

בזכות הזכות למדינת לאום – על חסרונן של השיקול הלאומי בפסקי־הדין בעניין חוק האזרחות והכניסה לישראל (הוראת שעה), התשס"ג-2003

מאת
אביעד בקשי* וגדעון ספיר**

תקציר

הטענה המרכזית במאמר זה היא שראוי להכיר בזכותם של אזרחי ישראל היהודים למדינת לאום כזכות חוקתית. זכות זו צריכה להישקל לצד זכויות אדם קלסיות של אזרחי ישראל הערבים באותם מאזניים חוקתיות הבוחנות התנגשות בין ערכים חוקתיים שונים בסוגיות משפטיות קונקרטיות. לאור טיעון זה, המחברים בוחנים שני פסקי־דין שנתן בית־המשפט העליון בסוגיה המשפיעה על זהותה הלאומית של ישראל, מצביעים על חסרונה של הזכות למדינת לאום באיזון החוקתי שבית־המשפט מפעיל באותם פסקי־דין, ומבקרים חיסרון זה.

המחברים סוקרים שלוש הצדקות למדינת לאום בכלל, ולמדינת לאום יהודית בפרט, המבוססות על הנחת־מוצא ליברלית: הצדקה מן הזכות לתרבות, הצדקה מן הצורך בסולידריות והצדקה מן הזכות להימנע מרדיפות. הכותבים ממקדים את דיונם בסוגיית הצדקתה של מדינת הלאום מן הזכות לתרבות; מציגים הוגים המתנגדים לרעיון מדינת הלאום, שדורשים להגביל את הזכות לתרבות לרמה קהילתית במסגרת מדינה רבת־תרבותית; ומצטרפים בטענותיהם להוגים הטוענים לזכות לתרבות מדינתית במסגרת מדינת לאום המחויבת גם לזכויות תרבותיות של מיעוטים.

המחברים סוקרים שני פסקי־דין, משנת 2006 ומשנת 2012, שנתן בית־המשפט העליון בעניין חוקתיותו של חוק הוראת־שעה המונע כניסה לישראל של פלסטינים – וכן של אזרחי מדינות ערביות אחרות – הנישאים לאזרחים ישראלים. בפסקי־הדין נשקלו הזכות למשפחה והזכות לשוויון של אזרחי ישראל הערבים אל מול אינטרסים בטחוניים שעמדו ביסוד החקיקה, ובשניהם הכריע בית־המשפט ברוב שברירי לטובת השיקול הבטחוני. חרף העובדה שבעשור שקדם לחקיקת חוק הוראת־השעה התאזרחו יותר מ־130,000 פלסטינים בישראל במסגרת איחוד משפחות, נמנע בית־המשפט לחלוטין מלדון בשיקול ההגנה על

* דוקטור למשפטים, ראש המחלקה המשפטית בפורום קהלת ומרצה מן החוג בפקולטה למשפטים, אוניברסיטת בר־אילן, ובקריה האקדמית אונגו.

** פרופסור־חבר בפקולטה למשפטים, אוניברסיטת בר־אילן.

זהותה של ישראל כמדינת לאום יהודית כשיקול רלוונטי בפסק־הדין הראשון. בפסק־הדין השני העירו שופטים אחדים כי מן הראוי להביא בחשבון שיקול זה, אך גם הם נמנעו מלדון בטענה זו לגופה, בשל העובדה שזו לא נטענה על־ידי פרקליטות המדינה. המחברים מבקרים את חסרונו של השיקול הלאומי כשיקול רלוונטי במסגרת האיזון החוקתי שערך בית־המשפט בפסיקותיו בסוגיה זו. המחברים אינם טוענים כי הזכות למדינת לאום צריכה לגבור בהכרח על זכויות אדם מתנגשות בנסיבותיו הספציפיות של חוק הוראת־השעה, אך הם טוענים כי שומה על בית־המשפט להציב את הזכות למדינת לאום כזכות חוקתית בעלת משקל ממשי במאזניים החוקתיות של המשפט הישראלי.

מבוא

א. הזכות למדינת לאום כזכות חוקתית

1. הצדקות מן הזכות לתרבות

2. הצדקה מן הצורך בסולידריות

3. הצדקה מן הזכות להימנעות מרדיפות

4. הצדקה השוואתית?

ב. חוק האזרחות בראי הזכות למדינת לאום

1. החוק והפסיקה

2. התייחסות לתכלית הדמוגרפית בפסקי־הדין

3. מעמדה של התכלית הדמוגרפית

סיכום ומסקנות

מבוא

מגילת העצמאות מגדירה את ישראל כ"מדינה יהודית"¹. בית־המשפט העליון קבע כי יהדותה של המדינה היא "עובדת יסוד קונסטיטוציונית" העומדת ביסוד פעולתן של רשויות המדינה.²

המשפט הישראלי הפנים עקרון־יסוד חוקתי זה בתחומים רבים. למשל, חוקי ההגירה בישראל מעניקים לכל יהודי כמעט את הזכות להיכנס לישראל ולהתאזרח בה באופן מיידי;³ במשך יותר מחמישים שנה נהגה מדינת־ישראל להקצות קרקעות להתיישבות המיועדת ליהודים בלבד;⁴ חקיקת הבחירות בישראל מחייבת פסילה של רשימת מועמדים השוללת

1 הכרזה על הקמת מדינת ישראל (להלן: הכרזת העצמאות).

2 ע"ב 1/65 ירדור נ' יר"ד ועדת הבחירות לכנסת, פ"ד יט(3) 365, 385-386 (1965).

3 ס' 1 לחוק השבות, התש"י-1950; ס' 2 לחוק האזרחות, התשי"ב-1952.

4 בג"ץ 114/78 בורקאן נ' שר האוצר, פ"ד לב(2) 800 (1978). לביקורת אקדמית על מדיניות זו ראו, למשל, יוחאי בנקלר "אי־הפליה בדיוור: תחולה, היקף וסעדים במסגרת המשפט הקיים" עיוני משפט טז 131 (1991); איל בנבנשתי "נפרד אבל שווה" בהקצאת מקרקעי ישראל למגורים" עיוני משפט כא 769 (1998).

את אופייה היהודי של המדינה;⁵ ולצד כל זה, מדינת ישראל מעגנת בחקיקה את מעמדה של מוסדות העם היהודי,⁶ משתמשת בתרבות היהודית כסמליה ובטקסיה הרשמיים,⁷ קובעת את השבת ואת מועדי ישראל כימי המנוחה הרשמיים,⁸ מעניקה למשפט העברי מעמד מסוים בפסיקתם של בתי-המשפט,⁹ מעגנת בחקיקה את זכרון השואה¹⁰ ודואגת לפיצוי נפגעים¹¹ ולשיפוט נאצים על פשעיהם,¹² ומחילה את חוק העונשין של מדינת ישראל גם על עברות נגד יהודי כאשר הוא יהודי, גם אם בוצעו מחוץ לשטחה וכלפי מי שאינם אזרחיה.¹³ במהלך השנים פסל בית-המשפט העליון כמה הסדרים שיעגנו את אופייה היהודי של המדינה. למשל, בשנת 2000 פסל בית-המשפט את מדיניות הקצאת הקרקעות ליישובים המיועדים ליהודים בלבד, וקבע כי היא נגועה בהפליה אסורה, אף אם במקביל המדינה מקצה קרקעות להתיישבות המיועדת לערבים בלבד.¹⁴ בעניינים אחרים לא פסל בית-המשפט את

- 5 ס' 7א לחוק-יסוד: הכנסת, ס"ח התשי"ח 69.
- 6 ראו, למשל, את חוק מעמדן של ההסתדרות הציונית העולמית ושל הסוכנות היהודית לארץ-ישראל, התשי"ג-1952, ואת חוק קרן קיימת לישראל, התשי"ד-1953. לדיון בחוקים אלה ראו יפעת הולצמן-גזית "שימוש במשפט כסמל-סטטוס: חוק קרן קיימת לישראל, תשי"ד-1953, ומאבק הקק"ל לביסוס מעמדה במדינה" עיוני משפט כו 601 (2002).
- 7 חוק הדגל, הסמל והמנון המדינה, התש"ט-1949; חוק יום ירושלים, התשנ"ח-1998; חוק השימוש בתאריך העברי, התשנ"ח-1998.
- 8 ס' 18א(א) לפקודת סדרי השלטון והמשפט, התש"ח-1948; ס' 7(ב)(1) לחוק שעות עבודה ומנוחה, התשי"א-1951; בג"ץ 5026/04 דיזיין 22 נ' רוזנצוויג, פ"ד ס(1) 38 (2006).
- 9 חוק יסודות המשפט, התש"ם-1980. לדיון בחוק זה ובמידת השימוש שנעשה בו ראו, למשל, מנחם אלון המשפט העברי – תולדותיו, מקורותיו, עקרונותיו 1349-1472 (מהדורה שלישית, 1988); דניאל סינקלר "המשפט העברי במדינת ישראל בתחילת המאה ה-21: חברה, משפט, כלכלה ותקשורת" 37 (הלל נוסק עורך, 2002); וכן קובץ המאמרים בנושא שהתפרסם בשנתון המשפט העברי יג (1987).
- 10 חוק זכרון השואה והגבורה – יד ושם, התשי"ג-1953; חוק יום הזכרון לשואה ולגבורה, התשי"ט-1959; חוק איסור הכחשת השואה, התשמ"ו-1986; ס' 4(2) לחוק חינוך ממלכתי, התשי"ג-1953.
- 11 חוק נכי רדיפות הנאצים, התשי"ז-1957; חוק התביעות של קרבנות השואה (הסדר הטיפולי), התשי"ז-1957; חוק נכסים של נספי השואה (השבה ליורשים והקדשה למטרות סיוע והנצחה), התשס"ו-2006; חוק הטבות לניצולי שואה, התשס"ז-2007.
- 12 חוק לעשיית דין בנאצים ובעוריהם, התש"י-1950; ת"פ (י-ם) 40/61 היועץ המשפטי לממשלה נ' אייכמן, פ"מ מה 3 (1961); ע"פ 336/61 אייכמן נ' היועץ המשפטי לממשלה, פ"ד טז(3) 2033 (1962); ע"פ 347/88 דמיאניוק נ' מדינת ישראל, פ"ד מז(4) 221 (1993).
- 13 ס' 13(ב) לחוק העונשין, התשל"ז-1977.
- 14 בג"ץ 6698/95 קעדאן נ' מינהל מקרקעי ישראל, פ"ד נד(1) 258 (2000) (להלן: עניין קעדאן). להליכים מאוחרים יותר העוסקים בהרחבת איסור ההפליה שהטילה הלכת קעדאן ראו בג"ץ 5601/00 דוירי נ' מינהל מקרקעי ישראל (לא ניתן פסק-דין סופי); בג"ץ 8060/03 קעדאן נ' מינהל מקרקעי ישראל (פורסם בנבו, 26.4.2006); בג"ץ 9818/02 אבו אלהיג'א נ' שר האוצר (לא פורסם, 2003); בג"ץ 7574/06 הסוללים קבוצת צעיר להתיישבות חקלאית בע"מ נ' מינהל מקרקעי ישראל (פורסם בנבו, 22.1.2007); דנג"ץ 1107/07 הסוללים קבוצת

ההסדרים אך בפועל נמנע מלעשות בהם שימוש. למשל, בית-המשפט נמנע מלאשר פסילת רשימות המבקשות לבטל את אופייה היהודי של המדינה,¹⁵ גם כאשר הן הצהירו מפורשות שזו כוונתן.¹⁶ בצד צמצום שיפוטי של מרכיבי הזהות הלאומיים של המדינה, הדגיש בית-המשפט פעמים רבות כי בעצם הגדרתה של ישראל כמדינה יהודית אין פגם מנקודת-מבט דמוקרטית.¹⁷ עמדה זו של בית-המשפט מותקפת משני כיוונים מנוגדים. יש הטוענים כי נטייתו של בית-המשפט לצמצם את מרכיבי הזהות הלאומית עלולה להפוך את יהדותה של מדינת-ישראל לאות מתה.¹⁸ לעומתם, יש הטוענים כי הגדרתה של ישראל כמדינת הלאום היהודי, היא תוכנה המעשי דל ככל שיהא, מנוגדת לעקרונות-יסוד ליברליים. לדעתם, כדי להצטרף למשפחת עמי התרבות, על מדינת-ישראל לוותר על הגדרה זו.¹⁹

- מכבי הצעיר להתיישבות חקלאית שיתופית בע"מ נ' מינהל מקרקעי ישראל (פורסם בנבו, 14.3.2007); עת"ס (ת"א) 2002/09 סבא נ' מנהל מקרקעי ישראל (פורסם בנבו, 10.2.2010). לאחרונה קיבלה הכנסת חוק אשר לטענת יוזמיו נועד להפוך את הלכת קעדאן. ראו חוק לתיקון פקודת האגרות השיתופיות (תיקון מס' 8), התשע"א-2011, ס"ח 2286, 683. נגד חוקתיותו של חוק זה תלויות ועומדות עתירות לבג"ץ. ראו בג"ץ 2311/11 סבא נ' הכנסת; בג"ץ 2504/11 עדאלה נ' הכנסת. עם זאת, לדעתנו חוק זה אינו נוגע כלל בהלכת קעדאן, מכיוון שס' 6ג (א) לחוק המתוקן אוסר מפורשות שקילת השתייכות לאומית בעת מיון מועמדים להתיישבות.
- 15 ראו, לאחרונה, ע"ב 561/09 בל"ד נ' ועדת הבחירות המרכזית (פורסם בנבו, 7.3.2011). לדיון ראו, למשל, טליה אינהורן הגבלת סיעה בעלת מצע גזעני על פי סעיף 7א לחוק יסוד: הכנסת (1993); רות גביוון ישראל כמדינה יהודית ודמוקרטית: מתחים וסיכויים 5-51 (1999); עמי פדהצור "בין 'דמוקרטיה מתגוננת' ל'דמוקרטיה מתחסנת' - ישראל במבחן" תרבות דמוקרטית 6, 135 (2002); שלמה אבינרי "כיצד דמוקרטיות מגנות על עצמן" כוח המילים וחולשת הרעת: תעמולה, הסתה וחופש הביטוי 169 (מיכאל קונפינו עורך, 2003); אמנון רובינשטיין וברק מדינה המשפט החוקתי של מדינת ישראל 587-641 (מהדורה שישית, 2005); מרדכי קרמניצר פסילת רשימות (2005); ברק מדינה "ארבעים שנה להלכת ירדור: שלטון החוק, משפט הטבע וגבולות השיח הלגיטימי במדינה היהודית ודמוקרטית" מחקרי משפט כב 327 (2006).
- 16 ראו ג'מאל זחאלקה, תצהיר תשובה בפני ועדת הבחירות המרכזית לכנסת ה-18 מיום 7.1.2009, פ"ר 1/18 איתי פורמן ואח' נ' סיעת ורשימת בל"ד, ס' 8, 9 ו-18, נגיש בכתובת knesset.gov.il/elections18/heb/list/6.pdf. השוו לקביעתו של הנשיא ברק בעניין גבולות הלגיטימיות של הביטוי "מדינת כל אזרחיה" בא"ב 11280/02 ועדת הבחירות המרכזית לכנסת השש-עשרה נ' טיבי, פ"ד נו(4) 1, 43 (2003).
- 17 ראו, למשל, ע"ב 2/88 בן שלום נ' ועדת הבחירות המרכזית לכנסת השתיים-עשרה, פ"ד מג(4) 221, 228 (1988); ע"א 294/91 חברת קדישא גחש"א "קהילת ירושלים" נ' קסטנבאום, פ"ד מו(2) 464, 513 (1992); עניין קעדאן, לעיל ה"ש 14, בעמ' 281; עניין טיבי, לעיל ה"ש 16, בעמ' 3.
- 18 ראו, למשל, אורי שטרומן "בג"ץ: הקונספציה, הסוכנות היהודית והישוב קציר" האומה 140, 14 (2000); אליאב שוחטמן "חוקיותה וחוקיותה של התיישבות היהודית בארץ-ישראל" משפט וממשל 109 (2001); יהודה כהן מי מפחד ממדינה יהודית? (2001).
- 19 ראו, למשל, עזמי בשארה "בין לאום לאומה: הרהורים על הלאומיות" תיאוריה וביקורת 6,

למאמר זה שתי מטרות. מטרתו הראשונה היא לחזק את הביקורת נגד מגמת הצמצום של מרכיבי הזהות הלאומית בישראל. נטען, בהתבסס על הנחות-מוצא ליברליות, כי היהודים עומדת זכות אדם לחיות במדינת לאום משלהם, וכי מן הראוי לעגן את זכותם זו בחוקה בצד זכויות אדם אחרות. מוקד הטיעון שאנו מציגים הוא שהזכות למדינת לאום נעוצה בזכויות אדם של יחידים, בהתאם למורשת הליברלית, אלא שמימושה של זכות זו נעשה באופן קבוצתי, על-ידי קיומה של מדינת לאום בעבור כלל בני הקבוצה הלאומית. על-כן זכות האדם למדינת לאום מתממשת על-ידי הכרה בזכותן של קבוצות לאומיות להגדרה עצמית במדינת לאום.²⁰ בדרך זו מתלכדת זכות אדם שמקורה ביחידים, ואשר מוצדקת על יסוד הנחות-מוצא ליברליות, עם זכות של עמים להגדרה עצמית לאומית, אשר הוכרה במשפט הבין-לאומי כבר בתום מלחמת-העולם הראשונה אך לא זכתה אז בביסוס ליברלי. הכרה במעמדה החוקתי של הזכות למדינת לאום אינה הופכת אותה לחסינה מפני פגיעה או צמצום. ככל זכות אדם אחרת, גם זכות זו אינה מוחלטת, ובעניינים מסוימים עליה לסגת מפני זכויות אחרות או להתפשר עימן. עם זאת, מרגע שהכרנו במעמדה החוקתי של הזכות, עלינו להבטיח שהיא לא תישאר סיסמה ריקה מתוכן.

מטרתו השנייה של המאמר היא לטעון כי זכותם של היהודים למדינת לאום צריכה לבוא לידי ביטוי משמעותי במכלול השיקולים הנורמטיביים בעניין מדיניות ההגירה של ישראל ביחס לתושבי השטחים. נדון בחוק האזרחות והכניסה לישראל (הוראת שעה), התשס"ג-2003 (להלן: חוק הוראת-השעה), אשר מגביל את אפשרותם של נתני הרשות הפלסטינית ושל אזרחי כמה ממדינות ערב להיכנס לישראל ולרכוש בה מעמד, וכן בשני פסקי-דין – האחד משנת 2006 והאחר מראשית 2012 – אשר בחנו את חוקתיותו של חוק זה. נצביע על כך שרוב השופטים, בשני פסקי-הדין, התעלמו מן השיקול הלאומי (ומיישמו כשיקול דמוגרפי),²¹ ונבקר התעלמות זו. עם זאת, נצביע על סימנים לשינוי מגמה בעניין בפסקי-הדין האחרון.

19 (1995); אורי רם "זיכרון וזהות: סוציולוגיה של ויכוח ההיסטוריונים בישראל" תיאוריה וביקורת 8, 9 (1996); Yoav Peled, *Ethnic Democracy and the Legal Construction of Citizenship: Arab Citizens of the Jewish State*, 86(2) AM. POL. SCI. REV. 432 (1992); Oren Yiftachel, *Ethnocracy: The Politics of Judaizing Israel/Palestine*, 6 CONSTITUTIONS 3 (1999).

20 מפגש כזה בין זכויות פרט לבין זכויות קבוצתיות מאפיין את השיח הליברלי ביחס לכלל הזכויות הקבוצתיות. כך, למשל, בעוד הוגים קהילתנים שאינם ליברלים, דוגמת אלסדייר מקינטייר (Alasdair MacIntyre), ניסחו את הזכות לתרבות כזכות של תרבויות, ולא של יחידים, ההוגים הליברלים של הזכות לתרבות הראו כי זכות זו נעוצה בזכויותיהם של יחידים לטוב שתרבות קבוצתית מסיבה להם, אלא שמימושן של זכויות יחידים אלה נעשה באופן קבוצתי. לדיון בהבחנה זו בין הוגים קהילתנים שאינם ליברלים לבין ההוגים הליברלים של הזכות לתרבות ראו: Stephen A. Gardbaum, *Law, Politics and Claims of Community*, 90 MICH. L. REV. 685 (1992).

21 בביטוי "שיקול לאומי" כוונתנו למחויבות מוסרית עקרונית לשמירת זהותה של המדינה כמדינת לאום. "השיקול הלאומי" עשוי לבוא לידי ביטוי במופעים שונים, כגון שפת המדינה, ימי שבתון, זיקת המדינה לתפוצה הלאומית ועוד. בתחום ההגירה השיקול הלאומי מתבטא

מבנה המאמר כדלקמן: בפרק א נתאר בקצרה את ההצדקות העיקריות לזכות למדינת לאום. מקום מרכזי בהצדקות אלה יינתן לגרסות שונות של ההצדקה מן הזכות לתרבות, אך בצידן נציג גם הצדקות אחרות. חלק מן ההצדקות שנסקור הן הצדקות אוניוורסליות, והצדקה מרכזית אחרת רלוונטית דווקא לבני העם היהודי. בפרק ב נדון בהשפעה האפשרית של זכותם של בני העם היהודי למדינת לאום על מדיניות ההגירה של ישראל ביחס לתושבי השטחים. תחילה נציג את חוק הוראת השעה ואת הרקע לחקיקתו, ולאחר־מכן נתאר בקצרה את עמדות הרוב והמיעוט בפסקי־הדין שעסקו בו. נצביע על כך שבפסקי־הדין הראשון נמנעו שופטי בית־המשפט העליון כמכוון מלדון בשיקול הלאומי, וננסה להבין מה הימנעות מכוונת זו מלמדת. עוד נצביע על סימנים לשינוי שחל ביחסם של לפחות חלק מהשופטים לשיקול זה בפסקי־הדין השני. לבסוף נציג את עמדתנו שלנו, ונסביר מדוע לדעתנו חובה לשקול את זכותם של בני העם היהודי למדינת לאום כשיקול מרכזי באיזון החוקתי הנדרש לבחינת חוקתיות של חוק הוראת השעה, אך לא נביע עמדה ביחס לתוצאתו הראויה של איזון זה בגרסה כלשהי של חוק מעין זה.

לסיום המבוא, שלוש הבהרות קצרות:

א. המושג "יהודית" בביטוי "מדינה יהודית" יכול להתפרש בשני מובנים: דתי ולאומי. יש הסבורים כי מדינת־ישראל חייבת לפעול לא רק למימוש מאווייהם הלאומיים של אזרחיה היהודים, אלא גם להגשמת יעדיה של הדת היהודית, אם משום שלדעתם אין ללאום היהודי קיום ללא המימד הדתי ואם משום שלדעתם שני הממדים שלובים זה בזה ללא הפרד.²² לעומתם, יש הטוענים כי ללאום היהודי יש קיום עצמאי נפרד מן הדת היהודית, וכי מדינת־ישראל כמדינה יהודית מחויבת לראשון בלבד.²³ במאמר זה לא ניכנס בעובי הקורה של ויכוח זה, ונתמקד במימד הלאומי בלבד, מתוך הנחה שניתן להפריד בין שני המובנים. דיונו יתמקד אפוא בשאלות של יחסי מדינה ולאום, ולא בשאלות של יחסי מדינה ודת.

ב. כידוע, המושג "לאום" בביטוי "מדינת לאום" יכול אף הוא להתפרש בשני מובנים: מדינתי ואתני־תרבותי.²⁴ לאומיות מדינתית מוגדרת כמונחי אזרחות בלבד. בשיח

בשני יישומים עיקריים: האחד הוא מחויבות לקליטת מהגרים בני הלאום המוגדר במדינה, מתוך דאגה לזכויותיהם של אותם מהגרים (וזאת ללא תלות בצורך דמוגרפי בהגירה כזו – למשל, במצב שבו הרוב הלאומי הוא ממילא רוב גורף); והאחר הוא מחויבות לשימור רוב לאומי דמוגרפי ברור, כל עוד מחויבות זו מתאפשרת בכלים לגיטימיים, לשם הבטחת זהותה של המדינה כמדינת הלאום הספציפי גם בעתיד. אם כן, אחד משני יישומיו של "השיקול הלאומי" בשדה ההגירה הוא "שיקול דמוגרפי". מאמר זה מציג תמיכה עקרונית בשיקול "שיקול לאומי" במשפטה של ישראל כמדינת לאום, ובוחן את יישומו של השיקול הלאומי בסוגיה הנוגעת בהגירת לא־יהודים, דהיינו, כ"שיקול דמוגרפי".

22 ראו, למשל, הרב יצחק איזיק הלוי הרצוג תחוקה לישראל על פי התורה (איתמר ורהפטיג עורך, 1989).

23 ראו, למשל, מרדכי קרמניצר "דמותה של מדינת ישראל כמדינה יהודית ודמוקרטית" דברים ושברי דברים: על יהדותה של מדינה דמוקרטית 395 (ידידיה שטרן ואביעזר רביצקי עורכים, 2007).

24 ראו, למשל: Chaim Gans, The Limits of Nationalism ch. 1 (2003) (להלן: Gans)

הליברלי מקובל להשתמש בה, למשל, בהקשר של הצדקת העדפה מצד המדינה כלפי אזרחיה בהשוואה למי שאינם אזרחיה.²⁵ לעומת זאת, לאומיות אתנית-תרבותית מבוססת על תרבות משותפת, על נרטיב של מוצא אתני משותף או על מרכיב זהות אחר שאינו תלוי באזרחות משותפת. דיונונו עוסק במשמעות השנייה של המושג, כלומר, בלאומיות כמובן האתני-התרבותי.

2. מאמר זה מתמקד בהצעת ביסוס נורמטיבי לזכות למדינת לאום, ובטענה כי יש להביא זכות זו בחשבון בהקשר הישראלי במסגרת האיזון החוקתי בסוגיית איחוד המשפחות. איננו עוסקים בשאלה הפוזיטיבית אם ועד כמה הכירה הפסיקה בישראל בעבר בזכות זו. הנחת המוצא שלנו היא שאם ראוי להכיר בקיומה של הזכות, ימצא בית-המשפט את הדרך לעשות זאת. כידוע, בית-המשפט העליון הכיר במהלך השנים, מקום המדינה ועד שנת 1992, בשורה שלמה של זכויות אדם אף שאלה לא עוגנו בדבר חקיקה כלשהו. זאת ועוד, משנת 1992 ואילך קרא בית-המשפט העליון שורה ארוכה של זכויות אל תוך הזכות לכבוד שבחוקי-יסוד: כבוד האדם וחירותו, אף שזכויות אלה אינן נזכרות במפורש בחוקי-היסוד, וחלק מהן אף הושמטו ממנו במכוון. אין סיבה שחלקה של הזכות למדינת לאום ייגרע מרשימה נכבדה זו אם ההצדקה שאנו מציעים להכרה בזכות זו תימצא משכנעת. עם זאת, נדמה שמלאכת ההכרה בזכות למדינת לאום תהיה קלה יחסית בהשוואה להכרה בזכויות לא-מנויות אחרות, שכן להכרה בחשיבותה של מדינת הלאום יש אסמכתות רבות במשפט החוקתי הישראלי. בהלכת ירדור המפורסמת העניק בית-המשפט לזהותה הלאומית של ישראל מעמד של נורמת-על, הגוברת אף על הזכות לבחור ולהיבחר, המעוגנת בחוקי-יסוד.²⁶ סעיף 7א לחוקי-יסוד: הכנסת קובע כי הכרה בזהותה היהודית והדמוקרטית של ישראל היא תנאי-סף לזכות לחוקק חקיקה כלשהי בישראל. עיגון נוסף נמצא כמובן בסעיפי המטרה של חוקי-יסוד: כבוד האדם וחירותו²⁷ ושל חוקי-יסוד: חופש העיסוק²⁸ – מטרה אשר נהפכת לחלק בלתי-נפרד מפרשנותן של כל הזכויות המעוגנות בחוקי-יסוד אלה.

2003). גנו מכנה את הלאומיות הראשונה "statist nationalism", ואת השנייה – "cultural nationalism". מכיוון שבהמשכו של המאמר נצביע גם על הצדקות למדינת לאום שאינן נשענות על תרבות, אנו מעדיפים להשתמש בביטוי "לאומיות אתנית-תרבותית" המקובל בחקר הלאומיות.

25 ראו, למשל, אביעד בקשי "האם קיימת חובה עקרונית לקלוט מהגרים?" משפט וממשל י 387, 396-405 (2006) והמקורות שם. לביקורת נגד תפיסה זו ראו, למשל, נעמה כרמי חוק השבות – זכויות הגירה וגבולותיהן (2003).

26 ראו בעניין זה את דבריו של הנשיא אגרנט בעניין ירדור, לעיל ה"ש 2, בעמ' 385: "לא יכול להיות ספק בדבר – וכך מלמדים ברורות הדברים שהוצהרו בשעתו בהכרזה על הקמת המדינה – כי לא זו בלבד שישראל הינה מדינה ריבונית, עצמאית, השוחרת חופש ומאופיינת על ידי משטר של שלטון העם, אלא גם שהיא הוקמה 'כמדינה יהודית בארץ ישראל'... [וזהו] 'עובדת יסוד קונסטיטוציונית', אשר חלילה לה לרשות כל שהיא של המדינה... להתכחש אליה בכואה להפעיל סמכות מסמכויותיה."

27 ס' 1א לחוקי-יסוד: כבוד האדם וחירותו, ס"ח התשנ"ב 150.

28 ס' 2 לחוקי-יסוד: חופש העיסוק, ס"ח התשנ"ד 90.

א. הזכות למדינת לאום כזכות חוקתית

1. הצדקות מן הזכות לתרבות

בעשורים האחרונים החלו הוגים ליברלים רבים להציע הצדקות לזכות לתרבות. את ההצעות הליברליות השונות, הרואות בזכות לתרבות זכות אדם המתממשת במסגרת קבוצתית,²⁹ ניתן לחלק באופן מועיל לארבע גרסות עיקריות. קימליקה סבור כי חיים במסגרת תרבות מסוימת הם תנאי הכרחי ליכולתם של בני-אדם לשמור על אישיות אוטונומית. קימליקה מוכיח, בעזרת מחקרים סוציולוגיים ופסיכולוגיים,³⁰ כי אם תיפגע תרבותו של אדם, הוא לא יוכל לסגל לעצמו בהצלחה תרבות חלופית, ויאבד את יכולתו לחיות חיים אוטונומיים עם הקשרי בחירה תרבותיים. קימליקה סבור לכן כי יש להכיר בזכותם של בני-אדם להגנה על תרבותם הספציפית כנגזרת של הזכות לאוטונומיה.³¹ טיילור סבור כי זכותו של אדם לשימור תרבותו הספציפית היא נגזרת של הזכות לכבוד. לדעתו, הצורך של אדם להיות מוערך על-ידי סביבתו ראוי להכרה.³² במסגרת זו יש לכבד את ייחודיותו של כל אדם, המתבטאת בתרבותו.³³ מרגלית והלברטל סבורים כי תרבותו של אדם מהווה מרכיב מכונן בזהותו העצמית, ולפיכך יש להכיר בזכות לתרבות כנגזרת של הזכות לזהות.³⁴ לבסוף, גנן טוען כי לכל אדם יש זכות לפעול להגשמת יעדים תרבותיים שיתירו חותם משמעותי בעולם אף לאחר מותו, ולשם כך יש להגן על תרבותו ואף על המשכיותה של תרבותו בדורות הבאים.³⁵ בצד ההברלים בין הגישות הנזכרות, המסקנה המשותפת לכולן

- 29 על הרעיון של זכות אדם הנעוצה ביחידים באופן עקרוני אך מתממשת בהגנה על קבוצות ראו את דברינו לעיל בה"ש 20 ובטקסט שלידה.
- 30 Michael Gross, *Indian Control for Quality Indian Education*, 49 N. D. L. Rev. 237 (1973).
- 31 KYMLICKA, *LIBERALISM, COMMUNITY AND CULTURE* ch. 8 (1989) (להלן: KYMLICKA, *MULTICULTURAL CITIZENSHIP: A LIBERAL THEORY OF MINORITY RIGHTS* ch. 2 (1995) (להלן: KYMLICKA 1995)). בכתיבתו המאוחרת מאמץ קימליקה לעיתים רעיונות של חלק ממבקרי, המתוארים בשורות הבאות. ראו: KYMLICKA, *POLITICS IN THE VERNACULAR: NATIONALISM, MULTICULTURALISM AND CITIZENSHIP* chs. 10–13 (2001) (להלן: KYMLICKA 2001). אולם במסגרת הנוכחית אנו מתייחסים רק לרעיונות המוקדמים של קימליקה, שבהם הביע עמדות ייחודיות.
- 32 Charles Taylor, *The Politics of Recognition*, in *MULTICULTURALISM AND "THE POLITICS OF RECOGNITION"* 25 (A. Gutman ed., 1992).
- 33 CHARLES TAYLOR, *SOURCE OF THE SELF* chs. 1–2 (1989); Charles Taylor, *שם*, Taylor *Replies and Re-articulations*, in *PHILOSOPHY IN AN AGE OF PLURALISM* 213 (J. Tully ed., 1994). יצוין כי טיילור החל לפתח את הרעיון בדבר זיהוי התרבות עם כבוד האדם עוד בטרם נוסחה הזכות לתרבות ככזו. ראו: Charles Taylor, *What is Human Agency? in THE SELF: PSYCHOLOGICAL AND PHILOSOPHICAL ISSUES* 35 (T. Mischel ed., 1977).
- 34 Avishai Margalit & Moshe Halbertal, *Liberalism and the Right to Culture*, 61 Soc. Res. 491 (1994).
- 35 CHAIM GANS, *A JUST ZIONISM: ON THE MORALITY OF THE JEWISH STATE* ch. 3 (2008)

היא כי יש להכיר בצורך של בני-אדם לחיות במסגרת תרבותם כזכות אדם. האם הזכות לתרבות כוללת זכות להגדרה עצמית תרבותית במדינת לאום? שני טיעונים עשויים להוביל למסקנה שלילית. ראשית, ניתן לטעון כי אפשר לממש את הזכות לתרבות במידה מספקת במסגרת קהילתית תת-מדינתית, ואם כך, אין הצדקה להכרה בזכות למדינת לאום. שנית, מימוש הזכות לתרבות של קבוצה לאומית במסגרת מדינת לאום עלול להיות כרוך בפגיעה בזכויות המיעוטים התרבותיים באותה מדינה, ובכלל זה גם בזכות לתרבות של מיעוטים אלה, ולכן יש להגביל את מימוש הזכות לתרבות למסגרות תת-מדינתיות בלבד. לא יפלא אפוא שחלק נכבד מן ההוגים הליברלים המצדדים בזכות לתרבות סבורים כי יש להגשימה במסגרת מדינה רב-תרבותית, ולא במדינת לאום.³⁶ עם זאת, כותבים ליברלים אחרים – כגון מייקל וולצר,³⁷ צ'רלס טיילור³⁸ ודייוויד

(להלן: Gans 2008); Gans 2003, לעיל ה"ש 24, פרק 2; חיים גנו מריכארד ואנגר עד זכות השיבה פרק 5 (2006); חיים גנו "לאומיות והגירה" רב-תרבותיות במדינה דמוקרטית ויהודית 341, 348-346 (מנחם מאוטנר, אבי שגיא ורונן שמיר עורכים, 1998) (להלן: גנו "לאומיות והגירה").

36 ראו, למשל, KYMLICKA 1989, לעיל ה"ש 31, פרקים 7, 9; KYMLICKA 1995, לעיל ה"ש 31, פרקים 4, 9; Stephen R. Perry, *Immigration, Justice and Culture*, in JUSTICE IN IMMIGRATION 174 (Warren F. Schwartz ed., 1995); JOSEPH RAZ, ETHICS IN THE PUBLIC DOMAIN chs. 6, 8 (1994). יצוין, עם זאת, כי במשנתו המאוחרת קימליקה חוזר בו מהתנגדותו למדינת הלאום. אומנם, להבדיל מטיילור ומוולצר, שבהם נעסוק מיד, קימליקה סבור עדיין כי אין צורך במדינות לאום לשם הגנה על הזכות לתרבות, אך הוא אינו רואה בהן עוד פגיעה מובנית בזכות לתרבות. ראו KYMLICKA 2001, לעיל ה"ש 31, פרק 11. מכל מקום, קימליקה אינו מספק הסבר מפורט לגישתו החדשה, ואף אינו נחרץ באחידותו בה. למגמה של חזרה חלקית אל משנתו המוקדמת ראו, למשל: WILL KYMLICKA, MULTICULTURAL ODYSSEYS: NAVIGATING THE NEW INTERNATIONAL POLITICS OF DIVERSITY 5, 65, 266 (2007).

37 ראו: Michael Walzer, *Comment*, in MULTICULTURALISM: EXAMINING THE POLITICS OF RECOGNITION 99, 100-101 (Amy Gutmann ed., 1994); Michael Walzer, *The National Question Revisited*, in NATION AND UNIVERSE 532 (1990); Michael Walzer, *The Politics of Difference: Statehood and Toleration in a Multicultural World*, in THE MORALITY OF NATIONALISM 245 (Robert McKim & Jeff McMahan eds., 1997). לתמיכה מוקדמת יותר של וולצר במדינת הלאום, כטרם גובשה הזכות לתרבות, ראו: Michael Walzer, *The Moral Standing of States: A Response to Four Critics*, 9(3) PHIL. & PUB. AFF. 209 (1980).

38 Charles Taylor, *Why Do Nations Have to Become States?* in RECONCILING THE SOLITUDES 40, 50 (Guy Laforest ed., 1993) (להלן: Taylor 1993); Charles Taylor, *Nationalism and Modernity*, in THE MORALITY OF NATIONALISM 31 (Robert McKim & Jeff McMahan eds., 1997); Charles Taylor, *Cross-Purposes: The Liberal-Communitarian Debate*, in LIBERALISM AND THE MODERN LIFE 159 (Nancy L. Rosenblum ed., 1989). לדיון ביישום משנתו של טיילור על מדינת הלאום היהודית ראו אייל זמיר מדינת לאום יהודית רפובליקנית או מדינה אזרחית ליברלית: המודל הקהילתני של צ'ארלס טיילור והפולמוס אודות אופי המרחב הציבורי במדינת ישראל פרקים 8-9 (עבודת-גמר לתואר מוסמך, אוניברסיטת בר-אילן – המחלקה למדעי המדינה, 2002); יוסי יונה בזכות ההבדל 25-30 (2005).

מילר³⁹ – סבורים כי מימוש הזכות לתרבות מחייב הכרה בזכותם של בני קהילת רוב לאומית בקרב אזרחי מדינה לאפיין את מדינתם כמדינת לאום אתנית-תרבותית, אם הם מעוניינים בכך. על-פי משנתם, מדינת לאום מחויבת לזכויות פרט של כלל אזרחיה, כמו-גם לזכויות תרבותיות של מיעוטים ברמה הקהילתית, אך לקבוצת הרוב הלאומית יש נוסף על כך זכות ייחודית למימוש זכותה לתרבות ברמה המדינתית.

גישתם של ההוגים המכירים בזכות לתרבות ברמה מדינתית מבססת זכות אדם למדינת לאום כחלק בלתי-נפרד מן הזכות לתרבות. כעולה מן הגישות השונות שהוצגו לעיל ביחס לזכות הכללית לתרבות, לבני-אדם כיחידים עומדות זכויות אדם לאישיות אוטונומית, לכבוד, לזהות ולמימוש עצמי. היבטים חשובים של זכויות אלה ניתנים למימוש רק במסגרת של תרבות קבוצתית, ולכן הוכרה הזכות הקבוצתית לתרבות כזכות אדם. כפי שנראה מיד, הגישה המכירה בזכות לתרבות ברמה מדינתית מבוססת על הטענה כי מבחינת היקף ההגנה על הזכות לתרבות יש צורך ברמת הגנה מדינתית. גישה זו מבוססת אף על הטענה כי גם מבחינת התכנים שעליהם נועדה הזכות לתרבות להגן יש תכנים מדינתיים של תרבות הראויים להגנה.⁴⁰ לכן, על יסוד גישה זו ניתן לבסס זכות אדם למדינת לאום כחלק בלתי-נפרד מן הזכות לתרבות.⁴¹ מבחינת היקף ההגנה על הזכות לתרבות, הבחירה במדינת לאום כמסגרת הראויה למימוש הזכות לתרבות מבוססת על זכותם של בני קבוצת הרוב לפעול למען שגשוגה של תרבותם לאורך זמן ולמען הגשמת יעדיה לטווח ארוך. מבחינת התוכן המוגן על-ידי הזכות לתרבות, ההכרה בזכות למדינת לאום מבוססת על זכותם של בני-אדם לממש את זהותם התרבותית גם בהיבטים מדינתיים. כפי שנראה מיד, מדינת לאום מעניקה לתרבות לאומית רמת הגנה גבוהה באורח משמעותי מזו שמספקת קהילה לאומית-תרבותית במסגרת מדינה רב-תרבותית. כמו-כן, עוגן הזהות שמדינת לאום מספקת לבני הקבוצה הלאומית חזק באורח דרמטי מזה שמספקת קהילה בתוך מדינה רב-תרבותית. על-כן חלק מן הזכות לתרבות היא הזכות לממש דומיננטיות תרבותית ברמה מדינתית במסגרת מדינת לאום שבה בני התרבות מהווים רוב. זכות זו צריכה כמובן לעמוד באיזון מתמיד מול זכויות של בני קבוצות מיעוט, ואיזון כזה צריך להיערך ביחס לכל סוגיה מעשית, אך הכל מתוך הכרה בעצם זכותה של קבוצת הרוב לתרבות מדינתית.

למדינת הלאום יש משקל משמעותי במימוש הזכות לתרבות מהסיבות הבאות:

למדינה יש זכות לשלוט בשערי ההגירה לשטחה. לכן למדינת לאום יש היכולת לתכנן את מדיניות ההגירה אליה באופן שיחזק את הדומיננטיות הדמוגרפית של בני התרבות הלאומית ויצמצם הגירה שתשחק אותה. יכולת כזו וזכות כזו אינן עומדות לקהילה תרבותית

DAVID MILLER, ON NATIONALITY ch. 2 (1995); David Miller, *The Ethical Significance of Nationality*, 98(4) ETHICS 647 (1988) 39

לדיון בעניין הזכות לתרבות מדינתית המבחין בין תרבויות שבהן המרכיב המדינתי אינהרנטי לתרבות לבין תרבויות אחרות ראו אסף מלאך בסיסי הלגיטימיות של מדינת לאום יהודית בעידן הפוסטמודרני 271-267 (עבודת-גמר לתואר דוקטור לפילוסופיה, אוניברסיטת בר אילן – החוג לפרשנות ותרבות, 2008). 40

ודוק, כמו הזכות הכללית לתרבות, גם הזכות למדינת לאום היא זכות אדם הנעוצה בזכויות של יחידים, אך תכניה עוסקים בערכים קבוצתיים, ועל-כן בסופו של דבר מדובר בזכות קבוצתית. 41

בתוך מדינה רב־תרבותית. לכן מדינת לאום ממלאת תפקיד חשוב בשימורה של תרבות לאומית לאורך זמן. אם כן, יש להכיר בזכות למדינת לאום כחלק מן הזכות לתרבות מבחינת היקף ההגנה הראוי על הזכות לתרבות.

תרבויות רבות כוללות, בין היתר, ערכים משותפים. תרבות מסוימת עשויה להעדיף חירות אישית על סולידריות וצדק חלוקתי. תרבות אחרת עשויה לדגול בפשרות ובהגשת הלחי השנייה אל התוקפן. ערכים אלה ניתן להגשים במסגרת מדיניות הפנים (במקרה הראשון) ומדיניות החוץ (במקרה השני) שיאומצו במדינת הלאום. חברי קבוצות התרבות יוכלו אומנם לנסות לעצב את מדיניות השלטון ברוח ערכיהם גם במדינה רב־תרבותית, אך סיכויי הצלחתם מותנים במשקלם היחסי במדינה, וגם אם יזכו ברוב, הם ייאלצו להתפשר עם מערכת הערכים של קבוצות תרבות אחרות. אם כן, הזכות למדינת לאום מהווה מימוש של הזכות לתרבות אף מבחינת התכנים המוגנים על־ידי הזכות לתרבות.

תחום נוסף שבו למדינת לאום יש יתרון על מדינה רב־תרבותית, מנקודת־מבטו של הלאום השואף לשמר את תרבותו, הוא היחס אל התפוצה התרבותית־הלאומית. מדינת לאום תוכל להפנות משאבים ולפעול בזירה הבין־לאומית להגנה על חברי הפזורה הלאומית־התרבותית ולטיפול התרבות בקרבם.⁴² לעומת זאת, ספק אם מדינה רב־תרבותית תוכל לשאת על כתפיה סיוע לתפוצה של כל אחת מן הקבוצות החברות בה. יתר על כן, מדינת הלאום, בעצם קיומה, מהווה מוקד המגבש סביבו את תודעתם של חברי התרבות הלאומית ברחבי העולם.⁴³ המקרה הישראלי משמש דוגמה מצוינת לנקודה אחרונה זו.

כפי שטוען חיים גנז, ההגנה האינטנסיבית שמדינת לאום יכולה להעניק לתרבות הינה חיונית במיוחד כדי להבטיח את הנחלת התרבות מדור לדור.⁴⁴ אולם מן הדוגמות הספורות שהוצגו זה עתה עולה כי הפער בין מידת ההגנה שניתן לספק לתרבות הלאומית במסגרת מדינת לאום לבין זו שניתן לספק לה במדינה רב־לאומית הינו משמעותי מאוד גם מנקודת־מבט של בני דור נתון וביחס לחייהם שלהם. לדעתנו, פער זה מבסס טעם אפריורי חזק להעדפת המודל הלאומי על המודל הרב־לאומי.

42 שאלה עקרונית היא אם מדינה, שהיא תוצר התאגדותם של אזרחיה, רשאית להקצות ממשאביה לטובת מי שאינם אזרחיה. בעניין זה יש להבחין בין תפיסת צדק לוקליסטית, שלפיה כל מדינה מופקדת אך ורק על עשיית צדק עם אזרחיה, לבין תפיסת צדק גלובליסטית, שלפיה למדינה יש אומנם מחויבות מיוחדת כלפי אזרחיה, אך בשיקולי הצדק שלה ובהקצאת המשאבים הנגזרת מאותם שיקולי צדק עליה להביא בחשבון גם בניית עולם צודק יותר. לסקירה תמציתית של תפיסות צדק לוקליסטיות לעומת תפיסות צדק גלובליסטיות ראו בקשי, לעיל ה"ש 25. הדיון על־אודות הצדקתה של מדינת לאום בעבור כלל בני הקבוצה הלאומית ברחבי העולם מבוסס כמובן על תפיסת צדק גלובליסטית, ולא על תפיסת צדק לוקליסטית.

43 ראו, למשל, את המאמרים השונים בספר: Diaspora and Multiculturalism (Monika Fludernik ed., 2003). לסקירת פרקטיקות ביחסים שבין מדינות לאום לבין פזורתן הלאומית ראו אלכסנדר יעקובסון ואמנון רובינשטיין ישראל ומשפחת העמים – מדינת לאום יהודית וחזויות האדם (2003).

44 גנז "לאומיות והגירה", לעיל ה"ש 35, בעמ' 346-348; Gans 2003, לעיל ה"ש 24, פרק 2; Gans 2008, לעיל ה"ש 35, פרק 3.

תופעה מעניינת המאפיינת את הכתיבה במסגרת השיח על הזכות לתרבות היא השימוש בדוגמות מחייהן של קבוצות בדלניות ושוליות.⁴⁵ קימליקה מתבסס על מחקריו של שוורץ על-אודות כשלון האינטגרציה של האינדיאנים בארצות-הברית של המאה התשע-עשרה,⁴⁶ ובטיעונו הוא מרבה להתייחס לתרבויות ילידיות בקנדה⁴⁷ או באוסטרליה.⁴⁸ במשנתו המוקדמת אף קבע קימליקה מפורשות כי הזכות לתרבות נתונה דווקא לתרבויות החולשות על מכלול דפוסי ההתנהגות והקשרי החיים של חבריהן (תרבויות קומפריהנסיביות).⁴⁹ הוגים אחרים מכירים בזכות לתרבות גם של בני תרבויות מערביות שכנות, אך נוטים להתמקד, במסגרת דיוניהם, בדוגמות של תרבויות קומפריהנסיביות הרחוקות מרחק רב מהתרבות המערבית הסובבת אותן. מרגלית והלברטל, למשל, מביאים אל הדיון הליברלי בזכות לתרבות את "שמורת-הטבע" החדרית בשכונת מאה שערים בירושלים,⁵⁰ ואילו אחרים מתמקדים בכת האיימיש.⁵¹ לדעתנו, הדבר נובע מן הקושי שבו נתקלים חברי קבוצות תרבות המעוניינים לשמר את תרבותם הקבוצתית במציאות החיים המודרנית, המתאפיינת בחילון מואץ, בהדרגה של אינדיווידואליזם וחופש, ובהשתחררות ממסגרות משפחתיות. קושי זה הוא שמניע כנראה את הכותבים הנ"ל למקד את דיונם על-אודות הזכות לתרבות בחברי קבוצות בדלניות, שהרי תרבויות מערביות אחרות מצויות בשלבים שונים של דעיכה והתבוללות, שבסופן יסגלו לעצמם חברי תרבויות אלה תרבות אוניוורסלית ואקלקטית.

במילים אחרות, רוב אזרחי המערב כיום אינם זקוקים להגנת הזכות לתרבות. דעתנו בעניין שונה. הקושי הקיים כיום לשמור על ייחודיות תרבותית אינו מאפיל על הצורך האנושי הטבעי בהגנה על ייחודיות זו ובפיתוחה, גם בעבור חברי קבוצות תרבות אשר בחרו או נאלצו לדלל מעט את מאפייניה הייחודיים של תרבותם.⁵² לפחות

45 כאשר אנו מכתירים את הקבוצות התרבותיות בדוגמות שלהלן כ"בדלניות ושוליות", כוונתנו לשני תבחינים. התבחין הראשון הוא מידת הבדלנות, קרי, אם התרבות מבודלת את מכלול דפוסי ההתנהגות והקשרי החיים של חבריה מאלה המקובלים בתרבויות שכנות (תרבות קומפריהנסיבית) או שיש לה מכנים משותפים רבים עם תרבויות מרכזיות בציוויליזציה הנידונה (הציוויליזציה של העולם המערבי, שהיא כיום קהל-היעד של הדיון הליברלי). התבחין השני הוא מידת השוליות, קרי, המרחק התרבותי מהתרבויות המרכזיות הנ"ל לצורך הבדלה בין שני התבחינים נציין כי תרבות קומפריהנסיבית יכולה להיות קרובה לתרבות שכנה בתכניה חרף בדלנותה. נציין בהקשר זה כי התרבות הדומיננטית בקרב היהודים בישראל אינה בדלנית ואינה שולית ביחס לתרבות המרכזית בציוויליזציה המערבית. עובדה זו מקנה נחיתות לטיעון בדבר הזכות לתרבות של הזרם המרכזי ביהדות הישראלית ביחס לדוגמות הבדלניות והשוליות שאנו מונים כאן. טיעוננו להלן נועד לתת מענה לנחיתות זו.

46 KYMLICKA 1989, לעיל ה"ש 31, פרק 8.

47 שם.

48 KYMLICKA 1995, לעיל ה"ש 31, פרק 2.

49 KYMLICKA 1989, לעיל ה"ש 31, פרק 8.

50 Margalit & Halbertal, לעיל ה"ש 34.

51 JEFF SPINNER, THE BOUNDARIES OF CITIZENSHIP: RACE, ETHNICITY, AND NATIONALITY IN THE LIBERAL STATE ch. 5 (1994).

52 ברוח זו טוענת רות גביון כי מדינת לאום יהודית חיונית דווקא בעבור יהודים חילונים,

חלק מההצדקות לזכות לתרבות, שהוזכרו בקצרה לעיל, רלוונטיות גם במציאות החיים המערבית: תרבות מגדירה ומעצבת זהות גם אצל חברי תרבויות שאינן מתבדלות (מרגלית והלברטל); ההיאחזות בה משמעותית ביותר בעבור אלה הבוחרים בכך (טיילור); ושימורה מהווה בעבור רבים מהם שאיפה וחלום (גנז). עצם העיסוק האינטנסיבי בזכות לתרבות ובהצדקות לה דווקא בקרב קבוצת השיח הליברלי מעיד כאלף עדים על הכרתם של חברי זרם זה בחשיבותה הרבה של התרבות בעבור האנשים הדבקים בה. צירופם של שני נתונים אלה – הצורך לשמר מאפייני תרבות ייחודיים, והקושי הקיים במציאות החיים המודרנית להישען, לצורך שימור התרבות, על כוחן של המסגרות התרבותיות הוותיקות – מחייב ומצדיק הגנה חזקה, ובעיקר ממוסדת, על הזכות לתרבות. בעידן שבו המסגרות הקבוצתיות הקהילתיות מתקשות לעמוד בפרץ, ההגנה המדינתית במסגרת מדינת לאום נעשית חיונית במיוחד גם בעבור חברים בתרבויות "מערביות".

האתגר הגדול שהכותבים הליברלים נוטלים על עצמם הוא לתרגם את הצורך האנושי בייחודיות תרבותית למונחים ליברליים, ולהציע מנגנון שיאפשר לייחודיות זו לפעול בהרמוניה עם הערכים הליברליים, מבלי שהיא תשמש חלילה חרב כנגד ערכים אלה. ברור אפוא שגם אם הצלחנו להראות שמודל מדינת הלאום נחוץ למימוש הזכות לתרבות, יהיה צורך לשמור במסגרתו על זכויותיהם של חברי קבוצות מיעוט תרבותיות החיות במדינה זו, ובכלל זה על זכותם לתרבות ברמה קהילתית. כפי שציינו לעיל, יש הסבורים כנראה כי שמירה על זכויות המיעוטים אינה אפשרית במדינת לאום. דעתנו בעניין זה שונה.

בהקשר זה יש להבחין בין זכות להגנה על זכויות הפרט של חברי קבוצת המיעוט לבין זכות המיעוט לתרבות. באשר לזכויות הפרט, כפי שציינו לעיל, פרקטיקות מסוימות במסגרת מדינת הלאום עשויות לעמוד במתח עם זכות כזאת או אחרת של חברי קבוצת המיעוט.⁵³ אולם מתח בין זכויות הינו מציאות מוכרת בשיח הזכויות החוקתי, ומציאות זו אינה אלא תוצאה של העובדה ש"התנגשויות בין ערכים הן יסוד מהותי, בלתי ניתן לביטול, בחיי אנוש".⁵⁴ כידוע, במשפט החוקתי פותחו מנגנוני איזון שונים למקרים של התנגשות בין ערכים. גם בענייננו יהיה צורך לערוך איזון, שבמסגרתו ייבחנו ככל מקרה ומקרה נחיצותה של הפרקטיקה הנידונה לשם מימוש הזכות לתרבות מדינתית של חברי קבוצת הרוב, מידת פגיעתה של הפרקטיקה בזכויותיהם של האזרחים חברי קבוצת המיעוט, והחלופות השונות

אשר זהותם היהודית אינה מוגנת באמצעות ממסדים דתיים. ראו רות גביון "הרהורים על המשמעות ועל ההשלכות של 'יהודית' בביטוי 'מדינה יהודית ודמוקרטית'" דברים ושברי דברים: על יהדותה של מדינה דמוקרטית 107, 152 (ידידיה שטרן ואביעזר רביצקי עורכים, 2007).

53 גישתנו זו מנוגדת לעמדה שמציג בית-המשפט העליון בפסיקותיו, שלפיה אין כל מתח בין היותה של מדינה מדינת לאום לבין מחויבותה לשוויון מלא בין כל אזרחיה (למעט חוק השבות, אשר מפלה לטובה יהודים בהשוואה ללא-יהודים, אך ניתן להצדקה בטעם שמדינת-ישראל אינה חייבת לנהוג שוויון במי שאינם אזרחיה עדיין). ראו, למשל, עניין קעדאן, לעיל ה"ש 14, פס' 31 לפסק-דינו של הנשיא ברק.

54 ישעיהו ברלין ארבע מסות על חירות 216 (תרגם יעקב שרת, 1987).

האפשרויות למימוש זכותם של חברי הרוב באותו עניין. בסיומו של האיזון יוחלט אם לפסול או להגביל את הפרקטיקה הנידונה או להכשירה.⁵⁵ כאמור, מדינת הלאום תידרש לכבד גם את הזכות לתרבות של חברי קבוצות המיעוט. במסגרת זו יהיה מקום לבחון מתן אוטונומיה, חלקית או מלאה, לחברי הקבוצה בעניינים שונים הנוגעים בשימור תרבותם, ואין כל סיבה להניח שהדבר אינו אפשרי.⁵⁶ על-פי המודל המוצע, הזכות לתרבות של קבוצות המיעוט במדינת הלאום תישמר ברמה קהילתית, ואילו הזכות לתרבות של קבוצת הרוב תישמר ברמה מדינתית. הזכות לתרבות מדינתית, מעצם הגדרתה, יכולה להתממש רק בעבור קבוצה תרבותית אחת במדינה נתונה. אם נשמרת הזכות לתרבות מדינתית של קבוצה אחת במדינה, אזי ליתר הקבוצות התרבותיות לא נותר אלא להסתפק בזכות לתרבות קהילתית. ודוק, זכות לתרבות קהילתית היא גם דרגת ההגנה המרבית שמודל המדינה הרב-תרבותית מסוגל להעניק לאותן תרבויות. אמת, עצם הגדרתה של המדינה כמדינת לאום פירושו שתבותם של חברי קבוצות מיעוט לא תינהג ממעמד שווה לזה של תרבות הלאום, ובעיה זו לא הייתה מתעוררת במדינה רב-תרבותית. אולם עובדה זו אינה צריכה, לדעתנו, להכריע את הכף נגד מדינת הלאום. מימוש מיטבי של הזכות לתרבות מדינתית של כלל קבוצות הרוב בכל מדינות הלאום השונות עדיף, לדעתנו, על הפגיעה בשוויון הקבוצתי הנגרמת לקבוצות מיעוט, הנהנות מזכות לתרבות קהילתית, ולא מדינתית. יתרה מזו, ייתכן שאף מנקודת-מבטן של קבוצות המיעוט במדינת לאום מסוימת, הערך הטמון בקיומה של מדינה אחרת שבה תרבותם היא תרבות מדינתית רב מן הנזק הכרוך בהגדרת מדינת אחרותם כמדינתו של לאום אחר. חיים גנז טוען כי הטיעון שהצגנו כושל לנוכח העובדה שנכון להיום יש בעולם קבוצות תרבות לא-מעטות שאינן זוכות בהגדרה עצמית במדינה משלהן. חוסר שוויון זה מחייב, לדעתנו, ויתור על רעיון מדינת הלאום גם מצד אותן קבוצות תרבות אשר נהנות – או יכולות ליהנות – ממימוש הזכות.⁵⁷ אנו מסכימים דווקא עם טיילור, אשר חולק על גנז וטוען כי חוסר השוויון הנ"ל אינו מצדיק ויתור על הזכות לתרבות לאומית מדינתית של קבוצות שהצליחו לממשה, וזאת משני טעמים עיקריים.⁵⁸ ראשית, כל תיקון חברתי מתממש בהדרגה, ואי-אפשר לצפות להתממשותו בבת אחת. שנית, העובדה שקבוצה כלשהי אינה זוכה בהגנה מלאה על זכויותיה אינה מצדיקה פגיעה בהגנה המוענקת לקבוצה אחרת. כשם שהעובדה שזכויותיהם של אזרחי מדינה טוטליטרית נפגעות אינה מצדיקה פגיעה בזכויות הפרט של אזרחי שכנתה הדמוקרטית, כך העובדה שקבוצות מסוימות אינן יכולות להגשים את זכותן לתרבות לאומית ברמה מדינתית אינה מצדיקה את שלילת הזכות מחברי קבוצות לאומיות היכולים לממשה.

- 55 ראו לעניין זה גדעון ספיר "ביקורת ספרים: אלכסנדר יעקובסון ואמנון רובינשטיין – ישראל ומשפחת העמים" *תרבות דמוקרטית* 11, 237 (2007).
- 56 כך, למשל, בישראל ניתנת למיעוט הערבי אוטונומיה מסוימת בתחומים מספר, כגון מעמד אישי וחינוך. ראו אילן סבן "הזכויות הקיבוציות של המיעוט הערבי-פלסטיני: היש, האין ותחום הטאבו" *עיוני משפט* כו 241, 260-305 (2002).
- 57 Gans 2003, לעיל ה"ש 24, בעמ' 74-78.
- 58 Taylor 1993, לעיל ה"ש 38.

2. הצדקה מן הצורך בסולידריות

יעל תמיר⁵⁹ ודייוויד מילר⁶⁰ מצדדים במדינת לאום בשל תרומתה הפוטנציאלית להבטחת מידה מספקת של ביטחון אישי וכן להגנה על זכויות אדם בכלל ועל זכויות חברתיות בפרט. טיעונם מבוסס על שתי הנחות. ההנחה הראשונה היא שכדי להבטיח מידה מספקת של הגנה על זכויות אדם, רמת ביטחון מספקת וכן צדק חלוקתי, נחוצה סולידריות חזקה בין כלל האזרחים ובינם לבין המדינה. רק כך יכבדו האזרחים זה את זכויותיו של זה, יסכימו לוותר על משאבים כלכליים לטובת חבריהם הנזקקים, וייטלו על עצמם את הסיכונים הכרוכים בהגנה על המדינה וגבולותיה. ההנחה השנייה היא שבקרב חברי קבוצה אתנית-תרבותית נרשמת בדרך-כלל רמת סולידריות גבוהה במיוחד. בהתבסס על שתי הנחות אלה, מציעים תמיר ומילר (בהבדלים קלים ביניהם, שאינם חשובים לדיוננו כאן) להשתמש במודל מדינת הלאום כאמצעי לרתימת הסולידריות האתנית-תרבותית לביסוס הסולידריות האזרחית. להבדיל מהצדקת מדינת הלאום מן הזכות לתרבות, שהוצגה לעיל, ומן ההצדקה של מדינת הלאום היהודית שתוצג להלן, טיעונם של תמיר ומילר אינו מתיימר לבסס זכות אדם למדינת לאום, אלא רואה בקיומה של מדינת לאום רק אינטרס ציבורי. אולם גם על-פי גישה זו יש להביא בחשבון את האינטרס בקיומה של מדינת הלאום במסגרת האזוונים החוקתיים כל אימת שעומדת על הפרק פגיעה בזכויות אדם.

3. הצדקה מן הזכות להימנעות מרדיפות

בצד ההצדקות הכלליות למדינת לאום ניתן להציג גם הצדקה מצומצמת יותר בהיקפה המבססת את זכותו של העם היהודי (ושל עמים דומים לו באפיונים הרלוונטיים) למדינת לאום משלו. ההצדקה, אשר יש לה כמה גרסות-משנה, מבוססת על נסיבותיו של העם היהודי כעם שעבר רדיפות קשות ומהווה גם כיום מושא לשנאה.

בשנת 1980 פרסם א"ב יהושע ספר ובו חמש מסות על-אודות הפרויקט הציוני.⁶¹ המסה המשמשת נקודת המוצא של הספר מתארת את שואת יהודי אירופה במלחמת-העולם השנייה כצומת דרכים קריטי בהיסטוריה היהודית. אומנם, יהודים סבלו רדיפות קשות גם בארצות אחרות ובתקופות שונות, אך לדעת יהושע, שואת יהודי אירופה הובילה לקו פרשת-מים שממנו והלאה היהודים אינם יכולים עוד להתקיים מבלי שתהיה להם מדינה משלהם. יהושע סבור כי נתון זה מכונן "זכות מצוקת קיום",⁶² המעניקה צידוק נורמטיבי להקמתה של מדינת לאום יהודית. הוא טוען כי מי שנתון תחת איום חמור רשאי להגן על עצמו גם על-חשבון אינטרסים לגיטימיים של צד שלישי, ובלבד שהדבר לא יוביל את הצד השלישי לרמת המחסור והאיום שהוא עצמו נמצא בה. לענייננו, יהושע סבור כי בדרך-כלל אין הצדקה להקים מדינת לאום, שכן זו פוגעת בזכות לשוויון של האזרחים שאינם נמנים עם הלאום המועדף. אולם במקרים שבהם בני קבוצה לאומית כלשהי נרדפים ונתונים במצוקת קיום

59 Yael Tamir, *Liberal Nationalism* ch. 6 (1993).

60 Miller, לעיל ה"ש 39, פרק 3.

61 א.ב. יהושע *בזכות הנורמליות* (1980).

62 שם, בעמ' 95-104.

קשה מוצדק להעניק להם מדינת לאום, גם אם זו פוגעת באינטרסים של אזרחים אחרים, וגם אם לאותם אזרחים אין כל אחריות מיוחדת למצוקת הנרדפים. יהושע משתמש בטיעון מן הרדיפות כדי להכשיר מדינת לאום לאחר שזו קמה, אולם לדעתנו טיעון זה חזק דיו גם לבסס את זכותו של עם נרדף להקים לעצמו מדינת לאום, וכנגדה את החובה המוטלת על משפחת העמים לסייע לו במימוש זכות זו. מובן שגם לפי גישה זו יהיה צורך להסביר מדוע דווקא תושבי טריטוריה מסוימת הם שנדרשים לשלם את מחיר ההגנה על העם הנרדף. אך כאמור, זכותו של עם נרדף מבססת חובה עקרונית של האנושות להבטיח כי הקבוצה הנרדפת תזכה במקלט בטוח.⁶³ ודוק, הצדקה זו תלויה בסיכון עכשווי ועתידי לשלומם של בני הקבוצה הלאומית, ואין די בכך שסיכון כזה התקיים בעבר. בהתאם, היו שטענו לפני כעשור כי הצדקה מן הזכות להימנעות מרדיפות מאבדת מתוקפה בהקשר היהודי-ישראלי.⁶⁴ אולם לנוכח הטלטלות הלאומיות והדתיות שעבר העולם בעשור האחרון, נדמה שהצדקה זו עתידה ללוות את מדינת-ישראל עוד זמן רב, למרבה הצער.

4. הצדקה השוואתית?

אמנון רובינשטיין ואלכס יעקובסון פרסמו לפני שנים מספר את הספר **ישראל ומשפחת העמים**.⁶⁵ הספר כולל סקירה מקיפה של מדינות – בעיקר אירופיות – שחוקי ההגירה שלהן מעידים על היותן מדינות לאום. לסקירה זו יש חשיבות רבה כטענת הגנה מפני ביקורת אפשרית על פרקטיקות מסוג זה בזירת היחסים הבין-לאומיים. אך הטענה "כך עושים כולם" אינה יכולה לשמש תחליף לצורך בהצדקה נורמטיבית עצמאית למודל מדינת הלאום, ואף לא להצדקת הפרקטיקה הספציפית של העדפת בני הלאום במדיניות ההגירה. דברים דומים ניתן לומר ביחס לטיעון – אשר רות גביון מרבה להשתמש בו – שלפיו הזכות להגדרה עצמית לאומית הוכרה במשפט העמים לאחר מלחמת-העולם הראשונה.⁶⁶ גם כאן מדובר בנתון רלוונטי במישור המשפט הבין-לאומי, אך אין הוא יכול לבסס הצדקה נורמטיבית עצמאית למודל מדינת הלאום.

מבחינת המשפט הראוי, השאלה שעלינו לשאול היא אם הנורמה הנבחנת היא מוסרית. העובדה שנורמה מסוימת מקובלת במשפט הבין-לאומי אינה הופכת אותה לנורמה מוסרית. גם אם המשפט הבין-לאומי מצדיק מדינת לאום, אנו צריכים לשאול את עצמנו אם זו תהיה התנהגות מוסרית. הצדקות שנידונו לעיל מבססות טיעון מוסרי בזכות מדינת הלאום.

63 לכותבים נוספים המצדיקים מדינת לאום יהודית בשל איומי רדיפה ראו Gans 2008, לעיל ה"ש 35, פרק 3; Asa Kasher, *Justice and Affirmative Action: Naturalization and the*; 3; *Law of Return*, 15 *ISR. Y.B. HUM. RTS.* 101 (1985); גביון, לעיל ה"ש 52; רות גביון "המדינה היהודית: הצדקה עקרונית ודמותה הרצויה" *תכלת* 13, 50 (2003); גביון, לעיל ה"ש 15; Dan Ernst, *The Meaning and Liberal Justifications of Israel's Law of Return*, 15 *ISR. L. REV.* 564 (2010).

64 ראו, למשל, ברוך קימרלינג "האנכרוניזם של חוק השבות" *יהודי ברית המועצות לשעבר בישראל ובתפוצות* 20-21, 65, 68 (התשס"ג); כרמי, לעיל ה"ש 25, בעמ' 38-46.

65 יעקובסון ורובינשטיין, לעיל ה"ש 43.

66 ראו, למשל, גביון, לעיל ה"ש 52, בעמ' 109.

לעומת זאת, המשפט הבינ-לאומי או הטענה "כך עושים כולם" אינם נותנים תשובה לשאלה המוסרית.

מבחינת המשפט המצוי, ההצדקות שנידונו לעיל מעניקות רקע נורמטיבי תיאורטי לקביעות משפטיות פוזיטיביות ברבר ערכיה החוקתיים של ישראל כמדינת לאום כפי שנקבעו בהלכת ירדור, בסעיף 7א לחוק-יסוד: הכנסת ובסעיפי המטרה של חוקי-היסוד שנחקקו בשנת 1992.⁶⁷ ערכים חוקתיים אלה עשויים לגבור על ערכים חוקתיים אחרים במסגרת מבחני איזון. לעומת זאת, גם אם עקרון מדינת הלאום מוכר במשפט הבינ-לאומי, אין בכך כדי להצדיק פגיעה בערכים חוקתיים מתנגשים. לפיכך ההצדקה ההשוואתית או ההצדקה מן המשפט הבינ-לאומי אינה מסוגלת לבסס הכרה בזכות למדינת לאום כערך חוקתי במשפט הישראלי.

ב. חוק האזרחות בראי הזכות למדינת לאום

עד כה הצגנו טעמים מספר המצדיקים לדעתנו הכרה בזכות למדינת לאום כזכות אדם בכלל וכזכות של חברי העם היהודי בפרט. בפרק זה נבחן את המקום שניתן ואשר ראוי לתת לזכות זו בהקשר של חוק הוראת-השעה. נפתח בסקירה של חוק הוראת-השעה. לאחר-מכן נתאר את שני פסקי-הדין שעסקו בחוק ואת מה שנראה כהתעלמות מכוונת של בית-המשפט מן הזכות (ולמצער מן האינטרס) לקיומה ולשימורה של מדינת הלאום היהודית, אך נצביע על סימנים לשינוי מגמה העולים מדבריהם של כמה שופטים בפסקי-הדין המאוחר מבין השניים. לבסוף נבקר את ההתעלמות, ונטען כי חייבים להביא בחשבון את הזכות למדינת לאום במסגרת האיזון החוקתי בעניין חוק הוראת-השעה, אך לא נציג עמדה ביחס לתוצאתו הראויה של איזון זה.

1. החוק והפסיקה

החקיקה הישראלית בתחום ההגירה מטפלת, בין היתר, בסיטואציה המכונה בעגה המקובלת "איחוד משפחות", שבה אזרח המדינה מבקש להביא ארצה את בן-זוגו הזר ולהעניק לו אזרחות. במקרים כאלה חוק האזרחות מקל את הליכי ההתאזרחות של בן-הזוג, ופותר אותו מרוב התנאים שמבקש התאזרחות רגיל נדרש לעמוד בהם.⁶⁸ עם זאת, חוק האזרחות הותיר בידי שר הפנים, גם במקרה זה, את שיקול-הדעת אם להיעתר לבקשת האזרחות.⁶⁹ בפועל שר הפנים נוהג לאשר את רובן המכריע של הבקשות הללו, ובעקבות הנחיית בג"ץ אף גיבש נהלים הקובעים תבחינים לכך.⁷⁰

67 ראו לעיל ה"ש 26-28 והטקסט שלידן.

68 ס' 7 לחוק האזרחות. לעניין זה אין כמעט חשיבות לשאלה אם האזרח מבין בני-הזוג הינו יהודי. ראו בג"ץ 3648/97 סטמקה נ' שר הפנים, פ"ד נג(2) 728 (1999).

69 שם.

70 לנוהל העדכני ראו נוהל 5.2.0009 "נוהל הטיפול בהסדר מעמד של בני זוג לאזרחים ישראלים, לרבות בני אותו מין" (20.1.2010).

לאחר שנחתמו הסכמי אוסלו בין מדינת ישראל לבין אש"ף חלה עלייה תלולה במספר הנישואים בין פלסטינים תושבי השטחים לבין ערבים אזרחי ישראל. בנסיבות אלה הובילה המדיניות המקילה של אישור התאזרחות לבני-זוג של ישראלים לעלייה משמעותית ביותר במספר הפלסטינים שהתאזרחו בישראל מכוח איחוד משפחות. על-פי נתוני משרד המשפטים, בין השנים 1994-2002 התאזרחו בישראל כ-130,000-140,000 פלסטינים.⁷¹ בחודש מרס 2002 הקפיא שר הפנים את ההליך המורדג לאיחוד משפחות של ישראלים עם בני-זוג פלסטינים. המניע המוצהר להחלטה היה בטחוני, לאחר שפלסטיני שהחזיק בתעודת-זהות ישראלית, אשר ניתנה לו כתוצאה מהליך איחוד משפחות של הוריו, ביצע פיגוע רב נפגעים. במאי 2002 עוגנה המדיניות בהחלטת ממשלה.⁷² נגד החלטת ממשלה זו הוגשו כמה עתירות לבג"ץ.⁷³ בעוד ההליכים בבג"ץ תלויים ועומדים, חוקקה הכנסת את חוק האזרחות והכניסה לישראל (הוראת שעה), התשס"ג-2003, המעגן את ההגבלות שהטילה הממשלה על הגירה לצורכי נישואים בין אזרחי ישראל ותושביה לבין תושבי יהודה, שומרון וחבל עזה. החוק נחקק כהוראת-שעה, אשר נומקה באילוץ ביטחון. בתקופת תוקפו של החוק, כך נקבע, שר הפנים והמפקד הצבאי מנועים מלהעניק היתרי שהייה בישראל, רשיון ישיבה בה ואזרחות ישראלית לתושבי השטחים, למעט במקרים חריגים מצומצמים ביותר המפורטים בחוק. החוק קבע מנגנון להארכת תוקפה של הוראת-השעה על-ידי הממשלה באישור הכנסת. הממשלה אכן עשתה שימוש במנגנון זה פעמים מספר, ובכל פעם האריכה את תוקף החוק בחודשים ספורים. נגד חוקתיותו של החוק הוגשו כמה עתירות לבג"ץ, וזה דן בהן בהרכב מורחב של אחד-עשר שופטים ודחה אותן על חודו של קול.⁷⁴ בהתחשב בהערותיו של בית-המשפט במהלך הדיונים בעתירה, תיקנה הכנסת את חוק הוראת-השעה עוד בטרם ניתן פסק-הדין (להלן: הגרסה השנייה).⁷⁵ החוק בגרסתו השנייה קבע כמה הקלות, ואפשר כניסה לישראל ורכישת מעמד בה, בין היתר, לנשים מעל גיל עשרים וחמש, לגברים מעל גיל שלושים וחמש וכן לקטינים המבקשים להתאחד עם הוריהם. לאחר מתן פסק-הדין תיקנה הכנסת את החוק פעם נוספת (להלן: הגרסה השלישית). החוק בגרסתו השלישית הרחיב עוד את החריגים לאיסור, וכן הורה על הקמת ועדה אשר שר הפנים צריך להיעזר בה

71 מתוך דבריו של המשנה ליועץ המשפטי לממשלה דאז, מני מזוז, בדיון שנערך בוועדת הפנים של הכנסת על הצעת חוק האזרחות והכניסה לישראל (הוראת שעה), התשס"ג-2003. ראו פרוטוקול ישיבה מס' 47 של ועדת הפנים ואיכות הסביבה, הכנסת ה-16 (14.7.2003), זמין בכתובת www.knesset.gov.il/protocols/data/html/pnim/2003-07-14-01.html.

72 החלטת ממשלה מס' 1813 מיום 12.5.2002.

73 ראו, למשל, בג"ץ 4022/02 האגודה לזכויות האזרח בישראל נ' שר הפנים (פורסם בנבו, 11.1.2007). העתירות התייתרו עם חקיקת החוק המתואר כאן, אולם לנוכח טענות העותרים ניתן בכל-זאת, בשנת 2007, פסק-דין קצר בהליכים אלה שדחה את העתירות.

74 בג"ץ 7052/03 עדאלה – המרכז המשפטי לזכויות המיעוט הערבי בישראל נ' שר הפנים, בג"ץ 7102/03 גלאון נ' היועץ המשפטי לממשלה, בג"ץ 7642/03 מוסא נ' שר הפנים, בג"ץ 7643/03 עליון נ' שר הפנים, בג"ץ 8099/03 האגודה לזכויות האזרח נ' שר הפנים, בג"ץ 8263/03 אסכאפי נ' שר הפנים, בג"ץ 10650/03 עבד אל חמיד נ' שר הפנים (פורסם בנבו, 14.5.2006) (להלן: עניין עדאלה).

75 חוק האזרחות והכניסה לישראל (הוראת שעה) (תיקון), התשס"ה-2005.

בבואו לאשר איחוד משפחות מטעמים הומניטריים. נוסף על כך הרחיבה הגרסה השלישית את האיסור שהוטל על איחוד משפחות והחילה אותו גם על פונים שמדינות המוצא שלהם הן איראן, לבנון, סוריה או עיראק. גרסה זו גם הגדירה באופן ברור את שיקולי הביטחון ששר הפנים רשאי לשקול במסגרת שיקול-דעתו.⁷⁶ במסגרת התיקון הנ"ל נקבע מנגנון המאפשר לממשלה להאריך את תוקף החוק, באישור הכנסת, לתקופה של עד שנה בכל הארכה. נכון להיום הוארך תוקף החוק עד ינואר 2013, ובשל הבחירות שנערכו בחודש זה הוארך תוקפו אוטומטית עד ליום 5.5.2013, בהתאם להוראות סעיף 38 לחוק יסוד: הממשלה.

כאמור, העתירה הראשונה הוגשה נגד חוק הוראת-השעה בגרסתו הראשונה, והמרחיבה ביותר, ואילו פסק-הדין ניתן בשנת 2006, בשעה שהיה בתוקף החוק בגרסתו השנייה. בפסק-הדין, שניתן בהרכב של אחד-עשר שופטים והתפרש על-פני 263 עמודים, נדחו העתירות נגד חוקתיותו של חוק הוראת-השעה על חרדו של קול (להלן: עניין עדאלה).⁷⁷

שופטי המיעוט בעניין עדאלה סברו כי יש לקבל את העתירה ולהכריז על בטלות החוק. את חוות-הדעת העיקרית בדעת המיעוט כתב הנשיא ברק. לשיטתו, החוק פוגע בזכות למשפחה של בן-הזוג הישראלי המבקש להכניס לישראל את בן-זוגו הזר. החוק גם פוגע בזכות לשוויון של אזרחי ישראל הערבים, חרף היותו מכונן כלפי כלל אזרחי ישראל הנישאים לבני-זוג ממדינות עוינות. זאת, מכיוון שבאופן מעשי תופעת הנישואים עם אזרחי מדינות ערביות רווחת הרבה יותר בקרב אזרחי ישראל הערבים מאשר בקרב אזרחי ישראל היהודים. מוסכם על כל שופטי המיעוט שהן הזכות למשפחה והן הזכות לשוויון, אשר אינן מנויות במפורש בחוקי-היסוד, נחשבות זכויות חוקתיות, מכיוון שהן מהוות נגזרת פרשנית של הזכות לכבוד האדם, המנויה בחוקי-יסוד: כבוד האדם וחירותו. בשלב השני דעת המיעוט בוחנת אם פגיעת החוק בזכויות הנזכרות עומדת בתנאיה של פסקת ההגבלה. שופטי המיעוט מציגים תכלית אפשרית אחת בלבד לחוק, והיא התכלית הבטחונית. תכלית זו מוכרת על-ידיהם כתכלית ראויה, אך הם סוברים בכל-זאת כי יש לפסול את החוק בשל אי-עמידתו במבחן המידתיות במובן הצר: לשיטתם, משקלה של התוספת הבטחונית המתקבלת מפסילה כללית של איחוד משפחות ממדינות סיכון, לעומת חלופה של בדיקה בטחונית פרטנית, אינו מצדיק מבחינה ערכית את הפגיעה בזכויות למשפחה ולשוויון.⁷⁸

לדעת המיעוט של ברק הצטרפו השופטים ביניש, ג'ובראן, חיות ופרוקצ'יה. חוות-הדעת של השופטת פרוקצ'יה נבדלה מאלה של חבריה לדעת המיעוט בשאלת תכלית החוק. פרוקצ'יה לא נתנה אמון בטענת המדינה שלפיה תכלית החוק היא בטחונית בלבד, והפנתה – כטעם לחוסר האמון שלה – לדיון שנערך בכנסת במסגרת הליכי החקיקה, אשר בו הציגו חברי-כנסת שונים את השיקול הדמוגרפי כתכלית החוק. לחיזוק הספק הצביעה פרוקצ'יה על העובדה שהמדינה נמנעת מלהפעיל איסור גורף ביחס לפלסטינים המבקשים

76 ס' 3ד לחוק האזרחות והכניסה לישראל (הוראת שעה) (תיקון), התשס"ז-2007.

77 עניין עדאלה, לעיל ה"ש 74.

78 להצגה אקדמית, על-ידי ברק עצמו, של פסק-הדין בכלל ושל פירושו למבחני המידתיות בפרט ראו: Aharon Barak, *Proportional Effect – The Israeli Experience*, 57 U. TORONTO L.J. (2007) 383. לדיון ביקורתי בפירושו של ברק למבחני המידתיות ראו גרעון ספיר "מידתיות ופשרה" ספר דליה דורנר 397 (שולמית אלמוג, דורית ביניש ויעד רותם עורכים, 2009).

היתרי עבודה זמניים בישראל ועל העובדה שהמדינה מצליחה להתמודד עם סכנת הטרור בקרב ערביי ישראל בשיטות של טיפול פרטני. נתונים אלה הובילו את פרוקצ'יה למסקנה כי הגנה על בטחון המדינה אינה התכלית היחידה שהחוק מבקש לקדם, וכי נוספת עליה התכלית של שמירה על המאזן הדמוגרפי בין יהודים לערבים בקרב אזרחי המדינה. פרוקצ'יה נמנעה מלחוות דעה ברורה בשאלה אם התכלית הדמוגרפית יכולה להיות תכלית ראויה, והסתפקה בחוסר המתאם בין התכלית המוצהרת לבין התכלית המשתמעת (כאמור, לדעתה בלבד) כטעם לקביעה כי החוק אינו צולח את מבחן התכלית הראויה. לעמדתה זו הצטרף גם השופט ג'ובראן.

דעת הרוב דחתה את העתירה. השופטים חשין, נאור וגרוניס קבעו כי החוק אינו פוגע כלל בזכויות למשפחה ולשוויון, מכיוון שהוא אינו מונע את עצם הנישואים, ומכיוון ששונות רלוונטית מבחינת הסיכון הבטחוני הנשקף מבין הזוג הזר היא שמובילה להבחנה בין אזרחי ישראל הנישואים להם לבין אחרים. השופטים עדיאל וריבלין ראו אומנם בחוק פגיעה בזכויות חוקתיות, אך הצטרפו לחשין, לנאור ולגרוניס בקביעה כי מדובר בפגיעה מידתית לנוכח תכליתו הבטחונית של החוק. השופט לוי סבר כשופטי המיעוט כי החוק אינו חוקתי, אך הצטרף לדעת הרוב, והכריע בכך את גורל העתירה לשבט, מן הסיבה שהוראת השעה הייתה צפויה להסתיים בתוך חצי שנה.

הכנסת, כאמור, האריכה שוב ושוב את תוקף החוק עד מאי 2013, ובעקבות המלצותיהם של השופטים ריבלין ונאור תיקנה את החוק. בגרסתו השלישית של החוק ניתנה כאמור לשר הפנים סמכות לאשר איחוד משפחות במקרים הומניטריים, ואף נקבע הרכב הוועדה לבחינת בקשות לעניין זה. עם זאת הדגיש המחוקק כי עצם קיומם של קשרי נישואים אינו מהווה טעם הומניטרי, שאם לא כן יתרוקן החוק מתוכן. נגד החוק בגרסתו השלישית הוגשו כמה עתירות, ובינואר 2012 דחה בית המשפט את העתירות ברוב של שישה נגד חמישה (להלן: עניין גלאון).⁷⁹ ארבעה משופטי המיעוט – ביניש, ארבל, ג'ובראן וחיות – חזרו על עמדתם של שופטי המיעוט בעניין עדאלה וקבעו כי חוק הוראת השעה פוגע באופן בלתי-מידתי בזכויות למשפחה ולשוויון. השופט לוי הצטרף לעמדת המיעוט, אך נבדל מחבריו בטענתו כי החוק אינו הולם את ערכיה של ישראל כמדינה יהודית ודמוקרטית, ואף אינו עומד בתנאי של תכלית ראויה. כל שופטי המיעוט סברו כי יש להשהות את בטלות החוק לתקופה של תשעה חודשים⁸⁰ עד שנה,⁸¹ אך הדגישו כי הכרעתם תחול גם אם יוחלט על הארכת תוקפו של החוק, אשר בעת פרסום פסק-הדין נותרו עשרים יום בלבד עד למועד פקיעת תוקפו. בדומה לשופטי הרוב בעניין עדאלה, גם ששת שופטי הרוב בעניין גלאון נחלקו בשאלה אם חוק הוראת השעה פוגע בזכויות חוקתיות. אולם כל שופטי הרוב סברו כי גם אם חוק

79 בג"ץ 466/07 גלאון נ' היועץ המשפטי לממשלה, בג"ץ 544/07 גלאון נ' שר הפנים, בג"ץ 830/07 טבילה נ' שר הפנים, בג"ץ 5030/07 המוקד להגנת הפרט נ' שר הפנים (פורסם בנבו, 11.1.2012) (להלן: עניין גלאון).

80 שם, פס' 46 לפסק-דינו של השופט לוי, פס' 20 לפסק-דינו של השופט ג'ובראן, פס' 17 לפסק-דינה של הנשיאה ביניש ופס' 7 לפסק-דינה של השופטת חיות.

81 שם, פס' 38 לפסק-דינה של השופטת ארבל.

הוראת השעה פוגע בזכויות חוקתיות, פגיעה זו עומדת בתנאיה של פסקת ההגבלה לנוכח התכלית הבטחונית של החוק ובשים לב לחריגים לחוק.

2. התייחסות לתכלית הדמוגרפית בפסקי הדין

כפי שצינו לעיל, בפרשת עדאלה דחתה השופטת פרוקצ'יה את טענת המדינה שתכלית החוק היא שמירה על האינטרס הבטחוני של המדינה ואזרחיה, וטענה כי הנסיבות מלמדות שבבסיס החוק עומדת גם התכלית הדמוגרפית. אולם אפילו השופטת פרוקצ'יה לא חיוותה דעה ברורה בשאלת הלגיטימיות של תכלית זו. מה חושבים יתר חברי ההרכב על התכלית הדמוגרפית? לכאורה, אין לדעת, שהרי רוב שופטי בית המשפט העליון קיבלו את טענת המדינה כי התכלית הבטחונית, ולא הדמוגרפית, היא שעמדה בבסיס החוק, ולכן לא נדרשו כלל לשאלת הלגיטימיות של התכלית הדמוגרפית. חיזוק לתשובה שלפיה אין לדעת דבר על עמדות השופטים בנוגע לטיעון הדמוגרפי ניתן למצוא בדבריו של השופט חשין, הנוזף בחבריו פרוקצ'יה וג'ובראן על שנגעו אגב אורחא בשאלה הדמוגרפית:

"הנושא הדמוגרפי לא נדון כלל על-ידינו וממילא לא נדרשנו להכריע בו. מה טעם אפוא מזכירים חבריי נושא זה בחוות-דעתם? מה טעם מצאו חבריי להידרש לנושא על-דרך של נוגע-לא-נוגע ולהעיב על דיונו בעננה? ואם לא שמענו טיעונים מלאים בנושא השיקול הדמוגרפי, כיצד נדע מה מישקלו של שיקול זה במיכלול השיקולים? אכן, אם ביום מן הימים תחקוק הכנסת חוק הגירה שאחת מתכליותיו תהא שמירת הרוב היהודי במדינת ישראל, אפשר יידרש בית המשפט לדיון עומק בשיקול הדמוגרפי. ובית המשפט ידון בנושא ויוכל לו. אלא שאין זה המצב בענייננו, שהרי לא נדרשנו לדון באותו נושא."⁸²

אולם במחשבה שנייה ייתכן שהימנעותם של השופטים בעניין עדאלה מלהתייחס לשאלת הלגיטימיות של התכלית הדמוגרפית יכולה ללמד משהו על עמדתם בנושא. מדובר בעתירה לפסילת חוק, וכבר נפסק כי "עד שבית המשפט פוסל חוק הוא חייב לשבת שבעה נקיים: לבדוק היטב את לשון החוק ואת תכלית החוק ולהקפיד מאוד עם עצמו".⁸³ אילו סברו השופטים בעניין עדאלה כי התכלית הדמוגרפית עשויה להגן על חוקתיותו של חוק הוראת השעה, יש להניח שהם היו נדרשים לה במסגרת חובתם לבדוק היטב את תכלית החוק. שני נתונים מחזקים את התהייה על הימנעותם של רוב השופטים מלנגוע בשאלת הלגיטימיות של התכלית הדמוגרפית. ראשית, במהלך הדיון בעתירה התיר בית המשפט לעמותה בשם "הרוב היהודי לישראל" להצטרף לדיון כמשיבה. עמותה זו טענה כי השיקול הדמוגרפי בהחלט עומד ביסוד החוק, כי שיקול זה מהווה תכלית ראויה וכי החוק מגשים תכלית זו במידתיות. שנית, בתשובותיה לבג"ץ אומנם טענה המדינה כי החוק לא נועד להגשמת התכלית הדמוגרפית, אולם היועץ המשפטי לממשלה הוסיף כי "גם אם תכליתו

82 עניין עדאלה, לעיל ה"ש 74, פס' 135 לפסק-דינו של השופט חשין.

83 בג"ץ 3434/96 הופנונג נ' יו"ר הכנסת, פ"ד נ(3) 57, 67 (1996).

הדומיננטיות של החוק היתה דמוגרפית – מה שאין כן פני הדברים – הרי שתכלית זו עשויה לעלות בקנה אחד עם ערכיה של מדינת ישראל כמדינה יהודית ודמוקרטית.⁸⁴ כאמור לעיל, לפסק־דין של בית־המשפט בעניין גלאון אינו שונה בשורתו התחתונה מפסק־דין עדאלה. מבחינת הכרעתו האופרטיבית (ה"רציו"), בית־המשפט שב ודבק בנימוק הבטחוני כהצדקה הבלעדית לחוק הוראת־השעה. עם זאת, אמרות־אגב אחדות הפוזרות בחוות־הדעת של חלק מן השופטים עשויות להצביע על נכונות שיפוטית לשקול את השיקול הדמוגרפי, אם זה יוצג בעתיד במפורש על־ידי המדינה. נסקור בקצרה מקצת מן ההתבטאויות הללו.

נפתח בשופט המיעוט לוי, אשר קבע, כאמור לעיל, כי הנימוק הבטחוני אינו צולח את מבחן התכלית הראויה. לוי מציין כי לא ברור כלל אם הימנעות המדינה מלבסס את החוק על השיקול הדמוגרפי מחזקת את עמדתה או מחלישה אותה.⁸⁵ לוי אף מזכיר את גל ההגירה מטעמי "איחוד משפחות" שהתרחש בישראל בשנים 1994–2002, באופן שניתן לפרשו כמרמז על הלגיטימיות של שימוש בשיקול הדמוגרפי.⁸⁶ עם זאת, בסופו של דבר לוי דבק בטיעון הבטחוני שהניחה המדינה לפתחו, ובוחר את חוקתיותו של טיעון זה בלבד. המשנה לנשיאה ריבלין מסביר כי הוא דן ברציונל הבטחוני בלבד לא רק מן הטעם שהרציונל הדמוגרפי לא הוצג על־ידי המדינה, אלא גם משום שלדעתו הרציונל הדמוגרפי אינו מתאים לחוק במתכונתו הנוכחית. לשיטתו, העובדה שהחוק שולל הגירה של לא־יהודים, על רקע נישואים, ממדינות מסוימות, ולא מאחרות, אינה עולה בקנה אחד עם תכלית דמוגרפית, שכן זו הייתה צריכה להוביל לשלילה גורפת של הגירה כזאת. עם זאת, ריבלין מציין באמרת־אגב כי המדינה הייתה רשאית לחוקק חוק הגירת־משפחה המבוסס על תכלית דמוגרפית.⁸⁷ בהקשר זה ריבלין מצטט מדבריו של הנשיא ברק בפרשה אחרת,⁸⁸ שבהם הוא גורס כי "טעם קיומה של מדינת ישראל הוא בהיותה מדינה יהודית", וכי "זכותו של כל יהודי לעלות למדינת ישראל, שהיהודים יהיו בה רוב" היא אחד המאפיינים הגרעיניים של ישראל כמדינה יהודית.

גם השופט מלצר נמנע מלבסס את הכרעתו על השיקול הדמוגרפי לנוכח עמדת המדינה, אך קובע כי "דיון שכזה מקומו יבוא".⁸⁹ מלצר מזכיר בהקשר זה את עמדתה של רות גביון,⁹⁰ שלפיה ניתן להצדיק את חוק הוראת־השעה (אפילו בנוסחו הראשון והמחמיר) משיקולים דמוגרפיים, ומתייחס גם לטיטה מוקדמת של מאמרנו זה.⁹¹

היחידה מבין שופטי ההרכב שניתן לפרש את פסק־דינה כמעניק משקל לרציונל הדמוגרפי היא השופטת נאור. בפרשת עדאלה קבעה נאור כי כדי להגן על "ריבונות המדינה"

84 פס' 169 לסיכומי המדינה מיום 16.12.2003 בבג"ץ 7052/03, כפי שצוטטה בעניין עדאלה, לעיל ה"ש 74, פס' 14 לפסק־דינה של השופטת פרוקצ'יה.

85 עניין גלאון, לעיל ה"ש 79, פס' 1 לפסק־דינו של השופט לוי.

86 שם.

87 שם, פס' 16 לפסק־דינו של המשנה לנשיאה ריבלין.

88 עניין טיבי, לעיל ה"ש 16, פס' 11–12 לפסק־דינו של הנשיא ברק.

89 עניין גלאון, לעיל ה"ש 79, פס' 31 לפסק־דינו של השופט מלצר.

90 רות גביון "איחודי משפחות בשתי מדינות" ידיעות אחרונות – 24 שעות 5.8.2003, 11.

91 עניין גלאון, לעיל ה"ש 79, פס' 31 לפסק־דינו של השופט מלצר.

על שעריה, יש לפרש את הזכות החוקתית למשפחה בצמצום, כך שלא תטיל על המדינה חובה להתיר כניסתו של בן־זוג זר למדינה.⁹² בעניין גלאון נאור מצטטת מפסק־דינה בעניין עדאלה, אך מקדימה לכך אמירה שלפיה גם לרציונלים שונים מן הרציונל הבטחוני (כלומר, לרציונל הדמוגרפי) יש השלכות על דיני ההגירה לישראל.⁹³ מהיגד זה ניתן להבין כי לדעת נאור, אף שבהעדר הפניה של המדינה לשיקול הדמוגרפי אי־אפשר לשקלו במסגרת מבחן התכלית הראויה, השיקול הדמוגרפי רלוונטי בכל־זאת כטעם מצטבר לקביעה שיש לפרש באופן מצמצם את הזכות החוקתית לחיי משפחה, כך שלא תכלול את זכות האזרח הנישא לאזרח במדינתו את בן־זוגו או את בת־זוגו.

לסיכום, בשתי הפרשיות – עדאלה וגלאון – בית־המשפט נמנע מלבסס את הכרעתו בעניין התיקון לחוק האזרחות על התכלית הדמוגרפית־הלאומית. עם זאת, בעוד בפרשת עדאלה כל שופטי הרוב מרחיקים את עצמם מהנימוק הדמוגרפי, בפרשת גלאון חלק מן השופטים מדגישים כי הימנעותם מלהתבסס על נימוק זה נובעת אך ורק מהימנעותה של המדינה מלבסס עליו את עמדתה, ומניחים באמרות־אגב יסוד להבאתו של השיקול הדמוגרפי בחשבון בעתיד, במסגרת האיזון החוקתי בתחום ההגירה בכלל וביחס לסוגיית "איחוד המשפחות" בפרט.

3. מעמדה של התכלית הדמוגרפית

האם התכלית של שמירה על רוב יהודי מוצק בקרב אזרחי המדינה הינה תכלית ראויה? במילים אחרות, האם התכלית הדמוגרפית הינה תכלית שכדי להגשימה מותר לפגוע (פגיעה כלשהי) בזכויותיהם של אזרחי המדינה או של חלק מהם?

בהעדר התייחסות שיפוטית ברורה לשאלת הלגיטימיות של התכלית הדמוגרפית, המקום הטבעי הנוסף לחפש בו תשובה לשאלה הוא השיח האקדמי. אכן, החוק ופסק־הדין שניתן ביחס אליו עוררו עניין אקדמי רב והניבו תפוקה מרשימה של פרסומים.⁹⁴ אולם גם הפרסומים האקדמיים – למעט שני מאמרים שטענו כי שמירה על איזון דמוגרפי מהווה

92 עניין עדאלה, לעיל ה"ש 74, פס' 9 לפסק־דינה של השופטת נאור.

93 עניין גלאון, לעיל ה"ש 79, פס' 4 לפסק־דינה של השופטת נאור.

94 ראו, למשל, ברק מדינה ואילן סבן "זכויות האדם ונטילת סיכונים: על דמוקרטיה, 'תיוג אתני' ומבחני פסקת ההגבלה" משפטים 47 (2009); ליאב אורגד "הגירה, טרור וזכויות אדם: מדיניות הכניסה לישראל בעתות חירום" מחקרי משפט 485 (2009); יעקב בן־שמש "זכויות חוקתיות, הגירה ודמוגרפיה: בעקבות בג"ץ חוק האזרחות והכניסה לישראל" משפט וממשל 47 (2006); יפה זילברשץ "על הגירת זרים שאינם יהודים לישראל – פתיחת דיון: בעקבות בג"ץ חוק האזרחות והכניסה לישראל" משפט וממשל 87 (2006); אמנון רובינשטיין וליאב אורגד "זכויות אדם, ביטחון המדינה ורוב יהודי – המקרה של הגירה לצרכי נישואין" הפרקליט 315 (2006); גביון, לעיל ה"ש 52, בעמ' 142–149; גיא דוידוב, יונתן יובל, אילן סבן ואמנון רייכמן "מדינה או משפחה? חוק האזרחות והכניסה לישראל (הוראת שעה), התשס"ג–2003" משפט וממשל 643 (2005); Na'ama Carmi, *The Nationality and Entry to Israel Case Before the Supreme Court of Israel*, 22 *ISR. STUD. F.* 26 (2007); Daphne Barak-Erez, *Israel: Citizenship and Immigration Law in the Vise of Security, Nationality and Human Rights*, 6 *INT'L J. CON. L.* 184 (2008).

שיקול לגיטימי⁹⁵ – התייחסו אך ורק לתכלית הבטחונית כאל תכלית לגיטימית, ופסלו את התכלית הדמוגרפית או לא דנו בה כלל. גם שני המאמרים שהתייחסו בחיוב לתכלית הדמוגרפית מסתפקים בעניין זה בטיעון תמציתי וגולמי.⁹⁶

לדעתנו, התכלית הדמוגרפית ראויה. מסקנת הפרק הקודם הייתה שלבני העם היהודי יש זכות להגדרה עצמית מדינתית, אם מכוח הזכות לתרבות ואם בשל הזכות להימנע מרדיפות. למצער, מדינת לאום יהודית מהווה אינטרס ציבורי הראוי להגנה בשל תרומתה לחיזוק הסולידריות בין אזרחי המדינה. נראה כי קיומו של רוב יהודי מוצק מהווה תנאי לגיטימיות של הגדרת המדינה כמדינת הלאום היהודי. אם בני העם היהודי יחדלו להיות רוב במדינת ישראל, ואפילו אם ייוותרו רוב אך יאבדו את העדיפות המספרית המובהקת, הם יאבדו את הזכות להגדיר את מדינת ישראל כמדינת לאום יהודית כל עוד ישראל רואה את עצמה גם כמדינה דמוקרטית.⁹⁷ מכאן שלמדינה יש אינטרס ברור לפעול לשם שמירה על קיומו של רוב יהודי בקרב אזרחיה, ושאינטרס זה כשלעצמו ראוי.

המסקנה שהתכלית האמורה ראויה אינה מובילה בהכרח למסקנה כי החוק בגרסה זו או אחרת הינו חוקתי. לצורך הדיון הנוכחי אנו מוכנים להניח, ללא דיון מעמיק, כי הגשמת החוק פוגעת בזכויות מסוימות של חברי המיעוט הערבי במדינה. לנוכח הנחה זו, כדי להכשיר את החוק יש לוודא כי הסדריו מאזנים כראוי בין התועלת שיש בו ביחס לתכלית הראויה לבין הנזק שהוא גורם בשל פגיעתו באותן זכויות מתחרות. בחינה כזאת מחייבת כניסה לעובי הקורה של שיקולי מידתיות, תוך התייחסות למרכיבי השונים של החוק ושקילת חלופות שונות שהיה אפשר להציע לו לשם הגשמת התכלית הדמוגרפית. בחינה כזאת תהיה מעורבת כמובן גם בהפעלת שיקול-דעת חזק, שהינו סובייקטיבי מטבעו ותלוי בהשקפת-עולמו של המתבונן. אנו סבורים כי מותר החוקר מן השופט או מן הפוליטיקאי אינו ביכולתו להפעיל שיקול-דעת חזק כזה באופן טוב במיוחד, אלא ביכולתו למפות ולחדד שיקולים נורמטיביים רלוונטיים. לפיכך אנו מגבילים את דיוננו אל הקריאה לשוב⁹⁸ ולהציב על המאזניים החוקתיות בישראל את הזכות למדינת לאום, מבלי לקבוע את משקלה המדויק לנוכח גרסה זו או אחרת של חוק הוראת-השעה.

יש פעולות שתכליתן דמוגרפית שאפשר להצדיק, ויש פעולות לתכלית זו שיש לשלול על הסף. חוק השבות, המעניק ליהודים זכות לעלות ולהתאזרח בישראל, משמש לדעתנו דוגמה טובה לצעדים מן הסוג הראשון. אמת, חוק השבות אינו מיועד רק לשמירה על הרוב היהודי, אלא גם להספקת הגנה ליהודים, אשר לאורך ההיסטוריה האנושית נרדפו באופן

95 רובינשטיין ואורגד, שם, בעמ' 341-346; גביון, לעיל ה"ש 52, בעמ' 142-149.

96 שם.

97 לדיון ראו גביון, לעיל ה"ש 15, בעמ' 84-112.

98 כפי שצינו לעיל, זהותה של ישראל ניצבה בעבר בלב מאזן הערכים שבית-המשפט עורך.

ראו, למשל, את דבריו של הנשיא אגרנט בפרשת ירדור, לעיל ה"ש 2, בעמ' 385:

"לא יכול להיות ספק בדבר – וכך מלמדים ברורות הדברים שהוצהרו בשעתו בהכרזה על הקמת המדינה – כי לא זו בלבד שישראל הינה מדינה ריבונית, עצמאית, השוחרת חופש ומאופיינת על ידי משטר של שלטון העם, אלא גם שהיא הוקמה כמדינה יהודית בארץ ישראל... [וזהו] 'עוברת יסוד קונסטיטוציונית' אשר חלילה לה לרשות כל שהיא של המדינה... להתכחש אליה בבואה להפעיל סמכות מסמכויותיה."

שיטתי רק בשל היותם יהודים. אולם, כפי שהסברנו לעיל, שתי התכליות קשורות זו לזו בקשר אמין, המאפשר לדעתנו להציג את חוק השבות כחוק שמיועד לקדם את התכלית הדמוגרפית: הזכות להימנע מרדיפות היא שמכוננת את הזכות למדינת לאום – שכן רק מסגרת מדינית מספקת את התנאים הדרושים להגנה מפני רדיפות⁹⁹ – ומימושה של הזכות למדינת לאום יהודית מותנה בקיומו של רוב יהודי מוצק במדינת ישראל. מצד אחר, ברור כי יש לדחות על הסף הצעה לפעול לשמירה על הרוב היהודי או לחיזוקו בדרך של שליחת אזרחותם של אזרחי המדינה שאינם יהודים, כל-שכן בדרך של גירושם בכוח מישראל.

בתווך, בין צעדים לגיטימיים לחיזוק הרוב היהודי במדינה לבין צעדים פסולים, יש כאלה שראוי להתלבט בדבר הלגיטימיות שלהם או של חלק מפרטיהם. החוק מושא דיונו משתייך לקבוצת ביניים זו. נגד החוק עומדות הזכויות הנפגעות, ואילו בעד החוק עומדת פגיעה דמוגרפית משמעותית בישראל כמדינת לאום יהודית. האם קצב הגירת משפחה של 140,000 פלסטינים בשמונה שנים מצדיק פגיעה בבני-זוגם הישראלים? האם קצב הגירה מהיר יותר או איטי יותר מצדיק זאת? מה הן החלופות לצמצום הפגיעה בזכויותיהם של בני-זוג הישראלים, והאם גרסותיו המאוחרות של החוק מצאו פתרון מידתי? בכל אלה מי שצריך להכריע הוא בית-המשפט. טענתנו במאמר זה מסתכמת בכך שבית-המשפט צריך להניח את השיקול הלאומי על שולחן האיזונים החוקתי כזכות אדם.

סיכום ומסקנות

במאמר זה טענו כי השאיפה למדינת לאום אינה אינטרס קלוש שראוי לדחותו מפני זכויות אדם המצויות עימו במתח, אלא כזה שיש להעניק לו מעמד של זכות אדם. עוד טענו כי הזכות למדינת לאום מקבלת משנה תוקף בהקשר של העם היהודי בשל הנסיבות המיוחדות של עם זה, אשר נאלץ להילחם על עצם קיומו נגד המנסים להכחידו. הצבענו על העובדה שקיומו של רוב דמוגרפי ברור של בני הלאום בשטח המדינה הריבונית מהווה תנאי הכרחי ללגיטימיות של הגדרתה כמדינתו של לאום זה. לפיכך טענו כי שמירה על קיומו של תנאי זה מהווה תכלית ראויה.

פעולות לשמירה על קיומו של רוב דמוגרפי חייבות לעמוד במבחני המידתיות כדי שיהיו מוצדקות. כלומר, עליהן לפגוע בזכויות המיעוט במידה הפחותה ביותר הנחוצה להגשמת תכלית זו, ולהימנע מפגיעה שנזקה יעלה על התועלת הטמונה בה. לצורך שקלול התועלת אל מול הנזק יש לבחון את משקלה של התועלת – במקרה שלנו משקלה של הזכות למדינת לאום של קבוצת הרוב ומידת הסכנה הנשקפת לה – כמו-גם את עוצמת הפגיעה העומדת על הפרק בזכויותיהם של חברי קבוצות המיעוט. במאמר זה נמנענו מנקיטת עמדה בשאלה מה צריכה להיות תוצאת האיזון החוקתי במקרה נתון. מטרתנו הייתה להציע זווית-ראייה

99 רק למדינה יש שטח ריבוני, כוח צבאי, תקציב ומערך יחסים בין-לאומי אשר מאפשרים הגנה על בני העם הנרדפים ברחבי העולם. מדינה רב-לאומית לא תתחייב למתן הגנה ודלת פתוחה למי שחולקים תרבות עם קבוצה תרבותית בתוכה, אם דורשי ההגנה אינם אזרחיה וחיים ברחבי העולם. גם אם תימצא מדינה שתכריז על מחויבות כזו, אי-אפשר לסמוך על כך שהיא לא תחזור בה בהמשך. זאת, להבדיל ממדינת לאום, אשר הרכבה הדמוגרפי ארוך-הטווח ותודעתה העצמית מבוססים על מחויבות לבני הפזורה הלאומית.

נוספת על הסדרי חוק האזרחות והכניסה לישראל (הוראת שעה), המציעה לבסס את החוק על זכותם של היהודים למדינת לאום. עמדתנו בשאלה אם בסוף היום ניתן להצדיק את החוק במתכונתו הנוכחית, בהסתמך על תכלית זו, אינה טובה משל אחרים.