

בבית המשפט העליון בשבתו כבית משפט גבוה לצדק

בג"ץ 466/07

בג"ץ 544/07

בג"ץ 830/07

בג"ץ 5030/07

לפני:

כבוד הנשיאה ד' ביניש
 כבוד המשנה לנשיאה א' ריבלין
 כבוד השופט (בדימ') א' א' לוי
 כבוד השופט א' גרוניס
 כבוד השופטת מ' נאור
 כבוד השופטת ע' ארבל
 כבוד השופט א' רובינשטיין
 כבוד השופט ס' גובראן
 כבוד השופטת א' חיות
 כבוד השופט ח' מלצר
 כבוד השופט נ' הנדל

העותרת בבג"ץ 466/07:

ח"כ זהבה גלאון – מר"צ-יחד

העותרת בבג"ץ 544/07:

האגודה לזכויות האזרח בישראל

העותרים בבג"ץ 830/07:

1. רנין טבילה
2. חאתם טבילה
3. אסאלה טבילה
4. מחמוד סביחאת
5. דימא טבילה
6. עולא טבילה
7. אחמד סביחאת
8. מחמד סביחאת
9. עדאלה – המרכז המשפטי לזכויות המיעוט הערבי בישראל

העותר בבג"ץ 5030/07:

המוקד להגנת הפרט מיסודה של דר' לוטה זלצברגר (ע"ר)

נגד

המשיבים בבג"ץ 466/07:

1. היועץ המשפטי לממשלה
2. שר הפנים
3. כנסת ישראל

המשיבים בבג"ץ 544/07

1. שר הפנים
2. מפקד כוחות צה"ל ביהודה ושומרון

ובבג"ץ 5030/07:

3. אלוף פיקוד הדרום

1. שר הפנים : המשיבים בבג"ץ 830/07 ;
 2. היועץ המשפטי לממשלה

1. המבקשים להצטרף כמשיבים : 1. תנועת גדר לחיים – להקמת גדר הפרדה
 2. שורת הדין – Israel Law Center
 3. אם תרצו – ציונות להיות או לחדול
 4. תנועת הציונות המתחדשת

עותרות למתן צו על-תנאי

תאריכי הישיבות :
 ב' בניסן התשס"ז ; (21.3.07)
 י"ב בחשון התשס"ח ; (24.10.07)
 ל' בניסן התשס"ח ; (5.5.08)
 י"ט באדר התשס"ט ; (15.3.09)
 ט"ז באדר התש"ע (2.3.10)

בשם העותרת בבג"ץ 466/07 : עו"ד דפנה הולץ-לכנר ; עו"ד טלי אביב

בשם העותרת בבג"ץ 544/07 : עו"ד דן יקיר ; עו"ד שרון אברהם-ויס ;
 עו"ד עודד פלר

בשם העותרים בבג"ץ 830/07 : עו"ד חסן ג'בארין ; עו"ד סאוסן זהר

בשם העותר בבג"ץ 5030/07 : עו"ד יותם בן הלל ; עו"ד יוסי וולפסון ;
 עו"ד ליאורה בכור

בשם המשיבים 1-2 בבג"ץ
 466/07, המשיבים בבג"ץ
 544/07, בבג"ץ 830/07 ובבג"ץ
 עו"ד יוכי גנסין ; עו"ד אבי ליכט ; עו"ד נחי בן-אור
 : 5030/07

בשם משיבה 3 בבג"ץ 466/07 : עו"ד רוקסנה שרמן-למדן

בשם המבקשת להצטרף 1 : עו"ד אילן ציאון

בשם המבקש להצטרף 2 : עו"ד ליאת עזר ; עו"ד אסף חן

בשם המבקשת להצטרף 3 : עו"ד יואל רשף ; עו"ד עדי ברוך

בשם המבקשת להצטרף 4 : עו"ד קורן נוימרק

כתבי עת:

[אהרן ברק, "כבוד האדם", המשפט, כרך ז \(תשס"ב\) 517](#)

[חיים ה. כהן, "ערכיה של מדינה יהודית", הפרקליט, ספר היובל \(תשנ"ד\) 9](#)

[אמנון רובינשטיין, "ליאב אורגד, "זכויות אדם, ביטחון המדינה", הפרקליט, כרך מח \(תשס"ה-תשס"ו\) 315](#)

[גדעון ספיר, "ישן מול חדש", מחקרי משפט, כרך כב \(תשס"ה-תשס"ו\) 471](#)

ליאב אורגד, "הגירה, טרור וזכויות אדם": מחקרי משפט, כרך כה (תשס"ט-תש"ע) 485
יהודית קרפ, "חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו", משפט וממשל, א 323
גיא דוידוב, יונתן יובל, אילן סבן, אמנון רייכמן, "מדינה או משפחה? חוק", משפט וממשל, כרך ח (תשס"ה) 643
יצחק זמיר, "שוויון זכויות כלפי ערבים", משפט וממשל, כרך ט (תשס"ו) 11
יגאל מרזל, "השעיית הכרזת הבטלות", משפט וממשל, כרך ט (תשס"ו) 39
סמי סמוחה, "מדינה יהודית ודמוקרטיה יהודית": משפט וממשל, כרך י (תשס"ז) 13
יעקב בן שמש, "זכויות חוקתיות, הגירה ודמוגרפיה": משפט וממשל, כרך י (תשס"ז) 47
יפה זילברשץ, "על הגירת זרים שאינם", משפט וממשל, כרך י (תשס"ז) 87
יורם מרגליות, "הפליה סטטיסטית בשירות הביטחון", משפט ועסקים, כרך ה (תשס"ו) 323
דפנה ברק ארז, "בטלות יחסית ושיקול דעת", משפטים, כרך כד (תשנ"ד-תשנ"ה) 519
זאב סגל, "הדרך לביקורת שיפוטית על", משפטים, כרך כח (תשנ"ז) 239
הלל סומר, "הזכויות הבלתי-מנויות - על", משפטים, כרך כח (תשנ"ז) 257
אהרן יורן, "היקף ההגנה החוקתית על", משפטים, כרך כח (תשנ"ז) 443
ברק מדינה, אילן סבן, "זכויות האדם ונטילת סיכונים": משפטים, כרך לט (תשס"ט-תש"ע) 47
דורון טייכמן, "צדק, הגינות ויעילות בדיני", משפטים, מ (ינואר 2011) 701
אורן גזל-אייל, אמנון רייכמן, "אינטרסים ציבוריים כזכויות חוקתיות", משפטים, מא (יוני 2011) 97
אליקים רובינשטיין, "על חוק-יסוד: כבוד האדם", עיוני משפט, כרך כא (תשנ"ח) 21

ספרות:

- [א' ברק, פרשנות במשפט, כרך ב, פרשנות החקיקה \(התשנ"ג\)](#)
- [א' ברק, פרשנות במשפט, כרך ג, פרשנות חוקתית \(תשנ"ד\)](#)
- [א' ברק מבחר כתבים \(ח' ה' כהן, י' זמיר עורכים, תש"ס\)](#)
- [מ' הופנונג, ישראל בטחון המדינה מול שלטון החוק \(2001\)](#)
- [א' ברק, שופט בחברה דמוקרטית \(2004\)](#)

מיני-רציו:

* בג"ץ ברוב דעות של ששה מתוך 11 שופטי ההרכב, דחה עתירות שהוגשו כנגד חוקתיות חוק האזרחות והכניסה לישראל. שופטי הרוב, הכירו בקיומה של זכות חוקתית לחיי משפחה, הנגזרת מן הזכות לכבוד האדם, אך קבעו כי היקפה של הזכות אינו משתרע כדי מימוש הזכות בישראל דווקא. עוד נקבע כי גם אם ישנה פגיעה בזכויות חוקתיות, ובהן הזכות לשוויון, הרי שזו פגיעה העומדת בתנאי פסקת ההגבלה.

* משפט חוקתי – כניסה לישראל – איחוד משפחות

* משפט חוקתי – חקיקה – ביקורת שיפוטית

* משפט חוקתי – זכויות הפרט – חיי משפחה

* משפט חוקתי – זכויות הפרט – שוויון בפני החוק

* משפט חוקתי – זכויות הפרט – שמירת כבוד האדם

* משפט חוקתי – חוקי יסוד – חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו

ארבע עתירות כנגד חוקתיות חוק האזרחות והכניסה לישראל (הוראת שעה), התשס"ג-2003 (להלן: חוק האזרחות). מדובר בחוק המגביל למעשה איחוד משפחות של ערביי ישראל עם בני זוגם – ערבים תושבי השטחים ובעקבות תיקון החוק (כמצוין בהמשך), גם עם בני זוגם תושבי/אזרחי ארבע מדינות אויב – איראן, לבנון, סוריה ועיראק, וזאת מחשש לסיכון בטחוני למדינה. יצוין כי זוהי הפעם השנייה שביהמ"ש בוחן את חוקתיות חוק האזרחות בהרכב מורחב. העתירות הראשונות נדונו במסגרת בג"ץ 7052/03 בעניין עדאלה (להלן: פסה"ד הקודם) וגם בהן הועלתה הטענה לפיה חוק האזרחות פוגע בזכות לחיי משפחה ובזכות לשוויון של אזרחי ישראל הערבים. בג"ץ 7052/03 נדחה על חודו של קול. רוב השופטים שדנו בעתירות אז סברו כי חוק האזרחות פוגע בזכויות החוקתיות האמורות. יחד עם זאת, השופט א' א' לוי, שסבר אף הוא כי החוק פוגע בזכויות האמורות, קבע כי יש לדחות את העתירות ולהותיר את ההסדר הקיים על כנו, על מנת לאפשר למדינה להעמיד בתוך תשעה חודשים הסדר משופר שיצמצם את הפגיעה בזכויות האמורות. פסק הדין הנוכחי דן בשאלה האם החוק הוא חוקתי כעת, לאחר שהוכנסו בו שינויים בעקבות פסק הדין הקודם.

ביהמ"ש העליון ברוב דעות של ששה מתוך 11 שופטי ההרכב (המשנה לנשיאה א' ריבלין, והשופטים א' גרוניס, מ' נאור, א' רובינשטיין, ח' מלצר ו-נ' הנדל כנגד דעתם החולקת של הנשיאה ד' ביניש, השופט (בדימ') א' א' לוי, והשופטים ע' ארבל, ס' ג'ובראן ו-א' חיות) דחה את העתירות מהטעמים הבאים:

שופטי הרוב, הכירו בקיומה של זכות חוקתית לחיי משפחה, הנגזרת מן הזכות לכבוד האדם, אך קבעו כי היקפה של הזכות אינו משתרע כדי מימוש הזכות בישראל דווקא. עוד נקבע כי גם אם ישנה פגיעה בזכויות חוקתיות, ובהן הזכות לשוויון, הרי שזו פגיעה עומדת בתנאי פסקת ההגבלה.

שופטי המיעוט סברו כי הזכות החוקתית לחיי משפחה של בן הזוג הישראלי משתרעת גם על מימושה של הזכות והקמת משפחה בישראל, וכי הפגיעה בזכות אינה עומדת בתנאי פסקת ההגבלה. כן סברו שופטי המיעוט כי נפגעת הזכות החוקתית לשוויון פגיעה שאינה עומדת בתנאי פסקת ההגבלה, וזאת נוכח העובדה שההגבלות המוטלות מכוח החוק על איחוד המשפחות חלות, ברובן המכריע, רק על אזרחי ישראל הערבים.

עמדות שופטי הרוב:

המשנה לנשיאה, השופט א' ריבלין, נדרש בפסק-דינו לקושי הכרוך בכך שהמחוקק טרם הסדיר את כללי ההגירה לישראל בחוק מקיף וכולל. הימנעות המחוקק מלהסדיר סוגיה זו מניחה לפתחו של ביהמ"ש שאלות הנתונות במחלוקת ציבורית. המשנה לנשיאה א' ריבלין עמד על חשיבות הביקורת השיפוטית המצויה בגרעין התפקיד השיפוטי בחברה דמוקרטית. ההידרשות לשאלות העומדות, מצד אחד, בליבת התפקיד השיפוטי, ומצד אחר נושקות למחלוקת ציבורית צריך שתיעשה תוך התחשבות בשיקולים הערכיים העומדים ביסוד תפישת השפיטות וביסוד תפישת הכיבוד. בבחינת השאלה שעמדה להכרעה כאן מצא המשנה לנשיאה א' ריבלין כי הפגיעה היא לתכלית ראויה ואינה עולה על הנדרש. על-כן מסקנתו היא כי החוק חוקתי וכי יש לדחות את העתירות.

השופט א' גרוניס מצטט בפתח חוות דעתו את האמירה: "זכויות אדם אינן מרשם להתאבדות לאומית". דברים אלה ממצים את האמור בחוות דעתו. לדעתו של השופט גרוניס, יש לבחון את התועלת החברתית שבחוק האזרחות אל מול הנזק שנגרם לאזרחי ישראל שאינם יכולים להכניס ארצה את בנות זוגם (או בני זוגם) הפלסטינים, עימן (או עימם) הם מעוניינים להתחתן. בחינה זו צריכה להיערך תוך בדיקת האפשרות של טעות, בין אם מצידם של אלה הדוגלים בפסילת החוק ובין אם מצידם של האחרים הסבורים כי החוק אינו פסול. אם יתברר בעתיד, כי הדוגלים בפסילת החוק טעו בהערכה נמוכה של הסיכון, לא ניתן יהיה לתקן את הטעות. את הפגיעה בחיי אדם לא ניתן יהיה לתקן. ביטול המעמד בארץ של פלסטינים שנכנסו ארצה כדין על פי החוק והיו מעורבים במעשי טרור (גם אם מדובר במספר מזערי של אנשים), לא יבטל את תוצאות מעשיהם. מנגד, אם טועים אלה הסבורים, כי אין לפסול את החוק, הנזק עקב טעותם הוא חוסר יכולת של אזרחי ישראל להקים משפחות עם פלסטינים או פיצול בין בן הזוג הישראלי לבת הזוג הפלסטינית. כמובן, שאין לזלזל בפגיעה זו. ברם, יש להעמיד את הפגיעה האמורה בחיי משפחה לעומת הפגיעה הוודאית, על יסוד ניסיון העבר, בחייהם ובגופם של ישראלים. על יסוד מאזן זה, סבור השופט גרוניס, שאין מקום לפסילתו של החוק.

השופט מ' נאור קבעה כי דין העתירות להדחות וכי אין לבטל את חוק האזרחות. השופטת נאור חזרה על עמדותיה כפי שנקבעו בפסק הדין הקודם תוך שצוין כי יש בחלוף הזמן כדי למתן את תוצאותיו של החוק. זאת מאחר שמספר המשפחות שנישאו לפני החלטת הממשלה והחוק, שאינם ממלאים את דרישות הגיל הקבועות בחוק, התמעט עד מאוד ומי שנישא לאחר החלטת הממשלה והחוק עשה כן תוך ידיעת המצב המשפטי. השופטת נאור חזרה על עמדתה בעניין היקף הזכות החוקתית לחיי משפחה. בהקשר זה עמדה השופטת נאור על כך שלזכות לחיי משפחה שהיא עולם ומלואו יש נגזרות רבות וההגנה החוקתית אינה חלה על האפשרות לממש את חיי המשפחה עם בן זוג זר דווקא בישראל, שהיא רק אחת מנגזרות הזכות. השופטת נאור הדגישה כי גם במדינות העולם הדמוקרטי לא הוכרה זכות חוקתית של אזרח או תושב להביא לארץ מגוריו בן זוג זר ולבחור את המדינה בה ימומשו חיי המשפחה. השופטת נאור עמדה על כך שאף בהנחה שמדובר בזכות חוקתית מוסכם כי אין חובה לאפשר מימושה של הזכות בכל עת ובכל תנאי. השופטת נאור פירטה מספר דוגמאות מפסיקת ביהמ"ש העליון שהתירה עיכוב במימושה של זכות חוקתית מתוך התחשבות באינטרס הציבורי וקבעה כי כך יש לפעול גם בענייננו וכי נוכח האינטרס הציבורי המיוחד וכבד המשקל שעומד בסיס החוק עומד החוק במבחני המידתיות, והוא בודאי בתוך מה שמכונה "מיתחם המידתיות".

בפסק דינה ייחדה השופטת נאור פרק נפרד לעתירה בעניינם של קטינים תושבי מזרח ירושלים. בעניין זה נקבע כי נוכח הבהרה שניתנה על ידי המדינה ושנכללה בפסק הדין אין חשש (בכפוף למניעה בטחונית או פלילית) לא לניתוק בין קטינים להוריהם ואף לא לניתוק בין מי שהיו קטינים ובגרו ובין הוריהם. לכן, גם לגבי קבוצה זו לא נפגעת הזכות לחיי משפחה. באשר לזכויות אחרות של הקטינים, ובפרט זכויות סוציאליות העותרים לא הבהירו מהו הבסיס החוקתי לזכאות הנטענת לזכויות אלה ומכל מקום העניין מתברר במסגרת עתירה אחרת שהוגשה לאחר הגשת העתירות נשוא ענייננו ובה הוצא צו על תנאי (בג"ץ 2649/09).

השופט א' רובינשטיין, הצטרף לעמדה שהציגו המשנה לנשיא חשין והשופטת נאור בפסק הדין הקודם. לשיטתו, הזכות החוקתית לחיי משפחה, הנגזרת מהזכות הכללית לכבוד, אינה כוללת – במישור החוקתי – את הזכות לממש את הנישואין עם בן זוג שהוא תושב מדינה (או ישות מדינית) עוינת, בישראל דווקא; וזאת, חרף הרגש האנושי המובן, והצער על הקשיים המשמעותיים העלולים להיגרם. הדברים מעוגנים, בין היתר, במשפט המשווה. כן מדגיש השופט רובינשטיין, כי הוראת השעה אינה מבטלת את הזכות למימוש הזוגיות בישראל דווקא, אלא משהה אותה בהתאם למגבלות הגיל הקבועות בהוראת השעה. עוד סובר השופט רובינשטיין, כי אף שכלל הפליה נבחנית גם במבחן

תוצאתי, אין להלום טענת הפליה שעה שמדובר באזרח ישראלי הבוחר לקשור קשרי זוגיות עם תושב מדינה (או ישות מדינית) עוינת; זאת, שעה שאל מול אלה ניצבת הזכות לחיים ולביטחון.

מעבר לצורך דן השופט רובינשטיין, שכן לשיטתו אין מדובר בפגיעה בזכות ברמה החוקתית, בשאלה אם הוראת השעה עומדת במבחני פסקת ההגבלה. לשיטתו, אף שמדובר בדבר חקיקה שאין להקל ראש בפגיעתו הקשה בעיקר בערביי ישראל, מטבע הדברים, מדובר בהסדר העומד בתנאי המידתיות. לדעתו, כך נאמר, את שאלת המידתיות יש לבחון "במבט רחב", ובמסגרת זו לבחון אמצעים אחרים שנוקטת החברה הישראלית לצורך התגוננות מאיומי הטרור, ואת מידת פיזורם בין חלקי החברה. בחינה זו מעלה, לשיטת השופט רובינשטיין, כי כל חלקי החברה הישראלית נדרשים לוותר על זכויות המעוגנות ברמה החוקתית כדי להבטיח את ביטחון הציבור כולו (לרבות שירות צבאי ועלויות כלכליות), וכי על רקע זה מדובר בפגיעה מידתית. ולבסוף, השופט רובינשטיין דורש מהרשויות להניח "אצבע על הדופק" ולבחון בכל עת אם שינוי נסיבות מאפשר שימוש באמצעי שפגיעתו פחותה, דוגמת בדיקה פרטנית של בקשות לאיחוד משפחות, דבר שהיה מצמצם את הפגיעה והקושי.

השופט ח' מלצר הגיע למסקנה כי דין הצו-על-תנאי שהוצא בתיק זה – להתבטל. עיקר טעם הדבר נעוץ בכך שהוא השתכנע מהעמדה אותה הציגו המשיבים ועל פיה אין פה מקום להתערבות בג"צ על פי העילות המוכרות, שכן ההסדרים שנוקטו בחוק שנתקף הינם, לעת הזו, בבחינת הרע במיעוטו וכי מוטב להישמר מאשר להצטער (כלל זה מנוסח באנגלית במילים: Better Safe than Sorry). הנמקתו התבססה על עקרון הזהירות המונעת (The Precautionary Principle). עקרון משפטי זה מקובל להחילו בעולם בתחומים בהם החברה עומדת בפני סיכונים לא ודאיים רבי היקף, והשופט מלצר הציע ליישמו גם בענייננו. בהקשר זה הוא הדגיש שהחלופות שהוצגו על ידי העותרים במקום החוק שנתקף, ובהן בדיקה אינדיבידואלית של המבקשים להיכנס לישראל עקב קשרי חיתון – אין בהן תשובה לקשיים הביטחוניים המתעוררים במכלול והבדיקה האינדיבידואלית המוצעת איננה ריאלית, מטעמים שפורטו בחוות דעתו של השופט מלצר.

עוד הדגיש השופט מלצר כי במשפט המשווה – לא הוכרה זכותו של בן זוג אזרח לגרום לכך שמי שהוא מבקש לחיות עמו (בין בקשרי נישואין, בין בדרך אחרת) – ישיג אזרחות, או מעמד אחר של שהיה במדינת האזרחות של הראשון. השופט מלצר סבר גם כי החוק שנתקף משרת תכלית ראויה: לשמור על ביטחון המדינה, וכי הוא עומד בדרישות "פסקת ההגבלה החוקתית", המאפשרת פגיעה בזכויות חוקתיות אם וככל שתנאיה מתקיימים בחוק הפוגע. בסיום פסק דינו הפנה השופט מלצר את תשומת הלב לעובדה כי לעקרון הזהירות המונעת יש אף עיגון במשפט העברי, בתפיסה המבוססת על האימרה: אשרי אדם מפקד תמיד (משלי כ"ח יד) וצייץ כי בגמרא (גיטין נ"ה ע"ב – נ"ו ע"א), בסיפור על קמצא ובר-קמצא, תלו את חורבן ירושלים בין השאר באי שמירתה של האימרה הנ"ל.

השופט נ' הנדל קבע כי אין זכות חוקתית מוקנית לכל אזרח בישראל להביא את בן זוגו הזר תושב אזור איו"ש להקים חיי משפחה בישראל. בנוסף קבע השופט הנדל כי לא כל פגיעה בשוויון מהווה פגיעה בזכות חוקתית. במקרה הנוכחי, נקבע, הפגיעה היא משולבת, לאמור: שילוב של האיסור הגורף להביא בן זוג זר יחד עם הפליה התוצאתית, הגם שאינה מפורשת, שחלה כלפי קבוצה מובחנת של ערבים אזרחי מדינת ישראל, עולה כדי פגיעה חוקתית. משהוכחה פגיעה בזכויות החוקתיות בחן השופט הנדל את מבחני פסקת ההגבלה. השופט הנדל קבע כי תכלית החוק המתוקן – ביטחון המדינה – ראויה במדינת ישראל כמדינה יהודית ודמוקרטית. באשר למבחן המידתיות, נקבע כי יש לערוך דירוג של הזכות הנפגעת במדרג הזכויות החוקתיות וכן למקם את האינטרס הציבורי המוגן ביחס לאינטרסים שונים. כך עולה מפסיקה בארץ ומהגישה החוקתית האמריקאית שמדרגת את הזכויות, האחת ביחס לרעותה.

באשר לחוק האזרחות קבע השופט הנדל כי הפגיעה בזכות החוקתית של קבוצת בן הזוג הישראלי היא קשה בשל הזיקה ההיסטורית, הגיאוגרפית והתרבותית בין ערביי ישראל לבין תושבי האזור. אולם, נקבע, אין הפגיעה הנידונה נמצאת ברמה הגבוהה של מדרג הזכויות החוקתיות. המדינה רשאית לקבוע דיני הגירה והאזרח אינו יכול להכתיב מדיניות הגירה של המדינה על פי בחירת ליבו. בן הזוג הזר, בניגוד לבן הזוג הישראלי, אינו בעל זיקה למדינה וזאת על רקע האינטרס הציבורי בהגנה על ביטחון המדינה שהוא אינטרס רב מעלה. כן צוינה גישת המשפט העברי שהאדם נברא יחידי כדי ללמדנו שכל המציל נפש אחת הרי הוא מציל עולם ומלואו.

במסגרת מבחן המשנה של המידתיות במובן הצר בחן השופט הנדל את חריג הגיל בחוק המתוקן וקבע כי חריג הינו מקיף - חל על תושב האזור מעל גיל 35 ותושבת האזור מעל גיל 25, ועל כן מצמצם את הפגיעה החוקתית. גם חריג הוועדה ההומניטארית מצמצם ברמה מסוימת את הפגיעה, הגם השופט הנדל ציין כי יש מקום להרחיב את שיקול הדעת של הוועדה ההומניטארית. השופט הנדל הוסיף כי קיימים תיקים העוסקים בסוגיות חוקתיות, והעניין הנוכחי הינו אחד מהם, בגדרם יש מתחם חוקתי המאפשר יותר מתשובה אחת. בשקלול הכולל של התועלת לביטחון המדינה מול הנזק שנגרם לזכות החוקתית, קביעת המחוקק שיש להעדיף את האינטרס הציבורי נופלת במתחם החוקתי ולפיכך אין מקום להורות על בטלות חוק האזרחות. השופט הנדל ציין כי טוב יעשה המחוקק אם יסדיר את סוגיית ההגירה בחוק. בא-כוח המדינה הודיע שהרשות המחוקקת פועלת בכיוון זה. היה ולא תוסדר הסוגיה – תנאי להארכת החוק יהיה דיון מעמיק ויסודי תוך שימת דגש על התשתית העובדתית, כפי שנעשה במקרה זה. בהינתן שינוי במציאות ייתכן ויהיה מקום לשקול את האפשרות של שינוי החוק.

עמדות שופטי המיעוט:

הנשיאה ד' ביניש חזרה על עמדתה בפסק הדין הקודם בעניין חוק האזרחות וקבעה כי החוק, גם במתכונתו העדכנית, אינו צולח את הבחינה החוקתית. הנשיאה סבורה כי התיקונים שהוכנסו בחוק הרחיבו את חזקת הסיכון הקבועה בו, ולא נעשה כל מאמץ לשלב בחוק בדיקה פרטנית של הסיכון הנשקף מבן הזוג, מבני משפחתו או מסביבתו הקרובה. החוק גם לא אימץ אמצעים אחרים שיפחיתו את עצמת הפגיעה, ובהם, למשל, מנגנון המאפשר הפוך חזקת הסיכון בדרך של העברת הנטל לידי מבקש איחוד המשפחות לשם הוכחה כי לא נשקף ממנו סיכון ביטחוני. עוד עמדה הנשיאה ביניש על כך שחוק האזרחות, שנחקק על דרך של הוראת שעה שאמורה הייתה להיות בתוקף שנה אחת בלבד, הוארך מאז שתיים-עשרה פעמים ומצוי בספר החוקים שמונה שנים. השימוש בחקיקה על דרך של הוראת שעה, קבעה הנשיאה ביניש, מונע דיון מעמיק ומקיף בהשלכות החוק. הנשיאה התייחסה עוד להודעת המדינה על הכוונה לחוקק חוק הגירה כולל והביעה עמדתה כי יש לקוות כי מהלך זה יקודם.

הנשיאה ביניש ביקרה את השימוש ב"עקרון הזהירות המונעת" אשר הוצע על ידי השופט ח' מלצר. לגישתה, השימוש בעקרון זה מאפשר הקטנה, עד כדי צמצום מוחלט, של שולי הסיכון שחברה נכונה ליטול על עצמה. השימוש בתפיסה לפיה better safe than sorry טובמן בחיבו סיכון משמעותי לא רק לפגיעה קשה בזכויות חוקתיות, אלא גם לפגיעה בהליכי קבלת החלטות. לפיכך, ציינה הנשיאה ביניש, גם בהינתן הצורך הביטחוני – עליו אין כל חולק – יש להבטיח כי ההסדרים הנקבעים הינם מידתיים ואינם פוגעים מעל הצורך בזכויות יסוד; ויש להישמר לא רק מפני הסיכון שנמנע עקב השימוש בעקרון הזהירות המונעת, אלא גם מהסיכון שהוא עצמו יוצר.

השופט א' לוי סבור כי ההזדמנות שניתנה למחוקק בפסק הדין הקודם לתקן את החוק כך שיציל את הבחינה החוקתית הוחמצה. לגישתו, התיקונים שהוכנסו בחוק לאחר פסק הדין הראשון לא צמצמו את ההסדר הגורף הקבוע בחוק ואף הרחיבו אותו. בפסק דינו הנוכחי, בשונה מעמדתו בהליך הקודם, השופט לוי סבור כי חוק האזרחות – שפוגע בזכויות החוקתיות האמורות – אינו צולח את השלבים

הראשונים של הבחינה החוקתית ובפרט את שלב ההלימה לערכיה של מדינת ישראל כמדינה יהודית ודמוקרטית. לגישתו, כדי שחוק יהיה "לתכלית ראויה" עליו לעמוד בשלושה תנאים: עליו להיות מכונן להשגת יעדים חברתיים ולשרת אינטרס ציבורי ממשי; האינטרס צריך להיות חשוב דיו כדי להצדיק פגיעה בזכות יסוד מוגנת; ולבסוף, על החוק להלום משטר חוקתי המגן על זכויות אדם ולגלות רגישות לזכות הנפגעת. לגישת השופט לוי, חוק שפוגע בזכות המוגנת באורח אנוש או שאינו מותיר מרווח אמיתי לקיומה אינו מגלה רגישות לזכות ולפיכך, תכליתו אינה ראויה. כזהו, לגישת השופט לוי, חוק האזרחות. אמנם, השופט לוי סבור כי חוק האזרחות משרת אינטרס ציבורי ממשי של הגנה על ביטחון תושבי ישראל, אך ההסדר הגורף שנקבע בו אינו מאפשר כלל בדיקה פרטנית של מבקשי איחוד המשפחות לעמוד בתנאי פסקת ההגבלה.

השופטת ע' ארבל הצטרפה לדיון בעתירה בגלגולה השני תוך פגיעה בנתיבים שנסללו בפסק הדין בעניין חוק האזרחות הראשון, ופרשה את עמדתה וטעמיה תוך הדגשת הקושי בהכרעה. נקודת המוצא לדיון צריכה להיות כי תכלית החוק היא ביטחונית. באופן עקרוני רשאית המדינה בשל צרכיה הביטחוניים לאסור את כניסתם לתחומה של מי אשר מגיעים ממקומות שבהם קיימת עוינות רבה לישראל ומתבצעת פעילות נגד ישראל וביטחונה. אולם, גם במצב דברים זה, נדרש החוק לעמוד באמות המידה החוקתיות לביקורתו של חוק. הזכות לחיי משפחה כוללת שני נדבכים – את הזכות המהותית להינשא לזר ואת הזכות להגשים את חיי הנישואין בישראל. ההפרדה בין הזכות המהותית לזכות לממשה היא מלאכותית, שהרי בלא מימוש הזכות אין לך זכות. עבור אזרחי ישראל הערבים, תושבי האזור, שהם בני לאומם, מהווים קבוצה פוטנציאלית לרקמת קשרי משפחה, ומשכך הם הנפגעים העיקריים מן ההגבלה לפי החוק. לפיכך, החוק פוגע בזכות לחיי משפחה, במובנה הרחב, ובזכות לשוויון. לעמדת השופטת ארבל, עיקר הקושי שמעורר החוק בנוסחו העדכני מתמקד בשלב בחינת המידתיות במובנה הצר, שהוא חלק ממבחני פסקת ההגבלה שבסעיף 8 לחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו. הבחינה מעלה כי החוק אינו מידתי. עמדה זו מתבססת על שני אדנים. האחד, אי-מידתיותה של הפגיעה בהיבט הזמן. שימוש בהוראת שעה למטרות הנוגעות בליבת הזכויות החוקתיות כבעניינינו, מעורר קשיים, בפרט ככל שהיא מעגנת פגיעה חריפה בזכויות יסוד. השני, אופי הפגיעה בזכויות היסוד. תוספת הביטחון הפוטנציאלית שטמונה בהגבלה לפי החוק, אינה יכולה לעמוד ביחס לתוספת הנזק הוודאי שנגרם בעטייה של הגבלה זו לזכות לחיי משפחה ולשוויון.

למסקנה זו מגיעה השופטת ארבל נוכח קיומה של חלופה מידתית יותר הכוללת שלושה רכיבים עיקריים, הדומים בבסיסם למתווה שהציע השופט לוי בגלגולו הראשון של פסק הדין בעניין חוק האזרחות: בידוק פרטני ויסודי ככל הניתן בנסיבות; התניית הטיפול בבקשה לאיחוד משפחות בכך שכן הזוג הזר אינו שווה שלא כדין בישראל ולא ישהה בה כל עוד לא הותרה כניסתו ארצה; כמו גם דרישה על הצהרת נאמנות למדינת ישראל ולחוקיה תוך זניחת הנאמנות לכל מדינה או ישות מדינית אחרת. השופטת ארבל מציעה להשהות למשך שנה מיום פרסום פסק הדין את הכרזת הבטלות, במהלכה יוכל המחוקק, אם ימצא לנכון לעשות, לגבש הסדר חוקי חדש, שכן זהו תפקידו ומומחיותו.

השופט ס' ג'ובראן הצטרף לעמדתו של השופט א' א' לוי שלפיה יש להכריז על בטלותו של החוק. לעמדתו החוק פוגע פגיעה קשה ולא מידתית בזכויות החוקתיות לחיי משפחה ולשוויון. בכל הנוגע לפגיעה בזכות לשוויון הדגיש השופט ס' ג'ובראן את העובדה שהמגבלה שמטיל החוק על מימוש הזכות לחיי משפחה חלה למעשה על אזרחיה הערבים של מדינת ישראל. עוד קבע השופט ס' ג'ובראן כי שלילה מוחלטת של האפשרות לקבלת מעמד עבור בן הזוג תושב האזור ללא כל אינדיקציה לסיכון הביטחוני הנשקף ממנו, מלמדת על הבחנה אסורה. השופט ס' ג'ובראן הוסיף וקבע כי נקיטה בדרך זו של "תיוג" היא פסולה מעיקרה שכן יש בה כדי לפגוע בכבוד האדם ולפיכך, צריך וראוי להימנע ממנה. עוד קבע השופט ס' ג'ובראן כי התיקון לחוק, וחלוף הזמן מאז פסק הדין הקודם, הוסיפו והעמיקו את

הפגיעה בזכויות החוקתיות. בכל הנוגע לשלבי הביקורת החוקתית, חלק השופט ס' ג'ובראן על עמדתו של השופט א' א' לוי וקבע כי אין צורך במקרה זה לפסול את החוק בשל כך שאינו הולם את ערכי מדינת ישראל, או לקבוע כי אינו לתכלית ראויה. לגישתו, יש לקבוע כי החוק אינו מקיים את מבחן המידתיות ב"מובן הצר", שכן הוא מפר את האיזון הראוי בין צורכי הכלל וזכויות הפרט. השופט ס' ג'ובראן הדגיש את חשיבותו הרבה של הצורך הביטחוני העומד לטענת המדינה בבסיס החוק, אך נקבע כי הוא האמצעי שנבחר במקרה זה להגשמתו גובה מחיר כבד מדי, מחיר שמדינה דמוקרטית וליברלית אינה יכולה לשלם. על כן החוק אינו מידתי ונכשל במבחן הביקורת השיפוטית. את חוות דעתו חתם השופט ס' ג'ובראן באמירה כי אין אלא לכאוב על קיומו של חוק זה, אשר בכוחו להוסיף ולהקשות על שמירת שלמות המרקם העדין של החברה הישראלית על כלל קבוצותיה וגווניה. וכן, כי הוא מקווה שמילותיה החשובות של מגילת העצמאות, שלפיהן מדינת ישראל תקיים "שויון זכויות חברתי ומדיני גמור לכל אזרחיה בלי הבדל דת, גזע ומין..." תמשכנה לעמוד לנגד עיניהם של העוסקים במלאכת החקיקה.

השופט א' חיות סבורה כי חוק האזרחות הולם את ערכיה של מדינת ישראל כמדינה יהודית ודמוקרטית ונחקק לתכלית ראויה, באשר הוא נועד ליתן מענה לצרכי הביטחון של מדינת ישראל נוכח המאבק המזוין שמנהלים ארגוני הטרור הפלסטיניים נגדה. יחד עם זאת, משנותרה בעינה המניעה הקיבוצית שנקבעה בחוק; משלא הוקנתה לתושבי האזור שהינם בני זוג של ערבים אזרחי ישראל ההזדמנות להוכיח על בסיס פרטני כי הם אינם מהווים סיכון בטחוני; ומשהורחבו במסגרת התיקון השני הקריטריונים הקיבוציים החוסמים את איחוד המשפחות בין ערביי ישראל לבני זוג תושבי האזור - סברה השופטת א' חיות כי נותרה בעינה הפגיעה הבלתי מידתית בזכות לחיי משפחה ובזכות השוויון ועל כן נותר בעינו גם לאחר התיקון השני לחוק הפגם החוקתי בו הוא לוקה. עוד צוין בחוות-הדעת כי איזון ראוי בין האינטרס הביטחוני ובין הזכויות החוקתיות העומדות על הפרק מאפשר אמנם להניח כנקודת מוצא חזקת מסוכנות מצד תושבי האזור, ובלבד שבצד אותה חזקה הייתה מתאפשרת בדיקה פרטנית המקנה לכל אדם אשר בעניינו מתבקש איחוד המשפחות, הזדמנות לסתור אותה. כמו כן ציינה השופטת א' חיות כי הפגיעה הבלתי מידתית בשוויון הנוצרת בגין ההסדרים הקבועים בחוק, כמו גם אופיים הקולקטיבי – אשר יש בו למעשה כדי למחוק את זהותם הייחודית של הפרטים הנמנים עם אותו קולקטיב – עלולים ליצור מראית של "תיוג אתני" פסול אשר ממנו ראוי להישמר. מן הטעמים שזו תמציתם הצטרפה השופטת א' חיות למסקנה שאליה הגיעו הנשיאה ד' ביניש והשופטים א' א' לוי, ע' ארבל וס' ג'ובראן, לפיה יש להורות על בטלותו של החוק אך להשקפתה בנסיבות שנוצרו מן הראוי להשעות לפרק זמן שלא יעלה על תשעה חודשים את הכרזת הבטלות על מנת לאפשר למחוקק לגבש הסדר הגירה כולל או הסדרי ביניים ראויים עד חקיקתו.