

תקציר פסק הדין בעניין חוק האזרחות – בג"ץ 7052/03 עדאלה ואח' נגד שר הפנים ואח'

בית המשפט הגבוה לצדק, בהרכב מורחב של אחד עשר שופטים, נתן היום את פסק דינו בעתירות כנגד חוקתיותו של חוק האזרחות והכניסה לישראל (הוראת שעה), התשס"ג-2003. הוחלט, ברוב דעות, לדחות את העתירות.

בפסק הדין נשמעו מספר דעות. חוות הדעת המרכזית האחת נכתבה על-ידי הנשיא א' ברק. עמדתו היא כי החוק פוגע בזכות החוקתית לחיי משפחה ולשוויון במידה שעולה על הנדרש, וכי ראוי לפיכך לבטל את החוק. ארבעה שופטים מצטרפים לעמדת הנשיא על כל חלקיה: השופטים ד' ביניש, א' פרוקצ'יה, ס' ג'ובראן וא' חיות.

חוות הדעת המרכזית השנייה נכתבה על-ידי המשנה לנשיא (בדימ') מ' חשין. עמדתו היא כי החוק אינו פוגע בזכויות חוקתיות, ואף אם קיימת פגיעה כאמור, הרי שהיא מידתית. מסקנתו היא שהחוק הוא חוקתי. למסקנה זו מצטרפים ארבעה שופטים. השופט מ' נאור מצטרפת לעמדתו של השופט חשין על כל חלקיה. השופט א' גרוניס מוכן להניח כי החוק פוגע בזכות החוקתית לחיי משפחה, אך עמדתו היא כי פגיעה זו היא מידתית. השופט י' עדיאל סבור כי החוק פוגע בזכות החוקתית לחיי משפחה אך פגיעה זו היא מידתית. אף השופט א' ריבלין סבור כי החוק פוגע בזכויות החוקתיות לחיי משפחה ולשוויון וכי פגיעה זו היא מידתית. בנוסף, הוא סבור שאין צורך להכריע בעתירות משום שתוקפו של החוק עומד לפוג ממילא בתוך זמן קצר.

השופט א' א' לוי סבור כי החוק פוגע בזכויות החוקתיות לחיי משפחה ושוויון במידה שעולה על הנדרש. עם זאת, הוא סבור שראוי לאפשר למדינה פרק זמן של תשעה חודשים על מנת לגבש הסדר חקיקתי חלופי. לפיכך, עמדתו היא שיש, לעת הזו, לדחות את העתירות.

להלן תקציר פסק הדין ועמדות השופטים.

העובדות והטענות

חוק האזרחות והכניסה לישראל מונע את כניסתם של פלסטינים תושבי האזור לתחומי ישראל. בכך הוא מונע איחוד משפחות בישראל בין בני זוג ישראלים לבני זוג תושבי האזור. לחוק זה נקבעו מספר סייגים. בין השאר, רשאי מפקד האזור ליתן היתר שהייה בישראל לבת זוג של אזרחי ישראל שגילה מעל 25, ולבן זוג של אזרחית ישראלית שגילו מעל 35. כן מאפשר החוק מתן היתרי שהייה זמניים לצרכי עבודה ובריאות, והוא מאפשר מתן היתרים לבני זוג אשר הגישו את בקשתם לאיחוד משפחות לפני חקיקתו. החוק בנוסחו הנוכחי פורסם ביום 1.8.2005. תוקפו הוא עד יום 16.7.2006. הממשלה, באישור הכנסת, רשאית להאריך את תוקפו לתקופה שלא תעלה בכל פעם על שנה אחת.

טענתם המרכזית של העותרים הינה שהחוק פוגע בזכויות החוקתיות לחיי משפחה ולשוויון. החוק פוגע בזכות לחיי משפחה בכך שהוא מונע איחוד משפחות של בני זוג ערבים-ישראלים עם בני זוגם הערבים מהאזור (בכפוף לחריגי הגיל). כמו כן מטילה הוראה זו מגבלות על

הקשר בין הורה ישראלי לבין ילדו הרשום באזור. החוק פוגע בזכות לשוויון בכך שפגיעתו מתמקדת באזרחי ישראל הערבים, שכן הם אלה שנישאים לבני זוג פלסטינים מהאזור. העותרים מוסיפים וטוענים כי הפגיעות בזכויות החוקתיות אינן עומדות בתנאיה של פסקת ההגבלה. טענתם היא כי תכלית החוק היא פסולה, שכן עומדים בבסיסה שיקולים דמוגרפיים. בנוסף, הפגיעה החמורה של החוק בזכויות יסוד אינה מידתית. החוק מונע באופן גורף את אפשרות איחוד המשפחות מכל אותם זוגות שאינם עומדים בתנאי הגיל. היה על המדינה לקבוע מנגנונים של בדיקה ביטחונית פרטנית, ולמנוע איחוד משפחות רק ממי שנשקף ממנו סיכון לביטחון המדינה.

המדינה מדגישה את הרקע הביטחוני והתכלית הביטחונית שבבסיס החוק. החוק נחקק על רקע מתקפת הטרור בה נתונה ישראל בשנים האחרונות. ארגוני הטרור הסתייעו במספר מקרים בפלסטינים שזכו לקבל מעמד בישראל בעקבות הליכי איחוד משפחות. ארגוני הטרור ממשיכים במאמצייהם לגייס פעילים מקרב בעלי המעמד בישראל. זאת ועוד, נאמנותם ומחויבותם של הפלסטינים נתונה לרשות הפלסטינית, המצויה בעימות עם ישראל. על רקע חששות אלה, ועל מנת למנוע את הסיכון הביטחוני, נחקק החוק. המדינה טענה כי החוק אינו פוגע בזכויות יסוד חוקתיות. יש לתת למושג "כבוד האדם" פרשנות מצמצמת, ואין לכלול בו את מלוא היקפה של הזכות לחיי משפחה והזכות לשוויון. אף אם החוק פוגע בזכויות, הפגיעה היא לתכלית ראויה. החוק נועד להגן על חייהם של תושבי ישראל. הפגיעה גם אינה עולה על הנדרש. המדינה מצביעה על הקושי לבחון באופן פרטני את המבקשים איחוד משפחות, לאור הקושי לאסוף מידע, והקושי לוודא שמי שכבר קיבל אישור שהייה בישראל לא יגויס בעתיד לפעילות טרוריסטית.

פסק דינו של הנשיא ברק

במרכז פסק דינו של הנשיא עומד בן הזוג הישראלי. אין הוא עוסק בזכויותיו של בן הזוג הזר. הנשיא עומד על הרקע הביטחוני לחקיקתו של החוק, ומתאר את מתקפת הטרור הקשה בה נתונה ישראל. אולם גם בשעת מלחמה יש מקום לביקורת שיפוטית על חוקים. יש להגן על זכויות האדם בשעת שלום ובשעת מלחמה. לאחר מכן בוחן הנשיא ברק את חוקתיותו של החוק. בחינה זו נעשית בשלושה שלבים. ראשית, האם נפגעו זכויות חוקתיות? שנית, אם ישנה פגיעה, האם היא עומדת בתנאיה של פסקת ההגבלה? שלישית, אם ישנה פגיעה שאינה עומדת בתנאיה של פסקת ההגבלה, מהו הסעד הראוי?

ראשית, הנשיא ברק קובע כי הזכות לחיי משפחה והזכות לשוויון כלולות הן בזכות החוקתית לכבוד האדם, המעוגנת בסעיפים 2 ו-4 לחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו. זכותו של בן הזוג הישראלי לחיי משפחה פירושה זכותו לממש את חיי המשפחה עם בן זוגו בישראל. שם ביתו, שם קהילתו, שם שורשיו ההיסטוריים, התרבותיים והחברתיים. זוהי גם זכותו של ההורה הישראלי שילדיו הקטינים יחיו עמו בישראל. החוק פוגע בזכויות חוקתיות אלה. הוא מונע מבני זוג ישראלים לממש את זכותם לחיי משפחה בישראל. פגיעה זו מתמקדת באזרחי ישראל הערבים. בכך פוגע החוק פגיעה תוצאתית גם בזכותם של הערבים אזרחי ישראל לשוויון.

שנית, הנשיא ברק בוחן את תנאיה של פסקת ההגבלה. תכליתו של החוק היא ראויה. תכליתו ביטחונית, והוא נועד לתת מענה לסיכון הביטחוני הנובע ממעורבותם של מקצת מאלה שזכו למעמד בישראל מכוח איחוד משפחות בפעילות טרוריסטית. אשר לדרישת המידתיות: החוק עומד בשני תנאיה הראשונים. מתקיים קשר רציונלי בין החוק למטרתו שכן יש באיסורים הקבועים בו כדי להגשים את תכליתו הביטחונית. החוק מקיים גם את דרישת ה"אמצעי שפגיעתו פחותה". הבדיקה האינדיבידואלית לה טוענים העותרים אמנם תפגע פחות בזכויות, אך אין היא מבטיחה את אותה רמת הביטחון שמגשים האיסור הגורף. אולם האם תוספת הביטחון המושגת על-ידי האיסור הגורף עולה עומדת ביחס ראוי לתוספת הפגיעה בכבוד האדם הגלומה באיסור הגורף? זהו מבחן המידתיות השלישי. תשובתו של הנשיא ברק לשאלה זו היא בשלילה. המטרה הביטחונית אינה מקדשת את כל האמצעים. המטרה הראויה של הגברת הביטחון אינה מקדשת פגיעה קשה בחייהם של אלפים רבים של אזרחים ישראלים. אין לקיים דמוקרטיה וזכויות אדם בלא ליטול סיכונים. בהתחשב בכך שהמחוקק מוכן היה, במסגרת החריגים לחוק, ליטול את הסיכון הביטחוני הכרוך בבדיקה פרטנית של עובדים, בני זוג שעומדים התנאי הגיל, ובני זוג שהגישו בקשתם לפני שנחקק החוק, מוטלת הייתה החובה על המדינה להסתפק בבדיקות פרטניות גם ביחס לבני הזוג האחרים. זאת, במיוחד אם נזכור כי ניתן להגדיל את יעילותן של הבדיקות הפרטניות באמצעים שונים.

שלישית, עובר הנשיא ברק לשאלת הסעד החוקתי. עמדתו היא כי ראוי להורות על בטלות החוק, ולהשעות את הכרזת הבטלות עד יום 16.7.2006. עם זאת, אם יידרש למדינה פרק זמן נוסף לגבש את עמדתה, והיא תבקש לחוקק את החוק כלשונו, תושעה הכרזת הבטלות לששה חודשים נוספים.

פסק דינו של המשנה לנשיא חשין

המישנה לנשיא (בדימי'), השופט חשין, חלק על עמדתו של הנשיא ברק בקובעו כי אין מקום לבטל את חוק האזרחות והכניסה לישראל (הוראת שעה), התשס"ג-2003 (החוק), לא את כולו אף לא את מיקצתו. לגישתו, אף שהחוק פוגע באזרחים ישראלים המבקשים להינשא לבני-זוג פלסטינים ולהתגורר עימם בישראל, לא קמה עילה חוקתית לביטולו. חוות-דעתו של השופט חשין נבנית על שלושה אדנים מרכזיים אלה:

1. היעדר זכות חוקתית: אזרחי המדינה לא קנו זכות חוקתית - זכות שמכוחה ניתן לבטל חוק של הכנסת - כי בני-זוגם הזרים יהגרו לישראל עקב הנישואין. הזכות ל"כבוד האדם" אינה גוזרת מתוכה חובה חוקתית המוטלת על המדינה להתיר כניסה לישראל לאזרחים זרים שנישאו לאזרחי המדינה, ומדינת ישראל - ככל מדינה בעולם - רשאית להגביל בחוק הגירתם של אזרחים זרים לישראל, בהם בני זוג של אזרחי ישראל. מסקנה זו בדבר אי קיומה של זכות חוקתית להביא לישראל בן זוג זר מייסדת עצמה על המוסכמה כי מדינה, כל מדינה, אינה חייבת להתיר לזרים להיכנס אל תחומה, לא-כל-שכן שאין היא חייבת להתיר לזרים להתיישב בה דרך קבע או אף דרך ארעי. כך מורה אותנו עקרון-העל של ריבונות המדינה. פני המדינה הם כפני תושביה. תושבי המדינה הם המעצבים את דמות החברה, וה"מדינה" משמשת מעטפת לחברה ולתושביה. כניסתו של אזרח זר למדינה כתושב

קבע בה, פירושה שינוי הסטטוס קוו אנטה (status quo ante) ביחסי האזרחים והתושבים, ביניהם לבין עצמם. הקניית זכות ליחיד להביא עימו לישראל בן-זוג זר יש בה, אפוא, כדי לשנות את פני החברה. כבוד האדם של אזרחי ישראל - של כל אחד מאזרחי ישראל - מחייב כי לא תינתן יד חופשית לכל אזרח - ברמה של זכות חוקתית - לשנות את הסטטוס קוו אנטה החברתי על דרך הבאתם של זרים לישראל, ולו כבני זוג.

2. מצב מלחמה: מדינת ישראל נתונה במלחמה (או במעין-מלחמה) אל-מול הרשות הפלסטינית ואירגוני טרור הפועלים מתוכה, ולעת מלחמה רשאית מדינה למנוע כניסתם של נתיני אויב לשיטחה גם אם נישאו לאזרחי המדינה. תושבי האזור הפלסטינים הם נתיני אויב, ובתורת שכאלה מהווים הם קבוצת סיכון לאזרחיה ולתושביה של ישראל, אשר-על-כן רשאית היא המדינה, להגנת אזרחיה ותושביה, לחוקק חוק האוסר על כניסתם אל המדינה. מטעם זה נדחית גם טענת ההפליה והפגיעה בשוויון, שכן ההבחנה העקיפה שיוצר החוק - העוסק בתושבי האזור ולא אזרחי המדינה - בין אזרחי המדינה, הבחנה מותרת היא בין אזרחי המדינה שנישאו לאזרחים זרים שהם נתיני אויב לבין אזרחי המדינה שנישאו לאזרחים זרים שאינם נתיני אויב.

3. קיומם של מיבחני פיסקת ההגבלה: לדעת השופט חשין מתקיימים בענייננו מיבחני פיסקת ההגבלה שבחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו. השופט חשין אינו מסכים לקביעתו של הנשיא ברק כי החוק אינו מקיים את מיבחן המידתיות, בסוברו כי התועלת שהוא מביא לביטחונם ולחיהם של תושבי ישראל גוברת על הפגיעה במיקצת אזרחי ישראל שנישאו לתושבי האזור והמבקשים לחיות עימם בישראל. החוק נחקק על רקע מידע שמסרו גורמי ביטחון ולפיו עושים אירגוני הטרור מאמצים לגייס אל שורותיהם את מי שכבר זכו לתיעוד ישראלי, וכי שירותי הביטחון מתקשים להבחין בין פלסטינים העלולים לסייע לטרור לבין מי שאינם עלולים לסייע לטרור. החוק נחקק במתכונת של הוראת שעה; נקבעו בו סייגים רחבים; ובנסיבות אלו נתקשה לקבל כי איזון שבחנה הכנסת בין ביטחון האזרחים לבין הפגיעה במי שמבקשים להתגורר עם בני זוגם הזרים בישראל אינו מידתי.

הוראת החוק פוגעת במיקצת אזרחי ישראל המבקשים להינשא לבני-זוג פלסטינים ולהתגורר עימם בישראל, וכבני-אנוש אין לנו אלא להזדהות עם כאבם של אותם תמי-לב שזכותם לקיים חיי משפחה בישראל נפגעו. ואולם כל עוד נמשך העימות המזויין הפלסטיני-ישראלי; כל עוד ממשיך הטרור הפלסטיני להכות ללא הבחנה בישראל ומקפח חיהם של ישראלים שלווים ותמים; וכל עוד מתקשים שירותי הביטחון להבחין בין המסייעים לצרינו לבין מי שאינם מסייעים לצרינו; ראוי כי תידחה זכותם של המעטים לקיום חיי משפחה בישראל מפני זכותם של כלל תושבי ישראל לחיים ולביטחון. זו זכותה - יתר-על-כן: זו חובתה - של מדינה, של כל מדינה, להגן על תושביה מפני המבקשים להרע להם, וכנגזר מכך רשאית היא המדינה למנוע הגירתם של נתיני האויב לתוכה - ולו בני-זוג הם לאזרחי ישראל - בעוד היא מנהלת עימות מזויין עם אותו אויב.

פסק דינה של השופטת ביניש

השופטת ד' ביניש הצטרפה לדעתו של הנשיא ברק. השופטת ביניש הסכימה למסקנתו של הנשיא ברק כי החוק במתכונתו הנוכחית, בהיקפו הגורף והכוללני, אינו יכול לעמוד בשל הפגיעה הבלתי מידתית שבו בזכות לחיי משפחה ובשל הפגיעה בזכות לשוויון. העדר האפשרות לקיים בדיקה אינדיבידואלית וקביעת איסור גורף בחוק על כניסת פלסטינים לישראל, לצורך קיום חיי משפחה עם בני זוגם הישראלים, מעניקים שוליים רחבים מדי לערך הביטחון, בלא לקיים התמודדות הולמת עם זכויות וערכים אחרים העומדים מול ערך זה. השופטת ביניש ציינה, כי החברה בישראל חייבת לעמוד על דמותה כחברה המכבדת את זכויות יחידה אף בעיתות של חירום ומלחמה. ההגנה על זכויות האדם צריכה להתקיים בימי מלחמה כבימי שלום, אף כי נקודת האיזון הראויה לשם הגנה נעה ומשתנה.

פסק דינו של השופט ג'ובראן

בחיפוש אחר בן-זוגו, בחייו המשותפים עימו, ביצירת משפחתו, בונה אדם מפלט מפני העולם, מגשים את עצמו, יוצר את זהותו ומממש את אחד ממרכיביה המרכזיים של האוטונומיה האישית שלו. בלב ליבה של הזכות החוקתית לחיי משפחה ולנישואין, נמצאים החיים המשותפים, תחת קורת גג אחת. פגיעה ביכולתו של אדם לנהל חיים משותפים בישראל יחד עם בן-זוגו, הריהי למעשה שלילתה המלאה של הזכות החוקתית לקיים חיי משפחה.

פגיעות קשות אלו בזכות לחיי משפחה אינן עומדות בפני עצמן ומתלוות גם לפגיעה קשה בזכותם של אזרחי המדינה הערביים 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, הינם אזרחי ישראל הערבים. במניעת היכולת להינשא לבני-זוג תושבי האזור, יש על-כן פגיעה המתמקדת, בראש ובראשונה, באזרחי המדינה הערבים, בעוד שהפגיעה ביתר אזרחי המדינה היא תיאורטית בלבד. חרף חשיבותה העליונה של זכותם של כלל אזרחי המדינה לביטחון, הרי שגם במסגרת מימושה של זכות, לא ניתן לאפשר את הפגיעה הגורפת בזכויותיהם של אזרחי ישראל לחיי משפחה ולשוויון לה גורם החוק. מדינה אשר רואה עצמה כמדינה מתוקנת, אינה יכולה לקבל כחלק מחוקיה חוקים, אשר פגיעתם בערכי יסוד אנושיים כה קשה וכה צורמת.

פסק דינה של השופטת חיות

השופטת א' חיות הצטרפה לפסק דינו של הנשיא ברק. בפסק דינה קבעה השופטת כי המאבק המזוין שמנהלים ארגוני הטרור הפלסטינים נגד אזרחי ישראל ותושביה היהודיים מחייב היערכות מתאימה וגיוס כל האמצעים העומדים לרשותנו כמדינה, לרבות חקיקת חוקים אשר יתנו מענה לצורכי הביטחון. לכך מכוון חוק האזרחות ומבחינה זו נחקק הוא לתכלית ראויה. יחד עם זאת, יש לזכור כי אימת הטרור, ככל אימה, עלולה להיות מורה דרך מסוכן למחוקק המבקש להתמודד עם מחולליה. היא עלולה להוביל להטלת איסורים גורפים, כאיסור הקבוע בחוק האזרחות לעניין מתן מעמד לתושבי האזור. איסור גורף כזה

מסמן שולי ביטחון רחבים ועיוורים ופוגע באופן בלתי מוצדק ובלתי מידתי באלפים רבים מבני המיעוט הערבי החי בתוכנו. השופטת חיות הוסיפה וקבעה כי הזכות העומדת לאדם לבחור את בן הזוג שעומו הוא חפץ להקים משפחה וכן הזכות העומדת לו להקים את ביתו במדינה שבה הוא חי, הן זכויות אדם מן המעלה הראשונה ואף שככל זכות יסוד אחרת ניתן להגבילן, אין צורכי הביטחון יכולים להכשיר איסורים קיבוציים-גורפים שאינם קשובים לפרט. עוד קבעה השופטת כי נוכח המצב הביטחוני והעוינות הרבה השוררת בין ישראלים לפלסטינים יש מקום ל"חזקת המסוכנות" אותה מבקשים המשיבים להחיל בסוגיה זו של איחוד משפחות בין ערבים אזרחי ישראל ובין תושבי האזור. אך על מנת שאימת הטרור לא תעברנו על מידותינו הדמוקרטיות אין חזקה זו יכולה להיות חלוטה וראוי לה כי תהא ניתנת לסתירה במסגרת בדיקה פרטנית שיש לאפשר בכל מקרה ומקרה. חוק האזרחות אינו מאפשר בדיקה פרטנית כזו, ומכאן הפגם של העדר המידתיות בו הוא לוקה מבחינה חוקתית, פגם המצדיק את בטלותו.

פסק דינה של השופטת פרוקצ'יה

השופטת א' פרוקצ'יה מצטרפת לעמדתו של הנשיא לפיה זכותו של אדם בישראל לחיי משפחה בתנאים של שוויון הינה חלק מכבוד האדם, והיא נחשבת זכות חוקתית מן המעלה הראשונה. החוק העומד למבחן פוגע בזכות בן הזוג הישראלי כאשר אין מאפשרים לו לממש את חיי המשפחה עם בן זוגו הפלסטיני מהשטחים. החוק נועד, אמנם, לתכלית ראויה, אך הוא אינו עומד במבחן המידתיות של פסקת ההגבלה. באיזון הערכי שבין זכות האדם הנפגעת עקב איסור גורף על מימוש חיי המשפחה לבין האינטרס הביטחוני הנוגד, יד הערך הראשון על העליונה.

בשונה מגישתו של הנשיא, המאמץ לצורך האיזון בין הערכים הנוגדים את השיקול הביטחוני כטענת המדינה, מעלה השופטת פרוקצ'יה ספקות באשר לאמינותו ועוצמתו של שיקול זה. על המדינה נטל כבד לשכנע בדבר משקלו של השיקול הביטחוני בתורת ערך המצדיק שלילה גורפת של הזכות למימוש חיי משפחה של אזרחי ישראל. את ערך הביטחון יש לבחון במבחן דו-שלבי של אמינות ועוצמה. אשר לאמינות – אף שאין לשלול את אמינות השיקול הביטחוני, במהלך חקיקת החוק הועלה ונדון ההיבט הדמוגרפי כעילה לאיסור הגורף על כניסת בני זוג פלסטיניים לישראל. אפשרות קיומו של מניע נוסף ברקע החקיקה, כאמור, עשוי להקרין על משקלו ועוצמתו של השיקול הביטחוני. אשר לעוצמת השיקול הביטחוני – הנתונים שהמדינה הציגה מפחיתים מעוצמתו של הטיעון הביטחוני. בין נתונים אלה, שיעור נמוך של חשודים במעורבות בפעולות טרור מבין בעלי מעמד מכוח איחוד משפחות ביחס למספר הכולל של תושבי האזור שרכשו מעמד בישראל, שיעור גדול ביותר של עובדים פלסטיניים המותרים בכניסה לישראל מדי יום, ושיעור גבוה יחסית של מעורבים בטרור מקרב אזרחי ישראל. לגבי שני הנתונים האחרונים, מסתפקת המדינה באמצעי פיקוח פרטניים ואינה מפעילה דרך כלל מדיניות גורפת לצורך התמודדות עם הסיכון הביטחוני. האיסור הגורף ביחס למבקשי איחוד משפחות אינו מתיישב עם המדיניות הנקוטה על ידי המדינה במישורי סיכון אחרים, ומעלה ספק ביחס לעוצמת השיקול הביטחוני לעניין זה. המדינה לא עמדה, איפוא, בנטל הכבד המוטל עליה להצביע על עוצמתו של השיקול הביטחוני כערך המצדיק שלילה גורפת של זכות אזרחי ישראל למימוש חיי משפחה עם בני

זוגם מהשטחים. על פי גישה זו, קיים פער ניכר בין עוצמת הפגיעה בזכויות אדם מן המעלה הראשונה הנגרמת בעקבות החוק, לבין עוצמתו הנמוכה, יחסית, של השיקול הביטחוני. האיזון הראוי מצדיק הגנה על הזכות למשפחה מחד, תוך מענה לצורך הביטחוני על דרך בדיקות אינדיבידואליות למבקשי הכניסה לישראל ונקיטת אמצעי פיקוח מידתיים לאחר כניסתם בהיתר. לפיכך, החוק בטל מחמת אי חוקתיותו, והסעד הינו כאמור בפסק דינו של הנשיא.

פסק דינו של השופט גרוניס

השופט א' גרוניס מסכים לעיקרי הדברים שבחוות דעתו של המשנה לנשיא (בדימוס) מ' חשין. עם זאת, לצורך הדיון מוכן השופט א' גרוניס להניח כי החוק אכן פוגע בזכות החוקתית לחיי משפחה של בן הזוג הישראלי, משום שאין הוא מאפשר לו להביא ארצה את בן הזוג הפלשתינאי תושב האזור.

לעניין מבחן המשנה השלישי שבמבחן המידתיות אשר בפיסקת ההגבלה, חולק השופט א' גרוניס על עמדתו של הנשיא א' ברק לפיה יש לבחון האם התוספת ההסתברותית לפגיעה בחיי אדם במעבר מאיסור גורף לבדיקה ביטחונית אינדיבידואלית, שקולה כנגד הפגיעה הוודאית הנוספת בזכותם של אזרחי המדינה לחיי משפחה. לגישתו, קיימת וודאות שכניסה של אלפי בני זוג נוספים תביא בעקבותיה פגיעות בחיי אדם אף אם תיערך בדיקה אינדיבידואלית, הגם שאין שום דרך לומר מה יהא היקף הפגיעות. המשוואה אינה מורכבת, איפוא, מיסוד הסתברותי בצידה האחד ומיסוד של וודאות בצידה האחר, אלא משני מרכיבים וודאיים: פגיעה בחיי אדם לעומת פגיעה בחיי משפחה.

השופט א' גרוניס מתייחס למרחב התימרון החקיקתי, תוך שהוא קובע כי אחד מן הגורמים אשר עשויים להשפיע על גבולותיו של מרחב זה הינו החשש מפני טעות שיפוטית. אל החשש מפני טעות שיפוטית יש להתייחס משני הכיוונים. היינו, לא רק מנקודת המבט של טעות שעניינה קביעה שהחוק הוא חוקתי, אלא גם מנקודת המבט של טעות שעניינה קביעה הפוכה, לפיה החוק אינו עומד במבחן החוקתי. לשיטתו, יש ליתן משקל גבוה יותר לחשש של טעות באותו צד של המשוואה בו מונחת הזכות לחיים. השופט א' גרוניס ממשיך ומציין, שאם יתברר בהמשך כי ביטולו של החוק על ידי בית המשפט היווה טעות שגרמה נזק חמור, וכי למעשה קיימת הצדקה לקביעתו של איסור גורף, יקשה מאד להחזיר את הגלגל לאחור לגבי אלה שכבר נכנסו ארצה כדין. הואיל והטעות עלולה כאמור לגרום נזק חמור ובוודאי בשל הקושי הרב לתקנה, עד היותה כמעט בלתי הפיכה, חובה להותיר את החוק על כנו. השופט א' גרוניס מציין כי הסיכונים שייגרמו עקב פסילתו של החוק מחייבים את בית המשפט להימנע מביטולו אף אם מנגד עומדת פגיעה בזכות יסוד. לפיכך יש, לדעתו, לדחות את העתירות.

פסק דינה של השופטת נאור

השופטת מ' נאור קבעה כי יש לדחות את העתירות. לדעתה החוק אינו פוגע בזכויות אדם חוקתיות, ואף בהנחה שכן, פגיעה זו עומדת בתנאי פסקת ההגבלה. השופטת קבעה כי הזכות לחיי משפחה היא זכות חוקתית. אולם, זכות חוקתית זו אינה טומנת בחובה את הזכות למימוש חיי המשפחה עם בן זוג זר בישראל דווקא. לא ניתן לקבוע כי קיימת - הלכה למעשה - הכרה בינלאומית בזכות שכזו כזכות חוקתית. החוק אף אינו פוגע בזכות

החוקתית לשוויון, שכן הוא מושתת על שונות רלוונטית שביסודה נימוק ענייני כבד משקל. נימוק זה הוא הסיכון הביטחוני לאזרחי המדינה ולתושביה במתן מעמד לתושבי האזור בישראל, וזאת נוכח העימות המזוין בין ישראל לרשות הפלסטינית. אין המדובר בהפליה על רקע מוצא או גזע, אלא בשונות רלוונטית, במסגרת המאבק בטרור, על רקע נתינות הזר, תושב האזור ממנו יוצאות פעולות איבה נגד ישראל. אף בהנחה שנפגעה זכות אדם חוקתית – הרי שהפגיעה עומדת בתנאי פסקת ההגבלה, והפגיעה היא מידתית. וודאי שהיה עדיף, לו אך ניתן היה הדבר, לערוך בדיקה אינדיבידואלית שתסיר את החשש מפני מימוש הסיכון הביטחוני. ואולם, לעת הזו, לא קיימת אפשרות ריאלית לבדיקה אינדיבידואלית יעילה, בשל חוסר יכולת מבצעית להשיג את האינפורמציה הנדרשת לבירור הסיכון. לכן, בחירה באמצעי אחר מזה שבחר בו המחוקק עלולה להביא למניעת הגשמתה של מטרת החוק – להקטין ככל האפשר את הסיכון הביטחוני. מטעמים אלה קבעה השופטת מרים נאור כי החוק – שהוא חוק זמני – אינו לוקה באי-חוקתיות ואין עילה להצהיר על בטלותו. עם זאת, השופטת קראה למדינה לשקול להוסיף לחוק חריג המתיר מתן מעמד לתושבי האזור בישראל במקרים הומניטאריים, וכן להעלות באופן ניכר את גילם של הקטינים עליהם לא יחול האיסור שבחוק.

פסק דינו של השופט עדיאל

חוק האזרחות והכניסה לישראל (הוראת שעה), התשס"ג-2003 אינו פוגע בזכות לשוויון, אך פוגע בזכות לחיי משפחה אשר נכללת בזכות לכבוד לפי חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו. חרף פגיעה זו, אין לבטל את החוק, משום שלאור תכליתו ותרומתו לביטחון המדינה, הפגיעה בזכות לחיי משפחה מידתית ועומדת בתנאיה של פסקת ההגבלה שבחוק היסוד.

פסק דינו של השופט ריבלין

השופט א' ריבלין קובע כי אין צורך להכריז על בטלותו של חוק האזרחות והכניסה לישראל. בית המשפט אינו נוהג להכריע בשאלות שטרם באו לעולם, או בשאלות שחלפו מן העולם – כך במיוחד מקום בו מדובר בעתירה המבקשת הכרזה על בטלותו של חוק הכנסת. בענייננו החוק הוא בגדר הוראת שעה, והוא עתיד ממילא לפוג בקרוב. אף כי תוקפה של הוראת השעה הוארך בעבר מעת לעת, הרי שהוראותיה שונות בכיוון של צמצום המגבלות החלות על איחוד משפחות. אין אפוא להניח שמה שהיה הוא שיהיה, מה גם שהכנסת, שחוקקה את חוק האזרחות – והאריכה את תוקפו – נתפזרה, וכנסת חדשה ושונה נתכוננה תחתיה.

עם זאת, נדרש השופט ריבלין גם לשאלות העקרוניות שהתעוררו בעתירה. השופט ריבלין מצטרף למסקנה כי הוראת השעה פוגעת בזכות לחיי משפחה ובעקרון השוויון המעוגנים בחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו. השופט ריבלין מדגיש כי גם בזמני חירום אין לצמצם את גבולות הגדרתן של זכויות היסוד, וכי המבחנים החוקתיים החלים בזמן רגיעה, יפים גם לעת חירום – אם כי יישומם של המבחנים עשוי להיות מושפע מן המציאות השוררת. הפגיעה בזכויות היסוד, הגלומה בהוראת השעה, מקיימת לדעת השופט ריבלין את דרישת המידתיות שבפסקת ההגבלה. אינטרס הציבור, שאותו נועדה הוראת השעה להגשים, איננו אלא הזכות לחיים של בני אדם מסויימים – יהודים, מוסלמים, נוצרים ובודהיסטים – שעלולים להיפגע במעשה טרור אפשרי. הוראת השעה עשויה למנוע פגיעה בביטחון הציבור

ובחיי אדם, שהבדיקה הפרטנית לא תמנע. ההגבלות המוטלות בהוראת השעה חלות רק על בני זוג פלסטינים המתגוררים באזור הנתון היום לשלטון עויין. הפגיעה מתוחמת בזמן, שהרי מדובר בהוראת שעה הנבחנת מעת לעת לפי הנסיבות הקיימות, ובעבר צמצם המחוקק את האיסור הגורף שנקבע במקור, כך שהפגיעה בזכות צומצמה. השופט ריבלין סבור כי אם תחוקק שוב הוראת השעה, ראוי לכלול בה הוראה המאפשרת מתן היתר כניסה לישראל במקרים פרטניים מטעמים הומניטאריים.

פסק דינו של השופט לוי

השופט א' א' לוי עמד על מצב החירום הביטחוני בו שרויה ישראל, פרי מאמציהם המתמשכים של ארגוני הטרור הפלסטיניים לפגוע באזרחי המדינה ובתושביה, תוך שלילת זכותם לחיים ולביטחון. מציאות קשה זו מתחדדת נוכח מגמות הקצנה בחלקים מן העולם המוסלמי, ובפרט בחירתם-מדעת של הפלסטינים בהפקדת השלטון בידי החמאס. השנים האחרונות הפכו לקו פרשת מים בכל הנוגע לאמצעי ההתמודדות עם הטרור, ובתוך כך גם ההסדר למתן מעמד בישראל לפלסטינים תושבי השטחים מכוח נישואין, אינו יכול עוד לעמוד ודורש התאמה למציאות הביטחונית הקיימת.

להשקפתו של השופט לוי, בד בבד עם מתן הדעת לסכנה הביטחונית, על כל הסדר להתחשב גם בזכויות-יסוד של בן הזוג הישראלי, המבקש להתאחד עם תושב השטחים. ראשונה לזכויות אלו היא הזכות לחיי משפחה, הנגזרת מן הזכות החוקתית לכבוד, וכוללת הן את זכותו של אדם להינשא לבחירת לבו, והן את הזכות לקבוע את התא המשפחתי בכל מקום שיבחר. זכות שנייה היא זכותו של בן הזוג הישראלי ליחס שווה לזה לו זוכים אזרחי ישראל האחרים המבקשים מעמד לבני זוגם. ההסדר הנוכחי פוגע באורח בלתי מידתי בזכויות אלו, הן נוכח המגבלה הברורה שבו על היכולת לקיים חיי משפחה, והן משום שהוא מתעלם מכך שעיקר המבקשים להינשא לפלסטינים מהשטחים הם אזרחי ישראל הערבים. בתוך כך פוגע ההסדר בצביונה הדמוקרטי של מדינת ישראל ובמרקם היחסים העדין עם ציבור לא מבוטל החי בה.

לדעת השופט לוי, על יסודו של איזון ראוי בין זכויות הפרט לבין צורכי הביטחון של מדינת ישראל אשר אינם יכולים להשלים עם "ואקום" חקיקתי, אין מנוס מהותרתו לפי שעה של ההסדר הקיים על כנו. אך זאת, לתקופה שאינה עולה על תשעה חודשים, בהם יש לגבש הסדר מתוקן, שפגיעתו בזכויות פחותה. עיקר השינוי הנדרש הוא בקביעתם של אמצעים שיאפשרו בדיקה פרטנית של מידת הסיכון הביטחוני בכל מקרה ומקרה. בין אלה הציע השופט לוי לקבוע "חזקת מסוכנות", אותה יהיה על המועמד להגירה לסתור; לאסור על העתקת מקום מגוריו של המהגר לישראל בטרם אושרה בקשתו לאיחוד משפחות; ולדרוש כי הלה יצהיר אמונים למדינת ישראל ולחוקיה תוך ויתור על נאמנותו לישות אחרת. את חוות-דעתו חתם השופט לוי בהבעת צער על כי פעיליהם של ארגוני הטרור מנצלים לתועלתם את רצונם הכן של ערבים משני צדי הגבול להתאחד בברית הנישואין, ומסבים בתוך כך נזק כבד לבני הלאום אליו הם עצמם משתייכים.