

זכויות האדם ונטילת סיכונים: על דמוקרטיה, "תיוג אתני" ומבחני פסקת ההגבלה (בעקבות פסק דין חוק האזרחות והכניסה לישראל)

מאת

ברק מדינה* ואילן סבן**

נקודת המוצא של המאמר היא חוק האזרחות והכניסה לישראל (הוראת שעה), התשס"ג-2003 ופסק הדין שניתן באשר לתוקפו. החוק הוא מהלך של "תיוג" (profiling), שבו המדינה פוגעת בבני אדם תוך הסתפקות בהשתייכותם לקבוצה שמבחינה סטטיסטית טמון בה סיכון גבוה בהשוואה לכלל האוכלוסייה. במאמר מוצגת תפיסה באשר לאופן שבו יש לבחון את החוקיות של הסדר מסוג זה, וממנה נגזרת גם הצעה לאפיון חדש של ההחלה של פסקת ההגבלה שבחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו. אשר למדיניות של תיוג, הגישה המוצעת היא כי אם מתלווה למדיניות התיוג לפחות אחד משני מאפיינים, אזי ניתן להכיר בחוקיותה רק אם הסיכון הנשקף מכל אחד מאלה הנמנים עם הקבוצה הרלוונטית הוא ניכר. מאפיין אחד שמקים את דרישת הסיכון האינדיבידואלי הוא כשמדיניות התיוג גוררת פגיעה ממשית באינטרס המוכר בזכות יסוד חוקתית; המאפיין האחר הוא מדיניות תיוג המבטאת ייחוס של חשד לכל אחד מבני הקבוצה הנפגעת, שהיא קבוצה מודרת ומקופחת בחברה, ובני האדם מושאי המדיניות נחשדים ומזוהים על יסוד השתייכותם הקבוצתית בלבד. טיעון זה מוביל למסקנה כי הפגיעה של חוק האזרחות והכניסה לישראל בזכות היסוד לחיי משפחה ובשוויון היא בלתי חוקתית; הוא מוביל גם לשלילת הלגיטימיות של מדיניות התיוג של אזרחים ערבים הנהוגה בנמלי התעופה בישראל.

במישור הכללי מוצגת במאמר עמדה בשאלת ההבחנה בין זכויות יסוד לבין אינטרסים ציבוריים, כמו גם עמדה באשר לדרישה בדבר "תכלית ראויה" שבפסקת ההגבלה. בהקשר האחרון, הטענה היא שחתימה לתכלית של "ביטחון מוחלט" – הימנעות מכל סיכון, ולו גם זניח – אינה תכלית ראויה. חוק נועד לתכלית ראויה רק אם הוא נועד למנוע סיכון אישי ממשי הנשקף מכל אחד מהפרטים שבזכויותיהם הוא פוגע. לעניין זה יש השלכה חשובה גם באשר לאופן היישום של מבחן המשנה השני של דרישת ה"מידתיות". פגיעה בזכות יסוד אינה מותרת אם יש אמצעי פוגעני פחות, שאף אם אינו

* פרופסור חבר, מופקד הקתדרה על שם Lawrence D. Biele, הפקולטה למשפטים, האוניברסיטה העברית בירושלים.

** מרצה, הפקולטה למשפטים, אוניברסיטת חיפה. אנו אסירי תודה לחברינו ליאב אורגד, דוד אנוך, יואל בן-אור, דפנה ברק-ארוז, גיא דוידוב, אלון הראל, איל זמיר, דן יקיר, משה כהן-אליה, יגאל מרזל ורביע עאסי על הערותיהם המצוינות לטיוטות קודמות. המאמר נמסר לפרסום בחודש פברואר 2009.

מאפשר למתן את הסיכון באותה מידה שמאפשרת הפגיעה הנבחנת, הוא עדיין מפחית את רמת הסיכון הנשקפת מהאדם אל מתחת לסף הסיכון המהווה תנאי לאותה פגיעה במדינה דמוקרטית.

א. הקדמה. ב. הערכת סיכונים ומדיניות של תיוג (profiling). 1. אמצעים מניעתיים והמבחן ההסתברותי; 2. מדיניות תיוג הגורמת פגיעה ממשית בזכות יסוד; 3. מדיניות תיוג הפוגעת בקבוצת מיעוט; 4. בחינת תוקפו של חוק האזרחות והכניסה לישראל לאור המבחן ההסתברותי; ג. "הזכות לחיים ולביטחון": אינטרס של הציבור או זכות יסוד של היחיד? ד. האם פגיעה בזכויות שנועדה "להבטיח ביטחון לישראל" בהכרח מקיימת את הדרישה ל"תכלית ראויה"? 1. "חוק שנועד לתכלית ראויה": מטרות מגוונות וכורח האיזון ביניהן; 2. "תכלית סובייקטיבית ראויה": חובת המחוקק לשאוף לאיזון בין מכלול ערכי היסוד; 3. "תכלית אובייקטיבית ראויה": בחינה א-פריורית של אמצעים; 4. הזיקה בין הדרישה ל"תכלית ראויה" לבין דרישת ה"מידתיות"; ה. ההשוואה לפרשת קורמטצו והערות סיכום.

מי בתוכנו אינו מתענה בלילות ללא שינה, כאשר מן האפלה המעיקה עולה הסיוט של הגדולה שבאירוניות, והנה היא מתגלגלת באורח אכזרי, שלכאורה אין מנוס ממנו: גבורה עילאית וכשרונות מדהימים של אומה דחוקה ונלחצת, כיסופים עמוקים לשלום טבועים בנפשה, והיא מתחבטת לשווא אל מול יעד-אין-להשיגו, ודמיה ניגרים והולכים [...] חברה אוהבת חירות נידונה לענות באותם עניינים דוחים ומזוהמים בריגול, שיטור, דיכוי, לשים ילדות בית-ספר מאחורי מנעול ובריה ולהטיל "עונשים סביבתיים" [...] אומה אשר יותר מכל השתוקקה להימלט מפני גורלה – גורל היות תמיד פועל יוצא מקיומו של זולתה, להיות הוויה שאינה תכלית לעצמה, אלא בעיה, אבן נגף, נוכחות בלתי רצויה, סכנה "פן ירבו" – והנה היא אנוסה לנהוג בזולתה, העם השכן, ברוח זה עצמו.

יעקב טלמון הניצחון במלחמת ששת-הימים בפרספקטיבה היסטורית 42 (סדרת עימות: דעות על הציונות, ההסתדרות הציונית העולמית, ירושלים, 1970).

[I]f any fundamental assumption underlies our system, it is that guilt is personal and not inheritable.

Korematsu v. United States, 323 U.S. 214, 243 (1944) (Jackson, J., dissenting).

א. הקדמה

מכוח חוק האזרחות והכניסה לישראל (הוראת שעה), התשס"ג-2003,¹ שר הפנים אינו רשאי להעניק לתושב פלסטיני של יהודה, שומרון או חבל עזה אזרחות, תושבות או רישיון לשיבה בישראל, אף אם המבקש נישא לאזרח או לתושב ישראל או אם הבקשה באה בשם ילדו של תושב ישראל, שמסיבות שונות אינו זכאי להיות רשום במרשם התושבים של ישראל. במאי 2006 דחה בית המשפט הגבוה לצדק, ברוב של שישה שופטים מול חמישה, עתירות נגד החוק (להלן: "פסק הדין" או "עניין עדאלה").² לאחר שניתן פסק הדין הוארך תוקפו של החוק ונקבעו בו כמה שינויים.³ במועד כתיבתן של שורות אלה תלויות ועומדות כמה עתירות נגד החוק בנוסחו המתוקן.⁴

פסק הדין כולל שלוש עמדות עיקריות: חמישה שופטים – המשנה לנשיא חשין והשופטים ריבלין, גרוניס, נאור ועדיאל – קבעו כי יש לדחות את העתירה, בין משום שהחוק אינו פוגע בזכויות המוגנות מכוח חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו ובין משום שהפגיעה בזכויות היא כדין; חמישה שופטים אחרים – הנשיא ברק והשופטים ביניש, פרוקצ'יה, ג'ובראן וחיות – קבעו כי החוק פוגע שלא כדין בזכויות יסוד המוגנות מכוח חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו (הזכות לחיי משפחה והזכות לשוויון), ולפיכך יש

1 ס"ח 544.

2 בג"ץ 7052/03 עדאלה המרכז המשפטי לזכויות המיעוט הערבי נ' שר הפנים (פורסם בנבו, 14.5.2006).

3 תוקפו של החוק כלשונו הוארך פעמיים מאז ניתן פסק הדין (צו האזרחות והכניסה לישראל (הוראת שעה) (הארכת תוקף החוק), התשס"ו-2006, ק"ת 1002; צו האזרחות והכניסה לישראל (הוראת שעה) (הארכת תוקף החוק), התשס"ז-2007, ק"ת 470). במרס 2007 התקבל בכנסת נוסח מתוקן של החוק ובו הוארך גם תוקפו של החוק: חוק האזרחות והכניסה לישראל (הוראת שעה) (תיקון מס' 2), התשס"ז-2007, ס"ח 295. בעקבות התיקון נקבע בס' 5 לחוק כי "החוק יעמוד בתוקפו עד יום כ"ח בתמוז התשס"ח (31 ביולי 2008), ואולם רשאית הממשלה, באישור הכנסת, להאריך בצו את תוקפו, לתקופה שלא תעלה בכל פעם על שנה אחת". החוק המתוקן כולל שני רכיבים חדשים: ראשית, הקמת ועדה מקצועית שתבחן אם מתקיימים טעמים הומניטאריים מיוחדים המצדיקים היענות לבקשה, אולם נקבע במפורש כי "העובדה כי בן משפחתו של מבקש ההיתר או הרישיון, השווה כדין בישראל, הוא בן זוגו, או כי לבני הזוג ילדים משותפים, לא תהווה כשלעצמה טעם הומניטרי מיוחד" (ס' 1א3(ה)(1)); שנית, ההגבלה על איחוד המשפחות הורחבה וכעת היא חלה לא רק על בן זוג שהוא "תושב האזור" (קרי: יהודה ושומרון) אלא גם על בן זוג שהוא אזרח או תושב של מדינה המנויה בתוספת לחוק וכן על תושבי רצועת עזה. התוספת מונה את איראן, לבנון, סוריה ועירק. ב-1 ביולי 2008 אישרה הכנסת את הארכת תוקפו של החוק המתוקן בשנה נוספת, והוא יהיה בתוקף עד יולי 2009 (צו האזרחות והכניסה לישראל (הוראת שעה) (הארכת תוקף החוק), התשס"ח-2008, ק"ת 1134).

4 בג"ץ 466/07 ח"כ זהבה גלאון נ' היועץ המשפטי לממשלה; בג"ץ 544/07 האגודה לזכויות האזרח בישראל נ' שר הפנים; בג"ץ 830/07 טבילה נ' שר הפנים.

להכריז על בטלותו; ואילו שופט אחד, השופט לוי, הצטרף לעמדה כי החוק פוגע שלא כדין בזכויות מוגנות, אך קבע כי אין להכריז על בטלות החוק שכן יש לאפשר לכנסת "להעמיד הסדר משופר" בתוך תשעה חודשים.⁵ אם כן, מבחינה מהותית מצויה כאן עמדה (שהתגבשה ברוב קטן) כנגד חוקתיותו של חוק האזרחות והכניסה לישראל. לב הוויכוח בין השופטים נגע לשאלה אם תוספת הביטחון המושגת באמצעות הוויכוח על בדיקה אינדיבידואלית של פלסטינים המבקשים את איחודם עם בני זוגם הישראליים, לטובת הגבלה גורפת על כניסתם של בני זוג פלסטינים (ובמדויק יותר: בני זוג גברים שהם מתחת לגיל 35 ובנות זוג שהן מתחת לגיל 25) עומדת בדרישת ה"מידתיות" שבפסקת ההגבלה בחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו.

פסק הדין כולל חוות דעת של כל אחד-עשר השופטים ומשתרע על כ-280 עמודים. הוא בעל חשיבות רבה, הן בשל הקביעות העקרוניות שבו באשר לזכויות היסוד הזכות להגנה חוקתית, הן באשר למרכיביה של הביקורת השיפוטית על חקיקה הפוגעת בזכויות יסוד חוקתיות, והן בשל השלכותיו האפשריות של ההסדר שנדון בו על יחסי יהודים וערבים במדינת ישראל. בשל משמעותו הרבה, פסק הדין כבר נדון במספר לא מועט של מאמרים שהאירו סוגיות חשובות.⁶ ברשימה זו אנו מבקשים לדון בכמה היבטים

5 לגישתו של השופט לוי, "אין מנוס מהכנסתם בו [בחוק האזרחות והכניסה לישראל] של שינויים אשר ימזערו את פגיעתו [בזכויות יסוד]. ברם, הואיל ועל גיבושה של הצעת חוק מתוקנת להיעשות בשום שכל ועל-יסוד עבודת-מטה מורכבת, ומאחר ומנגד מקנן החשש כי יימצא מי שיבקש לנצל את המצב כדי לפגוע בביטחונם של תושבי ישראל, עמדתי היא כי יש להותיר עד להשלמתה של מלאכת החקיקה ומחמת החשש מפני חסר נורמטיבי, את החוק ואת ההסדרים הקיימים מכוחו על כנם" (עניין עדאלה, לעיל ה"ש 2, בפס' 1 לפסק דינו של השופט לוי). בשולי הדברים נציין כי עמדה זו מבטאת חריגה מן הנהוג שהתגבש בשנים האחרונות, לפיו החשש מפני היווצרות "חסר נורמטיבי" בתקופה שבין מועד ההכרזה על בטלות החוק (או מעשה שלטוני אחר) ועד לגיבושו של הסדר חדש אינו סיבה להימנע מהכרזה על בטלות החוק, שכן בכוחו של בית המשפט להורות על השעיה של תוצאת הבטלות של החוק לתקופה הנחוצה לגיבוש חוק חדש. לדיון בנוהג זה ראו יגאל מרזל "השעיית הכרות הבטלות" משפט וממשל ט 39 (2005). למעשה, בפסק הדין בעניין עדאלה, חמשת השופטים שסברו כי יש להכריז על בטלותו של החוק תמכו בהשעיה של תוצאת הבטלות (ראו שם, בפס' 114 לפסק דינו של הנשיא ברק).

6 עם המאמרים המוקדשים לדיון בפסק הדין נמנים המאמרים הבאים: ליאב אורגד "הגירה, טרור וזכויות אדם: מדיניות הכניסה לישראל בעתות חירום (בעקבות בג"ץ 7052/03 עדאלה נ' שר הפנים)" מחקרי משפט כה (טרם פורסם); יעקב בן-שמש "זכויות חוקתיות, הגירה ודמוגרפיה: בעקבות בג"ץ חוק האזרחות והכניסה לישראל" משפט וממשל י 47 (2006); יפה זילברשץ "על הגירת זרים שאינם יהודים לישראל – פתיחת דיון: בעקבות בג"ץ חוק האזרחות והכניסה לישראל" משפט וממשל י 87 (2006); אייל גרוס "מאוהב לאויב: צדק, אמת, יושר ושכל ישר בין ישראל לאוטופיה בבג"ץ חוק האזרחות" המשפט 23, 79 (2007); וכן באנגלית ראו, Nimrod H. Aviad, *Liberty and Higher Risk-Taking: The Nationality Law Case and the Supreme Court of Israel's Jurisprudence of Risk* (2006), available at <http://works.bepress.com/>

עקרוניים של ההגנה על זכויות האדם בישראל בתחום המאבק בטרור, תוך הדגמתם באמצעות התייחסות לפסק הדין.

לפי ההסדר שנדון בפסק הדין, נמנעת מאזרחי ישראל האפשרות לקיים בישראל חיי משפחה עם בן זוג שהוא פלסטיני תושב השטחים. ביסוד מדיניות זו, כך טענה המדינה, הצורך להתמודד עם הסכנה כי פלסטינים תושבי השטחים שיקבלו מעמד בישראל מכוח איחוד משפחות יסייעו לביצוע פעולות טרור בישראל. המחלוקת המרכזית שהתעוררה בפסק הדין היא מהם התנאים שבהם קמה יכולת לנקוט מדיניות זו של תיוג והגבלה. לפי הנתונים שהציגה המדינה, מתוך רבבות הפלסטינים שקיבלו מעמד חוקי בישראל מכוח איחוד משפחות מאז 1994 ועד המועד שבו הוכרעה העתירה, ב-2006, היו מעורבים בסיוע לטרור (וליתר דיוק: נחשדו במעורבות כזו) לכל היותר 26 אנשים.⁷ לפי עמדת

nimrod_aviad/3; Yoav Peled, *Citizenship Betrayed: Israel's Emerging Immigration and Citizenship Regime*, 8 THEORETICAL INQUIRIES IN L. 603 (2007); Na'ama Carmi, *The Nationality and Entry to Israel Case Before the Supreme Court of Israel*, 22 ISRAEL STUDIES FORUM 26 (2007); Daphne Barak-Erez, *Israel: Citizenship and Immigration Law in the Vise of Security, Nationality, and Human Rights*, 6 INT'L J. OF CON. L. 184 (2008) פסק הדין זכה לביקורת חריפה במאמר המערכת של עיתון הארץ: "אות קלון לעליון" הארץ 15.5.2006 ב1. הוא נדון גם במאמרים נוספים, אגב דיון בסוגיות אחרות. ראו, בין היתר, רן גרינשטיין "על אזרחות ואינטגרציה פוליטית: האם נוכל להפיק לקחים מעלייתו ונפילתו של משטר האפרטהייד?" משפט וממשל י 117, 144-143 (2006); Daphne Barak-Erez, *Terrorism and Profiling: Shifting the Focus from Criteria to Effects*, 29 CARDOZO L. REV. 1 (2007); Michael G. Kagan, *Destructive Ambiguity: Enemy Nationals and the Legal Enabling of Ethnic Conflict in the Middle East*, 38 COLUM. HUM. RTS. L. REV. 263, 310-316 (2007) בריאיון עם השופט חשין לאחר פרישתו הוא התייחס לטענות ביקורת שונות שהושמעו ביחס להכרעתו בפסק הדין ולנימוקיה (טל כהנא ואילנה פרנקל "ריאיון עם המשנה לנשיא (בדימוס) השופט מישאל חשין" דין ודברים ג 195 (2007)). לדיון בחוק האזרחות והכניסה לישראל שהתקיים קודם לפסק הדין ראו גיא דוידוב, יונתן יובל, אילן סבן ואמנון רייכמן "מדינה או משפחה? חוק האזרחות והכניסה לישראל (הוראת שעה), תשס"ג-2003" משפט וממשל ח 643 (2005) (להלן: דוידוב, יובל, סבן ורייכמן "מדינה או משפחה?"); אמנון רובינשטיין וליאב אורגד "זכויות אדם, ביטחון המדינה ורוב יהודי – המקרה של הגירה לצורכי נישואין" הפרקליט מח 315 (2006); חיים גנו מריכרד ואגנר עד זכות השיבה – ניתוח פילוסופי של בעיות ציבור ישראליות פרק 5 (2006); אמנון רובינשטיין וברק מדינה המשפט החוקתי של מדינת ישראל כך א: עקרונות יסוד 408-407 (מהדורה שישית, 2005); רונן שמיר "ישראל במשפחת העמים: כמה הערות על התנתקות כמשטר תנועה גלובלי" משפט וממשל ח 601, 608-607 (2005); רות גביון "איחודי משפחות בשתי מדינות" ידיעות אחרונות 5.8.2003, 24 שעות 11.

7 המדינה טענה כי מספרם של מקבלי ההיתרים בתקופה זו הוא כ-130 אלף איש. הנתונים בדבר מספר החשודים במעורבות בטרור ובדבר מספר מקבלי ההיתרים מבוססים על ס' 31 לתשובת המדינה מיום 7.2.2006 ועל דברי המשנה דאז ליועץ המשפטי לממשלה, מני מזוז, וראש מנהל האוכלוסין במשרד

השופטים שאישרו את תוקפו החוקתי של החוק, הנתונים הללו מלמדים כי אם תחודש המדיניות הקודמת וינתן מעמד חוקי בישראל לעוד אלפי פלסטינים, ניתן לצפות כי ימצאו מתוכם אנשים נוספים שיסייעו לטרור. לעומת זאת, לפי גישת השופטים שמצאו את החוק לא חוקתי, נתונים אלה מחייבים את המסקנה כי המדיניות הנדונה אינה חוקתית, שכן הם מלמדים שהסיכון הנשקף מכל אחד ממבקשי המעמד בישראל הוא נמוך מאוד (קונקרטיה כאן – רק כמה מאיות האחוז).

לפיכך, הסוגיה הראשונה, בה נדון בפרק ב, היא האופן שבו יש לבחון מדיניות שלטונית של תיוג, המטילה מגבלה על כל מי שנמנה עם קבוצה מסוימת: האם יש להתבסס על הערכה של מידת המסוכנות הנשקפת מן הקבוצה כולה או שמא יש תנאי הכרחי שלפיו נחוצה הערכה של הסיכון הנשקף מכל אחד ואחד מן הפרטים הנמנים עם הקבוצה? עמדתנו היא כי אם מתלווה למדיניות התיוג לפחות אחד משני המאפיינים הבאים, כי אז חובה לפעול לפי הגישה השנייה, ולהכיר בחוקיות של מדיניות תיוג רק אם הסיכון הנשקף מכל אחד מאלה הנמנים עם הקבוצה הרלוונטית הוא ניכר. מאפיין אחד שמקים את דרישת הסיכון האינדיבידואלי הוא מדיניות תיוג הגוררת פגיעה ממשית באינטרס המוכר כזכות יסוד חוקתית. כך, למשל, לפי מבחני האיזון המקובלים, אסור בתכלית לעצור אדם במעצר מנהלי רק משום שהוא נמנה עם ציבור מסוים של אנשים שידוע כי אחדים מהם צפויים לפגוע באחרים. לשם הצדקת המעצר יש להראות כי

הפנים, בישיבת ועדת הפנים ואיכות הסביבה של הכנסת מיום 14.7.2003 (פרוטוקול מס' 47), כפי שצוטטו בפסק הדין (עניין עדאלה, לעיל ה"ש 2, בפס' 112 לפסק דינו של המשנה לנשיא חשין; שם, בפס' 5 לפסק דינו של השופט גרוניס; שם, בפס' 2 לפסק דינה של השופטת חיות; ושם, בפס' 13 לפסק דינה של השופטת פרוקצ'יה). נתונים אלה שנויים במחלוקת; ראו Peled, לעיל ה"ש 6, בעמ' 615; גיא דוידוב, יונתן יובל, אילן סבן ואמנון רייכמן "מדינה או משפחה? חוק האזרחות והכניסה לישראל (הוראת שעה), התשס"ג-2003" הארת דין א 62 ה"ש 111 (2004) (להלן: דוידוב, יובל, סבן ורייכמן). בין היתר, יש הסבורים כי הקביעה כי 26 אנשים מבין תושבי השטחים שקיבלו מעמד מכוח איחוד משפחות היו מעורבים בסיוע לטרור היא מופרזת, וכי מספרם של המעורבים בפגיעים נמוך בהרבה, ומביאים כראיה לכך את העובדה שכלל לא הוגשו כתבי אישום בגין סיוע לטרור כנגד מקבלי מעמד בישראל מכוח איחוד משפחות. הטיעון המובא כאן מבוסס על ההנחה כי הנתונים שסיפקה המדינה הם נכונים, והוא חל, מכוח קל וחומר, אם מספר המעורבים במעשי טרור הוא למעשה נמוך יותר. גם מספרם של מקבלי מעמד מכוח איחוד משפחות שנוי במחלוקת, בעיקר משום שהוא כולל גם את הילדים שנולדו כתוצאה מאיחוד המשפחות, והוא כולל כנראה גם את בני הזוג הישראליים ואת בני הזוג הפלסטינים מירושלים המזרחית שנישאו לפלסטינים מהשטחים. על כן סביר להניח כי מספרם של מי שקיבלו מעמד בישראל מכוח איחוד משפחות בשנים האחרונות היה נמוך במידה ניכרת מ-130 אלף איש. אם כן, מופיעה כאן הפרזה כפולה בנתוני המדינה, אלא שהפרזה זו פועלת בשני כיוונים נוגדים, המקזזים לכאורה אחד את רעהו מבחינת מידת הסיכון הנשקפת. על כן נותרת בעינה העובדה כי תמונת הנתונים משקפת סיכון בדרגת הסתברות נמוכה מאוד מהצפוי מכל אחד מבני הזוג הפלסטינים שהוגשה בעניינם בקשה לאיחוד משפחות.

הסיכון הנשקף מכל אחד מן האנשים שמבקשים לעצור – במונחים של ההסתברות כי יפגע באחרים אם לא תוגבל חירותו – הוא סיכון ניכר. זהו ביטוי לתפיסה כי הזכות לכבוד האדם משמעה חובה המוטלת על החברה לא להפוך חלק מחבריה לאמצעים בשירות תכליתיו של חלק אחר של בני החברה, וזהו ביטוי לחובתה של חברה דמוקרטית לחיות עם סיכון מסוים הנשקף מכל אחד מחבריה, כל עוד הסיכון הזה נופל מסף מסוים. עמדתנו היא כי טיעון זה מוביל למסקנה כי הפגיעה של חוק האזרחות והכניסה לישראל בזכות היסוד לחיי משפחה (בהיקפה המוגן בגדר הזכות החוקתית ל"כבוד האדם") היא בלתי חוקתית. זאת, משום שמן הנתונים שהוצגו בפסק הדין בעניין עדאלה עולה כי הסיכון הנשקף מבן זוג שהמידע היחיד הידוע לגביו הוא כי הוא פלסטיני תושב השטחים הוא סיכון קלוש ביותר. הטענה של רשויות הביטחון – כי באמצעים הקיימים לא ניתן להבחין בין מבקשי המעמד השונים, ולכן נהיר כי מבין האלפים שיוזכו למעמד בישראל צפויים להסתגל גם אנשים (שלא ניתן לאתרם מראש) הצפויים לסייע למעשי טרור – אינה מספיקה כדי להצדיק את החלת האיסור הגורף על איחוד של אזרחים או תושבים ישראלים עם בני זוגם הפלסטינים כשהסיכון הנשקף מבן הזוג הפלסטיני הוא כה קלוש.

מאפיין אחר של מדיניות תיוג, שיחייב אותה להצביע על סיכון אינדיבידואלי ממשי הנשקף מכל אחד ממושאיה, הוא מדיניות תיוג המבטאת ייחוס של חשד לכל אחד מהם כי הוא מבקש לפגוע באחרים (או לפחות כי הוא אדיש לפגיעה כזו), ובני האדם מושאי המדיניות נחשדים ומזוהים על יסוד השתייכותם הקבוצתית בלבד (כגון היותו של אדם ערבי או ממוצא עדתי מסוים וכדומה). תנאי זה מתגבש לפחות במצבים שבהם ההשתייכות הקבוצתית הנדונה היא "השתייכות חשודה" בחברה הנבכנת. טענתנו היא כי יש להחיל את הדרישה ההסתברותית ביחס לחוק האזרחות והכניסה לישראל גם על יסוד טעם זה, הן משום שהחוק מבטא מדיניות ישירה של תיוג כנגד הפלסטינים תושבי השטחים והן משום שהוא מבטא מדיניות עקיפה של תיוג כנגד אזרחי ישראל הערבים. הסוגיה העקרונית השנייה, בה אנו דנים בפרק ג, עוסקת בעמדה שביטאו חלק מן השופטים בפרשת עדאלה, לפיה הפגיעה בזכות לחיי משפחה מתאזנת אל מול זכות היסוד לחיים של כלל אזרחי המדינה, שעליה היא באה לגונן באמצעות פגיעתה בזכות האחרת. לדעתנו עמדה זו שגויה. לשיטתנו, אימוץ עמדה זו, השוללת את ההבחנה בין זכויות יסוד לבין אינטרסים ציבוריים, חותר תחת הטעמים שביסוד ההכרה בזכויות יסוד, ועל כן לא ראוי ואף מסוכן להכיר באינטרס בדבר ביטחון הציבור כאוסף של זכויות יסוד.

הסוגיה השלישית והאחרונה, בה אנו דנים בפרק ד, עוסקת במהותה של הדרישה לכך שהפגיעה בזכות היסוד החוקתית תוסדר ב"חוק [...] שנועד לתכלית ראויה". לעתים מזומנות הדרישה בדבר "תכלית ראויה" מוחלת ביחס לשאלה אם הפגיעה בזכות היסוד נועדה להשיג מטרה חשובה דיה. פסק הדין בעניין עדאלה הוא דוגמה מובהקת לכך,

שכן נקבע שם כי החוק נועד ל"תכלית ראויה" משום שהוא "נועד להבטיח ביטחון לישראל על ידי הפחתה, ככל האפשר, של הסיכון הביטחוני הנשקף מבני זוג פלסטינים החיים יחד עם בני זוגם הישראלים".⁸ אנו סבורים כי גישה זו שגויה. לשיטתנו, תכליתו של חוק הפוגע בזכויות יסוד היא ראויה רק אם היא מבטאת שאיפה לאיזון בין האינטרס והזכות העומדים על הפרק, וכי שאיפה זו זכתה, פעם אחר פעם בפסיקת בתי המשפט, למענה בדמות "מבחני איזון". משמע, חוק נועד לתכלית ראויה רק אם הוא נועד למנוע סיכון אישי ממשי הנשקף מכל אחד מן הפרטים שבזכויותיהם הוא פוגע. לעניין זה השלכה חשובה גם ביחס לאופן היישום של מבחן המשנה השני של דרישת ה"מידתיות". החיפוש אחר האמצעים החלופיים תר אחר אמצעים פוגעניים פחות, שאף אם אינם מאפשרים למתן את הסיכון באותה מידה שמאפשר אמצעי אחר, הם עדיין מפחיתים את רמת הסיכון הנשקפת מהאדם אל מתחת לסף הסיכון המהווה תנאי לאותה פגיעה במדינה דמוקרטית.

הניתוח בפרקיו השונים של המאמר מאפשר להצביע בפרק הסיכום על לב הקשיים הטמונים בעמדתם של אותם שופטים בפסק דין עדאלה שלא מצאו פגם בחוק. בתמצית, עמדתם היא כי החוק אמנם פוגע בוודאות בבני אדם חפים מפשע, אך זאת כדי למנוע פגיעה ודאית בבני אדם חפים מפשע אחרים (אזרחי החברה הישראלית); ומכיוון שעל פי הטענה לא ניתן לאתר באופן יעיל את אותם אלמונים מסוכנים בתוך הקבוצה החשודה, אזי יש הכרח בהגבלה קולקטיבית שתוטל על מכלול חברי הקבוצה ועל אחרים שקשרו עמם את גורלם. יש בעמדה זו שלושה חידושים שמטלטלים בעצמה את יסודותיה של מדינה דמוקרטית. ראשית, עמדה זו ויתרה על ההבחנה בין זכות אדם לבין אינטרס ציבורי לטובת מטאפורה של זכויות יסוד המתנגשות משני צדי האיזון; שנית, עמדה זו ויתרה על מבחן האיזון, קרי: על הדרישה כי יתגבש סף נדרש של סיכון הנשקף מהאדם שבו היא פוגעת. היא עשתה כן – הכשירה פגיעה ודאית באדם, אף שההסתברות לכך שהוא מסוכן היא קלושה – באמצעות פנייה מסוכנת מהתמקדות בפרט לטובת התמקדות בקולקטיב שאליו הוא משתייך; שלישית, עמדת השופטים מאשרי החוק התקבלה אף על פי שמי שנפגעו מהחשד הקבוצתי היו לא רק מי שנתפסו על ידי המדינה כ"זרים" לה אלא גם אזרחיה שלה.

הקשיים העמוקים הללו – מעבר מאינטרס לזכות, מעבר מאדם לקולקטיב, ומעבר מ"זר" לאזרח – עוררו השוואה בתוך פסק הדין לפרשה אפלה בהיסטוריה האמריקנית: מעצר האזרחים ממוצא יפני בתקופת מלחמת העולם השנייה, והאישור שנתן לכך בית המשפט העליון האמריקני באותם ימים. השוואה זו עוררה ויכוח בפסק דין עדאלה בין שלושה מהשופטים. שניים מהם גרסו ש"מרחק שנות אור" מפריד בין שתי הפרשיות. דעתנו אינה כדעתם. כפי שנפרט, אנו מוצאים דמיון טורד מנוחה בין פרשת עדאלה לפסק הדין בעניין *Korematsu* שהוזכר בה, ובעיקר בינה לבין פסק הדין בעניין

8 עניין עדאלה, לעיל ה"ש 2, בפס' 82 לפסק דינו של הנשיא ברק.

*Hirabayashi*⁹ שקדם לקורמטצו ופילס לו דרך. היראבאיאשי היה הצומת שבו עמד בית המשפט, התלבט, ובחר במדרון שבהמשכו קורמטצו. תחזית העתיד אינה בדינו. טיעון "המדרון החלקלק" שביסוד ההשוואה לפרשת קורמטצו הוא קונטינגנטי, משמע: תלוי-חברה ותלוי נסיבותיה המיוחדות. הוא קשור לקיומן או להיעדרן של נקודות עצירה – קוגניטיביות, מוסריות, תועלתניות – בחברה הנבחנת, בעת שלחצים שונים דוחפים אותה במדרון. תחזית העתיד נוגעת על כן בתולדה של השילוב בין עצמת הפחד שתאחזו בציבור הישראלי-יהודי ובמנהיגיו בשנים הקשות שלפנינו לבין המעצורים המשפטיים, המוסריים והתועלתניים, הפנימיים והחיצוניים, שעשויים לבלום את הפנייה לאמצעים דרקוניים כנגד "האחרים", במאמץ להשקיט את הפחד.

ב. הערכת סיכונים ומדיניות של תיוג (profiling)

1. אמצעים מניעתיים והמבחן ההסתברותי

אחד המאפיינים המרכזיים של המאבק בטרור הוא ההערכה שבמקרים רבים האיום להטיל סנקציות על מי שיהיה מעורב במעשי טרור אינו מרתיע במידה מספקת. הניסיון מראה שהאיום כי יוטלו עונשי מאסר ארוכים (וכן אמצעים עונשיים אחרים) מוביל להרתעה חלקית בלבד של המעורבים בטרור. הערכה זו, והנוק הכבד, הישיר והעקיף, שנגרם עקב מעשי הטרור, גורמים לכך שמדינות נכונות לעתים לנקוט גם אמצעי מנע קשים, שנועדו למנוע את האנשים שכלפיהם מופעלים אמצעים אלה מלבצע מעשי טרור (או לפחות להקשות עליהם לעשות כן). האמצעים העיקריים שנקטים בהקשר זה הם צווי הגבלה, מעצר מנהלי ולעתים אף חיסולם של חשודים בפעילות טרור, בצד אמצעים אחרים כגון גירוש ואיסור על כניסה למדינה.¹⁰ ההצדקות הניתנות לצורך במניעה

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

10 לדיון באמצעים מסוג זה ראו, למשל, ALAN M. DERSHOWITZ, PREEMPTION: A KNIFE THAT CUTS BOTH WAYS (2007); PHILIP B. HEYMANN & JULIETTE N. KAYYEM, PROTECTING LIBERTY IN AN AGE OF TERROR (2005). ההערכה המקובלת היא כי לאחר סדרת מעשי הטרור שאירעו בארצות הברית ב-11 בספטמבר 2001 גברה הנכונות של בתי המחוקקים במדינות דמוקרטיות להסמיך את רשויות הביטחון לנקוט צעדים מסוג זה. לסקירה ראו, למשל, AS A CHALLENGE FOR NATIONAL AND INTERNATIONAL LAW: SECURITY VERSUS LIBERTY? (CHRISTIAN WALTER, SILJA VÖNKEY, VOLKER RÖBEN & FRANK SCHORKOPF EDS., 2004); Kent Roach, *Sources and Trends in Post 9/11 Anti-Terrorism Laws*, in HUMAN RIGHTS AND SECURITY 227 (Benjamin J. Goold & Liora Lazarus eds., 2007). במקרים מסוימים ננקטו גם אמצעים מניעתיים בלא הסמכה לכך בחוק. ראו, למשל, ביחס להחזקת

ואי-היכולת להסתמך רק על מערכת הדין הפלילית הן תכופות רבות-כוח: גודל הסכנה, מהירות התרחשותה, קשיים באיתורה המוקדם, הצורך לגונן על מקורות מידע סודיים ועוד. אולם, מנגד, הפעלת אמצעים אלו יוצרת קשיים מוסריים ומשפטיים יסודיים. מבחינת ההסדרה המוסדית, נקיטת האמצעים האמורים אינה נקבעת בעקבות הליך שיפוטי מהימן לביורור האשמה של האדם שבו פוגעים, ועל כן מתגבש כאן כר נרחב לטעויות קשות, פרי רשלנות ולעתים אף פרי שיקולים זרים. מבחינה מהותית, אמצעים אלה ננקטים בטרם בוצע המעשה האסור, ולכן קיימת לא אחת מידה רבה של אי-ודאות באשר לשאלה אם האדם שחירותיו הוגבלו הוא אכן מסוכן, ואם אכן היה נוטל חלק בפגיעה בזולת אלמלא ההגבלה. לפיכך, יסוד מרכזי באיזון בין שני קוטבי המתח האלה הוא הקפדה על התניה של האמצעי המניעתי בהערכה של עצמת הסיכון הנובע מהאדם שכלפיו מופעל אמצעי זה. ה"פשרה" המתקבלת בהקשר זה היא שאין מחילים את הדרישה החמורה של הדין הפלילי כתנאי להרשעתו של אדם – כי האשמה תוכח מעל לכל ספק סביר (ואין מחילים את סדרי הדין המסננים ראיות וחושפים את מכלול העדויות לחקירה נגדית); אך מנגד נדרש כי עצמת הסיכון הנשקפת מן הפרט שכלפיו מבקשים לנקוט אמצעי מניעתי היא גבוהה במידה המצדיקה את הפגיעה.¹¹

השאלה שביסוד המאמר היא מה דינה של נקיטת האמצעי המניעתי כלפי ציבור של אנשים – פעולה שאינה מבוססת על הערכה אינדיבידואלית של הסיכון הנובע מכל אחד

חשודים במעצר מנהלי וחקירתם במדינות שלישיות, THE COMMITTEE ON LEGAL AFFAIRS AND HUMAN RIGHTS OF THE EUROPEAN PARLIAMENT, REPORT OF THE ALLEGED SECRET DETENTIONS AND UNLAWFUL INTER-STATE TRANSFERS OF DETAINEES INVOLVING COUNCIL OF EUROPE MEMBER STATES (12.06.2006), available at <http://assembly.coe.int/main.asp?Link=/documents/workingdocs/doc06/edoc10957.old.htm>

11 ראו, למשל, את דבריו של הנשיא ברק בדנ"פ 7048/97 פלונים נ' שר הביטחון, פ"ד נד(1) 721, 741 (2000): "ניתן לאפשר – במדינה דמוקרטית שוחרת חופש וביטחון – מעצר מינהלי של אדם אשר ממנו עצמו נשקפת סכנה לביטחון המדינה, אך אין להרחיב אפשרות זו לעבר מעצרו של אדם שממנו עצמו אין נשקפת [סכנה]"; עמ"ס 8788/03 פדרמן נ' שר הביטחון, פ"ד נח(1) 176, 188 (2003) (השופט גרוניס): "הואיל וצו המעצר המינהלי בא לקדם פני סכנה עתידית, עלינו לעשות שימוש במבחן הסתברותי, היינו יש לבחון את מעשיו ודבריו של העצור כפי שהם עולים מן החומר... נראה כי המבחן הראשון, זה של אפשרות סבירה, אינו יכול לשמש כאמת מידה ראויה. מבחן זה אין בו די כאשר מדובר במעצר מינהלי. המבחן המקובל בפסיקה הינו זה של ודאות קרובה"; ע"פ 6659/06 פלוני נ' מדינת ישראל, פס' 18 לפסק דינה של הנשיאה ביניש (פורסם בנבו, 11.6.2008): "מושכלות יסוד הן בשיטתנו המשפטית כי מעצר מינהלי מותנה בקיומה של עילת מעצר הנובעת ממסוכנותו האינדיבידואלית של העצור לביטחון המדינה". ראו גם את דבריו בעלי התחולה הרחבה יותר של הנשיא שמגר בע"ב 2/84 ניימן נ' יו"ר ועדת הבחירות המרכזית לכנסת האחת-עשרה, פ"ד לט(2) 267, 225 (1985): "אין שוללים חירות כלשהי מראש אלא בהקשר לקיומה של ודאות קרובה ובלתי ניתנת למניעה של ביצוע עבירה או של פגיעה בביטחון או בשלום הציבור". ראו גם Jonathan S. Masur, *Probability Thresholds*, 92 IOWA L. REV. 1293 (2007).

מהם, אלא על הערכה כי הסיכון הממוצע הנשקף מכל מי שנמנה עם ציבור זה הוא גבוה מן הסיכון הממוצע בכלל האוכלוסייה (profiling, "תיוג")? כאמור, ההסדר שנקבע בחוק האזרחות והכניסה לישראל מבטא אמצעי כזה. עקרונית, ניתן לבחון מדיניות של תיוג בשתי דרכים שונות. דרך אחת מבוססת על הערכת סיכון אינדיבידואלית: המדיניות עשויה להיות מוצדקת רק אם הסיכון הנשקף מכל פרט הנמנה עם הקבוצה שנגדה מוחל האמצעי המניעתי (למשל: ההסתברות כי הוא זומם להרע) עולה על סף מסוים. דרך אחרת מבוססת על הערכת סיכון קבוצתית: על פי תפיסה זו, לשם הצדקת המדיניות די בכך שהסיכון הנשקף מן הקבוצה כולה גבוה במידה המצדיקה את הפגיעה בכל בני הקבוצה.

בדרך הראשונה, הבחינה היא אם מוצדק לנקוט את האמצעי המניעתי כלפי אדם מסוים. מכיוון שמדיניות התיוג מוחלת באופן בלתי מובחן על כל מי שנמנה עם הקבוצה הרלוונטית, ההערכה של הסיכון עשויה להתבסס על נתונים סטטיסטיים בדבר הסיכון הממוצע הנשקף מכל אחד מחברי הקבוצה, אך היא תהא מוצדקת רק אם סיכון ממוצע זה גבוה מסף מסוים. במילים אחרות, הערכת סיכון אינדיבידואלית אינה שוללת על הסף את הלגיטימיות של מדיניות המחילה אמצעי מניעתי כלפי ציבור של אנשים, ולפיכך היא אינה מחייבת בהכרח את השלטון לבחון באופן נפרד את הסיכון הנשקף מכל אחד ואחד מן האנשים שהוגבלו. הדרישה הנובעת מן הגישה שאנו מכנים "הערכת סיכון אינדיבידואלית" היא כי הבחינה של חוקתיות המדיניות שנקטה תיעשה בהתאם לקביעה מהו הסיכון הנשקף מכל אחד מחברי הקבוצה, ולא מן הקבוצה כולה. כך, למשל, אם נתחם את קבוצת ההתייחסות שלנו לחברים פעילים בתנועת החמאס, ייתכן כי בהווה הסתברות הסיכון הנשקף מקבוצה זו היא כה גבוהה עד שפירוש הדבר שהסתברות הסיכון הממוצעת מכל אחד מחברי קבוצה זו עוברת את סף "הסיכון" (האינדיבידואלי) הניכר הנדרש כתנאי לפגיעות מסוימות באדם (למשל: הגבלת זכותו לאיחוד משפחות, אך לא הריגתו או מעצרו).

מנגד, בדרך השנייה – הערכת הסיכון הקבוצתית – הבחינה אינה מהי מידת הסיכון (ולו הממוצע) הנשקף מכל אחד מנפגעי המדיניות המופעלת, אלא אם מוצדק לנקוט את המדיניות בכללותה, בהתחשב בסך התועלת הצפויה ממנה (למשל: הסיכוי למנוע את מעשי הטרור הצפויים על ידי אחדים מחברי הקבוצה הנדונה) לעומת עלותה (בעיקר סיכום הפגיעות בחירויות של כל מי שנמנה עם הקבוצה).

כפי שנראה מיד, יש הבדל מהותי בין שתי הדרכים הללו. קודם לכן נציין כי שתי הדרכים נבדלות גם במישור הרטורי, והבחירה ביניהן עשויה להשפיע על גיבוש עמדות ביחס ללגיטימיות שבהחלת המדיניות הנדונה. כפי שראינו, הערכת סיכון אינדיבידואלית מציגה את המדיניות ככזו הצפויה להניב תועלת (מניעת מעשה טרור) בהסתברות נמוכה; לעומת זאת, לפי הערכת סיכון קבוצתית, ככל שמדובר בקבוצה גדולה דיה של אנשים, הפקת התועלת היא ודאית. מחקרים שונים הראו כי הבחירה בין שתי דרכים אלה של

אופן ההצגה של דילמה חברתית משפיעה במידה ניכרת על עמדותיהם של אנשים המתבקשים לקבוע עמדה ביחס אליה. אחת ההטיות הקוגניטיביות הידועות במחקר הפסיכולוגי היא ההתייחסות הייחודית למעבר מאי-ודאות לעבר ודאות (certainty bias). כך, למשל, הסכום שאדם נכון לשלם כדי להקטין את הסיכון כי ייפגע (בגופו או ברכושו) מ-2% ל-1% נופל במידה ניכרת מהסכום שהוא נכון לשלם כדי להקטין מ-1% ל-0% את הסיכון כי יספוג פגיעה זהה.¹² באופן דומה, הנכונות של אדם לשלם כדי להביא לכך שהסיכוי להתרחשות אירוע מסוים (שממנו יפיק תועלת) יגדל מ-80% ל-90% נמוכה בהרבה מנכונותו לשלם כדי להגדיל את הסיכוי לכך מ-90% ל-100%. נטייה אנושית זו לייחס משקל גדול במיוחד לתוצאות ודאיות גורמת לכך שאופן הצגת הדילמה – האם הבחירה היא בין תוצאה ודאית לבין תוצאה שתתרחש בהסתברות נמוכה כלשהי (הערכת סיכון אינדיבידואלית), או שבפנינו בחירה בין תוצאה ודאית אחת לבין תוצאה ודאית אחרת (הערכת סיכון קבוצתית) – עשוי להשפיע במידה מכרעת על עמדותינו בשאלה אם המדיניות הנדונה היא מוצדקת. זוהי תופעה המכונה "תלות בהיצג" (או "מסגור").¹³ על כך נוסף גם הקושי של בני אדם להבין את משמעותן של הסתברויות להתרחשותן של מאורע מסוים, ובמיוחד הקושי להבין את משמעותן של הסתברויות נמוכות מאוד.¹⁴ קושי זה עשוי אף הוא לתרום להשפעה של אופן הצגת הדילמה על עמדותינו ביחס אליה.

כאמור, הערכת סיכון אינדיבידואלית מבטאת באופן מפורש את העובדה שהסיכוי למימוש התועלת מהחלת ההגבלה (מניעת הסיוע לטרור באמצעות שלילת האפשרות

12 הביטוי הקלאסי לתופעה זו ניתן על ידי עמוס טברסקי ודניאל כהנמן במסגרת האפיון הכללי שהציעו לקבלת החלטות בתנאי אי-ודאות, הידוע כ-"prospect theory". ראו, למשל, Amos Tversky & Daniel Kahneman, *Judgment Under Uncertainty: Heuristics and Biases*, in JUDGMENT UNDER UNCERTAINTY: HEURISTICS AND BIASES 3, 20-22 (Daniel Kahneman, Paul Slovic & Amos Tversky eds., 1982); Daniel Kahneman & Amos Tversky, *Prospect Theory: An Analysis of Decision Making Under Risk*, 47 ECONOMETRICA 263, 267 (1979).

13 התופעה של "תלות בהיצג" ("framing effect") מבטאת את העובדה שאופן ההצגה של נתונים זהים עשוי להשפיע על השיפוט של האנשים המתבקשים להעריך מהי דרך הפעולה הרצויה. תופעה זו תועדה רבות בספרות הפסיכולוגית. לסקירה של מחקרים מסוג זה ראו, למשל, Amos Tversky & Daniel Kahneman, *Rational Choice and the Framing of Decisions*, 59 J. OF BUS. S251, S252 (1986).

14 מרבית האנשים נוטים להתעלם מאירועים הצפויים להתרחש בהסתברות נמוכה. ראו, למשל, Colin F. Camerer & Howard Kunreuther, *Decision Processes for Low Probability Events: Policy Implications*, 8 J. OF POL'Y ANALYSIS & MGMT. 565, 570 (1989). מקובל לסבור כי זהו אחד ההסברים העיקריים לנכונות המועטה מאוד של אנשים להיחגר בחגורות בטיחות כשהדבר אינו מעוגן בחובה מכוח חוק: Richard J. Arnould & Henry Grabowski, *Auto Safety Regulation: An Analysis of Market Failure*, 12 BELL J. OF ECON. 27, 28-29 (1981).

לאיחוד משפחות) הוא נמוך מאוד. עקב כך, הצגה זו של הדילמה יוצרת הטיה לטובת העמדה כי האמצעי המניעתי הנדון אינו מוצדק. אכן, שלא במפתיע, השופטים שתמכו בפרשת עדאלה בעמדה כי ההסדר שנקבע בחוק אינו תקף בחרו להציג את הדברים באופן שניתן להבינו כמבטא הערכת סיכון אינדיבידואלית. למשל, השופטת ביניש קבעה בהקשר זה כך:

כאשר קיים סיכון קונקרטי לביטחון ולחיים, האינטרס הציבורי אכן גובר על זכויות האדם המוגנות, וכך גם המצב כאשר קיים פוטנציאל קונקרטי לסיכון לחיים. ואולם, הפוטנציאל האמור צריך להתבטא ברמה של קונקרטיזציה מעבר לעובדה כי מבקש היתר הכניסה הוא פלסטיני תושב האזור.

וכן:

הנתונים שהוצגו לפנינו מצביעים על אחוז קטן ביותר – מזערי – של בני זוג שניצלו את מעמדם בישראל לצורך מעורבות בפעילות טרור [...] חסימה גורפת של אפשרות הכניסה לישראל מהאזור המונעת כניסה מכל בן-זוג של אזרח ישראלי [...] אינה מעניקה משקל הולם ליחס שבין מידת הסיכון הביטחוני למידת הפגיעה בזכויות האדם, יחס המתחייב מעקרונותיה הדמוקרטיים של שיטתנו.¹⁵

באופן דומה פסק הנשיא ברק:

אכן, מקובל עלי כי אם מעמידים חיים מול איכות חיים – יד החיים על העליונה. אך האם זו ההשוואה הראויה? [...] אין להעמיד קיום החיים לעומת מרקם החיים. בהעמדת דברים זו, יד החיים תמיד על העליונה, ותוצאתה הימנעות מכל פעולה המסכנת חיי אדם. כך חברה אינה יכולה לתפקד – לא בעת שלום (למשל לעניין נפגעי תאונות דרכים) ולא בעת לחימה (למשל לעניין נפגעי פעולות איבה). ההעמדה הראויה של השאלה הינה ברמה של הסיכונים ושל הסתברות התרחשותם, ושל השפעתם על חיי החברה כמכלול. [...] השאלה הינה מה ההסתברות כי ייפגעו חיי אדם אם נתמיד בבדיקה האינדיבידואלית לעומת ההסתברות כי ייפגעו חיי אדם אם נעבור לאיסור גורף, והאם תוספת הסתברותית זו

15 עניין עדאלה, לעיל ה"ש 2, בפס' 11 לפסק דינה של השופטת ביניש (ההדגשה הוספה).

שקולה כנגד הוודאות שבהגדלה הנגרמת על ידי כך לפגיעה בזכויותיהם של בני זוג אזרחי המדינה.¹⁶

עמדה דומה לזו של השופטים ביניש וברק באה לידי ביטוי בפסקי הדין של השופטים פרוקצ'יה, ג'ובראן, חיות ולוי.¹⁷ לעומת זאת, עמדתם של חמשת השופטים שלא מצאו פסול חוקתי בחוק התבססה – שוב, שלא במפתיע – על החלת מבחן המבטא הערכת סיכון קבוצתית, המציגה את הדילמה כבחירה בין שתי תוצאות ודאיות באופן היוצר הטיה לטובת הצדקה של המדיניות שננקטה בחוק האזרחות והכניסה לישראל. השופט גרוניס ביטא זאת באופן מפורש:

בעניין שעל הפרק לא מתעוררת, לטעמי, שאלה של הסתברות בכל הנוגע לפגיעה בחיי אדם. הנתונים שהובאו בפנינו מלמדים כי עשרים ושישה בני זוג פלשתינאים שנכנסו ארצה כדין בהליך של איחוד משפחות היו מעורבים בפגיעה טרור. [...] על יסוד נתונים אלה יש לדעתי לומר, כי קיימת ודאות שכניסה של אלפי בני זוג נוספים תביא בעקבותיה פגיעות בחיי אדם, וזאת אף אם תיערך בדיקה ביטחונית ביחס לכל אחד ואחד. [...] המשוואה אינה מורכבת, איפוא, מיסוד הסתברותי בצידה האחד ומיסוד של ודאות בצידה האחר, אלא משני מרכיבים ודאיים: פגיעה בחיי אדם לעומת פגיעה בחיי משפחה. ניתן לתמצת את גישתו של חברי הנשיא א' ברק בביטוי 'ברי ושמא – ברי עדיף'. לעומת זאת, על פי גישתי שלי המצב הוא של 'ברי וברי', ולכן מתחייבת תשובה שונה.¹⁸

16 שם, בפס' 110 לפסק דינו של הנשיא ברק.

17 שם, בפס' 8 ו-9 לפסק דינה של השופטת פרוקצ'יה: "במתח הקיים בין ערך בטחון החיים לבין זכויות אדם אחרות, ובכללן הזכות למשפחה, גובר שיקול הבטחון מקום שישנה וודאות או הסתברות קרובה לוודאות כי אם לא תינקט פעולה הכרוכה בגריעה מזכות האדם, כי אז ייפגעו חיי אדם. [...] באיזון בין הבטחון לבין זכות האדם איננו עוסקים בערכים מוחלטים. [...] אנו עוסקים בהסתברות של מידת הסכנה, ואתה אנו אומדים כנגד הפגיעה בזכות האדם. [...] הנטל על המדינה לשכנע כי [...] ההסתברות להתממשות הסכנה הבטחונית הינה כה גבוהה עד כי היא מחייבת נקיטת צעדים מפירי זכויות כפי שעוגנו בחקיקה הפוגעת. [...] מקום שמערך ההסתברויות להתממשות הסיכון הינו נמוך, יתכן כי ערך הבטחון לא יצדיק פגיעה כלשהי בזכות האדם, או אפשר שיצדיק פגיעה פחותה בלבד". ראו גם שם, בפס' 5. ראו עוד שם, בפס' 23 לפסק דינו של השופט ג'ובראן; שם, בפס' 4 לפסק דינה של השופטת חיות; שם, בפס' 8 לפסק דינו של השופט לוי.

18 שם, בפס' 5 לפסק דינו של השופט גרוניס.

גם המשנה לנשיא חשין התייחס בפסק דינו ל"פגיעה המצטברת"¹⁹ הצפויה מהתרת הכניסה לישראל של מבקשי המעמד מכוח איחוד משפחות, וקבע כי ההשוואה הנדרשת היא רק בין התועלת לבין העלות הנובעות מהחלת המדיניות על הקבוצה כולה:

הרווחה והתועלת שחוק האזרחות והכניסה לישראל משפיע על ביטחונם ועל חייהם של תושבי ישראל, גוברות על הפגיעה שהחוק פוגע במיקצת מאזרחי ישראל שנישאו [...] לתושבי האזור, והמבקשים לחיות עם בני זוגם בישראל. אכן, בהניחנו על כפות המאזניים, מזה ומזה, את זכותם של אזרחי ישראל לחיים ולביטחון ואת זכותם של מיקצת מאזרחי ישראל להינשא לתושבי האזור ולהתגורר בישראל – כף ראשונה תכריע.²⁰

גישה דומה באה לידי ביטוי בפסקי הדין של השופטים נאור, עדיאל וריבלין.²¹ כהערה שאיננה מרכזית לטיעונינו נעיר כך: אנו סבורים שהעמדה (שמצאה ביטוי אפילו אצל חלק מהשופטים שביקשו להורות על פסלות החוק) כי הצגת הדילמה בדרך של הערכת סיכון קבוצתית מוליכה בהכרח למסקנה כי יש להצדיק את המדיניות הנדונה²² היא שגויה. הערך של הצלת חיי אדם הוא בוודאי חשוב, אך חברה דמוקרטית אינה נכונה להקריב למענו כל מחיר שהוא. היה זה דווקא השופט גרוניס שהודה בכך בפה מלא:

קיימים מצבים שונים בהם הערך של חיי אדם עומד כנגד ערכים ואינטרסים אחרים ולמרות זאת מתקבלת החלטה, לעיתים מושכלת ולעיתים אינטואיטיבית, להעדיף את הערך או האינטרס האחר. כך, למשל, לא יהא ויכוח כי איסור מוחלט על תנועת כלי רכב מנועיים כבשישים וחזרה לימי הכרכרות יקטינו באופן משמעותי את מספר

19 שם, בפס' 115 לפסק דינו של המשנה לנשיא (בדימוס) חשין.

20 שם, בפס' 2 לפסק דינו של המשנה לנשיא (בדימוס) חשין.

21 ראו שם, בפס' 19 ו-20 לפסק דינה של השופטת נאור: "ברור לכל שלחשד [בתמיכה בטרור] אין בסיס לגבי מרביתם המכרעת של תושבי האזור. גישת החוק איננה אינדיבידואלית (פלוגי חשוד כטרוריסט) אלא קולקטיבית (פלוגי נמנה עם ציבור שממנו באים טרוריסטים או למצער טרוריסטים בכח). גישה זו, אף שחיציה מופנים אל הזרים ורק בעקיפין אל תושבי ישראל ואזרחיה, אכן מעוררת קושי. [...] ואולם, המשיבים מסבירים לנו כי אין אפשרות לברר, לעת הזו, פרטים על אודות תושבי האזור עמם מבקשים הישראלים להתאחד. [...] המדובר הוא בחוסר יכולת מבצעית להשיג אינפורמציה. [...] לכן, אין לחייב] עריכת 'בחינה אינדיבידואלית' [שכן] יביא הדבר למניעת הגשמתה של מטרת החוק, [...] 'להקטין ככל האפשר את הסיכון הביטחוני הנשקף מבני הזוג'". ראו גם שם, בפס' 6 לפסק דינו של השופט עדיאל; ושם, בפס' 17 לפסק דינו של השופט ריבלין.

22 ראו, למשל, דברי הנשיא ברק שצוטטו לעיל, הטקסט הנלווה לה"ש 16.

ההרואים והפצועים בתאונות דרכים. אף על פי כן, אין להניח שהצעה בכיוון האמור תתקבל בחברה מודרנית.²³

לשם הצדקת המדיניות הנדונה בפסק הדין אין די בכך שהיא צפויה להביא, לפי הטענה, למניעת 26 פיגועים, שהרי ניתן בהחלט לסבור כי המחיר הכרוך בהחלת מדיניות זו הוא גבוה מדי – ובכלל זה בגין ההשלכות שלה על בני הזוג ועל המשפחות הנוגעות בדבר, על הציבור הערבי בישראל ועל היחס אליו מצד הציבור היהודי, ובשל השלכות-ההמשך של כל אלה.

עם זאת נניח לצורך הטיעון כי הבחינה של הסוגיה בדרך של הערכת סיכון קבוצתית אכן מוליכה למסקנה כי מדיניות התיג מוצדקת, כלומר: כי מניעה של 26 מעשי טרור מצדיקה את הפגיעה הנובעת משלילת אפשרותם של רבבות בני אדם להתאחד עם בן זוג, ילד או הורה. אולם, האם הקביעה כי מניעה של 26 מעשי טרור מצדיקה את הפגיעה ברבבות בני אדם מחייבת גם את המסקנה – הנדרשת על פי הערכת סיכון אינדיבידואלית – כי סיכון בשיעור מאיות אחוז ספורות שאדם מסוים, המבקש מעמד בישראל, יסייע לביצוע מעשה טרור אם אכן יקבל היתר שהייה בישראל – מצדיק את הפגיעה בו ובבן זוגו הנובעת משלילת הבקשה לאיחוד משפחות? במילים אחרות: האם מציאת הצדקה למדיניות על פי הערכת סיכון קבוצתית פירושה מניה וביה כי היא זוכה להצדקה גם על פי הערכת סיכון אינדיבידואלית? אם התשובה לכך היא בשלילה, ובנסיבות העניין הערכת סיכון אינדיבידואלית מוליכה דווקא למסקנה כי המדיניות האמורה אינה מוצדקת, אזי קמה שאלה שנייה: מהי הדרך הראויה להכרעה – הערכת סיכון אינדיבידואלית או קבוצתית?

עמדתנו היא כי יש הבדל מהותי בין שתי הדרכים לבחינת מדיניות של החלת אמצעי מניעה מהסוג המופיע כאן על קבוצה של אנשים. אליבא דשתי הגישות, השלטון רשאי לפגוע באינטרס של הפרט רק בנסיבות שבהן התועלת המופקת מכך (קידום אינטרס חברתי כלשהו) עולה על העלות (הפגיעה באינטרס של הפרטים הנפגעים). ההבדל בין הגישות הוא בשאלה אם תוצאה מעין זו היא תנאי מספיק לפגיעה בפרט, ובשאלת ההתייחסות למרכיב אי-הוודאות שבמצב הנדון. הערכת סיכון קבוצתית "פותרת" את מרכיב אי-הוודאות במונחים של תוחלת, כלומר: מכפלה של התועלת שתופק מהגבלת הפרט ושל ההסתברות כי הטלת האמצעי המניעה אינה תהיה נחוצה להשגת תועלת זו. ההתמקדות של הערכת הסיכון הקבוצתית בשאלת הסיכון הנשקף מקבוצה מסוימת הופכת לבלתי רלוונטית את אי-הוודאות ביחס לשאלה מי מבין הפרטים הנמנים עם הקבוצה יהיה מעורב בטרור. לעומת זאת, הערכת סיכון אינדיבידואלית מחייבת לקבוע עמדה ביחס לשאלה בדבר המשמעות הנורמטיבית של מרכיב אי-הוודאות. תשובתה נקשרת בעצמת אי-הוודאות. על פי תפיסתה, מעשה שלטוני עשוי להיות בלתי מוצדק אף

23 עניין עדאלה, לעיל ה"ש 2, בפס' 5 לפסק דינו של השופט גרוניס.

אם תוחלת התועלת שהוא צפוי להניב גבוהה מן העלות הכרוכה בפגיעה באינטרסים מוגנים, וזאת משום שהסיכון הנשקף מהפרט הנפגע נופל מסף מסוים, ובמילים אחרות: אי-הוודאות בעניין אשמו של האדם היא ממשית ולכן לא ראוי לפגוע בו. כך, למשל, נניח כי מוצדק לגרום פגיעה מסוימת באדם רק אם ההסתברות שהוא "מסוכן" היא מעל סף מסוים, למשל 24.75%.²⁴ נניח עוד שידוע לנו בוודאות כי אחד משני אנשים מסוימים הוא "מסוכן" והאחר "אינו מסוכן", אך איננו יודעים מיהו מי. החלה של הערכת סיכון אינדיבידואלית תחייב את המסקנה כי אסור לפגוע באיש מן השניים, שהרי לפי המידע שבידינו ההסתברות שאדם הנמנה עם קבוצה זו הוא "מסוכן" היא רק 50%. לעומת זאת, הערכת סיכון קבוצתית מביאה להתעלמות ממגבלה זו: במקרה הנדון קיימת ודאות כי אחד מחברי הקבוצה "מסוכן", ולכן ההסתברות שמישהו מבין חברי הקבוצה הוא "מסוכן" היא גבוהה מן הסף שנקבע כנחוץ לשם הצדקת הפגיעה. הבחירה בין שתי הדרכים המתחרות צריכה להיות תוצאה של ההכרעה אם המגבלה, המתנה פגיעה באדם בכך שישתקף בו עצמו סיכון בהסתברות מסוימת, אכן חלה בנסיבות העניין. במקרים שבהם מוצדק לפגוע באדם רק אם ההסתברות שהוא "מסוכן" במובן האמור היא מעל סף מסוים, יש להחיל הערכת סיכון אינדיבידואלית; ואילו במקרים שבהם אין תחולה למגבלה זו ניתן להחיל הערכת סיכון קבוצתית, ולפיכך יש להסתפק בהשוואה בין התועלת הכוללת המופקת באמצעות הפגיעה בחברי הקבוצה לבין העלות הנגרמת עקב כך.²⁵ עמדנו היא כי יש להחיל את המגבלה ההסתברותית הנזכרת (הערכת הסיכון האינדיבידואלית) לפחות בשני סוגים של מקרים: ראשית, כשמדיניות התיוג גוררת פגיעה ממשית באינטרס המוכר כזכות יסוד; שנית, כשמדיניות התיוג מבטאת ייחוס של חשד וסיכון-יתר, ובני האדם מושאי המדיניות מזוהים כחשודים יותר רק על יסוד השתייכותם הקבוצתית – וזיהוי זה צפוי לחזק הדרה חברתית ואפליה הרווחת כלפי בני אותה קבוצה בחברה נבחנת. בשורות הבאות נדון בשני המקרים הללו. בעקבות זאת נטען כי יש להחיל את המגבלה ההסתברותית במקרה כמו זה שנדון בפרשת עדאלה.

2. מדיניות תיוג הגורמת פגיעה ממשית בזכות יסוד

מקרה מסוג אחד הוא זה שבו המדיניות גורמת לפגיעה ניכרת באינטרס המוכר כזכות יסוד חוקתית. טלו, לדוגמה, את ההלכה שלפיה אין לפגוע בחופש הביטוי אלא בנסיבות

24 יש המכנים סף מסוג זה "ודאות מוסרית"; ראו Ron Aboodi, Adi Borer & David Enoch, *Deontology, Individualism, and Uncertainty: A Reply to Jackson and Smith*, 105 J. OF PHILOSOPHY 259 (2008).

25 לדיון בעובדה שהאפיון של הסיכון הוא תוצאה של הכרעה ערכית ראו Aviad, לעיל ה"ש 6, בעמ' 35-29.

שבהן קיימת "ודאות קרובה" (או "קרבה לוודאות") כי הביטוי יביא לפגיעה ממשית בשלום הציבור או בביטחון המדינה;²⁶ או את ההלכה שלפיה על בית המשפט לאשר צו מעצר מנהלי רק אם הוא משתכנע כי "קרוב לוודאי שהעצור יבצע עבירות חמורות אלא אם תוגבל חירותו על דרך מעצר".²⁷ לכאורה, הדרישה הזו – שהסיכון כי הפרט יגרום לפגיעה באינטרס הציבורי יהיה גבוה מאוד – היא בעייתית. תועלת גבוהה דיה (כגון מניעת פגיעה בחיי אדם) יכולה להביא לכך שתוחלת התועלת תהיה גבוהה מן העלות אפילו אם ההסתברות להפקת התועלת היא נמוכה. אכן, אין לדרישות אלה מקום אם מוחלת הערכת סיכון קבוצתית. נניח, למשל, כי מתוך 100 התבטאויות נפרדות ובלתי תלויות של תמיכה פומבית באלימות יש לצפות כי התבטאות אחת תוביל למעשה אלימות חמור. החלה של הערכת סיכון קבוצתית עשויה להצדיק הטלת איסור על כל 100 ההתבטאויות (בהנחה שלא ניתן לדעת מראש איזו מהן תוביל למעשה האלימות), אף שההסתברות לכך שכל אחת מן הקריאות תוביל לתוצאה היא רק אחוז אחד.²⁸ הדרישות האמורות להוכחת "ודאות קרובה" מבטאות את התפיסה כי לשם הצדקת מדיניות הפוגעת בחופש הביטוי או בחירות ממעצר אין די בכך שתוחלת התועלת ממנה גדולה מעלותה, ויש למלא גם את התנאי הנוסף – כי הסיכון הנשקף מכל אחד מן האנשים שבהם מבקשים לפגוע גבוה מסף מסוים.

26 ראו, למשל, בג"ץ 680/88 שניצר נ' הצנזור הצבאי הראשי, פ"ד מב(4) 617, 634 (1988) (הנשיא ברק): "תקנות ההגנה המנדטוריות מתפרשות על רקע ערכיה של מדינת ישראל. בפירושן יש לאזן בין ביטחון המדינה והסדר הציבורי מזה לבין חופש הביטוי מזה. איוון זה משמעותו, כי ניתן להגביל את חופש הביטוי, כאמצעי אחרון, רק מקום שקיימת ודאות קרובה לפגיעה ממשית בביטחון המדינה ובסדר הציבורי"; בג"ץ 73/53 חברת "קול העם" בע"מ נ' שר הפנים, פ"ד ז 871 (1953). בס' 144(א) לחוק העונשין, התשל"ז-1977, נקבע איסור על פרסום "קריאה לעשיית מעשה אלימות או טרור, או דברי שבח, אהדה או עידוד למעשה אלימות או טרור, תמיכה בו או הזדהות עמו [...], ועל פי תוכנו של הפרסום המסית והנסיבות שבהן פורסם, יש אפשרות ממשית שיביא לעשיית מעשה אלימות או טרור". לפי הגישה המקובלת בארצות-הברית נדרש להראות כי הביטוי צפוי להוביל באופן "אימננטי" לתוצאה השלילית: "[The Brandenburg v. Ohio 395 U.S. 444, 447 (1969): "The state may not] forbid or proscribe advocacy of the use of force or of law violation except where such advocacy is directed to inciting or producing imminent lawless action and is likely to incite or produce such action".

27 עניין פדרמן, לעיל ה"ש 11, בעמ' 188 (השופט גרוניס).

28 רעמדה ברוח זו ראו, למשל, RICHARD A. POSNER, NOT A SUICIDE PACT: THE CONSTITUTION IN A TIME OF NATIONAL EMERGENCY 124 (2006): "[...] when one reflects that there are several million Muslims in the United States and that a tiny number of terrorists may be able to cause catastrophic harm to a nation, the government should not have to stand by helplessly while radical imams convert a multitude to their radical creed".

באופן דומה, הדין לפיו אין מוציאים לבן זוג צו הרחקה מהבית במקרים שבהם לא מוכחת הסתברות גבוהה כי יסכן את בן הזוג האחר ("סכנה ממשית"),²⁹ אינו מבוסס רק על ההערכה כי האיזון בין האינטרסים של בני הזוג נוטה לכיוון זה. סביר להניח כי המחיר הכרוך בטעות לכיוון אחד – איש שיפגע פגיעה חמורה באשתו – הוא גבוה במידה רבה מן המחיר הכרוך בטעות לכיוון ההפוך – הרחקה מן הבית של איש שלא היה פוגע באשתו גם אלמלא הורחק. לכן, אילו היינו מסתפקים בהשוואה בין האינטרסים, אפילו הסתברות נמוכה לפגיעה באשה הייתה מספיקה כדי להצדיק הוצאת צו הרחקה. ההכרה בכך שהרחקת בן הזוג מן הבית מבטאת פגיעה בזכות יסוד שלו מוליכה להחלת הדרישה לסף סיכון מסוים, נוסף על השוואה בין תוחלת התועלת של הפגיעה בזכות היסוד לבין עלות הפגיעה. בדומה לכך, אנו מעדיפים את זכותו של חשוד או נאשם לחירות על פני ההגנה על הרכוש ולעתים אף על החיים של קרובות-בכוח שלו, בלא להשוות כלל בין התועלת שבמעצר (במונחים של הגנה על זכויותיהם של הקרובות) לבין העלות, בכל מקרה שבו הסיכון הנובע מן החשוד או הנאשם אינו מגיע לרמת סף מסוימת.³⁰ הדרישה כי הסיכון הנשקף מן האדם שבו מבקשים לפגוע יחצה סף מינימום מבטאת קביעה של תנאי סף להצדקת הפגיעה.³¹

29 בס' 3 (2) לחוק למניעת אלימות במשפחה, התשנ"א-1991, ס"ח 138, נקבע כי בית המשפט רשאי לתת צו הגנה מפני אדם אם "התנהגותו נותנת בסיס סביר להניח כי הוא מהווה סכנה גופנית ממשית לבן משפחתו או שהוא עלול לבצע בו עבירת מין".

30 ראו, למשל, דנ"פ 2316/95 גנימאת נ' מדינת ישראל, פ"ד מט(4) 589, 640 (1995) (השופט דורנר): "לזכות יסוד, מעצם מהותה, יש מחיר חברתי. [...] אכן, אפשר כי מעצר מניעתי של אדם שעדיין לא ביצע עבירה, ביטולה של חזקת החפות והחלפת מידת ההוכחה המחמירה הנהוגה במשפט הפלילי במידה המקובלת במשפטים האזרחיים היו מקטינים את ממדי העבריינות ותורמים תרומה ניכרת להגנה על שלום הציבור. אך במשטרנו הדמוקרטי, שבו מוכרת חירות הפרט כזכות יסוד, מוותרת החברה על מקצת מן ההגנה האפשרית על שלום הציבור. נאשם יוצא זכאי בדינו גם אם בית המשפט מוצא כי מאזן ההסתברות נוטה לטובת הגירסה המרשיעה. שכן, עקרון יסוד חוקתי במשפטנו הפלילי הוא שאין להרשיע ולהעניש אלא מי שאשמתו הוכחה מעל לכל ספק סביר, אף שמשמעות הדבר היא זיכום ושחרורם של נאשמים שככל הנראה ביצעו את העבירות המיוחסות להם, ובעקבות זאת פגיעה בשלום הציבור".

31 להדגמתה של גישה זו ראו את פסק הדין האמריקני Edmond v. Goldsmith, 183 F.3d 659 (7th Cir. 1999). שם בחן בית המשפט את חוקיות מדיניות המשטרה לעצור באקראי נהגים ולערוך חיפוש במכוניותיהם. דעת המיעוט (השופט Easterbrook) קבעה כי די בכך שהוכח שהחיפושים מוליכים לגילוי פשעים בשיעור סביר (במקרה שנדון שם, בכ-10% מן המקרים נמצאו בחיפוש ראיות לביצוע עבירה) כדי להכיר בחוקיותה. עמדת הרוב דחתה יישום זה של מבחן הסיכון הקבוצתי וקבעה כי לשם הצדקת החיפוש, המהווה פגיעה בזכות יסוד, על המשטרה להוכיח שיש יסוד סביר להניח, ביחס לכל מקרה בנפרד, כי בוצעה עבירה. לדיון בהלכה זו ראו Bernard E. Harcourt, *Judge*, *Richard Posner on Civil Liberties: Pragmatic Authoritarian Libertarian*, 74 U. CHI. L. REV. 1723 (2007).

ההחלה של תנאי הסף הזה מבטאת את העמדה כי ההכרה בזכות יסוד יוצרת חזקה (פרזומפציה) לא חלוטה נגד הלגיטימיות של מעשה שלטוני שיש בו משום פגיעה בזכות היסוד. ניסיון החיים מלמד אותנו שכמעט בכל חברה יהיו מי שינצלו לרעה את החופש המוקנה להם ויפגעו באחרים. אולם, תורת זכויות האדם קובעת כי אם אין לנו מידע כי הסיכון שאדם מסוים יפגע באחרים עולה על סף מסוים, איננו רשאים להגביל את חופש הפעולה שלו.³² כפי שציין הנשיא ברק, "אוי להן לזכויות האדם הבסיסיות אם יינתן להן פירוש מצמצם רק בשל החשש לניצול לרעה".³³ חברה המעריכה חירות לא יכולה לשמור עליה אלא בדרך של נטילת סיכון המותיר מרחב ראוי לחירותם של בני האדם לפעול, ובתוך כך גם לשגות ולעשות את הרע (שעדיין לא נָאָה לעצמה המחייבת את איסורו). אין זה מציאותי כלל להניח את קיומה של חברה אנושית רחבה והטרונגנית שבה שוררים "ביטחון מוחלט" ומציאות "נטולת סיכונים". חברה שכזו, שתחתור חתירה נמרצת מדי לביטחון מוחלט, לא תשרור בה חירות.³⁴

טעם חשוב נוסף המונח ביסודה של תורת זכויות האדם הוא ההכרה בכך שחברה ליברלית אינה רק רודפת חירות אלא גם חותרת לשוויון ולהוגנות. אי-הוודאות באשר לתוצאה שתגרום אם לא תוגבל חירותו של אדם גורמת לכך שכל החלטה שלטונית

32 אגב, בשני הקשרים עיקריים נטושה מחלוקת בסוגיה אם יש מקום להחיל מבחן הסתברותי: פסילת רשימות מועמדים בבחירות לכנסת, מכוח ס' 7 לחוק-יסוד: הכנסת, והאיסור על הסתה לגזענות, מכוח ס' 144 א-ב לחוק העונשין. המצדדים בעמדה כי אין להחיל מבחן הסתברותי בהקשרים אלה מתבססים על האפיון של ההתנהגות או ההתבטאות הרלוונטית כראויה לגינוי כשלעצמה, ואת האיסור המוחל לגביה – כשאיפה להימנע ממתן הכשר לעמדות אלה. ראו, למשל, א"ב 11280/02 ועדת הבחירות המרכזית לכנסת השש-עשרה נ' טיבי, פ"ד נז(4) 1, 90 (2003) (השופטת פרוקצ'יה): "הוקעתה של ההסתה לגזענות [היא...] ערך העומד לעצמו, בלתי מותנה ובלתי מסויג גם מקום שלא מתלווה הסתברות כלשהי למימוש הסיכון שהיא אוצרת בתוכה. [...] ההסתה לגזענות מוקעת כערך במורשת האוניברסלית והלאומית, והיא עומדת מחוץ ומעבר לבחינה הסתברותית של סכנה הצפויה ממנה על-פי אמת מידה כזו או אחרת". ראו גם שם, בעמ' 81 (המשנה לנשיא בדימוס ש' לוי); שם, בעמ' 98-96 (השופט דורנר); שם, בעמ' 99-100 (השופט מצא); בג"ץ 399/85 כהנא נ' הוועד המנהל של רשות השידור, פ"ד מא(3) 255, 312-319 (1987) (השופט בך); ע"פ 2831/95 אלבה נ' מדינת ישראל, פ"ד נ(5) 221, 257 (1996) (השופט מצא). אף אם מקבלים עמדה זו בהקשרים אלה, ואנו איננו מקבלים, אין בכך כדי להצדיק הימנעות מהחלה של המבחן ההסתברותי בהקשרים מן הסוג הנדון כאן, שבהם המעשה עצמו – איחוד בין בני זוג או הגירה לצורכי נישואין – ודאי אינו ראוי לגינוי, ולא נלווה להתרתו כל סיכון של הכשר.

33 בג"ץ 2597/99 טושביים נ' שר הפנים, פ"ד נח(5) 412, 431 (2004).

34 בלשונה של השופטת חיות בעניין עדאלה, לעיל ה"ש 2, בפס' 4 לפסק דינה: "הדמוקרטיה על פי מהותה כרוכה בנטילת סיכונים"; ביטוי תמציתי לכך ניתן גם בדבריו של פרופ' סיו, שצוטטו גם על ידי הנשיא ברק, שם, בפס' 82 לפסק דינו: "liberty is about higher risk-taking" (MILITANT) (Andras Sajo ed., 2004) DEMOCRACY 217. לטיעון דומה ראו בן-שמשי, לעיל ה"ש 6, בעמ' 60-58.

בהקשר זה תטיל נטל מסוים. מחד גיסא קיים סיכוי שהגבלת החירות של אדם תגרום לפגיעה בלתי מוצדקת בו, וזאת בניסיונות שבהן הוא לא היה פוגע בזולתו גם אלמלא הוגבלה חירותו; מאידך גיסא קיים גם סיכוי שאם לא תוגבל החירות של אדם הוא יגרום נזק לזולתו. בהיעדר מנגנונים לפיצוי נאות בגין פגיעה בלתי מוצדקת מהסוג האחד או מהסוג האחר, יש טעמים טובים שיצדיקו כי ההכרעה השלטונית תתבסס לא רק על השוואה שעניינה איזו מבין הפגיעות הבלתי מוצדקות היא גדולה יותר (חישובי עלות-תועלת), אלא תעסוק גם בסוגיית ההוגנות, ובתוך כך במידת הפיזור של הנזק. יש לשאוף לכך שהנטל הנגרם עקב הפגיעות הבלתי מוצדקות האמורות יתחלק באופן הוגן בין כלל הפרטים בחברה. במקרים שבהם הפגיעה בחירות – שנועדה להתמודד עם סיכון שיוצרת ההתנהגות הרלוונטית – מוטלת על כלל האוכלוסייה, אכן ניתן להצדיק הסתפקות בחישובי עלות-תועלת, ולפיכך להימנע מהחלת תנאי הסף של הסתברות סיכון גבוהה הטמונה בבני האדם שחירותם הוגבלה (למשל: הטלת איסור על נשיאת נשק על כלל בני החברה, למעט בעלי תפקידים בתחום שמירת הביטחון והסדר הציבורי). אולם, לא כך במקרה הטיפוסי של פגיעה בחירויות יסוד, שבו הפגיעה בחירות ממוקדת בקבוצה מצומצמת של אנשים משום שהם שונים בדרך כזו או אחרת או נתונים בקונפליקט עם הקבוצה ההגמונית באותה חברה (למשל: פגיעה בחירות הביטוי בדרך של איסור על התבטאויות מסוימות או מעצר מנהלי של אדם). במקרים מסוג זה, הקביעה כי לשם הצדקת הגבלת החירות די בכך שתוחלת הנזק שייגרם לזולת אם לא תוגבל החירות עולה על העלות הכרוכה בהגבלת החירות, תביא לכך שנטל משאה של הפגיעה הבלתי מוצדקת יוטל על מספר מצומצם של אנשים. החלת תנאי הסף שלפיו יש להגביל את חירותו של אדם רק אם ההסתברות כי יגרום לפגיעה בזולת אם לא תוגבל חירותו היא גבוהה, מבטיחה הקצאה הוגנת יותר של הנטל לשאת בפגיעות בלתי מוצדקות הנובעות מאי-הוודאות.

זאת ועוד: דרישה זו – לחלוקת נטל הוגנת – נחוצה גם משיקולים של "סדר שני", שעניינם החשש כי גורמים שלטוניים (שמטבע הדברים אינם נמצאים מאחורי "מסך בערות") יעדיפו להטיל את הנטל על קבוצה מצומצמת של אנשים – קבוצה שאין הם תופסים את עצמם או את הקרובים ללבם כמשתייכים אליה – באמצעות הגבלת חירותם, וזאת במקום לפזר את הנטל בין כלל הציבור. הנטל שבו מדובר הוא גם במידת הסיכון שחברה נוטלת על עצמה כדי לגונן על ערכיה ועל זכויות בני האדם הנתונים לשליטתה, וגם במשאבים הכרוכים בניסיונות לאזן כראוי בין הרצון לצמצם את הסיכון לבין הצורך לגונן על ערכים וזכויות. הרי הערכת סיכון קבוצתית "פוטרת" את המדינה מלהקדיש את משאבי איסוף המידע והחקירה שהערכת הסיכון האינדיבידואלי תובעת. במילים אחרות: דרישת סף הסיכון הגבוה נגזרת גם מהמודעות לנטייה האנושית (במיוחד בחברות שסועות) למחלוקת בשאלת זיהויו של הראוי ואופן השגתו, ובשאלת זיהויו של המסוכן

ואופן בלימתו, ומהמודעות לנטייה האנושית לגלגל את הסיכון על "האחר" – על המשתייך לקהילת המיעוט התרבותי באותה חברה. שיקול ההוגנות פועל בכיוון נוסף. הוא אינו קובע כי חלוקה הוגנת של הנטל תלויה רק באופן הפיזור של הפגיעות הבלתי מוצדקות הנובעות מהגבלת חירויות הפרט במצבים של יצירת סיכון (קרי: אם הפגיעה בחירויות מוטלת על כלל הציבור או על קבוצה מצומצמת בלבד), אלא הוא פונה לעיין גם בכיוון הדברים המשלים, משמע: אופן הפיזור של הנטל או הסיכון שייגרם לזולת דווקא אם לא יוגבלו חירויות הפרט. במקרה שבו מימוש חירות יסוד של אדם אחד יוצר סיכון לאדם מסוים אחר כגון בן זוגו, או לקבוצה מצומצמת של אנשים להבדיל מהציבור הרחב, הרי שהשאירה להבטיח הקצאה הוגנת של הנטל לשאת בפגיעות בלתי מוצדקות עשויה לחייב באותן נסיבות הנמכה של סף הסתברות הנדרש לשם הצדקת הפגיעה בחירות הפרט. באופן זה ניתן להסביר, למשל, את ההלכה שנקבעה בפרשת טננבוים, שבה נדונה בקשה של קרובי משפחתו של אדם שהיה נתון בשבי כי ייאסר פרסום של מידע שלפי הטענה עלול היה לסכן את חייו. בית המשפט קבע שם כי במקרה זה "לא נדרשת הוכחה ברמה של 'ודאות קרובה' בדבר הסיכון לפגיעה בחיים ובשלום הגוף של טננבוים, כדי שהמערערים יזכו בסעד המבוקש על-ידיהם".³⁵ בית המשפט הוסיף כי "בגלל עוצמת הזכות, מושא ההגנה, די בכך שקיימת אפשרות סבירה לפגיעה בה כדי שביחיד-המשפט יפעל להגנה עליה".³⁶ לשיטתנו, הגורם הרלוונטי להבחנה בין מקרה זה של התלבטות בשאלה אם להגביל או להימנע מלהגביל ביטוי, לבין מקרה טיפוסי יותר של התלבטות כזו שבו אנו דורשים הוכחה ברמה של "ודאות קרובה" כי הפרסום יגרום לפגיעה בחייהם של אזרחים, הוא העובדה שבפרשת טננבוים הקרבן-בכוח של התממשות הסיכון הוא אדם ספציפי ולא ציבור בלתי מסוים של אנשים.

לכסוף, שיקול ההוגנות בפיזור הסיכון להיפגעות בלתי מוצדקת מקים הצדקה נוספת להחלת תנאי הסף האמור של הסתברות ממשית לסכנה כתנאי לפגיעה שלטונית באדם. הצדקה זו היא ההערכה כי פגיעה בחירות בנסיבות המבטאות ייחוס בלתי מוצדק של "אשמה" לפרט שחירותו מוגבלת – בין במובן הפורמלי של הטלת אחריות פלילית ובין במובן מוסרי רחב יותר, שעניינו זיהוי כוונה לפגוע באחרים או לפחות אדישות לכך – היא פוגענית במיוחד. היא שונה מהגבלת חירות שנועדה למנוע פגיעה בלתי מכוונת. הגבלה מהסוג האחרון אינה כרוכה בדרך כלל בפגיעות נוספות מלבד אלה הישירות הנובעות מהגבלת החירות עצמה, ומכאן הנטייה להסתפק במקרים כאלה בהשוואה בין תוחלת הנזק לבין העלות (כפי שמקובל, למשל, בדיני נזיקין, ביחס לקביעת אחריות בגין מעשה רשלני). לעומת זאת, כאשר הגבלת החירות נועדה למנוע סיכון לפגיעה מכוונת בזולת, אזי במקרה שבו האדם שחירותו הוגבלה לא היה פוגע בזולתו גם אלמלא הוגבלה

35 ע"א 9185/03 טננבוים נ' הוצאת עיתון הארץ בע"מ, פ"ד נח(1) 359, 366 (2003).

36 שם.

חירותו, הפגיעה הבלתי מוצדקת בו היא עמוקה ורחבה יותר מחמת המשמעויות הנלוות להגבלתו.

לאור כל זאת, יציקת תוכן להכרה בזכויות יסוד מחייבת לקבוע כי אין להגביל את חירותו של אדם בנסיבות שבהן הסיכון שהוא יוצר לאחרים נופל מסף מסוים, וכי ה"אשם" המצדיק פגיעה בזכות יסוד הוא אשם אישי – לא קולקטיבי, לא תורשתי, ועל כן גם לא שרירותי – בגין מעשה שנעשה או כזה הצפוי להיעשות ברמה ניכרת של הסתברות.³⁷

3. מדיניות תיוג הפוגעת בקבוצת מיעוט

סוג שני של מקרים שבהם יש להחיל את הדרישה כי הסיכון הנשקף מן הפרט יעלה על סף מסוים כתנאי למדיניות של תיוג שחלה עליו מכוח תחולתה על הקבוצה אליה הוא משתייך – הוא זה שבו התיוג מייחס לחברי הקבוצה סיכון שהוא גדול יותר מזה הנשקף מיתר האזרחים, בנסיבות שבהן הקבוצה המתויגת היא קבוצת מיעוט הסובלת מקיפוח, מהדרה או מחשד בחברה הנבחנת. סוג מקרים זה נובע מהנקודה שבה דנו זה עתה – השאיפה להוגנות, והמודעות לכך שהכוחות הפועלים כנגד הוגנות הם חזקים במיוחד בחברה שסועה. חברה שסועה ליברלית תיזהר שקו הגבול המתוחם בה בין המותר לאסור לא ישורטט באופן המטיל את עיקר משא ההגבלה – היינו: מחיר מניעת הסיכון – על המיעוט; חברה כזו גם תיזהר מפני חיזוק הכוחות החברתיים והפסיכולוגיים המעמיקים את השסע ודוחקים להדרה ולקיפוח נוספים של המיעוט.

מעשית אנו פוגשים שני סוגי מקרים שבהם מדיניות מוחלת באופן גורף על קבוצה של אנשים, בלא לערוך בדיקה אינדיבידואלית של הסיכון הנשקף מכל אחד מהם. בסוג

37 ראו הדיון ב"עקרון הנזק": ג'ון סטיוארט מיל על החירות פרק ד', ובמיוחד בעמ' 160-162 (עפר קובר מתרגם, 2006). השיקולים הנזכרים הם שהובילו את בית המשפט העליון להגיע לתוצאה אחרת מזו שאליה הגיע בעניין עדאלה, וזאת בפרשה חשובה שיש בה קווים ממשיים של דמיון לעניין עדאלה – עניין פלונים נ' שר הביטחון, לעיל ה"ש 11. באותו מקרה נשללה חוקיות החלטתה של המדינה לוותר על דרישת הסיכון האישי בשמו של טעם ביטחוני דוחק – שחרור שבויים והחזרת נעדרים של ישראל באמצעות שימוש במעצר מנהלי של עצירים מלבנון כ"קלפי מיקוח". הנשיא ברק נימק את הכרעתו בדברים הבאים (שם, בעמ' 741-742): "המעבר ממעצרו המינהלי של אדם שממנו נשקפת סכנה לביטחון המדינה למעצרו המינהלי של אדם שממנו אין נשקפת סכנה לביטחון המדינה, אינו מעבר 'כמותי'. זהו מעבר 'איכותי'. המדינה עוצרת, באמצעות הרשות המבצעת, אדם שלא ביצע כל עבירה, ואשר אין נשקפת ממנו כל סכנה, וכל 'חטאו' – בהיותו 'קלף מיקוח'. הפגיעה בחירות ובכבוד היא כה מהותית ועמוקה, עד שאין לסבול אותה במדינה שוחרת חירות וכבוד, גם אם נימוקים של ביטחון המדינה מובילים לנקיטת צעד זה. [...] איש בעונו ייעצר ואיש בחטאו יחזק במעצר מינהלי. אין עוצרים במעצר מינהלי אלא את מי שעצמו, במעשיו שלו, מהווה סכנה לביטחון המדינה. כך במצב הדברים שקדם לחקיקתו של חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו. כך בוודאי לאחר שחוק-יסוד זה נחקק, והעלה את חירותו של אדם ואת כבודו לרמה חוקתית-על-חוקית".

אחד של מקרים הקבוצה שעליה מוחלת המדיניות הנדונה נקבעת על פי שיקולים "ניטרליים", שאינם קשורים לזהותם של הפרטים הרלוונטיים. דוגמה לכך היא עריכת חיפוש בכליו של כל מי שמגיע למקום מסוים. עריכת החיפוש אמנם מבטאת חשש כללי כלפי כל הפרטים שעליהם מוחלת מדיניות זו, אך ההחלה הגורפת של המדיניות על כל מי שמגיע למקום, ללא הבחנה המבוססת על מאפיינים אישיים של הפרט, מקהה את הפגיעה. במקרים מסוג זה די בהסתברות נמוכה לכך שכל אחד מן הפרטים הרלוונטיים יבקש להסתיר בכליו חפץ מסוכן כדי להצדיק מדיניות של בדיקה פשוטה ולא פולשנית. משמע, כאשר הפגיעה באינטרס המוגן עצמו – הזכות לפרטיות – היא זניחה, וכאשר המדיניות הנבחנת אינה כרוכה בפגיעות נוספות שכן היא ננקטת על בסיס "אוניברסלי" או רנדומלי, ניתן לוותר על דרישת הסיכון האינדיבידואלי.³⁸ לא כך כאשר הפרטים הנמנים עם הקבוצה שעליה מוחלת מדיניות התיוג נבחרים בהסתמך על מאפיינים המבטאים השתייכות קבוצתית שלהם כגון היותו של אדם ערבי, בן דת מסוימת או ממוצא ערבי מסוים; לא כך כאשר מאפיינים אלה היו ומהווים בסיס מתמשך באותה חברה להדרה ולאפליה של בני הקבוצות הללו. במקרים כאלה, אם המדיניות מבקשת לסמן את אלה שהם חשודים יותר מאחרים בנכונות לפגוע, להפר את החוק וכדומה, כי אז הפגיעה הנוצרת היא מורכבת ורבת עצמה.³⁹ פגיעה זו היא בעצם הסתעפות של האפיון הראשון המקים את הדרישה לרמת סף של סיכון אינדיבידואלי, קרי: מצב שבו מדיניות התיוג פוגעת בזכות יסוד של המתויג – במקרה זה, זכות היסוד לשוויון. דוגמה מוכרת למדי היא הבדיקה המוגברת של נוסעים ערבים וכבודתם בנמלי התעופה.⁴⁰ מגוון של פגיעות נולדות בעטייה של פרקטיקה זו. ראשית, פגיעה בפרטיות:

38 השוו לפרסם הדין האמריקני *Edmond*, לעיל ה"ש 31.

39 לביקורת על השימוש במדיניות של תיוג על בסיס אתני ולאומי בשל ההשלכות השליליות העקיפות הקשות הכרוכות בה ראו, למשל, Barak-Erez, לעיל ה"ש 6; DANIEL MOECKLI, HUMAN RIGHTS AND NON-DISCRIMINATION IN THE 'WAR ON TERROR' 202-208 (2008).

40 אין זה ברור עד תום מהי המדיניות המוחלת בפועל, שכן המדינה סירבה עד כה לפרט מהן אמות-המידה המוחלות. ראו בש"א 6763/06 כיאט נ' רשות שדות התעופה (פורסם בנבו, 28.11.2006); עת"מ (ת"א) 1555/06 התנועה לחופש המידע נ' רשות שדות התעופה (פורסם בנבו, 15.11.2006). מידע אנקדוטלי רב מופיע בדו"ח הבא: טארק איבראהים "חשודים בהיותם ערבים, איפיון גזעי של נוסעים בנתב"ג ובחברות תעופה ישראליות" האגודה הערבית לזכויות האדם והמרכז למאבק בגזענות (2006). www.arabhra.org/Hra/SecondaryArticles/SecondaryArticlePage.aspx?SecondaryArticle=1336. ההערכה כי היותו של אדם ערבי היא גורם החורץ את (או לפחות משפיע באופן ניכר על) ההחלטה אם לנקוט כלפיו בדיקה קפדנית יותר מזו הנהוגה לגבי אזרחים ישראלים אחרים מבוססת לא רק על מידע אנקדוטלי: בתגובתה לעתירה שבה התבקש בית המשפט להכריז כי מדיניות התיוג האתנית בשדות התעופה אינה חוקית, נמנעה המדינה מלטעון כי תיוג כזה אינו מוחל. המדינה ציינה כי היא מתחייבת באופן כללי לעשות מאמץ "למעט ככל האפשר בהבחנות בין אזרחי המדינה" (ס' 25(ד) לתגובה מקדמית מטעם המשיבים, מיום 12.3.2008, בג"ץ 4797/07

ההשתייכות הקבוצתית מנתבת לעתים לבדיקה שהיא פולשנית יותר. שנית, הבדיקה המוגברת הסלקטיבית נעשית לעתים בפני אחרים, וכאשר אין מדובר בפרוצדורה אקראית (רנדומלית) אלא בפרוצדורה תלויה חשד אזי נלווה לה גם ממד של השפלה או תיוג פומביים. שלישיית, יש בה ייחוס רשמי של חשד מוגבר המופנה כלפי אזרחים מקבוצה אחת – האזרחים הערבים – בהשוואה לבני החברה האחרים. ייחוס של חשד מוגבר לנכונות להרוג חפים מפשע הוא פוגעני מאוד.⁴¹ רביעית, תיוג זה של גורמי הביטחון הרשמיים של ישראל גורר השלכות על מידת הפלייתם (ובאופן כללי על שבריריות מעמדם) של בני קהילת המיעוט, שכן הוא משפיע כמעט בהכרח על עמדתם והתנהגותם של בני קהילת הרוב כלפי בני קהילת המיעוט באינטראקציות השונות ביניהם: בחיפושם של האחרונים אחר מקום עבודה או דירה להשכרה, בבקשם להיכנס למרחבים ציבוריים שונים וכדומה.⁴² משום כך, אף אם יופעלו אמצעים טכנולוגיים שיצמצמו את הבדיקות הפומביות לנוסעים,⁴³ אין בכך כדי להקהות באורח ניכר את מרב השלכותיה הקשות של מדיניות זו. חלק חשוב מההשלכות הקשות של מדיניות זו נובע מה"מודעות" לה, להבדיל מאופן הפעלתה. הכוונה למודעותם של האזרחים הערבים לכך שמדינתם שלהם מבדלת אותם ומסווגת אותם רק בשל מוצאם כמסוכנים יותר

האגודה לזכויות האזרח בישראל נ' רשות שדות התעופה). אם כן, אין בדברים אלה כל הכחשה של הטענה כי בגדר ה"הבחנות" האמורות נכללת גם העובדה שהנוסע הוא ערבי. בהתחשב בעובדה שזה מוקד הדיון בעתירה, מכלל הלאו שומעים את ההן.

41 להצבעה על ההשלכות השליליות העקיפות הקשות הכרוכות במדיניות זו ראו יורם מרגליות "הפליה סטטיסטית בשירות הביטחון" משפט ועסקים ה' 323, 336-339 (2006). עם זאת, ביקורתו של מרגליות על התיוג האתני מתונה משלנו; דומה כי עמדתו פותחת לתיוג זה פתח שאינו צר.

42 מעבר לארבעת סוגי הנוזקים שהוזכרו, שהם מובהקים למדי, יש סוג נוסף, שהתרחשותו והיקפו ספקולטיביים יותר. כוונתנו להשפעתה האפשרית של מדיניות התיוג על התנהגותם של הפרטים השונים שהם מושאיה. השפעה אפשרית אחת היא "אפקט פיגמליון" במהופך – נבואה רעה המגשימה את עצמה – משמע: החשדה ופגיעה בחפים מפשע כמקורות לתסכול, להתנגדות ולהצטרפות לפשע. השפעה אפשרית אחרת, בכיוון אחר, היא מיקוד של מאמצי האכיפה (למשל כנגד סחר בסמים) ביחידה של קבוצה מסוימת עשוי להגביר את הנטייה של מי שאינו נמנה עם קבוצה זו להפר את החוק. לדיון בדוגמה האחרונה ראו, למשל, John Knowles, Nicola Persico & Petra Todd, *Racial Bias in Motor Vehicle Searches: Theory and Evidence*, 109 J. OF POL. ECON. 203 (2001).

43 בתשובתה לעתירה תלויה ועומדת כנגד התיוג בשדות התעופה, בג"ץ 4797/07 האגודה לזכויות האזרח בישראל נ' רשות שדות התעופה, הביטחה המדינה למתן את הפגיעה בפרטיות ואת ההשפלה הנלוות לבדיקה שונה ולא רנדומלית שהיא פומבית, וזאת בהדרגה, עד ינואר 2011. המדינה דיווחה כי יוכנסו לשימוש מכשירי שיקוף משוכללים והבדיקה המיוחדת של "כבודת הבטון" של הנוסע הערבי (המטען הנשלח לבטון המטוס) תיעשה שלא בנוכחות הנוסעים האחרים. אשר לבדיקה של כבודת היד ושל הנוסע עצמו, המדינה הסתפקה, כאמור לעיל, בהבטחה כללית לעשות מאמץ "למעט ככל האפשר בהבחנות בין אזרחי המדינה".

וכחשודים יותר מאחרים בנכונות להרוג חפים מפשע; ולמודעותם של בני קהילת הרוב לאופן שבו רשויות הביטחון מסווגות את האזרחים הערבים. שום מכונת שיקוף לא תעלים את שתי הבעיות הללו.

יש המציעים לנפגעים לא להיפגע אישית אלא לראות את הדברים כ"מדיניות יעילה של ניהול סיכונים, הפועלת לטובת כולם". זוהי גישה לא ראויה. ראשית, היא משיבה בטעם של "יעילות" לשאלה מדוע לא לנקוט בדיקה אוניברסלית, קרי: בדיקה זהה לכל האזרחים הישראליים העולים לטיסה (או בדיקה קפדנית רנדומלית), בהתבסס על ההנחה כי בדיקה אוניברסלית תצריך עוד בודקים ולחלופין תהא כרוכה בזמן המתנה ממושך יותר בהליכי טרום הטיסה. אולם, חיסכון בזמן או חיסכון במשאבים אינם תשובה מספקת לפגיעה ממשית בזכויות אדם. שנית, תשובה מעין זו נתקלת בקושי מוגבר בחברה שסועה, שהרי היא נעדרת "מסך בערות"⁴⁴ השסע האתני-לאומי הוא חד, ואין השתייכויות צולבות שמקחות אותו. ההשתייכות ניתנת לזיהוי קל באמצעות שפה, מבטא, שם המופיע בדרכון וכדומה. בנסיבות מעין אלה, שיקולים של חיסכון בזמן ובמשאבים אל מול משא הבדיקה המתייגת מתפצלים באורח חד. דפוס ההתמודדות עם הסכנה מוכרע באמצעות גלגולה של עלות ההתמודדות באופן מוטה כנגד בני קבוצה שאלה לא ישתייכו מקבלי ההכרעות לעולם.

זהו הטעם המרכזי שבשלו האמנה הבינלאומית לזכויות אזרחיות ופוליטיות משנת 1966 קובעת, ב-זמנית, כי ניתן להגביל את היקפן של רוב הזכויות והחירויות במצבי חירום לאומי, אולם אין בשום אופן לגרוע או להתנות על הזכות לאיסור האפליה (סעיף 4 לאמנה). במילים אחרות: בני אדם אינם רשאים לנסות לקנות את ביטחונם על ידי פגיעה מפלה באחרים, ואין הם רשאים להפוך בני אדם אחרים לאמצעים להשגת ביטחונם. הם רשאים (בסייגים של מידתיות) לשנות את "שולי הסיכון" שהם נוטלים בעת חירום, משמע: לפגוע יותר מהמותר בימי שלום בחופש התנועה, בחופש הביטוי, בפרטיות, בקניין וכדומה, אך הם צריכים להחיל את השינוי הזה על הכול, ללא הפליה. בתמצית, ההיתר לשנות את "שולי הסיכון" מסויג באיסור לעשות כן באורח סלקטיבי. נאסרת לפיכך הטיה על בסיס השתייכות קבוצתית, ובתוך כך נאסר המעבר ממבחן סיכון

44 "מסך בערות" הוא תפיסה היפותטית לזיהוי התנאים שיהפכו החלטה הקצאתית לצודקת והוגנת באופן מלא. תפיסה זו גובשה על ידי רולס בספרו הקלסי JOHN RAWLS, A THEORY OF JUSTICE (1971). בעולם הריאלי לא ניתן כמובן לגבש את התנאים המתקיימים מאחורי מסך בערות, אך יש נסיבות שמתקרבות לכך יותר מאחרות. כך, למשל, אנו מדברים על בתי משפט כמוסדות המחויבים להקשיב ובאופן מעמיק לקולות שונים, וכמוסדות שבפועל חשופים ליותר זוויות ראייה מרשויות הביטחון – ולכן גם כמוסדות טובים יותר במלאכת האיזון שבדרך כלל מתקיימת כאן. כמו כן, חברות אנושיות שבהן ההשתייכויות השונות של חבריהן הן צולבות, להבדיל מחופפות (כמו בישראל), יש בהן באופן חד פחות הבחנה בין "אנחנו" ל"הם", ויותר "בערות" ביחס להשתייכות, ועל כן סיכוי רב יותר להוגנות.

אישי למבחן סיכון קולקטיבי. אשר על כן איננו מסכימים עם העמדה כי לשם הצדקה של תיוג אתני די בהצבעה על כך שהתועלת הנובעת מהחלת מדיניות זו עולה על עלותה.⁴⁵ תיוג הכולל יסוד אתני ומופיע בחברה שסועה יהא מוצדק רק אם הערכת סיכון אינדיבידואלית תומכת בו, קרי: הסיכון (גם אם הממוצע) הנשקף מכל אחד ממושאי התיוג הוא ניכר.

הטיעונים שפרסנו זה עתה מסייעים להשיב לכמה טיעוני-נגד המופיעים בכתיבה שביקשה להצדיק תיוג או לתמוך בתוצאתו של פסק דין חוק האזרחות והכניסה לישראל. טיעון אחד נוגע לכשרותם של תחשיבים אקטואריים, הנשענים ומסתפקים ב"ראיות סטטיסטיות". על פי תפיסתנו, הנכונות הקיימת להסכין עם פרמיית ביטוח רכב דיפרנציאלית – כזו המעדיפה נשים נהגות מנהגים גברים, או נהגים מבוגרים מנהגים צעירים – כלל אינה מכשירה את קבלתו של תיוג ביטחוני של אזרחים ערבים. הדיפרנציאציה בפוליסת הביטוח מגלמת מצב שבו "הקבוצה החשודה" – הנשים – היא דווקא המוטבת של אותה דיפרנציאציה. בדוגמה השנייה, הדיפרנציאציה משקפת יחס מטיב לנהגים המבוגרים, שהיו פעם צעירים ועתה יש להם ילדים צעירים שבהמשך ייהפכו למבוגרים וייהנו מאותה הטבה; אבל אין יהודים שהיו ערבים או שיהיו ערבים, ועל כן ההחלטות הפוגעות באחרונים צריכות להיבחן תחת חשד.⁴⁶ באופן דומה, אין גם כוח רב להיקש אחר שהוצע – לחקיקה שקובעת באופן חד דרישת גיל, דוגמת הגיל שבו מתגבשת הזכות לבחור, תוך ויתור על היכולת להוכיח התגבשותה של בגרות או בשלות בגיל שהוא צעיר מדרישת הסף.⁴⁷ דרישות מעין אלה הן אוניברסליות ועל כן אינן מעוררות את החשד שמתעורר בענייננו. נקודה חשובה נוספת: מה שמחדד עוד את קשיי ההיקש כלפי הדוגמה של גיל ההצבעה או כלפי הדוגמה של רמת הסיכון הנשקפת באורח ממוצע מנהגות בהשוואה לנהגים, או מנהגים מבוגרים בהשוואה לנהגים צעירים, הוא שכולן דוגמאות למצבים שבהם התמונה הסוציולוגית מאשרת, ברמה של מובהקות, את שמבקשים לבסס עליה. אשר על כן, ההסדר המתבסס על אותה תמונה אמנם פוגע שלא בצדק בכמה בני אדם, אך זהו מיעוט קטן בקרב הקבוצה (למשל: אותם נהגים צעירים שהם זהירים ברמה הדומה לנהגים מבוגרים). משמע, הסדר זה מגיב באורח הולם לרוב הגדול של המקרים שעליהם הוא חל. אולם במקרה של חוק האזרחות והכניסה לישראל, כמו גם בדוגמת התיוג בשדות התעופה, מצב הדברים הפוך בתכלית:

45 לעמדה מסוג זה, שהיא כאמור שגויה בעינינו, ראו, למשל, מרגליות, לעיל ה"ש 41; POSNER; לעיל ה"ש 28, בעמ' 120-116; HEYMANN & KAYYEM; לעיל ה"ש 10, בעמ' 101-108.

46 השוו עם דבריו של הנשיא ברק בפרשת קעדאן: "טיפול שונה בשל דת או לאום הוא טיפול 'חשוד' והוא לכאורה טיפול מפלה". בג"ץ 6698/95 קעדאן נ' מינהל מקרקעי ישראל, פ"ד נד(1) 276, 258 (2000).

47 להיקש זה ראו אורגד, לעיל ה"ש 6.

הנפגעים שלא בצדק אינם אך מיעוט קטן של המקרים הנופלים בגדרו של ההסדר החוקי; הם הרוב המוחלט שלו.

4. בחינת תוקפו של חוק האזרחות והכניסה לישראל לאור המבחן ההסתברותי

לאור הטיעון שהובא לעיל, לשם הערכתו של הסדר שלטוני יש לבדוק אם מתקיים בו לפחות אחד משני המאפיינים שתוארו לעיל, באופן המחייב את החלת הערכת הסיכון האינדיבידואלית – המבחן ההסתברותי – כתנאי להכרה בתוקפו של הסדר זה. בשורות הבאות נבקש להצביע על כך ששני המאפיינים כאחד מתקיימים בהסדר שנקבע בחוק האזרחות והכניסה לישראל. הם מופיעים בעניינו ומאתגרים אותו במצטרב.

(א) פגיעה בזכות היסוד לחיי משפחה

כל שופטי ההרכב בפסק הדין בעניין עדאלה הסכימו כי חוק האזרחות והכניסה לישראל גורם לפגיעה בזכות היסוד לחיי משפחה. המחלוקת ביניהם בהקשר זה נגעה למעמדה של זכות זו: האם היא זכות חוקתית שהפגיעה בה כפופה לביקורת שיפוטית חוקתית? בפסק הדין יש רוב מכריע – שמונה שופטים מול שלושה – לעמדה שלפיה המדיניות שנקבעה בחוק האזרחות והכניסה לישראל פוגעת בזכות היסוד החוקתית לחיי משפחה של בן הזוג הישראלי, המוגנת מכוח הזכות לכבוד האדם. תמכו בעמדה זו ששת השופטים שסברו כי החוק אינו חוקתי, ושני שופטים נוספים, השופטים עדיאל וריבלין.⁴⁸ רק שלושה מבין אחד-עשר השופטים – המשנה לנשיא חשין והשופטים גרוניס ונאור – התנגדו לקביעה זו וקבעו כי אף שהזכות לחיי משפחה היא זכות יסוד, הזכות לממש אותה במדינת אזרחותו של בן הזוג הישראלי אינה זוכה למעמד חוקתי. אשר למחלוקת בשאלת ההגנה החוקתית על זכות זו אנו סבורים כי העמדה שזכתה לרוב ניכר בפסק הדין היא נכונה ומנומקת היטב. עם זאת, משום שסוגיה זו נדונה כבר בהרחבה בספרות,⁴⁹ לא נדון בה כאן.⁵⁰ כך או כך, לצורך טיעוננו לא נדרש כי זכות

48 עניין עדאלה, לעיל ה"ש 2, בפס' 3 לפסק דינו של השופט עדיאל; שם, בפס' 8 לפסק דינו של השופט ריבלין.

49 ראו, בין היתר, דוידוב, יובל, סבן ורייכמן "מדינה או משפחה?", לעיל ה"ש 6, בעמ' 659-665; בן-שמשי, לעיל ה"ש 6, בעמ' 64-82.

50 בשולי הדברים אנו מבקשים לציין כי הנימוק שהציע המשנה לנשיא חשין לעמדתו – כי אין להקנות מעמד חוקתי לאותו היבט של זכות היסוד לחיי משפחה העוסק בזכות הבחירה של בני הזוג לחיות יחדיו במדינתו של אחד מהם – מעורר לא מעט תמיהות. לשיטתו של המשנה לנשיא, "האינטרס החזק והמכריע של המדינה בשמירה על זהותה של החברה בישראל יש בו כדי לגבור [...] על עוצמת הזכות לחיי משפחה ככל שהדברים אמורים בהגירתו של בן זוג זר לישראל" (עניין עדאלה, לעיל ה"ש 2, בפס' 62 לפסק דינו). לפי גישה זו, "הכרה בקיומה של חובה חוקתית המוטלת על המדינה להתיר כניסתם של בני-משפחה זרים, פירושה אינו אלא העברת הריבונות לידי כל אזרח ואזרח

היסוד הנפגעת תהא בעלת מעמד חוקתי. די בהיותה זכות יסוד. אשר על כן, בהינתן ההכרה בכך שמניעת כניסה של בן זוג זר לארץ והשתקעות בה פוגעת פגיעה ממשית בזכויות יסוד של בן הזוג הישראלי, תנאי הכרחי ללגיטימיות של הסדר זה הוא כי הסיכון הנשקף לביטחון המדינה מבן הזוג הזר עולה על סף מסוים.

במסגרת ההערכה של הסיכון הנשקף מבן הזוג יש מקום להתחשב בעובדת היותו של אדם תושב של מדינת אויב. אולם, עובדה זו כשלעצמה אינה מקיימת את הדרישה כי הפגיעה בזכות היסוד תיעשה רק אם הסיכון הנשקף מבן הזוג הוא ניכר.⁵¹ כאמור לעיל, הדרישה הנובעת מן הגישה שאנו מכנים "הערכת סיכון אינדיבידואלית" היא כי בחינת החוקתיות של המדיניות שננקטה תיעשה בהתאם לקביעה מהו הסיכון הנשקף מכל אחד מחברי הקבוצה, ולא מן הקבוצה כולה. לכן, אם אין מקיימים בחינה נפרדת של כל מבקש מעמד, לשם אמדן הסיכון הטמון בו, הרי שבחינת תוקפו של החוק מחייבת לפחות להעריך מהו הסיכון הנשקף מאדם שהמידע היחיד הידוע לגביו הוא היותו תושב

בנפרד, וממילא פוגעת היא ביכולתה של המדינה להתוות את דרכה ולכבד את מורשתה" (שם, בפס' 55). אין זה ברור מכאן מדוע "האינטרס החזק והמכריע של המדינה בשמירה על זהותה של החברה בישראל", גם אם מכירים בו, מצדיק את שלילת ההכרה בזכותו של אזרח ישראל כי בקשתו לצרף אליו לארץ את בן זוגו לא תידחה בניסיונות שבהן הסיכון הנשקף מבן הזוג הוא קלוש. יתר על כן: קשה להבין מדוע האינטרס "בשמירה על זהותה של החברה" ראוי למעמד "מכריע", השולל הכרה במגבלות חוקתיות כלשהן המוטלות על כוחו של הרוב לפגוע בזכות של אזרח ישראלי לקיים חיי משפחה בישראל עם בן זוגו הזר. כידוע, התפיסה המקובלת היא כי העובדה שהכרה בזכויות יסוד חוקתיות עלולה למנוע מימוש מלא של אינטרסים ציבוריים חיוניים אינה מספיקה כדי לשלול את הצורך בסייגים חוקתיים על הגבלתן. תפיסת "החוקתיות" מבוססת על קיומם המשולב של אינטרסים ציבוריים חיוניים, של זכויות יסוד חוקתיות, ושל הכרה בכך שזכויות אלו אמנם אינן מוחלטות אך גבולותיהן קבועים בחוקה ופגיעה בהן צריכה להיות כפופה לפיכך לבקרה ברמות ביקורת שיפוטית על חקיקה. לביקורת דומה ראו בן-שמש, לעיל ה"ש 6, בעמ' 64-78.

51 סוגיה דומה נדונה לאחרונה במסגרת בחינת תוקפו של חוק כליאתם של לוחמים בלתי חוקיים, התשס"ב-2002, ס"ח 192, שם נקבע, בס' 7, כי "יראו אדם שנמנה עם כוח המבצע פעולות איבה נגד מדינת ישראל או שנטל חלק בפעולות איבה של כוח כאמור, בין במישרין ובין בעקיפין, כמי ששחרורו יפגע בביטחון המדינה כל עוד לא תמו פעולות האיבה של אותו כוח נגד מדינת ישראל, וזאת כל עוד לא הוכח אחרת". בית המשפט קבע כי "סעיף 7 לחוק אינו מאיין את החובה המוטלת על המדינה להוכיח את מסוכנותו [האינדיבידואלית] של העצור": עניין פלוני נ' מדינת ישראל, לעיל ה"ש 11, בפס' 21 לפסק דינה של הנשיאה ביניש. יש לשים לב כי הוראה זו חמורה פחות מזו שבחוק האזרחות והכניסה לישראל, שכן היא קובעת חזקה הניתנת לסתירה (בניגוד לחזקה החלוטה בדבר מסוכנות בן הזוג הזר הקבועה בחוק האזרחות והכניסה לישראל), והיא מתייחסת למי שנמנה עם ארגון טרור (להבדיל מהסתפקות בהיות בן הזוג הזר תושב ישות מדינית עוינת). בית המשפט הותיר בצריך עיון את השאלה אם החזקה שנקבעה בס' 7 תקפה חוקתית, אך זאת לאור הפרשנות שהוא נתן להוראה הנזכרת ככזו המחייבת הוכחת מסוכנות אינדיבידואלית של העצור, ולאור הצהרת המדינה כי היא נמנעת משימוש בחזקה המסוכנות (שם, בפס' 24).

או אזרח של מדינת אויב מסוימת (וכן היותו בטווח גילאים מסוים). יש לבחון בהקשר זה בעיקר את הנתונים הידועים מניסיון העבר באשר לתושבי אותה מדינה שהיגרו לישראל במסגרת איחוד משפחות.

איננו שותפים כלל לעמדתו של המשנה לנשיא חשין כי "הלכה טבעית ופשוטה זו – כי אזרח זר שנשקף ממנו סיכון לביטחון המדינה לא יורשה להיכנס אל תוך המדינה – גוזרת מעצמה, כמו מאליה, מסקנה כי בעת מלחמה לא יורשו אזרחי אויב להיכנס אל המדינה, שכן חזקה עליהם כי מסכנים הם את ביטחון-המדינה ואת ביטחון-הציבור".⁵² זילברשץ תומכת בעמדה דומה, בהתבסס על הטענה כי "הנחת-המוצא במקרה כזה היא שאזרחיה של מדינה הנמצאת במלחמה עם מדינה אחרת אינם נאמנים למדינה שאליה הם מבקשים להיכנס. הם אזרחים של מדינת אויב, ונאמנותם למדינת אזרחותם גוררת באופן ישיר העדר נאמנות למדינה שאליה הם מבקשים להגר".⁵³ לעניות דעתנו, עמדה זו מתעלמת משורה של משוכות הניצבות בדרכה.

ראשית, היא מתעלמת משינויים שהתחוללו במשפט הבינלאומי מאז מלחמת העולם השנייה, דווקא בשל מה שאירע בה בהקשר זה – שינויים שהביאו לצמצום ניכר בהיקפה של הדוקטרינה בדבר "נתיני אויב", ובוודאי לביטול החזקה החלוטה בדבר הסיכון הנשקף מהם וההצדקה האוטומטית להטלת הגבלות עליהם.⁵⁴ שנית, יש להבחין היטב בין זר "סתם" לבין זר שכן זוגו ו/או ילדיו נמצאים בארץ אחרת שבשעריה הוא מבקש

52 עניין עדאלה, לעיל ה"ש 2, בפס' 78 לפסק דינו של המשנה לנשיא חשין.

53 זילברשץ, לעיל ה"ש 6, בעמ' 102. לעמדה דומה ראו גם Carmi, לעיל ה"ש 6, בעמ' 44; אורגד, לעיל ה"ש 6; John Finnis, *Nationality, Alienage and Constitutional Principle*, 123 L. Q. REV. 417 (2007).

54 בין היתר, אמנת זנבה הרביעית משנת 1949 בדבר הגנת אזרחים בימי מלחמה מגדירה "נתיני אויב" כ"אנשים מוגנים" לצורך האמנה, וקובעת כי "אין לצוות על עצירתם של מוגנים או על ייחוד מקום מגורים להם, אלא אם כן בטחונה של המעצמה העוצרת מצריך את הדבר לחלוטין" (ס' 42); נקבע שם גם כי "כל מוגן שהושם במעצר או שייחדו לו מקום מגורים, יהיה זכאי לכך, שבית משפט מתאים או ועדה מינהלית מתאימה [...] ידונו מחדש בפעולה זו בהקדם האפשרי" (ס' 43), וכי יש לקיים בחינה תקופתית, לפחות פעמיים בשנה, בדבר הצדקת המשך ההגבלות (ס' 43). כפי שציין כגן, הוראות אלה מלמדות על כך שהדין הבינלאומי אינו מכיר עוד בכך שעצם היותו של אדם "נתיני אויב" מהווה בסיס מספיק להטלת מגבלות על חירותו, אלא נדרשת הערכה של הסיכון הנשקף מכל אדם באופן אישי. ראו Kagan, לעיל ה"ש 6, בעמ' 284. זו גם עמדת הצלב האדום בעניין זה: "When the Convention stipulates that the position of an enemy alien must not be considered solely in the light of his legal nationality, it in fact invites belligerents to take into consideration a whole set of circumstances which may reveal what might be called the 'spiritual affinity' or 'ideological allegiance' of a protected person" (INTERNATIONAL COMMITTEE OF THE RED CROSS, COMMENTARY, CONVENTION (IV) RELATIVE TO THE PROTECTION OF CIVILIAN PERSONS IN TIME OF WAR art. 44(2) (12.08.1949) available at www.icrc.org/ihl.nsf/COM/380-600050?OpenDocument

לבוא. הזכות לחיי משפחה היא זכות אדם, לא זכות אזרח דווקא, ועומדת לו לאדם בגדרה היכולת "ללכת אחרי" בן זוגו למקום שבו הם בוחרים לבסס את חייהם. הזוגיות, ולמצער הנישואין, הופכים את בן הזוג הזר לשונה מהותית מאדם המיפק על שערי המדינה בחיפוש אחר פרנסה, למשל. על כן, אם תפיסתו של המשנה לנשיא חשין מבוססת על "היעדר זכות" לזר-אויב, ואפילו היינו מקבלים מרכיב זה של עמדתו, הרי שהוא מתעלם מייחודו של הזר-אויב המסוים הנפגע כאן. שלישית, עמדה זו פוסחת גם על כך שסיווגם של הפלסטינים כ"זר-אויב" הוא בעייתי, שכן ישראל חבה כלפיהם חובות מיוחדות, הן כ"נתיניה המוגנים" תחת משטר כיבוש, והן מכוח העובדה שכיבושה מתמשך כמעט שני דורות, ובמהלכו התקיימו ומתקיימים יחסי גומלין טבעיים בינם לבין בני עמם, האזרחים הערבים-פלסטינים של ישראל.⁵⁵ רביעית, קשה לקבל עמדה שאינה מבחינה בין חובת הנאמנות הפורמלית של אזרח למדינתו לבין השאלה העובדתית למי נתונה נאמנותו של אדם. העמדה האמורה מבוססת, כך נראה, על החזקה החלוטה כי הנאמנות של אדם לארץ המוצא שלו עומדת בעינה גם אם בחר להגר למדינתו של בן זוגו ולהתאזרח בה. איננו סבורים כי יש מקום לחזקה חלוטה מסוג זה.⁵⁶ חמישית – וזו הנקודה שבה עמדתו הנזכרת של המשנה לנשיא חשופה לקשיים בצורה הגלויה ביותר – עמדה זו מתעלמת מכך שגם אילו היינו מקבלים טענה בדבר "היעדר זכות" כשהיא מושמעת על ידי הנתין שהוא זר-אויב, עדיין קמה טענת זכות מובהקת של

55 דוידוב, יובל, סבן ורייכמן "מדינה או משפחה?", לעיל ה"ש 6, בעמ' 695-696; בן-שמש, לעיל ה"ש 6, בעמ' 83-84; גרוס, לעיל ה"ש 6, בעמ' 83-84; Peled, לעיל ה"ש 6, בעמ' 616-617; Kagan, לעיל ה"ש 6, בעמ' 297. כמו כן ראו את דבריה של השופטת (בדימוס) דורנר בריאיון קצר, שניתן סמוך לאחר מתן פסק הדין (אורית שוחט "דורנר: דברי חשין אומללים – שופטים חייבים לקחת סיכונים" הארץ 25.5.2006): "אנחנו מדברים על נישואים בין ערבים פלשתינאים בני עם אחד, לפעמים בני משפחה אחת, לפעמים רק גדר עוברת ביניהם, לפעמים זה בכלל כפר אחד, והיאויב' הזה שמדובר בו עובד כאן, ואנחנו נותנים לו שירותי רפואה, ויש לנו אפשרות לבדוק [כל אחד מאלה] שמתחננים ומבקשים לגור בישראל, כמו שעשינו עד היום". והיא מוסיפה שם נקודה אחרת, המטילה צל על תכליתו המוצהרת של החוק: "למה דווקא תעודת הזהות שתהיה להם היא המסכנת את ביטחון המדינה ולא התעודה הכחולה של 231 אלף הפלשתינאים שסיפחנו במזרח ירושלים?".

56 לביקורת דומה ראו Kagan, לעיל ה"ש 6, בעמ' 287: "The enemy nationals rule is rooted in a historical era in which civilian status during warfare was bound up in the assumption that citizens are inexorably linked to their sovereign governments. [...] The enemy nationals concept is even more artificial in the context of conflict with non-state organizations such as those involved in the War on Terror. It makes little sense to presume automatic loyalty between citizens and a sovereign government in a conflict defined by the prominent role of non-state actors". ראו גם דוידוב, יובל, סבן ורייכמן "מדינה או משפחה?", לעיל ה"ש 6, בעמ' Barak-Erez, לעיל ה"ש 6, בעמ' 4; MOECKLI, לעיל הערה 39, בעמ' 180-191.

האזרח או התושב שנמנע ממנו איחודו עם אותו בן זוג זר.⁵⁷ זכות זו מקימה בפני עצמה את הדרישה שהצגנו כהכרחית – הצורך להראות כי הנפגע הוא מסוכן או נושא סיכון (כאן, מכוח התא המשפחתי שהוא יוצר) וזאת בהסתברות של ממש. מעבר לכל אלה, כפי שנראה בפרק ד להלן, אף אם הסיכון הנשקף מבין זוג מסוים הוא ניכר דיו, יש להוסיף ולהוכיח כי אמצעים פוגעניים פחות אין בהם כדי להפחית את הסיכון הנשקף מבין הזוג אל מתחת לסף הנדרש כדי להצדיק את הפגיעה בזכות היסוד. אמצעים כאלה יכולים להיות, למשל, דרישה לניתוק הקשר הפורמלי של בן הזוג הזר עם מדינת המוצא שלו, החלת פיקוח מוגבר על בן הזוג הזר בשנים הראשונות לשהותו בארץ (ואפילו הליך אזרחי ממושך יותר), ולכל הפחות מתן אישורי כניסה קצרים לשהייה בישראל בדומה לאלה הניתנים לתושבי השטחים המבקשים לעבוד בישראל.

(ב) האיסור על איחוד משפחות כמדיניות תיוג הפוגעת בקבוצת מיעוט
טעם נוסף – מצטבר – המצדיק את ההחלה של הדרישה ההסתברותית ביחס לחוק האזרחות והכניסה לישראל הוא אפיון של החוק כמגבש תיוג אתני אסור. הדיון בפסק הדין בעניין עדאלה, בהפליה על בסיס של השתייכות קבוצתית, התמקד בעיקרו בהיבט אחד הנובע מן ההסדר שנקבע בחוק האזרחות והכניסה לישראל. שבעה מהשופטים קבעו כי החוק פוגע בזכותם החוקתית של אזרחי ישראל הערבים לשוויון.⁵⁸ כפי שהסביר הנשיא ברק:

הרוב המוחלט של הישראלים הנישאים לבני זוג פלסטינים תושבי האזור הינם ערבים אזרחי ישראל או תושביה. פגיעתו של החוק ממוקדת אם כן בערבים הישראלים. אמת, גם ישראלים שאינם ערבים אינם רשאים לחיות בישראל יחד עם בני זוג פלסטינים תושבי האזור. אולם מספרם של אלה בטל בששים. המסקנה היא שחוק האזרחות והכניסה לישראל מגביל, הלכה למעשה, את זכותם של ערביי ישראל, ושלהם בלבד, לממש את זכותם לחיי משפחה.⁵⁹

עניינו של היבט זה הוא בהפליה בהקצאת משאב חברתי (היתרי הגירה) ובהפליה בחלוקת הנטל שבו נדרשים אזרחים מקבוצה מסוימת לשאת (פגיעה בזכותם לחיי משפחה) לשם קידום ההגנה על ביטחון המדינה. אנו מבקשים להעיר הערה קצרה ביחס

57 דוידוב, יובל, סבן ורייכמן "מדינה או משפחה?", לעיל ה"ש 6, בעמ' 397; בן-שמס, לעיל ה"ש 6.
58 עניין עדאלה, לעיל ה"ש 2, בפס' 46-52 לפסק דינו של הנשיא ברק; שם, בפס' 7 לפסק דינה של השופטת ביניש; שם, בפס' 16-18 לפסק דינו של השופט ג'ובראן; שם, בפס' 4 לפסק דינה של השופטת חיות; שם, בפס' 1 לפסק דינה של השופטת פרוקצ'יה; שם, בפס' 9 לפסק דינו של השופט ריבלין; ושם, בפס' 7 לפסק דינו של השופט לוי.
59 שם, בפס' 46 לפסק דינו של הנשיא ברק.

לסוגיה זו וכן לטעון כי החוק מפלה גם במובן נוסף. החוק יוצר תיוג כפול – תיוג ישיר של התושבים הפלסטינים ותיוג עקיף של אזרחי ישראל הערבים – וגם משום כך יש להחיל לגבי את הדרישה ההסתברותית שתוארה לעיל.

בפסק הדין התגלעה מחלוקת בין השופטים בשאלה אם החוק כלל נושא הפליה נגד אזרחי ישראל הערבים, או שמא מופיעה כאן "הבחנה רלוונטית" בין בני זוג זרים שהם נתיני אויב לבין מי שאינם כאלה. לגישתם של השופטים שקבעו כי החוק תקף:

חוק האזרחות והכניסה לישראל [קובע...] הבחנה ראויה ומותרת היא בין מי שנישאו לזרים שהם פלסטינים 'נתיני אויב' וחזקה עליהם כי מהווים הם פוטנציאל לסיכונים ביטחון לתושבי המדינה, לבין מי שנישאו לזרים שאינם 'נתיני אויב'. [...] מניעה [של הגירת פלסטינים תושבי האזור לישראל] פוגעת אמנם בקבוצת מיעוט שרוב מכריע בה הם ערבים, אך פגיעה זו נגזרת היא מנישואיהם לנתיני האויב העלולים לסכן את הציבור בישראל ולא מהיותם ערבים.⁶⁰

לעומת זאת, השופטים שסברו כי החוק מפלה שלא כדין קבעו כי לאור האופי הגורף של האיסור אין לראותו כמבטא "הבחנה רלוונטית":

"ההבחנה עליה מושתת חוק האזרחות והכניסה לישראל [...] היא ההבחנה בין בני זוג זרים של ישראלים שהם פלסטינים תושבי האזור, לבין בני זוג זרים של ישראלים שאינם. ביסוד הבחנה זו לא עומד הסיכון הביטחוני הנשקף מבין הזוג הפלסטיני מהאזור, שכן גם אם אין כל נתון באשר לסיכון הנשקף ממנו, ואפילו מוכח הלכה למעשה שאינה נשקפת ממנו סכנה, כניסתו לישראל אסורה. מסקנתי היא, אם כן, שפגיעתו הקשה של חוק האזרחות והכניסה לישראל במימוש זכותם של בני הזוג הערבים-הישראלים, ושלהם בלבד, לחיי משפחה בישראל, אינה נשענת על הבחנה רלוונטית.⁶¹

אכן, אין להכחיש שיש הבדל בין הסיכון הנשקף מבני זוג שהם 'נתיני אויב' לבין מי שאינם כאלה, כך שההבחנה המוחלטת בחוק האזרחות והכניסה לישראל היא הבחנה רלוונטית לעניין הקטנת הסכנה לביטחון הציבור. אולם, השאלה היא אם די בעובדה זו כדי לקבוע כי מדיניות זו אינה מפלה. פגיעת החוק בשוויון היא בלתי חוקתית משום שהשונויות בין קבוצת בני הזוג הזרים שהם 'נתיני אויב' לבין מי שאינם כאלה אינה

60 שם, בפס' 92 לפסק דינו של המשנה לנשיא חשין.

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

גדולה במידה שדי בה כדי להצדיק את הפגיעה בחפים מפשע ואת הפגיעה בשוויון שהיא תולדת מדיניות זו. כפי שהסביר זאת הנשיא ברק:

הדין היה עם המדינה אילו קבע חוק האזרחות והכניסה לישראל כי בן זוג ישראלי (יהודי או ערבי) אינו רשאי לממש את חיי המשפחה בישראל במקום שנשקף מבוטא הזוג הזר סיכון ביטחוני. במצב דברים זה היה נוצר, אמנם, הלכה למעשה, שוני בין בני הזוג הישראלים-היהודיים (אשר זכותם לממש את חיי הנישואין לא הייתה נפגעת על-ידי החוק) לבין בני הזוג הישראלים-הערבים (אשר היה נמנע מהם לממש את חיי הנישואין שלהם בישראל עם בני זוגם הערבים שבאזור המהווים סיכון ביטחוני). עם זאת, שוני זה היה רלוונטי להשגתה של המטרה המונחת ביסוד ההסדר.⁶²

כאמור, לשיטתנו יש לומר כי הנימוק להכרה בחוקתיות של הסדר היפותטי זה, ולפיכך להכרה בלגיטימיות של ההפליה, הוא כי התוצאה הבלתי שוויונית נובעת מהחלת הבחנה שהיא רלוונטית במידה מספקת להשגת המטרה שביסוד ההסדר. אלא שכאן בחר המחוקק לפטור את המדינה מהדרישה להוכיח כי טמון בבן הזוג סיכון ממשי. המחוקק יצר חזקה חלוטה של סיכון ממשי שכזה. והנה, כפי שכבר ראינו לעיל, לאור הנתונים העובדתיים שהוצגו בפסק הדין, הסיכון הנובע מאדם שכל שידוע לגביו הוא שהוא "נתין אויב" הוא כה נמוך עד שהשוני בינו לבין בן זוג זר שאינו "נתין אויב" אינו רלוונטי במידה מספקת להצדקת ההחלה של מדיניות שתוצאתה כה בלתי שוויונית וכה פוגעת בזכות לחיי משפחה.

כאמור לעיל, אנו סבורים כי החוק מגבש תיוג אתני אסור. הוא עושה כן כלפי הפלסטינים תושבי השטחים, והוא מבטא – אף אם בעקיפין – מדיניות של תיוג אתני נגד אזרחי ישראל הערבים.⁶³ אשר לפלסטינים תושבי השטחים, נאמר בקצרה, כי בעינינו מופרכת ופוגענית הקביעה שכל מי שנמנה עם ציבור זה הוא אויב של מדינת ישראל, שיש להחיל לגביו חזקה חלוטה של מסוכנות, אף אם הוא חי או מבקש לחיות במדינת ישראל לצד בן זוגו וילדיהם. נוסף על כך נלוות למדיניות תיוג זו גם פגיעה באזרחי

62 שם, בפס' 49 לפסק דינו של הנשיא ברק.

63 נקודה זו עולה, גם אם לקונית, בדבריו של השופט ג'ובראן, שם, בפס' 23 לפסק דינו: "[באיסור הגורף] יש לא רק משום פגיעה חמורה ומוגזמת במי מאזרחי ישראל שמבקש לקיים חיי משפחה יחד עם בן זוגו, ילדו או הורהו תושב האזור, אלא גם משום הכללת הציבור של אזרחי ישראל הערבים, כמי שקיים חשש לסיועו, הגם שבעקיפין, לפעילות עוינת למדינת ישראל". כך אפשר להבין גם את קביעתו של השופט לוי, שם, בפס' 9 לפסק דינו, כי "פגיעתו [של חוק האזרחות והכניסה לישראל] אינה רק בבני הזוג המבקשים להינשא, כי אם גם בצביונה הדמוקרטי של מדינת ישראל, ובמרקם היחסים העדין עם ציבור לא מבוטל החי בתוכה".

ישראל הערבים. זאת, משום שכאשר המדינה קובעת באופן גורף, בלא כל בדיקה של מאפיינים אישיים, כי כל בן זוג פלסטיני של אזרח ישראל הוא מסוכן לביטחון המדינה, המדינה אינה מתבססת על מידע שאינו ידוע לבני הזוג אזרחי ישראל; ממילא המשמעות הנובעת מן ההסדר שקובע החוק היא חוסר אמון גורף באזרחי ישראל הערבים, ששיעור מסוים מהם בוחר להינשא לבני זוג תושבי השטחים, כי לא יבקשו לסכן באופן מודע את ביטחון מדינתם בהחלטתם זו. לכן ההסדר מטיח בהם, ולו במשתמע, האשמה וחדש בנכונות לסייע לפגיעה בביטחון המדינה (או לפחות חשד באדישות לכך שמעשיהם עלולים לגרום לכך). יתרה מכך: אם תושבי השטחים מוגדרים כמסוכנים אך ורק בגין היותם פלסטינים – גם אם בחרו להינשא לאזרחי ישראל והם מבקשים לחיות במדינה היהודית, ואין כל בדל של חשד נגדם כי הם מתכוונים לסייע לטרור או אפילו כי הם תומכים במעשי טרור – הרי הקו המבחין בינם לבין הפלסטינים אזרחי ישראל נהפך דק. כך, למשל, המשנה לנשיא חשין נימק את הייחוס של מידה גבוהה של מסוכנות למבקשי המעמד הפלסטינים בדברים הבאים:

תחושת נאמנות זו של אדם לעמו ולמולדתו תחושה טבעית היא [...] ומתעצמת היא שבעתיים במקום שבו מותיר אדם מאחוריו – וזה המקרה השכיח – הורים, אחים, אחיות, בני-משפחה אחרים, חברים וידידים. והנה, במקום שבו נקלעים שני העמים – העם שבמולדת בן-המשפחה והעם שבקרבו הוא יושב עתה – לעימות מזוין זה-עם-זה, עשוי אדם להידרש להכריע למי נתונה נאמנותו ולמי יסייע. ולא אחת יתמוך הוא במולדתו ויבקש לסייע לה בדרך זו או אחרת.⁶⁴

דברים אלה כווננו, כפי פשוטם, אל בני הזוג תושבי השטחים, המבקשים לזכות במעמד בישראל. אולם, אם אדם הוא מסוכן מעצם היותו בן העם הפלסטיני, ומתוקף כך שיש לו קרובי משפחה בשטחים, וזאת אף אם בחר לבקש לחיות במדינת ישראל – המסקנה הבלתי נמנעת, אליבא תפיסה זו, היא כי לא רק בני הזוג תושבי השטחים הם מסוכנים אלא גם הפלסטינים שהם אזרחי ישראל מכוח לידה בה.

ג. "הזכות לחיים ולביטחון": אינטרס של הציבור או זכות יסוד של היחיד?

סוגיה עקרונית שנייה המודגמת בפסק הדין בעניין עדאלה היא האפיון של האינטרס בדבר מניעת מעשי טרור. לפי גישתם של כמה שופטים, אין מקום להבחנה בין "זכות יסוד" מצד אחד, לבין "אינטרס ציבורי" מצד שני, שהרי גם "האינטרס הציבורי" אינו

64 שם, בפס' 78 לפסק דינו של המשנה לנשיא חשין.

אלא אוסף של אינטרסים שלפחות רובם נהנים ממעמד של זכות יסוד. המשנה לנשיא חשין ביטא עמדה זו בפסק דינו:

בענייננו שלגו מדברים אנו בזכות לקיים חיי משפחה, והיא זכות שעוצמתה רבה וקרינה חזקה בוקעת מתוכה [...] אולם, כנגד זכות בת-עוצמה זו, ניצבת עומדת זכות שאף-היא בת-עוצמה רבה, הלא היא זכותם של כלל התושבים לחיים ולביטחון. [...] זכותו זו של היחיד לחיים ולביטחון עוצמה רבה לה. ראשונה במלכות היא במיסדר זכויותיו של היחיד, וברי כי מישקלה הכבד יש בו כדי להשפיע באורח מכריע על האיזון שבין הנזק לבין התועלת.⁶⁵

השופטים ריבלין וגרוניס ביטאו עמדה דומה.⁶⁶ דומה שזה גם כיוון עמדתו של הנשיא שמגר בפרשת גנימאת, ביחס לשאלה באילו נסיבות ניתן להצדיק מעצרו של חשוד עד תום ההליכים:

חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו נושא עמו בשורה חוקתית חקוקה לכל פרט בחברה, אולם בשורה זו נועדה לכל החברה ולא רק לעבריינים שבה. קורבן העבירה בפועל ובכוח וכל אזרח תמים-דרך זכאים הגנה על כבודם ועל חירותם מפני פחד, אימה ופגיעה, לא פחות מן הנאשם. זכותה של אישה שלא לשוב ולהיות מושא למכות ולהשפלות אינה פחותה מזכות בעלה המכה לחירותו. זכותה של צעירה הנעה לתומה בדרכים שלא להיות קורבן לאונס נוסף, אינה פחותה מזכות הנאשם שלא להיעצר. [...] הקניית זכויות מכוח חוק היסוד דינה שתחול על הכול, האזרח והגר, התושב והמבקר, הנאשם והקורבן.⁶⁷

65 שם, בפס' 120 לפסק דינו של המשנה לנשיא חשין.

66 השופט ריבלין קבע כך: "כאשר בביטחון הציבור עסקינן, אינטרס ציבורי בלשונונו, דוברים אנו בלא אחרת מאשר הזכות לחיים ולשלום הגוף של כל אחד מבני הציבור. [...] במקרה שלפנינו [...] מתחדדת דמות הציבור ומתמקדת הסכנה. לא ציבור ערטילאי רואים אנו לנגד עינינו כי אם את פניהם הנוגים של מי שעלולים להיפגע במעשה הטרור הבא" (שם, בפס' 15-16 לפסק דינו של השופט ריבלין). ברוח דומה ציין השופט גרוניס כי "אפילו מקבלים את גישתו המרחיבה של חברי הנשיא בכל הנוגע לזכות לחיי משפחה, עשויה לעלות הטענה שבמקרה הנוכחי מתנגשת זכות זו בזכות חוקתית אחרת, היא הזכות לחיים (סעיף 2 לחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו). [...] התשובה להתנגשות בין שתי זכויות חוקתיות מצויה במה שמכונה לעיתים 'איזון אופקי'. [...] כמובן, שאותה בחינה תוביל בהכרח לצמצומה של אחת מן הזכויות המתנגשות על חשבון חברתה" (שם, בפס' 2 לפסק דינו של השופט גרוניס).

67 עניין גנימאת, לעיל ה"ש 30, בעמ' 616. ראו גם, ביחס למעצרים מנהליים, בג"ץ 9441/07 פלוני נ' מפקד כוחות צה"ל באיו"ש, פס' י לפסק דינו של השופט רובינשטיין (פורסם בנבו, 20.12.2007):

גישה דומה בוטאה גם בהקשרים אחרים, ובכלל זה במסגרת דיון בלגיטימיות של פגיעה בחופש הביטוי לשם הגנה על ביטחון המדינה,⁶⁸ וביחס לחוקיות של שיטת הבידוק הננקטת בשדות התעופה בישראל.⁶⁹ אנו סבורים כי גישה זו שגויה. אנו שותפים לעמדה שהביעה בהקשר זה השופטת דורנר בפרשת גנימאת:

הקניית מעמד של זכות יסוד למכלול האינטרסים הפרטיים המאוגדים בערך הכללי של 'שלום הציבור' [...] עשויה להביא לשלילת המשמעות של זכויות היסוד של הפרטים האינדיווידואליים. [...] בכך שהציבור מורכב מפרטים, וצורכי הציבור מגלמים את צורכי הפרטים, אין כדי לשלול את הדיכוטומיה האמורה בין צורכי הפרט לבין צורכי הכלל, שעליה מבוססת תורת זכויות היסוד של האדם מעיקרה.⁷⁰

"אגב אורחא, אעיר, כי הביטוי הרווח בשיח המשפטי 'זכויות מול ביטחון' יש בו קושי לעצמו, שכן גם זכויות הקרבנות – והציבור כולו – לביטחון ולחיים זכויות הן, אך מצויות הן בצד ה'ביטחוני' של המשוואה, ואם כן אולי הביטוי הנכון הוא זכויות מול זכויות, או מאזן זכויות יחיד וזכויות ציבור במלחמה בטרור".

68 בג"ץ 2753/03 קירש נ' ראש המטה הכללי של צה"ל, פ"ד נז(6) 359 (2003), בעניין ההחלטה להפקיע את כל שידורי הרדיו והטלוויזיה במקרה של התקפת טילים על ישראל. בעניין זה קבע השופט טירקל כי האינטרס הציבורי המתחרה עם חופש הביטוי אינו אלא "הזכות לחיים והחובה להגן על החיים" (שם, בעמ' 377), ואף הוסיף כי "כאשר מדובר בהגנה על חיי אדם, במצב של פיקוח נפש, אין מקום לעשיית איזונים ולשקילת ערכים מתחרים. אמות המידה החוקתיות שמציבה פיסקת ההגבלה בס' 8 לחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו ונוסחאות האיוון הפסיקתיות אינן ישימות ואינן הולמות שעה שחיי אדם – חיי ציבור שלם! – מונחים על הכף" (שם, בעמ' 380). ראו עוד בג"ץ 5016/96 חורב נ' שר התחבורה, פ"ד נא(4) 1, 182 (1997) (השופט טל): "מול 'חופש התנועה', שהיא זכות יסוד חשובה, עומדת 'שבת קדש' שהיא חובתו וזכותו הכמעט אבסולוטית של עם ישראל".

69 ת"א (שלום חיי) 18147/98 תלאוי נ' ארקיע קוי תעופה ישראליים בע"מ, פס' 31 לפסק דינה של השופטת פריאל (פורסם בנבו, 18.12.2003), שם נדחתה תביעתו של אורח ישראלי ערבי בגין ההשפלה שנגרמה לו עקב החלת בדיקות ביטחוניות קפדניות בשדה התעופה: "התגברות הטרור והסיכונים האורבים לחיי אדם [...] מחייבים את האחראים על הבטחון בתעופה האזרחית לנקוט צעדים אשר נועדו להגן בעיקר על החיים [...] של המשתמשים בתעופה האזרחית. חיפוש בגופו של אדם, בבגדיו או בכליו [...] מהווים אחת הדרכים להשגת מטרה זו. [...] אין חולק שיש בכך משום פגיעה בפרטיות [...] ברם, אין זכויות מוחלטות. [...] במקרה דנן יש לאזן בין זכויות מתנגשות אלו. בין זכות הפרטיות לבין זכות החיים, ידה של האחרונה על העליונה".

70 עניין גנימאת, לעיל ה"ש 30, בעמ' 640.

את תמיכתנו בעמדה זו הבענו ונימקנו לעיל;⁷¹ כעת ניגע בתמצית הנימוקים ונוסיף עליהם באמצעות שרטוט של שני טעמים עיקריים – האחד "מוסדי" והאחר "מהותי". ראשית, במישור המוסדי, אימוץ העמדה השוללת את ההבחנה בין זכויות יסוד לבין אינטרסים ציבוריים חותר תחת הטעמים שבבסיס ההכרה בזכות יסוד. ההכרה המשפטית באינטרס מסוים כזכות יסוד ובחובה המוטלת על השלטון לכבדו נועדה לספק לאינטרס זה הגנה מפני פגיעה בלתי מוצדקת בו. יעד זה אמור להיות מושג בדרכים שונות: ההכרה באינטרס כזכות יסוד עשויה להיות בעלת ערך חינוכי, המופנם בתרבות הפוליטית והביורוקרטית וממתן את הסיכון לפגיעה באינטרס הנדון; כמו כן, המעמד של עקרון שלטון החוק גורם לכך שאפיון של החלטה שלטונית הפוגעת באינטרס המוגן כמעשה בלתי חוקי, משום שהיא מהווה פגיעה בזכות יסוד, צפוי (על פי המקווה) לגרור גינוי ותגובה פוליטית כלפי רשויות השלטון; יתר על כן: הקביעה כי פגיעה באינטרס מהווה פגיעה בזכות יסוד יוצרת הצדקה להתערבות מוסדית. הכוונה היא להחלה של ביקורת שיפוטית, שפירושה בחינה של גורם בקרה בעל מידה של עצמאות אם החלטתה של המערכת הפוליטית לפגוע באינטרס המוגן היא מוצדקת. מדוע אינטרסים מסוימים זוכים לסיווג של זכויות יסוד, המעניק להם את ההגנות המיוחדות הנזכרות? שני יסודות מצטברים מסבירים זאת: החשיבות של אינטרס זה כציר או כביטוי של "האוטונומיה האנושית", וההערכה הפוליטית, שהיא מטבעה קונטינגנטית, בשאלה מהו הסיכון כי רשויות השלטון הפוליטיות יבקשו לפגוע ללא הצדקה באינטרס הזה דווקא.⁷² והנה, העמדה שעליה אנו חולקים, המבקשת להכתיר אינטרס ציבורי כאוסף של זכויות יסוד, מבטאת התעלמות מן היסוד השני שכן היא מתבססת אך ורק על החשיבות של אינטרסים אלה לרווחת האדם ולאוטונומיה שלו, בלא שמתקיים לגביהם גם החשש כי לא יזכו להגנה נאותה במערכת הפוליטית.⁷³ היישום של העמדה האמורה (האינטרס הציבורי כאוסף של זכויות יסוד) אמנם אינו מונע ביקורת שיפוטית לבחינת הצדקה של הפגיעה בזכות היסוד מכוח אינטרס אחר המוכר על פי עמדה זו כזכות יסוד, אך עמדה זו מערערת את הלגיטימיות של הביקורת השיפוטית, משום שהיא זונחת את התבססותה על החשש כי דווקא סוג מסוים של אינטרסים לא יזכה להגנה נאותה בהליך הפוליטי. יתר על כן: עמדה זו מחלישה מאוד את האפשרות לממש את הדרכים האחרות לאספקת הגנה נאותה על זכות היסוד. כך, למשל, הערך החינוכי של ההכרה בחובה המשפטית לכבד זכויות יסוד מתערער אם האינטרס הציבורי, שבשמו מבקשים לפגוע בזכות היסוד, מוכר אף הוא כזכות יסוד. או אז שיח זכויות האדם נהפך כמעט למסגרת ריקה.

71 הטקסט הנלווה לה"ש 32-38.

72 ראו, למשל, רות גביון "על היחסים בין זכויות אזרחיות-פוליטיות ובין זכויות חברתיות-כלכליות" זכויות כלכליות, חברתיות ותרבותיות בישראל 25 (יורם רבין ויובל שני עורכים, 2004).

73 לדיון בסוגיה זו ראו אורן גזל-אייל ואמנון רייכמן "אינטרסים ציבוריים כזכויות חוקתיות?" (טרם פורסם).

הקושי השני שבאימוץ העמדה כי יש להכיר באינטרסים הניצבים משני צדי המתרס כזכויות יסוד נוגע לאי־ודאות. יש אמנם מקרים שבהם ההתנגשות בין האינטרסים המתחרים היא ודאית (או קרובה לוודאית); כזה הוא, למשל, מקרה שבו מפגינים מבקשים לקיים תהלוחה שתשבש את התנועה (ותפגע לכן בחופש התנועה) או תפגע בקניין פרטי או בזכות לפרטיות. אם תחסום המדינה את התנועה כדי לאפשר למפגינים לקיים תהלוחה – תיגרם פגיעה בחופש התנועה, ואם תמנע המדינה את קיום התהלוחה כדי לאפשר את זרימת התנועה – תיגרם פגיעה בזכות להפגין. במקרים אלה, הפגיעה שהאדם עלול לגרום כתוצאה מפעולתו בגדר זכות היסוד שלו היא ודאית, אלא אם כן תוגבל. יתר על כן: ודאות זו גם מסמנת תכופות את האנשים הקונקרטיים שבהם תפגע אותה פעולה (כגון שכניה של האישיות הציבורית שבפתח ביתה נערכת הפגנה). אשר על כן, האפיון של הסוגיה כמבטא התנגשות בין זכויות ("איזון אופקי") עשוי להיות במקומו, שכן מימוש של זכות יסוד על ידי אדם אחד באה באותן נסיבות על חשבון האפשרות של אדם קונקרטי אחר לממש זכות יסוד המוקנית לו.⁷⁴ נקודה זו מסבירה מדוע "האיזון האופקי" נפרד לרוב מהמבחן ההסתברותי: הוא פועל בסיטואציה שמאופיינת בוודאות, להבדיל מסיכון, ובצורך הנגזר ממנה בסוג של פשרה בין שתי פגיעות ודאיות.

אולם, לא כך כשיש אי־ודאות לגבי עצם התרחשותה של הפגיעה האפשרית (עצמת הסיכון שבמעשה), לגבי זהות העושה, לגבי מצבו הנפשי של העושה ביחס לפעולה (רשלנות או כוונה), לגבי זהותו הקונקרטי של הנפגע או לגבי כל אלה. אי־הוודאות לגבי משתנים רלוונטיים אלה מחדדת את סוגיית ההצדקה לפעולת־נגד מגבילה כזו או אחרת של המדינה. אי־ודאות זו מובילה להבחנה בין ההכרה בכך שלכל אדם זכות יסוד לחיים לבין הקביעה כי לאדם יש גם זכות יסוד כי לא יהיה חשוף לסיכון כלשהו כי אדם אחר יפגע בו – זכות שמטילה חובה על המדינה להגביל בני אדם אחרים באופן גורף

74 להבחנה בין "איזון אופקי" לבין האיזון הפרדיגמטי, "האיזון האנכי", ראו בין היתר דיון אנליטי מוקדם יחסית המופיע בבג"ץ 2481/93 ד"ר נ' מפקד מחוז ירושלים, פ"ד מח(2) 456 (1994). לדיון בקשיים המתעוררים במקרים שבהם מוחל "איזון אופקי" ראו Daphne Barak-Erez & Ron Shapira, *The Delusion of Symmetric Rights*, 19 OXFORD J. OF LEGAL STUD. 297 (1999). הוודאות הנלווית למצבים שבהם מתבהרים הנפגעים (או הנפגעים הפוטנציאליים) הקונקרטיים משנה את אופי הסיטואציה לפחות מטעם אחד נוסף. הקונקרטיזציה מעוררת חשש מפני אי־הוגנות והפליה אפשריות, משום שחברה ליברלית אומרת ליחידיה: יש נטל בשמירת החירות, וההגיונות מחייבת שכל אחד מאיתנו ישתתף בנטל הזה. כל אחד מאיתנו יספוג נזק קטן זהה – למשל, הגבלת חופש התנועה באזורי הפגנה או תהלוחה, וכל אחד מאיתנו יישא בסיכון קטן (זהה) לנזק גדול – למשל, פושעים שישתחררו בגלל חזקת החפות יחזרו לפגוע. אולם, כאשר יש קונקרטיזציה של נפגעים פוטנציאליים, מסך הבערות מוסר ויש יותר סיכון שנחטא באי־הוגנות ובאדישות, שהרי אנחנו יודעים שאיננו "הם", הנתונים בסיכון.

וללא אשם או סיכון מספיק מצדם.⁷⁵ טלו, למשל, אפילו מקרה שבו מסתמן רק משתנה אחד של אי-ודאות: מקרה של אדם שנטען כי הוא מאיים לפגוע באחר. האינטרסים הרלוונטיים של הקרבן-בכוח – בעיקר, השמירה על חייו, על גופו ועל כבודו – מוכרים כזכויות יסוד; אולם מכאן אין נובעת המסקנה כי בהכרח קמה ההצדקה להגבלת זכות התוקף-בכוח לחירות ממעצר. ההצדקה תתגבש רק אם הסיכון הנשקף ממנו לחייו או לשלמות הגופנית או הנפשית של הקרבן-בכוח הוא גבוה מסף מסוים. גישה שונה – כמו זו העולה מן העמדה שתוארה לעיל מפי חלק מהשופטים – תביא לריקון מתוכן את המשמעות של ההכרה באינטרס של התוקף-בכוח לחירות ממעצר כזכות יסוד, הכרה שנועדה לחזק את מעמדו של אינטרס זה בהשוואה בינו לבין אינטרסים מתחרים, כמעין הוספת "לחיצת אגודל" על צד המאזניים המייצג את האינטרס המוכר כזכות יסוד. נקל לשער כי המימוש של זכויות יסוד יהיה כרוך ביצירת סיכון כלשהו לאינטרסים של אדם אחר כלשהו, המוכרים אף הם כזכויות יסוד. לכן, אם יצירת כל סיכון שהוא לאינטרס המוכר כזכות יסוד תיחשב כפגיעה בזכות היסוד המצדיקה התערבות מגבילה של המדינה, לא ניתן יהיה להשיג את המטרה שביסוד ההכרה בזכות היסוד של יוצר או נושא הסיכון.

לאור כל זאת, במקרה כמו זה של ההסדר שנקבע בחוק האזרחות והכניסה לישראל, אין מקום להכיר באינטרס בדבר ביטחון הציבור כאוסף של זכויות יסוד, ואין מקום להכיר בכך שהפגיעה בזכות היסוד לחיי משפחה ובזכות היסוד לשוויון, בנסיבות שבהן הסיכון הנשקף מכל אחד מן הפרטים שחירותם מוגבלת הוא קלוש, נועדה להגן על זכות היסוד לחיים של אזרחי המדינה. מטעם זה אין גם בסיס לטענה כי המדינה הייתה פוגעת בזכות לחיים אם לא הייתה מחוקקת את ההסדר שנקבע בחוק האזרחות והכניסה לישראל והייתה מעניקה מעמד לבן זוג פלסטיני תושב השטחים.⁷⁶ בהינתן העובדה שהסיכון הנשקף מבן הזוג הוא קלוש, הענקת המעמד לא יכולה להיחשב כפגיעה בזכות לחיים של אזרחי ישראל, וודאי לא כפגיעה המצדיקה את ההגבלה שהטילה המדינה כאן על זכויות היסוד לחיי משפחה ולשוויון. על כך יש להוסיף כי העמדה שלפיה מחדלה של המדינה מלהגביל את חירותם של תוקפים-בכוח צריכה להיחשב ל"פגיעה" בזכויות

75 כך, למשל, רוברט נוזיק מציין שכאשר מבקשים לקבוע מהן אותן פעילויות היוצרות סיכון שראוי לאפשר ומהן אלה שיש לאסור, יש לקבוע מהי רמת הסיכון (במונחים של הסתברות לנזק ושל היקף הפגיעה) שממנה והלאה מוצדק להגביל את חופש הפעולה של פרט אחד לטובת הגנה על פרט אחר, כך שהימנעות מכך מהווה "פגיעה" שלטונית בזכות יסוד. ראו ROBERT NOZICK, ANARCHY, STATE AND UTOPIA 73-74 (1974). ראו גם אריאל פורת "פיצוי בגין יצירת סיכון ופגיעה בסיכוי" עיוני משפט כג 605 (2000).

76 זו טענתה החדשה של המדינה בתשובתה לעתירה שהוגשה נגד חוק האזרחות והכניסה לישראל בנוסחו המתוקן (ס' 118 ו-119 לתגובת המדינה מיום 16.9.2007 לעתירה בעניין גלאון, לעיל ה"ש (4).

יסוד של הקרבנות-בכוח מבטאת התעלמות מן ההבחנה היסודית בתורת המוסר – ההבחנה בין פגיעה מכוונת באינטרסים המוכרים כזכויות יסוד לבין פגיעה שאינה אלא תוצאת לוואי של מעשה.⁷⁷

ד. האם פגיעה בזכויות שנועדה "להבטיח ביטחון לישראל" בהכרח מקיימת את הדרישה ל"תכלית ראויה"?

1. "חוק שנועד לתכלית ראויה": מטרות מגוונות וכורח האיזון ביניהן

הטיעון שהובא לעיל בפרק ב הוא כי פגיעה בזכות יסוד היא בלתי מוצדקת גם כשתועלתה גדולה מעלותה, אם הסיכון הנשקף לאינטרס הציבורי (או לזכויות יסוד של אחרים) מהפרט שבו מבקשים לפגוע אינו ניכר דיו. למעשה, טיעון זה הוא חלק ממכלול רחב יותר של עילות לשלילה א-פריורית של הלגיטימיות של פגיעה בזכויות יסוד. בפרק זה אנו מבקשים להצביע על מאפייני היסוד של עילות אלה, ועל כך שמקומן הראוי הוא במסגרת הדרישה ל"תכלית ראויה" הקבועה בפסקת ההגבלה שבחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו.

לפי הגישה המוחלת לעתים קרובות בפסיקת בית המשפט העליון, הדרישה בדבר "תכלית ראויה" מוחלת ביחס לשאלה אם המטרה שאותה מבקשים לקדם באמצעות הפגיעה בזכות היסוד היא חשובה דיה. במילים אחרות, הבחינה היא אם הפגיעה בזכות היסוד נועדה להשיג תכלית ראויה. פסק הדין בעניין עדאלה הוא דוגמה מובהקת לגישה זו. הנשיא ברק קבע שם:

כאשר הפגיעה היא בזכות מרכזית – כגון הפגיעה בכבוד האדם – תכליתו של החוק הפוגע תצדיק הפגיעה אם התכלית מבקשת להגשים מטרה חברתית מהותית, או צורך חברתי לוחץ.⁷⁸

לגישתו, ששיקפה בעניין זה את העמדה של תשעה מבין אחד-עשר השופטים:

חוק האזרחות והכניסה לישראל נועד להבטיח ביטחון לישראל על ידי הפחתה, ככל האפשר, של הסיכון הביטחוני הנשקף מבני זוג פלסטינים החיים יחד עם בני זוגם הישראלים. הוא נועד להגן על חייהם של כל

77 לדין ביקורתי בהבחנה זו ראו, למשל, SHELLY KAGAN, THE LIMITS OF MORALITY 128-182 (1989). ראו גם, בהקשר קרוב לזה הנדון בטקסט: Carol S. Steiker, *No, Capital Punishment is Not Morally Required: Deterrence, Deontology, and the Death Penalty*, 58 STAN. L. REV. 751 (2005).

78 עניין עדאלה, לעיל ה"ש 2, בפס' 63 לפסק דינו של הנשיא ברק.

השוהים בישראל. הוא נועד למנוע פגיעות בחיי אדם. אלה הן תכליות ראויות.⁷⁹

לפי עמדה זו,

נקיטה באמצעים המקטינים ככל האפשר את הסיכון של [ה]טרור [...] הינה מטרה חברתית מהותית. היא צורך חברתי לוחץ. הנה כי כן דרישתה של פסקת ההגבלה כי תכליתו של החוק הפוגע תהא 'ראויה' התמלאה.⁸⁰

אנו סבורים כי גישה זו, המוליכה להסטה של מרכז הכובד של הבחינה החוקתית כמעט באופן בלעדי לדרישת המידתיות, היא שגויה.

הדרישה ל"תכלית ראויה" צריכה להיות מוחלת, כפי שעולה גם מלשון פסקת ההגבלה, ביחס לשאלה אם המטרה של החוק – ולא רק המטרה שאותה מבקשים לקדם באמצעות הפגיעה בזכות היסוד – היא ראויה ("אלא בחוק... שנועד לתכלית ראויה"). יש לציין כי פסיקת בית המשפט העליון אינה עקיבה בעניין זה. אפילו בפסק הדין בעניין עדאלה עצמו השמיע הנשיא ברק עמדה שונה מזו שציטטנו זה עתה, בציין:

תכליתו של חוק הפוגע בכבוד האדם, היא ראויה אם היא נועדה להגשים מטרות חברתיות העולות בקנה אחד עם ערכיה של המדינה בכלל, והמגלות רגישות למקומן של זכויות האדם במערך החברתי הכולל.⁸¹

באופן דומה נקבע בפרשה אחרת (שם נדון צו לסגירת בית קפה, מחמת הסיכון הביטחוני הנשקף מהפעלת המקום), כי

השאלה אם תכלית היא ראויה נבחנת, בין השאר, בשני מישורים. במישור הראשון, תכלית היא ראויה אם היא מקיימת את האיזון הראוי בין האינטרס הציבורי לבין זכויות האדם. לענייננו, האיזון הראוי כולל בחובו מבחן הסתברותי של 'ודאות קרובה'. במישור השני, התכלית היא ראויה אם הצורך בהגשמתה הוא חשוב לערכיה של החברה והמדינה.⁸²

79 שם, בפס' 82 לפסק דינו של הנשיא ברק.

80 שם, בפס' 83 לפסק דינו של הנשיא ברק. לגישה דומה ראו, למשל, בג"ץ 2887/04 אבו מדיגם נ' מינהל מקרקעי ישראל, בפס' 32 לפסק דינה של השופטת ארבל (פורסם בנבו, 15.4.2007): "תכלית של חוק תחשב ראויה אם היא משרתת מטרה ציבורית שהגשמתה עשויה להצדיק פגיעה בזכויות יסוד".

81 עניין עדאלה, לעיל ה"ש 2, בפס' 62 לפסק דינו של הנשיא ברק.

82 בג"ץ 951/06 שטיין נ' המפקח הכללי משטרת ישראל, פס' 18 לפסק דינו של הנשיא ברק (פורסם בנבו, 30.4.2006). הנשיא ברק הוסיף בהקשר זה כך (שם, בפס' 19 לפסק דינו): "לענייננו, צו סגירה נועד למנוע סכנה לבטחון המדינה או לבטחון הציבור הנשקפת מפעילות ארגון הטרור וחבריו. [...]"

לגישה זו, שכאמור לא יושמה בפרשת עדאלה, שורה של השלכות חשובות. בפרק זה נעמוד בקצרה על כמה מהן, שהמשותף להן הוא המסקנה כי לא די בקביעה שפגיעה בזכויות יסוד נועדה "להבטיח ביטחון לישראל" כדי לקיים את הדרישה כי החוק "נועד לתכלית ראויה".

הטיעון המובא כאן מבחין בין שני מישורים של חובה החלה על מחוקק בבואו לפגוע בזכויות יסוד באשר ליישום של הדרישה לתכלית ראויה. המישור האחד נוגע ל"תכלית הסובייקטיבית" של החוק: הדרישה כי ביסודו תהא מודעות של המחוקק ושאיפה שלו לאזן בין מכלול ערכי היסוד של החברה, ובכלל זה הכיבוד של זכויות היסוד. אשר על כן, הסדר הפוגע בזכות יסוד, שכוונת מחוקקו היא למנוע באמצעותו באופן מוחלט סיכון לביטחון המדינה, אינו יכול להיחשב כחוק שנועד לתכלית ראויה, שכן התכלית האחת והיחידה והמוחלטת מעידה על התעלמות מתכליות חשובות אחרות. המישור האחר הוא בחינה אם תכלית החוק היא ראויה מתוך פרשנותו של החוק ומתוך האמצעים שבחר בהם החוק לשרת את תכליתו או תכליותיו. ניתן לכנות זאת "התכלית האובייקטיבית" של החוק, ובהקשר זה טענתנו היא, בין היתר, כי הבחינה אם תכליתו של החוק ראויה צריכה לכלול גם את השאלה אם האמצעי שננקט לשם השגת תכליות כאלה ואחרות הוא מסוג האמצעים שיש להכיר בהם, כעניין א־פריורי, כאמצעים שעשויים להיות לגיטימיים בחברה דמוקרטית. לעניין זה יש השלכה חשובה גם לעניין

התכלית היא לשמור על בטחון המדינה ושלומו הציבורי, אך בה בעת לשמור ולכבד את זכויות הפרט. ביסוד הפעלת שיקול הדעת בדבר סגירת מקום מונח השיקול הבא למנוע סכנה מהארגון ומחבריו בקשר עם אותו מקום. הדרישה בדבר תכלית ראויה מחייבת קיומו של סיכון הנשקף מעצם הפעילות במקום נשוא צו הסגירה. [...] מהי רמת הסיכון ומה מידת הסתברותה? לא די בסיכון של מה בכך. לאור אופיו המיוחד של אמצעי זה ניתן לנקוט אותו רק אם קיימות ראיות מינהליות ברורות ומשכנעות, שאם לא יינקט האמצעי של סגירת מקום, יש וודאות קרובה כי תהא נשקפת ממנו סכנה ממשית לפגיעה בשלום ציבורי. יש לציין, עם זאת, כי מיד לאחר מכן (שם) הוסיף הנשיא ברק כי "אמצעי של סגירת מקום נועד למגר את תשתיתם של ארגוני טרור. הוא נועד לקדם מטרה חברתית מהותית, וצורך חברתי לוחץ, של התמודדות עם ארגונים טרוריסטיים במטרה לחסלם. זו וודאי תכלית ראויה". ספק אם התוספת הזו עולה בקנה אחד עם החלק הראשון של הדברים. לביטויים נוספים של הגישה האמורה ראו גם, למשל, בג"ץ 1030/99 אורון נ' יו"ר הכנסת, פ"ד נו(3) 640, 665 (2002) (השופט אור): "[תכלית היא ראויה אם היא] מכוונת להגשים יעדים חברתיים חשובים, אשר השגתם עולה בקנה אחד עם אופייה של החברה כמגנה על זכויות האדם"; בג"ץ 5026/04 דיזיין 22, שארק דלוקס רהיטים בע"מ נ' רע"נ היתרי עבודה בשבת – אגף הפיקוח משרד העבודה והרווחה, פ"ד ס(1) 38, פס' 19 לפסק דינו של הנשיא ברק (2005): "תכלית היא ראויה אם היא מבקשת לאזן בין האינטרסים של הכלל לבין הפגיעה בפרט. [...] בבחינת השאלה אם תכלית היא ראויה יש לבחון שני היבטים: ההיבט האחד, עניינו תוכן התכלית. תכלית היא ראויה אם היא מטרה חברתית הרגישה לזכויות האדם או אם היא נועדה להשיג תכליות חברתיות, כגון מדיניות רווחה או שמירה על אינטרס הציבור; ההיבט השני, עניינו מידת הצורך בהגשמת התכלית. תכלית היא ראויה אם הצורך בהגשמתה הוא חשוב לערכיהן של החברה והמדינה".

היישום של מבחן-המשנה השני של דרישת המידתיות, בדבר קיומם של אמצעים חלופיים לזה שננקט בחוק – פוגעניים פחות בזכויות יסוד – העשויים להגשים את התכלית שביסוד החוק. כדי לקיים את הדרישה לתכלית ראויה מן ההכרח לקבוע, כאמור לעיל, כי תכליתו אינה למנוע באופן מוחלט סיכון לביטחון המדינה – ואז ממילא האמצעים החלופיים שיש לבחון אינם אמורים להגשים את התכלית (הבלתי ראויה) של השגת "ביטחון מוחלט", אלא איזון ראוי בין מכלול הערכים הרלוונטיים והתכליות הרלוונטיות. ביתרת הפרק הזה נדון בטענות הללו.

2. "תכלית סובייקטיבית ראויה":

חובת המחוקק לשאוף לאיזון בין מכלול ערכי היסוד

פסקת ההגבלה שבחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו נועדה לבסס מישור חשוב של הביקורת השיפוטית, שעניינו בחינה של אופן פעולתו של המחוקק. ביסודו של מישור זה ההערכה כי דרך מרכזית להבטיח כיבוד של זכויות היסוד של האדם בישראל היא התוויה של הליכים נאותים לקביעת הסדרים שלטוניים שיש בהם משום פגיעה בזכויות יסוד. הדרישה היסודית בהקשר זה היא כמובן שהסדר שיש בו משום פגיעה בזכות יסוד לא יתקבל "אלא בחוק... או לפי חוק, מכוח הסמכה מפורשת בו". דרישה זו מבטאת את התפיסה כי אין להעניק כוח בלתי מוגבל לבעלי התפקידים ברשות המבצעת אלא להכפיפם לפיקוחה של הרשות המחוקקת, ואת השאיפה כי ההכרעות הערכיות הכרוכות בהפעלת סמכויות שלטוניות ייעשו במידה רבה ככל האפשר על ידי גוף שיש בו ייצוג לעמדות הציבור, כלומר: על ידי בית המחוקקים.⁸³ גם הדרישה כי החוק "נועד לתכלית ראויה" צריכה להתפרש כמבטאת – נוסף על ההיבטים הנדונים בהמשך – התוויה של דרישה המופנית למחוקק וקשורה להליך החקיקה של הסדר הפוגע בזכויות יסוד. על פי תפיסתנו, הדרישה כי החוק – וכאמור, לא רק הפגיעה בזכות היסוד – "נועד לתכלית ראויה" מורה למחוקק להעמיד לנגד עיניו את מגוון התכליות הרלוונטיות לתחום המוסדר על ידו ואת שאלת איזון. דרישה זו דומה לחובה המוכרת המוטלת על הרשות המנהלית להעמיד לנגד עיניה את מכלול השיקולים הראויים ואת מכלול

83 ראו, למשל, בג"ץ 5936/97 לם נ' מנכ"ל משרד החינוך, התרבות והספורט, פ"ד נג(4) 673, פס' 9 לפסק דינה של השופטת דורנר (1999): "דווקא 'סרבולה' של פעולת החקיקה הראשית, והתנאתה של קבלת חוק בהשגת רוב בקרב נבחרי העם, מהווים ערובה מוסדית מסוימת לכך שזכויות-יסוד לא ייפגעו אלא כאשר הדבר דרוש". כך, למשל, נפסק ביחס להפעלת כוח בחקירה, כי "מתן סמכות לחוקרי השב"כ להפעיל כוח פיזי במהלך חקירה של חשודים [...] מעוררת שאלות יסוד של משפט וחברה, של מוסר ומדיניות, של שלטון חוק ובטחון. שאלות אלה והתשובות להן צריכות להיקבע על ידי הרשות המחוקקת" (בג"ץ 5100/94 הוועד הציבורי נגד עינויים בישראל נ' ממשלת ישראל, פ"ד נג(4) 817, פס' 37 לפסק דינו של הנשיא ברק (1999)). בהקשר קרוב ראו גם בג"ץ 1437/02 האגודה לזכויות האזרח בישראל נ' השר לביטחון פנים, פ"ד נח(2) 746 (2004).

התכליות הרלוונטיות להכרעתה, ובתוכן החובה לשמור ככל האפשר על זכויות האדם, משמע: לשמור על האיזון הראוי בין לבין התכליות האחרות, ככל שהן מתחרות. אמנם קווי הגנה נוספים מגוננים מפני טעות או זדון מצד הרשות, ועילות ביקורת מסוג הסבירות והמידתיות נקראות לבחון את האיזון שנקט בפועל, אולם חובת הרשות לשקול את מכלול תכליותיה ואת איזונן היא עצמאית ומצטברת, וכאשר הופרה היא עשויה להוביל כשלעצמה לבטלות פעולתה של הרשות.⁸⁴ הנמקה בהירה לכך נתנה השופטת דורנר בעניין ויכסלבאום:

ההבחנה בין החובה להתחשב בכל השיקולים הרלוונטיים לבין חובת הסבירות היא חשובה, ואין לטשטשה. ככלל, החלטה של רשות מינהלית תיפסל עקב חוסר סבירות רק אם הרשות סתה ממתחם ההחלטות הסבירות באופן מהותי, ויש הגורסים – קיצוני. הטעם לכך הוא, שמקום בו הופקד שיקול-דעת בידי רשות מינהלית, וזו התחשבה בכל השיקולים שלעניין ולא התחשבה בכל שיקול זר, החלטתה מוחזקת ככשרה זולת אם היא לוקה בחוסר סבירות ברור ומובהק. לעומת זאת, החלטה שנתקבלה מבלי להתחשב בשיקול שלעניין היא פגומה בשל כך בלבד, ולשם פסילתה לא נדרש כי היא תהיה בלתי-סבירה במידה קיצונית או בלתי-סבירה בכלל.⁸⁵

מעשית וגם עקרונית הביקורת השיפוטית מהססת לבדוק את השאלה הסובייקטיבית "האם הכנסת כמחוקק העמידה לנגד עיניה את מכלול התכליות הרלוונטיות החלות על התחום שאותו החוק מסדיר ואת מבחן האיזון הראוי ביניהן". ככלות הכול, מחוקק אינו רשות מינהלית – הוא גוף קולגיאלי, שבו מתקבלות הכרעות שלעתים תכופות שיקוליהן מסועפים ולעתים מצועפים, והוא גם גוף הסמוך לראש פירמידת המוסדות במשפטה של חברה דמוקרטית. אלא שיש להבחין בין שאלת החובה החלה על המחוקק לבין אופן בדיקת התממשותה; יתר על כן: גם אם הביקורת השיפוטית נזהרת מלבחון ישירות את

84 ראו, למשל, את דברי השופט ברק בעניין כהנא, לעיל ה"ש 33, בעמ' 309-310: "רשות השידור רשאית שלא לשדר דעות והשקפות של העותרים, אם לדעת הרשות יש בשידור אותן דעות והשקפות משום ודאות קרובה של פגיעה ממשית בסדר הציבורי. כפי שכבר ציינו, שיקול זה של השפעת דברי העותרים על הסדר הציבורי לא נשקל כלל על-ידי רשות השידור. חזרנו ושאלנו את בא-כוח הרשות, אם עמדתה מעוגנת בתפיסתה, כי בשידור דעות העותרים יש משום ודאות קרובה של פגיעה בסדר הציבורי. התשובה שקיבלנו הייתה, כי שיקול זה לא הובא כלל בחשבון. בכך טעתה הרשות. עליה להתחשב בשיקול זה. [...] גישתי זו אינה מבוססת על התפיסה, כי דעות והשקפות העותרים אין בהן ודאות קרובה של סכנה ממשית לסדר הציבורי. כפי שצינתי, שאלה זו לא נדונה כלל על-ידי רשויות רשות השידור, וממילא לא נדונה כלל על-ידיי".

85 דנג"ץ 3299/93 ויכסלבאום נ' שר הבטחון, פ"ד מט(2) 195, פס' 7 ו-9 לפסק דינה של השופטת דורנר (1995).

"תכליתו הסובייקטיבית" של המחוקק, הרי היא מזהה היטב את החובה האמורה והיא מסייעת תכופות ליישומה בנתיב שונה אך מרכזי מאוד – הנתיב הפרשני. הביקורת השיפוטית עושה ניסיון ראשוני ומקיף לאתר את קיומה של "תכלית ראויה" באמצעות "הפרשנות התכליתית". זו מבקשת להבין את תוכנו של החוק מתוך שילוב בין תכליותיו המיוחדות לבין התכליות הכלליות המלוות כל נורמה משפטית בישראל. שילוב זה, המתקיים כל עוד המחוקק נמנע ממאמץ ברור לחסום את תחולתן של התכליות הכלליות, מוביל להתחשבות במכלול התכליות שמחוקק בחברה דמוקרטית אמור לשמור, ובמצבים של הגבלת זכות אדם שילוב זה מוביל תכופות גם להפנמתו של מבחן האיזון הראוי בגדרו של החוק.

בתום שלב זה אנו ניצבים מול שתי שאלות: האם התכלית שאותרה היא ראויה, והאם האמצעים שנקט החוק בשירותה הם מידתיים? אם מצאנו כי התכלית שעמדה לנגד עיניו של המחוקק בקובעו את ההסדר הפוגע בזכויות היא אך ורק קידום האינטרס הציבורי (כגון השאיפה לביטחון מוחלט), משמע כי אין לראות את תכלית החוק כ"תכלית ראויה". בדומה לכך, אם בחר המחוקק בבירור לדחות את הדרישה כי לא תוגבל חירותו של אדם שהסכנה הנשקפת ממנו אינה ניכרת דיה – למשל, בקובעו הסדר השולל במובהק את הצורך להוכיח מבחן איזון הסתברותי כתנאי לפגיעה באדם שנטען כי נשקף ממנו סיכון לאינטרס הציבורי ועל כן יש להגבילו – די בכך כדי לשלול חוקתית את תוקפו של ההסדר שנקבע.

לסיכום נקודה זו: הדרישה בדבר "תכלית ראויה" נועדה לספק "קו הגנה ראשון" לזכויות היסוד, גם מכוח חיובו של המחוקק להעמיד לנגד עיניו – כבר ברמת עיסוק במטרת מדיניותו – את מכלול התכליות שרשות שלטונית במדינה דמוקרטית אמורה לשקול, וכן להעסיק את עצמו (בדומה לכל רשות שלטונית אחרת) ביישום האיזון הראוי בין התכליות המתחרות תכופות.

3. "תכלית אובייקטיבית ראויה": בחינה א-פריורית של אמצעים

הדרישה כי חוק הפוגע בזכות יסוד יהיה חוק שנועד ל"תכלית ראויה" נועדה לספק קו הגנה חשוב לזכויות היסוד באמצעות הצבת "קווים אדומים", השוללים מלכתחילה את הלגיטימיות של הסדרים מסוימים הפוגעים בזכויות יסוד. דרישה זו מוחלת בראש ובראשונה ביחס למטרה שהמדיניות השלטונית נועדה להשיג באמצעות הפגיעה בזכות היסוד. הבחינה הנדרשת היא אם תכלית הפגיעה בזכות היסוד היא מסוג התכליות המוכרות כראויות בחברה דמוקרטית. התפיסה המקובלת בהקשר זה היא כי אחת ההשלכות החשובות של הכרה בזכות יסוד היא שלילה של הלגיטימיות של פגיעה בה

לשם קידום מטרות מסוימות.⁸⁶ במובן זה, ההכרה באינטרס כזכות יסוד היא "טעם מוציא" (exclusionary reason) ביחס למטרות חברתיות מסוימות.⁸⁷ כך, למשל, ההכרה בזכות היסוד לחופש ביטוי מביאה לכך שאין זה לגיטימי כלל להגביל חירות זו לשם מניעת ביקורת כנגד השלטון, ואין כל צורך בעריכת "איזון אינטרסים". באופן דומה, אין מקום לערוך "איזון" בין הפגיעה בשוויון הנגרמת עקב הפליה בעבודה נגד בני קבוצה מסוימת בחברה לבין האינטרס של המעביד להפלות מחמת אידאולוגיה גזענית שבה הוא דוגל.⁸⁸ תפיסה זו מתמקדת בתכלית של הפגיעה בזכות היסוד, והיא זו שבאה לידי ביטוי בדברים שצוטטו לעיל מפסק דין עדאלה, לפיהם "כאשר הפגיעה היא בזכות מרכזית – כגון הפגיעה בכבוד האדם – תכליתו של החוק הפוגע תצדיק הפגיעה אם התכלית מבקשת להגשים מטרה חברתית מהותית, או צורך חברתי לוחץ".⁸⁹

אנו סבורים כי לדרישה בדבר "תכלית ראויה" נועד תפקיד נוסף, שעניינו שלילה א-פריורית של הלגיטימיות של נקיטת הסדרים מסוימים הפוגעים בזכויות יסוד. לפי הגישה הרווחת כיום בפסיקה, מעת שהוכרה תכלית של הסדר כ"ראויה", הבחינה של חוקתיות ההסדר מתמקדת בשאלה אם האמצעי שנקט לשם הגשת התכלית הוא "מידתי". בחינה זו מבוססת על הערכת הנסיבות הקונקרטיות של ההסדר הנדון, והיא כוללת שלושה מרכיבים: הערכה אם האמצעי שנקט אכן מאפשר להשיג את התכלית; הערכה אם האמצעי נחוץ להשגת התכלית או שמא ניתן להשיגה בדרך פוגענית פחות; והערכה אם המידה שבה האמצעי מקדם את השגת התכלית היא ניכרת במידה המספיקה כדי להצדיק את המחיר החברתי הכרוך בפגיעה בזכות היסוד עקב השימוש באמצעי זה. כאמור, אנו סבורים כי לפני שעוברים לבחינה מסוג זה יש לשלב בחינה א-פריורית של ההסדר שהוחל, וזאת עדיין במסגרת הדרישה לקיומה של "תכלית ראויה". בחינה זו כוללת שני מרכיבים עיקריים: ראשית, יש לבחון אם האמצעי שנקט הוא מסוג האמצעים שעשויים בכלל להיות מותרים בחברה דמוקרטית לאור הפגיעה הנובעת ממנו בזכויות יסוד; ושנית – או בתוך כך – יש לבחון אם האמצעי שנקט מקיים את הדרישה כי הסיכון הנשקף מן הפרט הוא מעבר לסף הנדרש כתנאי להצדקת הפגיעה שלו בזכות יסוד.

86 ראו, למשל, Richard H. Pildes, *Avoiding Balancing: The Role of Exclusionary Reasons in Constitutional Law*, 45 HASTINGS L. J. 711, 724 (1994): "Rights are the tools [...] created for judicially policing the reasons excluded from being legitimate justifications for state action in different spheres"

87 ראו JOSEPH RAZ, *PRACTICAL REASON AND NORMS* 37-39 (1975). ליישום גישה זו ראו, למשל, Iddo Porat, *The Dual Model of Balancing: A Model for the Proper Scope of Balancing in Constitutional Law*, 27 CARDOZO L. REV. 1393 (2006).

88 Mark G. Kelman, *Market Discrimination and Groups*, 53 STAN. L. REV. 833 (2001).

89 עניין עדאלה, לעיל ה"ש 2, בפס' 63 לפסק דינו של הנשיא ברק.

המרכיב הראשון המוצע כאן לדרישה ל"תכלית ראויה" עוסק בהערכה עקרונית של האמצעי שננקט לשם השגת התכלית. יש לבחון אם האמצעי שננקט הוא מסוג האמצעים העשויים להיות לגיטימיים כעניין א-פריורי. טלו, למשל, את שאלת החוקתיות של עונש מוות. אין מחלוקת כי התכלית של הטלת עונש מוות – הרתעת רוצחים-בכוח – היא ראויה. חרף זאת עונש מוות נתפס במרבית המדינות הדמוקרטיות בעולם כאמצעי בלתי חוקתי. הסיבה לכך אינה בהכרח ההערכה כי מידת התועלת של אמצעי זה (הרתעת רוצחים-בכוח) נופלת מעלותו (הפגיעה בזכות לחיים של הרוצח), כלומר: כי אמצעי זה "אינו מידתי" במובן של חישובי עלות-תועלת; עונש המוות נתפס כבלתי חוקתי בהתבסס על שלילת הלגיטימיות של השימוש באמצעי זה, כלומר: של הרתעה באמצעות הריגה מכוונת של אנשים.⁹⁰ במינוח שאנו מציעים כאן, חוק הקובע עונש מוות הוא בלתי לגיטימי משום שאין לראות בו חוק שנועד לתכלית ראויה. דוגמה אחרת היא הוויכוח בשאלה איזה אמצעים מותר לנקוט במסגרת המאבק במעשי טרור של מחבלים-מתאבדים. למשל, האם מותר לנקוט מדיניות של הריסת ביתו של מחבל-מתאבד? האם מותר לפגוע בקרובי משפחתו, למשל באמצעות הריסת ביתם, מאסרם, גירושם ושמא אף הריגתם?⁹¹ נקל להסכים כי ככל שהתכלית של אמצעי מדיניות מסוג זה היא מניעת מעשי טרור על ידי מחבלים-מתאבדים, מדובר ב"מטרה חברתית מהותית" או ב"צורך חברתי לוחץ". עם זאת, יש להוסיף ולברר אם גם הרתעה באמצעות איום בפגיעה או פגיעה בפועל בחפים מפשע, שגורלם יקר למי ששוקל לבצע פיגוע התאבדות, היא מסוג האמצעים שניתן לנקוט כעניין א-פריורי בחברה דמוקרטית. התפיסה המקובלת היא כי עינויים, לקיחת בני ערובה ופגיעה ניכרת אחרת בחפים מפשע הם פסולים לא רק משום היותם לא מידתיים, אלא משום שאינם יכולים להיות פועל יוצא של תכלית ראויה של מחוקק דמוקרטי.⁹²

90 ראו, למשל, Steiker, לעיל ה"ש 77, בעמ' 756-764.

91 ראו בהקשר זה את דבריו של סגן השר לביטחון פנים באותה עת, גדעון עזרא, בריאיון טלוויזיה (כפי שצוטטו במאמרו של עקיבא אלדר "הטיפול המשפחתי של גדעון עזרא" הארץ 21.08.2001 (3): "גאולה אבן: רק שנייה, אתה אומר שאם יתברר שחיסול אביו של המחבל המתאבד ימנע את הליכתו לאותו דיסקוטק בניסיון לפוצץ את עצמו בקרב הרוקדים, צריך לחסל את הוריו? סגן השר גדעון עזרא: ללא ספק כן. את צריכה לדעת שאנחנו שילמנו במחיר של ילדים וזקנים וטף [...] יידע המתאבד שבני משפחתו ייפגעו ויחוסלו, וזה עדיף על כך שהוא לא ייצא ולא ייהרג ויהיה שלום".

92 עם זאת ראוי להבהיר כי בחרנו כאן שלא להכריע בטענה סבוכה, לפיה האיסורים האמורים אינם מוחלטים, כך שייחכנו נסיבות קיצוניות במיוחד של סכנה לחייהם של אנשים רבים מאוד שבהן עשויה להיות מוצדקת הפרה של המגבלות האמורות. לדין בתפיסה זו של "דאונטולוגיה מתונה" ובאופן שבו יש לקבוע את ה"סף" (threshold) שמעבר לו עשויה להיות הצדקה להפרת מגבלות דאונטולוגיות, ראו, למשל, Michael S. Moore, *Torture and the Balance of Evils*, 23 ISRAEL L. REV. 280 (1989); Eyal Zamir & Barak Medina, *Law, Morality, and Economics: Integrating Moral Constraints with Economic Analysis of Law*, 96 CAL. L. REV. 323 (2008). לפיכך,

ניתן להדגים היבט זה באמצעות התייחסות אל התכלית הדמוגרפית של חוק האזרחות והכניסה לישראל – שימור הרוב היהודי בקרב אזרחי ישראל. בקרב השופטים התגלעה מחלוקת בשאלה מהי תכליתו של חוק האזרחות והכניסה לישראל. תשעה שופטים סברו כי התכלית היא ביטחונית (הפחתת הסיכון כי יבוצעו בישראל מעשי טרור); ואילו שניים (השופטים ג'ובראן ופרוקצ'יה) סברו כי התכלית היא גם או בעיקר דמוגרפית (מניעת גידול בשיעורם באוכלוסייה של אזרחי ישראל הערבים). שני הצדדים למחלוקת ביססו את עמדתם על נתונים שעניינם הכוונה הסובייקטיבית של המחוקק. כך, למשל, קבע הנשיא ברק:

תכליתו של חוק האזרחות והכניסה לישראל היא ביטחונית [...] תכליתו של החוק אינה מבוססת על שיקולים דמוגרפיים. מסקנה זו מעוגנת בהיסטוריה החקיקתית ובתוכן הסדריו של החוק.⁹³

השופטת פרוקצ'יה, שדגלה בגישה הפוכה, ביססה את הנמקתה על טיעונים מאותו סוג:

אין להתעלם מכך כי בנקודות זמן שונות במהלך הליכי החקיקה של החוק ותיקונו הועלה ונדון הנושא הדמוגרפי ברקע האיסור הגורף על כניסת בני זוג פלסטינים מהאזור לישראל. אמנם, המדינה בהציגה את החוק הצביעה על השיקול הביטחוני כשיקול יחיד. עם זאת, מדיוני הכנסת עולה כי הנושא הדמוגרפי ריחף על פני הליכי החקיקה כל העת, והיווה נושא מרכזי בדיונים בוועדת הפנים של הכנסת ובמליאה.⁹⁴

איננו מכריעים כאן בטענה כי האמצעים שתוארו בטקסט הם אסורים כעניין א-פריורי אלא אם נועדו למנוע קטסטרופה של ממש. אימוץ טענה כזו מחייב הבחנה (עמומה, קונטרוברסלית אך אולי כזו שאין מנוס ממנה) בין שני סוגים של חוקים הפוגעים בזכות יסוד: האחד, חוק שנועד לתכלית ראויה; והאחר, חוק שתכליתו היא ראויה רק אם הוא נועד למנוע קטסטרופה של ממש. לכך יש כמובן השלכה יסודית על אופן היישום של מבחן המידתיות, כמפורט בתת-הפרק הבא.

93 עניין עדאלה, לעיל ה"ש 2, בפס' 79 לפסק דינו של הנשיא ברק.

94 שם, בפס' 14 לפסק דינה של השופטת פרוקצ'יה. ראו גם שם, בפס' 24 לפסק דינו של השופט ג'ובראן: "שלילת הסמכות משר הפנים, מלכתחילה, מלבחון את האפשרות שמא יש ליתן אזרחות למי מבין תושבי האזור, לשם מימוש זכותו של אזרחי ישראלי לחיי משפחה, בהתעלם מנסיבותיו הפרטניות של המקרה, מעלה את החשש, שמא השיקול הביטחוני איננו השיקול היחיד העומד מאחורי קבלת החוק ומעלה תהיות אודות המדיניות אותה מבקש חוק זה להגשים. חשש זה אף מתחזק, מתוך סקירת ההיסטוריה החקיקתית אשר הובילה לקבלת החוק, אשר בין אם במובלע ובין אם באופן מפורש, קושרת את החוק למדיניותה הדמוגרפית של הממשלה".

אין בכוונתנו לדרון כאן במחלוקת זו לגופה.⁹⁵ נסתפק בעניין זה בציון עמדתנו כי ספק אם יש מקום להסתפק בהקשר זה בהערכה מה הייתה הכוונה הסובייקטיבית של המחוקק, ולהימנע מליישם גם את הגישה המקובלת בפרשנות החקיקה, לפיה תכליתו של חוק היא המטרה המושגת כעניין אובייקטיבי באמצעות ההסדרים הקבועים בו.⁹⁶ השאלה אליה אנו מבקשים להתייחס היא: אילו הוכרה התכלית הדמוגרפית כאחת התכליות של החוק – האם היא הייתה תכלית ראויה?

אנו סבורים כי ראוי להבחין בין שני עניינים. מצד אחד ניתן להסכים כי בנסיבות המיוחדות של מדינת ישראל, האינטרס בדבר שימור קיומו של רוב יהודי בקרב אזרחי המדינה מהווה, ולו בהווה, "תכלית ראויה" של מדיניות ההגירה של ישראל.⁹⁷ יש חשש ממשי כי אבדן הרוב היהודי במדינת ישראל יביא לא רק לשלילת האפשרות לממש במסגרת המדינה היבטים משמעותיים של זכותו של העם היהודי להגדרה עצמית, אלא אף יגרום לסכנה קיומית לאזרחים היהודים. הסיבה לכך היא הסכסוך היהודי-פלסטיני והיהודי-ערבי העקוב מדם, וכפי שציינו גנו, "כל עוד לא הסתיים הסכסוך וכל עוד לא נוצרו יחסי אמון בין צדדיו, [היהודים] מוכרחים להסתמך על כוחם [...] כלומר] הם מוכרחים להתקיים במסגרת מדינה בעלת עוצמה צבאית שבה יש להם הגמוניה".⁹⁸ מצד שני, מכאן עדיין רב מאוד המרחק עד למסקנה כי אמצעים שונים שנוקט לשם שימור קיומו של רוב יהודי, הכרוכים בפגיעה בזכויות יסוד של אזרחי ישראל, ייפלו בגדר אמצעים שנועדו ל"תכלית ראויה". כך, למשל, עידוד של אזרחי ישראל הערבים להגר

95 לעמדה כי התכלית העיקרית של חוק האזרחות והכניסה לישראל היא התכלית הדמוגרפית ראו בן-שמשי, לעיל ה"ש 6, בעמ' 76-78; גרוס, לעיל ה"ש 6, בעמ' 84; גרינשטיין, לעיל ה"ש 6, בעמ' 144: "השופטים [...] לא הביאו בחשבון את האפשרות שהדגש שהושם בביטחון נועד אולי להסוות שיקולים אתניים ודמוגרפיים. באופן כללי הם הצליחו להכחיש את מה שברור לכל צופה, בלי קשר לעמדתו לגבי הפסיקה"; יצחק לאור "זה לא טיק, זו קריצה" הארץ 15.5.2006 ב' 1; מירון בנבנישתי "אסור להודות בגזענות" הארץ 19.5.2006 ב' 1. לעמדה נוספת, החושדת בכך שהתכלית הדמוגרפית היא תכלית מרכזית, ראו דוידוב, יובל, סבן ורייכמן "מדינה או משפחה?", לעיל ה"ש 6, בעמ' 668-669.

96 למשל, אהרן ברק פרשנות במשפט כרך ב: פרשנות החקיקה 148-149 (1993): "תכלית החקיקה היא המטרה אשר דבר החקיקה מגשימה. אלה הם האינטרסים הנאבקים על הבכורה, ואשר הפרה ביניהם עומדת ביסוד החקיקה. זהו הווקטור במקבילית הכוחות המעצבים את החקיקה; זוהי המדיניות אשר החוק מעצב ואלה הערכים שהוא מגשים. אלה הפונקציות החברתיות – סוציאליות, כלכליות, ואחרות – אשר החוק מגשים; זהו השינוי החברתי שהחוק מכניס לדין הקיים"; אהרן ברק שופט בחברה דמוקרטית 183-189 (2004).

97 ראו בהקשר זה רובינשטיין ומדינה, לעיל ה"ש 6, בעמ' 402-412.

98 גנו, לעיל ה"ש 6, בעמ' 185.

למדינות ערב⁹⁹ הוא אמצעי שאינו עומד בדרישה זו. עצם ההצעה להעניק תמריצים לאזרחים (אזרחים בכלל, וקל וחומר כשהתמריצים מכוונים אך לאזרחים שהם בני קבוצת המיעוט) כדי שיעזבו את המדינה אינה יכולה להיות הסדר שנועד ל"תכלית ראויה" של מחוקק במדינה דמוקרטית.¹⁰⁰ בדומה, אנו סבורים כי המדיניות של שימור רוב יהודי באמצעות שלילת זכותם של אזרחי ישראל להקים משפחה בישראל בעקבות נישואין לבן זוג פלסטיני אינה יכולה להיחשב לכזו שנועדה ל"תכלית ראויה". אף אם ההסדר היה נחוץ לשימורו של רוב יהודי (מה שאינו מצב הדברים, לאור המספרים הנמוכים יחסית של הבקשות לאיחוד משפחות מסוג זה), עדיין לא הייתה מתגבשת כאן "תכלית ראויה", שכן יש כאן התעלמות מקיפה מעצמת הפגיעה בחירויות היסוד של חלק מאזרחי ישראל הנגרמת בהסדר זה.¹⁰¹

גביון טענה בהקשר זה:

צידוקו [של חוק האזרחות והכניסה לישראל] מעוגן בהיותו חלק מן המאמץ להמשך השימור של ישראל כמדינה שבה מממש העם היהודי את זכותו להגדרה עצמית, על רקע התנאים המתקיימים באזור בזמן הזה. [...] מי שרוצה בפתרון יציב של שתי מדינות לשני עמים אינו יכול לדרוש הכרה בזכות של פלסטינים לאיחוד משפחות לפני גבולות ישראל. באורח עקרוני, משפחות פלסטיניות אמורות להתאחד במדינתן, ואילו משפחות יהודיות יתאחדו בזו שלהן.¹⁰²

אנו דוחים עמדה זו. כפי שציין גנז,

מי שרוצה בפתרון יציב של שתי מדינות לשני עמים אפשר שגם אינו יכול לדרוש הכרה בזכות של פלשתינים להוליד ילדים בתוך גבולות ישראל.

99 הצעה מסוג זה, שהוגשה על ידי חבר הכנסת קליינר – הצעת חוק לעידוד ההגירה למדינות ערב, התשס"א-2001 – נפסלה על ידי נשיאות הכנסת בהיותה הצעה גזענית. ראו בעניין זה חוות הדעת מיום 7.11.2001 של היועצת המשפטית לכנסת (לא פורסמה).

100 גנז מצביע על בעייתיות נוספת של הצעת החוק הזו: "סבסוד כזה משגר מסר בוטה מטעם המדינה אל אזרחים מסוימים שלה על כי בגין השתייכותם האתנו-תרבותית הם אינם רצויים במקומות שבהם נולדו או/ו שבהם ארוגים חייהם. [...] מדובר במסר פוגעני במיוחד". גנז, לעיל ה"ש 6, בעמ' 190-1.

101 לטיעון דומה ראו דוידוב, יובל, סבן ורייכמן "מדינה או משפחה?", לעיל ה"ש 6, בעמ' 679-685. ראו שם גם את הדין בעמ' 689-690, העוסק בדוגמה של צפון אירלנד, ומצביע על כך שלמרות שלדמוגרפיה יש שם משמעות קריטית (בהינתן שהמיעוט הקתולי-אירי מהווה יותר מ-40% מהאוכלוסייה), הרי שבכל שנותיה של צפון אירלנד – למן הקמתה ב-1921 כחלק מהממלכה המאוחדת – השיקול הדמוגרפי לא היה מעולם חלק ממדיניות איחוד המשפחות שם. ראו גם דוידוב, יובל, סבן ורייכמן, לעיל ה"ש 7, בה"ש 111.

102 גביון, לעיל ה"ש 6.

ברוח הדברים של גביון הוא יכול לומר כי פלשתינים אמורים להוליד ילדים במדינתם, ואילו יהודים יולידו ילדים במדינתם שלהם.¹⁰³

אנו שותפים לעמדתו של גנו כי זכויות האדם הבסיסיות, לרבות הזכות לקיים חיי משפחה "במקומות גידולם ובסביבה שלתוכה ארוגים חייהם", מטילות מגבלה "על אמצעי הויסות הדמוגרפי שמדינות רשאיות לנקוט אותם כדי לקדם באמצעותם את זכות ההגדרה העצמית של קבוצות אתנו-תרבותיות הנהנות במסגרתן מן הזכות הזו".¹⁰⁴ הסינתזה "יהודית ודמוקרטית" מוליכה אמנם להכרה בלגיטימיות של היעדר שוויון ביחס לחלק מן הזכויות הקיבוציות של אזרחי המדינה, אך היא מחייבת שוויון מוחלט במישור זכויות הפרט, דהיינו: הזכויות המשותפות של האזרחות. ידועה בהקשר זה קביעתו של הנשיא ברק בפרשת קעדאן:

יהודים ולא-יהודים הם אזרחים שווי זכויות וחובות במדינת ישראל. [...] משהוקמה המדינה, הרי היא נוהגת שוויון בין אזרחיה. [...] כל אחד מבני המיעוטים החיים בישראל נהנה משוויון זכויות גמור. אמת, מפתח מיוחד לכניסה לבית ניתן לבני העם היהודי (ראו חוק השבות, [התש"י-1950]). אך משמצוי אדם בבית כאזרח כדין, הוא נהנה מזכויות שוות כמו כל בני הבית האחרים.¹⁰⁵

הזכות להקים משפחה עם בחיר-לב זר היא במובהק זכות פרט ולא זכות קיבוצית; ועל כן, כפי שקבע השופט חשין בפרשה אחרת, פרשת סטמקה:

לא ימצא לנו כל הצדק להעדיף יהודי היושב לבטח בארצו על-פני מי שאינו יהודי – שהראשון יוכל להקנות שבות לבן-זוג לא-יהודי ואילו אחרון לא יוכל. [...] כי נכיר בזכותו של יהודי אזרח ישראל לזכות את בן-זוגו הלא-יהודי בזכות-של-שבות, ובה-בעת נשלול זכות זו מאזרח ישראל לא-יהודי, נעשה מעשה חמור של הפליה ותכלית ראויה למעשה לא מצאנו.¹⁰⁶

103 גנו, לעיל ה"ש 6, בעמ' 190.

104 שם, בעמ' 225.

105 עניין קעדאן, לעיל ה"ש 46, בפס' 31 לפסק דינו של הנשיא ברק. ראו גם עניין טיבי, לעיל ה"ש 32, בעמ' 41.

106 בג"ץ 3648/97 סטמקה נ' שר הפנים, פ"ד נג(2) 728, 758-759 (1999). ראו גם דוידוב, יובל, סבן ורייכמן "מדינה או משפחה?", לעיל ה"ש 6, בעמ' 685: "כל עוד זרים כלשהם רשאים להגר לישראל עקב קשירת גורלם באזרח או תושב המדינה, ההעדפה שמבצע חוק השבות הנה בעייתית פחות – עניינה 'זרים' וזכויות קיבוציות, להבדיל מהפליה בזכויות המשותפות של האזרחות. [...] כל זה

המרכיב הנוסף השני המוצע כאן לדרישה בדבר "תכלית ראויה" מבוסס על הטיעון שהוצג בפרק ב לעיל. הסדר הפוגע בחופש הביטוי לשם הגנה על ביטחון המדינה בנסיבות שבהן לא מתגבש סיכון ניכר לכך שהביטוי יביא לפגיעה בשלום הציבור, אינו הסדר שנועד לתכלית ראויה. כאמור לעיל, הפגם במדיניות שלטונית שכזו אינו מבוסס על הקביעה שהתועלת מן הפגיעה בחופש הביטוי נופלת מעלותה. הפגם הוא בכך שהאמצעי שנקט לשם קידום האינטרס בדבר שלום הציבור – פגיעה בחופש הביטוי בנסיבות שבהן הסיכון הנשקף מן הפרט שחירותו הוגבלה הוא נמוך כגון קביעת הסדר בחוק המסתפק ב"מבחן הנטייה הרעה", של חשש, ולו קטן, כטעם להגבלת ביטוי פוליטי – תגרום לכך שלא נוכל לראות בחוק זה חוק שנועד לתכלית ראויה.¹⁰⁷ כאמור, מטעם זה אנו סבורים כי אין לראות בחוק האזרחות והכניסה לישראל חוק שנועד לתכלית ראויה. ניתן בהחלט להסכים שמניעת מעשי טרור באמצעות מניעת כניסה לישראל של מי שחשוד בכך שהוא עשוי לסייע לטרור היא תכלית ראויה. לא כך ביחס לחוק שתכליתו היא הגנה על ביטחון המדינה בדרך של פגיעה גם במי שהסכנה הנשקפת ממנו היא קלושה.

לסוגיה זו השלכה חשובה לעניין אופן היישום של מבחן-המשנה השני של דרישת ה"מידתיות" בדבר קיומם של אמצעים חלופיים לאמצעי שנקט בחוק, שהם פוגעניים פחות בזכויות יסוד, ועשויים להגשים את התכלית שבבסיס החוק. לאור הקביעה כי תכלית ראויה של חוק הפוגע בזכויות יסוד היא מניעת סיכון ניכר לאינטרס ציבורי חיוני, אנו סבורים, ולכך אנו באים עתה, כי ההערכה הנדרשת במסגרת מבחן-המשנה השני צריכה להתייחס לשאלה אם יש אמצעים חלופיים, פוגעניים פחות מן הפגיעה הנגרמת עקב המדיניות השלטונית הנבחנת, העשויים להקטין את הסיכון הנשקף מן הפרט אל מתחת לסף האמור – סף הסיכון הניכר המצדיק את הפגיעה.

4. הזיקה בין הדרישה ל"תכלית ראויה" לבין דרישת ה"מידתיות"

לפי הגישה המופיעה תכופות בפסיקה, הבחינה היא אם ניתן להשיג באופן מלא את התכלית של הפגיעה בדרך חלופית, הגורמת לפגיעה מופחתת בזכויות יסוד. דרך חלופית המאפשרת להשיג באופן חלקי בלבד את התכלית של הפגיעה, תוך פגיעה פחותה בזכויות יסוד, אינה נחשבת רלוונטית לשאלה הבוחנת את קיומה של חלופה פחותה בחומרתה, זאת בשל חלקיות הישגיה במימוש "התכלית" כולה. השוני בין גישתנו לבין גישה זו ניתן להדגמה באופן הבא: נניח שהסיכון הנשקף מאדם מסוים, אם יהא חופשי, הוא ניכר דיו, באופן המחייב את המסגנה כי מעצרו של אדם זה נועד ל"תכלית ראויה".

השתנה שינוי מהותי בעקבות [חוק האזרחות והכניסה לישראל]. לעמדה דומה ראו בן-שמם, לעיל

ה"ש 6, בעמ' 77-78.

107 ראו בהקשר זה עניין שטיין, לעיל ה"ש 82, בפס' 18 לפסק דינו של הנשיא ברק.

אולם, אם ניתן להפחית את הסיכון הנשקף ממנו אל מתחת לסף האמור באמצעות שימוש בחלופת מעצר כלשהי (כגון מעצר בית), הרי שלפי שיטתנו יש בכך כדי לשלול את ההצדקה של הפגיעה בחירות ממעצר, אף אם רק המעצר מאפשר למנוע לחלוטין את הסיכון. זאת, משום שהמעצר אינו מקיים את דרישת הצורך (מבחן-המשנה השני של דרישת המידתיות): הצורך מוגדר על ידי "סף סיכון" ולא על ידי היעדר מוחלט של סיכון.

ההבדל העיקרי בין הגישה הרווחת יותר המופיעה בפסיקה לבין הגישה המוצעת כאן הוא שהגישה הרווחת בפסיקה מצמצמת מאוד את הדרישה לתכלית ראויה ואת מבחן-המשנה השני של דרישת המידתיות, ושמה יהבה בעיקר על מבחן-המשנה השלישי. בגדר גישה זו בוחנים רק במסגרת מבחן-המשנה השלישי של דרישת המידתיות את השאלה אם אין ראוי להסתפק בדרך חלופית המאפשרת להשיג באופן חלקי את תכליתה של הפגיעה, תוך פגיעה פחותה בזכויות יסוד, על אף שאין היא "אמצעי חלופי" העונה למבחן-המשנה השני. לעומת זאת, לגישתנו יש להעמיק את היקפן של הדרישה ל"תכלית ראויה" ואת מבחן-המשנה השני של דרישת המידתיות, ולהפוך את מבחן-המשנה השלישי של דרישת המידתיות למסגרת שיורית שנועדה להתמודד עם מצבים חריגים ויוצאי דופן, שהם נדירים מטבעם.¹⁰⁸ טענתנו היא כי ביסוד ההשוואה בין האמצעי הננקט לבין חלופה פוגענית פחות כלשהי, עומדת התפיסה שיש אי-רציפות במדרג האמצעים והמטרות. אם אמצעי חלופי מאפשר להפחית את הסיכון לאינטרס הציבורי אל מתחת לסף הסיכון הרלוונטי, הרי שנקיטת האמצעי הפוגעני יותר אינה מוצדקת, וזאת לא משום שהעלות השולית עולה על התועלת השולית (מבחן-המשנה השלישי של דרישת המידתיות), אלא משום שהפגיעה הנוספת לא עונה עוד לדרישת התכלית הראויה (מבחן-המשנה השני של דרישת המידתיות).

108 גיא דוידוב עמד על כך שגישה זו היא המקובלת בקנדה. ראו Guy Davidov, *Separating Minimal Impairment from Balancing: A Comment on R. v. Sharpe (B.C.C.A)*, 5 REV. OF CONST. STUD. 195 (2000). היבטים מסוימים של הגישה המוצעת כאן דומים לזו שהציע גדעון ספיר. ספיר סבור אף הוא כי יש להרחיב את מבחן-המשנה השני של המידתיות: "[יש לפרש את] מבחן המידתיות השני [...] כמחייב לברור בין האמצעים, תוך התחשבות הן במידת הגשמתה של התכלית והן במידת הפגיעה בזכות, הכרוכות בבחירתו של כל אמצעי ואמצעי. [...] במסגרת פשרה זו יהיה צורך לבחון את כל האופציות הפתוחות ליישוב הקונפליקט בין הזכויות לאינטרסים, ובמקרים רבים להעדיף אופציה שתגן על האינטרס בצורה מושלמת פחות אך במחיר של פגיעה מופחתת בזכות" (גדעון ספיר "ישן מול חדש – על איוון אנכי ומידתיות" מחקרי משפט כב 471, 477 (2006)). לשיטתו, מבחן-המשנה השלישי "מחייב לבחון בסוף היום גם אפשרות להעדפה מוחלטת של הזכות", ולפיכך השימוש בו צריך להיות נדיר (שם, בעמ' 478); ראו גם גדעון ספיר "מידתיות ופשרה" ספר דליה דורנר 397 (שולמית אלמוג, דורית ביניש ויעד רותם עורכים, 2009). עם זאת, גישתו של ספיר שונה משלנו ביחס לתוכנה של הדרישה כי החוק נועדה ל"תכלית ראויה". ראו להלן, הטקסט הנלווה לה"ש 120.

לפני שנפנה לנמק את העדפתנו אנו מבקשים להדגים את ההבדל בין שתי הגישות. זאת נעשה באמצעות שני פסקי דין – זה שבו אנו מתמקדים, פרשת עדאלה, ופסק הדין בפרשת בית-סוריק. בשני המקרים קבע הנשיא ברק כי המעשים השלטוניים שנדונו מקיימים הן את דרישת התכלית הראויה והן את מבחן-המשנה השני של דרישת המידתיות, אך אינם מקיימים את מבחן-המשנה השלישי ולפיכך הם בלתי חוקתיים. לפי גישתנו, ראוי היה לבסס תוצאה זו על שתי הדרישות הראשונות דווקא.

השאלה העיקרית שנדונה בפרשת עדאלה הייתה, כזכור, אם אין להסתפק בבחינה אינדיבידואלית של כל אחד ממבקשי המעמד בישראל – בחינה שאינה יכולה להוביל אמנם למניעה מוחלטת של הסיכון (שהרי מספר מסוים מבין מקבלי המעמד צפוי לסייע לטרור), אך די בה כדי להביא להפחתה של הסיכון הנשקף מכל אחד ממקבלי המעמד ולהביא לכך שיהיה קלוש עוד יותר מכפי שהוא כעת. כמעט כל שופטי ההרכב – לרבות אלה שסברו כי החוק אינו חוקתי – הסכימו כי החוק מקיים את דרישת התכלית הראויה ואת מבחן-המשנה השני האמור של דרישת המידתיות, וזאת בהתבסס על האפיון של התכלית של החקיקה כהשגת ביטחון מרבי. בלשונו של הנשיא ברק:

התכלית [של חוק האזרחות והכניסה לישראל] הינה להפחית ככל האפשר את הסיכון הביטחוני הנשקף מבני הזוג הזרים המשתקעים בישראל. על רקע תפיסה זו של התכלית, האם האיסור הגורף והבדיקה האינדיבידואלית מקיימים את התכלית במידה שווה? [...] תהא יעילותן [של הבדיקות האינדיבידואליות] ככל שתהא, הן לא תוכלנה להשתוות לתוספת הביטחון שהאיסור הגורף מביא. נמצא, כי לאור הערך המרכזי של חיי אדם שהחוק בה להגן עליו, ברי כי האיסור הגורף יהא תמיד יעיל יותר – מבחינת הגשמת המטרה של הקטנת הסיכון הביטחוני ככל האפשר – מהבדיקה האינדיבידואלית.¹⁰⁹

הגדרה זו של התכלית של החקיקה חייבה את המסקנה כי "הבדיקה האינדיבידואלית אינה מגשימה את התכלית החקיקתית באותה מידה כמו האיסור הגורף. אין חובה, על כן, במסגרת האמצעי שפגיעתו פחותה, להיעצר בדרגה זו, והמחוקק רשאי היה לבחור באיסור הגורף בו בחר".¹¹⁰ הנשיא ברק דחה את הטענה כי אין לראות בתכלית האמורה משום תכלית ראויה: "טיעון הטוען: הקטנת הסיכון הביטחוני ככל האפשר אינה תכלית 'ראויה'; אין היא רגישה מספיק לזכויות האדם. התשובה על טיעון זה הינה כי אין לראות ברצון להשיג ביטחון ככל האפשר – ביטחון שנועד להגן על חיי אדם – כתכלית שאינה ראויה".¹¹¹ לשיטתו, "המקום הגאומטרי" לבחינת הטענה כי התכלית אינה ראויה משום

109 עניין עדאלה, לעיל ה"ש 2, בפס' 89 לפסק דינו של הנשיא ברק.

110 שם.

111 שם, בפס' 90 לפסק דינו של הנשיא ברק.

שאינן היא מתחשבת באופן מידתי בהיקף הפגיעה בזכויות האדם, "אינו במסגרת השאלה אם התכלית היא 'ראויה', אלא במסגרת השאלה אם האמצעי שנבחר הוא מידתי (במובן הצר)".¹¹²

כאמור, הנשיא ברק, ועמו חמישה שופטים נוספים, פסקו כי ההסדר אינו מידתי – וכולם, למעט השופט לוי שהדגיש דווקא את מבחן-המשנה השני של דרישת המידתיות, פסקו כן משום שההסדר אינו עומד במבחן-המשנה השלישי:

תוספת הביטחון שהאיסור הגורף מביא עימו אינה מידתית ביחס לתוספת הנזק הנגרמת לחיי המשפחה ולשוויון של בני הזוג הישראלים. אמת, האיסור הגורף נותן עימו יותר ביטחון: אך הוא מושג במחיר כבד מדי. [...] המטרה הראויה של הגברת הביטחון אינה מקדשת פגיעה קשה בחייהם של אלפים רבים של אזרחים ישראלים.¹¹³

אנו סבורים כי יש לסווג את הפגם החמור הזה שבחוק האזרחות והכניסה לישראל בדרך שונה. לשיטתנו "הקטנת הסיכון הביטחוני ככל האפשר" בדרך של פגיעה בזכויות יסוד מסוג הפגיעה הנגרמת כאן, אינה תכלית ראויה.¹¹⁴ יתר על כן: אף אם נניח לצורך הטיעון כי תכליתו של החוק הנבחן אכן הייתה להגביל רק את חירותו של מי שנשקף ממנו סיכון ניכר, ולפיכך תכליתו ראויה, אזי ההסדר שנקבע בחוק אינו עומד במבחן-המשנה השני של דרישת המידתיות. החלופות להסדר שנקבע בחוק האזרחות והכניסה לישראל – למשל: בדיקה אינדיבידואלית של כל בן זוג מבקש או הטלת מגבלות שונות עליהם בהיותם בישראל – אינן יכולות אמנם להביא להפחתה של הסיכון הנשקף מבין הזוג הזר לרמה המושגת באמצעות מניעה מוחלטת של כניסתו; אולם מבחן-המשנה השני של המידתיות מחייב להראות כי חלופות אלה אף אינן יכולות להפחית את הסיכון אל מתחת לסף סיכון סביר. המדינה לא עמדה בנטל להראות כי אמצעים פוגעניים פחות, כגון דרישה לניתוק הקשר הפורמלי של בן הזוג הזר עם מדינת המוצא שלו; "הצהרת אמונים" לחוקי המדינה; החלת פיקוח מוגבר על בן הזוג הזר בשנים הראשונות לשהותו בארץ (ואפילו החלת הליך אזרוח ממושך יותר); ולכל הפחות

112 שם.

113 שם, בפס' 92-93 לפסק דינו של הנשיא ברק.

114 לעמדה דומה ראו בן-שמש, לעיל ה"ש 6, בעמ' 58-59: "ספק אם ראוי לקבל את העמדה שתכליתו של חוק האזרחות והכניסה לישראל היא למנוע לחלוטין את הסכנה הבטחונית הנשקפת מכניסתם של פלסטינים לישראל. [...] מדינה דמוקרטית אשר רגישה לזכויות האדם אינה חופשית לקדם את הגשמתן של תכליות ציבוריות באופן טוטלי, יהא המחיר אשר יהא, ותהא הפגיעה בזכויות האדם קשה ככל שתהא. תכליות טוטליות סופן פרקטיקות טוטלטריות. ספק אם חוק שנועד להגשים את תכליתו באופן מרבי הינו חוק שנועד לתכלית ראויה, וזאת אף אם תכליתו, כשלעצמה, הינה תכלית ראויה".

מתן אישורי כניסה קצרים לשהייה בישראל, בדומה לאלה הניתנים לתושבי השטחים המבקשים לעבוד בישראל, אינם עשויים להיות יעילים בהפחתה כאמור של הסיכון הנשקף מכן הזוג. כלומר: לשיטתנו, העמדה כי לשם שלילת תוקפו של החוק יש צורך להצביע על אמצעים חלופיים, פוגעניים פחות, המאפשרים להפחית את הסיכון הביטחוני במידה זהה, היא שגויה. די בכך שקיימים אמצעים כאמור המאפשרים להפחית את הסיכון אל מתחת לסף הסיכון האינדיבידואלי היכול להצדיק פגיעה בזכות יסוד.¹¹⁵

ביקורת זו תקפה גם נגד ההנמקה שניתנה בפרשת בית־סוריק להחלטה כי התוואי של גדר ההפרדה אינו חוקתי מחמת הפגיעה שהוא גורם לזכויות יסוד של התושבים הפלסטינים המתגוררים באזור. בפרשה זו הרכיב הנשיא ברק את ההגדרה שהייתה מקובלת עד אז למבחן־המשנה השלישי של דרישת המידתיות.¹¹⁶ לפי גישה זו, אין הכרח ליישם מבחן זה "ב'ערכים מוחלטים', כלומר בהשוואה ישירה של יתרון הפעולה השלטונית לעומת הנזק הנובע ממנה";¹¹⁷ וניתן ליישמו גם בהשוואה לחלופה כלפי המדיניות שננקטה:

ניתן גם להפעיל בחינה 'יחסית' של המידתיות במונח הצר [...] בה] נבחנת הפעולה השלטונית לעומת חלופה אפשרית לה, שתועלתה תהא פחותה במידת־מה מן הפעולה השלטונית המקורית. הפעולה השלטונית המקורית תהא בלתי מידתית [...] אם הפחתה מסוימת ביתרון המושג מן הפעולה המקורית, למשל באמצעות נקיטה בחלופה האפשרית, תבטיח הפחתה משמעותית בנזק שנגרם מן הפעולה המקורית.¹¹⁸

בהתאם לכך נעשתה השוואה בין התוואי שנקבע לבין תוואי חלופי שהוצע מטעם העותרים, ונקבע כי התוואי המקורי אינו עומד בדרישה זו:

על פי המוצע תורחק גדר ההפרדה הן ממזרח לכפר בית סוריק הן ממערבו. על־ידי כך תקטן הפגיעה באדמות החקלאיות באופן משמעותי ביותר. משוכנעים אנו, כי היתרון הביטחוני המושג בתוואי שקבע המפקד הצבאי בהשוואה לתוואי החלופי אינו שקול כלל ועיקר לתוספת הפגיעה

115 לשם הדיוק: אם יש אמצעי שמאפשר הפחתה של הסיכון אל מתחת לסף הסיכון האינדיבידואלי, המשמעות היא כי הפגיעה בזכות היסוד היא בלתי מוצדקת, אלא אולי אם היא נועדה למנוע קטסטרופה של ממש (ראו לעיל ה"ש 92).

116 ראו בהקשר זה משה כהן־אליה "המובן הפורמלי והמובן המהותי של מבחני המידתיות בפסיקת בג"ץ בעניין גדר הביטחון" המשפט יא 473 (2007).

117 בג"ץ 2056/04 מועצת הכפר בית סוריק נ' ממשלת ישראל, פ"ד נח(5) 807, פס' 41 לפסק דינו של הנשיא ברק (2004).

118 שם.

בחי התושבים המקומיים הנגרמת בשל צו זה. [...] על המפקד הצבאי [...] ליצור הסדר, שימנע את עיקרי הפגיעות הקשות בתושבים המקומיים, ולו במחיר הפחתה מסוימת בדרישות הביטחון.¹¹⁹

גם במקרה זה עמדתנו היא כי ה"מיקום" הראוי של בחינה זו הוא מבחן-המשנה השני של דרישת המידתיות. התכלית הראויה של הקמת הגדר היא הפחתת הסיכון הביטחוני לרמה סבירה, בהתחשב בפגיעה בזכויות הנגרמת עקב הקמת הגדר. כדי להימנע מסיכון הדיון על ידי עיסוק בשאלת הצדקתה של הקמת גדר ביטחון שלא בתוואי הקו הירוק, נניח לצורך הדיון כי הסיכון הביטחוני הכרוך בהימנעות מוחלטת מהקמת המכשול הוא ניכר דיו יחסית לפגיעה בזכויות הכרוכה בהקמת הגדר. אולם, הבחינה הנחוצה הנוספת היא מהו הסיכון הביטחוני הכרוך בהקמת הגדר בתוואי החלופי, הפוגעני פחות. אם מתברר, כפי שאכן נקבע בפסק הדין, כי הסיכון הביטחוני הנוצר עקב הסתפקות בתוואי החלופי הוא נמוך מן הסף המצדיק פגיעה בזכויות יסוד, אזי הקמת הגדר בתוואי המקורי אינה יכולה להיחשב לכזו המשרתת תכלית ראויה. במילים אחרות: תכלית ראויה היא תכלית מאזנת, ולאור קיומה של חלופה פוגענית פחות – כזו המאפשרת להפחית את הסיכון אל מתחת לסף המצדיק פגיעה בזכויות – הפגיעה בזכויות הנגרמת בגין הקמת הגדר בתוואי המקורי אינה עומדת במבחן הנחיצות (מבחן-המשנה השני של דרישת המידתיות), היינו: הצורך לשרת את התכלית. לא נחוץ כאן לפיכך ניתוח הממשיך אל ההשוואה בין התועלת השולית – ההפחתה הנוספת בסיכון שתושג באמצעות הקמת המכשול בתוואי המקורי במקום בתוואי החלופי, לבין העלות השולית – החמרת הפגיעה בזכויות עקב הבחירה בתוואי המקורי במקום בתוואי החלופי.¹²⁰

ביתרת הדברים אנו מבקשים לעמוד בקצרה על הטעמים שביסוד גישתנו, המדגישה את דרישת התכלית ואת מבחן-המשנה השני של המידתיות. כאמור, היבט אחד של גישה זו הוא כי במסגרת הדרישה ל"תכלית ראויה" יש לקבוע דרישות סף, ובכלל זה הקביעה כי בסוגים מסוימים של מקרים פגיעה בזכות יסוד מוצדקת רק אם היא נועדה למנוע סיכון ניכר דיו הנשקף לאינטרס ציבורי מן הפרט שבזכויותיו מבקשים לפגוע. זוהי דרישה לאיזון המטרות המתחרות באותו הקשר, ובניסוח אחר: זוהי דרישה להעמיד "מבחן איזון הסתברותי" בעת עיצוב ההסדר החוקי. ספיר טען נגד גישה מסוג זה. עמדתו היא כי גם אם האינטרסים המתמודדים – האינטרס הציבורי מזה וזכות היסוד מזה – אינם שווים מעמד, עדיין הם מייצגים שני ערכים מוכרים וראויים, ולפיכך אין מקום להכתיב באופן א-פריורי הכרעה לטובת אחד מהם, ומוטב לבחון אם אפשר להגן על שניהם במידה מסוימת תוך ויתור סביר מצד כל אחד מהם. לשיטתו, "יש [לדחות את...] ההכרעה בעניין לסוף תהליך הבירור ולא להקדימה לתחילתו, שכן הקדמה כזאת עלולה

119 שם, בפס' 71 לפסק דינו של הנשיא ברק.

120 ראו בעניין זה גם לעיל, ה"ש 115.

להוביל לתוצאה קלישאית".¹²¹ אנו מתקשים לקבל עמדה זו, במיוחד ככל שהיא נוגעת למצבים בהם האינטרס הציבורי המתעורר הוא ביטחוני, העת נתפסת כשעת חירום, והחברה שסועה באופן עמוק. במצבים מעין אלה יש טעמים חשובים שבגינם רצוי לבצע חלק ממלאכת ההכרעה בדילמות באופן א-פריורי, בדרך של נוסחה עקרונית (כאשר החלק המשלים של ההכרעה יופיע בעת שהנוסחה העקרונית תיושם בנסיבות הקונקרטיות של מקרה נבחן). נוסחה עקרונית זו – המופיעה בדמות של איסורים א-פריוריים מסוג של פסילת תכליות שונות על הסף, או בדמות "מבחן איזון" המציב סף הסתברות של סיכון הטמון באדם כתנאי לפגיעה בו – עדיפה מהכרעה שהאופי הדומיננטי שלה הוא אד-הוקי, כמוצע על ידי ספיר. הכרעה אד-הוק אינה נהנית ממרחב הזמן, משיקול הדעת, ומ"מסך הבערות" החלקי הנלווה להכרעות המתקבלות מראש. היא מתקבלת על ידי מי שמוצאים עצמם בזירה סוערת, רווית סיכונים (קיומיים ופוליטיים), שבה ברור למדי מי יסבול מההכרעה ומי יהיה מוטבה. "שירת הסירנות" מפתה כאן במיוחד, ומקבלי ההחלטה מתקשים להתמודד עם הטיות פסיכולוגיות שונות הפועלות עליהם בלהט הרגע.¹²² כפי שכבר טענו לעיל, במסגרת הדיון ב"איזון אופקי", הביקורת השיפוטית ביחס למעשים שלטוניים הגורמים פגיעה בזכויות יסוד אמורה להיקבע לא רק בהתאם לחשיבות של כל אחד מן האינטרסים המתחרים, אלא גם לאור החשש הנשקף לפגיעה בלתי מוצדקת דווקא באחד מהם על ידי מקבלי ההחלטות במערכת הפוליטית. הקביעה הא-פריורית של דרישות סף נחוצה כדי להשיג מטרה זו. ההיבט השני של הגישה המוצעת על ידינו הוא כי "המיקום הגאומטרי" של הבחינה של אותן חלופות למדיניות השלטונית הפוגעת בזכות יסוד, המאפשרות להשיג רק

121 ראו ספיר "מידתיות ופשרה", לעיל ה"ש 108, בעמ' 402.

122 השוו לדיון בחשש "המדרון החלקלק", בפסק הדין האוסר על "נוהל שכן" (או נוהל "אזהרה מוקדמת"), שבאמצעותו ביקש הצבא להסמיך מפקדים להסתייע בתושב פלסטיני מקומי כדי לתת באמצעותו אזהרה מוקדמת למי שמבקשים לעוצרו מפני פגיעה אפשרית בו ובמי שמצוי עמו. בג"ץ 3799/02 עדאלה – המרכז המשפטי לזכויות המיעוט הערבי בישראל נ' אלוף פיקוד מרכז בצה"ל, פס' 5 לפסק דינה של השופטת ביניש (פורסם בנבו, 6.10.2005): "בפעילות מבצעית יש למפקד הצבאי שיקול דעת רחב לקבל החלטות בשטח, ועליו לעשות כן בתנאי לחץ. עליו הנטל להעריך את מידת הסיכון הנשקף למתבקש – התושב המקומי – ובה בעת להעריך את הסיכונים ליושבי הבית שהפעולה מכוונת כנגדו. וכמובן שעליו הנטל הכבד להעריך כיצד להפחית את הסיכון לחיי חייליו. בנסיבות אלה, נטילת הסיכון לחייו של התושב היא נטילת סיכון של ממש שאינו עומד ביחס הולם לתכלית הקבועה בנוהל – מזעור הפגיעה בחיי התושבים התמימים". ראו גם את עמדתו החדה של הנשיא שמגר בפרשת ניימן הראשונה: "הכרעות שיפוטיות בנושאים חוקתיים בדין שיעוצבו אף במקרים קשים מכוחם של עקרונות ועל יסודם ולא על-פי טעמיה ומניעיה של מדיניות, הבנויה על מה שנראה כרצוי מבחינת צורכי הרגע או רגשות הרוב [...] ואם נאמץ אמות מידה קוואליטטיות בנושאים חוקתיים ובעיקר בנושאים של חירות הפרט וזכויותיו, נחטיא את המטרה ונחטא לנושא" (עניין ניימן, לעיל ה"ש 11, בעמ' 260-261).

באופן חלקי את התכלית שהרשות העמידה בלב מדיניותה (לעניינו, "ביטחון הציבור"), הוא במסגרת מבחן-המשנה השני של דרישת המידתיות ולא במסגרת מבחן-המשנה השלישי, כפי שנעשה בעניין עדאלה. המאפיין של מבחן-המשנה השלישי הוא בכך שבמסגרתו הבחינה היא אינקרימנטלית, כלומר: אם תוספת העלות הכרוכה בהחמרה מסוימת של הפגיעה בזכות היסוד ("העלות השולית") היא מוצדקת לאור תוספת התועלת הנובעת מכך ("התועלת השולית"). לפי גישה זו יש רציפות במדרג האמצעים והמטרות שניתן להשיג, והבחינה היא מהו האיזון האופטימלי בין העלות לבין התועלת. כפי שציין כהן-אליה, בחינה מסוג זה מעוררת קושי באשר לגיטימיות של הביקורת השיפוטית.¹²³ היא יוצרת רושם כי מדובר בבחינה המבוססת על "איזון אופקי", כלומר: השוואה בין ערכים שווי-מעמד, הנערכת בלא אמות-מידה כלליות היכולות להנחות את בית המשפט (או את המחוקק) בקביעת נקודת האיזון הראויה.¹²⁴ לעומת זאת, לפי גישתנו, ביסוד ההשוואה בין האמצעי הנקט לבין אמצעי פוגעני פחות, המושמע כחלופה אפשרית, עומדת התפיסה שיש אי-רציפות במדרג האמצעים והמטרות. אם האמצעי החלופי מפחית את הסיכון במידה מספקת, הוא שולל את הלגיטימיות של נקיטת האמצעי המקורי.¹²⁵ במובן זה, הגישה המוצעת כאן יוצרת זיקה הדוקה בין הדרישה ל"תכלית ראויה" לבין מבחן המידתיות. התכלית הראויה היא מניעת סיכון ניכר לאינטרס הציבורי, להבדיל ממניעת כל סיכון; והבחינה הנדרשת לפיכך היא אם סיכון זה יוותר בעינו אם תינקט מדיניות חלופית כלשהי, שתגרום פגיעה בזכויות יסוד – פגיעה פחותה מזו שגורם ההסדר הנבחן.

על כן, יתרונה של הגישה המוצעת נעוץ בכך שהיא מאפשרת התאמה בין שני חלקים מרכזיים של פסקת ההגבלה, והיא מבטיחה מידה רבה יותר של יכולת לנבא את גבולות הפגיעה המותרת בזכויות יסוד. אין מדובר עוד ב"איזון" בין תועלות שוליות לבין עלויות שוליות (מבחן המידתיות השלישי), אלא בבחינה אם קיימת חלופה המאפשרת להפחית את הסיכון לאינטרס הציבורי במידה מספקת, תוך פגיעה פחותה בזכויות יסוד. אמנם אין לשלול את האפשרות כי במקרים מתאימים יוחל גם מבחן-המשנה השלישי של דרישת המידתיות כדי לבחון אם העלות השולית הנובעת מן הפגיעה בזכות יסוד עולה על

123 ראו משה כהן-אליה "הפרדת רשויות ומידתיות: בעקבות David Beatty, *The Ultimate Rule of Law* (Oxford, 2004) משפט וממשל ט 297 (2005); כהן-אליה, לעיל ה"ש 116. לביקורת מסוג זה

על הלגיטימיות של הביקורת השיפוטית ראו Carmi, לעיל ה"ש 6, בעמ' 45.

124 לפי ביקורת הקרובה לשלנו, ההתמקדות של בית המשפט בדרישת ה"מידתיות" ולא בדרישה בדבר "תכלית ראויה" ובהערכה אם החוק עולה בקנה אחד עם ערכיה של מדינת ישראל, עלולה ליצור רושם שגוי כי ההכרעה היא טכנית בעיקרה ואינה מבטאת הכרעות מוסריות-ערכיות. ראו, למשל, Aviad, לעיל ה"ש 6, בעמ' 12; מיכאל דן בירנהק "הנדסה חוקתית: המתודולוגיה של בית-המשפט העליון בהכרעות ערכיות" מחקרי משפט יט 591 (2003).

125 ליתר דיוק: לפי אחת התפיסות, הדבר מביא לכך שנקיטת האמצעי המקורי תהא מוצדקת רק אם מוכח כי היא נועדה למנוע קטסטרופה של ממש. ראו לעיל, ה"ש 92 ו-115.

התועלת השולית בהשוואה לחלופה מסוימת, וזאת כשאותה חלופה אינה מאפשרת להפחית את הסיכון אל מתחת לסף הסיכון המצדיק את הפגיעה בזכות היסוד. אלה יהיו מקרים נדירים מטבעם, השונים במהותם מן המקרים שתוארו לעיל, שהם הטיפוסיים יותר.

ה. ההשוואה לפרשת קורמטצו והערות סיכום

מאז שנת 2002 מגבילה ישראל הגבלה גורפת את איחוד המשפחות בין אזרחי המדינה לבין תושבים פלסטינים תושבי השטחים. אופיייה הגורף של ההגבלה נעוץ בכך שהיא פוטרת עצמה מהצורך לבדוק אם אכן טמון סיכון ביטחוני קונקרטי בבן הזוג הפלסטיני. היא יוצרת "חזקת מסוכנות" המלווה כל פלסטיני תושב השטחים באשר הוא (אם הוא גבר מתחת לגיל 35 או אישה מתחת לגיל 25), והיא עושה חזקה זו לבלתי ניתנת לסתירה. בכך פוגעת מדיניות זו באורח קשה מאוד בזכות לנישואין ותכופות גם בזכות להורות של אזרחי ישראל. יתר על כן: פגיעה זו נוגעת הלכה למעשה באזרחיה הערבים של ישראל, להבדיל מאזרחיה היהודים, וכך היא מולידה גם הפליה על בסיס לאומי.

הדיון לעיל הוביל למסקנה כי ההצדקה להסדר שכזה מותנית, בין היתר, בשלושת התנאים המצטברים הבאים: ראשית, הסיכון הנשקף מכל אחד מבני הזוג מבקשי המעמד הדרחויים הללו הוא סיכון ניכר; שנית, לא ניתן להפחית את הסיכון הנשקף מכל אחד ממבקשי המעמד בישראל אל מתחת לסף הסיכון שהוא תנאי לפגיעה באמצעות נקיטה של אמצעים פוגעניים פחות; ושלישית, התועלת הצפויה מהחלת מדיניות זו על כלל הקבוצה הרלוונטית של מבקשי המעמד עולה על עלותה. אשר על כן, אפילו קיבלנו את עמדתם של השופטים שתמכו באישור החוק, כי מטעמים שונים קטנה מאוד האפקטיביות של בדיקה אינדיבידואלית של כל אחד ממבקשי איחוד המשפחות (עמדה שעליה אנו חולקים), עדיין לא מולאו שני התנאים המקדמיים האחרים. לפי הנתונים שסיפקה המדינה עצמה, הסיכון הנשקף מכל אחד ממבקשי המעמד בישראל הוא זניח; כמו כן, לא הוכח כי אמצעים פוגעניים פחות אינם צפויים להועיל להפחתה נוספת אף בסיכון זניח זה.

בהינתן החשיבות של הזכות לחיי משפחה ושל הזכות לשוויון, במיוחד בחברה הישראלית השסועה, הרי שהמסקנה הנזכרת הופכת את חוק האזרחות והכניסה לישראל ואת פסק הדין שהותירו על כנו להתפתחויות משפטיות מהחמורות שהתרחשו בישראל. הטעם להתנסחותנו הקשה נעוץ בתוצאות פסק הדין (תוצאתו הישירה ותוצאתו במונחי היחסים הבין-קהילתיים בישראל), והוא נעוץ גם בהנמקות שנתנו השופטים מאשרי החוק להחלטתם. הנמקות אלה פותחות את הפתח ל"מדרון חלקלק" בכל הנוגע לפגיעה קולקטיבית עתידית, הן בפלסטינים תושבי השטחים, הן בפלסטינים תושבי מזרח

ירושלים והן בפלסטינים אזרחי ישראל. אמנם, הנמקותיהם של אותם שופטים אינן הלכה; נהפוך הוא, הן נדחו על ידי שישה מהשופטים בפרשת עדאלה; אולם הן מבטאות תבנית חשיבה שגורה ודומיננטית בציבור הישראלי, תבנית שיש לה כמעט הגמוניה בקרב הרשויות הפוליטיות. יתר על כן: להנמקות של השופטים מאשרי החוק יש ביטוי גם בפסיקה שניתנה לאחרונה.¹²⁶

כפי שאמרנו בפתח המאמר, יש בעמדת השופטים מאשרי החוק שלושה חידושים שמטלטלים בעצמה יסודות של מדינה דמוקרטית: ראשית, עמדה זו ויתרה על ההבחנה בין זכות אדם לבין אינטרס ציבורי לטובת מטאפורה של זכויות יסוד המתנגשות משני צדי האיזון. שנית, עמדה זו ויתרה על מבחן האיזון, קרי: על דרישת התגבשות סף נדרש של סיכון הנשקף מהאדם שבו היא פוגעת, באמצעות פנייה מסוכנת מהפרט אל הקולקטיב שאליו הוא משתייך. שלישית, עמדת השופטים מאשרי החוק התקבלה על אף שמי שנפגעו מהחשד הקבוצתי היו לא רק מי שנתפסו על ידי המדינה כ"זרים" לה, אלא גם אזרחיה שלה.

המאמר הוא ניסיון להאיר את הכשלים הללו ולשכנע בהכרח הדחוף לכולם. פרק ב של המאמר הסביר מדוע התאוריה הליברלית מחייבת להחיל מבחן איזון שלפיו פגיעה באדם, שנועדה למנוע סכנה הנשקפת ממנו לאחרים, יכולה להיות מוצדקת רק אם הסיכון הנשקף מאותו אדם קונקרטי הוא ממש. פרק ג עמד על תכליתה של ההבחנה בין זכות אדם לבין אינטרס ציבורי, זאת כדי למנוע השוואה פשטנית ביניהם וכדי לשמר את מבחני האיזון האנכיים ברוב רובם של המקרים. פרק ד ניסה להבהיר כיצד כל אלה מוצאים ביטוי ביסודותיה של פסקת ההגבלה. תמכנו בפרשנות לפיה מבחן האיזון (הדרישה להשתקפותו של סיכון אישי מהאדם שזכותו מוגבלת) מעוגן הן בדרישת "התכלית הראויה" והן במבחן השני של דרישת המידתיות. מהלך זה עומד בניגוד למגמה הרווחת יותר בפסיקה, לנתב חלק מרכזי של ההגנה על זכויות למבחן המידתיות השלישי.

השופטת פרוקצ'יה הייתה זו שנקטה את הלשון הישירה ביותר בביקורתה על ההתפתחויות שטמונות בהכרעתם ובהנמקתם של השופטים תומכי חוק האזרחות

126 ראו, למשל, בג"ץ 5539/05 עטאללה נ' שר הבטחון (פורסם בנבו, 3.1.2008), שם נדחתה עתירה נגד המדיניות האוסרת באופן גורף על פלסטינים תושבי השטחים לנהוג בישראל, בלא שמתקיימת בדיקה אינדיבידואלית של הסיכון הנשקף מתושב השטחים השוהה כדין בישראל ואשר מבקש לנהוג בה ברכב מנועי. בית המשפט, מפי השופט גרוניס, קבע, תוך הפניה לפסק הדין בעניין עדאלה, כי מדיניות זו היא סבירה בהסתמך על "הערכתם של גורמי הביטחון לגבי הסיכון הטמון בהענקת רישיון נהיגה לתושבי האזור" (שם, בפס' 10 לפסק דינו). ראו גם בג"ץ 11120/05 חמדאן נ' אלוף פיקוד הדרום (פורסם בנבו, 7.8.2007), שבו נדחתה עתירה נגד ההחלטה למנוע מסטודנטים לריפוי בעיסוק מאזור עזה להיכנס וללמוד בישראל מכיוון שהם נחשבים חלק מ"קבוצת סיכון" בהיותם צעירים ואקדמאים.

והכניסה לישראל. בין היתר, היא ערכה אנלוגיה בין חוק זה וטיעוני המדינה להגנתו (ובמשתמע, גם טיעוני השופטים מאשרי החוק) לבין פרשת מעצרים של האזרחים האמריקניים ממוצא יפני במלחמת העולם השנייה:

עלינו להישמר מסכנה אורבת הטמונה בפגיעה גורפת בבני אדם המשתייכים לציבור מסוים על ידי הדבקת תווית של סיכון בלא אבחנה, ומפני החשש הכרוך בשימוש בטענת הביטחון כעילה לפסילה כוללת של קהילה שלמה. זכורים מקרים מן ההיסטוריה בהם הדבר ארע, ובחשיבה חוקתית מאוחרת הוכרה הטעות בכך, טעות הניכרת על פניה. די להביא דוגמא אחת לכך מהפרשה הידועה בעניין *U.S. v. Korematsu*, 323 U.S. (1944), 214, בה הובלו תושבים ואזרחים אמריקניים ממוצא יפני, החיים בארצות הברית, להסגר במדינתם הם, בעת מלחמת העולם השנייה, כאשר ארצות הברית נלחמה נגד יפן. היו יחידים מאותו ציבור שנחשדו בחוסר נאמנות למדינה. בעקבות כך, הוטלה סנקציה כללית של הסגר על ציבור שלם. אמצעים גורפים אלה אושרו ברוב דעות בבית המשפט העליון האמריקאי. המיעוט סבר אחרת. [...] הנסיבות באותה פרשה שונות בתכלית מאלה העולות בענייננו, אך הרוח המנשבת ברקע התפיסה החוקתית שהוחלה שם בדעת הרוב אינה זרה לטענות שנשמעו מפי המדינה בסוגיה שלפנינו. נישמר אנו מעשיית טעויות דומות. נימנע מפגיעה גורפת בציבור שלם החי בתוכנו הראוי להגנה חוקתית על זכויותיו; נגן על בטחון חיינו באמצעות אמצעי פיקוח אינדיבידואליים גם אם יש בכך כדי להעמיס עלינו מעמסה נוספת, ואפילו אם משמעות הדבר הותרת שוליים מסוימים של הסתברות לסיכון. נגן בכך לא רק על חיינו אלא גם על ערכי חיינו.¹²⁷

שניים מהשופטים שכלפיהם כוונה הביקורת הגיבו לה, כל אחד בסגנונו, ודחו אותה בהחלטיות. התשובה המפורטת יותר הייתה של השופטת נאור:

בפרשת *Korematsu*, כמאה ועשרים אלף אזרחי ארצות-הברית ותושביה ממוצא יפני שהתגוררו לאורך האוקיינוס השקט ("החוף המערבי") נעקרו ממקום מגוריהם ופרנסתם והושמו במחנות מעצר במדבריות אמריקה. רובם שהו בהם יותר מארבע שנים [...] כיצד ניתן בכלל להשוות פגיעות אלו לפגיעה באזרח הישראלי, באשר הוא, שלעת הזו אין מאפשרים לו – אם בן זוגו הוא תושב האזור ובטווח גילאים מסוים – "איחוד משפחות" בישראל? הדברים רחוקים זה מזה מרחק שנות אור. [...] אכן, מן החוק

127 עניין עדאלה, לעיל ה"ש 2, בפס' 21 לפסק דינה של השופטת פרוקצ'יה.

משתמעת הכללה לפיה תושבי ה"אזור" בגילאים מסוימים מהווים קבוצת סיכון ולכן יש למנוע, לעת הזו, את כניסתם. ואולם, וכפי שבארה המדינה בתשובתה, על רקע העבר, אין היום דרך מעשית יעילה לבודד בין המסוכנים ובין אלה שאינם מסוכנים באמצעות בדיקה אינדיבידואלית. על כן, וכפי שבארתי, לעת הזו, אין להתערב בהכללה אותה משקפת הוראת החוק.¹²⁸

המשנה לנשיא חשין הוסיף את הדברים הבאים:

ההיסטוריה האנושית כר נרחב היא למבקש לערוך השוואות, חלקן ראויות וחלקן שאינן ראויות. ואולם כבית-משפט נטל הוא המוטל עלינו ללמוד מן ההיסטוריה ולהימנע מטעויות העבר. אלא שבלימוד זה נדרשים לדוק פורתא ולבחון נסיבותיו של כל מקרה ומקרה לגופו פן נחטא לאמת ולמציאות החיים המורכבת שלפנינו. אשר לענייננו-שלנו, המרחק בין אותה פרשה היסטורית קשה עצובה לבין ענייננו-שלנו מרחק שנות אור הוא [...] די אם נזכיר כי בפרשת *Korematsu* דובר בשלילת חירותם של למעלה ממאה אלף אזרחי ארה"ב מבלי שהוכחו סיכוני ביטחון הנשקפים מהם. ענייננו-שלנו הוא, נזכור, במניעת כניסתם [של] אזרחים זרים שעה שהוכחו סיכוני ביטחון ואזרחי ישראל רבים נרצחו ונפגעו. ההבדל בין המקרים כה זועק הוא עד שאין צורך להרחיב בו.¹²⁹

אנו התקשינו לראות את המרחק הקוטבי בין שתי הפרשות. יש לפחות ארבע נקודות המיון המגשרות חלקית על המרחק. ראשית, המשנה לנשיא לא דק פורתא בהציגו את נושא "סיכוני הביטחון" כאן ושם. אין בהקשר זה כל הבדל משמעותי בין שתי הפרשות. כשם שבשל חטאם של מעטים ממוצא יפני שעסקו או נחשדו בריגול או בחבלה נשללה חירותם של רבים שהיו שותפים להם אך במוצאם האתני,¹³⁰ כך הוגבלה בענייננו הזכות לחיי משפחה של אזרחים ולא-אזרחים ממוצא פלסטיני. שנית, שם ככאן מדובר בהסדר פוגע שלא תוחם לרגע זמן אחד חריג ביותר, אלא שהוצמד לקיומן של נסיבות חירום מסוימות, שבהקשר שלנו נראות כאופק פתוח (וקודר) המלווה את חיינו. שלישית, כאן כשם אין דרך להפריך את חזקת המסוכנות המתייגת כל פרט בקבוצה. בלשונו של

128 שם, בפס' 22-23 לפסק דינה של השופטת נאור.

129 שם, בפס' 136 לפסק דינו של המשנה לנשיא חשין.

130 בפסק הדין בעניין *Korematsu* ציין בית המשפט כי "[I]t is intimated, though not directly charged or proved, that persons of Japanese ancestry were responsible for three minor isolated shellings and bombings of the Pacific Coast area, [...] as well as for unidentified radio transmissions and night signaling" (*Korematsu v. U.S.*, 323 U.S. 214, 239 (1944)) (להלן: עניין קורמטצו).

המשנה לנשיא: "וגם אם ברגע נתון ניתן יהיה לקבוע כי תושב פלוני מן האזור אינו משייך עצמו לתומכים בטרור, מי לידנו יתקע כי מחר-מחרתיים, משיזכה להיתר המיוחד, לא ישנה מדעתו ומדרכו?"¹³¹ המשנה לנשיא ציטט כאן מטיעוני המדינה, כי "מבחינת ארגוני הטרור יש עדיפות לשימוש במי שארגון הטרור מעריך שאין לישראל מידע ביטחוני שלילי אודותיו".¹³² זהו סבך קפקאי, הדומה מאד לזה שעליו מצביע אחד משופטי המיעוט בפרשת קורמטצו, השופט Murphy:

The Final Report [of the Commanding General], p. 34, makes the amazing statement that as of February 14, 1942, "The very fact that no sabotage has taken place to date is a disturbing and confirming indication that such action will be taken." Apparently, in the minds of the military leaders, there was no way that the Japanese Americans could escape the suspicion of sabotage.¹³³

רביעית, השופטים מאשרי החוק התעלמו מהממד התקדימי של חוק האזרחות והכניסה לישראל ושל נימוקיהם לאישורו. פרשת פסקי הדין של בית המשפט העליון האמריקני בנושא האזרחים האמריקנים ממוצא יפני היא כר נרחב ללקחים ביחס ל"מדרון חלקלק". פרשת קורמטצו היא פסק דין מאוחר יחסית, שעסק במה שהיווה את שיאה של המדיניות שהופעלה כלפי האזרחים האמריקנים ממוצא יפני: מעצרים במחנות הסגר. המהלך הראשון שננקט כלפיהם היה מתון יותר: הטלת עוצר לילי בין השעות שמונה בערב לשש בבוקר. זרע הפורענות נבט על כן לא בפסק הדין בעניין קורמטצו אלא באישור שקיבל שנה וחצי לפני כן אותו צעד מוקדם וקיצוני פחות של הגבלה, בפרשת *Hirabayashi*.¹³⁴ בית המשפט העליון האמריקני קיבל שם לראשונה את הנמקתן של רשויות ההגנה האמריקניות, הוזה לטיעוניה של המדינה בענייננו; זהו הטיעון שאזכרה ואימצה השופטת נאור בדבריה, בדבר אי-היכולת להסתמך על בדיקה אינדיבידואלית שתאתר את אותם מעטים מסוכנים בין חברי הקבוצה:

[W]e cannot reject as unfounded the judgment of the military authorities and of Congress that there were disloyal members of that population, whose number and strength could not be precisely and quickly ascertained. We cannot say that the war-making branches of the Government did not have ground for believing that in a critical hour

131 עניין עדאלה, לעיל ה"ש 2, בפס' 110 לפסק דינו של המשנה לנשיא חשין.

132 שם, בפס' 111 לפסק דינו של המשנה לנשיא חשין.

133 עניין קורמטצו, לעיל ה"ש 130, בעמ' 241, ה"ש 15.

134 עניין *Hirabayashi*, לעיל ה"ש 9.

such persons could not readily be isolated and separately dealt with, and constituted a menace to the national defense and safety.¹³⁵

לפחות אחד מהשופטים בפרשת היראבאיאשי, שיהיה אחר כך אחד משופטי המיעוט בפרשת קורמטצו, הבין חלקית את שהתחולל כאן, זהו השופט Murphy:

Today is the first time, so far as I am aware, that we have sustained a substantial restriction of the personal liberty of citizens of the United States based upon the accident of race or ancestry.¹³⁶

אכן, בפסק הדין בעניין קורמטצו ביכה שופט המיעוט Jackson את אותו קוצר ראייה שבו לקו הוא וחבריו משלא הבחינו במדרון החלקלק, משלא זיהו את הכוח התקדימי המסוכן של המעבר (שאותו אישרו) מדרישת "הסיכון האישי" ל"סיכון קולקטיבי":

[The government] argues that we are bound to uphold the conviction of Korematsu because we upheld one in *Hirabayashi* [...], when we sustained these orders in so far as they applied a curfew requirement to a citizen of Japanese ancestry. I think we should learn something from that experience. [...] However, in spite of our limiting words we did validate a discrimination on the basis of ancestry for mild and temporary deprivation of liberty. Now the principle of racial discrimination is pushed from support of mild measures to very harsh ones, and from temporary deprivations to indeterminate ones. And the precedent which it is said requires us to do so is *Hirabayashi*. The Court is now saying that in *Hirabayashi* we did decide the very things we there said we were not deciding.¹³⁷

אנו מצטרפים על כן לאזהרתה-תחינתה של השופטת פרוקצ'יה כי נלמד את לקחי פרשת מעצרים של האמריקנים ממוצא יפני.

כפי שצינו בפתח המאמר, טיעון "המדרון החלקלק" הוא קונטינגנטי: הוא תלוי חברה ותלוי נסיבותיה המיוחדות. הוא קשור לקיומן או להיעדרן של נקודות עצירה – קונטינגנטיות, מוסריות, תועלתניות – בחברה הנבחנת, בעת שלחצים שונים דוחפים

135 שם, בעמ' 99 (מפי זקן השופטים Stone).

136 שם, בעמ' 111.

137 פרשת קורמטצו, לעיל ה"ש 130, בעמ' 246-247.

אותה במדרון.¹³⁸ כיצד יפעל השילוב בין הגורם המקצין – עצמת הפחד שתאחזו בציבור הישראלי-יהודי ובמנהיגיו בשנים הקשות שבפנינו, לבין הגורם הממתן – המעצורים המשפטיים, המוסריים והתועלתניים, הפנימיים והחיצוניים, שעשויים לבלום את הפנייה לאמצעים דרקוניים כנגד "האחר" במאמץ להשקיט את הפחד?

האמצעים הדרקוניים העתידיים עלולים להופיע בכל אחד משלושת הכיוונים הבאים: כלפי הפלסטינים תושבי השטחים; כלפי הפלסטינים תושבי ירושלים המזרחית (שהם תושבי ישראל, על פי משפטה הפנימי); וכלפי הערבים-הפלסטינים אזרחי ישראל. אמצעים כאלה מופעלים במינון מסוים מזה זמן בהקשרם של הפלסטינים בשטחים. אשר לירושלים המזרחית, נעשה בה לעתים שימוש בתקנה 119 לתקנות ההגנה (שעת חירום), 1945, לצורך הריסת בתים, ושר הפנים הפעיל לאחרונה מהלך של שלילת התושבות של התושבים הפלסטינים שלה, שהם נציגים פוליטיים של החמאס, ושלייה זו היא מבוא לגירושם מירושלים.¹³⁹ בישראל, בשעת המבחן של אוקטובר 2000, התגלתה לעין כל דקיקות מעטה ההגנה שהאזרחות הישראלית מספקת לאזרחיה הערבים, ופגיעותם התבלטה עוד משמתבוננים בגורלו של דו"ח ועדת החקירה הממלכתית שמונתה לחקור את לקחיה של אותה שעת מבחן.¹⁴⁰ למרבה העצב, פרשת חוק האזרחות והכניסה לישראל מחדדת מאוד את תמונת הפגיעות, שכן כל רשויות השלטון חברו בה להסדר שנקבע: הממשלה, המחוקק, ובית המשפט העליון שלא הורה על בטלות ההסדר.

האם הדברים יחמירו עוד? כאמור לעיל, יומרתנו לנבא קטנה, וכבני החברה הזו אנו משתדלים לשמור על תקווה. ייתכן כי חברה שיש בה יסודות – גם אם לא חזקים – של תרבות דמוקרטית, ויש בה (עדיין) מוסד בקרה בדמות בית המשפט העליון, והיא תלויה בסביבה מדינית ובתרבות גלובלית המציבות ערכים דמוקרטיים במקום גבוה יחסית בדרישותיהן ממנה – ייתכן שחברה כזו יכולה עדיין לבלום את התדרדרותה, אבל דבר לא מובטח.

138 לדיון נרחב יותר במשתנים המשפיעים על סכנת "המדרון החלקלק", ראו אילן סבן "לאחר הברבריות? תחיקת ביטחון, סמכויות שעת חירום ויישומן בבוקר שלמחרת" הבוקר למחרת: עידן השלום – לא אוטופיה 63, 63-79 (מירון בנבשתי עורך, 2002).

139 ראו עתירה תלויה ועומדת שאליה הצטרפו כ"ידידי בית המשפט" ארגון עדאלה והאגודה לזכויות האזרח: בג"ץ 7803/06 אבו ערפה נ' שר הפנים.

140 ועדת החקירה הממלכתית לבירור ההתנגשויות בין כוחות הבטחון לבין אזרחים ישראלים באוקטובר 2000 דין וחשבון (תאודור אור יו"ר הוועדה, 2003), שהוא הדיון הרשמי המפוכח ביותר שהוציאה החברה הישראלית תחת ידיה בכל הנוגע ליחסי יהודים-ערבים בתוכה.