

היבטים משפטיים

אביחי מנדלבלט

העקרונות העולים מן הכתוב בנייר העמדה של מרכז מציל"ה הם ענייניים, מעמיקים ותואמים להבנתי את המשפט הבינלאומי. הקושי המשמעותי הוא בהתאמה עם המשפט הפנימי. קיימת חקיקה רבה בתחום ההגירה, אך היא מיושנת, לא רלוונטית ואינה פותרת בעיות קיימות. רצוני להציג את שני התחומים הבעייתיים יותר של ההגירה מזווית משפטית בינלאומית ופנימית. התחום הראשון והמורכב יותר הוא סוגיית הגירת המשפחה, מה שלעתים קרוי בטעות סוגיית "איחוד משפחות"; והתחום השני הוא סוגיית הגירת העבודה והפליטות.

המשפט הבינלאומי מקנה זכויות רבות, כגון הזכות לחיים והזכות לשלמות הגוף. ואולם אין הוא מקנה שום זכות לאדם (שאינו אזרח המדינה) להכתיב למדינה כלשהי לקבל אותו אליה, ואין הוא מחייב מדינה לקבל את מי שאינה רוצה בו. החוקים באירופה למשל דרקוניים והולכים ונעשים קשוחים יותר ויותר. ועם זאת, הם עדיין תואמים את המשפט הבינלאומי מאחר שהוא אינו יוצר שום חובה, ומנגד אינו מקנה שום זכות לאדם לכפות את עצמו להיכנס למדינה כלשהי, וכמובן לא להפוך לאזרח שלה אם אותה מדינה אינה מעוניינת בכך. בהקשר הזה של התאמה למשפט הבינלאומי אי־אפשר שלא להזכיר את חוק השבות. חוק זה תואם לחלוטין את המשפט הבינלאומי. מדינות רבות ובהן יוון וגרמניה מגדירות את עצמן מדינות לאום ונותנות העדפה לבני הלאום לדורותיהם, שהם בני אותו לאום או בני אותה זהות תרבותית, ויש להן לגיטימציה לעשות כן.

המשפט הבינלאומי אינו מחייב כאמור אף מדינה לקבל לגבולותיה אדם זה או אחר, אך במקרים מסוימים תיתכן התנגשות עם הזכויות הבסיסיות ביותר של הפרט במדינה. כך למשל בנוגע להגירה של בני זוג. במדינת ישראל יש זכויות יסוד לאזרחים, ואחת מהן, הנגזרת מזכות היסוד לכבוד האדם, זוהי זכות היסוד של האדם להתחתן עם מי שהוא רוצה. אזרח ישראלי או אזרחית ישראלית יכולים להתחתן עם בן או בת זוג ממקום אחר, ורשאים לבקש להקים את התא המשפחתי בתוך מדינת ישראל, וזכות זו הוכרה כזכות יסוד. השאלה היא, מה קורה כשהזכות הזאת מתנגשת עם

עמדת המדינה, שמסיבות שונות אינה רוצה להרשות לבני זוג מסוימים של אזרחים ישראלים להיכנס למדינה ולהתיישב בה. יש כאן התנגשות בין שני עקרונות מנוגדים, ומן הראוי לפתור זאת בחוק ברור, שיגדיר את הכללים לסוגיות השונות.

בישראל עדיין לא ניתנו פתרונות כאלה, למעט הדרך הנגיבית של חקיקת חוק האזרחות (הוראת שעה) בשנת 2003. בשלב הראשון חקיקה זו אסרה מתן מעמד בישראל גם לבני זוג, והיא הוחלה בעיקרה על הציבור הפלסטיני שגר ביהודה ושומרון ועזה, ואחר כך, לאחר דיונים רבים הן בציבור והן בבתי המשפט, צומצמה תחולתה לגילאים מסוימים, אבל הורחבה כללית למדינות איבה דוגמת איראן, עיראק, סוריה ולבנון, וגם לרצועת עזה (לאחר ההתנתקות ועליית החמאס), שבודלה מיהודה ושומרון (לגבי יהודה ושומרון כיום יש אפשרות להכניס בני משפחה ואחרים במקרים חריגים).

בדיונים בבג"צ התפתח ויכוח נוקב בשאלה אם הוראת השעה הזאת היא חוקתית, והוויכוח התנהל בעיקר בנוגע למשפט הישראלי הפנימי, שכן נראה שעל-פי המשפט הבינלאומי איסור כזה אינו נחשב פסול. הנשיא (בדימוס) אהרן ברק ואחריו הנשיאה (בדימוס) דורית בייניש סברו, שזכות היסוד החוקתית של אזרח ישראלי לקיים את התא המשפחתי שלו עם בן זוג שאינו אזרח המדינה דווקא במדינת ישראל היא זכות חשובה, ואין למנוע אותה באופן גורף מתושבי יהודה ושומרון רק בשל החשש המרוחק שכניסתם עלולה לפגוע בביטחון אזרחי המדינה. לדידם של שופטים אלה, יש לאפשר לפלסטינים שהם בני זוג של אזרחי ישראל – בדרך כלל ערבים – להיכנס ולחיות בארץ, אלא אם כן יש ראיות שהם עצמם עלולים להוות סכנה. עצם זה שהם תושבי ישות עוינת ושקשה אולי לבדוק אותם בדיקה אישית אינה מצדיקה, לטעמם, איסור על הצטרפותם לבן זוגם הישראלי בישראל. בשני דיונים שונים שעסקו בחוק הזה בהרכב של אחד עשר שופטים, חמישה שופטים סברו שזכות היסוד החוקתית למשפחה ולשוויון גוברת במקרה זה על הביטחון, אך לעומתם התייצבו שישה שופטים בדעת הרוב, שבנימוקים שונים הצדיקו את החוקתיות של החוק. את דעת הרוב בתקופתו של הנשיא (בדימוס) אהרן ברק ייצג השופט מישאל חשין. אחר-כך, בתקופת הנשיאה (בדימוס) בייניש, אלה היו השופט אליעזר ריבלין, שהיה משנה של הנשיאה, והשופט אשר גרוניס (כיום, כנשיא בית המשפט העליון), שאפילו גרס באותו הקשר, ש"דמוקרטיה לא צריכה להתאבד". מקצת השופטים אמרו, שאין בחקיקה הזאת פגיעה בזכות חוקתית. רוב השופטים קבעו שיש פגיעה בזכות חוקתית, ועדיין הרוב סברו שהפגיעה הזאת מוצדקת, בעיקר משיקולים ביטחוניים. ההכרעה הייתה, שאיננו יכולים לאפשר במצב הקיים כרגע כניסה של פלסטינים למדינה רק מפני שהם נישאו לאזרחים ישראלים. מדינת ישראל כמובן אינה אוסרת על אזרח ישראלי להינשא לבן זוג זר, אבל אם בן הזוג הזה הוא פלסטיני (ואינו בגילאים המותרים) – החוק אינו מאפשר להם בדרך כלל לחיות יחד בישראל עצמה. חשוב להבין כי הדיונים היו בזמן

האינתיפאדה השנייה ולכן אפשר להבין את הפסיקה על הרקע הזה. בתקופה ההיא היו פיגועי טרור רבים, והשב"כ טען כי המצב של נישואים עם בני זוג מיהודה ושומרון נוחה ביותר ליצירת תשתית לפיגועי טרור. אפשר אפוא להבין שהשיקול הביטחוני שיחק תפקיד מרכזי, ולמרות זאת הוויכוח היה נוקב. בסופו של דבר אושרה כאמור החוקתיות של החוק הזה רק ברוב דחוק.

לדעתי, אילו לא היו נוקטים הוראת שעה אלא כחלק של חוק מסודר וברור, ברוח הדברים שמופיעים בנייר העמדה ובהצעת החוק שבאה בעקבותיה, היה קל הרבה יותר להתמודד עם הסוגיה. ההצעה בנייר העמדה בדבר מדיניות הגירה בכלל, היא בהירה מאוד ונותנת מתווים של כמה וכמה רכיבים בסיסיים חשובים ביותר, למשל דרישת הצהרת נאמנות כחלק מתהליך התאזרחות, או הטלת מגבלת גיל, כלומר באיזה גיל נותנים להיכנס. הטלת מגבלה כלכלית, כך שמי שמגיע אינו הופך לנטל על האוכלוסייה ועל מערכת הרווחה של המדינה. מעבר לזה מוצעת גם מגבלה תרבותית – איסור פוליגמיה. פוליגמיה רווחת בחברות שמהן רוצים להגיע לישראל במסגרת של "איחוד משפחות". איסור זה אכן חשוב, אך יש היבטים תרבותיים נוספים חשובים לא פחות, כמו אינטגרציה תרבותית.

אבל מעל הכול ניצבת כמובן המגבלה הביטחונית, וכאן הדברים ברורים. המצב הביטחוני בישראל אינו כמו במדינות אחרות, ולכן המגבלה הביטחונית היא קלה יחסית להגנה. ואכן בסופו של דבר אישר בית המשפט העליון את חוקתיות החוק בשל המגבלה הביטחונית. אבל כל השיקולים ובכלל זה השיקול הביטחוני צריכים להיות חלק ממדיניות כללית של הגירה, ולכלול התייחסות גם למכלול השיקולים שצוינו וגם לנושאים כמו מכסות להגירה. הואיל וההיבטים רבים הם, לא ייתכן שהנושא יוסדר רק בהוראות שעה או בהוראות פנימיות, והדברים חייבים להיות מוסדרים בחקיקה ראשית של הכנסת. דבר זה הנראה לי פשוט, אינו קיים היום לצערי, מה שיוצר מציאות קשה בעבור בית המשפט העליון. במקום לפתור את הבעיה ברשות המחוקקת, מגלגלים אותה לפתחו של בית המשפט העליון, כמו במקרים רבים אחרים, ואז מגיעים לתוצאה דחוקה של שישה נגד חמישה ומתפתחת מהומה סביב העניין. וכך נוצרה מהומה אדירה בכנסת ובחוגים שונים בציבור הישראלי סביב פסק הדין הנזכר, וגם בית המשפט זכה לקיתונות של רותחין מכל הצדדים. ההגירה היא שאלה של מדיניות שהכנסת צריכה להכריע בה, ומן הראוי שהיא תכריע בה, ואין זה ראוי להטיל את ההחלטות על פקידי משרד הפנים. אין זו בעצם בעיה משפטית אלא בעיה של מדיניות.

לגבי הנושא של הגבלת הכניסה של בני זוג פלסטינים חשוב להסביר מדוע בעצם אין מדובר באיחוד משפחות במובן הרגיל של המילה. המשפט הבינלאומי קובע במפורש, שחייבים לאפשר איחוד משפחות אם אכן הייתה משפחה. אבל אין זה המקרה שהחוק

האמור נועד להתמודד אֶתו. להבהרת העניין אעזר בדוגמה של יוגוסלביה לשעבר. נניח שהייתה שם משפחה שבגלל מאורעות המלחמה נקרעו בני הזוג זה מזה ואחד מהם נמלט למקום אחר. משנגמרה המלחמה הוא מעוניין לחזור והמדינה אינה רשאית לסרב לחזרתו בגלל זהותו הדתית או הלאומית. כך סרביה אינה רשאית לחסום את גבולותיה בפני אדם שנמלט בגלל שהוא מוסלמי וכעת הוא מבקש לשוב למולדתו. המדינה מחויבת לאפשר למשפחה להתאחד ולחיות יחד. זוהי המשמעות של עקרון איחוד המשפחות. במדינת ישראל הבעיה שונה בתכלית. כאן מדובר בבן זוג ישראלי, שרוצה לצרף אליו בן זוג תושב יהודה ושומרון, שאינו בעל אזרחות ישראלית.

הבעיה של מדינת ישראל היא בעצם יצירת משפחות חדשות. במצב הייחודי שלנו הבא לידי ביטוי בשלושה היבטים עיקריים – הביטחוני, הכלכלי והדמוגרפי – המצב נעשה מורכב עוד יותר. מובן שההתמקדות היא בפן הביטחוני, אך יש לציין גם את ההיבטים הכלכלי והדמוגרפי. מדינת ישראל היא אי כלכלי מערבי בלב של עולם שלישי, ולכן היא בבחינת אבן שואבת. מובן שגם לנושא הדמוגרפי יש חשיבות רבה. יש הטוענים שמפעילים כלפינו אסטרטגיה למימוש "זכות השיבה" ב"דלת האחורית". פרופ' אמנון רובינשטיין דיבר על 130,000 בני אדם שנכנסו בדרך הזאת. אין לדעת כמה באמת ניצלו את הדרך הזאת, אבל המעמד של מי שעשו זאת כבר מעוגן, הם כבר אזרחי ישראל. מדובר במספר שאינו מבוטל, ולא פשוט להתמודד עם המצב הזה. שלושת ההיבטים האלה הם ייחודיים למדינת ישראל ויוצרים מצב הקשה בהרבה מזה של הגירת משפחה במדינות אחרות. ולמרות הכול, למדינות שמצבן כאמור קל בהרבה, למשל מדינות מערב אירופה, יש חוקים ברורים המגבילים את ההגירה גם מטעמי משפחה. רק למדינת ישראל אין חקיקה מקיפה כזאת, ולכן זו כאמור בעיה של מדיניות.

סוגיית המשפחה היא סוגיה מורכבת, אך נכון לימים אלו הסוגיה הנמצאת בכותרות היא הסוג השני של ההגירה, הגירת העבודה. לדעתי, גם בסוגיה זו יש בלבול מכוון בהבנת משמעות הסוגיה. מתייחסים להגירת העבודה ולסוגיית הפליטות כמקשה אחת ואין זה נכון כלל ועיקר. המשפט הבינלאומי, באמנת הפליטים משנת 1951, מכיר בזכויות של פליטים. הוא מחייב לאפשר כניסה של מי שברחו עקב איום על חייהם או על חירותם (לפני כעשרים שנה נוסף גם איום של עינויים) בשל השתייכותם הדתית, הגזעית או הפוליטית. יש המרחיבים ומוסיפים גם רדיפה בשל מגדר או העדפה מינית. אין מדובר בזכות לקבל אזרחות או מעמד, אלא זכות להיכנס למדינה, ובעיקר זכות לא להיות מוחזר או מועבר למקום שם נשקפת לפליט סכנה, וכל עוד נשקפת לו סכנה כזאת. אסור להחזיר פליטים אלה כל עוד נשקפת סכנה לחייהם, אולם בניגוד למה שחושבים או טוענים, אין חובה להעניק להם אזרחות או מעמד אחר. ברור שיש הבדל עצום בין פליטים – ומי שמבקש מקלט כפליט – לבין מהגרי עבודה – מי שבא

לישראל מפני שיש בה סיכוי לעבוד ולהתפרנס. הטענה כלפי ישראל, שהיא עצמה אחראית לבלבול הזה, שכן אין היא מנהלת תהליכי בדיקה אישיים לגבי כל הנכנסים אליה ואומרים שהם מבקשי מקלט. ישראל טוענת שחלק ניכר מהטוענים שהם מבקשי מקלט אינם כאלה. עומדת גם השאלה של הזכאים ל"הגנה קבוצתית", כגון הנכנסים מסודן או מאריתריאה, שאסור להחזירם לארצותיהם. מבחינה משפטית, אין ספק שישראל אכן חייבת לבדוק, ומי שהתברר שהוא אכן מבקש מקלט, יש להעניק לו את הזכויות המוענקות באמנות הבינלאומיות לפליטים.

בשירותי הצבאי נתקלתי בבעייתיות של הליך הבדיקה הקובע למי מגיעות הזכויות הנלוות אל מעמד הפליט. אין זה הליך פשוט ויש ביקורת כלפיו, אבל בכל מקרה חובה לבדוק ולתת תשובה בעניין. ושוב עלי להזכיר, שהקביעה שאדם הוא פליט אינה מחייבת להעניק לו אזרחות או תושבות. הבדיקה חייבת להתבצע משום שרק לאחר שקובעים את מעמדו של האדם – פליט או מהגר עבודה – יהיה קל יותר לטפל בו בהתאם למעמד שנקבע. החוקים הקיימים בעניין כניסה לישראל ורכישת מעמד בהם ישנים משנות החמישים ואין הם נותנים מענה ראוי. המשפט הבינלאומי מחייב בדיקה וקבלת החלטות מושכלת, תוך כדי שקלול של כל הגורמים, וחובה לחוקק חוק מקיף, שיביא בחשבון גם נושאים כגון ביטחון ומכסות, ויקבע את מסגרת ההסדרים. לדעתי, מה שמופיע במתווה ובהצעת החוק בנייר העמדה שלפנינו הוא ניסיון להסדיר את הדברים בצורה מושכלת. יש כאן ניסיון להסדרה של הבעיה באמצעות חקיקה ראשית של הכנסת, מה שלדעתי מתחייב בנושא כה עקרוני. הפתרון חייב להיות בחוק משום שאין דרך אחרת להסדיר את הנושא. ההצעה נותנת קריטריונים בנויים וסדורים לפתור את מגוון הבעיות ובכלל זה סוגיות היסוד בשני סוגי ההגירה שצינתי. אסיים בדבריו של השופט ריבלין, שהיה בדעת הרוב בנושא חוק האזרחות ואישר את החוקתיות שלו. בפסק הדין הדגיש השופט ריבלין:

הבעיה העיקרית בתחום מדיניות ההגירה והכניסה לישראל הינה חסרונן של חוק שלום ומקיף בנושא, מה שגורר חיקוק הוראות שעה על גבי הוראות שעה. היעדרו של הסדר כולל גורם לכך שבית המשפט מתרחק מליבת התפקיד השיפוטי ונאלץ שוב ושוב לגעת במחלוקות השייכות לזירה הציבורית מדינית.

מנקודת מבטי זה תואם לחלוטין את רוח הדברים של פרופ' רות גביון ופרופ' אמנון רובינשטיין ואני מצטרף לקול הקורא לכנסת להידרש לנושא ולחוקק חוק, כמו שסבר גם בית המשפט העליון.