

הקהילה החוקתית: על הקשר בין מעמד אזרחי לזכויות יסוד

מאת

עמרי בן-צבי*

סוגיות של הגירה חושפות לעיתים מתח רעיוני בסיסי הקיים בתאוריה של זכויות היסוד. מצד אחד, לרוב, זכויות יסוד נחשבות לאוניברסליות – הן מוכרות כזכויותיו של אדם באשר הוא אדם. מצד אחר, הכרה בזכויות גוררת הטלת חובה מקבילה על גוף כלשהו לכבד את הזכות. כשמדובר בזכויות יסוד, מי שצריך בראש ובראשונה לכבדן היא המדינה. מכאן שעל פי מרבית התאוריות הרווחות בנושא, זכויות היסוד מתווכות על ידי המדינה – הן מניחות את ההגנה של המדינה כרכיב בסיסי בהסדר הכולל הקרוי "זכויות יסוד". ואולם מקובל לסבור כי המדינה (ודאי מדינת הלאום) היא מסגרת שלטונית שראוי שתראה לנגד עיניה את טובת חברי הקהילה הפוליטית שלה, ה-demos, ולא את טובת בני האדם כולם. מתח לא פתור זה מתבטא בישראל בגישה הבעייתית של בית המשפט לשאלת תחולתן של זכויות היסוד על זרים בשלב החוקתי הראשון בביקורת השיפוטית. הפסיקה הישראלית המועטה המתייחסת לנושא העלתה שתי הצעות ראשוניות: הראשונה היא כי יש להתייחס לזרים ולאזרחים באותה דרך בשלב החוקתי הראשון, כלומר להכיר בזכויות היסוד של זרים במלואן; ההצעה השנייה היא כי "גרעין" זכויות היסוד חל הן על זרים והן על אזרחים ותושבים, ואולם זכויות שהן ב"פריפריה" – ראוי שלא יוכרו כשמדובר בזרים. המאמר טוען ששתי התפיסות הללו הן בעייתיות, מכמה טעמים נורמטיביים ודוקטרינריים, וכי יש להחליף אותן בתאוריה מפורטת ומבוססת יותר של תחולת זכויות היסוד על זרים. הרעיון הבסיסי שהמאמר מקדם הוא כי יש להבחין בין זכויות יסוד שמבוססות מבחינה פילוסופית על יסוד של שהייה במדינה לאורך זמן מינימלי מסוים, לבין זכויות שההצדקה הנורמטיבית העקרונית שלהן אדישה לשהייה לאורך זמן במדינה. המאמר טוען כי על המדינה לכבד במלואן את הזכויות החוקתיות של כל מי שהיא מקבלת שעליה להכיל בתוך גבולותיה לתקופה מינימלית מסוימת – אלה הם החברים המלאים ב"קהילה החוקתית" של המדינה. עם זאת, מי שאיננו עתיד להישאר לאורך אותו פרק זמן מינימלי בגבולות המדינה – אף הוא זכאי להכרה חוקתית, אך רק באותם היבטים של אנושיותו שאינם מבוססים על שהייתו לאורך זמן בתוך המדינה.

* ד"ר עמרי בן-צבי משמש רפרנט אוכלוסין והגירה בייעוץ וחקיקה (משפט ציבורי-מנהלי) במשרד המשפטים ומלמד כמרצה מן החוג בפקולטה למשפטים באוניברסיטה העברית בירושלים. תודה לרות גביזון, לברק מדינה, ליניב רוזנאי, לאלון הראל, לעדן שריד, למיכל צוק, לאורן תמיר, לאולגה פרישמן, לחיים אברהם ולרונון פוליאק על הערותיהם המועילות לגרסאות קודמות של מאמר זה. המאמר הוצג בכינוס ICON-S וכן בהשתלמות במשפט ציבורי במשרד המשפטים; תודה למשתתפים באירועים אלה על הערותיהם. המאמר משקף את עמדת הכותב בלבד.

מבוא. א. היקף ההגנה החוקתית המקובלת על זכויות יסוד של זרים. 1. התייחסות הפסיקה לשאלת היחס בין מעמד אזרחי לזכויות יסוד; 2. מגרעות הגישות שצוינו בפסיקה. ב. הקהילה החוקתית. 1. הרעיון הבסיסי; 2. החלת התאוריה: השלב הראשון – השיקול הנוגע לזכות; 3. החלת התאוריה: השלב השני – השיקול הנוגע לאדם; 4. הדגמה: הקהילה החוקתית בראי הפסיקה. ג. הגנה פילוסופית. 1. מגבלות התאוריה הדמוקרטית; 2. ההצדקה הנורמטיבית המוצעת של תאוריית הקהילה החוקתית. ד. סיכום.

מבוא

סוגיות של הגירה, המצויות היום בלב השיח המשפטי, הציבורי והפוליטי בישראל ובעולם, חושפות לעיתים מתח רעיוני הקיים בבסיס התאוריה של זכויות היסוד.¹ מצד אחד, החשיבה הרווחת על זכויות יסוד גורסת שזכויות אלו הן אוניברסליות – הן מוכרות כזכויותיו של אדם באשר הוא אדם, ואין ההכרה בהן תלויה במינו של האדם, בנטייתו המינית, באמונתו הדתית או הפוליטית, ברמת ההשתכרות שלו, בעובדת היותו אסיר או עציר או בכל משתנה דומה אחר. זכויות אלה מכוננות תדיר "זכויות אדם", ביטוי אשר מזקק את התפיסה כי הזכויות משקפות את הגרעין האנושי שבאדם, שלא ניתן לגרוע ממנו. כל אדם, באשר הוא אדם, זכאי להכרה בהיקף מלא של זכויות היסוד, וגם אם זכויות אלו ייפגעו בהמשך באופן לגיטימי ומותר בשל אינטרסים מדינתיים ראויים, הדבר איננו משנה את עצם ההכרה העקרונית בזכויות עצמן.² זוהי התפיסה המוכרת של הבסיס המוסרי של זכויות היסוד (the moral conception of human rights) אשר נפוצה בפסיקה ובפרקטיקה בנושא זה.³

- 1 מאמר זה ישתמש במונח "זכויות יסוד" ולא "זכויות אדם". הטעם לכך הוא שהמונח "זכויות אדם" מניח מראש, במובלע, את התוצאה של הבחינה התאורטית שהמאמר מנסה לבצע, ואילו המונח "זכויות יסוד" הוא ניטרלי יותר בהיבט זה.
- 2 על ההבחנה בין בחינת עצם ההכרה בזכות (בשלב החוקתי הראשון) לבין ניתוח הפגיעה בזכות (בשלב החוקתי השני), ראו את להלן הטקסט בסמוך לה"ש 78.
- 3 ALAN GEWIRTH, HUMAN RIGHTS: ESSAYS ON JUSTIFICATION AND APPLICATIONS (1982); WARREN QUINN, MORALITY AND ACTION (1993); Amartya Sen, *Elements of a Theory of Human Rights*, 32 PHIL. & PUB. AFF. 315 (2004); Alon Harel, *Theories of Rights*, in BLACKWELL'S GUIDE TO THE PHILOSOPHY OF LAW AND LEGAL THEORY 191 (Martin Golding & William Edmundson eds., 2005); JAMES GRIFFIN, ON HUMAN RIGHTS (2008); JOHANNES MORSINK, INHERENT HUMAN RIGHTS: PHILOSOPHICAL ROOTS OF THE UNIVERSAL DECLARATION (2009); Rowan Cruft, *On the Non-Instrumental Value of Basic Rights*, 7 J. MORAL. PHIL. 441 (2010). אמנות בין-לאומיות מאמצות פעמים רבות טרמינולוגיה אוניברסלית. ראו לדוגמה: Universal Declaration of Human Rights (1948); Vienna Declaration and Programme of Action (1993). הפסיקה משקפת עיקרון זה בקובעה שוב ושוב כי הזכויות ניתנות לאדם באשר הוא אדם. לסקירה בהקשר של כבוד האדם, ראו אהרן ברק כבוד האדם – הזכות החוקתית ובנותיה 379–384 (2014) (להלן: ברק כבוד האדם); אהרן ברק "על כבוד של כל אדם באשר הוא אדם" מבחר כתבים כרך ג – עיונים חוקתיים 393, 396 (2017).

מצד אחר, הכרה בזכויות גוררת הטלת חובה מקבילה, היא החובה לכבד את הזכות.⁴ כשמדובר בזכויות יסוד, מי שבראש ובראשונה צריך לכבדן היא המדינה. מכאן שהתאוריה הרווחת על זכויות יסוד קושרת אותן בטבורן למסגרת המדינית, במובן שהזכויות מתווכות על ידי המדינה – הן מניחות את הגנתה של המדינה כרכיב בסיסי בהסדר הכולל הקרוי "זכויות יסוד". כפי שמסביר סמואל מויין:

Even as late as the revolutionary era of European and American history, after which "the rights of man" became a watchword, it was universally assumed that the goal was that a State – even a nation-state – would protect them.⁵

ואולם, מקובל לסבור כי המדינה (ודאי מדינת הלאום) היא מסגרת שלטונית שראוי שתראה לנגד עיניה בראש ובראשונה את טובת חברי הקהילה הפוליטית שלה, ה-*demos*, ולא את טובת בני האדם כולם.⁶ עיקרון משפטי שנגזר מכך, לדעת רבים, הוא שביכולתה של המדינה לשלוט ב"מפתחות הכניסה" לגבולותיה, ובתוך כך גם לקבל החלטות מרחיקות-לכת על מנת להסדיר את מעמדם ומצבם של זרים הנמצאים בתחומה או מבקשים להיכנס לתחומה.⁷

4 זוהי התפיסה ההופלדיאנית הקלאסית של זכויות. ראו Wesley N. Hohfeld, *Some Fundamental Legal Conceptions as Applied in Judicial Reasoning*, 23 YALE L.J. 16 (1913) לניתוח מודרני של הופלד ראו Pierre Schlag, *How to Do Things With Hohfeld*, 78 L. & CONT. PROB. 185 (2015).

5 ראו Samuel Moyn, *The Future of Human Rights*, 20 SUR – INT'L J. H. RTS. 57, 58 (2014). כן PEG BIRMINGHAM, HANNA ARENDT & HUMAN RIGHTS 36 (2006) ("supposedly inalienable universal human rights were from their inception inseparably tied to the sovereignty of a people"); John Finnis, *Nationality, Alienage and Constitutional Principle*, 123 L.Q. REV. 417 (2007); James D. Ingram, *What is a "Right to Have Rights"? Three Images of the Politics of Human Rights*, 102 AM. POL. SCI. REV. 401, 402 (2008) ("the universal validity of human rights is of little moment if they are not effective") עמדה זו ראו Joseph Raz, *Human Rights Without Foundations*, in THE PHILOSOPHY OF HUMAN RIGHTS 321 (Samantha Besson & John Tasioulas eds., 2010). לביקורת על העמדה המתנגדת של רו ראו Peter Schaber, *Human Rights Without Foundations?*, in THE PHILOSOPHY OF HUMAN RIGHTS 61 (Gerhard Ernst & Jan-Christoph Heilinger eds., 2011).

6 ראו N.W. BARBER, THE CONSTITUTIONAL STATE 23–24 (2010); MICHEL ROSENFELD, THE IDENTITY OF THE CONSTITUTIONAL SUBJECT 211 (2010). להרחבה ולדיון בשאלה כיצד מגדירים מי נכלל ב-*demos* ראו להלן בפרק ג.

7 לביטויים של עיקרון זה בפסיקה הישראלית ראו לדוגמה בג"ץ 482/71 קלרק נ' שר הפנים, פ"ד כז(1) 113, 117 (1972); בג"ץ 758/88 קנדל נ' שר הפנים, פ"ד מו(4) 505, 520 (1992); בג"ץ 1031/93 פסרו (גולדשטיין) נ' שר הפנים, פ"ד מט(4) 661, 705 (1995). לדיון ראו גם יגאל מרזל "על שיקול דעתו (הרחב) של שר הפנים לפי חוק הכניסה לישראל, התשי"ב–1952" ספר אדמונד לוי 249 (אוהד גורדון עורך, 2017); התמודדות ישראל עם הגירה בלתי מוסדרת (רות גביון ומאיר אלרן עורכים, 2013). לביטוי של עיקרון זה בארצות הברית לאחרונה, ראו Trump v. Hawaii, 585 U.S. ____ (2018). לדיון כללי ראו Michel Troper, *Sovereignty*, in THE OXFORD HANDBOOK OF COMPARATIVE CONSTITUTIONAL LAW 350 (Michel Rosenfeld & András Sajó eds., 2012). לביקורת על תפיסה

הבעיה נוצרת אפוא הן ברמה המושגית והן ברמה הפרקטית: אשר לזרים, הרצון הפוליטי של מדינות רבות להגן על זכויות יסוד הוא מצומצם יותר,⁸ ובמישור העקרוני נראה שהקשר בין הזר לבין המדינה משמיע חובות פחותות של הכרה בזכויות יסוד, שכן אותו אדם איננו חבר בקהילה הפוליטית שהחוקה מבקשת להגן על זכויות החברים בה. כפי שציין השופט חשין, "חוקה נוצרה, בראש ובראשונה, לבני הארץ ולהסדר חיים לתושבי הארץ ולאזרחיה, ביניהם לבין-עצמם. חוקת אמריקה היא לאמריקאים, חוקת גרמניה היא לגרמנים וחוקת-היסוד בישראל הוא לישראלים ולוויסות היחסים ביניהם לבין המדינה וביניהם לבין עצמם".⁹ המתח נובע מכך שזכויות יסוד אמורות להיות אוניברסליות, אולם השמירה עליהן היא תפקידה של המדינה, והמדינה, מצידה, רשאית לקבל החלטות מרחיקות לכת בנוגע לזרים שבתחומה או בגבולותיה והמבקשים להיכנס אליה.¹⁰ לכן כאשר אדם הוא זר למסגרת המדינתית שבתוכה הוא נמצא, הוא חשוף לכוחה הכופה של המדינה במידה רבה יותר, ולעיתים קרובות אנו מוצאים שלא ניתנת לו המטרייה ההגנתית של הכרה בזכויות היסוד שלו בתקופה שבה הוא נמצא בתוך המדינה. חנה ארנדט הייתה הראשונה לעמוד על המתח האמור, שאליו היא נחשפה על רקע גל הפליטות הגדול שנוצר בעקבות מלחמת העולם השנייה (גל שארדנט בעצמה הייתה חלק ממנו). כך היא כתבה בנושא:

זכויות האדם הוגדרו כזכויות שאינן פקיעות מפני שהיו אמורות להיות לחלוטין לא תלויות בממשלה כלשהי. אולם התברר כי משעה שבני אדם סולקו מחסות ממשלה משלהם ונאלצו להסתמך רק על זכויות המינימום שלהם, לא נותרה עוד רשות כלשהי שתגן עליהם, ולא היה עוד מוסד שרצה לערוב להם.¹¹

זו ראו Jeremy Waldron, *Exclusion: Property Analogies in the Immigration Debate*, 18 THEO. INQ. L. 469 (2017).

8 Onora O'Neill, *The Dark Side of Human Rights*, in CONTEMPORARY DEBATES IN POLITICAL PHILOSOPHY 425, 432 (Thomas Christiano & John Christman eds., 2009) ("there is 'a certain features of moral imperatives combine awkwardly with politics'" Ingram ;(- at the very least – an awkward gap between reality and rhetoric" 5, בעמ' 404).

9 בג"ץ 7052/03 עראלה נ' שר הפנים, פ"ד סא(2) 202, פס' 62 לפסק דינו של המשנה לנשיא (בדימ') MICHAEL WALZER, SPHERES OF JUSTICE: A DEFENCE OF PLURALISM AND EQUALITY 62 (1983) ("admission and exclusion [...] suggest the deepest meaning of self-determination"); Bruce Ackerman, *The Rise of World Constitutionalism*, 83 VA. L. REV. 771, 778 (1997) ("a constitution emerges as a symbolic marker of a great transition in the political life of a nation" .להרחבה ראו Yaniv Roznai, *Unamendability and the Genetic Code of the Constitution*, 27 EURO. REV. PUB. L. 775 (2015).

10 לעניין חשיבותו החוקתית של עקרון ריבונות המדינה ראו Michel Troper, *Sovereignty*, in OXFORD HANDBOOK OF COMPARATIVE CONSTITUTIONAL LAW 350 (Michel Rosenfeld & András Sajó eds., 2012).

11 ראו חנה ארנדט יסודות הטוטליטריות 435 (עדיט זרטל מתרגמת, 2010). לניתוח נקודה זו אצל ארנדט ראו MAURIZIO PASSERIN D'ENTREVES, THE POLITICAL PHILOSOPHY OF HANNAH ARENDT

לכן, הסבירה ארנדט (על פי פרשנות אחת מרכזית שלה), הזכות לאזרחות צריכה להיפתס בעצמה כזכות יסודית, שכן היא "פותחת את הדלת" כפעולה פרקטית להגנה המדינתית הנדרשת על יתר הזכויות. הזכות לאזרחות היא "הזכות שיהיו לך זכויות" (the right to have rights), ומי שמאבד את זכותו זו, לרוב חשוף להפרה של זכויות היסוד האחרות שלו ביתר קלות.¹² ואכן הזכות לאזרחות הוכרה בשיטות משפט רבות כבעלת בסיס חוקתי איתן,¹³ והיא נחשבת גם בפסיקה הישראלית לזכות יסוד.¹⁴

ואולם חשוב להבין כי הרעיון של "הזכות שיהיו לך זכויות" הוא במידה רבה ניסוח מחדש של הבעיה ולא מתן פתרון. כאשר זכויות היסוד נתפסות כאוניברסליות וחלות על האדם באשר הוא אדם, לא אמור להיות צורך בזכות נוספת – "זכות שיהיו לך זכויות" – כדי להפעיל את זכויות היסוד, אלא הזכויות עצמן אמורות לחול ישירות ומתוך הרציונלים שהן מייצרות. הבעיה נותרת רלוונטית במיוחד לאותם אנשים שאין להם "זכות שיהיו להם זכויות", קרי מי שאינם אזרחי המדינה שבה הם נמצאים. ואכן, גם ארנדט הייתה פסימית בנוגע לאפשרות לפתור מתח זה באופן משביע רצון.¹⁵

כדרכם של קשיים רעיוניים לא פתורים המצויים ב"זרמי העומק" של המשפט,¹⁶ גם המתח בין ריבונות המדינה לבין האוניברסליות של זכויות היסוד חלחל בסופו של דבר לרובד המשפט הגלוי – במקרה זה, לפסיקה – והביא לחוסר קוהרנטיות ולאמירות שיפוטיות מוקשות בהקשר של שאלת תחולת זכויות היסוד על זרים. המאמר עוסק במתח הזה ובהשתקפותו בשיטת המשפט הישראלית, אף שהקושי מצוי גם בשיטות משפט אחרות, והוא ישתמש בכמה דוגמאות להתלבטויות דומות מחוץ לישראל על מנת להעשיר את השיח הפנים-ישראלי.¹⁷ ליתר דיוק, המאמר יתמקד בשלב הראשון של הניתוח החוקתי בישראל, הקודם לבחינת המידתיות ולשאלת הסעד החוקתי. כידוע, בשלב החוקתי הראשון נקבע "מהו היקף העניינים הנכללים בהגדרה של הזכות, ומה העניינים הנתפסים כמצויים

BIRMINGHAM; 139–166 (1994), לעיל ה"ש 5, בעמ' 35–36. כן ראו אנבל הרצוג "מסלולים פוליטיים,

גבולות וחופש" חנה ארנדט: חצי מאה של פולמוס 199 (עדיית זרטל ומשה צוקרמן עורכים, 2004).

12 לפי ארנדט (לעיל ה"ש 11, בעמ' 404–449), זו הדינמיקה שאפיינה את גרמניה לפני השואה.

13 ראו David Owen, *Citizenship and Human Rights*, in THE OXFORD HANDBOOK OF CITIZENSHIP 247, 250–253 (Ayelet Shachar, Rainer Bauböck, Irene Bloemraad & Maarten Vink eds., 2017).

14 ראו בג"ץ 296/80 בוקובה נ' מדינת ישראל, פ"ד לה(1) 492, 496 (1980); בג"ץ 2757/96 אלראי נ' שר הפנים, פ"ד נ(2) 18 (1996). כן ראו יפה זילברשץ "האזרחות: מהי ומה תהיה?" מחקרי משפט טז 55 (2000).

15 ראו SEYLA BENHABIB, *THE RIGHTS OF OTHERS: ALIENS, RESIDENTS AND CITIZENS* 49–70 (2010); SAMUEL MOYN, *THE LAST UTOPIA: HUMAN RIGHTS IN HISTORY* 12 (2004).

16 Pierre Schlag, *Formalism and Realism in Ruins (Mapping the Logics of Collapse)*, 95 IOWA L. REV. 195 (2009); Efi Zemach & Omri Ben-Zvi, *Contract Theory and the Limits of Reason*, 52 TULSA L. REV. 167 (2017); Omri Ben-Zvi & Eden Sarid, *Legal Scholarship as Spectacular Failure*, 30 YALE J.L. & HUM. 1, 18–23 (2018).

17 ראו, לדוגמה, בארה"ב Paul W. Kahn, *Community in Contemporary Constitutional Theory*, 99 YALE L.J. 1 (1989); Michael Scaperlanda, *Partial Membership: Aliens and the Constitutional Community*, 81 IOWA L. REV. 707 (1996); Emma Kaufman, *Segregation by Citizenship*, 132 HARV. L. REV. 1379 (2019).

מחוצה לה".¹⁸ השלב החוקתי הראשון "מתניע" (או חוסם) את הבחינה החוקתית המקיפה, ויש לו חשיבות גדולה בשל כך, אולם בישראל – הניתוח החוקתי בשלב זה לוקה בחסר בכל הקשור ליחס שבין מעמד אזרחי לזכויות יסוד.¹⁹

חשוב להדגיש כי המאמר איננו עוסק בתחולה האקסטרה-טריטוריאלית של החוקה או ברלוונטיות של מכשירים מן המשפט הביין-לאומי לזרים שנמצאים במדינה²⁰ אלא רק בתחולתה של החוקה על זרים שכבר נמצאים בגבולות המדינה.²¹ כמו כן מסקנות הדיון אינן אמורות לחול ישירות על זכויות תת-חוקתיות, קרי זכויות שניתנות מכוח חקיקה רגילה. ברמה התת-חוקתית, שבה מוענקות זכויות חוקיות חשובות רבות, ייתכן מאוד שהמעמד האזרחי הפורמלי ישפיע במידה רבה (ולעיתים במידה מכרעת) על היקף הזכויות לזכות, בבחינת "עניי עירך קודמים" או מתוקף שיקולים הנוגעים ל"אמנה החברתית" בין הפרט לבין המדינה.²²

הפסיקה בישראל בנושא זכויות היסוד ויחסה לזרים מתאפיינת בעיקר בהיעדר גישה קוהרנטית, או כזו המבוססת על תשתית תאורטית. לעיתים העדיפה הפסיקה שלא להתייחס לנושא כלל, אף כשהיה מקום לבחון אותו בהרחבה רבה יותר. דוגמה בולטת לכך היא חוסר ההתייחסות ואף הניסיון הפוזיטיבי להימנע מהכרעה בכל הקשור לחופש העיסוק וחופש התנועה של מסתננים בשלושת פסקי הדין החוקתיים שעסקו במתקן "חולות" ובהסדרי המשמורת הנלווים לו.²³ אך כאשר בית המשפט מצא לנכון להידרש לנושא, ניתן לאתר

18 ראו אהרן ברק פרשנות במשפט כרך שלישי: פרשנות חוקתית 371 (1994) (להלן: ברק פרשנות במשפט). להרחבה על מיקום התאוריה בשלב החוקתי הראשון ראו להלן פרק ב.

19 ראו ברק מדינה דיני זכויות האדם בישראל 68 (2016) ("אין הכרעה ברורה" בנוגע לחלק מזכויות היסוד, שניתנות רק לאזרחים ותושבים).

20 המאמר מתמקד במשפט החוקתי הפנימי ואינו שואב ממקורות המשפט הביין-לאומי, מאחר שהמתח הפילוסופי שאותו מבקש המאמר לאתר ב"זרמי העומק" של המשפט נובע, כאמור במבוא, מהתנגשות שמיוחדת למשפט הפנימי: זהו המתח שבין התחולה האוניברסלית של זכויות היסוד מחד גיסא, לבין ריבונות המדינה וראגתה לאזרחיה בראש ובראשונה מאידך גיסא. הרצון להתמקד במדינה ובדרך שבה היא תופסת מנקודת מבטה הפנימית את היחס הראוי לאזרחיה (וכפועל יוצא מכך, לזרים) מגביל במידת-מה את היקף החקירה לנעשה בתוככי המדינה. מובן שאין בכך כדי להכחיש כי נקודת המבט הביין-לאומית היא חשובה ורלוונטית לדיון הרחב על זרים ומעמדם במשפט. אך גם אם מכשיר בין-לאומי כזה או אחר ממליץ על הכרה בזכות מסוימת בנוגע לזרים, עדיין חשוב לברר את השאלה מהי העמדה החוקתית הראויה כלפי ההצעה הזאת (בשים לב לעקרונות המיוחדים לתחום החוקתי) – ושאלה זו היא שעומדת בלב המאמר.

21 לדיון בנושא זה, בהקשרים הנוגעים בעיקר לפלסטינים תושבי השטחים, ראו Adam Shinar, *Israel's External Constitution: Friends, Enemies and the Constitutional/Administrative Law Distinction*, 57 VA. J. INT'L L. 735 (2018). לדיון על חשיבות הגבולות הטריטוריאליים בחוקות שונות ראו Rivka Weill, *Secession and the Prevalence of Both Militant Democracy and Eternity*, 40 CARDOZO L. REV. 905 (2018). יודגש כי במאמר יכוננו נתיני אריתריאה וסודאן שנמצאים בישראל "מסתננים" לפי הטרימינולוגיה שאימץ בית המשפט העליון בנושא. ראו לדוגמה בפסקי הדין שעוסקים במתקן 'חולות' ובהסדרי המשמורת שנלוו לו, להלן ה"ש 23.

22 ראו לדוגמה ה"ש 64 להלן (בנוגע לביטוח בריאות ממלכתי); רע"ב 3969/97 מדינת ישראל נ' אבו רביע, פ"ד נא(5) 470, 477–478 (1997) (ביחס לזכות לשיקום אסירים).

23 פסקי הדין שעוסקים במתקן "חולות" ממעטים לדון בחופש העיסוק ובחופש התנועה, אף כשהשאלה עלתה במפורש או הייתה חשובה להכרעה. כך למשל, בתיק הראשון שעסק בנושא, בבג"ץ 7146/12

בפסיקתו שתי תפיסות שונות. תפיסות אלו מוצגות בפסקי הדין חלקית בלבד, ואף כשהן שזורות זו בזו וקשה להפריד ביניהן (לעיתים – בפסק דינו של אותו שופט). יודגש כי אין מדובר בעמדות שיפוטיות "בשלות", אלא לכל היותר בהתחלה של חשיבה שיפוטית בנושא, שאיננה עולה כדי ביאור שיטתי שלו.

ראשית, לעיתים בית המשפט מעיר, ככל הנראה אגב אורחא, שיש דווקא להקשיח את סטנדרט הביקורת החוקתית כאשר מדובר בזכויות יסוד של זרים.²⁴ כפי שציין המשנה לנשיאה רובינשטיין בדבר קבוצת המסתננים לישראל, "על חברה המבקשת לכבד זכויות אדם, לדקדק דוקא בשמירה על זכויות אוכלוסיות אלה".²⁵ עמדה דומה, שנופלת באותה תפיסה רחבה, היא כי לכל הפחות יש להכיר בזכויות היסוד של הזר בדיוק כפי שמכירים בזכויותיו של האזרח, גם אם אין צורך להגביה את רף ההגנה על זרים מעל לרף המקובל לאזרחים. כך, ייתכן שאפשר לפרש את דבריה של השופטת ארבל בפרשת אדם כתמיכה בהשוואת מצבו של הזר לזה של האזרח בכל הקשור לשלב החוקתי הראשון: "היקפה של הזכות החוקתית לחירות ולכבוד האדם חלה על כל אזרח ישראלי, כמו גם על הגר, מסתגן או פליט שנכנס לישראל בניסיון אשר תהייה".²⁶ וגם השופטת פרוקצ'יה ציינה ברוח דומה כי "תחולת חוק-היסוד מתפרשת, אפוא, בעיקרה, על כל אדם הנמצא בישראל, ללא קשר

אדם נ' הכנסת, פ"ד סו(1) 717 (2013), המדינה טענה כי הזכות לחופש התנועה כלל איננה מוענקת למי שנכנס לישראל שלא כדין (שם, פס' 49 לפסק דינה של השופטת ארבל), אולם בית המשפט לא ראה לנכון להכריע בטענה זו. בתיק "חולות" השני, בבג"ץ 7385/13 איתן – מדיניות הגירה ישראלית נ' ממשלת ישראל (פורסם בנבו, 22.9.2014), בית המשפט נמנע מלעסוק בשאלת הפגיעה בחופש העיסוק של המסתננים, אף שבחוק נקבע במפורש כי הכללים בנוגע להתייצבות במתקן השהייה יוסדרו "באופן שלא יאפשרו לשוהה במרכז לעבוד בישראל" (ס' 32 ח(ד) לחוק למניעת הסתננות (עבירות ושיפוט), התשי"ד-1954, ס"ח 160). בתיק "חולות" השלישי, בבג"ץ 8665/14 דסטה נ' הכנסת (פורסם בנבו, 11.8.2015), שוב טענה המדינה במפורש שאחת מתכליות החוק היא מניעת עיסוק והשתכרות, אך בית המשפט שב ונמנע מלדון באפשרות הפגיעה בחופש העיסוק של המסתננים (ראו שם, פס' 76 לפסק דינה של הנשיאה נאור). למקרה נוסף שבו לא הוכרע מעמדו של חופש העיסוק בנוגע לזרים שנמצאים בישראל, ראו בג"ץ 4427/16 בראון נ' מתאם הפעולות בשטחים, משרד הביטחון פס' 37 לפסק דינו של השופט פוגלמן (שנותר במיעוט) (פורסם בנבו, 21.11.2019).

24 ראו פרשת איתן, לעיל ה"ש 23, פס' 113 לפסק דינו של השופט פוגלמן ("דווקא בעניינם [של המסתננים] אנו מחויבים לדקדק ולהקפיד בקלה כבחמורה"). לדוגמה של עמדה גורפת המחילה את הזכויות החוקתיות כולן על זרים ראו ליאב אורגד "חוקה של מי ובעבור מי? על היקף תחולתם של חוקי-היסוד" משפט וממשל יב 145, 156 (2010) ("התחולה הטריטוריאלית מתייחסת לכל האנשים בשטח מסוים באופן שוויוני. למעט הזכויות הקלאסיות המוענקות רק לאזרחים – כגון זכות הכניסה למדינה או הזכות לבחור ולהיבחר למוסדות פוליטיים – זכויות חוקתיות מוענקות בדרך-כלל באופן אחיד יחסית לכל בני האדם השוהים בשטחה הריבוני של המדינה"). לעמדה שלפיה החוקה קובעת את גבולות הקהילה הפוליטית קביעה גורפת ראו Shinar, לעיל ה"ש 21, בעמ' 738 (The constitution and constitutional law demarcate the political community. Those within its scope are part of the polity). ואולם, כפי שמראה מאמר זה, החוקה אכן חלה גם על פרטים שאינם חלק מהקהילה הפוליטית.

25 ראו בג"ץ 4386/16 מדיו נ' נציבות בתי הסוהר, פס' עג לפסק דינו של המשנה לנשיאה רובינשטיין (פורסם בנבו, 13.6.2017).

26 ראו פרשת אדם, לעיל ה"ש 23, פס' 113 לפסק דינה של השופטת ארבל. עם זאת את דבריה של השופטת ארבל ניתן לפרש גם אחרת, כפי שיוסבר להלן.

למעמדו האזרחי, דתו, פועלו, השקפותיו וכיוצא באלה".²⁷ זוהי אפוא "התפיסה המרחיבה", שקשה למצוא לה עיגון מפורש ומפורט בפסיקה, אך כאמור לעיל ניתן להבין לפחות חלק מההתבטאויות השיפוטיות בנושא ברוח שמתיישבת איתה.

שנית, קיימת בפסיקה תפיסה נוספת, שהיא רווחת מעט יותר מהתפיסה המרחיבה, אף שגם היא לא זכתה לאימוץ מפורש. נכנה אותה להלן "תפיסת ליבה/פריפריה". לפי תפיסה זו, גרעין זכויות היסוד חל הן על זרים והן על אזרחים ותושבים, אולם זכויות שהן ב"פריפריה" של מערך זכויות היסוד – ראוי שלא יוכרו כשמדובר בזרים. לדוגמה, בפרשת אדם ציינה השופטת ארבל, בצד קביעותיה שצוטטו למעלה, גם דברים שמתיישבים עם תפיסת ליבה/פריפריה (ועל כן עמדתה הסופית בנוגע לסוגיה הזאת בפסק הדין איננה ברורה). על פי השופטת ארבל:

מקובל על הכל כי הזכויות המוענקות על ידי המדינה לזר, ובוודאי לזר שנכנס באופן בלתי חוקי למדינה, אינן משתוות לאלו הניתנות לאזרחי המדינה, ואף חובותיה של המדינה כלפיו אינן זהות כמובן. כך יתכן גם כי מידת ההגנה על זכותו לחירות תהיה פחותה ממידת ההגנה הניתנת לאזרח חוקי במדינה [...]. עם זאת, אין משמעות הדבר כי המסתנן מופשט מכל זכויותיו ברגע שנכנס למדינה, ואף אם באופן לא חוקי.²⁸

גם בפסק דינה של השופטת פרוקצ'יה בפרשת קו לעובד ניתן למצוא, בצד דבריה שהוזכרו לעיל והתומכים לכאורה בתפיסה המרחיבה, גם אמירות מסתייגות יותר (שם) – בהקשר של עובדים זרים). כך, השופטת פרוקצ'יה ציינה כי –

ככלל, משהמדינה מתירה את כניסתו של אדם בשעריה, ומאפשרת את שהייתו כאן, בין היתר לצרכי עבודה, נפרשת מעליו מטריית עקרונות המשפט הבסיסיים החלים בישראל על כל אדם הנמצא בשטחה. אמנם, עובד זר, שאינו אזרח ישראל ואינו תושב בה, אינו כפוף לכל מערכות הזכויות והחובות החלות על-פי המשפט הישראלי על אזרחי ותושבי המדינה. [...] עם זאת, יחולו על העובד הזר העקרונות הבסיסיים בשיטת המשפט בישראל שנועדו להגן על האדם באשר הוא אדם, בעודו מצוי בטריטוריה ישראלית, ונתון למרות מערכת המשפט הישראלית.

[...]

27 בג"ץ 11437/05 קו לעובד נ' משרד הפנים, פ"ד (3) 122, 161, פס' 36 לפסק דינה של השופטת פרוקצ'יה (2011).

28 פרשת אדם, לעיל ה"ש 23, פס' 113 לפסק דינה של השופטת ארבל. יודגש שלפחות בתחילת הציטוט, השופטת ארבל מתייחסת בבירור יחסית לשאלת ההכרה בזכויות חוקתיות ולא לשאלת הפגיעה בהן ("הזכויות המוענקות על ידי המדינה לזר"). שנית, אומנם בהמשך הציטוט יש התייחסות לשוני ב"מידת ההגנה" בין אזרח לבין זר, אך זוהי בפירוש תוספת על גבי האמירה הראשונה, שהרי נכתב: "כך יתכן גם כי מידת ההגנה על זכותו לחירות [...]" (ההדגשה הוספה).

עיקר הזכויות החוקתיות המנויות בחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו מוקנות לעובדים הזרים השוהים בישראל.²⁹

לאחר מכן השופטת פרוקצ'יה מציינת כמה וכמה זכויות יסוד שיש להכיר בהן כשמדובר בזרים (אלה שנועדו להגן על "חיו, גופו, כבודו, קניינו, חירותו האישית, חופש התנועה שלו לצאת מישראל, פרטיותו וצנעת חייו" של הזר).³⁰ אך היא נמנעת מלציין זכויות יסוד רבות אחרות, כגון חופש התנועה בתוך ישראל, מה שמרמז שהיא מבצעת הבחנות מסוימות בין זכויות היסוד. בדומה לזה קבע השופט רובינשטיין כי –

אין סל הזכויות כולו בישראל חל על כל האדם, ושונים אזרחים מתושבים ושניהם גם יחד ממי שאינם תושבים; אך בגדרים אלה, ליבת זכויות היסוד מוקנית לכל הנמצא בישראל באשר הוא אדם.³¹

השופטת ברק-ארוז, אף שעמדתה מורכבת ולא מובעת במלואה כאן, קבעה כי –

ההגנה על העקרונות החוקתיים הבסיסיים המעוגנים בחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו פרושה על כל אדם באשר הוא אדם, ובכלל זה גם על מהגרי עבודה השוהים בישראל.³²

לבסוף, הנשיאה נאור סיכמה היטב את תפיסת ליבה/פריפריה בצינה, בנוגע למסתננים: "זכויות אדם בסיסיות אינן נשללות מאדם, אף שנכנס למדינה שלא כדין".³³ תפיסת ליבה/פריפריה מבטאת אפוא מגמה אשר נשענת על הבחנה המוכרת מהקשרים חוקתיים אחרים בין "גרעין", "ליבה" או "בסיס" של זכויות היסוד לבין ה"פריפריה" של הזכויות.³⁴ "ליבת" הזכויות, הכוללת את הזכויות ה"בסיסיות", תחול על זרים, אך ה"פריפריה" תחול רק על מי שאיננו זר. יצוין כי תפיסה זו איננה מכריעה בשאלה מי נחשב

29 פרשת קו לעובד, לעיל ה"ש 27, פס' 36 לפסק דינה של השופטת פרוקצ'יה (ההדגשות הוספו).
30 שם, בעמ' 161. כן ראו דנג"ץ 3860/11 משרד הפנים נ' קו לעובד, פס' 10 לפסק דינה של הנשיאה ביניש (פורסם בנבו, 8.12.2011) ("הזכויות החוקתיות הבסיסיות הקבועות בחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו חלות על כל אדם [...]").

31 פרשת קו לעובד, שם, פס' ד לפסק דינו של השופט (כתוארו אז) רובינשטיין (ההדגשה הוספה).
32 בג"ץ 1105/06 קו לעובד נ' שר הרווחה, פס' 2 לפסק דינה של השופטת ברק-ארוז (פורסם בנבו, 22.6.2014) (להלן: פרשת ביטוח רפואי לעובדים זרים) (ההדגשה הוספה). יודגש כי בחלקים מפסק הדין נראה שהשופטת ברק-ארוז ממקמת את הזכות לבריאות בליבת זכויות היסוד: ראשית, היא מדברת על הפגיעה ה"קשה" ב"ליבה" של הזכות לבריאות ולא על הזכות בהפשטה (שם, פס' 3 לפסק דינה); שנית, השופטת ברק-ארוז מסבירה כי ההקשר הכללי של פסק הדין הוא קביעת סייגים למדיניות הממשלתית והחקיקתית, הנובעים "מן המחויבות להגנה על 'ליבה' של זכויות אדם, שעמן נמנות גם הזכויות החברתיות" (שם, פס' 1 לפסק דינה). אם זו אכן עמדתה של השופטת ברק-ארוז – והיא סבורה שהזכות לבריאות ממוקמת בליבת זכויות היסוד – הרי שהכרעה שמצוטטת למעלה עשויה לעלות בקנה אחד עם גישת "ליבה/פריפריה", שכן הכרה בזכות יכולה לנבוע מהיותה בליבת זכויות היסוד. עם זאת, העניין אינו מוכרע בבירור בפסק הדין.

33 פרשת דסטה, לעיל ה"ש 23, פס' 74 לפסק דינה של הנשיאה נאור (ההדגשה הוספה).

34 ראו לדוגמה פרשת עדאלה, לעיל ה"ש 9, בעמ' 398–399.

ל"מקומי" לעניין הזכויות שב"פריפריה" – רק אזרחים או גם תושבי קבע או תושבים ארעיים – אך ניתן להניח לעת עתה לקושי האמור, כיוון שנחזור אליו בהמשך. מאמר זה מבקש להשלים את החסר ולהתמודד עם חוסר הקוהרנטיות בנושא זה בפסיקה הישראלית. המאמר טוען כי שתי הגישות הגולמיות שניתן למצוא ניצנים שלהן בפסיקה הן בעייתיות, וכי יש לפתח תאוריה מפורטת ומבוססת יותר של תחולת זכויות היסוד על זרים.³⁵ פרק ב במאמר מסביר כי שתי התפיסות שנידונו לעיל סובלות מבעיות שונות. כך, הן חסרות יסודות תאורטיים מספיקים; הן אינן מסוגלות להסביר את הדין הישראלי הסבר המניח את הדעת; תפיסת ליבה/פריפריה היא בעייתית מבחינה דוקטרינרית (קרי היא איננה מתיישבת עם דרך הניתוח המקובלת של השלב החוקתי הראשון בישראל); ספק אם התפיסות מנביעות המלצות נורמטיביות ראויות עבור צדדים לדיון משפטי המתלבטים בשאלה פרשנית.

במקום המצב הנוכחי, שמאופיין כאמור בחוסר קוהרנטיות ובעייתיות של התפיסות שניתן לאתר בפסיקה, המאמר מגן בפרק ג על תאוריה נורמטיבית חדשה שמספקת אכסניה רעיונית מפורטת וכוללת יותר לקשר שבין מעמד אזרחי להכרה בזכויות יסוד בישראל. התאוריה מתקדם על דרך של המשגת "הקהילה החוקתית" הישראלית – הקבוצה שעליה יחולו ההסדרים החוקתיים הנוגעים לזכויות יסוד במלואם.³⁶

הרעיון הבסיסי שמאחורי התאוריה, שיפורט בהרחבה בהמשך, הוא כי על המדינה לכבד כיבוד מלא את האנושיות של כל מי שהיא מקבלת שנגזר עליה להכיל בתוך גבולותיה לתקופה מינימלית מסוימת. עם זאת מי שאיננו חלק מהקהילה החוקתית, קרי מי שנמצא כעת במדינה אך הוא איננו עתיד להישאר לאורך אותו פרק זמן מינימלי בגבולות המדינה – אף הוא זכאי להכרה חוקתית, אך רק באותם היבטים של אנושיותו שאינם מבוססים על שהייתו לאורך זמן בתוך המדינה. המאמר יסביר בפירוט כיצד רעיון זה יכול לבוא לידי ביטוי במשפט החוקתי הישראלי, ויטען שיש מקום לשלב את התאוריה כשלב ביניים בשלב הניתוח החוקתי הראשון, במקרים המתאימים.

מכיוון שהתאוריה משתמשת במונחים שהם רגישים להקשר ואינם מוחלטים (כגון היבטים של אנושיות שאינם מבוססים על שהייה בתא שטח מסוים), התוצאה של קבלת התאוריה היא שלא יהיה אפשר להשיב באופן א-פריורי על השאלה מהו בפועל הקשר בין זכויות יסוד לבין מעמד אזרחי. במקום זאת יהיה צורך לפרוט שאלה זו לפרוטות בכל מקרה

35 עוד תפיסה חלופית שמאמר זה מתנגד לה היא זו שנידונה אצל אורגד, לעיל ה"ש 24. אורגד, שדן בעיקר בתחולה האקסטרטריטוריאלי של החוקה, סבור שיש לבחון בשלב החוקתי הראשון אם הפגיעה באדם התרחשה בגלל הפעלה או הימנעות מהפעלה של סמכות שלטונית. אם התשובה היא חיובית, הרי שחוקי היסוד חלים אלא אם קיימת הוראה המסייגת את תחולתם (ראו בעיקר שם, בעמ' 183). לעומת זאת, תאוריית הקהילה החוקתית מאפשרת להבחין בין זכויות יסוד שלא רק על בסיס השאלה העובדתית אם תחולתם הוחרגה בעניינם של אנשים מסוימים או פעולות מסוימות – אלא בשים לב לרציונלים הנורמטיביים המונחים בבסיסם. העובדה שתחולתו של חוק יסוד הוחרגה בעניינה של אוכלוסייה מסוימת היא חשובה לניתוח המשפטי של הדוקטרינה, אך היא בעצמה אינה מספקת הנמקה נורמטיבית המצדיקה את ההחרגה, מהסוג שתאוריית הקהילה החוקתית מבקשת לספק.

36 למיטב ידיעתו של הכותב, המונח "הקהילה החוקתית" איננו משמש כיום בפסיקה או בספרות בישראל. לשימוש מועט במונח זה בספרות האמריקאית ראו לעיל ה"ש 17.

לגופו ולענות עליה בשים לב לשני סוגי המשתנים הרלוונטיים: זכות היסוד שבה מדובר והקשר של האדם הקונקרטי שבמרכז הניתוח למדינה (מידת ה"זרות" שלו). קרי, במקום לספק תשובה גורפת כלשהי לקשר שבין זכויות יסוד למעמד אזרחי, התאוריה מבקשת למפות את סוגי השיקולים שיש להביא בחשבון על מנת להשיב עליה בכל מקרה פרטי. מסקנה חשובה היוצאת מהניתוח שלהלן היא כי אין די בהתבוננות במעמד האזרחי הפורמלי של האדם כדי לקבוע את היקף ההכרה בזכויות היסוד שלו, לפחות במרבית המקרים.³⁷ כפי שיוסבר בהמשך, המעמד האזרחי הפורמלי של אדם הוא שיקול חשוב, אך בהקשר החוקתי אין הוא השיקול היחיד, ולעיתים הוא איננו השיקול המכריע. הכוונה היא שהתאוריה תבחן את ההכרה בזכויות יסוד "שלמות" (חופש העיסוק, חופש הביטוי וכו') אך גם את ההכרה של היבטים או רכיבים של זכויות (הזכות להקים כנסייה כחלק מחופש הדת, לדוגמה, או חופש הביטוי הפוליטי, שהוא היבט של חופש הביטוי). מעתה והלאה המונח "זכות" יסמן אפוא גם היבט או רכיב של זכויות – הכול לפי ההקשר והצורך שיעלה בעת הפעלת התאוריה.

התאוריה מתקדמת בשני שלבים, אשר מקבילים לשני סוגי המשתנים שהיא עוסקת בהם – הזכות מחד, והמעמד האזרחי מאידך. השלב הראשון מתמקד בזכות: בשלב זה יש לבחון את הרציונלים שבבסיס הזכות ולשאל באיזו מידה הזכות המדוברת היא "זכות מבוססת-שהייה". זכות תהיה "מבוססת-שהייה" אם הרציונלים שבבסיס ההכרה בה מלכתחילה רגישים, במידה מספקת, לשהייה של אדם לאורך זמן במרחב גאוגרפי מסוים. לדוגמה, הרציונלים המוסריים להכרה בזכותו של אדם שלא להיות מושפל אינם קשורים לשהייה ארוכת טווח של האדם במיקום גאוגרפי מסוים. כאשר תייר מושפל, נפגעים אותם הערכים אשר נפגעים כאשר אזרח מושפל. לעומת זאת הרציונלים שבבסיס רכיבים של חופש העיסוק רגישים במידה מסוימת לשהייה. הטעם לכך הוא שזכות זו נועדה בין היתר "לאפשר לפרט לגבש את מקומו בחברה ולבטא את עצמו באמצעות פעילותו היוצרת".³⁸ הערך של גיבוש המקום בחברה מניח, חלקי לפחות, שהות מינימלית של הפרט באותה החברה.

עניין זה יידון בהמשך בהרחבה, אך כבר עתה ניתן להסביר שאם התשובה בשלב הראשון הוא כי מדובר בזכות שאיננה מבוססת-שהייה, הרי שיתחזק הטיעון לטובת הכרה בתחולת הזכות גם באשר למי שהוא זר למדינה ואיננו חלק מהקהילה החוקתית (כגון תייר). לעומת זאת אם הזכות היא מבוססת-שהייה, הדבר יבסס את העמדה שיש להכיר בה רק כשמדובר במי שהוא חלק מהקהילה החוקתית בישראל.

בשלב השני הבחינה עוברת לאדם הקונקרטי הנידון ולקשר שלו למדינה שבה הוא שוהה. בשלב זה נשאל עד לאיזו מידה האדם הוא אכן "זר" למדינה, מבחינה חוקתית. מהותו של המבחן היא התמקדות באותן נסיבות עובדתיות שהתקיימותן אצל הזר מייצרת את האילוץ החוקתי על המדינה להכיר בזכויותיו החוקתיות במלואן. המאמר יטען כי הנסיבות הללו הן שהייה לאורך זמן, בהסכמת המדינה, בתוך הגבולות הטריטוריאליים שלה (במבט צופה פני עתיד) וכפיפות לחוקי המדינה. כאשר ניתן להעריך ברמת הסתברות גבוהה

37 ליוצא דופן לכלל זה ראו בהמשך מאמר זה את הדיון בזכויות לבחור ולהיבחר.

38 ברק פרשנות במשפט, לעיל ה"ש 18, בעמ' 590.

שהמדינה מקבלת על עצמה (גם אם בחוסר רצון)³⁹ להכיל את אותו אדם בשטחה לאורך זמן מסוים, הרי שקיימים טעמים מוסריים חזקים לראות בו חלק מהקהילה החוקתית שלה ולספק לו מטריות הגנה מינימלית, בדמות הכרה בזכויות החוקתיות שלו בדומה לזו של אזרח. יש להדגיש שאותו אדם אינו חייב להיות "שווה זכויות" לאזרח, אם מדובר בזכויות תת-חוקתיות. כמו כן מובן שגם במצב זה עדיין ניתן לפגוע בזכויות החוקתיות בשל אינטרסים מדינתיים לגיטימיים, אך עניין זה נידון בשלב החוקתיות השני – שלב המידתיות – שלא נבחן במאמר.

הכוונה היא כי קבלת התאוריה והטמעתה בתוך השלב החוקתי הראשון תביא לשינוי האוריינטציה של בתי המשפט באשר לזכויות היסוד של זרים. במקום הפעלת גישה שאיננה אחידה, כפי שקורה היום, יחלו בתי המשפט להתמקד בשאלת היותן של הזכויות מבוססות-שהייה או אוניברסליות, ובקשר הנמשך של הזר עם המדינה והיותו חלק מהקהילה החוקתית. כך, יחול שינוי בדרך שבה בית המשפט מבין מבחינה מושגית את הדיון הנדרש באותם המקרים שבהם זרים טוענים כי יש להכיר בזכויות היסוד שלהם. דוגמאות לדרך שבה קבלת התאוריה תשפיע על הניתוח החוקתי מובאות בתת-פרק ב.4 שלהלן.

עם זאת יש לזכור שמכיוון שמדובר בתאוריה הנוגעת לשלב החוקתי הראשון בלבד, אין קבלתה צפויה להשפיע במישרין על שלבי הניתוח החוקתיים האחרים, אלא באותם המקרים שבהם, כפועל יוצא מהחלת התאוריה, תימנע הכרה בזכות יסוד מסוימת כשמדובר בזרים. על כן ייתכן שבמקרים מסוימים התוצאה האופרטיבית לפי התאוריה תהיה דומה לזו שמתקבלת היום. לדוגמה, ניתן לדמיין מקרה שבו בית המשפט יקבע, ראשית, כי הזכות מושא הדיון היא מבוססת-שהייה, אך הוא ימשיך ויקבע עוד שראוי להכיר בזר המסוים מושא הדיון כמי שנכנס לתוך הקהילה החוקתית הישראלית. במקרה כזה יוכל בית המשפט להמשיך לשלב החוקתי השני אגב הכרה בזכות של אותו אדם, בדיוק כפי שהיה קורה אילו הייתה מוחלת התפיסה המרחיבה או תפיסת ליבה/פריפריה (אם היה נקבע שמדובר בזכות שהיא בליבת זכויות האדם). ואולם גם באותם מקרים שבהם התוצאה נותרת דומה לזו שמתקבלת היום, תאוריית הקהילה החוקתית היא בעלת ערך, מאחר שהיא הביאה לכך שהחלטה המשפטית התקבלה מן הטעמים התאורטיים הנכונים ולא בגלל אינטואיציה משפטית שאין מאחוריה ביסוס תאורטי מספק. כך תאוריית הקהילה החוקתית מכוונת לתרום הן לדיון החוקתי-הדוקטרינרי והן לדיון התאורטי על זכויות יסוד בישראל.

פרק ג יציע הגנה פילוסופית ראשונית על תאוריית הקהילה החוקתית. מטרתו של פרק זה תהיה להראות כי גם במנותק מפרטי המשפט הישראלי, יש טעמים טובים לסבור כי מערכת היחסים המוסרית בין המדינה לזרים מנביעה חובות מהסוג שמתוארות בתאוריית הקהילה החוקתית. הווה אומר, התאוריה משקפת היטב את מערכת היחסים המוסרית ששוררת ממילא בין הזר לבין המדינה במצבים אלה.

39 כפי שידגם בהמשך, אדם יכול להישאר במדינה בהסכמתה אך מחוסר רצונה. דוגמאות לכך בישראל הן לפחות חלק מאוכלוסיית המסתננים, או אנשים שבוטלה אזרחותם מחמת הפרת חובת הנאמנות שלהם.

שלא ככותבים אחרים, שניסו לבסס את הטענה שיש לכבד את זכויותיהם של זרים על "עקרון הדמוקרטיה"⁴⁰, המאמר יציג שני קווי טיעון מתכנסים אשר אינם נשענים על הצדקה דמוקרטית, שכן זו בעייתית בהקשר הנוכחי.⁴¹ הטיעון הראשון עוסק במערכת היחסים שבין המדינה לבין האזרח הזר. טיעון זה שואב מכתובתו של עמנואל קאנט על "השלוש הנצחיים", ובייחוד מטענתו שלפיה יש לאדם באשר הוא אדם "זכות קוסמופוליטית" להתחשבות מינימלית מסוימת של הריבון שבשטחו הוא נמצא. אולם המאמר ילך כברת דרך נוספת אחרי מה שקאנט עצמו טען, ויחבר את הרעיון על הקהילה החוקתית לכתיבה עדכנית יותר על הרעיון של הבעלות המשותפת של כל בני האדם על כדור הארץ. קו הטיעון השני מסביר את החובות החוקתיות של המדינה כלפי הזרים המצויים בשטחה כנגזרות ממערכת יחסים אחרת, זו שבין המדינה הספציפית לבין האנושות בכללותה (רעיון שאיל בנבנישתי מכנה *Sovereigns as Trustees of Humanity*).⁴² כאן, אחריותה של המדינה לאזרח הזר המצוי בקרבה נובעת מ"חלוקת עבודה" בינה לבין מדינות אחרות, באשר לדאגה ולהכרה בזכויות אדם.

א. היקף ההגנה החוקתית המקובלת על זכויות יסוד של זרים

לאחר שבמבוא פורטו שתי התפיסות שניתן לאתר בפסיקה כשהן גולמיות – תפיסת ליבה/פריפריה והתפיסה המרחיבה – פרק זה יסביר על מיקומן של התפיסות הללו במשפט החוקתי הישראלי, ולאחר מכן יציע ניתוח ביקורתי שלהן.

1. התייחסות הפסיקה לשאלת היחס בין מעמד אזרחי לזכויות יסוד

כידוע, על פי "תורת שלושת השלבים", הניתוח החוקתי בישראל מתקדם כך: ראשית, יש להכריע אם יש פגיעה בזכות יסוד מוגנת; שנית, אם יש פגיעה כאמור, יש לבחון אם פגיעה זו היא כדין, לפי תנאי פסקת ההגבלה; לבסוף, אם הפגיעה איננה כדין, יש לבחון את הסעד החוקתי.⁴³ על פי חלק מהכותבים, השלב החוקתי הראשון מתחלק בעצמו לשלושה שלבי משנה: קביעת היקף הזכות החוקתית; קביעת הפגיעה בזכות; קביעת ההסמכה לפגיעה.⁴⁴

40 ראו לדוגמה גיא מונדלק "עובדים או זרים? חוזה התשתית" והדפיציט הדמוקרטי" עיוני משפט כו 434, 423 (2003).

41 ראו בהרחבה להלן בתת-פרק 2.2.

42 ראו Eyal Benvenisti, *Sovereigns as Trustees of Humanity: On the Accountability of States to Foreign Stakeholders*, 107 AM. J. INT'L L. 295 (2013).

43 "תורת שלושת השלבים" נידונה עוד בע"א 6821/93 בנק המזרחי המאוחד בע"מ נ' מגדל כפר שיתופי, פ"ד מט(4) 221, 428 (1995), ובית המשפט חזר עליה מאז פעמים רבות. ראו לדוגמה בג"ץ 10662/04 חסן נ' המוסד לביטוח לאומי, פ"ד סה(1) 782 (2012); פרשת אדם, לעיל ה"ש 23. לסקירה עדכנית בנושא ראו אהרן ברק "הזכות החוקתית והפגיעה בה: תורת שלושת השלבים" משפט וממשל יט 119 (2018) (להלן: ברק "הזכות החוקתית והפגיעה בה").

44 שם, בעמ' 125. לחלוקה מעט אחרת, ראו בג"ץ 5998/12 רונן נ' הכנסת, פס' 12 לפסק דינו של הנשיא גרוניס (פורסם בנבו, 25.8.2013).

עניינו אפוא בשאלה שנופלת בגדרי תת-השלב הראשון בשלב החוקתי הראשון, שעוסק בבחינת עצם ההכרה בזכות היסוד הנטענת.

המתודולוגיה המקובלת בפסיקה היום למענה על שאלה זו היא פרשנות תכליתית: "היקפה של הזכות החוקתית נקבע על ידי פרשנותה התכליתית. על-פי הפרשנות החוקתית התכליתית, התכלית היא מכלול האינטרסים, המטרות, הערכים, היעדים, המדיניות והפונקציה שהנורמה החוקתית נועדה להגשים".⁴⁵ אך מכיוון שהאובייקט שהוא מושא לפרשנות התכליתית בשלב הזה מצוי בעצמו ברמת הפשטה גבוהה – אין מדובר במדיניות ממשלתית או בפיסת חוק או תקנות אלא בזכויות היסוד עצמן – הרי שהניתוח בשלב הראשון עוסק פעמים רבות בעקיפין בתפיסות היסוד של החברה ועל השלכותיהן על מידת ההכרה הראויה בזכויותיו של הפרט.⁴⁶

אף שהפסיקה נוטה "לדלג" במהירות יחסית על פני השלב החוקתי הראשון ולהשיב עליו בחיוב,⁴⁷ יש לשלב זה חשיבות ציבורית ומשפטית גדולה.⁴⁸ הטעם המרכזי לכך הוא שכפי שציין ברק מדינה, בשלב זה נקבע "מהו כלל ההכרעה החברתי שלפיו יש לפעול – הכרעת הרוב או עקרון המידתיות".⁴⁹ במילים אחרות, השלב החוקתי הראשון הוא שסתום חשוב בהסדרת מערכת היחסים שבין בית המשפט לבין המחוקק בסוגיות חוקתיות, בייחוד בהקשר של פגיעה בזכויות יסוד.⁵⁰ השלב הראשון קובע אילו נושאים יידונו לא רק בפורום הפוליטי ועל פי עקרונות הכרעה הנסמכים על הכרעת הרוב (שחשיבותם רבה)⁵¹ אלא גם

45 ברק "הזכות החוקתית והפגיעה בה", לעיל ה"ש 43, בעמ' 125. כן ראו מדינה דיני זכויות האדם בישראל, לעיל ה"ש 19, בעמ' 53. על השיטה השונה שנקטת בארה"ב לעניין זה – ועל הקשיים שבה – ראו אהרן ברק מידתיות במשפט: הפגיעה בזכות החוקתית והגבלותיה 47 (2010) (להלן: ברק מידתיות במשפט); "היקפה של הזכות החוקתית משקף את תפיסתיה הבסיסיות של החברה".

46 ראו אריאל בנדור וטל סלע "על המידתיות של המידתיות" משפטים מב 1097, 1111 (2012) ("הדיון בשאלה אם חוק שחוקתיותו נתקפת פוגע בזכות הקבועה בחוק-יסוד הוא במקרים רבים דל, והתשובה החיובית כמעט מובנת מאליה"); סיגל קוגוט ואפרת חקאק "האם נפגעה זכות חוקתית?" שערי משפט ז 99 (2014); יואב דותן "האם הכנסת כפופה לדרישה חוקתית לענייניות?" משפטים על אתר יב 1, 15 (2018).

47 בג"ץ 5744/16 בן מאיר נ' הכנסת, פס' 15 לפסק דינו של השופט סולברג (פורסם בנבו, 27.5.2018): "יש חשיבות רבה בבחינת הזכות החוקתית שעל הפרק, היקפה וגדריה, בטרם המעבר לשלבים הבאים של הביקורת החוקתית".

48 ברק מדינה "על 'פגיעה' בזכות חוקתית ועל 'תכלית ראויה'" משפט ועסקים טו 281, 284 (2012) (להלן: מדינה "על 'פגיעה' בזכות חוקתית"); מדינה דיני זכויות האדם בישראל, לעיל ה"ש 19, בעמ' 52.

49 על התגברות חשיבותו של שיח הזכויות במשפט החוקתי הגלובלי ראו סוזי נבות "הנמקה חוקתית" המשפט כד 75, 124–125 (2018).

50 ראו לדוגמה Arthur Ripstein, *Property and Sovereignty: How to Tell the Difference*, 18 THEO. INQ. L. 243, 245 (2017). מובן שגם בפורום הפוליטי נידונה השאלה המוסרית לגופה, אולם העובדה החשובה היא שבפרלמנט תנאי הכרחי ומספיק לאישור המדיניות הוא אישור בפרוצדורה המתאימה, המבטאת את הכרעת הרוב.

בפורום המשפטי, שנושא עימו סטנדרט מצטבר של הצדקה נוספת, מהותית, לפגיעה בזכות.⁵²

כאמור במבוא, התפיסה המרחיבה ותפיסת ליבה/פריפריה מייצגות שתיהן התחלה של גיבוש מענה לשאלה אם יש להכיר בזכותו של הזר לזכות יסוד פלונית בדיון בתת-השלב הראשון בשלב החוקתי הראשון. על פי התפיסה המרחיבה, התשובה לשאלה זו תהיה זהה לתשובה שתיתן בנוגע לאזרח – אם יש להכיר בזכות מסוימת כשמדובר באזרחים, הרי שגם זרים זכאים לאותה זכות יסוד. לעומת זאת על פי תפיסת ליבה/פריפריה, המשתנה שמשפיע במידה הרבה ביותר על התשובה לשאלה האמורה הוא מעמדה ומקומה היחסי של זכות היסוד הנידונה בתוך מארג זכויות היסוד הישראלי. כאשר מדובר בזכות "בסיסית" או בביטוי "ליבתי" של זכות יסוד מוכרת, הרי שהתשובה היא שיש להכיר בזכות גם כשמדובר בזר. אך אם מדובר בזכות שנמצאת ב"פריפריה" של דיני זכויות היסוד בישראל, ייתכן שלא יהיה מקום להכיר בה כאשר לזר. כך, בית המשפט העליון קבע שהזכות לחירות פיזית והזכות לכבוד – שמצויות כידוע בליבת הזכויות המוכרות בחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו – "נתונות לאדם באשר הוא אדם".⁵³ השופט פוגלמן ציין לעניין זה:

מסתננים אינם מאבדים מזכותם לכבוד כמלוא הנימה אך בשל כך שהגיעו למדינה בדרך לא דרך. אין הם משילים את כבודם בהיכנסם למשמורת או למרכז השלייה, והזכות לכבוד עומדת להם במלוא עוזה [...] .⁵⁴

בהתאם לכך, הוכרו או למצער נרמז שיש להכיר גם בזכויות יסוד אחרות של זרים, כגון הזכות לקיום מינימלי בכבוד,⁵⁵ הזכות להליך הוגן (כזכות-בת של הזכויות לכבוד ולחירות),⁵⁶ הזכות לפרטיות,⁵⁷ הזכות לבריאות,⁵⁸ הזכות להורות ומשפחה,⁵⁹ חופש הדת,⁶⁰ חופש

52 ראו מדינה דיני זכויות האדם בישראל, לעיל ה"ש 19, בעמ' 38 ("קביעה של חובה משפטית לכבד זכויות אדם נועדה להגביר את הסיכוי שהכרעות חברתיות יעלו בקנה אחד עם המתחייב מן המוסר"). כן ראו הדיון שם, בעמ' 40-42; ALON HAREL, WHY LAW MATTERS 148 (2014). מובן שגם העובדה שהחלטה התקבלה בהכרעת רוב היא במידה רבה מהותית, ואין מדובר בנושא "פרוצדורלי".

53 פרשת אדם, לעיל ה"ש 23, פס' 72 לפסק דינה של השופטת ארבל. ועיינו בנוגע לזכות לחירות, בבר"ם 696/06 אלקנוב נ' בית הדין לביקורת משמורת, פס' 13 לפסק דינה של השופטת פרוקצ'יה (פורסם בנבו, 18.12.2006).

54 פרשת איתן, לעיל ה"ש 23, פס' 123 לפסק דינו של השופט פולגמן. ראו גם פרשת מדיו, לעיל ה"ש 25, פס' עב לפסק דינו של המשנה לנשיאה רובינשטיין ("הזכות לכבוד האדם בישראל אינה תלויה באזרחות או בתושבות. הזכות – כפשוט לשונה – היא זכותו של האדם"); דנ"א 5698/11 מדינת ישראל נ' דיראני, פס' י לפסק דינו של השופט (כתוארו אז) רובינשטיין (פורסם בנבו, 15.1.2015) (קביעה כי "כשעסקינן במשפט ציבורי – הכללים הנוגעים לגדרים בסיסיים של כבוד האדם" חלים על כל אדם באשר הוא).

55 פרשת מדיו, לעיל ה"ש 25, פס' עט לפסק דינו של המשנה לנשיאה רובינשטיין; פרשת איתן, לעיל ה"ש 23, פס' 106 לפסק דינו של השופט פוגלמן.

56 שם, פס' 171. ועיינו גם בעמ"מ 1038/08 מדינת ישראל נ' געאביץ (פורסם בנבו, 11.8.2009) (בנוגע לזכות השימוע של תושבי האזור).

57 פרשת מדיו, לעיל ה"ש 25, פס' קט לפסק דינו של המשנה לנשיאה רובינשטיין.

58 פרשת ביטוח רפואי לעובדים זרים, לעיל ה"ש 32, פסקי דינו של השופטת ארבל והשופטת ברק-ארז.

59 פרשת קו לעובד, לעיל ה"ש 27, בעמ' 158.

60 אף שהעניין לא הוכרע בפסק דין שעסק במפורש בזרים, נקבע כי: "במדינת ישראל [...] כל אדם רשאי לחיות בה באמונתו ולעבוד את אלוהיו על פי דרכו ועל פי הכרתו" (ראו בג"ץ 563/77 דורפלינגר נ' שר

הביטוי, ⁶¹ הזכות לחינוך ⁶² והזכות לקניין ⁶³ יודגש שזכויות יסוד סוציאליות (כגון הזכות לקיום מינימלי בכבוד או הזכות לבריאות) יוצרות רף חוקתי מינימלי ואינן מקנות לכל אדם זכות ליהנות מן המערך הסוציאלי השלם של המדינה, שהוא לרוב תלוי בחקיקה במעמד תת-חוקתי, שבעניינה מוכרות הבחנות רבות בין זרים לאזרחים. לדוגמה, זכות היסוד לבריאות איננה משמיעה שלכל אדם באשר הוא אדם יש זכות יסוד לביטוח בריאות ממלכתי מלא, אלא היא עוסקת בשירותי בריאות חיוניים ובסיסיים ביותר בלבד. ⁶⁴ כך גם לעניין הזכות לקיום מינימלי בכבוד – מדובר בזכות שמייצגת סטנדרט חוקתי מינימלי, שמעליו מוענקות זכויות סוציאליות תת-חוקתיות באופן תדיר (לדוגמה דיור ציבורי).

אף שקביעות אלו בנוגע להכרה בזכויות יסוד לא עוגנו במפורש בתפיסה תאורטית כלשהי, נראה שגם תפיסת ליבה/פריפריה וגם התפיסה המרחיבה היו מגיעות לאותן המסקנות. ואולם ניתן למצוא דוגמאות גם של אי-הכרה או הכרה מסויגת בזכויות יסוד אחרות (שלתפיסה המרחיבה יהיה קשה להסבירן). לדוגמה, השופטת ארבל קבעה, בשולי פסק דינה בפרשת אדם, שספק אם ראוי להכיר בחופש התנועה (שהוא חלק מהזכות לחירות) באשר לזרים (לפי עמדת המדינה באותו הליך): "ישנו בסיס לטענת המדינה לפיה למי שנכנס שלא כדין בישראל לא נתון חופש התנועה, כמו גם החופש לבחור מקום מגורים הנלווה לרוב לזכות התנועה הפנים-מדינתית". ⁶⁵ עם זאת למיטב ידיעתו של הכותב לא ניתן למצוא התייחסות נוספת לעניין זה בפסיקה, וחברי ההרכב השאירו את תהייתה של השופטת ארבל בצריך עיון.

דוגמה נוספת היא חופש העיסוק. הטקסט החוקתי עצמו קובע שחופש העיסוק חל רק על "תושב או אזרח של המדינה", ⁶⁶ אף שהפסיקה שלפני חוק היסוד הכירה בתחולה רחבה יותר של הזכות, והוא חל אפוא גם על זרים ומתיישב על פני הדברים עם התפיסה המרחיבה.

- הפנים, פ"ד לג (2) 97, 102 (1984). חופש הדת מובטח גם (כחלק מחופש המצפון) ל"כל האנשים בארץ ישראל" מכוח סימן 83 לדבר המלך במועצה על ארץ ישראל, 1922 עד 1947, שלא בוטל עד היום. לעניין ההכרה בזכות בנוגע לזרים לאחר חקיקת חוקי היסוד, ראו ברק כבוד האדם, לעיל ה"ש 3, בעמ' 771 ("חופש הדת [...] הוא החופש של כל אדם בישראל להאמין באל ולנקוט את כל הפעולות שאמונתו מחייבת, להימנע מכל הפעולות שאמונתו אוסרת, והכל כדי להגשים הלכה למעשה את אמונתו").
- 61 בר"ם 7216/18 Alqasem נ' משרד הפנים – רשות האוכלוסין וההגירה, פסק דינה של השופטת ברון (פורסם בנבו, 18.10.2018) (להלן: פרשת אלקאסם). יצוין כי הח"מ מכיר את התיק רק מפסקי הדין שפורסמו בעניינו.
- 62 עת"ם (מנהלי ב"ש) 29883-07-11 מאנג'אן נ' עיריית אילת (פורסם בנבו, 2.8.2012) (בית המשפט המחוזי ביטל את ההבחנה בין ילדי מסתננים לבין ילדי אזרחים וקבע שאופק השהייה של המסתננים איננו נתון שמצדיק את השמתם בבתי ספר נפרדים).
- 63 פרשת קו לעובד, לעיל ה"ש 27, בעמ' 165; בג"ץ 8276/05 עדאלה נ' שר הביטחון, פ"ד (סב) 1, פס' 24 לפסק דינו של הנשיא (בדימ') ברק (2006).
- 64 בג"ץ 494/03 עמותת רופאים לזכויות אדם נ' שר האוצר, פ"ד נט (3) 322, 334–335 (2004); בג"ץ 11044/04 סולומטין נ' שר הבריאות, פ"ד סד (3) 778 (2011).
- 65 פרשת אדם, לעיל ה"ש 23, פס' 79 לפסק דינה של השופטת ארבל. לעמדת המדינה, ראו שם, פס' 49 לפסק דינה.
- 66 ס' 3 לחוק-יסוד: חופש העיסוק.

יתר על כן, מדובר בזכות שנחשבת לרוב ל"בסיסית" או "ליבתית".⁶⁷ הפסיקה שאחרי חקיקת חוק-יסוד: חופש העיסוק התייחסה לנושא זה לרוב בעקיפין, גם כאשר העניין נגע בטבעיות להכרעה.⁶⁸ כאשר בית המשפט נדרש לשאלת תחולת חופש העיסוק על זרים במפורש, הוא הביע עמדות סותרות. מחד השופטת פרוקצ'יה סיפקה לאי-התחולה על זרים רצינול מסוים, ונראה מדבריה שהיא סברה שהוא מוצדק: היא הסבירה כי התנאי הקבוע בסעיף 3 לחוק-יסוד: חופש העיסוק "נועד להחיל את חוק-היסוד על מי שיש לו זיקה ישירה למדינה, שאין בה מן הזמניות והארעיות. ספק אם תנאי זה מתקיים לגבי עובד זר",⁶⁹ ומאידך השופט לוי הסתייג מפרשנות זו ונטה להכיר בתחולה רחבה יותר של הזכות, על בסיס פסיקת העבר.⁷⁰ גם הנשיא ברק סבר, בכתיבתו האקדמית, כי "חוק-יסוד: חופש העיסוק מגן על חופש העיסוק של אזרח או תושב. חופש העיסוק ההלכתי הוענק לכל אדם". אדם שאינו אזרח או תושב לא יוכל, אפוא, להסתמך על חופש העיסוק כזכות חוקתית-על-חוקית. איך בכך כדי למנוע ממנו מלהסתמך על חופש העיסוק כזכות הלכתית".⁷¹

לבסוף ניתן למצוא בפסיקה את העמדה שלפיה עובדת הכניסה הלא חוקית של אדם לישראל יכולה לשמש נתון רלוונטי כאשר נבחנת שאלת השוויון בין קבוצות אוכלוסיות הזרים לאזרחים (כלומר, עצם ההסתננות יכולה לייצר בעצמה שונות רלוונטית בין קבוצות אוכלוסייה, שתצדיק יחס שונה אליהן),⁷² ואף נקבע כי ההבחנה בין עובד זר ששוהה בישראל שנים רבות לבין תושב המדינה היא אפשרית מבחינה משפטית, גם אם קיימת חובה לקרב בין ההסדרים שיחולו על שתי קבוצות אלה.⁷³

2. מגרעות הגישות שצוינו בפסיקה

כפי שהודגם לעיל, שתי התפיסות שהוזכרו לא התקבלו מפורשות בבתי המשפט שעסקו בנושא זכויות היסוד של זרים, ולכן המצב היום מאופיין בחוסר קוהרנטיות יותר מאשר בשליטתה של תאוריה אחת מגובשת. התת-פרק שלהלן יראה כי יש טעמים טובים שלא לקבל את התפיסה המרחיבה או את תפיסת ליבה/פריפריה לתוך המשפט הישראלי כשהיא מפורשת יותר.

67 חופש העיסוק הוכר עוד בימיה המוקדמים של המדינה כזכות יסוד הנובעת מ"זכותו הטבעית של כל אדם לחפש מקורות מחיה ולמצוא לעצמו מלאכה המפרנסת את בעליה" (ראו בג"ץ 1/49 בז'רנו נ' שר המשטרה, פ"ד ב 80 (1949)). הוא נחשב ל"אחת מהזכויות הבסיסיות במשטר דמוקרטי" (ראו בג"ץ 338/87 מרגליות נ' שר הפנים, פ"ד מב(1) 112, 114 (1988)). ולאחר חקיקת חוקי היסוד הוא נחשב לנדבך מרכזי בזכויות היסוד בישראל – "טול מהאדם את החופש לבחור מקצוע ונטלת ממנו את טעם החיים" (ראו ברק פרשנות במשפט, לעיל ה"ש 18, בעמ' 583).

68 ראו לעיל ה"ש 23.

69 פרשת קו לעובד, לעיל ה"ש 27, בעמ' 162.

70 בג"ץ 4542/02 עמותת "קו לעובד" נ' ממשלת ישראל, פ"ד סא(1) 390, 346 (2006) (להלן: פרשת עמותת "קו לעובד").

71 ברק פרשנות במשפט, לעיל ה"ש 18, בעמ' 356.

72 פרשת דסטה, לעיל ה"ש 23, פס' 15 לפסק דינו של השופט (כתוארו אז) מלצר.

73 פרשת ביטוח רפואי לעובדים זרים, לעיל ה"ש 32, פס' 78 לפסק דינה של השופטת ארבל.

להלן יידונו ארבעה קשיים שרלוונטיים לאחת מהתפיסות או לשתייהן. שילובם של הקשיים מוביל, לכל הפחות, לצורך לבחון מחדש את הנושא על מנת לראות אם לא ניתן למצוא עיקרון תאורטי אחר שיספק מענה לשאלת הקשר בין מעמד אזרחי לזכויות יסוד. עיקרון שכזה יוצג בפרק ב.

הבעיה הראשונה היא שהגישות אינן מבוססות דיין מבחינה תאורטית-כללית. אשר לתפיסת ליבה/פריפריה ניתן לציין שאף שהיא נראית מושכת במבט ראשון, למעשה לא ברור מדוע רק ה"גרעין" או ה"בסיס" של זכויות היסוד יוכר כשמדובר בזרים. האין גם שאר הזכויות נשענות על הכרה בערך האדם באשר הוא אדם? במילים אחרות, תפיסת ליבה/פריפריה איננה מבהירה מהו הקשר הנדרש בין "גרעיניות" של זכות לבין תחולתה על זרים, שמצדיק את אי-ההכרה בזכויות שאינן "גרעיניות" בעניינם של זרים.

עלינו לזכור כי המונח "גרעין" וההבחנה בין "גרעין" ל"פריפריה", על אף חשיבותם במשפט החוקתי הישראלי,⁷⁴ הם בסופו של יום דימויים⁷⁵ שנועדו לסמן את חשיבות הערך המוגן בבסיס הזכות כפי שהוא בא לידי ביטוי במקרה הנתון שהוא מושא הניתוח.⁷⁶ אומנם ניתן להסכים כי זכויות או רכיבים של זכויות המצויים ב"גרעין", או זכויות או רכיבים כאמור שהם "בסיסיים", מבטאים היבטים של הקיום האנושי שאנו סבורים שהם בעלי ערך רב מזה של זכויות או רכיבים של זכויות שהם ב"פריפריה". אבל גם אותם רכיבים "פריפריאליים" מוכרים כהיבטים של זכויות יסוד, ככל הנראה מכיוון שגם הם ביטויים לאנושיות שברצוננו כחברה להגן עליהם. מאחר שזרים הם בני אדם בדיוק כמו אזרחים ותושבים, נראה במבט ראשון שזכויות היסוד שלהם צריכות להיות דומות בהיקף פריסתן לאלו של אזרחים ותושבים.

דווקא, ייתכן שיש מקום לאפשר פגיעה קלה יותר בזכויות שהן ב"פריפריה" בשלב המידתיות, אך תובנה זו נכונה הן לזרים והן לאזרחים ותושבים. לעניין עצם שאלת ההכרה בזכויות, שבה אנו עוסקים – הזרות של האדם איננה מעלה או מורידה גם כאשר אנו דנים

74 ראו שרון וינטל "פסקת הגבלה שיפוטית: על היקף ההגנה הראוי לעקרונות חוקתיים מופשטים" מאזני משפט ט 177, 221, ה"ש 185 (2014): "ההבחנה בין הגרעין של עיקרון חוקתי מופשט לבין הפריפריה שלו נהפכת בשנים האחרונות לבעלת השפעה מכרעת בהתפתחות המשפט החוקתי הישראלי, במיוחד בתחום ההגנה על זכויות האדם".

75 לניתוח הדימוי באחד השימושים המקוריים שלו (אצל H.L.A. HART, THE CONCEPT OF LAW 119 (1961)) עיינו Burr Henly, "Penumbra": The Roots of a Legal Metaphor, 15 HAST. CONST. L. Q. 81 (1987); Frederick Schauer, A Critical Guide to Vehicles in the Park, 83 N.Y.U.L. REV. 1109 (2008).

76 בישראל ראו לדוגמה את הפסיקה העוסקת בהפליה המבוססת על בסיס קבוצתי "חשוד", אשר פוגעת ב"הגרעין הקשה" של הזכות לשוויון. ראו ע"מ 343/09 הבית הפתוח בירושלים לגאווה וסובלנות נ' עיריית ירושלים, פ"ד סד(2) 1, פס' 53 לפסק דינו של השופט עמית (2010). בגרמניה, ס' 19(2) לחוקה הגרמנית קובע כי "בשום מקרה אין להתיר פגיעה בגרעין זכות יסוד" (ראו GRUNDGESETZ [GG], § 19(2) translation at <https://bit.ly/3d9JvLF>: "In no case may the essence of a [Basic Law], § 19(2) translation at <https://bit.ly/3d9JvLF>: "In no case may the essence of a basic right be affected"). פרשנות מוצעת רווחת למונח "גרעין הזכות", קובעת כי "בפרשנות גרעין הזכות יש לאתר את הבסיס של זכות היסוד, את מקורה ואת 'מינימום הזכות' ולהבחין משוליה של הזכות" (לתרגום הסעיף הרלוונטי בחוקה ולהצעה הפרשנית הזאת ראו מיכל קרמר "מידתיות במשפט הגרמני" מידתיות במבט ביקורתי ומשווה 103, 172, 175 (מרדכי קרמיניצר עורך, 2016)).

ברכיבים ה"פריפריאליים" של מערך הזכויות. ההישענות על ההבחנה בין "גרעין" ל"פריפריה" אינה מצליחה לספק אפוא את הרציונל הנורמטיבי הנדרש להתייחסות לזרים השונה מההתייחסות לאזרחים ותושבים בשלב החוקתי הראשון. בכך אין כדי לקבוע שאין קריטריון תאורטי אחר שיוכל להבחין במידה מספקת בין זרים לאזרחים ותושבים, ואכן התאוריה של הקהילה החוקתית מבקשת לספק הסבר כזה, כאמור בפרקים ב–ג שלהלן. אך ההישענות של תפיסת ליבה/פריפריה על הרעיון של "גרעיניות" אינה מצדיקה את ההבחנה הזו.

אומנם ניתן לטעון כנגד כי עד כה הפסיקה הישראלית לא קבעה במפורש כי זכות מסוימת לא תוכר מאחר שהיא פריפריאלית, ועל כן הדין באפשרות זו הוא רחוק ומלאכותי. ואולם עמדה נוגדת זו מתעלמת מכך שהדין נערך כעת ברמה התאורטית-העקרונית: חסידי תפיסת ליבה/פריפריה חייבים, אם הם מבקשים להישאר עקביים, לקבוע שחלק מהזכויות הן פריפריאליות ולכן לא יוכרו באשר לזרים. על מסקנה זו תחול הביקורת שנידונה לעיל. אך אם תפיסת ליבה/פריפריה תוסיף להימנע מקביעה כזו לאורך זמן, הדבר יהווה ראייה לכך שהתפיסה הזאת למעשה ננטשה לטובת התפיסה המרחיבה, שגם היא סובלת מקשיים משלה: תפיסה זו פותרת את המתח שנידון במבוא בין האוניברסליות של הזכויות לבין הפקדתן בידי המדינה – בבחירה מוחלטת באוניברסליות. ואולם המתח בין האוניברסליות לבין ריבונות המדינה הוא חריף בדיוק מאחר שלא ניתן לבחור אף באחד מן הקטבים בתוך כדי התעלמות גמורה מן הקוטב השני. לעומת גיל, נטיה מינית או השקפה דתית שאכן אינם נתונים רלוונטיים לעניין עצם ההכרה בזכויות יסוד, שאלת הזרות למדינה עשויה להיות רלוונטית, שכן יש מקום לסברה כי ראוי שהמדינה (וביתר שאת מדינת הלאום) תעמיד לנגד עיניה את טובתם של האזרחים על פני טובתם של הזרים. זהו איננו הכרח בל יגונה אלא מאפיין לגיטימי של המדינה, ודאי של מדינת הלאום. הגישה המרחיבה מבקשת לבטל היבט חשוב של הבחנה זו מבלי להציע לכך הסבר המניח את הדעת.

הקושי השני קשור לתפיסת ליבה/פריפריה אך איננו חל על התפיסה המרחיבה. הקושי הוא שתפיסת ליבה/פריפריה איננה מתיישבת עם דרך הניתוח המקובלת של השלב החוקתי הראשון בישראל. כך, תפיסת ליבה/פריפריה איננה הולמת את העיקרון שלפיו לפני בחינת המידתיות (שמתקיימת בשלב השני) אין להסתמך על ההבחנה בין "גרעין" ל"פריפריה", אלא יש להכיר בזכות היסוד במלואה, על כל ההיבטים הפריפריאליים שלה. כפי שציין בנושא זה ברק: "ההבחנה בין גרעינה של זכות חוקתית לשוליה אינה רלוונטית לעניין קביעת היקפה של הזכות החוקתית. הן הגרעין והן השוליים הם חלק בלתי-נפרד מן הזכות החוקתית".⁷⁷

עיקרון זה מוסבר היטב על רקע הביקורת הראשונה שפורטה למעלה: ההבחנה בין "גרעין" ל"פריפריה" עוסקת למעשה בחשיבות הערך שעליו ברצוננו להגן במקרה נתון – היא מאפשרת להבחין בין היבטים חשובים יותר להיבטים חשובים פחות של הזכות. בכך חשיבותה הגדולה למשפט החוקתי הישראלי, ומובן שמאמר זה איננו מציע לוותר על ההבחנה האמורה בכל ההקשרים שבהם היא רלוונטית כיום. אולם המיקום הגאומטרי של

77 ברק "הזכות החוקתית והפגיעה בה", לעיל ה"ש 43, בעמ' 138, וכן ראו הפניות שם, ה"ש 69, 72.

בחנית חשיבות הערך איננו בשלב הראשון אלא בשלב החוקתי השני, שבו הערך המוגן נמדד ביחס לחשיבות האינטרס המדינתי המוגשם. בשלב החוקתי הראשון השאלה החשובה היא אם נפגעת זכות יסוד ולא באיזו מידה נפגעת זכות היסוד. לכן גם היבטים פריפריאליים של זכות היסוד ראוי שיצלחו את השלב החוקתי הראשון, ואכן כך מתייחסת אליהם הדוקטרינה החוקתית הרווחת בישראל, כאמור למעלה. תפיסת ליבה/פריפריה היא אפוא אנומליה מנקודת המבט של התאוריה החוקתית המקובלת, ויש בה משום סטייה לא מוצדקת מ"חלוקת העבודה" המקובלת בין השלבים השונים בניתוח החוקתי. מכיוון שנהוג לראות בעצם ההבחנה בין השלבים רכיב חשוב של התורה החוקתית כולה,⁷⁸ נראה שתפיסת ליבה/פריפריה היא בעייתית גם מנקודת מבט דוקטרינרית זו.

שתי הבעיות האחרונות, שיידונו עתה, נוגעות למטרות הקלאסיות שיש לכל תאוריה פרשנית של המשפט:⁷⁹ התאוריה אמורה להסביר את הדין הקיים במידה מסוימת, כלומר לקיים עם הדין מידת התאמה מינימלית שתאפשר לה להיות תאוריה של גוף הדינים הרלוונטי, והתאוריה אמורה גם לספק אמת מידה נורמטיבית חיצונית אשר תאפשר להצדיק את הדין, לבקר אותו במקומות המתאימים ולפתח אותו (כגון בשאלות פרשניות עתידיות, לאקונות בהסדר המשפטי וכו'). בדברים שלהלן נניח שתפיסת ליבה/פריפריה והתפיסה המרחיבה שואפות להיות תאוריות פרשניות מהסוג הזה.

הקושי השלישי הוא שהתפיסות אינן מסוגלות להסביר את הדין הישראלי הפוזיטיבי הסבר שמניח את הדעת. במילים אחרות, כשמדובר בתפיסות שיש להן גם יומרות דסקרפטיביות ולא רק נורמטיביות, הרי שהן אינן "מספקות את הסחורה" בהקשר של התאמה לדין.

הדבר בולט מאוד בכל הקשור לתפיסה המרחיבה, שכן כאמור לעיל, בפסיקה וגם בטקסט החוקתי הישראלי עצמו ניתן למצוא קביעות השוללות זכויות יסוד מסוימות מזרים. אך הבעיה רלוונטית גם לתפיסת ליבה/פריפריה, שכן זכויות שנחשבות לחשובות ביותר ולגרעיניות – נשללו בישראל במפורש מזרים, לעיתים בפסיקה ולעיתים בטקסט החוקתי. הדוגמה המרכזית לכך היא חופש העיסוק. כאמור למעלה, סעיף 3 לחוק יסוד: חופש העיסוק קובע כי חופש העיסוק מוכר בישראל רק בנוגע ל"כל אזרח או תושב של המדינה", אך לא בנוגע לזרים. תפיסת ליבה/פריפריה תתקשה להצדיק את הקביעה החוקתית המפורשת הזו, שכן חופש העיסוק נחשב במשפט הישראלי לזכות מרכזית, שאיננה ב"פריפריה".⁸⁰ דוגמה שנייה, אף שנראה שהיא קטנה בחשיבותה מהראשונה, היא חופש

78 ראו לדוגמה בג"ץ 1435/03 פלונית נ' בית הדין למשמעת של עובדי המדינה בחיפה, פ"ד נח(1) 529, 538 (2003); בג"ץ 1661/05 המועצה האזורית חוף עזה נ' כנסת ישראל, פ"ד נט(2) 481, 484 (2005); פרשת עדאלה, לעיל ה"ש 9, פס' 53 לפסק דינו של הנשיא ברק; בג"ץ 6427/02 התנועה לאיכות השלטון בישראל נ' הכנסת, פ"ד סא(1) 619, פס' 21 לפסק דינו של הנשיא ברק (2006); בג"ץ 10203/03 "המפקד הלאומי" בע"מ נ' היועץ המשפטי לממשלה, פ"ד סב(4) 715, פס' 28 לפסק דינה של השופטת (כתוארה אז) נאור (2008).

79 ראו RONALD DWORKIN, LAW'S EMPIRE 358 (1986). לדיון בהקשר התאוריה החוקתית ראו לדוגמה Michael C. Dorf, *Integrating Normative and Descriptive Constitutional Theory: The Case of Original Meaning*, 85 GEO. L.J. 1765, 1772 (1997); BARBER, לעיל ה"ש 6, בעמ' 8-15.

80 ראו לעיל ה"ש 67. ועיינו, אורגד, לעיל ה"ש 24, בעמ' 176.

התנועה. נזכיר שבנוגע לחופש התנועה קבעה השופטת ארבל כי "ישנו בסיס לטענת המדינה" שהוא איננו חל כלפי זרים שנכנסו שלא כדין לישראל.⁸¹ מכיוון שחופש התנועה נחשב עוד לפני חקיקת חוקי היסוד ל"אחד מיסודות החיים הקונסטיטוציוניים",⁸² וגם לאחר חקיקת חוקי היסוד הוא בעל מעמד חוקתי נכבד,⁸³ לא ברור כיצד תפיסת ליבה/פריפריה – שגם השופטת ארבל היא מהמחזיקות בה, על פי אחת מהפרשנויות שנסקרו למעלה⁸⁴ – יכולה להסביר עמדה זו.⁸⁵

קושי רביעי ואחרון הוא שספק אם אחת מהתפיסות מנביעות המלצות נורמטיביות ראויות עבור צדדים המתלבטים בשאלה שאין לה מענה בדין הקיים, או עבור מי שמבקש לבקר את הדין. לדוגמה, נבחן בקצרה את הזכות לקיום מינימלי בכבוד. כאמור למעלה, הזכות הוכרה בבית המשפט העליון אף באשר לזרים.⁸⁶ קביעה זו היא מוצדקת מנקודת המבט של תפיסת ליבה/פריפריה, שהרי הזכות לקיום מינימלי בכבוד נחשבת בעיני רבים לחשובה ביותר ול"גרעינית", והיא אף תוארה בפי הנשיאה נאור כ"חשובה בזכויות החוקתיות".⁸⁷ מטבע הדברים, גם התפיסה המרחיבה מתיישבת עם פסיקה זו. ואולם ניתן להראות שיש לפחות בסיס אינטואיטיבי לטענה שהכרה גורפת זו בזכות לקיום מינימלי בכבוד איננה מוצדקת. לדוגמה: ספק אם יש מקום להכיר בזכותו של תייר שנמצא כדין בישראל למשך שלושה ימים לקיום מינימלי בכבוד. במקרה זה אף שמדובר בזכות יסוד חשובה ובסיסית, ואף שהיא הוכרה כשמדובר באזרחים, הרי שמבחינה אינטואיטיבית (ועוד לפני הכניסה לשאלת ההצדקה התאורטית, שחסרה בשתי התפיסות שתוארו לעיל), נראה ברור כי השלב החוקתי הראשון אינו צריך להסתיים בתוצאה שלפיה התייר מחזיק בזכות לקיום מינימלי בכבוד, שבצידה חובות כבדות משקל של המדינה כלפיו. כך גם באשר לזכויות יסוד אחרות, או רכיבים שלהן. לדוגמה, אף שהזכות לחופש דת הוכרה בישראל בלא הבחנה בין אזרחים לזרים,⁸⁸ ואף שהיא נחשבת לזכות יסוד חשובה

81 ראו לעיל ה"ש 65.

82 בג"ץ 220/51 אסלאן נ' המושל הצבאי של הגליל, פ"ד ה 1486, 1480 (1951).

83 ראו בג"ץ 2481/93 דיין נ' מפקד מחוז ירושלים, פ"ד מח(2) 456 (1994); בג"ץ 5016/96 חורב נ' שר התחבורה, פ"ד נא(4) 1 (1997); בג"ץ 1890/03 עיריית בית לחם נ' מדינת ישראל, פ"ד נט(4) 736 (2005). עיינו יפה זילברשץ "על חופש התנועה הפנים-מדינתית" משפט וממשל ד 793, 816 (1998) (המאמר טוען כי יש להכיר בזכות ביחס "לכל אדם ולא רק לאזרחים או לתושבי-קבע").

84 ראו לעיל ה"ש 65.

85 אולם מכיוון שמדובר באמרה אחת, ואין דיון מעמיק בנושא זה בפסיקה, נראה שמדובר בדוגמה בעלת חשיבות פחותה יותר.

86 ראו לעיל ה"ש 55.

87 פרשת חסן, לעיל ה"ש 43, בעמ' 854 (השופטת (כתוארה דאז) נאור). להכרה בזכות החוקתית לקיום מינימלי בכבוד, ראו רע"א 4905/98 גמזו נ' ישעיהו, פ"ד נה(3) 360 (2001); בג"ץ 4128/02 אדם טבע ודין – אגודה ישראלית להגנת הסביבה נ' ראש הממשלה, פ"ד נח(3) 503 (2004); בג"ץ 366/03 עמותת מחויבות לשלום וצדק חברתי נ' שר האוצר, פ"ד ס(3) 464 (2005).

88 ראו לעיל ה"ש 60.

שאיננה פריפראלית,⁸⁹ ספק אם ראוי להכיר בזכותו החוקתית של תייר ששוהה בישראל כדין למשך מספר ימים קטן להקים כנסייה ולנהל אותה, כרכיב של חופש הדת שלו.⁹⁰ ודוק, אף שמדובר בדוגמאות תאורטיות, שרחוקות מהמציאות במידה מסוימת, הן משקפות ניסוי מחשבתי שחושף בעיה קונספטואלית בתפיסות שנידונו לעיל. תאוריה טובה אמורה להנביע מסקנות שאינן אבסורדיות בנוגע למקרים תאורטיים, גם אם לא סביר שהם יתעוררו למעשה. הדוגמאות מרמזות כי הבעייתיות נוצרת מאחר ששתי התפיסות אינן מתמקדות ברכיבים החשובים לקביעת העמדה המשפטית הסופית בנוגע להכרה בזכויות: התפיסה המרחיבה איננה מספקת כלל מבחן להכרה בזכות, והיא מכירה בכל הזכויות שהוכרו באשר לאזרחים, ואילו תפיסת ליבה/פריפריה מתמקדת בעיקר במשתנה אחד כאשר היא בוחנת אם ראוי להכיר בזכות יסוד פלונית: חשיבותה היחסית של הזכות האמורה ומיקומה במארג החוקתי. כאשר מדובר בזכות יסוד חשובה ובסיסית, התפיסה מנביעה את המסקנה שיש להכיר בה גם בנוגע לזרים. אולם הדוגמאות שהובאו מראות שדרך ניתוח זו מחמיצה את האינטואיציה שלפיה לא כל אדם שנמצא בישראל (אף אם כדין) זכאי להכרה במגוון זכויות היסוד ה"ליבתיות".

עניין זה יידון בהמשך בהרחבה, אך כבר עתה ניתן להסביר, בקצרה, שאדם שנכנס לישראל למשך ימים ספורים או לחדשים ספורים – איננו מחזיק באותה מערכת יחסים מוסרית עם המדינה כמי שנמצא בישראל לתקופה שצפויה להיות ארוכה יותר.⁹¹ הדוגמאות שנידונו בקצרה לעיל מציפות את הרעיון שהשוני במערכות היחסים ראוי שישתקף גם בהיקף ההכרה החוקתי השונה, לפחות במקרים מסוימים. אך תפיסת ליבה/פריפריה והתפיסה המרחיבה הן חד-ממדיות ואינן מאפשרות התייחסות לרבידים אלה, שכן הן עוסקות רק בחשיבות הזכות עצמה (בתפיסת ליבה/פריפריה) או שהן אינן מספקות כלל קריטריון להבחין בין זרים לאזרחים (בתפיסה המרחיבה).

* * *

לפני סיום פרק זה ראוי להדגיש שלוש נקודות חשובות: ראשית, הבעייתיות המרכזית שניתן למצוא ביחס של הפסיקה לשאלת הקשר שבין זכויות יסוד למעמד אזרחי היא כי הפסיקה מתאפיינת בחוסר קוהרנטיות ובבלבול נורמטיבי בכל הקשור לנושא. הפרק שלעיל נועד רק להראות כי גם אם היינו לוקחים ברצינות רבה את ניצני התפיסות שניתן לאתר בפסיקה, ומציגים אותם באופן חיובי ככל שניתן (charitable reading) כגישות שעדיפות על פני חוסר הקוהרנטיות, בכל זאת יש בתפיסות אלה קשיים רבים, שמייצרים מוטיבציה למצוא להן חלופה.

89 ראו לדוגמה ע"פ 112/50 יוסיפוף נ' היועץ המשפטי לממשלה, פ"ד ה' 486, 481 (1951); בג"ץ 292/83 נאמני הר הבית נ' מפקד משטרת מרחב ירושלים, פ"ד לח (2) 454, 449 (1984); בג"ץ 47/82 קרן התנועה ליהדות מתקדמת בישראל נ' השר הדתות, פ"ד מג (2) 692, 661 (1989). עיינו דני סטטמן וגדעון ספיר דת ומדינה בישראל: דיון פילוסופי-משפטי (2014).

90 על הקשר בין חופש הדת לבין הקמה וניהול של מוסדות דתיים ראו לדוגמה בג"ץ 10907/04 סולודוך נ' עריית רחובות, פ"ד סד (1) 331 (2010). ועיינו מדינה דיני זכויות האדם בישראל, לעיל ה"ש 19, בעמ' 698–692.

91 מובן שלשאלת השהייה כדין יש גם רלוונטיות (ראו להלן בטקסט הצמוד לה"ש 137).

שנית, יש להדגיש שתיאוריית הקהילה החוקתית איננה מערערת על הרעיון הבסיסי שנידון במבוא, שלפיו זכויות היסוד חלות באופן אוניברסלי. במקום זאת, המאמר מסביר שתחולה אוניברסלית כפופה בעצמה לכך שהטעמים שמבססים את הזכויות יחולו במקרה הנתון. כאשר הרציונל הנורמטיבי שמבסס זכות פלונית איננו חל בעניינו של אדם מסוים בהקשר מסוים, אי-הכרה בזכות במצב זה אין משמעה שהתחולה האוניברסלית של הזכות נשללה, או שהתאוריה גורסת שאותו אדם איננו זכאי להתחשבות באנושיותו; אלא המשמעות היא שהזכות מתוך הגיונה שלה הגיע לקצה תחום התחולה שלה. במילים אחרות, התחולה האוניברסלית של זכויות היסוד משמעה שיש להחיל את הרציונלים המבססים את הזכויות על כל אדם באשר הוא כדי לראות אם הרציונלים תקפים או לא. כמו כן תאוריית הקהילה החוקתית איננה מניחה הבחנה בין "זכויות אדם" לבין "זכויות אזרח", והיא איננה תלויה בשימוש בטרמינולוגיה הזו. כפי שיוסבר בהמשך, העובדות שמבססות מבחינה נורמטיבית את ההכרה בזכות יסוד מסוימת בנוגע לאדם מסוים קשורות לא למעמדו הפורמלי כאזרח או כתושב אלא לאופק השהייה שלו במדינה.

שלישית, חשוב להתייחס לטענת הביקורת האפשרית שלפיה דחיית שתי התפיסות שנידונו לעיל וקידום בחינה מקיפה יותר בשלב החוקתי הראשון, כפי שמוצע במאמר, תהפוך את השלב הראשון למכריע יותר, כלומר לשלב ש"יחסום" בחינה חוקתית על פי דיני המידתיות במקרים רבים יותר. במילים אחרות, המאמר מציע מבחן ביניים נוסף לשלב החוקתי הראשון, ומבחן ביניים זה עשוי להנביע לעיתים את המסקנה שלזר מסוים אין זכות חוקתית כזו או אחרת, ועל כן אין מקום להמשיך ולבחון אם הפגיעה בו היא מידתית.

מסקנה זו בדבר התוצאות המסתברות של קבלת הצעת המאמר היא נכונה, אך ספק אם יש בכך כדי להיות ביקורת משכנעת על רעיון הקהילה החוקתית. ראשית, הביקורת יוצאת מנקודת המוצא שלפיה ראוי להשאיר את השלב הראשון בניתוח החוקתי "רזה" יחסית, כפי שהוא היום. לא בטוח כלל שיש מקום לקבל עמדה זו. כידוע, ניטש ויכוח על האטרקטיביות של ההצעה להפוך את השלב החוקתי הראשון למכריע יותר, וחוקרים לא מעטים סבורים כי יש היגיון בחיזוק מגמה מעין זו.⁹²

אך מלבד זאת, ממילא לא כל הרחבה של השלב החוקתי הראשון היא בעייתית גם מנקודת המבט של אלו המבקשים להיצמד לנוסחה המצומצמת יותר של הניתוח החוקתי בשלב זה. הטעם לכך הוא שגם חסידי הגישה המתנגדת לחיזוק השלב החוקתי הראשון מסכימים כי שלב זה איננו מיותר לחלוטין, ולפיכך הוא צריך להיות כחסם במקרים מסוימים. מתי? מדובר באותם מקרים שבהם התאוריה הטובה ביותר שיש לנו על זכות מסוימת מנביעה את המסקנה שאין להכיר בזכותו של הפרט לזכות זו במקרה הנידון.⁹³ ואכן, כפי שפרק ב יראה, גישת הקהילה החוקתית מובילה למסקנה שאין להכיר בזכויות חוקתיות באשר לזרים במקרים מסוימים – בדיוק באותם המקומות שבהם התאוריה שביסוד הזכויות איננה תומכת בהכרה בזכות. זוהי הגבלה "פנימית" על תחולת הזכויות, הנובעת

92 ראו לדוגמה את המאמרים לעיל בה"ש 47; מדינה "על פגיעה" בזכות חוקתית", לעיל ה"ש 49. לעמדתו העדכנית של ברק ראו ברק "הזכות החוקתית והפגיעה בה", לעיל ה"ש 43, בעמ' 138.

93 ראו ברק מידתיות במשפט, לעיל ה"ש 46, בעמ' 97: "היקפה של הזכות צריך לשקף את מגוון הטעמים המונחים ביסודה".

ישירות מהרציונלים שלהן, ולכן היא איננה נוקטת צד בשאלה אם ראוי להטיל מגבלות מצטברות נוספות בשלב החוקתי הראשון.⁹⁴ אכן, נקודת מבט הרגישה לזכויות יסוד ומבקשת להתייחס אליהן ברצינות הראויה, שגם מאמר זה מאמץ, אין משמעותה שראוי להכיר הכרה מרבית בזכויות יסוד. במקום זאת יש להכיר בזכויות יסוד עד לנקודה שאחריה התאוריות הטובות ביותר שלנו על זכויות אלה אינן יכולות להסביר מדוע מוצדק שהן יוכרו. כל הכרה בזכויות נוסף על מה שמתחייב מבחינה תאורטית תהיה פטישיזם של זכויות ולא התייחסות ראויה ומכבדת אליהן.

ב. הקהילה החוקתית

1. הרעיון הבסיסי

מטרתו של פרק זה לספק סקיצה ראשונית של תאוריה פרשנית חדשה על הקשר שבין זכויות יסוד למעמד אזרחי. במונח "תאוריה פרשנית", שהוזכר גם קודם,⁹⁵ הכוונה היא לתאוריה אשר מבקשת להלום את הדין הקיים לפחות במידה מסוימת (קרי התאוריה אינה יכולה להיות מנותקת לחלוטין מהעשייה המשפטית בישראל), אך באותו הזמן היא גם מבקשת להציע הצדקה נורמטיבית לפרקטיקה, שהיא חיצונית לה ועצמאית ממנה. בין שני פנים אלה של התאוריה יש מתח מסוים, בייחוד במקום שבו ההצדקה הנורמטיבית דורשת לסטות מן הדין הקיים. במקרים כאלה התאוריה המוצגת כאן תבכר את הפן הנורמטיבי על פני הפן התיאורי. הווה אומר, המטרה העיקרית של התאוריה המוצגת כאן היא להסביר את השיקולים הנורמטיביים הרלוונטיים לשאלת היחס שבין מעמד אזרחי לזכויות יסוד, בשים לב לעובדות היסוד הנוגעות לשיטה החוקתית הישראלית. כאשר התוצאות של החלת תאוריה זו יסטו מהדין הקיים הישראלי, יש לראות בזה ביקורת על הדין הקיים, מנקודת המבט של התאוריה. ואולם התאוריה שואפת גם להלום את הדין הפוזיטיבי לפחות במידה מינימלית.

על מנת להציג את תאוריית הקהילה החוקתית נתחיל בהבאת העיקרון שבבסיס התאוריה בצורתו המופשטת והעקרונית ביותר, ולאחר מכן נפרוט אותו לפרטים ונסביר

94 אותו הטעם נראה כי תאוריית הקהילה החוקתית גם הולמת את ההלכה שלפיה בשלב החוקתי הראשון יש "לתת לרציונלים לדבר" בשם עצמם, ללא הגבלה חיצונית כלשהי, ובייחוד אין לאזן בינם לבין האינטרס הציבורי ישירות. תאוריית הקהילה החוקתית גורסת למעשה כי יש לבחון בשלב החוקתי הראשון אך ורק את הרציונלים להכרה בזכות מלכתחילה. אולם, כפי שמוסבר להלן, מתברר שבמקרה יוצא הדופן של הגירה אותם הרציונלים מפנים – מתוך עצמם – לשאלה אם לעמדת המדינה, אותו אדם עומד להישאר במדינה תקופה מינימלית מסוימת. במילים אחרות, אין כאן הגבלה חיצונית של היקף הזכות בשל "מפגש" או "איוון" עם האינטרס הציבורי, כפי שנעשה במסגרת השלב החוקתי השני. במקום זאת התאוריה מציעה התחשבות טהורה ברציונלים להכרה בזכות בלבד ומסתמכת עליהם לאורך כל שלבי הניתוח – גם כאשר אלו מפנים לצורך לבחון כיצד המדינה מתייחסת לאותו אדם. כך אנחנו מאפשרים "להכיר במלוא היקפן של זכויות האדם", כדברי הנשיא ברק בפרשת עדאלה, לעיל ה"ש 9, פס' 106 לפסק דינו. מה שקובע את אותו היקף הוא הרציונלים של הזכויות עצמן ולא האינטרס הציבורי שמאוזן איתן.

95 ראו לעיל בטקסט הצמוד לה"ש 79.

כיצד הוא בא לידי ביטוי בפועל. חשוב להדגיש שהניתוח שלהלן משאיר במידה מסוימת את המשימה של הצדקתה העקרונית של התאוריה לפרק ג, מתוך הנחה שהצדקת התאוריה תוכל להיעשות ביתר קלות לאחר שיהיה ברור על מה ההצדקה מנסה להגן. את התאוריה ניתן אפוא לסכם בתמצית בעיקרון הנורמטיבי הזה:

על המדינה לכבד כיבוד מלא את האנושיות של כל מי שהיא מקבלת שנגזר עליה להכיל בתוך גבולותיה לאורך זמן; מי שנמצא ברגע נתון בגבולות המדינה, אך המדינה איננה מקבלת שעליה להכיל אותו לאורך זמן – זכאי להכרה מדינתית רק באותם היבטים של אנושיותו שאינם מבוססים על שהייתו לאורך זמן בתוך המדינה.

הרעיון הבסיסי שמאחורי התאוריה הוא שבתוך הקהילה החוקתית שורר שוויון חוקתי – ככלל, כל חברי הקהילה האמורה זכאים להכרה בהיקף המלא של זכויות היסוד.⁹⁶ כאמור, אין זה אומר שברובד התת-חוקתי ישורר בהכרח שוויון בהסדרים שבין אזרחים לבין זרים. המפתח לקהילה החוקתית נמסר למי שהמדינה מקבלת עליה שיששה בגבולותיה (גם אם לא מבחירתה) לתקופה ארוכה מסוימת. אך ברי כי גם מי שאיננו חבר בקהילה החוקתית הוא אדם שראוי להכרה מבחינה חוקתית. ברם ההכרה בזכויות היסוד שלו איננה מלאה לעומת זאת של האזרח, מכיוון שחלק מזכויות היסוד מניחות במובלע, כחלק מההצדקה שלהן, כי האדם המדובר ישהה בגבולות המדינה למשך תקופה ארוכה, וכאשר תנאי זה אינו מתקיים – ההצדקות של הזכויות מנביעות מתוך עצמן את המסקנה שאין להכיר בזכויות במקרה הנידון.

כפי שניתן לראות, עיקרון זה מסתמך על שלושה רכיבים מרכזיים: (1) התמקדות בקבוצת האנשים שהמדינה מקבלת שנגזר עליה להכיל בתוך גבולותיה לאורך זמן; (2) הרעיון של כיבוד מלא את האנושיות של האדם; (3) ההבחנה בין היבטים שונים של האנושיות, על בסיס שהייה לאורך זמן בתא שטח מסוים. רכיבים אלה דורשים ביאור ופירוט. נבחן אפוא את הדברים על פי סדרם ונתחיל בדרך הזיהוי של קבוצת האנשים שהמדינה מקבלת שעליה להכיל לאורך זמן.

(א) קבוצת האנשים שעליה יחול העיקרון

הנקודה הראשונה שיש לתת עליה את הדעת היא שניסוחו של העיקרון שלעיל מניח מלכתחילה את נקודת המבט המדינתית. כלומר, כדי להבין מי הם מושאי הקריטריון הנורמטיבי המוצע, אין צורך לשאול שאלה אובייקטיבית על העולם – את מי נגזר (לדעתנו) על המדינה להכיל בתוך גבולותיה לאורך זמן. אלא יש לשאול שאלה שיוצאת מנקודת המבט של המדינה עצמה – את מי המדינה מקבלת שנגזר עליה להכיל לאורך זמן. אנו עוסקים אפוא בפרספקטיבה של המדינה עצמה ולא בשאלה אמפירית עצמאית. יש לכך משמעות גדולה, שכן כפי שהדוגמאות למטה יראו, יש אנשים שמבחינה אמפירית יהיו

⁹⁶ החריג היחיד לכך הוא הזכויות לבחור ולהיבחר, שידונו בהמשך. ראו להלן בטקסט הצמוד לה"ש 129, שם גם מוסבר כיצד השינוי מוצדק בשים לב לרציונלים של התאוריה עצמה.

בישראל לאורך זמן, אך מבלי שהמדינה תעשה דבר-מה אשר יכיר בכך שהיא מקבלת את שהותם.

בתוך הנוסחה שלמעלה למילה "נגזר" יש משמעות גדולה. המילה נבחרה כדי לתפוס את הרעיון של התייחסות לאדם מסוים כלא רצוי בתחומה של המדינה (מנקודת המבט של המדינה), לצד קבלת העובדה שהוא ככל הנראה עתיד להישאר בגבולות המדינה לאורך זמן מינימלי מסוים. לדוגמה, כאשר המדינה מבטלת את אזרחותו או תושבותו של אדם אשר ביצע פעולת טרור או ריגול חמורה שעולה כדי הפרת אמונים למדינת ישראל,⁹⁷ עצם פעולת ביטול האזרחות מסמל הבעת ביקורת והסתייגות גדולה מאותו אדם עד כדי הוצאתו מהקהילה הפוליטית הישראלית ושליטת זכות ההצבעה שלו לכנסת, במקרה של אזרחים.⁹⁸ ואולם אם אותו אדם איננו אזרח או תושב במקום אחר, ראוי שהמדינה תכיר בכך שנגזר עליה להכיל אותו בקרבה בשנים שלאחר ביטול מעמד הקבע, ולכך יש משמעויות מבחינת זכויות היסוד שיוכרו בנוגע אליו.⁹⁹ במונחי התאוריה שלהלן, המדינה תכיר בכך שאף שאותו אדם איננו עוד חלק מהקהילה הפוליטית, הוא עודנו חלק מן הקהילה החוקתית שלה.¹⁰⁰

"נגזרות" ו"הכלה" מסמלות אפוא את הקשר המינימלי הנדרש בין המדינה לבין אדם לצורכי כניסתו לקהילה החוקתית. חשוב לציין שאזרחים ותושבים נמצאים ברגיל הרבה מעל לרף זה, שכן המדינה אינה סבורה ש"נגזר" עליה להכיל אותם, אלא היא לרוב אדישה, לכל הפחות, לנוכחותם בשטחה, או מקבלת אותם בשמחה. בנוגע לכל אדם יש לשאול אם המדינה סבורה, מנקודת מבטה, כי לכל הפחות נגזר עליה להכיל אותו בשטחה לתקופה מינימלית. אם התשובה לכך היא חיובית, הרי שאותו אדם נכנס בגדרי הקריטריון הנורמטיבי שתואר לעיל, והוא חלק מהקהילה החוקתית הישראלית.

97 ראו ס' 11, 11א לחוק האזרחות, התשי"ב-1952; ס' 11א לחוק הכניסה לישראל, התשי"ב-1952. לדיון בנושא זה במשפט הישראלי ראו עניין אלראי, לעיל ה"ש 14; בג"ץ 7803/06 אבו ערפה נ' שר הפנים (פורסם בנבו, 13.9.2017).

98 זו הסיבה שבאמצעות הברית מדובר בפעולה שהיא אסורה מבחינה חוקתית, שכן מדובר ב-"cruel and unusual punishment". ראו Trop v. Dulles, 356 U.S. 86, 101 (1958). לעניין ביטול אזרחות כ"מוות אזרחי" (civic death) ראו Amy D. Ronner, *Denaturalization and Death: What It Means to* (2005); Matthew J. Preclude *the Exercise of Judicial Discretion*, 20 GEO. IMMIGR. L.J. 101 (2005); Matthew J. Gibney, *Denationalization*, in THE OXFORD HANDBOOK OF CITIZENSHIP 35 (Ayelet Shachar, Rainer Bauböck, Irene Bloemraad & Maarten Vink eds., 2017).

99 ראו את הדיון בנושא זה בשני פסקי הדין שניתנו בעניין בקשות שר הפנים לביטול אזרחות: ע"ם (מנהלי חי') 57857-05-16 שר הפנים נ' זיוד (פורסם בנבו, 6.8.2017); ענמ"א (מנהלי מר') 39716-12-15 שר הפנים נ' מפארג'ה (פורסם בנבו, 17.6.2018). יצוין כי נכון למועד כתיבת שורות אלה, פרשת זיוד נידונה בבית המשפט העליון, וביום 12.12.2017 ניתנה החלטה על ידי השופט עמית, להיעתר לבקשת עיכוב פסק הדין של בית המשפט המחוזי, הוא שלילת האזרחות, עד להכרעה בערעור. ראו ע"מ 8277/17 זיוד נ' שר הפנים (פורסם בנבו, 12.12.2017).

100 ככוונת מכוון המאמר איננו בונה או מאמץ תאוריה שלמה של "הקהילה הפוליטית". מדובר במושג מורכב שפילוסופים פוליטיים מנתחים אותו ומתווכחים על אודותיו אלפי שנים, וביאור מספק שלו חורג בהרבה מהמסגרת הנדרשת לשם העברת הטענות של המאמר. לעניין תאוריית הקהילה החוקתית מספיקה הטענה שקיימים הבדלים בין הקהילה הפוליטית לבין הקהילה החוקתית, אשר עליהם המאמר עומד במקומות שונים (לדוגמה, אזרחים שהפרו את חובת הנאמנות שלהם למדינה ואזרחותם נשללה).

נקודה נוספת שחשוב להדגיש היא כי לא נדרש רק שהמדינה תסכים להכיל את קיומו של אותו אדם בשטחה, אלא עליה לקבל את קיומו כאן לאורך זמן מינימלי מסוים. שהרי תייר שנכנס לישראל לשלושה ימים שוהה בה כדין ובהסכמת המדינה, אולם אין בכך כדי להכניס אותו לגדרי הקהילה החוקתית המדינתית (אף שגם הוא זוכה להכרה חוקתית בחלק מזכויות היסוד שלו, כאמור בהמשך).

בנוגע לשאלה כמה זמן מספיק כדי לצלוח את הרף הנורמטיבי, הרי שכמו במקרים אחרים במשפט החוקתי, גם כאן יש קושי לשים אצבע במדויק על הנקודה הגאומטרית המדויקת.¹⁰¹ ואולם ניתן להגיד שנדרש אופק שהייה מסוים שככל הנראה לא יימדד בכמה חודשים בודדים, אלא למעלה מזה. הטעם לכך הוא שכפי שיוסבר להלן, התאוריה עוקבת אחר הרציונלים להכרה בזכויות מבוססות-השהייה, וכפי שיודגם בהמשך, רציונלים אלה, בתורם, קשורים בטבורם לשהות ארוכה יחסית בשטח גאוגרפי גדור. כך, גם תייר שנכנס לישראל וקיבל רישיון שהייה למשך תקופה של חצי שנה, קרוב לוודאי שאיננו נכנס בגדרי הקהילה החוקתית הישראלית; הוא ישמור על זכויות יסוד מסוימות, אולם אין צורך להכיר בזכותו החוקתית לקיום מינימלי בכבוד בישראל, לדוגמה.

(ב) כיבוד האנושיות

נדרש עתה להתייחס לשאלה מהו "כיבוד האנושיות" של האדם, ומהו כיבוד "מלא" כאמור. במונח "כיבוד האנושיות של האדם" כוונתי לרעיון הקאנטיאני הבסיסי שבקביעת המדיניות שלה על המדינה להכיר בהיותו של האדם עומד בפניה – אדם ולא אובייקט או אינסטרומנט שניתן להפעיל עליו מניפולציות להגשמת מטרותיה, יהיו לגיטימיות כאשר יהיו.¹⁰² במילותיו של השופט לוי, "בני-אדם לעולם עומדים כתכלית וערך בפני עצמם. אין לראות בהם אמצעי בלבד ולא מוצר לסחור בו – תהא המטרה נאצלת ככל שתהא."¹⁰³ מובן שהכרה באנושיותו של האדם אין משמעותה שלא ניתן לפגוע באותו אדם כלל על מנת להגשים את התכליות המדינתיות. אלא מתן הכבוד מתבטא בכך שאם ברצונה של המדינה לפגוע באותו אדם, עליה להציע הצדקה מהותית לכך.¹⁰⁴ מתן ההצדקה הוא האקט שממחיש את הכרתה של המדינה בכך שהיא עוסקת בבני אדם ולא בכלי שחמט שניתן להזיזם על פי הרצון והצורך. איננו מציעים למסמר הצדקה לפגיעתנו בו בחזקה, מכיוון

101 לראייה כללית: בג"ץ 6055/95 צמח נ' שר הביטחון, פ"ד נג(5) 241, 273 (1999).

102 ראו עמנואל קאנט הנחת יסוד למטאפיסיקה של המידות 95 (משה שפי מתרגם, 1965). לביטוי של עיקרון זה בפסיקה ראו לדוגמה בג"ץ 2605/05 המרכז האקדמי למשפט ועסקים נ' שר האוצר, פ"ד סג(2) 545, פסק דינה של השופטת ארבל (2009); ע"א 8954/11 פלוני נ' פלונית, פ"ד סו(3) 691 (2014); פרשת ביטוח רפואי לעובדים זרים, לעיל ה"ש 32, פסקי הדין של השופטת ארבל ושל השופטת ברק-ארז; דנ"פ 404/13 פלוני נ' מדינת ישראל, פסק דינו של השופט (כתוארו אז) ג'ובראן (פורסם בנבו, 15.4.2015).

103 פרשת עמותת "קו לעובד", לעיל ה"ש 70, פס' 60 לפסק דינו של השופט לוי.

104 על הקשר שבין מתן הצדקה להכרה באנושיות ראו Phillip Montague, *The Nature of Rights: Some Logical Considerations*, 19 NOUS 365, 368 (1985); BENHABIB, לעיל ה"ש 15, בעמ' 14; Alon Harel & Tsvi Kahana, *The Easy Core Case for Judicial Review*, 2 J. L. ANALYSIS 227, 241–242 (2010); Yuval Eylon & Alon Harel, *The Right to Judicial Review*, 92 VA. L. REV. 991, 1002–1006 (2006).

שאיננו מכירים בו כסובייקט תבוני שאנו צריכים לפנות אליו. במקום זאת אנחנו מזהים אותו כאובייקט, כחפץ, ולכן אנו פועלים עליו ישירות.¹⁰⁵ אך כאשר מדובר בבני אדם, עלינו להראות לאדם הנפגע שאנו מכירים בו כמי שראוי, לכל הפחות, להנמקה מדוע אותה מדיניות התקבלה והיא מתבצעת על אף הפגיעה בו: "to be a person, rather than a thing, is at least to be consulted about what is done with one"¹⁰⁶

ואכן, על פי תפיסה מרכזית אחת, שגם מאמר זה מקבל, זכויות היסוד מכוונות בדיוק את המרחב שבו פעילות שפוגעת באדם מייצרת את הצורך במתן הצדקה מהותית (ולא רק פרוצדורלית) לפגיעה. כפי שמסביר ברק מדינה:

כאשר החלטה שלטונית פוגעת בזכויות אדם, מסקנת הביניים בשלב הראשון היא שמדובר בהחלטה לא ראויה, המחייבת הצדקה מיוחדת כדי להיחשב תקפה. במקרה כזה אין די בהצדקות דיוניות ונדרשת הצדקה המתייחסת לתוכן ההחלטה, שלפיה בנסיבות המקרה הנדון, ובהתחשב במכלול האינטרסים הרלוונטיים, הפגיעה בזכות מוצדקת.¹⁰⁷

על כן כיבוד אנושיותו של האדם מתבטא, במשפט, בכך שכאשר המדינה פוגעת בזכויות היסוד שלו, ישתמע מכך שקם הצורך להסביר את הפגיעה בזכויות במתן הנמקה חוקתית תקינה.

התוספת "באופן מלא" נועדה להבהיר שההכרה המינימלית הזו בזכויות החוקתיות צריכה להיות שלמה ולא חלקית. קרי, אשר לאותה קבוצת אנשים שתוארה למעלה, שהמדינה מקבלת שנגזר עליה להכילם לאורך זמן, יש לראות בכל חברי הקבוצה – לצורך הבחינה החוקתית של השלב הראשון – מי שהם חברים בקהילת השווים הרלוונטית, היא הקהילה החוקתית, אף שיתכן שהם אינם חלק מהקהילה הפוליטית, קרי חלק מהקבוצה שזכאית לבחור במדינה דמוקרטית את נציגיה. וכמו כן, כפי שהודגש למעלה, ברמה התת-חוקתית ייתכן שהם לא יהיו שווים לאזרחים ולתושבים לכל דבר ועניין. לכן, ככלל, אין לערוך הבחנות חוקתיות בתוך קבוצה זו על פי מאפיין כגון דת, מגדר, מצב חברתי או משפחתי, גיל או מעמד אזרחי.¹⁰⁸ לכל היותר, בכל הקשור לרמה החוקתית, ניתן לערוך הבחנות בתוך קבוצה זו על פי מה שמתחייב מהרציונלים המבססים מבחינה מוסרית את ההכרה בזכויות מלכתחילה. מי שאיננו נכנס לקבוצה זו זכאי רק להכרה באותם היבטים של אנושיותו שאינם תלויים בשהייה לאורך זמן. נסביר להלן הבחנה זו.

105 ראו ע"א 2781/93 דעקה נ' בית החולים "כרמל", חיפה, פ"ד נג(4) 526, 575 (1999) ("אדם אינו חפץ. זכותו של כל אדם כשיר היא שהקהילה וחבריה יכבדו את רצונו בכל הנוגע לדברים החשובים לו, כל עוד אין הוא פוגע באחרים [...] הדבר מתחייב מן ההכרה בערך האדם ובהיותו של כל אדם בן-חורין"); בג"ץ 8111/96 הסתדרות העובדים החדשה נ' התעשייה האווירית לישראל בע"מ, פ"ד נח(6) 481, 575 (2004).

106 LAURENCE TRIBE, AMERICAN CONSTITUTIONAL LAW 666 (1st ed. 1978).

107 מדינה דיני זכויות האדם בישראל, לעיל ה"ש 19, בעמ' 40–41.

108 ראו את הדיון בזכויות לבחור ולהיבחר, בחלק הצמוד לה"ש 129 להלן, כחריג אשר מוסבר על רקע ההצדקות להכרה בזכויות הללו.

(ג) הבחנה בין סוגי זכויות לעניין שהייה במדינה

הרעיון שיש זכויות שההצדקה שלהן קשורה לשהייה בתא שטח גאוגרפי מסוים, שיפותח בהרחבה בתת-פרק ב.2 שלהלן, מניח שההגנה על זכויות יסוד (או היבטים של זכויות יסוד) איננה אחידה מבחינת הרציונל הנורמטיבי שעומד מאחוריה. כלומר, אף שכל זכויות היסוד זוכות להכרה מפני שהן משקפות פן חשוב של האנושיות שברצוננו להגן עליו (מה שמכונה: the interest theory of rights),¹⁰⁹ הסיבה מדוע היבטים אלה הם חשובים – וברצוננו להגן עליהם – משתנה מזכות לזכות.

בלשון פורמלית יותר: בבסיס כל אקט של הכרה בזכות יסוד או ברכיב שלה קיים טיעון שמורכב מהנחות נורמטיביות ועובדתיות. הנחות אלה כולן עשויות להשתנות מזכות יסוד אחת לאחרת. יתרה מזאת, כפי שיודגם קונקרטי להלן, ההצדקה שבבסיס חלק מזכויות היסוד – אך לא בבסיס כולן – מניחה מצב דברים שבו הפרט מתקיים לאורך זמן בתא שטח שנשלט על ידי המדינה. הנחה זו היא שמאפשרת להבחין בין זכויות יסוד, על בסיס הרגישות שלהן לעובדת השהייה לאורך זמן במדינה, כבסיס למתן הכרה בזכות. אשר לאותן זכויות שמניחות קיום לאורך זמן בשטח המדינה כחלק מהתשתית העובדתית או הנורמטיבית שמסבירה את חשיבותן (מה שכונה "זכויות מבוססות שהייה"), הרי שכאשר מדובר באדם שהמדינה איננה מקבלת שנגזר עליה להכיל אותו לאורך זמן – הנתון העובדתי הזה איננו מתקיים, ולכן אין הצדקה נורמטיבית חזקה להכיר בזכות זו בנוגע לאדם המדובר. נדגים זאת בקצרה, שכן הדברים יידונו בהרחבה בהמשך. בפסיקה נקבע כי הזכות לקיום מינימלי בכבוד כוללת בישראל את זכות-הבת (למעשה זכות-הנכדה) לקורת גג.¹¹⁰ אחת הסיבות המרכזיות להכרה בזכות לקורת גג – מצב הדברים שגורם שיהא טעם מוסרי לספק הגנה משפטית על זכות זו – היא ההנחה האמפירית שלפיה כאשר בני אדם חיים תקופות ארוכות ללא קורת גג, הם מושפלים, והרווחה שלהם נפגעת קשות (הם נעשים חשופים למחלות, לפגעי מזג האוויר ולמצב נפשי קשה). כלומר, הטיעון בתמיכה להכרה בזכות יסוד לקורת גג מורכב משני רכיבים: (1) התפיסה הנורמטיבית שלפיה אלמנטים חומריים מסוימים הם כה בסיסיים לקיום האנושי עד שקיים אינטרס חזק להבטיח רמה מינימלית שלהם;¹¹¹ (2) העובדה האמפירית שקורת גג היא אכן חלק מכריע מאותו גרעין נדרש של רווחה שהיעדרה פוגע באדם כאדם ועשוי אף להשפיל אותו. הנחה (2) היא עובדה קונטינגנטית אך נכונה בעולמנו. כלומר, ניתן מבחינה לוגית לדמיין מצב דברים אחר, שבו

109 ניסוח זה נועד להיות ניטרלי בהבחנה בין תכלית תוצאתית לתכלית דאונטולוגית להכרה בזכויות יסוד, שכן לפי שתי הגישות, יש מקום להגן על אינטרסים חשובים של האדם (אף אם בגישה הדאונטולוגית הדאגה נוספת על דרך הפגיעה באינטרס). ראו מדינה דיני זכויות האדם בישראל, לעיל ה"ש 19, בעמ' 46–50. לדיון ברעיון הכללי של זכויות יסוד כשמירה על אינטרסים בסיסיים של האדם (The Interest Theory and Political Philosophy) ראו NEIL MACCORMICK, LEGAL RIGHT AND SOCIAL DEMOCRACY: ESSAYS IN LEGAL AND POLITICAL PHILOSOPHY 154–166 (1982); Joseph Raz, *On the Nature of Rights*, 93 MIND 194 (1984); Matthew Kramer, *Some Doubts about Alternatives to the Interest Theory of Rights*, 123 ETHICS 245 (2013).

110 ראו פרשת חסן, לעיל ה"ש 43.

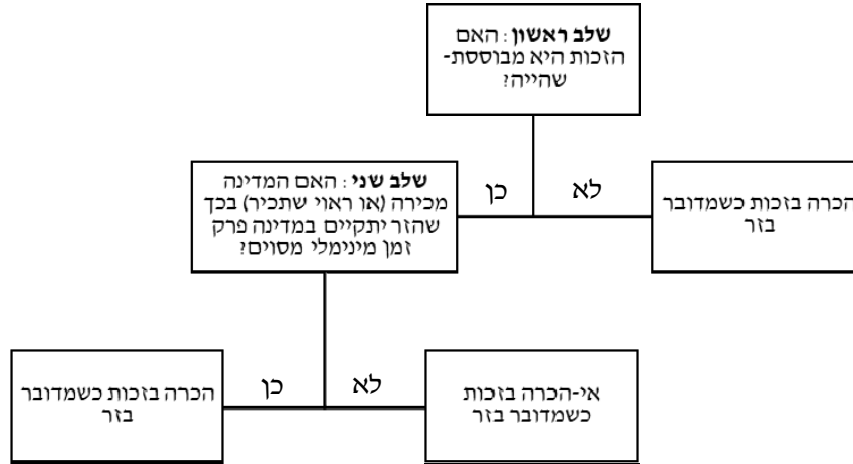
111 ראו פרשת גמזו, לעיל ה"ש 87, בעמ' 375.

אנשים אינם זקוקים לקורת גג. אבל מכיוון שאלו נתוני היסוד של הפיזיולוגיה והפסיכולוגיה האנושית בימינו, הרי שהם משליכים על הטעמים הנורמטיביים שביסוד ההגנה על הזכות. החשוב לענייננו הוא כי הטיעון לטובת הכרה בזכות לקורת גג מניח (בהנחה (2) שלעיל) מצב דברים שבו אדם שוהה לאורך זמן בתוך תא השטח הנשלט על ידי המדינה. המונח "קיום" בכותרת הזכות "הזכות לקיום מינימלי בכבוד" הוא הכרחי לתיאור הזכות, והוא מניח במובלע שאדם נמצא וחי את חייו – לאורך זמן מינימלי מסוים – בתוך המדינה. כלומר, הזכות לקורת גג איננה הזכות שאדם לא ימצא את עצמו אף פעם אחת ללא קורת גג (לדוגמה: אזרח שננעל מחוץ לביתו למשך לילה שלם לא נפגעה זכותו החוקתית לקורת גג אף שזכות זו הוכרה בפסיקה, מאחר שהיקף הזכות אינו כולל אי-הימצאות מקרית ללילה אחד ללא קורת גג). אלא זו הזכות שלא להתקיים – לחיות לתקופה מינימלית מסוימת – ללא קורת גג. כאשר אדם ממילא איננו "מתקיים" במדינה, קרי כשהוא איננו נוכח בה לאורך זמן מינימלי מסוים אלא רק לתקופה קצרה, ההצדקה הנורמטיבית הרגילה להכרה בזכות הזאת בנוגע אליו מתערערת, שכן אין דרך "לחבר" בין הטיעון הנורמטיבי המופשט (הנחה (1) שלעיל ללא הנחה (2) שלא מתקיימת) לבין המסקנה האופרטיבית. ודוק, גם במקרה זה מובן שההנחה הנורמטיבית הראשונית חלה במידה שווה על התייר ועל האזרח, קרי על שניהם ניתן להגיד שאינטרסים חומריים מסוימים שלהם הם בסיסיים לכבודם כבני אדם. אבל עיקרון זה איננו מספיק כשלעצמו, שכן נדרש שגם התנאי העובדתי – עובדת ההתקיימות לאורך זמן – יתממש. שוני זה מצדיק, בתורו, שינוי ביחס החוקתי בין התייר לבין האזרח בכל הקשור לזכות לקיום מינימלי בכבוד.

* * *

אם לסכם, הרעיון הבסיסי שמאחורי תאוריית הקהילה החוקתית הוא שאת שאלת הקשר בין זכויות יסוד לבין מעמד אזרחי יש לברר בהתמקדות בשתי קבוצות של שיקולים: הראשונה היא הבחינה אם האדם הנידון נופל בקבוצת אנשים מסוימת – אלו אשר המדינה מקבלת שנגזר עליה להכילם לאורך זמן. אם התשובה לשאלה זו חיובית, הרי שאותו אדם הוא חלק מהקהילה החוקתית, והיחס אליו בשלב החוקתי הראשון אמור להיות כמו היחס אל אזרח או תושב, קרי על המדינה להכיר הכרה מלאה בזכויות היסוד של אותו אדם, בהיקף שמשתמע מהרציונלים להכרה בזכויות. קבוצת השיקולים השנייה נוגעת להבחנה בין זכויות שההצדקה שלהן כוללת הנחה עובדתית בדבר שהייה במדינה לבין זכויות שאינן כוללות הנחה כזו. זכויות יסוד שמוצדקות בלא רגישות לשהייה לאורך זמן במדינה צריכות להיות מוכרות גם כשמדובר בזרים גמורים שנמצאים במדינה.

כדי להפוך את התאוריה לאופרטיבית וברורה יותר, נפרט עתה מעט יותר על הדרך שבה מוצע להשתמש בה בפועל, כתוספת לניתוח השלב החוקתי הראשון. בהמשך, בתת-פרק ב.4, תודגם החשיבות האופרטיבית של התאוריה על דרך של עיון בשני פסקי דין שבהם התקבלו הכרעות השרויות במתח מסוים עם התאוריה. כפי שהוסבר לעיל, התאוריה מופעלת בהליך דו-שלבי אשר מקביל לשני השיקולים הנורמטיביים שתוארו לעיל: מעמדה של זכות היסוד ומעמדו של האדם המדובר. שני השלבים של הפעלת התאוריה מתוארים בתרשים הסכמטי הזה:



2. החלת התאוריה: השלב הראשון – השיקול הנוגע לזכות

בניגוד לתפיסת ליבה/פריפריה, בתאוריית הקהילה החוקתית לא נבחן באיזו מידה הזכות היא "פריפריאלית" או "גרעינית". כמו כן לא נניח כי זרים זכאים להכרה בזכויות יסוד במידה שווה לאזרחים. במקום זאת השלב הראשון של הפעלת התאוריה יכלול מעין "הרמת מסך", הראשונה מתוך שתיים שהתאוריה דורשת. בשלב זה הבחינה מתמקדת בזכות היסוד המדוברת או ברכיב שלה המצוי בבחינה. הניתוח יתעלם מהכותרת הפורמלית של זכות היסוד ויתמקד ברציונלים שבבסיס ההכרה בה, מתוך הנחה ש"היקפה של הזכות צריך לשקף את מגוון הטעמים המונחים ביסודה"¹¹².

הדיון שבפרק זה יתקדם כשהוא אינו תלוי במידה מסוימת בדין הישראלי הפוזיטיבי. לדוגמה, לא ניתן משקל גדול לקביעה כי הזכות לכבוד מוכרת בנוגע לאדם (בסעיפים 2 לחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו), אך חופש העיסוק מוכר בנוגע לאזרח ותושב בלבד (בסעיף 3 לחוק-יסוד: חופש העיסוק). הטעמים לכך כפולים: ראשית, כפי שהוסבר למעלה, תאוריית הקהילה החוקתית היא פרשנית, וככזו היא מבקשת לבסס סטנדרט נורמטיבי שאינו תלוי בדין במידה מסוימת על מנת שהדין יוכל להיבחן בביקורתיות ביחס אליה. במילים אחרות, אחת מהשאלות העקרוניות שהמאמר מבקש לדון בהן היא אם הדין הפוזיטיבי הוא מוצדק, ולא ניתן לבחון זאת אם מניחים שהשאלה הוכרעה באופן משכנע באמצעות הטקסט החוקתי. שנית, ממילא שאלות פרשניות רבות אינן מוכרעות באמצעות הטקסט החוקתי הישראלי עצמו (לדוגמה, בכל הנוגע לתחולת הזכויות הלא מנויות על זרים). לכן

112 ברק מידתיות במשפט, לעיל ה"ש 46, בעמ' 97.

יש צורך לפרט את התשתית התאורטית במלואה גם כדי לסייע לפרשני הדין בסוגיות שמתעוררות בהקשרים אלה.¹¹³

כפי שהוסבר בתת-פרק ב.1, זכויות יסוד מוכרות ממגוון טעמים. טעמים אלה מורכבים מרכיבים נורמטיביים ועובדתיים. בשלב א של הפעלת התאוריה יש לסקור אפוא את הטעמים להכרה בהיבט של הזכות העומד לדיון ולשאול אם ניתן לאתר בתוך הטיעונים לטובת ההכרה בזכות האמורה רכיבים אשר רגישים לשהות באזור גאוגרפי לאורך זמן. זוהי המידה שבה הזכות היא מבוססת-שהייה. כאשר הזכות איננה מבוססת-שהייה, משמעות הדבר היא שיש להכיר בה גם כשמדובר בזרים גמורים. במקרים כאלה יהיה אפשר לסיים את הבחינה כבר בשלב זה ולא להמשיך לשלב השני של התאוריה.

לעומת זאת ייתכנו מצבים שבהם התשובה לא תהיה חד-משמעית בסוף הבדיקה. הטעם לכך הוא שזכויות יסוד מבוססות על מגוון טעמים שאין ביניהם הלימה מלאה, וחלקם (אך לא כולם) ייחשבו למבוססי-שהייה. במצב כזה נראה שיש להתקדם כך:

ראשית חשוב להבחין בין ההיבטים השונים של הזכות ולהתמקד ברכיב של זכות היסוד המדוברת שהוא הרלוונטי לדיון המשפטי. על מנת לבחון את ההיבט הרלוונטי של זכות, יהיה צורך לאתר בספרות ובפסיקה באשר לאותה הזכות את ההקשרים העובדתיים שמבססים את ההצדקה הנורמטיבית של אותו היבט. לאחר מכן יש לבדוק אם גם כשמתמקדים ברכיב הרלוונטי ברמת ההפשטה הנדרשת כדי להכריע בשאלה שהמקרה הקונקרטי מעורר – גם אז ניתן לאתר ריבוי רציונליים, שחלקם מבוססי-שהייה וחלקם אינם מבוססי-שהייה. אם יש רציונל אחד שהוא דומיננטי או מרכזי מאוד להכרה בזכות, יש לבחון אם הוא מבוסס-שהייה או לא ולהמשיך בניתוח על פי תוצאת הבדיקה. דוגמה לכך ניתן למצוא בכל הקשור לחופש הביטוי, שנידון בהמשך (בתת-פרק ב.4): אומנם ניתן לאתר כמה רציונלים לחופש הביטוי, ואולם היבטים של חופש הביטוי המתמקדים בהערכת פעולתן של מפלגות פוליטיות קשורים בקשר חזק ל"רציונל הדמוקרטי", שהוא ככל הנראה מבוסס-שהייה.¹¹⁴

שנית, אם גם ברמת ההפשטה הנדרשת, ולאחר התמקדות ברכיב הרלוונטי של הזכות, קיים ריבוי רציונלים מרכזיים שחלקם מבוססי-שהייה אך חלקם אינם מבוססי-שהייה – יש לבחור בפרשנות המקילה והמרחיבה ולהכיר בהיבט של הזכות הרלוונטית כזכות שאיננה מבוססת-שהייה. המשמעות של קביעה כזו תהיה כי הזכות תוכר גם כשמדובר בזרים, ואין צורך להמשיך לשלב הניתוח השני בתאוריית הקהילה החוקתית.

לכאורה היה אפשר לטעון שבמצב כזה יש מקום לעבור לשלב השני של התאוריה (בחינת האינדיקציות להשתייכות לקהילה החוקתית) בתוך כדי הפעלת בחינה מקילה יותר.

113 אכן, גם התפיסות שבוארו במבוא (תפיסת ליבה/פריפריה והתפיסה המרחיבה) סתרו לעיתים את הדין המצוי. אך קביעת נורמה הסותרת את הדין המצוי לבדה איננה יתרון או חיסרון של תאוריה – כאשר התאוריה סותרת את הדין המצוי מטעמים עקרוניים שהתאוריה מפרטת, הרי שמדובר בחריגה מוצדקת (מנקודת המבט של התאוריה, שהיא כזכור תאוריה פרשנית ולא תיאורית גרידא). לעומת זאת כאשר תאוריה סותרת את הדין המצוי ללא מתן הצדקה מספקת, הדבר הוא בעייתי ופוגע ביומרה התיאורית של התאוריה.

114 ראו כאמור להלן בתת-פרק ב.4.

קרי, יידרשו פחות אינדיקציות להכרה בזר כמשתייך לקהילה החוקתית. אולם תפיסה כזו היא בעייתית, משני טעמים:

הטעם הראשון הוא כי תוצאת הבחינה עד כה הניבה את המסקנה שבמצב שתואר לעיל, אי-הכרה בזכות באשר לזר תוביל לסיכול רציונל מוסרי אחד ומרכזי להכרה בזכות ככלל שברור כי הוא איננו מבוסס-שהייה, וככזה הוא חל גם על זרים. זהו טעם חזק יחסית ועצמאי להכרה בזכות באשר לזרים, גם אם הטעמים האחרים הכלליים להכרה בזכות הם מבוסס-שהייה, וככאלה אינם חלים על המקרה הנידון. כאן יש מקום לעמוד על נקודה לוגית שיש לה משמעות בענייננו: גם אם הרציונלים האחרים, שהם מבוסס-שהייה, אינם תומכים בהכרה בזכות המדוברת באשר לזרים, אין פירוש הדבר שהם טעמים פוזיטיביים לאי-הכרה בזכות. לכל היותר אפשר להגיד כי הם אינם מספקים תמיכה להכרה בזכות מתוך עצמם. לכן נותרנו עם טעם מוסרי אחד (שיש להניח שאיננו בעל משקל מינימלי) להכרה בזכות, וקרוב לוודאי שללא טעמים לאי-הכרה בו.¹¹⁵

הטעם השני לסיום הבחינה בשלב הזה נשען על התובנה הכללית שלפיה הבחינה החוקתית מתבצעת "מתוך נדיבות".¹¹⁶ אם להיבט של זכות יש כמה רציונלים הסותרים זה את זה בנוגע לשאלת מבוססות-השהייה, מוטב לקחת את הסיכון של "שגיא" שתהיה לצד ההכרה בזכות ולא לצד אי-ההכרה בה.

כעת ניתן לעבור להדגמה כיצד שלב א של התאוריה יכול להיות מיושם בעניינן של שתי זכויות יסוד שמוכרות בישראל (דוגמה נוספת, מקוצרת יותר, מופיעה בתת-פרק ב.1 בעניין הזכות לקיום מינימלי בכבוד). מכיוון שהדיון הוא מופשט ומנותק מנסיבות עובדתיות, הוא מניב מסקנות שיש בהן הכללה מסוימת, וייתכן שדיון שיהיה קונקרטי יותר ייצר מסקנות מדויקות יותר.

הדוגמה הראשונה היא הזכות לחיים. כאן מדובר בזכות יסוד אשר הטעמים המוסריים שבבסיסה, קרי הערך שבגיננו אנו מכירים בזכות מלכתחילה, הם ברורים ואינטואיטיביים: לחיי אדם יש בעינינו ערך רב שלא יסולא בפז – ערך אינטרינזי – וההכרה בזכות היסוד משקפת הבנה מוסרית זו.¹¹⁷ אכן, מדובר ב"אחת הזכויות העתיקות ביותר, האוניוורסליות ביותר והחשובות ביותר בין זכויות האדם המוכרות בעולם".¹¹⁸ במקרה של הזכות לחיים ניתן להצדיק בפשטנות מסוימת את הטעון המבסס את זכות היסוד באשר לאדם מסוים (נקרא לו א) כך:

1. (עמדה מוסרית) לחיים יש ערך אינטרינזי גבוה, והם בבחינת אינטרס חשוב של הפרט;
2. (נתון עובדתי) א הוא בחיים.

115 מובן שאם ניתן לאתר טעמים נפרדים לאי-הכרה בזכות, יש להכריע בינם לבין הטעם שנמצא כי הוא אוניברסלי וחל על זרים ואזרחים כאחד.

116 ברק פרשנות במשפט, לעיל ה"ש 18, בעמ' 83.

117 ראו לדוגמה ע"א 461/62 צים חברת השיט הישראלית בע"מ נ' מזיאר, פ"ד יז 1319, 1333 (1963); רע"א 698/86 היועץ המשפטי לממשלה נ' פלוני, פ"ד מב(2) 661, 676 (1988); בג"ץ 769/02 הוועד הציבורי נגד העינויים בישראל נ' ממשלת ישראל, פ"ד סב(1) 507, 580 (2006); בג"ץ 5182/07 ג'ברין נ' מפקד כוחות צה"ל בגדה המערבית, פס"ד לפסק דינו של השופט (כתוארו אז) רובינשטיין (פורסם בנבו, 22.6.2007).

118 יניב רוזנאי והלל סומר "אם כל הזכויות: הזכות החוקתית לחיים" משפט ועסקים יט 537, 539 (2016).

3. (interest theory of rights, שנידון קודם לכן¹¹⁹) כאשר אינטרסים וערכים הם חשובים מספיק, יש מקום להגן עליהם באמצעות הכרה בזכויות יסוד, שתנביע מצידה גם הטלת חובות על המדינה.
4. (מסקנה) יש להכיר בזכות היסוד של א לחיים.

הנה כי כן, הזכות לחיים איננה מבוססת-שהייה, מאחר שהנתון העובדתי שמבסס את ההכרה בה באשר לאדם מסוים (הנחה 2) איננו רגיש לשהייתו של האדם ביחידה גאוגרפית מסוימת לאורך זמן אלא רק לעובדת היותו בחיים. עובדת השהות בגבולות המדינה למשך קבוע זמן כלשהו איננה משליכה על הטיעון שמבסס את היקף ההכרה של הזכות במקרה זה. לכן במקרה של הזכות לחיים, יהיה מקום לסיים את הבחינה לפי תאוריית "הקהילה החוקתית" כבר בשלב א ולהכיר בזכות לחיים הן של זרים גמורים שנמצאים בגבולות המדינה והן של אזרחים ותושבים. ואולם חשוב לזכור שהכרה זו איננה קשורה לכך שהזכות לחיים היא זכות "בסיסית" או "יסודית", כמו שמוצע בתפיסת ליבה/פריפריה, או לכך שהזכות מוכרת כשמדובר באזרחים, כפי שמוצע בתפיסה המרחיבה.

הדוגמה השנייה היא חופש העיסוק, שבתוכה נתמקד ברכיב של עצם הבחירה במקצוע מסוים.¹²⁰ אף שאת ההכרה בחופש העיסוק ניתן להצדיק על סמך רציונלים מגוונים,¹²¹ נגביל את עצמנו לבחינת הרכיב האמור בלבד. על פי הזרם המרכזי של הכתיבה בנושא, הטיעון לטובת הכרה ברכיב זה של הזכות מתקדם מהערך הגבוה שאנו מייחסים לאוטונומיה של הרצון הפרטי: הבחירה והעיסוק במקצוע מסוים תורמים לעיצוב אישיותו של האדם לאורך זמן, והם ביטוי עמוק לדרך שבה הוא בוחר לחיות את חייו.¹²² כמובן זה הזכות לחופש העיסוק יש לה "היבטים מכונני-זהות".¹²³

את הטיעון לטובת ההכרה בזכותו של א לרכיב זה של חופש העיסוק ניתן להצדיק כך (שוב, בפשטנות מסוימת):

1. (עמדה מוסרית) לאוטונומיה של הרצון החופשי יש ערך אינטרינזי גבוה והיא אינטרס חשוב של הפרט;
2. (נתון עובדתי) בחירתו של א במקצוע והעיסוק בו לאורך זמן הם ביטוי עמוק של האוטונומיה של א, שיש בו כדי לסייע לבניית הזהות שלו לפי בחירותיו.

119 ראו את הדיון לעיל בה"ש 109. לדיון שמסביר מדוע תאוריה זו מתאימה יותר מהחלופות לתחום המשפט הציבורי ראו Harel, *Theories of Rights*, לעיל ה"ש 3, בעמ' 194. אינני מביע דעה בנוגע לשאלה אם הערכים שבבסיס הזכות קודמים לוגית לזכות, או שמא המוסדות החברתיים שנוצרו על מנת לשמור על הזכויות מכוננים חלקית את הערכים עצמם. ראו Harel, *Why Law Matters*, לעיל ה"ש 52, בעמ' 13–50.

120 מדינה דיני זכויות האדם בישראל, לעיל ה"ש 19, בעמ' 846 (מדובר ב"תכלית היסודית של ההכרה בזכות זו"). לדיון בתכלית זו אגב תמיכה בה אך אזכור היבטים אחרים של חופש העיסוק ראו אייל גרוס "כיצד היתה 'התחרות החופשית' לזכות חוקתית? – בנפתולי הזכות לחופש העיסוק" עיוני משפט כג 229 (2000).

121 ראו מדינה דיני זכויות האדם בישראל, שם, בעמ' 846–857.

122 בג"ץ 1715/97 לשכת מנהלי ההשקעות בישראל נ' שר האוצר, פ"ד נא(4) 367, 383 (1977).

123 מדינה דיני זכויות האדם בישראל, לעיל ה"ש 19, בעמ' 833.

3. (ה־interest theory of rights) כאשר אינטרסים וערכים הם חשובים מספיק, יש מקום להגן עליהם באמצעות הכרה בזכויות יסוד, שתנביע מצידה גם הטלת חובות על המדינה.
4. (מסקנה) יש להכיר בזכות היסוד של א לחופש העיסוק.

דרך זו של הצגת הדברים מראה שחופש העיסוק הוא מבוסס־שהייה במידה מסוימת. הטעם לכך הוא שהנחה 2 רגישה במידה מסוימת לשהותו של א בשטח גאוגרפי מסוים לאורך זמן, לפחות כשמדובר באותם מקצועות "קלאסיים" אשר דורשים נוכחות במיקום פיזי גדור. ההתמדה במקצוע לאורך זמן מינימלי מסוים – היא שתורמת לבניית זהותו של א.¹²⁴ לכן אף שחופש העיסוק איננו זכות יסוד "פריפריאלית", אנו מוצאים ששלב א בתאוריית הקהילה החוקתית מביא למסקנה כי הרציונלים שמבססים את הזכות מלכתחילה אינם תומכים בהכרה בזכות זו בהכרח לכל אדם ששוהה ברגע נתון בישראל, אלא רק למי שהוא חלק מהקהילה החוקתית. זאת, מכיוון שהטעון בדבר הכרה בזכות מסתמך לרוב על הנתון העובדתי של שהות לאורך זמן מינימלי במדינה, ונתון זה הכרחי להשתכללות הטובין שברצוננו להגן עליהם (גיבוש זהות, בניית מקום בחברה וכו').¹²⁵ המדינה, בצדק, אינה מכירה בזכותו של כל אדם להישאר בשטחה למשך תקופת זמן זו. ואכן, בישראל ההסדרה של כמה מקצועות מכירה בהבחנה בין זרים לבין אזרחים ותושבים. נדגיש כי התאוריה איננה שוללת את אפשרות ההכרה (התת־חוקתית) מצידה של המדינה בזכות של זר לעבוד במדינה במקרים שבהם אין חובה חוקתית לעשות זאת, לדוגמה כשמדובר במומחים מיוחדים אשר המדינה חפצה שיעבדו בה. כמו כן ייתכן מאוד שהתאוריה כולה (כולל השלב השני שלה) תניב את התוצאה שיש להכיר בחופש העיסוק באשר לזרים מסוימים בשל העובדה שהם חלק מהקהילה החוקתית. בשלב הנוכחי התאוריה עוסקת רק בשאלה אם הרציונלים הפנימיים להכרה בזכויות חלים גם על זרים.

כאשר נמצא שמדובר בזכות מבוססת־שהייה, יש מקום להמשיך משלב א לשלב ב של התאוריה ולבחון, בנוגע לאותו אדם שבזכותו הנטענת אנו מדברים – אם הוא חלק מהקהילה החוקתית הישראלית. לא למותר לציין שתוצאה זו אכן הולמת את הדין הפוזיטיבי בישראל, כאמור בסעיף 3 לחוק־יסוד: חופש העיסוק (אף שהיא סותרת עמדות מרחיבות יותר שהוצגו בפסיקה, כדוגמת עמדת השופט לוי בפרשת עמותת "קו לעובד").

יצוין כי בארצות הברית ניתן למצוא דיון מעניין בהיבט מסוים של חופש העיסוק של זרים, והוא החופש לעסוק במקצועות שמצריכים קבלת החלטות מדיניות שישפיעו על השלטון העצמי של הקהילה, כגון מקצועות השיטור. בפרשת *Foley* ציין נשיא בית המשפט העליון, השופט Burger, כי החוקה האמריקאית אינה אוסרת על הבחנה בין זרים לאזרחים ספציפית כשמדובר במקצועות שהעיסוק בהם משפיע על הדרך שבה הקהילה שולטת על עצמה: "The essence of our holdings to date is that although we extend to aliens the right

124 ברק פרשנות במשפט, לעיל ה"ש 18, בעמ' 590.

125 לעניין זה יש להבחין בין גיבוש הזהות לבין מציאת מקומו של אדם בחברה. הטעון הראשון חלש יותר במקצועות טכנולוגיים מסוימים אשר ניתן לבצע, תאורטית, מכל מקום בעולם (אף שלרוב גם במקצועות אלה יש יתרונות רבים וחשיבות לעבודה במיקום גאוגרפי מוגדר לצד קולגות), אך הטעון השני ממשך לחול באותה העוצמה גם כשמדובר במקצועות הטכנולוגיים האמורים.

to education and public welfare, along with the ability to earn a livelihood and engage in licensed professions, the right to govern is reserved to citizens"¹²⁶ בהתבסס על פסיקה זו נקבע כי ניתן להגביל לאזרחים בלבד את הזכות לעסוק במקצועות שיש בהם עיסוק אינטנסיבי בשיטור.¹²⁷ קו טיעון זה, שיש בו טעם, מלמד שוב על הצורך ברגישות לרמת ההפשטה של הזכות המדוברת – אם מדובר בחופש העיסוק "סתם" או בהיבט מסוים של חופש העיסוק, שיתכן שבעניינו ייכנסו רציונלים נוספים לדיון התאורטי המבסס את הזכות.¹²⁸

לפני סיום הדיון בחלק זה והמעבר לשלב הניתוח השני יש להזכיר "מקרה קצה" שנראה שיש בו הצדקה מתוך השלב הראשון שנידון לעיל לסיים את הניתוח בתשובה שלילית ובאי-הכרה בזכות היסוד. זהו המקרה של הזכויות לבחור ולהיבחר. עיון קצר בהצדקות להכרה בזכויות אלו מלמד כי יותר משהזכויות הללו הן מבוססות-שהייה, יש מקום להכיר בהן, כמעשה חריג, כתלויות מבחינה נורמטיבית במעמד הפורמלי של אזרחות שמוענק מאת המדינה. מדוע? היות שהזכויות לבחור ולהיבחר מוצדקות בראש ובראשונה בשל החשיבות שלהן לקהילה הפוליטית לבחור בעצמה בחירה קולקטיבית את עתידה: "אבן היסוד של שיטת המשטר הדמוקרטית היא כלליות הבחירות, כלומר ההכרה בזכותו של אזרח להשתתף בהליך הבחירות באמצעות הצבעה חופשית בעד הרשימה המועדפת עליו. תפיסה זו מתבטאת בהכרה בקיומה של זכות יסוד לבחור".¹²⁹ הזכויות לבחור ולהיבחר "מתנהגות" אפוא בהקשר זה אחרת מזכויות רגילות משום שפגיעה בהן קשורה קשר הדוק לפגיעה בקהילה הפוליטית (אף שעלולות להתעורר גם סוגיות של השפלה ופגיעה בכבוד).¹³⁰ לדוגמה, בשל האופי המיוחד של זכויות אלה, רובינשטיין ומדינה סבורים שגם הרחבה של הזכות לבחור באמצעות הסרת מגבלת האזרחות – עלולה להיחשב ללא חוקתית, משום שהיא תפגע ביכולתו של העם היושב במדינה לבחור את נציגיו (אף שניתן למצוא בספרות לעניין זה גם דעות אחרות).¹³¹ קשה למצוא דוגמה דומה מזכויות יסוד אחרות שבהן הרחבת החירות ויכולת ההשפעה לפרטים נוספים תימצא פוגעת בזכות יסוד. לכן מתן הכרה בזכות לבחור ולהיבחר רק כפונקצייה של אופק שהייה בישראל – ובהתעלמות מהחלטת הקהילה הפוליטית בנוגע לקשר שלה עם אותו אדם – תחתור במידה רבה תחת הרציונלים הנורמטיביים המבססים את הצורך בהכרה בזכויות אלה מלכתחילה.

126. *Foley v. Connelie*, 435 U.S. 291, 297 (1978).

127. *Cabell v. Chavez-Salido*, 454 U.S. 432, 439–440 (1982).

128. עיינו לעיל בטקסט הצמוד לה"ש 115.

129. אמנון רובינשטיין וברק מדינה המשפט החוקתי של מדינת ישראל כרך ב 571 (2005). עיינו גם בע"ב 1/65 ירדור נ' יושב-ראש ועדת הבחירות המרכזית לכנסת השישית, פ"ד יט (3) 365 (1965); ע"ב 2/84 ניימן נ' יו"ר ועדת הבחירות המרכזית לכנסת האחת-עשרה, פ"ד לט (2) 225 (1985); ע"פ 71/83 שרון נ' מדינת ישראל, פ"ד לח (2) 757, 768 (1984). לדיון דומה בהקשר של דיני זכויות האדם הבין-לאומיות ראו יעל רונן "ביטחון בתושבות ללא אזרחות: התושבים הפלסטינים של מזרח ירושלים" המשפט (צפוי להתפרסם ב-2020), במיוחד בפרק 3. זמין ב-<https://tinyurl.com/yam2zy74>.

130. ראו לדוגמה בג"ץ 8238/96 אבו עראר נ' יושב ראש הכנסת, פ"ד נב (4) 26, 47 (1998).

131. רובינשטיין ומדינה, לעיל ה"ש 129, בעמ' 572. לדעה אחרת, שאינה כופרת בקשר בין הזכות לבחור לבין הקהילה הפוליטית, אך סבורה כי יש מקום להכניס לקהילה הפוליטית גם כאלה שלא קיבלו מעמד פורמלי של אזרחות ראו *Ruvi Ziegler, Voting Rights of Refugees* 196 (2017).

מסקנה זו משתלבת אפוא בהגיון הפעולה של השלב הראשון שהוצע לעיל, אשר "מרים את המסך" ומתבונן בהצדקות הנורמטיביות המובילות להכרה בזכויות היסוד. בד בבד התוצאה חורגת מן האמור עד כה במידה מסוימת, בהיותה מבוססת לא רק על נתון שהייה אלא גם על נתונים נורמטיביים נוספים אשר רלוונטיים לסוגיה. אולם הטעם לכך הוא הקשר העמוק והחריג יחסית של הזכויות לבחור ולהיבחר להצדקות הדמוקרטיות עצמן ולקהילה הפוליטית לעומת זכויות יסוד אחרות.

3. החלת התאוריה: השלב השני – השיקול הנוגע לאדם

השלב השני בתאוריה כולל "הרמת מסך" נוספת: אם בשלב הראשון הסתכלנו נוסף על זכות היסוד עצמה אל עבר הרציונלים התומכים בה, כעת נסתכל מעבר למעמדו האזרחי הפורמלי של האדם המדובר, אל עבר מגוון השיקולים הנורמטיביים הקשורים לבסיס שהותו במדינה. זאת, על מנת "לשים את האדם במרכז"¹³² ולא לתת לשיח הפורמליסטי המסתמך רק על מעמדו האזרחי בפועל לתפוס את מקומם של השיקולים הנורמטיביים עצמם.

בשלב זה הבחינה מתמקדת במגוון האינדיקציות האפשריות המלמדות על עמדתה של המדינה כלפי שהותו של האדם המדובר (כאמור, נמשיך לכנות אותו א) בשטחה. כפי שתתפרק ב.1 הסביר, מטרתו של שלב זה לברר אם המדינה מקבלת – במפורש או במשתמע – שלכל הפחות נגזר עליה להכיל את א בשטחה לאורך תקופת זמן מינימלית מסוימת.¹³³ אם כן, יהיה א חלק מהקהילה החוקתית ויזכה להכרה בזכויות היסוד שלו בדומה לאזרח המתגורר במדינה. ניתן לראות זאת כבירור "תושבות", בשינויים המחויבים מההקשר החוקתי. כידוע, תושבות היא מונח שמשמעותו מתפרשת על פי ההקשר שבו הוא מצוי.¹³⁴ כאן מדובר במבחן שאמור להביא להכרה לא בזכות תת-חוקתית כזו או אחרת אלא במעטפת החוקתית במלואה. בשים לב לחשיבותן של זכויות היסוד ולכך שפרשנות חוקתית צריכה להתבצע "מתוך נדיבות",¹³⁵ המבחן הוא מקל יותר מהמבחנים המקובלים לבירור תושבות בהקשרים אחרים. כפי שיוסבר בהמשך, המבחן מחיל בשלב הראשון, כנקודת מוצא, אינדיקציות שהן עובדתיות בטיבן (בנוגע ליחס של המדינה לפרט) ומאפשר

¹³² דפנה ברק-ארו "לשים את האדם במרכז – על מקומו של האדם במשפט" עיוני משפט 5 (2016).

¹³³ מעט בדומה למה שנעשה בפרשת ביטוח רפואי לעובדים זרים (לעיל ה"ש 32), שם בית המשפט התמקד ברעיון של "זיקה חזקה" בין העובד הזר לבין המדינה. עם זאת, יצוין שהבחינה שם נעשתה בעיקר במבט צופה פני עבר ובקשר שכבר נוצר בין הפרט לבין המדינה, ופחות במבט צופה פני עתיד. ראו לדוגמה שם, בסוף פסק דינה של השופטת ברק-ארו: "החברה הישראלית מסתייעת בעובדים סיעודיים שאינם אזרחי ישראל לצורך טיפול בחוליה ובקשישיה. אלה הם אנשים שהוהים במדינה במשך שנים ארוכות, וזאת על-פי חוק ומכוח הזמנתם בברכתה של המדינה. כעת, כאשר המטפלים נזקקים לטיפול, שומה עליה להתייחס אליהם ברוחב לב ולאפשר להם להתרפא ולצבור כוחות חדשים, ולו במידת מה. ראויים הם כי ברוח מורשתנו (ראו: משלי יז, 13) נשיב להם טובה תחת טובה, ולא חלילה אחרת" (ההדגשה הוספה). לעומת זאת התאוריה שבמאמר זה מתמקדת במבט צופה פני עתיד, מכיוון שהרציונלים המבססים את זכויות היסוד עוסקים, ככלל, בהיבטים של האנושיות שצפויים בעתיד להיפגע אם לא תהיה הכרה בזכות.

¹³⁴ ראו לדוגמה שם, פס' 50 לפסק דינה של השופטת ארבל; ע"א 477/02 גונן נ' פקיד שומה חיפה (פורסם בנבו, 29.12.2005).

¹³⁵ ברק פרשנות במשפט, לעיל ה"ש 18, בעמ' 83.

במקרים מסוימים חריגה מהמבחן האמפירי אל עבר שיקולים נורמטיביים הבוחנים כיצד ראוי שהמדינה תנהג באותו פרט.

יש לציין כי בשלב זה של הניתוח ייעשה שימוש באינדיקציות תת-חוקתיות, כגון פעולות מנהליות שנעשו בנוגע לפרט כזה או אחר (מתן היתר עבודה למשל). אינדיקציות אלה ישמשו "קלט" לבירור שהוא חוקתי בעיקרו, ומטרתו הכרעה בשאלת תחולתן המלאה של זכויות היסוד על פלוני. תהליך זה איננו שונה עקרונית מתהליכים חוקתיים אחרים הנעזרים באינדיקציות מנהליות על מנת לברר שאלה חוקתית.¹³⁶

יכולות להיות אינדיקציות רבות המשפיעות על הבחינה בשלב זה. לצורך הנוחות ניתן לחלק אותן לשתי קבוצות: הקבוצה הראשונה מורכבת מאינדיקציות "סובייקטיביות" על יחס המדינה ל-א: הצהרות, פעולות אקטיביות ומחדלים שמלמדים כולם כיצד המדינה מתייחסת בפועל לשהייתו של א בשטחה. בתוך קבוצה זו של שיקולים ניתן למנות את הנתונים האלה (ומובן שאין מדובר ברשימה סגורה):

א. המעמד הפורמלי שניתן ל-א במדינה: האם ניתן ל-א מעמד פורמלי? או האם הוא שווה בישראל שהייה לא חוקית?¹³⁷ האם ניתן מעמד והוא פג ולא חודש? האם מעמדו כשל תייר או כשל אזרח או תושב? האם המעמד ניתן לחידוש לתקופה מקסימלית מסוימת, או שמא הוא ניתן לחידוש ללא הגבלה באופן פוטנציאלי?¹³⁸ אף שקבענו למעלה כי יש צורך בהתבוננות בסיטואציה בקונטקסט, ברי שהמעמד הרשמי במדינה הוא לכל הפחות נתון חשוב שיש להתחשב בו גם אם אין בו כדי להכריע לבדו בשאלות שעל הפרק.

ב. האם המדינה סבורה שקיים קושי משפטי או אחר בהוצאתו של א מהמדינה? לדוגמה, אם המדינה מחילה את עקרון "אי-ההרחקה" על א, משמעות הדבר שהיא מקבלת שהיא אינה רשאית להחזיר את א למדינת מוצאו עד שיוסר הקושי שמונע את ההרחקה.¹³⁹ אין משמעות הדבר שלא יהיה אפשר כלל להרחיק את א מהמדינה, שכן ייתכן שההרחקה תהיה אפשרית למדינה שלישית בטוחה.¹⁴⁰ אולם הדבר הוא לכל הפחות אינדיקציה אחת מגי רבות לכך שברמה החוקתית המדינה סבורה שהוצאתו של א מהמדינה היא בעייתית מהמוצע, וייתכן שנגזר שעליה להכיל אותו בשטחה לתקופה הקרובה.¹⁴¹

136 ראו לדוגמה רונן פוליאק "בשלות יחסית: ביקורת שיפוטית חוקתית יישומית או מופשטת" עיוני משפט 45, 45 (2014) (דיון ברעיון הבשלות, אשר "מחזק את מעמדן של העובדות הקונקרטריות כמרכיב מרכזי בהליך החוקתי, מצד אחד, אך מכיר במצבים טיפוסיים הראויים לבחינה חוקתית במסלול המופשט, מצד אחר").

137 לדוגמה, בשנת 2017 הורחקו מישראל 5,841 זרים ששהו בה שהייה לא חוקית. ראו רשות האוכלוסין וההגירה, האגף לתכנון מדיניות נתוני זרים בישראל: סיכום שנת 2017 22 (2018), <https://bit.ly/2WzsNir>.

138 לדוגמה ראו פרשת ביטוח בריאות לעובדים זרים, לעיל ה"ש 32; עמ"נ (מנהלי י-ם) 64239-01-18 רשות האוכלוסין וההגירה נ' פלוני (פורסם בנבו, 26.11.2018) (בית המשפט המחוזי קבע כי על שר הפנים בעצמו – ולא על בית הדין לעררים – לקבוע את המעמד האזרחי של מסתננים בזמן שבקשתם נבחנת).

139 ראו בג"ץ 4702/94 אל טאיי נ' שר הפנים, פ"ד מט(3) 843, 848 (1995); פרשת איתן, לעיל ה"ש 23, פס' 33 לפסק דינו של השופט פוגלמן; פרשת דסטא, לעיל ה"ש 23, פס' 5 לפסק דינה של הנשיאה נאור.

140 ראו ע"מ 8101/15 צגטה נ' שר הפנים (פורסם בנבו, 28.8.2017).

141 ייתכן שהמדינה לא תוכל להרחיק אדם מהמדינה מחשש לחייו (לדוגמה, כאשר נקבע שהוא פליט). המצב שנוצר הוא שבגלל החשש לפגיעה בזכויות לחיים האדם נותר במדינה, ולפיכך נכנס לקהילה

ג. האם המדינה מאפשרת ל־א לעבוד בשטחה, אם כמתן אשרת עבודה ואם בהחלת מדיניות אי־אכיפה של איסור העבודה?¹⁴²

ד. האם א זכאי להטבות סוציאליות במדינה? האם ילדיו לומדים בבתי הספר המדינתיים?¹⁴³

ה. מה אמרו רשמית ולא רשמית סוכני המדינה בנוגע ל־א או לקבוצה ש־א נמנה עימה? ובמילים אחרות, מה שליחי המדינה מצהירים בפועל על הקשר שבין א לבין המדינה?¹⁴⁴ לדוגמה, אילו סברה המדינה כי א מנסה להישאר בתחומה שלא בתום לב ושלא כחוק, יכולה להיות לכך משמעות לעניין אופק השהייה שלו שמקובל על המדינה, שכן "אין להעמיד את רשויות המדינה במצב, שבו חייבות הן להיכנע לתחבולותיהם של המתמידים בשהייה במדינה בניגוד לחוק".¹⁴⁵

הקבוצה הראשונה של האינדיקציות שנמנתה לעיל מרכיבה אפוא את מכלול ההתייחסות המדינתית הפוזיטיבית ל־א ולקבוצה שעמיה הוא נמנה. הקבוצה השנייה של האינדיקציות היא "אובייקטיבית", במובן הזה שהיא איננה כוללת את מה שהמדינה עושה או לא עושה בפועל, אלא את מה שהמדינה מוחזקת כראוי שתעשה בנוגע ל־א. בגדרי התאוריה שלהלן מוצע להשתמש באינדיקציות "אובייקטיביות" רק כדי למלא לאקוונת בהתייחסות המדינתית הקיימת או במצבים יוצאי דופן אחרים. נסביר נקודה זו להלן.

הביסוס להזדקקות לשלב האובייקטיבי הוא כפול: ראשית, בפרשנות חוקתית מקובל כי אין להסתמך רק על הנתונים ה"סובייקטיביים" הרלוונטיים, אלא יש לפרש את החוקה פרשנות תכליתית, שמרכיב מרכזי בה הוא בחינה אובייקטיבית של הנורמה.¹⁴⁶ הפנייה לשיקולים אובייקטיביים מתחייבת אפוא מהצורך בהרמוניה בבחינה החוקתית. שנית, בחינת מצבור הנתונים האובייקטיביים הוא ביטוי של העיקרון הכללי במשפט הציבורי

החוקתית ומקבל הכרה בשאר זכויותיו. אין בכך משום סתירה, מכיוון שהזכות לחיים איננה מבוססת־שהייה בעצמה, ולפיכך ההכרה בה היא אוטומטית לכל אדם המצוי בשטחה של המדינה. כאן המשמעות החוקתית של ההכרה בזכות היא אי־יכולת להוציא אדם מהמדינה, והדבר גורר השלכות משפטיות אחרות – במקרה זה השלכה חוקתית של הכרה ביתר הזכויות החוקתיות.

142 ראו בג"ץ 6312/10 קו לעובד נ' הממשלה (פורסם בנבו, 16.1.2011). בנושא זה, מעניינת פסיקת בית המשפט המחוזי מרכז־לוד בעניין תביעת נזיקין בגין מותו של מסתנן, שבו נקבע כי יש לחשב את הפיצויים המגיעים למשפחתו כאילו היה חי ועובד במדינה עד לגיל הפרישה. ראו ת"א (מחוזי מר') 9584-12-14 ס.מ. נ' יומטוב (פורסם בנבו, 12.1.2017).

143 ראו מבקר המדינה דו"ח שנתי 64 – לשנת 2013 ולחשבונות שנת הכספים 2012–2013 (131–59 (2014) תת הפרק: "זרים שאינם בני הרחקה מישראל"), <https://bit.ly/3c0nwXk>; פרשת רופאים לזכויות אדם, לעיל ה"ש 64, בעמ' 331; בג"ץ 488/11 ההסתדרות הרפואית בישראל נ' שר הבריאות, בתחילת פסק דינה של השופטת ארבל (פורסם בנבו, 19.6.2011). יש להדגיש שהטבות סוציאליות משמשות כאן אינדיקציה לקשר חוקתי מסוים בין האדם לבין המדינה, אך הן אינן מכוננות אותו בעצמן. הקשר החוקתי הנדרש צריך להיות קודם לכול למתן הטבות.

144 לדיון בדרך שבה ההתייחסות המדינתית הרשמית והלא רשמית משליכה על הניתוח החוקתי ראו את פסק הדין שניתן בבית המשפט העליון האמריקאי בעניין *Trump v. Hawaii*, לעיל ה"ש 7.

145 ראו בג"ץ 332/87 בן שלמה נ' שר הפנים, פ"ד מג(3) 353, 356 (1989).

146 ראו ברק פרשנות במשפט, לעיל ה"ש 18, בעמ' 161–172; אהרן ברק פרשנות תכליתית במשפט 437 (2002).

שלפיו על המדינה לנהוג בהוגנות ובהגינות כלפי מי שהיא מפעילה עליו כוח מדינת¹⁴⁷. כידוע, עיקרון זה מקים חזקה הניתנת לסתירה – חזקת התקינות המנהלית¹⁴⁸ – ולפיה המדינה אכן נוהגת כראוי כלפי הפרט.

החלת חזקת התקינות המנהלית לענייננו מובילה לתוצאה הזאת: יש להניח שמצבור האינדקציות הסובייקטיביות הקיים בנוגע ל-א אכן מבטא ברגיל את כלל ההתייחסות המדינתית כלפיו, וכן יש להניח שההתייחסות המדינתית הזו היא תקינה וראויה. אולם אשר למי שאין קיימות בעניינו אינדקציות רבות אך יש הכרח להכריע במהירות בנוגע להכרה בזכויות היסוד שלו – לדוגמה אדם זר שנתפס בישראל לאחר שנכנס שלא כחוק רק לפני כמה שעות – יש "למלא את החלל" בבחינת השאלה כיצד המדינה הייתה מתייחסת לאותו אדם אילו נדרשה לעניינו באופן מושכל ולאחר בחינה רצינית המתחשבת בכל השיקולים הרלוונטיים. מצב שני שבו יהיה אפשר להשתמש באינדקציות "אובייקטיביות" הוא כאשר הזר ירים את הנטל ויראה שיש מקום במקרה זה לסתור את חזקת המנהל התקין, שכן מסיבה כזו או אחרת התייחסות המדינה אל אופק השהייה שלו בשטחה איננה תקינה וראויה.

האינדקציות ה"אובייקטיביות" הרלוונטיות לקוחות מאותן קטגוריות שנידונו לעיל במסגרת הקטגוריות ה"סובייקטיביות", אלא שעתה השאלה איננה מהי התייחסות המדינה בפועל לאותם היבטים, אלא כיצד היה ראוי שהמדינה תנהג בעניינם. לדוגמה, אם א איננו מחזיק ברישיון עבודה בפועל, אך הוא הצליח להראות ולשכנע כי המצב הוא כזה רק בגלל מחדל בירוקרטי של המדינה שלא התייחסה לבקשתו לרישיון עבודה כראוי, נדמה שאין טעם להתמקד בפעולת המדינה הפוזיטיבית ובעובדה ש-א חסר רישיון עבודה, אלא יש לראות בו כאילו יש ברשותו רישיון עבודה. דוגמה היפותטית נוספת עשויה להיות מצב שבו יוכח כי המדינה מסכלת בעצמה, מטעמים שאינם ענייניים, את בחינת השאלה אם א עתיד להישאר בשטחה לאורך זמן.

התוצאה של בחינת כלל השיקולים הללו היא הכרעה בשאלה באיזו מידה המדינה מקבלת שנגזר עליה להכיל את א בתוך גבולותיה לתקופת הזמן המינימלית הנדרשת. כפי שנאמר למעלה, להכרעה זו יהיה בהכרח ממד פרשני וערכי, והתשובה אם א הוא חלק מהקהילה החוקתית לא תיגזר חד-חד-ערכית מתוך הנתונים הרלוונטיים. אך מכיוון שהניתוח החוקתי מניח ברגיל את הצורך בהכרעות ערכיות ב"צומתי הכרעה" מסוימים, עובדה זו איננה משליכה על מידת האטרקטיביות של התאוריה עצמה. לעניין זה די שפורטו השיקולים המרכזיים שאמורים להיבחן בגדרי שלב זה, והוסברו סוגי האינדקציות שישמשו לבחינה.

כאנלוגיה¹⁴⁹ לדרך הבחינה שתוארה כאן ניתן להתבונן בכמה מקרים שנידונו בפסיקה האמריקאית בנוגע לזכויותיהם של זרים, במסגרת התדיינות על ה-Equal Protection Clause

147 ראו בג"ץ 840/79 מרכז הקבלנים והבונים בישראל נ' ממשלת ישראל, פ"ד לד' (3) 729 (1980); דפנה ברק-ארוז משפט מינהלי כרך ב 630–634 (2010); יצחק זמיר הסמכות המינהלית כרך א 36–37 (מהדורה שנייה, 2010).

148 לסיכום ההלכות בנושא, ראו ע"מ 4072/11 עיריית בת-ים נ' לוי (פורסם בנבו, 6.11.2012).

149 יודגש כי מדובר באנלוגיה בלבד, בשל ההבדלים הגדולים בין השיטה החוקתית הישראלית לזו האמריקאית.

של התיקון ה-14 לחוקה האמריקאית, אשר קובע כי "nor shall any State [...] deny to any person within its jurisdiction the equal protection of the laws". כפי שניתן לראות, הניסוח של התיקון רחב מאוד וכולל התייחסות ל-"any person". על בסיס ניסוח זה נקבע כבר בשנת 1886, בפרשת *Yick Wo*, כי התיקון חל על זרים ועל אזרחים כאחד.¹⁵⁰ עם זאת בית המשפט העליון האמריקאי התלבט שנים רבות (ובמידה רבה הוא ממשיך להתלבט) בנוגע לשאלה מהי המשמעות של החלת הנורמה החוקתית הזאת על זרים – מה יהא יחס "שוויוני" אליהם בהקשר זה. כך, כבר בשנת 1893 אבחן בית המשפט העליון את פרשת *Yick Wo* והסביר כי פסק הדין הזה עוסק בזרים שממשיכים לשהות בתוך שטח ארצות הברית (aliens "continuing to reside within its jurisdiction"), ואין לו תחולה כאשר מדובר בזרים שארצות הברית רואה לנכון להרחיקם, גם אם הבסיס להרחקתם הוא רעוע.¹⁵¹

דוגמה בולטת לבחינה משפטית של נקודה זו, אשר מתמקדת באופק השהייה ומשתמשת בנתון זה כמכריע לשאלת הכניסה ל"קהילת השווים" לעניין ה-"equal protection clause", היא פרשת *Plyler*.¹⁵² פרשה זו עוסקת בחוקים שהתקבלו במדינת טקסס על רקע עלייה חדה בהגירה הלא חוקית לארצות הברית ממקסיקו בשנות השמונים. החוקים שעמדו לדיון מנעו חינוך לילדי מהגרים לא חוקיים או הקשו מאוד על חינוך כאמור, בהטלת תשלומי חובה גבוהים בגין כל ילד, שלא נדרשו מאזרחים. בית המשפט העליון פסל את החקיקה, על בסיס הקביעה כי היא סותרת את התיקון ה-14. דעת הרוב בפסק הדין (מפי השופט Brennan) הבהירה כי החשש שעומד לנגד עיניו של בית המשפט הוא כינונו של "a permanent caste of undocumented resident aliens, encouraged by some to remain here as a source of cheap labor, but nevertheless denied the benefits that our society makes available to citizens and lawful residents".¹⁵³ כלומר, בית המשפט היה מוטרד מכך שהחקיקה מושא הדיון מתעלמת מזכותם של הילדים לחינוך אף שנראה שחלקם לפחות עתיד להישאר במדינה לאורך זמן. השופט המשיך וקבע בפסק הדין כדלקמן:

By denying these children a basic education, we deny them the ability to live within the structure of our civic institutions, and foreclose any realistic possibility that they will contribute in even the smallest way to the progress of our Nation.¹⁵⁴

אמירה זו, ובייחוד הביטוי "the ability to live within the structure of our civic institutions", מניחה בבירור כי אותם ילדי מהגרים לא חוקיים ימשיכו לשהות בארצות הברית בתקופה הקרובה, ואופק שהייה זה (שנבע בעיקר מאי-אכיפת דיני ההגירה)¹⁵⁵ הוא

¹⁵⁰ *Yick Wo v. Hopkins*, 118 U.S. 356 (1886).

¹⁵¹ *Fong Yue Ting v. United States*, 149 U.S. 698, 725 (1893). ואכן, בית המשפט התיר בפרשה זו חקיקה שמאפשרת הרחקה שרירותית יחסית של נתינים סינים (לדוגמה, אדם סיני ששהה בארצות הברית באותה העת היה צריך להמציא עדות של שני עדים לבנים שהוא שוהה בארצות הברית כדיון).

¹⁵² *Plyler v. Doe*, 457 U.S. 202 (1982).

¹⁵³ שם, בעמ' 218–219 (ההדגשה הוספה).

¹⁵⁴ שם, בעמ' 223.

¹⁵⁵ שם.

שהניע במידה רבה את בית המשפט להכיר בילדי המהגרים כשוויים לילדי האזרחים לעניין הזכות לחינוך. גם השופט Powell, שתמך בדעת הרוב, הסביר כי הקביעות העובדתיות של בתי המשפט המחוזיים בנוגע לכך שמרבית הילדים צפויים להישאר בארצות הברית בעתיד הנראה לעין היא שביססה חלק גדול מהניתוח החוקתי בנושא זה.¹⁵⁶ יצוין כי גם בישראל דחה בית המשפט המחוזי שדן בעתירה דומה במידה מסוימת (אם כי שונה בפרטיה), אשר נגעה לקיומו של מסלול חינוכי נפרד לילדי מסתננים בעיר אילת, את הטענה כי אופקו השחייה הקצר (לשיטת המדינה) של המסתננים מצדיק את השמתם במסגרת חינוכית שונה.¹⁵⁷

בית המשפט העליון האמריקאי השתמש בקריטריון הנוגע למשך השהייה העתידי גם במקרים אחרים, לדוגמה בהקשר של הטבות סוציאליות¹⁵⁸ וביטוח בריאות.¹⁵⁹ כפי שציין בית המשפט, "it is unquestionably reasonable for Congress to make an alien's eligibility depend on both the character and the duration of his residence".¹⁶⁰ כך, במקומות שבהם היה מדובר בזרים שהיה ברור כי המדינה איננה מקבלת שעליה להכילם לאורך זמן הפעיל בית המשפט מבחן מקל בהרבה ונטה לאשר גם דברי חקיקה שהתייחסו לזרים אחרת מאשר לאזרחים.¹⁶¹ דוגמאות אלו הן אינדיקציות טובות לדרך שבה יש לבחון את השאלה הפרשנית בדבר עצם היותו של אדם חלק מהקהילה החוקתית בישראל.

* * *

אם לסכם את האמור עד כאן בפרק ב, תאוריית "הקהילה החוקתית" מבקשת מן המדינה להשוות את ההכרה בזכויות החוקתיות לכל מי שהמדינה מקבלת על עצמה שנגזר עליה להכיל לתקופה מינימלית מסוימת. כדי להפעיל את התאוריה, יש לבחון ראשית אם הזכות

156 שם, בעמ' 239 (Both of the District Courts found that an uncertain but significant percentage of illegal alien children will remain in Texas as residents and many eventually will become citizens. [...] Indeed, the interests relied upon by the State would seem to be insubstantial in view of the consequences to the State itself of wholly uneducated persons living indefinitely (within its borders").

157 פרשת מאנג'אן, לעיל ה"ש 62, פס' 45 לפסק הדין.

158 ראו Graham v. Richardson, 403 U.S. 365 (1971), שם נפסלה חקיקה שהתנתה הטבות סוציאליות במבחן תושבות מחמיר במיוחד (תושבות של 15 שנים למי שאיננו אזרח אמריקאי).

159 ראו Mathews v. Diaz, 426 U.S. 67 (1976), שם אושרה חקיקה שהתנתה ביטוח בריאות במבחן תושבות מחמיר פחות (חמש שנים למי שאיננו אזרח אמריקאי).

160 שם, בעמ' 82-83. יצוין כי לפי הפרשנות המקודמת להלן, אורך השהות בתור תושב הוא אינדיקציה לשאלה אם "נגזר" על המדינה להכיל את הזר בקרבה.

161 ראו לדוגמה Fiallo v. Bell, 430 U.S. 787 (1977), שם הורים, גברים לילדים מחוץ לנישואין, טענו שהחקיקה הרלוונטית הכירה רק באימהות כמאפשרת איחוד משפחות (ובכך מנעו מילדיהם שנולדו מחוץ למשפחה להישאר בארצות הברית), אך בית המשפט לא קיבל את הטענה. לתיאור תופעה זו ככלל,

ראו Scaperlanda, לעיל ה"ש 17, בעמ' 725 (Although aliens are 'persons' entitled to the protection of the Constitution, in the immigration context, neither the Constitution itself nor the Supreme Court's ruminations about the document entitle the noncitizen to substantive David Cole, *Are Foreign Nationals Entitled to the Same Constitutional Guarantees?*, 25 T. JEFFERSON L. REV. 367, 368, 381 (2003).

המדוברת היא מבוססת-שהייה או לא, קרי אם ההצדקות להכרה בה הן רגישות לשהות לאורך זמן במקום גאוגרפי תחום. אם לא, הרי שיש להכיר בזכות היסוד גם עבור זרים, מכיוון שהיקף ההכרה בזכות איננו מתקשר להבחנה שבין זרים לאזרחים. אם הזכות אכן מבוססת-שהייה, יש לבחון את האדם המדובר ולבדוק עד כמה המדינה מקבלת שעליה להכיל אותו בשטחה, קרי אם הוא משתייך לקהילה החוקתית המדינתית. כדי להכריע בשאלה זו יש לבחון את מכלול האינדיקציות הקיימות לעניין זה, אם במישור הסובייקטיבי ואם במישור האובייקטיבי (במקרים המתאימים בלבד).

נעבור עתה להדגים בקצרה כיצד השימוש בתאוריית הקהילה החוקתית הייתה משפיעה על הניתוח המשפטי בשני מקרים בולטים שבהם נידונו זכויות היסוד של זרים בישראל.

4. הדגמה: הקהילה החוקתית בראי הפסיקה

כפי שצוין במבוא, גם במקרים שבהם תוצאת הניתוח של בית המשפט תהיה זהה לזו שמתקבלת היום (למשל אם בית המשפט יקבע שהזכות מושא הדיון איננה מבוססת-שהייה, ולכן יש להכיר בה כנתונה לכל אדם) תאוריית הקהילה החוקתית בכל זאת תתרום לשיח התאורטי והמשפטי בכך שהיא תבסס את המסקנות על טעמים תאורטיים איתנים מאלו שהפסיקה הזכירה בפסקי הדין שעסקו בנושא עד כה. אולם התאוריה חשובה גם מבחינה פרקטית, מאחר שלקבלתה יהיו השלכות משפטיות קונקרטיות על ניתוח השלב החוקתי הראשון, לפחות בחלק מהמקרים הרלוונטיים. תת-הפרק שלהלן ידגים נקודה זו באמצעות שתי דוגמאות: הדיון בזכויותיהם (ובעיקר בחופש העיסוק) של המסתננים בפרשת איתן ובפרשת דסטה, שעסקו (בין היתר) במתקן "חולות" ובפגיעה שלו בזכויות היסוד של זרים; הניתוח של חופש הביטוי בפסק דינה של השופטת ברון בפרשת לארה אלקאסם.

הדוגמה הראשונה מתמקדת בדרך שבה בית המשפט העליון בחר לבחון את שאלת היקף זכויותיהם של המסתננים בפרשת איתן ולאחר מכן בפרשת דסטה, שבהם עמדה חוקתיות מתקן "חולות" לביקורת שיפוטית.¹⁶² קבלת תאוריית הקהילה החוקתית הייתה משנה את ההקשר הרעיוני (ה-framing) של הניתוח החוקתי בשלב הראשון, במובן שהיא הייתה מכריחה את בית המשפט לשאול שאלות מסוימות שלא היו ממצות בשלב זה ולהתעלם מנתונים אחרים שבית המשפט התמקד בהם. כך, בפרשת איתן, שעסקה לראשונה במתקן "חולות", התאפיין שלב הניתוח המשפטי שקדם למבחני המידתיות עצמם בשאלת שאלות שהן ברובן צופות פני עבר. לדוגמה, בית המשפט תהה "מי הם אותם 'מסתננים' מדוע עשו את דרכם לישראל?" והתמקד ב"שאלת זהותם של המסתננים ובשאלת המניע העיקרי להגעתם לישראל – מציאת עבודה ושיפור רמת החיים, כטענת המדינה; או מציאת מקלט מפני הסכנה שמשקפת לחייהם ולשלמות גופם במדינות מוצאם, כטענת העותרים".¹⁶³ בהמשך בחן השופט פוגלמן את המתרחש במדינות המוצא של המסתננים.¹⁶⁴ המתודולוגיה בשלב זה נראית כמכוונת "להציף" נתונים רלוונטיים לשלב החוקתי השני. הטעם לכך הוא

162 בפרשת אדם (לעיל ה"ש 23), מתקן "חולות" עדיין לא הוקם.

163 פרשת איתן, לעיל ה"ש 23, פס' 30 לפסק דינו של השופט פוגלמן.

164 שם, פס' 31.

שבשלב החוקתי השני בית המשפט נדרש לבחון אם הפגיעה בזכויות היא מידתית לתכלית של הפגיעה, והתכלית, בתורה, נקבעת מהיקפה ומחומרתה של התופעה שעומדת המדינה רוצה להתמודד.

אלו שאלות חשובות שהן אכן רלוונטיות לניתוח בשלב החוקתי השני, אך תאוריית הקהילה החוקתית מלמדת כי השלב החוקתי הראשון צריך לעסוק בשאלות אחרות: ראשית, טבע הזכויות הנפגעות (אם הן מבוססות-שהייה או לא); שנית, הקשר בין הזורים לבין מדינת ישראל – אם הם חלק מהקהילה החוקתית או לא.

דרך שונה זו של הצגת הדברים הייתה גורמת לכך שהייתה מתבקשת דרך אחרת של ניתוח בשלב החוקתי הראשון. באשר לשאלה הראשונה, מרגע שהדיון היה נעשה באכסניה של תאוריית הקהילה החוקתית, נראה שהיה קשה מאוד לבית המשפט להתעלם מכך שחופש העיסוק הוא זכות שברובה היא מבוססת-שהייה,¹⁶⁵ בשונה מגרעין הזכויות לכבוד ולחירות, שאינן מבוססות-שהייה. בהקשר זה נזכיר שמתקן "חולות" הוקם במפורש על מנת להקשות מאוד על האפשרות של מסתננים להתפרנס.¹⁶⁶ העובדה שבית המשפט לא היה ער לרעיון של זכות מבוססת-שהייה אפשרה לו "להחביא" את שאלת חופש העיסוק, להתעלם ממנה ולבחון רק את הזכות לכבוד ואת הזכות לחירות. אך כפי שציין השופט פוגלמן עצמו בפסק דינו בפרשת איתן, על בית המשפט לבחון את ההשפעה המצטברת של הפגיעה בזכויות יסוד, כאשר כל פגיעה יכולה להשליך ולהקרין על פגיעות אחרות.¹⁶⁷ לכן המסקנה כי מתקן "חולות" פוגע (או איננו פוגע) בזכות חוקתית נוספת היא בעלת משמעות (לדוגמה לעניין שאלת הסעד החוקתי). שאלה זו מתחדדת לנוכח הטקסט החוקתי בנושא זה ולנוכח המחלוקת הפרשנית שקיימת בנוגע אליו בפסיקה.¹⁶⁸

יודגש כי גם בפרשת דסטה לא נדרש בית המשפט לפגיעה הנטענת בחופש העיסוק, אף שהפגיעה בזכות לחירות הצטמצמה לכל הדעות ביחס לפגיעה ששררה בפרשת איתן, בשל השינויים שנערכו בעניין הפעלת מתקן "חולות". לכן השאלה אם החוק הוא מידתי הייתה תלויה במידה גדולה עוד יותר בשאלה אם נפגעות זכויות חוקתיות נוספות.

ניתוח זה מלמד כי אילו היה בית המשפט מקבל את תאוריית הקהילה החוקתית, סביר שהוא לא היה יכול להמשיך בניתוח מתוך מסקנה שהזכויות לכבוד ולחירות "מספיקות" לעניין הבחינה החוקתית, שכן חופש העיסוק היה צריך לקבל "טיפול נפרד" בשל העובדה שהוא שונה מבחינה אנליטית מהגרעין של הזכויות לכבוד ולחירות, משום שאי אפשר לראות בו זכות מבוססת-שהייה. השלב הראשון בתאוריית הקהילה החוקתית מספק "מפת דרכים" לבחון סוגיה זו, שהייתה חסרה בפרשת איתן ובפרשת דסטה.

אשר לשאלה השנייה שתאוריית הקהילה החוקתית הופכת לרלוונטית (שאלת הזרות), בית המשפט לא היה נדרש לשאול מדוע הגיעו המסתננים לישראל אלא זאת: עתה שהם כאן – האם הם חלק מהקהילה החוקתית? קרי האם, בשים לב למכלול האינדיקציות הרלוונטיות

165 ראו לעיל את הניתוח שצמוד לה"ש 123.

166 ראו לעיל הניתוח בה"ש 23.

167 פרשת איתן, לעיל ה"ש 23, פס' 99–100 לפסק דינו של השופט פוגלמן.

168 ראו את המחלוקת בין השופטת פרוקצ'יה לשופט לוי, המתוארת לעיל בטקסט הצמוד לה"ש 69–70.

ונכון למועד כתיבת פסק הדין, נגזר על המדינה להכילם בתוך גבולותיה לתקופה מינימלית? לנושא זה התייחס בית המשפט רק בסופו של פסק הדין, בהערה לא מחייבת:

בקרבתנו מצויים עתה רבים שבאו כאורחים לא קרואים. חלקם של המסתננים נמצאים בישראל כבר שנים ארוכות. הם יצרו קשרים חברתיים והקימו משפחות, אימצו תחביבים ורכשו שפה. בשלב זה, הרחקתם מישראל אינה נראית באופן. אכן, שהייתם היא עול כלכלי וחברתי על תושבי המדינה. איננו עיוורים לקשיים שעמם מתמודדים תושבי דרום תל-אביב וערים אחרות. עם זאת, נתונים עדכניים מלמדים כי תופעת ההסתננות אינה כשהייתה. אף שגבולה הדרומי של ישראל אינו חסין מפני חצייה בלתי מבוקרת, ואף שמסתננים "חדשים" עודם עוברים בו ונכנסים בשערי המדינה – חלה ירידה ניכרת במספר המסתננים הנכנסים לישראל. 45 מסתננים בלבד עשו את דרכם ארצה בשנת 2013.¹⁶⁹

פיסקה זו היא מאירת עיניים. ראשית נראה שבית המשפט היה ער אינטואיטיבית לכך שיש צורך להתייחס באופן כלשהו לעובדה שהמסתננים ככל הנראה עתידים להישאר בישראל בתקופת הזמן הקרובה, וכי עובדה זו מייחדת אותם מקבוצות זרים אחרות שיתכן שאין להכיר בהם כמשתייכים לקהילה החוקתית למרות שהייתם ארוכת הטווח בישראל.¹⁷⁰ אך השופט פוגלמן איננו מסביר מדוע עובדה זו רלוונטית לניתוח החוקתי. האמירה נשאת ברמה הרטורית, לאחר שהדיון הסתיים למעשה ולא נעשה בה שימוש אמיתי. כך היה גם בפרשת דסטה, שבה אופק השהייה העתידי של המסתננים לא שיחק תפקיד חוקתי. יתר על כן, מייד לאחר האמירה כי "הרחקתם [של המסתננים] מישראל אינה נראית באופן", חזר השופט פוגלמן לדון בעבר ("נתונים עדכניים מלמדים כי תופעת ההסתננות אינה כשהייתה [...]") במקום לנסות לבאר מהי המשמעות של המסקנה הראשונה שהוא ציין, שהיא צופה פני עתיד. כאמור, קבלת העמדה כי הרחקתם של המסתננים מישראל איננה נראית באופן – יש לה משמעות חוקתית על פי תאוריית הקהילה החוקתית.¹⁷¹

ניתוח קצר זה מלמד כי קבלת תאוריית הקהילה החוקתית הייתה משנה את האכסניה התאורטית שבגדרה היו יכולות להיבחן שאלות של פגיעה בזכויות בשלב החוקתי הראשון בפרשת איתן ובפרשת דסטה. במקום להתמקד בסיבות שבגללן הגיעו המסתננים לישראל (מה שרלוונטי כאשר מנסים לבחון מדיניות שמנסה להשפיע על מערך התמריצים של המסתננים, בשלב החוקתי השני), היה בית המשפט מתמקד בשני נושאים אחרים: ראשית, אם הזכויות הנפגעות הן מבוססות-שהייה; שנית, אם המסתננים הם חלק מהקהילה

169 פרשת איתן, לעיל ה"ש 23, פס' 213 לפסק דינו של השופט פוגלמן.

170 הנגידו, לדוגמה, את הפסקה הזאת למה שנאמר על קהילת "הכושים העבריים" בפרשת בן שלמה, לעיל ה"ש 145.

171 לדיון במשמעויות החוקתיות של השהות בישראל בעבר (בעיקר בנוגע לשלב החוקתיות השני) ראו Rivka Weill & Tally Kritzman-Amir, *Between Institutional Survival and Human Rights Protection: Adjudicating Landmark Cases of African Undocumented Entrants in Israel in a Comparative and International Context*, 41 U. Pa. J. INT'L L. 43, 74–79 (2019).

החוקתית הישראלית (ונראה שיש לכל הפחות רמזים שבית המשפט היה מוכן לענות על שאלה שנייה זו בחיוב). בכך היה בית המשפט עובר מניתוח של המסתננים כ"תופעה" שצריך להבין, לניתוח שמתמקד, בשלב החוקתי הראשון, ביחס של המסתננים כקבוצה למדינה – עד כמה הם "זרים" מבחינה חוקתית למדינה.

למרות הרמז שבפסקה שצוינה לעיל מפרשת איתן, קשה להעריך מה הייתה המסקנה הסופית של בית המשפט בשאלות סבוכות אלו. אך נראה שניתן לשער כי מכל מקום היה הדיון מתנהל לפי אמות מידה סובסטיביות אחרות, והיה קשוב לשיקולים שבפרשת איתן ראה בית המשפט לציינם רק בשולי פסק הדין. עצם האמירה כי המסתננים הם חלק מהקהילה החוקתית הישראלית, או שאינם כאלה (על פי הכרעת בית המשפט), הייתה משליכה על המשך הניתוח המשפטי, והיה יכול להיות לה אפקט משפטי וציבורי גדול.

הדוגמה השנייה לדרך שבה תאוריית הקהילה החוקתית עשויה לשנות את השיח המשפטי לקוחה מפסק דין מנהלי שניתן לאחרונה, שבו להיבטים חוקתיים הייתה השפעה מסוימת.¹⁷² זהו פסק דינה של השופטת ברון בפרשת אלקאסם, שעסק במניעת כניסתה לישראל של אלקאסם, אמריקאית שביקשה ללמוד בישראל למשך שנה, בגלל פעילותה בתחום ה-BDS. השופטת ברון הדגישה בפסק דינה כי עמדתה (התומכת בביטול החלטתו של שר הפנים למנוע את כניסת אלקאסם) מבוססת גם במידה רבה על כך ש"להבדיל ממקרים אחרים שבהם מסורבת כניסת אדם לישראל – במקרה דנן כרוך הסירוב גם בפגיעה בחופש הביטוי".¹⁷³ מפסק הדין עולה שהשופטת ברון סברה כי השאלה אם חופש הביטוי של אלקאסם נפגע מאי-הכנסת אורחית זרה למדינת ישראל בוויזת סטודנט למשך שנה, איננה מסובכת: "די לנו במושכלות יסוד. חופש הביטוי הוא נשמת אפה של הדמוקרטיה. כאשר נפגעת זכותו של אדם לחופש ביטוי מכוח סעיף 2(ד) לחוק, גם אם מדובר במי שאינו אזרח או תושב ישראל, החץ ננעץ גם בלב החברה הישראלית כחברה דמוקרטית". מדוע? מאחר ש"פגיעה בחופש הביטוי מונעת את האפשרות להתמודד עם רעיונות שברצוננו כחברה להפריך – ובכך בוודאי שאיננו חפצים".¹⁷⁴

תאוריית הקהילה החוקתית מסבכת את הניתוח שלעיל ואינה מאפשרת להגיע למסקנה כה חד-משמעית. ראשית, יש צורך לבחון אם הזכות המדוברת – היבט של חופש הביטוי הפוליטי הקשור לתמיכה בחרמות – היא מבוססת-שהייה או לא. לאחר מכן, בכפוף למסקנת הניתוח בשלב הראשון, ייתכן שהיה מקום לבחון גם את יחסה של הסטודנטית הזרה שכניסתה נמנעה למדינת ישראל, ואם היא חלק מהקהילה החוקתית.

השאלה הראשונה, בדבר הרציונל לחופש הביטוי הפוליטי היא סבוכה, אך גם ללא ניתוח מדוקדק ניתן להגיד כי ייתכן מאוד שבית המשפט היה מגיע למסקנה כי חופש הביטוי הפוליטי (ובייחוד הרכיב שלו הקשור לקידום חרמות נגד מדינת ישראל) הוא זכות מבוססת-שהייה. מדוע? מאחר שהצדקה מרכזית מאוד להכרה בזכות יסוד זו היא "ההצדקה הדמוקרטית". את המודל הדמוקרטי של חופש הביטוי ביסס בית המשפט העליון כבר

172 כידוע, העובדה שהחלטה מנהלית פוגעת בזכויות יסוד יש לה משמעות במשפט המנהלי (לדוגמה, בהקשר של הראיות המנהליות הנדרשות להצדיק את הפגיעה, ובהקשר של מידחיות הפגיעה).

173 פרשת אלקאסם, לעיל ה"ש 61, פס' 3 לפסק דינה של השופטת ברון.

174 שם (ההפניות הוסרו מהציטוט).

בפרשת קול העם,¹⁷⁵ ולאחר מכן הוא דן ברעיון זה גם כאשר חוק החרם עצמו נבחן מבחינה חוקתית.¹⁷⁶ כפי שציינה אילנה דיין-אורבך במאמר שהוקדש לרציונל זה, משמעותו היא כי "ציבור האזרחים חייב לשמוע – וממילא להתבטא באופן חופשי – כדי שיהיה מסוגל להבין, להשתתף, להצביע, לשלוט".¹⁷⁷ וראוי להזכיר כי גם השופטת ברון עצמה רגישה במידה מסוימת לעובדה זו, שכן היא הזכירה את הרצון "להתמודד עם רעיונות שברצוננו כחברה להפריך". נראה אפוא כי קבלת תאוריית הקהילה החוקתית הייתה מניעה דיון משפטי מפורט יותר בדבר האפשרות – הסבירה – כי מדובר ברכיב של זכות שהוא מבוסס-שהייה. למסקנה דומה רמז השופט סולברג לאחרונה, בפסק דינו בפרשת שאקר, שעסקה גם היא במניעת כניסה לישראל על רקע תמיכה ב-BDS.¹⁷⁸

אם זו הייתה מסקנת בית המשפט, היה נוצר הצורך לעבור לשלב השני של התאוריה ולבחון אם אלקאסם היא חלק מהקהילה החוקתית הישראלית. מאחר שנכון למועד כתיבת פסק הדין היה מדובר בסטודנטית אמריקאית שעדיין לא נכנסה לישראל ושהתה במשמורת בנתב"ג, ואשר אף שקיבלה בחו"ל אשרה לשנה, ביקשה המדינה באותו הזמן מבית המשפט שלא להכניס אותה לישראל – ניתן לטעון שהאינדיקציות הסובייקטיביות לכך שמדובר בחברה בקהילה החוקתית הישראלית הן מעטות מאוד.¹⁷⁹ גם כאן נדמה שאין צורך בנייתו מדוקדק כדי להגיע למסקנה כי לכל הפחות היה אפשר להגיע למסקנה שלפיה בנסיבות כאלה אלקאסם איננה חלק מהקהילה החוקתית הישראלית.

חשוב להדגיש כי היבטים רבים אחרים של הניתוח המשפטי המנהלי שצוינו בדעות הרוב בפסק הדין לא ישתנו גם אם תתקבלנה המסקנות שצוינו לעיל. ואולם גם עיון תמציתי זה בפרשת אלקאסם מלמד כי קבלת תאוריית הקהילה החוקתית יש לה פוטנציאל להפוך את הדיון החוקתי לרגיש יותר לניואנסים ולעובדות הרלוונטיות וגם להשפיע בפועל על מסקנותיו של בית המשפט (או לכל הפחות על מסקנות הביניים שלו בדרך לבחינה החוקתית או המנהלית הכוללת).

ג. הגנה פילוסופית

פרק ב הציג את תאוריית הקהילה החוקתית דרך הפריזמה הדוקטרינרית של השלב החוקתי הראשון במשפט הישראלי כשהוא מבאר כיצד היא הולמת את עקרונות המשפט החוקתי הישראלי, ובייחוד את "חלוקת העבודה" שבין השלבים החוקתיים השונים וההצדקות

175 בג"ץ 73/53 חברת "קול העם" בע"מ נ' שר-הפנים, פ"ד ז 871, 876 (1953).

176 ראו בג"ץ 5239/11 אבנרי נ' הכנסת, פס' 5 לפסק דינו של השופט דניצ'גר (פורסם בנבו, 15.4.2015) ("חופש הביטוי הפוליטי מאפשר לפרט להגשים עצמו במסגרת קהילתו") (ההדגשה הוספה).

177 אילנה דיין-אורבך "המודל הדמוקרטי של חופש הביטוי" עיוני משפט כ 377, 381 (1996) (ההדגשה הוספה).

178 ע"מ 2966/19 Human Rights Watch נ' שר הפנים, פסק דינו של השופט סולברג (פורסם בנבו, 5.11.2019) ("באין לשאקר זכות חוקתית להיכנס לישראל, אין הצדקה לאפשר לו מעקף, כניסה ארצה לשם מניעת פגיעה נטענת בחופש הביטוי של אזרחי ישראל ותושביה, בהיותם 'מוטבים' [...] של כניסתו ארצה").

179 אף שניתן לקרוא את פסק הדין כמרמז על כך שבנסיבות אלו היה מקום לפנות לאינדיקציות האובייקטיביות לגבי אלקאסם.

שניתנות בפועל בישראל לזכויות היסוד השונות. אולם פתרון זה הוא "מקומי" במידה רבה היות שהוא מסתמך על פרטי המערכת המשפטית הישראלית ומקבל אותם בלא לבקדם. לדוגמה, הניתוח שלעיל מסתמך על כך שיש לפרש זכויות חוקתיות פירוש תכליתי וכן על תורת שלושת השלבים שמקובלת במשפט הישראלי. כל אלה הם פרטים קונטינגנטיים מבחינה פילוסופית – הם היו יכולים להיות שונים כפי שהם אכן שונים במדינות רבות בעולם. ואילו היו רכיבים חוקתיים אלה שונים בישראל, לא הייתה התאוריה בדבר הקהילה החוקתית יכולה להישאר כמות שהיא. ראוי להדגיש בשנית כי התאוריה איננה מתימרת לספק מתווה חוקתי כולל אלא רק להתייחס לשלב החוקתי הראשון שבו מוכרע היקף ההכרה בזכות החוקתית.

כפי שצוין במבוא, מאמר זה מכוון לשאת תרומה שהיא בחלקה דוקטרינרית-חוקתית אך בחלקה גם פילוסופית, וההצדקה הפילוסופית לעמדה שמוצגת כאן אינה יכולה להיות קשורה קשר אינטרניזי לפרטי מערכת משפטית כזו או אחרת. לפיכך לאחר ביאור תאוריית הקהילה החוקתית דרך הפריזמה של המשפט החוקתי הישראלי בפרק ב, פרק ג שלהלן יבקש לשוב לרמת הפשטה גבוהה יותר ולבחון שוב את המתח המקורי שעליו עמדה ארנדט ושתואר במבוא.

יש לזכור שכפי שהוסבר במבוא, הקושי באיזון שבין האוניברסליות הטבעה בזכויות היסוד לבין מה שנגזר מריבונות המדינה הוא כללי ואיננו טורד רק את מערכת המשפט הישראלית. הטענה שעליה יגן פרק זה היא אפוא כי ניתן למצוא ביסוס מוסרי כללי לפתרון מן הסוג שנידון בפרק ב, קרי פתרון שמכיר בחלק מזכויות היסוד של זרים אך לא הכרה גורפת ככולן, בין היתר כתלות באופק השהייה של הזר בתחומי המדינה. לפי התפיסה הזו יש לראות בתאוריית הקהילה החוקתית שנידונה לעיל מקרה פרטי אחד – המותאם לפרטי המשפט החוקתי הישראלי – של קשת פתרונות שהמשותף להם הוא שהם קשובים לסוג הקשר המוסרי ששורר ממילא בין המדינה לבין זרים.¹⁸⁰ כלומר, התאוריה הנידונה במאמר זה נותנת לבוש משפטי הולם לחובות המוסריות הרלוונטיות של המדינה כלפי זרים, שקיימות במנותק מהפרטים הקונטינגנטיים של המערכת המשפטית (כגון תורת הפרשנות התכליתית, החלוקה לשלבים החוקתיים השונים או פרטי הטקסט החוקתי המצוי בחוק-יסוד: חופש העיסוק או בחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו). אם טענה זו תהא משכנעת, היא תספק טעם נוסף לקבל את תאוריית הקהילה החוקתית, שכן ימצא שהתאוריה מספקת מענה משפטי הולם למערכת היחסית המוסרית בין הזר לבין המדינה.¹⁸¹

180 אני מבין את מאמרו של מונדלק (לעיל ה"ש 40), כפרויקט בעל מטרות דומות (ראו בעיקר שם, בעמ' 432–433).

181 תפיסה פילוסופית כללית יותר שעומדת ברקע הצגת הדברים היא כי בין המדינה לבין פרטים (ובין פרטים לבין עצמם) שוררים יחסים מוסריים שקודמים לנורמות המשפטיות הפוזיטיביות, והנורמות המשפטיות תפקידן, בין היתר, לשקף את אותה מערכת יחסים ולהביא אותה לידי מימוש ברמת קונקרטיזציה גבוהה מזו של המוסרית. ראו במבט כללי Mark Greenberg, *The Standard Picture and its Discontents*, in OXFORD STUDIES IN PHILOSOPHY OF LAW 1, 39–104 (Leslie Green & Brian Leiter eds., 2011); Mark Greenberg, *The Moral Impact Theory of Law*, 123 YALE L.J. 1288 (2014); Steven Schaus, *How to Think About Law as Morality: A Comment on Greenberg*

תת-פרק 1 שלהלן יתחיל את הבירור הפילוסופי בבחינת השאלה מדוע הרעיון לעגן את התאוריה בשיקולים דמוקרטיים – אף שהוא קוסם במבט ראשון – אין בו כדי לספק מענה מניח את הדעת. תת-פרק 2 יסביר כיצד ניתן למקם את תאוריית הקהילה החוקתית בשורה של שיקולים מוסריים הנטועים במסורת הקאנטיאנית. חשוב להדגיש שהדיון להלן הוא רק התחלה של שיח על אודות הקשר המוסרי שבין המדינה לבין זר שמצוי בשטחה, ואין כוונה להקיף את מלוא נושא מסובך זה ולמצותו במאמר הנוכחי.

1. מגבלות התאוריה הדמוקרטית

בספרות הפילוסופית עולות לעיתים הצעות המבקשות לבסס את יחסה של המדינה לזר על עקרונות היסוד של התאוריה הדמוקרטית עצמה, קרי התאוריה המוקדשת לעיון בדרכים שבהן שיטת משטר דמוקרטית ראויה אמורה להתנהל.¹⁸² למעשה, זוהי תפיסה אינטואיטיבית שקל להבין את האטרקטיביות שלה – במדינה דמוקרטית שהיא גם ליברלית ניתן לבסס את הקשר שבין המדינה לבין הזר על היסוד הליברלי אך גם על היסוד הדמוקרטי עצמו. בישראל קיבלה מגמה זו ביטוי מסוים במאמרו של גיא מונדלק המוקדש לנושא של זכויותיהם של עובדים זרים.¹⁸³ "עקרון הדמוקרטיה מחייב", לדעתו של מונדלק, "שמי שמושפע מהחלטות הקהילה יוכל ליטול חלק בעיצובן".¹⁸⁴ במילים אחרות, עובדים זרים זכאים לזכויות מסוימות¹⁸⁵ משום שהם מושפעים מהחלטות הקהילה שבה הם נטועים, אף אם לתקופה שאיננה קבועה. הטעם לכך הוא שיש להכיר, לכל הפחות, באותן הזכויות של העובדים הזרים אשר אינן "תלויות השתייכות מקדמית לקהילת הלאום".¹⁸⁶ אף שאני שותף לעמדתו של מונדלק שלפיה הנושא טעון פתרון עקרוני, וגם אני סבור כי זכויות יסוד מסוימות צריכות להיות מוכרות גם לזרים גמורים למדינה, ודאי גם לעובדים זרים, נראה בעיניי כי ההתמקדות בתאוריה דמוקרטית היא בעייתית. אכן, ייתכן שבסופו של דבר ניתן לפתח רציונל דמוקרטי לפתרון הבעיה, אך הדיון שלהלן יראה כי על פני הדברים קיימת מוטיבציה לפתח את הטיעון בכיוון אחר, שאיננו נשען על האידיאל הדמוקרטי. לא

and Heshovitz, 124 YALE L.J. F. 224 (2015); Scott Hershovitz, *The End of Jurisprudence*, 124 YALE L.J. 1160 (2015); Mark Greenberg, *How to Explain Things with Force*, 129 HARV. L. REV. 1932 (2016). ועיינו עמרי בן-צבי ויניב רוזנאי "המחוקק הכל יכול? על הגבולות הקונספטואליים של החקיקה" חוקים יא 87, 112–116 (2018).

182 לדוגמאות ראו להלן ה"ש 189–193.

183 ראו גם את הדיון ביפה זילברשץ "האזרחות: מהי ומה תהיה?" מחקרי משפט טז 55, 82–88 (2000) (זילברשץ עוסקת בשאלת הצדק כלפי אנשים שמתגוררים במדינה תקופה מינימלית, מנקודת המבט של החובה להעניק להם אזרחות ולהכניס אותם לתוך הקהילה הפוליטית).

184 ראו מונדלק, לעיל ה"ש 40, בעמ' 434.

185 מונדלק (שם, בעמ' 423) מסביר כי "מתן כוח השפעה יכול להיעשות גם [...] על דרך של הכרה בזכויות". כן ראו בהרחבה שם, בעמ' 435.

186 שם, בעמ' 430.

בכדי מאמר זה מציע את המונח "הקהילה החוקתית" ואינו מתמקד ברעיון של הקהילה הפוליטית אשר בה עוסקת התאוריה הדמוקרטית.¹⁸⁷ הבעיה בפנייה לתאוריה דמוקרטית היא כפולה: ראשית, תאוריה דמוקרטית אשר עוסקת באופן הראוי שבו קבוצה חברתית מסוימת תשלוט על עצמה בעצמה (self-rule)¹⁸⁸ – תתקשה מאוד להסביר, באמצעים הלקוחים מתוך התאוריה גופה, כיצד ראוי לתחום את אותה קבוצה חברתית מלכתחילה. במילים אחרות, השאלה מי מרכיב את הקבוצה החברתית שהיא מושא הניתוח קודמת, מבחינה לוגית, לשאלות שהתאוריה הדמוקרטית שואלת ברגיל, שכן התאוריה הדמוקרטית מניחה שקיימת קבוצה שמבקשת לשלוט על עצמה: "Logically, constituting the demos – in the very first instance, at least – cannot itself be a product of ordinary democratic decision making."¹⁸⁹ לכן תאורטיקנים רבים בתחום זה סברו שמדובר בסוגיה שיש לפותרה באמצעים שחורגים מהתאוריה הדמוקרטית עצמה.¹⁹⁰

שנית, כאשר התאוריה הדמוקרטית חורגת מתוך עצמה ופונה לערכי היסוד שלה כדי לפתור את הבעיה של הזכאות להיכנס לקהילה הפוליטית (שכן כאמור בנקודה הראשונה יש קושי לפתור את הבעיה רק באמצעות הסתמכות על המנגנון הבסיסי של שלטון עצמי),¹⁹¹ היא לרוב נשענת על האידיאל של שוויון פוליטי, שעומד ביסודו של שלטון עצמי. בחינת הערך הזה מובילה למסקנה שיש להכניס בגדרי הקהילה הפוליטית את כל מי שמושפע מהותית מהחלטות הקולקטיב (the all affected interests principle),¹⁹² או למסקנה קרובה, כגון הכללה של כל מי שכפוף לכוח הכופה של המדינה (coercive use of power).¹⁹³ אלו הצעות שדומות גם לזו של מונדלק, שהציע כזכור להעניק זכויות מסוימות ל"מי שמושפע מהחלטות הקהילה".

187 במובן זה המאמר גם הולך נגד עמדתו של שנער (במאמרו שאווכר לעיל בה"ש 21), שלפיה החוקה מגדירה את גבולות הקהילה הפוליטית.

188 ראו הסקירה: Tom Christiano, *Democracy*, THE STAN. ENCYCLOPEDIA OF PHIL. (July 27, 2006), <https://stanford.io/2KQrtIA>.

189 Robert E. Goodin, *Enfranchising All Affected Interests, and Its Alternatives*, 35 PHIL. & PUB. AFF. 40, 43 (2007). עיינו גם Anna Stilz, *Nations, States and Territory*, 121 ETHICS 572 (2011).

190 F.G. Whelan, *Democratic Theory and the Boundary Problem*, in LIBERAL DEMOCRACY 16 (J.R. Pennock & J.W. Chapman eds., 1983); ROBERT A. DAHL, *DEMOCRACY AND ITS CRITICS* 207 (1989); Sofia Näsström, *What Globalisation Overshadows*, 31 POL. THEO. 808 (2003).

191 David Miller, *Democracy's Domain*, 37 PHIL. & PUB. AFF. 201, 204 (2009). ראו Joseph H. Carens, *Aliens and Citizens: The Case for Open Borders*, 49 REV. POL. 251 (1987).

192 Arash Abizadeh, *Democratic Theory and Border Coercion: No Right to Unilaterally Control Your Own Borders*, 36 POL. THEO. 37, 45 (2008). לעיל ה"ש 191. להצעה דומה

נוספת ראו Rainer Bauböck, *Political Membership and Democratic Boundaries*, in THE OXFORD HANDBOOK OF CITIZENSHIP 60, 64 (Ayelet Shachar, Rainer Bauböck, Irene Bloemraad & Maarten Vink eds., 2017); GERALD L. NEUMAN, *STRANGERS TO THE CONSTITUTION: IMMIGRANTS, BORDERS AND FUNDAMENTAL LAW* (1996).

ואולם, תפיסות אלו עשויות להוביל (ואכן מובילות לעיתים) למה שקרוי the unbounded demos thesis: מכיוון שבשל הליכי הגלובליזציה, האינטרסים של אנשים רבים ביותר מחוץ לגבולות הגאוגרפיים של המדינה מושפעים מהחלטותיה תדיר, וכך ניתן גם להסיק באשר לכוח הכופה של המדינה – הרי שלפחות בחלק מן המקרים לא יהיה אפשר להימנע מהכללת כלל תושבי העולם כמי שזכאים לזכויות חזקות מסוימות כנגד המדינה, עד כדי הכרה בהם כחלק מהקהילה הפוליטית. כפי שהציע אחד הפרשנים העוסקים בנושא זה, "we should give virtually everyone a vote on virtually everything virtually everywhere in the world"¹⁹⁴. אומנם זוהי גרסה של הרעיון הזה שנשמעת לא סבירה במבט ראשון, אך גם מי שמתנגד לה בנוסחה הכוללני מסכים לרוב כי לכל הפחות יהיה צורך להרכיב מחדש שוב ושוב את הקהילה הפוליטית (או את הקהילה של מחזיקי-הזכויות) בכל החלטה והחלטה, לפי השאלה מי מושפע מן ההחלטה או על מי מופעל הכוח הכופה של המדינה. מסקנות אלו נראות מרחיקות לכת במידה רבה, עד שאין צורך להסביר בפירוט מדוע הן בעייתיות. חשוב להדגיש שאלו כמובן אינן התוצאות האפשריות היחידות של קו הטיעון שמתחיל מערכים דמוקרטיים,¹⁹⁵ אבל הן משקפות תוצאה רווחת יחסית¹⁹⁶ במידה שמטילה ספק באפשרות של האידיאל הדמוקרטי בעצמו להניב הצדקה מספקת לשאלת היחס שבין זכויות יסוד למעמד אזרחי. אינני חולק על שניתן לנסות ולפתח את הטיעון הדמוקרטי באופן שינביע מסקנות משביעות רצון, אך אין זו מטרתו של מאמר זה לעשות זאת, והקשיים שצוינו לעיל די בהם כדי לייצר מוטיבציה לפנות לכיוון שונה. תת-פרק 2 שלהלן יספק רציונל אחר שכזה.

2. ההצדקה הנורמטיבית המוצעת של תאוריית הקהילה החוקתית

בתת-פרק זה יוצגו שני טיעונים המתחילים לבסס את תאוריית הקהילה החוקתית מנקודת מבט עקרונית שאיננה קשורה למשפט החוקתי הישראלי או לתאוריית הדמוקרטיה. הטיעונים יתקדמו מנקודות מבט שונות. הראשון עוסק בקשר שבין הזר לבין המדינה שבשטחה הוא נמצא; השני יתמקד במערכת היחסים שבין המדינות לבין עצמן. למרות זאת,

194 Goodin, לעיל ה"ש 189, בעמ' 64.

195 ראו לדוגמה את הצעתה של לינדה בוסניאק (Bosniak) במאמרה Linda Bosniak, *Being Here: Ethical Territoriality and the Rights of Immigrants*, 8 THEO. INQ. L. 389 (2007). טיעונה של בוסניאק מסתמך גם הוא על ערכים דמוקרטיים (שם, בעמ' 393, 404–409), אך היא מציעה גם רציונלים אחרים במסגרת החשיבה הדמוקרטית למתן זכויות לזרים, מלבד הרעיון של כפיפות לכוח המדינתי – התחשבות בקהילה שנוצרת במדינה מעירוב זרים ומקומיים והימנעות מיצירת "קסטת" של עבדים (שם, בעמ' 404–408). ואולם גם בוסניאק מסכמת בסופו של דבר כי הפתרונות יצטרכו להיות גלובליים ושיהיה בהם כדי להעמיד בספק את נחיצותם או את מידת הצדקתם של גבולות מדינתיים (ראו בעיקר שם, בעמ' 409–410).

196 ראו Abizadeh, לעיל ה"ש 193, בעמ' 45; BENHABIB, לעיל ה"ש 15; Thomas Pogge, *Cosmopolitanism and Sovereignty*, 103 ETHICS 48 (1992); DAVID HELD, *DEMOCRACY AND THE GLOBAL ORDER: FROM THE MODERN STATE TO COSMOPOLITAN GOVERNANCE* (1995); Gustaf Arrhenius, *The Boundary Problem in Democratic Theory*, in *DEMOCRACY UNBOUND: BASIC EXPLORATIONS* 14 (2005); Hans Agné, *Why Democracy Must be Global: Self-Founding and Democratic Intervention*, 2 INT'L THEORY 381 (2010).

כאמור לעיל, מדובר בשני קווי טיעון משלימים – שתי פרספקטיבות שמהן ניתן לספר את אותו הסיפור.

(1) "הזכות הקוסמופוליטית": הקשר בין הזר לבין המדינה
 בחיבורו השלום הנצחי טען עמנואל קאנט כי לכל אדם קיימת זכות להתחשבות מינימלית מצד כל מדינה שעומדה בא במגע. זוהי "הזכות הקוסמופוליטית" להכנסת אורחים (Besuchsrecht בגרמנית). קאנט תיאר את הזכות כך:

הזכות [...] שיש לכל אדם לבוא ולהציע את עצמו להיות לחבר החברה בכח זכות-הבעלות המשותפת על הארץ כולה, שעליה, בתור כדור, האנשים אינם יכולים להתפור עד אין קץ, אלא מוכרחים לסבול, סוף סוף, את שכנותם של זולתם.¹⁹⁷

על פי קאנט, הזכות מצומצמת בהיקפה ואיננה כוללת את הזכות להתקבל קבלה מלאה לקהילה שבה הזר נמצא. המדינה רשאית לדחות את בקשתו של הזר להיטמע בקהילה, ואולם לחירות זו של הקהילה יש גבולות. בייחוד מבחינה מוסרית אין למדינה אפשרות לסרב לאותן בקשות של הזר אשר שלילתן תביא עליו "כליה ואבדון".¹⁹⁸

חשוב להפנות את תשומת הלב לרציונל המוסרי שממנו צומחת, לדעתו של קאנט, הזכות של הזר כנגד המדינה. קאנט מפנה לעניין זה לרעיון כי לכל האנשים יש מעין "זכות-בעלות משותפת", טבעית, על פני כדור הארץ כולו. רעיון זה היה רווח בפילוסופיה הפוליטית בתקופתו של קאנט (לדוגמה, הוא מופיע בהגותם של גרוטיוס¹⁹⁹ ושל לוק²⁰⁰), וכיום הוא זוכה לפיתוח פילוסופי ניכר,²⁰¹ בין היתר בכתיבתו של מתיאס ריס, במיוחד בקשרי הגירה וזכויות אדם.²⁰² הנימוק המוסרי האמור מתחיל משתי טענות הנוגעות למשאבים הגולמיים המצויים על כדור הארץ: (1) משאבים אלו נדרשים אצל כל אדם כדי להתקיים; (2) במובן מוסרי חשוב הם "היו שם לפנינו", ואין לאיש זכות לטעון שמשאבים אלה הופיעו בזכותו. שתי עובדות אלה מבססות זכות מינימלית מאוד ל"בעלות משותפת" (common ownership) על המשאבים הגולמיים של כדור הארץ. במילותיו של ריס:

197 עמנואל קאנט השלום הנצחי 99 (יהודה יונוביץ מתרגם, 1926).

198 שם.

199 HUGO GROTIUS, THE RIGHTS OF WAR AND PEACE Book 2, § 2.II.1 (Richard Tuck ed. & ראו tran., 2005) (1625).

200 John Locke, Second Treatise of Government § 26 (2016) (1689).

201 ראו לדוגמה 8 J. POL. PHIL. 227, 237–239 (2000) Jeremy Waldron, *What is Cosmopolitan?*.

202 Mathias Risse, *Common Ownership of the Earth as a Non-Parochial Standpoint: A Contingent Derivation of Human Rights*, 17 EURO. J. PHIL. 277 (2009); MATHIAS RISSE, ON GLOBAL JUSTICE (2012); Mathias Risse, *Humanity's Collective Ownership of the Earth and Immigration*, 4 J. APP. PHIL. 87 (2016); Michael Blake & Mathias Risse, *Immigration and Original Ownership of the Earth*, 23 NOTRE DAME J. ETHICS & PUB. POL. 133 (2009).

the earth is simply *there*, with no one deserving credit for it [...] [therefore]
all humans have *some* sort of symmetrical claim to it.²⁰³

כאמור, מדובר בזכות מינימלית מאוד, והיקפה טעון בירור וליבון. הזכות מוגבלת בייחוד בעובדה שהעולם שלנו איננו מורכב היום מ"משאבים גולמיים" גרידא אלא בעיקר מהתוצרים המורכבים של פעולות האדם על אותם משאבים, וברור כי פעולות אלה מייצרות טענות חזקות לבעלות על התוצרים גם אם נקבל שהמשאבים הגולמיים המקוריים היו במידה כזו או אחרת "רכוש משותף". ריס מקבל טענה זו ומסביר כי הזכות ל"בעלות משותפת" משתרעת רק על אותם משאבים גולמיים שעוד נותרו חיוניים לקיום האנושי – כגון קרקע, מים לשתייה וכד' – ורק כאשר אותם משאבים אינם נמצאים בשימוש מלא באותה המדינה (כלומר רק במקרים של *under-use*).²⁰⁴

ובכל זאת גרעין הטיעון הנובע מבעלות משותפת על כדור הארץ יכול לשמש בסיס להסבר מדוע תאוריית הקהילה החוקתית נותנת לבוש משפטי לחובות מוסריות של המדינה כלפי זרים, אם ייערכו בו שינויים מסוימים.²⁰⁵ הכוונה היא שבמקרה שלנו אין מדובר בקשר בין המדינה לבין זר גמור אלא בקשר בין מדינה לבין אדם שהמדינה הכירה בכך (או שהיא מוחזקת שעליה להכיר בכך) שנגזר עליה להכיל אותו בשטחה לתקופה מסוימת. כאשר מדובר בזר גמור, מערכת החובות והזכויות המוסרית היא באמת רזה ביותר, מכיוון שהקשר בין אותה מדינה לבין הזר יכול להתבסס רק על אותו "מצב טבעי" מדומיין שבו שום אדם אינו יכול לטעון לקשר מיוחד עם משאב מסוים, ואילו העולם המודרני רחוק מאוד מאותו מצב. אך אשר לאותו זר שברור למדינה שעליה להכיל בשטחה לתקופה ממושכת מסוימת (אף אם היא איננה מרוצה מהמצב), ניתן להגיד שהקשר המוסרי של המדינה לזר הוא חזק יותר.

הבסיס לכך הוא שכפי שקאנט ציין, הבעלות המקורית המשותפת על כדור הארץ מנביעה את החובה המוטלת על חברי הקהילה "לסבול, סוף סוף, את שכנותם של זולתם", לפחות במקרים שבהם זולתם אכן חייב מסיבה כזו או אחרת להישאר שכנים. דרך אחרת לתאר זאת, בהמשך לקאנט, היא שלפרט יש זכות להכרה בזכותו להישאר במקום שבו הוא נמצא (או שאילו הוא התגלגל) – על כל המשתמע מכך – כשהנסיבות החיצוניות גורמות לכך שתנועה שלו למקום אחר תהיה בלתי אפשרית או מסוכנת מאוד, או כאשר הוא נשאר באותו האזור לתקופה שאיננה קצרה, בהסכמת מי שנמצא באזור (כמו במקרה של עובדים זרים).²⁰⁶

הרעיון, במילים אחרות, הוא שהבעלות המשותפת המקורית על כדור הארץ אכן משאירה זיקה מוסרית סימטרית של כל אדם לכדור הארץ, אך זיקה זו איננה (או למצער, איננה רק) הזכות להשתמש במשאבים גולמיים מסוימים. אלא הזכות היא להכרה בכך

203 שם, בעמ' 134.

204 ראו שם; Risse, *On Global Justice*, לעיל ה"ש 202.

205 ראו גם BENHABIB, לעיל ה"ש 15, בעמ' 38–39; Pauline Kleingeld, *Kant's Cosmopolitan Law: World Citizenship for a Global Legal Order*, 2 KANTIAN REV. 72, 79–85 (1998).

206 IMMANUEL KANT, *THE METAPHYSICS OF MORALS* 353 (Mary Gregor trans. & ed., 1996) ראו ("[people have] a right to be wherever nature or chance (apart from their will) has placed them").

שמכיוון שכולנו "מצאנו את עצמנו" על כדור הארץ, וכולם שווים בהקשר זה במובן שאין לאיש טענה מיוחדת ליצירת המצב או לתרומה לו, לכל אדם קיימת הזכות להכרה בכך שיש לו מקום מתחת לכיפת השמיים, שבו הוא יתקיים כאדם. זכות זו קיימת לכל הפחות כאשר הנסיבות הביאו לכך שנגזר על אותו אדם, בגלל כורח הנסיבות, להישאר במקומו לתקופה מינימלית מסוימת. כפי שמציין מייקל וולצר, "The state owes something to its inhabitants simply, without reference to their collective or national identity" הזכות המוסרית הזו מתחזקת כאשר אותו אדם חי את חייו בקהילה במשך תקופה מסוימת.²⁰⁷ המדינות הן נושאות החובה הטבעיות של הזכות הזו, מכיוון שבמציאות המודרנית התנאים החומריים והאחרים שמאפשרים את החיים האנושיים על פני כדור הארץ חולקו בין המדינות, וכיום קשה לדמיין התקיימות אנושית לאורך זמן שאיננה מתווכת על ידי קשר עם ריבון מדינתי מסוים.

היקפה של הזכות מתמצה ברעיון של "לסבול" את נוכחותו של הזר. קרי, זו איננה הזכות הרחבה יותר להשתייכות לקהילה הפוליטית, והזר איננו הופך לחלק מן הקהילה שמנהלת את עצמה רק בעצם נוכחותו הכפויה.²⁰⁸ מנגד, "לסבול" את נוכחותו של הזר איננו אומר רק שאסור לפגוע בגופו, לדוגמה. "לסבול" את הזר פירושו להכיר בכך שכאן בתוכנו נמצא אדם, סובייקט, תכלית לעצמו, ובגלל כורח הנסיבות הוא "כאן כדי להישאר", לפחות לתקופת-מה, בין שאנו אוהבים זאת ובין שלא. משמעותה של הכרה זו היא להתייחס אל אותו אדם התייחסות מינימלית המתחייבת מן העיקרון המוסרי שהוסבר לעיל: אין חובה להעניק לו אזרחות או תושבות קבע; אין חובה להעניק לו את כל הזכויות החוקיות המוענקות לאזרחים; אין חובה להשוות את מצבו לגמרי למצבם של אזרחים; במקרים המתאימים ניתן גם לפגוע בזכויות היסוד שלו. אך המינימום ההכרחי הוא להכיר בכך שיש לו זכויות יסוד – זכויות אשר משקפות את האינטרסים הבסיסיים שיש לכל אדם באשר הוא אדם, שברצוננו כחברה להגן עליהם.²⁰⁹

יש להדגיש, שוב, שההנמקה איננה נובעת מטבע המשטר הדמוקרטי של המדינה, כמו שהוצע בתת-פרק 1.1 שלעיל. שום דבר ממה שנאמר עד כה איננו תלוי בכך שהמדינה היא דווקא דמוקרטית, או בערך מסוים הקשור לשלטון הדמוקרטי. כמו כן ההנמקה כאן היא מוסרית ואיננה נובעת מהפרטים של המערכת המשפטית. במקום זאת ההנמקה נובעת מעובדת הימצאותנו, בהכרח, על פני כדור הארץ יחד, ומהמשמעויות המוסריות (במוסר הקאנטיאני) של עובדה זו.

(2) ריבונות כנאמנות: מערכת היחסים בין המדינות לבין עצמן

טיעון מקביל ומשלים לזה שנידון לעיל ניתן לקדם מנקודת המבט של הקשר בין המדינות לבין עצמן. איל בבנישתי מסביר כי החובה לכבד זכויות יסוד משקפת נורמה מוסרית

207 WALZER, לעיל ה"ש 9, בעמ' 43, 50.

208 עיינו גם: Jamie Robertson, *Cosmopolitan Duty and Legitimate State Authority*, 37 LAW & PHIL. 437 (2018).

209 לטיעון שהכרה בזכויות יסוד פירושה הכלה בקהילה במובן הרחב של מונח זה ראו Joshua Cohen, *Minimalism About Human Rights: The Most We Can Hope For?*, 12 Pol. PHIL. 190 (2004).

עקרונית אשר חלה על המדינות כולן, ובין המדינות לבין עצמן יש מעין "חלוקת עבודה" לעניין זה. חלוקת העבודה משמעותה שכל מדינה אחראית לזכויות היסוד של נתיניה:

the entire system of state sovereignty is subject to the duty to respect human rights. [...] the states, in turn, allocated these shared responsibilities among themselves, assigning to each state the prime responsibility for the area under its jurisdiction.²¹⁰

מבחינה מוסרית ניתן אפוא לראות בכל מדינה מעין-נאמן לעניין זכויות היסוד, מטעם האנושות בכללותה,²¹¹ כאשר הנהנה מהנאמנות היא קבוצת האנשים אשר נתונה לשליטתה – ולא דווקא אזרחיה או תושביה של המדינה.²¹² חשוב להדגיש שה"נאמנות" כאן היא מוסרית ולא משפטית:²¹³ המקור לחובת הנאמנות הוא חשיבותם של האינטרסים שמייצגים את זכויות האדם, בצירוף העובדה כי המדינה היא שמחזיקה בכוח רב ומקיימת מערכת יחסים שאיננה סימטרית עם הפרט.²¹⁴

אם אנו מקבלים את הרעיון שיש בריבונות גם מרכיב של נאמנות ביחס לאינטרסים הבסיסיים של הנתינים לטובת האנושות כולה, הרי שניתן גם לקבל כי אותו מרכיב של נאמנות ניתן לפירוק לרכיבים ואיננו בהכרח מונוליתי. כך, במצבים מסוימים ניתן לראות במדינת המקור נאמנה להיבטים מסוימים, ואילו מדינת השהות הופכת לנאמנה להיבטים אחרים. רעיון זה נגזר מתזת חלוקת העבודה של תאוריית ריבונות כנאמנות, שמכניסה היבטים פרקטיים לחובת הנאמנות: אחרי הכול, אנו רואים במדינה נאמנה מלכתחילה מאחר שהיא האורגן ששולט בפועל בטריטוריה, ועל כן ביכולתה לשמור על אותם אינטרסים חשובים שהתגבשו לכדי זכויות יסוד. לפיכך כאשר פרט עוזב את מדינת המקור שלו למדינה אחרת לכמה ימים, יש לתת את הדעת להשלכות של עובדה זו על היכולת לשמור על אותם אינטרסים: מדינת המקור מאבדת את יכולתה הפרקטית לשמור על אינטרסים בסיסיים מסוימים של אותו אדם (לדוגמה האינטרס בחיים ובשלמות הגוף), ועל כן יש טעם להעביר את האחריות לאינטרסים אלה למדינת השהות. ואולם מדינת המקור נותרת זו שביכולתה לשמור על אינטרסים חשובים אחרים, אלו שנוגעים להיבטים של חיי לאורך זמן, כדוגמת האפשרות להתפרנס או להגשים את האוטונומיה שלו בבחירת סגנון

210 Benvenisti, לעיל ה"ש 42, בעמ' 307.

211 ראו Anne Peters, *Humanity as the A and Ω of Sovereignty*, 20 EJIL 513 (2009).

212 לפיתוח הרעיון זה ראו EVAN J. CRIDDLE & EVAN FOX-DECENT, FIDUCIARIES OF HUMANITY: HOW INTERNATIONAL LAW CONSTITUTES AUTHORITY 212–214 (2016); David Luban, *Nationalism, Human Rights, and the Prospects for Peace: An Essay on Sovereign Responsibilities*, in PEACE BASED ON HUMAN RIGHTS (Jose Brito, Mortimer Sellers & Gülriz Uygur eds., forthcoming).

213 לשימוש אחר (משפטי יותר באופיו) ברעיון של נאמנות ראו בעניין הדוקטרינה של "תיקון חוקתי שאיננו חוקתי": YANIV ROZNAI, UNCONSTITUTIONAL CONSTITUTIONAL AMENDMENTS (2017). לדיון בנושא זה ראו עמרי בן-צבי "פורמליזם ומהותנות במשפט חוקתי" **ICON-S-IL Blog** (9.9.2017) <https://bit.ly/2ycF307>.

214 Evan Fox-Decent & Evan J. Criddle, *The Fiduciary Constitution of Human Rights*, 15 LEGAL THEORY 301, 311 (2009).

חייו, היות שהיא המדינה שהפרט עדיין מקיים בה את מסגרת חייו ארוכת הטווח. לכן אשר להיבטים אלה, אין טעם פרקטי להעביר את האחריות למדינת השהות. טיעון זה מלמד שניתן לראות באותם זרים אשר המדינה מכירה בכך שעליה להכילם בשטחה לתקופה מינימלית מסוימת – מי שעברו בחלוקת העבודה הנזכרת לעיל מאחריותה של מדינת המקור לאחריותה של המדינה המארחת. לעומת זאת כאשר תייר עובר ממדינה אחת לאחרת, מבחינה מוסרית אין טעם להעביר את האחריות לו במלואה, אלא תעבור רק האחריות לאותם היבטים של האנושיות שלו אשר ממילא אינם קשורים לשהייתו במקום זה או אחר. לדוגמה: המדינה המארחת אחראית להכרה בזכותו של התייר שלא להיות מושפל לאותו משך זמן שבו הוא שוהה פיזית בגבולותיה, אבל האחריות לזכותו של התייר לחופש העיסוק לא עברה למדינה המארחת אלא נותרה במדינת המקור.

ד. סיכום

מאמר זה בוחן את שאלת הקשר בין מעמד אזרחי לבין זכויות יסוד במשפט הישראלי החוקתי מנקודת מבט פילוסופית. המאמר טוען כי מדובר בנושא שלא נידון מספיק בפסיקה ובספרות, ובחינה מעמיקה שלו מלמדת שאין די ברעיון האינטואיטיבי כי יש להכיר בזכויות היסוד ה"בסיסיות" של זרים או להשוות את זכויות היסוד שלהם לאלו של אזרחים. במקום זאת המאמר מפתח את תאוריית "הקהילה החוקתית", אשר תמציתה הוא כי על המדינה להכיר במלואה באנושיות של אותם אנשים שהמדינה מבינה שנגזר עליה להכיל בשטחה לאורך זמן. המאמר מפרט מה נגזר מעיקרון זה ומתחיל לבסס אותו בראי הכתיבה הפילוסופית, בעיקר בפנייה לעקרונות קאנטיאניים. כפי שצוין קודם לכן, המאמר עוסק בשלב החוקתי הראשון בלבד ואיננו מתיימר להביע דעה על שאלות הנוגעות למבחני המידתיות, לסעד החוקתי או לזכויות תת-חוקתיות.

"הטובין העיקרי שאנו מחלקים אחד לשני", כותב מייקל וולצר, "הוא חברות בקהילה אנושית מסוימת".²¹⁵ הקהילה הפוליטית היא הדוגמה הפרדיגמטית לקהילה שכזו, אך המאמר מציע את הקהילה החוקתית כמטאפורה שמתאימה יותר לדיון בנושא של זכויות היסוד של זרים. הקהילה החוקתית רחבה מהקהילה הפוליטית, כוללת אנשים רבים יותר בתוכה, והתנועה החוצה ופנימה ממנה היא פלואידית יותר (בין היתר לפי הנתונים על אופק השהייה הלגיטימי של כל אדם במדינה). בניגוד לקהילה הפוליטית, חברות בקהילה החוקתית איננה מקנה את זכות ההשתתפות בהליך הפוליטי עצמו, זכות חשובה ומרכזית ללא ספק. במקום זאת חברות בקהילה החוקתית כוללת את ההכרה הרשמית של המדינה בכך שעליה להתייחס לאותו אדם כתכלית לעצמו, גם בקשר לאותם אינטרסים של האדם שדורשים שהייה לאורך זמן כדי להגשימם. החברות בקהילה זו איננה מבטיחה חיים מלאי רווחה והגשמה אלא רק סוג מסוים וחשוב של מערכת יחסים בין המדינה לבין הפרט – מערכת יחסים המטמיעה את חשיבותה של הצדקת פעולות הפוגעות בפרט באמצעות מתן טעמים לגופו של עניין.

215 WALZER, לעיל ה"ש 9, בעמ' 31 (תרגום של המחבר).