

## ביטחון במדינה היהודית – על תפיסת הביטחון של השופט חשין

אדם שנער\*

מאמר זה מבקש לפענח את תפיסת הביטחון של השופט חשין. טענתי היא שתפיסת הביטחון של השופט חשין קשורה בקשר הדוק לתפיסתו הלאומית ולהבנתו את היותה של ישראל מדינה יהודית או מדינתו של העם היהודי. אי-אפשר להבין את תפיסת הביטחון של השופט חשין ללא הבנת התפקיד המרכזי ש"המדינה היהודית" ממלאת בה. תפיסת הביטחון של השופט חשין היא למעשה תפיסה לאומית, אשר זכויות האדם כפופות לה, ולפיה תכליתה של מדינת ישראל היא להבטיח בראש ובראשונה את בטחוננו של העם היהודי. תפיסה זו מוצגת באמצעות דיון בשני עקרונות העולים מפסיקתו של השופט חשין: עקרון האחריות האישית ("איש בחטאו יומת") ועקרון השוויון. יישום בלתי עקיב של עקרונות אלה יראה כי ביטחון, לפי השופט חשין, אינו רק ערך עליון, אלא גם קשור בקשר בל ינתק לאינטרסים הלאומיים של יהודים בישראל. פועל יוצא של תפיסה זו, כך אטען, הוא אשרור תפיסה אזרחית לא שוויונית המבליעה יחס מדרגי בין יהודים למי שאינם יהודים, כמתחייב מאופייה של המדינה היהודית.

מבוא

פרק א: עקרון האחריות האישית

פרק ב: עקרון השוויון

1. גיוס בני הישיבות

(א) הצבא כמגן על המדינה היהודית

(ב) על מי לשאת בנטל השירות הצבאי

2. איחוד משפחות

---

\* מרצה בכיר, בית ספר הארי רדזינר למשפטים, המרכז הבינתחומי הרצליה. אני מודה לאליאב ליבליך, לריבי ווייל ולמערכת **משפט ועסקים** על הערות מחכימות ומועילות.

פרק ג: מה מאפשר את פסיקתו של השופט חשין?

1. טשטוש בין פנים לחוץ
2. טשטוש בין שגרה לחירום

סיכום

## מבוא

עיון בפסקי הדין ה"בטחוניים" של השופט חשין, קרי בפסקי הדין שעסקו בצורה כזו או אחרת בסוגיה הקשורה ל"בטחון המדינה", אינו מגלה, במבט ראשון, תמה קוהרנטית אחת. יש מקרים שבהם הכריע השופט חשין לטובת מה שנתפס כ"אינטרס בטחוני", ולעומתם מקרים שבהם הוא הכריע לטובת "זכויות אדם" או ערכים דמוקרטיים אחרים, גם כאשר נטען כלפי אלה כי הם מספנים את בטחונה של ישראל.<sup>1</sup> במבט שטחי היה אפשר אפוא לומר שתפיסת הביטחון של השופט חשין הייתה אקלקטית: כל מקרה לפי נסיבותיו, וכיוצא בזה. אין זה מפתיע, אם כן, שלמרות הכתיבה הענפה על השופט חשין, טרם נכתב מאמר המוקדש לתפיסת הביטחון שלו. אני מבקש לטעון כי זו ראייה שגויה. לשופט חשין הייתה תפיסת ביטחון, שאותה אשרטט במאמר זה. תפיסה זו, כפי שאטען, מעוררת שאלות לא רק לגבי האופן שבו הבין השופט חשין והחשיב את ערך הביטחון או בטחון המדינה, אלא נותנת פומבי גם לאופן שבו ראה השופט חשין את היחסים בין יהודים לערבים. טענתי היא שתפיסת הביטחון של השופט חשין קשורה בקשר הדוק לתפיסתו הלאומית ולהבנתו את היותה של ישראל מדינה יהודית או מדינתו של העם היהודי.

להמחשת טענתי אציג שני עקרונות בפסיקתו של השופט חשין. לעיקרון אחד אקרא "עקרון האחריות האישית". עיקרון זה קובע כי הטלת אחריות על אדם יכולה להיעשות רק אם הוא אחראי למעשה שבגיננו מבקשים לנקוט צעדים. כפי שהשופט חשין מציין, מדובר בכלל שלפיו "איש בחטאו יומת".<sup>2</sup> העיקרון האחר שאתמקד בו הוא עקרון השוויון. אציג את פסיקתו של השופט חשין לאור שני העקרונות האלה. אראה כי עיקרון שמוצג כמקודש במקום אחד נסוג במקום אחר. הצגה זו תשמש אותי כדי לטעון כי התמה העולה מהמקרים שאסקור אינה של פסיקה קזואיסטית ואקלקטית, אלא של משנה סדורה,

1 השוו, למשל, בין בג"ץ 7052/03 עדאלה – המרכז המשפטי לזכויות המיעוט הערבי בישראל נ' שר הפנים, פ"ד סא(2) 202 (2006) (להלן: פרשת עדאלה או פרשת איחוד משפחות), לבין בג"ץ 3799/02 עדאלה – המרכז המשפטי לזכויות המיעוט הערבי בישראל נ' אלוף פיקוד מרכז בצה"ל, פ"ד ס(3) 67 (2005) (להלן: עניין נוהל "אזהרה מוקדמת"). המושגים "זכויות אדם" ו"אינטרס בטחוני" מתוחמים בגרשיים שכן מטרתי אינה להגדירם באופן חד, אלא להפנות לאופן שבו המושגים האלה משמשים בשיח המשפטי והציבורי. משכך, אין בכונתי גם לומר שהכרעה לטובת אינטרס בטחוני אינה יכולה לכלול, מניה וביה, גם הגנה על זכויות אדם, ולהפך. השימוש בגרשיים נועד להמחיש שבשיח הציבורי והמשפטי המושגים הללו נחשבים דיכוטומיים, גם אם לפעמים אין הדבר כך.

2 על פי דברים כד 16.

אם כי לא מוצהרת, שלפיה לא רק שביטחון הוא ערך עליון, אלא שהתפיסה הראויה של ביטחון, לפי השופט חשין, קשורה בקשר הדוק לאינטרסים לאומיים, ולא רק לזכויות אדם.

לפני שאתחיל, נדרשות כמה הסתייגויות. ראשית, מאמר זה לא יעסוק בכל הקורפוס הבטחוני של השופט חשין. יש פסקי דין בטחוניים רבים שבהם חשין לא היה דומיננטי, ופסקי דין אחרים שקשה לגזור מהם תפיסת עולם בטחונית רחבה. מאמר זה יעסוק אם כן במספר קטן של פסקי דין, אולם מספרם הנמוך עומד ביחס הפוך לחשיבותם. מדובר בפסקי דין רחבי יריעה וחשובים שבהם הייתה לשופט חשין הזדמנות להביע את עמדתו באריכות. זאת ועוד, מדובר בפסקי דין "מרכזיים", במובן זה שהם עסקו בנושאים חשובים מבחינה ציבורית, פוליטית ומשפטית. תשומת הלב הרבה שניתנה להם היא שאפשרה – ואולי אף הצריכה – את היריעה הרחבה שנפרשה בהם. משכך, מאמר זה יעסוק בעיקר בפסקי הדין האלה.<sup>3</sup> שנית, אין זה מקרי שתפיסות העומק של השופט חשין מתגלות דווקא בפסקי דינו העוסקים בבטחון המדינה. סוגיות בטחוניות כרוכות בעצם הקיום הפיזי (של הפרט ושל המדינה). הן נוטות להיות דרמטיות, חושפות נימים רגישים, ומלמדות אותנו לא פעם על המגבלות של זכויות אדם כאשר הן נתקלות בטענה של בטחון המדינה, ועל נכונותם של שופטים לבכר את האחרון על הראשונות. על כן אין בכוונתי לטעון כי גישתו של השופט חשין לשוויון בכלל וליחסי יהודים-ערבים בפרט הייתה מונוליתית. טענתי היא שכאשר מדובר בענייני ביטחון, שיקולים לאומיים מקבלים דגש חזק יותר מזה שהם מקבלים בהקשרים אחרים. שלישית, איני טוען שהשופט חשין היה ייחודי בתפיסותיו הבטחוניות. אדרבה, חלק ניכר משופטי בית המשפט העליון, ואולי אף רובם, שותפים בצורה כזו או אחרת לעמדותיו. עם זאת, השופט חשין הוא המייצג המובהק ודוברתה הרהוט של גישה זו, אשר יש לה כאמור תומכים רבים בבית המשפט.

הפרק הראשון ינתח את עקרון האחירות האישית. אטען כי השופט חשין הסתמך על עקרון האחירות האישית בפסיקתו בנוגע להריסת בתים כדי לצמצם את תחולתו של צו ההריסה. מצד אחר, הוא בחר לא להסתמך על עיקרון זה בפסיקתו בנוגע להחזקת אזרחים לבנונים כקלפי מיקוח לצורך שחרורם של שבויים ונעדרים ישראלים. לפער זה יש הסבר, שאותו אפתח בפרק השני, אשר יפנה לדון בעקרון השוויון, כפי שיושם בפסיקתו של השופט חשין. לשיטתו של השופט חשין, לעקרון השוויון יש מעמד עילאי, על-חוקתי, והוא שימש אותו כדי לפסול את "חוק טל", שעסק בדחיית גיוסם של בני הישיבות. לעומת זאת, עקרון השוויון לא מילא כל תפקיד בפסק דינו של השופט חשין אשר דחה את

3 יצוין כי בחינה אמפירית שדגמה 32 החלטות של השופט חשין מראה כי הוא העדיף אינטרסים בטחוניים ("מאבק בטרור") על תמיכה בזכויות אדם. יצוין, עם זאת, כי בהשוואה לשאר השופטים במדגם (25), ביטא השופט חשין תמיכה גלויה בזכויות אדם בשיעור גבוה יותר מכל השופטים. ראו קרן וינשל-מרגל **אידיאולוגיה וחוק בפסיקת בית המשפט העליון: ניתוח כמותי והשוואתי** 93–94 (2016). הנתונים הללו אינם קריטיים בעיניי, שכן מאמר זה אינו מבקש לצייר את השופט חשין כתומך בזכויות אדם או כמתנגד להן, אלא לאתר את הרכיבים של תפיסתו הבטחונית. תפיסה זו יכולה להילמד מפסקי דינו, ללא כל קשר לשיעור תמיכתו באינטרסים בטחוניים או בזכויות אדם.

העתירות שעסקו באיחוד משפחות של פלסטינים. כפי שאטען, המסקנה הנובעת מהנגדה זו היא שתפיסת השוויון של השופט חשין אינה עוסקת אך בשוויון, אלא מאשררת תפיסה אזרחית לא שוויונית המבליעה יחס מדרגי בין יהודים למי שאינם יהודים, כמתחייב מאופייה של המדינה היהודית. הפרק השלישי יפנה לדון בשני רכיבים בפסיקת הביטחון של השופט חשין אשר מאפשרים תפיסה זו: האחד, טשטוש בין ישראל לבין השטחים; והאחר, טשטוש בין שגרה לחירום. הפרק האחרון יסכם.

### פרק א: עקרון האחריות האישית

עיקרון מרכזי בפסיקתו של השופט חשין הוא שכל אדם אחראי למעשיו, ובלשונו – "איש בחטאו יומת" (להלן: עקרון האחריות האישית). מדובר בעיקרון מוכר ויסודי בדיני העונשין,<sup>4</sup> אך גם במשפט בכלל, שכן אין מייחסים לאדם אחריות (או אשמה) בגין מעשה שעשה אחר.<sup>5</sup> כפועל יוצא מעיקרון זה, ככל שאנו מטילים אחריות על אדם בשל מעשה שעשה, צריכה להיות הלימה בין מעשהו לבין העונש המושת עליו בגינו.<sup>6</sup> זהו, כידוע, עקרון המידתיות, הקיים גם במשפט הפלילי וגם במשפט הציבורי.<sup>7</sup> הסתמכות על עקרון האחריות האישית באה לידי ביטוי בפסיקתו הבטחונית של השופט חשין בשני מקרים מובהקים: הריסת בתים ושחרור מחבלים או אנשים שנחשדו בפעילות נגד ישראל. אדון בהם לפי סדר זה.

ייאמר מייד כי גישתו של השופט חשין להריסת בתים הייתה יוצאת דופן בפסיקתו הבטחונית, שכן בנושא זה הוא היה מסויג בהשוואה לעמדה המקובלת בבית המשפט. בקיצור נמרץ, הריסת בתים של מחבלים או של משפחותיהם מתאפשרת, על פי המשפט הישראלי, מכוח תקנה 119 לתקנות ההגנה (שעת-חירום), 1945, והיא מופעלת בשטחים

4 ש"ז פלר יסודות בדיני עונשין כרך א 100 (1984).

5 למעט חריגים ספציפיים מאוד. ראו, למשל, ס' 34א(א) לחוק העונשין, התשל"ז-1977, הקובע כי "עבר מבצע, אגב עשיית העבירה, עבירה שונה ממנה או נוספת לה, כאשר בנסיבות הענין, אדם מן היישוב יכול היה להיות מודע לאפשרות עשייתה – (1) יישאו באחריות לה גם המבצעים בצוותא הנותרים". ראו גם ע"פ 4424/98 סילגרו נ' מדינת ישראל, פ"ד נו(5) 529 (2002). עקרון האחריות האישית מוכר גם במשפט הבין-לאומי הפומבי. כך, בהערה כללית שפרסמה ועדת האו"ם לזכויות אדם בשנת 2018 בדבר הפרשנות של הזכות לחיים, המעוגנת בס' 16(1) לאמנה הבינלאומית בדבר זכויות אזרחיות ומדיניות (International Covenant on Civil and Political Rights, art.6.1, Dec. 19, 1976, U.N.T.S. 171), נכתב כי שימוש בכוח במצבים של איום לחיים מוצדק רק כאשר הוא מופעל נגד התוקף, ולא נגד אחרים שלא נשקף מהם איום. ראו, ICCPR General Comment No. 36 (Oct. 30, 2018). להרחבה ראו אליאב ליבליך "בין הפרדיגמות: חוקיות הוראות הפתיחה באש בגבול עזה על פי הדין הבינלאומי לאור פסיקתו של בית המשפט העליון" עיוני משפט מג 1 (2020).

6 לניסוח הקלסי ראו (1764) (2009) 19 (CESARE BECCARIA, ON CRIMES AND PUNISHMENTS).

7 אהרן ברק מידתיות במשפט (2010).

הכבושים, לרבות מזרח ירושלים, והופעלה גם ברצועת עזה לפני ההתנתקות בשנת 2005. בפסקי דין רבים של בג"ץ אושרה סמכותו של המפקד הצבאי להפעיל את תקנה 8.119. עמדה זו אינה נקייה מספקות. מבלי להיכנס לעומק התשתית המשפטית המאפשרת הריסות בתים, רובם המוחץ של מלומדי המשפט הבינ-לאומי רואים בהריסת בתים ענישה קולקטיבית אסורה, המהווה הפרה הן של תקנות האג והן של אמנות ז'נבה,<sup>9</sup> אשר מעגנות, בין היתר, את עקרון האחרייות האישית.<sup>10</sup>

במרוצת השנים נמתחה ביקורת רבה על בית המשפט העליון, אשר כדי להכשיר את הריסות הבתים פירש את המשפט הבינ-לאומי באופן המרוקן אותו מתוכנו.<sup>11</sup> כך, למשל, נפסק כי תקנה 119 גוברת על הוראות המשפט הבינ-לאומי ההומניטרי; כי הריסת בתים אינה ענישתית, אלא "הרתעתית" ולכן מותרת; וכי יש לפרש את הוראות המשפט הבינ-לאומי על רקע "המלחמה בטרור", המזמנת אתגרים חדשים ושונים שלא התקיימו כאשר נחקקו הנורמות הבינ-לאומיות.<sup>12</sup> לא למותר לציין כי ההתפתחויות במשפט הבינ-לאומי ההומניטרי מלמדות דווקא על ביסוסה של מגמה הפוכה: הריסת בתים, בין לצורך ענישה ובין לצורך הרתעה, הינה אסורה.<sup>13</sup>

בשנים האחרונות, עם זאת, החלו להתגלות בקיעים בעמדה האחידה של בית המשפט העליון. שופטים אחדים הביעו ספק באשר לחוקיותן של הריסות בתים, אולם חלקם קבעו, באותה נשימה, כי בשל ההלכה הקובעת כי הריסת הבתים חוקית, אין ברצונם להפוך את בית המשפט ל"בית שופטים", ועל כן יש להמתין שייקבע הרכב מורחב שידון מחדש בעמדתו של בית המשפט העליון.<sup>14</sup> מסיבות שלא כאן המקום להרחיב על אודותיהן, גישה

- 
- 8 פסק הדין העקרוני שבו נבחנה מדיניות זו הוא בג"ץ 8091/14 המוקד להגנת הפרט נ' שר הביטחון (פורסם באר"ש, 31.12.2014).
- 9 ראו, למשל, תק' 50 לתקנות האג (1907) (Hague Convention (IV) Respecting Laws and Customs of War on Land, art. 50, Oct. 18, 1907); ס' 33 ו-53 לאמנת ז'נבה הרביעית בדבר הגנת אזרחים בימי מלחמה (1949) (Geneva Convention Relative to the Treatment of Prisoners of War, arts. 33, 53, Aug. 12, 1949, 6 U.S.T. 3316, 75 U.N.T.S. 135 (להלן: אמנת ז'נבה הרביעית)).
- 10 ראו גיא הרפז ועמיחי כהן "הריסת בתים בביקורת בג"ץ: יש (בית) שופטים בירושלים" **משפט וממשל** יט 43, 44 (2018).
- 11 DAVID KRETZMER, THE OCCUPATION OF JUSTICE: THE SUPREME COURT OF ISRAEL AND THE OCCUPIED TERRITORIES 187 (2002).
- 12 Eliav Lieblich, *House Demolitions 2.0*, JUST SECURITY (Dec. 18, 2015), [www.justsecurity.org/28415/house-demolitions-2-0/](http://www.justsecurity.org/28415/house-demolitions-2-0/).
- 13 עמיחי כהן וגיא הרפז "על קיבעון ודינמיות: עיון מחודש בהריסות בתים בפסיקות בית המשפט העליון" **מחקרי משפט** לא 973 (2018).
- 14 הרפז וכהן, לעיל ה"ש 10. ראו, למשל, בג"ץ 8150/15 ג'מל נ' מפקד פיקוד העורף (פורסם באר"ש, 22.12.2015); בג"ץ 8567/15 חלבי נ' מפקד כוחות צה"ל בגדה המערבית (פורסם באר"ש, 28.12.2015); בג"ץ 5839/15 סידר נ' מפקד כוחות צה"ל בגדה המערבית (פורסם באר"ש, 15.10.2015).

זו מעוררת קשיים ניכרים. זאת, משום שבית המשפט העליון אינו כבול בתקדימיו,<sup>15</sup> משום שדווקא פסיקות סותרות יזרוזו קביעה של הרכב מורחב, וחשוב מכל – מפני שאם אכן מדובר בפרקטיקה לא חוקית, יש מקום להידרש לעניין בהקדם, ולא להותירו לעת מצוא. מכל מקום, ניתן לומר שהמחלוקת באשר להריסת בתים סובבת בעיקרה סביב שני צירים. האחד הוא מישור הסמכות, והאחר הוא מישור שיקול הדעת. במישור הסמכות הטענות נסמכות על הוראות המשפט הבינ-לאומי, אשר גוברות, כך נטען, על תקנה 119. לפי גישה זו, אין למפקד הצבאי סמכות לבצע הריסת בתים כדי להרתיע פלסטינים מביצוע פיגועים עתידיים. סוגיה זו היא העומדת בלב המחלוקת הנוכחית בבית המשפט העליון. במישור שיקול הדעת המחלוקת נסבה בעיקרה סביב דרישת המידתיות, המחייבת את פעולותיו של המפקד הצבאי גם מכוח עקרונות המשפט המנהלי הישראלי, החלות גם על פעולות צה"ל בשטחים.<sup>16</sup> בהנחה שלמפקד יש סמכות להרוס בית מטעמי הרתעה, השאלה היא מתי תותר הריסה ומה יהיה היקפה.<sup>17</sup>

השופט חשין היה השופט הראשון שהסתייג מפסיקת בית המשפט העליון לגבי הריסת הבתים. הוא לא חלק על עצם סמכותו של המפקד הצבאי להרוס בית מטעמי הרתעה, אולם לעיתים תכופות מצא את עצמו במיעוט כאשר להיקף ההריסה המותר. במקרים אלו לא נכנע השופט חשין בפני שיקולי הביטחון שהציג הצבא. כך, למשל, בפסקי דינו בפרשות אלעמרין,<sup>18</sup> חזראן<sup>19</sup> ונזאל<sup>20</sup> עמד השופט חשין על כך שאין להרוס בית או חלקים מבית שניתן להפרדה. כלומר, אם מחבל התגורר בחלק מסוים בבית, וחלק זה היה נפרד משאר החלקים, אזי רק את החלק הזה התיר חשין להרוס. כך, משום שאין להעניש את שאר הדיירים במעשה שביצע אחד מהם. כאמור, זהו עקרון האחריות האישית, שלפיו "איש בחטאו יומת" (או איש בחטאו ייהרס ביתו). עם זאת, היה אם התגורר המחבל עם אנשים אחרים (למשל, משפחתו, הוריו, אחיו) בחלל אחד שאינו ניתן להפרדה, התיר השופט חשין את הריסת הבית כולו.

לדוגמה, בעניין חזראן ביקש המפקד הצבאי להרוס בית שבו התגוררו, לצד המחבל, בני משפחתו. בני המשפחה לא היו מודעים לכוונותיו של המחבל (שאם לא כן היה השופט חשין מתיר את ההריסה), וגרו ביחידות נפרדות תחת גג משותף אחד. המפקד דרש להרוס

15 ס' 20(ב) לחוק-יסוד: השפיטה.

16 בג"ץ 393/82 ג'מעית אסכאן אלמעלמון אלחעאוניה אלמחרודה אלמסאוליה נ' מפקד כוחות צה"ל באזור יהודה ושומרון, פ"ד לז(4) 811, 785 (1983).

17 ראו עמיחי כהן וטל מימרן עלות ללא תועלת במדיניות הריסת בתים – חשיבה מחדש (מחקר מדיניות 112, המכון הישראלי לדמוקרטיה, 2015) [www.idi.org.il/media/3404/cost\\_without\\_benefit.pdf](http://www.idi.org.il/media/3404/cost_without_benefit.pdf). במאמר מוסגר יצוין כי הריסת בתים היא אך אחת מבין פעולות ישראל בשטחים שמתקיים לגביהן שיח דומה: הדיון במישור הסמכות שטחי יחסית, ועיקר הדיון מתמקד במישור שיקול הדעת, ובפרט בשאלה אם פעולת המפקד הייתה מידתית. גישה זו מאפשרת שפיטה אד-הוקית, המעניקה גמישות רבה הן לבית המשפט והן למפקד הצבאי, מבלי לכבול אותו לכללים קטגוריים.

18 בג"ץ 2722/92 אלעמרין נ' מפקד כוחות צה"ל ברצועת עזה, פ"ד מו(3) 693 (1992).

19 בג"ץ 4772/91 חזראן נ' מפקד כוחות צה"ל באזור יהודה ושומרון, פ"ד מו(2) 150 (1992).

20 בג"ץ 6026/94 נזאל נ' מפקד כוחות צה"ל באזור יהודה ושומרון, פ"ד מח(5) 338 (1994).

את הבית כולו, אולם השופט חשין ניתח בדקדקנות את המבנה הפנימי של הבית, ופסק כי אף שהמטבח והשירותים משותפים, מדובר ביחידות דיור נפרדות שאין להרוס. בעשותו כן הוא התבסס על עקרון האחיות האישית, תוך שהוא מדגיש את ההיבט הלאומי של הרצח:

“העותרים ביקשו את נפשו של יהודי באשר הוא יהודי, ושלמה יחיא ז”ל קיפח את חייו אך באשר היה יהודי, יהודי בארץ היהודים... וכך אמנם ראוי שיאמר מפקד צבאי: ראובן לא יישא בעוונם של שמעון ולוי, ואיש בעונו הוא יישא. מוסכם איפוא על הכול, כי ראוי הוא שכל אחד מן העותרים יישא בעונו... בבקשנו להחיל עקרונות אלה על העותרים שלפנינו, דעתי היא, כי רשאי המשיב להרוס (או לאטום) אך את מקומות מגוריהם של העותרים ואותם בלבד וכי אין הוא רשאי לפגוע לא בשירותים המשותפים לעותרים ולענפים האחרים של משפחותיהם ולא במקומות מגוריהם של אותם בני משפחה.”<sup>21</sup>

קל לבקר את גישתו של השופט חשין. עמדתו אינה עולה בקנה אחד עם המשפט הביני-לאומי ההומניטרי, אשר אוסר הריסת בתים מטעמי הרתעה בשל היותה ענישה קולקטיבית. כך בין שמדובר בהריסה של הבית כולו ובין שמדובר בהריסת חלק מהבית. נוסף על כך, השופט חשין, בדומה לשאר השופטים בזמנו, לא פקפק בטענה שהריסת בתים אכן מביאה לידי הרתעתם של מפגעים פוטנציאליים. מסיבות שונות, שעיקרן קשורות לבעיית הלגיטימיות של הריסות הבתים, ובעקבות המלצתה של ועדה פנימית (ועדת שני), פסק הצבא עצמו במשך תקופה ארוכה מלהשתמש באמצעי של הריסת בתים, והממצאים המחקריים המעידים על יעילותה של ההריסה אינם רבים.<sup>22</sup> קשה אפוא לומר כי עמדתו של השופט חשין מגינה על זכויות אדם באופן מיטבי.

אולם לצד בעייתיות זו, שהייתה משותפת כאמור לכלל השופטים בבית המשפט העליון בזמנו, גישתו של השופט חשין הגנה על זכויות אדם יותר מגישתם של שאר השופטים, אשר הסתפקו בקביעתו של המפקד הצבאי כי יש נחיצות בהריסת הבית ואישרו הריסות בתים כעניין שבשגרה. למעט מספר מצומצם של פסקי דין הדנים בהריסת בתים, רובם המכריע קצרים, לקוניים ונוסחתיים. השופט חשין, להבדיל, הבין כי מדובר בגזרה קשה אשר סוטה מעקרון האחיות האישית ועל כן יש לצמצמה ככל האפשר. פסקי דינו,

21 פרשת חיזראן, לעיל ה"ש 19, בעמ' 156, 158 ו-161.

22 ועדת שני המליצה להפסיק את השימוש בהריסת בתים בנימוק שאף על פי שהריסת בתים יש בה כדי להרתיע, הנזק הטמון בה גובר על תועלתה, בין היתר מבחינת הלגיטימיות והחוקיות של פעולת ההריסה. ראו עמוס הראל "ועדה שמינה הרמטכ"ל: להפסיק הריסת בתי מחבלים – גורמת יותר נזק מתועלת" הארץ 17.2.2005. [www.haaretz.co.il/misc/1.1502799](http://www.haaretz.co.il/misc/1.1502799). המחקר האמפירי היחיד שבתן את יעילותה של מדיניות הריסת הבתים מצא כי הריסת בתים של מחבלים מובילה לירידה של 11.7% בפיגועים באותו אזור, וגם זאת רק בחודש שלאחר ההריסה. ראו Efraim Benmelech, Claude Berrebi & Esteban F. Klor, *Counter-Suicide-Terrorism: Evidence from House Demolitions*, 77 J. Pol. 27 (2015).

אשר ניתחו באריכות את מבנה הבית, השירותים והמטבח, מצטיירים אולי כנוקדניים, אולם נוקדנות זו שירתה עיקרון מהותי במשפט, שהשופט חשין שמר עליו בקפדנות גם כאשר דובר ברצח של "יהודי בארץ היהודים".

היה אפשר לצפות, אם כן, כי בשל חשיבותו של עקרון האחריות האישית יישמו השופט חשין גם בהקשרים אחרים. אכן, אם העיקרון המנחה הוא שאין להעניש אדם אלא בשל מעשה שעשה, ושעל העונש להיות בהלימה למעשה עצמו, אזי אין זה משנה אם מדובר בהריסת בתים, בענישה פלילית או אפילו באחריות נזיקית. במילים אחרות, נאמנות לעיקרון זה של "איש בחטאו יומת" משמעה שמשעה שאדם "שילם את חובו לחברה", אין עוד הצדקה להענישו.

אולם עקרון האחריות האישית לא הוביל את השופט חשין לתוצאה דומה בפרשת **קלפי המיקוח** המפורסמת.<sup>23</sup> במקרה זה "הובאו" אזרחים לבנונים לישראל (כך בלשון פסק הדין)<sup>24</sup> ונשפטו על עברות שונות שעניינן השתייכות לארגוני טרור ומעורבות בפגיעים נגד כוחות צה"ל וצד"ל. העותרים בפרשת **קלפי המיקוח**, חלקם קטינים, סיימו לשאת את עונשם, אולם המשיכו לשהות במעצר בהתאם לצווי מעצר מנהלי שהוציא שר הביטחון מכוח חוק סמכויות שעת-חירום (מעצרים), התשל"ט-1979 (להלן: חוק המעצרים). איש לא חלק על כך שלא נשקפה סכנה כלשהי מהעותרים עצמם. המדינה הודתה כי היא ממשיכה להחזיקם במעצר לא כדי להענישם על מעשיהם (שעליהם הם כבר נשפטו כאמור ונשאו את עונשם), אלא כדי לקדם את שחרורם של שבויים ונעדרים ישראלים, ובעיקר את שחרורו של הנווט רון ארד. מכאן שהעותרים הוחזקו כ"קלפי מיקוח" כדי להשיג מידע או התקדמות במגעים מול הגורמים המחזיקים את השבויים והנעדרים.

דעת הרוב, מפי הנשיא ברק, יישמה את עקרון האחריות האישית, וקבעה כי אם הסכנה לבטחון המדינה אינה נובעת מהעצור עצמו, אזי אין לשר הביטחון סמכות להחזיק את העצור. זאת, בשל הפגיעה החריפה בזכותו של אדם לחירות ולכבוד הנגרמת מכך שהוא עצור מסיבות שחיצוניות לו ולמעשיו. מסיבה זו החליטה דעת הרוב לשחרר את העצירים. אכן, ייתכן שהיה אפשר להשיג מידע על שבויים ונעדרים כתוצאה מהחזקת העותרים במעצר מנהלי (אם כי יש לציין שמידע כאמור לא הושג בכל התקופה שבה הוחזקו העותרים בישראל), אולם בית המשפט קבע כי אין להשתמש באדם כאמצעי בלבד. דעת הרוב אימצה אפוא את הכלל הקנטיאני הידוע, שגם הוא מגולם בעקרון האחריות האישית. לנוכח פסיקתו של השופט חשין בסוגיית הריסת הבתים היה אפשר לצפות שגם הוא יפסע בכיוון זה, שכן פסיקותיו שם התבססו על אותו כלל. אולם לא זה מה שקרה. השופט חשין, בדעת מיעוט, פסק שאין לשחרר את העצורים. מדוע? סעיף 2(א) לחוק המעצרים קובע כי "היה לשר הביטחון יסוד סביר להניח שטעמי בטחון המדינה או בטחון הציבור מחייבים שאדם פלוני יוחזק במעצר, רשאי הוא, בצו בחתימת ידו, להורות על מעצרו של האדם לתקופה שתצויין בצו ושלא תעלה על ששה חדשים". השופט חשין סבר כי הקזרה

23 דנ"פ 7048/97 פלונים נ' שר הביטחון, פ"ד נד(1) 721 (2000) (להלן: פרשת **קלפי המיקוח**).

24 שם, בעמ' 731.



של שבויים ונעדרים באה בגדרי "בטחון המדינה". חוק המעצרים אינו מסייג את סמכות המעצר רק לאנשים שנשקפת מהם סכנה. ממילא, השופט חשין חלק על דעת הרוב בשאלת הנפקות של היותם מסוכנים. לטענתו:

"אין ולא כלום בטענה כי אין נשקפת סכנה מן העותרים אם אך ישוחררו. העותרים, כלוחמי חיזבאללה, קשרו את גורלם במלחמת ישראל בחיזבאללה... [הם] גייסו עצמם בפועל אל שורות האויב, ותיאורם... כ'קלפי-מיקוח'... יש בו כדי לאנוס את הלשון ואת האמת... אף 'בני-ערובה' אין הם העותרים, לא על-פי ההגדרות המקובלות במשפט הבין-לאומי ולא על-פי כל הגדרה אחרת... [שכן הם] נמנים עם צדדים לוחמים ונפלו בידי האויב... כשם שהחזקת שבויי-מלחמה רואים אותה כהחזקה למטרה לגיטימית וראויה – אשר-על-כן אין שבויי-מלחמה מתוארים לא כ'בני-ערובה' ולא כ'קלפי-מיקוח' – כן, על דרך ההקבלה, הם לוחמי החיזבאללה, שמחזיקים אנו בהם למטרה לגיטימית וראויה של ביטחון המדינה."<sup>25</sup>

במילים אחרות, השופט חשין לא טען כי העצורים מסוכנים, אלא כי אין זה משנה אם הם מסוכנים, משום שמדובר בלוחמי חיזבאללה, וככאלה ניתן להחזיקם אם מתקיימת המטרה הלגיטימית של בטחון המדינה (החזרת שבויים ונעדרים). בניגוד לדעת הרוב, השופט חשין פירש את חוק המעצרים כמתיר לשר הביטחון להחזיק אנשים ללא משפט גם אחרי שסיימו את תקופת מאסרם וגם כאשר לא נשקפת מהם סכנה, אם המטרה היא להביא לידי שחרור שבויים. זוהי פרשנות רחבה, הסוטה גם מדיני המעצר המנהלי,<sup>26</sup> וספק רב אם ניתן להצדיקה.

לענייננו, הנקודה החשובה היא שהשופט חשין נמצא בסתירה: בנוגע להריסת בתים הוא ביטא עמדה עקיבה (פעמים רבות בדעת מיעוט) שלפיה אדם צריך להיענש בגין מעשיו בלבד – "איש בחטאו יומת"; ואילו בפרשת קלפי המיקוח הוא לא התקשה להותיר אנשים במעצר גם אחרי שנשאו את עונשם, וזאת כדי להשיג מטרה שחיצונית למעשיהם. הפתרון של השופט חשין לסתירה הוא שמדובר במלחמה, והעצורים אינם קלפי מיקוח או בני ערובה, אלא "מעין-שבויים",<sup>27</sup> ולכן אין כאן אפילו "פציעה" של זכויות האדם של המוחזקים.<sup>28</sup>

25 שם, בעמ' 748–749.

26 ראו, למשל, את דבריו של השופט גרוניס בעמ"ס 8788/03 פדרמן נ' שר הביטחון, פ"ד נח(1) 176, 188 (2003): "הואיל וצו המעצר המינהלי בא לקדם פני סכנה עתידית, עלינו לעשות שימוש במבחן הסתברותי, היינו יש לבחון את מעשיו ודבריו של העצור כפי שהם עולים מן החומר, בדרך-כלל חומר חסוי, לשם הערכה של מידת הסיכון הצפויה ממנו בעתיד." (ההדרגות הוספו.)

27 פרשת קלפי המיקוח, לעיל ה"ש 23, בעמ' 752. השופט חשין מסתמך למעשה על ההיגיון של דיני הלחימה, אבל דיני הלחימה קובעים כי יש לשחרר שבויי מלחמה ללא דיחוי בתום פעולות האיבה. אי-אפשר להחזיקם רק כדי לחייב את האויב לשחרר את השבויים שלו. ראו ס' 118–136 לאמנת ז'נבה הרביעית, לעיל ה"ש 9. אני מודה לאליאב ליבליך על נקודה זו.

28 פרשת קלפי המיקוח, לעיל ה"ש 23, בעמ' 749.

פתרונו של השופט חשין אינו מניח את הדעת. היה מוסכם כי אין מדובר בשבויי מלחמה לפי אמנת ז'נבה השלישית, שאותם ניתן להחזיק עד סוף העימות. המצאתה של קטגוריה חדשה של "מעין שבויי מלחמה" אף היא אינה יכולה להוות הרשאה לפגיעה בזכויות אדם מבלי שיש היתר בדין.<sup>29</sup> מה עשוי להסביר את הסתירה הזו? השופט חשין מעולם לא הבהיר זאת, אולם לטענתי הדיון בעקרון השוויון, להלן, מספק תשובה אפשרית.

## פרק ב: עקרון השוויון

העיקרון השני בפסיקה הבטחונית של השופט חשין הוא עקרון השוויון. כפי שאראה, עקרון השוויון היה מרכזי מאוד בראייתו של השופט חשין, אולם יישומו לא היה עקיב. מצד אחד, השוויון היה מבחינתו עקרון-על – עליון על כל חוק, ואף על כל חוק יסוד. אולם בעוד שבמקום אחד הייתה הפרת השוויון יכולה להביא את השופט חשין לידי פסילה של חוק, הפרתו במקום אחר הטרידה אותו פחות. ארון ראשית בביסוסו של עקרון השוויון כעיקרון על-חוקתי בפסק דינו של השופט חשין בנוגע לגיוסם של בחורי הישיבות. לאחר מכן אפנה לדון בפסק דינו בנוגע לאיחוד משפחות של פלסטינים, החותר תחת העליונות של עקרון השוויון שאותה ביקש השופט חשין לבסס בפסק דינו בנוגע לגיוסם של בני הישיבות.

### 1. גיוס בני הישיבות

עקרון השוויון, אם לשפוט לפי חלק מפסיקתו של חשין, היה מבחינתו עקרון יסוד ראשון במעלה. הוא היה עיקרון על-חוקתי במובן שאותו ביטא השופט זוסמן בפרשת ירדור.<sup>30</sup> דוגמה טובה לאופיו העל-חוקתי של עקרון השוויון בתפיסתו של השופט חשין היא פסק דינו בפרשת גיוס בני הישיבות.<sup>31</sup> בפסק דין זה הסתמך השופט חשין על עקרון השוויון כדי לפסול את חוק דחיית שירות לתלמידי ישיבות שתורתם אומנותם, התשס"ב-2002, המכונה "חוק טל". בכך הוא היה דעת מיעוט, שכן לא רק שדעת הרוב קבעה כי לעת הזו אין לפסול את החוק, אלא שבניגוד לדעת הרוב, השופט חשין לא הסתמך על חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו כעניגון לעקרון השוויון, אלא מיקם את עקרון השוויון כעליון על חוקי היסוד, כחלק מעקרונות היסוד של השיטה.

29 אכן, רק בעקבות פסק הדין נחקק חוק כליאתם של לוחמים בלתי חוקיים, התשס"ב-2002, כדי לתת מענה לקטגוריית עצירים זו.

30 ע"ב 1/65 ירדור נ' יושב-ראש ועדת הבחירות המרכזית לכנסת השישית, פ"ד יט(3) 365 (1965).

31 בג"ץ 6427/02 התנועה למען איכות השלטון בישראל נ' כנסת ישראל, פ"ד סא(1) 619 (2006) (להלן: פרשת גיוס בני הישיבות).

דעת הרוב סברה כי אי-גיוסם של בני ישיבות פוגע בזכותם לכבוד של המתגייסים, לנוכח ההפליה בין שתי הקבוצות. השופט חשין, לעומת זאת, לא זיהה פגיעה בכבוד האדם, שכן כבודו של אדם שמגויס לצה"ל אינו נפגע אך בשל כך שאחר אינו מגויס. מכאן שהפגיעה היחידה היא פגיעה בשוויון, שאינה נגזרת מהפגיעה בכבוד ולכן אינה מערבת את חוקי-יסוד: כבוד האדם וחירותו. קביעה זו הובילה את השופט חשין לפנות לעיקרון לא כתוב, הוא עקרון השוויון. מהלך זה היה חסר תקדים בפסיקה הישראלית. פסק דין ירדור, שעליו הסתמך השופט חשין, לא פסל חוק. השופט זוסמן פנה לעיקרון לא כתוב כדי לאשר את החלטתה של ועדת הבחירות, שהיא גוף מנהלי. בפסק דינו הידוע בעניין לאור<sup>32</sup> העלה השופט ברק את האפשרות שעיקרון לא כתוב יוכל להביא לידי פסילת חוק, אולם אמירה זו נשארה בגדר אמרת אגב ולא יושמה מעולם.

העלאת השוויון לרמה על-חוקתית היא מהלך חשוב, שטמון בו פוטנציאל רב בכל הקשור לביקורת שיפוטית אפשרית על חקיקה ואף על חוקי יסוד. עם זאת, מהלך מעניין לא פחות (והחשוב יותר לענייננו) הוא גיוסו של עקרון השוויון לא כדי להגן על זכויות אדם, אלא כדי לקדם את בטחון המדינה. בשם עקרון השוויון לא הסכים השופט חשין שתהיה הפליה בין אלה שמשרתים בצבא לבין חרדים המקבלים דחיית שירות. הביטחון הוא הערך העליון, ומכאן שכולם צריכים לשאת בנטל.

פסק דין גיוס בני הישיבות הוא הזדמנות טובה לבחינת תפיסת השוויון של השופט חשין, שכן בפסק דין זה חשין קושר במפורש בין ביטחון ללאומיות, וזאת בשני אופנים. ראשית, תפקידו של צה"ל הוא להגן לא רק על מדינת ישראל, אלא גם על יהודים ועל מדינה יהודית. שנית, שוויון בנטל מבחינת השופט חשין רלוונטי רק ליהודים, ולא לפלסטינים, שכלל אינם משרתים. אדגים את שתי הנקודות האלה כדי לטעון כי ההגנה של השופט חשין על השוויון לא נעשתה רק בשם ערכי הדמוקרטיה, שכן ערכי-העל של השופט חשין אינם ערכי הדמוקרטיה, כי אם ערכי "הדמוקרטיה היהודית"<sup>33</sup>.

#### (א) הצבא כמגן על המדינה היהודית

חלק מרכזי בפסק דינו של השופט חשין מוקדש לחשיבותו של הצבא כמגן על המדינה היהודית והדמוקרטיה. כך, למשל:

"מדינה זו, מדינת ישראל היהודית והדמוקרטיה, כוחות רבי-עוצמה מאיימים להאבדה. להאבדה – משמעו של מושג כפשוטו. להגנה על עצמה נדרשת היא

32 בג"ץ 142/89 תנועת לאור – לב אחד ורוח חדשה נ' יושב-ראש הכנסת, פ"ד מד(3) 529 (1990).  
 33 ראו את דברי השופט חשין בע"א 733/95 ארפל אלומיניום בע"מ נ' קליל תעשיות בע"מ, פ"ד נא(3) 577, 629 (1997): "חוקי-היסוד הם החוקים הנעלים במרקם החקיקה והמשפט במדינה; כך מבחינת מהותם, ובחלקם גם מבחינת עוצמתם הפורמאלית. כך הוא, גם לדעת הסוברים – ואני נמנה עמם – שאין לה לכנסת סמכות מכוננת. ואולם גם חוקי-היסוד אינם בפסגת הפירמידה, שמא נאמר: בתשתית-התשתיות. נעלים עליהם עקרונות-יסוד בחיינו, עקרונות שאף חוקי-היסוד יונקים מהם את חיותם. עקרונות אלה הם עיקרים במשפט הטבע ועיקרים בתורת הדמוקרטיה היהודית."

המדינה לצבא, שבאין צבא ייפרע עם ותאבד ממלכה. הצבא הוא צבא הגנה לישראל. הצבא נועד להגן על המדינה ועל תושביה מפני המאיימים לפגוע בה ולהשמידה... ואל-נא נשכח ולו לרגע: מדברים אנו במדינה שמיום הקמתה מאוימת היא בידי כוחות עוינים – מהם כוחות רבי-עוצמה – ושרויה היא כל העת, ביום ובליל, במלחמה ובלוחמה. חשוב שנצבוט עצמנו מעת לעת, להזכירנו מי אנו והיכן אנו, שכן עם חלוף השנים קהו רגשותינו וכיום רואים אנו פטור הניתן לבני ישיבה משירות בצבא כתופעת טבע שאין אלא להשלים עימה. פטור הניתן לבני ישיבה משירות בצבא אינו תופעת טבע, ואנו לא נשלים עם תופעה חריגה זו.<sup>34</sup>

עובדת היותה של המדינה יהודית אינה אך עוד נתון, אלא קשורה בקשר הדוק לצורך להגן עליה מפני אויבים. כך, לפי השופט חשין:

"...דבר היותה של ישראל מדינה יהודית, מצוי ביסוד קיומנו כאן [...] העם היהודי הקים את המדינה היהודית. זו הראשית וממנה נמשך בדרך... ופירוש המושג 'מדינה יהודית' הוא, בראש ובראשונה, מימושו של חלום דורות, הקמתו וקיומו של בית לאומי לעם היהודי. העם היהודי עם למוד-סבל הוא. עם הוא שנרדף בארצות מושבו, בגולה, מאות ואלפים בשנים – כך גם בימינו-שלנו – והמדינה ה'יהודית', המדינה היהודית האחת והיחידה הקיימת על-פני הגלובוס, נועדה לקבץ אותו מכל גלויותיו, לקיים בידו זכות להגדרה עצמית וליתן מנוח לראשו ולגופו העייף. 'מדינה יהודית' נועדה, אפוא, למימוש זכותו הטבעית וההיסטורית של העם היהודי לכוון מדינה משלו, מדינה שתהא לו מיקלט ותהווה בית ומגן לכל אותם יהודים הפזורים ברחבי העולם. זו תמצית הווייתה של מדינת ישראל. זה ה-*raison d'être* לקיומה. ותמצית הווייה זו של המדינה מחייבת, כמו מעצמה, כי יהודיות המדינה תחבטא ברוב יהודי מסיבי, שכן רק רוב יהודי מסיבי יהיה בכוחו להמשיך ולקיים את המדינה כגוף יהודי חי ונושם... קיומה של מדינת ישראל כמישכנו של העם היהודי והיותה בית ועיר מיקלט ליהודים הנרדפים אך בשל יהדותם, מהווה אפוא ערך עליון שיש להגן עליו בכל מאוּכְנו... צה"ל הוא אפוא כלי ראשון במעלה להבטחת המשך קיומה של המדינה היהודית. ואם אין אני לי – מי לי. באין צה"ל יקומו אויבי המדינה היהודית ויכו בה. באין צה"ל לא תהיה עוד מדינה יהודית."<sup>35</sup>

השופט חשין היה יכול, כמובן, לדון בחשיבותו של הצבא כאמצעי להגנה על המדינה ועל כל אזרחיה, ועל הצורך של כל אזרח בביטחון. אולם חשין קושר בין היות ישראל מדינה יהודית, שמטרת קיומה היא שימור והגנה על העם היהודי ועל המדינה היהודית, אשר באה לידי ביטוי ב"רוב יהודי מסיבי", לבין הצורך בגיוס חובה כללי, שיחול גם על

34 פרשת גיוס בני הישיבות, לעיל ה"ש 31, בעמ' 731–732.

35 שם, בעמ' 733–734 (ההדגשות הוספו).

חרדים. במילים אחרות, דרישת הגיוס הקולקטיבי מוצדקת כדי להגן על אופייה של מדינת ישראל כמדינת הלאום של העם היהודי, ולא רק כדי להגן על אזרחי המדינה. לפיכך הדרישה כי כולם (ומייד נראה מי הם "כולם") ישרתו בצבא לא נועדה לשמר מסגרת מדינית, חברתית ופוליטית משותפת, אלא כדי להבטיח, בין היתר, את יעדיו הלאומיים של העם היהודי.

השופט חשין לא חלק כמובן על זכותם של אזרחיה הלא-יהודים של ישראל לביטחון. עם זאת, תפיסת הביטחון של השופט חשין אינה מונעת מתפיסה של אזרחות כללית ושוויונית, אלא מתפיסה לאומית פרטיקולרית שלפיה ה־raison d'être של המדינה (כדבריו) מנביע תפיסת ביטחון שלפיה הצבא נועד להגן בראש ובראשונה על הפרויקט האידיאולוגי שביסודה של מדינת ישראל ואשר מעניק הצדקה לקיומה. כפועל יוצא מגישה זו, במקום תפיסה אזרחית של ביטחון, לפנינו תפיסה אתנוצנטרית של ביטחון.

### (ב) על מי לשאת בנטל השירות הצבאי?

בסעיף הקודם טענתי כי תפיסת הביטחון של השופט חשין נגזרת מההצדקה האידיאולוגית להגדרתה של מדינת ישראל לא כ"מדינת כל אזרחיה", אלא בראש ובראשונה כמדינה יהודית. אישור לתפיסה זו ניתן למצוא גם בדבריו של השופט חשין על סוגיית הנשיאה בנטל, שהיא מרכזית כמובן לשאלת חובת הגיוס הכללית. אילו נבעה תפיסת הביטחון של השופט חשין מתפיסה אזרחית שלפיה המדינה צריכה להגן על כלל אזרחיה, היה אפשר לצפות לקביעה כי כולם חייבים לשאת בנטל הגיוס הצבאי, ולא רק חרדים. אכן, השופט חשין אומר דברים ברוח זו, המרמזים על תפיסה שלפיה כל אזרח חייב בגיוס. אולם קשה להאמין שהוא התכוון גם לפלסטינים אזרחי ישראל, לנוכח המציאות בישראל שבה הם אינם מגויסים לצבא הן משום שהמדינה אינה מעוניינת בגיוסם והן משום שהם עצמם, למעט מספר מצומצם מביניהם, אינם מעוניינים להתגייס. לפיכך טיעון מסתבר יותר הוא שגם בשאלת הנשיאה בנטל חשין קושר בין ביטחון ללאומיות, תוך שהוא מבטא תפיסה פרטיקולרית שלפיה חובת הגיוס חלה בראש ובראשונה על יהודים.

תפיסה זו עולה מדבריו של השופט חשין בפסק הדין בעניין גיוס בני השיבות. תחילה אביא כאן שתי מובאות, אחת תיאורית ואחת נורמטיבית, אשר מעידות לכאורה על האופי הכללי והאזרחי שהשופט חשין מייחס לשירות הצבאי. אולם לאחר מכן, ובמרחק עמודים ספורים זה מזה בפסק הדין, אראה כי השופט חשין חותר תחת חובת הגיוס הכללית. נפתח אם כן בחובה הכללית של גיוס לצבא. ראשית, כעניין תיאורי עובדתי, השופט חשין מציין:

"לאחר הילכת רובינשטיין, וכהוראת חוק שירות ביטחון, כל צעירים שבמדינה – לרבות בני ישיבה שתורתם אומנותם – חייבים בגיוס לצבא, איש לא נעדר."<sup>36</sup>

36 שם, בעמ' 732 (ההדגשות הוספו).

מייד לאחר מכן השופט חשין מצדיק את חובת הגיוס הכללית, הקיימת לדבריו, כעניין עובדתי, גם ברמה הנורמטיבית:

"החובה לשרת בצה"ל נועדה אפוא לממש את הזכות הנתונה ליחיד ולמדינה – זכות ההישרדות והזכות להגנה עצמית. חובה זו, **כנדרש מן הצורך, מוטלת על כל מי שיכולים להחזיק נשק בידם**. אכן, משידענו כי הערך ממנו נגזרת החובה הוא ערך ההגנה העצמית וההישרדות – ערך-יסוד שאין נעלה הימנו – נוסף ונדע כי עוצמתה של החובה לשרת בצבא מן הגבוהות שבעוצמות היא... שני שיקולים אלה במישקלם במצטבר: מישקלה של החובה לשרת בצבא ועימו הנטל שמילוי חובה זו מטיל על היחיד, משליכים במישרין על דרך חלוקתה של החובה בין יחיד הכלל. פירוש: **חובה זו חייבים לשאת בה – על דרך העיקרון – כל בני החברה, איש לא נעדר**. ואמנם, ככל שיכבד וילך הנטל על כל יחיד ויחיד; וככל שההצדקה לקיומה של החובה כבדה ומשמעותית היא; כן תידרש כמו-מאליה **מסקנה כי בנטל החובה יישאו בני החברה בשיוויון. ההישרדות וההגנה העצמית, כל בני החברה נדרשים להם וממילא יישאו בנטל כל יחיד החברה כולם**."<sup>37</sup>

ייתכן שהשופט חשין צודק כי ראוי שתהיה חובת גיוס לכלל האוכלוסייה. אולם עמדה נורמטיבית זו אינה נובעת מקביעתו כי החובה כבר קיימת כעניין עובדתי אחרי פסק דין **רובינשטיין**.<sup>38</sup> קביעה זו היא אולי אמת ברמה הפורמלית, אך היא בוודאי אינה משקפת את הדין הנוהג ואת המציאות בשטח.

הלכת **רובינשטיין** אכן לא הבחינה בין יהודים לפלסטינים. גם חוק שירות ביטחון אינו מבחין בין יהודים לפלסטינים. יתרה מזו, בעתירה שהוגשה זמן קצר לאחר מתן פסק הדין בעניין **רובינשטיין**, ואשר ביקשה להסתמך על קביעותיו ולחייב גיוס של מיעוטים מוסלמים ונוצרים, קבע בג"ץ, תוך שהוא מוחק את העתירה, כי "הנחייתו של היועץ המשפטי לממשלה היא לנהוג לגבי בני המיעוטים כפי שנפסק לגבי בחורי הישיבות בבג"צ 3267/97... לענין זה תוכן הצעת חוק שתסדיר את הנושא, כפי שנאמר בפסק הדין האמור".<sup>39</sup> משלא הושגה התקדמות בנושא, הוגשה עתירה נוספת, אך גם זו נמחקה בטענה כי "המציאות השתנתה" (העתירה הוגשה זמן קצר לאחר "מהומות אוקטובר 2000"), אם כי הובהר כי העותר יוכל לחזור ולפנות בעתירתו העקרונית.<sup>40</sup> מאז לא נדרש בית המשפט לעניין.

אולם השופט חשין ידע מן הסתם כי אזרחי ישראל הפלסטינים אינם מגויסים ואינם מחויבים לשרת בצבא בשל החלטת הדרגים הפוליטיים והצבאיים.<sup>41</sup> משכך, כיצד היה

37 שם, בעמ' 734 (ההדגשות הוספו).

38 בג"ץ 3267/97 **רובינשטיין נ' שר הביטחון**, פ"ד נב(5) 481 (1998).

39 בג"ץ 5370/97 **סעדיה נ' שר הביטחון** (פורסם באר"ש, 22.2.1999).

40 בג"ץ 2193/01 **סעדיה נ' שר הביטחון** (פורסם באר"ש, 19.11.2003).

41 ראו ליאב אורגד, "המיעוט הערבי בישראל וחובת שירות ביטחון" **המשפט** יא 381, 386 (2007).

יכול לקבוע כי "איש לא נעדר" ? החשובה היא שאיש לא נעדר רק אם מסתכלים על קבוצת השוויון כקבוצה המכילה יהודים בלבד.

הסבר אפשרי להנחתו המובלעת של השופט חשין ניתן למצוא בשניות של צה"ל כצבא המדינה וצה"ל כצבא המדינה היהודית. ברמה החוקתית, לפי חוק-יסוד: הצבא, צה"ל הוא "צבאה של המדינה"<sup>42</sup>. אולם צה"ל הוא גם "צבא העם". מכאן עולות השאלות: מיהו העם שחב בחובת הגיוס? של מי המדינה הזו ולמי היא נועדה? מדבריו של השופט חשין עולה כי צבא העם הוא הצבא היהודי.<sup>43</sup> הצבא הוא מכשיר הנשלט על ידי יהודים, ונועד, מבחינה היסטורית, להבטיח את שלום היהודים במדינה היהודית מול האויבים הערבים. ככל שהצבא הוא כור היתוך, הוא כור היתוך רק לחלק מסוים מאזרחי המדינה, היהודים, ומשקף לא את ישראל כמדינת כל אזרחיה, אלא את ישראל כמדינת היהודים.<sup>44</sup> על רקע דברים אלו ניתן גם להבין את קביעתו של השופט חשין (המשותפת כנראה לכל השופטים היהודים) כי תנאי לקיומה של מדינה יהודית הוא "רוב יהודי מסיבי".

רוח זו עולה גם מדבריו של השופט חשין בנוגע לקשר שבין כלליות החובה לבין עם ישראל. עצם מסגור הדיון ככזה מלמדנו על הקשר בין הצבא להיסטוריה של העם היהודי, ולא לחברה הישראלית בכללותה:

**"מורשת ישראל מורה אותנו כי נטל המלחמה חייב שיהא מוטל על כל בני העדה. מסורת זו, שישראל ערבין זה-בזה במלחמה; כי חובה היא המוטלת על ישראל לעזור איש לרעהו; כי חייבים ישראל להילחם איש בעבור רעהו; מלווה אותנו מימי קדם... ישראל בימינו אינה כליטא, כפולניה או כרוסיה במאות השנים האחרונות. אף לא כבבל בשעתה. בליטא, בפולניה, ברוסיה – כך היה בכבל וכך**

המקור המשפטי לאי-גיוסם של פלסטינים הוא ס' 13 לחוק שירות ביטחון [נוסח משולב], התשמ"ו-1986 (להלן: חוק שירות ביטחון), המעניק שיקול דעת לפוקד לא לאכוף את חובת שירות הביטחון. שיקול דעתו של הפוקד מופעל בהתאם להוראות הפנימיות בצבא המסדירות את אי-גיוסם של מיעוטים. את הפטור עצמו מעניק שר הביטחון מכוח ס' 36 לחוק שירות ביטחון (אותו סעיף אשר שימש למתן הפטור לבני הישיבות).

42 ס' 1 לחוק-יסוד: הצבא.

43 עמדה זו זוכה בתמיכה גם בשיח הצבאי. כך, למשל, בשנת 2010 התריע ראש אכ"א כי מודל "צבא העם" צפוי לקרוס אם לא ייעשו שינויים בתנאי השכר של משרתי הקבע ואם לא יורחבו מחזורי הגיוס. כאשר נשאל על עצם השימוש בכותרת "צבא העם" לנוכח אי-גיוסם של ערבים והשתמטותם של חרדים, השיב ראש אכ"א כי נעשים מאמצים לגבי החרדים, אולם לא השיב כלל לגבי גיוסם של ערבים. ראו יובל אזולאי "ראש אכ"א: 'צבא העם' יקרוס עד 2020 אם לא ייעשו צעדים" **גלובס** 30.12.2010. [www.globes.co.il/news/article.aspx?did=1000612014](http://www.globes.co.il/news/article.aspx?did=1000612014). על המתח בין צבא אוניוורסלי לבין צבא של מדינה יהודית ראו עמי אילון "מודל צבא העם במציאות משתנה" **המכון הישראלי לדמוקרטיה** [www.idi.org.il/blogs/security-clearance/army-of-the-people/24880](http://www.idi.org.il/blogs/security-clearance/army-of-the-people/24880) 18.11.2018.

44 ראו גם חסן ג'בארין "לקראת גישות ביקורתיות של המיעוט הפלסטיני: אזרחות, לאומיות ופמיניזם במשפט הישראלי" **פלילים** ט 53, 89 (2000), ג'בארין רואה את השירות בצבא כביטוי של נאמנות למדינה, אולם בישראל נאמנות למדינה נתפסת כנאמנות למדינת היהודים, ולא כנאמנות למדינת האזרחים.

היה בכל העולם חוץ לישראל – חיו היהודים את חייהם בעיקר בתחומי-המחיה שהוקצו להם, והיה זה השליט הלא-יהודי של המדינה – או של הנסיכות – שנטל אחריות על שיכמו גם על ענייני החוץ גם על נושאי הביטחון. **מטעמים אלה, טעמים מוצדקים לעצמם, סירבו היהודים – אך נאלצו – ליטול חלק במילחמות לא-להם... כך היה בעבר. כהיום הזה חיים אנו במדינתנו-שלנו, והאחריות לניהול המדינה – לרבות בנושאי ביטחון – מוטלת זו הפעם עלינו.**<sup>45</sup>

השאלה על מי לשאת בנטל נגזרת אפוא מזהות המדינה. על היהודים לשאת בנטל כי זו מדינה יהודית, אשר הוקמה למען יהודים ושייכת להם. אם לא תהיה הקרבה על ידי כל היהודים, לא תהיה מדינה יהודית. זהות המדינה תאבד, ואיתה גם קיומה וגם חוקתה.<sup>46</sup> פסק דינו של השופט חשין בעניין **גיוס בני הישיבות** ממקם את עקרון השוויון כעיקרון החשוב ביותר במדינה דמוקרטית, היכול לגבור גם על החוקה. אבל מהו ההקשר ההופך את השוויון לעליון? ההקשר הוא מצב שבו קבוצה של יהודים מקבלת הטבה אשר קבוצה אחרת של יהודים אינה מקבלת. הפלסטינים אזרחי ישראל, אף שהם מהווים חמישית מהאוכלוסייה, אינם נמצאים כלל בסיפור הזה – הן משום שהוחלט לא לגייסם והן משום שהם עצמם אינם מעוניינים ככלל להתגייס. עם זאת, קביעתו של השופט חשין כי "איש לא נעדר" תורמת להעלמתם של הפלסטינים. הפרדוקס הוא, אם כן, שהשופט חשין מעלה את עקרון השוויון לרמה על-חוקתית לא רק כדי לקדם שוויון בין יהודים, אלא גם, ואולי ביתר שאת, כדי לקדם את בטחון המדינה, ובתוך כך מאשרר תפיסה אזרחית לא שוויונית המבליעה יחס מדרגי בין יהודים למי שאינם יהודים.

טענת נגד אפשרית היא כי דווקא ההחרגה של הפלסטינים משקפת תפיסה שוויונית, המבטאת (בעקיפין) הכרה בשונותם הלאומית. אכן, הסיבות לאי-גיוסם של הפלסטינים מורכבות,<sup>47</sup> ונובעות משני חששות. האחד הוא החשש הבטחוני, שלפיו אי-אפשר לסמוך על אוכלוסייה בעלת זיקה לעולם הערבי בכלל ולחברה הפלסטינית בשטחים בפרט,<sup>48</sup> דהיינו, אם יגויסו פלסטינים אזרחי ישראל, הם יהיו "גיס חמישי" במקרה של עימות.<sup>49</sup>

45 פרשת **גיוס בני הישיבות**, לעיל ה"ש 31, בעמ' 735 ו-740 (ההדגשות הוספו).

46 ראו חסן ג'בארין "הנכבה, המשפט והנאמנות: הרגע ההובסיאני של הפלסטינים בישראל" **תיאוריה וביקורת** 26, 13, 42 (2014).

47 לשלל הסיבות ראו אורגד, לעיל ה"ש 41, בעמ' 393. במסגרת מאמר זה לא אוכל להרחיב בנושא הגיוס, אולם ראוי לציין כי בשנים הראשונות למדינת ישראל היו עמדות בחברה הפלסטינית אשר קראו לצבא לגייס גם פלסטינים, בטענה שאי-גיוסם שקול ל"הפליה גזעית". ראו, למשל, את דבריו של חבר הכנסת תופיק טובי שהובאו במאמרו של ג'בארין, לעיל ה"ש 46, בעמ' 25.

48 ראו, למשל, את דבריו של חבר הכנסת יעקב מרידור, בכנסת הראשונה, בדיון על הצעת חוק שירות הבטחון, התש"ט-1949: "אני יודע את הדעה, והדעה היא בהחלט מוצדקת – שיווי-זכויות מלא... אבל אם ידוע, מיהו האויב הפוטנציאלי לעתיד... כיצד נעכל ערבי אחד על כל 3 יהודים גם בצבא?" פרוטוקול ישיבה מס' 73 של הכנסת ה-1, 6 (30.8.1949).

49 על חשש זה ראו Adam Shinar, *Israel's External Constitution: Friends, Enemies, and the Constitutional/Administrative Law Distinction*, 57 VA. J. INT'L. L. 735 (2018).



החשש האחר נובע מהאילוץ הטרגי שהיה נוצר אילו גויסו הפלסטינים: לחימה מול בני עמם. כאמור, מדובר בטיעון אפשרי, אך מכיוון שפסק הדין של השופט חשין לא עסק בפלסטינים, אלא בחרדים, ניתן להשאיר זאת בגדר השערה בלבד.

מכל מקום, הזיקה בין הפלסטינים אזרחי ישראל לבין הפלסטינים תושבי השטחים אינה מתעוררת בפסק הדין בעניין **גיוס בני הישיבות**, שעסק כאמור ביהודים בלבד. אולם היא מתעוררת בפסק הדין האחרון שבו אדון – פסק הדין בעניין **איחוד משפחות**.

## 2. איחוד משפחות

עקרון השוויון זכה כאמור בשדרוג משמעותי בפסק דינו של השופט חשין בעניין **גיוס בני הישיבות**. כאשר דובר בשירות צבאי, הפליה בין יהודים משרתים לבין יהודים שאינם משרתים חילצה מהשופט חשין אמירות נחרצות, בעלות משמעות נורמטיבית, באשר לצורך בשירות כללי כדי להגן על המדינה היהודית. אולם בהקשר בטחוני אחר, שבו דובר בשוויון בין יהודים לפלסטינים, קיבל השוויון חשיבות פחותה, כפי שנראה מיד. הסיבה לכך היא שבסופו של דבר השוויון אינו עליון; הביטחון הוא הערך העליון, ועקרון השוויון רק מסייע (לפעמים) בהגשמתו.

לשם המחשת טענתי אפנה כעת לדון בפסק דין **עדאלה**, הידוע גם כפסק הדין בעניין **איחוד משפחות**.<sup>50</sup> בקצרה, חוק האזרחות והכניסה לישראל (הוראת שעה), התשס"ג-2003 (להלן: הוראת השעה), מונע מפלסטינים תושבי השטחים – למעט במספר מצומצם של מקרים חריגים – קבלת רשיון תושבות או אזרחות בישראל.<sup>51</sup> המקרה הפרדיגמטי שבו פלסטיני תושב השטחים קיבל עובר לחוק תושבות או אזרחות בישראל היה כאשר הוא נישא לפלסטיני אזרחי ישראל, ובני הזוג ביקשו את איחוד המשפחה בישראל. הוראת השעה (שהוארכה בכל שנה ותקפה עדיין כיום), נחקקה, לטענת המדינה, על רקע המציאות הבטחונית של האינתיפאדה השנייה, שהחלה בשנת 2000, ואשר לוותה בפיגועים רבים, ובכלל זה פיגועי התאבדות, שעיקרם בוצעו על ידי פלסטינים תושבי השטחים. חלק קטן מהפיגועים בוצעו, בין היתר, באמצעות סיוע של פלסטינים שקיבלו היתר ישיבה בישראל.<sup>52</sup> העתירה הראשונה נגד החוק נדחתה ברוב דחוק של שישה

50 פרשת **עדאלה**, לעיל ה"ש 1.

51 לניתוח החוק ראו גיא דוידוב, יונתן יובל, אילן סבן ואמנון רייכמן "מדינה או משפחה? חוק האזרחות והכניסה לישראל (הוראת שעה), תשס"ג-2003" **משפט וממשל** ח 643 (2005).

52 בפרשת **עדאלה**, לעיל ה"ש 1, נמסר בתשובת המדינה לבג"ץ כי מבין 130,000 מקבלי מעמד, 26 בלבד נחדשו בסיוע לטרור (שם, פס' 16 לפסק דינה של השופטת פרוקצ'יה). עם זאת, כפי שמפרטים מדינה וסבן, ייתכן ששני המספרים נמוכים יותר. לגישתם, מספרם של מקבלי המעמד מכוח איחוד המשפחות היה נמוך מ-130,000, משום שהמדינה ספרה גם ילדים שנולדו כתוצאה מאיחוד משפחות, וכנראה גם את בני הזוג הישראליים וכן את בני הזוג הפלסטינים ממזרח ירושלים שנישאו לפלסטינים מהשטחים. מצד אחר, ייתכן מאוד שגם המספר 26 מופרז, שכן למרות החשדות בגין סיוע לטרור, לא הוגש ולו כתב אישום אחד בגין סיוע לטרור נגד מקבלי מעמד בישראל מכוח איחוד משפחות. ראו ברק מדינה

שופטים נגד חמישה, והשופט חשין הוא שכתב את פסק דין הרוב.<sup>53</sup> בתחילת דבריו מגולל השופט חשין את הרקע הבטחוני של האינתיפאדה השנייה, ולא בכדי.<sup>54</sup> כפי שציין בריאיון שנערך עימו לאחר פרישתו, "אני רוצה להדגיש, כי בחינת החוק צריכה להיעשות על רקע תקופה מסוימת – תקופה של אוטובוסים מתפוצצים – ולכן עוד ייתכן כי לאור התפתחויות מדיניות המצב ישתנה ויהיה נכון לבדוק שוב את מידתיות החוק".<sup>55</sup> במאמר מוסגר יצוין כי כלל לא בטוח שהשופט חשין היה קשוב לעמדתו שלו, שבוטאה כאמור לאחר פרישתו. אומנם, העתירה הוגשה בשיא האינתיפאדה השנייה, אך פסק דינו נכתב שלוש שנים לאחר מכן, בשנת 2006, בשעה שהאינתיפאדה הסתיימה או הייתה בשלבי דעיכה מתקדמים.<sup>56</sup>

מכל מקום, במסגרת מאמר זה אתמקד רק במעמדו של עקרון השוויון. טענתי היא כי בעוד שבפסק דין גיוס בני הישיבות נמנע השופט חשין מלהתייחס לפלסטינים אזרחי ישראל, שכן עניינם לא התעורר בעתירה, בפסק דין איחוד משפחות התייחסותו לפלסטינים אזרחי ישראל הייתה של חשש מפני גיס חמישי, הנובע מתפיסה הרואה את הפלסטיני כאיום על המדינה היהודית.

המחלוקת בין הרוב למיעוט בפסק הדין נסבה בעיקרה סביב ההוראה המונעת התיישבות בישראל מפלסטינים בטווח גילים מסוים. דעת המיעוט סברה כי דין החוק להתבטל, שכן איסור גורף אינו מקיים את תנאי המידתיות, ותחתיו יש לאמץ מבחן פרטני הבוחן מסוכנות קונקרטיה הנשקפת מאדם ספציפי המבקש לקבל מעמד בישראל. דעת הרוב, מאידך גיסא, סברה כי בתנאים הקיימים איסור פרטני אינו ישים, וכי איסור גורף צולח את מבחניה של פסקת ההגבלה. פסק דין עדאלה מהלך על הקו העדין שבין הפרטני (סכנה בטחוני פרטיקולרית) לקולקטיבי (איסור גורף).

ההתמקדות בישראל כמדינה יהודית, כפי שהייתה בפרשת גיוס בני הישיבות, חוזרת גם בפסק דין עדאלה. כבר בפתח דבריו, המנגידים את ישראל למדינת אוטופיה של תומס

ואילן סבן "זכויות האדם ונטילת סיכונים: על דמוקרטיה, תיוג אתני ומבחני פסקת ההגבלה (בעקבות פסק דין חוק האזרחות והכניסה לישראל)" **משפטים** לט 47, 51 (2009).

53 שנים מספר לאחר מכן הוגשה עתירה שנייה, בעקבות תיקון החוק והכללת מדינות נוספות במסגרת האיסור. גם עתירה זו נדחתה, מטעמים דומים, אולם השופט חשין פרש ולא נטל חלק בשמיעתה. ראו בג"ץ 466/07 גלאון נ' היועץ המשפטי לממשלה, פ"ד סה(2) 1 (2012).

54 על הרקע הבטחוני לפסק הדין ראו פרשת עדאלה, לעיל ה"ש 1, פס" 6 לפסק דינו של המשנה לנשיא (בדימ') חשין.

55 ראו טל כהנא ואילנה פרנקל "ריאיון עם המשנה לנשיא בית המשפט העליון (בדימוס), השופט מישאל חשין" **דין ודברים** ג 195, 200 (2007).

56 קיימת מחלוקת על אודות תאריך סיומה של האינתיפאדה השנייה. יש הממקמים את סופה בשנת 2004, עם מותו של יאסר ערפאת, ויש הממקמים אותה בשנת 2005, עם ביצועה של תוכנית ההתנתקות. מכל מקום, האינתיפאדה בתצורתה המקורית כבר לא התקיימה בשנת 2006, או לכל הפחות הייתה כבר בדעיכה משמעותית. ראו עמוס הראל ואבי יששכרוף "עשור לאינתיפאדה השנייה: מי ניצח באינתיפאדה, והאם ומתי היא בכלל הסתיימה?" **הארץ** 30.9.2010 [www.haaretz.co.il/misc/1.1223214](http://www.haaretz.co.il/misc/1.1223214).

מור, קושר השופט חשין בין הצורך בביטחון לבין היות ישראל מדינתו של העם היהודי, הזכאי לנהל את מדינתו ככל העמים:

"אתם נמצא[ם] במדינת אוטופיה, השיב האיש, והוסיף: 'מדינת אוטופיה הוקמה על-פי תוכנית שהיתוותי בספר שכתבתי ואשר שמו הוא כשם המדינה: אוטופיה. דרך-אגב, הוסיף האיש, 'המילה 'אוטופיה' היא בלשון היוונית, ותרגומה לעברית הוא: 'שום מקום'. 'מעניין, מעניין מאד', אמרנו, 'וכאנשי משפט נוסף ונשאל אותך: ומהי שיטת המשפט השוררת באוטופיה? האם דומה היא לשיטת המשפט שבישראל? ... מר מור חיך והשיב: 'צר לי, אך יש הבדלים עמוקים בין שתי שיטות המשפט, ויעבור זמן רב עד שישראל תגיע למדרגת אוטופיה. לעת הזו אתם נלחמים על חייכם, על קיומה של המדינה, על יכולתו של העם היהודי לנהל חיי קהילה ומדינה ככל העמים. דיני אוטופיה – במצבכם כהיום הזה – לא לכם הם. עדיין לא. שימרו על עצמכם, עשו כמיטבכם, וחיו', כך אמר האיש ולא יסף.<sup>57</sup>"

אם ישראל היא מדינת היהודים, אזי מיהם הפלסטינים תושבי השטחים? הפלסטינים, אליבא דחשין, הם נתיני אויב. זו אינה פליטת קולמוס כי אם בחירה מכוונת, שכן המונח מופיע לכל אורך פסק הדין ומשמש הצדקה להחלת האיסור הגורף על מתן היתרים לפלסטינים שמתחננים עם ישראלים.<sup>58</sup>

ומה באשר לפגיעה בשוויון? השופט חשין מודה כי החוק משפיע בסופו של דבר רק על פלסטינים אזרחי ישראל, שכן רק הם, למעט מקרים ספורים, מתחננים עם פלסטינים מהשטחים. אף על פי כן הוא אינו מוצא כאן פגיעה בשוויון, שכן ההבחנה אינה נוגעת באזרחי המדינה (אף שהם כאמור המושפעים ממנה):

"...האם מופלים אזרחי ישראל הערבים לרעה ביחס לאזרחי ישראל שאינם ערבים? האם נוהג חוק האזרחות והכניסה לישראל באורח מפלה ופסול בין ערבים אזרחי ישראל לבין אזרחי ישראל שאינם ערבים? תשובתנו היא בשלילה. חוק האזרחות והכניסה לישראל נחקק על רקע הסיכסוך המזוין ומצב הלוחמה שבין ישראל לבין הפלסטינים, ועל כן הבחנה ראויה ומותרת היא בין מי שנישאו לזרים שהם פלסטינים 'נתיני אויב' וחזקה עליהם כי מהווים הם פוטנציאל לסיכוני ביטחון לתושבי המדינה, לבין מי שנישאו לזרים שאינם 'נתיני אויב'... אמת, אזרח המדינה שנישא לנתיני האויב ייפגע מהחלטת המדינה, ואפשר אף יחוש מקופח בהשוואה לשכניו שנישאו לאזרחים זרים שאינם נתיני אויב ואשר בני-זוגם רשאים

57 פרשת עדאלה, לעיל ה"ש 1, פס' 1 לפסק דינו של המשנה לנשיא (בדימ') חשין (ההדגשה הוספה).

58 שם. הביטוי 'נתיני אויב' מופיע בפסק הדין 19 פעמים, מתוכן 15 פעמים בפסק דינו של המשנה לנשיא (בדימ') חשין. השופט גרוניס (אף הוא בדעת הרוב) השתמש בביטוי שלוש פעמים, ואילו השופטת פרוקצ'יה (בדעת המיעוט) השתמשה בו פעם אחת בלבד, וגם זאת רק כדי לתאר את עמדת המדינה.

לבוא ארצה. אך האם נוכל לומר ברצינות כי מי שנישא לנתין אויב הופלה לרעה? אשר לענייננו שלנו נאמר, כי כל עוד נמשך הסיכסוך המזוין שבין ישראל לבין הפלסטינים רשאית היא המדינה למנוע הגירתם של פלסטינים תושבי האזור לישראל. מניעה זו פוגעת אמנם בקבוצת מיעוט שרוב מכריע בה הם ערבים, אך פגיעה זו נגזרת היא מנישואיהם לנתיני האויב העלולים לסכן את הציבור בישראל ולא מהיותם ערבים. הגורם המכריע הוא ביטחון המדינה וחייהם של תושבי המדינה, וגורם זה מכריע את הכף.<sup>59</sup>

על פני הדברים, יחסו של השופט חשין לעקרונות השוויון בפרשת עדאלה שונה מאוד מיחסו לשוויון בפרשת גיוס בני הישיבות. מתן הפטור לחרדים משפיע על האוכלוסייה המשרתת ומבדל אותה מאוכלוסיות אחרות, והדבר הספיק לחשין כדי לקבוע כי הייתה פגיעה בשוויון. גם במקרה כאן, אימתן מעמד משפיע רק (או כמעט רק) על פלסטינים אזרחי ישראל ומבדל אותם משאר האוכלוסייה, ובכל זאת קבע השופט חשין כי פגיעה זו אינה עוברת את הרף הראשוני (והנמוך) של "פגיעה בזכות".<sup>60</sup>

אמת, השופט חשין מציין כי הרקע לחקיקה הוא העימות המזוין בין ישראל לפלסטינים בשטחים, ולכן מוצדק לסווגם כ"נתיני אויב". אבל הוא מתעלם מהקשר החברתי, המשפחתי, הלאומי והכלכלי בין הפלסטינים הגרים בשטחים לבין אלה הגרים בישראל, ומהזיקה בין ישראל לשטחים, הנמצאים בשליטה צבאית ישראלית למן שנת 1967. להבדיל מחקיקה המסמנת אזרחי אויב בסוריה או באיראן, למשל, כאן מדובר באנשים שישראל שולטת בהם באמצעות משטר צבאי עשורים רבים, ואשר מהווים חלק מאותו עם שנמצא בישראל. מכאן שההתייחסות אליהם אך ורק כאל "נתיני אויב" מעלימה מורכבות גדולה בהרבה.

ובכן, מה מוביל את השופט חשין לקביעה כי אין במקרה זה פגיעה בשוויון? מה מוביל אותו לקביעה כי הביטחון הוא הגורם המכריע? כפי שהצעתי לעיל, תפיסת הביטחון של השופט חשין קשורה לתפיסה הלאומית שלו ולאופן שבו הוא רואה את היחסים בין יהודים לערבים בישראל. ראיה לקשר זה ניתן למצוא בדבריו הבאים של השופט חשין:

"תושבי המדינה הם המעצבים את דמות החברה, וה'מדינה' משמשת מעטפת לחברה ולתושביה. כניסתו של אזרח זר למדינה כתושב קבע בה פירושה שינוי הסטטוס קוו אנטה (status quo ante) ביחסי האזרחים והתושבים, ביניהם לבין עצמם. הסתפחותו של תושב או של אזרח חדש אל החברה בישראל משווה את מעמדו לתושביה או לאזרחיה של המדינה, ועל דרך זה משתנות דמותן של החברה ושל המדינה. במקום המדובר הוא בתושב או באזרח בודד, השינוי הוא

59 שם, פס' 92 לפסק דינו של המשנה לנשיא (בדימ') חשין (ההדגשות הוספו).  
60 קביעה זו מתחדדת על רקע הקלות שבה המשפט החוקתי הישראלי קובע כי נפגעה זכות חוקתית ועובר לדון בפסקת ההגבלה. המקרים שבהם הניתוח החוקתי נעצר בשלב ה"פגיעה בזכות" הם היוצאים מן הכלל.

**אינפניטיסימלי. לא כן הוא בכניסה מאסיבית של תושבים ואזרחים זרים שהשפעתם המשותפת על המדינה עלולה לשנות באורח משמעותי את דמותה. הקניית זכות ליחיד להביא עימו לישראל בן-זוג זר יש בה, אפוא, כדי לשנות את פני החברה, והשאלה הנשאלת היא אם נכון וראוי כי נפקיד בידי כל אחד ואחד מאזרחי המדינה ותושביה מפתח חוקתי הפותח את דלתות המדינה לרווחה לפני זרים.**<sup>61</sup>

לפי השופט חשין, פני המדינה כפני תושביה. משפט זה נכון כמובן כעניין עובדתי, אבל יש לשים לב להקשר שבו נכתב משפט זה. האם היה השופט חשין כותב פסקה כזו, למשל, אילו דובר בחוק השבות, ולא בהוראה המונעת את הגירתם של פלסטינים לישראל? הרי גם כניסה מסיבית של יהודים משנה את הסטטוס קוו אנטה, את דמותן של החברה ושל המדינה, במיוחד כאשר היהודי מביא עימו בן זוג שאינו יהודי. ברור כי פסקה כזו לא הייתה נכתבת לגבי כניסה של יהודים ובני משפחותיהם, בין אם האחרונים יהודים ובין אם לאו. אולם מדוע? לטענתי, השופט חשין לא היה כותב משפט כזה בהחלטה העוסקת ביהודים שכן הגירתם של אלפי או עשרות אלפי יהודים לא תיצור את השינוי הדמוגרפי שממנו חשש, ואשר רק מבליח בפסק דין **עדאלה**. כאשר קוראים את פסק דין **גיוס בני הישיבות** יחד עם פסק דין **עדאלה**, אי-אפשר להימלט מהקישור שהשופט חשין עושה בין ישראל כמדינתו של העם היהודי, שיש בה "רוב יהודי מסיבי", לבין נחיצותו של רוב זה כדי להבטיח את בטחונה של המדינה היהודית ושל היהודים בה. פתיחת שערי המדינה לאלפי פלסטינים, כפי שהיה נהוג עובר לחקיקתה של הוראת השעה, סיכנה את המשך קיומה של המדינה היהודית ועל כן פגעה בבטחונם של יהודים בישראל. להבדיל, כניסה של אלפי יהודים רק מחזקת את בטחונם, ועל כן לא יתקיים דיון על שינוי דמותה של המדינה.

קו ישר עובר בין פסק דינו של השופט חשין בפרשת **גיוס בני הישיבות** לבין פסק דינו בעניין **איחוד משפחות**. גם בעניין **איחוד משפחות** השופט חשין מדבר על המדינה בצורה אורגנית כמעט ועל השינוי שהגירה מחוללת בהרכב העם. כוונתו היא, כך נראה, לעם היהודי, ולא לאנשים שאינם יהודים. זאת, משום שהסכמה ל"שינוי הסטטוס קוו אנטה" אינה קיימת כאשר מדברים על חוק השבות או אפילו על מתן מעמד לבני זוג זרים של אזרחים ישראלים. כך, למשל, בפסק דינו בעניין **סטמקה**, הדין במתן מעמד לבני זוג זרים של אזרחים ישראלים, אין זכר לרטוריקה המופיעה בפסק דין **איחוד משפחות**.<sup>62</sup> אי-אפשר כמובן לדעת מדוע משהו אינו קיים, אולם ניתן להצביע על כך שבפסק דין **סטמקה** כמעט כל זוגות העותרים (למעט אחד) היו יהודים, ואף על פי שהפסיקה חלה כמובן גם על בני זוג של אזרחים לא יהודים, עולה מפסק הדין שעיקר החשש של משרד הפנים היה מפני הכרה בנישואים פיקטיביים של יהודים עם זרים ("נישואי פרגוואי"). כלומר, גם כאן היה

61 פרשת **עדאלה**, לעיל ה"ש 1, פס' 54 לפסק דינו של המשנה לנשיא (בדימו') חשין (ההדגשה הוספה).

62 ראו בג"ץ 2355/98 **סטמקה נ' שר הפנים**, פ"ד נג(2) 728 (1999), שביסס את ההליך המדורג להתאזרחות של בן זוג של ישראלי.

חשש מפני הגירתם של לא יהודים אשר תשנה את פני החברה. זאת ועוד, בעניין **סטמקה** השופט חשין מבטא רגישות לעוול שנגרם על ידי משרד הפנים בדורשו מבן הזוג הזר ששהה בארץ לא כדין לעזוב את הארץ לכמה חודשים כדי שיוכל לבדוק את כנות נישואיו. וכך הוא כותב:

"אין צורך בדמיון מפליג כדי לדעת ולהבין מה חמורה היא הפגיעה בבני-זוג לנישואי-אמת, שעה שגוזרים עליהם לעזוב את הארץ או להיפרד לתקופת-חודשים. אומרים על כך המשיבים: 'אדרבא, אם הקשר בין בני הזוג כה חזק הינו, הרי שבין לעת פרידה לא ארוכה במיוחד, או לעת נסיעה משותפת של בני הזוג לארץ המוצא של בן הזוג הזר, לא ייגרע כהוא זה מהקשר, ככל שיש בו ממש'. תשובה זו, שהאהבה תגבר גם על פירוד של חודשים מספר, אינה אלא תשובה צינית ובלתי ראויה. יתר-על-כן: הפגיעה בכבודם של בני-הזוג ובאחדות המשפחה לא יהיה זה ראוי כי נקל בה ראש. ופרידת האוהבים, כיצד תקל זו בעינינו? השכחנו את כאבה של דסדמונה שעה שהדוכס ציווה את אותלו לצאת וללחום בקפריסין..."<sup>63</sup>

אבל כאשר מדובר בפלסטינים שעלולים לשנות את "האיזון הדמוגרפי", קרי להקטין את הרוב היהודי, הצורך לשמור על ה"עם" מתחדד. האמפתיה, שהייתה שמורה לבני זוג שנאלצו להיפרד רק למשך חודשים מספר, נעדרת כמעט לחלוטין כאשר מדובר בזוגות של פלסטינים שלא יוכלו להתאחד בישראל בעתיד הנראה לעין.

לסיכום נקודה זו, המתח בין השיקול הבטחוני, שהיה התכלית המוצהרת של חקיקת הוראת השעה, לבין התכלית הדמוגרפית (שמירה על רוב יהודי), אשר ככלל לא קיבלה הכרה בפסק הדין, עולה אל פני השטח בפסק דינו של השופט חשין בעניין **איחוד משפחות**. לטענת העותרים, התכלית הדמוגרפית – מניעת "זכות שיבה זוחלת" באמצעות איחוד משפחות – היא שעמדה בבסיס הוראת השעה. אומנם פסק דינו של השופט חשין, בדומה לפסקי דינם של שאר השופטים, התבסס רק על התכלית הבטחונית, אולם השופט חשין מצא לנכון, למעלה מן הצורך, להתייחס גם לשינוי שנגרם לדמותה של המדינה בעקבות הגירה מסיבית; וכאמור, היה זה השופט חשין שקבע, בפסק הדין בעניין **גיוס בני הישיבות**, כי כדי שישראל תשרוד, עליה לדאוג לרוב יהודי מסיבי. משכך, לא מן הנמנע שהחלטתו של השופט חשין בפסק דין **איחוד משפחות** הושפעה גם מרצונו להבטיח יתרון דמוגרפי ליהודים בישראל.

63 שם, פס' 57 לפסק דינו של השופט חשין.

## פרק ג: מה מאפשר את פסיקתו של השופט חשין?

לקראת סיום אבקש להצביע על שני טשטושים שהשופט חשין עושה אשר מאפשרים את הקו הפסיקתי שתוארתי, ואשר מסבירים את יחסו החשדני של חשין כלפי פלסטינים, את ההגשת הצורך של ישראל ב"רוב יהודי מסיבי" בדבריו, ואת הבניית הפלסטיני כאיום על הקולקטיב היהודי. הטשטוש הראשון הוא טשטוש בין פנים לחוץ, והטשטוש השני הוא בין שגרה לחירום. אדון בהם לפי סדר זה.

### 1. טשטוש בין פנים לחוץ

טשטוש אחד שניתן למצוא אצל השופט חשין הוא בין הפנים (ישראל) לבין החוץ (השטחים). הבחנה זו, אשר מעומעמת בפסיקתו של השופט חשין, משרתת אותו בהבניית הפלסטינים כאיום על הקולקטיב היהודי. כידוע, השטחים אינם חלק מישאל ומעולם לא סופחו אליה (למעט מזרח ירושלים). זו הבחנה ברורה שיש לה נפקות משפטית באשר לחוקים החלים באזורים השונים. עם זאת, ההבחנה בין השטחים לישראל מיטשטשת בפסיקתו של השופט חשין, ובה בעת הוא עומד על הצורך בהבחנה זו. תפיסות מקובלות של ביטחון מבחינות, בדרך כלל, בין אזרחים לבין אויבים מחוץ המאיימים על המדינה. אולם הבחנה זו מיטשטשת אצל השופט חשין לשני הכיוונים. כך, למשל, בפסק דין **אלעמרין**, שעסק בהריסת בית בעזה, השופט חשין מחיל את הפנים על החוץ. וכך הוא קובע:

"אמת נכון הדבר: מדברים אנו על החלתן של תקנות ההגנה (שעת חירום) לא בתחומי מדינת ישראל אלא בחבל עזה, והוא אינו בישראל. **ואולם דומה עליי שההבדל אינו רב אף אינו משמעותי. הקשר בין ישראל לבין חבל עזה – הוא הדין באזורי יהודה ושומרון – הוא כה הדוק בחיי היום-יום עד שיהיה זה אך מלאכותי אם נדבר על הפעלת סמכויות בעזה כמו הייתה במקום שהוא מעבר לים.**"<sup>64</sup>

הטשטוש האולטימטיבי הוא כמובן בפסק הדין בעניין **איחוד משפחות**, שבו אזרחי המדינה רוצים להתאחד עם "נתיני אויב" (כלשונו של השופט חשין). הקבוצה מבחון מאיימת על הפנים, אולם זוהי הקבוצה מבפנים אשר מבקשת להביאה פנימה, ובכך לערער את פני החברה הישראלית (ואולי גם לשנות את האיזון הדמוגרפי של המדינה היהודית). גם כאשר השופט חשין מנסה להתנער מהטשטוש, הדבר מצליח לו באופן חלקי בלבד. כך, למשל, בהחלטה על הארכת מעצר בזמן אירועי אוקטובר 2000, הוא כותב, בתגובה על השוואה שביקשה הפרקליטות לעשות בין פלסטינים בשטחים לבין פלסטינים בישראל:

64 פרשת **אלעמרין**, לעיל ה"ש 18, בעמ' 706 (ההדגשות הוספו).

"...אני דוחה השוואה זו בשתי ידיי. ישראל היא ישראל; השטחים הם השטחים, ולא הרי זאת הרי אלה. לא יחלוק איש כי היה ויש קשר בין מעשים הנעשים בישראל לבין מעשים הנעשים בשטחים, אולם ראוי כי נעשה כמיטבנו כדי להפריד בין מעשים אלה לבין מעשים אלה, ובין אזרחי ישראל לבין מי שאינם אזרחי ישראל."<sup>65</sup>

למרות ההבחנה החדה לכאורה בין ישראל לשטחים, אשר השופט חשין מתעקש עליה, הוא מסייג מייד את דבריו תוך שהוא מציין כי אף שראוי להפריד, יש קשר בין מעשים הנעשים בישראל לבין מעשים הנעשים בשטחים, ולכן אין לנו אלא לעשות את המיטב כדי להפריד בין מעשים שם לבין מעשים כאן.

אם כך, אם ההבחנה בין הפנים לחוץ מטושטשת, אזי מיהו הפלסטיני? ומיהו הערבי/הפלסטיני הישראלי? ומיהו האחרון ביחס ליהודי הישראלי, בהינתן שזו מדינה יהודית? אם אין הברדל – או לחלופין אם יש זיקה – בין הפלסטיני בישראל לבין הפלסטיני בשטחים, אזי האיום שנשקף מהפלסטיני בשטחים זולג פנימה ומקרין גם על הפלסטיני האזרח הישראלי. הטשטוש בין הפנים לחוץ מוביל אפוא להבניית הפלסטיני באשר הוא כאיום בטחוני. אם היחס לפלסטיני בשטחים הוא כאל אויב או נתין אויב, אזי כך גם היחס למי שמבקש להביאו לכאן – למשל, בדרך של איחוד משפחות. אם הפלסטיני בשטחים הוא סיכון בטחוני, אזי הגבול הפיזי (שאף הוא אינו קיים באמת) אינו מסייע בהבחנה בין שתי הקבוצות, ומשליך גם על היות הפלסטיני הישראלי איום או אויב פוטנציאלי שיש לחשוד בו.<sup>66</sup>

## 2. טשטוש בין שגרה לחירום

טשטוש נוסף שהשופט חשין עושה הוא בין שגרה לחירום. כפי שכתבה יופי תירוש, בישראל ההווה הוא למעשה תקופה בין העבר לעתיד: העבר היה חירום, העתיד צפוי גם הוא להיות חירום, והשגרה היא אך ציפייה לחירום.<sup>67</sup> אכן, בישראל שורר מצב חירום למן הקמתה.<sup>68</sup> מצב חירום זה, אשר טרם בוטל, מעניק לרשות המבצעת מכשירים משפטיים המאפשרים לה להתגבר על הרשות המחוקקת ולפגוע בזכויות אדם.<sup>69</sup> מכיוון שמצב

65 בש"פ 7620/00 מדינת ישראל נ' פלוני, פ"ד נד(4) 733, 735–736 (2000).

66 ראו דיון מפותח יותר אצל Shinar, לעיל ה"ש 49. לביקורת דומה ראו חסן ג'בארין "ביקורת על לימודי המשפט הישראלי: מרכזיותו של הפוליטי הנפקד מהם" עיוני משפט מג (צפוי להתפרסם ב-2021).

67 ראו יופי תירוש "תקופה מתקתקת": תפיסות שיפוטיות של הזמן הלאומי והשפעתן על זכויות אדם בישראל" משפט, מיעוט וסכסוך לאומי 291 (ראיף זריק ואילן סבן עורכים, 2017).

68 ראו ס' 38 לחוק-יסוד: הממשלה, המקנה לכנסת סמכות להכריז על מצב חירום. מצב חירום הוכרז בשנת 1948 מכוח ס' 9 לפקודת סדרי השלטון והמשפט, התש"ח-1948. לימים בוטל הסעיף במסגרת תיקון מס' 17 לפקודה, והסמכות הועברה לחוק-יסוד: הממשלה, שעל בסיסו הכנסת מאריכה מדי שנה את מצב החירום.

69 ראו ס' 39 לחוק-יסוד: הממשלה.



החירום הוא השגרה, גם כאשר אין מצב חירום אמיתי, תודעת החירום קיימת כבררת מחדל, ומהווה מעין "שגרת חירום".<sup>70</sup> אותה שגרת חירום מנוקדת עם זאת בתקופות הנתפסות כזמן חירום של ממש וכמצריכות כיוול של הכללים המשפטיים.

בקרב השופטים קיימת דו־ערפיות לגבי הימשכותו של מצב החירום. כך, בפסק הדין הדוחה את עתירתה של האגודה לזכויות האזרח להורות על ביטול מצב החירום, השופט רובינשטיין מאמץ קו אפולוגטי שלפיו "ישראל היא מדינה נורמלית שאינה נורמלית":<sup>71</sup> נורמלית, מפני שהיא "דמוקרטיה פעילה"; ולא נורמלית, מפני שטרם הוסרו איומים מעל קיומה המאפשרים את מצב החירום.<sup>72</sup> פסק הדין עצמו הוא עדות לאותה דו־ערפיות. העתירה אומנם נדחתה, אך רק שלושה־עשרה שנים לאחר הגשתה, ובעקבות דיונים והודעות עדכון רבים.

הימשכותו של מצב החירום הרשמי עוררה בבית המשפט העליון את השאלה אם יש מקום להצר בהיקפן של זכויות האדם בעת חירום באופן כללי ובעת לחימה באופן ספציפי. בשל הקושי להבחין בין שגרה לחירום, ובשל כך שהחירום משתלט על השגרה,<sup>73</sup> בין היתר בדמות דוקטרינות המיועדות לזמני חירום אך נטמעות בשגרה,<sup>74</sup> בית המשפט נוטה להסתייג מעיצוב דין נפרד לתקופות חירום. אכן, החשש שהחירום ישתלט על השגרה קיים גם אצל השופט חשין. כך, למשל, בפסק הדין שפסל את "נוהל שכן" הזהיר השופט חשין מפני הטטוש בין שגרה לחירום:

"השגרה, על פי עצם טיבה, מכרסמת ברגישות ובזהירות הנדרשות בכיצועו של הנוהל, והחשש רב הוא שהמיוחד והנדיר יהפוך רגיל ושגרת, מעשה ביורוקרטיה."<sup>75</sup>

70 הביטוי לקוח מתירוש, לעיל ה"ש 67, בעמ' 297.

71 בג"ץ 3091/99 האגודה לזכויות האזרח בישראל נ' הכנסת, פס' יח לפסק דינו של השופט רובינשטיין (פורסם באר"ש, 8.5.2012).

72 שם.

73 ראו, למשל, את המקורות המאוזכרים אצל Eric A. Posner & Adrian Vermeule, *Accommodating Emergencies*, 56 STAN. L. REV. 605, 612 n. 14 (2003).

74 ידועה בהקשר זה אמירתו של השופט ג'קסון בעניין *Korematsu v. United States*, 323 U.S. 214, 246 (1944): "[O]nce a judicial opinion rationalizes [a military order issued in a military emergency] to show that it conforms to the Constitution, or rather rationalizes the Constitution to show that the Constitution sanctions such an order, the Court for all time has validated [a principle that] then lies about like a loaded weapon, ready for the hand of any authority that can bring forward a plausible claim of an urgent need. Every repetition imbeds that principle more deeply in our law and thinking and expands it to new purposes"

75 עניין נהל "אזהרה מוקדמת", לעיל ה"ש 1, פס' 7 לפסק דינו של המשנה לנשיא חשין. יש לציין כי גם כאן היה חשין דו־ערכי יותר מעמיתיו באשר לפסילת הנוהל. לבסוף הוא הסכים לפסילתו מהטעמים שבגינם נפסלה מדיניות העינויים בבג"ץ 5100/94 הוועד הציבורי נגד עינויים בישראל נ' ממשלת

### מטעמים דומים ציין גם הנשיא ברק בפרשת **עדאלה**:

"חוקי היסוד אינם מכירים בשתי מערכות דינים, **האחת** החלה בתקופת רגיעה, **והאחרת** החלה בתקופת לחימה. הם אינם כוללים הוראות שלפיהן זכויות האדם החוקתיות נסוגות בעת לחימה... אכן, למשפט החוקתי הישראלי גישה אחידה לזכויות האדם בתקופה של שקט יחסי ובתקופות של לחימה מוגברת... אין לנו דיני איזון שהם מיוחדים לתקופת לחימה... בתקופת הלחימה גדלה ההסתברות כי נזק לאינטרס הציבורי יתרחש וגדלה העוצמה של הפגיעה באינטרס הציבורי, ובכך מתאפשרת הגבלת הזכות במסגרת אמות המידה הקיימות... קיים מערך דינים ואיזונים אחיד, החל הן בימי רגיעה והן בימי טרור.<sup>76</sup>

אולם פסק דינו של השופט חשין לגבי אותו עניין מסויג יותר. אף שבשורה התחתונה עמדתו אינה שונה מזו של הנשיא ברק, הוא שם את מרב הכובד הרטורי על השוני שבין החירום לשגרה. וכך כותב השופט חשין:

"עת מלחמה אין דומה היא לעת שלום, ואף שידענו כולנו כי 'גם בהריע שופרות המלחמה ישמיע שלטון החוק את קולו'... נדע גם כי מעשים שיפיים הם לעת שלום לא נוכל לקיימם לעת מלחמה... אסכים עם חברי הנשיא כי אין בה במדינה שתי מערכות דין: אחת לתקופת רגיעה ואחרת לימי לחימה... בה־בעת, לא נוכל לחדד כי בימי מלחמה קמים ונהיים... נימוקים ואינטרסים הייחודיים לתקופה זו – נימוקים ואינטרסים שיש בהם כדי להגביל את תחומי התפרשותן של זכויות היחיד, ולמיצער, כדי לעצור בעד מימושן (פיסקת ההגבלה). לא נוכל לחדד כי בימי מלחמה רשאית היא המדינה להגביל את היחיד במימוש זכויותיו, ובלבד שהגבלה זו תיעשה לתכלית ראויה – קרא: לקיומם של אינטרסים ציבוריים כיבדי משקל – לתקופה מוגבלת ובמידה שאינה עולה על הנדרש... זכויות האדם על מכוונן תעמודנה, ובמלוא עוצמתן, גם בימי מלחמה וחירום, אלא שמצב של מלחמה וחירום יש בו כדי להשפיע על ההגבלות שניתן להטיל על מימושן. השאלה שאלה היא של מינון, ולא הרי מינון בעת שלום כהרי מינון בעת מלחמה. בעת שלום תפרח הזכות ותפיץ ריח ניחוח מלוא כל הארץ, לא כן בעת מלחמה או בעת שסיכוני ביטחון אורבים תדיר לתושבי המדינה.<sup>77</sup>

במילים אחרות, אף שהשופט חשין ער לטשטוש ומזהיר מפניו, הוא עצמו חוטא בו. בפרשת **איחוד משפחות** האיום הנשקף משטחי הרשות הפלסטינית ניבט אלינו כמעט מכל

**ישראל**, פ"ד נג (4) 817 (1999), קרי, איסור מראש של הפעלת נוהל שכן, אך אפשרות לקבלת הגנה פלילית אם וכאשר יועמד חייל לדין בשל יישומו של הנוהל.

76 פרשת **עדאלה**, לעיל ה"ש 1, פס' 20 לפסק דינו של הנשיא ברק (ההדגשות במקור).

77 שם, פס' 82–83 לפסק דינו של המשנה לנשיא (בדימ') חשין.

עמוד בפסק הדין, ומקיף את ישראל, המבקשת להגן על עצמה. זאת, אף שהחוק נחקק שלוש שנים אחרי פרוץ האינתיפאדה השנייה, ואף שפסק דינו של השופט חשין נכתב כשלוש שנים לאחר מכן. התחושה העולה מקריאת פסק הדין היא כי אף אם האיום הבטחוני שכך במידה ניכרת, האיום עצמו קיים תמיד. תקופה של רגיעה היא אך מבוא לסערה שתתרחש. כך גם פועלת ההצדקה לחוק: אף שתוצאותיו קשות, ניתן להצדיקן לנוכח העבר המדמם ולנוכח העתיד המסוכן לא פחות. משיח המתמקד באיומים קונקרטיים ופרטניים אנו עוברים לשיח מניעתי וקולקטיבי. העבר ידוע, העתיד גם כן, ולכן ההווה חשוב פחות. טשטוש זה, אף שהשופט חשין מודע לו, משמש אם כן בסופו של יום להצדקת פגיעה בזכויות אדם על בסיס העבר הקשה והעתיד הלא-ידוע.

## סיכום

הניסיון לפענח את תפיסת הביטחון של השופט חשין מעלה כי במתח שבין ביטחון לבין זכויות אדם הייתה ידו של הביטחון על העליונה. כך בפרשת **איחוד משפחות**, כך בפרשת **גיוס בני הישיבות**, כך בפרשת **קלפי המיקוח**, וכך אפילו בפסיקותיו בנוגע להריסות בתים. השופט חשין הביע אומנם דעת מיעוט עקיבה וחריגה לשעתה בכל הקשור להריסות בתים, אבל הצורך הבטחוני בהריסת בית הוא מינורי יחסית. היעילות של הריסת בתים הייתה ועודנה במחלוקת, ואף הצבא החליט מיוזמתו להפסיק את הריסות הבתים בגדה המערבית בשנת 2005, ואלה הוחזרו רק בשנת 2014.<sup>78</sup> זאת ועוד, להבדיל מהמקרים האחרים שסקרתי, הריסת הבית הגיעה לאחר שהפיגוע כבר בוצע, כלומר הנזק כבר התממש, והסיכוי להרתיע אחרים נותר ספקולטיבי.

במבט כולל, אפוא, ביכר השופט חשין שיקולי ביטחון, ואף נתן להם מובן רחב. הוא התיר החזקת אנשים ללא משפט כדי להשיג מידע (שלא הגיע) על שבויים ונעדרים; הוא התיר למדינה למנוע מאזרחים פלסטינים באופן גורף כמעט את האפשרות להביא את בני זוגם מהשטחים, במקום להסתפק במבחני מסוכנות פרטניים; והוא העדיף גיוס כולם (קרי יהודים) על אינטרסים אחרים, כגון לימוד תורה. הנה כי כן, כל אימת שדובר ב**מְטָרְיָה** בטחונית לאומית – כגון שירות צבאי, שחרור מחבלים או הגירה – העדיף חשין את צורכי הביטחון.

אין בכל אלה כדי לומר כי השופט חשין לא אכף את הזכות לשוויון בהקשרים אזרחיים שנגעו ביחסי יהודים-ערבים. כך, למשל, הוא פסל החלטת ממשלה שקבעה אזורי עדיפות לאומית והחריגה מהם יישובים ערביים;<sup>79</sup> הוא הצטרף לפסק דינו של הנשיא ברק בעניין

78 פרשת **המוקד להגנת הפרט**, לעיל ה"ש 8, פס' כ לפסק דינו של השופט רובינשטיין.

79 בג"ץ 11163/03 **ועדת המעקב העליונה לענייני הערבים בישראל נ' ראש ממשלת ישראל**, פ"ד סא(1) 1 (2006). יש לציין, עם זאת, כי המשנה לנשיא (בדימ') חשין הצטרף אומנם לפסק דינו של הנשיא

**קעדאן**;<sup>80</sup> והוא הצטרף גם לפסק דינו של השופט זמיר שהורה לממשלה לשקול מינוי של מועמד ערבי למועצת מנהל מקרקעי ישראל.<sup>81</sup> אכן, בהיבטים של שוויון אזרחי פרטני היה השופט חשין קשוב לזכותם של ערבים לשוויון. אולם עקרון השוויון נסוג למקום משני כאשר דובר בעניינים בטחוניים.<sup>82</sup> במובן זה לא היה השופט חשין שונה באופן משמעותי מרוב השופטים בבית המשפט העליון. אולם להבדיל משאר השופטים, אשר דומה כי ביקשו לעיתים להצניע ממדים לאומיים בפסיקותיהם, השופט חשין בחר להנכיח את ההיבטים האלה בפסקי דינו, באופן הקושר בין תפיסה בטחונית לתפיסה לאומית בצורה גלויה.

תפיסת הביטחון של השופט חשין, כפי שביקשתי להראות במאמר זה, היא לא רק תפיסת ביטחון. היא תפיסה שקשורה לתפיסה הלאומית, לאופן שבו הוא מבקש להבין מהי מדינה יהודית, וכיצד המדינה היהודית צריכה להגן על עצמה, בין מפני אויבים מחוץ לה ובין מפני אלה המבקשים, לתפיסתו, להורסה מבפנים. לתפיסה זו יש מחיר. כדאי לנו לבחון אם הוא שווה את זה.

ברק, שהתבסס על עקרון השוויון, אולם את פסק דינו שלו בחר לבסס על מגבלות הממשלה בבואה לפעול מכוח הסמכות השיורית לפי חוק-יסוד: הממשלה.

80 בג"ץ 6698/95 **קעדאן נ' מינהל מקרקעי ישראל**, פ"ד נד(1) 258, 287 (2000). פסק דינו של השופט חשין בפרשה זו מחזיק שני משפטים בלבד: "בחלוקת משאבי-הכלל בין יחיד החברה בישראל הופלו העותרים לרעה, וממילא זכאים הם לסעד שלו זכאי מי שהופלה לרעה. מטעם זה אני מסכים להכרעת-הדין של חברי הנשיא ברק." אמירה זו מחדדת את תפיסת השוויון של השופט חשין, שכאשר דובר בפלסטינים אזרחי ישראל, ראה מקום להבהיר כי מדובר בזכויות אזרחיות, ולא בזכויות לאומיות או קולקטיביות.

81 בג"ץ 6924/98 **האגודה לזכויות האזרח בישראל נ' ממשלת ישראל**, פ"ד נה(5) 15 (2001).

82 חשוב להדגיש כי תפיסת השוויון של השופט חשין בכל הנוגע בפלסטינים אזרחי ישראל הייתה של שוויון אזרחי. כאשר דובר בדרישות שהשופט חשין סבר כי הן חורגות מעניינים פרטניים ומהוות למעשה תביעות לזכויות לאומיות, נדחה בפסיקתו עקרון השוויון מפני שיקולים אחרים. פסק הדין המיישם גישה זו באופן מובהק הוא בג"ץ 4112/99 **עדאלה המרכז המשפטי לזכויות המיעוט הערבי בישראל נ' עיריית תל-אביב-יפו**, פ"ד נו(5) 393 (2002). פסק הדין, שעסק בדרישה להציב שילוט בערבית בערים שבהן מתגורר מיעוט ערבי, דן בשאלת אופייה של הזכות המבוקשת. השופט חשין קבע כי מדובר בזכות קבוצתית באצטלה של זכות פרטנית, וכי המשפט הישראלי מכיר רק בזכויות של היחיד. לשיטתו, קביעת שילוט בערבית בערים מעורבות שקולה לקבלת הטענה כי ערבים הם מיעוט לאומי שיש למדינה חובה לטפחו ולשמר את זהותו, וכי מדובר בהכרעה פוליטית המצריכה את הכרעת המחוקק.