה גם פסקי דינם של המשנה לנשיא, השופט מ' חשין ושל חברתי, השופטת מ' נאור בעניין עדאלה ומאמרו של אורגד, הגירה וטרור 520-522.

חוזרת איפוא קושיה לדוכתא – האם החוק המתוקן עומד במבחן המשנה השלישי של המידתיות.

בנקודה זו אני מבקש להראות שהחוק המתוקן צולח את אמת המידה הנ"ל וזאת אגב הצגתו של עקרון הזהירות המונעת (The Precautionary Principle), שפותח במשפט המשווה למצבים של חוסר ודאות חזויה וסיכונים קטסטרופליים – תנאים מעין אלה שהחוק המתוקן מבקש למנוע ולהישמר מפניהם.

34. עיקרון הזהירות המונעת הוא עיקרון חדש יחסית במשפט הציבורי, אך תוך מספר שנים הוא הפך ובצדק – בתמיכת משפטנים ליברליים ופסיקה – לאחד העקרונות החשובים במספר תחומים כמו: איכות הסביבה, השימוש באנרגיה גרעינית ובפסולת גרעינית, השימוש בתרופות, הנדסה גנטית, פיקוח על מזון ומקורות מים ועוד. לאחרונה החלו כותבים שונים לבחון את האפשרות ליישמו גם בתחום הביטחון הלאומי. ראו: Jessica Stern and Jonathan B. Wiener, *Terrorism and Weapons of Mass Destruction*, in THE REALITY OF PRECAUTION: COMPARING RISK REGULATION IN THE UNITED STATES AND EUROPE (Jonathan B. Wiener, Michael D. Rogers, Janes K. Hammitt and Peter H. Sand, eds., 2011); Björn M. Funk, *The Precautionary Principle*, in THE EARTH CHARTER: FRAMEWORK FOR GLOBAL GOVERNANCE 191, (להלן: Funk); עיינו גם: Cass Sunstein, LAWS OF FEAR: BEYOND THE PRECAUTIONARY PRINCIPLE 61 (2005) (להלן: SUNSTEIN); Jonathan B. Wiener and Jessica Stern, *Precaution against* ;

Terrorism, Journal of Risk Research, The Precautionary Principle Special Issue, vol. 9, 393 (2006).

ביישומו של כלל זה בתחומים שבהם הוא כבר הוכר – עקרון הזהירות המונעת נועד להתמודד עם הקושי שבפער בין הידע הקיים בזמן נתון, לבין הנזק הפוטנציאלי האדיר והלא ודאי שעלול להיגרם מפעילות כלשהי, אם לא ינקטו לגביה אמצעי זהירות ראויים. העיקרון מאפשר לרשות (המחוקקת או המבצעת) לנקוט בצעדים שתכליתם מניעת הקטסטרופה, וזאת כאשר נשקף איום משמעותי לנזק נרחב בלתי הפיך, אפילו הוא בהסתברות נמוכה וגם כאשר אין ודאות מדעית מוכחת שהנזק אכן יתממש.

רבים וטובים חקרו את מקורו של עקרון הזהירות המונעת. היו שגרסו כי עקרון זה נובע פשוט מהגיון בריא (G.D Fullem, *The Precautionary Principle: Environmental Protection in the Face of Scientific Uncertainty*, 31 WILLAMETTE L. (REV. 495, 521 (1995)). אחרים סברו שהוא מאפיין את הגישה המודרנית של אזרחים וממשלות המבקשים לפעול להפחתת סיכונים (SUNSTEIN, בעמ' 13-15), או לשנות דגשים של דיסציפלינות וערכים שונים (מדע, כלכלה, אתיקה, פילוסופיה, פוליטיקה ומשפט פעיל – להגנת הציבור) הרווחים בחברה. (T. O'Riordan & J. Cameron (eds.), INTERPRETING THE PRECAUTIONARY PRINCIPLE 12 (1994); Per Sandin, *Better Safe than Sorry: Applying Philosophical Methods to the Debate on Risk and the Precautionary Principle*, Theses in Philosophy from the Royal Institute of Technology 5 Stockholm (2004)). ניתוח זה שלי צועד בעקבות מחקרו של Funk ה"נ", אם כי לשיטתי ניתן למצוא הדים לעיקרון זה עוד בציווי המופיע במשלי כח, י"ד: "אֲשַׁרְי אֲדָם, מְפַחַד תְּמִיד...". מכל מקום במשפט המודרני מייחסים את ההתפתחות של העיקרון למשפט הגרמני, שם החלו לדון בו בתור שכזה כבר בשנות השלושים של המאה הקודמת, שאז הוא זכה גם לכינויו (בגרמנית): Vorsorgeprinzip (עיינו: Funk בעמ' 192).

העיקרון נוסח משפטית לראשונה בצורה אוניברסאלית ב-1992 בהצהרת ריו על

שינויי האקלים, שקראה כך:

"Where there are threats of serious or irreversible damage, lack of full scientific certainty shall not be used as a reason for postponing cost-effective measures to prevent environmental degradation."

מאז לבש הכלל ושינה צורות ותכנים שונים ויש לו כבר כ-20 ניסוחים. ראו:

אליעד שרגא ורועי שחר המשפט המינהלי – עקרונות יסוד 258 (2009).

הגישה המקובלת כיום לגבי הגדרתו מנוסחת כדלקמן:

"Where an activity raises threats of harm to the environment or human health, precautionary measures should be taken even if some cause and effect relationship are not fully established scientifically. In this context the proponent of an activity, rather than the public bears the burden of proof."

(Wingspread Statement on the Precautionary Principle (1998), <http://www.gdrc.org/u-gov/precaution-3.html>).

עיינו: Oren Perez, *Precautionary Governance and the Limits of Scientific Knowledge: A Democratic Framework for Regulating Nanotechnology*, 28 UCLA J. ENVTL. L. AND POL'Y 29, 35 (2010) (להלן: אורן פרז).

גישה זו זכתה לניסוח קל וקליט יותר באמירה האנגלית: BETTER SAFE THAN SORRY (מוטב להשמר מאשר להצטער).

ניתן איפוא לומר כי הגישות השונות לזהירות המונעת מקדמות את הרעיון שלנוכח סיכון פוטנציאלי בלתי ודאי, אשר רף הנזק העליון שלו קשה להערכה והוא צפוי להיות רב – מותר לרשות לנקוט פעולות מניעה גם בהיעדר הוכחה מספקת להתקיימות אפשרית של הקטסטרופה (עיינו אורן פרז, 36-56). פרופ' Cass Sunstein (שגישתו לעיקרון – ביקורתית) מוסיף כדלקמן:

"Though the government should still consider the probability and potential magnitude of the harm, where the magnitude of the harm is high, the regulators need not require as much evidence that is probable" (ראו SUNSTEIN, בעמ' 117).

35. זה המקום לציין כי אף שהכל מכירים בקיומה של הבעיה המתוארת לעיל, ובתחום הסיכונים הביטחוניים בפרט – אין עדיין הסכמה כללית בדבר הפתרונות הרצויים. מבין אלה המציעים גישה אחרת לסוגיה, יש להזכיר את התזה של פרופ' אייל זמיר ופרופ' ברק מדינה, אשר נסקרה בספרם: LAW, ECONOMICS AND MORALITY (להלן: זמיר ומדינה). במסגרת זו הם הציעו, בין השאר, מתווה לטיפול במצבי אי-ודאות במלחמה נגד הטרור ואפילו עיבדו נוסחה מתמטית מסוימת לצורך האמור (להרחבה ראו שם, בעמ' 127-166). לשיטת זמיר ומדינה, אם ננסה לתמצתה, ניתן לבצע פעולה מניעתית המפרה מגבלה דאונטולוגית רק כאשר התועלת נטו מביצועה (תוחלת הנזק הצפוי שהפעולה תחסוך בחיסור הערך הדאונטולוגי של הנזק שהיא תגרום) עולה

על "ערך סף דאונטולוגי" מסוים, שיש להגדירו. תפיסה זו קיבלה פיתוח וביטוי נוסף בהקשר לענייננו, במאמרם של מדינה וסבן, שעסק בשאלה מה דינה של נקיטת האמצעי המניעתי כלפי ציבור של אנשים (פעולה שאיננה מבוססת על הערכה אינדיבידואלית של הסיכון הנובע מכל אחד מהם, אלא על הערכה כי הסיכון הממוצע הנשקף מכל מי שנמנה עם ציבור זה הוא גבוה מהסיכון הממוצע בכלל האוכלוסייה). ההסדר שנקבע בחוק המתוקן מבטא אמצעי כזה (שכן יש בו חזקה בדבר פרופיל הסיכון של מנועי הכניסה) ומדינה וסבן מצדדים, על פי המבחנים שהציעו – בעמדת העותרים. זו גם גישתו של חברי, השופט א' א' לוי.

על כך הנני מרשה לעצמי להעיר שלוש הערות:

(א) זמיר ומדינה עצמם מקבלים למעשה כי קביעת "ערך הסף הדאונטולוגי" של הפעולה, כמו גם "ערך הנזק" שייגרם מביצוע הפעולה הנבחנת הם עניין לשיקול דעת (אף שלטענתם – ערכים אלה אינם שרירותיים) וערכים אלה אף ישתנו בהתאם לסוגי הנזקים השונים שאותם מבקשים למנוע, או שעלולים להיגרם כתוצאה מן הפעולה המונעת. בנוסף בפועל אין הם חולקים על כך שהרגולטור (או מקבל ההחלטות) צריך לקבוע גם את תוחלת הנזק שיימנע כתוצאה מביצוע הפעולה. המחברים אינם מציעים, כמובן, דרך מדויקת לקביעת ערכי הסף האמורים, או דרך לאמוד את תוחלת הנזק הצפוי. הנה כי כן כאשר הרגולטור ער לחובתו לבחון את תוחלת הנזק הצפוי ואת טיב הפגיעה שפעולתו תמנע, ולהעריך את הנזק הגלום בפעולת המנע, כמו גם את משמעותה כמפרה מגבלות דאונטולוגיות, ספק אם ככלל יש יתרון משמעותי לבית המשפט על פני המחוקק בבואו לקבוע תחתיו אותם ערכים ותוחלות על מנת להחליט האם הפעולה המונעת מוצדקת – חוקית ומוסרית. עיינו: אורגד, הגירה וטרור 525 (להרחבה בנושא זה ראו גם בפיסקאות 35(ב)(6), 36 ו-39 שלהלן).

(ב) ד"ר ליאב אורגד מביא בחיבורו הנ"ל מספר טעמים מדוע אין לקבל את התפיסה המוצגת במאמרם של מדינה וסבן, הסבורים (שם בעמ' 53) שלא ניתן לפגוע בזכות היסוד החוקתית לאיחוד משפחות בישראל דווקא (שהם מכירים בה) על בסיס "סיכון ששיעורו מאיות אחוז ספורות שאדם המבקש מעמד בישראל יסייע לביצוע מעשה טרור אם יקבל היתר שהייה בישראל". ראוי להביא בקצרה את נימוקי ביקורתו (שם בעמ' 524-525):

(1) השאלה הרלוונטית לדעתו, אינה כמה "מהגרי נישואים" היו מעורבים במעשי טרור או כמה מעשי טרור התרחשו כתוצאה מהגירתם, אלא במקום זאת, מה היקף הקורבנות והנזק שנגרמו. לגישתו – אין זה עניין כמותי, אלא איכותי. גם מפגעים בודדים עלולים לגרום לנזק גבוה לאין שיעור. למשל, מעשיהם של 19 חוטפי המטוסים בפיועי האחד-עשר בספטמבר בארצות הברית גבו למעלה מ-3,000 קורבנות בנפש. הנתונים שהוצגו בפסקאות 14-20 שלעיל לגבי הפן הישראלי של אותה דילמה גם הם נראים מאלפים. אומר על כך ד"ר אורגד: "יש שיטענו ששיעור זה עדיין נמוך: זה מחיר שצריך לשלמו על מנת להגשים את הזכות לחיי משפחה של רבבות. יתכן שכן ויתכן שלא. זו הכרעה ערכית".

(2) מיקוד הדיון אך ורק במספר הקורבנות מטעה. להצלחה של פיועי טרור "איכותי" יש עלות שהיא רחבה הרבה יותר ממספר הקורבנות: יש לכך השלכות אסטרטגיות, מדיניות ופסיכולוגיות מרחיקות לכת. להצלחה של פיועי טרור יש השלכות על כלכלת המדינה, על התיירות, על היחסים הבינלאומיים, על כושר ההרתעה של המדינה, על יכולתה לעמוד בפני איומים וכיו"ב משתנים שהם חלק, או אמורים להיות חלק, מכל משוואה או נוסחה מתמטית. לכן אין לשקלל רק את תוספת הביטחון המושגת במעבר מבידוק אינדיבידואלי לאיסור כמעט גורף, אלא את סך כל התועלת המושגת במכלול הרחב של השיקולים ובה גם תוספת הביטחון.

(3) השאלה אינה רק כמה מעשי טרור בוצעו על ידי "מהגרי משפחה", אלא מהו האחוז של אלו בסך כל פעולות הטרור שביצעו אזרחים ישראלים. לפי הנתונים המובאים במאמר, ארבעים אחוז מערביי ישראל שהיו מעורבים בטרור בישראל בשנת 2006 היגרו לשטחה במסגרת איחוד משפחות משטחי הרשות הפלסטינית. זהו אחוז משמעותי, המעיד כי חלק ניכר ממעשי הטרור של תושבים בישראל בוצעו על ידי מהגרי משפחה מסוג ומאזור מסוים.

(4) גם כאשר מקבלים כי על המדינה לקחת סיכונים כדי לממש זכויות יסוד חוקתיות של אזרחיה, אין להתעלם מכך שהסיכון שהמדינה נדרשת לשאת בו במקרה של הגירת נישואין של נתיני אויב נובע לא מאזרחי המדינה, אלא מבני זוג זרים. אכן,

"[r]isks to the public good that must be accepted when posed by the potential conduct of a national (citizen) need not be accepted when posed by a foreigner, and may be obviated by the foreigner's exclusion or expulsion." (John Finnis, *Nationality, Alienage and*

Constitutional Principle, 123 L.Q. REV 417, 418 (2007)).

(5) בנוסח הנוכחי של החוק יש חמישה חריגים, שממילא יש בהם כדי לחייב את המדינה ליטול סיכונים; חריגים אלו מאפשרים בידוק פרטני של כשלושים אחוז מהבקשות.

(6) מבחינה מוסדית ראוי שהכרעות ערכיות מסוג זה יתקבלו בפרלמנט ולא בבית המשפט, אלא אם כן נפל פגם בדרך קבלת ההחלטה או שהיא מבוססת על שיקולים לא ענייניים או שהיא לא רציונלית.

(ג) בצד הביקורת הנ"ל ראוי להדגיש כי במודל של מדינה וטבן אין התייחסות לעיקרון הזהירות המונעת, המטפל גם הוא, כמובהר, במצבים מעין אלה וממילא לא מצאנו שם התמודדות עם השאלה מהי התיאוריה המועדפת להכלת הסיטואציות הללו. לי נראה שעקרון הזהירות המונעת מתאים יותר להתמודדות עם הסיכונים שנמנו, במיוחד שהמחוקק ולא רק הרשות המבצעת נתנו דעתם עליהם (ראו: Sunstein, בעמ' 214). למעשה זו אף גישתם של חברי: המשנה לנשיאה, השופט א' ריבלין ושל השופט א' גרוניס, כעולה מפסקה 3 לחוות דעתו.

36. נותר לנו לבדוק איפוא עתה את התאמתו של עיקרון הזהירות המונעת עם מבחן המידתיות. בנושא זה פסק הדין המנחה באירופה הוא *Pfizer Animal Health SA v. Council of the European Union*, (Case T-13/99) [2002] ECR II-3305 (להלן: Pfizer), של בית הדין האירופי לצדק, אשר למעשה שילב את עיקרון הזהירות המונעת עם מבחן המידתיות וקבע, במינוחים שלנו, כי במקרים בהם מתקיימים התנאים להחלת עקרון הזהירות המונעת – אין מקום לומר כי מעשי הרשות לא עמדו בדרישות הפרופורציונליות, שכן בסיטואציות כאלה הבכורה ניתנת לשיקולי הרשות הרגולטורית, שהרי עליה האחריות במקרה והקטסטרופה תתממש, ואז היא זו שתצטרך להצדיק את מעשיה, או את מחדליה. השוו: Moshe Cohen-Eliya & Iddo Porat, *Proportionality and the Culture of Justification*, 59 AM. J. COMP. L. 463, 472 (2011).

עתה נעבור לדון ביתר פירוט במבחן המשנה השלישי של המידתיות, הוא "מבחן היחסיות".

37. לגישת הנשיא א' ברק: "תוספת הביטחון שהאיסור הגורף מביא עימו אינה מידתית ביחס לתוספת הנזק הנגרמת לחיי משפחה ולשוויון של בני הזוג הישראלים. אמת, האיסור הגורף נותן עימו יותר ביטחון: אך הוא מושג במחיר כבד מדי" (עניין עדאלה, שם בעמ' 345-346). הטעם לכך הוא שהדמוקרטיה מחייבת נטילת סיכונים (שם, בעמ' 360-362). ד"ר אורגד מעיר על כך (בעמ' 523 למאמרו הנ"ל) כי: "מדובר פה איפוא בעניין של עלות מול תועלת לאור מערך ההסתברויות". אף לעניין זה יש לעיקרון הזהירות המונעת המוצע על ידי משמעות ונפקות. אבהיר הדברים מיד בסמוך.

38. מבחן "המידתיות במובן הצר" דורש, כידוע, כי לשם הצדקת הפגיעה בזכות החוקתית יהיה יחס ראוי וחיובי בין תוספת התועלת הצומחת מהגשמת התכלית החקיקתית לבין תוספת הנזק העלול להיגרם בשל כך לזכות החוקתית (ראו: ברק, מידתיות במשפט, עמ' 420, 446-432 והאסמכתאות המוזכרות שם). לעניות דעתי כאשר תוספת התועלת שהחוק העומד-לבחינה מבקש להביא היא במניעת נזק צפוי, ובמיוחד בסיטואציות שעקרון הזהירות המונעת יפה להן – החקיקה הרלבנטית צולחת בהצלחה מבחן משנה זה. כפי שציין בית המשפט בפרשת Pfizer בעניין זה: "a cost / benefit analysis is a particular expression of the principle of proportionality in cases involving risk management." (ראו: שם, בעמ' 61).

עמדה זו מתיישבת יפה עם ניתוחו של פרופ' אהרון ברק במאמרו: איזון חוקתי עקרוני ומידתיות בהיבט התורתי, במסגרת ספר ברק (שם בעמ' 39) וכן עם מאמרו של מי שהיה עד לאחרונה שופט בית המשפט החוקתי הפדרלי בגרמניה, פרופ' Udo di Fabio, בהקשר לעקרון הזהירות המונעת ותחולתו במשפט הציבורי במסגרת מבחני המידתיות: Gefahr, Vorsorge, Risiko: Die Gefahrenabwehr unter dem Einfluss des Vorsorgeprinzips, in: JURA (1996) 566 (להלן: פרופ' די פביו).

הנה כי כן במקרה שלפנינו התוספת הנטענת לפגיעה בזכות לחיי משפחה, שהיא בהסתברות גבוהה עקב הוראות החוק המתוקן – איננה שקולה כנגד תוחלת הנזק הצפוי (האינטרס בדבר הפחתת הסיכון שהיקפו רב, העלול להיגרם מהצלחת פיגוע, אף אם הסתברותו של אירוע כזה נמוכה, אם וככל שיבוטלו הוראות החוק המתוקן). גישה זו עומדת גם במסגרת ההבחנה שהוצעה על ידי ד"ר אורן גזל-אייל וד"ר אמנון רייכמן במאמרם: "אינטרסים ציבוריים כזכויות חוקתיות", משפטים י"א 97 (תשע"א) בין זכות חוקתית לבין אינטרס ציבורי. הטעם לכך הוא שכאן האינטרס הציבורי – להביא להפחתת סיכוני הטרור – מובא בחשבון במסגרת הדיון בפיסקת ההגבלה, כפי שמקובל על המחברים (שם בעמ' 103) ולא במסגרת של "איזון אופקי" בין זכויות חוקתיות.

עיינו גם: גדעון ספיר, ישן מול חדש – על איזון אנכי ומידתיות, מחקר משפט כ"ב 471 (2006).

39. זאת ועוד – אחרת. למחוקק עומד, כידוע, "מרחב תימרון חקיקתי", המכונה לעיתים גם "מתחם מידתיות" (ראו: ברק, מידתיות במשפט, 505-508). בתוך כך, השאלה שעומדת לפתחנו איננה האם היינו אנו מצליחים לגבש הסדר טוב יותר, אלא האם ההסדר שנבחר הוא חוקתי, קרי, האם הוא נכנס בגדר "מרחב התמרון" שבתוכו מותר למחוקק לפעול (ראו: בג"ץ 4769/95 מנחם נ' שר התחבורה, פ"ד נז(1) 235, 280 (2002); בג"ץ 5578/02 מנור נ' שר האוצר, פ"ד נט(1) 729, 741 (2004)). מכאן שהבחירה שנעשית על ידי המחוקק – כגון הבחירה המגולמת כאן בחוק המתוקן – הינה מידתית, ככל שהיא נמצאת בגדרי "מתחם המידתיות" האמור (ראו: בג"ץ 5936/97 לם נ' מנכ"ל משרד החינוך, התרבות והספורט, פ"ד נג(4) 673, 687 (1999); השוו לחוות דעתי בבג"ץ 6784/06 רס"ן רונית שליטנר נ' הממונה על תשלום גמלאות בצה"ל (טרם פורסם, 12.1.2011)). ואמנם, כפי שמראה ד"ר אורגד במאמרו הנ"ל (שם, בעמ' 517-520) לא פעם המחוקק קובע הוראות ואיסורים על בסיס הכללות סטטיסטיות, שנחשבות מהימנות, גם אם רוב הפרטים המשתייכים לקבוצת סיכון מסויימת אינם מסוכנים באופן אינדיבידואלי ובלבד שרמת הסיכון הנשקפת מקבוצה זו במכלול גבוהה יותר מרמת הסיכון הנשקפת מקבוצות אחרות. הנה, למשל, ההכללה שלפיה לצעירים הרגלי נהיגה מסוכנים ולכן יחולו מגבלות והוראות סטטוטוריות מיוחדות לגבי נהיגתם – אין משמעה שכל הצעירים, או אפילו רובם, נוהגים באופן מסוכן, ואין היא מחייבת את ביטול ההגבלות שבחוק המוטלות על נהיגת צעירים בתור שכאלה. במיוחד נכונים הדברים כאשר מדובר בעקרון הזהירות המונעת (עיינו: מאמרו של פרופ' די פנ'ו; Funk, בעמ' 197-200, 202-203). פרופ' Sunstein מביע אמנם בספרו (שם, בעמ' 205-206) וכן במאמרו The Catastrophic Harm Precautionary Principle, ISSUES IN LEGAL SCHOLARSHIP, 2007, דעה נוגדת (על עמדה זו התבססה, בין היתר, חברתי השופטת א' חיות בפסק דינה בעניין עדאלה), ולחילופין הוא מציג גישה מסויגת יותר, על פיה חקיקה שמגלמת את עקרון הזהירות המונעת חייבת לעמוד ב-3 תנאים נוספים ואולם לאחרונה ניתנה תשובה גם להשגות אלו. ראו: Daniel Farber, *Uncertainty*, 99 GEO. L. J. 901 (2011).

40. יישום עיקרון הזהירות המונעת במקרה שלפנינו מתבקש איפוא, שכן מדובר במצב שבו אי הוודאות היא רבה ואף כי תוחלת הסיכון הנטענת היא נמוכה מאוד יחסית, האסון שיכול להיגרם הוא נורא ואין למעשה דרך חלופית למנוע אותו, אלא

בדרך של הגבלה כוללת (עם חריגים, כפי שנעשה הדבר בחוק המתוקן). יתר על כן, הפרמטרים להשוואה בין הנזק הפוטנציאלי לבין הפגיעה בזכות מציבים ערכים שונים, שקשה להציגם ולאומדם זה כנגד זה, ואף בנושא זה נמתחה ביקורת על גישתם של זמיר ומדינה. ראו: מאמר הביקורת של פרופ' אריאל פורת – על ספרם של זמיר ומדינה, משפטים מא 415, 429-425 (2011); עיינו גם בתגובת זמיר ומדינה לביקורת זו: משפטים מא 443-439 (2011).

בעקבות הערותיהן של חברותיי: הנשיאה ד' ביניש והשופטת א' חיות לעקרון הזהירות המונעת המוצע בחוות דעתי והחלתו על המצב שלפנינו, כמו גם הסתייגותו של חברי השופט א' רובינשטיין לגביו – רואה אני להוסיף במסגרת זו ובמגבלות העניין רק שתי תגובות קצרות, שאינן מתיימרות למצות:

(א) הצלחה של מעשה טרור יכולה להביא לקטסטרופה חו"ת, ולא ארחיב.

(ב) עמדתו של פרופ' Sunstein כי בהחלתו של עקרון הזהירות המונעת צפונים לעתים גם סכנות ונזקים העלולים להיות משמעותיים לחברה או לקבוצות מסוימות בה – איננה ישימה למצער לסוגיות שלפנינו. הטעם לדבר נעוץ בכך שפה הפגיעה הנטענת בזכות החוקתית לחיי משפחה הוגדרה ותוחמה, והיא נשקלה ושובצה על-ידי במסגרת מבחן המשנה השלישי של המידתיות ("מבחן היחסיות"). כפי שהראיתי בפיסקה 38 לעיל, הגישה הערכנית לעקרון הזהירות המונעת גורסת כי הכלל האמור צולח את "מבחן היחסיות".

41. לעיקרון הזהירות המונעת יש תכונה נוספת היפה לענייננו והיא העובדה שהוא מחייב בדיקה קבועה ומתמשכת לגבי הפרמטרים המרכיבים אותו. דבר זה מתאים דווקא לחקיקה של הוראות שעה, שכן הגבלת הזמן כשלעצמה יש בה מן המידתיות. ראו: Arie Trouwborst, PRECAUTIONARY RIGHTS AND DUTIES OF STATES 131-141 (2006); Funk, בעמ' 204-203. מכאן שההשגות על החקיקה האמורה, או על הארכת תוקפו של החוק בהחלטת ממשלה באישור הכנסת – אין להן מקום. נרחיב עוד את הדיבור בנושא זה להלן.

42. המשפט המשווה מלמד אותנו כי שימוש בחקיקה זמנית הוא ראוי בארבעה מצבים חלופיים (ראו: Jacob Garsen, *Temporary Legislation*, 74 U. CHI. L. REV. 247, (2007) 273-279):

- (א) אילוצים של דחק, או שעת חירום.
- (ב) ניסוי מבוקר של שיטה חדשה, או מדיניות חדשה, או כאמצעי לקבלת מידע. (הערה: מצבים (א) ו(ב) הנ"ל נדונו ואושרו ב-בג"ץ 4908/10 חה"כ רוני בראון נ' כנסת ישראל (לא פורסם, 7.4.2011)).
- (ג) תגובה לתקלות במצבים נורמטיביים קיימים.
- (ד) ניסיון להתגבר על הטיות קוגניטיביות (ראו: Christine Jolls, Cass R. Sunstein, Richard Thaler, *Behavioral Approach to Law and Economics*, 50 STAN. L. REV. (1997-1998) 1471), או למצבים של מידע א-סימטרי (ראו: George K. Yin, *Temporary Effect Legislation, Political Accountability, and Fiscal Restraint*, 84 N.Y.U. L. REV. (2009) 174).

מבלי להכביר מילים – נראה לי שמרבית המצבים הנ"ל מתקיימים לגבי המציאות שהולידה את החוק המתוקן ואת ההארכות לו ויש רק לקוות כי העילות המצדיקות נקיטה בצעדים אלה תתבטלנה בעתיד. בהודעת העדכון האחרונה שנמסרה לנו מטעם המשיבים בתאריך 21.12.11 נאמר כי נערכת עבודת מטה מטעם הממשלה, שמטרתה לגבש הסדר משפטי מקיף בנוגע למדיניות הכניסה לישראל והישיבה בה, וזאת כחלק מהתמודדות המדינה עם הסוגיות שמציבה בפניה ההגירה החוקית והבלתי-חוקית לישראל. בדיקה שכזו טובה היא ורצויה, כמובן, ויש להזכיר כי בשעתו (בשנת 2009) הוגש נייר עמדה מפורט בנושאים אלה, שהוכן ע"י פרופ' שלמה אבינרי, פרופ' אמנון רובינשטיין וד"ר ליאב אורגד, בעריכת פרופ' רות גביוון, במסגרת פעילות מרכז מציל"ה למחשבה ציונית, יהודית ליברלית והומניסטית.

נוכח האמור בגדר עבודת המטה המתבצעת כיום כנ"ל, או במקביל לה – בדיונים לקראת הארכת תוקפו של החוק המתוקן – יש ליתן, לדעתי, דגש למצער על שני נושאים:

- (א) בחינה חוזרת ונשנית של חומרת הסיכונים הנוכחיים, תוך נסיון לנטרול הטיות קוגניטיביות שקיימות בתחומים אלה (וזאת מבלי שהדבר יחייב בהכרח ביטול האיסורים, או חלק מהם). באשר למוגבלות היכולת להעריך באופן רציונלי סיכונים בעתות משבר, ועל הקושי לשקול באופן רציונלי דרכי התמודדות ראויות עימם – עיינו: Oren Gross, *Chaos and Rules: Should Responses To Violent Crises Always Be Constitutional?*, 112 YALE L.J 1011, 1038-1042 (2003) ; Oren Gross and Fionnuala ; Ní Aoláin, *LAWS IN TIMES OF CRISES – EMERGENCY POWERS IN THEORY AND*

PRACTICE 105-109 (2006); מרדכי קרמניצר "טרור ודמוקרטיה והמקרה של ישראל" המשפט י"ד 2, 4 (חוברת 25 – 2008).

(ב) מתן פתרונות הולמים לבעיותיהם ולמעמדם של הקטינים, ילדי המשפחות שהחוק מתייחס אליהם. בעניין זה אני מצטרף בהסכמה מלאה לאמור בחוות דעתה של חברתי השופטת מ' נאור בנושא.

מכל מקום, יש יתרון בכך כי הממשלה, ולאחריה הכנסת, דנות בהוראות החוק המתוקן, בצורך בו ובשינויים אפשריים בהסדרים הנקוטים על פיו מדי תקופת זמן מסוימת, ובכל מקרה לא יאוחר משנה מעת ההחלטה להמשיך ולקיימו על פי סעיף 5 להוראות החוק המתוקן.

עניין אחרון זה מביא אותנו לסוגיית הסעד.

הסעד

43. לשיטתי, כאמור, יש לדחות את העתירות. אולם אף אלה מחבריי הגורסים כי יש להכריז על בטלותו של החוק – אוחזים בדעה כי יש להשעות את החלטת הבטלות למשך תקופה משמעותית (עד תשעה חודשים), כדי לאפשר השגת הסדר סטטוטורי אחר. בגישה זו יש, לעניות דעתי, שתי פירוכות:

(א) בעת כתיבת חוות דעתי זו החוק אמור לפוג כאמור בתאריך 31.1.2012 ואין לדעת אם יוארך וכיצד. הנה כי כן, מי שגורס בטלות – נותן למעשה לחוק המתוקן חיות, או מציע לרשות להאריך את תוקפו אף מעבר לתקופה שנקצבה לו. דבר זה הוא קשה נוכח מהותו ואופיו המיוחד של חוק הוראת שעה ככזה (השוו: יגאל מרזל "השעיית הכרזת הבטלות" משפט וממשל ט' 39 (תשס"ו)).

(ב) הסעד עליו ממליצים חבריי מוכיח שאף לשיטתם החוק המתוקן בשלב זה הוא חיוני (אף אם לא בהכרח במתכונתו הנוכחית) ומידתי וכי הוא עומד למעשה בדרישות פיסקת ההגבלה, שהרי לכאורה אף הוראת השעייה צריכה לעמוד במבחנים חוקתיים.

סוף דבר – קריאות תלמודיות ולקחים מההיסטוריה היהודית אגב הבעת תקווה לעתיד

44. דומה שכולם מכירים את הסיפור התלמודי המבהיר את הסיבות לחורבן הבית. בגמרא, בגיטין נ"ה ע"ב – נ"ו ע"א, מובא הסיפור על קמצא ובר קמצא ונצטטו כאן בתרגומו לעברית ובביאורו של הרב עדין אבן ישראל (שטיינזלץ) (ובהדגשות שלי – ח"מ):

"אמר רבי יוחנן: מהו שנאמר "אשרי אדם מפחד תמיד ומקשה ליבו יפול ברעה" (משלי כ"ח י"ד). על קמצא ובר קמצא נחרבה ירושלים. על תרנגול ותרנגולת נחרב המקום ששמו הר המלך. על יתד של מרכבה חרבה העיר ביתר. ומפרש על קמצא ובר קמצא נחרבה ירושלים וכך היה מעשה: אדם אחד שאוהבו היה נקרא קמצא ושונאו היה נקרא בר קמצא. עשה משתה גדול, אמר לו לשמשו: לך הבא לי את קמצא (אוהבו). הלך והביא לו בטעות את בר קמצא (שונאו). בא בעל הבית מצא אותו (את בר קמצא) שהוא יושב בסעודה. אמר לו (לבר קמצא): הרי אתה שונא שלי, מה אתה רוצה כאן? קום וצא. אמר לו בר קמצא: הואיל ובאתי הנח לי ואתן לך דמי מה שאני אוכל ושותה ואל תביישני בזה שאתה מגרש אותי מן הסעודה. אמר לו בעל הבית: לא. אמר לו בר קמצא: אתן לך דמי חצי סעודתך ובלבד שלא תוציאני. אמר לו לא. אמר לו אתן לך דמי כל סעודתך. אמר לו לא. ולבסוף אחזו בידו והעמידו והוציאו החוצה. אמר בר קמצא: הואיל והיו יושבים שם חכמים ולא מחו בו אף על פי שראו כיצד הוא מביישני למד עתה כאן שנוח להם בדבר הזה, אלך ואלשין עליהם בבית המלך. הלך למלכות אמר לו לקיסר: מרדו היהודים בך. אמר לו: מי שיאמר יוכיח שכך הוא. אמר לו: נסה אותם בכך: שלח להם קורבן לכבוד המלכות ותראה אם מקריבים אותו. הלך הקיסר שלח בידו עגל משולש (מובחר). בזמן שבא בר קמצא משם הטיל בו מום בשפתיו של העגל (ויש אומרים בעפעפיים של העגל) – מקום שבשביל היהודים הוא נחשב למום וללא יהודים – אינו מום, ולכן כשהביא אותו לא יכלו להקריב אותו במקדש משום שהוא בעל מום ולא יכלו להסביר למלכות שהוא בעל מום מפני שבעיניהם הוא לא נחשב למום. חשבו חכמים להקריב אותו בכל זאת משום שלום מלכות. אמר להם רבי זכריה בן אבקולס: אם כך יאמרו אנשים מעתה ואילך בעלי מומים מקריבים על המזבח. אמרו החכמים: אם לא נקריב אותו צריך לעשות משהו ביחס לבר קמצא. חשבו החכמים להרוג אותו כדי שלא ילך ויאמר למלכות. אמר להם רבי זכריה: יאמרו האנשים מעתה שמי שמטיל מום בקודשים ייהרג וכיוון שכך לא עשו דבר ונתקבלה – ההלשנה על ידי המלכות והתחילה המלחמה. אמר רבי יוחנן: ענוונותו של רבי זכריה בן אבקולס היא

שהחריבה את ביתנו ושרפה את היכלינו והגליתנו מארצנו".

יש הסבורים שסיפור-מעשה זה מלמד רק כי בשל שנאת חנם הרבה ירושלים. ואולם כבר ראשונים (רש"י ותוספות) תהו מה עניין הפסוק: "אשרי אדם מפחד תמיד" בפתח הסיפור ומי הוא זה שלגביו הוא חל. מדבריהם של הפרשנים האמורים ניתן להבין כי הפסוק מוסב על הנוגעים בדבר, שהשתתפו באירועים, לרבות החכמים שנכחו בסעודה (ופרשנים נוספים כוללים במי שהתעלמו מהפסוק – אף את רבי זכריה בן אבוקלס). לפי שיטה זו, כל אלה – לא ראו את הנולד, העמידו הכל על שורת הדין ולא החילו את הכלל: "אשרי אדם מפחד תמיד", או במינוחים של היום, את עיקרון הזהירות המונעת היכן שהיה ראוי לפעול על פיו.

הלקח הוא שלעת הזו אין לחזור על טעויות שאירעו בהיסטוריה היהודית בגדרן התעלמו מהכלל: "אשרי אדם מפחד תמיד", כל זאת אגב הבעת תקוה שבמהרה נגיע למצב שבו לא יהיה עוד צורך בחוק המתוקן במתכונתו הקיימת, או בכלל.

ש ו פ ט

השופטת מ' נאור:

1. שבתי ועיינתי בפסק דיננו הקודם, עיינתי בדברי חבריי השופטים בעתירות הנוכחיות. קראתי גם את המאמרים הרבים שנכתבו בעקבות פסק דיננו הקודם. חבריי הזכירו אותם, זה בכה, וזה בכה, ואיני רואה צורך לחזור ולפרטם אחד לאחד. במאמרים השונים קיימות דעות רבות ומגוונות שהן, במידה רבה, בבואה לחילוקי הדעות הנוקבים שבין שופטי בית משפט זה. עמדתי לא השתנתה מאז פסק הדין הקודם וגם היום סבורה אני כי אין לבטל את חוק האזרחות והכניסה לישראל (הוראת שעה), התשס"ג-2003 (להלן: החוק). החוק הוא אמנם בגדר "הוראת שעה", אך השעה היא ארוכה ומתארכת בשל כך שתקוות שהיו במהלך השנים לימים טובים מאלה ביחסי ישראל ועמי האזור התנפצו, לצערי, עד כה אל סלע המציאות. לאחר שעיינתי בדברי חברי השופטים רובינשטיין ומלצר אבקש מצדי להוסיף אך מעט הדגשים, וככלל חוזרת אני על עמדותיי בעתירות הקודמות (ראו: בג"ץ 7052/03 עדאלה – המרכז המשפטי לזכויות המיעוט הערבי בישראל נ' שר הפנים, פ"ד סא(2) 202, 521-537 (2006) (להלן: ענין עדאלה)).

2. מאז החלטת הממשלה משנת 2002 חלף עבר כמעט עשור. נשים שהן היום בנות 25 היו בנות 15 בעת החלטת הממשלה; גברים שהם היום בני 35 היו בני 25 בעת החלטת הממשלה. אין בידינו נתונים סטטיסטים, אך המשמעות של מעבר הזמן היא שרבים מאלה שהקימו משפחות עוד לפני החלטת הממשלה כבר הגישו בקשות לאיחוד משפחות, או שיכולים הם להגישן היום. גם לאלה שטרם הגיעו לגיל המאפשר להגיש בקשה כזו כבר יש אופק של תקווה. כוונתי היא לבני זוג שנישאו לפני החלטת הממשלה אך לא הגישו בשעתו בקשות, כך שהם לא יכלו ליהנות מהוראות המעבר שבחוק. בחלוף הזמן, מספר המשפחות שנישאו לפני החלטת הממשלה והחוק שאינן יכולות לזכות באיחוד משפחות התמעט ויש בכך, לדידי, כדי למתן במידה מסוימת את התוצאות הקשות, ואין ספק שקשות הן, של החוק. על הקושי המיוחד העומד בפני משפחות שהוקמו עוד לפני תחילת החוק עמד חבר הכנסת זחאלקה, ממתנגדי החוק, בדיון של ועדת הפנים והגנת הסביבה של הכנסת ביום 16.1.2007, כשציין:

”אני רוצה להגיד, שינו את כללי המשחק. אנשים התחתנו עד שהיה החוק. הם היו בתהליך של קבלת התאזרחות. הם לא ידעו שמישהו ישנה את כללי המשחק. אף אחד לא הודיע להם. אם אתה בא לקבוע כללים, אתה קודם נותן פתרון למה שהיה לפני החוק הזה וקובע כללים לעתיד. הזמן כאן הוא כמו תפיסתו של רפול. הזמן הוא נקודתי. הכל קורה היום. מה שהיה בלטרון ב-1948 כאילו קרה היום וגניבת התרנגולות מתל עדשים קרה שלשום. הכל קורה באותו זמן. יש זמן, הזמן הולך קדימה. אתה צריך לבדוק מה שהיה לפני כן, ולקבוע כללים לעתיד. הבעיה האנושית הגדולה ביותר היא זאת שהיתה לפני קביעת החוק. אחרי קביעת החוק הבעיה אמנם קיימת, אבל הרבה יותר קטנה מבחינת הממדים שלה. ההגינות מחייבת את הוועדה שלנו גם ועדת הכנסת צריכה לקבוע גם בחקיקה מכל מי שידון בזה וירצה לקבוע כללים חדשים, שלא לשנות את כללי המשחק. אתם יודעים מה אומרים על מי שמשנה את כללי המשחק. צריך לפתור את הבעיה. לפחות כשאנחנו מנהלים את המלחמה הזאת ואת המאבק הזה על חוק האזרחות, לפחות תנקו את השולחנות מהבעיות הקיימות. יש זוגות שחיים כבר 10 שנים ויש להם ילדים. ההגינות מחייבת. אני לא יכול להיכנס לעובי הקורה...” (ישיבה מס’ 97 של ועדת הפנים והגנת הסביבה, הכנסת ה-17, 8-9, 16.1.2007).

(והשוו, לענין הוראות המעבר של החוק: בג”ץ 7444/03 דקה נ’ שר הפנים (לא פורסם, 22.2.2010); בקשה לדיון נוסף נדחתה – דנג”ץ 2034/10 משרד הפנים נ’ דקה (טרם פורסם, 24.8.2010)).

3. מבלי להקל ראש, חלילה, בקושי הנגרם למשפחות שהוקמו אחרי החלטת הממשלה או החוק – הרי בני זוג ישראליים שבחרו להקים משפחות לאחר ששנו מה שכינה חבר הכנסת זחאלקה "כללי המשחק", והקימו משפחות עם מי שכניסתו ארצה אסורה, עשו כן בידיעת המצב המשפטי בישראל. אם האזרח הישראלי או האזרחית הישראלית "צרפו" אליהם את בן הזוג הזר לישראל – זה האחרון נמצא בארץ שלא כדין.

4. בחלק מפסקי הדין של חבריי, כמו גם בכתיבה האקדמית שבעקבות פסק הדין בעתירות הקודמות, ישנה התייחסות לשאלה האם תכליתו של החוק היא שמירה על הבטחון, או שמא תכליתו הנסתרת היא תכלית "דמוגרפית". בפסק הדין הקודם עמדנו בהרחבה על כך שתכליתו של החוק היא בטחונית. גם אם מי מתומכי החוק בכנסת תמך בו ממניעים "דמוגרפים" אין בכך כדי לשנות את תכליתו האובייקטיבית של החוק. כמה מחברי עמדו על כך גם בעתירות שלפנינו, ולא אוסיף. אדגיש עם זאת כי אף שתכליתו של החוק היא בטחונית, אין לחדד כי להנמקות השונות שבפסקי הדין של שופטי בית משפט זה עשויות להיות השלכות על סוגיית ההגירה לישראל. עמדתי על כך בפסק דיני בעתירות הקודמות כשצינתי:

7. "כאשר אזרח המדינה מבקש להינשא לאזרח זר ולהקים את תא המשפחה בתחומי המדינה, מתעוררת בהכרח סוגיית ההגירה, ובכלל זה הגירה מכוח הזכות לחיי משפחה. כשבני הזוג אינם מתגוררים באותה המדינה - שאלת היקף הזכות לחיי משפחה ושאלות מתחום דיני ההגירה הן שאלות שלא ניתן לנתק ביניהן. חברי הנשיא כתב בהקשר לדיני ההגירה כי 'שר הפנים הוא 'שומר הסף' של המדינה' (בג"ץ 8093/03 ארטמייב נ' משרד הפנים (לא פורסם, 15.12.2004)) וכי 'למדינה שיקול-דעת רחב למנוע מזרים מלהשתקע בה' (בג"ץ 4156/01 דימיטרוב נ' משרד הפנים, פ"ד נו(6) 289, 293 (2002))."

8. לפרשנות המוצעת על ידי חברי הנשיא בעניין היקף הזכות למשפחה, פרשנות המכירה בזכות חוקתית למימוש חיי המשפחה בישראל, השלכות רחבות. הפרשנות תצמצם, בהכרח, את כוחו של שר הפנים להיות 'שומר סף'. כיצד יוכל שר הפנים להיות שומר סף אם 'מפתחות הבית' מצויים בידי כל אזרח ואזרחית?

אכן, חברי הנשיא בוחן את הזכות, ובצדק, מנקודת מבטו של האזרח הישראלי ולא מנקודת מבטו של הזר. ואולם, היקף הזכות כפי שנקבע על ידי חברי הנשיא –

שלפיו קיימת זכות, ומולה יש חובה של המדינה, לאפשר לישראלי להביא את בן זוגו הזר לישראל - יוצרת 'גיזרת התנגשות' בין הזכות לחיי משפחה (לשיטת הנשיא) לבין זכותה של המדינה לקבוע מי יוכל לבוא בשעריה (המבוססת על פסיקה עניפה, כפי שהוזכרה על-ידי חברי המישנה לנשיא בפסקה 50 לפסק דינו). אכן, 'זכותן של מדינות לקביעת תנאים סלקטיביים ומגבילים להגירה נתפסת כחלק מריבונותן' (רובינשטיין ואורגד, בעמ' 330), ונפסק, כי 'על המבקש להיכנס למדינה ריבונית לעבור מחסום אחד: שקול הדעת המוחלט הנתון לרשויות ההגירה בכל מקום ואתר, לאשר או שלא לאשר את כניסתו ולקבוע את משך שהותו במדינה' (בג"ץ 1031/93 פטרו (גולדשטיין) נ' שר הפנים, פ"ד מט(4) 661, 678 (1995)).

9. הנה כי כן, מקביעת היקף הזכות על ידי הנשיא עולה בהכרח כי 'בגיזרת ההתנגשות' גוברת, למעשה, הזכות למימוש חיי משפחה בישראל על ריבונותה של המדינה. לדעתי, עלינו להימנע מהתנגשות זו. אם לא 'נמתח' כאמור את פרשנותו של 'כבוד האדם', וכנגזרת ממנו את היקפה של הזכות החוקתית לחיי משפחה, אכן נוכל להימנע מהתנגשות זו." (ענין עדאלה, בעמ' 526-527).

(וראו גם דברי המשנה לנשיא חשין בענין עדאלה בפסקה 121 לפסק דינו).

5. מדינת ישראל טרם גיבשה לעצמה מדיניות הגירה כוללת. על כך יש להצטער. מהודעות מעדכנות שקיבלנו מעת לעת וגם לאחרונה עולה כי צפוי להיות מוגש בקרוב תסקיר בעניין. עד כתיבת שורות אלה לא הוגש תסקיר כזה. שאלת הגירת נישואין, גם בלא קשר למצב הבטחוני, הנה חלק מן הסוגיה הכוללת של מדיניות ההגירה. לפסיקתנו בענין היקף הזכות החוקתית לחיי משפחה ישנה, כאמור, השלכה אפשרית על סוגיות ההגירה. אולם, זאת יש להדגיש, אין לערב בין תכליתו של החוק הנדון לבין השלכות האפשריות של ההנמקות הניתנות בפסק הדין (ראו והשוו: Ruth Gavison, *Immigration and the Human Rights Discourse: The Universality of Human Rights and the Relevance of States and of Numbers*, 43(1) ISR. L. REV 7 (2010)). כשלעצמי נותרתי בדעתי בעניין היקף הזכות החוקתית לחיי משפחה.

6. אכן, גם לשיטתי הזכות לחיי משפחה היא זכות חוקתית הנגזרת מן הזכות החוקתית לכבוד, ועל כך עמדתי בפסק דיני הקודם. ואולם, השאלה היא האם זכות זו כוללת בחובה זכות חוקתית "להגשים את חיי הנישואין" עם בן זוג זר בישראל דווקא. אחזור ואזכיר בהקשר זה דברים עליהם עמדתי בעתירות הקודמות: יפה תעשה המדינה,

מדינת ישראל וכל מדינה, אם תאפשר לאזרחיה ולתושביה ככל שהנסיבות מאפשרות זאת להביא לארץ מושבם את בני משפחותיהם. כך נהגה ישראל שנים רבות (ראו: בג"ץ 3648/97 סטמקה נ' שר הפנים, פ"ד נג(2) 728 (1999)). נקודת המחלוקת היא בשאלה האם קיימת זכות חוקתית לאזרח להביא את בן משפחתו לישראל, דהיינו זכות שניתן לפגוע בה רק על פי תנאי פיסקת ההגבלה.

7. ההדגשים הנוספים שאביא בסוגיה זו יתמקדו בדברים שכתבו חלק מחברינו, ואזכיר גם כמה מקורות משפטיים נוספים. לשיטתה של חברתי השופטת ארבל בחוות דעתה בעתירות הנוכחיות, אין מנוס מן המסקנה כי הזכות החוקתית לחיי משפחה כוללת "את הזכות המהותית להינשא לזר ואת הזכות להגשים את חיי הנישואין בישראל" (פסקה 9 לפסק דינה). ואולם, חברתי קובעת גם כי "הזכות החוקתית לחיי משפחה, אין משמעה כי עומדת לבן זוגו הזר של אזרח ישראלי זכות להגר לישראל מכוח קשר הזוגיות. כפי שהוזכר, מכוח ריבונותה נתונה למדינה סמכות להגביל כניסתם של זרים לתחומה ואין לזר זכות קנויה להיכנס לארץ" (שם). זוהי, לטעמי בדיוק גיזרת ההתנגשות בין זכויות ממנה עלינו להימנע. אם, כפי שקובעת חברתי, קיימת זכות חוקתית לאזרח ישראלי להגשים את חיי הנישואין עם בן זוגו הזר דווקא בישראל, כיצד תישמר סמכותה של המדינה מכוח ריבונותה להגביל כניסתם של זרים לתחומה? אכן, את הזכות יש לבחון מנקודת מבטו של האזרח הישראלי ואולם בהקשר זה ההבחנה בין עניינו של האזרח הישראלי לבין עניינו של בן הזוג הזר היא, "הבחנה עיונית ומלאכותית" כלשונו של חברי השופט ריבלין בעתירות הקודמות (ענין עדאלה, עמ' 548-547).

8. חברתי השופטת ארבל מוסיפה וקובעת כי "בלא מימוש הזכות – אין לך זכות", ותוהה "מה משמעות תהיה להכרתה של מדינה בזכות כלשהי ללא מתן האפשרות להגשימה בתוך תחומיה של אותה מדינה?" (פסקה 9 לפסק דינה). לדעתי יש ויש משמעות לזכות החוקתית לחיי משפחה גם בלא שנכרוך בה את הזכות להביא לישראל את בן הזוג הזר. כאשר בוחנים את הזכות החוקתית לחיי משפחה יש, בשלב הראשון, להגדיר את היקפה ולבחון האם היא כוללת גם זכות חוקתית להביא את בן הזוג הזר לישראל ולממש דווקא כאן את חיי הנישואין. הזכות לחיי משפחה היא עולם ומלואו. יש לזכות זו נגזרות רבות. כך, למשל, ניתן לראות בפסיקה כי הזכות לחיי משפחה כוללת את הזכות להינשא (בג"ץ 2123/08 פלוני נ' פלונית (לא פורסם, 6.7.2008)). היא כוללת את הזכות להורות (בע"ם 377/05 פלונית ופלוני ההורים המיועדים לאימוץ הקטין נ' ההורים הביולוגיים, פ"ד ס(1) 124, 186-188 (2005)). היא

מצדיקה מתן אפשרות לאסירים לקיים טיפולי הפריה מלאכותית (בג"ץ 2245/06 דוברין נ' שרות בתי הסוהר, פסקה 12 לפסק דינה של השופטת פרוקצ'יה (לא פורסם, 13.6.2006)). היא מאפשרת לאסירים לעמוד בקשר עם בני משפחתם (רע"ב 6956/09 יונס נ' שירות בתי הסוהר, פסקה 42 לפסק דינו של השופט דנציגר (טרם פורסם, 7.10.2010)). בספרות האירופית מוזכר שהזכות לחיי משפחה כוללת, בין היתר, את הזכות להתחתן, את הזכות לבחור שם, את הזכות לשיתוף בהחלטות לגבי עתיד הילד ואת הזכות שילד לא יימסר לאימוץ ללא הסכמה או ידיעה של הורה (CLARE OVEY & ROBIN WHITE, JACOBS & WHITE, THE EUROPEAN CONVENTION ON HUMAN RIGHTS (hereinafter: OVEY & WHITE) (4th. ed. 2006), 241-299. במשפט האמריקאי מתקיים דיון חשוב בשאלה האם הזכות לחיי משפחה כוללת גם את הזכות לקיים נישואים חד מיניים (Baehr v. Lewin, 74 Haw. 530, 852, P.2d 44 (1993)).

הנה כי כן, לזכות החוקתית לחיי משפחה נגזרות רבות בתחומי המדינה. השאלה שהיא אחת השאלות המרכזיות בעתירות שלפנינו אם קיימת חובה על המדינה לאפשר מימוש חיי משפחה עם בן זוג זר דווקא בישראל איננה חזות הכל לגבי הזכות לחיי משפחה. מדובר רק בנדבך אחד, שלא בהכרח יש לראותו ככלול בזכות החוקתית לחיי משפחה. יפה סיכם את הדברים חברי השופט רובינשטיין שקבע כי "הגנה חוקתית על זכות קונקרטית אינה משתרעת במישור החוקתי גם על כל נגזרותיה וסעיפיה האפשריים" (פסקה ט"ז לפסק דינו).

9. בפסק דיני הקודם הראתי בהרחבה, ולענין זה חלקתי על עמדת הנשיא ברק, כי במדינות העולם הדמוקרטי לא הוכרה זכות חוקתית של אזרח או תושב להביא לארץ מגוריו בן זוג זר. הזכרתי פסיקה של בית הדין האירופי לזכויות אדם שדנה בסעיף 8 לאמנה האירופאית לזכויות אדם. סעיף 8 מדבר, כזכור, על הזכות לחיי משפחה. והנה, לאחר פסק דינו נקבע בבית הדין האירופאי לצדק (ECJ) כי אין לפרש את הזכות לחיי משפחה כמחייבת את המדינה להתיר דווקא בשטחה איחוד משפחות. ובלשון בית הדין:

"This right [from article 8] is not to be interpreted as necessarily obliging a member state to authorize family reunification in its territory" (Case C-540/03, European Parliament v. Council of the European Union, 2006 E.C.R. I-5769, para 66).

בית הדין האירופי לצדק מפנה גם הוא לפסיקה של בית הדין האירופי לזכויות אדם ושב ומזכיר כי כאשר עסקינן בענייני הגירה אין לראות את הזכות לחיי משפחה כמקימה חובה כללית על המדינה לאפשר איחוד משפחות דווקא בשטחה:

"Where immigration is concerned, article 8 cannot be considered to impose on a State a general obligation to respect the choice by married couples of the country of their matrimonial residence and to authorize family reunion in its territory" (*id.* para 55(c)).

כך רואה את הדברים גם בית הלורדים באנגליה המציין בפסק דין שניתן גם כן לאחר פסק דיננו הקודם וביחס לסעיף 8 לאמנה כי:

"The Strasbourg court has repeatedly recognized the general right of states to control the entry and residence of non-nationals, and repeatedly acknowledged that the Convention confers no right on individuals or families to choose where they prefer to live" (Huang v. Sec. of State for the Home Department, [2007] A.C. 167 (H.L.)(appeal taken from Eng.)(U.K.)).

המסקנה לפיה סעיף 8 לאמנה אינו מקים זכות לבחור באיזו מדינה ימומשו חיי המשפחה עולה אף מהספרות בנושא:

"Article 8 does not provide a right of entry or residence or a right to remain in a Convention state. The Court acknowledges that it is for states to maintain public order, 'in particular by exercising their right, as a matter of well-established international law and subject to their treaty obligations, to control the entry, residence and expulsion of aliens'" (PHILIP LEACH, TAKING A CASE TO THE EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS 303 (2d. ed. 2005)).

למעשה בספרות ניתן לראות כי זוהי נקודת המוצא לקביעת היקפו של סעיף 8 לאמנה:

"The starting point for considering what this may mean is the leading case of *Abdulaziz, Cabales and Balkandali v UK* (1985) 7 EHRR 471 in which the ECtHR held that 'article 8 does not oblige states to respect the choice by married couples of the country of their matrimonial residence' (para 67). This may result in the state saying, in effect, 'even though you are married, and we accept this means you have a right

to live together, you do not have the right to exercise that right in the UK.' These principles apply not only to marriage but to all family settlement applications. They have been widely applied, and the absence of a positive obligation to respect a couple's choice of residence is now routinely cited in UK case law" (GEORGINA CLAYTON, TEXTBOOK ON IMMIGRATION AND ASYLUM LAW 280 (2d. ed. 2006)).

ראו בהקשר זה גם ספר הפרקטיקה של Thomson Reuters בנושא זכויות אדם שם צוין:

"As a matter of international law and subject to its treaty obligations, a state has the right to control the entry of non-nationals into its territory.... Article 8 does not impose a general obligation on a state to respect the choice of married couples as to the country of their residence where there are no obstacles to establishing family life in their own or their spouse's home countries" (HUMAN RIGHTS PRACTICE §8.110 (Jessica Simor ed. 2010)).

למסקנה דומה מגיעים גם המחברים OVEY & WHITE:

"The conclusion seems to be that the Convention does not *guarantee* the right to family life in a particular country, but only an effective family life as such, no matter where" (OVEY & WHITE, p. 263).

חברי השופטים רובינשטיין ומלצר הרחיבו בעניין זה ולא אוסיף.

10. כאמור, לא ניתן לנתק בין קביעת היקפה החוקתי של הזכות לחיי משפחה לשאלות מתחום דיני ההגירה, ולדעתי יש לקבוע כי הזכות החוקתית לחיי משפחה אינה כוללת את הזכות לאפשר מימוש של חיי הנישואין דווקא בישראל. במילים אחרות, ובדומה לדין הנוהג באירופה, אין להטיל חובה כללית על המדינה לאפשר, כעניין שבחובה, מולה קיימת זכות חוקתית של האזרח, איחוד משפחות דווקא בשטח המדינה. עם כל הכבוד לעמדותיהם של חבריי שדעתם אחרת – אינני סבורה כי בעניין קביעת היקפה של הזכות החוקתית לחיי משפחה על מדינת ישראל, נוכח הבעיות המיוחדות עמן עליה להתמודד, להיות החלוץ העובר לפני המחנה. אינני משוכנעת גם שהמחנה כולו יצעד בעקבות החלוץ.

11. עם זאת גם בהנחה, שהיא דעתם של רבים מחבריי לה אינני שותפה, שאכן קיימת לאזרח ישראל זכות חוקתית להביא לישראל את בן הזוג הזר, עדיין, ודומני שהדבר מוסכם על הכל – אין חובה לאפשר מימושה של הזכות בכל עת ובכל תנאי. חברי השופט רובינשטיין כבר עמד על כך שבענייננו אין המדובר בהיעדר אפשרות טוטאלית להביא את בן הזוג הזר לישראל ולממש את חיי הנישואין דווקא בישראל אלא מדובר ב"עיכוב זמני עד להתקיימות דרישות הגיל הקבועות בסעיף 3 להוראת השעה" (פסקה ד' לפסק דינו). בפסיקה דוגמאות רבות לעיכוב במימושה של זכות חוקתית. נושא זה נוגע לסוגיית המידתיות עליה עמדו חבריי, ועליה עמדנו בהרחבה גם בפסק דיננו הקודם. דומה כי הדוגמא הבולטת ביותר לעיכוב במימוש זכות חוקתית נוגעת לזכותו של כל יהודי לעלות להר הבית. זכות זו הוכרה כזכות יסוד וכחלק מחופש הפולחן הדתי. יחד עם זאת, היו שנים בהן נמנעה כליל האפשרות הניתנת ליהודים לממש את זכותם לעלות להר הבית (ראו: בג"ץ 2697/04 סלומון נ' מפקד מחוז ירושלים, פ"ד נח(4) 572, 575-576 (2004)). אכן ההכרה בזכות לחוד ומימוש הזכות לחוד. בלשונו של הנשיא ברק:

"[זכות] לתפילה על הר-הבית אינה שנויה במחלוקת [...] המחלוקת היא סביב הגשמתה של זכות זו הלכה למעשה" (בג"ץ 4044/93 סלומון נ' מפקד מחוז ירושלים, פ"ד מט(5) 617 (5) 620-621 (1996))."

חברי השופט ריבלין קבע באחת מן הפרשות שעסקו בעליית יהודים להר הבית כי "[הזכות לעלות להר הבית] כזכויות יסוד אחרות, אינה זכות מוחלטת. יחסיות הזכות מתבטאת, בין השאר, בכך שניתן להגביל את מימושה מתוך התחשבות באינטרס הציבורי" (בג"ץ 3641/03 תנועת נאמני הר הבית נ' הנגבי, פסקה 3 (לא פורסם, 28.4.2003)). כמו כן הובעה שם תקווה כי תאפשר עלייה להר הבית "בעתיד" ו"עם שינוי העתים והנסיבות" (ובאשר לזכות להתפלל בהר הבית במובחן מהזכות לעלות להר הבית נראה שהמימוש רחוק עוד יותר, ראו: בג"ץ 10450/07 תנועת נאמני הר הבית בא"י נ' ניצב אהרון פרנקו (לא פורסם, 11.12.2007); בג"ץ 6291/07 תנועת נאמני הר הבית נ' מפקד מחוז ירושלים (לא פורסם, 23.7.2007); בג"ץ 7128/96 תנועת נאמני הר הבית נ' ממשלת ישראל, פ"ד נא(2) 509, 517-518 (1997)). הנה כי כן, לעתים גם מימוש זכות חוקתית נסוג מפני האינטרס הציבורי. כך גם בענייננו כאשר מימוש הזכות (הקיימת לשיטתם של רבים מחבריי) להביא בן זוג זר לישראל נדחית לזמן קצוב וידוע (בשונה מזמן עמום ולא מוגדר) – גיל 25 לנשים וגיל 35 לגברים.

12. הדוגמא בעניין דחיית מימוש הזכויות בהר הבית אינה דוגמא יחידה. דוגמא נוספת לגבי דחיית זכות הפולחן וחופש הדת ניתן למצוא בעמדתה של חברתי השופטת פרוקצ'יה ב-בג"ץ 7311/02 האגודה לסיוע ולהגנה על זכויות הבדואים בישראל נ' עיריית באר שבע (טרם פורסם, 22.6.2011). בעניין זה דובר על מבנה ששימש במשך שנים כמסגד לתפילות. שימוש זה נזנח עם הקמת המדינה. לאחר מכן, במשך עשרות שנים, שימש המבנה כמוזיאון. העותרים שם ביקשו לבטל את ייעוד המבנה כמוזיאון וביקשו כי הוא יחזור להיות מסגד בו יתקיימו תפילות. חברתי השופטת פרוקצ'יה קבעה באותו עניין כי עומדת לעותרים זכות חוקתית "לממש את זיקתם הדתית למבנה שנועד ביסודו לשמש מקום תפילה עבורם" (לצורך הדיון הנחתי שם אף אני, בלי להכריע בדבר, כי אכן מדובר בזכות חוקתית). ואולם, על אף שהכירה בזכות חוקתית הוסיפה השופטת פרוקצ'יה וקבעה כי מימוש הזכות יידחה מפני שיקולים ציבוריים נוגדים בעלי פן חיובי ושליילי. השופטת פרוקצ'יה קבעה כי נסיבות העניין מצדיקות לדחות את מימוש הזכות החוקתית ולא לייעד את המבנה למקום תפילה. הנה כי כן, גם בהנחה שקיימת זכות חוקתית – ניתן לדחות את מימושה.

13. ודוק: עניינים של חופש הדת והפולחן אינם העניינים היחידים בהם נדחה מועד ומקום המימוש של זכויות חוקתיות. גם לגבי חופש התנועה, שהוכר גם כן כזכות יסוד, ניתן למצוא דוגמאות בהן מימוש הזכות הוגבל. כך, בפרשה הידועה בעניין כביש בר אילן נקבע כי אפשר לסגור כביש לתנועה בשעות מסוימות, למשל מטעמים של פגיעה ברגשות דת, כך שבאותן שעות לא ניתן יהיה לממש את זכות התנועה באותו כביש דווקא (ראו בג"ץ 5016/96 חורב נ' שר התחבורה, פ"ד נא(4) 1, 81 (1997)).

14. דוגמא נוספת לזכות חוקתית שמימושה נדחה ניתן למצוא בעניין מצעד הגאווה שביקשו לקיימו בירושלים. יוזמי המצעד ביקשו לקיימו במועד מסוים אך המשטרה הודיעה כי היא אינה יכולה להקצות את הכוחות הנדרשים לאבטחת המצעד. על כן מימושו נדחה למועד אחר. בהמשך, נוכח אינטרס ציבורי שהקשה על מימוש המצעד גם במועד הנדחה הוסכם גם על שינוי מסלולו של המצעד. לאחר מכן ונוכח התפתחויות ציבוריות נוספות שאירעו, שונה אופיו של האירוע ובמקום מצעד ותהלוכה ברחובות העיר נערך אירוע חליפי של התכנסות באצטדיון סגור (להשתלשלות העניינים ראו פירוט ב-בג"ץ 8988/06 משי זהב נ' מפקד מחוז ירושלים (לא פורסם, 27.12.2006)). הנה כי כן, הזכות לחוד ומימושה לחוד. מועד המימוש ומקום המימוש אינם תלויים רק ברצון בעל הזכות אלא יש לשקול שיקולים נוספים. כך גם בענייננו: החוק אינו אוסר כליל על האפשרות להביא את בן הזוג הזר לישראל ולממש דווקא כאן את הזכות לחיי הנישואין. החוק דוחה את האפשרות לעשות כן למספר שנים ידוע ומוגבל נוכח

האינטרס הציבורי בעל המשקל הרב שעל אופיו המיוחד עמדו חבריי. דחיית מימוש הזכות נעשית במסגרת עקרון המידתיות שבפסקת ההגבלה. לדעתי החוק המגביל את הזכות של אזרח ישראלי להביא את בן זוגו הזר לישראל – זכות הקיימת לשיטת רבים מחבריי – לתקופת זמן מוגבלת, מתוחמת וברורה צולח נוכח נסיבות העניין שלפנינו את מבחני המידתיות, והוא בודאי בתוך מה שמכונה "מיתחם המידתיות".

15. אבקש עתה ליחד דברים מפורטים יותר לעתירה בעניינם של הקטינים תושבי מזרח ירושלים (בג"ץ 5030/07), עתירה שהוגשה על ידי המוקד להגנת הפרט מיסודה של ד"ר לוטה זלצברגר.

16. בסופו של יום, לאחר הבהרה שניתנה על ידי המדינה במהלך הדיון בעתירה בעקבות שאלותינו – מסתבר כי אין חשש (בכפוף למניעה בטחונית או פלילית) לא לניתוק בין קטינים להוריהם ואף לא לניתוק בין מי שהיו קטינים ובגרו ובין הוריהם. אבאר.

17. סעיף 3א לחוק (שנוסחו לא שונה מאז העתירות הקודמות), קובע:

3א. על אף הוראות סעיף 2, רשאי שר הפנים, לפי שיקול דעתו -	היתר לגבי ילדים
---	-----------------------

(1) לתת לקטין תושב אזור שגילו עד 14 שנים רישיון לישיבה בישראל לשם מניעת הפרדתו מהורו המשמורן השוהה כדין בישראל;

(2) לאשר בקשה למתן היתר לשהייה בישראל בידי מפקד האזור לקטין תושב האזור שגילו מעל 14 שנים לשם מניעת הפרדתו מהורו המשמורן השוהה כדין בישראל, ובלבד שלא יוארך היתר כאמור אם הקטין אינו מתגורר דרך קבע בישראל.

הוראת חוק זו וגלגוליה זכתה לאחרונה לדיון מפורט (ראו: ע"ם 5718/09 מדינת ישראל נ' סרור (טרם פורסם, 27.4.2011) (להלן: עניין סרור)).

18. כפי שבואר עוד בפסק דינו של המשנה לנשיא חשין בעתירות הקודמות – קטינים עד גיל 14 זכאים לקבל מעמד בישראל לשם מניעת הפרדתם מהורה משמורן השווה כדין בישראל, ועל כן זכותם לחיות עם ההורה המשמורן אינה נפגעת כלל, ואילו הקטינים מעל גיל 14 יכולים לקבל היתר שהייה בישראל לשם מניעת הפרדתם מההורה המשמורן. היתר זה יוארך רק אם הקטיין מתגורר דרך קבע בישראל. המשנה לנשיא ציין בפסק הדין הקודם כי הסדר זה משביע רצון וכי טוב עשה המחוקק שקבע חריג המאפשר לילדים לשהות ולו עם אחד מהוריהם בישראל. אכן, כך הודגש שם, החוק המקורי פגע לא מעט בילדים שנמנע מהם להתגורר עם ההורה המשמורן, אולם הפגיעה לעת בירור העתירות הקודמות היתה מצומצמת. עוד צוין שם כי החוק אינו חל כלל על ילד הנולד בישראל להורה אזרחי ישראלי הואיל וילד כזה מקבל מעמד כשל הורהו הישראלי (ראו עמודים 414-416 לפסק דינו של המשנה לנשיא בעתירות הקודמות).

19. הנה כי כן, הוראות החוק בנוגע לקטינים מאפשרות, שלא כנטען בעתירה, שלא להפריד קטינים מעל ההורה המשמורן הזכאי לשבת בישראל. הוראות אלה אינן מצדיקות לדעתי את התערבותנו. יהא אשר יהא היקפה של הזכות לחיי משפחה – ההוראות אינן קורעות, כנטען, קטינים מזרועות הוריהם.

20. בעתירה שלפנינו נשאלה גם שאלה שנראה שלא קיבלה עד כה מענה ברור – ומה הלאה? מה יעלה בגורלם של קטינים שקיבלו מעמד לפני שהגיעו לגיל 14 כשיגיעו לגיל זה? ולא פחות חשוב: מה יעלה בגורל קטינים בני 14-18 בהגיעם לגיל 18? האם ייאלצו לעזוב את הארץ בהגיעם לגיל בגרות? אכן, החוק, כשלעצמו אינו נותן תשובה לשאלות אלה. לגבי מי שהגיש את בקשתו בטרם מלאו לו 14 נקבע בעניין סדר כי המועד הקובע הוא מועד הגשת הבקשה ולכן לגבי שכבת גיל זו נפתרה הבעיה. נותרה שאלה לגבי מי שהגיש את בקשתו בין הגילאים 14 ל-18. העותרת חששה, כעולה מעתירתה, כי ילדים שהפכו לבגירים עלולים להינתק מעל הוריהם ומעל אחיהם האחרים. חוסר הוודאות לגבי העתיד מקשה מאוד, מטבע הדברים, על חייהם של הקטינים ושל הוריהם. כך, למשל, תואר בעתירה מצבה של צעירה בת 17 וחצי שמחזירה הפוטנציאליים נרתעו מכך שאין לה תעודת זהות.

21. אין ספק שחששות כאלה לגבי העתיד חששות קשים הם. בדיון שהתקיים לפנינו ביום 24.10.2007 ביקשנו מהמדינה הבהרה בכתב בעניין המדיניות הנוהגת ביחס לקטינים. בעקבות דברים שנאמרו על פה בתשובה לשאלותינו הוגשה הודעה מטעם המדינה ביום 15.11.2007, הודעה שראוי שתוכנה ייכלל בפסק דיננו זה. המדינה הדגישה בפתח הדברים כי ילד שהוא בן לאזרח/ית ישראלי/ת זכאי/ת בכל מקרה לאזרחות ישראלית מיום לידתו, על פי חוק האזרחות. אכן, בעתירה הובהר כי עניינה נוגע לתושבי מזרח ירושלים, דהיינו תושבים שאין להם אזרחות. עוד צוין בהודעה האמורה כי ההבחנה בין שתי קבוצות הקטינים על פי גיל נובעת מניתוח המסוכנות של קטינים תושבי האזור. מה שחשוב לענייננו הוא התשובה שנתנה המדינה לשאלה "מה הלאה". וכך נאמר שם:

"... כפי שנמסר בעל-פה על ידי הח"מ, הגם שבהתאם להוראות החוק, לכאורה, והמעבר בין קבוצות הגיל השונות, לא היה זכאי הקטין, שהפך לבגיר, או שבגר (מעבר לגיל 14) להארכת המעמד שהיה בידו, קודם לכן, הרי שבפועל משרד הפנים מאריך את המעמד שהיה בידו קודם לכן."

על דברים ברוח זו חזרה המדינה לאחר הוצאת הצו על תנאי בסעיף 165 לתצהיר התשובה. המדינה הבהירה כי קטינים שקיבלו רשיון ישיבה או היתר שהייה לפי העניין, בהתאם להוראות החוק ימשיכו ליהנות מאותו מעמד גם לאחר שהגיעו לגיל 14 או 18 לפי העניין, בתנאי שימשיכו להתגורר דרך קבע בישראל, ובהעדר מניעה פלילית או בטחונית.

22. הנה כי כן, המשיבים נתנו הצהרה מחייבת לגבי השאלה "מה הלאה". אין איפוא חשש (בכפוף להעדר מניעה פלילית או בטחונית) להפרדת קטינים או קטינים שבגרו מהוריהם. אותה צעירה שהוזכרה בעתירה וחברותיה לא יחזיקו אמנם תעודות זהות ישראליות, אך הן תדענה, כי בכפוף למניעה בטחונית או פלילית ובכפוף להמשך ישיבת קבע – אין הן מועמדות להרחקה בהגיען לגיל 18.

23. העותרת מונה בעתירה חסרונות רבים שיש להחזקת היתרי מת"ק, לעומת קבלת תושבות. כזכור, קטינים מעל גיל 14 יכולים לקבל היתרי מת"ק בלבד. לכאורה היתרי מת"ק אינם מקנים אותן זכויות שיש לתושבים. העותרת מבקשת למעשה בעתירה זו מכוח הזכות לחיי משפחה והזכות לשוויון לא רק שלא ינתקו קטינים (וקטינים שבגרו) מהוריהם, אלא גם כי כל המשפחה תקבל רשיון לישיבת קבע על הזכויות הנובעות

מכך. עמדתי כבר על כך שאין חשש לניתוק ילדים מהוריהם ולכן ממילא לא נפגעת הזכות לחיי משפחה. עתה אתייחס לטענת העותרת בעניין פגיעה בשוויון.

24. באשר לפגיעה בשוויון העותרת מסתמכת, בין היתר, על העקרון של השוואת המעמד של קטין להורהו המשמורן כאשר "עקרון זה הוא תוצאה ישירה של כיבוד הזכות לחיי משפחה". העותרת גם מזכירה בהקשר זה פסק דין שניתן בבית משפט זה (ע"ם 1621/08 מדינת ישראל נ' חטיב (טרם פורסם, 30.1.2011)), בו נקבע כי "תושב אזור" לפי ההגדרה הרחבה שהוספה לחוק בשנת 2005 הוא גם מי שאין לו זיקה בפועל לאזור אך הוא רשום שם. לטענת העותרת יש בהגדרה רחבה זו כדי להגביר את הפגיעה באפשרות של הקטינים לקיים חיי משפחה, וזאת ללא הצדקה. הנה כי כן, הטענות לפגיעה בשוויון הן בעיקרן המשך ישיר לטענות בעניין הפגיעה בזכות לחיי משפחה – אלא שכפי שהראתי הזכות לחיי משפחה כלל אינה נפגעת במובן זה שהקטינים רשאים לשהות בישראל על פי היתר כזה או אחר. הקטינים והוריהם אינם מנותקים זה מזה. לטעמי השוויון גם אינו נפגע מאחר שקיימת הבחנה רלבנטית בין תושב האזור (אף אם הוא קטין) לבין עניינם של מי שאינם תושבי האזור. על כך עמדנו בפסק דיננו הקודם.

25. נראה כי מה שבאמת מטריד את העותרת, על אף ההבהרות שנתנה המדינה, הוא הפגיעה בזכויות אחרות של הקטינים, ובפרט זכויות סוציאליות של הקטינים ושל הוריהם. ואולם, העתירה שהוגשה אינה מבהירה באופן מספק מהו הבסיס החוקתי לזכאות הנטענת לזכויות אלה. אזכיר כאן כי לאחר הגשת העתירות הנוכחיות הוגשה עתירה אחרת (בג"ץ 2649/09) בה הוצא צו על תנאי בשאלה מדוע לא יינתנו זכויות לפי חוק הביטוח הלאומי ולפי חוק ביטוח בריאות ממלכתי לבני משפחות של ישראלים השהים כדין בישראל, שאין להם יכולת לקבל רישיון ישיבה בשל הוראות החוק.

26. עניינים רבים אחרים העולים בעתירה בעניינם של הקטינים אינם מתאימים למסגרת של עתירה חוקתית. כך, למשל, טענות שונות בדבר בירוקרטיה מיותרת בה נתקלים תושבי מזרח ירושלים – מקומן בהליכים מנהליים. העותרת העלתה טענות צודקות נגד נוהל רישום ילדים של משרד הפנים. לאחרונה נדחה ערעורה של המדינה על פסק דין של בית המשפט לעניינים מנהליים, ולענין זה בא לציון גואל (פרשת סרוד הנזכרת). הזכרתי עניין זה כדוגמא מובהקת לנושא שראוי היה לבררו בדרך בה התברר בפועל – הגשת עתירה מנהלית, ובמידת הצורך ערעור לבית משפט זה. בעניינים מנהליים אחרים אפשר ויש מקום להגשת עתירה פרטנית לבית משפט זה, עתירה שאינה

כרוכה בטענות חוקתיות. לדעתי ככלל אין לכרוך יחד טענות חוקתיות עם טענות מנהליות. טענות חוקתיות מתבררות, לעתים קרובות, בהרכב מורחב. לא כך הוא, בדרך כלל, לגבי עתירות מנהליות. טענות שהעלתה העותרת במישור המנהלי לגבי עניינים פרטניים שונים (שחלקם ממילא נתון, כפי שתארה היא עצמה, להליכים שיפוטיים), שמורות לה (או לנוגעים בדבר) ואין לדון בהן במסגרת עתירות אלה.

סוף דבר

27. לו הייתה דעתי נשמעת היינו דוחים את העתירות.

ש ו פ ט ת

הנשיאה ד' ביניש:

1. שאלת חוקתיות הוראות חוק האזרחות והכניסה לישראל (הוראת שעה), התשס"ג-2003 (להלן: חוק האזרחות או החוק) עומדת שוב להכרעת בית משפט זה. כפי שתיארו חבריי, ביום 14.5.2006 דחה בית המשפט העליון, על חודו של קול, עתירות קודמות שהוגשו נגד החוק (בג"ץ 7052/03 עדאלה – המרכז המשפטי לזכויות המיעוט הערבי בישראל נ' שר הפנים, פ"ד סא(2) 202 (2006); להלן: פסק הדין הראשון). בעתירות אז, כמו בעתירות שלפנינו, הועלתה הטענה לפיה חוק האזרחות פוגע בשתי זכויות חוקתיות: הזכות לחיי משפחה והזכות לשוויון של אזרחי ישראל הערבים. כידוע, דעות השופטים בפסק הדין נחלקו. כל שופטי ההרכב הסכימו כי הזכות לחיי משפחה, במובניה הגרעיניים, היא זכות חוקתית, אך רק רוב שופטי ההרכב הצטרפו לעמדה אותה הביע הנשיא א' ברק, לפיה הזכות לחיי משפחה משתרעת גם על זכותו של אדם לממש את חיי המשפחה שלו בישראל (לעמדת הנשיא ברק הצטרפתי אני והצטרפו גם השופטים ס' ג'ובראן, א' פרוקצ'יה, י' עדיאל, א' ריבלין וא' לוי). המישנה לנשיא (בדימ') מ' חשין והשופטת מ' נאור, סברו כי הזכות החוקתית לחיי משפחה אינה כוללת גם את הזכות לממש את חיי המשפחה עם בן זוג זר בישראל דווקא. לגישתם, הגם שהזכות לחיי משפחה היא זכות חוקתית מוגנת כחלק מכבוד האדם, הרי שעוצמתה של הזכות נחלשת ככל שמתרחקים מגרעינה וקרבים אל המעטפת. הזכות להביא בן זוג לישראל מצויה, לגישתם, בפריפריה של הזכות ולא בגרעינה, והיא "אינה בעלת קשר ענייני הדוק לכבוד האדם" (שם, עמ' 523, השופטת נאור). לעמדה זו הצטרף גם השופט א' גרוניס.

רוב שופטי ההרכב גם קבעו כי חוק האזרחות פוגע בזכות החוקתית לשוויון הואיל ויישומו מוביל להפליה תוצאתית של אזרחי ישראל הערבים (ראו עמדות הנשיא ברק, עמדות השופטים ס' ג'ובראן, א' חיות, א' פרוקצ'יה, א' ריבלין וא' לוי ואף עמדתו). שלושה שופטים (המישנה לנשיא (בדימ') מ' חשין, השופטת מ' נאור והשופט י' עדיאל) סברו שהחוק אינו פוגע בזכות לשוויון בשל קיומה של שונות רלוונטית, המבוססת על הסיכון הביטחוני לאזרחי המדינה ולתושביה במתן מעמד בישראל לבן הזוג הזר תושב האיזור לעומת בן זוג זר שאינו תושב האזור.

שופטי ההרכב כולם – אף אלה שסברו שהחוק אינו פוגע בזכויות חוקתיות – בחנו את עמידתו בתנאי פסקת ההגבלה. גם בעניין זה עמדות השופטים נחלקו. לפי עמדת הנשיא ברק, אליו הצטרפתי אני והצטרפו גם השופטת פרוקצ'יה, השופט ג'ובראן והשופטת חיות, החוק אינו עומד בתנאי פסקת ההגבלה ובפרט במבחן המידתיות. סברנו כי אין לקבוע מניעה גורפת של כניסה וקבלת מעמד בישראל ויש לבחון בחינה קונקרטי של הסיכון הנשקף ממבקשי איחוד המשפחות. לעומת עמדה זו, המישנה לנשיא (בדימ') חשין, השופט ריבלין, השופט גרוניס, השופטת נאור והשופט עדיאל סברו שהחוק עומד בתנאי פסקת ההגבלה וזאת נוכח תכליתו הראויה והאינטרס הציבורי הממשי בשמירה על ביטחון אזרחי ותושבי המדינה. השופט גרוניס עמד גם על הקושי בהחלתו של מבחן הסתברותי במסגרת מבחני המידתיות. השופט א' לוי, למרות שהצטרף לעמדה לפיה החוק פוגע בזכות לחיי משפחה ובזכות לשוויון פגיעה שאינה מידתית, קבע כי יש לדחות את העתירות ולהותיר את ההסדר הקיים על כנו, על מנת לאפשר למשיבים להעמיד בתוך תשעה חודשים "הסדר משופר" שיצמצם את הפגיעה בזכויות האמורות. לפיכך, בסופו של יום, על אף קביעת רוב השופטים לפיה החוק פוגע בזכויות החוקתיות כאמור, נוכח העמדות השונות באשר לעמידת החוק בתנאי פסקת ההגבלה ובהתחשב בסעד הקונקרטי שהציע השופט לוי, תוצאת פסק הדין הייתה דחיית העתירה והותרת חוק האזרחות על כנו.

2. הכנסת אכן תיקנה את החוק, אם כי שאלת היותו של ההסדר שתוקן "הסדר משופר" היא העומדת להכרעתנו כעת. הדיון הנוכחי בחוקתיות החוק נובע מן העובדה שהוא נחקק על דרך של הוראת שעה והתיקונים שהוכנסו בו מאפשרים להעמיד שנית את שאלת התאמתו לחוקי היסוד. הדיון הנוכחי הוא גם תוצאה של עמדתו של השופט לוי בפסק הדין הראשון, שהיווה את לשון המאזניים, ונתן למחוקק שהות לתקן את ההסדר הקודם. ואכן, את עיקר הדברים אמרנו, חבריי ואני, בפסק הדין הראשון, שהיה מורכב והעיד מאליו על קושיה של הסוגיה שהונחה לפתחנו. כשלעצמי, הבעתי את עמדתי באשר לחוקתיות החוק בהליך הקודם. אומר בקצרה כי לא שוכנעתי שהשינויים

שהוכנסו בחוק מיתנו את הפגיעה בזכות לחיי משפחה ובזכות לשוויון עליה עמדנו בהרחבה בפסק הדין הראשון. הגם שנטען לפנינו כי נעשה ניסיון לצמצם את תחולת החוק בדרך של כינון ועדה לבחינתם של מקרים הומניטאריים מיוחדים, הרי שהלכה למעשה מספר ההיתרים המצומצם שניתן עד כה על ידי הוועדה מעיד על כך שלא היה בהקמתה כדי להעביר את מרכז הכובד לכיוון של קיום בדיקה פרטנית להבדיל מבדיקה גורפת – כפי שסברנו בפסק הדין הראשון כי ראוי שיהא.

3. רבות נכתב אודות חוק האזרחות טרם מתן פסק הדין הראשון ולאחריו, ולא בכדי (ראו, למשל: ברק מדינה ואילן סבן "זכויות האדם ונטילת סיכונים: על דמוקרטיה, 'תיוג אתני' ומבחני פסקת ההגבלה" משפטים לט 47 (2009); ליאב אורגד "הגירה, טרור וזכויות אדם: מדיניות הכניסה לישראל בעתות חירום" (בעקבות בג"ץ 7052/03 עדאלה נ' שר הפנים) מחקרי משפט כה 485 (2009); אמנון רובינשטיין וליאב אורגד "זכויות אדם, ביטחון המדינה ורוב יהודי, המקרה של הגירה לצורכי נישואין" הפרקליט מח 315 (תשס"ו); יפה זילברשץ "על הגירת זרים שאינם יהודים לישראל – פתיחת דיון" משפט וממשל י 87 (2006), להלן: זילברשץ; גיא דוידוב, יונתן יובל, אילן סבן ואמנון רייכמן "מדינה או משפחה? חוק האזרחות והכניסה לישראל (הוראת שעה), תשס"ג-2003" משפט וממשל ח 643 (2005); אייל גרוס "מאוהב לאויב: צדק, אמת, יושר ושכר ישר בין ישראל לאוטופיה בבג"ץ חוק האזרחות" המשפט יג 141 (2007); יעקב בן-שמש "זכויות חוקתיות, הגירה ודמוגרפיה" משפט וממשל י 47 (2006)). חוק האזרחות מציב שורה של סוגיות יסוד שהחברה הישראלית מתמודדת עימן, ובראשן הצורך המתמיד במציאת האיזון הראוי שבין צרכי הביטחון לבין השמירה על זכויות האדם; צורך אשר מלווה את מדינת ישראל מיומה הראשון. ההסדר הגורף שנקבע בחוק מעורר שאלות קשות ומורכבות, משפטיות וחברתיות כאחד. הוא ממחיש את המציאות הבלתי-אפשרית כמעט שמדינת ישראל מתמודדת עימה מפנים ומחוץ. דומה כי אין מי שיחלוק על כך שהמציאות שעמדה ועודנה עומדת ברקע חקיקת חוק האזרחות ייחודית היא. בעוד שישראל אינה המדינה היחידה המתמודדת עם שאלות הנוגעות למדיניות הגירה, ובכלל זה להגבלת הדרכים לרכישת אזרחות על ידי זרים מכוח נישואין, דומה כי הסיטואציה פה שונה מבכל מקום אחר. ישראל מצויה במצב מתמיד של מלחמה או, כלשונו של חברי, המישנה לנשיא (בדימ') חשין, "מעין מלחמה" (99 סק הדין הראשון, עמ' 421), ובני האוכלוסייה המבקשת להתאחד בישראל ולהקים משפחה בתחומי המדינה מגיעה מאיזורים המצויים בעימות קשה עם ישראל. אלא, שלצד עימות קשה זה, במדינת ישראל חיים אזרחים ערבים המקיימים קשרים עם אוכלוסייה זו. חלק מן הקשרים הם קשרי משפחה, שהולידו – תרתי משמע – את הרצון להקים משפחה בישראל. אותם תושבים ואזרחים ישראלים ערבים מבקשים לממש את

הזכויות הניתנות להם, ובכלל זה את זכותם לחיי משפחה. כיוון שהמיעוט הערבי נמנה עם הרוב המוחלט של מבקשי איחוד המשפחות, כל פגיעה בזכותם לממש את חיי המשפחה שלהם גוררת מיניה וביה גם פגיעה בשוויון. ואולם, כעולה מטיעוני המשיבים ומהניסיון הנצבר, מספר מסוים של בני זוג של אזרחים ישראלים, שהורשו להתגורר בישראל לשם איחוד משפחות, ניצלו את מעמדם וחברו לארגוני הטרור; ובסופו של יום פיגועי טרור רצחניים הם שהובילו לצורך בחקיקת החוק ובנקיטת אמצעי ביטחון נוספים.

במציאות מורכבת זו נדרשת ישראל למצוא הסדר שיאפשר, מחד גיסא, שמירה על הביטחון והגנה על המדינה, אך מאידך גיסא, לא יפגע מעבר לצורך בזכויות יסוד הנתונות לאזרחי המדינה. מציאת האיזון היא, מטבע הדברים, מלאכה לא פשוטה. כל הסדר חייב להיות מבוסס על הרקע החברתי, התרבותי, הערכי והמשפטי של ישראל. עליו להישען על הרקע הביטחוני עימו מתמודדת המדינה מיום הקמתה, אך אין הוא יכול להתעלם מכך שבעיות הביטחון מלוות את ישראל דרך קבע, ולמרבה הצער, קשה להתייחס למצב זה כאל מצב זמני וקצר מועד. ההסדר הנבחר יכול להיות ניזון גם מהנעשה במדינות אחרות – וחבריי הפנו לשורה ארוכה של הסדרים שנקבעו במדינות אחרות באירופה ובאמריקה – אך בסופו של יום הוא מושפע מהתנאים המיוחדים שלנו, כאן ועכשיו.

4. כל שופטי ההרכב עמדו על סיטואציה ייחודית זו בפסק הדין הראשון. השופטים כולם – הן אלה שסברו שהחוק פוגע בפגיעה שאינה חוקתית בזכויות יסוד הן אלה שסברו שאין פגיעה כאמור או למצער שהפגיעה הינה מידתית – הכירו בקשיים הנובעים מהמצב הביטחוני הקשה המתמשך מזה מספר עשורים, במסגרתו נאבקה ישראל במעשי טרור אכזריים שגבו חייהם של אזרחים תמימים רבים. בפסק הדין הראשון התקבלה עמדת המדינה לפיה תכלית החוק היא ביטחוני, והיא משתלבת בשורה של מאמצים להבטחת ביטחון אזרחי המדינה ותושביה. ציינו אז, עם זאת, כי "זכויות האדם מתקיימות בימי מלחמה כבימי שלום", וכי "נקודת האיזון הראויה לשם הגנה עליהן היא שנעה ומשתנה בימים של מאבק ולחימה" (פסק הדין הראשון, עמ' 463. ראו גם זילברשץ, עמ' 90-91). עיקרון זה הנחה אותנו בפסיקותינו לאורך השנים בשורה ארוכה של עניינים שהתעורר בהם הצורך באיזון בין שמירה על הביטחון והגנה על זכויות אדם ואזרח. לאורו של עיקרון זה נבחן גם חוק האזרחות, על כל מורכבויותיו, בפסק הדין הראשון ובעתירות שלפנינו.

5. פסקי הדין של חבריי בהליך הנוכחי מבטאים את הקשיים הרבים שבחוק האזרחות ואת הקשת הרחבה של השאלות המשפטיות שהחוק מעורר. בהליך הקודם פרשו חבריי, הנשיא ברק והמישנה לנשיא (בדימ') חשין, איש איש את משנתו באשר לאופן גזירת הזכות לחיי משפחה מן הזכות לכבוד האדם, ונתרו חלוקים בדעותיהם באשר להיקפה של הזכות לחיי משפחה. בפסק הדין הנוכחי התמקדו חבריי בזווית שונות של הניתוח החוקתי. השופט לוי מבקש להשקיף באופן שונה על הליך הבחינה החוקתית. הוא עומד על הצורך, לגישתו, בהעברת מרכז הכובד ממבחן המידתיות ככלל, ומבחן המשנה השלישי של תנאי המידתיות בפרט, לתנאים הראשוניים המנויים בפסקת ההגבלה. כך, לשיטתו, אין החוק מקיים את התנאי הבסיסי המחייב הלימה של החוק לערכיה של מדינת ישראל כמדינה יהודית ודמוקרטית. לגישתו, על בית המשפט לפסול את חוק האזרחות הואיל ואין הוא עומד בתנאי התכלית הראויה, שכן הוא אינו מגלה רגישות לזכות הנפגעת. לעומת השופט לוי, השופט ג'ורדן סבור כי בעניין שלפנינו יש מקום להיצמד למסורת החוקתית שלנו ולפסיקה העקבית ששמה דגש על מבחן המידתיות ובמיוחד על מבחן המידתיות במונח הצר ולא על המבחנים האחרים של פסקת ההגבלה; והשופט ארבל סבורה כי מבחן המידתיות במונח הצר "הוא הכלי האפקטיבי ביותר המצוי בידינו כיום" (פסקה 21 לפסק דינה). אל מולם, השופט רובינשטיין מציע בחוות דעתו להכריע במבחן המידתיות במונח הצר מתוך פרספקטיבה רחבה, ואילו השופט מלצר מציע לבחון אם החוק עומד במבחן המידתיות במונח הצר תוך שימוש ב"עקרון הזהירות המונעת".

אין בכוונתי להתייחס למכלול ההיבטים שחבריי העלו במסגרת הנוכחית. באשר לעמדתו של השופט לוי אציין כי אמנם הפסיקה התמקדה במבחן המידתיות אך יש להניח כי בעתיד, עם התפתחותו של המשפט החוקתי בחקיקה ובפסיקה, ייבחנו לעומק גם יתר חלקיה של פסקת ההגבלה. יחד עם זאת, לא מצאתי סיבה לסטות מהכרעת כל שופטי ההרכב בפסק הדין הראשון, לפיה תכליתו הביטחונית של החוק היא תכלית ראויה. ההליך הנוכחי לא נועד, כפי שציין חברי השופט לוי, להיות "מקצה שיפורים" של פסק הדין הראשון, ולגישתי, השינויים שהוכנסו בחוק אינם מן הסוג המצדיק דיון מחודש בכל הסוגיות העקרוניות שהוכרעו כבר על ידינו בפסק הדין הראשון. הדיון הנוכחי נועד לאפשר בחינה מצומצמת שמטרתה לבדוק האם התיקונים לחוק הקהו את הפגיעה עליה הצביעו רוב השופטים בפסק הדין הראשון. כפי שצינתי קודם, אני סבורה שהתשובה לשאלה זו בשלילה.

6. חברי השופט לוי, עמד בהרחבה בחוות דעתו על שלושת השינויים המרכזיים שהוכנסו בחוק מאז ניתן פסק הדין הראשון. ראשית, הוסף לחוק סעיף 1א3, מכוחו הוקמה ועדה לבחינתם של מקרים הומניטאריים מיוחדים, מעבר לעצם קיומו של קשר זוגיות או הורות. הוועדה הוסמכה להמליץ לשר הפנים להתיר ישיבת-ארעי או שהייה בישראל לזר המבקש להתאחד עם בן זוגו. שר הפנים הוסמך, באישור הממשלה, לקבוע מכסה שנתית של היתרים כאלה. שנית, בנוסף לתושבי איזור יהודה ושומרון ורצועת עזה כיום חל החוק גם על תושבי איראן, לבנון, סוריה ועיראק. שלישית, הורחבה הגדרת המניעה הביטחונית הקבועה בסעיף 3ד לחוק. טרם התיקון, סירוב ליתן היתר או רישיון לשהייה בישראל התבסס על חוות דעת מטעם גורמי ביטחון מוסמכים כי תושב האזור או המבקש האחר או בן משפחתם עלולים להוות סיכון ביטחוני למדינת ישראל. כיום, סירוב כאמור יכול שיתבסס גם על חוות דעת מטעם גורמי הביטחון המוסמכים, לפיה "במדינת מושבו או באזור מגוריו של תושב האזור או המבקש האחר מתבצעת פעילות העלולה לסכן את ביטחון מדינת ישראל או אזרחיה". שינויים אלה נעשו, כך למדים אנו מדברי ההסבר, בעקבות פסק הדין הראשון וכמענה לצורך שנזכר בפסק הדין בקביעת הסדרים אחרים שיאזנו באופן מידתי יותר את ההגבלות שבחוק האזרחות והכניסה לישראל.

7. כאמור, ספק רב בעיניי אם שינויים אלה צמצמו את תחולת החוק. נקודת המוצא בפסק דינו של הנשיא ברק, שלעמדתו הצטרפתי בפסק הדין הראשון, הייתה זכות היסוד של האדם לבחור בן זוג ולהקים עימו תא משפחתי במדינתו. זכות זו, קבענו אז, נפגעת בהוראת חוק האזרחות פגיעה קשה בשל קביעתו של האיסור הגורף על כניסת תושבי האזור לישראל, ללא תלות בסיכון הביטחוני שמשקף מבין הזוג. בפסק הדין הכרנו בחשיבות הצורך הביטחוני ואף בהכרח הטמון בקביעת חזקות של סיכון. יחד עם זאת, ציינו, לא ניתן לשלול באופן גורף זכויות יסוד מבלי שתיעשה כל בדיקה קונקרטית לגופו של אדם ועניין.

במסגרת התיקונים שהוכנסו לאחר פסק הדין הראשון לא שונתה "חזקת" הסיכון הביטחוני וניכר כי היא אף הורחבה. כיום קובע החוק כי ניתן למנוע כניסתו של אדם לישראל אף במצב בו גורמי הביטחון המוסמכים סבורים כי במדינת מושבו או באיזור מגוריו של המבקש מתבצעת פעילות העלולה לסכן את ביטחון מדינת ישראל או אזרחיה. כלומר, לא זו בלבד שלא נדרשת בדיקה קונקרטית של הסיכון הנשקף מבין הזוג או מבני משפחתו או סביבתו הקרובה, אלא די בפרופיל כללי של פעילות מסוכנת המתבצעת במקום מגורי בן הזוג. בהרחבת רשימת המדינות שנאסרה כניסה מהן לישראל לא זו בלבד שלא צומצמה הפגיעה בזכות לקיים כאן משפחה, אלא שתחולת

החוק הורחבה, שכן כעת הוא מונע לא רק כניסה של תושבי השטחים המוחזקים, אלא הוא חל על תושבי כל המדינות המצויות בעימות עם ישראל. החוק, בנוסחו אז ובנוסחו כיום אינו מאפשר בידוק קונקרטי של מבקשי איחוד המשפחות, ואין בו גם שימוש באמצעים אחרים שיפחיתו את עוצמת הפגיעה. בהם, למשל, מנגנון המאפשר היפוך החזקה בדרך של העברת הנטל לידי מבקש איחוד המשפחות לשם הוכחה כי לא נשקף ממנו סיכון ביטחוני. יצוין עוד כי החוק לא פתר את עניינם של קטינים המבקשים להישאר עם הוריהם. כפי שציינה חברתי השופטת נאור, נראה כי הלכה למעשה נוקטת המדינה במדיניות מרחיבה מזו הקבועה בחוק, אך ברי כי יש לעגן מדיניות מרחיבה גם בהוראות החוק עצמו.

8. נוסף ונזכיר כי לא רק השינויים – המעטים – שהוכנסו בחוק עומדים במרכז העתירות שלפנינו. נלווית אליהם העובדה שחוק האזרחות, שנחקק כהוראת שעה, הולך ותופס מעמד של קבע בספר החוקים שלנו. מאז נחקק החוק בשנת 2003 הוא הוארך שנים עשרה פעמים. החוק, שאמור היה לפקוע בתוך שנה מיום פרסומו, מצוי בספר החוקים למעלה משמונה שנים. יש לכך השפעה משמעותית ביותר על הניתוח החוקתי של החוק.

העובדה שההסדר הקבוע בחוק האזרחות נחקק על דרך של הוראת שעה עמדה ביסוד חוות הדעת של חלק ניכר מן השופטים בפסק הדין הראשון, שסברו כי ההסדר הזמני מייתר את ההכרעה באשר לפגיעה החוקתית או מעמידה במבחן המידתיות נוכח משך חייה הקצוב. כך, למשל, ציין המישנה לנשיא (בדימ') חשין כי "זמניות זו של החוק נודעת לה חשיבות. הלכה פסוקה היא מלפנינו כי 'לא הרי חוק 'קבוע' כהרי חוק 'זמני' בבחינת חוקתיות החוק'... וכל הממעט בפסילתו החוקתית של חוק זמני, הרי זה משובח" (שם, עמ' 450). השופט ריבלין סבר כי אין כלל צורך בהכרזה על בטלותו של החוק נוכח פקיעתו מאליו של החוק בהיותו קבוע על דרך של הוראת שעה; ומסקנתו הייתה "כי אין צורך – ובפועל, יש בכך בנסיבות המקרה משום חיסרון – להידרש לשאלת החוקיות של הוראת החוק שפניה משתנות ואשר לעת הזו שוקעת היא אל תוך מימיו העמומים של העתיד" (שם, עמ' 546; וראו עוד: עמ' 464-465, 488, 534).

9. זמניותו של החוק היא יתרונו וחסרונו. מחד גיסא, הוראת השעה – שהוארכה מעת לעת – מחייבת את הממשלה והכנסת לבחון בכל פעם מחדש אם הצורך הביטחוני שעמד ביסוד החוק עודנו תקף, ולמצער, אם ניתן – נוכח שינויים עובדתיים כאלה ואחרים – לבדוק את האפשרות להשתמש באמצעי בדיקה חלופיים. אך מאידך גיסא, העובדה שהחוק נחקק כהוראת שעה שמשך חייה קצוב לכאורה, מונעת דיון מעמיק

ומקיף בהשלכות החוק. לראיה, מספר שופטים בהליך הקודם סברו שאין מקום לדון בשאלות המורכבות שמעלה החוק נוכח חקיקתו כהוראת שעה שממילא תפוג ולא תוארך. המציאות, יודעים אנו כיום, הוכיחה אחרת. הוראת השעה הוארכה שוב ושוב, וגם אם ייתכן שבכל אחת מהארכות אלה עמד אותו צורך ביטחוני, עדיין נשאלת השאלה אם דרך הסדק הצר שדרכו נכנסות הוראות שעה לא ביקש המחוקק להכניס עניינים שמוטב להם שיישקלו בכובד ראש ויבחן הצורך להכניסם דרך הדלת הראשית – על כל המשתמע מכך (ראו גם פסקה 27 לפסק דינה של חברתי, השופטת ארבל).

10. במצב דברים זה אין לי אלא לשוב על העמדה אותה הבעתי בהרחבה בפסק הדין הראשון. השינויים שהוכנסו בחוק אינם ממתנים את הפגיעה בזכות לחיי משפחה ובזכות לשוויון. גם הנתונים העובדתיים שהוצגו בפנינו אינם מצדיקים את שינוי העמדה – לא באשר למספר ההיתרים הניתנים מידי שנה ולא באשר לפוטנציאל הסיכון הנשקף ממתן מעמד בישראל לבני זוג זרים אשר יצדיק פגיעה בקבוצה שלמה. ציינתי כבר בפסק הדין הקודם שמציאות של ביטחון אבסולוטי אינה קיימת בישראל ואף לא בשום מדינה אחרת. נטילת סיכון היא אלמנט מתחייב מן החיים בחברה ובמדינה, והשאלה, בסופו של יום, היא מהי מידת הסיכון המחושב שהחברה בישראל יכולה ליטול על עצמה. עמדה על כך גם חברתי השופטת חיות בחוות דעתה בפסק הדין הראשון, בהביאה מספרו של המלומד Cass Sunstein (ראו: פסק הדין הראשון, עמ' 489-490).

11. אציין בהקשר זה כי אינני שותפה לשימוש ב"עקרון הזהירות המונעת" המוצע על ידי חברי, השופט מלצר. כפי שמציין השופט מלצר, עקרון הזהירות המונעת נועד להתמודד עם קטסטרופות כשאינן ביסוס מדעי להתקיימותן או להערכת הנזק שיגרמו. עקרון הזהירות המונעת מאפשר הקטנתם עד כדי צמצום המוחלט של שולי הסיכון שחברה נכונה ליטול על עצמה. מכוחו ניתן לנקוט פעולות מניעה גורפות גם בהיעדר הוכחה מספקת להתקיימות הקטסטרופה.

עקרון הזהירות המונעת זכה לכתיבה עניפה בשנים האחרונות בעיקר בתחומים של איכות הסביבה, הנדסה גנטית, ונזק גרעיני. לצד התומכים בשימוש בעקרון, רבים מבקרים אותו. כפי שמציינים הפרופסורים Robert Hahn ו-Cass Sunstein, שלספרו מפנה חברי, השופט מלצר, החלת עקרון הזהירות המונעת "could lead to dramatic changes in decision making". מסיבה זו, הם מוסיפים:

"Serious thought needs to be given to the strengths and weakness of adopting this principle before using it to help make difficult decisions."

ראו: Robert W. Hahn & Cass R. Sunstein, *The Precautionary Principle as a Basis for Decision Making*, THE ECONOMISTS' VOICE, Vol.2, Issue 2, 1 (2005).

עקרון הזהירות המונעת נשען על ההנחה, כפי שמציג חברי השופט מלצר, לפיה *better safe than sorry*. אולם, האמנם נכון להיאחז בתפיסה מעין זו בכל מחיר ובכל מצב? מתי נאמר שמצב הוא "בטוח" (או כלשונם של Hahn ו-Sunstein: "How safe is safe enough?" (שם, בעמ' 1)) האם ניתן – וראוי – לנקוט בכל האמצעים כדי להוביל לאותו מצב "בטוח"? לכאורה, אם הגישה היא שמניעה עדיפה על פני נטילת הסיכון, אזי מדוע על חוק האזרחות לקבוע חריגים בכלל? שהרי גם אלה שבקשותיהם להתאחד עם בני משפחתם מתקבלות מטעמים הומניטאריים עשויים להשתתף בפעולות טרור בעתיד.

12. לגישתי, תפיסה לפיה *it's better to be safe than sorry*, המבכרת הליכה על הקו הבטוח – גם מקום בו אין קשר סיבתי ישיר בין הפעולה הנמנעת ובין התוצאות האפשריות שלה – היא גישה רחבה עד מאוד. יש בה סיכון משמעותי לא רק לפגיעה בזכויות חוקתיות, אלא גם לפגיעה בהליכי קבלת החלטות. שהרי, אם בכל מקרה עדיף להיות בטוח, אין כלל צורך לבחון חלופות שמצמצמות את הפגיעה (וראו שם, בעמ' 2).

אכן, בהתייחסם באופן ספציפי לנושא של החלת עיקרון הזהירות המונעת בתחום של לוחמה בטרור מציינים Hahn ו-Sunstein:

"The fact is, even in the case of terrorism and other hard cases, societies cannot afford to seek totally risk-free environments. If they try, they might well magnify the problems they face...For terrorism, climate change, and other vexing problems, hard choices must be made. The precautionary principle does not help individuals or nations to make such choices in a non-arbitrary way. Indeed, taken seriously, the precautionary principle can be paralyzing, providing no direction at all." (p. 7).

(וראו גם, לגבי הטיות ביחס לסיכון מפעולות טרור: Cass R. Sustein, *Irreversible and Catastrophic: Global Warming, Terrorism, and Other Problems: Eleventh Annual Lloyd K. Garrison Lecture on Environmental Law*, PACE ENVIRONMENTAL L. REV., Vol. 23, Issue 1, Art.2 (2005-2006), p. 11-12. הטיות כאלה, כמו גם החשש מפני הרחבת יתר של אמצעים רגולטוריים עקב השימוש בעקרון הזהירות המונעת, מובילים את Sustein למסקנה שניתן להשתמש בעקרון הזהירות המונעת רק במקרים של נזק קטסטרופלי ובלתי הפיך (שם, עמ' 14).

13. אינני שותפה לעמדות שהביעו חלק מחבריי לפיהן הסיכון הנשקף מהתרת איחוד המשפחות בכפוף לבידוק פרטני או נקיטה באמצעי בידוק אחרים הוא כזה שמצדיק פגיעה כה רחבה בזכויות יסוד חוקתיות. אינני חולקת על הצורך הביטחוני ועל הנתונים וההערכות שביסודו. אולם, שומה עלינו להבטיח ששימוש בעקרונות כמו עקרון הזהירות המונעת – שמטרתם להחיל הסדרים רחבים ביותר כדי למנוע סיכון פוטנציאלי – אינם גורמים בעצמם לנזק ממשי. חוק האזרחות – במתכונתו הרחבה ומבלי שיש בו בדיקה פרטנית של מבקשי איחוד המשפחות – מוביל לנזקים משמעותיים ביותר. יש לו השפעה על התפיסות הדמוקרטיות הבסיסיות ביותר שלנו. יש בו פגיעה קשה בזכויות החוקתיות של אזרחי ישראל הערבים. יש בו פוטנציאל ממשי למדרון חלקלק שעשוי להוביל לשימוש באמצעים רגולטוריים מרחיבים כדי למנוע סיכון ברמות שונות. כל אלה צריכים להילקח בחשבון. אין להתחשב רק בסיכון שנמנע עקב השימוש בעקרון הזהירות המונעת, אלא גם בסיכון שהוא עצמו יוצר.

14. ציינתי בפסק הדין הראשון כי "עלינו להקפיד על איזונים ראויים ומידתיים בכל הנוגע לפגיעה בזכויות לצורכי ביטחון. שיטת משטר המבוססת על ערכי הדמוקרטיה, אינה יכולה להרשות לעצמה נקיטת אמצעים שיתנו לאזרחי המדינה ביטחון אבסולוטי. מציאות של ביטחון אבסולוטי אינה קיימת בישראל ואף לא בשום מדינה אחרת. אשר על כן מתחייבת החלטה מושכלת ומאוזנת בדבר יכולתה של המדינה ליטול על עצמה סיכונים לשם הגנה על זכויות האדם" (פסק הדין הראשון, עמ' 467-466). אני סבורה כי איזון ראוי לא התקיים בעת שנבחן החוק בפסק הדין הראשון, וגם השינויים שהוכנסו בו לא הביאו אותו לנקודה שבה נוכל לקבוע שהחוק הינו חוקתי על אף פגיעתו בזכויות היסוד.

15. חלפו למעלה משמונה שנים מאז נחקק החוק לראשונה. מים רבים זרמו בנהר מאז. מצב המלחמה או "מעין מלחמה" עודו קיים אף כי חלו שינויים רבים גם בישראל וגם מחוצה לה, שיש להם, ככל הנראה, השפעה על תקפות הטיעון הביטחוני ועל אופיו של הסיכון הביטחוני. יש להניח כי לשינויים הללו יש השפעה על ההצדקות שעמדו ביסוד חקיקת החוק. תוקף החוק עתיד לפוג בקרוב מאוד (ב-31.1.2012), וזוהי הזדמנות לבחון אם אכן יש צורך בהארכה נוספת ובאיזו מתכונת. בהודעת העדכון האחרונה שהוגשה מטעם המשיבים מיום 21.12.2011 נמסר כי נעשים מאמצים לגבש הסדר חקיקתי שיעסוק במכלול השאלות הקשורות להגירה לישראל. מהודעת המשיבים עולה כי מזה מספר חודשים עורכים משרדי הממשלה עבודת מטה שמטרתה לגבש הסדר משפטי מקיף בנוגע למדיניות הכניסה לישראל והישיבה בה. ההסדר המשפטי הנרקם עתיד לכלול הוראות שיחולו על כלל מבקשי איחוד המשפחות בישראל. בכלל זה עתיד ההסדר לכלול הוראות המתייחסות באופן קונקרטי לאוכלוסייה נשוא העתירות שלפנינו, שהן שונות מן ההוראות שבחוק האזרחות. מההודעה עולה עוד כי ההסדר המתגבש אינו נשען אך על תכליות ביטחוניות, אלא הוא נועד להגשים תכליות רחבות יותר וצפוי "להישען על אדנים של 'בטחון לאומי' במובנו הרחב ועל הצורך בהגשמת אינטרסים חיוניים של המדינה, כשהתכלית הביטחונית במובן הצר היא אחת ממרכיביו, אך אין היא ממצה אותו" (עמ' 6 להודעה מיום 21.12.2011). הערכת המשיבים היא כי תזכיר הוראות החוק יופץ בתוך כשלושה חודשים, ויש לקוות כי ההליך אכן יקודם.

16. לגישתי, כאמור, גם במתכונתו הנוכחית החוק הינו גורף וכוללני, ולכן אינו יכול לעמוד בשל הפגיעה הבלתי מידתית שבו בזכות לחיי משפחה ובזכות לשוויון. צריך, וגם אפשר, למתן את הפגיעה על ידי שינוי של ההסדר – בין אם על ידי עריכת בדיקה פרטנית של מבקשי איחוד המשפחות; בין אם על ידי מתן אפשרות להפריך את חזקת הסיכון ובין אם על ידי הרחבה של האפשרות לקבל מעמד בישראל מטעמים הומניטאריים. כל אלה צריכים לקבל ביטוי בחקיקה – בהסדר הגירה כולל או בהסדרי ביניים עד לחקיקתו של חוק הגירה.

17. לפיכך, אילו דעתי הייתה נשמעת הייתי מציעה לחבריי להורות על בטלותו של החוק, אך יחד עם זאת לקבוע כי ניתן יהיה להאריכו במתכונתו הנוכחית, אם יהיה בכך צורך, לתקופה נוספת שלא תעלה על 9 חודשים. ערה אני לכך שמדובר בפרק זמן ממושך. בעשותנו כן נותר על כנו חוק למרות אי-חוקתיותו ועל אף שהוא פוגע פגיעה קשה ושאינה מידתית בזכויות יסוד. יחד עם זאת, במקרה שלפנינו דומה כי האינטרס הציבורי שבהשעיית הכרזת הבטלות גובר על הפגיעה בזכויות העותרים. בטלות לאלתר של החוק תשנה את המצב החוקי בשמונה השנים האחרונות ללא כל תקופת מעבר. זהו

פרק זמן ממושך. יש להניח שבפרק הזמן הזה הרשויות, ובראשן הגופים הביטחוניים השונים, פעלו מתוך הנחה שזהו המצב החוקי לאשורו וכלכלו צעדיהם בהתאם. שינוי מידי של המציאות יגרור חוסר מוכנות של הגופים הביטחוניים ושל יתר הרשויות האחראיות על יישום החוק ויוביל להגברת הסיכון הנשקף לציבור.

18. שנית, וזאת במיוחד, פרק הזמן נדרש כדי לתת למחוקק שהות לגבש הסדר חקיקתי כולל או למצער להתקדם התקדמות משמעותית בהליכי חקיקתו, ובתקופת הביניים להחליט אם ברצונו לתקן את הוראת השעה באופן שיעמידה במבחן המידתיות. בפרט, פרק הזמן נדרש כדי לאפשר למחוקק לבחון החלתם של הסדרים פרטניים ולהכשיר הסדרים אלה, היה ויוחלט ליישם.

לפיכך, מטעמים אלה הייתי מציעה לחברי לקבל את העתירה בכפוף לכך שהמשלה והכנסת יוכלו להאריך את החוק, במתכונתו הנוכחית, לא יותר מ-9 חודשים מיום פקיעתו ביום 31.1.2012.

אחר הדברים האלה קראתי את אחרית הדבר של השופט א' א' לוי. אכן, כפי שציין השופט לוי, ואני מצטרפת לרוח דבריו בעניין זה, הדאגה לקיומה של מדינת ישראל ולביטחונה משותפת לכולנו.

המחלוקת בין שופטי המיעוט לשופטי הרוב סובבת סביב אחת השאלות הקשות בחיינו כמדינה הנאבקת בטרור, המתמודדת כל שנות קיומה עם בעיות ביטחון, ובה בעת עומדת על שמירת אופייה הדמוקרטי. השאלה שעמדה בפנינו היא, אפוא, מהם שולי הסיכון, שיש בידינו ליטול על עצמנו ומהם האמצעים שעלינו לנקוט כדי להגן על ביטחוננו תוך צמצום הפגיעה בזכויות אדם עד כדי המידה החיונית להגנה על המדינה ועל חיי תושביה.

על אף חילוקי הדעות, כולנו שותפים להכרה בחשיבותם של ערכים אלה וחיפושנו אחר נקודת האיזון, הביאו כל אחד מאיתנו למסקנותיו.

1. "זכויות אדם אינן מרשם להתאבדות לאומית".

דברים אלה של הנשיא א' ברק (ע"ב 2/84 ניימן נ' יו"ר ועדת הבחירות המרכזית לכנסת האחת עשרה, פ"ד לט(2) 310, 225 (1985); ע"פ 6696/96 כהנא נ' מדינת ישראל, פ"ד נב(1) 580, 535 (1998)) מבוססים על אמירה של השופט Robert Jackson בבית המשפט העליון של ארצות הברית בשנת 1949 (Terminiello v. City of Chicago, 337 U.S. 1). השופט Jackson, שהיה בדעת מיעוט, הזהיר את חבריו, שופטי הרוב, במלים אלו:

"There is danger that, if the Court does not temper its doctrinaire logic with a little practical wisdom, it will convert the constitutional Bill of Rights into a suicide pact"

(שם, עמ' 37, הדגשה הוספה – א.ג.)

דברי אזהרה אלה הם שהנחו אותי עת שהבעתי את דעתי בהליך הקודם (בג"ץ 7052/03 עדאלה – המרכז המשפטי לזכויות המיעוט הערבי בישראל נ' שר הפנים, פ"ד סא(2) 202 (2006)), בו הובא בפנינו לבחינה חוקתית חוק האזרחות והכניסה לישראל (הוראת שעה), התשס"ג-2003 (להלן – החוק). סברתי אז, וזו דעתי אף כיום, כי החוק עומד במבחן החוקתי.

2. מוכן אני לצאת מן ההנחה, כי החוק פוגע בזכות החוקתית של בן הזוג הישראלי לחיי משפחה. הנני מדגיש כי מדובר בהנחה בלבד. הדגשה זו באה להבהיר, כי מן ההיבט העקרוני איני נמנה עם אלה הנותנים לזכויות החוקתיות המפורשות, אשר נזכרות בחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו, משמעות נרחבת ומקיפה ביותר. כפי שציינתי בחוות דעתי בהליך הקודם:

"ההגדרה הרחבה מאוד של הזכות החוקתית ... מביאה לכך שחוקים לא מעטים ייחשבו כפוגעים בזכויות חוקתיות ... התוצאה עלולה להיות זילות של הזכויות החוקתיות" (בג"ץ 7052/03 הנ"ל, בעמ' 513); וכן ראו דעתי בבג"ץ 8276/05 עדאלה – המרכז המשפטי לזכויות

המיעוט הערבי בישראל נ' שר הביטחון, פ"ד סב(1) 54, 1 ((2006).

עם זאת, בעקבות ההנחה הנזכרת בחנתי את השאלה האם החוק עומד במבחניה של פסקת ההגבלה. הבחינה התמקדה במבחן השלישי של המידתיות, הידוע כמידתיות במונח הצר. על פי מבחן זה עלינו לבדוק את היחס בין התועלת החברתית שבחוק העומד לבחינה לבין הנזק שגורמת הפגיעה החוקתית. לעניין זה אין לי אלא לחזור ולהזכיר את הנזק הוודאי שייגרם כתוצאה מכניסתם ארצה של אלפי פלסטינים, שיקבלו מעמד של תושבי קבע או אזרחים, כתוצאה מנישואיהם לאזרחי ישראל. על בסיס נתוני העבר, אין ספק ששיעור מסוים מאלה יהיה מעורב במעשי טירור. אכן, השיעור באחוזים של המעורבים בטירור צפוי להיות נמוך מאוד, ואפילו מזערי. עם זאת, אף שלא ניתן להעריך את היקף הנזק שייגרם, ברי כי הוא יתרחש. אין צורך לתאר את התוצאות של מעשי טירור.

3. היחס בין התועלת החברתית לבין הנזק צריך להיבחן אף בהנחה של טעות מצידו של זה הפוסל את החוק לעומת טעות מצידו של זה המחזיק בדעה שהחוק עומד במבחן החוקתי. פסילתו של החוק תביא לכך שאלפי פלסטינים ייכנסו לארץ בעקבות נישואיהם לאזרחי ישראל. אם יתברר בעתיד כי אלה הדוגלים בפסילתו של החוק טעו בהערכה נמוכה של הסיכון, לא ניתן יהיה להחזיר את הגלגל לאחור. כלומר, אם חלילה וחס יתברר שקיימת מעורבות במעשי טירור, ודאי שלא ניתן יהיה לתקן את הטעות. אפשר שניתן יהיה לבטל את מעמדם בארץ של אלה שיתברר כי היו מעורבים במעשי טירור, אך פתרון זה יבוא רק לאחר שהנזק – פגיעה בחיי אדם – כבר נגרם. מנגד, אם טועים אלה הסוברים שהחוק עומד במבחן החוקתי, הדבר יגרום לפגיעה באזרחי ישראל, שלא יוכלו להקים משפחות עם פלסטינים או שייגרם פיצול משפחתי בין בן הזוג הישראלי לבת הזוג הפלסטינית. חלילה לי מלזלזל בפגיעה זו, מה גם שמדובר במבחינה מספרית במספר לא קטן של אזרחי ישראל. עם זאת, יש להעמיד על כפות המאזניים פגיעה זו בזכות לחיי משפחה של אזרחים ישראלים מול הפגיעה הוודאית, על יסוד ניסיון העבר, בחייהם ובגופם של אזרחים ישראלים. העמדה הזו מובילה, לטעמי, לדחיית הטענות בדבר פסלותו של החוק. עלינו לזכור נקודה נוספת, שאף אותה העליתי בחוות דעתי בהליך הקודם. אף אחד מן השופטים האוחזים בדעה כי יש לפסול את החוק, בין בהליך הקודם ובין בהליך דנא, לא הביא דוגמה או תקדים ממדינה אחרת לסיטואציה דומה של פסילת חוק. ישראל נמצאת במאבק נמשך, זה עשרות שנים מול מדינות וארגונים שחורשים את רעתה. אף אם מעמדם של תושבי

הרשות הפלסטינית אינו זהה למעמד של נתיני אויב, הרי דומה הוא יותר למעמד כזה מאשר למעמד של נתיני מדינה ידידותית. עד כמה שידוע לי אין ולו מקרה אחד בעולם בו מדינה התירה כניסה לשטחה של אלפי נתיני אויב, בין למטרת נישואין ובין למטרה אחרת, בעת מלחמה או מאבק מזוין. אין כל סיבה שישראל תהיה חלוצה בתחום זה.

4. במסגרת חוות דעתה של חברתי, השופטת מ' נאור, היא התייחסה לטענות בנושא הקטינים. אני מצרף דעתי לדעתה בסוגייה זו.

5. סיכומו של דבר הוא שמחזיק אני בדעה אותה הבעתי בעבר: החוק צולח את המבחן החוקתי ולפיכך דינן של העתירות להידחות.

ש ו פ ט

השופטת א' חיות:

1. בבג"ץ 7052/03 עדאלה-המרכז המשפטי לזכויות המיעוט הערבי בישראל נ' שר הפנים (14.5.2006) (להלן: עניין עדאלה), צירפתי את דעתי לדעתם של אלה אשר סברו כי אף שחוק האזרחות והכניסה לישראל (הוראת שעה), תשס"ג-2003 (להלן: חוק האזרחות) הולם את ערכיה של מדינת ישראל ונחקק לתכלית ראויה, ההסדרים הקבועים בו אינם מידתיים ומטעם זה אין הם עומדים במבחן החוקתי.

התוצאה האופרטיבית אשר בה צידדו רוב השופטים בעניין עדאלה הובילה עם זאת לדחיית העתירות באותו הליך. כשנה לאחר מתן פסק הדין ולקראת הארכת תוקפו של החוק בפעם השביעית, תיקנה אותו הכנסת ביום 28.3.2007 ובדברי ההסבר צוין כי התיקון נובע מן ההסתייגויות שעלו בפסק הדין לגבי ההסדרים הקבועים בו ומן הצורך לקבוע בעקבות כך "הסדרים אחרים אשר יאזנו באופן מידתי יותר את ההסדרים הקבועים בהוראת השעה בנוסחה המתוקן ואשר יתנו ביטוי להיבטים הומניטאריים" (ה"ח 273, 182) (להלן: התיקון השני לחוק). לאחר התיקון השני הוארך תוקפו של החוק חמש פעמים נוספות (על-פי ההארכה האחרונה הוארך תוקפו עד יום 31.1.2012, ק"ת תשע"א 7019, 1198), ובעתירות שבפנינו עתה ביקשו העותרים להעמיד לדיון מחודש את סוגיית חוקתיותו של חוק האזרחות כמתכונתו שלאחר התיקון השני.

2. שלושה תיקונים מרכזיים נוספו לחוק האזרחות בתיקון השני: ראשית, הוסף לחוק סעיף 1א3 על-פיו רשאי שר הפנים "מטעמים הומניטריים מיוחדים" ובהמלצת ועדה מקצועית שמינה לעניין זה, ליתן רישיון לישיבת ארעי בישראל או לאשר בקשה למתן היתר שהייה לתושב האזור שבן משפחתו שוהה כדין בישראל; שנית, החוק הוחל פרט לתושבי האזור גם על תושבי איראן, לבנון, סוריה ועיראק (ראו התוספת לחוק); שלישית, הורחבה הגדרת המניעה הבטחונית הקבועה בסעיף 3ד לחוק.

כפי שציין חברי השופט א' לוי בחוות דעתו, שניים מתוך שלושה התיקונים שפורטו הרחיבו למעשה את היקף פרישתם של האיסורים הקבועים בחוק, ועל כן אין למצוא בהם מענה להעדר המידתיות שבו לקו ההסדרים שנקבעו בחוק על-פי מתכונתו הקודמת. לעומתם, מאפשר ההסדר המתקן שנקבע בסעיף 1א3 לחוק קבלת רישיון לישיבת ארעי או היתר שהייה "מטעמים הומניטריים מיוחדים", אך מדובר בחריג המיועד לנסיבות יוצאות דופן ולמקרים נדירים בלבד ויעידו על כך הנתונים שהובאו על-ידי המשיבים בתגובתם מיום 13.4.2010, לפיהם מאז התיקון השני לחוק התקבלו כ-5% בלבד מתוך כלל הבקשות שהוגשו בערוץ זה (למגמה המצמצמת בכל הנוגע להחלת החריג ההומינטרי שנקבע בסעיף 1א3 ראו הסייג לתחולתו שבסעיף קטן (ה) וכך ראו הסמכות שניתנה לשר הפנים בסעיף קטן (ו) לקבוע מכסה שנתית מרבית מתן רישיונות או היתרים). על כן, החריג הקבוע עתה בסעיף 1א3 לחוק אף הוא אינו מרפא את הפגם של העדר מידתיות שבו לוקה חוק האזרחות.

3. בחוות דעתו ציין חברי השופט א' לוי כי:

"אם בגלגולה הקודם של הפרשה הייתה דעתי כי עיקר התשתית לאי-הכרה בחוקתיותו של חוק האזרחות והכניסה לישראל מצוי במבחנה השני של המידתיות, הרי הרהור מעמיק בעובדות הפרשה לנוכח נסיבותיה העדכניות – שמקצתן נחשפו כל צורכן רק בחלוף הזמן, ומקצתן נבעו מן השינויים שחולל התיקון השני לחוק, הביאוני לכלל מסקנה כי זולת עקרון החוקיות, אין בכוחו של החוק לצלוח אף לא אחת משלוש המסננות הנורמטיביות שבהמשכו של הליך הבדיקה החוקתית" (פסקה 26 לחוות דעתו).

הרהורי שלי בעקבות ההוראות שנוספו בתיקון השני ובעקבות יתר הנסיבות העדכניות שנפרשו בפנינו, לא הובילוני למסקנה כה מרחיקת לכת. בעניין עדאלה הבעתי את עמדתי כי:

"המאבק המזוין שמנהלים ארגוני הטרור הפלסטינים נגד אזרחי ישראל ותושביה היהודיים, מחייב היערכות מתאימה. הוא מחייב גיוס כל האמצעים העומדים לרשותנו כמדינה, על מנת להתמודד עם הסיכונים הביטחוניים שהציבור הישראלי חשוף אליהם כתוצאה מפעילות טרוריסטית זו. חקיקת חוקים אשר יתנו מענה לצורכי הביטחון היא אחד מאותם אמצעים ולכך מכוון חוק האזרחות. מבחינה זו, עניין לנו כקביעת הנשיא ברק בחוק ההולם את ערכיה של מדינת ישראל, אשר נחקק לתכלית ראויה.

...

הטלת מגבלות על איחוד משפחות עם תושבי האזור בשל צרכי ביטחון היא הכרח ואין לגנותו. הקושי ליטול סיכונים בענייני ביטחון ובעניינים הכרוכים בחיי אדם הוא מובן וברור והוא מתגבר בעיתות של משבר ושל סכנה מתמשכת המצריכים החמרה והידוק של אמצעי הביטחון".

מדעתי זו לא שינית. יחד עם זאת, ומן הטעמים שצוינו לעיל ביחס להוראות המתקנות, נראה כי בעיית העדר המידתיות שבה לוקה החוק לא באה על פתרונה. אל גרעין הבעיה בהקשר זה התייחסתי בעניין עדאלה בצייני כי החוק:

"אינו כולל קריטריונים אינדיבידואליים כלשהם לבדיקת מסוכנותו הביטחונית של תושב האזור, למעט קריטריון כללי של גיל. בקובעו איסור גורף כזה למתן מעמד לתושבי האזור, מסמן החוק שולי ביטחון רחבים ועיוורים הפוגעים באופן בלתי מוצדק ובלתי מידתי באלפים רבים מבני המיעוט הערבי החי בתוכנו המבקשים לקיים חיי משפחה בישראל עם תושבי האזור.

... צרכי הביטחון, עם כל חשיבותם, אינם יכולים להכשיר איסורים קיבוציים-גורפים שאינם קשובים לפרט. ... מידת הפגיעה הכרוכה באיסור הגורף שבחוק האזרחות אינה מאוזנת ואינה עומדת ביחס ראוי למידת הסיכון הנשקף לציבור הישראלי אם יקבלו תושבי האזור, לאחר בדיקה אינדיבידואלית, מעמד או היתר שהייה בישראל במסגרת איחוד משפחות".

הוספתי וציינתי כי בהינתן המצב הביטחוני המיוחד והמורכב שבו נתונה מדינת

ישראל:

”יש בהחלט מקום לחזקת מסוכנות שמבקשים המשיבים להחיל בסוגיה זו של איחוד משפחות בין ערבים אזרחי ישראל ובין תושבי האזור. יחד עם זאת ועל מנת שאימת הטרור לא תעבירנו על מידותינו הדמוקרטיות, מן הראוי שחזקה זו תהא ניתנת לסתירה במסגרת בדיקה אינדיבידואלית ופרטנית אותה יש לאפשר בכל מקרה ומקרה, וזאת אין החוק מאפשר. מכאן הפגם שבו לוקה חוק האזרחות מבחינה חוקתית - פגם של העדר מידתיות“.

4. אולם, חוק האזרחות מוסיף ומשמר גם במתכונתו שלאחר התיקון השני את האיסור הגורף הקבוע בסעיף 2 לחוק לעניין הענקת מעמד לתושבי האזור (למעט קריטריון כללי של גיל). כמו כן, חוסם החוק במתכונתו המתוקנת במידה רבה גם את דרכם של אלה העומדים בקריטריון הגיל או העונים לדרישה בדבר קיומם של ”טעמים הומניטרים מיוחדים“. זאת נוכח הקריטריונים המרחיבים לעניין קיומה של ”מניעה ביטחונית“, אשר נוספו בסעיף 3 לחוק על-פי התיקון השני. קריטריונים אלה מקיפים עתה לא רק חשש לסיכון בטחוני מצד המבקש או בן משפחתו אלא גם חשש לסיכון בטחוני הנובע, בין היתר, מכך שבאזור מגוריו של מבקש תושב האזור מתבצעת פעילות העלולה לסכן את בטחון מדינת ישראל או אזרחיה.

התיקון השני לחוק האזרחות לא נותן אפוא כל מענה לבעייתיות הטמונה בהסדרים הקולקטיביים הקבועים בו, ולמעט במקרים חריגים שבחריגים לא נערכת על-פיו כל בדיקה פרטנית בעניינם של אלו המבקשים להתאחד עם משפחתם ולא ניתנת להם כל אפשרות מעשית להפריך באופן פוזיטיבי את חזקת המסוכנות המיוחסת להם. בכך יש משום פגיעה קשה בזכות החוקתית לחיי משפחה של כל אחד מן הפרטים בקבוצה, והיא מועצמת בהינתן העובדה כי אין מדובר בפגיעה נקודתית קצרת מועד אלא בפגיעה שתוצאותיה ארוכות-טווח (ראו *Daphne Barak-Erez Terrorism and Profiling: Shifting the Focus from Criteria to Effects* 29 *CARDOZO L. REV.* 1, (2007) 7-8).

זאת ועוד. החוק נועד אכן ליתן מענה לצרכי הביטחון של מדינת ישראל בהינתן המאבק המזוין שמנהלים ארגוני הטרור הפלסטיניים נגד אזרחי ישראל. יחד עם זאת, האופי הקולקטיבי של המדיניות המעוגנת בחוק האזרחות - אשר יש בו למעשה כדי למחוק את זהותם הייחודית של הפרטים הנמנים עם אותו קולקטיב - והפגיעה הבלתי מידתית בשוויון הנוצרת בגין ההסדרים הקבועים בחוק, עלולים ליצור מראית של

"תיוג אתני" (racial profiling) פסול אשר ממנו ראוי להישמר (ראו דו"ח "הוועדה למיגור ההפלייה הגזעית" של האו"ם (COMMITTEE ON THE ELIMINATION OF RACIAL DISCRIMINATION) מיום 14.6.2007, בפסקה 20. ולעניין הסכנות שב"תיוג אתני" ראו והשוו: Bennett Capers, *Rethinking the Fourth Amendment: Race, Citizenship, and the Equality Principle* 46 HARV. C.R.-C.L. L. REV. 1, 19-29 (2011); Anabelle Lever, *Why Racial Profiling is Hard to Justify: A Response to Risse and Zeckhauser* 33 PHILOSOPHY & PUBLIC AFFAIRS 94 (2005) יורם מרגליות "הפליה סטטיסטית בשירות הביטחון" משפט ועסקים ה' 323, 337-339 (2006).

5. כפי שציינתי בעניין עטאלה, המצב הביטחוני המורכב שעמו נאלצת מדינת ישראל להתמודד מאז הקמתה בין היתר אל מול ארגוני הטרור הפלסטיניים, מחייב מתן משקל משמעותי לשיקולי הביטחון המונחים ביסוד החוק. על כן נכונה הייתי להניח כנקודת מוצא חזקת מסוכנות מצד תושבי האזור, אף שיש בה משום מראית מסוימת של תיוג אתני. זהו בעיני מחיר שניתן לשלם ברמה הערכית בשל שיקולי ביטחון ובלבד שבצד אותה חזקה היה החוק מאפשר בדיקה אינדיבידואלית-פרטנית המקנה לכל אדם אשר בעניינו מתבקש איחוד המשפחות, הזדמנות לסתור אותה. בכך, ניתן היה להשקפתי להשיג איזון ראוי העונה על דרישת המידתיות הקבועה בפסקת ההגבלה. אולם, משנותרה בעינה המניעה הקיבוצית שקבע החוק, משהורחבו בתיקון השני הקריטריונים הקיבוציים החוסמים את איחוד המשפחות בין ערביי ישראל לבני זוג תושבי האזור, ומשלא ניתנת להם ההזדמנות להוכיח על בסיס פרטני כי הם אינם מהווים סיכון בטחוני, נותר בעינו הפגם החוקתי שבו לוקה החוק בשל העדר מידתיות.

6. חברי השופט ח' מלצר הביע בחוות-דעתו את הדעה כי ראוי להחיל במקרה זה את "עקרון הזהירות המונעת" (the Precautionary Rule), אשר לפיו במקרים בהם קיים "סיכון פוטנציאלי בלתי ודאי, אשר רף הנזק העליון שלו קשה להערכה והוא צפוי להיות רב - מותר לרשות לנקוט פעולות מניעה גם בהיעדר הוכחה מספקת להתקיימות אפשרית של הקטסטרופה" (פסקה 34 לחוות-דעתו). עוד סבור חברי כי כאשר ראוי להחיל את עקרון הזהירות המונעת "החקיקה הרלבנטית צולחת בהצלחה" את מבחן המשנה השלישי של תנאי המידתיות (פסקאות 38-39 לחוות-דעתו). איני רואה עין בעין עם חברי ועדיפה עליי בעניין זה עמדתה של חברתי הנשיאה ד' ביניש. אכן, החיסרון הבולט של עקרון זה, ומכל מקום באופן שבו מבקש חברי השופט ח' מלצר להחילו, נעוץ בעובדה שהוא מתעלם מכך שהאמצעי הטוטאלי הננקט אל מול הסכנה שמניעתה מתבקשת, יוצר בעצמו סכנות ונזקים העלולים להיות משמעותיים לחברה או

למצער לקבוצות מסוימות בה. על כן, אין מנוס מן המסקנה כי החלתו של עקרון הזהירות המונעת באופן האמור מגלה רגישות מופלגת לסיכונים מסוג מסוים בלבד ואין הוא רגיש לנזקים אחרים העלולים להיווצר כתוצאה מעצם החלתו. מכאן עיקר הביקורת המוטחת בעקרון זה. אכן, הטוטאליות הכרוכה בהחלתו אינה מותרת מקום לאיזון ראוי בין האינטרסים - חשובים ככל שיהיו - שעליהם נדרש להגן ובין הנזקים והפגיעות העלולים להיווצר כתוצאה מהחלתו של האמצעי באופן כזה. על הכשל הפנימי שבו לוקה עקרון הזהירות המונעת ועל כך שבחינתו בפריזמה לוגית מוליכה אל המסקנה כי הוא עקרון "משתק", עמד המלומד Cass R. Sunstein בספרו LAWS OF FEAR: BEYOND THE PRECAUTIONARY PRINCIPLE 4-5 (2005) באומרו:

"The Precautionary Principle is literally incoherent, and for one reason: There are risks on all sides of social situations. It is therefore paralyzing; it forbids the very steps that it requires. Because risks are on all sides, the Precautionary Principle forbids action, inaction, and everything in between. Consider the question of what societies should do about genetic engineering, nuclear power, and terrorism. Aggressive steps, designed to control the underlying risks, seem to be compelled by the Precautionary Principle. But those very steps run afoul of the same principle, because each of them creates new risks of its own. It follows that many people who are described as risk averse are, in reality, no such thing. They are averse to *particular* risks, not to risks in general. It follows that there can be no general Precautionary Principle - though particular, little precautionary principles, stressing margins of safety for certain risks, can and do operate in different societies".

(עוד על ההטיה העלולה להשתקף בהחלת אמצעים פוגעניים במסגרת המלחמה בטרור, המובילה לעתים קרובות למצב שבו חברי קבוצת המיעוט נושאים לבדם במחיר אינטרס הכלל, ראו והשוו: Jeremy Waldron *Security and Liberty: The Image of Balance* 11(2) THE JOURNAL OF POLITICAL PHILOSOPHY 191, 200-204 (2003); Ronald Dworkin *The Threat to Patriotism* NEW YORK REVIEW OF BOOKS, (February 28, 2002).

בחינת מכלול הסיכונים העולים משני צידי המשוואה תוך עריכת איזון ראוי ביניהם, היא העומדת במרכזו של מבחן המידתיות. החלתו של עקרון הזהירות המונעת באופן שתואר אינה מספקת מסגרת מושגית וכלים מעשיים לעריכתו של איזון כזה.

למעשה, החלתו כאמור יש בה במידה רבה כדי לרוקן מתוכן את מבחן המשנה השלישי של דרישת המידתיות, שהינו אחד מאבני היסוד המרכיבים את כללי הביקורת החוקתית בשיטת המשפט הישראלית.

7. מכל הטעמים המפורטים לעיל, אני מצטרפת למסקנה שאליה הגיעו חברתי הנשיאה ד' ביניש וחבריי השופטים א' לוי, ע' ארבל וס' ג'ובראן, לפיה מן הראוי להורות על בטלותו של החוק. כמו כן אני מצטרפת לעמדתם כי בנסיבות שנוצרו מן הראוי להשעות לפרק זמן שלא יעלה על תשעה חודשים את הכרזת הבטלות, על מנת לאפשר למחוקק לגבש הסדר הגירה כולל או הסדרי ביניים ראויים עד חקיקתו. המשמעות המעשית של המסקנה האמורה, אילו נשמעה דעתנו, היא כי עם פקיעתה של ההארכה השתים עשרה לחוק ביום 31.1.2012, ניתן יהיה לשוב ולהאריכו במתכונת הנוכחית לפרק זמן נוסף שלא יעלה על תשעה חודשים.

ש ו פ ט ת

השופט נ' הנדל:

1. נוכח מועד הצטרפותי למותב לאחר סיום שלב הטיעונים בעל פה נפל בחלקי, כ"בנימין" בהרכב, לעיין שוב ושוב בחוות דעתם של חבריי. חשתי שהכרעות חוקתיות קשות מפיקות את המיטב מעבודת השופט ובה בעת חושפות את החולשה במלאכת השפיטה. ההנמקה בחוות הדעת השונות היא עשירה, מגוונת, יצירתית, ואף אישית במובן החיובי. אך השיטתיות בדרכי הבדיקה אינה מסתירה כי ההכרעה רחוקה מהאגף המתמטי ומעולם שבו יש תשובה אחת נכונה וברורה שבכוחה לשכנע את כל הדנים בסוגיה. כדברי הרמב"ן:

"יודע כל לומד תלמודנו שאין במחלוקת מפרשיו ראיות גמורות, ולא ברוב [=בדרך כלל] קושיות חלוטות, שאין בחוכמה הזאת מופת ברור כגון חשבוני התשבורות [=מתמטיקה]" (רמב"ן, הקדמה לספר מלחמות ה').

מצאתי נחמה בדברי ערוך השולחן (נכתבו ברוסיה בסמוך לתחילת המאה ה-

: (20)

"וכל מחלוקת התנאים והאמוראים והגאונים והפוסקים באמת למבין דבר לאשורו דברי אלקים חיים המה, ולכולם יש פנים בהלכה. ואדרבא, זאת היא תפארת תורתנו הקדושה והטהורה, וכל התורה כולה נקראת שירה, ותפארת השיר היא כשהקולות משונים זה מזה,

וזהו עיקר הנעימות, ומי שמשוטט בים התלמוד יראה נעימות משונות בכל הקולות המשונות זה מזה" (הרב יחיאל מיכל הלוי עפשטיין, ערוך השלחן, הקדמה לחלק חושן משפט).

אכן, לעתים ההרמוניה עשויה להיווצר לא מן ההתאמה בין קולות המקהלה, אלא מהמרחק שביניהם.

על רקע זה תוצג עמדתי.

פגיעה בזכות חוקתית

2. כותרתה של פסקת ההגבלה בסעיף 8 לחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו היא "פגיעה בזכויות". השאלה המקדמית היא האם חוק האזרחות והכניסה לישראל (הוראת שעה), התשס"ג-2003, על תיקונו (להלן: החוק המתוקן), פוגע בזכות לפי חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו. כפתיחת סעיף 8: "אין פוגעים בזכויות שלפי חוק יסוד זה אלא...". משמע, שחוק הפוגע בזכות שאינה לפי חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו אינו דורש את בחינתו לפי פסקת ההגבלה.

בענייננו, שתיים טוענות להיותן זכויות חוקתיות הנפגעות מהחוק המתוקן. האחת, הזכות למימוש חיי נישואין בישראל. השנייה, הזכות לשוויון. אומר כבר עתה כי אינני סבור שפגיעה בכל אחת מהזכויות כשלעצמה מהווה פגיעה בחוק היסוד. ברם, שילובן של שתי הפגיעות יחדיו, בנסיבות המקרה, מהווה פגיעה בחוק היסוד.

הפסיקה בארץ ומחוצה לה הכירה בזכות לחיי משפחה כזכות חוקתית. אין זה אומר, למשל, שהמדינה איננה יכולה להטיל מגבלות על הזכות להינשא, אך הזכות בתור שכזו שמורה לכל אדם. החברה רואה את חירות הנישואין כאחת מהבחירות החשובות והמרכזיות בחייו של אדם והגדרתו העצמית. כך נקבע בארצות הברית (ראו למשל: *Griswold v. Connecticut*, 381 U.S. 479 (1965); *Loving v. Virginia*, 388 U.S. 1 (1967)), כך נקבע בתורה כעניין אוניברסאלי ואקזיסטנציאלי: "על כן יעזוב איש את אביו ואת אמו ודבק באשתו והיו לבשר אחד" (ספר בראשית, ב, כד), וכך נקבע בפסיקה הישראלית (ראו למשל: בג"ץ 2123/08 פלוני נ' פלונית (לא פורסם, 6.7.08)). אולם, לא בכך עסקינן. הזכות להינשא אינה במוקד הדיון, אלא הזכות של אזרח להביא את בן זוגו להתגורר במדינתו. יש להבחין בין הזכות לחיי משפחה לבין הזכות לממש על ידי קביעת מקום מגוריו של בן הזוג הזר. מקור האבחנה נעוץ בשניים. האחד, הזכות לחיי משפחה אינה כוללת כל היבט שנוגע לחיי המשפחה. לא כל היבט כזה

עולה כדי פגיעה בכבוד האדם ובחירותו. השני, לא ניתן להתעלם מכך שהגדרת הנדון כזכות יסוד משמעותה בפועל חיוב עקרוני ורב היקף של המדינה כלפי אדם שאינו אזרח או תושב. דהיינו, אזרח הבוחר להינשא לבן זוג זר וחפץ שהמשפחה תגור במדינתו אינו יכול להתעלם ממשמעות דרישתו – בכל הקשור לבן הזוג שאינו אזרח – ביחס למדינה. בחירה להינשא לבן זוג זר מרחיבה דה-פקטו את מעגל הדרישות והחובות של המדינה כלפי אדם נוסף הנטול כל קשר אליה. ברי שמדינה רשאית לקבוע דיני הגירה. בחירת ליבם של אזרחיה אינה יכולה להכתיב מדיניות בתחום זה. אין זכות חוקתית מוקנית לכל אזרח להכניס אדם זר לגבולות מדינתו, גם אם הוא נשוי לו (Case C-540/03, European Parliament v. Council of the European Union, 2006 E.C.R I-5769, para 6; Abdulaziz, Cabales and Balkandali v UK (1985) 7 EHRR 471 שהוזכרו בפסקה 9 לחוות דעתה של השופטת מ' נאור). כך בכלל, וכך ביתר שאת אם בן הזוג הוא אזרח או תושב של מדינה או יישות אויבת שאין השלום שורר בינה לבין מדינת האזרח. חבריי יגעו ולא מצאו גישה אחרת בשיטות המשפט הזרות. כמוכן, מדינות רבות, לרבות ישראל, מעניקות עדיפות להגירת בן הזוג הזר. ככלל, מדיניות זו ראויה בעיניי. אולם מדיניות הגירה לחוד וזכויות יסוד לחוד. תוצאה אחרת, לפיה קיומה של הזכות החוקתית לחיי משפחה פותח את השער ומכליל כל עניין שנוגע למשפחה כזכות חוקתית, אינה נאמנה למעמד המיוחד של זכות שכזו.

הזכות לשוויון זכתה לפולמוסים רבים בשיטה הישראלית (ראו למשל: בג"ץ 453/94 שדולת הנשים בישראל נ' ממשלת ישראל ואח' פ"ד מח (5) 501, 536; בג"ץ 240/98 עדאלה המרכז המשפטי לזכויות המיעוט הערבי בישראל ואח' נ' השר לענייני דתות ואח' פ"ד נב(5) 167). אומר דעתי כי הפגיעה בשוויון עשויה לעלות כדי פגיעה בכבוד האדם, אך לא כל פגיעה, על כל גווניה, תהא כזו (ראו למשל: בג"ץ 4541/94 מילר נ' שר הביטחון, פ"ד מט (4) 94, 131; בג"ץ 721/94 אל על נתיבי אוויר לישראל נ' דנילוביץ, פ"ד מח(5) 749, 760). בל נשכח, כי הזכות לשוויון איננה מופיעה מפורשות בחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו. הזכויות המנויות אינן בגדר רשימה סגורה, אך בכל זאת אלו שנופלות מחוץ לרשימה מחויבות להראות שהפגיעה בהן היא בעוצמה גבוהה כדי לפגוע בכבוד האדם וחירותו.

כך בענייננו לנוכח טיב הפגיעה בשוויון. נכון הוא כי החוק המתוקן אינו מפלה על פי לשונו או תוכנו בין אזרחים יהודים לבין אזרחים ערבים. אלה גם אלה כפופים לחוק המתוקן. דא עקא, בכך לא סגי. המחוקק אינו נוהג להכריז כי חוק הוא מפלה. יש להבחין בין שני מצבים. הראשון, בו החוק מפלה על פי תוכנו, באופן ישיר או על דרך השלילה – הפליה מפורשת. השני, החוק מביא לתוצאה מפלה – הפליה תוצאתית.

במצב זה, החוק על פי לשונו אינו מפלה, תוכנו אינו מוביל באופן אוטומטי לתוצאה מפלה, אך מבחינה מעשית נוצרת אפליה ברורה בין קבוצות שונות באוכלוסייה. ההפליה נגרמת מנתון שאינו מצוי בחוק אלא בעולם שמחוצה לו. ההבדל בין שני המצבים הוא שבאחרון, כדי לדעת שמדובר בהפליה, לא די בקריאת החוק ובבחינת תוכנו, אלא יש צורך בהכרת המציאות.

כבוא בית משפט לבחון פגיעה בשוויון לא ניתן להסתפק במבחן ההפליה המפורשת – ישירה או משתמעת. רשאי בית משפט, ואף חייב הוא בנסיבות מסוימות, להתחשב גם בהיבטים מעשיים של התוצאה (ראו למשל: בג"ץ 2671/98 שדולת הנשים בישראל נ' שר העבודה והרווחה, פ"ד נב(3) 630, 654; פרשת דנילוביץ, בעמ' 764). הדבר ייעשה כאשר ההפליה התוצאתית הינה ברורה וקשה בין קבוצות שאין הצדקה להפלות ביניהן. ההפליה התוצאתית אינה נגזרת מכוונה להפלות. טול לדוגמה את המקרה שלפנינו. אינני סבור כי מטרת החוק המתוקן להפלות. המטרה היא ביטחונית ועניינה הגנה על כל אזרחי המדינה. עם זאת, התוצאה של החוק המתוקן מפלה בין אזרחי המדינה היהודים לבין אזרחיה הערבים. תוצאה לפיה חברה של קבוצה המובחנת על בסיס לאומי מנועים מלהביא את בן הזוג תושב האזור כהגדרתו בחוק המתוקן (להלן: האזור), בניגוד ליתר האזרחים, מהווה פגיעה חוקתית. זהו כוחה המצטבר של הפגיעה בזכות לשוויון ובזכות להגירה של בן זוג לצורכי נישואין. כך מסקנתי, הגם שהפליה מפורשת מהווה פגיעה קשה יותר בזכות חוקתית לפי חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו מאשר הפליה תוצאתית. לכך מצטרפת העובדה שהאיסור בחוק המתוקן הינו גורף. לאמור, הוא אינו מותנה בבדיקה פרטנית של בן הזוג הזר. איסור זה, הגם שהוא מופנה כלפי בן הזוג הזר, תוצאתו המעשית חלה על קבוצה מובחנת באוכלוסיית אזרחי ישראל בנושא רגיש. יש בכך כדי לפגוע בכבודם של יחידי הקבוצה.

בהגיעי למסקנה לפיה ישנה פגיעה בזכות לפי חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו, אינני מתעלם מהטענה שניתן להציג את הפגיעה באופן אחר. דהיינו, החוק המתוקן אינו מגביל אזרח להביא את בן זוגו הזר לארץ אלא להביא את בן זוגו מאזור עוין, שעימו אנו מצויים ב"מעין מלחמה". אכן, על פני הדברים הצגת השאלה באופן כזה עשויה להחליש את עוצמת הפגיעה בזכות החוקתית. אולם – שוב – אין לעצום עין מהמציאות. במבט לאורך ציר ההיסטוריה הישראלית עד הלום, קיימת זיקה משפחתית, תרבותית, גיאוגרפית ובינאישית בין אזרחי ישראל הערבים לבין תושבי האזור הערבים, לרבות נגישות יחסית בין שתי האוכלוסיות (וראו: פסקה 16 לחוות דעתו של חברי השופט ס' ג'ובראן בבג"ץ 7052/03 עדאלה – המרכז המשפטי לזכויות המיעוט הערבי בישראל ואח' נ' שר הפנים ואח', פ"ד סא(2) 202 (להלן: עניין עדאלה)). מצב עובדתי זה

מהווה מעין משקל נגד בבחינת הפגיעה החוקתית אל מול היותו של האזור עוין ומעורבות תושביו בסכסוך מזוין מול ישראל. כדי להמחיש את העניין, יש להשוות בין האיסור בחוק המתוקן לגבי תושבי האזור לעומת תושבי איראן, למשל, כמובא בתוספת לחוק המתוקן. באשר לאחרונים, ספק בעיניי אם הזכות הנפגעת הינה חוקתית. זאת בשל הזיקה הרחוקה יחסית והעדר הנגישות בין אזרחי ישראל הערבים לבין תושבי איראן. לעומת זאת, הזיקה המתוארת לעיל בין אזרחי ישראל הערבים לתושבי האזור הערבים מגבירה את הפגיעה בראשונים. בשקלול הכולל של הפגיעה בזכות של בן הזוג הישראלי להביא את בן זוגו הזר מהאזור ושל חוסר השוויון המעשי מצאתי כי קיימת פגיעה חוקתית הדורשת את בחינת החוק המתוקן על פי פסקת ההגבלה. זוהי דרכה של בחינת קיומה של פגיעה לפי חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו – יש לבדוק את מהות העניין על פי עובדות המקרה ולא רק על פי מבחן מופשט של זכויות. דהיינו, המציאות והיבטים מעשיים אינם מצויים מחוץ למגרש החוקתי. נוכח מסקנתי, נעבור עתה לבחינת החוק המתוקן בגדרי המבחנים של פסקת ההגבלה.

פסקת ההגבלה

3. ההיתר בסעיף 8 לפגוע בזכות חוקתית לפי חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו מכיל כמה תנאים: (א) בחוק; (ב) אשר הולם את ערכיה של מדינת ישראל; (ג) שנועד לתכלית ראויה; (ד) ובמידה שאינה עולה על הנדרש.

לטעמי אין קושי לקבוע ששלושת התנאים הראשונים מתקיימים. ייתכן חוק שאינו הולם את ערכיה של מדינת ישראל כמדינה יהודית ודמוקרטית (ראו סעיף 1א לחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו) אך לא עומדת בפנינו דוגמה לכך. מדינה יהודית ודמוקרטית תנקוט צעדים להגן על עצמה בעת עימות מזוין גם על-ידי מניעת כניסת תושבי האזור שמולו מתקיים העימות. די לומר כי מדינה יהודית ודמוקרטית אינה דורשת גישה פסיבית למתרחש סביבה. הוא הדין באשר לקיומה של תכלית ראויה.

חשוב לצעוד בבדיקת פסקת ההגבלה על פי המתווה שבדין, הוא סעיף 8 לחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו. הסיפא של הסעיף מתייחסת למבחן המידתיות. אין לערב בין מבחן זה לבין המבחנים של תכלית ראויה וערכיה של מדינת ישראל. הטעם בדבר הוא שמבחני התכלית וערכי המדינה נכבדים דיים כדי שיזכו לתשומת לב נפרדת. אמנם, עיון בחוות הדעת של חבריי בתיק זה ובפסקי דין קודמים מלמד כי לרוב המשוכה בסעיף 8 הדורשת את ההתמודדות העיקרית מצויה במבחן המידתיות. אולם, הסיבה לכך היא שהחוקים הפוגעים בזכויות יסוד, לפחות מהניסיון המשפטי מאז

חקיקת חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו, נועדו לתכלית ראויה תוך התאמה לערכי המדינה. התקווה היא שכך יימשך, אך אין בניסיון האמור כדי להפחית מחשיבות מבחני התכלית וערכי המדינה בשיטה חוקתית, במסגרת תחומם ולא מעבר לכך.

התנאי הרביעי בפסקת ההגבלה הוא מבחן המידתיות. הפסיקה קבעה שלושה מבחני משנה (בג"ץ 6427/02 התנועה לאיכות השלטון בישראל נ' כנסת ישראל, פ"ד סא(1) 619 (2006), בפסקה 57-61 לפסק דינו של השופט ברק): (1) מבחן הקשר הרציונאלי; (2) מבחן האמצעי שפגיעתו פחותה; (3) מבחן המידתיות במובן הצר. אף כאן, לדידי ולדעת רוב חבריי משני צידי המתרס, המחלוקת מצומצמת למבחן המשנה השלישי. קיים קשר רציונאלי בין האיסור על כניסת בן זוג זר תושב האזור או מדינת אויב לבין תכלית החוק המתוקן – ביטחון המדינה. באשר למבחן המשנה השני, הטיבה חברתי השופטת ע' ארבל לשכנע שהחוק צולח אותו (סעיפים 16-20 לחוות דעתה). האמצעי של האיסור הגורף משיג את תכלית הביטחון באופן שאמצעי אחר שפוגע פחות בזכויות החוקתיות לא יוכל. השוני בין האמצעי שבחוק המתוקן לבין אמצעי חלופה פחות פוגעניים, לרבות ביצוע בדיקה פרטנית, בעל משמעות ניכרת להשגת התכלית הראויה. מסקנה זו נובעת בין היתר מהיקף המידע הרב הנדרש ביחס למספר המבקשים הצפוי בהעדר האיסור הגורף כדי להשיג את התכלית הביטחונית. בנוסף, וכפי שהדגיש חברי השופט ח' מלצר בחוות דעתו, בן זוג מהאזור הופך למועמד אטרקטיבי לשיתוף פעולה עם גורמים עוינים אם יקבל היתר לשהייה בארץ לתקופה ארוכה. הערכה בדבר התנהגות מועמד כזה ויכולתו לעמוד בפיתויים ובאיומים שונים אינה ניתנת להערכה מראש (ראו הנתונים הרלוונטיים המובאים בסעיף 19 לחוות דעתו, וכן ראו מאמרם של אמנון רובינשטיין וליאב אורגד "זכויות אדם, ביטחון המדינה ורוב יהודי" הפרקליט מח 323 (תשס"ו-2006), ביחס לקשיים לקיים בדיקה פרטנית כיוון שמדובר בנתיני שלטון עוין). נותר לדון במבחן המשנה השלישי.

מבחן המידתיות במובן הצר

4. מבחן המידתיות במובן הצר בודק את היחס בין הנזק שנגרם לזכות החוקתית שנפגעה לבין התועלת לאינטרס הציבורי המוגן כתוצאה מהפגיעה. לשון אחרת, נזק מול תועלת, יחיד מול הכלל. לשם הדיוק, המיקוד הוא בפער בין הנזק שנגרם על-ידי החלופה שנבחרה לעומת הנזק מהחלופה הפחות פוגענית, ובפער שבין התועלת המופקת מאימוץ החלופה שנבחרה לבין התועלת שתצמח מהחלופה הפחות פוגענית (בג"ץ 2056/04 מועצת הכפר בית סוריק נ' ממשלת ישראל, פ"ד נח(5) 807, 850).

יצוין, כי המבחן המידתי במובן הצר הינו נחלת המשפט החוקתי באיחוד האירופי (Benedict Kingsbury, "The Concept of 'Law' in Global Administrative Law", 20 *Eur. J. Int'l. L.* 23, 57 (2009); Richard G. Singer, "Proportionate Thoughts : About Proportionality", 8 *Ohio St. J. Crim. L.* 217, 218 (2010). סעיף 8 לחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו מתייחס למידה שאינה עולה על הנדרש. דרישה זו כשלעצמה אינה מחייבת מבחינה לשונית את אימוץ המבחן המידתי במובן הצר. עם זאת, רב ההיגיון עימו. לדעתי יש לתת את הדעת גם למרכיבים נוספים שטמונים במבחן "במידה שאינה עולה על הנדרש" או במבחן המידתי במובן הצר. בטרם עריכת ההשוואה בין התועלת לאינטרס הביטחוני אל מול הנזק לזכות החוקתית, יש למקם את הזכות החוקתית הנפגעת במדרג הזכויות החוקתיות ואת האינטרס הציבורי הרלוונטי אל מול אינטרסים אחרים, כל אחד במסלול שלו. בדיקה כזו עשויה לתרום להתפתחות הביקורת השיפוטית החוקתית.

דרך זו מזכירה את הגישה החוקתית הנהוגה בארצות הברית. שם נהוג לדרג זכויות חוקתיות לשלוש רמות לשם קביעת עוצמת הביקורת השיפוטית הנדרשת. ברמה הראשונה, מבחן הקשר הרציונאלי (Rational Basis Test) הופעל כלפי החלטה שלטונית שבוצעה בשרירותיות. ברמה השנייה, הפליה על בסיס גיל או מין תזכה לביקורת שיפוטית בדרגה בינונית (Intermediate Scrutiny); ואילו ברמה השלישית, הפליה על בסיס גזע שמתייחסים אליה בחומרה יתרה תזכה לביקורת שיפוטית קפידה (Strict Scrutiny). ככל שרמת הביקורת עולה כך גובר הנטל על המדינה להצדיק את החוק מבחינה חוקתית. ניתן ליישם מבחני ביקורת שונים על זכות מוגנת אחת (J.E. Nowak and R.D. Rotunda, *Constitutional Law* (5th ed., St. Paul, 1995) 573-578). נכון שהשיטה החוקתית האמריקאית אינה נוהגת לפעול על פי הבדיקה המידתית במובן הצר (ראו: Moshe Cohen-Eliya and Iddo Porat, "The Hidden Foreign Law Debate in Heller: the Proportionality Approach in American Constitutional Law", 46 *San Diego L. Rev.* 367, 381 (2009); אהרן ברק, מידתיות במשפט 257-258 (2010)). אולם, דירוג הזכויות עשוי לסייע לשיטה משפטית, כמו שלנו, בכואה ליישם את מבחן המידתיות בכלל ובמובן הצר בפרט. אין כוונתי שיש לאמץ את מודל המדרוג האמריקאי אלא את עצם קיומו של מדרוג בין זכויות ובין אינטרסים ציבוריים. היתרון הוא שהמיקום במדרג של הזכות הנפגעת והאינטרס הציבורי יכול להוות אמת מידה שתכווין את בית המשפט בעת ביצוע מלאכת האיזון החוקתי (ראו והשוו עניין עדאלה, פסקה 74 לפסק דינו של הנשיא א' ברק; בג"ץ 5016/96 חורב ואח' נ' שר התחבורה ואח', פ"ד נא(4) 1, פסקה 49 לפסק דינו של השופט ברק).

בענייננו, השילוב בין הפגיעה להביא בן זוג זר תושב האזור ולהקים עימו משפחה בישראל לבין ההפליה התוצאתית של פגיעה זו באוכלוסיית האזרחים הערבים בישראל מקימה פגיעה בזכות חוקתית. אך אין זכות זו, על הפגיעה בה, נמצאת בחוק הגבוה בסולם הזכויות. לעומתה, האינטרס הציבורי הוא ביטחון המדינה. אינטרס זה ניצב הוא ברמה גבוהה. מעניין לציין שהזכות לחיי משפחה אינה מופיעה במילים מפורשות בזכות בחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו. לעומת זאת, סעיף 2 לחוק זה כותרתו היא "שמירה על החיים, הגוף והכבוד" ולשונו: "אין פוגעים בחייו, בגופו או בכבודו של אדם באשר הוא אדם" (הדגשים אינם במקור). אמנם, אין מדובר בתחרות בין זכויות – הזכות לחיי משפחה מול הזכות לחיים – אך ניתן ללמוד מחוק היסוד שהאינטרס הציבורי המוגן מצוי בדרגה גבוהה ביותר בערכיה של מדינת ישראל. כאן, מדובר בהגנה מפני הסיכון לפגיעה ישירה בחיי אזרחים ישראלים.

הבדיקה החוקתית כוללת, אפוא, השוואה בין הפגיעה החוקתית בהתאם לדירוגה הנורמטיבי לבין הדירוג של האינטרס הציבורי שתכלית החוק נועדה להגן עליו. זהו אינו סוף פסוק, אך הדבר מהווה שיקול רלוונטי. שיקול זה נוטה בבירור במקרה זה לטובת ההגנה על האינטרס הציבורי.

5. השלב הבא הוא העמדת התועלת המתווספת לביטחון המדינה והנזק שנגרם לזכות החוקתית של קבוצת בן הזוג הישראלי כתוצאה מהחוק המתוקן - זו מול זה. בהסתכלות על הפגיעה הנגרמת מהחוק המתוקן, אין חולק כי קבוצה גדולה של יחידים תיפגע מהאיסור הגורף. ניתן להניח שהקבוצה של בן הזוג הזר כוללת בוודאי יחידים אשר אינם מהווים ולא יהוו סיכון לביטחון המדינה. התוצאה לפיה אזרח ישראלי הנמנה על קבוצה לאומית מובחנת יהא מנוע מלהביא בן זוג זר לתוך המדינה בהיעדר בדיקה פרטנית לגבי מסוכנותו הינה קשה. זהו צידו האחד של המטבע. הצד האחר, שהיטיב לבטאו חברי השופט א' גרוניס בחוות דעתו בתיק זה ובעניין עדאלה, הוא שהחשש לפגיעה בנפש הינו בגדר נתון שניתן להתייחס אליו כעובדה או למצער כעובדה מסתברת. זאת משום שניסיון העבר וההווה מלמדים על רצון עז לפגוע באזרחי מדינת ישראל; רצון שלא תמיד ניתן יהא לגבור עליו. נכון הוא שקבוצת אזרחי ישראל המגישים בקשות כניסה לישראל עבור בן זוגם הזר הינה קבוצה מוגדרת שאפשר להצביע על חבריה. בנבדל מכך, אין לדעת היום מי הם אלו אשר ייפגעו בגופם או בחייהם כתוצאה מביטול האיסור הגורף והסתמכות על אמצעים חלופיים שאינם משיגים את התכלית הראויה, כגון בדיקה פרטנית או חזקת מסוכנות הניתנת לסתירה. ברם, קיומה של הקבוצה האחרונה של הנפגעים הוא קרוב לוודאי אם לא מעבר לכך.

הנתונים העובדתיים שהובאו על-ידי המשיבים והוצגו בחוות דעתו של חברי השופט ח' מלצר מלמדים שמספר הנפגעים עלול להיות ניכר. בהקשר זה יוזכר שפיגוע "מצליח" עלול לגבות את חייהם של עשרות אזרחים ישראלים. גם הנפגעים אשר מסוגים כבעלי פגיעות באורח קשה או בינוני "בלבד" משלמים מחיר יקר מנשוא. לכך יש להוסיף את השיקול הערכי המובע במשנה במסכת סנהדרין (פרק ד משנה ה), המסבירה שהטעם לכך שהאדם נברא יחידי הוא ללמדנו שכל המאבד נפש אחת הרי זה כאילו איבד עולם מלא, וכל המקיים נפש אחת הרי זה כאילו קיים עולם מלא. ויודגש, הפגיעה מפיגוע טרור אינה פוסחת מעל אף אוכלוסיה בחברה.

עמדתי על כך שהפגיעה בזכות החוקתית של קבוצת בן הזוג הישראלי היא קשה. האיסור הגורף המוטל על קבוצה זו להשתקע בארץ עם בן הזוג הזר תושב האזור – קבוצה שמבחינה מעשית כוללת את ערביי ישראל בלבד – מביא לתוצאה פוגענית בראייה החוקתית. בבואנו לבחון את עוצמת הפגיעה יש לתת את הדעת לחריגים בחוק המתוקן. סבורני כי חריג אחד הינו משמעותי בשל אופיו. האיסור הגורף אינו בתוקף "לגבי תושב אזור שגילו מעל 35 שנים" ו"לגבי תושבת אזור שגילה מעל 25 שנים" – לשם מניעת הפרדתם מבן זוגם השווה כדין בישראל (סעיף 3 לחוק המתוקן). לדעתי צמצום האיסור הגורף באופן המתואר הינו צעד ממשי לכיוון צמצום הפגיעה מהנתונים שהובאו בתיק זה עולה כי חריג הגיל מקטין את הקבוצה הנפגעת מהאיסור הגורף בכ- 30% (ראו והשוו סעיף 32 לחוות דעתו של חברי השופט א' א' לוי לעומת השיעור של 20% שאוזכר בעניין עטאלה בעמ' 346). חריג הגיל מבוסס על נתונים סטטיסטיים שהוצגו, והוא בעל קשר רציונאלי לתכלית הראויה של החוק המתוקן. הואיל ומדובר בהפליה תוצאתית, כך יש לבחון גם את החריג. נכון שגיל הנישואין הממוצע הוא נמוך מהגילאים הקבועים בחריג, אך ניתן לומר כי החריג עדיין מאפשר לזוגות צעירים לבסס את המשך חייהם המשפחתיים בישראל. חריג הגיל גם הוא מקיף וחל על כל הקבוצה. אמנם, ההחלטה הסופית עתה נתונה לשיקול דעתו של שר הפנים, אך מצב הזוג עובר לבדיקה במסלול אחר. אינני מתעלם מכך שלא קל לבני זוג נשואים לשהות תקופה זמנית, העשויה לעלות על 10 שנים, במדינה או ישות אחת ואחר כך לעבור למְשֻנָּה. אמנם, צוין שיש קרבה גיאוגרפית וקשר מיוחד בהיבטים רבים בין האזור לבין מדינת ישראל, אך יש לזכור שבן זוג אחד הוא אזרח ישראלי. תשובתי לכך היא שחריג הגיל אינו הופך את הפגיעה החוקתית לפגיעה שאינה חוקתית. אולם, בשלב הזה בודקים נזק מול תועלת, וחריג הגיל מפחית את הנזק השולי.

חריג נוסף בחוק המתוקן הוא התיקון בדבר הועדה ההומניטארית (סעיף 1א3). גם לחריג זה יש משקל בבחינת הפגיעה החוקתית. יש לציין כי הנתונים מלמדים שה"פתרון" של הועדה ההומניטארית חל על קבוצה קטנה של מבקשים. אולם, חריג זה נותן מענה מסוים שאין להתעלם ממנו. יתרה מכך, דעתי היא, מבלי לתחום גבולות, כי יש מקום לפרש את סמכויות הועדה באופן רחב יותר מכפי שנעשה היום. החוק המתוקן קובע בסעיף ה(1) כי:

"העובדה כי בן משפחתו של מבקש ההיתר או הרישיון, השוהה כדין בישראל, הוא בן זוגו, או כי לבני הזוג ילדים משותפים, לא תהווה כשלעצמה טעם הומניטרי מיוחד";

הוראה זו, כמעט ככל הוראה, ניתן לפרשה בצמצום או בהרחבה. דעתי היא שיש לפרשה בצמצום מסוים וגם בכך להרחיב את שיקול הדעת של הועדה ההומניטארית.

6. טרם אכריע בדבר יישום מבחן המשנה השלישי של המידתיות על ענייננו, ראוי להבהיר נקודה נוספת, כללית באופייה. ההכרעות של בית משפט בסוגיות חוקתיות, לרבות במבחן המידתי הצר, אינן עשויות מעור אחד. לעתים, ההכרעה היא ברורה ביותר וניתן לקבוע אם הנזק עולה על התועלת או ההפך – אך לא תמיד. ישנם מקרים בהם ההכרעה היא קשה, ושני המתחרים – הזכות הנפגעת והאינטרס הציבורי – מושכים בחוזקה את חבל ההכרעה משני קצותיו. במצבים אלה קיים מתחם חוקתי המאפשר יותר מתשובה אחת. ודוק, המתחם החוקתי שונה מהמתחם הערעורי או אפילו ממתחם הביקורת המנהלית על הרשות. עסקינן בביקורת נורמטיבית מהדרגה העליונה, ועל בית המשפט לומר את דברו. אולם אין בכך לסתור שבמקרים מסוימים, וסבורני כי מקרה זה אחד מהם, ישנו מתחם חוקתי. חוק הנופל בתוך מתחם זה ייחשב כחוקתי.

יצוין כי משפט האיחוד האירופי מקבל את הדוקטרינה של "Margin of Appreciation" לפיה מוענק לרשויות הממשל "a degree of leeway in applying obligations or limitations" כאשר מעריכים ושוקלים את זכויות הצדדים (Thomas M. Franck, On Proportionality of Countermeasures in International Law, 102 Am. J. Int'l. L. 715, 760 (Int'l. L. 715, 760) בית המשפט האירופי לזכויות אדם (The European Court of Human Rights) הפעיל דוקטרינה זו לראשונה לפני 35 שנה, תוך הכרה בכך שבנושאים מסוימים יש להעניק משקל להכרעת הממשל (Rights Handyside v. U.K, 24 Eur. Ct. H.R 5) (1976)). בית המשפט האירופי לצדק (European Court of Justice) סיווג את

הדוקטרינה בתחום שיקול הדעת. דבר קיומו של מתחם חוקתי תקע יתד גם בשיטה הישראלית. נפסק כי היחס בין התועלת לנזק חייב להיות סביר (בג"ץ 1715/97 שר האוצר נ' לשכת מנהלי ההשקעות, פ"ד נא(4) 367, 386; בג"ץ 6268/00 קיבוץ החותרים נ' מינהל מקרקעי ישראל, פ"ד נה(5) 639, 668-669; גיא דווידוב, יונתן יובל, אילן סבן, אמנון רייכמן "מדינה או משפחה? חוק האזרחות והכניסה לישראל (הוראת שעה), תשס"ג-2003" משפט וממשל ח 643, 676 (תשס"ח)). סבירות בהקשר זה ודאי אינה דומה לסבירות בנזיקין, ואף לא לסבירות במשפט המנהלי. הסבירות החוקתית של החוק מצומצמת יותר, ושונה ממבחני הסבירות האחרים, אך היא קיימת.

לפנינו מקרה קשה. נדמה שההכרעה הינה עניין של מידה. לא בכדי סוגיה זו הובאה פעמיים לפני בית המשפט, כאשר בכל פעם ההכרעה נפלה על חודו של קול בהרכב של אחד עשר שופטים. כמובן, קיומם של חילוקי דעות אינו מכתוב תוצאה. אולם כאן, אף כי המחלוקת בין רוב השופטים עקרונית היא, בסופו של דבר ההבדל בין חוות הדעת נעוץ, לעניות דעתי, בהעדפה למנוע את הפגיעה מהחוק המתוקן לעומת ההעדפה של התועלת השולית של החוק המתוקן לאינטרס הציבורי. המחלוקת אף הן מובילות למסקנה בדבר הימצאותו של מקרה זה בתוך גדר המתחם חוקתי. כך או כך, וללא קשר לפיצול הקולות, זוהי דעתי.

עולה מן הנתונים העובדתיים שהובאו, כי בדיקה הסתברותית של פיגועים עתידיים, כמותם ואיכותם, כתוצאה מביטול האיסור הגורף, מצביעה על כך שהתועלת השולית רבה ביותר. כפי שציין חברי המשנה לנשיאה בעניין עטאלה: "אין זה החשש הערטילאי לשלום הציבור, שאותו הכרנו בפרשות קודמות... ביטחון הציבור דובר כאן בזכות לחיים ממש, ואותה מבקש החוק לשמר" (פסקה 16).

לאחר ששקלתי את מקומו של אינטרס ההגנה על ביטחון המדינה במדרג של כלל האינטרסים הציבוריים ואת מקומה של הפגיעה החוקתית של בן הזוג הישראלי במדרג של זכויות חוקתיות, כמו גם את עוצמת הסיכון הביטחוני והיקפו לעומת הנזק הנגרם לזכויות היסוד בהתחשב בחריגי החוק המתוקן, כל זאת על רקע המארג העובדתי שהוצג, תוך מודעות למתחם החוקתי האפשרי במקרה זה, דעתי היא כי אין מקום להורות על בטלות החוק.

להשלמת התמונה יצוין, כי בעניין חריג הקטינים בחוק המתוקן דעתי היא כדעת השופטת נאור ומנימוקיה. הצהרת המדינה לפיה מדיניותה היא להאריך אשרת שהייה של קטין, בכפוף להעדר סיכון ביטחוני או פלילי, בעלת משקל רב להכרעה בנקודה זו (ראו פסקה 21 לחוות דעתה של השופטת מ' נאור).

הוראת שעה

7. רבות נכתב על-ידי חבריי על שהחוק המתוקן נחקק במתכונת של הוראת שעה שהוארך כתריסר פעמים. בגלגול הקודם של התיק בעניין עדאלה סבר חברי המשנה לנשיאה א' ריבלין כי סיווג זה של החוק מהווה נימוק לכך שאין צורך להתערב בו. לשיטתו במסגרת דיון זה, חלוף הזמן הרב וההארכות הרבות של החוק המתוקן לא רק שאינם מחזקים את עמדת המדינה, אלא ייתכן שההפך מכך. לתפיסתי, די לומר שאין במצב המשפטי האמור כדי לסייע לעמדת המדינה.

השעה ארוכה היא ואינה משתנה. האקלים הקשה מלווה אותנו בכל עונות השנה, למשך שנים רבות. בשבתנו בבית משפט זה, מחויבים אנו בעת הביקורת השיפוטית להסתכל גם על השעון. דעתי היא, כאמור, שאין מקום להורות על בטלות החוק בשל היותו לא חוקתי. עם זאת, טוב תעשה המדינה אם תגבש חוק שיתייחס לנושא ההגירה בהקשר הנוכחי ובכלל. על פי ההודעה המעדכנת של בא כוח המדינה, כך אכן פועלים הגורמים במרץ רב. אמנם, היה ולא, מנקודת מבטה של הביקורת החוקתית מצופה לשניים. האחד, שדיון בדבר הארכת החוק המתוקן יהיה דיון מקיף ויסודי – מהותי ולא פורמאלי. השני, שהרשות המחוקקת תהיה קשובה למציאות המשתנה, כדי לבחון אם הפגיעה עודנה מוצדקת.

8. סוף דבר, דעתי היא כי דין העתירות להידחות.

המשנה לנשיאה א' ריבלין:

1. שבים אנו לדון בשאלת חוקתיותו של חוק האזרחות. פסקנו – ברוב דעות – כבר במסגרת הדיון בעתירה הקודמת (בג"ץ 7052/03 עדאלה – המרכז המשפטי לזכויות המיעוט הערבי בישראל נ' שר הפנים, פ"ד סא(2) 202 (2006), להלן: העתירה הקודמת) כי אין עילה להכריז על בטלות החוק. תחילה היה ספק בעיני אם מן הצורך לשוב ולהכריע מחדש בשאלה זו עצמה. חילופי שופטים, כשלעצמם, אין בהם כדי להצדיק דיון חוזר; אך מעבר הזמן, מאז נחקקה הוראת השעה, משנה מן ההנחה ששימשה כאחד השיקולים ביסוד החלטתי בעתירה הקודמת, להימנע מלהתערב בחקיקה. מן הצד האחר הוכנסו בינתיים בחוק שינויים, מקלים בעיקרם. בסופו של יום לא נשתנתה עמדתי כי דין העתירות להידחות.

הסוגיה שבמחלוקת ותפקידו של בית המשפט

2. העתירות מעוררות שאלה הנוגעת להגנה על זכויות אדם. השאלה מצויה בליבה של מחלוקת ציבורית. זוהי סוגיה מורכבת וההתמודדות עימה מדגימה את הדרך שבה שיטת המשפט בישראל מתמודדת עם שאלות הגולשות למחלוקת ציבורית ופוליטית.

בפועל כל שיטת משפט מתמודדת בדרכה שלה עם הדילמה שמעוררת שאלה דוגמת זו שהונחה לפתחנו. דרך ההתמודדות היא פועל יוצא של השיטה הפוליטית, של המבנה החוקתי והחברתי ושל התרבות השלטונית. התפקיד הגרעיני של בית משפט חוקתי הוא להגן על זכויות אדם, במיוחד זכויות המיעוט או קבוצות מוחלשות אחרות. אין זה תפקיד קל. במובנה הפורמאלי דמוקרטיה היא שלטון הרוב. במובנה המהותי זהו משטר בו מוגנות גם זכויות המיעוט. על מנת למלא את תפקידו הגרעיני בחברה חופשית נדרש בית המשפט, בכל שיטת משפט, לשמר את משאביו.

3. המשאבים העומדים לרשות בית המשפט משאבים מוגבלים הם. כבר לפני למעלה ממאתיים שנה, עמד אלכסנדר המילטון על כך שלרשות השופטת אין שליטה על "הארנק" ועל "החרב", ומכאן חולשתה. הוא תלה את חולשתה של הרשות השופטת גם בכך ש"אין לה רצון משלה" – שהרי היא מכריעה רק בסכסוכים שאחרים מביאים בפניה ואין היא יוזמת הכרעה שאין מאחוריה סכסוך אמיתי:

The Judiciary... has no influence over either the sword or the purse; no direction either of the strength or of the wealth of the society, and can take no active resolution whatever. It may truly be said to have neither force nor will (The Federalist No. 78 (Alexander Hamilton)).

כיוון שאין לה לרשות השופטת, לא ארנק ולא חרב, המשאב העיקרי העומד לה הוא אמון הציבור. ירידה לזירת המחלוקת הציבורית, כשהיא באה שלא לצורך, עשויה לנגוס במשאב יקר זה. כבר עמדתי בעבר (בבג"ץ 1993/03 התנועה למען איכות השלטון בישראל נ' ראש הממשלה, פ"ד נז(6) 817 (2003) (להלן: פרשת הנגבי הראשונה); בבג"ץ 8192/04 התנועה למען איכות השלטון בישראל נ' ראש הממשלה, פ"ד נט(3) 145 (2004) (להלן: פרשת הנגבי השנייה); ובבג"ץ 11225/03 בשארה נ' היועץ המשפטי לממשלה, פ"ד ס(4) 287 (2006) (להלן: פרשת בשארה)). על כך שההימנעות מן הירידה אל זירת המחלוקת הפוליטית ו"כיבוד" הרשויות הפוליטיות במקרים הראויים לא באה להעצים את כוחן של אותן רשויות כי אם לשמור על משאביה של הרשות השופטת. זו הדילמה העומדת בפני כל בית משפט חוקתי ובפני כל בית משפט מנהלי. מצד אחד, עומד הצורך לקיים ביקורת שיפוטית וביקורת חוקתית וביקורת מנהלית – ביקורת העומדת במרכז עבודתו של בית המשפט, ומצד אחר, עומד הרצון להימנע מפני כניסה אל זירת המחלוקת הציבורית, כניסה שעשויה לנגוס במשאבים שעומדים לרשות בית המשפט. נדגים את הדבר בשיטה חוקתית אחת אחרת ונדגים את הדבר בשיטתנו.

ארצות-הברית: דוקטרינה של היעדר שפיטות

4. הפרק השלישי לחוקת ארצות הברית מגביל את סמכות השיפוט הפדרלית למחלוקות בנות קיימא. הגבלה זו, כשהצטרפו לה כללי הזהירות העצמית השיפוטית, עיצבה את גדרי זכות העמידה של הבא להתדיין בבית המשפט האמריקאי – לאמור, הצורך בקיום עניין אישי שעשוי לבוא על פתרונו בהתדיינות המשפטית. הצורך בקיומו של עניין אישי הוא פועל יוצא של הצורך בקיומה של פגיעה שאינה מופשטת או היפותטית, פגיעה בבעל הדין, הפונה לבית המשפט, ולא באחר. על אלה נוספים כלי סינון אחרים החוסים יחד תחת כנפיה של דוקטרינת היעדר השפיטות – non justiciability. השפיטות נגרעת במקרים בהם לא הבשיל התיק לדיון או בהיות נושא הדיון תיאורטי וכן בכל אותם נושאים הקרויים "שאלות פוליטיות". אי השפיטות במקצת מן המקרים האלה נעוצה ביסודה בעיקרון הפרדת הרשויות. כך למשל, תחת

הכלל של היעדר בשלות (ripeness), נמנע בית המשפט בארצות הברית מלדון בטענה שתוקפה תלוי בהתפתחות עתידית, שהיא עצמה עשויה שלא להתרחש כמצופה, או שלא להתרחש כלל (ראו למשל: *Texas v. United States*, 523 U.S. 296, 300 (1998)). פגיעה פוטנציאלית בזכות אינה מזכה בסעד. מחסום נוסף מצוי בדוקטרינת הנושא התיאורטי, ה-mootness, המנחה את בתי המשפט שלא לדון במחלוקת היפותטית או אקדמית, שלגביה אין בהכרעה השיפוטית כדי להשפיע על זכויותיהם של הצדדים להליך. (לדוקטרינה זו חריגים מוגדרים, המאפשרים לבתי המשפט לדון במחלוקת שאינה חד-פעמית, אך מסיבות שונות הופכת היא לתיאורטית בכל פעם שהיא מובאת לפני בית משפט. דוגמה מפורסמת לחריג זה הוא פסק-הדין הידוע *Roe v. Wade*, 410 U.S. 113 (1973), שעניינו חוקתיותו של איסור על ביצוע הפלות).

חוסר השפיטות מתקיים גם מקום בו השאלה שבמחלוקת היא "שאלה פוליטית" במהותה. העדר השפיטות ב"שאלות פוליטיות" משקף תפיסה שלפיה ישנן שאלות שאין לרשות השופטת כלים ואמות מידה לפתור אותן, שאלות שלא ניתן להכריע בהן בלא לאמץ תחילה מדיניות שנתונה לשיקול דעת לא שיפוטי, שאלות שבהן מכבד בית המשפט את בחירת הרשויות הפוליטיות. בית המשפט העליון בארצות הברית התווה קווים מנחים לבחינת השאלה אם מדובר ב"שאלה פוליטית" שאין בית המשפט צריך לעסוק בה: כאשר ישנו עיגון חוקתי כתוב, המייחד את העניין לרשות פוליטית; מקום בו נעדרות אמות מידה שיפוטיות גלויות וניתנות לישום – למתן פתרון לשאלה; היעדר היכולת להכריע בשאלה שבמחלוקת בלא לקבוע מראש מדיניות שאינה בשיקול דעתו של בית-המשפט; מקום בו יש צורך מיוחד וברור לכבד החלטה פוליטית שכבר התקבלה; ומקום בו מתקיים פוטנציאל לריבוי החלטות סותרות מצד הרשויות השונות באותה שאלה עצמה (*Baker v. Carr*, 369 U.S. 186, 217 (1962)).

לבד מן "השאלות הפוליטיות" מגלה בית המשפט העליון בארצות הברית יחס של כיבוד (deference) כלפי הרשויות הפוליטיות בעניינים אחרים הנתונים לתחום מומחיותן – זאת מתוך הכרה כי לא כל העניינים נועדו לעבור תחת שבט הביקורת השיפוטית וכי ישנם עניינים אותם מוטב להשאיר להכרעתן של הרשויות הנבחרות.

5. אחד מעניינים אלה הוא נושא ההגירה אל הארץ והכניסה אליה; כאן הגיעה דוקטרינת הכיבוד (deference) בארצות-הברית לכדי ישום מירבי. נקבע כי בעניינים אלה הכיבוד הוא מוחלט ולרשויות הפוליטיות מוענק plenary power – סמכות מוחלטת (*Jon Feere, Plenary Power: Should Judges Control U.S. Immigration Policy*, Center for Immigration Studies, Feb., 2009). כך למשל ציין בית המשפט

העליון האמריקאי, בשנת 2005 (*Clark v. Suarez Martinez*, 543 U.S. 371, 386)
 (2005), כי בידי הקונגרס לקבוע חקיקה המגנה על בטחון גבולותיה של המדינה,
 בנוסף לזו שכבר נתקבלה ב-2001 (חוק ה- *Uniting and Strengthening America by
 Providing Appropriate Tools Required to Intercept and Obstruct Terrorism
 Act of 2001* (USA PATRIOT)).

תפישה זו ביחס לענייני הגירה הייתה, כאמור, בין השאר, פועל יוצא של
 דוקטרינת "השאלה הפוליטית" – לאמור, הסירוב לדון בתיקים שכרוכה בהם שאלה
 של קביעת מדיניות שראוי לה שתעשה על-ידי מי שמייצג את אינטרס הציבור ומי
 שמוטלת עליו אחריותיות (accountability) כלפי הציבור. הזיקה שבין הגירה לבין
 יחסי חוץ, בין הגירה לבין בטחון לאומי, וכינה לבין נושאים אחרים שכרוכה בהם
 קביעת מדיניות, עמדה ביסוד אי ההתערבות מצד בתי המשפט. בצד אלה שימשו את
 גישתו של בית-המשפט העליון האמריקאי שיקולים של היעדר יכולת מוסדית לקבל
 החלטות פוליטיות במסגרת חוקי ההגירה שנוצרים מטבעם על-ידי הרשויות
 הפוליטיות. "סמכות הקונגרס" – כך פסק בית המשפט העליון האמריקאי – "בכל
 הנוגע לחקיקה בעניין כניסתם של זרים היא מקיפה יותר מבכל נושא אחר שניתן
 להעלות על הדעת" (*Fiallo v. Bell*, 430 U.S. 787, 792 (1972)).

6. כאשר שיקולי בטחון עמדו ביסוד ההחלטה לגרש זרה מתחומי ארצות הברית
 מאן בית המשפט האמריקאי להתערב אף שמדובר היה במי שנישאה לאזרח אמריקאי
 ששירת בצבא ארצות הברית; והדברים נאמרו שם בתוקף רב:

זר המבקש להיכנס לארץ זו אינו יכול לטעון לזכות
 כניסה. התרת כניסה של זרים לתחומי ארצות הברית היא
 פריבילגיה הנתונה על ידי הריבון לממשלת ארצות
 הברית. זכות יתר זו מוענקת לזר רק על פי התנאים
 שתקבע ארצות הברית. היא חייבת להיות מיושמת
 בהתאם ועל פי ההליך שיקבע על ידי ארצות
 הברית. (*Knauff v. Shaughnessy*, 338 U.S. 537, 542
 (1950)).

אלא שגם שם, בארצות-הברית, ואפילו בנושאי הגירה, בית המשפט לא מושך
 ידיו כליל מהסדרת כללי ההגירה וניתן להצביע על מקרים שבהם נטש בית המשפט את
 דוקטרינת "הסמכות המלאה" (plenary power) הנתונה לרשויות באותם עניינים (ראו
 למשל (*Zadvydas v. Davis*, 522 U.S. 678 (2001)).

7. אחותנו הבכירה – שיטת המשפט החוקתי האמריקאי – ידעה תהפוכות היסטוריות אשר טלטלו כה וכה את ספינת הפסיקה, עד שנתייצבה. ההיסטוריה האמריקנית מציגה לנו תמונה ברורה של הדילמה בפניה ניצב כאמור בית משפט חוקתי בכל שיטת משפט חופשית. הצורך למלא את תפקידו הגרעיני – להגן על זכויות אדם, והצורך לרכז את המשאבים הדרושים על מנת להתגבר על הקשיים שמציבה כל תרבות פוליטית בפני בית משפט הממלא את תפקידו הגרעיני. ההיסטוריה האמריקנית משקפת את התוצאות הקשות של ה-Lochnerism, עניין שהפך מושג בעקבות פסק הדין בפרשת *Lochner v. New York*, 198 U.S. 45 (1905), בו קבע בית המשפט העליון כי חוק מדינת ניו-יורק, שקבע מספר מקסימאלי לשעות העבודה של אופים, בטל בשל שהוא אינו חוקתי. היה זה חוק עבודה מגן, ופסק הדין עורר ביקורת רחבה, כמעט מקיר לקיר, כסמל להתערבות יתר בעניינים ערכיים, ובעניינים של הסדרת מדיניות כלכלית – שלגביהם היה על בית המשפט לכבד (to defer) את הרגולציה החקיקתית.

8. מוצאות המשבר הכלכלי הגדול של סוף שנות ה-20 ושל תחילת שנות ה-30 של המאה הקודמת הטילו צל כבד על התערבותו של בית-המשפט ברגולציה הכלכלית של הקונגרס, שבאה מצידה לרפא את המשבר במסגרת חוקי ה-New Deal. הנשיא פרנקלין רוזבלט, בתקופת כהונתו השנייה, נישא על כנפי הביקורת הציבורית על בית המשפט, הציע את תוכנית ה-Court Packing, שבאה לפגוע בבית המשפט. על הלוקנריזם בא הקץ: הפסיקה החדשה, שראשיתה בשנת 1937, שבה וכיבדה את בחירתו של המחוקק בתחום הכלכלי, ובלבד שהיא נתמכה בבסיס רציונלי כלשהו. הן המדינות השונות והן הממשלה הפדראלית זכו מחדש להכרה בסמכותן הרחבה להסדיר את ענייני הכלכלה. אמות המידה החדשות שנקבעו על-ידי בית המשפט העליון הבטיחו בפועל כי הסדרה כלכלית תכובד ככלל על-ידי בית המשפט, למעט חריגים מתוחמים היטב. בית המשפט התמודד עם המציאות הפוליטית המיוחדת שנוצרה על רקע המשבר הכלכלי שלא היה לו תקדים וידע למקד את כוחו במשימה העומדת במרכז התפקיד החוקתי.

9. קץ תקופת ההתערבות הלוקנריסטית מצא ביטוי בולט בפסק הדין המכונן בפרשת *United States v. Carolene Products co.*, 304 U.S. 144 (1938). בה בעת בה בוטלה ההתערבות במדיניות הכלכלית, ובאותו פסק דין עצמו, הופיעו ניצני הפריחה המחודשת של ההגנה על זכויות האדם היסודיות. בהערת שוליים היסטורית, שנכללה באותו פסק-דין, ציין בית המשפט האמריקאי, אף כי בזehירות שנעוצה הייתה בכוחו שנפגע, כי "ייתכן ותהא מצידו נטייה גדולה יותר" לביקורת שיפוטית חוקתית, כאשר מדובר בחוק הפוגע בזכויות אדם, או חוק שמגביל את יכולתו של ההליך

הפוליטי למנוע חקיקה בלתי רצויה, או חוק שמפלה לרעה מיעוט מוחלש ומבודד. בית המשפט ניסח שם את שני צדי המטבע שנטבע באותה תקופה סוערת – כיבוד הרשויות במקום שראוי כך ומתן תוקף לחוקים ככל שהם סבירים והגיוניים, מצד אחד, ובה בעת, מצד שני, אמירה ברורה ואמיצה כי כיבוד (deference) לא יחול לגבי חוקים הפוגעים בזכויות יסוד או חוקים המפלים לרעה מיעוטים פגיעים. במילים אחרות: החזקה הרגילה כי החוקים הם חוקתיים לא תחול, כך פסק בית המשפט, מקום בו מדובר בחוק הפוגע בזכויות אדם, או בחוקים הפוגעים ביכולתו של ההליך הפוליטי לדחות חקיקה בלתי רצויה, או בחוק המפלה לרעה מיעוט פגיע (discrete and insular minority). הערה אמיצה זו ביססה את התפישה האמריקאית כי בעת קיום ביקורת שיפוטית חוקתית באשר לחוק הפוגע בזכויות יסודיות או בדמוקרטיה המהותית – ישרוד החוק את הביקורת אך ורק אם הרשות תוכיח כי הוא עומד בביקורת חוקתית דוקנית (strict scrutiny). דרכו של בית המשפט האמריקאי להתמודד עם דילמת השפיטות הייתה נסיגה של צעד אחד לאחור שבעקבותיה בא צעד אחד אמיץ קדימה. בהערת השוליים המכוננת שסימלה את ראשית תקומתו המחודשת של בית המשפט האמריקאי, עוצבה ההגנה האיתנה על חופש הביטוי, על החרות ועל השוויון, על הפרטיות ועל האוטונומיה של הפרט. בית המשפט האמריקאי הפך מגדלור שאור החרות הבוקע ממנו מאיר למרחקים.

ישראל: על משילות ואחריותיות (accountability)

10. שיטות המשפט השונות, כבר אמרנו, מתמודדות עם הצורך לקיים את התפקיד הגרעיני של בית המשפט במסגרת המציאות בה הן נתונות – כל אחת בדרכה. שיטת המשפט בארץ השכילה עשות כן בדרך שונה מזו שנבחרה בארצות-הברית. בעוד אשר השיטה האמריקאית פיתחה דוקטרינה של היעדר שפיטות, איבדה הדוקטרינה המקבילה, שנהגה בעבר בישראל, מכוחה. השיטה האמריקאית נקטה גישה נוקשה בכל הנוגע להתערבות בתי המשפט בסוגיות שמעורבת בהן מחלוקת ציבורית; בחירה זו קיבלה צביון שונה בשיטה שלנו בשל המציאות בה נתון בית המשפט בישראל. מציאות זו מושפעת ממחדלים חקיקתיים ומהיעדר משילות שתוצאתן הימנעות מהסדרה חקיקתית בנושאים חיוניים או הסתפקות בהסדרה חקיקתית חלקית או זמנית – והחוק שבפנינו על חסרונותיו – יוכיח.

11. בשיטת ממשל פרלמנטרית מן הסוג הישראלי מושלת הממשלה (הרשות המבצעת) בדרך של ישום הכללים הנורמטיביים שמעצב הפרלמנט. ברגיל, בכוחה של

הרשות המבצעת ליזום הליכי חקיקה ואף להשפיע עליהם באמצעות הרוב התומך בה בבית המחוקקים. זוהי משילות.

למשילות – שובר בצידה. מי שמפעיל את סמכויותיו נושא באחריות למעשיו. מי שמקיים ריבונות, בכל הנוגע להפעלת סמכויותיו שעל-פי החוק, מקבל עליו אחריותיות (accountability) כלפי הציבור. הימנעות מקבלת הכרעה ביצועית ותחיקתית בשאלות מהותיות – גורעת מן המשילות, ויש עימה מידה של השתחררות מאחריותיות. זאת ועוד: העברת הנטל להסדיר עניינים שבאחריות הרשות המבצעת והרשות המחוקקת, אל הרשות השופטת, מטילה על האחרונה את תוצאת חולשתן של הראשונות. בניגוד לסברת רבים בחירה כזו מחלישה את הרשות השופטת.

12. המתקנות שבמדינות העולם מיישמות מדיניות ברורה ושלמה של הגירה ושל התאזרחות. קביעתם של כללים המסדירים כניסתו של נתין זר למדינה – כך במדינות הים – נועדה להבטיח כי כניסתו לא תעמיס על אזרחיה ותושביה נטל כלכלי ובטחוני, לא תסב פגיעה בכריאותם ולא תפגע בשלום הציבור ובאזרחות חייו. כך גם בימים כתיקונם.

בעת מלחמה או מאבק מזויין, מגבילות מדינות העולם את כניסתם של נתיני אויב אל תוך המדינה. מגבלות אלה חלות גם על הגירה לצורכי נישואין והן מוכרות במשפט העמים (על התייחסותו של המשפט הבינלאומי לסוגיית ההגירה לצרכי נישואין בעת מאבק מזויין ראו מאמרם של אמנון רובינשטיין וליאב אורגד "זכויות אדם, ביטחון המדינה ורוב יהודי" הפרקליט מח 315 (2006). להלן: רובינשטיין ואורגד). גם מקום בו לא מתקיימים שיקולי בטחון מגבילות מדינות העולם את הגירת הנישואין. מדינות אירופה הולכות ומחמירות את התנאים להגירה לשטחן מטעמים דמוגרפיים (ראו: רובינשטיין ואורגד, בעמ' 328-340). בית המשפט האירופי לזכויות אדם העניק גיבוי לזכותן של מדינות אלה להגביל את הגירת הנישואין לשטחן. כללי המשפט הבינלאומי אינם מקיימים זכות להגירה לצרכי נישואין ואינם מטילים על המדינות חובה להבטיח איחוד משפחות בשטחן.

13. ואצלנו: חלף הסדרה נורמטיבית עקרונית ומקפת של מדיניות ההגירה, מצויים לנו עד עצם היום קטעי הסדרים. הוראות לשעה העשויות טלאים טלאים אינן תחליף להסדר נורמטיבי מקיף. הוראת השעה, נשוא העתירה, היא עצמה משתנה משעה לשעה. באיסור הראשוני להעניק זכות כניסה ומעמד לתושב אזור, או לאזרח או תושב של מדינת אויב המנויה בחוק, הוכנסו במהלך השנים סייגים וחריגים, רובם כאלה

שבאו להקל מן האיסור – היתר לשר הפנים לאשר שהייתו של תושב אזור שגילו מעל 35 שנים ושל תושבת אזור שגילה מעל 25 שנים; היתר ליתן לקטין תושב אזור שגילו עד 14 שנים רישיון ישיבה בישראל וליתן לקטין שגילו מעל 14 שנים רישיון לשהות בישראל לשם מניעת הפרדתו מהוריו המשמורן השוהה כדין בישראל; היתר ליתן רישיון לישיבת ארעי בישראל לתושב האזור או לתושב או אזרח של מדינת אויב מטעמים הומניטאריים מיוחדים או לצורך טיפול רפואי, או עבודה בישראל, או למטרה זמנית אחרת; וכן היתר להעניק אזרחות או ליתן רישיון לישיבה בישראל למי שתרם תרומה ממשית למדינה.

המדינות המנויות כיום בתוספת לחוק ואשר כניסת אזרחיהן מוגבלת הן איראן, לבנון, עירק וסוריה. עם זאת, נקבע כי יש לראות טעם הומניטארי מיוחד בעובדה שמבקש הרישיון לשבת בישראל הוא תושב סוריה ובן-זוגו הוא בן העדה הדרוזית השוהה בישראל.

14. ההסדר החקיקתי הקיים אינו מציע, בשום פנים, פתרון שלם וממשי לשאלת הפיקוח על ההגירה בעת עימות מזויין והוא נמנע, וזאת עוד ביתר שאת, מלהציע הסדר הגירה שלם, הסדר לכל עת, הסדר שיחרוג גם אל מעבר להגירת הנישואין, הסדר מלא שיאמץ מבחנים לפיקוח על ההגירה, שיקבע תנאים כלכליים, סוציאליים ותרבותיים להגירה – דוגמת התנאים הנדרשים על-ידי ממשלת ארצות-הברית, או: ידרוש הוכחת נאמנות וזיקות למדינה – דוגמת הדרישות המוצבות על-ידי ממשלות ארצות-הברית, קנדה, אנגליה, אוסטרליה וניו-זילנד.

15. המלומדים שלמה אבינרי, ליאב אורגד ואמנון רובינשטיין מציינים, בנייר עמדה שערכו בשנת 2009 (שלמה אבינרי, ליאב אורגד ואמנון רובינשטיין התמודדות עם הגירה גלובלית: מתווה למדיניות הגירה לישראל (רות גביון עורכת, 2009)), כי מדינת ישראל נותרה הדמוקרטיה המערבית היחידה בעולם ללא מדיניות הגירה. את חוקי ההגירה ראוי לעצב, לדעת המחברים, בהתחשב בכך שבצד שיקולי ההגירה הכלליים, יש לישראל דרכים ואינטרסים היחודיים לה: ישראל היא מדינה ייעודית-יהודית "שבה מממש העם היהודי את זכותו להגדרה עצמית; ישראל היא מדינה הנתונה במלחמה ובסכסוך לאומי מתמשך מאז הקמתה, אי דמוקרטי באזור לא דמוקרטי ולא יציב; מדינה קטנה הרגישה לשינויים חברתיים".

מדיניות הכניסה לישראל "פרוצה" – לדעת המחברים – ואין בה אמות מידה ברורות למתן היתרי כניסה לישראל. לדעתם יש להחיל את עילות אי-הכניסה המנויות

בחוק השבות – סכנה לבטחון הציבור או לסדר הציבורי או פעולה נגד העם היהודי – גם על מהגרים שבאים ארצה שלא מכוח חוק השבות. המחברים סבורים כי חיוני לקבוע כללי כניסה המותאמים למצב של מלחמה וסכסוך מזויין, ובכלל אלה גם הגבלות כניסה שתחולנה על אזרחים ותושבים של מדינות אויב ושל ישויות עוינות.

נוכח היקפה הדל של העלייה ונוכח מספרם הגובר והולך של מהגרים שלא על-פי חוק השבות, סובלת המדינה – כך מצאו המחברים – ממאזן הגירה יהודי שלילי. המחברים מצאו עוד כי עשרות אלפי בני משפחות פלסטיניות היגרו לישראל, מרצועת עזה ומן הגדה המערבית, לשם איחוד עם בני משפחות ישראליים. ואכן, בעת שנדון חוק האזרחות לראשונה הובאו בפנינו אומדנים לפיהם מאז החל תהליך אוסלו, קיבלו למעלה מ-130,000 פלסטינים מעמד בישראל מכוח איחוד משפחות וזהו רק אומדן זהיר. בקשות רבות לאיחוד משפחות הגיעו מנתינים של מדינות אויב או מתושבי ישויות עוינות. תופעה זו הביאה עמה גם סיכונים בטחוניים ובעקבותיהם נחקקו הוראותיו של חוק האזרחות. הוראות אלה לא נשתלבו בחוק הגירה כולל כי אם הוחלו רק על מהגרים מאזורי הסיכון ממדינות האויב.

16. על-פי הודעת המדינה, מתקיים תהליך לגיבושו של הסדר משפטי מקיף בנוגע למדיניות הכניסה לישראל והישיבה בה. הסדר זה, כך מודיעה המדינה, עתיד לכלול הוראות כלליות שיחולו על כלל מבקשי איחוד המשפחות בישראל, בין שמדובר בבן-זוג ובין שהמדובר במבקשים ישראליים שטעמי בקשתם שונים. אשר לאוכלוסיה נשוא העתירה, עתיד ההסדר, כך מציינת המדינה, להיות שונה מן ההסדר הקבוע בחוק נשוא העתירה. אם התמורות הצפויות תהפוכנה לדבר חקיקה – כך סבורה המדינה – יתייתר הצורך בהכרעה בעתירה. מתגובת המדינה היום אין ללמוד אם בכוונת הסדר ההגירה הצפוי להתייחס גם לשאלה הדמוגרפית, לאמור, התייחסות לשאלה מה משמעותה של מדינה יהודית, והאם משמעות זו כוללת את הצורך לעודד קיומו של רוב יהודי בארץ. לעניין זה האחרון כבר נפסק מפי הנשיא א' ברק כי "טעם קיומה של מדינת ישראל בהיותה מדינה יהודית" וכי במרכז המאפיינים הגרעיניים המעצבים את הגדרתה של המדינה כמדינה יהודית "עומדת זכותו של כל יהודי לעלות למדינת ישראל, שהיהודים יהיו בה רוב" (א"ב 11280/02 ועדת הבחירות המרכזית לכנסת השש-עשרה נ' טיבי, פ"ד נז(4) 1, 101 (2003)). האם בכך יש כדי להצדיק נקיטת אמצעים המכוונים להעדיף בני קבוצה מסוימת על רעותה לצרכי הגירה? (ראו: אבינורי, אורגד ורובינשטיין) שאלה זו אינה מתעוררת בפנינו הואיל וחוק האזרחות קובע תנאים המתייחסים לציבור המתגורר באזור מסויים בלבד – וזאת מן הטעמים המוצהרים בחוק. אילו הייתה המדינה משכילה לגבש הסדר כולל בענייני הגירה בתקופת שמונה השנים שחלפו מאז הוחק

חוק האזרחות לראשונה, אילו כך היה, ובמועד, אפשר שהייתה מלאכתנו תמה, משום שלשיטתי, כאמור, על-פי כללי הכיבוד בין הרשויות, טוב עושה המחוקק כשהוא נוטל על עצמו את ההסדר הנורמטיבי הכולל ואינו מטיל לפתחו של בית המשפט שאלות של מדיניות הראויות להסדר חוקי מקיף. אלא שזאת לא נעשה.

17. היעדרו של הסדר חוקי מלא בענייני הגירה הביא לכך שהשאלות הצריכות הכרעה מקפת מונחות שוב לפתחנו למקוטעין, ואנו נדרשים מחדש להכריע בשאלה אם "הוראת השעה" תישאר בעינה. "חוק זה" – כך נקבע בהוראת השעה במקורה – "יעמוד בתוקפו עד יום ב' בניסן התשס"ו (31 במרס 2006)". אלא ש"סעיף השקיעה" שבהוראת השעה נתחלף בשורה של זריחות מחדשות שהביאונו עד הלום. השעה נתחלפה בימים והימים בשנים אך החוק בשלו: "הוראת שעה".

18. החלל התחיקתי במציאות הישראלית אילץ את בית המשפט להתרחק מליבת התפקיד השיפוטי ולגעת בסוגיות הרשויות במחלוקת ציבורית חריפה. התרחקות זו, שהיא פועל יוצא של האילוצים שניצבים בפני בית המשפט בישראל, הצריכה להמיר את אי השפיטות הדוקטרינרית המוכרת לנו משיטות אחרות, בשיקול דעת של אי שפיטות. דוקטרינת אי השפיטות בנוסחה המסורתית התמתנה, אך ההיגיון שעמד ביסוד הדוקטרינה לא חלף מן העולם והוא עמד מאז ומתמיד בבסיס פסיקותיו של בית המשפט העליון.

עמדה על כך הנשיאה ד' ביניש בפרשה בה נידון חוק התקציב: "קביעת המדיניות הכלכלית של המדינה היא אחת הסמכויות הבסיסיות והיסודיות של הממשלה והכנסת, ובית המשפט יימנע מלהתערב בה במסגרת ביקורתו אלא אם הפגיעה בזכויות יסוד – כפי שהיא באה לידי ביטוי בתקציב – היא משמעותית וקשה. אכן, בית משפט זה קבע בשורה ארוכה של החלטות כלל של זהירות וריסון בהתערבות במדיניות כלכלית שנקבעה על-ידי המחוקק" (בג"ץ 4124/00, יקותיאלי נ' השר לענייני דתות, בפס' 26 (טרם פורסם, 14.06.2010)). ובמקום אחר הדגיש הנשיא א' ברק כי: "בית המשפט לא יהפוך עצמו לרשות-על כלכלית הבוחנת את צדקתן של האופציות המשקיות שנבחרו" (בג"ץ 1715/97 לשכת מנהלי ההשקעות בישראל נ' שר האוצר, פ"ד נא(4) 367, 389 (1997)). ובעניין אחר קבעה הנשיאה ד' ביניש "כי שאלות של פדיון שבויים, אחריות לגורל החיילים הפועלים בשליחות המדינה ולמענה, ומנגד החובה לאבטח את חייהם ושלומם של תושבי המדינה... הכרעות אלו נתונות בידי הגופים הנבחרים של המדינה והאחריות להן הינה על כתפי ממשלת ישראל" (בג"ץ 9446/09 קרמן נ' ראש ממשלת ישראל, בפס' 7 (טרם פורסם, 01.12.2009)). "בית המשפט אינו

עושה עצמו רשות שלטונית-על. בית המשפט אינו בוחן את יעילותה של ההחלטה השלטונית... הביקורת השיפוטית היא ביקורת החוקיות ולא ביקורת התבונה", כך נפסק בבג"ץ 1843/93 פנחסי נ' כנסת ישראל, פ"ד מט(1) 661, 699 (1995). "הממשלה היא הרשות המבצעת של המדינה" – כך נפסק, "היא מוסמכת לנהל את מדיניות החוץ והביטחון של המדינה. כוחו של בעל הסמכות (הממשלה) ומהותה של הסוגיה (יחסי חוץ וביטחון; שלום או מלחמה) גורמים לכך שלממשלה מיתחם סבירות רחב בסוג עניינים זה. בגדרי אותו מיתחם לא יחליף בית-המשפט את שיקול-דעתה של הממשלה בשיקול-דעתו הוא" (בג"ץ 5167/00 וייס נ' ראש-הממשלה של מדינת ישראל, פ"ד נה(2) 471, 455 (2001)).

19. ואכן, איננו דוחים על הסף שאלות המתרחקות מגרעין התפקיד השיפוטי החוקתי או המנהלי, אך איננו מתעלמים מן הצורך של בית המשפט לבור מתוך כלל הסוגיות שמונחות לפתחו, את אלו שראוי לדון בהן במציאות החברתית והפוליטית הקיימת. ככל שאנו מתרחקים מן הגרעין החוקתי, אנו עשויים להתבקש יותר ויותר "להוציא את הערמונים מן האש" עבור הרשויות הפוליטיות. היגיון היעדר השפיטות ממשיך איפוא לעמוד ביסוד האופן שבו מפעיל בית המשפט את שיקול דעתו, בעת שהוא עושה שימוש בסמכותו. כך בתחום הביקורת השיפוטית המנהלית וכך במשפט החוקתי. הבחירה בין התערבות לאי התערבות היא פועל יוצא של שיקולי סבירות ומידתיות – לא כמבחן חוקתי – אלא כמבחן של היגיון.

20. את גדרי השפיטות קובע בית המשפט עצמו, כך גם את גדרי ההתערבות במעשיהן של הרשויות הפוליטיות. במקום בו ניצב בית המשפט בפני השאלה אם לרדת לשורשן של שאלות פוליטיות, חברתיות וכלכליות, מצופה מבית המשפט כי ינהג לפי מיטב כללי הכיבוד (deference). שיקולי אי השפיטות הנבדלים אצלנו כאמור מדוקטרינה עצמאית של אי שפיטות, בשל המבנה החוקתי ובשל בעיית המשילות, באים לידי ביטוי במיתחם הכיבוד. כך למשל, מיתחם הסבירות מתווה את המיתחם שבו רשאית הרשות המנהלית להחליט, לפי שיקול דעתה. מתחם הסבירות מושפע מצידו ממתחם הכיבוד. עמדתי על כך בפרשת הנגבי הראשונה בעמ' 837-838:

... 'מתחם הסבירות' מושפע מ'מיתחם הכיבוד'. סבירות היא מושג נורמטיבי. משמעותה איתור השיקולים הרלוונטיים ואיזון ביניהם על-פי משקלם... בהפעלת הביקורת השיפוטית על פעולתה של הרשות השלטונית בודק בית-המשפט אם רשות סבירה הייתה רשאית לפעול בדרך דומה. פעמים רבות אין החלטה אחת בלבד שרשות סבירה הייתה רשאית לקבל. במקרים כאלה

נפתח בפני הרשות 'מיתחם של סבירות'. כל החלטה המתקבלת בגדר אותו מיתחם, לא יתערב בה בית-המשפט. רק החלטות שמתגלה בהן חריגה קיצונית מ'מיתחם הסבירות', יכול שבית-המשפט יתערב בהן... לעומת זאת כיבוד הוא מונח מוסדי. משמעותו היא כי בבחינת החלטות של רשויות שלטוניות אחרות בעניינים המצויים בתחום סמכותן, אין בית-המשפט בוחן את תבונתה של ההחלטה, ואין הוא מחליף את שיקול-דעתו של בעל הסמכות. בית-המשפט אינו עושה עצמו רשות שלטונית-על.

בין כיבוד (deference) לביקורת שיפוטית: שימור המשאבים לשם הגנה על זכויות אדם

21. כאמור, המשאבים העומדים לרשות בית המשפט, ובראשם אמון הציבור, הם משאבים יקרים ומצומצמים. בית המשפט צריך לאגור מהם, ככל יכולתו, ולהימנע "מבזבזם", ככל שהדבר ניתן וראוי. הוא זקוק להם ביום פקודה – בבואו להגן על זכויות האדם של אזרחי המדינה, ובראש ובראשונה, על אזרחיה הנמנים על הקבוצות המוחלשות. הוא זקוק להם לצורך הגנה על דעות לא פופולאריות ועל הזכות להשמיען; הוא זקוק להם על מנת להבטיח את החרות; הוא זקוק להם על מנת להבטיח את הזכות לשוויון. הוא זקוק להם בעת שהוא נדרש להגן על המיעוט, על החלש ועל הדל. הוא נזקק למלא כוחותיו ועוצמתו כדי להגן ללא סייג על החרות. הכיבוד (deference) כלפי אותם נושאים שהם בלב העשייה הפוליטית אינו בא, בשום פנים, לגרוע מן הביקורת החוקתית של בית המשפט. אין ב"כיבוד" כדי לפגוע בביקורת החוקתית, הוא בא להבטיח את המשאבים הדרושים לקיומה. "כיבוד" אין משמעותו התנערות: כיבוד אינו הנסגת הדעת. נהפוך הוא: זהו תנאי לביקורת חוקתית איתנה. דווקא הימנעות מכיבוד הרשויות האחרות – הרשות המבצעת והרשות המחוקקת – מעצימה, במידה מסויימת, את אותן הרשויות, בהסירה מעל כתפיהן את האחריות, ובחסכה מהן את הצורך במשילות ובהכרעה – לעתים בשאלות בלתי פופולאריות.

אכן, משיכת ידם של בתי המשפט מלדון ולהכריע בנושאים מסוימים עשויה להיתפס כמגבלה וכחולשה. אך בפועל – מגינים בתי המשפט על עצמם באמצעות הפעלת מנגנונים של סינון. באמצעותם יכול בית המשפט למנוע מעצמו דיון בעניינים שההכרעה בהם ראוי שתרחק ממנו. זו היא פריבילגיה הנתונה לבתי המשפט והיא השומרת על כוחם ועל משאביהם. בכך נותרת האחריות במקומה: במגרשן של הרשויות הפוליטיות.

22. כבואה להגן על זכויות אדם, הביקורת השיפוטית צריך שתהא, כמאמרו של השופט ברנן בהקשר אחר "נועזת, איתנה וחסרת מעצורים" (*New York Times Co. v. Sullivan*, 376 U.S. 254 (1964)). אכן, בכל הנוגע להגנה על זכויות האדם, "על בתי המשפט להיזהר מפני אפשרות שמתחם התמרון [של המחוקק – א' ר'] ייהפך למעטה חסינות" (גיא דוידוב, יונתן יובל, אילן סבן ואמנון רייכמן "מדינה או משפחה? חוק האזרחות והכניסה לישראל (הוראת שעה), תשס"ג-2003" משפט וממשל ח' 643, 670 (2005)).

עמדתי על כך בכג"ץ 11225/03 בשארה נ' היועץ המשפטי לממשלה, פ"ד ס(4) 287, 336-337 (2006):

אשר לנו, מתחם הכיבוד (deference) שנייחד לפעולות הרשויות האחרות יביא בחשבון את עקרונות היסוד החוקתיים שלנו ואת תפיסתנו באשר לאיזון בין כל השיקולים הצריכים לעניין הפעלת הביקורת השיפוטית... ראוי, מכל מקום, להכיר בחשיבות המיוחדת של הביקורת השיפוטית באותם מקרים שבהם עומדות על הפרק זכויות היסוד של האדם. כאן חשוב לה לביקורת השיפוטית שתמצה את מלוא כוחה ויכולתה. יכולת זו תעמוד לה אם תשכיל להימנע מפזור משאביה המשפטיים והחברתיים הניזונים מאמון הציבור מקום בו מתרחב מרחב הכיבוד.

23. הסוגיה העומדת להכרעה היום היא מסוג הסוגיות העומדות בליבת התפקיד השיפוטי בשל שמתעוררת בהן שאלת ההגנה על זכויות אדם, אך בה בעת הן נושקות, בשל המחדל החקיקתי, למחלוקת ציבורית חריפה ולוויכוח פוליטי. נכריע בה על-פי כללי הביקורת החוקתית ותוך שאיננו מתעלמים מעקרונות הכיבוד.

24. כאמור מתעוררת בעתירות שלפנינו שאלת ההגנה על זכויות אדם. החתירה לשוויון עומדת ברקע העתירות שלפנינו. גם זכות יסוד נוספת עומדת בבסיס העתירות והיא הזכות לקיים חיי משפחה. אין ספק כי יש בהטלת מגבלות על ההגירה משום פגיעה בזכויות יסוד אלה. אמנם אין זו פגיעה המכוונת עצמה לאזרחים ישראלים. היא פוגעת בזכויות יסוד של אזרחים ישראלים רק מקום בו הגשמת זכותם מותנית בהענקת זכות לזרים המתגוררים במדינות ארצות, כמו איראן וסוריה, או לזרים המתגוררים באזורים בהם רוחשת ומתבססת פעילות טרור קשה, שבסיסה באותם אזורים אך מושא פגיעתם – אזרחי המדינה. אלא שגם פגיעה שאינה מכוונת עצמה, מלכתחילה, לזכויות יסוד של אזרחים ישראלים, מצדיקה ביקורת חוקתית כל עוד

קיימת הפגיעה. ההגנה על זכויות היסוד החוקתיות היא לב ליבה ותכליתה של הסמכות להפעיל ביקורת שיפוטית. זהו תפקידו של בית המשפט במסגרת האיזונים והבלמים שמפעילות הרשויות השונות זו כלפי זו. בית המשפט אינו יכול להתנער מסמכותו, שהיא גם חובתו, לבחון אם נתקיימה פגיעה בלתי חוקתית בזכויות יסוד, באמצעות הפעלת ביקורת חוקתית.

הפגיעה בזכויות יסוד היא שמצדיקה את בחינת חוקתיותו של חוק האזרחות

לגופה.

הזכות החוקתית

25. הבעתי כבר את דעתי כי אין לערטל את השאלה החוקתית מן הלבוש המציאותי בו היא נתונה. אין להציב את השאלה החוקתית בעולם שאינו קיים – ב"פלנטה" אחרת. השאלה החוקתית נדונה, עכשיו וכאן – במדינה כואבת הנאבקת על קיומה בפיסת קרקע בוערת, מדינה המבקשת שלא להפוך ל"פלנטה אחרת". המציאות היא מציאות כוללת שיקשה להציב בה מחיצות עיוניות, כשם שאין מקום לערוך הבחנה עיונית ומלאכותית בין עניינו של בן-הזוג הישראלי המבקש להינשא לבין עניינו של הזר עימו הוא מבקש להינשא. זכותו של בן הזוג הישראלי נוגעת למגזר מיוחד של הזכות, מגזר ששותפים לו בן או בת הזוג הזרים; אין לעצום עינינו מראות מי הוא הזר, לאיזו ישות מדינית הוא משתייך, מי הם מנהיגיו הנבחרים ומהן הנסיבות בהן מתברר עניינו. מאז הדיון בעתירה הקודמת השתלט ארגון החמאס על מקצת מן השטחים. המציאות הזו היא מציאות האמת, ויש להביאה בחשבון ההכרעה בעת שאנו נדרשים, במסגרת האיזון החוקתי, לשאלת חוקתיותן של המגבלות המוטלות על זכויות היסוד.

26. אכן, אין להרחיב את פועלה של פסקת ההגבלה בדרך של הגבלת הזכות עצמה. הזכות צריך לה שתפורש בנדיבות ובאורח ליברלי. כך, למשל, פסקנו כי בגדרי הזכות לחופש הביטוי נכללים גם הביטוי הנתעב והדיבתי, באופן שכל צורות הביטוי יזכו, על-פניהן, להגנה חוקתית. הדברים יפים גם לעניין הזכות לקיים חיי משפחה. הזכות לממש את חיי המשפחה היא זכות יסוד. שלילתה פוגעת בכבוד האדם. שלילתה פוגעת באוטונומיה של הפרט להינשא על-פי רצונו ולהקים משפחה – ממילא פוגעת היא בחרות. פגיעה זו בחרות קשה לא פחות מאשר הפגיעה בכבוד האנושי. היא פוגעת אנושות בבסיס היכולת של האדם לטוות את סיפור חייו. המשפט הישראלי מכיר בזכותו של האזרח הישראלי לחיי-משפחה. הזכות לחיי-משפחה משמעותה גם הזכות לחיי-משפחה משותפים תחת קורת גג אחת. הזכות לחיי-משפחה אינה רק זכותם של

ההורים. זוהי גם זכותו של הילד הנולד להוריו. הזכות לחיי-משפחה מוגנת היום בהוראות חוק-היסוד בהיותה חלק מזכות היסוד לחרות וחלק מזכות היסוד לכבוד. אשר למגבלות המוטלות בחוק שלפנינו, הרי אפילו מדובר בהיבט "פריפריאלי" של הזכות, אין בכך כדי להשפיע על הגדרת הזכות. נקודת המוצא צריכה להניח הגדרה נדיבה. ההגבלה – העשויה להביא בחשבון את מיקומו של המקרה בשולי הזכות או בגרעינה – צריך לה שתובא בחשבון במסגרת ישום פיסקת ההגבלה. האיזון שבין זכויות הפרט לבין האינטרס הציבורי או בין לבין עצמן, צריך שיעשה במסגרת פיסקת ההגבלה.

27. ציינתי כבר בפסק דיני הקודם כי הגריעה מן הזכות החוקתית לחיי משפחה, משליכה, בנסיבות המקרה ובאופן עקיף, על קבוצה מוגדרת ומובחנת באוכלוסיה הישראלית, שהיא גם קבוצת מיעוט. ממילא יש עימה גם פגיעה בשוויון. הזכות לשוויון היא חלק מכבוד האדם. הפגיעה בשוויון פסולה – כך אני סבור – בין אם היא פגיעה קבוצתית, בין אם זו פגיעה ביחיד, בין אם זו פגיעה הגורעת מכבוד האדם בשל ביזוי הנפגע והשפלתו ובין אם היא פגיעה הגורעת מן הזכות הנתונה לכל אדם ליהנות, באורח שווה, מיתרונות החיים בחברה בה הוא נתון. "זוהי פגיעה באוטונומיה של הרצון הפרטי – חופש הבחירה וחופש הפעולה של האדם כיצור חופשי" (הנשיא א' ברק בבג"ץ 6427/02 התנועה לאיכות השלטון בישראל נ' הכנסת, פ"ד סא(1) 619 (2006)). גם מן הזכות לשוויון אין לגרוע אלא בהתקיים התנאים הנקובים בפיסקת ההגבלה. מדינה דמוקרטית מחוייבת לשוויון מהותי בין האזרחים המתגוררים בה.

פסקנו בעבר כי הפליית הישראלי הערבי אך בשל היותו ערבי פוגעת בשוויון. פגיעה מפלה בזכויות חברתיות – היא פגיעה בשוויון. פגיעה ישירה או עקיפה בזכות לחינוך שיש בה אפלייה גלויה או סמויה של מגזר מסויים באוכלוסיה – כך פסקנו – היא פגיעה בזכות החוקתית לשוויון (ראו: בג"ץ 11163/03 ועדת המעקב העליונה לענייני הערבים בישראל נ' ראש ממשלת ישראל (לא פורסם, 27.2.2006)).

28. אין ספק כי חוק האזרחות והכניסה לישראל פוגע באפשרות למימוש מלא של הזכות החוקתית לחיי-משפחה ובזכות החוקתית לשוויון. הוא אינו מאיין את הזכויות האלה. הוא גורע מהיקפן השלם. אכן, החוק אינו מונע מבן-זוג ישראלי להינשא לבן-זוגו מהאזור, הוא גם אינו מונע מבן-הזוג הישראלי לממש את זכותו לקיים חיי-משפחה באזור, או בכל מקום אחר מחוץ לישראל. אולם, הוא גורע מזכותו של בן-הזוג הישראלי לממש את התא המשפחתי בתוך גבולות ישראל, באותם מקרים בהם בן-הזוג הזר הוא תושב האזור והוא נמנה עם אותן קבוצות שלגביהן הוסמך שר הפנים למנוע

את כניסתן מן האזור לישראל. התוצאה מכך היא גם פגיעה בשוויון, בשל שמרנית בני-הזוג הישראליים הנישאים לתושבי האזור הם ערבים ישראליים.

29. זאת ועוד. אין לצמצם את מתחמן המוגדר של זכויות האדם בעת חרום. גם אין לנקוט במבחני איזון שונים בתקופות קשות. חוקי היסוד אינם מכירים בשתי מערכות דינים, האחת, החלה בתקופת רגיעה, והאחרת, החלה בעת חירום. למשפט החוקתי הישראלי גישה אחידה לכבוד האדם ולחרות הן בתקופה של רגיעה והן בעת סכנה. בפסק הדין הקודם ציינתי כי את אימרתו של השופט הולמס בפרשת *Schenck* (*Schenck v. United States*, 249 U.S. 47 (1919)), שלפיה דברים הנאמרים בעת שלום יש ולא ניתן יהא לומר אותם בעת מלחמה – אין אנו מפרשים כקריאה לסטות מן המבחנים החוקתיים עצמם בעת חרום. כך, לענין חופש הביטוי וכך לענין זכויות יסוד אחרות. המבחנים על-פיהם בוחנים אנו הגבלות על זכויות האדם הם מבחנים אחידים בכל עת. המבחן הוא זהה. אולם ראוי לזכור כי ישומו מושפע מן המציאות.

השאלה השבה לפתחנו היום הינה האם נתקיימו התנאים המתירים לפגוע בזכויות היסוד עליהן עמדנו.

התנאים לגריעה מן הזכות החוקתית

30. ארבעה הם התנאים אותם מציבה פסקת ההגבלה: הפגיעה בזכות היסוד צריך שתהא בחוק או לפי חוק; החוק צריך שיהא הולם את ערכיה של מדינת ישראל; הוא נועד לתכלית ראויה; והוא פוגע בזכות החוקתית במידה שאינה עולה על הנדרש. המחלוקת במקרה זה לא נסבה, לדעת הרוב, על השאלה אם נתקיימו התנאי הראשון והתנאי השני. היא נסבה על השאלה אם נתקיימו כאן התנאי השלישי והתנאי הרביעי, לאמור, אם נועד החוק לתכלית ראויה ואם אין הוא פוגע בזכות החוקתית במידה העולה על הנדרש. התנאי האחד נוגע למטרה, והאחר – לאמצעים הראויים למימושה.

אשר לתנאי השלישי, לאמור, השאלה אם נועד החוק לתכלית ראויה, הרי שתכליתו של החוק במקרה זה, היא בטחונית ועניינה הוא להפחית, ככל האפשר, את הסיכון הבטחוני הנובע מבני-הזוג הזרים הנכנסים לישראל. ביסוד החקיקה עמד החשש הבטחוני מפני מעורבות בפעילות טרור של בני-זוג פלסטינים, האוחזים בתעודת זהות ישראלית, מכוח נישואיהם לבני-זוג ישראליים. החשש הוא מפני ניצול מעמדם זה בישראל – מעמד המאפשר להם תנועה חופשית בין שטחי הרשות לישראל. ההיסטוריה מלמדת כי אין זה חשש שווא. תכלית זו היא תכלית ראויה.

31. התנאי הרביעי המנוי בפסקת ההגבלה מחייב כי הפגיעה בזכות החוקתית לא תהא במידה העולה על הנדרש. לא די בכך שהתכלית היא ראויה; יש צורך כי האמצעים הננקטים להגשמתה יהיו גם הם ראויים – לאמור, מידתיים. הדיבור "במידה שאינה עולה על הנדרש" נתפרש בפסיקה הישראלית, בעקבות הפסיקה הזרה, כמתכוון לשלושה מבחני משנה: מבחן ההתאמה (הקשר הרציונלי); מבחן הצורך (האמצעי שפגיעתו פחותה); ומבחן המידתיות במובן הצר (מבחן האמצעי המידתי או בלשונו של פרופ' אריאל בנדור: מבחן היחסיות). מבחן המשנה הראשון דורש קיומו של קשר של רציונליות בין התכלית (הראויה) לבין האמצעי שנבחר להגשמתה. זהו מבחן השכל הישר ומבחן נסיון החיים. מבין האמצעים המקיימים את הקשר הרציונאלי שבין התכלית הראויה לבין האמצעי – יש לבחור את אותו אמצעי שפגיעתו פחותה יותר – זהו מבחן המשנה השני. מבחן המשנה השלישי הוא מבחן של איזון כולל. הוא בוחן אם היחס, שבין התועלת הצומחת מהשגת התכלית (הראויה) – מניעת הסיכון – לבין הנזק שנגרם (כתוצאה מן הפגיעה בזכות החוקתית), מקיים איזון ראוי בין צרכי הכלל לבין הפגיעה בפרט.

מבחן המשנה השלישי שבדרישת המידתיות – מבחן היחסיות – מטיל על בית-המשפט עריכת איזון, אלא שאיזון זה אינו מנותק מן הבחינה שעורך בית-המשפט במסגרת שני מבחני המשנה הראשונים. יתרה מכך, במקרים רבים, משהוכח כי מתקיים קשר רציונלי בין מטרת החוק לבין האמצעים שנבחרו על-ידו (מבחן המשנה הראשון) ומששוכנע בית-המשפט כי אין להשיג את תכליתו של החוק, כמות שהיא, על-ידי שימוש באמצעים פוגעניים פחות (מבחן המשנה השני) קצרה הדרך למסקנה כי המאזן הכולל הראוי נתקיים גם הוא (מבחן המשנה השלישי). ואמנם, ההכרעה החיובית בשני המבחנים הראשונים הביאה תכופות להכרעה מהירה בשאלת מבחן המשנה השלישי (ראו למשל: *McKinney v. University of R. v. Keegstra* [1990] 3 S.C.R. 69; *Guelph* [1990] 3 S.C.R. 229). נתיב טבעי זה הביא אחדים למסקנה כי מבחן המשנה השלישי הוא בפועל שלב מיותר בבדיקה החוקתית.

לשיטתי, והדברים כבר הובאו בעת שנדרשנו לשאלה שבפנינו בעבר, אין לבוא לכלל מסקנה גורפת כי בהתקיים שני מבחני המשנה הראשונים – תוכרע בחיוב שאלת התקיימותו של תנאי המידתיות. אכן, אין לבודד את מבחן המשנה השלישי מאחיו, ולמענה הניתן לכל אחד מהם השפעה מובנת על רעיו. אולם, אין להמעיט מחשיבותו

של המבחן האחרון, כשם שאין מקום להפריז בחשיבותו של כל אחד ממבחני המשנה כשלעצמו. ראוי להפעילם תוך גילוי רגישות לנסיבותיו של כל מקרה ומקרה (ראו: *Libman v. The Attorney General of Quebec* [1997] 3 S.C.R. 569). אין מדובר כאן אך בקווים מנחים. מבחני המשנה, כפי שאומצו, מתווים את דרך הפעלת הביקורת השיפוטית לענין תנאי המידתיות, ובמובנים מסויימים גם את גבולות הסמכות של בית-המשפט. הם מאפשרים בחינה אחידה ומושכלת של שאלת התקיימותו של תנאי המידתיות.

לפיכך, ימנע בית-המשפט מליישם את מבחני המידתיות באורח מכני או מילולי, בעת שהוא בא להכריז על בטלותו של חוק.

מבחני המידתיות חוברים כאמור יחד לבדיקת היחס שבין עלות הפגיעה בזכות מוגנת, לבין תוחלת התועלת הגלומה בתכלית הראויה של החוק – מניעת הסיכון הבטחוני, או אם תרצו, בנוסחת ההיגיון שטבע *Learned Hand*: בחינתו של היחס שבין C לבין PL, בין עלות החקיקה לבין תוחלת הנזק שעשוי להיגרם בהיעדרה. אפילו הסתברות הנזק נמוכה כאן הרי עוצמתו – פגיעה בגוף ובנפש – כמעט אולטימטיבית.

32. בענייננו נתקיימו, לעניין תנאי המידתיות, שני מבחני המשנה הראשונים. ראשית, מתקיים קשר רציונלי בין מטרת החוק לבין האמצעים שנבחרו על-ידו. האיסור על כניסתם של בני הזוג הזרים לישראל מונע את הסיכון הנשקף מהם. גם העובדה שניתן היה להגשים את תכלית החוק, על-ידי שימוש באמצעים נוספים שאינם ננקטים, אינה מצביעה בהכרח על-כך שהאמצעי שנבחר אינו רציונלי.

גם לעניין מבחן המשנה השני, נראה כי מוסכם על הכול כי הבדיקה האינדיבידואלית – פגיעתה פחותה. אולם ברור גם כי הבדיקה האינדיבידואלית אינה מגשימה את מטרת החוק באותה המידה כמו האיסור הגורף. "לאור הערך המרכזי של חיי אדם שהחוק בא להגן עליו, ברי כי האיסור הגורף יהא תמיד יעיל יותר – מבחינת הגשמת המטרה של הקטנת הסיכון הבטחוני ככל האפשר – מהבדיקה האינדיבידואלית" (הנשיא ברק בעתירה הקודמת). מסקנתנו היא, כי בנסיבות המקרה שלפנינו, הבדיקה האינדיבידואלית אינה מגשימה את התכלית החקיקתית באותה מידה כמו האיסור הגורף וכי המחוקק הישראלי רשאי היה לבחור באיסור בו בחר.

נותרה עוד, אפוא, להכרעה השאלה הנוגעת למבחן המשנה השלישי שבתנאי המידתיות – מבחן היחסיות – שאלת המידתיות "במובן הצר", לאמור, האם היחס בין

התועלת הצומחת מהשגת התכלית הראויה של החוק לבין הנזק הנגרם על-ידו הוא מידתי.

בין אינטרס לזכות

33. כפי שכבר ציינתי בפסק דיני שניתן בעתירה הקודמת, מבחן האיזון, בין האמצעי שננקט לבין התכלית שביסוד החוק, נגזר משאלת הגדרתו של הערך המתחרה בזכות הנפגעת: זכות פרטית או אינטרס ציבורי. הפסיקה, אף זו שקדמה לחוק היסוד, יצרה הבחנה בין מבחן איזון אנכי (בין זכות לאינטרס ציבורי) לבין מבחן איזון אופקי (בין זכויות שוות-משקל). אלא שהבחנה זו מעוררת לעתים קושי. ציינתי בעתירה הקודמת כי "הקושי נובע מן המלאכותיות הטמונה, לעיתים קרובות, בהגדרת האינטרס הציבורי במובחן מזכות הפרט... [ה]ציבור, בעל-האינטרס, מורכב מפרטים. וכשפורטים את האינטרס הציבורי לפרטיו, נחשף צבר של זכויות-פרט. כך, למשל, כאשר בביטחון הציבור עסקינן, אינטרס ציבורי בלשוננו, דוברים אנו בלא אחרת מאשר הזכות לחיים ולשלום הגוף של כל אחד מבני הציבור. לסיווג זה נפקות מהותית, שהרי מבחן האיזון נגזר ממנו (וראו בהקשר זה גם העמדות השונות בדבר סיווג הזכויות והערכים המתנגשים בבג"ץ 6126/94 סנש נ' יו"ר רשות השידור, פ"ד נג(3) 817 (1994) – אינטרס ציבורי או זכות אישית – ומבחני האיזון השונים שננקטו שם בהתאם). לעניין התכלית שבחוק – אין אנו נדרשים במקרה זה לאותה הבחנה, שהרי תכלית ראויה בפנינו בין שהערך המתחרה יסווג כאינטרס כללי של בטחון הציבור ובין שיסווג כזכות אישית לחיים – ועל כך אין חולקין. אולם לסיווג זה עשויה, עם זאת, להיות, במקרה זה, נפקות לעניין האיזון העומד ביסוד דרישת המידתיות".

34. ועוד כתבתי כי "הערך של בטחון הציבור לובש ברגיל דמות ערטילאית, הנטיה היא לראות בו אינטרס של ציבור בלתי מסויים. תכופות גם טיבה של הפגיעה הצפויה בבטחון הציבור אינו מוחשי. זכות האדם לחיים, לעומת זאת, היא זכות קונקרטיית ומוחשית. היא זכות אולטימטיבית כמעט, היא זכותם של בני אדם לחיים – בני אדם שכל אחד מהם הוא עולם בפני עצמו. היא באה להגן על אנשים מסויימים. כאמור, ההבחנה בין השניים – בין האינטרס לבין הזכות – היא לעתים קשה, והמקרה שבפנינו יעיד. לכאורה ערך מסוג אינטרס כאן – אינטרס הציבור. אלא שבמקרה זה מתחדדת דמות הציבור ומתמקדת הסכנה. לא ציבור ערטילאי רואים אנו לנגד עינינו כי אם את פניהם של מי שעלולים להיפגע במעשה הטרור הבא. את מוראותיה של הפגיעה רואים אנו בעיני רוחנו. אין זה החשש הערטילאי, לשלום הציבור, שאותו הכרנו בפרשות קודמות". בטחון הציבור דובר כאן בזכות לחיים ממש, ואותה מבקש החוק לשמר.

"הפיגוע אותו מבקש החוק למנוע מכוון כלפי בני אדם מסויימים, יחידים, מוסלמים, יהודים, נוצרים ובודהיסטים, החיים עימנו". לבני אדם אלה מוקנית, לכל אחד ואחת מהם, הזכות לחיים. אין הם ניצבים בפנינו היום בגופם שכן אין איש יודע מה צופן לו העתיד. אך זכותם ניצבת כאן.

המאזן הכולל

35. במסגרת העתירה הקודמת, לא הייתה מחלוקת על דבר התועלת שבחקיקה שבמחלוקת והיה מוסכם על רוב חבריי כי "בדיקה פרטנית של הנמנים עם אותן קבוצות אוכלוסיה שיש בהן פוטנציאל מוכח לסיכוני ביטחון וחיים, עשויה אמנם למעט את הפגיעה ביכולת לקיים חיי-משפחה בישראל, אך מנגד לא תבטיח באורח ראוי את ביטחון הציבור". המשנה-לנשיא מ' חשין ציין באותו עניין כי בבדיקה פרטנית: "יהיה כדי לפגוע באורח בלתי מידתי בביטחון היחיד והכלל. לא-זו-בלבד שקיים קושי מובנה לבחון מראש את עמדותיו והשקפתו של תושב האזור – אם לצרינו הוא, אם לאו – אלא שלא נוכל להתעלם מחשש ממשי – כפי שהוכח בעבר – כי אירגוני הטרור יגייסו את בן-הזוג תושב האזור לשורותיהם רק לאחר שזכה להיתר המאפשר לו להיכנס לישראל ולנוע בה בחופשיות. השקעת אמצעים רבים יותר או מאמצים ממוקדים יותר, גם היא לא תבטיח את ביטחונם של תושבי ישראל, ופירוש הדברים הוא, כי ביטול האיסור הכולל שבחוק והחלפתו בהסדר של בדיקה פרטנית, עלול להביא, ברמת ההסתברות לא נמוכה, לריבוי פעולות טרור בישראל: להרג ולפגיעה בתושבי המדינה; לערעור ממשי ומוחשי של תחושת היציבות; ועקב כל אלה לערעורה של הדמוקרטיה עצמה. במלאכת האיזון שבין צימצום ההרג, הבטחת החיים והבטחת יציבותו של המישטר, לבין הנזק שנגרם למיקצת אזרחי ישראל המבקשים להתגורר עם בני-משפחתם הזרים בישראל – ונזכיר כי התיקון לחוק צימצם את היקף הפגיעה לא כמעט – גוברת, לדעתי, התועלת על הנזק". כנגד זאת, דבק הנשיא א' ברק, שם, בעמדת המיעוט התומכת בבדיקה הפרטנית שאין בה כדי להסיר את הסיכון.

הקושי שבהשגת התכלית העומדת ביסוד החוק בדרך החלופית שהוצעה, הוא כפול: הצורך לעמוד על אופיים של מי שנמצאים מחוץ לתחומיה של מדינת ישראל והצורך לחזות פני עתיד בכל הנוגע להתנהגותם הצפויה של הזרים המבקשים להיכנס לתחומי המדינה כבר עתה. הגבלת זכותם של זרים נתיני ישות עויינת להתגורר בישראל יחד עם בני-זוגם, לעת המלחמה הזו, באה בשל החשש מפני כוונתם של גורמים עויינים לגייסם לפעולות טרור; בשל החשש כי במסגרת זו אף יופעל לחץ על מי שהיה מעדיף, הוא עצמו, להימנע מלעסוק בכך, ובשל נסיון העבר המלמד שלצורך המאבק

במדינת ישראל נעשה שימוש באזרחים. כפי שכבר ציינתי, גם מדינות בהן אין סיכונים בטחוניים מן הסוג בו אנו מצויים נוהגות שלא להכניס לשטחן אזרחים או תושבים של מדינת אויב, וחל גם איסור על כניסתו של מי שלחובתו עבירות פליליות חמורות, שקיים חשש כי כניסתו תפגע בסדר הציבורי. הן ודאי יקשו על כניסת נתיני מדינות הקוראות להשמדתן. יש תועלת חיונית איפוא בהגבלת הכניסה לישראל.

כך לעניין התועלת. אשר לעלות – המחוקק עשה להקטנתה כבר בעת שנידונה העתירה הקודמת. ההגבלה המוטלת בהוראת השעה לא חלה, מלכתחילה, על נישואין עם פלסטינאים המתגוררים במדינות שפסקו מלהיות מדינות אויב – מצריים וירדן. היא חלה אך על אלה המתגוררים באזור ממנו יוצאות פעולות איבה, או נתיני מדינות העושות ימים כלילות להשמדת ישראל. בינתיים, הוכנסו בחוק הקלות נוספות על המבקשים להגר לישראל לצורכי נישואין. על-פי המלצתנו, נוספה לחוק גם הוראה שתאפשר לאשר היתר כניסה לישראל במקרים פרטניים, בהם מתקיימים טעמים הומניטריים כבדי משקל המצדיקים זאת.

התועלת גוברת איפוא, במאזן כולל על הנזק שבחקיקה. נזק מסוג אחר אינו זה המצוי בחקיקה הקיימת אלא זה הנעוץ בהיעדר הסדר אחראי רציני ושלם לסוגיית ההגירה לישראל. בהיעדר הסדר, הושבה אלינו הוראת השעה. במאזן כולל ואחראי לא נוכל לאיינה ולהותיר תחתיה חלל תחיקתי מסוכן שאין לדעת אימתי יתמלא.

אשר לעתירה בבג"ץ 5030/07 מצטרף אני לקביעתה של חברתי השופטת, מ' נאור, כי לאור ההבהרה שניתנה על-ידי המדינה במהלך הדיון בעתירה מסתבר כי אין חשש (בכפוף למניעה בטחונית או פלילית) לניתוק בין קטינים להוריהם או לניתוק בין מי שהיו קטינים ובגרו לבין הוריהם.

על כן דעתי, כדעת הרוב. דין העתירות להידחות.

המשנה לנשיאה

הוחלט ברוב דעות של המשנה לנשיאה א' ריבלין והשופטים: א' גרוניס, מ' נאור, א' רובינשטיין, ח' מלצר ונ' הנדל כנגד דעתם החולקת של הנשיאה ד' ביניש, והשופטים: א' א' לוי, ע' ארבל, ס' ג'ובראן וא' חיות לבטל את הצו על תנאי שיצא מלפני בית המשפט ולדחות את העתירות ללא צו להוצאות.

ניתן היום, ט"ז בטבת התשע"ב (11.01.2012).

ה נ ש י א ה	המשנה לנשיאה	ש ו פ ט (בדימ')	ש ו פ ט
ש ו פ ט ת	ש ו פ ט ת	ש ו פ ט	ש ו פ ט
ש ו פ ט ת	ש ו פ ט	ש ו פ ט	