

אני אוהב א

עצור!
גבול לפניך

גם אני אותך,
אבא...

חוק האזרחות והכניסה לישראל עורר רעש רב בישראל • בין הטענות לאפליה לבין הקריאות בשם הביטחון - ניצב בית המשפט • פרופ' ברק מדינה מדבר על החוק שקורע משפחות

דמוקרטיה, ביטחון

פסק הדין, שבו חוות דעת של כל אחד עשר השופטים, משתרע על פני כ- 280 עמודים והוא בעל חשיבות רבה, הן בשל הקביעות העקרוניות שבו באשר לביקורת שיפוטית על חקיקה הפוגעת בזכויות יסוד והן בשל המרכזיות של ההסדר, שדן ביחסי יהודים וערבים במדינת ישראל. למעשה נובעים שלושה היבטים מפסק הדין.

איך מחשבים "סיכון בטחוני"?

הסוגיה הראשונה עוסקת באופן שבו יש לבחון את עצמתו של סיכון בטחוני, אשר בגינו מבקש השלטון לפגוע בזכות יסוד. ההסדר שנקבע

מאת: פרופ' ברק מדינה*

במאי 2006 דחה בית-המשפט הגבוה לצדק, ברוב של שישה שופטים מול חמישה, עתירות נגד חוק האזרחות והכניסה לישראל (הוראת שעה), התשס"ג-2003. חוק זה קובע כי שר הפנים לא יעניק אזרחות לפלסטיני תושב השטחים, ולא ייתן לו רישיון לישיבה בישראל, אף אם המבקש נישא לאזרח ישראל או אף אם הוא ילדו של אזרח ישראל (בנסיבות מסוימות) (בג"ץ 7052/03 עדאלה נ' שר הפנים). לאחר שניתן פסק הדין הוארך תוקפו של החוק ונקבעו בו מספר שינויים. במועד כתיבת שורות אלה תלויות ועומדות עתירות נגד החוק בנוסחו המתוקן.

הקביעה כי כל מי שנמנה עם העם הפלסטיני הוא אויב של מדינת ישראל, שיש להחיל עליו חזקת מסוכנות מחייבת את המסקנה כי חמישית מאזרחי המדינה, הרואים עצמם בני העם הפלסטיני, הם אויבי המדינה. זוהי כמובן קביעה מופרכת ופוגענית



איור: סטודיו פליירס, אליהן ביכמן

ומה שביניהם

אחרים. בלשונו של השופט גרוניס, "על יסוד נתונים אלה יש לדעתי לומר, כי קיימת ודאות שכניסה של אלפי בני זוג נוספים תביא בעקבותיה פגיעות בחיי אדם, וזאת אף אם תיערך בדיקה ביטחונית ביחס לכל אחד ואחד... המשוואה אינה מורכבת אפוא מיסוד הסתברותי בצדה האחד ומיסוד של ודאות בצדה האחר, אלא משני מרכיבים ודאיים: פגיעה בחיי אדם לעומת פגיעה בחיי משפחה".

אפיון כזה של המחלוקת מקל על הצדקת התוצאה שאליה הגיעו שופטי הרוב, ככל שחיים עדיפים על "איכות חיים". לעומת זאת לפי גישה שונה, הבאה לידי ביטוי בחוות הדעת של חלק משופטי המיעוט, השאלה הרלוונטית היא מהו הסיכון מכל אחד ואחד מן המבקשים מעמד בישראל

בחוק נועד להתמודד עם הסכנה שפלסטינים תושבי השטחים שיקבלו מעמד בישראל מכוח איחוד משפחות יסייעו לביצוע פעולות טרור בישראל. לפי הנתונים שהציגה המדינה, מתוך כמאה ושלושים אלף הפלסטינים שקיבלו מעמד חוקי בישראל מכוח איחוד משפחות מאז 1994 ועד שנכנסה לתוקף המדיניות החדשה ב-2002, היו מעורבים בסיוע לטרור (או נחשדו במעורבות כזו) לכל היותר עשרים ושישה אנשים. המחלוקת שהתעוררה בפסק הדין היא כיצד יש לפרש נתונים אלו. לפי השופטים שתמכו בדחיית העתירה, הנתונים מלמדים כי אם יינתן מעמד חוקי בישראל לעוד רבבות פלסטינים, יש להניח שיימצאו מתוכם אנשים נוספים שסייעו לטרור. בקירוב טוב, ניתן להעריך שקיימת ודאות שבקרב ציבור זה של אנשים יימצא לפחות אחד שסייע לטרור ובכך יביא למותם או לפגיעה בשלמות גופם של אנשים

מכוח איחוד משפחות. אפיון זה מוביל כמוכח לתוצאה הפוכה: בחישוב פשוט, עשרים ושישה אנשים החשודים במעורבות בסיוע לטרור הם שתי מאיות האחוז מתוך מאה ושלושים אלף. לכן, הסיכון שאדם המקבל מעמד מכוח איחוד משפחות יהיה מעורב בפעילות טרור הוא, לכל היותר, 0.02%, כך שהסתברות שלא יהיה מעורב בפעילות היא 99.98%.

ביטחון לנו, חוסר זכויות להם

לכן המחלוקת היא מהי אמת המידה שלפיה יש לבחון אם מדיניות שלטונית המגבילה זכות יסוד של כל מי שנמנה עם קבוצה מסוימת (דיקנון, Racial profiling) היא מוצדקת.

אני סבור כי עמדתם של שופטי הרוב עומדת בסתירה לכל מהותה של תורת ההגנה על זכויות האדם. חישובו, דרך משל, מה יהיה דינה של החלטה לעצור במעצר מינהלי את כל אזרחי ישראל הערבים או לגרשם מן הארץ? לפי הנתונים שהובאו בפסק הדין, לא פחות ממאתיים ארבעים ושבעה מאזרחי ישראל הערבים היו מעורבים בפעילות טרור בעשור האחרון. על יסוד זאת ניתן לסבור כי אם כל אזרחי ישראל הערבים לא ייעצרו או יגורשו מישראל, בוודאי יימצא מהם לפחות אדם אחד שיהיה מעורב במועד כלשהו בעתיד בפעילות טרור, שבה ייפגעו אזרחים ישראלים. לשיטתם של שופטי הרוב, מדיניות כזו חייבת להיות מוצדקת, שהרי קיימת ודאות כי לפחות אדם כלשהו מתוך הקבוצה יסייע לפעולת טרור, ולפי דרך הטיעון של עמדת הרוב, יש להעדיף חיים אפילו על פני חירות ממאסר והחופש מפני גירוש מן הארץ. אפשר כמוכח להמשיך ולהפליג בדוגמאות אבסורדיות שכאלה, אך דומה שהדברים ברורים. הגישה הראויה היא כמוכח השנייה. השאלה הרלוונטית היא מהו הסיכון הנובע מן הפרט שבו מבקשים לפגוע. בניסיונות המקרה הנדון, בהתבסס על הנתונים שסיפקו שירותי הביטחון, הסיכון שפולסטיני שיקבל מעמד חוקי בישראל יסייע לטרור הוא קלוש ותאורטי. לכן, אין הצדקה לפגיעה הגורפת בבני זוגם של אזרחי ישראל, הנגרמת בכך שלא מאפשרים לו לחיות בארץ עם בן הזוג הפולסטיני.

זה חוקי בכלל?

סוגיה שנייה וקרובה היא מהי המשמעות של הקביעה שבפסקת ההגבלה של חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו, כי חקיקה הפוגעת בזכות יסוד תהא תקפה רק אם, בין היתר, הפגיעה נועדה לקדם "תכלית ראויה". בעניין זה התגלתה תמימות דעים בקרב השופטים, שכל הפחתה של הסיכון הביטחוני הנשקף לאזרחי המדינה היא "תכלית ראויה" של ההסדר

הנדון. בלשונו של הנשיא ברק, "נקיטה באמצעים המקטינים ככל האפשר את הסיכון של טרור...הנה מטרות חברתיות מהותיות. היא צורך חברתי לוחץ. [לפיכך,] דרישתה של פסקת ההגבלה כי תכליתו של החוק הפוגע תהא 'ראויה' התמלאה".

אני סבור כי גישה זו שגויה. הבחינה אם מדיניות השוללת זכויות יסוד של כל מי שנמנה עם הקבוצה של מבקשי מעמד מכוח איחוד משפחות



הסדר הפוגע באופן ממוקד באזרחי ישראל הערבים הוא לא רק בלתי צודק אלא עלול להתברר גם כמוסון

צילום על קיר מאת Banksy

היא מוצדקת, חייבת לכלול שני חלקים: ראשית, יש לבדוק אם הפגיעה בזכויות משרתת "תכלית ראויה". זאת בהתאם להערכה אם הסיכון הנובע מכל אחד מחברי הקבוצה הוא גבוה מספיק כדי להצדיק את הפגיעה בזכות של בן זוגו. שנית, יש לבחון אם הפגיעה היא "במידה שאינה עולה על הנדרש". כלומר, בין השאר, אם קיימות חלופות פוגעניות פחות, למשל מיקוד הפגיעה רק בחלק מחברי הקבוצה. במקרה הזה אין כל דרך להבחין בין חברי הקבוצה, משום שהסיכון הנובע מכל אחד מהם הוא זהה, ולכן נראה שאין חלופה פוגענית פחות. אולם כלל לא נובעת מכך המסקנה כי המדיניות הפוגעת בכל חברי הקבוצה היא מוצדקת. אם הסיכון הנובע מכל אחד מחברי הקבוצה הוא נמוך מאוד, וזהו כאמור המצב במקרה הנדון, די בכך כדי לשלול את החוקיות של המדיניות שננקטה, משום שזו אינה משרתת "תכלית ראויה".

חסר מסוכן

הסוגיה האחרונה נוגעת לאפליה ולהשלכות הקשות של הכרעת הרוב על יחסי יהודים וערבים במדינה. הדיון בפסק הדין כולל התייחסות לשני היבטים הנובעים מן האיסור שנקבע בחוק, על הענקת רישיון ישיבה ואזרחות לבני זוג פלסטינים של אזרחים ישראלים ולילדיהם: ההיבט האישי, הנובע מן הפגיעה בזכותו של כל אחד ואחד מן האזרחים הישראליים שאינם יכולים לחיות בישראל עם יקיריהם (הפגיעה בזכות לחיי משפחה); וההיבט הקבוצתי, הנובע מכך שפגיעתו של החוק ממוקדת באזרחי ישראל הערבים, שכן הרוב המוחלט של הישראלים הנישאים לבני זוג פלסטינים הם ערבים (אפליה). מרבית השופטים הכירו בעילת האפליה אבל התמקדו אך ורק במישור אחד שלה: העובדה שהחוק פוגע בזכות לחיי משפחה של מי שנמנים עם קבוצה

אחת בחברה. זוהי, בעיקרה, טענה לאפליה בהקצאת משאב חברתי (רישיונות הגירה) או בחלוקת הנטל בו נדרשים האזרחים לשאת (פגיעה בזכותם לחיי משפחה) לשם קידום ההגנה על ביטחון המדינה. המישור הזה הוא כמובן חשוב: הוא משליך על היקף הביקורת השיפוטית על החוק, שכן חוק המטיל נטל כבד רק על מי שנמנים עם קבוצת מיעוט בחברה, הוא חוק שיש לבחון אותו בקפדנות רבה. הוא גם מחייב בחינה אם ההקצאה הבלתי שוויונית של הנטל היא מוצדקת. אולם, היבט זה הוא חלקי. פסק הדין מתעלם ממישורים עמוקים יותר של התוצאה המפלה שקובע החוק.

החוק הוא מפלה משום שהוא מבטא חוסר אמון עמוק של רשויות השלטון בנאמנות של אזרחי ישראל הערבים למדינה ולערכים של שלום ושלילת הטרור. כאשר המדינה מונעת את כניסתו לארץ של בן זוג של אזרחי ישראלי על יסוד מאפייניו האישיים של בן הזוג, ההחלטה עשויה להתפרש אולי כייחוס של תמימות לבן הזוג הישראלי, שביקש להביא לכניסתו ארצה של אדם מסוכן, בלי שידע על המסוכנות. אך כאשר המדינה קובעת באופן גורף, בלי כל בדיקה של מאפיינים אישיים, כי כל בן זוג פלסטיני של אזרחי ישראל הוא מסוכן לביטחון המדינה, היא אינה מתבססת על מידע שאינו ידוע לבני הזוג אזרחי ישראל. ההסדר שקובע החוק מטיח למעשה האשמה חמורה באזרחי ישראל הערבים, שכחמישית מהם נישאים לבני זוג תושבי השטחים.

הוא קובע שהם בוחרים, באופן מודע, לסכן את ביטחון המדינה בהחלטתם להינשא לאנשים אלו ולאפשר להם לרכוש מעמד בישראל. חוסר האמון באזרחי ישראל הערבים הוא בוטה עוד יותר לאור הנימוק שניתן לביסוס של חזקת המסוכנות של בני הזוג והילדים הפלסטינים. כפי שניסח זאת השופט חשין, מבקשי המעמד הפלסטינים הם מסוכנים משום ש"תחושת הנאמנות של אדם לעמו ולמולדתו תחושה טבעית היא... ומתעצמת היא שבעתיים במקום שבו מותיר אדם מאחוריו - וזה המקרה השכיח - הורים, אחים, אחיות, בני משפחה אחרים, חברים וידידים. והנה, במקום שבו נקלעים שני העמים - העם שבמולדת בן המשפחה והעם שבקרבו הוא יושב עתה - לעימות מזוין זה עם זה, עשוי אדם להידרש להכריע למי נתונה נאמנותו ולמי יסייע. ולא אחת יתמוך הוא במולדתו ויבקש לסייע לה בדרך זו או אחרת...".

דברים אלה כווננו, כפשוטם, אל בני הזוג תושבי השטחים, המבקשים לזכות במעמד בישראל. לפי דברי השופט חשין, אדם הוא מסוכן מעצם היותו בן העם הפלסטיני ומתוקף כך שיש לו קרובי משפחה בשטחים, וזאת אף אם ביקש לחיות במדינת ישראל. במקרה כזה, המסקנה הבלתי נמנעת היא שלא רק בני הזוג תושבי השטחים אלא גם הפלסטינים שהם אזרחי ישראל מכוח לידה בתחומה הם, אליבא דחוק, חשודים ומסוכנים. הקביעה כי כל מי שנמנה עם העם הפלסטיני הוא אויב של מדינת ישראל שיש להחיל לגביו חזקת מסוכנות מחייבת את המסקנה כי חמישית מאזרחי המדינה, הרואים עצמם בני העם

ההסדר שקובע החוק מטיח למעשה האשמה חמורה באזרחי ישראל הערבים, שכחמישית מהם נישאים לבני זוג תושבי השטחים. הוא קובע שהם בוחרים, באופן מודע, לסכן את ביטחון המדינה בהחלטתם להינשא לאנשים אלו ולאפשר להם לרכוש מעמד בישראל

הפלסטיני, הם אויבי המדינה. זוהי כמובן קביעה מופרכת ופוגענית. זוהי מהותה העיקרית של האפליה שקובע החוק - הייחוס של מסוכנות לכל מי שנמנה עם העם הפלסטיני, אף אם הוא חי או מבקש לחיות במדינה היהודית.

בשורה התחתונה

מובן כי יש להצדיק נקיטה באמצעים הנחוצים לשם מניעת סכנה לביטחון המדינה, גם אם אלה פוגעים בחירויות יסוד, ככל שאלה מוחלים על כלל הציבור. ניתן אז לנקוט ריסון שיפוטי ולהעניק לשלטון טווח תמרון רחב. ניתן גם להגביל במידה רבה יחסית את חירויות הפרט, שכן לא נובעת מכך השפלה של קבוצת אזרחים מסוימת. אך לא כך כאשר מדובר במדיניות המכוונת כלפי הציבור הערבי בלבד.

מדיניות כזו גורמת לא רק להקצאה בלתי שוויונית של הנטל בין כלל האזרחים. היא מבטאת חוסר אמון בבני הקבוצה הנפגעת. תוצאתה היא השפלה, פגיעה בלכידות החברתית וחשש מפני שיבוש קשה של מרקם היחסים השברירי ממילא בין אזרחי ישראל היהודים לבין אחיהם הערבים. לכן הסדר הפוגע באופן ממוקד באזרחי ישראל הערבים הוא לא רק בלתי צודק אלא עלול להתברר גם כמסוכן.

* פרופסור חבר וסגן דיקן, הפקולטה למשפטים, האוניברסיטה העברית בירושלים. רשימה זו מבוססת על עבודה בנושא בשיתוף עם ד"ר אילן סבן מאוניברסיטת חיפה.