

# מאוהב לאויב: צדק, אמת, יושר ושכל ישר בין ישראל לאוטופיה בבג"ץ חוק האזרחות

אייל גרוס\*

זהות ישראלית מכוח מעמדה האזרחי של אמו<sup>4</sup>. בתשובת המדינה לעתירה נאמר כי מאז שנת 2001, 26 מתושבי השטחים שקיבלו מעמד בישראל עקב איחוד משפחות, היו מעורבים בסיוע ממשי לפעילות עוינת נגד ביטחון המדינה<sup>5</sup>. שאלת המספר המדויק של פלסטינים שהחזיקו בתעודות זהות ישראליות והיו מעורבים בפיועים נשארה שנויה במחלוקת לפני פסק הדין ולאחריו<sup>6</sup>.

החוק קבע כי שר הפנים לא יעניק לתושב השטחים אזרחות בישראל ואף לא רישיון לשיבה בה. כמו כן נקבע כי מפקד האזור לא ייתן לתושב השטחים (שאינו ישראלי) היתר לשהייה בישראל<sup>7</sup>. בנוסף נקבע כי מפקד האזור, בהסמכת שר הפנים, רשאי לאשר בקשת תושב השטחים למתן היתר לשהייה בישראל. זאת, לשם מניעת הפרדה מבני זוג השוהים כדין בישראל, כאשר מדובר בבן זוג שגילו מעל 35 שנים או בת זוג שגילה מעל 25 שנים<sup>8</sup>.

משמעות החוק היא, בין השאר, שלילת האפשרות של איחוד משפחות בין ישראלי (לרוב ערבי-פלסטיני אזרח או תושב ישראל) לבין בן זוגו הערבי-פלסטיני המתגורר בשטחים ושאינו "גיל המתאים", וכן מגבלות על הקשר בין הורים תושבי ישראל לילדיהם הרשומים בשטחים<sup>9</sup>. החוק כלל הוראות המתירות לשר הפנים לתת או לאשר היתר שהייה לקטין לשם מניעת הפרדתו מהורה משמורן השווה כדין בישראל<sup>10</sup>. עוד נקבע כי מפקד האזור רשאי לתת היתר שהייה בישראל לשם טיפול רפואי, עבודה ואף למטרה זמנית לתקופה של עד שישה חודשים<sup>11</sup>. כמו כן נקבע כי ניתן להעניק אזרחות, רישיון או היתר שהייה בישראל אם מדובר

## 1. מבוא: בית המשפט בצבת המחלוקת

פסק הדין<sup>1</sup> בעניין חוק האזרחות והכניסה לישראל (הוראת שעה)<sup>2</sup>, מעיד על בית משפט חלוק באופן חד. בפסק הדין עסק בית המשפט העליון בשאלת חוקתיותו של החוק, האוסר מתן היתרי שהייה, רישיונות ישיבה ואזרחות בישראל לפלסטינים תושבי השטחים, בכפוף לחריגים מועטים. העובדה שהחלטה על חוקתיות הוראתו של החוק נפלה על חודו של קול, מעידה על עומק המחלוקת והקטוב בבית המשפט העליון בסוגיות של דמוקרטיה, זכויות אדם, ביטחון והקשר ביניהם.

החוק שנדון נחקק כהוראת שעה, על רקע החמרת המצב הביטחוני במהלך האינתיפאדה השנייה<sup>3</sup>. החוק עיגן מדיניות שאומצה קודם חקיקתו על ידי שר הפנים והממשלה. מדיניות זו אומצה לראשונה לאחר הפיגוע במסעדת "מצא" בחיפה, משהתברר שהמחבל המתאבד תושב השטחים נשא תעודת



- 1 בג"ץ 7052/03 עדאלה – המרכז המשפטי לזכויות המיעוט הערבי בישראל נ' שר הפנים (טרם פורסם, 14.05.2006) (להלן: "פסק הדין").
- 2 חוק האזרחות והכניסה לישראל (הוראת שעה), התשס"ג-2003 (להלן: "החוק").
- 3 ראו גיא דוידוב, יותן יובל, אילן סבן ואמנון רייכמן "מדינה או משפחה: חוק האזרחות והכניסה לישראל (הוראת שעה), תשס"ג-2003", משפט וממשל ח 643, 647-652-659, 685-688 (2005); אמנון רובינשטיין וליאב אורגד "זכויות אדם, ביטחון המדינה ורוב יהודי – המקרה של הגירה לצורכי נישואין" הפרקליט מח 315, 317-318 (תשס"ו); יעקב בן-שמש "זכויות חוקתיות, הגירה ודמוגרפיה: בעקבות בג"ץ חוק האזרחות והכניסה לישראל" משפט וממשל י 47, 50-52 (תשס"ז).
- 4 ראו דוידוב, יובל, סבן ורייכמן, לעיל הי"ש 3, בעמ' 652-653; רובינשטיין ואורגד, לעיל הי"ש 3, בעמ' 315.
- 5 פסק הדין, לעיל הי"ש 1, פס' 12 לפסק דינו של השופט ברק (תשובת המשיבים).
- 6 ראו טקסט ליד הי"ש 33-35 לעיל.
- 7 ס' 2 לחוק.
- 8 ס' 3 לחוק.
- 9 פסק הדין, לעיל הי"ש 1, מבוא לפסק דינו של הנשיא ברק.
- 10 ס' 3א לחוק.
- 11 ס' 3ב לחוק.

\* דוקטור למשפטים. הפקולטה למשפטים, אוניברסיטת תל-אביב. תודה לארנה בן-נפתלי ולאילן סבן על הערותיהם על גרסה קודמת של מאמר זה ולאסף אבן-חן על הסיוע במחקר. תודה גם למרכז-על צגלה באוניברסיטת תל אביב למחקר ביתחומי של המשפט על תמיכתו במחקר. הכותב חבר בהנהלת האגודה לזכויות האזרח בישראל שהייתה אחת העותרות בפסק הדין נשוא מאמר זה. עם זאת, הדעות המובעות במאמר הן של הכותב בלבד ואין לייחסן לאגודה לזכויות האזרח בישראל.

אם ההגנה על החיים גוברת תמיד על איכות החיים או על כל ערך או זכות אחרים, הרי שעלינו לאסור תנועת מכוניות בכבישים כדי להגן על החיים מפני תאונות דרכים. בצדק ציין אפוא השופט ברק כי יש לבחון את הסוגיה לפי הסיכונים והסתברות התרחשותם, תוך שאנו בוחנים את התוספת ההסתברותית של הסיכון כנגד הוודאות של הגדלת הפגיעה בזכויות בני זוג אזרחי המדינה<sup>19</sup>. לאור כך מסקנתו של השופט ברק הייתה שהאיסור הגורף שקבע החוק – להבדיל מהסדר אחר המבוסס על בדיקה אינדיווידואלית – מביא עמו תוספת ביטחון, אך זו אינה מידתית ביחס לתוספת הנוק הנגרמת לחיי המשפחה של אזרחים ישראלים שנקשרו או שמבקשים להיקשר בבני זוג פלסטינים תושבי השטחים. היא אף אינה מידתית ביחס לתוספת הנוק הנגרמת לשוויון בין אזרחי ישראל המשתייכים לקבוצות לאומיות שונות<sup>20</sup>. מסקנה זו מעוגנת בעמדה כללית יותר שלפיה אין לקיים דמוקרטיה וזכויות אדם בלא ליטול סיכונים<sup>21</sup>. ניתוח זה הוביל למסקנתו של השופט ברק שלפיה החוק פוגע בזכויות החוקתיות לחיי משפחה ולשוויון, פגיעה שאינה עומדת בתנאי פסקת ההגבלה שבחוק-היסוד.

מנגד, השופט חשין דחה את עמדתו של השופט ברק על שני חלקיה. **ראשית**, לשיטתו, לאזרחי המדינה אין זכות חוקתית שבני זוגם הזרים יוכלו להגר לישראל עקב נישואים, וספק אם נגזרת מהזכות לחיי משפחה חובה חוקתית המוטלת על המדינה להתיר כניסת אזרחים זרים שנישאו לאזרחי המדינה<sup>22</sup>. לגישתו, מדינה רשאית שלא להתיר לבני משפחתם הזרים של אזרחיה להיכנס למדינה או להגר אליה, ואזרח המדינה אינו זכאי לדרוש מהמדינה כי תתיר לבן משפחתו הזר להגר אליה אלא בהתאם לחוקיה<sup>23</sup>. בפרט, כל עוד נמשך עימות מזוין בין ישראל לפלסטינים אין על ישראל חובה משפטית כלפי אזרחיה להתיר לתושבי האזור שנישאו לאזרחי המדינה להיכנס למדינה ולשהות בה, זאת בהיותם נתיני אויב בתקופה שהיא עת מלחמה או מעין-מלחמה<sup>24</sup>. מסיבה זו לא ראה חשין את החוק כפוגע בזכות החוקתית לחיי משפחה. **שנית**, לשיטתו של השופט חשין, גם לו היה מסכים עם השופט ברק באשר להיקף הזכות, הרי היה מוצא את החוק כעומד בתנאי פסקת ההגבלה ובפרט בדרישת המידתיות<sup>25</sup>.

פסיקתו של השופט חשין בנוגע להיקף הזכות לחיי משפחה עוגנה בתפיסה שלפיה אינטרסים ציבוריים הבאים לקבוע גבולות לזכויות היסוד, לחסר מזכויות היסוד או לפגוע בהן, מקומם אינו דווקא בפסקת ההגבלה, אלא בקביעת גודל זכות היסוד עצמה<sup>26</sup>. כלומר האינטרסים הציבוריים עשויים להשפיע על תחומי היקף הזכות עצמה<sup>27</sup>. אשר לזכות לשוויון, זו לא נפגעה, אליבא דחשין, שכן מדובר בהבחנה מותרת בין מי שנישאו לזרים שהם פלסטינים "נתיני אויב" וחוקה עליהם כי הם מהווים פוטנציאל לסיכון ביטחון לתושבי המדינה, לבין מי שנישאו לזרים שאינם "נתיני אויב". הזכות לשוויון, קובע השופט חשין, פורשת עצמה על הבחנות אסורות בלבד<sup>28</sup>.

ניתוחו של השופט חשין שמציב את האינטרסים הביטחוניים המצדיקים פגיעה בזכות כבר בעצם הגדרתה ולא כחלק מפסקת ההגבלה, נמצא ביסוד המחלוקת בין שני השופטים. לשיטתו של השופט ברק,

בתושב של האזור שמזדהה עם מדינת ישראל והוא או בן משפחתו פעלו לקידום ענייני המדינה, או שמתן האזרחות, הרישיון או ההיתר הם מעניינה המיוחד של המדינה<sup>12</sup>.

חמישה שופטים, ובראשם הנשיא ברק – אליו הצטרפו השופטים ביניש, פרוקצ'יה, גיבראן וחיות – סברו שהחוק אינו חוקתי, וחמישה שופטים, ובראשם המשנה לנשיא (בדימוס) חשין – אליו הצטרפו השופטים ריבלין, גרוניס, נאור ועדיאל – סברו שהחוק חוקתי. קולו של השופט לוי הכריע את הכף, לאחר שהצטרף לשופטים שנמנעו מלהכריז על החוק כבטל. עם זאת, השופט לוי סבר כי אין מנוס מלהכניס לחוק שינויים אשר ימזערו את פגיעתו בזכויות. למרות קביעה זו הצטרף לוי לשופטי הרוב בדחיית העתירה, וזאת על מנת למנוע חסר בחקיקה, שיוכל להיות מנוצל לפגיעה בביטחון תושבי ישראל<sup>13</sup>. מקומו של השופט לוי בין שופטי המיעוט מבחינת הניתוח החוקתי ובין שופטי הרוב מבחינת התוצאה מקשה לחלוף מפסק הדין אמירה חד-משמעית.

רשימה זו תפתח בהצגת המחלוקות העיקריות שנתגלו בין השופטים בפסק הדין, תוך הדגשת התפיסות השונות שהציעו השופטים ברק וחשין בעניין המנגנונים החוקתיים המאפשרים הגבלת זכויות, ובחינת יישומן של תפיסות אלה בתחומי הזכות לחיי משפחה. בהמשך אתמקד בפסק הדין של השופט חשין, ואבחן היבטים מסוימים של הדין שמתקיים בפסק דינו. אטען כי מסגרת הדין, זו שמבחינה בין ישראל ל"אוטופיה", הנה בעלת משמעות קשה ומרחיקת לכת מבחינת האפשרויות שהיא פותחת לשלילת זכויות: מסגרת דיון מאפשרת להגביל את היקפן של זכויות בשל אינטרסים ביטחוניים מבלי להידרש כלל לבדיקה במסגרת פסקת ההגבלה; היא מסמנת את תושבי השטחים כנתיני אויב ומרמזת ללגיטימיות של שיקולים דמוגרפיים כעילה להגבלת זכויות של אזרחים ישראלים.

## 2. גישות שונות לעניין זכויות והגבלתן

המחלוקת בין ברק לחשין נעה למגוון שאלות, ובעיקר לשאלת משמעותה של הזכות לחיי משפחה והיקפה של זכות זו. לפי גישתו של השופט ברק זכות זו כוללת את הזכות לחיי משפחה משותפים, שמשמעותה זכותו של בן הזוג הישראלי לקיים את חיי משפחתו בישראל, עם בן זוגו הזר<sup>14</sup>. לדידו, זכות זו מוגנת בגדר חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו<sup>15</sup>. ברק ניתח את הפגיעה בזכות זו וקבע כי מדובר בפגיעה שאינה חוקתית. בכך הצביע השופט ברק נכוחה על כך שהגישה שנקט השופט חשין, שהעמיד את הזכות לחיים אל מול ערכים אחרים, מובילה למבוי סתום, שכן תמיד נעדיף את החיים. לדידו של השופט ברק, אם כל מקרה של פגיעה פוטנציאלית בחיים מצדיק פגיעה בזכויות, הרי שלעולם אי-אפשר לשם גבול על הפעלת סמכויות שלטוניות בתחומים הקשורים להגנת החיים, כגון הסמכות לענות או לבנות את חומת ההפרדה<sup>16</sup>. יתרה מזאת, לדידו, אילו העמדנו לנגד עינינו את חיי האדם בלבד, הרי היה צריך לאסור כלל כניסת עובדים מהשטחים לישראל – דבר שלא נאסר בחוק, שלפיו שר הפנים רשאי לתת היתר שהייה בישראל למטרת עבודה<sup>17</sup>. ברק המחיש את טיעונו באמצעות הדוגמה של תאונות הדרכים<sup>18</sup>. אכן,

14 פסק הדין, לעיל הי"ש 1, פסי' 27 לפסק דינו של הנשיא ברק.  
 15 שם, פסי' 32–34.  
 16 שם, פסי' 110.  
 17 שם, פסי' 112; ס' 3ב3 (2) לחוק.  
 18 שם, פסי' 110 לפסק דינו של הנשיא ברק.  
 19 שם, פסי' 110.  
 20 שם, פסי' 92.  
 21 שם, פסי' 111.  
 22 שם, פסי' 2 לפסק דינו של השופט חשין.  
 23 שם, פסי' 53, פסי' 60 לפסק דינו של השופט חשין. עמדה זו ייחודית לשופט חשין ולשופט נאור שהצטרפה אליו. רוב השופטים סברו כי לאורחי ישראל הזכות החוקתית לחיות עם בני זוגם הזרים בישראל. השופטים האחרים שהצטרפו לפסק דינו של השופט חשין סברו אפוא כי במקרה זה מדובר בהגבלה ראויה על הזכות ולא בהיעדר זכות. לניתוח מפורט ראו בן-שמשי, לעיל הי"ש 3, בעמ' 52–54.  
 24 שם, פסי' 27 לפסק דינו של השופט חשין.  
 25 שם, פסי' 2, פסקה 124 לפסק דינו של השופט חשין. יש לציין כי תפיסת ה"משפחה" שבאה לידי ביטוי בפסק דינו של השופט חשין (ראו פסקה 46 לפסק דינו של השופט חשין), מוגבלת למשפחה גרעינית-הטרנסקסואלית הנתפסת בעיניו כמוסד קדם-חברתי וקדם שיחוני. לדיון בהיבט זה של פסק הדין, ראו אייל גרוס "ייאמרו הפילוסופים והוגי הדעות את אשר יאמרו: חשין וגויבראן קוראים את בראשית ואת אפלטון בבניין חוק האזרחות" **גיליון עדאלה האלקטרוני** 26 (יוני 2006) [www.adalah.org/newsletter/heb/jun06/] [ar2.pdf].  
 26 שם, פסי' 37 לפסק דינו של השופט חשין.  
 27 שם, פסי' 41 לפסק דינו של השופט חשין.  
 28 שם, פסי' 91–93 לפסק דינו של השופט חשין. לביקורת על גישתו של חשין, שלפיה לא פגע החוק בזכויות יסוד חוקתיות, מתוך עמדה הרואה בזכות הבחירה בתחום חי המשפחה חלק מייסודו הסגולי של אדם, ראו אורית קמיר חוק האזרחות והפגיעה בכבוד האדם, www.notes.co.il/orit/19135.asp.  
 29 שם, פסי' 105–107 לפסק דינו של הנשיא ברק.  
 30 לביקורת על צורת ניתוחו של חשין והצגת עמדתו כמציעה קונסטרוקציה משפטית לקביעת היקפן של זכויות חוקתיות אשר עלולה להוביל לפגיעה בלתי מוצדקת בהיקפן של זכויות האדם, ראו בן-שמשי, לעיל הי"ש 3, בעמ' 64–78.  
 31 פסק הדין, לעיל הי"ש 1, פסי' 20 לפסק דינו של הנשיא ברק.  
 32 שם, פסי' 86 לפסק דינו של השופט חשין.  
 33 שם, פסי' 3 ופסי' 12 לפסק דינו של הנשיא ברק.  
 34 שם, פסי' 112 לפסק דינו של השופט חשין.  
 35 ראו דבר המערכת, **גיליון עדאלה האלקטרוני** 26 (יוני 2006) [www.adalah.org/newsletter/heb/jun06/jun06.html].  
 36 ראו בייחוד בג"ץ 3648/97 **סטמקה נ' שר הפנים**, פ"ד נג 728 (28 ווע"מ 4614/05 **מדינת ישראל נ' אורן**, טרם פורסם (29.1.2006). כמו כן ראו יובל מרין "הזכות לחיי משפחה ולנישואין (אזרחיים) – משפט בינלאומי ומקומי" **זכויות כלכליות, חברתיות ותרבותיות בישראל** 663 (יורם רבין ויובל שני עורכים, 2004). לדיון ראו יפה זילברשץ "על הגירת זרים שאינם יהודים לישראל – פתיחת דיון" **משפט וממשל** י 87 (תשס"ז) 103–115.  
 37 ראו דוידוב, יובל, סבן, רייכמן, לעיל הי"ש 9, בעמ' 688–692. בהקשר הזה יש לתת את הדעת על הצורך להבחין בין הקשחת דיני ההגירה במדינות שונות ובין דיני איחוד המשפחות שעניינם העיקרי אזרחים ותושבים. לטענת המחברים מגמת ההקשחה פסחה על דיני איחוד המשפחות ברוב המדינות פרט לדנמרק. שם, בעמ' 692. מנגד, קריאה אחרת של המשפט המשווה מצביעה על מגמה של הגבלת האפשרות להגר למדינה גם לצורכי נישואין ואיחוד משפחות. ראו רובינשטיין ואורד, לעיל הי"ש 9, בעמ' 328–341. מכל מקום, חשוב להבחין בין הסדרים מסוג זה ובין החוק שנדון במקרה זה, בין היתר מאחר שתוצאת החוק אינה רק הגבלות על התאזרחות של תושבי השטחים בישראל, אלא גם איסור – בכפוף לחריגים שבו – על מתן אשרה כלשהיא בישראל. מטעם זה ההגבלות שהוא מטיל חריפות בהרבה מההגבלות בחוקים במדינות שונות שעוסקים רק בסוגיית מתן אזרחות לבן זוג או של אזרח.  
 38 דוידוב, יובל, סבן, רייכמן, לעיל הי"ש 9, בעמ' 693–698; זילברשץ, לעיל הי"ש 36, בעמ' 92–102.

האינטרסים הציבוריים מסוג זה צריכים להיבחן במסגרת פסקת ההגבלה ולא במסגרת קביעת היקף הזכות החוקתית. גישתו של השופט חשין, סבר השופט ברק, מביאה לצמצום דרסטי בהיקף זכויות האדם<sup>29</sup>. אכן, יש לתת את הדעת על כך שאמנם שיקולים חברתיים הנם רלוונטיים לפרשנות הניתנת לזכויות שונות, הקובעת את היקפן ותחומן, אולם נדמה שגישתו של השופט חשין חורגת משיקולים אלה אל עבר הפגמת האינטרסים הקולקטיביים שמצדיקים הגבלת זכויות בתוך הגדרת הזכות עצמה, כך שהאפשרות להגביל זכויות מורחבת עד מאוד. שיטתו פוטרת את הגבלת הזכויות מהצורך לעמוד במשוכות שמציבה פסקת ההגבלה, ובכך נפתח הפתח להגבלות בלתי מוגבלות על זכויות. במובן זה פסק דינו של השופט חשין מהווה איום משמעותי על תפיסת הזכויות כתפיסה שבבסיסה הגנה על הפרט מפני מנגנוני כוח קולקטיביים<sup>30</sup>.

באופן רחב יותר שאלת מעמדן של זכויות אדם בתקופות של לחימה הייתה אף היא במחלוקת בפסק הדין. אליבא דנשיא ברק למשפט החוקתי הישראלי גישה אחידה לזכויות האדם בתקופה של שקט יחסי ובתקופות של לחימה מוגברת, ואין שתי מערכות דינים לתקופות השונות<sup>31</sup>. אליבא דשופט חשין בזמן מלחמה חל שינוי בהליך האיזון בין זכויות האדם לבין האינטרסים הנוגדים<sup>32</sup>. אפילו העובדות נקראו בצורה שונה על ידי הצדדים: לפי השופט ברק, עשרים ושישה מבין תושבי האזור שקיבלו מעמד בישראל מכוח נישואין היו מעורבים בפעילות חבלנית<sup>33</sup>; לפי השופט חשין, שישים ושמונה מתושבי האזור שקיבלו היתר לשהות בישראל היו מעורבים או שהיה מידע מודיעיני על היותם מעורבים בטרור<sup>34</sup>. ארגון "עדאלה", שהיה אחד העותרים בעתירה, ציין בנוגע לפסק הדין כי פרקליטות המדינה טענה כי עשרים ושישה פלסטינים שהתאזרחו בישראל נחקרו בגין מעשי טרור, אך למרות בקשת העותרים לא נמסר כל מידע באשר לגורל החקירות, ובאשר למי מבין העשרים ושישה הוגש כתב אישום<sup>35</sup>.

נוסף על מחלוקות אלה מעלה פסק הדין שאלות שעניינן התאמת החוק לדינים הקיימים בישראל באשר לאיחוד משפחות<sup>36</sup>, למשפט המשווה<sup>37</sup> ולמשפט הבינלאומי<sup>38</sup>. עם זאת, ברשימה זו בכוונתי לבחון רק היבטים מסוימים בפסק הדין שהיה למכריע, זה של השופט חשין, שלפיו הוראת החוק עומדת במבחן החוקתיות. אתמקד בפסק דין זה לא רק

12 ס' 3ד לחוק.

13 אפשר לתהות מדוע מצא לכונן השופט לוי לנקוט עמדה זו, וזאת לאור הנהגת הקיים בבית המשפט העליון להשעות את הכניסה לתוקף של הצהרה על בטלות חוק. לכאורה יכול היה השופט לוי להצטרף לעמדת הנשיא ברק שהציע להכריז כי החוק בטל ולהשעות את הכרות הבטלות לחודשיים מיום מתן פסק דין, תוך שהוא מציע מועד מאוחר יותר שבו יפקע החוק – בין הנוכחי ובין חוק שיאריך אותו אך יהיה זהה לו בתוכנו. גישה כזו הוצעה גם על ידי השופטת ביניש, שהצטרפה למסקנתו של השופט ברק שלפיה אין החוק חוקתי, אך סברה כי לנוכח פקיעתו הצפויה של החוק די במתן הצהרה כי החוק במתכונת הנוכחית אינו חוקתי ולפיכך בטל. עם זאת, השופטת הסכימה שאם תידרש לממשלה תקופת זמן של חצי שנה כדי להיערך לחקיקה חדשה, תינתן לה אפשרות להארכה מוגבלת וחד-פעמית של החוק הקיים, שכמוה כתקופת השעיה לחוק שבית המשפט מצהיר עליו כבטל. פסק הדין, פסי' 13 לפסק דינה של השופטת ביניש. להצגת הבעייתיות שבפער בין קביעת רוב שופטי ההרכב כי החוק פוגע בזכויות בצורה שאינה מידתית ובין התוצאה במקרה זה ראו בן-שמשי, לעיל הי"ש 3, בעמ' 63–64.

בבחינת נתיני אויב, ולכן המדינה רשאית לחוקק חוק האוסר על כניסת תושבי האזור אליה.<sup>39</sup>

ניתוח זה ממוקם בהקשר של תיאור "המאבק המזוין שמנהלים הפלסטינים כנגד ישראל והישראלים". השופט חשין מתאר מתקפת טרור רצחנית שהחלה מכה במדינת ישראל בספטמבר 2000 שמתכננה ומבצעה הם רובם תושבי האזור.<sup>40</sup> הוא מונה אירועי טרור שהתרחשו בישראל, ומציין כי ה"טרוריסטים נטמעים ומשתלבים באוכלוסיה האזרחית הפלסטינית עד-כי אין ניתן לדעת מיהו תושב פלסטיני תמים, מיהו פעיל טרור ומיהו תושב פלסטיני העלול לסייע בטרור".<sup>41</sup> השופט חשין אף מוצא "הוכחה ברורה ומפורשת" להלוך רוחו של הציבור הפלסטיני בבחירות שנערכו ברשות הפלסטינית בינואר 2006 ואשר בהן זכה ארגון החמאס לרוב מושבים בפרלמנט הפלסטיני.<sup>42</sup> אמנם לא כל תושבי האזור מבקשים לפגוע בישראל, אך אי-אפשר להבחין בין פלוני המהווה סיכון לתושבי המדינה לבין אלמוני שאינו כפלוני.<sup>43</sup> מסקנתו היא כי "יחסייהן של ישראל והרשות דומים ליחסים בין מדינות הלוחמות זו-בזו"<sup>44</sup>, והכללים בנושא, שלפיהם בעת מלחמה הופכים נתיני המדינות היריבות אויבים אלה לאלה, יפים גם כשיש עימות מזוין בין מדינה לבין ישות, כרשות הפלסטינית, שאינה מדינה.<sup>45</sup>

דיון זה מתאר את ישראל כקרוב של מלחמת טרור שנחתה עליה, את העם הפלסטיני ככזה שאי-אפשר להבחין בו בין "אוהב" פלסטיני שמעוניין להתאחד עם בן או בת זוגו ל"אויב" שמעוניין לפגוע בישראל, את ניצחון החמאס כעדות לתמיכה גורפת של העם הפלסטיני בטרור נגד ישראל, ואת המצב בין ישראל לפלסטינים כדומה למצב מלחמה בין מדינות.

הדיון כולל בתוכו הנחות רבות בנוגע למצב הישראלי-פלסטיני, המוצגות כעובדות ברורות כשמש, אף שחלקן מצוי במחלוקת גדולה. תיאור האירועים שהחלו בספטמבר 2000 כמתקפת טרור פלסטינית שהחלה על ישראל, יכול לסתור את התיאור העובדתי שלפיו האינתיפאדה החלה בעקבות ביקורו של אריאל שרון בהר הבית, שלאחריו ובעקבות זריקת אבנים מהר הבית על מתפללים יהודים, נכנסו לאזור כוחות הביטחון הישראליים, ירו בקהל והרגו ופצעו פלסטינים. נסיבות אלה של פריצת האינתיפאדה (הרג פלסטינים על ידי ישראלים ולא ההפך) מודרות מתיאורו של השופט חשין. כידוע קיימות פרספקטיבות שונות על הרקע, על הסיבות ועל מהלך האינתיפאדה.<sup>46</sup> תיאור תחילתה בדרך מסוימת והצגתה כמתקפת טרור על ישראל ממסגרת את הסיפור ככזה של צורך ישראלי בביטחון אל מול טרור פלסטיני, ומסמנת את הפלסטינים, כפי שעשה השופט חשין, כאויבים או שמא כטרוריסטים כולם, ולו בפרוטנציה. השופט חשין מתאר את אירועי הטרור הקשים שבמסגרתם נרצחו 1,080 אזרחים ישראלים בכלל ומתוכם 626 בתוך מדינת ישראל עצמה.<sup>47</sup> אלא שתיאור האירועים שהתרחשו מאז ספטמבר 2000 כמתקפת טרור פלסטינית על ישראל, המציג את ישראל כמדינה דמוקרטית המתגוננת כנגד טרור רצחני, יכול לסתור תיאור אחר של פעולות ישראל בשטחים, שמצביע גם על העובדה שפעולות ישראל מתחילת האינתיפאדה הביאו עד לסוף מאי 2006, למות 3,413 אזרחים פלסטינים בשטחים מידי כוחות הביטחון הישראליים,<sup>48</sup> זאת על רקע תהליכים ארוכים יותר של

מאחר שהיה לפסק הדין המכריע, אלא גם מאחר שמשמעויותיו מבחינת האפשרות להגבלות עתידיות של זכויות אדם הן מרחיקות לכת ביותר. הדיון שלהלן יבחן אפוא את הנרטיב שמהווה מסגרת לדיון, את קביעתו של השופט חשין שלפיה יש להתייחס אל תושבי השטחים כאל נתיני אויב ואת דיונו בתכלית החוק – ביטחונית או דמוגרפית.

### 3. בין אוטופיה לישראל

פסק דינו של השופט חשין נפתח במילים הבאות:

"משהונחה לפני חוות-דעתו של חברי, הנשיא ברק, נתתי ידי בידו והינחתי לו להובילנו בדרכו. כך הילכנו בדרכים שייצבון עיקרי-יסוד, עלינו הרים שבפסיגויותיהם זכויות יסוד, עברנו על פניהן של דוקטרינות, ירדנו אל כללי משפט פרטיקולריים, ובדרכנו ליוו אותנו כל העת הצדק, האמת, היושר והשכל הישר. לקראת סופו של המסע עלינו על אניה והיגענו אל אי באמצע האוקיאנוס. ירדנו מן האנייה, ועל המזח הקביל את פנינו איש נשוא פנים".

בהמשך המשל או החלום מתברר כי האיש הוא תומאס מור, וכי השניים נמצאים במדינה שהוקמה על פי תכנית שהתווה בספרו, ששמה, כשם הספר, "אוטופיה". אוטופיה, מציין השופט חשין מפי מור, משמעה "שום מקום". כששואלים השניים מה שיטת המשפט השוררת באוטופיה, והאם היא דומה לשיטת המשפט בישראל, מסביר מור לברק ולחשין, כי מדינת ישראל נלחמת על חייה ועל יכולתו של העם היהודי לנהל חיי קהילה ומדינה ככל העמים, ולכן יש הבדלים עמוקים בין שיטות המשפט, ויעבור זמן רב עד שישארל תגיע למדרגת אוטופיה. במצבכם היום, מציין מור, דיני אוטופיה – "לא לכם הם". "ואיקץ", מסיים השופט חשין, "והנה חלום".

אך אוטופיה, הזכיר לנו השופט חשין מפי מור, היא "שום מקום". האם מרמוז אם כן השופט חשין במשל או חלום זה שהדינים שהוא מזכיר בפתח דבריו והעקרונות של "הצדק, האמת, היושר והשכל הישר" אינם נכונים לא רק באשר למדינת ישראל, אלא מתאימים בעצם רק ל"שום מקום"? במובן זה המבוא לפסק דינו של השופט חשין עשוי להיקרא כהזמנה לזנוח את הצדק, האמת, היושר והשכל הישר, כל עוד מדינת ישראל לא תגיע למדרגת אוטופיה. מאחר שלעולם לא מגיעה מדינה למדרגת אוטופיה – למדרגת שום מקום – הרי שההזמנה עשויה להיקרא כהזמנה לזנוח עקרונות אלו לעד. אכן, נדמה שהזמנה זו מתבטאת בנייתוח שמביא השופט חשין בהמשך פסק דינו.

### 4. מאוהב לאויב: על מעמד תושבי השטחים כנתיני מדינת אויב

בניתוחו של השופט חשין טענה מרכזית ולפיה אין לאזרחי המדינה זכות חוקתית כי בני זוגם הזרים יהגרו לישראל עקב הנישואין. ניתוחו מצמצם עד מאוד את משמעות הזכות שהוא מכיר בה לכאורה לחיי משפחה. אך ברצוני להתמקד לא בטענה זו, אלא בטענתו הנוספת שלפיה לעת מלחמה רשאית כל מדינה למנוע כניסתם של נתיני אויב למדינה, גם אם נישאו לאזרחי המדינה. תושבי האזור הפלסטינים הם



שאת הגבול הזה, אנו יודעים, מותר דווקא לחצות – כפי שעושים בייחוד הישראלים המתנחלים בשטחים – אך רק לכיוון אחד<sup>54</sup>. אמנם ישראל אוסרת על אזרחיה להיכנס לשטחי הרשות הפלסטינית, אך איסור זה לא חל בנוגע לכל השטחים. לעומת זאת, הפלסטינים שחוק האזרחות אסר את כניסתם לישראל הם תושבי השטחים כולם, ולא רק תושבי השטחים

נישול שאפיינו את הכיבוש הישראלי המתמשך. הנתונים הרבים על הרג אזרחים חפים מפשע על ידי ישראל, כשנקראים על רקע הפרספקטיבות השונות על מהלך האינתיפאדה וההקשר של הכיבוש, יכולים להוביל להמשגת האירועים באופן שונה מזה המתואר על ידי השופט חשין. על פי נרטיב זה מוצגים הפלסטינים לא רק כאחראים בחלקם לטרור כנגד ישראל, אלא גם כקרבנות של אלימות מדינתית של ישראל כנגדם<sup>49</sup>. הבניית הנרטיב כפי שנעשה על ידי השופט חשין היא אפוא כזו שלפיה המדינה מתגוננת כנגד טרור רצחני – זהו נרטיב סגור שבו מדינת ישראל היא רק קרבן לטרור. המשמעויות הרטרוריות של נרטיב זה הן עצומות, שכן הן ממצבות את הצעדים השונים הננקטים על ידי מדינת ישראל, הפוגעים בזכויות, כצעדים שקרבן נוקט כדי להתגונן בפני טרור, ובכך מקשות על האפשרות לתת לצעדים אלו פרשנויות נוספות או אחרות. כמו כן, כנגד קביעתו של השופט חשין שניצחון החמאס בבחירות מעיד על תמיכה בטרור, ניתן לפנות לפרשנויות אחרות, שמצביעות על ניצחון החמאס כמשקף בעיקר מיאוס משחיתותה של הממשלה הקודמת ורצון בשלטון חדש.

אך לבד מהבעייתיות בנרטיב שמציע השופט חשין, בעייתיות גדולה עוד יותר טמונה בהשוואתו את המצב למצב של מלחמה בין מדינות, שבמסגרתו מותר, לגישתו, למדינה לאסור על אזרחי אויב להיכנס לשטחה<sup>50</sup>. מצב זה מדמה את הסכסוך הישראלי-פלסטיני למלחמה בין ישראל לבין מדינה זרה, כמו סוריה, או מדינות אחרות שישארל במצב מלחמה עמן. תמונה זו מתעלמת מהעובדה שישארל היא כוח כובש בשטחים. לא זו אף זו: אלא שהיא פועלת למעשה גם כריבון בשטחים. ישראל הקימה ערים ויישובים בשטחים והחילה את חוק המדינה על יהודים ועל ישראלים המתגוררים ביישובים אלו באופן פרסונלי וטריטוריאלי<sup>51</sup>. מצב זה יצר סיפוח דה-פקטו, לפחות של חלקים מהשטחים, לישראל<sup>52</sup>. בכל מקרה, היא שולטת ומפעילה בהם את סמכותה, תוך נישול האוכלוסייה המקומית בתחומים שונים כמו קרקע, מים ושלטון החוק<sup>53</sup>. המצב שנוצר הוא אפוא כזה: לצורך כניסה לישראל של פלסטינים בכלל ובני זוג של ישראלים בפרט, השטחים הם "מדינת אויב", ממש כמו סוריה. אך למטרות אחרות ישראל שולטת בשטחים כמעין ריבון. אם אכן עסקינן במדינת אויב או במעין מדינת אויב, ועל נתיניה חלים הדינים החלים על אזרחי מדינת אויב, הרי שאין שולטים, כובשים ומקימים התנחלויות אזרחיות באותה מדינת אויב. השופט חשין מתבונן בכיכול במראה ורואה עוד מדינה שנלחמים בה. אך המראה היא חד-צדדית, שכן מנגד לא נמצאת מדינה אלא טריטוריה כבושה קרוב לארבעים שנה, שישארל נוהגת בה לא כפי שנוהגים במדינת אויב אלא כפי שנוהגים בטריטוריה נשלטת שלעיתים השולט עושה בה כבתוך שלו ולעיתים מנשל את יושביה. תוצאת הדברים היא שלישארל מותר לשלוט בשטחים ולהקים בהם יישובים, הכול תוך נישול האוכלוסייה המקומית, כפי שמדינה לעולם אינה אמורה לעשות בטריטוריה של "מדינת אויב" (ואף לא בשטח כבוש), אך כאשר עסקינן בזכותו של אזרח ישראלי שנישא לפלסטיני תושב האזור, הופכים לפתע השטחים מדינת אויב שנמצאת מעבר לגבול שברור שאסור לחצות. אלא

39 פסק הדין, לעיל הי"ש 1, פסי' 2 ופסי' 12 לפסק דינו של השופט חשין.  
 40 שם, פסי' 7.  
 41 שם, פסי' 8.  
 42 שם, פסי' 9.  
 43 שם, פסי' 27.  
 44 שם, פסי' 12.  
 45 שם, פסי' 79–80.

46 על נסיבות תחילת האינתיפאדה ועל הפרספקטיבות השונות בעניין ראו: Oma Ben-Naftali & Keren R. Michaeli, "We Must Not make a Scarecrow of the Law": A Legal Analysis of the Israeli Policy of Targeted Killings, 36 CORNELL INT'L L. J. 233, 241–247 (2003) וההפניות שם.

47 פסק הדין, פסי' 7 לפסק דינו של השופט חשין.  
 48 הנתונים לפי ארגון בצלם: [www.btselem.org/English/Statistics/Casualties.asp](http://www.btselem.org/English/Statistics/Casualties.asp).

49 יש לציין כי הנשיא ברק, בדעת המיעוט שלו, הציג (פסקה 1) תיאור של ההתרחשויות הדומה לזה שהוצג על ידי השופט חשין. כך תיאר השופט ברק מתקפת טרור עזה ש"נחתה" על ישראל בספטמבר 2000 עם פרוץ האינתיפאדה השנייה. מבחינה זו יש דמיון בין עמדת הרוב לעמדת המיעוט בפסק הדין. השופט ברק מפנה בדיון שלו לתיאור דומה שנתן לאירועים בבג"ץ 7015/02 עג'ורי נ' מפקד כוחות צה"ל בגדה המערבית, פ"ד (נו) 6/352, 358 (2002). תיאור זה צוטט מאז שוב ושוב בפסיקה – כמו גם בכתבי טענות של המדינה – והפך לתיאור הקונוני בבג"ץ של האירועים. תיאורים דומים ניתן למצוא בפסקי הדין של שופטים אחרים, הן כאלו שהצטרפו לשופט חשין והן כאלו שהצטרפו לבדק. לניתוח ביקורתי של תיאור זה ראו ארנה בן-נפתלי וקרן מיכאלי "פרשת לך לך: בין אדם למקום – בעקבות בג"ץ 7015/02 עג'ורי נ' מפקד כוחות צה"ל בגדה המערבית" המשפט 107, 138–139 (2004). לדיון במשמעות שיש להמשגת הסכסוך הישראלי פלסטיני לניתוח המשפטי של האמצעים הביטחוניים הננקטים על ידי ישראל ראו: Ayal Gross, *The Construction of a Wall Between The Hague and Jerusalem: The Enforcement and Limits of Humanitarian Law and the Structure of Occupation*, 19 LEIDEN J. INT. L. 393, 402–403 (2006). לתפקידו של בית המשפט העליון בקביעת נרטיבים על ההיסטוריה הביטחונית של המדינה ראו דפנה ברק-ארזי "הוגדת לבג"ץ: היסטוריה וזיכרון בבית המשפט" עיוני משפט כו 773 (2002).

50 השוואה דומה נעשת בניתוחה של זילברשץ. ראו זילברשץ, לעיל הי"ש 36, בעמ' 101–102.  
 51 לתיאור ולניתוח מהלכים אלה ראו: Oma Ben-Naftali, Ayal Gross & Keren Michaeli, *Illegal Occupation: Framing the Occupied Palestinian Territory*, 24 BERKELEY J. INT'L L. 551, 583–587 (2005).  
 52 שם, בעמ' 601–603.  
 53 שם, בעמ' 581–588.

54 ישנם כשלים נוספים באנלוגיה שבין תושבי השטחים לנתיני אויב. לדיון בכשלים אלה ראו דודוב, יובל, סבן, רייכמן, לעיל הי"ש 3, בעמ' 696–698. מנגד, לתמיכה באנלוגיה זו ראו רובינשטיין ואורגד, לעיל הי"ש 3, בעמ' 317–328. בן-שמש עומד בצורה כללית יותר על כשלים, רלוונטיים אף הם, בתפיסת תושבי השטחים כ"זרים". ראו בן-שמש, לעיל הי"ש 3, בעמ' 83–84. בביקורת על עמדתו מציינת יפה זילברשץ כי ההתייחסות לתושבי השטחים כ"זרים" מלמדת על כך שאינם אזרחים ישראלים, ולטענתה תפיסת תושבי השטחים כבעלי מעמד מיוחד ביחס למדינת ישראל מהווה "סיפוח סמוי" של השטחים. לדבריה, "ישראל הקפידה מאוד ליצור את ההפרדה בינה ובין השטחים במשך כל שנות התפיסה הלוחמתית ביהודה, שומרון וחבל-עזה, על-מנת לא לספח אותם". זילברשץ, לעיל הי"ש 36, בעמ' 98. אך כנגד ניתוח זה יש להציב את העובדות המתוארות בטקסט, שפיהרן למעשה לא הקפידה ישראל על הפרדה כזו, שכן יישוב אזרחי בתחומי השטחים והחלת החוק הישראלי באופן סלקטיבי בשטחים לא עולים בקנה אחד עם הפרדה מוקפדת בין ישראל לשטחים והימנעות מסיפוח השטחים, אלא מעידים דווקא על טשטוש הגבולות בין ישראל לשטחים למטרות מסוימות, וכאמור בטקסט בסיפוח דה-פקטו.

המחוקק אף תכלית דמוגרפית, קובע השופט חשין כי הוא מתקשה לקבל עמדות אלה, שכן העובדות מעידות כולן על תכלית ביטחונית. השופט חשין תוהה: "מה טעם מצאו חבריי להידרש לנושא על-דרך של נוגע-לא-נוגע ולהעיב על דיונו בעננה?"<sup>62</sup>. השופט חשין מצטרף אפוא לדחיית הטענה כי מאחורי התכלית הביטחונית מסתתרת תכלית דמוגרפית, אך למעשה דבריו שלפיהם ביסוד האיסור על נתיני אויב עומדת ההגנה לא רק על ביטחון המדינה אלא גם על יכולתה לקבוע את **זהותה ואופייה**, מעידים שבין השורות מבצבצת לה למרות הכול התכלית הדמוגרפית, כפי שהצביעו השופטים פרוקציה וגויבראן בדעות המיעוט שלהם. למעשה "נגיעה לא נגיעה" בנושא מאפיינת דווקא את פסק דינו. אלא שלעומת פרוקציה וגויבראן המעלים את התהייה שלהם על פני השטח, אצל השופט חשין ההגנה על יכולתה של המדינה לקבוע את **זהותה ואופייה** היא המודחק שמוזכר בפסק הדין, אך נעלם-נאלם לעת מגיע השופט חשין לנתח את "התכלית הראויה" של החוק. אף כי ניתן להבחין בין דבריו של השופט חשין שנאמרים כהסבר לעמדתו באשר להיקף הזכות לחיי משפחה, ובין הדיון בתכלית החוק הספציפי העומד בפני בית המשפט, הרי שלאור מרכזיות הטעון בדבר זהות המדינה לניתוחו, ולאור העובדה שהוא חוזר על טיעון זהות ואופי המדינה גם בדיון הספציפי בהיקף הזכות לחיי משפחה בהקשר של עת מלחמה, הרי נדמה שרוחו של טיעון זה מרחפת גם על פני ניתוח החוק שבנדון. ההכרה וההכחשה הבר-זמניות של התכלית הדמוגרפית הן פן אחד של נטישת הצדק, האמת, היושר והשכל הישר שמקומם הוא כנראה רק באוטופיה, קרי בשום מקום<sup>63</sup>.

## 6. סיכום: בין ישראל לאוטופיה – ההיית או חלמתי חלום?

פסק דינו של השופט חשין, קובע אפוא שורת קביעות מרחיקות לכת. הוא קובע, ששיקולי ביטחון יכולים להגביל זכויות לא רק כעניין של פסקת ההגבלה אלא כעניין של הגדרת פריסת הזכויות החוקתיות עצמן; הוא מסמן את תושבי השטחים כולם כנתיני אויב שטמונה בהם סכנה פוטנציאלית ושאי-אפשר להבחין ביניהם; הוא מייצר גבול דמוגרפי חד-צדדי בין ישראל והשטחים; ולבסוף, הוא מכיר ומכחיש בר-זמנית את התכלית הדמוגרפית – ולא רק הביטחונית – שביסוד חוק האזרחות. השלכותיהן של קביעות אלה על האפשרות לפגיעה עתידית בזכויות פלסטינים מהשטחים או מישראל עצמה בפרט, ועל ההגנה על זכויות אדם בכלל, עלולות להיות מרחיקות לכת. אם להשתמש במונחי של פנינה להב, הרי ש"ציונות הקטסטרופה" השתלטה בפסק דין זה לחלוטין על ה"ציונות האוטופית", וכסופת הוריקן נטלה עמה את הצדק, האמת, היושר והשכל הישר שקיוותה זו להנחיל<sup>64</sup>.

55 הצעת החוק הממשלתית להארכת הוראת השעה שהוגשה לאחר מתן פסק הדין ממשיכה ברוח האנלוגיה בין השטחים ובין מדינת אויב, בהרחיבה את האיסור שבהוראת השעה הנוכחית מעבר לתושבי השטחים, אל מדינות המכוננות בדברי ההסבר "מדינות סיכון". בהצעת החוק מניו בקטגוריה זו איראן, לבנון, סוריה ועיראק. ההצעה כוללת כמה

שאליהם נאסרה כניסת ישראלים. יתרה מזאת, גם הגבול שחוסם את הכניסה מהשטחים לישראל נפרץ לעתים, כפי שמעידה הוראת החוק המאפשרת מתן היתר כניסה לפלסטינים לישראל למטרות עבודה. גם הוראה זו מעידה על כך שהמצב שונה לחלוטין מהמצב בין מדינות אויבות זו לזו בשעת מלחמה.

יש שיטענו שסוגיית חוק האזרחות והכניסה לישראל היא שונה ומובחנת מסוגיית ההתנחלויות בפרט ומסוגיית מעמד השטחים בכלל. לדעתי, יש לדחות טענה כזו: הסתכלות בדרך שבה מנסה ישראל לאחוז במקל משני קצותיו ובחינה כוללת של השליטה, ההתיישבות וההחלה הסלקטיבית של החוק הישראלי בשטחים מחד גיסא, וההתייחסות לתושבים הפלסטינים בשטחים כנתיני מדינת אויב, לרבות לצורך איחוד עם בני זוג, מאידך גיסא, מאפשרים לראות את המדיניות הטריטוריאלית-דמוגרפית ישראלית בכללותה. המדינה המסרבת להתיר לתושבים פלסטינים להיכנס לישראל ולחיות בה עם בני זוגם מאחר שהם בעיניה מעין נתיני אויב, היא אותה מדינה המיישבת את אזרחיה בטריטוריה שאמורה להיות טריטוריית אויב על פי ניתוח זה. התוצאה היא מדיניות דמוגרפית-טריטוריאלית שמאפשרת למדינה גם ליישב את אזרחיה בשטחים וגם למנוע כניסת פלסטינים לישראל ולו למטרת איחוד משפחות. מדיניות המתייחסת לשטחים ולתושביהם גם כאויב וגם כמשאב שאליו היא מתפשטת וממנו היא מביאה עובדים לתחומה<sup>55</sup>.

## 5. בארץ המראות: בין ביטחון לדמוגרפיה

למראה החד-צדדי של השופט חשין מצטרף דיונו בשאלת תכלית החוק. השופט חשין מציין שלמדינה אינטרס חזק ומכריע "בשמירה על זהות של החברה בישראל", הגובר על עצמת הזכות לחיי משפחה ככל שהדברים אמורים בהגירתו של בן זוג זר לישראל<sup>56</sup>. כניסת אזרח זר למדינה משנה את דמותן של החברה והמדינה, בייחוד כאשר מדובר "בכניסה מאסיבית של תושבים ואזרחים זרים שהשפעתם המשותפת על המדינה עלולה לשנות באורח משמעותי את דמותה"<sup>57</sup>. אמירות כלליות אלו של השופט חשין נאמרות בהקשר של קביעתו כי הזכות לחיי משפחה אינה כוללת זכות של אזרח שהמדינה תאפשר כניסה או אזרחות לבן זוגו, אולם שיקול זה חוזר גם בניתוח הספציפי של הגירת בני זוג בזמן מלחמה. בהקשר זה, לדעתו, הפגיעה בזכותו של האזרח כגזרת מתוכה זכות להכניס ארצה בזמן מלחמה בן משפחה תושב מדינת אויב היא כפולה: היא פוגעת הן בזכותה של החברה המאורגנת בישראל להחליט מי יתגוררו בתחומה ויהיו אזרחיה ותושביה, קרי "ביכולתה של המדינה לקבוע את זהותה ואת אופייה", והן "בביטחון המדינה"<sup>58</sup>.

למרות ניתוח זה, קובע השופט חשין בפסק דינו כי תכליתו של חוק האזרחות היא "תכלית של הגנה על ביטחונם ועל חייהם של תושבי המדינה ואזרחיה"<sup>59</sup>, ובעניין זה הוא מצטרף לעמדתו של השופט ברק. השופט ברק קבע כי תכלית הוראת החוק היא ביטחונית, וכי ביסוד החוק לא עומדת תכלית דמוגרפית שעניינה הגבלת גידול האוכלוסייה הערבית בישראל<sup>60</sup>. יתרה מזאת, בהתייחסו לדעות המיעוט של השופטים גויבראן ופרוקציה<sup>61</sup>, שלפיהן ייתכן שלעת חקיקת החוק עמדה בפני

שינויים נוספים וביניהם הקמת ועדה שתוכל לתת היתר ואישור במקרים הומניטריים מיוחדים. עם זאת, נקבע בהצעה כי היות המבקש בן זוגו של ישראלי, או קיומם של ילדים משותפים, לא תהווה כשלעצמה טעם הומניטרי מיוחד. ראו הצעת חוק האזרחות והכניסה לישראל (הוראת שעה) (תיקון מס' 2), התשס"ו-2006, הי"ח תשס"ז 273 עמ' 182. בעוד הצעת חוק זו נמצאת עדיין בהליכי חקיקה, האריכה בינתיים הכנסת שוב את החוק בנוסחו הנוכחי בשלושה חודשים נוספים. ראו צו האזרחות והכניסה לישראל (הוראת שעה) (הארכת תוקף החוק), התשס"ז-2007. בעקבות כך הוגשה לבי"ץ עתירה נוספת שבה התבקש בית המשפט לפסוק כי החוק בטל בהיותו בלתי חוקתי. בג"ץ 544/07 **האגודה לזכויות האזרח בישראל נ' שר הפנים** (תלוי ועומד). <http://www.hamoked.org.il/items/8730.pdf>.

- 56 פסק הדין, פס' 62 לפסק דינו של השופט חשין.
- 57 שם, פס' 54.
- 58 שם, פס' 85.
- 59 שם, פס' 99.
- 60 שם, מבוא לפסק הדין, פס' 79–81 לפסק דינו של הנשיא ברק. השופט ברק ציין בפסק דינו כי הוראת סעיף 3ב(2) לחוק המתירה את כניסת תושבי השטחים לישראל לצורכי עבודה עוררה ספק באשר לתכלית הביטחונית של החוק. אלא שלבסוף נחה דעתו בעקבות תשובת המדינה כי התאזרחות או התיישבות פלסטינים הנושאים תעודת זהות ישראלית, מהוות איום ביטחוני מסוג מיוחד ונפרד. זאת, מאחר שתקופת שהותם בישראל איננה מוגבלת ונתון להם חופש תנועה מלא בישראל ובין ישראל לשטחים. פסקה 81 לפסק דינו של הנשיא ברק. השופט חשין הצטרף למסקנה זו. פס' 102 לפסק דינו של השופט חשין.
- 61 שם, פס' 24 לפסק דינו של השופט גיבוראן. פס' 13–14 לפסק דינה של השופט פרוקצ'יה.
- 62 שם, פס' 135 לפסק דינו של השופט חשין. יש לציין כי המדינה טענה בתשובתה כי ביסוד החוק עומד טעם ביטחוני בלבד, אך טענה כי גם אילו הייתה עומדת ביסוד החקיקה תכלית דמוגרפית, הרי זו הייתה ראויה ותואמת את ערכי מדינת ישראל כמדינה יהודית ודמוקרטית. ראו דוידוב, יובל, סבן, רייכמן, לעיל הי"ש 9, בעמ' 647–648, 668–669. הכותבים מצביעים ובצדק על חומרת עמדה זאת. ניתן לראות את עמדת המדינה המתכחשת לנימוק הדמוגרפי אך מכשירה אותו, בדומה לעמדתו של השופט חשין המודה ומכחישה נימוק זו בריזמנית.
- 63 בן-שמש טוען אף הוא כי השיקול הדמוגרפי משתרבב לו לפסק דינו של חשין "בדלת האחורית", בהצביעו על הניתוח של חשין את היקף הזכות לחיי משפחה ככה שמאחוריו מסתתר הטיעון הדמוגרפי, אף שלא בגלוי. ראו בן-שמש, לעיל הי"ש 3, בעמ' 76–78. למעשה ניתן לומר כי הדברים שצוטטו בטקסט מפי חשין מהווים אזכור גלוי של השיקול הדמוגרפי, אף אם הוא מוכחש בהמשך פסק הדין.
- 64 פנינה להב ישראל במשפט – שמעון אגרנט והמאה הציונית 347 (1999).