

# זכויות אדם, ביטחון המדינה ורוב יהודי המקרה של הגירה לצורכי נישואין

אמנון רובינשטיין וליאב אורגד\*

- א. פתח דבר
- ב. החוק הישראלי הזמני והצדקתו
- ג. פיקוח על הגירה לצורכי נישואין – הניסיון האירופי
- ד. פיקוח על הגירה ורוב יהודי
- ה. פיקוח על הגירה לצורכי נישואין – הפתרון החקיקתי הראוי
- ו. סוף דבר

## א. פתח דבר

במרץ 2002 אירע פיגוע טרור רב־נפגעים במסעדת "מצא" בחיפה. פיגוע הטרור בוצע על ידי פלסטיני מהשומרון שהחזיק בתעודת זהות ישראלית בעקבות הליך איחוד משפחות של הוריו.<sup>1</sup> בעקבות זאת הקפיא שר הפנים דאז את ההליכים שאפשרו הגירה לצורכי נישואין בין אזרחי ישראל ותושביה לבין בני זוג המתגוררים בשטחי יהודה, שומרון וחבל עזה. עיקרה של החלטה זו עוגנה מאוחר יותר בהחלטת ממשלה שנתקבלה במאי 2002.<sup>2</sup> ביולי 2003 נחקק בכנסת חוק האזרחות והכניסה לישראל (הוראת שעה), תשס"ג–2003,<sup>3</sup> המסדיר בחקיקה את המגבלות שהטילה הממשלה על הגירה לצורכי נישואין בין אזרחי ישראל ותושביה לבין תושבי יהודה, שומרון וחבל עזה. החוק נחקק כהוראת שעה שהוארכה כמה פעמים, בשל צורכי

---

\* אמנון רובינשטיין מכהן כדיקן בית הספר רדיונר למשפטים ומשנה לנשיא לעניינים אקדמיים, המרכז הבינתחומי הרצליה. ליאב אורגד הוא מוסמך במשפט, מנהל ומדיניות ציבורית, האוניברסיטה העברית. המחברים מבקשים להודות (לפי סדר א"ב) לגלעד ברעלי, ליואב דותן, לרואי דיק, לנעמה כרמי, לנתן לרנר, לאילן סבן ולטלי קריצמן על הערות חשובות ומועילות. תודה מיוחדת לאלכס יעקובסון על סיוע חשוב במחשבה ובגיבוש הטיעונים ועל הערות מועילות לטיטות שונות של המאמר. תודה גם לתמר ולרמן על סיוע יעיל ותורם במחקר ולדיקלה סלע, חברת מערכת "הפרקליט", על עזרתה בעריכה. כל אתרי האינטרנט המוזכרים במאמר זה אומתו ביום 25.11.05.

1 בפיוע זה נהרגו חמישה־עשר ישראלים ועשרות נפצעו. המבצע, שאדי טובאסי, גויס לפעילות הטרור על ידי ארגון החמאס בג'נין. ראו "ארבע שנות עימות אלים בין ישראל לפלסטינים – סיכום ביניים" המרכז למורשת המודיעין (מ.ל.מ.) – מרכז המידע למודיעין ולטרור (להלן: "ארבע שנות עימות אלים") (<http://www.intelligence.org.il/sp/default.htm>).

2 "הטיפול בשהים בלתי חוקיים ומדיניות איחוד משפחות בנוגע לתושבי הרש"פ ולזרים ממוצא פלסטיני" החלטת ממשלה 1813 מיום 12.5.02.

3 חוק האזרחות והכניסה לישראל (הוראת שעה), תשס"ג–2003, ס"ח 544 (להלן: "חוק האזרחות והכניסה לישראל" או "החוק").

הביטחון, על ידי הממשלה ובאישור הכנסת.<sup>4</sup> כנגד חוקתיות החוק הוגשו כמה עתירות לבג"ץ,<sup>5</sup> והסוגיה הפכה לנושא השנוי במחלוקת עזה בדיון הציבורי והאקדמי.

הדיון בסוגיית חוק האזרחות והכניסה לישראל מערבב שלוש סוגיות שונות שיש להבחין היטב ביניהן: הנושא הראשון עוסק בהגבלות שמדינה דמוקרטית רשאית להטיל על הגירה לצורכי נישואין בעת עימות מזוין פעיל היוצר אילוצים ביטחוניים יוצאי דופן. הנושא השני והכללי יותר עוסק בצורך הלגיטימי של ישראל, כמו של כל מדינה דמוקרטית אחרת, לפקח על הגירה לשטחה, גם בעתות שלום ורגיעה ביטחונית, ובמסגרת כך גם על הגירה לצורכי נישואין. הנושא האחרון כרוך בשאלת האמצעים שמדינה דמוקרטית רשאית לנקוט על מנת לשמור על רוב לאומי בה.

החוק שלפנינו נחקק על רקע עימות מזוין פעיל שפרץ בספטמבר 2000 בין הצד הישראלי לבין הצד הפלסטיני – לרבות מתקפת טרור שהופנתה כלפי ישראל – והגיע לשיאו בעת חקיקת החוק. הוא נחקק כהוראת שעה, לדרישת גורמי הביטחון ובשל צורך בפיקוח על הנכנסים לישראל בעת העימות. לתכלית זו, וזו בלבד, החוק הוא לרעתנו חוקתי ותואם את עקרונות המשפט הבינלאומי, מן הטעמים שיוצגו בהמשך ובראשם הנורמה הבינלאומית שלפיה שום מדינה אינה נוהגת להכניס לשטחה אנשים שיש להם זיקות לצד הלוחם כנגדה בעת עימות מזוין. ואולם חוק זה אינו חוקתי לתכלית אחרת שרבים מתומכי החוק רואים לנגד עיניהם – תכלית דמוגרפית של שימור רוב יהודי. דיון בתכלית הדמוגרפית, שאין בה כאמור כדי להצדיק את החוק, מעלה סוגיות שונות ורחבות יותר של פיקוח על הגירה, לא בהקשרו של חוק זה דווקא, אלא כשאלה של מדיניות כללית לפיקוח על הגירה במדינה דמוקרטית.

רשימה זו תדון בסוגיות אלה. ראשית תוצג ההצדקה הביטחונית לחוק – הנובעת מהעימות המזוין. לאחר מכן תידון השאלה מהם האמצעים שמדינה דמוקרטית רשאית לנקוט על מנת לפקח על הגירה לצורכי נישואין. דיון זה ייעשה לאור הכללים של המשפט הבינלאומי והאירופי להגבלת הגירה לצורכי נישואין, כפי שהונהגו במדינות אירופה, ולאור עמדת בית המשפט האירופי לזכויות אדם. הנורמות שהונהגו באירופה יהוו בסיס לדיון בשאלה זו במדינת ישראל, שבה מתעוררת שאלה נוספת והיא מהם האמצעים הלגיטימיים שהמדינה רשאית לנקוט על מנת לשמור על רוב יהודי. מסקנתנו תהיה כי הגבלת הגירה לצורכי נישואין, כאמצעי שנועד לקדם תכלית דמוגרפית, אינה חוקתית כל עוד היא מופנית נגד קבוצה מסוימת דווקא או נגד תושבי אזור מסוים בתור שכאלו,

4 חוק האזרחות והכניסה לישראל תוקן ותוקפו נקבע עד ליום 31.3.06. ראו חוק האזרחות והכניסה לישראל (הוראת שעה) (תיקון), תשס"ה-2005 (להלן: "התיקון לחוק האזרחות והכניסה לישראל").

5 בג"ץ 7052/03 עדאלה נ' שר הפנים; בג"ץ 7102/03 ח"ב גלאון נ' הי"מ; בג"ץ 8099/03 האגודה לזכויות האזרח נ' שר הפנים; בג"ץ 8263/03 אסכאפי נ' שר הפנים. עתירות אלה ואחרות תלויות ועומדות בעת כתיבת שורות אלה.

אלא רק כאשר היא מבוססת על מבחנים אוניברסליים המתייחסים לכלל המהגרים באופן אחיד, בדומה להסדרים הנהוגים במדינות אירופה. לבסוף יוצגו כמה קריטריונים אוניברסליים אחידים הראויים לבחינה גם בישראל.

## ב. החוק הישראלי הזמני והצדקתו

האם מוטלת על מדינת ישראל חובה משפטית להתיר את הגירתם של אזרחים סוריים לתחומה, לצורכי נישואין עם אזרחים ישראלים, בעיצומו של עימות מזוין ביניהן ובשעה שמתנהלות פעולות איבה בין שתי המדינות? התשובה המקובלת על פי הנורמות הרווחות בעולם הדמוקרטי היא שלילית. במקרה מעין זה חל הכלל הרגיל והמקובל בעולם שלפיו מדינה רשאית לאסור להכניס לתחומה נתיני מדינת אויב.<sup>6</sup> ברור שבפועל לא כל אזרח של מדינת אויב מבקש לפגוע במדינה שאליה הוא מבקש להיכנס, ואולם מקובל הוא כי אזרחי מדינת אויב, בשל זיקותיהם למדינתם, חובת הנאמנות שלהם אליה ותלותם בשלטונה – שלהם ושל בני משפחותיהם – מהווים קבוצת סיכון קטגורית אשר שום מדינה אינה מחויבת להכניס לתחומה בעת עימות מזוין פעיל בין שתי מדינות.<sup>7</sup> איסורים ומגבלות חמורים – ובכלל זה איסור על הגירת נישואין ואיחודי משפחות – מוטלים גם על כניסת אזרחי מדינות בלתי ידירותיות אף בהיעדר מלחמה או לחימה.<sup>8</sup>

מדוע אם כן מתקשים רבים להכיר בזכותה של מדינת ישראל למנוע את כניסתם לתחומה של תושבי האזור – שהם למעשה, ובאופן רשמי לפי הסכמי אוסלו, נתיניה (ומצביעיה) של הרשות הפלסטינית – בעיצומו של העימות המזוין הישראלי-פלסטיני? הטעם העיקרי הנו הגישה שלפיה הרשות הפלסטינית אינה מדינה או "מעין מדינה", תושבי האזור אינם אזרחיה, ולכן לא הרי מקרה זה כהרי האיסור המקובל על הגירת נתיני מדינת אויב בעת לחימה. ראוי אפוא לבחון את תוקפה של האנלוגיה המוצגת. אם יימצא כי להקבלה זו יש בסיס לסמוך עליו, גם אם לא באופן מלא, או אז מתחזק הצידוק לחקיקת חוק האזרחות והכניסה

J.G. Ku "Customary International Law in State Courts" 42 *Va. J. Int'l L.* 6  
(2001) 265, 322; K. Engle "Constructing Good Aliens and Good Citizens:  
Legitimizing the War on Terror(ism)" 75 *U. Colo. L. Rev.* (2004) 59

לכלל הבין-לאומי המאפשר לאסור הגירת נישואין בעת סכסוכים מזוינים ראו: L.  
Oppenheim *International Law* (H. Lauterpacht ed., 7<sup>th</sup> ed., Vol. 2) § 101;  
A.D. McNair *Legal Effects of War* (3<sup>rd</sup> ed., 1948) 132; A.D. McNair & A.D.  
Watts *The Legal Effects of War* (1966) 341; G. von Glahn *Law Among*  
*Nations* (5<sup>th</sup> ed., 1986) 632

כך אירע, למשל, כאשר במסגרת האמברגו האמריקני על קובה הוחלט באוגוסט 1994 להטיל  
מגבלות על חופש התנועה בין קובה לארצות-הברית, ובכלל זה גם על ביקורים הרדיים  
והגירת נישואין. ראו: *Necessity of Ending The Economic, Commercial and*  
*Financial Embargo Imposed by the United States of America Against Cuba*  
(Report of the Secretary-General, 1995) [<http://www.un.org/documents/ga/docs/50/plenary/a50-401.htm>]

לישראל, בשעה שנחקק,<sup>9</sup> היינו – בעיצומו של עימות מזוין בין הצדדים. לפי גישתנו, הטעם להצדקת החוק הזמני הוא הכלל הקיים במשפט הבין-לאומי של אי-הכנסת נתיני מדינת אויב, ולא החשש האינדיבידואלי מפני מעשי טרור שכשלעצמו אין בו כדי להצדיק איסור כוללני. גישה זו שונה, באורח מהותי, מהנימוקים הביטחוניים שבהם הרבו להשתמש תומכי החוק, השמים דגש על הסיכון האישי והמושתתים על סכנת הטרור האינדיבידואלית הנובעת מפלסטינים המבקשים להיכנס לישראל.

אמת – הרשות הפלסטינית אינה מדינה. ברם, זוהי ישות מדינית זרה, שהוקמה לפי הסכמים בין-לאומיים ובעלת סממנים ריבוניים כלשהם כגון מנגנוני שלטון, שירותי ביטחון ומודיעין, וכוחות צבאיים ומעין צבאיים העומדים לרשותה. הסכמי אוסלו העבירו לשליטתה הישירה את השטחים שבהם מתגוררת מרבית האוכלוסייה הפלסטינית ויצרו זיקה פוליטית, מנהלית ומעין אזרחית כלפיה גם מצד הפלסטינים באזורים שנותרו תחת השלטון הישראלי (שטחי C). ישות מדינית זו היא, במוצהר, "מדינה ריבונית שבדרך"; גישה זו מקובלת גם על מדינת ישראל, על מדינות נוספות ועל ארגונים בין-לאומיים, והיא קיבלה משנה תוקף מאז אישור "מפת הדרכים"<sup>10</sup> ודוק; הרשות הפלסטינית אינה מדינה מבחינות רבות הנוגעות לריבונותה וליכולתה לשרת את אוכלוסייתה. אולם יש לראות בה, למצער, "מעין מדינה" באשר ליכולתה לפגוע בביטחון ישראל ובחיי תושביה בהיקף רחב<sup>11</sup> (כפי שאכן הוכח בפועל בעימות האחרון שבו נהרגו יותר ישראלים מאשר ברוב מלחמות ישראל). הקבלה זו אינה נקייה מקשיים. היא אינה מדויקת במאה אחוז.<sup>12</sup> אך היא נכונה כמעט מכל הבחינות המהותיות הרלוונטיות בהקשר הביטחוני ובהן גם הגירה לצורכי נישואין. כאשר "מדינה שבדרך" יוצאת, בעודה "בדרך" לעצמאות ובעיצומו של משא ומתן על הקמתה, לעימות מזוין עם מדינה אחרת, דינה, לעניין זה, כדין מדינת אויב; דין נתיניה, לעניין זה, כדין נתיני מדינת אויב.<sup>13</sup> יתר על כן, בגלל אופייה של מלחמת הטרור והגרילה נגד

9 בשעת חקיקת החוק התנהל עימות מזוין בין ישראל לבין הרשות הפלסטינית שבו נטלו חלק לא רק ארגוני הטרור אלא גם המנגנון השלטוני הרשמי של הרשות הפלסטינית. זו אף נתנה בשטחה מקלט לארגוני טרור הפועלים נגד מדינת ישראל.

10 מפת הדרכים קובעת את הקמתה של מדינה פלסטינית כיעד מוסכם של התהליך המדיני.

11 השוו: International Court of Justice, Advisory Opinion of 9 July 2004, Separate opinion of Judge Higgins, especially Paragraph 34 [http://www.icj-cij.org/icjwww/idocket/imwp/imwp\_advisory\_opinion]

12 זו אינה מדינה באופן פורמלי אלא ישות שהיא "מדינה בדרך"; הכפיפות של נתיניה לרשות הפלסטינית שונה מאזור לאזור.

13 בשעה שקיימת ישות שלטונית המנהלת עימות ביטחוני עם ישראל, כל אדם שהוא נתין של ישות מדינית זו, נתון לשליטתה, חשוף ללחצים ולאיומים מצד מנגנוני השלטון ובעל זיקות נאמנות להם, הוא, לצורך זה, מעין נתין מדינת אויב. כך באשר לנתיני האזורים הנשלטים על ידי הרשות הפלסטינית. לא כך באשר לתושבי אזור שטח C הנתונים לשלטון האזרחי הישראלי ודינם שונה מבחינה זו (מעמדו של שטח B אינו חרימשמעי). אולם גם לאלה ישנן זיקות ותלות ברשות הפלסטינית ובגורמים הקשורים בה (כגון הפת"ח) – תלות שעלולה להיות מנוצלת לגיוסם כנגד ישראל אף בניגוד לרצונם. לפיכך ניתן לומר כי תושבי כל האזורים הם בעלי זיקות – גם אם בעצמות שונות – לרשות הפלסטינית וכי העיקרון של נתיני מדינת אויב חל גם עליהם.

ישראל והשתתפותם של פלסטינים רבים בה – השתתפות אקטיבית לצד תמיכה ציבורית פסיבית נרחבת בטרור – הפרוזומציה של המשפט הבין-לאומי שנתניו אויב עלולים לפגוע במדינה שאליה הם מבקשים להיכנס מקבלת חיזוק משמעותי, אולי יותר מאשר המצב המתקיים ביחסי איבה בין מדינות.

בכמה פסקי דין קבע בג"ץ<sup>14</sup> כי החל מספטמבר 2000 מתנהל באזור עימות מזוין (Armed Conflict) בין מדינת ישראל לבין הצד הפלסטיני.<sup>15</sup> במהלך העימות המזוין הוכרזה הרשות הפלסטינית באופן רשמי על ידי ישראל כישות המסייעת לטרור. חיילים במדים ברשות הפלסטינית ובמנגנוני הביטחון שלה היו מעורבים בפגועים, כסיוע ללחימה בישראל, באיסוף מודיעין לצרכים עוינים ובמתן מקלט לטרוריסטים. רבות מפעולות אלה, כולל פיגועי התאבדות בתוך ישראל, בוצעו על ידי לוחמים המשתייכים לתנועת הפתח – מפלגת השלטון ברשות הפלסטינית, וכן על ידי פלגי השטח של תנועת הפתח כגון התנוזים וגרודי חללי אל-אקצא.<sup>16</sup> בעיני תושבי האזור הפלסטינים, עימות צבאי שתנועת הפתח שותפה לו באופן פעיל נתפס כעימות המוביל על ידי ההנהגה הלאומית הפלסטינית. גם המדיניות שהייתה נהוגה על ידי הרשות הפלסטינית בתקופתו של יאסר ערפאת, שלפיה הרשות אפשרה לארגוני הטרור האסלאמיים לפעול נגד ישראל באופן חופשי בתחומיה ואף סייעה במימון העימות המזוין,<sup>17</sup> היא מדיניות המהווה, כשלעצמה, מעשה איבה נגד ישראל על פי החוק הבין-לאומי והופכת את הרשות לישות עוינת.<sup>18</sup> יכולתה של זו לגייס את אנשיה למאמץ לוחמתי נגד ישראל, כמו גם יכולתה להפעיל לחץ על אלה שאינם חפצים להתגייס למאבק, היא גבוהה מאוד. יכולת זו דומה במאפייניה ליכולתו של שלטון לגייס את נתניו למאבק נגד אויב חיצוני, להבדיל מיכולתו של ארגון מחתרתי לגייס תומכים למאבקו. על רקע זה, קשה לקבוע כי אימתן היתרים להגירת תושבי האזור

- 14 ראו למשל, בג"ץ 2056/04 מועצת הכפר בית סוריק נ' ממשלת ישראל, פ"ד נח(5) 807; בג"ץ 7015/02 עניזרי נ' מפקד כוחות צה"ל בגדה המערבית, פ"ד נו(6) 352; בג"ץ 4764/04 רופאים לזכויות אדם נ' מפקד כוחות צה"ל בעזה, פ"ד נח(5) 385 (להלן: בג"ץ רופאים לזכויות אדם). להבחנות השונות ראו: Y. Dinstein *War Aggression and Self-Defense* (Cambridge, 2001). לדיני העימות המזוין ראו: L.C. Green *The Contemporary Law of Armed Conflict* (Manchester, 2000).
- 15 החקיקה הישראלית אינה מגדירה מדינות אויב. אלא שבהתאם לפסיקותיו של בג"ץ שלפיהן מתנהל עימות מזוין בין הצד הישראלי לבין הצד הפלסטיני, הלוחמים זה בזה, ניתן לראות ב"צד הפלסטיני" אויב כהגדרתו בס' 91 לחוק העונשין, תשל"ז-1977. וכך נקבע בסעיף זה: "אויב" – מי שהוא צד לוחם או מקיים מצב מלחמה נגד ישראל או מכריו על עצמו כאחד מאלה, בין שהוכרזה מלחמה ובין שלא הוכרזה, בין שיש פעולות איבה צבאיות ובין שאינן וכן ארגון מחבלים".
- 16 להיותה של הרשות הפלסטינית צד לעימות המזוין, ולהיקף מעורבותה בעימות ובפיגועי טרור בשטח ישראל, ראו נתונים ומסמכים אותנטיים של חומרי שלל מודיעיני באתר המרכז למורשת המודיעין (מ.ל.מ.) – מרכז המידע למודיעין ולטרור. [http://www.intelligence.org.il/sp/default.htm]. כך, למשל, בשנת 2004 בוצעו על ידי הפת"ח/התנוזים 97 פיגועים (פיגועי התאבדות, ירי רקטות ומרגמות, הנחת מטענים וכד'); בשנת 2003 בוצעו על ידי הפת"ח/התנוזים 117 פיגועים.
- 17 שם.
- 18 ע' גרוס מאבקה של דמוקרטיה בטרור – היבטים משפטיים ומוסריים (תשס"ד) 98–108.

לישראל לצורכי נישואין, ולאור החופש לנוע בתוך ישראל כרצונם,<sup>19</sup> היא חקיקה בלתי מידתית.<sup>20</sup> זאת, כל עוד נמשך העימות המזוין שבין ישראל לרשות הפלסטינית ולזמן מוגבל.<sup>21</sup> אם אכן ייכנס לתוקפו משטר של הפסקת אש – כפי שנדון הדבר עם הרשות הפלסטינית בעת כתיבת שורות אלה – יהיה בכך חיזוק נוסף לטענתנו; הדבר יוכיח את השליטה של הרשות הפלסטינית כריבון ביטחוני באזור.

הנורמה המקובלת של אי-הכנסת נתיני מדינת אויב בעת מלחמה או בעת עימות מזוין חלה גם על הגירה לצורכי נישואין (Marriage Migration).<sup>22</sup> המשפט הבינלאומי והאמנות הרלוונטיות מטילים חובות שונות על המדינה בהקשר של איחודי משפחות. כך, למשל, מדינה שהיא צד לעימות מזוין נדרשת להקל על מפגשי משפחות אשר נאלצו להיפרד בעת הקרבות (אם כי החובה היא לסייע לחידוש הקשר ובמידת האפשר – על מפגש משפחות, אך אין כל חובה לאפשר איחוד משפחות או לאפשר הגירה לצורכי נישואין).<sup>23</sup> מדינה שהיא צד

19 שונה המצב כאשר לתושבי האזור הנכנסים לעבוד בישראל. חופש התנועה של הללו מוגבל, ועצם שהותם בישראל נתונה לפיקוח המעביד. הסיכון הביטחוני משהותם הזמנית והמוגבלת בישראל הוא נמוך יותר קטגורית. עובדים אלה עוברים גם בידוק ביטחוני קפדני במחסומים, וכן קיים גם איון פנימי בעצם הקריטריונים למתן היתרי עבודה. לפיכך מתן אפשרות מטעמים מדיניים והומניטריים להיתר עבודה בישראל אינו מחייב "פתיחת השערים" בעימות מזוין ותוך סיכון ביטחוני.

20 וראי שקשה לקבוע כי זוהי חקיקה בלתי מידתית לחלוטין.  
21 שאלה היא, מתי ראוי שיפוג תוקפו של החוק: האם ראוי שהחוק יעמוד בתוקפו כל עוד קיים עימות מזוין פעיל או שמא עד לסיומו של הסכסוך ולחתימת הסדר קבע. ברור לנו כי קיימת הצדקה לחוק כל זמן שקיים עימות מזוין פעיל. ניתן לרונ מתי מסתיים העימות שבין הצד הישראלי לפלסטיני, לאור ההתפתחויות המדיניות והביטחוניות, אך עניין זה מצריך דיון נפרד.

22 אנו משתמשים במונח "הגירה לצורכי נישואין" ולא במונח "איחוד משפחות". המונח איחוד משפחות מבטא מצב כלשהו שבו הייתה קיימת משפחה כטרם פרץ העימות המזוין, וכעת – בשל קיומו של עימות מזוין – נמנע איחודה מחדש של משפחה זו. לרוב מדובר במשפחות שנאלצו להיפרד במהלך ובשל העימות. מנגד, המונח הגירה לצורכי נישואין משקף את הבקשות להגירה ממדינה א' למדינה ב', בעת עימות מזוין או לאחר שהעימות פרץ בין שתי מדינות. לא מדובר באיחוד משפחה קיימת כי אם בבקשה להכיר בנכות ההגירה לצורך נישואין (ולעתים אף בנישואין לצורך הגירה). המונח הגירת נישואין (Marriage Migration) מקובל כיום בשיח האירופי והבינלאומי; מנגד, במונח איחוד משפחות משתמשים לרוב כדי לבטא איחוד של משפחה שהופרדה בשל הגירה כפויה או וולונטרית ומבקשת כעת לשוב ולהתאחד מחדש. ראו למשל, את הגדרת המונח איחוד משפחות שבדו"ח ההגירה הבינלאומי 2005: *International Organization for Migration World Migration 2005: Costs and Benefits of International Migration* (Switzerland, 2005) [<http://www.iom.int/iomwebsite/Publication/ServletSearchPublication?event=detail&id=4171>]

23 בס' 26 לאמנת ז'נבה מ'12 באוגוסט 1949 ברבר הגנת אזרחים בימי מלחמה, כ"א 1, ע' 559, נקבע כי: "כל צד לסכסוך יקל על חקירות מצד בני משפחות, שהתפורזו עקב המלחמה, לשם חידוש המגע ביניהם ופגישתם, אם אפשר הדבר. במיוחד יעודד את פעולת האירגונים העוסקים בתפקיד זה, בתנאי שהם מקובלים עליו ומקיימים את תקנות הבטחון שלו". בהתייחסו לדיון המיוחד החל על נתיני אויב בעת לחימה, מציין פרופ' י' דינשטיין: "ראוי

לעומת מזוין נדרשת גם לעשות מאמץ על מנת שלא להפריד מלכתחילה בין משפחות קיימות בעת העימות המזוין.<sup>24</sup> אך אין שום חובה – משפטית או מוסרית – המוטלת על מדינה במשפט הבינלאומי, לאפשר הגירה לצורכי נישואין ממדינה א' למדינה ב', כל עוד שתי המדינות נמצאות ביניהן בעימות מזוין,<sup>25</sup> ואפילו כשהן מצויות בשלום מוחלט.

בשיח המשפטי בנושא זה, ובעתירות שהוגשו לבג"ץ נגד חוקתיות החוק, הוזכרו מסמכים בינלאומיים שונים בנוגע למעמד ולחשיבות של "הזכות" להגר לצורכי נישואין.<sup>26</sup> הגם שחלק ממסמכים אלה לא מחייבים את ישראל, הגם שהפרשנות המוצעת להם אינה מעוגנת בפרקטיקה בינלאומית והגם שאין שום הוראה פוזיטיבית מפורשת המטילה חובה על מדינה לאפשר הגירה לשטחה לצורכי נישואין, אין חולק על כך שמסמכים בינלאומיים אלה הם בעלי תחולה בעתות שלום. כרי הדבר שהם אינם רלוונטיים, ולמצער באותו היקף ועצמה, בעתות חירום ובעת עימות מזוין בין מדינות.<sup>27</sup> והרי דיני המלחמה הם ודאי דין מיוחד (lex specialis) הגורע מזכויות – גם בהנחה שהן קיימות – בימים כתיקונם. אמנם הללו עלולים לפגוע בזכויות נתיני מדינת האויב באורח אינדיבידואלי, אך זה טיבם של דיני המלחמה שהם, כמו המלחמה, אכזריים וקשים ופוגעים לא רק בזכויות אדם אלא גם בחיי אדם.

ההקבלה בין הרשות הפלסטינית לבין מדינת אויב ראויה לסיוג. הסכמי אוסלו, שהקימו שלטון פלסטיני בשטחים, לא ניתקו לחלוטין שטחים אלו מישראל, ולכן, בין היתר, לא ניתקו את חובותיה ואחריותה של מדינת ישראל מכוח תפיסתה הלוחמתית והחוקתה במ. כך, למשל, ישראל אינה רשאית להכריז

להטעים, כי סעיף 26 אינו מטיל כל חובה על כובש לאפשר את האיחוד על ידי הגירה מחוץ או לתוך שטח מוחזק, וודאי שאין בסעיף מאומה על אודות משפחות, שהפיצול ביניהן אינו נובע במישרין ממצב מלחמה". י' דינשטיין "איחוד משפחות בשטחים המוחזקים" עיוני משפט יג (תשמ"ט) 221, 223. יצוין כי גם לפי ס' 74 לפרוטוקול הנוסף ה'1 ולפי ס' (b)(3)4 לפרוטוקול הנוסף ה'2 לאמנה זו – שאינם מחייבים את מדינת ישראל – לא מוטלת כל חובה על מדינה לאפשר הגירה לצורכי נישואין.

24 י' דינשטיין דיני מלחמה (1983); דינשטיין, לעיל הערה 23; *Reunification of Families Dispersed by War: Extract from Protection of the Civilian Population in Periods of Armed Conflict* (26<sup>th</sup> International Conference of the Red Cross and Red Crescent, 15.9.1995) [<http://www.helpicrc.org/Web/eng/siteeng0/nsf/iwpList187/248ac0c1aa3dd4dce1256b6600595d60>]

25 N.V. Demleitner "Conference on Marriage, Families, and Democracy: How Much Do Western Democracies Value Family and Marriage?: Immigration Law's Conflicted Answers" 32 *Hofstra L. Rev.* (2003) 273, 284

26 כך באשר להכרזה לכל באי העולם בדבר זכויות האדם (1948); לאמנה בינלאומית בדבר זכויות אזרחיות ומדיניות 1966, כ"א 31, ע' 269; לאמנה בינלאומית בדבר זכויות כלכליות, חברתיות ותרבותיות 1996, כ"א 31, ע' 205; לאמנה בדבר אזרחותה של אישה נשואה 1957, כ"א 8, ע' 605, ועוד כהנה וכהנה.

27 לזכויות אדם בעת עימות מזוין ראו: Y. Dinstein "Human Rights in Armed Conflict International Humanitarian Law" *Human Rights in International Law: Legal and Policy Issues* (T. Meron ed., 1984) 345



שהיא מפסיקה את אספקת החשמל והמים לתושבי האזור.<sup>28</sup> על ישראל מוטלת חובת מכוח המשפט הבינלאומי והישראלי, ומכוח המציאות בשטח שלפיה הרשות הפלסטינית לא עומדת ברשות עצמה ואינה יכולה לתפקד כמדינה בתחומים שונים. ואולם בתחום הצבאי והביטחוני, הרשות הפלסטינית לא רק שאינה כפופה לישראל, אלא אף ניהלה נגדה במשך כמה שנים עימות מזוין. לפיכך אין מוטלת על ישראל, כמו על כל מדינה אחרת בעולם, חובה במשפט הבינלאומי (או הפנימי) לאפשר הגירה לשטחה לצורכי נישואין, של נתיני הצד הנלחם בה, בעיצומו של עימות מזוין.<sup>29</sup>

הכלל שלפיו מדינה אינה חייבת להתיר הגירת נתיני מדינת אויב לתחומה לצורכי נישואין, בעת עימות מזוין, חל באופן קטגורי. הוא אינו מותנה, כאמור, במספרם של נתיני אויב המהגרים למדינה הנלחמת במדינתם ומעורבים בפועל בפעילות עוינת. אלא שהמקרה של הגירת נתיני (מעין) מדינת אויב לצורכי נישואין בישראל מגבש מקרה מיוחד שבו יש לכלל זה משקל יתר משמעותי. ראשית, המקרה שנתגבש בישראל הוכיח עד כמה החשש המקדים של גורמי הביטחון הוא מהימן. ולראיה: 23 ערבים פלסטינים תושבי יהודה, שומרון וחבל עזה, שהיגרו לישראל במסגרת נישואין, היו מעורבים, בתוך פחות משנתיים (2001–2003), בפעילות עוינת נגד המדינה;<sup>30</sup> חלקם הוציאו לפועל פיגועי טרור, מקצתם סייעו לפעולות טרור ואחרים עסקו בפעילות לוגיסטית, איסוף מודיעין וגיוס סייענים. בכל הפעילויות הללו נהרגו 45 ישראלים ונפצעו 124. שנית, שלא כמו במצב מלחמה רגיל בין מדינות, שבו מתנהלות פעולות האיבה בעיקר בין צבאות והשימוש באזרחים כדי לפגוע בצד השני הוא משני או שולי (למטרות ריגול וכד'), העימות המזוין הישראלי-פלסטיני מתאפיין כמעט כולו בשימוש באזרחים שהנם נתינים של הרשות הפלסטינית המופעלים נגד אזרחי מדינת ישראל ותושביה; זהו אופיו של העימות. לפיכך ההצדקה העניינית לכלל המקובל בעולם של אי-הכנסת נתיני מדינת אויב חלה, במקרה הישראלי, ביתר שאת. להערכת גורמי הביטחון פעילות זו לא צפויה להיעלם; הגירה של תושבי שטח אויב, בעת עימות מזוין, טומנת סיכון ביטחוני ממשי לחייהם ולשלומם של אזרחי ישראל ותושביה.<sup>31</sup> ניתן לפיכך להגבילה לחלוטין בהיעדר אפשרות ממשית

- 28 לחובותיה של ישראל בעת העימות המזוין ראו בג"ץ רופאים לזכויות אדם, לעיל הערה 14; בג"ץ 2936/02 עמותת רופאים לזכויות אדם נ' מפקד כוחות צה"ל בגדה המערבית, פ"ד נו(3) 3; בג"ץ 2117/02 עמותת רופאים לזכויות אדם נ' מפקד כוחות צה"ל בגדה המערבית, פ"ד נו(3) 28; גרוס, לעיל הערה 18, בע' 61–78.
- 29 מדינת ישראל לא הייתה מעוניינת מעולם בהגירה של תושבי האזור לשטחה וחרף זאת לא הטילה מגבלות. הללו הוטלו אך משפרץ עימות בין ישראל לרשות הפלסטינית, ולפי דרישה של גורמי הביטחון, כפי שנהגו מדינות אחרות בנסיבות דומות.
- 30 ראו את הנתונים בכתב התשובה של המדינה, לעיל הערה 5. כתב התשובה ניתן לצפייה באתר האינטרנט של האגודה לזכויות האזרח: <http://www.acri.org.il/hebrew-acri/engine/story.asp?id=742>; ארבע שנות עימות אלים, לעיל הערה 1.
- 31 ארבע שנות עימות אלים, לעיל הערה 1.



לבדוק פרטנית, לעת הזו,<sup>32</sup> כל מבקש, ובהיעדר אפשרות להעריך – כאומדן המותאם באופן אינדיבידואלי – את מידת הסיכון הנשקפת מן המהגר, במיוחד למן העברת הסמכות לידי הרשות הפלסטינית.

כאשר מדובר בהטלת הגבלות מטעמי ביטחון במישור הפנימי – כלפי אזרחי המדינה או היושבים בתחום שלטונה, ברור שככלל נדרשת בדיקה אישית ופרטנית במטרה לקבוע אם אדם מסוים אכן מהווה סיכון ביטחוני. ברם, בדיקה כזאת קשה הרבה יותר כלפי אזרחי חוץ המבקשים להיכנס למדינה – על אחת כמה וכמה כשמדובר בנתיני שלטון עוין או בלתי ידידותי. כלפי מי שיושב מחוץ לשטח השיפוט של המדינה לא ניתן לקיים בדיקות מנהליות בדרך הרגילה (כמו תחקיר של מכריו). אם מדובר במדינה ידידותית, או אז ניתן לבקש מהשלטונות שלה לספק ידיעות על אדם מסוים במקרה של חשד או להעניק לו "תעודת יושר"; אולם כשמדובר במדינה בלתי ידידותית – לאו דווקא מדינת אויב – אפשרות זו מוגבלת ביותר.<sup>33</sup> לפיכך ניתן לראות בצירוף זה של קושי (או היעדר אפשרות) לערוך בדיקה אישית ופרטנית ותלות בגורמים בלתי ידידותיים, הצדקה עניינית נוספת לנורמה הבין-לאומית להגביל או למנוע לחלוטין את כניסתם של אזרחי מדינות עוינות. בה בעת, לנתין חוץ אין חזקת נאמנות למדינה שאליה הוא מבקש להיכנס, קל וחומר כשמדינה זו נמצאת בסכסוך לאומי עם מדינתו. לכן הגבלת הגירתו, בנסיבות אלה, אין בה משום "החשדה" היכולה להיחשב לפגיעה בכבודו. במקרה שלפנינו לנתיני הרשות הפלסטינית אין כל חזקת נאמנות כלפי מדינת ישראל, אלא נאמנותם נתונה – מכל בחינה שהיא – לשלטון ולהנהגה הפלסטיניים. האמירה כי אין לסמוך על נאמנותם לישראל, וכי הם מהווים קבוצת סיכון, אין בה פגיעה בכבודם או "החשדה קולקטיבית" מן הסוג שיש לעשות כל מאמץ על מנת להימנע ממנה במישור המשפטי הפנים ישראלי. ודוק: בניגוד לטענות שנשמעו, החוק אינו חל על קבוצה אתנו-לאומית בתור שכזאת. החוק חל על תושבי אזור מסוים שבו וממנו מתנהלות פעולות איבה בין הרשות הפלסטינית וארגוני הטרור לבין ישראל. החוק אינו אוסר כניסה לישראל

32 הנחתנו היא שלא ניתן, בשל העימות המזוין, ולעת זו, לבחון פרטנית את מידת המסוכנות הנשקפת מכל אדם בנפרד. זאת בשל קשיים ביטחוניים, היעדר שיתוף פעולה מלא מהרשות הפלסטינית במניעת סכנות ביטחוניות, תלותה של האוכלוסייה הפלסטינית במנגנוני הרשות הפלסטינית ומגבלות במידע הדרוש לגורמי הביטחון על מנת לקבוע פרטנית את דרגת המסוכנות מכל תושב האזור המבקש להגר לישראל. יתרה מכך, חשש פוטנציאלי קיים קטגורית – בעצם ההשתייכות של נתיני האזור לשלטון עוין בעת עימות. הגירה לישראל עלולה ליצור חשש גם בנקודת זמן כלשהי בעתיד, בעקבות לחץ על המהגר או על בני משפחתו שיוותרו באזור. ואולם הנחת מוצא שונה – שלפיה ניתן לבצע בדיקה פרטנית סבירה ומהימנה בנסיבות העניין – ייתכן שהייתה מובילה למסקנה שונה בהקשר זה. למסקנה שונה, המבטאת את עמדתו של ברק מדינה, ראו א' רובינשטיין וב' מדינה המשפט החוקתי של מדינת ישראל (תשס"ה, כרך ב: רשויות השלטון ואזרחות) 1100.

33 מובן שישראל אוספת לא מעט מודיעין בשטחי הרשות הפלסטינית. אולם אין זה סביר, מידתי או מעשי, לדרוש ממדינה הנמצאת בעימות מזוין להפעיל אמצעים של איסוף מודיעין בשטח עוין (אמצעים שיש בהם לעתים קרובות סיכון לחיי אדם והם חלק בלתי נפרד מהעימות עצמו), כדי לטפל בבקשות מנהליות של תושבי אותו שטח המבקשים להיכנס למדינה.

לצורכי נישואין של ערבים פלסטינים שאינם תושבי האזור ואין להם זיקה לרשות הפלסטינית.<sup>34</sup> כך, למשל, החוק אינו חל על הציבור הפלסטיני הגדול בירדן, משום שהפלסטינים בירדן אינם אזרחים של מדינת אויב. החוק אינו פוגע באפשרות להינשא לערבים פלסטינים – בכל מקום בעולם ולמעט האזור שבו וממנו מתנהלות פעולות איבה. בה בעת, החוק חל גם על אותם מעטים מבין תושבי האזור – שבו מתנהל העימות המזוין – שאינם ערבים פלסטינים, כגון שומרונים או אנשים ממוצא אחר המתגוררים בתחומי האזור ולהם זיקות לרשות הפלסטינית (ולמעט יהודים שאין להם זיקה כזו והחיים בתוך מובלעות משפטיות ישראליות בשטחים המוחזקים).<sup>35</sup> נכון שלתושבי האזור יש בתור שכאלה אפיון לאומי, אולם זהו מצב טבעי כשמדובר בסכסוך בין עמים.<sup>36</sup> עימות מזוין מתנהל במצב הדברים הרגיל בין מדינות. לאזרחי מדינות אלו, הנחשבים לנתיני אויב, יש בדרך כלל ובאופן טבעי גם אפיון לאומי, הואיל ורוב המדינות בעולם מושתתות על קהילת רוב לאומית מסוימת. לכן האפיון הלאומי של תושבי האזור, כמו גם של אזרחי מדינת אויב במצב מלחמה רגיל, הוא תוצר טבעי של סכסוך לאומי בין עמים. כך, למשל, בתקופת המלחמה שבין הודו לפקיסטן, איסור ההגירה גם לצורכי נישואין לא היה פסול בשל ייחוד אתני אלא בשל מצב המלחמה והעינות. העיקר אינו עצם הלאומיות אלא הזיקה לישות עוינת. האובייקט של החוק אינו קבוצה אתנית אלא נתיני אזור סיכון מסוים. עם נתיני אזור זה לא יכולים להתחתן לא רק ערבים פלסטינים אלא כלל אזרחי ישראל. האם חובותיה של מדינה דמוקרטית כלפי אזרחיה שלה משנה את מסקנתנו או את נקודת האיזון הראויה? ברי כי כאשר מדינה פועלת במישור הבינלאומי, במסגרת הדין והנהוג הבינלאומי ובתוקף ריבונותה, מקובל כי יש לממשלה (או לפרלמנט במקרה של חקיקה), שיקול דעת רחב מאוד – במיוחד כשמדובר בענייני ביטחון לאומי, קל וחומר בעת עימות מזוין. זאת, אף שלפעולות כאלה יש לעתים קרובות השלכות משמעותיות על אזרחי המדינה במישור הפנימי. כך, למשל, פעולה צבאית כלפי חוץ כרוכה, מטבע הדברים, בחיוב משפטי של חיילי

34 החוק אינו חל על ערבים או על ערבים פלסטינים אשר אינם תושבי האזור. כך, למשל, משרד הפנים דן ומאשר באופן חלקי בקשות של ירדנים, מצרים וסורים להגר לישראל לצורך נישואין עם בן זוג ערבי ישראלי. בין ינואר 2001 לאוגוסט 2004 אושרו על ידי משרד הפנים 381 בקשות מסך של 867 בקשות של אזרחים מצרים וירדנים להגר לישראל לצורך נישואין (421 בקשות נוספות מצויות בהליכי טיפול ובדיקה). ראו י' אטינגר "כל ערבי הוא טרוריסט פוטנציאלי" הארץ 25.8.04.

35 החוק אינו חל על ההתנחלויות. ואולם הוצאתם של המתנחלים מתחולתו של החוק אינה על בסיס אתני, אלא משום שהם אינם נתיני הרשות הפלסטינית. הרי אין חולק על כך שלתושבים אלה אין נאמנות או זיקה לרשות הפלסטינית ושהם אינם נתונים ללחצים או לאיומים מצדה. עיוות זה אינו קשור דווקא בחוק אלא נובע מעצם המצאותן של שתי אוכלוסיות אזרחיות באותו שטח ובכפיפות למשטר משפטי שונה.

36 ניתן לתמוה על כך שהמחוקק לא עיגן בחוק כללי ועקרוני את הגבלה על כניסה לישראל מצד נתיני מדינות אויב בעת מלחמה או בעת עימות מזוין. הגבלה חקיקתית כזו, שהפעלתה גמישה ומאפשרת לממשלה להתאימה לפי נסיבות ביטחוניות ומדיניות, היא פתרון חקיקתי ראוי, ההולם יותר את ס' (31) לאמנה בין-לאומית בדבר ביעורן של כל הצורות של אפליה גזעית 1966, כ"א 25, ע' 547.

המדינה הלוחמת ליטול חלק בלחימה ולסכן את חייהם; הטלת עיצומים כלכליים על מדינה עוינת כרוכה באיסור על פירמות ובעלי עסקים מהמדינה המטילה את העיצומים לבצע פעולות שבימים כתיקונם מהוות חלק בלתי נפרד מחופש העיסוק שלהם. אולם בית משפט במדינה דמוקרטית לא ימהר להיזקק לטענה שהטלת הסנקציות היא גורפת מדי או שניתן היה להשיג את המטרה המדינית ביטחונית על ידי סנקציות חריפות פחות, או שהפגיעה באנשי עסקים אזרחים המעוניינים לסחור עם מדינה זו היא בלתי מידתית, או יוצרת בפועל אפליה בין קבוצות שונות של אנשי עסקים – אף שייתכן בהחלט כי גם לקבוצת אנשי עסקים המעוניינים לסחור עם מדינה עוינת מסוימת יהיה בפועל אפיון אתנור לאומי. כלל זה נכון גם כשמדובר בפעולות רגילות של מדיניות חוץ, מסוג של הטלת אמברגו, המכוונות להשגת מטרות מדיניות של המדינה – לא כל שכן כשמדובר בצעדים שמטרתם להגן על המדינה ולמנוע את הרג אזרחיה.<sup>37</sup> ברור לפיכך שלאזרחי המדינה אין זכות מוחלטת להכניס לשטח המדינה את בחיר/ת ליבם. עניין זה, חרף השלכותיו הפנימיות, שייך באופן מובהק ליחסי החוץ של המדינה ולמדיניות הביטחון שלה.

מניעת כניסתם של נתיני מדינת אויב או נתיני מדינה עוינת עלולה במקרים רבים לפגוע באינטרסים לגיטימיים וחשובים של אזרחי המדינה המטילה את האיסור – בין שמדובר ברצון ליצור קשרי נישואין ובין שמדובר בקשרים אישיים וכלכליים אחרים. פגיעה זו עלולה להיות קשה יותר כלפי קבוצות אזרחים מסוימות דווקא. ברוב המקרים המדינה העוינת אינה רק מדינת לאום, אלא לעתים קרובות, היא מדינה שכנה. משום כך אין זה נדיר כלל כי בעת שמתנהל עימות בין שתי מדינות יש בשטח אחת מהן, או בשתייהן, אוכלוסיית אזרחים הקשורה קשר אתנותרבותי עם המדינה האחרת. קשרי המשפחה של בני קבוצה כזאת חוצים לעתים קרובות את הגבול. במצב זה, מניעת כניסתם של אזרחי המדינה העוינת פוגעת, מטבע הדברים, בבני אותה קבוצה יותר מאשר בקבוצות אזרחים אחרות. אולם עובדה זו אינה פוסלת את האיסור על כניסת נתיני האויב – איסור שמטרתו להגן על ביטחונם של כלל אזרחי המדינה מכל מוצא שהוא –

37 יצוין כי גם במשפט הפנימי של מדינה, המופנה כלפי אזרחיה, ננקטות פעולות מנהליות יומיומיות שלא על בסיס אינדיבידואלי אלא על בסיס הכללות דרוקטיביות. זאת, באופן רשמי, בתחומים רבים כגון קביעת תעריפי ביטוח, סלקציה בכניסה למקומות פרטיים וציבוריים, מתן ויזות והיתרי כניסה למדינה, מאבק בטרור ואכיפת חוק. החוקתיות של הללו אושרה בבתי משפט בעולם. המקרה שלפנינו הוא מקרה פשוט יחסית של "קל וחומר" – אם השימוש בהכללות אושר במקרים מסוימים כחוקתי כשהוא נעשה בעתות שלום, בתחומים פחות קשים כגון סחר בסמים, מתוקף הנחיות מנהליות וכלפי אזרחים הנהנים מזכויות אזרח מלאות, או אז ברי שאין לומר שהכללות דרוקטיביות אלה אינן חוקתיות מקום שבו הן נקבעו במפורש על ידי המחוקק, בעת עימות מזוין, כלפי נתיני ישות זרה עוינת חסרי מעמד חוקי בישראל, בהקשרים ביטחוניים, בהיעדר אפשרות לבחון פרטנית כל אדם ולזמן מוגבל ומוגדר. לנושא זה ראו: M. Malkin *In Defense of Internment: The Case for "Racial Profiling" in World War II and The War on Terror* (Washington, 2004); S.R. Gross & D. Livingston "Racial Profiling Under Attack" 102 *Col. L. Rev.* (2002) 1413, 1415, 1420–1421; S.L. Davies "Profiling Terror" 1 *Ohio State Journal of Criminal Law* (2003) 45

ואינה יכולה להיחשב לאפליה פסולה כלפי בני אותה קבוצה בשל מוצאם; זוהי תוצאה הכרחית ובלתי נמנעת של סכסוך בין שתי מדינות לאום ושל עקרון ההגנה העצמית.

בשיח המשפטי נטען כי החוק אינו מידתי. באשר למשפט הבינלאומי: הנוהג הבינלאומי המתיר למדינה שלא להכניס לתחומה נתיני שטח אויב הוא מניה וביה מידתי מעצם קטגוריית הסיכון של נתיני מדינת אויב בעת עימות מזוין; הוא הרבה יותר מידתי מאקט של פגיעה בשוגג באוכלוסייה אזרחית בעת מבצע צבאי, שאף הוא עשוי להיחשב למידתי (ולתוצאה בלתי נמנעת של עימות) לפי כללי המשפט הבינלאומי העוסקים בדיני עימות מזוין.<sup>38</sup> החוק והנוהג הבינלאומי, לרבות האמנות ולזכויות האדם, אינם קובעים כל חובה על מדינה להכיר בזכות של בן או בת זוג מחוץ לארץ להגר ולהתאזרח במדינה כחלק מהזכות להקים משפחה, וזאת גם בעתות שלום מלא. מובן שיש כאן שיקול הומניטרי חשוב ואינטרס ליגיטימי של האזרח שאין לפגוע בו בקלות ובאופן שרירותי. ואולם עובדה היא כי מדינות דמוקרטיות רבות מטילות באופן שגרתי מגבלות מרחיקות לכת על מימוש רצונות אזרחיהן בתחום זה, משיקולים שהם מכריעים הרבה פחות מהצורך להגן על המדינה בעת עימות מזוין. אלא שהחוק שלפנינו, בשעה שנחקק, על רקע עימות מזוין פעיל, הוא מידתי גם לפי הכלים של המשפט הישראלי הפנימי וגם בהתחשב בהשלכותיו הפנימיות. זאת כאמור בשל חריפות העימות, חומרת הסכנה, אופיו של העימות שבו השימוש באזרחים דווקא הוא האמצעי העיקרי של הצד הפלסטיני לפגוע בישראל, הזיקות וחזקת הנאמנות של תושבי האזור לרשות הפלסטינית ולגורמים הקשורים עמה (כגון תנועת הפת"ח), היותו חוק שנחקק לתקופה מוגבלת ולדרישת גורמי הביטחון כאמצעי המתאים רציונלית למניעת טרור ופעילות עוינת כנגד ישראל, וכן היעדר כל אפשרות מעשית לבדוק באופן פרטני, במהלך מנהלי רגיל, בקשות הגירה של אלפי אנשים הנמצאים תחת שליטתה של הרשות ולא תחת שליטה מנהלית ישראלית. בבג"ץ 13/86 שהאין נ' מפקד כוחות צה"ל באזור יו"ש,<sup>39</sup> שעסק בעתירת פלסטינים תושבי יהודה ושומרון להעניק היתר לישיבת קבע באזור לנשותיהן הפלסטיניות המתגוררות בארצות ערב, נטען, בין היתר, כי המשיב לא שקל את שיקוליו ונסיבותיו של כל מקרה ומקרה פרטנית, אלא קבע כלל מנחה עקרוני וגורף, בשל שיקולי ביטחון, ולפיו החליט גם בנסיבות העניין. בדונו בטענה ציין הנשיא שמגר כי:

"כדי שהנמקה תיחשב לסבירה, אין היא חייבת בהכרח להיות מופנית אך ורק לנסיבותיו של מקרה אישי-קונקרטי. יכול שדברי ההנמקה יתארו מערכת נסיבות כללית, שהיא בגדר רקע

J.G. Gardam "Proportionality and Force in International Law" 87 *A.J.I.L.* 38 (1993) 391, 398; R.G. Wright "Combating Civilian Casualties: Rules and Balancing in the Developing Law of War" 38 *Wake Forest L. Rev.* (2003) 129, 134.

39 בבג"ץ 13/86 שהאין נ' מפקד כוחות צה"ל באזור יו"ש, פ"ד מא(1) 197 (להלן: עניין שהאין).

להחלטתה של הרשות במקרה הקונקרטי ואשר מוליכה ליישומה לנסיבות הספציפיות. בתחום אשר אליו אנו מתייחסים, היינו תנועת אוכלוסין משטח לשטח או ממדינה למדינה, יש לא אחת תופעות כלליות או יסודות חוזרים ונשנים, שאינם ייחודיים למקרה קונקרטי זה או אחר אלא משותפים למקרים דומים, אך בשל כך בלבד אין נשללת מהם התכונה של נתון רלוואנטי ולגיטימי [...] המשיב [...] רשאי היה להסיק, כי כאשר תופעה פלונית הופכת להמונית ומקיפה אלפים רבים מידי שנה, אין כלל אפשרות להוסיף וליישם אמות מידה שהן פרסונאליות בלבד, אלא מחובתו של המשיב [...], על-פי מהות שיקוליו לפי דיני המלחמה [...], לתת משקל גם למשמעויות הביטחוניות, המדיניות והכלכליות הכלליות שיש לתופעה ולתוצאותיה; הוא רשאי גם להפעיל סמכותו כדי לנקוט measures of control and security [...]]. בהקשר שבפנינו אין, לצערנו, אפשרות לבחון זכויות משפטיות כאמור בעמדה בגפן [כזכויות משפטיות אינדיבידואליות] ובמנותק מן הרקע הביטחוני, כביטוי בקיום מצב המלחמה [...]. לא חופש התנועה מארץ לארץ בזמן שלום עומד לדיון בסוגיה שלפנינו".<sup>40</sup>

כללם של דברים אלה – שנאמרו בנוגע להגירה לשטח מוחזק ולא בעת עימות מזוין פעיל – יפה גם, ביתר שאת, לענייננו.<sup>41</sup> השאלה אם מה שהיה מירתי בעת חקיקת החוק נותר מירתי גם לנוכח התנאים המדיניים והביטחוניים המשתנים, היא שאלה של הערכה (באשר ליציבות רגיעה אפשרית ובאשר לסיכוי לזכות בשיתוף פעולה ממשי בנושאים ביטחוניים מצד הרשות הפלסטינית),<sup>42</sup> המסורה בעיקרה לממשלה ולכנסת. היא נתונה גם לביקורת שיפוטית אך במסגרת הקריטריונים הנהוגים בביקורת שיפוטית על החלטות ביטחוניות מסוג זה.<sup>43</sup>

נסכם: קיימת הצדקה לחוק – הן מבחינת הדין הבינלאומי הן מבחינת הדין הישראלי – בשעה שנחקק, ועל רקע העימות המזוין שהתנהל בין ישראל לבין

40 שם, בע' 214–216. העתירה נדחתה – פסק הדין ניתן על ידי הנשיא שמגר בהסכמת השופטים ברק ובייסקי.

41 ראשית, פסק הדין ניתן שלא על רקע עימות מזוין פעיל אלא על רקע שיקולי ביטחון כלליים ומופשטים; שנית, פסק הדין מנע כניסת תושבים פלסטינים מחוץ לאזור אל תוך אזור יהודה ושומרון, להבדיל מכניסה לתוך מדינת ישראל שאלה נלווה סיכון ביטחוני גבוה הרבה יותר לאזרחי ישראל; שלישית, מניעת הגירה לאזור לצורכי נישואין נמנעה מתושבים של ארצות ערב אשר באותה עת לא היו במצב מלחמה או עימות פעיל עם ישראל, להבדיל מתושבי האזור במקרה שבפנינו.

42 באותו עניין ציין הנשיא שמגר כי "תקוות הכול היא כי השלום יפתור גם את כל הבעיות האלו". עניין שאהין, לעיל הערה 39, בע' 216. אנו מצטרפים לגישה זו.

43 ביטול חקיקה ראשית שתכליתה הגנה על ביטחון המדינה, בעיצומו של עימות מזוין, הוא אקט חריג שיש להשתמש בו רק במקרים יוצא דופן המחייבים זאת. השוו לממצאים השוואתיים במחקר המקיף והממצא: L. Epstein et al. *The Supreme Silence During War* [http://www.nyu.edu/classes/nbeck/q2/king.propensity.pdf]

הרשות הפלסטינית,<sup>44</sup> כהוראת שעה,<sup>45</sup> הצריכה להיבחן מחדש לאור הנסיבות המדיניות והביטחוניות המשתנות. יש לראות חוק זה כאמצעי הנובע מזכותה הטבעה של מדינה להגן על אזרחיה. בה בעת, ראוי כי נציין שהצידוק הביטחוני לחוק, אין משמעותו צידוק לכלל סעיפיו והוראותיו. אנו סבורים שהוראות מסוימות בחוק ראויות לעיון מחודש. כך, למשל, ראוי לדעתנו לשקול להרחיב את החריגים המנויים בסעיף 4 לחוק. בהקשר זה ראוי גם להקים ועדת חריגים שתבחן מקרים מיוחדים שבהם השיקולים ההומניטריים חזקים במיוחד (למשל, במקרה של ילדים משותפים).<sup>46</sup>

תכליתו של החוק, הקשורה קשר הדוק לעימות הישראלי-פלסטיני שישראל הייתה שרויה בו ערב חקיקתו (ושיש לקוות שיסתיים במהרה), מספקת צידוק לעיקרון המנחה שנקבע בו (לא בהכרח לכלל סעיפיו). אלא שנושא ההגירה לישראל כסוגיה עקרונית הוא נושא שצפוי לעמוד על סדר היום, ביתר שאת, גם בשנים הבאות, גם בעתות שלום. נושא זה מעורר את השאלה הרחבה של פיקוח על הגירה במדינה דמוקרטית, לרבות הגירה לצורכי נישואין, ובמסגרת זו צפויה להתעורר גם שאלת האיזון שבין הצורך בשימור רוב יהודי לבין כיבוד זכויות האדם. אלא שהדיון העקרוני בסוגיה צריך להיעשות בנפרד מהוראת השעה החקיקתית הנוגעת לעימות הביטחוני הזמני. לכך נפנה כעת. נציג תחילה את הניסיון שהצטבר במדינות אירופה בסוגיות אלה ולאחריו את המקרה הייחודי הישראלי.

### ג. פיקוח על הגירה לצורכי נישואין – הניסיון האירופי

בשנים האחרונות המגמה במדינות באירופה היא להחמיר את התנאים להגירת נישואין. בחלק ניכר מהמדינות נחקקו בשנים האחרונות חוקים המגבילים את האפשרויות להגר לצורך נישואין. כך, למשל, הוחמרו התנאים הכלכליים הנדרשים מבני זוג המבקשים להגר לצורכי נישואין, נקבעו תנאי סף תרבותיים (כגון למידת שפה) שעל בן הזוג המהגר למלאם בטרם הגירתו, הוטלו מגבלות גיל להגירה, נדרשות זיקות למדינה שאליה מבקשים להגר והוחמר הנטל להוכחת כנות הנישואין. בית המשפט האירופי לזכויות אדם העניק בדרך כלל הכשר לחקיקה המחמירה שהובאה בפניו. גם לפני מלחמת העולם השנייה היו במרבית המדינות באירופה אחוזי הגירה גבוהים מאוד. רוב המהגרים ביקשו לברוח מרדיפות במדינותיהם כמו גם לשפר

44 מסקנה זו – מניעה עקרונית של הגירה לצורכי נישואין בעתות של עימות מזוין – עולה גם מעניין שהאין.

45 לפי הפסיקה המקובלת בית המשפט יטה שלא להתערב בשיקולי המחוקק מקום שמדובר בחוק זמני, בהוראת שעה מתוחמת בזמן. ראו בג"ץ 24/01 רסלר נ' בנסת ישראל, פ"ד נו(2) 699, 713; בג"ץ 7111/95 מרכז השלטון המקומי נ' הבנסת, פ"ד נ(3) 485, 494; בג"ץ 726/94 כלל חברה לביטוח נ' שר האוצר, פ"ד מח(5) 441, 486.

46 התיקון לחוק האזרחות והכניסה לישראל הרחיב את החריגים ההומניטריים ברוח זו בנוגע לילדים שגילם מעל 12 שנים. התיקון לחוק אף מאפשר בנסיבות מסוימות הגירה לישראל לצורכי נישואין לתושבות האזור מעל גיל 25 ולתושבי האזור מעל גיל 35. חריגים אלה נעשו מטעמים הומניטריים, הואיל ומדינת ישראל הייתה רשאית, כאמור, לחסום כליל את כניסת תושבי האזור לשטחה בעת העימות המזוין אך החליטה, באופן הומניטרי, למקד את האיטור בקבוצות סיכון ממוקדות יותר.

את איכות חיייהם. מדינות אירופה עודדו ברובן הגירה זו בעיקר בשל אינטרסים כלכליים שבבסיסם ביקוש לכוח אדם עובד זול בתעשיות. עם סיום מלחמת העולם השנייה נוצר מחסור חמור בכוח עבודה לצורך שיקום הריסות המלחמה, ולכן מדינות רבות עודדו עוד יותר הגירה לשטחן. "פתיחת השערים" הובילה לגל הגירה גדול; בשנת 1972 התגוררו במערב אירופה כ-11 מיליון מהגרים וכני משפחותיהם. גל הגירה זה נכלם משמעותית בעקבות משבר הנפט שהתרחש באמצע שנות השבעים ויצר גם מיתון ואחוזי אבטלה גבוה. הייתה זו נקודת מפנה. ממשלות במערב אירופה שינו את מדיניותן והחמירו את תנאי ההגירה לשטחן. במרבית המדינות נקבע כי הגירה לתחומן תתאפשר רק במצב של הגירת מקלט (Asylum) או של הגירה לצורכי נישואין.<sup>47</sup>

בעשורים האחרונים הובחנה הגירה לצורכי נישואין כאסטרטגיה מרכזית להגירה למדינות מודרניות שבהן איכות חיים גבוהה, בעיקר באירופה.<sup>48</sup> בשנת 1999 נמנו ברחבי העולם כ-150 מיליון מהגרים; מהם כ-30% היגרו במסגרת של נישואין ואיחודי משפחות.<sup>49</sup> כחלק ניכר ממדינות אירופה הגירה לצורכי נישואין מהווה כ-80%-90% מסך ההגירה, אם מבודדים את הגירת המקלט (Asylum Seekers).<sup>50</sup> אחרים ניכרים אינם אלא ניצול לרעה של מוסד הנישואין, בעיקר מטעם כלכלי של רצון לשפר את איכות החיים על ידי מעבר למדינה מתקדמת יותר.<sup>51</sup> על רקע זה החמירו מדינות רבות את התנאים להגירת נישואין, כחלק

A. John *Family Reunification for Migrants and Refugees: A Forgotten Human Right?* (Human Right Centre, Coimbra University, 2004) [www.fd.uc.pt/hrc/.working\_papers/arturojohn.pdf]

*Marriage as Immigration Gate: The Situation of Female Marriage Migrants from Third Countries to the EU Member States – Workshop: "Marriage as Immigration Gate"* (Daphne Program, EUROFOR Annual Conference, Berlin, 2003); B. Mullan *The Regulation of International Migration: The United States and Western Europe in Historical Comparative Perspective* (Michigan State University) [www.geschiedenis.leidenuniv.nl/index.php3?c=375]

J. Apap & N. Sitaropoulos "The Right to Family Unity and Reunification of Third Country Migrants in Host States: Aspects of International and European Law" *Proceedings of the First European Congress for Specialist Lawyers in the Area of Immigration and Asylum in Europe* (Brussels, 2002) [www.december18.net/web/general/paper53EurFamilyReunification.pdf]; *Migration in the New Millennium* (Gutersloh, 2000) 20 [http://www.cap.lmu.de/download/2000/migration.pdf]

G. Avci "Immigrant Categories: The Many Sides of One Coin?" *European Journal of Migration and Law* 1 (1999) 199, 203

"The Case for Managed Immigration – Whom to Let in to the Richer Countries and Why" *The Economist* (Oct 31<sup>st</sup> 2002); *Marriage as Immigration Gate, supra* note 48; *The Government's Action Plan for 2003–2005 on Forced, Quasi-forced and Arranged Marriages* (The Danish Government, 15.8.03)



ממדיניות כוללת של פיקוח על הגירה.<sup>52</sup> זכותן של מדינות לקביעת תנאים סלקטיביים ומגבילים להגירה נתפסת כחלק מריבונותן. קיימת הבנה שגם לא במצב של עימות צבאי יש למדינה דמוקרטית אינטרס לגיטימי (כלכלי, תרבותי וכד') למנוע הגירה לא רצויה לשטחה. פטריק וויל (Weil), שבחן במשפט המשווה את סוגיית ההתאזרחות ובה בין השאר את סוגיית הגירת הנישואין, עמד על כך ש-

“Each of the twenty-five chosen countries, which had a provision for the automatic acquisition of citizenship through marriage in its legislation, repealed it within the last forty years. Such was the case in Sweden in 1950, Denmark in 1951, Portugal in 1959, Italy in 1983, Belgium in 1984, Greece in 1984, and Israel in 1996. Moreover, the delays required before a foreign spouse can apply for citizenship have been lengthened”.<sup>53</sup>

הגירה לצורכי נישואין היא כיום אחת הסוגיות המרכזיות על סדר היום במדינות רבות באירופה. גלי הגירה המוניים מאפריקה, מאסיה, מהמזרח התיכון ומדרום אמריקה נכנסו לאירופה בעשור האחרון במסגרת נישואין ואיחודי משפחות.<sup>54</sup> בשבדיה למשל, כ-12% מהאוכלוסייה נולדה מחוץ למדינה; כ-20% הם זרים שהיגרו והתיישבו בשבדיה; לפי תחזיות דמוגרפיות, בשנים הבאות תורכב כ-33% מאוכלוסיית שבדיה מציבור מהגרים.<sup>55</sup> חלק ניכר מהגירה זו (כ-50%) נכנס לשבדיה במסגרת הגירה לצורכי נישואין המותרת לפי החוק השבדי.<sup>56</sup> הגירת נישואין מהווה חלק מרכזי באחוזי ההגירה לא רק בשבדיה אלא ברוב המדינות באירופה. כ-66% מן ההגירה להונגריה באמצע-סוף שנות ה'90 של המאה ה'20 נעשתה במסגרת הגירה לצורכי נישואין. בשווייץ מהווה ההגירה

- 
- 52 לשיטות שונות לפיקוח על הגירה ראו: Mullan, *supra* note 48.
- 53 P. Weil “Access to Citizenship: A Comparison of Twenty Five Nationality Laws” *Citizenship Today: Global Perspectives and Practices* (Washington, T.A. Aleinikoff & D. Klusmeyer eds., 2001) 28
- 54 S. Castles et al. *Migration and Integration as Challenges to European Society: Assessment of Research Reports Carried Out for the European Commission Targeted Socio-Economic Research (TSER) Programme* (Oxford, 2003) [http://www.europakommissionen.dk/upload/application/8c7749aa/indvandring\_kriminalitet\_rapport.doc]
- 55 “Mix and Match: Is a large Flow of Migrants a Good or a Bad Thing?” *The Economist* (Jun 12<sup>th</sup> 2003)
- 56 S. Peers et al. *The Legal Status of Persons Admitted for Family Reunion: a Comparative Study of Law and Practice in Some European States* (Netherlands, 2000) 59 [http://www.coe.int/T/E/Social\_Cohesion/Migration/Documentation/Publications\_and\_reports/Family%20Reunion%20-%20Eng.%20-%20final%20Publication.pdf]

לצורכי נישואין כ-40%-50 מסך המהגרים למדינה. אחוזים דומים ניתן למצוא בצרפת, בהולנד ובאנגליה ואף במדינות מחוץ לאירופה דוגמת ארצות-הברית, קנדה ואוסטרליה.<sup>57</sup> בארצות-הברית מהווה הגירת הנישואין כ-70 מסך ההגירה למדינה; בקנדה 62 מסך ההגירה למדינה.<sup>58</sup> על רקע הנתונים הנ"ל, החקיקה להגבלת הגירה באירופה נעשית בשנים האחרונות ביוזמתן של מפלגות הזרם המרכזי – הדמוקרטי והסוציאלי-דמוקרטי – ואינה עוד כבעבר נחלת חוגים של הימין הפופוליסטי.<sup>59</sup> הנושא הפך לסוגיה מרכזית במערכות בחירות.<sup>60</sup> סוגיית ההגירה לאירופה, ובראשה הגירה לצורכי נישואין, מצויה על סדר היום גם במוסדות האיחוד האירופי.<sup>61</sup>

הגירה לצורכי נישואין הפכה בשנים האחרונות לנושא מרכזי באיחוד האירופי לא רק מבחינה פוליטית אלא גם משפטית. תעיד על כך, בין השאר, העובדה שלאחר עשרות שנים, ולא מעט חילוקי דעות, נחקקו בפרלמנט האירופי ובמועצת אירופה שתי דירקטיבות (Directives) המסדירות את נושא ההגירה לצורכי נישואין באיחוד.<sup>62</sup> האחת, מספטמבר 2003, עוסקת בהגירה לצורכי נישואין של בני משפחת מהגרים חוקיים היושבים באירופה ומקורם ב"מדינות שלישיות" (מדינות שאינן חברות באיחוד).<sup>63</sup> דירקטיבה זו הרחיבה את אפשרות הגירת הנישואין של תושבים במדינת מושבם באירופה;<sup>64</sup> היא פחות רלוונטית

57 *Ibid, ibid*. גם במדינות שבהן אחוז ההגירה לצורכי נישואין מסך כל ההגירה למדינה טרם הגיע לאחוזים כה גבוהים, קיימת עלייה משמעותית בסך ההגירה לצורכי נישואין. כך, למשל, באיטליה עלה בעקביות מספר המהגרים באיחודי משפחות מ-4,232 בשנת 1990, ל-48,450 ב-1998, ועד לכ-400,000 ב-2001 (סך של 28.9% מסך כל המקבלים היתר ישיבה באיטליה). ראו: *Overviews of the Current National Legal Frameworks Guiding the Residence of Female Marriage Migrants in Italy, Spain, Greece, Portugal and France* "Marriage as Immigration Gate: the Situation of Female Marriage Migrants from Third Countries in the EU Member States" (Berlin Institute for Comparative Social Research, Daphne Program – European Commission, 2003); R. Bracalenti *Family Reunification Evaluation Project* (Brussels, 2001). בנובמבר 2001, בנורבגיה הגירה לצורכי נישואין מהווה כ-25 מסך כל ההגירה למדינה. לדוגמה הנורבגית ראו: L. Østby *The Demographic Characteristics of Immigrant Population in Norway* (Oslo, 2002).

58 World Migration 2005, *supra* note 22, at p. 400. הנתונים מעורכנים לשנת 2001.

59 כך בהולנד, בצרפת, באוסטריה, בדנמרק ובנורבגיה. ראו: M. Schain, A. Zolberg & P. Hossay (eds.) *Shadows Over Europe: The Development and Impact of the Extreme Right in Western Europe* (New York, 2000).

60 *Ibid, ibid*.

61 "Huddled Masses, Please Stay Away" *The Economist* (Jun 13<sup>th</sup> 2002); "Huddled Masses: Stay Out" *The Economist* (Jun 21<sup>st</sup> 2002).

62 דירקטיבה היא נורמה בעלת מעמד חוקי והיא תוצר של הליך חקיקתי משותף של הפרלמנט האירופי ומועצת אירופה. בניגוד לחקיקה רגילה, הדירקטיבה קובעת תכלית-על סופית, וכל מדינה יכולה לנקוט אמצעים שונים על מנת להגשימה.

63 Directive 2003/86/EC of the Council of 22 September 2003 on the Right to Family Reunification *O.J. L* 251 (2003) 12 (להלן: Directive 2003/86/EC).

64 סירוב לבקשת הגירה לצורכי נישואין צריך להיות מטעמים מוצדקים כגון סכנה לביטחון הציבור, לבריאות הציבור או למדיניות ציבורית (לרבות מקרים של השתייכות לארגון טרור

למקרה הישראלי הואיל והיא אינה עוסקת בהגירה לצורכי נישואין של אזרחי האיחוד.<sup>65</sup> בסוגיה זו עוסקת הדירקטיבה משנת 2004<sup>66</sup> – שהיא קודיפיקציה של הדין שקדם לה<sup>67</sup> – המעגנת את זכותם של אזרחי האיחוד ובני משפחותיהם לנוע בחופשיות ולהתיישב בכל אחת ממדינות האיחוד.

שתי הדירקטיבות אמנם הרחיבו את האפשרות להגר לצורכי נישואין באיחוד האירופי,<sup>68</sup> אך בה בעת הן אפשרו שיקול דעת רחב למדינות לקבוע תנאים והגבלות סביב אפשרות זו.<sup>69</sup> ואכן, בכמה מדינות הוחמרו משמעותית בשנים האחרונות התנאים לכניסה למדינה במסגרת הגירת נישואין. באנגליה, לאחר שבשנת 2002 הגיע לשיא מספר המהגרים שקיבלו אזרחות בריטית, שמתוכם עשרות אחוזים עשו זאת במסגרת הגירה לצורכי נישואין, החמיר המחוקק את התנאים להגר ולהתאזרח במדינה בשל נישואין עם אזרחים בריטים.<sup>70</sup> התיקון

או לארגון התומך בטרור). טעם נוסף הוא פוליגמיה. מותר להגביל את גיל האישה המהגרת לצורכי נישואין, אך הגיל המקסימלי צריך להיות 21. הגיל המקסימלי להגבלת איחוד במקרה של קטינים הנו 15. מבחינה כלכלית ניתן לדרוש מאדם שרוצה להגר לצורכי נישואין הוכחה שהוא יוכל לפרנס את בני המשפחה ללא פנייה למערכת הרווחה של המדינה. לניתוח סעיפי הדירקטיבה ראו: John, *supra* note 47, at pp. 41–57.

65 הדירקטיבה מסדירה זכויות הגירה לצורכי נישואין של מהגרים חוקיים השוהים באירופה. כל מדינה באירופה יישמה את תכליתה באופן שונה. יצוין כי אנגליה, דנמרק ואירלנד לא הצטרפו לדירקטיבה זו, ולכן לא מחויבות באימוץ הוראותיה.

66 Directive 2004/38/EC of the European Parliament and of the Council of 29 April 2004 on the Right of Citizens of the Union and Their Family Members to Move and Reside Freely Within the Territory of the Member States Amending Regulation (EEC) No 1612/68 and Repealing Directives 64/221/EEC, 68/360/EEC, 72/194/EEC, 73/148/EEC, 75/34/EEC, 75/35/EEC, 90/364/EEC, 90/365/EEC and 93/96/EEC *O.J.* L 158 (2004) 77 (“Directive 2004/38/EC”).

67 לדין הקודם לגבי הגירה לצורכי נישואין באשר לאזרחי האיחוד האירופי ראו בעיקר: Council Directive 68/360/EEC of 15 October 1968 on the Abolition of Restrictions on Movement and Residence Within the Community for Workers of Member States and Their Families *O.J.* L 257 (1968) 13; Regulation (EEC) No. 1612/68 of the Council of 15 October 1968 on Freedom of Movement for Workers Within the Community *O.J.* L 257 (1968) 2.

68 באיחוד האירופי יש להבחין בין שלושה מצבים: הגירה לצורכי נישואין כאשר שני הצדדים הם אזרחי האיחוד האירופי; הגירה לצורכי נישואין כאשר שני הצדדים הם מהגרים באיחוד ובעלי אזרחות זרה; הגירה לצורך נישואין כאשר צד אחד הוא אזרח האיחוד וצד שני הוא מהגר. במקרה הראשון עוסקת הדירקטיבה משנת 2003; בשני האחרים הדירקטיבה משנת 2004.

69 מדינות באירופה מיישמות באופן שונה את תכלית הדירקטיבה; קביעת התנאים להגבלת הגירה לצורך נישואין נותרה בידן.

70 בשנת 2002 קיבלו אזרחות בריטית 120,145 בני אדם, כפול מהממוצע השנתי שהיה במהלך שנות ה'90, מסך כל מקבלי האזרחות 45% קיבלו אזרחות במסגרת הגירה לצורכי נישואין; 29% נישאו לאזרחים בריטים ו-16% למהגרים חוקיים המתגוררים בכריטניה. ראו: K. Mahnkopf & M. Guličová-Grethe “Is Marriage Migration an Immigration Gate? The Situation in the United Kingdom Country Study” *Project:*

לחוק הוסיף על הררישות הכלכליות המחמירות שהיו בין כה,<sup>71</sup> גם רף גיל גבוה יותר. הגיל המאפשר הגירה לצורכי נישואין הועלה מ-16 ל-18, לאחר שהוכח כי כ-20% מהנישואין של אזרחיות בריטיות בגילאי 16-18 הם פיקטיביים ונעשו למטרת עקיפת נהלי ההגירה.<sup>72</sup> בהולנד, לאחר שהגירת נישואין זוהתה כסיבה המרכזית להגירה למדינה, הועלה בדצמבר 2000 הגיל להגירה לצורכי נישואין ל-21 עבור שני בני הזוג, והוחמרו הדרישות הכלכליות (אכיפת החוק היא קפדנית במיוחד).<sup>73</sup> בנובמבר 2004 הוחמרו שוב התנאים ובמיוחד הדרישות הכלכליות.<sup>74</sup> אחת ההצעות כיום היא לחייב לימוד של השפה ההולנדית במדינת המקור, עוד בטרם ההיתר להגירה לצורכי נישואין.<sup>75</sup> באוסטריה נקבע בחקיקה משנת 1993 כי בקשה מתושבים אוסטריים שאינם בעלי אזרחות אוסטרית או אירופית, המבקשים להינשא לבן זוג שאינו אזרח האיחוד, תהיה כפופה למכסות שנתיות (בשנת 2003 עמדה המכסה על 5,490).<sup>76</sup> על מנת להיכנס לרשימת ההמתנה במכסות יש לעמוד בכמה תנאים מחמירים כגון רמת הכנסה גבוהה, מצב בריאותי

---

*Marriage as Immigration Gate: the Situation of Female Marriage Migrants from Third Countries in the EU Member States* (Berlin Institute for Comparative Social Research, Daphne Program – European Commission, 2004).

71 דרישה שבני הזוג יגורו ביחד בקביעות כבעל ואישה ושיוכלו לכלכל את עצמם ואת התלויים בהם, באופן עצמאי וללא תלות במערכת הרווחה. המבקש צריך להוכיח (נטל ההוכחה עליו) כי הנישואין הם כנים ואמיתיים. *Ibid, ibid*.

72 *Ibid, ibid*.

73 M. Guličová-Grethe "Marriage Migration in the Netherlands. Country Study" *Project Marriage as Immigration Gate: the Situation of Female Marriage Migrants from Third Countries in the EU Member States* (Berlin Institute for Comparative Social Research, Daphne Program – European Commission, 2004); "The New Alien's Act" 1 *Immigration Law Bulletin* (2001).

74 רמת ההכנסה המינימלית הדרושה להגירה לצורכי נישואין הועלתה לשכר של 120% משכר המינימום במשק נטו (הגם שחוק השכר בהולנד עוסק בשכר ברוטו), היינו – שכר של למעלה מ-1,300 אירו לחודש בשנת 2004. לכלל זה יש כמה חריגים. ראו: "Conditions for Family Reunification Tightened" 3 *Immigration Law Bulletin* (2004) 1.

75 אחת ההצעות היא שהעלויות על קורסי האינטגרציה ישולמו על ידי בן הזוג המהגר. ראו: Guličová-Grethe, *supra* note 73.

76 בשנת 2003 היו כ-12,000 בקשות תלויות ועומדות הואיל והמכסה הייתה מלאה. הכלל הוא שבקשה שעמדה בכל התנאים והדרישות המקדימות, אך נדחתה בשל מיצוי המכסה השנתית, תידחה לדיון בשנה שלאחר מכן, למכסה החדשה. זמן ההמתנה הממוצע של מהגר המבקש להיכנס לאוסטריה לצורכי נישואין הוא כשלוש שנים; תקופת ההמתנה הממושכת גורמת לא אחת לפרידה של בני הזוג החיים למעשה במדינות שונות. ראו: M. Guličová-Grethe "Marriage Migration in Austria: Country Study" *Project: Marriage as Immigration Gate: the Situation of Female Marriage Migrants from Third Countries in the EU Member States* (Berlin Institute for Comparative Social Research, Daphne Program – European Commission, 2004); *Marriage as Immigration Gate, supra* note 48, at pp. 8-9.

תקין והצגת ביטוח כריאות.<sup>77</sup> ביום 1.1.03 תוקן החוק האוסטרי והוחמרו עוד יותר התנאים להגירה לצורכי נישואין.<sup>78</sup> אדם שאינו אזרח האיחוד ומבקש לקבל היתר ישיבה באוסטריה במסגרת נישואין, צריך לחתום על "הסכם אינטגרציה" המחייב אותו לנקוט כמה צעדים הכרחיים לשם השתלבות בחברה האוסטרית כגון חובה לקחת "קורסי אינטגרציה".<sup>79</sup> אדם שלא יעמוד בחובות אלה ייקנס ולעתים יגורש.<sup>80</sup> לצד זאת, הוחמרו בשנים האחרונות התנאים להגירה לצורכי נישואין במדינות נוספות דוגמת אירלנד,<sup>81</sup> גרמניה<sup>82</sup> וצרפת.<sup>83</sup> אחת המדינות אשר הגבילו באופן משמעותי את האפשרות להגר לצורכי נישואין היא דנמרק. בשנת 2002 נערכה רפורמה חקיקתית בחוק הזרים (The Aliens Act), ששללה, למעשה, את האפשרות להגר לצורכי נישואין והתירה אפשרות לקבל היתר שהייה בדנמרק בשל נישואין עם אדם החי בדנמרק רק בהתקיים כמה תנאים מגבילים.<sup>84</sup> ראשית, שני בני הזוג צריכים להיות מעל לגיל 24; הגירת נישואין בגיל נמוך יותר אינה אפשרית, אף אם מדובר באזרח דני,

- 
- M. Rieder *The So-Called "Integration Agreement" and its Implications* 77  
(Presentation at the 8<sup>th</sup> Metropolis Conference, Vienna, 2003) [http://www.international.metropolis.net/events/8th\_vienna\_conf\_2003/en/WS8.  
[http://www.coe.int/t/E/human\_rights/ecri/1-ECRI/2-; ראו גם: Rieder.pdf]  
.Country-by-country\_approach/Austria/Austria\_CBC\_3.asp#P223\_35185]
- הסיבה העיקרית הייתה העלייה בהיקף ההגירה לצורכי נישואין. 13.9% מסך כל הנישואין 78  
שנערכו באוסטריה בשנת 1998 היו נישואין של אזרחים אוסטריים עם מהגרים וזים  
(Binational marriages); בשנת 2002 המספר עלה ל-23.8%. *Ibid.*
- הללו כוללים חובת לימוד השפה הגרמנית. לתנאי האינטגרציה ראו: *EU and US* 79  
*Approaches to the Management of Immigration – Austria* (Brussels, J.  
.Niessen, Y. Schibel & R. Magoni eds., 2003)
- Ibid.*, *ibid* 80
- G. Thomas & M. Guličová-Grethe "Marriage Migration into the New Country 81  
of Immigration – Ireland. Country Study" *Project: Marriage as Immigration*  
*Gate: the Situation of Female Marriage Migrants from Third Countries in the*  
*EU Member States* (Berlin Institute for Comparative Social Research, Daphne  
.Program – European Commission, 2004)
- M. Guličová-Grethe "Marriage Migration and the Significance of this 82  
Migration: Issue in Germany. Country Study" *Project: Marriage as*  
*Immigration Gate: the Situation of Female Marriage Migrants from Third*  
*Countries in the EU Member States* (Berlin Institute for Comparative  
.Social Research, Daphne Program – European Commission, 2004)
- G. Campani & O. Salimbeni "Marriage Migration in France. Country 83  
Study" *Marriage as Immigration Gate: the Situation of Female Marriage*  
*Project: Migrants from Third Countries in the EU Member States* (Berlin  
Institute for Comparative Social Research, Daphne Program – European  
.Commission, 2004)
- מגבלות אלו חלות על כולם – אזרחים דניים, תושבים, מהגרים ופליטים. ראו: *Report by* 84  
*Mr. Alvaro Gil-Robles – Commissioner for Human Right on his Visit to*  
*.Denmark* (Strasbourg, 2004)

אלא במקרים חריגים.<sup>85</sup> שנית, נקבעו תנאים כלכליים מקדימים שיש לעמוד בהם, ההופכים את אפשרות הגירת הנישואין לקשה במיוחד.<sup>86</sup> שלישית, נקבע כי הזיקות של שני בני הזוג לדנמרק חייבות להיות חזקות יותר מהזיקות של שני בני הזוג למדינה אחרת<sup>87</sup> (The Affiliation Requirement).<sup>88</sup> רביעית, טרם ההיתר להגירה לצורכי נישואין בני הזוג צריכים להוכיח את כנות הנישואין ואמיתותם, למשל על ידי הוכחת קשר קבוע במגורים משותפים במשך 18 חודשים לפחות.<sup>89</sup> נטל ההוכחה מוטל על שכמי המבקש היתר להגירת נישואין. המישיית, אדם שעמד בכל התנאים יקבל היתר של תושב ארעי לשנה, שיוארך כמדי שנה אם המשיך לעמוד בתנאים, ורק לאחר שבע שנים שבהן הוכיחו בני הזוג קשר יציב וקבוע משותף ניתן להעניק לבן הזוג מעמד של תושב קבע. מגבלות אלו ואחרות הוטלו בעיקר בשל הרצון לפקח על ההגירה במסגרת נישואין ואיחוד משפחות,<sup>90</sup> שהיוותה רוב מאחוזי המהגרים לדנמרק ונוצלה לעתים לרעה. ואכן, מאז שנכנסה הרפורמה לתוקפה ביולי 2002 אחוז המבקשים להגר לצורך נישואין בדנמרק פחת משמעותית. בין השנים 2001–2004 נרשמה ירידה עצומה (65%) במספר הבקשות להגירה לצורך נישואין; בשנת 2001 הוגשו

85 העלאת הגיל המינימלי, שעד אז עמד על 18, נועדה למנוע "נישואי-כפייה" שמטרתם להונות את רשויות ההגירה: "The Underlying Rationale Was that the Older the Spouses Become, the Less Vulnerable They are to Family Pressure to Accept Being Married to a Person Selected for Marriage by the Families of the J.V. Hansen "Prospective Spouses" Report: Focus on Ethnic Inequality in Denmark (2<sup>nd</sup> ed., 2005) 21, 22.

86 כך, למשל, אורח דני שנתמך כלכלית על ידי המדינה לא יכול לאפשר הגירת בן הזוג לדנמרק בתהליך של נישואין. בנוסף, נדרש מתן ערבות של כ-51,600 דנמרק כדי לכסות עלויות ציבוריות למימון בן/בת הזוג. אי-אפשר להכניס נתמכים כלכלית.

87 לפי ס' 9(ו) לחוק הורים הדני, "Unless exceptional reasons make it inappropriate, a residence permit under subsection (1)(i) can only be issued if the spouses' or the cohabitants' aggregate ties with Denmark are stronger than the spouses' or the cohabitants' aggregate ties with another country": Aliens (Consolidation) Act, Consolidation Act No. 685 of 24 July 2003. בשל הביקורת על התנאי הוסף בשנת 2003 תיקון לחוק הקובע כי תנאי זה יתקיים במידה ובן הזוג שנמצא בדנמרק מחזיק באזרחות דנית יותר מ-28 שנים. אורח זר, או אדם שהתאזרח ונולד בדנמרק או הגיע אליה בגיל צעיר, יהיה אף הוא פטור מתנאי זה באם גר בדנמרק במשך 28 שנה ברציפות. כך, למשל, אורח שהגיע לדנמרק בגיל 8 יוכל לאפשר לבת זוגתו להגר לדנמרק (בתנאי שעמד בשאר התנאים) בגיל 36.

88 מבין הפקטורים שנבחנים ניתן לציין את אלה: משך הזמן שבו בני הזוג חיים בדנמרק, האם יש קשרי משפחה בדנמרק, האם יש ילדים בדנמרק, האם יש קשרים עסקיים בדנמרק, האם למדו בדנמרק, מידת השליטה בשפה הדנית, וכנ"ל לגבי בחינת מידת הזיקות של בני הזוג למדינה אחרת. Marriage as Immigration Gate, *supra* note 48, at pp. 25–26.

89 תנאים נוספים לקביעת כנות הנישואין הם: האם בני הזוג חיו בעבר במגורים משותפים; האם בני הזוג דוברים את אותה השפה; האם יש הבדל משמעותי בגיל של בני הזוג; מהי מידת ההיכרות של בני הזוג בטרם הנישואין; היש נישואין קודמים (למשל, האם האזרח הדני היה נשוי בעבר למהגרת זרה). Marriage as Immigration Gate, *supra* note 48, at p. 25.

90 התכלית הברורה של החוק הייתה להפחית את מספר הנכנסים והמתיישבים בדנמרק במסגרת נישואין לאזרחים דניים.

15,370 בקשות, ואילו בשנת 2004 הוגשו רק 5,383 בקשות.<sup>91</sup> אלא שבשנת 2004 הוגבלה שוב האפשרות להגר לצורכי נישואין – גיל הקטינים הרשאים להתאחד עם משפחתם הורד מ־18 ל־15.<sup>92</sup> חרף ביקורת שנמתחה על החקיקה הדנית במועצת אירופה ובדנמרק,<sup>93</sup> לא בוטלה החקיקה ואף הוחמרה. תרשים 1 להלן מסכם חלק מן המגבלות שהוטלו על הגירה לצורכי נישואין וקבלת אזרחות בדנמרק ובמדינות נוספות.

תרשים 1: מדיניות הגירה בדנמרק ובמדינות נוספות<sup>94</sup>

סימון הצבעים ממחיש האם מדיניות ההגירה במדינות הנבחרות היא – מגבילה יותר מדנמרק (כמו בדנמרק (בערך) פחות מגבילה מדנמרק								
פינלנד	קנדה	בריטניה	איטליה	גרמניה	הולנד	שבדיה	דנמרק	
							תנאים להגירה לצורכי נישואין:	
כמו בדנמרק + הגדרה רחבה יותר במקרים מסוימים	כמו בדנמרק + הגדרה רחבה יותר במקרים מסוימים	כמו בדנמרק + הגדרה רחבה יותר במקרים מסוימים	כמו בדנמרק + הורים במקרים מסוימים	כמו בדנמרק	כמו בדנמרק + הורים מיוחדים	כמו בדנמרק + הגדרה רחבה יותר במקרים מסוימים	בעל/ אישה או בן/בת זוג	הוכאים: מי זכאי להגירה לצורכי נישואין?
אין דרישה	16 ו־18 שנים בהתאמה	16 ו־18 שנים בהתאמה	אין דרישה	אין דרישה	18 שנים עבור שני בני הזוג	18 שנים עבור שני בני הזוג	24 שנים עבור שני בני הזוג	הגיל המינימלי לצורך איחוד עם בן/בת הזוג
יש	אין	אין	אין	אין	אין	אין	יש	תנאים כאשר לזיקות הנדרשות למדינה לשם הגירה לצורכי נישואין

91 Extract of Statistical Overview 2004 (Danish Immigration Service, 2005) 10–13; Applications for family reunification [www.udlst.dk/english/Statistics/familyreunifapplications.htm]

92 Hansen, *supra* note 85. מגבלת גיל דומה קיימת גם באוסטריה, שבה אושרה חוקתיותה על ידי בית המשפט החוקתי. ראו: [http://codices.coe.int] AUT-2002-3-003. יצוין כי המחוקק האוסטרי אף הוריד לאחורונה את רף הגיל ל־14.

93 Report by Mr. Alvaro Gil-Robles, *supra* note 84

94 מקור: Immigration and Integration Policies in Denmark and Selected Countries (Ministry of Refugee, Immigration and Integration, Denmark, 2004) 7 [http://www.inm.dk/imagesUpload/dokument/Immigration%20and%20Integration%20Policies%20in%20Denmark%20and%20Selected%20Countries.pdf]



## תרישים 1 (המשך)

סימון הצבעים ממחיש האם מדיניות ההגירה במדינות הנבחרות היא - מגבילה יותר מדנמרק כמו בדנמרק (בערך) פחות מגבילה מדנמרק								
פינלנד	קנדה	בריטניה	איטליה	גרמניה	הולנד	שבדיה	דנמרק	
מתחת לגיל 18	מתחת לגיל 22	מתחת לגיל 18	מתחת לגיל 18	מתחת לגיל 16	מתחת לגיל 18	מתחת לגיל 18	מתחת לגיל 18	הגבלת גיל עבור ילדים לצורך איחוד משפחות
דרישה ליכולת מימון עצמאית	דרישה ליכולת מימון עצמאית למשך לפחות 3 שנים	דרישה ליכולת מימון עצמאית למשך שנתיים	דרישה ליכולת מימון עצמאית	דרישה ליכולת מימון עצמאית	דרישה ליכולת מימון עצמאית	אין דרישות	דרישה ליכולת מימון עצמאית למשך 7 שנים + ערבות בנקאית	דרישות כלכליות
שנתיים	באופן מדי	לעתים מיד ולעתים לאחר 2-6 שנים	לעתים מיד ולעתים לאחר 5 שנים	לעתים מיד ולעתים לאחר 8-5 שנים	3-5 שנים	לעתים מיד ולעתים לאחר שנתיים	7 שנים, לאלו שנקלטו היטב 5 שנים	התקופה הנדרשת למהגרים במדינה על מנת לקבל מעמד של תושב קבע
								תנאים לקבלת אזרחות:
יש	יש	יש	אין	אין	יש	יש	אין	זכות כללית לאזרחות כפולה
6 שנים	3 שנים	5 שנים	10 שנים	8 שנים	5 שנים	5 שנים	9 שנים	התקופה הנדרשת בדרך כלל למגורים במדינה לפני קבלת האזרחות
יש	יש	יש	אין	יש	יש	אין	יש	דרישות לדיעת השפה והבנת התרבות והחברה

בית המשפט האירופי לזכויות אדם העניק במשך שנים גיבוי לזכותן של המדינות להגביל הגירה עקב נישואין; פסיקתו משקפת גישה שלפיה למדינות ריבוניות לנהל את מדיניות ההגירה שלהן לפי שיקול דעתן ותוך קביעת מגבלות ותנאים שונים.<sup>95</sup> אחד המקרים הראשונים שנדונו בהקשר זה היה בפסק דין ותנאים שונים.<sup>95</sup> *Abdulaziz Cobales and Balkandali v. U.K.*<sup>96</sup> באותו עניין נדחתה בקשתן של שלוש מהגרות חוקיות, בעלות היתר לישיבת קבע באנגליה, להתאחד עם בני זוגם. הטיעון המרכזי של הרשויות באנגליה היה שאין להן זכות להקים את משפחתן דווקא באנגליה. הואיל וכל אחת מהן יכולה בפועל לחיות עם בן זוגה במדינת המקור של בן זוגה (פורטוגל, פיליפינים וטורקיה, בהתאמה), אזי יש לראות את בקשת העותרות כדרישה להקים משפחה דווקא במדינה מסוימת ולא דווקא להקים משפחה בכלל. מנגד טענו העותרות כי בקשתן היא להכיר בזכותן להקים משפחה במדינה שבה הן אזרחיות ותושבות. בית המשפט לא הכיר בזכות מפורשת להגירה לצורכי נישואין, והגם שביקר מסיבות שונות את החלטת הרשויות באנגליה, הוא לא פסל את התקנות שמכוחן ניתנה ההחלטה.<sup>97</sup> בית המשפט בחן את הסוגיה לא רק מנקודת המבט של זכות העותרות להקים משפחה אלא גם מנקודת המבט של דיני ההגירה, בהותירו שיקול דעת רחב למדינה. לבסוף פסק בית המשפט לטובת הממלכה המאוחדת (בריטניה).<sup>98</sup>

בעניין *Abdulaziz* קבע בית המשפט שיקולים עקרוניים שיש להתחשב בהם בסוגיה מעין זו. חלק מן השיקולים קשורים במדיניות ההגירה של מדינה ובתנאי ההגירה שהיא מציבה, חלקם האחר שיקולים אוניברסליים וחלקם נסיבתיים ופרטניים.<sup>99</sup> שיקול מרכזי מבין אלו הוא אם למבקש להגר לצורכי נישואין יש אפשרות לעשות זאת במדינה אחרת, ואם התשובה חיובית – האם מדינה זו היא בעלת רקע תרבותי וחברתי דומה. למעשה, מפסק דין זה, ומפסקי הדין שלאחריו, ניתן להצביע על רמות שונות של חומרה הקיימות בהגבלה על הגירה לצורכי נישואין. הדרגה החמורה ביותר היא כאשר פלוני, המבקש לאפשר לבן זוגו להגר בשל נישואין, אינו יכול לממש את זכותו במדינתו של בן זוגו. כך, למשל, כאשר פלוני "מבוקש" במדינה זו מטעמים פוליטיים ויש סכנה לחייו או לחירותו אם ייכנס אליה. כך גם במקרה שפלוני אינו יכול לעזוב את מדינתו בשל סיבות רפואיות.<sup>100</sup> במצב זה יש נטייה שלא לסרב לבקשתו. דרגה חמורה פחות היא במצב שבו לפלוני, המבקש לאפשר לבן זוגו להגר בשל נישואין, יש אלטרנטיבה לממש את זכותו להקים משפחה ולהתאחד במדינה של בן זוגו, אלא שמימושה

95 ראו בהרחבה: John, *supra* note 47.

96 *Abdulaziz Cobales and Balkandali v. U.K.*, (1985) 7 E.H.R.R. 471 (להלן: עניין *Abdulaziz* או *Abdulaziz case*).

97 אחת הנשים (Mrs. Balkandali) קיבלה בשנת 1979 אזרחות בריטית לאחר שנישאה לאזרח בריטי. ואולם בית המשפט האירופי לזכויות אדם לא נתן משקל מיוחד להיותה אזרחית וערך הבחנה בין אזרחים ילידים לבין אזרחים שלא נולדו – הם או הוריהם – בכריטיניה, ולכן לדירו זיקותיהם של האחרונים למדינה חלשות יותר. *Abdulaziz case*, *supra* note 96, at pp. 87–88.

98 John, *supra* note 47, at pp. 11–19.

99 *Ibid*, at pp. 16–17.

100 ראו למשל: *Gul v. Switzerland*, (1996) 22 E.H.R.R. 93 ECHR (להלן: עניין *Gul*).

כרוך בקשיי שפה, תרבות, עיסוק וכד'. במצב זה יגבר בדרך כלל האינטרס של פלוני שכן זוגו יהגר למדינתו בשל נישואין על פני אינטרס המדינה במניעת הגירה לא רצויה.<sup>101</sup> דרגה חמורה פחות ניתן לראות במצב שבו לפלוני, המבקש לאפשר לבן זוגו להגר בשל נישואין, יש אלטרנטיבה ראלית לממש את זכותו להקים משפחה ולהתאחד במדינה של בן זוגו, מדינה שהוא דובר את שפתה, קרוב לתרבותה ובעל זיקות אליה. למשל, אזרח בריטי ממוצא טורקי, הדובר טורקית ומבקר מעת לעת בטורקיה ובעל זיקות תרבותיות ודתיות למדינה, המבקש להקים משפחה עם אזרחית טורקית.<sup>102</sup> במצב זה יש נטייה להעדיף את אינטרס המדינה במניעת הגירה לא רצויה על פני אינטרס הפרט להגר בשל נישואין. חלק מפקסי דין אלה ותוצאותיהם קשים ביותר, אך הם מצביעים על כך שהאפשרות להגר לצורך נישואין מוגבלת מאוד במשפט האירופי, שבו כידוע אין מדובר בעימות לאומי וצבאי בדומה לזה שבמדינת ישראל.

במהלך השנים העניק בית המשפט האירופי עליונות לאינטרס המדינה במניעת הגירה לא רצויה לשטחה על פני אינטרס הפרט בהגירה לצורכי נישואין.<sup>103</sup> כך בעניין *Abdulaziz*, כך גם בפסקי דין נוספים כגון עניין *Gul* – שבו הועדף אינטרס המדינה הגם שהמקרה השתייך לדרגת החומרה הראשונה של היעדר אלטרנטיבה למימוש האפשרות להקים משפחה במדינתו של בן הזוג,<sup>104</sup> ופסק דין *Ahmut v. the Netherlands*<sup>105</sup> – שבו העדיף בית המשפט האירופי את אינטרס המדינה במניעת הגירה לא רצויה על פני אינטרס הפרט באיחוד משפחות במקרה קשה במיוחד. באותו עניין ביקש מהגר חוקי ממרוקו המתגורר בהולנד ומחזיק באזרחות דנית להתאחד עם בנו היחיד בן תשע שחי במרוקו, לאחר שאמו נהרגה בתאונת דרכים וסבתו הייתה חולה מכדי לטפל בו. בית המשפט פסק כי העובדה שהאב מחזיק באזרחות מרוקנית (לצד הדנית), הזיקות התרבותיות והלשוניות של האב ובנו למרוקו, החזקות יותר מזיקות שני הצדדים להולנד, קיומה של משפחה נוספת במרוקו, והעובדה שהאב עזב במודע את בנו במרוקו בעת שהיגר להולנד, מהווים בסיס מספק להגבלת איחוד המשפחה שבין האב לבנו. ברוב המקרים היה בית המשפט האירופי מוכן להגן על האפשרות להגר לצורכי נישואין ואיחוד משפחות רק אם המבקש הוכיח כי זוהי האופציה היחידה עבורו להקים משפחה וכי אין לו אלטרנטיבה במדינה אחרת. נטייתו היא להעדיף את אינטרס הפרט ככל שמדובר בבקשה לאיחוד עם משפחה קיימת שהמבקש נאלץ לעזבה בשל אילוצים שלא היו בשליטתו (Pre Existing

101 השוו לבג"ץ 802/79 סמרה נ' מפקד אזור יהודה ושומרון, פ"ד (4) 1. בעניין זה נעטר בג"ץ, באופן חריג, לבקשה לאיחוד משפחה של פלסטינית מיהודה ושומרון (וארבעת ילדיה) עם בעלה – פלסטיני שהתגורר בגרמניה. במנות את השיקולים שהובילו למסקנתו מצוין השופט ברק, כשיקול מרכזי, את העובדה שגרמניה "אינה ארץ ערבית [...] והורה להם בתרבותה ומנהגיה". שם, בע' 5.

102 למקרה דומה ראו: *Abdulaziz case*, *supra* note 96.

103 אך ראו לאחרונה פסיקה שייכתן ומסמנת כיוון שונה: *Sen v. The Netherlands*, (2003) 36 E.H.R.R. 7 ECHR.

104 *John*, *supra* note 47, at pp. 21–24.

105 *Ahmut v. The Netherlands*, (1977) E.H.R.R. 62 ECHR.

Family or Family Reunification) ופחות כשמדובר בייסוד משפחה חדשה (Newly Founded Family or Family Formation).<sup>106</sup> גם כללי המשפט הבין-לאומי אינם מקימים זכות להגירה לצורכי נישואין. המשפט הבין-לאומי מכיר אמנם בחשיבות הזכות להקים משפחה, כמו גם בחשיבות הזכות של משפחה שלא להיות מופרדת על ידי גירוש, אך אין במשפט הבין-לאומי שום זכות מפורשת וקונקרטית היוצרת חובה פוזיטיבית על מדינה לאפשר הגירה לשטחה לצורכי נישואין, גם בעתות של שלום. ארתורו ג'ון (John), במחקרו שהוקדש לסקירת נושא זה במשפט הבין-לאומי והאירופי, מסכם כי:

“[T]his recognition has not been translated into an effective and enforceable right to family reunification at the international or regional level [...] both by States and Courts [...] worded more as a principle, an ideal rather than a concrete right, family reunification appears to be relegated to a lower tier of international and regional texts. A 1999 ILO report in fact affirmed that the States: ‘are not bound by any provision of international law to guarantee family reunification’. [...] In all the international instruments adopted, States have opposed any recognition of a right to family reunification that might be considered to substantially curb States’ sovereign right to control who may enter or settle in its territory. [...] No Government wished to find itself shackled to a precise and enforceable standard of family reunification rights that would impede on the State’s sovereign right to control who entered and settled on its territory”.<sup>107</sup>

מסקנה דומה עולה גם מדו"ח מקיף שפורסם על ידי מוסדות האיחוד האירופי, לסיכום פרויקט מחקרי רחב שבחן היבטים משפטיים בסוגיית הגירת הנישואין בכל מדינות האיחוד ובמשפט האירופי. מחברי הדו"ח סוקרים את המדיניות בנושא הגירה לצורכי נישואין ואת ההגבלות המשפטיות בנושא זה במשפט האירופי ומציינים כי:

“The larger context of family reunification may be construed as posing the issue of national sovereignty – the right of the nation-state to define who it lets in – against that of the universal right to live with one’s

John, *supra* note 47, at pp. 20–22 106

*Ibid.*, at pp. 2, 3, 6, 10 107  
המחבר מדגים כיצד כל מסמך בין-לאומי המעניק לכאורה אפשרות זו מסייגה מיד או קובע תנאים ומגבלות שמרוקנים אותה מתוכן. זהו עניין למדיניות ובמסגרת ריבונותן. זהו איראל ושאפה הומניטרית יותר מאשר חובה משפטית.

family [...] Although international documents endorse family rights, none of the declarations establishes an explicit right to family reunification [...] The second area of international law, which may be conflictual with the principle of universal family reunification, refers to the precedence of State sovereignty".<sup>108</sup>

למסקנה דומה הגיע בג"ץ בעניין שהאין. בבחנו את עקרונות המשפט הבין-לאומי באשר לשאלה אם קיימת זכות ל"איחוד משפחות", הסיק הנשיא שמגר כי "אכן קיימת לפי האמנות חובה לכבד זכויות משפחה", אך לדירו "בכל אלה אין אזכור ולו ברמז של כללים המתייחסים לנושא כגון זה שבפנינו" (זכות לאיחוד משפחות – א.ר. ול.א.).<sup>109</sup>

נסכם: פיקוח על הגירה לצורכי נישואין ואיחוד משפחות הנו אחד הנושאים המרכזיים שעל סדר היום באירופה בשנים האחרונות. ניכר כי המגמה ברוב המדינות באירופה היא להגביל משמעותית את האפשרות להגר למדינה לצורכי נישואין ואיחוד משפחות. יש לכך טעמים רבים: כלכליים, תרבותיים וביטחוניים. בית המשפט האירופי לזכויות אדם נתן עד כה הכשר לחקיקה זו במדינות השונות. וכל זאת ללא מתיחות או סכסוך לאומי.

## ד. פיקוח על הגירה ורוב יהודי

מדינה יהודית – מה משמעותה? האם משמעות זו כוללת בין "מאפייניה הגרעיניים" גם רוב יהודי? על שאלה זו השיבו לאחרונה, במפורש, שלושה משופטי בית המשפט העליון (שאליהם הצטרפו שופטים נוספים), תשובה חיובית. נפסק כי המאפיינים המינימליים – שאין בלתי – של קיום מדינה יהודית כוללים, בין היתר, ובעיקר, תנאי מרכזי של "רוב יהודי במדינת ישראל".<sup>110</sup> עמד על כך נשיא בית המשפט העליון, ברק, בציינו:

"רבות הן המדינות הדמוקרטיות. רק אחת מהן היא מדינה יהודית. אכן, טעם קיומה של מדינת ישראל הוא בהיותה מדינה יהודית.

*Family Reunification Evaluation Project* (Final Report, The European Commission: Targeted Socio-Economic Research, Brussels 2004) 21–22

109 עניין שהאין, לעיל הערה 39, בע' 209–210. הנשיא שמגר בוחן את האמנות הבאות: ההכרזה האוניברסלית לזכויות האדם (1948); ההכרזה האמריקנית על זכויות וחובות האדם (1948); האמנה הבין-לאומית לזכויות אזרחיות ופוליטיות (1966); מגילת הזכויות האירופית לזכויות אדם וחירויות יסוד (1950); המגילה האירופית החברתית (1961); האמנה האמריקנית לזכויות אדם (1969); מגילת הזכויות האפריקנית לזכויות אדם (1981). בחינה זו עסקה בזכות להגירה לצורכי נישואין של תושבי חוץ אל אזור יהודה ושומרון, להבדיל מזכותם של אזרחי ישראל לאפשר הגירה לישראל, אך כללם של דברים יפה גם לענייננו.

110 בג"ץ 11280/02 ועדת הבחירות המרכזית לבחירת הששיעשרה נ' ח"כ טיבי, פ"ד (4) 1, 101 (להלן: עניין טיבי). עניין הרוב היהודי כמאפיין גרעיני נקבע, במפורש, על ידי

אופי זה מרכזי הוא לקיומה, והוא – כדברי השופט מ' חשין בפני ועדת הבחירות המרכזית – 'אקסיומה' של המדינה. יש לראות בה 'עקרון יסוד של משפטנו ושיטתנו' [...] מה הם אפוא המאפיינים ה'גרעיניים' המעצבים את הגדרת המינימום של היות מדינת ישראל מדינה יהודית? מאפיינים אלה הם בעלי היבט ציוני ומורשתי גם יחד. [...] במרכז עומדת זכותו של כל יהודי לעלות למדינת ישראל, שהיהודים יהוו בה רוב" (ההרגשות שלנו – א.ר. ול.א.).<sup>111</sup>

ייתכן ויכוח אם התנאי של רוב יהודי הוא תנאי הכרחי או מספיק, אך ברור כי ללא רוב יהודי מדינת ישראל תתקשה לשמור על שני יעדיה: להיות דמוקרטית ולשמש ביתו הלאומי של העם היהודי. העיקרון שנקבע בחוקי-היסוד משנת 1992 – חוקי-יסוד: כבוד האדם וחירותו וחוקי-יסוד: חופש העיסוק – מבוסס על שתי הנחות יסוד: ראשית, לעם היהודי יש זכות להגדרה עצמית ולעצמאות ומדינת ישראל היא המימוש של זכות זו; שנית, ישראל צריכה להיות בעלת משטר דמוקרטי. ברור ששילוב זה של מדינה יכול להתקיים רק כשיש במדינה רוב יהודי. במובן זה גם מאפייני היסוד של ישראל – כמו שם המדינה "ישראל", הכרזת העצמאות כמסמך מייסד, סמלי המדינה, עברית כשפה רשמית מרכזית וזכותו המועדפת של כל יהודי לעלות לישראל – מותנים בקיומו של רוב יהודי. בהינתן ההנחה הנורמטיבית כי מדינה יהודית פירושה בין השאר רוב יהודי, עולה השאלה אם מדינת ישראל רשאית לנקוט צעדים כדי לשמר את הרוב הזה.<sup>112</sup> ככלל, לרוב לאומי יש זכות לשמור על עצמו, אחרת העם שבו מדובר עלול לאבד את עצמאותו הלאומית.<sup>113</sup> זכות זו נובעת ישירות מריבונותה של המדינה ומן המשמעות הבסיסית ביותר של זכות היסוד להגדרה עצמית של עם.<sup>114</sup> היא הוכרה גם על ידי האו"ם והקהילה האירופית, למשל בתכנית השלום שהוצעה לאחרונה לפתרון הסכסוך באי קפריסין, שבה שימור יציבות דמוגרפית הוא יעד מפורש ולגיטימי גם תוך הגבלת הגירה של קבוצה לאומית מסוימת.<sup>115</sup>

השופטים ברק, טירקל ושטרסברג-כהן. זוהי הפעם הראשונה שעניין זה נקבע בבג"ץ. בעבר הייתה התבטאות של השופט ד' לוין כי מדינה יהודית פירושה גם רוב יהודי אך הייתה זו אמרת אגב. ראו ע"ב 2/88 בן שלום נ' ועדת הבחירות המרכזית לכנסת השתיים-עשרה, פ"ד מג(4) 221, 248.

111 עניין טיבי, לעיל הערה 110, בע' 21–22.

112 איננו נכנסים לשאלה הסבוכה כאשר לרוב המינימלי הכרחי לקיומה של ישראל כמדינה יהודית ודמוקרטית.

113 א' מרגלית ומ' הלברטל "ליברליזם והזכות לתרבות" רבית-רבנותיות במדינה דמוקרטית ויהודית: ספר הזיכרון לאריאל רוזן-צבי ז"ל (מ' מאוטנר, א' שגיא ור' שמיר עורכים, תשנ"ח) 93, 103–104. ההצדקה לשימור רוב הומוגני על ידי חוקי הגירה ואזרחות מותנית בהענקת זכויות מיוחדות לשימור המיעוט ותרבותו.

114 ראו דיון אצל ג' כרמי חוק השבות – זכויות הגירה וגבולותיהן (תשס"ד) 31–33.

115 התכנית שגובשה על ידי מוזכ"ל האו"ם והקהילה האירופית לשלום בקפריסין, ונתקבלה על ידי הצד הטורקי אך נדחתה על ידי הצד היווני, מציעה כי קפריסין תאוחד למדינה אחת כקונפדרציה, ובה יישמר רוב טורקי בחלק הטורקי של האי ורוב יווני בחלק היווני של האי. הגם שבאיחוד האירופי יש חופש תנועה מלא לאזרחי האיחוד, הצורך בשימור יציבות ואיזון דמוגרפי נתפס כתכלית עילאית שיש להשיגה, גם במחיר של הגבלת הגירה וחופש התנועה

הזכות לשמור על רוב יהודי נובעת מזכותו הטבעית של העם היהודי להגדרה עצמית; והו טיעון של קל וחומר – אם לעם היהודי זכות להקים מדינה יהודית ובה רוב יהודי ברור כי עומדת לו גם זכות לשמר רוב זה.<sup>116</sup> פרשנות זו של זכות ההגדרה העצמית של עם אינה חריגה מבין אומות העולם.<sup>117</sup> במקרה של העם היהודי זו זכות בעלת עצמה מיוחדת נוכח היסטוריית רדיפות יהודים מוכחת ששיאה בשואה.<sup>118</sup> זכות זו ניתנת להצדקה גם באמצעות הטיעון התרבותי באשר לזכות הרוב לשמר את מתכונתו התרבותית,<sup>119</sup> ונוכח העובדה שאין בנמצא מדינה יהודית אחרת שתרבותה ולשונה היא עברית. זכותו של העם היהודי להגדרה עצמית במדינה שבה הוא יהווה רוב מוצדקת מטעם נוסף – הסכסוך הישראלי-פלסטיני.<sup>120</sup> הרציונל המרכזי של חלוקת הארץ לשתי מדינות – מדינה יהודית ישראלית לצד מדינה ערבית פלסטינית – משמעו כי לשני העמים תהיינה שתי מדינות שבהן תמומש זכותם להגדרה עצמית;<sup>121</sup> מדינת לאום יהודית לצד מדינת לאום פלסטינית. במדינות אלו יישמר באופן לגיטימי רוב יהודי לצד רוב פלסטיני, חוק שבות יהודי לצד חוק שיבה פלסטיני.<sup>122</sup>

השאלה היא אפוא מהם האמצעים הלגיטימיים שמדינה דמוקרטית רשאית לנקוט על מנת לשמר רוב יהודי. לדירנו יש להבחין בין שלושה מצבים עיקריים

- של אזרחי יוון, החברה באיחוד האירופי. התכנית מציעה להגביל הגירה של יוונים לחלק הטורקי, ושל טורקים לחלק היווני, הן כלפי אזרחים יוונים וטורקים שמוחזק לקפריסין והן כלפי יוונים וטורקים שבתוך חלקי האי השונים. ראו: C. Palley *An International Relations Debacle: The U.N. Secretary-General's Mission of Good Offices in Cyprus 1999-2004* (2005).
- 116 *Ibid.*, ibid ח' גנו "לאומיות והגירה" רביתרבותיות במדינה דמוקרטית ויהודית: ספר הויתרון לאריאל רוזן-צבי ז"ל, לעיל הערה 113, בע' 341, 354-356.
- 117 א' יעקובסון וא' רובינשטיין ישראל ומשפחת העמים – מדינת לאום יהודית וזכויות האדם (תשס"ג).
- 118 שם, בע' 414-426; א' ב' יהושע "בין זכות לזכות" בזכות הנורמאליות: המש מסות בשאלות הציונות (תש"ס) 75; ר' גביוון "המדינה היהודית: הצדקה עקרונית ודמותה הרצויה" תבלת יג (תשס"ג) 50, 55; מרגלית והלברטל, לעיל הערה 112, בע' 104; כרמי, לעיל הערה 114, בע' 37-46, 51-55.
- 119 כרמי, לעיל הערה 114, בע' 86-96. וראו גם, ברוח זו, בג"ץ 1031/93 פסרו (גולדשטיין) נ' שר הפנים, פ"ד מט(4) 661, 705.
- 120 ח' גנו סבור כי ההצדקה המרכזית לשימורה של מדינת הלאום היהודית שבה רוב הגמוני יהודי מצויה בסכסוך הישראלי-פלסטיני. רוב יהודי נחוץ לשימור ההגדרה העצמית היהודית לאור החשש הביטחוני שמקורו בסכסוך במזרח התיכון. הצדקה זו, לדיר, מוגבלת הן עניינית – רק לשימור רוב יהודי ועצמה צבאית יהודית, והן בציר הזמן – עד ליצירת יחסי אמון בין הצדדים. ח' גנו מריכארד ואגנר עד זכות השיבה: ניתוח פילוסופי של בעיות ציבור ישראליות (2005).
- 121 לפי גישה זו יש הצדקה להעדרת בני לאום אחד בהגירה למדינה על פני בני לאום אחר, מקום שבו בני הלאום האחר זוכים להערפה דומה במדינת האם שלהם. לכן הקמת מדינה פלסטינית תגביר את ההצדקה לשימור רוב יהודי, למשל על ידי חוקי הגירה דוגמת חוק השבות, תש"י-1950 (להלן: "חוק השבות"). ראו ח' גנו "חוק השבות והפליה מתקנת" עיוני משפט יט (תשנ"ה) 683, 693-695.
- 122 הססמה "יהודית ודמוקרטית" הועלתה לראשונה, בעיקר בהקשר זה, על ידי תנועת "שלום עכשיו" ותנועות שמאל בטענה שארץ ישראל השלמה אינה יכולה לקיים שני תנאים מצטברים אלה וכי מכאן, בין היתר, נובע הצורך בחלוקת הארץ.



רלוונטיים: אמצעים המכוונים כלפי אזרחי המדינה בתוך המדינה, אמצעים המכוונים כלפי הגירה ומהגרים, ואמצעים המכוונים לרכישת אזרחות בשל הגירה למדינה לצורכי נישואין. כבג"ץ 6698/95 קעדאן נ' מינהל מקרקעי ישראל,<sup>123</sup> התווה נשיא בית המשפט העליון, אהרון ברק, את גבולות האמצעים הלגיטימיים בציינו:

"מדינת ישראל היא מדינה יהודית אשר בתוכה חיים מיעוטים, ובהם המיעוט הערבי. כל אחד מבני המיעוטים החיים בישראל נהנה משוויון זכויות גמור. אמת, מפתח מיוחד לכניסה לבית ניתן לבני העם היהודי (ראו חוק השבות [תש"י-1950]), אך משמצוי אדם בבית כאזרח כדין, הוא נהנה מזכויות שוות כמו כל בני הבית האחרים."<sup>124</sup>

באשר למצב הראשון – נקיטת אמצעים על ידי המדינה כלפי אזרחי המדינה, אין ספק כי כל אמצעי המפלה בין אזרחי ישראל על בסיס של גזע, דת, לאום וקריטריונים נוספים, הן ככלל והן על מנת לשמר רוב יהודי, הנו אמצעי פסול. כך, למשל, פגיעה בזכויות פוליטיות כגון הזכות לבחור ולהיבחר, או פגיעה בזכויות חברתיות כגון אי-הענקת קצבאות והטבות סוציאליות (ולרבות התנייתן בחובות דוגמת חובת שירות ביטחון), פסולות מיסודן.<sup>125</sup> מדינה דמוקרטית נדרשת לשוויון בין אזרחים המתגוררים בשטחה, ולכן האמצעים העומדים לרשותה לשימור הרוב מוגבלים יותר. כך, לדוגמה, פסולה מדיניות של תכנון משפחה שיש בה אפליה גלויה או סמויה של קהילת המיעוט.

באשר למצב השני – נקיטת אמצעים על ידי המדינה המכוונים כלפי הגירה ומהגרים, ברי כי המשפט והנהגה הבין-לאומי מאפשרים למדינה לנקוט אמצעים המעדיפים בכניסה למדינה ובהתאזרחות בה קבוצה מסוימת על פני קבוצות אחרות.<sup>126</sup> העדפות אלו יכול שתהיינה על בסיס כלכלי, ביטחוני, לאומי וכד'. חוקי ההגירה והאמנות הבין-לאומיות מאפשרים למדינות שיקול דעת רחב בהקשר של הגירה והתאזרחות. מרבית המדינות הדמוקרטיות מטילות מגבלות ותנאים להתאזרחות בהן כגון ידיעת שפת המדינה, ידע על אודות ההיסטוריה שלה ושבועת נאמנות.<sup>127</sup> על רקע זה, אין פגם כשלעצמו באמצעי חקיקתי כגון חוק השבות.<sup>128</sup> זהו ה"מפתח המיוחד לכניסה לבית הניתן לבני העם היהודי" שהתווה כמשל בעניין קעדאן.<sup>129</sup> שונה המצב בהגבלת הגירה של קבוצה אתנית מסוימת (להבדיל מהעדפת קבוצה מסוימת) המהווה אמצעי פסול.

123 כבג"ץ 6698/95 קעדאן נ' מינהל מקרקעי ישראל, פ"ד נד(1) 258 (להלן: עניין קעדאן).

124 שם, בע' 282.

125 לא כן, למשל, באשר להענקת זכות הצבעה לכלל אזרחי המדינה בחו"ל, כמקובל ברוב המדינות, גם אם יש ציפייה, או חשש, שישראלים יהודים בחו"ל ישתמשו בה יותר מאשר ישראלים ערבים. לעניין זה ראו "ייצוג ישראלים החיים בחו"ל" פרלמנט 45 (2004) 7-11.

126 לעניין זה ראו בהרחבה יעקובסון ורובינשטיין, לעיל הערה 117, בע' 222-240.

127 Weil, *supra* note 53, at p. 17. לטיעונים עקרוניים בעד הגבלת הגירה ראו כרמי, לעיל הערה 114, בע' 75-96.

128 שם.

129 עניין קעדאן, לעיל הערה 123, בע' 282.

המצב השלישי הוא מצב ביניים המשלב בין הגירה למדינה ("המפתח") לבין הצורך לכבד זכויות אזרחיות בתוך "הבית" הנובעות מקשר הנישואין. הצורך בנקיטת אמצעים על ידי מדינה המגבילים הגירה לצורך נישואין שמטרתם, או תוצאתם, משנה את המאזן הדמוגרפי במדינה, מעורר בעיה. בסיטואציה שכזו מתנגשים שני עקרונות יסוד: מחד גיסא – רצונו של הרוב במדינה למנוע שחיקת קיומו במדינתו, כמו גם אינטרס רחב יותר של מדינה לנהל את מדיניות ההגירה לשטחה באופן מבוקר, ומאידך גיסא – רצונו של האזרח להקים משפחה כדיון עם בן או עם בת זוג בלי שהאזרחות תהיה שונה אצל בני הזוג. התנגשות זו קשה תמיד במדינות דמוקרטיות ובמשפט הבין-לאומי; בשני מקרים הבעיה מורכבת עוד יותר. ראשית, כאשר הברלים ברמה הסוציו-כלכלית מעלים חשד שהנישואין אינם אלא עילה למפלט כלכלי ואינם מייצגים רצון כן, חופשי ואמיתי להקים משפחה.<sup>130</sup> שנית, כאשר יש חשש שמטרה פוליטית היא המניעה את הגירת הנישואין. במדינת ישראל קיים חשש שמתקיימים שני הגורמים הללו.

הצורך בפיקוח על הגירה, ובמסגרתו בניהול מדיניות מבוקרת של הגירה לצורכי נישואין, ניצב אל מול שיקולים הומניטריים חשובים לא פחות – רצונו של הפרט להקים משפחה, להינשא לבחירת/ לבו ולגור עם משפחתו. לכן המגבלות המוטלות צריכות לשרת מטרה ראויה ולגיטימית כמו גם להיות מידתיות. במיוחד חל איסור שהן תהיינה מופנות באופן גורף כלפי ציבור מסוים שהוא – ורק הוא בשל מוצאו – לא יורשה לממש רצון זה. פיקוח על הגירה ומניעת הגירה בלתי רצויה אינם בשום אופן היתר לקביעת איסור גורף להיכנס לשטחה של מדינה (ולהתאזרח בה) – איסור מוחלט על הגירה למדינה לצורכי נישואין הנו פסול, והוא אף אינו מאפשר איסור להיכנס למדינה המופנה דווקא כלפי ציבור מסוים. מגבלות על כשירות להגירה לצורכי נישואין, התנאים להיכנס למדינה ולהתאזרח בה וכן הזכויות הנכללות במסגרת הגירה זו, מקום שתוטלנה, צריך שתהיינה אוניברסליות ואחידות. שאלה העולה היא, אם יש הקבלה בין הרצון הישראלי המוצהר (והלגיטימי, לשיטתנו) לשמור על רוב יהודי במדינה לבין ההצדקות הניתנות במדינות אירופה להטלת הגבלות על ההגירה. לפי התפיסה המקובלת, המהגרים אינם יוצרים מיעוט לאומי. משום כך, תהליכי ההגירה העוברים על אירופה בשנים האחרונות אינם אמורים לעורר באופן רשמי את שאלת היחסים שבין רוב ומיעוט לאומי. שונה המצב בישראל שבה מהגרים ערבים-פלסטינים מצטרפים, באופן טבעי, למיעוט לאומי יליד גדול הקיים במדינה. ואולם חרף זאת מדינות אירופה אינן טוענות כי הסיבה היחידה להגבלות על ההגירה של לא-אירופאים היא החשש מהטלת נטל כלכלי או מכניסת אנשים בלתי רצויים באופן אינדיבידואלי. השיח האירופי בעניין זה כולל אמירות מפורשות בדבר הצורך באינטגרציה תרבותית של המהגרים – לרבות הקניית השפה וידיעת ההיסטוריה והתרבות של המדינה שאליה הם מהגרים.<sup>131</sup>

130 בישראל ניתן לראות זאת במספר העצום של הנכנסים למדינה מאז החל תהליך אוסלו לשם שיפור איכות החיים. לפי אחר האומדנים, בין השנים 1994 ל-2002 היגרו לישראל כ-130,000 פלסטינים במסגרת נישואין (מספר זה מבוסס גם על הריבוי הטבעי של האוכלוסייה המהגרת מיום הגירתה) – כעשירית מהמיעוט הערבי בישראל. ראו כתב התשובה, לעיל הערה 5.

131 "Mix and Match: Is a Large Flow of Migrants a Good or a Bad Thing?" *The Economist* (Jun 12<sup>th</sup> 2003); "The Case for Managed Immigration: Whom to Let

אינטגרציה תרבותית מסוג זה נדרשת ברוב ארצות אירופה – ובשנים האחרונות המגמה היא לדרוש זאת ביתר שאת – דווקא משום שההנחה הרשמית היא כי המהגרים אינם מיעוט לאומי, אלא עליהם להשתלב בחברה המקבלת אותם מבחינה כלכלית, חברתית, לשונית ותרבותית (גם אם ישמרו על ייחוד תרבותי מסוים. בעניין זה יש תפיסות שונות בארצות אירופיות שונות). בהקשר זה טענה רווחת היא כי הגירה בהיקף רחב מדי מקשה על אינטגרציה. משום כך ניתן לטעון כי יש למעשה מידה רבה של דמיון בין הרצון הישראלי לשמור על רוב יהודי לבין השאיפה במדינות אירופה – הבאה בשנים האחרונות לידי ביטוי גלוי יותר ויותר – לשמור, בדרכים שונות, על הצביון התרבותי והערכי של המדינה, כמניע להגבלת ההגירה. ניתן לחלוק על תוקפה של השוואה זו. ואולם דיון בעניין זה הוא, לצורך ענייננו, תאורטי (ולכן לא נרחיב בו). שהרי איננו מציעים כי ישראל תנקוט, לשם הבטחת הרוב היהודי, פעולות להגבלת הגירה החורגות מהנהוג ומהמקובל בעניין זה באירופה. התכלית של שמירת רוב יהודי היא אמנם מוצהרת ולגיטימית במקרה הישראלי, אך איננו מציעים כי בפועל הפיקוח על הגירה לצורכי נישואין יהיה מחמיר יותר בישראל מאשר באותן מדינות דמוקרטיות באירופה שבהן בעיית היחס בין רוב לבין מיעוט אינה קיימת (לפחות במוצהר) ובהן אין קונפליקט לאומי וביטחוני כמו בישראל.

נסכם: הואיל וחוק האזרחות והכניסה לישראל קובע תנאים המופנים לציבור המתגורר באזור מסוים, ותנאיו אינם אחידים ואוניברסליים, הרי שהחוק אינו פתרון ראוי לבעיה הכללית של פיקוח על הגירה. החוק לגיטימי אמנם למטרה המוצהרת שלשמה נחקק, אך אין להצדיקו מטעמים של מדיניות דמוגרפית. ואולם בלי קשר לשאלות הנוגעות לחוק זה, יש לנהל דיון רחב על השאלות העוסקות בפיקוח על כניסה למדינה ובהתאזרחות בה.

## ה. פיקוח על הגירה לצורכי נישואין – הפתרון החקיקתי הראוי

להלן יוצגו תנאים שונים שמדינות דמוקרטיות רשאיות להטיל על הגירה לצורכי נישואין, גם לא בעתות של עימות מזוין. במסגרת זו לא נדון בכשירות להגירה לצורכי נישואין<sup>132</sup> או בהיקף הזכויות הנכללות בהגירה לצורכי נישואין.<sup>133</sup> הצעתנו

in to the Richer Countries and Why" *The Economist* (Oct 31<sup>st</sup> 2002); "Danish Immigration Law: One Consequence of Europe's Toughest Immigration Laws" *The Economist* (Jul 8<sup>th</sup> 2004); "Living with Islam: The New Dutch Model?" *The Economist* (Mar 31<sup>st</sup> 2005)

132 סוגיית הכשירות להגירה לצורכי נישואין (מי כשיר ובאילו נסיבות?), עניינה הגדרת ה"משפחה" הזכאית להגיש בקשות להגירה לצורכי נישואין. כך, למשל, האם הווג צריך להיות נשוי או די בחיים יחד בצוותא; האם המונח "בן זוג" כולל גם נישואין חרמיניים; האם מדובר גם בילדים – ואם כן, האם רק ילדים משותפים או כל אחד מילדיו של בן הווג; במקרה שהילד נשוי – האם גם אשתו זכאית להגר; האם גם הורים ו/או קרובי משפחה נתמכים של בני הווג; ומה הדין במקרה של מות בן הווג או גירושין. לסוגיות אלה ואחרות ראו: Apap & Sitaropoulos, *supra* note 49; John, *supra* note 47.

133 סוגיה זו, עניינה היקף הזכויות הנכללות בהגירה לצורכי נישואין מבחינת המשפט הפנימי של המדינה: האם המהגר זכאי להיתרי עבודה, זכויות סוציאליות, חינוך חינם וכו'; ומהם

לפתרון החקיקתי הראוי בשאלה הכללית של פיקוח על הגירה לצורכי נישואין, שלא בעת עימות מזוין פעיל, תואמת את מה שמקובל בעולם הדמוקרטי. האמצעים הננקטים בפיקוח על הגירה לצורכי נישואין צריכים להיות אוניברסליים ואחידים כפי שמקובל באירופה, ותכליתם להבטיח שאין משתמשים בנישואין באורח פיקטיבי ונצלני. לכן אנו מתנגדים לגישה המצדדת באימוץ עיקרון שלפיו הגירה של פלסטינים לצורכי נישואין צריכה להתבצע במדינה פלסטינית והגירה של יהודים לצורכי נישואין צריכה להתבצע במדינת ישראל.<sup>134</sup>

הפתרון החקיקתי הראוי (שלא בעת עימות מזוין פעיל) הוא אפוא אימוץ מבחנים אוניברסליים מסוג אלו המקובלים באירופה – גם במדינות שיש בהן חוקי הגירה, כגון חוק השבות, המעדיפים קבוצה לאומית מסוימת.<sup>135</sup> אמצעים אלה הוכיחו צמצום משמעותי בממדי ההגירה לצורכי נישואין תוך כיבוד זכויות האדם. להלן אחדים מהם:

החמרה בתנאים הכלכליים והסוציאליים הדרושים להגירה עקב נישואין שיטה המקובלת ברוב מדינות אירופה.<sup>136</sup> הנחת המוצא של המודל היא שהמדינה רשאית לדרוש מאזרחיה, המבקשים להתאחד עם בני משפחתם, להוכיח כי הם מסוגלים לפרנסם ולשכנם, על מנת שהללו לא יהפכו לנטל סוציאלי על רשויות הרווחה של המדינה. מגבלות כלכליות מקובלות במרבית המדינות, ואף הוכרו כלגיטימיות על ידי האיחוד האירופי. בפּינלנד,<sup>137</sup> באסטוניה,<sup>138</sup> באוסטריה,<sup>139</sup> באנגליה,<sup>140</sup> באירלנד,<sup>141</sup> ביוון,<sup>142</sup> בפורטוגל<sup>143</sup> ובניו־זילנד<sup>144</sup> הדרשה מהאזרחים היא להוכיח שהם מסוגלים לפרנס את בני המשפחה השואפים להגר לצורכי

- 
- זמני ההמתנה למעבר בין השלבים השונים – היתרי ישיבת קבע והתאזרחות. עניינים אלה מצריכים דיון נפרד. ראו: John, *supra* note 47; Apap & Sitaropoulos, *supra* note 49.
- 134 ר' גביוון "איחודי משפחות בשתי מדינות" ידיעות אחרונות – 24 ימים (5.8.03); דינשטיין, לעיל הערה 23, בע' 228. יצוין כי לגישה זו ניתן למצוא תימוכין בשיקולים שנקבעו (ופורטו לעיל) בפסיקות בית המשפט האירופי לזכויות אדם.
- 135 על חוקי הגירה אלה ראו רובינשטיין ויעקובסון, לעיל הערה 117, בע' 222–240.
- 136 א' רובינשטיין ול' אורגד "תנאים להגירה במדינות האיחוד האירופי – דרישות כלכליות" (לא פורסם) (עותק שמור במערכת).
- 137 Aliens Act (Ministry of the Interior, Finland) ראו: <http://www.finlex.fi/en/laki/kaannokset/2004/en20040301.pdf>
- 138 ס' 12 לחוק הורים האסטוני (Aliens Act). ראו: <http://www.legaltext.ee/en/andmebaas/ava.asp?m=022>
- 139 ראו: [http://www.femmigration.net/migration/entering/entering\\_austria.html#marriage](http://www.femmigration.net/migration/entering/entering_austria.html#marriage)
- 140 ראו: [http://www.ind.homeoffice.gov.uk/ind/en/home/laws\\_\\_\\_policy/immigration\\_rules/part\\_8/part\\_9.html](http://www.ind.homeoffice.gov.uk/ind/en/home/laws___policy/immigration_rules/part_8/part_9.html)
- 141 ראו: [http://www.femmigration.net/migration/entering/entering\\_ireland.html#marriage](http://www.femmigration.net/migration/entering/entering_ireland.html#marriage)
- 142 Marriage as Immigration Gate, *supra* note 57
- 143 ראו: [http://www.femmigration.net/migration/entering/entering\\_portugal.html#marriage](http://www.femmigration.net/migration/entering/entering_portugal.html#marriage)
- 144 ראו: <http://www.immigration.govt.nz/migrant/stream/live/familyquota/canisponsorclosefamily/sponsorshiprequirements.htm>

נישואין ואיחודי משפחות, מבלי לפנות לרשויות הרווחה במדינה. בחלק מן המדינות יש גם דרישה להוכיח כי המבקש יוכל לספק דיור הולם למשפחתו.<sup>145</sup> במדינות אחרות הדרישות הכלכליות הן מחמירות יותר. בארצות-הברית, לדוגמה, המבקש צריך להוכיח כי הוא משתכר בשכר הגבוה ב-125% מהרף של קו העוני במדינה על מנת להתאחד עם בני משפחה זרים.<sup>146</sup> בהולנד, המפרנס העיקרי צריך להשתכר 120% יותר משכר המינימום על מנת לאפשר הגירת נישואין. מדובר על סכום של 1,319 יורו לחודש נטו (מעורכן לדצמבר 2004).<sup>147</sup> בדנמרק, אזרח הנתמך על ידי רשויות הרווחה במדינה כלל אינו יכול להגיש בקשה לאיחוד משפחות; אזרח הכשיר להגיש בקשה צריך להפקיד ערבות בסך של 54,158 DKR לכיסוי עלויות עתידיות במימון בן הזוג, וכן להוכיח שברשותו דיור הולם ושהוא משתכר מספיק לשם פרנסו בן המשפחה הזר; האזרח הדני אף חייב להצהיר שהוא לא קיבל כל סיוע מהמדינה בשנה שקדמה להגשת הבקשה.<sup>148</sup> חלק ניכר ממגבלות כלכליות אלו מופיעות בדירקטיבה האירופית העוסקת בהגירת נישואין ואיחודי משפחות של אזרחי האיחוד האירופי.<sup>149</sup> כך, לדוגמה, נקבע בסעיף 7 לדירקטיבה כי בני משפחה של אזרח האיחוד יוכלו להישאר עמו בשטח של מדינה באיחוד למעלה משלושה חודשים, רק אם הם לא יהיו נטל על מערכת הרווחה של אותה מדינה.

**נאמנות וזיקות למדינה:** מדינה ריבונית אינה חייבת להכניס לשטחה בני אדם אשר אינם נאמנים לה, לא כל שכן כאלה המבקשים להגר ממדינות עוינות. מבין האמצעים הננקטים על מנת למנוע גילויי היעדר נאמנות ניתן לציין את האיסור הגורף של כניסת נתיני שטח אויב או עוין. אחד מכללי המשפט הבינ-לאומי, שעליו עמדנו בהרחבה בחלק הראשון, מאפשר למדינה לאסור את הכניסה לשטחה מצד אזרחי מדינת אויב בעת מלחמה או עימות מזוין בין המדינות. מדינות מסוימות אף אימצו את הרציונל של כלל זה למשפטן. כך, למשל, חוק ההגירה הנורבגי מאפשר לאסור כליל או להגביל את הכניסה למדינה כאשר האינטרסים של היחסים שבין נורבגיה לבין מדינה אחרת או טעמים של ביטחון לאומי מחייבים זאת.<sup>150</sup> במקביל למגבלות בעתות חירום, ישנן דרישות אשר חלות על הליכי ההתאזרחות – לרבות הגירת נישואין – גם בעתות שלום, כגון שבועת נאמנות.<sup>151</sup> מדינות רבות מחייבות

145 כך, למשל, בנייזילנד, באוסטריה, באנגליה, בדנמרק, ביוון ובפורטוגל.

146 ראו: <http://uscis.gov/graphics/services/residency/family.htm>.

147 ההלטה זו נכנסה לתוקף ביום 1.11.04. ראו: Conditions for Family Reunification [http://www.ind.nl/en/inbedrijf/actueel/Tightened, supra note 74]

.Nieuweregelsgezinsherenigingengenzinsvorming.as.p]

148 ראו: <http://www.udlst.dk/english/Family+Reunification/Spouses/Default.htm>. Directive 2004/38/EC, supra note 66

149 ס' 43 לחוק ההגירה הנורבגי. ראו: <http://www.ub.uio.no/ujur/ulovdata/lov-19880624-064-eng.doc>

150 שבועות האמונים עוסקות בהליך ההתאזרחות ואינן מחייבות כל אדם אשר נכנס לשטחה של המדינה. עם זאת, דומה כי הרציונל הנ"ל דומה גם למקרה של כניסה למדינה לצורך תושבות קבע, ולא רק במתן אזרחות. שהרי מי שנכנס לישראל לשם נישואין או איחוד משפחות אינו נכנס במטרה לשהות תקופה קצובה, אלא על מנת להתאזרח. כבר לאחר שישה חודשים הוא מתחיל "בהליך המדרג" אשר בסופו יהפוך, אם יתמלאו כל התנאים, להיות אזרח המדינה, בתוך תקופה של כ-4-5 שנים.

את החפצים להתאזרח בהן להישבע אמונים למדינה, ולהצהיר על נאמנות ועל ציות לחוקיה.<sup>152</sup> בחלק משבועות האמונים יש אזכור לאל<sup>153</sup> או לבית המלוכה;<sup>154</sup> בחלק אחר קיימת התחייבות להגן על המדינה כנגד אויביה<sup>155</sup> ולהכיר באופייה הדמוקרטי.<sup>156</sup> בליטא, ההתחייבות היא להגן לא רק על עצמאות המדינה אלא גם על שלמותה הטריטוריאלית, ובנוסף – לכבד את השפה הרשמית של המדינה, את תרבותה ואת מנהגיה. בארצות-הברית, כל מתאזרח מחויב להצהיר כי הוא מוותר על נאמנותו למדינה או לישות מדינית שבה הוא היה אזרח או נתין לפני כניסתו לארצות-הברית. באירופה, הציעה נציבות אירופה לאחרונה לחייב כל מהגר לאיחוד האירופי (לרבות מהגרי נישואין) בהצהרת נאמנות; לפי ההצעה, כל מהגר יישבע שבועת נאמנות (Oath of faithfulness)<sup>157</sup> שבה יצהיר על נאמנותו לחוקי המדינה והאיחוד ולצ'רטר בדבר הזכויות היסודיות. שיטה ייחודית נקבעה בדנמרק. לפי המודל הדני, שני בני הזוג – האזרח הדני וכן זוג המבקש להגר בשל הנישואין – חייבים להוכיח שהזיקות המצטרות של שני בני הזוג לדנמרק הן גדולות יותר מאלו שיש להם לכל מדינה אחרת.<sup>158</sup>

**מבסות:** הנהגת מכסות להגירה לצורכי נישואין המשתנות משנה לשנה בהתאם לשיקולי מדיניות. לפי מודל זה נקבעת מכסה החלה על כלל המהגרים, או על קבוצות שונות של מהגרים, באופן שלא ניתן להיכנס למדינה לאחר שהמכסה לאותה שנה התמלאה. כך, למשל, באוסטריה יש מכסות הקובעות את מספר מהגרי הנישואין הרשאים להיכנס למדינה כמדי שנה. כאמור, בשנת 2003 המכסה להגירת נישואין ואיחוד משפחות עמדה על 5,490 מהגרים.<sup>159</sup> מכסות הגירה ובהן גם הגירת נישואין קיימות גם בניו-זילנד.<sup>160</sup> עם זאת, שיטה זו אינה

152 אוסטריה, אוסטרליה, אירלנד, אנגליה, אסטוניה, ארצות-הברית, הודו, הונגריה, יוון, ליטא, לטביה, ניו-זילנד, צ'כיה וקנדה.

153 כך, למשל, בארצות-הברית, באנגליה, באוסטרליה (נוסח ברירת), בהונגריה (נוסח ברירת) ובניו-זילנד.

154 כך, למשל, באנגליה, בקנדה ובניו-זילנד. אחת ההצעות באנגליה היא לשנות את נוסח השבועה באופן שבית המלוכה יושמט. ראו: [http://news.bbc.co.uk/1/low/uk\\_politics/1805883.stm](http://news.bbc.co.uk/1/low/uk_politics/1805883.stm)

155 ארצות-הברית, הונגריה ולטביה.

156 אוסטרליה, אנגליה וליטא.

ראו: [\[http://www.timesonline.co.uk/article/0,,2-1761335\\_1,00.html\]](http://www.timesonline.co.uk/article/0,,2-1761335_1,00.html).

157 בשל ביקורת שהושמעה, הוסף בשנת 2003 תיקון הקובע כי התנאי יתקיים אם בן הזוג שנמצא בדנמרק מחזיק באזרחות דנית יותר מ-28 שנים. כך, למשל, אזרח זר ו/או אדם שהתאזרח ונולד בדנמרק ו/או הגיע אליה בגיל צעיר, יהיה פטור מהוכחת זיקות מצטרבות אם התגורר בדנמרק במשך 28 שנים ברציפות. אזרח דני שקיבל אזרחות בגיל 8, למשל, יוכל לקיים את התנאי בגיל 36. כל האחרים יצטרכו להוכיח זיקות מצטרבות ללא קשר למספר השנים שבהן התגוררו בדנמרק. להרחבה ראו: <http://www.udlst.dk/english/Family+Reunification/Spouses/Default.htm#attachment>

159 M. Guličová-Grethe, *supra*note 76; M. Rieder, *supra*note 77; [\[http://www.coe.int/t/E/human\\_rights/ecri/1-ECRI/2-Country-by-country\\_approach/Austria/Austria\\_CBC\\_3.asp#P223\\_35185\]](http://www.coe.int/t/E/human_rights/ecri/1-ECRI/2-Country-by-country_approach/Austria/Austria_CBC_3.asp#P223_35185)

160 ראו: [\[http://www.immigration.govt.nz/migrant/stream/live/familyquota/can.isponsorclosefamily\]](http://www.immigration.govt.nz/migrant/stream/live/familyquota/can.isponsorclosefamily)

נקייה מקשיים, הן ככלל והן כאשר היא מוחלת על קבוצות מסוימות דווקא. כך, למשל, בית המשפט החוקתי באוסטריה ביטל לאחורונה את סעיף 18.1.3 לחוק הזרים האוסטרי (Alien Act) שעסק בשיטת מכסות בהגירת נישואין.<sup>161</sup> גם באסטוניה – מדינה שבה הייתה מכסת הגירה שנקבעה באופן יחסי לאוכלוסיית המדינה (לא יותר מ־0.05%),<sup>162</sup> כאשר המכסה לא חלה על אזרחי האיחוד ועל מדינות נוספות כגון ארצות-הברית ויפן – ביטל בית המשפט העליון את שיטת המכסות בכל הנוגע לאזרחים ותושבים.<sup>163</sup>

**תנאי סף ערכיים-תרבותיים:** מדובר בקביעת תנאי סף שעל בן הזוג למלאם בטרם יקבל היתר להגירה עקב נישואין או במקביל לכך. לפי מודל זה, על המהגר להראות כי יש בכוונתו להשתלב במדינה שאליה הוא מהגר, מבחינה ערכית ותרבותית; ההנחה היא שקביעת רף תרבותי מסוים יקל על המהגר להשתלב בחברה. על רקע זה, יש מדינות המחייבות מהגרי נישואין ללמוד את השפה הרשמית ולהשתתף בקורסי אינטגרציה, בין לאחר כניסתו למדינה ובין בטרם

161 נפסק כי המחוקק ריבוני לווסת לפי שיקול דעתו את מדיניות ההגירה, ובין היתר לקבוע מכסות להגירה עקב נישואין, אך בה בעת יש לקבוע קריטריונים ברורים כיצד לחלק את המכסות בין המבקשים וכיצד לדרג את המבקשים ברשימות ההמתנה. כן נפסק שבמקרים הומניטריים קשים, כגון כאשר יש ילד משותף, על הרשויות לדון בהיתרי הבקשות להגירה מחוץ לשיטת המכסות כדי שלא להפר את ס' 8 לאמנה האירופית לזכויות אדם (ECHR). בית המשפט פסק כי ניתן לקבוע מכסות הגירה אך הואיל ולא נקבעו קריטריונים ברורים להפעלתן הוא הכריז על ס' 18.1.3 לחוק הזרים (Alien Act) כבלתי חוקתי. ראו: AUT-2003-3-003 [http://codices.coe.int]

162 עד לשנת 2002 חלה המכסה גם על הגירת נישואין ואיחודי משפחות, אך החוק תוקן, וכיום ניתן לקבל אישור להגירה לצורכי נישואין ולאיחוד משפחות גם כאשר המכסה התמלאה. המכסה אינה כוללת מהגרים המגיעים מארצות-הברית ומיפן. ראו ס' 6 לחוק הזרים האסטוני. נוסח החוק ראו: [http://www.legaltext.ee/en/andmebaas/ava.asp?m=022]

163 הגירת נישואין של בני זוג שנישאו לאזרחים אסטוניים התאפשרה רק באמצעות מכסות שמספרן היה נמוך מאוד. בני זוג ממדינות האיחוד האירופי, שווייץ, איסלנד, ארצות-הברית ויפן לא נכללו במכסות הללו, ולכן הגירת הנישואין שלהם התאפשרה מחוץ לשיטת המכסות. על חוק זה, שמטרתו העיקרית הייתה למנוע הגירת נישואין ואיחודי משפחות מצד האוכלוסייה הרוברת רוסית, נמתחה ביקורת רבה, והוא בוטל, ברובו, על ידי בית המשפט העליון באסטוניה בשנת 2000. ביולי 2002 שונה החוק, בין היתר כך ששיטת המכסות בוטלה לגבי הגירת נישואין של בני זוג של אזרחים ותושבים אסטוניים. ראו: E. Berg & P. Ehin *Report 1. Schengen – Consequences for national migration policy* (Warsaw, 2002) [http://ec.ut.ee/ec/doc/berg\_ehin\_report1-pdf.pdf]; A. Arjupin *Minelres: Estonia: Amendments to the Aliens' Act came into force* (2002) [http://lists.delfi.lv/pipermail/minelres/2002-October/002334.html]; *Fourth periodic report of States parties due in 1998: Estonia. 05/07/99* (CERD/C/329/Add.2, United Nation – Committee on the Elimination of Racial Discrimination) [http://www.unhchr.ch/tbs/doc.nsf/(Symbol)/CERD.C.329.Add.2.En?Opendocument]; N. Smeritsevskaia *The Right To Respect For Private And Family Life (Family Reunification In Estonia)* (Legal Information Center For Human Right, 2001) [http://www.lichr.ee/eng/researchers.analysis/immigration\_quota.htm]; V. Poleshchuk *Non Citizens in Estonia* (Legal Information Centre for Human Rights, Tallinn, Report 2004) [http://www.lichr.ee/eng/researchers.analysis/non-citizens.pdf]



כניסתו למדינה. באוסטריה, למשל, מהגר נישואין (שאינו אזרח האיחוד האירופי) נדרש לחתום על הסכם אינטגרציה ולהשתלב בקורסי אינטגרציה הכוללים לימוד של השפה הגרמנית, אזרחות וערכים דמוקרטיים. חלק ניכר מעלות הקורס מוטל על המהגר; אייזעמירה בדרישות הקורס עלולה להוביל לקנס, ובמקרים מסוימים – אם המהגר לא השלים את חובותיו בקורס בתוך ארבע שנים מיום כניסתו למדינה – לגירוש.<sup>164</sup> בהולנד, מהגרי נישואין מחויבים ללמוד קורסי אינטגרציה הכוללים לימודי שפה, תרבות וערכים.<sup>165</sup> בדנמרק, חובה על מהגר נישואין לחתום על הסכם שלפיו הוא יפעל ללמוד את השפה הדנית, להשתלב בשוק העבודה, להבין את הנורמות והערכים של החברה הדנית, להשתלב בקהילה ולקחת קורסי אינטגרציה. למטרה זו אף מופקד עירבון כספי.<sup>166</sup>

**מגבלות גיל ואיסור על פוליומיה: מדינות רבות באירופה תחמו והגבילו את הגיל המותר להגירת נישואין.** לרוב נקבע רף גיל מינימלי שרק מהגרי נישואין בגיל הגבוה ממנו רשאים להגיש בקשה להגר בשל נישואיהם.<sup>167</sup> באנגליה,<sup>168</sup> כנורבגיה<sup>169</sup> ובבלגיה,<sup>170</sup> רף הגיל המינימלי שנקבע הוא 18 עבור שני בני הזוג. בהולנד נקבע רף גיל מינימלי של 21 עבור שני בני הזוג.<sup>171</sup> דנמרק הרחיקה לכת וקבעה רף גיל מינימלי של 24 עבור שני בני הזוג.<sup>172</sup> הגירה לצורכי נישואין

- 
- 164 ראו לעיל הערה 73 ו-79.
- 165 היו אף הצעות לחייב את הזר ללמוד את השפה ההולנדית או לעבור קורסי אינטגרציה, כטרם הגירתו למדינה. ראו: *EU and US Approaches to the Management of Immigration – The Netherlands* (J. Niessen, Y. Schibel & R. Magoni eds., 2003) [[http://www.publiekrecht.leidenuniv.nl/content\\_docs/Documenten%20Immigratierecht/netherlands.pdf](http://www.publiekrecht.leidenuniv.nl/content_docs/Documenten%20Immigratierecht/netherlands.pdf)]; Guličová-Grethe, *supra* note 73; Conditions for Family Reunification Tightened, *supra* note 74.
- 166 *Declaration on Active Participation in Acquiring Danish Language Skills and Achieving Integration Into Danish Society* (הדנית: [<http://www.udlst.dk/NR/rdonlyres/ex67fbc3hko31376oyydpex5otiiugl/x65goreqvorr6drc7drwxca75ieanevus7h616y6zx43nook2xehlrnv6ba/intgr%20eerkl%20eengelsk.pdf>]).
- 167 בס' 4 לדירקטיבה האירופית העוסקת באיחוד משפחות של בני מדינות שלישיות השוהים כדיון במדינות האיחוד, ניתן היתר למדינות לקבוע רף גיל מינימלי להגירה לצורכי נישואין, ובלבד שלא יהיה גבוה מגיל 21. Directive 2003/86/EC, *supra* note 63.
- 168 K. Mahnkopf & M. Guličová-Grethe, *supra* note 70.
- 169 תקנות ההגירה כנורבגיה ראו: -19901221- [http://www.ub.uio.no/ujur/ulovdata/for-19901221-1028-eng.doc].
- 170 Mahnkopf & M. Guličová-Grethe "Marriage Migration in Belgium – A Neglected Aspect of Migration. Country Study" *Project: Marriage as Immigration Gate: the Situation of Female Marriage Migrants from Third Countries in the EU Member States* (Berlin Institute for Comparative Social Research, Daphne Program – European Commission, 2004).
- 171 זאת החל מיום 1.1.04. ראו: [http://www.ind.nl/en/inbedrijf/actueel/Nieuweregelsge\_zinsherenigingengezinsvorm.ping.as].
- 172 ראו: [http://www.udlst.dk/english/Family+Reunification/Spouses/Default.htm#.attachment]

מתחת לרף גיל זה תתאפשר רק במקרים נדירים. זאת ועוד, בחלק מהמדינות תוחם והוגבל הגיל שבו ילדים יכולים לבקש איחודי משפחות. בדנמרק נקבע רף גיל מקסימלי של 15 (ולא גיל 18 כפי שמקובל ברוב המדינות);<sup>173</sup> בגרמניה הגיל המקסימלי לצורך איחודי משפחות של ילדים הוא 12. המשמעות היא, שילדים מעל גיל 12 לא יכולים להתאחד עם משפחתם היושבת בגרמניה. לצד זאת יש במדינות רבות איסור על פוליגמיה שמטרתו להגביל את האפשרות של כפילויות במהגרי נישואין. כך, למשל, בדירקטיבה של האיחוד האירופי בדבר הזכות לאיחוד משפחות קיימת הוראה המאפשרת למדינות להגביל הגירת נישואין של בן או בת זוג כאשר המבקש כבר נשוי.<sup>174</sup> כבלגיה מוטלת חובה על בני הזוג להוכיח שהם אינם נשואים לצדדים שלישיים,<sup>175</sup> ובהולנד יש איסור על הגירת נישואין של בני זוג פוליגמיים וילדיהם.<sup>176</sup> בצד אלו הוחמרו ברוב מדינות אירופה התנאים ונטל הראיה הדרוש להוכחת כנות הנישואין ואמיתותם על ידי בני הזוג.

נדגיש: אין בדברינו משום קריאה למחוקק לאמץ את כל הקריטריונים או דווקא את הקריטריונים המחמירים ביותר. כך, למשל, ניתן לטעון כי חלק מהדרישות התרבותיות המקובלות במדינות באירופה לצורך אינטגרציה ושילוב מהגרי נישואין אינן ראויות במקרה של המיעוט הערבי היליד במדינת ישראל. כזוהי לדוגמה הדרישה ללימוד שפת המדינה, שבישראל אינה ראויה בשל מעמדה הרשמי של השפה הערבית. כן ברור לנו כי המגבלות שוטלו בחקיקה צריכות להיות אוניברסליות ואחידות, ולחול באופן אחיד ושוויוני על כלל אזרחי המדינה.<sup>177</sup>

## ו. סוף דבר

לפתחה של כל דמוקרטיה המצויה בעימות מזוין רובצת סכנה שהעימות יהיה עילה לפגיעה בזכויות אדם – פגיעה שאין לה כל קשר לצורכי הביטחון של המדינה. סכנה זו רובצת לפתחה של ישראל באורה מוחשי – בשל עצמת האיום על ישראל ועל חיי תושביה, בשל משכו חסר התקדים של איום זה ושל מצב המלחמה ובשל אכזריות הפגיעה בישראלים. יש לגייס את כל הכוחות המשפטיים והמוסריים כדי למנוע פגיעה כזו. אך אין שום דבר האוסר על דמוקרטיה בעת מלחמה להגן על עצמה מפני כניסת נתינים מאזור שבו נתונה נאמנותם לשלטון עוין הנלחם בישראל, ואין שום

173 ראו: [http://www.udlst.dk/english/Family+Reunification/children.htm].

174 Directive 2003/86/EC, *supra* note 63, art. 4

175 ראו: [http://www.femmigration.net/migration/entering/entering\_belgium.html#marriage].

176 EU and US Approaches to the Management of Immigration, *supra* note 165

177 התיקון לחוק האזרחות והכניסה לישראל אינו נותן מענה אוניברסלי מלא לצורך לפקח על הגירה. כך, למשל, מגבלת הגיל מוטלת רק על הצד המהגר לצורך נישואין, להבדיל מגיל אחיד לשני הצדדים, וגם רף הגיל המינימלי המאפשר הגירה בין המינים שונה – אישה יכולה להגר לצורך נישואין רק מעל לגיל 25 ואילו גבר יכול להגר לצורך נישואין רק מעל לגיל 35. לדעתנו, תנאי זה מעורר קשיים חוקתיים, להבדיל מקביעת רף גיל מינימלי אחיד שיכול לחול על המהגר ובן זוגו.

כלל במשפט הבין-לאומי – ולו גם בהיעדר מצב מלחמה – המקנה לזרים זכות להגירה לצורכי נישואין. בשיה על אודות זכויות המיעוטים – שיה חשוב שאנו שותפים לו ומקדמים בכרכה ואף הצענו להכיר בזכויות הלאומיות של המיעוט במבוא לחוקה העתידית בישראל<sup>178</sup> – יש הנוטים לזנוח את העובדה שגם למדינה דמוקרטית יש זכות ואף חובה, להגן על עצמה ועל תושביה מפני איומים חיצוניים ביטחוניים ואחרים. כך בעתות חירום. בעתות של היעדר עימות מזוין פעיל, ההגבלות על הגירה לצורכי נישואין חייבות להיות אוניברסליות ואחידות, כשככליתן העיקרית להגן על החברה מפני שימוש בנישואין בדרך מניפולטיבית ולא בשל רצון חופשי וכן להקים משפחה כדין.

שתי הסוגיות האלה – עניין נתיני אויב ועניין הפיקוח על ההגירה לא רצויה – אינן קשורות כלל לדילמה הגדולה של ישראל כיצד תוכל לשמר את הרוב היהודי היציב שבה, אם רוב זה יעמוד בסכנת היעלמות או שחיקה משמעותית. שאלה זו לא עולה בהקשר של חוק האזרחות והכניסה לישראל. עם זאת, ראוי שנאמר כי בנסיבות המיוחדות של ישראל, המאמץ צריך להיות כפול: לשמור על הרוב היהודי מחד גיסא ולהבטיח שוויון זכויות – לרבות זכויות קבוצתיות בתחומים מסוימים והכרה בציבור הערבי בישראל כבמיעוט לאומי – מאידך גיסא. באיזון זה הנחת יסוד היא כי המשך קיומה של מדינת הלאום היהודית אינו רק לגיטימי, אלא מתחייב מזכותו של העם היהודי להגדרה עצמית ולעצמאות. משום כך פגיעה בעיקרון זה פוגעת בזכויות האדם ואינה משרתת אותן. אם זכויות האדם וחוקי-סוד: כבוד האדם וחירותו יתפרשו בדרך הפוגעת באינטרס הלאומי הבסיסי של קיום ישראל כמדינה שהיא גם יהודית, ייגרם נזק אדיר למשטר זכויות האדם ולכבוד האדם – שאנו כה זקוקים לו דווקא בימים אלה.

178 א' רובינשטיין ול' אורגד "המבוא לחוקה ומעמדו המשפטי: המקרה של ישראל" המשפט 20 (תשס"ה) 38.

