

ניתוח פסיקה: פסק הדין של בג"ץ בעתירה נגד חוק האזרחות והכניסה לישראל

בג"ץ 466/07, חברת הכנסת זהבה גלאון (מרצ-יחד) ואח' נגד היועץ המשפטי לממשלה ואח'

(פסק הדין ניתן ב-11 בינואר 2012)

ב-11 בינואר 2012 נתן בג"ץ את פסק דינו בנוגע לחוקתיות של חוק האזרחות והכניסה לישראל (הוראת שעה), התשס"ג-2003 (להלן: חוק האזרחות), נוסח מתוקן לשנת 2007. החוק אוסר על מתן מעמד של תושבות או אזרחות לצורך איחוד משפחות לפלסטינים מהשטחים הכבושים או ממדינות המוגדרות "מדינות אויב": עיראק, איראן, לבנון וסוריה.

עדאלה, ארגוני זכויות אדם אחרים וחברי כנסת פנו לבג"ץ בדרישה לבטל את החוק. עדאלה טען כי חוק זה, יחד עם פסק הדין של בג"ץ בסוגיה זאת מ-2006, לא רק פוגעים באלפי משפחות שנאלצות לחיות בנפרד, אלא גם משקפים את ההידרדרות שחלה במעמד המשפטי של הערבים אזרחי ישראל. לפי השקפת עדאלה, החוק הוא אחד האמצעים הקיצוניים ביותר בסדרה של פעולות שנוקטות הממשלה והכנסת שתכליתן היא ערעור זכויותיהם של הפלסטינים אזרחי ישראל ושל פלסטינים מהשטחים הכבושים.

בניתוח פסק הדין המובא להלן נדון בקצרה בהתפתחויות המשפטיות הקשורות בחוק זה עד לפרסום פסק הדין בינואר 2012 ונציג ניתוח של החוק, מאז אושר ב-2003, לפי השקפת עדאלה.

1. חקיקת חוק האזרחות ב-2003

ב-31 ביולי 2003 חוקקה הכנסת את חוק האזרחות, האוסר על הענקת מעמד של אזרח או תושב מכל סוג שהוא לפלסטינים תושבי השטחים שנכבשו ב-1967, הנשואים לאזרחי ישראל. החוק פוגע באלפי משפחות, הכוללות עשרות אלפי פרטים. הכנסת חוקקה את החוק כהוראת שעה התקפה לשנה אחת, אבל שבה והאריכה את תוקפה עד היום. גופים המפקחים על יישום אמנות בתחום זכויות האדם, הפועלים מטעם האו"ם, אנשי אקדמיה והתקשורת הבינלאומית מתחו ביקורת חריפה על החוק.

ב-27 יולי 2005, בעקבות עתירות שעדאלה וארגוני זכויות אדם אחרים הגישו נגד החוק, שהעלו סימני שאלה על חוקתיותו, אישרה הכנסת תיקונים מזעריים בנוסח החוק. כיום החוק מאפשר הענקת מעמד תושב לילדים מתחת לגיל 14 ורישיונות שהייה לנערים מגיל 14 עד גיל 18. הוא מאפשר לנשים מעל גיל 25 ולגברים מעל גיל 35 להיכנס לישראל לצורך איחוד משפחות באמצעות היתרים זמניים. הוא מסמיך את שר הפנים להעניק לפלסטינים מעמד בהסתמך על שיקולים הומניטריים, שייבחנו על ידי ועדה לעניינים הומניטריים. עם זאת, החוק במפורש מחרג מההגדרה "הומניטרי" נוכחות של ילד או בן זוג בישראל. הוא מאשר כניסה של פלסטינים לישראל לצורך עבודה בישראל (מקרים שאינם קשורים לאיחוד משפחות) והוא מאפשר להעניק מעמד בישראל לפלסטיני "המזדהה עם מדינת ישראל ויעדיה". כל החריגים האלה מתייחסים אך ורק לפלסטינים מהגדה המערבית ואינם חלים על אחרים, ובכלל זה גם לא על תושבי עזה. עמדת עדאלה היא, שחריגים אלה אינם מצמצמים את הטבע המפלה של החוק ושכמה מהתיקונים דווקא מביאים להפרות נוספות של זכויות חוקתיות.

2. העתירה הראשונה של עדאלה לבג"ץ ותגובה המדינה

עדאלה ושני ארגוני זכויות אדם אחרים (האגודה לזכויות האזרחי בישראל והמוקד להגנת הפרט), משפחות הנפגעות מהחוק וחברי כנסת הגישו ביולי 2003 עתירות לבג"ץ נגד החוקתיות של חוק

האזרחות. העותרים טענו שהחוק פוגע בזכות לחיי משפחה ובזכות לשוויון של הערבים אזרחי ישראל¹.

בבית המשפט הגנה המדינה על החוק בנימוקים של שיקולים ביטחוניים וטענה כי בפלסטינים מהשטחים טמון איום ביטחוני על ישראל. המדינה טענה כי האיסור הגורף על איחוד משפחות מגן על ישראל ועל הישראלים, מכיוון שלמדינה אין אמצעים לנהל בדיקות ביטחוניות בנוגע לכל אדם המגיש בקשה לאיחוד משפחות. המדינה ביססה את טיעוניה על זכותה כישות ריבונית לפקח על גבולותיה ולהתיר את כניסתו של כל זר לתחומיה, או לשלול אותה, בהתבסס על שיקול דעת.

3. פסק הדין של בג"ץ מ-2006

ב-14 במאי 2006, ברוב של שישה שופטים נגד חמישה, החליט בית המשפט לדחות את העתירות. פסק הדין שפורסם, המחזיק 263 עמודים, מאשר למעשה את החקיקה הגזענית ביותר בהיסטוריה של מדינת ישראל. חמישה שופטים פסקו שהחוק הוא חוקתי, ואילו חמישה שופטים אחרים קבעו כי חוק האזרחות אינו חוקתי. השופט אדמונד לוי סבר כי החוק אינו חוקתי, אבל החליט לדחות את העתירות כדי להעניק למדינה תשעה חודשים שבהם תציג פתרון שישכך את האי-חוקתיות של החוק. לפיכך, אף על פי שהעתירות נדחו, שישה שופטים קבעו כי חוק האזרחות אינו חוקתי.

4. התיקון לחוק משנת 2007

במרס 2007 עבר בכנסת תיקון לחוק האזרחות. במקום לקבל את המלצתו של השופט לוי לתקן את החוק באופן שיקל את המגבלות שנקבעו בו, התיקון דווקא החמיר את המגבלות. החוק המתוקן מרחיב את תחולת החוק הקיים ומאריך את תוקפו. החוק החדש אינו מסתפק באיסור על אזרחים ישראלים הנשואים לפלסטינים תושבי השטחים לחיות אתם יחד כמשפחה בישראל, אלא מרחיב את האיסור ומחיל אותו גם על אזרחי איראן, עיראק, לבנון וסוריה או תושביהן. האיסור חל גם על כל אדם שבאזור מגוריו "מתבצעת פעילות העלולה לסכן את ביטחון מדינת ישראל או אזרחיה", לפי דיווחים ביטחוניים הנמסרים לממשלה. לפיכך, נוסח החוק משאיר את רשימת המדינות פתוחה. התיקון מ-2007 מקים לתחייה את "דוקטרינת הנוכרי העוין" ממלחמת העולם השנייה, שלפיה אנשים בעלי זהות אתנית או לאומית מסוימת נחשבים עוינים, אך ורק על בסיס זהותם.

5. עדאלה מגיש עתירה נגד התיקון מ-2007

בתגובה לתיקון הגישו עדאלה וארגוני זכויות אדם אחרים (האגודה לזכויות האזרחי והמוקד להגנת הפרט), משפחות הנפגעות מהחוק וחברי כנסת הגישו לבג"ץ עתירה שנייה בדרישה לקבוע שחוק האזרחות אינו חוקתי. עדאלה טען שהתיקון אינו חוקתי, מכיוון שהוא פוגע בעיקר בפלסטינים אזרחי ישראל ומפר את זכותם החוקתית לשוויון ואת זכותם החוקתית לחיי משפחה בישראל. החוק מגביל את החופש שלהם לבחור את בני זוגם ולחיות עם ילדיהם בתוך ישראל.

עדאל טען גם, שהחוק החדש עולה כדי אפליה גזעית, מכיוון שהוא מונע איחוד משפחות מיחידים מסוימים על בסיס זהותם הלאומית והאתנית בלבד, בלי יכולת לערער על ההנחה שכל התושבים והאזרחים המתגוררים באזורים "אסורים" מאיימים על ביטחון ישראל. החוק מפר את המשפט הבינלאומי, מכיוון שהוא מונע מבני מיעוט לאומי ילידי, הפלסטינים בישראל, לשמור על קשרים קרובים עם משפחותיהם, עמם ואומתם – פלסטינים וערבים אחרים. איסור גורף המונע מאזרחי ישראל הפלסטינים להתחתן עם בני זוג המשתייכים לעמם אך מתגוררים מחוץ לישראל, בעיקר אם יש להם ילדים, פוגע בזכותם לכבוד, מכיוון שהאיסור מוטל אך ורק על בסיס הרקע הלאומי או האתני של בן הזוג או בת הזוג.

¹ בג"ץ 7052/03, עדאלה – המרכז המשפטי לזכויות המיעוט הערבי בישראל נגש שר הפנים (2006). העתירות הוגשו על ידי חברת הכנסת זהבה גלאון, האגודה לזכויות האזרח בישראל, המוקד להגנת הפרט, עדאלה וכמה עותרים שחוק האזרחות פגע בזכותם לחיי משפחה.

עדאלה הוסיף וטען בעתירה, כי החוק החדש מונע מערבים אזרחי ישראל לעמוד בקשר עם משפחותיהם, עם בני האומה הערבית והעם הפלסטיני, וכי זהו עניין מסוכן ביותר, מכיוון שהערבים בישראל אינם קבוצת מהגרים אלא מיעוט לאומי יליד. בנוסף, האיסור המוטל על הערבים אזרחי ישראל לקיים חיי משפחה עם בני עמם הוא הפרה של עקרונות המשפט הבינלאומי. כדי לתמוך בטיעון זה הגישת עדאלה שלוש חוות דעת מטעם מומחים מבריטניה, דרום אפריקה ובית המשפט האירופי לזכויות האדם, שבחנו את התיק. שלושת המומחים קבעו שחוק האזרחות מפר את הזכות לחיי משפחה וכי זהו חוק מפלה ולא חוקתי.

6. פסק הדין של בג"ץ מ-2012

ב-11 בינואר 2012 פרסם בג"ץ את פסק דינו. גם הפעם התקבלה ההחלטה ברוב של שישה שופטים לעומת חמישה, אלא שהפעם דחה הרוב את העתירות וקבע כי החוק הוא חוקתי. שופטי הרוב היו המשנה לנשיאת בית המשפט העליון, אליעזר ריבלין, והשופטים אשר גרוניס, מרים נאור, אליקים רובינשטיין, חנן מלצר וניל הנדל. בדעת המיעוט היו נשיאת בית המשפט העליון דורית ביניש והשופטים אדמונד לוי, עדנה ארבל, סלים ג'ובראן ואסתר חיות.

א. דעת הרוב

שופטי הרוב הסכימו שהזכות החוקתית לחיי משפחה מקורה בזכות לכבוד. עם זאת, השופטים קבעו כי מכאן לא נובע בהכרח כי לעותרים עומדת הזכות לממש את זכותם לחיי משפחה בישראל. בית המשפט קבע גם, שאף אם יש הפרה של זכויות חוקתיות, ובהן הזכות לשוויון, זוהי הפרה מידתית העומדת בדרישות "פסקת ההגבלה"². הרוב פסק שהמגבלות שמטיל החוק הן מידתיות, בהתחשב בחריגים שקבע החוק.

השופט גרוניס, שנכנס לתפקיד נשיא בית המשפט העליון במרס 2012, פתח את פסק הדין שלו באמירה, "זכויות אדם אינן מתכוונות להתאבדות לאומית". הוא טען שבבחינת יתרונות החוק מול הנזקים העלולים להיגרם מיישומו יש להביא בחשבון אפשרות של טעות. לטעמו, אם יתברר בעתיד שאלה שקראו לבטל את החוק טעו והמעיטו בהערכת הסכנה שעלולה לצמוח ממנו, לא תהיה אפשרות לתקן את הנזק שייגרם לחיי אדם. מצד שני, אם אלה המאמינים שאין לבטל את החוק טועים, הנזק שנובע מטעותם הוא חוסר יכולת של אזרחים להקים משפחות עם פלסטינים או הפרדה בין בני זוג ישראלים לבני זוגם הפלסטינים. יש לשקול את הפגיעה בחיי המשפחה, שהיא פחותה בחומרתה אל מול הפגיעה הוודאית בחייהם של ישראלים ובגופם.

המשנה לנשיאה השופט ריבלין מצא שהפגיעה היא לתכלית ראויה ואינה מוגזמת.

השופטת נאור ציינה שהשפעת החוק פחתה בחלוף הזמן. מספר הזוגות שהתחתנו לפני החלטת הממשלה וחקיקת החוק, שאינם עומדים בדרישות הגיל המפורטות בחוק פחת במידה ניכרת, ואלה שנישאו אחרי החלטת הממשלה וחקיקת החוק עשו זאת מתוך מודעות למצב המשפטי. השופטת נאור הקדישה פרק נפרד בפסק הדין שלה, המתייחס לקטינים תושבי מזרח ירושלים. בעניין זה היא קבעה כי אין חשש (בכפוף לאישום ביטחוני או פילי) להפרדת קטינים מהוריהם, ואפילו לא להפרדה של צעירים שבעבר היו קטינים (ועתה הם בגירים) מהוריהם.

השופט רובינשטיין פסק שאף על פי שככל האפליה נבחנת במונחי תוצאה, אין להחיל את הטיעון לאפליה על אזרחי ישראל הבוחר בקשר זוגי עם תושב של מדינת אויב (או ישות מעין מדינתית).

השופט הנדל קבע שהפגיעה בזכות החוקתית של קבוצה של בני זוג ישראלים קשה, בגלל הקשר ההיסטורי, הגיאוגרפי והתרבותי בין ערביי ישראל לתושבי האזור. עם זאת, פגיעה זאת אינה מדורגת

² "פסקת ההגבלה" מפרטת כמה תנאים, שבהתמלאם יכולה תקנה לחרוג באופן חוקתי ממגבלות המפורטות בחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו.

במקום גבוה בהיררכיה של הזכויות החוקתיות. המדינה זכאית לקבוע חוקי הגירה ואזרח אינו יכול להכתיב למדינה מדיניות הגירה על פי בן הזוג שבחר.

השופט מלצר טען כי החוק הוא האפשרות הגרועה פחות מבין שתי עוולות וכי עדיפה נקיטת אמצעי זהירות על טיפוח חרטות. הוא הדגיש כי כלים חלופיים, כמו עריכת בדיקות ביטחוניות אישיות של פלסטינים המבקשים להיכנס לישראל כדי להתחתן, אינם מספקים פתרון לאתגרים הביטחוניים בכללם. הטיעון של השופט מלצר, "עדיף לנקוט אמצעי זהירות מאשר להצטרף", חומק מכל ניסיון ליצור איזון בין זכויות אדם והאינטרס הציבורי והוא נסתר בפסק הדין של השופט לוי, המתואר להלן.

ב. דעת המיעוט

חמשת שופטי המיעוט סברו כי הזכות החוקתית לחיי משפחה של בן הזוג הישראלי כוללת גם את הזכות לחיות בישראל ולגדל בה משפחה. ההצדקה לפגיעה בזכות זאת אינה עומדת בתנאי פסגת ההגבלה, המגדירה את הקריטריונים לחריגה מזכויות האדם המעוגנות בחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו, ובעיקר במרכיב המידתיות שבו. שופטי המיעוט קבעו גם, שהחוק פוגע בזכות החוקתית לשוויון באופן שאינו עומד בתנאי פסקת ההגבלה.

השופט לוי דחה את גישת הרוב, שהתבססה על שיקולים ביטחוניים בלבד ובאה לביטוי בפסק הדין של השופט מלצר. השופט לוי כתב: "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 מניה 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 לדרור 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"³. השופט לוי גם הדגיש שהמחוקק החמיץ הזדמנות שנתן לו בית המשפט בפסק הדין ב-2006 לתקן את החוק באופן שיאפשר לו לעבור את מבחן החוקתיות. לטעמו, התיקון האחרון לא צימצם את ההסדרים הגורפים שנקבעו בחוק אלא אף הרחיב אותם. בפסק דינו הנוכחי, בניגוד למה שכתב בהחלטה הקודמת, השופט לוי טען שחוק האזרחות אינו עובר אפילו את השלב הראשון של מבחן החוקתיות, ובמיוחד לא ביחס לערכיה של ישראל כמדינה יהודית ודמוקרטית. חוק הפוגע פגיעה חמורה בזכות מוגנת ואינו מותיר לה מרחב קיום אדיש לזכות זאת ולפיכך אינו ראוי. לדעת השופט לוי, חוק האזרחות הוא חוק כזה.

הנשיאה ביניש חזרה על הטיעונים שביטאה ב-2006 בפסק הדין על חוק האזרחות ומצאה כי החוק המתוקן אינו חוקתי. לדעתה, החוק הרחיב את הטענה בדבר הסכנה הטמונה באיחוד משפחות ולא נעשה כל מאמץ לכלול בו בדיקה פרטנית של הסכנה הנשקפת מבן זוג מסוים, ממשפחתו או מסביבתו הקרובה. החקיקה גם לא אימצה אמצעים אחרים לצמצום הנזק, כמו למשל מנגנון לביטול הנחת הסכנה באמצעות העברת נטל ההוכחה לאדם המבקש איחוד משפחות, כדי שיוכיח שאינו מהווה איום ביטחוני.

השופטת ארבל כתבה כי יש אלטרנטיבה מידתית יותר, שכוללת שלושה מרכיבים עיקריים: בדיקה פרטנית, יסודית ככל שמאפשרות הנסיבות; הצבת תנאי לבדיקת הבקשה לאיחוד משפחה: בן הזוג הזר אינו גר בישראל באופן לא חוקי ולא יגור בישראל עד שיקבל היתר כניסה לתחומיה; ודרישה להצהיר על נאמנות למדינת ישראל ולחוקיה ועל זניחת הנאמנות לכל מדינה או ישות מעין מדינתית אחרת. לדעתה, חלופה זאת הופכת את האמצעים שנקבעו בחוק הקיים ללא מידתיים.

השופט ג'ובראן פסק שהחוק פוגע באופן חומר ובלתי מידתי בזכות לחיי משפחה ובזכות לשוויון. הוא שם דגש על העובדה שבפועל, החוק חל רק על אזרחי המדינה הערבים. הוא גם קבע ששלילה מוחלטת של האפשרות לתת מעמד בישראל לבן זוג תושב האזור, בלי כל אינדיקציה לאיום ביטחוני

³ בג"ץ 466/07, חברת הכנסת זרבה גלאון (מרצ-יחד) ואח' נגד היועץ המשפטי לממשלה ואח', פסקה 47 לחוות הדעת של השופט לוי.

שכרוך בהימצאותו בישראל, מרמזת על הבחנה לא חוקית. התיקון לחוק והזמן שחלף מאז הפסיקה הקודמת הגבירו והעמיקו את הפגיעה בזכויות החוקתיות. *השופטת חיות* סברה כי מכיוון שנותר על כנו האיסור הקולקטיבי שנקבע בחוק, ומכיוון שתושבי האזור שהם בני זוג של ערבים אזרחי ישראל אינם מקבלים הזדמנות להוכיח, באופן פרטני, שאינם מהווים איום ביטחוני, ומכיוון שהקריטריון הקולקטיבי המונע איחוד משפחות בין ערבים מישראל לבני זוגם הגרים באזור הורחב בחוק המתוקן, עדיין קיימת הפרה לא מידתית של הזכות לחיי משפחה ושל הזכות לשוויון. השופטת חיות העירה גם, שההפרה הלא מידתית שיוצר החוק, המוחקת בפועל את הזהות הייחודית של הפרטים היוצרים קבוצה זאת, עלולה לחולל את הופעת "התיוג האתני" הלא קביל שאותה יש למנוע.

פסק הדין הוא צעד לאחור ביחס לפסיקה מ-2006 ולתורת המשפט הכללית. בית המשפט אמנם דחה את העתירות ב-2006, אבל רוב השופטים החליטו שהחוק היה לא חוקתי, ופסקו שהזכות למשפחה כוללת את הזכות לחיות עם המשפחה בישראל. לפיכך, הפסיקה מ-2012, שלפיה חיי משפחה בישראל אינם נכללים בזכות החוקתית לחיי משפחה היא נסיגה מתורת המשפט של בית המשפט.

בפסיקה שהזכות לחיי משפחה אינה כוללת את הזכות לחיות בישראל, פסק הדין גם מתעלם מהצו האוסר על אזרחי ישראל להיכנס לגדה המערבית, לעזה ול"מדינות אויב" אחרות ולחיות בהן. בעקבות חוק אחר שהתקבל ב-2008, אזרחים ישראלים שעושים זאת מסתכנים באובדן אזרחותם. לפי חוק זה, שר הפנים מוסמך להפקיע אזרחות ישראלית בנימוק של "בגידה", הכולל מגורים ב"מדינות אויב".

השינוי בתפיסת בית המשפט מתחולל במידה רבה בעקבות שינויים בהרכב הפוליטי שלו והפנייה ימינה בפוליטיקה הישראלית. הממשלה הנוכחית, בראשות בנימין נתניהו ואביגדור ליברמן, שנכנסה לתפקידה ב-2009, העבירה סדרה של חוקים המפלים את אזרחי ישראל הערבים. רוב שרי הממשלה רואים בערבים אזרחים "לא נאמנים", "גיס חמישי" ו"איום דמוגרפי". הממשלה הנוכחית פתחה במתקפה חריפה על בית המשפט העליון ועשתה מאמצים להגביל את סמכות הביקורת השיפוטית שלו.

ניתוח פסק הדין על ידי עדאלה

1. **בית המשפט לא התייחס במידה מספקת לנתונים הדלים בנוגע למעורבות ביטחונית ולשיח הדמוגרפי:** רוב השופטים לא ייחסו משקל מספיק לנתונים המעטים והחלשים שסיפקה המדינה בנוגע למעורבות של פלסטינים שנכנסו לישראל במסגרת איחוד משפחות באימים על ביטחון המדינה. לפי נתונים שמסרה המדינה בדיונים בבית המשפט, בין 2001 לאפריל 2010, 54 אנשים מבין 130,000 שקיבלו מעמד בישראל דרך הליכי איחוד משפחות היו "מעורבים ישירות בפיוגועי טרור" או נעצרו ברגע האחרון לפני ביצוע פיוגועים. עם זאת, המדינה לא סיפקה נתונים כלשהם על אופי המעורבות של אותם 54 אנשים בפיוגועים המדווחים או בניסיונות הפיוגוע. היא גם לא מסרה מידע על המספר המדויק של העצורים ביניהם, כמה מהם שוחררו, הועמדו לדין או הורשעו בגין פעולות אלה ולא מסרה מידע על חומרת המעשים שיוחסו להם. המדינה גם לא מסרה לבית המשפט על מועמדים לאיחוד משפחות או בנוגע למעורבות של אנשים מ"מדינות אויב" בענייני ביטחון כלשהם, ומכאן אפשר להסיק במידה רבה של ודאות כי אין בסיס עובדתי לאיסור הגורף על איחוד משפחות עם לא-יהודים ממדינות אלה. יתרה מזו, מידע שנמסר בעבר על ידי המדינה מעמיד בספק משמעותי טענות כלליות אלה. בתגובה לבקשה שהגיש מרכז עדאלה בדצמבר 2008 לקבלת מידע מפורט, מסרה המדינה שבין 54 חשודים, רק שבעה שקיבלו מעמד בישראל באמצעות איחוד משפחות הועמדו לדין והואשמו בעבירות ביטחוניות ומשפטיהם של שניים מהם הסתיימו. מכאן אפשר לשער שהעבירות שיוחסו להם היו שוליות יחסית.

מעבר לכך, בעוד שהחוק אוסר על כניסה של פלסטינים לישראל לצורך איחוד משפחות, הוא מתיר כניסה של פלסטינים מהגדה המערבית לצורכי עבודה. לפי נתונים רשמיים שסיפק מרכז המחקר בכנסת, ב-2008 קיבלו למעלה מ-21,600 פלסטינים מהגדה המערבית אישור לעבוד בישראל ו-5,500 פלסטינים נוספים קיבלו היתרי עבודה ב-2011.

מכאן ברור, שלחוק האזרחות יש קשר מועט עם שיקולי ביטחון. החוק נחקק לתכלית דמוגרפית. השיח הדמוגרפי, שצובר כוח בציבור הישראלי, פונה נגד האזרחים הערבים. לפי השיח הגזעני בתחום זה, עצם קיומם של ערבים בישראל, ולא מעשיהם, הוא איום קיומי למדינה. מדיניות ההפרדה הדמוגרפית מקבלת ביטוי מוחשי בחומת ההפרדה, כמו גם בשלילת חופש התנועה של הפלסטינים, הקלות שבה מוסרות זכויות התושבות של פלסטינים בירושלים והצעות החוק השונות שנועדו להקל על ביטול האזרחות או התושבות של ערבים אזרחי ישראל.

2. **חוק האזרחות הוא אחד החוקים הגזעניים ביותר בישראל:** בג"ץ אישר את אחד החוקים הגזעניים ביותר בישראל. החוק מכונן במפורש נגד אזרחי ישראל הערבים, אך ורק על בסיס זהותם הלאומית. הוא יוצר מסלול שלישי להתאזרחות בישראל. המסלול הראשון, הגבוה ביותר, מיועד ליהודים, שמקבלים אזרחות באופן אוטומטי ומיידי לפי חוק השבות. המסלול השני מיועד לזרים, המתאזרחים במסלול המדורג. במסלול זה מקבלים אזרחות או תושבות בישראל בתהליך הנמשך שנים מיום הגשת הבקשה. המסלול השלישי והנמוך ביותר מיועד לבני זוג של אזרחים ערבים, שהם תושבי השטחים הכבושים, איראן, עיראק, סוריה או לבנון. עדאלה הדגיש כי יצירת המסלולים האלה, המבוססים על זהותו הלאומית של המועמד, היא אפליה גזעית הסותרת את עקרון השוויון.

3. **התעלמות מפגיעות נוספות שגורם החוק:** שופטי הרוב לא הביאו בחשבון את כל העוללות הנובעות מהאיסור הקבוע בחוק. גם מועמדים שנכללים בחריגים שנקבעו בחוק אינם זכאים למעמד של אזרחות אלא מקבלים היתרי שהייה זמניים בישראל. מעמד כזה אינו מאפשר לפרטים לקבל ביטוח בריאות, קצבאות ביטוח לאומי, אישור עבודה או רישיון נהיגה בישראל; זהו מעמד נמוך אף יותר מאשרת תייר. איסורים אלה פוגעים במשפחה כיחידה ולא רק בבן הזוג הפלסטיני ויוצרים מצב שמביא לפגיעות נוספות בזכויות יסוד.

4. **פרשנות לא מדויקת של המשפט המשווה:** השופטים רובינשטיין ומלצר מצטטים פסקי דין של בית המשפט האירופי לזכויות אדם, כדי להביא נימוקים התומכים בצמצום היקפה של הזכות לחיי משפחה. השופטים מרבים לצטט את הפרשנות של בית המשפט האירופי לזכויות אדם בנוגע לסעיף 8 לאמנה האירופית לזכויות אדם: "סעיף 8 אינו מחייב מדינות לאפשר חיי משפחה בתחומן דווקא"⁴. עם זאת, בית המשפט האירופי לזכויות אדם קבע גם, שאף כי נכון כי "סעיף 8 אינו מחייב התחייבות כללית מצד המדינה לכבד את הבחירה של זוגות נשואים במדינה שבה יגורו ולקבל מגורים של בני זוג שאינם אזרחים באותה מדינה"⁵, "במקרים שעניינם חיי משפחה והגירה, מידת המחויבות המדינה לקבל בשטחה קרובים של אנשים הגרים שם תשתנה בהתאם לנסיבות הייחודיות של המעורבים ולפי האינטרס הכללי"⁶.

בהתייחסותם לפסיקה האירופית שופטי בית המשפט העליון אינם שמים דגש על "שולי ההערכה" שיש למדינות החתומות על האמנה בקביעת אמצעי ביטחון בנהלי ההגירה. שיקול הדעת בעניין זה חייב להיות "מוצדק ומידתי". עמדה זאת הובהרה בחוות דעת מטעם Open Society Justice Initiative, שעדאלה הגיש לבג"ץ במסגרת הדין בעתירה זאת.⁷ חוות הדעת מסכמת באופן הבא את ניתוח הזכות לאיחוד משפחות במערכת המשפט האירופית:

"לסיכום, המוסדות האירופיים הגיעו למסקנה ששלילת הזכות לאיחוד משפחות מאנשים שווה להתערבות בחיי המשפחה. יתרה מזו, הזכות לאיחוד משפחות מקבלת הכרה רחבה כזכות חיובית, במקרים שבהם מדינות מחויבות לסייע לקידומה, כפי שצוין בחוות דעת זו."⁸

⁴ Makuc v. Slovenia, 26828/06 (2007).

⁵ Haghighi v. The Netherlands, 38165/07 (2009), available at

<http://www.unhcr.org/refworld/pdfid/4a0a822b2.pdf>

⁶ שם.

⁷ ראו <http://www.soros.org/initiatives/justice/litigation/adalah/expert-opinion-20081124.pdf>

⁸ שם.

השופט מלצר התייחס לתיק *European Parliament v. Council of the European Union*⁹ שבו טען הפרלמנט האירופי כי צו 2003/86/EC¹⁰, שאומץ על ידי מועצת האיחוד האירופי¹¹, מפר את זכויות היסוד. הצו קובע את התנאים למימוש הזכות לאיחוד משפחות¹². אבל הציטוט מתעלם מהעבודה שהצו מתייחס רק לאזרחים של מדינות שאינן חברות באיחוד האירופי הגרים באופן לא חוקי בשטחה של מדינה החברה באיחוד, ולא לאזרחיהן-שלהן. השופט רובינשטיין מצטט את תיק *Z. and T. v. The United Kingdom*¹³. אבל נסיבות המקרה, כמו בפסקי דין אחרים שאליהם מתייחסים שופטי הרוב, שונות לחלוטין מחוק האזרחות הישראלי. בעוד שהחוק שהעותרים לבג"ץ דרשו לבטל התייחס *Z. and T. v. The United Kingdom* בית המשפט האירופי לזכויות אדם קבע בהתבסס על העובדה שבני המשפחה של המבקש היו מהגרים שקיבלו מקלט בבריטניה. פסיקה אחרת שציטט בג"ץ התייחסה למקרים שבהם שני בני הזוג שביקשו איחוד משפחות לא היו אזרחים של מדינות החברות באיחוד האירופי.

5. **אי-ציות להוראות המשפט הבינלאומי ולהמלצות של ועדות לזכויות אדם מטעם האו"ם:** חוות הדעת של שופטי הרוב אינה עולה בקנה אחד עם אמות המידה של המשפט הבינלאומי. בית המשפט לא ייחס משקל מספיק לטיעונים של עדאלה, המתייחסים לסעיף 4 של האמנה הבינלאומית לזכויות אזרחיות ופוליטיות (ICCPR), שישראל חתמה עליה ואישררה אותה. סעיף 4 קובע כי "בזמן שמוכרז רשמית מצב חירום, שמאיים על חיי האומה ועל קיומה, המדינות החתומות על האמנה יכולות לנקוט צעדים המפחיתים מערכן של התחייבויותיהן לאמנה זאת במידה הדרושה לפי חומרת המצב, בתנאי שאמצעים אלה אינם בלתי עקביים עם מחויבויות אחרות למשפט הבינלאומי ואינם מערבים אפליה על בסיס גזע, צבע, מין, שפה, דת או מוצא חברתי". סעיף זה, על פי הפרשנות הרווחת, מספק הגנה בעיקר לפרטים המשתייכים למיעוטים. בפרשנות כללית מס' 29 מ-2001 העירה הוועדה לזכויות האדם:

"הוועדה סבורה שההגנה הבינלאומית על זכויותיהם של אנשים המשתייכים למיעוטים כוללת מרכיבים שיש לכבד בכל הנסיבות. גישה זאת באה לביטוי באיסור על רצח עם במשפט הבינלאומי, בהכללה של פסקת האי-אפליה בסעיף 4 עצמו (פסקה 1), כמו גם באופי הלא ניתן לצמצום של סעיף 18"¹⁴.

בנוסף, חוות הדעת של שופטי הרוב אינה עולה בקנה אחד עם כמה המלצות לבטל את החוק שפורסמו מאז 2003 בהזדמנויות רבות על ידי ועדת האו"ם לביעור האפליה הגזעית (CERD). בהמלצות אלה קראה הוועדה לישראל לבטל את החוק, מכיוון שהוא סותר את משפט זכויות האדם הבינלאומי שישראל מחויבת לו ופוגע בזכויותיהם של הערבים אזרחי ישראל לשוויון ולחיי משפחה"¹⁵.

6. **התעלמות מזכותם של בני המיעוט הערבי לקיים חיי משפחה עם בני עמם:** חוק האזרחות מתעלם מזכותם של הערבים אזרחי המדינה לנהל חיי משפחה עם בני עמם, העם הפלסטיני, או עם בני האומה שלהם. הגבלה זאת היא הפרה של המשפט הבינלאומי, ובכלל זה של

⁹ Case C-540/03, *European Parliament v. Council of the European Union*, 2006 E.C.R. I-5769

ראו <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:32003L0086:EN:HTML>.

¹⁰ Case C-540/03, *European Parliament v. Council of the European Union*, 2006 E.C.R. I-5769

¹¹ שם, פסקה 66.

¹² ראו <http://www.unhcr.org/refworld/pdfid/45ccab042.pdf> (2006) 27034/05

¹³ *CCPR/C/21/Rev.1/Add.11, General Comment No. 29*

¹⁴ CERD/C/ISR/CO/13

¹⁵ <http://www.unhchr.ch/tbs/doc.nsf/%28Symbol%29/25b04cc5637c586bc1257307005263ce?Opendoc>

CERD/C/65Dec.2 <http://www.adalah.org/features/famuni/CERD2004.pdf>; [ument](http://www.adalah.org/features/famuni/CERD2004.pdf);

CERD/C/63/Misc.11/Rev.1,

<http://www.adalah.org/eng/intladvocacy/CERDDecisionfamilyunificationaugust2003Israel11>

[.pdf](http://www.adalah.org/eng/intladvocacy/CERDDecisionfamilyunificationaugust2003Israel11)

הצהרת האו"ם בדבר זכויותיהם של אנשים המשתייכים למיעוטים לאומיים או אתניים, דתיים ולשוניים מ-1992. בסעיף 2(5) להצהרה זאת נכתב:

"לאנשים המשתייכים למיעוטים יש זכות להקים ולשמר, בלי כל אפליה, קשרים שלווים וחופשיים עם אנשים אחרים החברים בקבוצה הלאומית שלהם ועם חברי קבוצות מיעוט אחרות, כמו גם קשרים חוצי גבולות עם אזרחים של מדינות אחרות שאליהם הם קשורים בקשרים לאומיים, אתניים, דתיים או לשוניים".

7. **השעיה של שלטון החוק:** פסק הדין מתלה את המשפט החוקתי בכל הנוגע לאזרחי המדינה הערבים, כאילו עקרון האי-אפליה והזכות לשוויון אינם חלים עליהם. חוק האזרחות משיב על כנה תפיסה שמשפט זכויות האדם הבינלאומי ביטל לפני זמן רב, היינו, את דוקטרינת "האויב הנוכרי". תפיסה זאת רואה בכל פלסטיני איום ביטחוני, אך ורק על בסיס זהותו הלאומית. ארצות הברית התייחסה באופן דומה לאזרחים ממוצא יפני במלחמת העולם השנייה. בית המשפט העליון בארה"ב השתמש בדוקטרינה זאת בפסיקתו בתיק *Hirabayashi v. US*,¹⁶ שעוררה ביקורת קשה. באותו תיק אישר בית המשפט את השימוש במושג "האויב הנוכרי" כמדד לקביעה מהו איום ביטחוני. זמן קצר לאחר מכן פרסם בית המשפט העליון בארצות הברית את פסק דין *Korematsu*,¹⁷ שבו קבע כי מעצרו של אזרחי ארה"ב ממוצא יפני משיקולים ביטחוניים וצבאיים תאם את החוקה, גם כן בהתבסס על דוקטרינת "האויב הנוכרי". לאחר מלחמת העולם השנייה עבר המשפט הבינלאומי מעמדה המבוססת על עקרון הריבונות של מדינה לעמדה המאפשרת הגבלת ריבונות של מדינה לטובת זכויות האדם. לאחר המלחמה נמתחה ביקורת קשה, אפילו בארצות הברית, על המדיניות שנקטה המדינה כלפי אזרחים ממוצא יפני. 50 שנה לאחר מכן, ב-1988, אישר הקונגרס האמריקאי את חוק החירויות האזרחיות המכיר בעוולות שנגרמו לאזרחי ארצות הברית ממוצא יפני בזמן המלחמה. ההחלטה על אישור החוק כללה התנצלות לפני האזרחים ממוצא יפני על האי צדק שנגרם להם.

חוק זה, לצד פסק הדין של בג"ץ מינואר 2012, יש לבחון ביחס לחוקים הרבים שהתקבלו לאחרונה בכנסת, היוצרים אפליה ישירה או עקיפה של הערבים אזרחי ישראל. חוקים אלה כוללים סעיפים המאפשרים ליישובים קהילתיים בישראל לדחות אזרחים ערבים המבקשים להתקבל כחברים בהם, בנימוק על "אי התאמה חברתית ותרבותית"; שלילת אזרחותם של פרטים המתגוררים בשטחים הכבושים או במדינות ערב המוגדרות "מדינות אויב", בנימוק של "אי-נאמנות"; קיצוץ תקציבים של ארגונים המקבלים מימון ממשלתי המקיימים אירועי זיכרון לנכבה, הנרטיב הפלסטיני ל-1948; מתן אישור בדיעבד להתיישבויות בודדים ולחוות בודדים המוקמות על אדמות בבעלות בדווית בנגב, ובה בעת הוצאת צווים להריסת בתים בכפרים לא מוכרים בנגב; מתן אפשרות למכירת אדמות מדינה, שרובן הופקעו מבעליהן הפלסטינים, לידיים פרטיות; ואיסור על מכירת נכסים לזרים, אלא אם כן מדובר ביהודים שחוק השבות חל עליהם. מלבד חוקים חדשים אלה, זכותם של האזרחים הערבים לחופש ביטוי פוליטי מוגבלת גם היא, באמצעות מאמצים לפסול מפלגות ערביות מהשתתפות בבחירות לכנסת בנימוק שהן קוראות להעניק שוויון לכל האזרחים, לכאורה בסתירה להגדרה הקובעת כי ישראל היא מדינה יהודית ודמוקרטית. חוקים חדשים אלה הם האיום האמיתי על השוויון והדמוקרטיה בישראל.

¹⁶ *Hirabayashi v. U.S.*, 320 U.S. 81 (1943)

¹⁷ *Korematsu v. U.S.*, 323 U.S. 241 (1944)