

**הגירה, טרור וזכויות אדם:
מדיניות הכניסה לישראל בעתות חירום
(בעקבות בג"ץ 7052/03 עדאלה נ' שר הפנים)**

ליאב אורגד

תקציר ♦ **פתח דבר** ♦ א. הגירת נישואין בעתות חירום – הדין הבינלאומי 1. מצב מלחמה ועימות מזוין 2. האוכלוסייה האזרחית כנתיני אויב 3. הגירת נישואין של נתיני אויב בעת מלחמה 4. בין טהראן לרשות הפלסטינית 5. מדינות אויב ומדינות סיכון ♦ ב. הגירת נישואין בעתות חירום – הדין החוקתי 1. על ביטחון המדינה ותכלית "דמוגרפית" 2. עתות שלום ועתות מלחמה 3. זכות האזרח למשפחה או זכות הזר להגירה 4. אפליה לרעה או הבחנה מותרת 5. זכויות אדם, טרור ולקידת סיכונים – שאלת המידתיות (א) חזקת מסוכנות: תיאוריה ומשפט (ב) חזקת מסוכנות ובידוק אינדיבידואלי (ג) חזקת מסוכנות ומערך ההסתברויות ♦ **סוף דבר**

תקציר

האם מדינת ישראל רשאית למנוע באופן גורף כניסה לשטחה של נתיני מדינות אויב ואזורי סיכון? שאלה זו נדונה בפרשת חוק האזרחות והכניסה לישראל. במאמר זה מציג המחבר עקרונות להסדרת מדיניות הכניסה לישראל בעתות חירום מנקודת מבטו של המשפט הבינלאומי, ההשוואתי והחוקתי.

חלקו הראשון של המאמר בוחן את השאלות מהי מלחמה, מיהו נתיני אויב, ומהו הכלל החל במשפט הבינלאומי וההשוואתי על הגירת נישואין של נתיני מדינות אויב ואזורי סיכון. מסקנת המחבר היא שמדינת ישראל רשאית למנוע, לפי הדין הבינלאומי, הגירה בעתות חירום, וזאת גם בהיעדר מלחמה. כלל זה חל על הגירה מאיראן, לבנון, סוריה, עיראק ושטחי

* ליאב אורגד, תלמיד לתואר שלישי, האוניברסיטה העברית בירושלים; חוקר אורח, הפקולטה למשפטים, אוניברסיטת הרווארד.

** תודתי נתונה (לפי סדר א"ב) ליפה זילברשץ, לנעמה כרמי, לברק מדינה, לירום מרגליות, לסוזי נבות, למיטל פינטו ולירום רבין על הערותיהם לטיוטה קודמת של המאמר. תודה מיוחדת לאלכסנדר יעקובסון ולאמנון רובינשטיין על שיחות מפרות ועל הערות חשובות לטיוטות שונות של המאמר, למערכת "מחקרי משפט" על הערות מקיפות שתרמו מאוד לשיפורו ולעורך, רוני רוזנברג, על שיחות מפרות ומועילות. תודתי נתונה גם למרכז הבינתחומי בהרצליה, לקרן אייסף ולקרן לקידום החינוך בישראל על תמיכתם, אשר אפשרה את כתיבת המאמר. תוכן הדברים מייצג את עמדותי בלבד.

ליאב אורגד

הרשות הפלסטינית. המחבר מציג את ההצדקות לכלל זה, כפי שהתפתחו בהגות הפילוסופית ובדיני המלחמה, וכן ביקורת שנמתחה עליו ומענה אפשרי לה. בהקשר זה דן המחבר בשאלות אם חל שינוי במעמדו המשפטי של הכלל מאז מלחמת העולם השנייה, כיצד משפיע הכיבוש הישראלי בגדה המערבית על הכלל המשפטי, והאם נדרש כלל שונה במקרה של מיעוטים "ילידים".

חלקו השני של המאמר בוחן את כלל איסור הכניסה למול עקרונות המשפט החוקתי בישראל ובמרכזם עקרון השוויון והזכות להי משפחה. במסגרת זו דן המחבר בנסיבות שבהן נדרשת קונקרטיזציה של הערכת סיכונים בעת לחימה ובנסיבות שבהן ניתן להסתפק בהערכת סיכונים המבוססת על ראיות סטטיסטיות. טענת המחבר היא כי חזקת מסוכנות חלוטה במקרה של הגירה בעתות חירום עומדת במבחני חוק היסוד. בבחינת תועלתה ועלותה של חזקת המסוכנות, השאלה הרלוונטית אינה כמה מהגרים היו מעורבים במעשי טרור או כמה מעשי טרור התרחשו כתוצאה מהגירתם, אלא מהו סך הנזק שנגרם בשל כך. להצלחה של פיגוע טרור יש עלות רחבה הרבה יותר ממספר הקורבנות: יש לכך השלכות אסטרטגיות, מדיניות ופסיכולוגיות; השלכות על כלכלת המדינה, על היחסים הבינלאומיים, על כושר ההרתעה של המדינה, על יכולתה לעמוד בפני איומים וכיו"ב משתנים שהם חלק, או אמורים להיות חלק, מכל נוסחה מתמטית. בחינה שכזו מובילה למסקנה שלפיה חזקת המסוכנות היא מידתית, בין היתר הואיל וסך התועלת במעבר מבידוק אינדיבידואלי לאיסור גורף גבוה מסך הנזק הנלווה לכך, שנגרם בשל פגיעה בזכויות.

פתח דבר

חוק האזרחות והכניסה לישראל (הוראת שעה), התשס"ג-2003,¹ הקפיא את ההליכים שאפשרו הגירה לצורך נישואין של זרים משטחי יהודה, שומרון וחבל עזה עם אזרחי ישראל ותושביה.² החוק נחקק לאחר שהתברר כי מתן היתרים לאיחוד משפחות משטחים אלו נוצל לרעה לשם ביצוע פיגועי טרור בישראל. כנגד חוקתיותו של החוק הוגשו מספר עתירות לבג"ץ. במאי 2006 פורסם פסק הדין.³ בהחלטה דרמטית אושרה חוקתיותו של חוק האזרחות והכניסה לישראל על חודו של קול, ברוב של 6 מול 5

1 חוק האזרחות והכניסה לישראל (הוראת שעה), התשס"ג-2003, ס"ח 1901, 544. החוק תוקן ותוקפו נקבע עד ליום 31.3.06. ראו חוק האזרחות והכניסה לישראל (הוראת שעה) (תיקון), התשס"ה-2005, ס"ח 2018, 730.

2 ההליכים שאפשרו עד לאותה עת הגירת נישואין בין אזרחים ישראלים לבין זרים פורטו בבג"ץ 2355/98 סטמקה נ' שר הפנים, פ"ד נג(2) 728 (1999). הליכים אלו חלו עקרונית על כל הזרים המבקשים להגר לישראל שלא מכוח חוק השבות, התש"י-1950, ס"ח 51, 159, ובכלל זה גם על בני זוג משטחי הרשות הפלסטינית.

3 בג"ץ 7052/03 עדאלה – המרכז המשפטי לזכויות המיעוט הערבי בישראל נ' שר הפנים, פדאור 28(05) 696 (2006) (להלן: פרשת עדאלה).

שופטים.⁴ עם זאת, רוב השופטים סברו כי החוק אינו חוקתי בשל פגיעה לא מידתית בזכויות חוקתיות, ובראשן הזכות לייסד חיי משפחה בישראל והזכות לשוויון של אזרחי ישראל הערבים, שהם, במבחן התוצאה, הנפגעים העיקריים מהחוק. השופט אדמונד לוי, שהיווה את לשון המאזניים, סבר כי יש לדחות את העתירות, משום שתוקפו של החוק יפוג ממילא בתוך זמן קצר, וכי יש לאפשר למחוקק לאמץ הסדר משופר ומידתי.⁵

המחוקק אכן נתן דעתו לפסק הדין. במרץ 2007 פורסם ברשומות חוק האזרחות והכניסה לישראל (הוראה שעה), התשס"ז-2007.⁶ החוק קובע כי שר הפנים לא יעניק היתר ישיבה או שהייה בישראל לנתין זר, תושב אזור יהודה, שומרון וחבל עזה, וכן לתושב או לאזרח של מדינת אויב, המוגדרת בחוק כאיראן, לבנון, סוריה ועיראק. המחוקק ביקש להקל מנוקשותו של האיסור הגורף ולכן קבע גם חמישה חריגים. ראשית, חריג לגבי בני זוג: שר הפנים רשאי להתיר כניסה של נתין אויב שגילו מעל 35 שנה ושל נתינת אויב שגילה מעל 25 שנה.⁷ שנית, חריג לגבי ילדים: שר הפנים רשאי להתיר כניסה של קטין שגילו עד 14 שנה לשם מניעת הפרדתו מבני משפחה השוהים בישראל. שלישית, חריג הומניטרי: שר הפנים רשאי להתיר שהייה או ישיבה ארעית בישראל מטעמים הומניטריים, לפי המלצה של ועדה מיוחדת. רביעית, שר הפנים רשאי להנפיק היתרים מיוחדים למטרות זמניות, כגון עבודה בישראל וטיפול רפואי. חמישית, שר הפנים רשאי לאפשר ישיבה בישראל או להעניק אזרחות בה אם המבקש מזדהה עם ישראל או אם פעל לקידום ביטחונה, כלכלתה או עניין חשוב אחר.⁸

כנגד התיקון לחוק האזרחות והכניסה לישראל הוגשו כמה עתירות לבג"ץ.⁹ טענת העותרים היא שהתיקון לחוק אינו מתקן את הפגמים שנפלו בנוסחו המקורי, שעליהם עמד בהרחבה בג"ץ בפרשת עדאלה. בשעת כתיבת שורות אלו טרם ניתנה החלטת בג"ץ. פרשת עדאלה והתיקון לחוק האזרחות והכניסה לישראל הם העומדים במרכזו של מאמר זה. הטענה שתוצג היא שאין פסול חוקתי באיסור גורף על הגירה, ולו גם לצורך נישואין, בעת חירום ומלחמה, או ממדינות סיכון – גם בהיעדר מלחמה. פיקוח גבולות הוא חלק חיוני במלחמה בטרור, שאחד ממאפייניה המרכזיים הוא שימוש בבני אדם

4 שם. השופטים חשין, ריבלין, לוי, גרוניס, נאור ועדיאל היו בדעה כי יש לאשר לפי שעה את חוקתיות החוק. מנגד, השופטים ברק, ביניש, ג'ובראן, חיות ופרוקצ'יה היו בדעה שיש לבטל את החוק בשל אי-חוקתיותו.

5 שם, בפס' 11 לפסק דינו של השופט לוי.

6 ראו ס"ח 295, 2092 (להלן: "חוק האזרחות והכניסה לישראל" או "החוק").

7 ס' 3 לחוק. להערכת גורמי הביטחון, "כ-90% מהמעורבים בפיגועי טרור הינם בין הגילאים 16 עד 35, וכמו כן 97% מהמחבלים המתאבדים הינם באותם גילאים". ראו פס' 37-38 ל"תשובה מטעם המשיבים" בבג"ץ 7052/03, 6.11.2005.

8 ס' 3א, 1א3, 3ב ו-3 לחוק בהתאמה (סייג לחריג נקבע בס' 3 לחוק).

9 בג"ץ 466/07 גלאון נ' שר הפנים; בג"ץ 544/07 האגודה לזכויות האזרח בישראל נ' שר הפנים; בג"ץ 830/07 עדאלה, המרכז המשפטי לזכויות המיעוט הערבי בישראל נ' שר הפנים, (להלן: עתירת עדאלה).

ככלי נשק. עם זאת, בשל הפגיעה הממושכת בחיי המשפחה של אזרחים הנגרמת מהאיסור על כניסת בני משפחתם, ראוי לאפשר את הפרכת "חזקת המסוכנות" במקרים אינדבידואליים, לפחות לגבי אזור הגדה המערבית, כאשר נטל ההוכחה יהא על המבקש. חזקת מסוכנות, המניחה כי קיים סיכון ביטחוני פוטנציאלי מכניסה לישראל של נתין אויב או של נתין מדינת סיכון, אך המאפשרת לפרט להפריכה במקרה מסוים, מהווה פשרה בין דעת הרוב לדעת המיעוט בפרשת עדאלה; היא שומרת על החזקה של קיום סיכון ביטחוני עקרוני ובה בעת מאפשרת עשיית צדק אינדיבידואלי במקרים המתאימים.

פרק א מציג את הנסיבות המיוחדות שלאורן נחקק החוק, ובראשן הסכסוך המזוין בין הצד הישראלי לצד הפלסטיני. הדגש מושם על המשפט הבינלאומי, ובמרכזו דיני המלחמה, על הדין ההשוואתי ועל ההגות הפילוסופית של דיני המלחמה. אטען כי לפי אלו רשאית מדינה דמוקרטית למנוע באופן גורף כניסה לשטחה, לרבות כניסה לשם נישואין של נתיני אויב ושל נתיני אזורי סיכון, וזאת אף בהיעדר סכסוך מזוין. בחלק זה יוצגו גם ההצדקות לכלל זה, כפי שהתפתחו בהגות הפילוסופית ובדיני המלחמה במהלך מלחמות העולם ולאחריהן, וכן ביקורת שנמתחה עליו בדיון הציבורי ומענה אפשרי לה.

פרק ב עניינו הדין החוקתי בישראל. ראשית, אטען כי הגם שהנושא הדמוגרפי אכן הוזכר בהליכי החקיקה, וייתכן שכמה חברי כנסת תמכו בחוק גם מטעם זה, תכליתו העיקרית של החוק, שהניעה את הליך החקיקה, היא ביטחוניית. שנית, באשר לזכויות הנפגעות, אטען כי הגם שחוק האזרחות והכניסה לישראל פוגע בזכות לחיי משפחה של אזרחים המבקשים להקים משפחה בישראל, ההכרה באיחוד משפחות כחלק מהזכות החוקתית לחיי משפחה, כפי שקבעו רוב שופטי בג"ץ בפרשת עדאלה, היא מהלך בעל השלכות מרחיקות לכת על דיני ההגירה בכללותם, הראוי לכן לעיון מחודש. נוסף לכך, אטען כי החוק אינו מהווה אפליה תוצאתית של הפלסטינים אזרחי ישראל, כפי שקבע רוב שופטי בג"ץ בפרשת עדאלה, אלא הינו הבחנה מותרת. שלישית, באשר לחוקתיותו של חוק האזרחות והכניסה לישראל לאור מבחניו של חוק היסוד, ובמרכזם מבחני המידתיות, אטען כי שימוש בראיות סטטיסטיות עשוי להיות אמצעי מידתי, במיוחד בהקשרן של מלחמות, וזאת גם אם מדובר בחזקה חלוטה, כגון "חזקת המסוכנות" הניצבת בבסיס החוק. השימוש בראיות סטטיסטיות מוצדק בעיקר באותם הקשרים מיוחדים שבהם אין יכולת פרקטית לאסוף ראיות קונבנציונליות. ואולם, לפחות לגבי מהגרי משפחה מאזור הגדה המערבית, שבחלקו יש לישראל שליטה אפקטיבית ולכן גם יכולת מוגברת לאסוף ראיות קונבנציונליות, אטען כי ראוי לאמץ חזקת מסוכנות הניתנת לסתירה. זו מאפשרת שמירה לא מוחלטת על הביטחון תוך כדי הגשמה לא מוחלטת של זכויות האדם. עוד אטען כי בבחינת תועלתה ועלותה של חזקת המסוכנות, השאלה הרלוונטית אינה כמה מהגרים היו מעורבים במעשי טרור או כמה אירועי טרור התרחשו כתוצאה מהגירתם, אלא מהו היקף הקורבנות וסך כל הנזק שנגרמו בשל כך; העניין אפוא אינו כמותי, אלא איכותי. בחינה שכזו מובילה לדעתי למסקנה שלפיה חזקת

הגירה, טרור וזכויות אדם: מדיניות הכניסה לישראל בעתות חירום

המסוכנות היא מידתית, בין היתר הואיל וסך התועלת במעבר מבידוק אינדיבידואלי לאיסור גורף (שבצדו חריגים) גבוה מסך הנזק הנלווה לכך, שנגרם בשל פגיעה בזכויות.

א. הגירת נישואין בעתות חירום – הדין הבינלאומי

הטענה המרכזית אשר תוצג בפרק זה היא שהדיון בחוק האזרחות והכניסה לישראל צריך להיעשות על רקע תכליתו הביטחונית ולאורה ולא במנותק מהנסיבות שבהן נחקק. גם כאשר בוחנים את שאלת היתר הכניסה של הזר מנקודת המבט של זכותו החוקתית של האזרח, אין להתעלם מזהותו של הזר ומהנסיבות שבהן מוגשת בקשתו. אלו כוללות את הנחות היסוד הבאות: ראשית, כי בין הצד הישראלי לצד הפלסטיני, כמו גם בין ישראל לאיראן, לבנון, סוריה ועיראק, מתקיים מצב מלחמה; שנית, כי נתיני ישויות אלו הם נתיני אויב; שלישית, כי הדין הבינלאומי מאפשר למנוע באופן גורף הגירה, ובכלל זה הגירת נישואין, של נתיני אויב ושל נתיני מדינות סיכון ואזורי סיכון.¹⁰ הואיל והנושא השנוי ביותר במחלוקת הוא האיסור על הגירה משטחי הרשות הפלסטינית, הדיון יתמקד באזורים אלו.

1. מצב מלחמה ועימות מזוין

הקיים מצב מלחמה בין הצד הישראלי לצד הפלסטיני? בדין הישראלי או הבינלאומי אין הגדרה מפורשת למצב מלחמה או אמות מידה ברורות לזיהויו. ההגות העוסקת בדין המלחמה, כמו גם הדין הבינלאומי וההשוואתי, דורשת לכל הפחות שיתקיים מצב של עימות בין עמים או קהילות. אין כל חובה שהעימות יהיה אליים כל הזמן או שיתקיים בין מדינות ריבוניות או שתקדם לו הכרזת מלחמה.¹¹ הגם שפעולות לחימה הן חלק אינטגרלי ממצב המלחמה, מלחמה אינה מחייבת לחימה וחילופי אש כל הזמן – ייתכן מצב של הפוגה. ייתכן גם מצב מלחמה בין ישויות שאינן מדינות, דוגמת "המלחמה בטרור". גם מלחמת לבנון השנייה הייתה בין מדינה – ישראל – לבין ארגון טרור שאינו

10 בכך מרחיב פרק זה תזה שהוצגה במקום אחר, אומצה בפרשת עדאלה והיוותה בסיס לדעת הרוב שפורטה בפסק דינו של המשנה לנשיא מישאל חשין. פרק זה שופך אור על שורשיה של התזה בדין הבינלאומי ובהגות הפילוסופית. ראו אמנון רובינשטיין וליאב אורגד "זכויות אדם, ביטחון המדינה ורוב יהודי – המקרה של הגירה לצורכי נישואין" הפרקליט מה 315, 328-317 (תשס"ו) (להלן: רובינשטיין ואורגד).

11 על המונח "מלחמה" ומשמעותו ראו: FRANK PRZETACZNIK, THE PHILOSOPHICAL AND LEGAL CONCEPTION OF WAR §§ 4-28 (1994).

מדינה – חיזבאללה.¹² ההיסטוריה רצופה בדוגמאות למלחמות בין שבטים, פיראטים וקהילות שאינן מדינות ריבוניות.¹³ קיומה של מלחמה גם אינו מותנה בהכרזת מלחמה, לא לפי ההגות הפילוסופית העוסקת בדיני המלחמה ולא לפי הדין הבינלאומי או הישראלי.¹⁴ למעשה, הפעם האחרונה שמלחמה הוכרזה בעולם הייתה בעת מלחמת העולם השנייה.¹⁵ עשרות סכסוכים מזוינים שאירעו מאז התנהלו ללא הכרזה רשמית. כיום אין עוד צורך באדם עם שופר או עם חצוצרה שיבשר לעולם את דבר הלחימה. בישראל נפסק כי מאז ספטמבר 2000, עת פרצה אינתיפאדת אל-אקצה, קיים מצב של "סכסוך מזוין בעל אופי בינלאומי", דהיינו, מצב שווה ערך למלחמה מבחינת הדין הבינלאומי, בין הצד הישראלי לצד הפלסטיני.¹⁶ על מצב זה חלים "דיני המלחמה"¹⁷ ויש בו עליות ומורדות. יש תקופות של רגיעה לצד חילופי אש ופעולות לחימה.¹⁸ אך תג המחיר ברור: בחמש שנות העימות שבין ספטמבר 2000 לספטמבר 2005 נהרגו 1,060 ונפצעו 6,089 ישראלים; בצד הפלסטיני נהרגו 3,333 בני אדם ונפצעו עשרות

- 12 סוכנויות הידיעות, "נוסח הצעת ההחלטה של האו"ם להפסקת מעשי האיבה בין ישראל לחיזבאללה ולבנון" הארץ Online חדשות 7.8.2006
www.haaretz.co.il/hasite/pages/ShArt.jhtml?itemNo=746673&contrassID=1
- 13 ראו לעניין זה ע"א 5964/92 בני עודה נ' מדינת ישראל, פ"ד נו(4) 1, 7 (2002); בג"ץ 769/02 הוועד הציבורי נגד העניינים בישראל נ' ממשלת ישראל, פדאור 06 (31) 578, בפס" 21 לפסק דינו של הנשיא ברק (2006) (להלן: פרשת הסיכולים הממוקדים).
- 14 ס' 40(א) לחוק-יסוד: הממשלה, ס"ח התשס"א 158, מחייב רק כי "המדינה לא תפתח במלחמה אלא מכוח הכרזת מלחמה". סעיף זה עוסק בפתיחת מלחמה ולא בקיומה של מלחמה. לא נעשה בו שימוש במלחמת לבנון בקיץ 2006. ראו בג"ץ 6204/06 כילין נ' ראש ממשלת ישראל, פדאור 06 (17) 626 (2006) (הנשיאה בייניש: "על-פי המשפט הבינלאומי הכרזת מלחמה פורמאלית איננה תנאי לקיומו של מצב מלחמה או סכסוך מזוין, ואף אינה נדרשת לצורך תחולת כללי המשפט הבינלאומי בדבר אופן ניהול הלחימה.").
- 15 כבר בתקופת מלחמת העולם הראשונה הוכנה במשרד החוץ הבריטי חוות דעת שלפיה הכרזת מלחמה אינה נדרשת לשם הכרה משפטית במצב מלחמה. ראו: James W. Garner, *Treatment of Enemy Aliens*, 13 Am. J. Int'l L. 22, 26-27 (1919) (להלן: גרנר).
- 16 ראו בג"ץ 2056/04 מועצת הכפר בית סוריק נ' ממשלת ישראל, פ"ד נח(5) 807 (2004); בג"ץ 7015/02 עגורי נ' מפקד כוחות צה"ל בגדה המערבית, פ"ד נו(6) 352 (2002); בג"ץ 4764/04 רופאים לזכויות אדם נ' מפקד כוחות צה"ל בעזה, פ"ד נח(5) 385 (2004); פרשת עדאלה, לעיל הערה 3, בפס" 3 ו-8 לפסק דינו של המשנה לנשיא חשין.
- 17 פרשת הסיכולים הממוקדים, לעיל הערה 13, בפס" 18-21 לפסק דינו של הנשיא ברק.
- 18 העימות המזוין טרם הסתיים חרף רגיעה יחסית בחילופי האש שבין ישראל לרשות הפלסטינית בגדה המערבית. ראו לאחרונה בעניין הסיכולים הממוקדים, לעיל הערה 13, בפס" 16-21 לפסק דינו של הנשיא ברק. באשר לרצועת עזה, הלחימה בין ישראל לשלטון החמאס בדצמבר 2008 וינואר 2009, שכותרתה "עופרת יצוקה", מחזקת את ההנחה שהעימות המזוין טרם הסתיים. זוהי גם הנחת היסוד בהחלטה 1860 של מועצת הביטחון באו"ם, העוסקת בהפסקת אש בת קיימא ולא בסיומו של מצב המלחמה בין הצדדים.

הגירה, טרור וזכויות אדם: מדיניות הכניסה לישראל בעתות חירום

אלפים.¹⁹ הטרמינולוגיה הרשמית, המושפעת גם משיקולים מדיניים ופוליטיים, חשובה פחות. בין אם נקרא לכך "עימות מזוין", "עימות בעצימות נמוכה" או "אינתיפאדת אל-אקצה", הפלפול הלשוני לא משנה את העובדה שמדובר במצב מלחמה. ואכן, באפריל 2006 הכריזה ממשלת ישראל על הרשות הפלסטינית כעל "רשות טרור העוינת את ישראל".²⁰ בספטמבר 2007 הכריזה ממשלת ישראל על שלטון החמאס בעזה כעל "ישות עוינת".²¹ בדצמבר 2008 החלה לחימה פעילה בין ישראל לבין שלטון החמאס ברצועת עזה.²² קודם לכן, בפברואר 2006, הכריז שר הביטחון על שטחי הגדה המערבית וחבל עזה כעל "אזורי עימות".²³ התפתחויות אלו יש בהן לחזק את קיומו של העימות המזוין.

2. האוכלוסייה האזרחית כנתיני אויב

קיים, אם כן, עימות מזוין בין הצד הישראלי לבין הצד הפלסטיני. אך מיהם הצדדים הלוחמים? בפילוסופיה של דיני המלחמה יש שתי גישות לגבי מהותה של מלחמה וזהות הצדדים הלוחמים. לפי הגישה הקלאסית, מלחמה היא מאבק כולל ומקיף בין מדינות. האומה כמכלול יוצאת למלחמה. על כן, במהלך המלחמה מוחזקים נתיני המדינה היריבה כנאמנים למדינתם באופן קולקטיבי. עמנואל קאנט הסביר כי מלחמה איננה רק יחסי איבה בין המדינות, אלא היא גם יחסי איבה בין הנתינים של המדינות היריבות.²⁴

19 מרכז המידע למודיעין ולטרור, המרכז למורשת המודיעין (מ.ל.מ.), "טרור המתאבדים בשנות העימות הישראלי פלסטיני (ספטמבר 2000-דצמבר 2005)", (מהדורה שנייה, 2006) www.terrorism-info.org.il/malam_multimedia/Hebrew/heb_n/pdf/suicide_terrorism.pdf (להלן: "טרור המתאבדים בשנות העימות").

20 החלטה 4780 של הממשלה השלושים: "מדיניות ישראל כלפי הרשות הפלסטינית עם הקמת ממשלת החמאס" (11.4.2006). להחלטת ממשלה זו קדמה החלטת ממשלה נוספת שבה הכריזה מדינת ישראל על הרשות הפלסטינית כ"ישות תומכת טרור". ראו דיאנה בחר "הממשלה הכריזה על הרשות כ'ישות תומכת טרור'" *Ynet* 4.12.2001 www.ynet.co.il/articles/0,7340,L-1382468,00.html. למעשה, עמדתה הרשמית של ישראל מאז ועדת מיטשל היא שבין הצד הישראלי לצד הפלסטיני מתנהל "עימות מזוין על סף מלחמה". ראו "עיקרי דו"ח מיטשל" הארץ 6.5.2001

www.haaretz.co.il/hasite/pages/ShArt.jhtml?itemNo=32371&contrastID=0

21 רוני סופר "ישראל מודיעה: עזה – ישות עוינת" *Ynet* 19.7.2007

22 ראו "מבצע עופרת יצוקה", הודעת מזכיר הממשלה בתום ישיבת הממשלה מיום 28 בדצמבר 2008

www.pmo.gov.il/PMO/Secretarial/Govmes/2008/12/govmes281208.htm

23 ראו בפס' 8 לפסק דינו של הנשיא אהרון ברק בבג"ץ 8276/05 עדאלה – המרכז המשפטי לזכויות המיעוט הערבי בישראל ל' שר הביטחון, פדאור 06(30) 365 (2006).

24 IMMANUEL KANT, THE METAPHYSICS OF MORALS 343-350 (translated by Mary Gregor, 1991): [A war is] not only the relation of one state toward another as a whole, but also the relation of individual persons of one state toward the individuals of another, as well as toward another state as a whole" (להלן: קאנט).

למסקנה דומה הגיע פרנסיס ליבר (Francis Lieber), שהתבקש במהלך מלחמת האזרחים בארצות הברית לערוך קודיפיקציה של דיני המלחמה. בקודקס שחיבר, "קודקס ליבר" (Lieber Code), שעליו חתם הנשיא אברהם לינקולן בעת מלחמת האזרחים, הסביר ליבר כי דיני המלחמה מבוססים על התפיסה שלפיה גם "אזרח או תושב של מדינה עוינת נחשב אויב, וככזה הוא נתון למגבלות של דיני המלחמה".²⁵ למסקנה זו הגיע גם המשפטן ג'יימס קנט (James Kent) בספרו *פרשנות לדין האמריקני*:

A state of war puts all the members of the two nations respectively in hostility to each other; and to suffer individuals to carry on a friendly or commercial intercourse, while the two Governments were at war, would be placing the act of government and the acts of individuals in contradiction to each other. It would counteract the operations of war, and throw obstacles in the way of public efforts and lead to disorder, imbecility and treason.²⁶

גישה זו עיצבה את דיני המלחמה המודרניים ושימשה השראה לחקיקה נוקשה, אשר אסרה עקרונית על יחסי המסחר והחוזים בין נתיני אויב. נתין אויב, כך נקבע, עוקב אחר מדינתו. "שום דבר אישי", כפרפרזה מהסנדק מאת מריו פוזו, "אלו הם עסקי המלחמה". גישה זו אומצה בדין האנגלי,²⁷ האמריקני,²⁸ הקנדי,²⁹ וגם, באופן חלקי, הישראלי.³⁰

- Article 21 to the Instructions for the Government of Armies of the United States in the Field, General Order No. 100 by the President Lincoln (24 April, 1863) 25
- JAMES KENT, COMMENTARIES ON AMERICAN LAW 53-67, Article 1, Section 8, ראו: 26
- GEORGE P. FLETCHER, Clause 11 (1826). לדיון במלחמה כמאבק בין קולקטיבים ראו גם: 26
- ROMANTIC AT WAR: GLORY AND GUILT IN THE AGE OF TERRORISM 44-91 (2002)
- Porter v. Freudenberg, [1915] 1 K.B. 857: "All subjects owing allegiance to the Crown 27
- were at war with subjects of the State at war with the Crown" (להלן: פרשת פורטר). ראו
- Schaffenius v. Goldberg, [1916] 1 K.B. 284; Rodriguez v. Speyer Brothers, [1919] גם: 27
- A.C 59 1919 (להלן: פרשת רוזרינג); V/O Sovfracht v. Gebr Van Udens Scheepvaart En (להלן: פרשת סוֹבֶרַחְט) (Sovfracht v. Agentuur Maat schappij, [1943] 1 All E.R. 76
- Johnson v. Eisentrager, 339 U.S. 763: "In war, the subjects of each country were 28
- enemies to each other, and bound to regard and treat each other as such... In war every individual of the one nation must acknowledge every individual of the other nation as his own enemy – because the enemy of his country"; In re Territo, 156 F.2d 142, 145: "In war, all residents of the enemy country are enemies"; Prize cases, 67 U.S. 635: "The law of war... convert every citizen of the hostile state into a public enemy, and .treat him accordingly, whatever may have been his previous conduct."
- Bassi v. Sullivan, 18 D.L.R. 452 (1914); Gusetu v. Laing, Q.J. No.15 (QSC) (1915); 29
- International Assn. of Science and Technology for Development v. Hamza, 122 D.L.R. 4th 92, 98 (1995)

הגירה, טרור וזכויות אדם: מדיניות הכניסה לישראל בעתות חירום

לפי גישה אחרת, מלחמה אינה מאבק כולל בין מדינות, אלא רק בין כוחות לוחמים. גישה זו מקורה בספרו של ז'אן ז'אק רוסו על *האמנה החברתית*. רוסו גרס כי מלחמה איננה מאבק כולל בין אומות וכי נתיני מדינות יריבות הם אויבים רק באקראי, כלוחמים בשדה הקרב. מצב מלחמה יכול להתקיים רק בין ישויות מדיניות ולא בין יחידים. לגישת רוסו:

קשר הדברים, ולא קשר האנשים, הוא היוצר את המלחמה... המלחמה אינה, איפוא, יחס בין יחיד ליחיד, אלא יחס בין מדינה למדינה, שבו האנשים הפרטיים אינם אויבים אלא במקרה, לא בתורת בני-אדם, ואף לא בתורת אזרחים, אלא בתורת חיילים... כל מדינה ומדינה, רק מדינות אחרות יכולות להיות לה לאויבים, אך לא בני-אדם, הואיל ובין דברים בעלי טבע שונה אי-אפשר לקבוע שום יחס ממש.³¹

רוסו סבר שהאוכלוסייה האזרחית אינה חלק ממצב המלחמה. לכן, בניגוד ללוחמים, לאזרחים יש זכויות מוגנות שאין לפגוע בהן בעת הלחימה. הבחנה זו, שכיום היא חלק אינטגרלי מדיני המלחמה המודרניים ומעוגנת באמנות ז'נבה, נעשתה גם על ידי קאנט.³² אך רוסו הלך צעד נוסף קדימה: הוא לא רק הגן על זכויותיהם של אזרחים בעת לחימה, אלא גם טען כי אזרחי מדינות אויבות רשאים לקשור ביניהם יחסי מסחר בעת מלחמה.³³ המחלוקת בין קאנט לרוסו יפה לענייננו. אם העימות הוא בין צה"ל למוסדות הרשות הפלסטינית, כי אז לפי גישתו של רוסו אין לאסור הגירת גישוואין של אזרחים רק בשל חזקת מסוכנות קולקטיבית. לעומת זאת, אם העימות כמוהו כמאבק קולקטיבי, כגישת קאנט, ניתן להתייחס לצד הפלסטיני כאל קולקטיב וקיימת חזקת מסוכנות לגבי כל פרט המצוי בשטחו. הנדרשת הכרעה? נראה שלא, שהרי גם אם היינו מאמצים את הגישה המקלה יותר של רוסו, המסקנה הייתה דומה. המלחמה בין הצד הישראלי לצד הפלסטיני

30 ראו פרשת עדאלה, לעיל הערה 3, פס' 3, 12, 79 ו-81 לפסק דינו של השופט חשין: "ישראל מצויה בעימות מזוין קשה אל-מול הפלסטינים. רשות כנגד מדינה. קולקטיב כנגד קולקטיב. ועימות מזוין זה היה כמלחמה... כנדרש מכך, תושבי האזור – אזרחי יהודה, שומרון וחבל עזה – הם בבחינת נתיני-אויב... יחסייהן של ישראל והרשות דומים ליחסים בין מדינות הלוחמות זי-בזו... הנחת המוצא במשפט הבינלאומי היא, כי בעת מלחמה הופכים נתיני המדינות היריבות אויבים אלה לאלה, וכי כל אזרח יראה עצמו נאמן לארצו ולמולדתו ועוין לאויבי המולדת... בעיצומו של עימות מזוין קמה ונהיית מעין-חזקה כי נתיני האויב – אויבים הם למדינה". גישה זו לא זכתה, עם זאת, לתמיכה של רוב שופטי בג"ץ.

31 ז'אן ז'אק רוסו על *האמנה החברתית* 18-19 (מהדורה שלישית מתוקנת, חיים יהודה רות עורך, יוסף אור מתרגם, 1956). ראו גם: Stanley Hoffmann, *Rousseau on War and Peace*, 57 (1963) AMER. POLITICAL SCIENCE REV. 317, 321

32 קאנט, לעיל הערה 24, בעמ' 347-348.

33 JEAN-JACQUES ROUSSEAU, *THE STATE OF WAR* (trans. by C. E. Vaughan, 1917)

היא מאבק שבו נוטלים גורמים אזרחיים פלסטיניים את חלק הארי.³⁴ מאז ספטמבר 2000 ועד לספטמבר 2005 בוצעו 147 פיגועי התאבדות על ידי אזרחים פלסטיניים, שבהם נהרגו 525 ישראלים, כמחצית מסך ההרוגים בתקופה זו. 23 אחוז מפיגועי הטרור בוצעו על ידי תנועת הפת"ח – מפלגת השלטון ברשות הפלסטינית בתקופה זו – היינו, רוב הפיגועים בוצעו על ידי "אזרחים".³⁵ בשנת 2007 הצדיקו 70 אחוז מהנשאלים בשטחי הרשות הפלסטינית פיגועי התאבדות.³⁶ רוב הלחימה בצד הפלסטיני נעשית באמצעות אזרחים, אלו אשר באופן מסורתי לא נוטלים חלק במלחמה.³⁷ לחימה זו שונה ממלחמות שבהן הצד הנלחם הינו "לוחמים", קרי, חיילים במדים שיש להם סימני היכר הניתנים לזיהוי. בגלל אופי הלחימה, חזקת המסוכנות כלפי נתיני אויב מקבלת חיזוק משמעותי.

האנומליה בעימות המזוין שבין הצד הישראלי לפלסטיני מומחשת בפרשת הסיכולים הממוקדים. בעניין זה נדונה חוקתיותה של מדיניות הסיכול הממוקד שהנהיגה ישראל בשטחי הרשות הפלסטינית. כדי להכריע בסוגיה, נדרש נשיא בית המשפט העליון אהרון ברק להבחנה המקובלת בדיני המלחמה בין "לוחמים" (combatants), המהווים מטרה לגיטימית לתקיפה, לבין "אזרחים" (civilians), המוגנים מפני תקיפה צבאית.³⁸ הנשיא ברק פסק כי בשל האופי המיוחד של הלחימה, "ארגוני הטרור מהאזור ויחידיהם אינם מקיימים את התנאים של לוחמים" תחת דיני המלחמה; אין להם סימן היכר קבוע שניתן להבחין בו, הם אינם נושאים נשק בגלוי וכד'. לכן הם מהווים "לוחמים בלתי חוקיים" שאינם אלא "אזרחים". על אזרחים אלו חל דין מיוחד: הם מהווים מטרה לגיטימית לתקיפה כל זמן שהם נוטלים חלק ישיר במעשי האיבה.³⁹ יוצא אפוא כי בעימות המזוין שבין הצד הישראלי לבין הצד הפלסטיני אין לוחמים בצד הפלסטיני. זוהי מלחמה מסוג מיוחד: מלחמה ללא לוחמים, או לפחות מלחמה ללא לוחמים כהגדרתם בדיני המלחמה.

34 פרשת עדאלה, לעיל הערה 3, פס' 8 לפסק דינו של השופט חשין ובפס' 6 לפסק דינו של השופט עדיאל.

35 ראו טרור המתאבדים בשנות העימות, לעיל הערה 19.

36 *A Rising Tide Lifts Mood in the Developing World: Sharp Decline in Support for Suicide Bombing in Muslim Countries*, PEW GLOBAL ATTITUDES PROJECT (July 24, 2007).

37 ההבחנה בין לוחמים לבין אזרחים בעת מלחמה ממילא אינה רלוונטית לסוגיה שבפנינו. הכלל האוסר הגירת נישואין של נתיני אויב, כמו גם יחסי מסחר עם נתיני אויב, חל באופן זהה על לוחם ועל אזרח.

38 פרשת הסיכולים הממוקדים, לעיל הערה 13, פס' 23 לפסק דינו של הנשיא ברק.

39 שם, בפס' 24-26 לפסק דינו של הנשיא ברק. לגישתו, "אזרחים" אלו אינם מאבדים את מעמדם האזרחי גם בעת נטילת חלק במעשי האיבה, אלא הופכים לזמן זה למטרה לגיטימית לתקיפה צבאית. שם, בפס' 31.

מיהו, אם כן, נתין אויב? במשפט הבינלאומי וההשוואתי קיימים שני מבחנים מקובלים לזיהוי אדם כנתין אויב. המבחן הראשון הוא טריטוריאלי, ללא זיקה לאזרחות. לפיו, נתין אויב הינו אזרח של מדינה כלשהי השוהה בשטח המוגדר כשטח אויב. למשל, אזרח בריטי שהגיע מרצונו לגרמניה בעת המלחמה עשוי להיחשב כנתין אויב של בריטניה חרף אזרחותו. על בסיס מבחן זה נקבע בעת מלחמת העולם השנייה כי ההולנדים, שמדינתם נמצאה תחת שלטון כיבוש נאצי, הינם נתיני אויב.⁴⁰ מודל זה אומץ במדינות המשפט המקובל, בראשן אנגליה.⁴¹ המבחן השני הוא מבחן האזרחות. לפיו, נתין אויב הינו אדם שאזרחותו היא של מדינה המוגדרת כמדינת אויב, ללא קשר למקום ישיבתו. לפי גישה זו, אזרח בריטי המתגורר בגרמניה במהלך מלחמה או אזרח אמריקני הנתפס באפגניסטן כשהוא לוחם לצד כוחות הטליבן לא ייחשב נתין אויב. לעומת זאת, נתין גרמני שהתגורר בבריטניה בעת המלחמה עשוי להיחשב נתין אויב. מודל זה אומץ בחלק ממדינות הקונטיננט⁴² וכן בארצות הברית.⁴³

40 פרשת *Sovfracht*, לעיל הערה 27: "An alien enemy... does not mean a subject of a state at war with this country, but a person, of whatever nationality, who is carrying on business in, or is voluntarily resident in, the enemy's country... even a British subject, if voluntarily resident in enemy territory, would be treated at common law as [enemy alien]... [it] does not turn on allegiance, but on locality...it is not a question of nationality or of patriotic sentiment"

41 ראו: גרנר, לעיל הערה 15. וראו גם: Malcolm M. Lewis, *Domicile as a Test of Enemy Character*, 4. BRIT. Y. B. INT'L L. 77 (1923-1924); ALBERT V. DYCEY & JOHN HUMPHREY CHARLIE MORRIS, ON THE CONFLICT OF LAWS 231-236 (11th ed. 1987); JULIUS STONE, LEGAL CONTROLS OF INTERNATIONAL CONFLICTS 442-443 (2nd ed. 1959); ARNOLD D. MCNAIR, LEGAL EFFECTS OF WAR 132 (3rd ed. 1948); ARNOLD D. MCNAIR & ARTHUR D. WATTS, THE LEGAL EFFECTS OF WAR 341 (1966) (להלן: מקנייר); פרשת *רוזרינג*, לעיל הערה 27: "Nationality is no longer a test of alienage in the enforcement of civil rights. The test is the place where a person voluntarily resides... a person who is a British subject or the subject of a neutral State is regarded for all purposes as an enemy alien if he is voluntarily residing in... a hostile country." "The test of a person being an alien enemy is not his nationality but the place in which he resides or carries on business." פרשת *Sovfracht*, לעיל הערה 27: "An alien enemy does not mean a subject of a state at war with this country, but a person, of whatever nationality, who is carrying on business in, or is voluntarily resident in, the enemy's country."

42 גרנר, לעיל הערה 15, בעמ' 59-47.

43 J. Gregory Sidak, *War, Liberty and Enemy Aliens*, 67 N.Y.U L. REV. 1402, 1405-1425 (1992); Eisentrager, לעיל הערה 28, בעמ' 769.

מודלים אלו הם גורפים ונוקשים. ניתן לטעון שהם אינם תואמים את הדין הבינלאומי בן זמננו⁴⁴ ואת טיב המלחמות המודרניות,⁴⁵ וייתכן שנדרשת רפורמה בהגדרה המקובלת של נתין אויב. עד כה התחמקו בתי המשפט מהתמודדות ישירה עם סוגיה זו והעדיפו להישען, גם לאחרונה, על המודלים הקלאסיים.⁴⁶ המקרה החריג הוא של פליטים שהם קורבן של רדיפה פוליטית במדינותיהם, כגון יהודי גרמניה בעת מלחמת העולם השנייה. יישום מודלים אלו למקרה של ישראל מוביל למסקנה שלפיה האוכלוסייה האזרחית בשטחי הרשות הפלסטינית הינה בבחינת נתיני אויב, כל עוד נמשך העימות המזוין בין הצד הישראלי לצד הפלסטיני. אוכלוסייה זו מתגוררת בשטח שבו וממנו מתנהל עימות מזוין וישנן פעולות לחימה על ידי צד הנחשב "ישות אויבת/עוינת". אוכלוסייה זו כפופה לשליטת הרשות הפלסטינית, נתונה ללחצים מצד מנגנוני השלטון בה ובעלת זיקות נאמנות לה. נכון, לא כל פלסטיני הוא אויב ממש, ויש אף פלסטינים המתנגדים למאבק מזוין. אך הכללים שאומצו במשפטן של מדינות בעולם ובישראל הם עקרוניים.

3. הגירת נישואין של נתיני אויב בעת מלחמה

הנושא של הגירת נתיני אויב לצורך נישואין התעורר לעתים רחוקות, שכן מקרים של נישואין בין נתיני אויב הם נדירים בתולדות המלחמות. מערכות משפטיות לא נאלצו להתערב בסוגיות אלו – ומכאן גם מיעוט התקדימים – הואיל ונישואין לנתין אויב בעת מלחמה נחשבו לא רק למקרה נדיר, אלא גם לבגידה במאמץ המלחמתי. במהלך המאה העשרים, עם התהוותם של דיני המלחמה המודרניים, אסרו רוב המדינות על מגעים בין נתיניהן לבין נתיני אויב. נאסר המסחר. הוגבלו היחסים החוזיים. נאסר על העסקת אויבים. הוקפאו התיירות וחילופי הסטודנטים. קשרי הנישואין לא נאסרו במפורש. לא היה בכך כל צורך. הייתה זו תופעה שולית ביותר. עמד על כך המלומד ארנולד מקנייר:⁴⁷

Can a person in this country and a person in an enemy country exchange binding promises to marry? It is submitted that, so far as English law is concerned, the answer is in the negative.

44 Michael Kagan, *Destructive Ambiguity: Enemy Nationals and the Legal Enabling of Ethnic Conflict in the Middle East*, 38 COLUM. HUMAN RGT. L. REV. 263, 310-316 (2007) (להלן: "קגן").

45 יש קושי ליישם מודלים אלו למלחמה בטרור, שבה לטרוריסטים אין בהכרח מדינה או מוצא לאומי מוגדר.

46 ראו לאחרונה באנגליה: *Amin v. Brown*, EWHC 1670 at para. 21-22 (2005).

47 מקנייר, לעיל הערה 41, בעמ' 132, 341.

הגירה, טרור וזכויות אדם: מדיניות הכניסה לישראל בעתות חירום

במאמר שפורסם בכתב העת היוקרתי של אוניברסיטת הרווארד בשלהי מלחמת העולם הראשונה, ועניינו האיסור החקיקתי על מסחר עם האויב, מציין המחבר:

The general rule of American and British courts is that contracts made with alien enemies during war are illegal and void... so far the restrictions have been applied only to financial and commercial contracts, though the language of the prohibitions, taken literally, is broad enough to cover even a promise to marry an enemy alien.⁴⁸

בעוד שנישואין בין נתיני אויב הם תופעה נדירה בתולדות המלחמות – הדין המשווה והבינלאומי לא צפה מראש אפשרות שכזו ולכן לא נקבע הסדר תחיקתי בעניין – נישואין בין לוחמים של מדינה א לאזרחים של מדינת אויב ב אינם מקרה נדיר. להלן דוגמה. בסוף שנת 1945, לאחר כניעת גרמניה, חוקק הקונגרס האמריקני חוק שהתיר כניסה של בנות זוג שנישאו ללוחמים אמריקנים במהלך המלחמה.⁴⁹ במקרה קשה במיוחד, התקף כהלכה גם כיום, סירב הממשל לאשר את כניסתה של בת זוג יהודייה אזרחית גרמניה, שעזבה את גרמניה לפני פרוץ המלחמה, שירתה כטייסת בחיל האוויר הבריטי במהלכה, נישאה ללוחם אזרח אמריקני וביקשה לייסד את משפחתה עמו בארצות הברית. הממשל סירב גם לאפשר לה שימוע או להציג ראיות אשר מצביעות על סיכון ביטחוני קונקרטי באישור כניסתה לארצות הברית, חרף קיומו של חוק מפורש המתיר את כניסתה. בית המשפט לערעורים ובית המשפט העליון אישרו את החלטת הממשל בהסתמך על צו נשיאותי וחקיקה פדרלית שקבעו כי בעת מלחמה – ואף לאחר סיומה, בשל אינטרסים חיוניים אחרים – לא תותר כניסה של זרים, ובכלל זה מהגרי משפחה, אלא אם כן הממשל סבור כי כניסתם אינה מסכנת את ביטחונה של ארצות הברית. בית המשפט מציין כי כלל זה הוא עקרוני ואין הוא דורש מהממשל להציג ראיות מפריכות במקרים אינדיבידואליים, לא בעתות מלחמה וגם לא לאחר סיומן.⁵⁰ זוהי עמדה קיצונית ביותר, שאין לאמצה, אך היא מצביעה על עצם התפישה הרחבה של נתיני אויב. המקרה הישראלי הוא ייחודי. ראשית, היקף התופעה: בעידן המודרני לא מוכרת תופעה של הגירת נישואין המונית ממדינות אויב. בישראל, לפי הנתונים שנחשפו בבג"ץ, מדובר בכמאה ושלושים אלף בני אדם.⁵¹ במונחים השוואתיים, אם מביאים

Geroge J. Webber, *Effect of War on Contracts*, 31 HARV. L. REV. 640, 641-642 (1918) 48

The War Brides Act of 1945, H.R. 4851 Pub. L. 271 49

Knauff v. Shaughnessy, 338 U.S. 537, 543-544 (1950) 50

Knauff קיבלה לבסוף היתר כניסה לאחר התערבות הקונגרס. סיפורה מובא בספר

שכתבה: ELLEN R. KNAUFF, THE ELLEN KNAUFF STORY (1952).

פרשת עזאלה, לעיל הערה 3, פס' 16 לפסק דינה של השופטת פרוקצ'יה ("מאז שנת 1994

קיבלו כ-130,000 מתושבי האיזור מעמד כזה או אחר במדינת ישראל"). השופט חשין מציין,

פס' 84 לפסק דינו, כי "בדרך הטבע אין אזרחי מדינות אויב מתחתנים זה עם זה ולעת עימות

בחשבון את גודל האוכלוסייה, מדובר על כשישה מיליון עיראקים שהיו מבקשים להגר לארצות הברית בעיצומה של מלחמת המפרץ.⁵² שנית, ישראל היא מקרה ייחודי בעת המודרנית שבו נאלץ המחוקק לאסור בחקיקה הגירת נישואין בעת מלחמה. איסור זה אינו נוח. הוא יוצר דילמה קשה. נישואין מתקשרים עם אהבה, סוגיה שבמהלך הדברים הרגיל איננו שואפים כי תוסדר בחקיקה.

בפרשת *עדאלה* מציין השופט חשין כי ישראל רשאית לאסור הגירה של נתיני אויב לשטחה. נכון כי בפועל לא כל נתין אויב מבקש לפגוע במדינה, ואולם מקובל הוא כי נתיני אויב, בשל זיקותיהם למדינתם, חובת הנאמנות שלהם אליה ותלותם בשלטונה מהווים קבוצת סיכון קטגורית, ששום מדינה אינה מחויבת להכניס לתחומה בעת עימות. בכך מאמץ השופט חשין את הכלל במשפט הבינלאומי אל תוך הדין בישראל. כדבריו:

לעת מלחמה רשאית מדינה – כל מדינה – למנוע כניסתם של נתיני אויב למדינה, גם אם נישאו לאזרחי המדינה. מדינת ישראל, ידענו כולנו, נתונה במלחמה – למיצער: במעין-מלחמה – אכזרית וקשה אל מול הרשות הפלסטינית ואירגוני טרור הפועלים מתוכה. תושבי האזור הפלסטיניים הם בבחינת נתיני אויב, ובתורת שכאלה מהווים הם קבוצת סיכון לאזרחיה ולתושביה של ישראל. רשאית היא אפוא המדינה, להגנת אזרחיה ותושביה, לחוקק חוק האוסר על כניסתם של תושבי האזור – של נתיני האויב – אל המדינה, כל עוד נמשך מצב המלחמה.⁵³

דיני המלחמה מטילים אמנם חובות שונות על המדינה בהקשר של איחוד משפחות. כך למשל, המדינה נדרשת להקל על מפגשי משפחות שנאלצו להיפרד בעת הקרבות וגם לעשות מאמץ על מנת שלא להפריד בין משפחות בעת הלחימה. אך אין שום חובה המוטלת על מדינה לאפשר הגירה לצורך נישואין לשטחה כל זמן שקיים עימות מזוין.⁵⁴ אדגיש: הניתוח לעיל מוביל למסקנה כי ישראל רשאית, על פי המשפט הבינלאומי, לאסור כניסה של נתיני אויב לשטחה, גם במסגרת של הגירת נישואין. אין הוא מוביל למסקנה כי חוק האזרחות והכניסה לישראל, כנוסחו וכלשונו, הוא חוקתי. בחוק זה נפלו כמה פגמים. ראשית, החוק אמנם לא מגדיר במפורש מיהו נתין אויב, אך בפועל תחולתו היא גורפת. החוק אוסר על כניסה של "אזרח" או "תושב" של מדינת אויב, כהגדרתה בחוק. הגדרה זו מבקשת לאחוז את המקל משני קצותיו: לאמץ את הגדרת

מזוין אין הם מהגרים באלפיהם ממדינתם למדינת אויב. ענייננו, נזכור, שונה בתכלית". יצוין כי אומדן זה שנוי במחלוקת והמספר המדויק של מהגרי הנישואין ואיחודי המשפחות אינו ידוע; האומדנים נעים בין כמה עשרות אלפים לכ-130 אלף.

⁵² 130 אלף מהגרים הינם גידול של כשני אחוזים באוכלוסיית מדינת ישראל, המונה כשישה מיליון בני אדם. שני אחוזים מאוכלוסיית ארצות הברית, המונה כשלוש מאות מיליון בני אדם, הינם כשישה מיליון מהגרים.

⁵³ פרשת *עדאלה*, לעיל הערה 3, פס' 3, 27 ו-78 לפסק דינו של המשנה לנשיא, חשין.

⁵⁴ ראו יורם דינשטיין "איחוד משפחות בשטחים המוחזקים" עיוני משפט יג 221 (תשמ"ט).

הגירה, טרור וזכויות אדם: מדיניות הכניסה לישראל בעתות חירום

המשפט המקובל לנתין אויב (מבחן של תושבות) ובה בעת את הגדרת המשפט הקונטיננטלי (מבחן של אזרחות). זו הרחבה משמעותית של דיני המלחמה. שנית, התפיסה של נתיני אויב בדיני המלחמה מבוססת על עיקרון חשוב של הדדיות: אין הגירה של גרמנים לבריטניה או של בריטים לגרמניה בעת עימות. בישראל, בשל הכיבוש של חלק משטחי הגדה המערבית וקיומן של התנחלויות באזור, עקרון ההדדיות לא מתקיים. ישראל מונעת הגירה של פלסטינים, אך לפלסטינים אין אפשרות דומה למנוע גידול בהגירה הישראלית המתנחלת בשטחה. שלישית, החוק אוסר על כניסה של תושב חבל עזה והגדה המערבית, למעט תושב יישוב ישראלי. ניתן היה אולי להבין את ההיגיון במתן הפטור לאזרחים ישראלים המתגוררים בשטחי יהודה ושומרון ומוחקים כנאמנים לישראל. ואולם גם יהודי שאינו אזרח ישראלי המתגורר בהתנחלות ישראלית פטור מתחולת החוק. לחוק אין תיאוריה מנחה והוא מורכב טלאי על טלאי.

4. בין טהראן לרשות הפלסטינית

גם כאשר בוחנים את סוגיית הגירתו של הזר באמצעות זכותו החוקתית של האזרח לחיי משפחה, דומני שגם אלו המתנגדים לחוק יסכימו כי לא תהיה זו פגיעה שלא כדין בזכות למשפחה אם ייקבע איסור גורף על כניסה של מהגרי משפחה איראנים וסורים בעת מלחמה. מדוע אפוא שונה מצבם של התושבים בחבל עזה ובגדה המערבית? לכך יש שלוש תשובות אפשריות: לפי האחת, ישראל היא כוח כובש שלו שליטה אפקטיבית בשטחי הרשות, ולכן ההקבלה בין הרשות לבין מדינה ריבונית אינה מדויקת.⁵⁵ על ההקבלה שבין הרשות הפלסטינית לבין מדינה, הרלוונטית לסוגיה של הגירת נישואין, עמדתי במקום אחר.⁵⁶ אוסיף שטענה זו מתעלמת מכך כי לפחות בכל הנוגע לחבל עזה קבע בג"ץ שישראל אינה כוח כובש ואינה בעלת שליטה אפקטיבית באזור,⁵⁷ וכי בשטח זה קיימת ישות ריבונית המנהלת באופן גלוי עימות מזוין עם ישראל. נוסף על זה, טענה זו מתעלמת מכך שאין חובה לאפשר הגירת נישואין משטח כבוש. גם אם הכיבוש בגדה הוא נתון רלוונטי, ספק רב אם קיומו מחייב את ישראל להכניס לשטחה נתיני שטח כבוש. לכל היותר, קיומו מחייב לתת לתושבי השטח הכבוש אפשרות להפריך את חזקת האויבות. לפי הטענה השנייה, מהגרי נישואין פלסטינים כלל אינם מהגרים. במאמרו טוען יואב פלד כי מצבם של המהגרים הפלסטינים דומה לזה של העבדים האפרו-אמריקנים שברחו ממדינות הדרום, שבהן הייתה עבדות, למדינות הצפון, שבהן לא הייתה עבדות, בעת מלחמה האזרחים בארצות הברית. הקבלה זו מוזרה. היא מתעלמת מכך שהאפרו-אמריקנים אשר נסו על נפשם ממדינות הדרום למדינות הצפון

55 איל גרוס "מאוהב לאויב: צדק, אמת, יושר ושכל ישר בין ישראל לאוטופיה בבג"ץ חוק האזרחות" משפט 23, 79, 83 (2007) (להלן: גרוס).

56 רובינשטיין ואורגד, לעיל הערה 10, בעמ' 317-328.

57 בג"ץ 9132/07 אחמד נ' ראש הממשלה (טרם פורסם), 30.1.2008.

עברו, גם בעת מלחמת האזרחים, משטח א לשטח ב באותה אומה. לעומתם, מהגרי נישואין פלסטינים, המבקשים להגר מג'נין לתל אביב, לא מבקשים לעבור מאלבמה למישיגן, אלא מ"מדינה שבדרך" א למדינה ריבונית ב. אך ליאב פלד נתון זה כנראה אינו רלוונטי. לשיטתו, "האוכלוסייה הפלסטינית בשני הצדדים של הקו הירוק (גבול 1967) מהווה קבוצה לאומית אחת".⁵⁸ לכן, לגישתו, קשרי הנישואין בין הפלסטינים בשטחי הרשות לבין הפלסטינים אזרחי ישראל אינם בני השוואה לאלו שבין אזרחי ישראל לזרים, וזאת מכיוון שהפלסטינים כלל אינם זרים; ישראל היא מולדתם. גישה זו מתכחשת לא רק לעקרון חלוקת ארץ ישראל המנדטורית לשתי מדינות, אלא גם להיות ישראל מדינה ריבונית. אם מהגרים פלסטינים כלל אינם מהגרים, כי אז אין צורך במסלול של איחוד משפחות כדי להתיר את כניסתם.

טענה שלישית שהועלתה היא שישראל היא מקרה מיוחד, הואיל ומתגורר בה מיעוט ערבי יליד, הזכאי לשימור מוגבר של קשריו המשפחתיים עם בני משפחה מעבר לגבול, המשתייכים לאותו העם.⁵⁹ ואולם גם אם נבודד את השאלה, הקשה כשלעצמה, אם המשפט הבינלאומי אכן מכיר במיעוטים ילידים (להבדיל ממיעוטים לאומיים), ועוד נבודד את השאלה אם הכרה זו, במקרה שהיא אכן קיימת, משמעה זכות מוגברת להגר לצורך נישואין במקרה של מיעוט יליד, ועוד נבודד את השאלה אם המיעוט הערבי בישראל הוא אכן מיעוט יליד, ברי כי הדיון לא מתעורר בזמני מלחמה. וייל קימליקה, הפילוסוף הקנדי הבולט בתחומים של חקר זכויות מיעוטים ושל רב-תרבותיות, מציין כי ההסדרים המשפטיים הנדרשים מהכרה במיעוטים לאומיים אינם תקפים בתקופות מלחמה. שיקולי ביטחון בעת עימות, מסביר קימליקה, יש בהם כדי לחסום שיקולים של גיוון ושל רב-תרבותיות.⁶⁰ אכן, אין לשום מיעוט בעולם, ילידי או לא ילידי, זכות לחייב את מדינתו לסכן את חיי אזרחיה על מנת לאפשר את קשריו המשפחתיים עם נתיני אויב.

Yoav Peled, *Citizenship Betrayed: Israel's Emerging Immigration and Citizenship* 58
Regime, 8 THEORETICAL INQUIRIES IN LAW 603, 616-617 (2007). (תרגום שלי – ל"א).

59 גיא דוידוב, יונתן יובל, אילן סבן ואמנון רייכמן "מדינה או משפחה? חוק האזרחות והכניסה לישראל (הוראת שעה), תשס"ג-2003" משפט וממשל ח 643, 692 (2005) (להלן: דוידוב, יובל, סבן ורייכמן); עתירת עדאלה, לעיל הערה 9, פס' 86.

60 Will Kymlicka, *Multiculturalism and Minority Rights: West and East*, 4 JEMIE 1, 19-20 (2002): "The trend towards greater accommodation of diversity can be blocked or deflected by considerations of security. Whether in the East or West, states will not accord greater powers or resources to groups that are perceived as disloyal, and therefore a threat to the security of the state. In particular, states will not accommodate groups which are seen as likely to collaborate with foreign enemies. Most Western democracies are fortunate that this is rarely an issue. For example, if Quebec gains increased powers, or even independence, no one in the rest of Canada worries that Quebec will start collaborating with Iraq or the Taliban or China to overthrow the Canadian state. Quebecois nationalists may want to secede, but an independent Quebec would be an ally of Canada, not an enemy... So too with Catalonia: if Catalonia

5. מדינות אויב ומדינות סיכון

בשיח האקדמי הועלתה טענה נוספת, שתוקפה יפה לא רק לרשות הפלסטינית, כי אם גם למדינות אויב דוגמת איראן וסוריה. לפי הטענה, מאז מלחמות העולם, שבהן עוצבה דמותה של הדוקטרינה בדבר נתיני אויב, חלו שינויים בדיני המלחמה ושינויים משמעותיים עוד יותר בדין הבינלאומי והחוקתי, ואלו מצמצמים באופן ניכר את תוקפו של הכלל האוסר על הגירת נישואין בעתות מלחמה. במאמרו טוען מיכאל קגן כי הגם שאמנות ז'נבה אימצו את הדוקטרינה של נתיני אויב, הרי שתוקפה כיום מוטל בספק.⁶¹ קגן מראה שדיני המלחמה שינו את היחס לנתיני אויב: חל איסור לבזוז את רכושם, לפגוע בגופם, להגביל את חופש תנועתם, למנוע מהם טיפול רפואי וכיו"ב.⁶² קגן אכן צודק: נתיני אויב הם אזרחים מוגנים בדיני המלחמה המודרניים, והתקדימים האכזריים של מלחמת העולם השנייה אינם תקפים עוד.⁶³ אך האם מהחובה שלא להטיל מגבלות על נתיני אויב נובעת גם חובה לאפשר את הגירתם, ולו גם לצורך נישואין? קגן לא מציג ולו אסמכתה אחת לכך. במקום זאת, הוא מציג שלוש טענות. האחת נוגעת לאיסור להתייחס באופן גורף לפליטים כאל נתיני אויב ובכך לאסור את כניסתם.⁶⁴ טענה זו נכונה, אך מה לה ולהגירת נתיני אויב שאינם פליטים בעת הלחימה? על כך משיב קגן בטענה נוספת ולפיה סעיף 1(3) לאמנה הבינלאומית בדבר ביעור כל הצורות של אפליה גזעית (1966) ביטל את הכלל החל על הגירת נתיני אויב בעת מלחמה. לשיטתו, הואיל וסעיף 1(3) אוסר על מדינות להפלות "קבוצה לאומית מסוימת", גם באמצעות חוקי הגירה, והואיל והאמנה לא כוללת סייג החל בעת מלחמה, לא ניתן עוד לאסור כניסה של נתיני אויב מ"קבוצה מסוימת".⁶⁵ אלא שטיעון זה לא מלווה ולו באסמכתה אחת מהדין הבינלאומי או המשווה התומכת בו.

טענתו השלישית של קגן נסמכת על דין בינלאומי מנהגי. לגישתו, מאז מלחמת העולם השנייה מדינות לא החילו את הכלל האוסר כניסה של נתיני אויב. קגן ודאי יודע שההסבר לכך הוא פשוט: מאז מלחמת העולם השנייה אין כמעט מלחמות שבהן היו מעורבות מדינות דמוקרטיות. עם זאת, האיסור על כניסה של נתיני אויב הוחל בעשרות

becomes more autonomous, or even independent, it will still be an ally, not an enemy of Spain. So too with Scotland vis-à-vis the rest of Britain, Flanders vis-à-vis the rest of Belgium, or Puerto Rico vis-à-vis the rest of the United States [...] This is particularly a concern where the minority is related to a neighboring state by ethnicity or religion, so that the neighboring state claims the right to intervene to protect 'its' minority."

61 קגן, לעיל הערה 44, בעמ' 280-281.

62 איסורים אלו מעוגנים כיום באמנת ז'נבה הרביעית בדבר הגנת אזרחים בימי מלחמה.

63 ס' 44 לאמנת ז'נבה הרביעית מאפשר להתייחס ל"אזרחים" כאל נתיני אויב ובלבד שלא מדובר בפליטים.

64 קגן, לעיל הערה 44, בעמ' 282-284.

65 שם, בעמ' 286-287.

השנים האחרונות בשורה ארוכה של מצבים מסוכנים הרבה פחות מאשר עימות מזוין. במהלך המלחמה הקרה אסרה ארצות הברית כניסה של חברים במפלגה הקומוניסטית, גם ללא ראיות המעידות על סיכון ביטחוני קונקרטי. השופט ג'קסון קבע כי אזרח של מדינת אויב, גם אם הוא באופן אישי נאמן לארצות הברית, נחשב לאויב בשל חזקת הנאמנות למדינתו.⁶⁶ בסוף שנות השבעים, כאשר ארצות הברית השעתה את יחסיה הדיפלומטיים עם איראן, אזרחות איראנית שימשה כקריטריון עצמאי להערכת סיכונים של סטודנטים איראנים.⁶⁷ חוק ההגירה האמריקני הנוכחי לא כולל קטגוריה של נתיני אויב, אך קובע איסור כניסה, לרבות לשם איחוד משפחות, במצבים רבים שבהם יש פוטנציאל לסיכון ביטחוני כתוצאה מפעילות טרור, חברות בארגון טרור וכדומה. עילות אלו דורשות אמנם בידוק פרטני, אך לצדן קיימות חזקות גורפות. למשל, הגם שלארצות הברית אין עימות מזוין עם אש"ף, קובע החוק חזקה שלפיה, "an alien who is an officer, official, representative, or spokesman of the Palestinian Liberation Organization is considered, for purposes of this Act, to be engaged in a terrorist activity"⁶⁸ אדם זר הנמנה עם קטגוריה זו יהא מנוע כניסה לארצות הברית.⁶⁹

לאמיתו של דבר, הכלל האוסר כניסה של נתיני אויב אינו אלא מקרה קצה של עיקרון רחב יותר בדבר איסור כניסה של נתיני מדינות סיכון. ארצות הברית היא דוגמה. מתקפת הטרור באחד-עשר בספטמבר בוצעה על ידי 19 זרים, כולם מהגרים שנכנסו למדינה באופן חוקי על בסיס ויזות תייר או סטודנט. כל חוטפי המטוסים היו גברים, ערבים-מוסלמים, צעירים יחסית ובעלי אזרחות במדינות במזרח התיכון. הוועדה הלאומית לחקר אירועי הטרור בארצות הברית מצאה כי רשויות ההגירה כשלו בגילוי ובמניעה של מתקפת הטרור והמליצה על רפורמה משמעותית בדיני ההגירה. חוקי הגירה, צוין בדו"ח, הם כלי מרכזי במאבק בטרור. הממשל כשל בכך שלא הבין כי נוכחות פיזית של טרוריסטים במדינה היא כלי נשק: "בעבור טרוריסטים, היתרי כניסה ושהייה חשובים כנשק עצמו."⁷⁰

66 Harisiades v. Shaughnessy, 342 U.S. 580, 587 (1952): "Though the resident alien may be personally loyal to the United States, if his nation becomes our enemy, his allegiance prevails over his personal preference, and makes him also our enemy"

67 Narenji v. Civiletti, 617 F.2d 745 (D.C. Cir. 1979)

68 Immigration and Nationality Act, § 212(a)(3)(b)(i)(IX)

69 Michael J. Garcia & Ruth E. Wasem, *Immigration: Terrorist Grounds for Exclusion and Removal of Aliens*, CRS REPORT FOR CONGRESS (2006)

70 THE NATIONAL COMMISSION ON TERRORIST ATTACKS UPON THE UNITED STATES 80, 383-384 (2004): "In the decade before September 11, 2001, border security – encompassing travel, entry and immigration – was not seen as a national security matter... Had they done so... [it] could have allowed authorities to intercept 4 to 15 hijackers... for terrorists, travel documents are as important as weapons."

הגירה, טרור וזכויות אדם: מדיניות הכניסה לישראל בעתות חירום

הקונגרס האמריקני אכן העביר רפורמה מקיפה בחוקי ההגירה. הואיל ולטרוריסטים היה פרופיל אחיד, הדגש הושם על זרים התואמים פרופיל זה.⁷¹ שני צעדים שנקטו היו מניעת כניסה של נתיני מדינות סיכון לצד אכיפה קפדנית כלפי נתיני מדינות סיכון שכבר שוהים בארצות הברית. הממשל דרש הליך רישום ואימות נתונים מיוחד לגברים נתיני מדינות סיכון – איראן, עיראק, סודאן, סוריה וכדומה – השוהים בארצות הברית באופן חוקי. בחלק ניכר מהמקרים הוצאו צווי גירוש. מדיניות נוקשה זו, שכוונה כלפי שוהים חוקיים וללא ראיות פרטניות פרט לפרופיל של המהגר, הותקפה בבתי משפט כאפליה לרעה של ערבים מוסלמים ממדינות מסוימות. עד כה נדחו העתירות בטענה כי הבחנות על בסיס ארץ מוצא בדיני הגירה הן חוקתיות ובלבד שהן "לא לגמרי בלתי רציונליות".⁷² אלו הם צעדים קשים, שלא ראויים להישקל בישראל, אך לצדם נקט הממשל צעד נוסף שרלוונטי לישראל: צמצום הכניסה ממדינות סיכון. הקונגרס חוקק חוק שלפיו לא תוענק ויזה לשהייה זמנית לנתין של מדינת סיכון, אלא אם כן הוכח שכניסתו לא מסכנת את ביטחון המדינה:

No nonimmigrant visa... shall be issued to any alien from a country that is a state sponsor of international terrorism unless the Secretary of State determines... that such alien does not pose a threat to the safety or national security of the United States.⁷³

עד כה הוחל החוק על ארבע מדינות תומכות טרור: איראן, סוריה, סודאן וקובה. למדינות אלו אין כל עימות מזוין עם ארצות הברית. איסור הכניסה נובע מהעיקרון שלפיו מדינה אינה חייבת להכניס לשטחה נתיני מדינות המסכנות את ביטחונה או אינטרסים לאומיים אחרים שלה. האיסור הוא גורף, אך החוק מאפשר לממשל שיקול

71 ראו: Janice L. Kephart, *Immigration and Terrorism: Moving Beyond the 9/11 Staff Report on Terrorist Travel*, 24 CENTER FOR IMMIGRATION STUDIES (2005)

72 *Kandamar v. Gonzales*, 464 F.3d 65, 73-74 (1st Cir. 2006): "Congress may permissibly set immigration criteria based on an alien's nationality or place of origin... [for] monitoring nationals from certain countries to prevent terrorism"; *Reno v. American-Arab Anti-Discrimination Committee*, 525 U.S. 471 (1999): "the Executive should not have to disclose its 'real' reasons for deeming nationals of a particular country a special threat... even if it did disclose them a court would be ill equipped to determine their authenticity and utterly unable to assess their adequacy" *Roudnahal v. Ridge*, 310 F. Supp. 2d 884, 892-893 (N.D. Ohio 2003); *Ali v. Gonzalez*, 440 F.3d 678, 681 n. 4 (5th Cir. 2006); *Zafar v. U.S. Att'y Gen.*, 461 F.3d 1357, 1367 (11th Cir. 2006); *Shaybob v. Att'y Gen.*, 189 Fed.Appx. 127, 129-130 (3d Cir. 2006); *Malik v. Gonzales*, 213 Fed.Appx. 173 (4th Cir. 2007)

73 Section 306 of the Enhanced Border Security and Visa Reform Act of 2002, 107 P.L. 173; 116 Stat. 543. (ההדגשה שלי – ל' א')

דעת במקרים פרטניים. החוק לא חל על מהגרי משפחה ועבודה (immigrant visa), אלא על המבקשים כניסה זמנית לארצות הברית, כגון תיירים או סטודנטים (nonimmigrant visa).⁷⁴ הסיבה לכך היא שהסיכון הביטחוני במקרה האמריקני, להבדיל מישראל, נמצא בנכנסים הזמניים; עד כה לא התגלו מקרים של מעורבות בטרור של מהגרי משפחה.

נסכם: הדין הבינלאומי מאפשר אם כן למדינות לאסור כניסה לשטחן של נתיני אויב או אזורי סיכון בעתות חירום, וזאת גם אם תכלית הכניסה היא נישואין ואיחוד משפחות. חוק האזרחות והכניסה לישראל, שאימץ את עיקר הכלל לדין הישראלי, הולך בתלם זה. אין הדבר מלמד שכלל זה הוא גם חוקתי לפי הדין הישראלי או שהוא מתאים למציאות המדינית-ביטחונית בה, אך הוא מצביע על כך שישראל אינה חריגה במשפחת העמים.

ב. הגירת נישואין בעתות חירום – הדין החוקתי

ניתן לטעון: מה לנו ולתקדימים ולהלכות מרחבי העולם? ישראל נדרשת ל"פתרון נוסח ישראל" בהתאם לחוקי היסוד שלה. ממילא, כך נטען, לא ניתן להגביל זכויות משום שהגבלה זו מותרת במשפט הבינלאומי.⁷⁵ החשוב הוא הדין בישראל והוא בלבד, וחוק האזרחות והכניסה לישראל אינו חוקתי לאור מבחניו. בפרק זה אדון בהיבט החוקתי של חוק האזרחות והכניסה לישראל. ראשית, אטען כי בניגוד לטענות שרווחו בדיון הציבורי ושואמצו בחלקן על ידי מיעוט משופטי בג"ץ בפרשת עדאלה, תכליתו של החוק היא ביטחונית. לאחר מכן אציג כיצד התכלית וההקשר הביטחוניים היו אמורים להשפיע על היקף הביקורת השיפוטית, ובמרכזו על מידת ההגנה על הזכויות הנפגעות. באשר לזכויות הנפגעות, אטען כי החוק אכן פוגע בזכות של אזרחי ישראל לייסד חיי משפחה בישראל עם בן זוג זר, אך היבט זה של הזכות לא ראוי שיזכה להגנה חוקתית. עוד אטען כי החוק לא פוגע בזכות לשוויון של אזרחי ישראל הערבים, אלא מהווה הבחנה מותרת. החלת מבחן "התוצאה המפלה" על דיני מלחמה והגירה מובילה לתוצאות אבסורדיות ומהווה הרחבה ניכרת של עקרון השוויון, שממילא אינה הכרחית לצורך פסילת החוק. לבסוף, אדון בשאלת מידתיות החוק. אטען כי, כעיקרון, אין פסול חוקתי בשימוש בחזקת מסוכנות חלוטה, ובלבד שיש לה תשתית אמפירית ושסך התועלת המושגת במעבר מבידוק אינדיבידואלי לאיסור הגורף גבוה מסך העלות הנגרמת מהפגיעה בזכויות אדם בשל כך. בהתאם, אטען כי תוספת התועלת של החוק גבוהה מתוספת הנזק הנלווה לו.

74 להבחנה בין שתי הקטגוריות ראו: THOMAS A. ALEINIKOFF, DAVID MARTIN & HIROSHI MOTOMURA, IMMIGRATION AND CITIZENSHIP: PROCESS AND POLICY 497-504 (5th ed. 2003).

75 נראה שזוהי גישתו של יעקב בן-שמם "זכויות חוקתיות, הגירה ודמוגרפיה: בעקבות בג"ץ חוק האזרחות והכניסה לישראל" משפט וממשל י' 47 (2006) (להלן: בן-שמם).

1. על ביטחון המדינה ותכלית "דמוגרפית"

תכליתו של חוק האזרחות והכניסה לישראל, כפי שנתקבלה על ידי רוב שופטי בג"ץ, היא ביטחונית – הגנה על ביטחון המדינה, על אזרחיה ותושביה.⁷⁶ החוק נחקק לראשונה ביוזמת שירותי הביטחון ולבקשתם, לאחר שנתברר כי בכמה מקרים, אשר היקפם שנוי במחלוקת, נוצלו היתרי הכניסה לישראל לצורך קידום פעולות טרור. עם זאת, בדיון הציבורי נפוצה הטענה שלפיה השיקול הביטחוני אינו אלא אמתלה המסווה את תכליתו האמיתית של החוק: הרצון לשמור על רוב יהודי באמצעות מניעת הגידול בשיעור האוכלוסייה הערבית בישראל.⁷⁷ בפרשת עדאלה, שני שופטים הטילו ספק בתכלית הביטחונית של החוק ותהו שמא הוא נועד לצורך דמוגרפי. השופטת פרוקצ'יה מציינת כי "בנקודות זמן שונות במהלך הליכי החקיקה של החוק ותיקונו הועלה ונדון הנושא הדמוגרפי" וכי "הנושא הדמוגרפי ריחף על פני הליכי החקיקה כל העת".⁷⁸ השופט ג'ובראן הוסיף כי ייתכן ש"השיקול הביטחוני אינו השיקול היחידי העומד מאחורי קבלת החוק".⁷⁹

קשה לחלוק על דברי השופטת פרוקצ'יה שלפיהם הנושא הדמוגרפי "ריחף" על פני הליכי החקיקה, שכן הנושא אכן הוזכר במסגרתם. ייתכן שגם השופט ג'ובראן צודק בהשערתו שלפיה השיקול הביטחוני אינו "היחידי". אלא שגם קבלתן של הנחות יסוד אלו לא פוגעת לדעתי בעובדה הפשוטה שתכליתו של חוק האזרחות והכניסה לישראל, כפי שנתקבלה על ידי רוב השופטים וכפי שמוכיחה גם ההיסטוריה התחקיתית שלו, היא ביטחונית. היוזמה לחקיקת החוק באה משירותי הביטחון, כשנה לאחר תחילת האינתיפאדה ולא מיד בתחילתה, לאחר שהתגלו מקרים של מעורבות מהגרי נישואין בטרור. למעשה, ישראל אפשרה הגירה פלסטינית לפני פרוץ אינתיפאדת אל-אקצה בהיקף נרחב, נדיב הרבה יותר ממה שמתאפשר כיום בחלק ממדינות אירופה, וזאת מפני שהיא לא רצתה לפגוע ברצון של ערבים ישראלים להתחתן עם פלסטינים בשטחים. מדינת ישראל, יש להניח, לא רצתה גם אז בהגירה בהיקף המוני, אך אפשרה זאת עד כשנה לאחר פרוץ האינתיפאדה, אז התגלתה מעורבות של מהגרי משפחה בטרור. ייתכן,

76 רוב משופטי בג"ץ פסק שתכליתו של החוק היא ביטחונית וכי תכלית זו היא ראויה. פרשת עדאלה, לעיל הערה 3, בפס' 1, 51 ו-79 לפסק דינו של השופט ברק; פס' 24 ו-98 לפסק דינו של השופט חשין; פס' 3 לפסק דינה של השופטת ביניש; פס' 21 לפסק דינו של השופט ג'ובראן; פס' 2 לפסק דינה של השופטת חיות; פס' 5 לפסק דינו של השופט עדיאל; פס' 12 לפסק דינו של השופט ריבלין; פס' 8 לפסק דינו של השופט לוי.

77 ראו למשל בן-שמשי, לעיל הערה 75; חסן ג'בארין "מאפליה לשלילת חירויות יסוד" הארץ 18.5.2005; אילן סבן "או מדינה או משפחה" הארץ 18.5.2005; גרוס, לעיל הערה 55, בעמ' 84; דוידוב, יובל, סבן ורייכמן, לעיל הערה 59, בעמ' 668-669, 679-685.

78 פרשת עדאלה, לעיל הערה 3, בפס' 14 לפסק דינה של השופטת פרוקצ'יה.

79 שם, בפס' 24 לפסק דינו של השופט ג'ובראן.

כפי שאכן מציינת השופטת פרוקצ'יה, שלאחר ששירותי הביטחון דרשו לחוקק את החוק, חלק מתומכי החוק תמכו בו גם משיקולים שהיא מכנה "דמוגרפיים". למחוקקים יש שיקולים רבים ומגוונים לתמיכה בדבר חקיקה או להתנגדות לו, וייתכן שלחלקם יש מניעים או שיקולים שלא מן העניין. בסופו של יום, השאלה היא מה התכלית העיקרית של החוק, שלשם השגתה הונע הליך החקיקה מלכתחילה ושניתן להסיקה מסך כל הנסיבות הקשורות בהליך זה. גם אם ניתן למצוא חבר כנסת זה או אחר שתמך בחוק משיקול אחר, אין הדבר מבטל את העובדה שתכלית החוק היא ביטחונית – הגנה על ביטחון המדינה, אזרחיה ותושביה בעת עימות מזוין – ושתכלית זו אותנטית. ויודגש: תכלית דמוגרפית אינה יכולה לפי הנורמות הבינלאומיות המקובלות להצדיק הטלת איסור גורף על הגירה לצורך נישואין המכוון נגד קבוצה לאומית מסוימת. לכן, לו הייתה תכליתו של החוק דמוגרפית, היה מקום להכריז על בטלותו מחמת תכלית בלתי ראויה.

2. עתות שלום ועתות מלחמה

הסוגיה של הגירת נישואין ואיחוד משפחות בעת מלחמה לא נדונה בפסק דינו של הנשיא ברק בפרשת *עדאלה*, כמו גם בפסק דינם של רוב שופטי בג"ץ. הגם שהכלל המשפטי החל על הגירת נישואין בעתות שלום שונה מהכלל החל בעתות מלחמה, פסק הדין של דעת המיעוט אינו כולל סייג לעתות חירום. ניתן להבין מהדברים כי דין מהגר מאיראן כדין מהגר משבדיה, כי דין סורים כדין דנים. שופטי דעת המיעוט יכלו להביא נימוקים אחרים על מנת להשיג אותה תוצאה. למשל, ניתן היה לטעון כי העימות המתנהל בין הצד הישראלי לבין הצד הפלסטיני אינו שקול למלחמה, או כי הציבור הפלסטיני אינו בבחינת נתיני אויב, או כי הכלל האוסר על הגירת נישואין של נתיני אויב בעת מלחמה אינו תקף עוד בימינו, או כי יש לאפשר הגירת נישואין של פלסטינים בשל נסיבות מיוחדות (מצב לוחמה ממושך, זיקות מיוחדות בינם לבין הפלסטינים בישראל וכדומה). אלא שדיון מסוג זה נפקד מפסק הדין של רוב שופטי בג"ץ. לפי גישה זו, נראה שעל מדינת ישראל מוטלת חובה לבדוק באופן אינדיבידואלי אלפי בקשות של בני זוג איראנים או סורים המבקשים להגר לצורך נישואין, בהנחה שיש או שיהיו בקשות מסוג זה בעתיד.⁸⁰ הקביעה שעל המדינה מוטלת חובה כזו, ראויה ככל שתהיה, היא פורצת דרך בתולדות משפחת העמים. ראוי היה שלא להשאירה עמומה ולהתמודד עם הקשיים המעשיים שהיא מעוררת. ואולם, אף לא אחת מן הדוגמאות ההשוואתיות המובאות בפסק הדין תומכת במסקנה שיש לאפשר הגירת נישואין של נתיני אויב בעת מלחמה. דוגמאות אלו לקוחות מהדין הפלילי והמנהלי, לא מדיני המלחמה. בצדק ציין השופט גרוניס כי "חוות דעתו של חברי הנשיא, כדרכו, עשירה באסמכתאות מכל קצווי תבל

⁸⁰ בין השנים 1997 ל-2008 הוגשו 164 בקשות למעמד בישראל על ידי נתיני אויב מאיראן, לבנון, סוריה ועיראק. ראו בג"ץ 544/07, מענה לבקשה למסירת פרטים נוספים, משרד המשפטים (22 בדצמבר, 2008).

ומלאה בהפניות להוגים ומלומדים רבים. עם זאת, לא הצביע חברי הנשיא ולו על דוגמה אחת של מדינה שהתירה כניסה של אלפי נתיני אויב לשטחה למטרה כלשהי בשעת מלחמה או בזמן מאבק מזוין. על אחת כמה וכמה שלא נמצאה דוגמה לפיה בית משפט מדינתי חייב מדינה להתיר כניסה של אלפי נתיני אויב לשטחה שלה.⁸¹ נכון: העובדה שאף מדינה בעולם לא התירה הגירת נישואין של נתיני אויב בעת מלחמה אינה מחייבת את ישראל. מדינת ישראל רשאית לאמץ דין שונה, בבחינת אור לגויים, ולסטות מהנוהג המקובל. ואולם בחקיקת חוק האזרחות והכניסה לישראל אמר המחוקק את דעתו באופן מפורש וברור כי הדין הנוהג והראוי בישראל הוא זה שאומץ ומקובל במשפחת העמים. הסיבה להעדר דיון בהבחנה בין הגירת נישואין בעת שלום לבין הגירת נישואין בעת מלחמה מקורה כנראה בכך שלגישת חלק משופטי בג"ץ, אין הבדל של ממש בין ביקורת שיפוטית בעתות מלחמה לבין זו שבעתות שלום. "למשפט החוקתי הישראלי גישה אחידה לזכויות האדם בתקופה של שקט יחסי ובתקופות של לחימה מוגברת", מציין הנשיא ברק, ולכן "אין לנו דיני איזון שהם מיוחדים לתקופת לחימה".⁸² גישה זו מעוררת קושי. אומנם, לישראל יש מערך דינים אחיד בתקופות שלום ומלחמה מבחינת תחולתן של זכויות האדם והיקפן; ואולם חוקי היסוד עצמם יוצרים מערך איזונים חוקתי שונה בעת שלום ובעת מלחמה באשר למידת ההגנה על זכויות האדם.⁸³ לשם כך נועד סעיף 39 לחוק-יסוד: הממשלה המאפשר סטייה ממשטר זכויות האדם במצב חירום.⁸⁴ מערך איזונים שונה, ולעיתים אף מערך דינים שונה, מקובל גם במשפטן של מדינות. חוקותיהן של מדינות כוללות לא אחת סעיפים מיוחדים (derogation clauses)

81 פרשת עדאלה, לעיל הערה 3, בפס' 11 לפסק דינו של השופט גרוניס. והשוו לפס' 73-74 בפסק דינו של השופט חשין ("ספק בעניינו אם בין כל אותן מדינות שחברי הנשיא מבקש ללמוד מהן, יש עוד מדינה המתמודדת עם מציאות דוגמת המציאות שישאל את ישראל מתמודדת עימה... [יש] להירפא מן הצורך ללמוד היקש משיטות משפט של מדינות אחרות שמצבן ומעמדן הגיאוגרפי יותר שונה מאשר דומה הוא למצבה ולמעמדה הגיאוגרפי של ישראל. היש עוד מדינה הנדרשת לאפשר הקמתו של תא-משפחתי בתחומיה בשיתופו של אזרח מדינת אויב?") ולפס' 8 לפסק דינו של השופט ריבלין ("אין לערטל את השאלה החוקתית מן הלבוש המציאותי בו היא נתונה. אין להציב את השאלה בעולם שאינו קיים – ב"פלנטה" אחרת. השאלה החוקתית נדונה, עכשיו וכאן – במדינה כואבת המתקיימת על קרקע בוערת... אין לעצום עינינו מראות מי הוא הזר, לאיזו ישות מדינית הוא משתייך, מי הם מנהיגיו הנבחרים ומהן הנסיבות בהן מתברר עניינו").

82 שם, בפס' 20 לפסק דינו של הנשיא ברק ("אכן, איננו מנהלים שתי מערכות של דינים או איזונים, האחת לתקופת רגיעה והאחרת לימי טרור. קיים מערך דינים ואיזונים אחיד, החל הן בימי רגיעה והן בימי טרור" (ההדגשה שלי – ל' א')). השוו לפס' 3 לפסק דינה של השופטת נאור ולפס' 11 לפסק דינו של השופט ריבלין.

83 ראו יפה זילברשץ "על הגירת זרים שאינם יהודים לישראל – פתיחת דיון" משפט וממשל י (1) 87, 90-91 (2006).

84 לדיון ביחס שבין סעיף 39 לחוק-יסוד: הממשלה לבין חוקי היסוד בדבר זכויות האדם ראו אביגדור קלגסבלד "סתירה לחוק-יסוד" הפרקליט מח 293, 311-313 (התשס"ו).

המאפשרים לסטות בעתות חירום ממשטר זכויות האדם.⁸⁵ גם במשפט הבינלאומי ההסכמי קיימות הוראות מיוחדות המאפשרות למדינות שהן צד לאמנה לסטות בתקופת חירום מחובות מסוימות שלהן כלפי האמנה.⁸⁶ דיני המלחמה מטבעם הם דינים מיוחדים המאפשרים סטייה ממשטר זכויות האדם.⁸⁷ המלחמה עצמה היא הסטייה הגדולה ביותר האפשרית מזכויות האדם. כלל זה חל גם במקרה של הגירת נישואין. למעשה, כאשר דנה העצרת הכללית בנוסח האמנה הבינלאומית בדבר זכויות אזרחיות ומדיניות (1966), דחו נציגי המדינות את ההצעה להכיר ב"זכות לשאת בן זוג ולכונן משפחה", המעוגנת בסעיף 23(2) לאמנה, כזכות שלא ניתן לגרוע ממנה (non-derogable).⁸⁸ הסיבה העולה מעיון בפרוטוקולים היא שנציגי המדינות עמדו על זכותן לאסור הגירת נישואין של נתיני אויב.⁸⁹ ודוק: איני טוען כי בעתות חירום אין לקיים ביקורת שיפוטית. טענתי היא כי בעתות חירום מקובל מערך איזונים שונה, כזה המאפשר לממשל מרחב שיקול דעת רחב יותר בניהול פעולות הלחימה.⁹⁰ מבחני איזון והסתברויות היפים לעתות שלום וכלפי אזרחי המדינה, כגון "מבחן הוודאות הקרובה",⁹¹ מן הראוי שלא יישמו באותו האופן בתקופת מלחמה.

3. זכות האזרח למשפחה או זכות הזר להגירה

מפרשת עדאלה עולות שתי גישות מרכזיות: לפי הגישה האחת, המוצגת בפסק דינו של הנשיא ברק, הגירת נישואין היא סוגיה הנבחנת לאור המשפט החוקתי ואינה מעוררת דיון בזכויות זרים. "במרכז העתירות שלפנינו עומד בן הזוג הישראלי, "מציין הנשיא, ועל כן "אינני מוצא לנכון לדון בזכויותיו של בן הזוג הלא-ישראלי (הזר)".⁹² גישה זו

- OREN GROSS & FIONNUALA NÍ AOLÁIN, LAW IN TIMES OF CRISIS: EMERGENCY POWERS 85
IN THEORY AND PRACTICE (2006)
- ראו למשל, ס' 4 לאמנה בדבר זכויות אזרחיות ומדיניות (1966); ס' 27 לאמנה האמריקנית
לזכויות אדם (1969); ס' 15 לאמנה האירופית לזכויות אדם (1950).
- 78 בנושא זה כתיבה ענפה. ראו, למשל, לאחרונה: Gary Lawson, *Ordinary Powers in Extraordinary Times: Common Sense in Times of Crisis*, 87 B.U. L. REV. 289 (2007);
Mark Tushnet, *Defending Korematsu?: Reflections on Civil Liberties in Wartime*, WIS.
L. REV. 273 (2003).
- 88 רשימת זכויות שלא ניתן לגרוע מהן בעתות חירום מצויה בס' 4(2) לאמנה. ס' 23(2) אינו מנוי
בס' 4(2).
- 89 ראו אצל: Michael J. Dennis, *Agora: ICJ Advisory Opinion on Construction of a Wall in the Occupied Palestinian Territory: Application of Human Rights Treaties Extraterritorially in Times of Armed Conflict and Military Occupation*, 99 AMER. J.
INT'L L. 119, 137-138 (2005).
- 90 השוו לפרשת עדאלה, לעיל הערה 3, בפס' 9 לפסק דינו של השופט גרוניס, פס' 82 לפסק דינו
של השופט חשין ופס' 1 לפסק דינו של השופט עדיאל.
- 91 לשימוש במבחן זה ראו שם, בפס' 8 לפסק דינה של השופטת פרוקצ'יה.
- 92 שם, בפס' 17 לפסק דינו של הנשיא ברק. ראו גם שם, בפס' 102-107 לפסק דינו.

הגירה, טרור וזכויות אדם: מדיניות הכניסה לישראל בעתות חירום

מדגישה את זכותו החוקתית של האזרח "לחיות עם בן-זוגו הזר בישראל ולגדל בישראל את ילדיו", להבדיל מזכות בן הזוג הזר, ולכן על מגבלות המוטלות על זכות זו להיבחן דרך פסקאות ההגבלה.⁹³ לפי הגישה השנייה, המוצגת בפסק דינו של המשנה לנשיא חשין, הגירת נישואין היא סוגיה המשתייכת לבית היוצר של דיני ההגירה, הגם שיש לה ממשק משותף עם הדין החוקתי. המשנה לנשיא לא מכיר ככלל בקיומה של זכות חוקתית לאיחוד משפחות.⁹⁴ לשיטתו, זכותו החוקתית של בן הזוג הישראלי לחיי משפחה אינה מקרינה מעצמה על זרים ולכן אינה יוצרת זכות חוקתית לחיות בישראל עם בן זוג זר.

לשתי הגישות יש היגיון פנימי משלהן, אך נראה שגישתו של השופט חשין, המסווגת את הגירת הנישואין בפריפריה של הזכות לחיי משפחה ועל כן מוציאה אותה מתחולת חוק היסוד, תואמת יותר את הדין הבינלאומי והמשווה. מדינות בעולם לא הכירו ככלל בזכות חוקתית לחיי משפחה עם תושב זר. בדיני ההגירה מקובל להבחין בין שלושה סוגים של מהגרים: מהגרי משפחה, מהגרי עבודה ומהגרי פליטות ומבקשי מקלט מדיני. הגירת הנישואין שונה בכך שבניגוד למהגר העבודה, המבקש היתר שהייה זמני, מהגר הנישואין מבקש להשתקע במדינה הקולטת ולהתאזרח בה. להכרה בזכות לאיחוד משפחות כזכות חוקתית עשויות להיות משמעויות מרחיקות לכת. למשל, ניתן לטעון שגם הטלת מגבלות על מהגרי עבודה עלולה לפגוע בזכויות חוקתיות של אזרחים. נניח שהזכות לכבוד האדם כוללת גם את הזכות להזדקן בכבוד ומתוך כך את הזכות למטפל סיעודי. עוד נניח כי אין בישראל היצע של מטפלים סיעודיים ונדרש ייבוא של עובדים זרים בעלי תכונות ייחודיות הנחוצות לטיפול באדם תלוי ונוקם. הניתן לטעון בדומה, כי יש לבחון מתן היתרי עבודה למטפל סיעודי מתוך הסתמכות על זכותו החוקתית של האזרח לכבוד האדם?

הקשר השזור בין זכות האזרח לאינטרס הזר ראוי להדגשה. אין מחלוקת על חשיבות הזכות לחיי משפחה. ואולם חוקות במדינות בעולם מגינות על היבטים צרים של זכות זו. למשל, סעיף 18 לחוקת ספרד, שאליו מפנה הנשיא ברק, מגן על הזכות לפרטיות ולזהות בחיי המשפחה; סעיף 2 לחוקת שבדיה מגן על הזכות לשם משפחה, לנישואין ולהורות; סעיף 14 לחוקת שווייץ מגן על הזכות לנישואין וכיו"ב.⁹⁵ אף אחת ממדינות אלו לא העלתה לרמה חוקתית את ההגנה על חיי משפחה עם זר בתוך המדינה. הנשיא ברק מביא דוגמאות ממדינות שהעלו לדרגה חוקתית את הזכות לאיחוד משפחות: אירלנד, גרמניה, דרום אפריקה, צרפת וארצות הברית. עיון בדוגמאות מעלה שבחלק

93 שם, בפס' 34 לפסק דינו של הנשיא ברק.

94 שם, בפס' 2 לפסק דינו של השופט חשין: "אין זה מקובל עלי כי אזרחי המדינה קנו זכות חוקתית – קרא: זכות שמכוחה ניתן לבטל חוק של הכנסת – כי בני-זוגם הזרים יהגרו לישראל עקב הנישואין... שלא כדעת חברי, ספק בעיני אם הזכות לנישואין ולחיי משפחה גוזרת מתוכה חובה חוקתית המוטלת על המדינה להתיר כניסה לישראל לאזרחים זרים שנישאו לאזרחי המדינה." ראו גם שם, בפס' 48-57 לפסק דינו.

95 להפניות אלו ראו שם, בפס' 33 לפסק דינו של הנשיא ברק.

מהמקרים מדובר במסכת עובדתית שונה ובניואנסים רבים המבחינים בין מקרה זה לבין המקרה בישראל. לדוגמה, באירלנד הגן בית המשפט על הזכות של קטין אזרח אירי לחיות עם משפחתו ששהתה כבר באירלנד, הגם שבאופן לא חוקי. בעניין זה השאלה לא הייתה אם להכניס בן משפחה זר במסגרת זכות חוקתית לחיי משפחה, אלא אם לגרש בן משפחה זר.⁹⁶ פסיקה מאוחרת אף הבהירה שלאזרח אירי אין זכות חוקתית לאיחוד עם בן משפחה שאינו אזרח.⁹⁷ בחלק אחר מהמקרים הדין השתנה או שמלכתחילה היה שנוי במחלוקת. למשל, הנשיא ברק מביא דוגמה של פסיקה אמריקנית שבה "נקבע כי הזכות לאיחוד משפחות מוגנת במסגרת ההגנה החוקתית הניתנת לזכות לחיי משפחה".⁹⁸ בפרשה זו העותרים אכן טענו כי יש לבחון את הגירת הנישואין מנקודת המבט של המשפט החוקתי וזכות האזרח ולא מנקודת המבט של דיני ההגירה וזכות המהגר. באותו עניין, חוקי ההגירה הפלו לרעה אב ביולוגי של ילד הנולד מחוץ לנישואין. הדין אפשר איחוד משפחות אם לילד יש אם ביולוגית שהיא אזרחית אמריקנית, ושלל זכות דומה במקרה שבו לילד אב ביולוגי שהוא אזרח אמריקני. העותרים, אבות של ילדים כאמור, טענו לפגיעה בשוויון בפני החוק המעוגן בחוקה, שכן החוק הפלה בינם לבין אמהות אמריקניות. בית המשפט מצייין כי זו טענה "מקורית" בניסיונה לעקוף את חוקי ההגירה, אך דוחה אותה.⁹⁹ בית המשפט אכן בוחן את הסוגיה דרך מבחנים של משפט חוקתי, אך זאת מכיוון שהחוק הפלה כאמור בין אב ביולוגי לאם ביולוגית שהם אזרחים, להבדיל מהבחנה בין זרים – נתיני אויב ונתינים שאינם אויב.¹⁰⁰

96 Fajujonu v. the Minister of Justice, 387 [1990] IR 151. מובא שם, בפס' 38 לפסק דינו של הנשיא ברק.

97 Catherine Cosgrave & Bernard Ryan, *Ireland*, in COMPARATIVE STUDY OF THE LAWS IN THE 27 EU MEMBER STATES FOR LEGAL IMMIGRATION, 289, 294-295 (European Parliament, 2008), ראו גם: Depratment of Justice, Equality and Law Reform [www.justice.ie.] *Launch of new Immigration Bill* (2008).

98 פרשת עדאלה, לעיל הערה 3, בפס' 38 לפסק דינו של הנשיא ברק.

99 Fiallo v. Bell, 430 U.S. 787, 800 (1977). דעת המיעוט היא שהכירה בזכות חוקתית לאיחוד משפחות. שם, בעמ' 807-808.

100 למסקנה דומה הגיעה גם דעת הרוב בפרשת *Knauff*, לעיל הערה 50, בעמ' 548: "An alien who seeks admission to the U.S. may not do so under any claim of right. Admission of aliens to the United States is a privilege granted by the sovereign United States Government... only upon such terms as the United States shall prescribe." גם בפרשה זו יש דעת מיעוט שסברה שכניסת בת הזוג הזרה היא חלק מזכותו החוקתית של האזרח לחיי משפחה. שם, בעמ' 550-547. וראו גם: *Azizi v. Thornburgh*, 908 F.2d 1130 (2d Cir. 1990); *Anetekhai v. INS*, 876 F.2d 1218 (5th Cir. 1989); *Almario v. INS*, 872 F.2d 147 (1st Cir. 1970); *Silverman v. Rogers*, 437 F.2d 102, 107 (6th Cir. 1989). בפסיקה זו בתי המשפט סירבו לראות בהגירת הנישואין חלק מזכותו החוקתית של האזרח האמריקני לחיי משפחה.

הגירה, טרור וזכויות אדם: מדיניות הכניסה לישראל בעתות חירום

ניתן לבקר את החלטת בית המשפט העליון האמריקני, שהתעלם מזכויות חוקתיות של אזרחים ובחן את הסוגיה דרך הפריזמה של דיני ההגירה. גם אם למדינה אין חובות כלפי זרים, יש לה ודאי חובות כלפי אזרחיה. ואכן, בספרות נמתחה ביקורת על הוצאת בני משפחה זרים אל מחוץ להגנות החוקה.¹⁰¹ טענתי אינה שאין זה ראוי תמיד להעניק הגנה חוקתית לזכות האזרח לחיי משפחה במדינתו עם בן זוג זר, אלא שמהלך זה אינו מובן מאליו; מדובר בגישה חריגה במשפחת העמים ובעלת השלכות מרחיקות לכת על דיני ההגירה בכללותם. הליכה בתלם זה, ראוי ככל שיהיה, צריכה להיות זהירה וקפדנית.

4. אפליה לרעה או הבחנה מותרת

רוב שופטי בג"ץ בפרשת עלאלה היו בדעה שחוק האזרחות והכניסה לישראל מהווה אפליה לרעה, במבחן התוצאה, של הציבור הערבי-פלסטיני בישראל.¹⁰² גישה זו, אשר מחילה את מבחן "התוצאה המפלה" – המקובל בישראל לבחינת אפליה של אזרחים – גם על דיני המלחמה, במיוחד בשאלות של הגירה, מובילה לתוצאות מרחיקות לכת. לפיה גם האיסור על הגירת נישואין של נתיני מדינות אויב המתגוררים באיראן, לבנון, סוריה ועיראק עשוי להוות אפליה תוצאתית על רקע לאומי. לומר כי החוק מהווה אפליה על בסיס לאומי פירושו כי גם חקיקה האוסרת על מסחר עם האויב היא חקיקה מפלה, שהרי ברור שלציבור הנפגע מחקיקה זו יש גם אפיון לאומי.¹⁰³ לו היה המחוקק מבקש להפלות על רקע אתנו-לאומי, היה עליו לאסור הגירת נישואין של בני לאום או של בני מוצא אתני מסוים. אפליה פסולה שכזו הייתה קיימת בעבר בארצות הברית, כאשר נאסרה כניסה של סינים באשר הם סינים¹⁰⁴ ושל יפנים באשר הם יפנים.¹⁰⁵ ואולם חוק

101 ראו: Hiroshi Motomura, *Whose Immigration Law?: Citizens, Aliens, and the Constitution*, 97 COLUM. L. REV. 1567, 1572-1573 (1997); Gerald M. Rosberg, *The Protection of Aliens from Discriminatory Treatment by the National Government*, SUPREME COURT REV. 275, 326-327 (1977).

102 פרשת עלאלה, לעיל הערה 3, בפס' 46-52 לפסק דינו של הנשיא ברק, פס' 7 לפסק דינה של השופטת בייניש, פס' 16-18 לפסק דינו של השופט ג'ובראן, פס' 4 לפסק דינה של השופטת חיות, פס' 1 לפסק דינה של השופטת פרוקצ'יה, פס' 9-10 לפסק דינו של השופט ריבלין ופס' 7 לפסק דינו של השופט לוי.

103 מכוחה של פקודת המסחר עם האויב, 1939, נאסרו קשרי המסחר עם איראן, סוריה ולבנון. גם האיסור לסחור עם האויב פוגע באינטרסים קנייניים של אזרחים ישראלים, שלעתים הם בעלי אפיון לאומי מסוים.

104 בפסק דין ידוע לשמצה אישר בית המשפט העליון חוק (*Chinese Exclusion Act*) שאסר כניסת מהגרים ממוצא סיני – לא רק אזרחים, אלא סינים באשר הם שם. ראו: *Chae Chan Ping v. United States*, 130 U.S. 581 (1889).

105 ראו: *Ozawa v. United States*, 260 U.S. 178 (1922) (מהגרים ממוצא יפני אינם משתייכים לגזע "הלבן" ועל כן אינם זכאים להתאזרחות); *United States v. Thind*, 261 U.S. 204 (1923).

האזרחות והכניסה לישראל אינו אוסר על כניסה לישראל של ערבים או של פלסטינים שאינם נתיני אויב. למשל, החוק אינו חל על הציבור הערבי או הפלסטיני בירדן או במצרים.¹⁰⁶ בדומה, החוק לא חל על נתינים של כוויית או ערב הסעודית – ללא ספק, לא מדינות ידידותיות – משום שהללו לא הוגדרו כמדינות אויב לצורך זה.¹⁰⁷ בה בעת חל האיסור גם על אותם מעטים מבין תושבי הרשות הפלסטינית ומדינות האויב שאינם ערבים. תכלית החוק אינה למנוע הגירת נישואין של ערבים ואף לא למנוע נישואין לנתין אויב. הדגש הוא למנוע שהות של נתין אויב בישראל בעת מלחמה.

עקרון השוויון דורש יחס שווה לשווים ויחס שונה לשונים. על מנת להשיג שוויון, על השוני בין שונים להיות רלוונטי לשם השגת התכלית המבוקשת. השאלה אינה אם התוצאה של מדיניות מסוימת בעת מלחמה היא לא שוויונית, אלא אם יחס לא שוויוני לנתני אויב בהשוואה לאלה שאינם נתיני אויב הינו יחס שונה לשווים או שמא יחס שונה לשונים – ואם השוני בין הקבוצות, במקרה שהוא קיים, רלוונטי להשגת המטרה. כמובן, ייתכן שלא קיים שוני רלוונטי בין נתין אויב לבין מי שאינו נתין אויב כפרטים; ואולם השוני הרלוונטי אינו נבחן ביחס לפרט – לא בעת שלום, לא כל שכן לא בעת מלחמה – אלא ביחס ל"קבוצת השוויון". כפי שאכן פסק בג"ץ: "החובה לנהוג בשוויון חלה תמיד כלפי קבוצה מסוימת של אנשים או גופים, המהווים את 'קבוצת השוויון'".¹⁰⁸ בתקופת מלחמה, וכאשר מדינה מבקשת לשמור על ביטחון תושביה, קיים שוני בין קבוצת נתיני אויב לבין הקבוצה של אלה שאינם נתיני אויב. שוני זה רלוונטי להערכת סיכונים. למעשה, הדרישה להתיר הגירת נישואין של נתיני אויב משמעה כי מערכת המשפט תעניק יחס שווה לשונים, כאשר השוני ביניהם רלוונטי להשגת המטרה, על ידי

(בני הדת ההינדית אינם זכאים להתאזרחות בארצות הברית הואיל ואינם משתייכים לגזע "הלבן").

¹⁰⁶ משרד הפנים מאשר בקשות להגירת נישואין כאשר בן הזוג הוא נתין מצרי או ירדני המבקש להגר לצורך נישואין לבן זוג ערבי ישראלי. ראו יאיר אטינגר "כל ערבי הוא טרוריסט פוטנציאלי" הארץ 25.8.2004.

¹⁰⁷ בדין הישראלי אין הגדרה עקרונית וכללית של "מדינות אויב". ההגדרה הקיימת בהקשר זה מצויה בס' I לחוק למניעת הסתננות (עבירות ושיפוט), התשי"ד-1954, ס"ח 161, המגדיר באופן עקיף "אויב" שבע מדינות אשר נחשבו לאויב ביום כ"ט בנובמבר 1947: לבנון, מצרים, סוריה, סעודיה, ירדן, עיראק ותימן. הגדרה זו אינה עדכנית. היא אינה כוללת מדינות אויב כגון איראן, וכוללת מדינות שעמן נחתם הסכם שלום: מצרים וירדן.

¹⁰⁸ בג"ץ 986/05 פלד נ' עיריית ת"א-יפו (טרם פורסם, 13.4.05). לדיון בקבוצות שוויון ראו גם בג"ץ 3792/95 תיאטרון ארצי לנוער נ' שרת המדע והאמנויות, פ"ד נא(4) 259 (1997); בג"ץ 11020/05 פנים להתחדשות יהודית בישראל נ' שרת החינוך, התרבות והספורט (טרם פורסם, 16.7.06); בג"ץ 8186/03 קרן החינוך למען בתי ספר תל"י נ' משרד החינוך (טרם פורסם, 2.12.04); בג"ץ 6778/97 האגודה לזכויות האזרח נ' השר לביטחון פנים, פ"ד נח(2) 358 (2004); בג"ץ 366/81 לשכת מפעילי אוטובוסים לתיוור נ' שר האוצר, פ"ד לז(2) 115 (1983); בג"ץ 4906/98 עמותת "עם חופשי" נ' משרד הבינוי והשיכון, פ"ד נד(2) 503 (2000).

הגירה, טרור וזכויות אדם: מדיניות הכניסה לישראל בעתות חירום

הפיכת גורם רלוונטי לבלתי רלוונטי. אכן, שוני זה עשוי שלא להיות רלוונטי לצורך השגת תכליות אחרות. ברם, בעת מלחמה נתינות אויב היא גורם רלוונטי להערכת סיכונים ביטחוניים. אמת, לתושבי מדינות אויב יש בתור שכאלה גם אפיון לאומי, ואולם זהו מצב טבעי כאשר מדובר בסכסוך לאומי. מלחמה מתנהלת במצב הדברים הרגיל בין מדינות לאום, ולנתיני מדינות אלו יש לרוב גם אפיון לאומי. הקריטריון המבחין – היוצר הבחנה מותרת¹⁰⁹ – אינו המוצא הלאומי, אלא האויבות. כאשר ישראל מצויה במלחמה עם מדינה מסוימת וזו אוסרת על כניסת ישראלים לשטחה, לא תהיה זו אפליה לרעה של יהודים; אפליה זו תתקיים אם האיסור על כניסה יחול על יהודים בתור שכאלו, באשר הם שם. בהקשר זה ציין שופט בית הדין הבינלאומי לצדק:

Measures having a legitimate purpose but which affect a racial or religious group in particular would not be prohibited. For example, measures taken during a public emergency in a part of the country whose inhabitants belong to a religious minority would not be illegal merely because they affected that group.¹¹⁰

אם חוק האזרחות והכניסה לישראל היה אוסר על ערביי ישראלי לחיות עם בת זוג נתינת אויב בישראל ומאפשר זאת ליהודי ישראלי, הייתה זו אפליה. בפרשת פאלו, חוק האזרחות הבחין בין אב ביולוגי לבין אם ביולוגית של ילד זר; הילד היה זכאי לאיחוד משפחות עם אמו, אזרחית אמריקנית, אך לא היה זכאי לכך אם הבקשה הוגשה על ידי אביו, אזרח אמריקני. בית המשפט סירב לראות בכך אפליה מטעמי מין, שכן לדידו לא מדובר בזכות האזרח האמריקני, אלא באינטרס של זר שאינו זכאי להגנות החוקה, ובכך אישר אפליה פסולה בין אזרחים מטעמי מין. גישה זו, שהוחלה גם בפרשות דומות,¹¹¹ ראויה לביקורת. אלא שבניגוד להבחנות הללו בין אזרחים אמריקנים, חוק האזרחות והכניסה לישראל לא מבחין בין אזרחים – כל אזרחי המדינה מנועים מלהתאחד בישראל עם בן משפחה נתין אויב – אלא בין זרים, נתיני אויב ואלו שאינם נתיני אויב. מבחן התוצאה המפלה לא מתאים לכל נסיבה ועניין. היש מי שיטען ברצינות כי חוק האוסר על מילת נשים או על פוליגמיה הוא אפליה לרעה של ערבים משום שהציבור העיקרי הנפגע הוא ערבי? אפליה כזו תתקיים אם האיסור הוטל מלכתחילה בכוונה להפלות¹¹² ערבים

109 פרשת עדאלה, לעיל הערה 3, בפס' 91-92 לפסק דינו של השופט חשין; פס' 11-12 לפסק דינה של השופטת נאור; פס' 4 לפסק דינו של השופט עדיאל. לדידם, אין מדובר באפליה, אלא ב"שונויות רלוונטיות".

110 Thomas Buergenthal, *To Respect and to Ensure: State Obligations and Permissible Derogations*, in THE INTERNATIONAL BILL OF RIGHTS, 72, 83 (Louis Henkin ed., 1981)

111 ראו למשל *Nguyen v. INS*, 533 U.S. 53 (2001).

112 בפרשת עדאלה, לעיל הערה 3, מציין הנשיא ברק, בפס' 51 לפסק דינו, כי "להיעדרה של הכוונה להפלות אין השפעה על קיומה של ההפליה" וכי השאלה החשובה היא אם התוצאה של

באשר הם או להגביל את זכותם. אדגיש: איני טוען שמבחן התוצאה המפלה אינו ראוי, אלא שלא ניתן להחילו על מלחמות ועל הגירה משל מדובר בדיני עבודה.¹¹³ אין זה אומר שאפליה תוצאתית כלל לא רלוונטית בתחומים אלו. היא אכן יכולה וצריכה לשמש כגורם המחשיד את המדיניות, אך לא כגורם בלעדי לקביעה כי מדובר באפליה. הרחבה כזו של עקרון השוויון גם אינה ממש הכרחית, שהרי גם לגישת אלו המתנגדים לחוק, ניתן היה לפסול את החוק בשל פגיעתו בזכות לחיי משפחה ולהגיע לתוצאה זהה. בפרשת *עדאלה*, דוחה הנשיא ברק את טענת ההבחנה המותרת בציינו כי "הדין היה עם המדינה אילו קבע חוק האזרחות והכניסה לישראל כי בן זוג ישראלי (יהודי או ערבי) אינו רשאי לממש את חיי המשפחה בישראל במקום שנשקף מבין הזוג הזר סיכון ביטחוני".¹¹⁴ ואולם, נורמה זו נקבעה בחוק האזרחות והכניסה לישראל. לפי החוק, ישראלי – כל ישראלי, יהא מוצאו אשר יהא – אינו רשאי לממש את חיי המשפחה שלו בישראל אם נשקף מבין זוגו הזר סיכון ביטחוני. האפליה התוצאתית נוצרת לא בשל נורמה שונה החלה על בן זוג ישראלי יהודי לעומת בן זוג ישראלי ערבי, אלא בשל מבחן שונה לכניסה לישראל שהוחל על בן זוג של אזרח ישראלי הנחשב לנתין אויב ועל בן זוג של אזרח ישראלי שאיננו נתין אויב. על הראשונים חל איסור גורף להיכנס לישראל (שבצדו חריגים); על האחרים חל איסור להשתקע בישראל אלא אם כן עמדו במבחנים אינדיבידואליים. לגישת ברק, לו היה החוק מבחין בין בני זוג זרים שיש בהם סיכון ביטחוני לבין בני זוג זרים שאין בהם סיכון ביטחוני, היה מדובר בשונות רלוונטית ולכן חוקתית, גם אם תוצאתה הייתה מפלה.¹¹⁵ ואולם לשיטתו, "חוק האזרחות והכניסה לישראל מושתת על הבחנה אחרת, והיא ההבחנה בין בני זוג זרים של ישראלים שהם פלסטינים תושבי האזור, לבין בני זוג זרים של ישראלים שאינם".¹¹⁶ יוצא, אם כן, שההבחנה בין בן זוג זר מסוכן לבין בן זוג זר שאינו מסוכן היא מותרת, בעוד שההבחנה בין בן זוג זר תושב האזור לבין בן זוג זר שאינו תושב האזור היא פסולה. המקור להבדל נובע מכך שהחוק מניח זהות בין תושב האזור לבין מסוכנות; הקושי שבחוק לכן אינו בעצם ההבחנה בין נתין אויב ושאינו כזה, אלא בזהות שהוא יוצר בין תושב האזור לבין רמת הסיכון הנשקפת ממנו, קרי, חזקת המסוכנות והקריטריונים לה (אזרחות ותושבות).

המדיניות היא מפלה. ואולם קיימים מצבים שבהם תוצאה מפלה היא חלק אינהרנטי ממדיניות ממשלתית; במצבים אלו יש לדעת לתת משקל גם לשאלה אם הייתה כוונה להפלות את הקבוצה שתוצאתה של המדיניות פוגעת בה.

113 השוו: *Bertrand v. Sava*, 684 F.2d 204 (1982), שבו נדחתה טענה זו באשר למהגרים מהאיטי.

114 פרשת *עדאלה*, לעיל הערה 3, בפס' 49 לפסק דינו של הנשיא ברק.

115 שם, בפס' 50 לפסק דינו של הנשיא ברק.

116 שם, שם.

5. זכויות אדם, טרור ולקייחת סיכונים: שאלת המידתיות

שופטי בג"ץ הסכימו בפרשת עדאלה כי האמצעי שאימץ המחוקק בחוק האזרחות והכניסה לישראל, איסור גורף על כניסה של נתיני אויב, מתאים רציונלית להגשמת תכליתו הביטחונית, קרי, שהחוק עומד בתנאי מבחן המשנה הראשון של דרישת המידתיות. כן הוסכם כי ככלל, בידוק פרטני אינו יכול להגשים את תכלית החוק באותה מידה כמו האיסור הגורף שנקט המחוקק, קרי, שהחוק עומד ככלל בתנאי מבחן המשנה השני של דרישת המידתיות.¹¹⁷ השופטים שפסלו את החוק הסתמכו על מבחן המשנה השלישי של דרישת המידתיות. "אין לקיים דמוקרטיה וזכויות אדם בלי ליטול סיכונים", מציין הנשיא ברק; חירות מחייבת נטילת סיכונים, והערכת הסיכונים מבוססת על מערך של הסתברויות.¹¹⁸ השופטת בייניש מציינת כי האיסור הגורף הקבוע בחוק פוגע ב"אוכלוסייה שלמה באופן כוללני" וזאת "בין אם נשקף סיכון ביטחוני מכן הזוג ובין אם לאו". לגישתה, אין לבסס הערכת סיכון ביטחוני על הכללות ועל הסיכון "להתבטא ברמה של קונקרטיזציה מעבר לעובדה כי מבקש היתר הכניסה הוא פלסטיני תושב האזור".¹¹⁹

אין ספק כי מבחינה עקרונית צודק הנשיא ברק: אכן, אין לקיים משטר דמוקרטי ללא נטילת סיכונים. אך השאלה הניצבת כאן היא אם ניתן לעשות קונקרטיזציה, או אינדבידואליזציה, של סיכונים, ומה הדין במקרה שלא ניתן לעשות זאת בעת הלחימה. הטענות המרכזיות שאציג בפרק זה הן: ראשית, אין פסול אינהרנטי בשימוש בחזקת מסוכנות כלפי הגירת נישואין של נתיני אויב. שנית, הגם שאין פסול בחזקת מסוכנות חלוטה, ראוי לנקוט, במידת האפשר, חזקת מסוכנות הניתנת לסתירה במקרה קונקרטי. שלישית, במעבר מבידוק אינדבידואלי לאיסור גורף, סך התועלת המושגת, ובכלל זה גם תוספת הביטחון, גבוה יותר מסך העלות הנגרמת מהפגיעה בזכויות אדם. רביעית, למעט מקרים חריגים, למשל כאשר בסיסה האמפירי של החזקה בלתי רציונלי, ראוי כי בתי המשפט יותירו את מלאכת הערכת הסיכונים בעת מלחמה לרשות המחוקקת והמבצעת.

117 השופט לוי, עם זאת, מצא את הפסול החוקתי בחוק במיוחד במבחן המשנה השני של דרישת המידתיות. שם, בפס' 9 לפסק דינו.

118 שם, בפס' 110-112 לפסק דינו של הנשיא ברק: "ההעמדה הראויה של השאלה הינה ברמה של הסיכונים ושל הסתברות התרחשותם... השאלה הינה מה ההסתברות כי ייפגעו חיי אדם אם נתמיד בבדיקה האינדבידואלית לעומת ההסתברות כי ייפגעו חיי אדם אם נעבור לאיסור גורף, והאם תוספת הסתברותית זו שקולה כנגד הוודאות שבהגדלה הנגרמת על ידי כך לפגיעה בזכויותיהם של בני זוג אזרחי המדינה."

119 שם, בפס' 7 ו-11 לפסק דינה של השופטת בייניש. וראו גם בפס' 21 לפסק דינה של השופטת פרוקצ'יה.

(א) חזקות מסוכנות: תאוריה ומשפט

בספרו על "עקרונות המשפט הפלילי", ג'רמי בנתם מציג את התופעה של "עבירות נחזות" (presumed offences).¹²⁰ עבירה נחזית היא מצב שבו אדם מוחזק כמי שביצע עבירה לא על בסיס ראיות ישירות, אלא על בסיס נסיבות ראייתיות עקיפות. ביצוע עבירה מוסק ממערכת נסיבות מסוימת שמשלעצמה אינה מהווה עבירה. הדוגמה שבנתם מביא היא בעלות על ספינה ששמה המקורי נמחק או שונה מבלי לדווח על שינוי זה לרשויות. באנגליה במאה השמונה-עשרה מעשה זה נחשב לעבירה. הפיכת המעשה לפלילי נבעה מתופעה של גניבת ספינות. נמצא כי הגנבים השתמשו בטכניקה של מחיקת שם הספינה ושינויו (באמצעות צביעה מחדש) כדי להתחמק מבידוק של הרשויות. מעשה זה כשלעצמו, מציין בנתם, אינו עבירה פלילית, שהרי אדם זכאי לשנות את שם הספינה המצויה בבעלותו. הסיבה שמעשה זה הפך לעבירה פלילית נעוצה בכך שנמצא כי ברוב הפעמים ששם הספינה שונה או נצבע מחדש, מבלי ששינוי זה דווח, היה מדובר בספינה גנובה. בשל שכיחות סטטיסטית זו, ובהיעדר רישום של שינוי שם הספינה, הספינה הוחזקה כגנובה ומחזיק הספינה הוחזק כעבריין אלא אם כן הוכח אחרת.

העבירה של בעלות על ספינה ששמה שונה או נמחק לא קיימת עוד, אך המושג של "עבירות נחזות" נותר בדין המודרני. למשל, בחוק העונשין קיימת עבירה של אינוס סטוטורי: קיום יחסי מין עם נערה שטרם מלאו לה ארבע-עשרה שנים, אף אם בהסכמתה.¹²¹ החוק מניח כי נערה מתחת לגיל ארבע-עשרה נעדרת יסוד נפשי הנדרש להסכמה חופשית על יחסי מין ולכן הסכמתה, גם אם ניתנה, אינה תקפה. החוק גם מניח כי בגיר אשר בעל נערה בגיל זה ניצלה לרעה, ועל כן הוא נחשב עבריין ומעשהו נחשב אינוס. חזקה זו היא חלוטה: לא ניתן להפריך אותה במקרה מסוים, תהיינה הנסיבות אשר תהיינה. בדומה, קביעת גיל מינימלי להצבעה לכנסת, לנהיגה, לשתיית אלכוהול וכיו"ב מבוססת על חזקות חלוטות שלפיהן בני אדם מעל גיל זה או מתחתיו הם בעלי מאפיינים ותכונות מסוימות או נעדרי מאפיינים אלה. כך, למשל, לאדם מתחת לגיל מינימום אין אפשרות לסתור את החזקה ולהוכיח כי במקרה שלו הוא מחזיק בבגרות ובידע הנדרשים להצבעה לכנסת. הרציונל המונח בבסיס חזקות חלוטות אלו הוא היקש ממערכת עובדתית שיודעים על קיומה במישרין למסקנה מסוימת שלא יודעים על קיומה במישרין, אך שניתן להסיקה מראיות סטטיסטיות. חזקות אלו מקובלות ברוב ענפי המשפט: בדין הצבאי, בעבירות סמים, בדיני הלבנת הון ובתעשיית הביטוח, המושתתת על שיטה אקטוארית מכלילה לפי מקום מגורים, גיל, מין, עיסוק וכיו"ב. זו אולי לא שיטה רצויה, אך לעתים זו הדרך היחידה האפשרית בנסיבות החיים המודרניות. חברות מודרניות נדרשות לכללים, וכללים, מעצם טבעם, הם מכלילים ואינם מאפשרים צדק אינדבידואלי. לדוגמה, הכלל של הגבלת מהירות מבוסס על ההנחה שלפיה קיים סיכון

JEREMY BENTHAM, THE THEORY OF LEGISLATION 425-427 (1931) 120

121 ס' 345(א)(3) לחוק העונשין, התשל"ז-1977, ס"ח 864.

הגירה, טרור וזכויות אדם: מדיניות הכניסה לישראל בעתות חירום

תעבורתי בנהיגה שמעבר למהירות מסוימת. גם אם נתעלם ממשתנים חיצוניים דוגמת תנאי הכביש, מזג האוויר ומצב התנועה, ברור שנורמה זו מכילה ואינה מביאה בחשבון מאפיינים פרטיקולריים הקשורים למצבו של נהג מסוים ולדפוסי הנהיגה שלו.¹²² הכללות סטטיסטיות נחשבות מהימנות גם אם רוב הפרטים המשתייכים לקבוצת סיכון מסוימת אינם מסוכנים באופן אינדבידואלי, ובלבד שרמת הסיכון הנשקפת מקבוצה זו כמכלול גבוהה יותר מרמת הסיכון הנשקפת מקבוצות אחרות. ההכללה שלפיה "לגברים צעירים הרגלי נהיגה מסוכנים", אין משמעה שכל או שרוב הנהגים הצעירים מסוכנים באופן אינדבידואלי, אלא שנהגים צעירים כקבוצת התייחסות מסוכנים יותר ביחס לקבוצות אחרות (למשל, נהגות או נהגים מבוגרים) או ביחס לקבוצת הנהגים כמכלול. הכללה זו תהיה תקפה גם אם רק מיעוט מבין הנהגים הצעירים, נניח כשלושים אחוז, מסוכן, ובלבד שאחוז זה גבוה יותר משמעותית בהשוואה לאחוז הנהגים המסוכנים בקבוצת נהגים אחרות או בקבוצת הנהגים כמכלול. חשיבות ההכללה היא השוואתית והיא נבחנת ביחס לקבוצות מקבילות אחרות. למשל, הכללה שלפיה "גבינה שווייצרית היא גבינה עם חורים" תיחשב תקפה גם אם לא בכל או ברוב הגבינות השווייצריות יש חורים. חשיבות ההכללה היא בכך שברוב סוגי הגבינות שאינן שווייצריות אין חורים. אם גם בגבינות לא שווייצריות היו חורים, הכללה זו הייתה מאבדת מערכה והייתה דומה להכללה "לולבו יש ארבעה גלגלים".¹²³ חזקת המסוכנות של נתיני אויב מושתתת על רציונל דומה. היא מניחה כי נתיני אויב משתייכים לקבוצה שהיא באופן עקרוני מסוכנת משמעותית יותר מקבוצות אחרות, שאינן נתיני אויב. ברור שיש נתיני אויב שאינם אויבים של ממש, כשם שיש ברבורים שחורים חרף נטייתנו להכליל שכל הברבורים לבנים, אך קיומם של חריגים אינו שולל את המהימנות הסטטיסטית של ההכללה. מה שהופך נתיני אויב לקבוצת סיכון אינו העובדה שכולם או רובם הם אויבים באופן פרטני, אלא העובדה שנתני אויב כקבוצה מסוכנים יותר מקבוצה של אלה שאינם נתיני אויב. כמובן, אפשר לטעון כי אזרחות או תושבות אינן אמות מידה מהימנות לאויבות וכי ראוי למצוא קריטריון אחר. אפשר גם לטעון כי גם על פי קריטריון זה הנתינים הפלסטינים אינם אויב. אך אלו טענות מסוג שונה. הן אינן שוללת את השימוש בהכללות סטטיסטיות בתור שכאלו, אלא מתמקדות במהות הקריטריונים המצויים בבסיסה של ההכללה הסטטיסטית.

הכללות סטטיסטיות הן לעתים פוגעניות ומשפילות. במאמרם מבקרים מדינה וסבן את החוקתיות של תיוגים מכלילים אשר פוגעים באזרחי המדינה המשתייכים לקהילות מיעוט. כדוגמה הם מביאים את התיוג כלפי אזרחי ישראל הערבים בשדה התעופה, שמתבטא בבדיקת קפדני יותר של ערבים ישראלים ואגב כך בהשפלתם ובפגיעה

122 (2003) 70-71 FREDERICK SCHAUER, PROFILES, PROBABILITIES, AND STEREOTYPES (להלן: שאוואר).

123 בפרשת עדאלה, לעיל הערה 3, בעמ' 12.

בכבודם.¹²⁴ אני שותף מלא לתחושות אלו כלפי הכללות שנלוות אליהן השפלה והכתמה של אוכלוסייה אזרחית. עם זאת, אינני סבור שזה המקרה שבפנינו: ראשית, חזקת המסוכנות במקרה של נתיני אויב מבוססת על ארץ מוצא ולא על אמת מידה אתנו-לאומית. האיסור על כניסה למדינה אינו עוסק בשאלה אם המבקש הוא ערבי או לא-ערבי; עניינו השאלה אם המבקש הוא נתין של מדינת אויב. שנית, בעוד ששימוש בהכללות סטטיסטיות פוגע לרוב בכבוד האדם של פרט המשתייך לקבוצת הסיכון – פגיעה הנגרמת בשל החשדתו הקולקטיבית על רקע אתנו-לאומי – בעיה זו לא מתעוררת בהקשר של נתיני אויב. אזרח מדינה, בלי קשר למוצאו, מוחזק כנאמן למדינה, ובעצם החשדתו בשל מוצאו יש ממד ברור של פגיעה בכבודו. לעומת זאת, נתין אויב מוחזק כנאמן למדינתו ואין בהחשדתו כבלתי נאמן למדינת האויב משום פגיעה בכבודו.¹²⁵ מדובר הרי במאבק לאומי שהשתתפות בו נחשבת לחובה לאומית, לא לבושה. ברור גם שאין פגיעה בכבוד האדם של אזרח ישראלי בכך שמניחים שבן זוגו נאמן לא למדינת ישראל, כי אם למדינת אזרחותו. הנחה זו נובעת מהעיונות המזוין וממהות המצב של נתין אויב הכפוף לשלטון אויב וחייב לו נאמנות, על פי המושגים של החברה שהוא חלק ממנה.

דיני ההגירה כוללים שורה ארוכה של חזקות סטטיסטיות (חלקן שרירותיות) ביחס למהגרי נישואין. ניו זילנד, אם להביא דוגמה קיצונית ומפוקפקת, אוסרת הגירת נישואין במקרה שבו בן הזוג הוא שמן, קרי, שמשקלו גבוה ממקסימום שנקבע. לפי החזקה, מהגרים שיש להם עודף משקל יהפכו לנטל על שירותי הרווחה.¹²⁶ בהולנד ובצרפת מהגרי משפחה זכאים להיתר כניסה רק אם יוכיחו באמצעות הצלחה בבחינות הנערכות בשגרירות הולנד וצרפת כי הם בעלי ידיעת מה של השפה ושל אורחות החיים במדינה הקולטת.¹²⁷ לפי החזקה, מהגר הדובר את השפה ומכיר את אורחות החיים במדינה ישתלב מהר יותר בחברה. בארצות הברית, אזרח יכול לבקש ויזה לבן זוגו רק פעמיים; בפעם השלישית בקשתו תידחה. לפי החזקה, נישואין פעם שלישית לבן זוג זר אינם

124 ברק מדינה ואילן סבן "זכויות האדם ונטילת סיכונים: על דמוקרטיה, "תיוג אתני" ומבחני פסקת ההגבלה (בעקבות פסק-דין חוק האזרחות והכניסה לישראל)" משפטים לט (2009) (להלן: מדינה וסבן).

125 החזקה שלפיה אזרח נאמן למדינתו היא בסיס מרכזי בדיני האזרחות. ראו בג"ץ 754/83 דנקן נ' שר הפנים, פ"ד לה (4) 113, 117 (1984) ("האזרחות יוצרת קשר משפטי נמשך בין אדם לבין מדינתו... אזרחות מקפלת בתוכה נאמנות... והיא פרושה בתחומי המדינה ומחוצה לה"); בג"ץ 2934/07 שורת הדין נ' יושבת ראש הכנסת (טרם פורסם, 16.9.07); יפה זילברשץ "נאמנות למדינה" ספר יצחק זמיר – על משפט, ממשל וחברה 530 (יואב דותן ואריאל בנדור עורכים, תשס"ה).

126 מסת הגוף משמשת כאינדיקטור לניבוי מחלות עתידיות ותוחלת חיים. ראו: Aida Edemariam, *Are you too Fat to Emigrate?*, THE GUARDIAN (Nov. 20, 2007).

127 Christian Joppke, *Immigration and the Identity of Citizenship: The Paradox of Universalism*, 12 CITIZENSHIP STUDIES 533, 536 (2008).

הגירה, טרור וזכויות אדם: מדיניות הכניסה לישראל בעתות חירום

כנים.¹²⁸ ברוב המדינות באירופה יש סף גיל מינימלי להגירת נישואין. בדנמרק, הגירת נישואין אפשרית רק אם שני בני הזוג הם מעל גיל 24.¹²⁹ לפי החוקה, נישואין מתחת לגיל זה הם נישואי כפייה. הגם שחלק ממגבלות אלו ראוי לגינוי, הן יוצרות חזקה מוחלטת.

השימוש בהכללות סטטיסטיות כלפי מהגרים אינו חריג בישראל. דוגמה לכך ניתן למצוא בחוק למניעת הסתננות (עבירות ושיפוט), התשי"ד-1954. החוק מגדיר "מסתנן" כאדם שנכנס לישראל ביוזעין ושלא כדין, והינו נתין של מדינה הנחשבת בחוק למדינת אויב. נתין זה מוחזק כמי שביקש לפגוע בביטחון המדינה גם אם הסתננותו היא למטרה אחרת, כגון עבודה בישראל, נישואין לאזרחי ישראל, מקלט מדיני או עבריינות פלילית. אדם שנכנס לישראל ממדינת אויב ביוזעין ושלא כדין, חזקה עליו שמטרת כניסתו היא פגיעה בביטחון המדינה.¹³⁰ בדומה, נפסק כי ניתן למנוע מתושבי חבל עזה כניסה ללימודים באוניברסיטת בית לחם, על בסיס הטענה שבכניסתם לאזור הגדה המערבית קיים "פרופיל סיכון" עקרוני גם "ללא אבחון פרטני המתייחס לכל אחד מהם אישית".¹³¹ אמת: חזקות מוחלטות אלו ואחרות אינן זהות בכל מרכיביהן לחזקות המסוכנות של נתני אויב. כך, למשל, עוצמת הפגיעה בזכות לחיי משפחה הנגרמת מחזקת המסוכנות של נתני אויב היא משמעותית הרבה יותר מעוצמת הפגיעה הנגרמת משימוש בחזקות לקביעת תעריפי ביטוח. חזקת המסוכנות של נתני אויב, הנסמכת על אזרחות או על תושבות כעל גורם מרכזי, שונה גם מחזקות אחרות שבהן יש מגוון רחב של גורמים ושיקולים. גם השלכות החזקה הן שונות: חזקת מסוכנות של נתני אויב מונעת מאזרחי המדינה את מימוש זכותם לחיי משפחה במשך תקופה ממושכת. פגיעה זו חמורה יותר מפגיעה הנגרמת מתוספת של בידוק ביטחוני בשדות התעופה, שאורכת רגעים אחדים. עם זאת, ראוי לזכור כי גם האינטרס המוגן הוא משמעותי הרבה יותר: ביטחון המדינה.

128 International Marriage Broker Regulation Act of 2005, § 832(a)(1). וראו גם: Kerry Abrams, *Immigration Law and Regulation of Marriage*, 91 MINNESOTA L. REV. 1625, 1662-1664 (2007): "While it is possible that citizens who sponsor more than two fiancés in their lifetime are more likely to be engaging in immigration fraud, it is also highly likely that large numbers of these citizens are simply unlucky in love."

129 רובינשטיין ואורגד, לעיל הערה 10, בעמ' 351-352.

130 ע"פ (מחוזי, ת"א-יפו) 71494/06 מדינת ישראל נ' אלויסיני (טרם פורסם, 25.6.2007): "פרשנות זו הינה מחוייבת המציאות מבחינה מעשית, שהרי לא יעלה על הדעת, כי כל אימת שייצצר נתין זר שנכנס ארצה שלא כחוק דרך אחת המדינות המנויות בסעיף 1(1) לחוק ההסתננות, תאלץ המדינה לבצע חקירה ודרישה באשר למטרת הכניסה ולהוכיח כי זו נעשתה לשם פגיעה בביטחון המדינה." פסיקה זו בעייתית, הואיל ולפי הדין בישראל, מצרים וירדן הן עדיין "מדינות אויב". תוצאה זו היא קשה וראויה להחרגה.

131 בג"ץ 11120/05 חמדאן נ' אלוף פיקוד הדרום (טרם פורסם, 7.8.07); בג"ץ 7960/04 אלראוי נ' מפקד כוחות צה"ל בעזה (טרם פורסם, 29.9.04).

הטענה שלפיה צריך לעשות קונקרטיזציה, או אינדבידואליזציה, של סיכונים מבקשת להפוך את חזקת האויבות מחזקה חלוטה לחזקה הניתנת לסתירה. חזקות מסוג זה קיימות בדין הפלילי. למשל, קיימת חזקה שלפיה אדם העומד עם אקדח מעשן מעל לגופה היה מעורב במעשה הרצח; חזקה זו ניתנת לסתירה במהלך ההליך הפלילי. אך המשמעות של דרישה זו היא דחיית הכלל והחלפתו בבירוק פרטני הבוחן אם ההצדקה הראשונית לכלל מתקיימת במקרה אינדבידואלי, קרי, אם נתין אויב מסוים אכן מסוכן. דרישה זו אינה שונה מהדרישה לבחון אם הרציונל העומד מאחורי גיל המינימום לנהיגה או להצבעה לפרלמנט מתקיים במקרה אינדבידואלי של נער או נערה בגיל 17, או להפך, אם רציונל זה מתקיים במקרה אינדבידואלי של אדם הכשיר מבחינת גילו לבחור. חזקה הניתנת לסתירה היא שרירותית פחות, אך מסיבות פרקטיות היא לא תמיד ניתנת לביצוע.

(ב) חזקת מסוכנות ובידוק אינדבידואלי

בפרשת עדאלה המליצו כמה שופטים למחוקק לאמץ חזקת מסוכנות הניתנת לסתירה. גישה זו שומרת על העיקרון שלפיו נתיני אויב מהווים קבוצת סיכון ולכן ניתן לאסור על כניסתם, אך מאפשרת גם לסתור את החזקה במקרה פרטני ובכך לעשות צדק אינדבידואלי. השופט לוי מציין כי "ככל שמדובר בתושביה של הרשות הפלסטינית, ש'עיונותה' אינה טעונה הוכחה, תחול ביחס אליהם 'חזקת מסוכנות', אותה יהיה על המועמד להגירה לסתור".¹³² הנשיא ברק מוסיף: "גם אם נטל ההוכחה יועבר, בעניין זה, על שכם בן הזוג הישראלי, מדוע למנוע ממנו את האפשרות להוכיח כי הנטל הורם?"¹³³ כעיקרון, בידוק אינדבידואלי, בתנאי שהדבר אפשרי, הוא יעד ראוי שכל דמוקרטיה צריכה לשאוף להשגתו, גם בתקופת חירום. לכן חזקת מסוכנות הניתנת לסתירה היא הסדר ראוי יותר מאיסור גורף. השאלה היא אם בידוק אינדבידואלי ישם ומעשי במקרה שלפנינו. בחלק זה אטען כי ככלל, בעת מלחמה בידוק אינדבידואלי אינו אפשרי מבחינה מעשית. עם זאת, במקום שבו ניתן לבצע בידוק פרטני, למשל בשטח כבוש, יש לאפשר זאת. לפני כן אבקש להבהיר נקודה מסוימת לגבי המיתוס של בידוק אינדבידואלי. אטען כי גם בידוק זה מבוסס במידה רבה על הכללות סטטיסטיות. קיימות דרכים רבות לבידוק אינדבידואלי. טלו למשל את הצעתו של השופט לוי שלפיה "נכון יהיה לדרוש מכל פלסטיני המבקש להתאחד עם בן זוגו בישראל, להצהיר על נאמנותו למדינת ישראל ולחוקיה, מלווה בויתור על נאמנות למדינה או ישות אחרת".¹³⁴ הנחת היסוד בהצעה זו היא שפרט החותם על הצהרת נאמנות למדינה א, תוך

132 פרשת עדאלה, לעיל הערה 3, בפס' 9 לפסק דינו של השופט לוי ובפס' 5 לפסק דינה של השופטת חיות.

133 שם, בפס' 113 לפסק דינו של הנשיא ברק.

134 שם, בפס' 9 לפסק דינו של השופט לוי.

הגירה, טרור וזכויות אדם: מדיניות הכניסה לישראל בעתות חירום

ויתור על אזרחותו למדינה ב, יהיה נאמן יותר למדינה א וכתוצאה מכך הסיכון הביטחוני הנשקף ממנו יהיה קטן בהשוואה לנתין אויב שלא חותם על הצהרה דומה. גם אם נניח כי חתימה זו היא כנה ואמיתית, היא בכל זאת מבוססת על הכללה סטטיסטית המקשרת בין החתימה על הצהרת נאמנות לבין מידת הסיכון.¹³⁵ בדיקות אינדבידואליות אלו הן גם מכלילות. לדוגמה, כאשר אוניברסיטה בוחנת בקשה של מועמד להתקבל ללימודים, היא עושה זאת על בסיס בידוק אינדבידואלי של כישורי המועמד. ואולם בידוק זה הוא כשלעצמו מכליל. הוא מבוסס על הכללות שלפיהן, למשל, ציון גבוה בבחינה פסיכומטרית – בחינה חד-פעמית הנעשית בתנאים מסוימים – הוא מנבא יעיל להצלחה בהשכלה גבוהה. הכללה דומה קיימת כאשר מעסיק משתמש בקריטריון של ציונים או לימודים באוניברסיטה יוקרתית כמנבא הצלחה במקצוע מסוים. ברור שאין כאן צדק אינדבידואלי, וזאת גם אם נניח כי בבידוק אינדבידואלי זה אין טעויות וכי ניתן לקיים בדיקה מהימנה מקיפה, קרי, שהכול בדיק. ההבדל העיקרי הוא שהבידוק האינדבידואלי מבוסס על ראיות ישירות.

נחזור לבידוק האינדבידואלי. במאמרם מציינים מדינה וסבן כי קיימים מקרים שבהם שיטה של ענישה מאוחרת אינה יעילה ולכן נדרשת שיטה של מניעה מוקדמת. המלחמה בטרור היא לעתים תחום שבו יעילותה של הרתעה מאוחרת היא נמוכה יחסית. הם אינם שוללים שיטה זו, אך מציינים שצריכה להיות "הקפדה על התניית האמצעי המניעתי בהערכה של עוצמת הסיכון הנובע מן האדם שכלפיו מופעל אמצעי זה". יש להראות כי "עוצמת הסיכון הנשקפת מן הפרט שכלפיו מבקשים לנקוט באמצעי מניעתי היא גבוהה במידה המצדיקה את הפגיעה."¹³⁶ גישה זו שובת לב ואתקשה שלא להסכים איתה במישור הנורמטיבי.¹³⁷ שאלתי היא במישור העובדתי-מעשי. לכל הפחות, לגבי נתין מדינת אויב שבשטחה אין לישראל שליטה אפקטיבית ושבה אין לה נציגות דיפלומטית – איראן, לבנון, סוריה, עיראק ובמידה מסוימת גם חבל עזה – אשאל: האם באמת ניתן לבצע בידוק פרטני של בן זוג זר, ואם כן, הכיצד? ניתן, אולי, לערוך למבקש ראיון בשגרירות במדינה סמוכה, למשל בשגרירות ישראל בירדן. אך גם אז: כיצד ניתן לבדוק נתונים ולאמת מסמכים, כגון תעודת יושר, או לבדוק אם המבקש השתייך בעבר לארגון טרור. לישראל אין מלוא המידע הדרוש כדי לקבוע פרטנית את דרגת המסוכנות של נתין מדינת אויב. יתרה מכך: קיים חשש שכניסה לישראל עלולה ליצור סיכון גם בנקודת זמן כלשהי בעתיד, בעקבות לחץ על המהגר או על בני משפחתו שייוותו במדינתו. אדם המהגר לישראל מהווה מבחינת ארגוני הטרור יעד איכותי לגיוס

¹³⁵ שאוואר, לעיל הערה 122, בעמ' 65-72, 122-123 ו-236-237.

¹³⁶ מדינה וסבן, לעיל הערה 124.

¹³⁷ רובינשטיין ואורגד, לעיל הערה 10, בעמ' 323: "הנחתנו היא שלא ניתן, בשל העימות המזוין, ולעת זר, לבחון פרטנית את מידת המסוכנות הנשקפת מכל אדם בנפרד... הנחת מוצא שונה – שלפיה ניתן לבצע בדיקה פרטנית סבירה ומהימנה בנסיבות העניין – ייתכן שהייתה מובילה למסקנה שונה בהקשר זה."

ולהשפעה. למדינה במלחמה אין האפשרות שיש לשוטר בכניסה לקניון או לפקיד הגירה היושב בשגרירות להעריך באופן קונקרטי דרגה של מסוכנות אינדיבידואלית. אין מדובר ב"חיסכון בזמן וחסכון במשאבים",¹³⁸ אלא בכך שזו משימה בלתי אפשרית בתנאים הקיימים באזור.¹³⁹

סוגיה זו אינה אך ויכוח עובדתי, אלא היא גם עומדת במוקד הניתוח החוקתי וקביעת נקודת האיזון במבחן המשנה השלישי של המידתיות. עמדה על כך השופטת מרים נאור:

חילוקי הדעות בינינו בשאלה אם התקיימו או לא התקיימו תנאי פסקת ההגבלה נעוצים, במידה רבה, בהתייחסות שונה לדרישה לבדיקה אינדיבידואלית של תושבי האזור עמם מבקשים אזרחי ישראל או תושביה להתאחד. יש בינינו הסבורים כי בדיקה כזו תתאפשר אם רק יוקצו המשאבים הכספיים לכך; אחרים (ואני בתוכם) השתכנעו כי בדיקה אינדיבידואלית של ממש אינה אפשרית לעת הזו... וודאי שהיה עדיף, לו אך ניתן היה הדבר, לערוך בדיקה אינדיבידואלית, למיין בין זרים שאכן יוצרים סיכון ביטחוני לבין זרים שאינם יוצרים סיכון כזה, ולהתיר את כניסתם של האחרונים. ואולם, המשיבים מסבירים לנו כי אין אפשרות לברר, לעת הזו, פרטים על אודות תושבי האזור עמם מבקשים הישראליים להתאחד... אין המדובר כאן בבעיה של עלות כספית. המדובר הוא בחוסר יכולת מבצעית להשיג אינפורמציה.¹⁴⁰

באשר לנתיני הגדה המערבית, אזור שברובו מהווה ישראל כוח כובש,¹⁴¹ ומכאן שיש לה בו גם יכולת מוגברת לבידוק אינדיבידואלי – קיימים כוחות צבא וגורמי מינהל בשטח, מידע מודיעיני, יכולת (גם אם מוגבלת) לאמת נתונים וכד' – ראוי לאפשר לבן הזוג הזר להפריך את חזקת המסוכנות ולהוכיח שבמקרה מסוים אין יסוד סביר להניח כי בכניסתו לישראל קיים, או עלול להיות קיים בעתיד, סיכון ביטחוני. מבין הגורמים שניתן להביא בחשבון מצויים גיל, מין, חברויות והשתייכויות ארגוניות, מידע מודיעיני, ויתור על נתינות זרה, שהות קודמת של המהגר בישראל, תצהיר או כל מסמך אחר המוגש לבדיקה זו.

¹³⁸ מדינה וסבן, לעיל הערה 124.

¹³⁹ הקושי לקיים בדיקה אינדיבידואלית במהלך מלחמה עולה גם מפסק דינו של הנשיא ברק. ראו פרשת עזאלה, לעיל הערה 3, בפס' 113 לפסק דינו ("במקום בו מתנהלת לחימה לא מתנהלת בדיקה; במקום שבו אין אפשרות, בשל התנאים הביטחוניים לקיים בדיקה, יש לדחותה עד לאחר שהתנאים ישתנו").

¹⁴⁰ שם, בפס' 18-19 לפסק דינה של השופטת נאור.

¹⁴¹ במיוחד בשטחי C הנתונים לשליטתה, להבדיל משטחי A הנשלטים על ידי הרשות הפלסטינית (מעמדו של שטח B אינו חד-משמעי).

הגירה, טרור וזכויות אדם: מדיניות הכניסה לישראל בעתות חירום

נראה כי חזקת מסוכנות הניתנת לסתירה תואמת את גישתו של הנשיא ברק בפרשת עדאלה.¹⁴² היא תואמת גם את מסקנות הוועדה המייעצת לבחינת מדיניות ההגירה של ישראל בראשות פרופסור אמנון רובינשטיין, אשר מונתה על ידי שר הפנים אופיר פינס-פז כדי להציע מדיניות הגירה לישראל. בדו"ח הביניים של הוועדה הומלץ לאסור באופן מוחלט הגירה משטח שבו מתנהלת לחימה. עם זאת, במקרים של מדינות סיכון ואזורי סיכון, הוצעה חזקת מסוכנות המאפשרת לזר להוכיח היעדר מסוכנות במקרה פרטני.¹⁴³ חזקה שכזו תואמת גם את הדין האמריקני שהוזכר לעיל לגבי מהגרים ממדינות סיכון. היא מאפשרת לשמור את העיקרון של מסוכנות במלחמה תוך עשיית צדק אינדבידואלי.

(ג) חזקת מסוכנות ומעריך הסתברויות

חוק האזרחות והכניסה לישראל נפסל על ידי שופטי המיעוט בפרשת עדאלה, על בסיס מבחן המשנה השלישי של דרישת המידתיות. לדברי הנשיא ברק, "תוספת הביטחון שהאיסור הגורף מביא עימו אינה מידתית ביחס לתוספת הנזק הנגרמת לחיי המשפחה ולשוויון של בני הזוג הישראליים. אמת, האיסור הגורף נותן עימו יותר ביטחון: אך הוא מושג במחיר כבד מדי." "דמוקרטיה מחייבת לקיחת סיכונים, לכן "דמוקרטיה מוותרת על תוספת מסויימת של ביטחון כדי להשיג תוספת גדולה לאין שיעור ממנה של חיי משפחה ושוויון."¹⁴⁴ מדובר אפוא בעניין של עלות מול תועלת לאור מערך הסתברויות. באיזון זה נמצא כי "תוספת הביטחון הנגרמת במעבר מבדיקה אינדיבידואלית לאיסור גורף של כניסתם של בני זוג גברים עד גיל 35 ושל בני זוג נשים עד גיל 25 אינה שקולה כנגד תוספת הנזק הנגרמת לבני הזוג הישראליים בשל הפגיעה בזכותם לחיי משפחה."¹⁴⁵ הבסיס הסטטיסטי למערך הסתברויות שכזה טמון במספר מהגרי הנישואין שנכנסו לישראל במסגרת ההיתר שקדם לחוק והיו מעורבים בפעילות טרור בישראל. המספרים מדברים בעד עצמם: השופטת פרוקצ'יה מציינת כי "מאז 1994 קבלו כ-130,000 מתושבי האיזור מעמד כזה או אחר במדינה" וכי "מתוך מספר תושבים זה נמסר כי 26 מצויים בחקירה בחשד למעורבות בפעילות טרור". לשיטתה, זהו "שיעור קטן, יחסית".¹⁴⁶ מדינה וסבן תומכים בגישה מעין זו. לדבריהם, "מן הנתונים שהוצגו בפסק-הדין בעניין עדאלה, עולה כי הסיכון הנשקף מבן-זוג אשר המידע היחיד הידוע לגביו הוא כי הוא פלסטיני תושב השטחים הוא סיכון קלוש". החוק פוגע באופן ממש

142 פרשת עדאלה, לעיל הערה 3, בפס' 113 לפסק דינו של הנשיא ברק.

143 הוועדה המייעצת לבחינת מדיניות הגירה למדינת ישראל: דו"ח ביניים, 6-11 (7.2.2006). כחברי הוועדה כיהנו (לפי סדר א"ב) שלמה אבינרי, אריאל בנדור, יפה זילברשץ, רות לפידות ואמנון רובינשטיין. כמזכיר הוועדה מונה כותב שורות אלו.

144 פרשת עדאלה, לעיל הערה 3, בפס' 92-93 לפסק דינו של הנשיא ברק.

145 שם, בפס' 112 לפסק דינו של הנשיא ברק.

146 שם, בפס' 13 לפסק דינו של השופטת פרוקצ'יה (ההדגשה במקור).

בזכויות יסוד חוקתיות אך זאת, הם מציינים, על בסיס "סיכון ששיעורו מאיות אחוז ספורות שאדם המבקש מעמד בישראל יסייע לביצוע מעשה טרור אם יקבל היתר שהייה בישראל".¹⁴⁷

אני מבקש להציג גישה שונה, מהותית ומוסדית. ראשית, השאלה הרלוונטית אינה כמה מהגרי נישואין היו מעורבים במעשי טרור או כמה מעשי טרור התרחשו כתוצאה מהגירתם אלא, במקום זאת, מה היקף הקורבנות והנזק שנגרמו. אין זה עניין כמותי, אלא איכותי. גם מפגעים בודדים עלולים לגרום לנזק גבוה לאין שיעור. למשל, 19 חוטפי המטוסים בפיגועי האחד-עשר בספטמבר בארצות הברית גרמו לקורבנות של למעלה מ-3,000 בני אדם. במקרה הישראלי, לפי האמור בפסק הדין, הפיגועים שבוצעו על-ידי מהגרים פלסטינים גרמו ל-45 הרוגים, נוסף ל-124 פצועים מקרב אזרחי ישראל ותושביה.¹⁴⁸ יש שיטענו ששיעור זה עדיין נמוך: זה מחיר שצריך לשלמו על מנת להגשים את הזכות לחיי משפחה של רבבות. ייתכן שכן וייתכן שלא. זו הכרעה ערכית. שנית, מיקוד הדיון אך ורק במספר הקורבנות מטעה. להצלחה של פיגוע טרור איכותי יש עלות שהיא רחבה הרבה יותר ממספר הקורבנות: יש לכך השלכות אסטרטגיות, מדיניות ופסיכולוגיות מרחיקות לכת. להצלחת פיגועי הטרור בארצות הברית הייתה גם עלות כלכלית עצומה ועלויות נוספות, שהן תוצאות של המדיניות והדינמיקה שנוצרה לאחר מכן ביחסים בין מדינות וארגונים. זו כנראה הסיבה לכך שבג"ץ הורה להעביר מאות מיליוני שקלים למיגון שדרות מפני רקטות קסאם, הגם שהעברה של סכום זהה לתחומים אחרים, דוגמת המלחמה בתאונות דרכים או תגבור סל הבריאות, יכלה אולי להציל חיי אדם רבים יותר.¹⁴⁹ להצלחה של פיגוע 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 אינדבידואלי לאיסור גורף, אלא את סך כל התועלת המושגת במכלול הרחב של השיקולים, ובה גם תוספת הביטחון. שלישית, 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, ארבעים אחוז מערביי ישראל שהיו מעורבים בטרור בישראל בשנת 2006 היגרו לשטחה במסגרת איחוד משפחות משטחי הרשות הפלסטינית.¹⁵⁰ זהו אחוז משמעותי, המעיד כי חלק ניכר ממעשי הטרור של תושבים בישראל בוצעו על ידי מהגרי משפחה מסוג ומאזור מסוים. מנקודת מבט זו, איחוד

147 מדינה וסכן, לעיל הערה 124.

148 פרשת עדאלה, לעיל הערה 3, בפס' 16 של השופטת פרוקצ'יה.

149 בג"ץ 8397/06 ועד ההורים העירוני בשדרות נ' שר הביטחון (טרם פורסם, 29.05.2007).

150 שחר אילן "מסמכים חסרים ושאר תירוצים" הארץ Online 24.6.2007

www.haaretz.co.il/hasite/spages/840533.html?more=1

הגירה, טרור וזכויות אדם: מדיניות הכניסה לישראל בעתות חירום

המשפחות פוגע דווקא בערביי ישראל משום שהוא גורם להם להיות מזוהים עם טרור ומשפיע באופן שלילי על תפיסתם בעיני הציבור היהודי.¹⁵¹ רביעית, 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.¹⁵²

חמישית, בנוסח הנוכחי של החוק יש חמישה חריגים, שממילא יש בהם כדי לחייב את המדינה ליטול סיכונים; חריגים אלו מאפשרים בידוק פרטני של שלושים אחוז מהבקשות.¹⁵³ שישי, 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. שאלות אלו הן מן הקשות שניצבות בפני מחוקקים. אך כאשר המחוקק הכריע, שוב ושוב, גם לאחר שנתן דעתו לפסק הדין, כי תג המחיר הנלווה מביטול החוק הוא בלתי נסבל,¹⁵⁴ ראוי כי בית המשפט יכבד הכרעה ערכית זו. אכן, כפי שמציין

הנשיא ברק בפרשת עדאלה, "אמת המידה בה עלינו לנקוט היא ערכית".¹⁵⁵

סוף דבר

חוק האזרחות והכניסה לישראל הוא חוק נוקשה. השלכותיו אכזריות לעתים. הוא פוגע בזכותם של אזרחים ישראלים, במיוחד ערבים פלסטינים, המעוניינים באופן כן ואמיתי לייסד משפחה בישראל עם בן זוג זר תושב האזור. יש לקוות כי שינוי במצב

151 לטיעון מסוג זה של "אינטרס עצמי" של הקהילה ראו, Mathias Risse & Richard Zeckhauser, *Racial Profiling*, 32 PHIL. & PUB. AFF. 131 (2004).

152 John Finnis, *Nationality, Alienage and Constitutional Principle*, L. QUARTERLY REV. 418 (2007).

153 ראו פס' 41 ל"תשובה מטעם המשיבים" בבג"ץ 466/07, 16.9.2007.

154 השוו לגישת השופט חשין בפרשת עדאלה, לעיל הערה 3, פס' 109 ו-115 לפסק דינו: "ביטול האיסור הכולל שבחוק והחלתו בהסדר של בדיקה פרטנית, עלול להביא, ברמת הסתברות לא נמוכה, לריבוי פעולות טרור בישראל: להרג ולפגיעה בתושבי המדינה; לערעור ממשי ומוחשי של תחושת היציבות; ועקב כל אלה לערעורה של הדמוקרטיה עצמה."

155 שם, בפס' 91 לפסק דינו של הנשיא ברק.

המדיני-ביטחוני יביא לשינוי של מציאות זו שהיא, כמו המלחמה עצמה, קשה ואכזרית. ואולם הדיון הציבורי סביב החוק חרג מכל פרופורציה. החוק כונה "פשיסטי", "כתם שחור בהיסטוריה" ו"מהחמורים שבחוקים שקיבלה ישראל". היו אף שהשוו את החוק לחוקי נירנברג.¹⁵⁶ כנסת ישראל הואשמה בגיבוש מדיניות של "אפרטהייד" וב"אפליה גזעית". מאמר זה מנסה להראות כי חרף המציאות הקשה שיוצר החוק, אין ממש בטענות אלו.

חוק האזרחות והכניסה לישראל צפוי להיעלם מספר החוקים של ישראל בשלב זה או אחר. מה שלא צפוי להיעלם הוא המציאות של גלי הגירה מתגברים המתדפקים על דלתה של ישראל: בני משפחה זרים, עובדים אורחים, פליטים ומבקשי מקלט מדיני. למעט חוק האזרחות והכניסה לישראל, המסדיר את מדיניות הכניסה לישראל בעתות חירום, אין לישראל מדיניות כניסה מסודרת שלא מכוה חוק השבות ובמסגרתה אמות מידה ברורות לכניסה לשטחה. על רקע זה ניצב החוק כמגדלור בודד בנסיבות של היעדר מדיניות כניסה, שמעצימות את תחושת האפליה. על ישראל לגבש מדיניות כניסה ברורה לשטחה, שתיתן מענה לאתגרים הנוכחיים של הגירה גוברת ואגב כך גם לסוגיה של הגירה לצורך נישואין ואיחוד משפחות ממדינות אויב ואזורי סיכון.¹⁵⁷ תם אך לא נשלם.

156 ארי שביט "גט כריתות": ראיון עם אברהם בורג לרגל השקת ספרו *לנצח את היטלר* (2007).
דארץ – מוסף 7.6.2007.

157 להצעה מפורטת למדיניות כניסה לישראל ראו שלמה אבינרי, ליאב אורגד ואמנון רובינשטיין "התמודדות עם הגירה גלובלית: מתווה למדיניות הגירה לישראל" מציל"ה (רות גביוון עורכת, 2009).