

אף על פי שחטא - ישראלי הוא? שלילת אזרחות בגין הפרת אמונים

אפרת רחף

בהנחיית מרדכי קרמניצר

73 מחקר מדיניות

ירושלים, תמוז תשס"ח, יולי 2008



המכון הישראלי לדמוקרטיה

An Israeli, Even Though He Has Sinned, Is Still an Israeli?

Revoking Citizenship on Grounds of Disloyalty

Efrat Rahaf

Supervised by Mordechai Kremnitzer

עריכת לשון: תמי אילון אורטל

עיצוב הסדרה והעטיפה: רון הרן, יוסי ארזה

סדר: נדב שטכמן

הדפסה: דפוס איילון, ירושלים

מסת"ב 965-519-050-2 ISBN

אין לשכפל, להעתיק, לצלם, להקליט, לתרגם, לאחסן במאגר מידע, לשדר או לקלוט בכל דרך או אמצעי אלקטרוני, אופטי או מכני או אחר – כל חלק שהוא מהחומר בספר זה. שימוש מסחרי מכל סוג שהוא בחומר הכלול בספר זה אסור בהחלט אלא ברשות מפורשת בכתב מהמוציא לאור.

להזמנת ספרים ומחקרי מדיניות בהוצאת המכון הישראלי לדמוקרטיה:

טלפון: 02-5300867, 1-800-20-2222, פקס: 02-5300800

דוא"ל: orders@idi.org.il

אתר האינטרנט: www.idi.org.il

המכון הישראלי לדמוקרטיה, ת"ד 4482, ירושלים 91044

© כל הזכויות שמורות למכון הישראלי לדמוקרטיה (ע"ר), תשס"ח

Copyright by The Israel Democracy Institute

Printed in Israel 2008

כל מחקרי המדיניות וכן פרק נבחר מכל ספר ניתנים להורדה חינם מאתר האינטרנט.

המכון הישראלי לדמוקרטיה הוא מוסד עצמאי, לא מפלגתי, הממוקם בתפר שבין האקדמיה לפוליטיקה. המכון עוסק בתכנון מדיניות ובעיצוב רפורמות בממשל, במנהל הציבורי ובמוסדות הדמוקרטיה.

בתכניותיו ובמפעליו המכון חותר לחזק את מוסדות הדמוקרטיה המתהווה בישראל ולגבש את ערכיה. בהמשך לעבודת מחקר מעמיקה הוא מגיש המלצות מעשיות לשיפור התפקוד של המשטר במדינת ישראל ולטיפוח חזון ארוך טווח של משטר דמוקרטי יציב, המותאם למבנה, לערכים ולנורמות של החברה הישראלית. המכון שואף לקדם בישראל שיח ציבורי בנושאים שעל סדר היום הלאומי, ליזום רפורמות מבניות, פוליטיות וכלכליות, לשמש גוף מייעץ למקבלי ההחלטות ולקהל הרחב, לספק מידע ולהציג מחקר משווה.

החוקרים במכון הישראלי לדמוקרטיה הם אנשי אקדמיה, והם מובילים פרויקטים במגוון תחומים של החברה והמשטר בישראל. מחלקת ההוצאה לאור של המכון מפיקה, משוקת ומפיצה את פירות עבודתם בכמה סדרות: ספרים ('הספרייה לדמוקרטיה'), מחקרי מדיניות, פורום קיסריה, כתבי עת ודברי ימי עיון.

אפרת רחף היא עורכת דין והייתה עוזרת מחקר במכון הישראלי לדמוקרטיה בעת כתיבת מחקר מדיניות זה.
מרדכי קרמניצר הוא עמית בכיר במכון הישראלי לדמוקרטיה ופרופסור למשפטים באוניברסיטה העברית בירושלים.

הדברים המתפרסמים במחקרי המדיניות אינם משקפים בהכרח את עמדת המכון הישראלי לדמוקרטיה.

תוכן העניינים

7	תקציר
15	מבוא
19	פרק ראשון ניתוח תאורטי של המושג 'אזרחות'
35	פרק שני ניתוח משפטי של מעמד האזרחות
69	פרק שלישי שלילת אזרחות במשפט הנוהג
113	פרק רביעי שלילת אזרחות בראי תפיסות יסוד בתורת המדינה ובמשפט
157	פרק חמישי שלילת אזרחות בראי שיקולי מדיניות
187	פרק שישי סיכום ומסקנות
191	רשימת המקורות
203	עוד באותו עניין ממבחר פרסומי המכון הישראלי לדמוקרטיה
iii	Abstract

תקציר

על פי הוראת סעיף 11(ב) לחוק האזרחות שר הפנים רשאי לבטל את אזרחותו של אדם 'אשר עשה מעשה שיש בו משום הפרת אמונים למדינת ישראל'. סמכות זו נאכפה פעמיים בלבד בתולדות המדינה – בשלהי 2002 שלל שר הפנים אלי ישי את אזרחותם של שני ערבים ישראלים שנחשדו במעורבות בטרור. עם זאת הצעת חוק המבקשת להגביר את אכיפתה של הסמכות לשלילת אזרחות (בכפוף לשינויים מסוימים) כבר מונחת על שולחן הכנסת. מחקר זה יעסוק בשאלה אם יש הצדקה עקרונית לשלילת אזרחות בגין ביטויים של חוסר נאמנות למדינה וכן במאזן הסיכויים והסיכונים הטמונים בסמכות זו.

ראשית עלינו לברר מהי אזרחות ובמה מתבטאת חובת הנאמנות הנובעת ממנה. שאלות אלו אינן פשוטות. במהלך ההיסטוריה קיבל מושג האזרחות שתי משמעויות מובחנות. מצד אחד האזרחות מבטאת אידאל פוליטי מסוים – דרישה מוסרית למעורבות פעילה ומשמעותית של האדם בחיי הקהילה הפוליטית שלו. באידאל זה מפעמת גישתו של אריסטו, שראה באדם 'חיה פוליטית'. מצד אחר האזרחות היא מעמד משפטי (סטטוס) שמצמיח זכויות וחובות של הפרט כלפי מדינתו. יש מתח מסוים בין שני המובנים הללו, משום שהמובן המשפטי של האזרחות מבטל את הדגש הפעיל שניתן לה במובן הפוליטי. שני המובנים התפתחו בעת העתיקה, והם משתלבים בתורות פוליטיות מודרניות כגון התורה הליברלית, שמעלה על נס את היבט הזכויות, והתורה הרפובליקנית, שדוגלת במימוש האזרחות דרך השתתפות פוליטית.

מבחינה מעשית המובן הדומיננטי של האזרחות הוא היותה מקור לזכויות ולחובות. תיאורה השגור במילים 'אגד של זכויות וחובות' מבטא סוג של חילופין בין היחיד למדינה. הזכויות מבטאות את צורכי הפרט והחובות מבטאות את צורכי המדינה. בעולם המערבי המודרני האזרחות נתפסת בעיקר במונחי זכויות, וגם ההשתתפות הפוליטית, שהייתה חובה בדמוקרטיה האתונאית, נתפסת היום כזכות בלבד ברוב המדינות (ונושאת תוכן דל מבעבר). תפיסה זו מכונה 'אזרחות כזכויות', והיא הולמת את המסורת הליברלית שהשתרשה במערב.

חשוב להבהיר אילו זכויות נובעות ממעמד האזרחות כדי להבין את ההשלכות של שלילת אזרחות וגם כדי לבחון חלופות מעשיות לשלילת

אזרחות. הגישה המקובלת בתקופתנו היא שכל אדם זכאי ליהנות מזכויות בסיסיות, תהיה זיקתו למדינה שהוא נמצא בה אשר תהיה. כך למשל, גם זרים זכאים ליהנות משוויון לפני החוק ומהליך הוגן. מעמד התושבות מצמיח אף הוא זכויות שהיקפן משתנה ממדינה למדינה. עם זאת יש זכויות שמוקנות רק לאזרחים: הזכויות לבחור ולהיבחר למוסדות השלטון המרכזי; הכשירות למלא תפקידים ציבוריים רמי מעלה; הזכות לקבל דרכון – תנאי הכרחי לחופש תנועה בין מדינות; חסינות מפני הסגרה (בישראל הייתה חסינות זו רחבה מאוד בעבר וצומצמה עתה לחסינות מפני ריצוי העונש במדינה זרה); הזכות להיכנס למדינת האזרחות בלי להזדקק לאשרה; והחשוב מכול – חסינות מפני גירוש מן המדינה.

באשר לחובות, הדעה המקובלת היא שהחובה העיקרית המוטלת על האזרח היא חובת הנאמנות למדינה. חובות אחרות כגון ציות לחוק ותשלום מסים מוטלות גם על תושב שאינו אזרח המדינה. יש מדינות המטילות חובת שירות צבאי גם על תושב קבע שאינו אזרח המדינה, כפי שנעשה בישראל למשל. החובה האזרחית להצביע בבחירות או לשמש חבר מושבעים קבועה רק במדינות מסוימות (ולא בישראל). אולם חובת הנאמנות נותרה ערטילאית למדי. בין השאר יש מחלוקת בשאלה אם היא מתמצה בחובות 'אל תעשה' או כוללת גם היבט חיובי של חובות 'עשה'.

נראה כי חובת הנאמנות למדינה מתמצה בחובה שלילית ואינה כוללת דרישה להזדהות עם המדינה ולהפגין מסירות כלפיה. ההיסטוריה מספקת די דוגמאות לסכנות הצפויות לחירויות הדעה, המצפון והביטוי של הפרט עקב מתן מובן רחב מדי לדרישת הנאמנות למדינה. חובת נאמנות מזערית ופסיבית מתחייבת בין השאר מן הקושי למצוא במדינה המודרנית ההטרוגנית בסיס חווייתי של היסטוריה משותפת, אשר מצמיח את רגש ההזדהות עם המדינה. המציאות המורכבת שמאפיינת את המדינה המודרנית בכלל ואת מדינת הלאום בפרט מחייבת הבחנה ברורה בין אזרחות לבין לאומיות ובין נאמנות למדינה – היוצרת חובות משפטיות – לבין פטריוטיות ומידה טובה אזרחית, שעניין בתחום המוסר. אחד היתרונות בהגבלתה של חובת הנאמנות למובן הפסיבי הוא שהיבט זה מבטא דיכוטומיה בין שני מצבים אפשריים: אדם יכול להיות או נאמן או לא נאמן. דיכוטומיה זו הולמת את המישור המשפטי היות שהמשפט מחייב לסווג התנהגויות סיווג ברור כדי לקבוע את השלכותיהן המעשיות מבחינת דיני המדינה. לעומת זאת אדם יכול להיות פטריוטי יותר או פחות ואזרח טוב יותר או פחות. בסוגיות אלו אין דיכוטומיה;

עניינן בתחום המוסר ולא בתחום המשפט. מן הטעמים האמורים מחקר זה תומך בתפיסת נאמנות צרה ופסיבית, למצער במישור המשפטי, ועיקרה החובה שלא לעבור עברות הפוגעות בביטחונה של המדינה. בישראל מדובר בעברות הבגידה, אך יצוין כי אלה לוקות בניסוח רחב מדי.

סקירה של היחס לשלילת אזרחות במשפט הבין-לאומי ובמשפטן של מדינות אחרות בעבר ובהווה מעניקה את נקודת המבט הנחוצה לבחינת הדין הישראלי. ככלל, הדין הבין-לאומי אינו מתערב בדיני האזרחות המדינתיים, פרט לחריג יחיד – חוסר אזרחות. בשונה מן המחלוקת בשאלה אם כפל אזרחות הוא מצב רצוי, מוסכם שחוסר אזרחות הוא מצב לא רצוי מבחינת הסדר הבין-לאומי ומבחינת זכויות הפרט. לכן האמנה הבין-לאומית בדבר צמצום חוסר אזרחות קובעת בין השאר שאין לשלול מאדם את אזרחותו אם הדבר יותיר אותו חסר אזרחות. כלל זה כפוף לסייגים אחדים שמבטאים הכרה בזכותה של המדינה לשלול אזרחות בגין שבעת אמונים למדינה אחרת או בגין גילוי ברור של חוסר נאמנות, והכול בתנאי ששלילת האזרחות תיעשה על פי כללי הליך הוגן, בבית משפט או בגוף עצמאי אחר. מלבד זאת ראוי לציין שהאמנה אוסרת באופן מוחלט שלילת אזרחות מטעמים גזעיים, אתניים, דתיים או פוליטיים. ישראל חתמה על האמנה אך מעולם לא אשררה אותה, ולכן אין לה מעמד של חוק. עם זאת עצם החתימה מחייב את המדינה מבחינה נורמטיבית.

במדינות אחרות חלו שינויים במצב המשפטי בסוגיה זו במהלך השנים. בעבר נהגה הבחנה בין ביטול התאזרחות לבין ביטול אזרחות מלידה. בשני המקרים התאפשר במדינות רבות לבטל אזרחות עקב מעשים המבטאים חוסר נאמנות, בעיקר בזמן מלחמה או בעקבות אי-מילוי חובות צבאיות. עם זאת מתאזרחים נחשדו בחוסר נאמנות – במיוחד כאשר שררה מתיחות, קל וחומר מלחמה, בין מדינתם החדשה לבין מדינת אזרחותם הקודמת. בארצות הברית, למשל, בוטלה במחצית הראשונה של המאה העשרים אזרחותם של מתאזרחים רבים, בדרך כלל ממוצא גרמני, ככללם כאלו שהיו לאזרחים אמריקנים שנים רבות קודם לכן.

נוסף על כך המשפט המשווה מלמד שהיחס לשלילת אזרחות מושפע מאופי המשטר. ההבחנה בין מתאזרחים לבין אזרחים מלידה, שבוטלה במדינות דמוקרטיות עם הזמן, עדיין נוהגת במדינות לא דמוקרטיות. כמו כן החקיקה במדינות לא דמוקרטיות מאפשרת לשלול אזרחות בגין עילות רבות ורחבות מן המקובל במדינות דמוקרטיות – בין השאר בגין מעשים וביטויים שנחשבים גילויי חתרנות. הוראות מעין אלו, שזכו לאכיפה

נמרצת, היו למשל במשטר הסובייטי שהוקם לאחר המהפכה, באיטליה הפשיסטית ובגרמניה הנאצית.

לעומת זאת ברובן המכריע של המדינות הדמוקרטיות קבועה מגבלה מפורשת על ביטול אזרחות שיגרום לחוסר אזרחות, ובמקצתן המגבלה אף קבועה בחוקה. יתרה מזו, נדיר למצוא מדינות דמוקרטיות שמאפשרות לשלול אזרחות בגין מעשי בגידה. מעשים אלו מטופלים רק בדין הפלילי. העילה הרווחת לביטול אזרחות במדינות דמוקרטיות היא קבלת אזרחות זרה, וגם עילה זו רווחת פחות מבעבר והמגמה היום היא לאפשר ככל אזרחות. עילה רווחת אף פחות היא שירות בצבא זר או בשירות הציבורי של מדינה זרה, ובמקצת המדינות הרלוונטיות יש להוכיח שהמעשה גרם נזק לאינטרסים של המדינה. ראוי לציין שבבריטניה הסמכויות לשלילת אזרחות רחבות במידה יוצאת דופן (בכפוף לסייג בדבר חוסר אזרחות) בעקבות תיקוני חקיקה שנעשו על רקע המאבק בטרור. בארצות הברית, לעומת זאת, העילות לשלילת אזרחות הורחבו מאוד בשלהי המחצית הראשונה של המאה העשרים, אך חקיקה זו הפכה 'אות מתה' לאחר שבית המשפט העליון קבע שביטול אזרחות בניגוד לרצונו של הפרט נוגד את החוקה האמריקנית.

לנוכח כל זאת ברור שהחקיקה הישראלית בעניין שלילת אזרחות אינה מתיישבת עם עקרונות המשפט הבין-לאומי ועם המשפט הנוהג במדינות דמוקרטיות מהטעמים האלה: (1) העילה של הפרת אמונים אינה מקובלת ואף לוקה בעמימות רבה; (2) החוק אינו קובע סייג בדבר שלילת אזרחות שתוצאתה חוסר אזרחות; (3) הסמכות מופקדת בידי שר הפנים ולא בידי בית המשפט. יוער כי עילה אחרת לשלילת אזרחות ישראלית – יציאה שלא כדין למדינת אויב – אף לה אין אח ורע במדינות דמוקרטיות. עילה זו נקבעה בחוק במסגרת תיקון חקיקה שהעביר את הסמכות לשלול אזרחות מבית המשפט לשר הפנים. אין פלא שתיקון זה נעשה במחטף, בלא דיון אמתי בכנסת. להשלמת התמונה יובהר כי קבלת אזרחות זרה אינה עילה לביטול אזרחות ישראלית וכי הבעיות הנובעות מפיצול נאמנויות מטופלות בישראל באמצעות הדין הפלילי בעיקר. לדוגמה, אזרח ישראלי המשרת בהתנדבות בצבאה של מדינה זרה עובר עברה פלילית, אלא אם כן הדבר נעשה על פי היתר בדין או על פי הסכם בין-לאומי.

חשוב לציין שהמשל הישראלי נהג בריסון עצמי בקשר לסמכות לשלול אזרחות – הסמכות לשלול אזרחות בגין יציאה שלא כדין למדינת אויב לא נאכפה מעולם, והסמכות לשלול אזרחות בגין הפרת אמונים לא

נאכפה במשך שנים רבות. כך למשל, בית המשפט העליון דחה עתירה נגד סירובו של שר הפנים לשלול את אזרחותו של יגאל עמיר. עם זאת בתקופת האנתיפאדה השנייה נשללה אזרחותם של שני ערבים ישראלים ששהו תקופה ארוכה בחוץ לארץ ונחשדו במעורבות בטרור. מאז הלכו וגברו הקולות הקוראים לשלילת אזרחותם של מעורבים בטרור, והוגשה הצעת חוק הקוראת להעביר את הסמכות לבית המשפט – מהלך שנועד להגביר את לגיטימיות השימוש בשלילת אזרחות.

נקודת המוצא לדיון במישור העקרוני היא שגם אם יש צידוק מוסרי לחובת הנאמנות למדינה אין הדבר מלמד לעצמו שיש צידוק מוסרי לשלילת אזרחות בגין הפרת החובה, אלא יש לבחון טיעונים ממשיים בעד או נגד שלילת אזרחות בגין חוסר נאמנות. אחד הטיעונים, למשל, גורס שאין לשלול אזרחות משום שהאזרחות היא זכות יסוד בהיותה תנאי לקבלת יתרונות ושירותים בסיסיים ביותר, המהווים, במידה רבה, תנאי לחיים אנושיים נאותים. בהקשר זה האזרחות תוארה במונח 'זכות לזכויות', מונח ששורשיו נטועים בתיאורה המצמרר של הפילוסופית היהודייה חנה ארנדט את המצוקה הקיומית של הפליטים חסרי האזרחות במלחמת העולם השנייה. מנגד אפשר לטעון שהעובדה שסטטוס מצמיח זכויות אינה הופכת את הסטטוס עצמו לזכות וכי המונח 'זכות לזכויות' אף לוקה בסתירה מושגית מפני ש'זכות', לפחות על פי הגדרה מקובלת בתורת הזכויות, מבטאת צורך אנושי יסודי שאי-אפשר לגזור אותו מצורך אחר. יתרה מזו, נדמה שהיום האזרחות אינה צורך הכרחי כבעבר בשל העובדה שלקחיה של מלחמת העולם השנייה הובילו את המדינות המתוקנות לתגבר במידה ניכרת את ההגנה על זכויות הפרט, בלי קשר לזיקתו המשפטית של הפרט למדינה. בתשובה לטיעונים אלו אפשר להגביל את טיעון הזכויות להיבטים מצומצמים יותר – הזכות שלא להיות חסר אזרחות או הזכות להיות אזרח של מדינה חופשית. ברם גם אם יש הצדקה לראות באחד ההיבטים הללו 'זכות', שיח הזכויות ממילא אינו יוצר מניעה מוחלטת מפני שלילת אזרחות, משום שעל פי הגישה המקובלת זכויות האדם אינן מוחלטות; הן עשויות לסגת מפני ערכים אחרים.

טיעון אחר גורס שיש לדמות את המדינה למשפחה, בייחוד מדינת לאום כגון ישראל, ולכן שלילת אזרחות פסולה משני טעמים: (1) מעשה זה פוגע פגיעה קשה בזוהרתו של הפרט; (2) המדינה נושאת באחריות למעשי

האזרח, ואין היא יכולה להתנכר לו ולסלקו מקרבה כאשר הדבר נוח לה. גם טיעונים אלו מקדמים את הדיון במידה מוגבלת בלבד משום שהם אינם יפים לכל מצב עניינים. יתרה מזו, דימוי המשפחה מחייב אותנו לחשוב על החברות במדינה במונחים של יחסי קרבה. ייתכן שתפיסה זו מתאימה לעיר המדינה היוונית בעולם העתיק, אך לא למדינה המודרנית, ההמונית והמנוכרת.

טיעונים מסוג שלישי קשורים בתורת האמנה החברתית. יש המצדדים בשלילת אזרחות בגין חוסר נאמנות בנימוק שאזרחות במדינה דמוקרטית משקפת אמנה חברתית בין הפרט לשלטון, ולכן חוסר נאמנות מבטא הפרה של האמנה החברתית. טיעון זה לוקה בפגמים רבים. לדוגמה, על פי הגיונו כל הפרת חוק, ודאי הפרת חוק חמורה, מצדיקה שלילת אזרחות – שהרי תורת האמנה החברתית משמשת צידוק מוסרי לחובת הציות לחוק. נוסף על כך האמנה החברתית בניסוחה הליברלי אינה מחייבת נאמנות לשלטון. יש אפילו הטוענים כי האמנה אינה בין האזרחים לבין השלטון אלא בין האזרחים לבין עצמם. שופט אמריקני ידוע קבע שלשלטון במשטר דמוקרטי אין סמכות לשלול את מערכת היחסים שהולידה אותו. עם זאת מעשה המבטא בגידה חמורה של אזרח במדינתו, ולא כלפי השלטון במדינה, עשוי להיחשב הפרה של האמנה החברתית גם בניסוחה הליברלי. לפיכך הדיון בתורת האמנה החברתית במשטר דמוקרטי אמנם מצדיק הגבלות חמורות על שלילת אזרחות, אך אין הוא מוביל למסקנה חד־משמעית נגד עצם הסמכות לשלול אזרחות. אמנם לא מצאנו טיעון השולל לחלוטין את ההצדקה העקרונית לשלילת אזרחות בגין חוסר נאמנות, אולם לנוכח מאזן הסיכונים והסיכויים הצפונים בהפעלת הסמכות הזאת במציאות הקיימת, ייתכן שהיא פסולה משיקולי מדיניות. זהו טיעון מסדר שני, ולפיו מוטב להימנע ממתן סמכות מסוימת אם הנזק הפוטנציאלי שגלום בה עולה על התועלת הפוטנציאלית.

נדמה שהתועלת הטמונה בשלילת אזרחות פעוטה למדי. הדרך הראויה להתמודד עם מקרים חמורים של הפרת אמונים – ואין הצדקה לשקול שלילת אזרחות אלא במקרים החמורים – היא באמצעות ההליך הפלילי. הרשעה פלילית מנכימה את שמו של העבריין, ודאי הרשעה בבגידה, ובעברות החמורות נלווה לסטיגמה החברתית גם עונש מאסר ממושך למדי. כעונש משלים אפשר לשקול שלילת זכויות אזרחיות, כגון הזכות לבחור והזכות להיבחר, לתקופה קצובה. אמצעי זה פוגעני פחות

משלילת האזרחות עצמה. החשש החמור הוא שהסמכות לשלילת אזרחות תשמש דווקא במקרים שהדין הפלילי אינו נותן מענה מחמת היעדר ראיות מספיקות. הסמכות עלולה ליצור מעין 'מסלול עוקף לעברות הבגידה', אשר יאפשר לרשויות השלטון לפגוע בפרט לא פחות, ואולי אף יותר, משהיה אפשר באמצעות המשפט הפלילי. בהקשר זה חשוב להזכיר כי נטל ההוכחה החמור בפלילים אינו עניין טכני, אלא עיקרון מהותי שתכליתו למנוע הרשעת חפים מפשע. מצד אחר, אם אי-אפשר לאכוף את הדין הפלילי משום שהאזרח שמדובר בו שוהה דרך קבע בחו"ל – אפילו אם יש ראיות רבות נגדו – אנו עדיין נדרשים להוקיר את העיקרון שאין שופטים אדם שלא בפניו, ואף לא ברור מהו הצורך בשלילת האזרחות בנסיבות אלו, חוץ מההיבט הסמלי של ההוקעה. בנסיבות מוצדקות שר הפנים רשאי לבטל את דרכונו של האזרח השוהה בחו"ל, לקצר את תקופת תוקפו או לסרב להאריכו.

לעומת התועלת המזערית הגלומה בסמכות לשלול אזרחות בגין הפרת אמונים, הסיכונים הטמונים בסמכות זו בכלל ובמציאות הישראלית בפרט גדולים. הסיכון המוחשי ביותר בישראל הוא שחקיקה המאפשרת ביטול אזרחות עקב גילויים של חוסר נאמנות עלולה להיחשב, או אף לשמש, נשק המכוון נגד המיעוט הערבי לנוכח דפוסי האפליה כלפיו מאז קום המדינה ולנוכח היחס החשדני שרואה בציבור זה 'גיס חמישי'. ואכן, היישום היחיד של הסמכות לשלילת אזרחות בגין הפרת אמונים היה במקרה של ערבים, אף על פי שהיו יהודים שהורשעו במעשים חמורים של ריגול ובגידה. העדפות לאומיות של הציבור היהודי בישראל בסמלי המדינה ובמדיניות ההגירה (חוק השבות) חייבות להיות מלוות בהקפדה יתרה על עקרון השוויון לפני החוק.

יש הטוענים כי שלילת אזרחות בגין ביצוע עברות ביטחוניות, ובייחוד עברות טרור או סיוע לטרור, מוצדקת מכוח העיקרון הנקרא 'דמוקרטיה מתגוננת'. ראוי לפרש עיקרון זה פירוש מצומצם ביותר, מאחר שהוא נושא בחובו מתח בין מטרתו המוצהרת – להגן על המשך קיומה של הדמוקרטיה – לבין האמצעים שהוא נועד להצדיק. האתגרים הביטחוניים שמדינת ישראל מתמודדת עמם השכם והערב אינם גורעים מהכרח זה. כמו כן, בלי לזלזל בחומרת האיום הגלום בטרור בכלל ועל מדינת ישראל בפרט, ראוי לבחון איום זה מתוך פרספקטיבה היסטורית. המאבק בקומוניזם בעולם המערבי בכלל ובארצות הברית בפרט במאה העשרים הוא אנלוגיה מתבקשת למאבק בטרור בפתח המאה העשרים ואחת. היום

ברור שהבהלה הציבורית מפני חתרנות קומוניסטית שימשה את השלטונות האמריקניים להצדקת פגיעה מוגזמת בזכויות הפרט, ובכללה שלילת אזרחות מאנשים שבמהלך התאזרחותם העלימו מידע בנוגע לקשריהם עם המפלגה הקומוניסטית. החלופות המעשיות לשלילת אזרחות – שימוש בהליך הפלילי ושלילת זכויות אזרחיות כעונש משלים במקרים המתאימים – יפות גם למעורבות בטרור. גם אם נקבל את העמדה הרואה בטרור תופעה ייחודית המצדיקה טיפול בכלים ייחודיים (ויש מחלוקת בנושא זה), הרי שסכנת הניצול של הלוחמה בטרור לצרכים פוליטיים מחייבת איתור אמצעי לחימה בטרור שיפגעו במידה המזערית בערכים דמוקרטיים-ליברליים. ישראל נוקטת מגוון צעדים נגד הטרור, החל בלוחמה צבאית וכלה בחקיקה המאפשרת פסילת מועמדים לכנסת אם הם תומכים במאבק המזוין של מדינת טרור או בארגון טרור. נוסף על כך בתי המשפט מחמירים בעונשם של סיעני טרור כאשר הסייענים הם אזרחי ישראל.

לסיום יש להתייחס לטענה שהפקדת הסמכות לשלילת אזרחות בידי בית המשפט תמנע שימוש לרעה בסמכות זו. אין ספק שבית המשפט הוא גוף מתאים יותר להפעיל סמכות זו, אולם העברת הסמכות לידי אינה מסירה את החשש מפני ניצולה לרעה או מפני יישומה במקרים לא מתאימים. כבר קרה שבתי משפט במדינות דמוקרטיות החליטו החלטות שגויות, במיוחד בתקופות דוחק ביטחוני והתגברות הלחץ הציבורי למיצוי הדין עם 'בוגדים'. מבחינה מעשית שיקול הדעת השיפוטי אף נוטה להיות עצמאי פחות בנושאים ביטחוניים. כאשר מעמד האזרחות עומד על הפרק מוטב שלא להשליך ייבנו על הרגישות השיפוטית.

לפיכך, בראי הסכנה המוחשית של ניצול לרעה, חיוני להבטיח שהסמכות לשלול אזרחות בגין הפרת אמונים תופעל רק במקרים המתאימים, אולם כיוון שאי־אפשר להבטיח זאת – מוטב להימנע כליל ממתן הסמכות. על כן מומלץ לבטל הן את הוראת החוק המסמיכה את שר הפנים לבטל אזרחות בגין הפרת אמונים הן את ההוראה המאפשרת ביטול אזרחות בגין יציאה שלא כדין למדינת אויב. עם זאת הרשעה חלוטה בעברת בגידה מן 'הגרעין הקשה' עשויה להצדיק שלילת זכויות אזרחיות לתקופה קצובה כעונש משלים לעונש העיקרי שהוטל בגין העברה. במידה שהמחוקק אינו מקבל המלצה זו, ראוי לכל הפחות לבטל כליל את העילה בדבר יציאה שלא כדין למדינת אויב ולהחליף את ההוראה בדבר הפרת אמונים בהוראה מצומצמת ומוגדרת היטב, שבצדה סייג בדבר חוסר אזרחות.

מבוא

על פי הוראת סעיף 11(ב) לחוק האזרחות, שר הפנים רשאי לבטל את אזרחותו של אדם 'אשר עשה מעשה שיש בו משום הפרת אמונים למדינת ישראל'. עד כה נרשמו שני מקרים בלבד של מימוש סמכות זו. בשלהי 2002 שלל אלי ישי, שר הפנים דאז, את אזרחותם של שני ערבים ישראלים שנחשדו במעורבות בטרור. מקרים אלו העלו מתהום הנשייה את הוראת החוק האמורה וחיידו את הצורך לבחון אותה באופן ביקורתי. הואיל והממשלה הצהירה על כוונתה לערוך שינויים בחוק האזרחות, נדמה שהגיעה העת לשקול גם שינוי בהוראה זו.

להוראות חוק האזרחות נודעת חשיבות חוקתית מדרגה ראשונה. הן משקפות את הגישה הערכית כלפי מושג האזרחות בישראל. בחיבור זה נבקש לבחון את הסוגיה של שלילת אזרחות בגין חוסר נאמנות מהיבטים תאורטיים ומעשיים כאחד, על פי משמעותו הפילוסופית והמשפטית של המושג 'אזרחות' ולנוכח המציאות הפוליטית בישראל. גילויים של חוסר נאמנות כלפי המדינה, בעיקר במקרים קיצוניים או בעת משברים ביטחוניים, מעוררים רגשות עמוקים של סלידה וזעם בקרב רבים. רגשות אלו עלולים להעיב על שיפוט ענייני וביקורתי של ההסדרים המשפטיים הקיימים בנושא זה. כיום, לאחר פיגועי 11 בספטמבר ועל רקע המאבק הבין-לאומי בטרור, כאשר מדינות מערביות אחדות שוקלות את האפשרות לחוקק הוראה בדבר שלילת אזרחותו של מי שמעורב בטרור, אין לוותר על דיון עקרוני ומקיף בסוגיה זו, ואין ולהסתפק בססמאות על צורכי ביטחון.

שלילת אזרחות בגין הפרת אמונים היא סוגיה מורכבת יותר מביטול אזרחות בגין עילות אחרות כגון השגתה במרמה. במקרה האחרון אין קושי אמתי, היות שמדובר באדם שלא היה זכאי לקבל אזרחות ישראלית מלכתחילה. לכן חקיקה המאפשרת ביטול אזרחות עקב השגתה במרמה (ומרמה בהקשר זה כוללת הן כזבים מפורשים הן השמטה של מידע מהותי) מקובלת וקיימת כמעט בכל מדינה. לדוגמה, אזרחותם של אנשים שהסתירו את עברם הנאצי בתהליך התאזרחותם במדינות מערביות

* תודה לד"ר יותם בנזימן על הנחת טיוטה ראשונית ולעו"ד לינא סבא על הערותיה בקשר לסיכום.

נשללה מכוח עילת המרמה. נציין גם שסוגי המרמה העשויים להביא לביטול האזרחות הישראלית אינם חלים על מצגים כוזבים בעניינים שוליים למדי כגון בדותה בדבר הישגים אקדמיים שלא היו ולא נבראו. עילת המרמה חלה בעיקר על מצגי שווא בקשר לקיומו של עבר פלילי, משום שיש אינטרס ציבורי ברור למנוע את הפיכתה של המדינה למקלט לעבריינים.

לעומת זאת משמעותה של ההוראה המאפשרת לבטל אזרחות בגין הפרת אמונים היא למעשה התניה של האזרחות הישראלית בשמירת אמונים למדינה. התניה שכזאת אינה מובנת מאליה. הצירוף 'הפרת אמונים' מניח את קיומה של חובת נאמנות. אכן, יש מקום להנחה שאזרח חייב לנהוג בנאמנות כלפי מדינתו (בלי להיכנס בשלב זה לדיון במהותה של חובת הנאמנות), וכי עליו לתת את הדין על הפרתה של חובה זו. עם זאת לא מתחייב מכך שהפרת הנאמנות מצדיקה את ביטול האזרחות. אדרבה, ביטול אזרחות הוא צעד חמור המעלה קשיים רבים – משפטיים ואחרים. שלילת אזרחות גוררת פגיעה חמורה בזכויות הפרט, שכן האזרחות היא הבסיס המשפטי אשר נותן תוקף מעשי למרביתן, והיא אף המקור למקצתן (מרב הזכויות הפוליטיות).

נקודת המוצא לדיון במחקרנו תהיה ברור משמעותו הפילוסופית והמשפטית של המושג אזרחות בתקופתנו. האדם אינו רק 'ברייה רציונלית', טען אריסטו, אלא גם 'חיה פוליטית'. בתיאור זה הגדיר אריסטו את הזיקה של היחיד לקהילה הפוליטית שבקרבה הוא פועל כיסוד מכונן של האנושיות עצמה. למרות מגמות גלובליזציה הפוקדות את העולם בעשורים האחרונים, המדינה נותרה מסגרת רלוונטית לקיומו של הפרט, ולא זו בלבד אלא שהיא עדיין המסגרת החשובה ביותר לשמירת זכויותיו. עם זאת התמורות שחלו במבנה ההתארגנות הפוליטית למן העת העתיקה ועד היום שינו את פניה של האזרחות. שאלת היסוד – האם יש הצדקה מוסרית לבטל את אזרחותו של אדם בגין מעשה המבטא חוסר נאמנות כלפי מדינתו – תיבדק בראי משמעותה הפילוסופית והמשפטית של האזרחות בימינו.

היה ונמצאה הצדקה מוסרית לשלילת אזרחות בגין חוסר נאמנות, עלינו להמשיך ולבחון אם חקיקה המאפשרת לעשות כן משקפת מדיניות משפטית ראויה. מדוע? לעתים נגלה שכלל מסוים זוכה להצדקה עקרונית, אך יש טעמים חזקים להתנגד לו לנוכח התנאים ליישומו הלכה למעשה. לפיכך עלינו לבדוק את מאזן הסיכונים והסיכויים הטמונים בחקיקה

מעין זו במציאות השוררת בישראל. בהקשר זה יישקלו חלופות מעשיות לשלילת אזרחות, ויובא בחשבון גם הטיעון הרווח ביותר בזכות שלילת אזרחות בימינו – הטיעון בדבר 'דמוקרטיה מתגוננת'.

מבחינה אנליטית, רק אם נענו השאלות הקודמות בחיוב – דהיינו רק אם הגענו למסקנה שתיתכן הצדקה מוסרית לשלילת אזרחות בגין חוסר נאמנות וכי חקיקה המאפשרת זאת משקפת מדיניות משפטית ראויה – יש מקום להמשיך ולבדוק אילו מקרים חוסים תחת ההצדקה ולנסח את הוראת החוק בהתאם. בשלב זה יש לתת את הדעת על השאלות האלה: האם רצוי להשתמש במונח הכללי 'הפרת אמונים', או מוטב לנסח קטגוריות מוגדרות יותר של מעשים המפרים את חובת הנאמנות? כלום מעורבות בטרור נושאת חומרה מיוחדת המצדיקה את שלילת אזרחותם של המעורבים? האם נדרש להבחין בין אזרח מלידה ובין מי שהתאזרח במדינה? האם מוצדק להבחין בין אזרח החי במדינה לבין אזרח שעזב את המדינה ופועל נגדה ממקום מושבו במדינה אחרת? האם דינו של בעל אזרחות נוספת כדינו של מי שהביטול יותיר אותו חסר אזרחות? בנוסף חשוב להתניחס להיבט המוסדי של הסוגיה, כלומר לגוף השלטוני שיש להפקיד בידיו את הסמכות. צריך להכריע אם מתאים לכך גוף מנהלי או פוליטי, או שמא גוף שיפוטי, ואילו הגבלות דיוניות (פרוצדורליות) יש לקבוע כדי למנוע עיוותי דין.

כפי שיתברר בהמשך, שלילת אזרחות יוצרת פגיעה חמורה, לעתים אנושה, בזכויות הפרט. המניע העיקרי של השלטונות להשיג סמכות זו ולהפעילה נעוץ בהכשר החוקי ששלילת אזרחות נותנת לגירוש מן הארץ. לכן גם אם חקיקה המאפשרת ביטול אזרחות עקב חוסר נאמנות אינה פסולה מעיקרה (בלי להכריע בדבר בשלב זה), חובה להגביל את יכולתו של השלטון להשתמש בסמכות דרקונית זו. בראש ובראשונה יש להגדיר את עילת הביטול הגדרה צרה ככל האפשר. לכאורה המצב הקיים אינו עונה על דרישה זו. מהי 'הפרת אמונים' המצדיקה שלילת אזרחות? האם כל מעשה הנחשב לבגידה במישור הפלילי? ואולי גם התבטאויות שבכוון להשחיר את דמותה של ישראל ברחבי העולם או ניסיון להוביל מרי אזרחי? שאלות אלו רלוונטיות היום יותר מתמיד. הן ממחישות את עמימות המונח הפרת אמונים, עמימות המאפשרת לו להכיל קשת רחבה מדי של התנהגויות.

כבר אפשר לקבוע אפוא בראשית דרכנו ששינוי בהחלט מתבקש. השאלה היא איזה שינוי: ביטול מוחלט של הוראת החוק או החלפתה

בהוראה מתוחמת יותר. כדי לענות על כך נדון בשאלות שפורטו לעיל כסדרן. נתווה בקווים כלליים את התמורות שחלו במוסד האזרחות ובחובת הנאמנות האזרחית על ציר הזמן ונעמוד על הטיעונים העיקריים בסוגיה הטעונה והמורכבת שלפנינו. בעקבות דיון שיטתי בסוגיה נוכל לבחון אותה במבט צלול יותר.

ניתוח תאורטי של המושג 'אזרחות'

א. הקושי בהגדרת המושג

נאמר על האזרחות כי 'היא עניין מורכב ומסובך יותר מכפי שנראה במבט ראשון'.¹ אכן, המושג אזרחות קשה להגדרה ביחס למושגים פוליטיים אחרים. הוא מאגד בתוכו מגוון של ערכים ומוסדות. יש לו היבטים מוסריים, פוליטיים, משפטיים, סוציולוגיים ואחרים. ההיסטוריה מוכיחה כי האזרחות חסרה הגדרה קבועה וכי היא נתונה לתמורות. העובדה שהמושג אזרחות התיישב במרוצת ההיסטוריה עם סוגי משטר שונים – דמוקרטיה, אוליגרכיה, ואפילו משטר מלוכני² – היא ביטוי למורכבותו.

באופן כללי, הגדרה אפשרית לאזרחות היא מסגרת משפטית ופוליטית להשגת חברות מלאה בחברה.³ מהגדרה זו עולות שתי נקודות חשובות לענייננו. ראשית, האזרחות מבטאת סוג של חילופין – בין האינטרס של היחיד ליהנות מטובין חברתיים, כגון ביטחון, צדק והנהגה, ובין האינטרס של המדינה לשמר את קיומה באמצעות משאבים חומריים, כוח אדם, נאמנות, שיתוף פעולה ומחויבות בצורות שונות. על כן המושג אזרחות צופן בחובו מתח מתמיד בין האינטרס הפרטי ובין האינטרס הציבורי. הנקודה הראשונה עשויה להסביר את הישרדותה ההיסטורית של האזרחות בתועלת שהיא מצמיחה לכל סוג של ממשל וחברה, למשל בזיהוי היחידים הראויים להגנה ולתגמול. עניין זה קושר אותנו לנקודה השנייה: מלכתחילה הייתה לאזרחות משמעות של הדרה (exclusion) לא פחות ממשמעות של זכויות יתר והכללה (inclusion). אפשר אף לומר שאחד מתפקידיה העיקריים היה לשמש עיקרון מפלה בחלוקת המשאבים החברתיים נגד מי שאינם אזרחים.⁴

1 ציטוט מדברי החוקר Peter Dahlgren שמוזכר במאמרו של יורם פרי 'שינוי השיח הביטחוני בתקשורת ותמורות בתפישת האזרחות בישראל' **תרבות דמוקרטית** 4-5 (2001) 233, 255.

2 PETER RIESENBERG, CITIZENSHIP IN THE WESTERN TRADITION: PLATO TO ROUSSEAU xxi (1992)

3 ראו למשל יואב פלד וגרשון ספיר **מיהו ישראלי: הדינמיקה של אזרחות מורכבת** 11 (מיכל אלפון מתרגמת, 2005).

4 שתי הנקודות מוזכרות אצל Riesenber, לעיל הערה 2, בעמ' xviii-xvii.

טבעי להתחיל את הדיון התאורטי ביוון העתיקה, מכיוון ששם נטועה ראשיתה של המחשבה המדינית – הגות עיונית, מודעת וביקורתית על אודות הממשל לסוגיו ועל אודות היחס בינו ובין יחידים וקבוצות. אולם ביוון העתיקה הקדימה הפרקטיקה את התאוריה. במציאות החלו ערי מדינה לעסוק באזרחות כאמצעי לחלוקת המשאבים החברתיים מאות שנים בטרם ניסו הפילוסופים לגבש תפיסה עיונית של המושג. המנהיגות הפוליטית בפוליס (עיר-מדינה) היוונית הייתה ערה למשמעויות המעשיות של שינויים בחוקי האזרחות במגוון תחומים של חיי הציבור, החל ביצירת מאגר חדש של כוח אדם לשימושים צבאיים וכלה בהתאמתה של מדיניות הפוליס לאינטרסים של מעמד מסוים או של קבוצה מסוימת.⁵

באותה תקופה מרבית התושבים לא נחשבו אזרחים. אפילו הדמוקרטיה האתונאית הכירה רק באזרחותם של גברים חופשיים, וכך הותירה את רוב תושבי אתונה בלא הזכות להשתתף בתהליך הפוליטי. למעשה עד העת המודרנית היה המושג אזרחות לא דמוקרטי במשמעותו הבסיסית, מפני שהוא העניק את יתרונותיה של החברות המלאה במדינה למיעוט. מפנה חשוב נרשם במהפכה הצרפתית, אשר ביקשה להגשים רעיונות מודרניים, פרי תנועת הנאורות, בדבר השוויון המוסרי בין בני האדם באשר הם. אולם גם אז לא השתנה המצב בן-לילה, שהרי לא כל האזרחים החדשים היו זכאים להשתתף בתהליך הפוליטי. השחורים בארצות הברית, לדוגמה, קיבלו זכות הצבעה רק במחצית השנייה של המאה התשע עשרה (בעקבות מלחמת האזרחים), וחלפה יותר ממאה עד שהוענקה זכות הצבעה לנשים במדינות דמוקרטיות.

הדרתם של אזרחים בני הקבוצות החלשות מן המשחק הפוליטי לא נחשבה לסותרת את עקרונות הדמוקרטיה, אפילו בתחילת המאה העשרים. כך למשל, ספר על האזרחות הבריטית שהתפרסם ב-1906 תיאר את אנגליה כמדינה החופשית והדמוקרטית ביותר בעולם, אף על פי שלפחות מחצית האוכלוסייה לא נהנתה אז מיתרונותיה של האזרחות. הלך הרוח הכללי בעניין זה משתקף באזכור אגבי של עובדת היות הנשים משוללות זכות הצבעה: 'נשים אינן יכולות להצביע בבחירות לפרלמנט, וגם לא רפי שכל, אנשים שהורשעו בביצוע פשע, זרים או קטינים'.⁶

5, שם, בעמ' 3-5.

6 הספר האמור (BRITISH CITIZENSHIP: ITS RIGHTS AND DUTIES) מאת FREDERICK PEAKER והציטוט ממנו מוזכרים אצל CHRISTOPHER VINCENZI, CROWN POWERS, SUBJECTS AND CITIZENS 293-4 (1998)

מאז השתנו הדברים. כיום התפיסה הרווחת רואה בזכות ההצבעה חלק בלתי נפרד ממעמד האזרחות, ומעמד האזרחות נושא בחובו את עקרונות השוויון בין האזרחים. עם זאת מחקרים סוציולוגיים בני זמננו מוכיחים כי הפרקטיקות החברתיות והמשפטיות הקשורות באזרחות מוסיפות להתבטא בריבוד החברתי במדינה.⁷

הניידות בהגדרת האזרחות אינה רק פועל יוצא מנטייתו של כל משטר לבנות את חלוקת הכוח שבו לתוך הגדרה מסוימת של אזרחות. כפי שציין הפילוסוף הצרפתי אטיין בליבר (Balibar), ניידות זו אף נובעת מהגדרת האזרחות, היוצרת תיחום של בני אדם ומודל מסוים של זכויות וחובות, ובזאת מגבשת את הקשרים המכוננים את החברה ברמת היחיד. הקונפליקטים בין קבוצות בחברה מתגבשים, במוקדם או במאוחר, לתוך הגדרה מחודשת של אזרחות, אם כי תהליך זה אינו ליניארי או אוטומטי או בלתי הפיך. האזרחות, טוען בליבר, אם במובן החמור – הנאה מלאה מזכויות פוליטיות – ואם במובן הרחב – נוכחות אפקטיבית במרחב הציבורי, מוגדרת רק כדי לסמן שיווי משקל זמני ביחסי הכוחות והאינטרסים. מכאן הנטייה הכפולה – לרומם את האזרחות לדרגת לאומיות או להנמיכה לדרגת פיקציה משפטית בלבד.⁸

ב. בין אידאל פוליטי לסטטוס משפטי

במהלך ההיסטוריה קיבל מוסד האזרחות שתי משמעויות מובחנות אשר מוסיפות להתקיים עד היום. מחד גיסא האזרחות מבטאת אידאל: מאמץ אנושי להתעלות מוסרית המתבטא בהשתתפות של הפרט בעיצוב פניה של הקהילה הפוליטית שהוא משתייך אליה. מאידך גיסא האזרחות מוגדרת סטטוס משפטי: מעמד שיש עמו זכויות וחובות של הפרט כלפי המדינה. המובן הראשון התגבש בתקופה היוונית הקלאסית, והשני התפתח בתקופת האימפריה הרומית.⁹ נרחיב מעט על שני המובנים ועל היחס ביניהם.

7 בעניין זה יורחב בפרקים השני והחמישי.

8 Étienne Balibar, *Propositions on Citizenship*, 98 ETHICS 723, 723–4 (1988)

9 J.G.A. Pocock, *The Ideal of Citizenship Since Classical Times*, in THEORIZING CITIZENSHIP 29 (Ronald Beiner ed., 1995) (הספר להלן:

.(THEORIZING CITIZENSHIP

החשיבה המערבית לדורותיה מאופיינת בהשקפה שהתחום הציבורי נעלה מבחינה מוסרית על התחום הפרטי. מאז העת העתיקה חברות בעלות מאפיינים שונים ראו באזרחות אמצעי לרומם את האדם מעל ההקשרים הפרטיים שהוא פועל בתוכם. אפלטון ואריסטו, אשר ייסדו אסכולות פילוסופיות נבדלות ומתחרות, מבטאים גישות דומות ביסודן בעניין זה, משום ששניהם מייחסים לקהילה מקום מרכזי בעיצוב אישיותו של הפרט, ושניהם מכירים בדרישה לשרת את טובת הכלל.¹⁰ בבסיסו של דבר שניהם רואים באזרחות מידה טובה (מעלה), אשר דרכה הפרט משתתף בחיים הציבוריים ומממש את אנושיותו בדרגה גבוהה.

אריסטו היה מי שניסח את ההשקפה הזאת בצורה החזקה ביותר. הוא טען כי האדם הוא 'בעל חיים מדיני' (*zoon politikon*) במובן שאין הוא מסוגל להגשים את תכליתו האנושית בלי המדינה, וכי מבחינה זו המדינה קודמת לבית ואף ליחיד.¹¹ אריסטו ראה באזרח אדם הממלא באופן רצוף חובות ציבוריות במסגרת מדינתו (יש לזכור שהפוליס היוונית הייתה בעצם עיר ריבונית). הפעילות הפוליטית – הצבעה על חוקים, ישיבה בחבר מושבעים, כהונה בתפקידים ביצועיים – מאפשרת לאדם לקבל החלטות מהותיות בחיים המשותפים ולהגשים בכך את היותו יצור תבוני, מוסרי, פעיל וחברתי. יתרה מזו, רק במסגרת מדינית הפרט מסוגל להגשים את הפוטנציאל האנושי שלו עד תומו. פירושו של דבר שמי שאינו אזרח (*polites*) אינו אדם שלם.

השלמה לרעיון זה נמצאת בהגדרת 'האזרח הטוב' של אריסטו, שהוא מי שמסוגל לשלוט ולהיות נשלט.¹² הכוונה היא לממשל עצמי במסגרת החוק: נכונות לצוות, המתבטאת בהשתתפות ביצירת החוק ובאכיפתו, ובצדה נכונות לציות, המתבטאת בקיום צו החוק. הגדרה זו מושתתת על תפיסת אדם מסוימת: האזרח הוא אדם חופשי במידה מספקת כדי להשתתף בחיים הפוליטיים. מה שחשוב הוא החירות להשתתף בתהליך קבלת ההחלטות בזירה הפוליטית ולא תוכן

10 Riesenbergr, לעיל הערה 2, בעמ' 39-47. אפלטון מבטא השקפה זו בחיבורים אחדים, ובעיקר בספרי **המדינה** (פוליטיאה). על אריסטו ראו להלן.

11 אריסטו **הפוליטיקה** ספר א 1252b. יש להבין טענה זו על רקע השקפתו הכללית של אריסטו – השקפה 'תכליתית' (טלאולוגית), שלפיה יש לבחון את טיבו של כל דבר בעולם לא על פי מה שנתון, אלא על פי הפוטנציאל הטמון בו.

12 ARISTOTLE, THE POLITICS, Book III, 1277a25

ההחלטות המתקבלות.¹³ אריסטו עצמו החזיק בגישה אריסטוקרטית וייחס את הסגולה האזרחית למעטים – רק לגברים בני המעמד הבינוני ומעלה. הוא סבר שנשים, הטרודות בענייני הבית, ופועלים, השקועים בעולם החומר, אינם חופשיים דיים למלא את החובות הציבוריות האינטנסיביות המוטלות על האזרח.

בעת כיבושי המזרח של אלכסנדר מוקדון (בסוף המאה הרביעית לפני הספירה), כאשר הפכה יוון לאימפריה עולמית, קרסה משמעותה הייחודית של הפוליס כיחידה הפוליטית היסודית והוחלפה במשמעות מוניציפלית בעיקרה. מגמה זו נמשכה בתקופת צמיחתה של הרפובליקה הרומית לאימפריה. התפוררותה של הפוליס (או הרפובליקה) מהיותה המוקד הבלעדי והמוחלט להזדהות חברתית הביאה לעלייתן של תורות חברתיות ומדיניות שלא ראו בה את מרכז הכובד שלהן. מקצתן התרחקו מן החיים המדיניים, שהפכו לחסרי משמעות עבור רבים, ומקצתן ביקשו להחליף את הפוליס השבטית ביחידה המדינית החדשה – האימפריה האוניברסלית והרבגונית.¹⁴

אחת מתורות אלו, האסכולה הסטואית, ביקשה להצביע על יסוד יחיד וכללי למערכות החוקים השונות הנהוגות בכל מקום ומצאה אותו בתשתית האנושית המשותפת לכלל התרבויות (לדוגמה, דיני הרצח משתנים ממקום למקום, אך בכל מקום יש איסור על רצח, והדבר מצביע על קריטריון אנושי כללי של 'לא תרצח').¹⁵ האימפריה הרומית אימצה בהדרגה את האידאל הסטואי של היות כל בני האדם חברים בקהילה פוליטית אוניברסלית¹⁶ ועם הזמן אפשרה לפרובינציות הכבושות להשתתף במערכת השלטונית. הדבר התבטא, בין השאר, בהרחבה

13 Pocock, לעיל הערה 9, בעמ' 31-32. ראו גם Riesenbergr, לעיל הערה 2, בעמ' xviii להקדמה. פוקוק מציין כי אצל אריסטו, אשר שיטתו הפילוסופית בנויה על הבחנה בין אמצעים למטרות, האזרחות אינה רק אמצעי להיות חופשי, אלא ביטוי לחירות עצמה. ראו Pocock, שם, עמ' 32.

14 שלמה אבינרי רשות הרבים: שיחות על מחשבה מדינית 34-35 (1985).

15 שם, בעמ' 39-40. הכללים המשפטיים המשותפים לכל קהילה אנושית מכונים 'משפט טבע' (*ius naturale*).

16 האסכולה הסטואית ידועה בהשפעתה על הקיסרות הרומית. הפילוסוף הסטואי סנקה היה יועצו של הקיסר נירון. במאה השנייה לספירה, עם עלייתו של הפילוסוף הסטואי מרכוס אורליוס אנטוניוס לכס הקיסרות, הגיעו יחסי הגומלין בין הסטואה לבין הקיסרות לשיאם. ראו שם, עמ' 41. בעניין השפעתה של הסטואה על תפיסת האזרחות באימפריה הרומית ראו גם Riesenbergr, לעיל הערה 2, בעמ' 75-82.

הדרגתית של האזרחות הרומית, עד שהוענקה לכל הגברים החופשיים בשנת 212 לספירה.

בתקופת שלטונה של האימפריה הרומית קיבלה האזרחות משמעות של סטטוס משפטי אשר ביטוייו המעשיים הם זכויות וחובות כלפי המדינה. המושג 'אזרח' סימן עתה אדם החופשי לפעול באמצעות המשפט ולתבוע הגנה מרשויות השלטון – יתרונות שרק המדינה יכולה להעניק. הגדרת האזרחות כסטטוס משפטי נטועה בתפיסת העולם של המשפטן הרומי גאיוס (Gaius), אשר חילק את העולם לאנשים, לפעולות ולדברים.¹⁷ המשפט מאפשר לאדם להיות בעלים של דברים ולעשות בהם פעולות שבאות לידי ביטוי באפשרות לתבוע, להתדיין בבתי משפט ולזכות בהגנת החוק. המשפט גם מאפשר ליצור הבחנות בין קהילות שונות ובין קטגוריות אחדות של אזרחות, כפי שאכן נעשה בעת כיבושי האימפריה הרומית. תושבי הפרובינציות הכבושות זכו במעין אזרחות סוג ב, שלא הקנתה את מכלול היתרונות שאזרחי רומא נהנו מהם.

האזרחות הרומית הייתה מעמד נחשק בזכות היתרונות הרבים שהעניקה לבעליה: מעמד מתוגבר בעולם העסקים (*ius commercium*) בזכות היכולת ליצור חוזים מחייבים ולהעביר רכוש בדרכים מגוונות; הזכות להינשא לפי המשפט האזרחי (*ius connubii*), שהקנתה לבעל סמכויות על ילדיו, על אשתו ועל רכושם; הגנה מפני עונשי גוף, בכללם עונש מוות בצליבה (על פי מסורות מסוימות ניצל פאולוס הקדוש [שאל התרסי] את הזכות הזאת וזכה למוות 'הומני' יותר בעריפת ראש); וזכויות פוליטיות וצבאיות שבצדן חובות (*ius suffragium*).¹⁸

אפשר לומר שהמובן החדש של האזרחות מסמן מעבר מן האידיאל אל הממשי ומהגדרה של האזרח כיצור פוליטי להגדרה של האזרח כיצור משפטי (*legalis homo*).¹⁹ מרכז הכובד של האזרחות, במובנה החדש, נמצא בזכויות הקנייניות, ולא בהשתתפות ביצירת החוק ובמילוי משרות

17 Pocock, לעיל הערה 9, בעמ' 34.

18 Riesenber, לעיל הערה 2, בעמ' 74.

19 Pocock, לעיל הערה 9, בעמ' 36 ו-38, בהתאמה. יוער כי אריסטו דחה במפורש את הגדרת האזרח כמי שיש לו גישה להליכים משפטיים (מי שיכול לתבוע ולהיתבע בערכאות משפטיות) וביכר על פניה הגדרה המבוססת על קריטריון של השתתפות במילוי משרות ציבוריות. ראו Aristotle, *The Politics*, Book III, 1275a2–1275a22

ציבוריות.²⁰ עקב כך מתבטל הדגש שניתן להיותו של האזרח יצור פעיל. יש, אם כן, מתח רעיוני בין שני המובנים הללו של האזרחות – בין האידאל המוסרי-פוליטי ובין הסטטוס המשפטי.²¹

ג. תפיסת האזרחות באסכולות פוליטיות מודרניות

שני המובנים שנידונו לעיל מוסיפים להתקיים בעולם המודרני. המושג אזרחות משקף בעיקר סטטוס משפטי הכורך עמו זכויות וחובות, אך ממשך לפעם בו האידאל האריסטוטלי של ממשל עצמי ונוכחות אפקטיבית של היחיד במרחב הציבורי. שתי האסכולות החשובות בפילוסופיה הפוליטית בימינו – התורה הליברלית והתורה הרפובליקנית – נבדלות זו מזו ביחסן להיבטים אלו. ההבדלים ביניהן משקפים תפיסות נורמטיביות שונות זו מזו של מושגים כגון 'אדם', 'חירות', 'אושר' ו'חברה' – מושגי יסוד בכל תורה פוליטית.

השיח הליברלי הקלסי תופס את הפרט כיצור כלכלי (שאפשר לכוונתו market man); את החירות במובן פסיבי-צרכני; ואת החברה כהתאגדות של פרטים המתחרים בינם לבין עצמם בתנאי שוק חופשי. השיח הרפובליקני תופס את הפרט כיצור פוליטי; את החירות במובן פעיל-השתתפותי; ואת החברה כהתאגדות פוליטית-מוסרית. אחד החוקרים ניסח יפה את המתח התודעתי בין תפיסות מתחרות אלו על רקע מציאות החיים בעולם המודרני, באמרו: 'אנחנו חיים כיצורים כלכליים ומייחלים לחיות כאזרחים' (‘We live as market men, we wish we lived as citizens’).²²

התורה הליברלית נולדה בעת החדשה בהשפעת רעיונותיה של תנועת ההשכלה. השם 'ליברליזם' (מן המונח הלטיני *liber*; חופשי) מעיד על

20 על ההיבט הקנייני ראו Pocock, לעיל הערה 9, בעמ' 40-41.
21 Michael Walzer, *The Problem of Citizenship*, in MICHAEL WALZER, OBLIGATIONS: ESSAYS ON DISOBEDIENCE, WAR AND CITIZENSHIP 203 (1970). ההיסטוריון פוקוק סבור שההיסטוריה של המושג אזרחות במחשבה הפוליטית המערבית משקפת דיאלוג מתמיד בין האידאל והממשי ובין הרעיון של בני אדם הפועלים זה דרך זה (persons interacting with persons), לעומת הרעיון של בני אדם הפועלים דרך דברים (persons interacting through things). ראו Pocock, לעיל הערה 9, בעמ' 42.

22 Michael Ignatieff, *The Myth of Citizenship*, in THEORIZING CITIZENSHIP, supra note 9, 53, at p. 54. בעניין הפערים בתפיסת האזרחות בשתי האסכולות ראו גם: Adrian Oldfield, *Citizenship: An Unnatural Practice?*, 61 THE POLITICAL QUARTERLY 177 (1990).

הערך העליון במגוון הנגזרות של אסכולה זו: חירותו של הפרט לעצב כרצונו את אורח חייו ואת אישיותו. הליברליזם רואה את תפקידה של המדינה בהגנה על זכויות היחיד, אשר מבטאות את האינטרסים הפרטיים של האזרחים (בליברליזם הקלסי אלו החירויות האזרחיות והקניין הפרטי). רעיון זה כבר מופיע בסוף המאה השבע עשרה אצל הפילוסוף האנגלי ג'ון לוק.²³

לפיתוחה המשפיע ביותר של המסורת הליברלית לתורה פוליטית אחראי הפילוסוף האמריקני ג'ון רולס (Rawls) במחצית השנייה של המאה העשרים.²⁴ הנחת המוצא של רולס הייתה הציווי המוסרי של הפילוסוף הגרמני עמנואל קאנט שיש להתייחס לכל אדם כאל תכלית כשלעצמו ולא כאל אמצעי בלבד.²⁵ על פי עיקרון זה, טען רולס, חברה צודקת אינה מקדשת מטרה משותפת כלשהי, כדי שלא לפגוע באוטונומיה של הרצון הפרטי. אדרבה, חברה צודקת נמנעת מכך ומכוונת את צעדיה לפי עקרונות 'ניטרליים' מבחינה ערכית (לפי רולס, אלו עקרונות שהיינו בוחרים באופן רציונלי, בטרם נודע לנו לאילו קבוצות תרבותיות ומעמד חברתי נשתייך בעצמנו).

פירושו של דבר שהאסכולה הליברלית מבכרת את רעיון ה'זכות' על פני רעיון ה'טוב' ודוחה את ההנחה עתיקת היומין בדבר עליונותו המוסרית של התחום הציבורי על פני התחום הפרטי. המרחב שאנו מממשים את עצמנו בתוכו הוא המרחב הפרטי. לכן החברות הפוליטיות, דהיינו האזרחות, כמו החברה עצמה, היא רק אמצעי להגנה על חופש הפעולה במרחב הפרטי, ולא ערך לעצמו.²⁶ לפי המודל הקלסי של החברה הליברלית, האזרח הוא נושא פסיבי של מעמד משפטי המקנה לו זכויות, וזכויותיהם של האזרחים מקבלות עדיפות מוסרית על פני תפיסה כלשהי של הטוב החברתי.

המונח 'רפובליקניזם' נושא משמעויות שונות ושנויות במחלוקת, אשר בירורן חורג ממסגרת הדיון שלנו. הערכים המרכזיים שביסוד השקפות רפובליקניות הם סגולה אזרחית, השתתפות פוליטית, התנגדות לשחיתות,

23 ג'ון לוק **המסכת השניה על הממשל המדיני** פרק ט (יוסף אור מתרגם, התשי"ט).

24 JOHN RAWLS, A THEORY OF JUSTICE (1971)

25 עמנואל קאנט **הנחת יסוד למטפיסיקה של המידות** 95 (שמסון שטיין עורך, משה שפי מתרגם, התש"י).

26 פלד וספיר, לעיל הערה 3, בעמ' 12. ראו גם ליאור ברשק 'אזרח ומדינה בדמוקרטיה' **משפטים** לב 217, 228 (התשס"ב).

שלטון חוק, הגבלת הכוח השלטוני ושמירה על חירות פוליטית. בהיותה פילוסופיה פוליטית מודרנית, יש יסודות משותפים בין אסכולה זו לבין האסכולה הליברלית. ברם בשונה מן המודל הסביל המוצע במסורת הליברלית, האזרח הרפובליקני מממש את אזרחותו בחיי המעשה באמצעות השתתפות פעילה בעיצובו של הטוב החברתי המשותף ובקידומו. זו המידה הטובה האזרחית (civic virtue), אשר אינה רק ביטוי לאזרחות טובה, אלא אף תנאי למימוש האזרחות ואמת מידה לקביעת מעמדו של האזרח בחברה.²⁷

תפיסת האזרחות הרפובליקנית מושפעת בבירור מן האידאל הפוליטי ששלט בפוליס היוונית וברפובליקה הרומית ואשר הצית את דמיונם של הוגים בערי המדינה העצמאיות באיטליה בתקופת הרנסנס (מייסדי הזרם המכונה 'הומניזם אזרחי'; civic humanism). הוגי דעות מודרנים, חנה ארנדט (Arendt) למשל, סבורים שלמרות השינויים במבנה ההתארגנות הפוליטית מאז העת העתיקה, השתתפות רצופה בחיים הציבוריים עודה חיונית לקיום חיים עשירים וחדורים בתחושת משמעות. לפי תפיסה זו, אפשר לראות באזרחות ערך ולא רק אמצעי. יוער כי ארנדט טענה שהדרכים המשמעותיות למעורבות בעולם אינן מתבטאות במעשים דווקא, אלא בראש ובראשונה בהשתתפות ביקורתית בשיח הציבורי וביצירת עולם משותף של משמעויות.²⁸

אסכולה שלישית, האסכולה ה'קהילתנית' (communitarian), גורסת אף היא שרשות היחיד אינה מספקת למימוש עצמי ומחזיקה בתפיסת האזרחות הפעילה של המסורת הרפובליקנית. לכן מקובל לכרוך את שתי הגישות הללו יחד. ההבדל ביניהן הוא שהתפיסה הקהילתנית אינה מייחסת מעמד מיוחד לפעילות המקדמת אינטרסים כלליים של אזרחי המדינה לעומת פעילות ציבורית המשרתת אינטרסים כיתתיים; היא רואה ביחסים הקהילתיים יחסים אזרחיים, בלא הבחנה בין השתתפות קהילתית לבין השתתפות פוליטית-אזרחית.²⁹

27 יואב פלד 'האם תהיה ישראל מדינת כל אזרחיה בשנת המאה שלה?' **מחקרי משפט** 73, 75 (התשס"ב).

28 HANNAH ARENDT, THE HUMAN CONDITION (2nd ed., 1998)

29 ברשק, לעיל הערה 26, בעמ' 227-228. ברשק מחדד את ההבדל בין התפיסות באמרו שהגישה הרפובליקנית והגישה הליברלית מכירות בנפרדות המרחב הציבורי מהמרחב הפרטי (וההבדל ביניהן נעוץ בתפיסה שונה של המרחב שאנו מממשים את עצמנו בתוכו), ואילו הגישה הקהילתנית מכירה למעשה רק בקיום זירה רציפה אחת של פעילות. ראו שם, בעמ' 228.

המודל הקהילתני הוצע כפתרון חלקי לבעיות שמעוררים שני המודלים הקודמים במציאות העכשווית. המצדדים בו מעדיפים אזרחות פעילה, בעלת היבטים מוסריים ופוליטיים, ולכן הם דוחים את המודל הליברלי. מצד אחר הם סבורים שהמודל הרפובליקני אינו ניתן ליישום במציאות העכשווית, מפני שהמדינה המודרנית נמצאת מחוץ לתחום השגתם של אזרחיה. עובדה זו יוצרת תחושת ניכור של האזרח כלפי מדינתו. עם העלייה הדרמטית בגודלה של המדינה פחתו במידה ניכרת איכות ההשתתפות, ואפילו האפשרויות להשתתפות כלשהי. אם נכניס למשחק הפוליטי את הקבוצה – התאגדויות מקצועיות, קהילות דתיות, תרבותיות וכדומה – כגורם מתווך בין היחיד למדינה, תקבל ההשתתפות הפוליטית מובן ממשי יותר. דבר זה פותר במידה מסוימת את בעיית הניכור ובונה נאמנות כלפי המדינה – שהיא הקבוצה המכילה את הקבוצות השונות באופן הרחב ביותר. עם זאת הפתרון הזה אינו חף מקשיים, מפני שהוא פותח פתח להתנגשות בין הנאמנות למדינה לבין הנאמנות לקבוצה.³⁰

הוגים רפובליקנים וקהילתנים מחזיקים בביקורת משותפת כלפי האינדיווידואליזם הליברלי, בטענם שהוא מפשיט את הפרטים מזהותם ומיכולתם להיות קהילה פוליטית. מייקל סנדל טען למשל כי תפיסת העצמי הליברלית מושתתת על הבחנה מלאכותית בין ערכיו של הפרט ותכונותיו לבין עצמיותו (the self), כאילו קיימת מהות עצמית מופשטת, חסרת תכונות אישיות וזיקות הכרחיות של היחיד לזולתו (בלשונו: the unencumbered self – 'האני החופשי ממעמסה' או 'האני הבלתי משועבד'). לעומת זאת מה שמכונן את הזהות האישית הוא במידה רבה מערכת של קשרים תרבותיים קונקרטיים, שפירושם השתייכות למעגלים חברתיים מסוימים. איננו יכולים להבין את עצמנו אלא בתור האנשים המסוימים שאנחנו, השותפים למערכת ערכים מסוימת ולהיסטוריה מסוימת. אם ננסה לדמיין אדם מנותק מזיקות אלו, לא נגלה יצור חופשי ורציונלי, טוען סנדל, אלא יצור חסר אופי, נטול עומק מוסרי.³¹

30 להצגת המודל הקהילתני כאמור, על יתרונותיו וחסרונותיו, ראו Walzer, לעיל הערה 21.

31 Michael J. Sandel, *The Procedural Republic and the Unencumbered Self*, 12 POLITICAL THEORY 81 (1984)

יתרה מזו, ממשיכים המבקרים, קהילה המעניקה לפרט זהות ועומק מוסרי אינה 'קואופרטיב', כלומר איננה צירוף אקראי של פרטים המשתפים פעולה על בסיס הסכמה גרדא. קהילה במובן העמוק יכולה להתהוות רק על בסיס תפיסה משותפת של הטוב, דהיינו שותפות ערכית, אשר מקבלת קדימות מוסרית על פני ההכרעות האישיות של חבריה. מטעם זה הליברליזם, המיוסד על העיקרון ש'זכות' קודמת ל'טוב', אינו מסוגל לספק צידוק איתן לכללי צדק חברתי (בתור כללי מוסר), ולא רק בתור *(modus vivendi)*, ולא זו בלבד אלא שהליברליזם אינו מאפשר כלל לבני האדם לכוון קהילה.³²

המחלוקת בין האסכולה הליברלית מזה לבין האסכולות הרפובליקנית והקהילתנית מזה נוגעת לזיוכוח העמוק בשאלת ערכה המוסרי של ההשתייכות החברתית באשר היא. הליברליזם מבטא עמדה מוסרית אל-אישית ואוניברסלית, שאינה תלויה בתנאים חברתיים כאלה או אחרים; המוסריות מורכבת מכללים שהיו מתקבלים על דעתו של כל אדם רציונלי, בלא תלות באינטרסים שלו ובהשקפת עולמו בדבר דרך החיים הטובה. ליברלים הסבורים שגם נקודת מבט אוניברסלית מאפשרת להצדיק חובות מיוחדות של אדם כלפי בני מדינתו מנמקים זאת במונחים חוזיים של תועלת הדדית – אם נחשוב על מדינות במונחי 'חברות של תועלת הדדית', חובותיו של איש לרעהו נובעות מהשתתפות בפרקטיקות שהכול עתידים להרוויח מהן.³³ מנגד, שתי האסכולות האחרות מבטאות עמדה מוסרית בעלת אופי חברתי פרטיקולרי, שלפיה קשרים ממוסדים בקבוצות חברתיות פרטיקולריות חיוניים לכינונה של יכולת מוסרית ולתמיכה בהתנהגות מוסרית. כלומר, המוסריות מתפתחת ונרכשת במסגרת חיים בקהילה מסוימת, ולא זו בלבד אלא שבלא חיים בקהילה המסוימת שלי לא תהיה לי סיבה להיות מוסרי, ואף לא אוכל להיות מוסרי.³⁴

32 שם, עמ' 87-91. ראו גם פלד, לעיל הערה 27, בעמ' 74-75.

33 Robert E. Goodin, *What Is So Special about Our Fellow Countrymen?*, 98 ETHICS 663, 675-8 (1988). עם זאת גודין טוען שלעיתים אנו חייבים לנהוג בורים

טוב משאנו נדרשים לנהוג בבני ארצנו. ראו שם, בעמ' 668-669.

34 לדיון קצר ומאיר עיניים בשתי העמדות המוסריות הללו, האוניברסלית והפרטיקולרית, ראו אלכסנדר מקינטייר 'האם פטריוטיות היא מידה טובה? ההצדקה המוסרית לאהבת המולדת' **תכלת** 21 (2005). ליישום שיקולים אלו בקשר למקומה המוסרי של הלאומיות, ראו David Miller, *The Ethical Significance of Nationality*, 98 ETHICS 647 (1988).

זרם נוסף על האסכולות שנזכרו לעיל הוא האתנו-לאומיות, תולדה של תנועת הלאומיות מן המאה התשע עשרה. האזרחות בזרם האתנו-לאומי אינה ביטוי לזכויות אישיות (כמו בזרם הליברלי) או לתרומה לטובת הכלל (כמו בזרם הרפובליקני ובזרם הקהילתני), אלא להשתייכות לקבוצה בעלת מוצא הומוגני משותף, והקהילה הפוליטית היא הלאום או הקבוצה האתנית. ייחודה של אסכולה זו בשילוב גורמים תרבותיים לא פוליטיים במושג האזרחות.³⁵

הזרם האתנו-לאומי אינו קביל בצורתו המזוקקת במשטר דמוקרטי. לנוכח העובדה שאין בנמצא מדינות הומוגניות מבחינה אתנו-לאומית, הגשמת המודל הזה יוצרת אפליה בקרב האוכלוסייה (ובנוסף היא יוצרת אי-צדק בזירה העולמית, מפני שקבוצות אתנו-לאומיות רבות בעולם אינן נהנות מנוכחות בלעדית או מספקת בטריטוריה שאפשר לכונן בה מדינה, כך שלא כל עם זוכה לריבונות מדינית שבמסגרתה יוכל ליהנות מפריוילגיות).³⁶ לכן הצידוקים המקובלים למדינות לאום מותנים בשילוב רכיבים ליברליים של מתן זכויות אזרח לכל האזרחים ושמירה על עקרון השוויון לפני החוק. מבחינה היסטורית יכולתן של מדינות הלאום שקמו בעת החדשה לפתח משטר דמוקרטי הייתה תלויה, בין השאר, בתפיסת האזרחות ששלטה בכל מדינה: במדינות שדגלו בתפיסת אזרחות מכילה ורחבה יותר צמח בדרך כלל משטר דמוקרטי; ואילו במדינות שתפיסת האזרחות שלהן התבססה על היבט תרבותי צר, אתני או דתי, או על זהות אידאולוגית מסוימת, בדרך כלל לא התפתח משטר דמוקרטי.³⁷

35 פלד וספיר, לעיל הערה 3, עמ' 14. לדעתם, מאפיין נוסף הוא שהזרם האתנו-לאומי רואה בקהילה דבר המתגלם באמצעות המדינה, ולא מחוץ לה או מעבר לה, כך שלא יכול להיווצר מתח בין האינטרסים של הפרט או הקהילה לבין המדינה. בזרמים האחרים, לעומת זאת, החברה האזרחית מתקיימת מעבר למדינה, או לעומתה.

36 לשני השיקולים, אי-צדק מדינתי ואי-צדק גלובלי, ראו חיים גנו **מריכארד ואגנר עד זכות השיבה: ניתוח פילוסופי של בעיות ציבור ישראליות 169-170** (2006).

37 ברוך קני-פז 'דמוקרטיה ופוליטיקה של זהויות: מאזרחות לפיצול' **זהויות קולקטיביות, אזרחות וזירה ציבורית** 28 (שמואל נח אייזנשטדט, אילנה סילבר ולואיס רוניגר עורכים, 1999).

תפיסת האזרחות הרווחת בישראל

יואב פלד וגרשון ספיר מתארים את האזרחות כמורכבת משרשרת של אסכולות או 'שיחי אזרחות'. בכל קהילה פוליטית יש בזמן נתון זרם דומיננטי אחד מן הזרמים שנזכרו לעיל, אך אפשר למצוא בצדו ביטוי לזרמים המתחרים.³⁸

בהיסטוריה של ישראל, טוען פלד, שיח האזרחות הדומיננטי היה השיח הרפובליקני, בגרסה המתווכת בין יסודות ליברליים ליסודות אתנו-לאומיים, גרסה שאפשר לכנותה 'אתנו-רפובליקניזם'. ביסוד תפיסה זו ההנחה שהשתייכות אתנית יהודית היא תנאי הכרחי לחברות בקהילה הפוליטית ושמידת התרומה לציונות היא מדד למידה הטובה האזרחית של הפרט (ומכאן גם הדגש על השירות הצבאי בתפיסת האזרחות בישראל, שיידון בפרק הבא). גרסה זו מאפשרת לראות בפלסטינים את מי שאינם ראויים להשתייך לקהילה הפוליטית בישראל – לא בשל מוצאם השונה, אלא משום שאינם יכולים להשתתף במפעל הגאולה הציוני מאחר שהארץ צריכה להיגאל מידיהם. היסוד הליברלי בא לידי ביטוי במתן זכויות אזרח לפלסטינים כפרטים. כך מתכוון המודל (השנוי במחלוקת) המכונה 'דמוקרטיה אתנית'.³⁹

ד. אזרחות ודמוקרטיה

ביטול הדגש המוסרי שניתן לאזרח כיצור פעיל מערפל את ההבחנה בין 'אזרח' (citizen) ובין 'נתין' (subject), אשר מוגדרים בשיח המשפטי באותם מונחים: זכויות וחובות, הגנה ונאמנות.⁴⁰ ברם ההבחנה בין אזרח לבין נתין היא שעומדת בבסיס תפיסת האזרחות כאידאל פוליטי-דמוקרטי, שמשמעו שהנשלטים צריכים להיות משתתפים מלאים ושווים

38 פלד וספיר, לעיל הערה 3, בעמ' 11.

39 פלד, לעיל הערה 27, בעמ' 75-79. פלד טוען שהליברליזציה הכלכלית של החברה הישראלית שוחקת את השיח הרפובליקני אשר יישב עד כה את הסתירה בין שני שיחי האזרחות האחרים, ולכן הסתירה בין יהדות לדמוקרטיה מתחדדת. להרחבה על המודל של דמוקרטיה אתנית ראו סמי סמוחה 'המשטר של מדינת ישראל: דמוקרטיה אזרחית, אי-דמוקרטיה או דמוקרטיה אתנית?' **סוציולוגיה ישראלית** ב 565 (התש"ס).

40 Pocock, לעיל הערה 9, בעמ' 39. פוקוק מוסיף שהמובן המשפטי של האזרחות מקרב בין 'אזרח' ל'נתין' מפני שהוא מדגיש שהאזרח, בהיותו חבר בקהילה משפטית, נתון למרותם של החוק ושל גורמי אכיפת החוק. ראו שם, בעמ' 38.

בתהליך הפוליטי. תיאור זה אינו הולם בני אדם הנתונים לשליטת מונרכיות אבסולוטיות או דיקטטורות צבאיות, ולכן אין הם מכונים אזרחים אלא נתינים. מטעם זה רוב הפילוסופים רואים בתורת האזרחות הַרְחֵבָה של התורה הדמוקרטית.

התאוריה הדמוקרטית מתמקדת במוסדות הפוליטיים ובפרוצדורות הפוליטיות. תורת האזרחות מתמקדת בתכונות של המשתתפים בתהליך הדמוקרטי כיחידים, כגון: מידת רצונם להשתתף בחיים הציבוריים; מידת יכולתם לשתף פעולה עם אחרים השונים מהם; רמת הסובלנות שלהם; מידת יכולתם ליישב בין נאמנויות מתחרות (לאומיות, אתניות, דתיות וכיוצא בזה). חשיבותן של השאלות הללו נעוצה בעובדה שבהיעדר תכונות כגון מודעות אזרחית ורצון טוב משותף, יתמוטטו המוסדות הפוליטיים.⁴¹

אפשר להמחיש את האמור לעיל בעזרת הצורך בהפגנת אחריות אישית וריסון עצמי מצד הפרטים בחברה לשם הצלחתה של מדיניות ציבורית בתחומים שונים. לדוגמה, מדיניות המבקשת להגן על איכות הסביבה לא תצלח אם האזרחים לא יפגינו נכונות למחזר ולהימנע מצריכה של חומרים מזהמים. בדומה, האזרחים נדרשים לשתף פעולה, במחיר הנוחות האישית, לשם יישום יעיל של מדיניות ציבורית בתחומים כגון בריאות הציבור, רפורמה כלכלית, הגנה על אוכלוסיות חלשות וקידום צדק חברתי.⁴²

הדרישה לאזרחות פעילה למען קיום הדמוקרטיה משליכה על תפיסת היחס הראוי בין זכויות האזרח ובין חובותיו. בנקודה זו מתרכזת ביקורת רבה של האסכולה הרפובליקנית על האסכולה הליברלית. לעומת ההשקפה הליברלית הקלסית, אשר מייחסת לדמוקרטיה ערך של מכשיר, אמצעי להגנה על המרחב הפרטי שהיחיד מממש בו את עצמו, התורה הרפובליקנית מייחסת לתהליך הדמוקרטי ערך עצמאי ורואה בפעילות הפוליטית תנאי לפיתוחן של אוטונומיה ואחריות אישית ולהפגנתן.⁴³ האסכולה הליברלית, ששלטה במערב כמאתיים שנה, התמקדה באופן

Will Kymlicka, *Citizenship*, in II ROUTLEDGE ENCYCLOPEDIA OF PHILOSOPHY 362, 362–3 (1998)

42 להרחבה בדוגמאות הללו ראו Will Kymlicka & Wayne Norman, *Return of the Citizen: A Survey of Recent Work on Citizenship Theory*, in THEORIZING CITIZENSHIP, supra note 9, 283, 291–2

43 ברשק, לעיל הערה 26, בעמ' 226–229.

מוחלט בזכויות הפרט והזניחה היבטים חשובים אחרים כגון חובות הפרט ואחריותו. כנגד זה יצאו מבקרים מאסכולות מתחרות והצביעו על השחיקה בתפקודן של דמוקרטיה ליברליות לחיזוק טענותיהם.

ראוי לציין כי בכתיבה מאוחרת יותר, מאז שנות התשעים של המאה העשרים, החלו תאורטיקנים ליברלים להתמקד אף הם בנושא של אחריות אזרחית וסגולה אזרחית. דווקא הוגים מן הזרם הליברלי הם שכתבו כמה מן העבודות החשובות בתחום זה (Liberal Virtue Theory).⁴⁴ כך למשל, ויליאם גלסטון (Galston) כולל במושג 'אזרחות אחרית' מגוון של תכונות, ומסווג אותן לארבע קבוצות: (1) מעלות כלליות: אומץ, ציות לחוק ונאמנות; (2) מעלות חברתיות: עצמאות ודעה חופשית; (3) מעלות כלכליות: מוסר עבודה, יכולת לדחות סיפוק עצמי וסתגלנות לשינויים כלכליים וטכנולוגיים; (4) מעלות פוליטיות: הכושר לראות זכויות של אחרים ולכבדן, הנכונות לדרוש רק את מה שאפשר להעניק, היכולת להעריך את תפקודם של נושאי משרה ציבורית והנכונות להיות מעורב בשיח הציבורי.⁴⁵

הרכיבים הייחודיים של ההשקפה הליברלית על הסגולה האזרחית נוגעים לביקורת השלטון (תנאי הכרחי לתקינותה של דמוקרטיה ייצוגית) ולמעורבות בשיח הציבורי. המעורבות בשיח הציבורי אינה מתמצה בעצם ההשתתפות בשיח הציבורי. מדובר בהשתתפות המפגינה ערכים ליברליים מובהקים – סובלנות ורציונליות. הסובלנות מתבטאת בנכונות להכיל את הגיוון התרבותי המאפיין חברות ליברליות ולהאזין לדעות המקוממות את השומע. הרציונליות מתבטאת בהשמעת עמדות בהירות ומנומקות, בשונה מהשמעת העדפות או איומים גרדא, והיא היסוד לפוליטיקה של שכנוע ולא של כפייה או מניפולציה.⁴⁶ יש המכנים זאת *public reasonableness* ומדגישים כי ההנמקה חייבת להיות בעלת אופי ציבורי, במובן זה שיש בכוחה לשכנע אנשים מדתות שונות וממוצא לאומי שונה.⁴⁷

44 לסקירה כללית של הספרות בעניין זה ראו Kymlicka & Norman, לעיל הערה 42, בעמ' 297-300.

45 WILLIAM A. GALSTON, LIBERAL PURPOSES: GOODS, VIRTUES AND DIVERSITY IN THE LIBERAL STATE 221-4 (1991)

46 שם, בעמ' 227.

47 STEPHEN MACEDO, LIBERAL VIRTUES: CITIZENSHIP, VIRTUE AND COMMUNITY (1990) IN LIBERAL CONSTITUTIONALISM. בעניין זה ראו גם את הדיון המשפיע

שלהלן אצל AMY GUTMANN & DENNIS THOMPSON, DEMOCRACY AND DISAGREEMENT (1996)

ה. הערה לסיכום

תפיסות אזרחות המשתלבות באסכולות פוליטיות מתחרות מתגוששות ביניהן במישור הפילוסופי. האסכולה הרפובליקנית מאפשרת לגזור מן האזרחות חובות רבות יותר מאלו שגזרת האסכולה הליברלית. כמו כן האסכולה הרפובליקנית מתיישבת עם תפיסה רחבה יותר של נאמנות אזרחית, מפני שהיא מייחסת למסגרת המדינית (הדמוקרטית) ערך מוסרי עצמאי. עם זאת חשוב לשים לב שההבדלים התאורטיים בין האסכולות הנזכרות אינם מחייבים שיהיו להן השלכות משפטיות שונות. הדגשת חובות האזרח אינה מחייבת לדבר על חובות עשייה בעלות תוקף משפטי מחייב. ההבדלים יתבטאו, בראש ובראשונה, בהשקפה על החינוך האזרחי הראוי.

ניתוח משפטי של מעמד האזרחות

א. האזרחות כאגד של זכויות וחובות

בפרק הקודם צוין שאחד ממובניה המובהקים של האזרחות הוא היותה סטטוס משפטי. ההגדרה המקובלת ל'סטטוס' היא קטגוריה משפטית שאדם משתייך אליה עקב מצבו הטבעי (לדוגמה, הסטטוס 'בגיר' או 'קטין', אשר נקבע על פי גילו של הפרט) או עקב מצבו המשפטי (לדוגמה, הסטטוס 'נשוי' או 'מאומץ', הנקבע על פי דיני המעמד האישי).¹ אחד המאפיינים היסודיים של סטטוס הוא היותו מקור לזכויות או לחובות.² במשפט הבין-לאומי נקבע שאזרחות משקפת את הקשר החזק ביותר בין היחיד לבין המדינה, וכי פירוש הדבר שהאזרח זכאי למלוא הזכויות שהמדינה מעניקה ומחויב במלוא החובות שהיא מטילה.³ בית המשפט העליון פסק שאזרחות יוצרת קשר משפטי נמשך בין אדם למדינה:

לקשר זה חשיבות בתחומי משפט נרחבים, הן מבחינת המשפט הבינלאומי והן מבחינת המשפט המדינתי. יש בה באזרחות כדי להטיל חובות על המדינה ביחסי החוץ שלה. מבחינת האזרח עצמו, יש בה כדי ליתן לו זכויות, להעניק לו כוחות, להטיל עליו חובות ולהכיר בחסינותו בעניינים שונים ומגוונים. [...] אזרחות מקפלת בתוכה נאמנות [...], והיא פרושה בתחומי המדינה ומחוצה לה.⁴

1 אבנר ח' שאקי **הגיל במשפט** 17 (1968). שאקי מזכיר עוד הגדרות כגון 'מכלול התכונות והיחסים המשפטיים המהווים את מצבו המשפטי של אדם והקובעים את מקומו ואת התפקיד שהוא ממלא במשפחה ובחברה' (שם, שם). לדעתו, המאפיין היסודי ביותר של הסטטוס הוא היותו מושג משפטי מובהק, הנוצר, מתקיים, משתנה ומתבטל אך ורק מכוח הדין, בחסותה של שיטה משפטית נתונה (שם, בעמ' 25).

2 שם, עמ' 21-22. טובת הציבור מחייבת שכוחן של זכויות וחובות אלו יהא יפה כלפי כולי עלמא, כפי שקבע השופט אגרנט בע"א 98/47 **הלו נ' הלו**, פ"ד ב 16, 28 (1949).

3 *Lichtenstein v. Guatemala*, 22 ILR 349 (1955)

4 דברי השופט ברק בבג"צ 754/83 **רנקין נ' שר הפנים**, פ"ד לח(4) 113, 117 (1984). הדברים נאמרו להצדיק את החלטתו של שר הפנים לסרב לבקשת התאזרחות מכוח נישואין לישראל, כאשר הנישואין נושאים אופי פיקטיבי.

תיאורה השגור של האזרחות במילים 'אגד של זכויות וחובות' מבטא את היותה סוג של חילופין בין היחיד למדינה. הזכויות מבטאות את צורכי הפרט (הגנה פיזית ומשפטית למשל), והחובות מבטאות את צורכי המדינה (להתקיים באמצעות משאבים חומריים, שיתוף פעולה ומחויבות). המאזן בין הזכויות והחובות משקף את המתח בין האינטרס הפרטי ובין האינטרס הציבורי, מתח הגלום במושג אזרחות.

ההגדרה 'אגד של זכויות וחובות' יוצרת את הרושם שלשני הרכיבים, הזכויות והחובות, משקל שווה, אך לא כך הוא. ביוון העתיקה נתפסה האזרחות בעיקר במונחי חובות – אזרחים היו מחויבים בחוק לשרת בצבא ולמלא תפקידים ציבוריים לתקופה מסוימת; אולם בעולם המערבי המודרני האזרחות נתפסת בעיקר במונחי זכויות – לא החובה להשתתפות פוליטית, אלא הזכות להשתתפות פוליטית, ובצדה הזכות להעדיף מחויבויות פרטיות על פני מעורבות פוליטית.⁵ גישה זו מכונה 'אזרחות כזכויות', והיא הולמת את תפיסת האזרחות במסורת הליברלית שהשתרשה במערב.

בטרם נדון בחובות האזרחיות בכלל ובחובות הנאמנות למדינה בפרט, נרחיב על הזכויות הנלוות לאזרחות. סקירה זו נחוצה כדי לעמוד על ההשלכות המעשיות של שלילת אזרחות. כמו כן היא תסייע לבחון בשלב מאוחר יותר חלופות מעשיות לשלילת אזרחות.

ב. הזכויות הנלוות לאזרחות

התפיסה המקובלת של 'אזרחות כזכויות' חבה רבות לסוציולוג האנגלי תומס מרשל (Marshall). ב־1950 פרסם מרשל מאמר חשוב שכותרתו 'אזרחות ומעמד חברתי', ובו טען כי האזרחות המודרנית מורכבת משלושה סוגי זכויות שהתפתחו בסדר כרונולוגי מאז המאה השמונה עשרה: זכויות אזרחיות, זכויות פוליטיות וזכויות חברתיות.

מרשל היה הראשון שציין כי זכויות מקבלות משמעות רק בהקשרים מוסדיים מסוימים, וכך כל קטגוריה של זכויות קשורה, מבחינה מעשית, בסוג אחר של מוסדות שלטון המבטיחים אותה. המוסדות הקשורים במימוש הזכויות האזרחיות (בייחוד הזכות לשוויון לפני החוק והזכות

5 Will Kymlicka, *Citizenship*, in II ROUTLEDGE ENCYCLOPEDIA OF PHILOSOPHY (1998) 362, 363. בעניין חוסר הסימטרייה בין זכויות האזרח ובין חובותיו ראו גם את הדיון בפרשת **קונטרס**, להלן בפרק הרביעי.

להליך הוגן) הם בעיקר בתי המשפט; המוסדות הקשורים במימוש הזכויות הפוליטיות (שעניינן השתתפות בהפעלת כוח פוליטי) הם בעיקר הפרלמנט והשלטון המקומי; והמוסדות הקשורים במימוש הזכויות החברתיות (החל בזכות לשמץ של רווחה וביטחון כלכלי וכלה בזכות לחיות חיי תרבות ראויים לפי אמות המידה הנוהגות בחברה) הם בעיקר שירותי הרווחה ומערכת החינוך.⁶

עוד טען מרשל כי מן הנמנע לממש את האזרחות באופן מלא בלי ליהנות ממלוא הזכויות, אולם יכולתו של הפרט לממש את זכויותיו תלויה במעמדו החברתי. לפיכך נוצרים פערים במידת ההשתתפות הפוליטית של בני המעמדות השונים בחברה. מסקנתו הייתה שהוספת הזכויות החברתיות לשם הרחבה של זכויות האזרחות מחזקת את הבעלות על הזכויות האזרחיות והפוליטיות ואת מימושן, ובדרך זו היא מעשירה את האזרחות ומעניקה לה משמעות עמוקה יותר. למרות הביקורת שנמתחה על התיאור של מרשל (בין היתר, שהוא מבוסס על המקרה האנגלי אך מתיימר להיות בעל תוקף כללי; שהוא מציג את הזכויות הפוליטיות כפורמליות גרדא, בלא הזכויות החברתיות; שהוא מזניח את חובות האזרח ואת אחריותו), אי-אפשר להתעלם מתרומתו הרבה לדין במושג האזרחות ולחיזוק מעמדן של זכויות האזרח.⁷

זכויות של לא אזרחים: זכויות תושב זכויות 'טבעיות'

עיון במשפט הישראלי ובמשפטן של מדינות אחרות מעלה כי מעמד האזרחות אינו המקור לכל זכויות הפרט. מעמד התושבות מצמיח אף הוא זכויות (ומטיל חובות), אם כי היקפן של זכויות התושב הזר, שאינו אזרח המדינה, משתנה ממדינה למדינה. באירלנד, לדוגמה, נוהגת גישה נדיבה כלפי התושב הזר, והוא זכאי ליהנות מכל הזכויות המוקנות לאזרח, חוץ מהזכות להצביע למוסדות השלטון המרכזי ולהיבחר להם; ואילו באנגליה התושב הזר זכאי לפחות מכך – בעיקר להגנת החוק ולזכויות רווחה

6 Thomas H. Marshall, *Citizenship and Social Class* (1950), in THOMAS H. MARSHALL, CLASS, CITIZENSHIP AND SOCIAL DEVELOPMENT 71, 78 (1964)

7 ראו למשל את המאמרים המקובצים בספר: CITIZENSHIP TODAY: THE CONTEMPORARY RELEVANCE OF T.H. MARSHALL (M. Bulmer & A.M. Rees eds., 1996) וכן ראו CHRISTOPHER VINCENZI, CROWN POWERS, SUBJECTS AND CITIZENS 281(1998)

מסוימות.⁸ בארצות הברית רוב הזכויות המוקנות לאזרחים מוקנות גם לתושבי קבע.⁹ להוציא התיקון ה-14 למגילת הזכויות, החוקה האמריקנית אינה מזכירה את המילה 'אזרח' אלא בהקשר של הזכות לבחור או להיבחר. עיקר ההגנות החוקתיות חלות על 'persons' או 'the people'.

מעמד של תושב קבע בישראל מקנה למחזיק בו זכויות רבות: זכויות סוציאליות, הזכות להצביע בבחירות לרשויות המקומיות, ואפילו הזכות לשמש חבר מועצה ברשות מקומית¹⁰ (אך לא לשמש ראש רשות מקומית). חוק יסוד: חופש העיסוק קובע כי הזכות לעסוק בכל עיסוק, מקצוע או משלח יד שייכת לכל אזרח או תושב של המדינה (סעיף 3). חוק חופש המידע, התשנ"ח-1998, קובע כי הזכות לקבל מידע מרשות ציבורית שייכת לכל אזרח או תושב (סעיף 1).¹¹ בית המשפט העליון אף כרך את תושבי הקבע עם אזרחים בקשר לזכותו של אסיר לשיקום ואישר את הנחיית נציב שירות בתי הסוהר לאפשר 'שיקום פרטני' לאסירים שהם אזרחים או תושבי קבע (אך לא לאסירים שאינם תושבי המדינה).¹² נוסף על כך חוק העונשין הישראלי פורש את חסותו על תושב ישראלי הנופל קרבן לעברה מחוץ לישראל. ההוראה בעניין 'עברות נגד אזרח ישראלי או תושב ישראלי' קובעת שדיני העונשין של ישראל יחולו על עברה כזאת, גם אם התבצעה בשטח הנתון לשיפוטה של מדינה אחרת.¹³ אם כן, לא כל זכויות הפרט נובעות ממעמד האזרחות דווקא. אדרבה,

8 Vincenzi, שם, בעמ' 304, והאסמכתות המוזכרות אצלו בהערה 45.

9 T. Alexander Aleinikoff, *Theories of Loss of Citizenship*, 84 MICH. L. REV. 1471, 1486 (1986).

10 אין כל הגבלה בדבר אזרחות בחוק הרשויות המקומיות (בחירות), התשכ"ה-1965, או בחוק הרשויות המקומיות (הגבלת הזכות להיבחר), התשכ"ד-1964.

11 גם הצעת החוקה של המכון הישראלי לדמוקרטיה, 'חוקה בהסכמה', משווה בין אזרח לתושב בזכויות שאינן מוקנות 'לכל אדם', להוציא הזכות לבחור ולהיבחר לכנסת; כך בעניין חופש המידע (סעיף 19) וחופש העיסוק (סעיף 29); בעניין זכויות שטרם נכללו במגילת הזכויות הרשמית בישראל, כגון חופש ההתאגדות הפוליטית והמקצועית (סעיף 30) והגנה מסוימת על זכויות חברתיות (סעיף 32). ההצעה משווה בין אזרח ובין תושב גם בעניין זכות הכניסה לישראל (סעיף 25), בשונה מן ההוראה הקבועה כיום בחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו.

12 רע"ב 3969/97 **מדינת ישראל נ' אבו רביע**, פ"ד נא (5) 470 (1997).

13 תחולה כאמור של דיני העונשין של ישראל מותנית בתנאים המפורטים בסעיף 14 לחוק העונשין, התשל"ז-1977: המעשה מוגדר עברה גם לפי דינייה של המדינה הזרה, ולא חל לגבי שום סייג לאחריות פלילית; אותו אדם לא זוכה מעברה זו או כבר נענש בגינה; והעונש המרבי יהיה העונש המרבי לאותה עברה לפי דיני המדינה הזרה.

זכויות מסוימות מוקנות לאדם בלא תלות כלשהי בזיקתו המשפטית למדינה. הכוונה בעיקר לזכויות הנגזרות מעקרון השוויון לפני החוק, למשל הזכויות הקשורות בהליך הגון.

המציאות המשפטית המתוארת מתיישבת עם העמדה העקרונית של הזרם הליברלי, אשר משייכת לאדם זכויות מסוימות מעצם היותו יצור אנושי. זכויות אלו מכונות 'זכויות טבעיות', במובן של טרום-מדינתיות או טרום-משפטיות. במסורת הליברלית בני אדם ומדינות אינם מעניקים זכויות אדם, ולכן אין הם יכולים להפקיען; כל שהם יכולים לעשות הוא לכבד זכויות אדם או להפר אותן.¹⁴ ואכן, ההשקפה הרווחת בתורת הזכויות היא שהתשתית המוסרית לרוב זכויות האדם היא אוניברסלית (כלל-אנושית) ומנותקת ממעמד האזרחות.¹⁵

מנגד, יש המייחסים למסגרת המדינית משמעות עמוקה יותר וטוענים בהתאם שזכויות האדם בהחלט נובעות ממעמד האזרחות ולא מ'משפט טבע' או ממשפט אלוהי. כך למשל טענה הפילוסופית חנה ארנדט ותמכה את עמדתה בדוגמאות היסטוריות להפרות קשות של זכויות אדם שהתרחשו בעקבות שלילת מעמד האזרחות מקבוצות מיעוט, ובראשן מצבם של היהודים בגרמניה הנאצית.¹⁶

הבסיס המשפטי לפגיעה הממוסדת והשיטתית בזכויותיהם של יהודי גרמניה בשנים האפלות שקדמו למלחמת העולם השנייה היה שלילת אזרחותם הגרמנית ב'חוק אזרחות הרייך', אחד משני 'חוקי נירנברג' שנחקקו ב-1935. חוק זה יצר הבחנה בין נתין המדינה (Staatsangehöriger) – כל מי שנתון לחסות הרייך הגרמני ולכן מחויב כלפיו, לבין אזרח הרייך (Reichsbürger) – נתין המדינה בעל דם גרמני או בעל דם קרוב לו, המוכיח בהתנהגותו שהוא נכון וראוי לשרת בנאמנות את העם הגרמני ואת הרייך. לאחרון, ולו בלבד, הזכויות הפוליטיות המלאות על פי חוק. מכוחו של חוק זה נשללה אזרחותם של יהודי

14 רות גביון 'על היחסים בין זכויות אזרחיות-פוליטיות ובין זכויות חברתיות' כלכליות' **זכויות כלכליות, חברתיות ותרבותיות בישראל** 23, 29 (יורם רבין ויובל שני עורכים, 2004).

15 ראו למשל Bryan S. Turner, *Outline of a Theory of Human Rights*, in 1 CITIZENSHIP: CRITICAL CONCEPTS (Bryan S. Turner & Peter Hamilton eds., 1994) 170, 175–9.

16 HANNAH ARENDT, *THE ORIGINS OF TOTALITARIANISM* 290–301 (1966). להרחבה בטיעון של ארנדט ראו בפרק הרביעי.

גרמניה, ובהמשך נקבע שלא תהיה להם זכות הצבעה ושלא יוכלו לכהן במשרה ציבורית. זו הייתה רק ההתחלה. בפועל נועדו חוקי נירנברג להצדיק מבחינה משפטית את הפרת עקרון השוויון לפני החוק בכל הנוגע ליהודים ולבני מיעוטים אחרים שאינם עונים על ההגדרה הגזעית ל'אזרח הרייך'. הניסיון הגרמני מצביע על הזיקה של מעמד האזרחות לזכויות אדם הלכה למעשה.

ברי שגישה משפטית התולה זכויות אדם בסיסיות במעמד האזרחות אינה תקפה בדמוקרטיה ליברלית. לדוגמה, בית הלורדים קבע בפסק דין חשוב כי אין הבדל בין אזרח ובין מי שאינו אזרח בנוגע להגנה על החירות האישית מפני מעצר מנהלי (בלא משפט) בלא הגבלת זמן. פסק הדין עסק בחוק הבריטי נגד טרור שנחקק לאחר אירועי 11 בספטמבר. חוק זה מסמיך את שר הפנים לצוות על מעצר מנהלי של אזרח זר החשוד בקשרים עם הטרור הבין-לאומי. תשעה אזרחים זרים הוחזקו במעצר מכוח החוק במשך כשלוש שנים, היות שלא היה אפשר לגרשם מפאת הסכנה שנשקפה לחייהם במדינת אזרחותם. ברם לא נקבעה סמכות מעצר דומה בנוגע לאזרחים בריטים החשודים בקשרים עם הטרור הבין-לאומי, שגם אותם אי-אפשר לגרש – בשל היותם אזרחים.

בית הלורדים בדק אם החוק עומד בתנאי האמנה האירופית בדבר זכויות אדם, אשר קיבלה מעמד מחייב בחוק הבריטי. האמנה מאפשרת להשעות את הזכויות המוגנות בה במקרה של 'מלחמה או מצב חירום אחר המאיים על חיי האומה', ובתנאי שהפגיעה בזכויות לא תעלה על המידה 'הנחוצה בהחלט בנסיבות העניין' (סעיף 15). לאחר אירועי 11 בספטמבר הודיעה ממשלת אנגליה על השעיית סעיף האמנה האוסר על מעצרים בלי משפט, אך לא על השעיית הסעיף האוסר אפליה. שמונה מתשעת השופטים קבעו שהטרור האסלאמי אכן יוצר באנגליה מצב חירום שמצדיק פגיעה בחירות האישית. עם זאת נקבע שהמצב אינו מצדיק אפליה בין אזרח לבין מי שאינו אזרח בכל מה שנוגע לפגיעה החמורה בחירות האישית, פגיעה שנגרמת עקב מעצר בלי משפט. אם אפשר לטפל בטרור באמצעים קיצוניים פחות כאשר מדובר באזרח בריטי, קבעו, נראה שאין הצדקה לנקוט צעד זה כלפי מי שאינו אזרח בריטי.¹⁷ יש לציין שהגישה העקרונית בדבר תחולתו של עקרון השוויון לפני החוק על זרים קיבלה ביטוי בפסיקה האנגלית עשרים שנה קודם

A and Others v. Secretary of State [2004] UKHL 56 17

לכן (כאשר נקבע כי מי שנתון למרותו של הדין האנגלי זכאי להגנתו: 'He who is a subject to English law is entitled to its protection',¹⁸ וכך אין הכרח לייחס תוצאה משפטית זו להוראות האמנה האירופית בדבר זכויות אדם.

בכפוף לעקרון השוויון לפני החוק, אין רואים כל הבחנה בחוק בין אזרח לבין מי שאינו אזרח כאפליה פסולה. האמנה הבין-לאומית לביעור כל צורות האפליה הגזעית לא חלה על הבחנות או על העדפות בין אזרחים לבין לא אזרחים (סעיף 2), ולא על ההוראות המשפטיות בנוגע לאזרחות או להתאזרחות, ובתנאי שאינן מפלות נגד לאום מסוים (סעיף 3).

הזכויות המוקנות רק לאזרחים

העדפה מותרת של אזרחים על פני לא אזרחים מתבטאת בזכויות ובחסינויות אשר מוקנות לאזרחים באופן בלעדי. נוסף על כך אזרחות יוצרת אחריות מוסרית ומשפטית כלפי הפרט מצד מדינת האזרחות שלו גם מחוץ לשטחה הריבוני. כלומר, מבחינה משפטית האזרחות מקבלת משמעות בשני מישורים: המישור האחד הוא המשפט המקומי, העוסק ביחסי זכויות וחובות שבין האזרח ובין מדינתו. המישור השני הוא המשפט הבין-לאומי, שהיחס של הזכויות והחובות בו שורר בין המדינות. המשפט הבין-לאומי מכיר בזכותה של המדינה, גם אם לא בחובתה, לנקוט צעדים להגנה על אזרחיה מחוץ לגבולותיה.¹⁹

להלן הזכויות והחסינויות העיקריות אשר המשפט הישראלי, וכמוהו המשפט ברוב המדינות הדמוקרטיות, מקנה רק לאזרחים:

(1) הזכות לבחור. הזכות להצביע בבחירות למוסדות השלטון המרכזי מוקנית לאזרחים בלבד. בישראל זכותו של אזרח בן 18 ויותר לבחור לכנסת מעוגנת בסעיף 5 לחוק יסוד: הכנסת. בזכות הבחירה מגולמת תמציתה של הזכות להשתתפות פוליטית באמצעות ההליך הדמוקרטי, ומכאן חשיבותה האזרחית העליונה. הזכות להשתתפות פוליטית מוגבלת לאזרחים (בגירים) בדרכים נוספות: הזכות לייסד מפלגה נתונה רק לאזרחי המדינה (סעיף 2 לחוק המפלגות, התשנ"ב-1992); הוא הדין בכשירות למלא תפקידים פוליטיים בכירים, אשר נתונה רק לאזרחי המדינה (להלן). יוער כי הזכות

R v. Secretary of State for the Home Department *ex p.* Khawaja, [1984] A.C. 18
74 (H.L. 1985) (U.K.)

19 יורם דינשטיין *סמכויות המדינה כלפי פנים* 23-24, 71 (1972).

לייסד מפלגה, וכמוה כהונה במקצת התפקידים הציבוריים הבכירים (למשל בתפקיד שר), מחייבת גם תושבות בישראל.

(2) הזכות להיבחר. הזכות להיבחר לרשות המחוקקת (ובשיטה נשיאותית או בשיטת בחירות ישירות לראשות הממשלה – גם הזכות להיבחר לתפקיד העומד בראש הרשות המבצעת) היא זכות יסודית בדמוקרטיה. הזכות להיבחר היא בעלת היבטים אישיים וציבוריים, משום שהיא מגשימה את שאיפתו של הפרט למימוש עצמי מצד אחד, ואת האינטרס של הציבור בבחירת המועמד הרצוי בעיניו מצד אחר. לפי סעיף 6 לחוק יסוד: הכנסת, הזכות להיבחר לכנסת נתונה לאזרח ישראלי שמלאו לו 21 (ביום הגשת רשימת המועמדים הכוללת את שמו).

(3) כשירות לכהן במשרה ציבורית. מלבד החברות בכנסת, אזרחות ישראלית היא תנאי למילוי תפקידים ציבוריים רבים, ודאי הבכירים שבהם. להלן דוגמאות: נשיא המדינה (סעיף 4 לחוק יסוד: נשיא המדינה); ראש הממשלה (אשר חייב להיות מבין חברי הכנסת, לפי סעיף 5 לחוק יסוד: הממשלה); שר (סעיף 6 לחוק יסוד: הממשלה); שופט (סעיף 5 לחוק יסוד: השפיטה); מבקר המדינה (סעיף 8 לחוק יסוד: מבקר המדינה); וראש רשות מקומית (סעיף 4 לחוק הרשויות המקומיות [בחירת ראש הרשות וסגניו וכהונתם], התשל"ה-1975). עד 2002 הייתה אזרחות ישראלית תנאי לתעסוקה בשירות המדינה באופן כללי. כיום שירות המדינה פתוח גם לתושבי קבע בישראל, להוציא מינוי ברשות ביטחון ומשרה הדורשת מינוי או אישור של הממשלה. אלה מחייבים אזרחות ישראלית.²⁰

(4) חסינות מפני הסגרה. החסינות מפני הסגרה מוכרת בעיקר במדינות המשפט הקונטיננטלי, בשונה מרוב מדינות המשפט המקובל, בין השאר עקב השוני בין דיני הראיות בשתי השיטות.²¹ שיטת המשפט הישראלית דומה יותר לשיטה האנגלו-אמריקנית, ובכל זאת נקבעה

20 לפי סעיף 16 לחוק שירות המדינה (מינויים), התשי"ט-1959, עד שתוקן בחוק חופש העיסוק (הקלה בהגבלות – גיל, תושבות ועיסוק אחר) (תיקוני חקיקה), התשס"ב-2002.

21 בשיטה הקונטיננטלית המשפט הפלילי מתנהל בעיקר על בסיס מסמכים בכתב, כך שאפשר להעביר את תיק הראיות ממדינה למדינה; ואילו במשפט המקובל דיני הראיות מבוססים על הזכות לחקירה נגדית ואינם מאפשרים, ככלל, עדות שמועה. ראו ע"פ 6182/98 שינבין נ' היועץ המשפטי לממשלה, פ"ד (נג) 625, 640-641 (1999). להשגות על השיקול הראייתי בראי ההתפתחויות בתחום התקשורת הבינ-לאומית, ראו שם, בעמ' 662.

בישראל חסינות נגד הסגרה. הנימוק לחקיקה זו היה שמושג האזרחות אוצר בחובו גם את הזכות להישפט ולהיענש במדינת האזרחות. נימוק נוסף היה 'המצב המורכב, העדין והמיוחד שבו נתונים יהודים בארצות נכר, שעל אף אווירת החופש ושוויון החוק השוררת במרבית המדינות מוטב שגם כאשר מופעלת כנגדם ידו הקשה של הדין תהיה זו יד הדין הישראלית, שכן יש להניח שגר לרגלי שופטי ישראל הוא הכלל "ישראל, אף על פי שחטא ישראל הוא"²².

דיני ההסגרה משליכים במישרין על זכויות הפרט, מפני שהם קובעים אם אדם יישא באחריות פלילית בגין עברה שעבר במדינה אחרת, ואם כן – לפי איזה דין (דין המדינה המבקשת את הסגרתו או דינה של מדינת אזרחותו). ואכן, סעיף 5 לחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו, שכותרתו 'חירות אישית', קובע שאין ליטול או להגביל את חירותו של אדם 'במעצר, במאסר, בהסגרה ובכל דרך אחרת'. כמו שאר הזכויות המנויות בחוק היסוד, אין מדובר בזכות מוחלטת.

בשונה מזכותו של אזרח שלא להיות מוסגר למדינה זרה, זכותו של אזרח להיות מוסגר ממדינה זרה למדינת אזרחותו לא הוכרה מעולם במשפטנו. אלי מימון-כהן, אזרח ישראלי שנאשם בתאילנד ברצח גרושתו, אזרחית ישראל, על אדמת תאילנד, עתר לבג"ץ בדרישה להורות למשרד החוץ לדרוש את הסגרתו לישראל כדי שיוכל להישפט בישראל. בית המשפט העליון קבע כי 'ספק בעינינו אם זכות כזו – להיות מוסגר – קיימת במשפטנו' ודחה את העתירה פה אחד.²³

בעבר הוקנתה לאזרח ישראלי חסינות גורפת מפני הסגרה. סעיף 1א לחוק ההסגרה, התשי"ד-1954, קבע שאין להסגיר אזרח ישראלי, אלא בשל עברה שעבר בטרם היה לאזרח ישראלי. עם השנים נשחק מעמדם של הטעמים בעד מתן החסינות, ובעיקר השיקול שאין לבטוח במשפט הזר ובשיפוט הזר שיעשו צדק עם מי שאינו אזרח 'שלהם'.²⁴ נוסף על כך החסינות הגורפת מפני הסגרה הביאה לתוצאות מעוותות כאשר חלה על אדם בעל זיקת אזרחות פורמלית בלבד, כפי שהיה בפרשת שינבין.

22 מדברי יושב ראש ועדת חוק חוקה ומשפט, בהציגו את ההצעה לכנסת לקראת הקריאה השנייה. ראו ד"כ 81, 1032 (התשל"ח).

23 בג"צ 3992/04 מימון-כהן נ' שר החוץ, פ"ד נט (1) 49, פס' 7 (2004).

24 הטעמים נגד הסגרה מפורטים בעניין שינבין, לעיל הערה 21, בעמ' 637-638.

סם שינבין נמלט מארצות הברית לישראל כדי להתחמק ממשפט רצח שהיה צפוי בו לעונש מוות. הוא קיבל את אזרחותו הישראלית 'בירושה' מסביו, מכוח חוק השבות, ולא היה מעולם תושב ישראל. בנסיבות אלו נחלק בית המשפט בשאלה אם ראוי לפרש בצמצום את המושג 'אזרח' בקשר לחוק ההסגרה ולהחילו רק על אזרח שהוא גם תושב ישראל. הרוב ענה בשלילה, בנימוק שהוצאת מקצתם של האזרחים מתוך התיבה 'אזרח' בלא הוראה חוקית מפורשת אינה מתיישבת עם טבעה של האזרחות כסטטוס משפטי, וכי מהלך פרשני כזה אף אינו עולה בקנה אחד עם חשיבותו של מעמד האזרחות.²⁵ פסק הדין יצר משבר דיפלומטי עם ארצות הברית, מפני שאמנת ההסגרה שנחתמה בינה לבין ישראל קבעה במפורש שאזרחות אינה עילה לאי־הסגרה.

בעקבות פרשת שינבין תוקן חוק ההסגרה, והחסינות מפני הסגרה מבטאת כעת זכות מוגבלת יותר, בשני מובנים: (א) היא חלה רק על אזרח שהיה תושב המדינה בזמן שעבר את העברה; (ב) היא אינה מתבטאת בהימנעות מהסגרה, אלא בהסגרה בתנאי להתחייבות מראש של המדינה הזרה להחזיר את המוסגר לישראל לריצוי העונש, אם יורשע בדין ויושת עליו עונש מאסר. כלומר, החסינות חלה היום על ריצוי העונש במדינה זרה ולא על עצם השיפוט במדינה זרה. מטרתה להקל על שיקומו של העבריין ועל התערותו מחדש בחברה, נוסף על הרצון שלא להחמיר את סבלו.²⁶

הכרסום הניכר בחסינות נגד הסגרה בא לידי ביטוי בפרשת זאב רוזנשטיין. רוזנשטיין, אזרח ישראלי ותושב ישראל, הוסגר לארצות הברית בעוון קשירת קשר לייבוא סם מסוכן ולהפצתו בתחומה, אף על פי שהיה אפשר לשפוט אותו בארץ לנוכח העובדה שהקשר נקשר, לכאורה, בתחומי מדינת ישראל.²⁷

25 שם, עמ' 655 (פסק דינו של השופט אור).

26 דנ"פ 8612/00 ברגר נ' היועץ המשפטי לממשלה, פ"ד נה (5) 439, 458 (2001).

27 ב"ש (מחוזי י-ם) 4023/05 מדינת ישראל נ' רוזנשטיין (פורסם במאגר נבו, ניתן ב־19 באפריל 2005). בית המשפט העליון דחה את ערעורו של רוזנשטיין ואת בקשתו לדיון נוסף: ע"פ 4596/05 רוזנשטיין נ' מדינת ישראל (פורסם במאגר נבו, ניתן ב־30 בנובמבר 2005); דנ"פ 11414/05 רוזנשטיין נ' מדינת ישראל (פורסם במאגר נבו, ניתן ב־31 בינואר 2006). נקבע שתכליתם של דיני ההסגרה – ליצור מכשיר יעיל לשיתוף פעולה בין־לאומי במאבק בפשיעה, ובייחוד בפשיעה החוצה גבולות (כגון סחר בסמים) – מצדיקה להגביל את חסינותו של אזרח מפני הסגרה גם כאשר אפשר לשפוט אותו במדינת אזרחותו, בתנאי ששיטת המשפט הזרה מקיימת את הכללים היסודיים של הליך הוגן ושהמדינה שאזרחיה הם קרבותיו בכוח של מעשה הקשר היא בעלת האינטרס החזק בבירור אשמתו של הנאשם.

(5) הזכות לקבל דרכון. הזכות לקבלת דרכון ישראלי מוקנית רק לאזרח ישראלי, מכוח סעיף 2(א) לחוק הדרכונים, התשי"ב-1952 ('דרכון יינתן לאזרח ישראלי לפי בקשתו'). הואיל ודרכון הוא, ככלל, תנאי למעבר בין מדינות, הזכות לדרכון היא נגזרת הכרחית של חופש התנועה במישור הבין-לאומי. מכאן גם שהיעדר דרכון הוא אחד המכשולים הגדולים העומדים לפני אדם חסר אזרחות.

(6) הזכות להיכנס לישראל. הזכות להיכנס לישראל מוקנית רק לאזרח ישראלי לעומת הזכות לצאת ממנה, שמוקנית לכל אדם.²⁸ ההבדל בין זכות היציאה ובין זכות הכניסה מעוגן בסעיף 6 לחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו, אשר קובע כי 'כל אדם חופשי לצאת מישראל' וכי 'כל אזרח ישראלי הנמצא בחוץ לארץ זכאי להיכנס לישראל'. מכאן שזכות הכניסה לארץ היא זכות חוקתית של אזרח ולא של כל אדם. בזאת מבטא חוק היסוד את ההלכה שנקבעה בעבר בפסיקת בית המשפט העליון: 'כלל הוא [...] כי אזרח רשאי להיכנס למדינה ולצאת ממנה באורח חופשי, אלא אם היפוכו של דבר נקבע בחוק'.²⁹ זו גם ההנחה המגולמת בחוק הכניסה לישראל, התשי"ב-1952, אשר מחיל את החובה להצטייד באשרה כדי להיכנס לארץ רק על מי שאיננו אזרח ישראלי (סעיף 1 לחוק).

ההגבלות היחידות על אזרח ישראלי הן כניסה לארץ דרך אחת מתחנות הגבול והצגת דרכון תקף (סעיף 7 לחוק הכניסה לישראל), אך נראה שאף אם לא התקיימו תנאים אלה, במקרה הרגיל לא יהא בכך להצדיק שלילת כניסתו של אזרח לישראל.³⁰

28 בעבר קבעה הפסיקה שגם זכות היציאה מן הארץ מוקנית לאזרחי המדינה בלבד. ראו אמנון רובינשטיין **המשפט הקונסטיטוציוני של מדינת ישראל** 898 הערה 48 (מהדורה חמישית, ברק מדינה עורך, 1996).

29 בג"צ 24/52 **חכים נ' שר הפנים**, פ"ד ו 638, 642 (1952). הגבלות חקיקתיות כאלו נובעות מהאיסור לחציית הגבול מחוץ לתחנות גבול מסוימות ומהחובה להצטייד בתעודת מסע (כאמור שם); או משיקולי ביטחון – לפי תקנה 6 לתקנות שעת חירום (יציאה לחוץ לארץ), התש"ח-1948, ותקנה 110 לתקנות ההגנה (שעת חירום) 1945 – אם יש חשש 'כן ורציני' לפגיעה בביטחון המדינה. הסמכות לפי תקנה 6 הנ"ל פורשה כאמור בדעת רוב בבג"צ 448/85 **דאהר נ' שר הפנים**, פ"ד מ(2) 701 (1986). בסעיף 2א לחוק למניעת הסתננות (עבירות ושיפוט), התשי"ד-1954, קבוע איסור מיוחד על יציאה שלא כדין לכמה מדינות עוינות במזרח התיכון.

30 אמנון רובינשטיין וברק מדינה **המשפט החוקתי של מדינת ישראל** כרך ב: רשויות השלטון ואזרחות 1115 (מהדורה שישית, 2005).

(7) חסינות מפני גירוש (או: הזכות לגור במדינת האזרחות). לזכות

הכניסה לארץ מצטרפת זכות השהייה בארץ, שניתנת רק לאזרחים ולא לכל אדם. זכות השהייה בארץ מתבטאת בכך שככלל, אזרח ישראלי חסין בפני גירוש.

השאלה אם מותר לגרש מן הארץ אזרח ישראלי עלתה בפסק דין משנות החמישים שדן בעתירה של אדם שגורש בעבר בכוח הזרוע ושהוצא נגדו צו גירוש לאחר שחזר ארצה בלא קבלת רשות. בית המשפט קבע שמי שגורש שלא כחוק רשאי לחזור לארץ בלא קבלת רשות והוסיף כי 'אין לגרש את המבקש מהארץ אם ייקבע שהוא אזרח המדינה'.³¹ עם זאת בית המשפט היה מוכן להכיר בסמכותו של שר הביטחון לגרש אזרח ישראלי מכוח סמכות הגירוש הכללית שנקבעה בתקנה 112 לתקנות ההגנה (שעת חירום), 1945 – הוראה מנדטורית שבוטלה עם הזמן – אם כי לא נאמר בה במפורש שהיא חלה גם על אזרחים.³²

הכלל הוא שאזרח ישראלי חסין מפני גירוש, אלא אם כן ניתנה סמכות לגרשו בחוק.³³ כלל זה אינו נובע רק מעקרון החוקיות, הקובע כי לשלטון מותר לפגוע בזכויות הפרט אך ורק מכוח סמכות חוקית – שהרי אין לפרט זכות קנויה לשהות בתחומה של כל מדינה שהיא, אלא בעיקר מזכותו של האזרח לחיות במדינת אזרחותו – זכות הקשורה בטבורה למושג האזרחות. השופט מישאל חשין הסביר את הרציונל שבסיסו זכותו של אזרח לשהות במדינתו ככל שירצה באמרו: 'אזרח ישראל הוא-הוא ישראל; הניתן לשער כי ישראל תגרש את ישראל?³⁴ החובה המוטלת על המדינה לכבד זכות זו הופכת גם לחובתה כלפי מדינות אחרות – לכבד את ריבונותן הטריטוריאלית ולא לכפות עליהן להחזיק זרים בשטחן. השופט חיים כהן ביטא רעיון זה בדברים האלה:

31 בג"צ 155/53 **כיואן נ' שר הביטחון**, פ"ד ח 301, 306 (1954). מקרה זה שונה מהמצב שאזרח שוהה מרצונו בארץ אויב זמן ממושך, כפי שעולה מעניין **הכיס**, לעיל הערה 29, שם נדונה עתירתו של נתין ארץ ישראל שהתגורר בלבנון וביקש לקבל רישיון כניסה לישראל מכוח הפיכתו לאזרח ישראל עם הקמת המדינה.

32 בג"צ 174/52 **חסין נ' מפקד בית הכלא**, פ"ד ו 897, 902 (1952): 'עובדה היא, כי הייתה אפשרות חוקית [...] לגרש מן הארץ אפילו אזרח ארצישראלי'.
 33 רובינשטיין, לעיל הערה 28, בעמ' 901.

34 בג"צ 3648/97 **סטמקה נ' שר הפנים**, פ"ד נג(2) 728, 769 (1999).

האיסור לגרש אזרח ממדינת אזרחותו, אין בו שום חידוש; בין אם המדינות גוזרות על עצמן איסור זה במפורש בחוקיהן או בחוקותיהן [...] ובין אם לאו, על כל פנים מוטלת עליהן חובה שבדין להכיר בזכות אזרחיה לשבת על אדמתה; ואף גם זאת חובה בינלאומית היא, ולא רק חובה של המדינה כלפי אזרחיה בלבד; אין צריך לומר שמדינה המגרשת אזרחיה מגבולותיה מעמיסה מעמסה על מדינה אחרת או על מדינות אחרות.³⁵

כיום סמכויות הגירוש קבועות בחוק הכניסה לישראל, התשי"ב-1952 (סעיף 13), ובחוק למניעת הסתננות (עבירות ושיפוט), התשי"ד-1954 (סעיף 30). חוק הכניסה לישראל מאפשר להוציא צו הרחקה מן הארץ נגד מי שאינו אזרח ישראלי או אינו עולה לפי חוק השבות ואשר שוהה בישראל בלא רישיון ישיבה. לכן תנאי מוקדם לגירוש אזרח ישראלי מכוחו של חוק זה הוא ביטול אזרחותו. לעומת זאת החוק למניעת הסתננות מאפשר, לכאורה, לגרש אזרח ישראלי. החוק קובע שאפשר לגרש 'מסתנן'. ההגדרה ל'מסתנן' היא מי שנכנס לישראל ביוזמה ושלא כדין, וטרם כניסתו לארץ היה אזרח או נתין של אחת ממדינות ערב המפורטות בחוק או תושב או מבקר באחת מהן. משתמע מכך שהחוק חל גם על אזרח ישראלי העובר על הוראותיו ומבקר באחת ממדינות אלו בניגוד לאיסור הקבוע בסעיף 2א.³⁶ אולם ספק רב אם לכך התכוון המחוקק, ואף לא ראוי להתעלם בהקשר זה מחסינותו העקרונית של אזרח נגד גירוש (אם כי מבחינה פורמלית, עברה על סעיף 2א לחוק הנ"ל ממילא מאפשרת ביטול אזרחות – ראו בפרק השלישי).

לדעת אמנון רובינשטיין, מומחה למשפט חוקתי, הסמכות לגרש אזרח ישראלי אינה קיימת עוד לאחר חקיקת חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו

35 בג"צ 698/80 קוואסמה נ' שר הביטחון, פ"ד לה(1) 617, 639 (1980). מזכותה של המדינה לגרש אדם שאינו אזרחיה משתמעת חובתה של מדינת אזרחותו של המגורש לקבלו לשטחה (שם, עמ' 640). השופט כהן מסתמך בפסק דינו (שם, עמ' 640-641) על אחד המלומדים הבולטים בהטמעת הזיקה בין אזרחות ובין זכות לתושבות במדינת האזרחות – PAUL WEIS, NATIONALITY AND STATELESSNESS IN INTERNATIONAL LAW (1956).

36 השיפוט בגין העברות המנויות בחוק הוא באחריותם של בתי דין צבאיים (בתי דין למניעת הסתננות). סעיף 30 לחוק למניעת הסתננות מסמיך את שר הביטחון לגרש מסתנן, בין שהואשם לפי חוק זה ובין שלא.

מפאת השילוב בין הוראת סעיף 6 לחוק היסוד, אשר מקנה לאזרח זכות כניסה לישראל, לבין הוראת סעיף 5, הקובע שאין לפגוע בחירות האישית בדרך של מעצר, מאסר, הסגרה וכדומה.³⁷ זו גם הגישה המקובלת במדינות אחרות. מכאן שחסינותו של האזרח מפני גירוש היא מוחלטת, בשונה מזכויות אחרות שאפשר לשלול ממנו (ולו זמנית), כגון זכות הבחירה לכנסת (ראו בפרק החמישי). מבחינה מעשית, אם כן, הסמכות לשלול אזרחות נדרשת בעיקר לשם מתן בסיס חוקי לגירוש מישראל. חסינותו הטבעה של האזרח מפני גירוש היא הטעם העיקרי לתיאורה של האזרחות עצמה כזכות יסוד – 'זכות לזכויות', כפי שנראה בפרקים השלישי והרביעי.

ג. החובות הנלוות לאזרחות

ליברלים ורפובליקנים מסכימים שעל היחיד מוטלות חובות מסוימות כלפי המדינה. המסגרת המדינית מגנה על קיומו הפיזי של הפרט ועל זכויותיו. תמורת הגנה זו הפרט מחויב 'לשלם' את המחיר הנדרש להמשך קיומה של המדינה. במובן הגרעיני שלה, חובת הנאמנות למדינה מבטאת את מחויבותו של הפרט להמשך קיומה של המדינה.³⁸

במשטר דמוקרטי אפשר לתלות את הצידוק המוסרי לחובות האזרח ברעיון ההסכמה (Consent Theory). כך למשל, הפילוסוף האמריקני מייקל וולצר (Walzer) דן בשאלת מקור החובות של אזרח בקהילה פוליטית, ונקודת המוצא שלו היא שממשלות שואבות את כוחן מהסכמת הנשלטים. הואיל וחובה אמתית נוצרת לשיטתו מתוך חופש, ולא מתוך כפייה, נדרש שהסכמתו של האזרח תינתן מתוך בחירה. לכאורה, הסכמה (משתמעת) חופשית מעין זו קיימת רק במדינה דמוקרטית.³⁹

37 רובינשטיין, לעיל הערה 28, בעמ' 902.

38 אפשר לחלוק על השימוש במונח 'נאמנות' לתיאור מחויבות מעין זו. זאת ועוד: יש הטוענים שנאמנות בכלל – לאידאולוגיה, לחברה או למדינה – משוללת מעמד מוסרי, משום שעיקרון כזה סותר את השיפוט המוסרי העצמאי של הפרט. ראו שני מאמרים קצרים בעניין זה שפורסמו בקובץ אחד: מרסלו דסקל 'נאמנות רלוונטית' **הצודק והבלתי צודק: קובץ מאמרים** 29 (מרסלו דסקל עורך, 1977); יוסף אגסי 'עוד נגד עקרון הנאמנות', שם, 39.

39 MICHAEL WALZER, OBLIGATIONS: ESSAYS ON DISOBEDIENCE, WAR AND CITIZENSHIP xv (1970)

וולצר ממשיך ובוחר את חובות האזרח דרך סוגיית 'החובה לחיות למען המדינה'.⁴⁰ הדיון בסוגיה זו ממחיש את המעבר מחובות מוחלטות, המאפיינות חברות מסורתיות ומשטרים עריצים, לחובות מוגבלות, המאפיינות את הדמוקרטיה המודרנית. 'החובה לחיות למען המדינה' מתבטאת בהתנגדותן הנחרצת של מדינות טוטליטריות או מסורתיות להתאבדות, להוציא מצבי מלחמה שבהם נקראים האזרחים לסכן את חייהם ואף להקריב את חייהם למען המדינה. הבסיס להתנגדות זו אינו רק דתי (בנימוק שחיי האדם שייכים לאל), מסביר וולצר, אלא גם פוליטי. הטעם הפוליטי הוא שאזרחותו של הפרט מטילה עליו חובה לחיות למען המדינה. אין הכוונה לחובה לחיות למען המדינה כדי לשרתה בכל רגע נתון דווקא, אלא שלאזרח אין זכות לסיים את חייו מטעמיו האישיים בלבד.⁴¹ לקהילה הפוליטית יש אינטרס בחייו, אפילו בחייו היום יומיים. התאבדות היא דרך שלא להשתתף בחלוקת הנטל של החיים הציבוריים. למותר לציין שצורת מחשבה זו אינה מקובלת עוד בעולם המערבי, ואין היא מאפיינת את הדמוקרטיה המודרנית.

מוסכם על הכול שמדינה דמוקרטית נדרשת לכבד את חירויות הפרט ולהימנע מהטלת חובות נטולות הצדקה עניינית מבחינת טיבן או היקפן. עם זאת אין תמימות דעים בסוגיית חובות האזרח, כפי שאין הסכמה כללית בשאלת זכויות האזרח. ועוד זאת: כשם שזכויות מיושמות בדרכים שונות בסוגי משטר שונים, כך גם החובות. לדוגמה, ברוב הדמוקרטיות הליברליות יש חובת גיוס מצומצמת לעומת המדינות הסוציאל-דמוקרטיות.⁴² אולם לעומת הדיון הנרחב באזרחות כתורת זכויות (כפי שנעשה אצל מלומדים כגון תומס מרשל), השיח הציבורי בחובות הנלוות לאזרחות ניכר בדלותו.

ייתכן שהחלל שנפער בשיח החובות נובע מן האסוציאציות על כפייה ועל עריצות שמעורר המונח 'חובות האזרח'. ברם דווקא לנוכח ההרחבה המתמדת של תחום הזכויות, הצורך בהגדרה מוחשית של חובות האזרח גובר, שהרי אי-אפשר ליצוק תוכן מעשי לזכויות בלא מערכת תמיכה

40 שם, בעמ' 169-189.

41 שם, בעמ' 170.

42 להשוואה בין מדינות דמוקרטיות בעניין החובה לשלם מסים והחובה לשרת בצבא ראו THOMAS JANOSKI, CITIZENSHIP AND CIVIL SOCIETY: A FRAMEWORK OF RIGHTS AND OBLIGATIONS IN LIBERAL, TRADITIONAL AND SOCIAL DEMOCRATIC REGIMES 57-8 (1998)

המיוסדת על חובות. לדוגמה, אם נבחן את האזרחות במושגי הזכויות של מרשל, אזי הזכויות הפוליטיות וזכויות הרווחה מבטאות אחריות מוסרית וחברתית של האזרח כלפי זולתו. משיקולים אלו יש הסבורים כי רצוי לחזק את חובות האזרח ולאכוף אותן. עם זאת גם המצדדים בעמדה מסוג זה מזהירים מפני שימת 'דגש ראקציונרי על ענישה' ומציעים לאכוף את החובות 'בדרך פונקציונלית, גמישה, ממוקדת ומגבלת יותר'.⁴³

מבחינה פורמלית, חובותיו של האזרח, כמו זכויותיו, צומחות ממשפט המדינה, ובמידה מסוימת מהוראות המשפט הבין-לאומי. חובות האזרח עשויות להיות חובות שליליות, המתבטאות באיסורים המחייבים אדם להימנע ממעשים מסוימים, או חובות פוזיטיביות, דהיינו חובות עשייה.

הדעה המקובלת היא שהחובה העיקרית המוטלת על האזרח היא חובת הנאמנות למדינה. אולם מדובר בחובה ערטילאית למדי. אפשר לראות בחובת השירות בצבא ביטוי מוחשי לחובתו הכללית של האזרח להיות נאמן למדינתו, אך תרגומה של החובה הכללית לשפת המשפט הוא דל תוכן.⁴⁴ לפיכך נפתח בסקירה של החובות האזרחיות המוגדרות יותר, ובעקבותיה ננסה לאפיין את חובת הנאמנות הכללית.

החובות האזרחיות הנהוגות במדינות דמוקרטיות

(1) חובת הציות לחוק. החובה הבסיסית ביותר המוטלת על האזרח היא חובת הציות לחוק. דיני העונשין תוחמים את קו הגבול בין האסור לבין המותר על פי האינטרסים של הציבור כולו, מנקודת ראותו של הריבון, ולכן עברה על החוק היא ביטוי לקונפליקט בין הפרט, מבצע העברה, לבין המדינה, המסמלת את החברה המאורגנת כולה.⁴⁵ בישראל חובת הציות לחוק מעוגנת בהוראות חוק העונשין, התשל"ז-1977. סעיף 212 לחוק העונשין מבטא את עקרון ריבונותה של המדינה על שטחה וקובע שדיני העונשין של ישראל יחולו על כל עברה שנעברה, כולה או מקצתה, בשטח ישראל. חובת הציות לדין הישראלי מלווה את האזרח הישראלי ואת תושב ישראל גם מחוץ לישראל. דיני העונשין של ישראל חלים על עברה (מסוג עוון או פשע) שעבר מי שהיה בשעת העברה או לאחר מכן אזרח ישראל או תושב ישראלי (סעיף 15 לחוק העונשין).

43 זו עמדתו של הסוציולוג Janoski, שם, בעמ' 54.

44 רובינשטיין, לעיל הערה 28, בעמ' 902.

45 שניאור זלמן פלר **יסודות בדיני עונשין** כרך א 108 (1984).

במשפט הבין-לאומי אין שום התייחסות מובחנת לחובתם של אזרחים לציית לחוקי מדינתם. נטען כי אפשר להקיש על קיומה של חובה זו מכוח קל וחומר, מתוך הכרזה של העצרת הכללית של האו"ם, שעניינה חובתם של זרים לשמור על חוקי המדינה שהם נמצאים בה ועל המנהגים והמסורת של עמה (The 1985 UN General Assembly Declaration on Human Rights of Individuals, Art. 4).⁴⁶ ספק אם זהו היקש תקף. חובתם של זרים לציית לחוקי המדינה עשויה לבטא בסך הכול הכרה בזכותה של כל מדינה לנהל את ענייניה בדרכה שלה. לעומת זאת הצידוק לחובת הצייות לחוק המוטלת על אזרחים מושתת על הסכמה, שאפשר אף לראות בה ביטוי של נאמנות והזדהות של הפרט עם החברה שהוא משתייך אליה.⁴⁷

הדיון הידוע ביותר בצידוק המוסרי לחובת הצייות לחוק מופיע בדיאלוג 'קריטון' מאת אפלטון, על רקע הרשעתו של סוקרטס בכפירה באלים ובהשחתת הנוער. בדיאלוג זה מתואר ניסיונו של קריטון לשכנע את חברו סוקרטס להימלט מן הכלא ולגלות מאתונה כדי להינצל מעונש המוות הצפוי לו. סוקרטס מסרב להצעה ומציג גרסה קיצונית של חובת הצייות לחוק. המעניין בדבריו, בהקשר שלנו, הוא צידוק החובה ברגש של הכרת תודה אזרחית:

ואם יאמרו החוקים: [...] ראשית כל, כלום לא הולדנך, ועל ידנו נשא אביך את אמך ויצרך? הגד נא, כלום מצאת דופי באלה שבינינו, בחוקי הנישואים, שאינם נאים? – 'שום דופי לא מצאתי בהם', יהיה עלי לומר. – ומה בדבר אלה הנוגעים בגידול הנולדים ובאותו חינוך שנתחנכת גם אתה? כלום לא נאה היא הוראת אותם החוקים שבינינו שנחקקו בעניין זה, וציוו על אביך לחנך במוסיקה ובגימנסטיקה? – 'נאה', אומר.⁴⁸

מבחינת סוקרטס, חוקי המדינה (הפוליס) הם הסיבה לעצם קיומו של הפרט והם שעיצבו את אישיותו. הימלטות מאימת הדין פירושה זלזול בחוק, אשר עלול לסכן את אשיות המדינה:

46 YAFFA ZILBERSHATS, THE HUMAN RIGHT TO CITIZENSHIP 35 (2002)
47 JOSEPH RAZ, THE MORALITY OF FREEDOM 91 (1986) ראו גם הדיון בתורת האמנה החברתית בפרק הרביעי להלן.
48 אפלטון 'קריטון' **כתבי אפלטון** כרך א 67-68 (יוסף ג' ליבס מתרגם, 1955).

כלום אינך מזמן עצמך להאביד אותנו, את החוקים ואת המדינה כולה, במידה שהדבר בידך? או שמא סבור אתה כי יש קיום לאותה מדינה שבתוכה לא יהיה תוקף לפסקי הדין, והם יבוטלו ויושמדו בידי הדיוטות, והיא לא תיהרס?⁴⁹

לדעת סוקרטס, אזרח רציונלי יימנע מהפרת חוק כיוון שהתנהגות מסוג זה חוטאת בעשיית עוול כלפי המדינה, גם אם הפרט סבור שנעשה לו עוול במשפטו. די בכך שהמדינה מאפשרת לכל אתונאי החפץ בכך, אחרי שנרשם כאזרח והכיר את החוקים ואת ענייני המדינה, לצאת עם כל רכושו וללכת אל כל אשר יחפוץ אם החוקים והמדינה לא נשאו חן בעיניו. הישארות במדינה פירושה הסכמה משתמעת, במעשים ולא במילים, לחיות חיי אזרח על פי החוקים.⁵⁰ זו למעשה גרסה אחת, שבלי ספק היא קיצונית ודוגמטית, של ביסוס חובת הציות לחוק (ובעצם של כל החובות האזרחיות המעוגנות בחוק) על רעיון ההסכמה.

בדמוקרטיה המודרנית חובת הציות לחוק מתבטאת בעיקר בחובות פסיביות ('חובות אל תעשה'), מפני שחירות הפרט מחייבת זהירות יתרה ביצירת איסורים המחייבים את הפרט לפעול כדי להימנע מאחריות פלילית. לעיקרון זה יש חשיבות ביחס לחובת הנאמנות למדינה, הואיל ודרישה ליצוק לחובה זו תוכן חיובי, המטיל על הפרט לפעול עבור המדינה, מתנגשת בחירויות הפרט, בעיקר בתחומי הביטוי והמצפון.

(2) חובת תשלום מסים. אין צורך להכביר מילים על חובה זו.

היא קיימת בכל מדינה, משום שאין המדינה יכולה לממן מתן שירותים לאזרחיה בדרך אחרת. כדברי השופט האמריקני הולמס: 'המסים הם מה שאנו משלמים בעבור תרבותית' ('Taxes are what we pay for a civilized society').⁵¹ מטעם זה קבע בית המשפט שלנו כי 'מס אינו עונש. מס אינו פגע רע שיש לדכאו. מס הוא צורך חיוני שיש לקיימו'.⁵² עם זאת יש הבדלים משמעותיים בין המדינות הדמוקרטיות בהיקף החובה לשלם מסים (סוגי המס ושיעוריו), הנובעים מן האידאולוגיה

49 שם, בעמ' 67.

50 שם, בעמ' 69-70.

51 *Compania General de Tabacos de Filipinas v. Collector of Internal Revenue*, 275 U.S. 87, 100 (1927)

52 ע"א 165/82 **קיבוץ חצור נ' פקיד שומה רחובות**, פ"ד לט(2) 70, 76 (1985).

החברתית-כלכלית המקובלת בכל מדינה. שאלת הפגיעה המותרת של דיני המס בזכויות הפרט עולה תדיר לדיון משפטי. סוגיה זו כרוכה בשאלה הכללית בדבר היקף ההגנה על זכות הקניין. הנחת היסוד היא שהיות שהמדינה המודרנית אינה הולמת עוד את המודל המינימליסטי של 'שומר לילה', אין מנוס מהתערבות שלטונית בשוק הפרטי ומפגיעות מסוימות בזכות הקניין הפרטי.⁵³

(3) החובה לשרת בצבא. השירות בצבא הוא חובה במדינות דמוקרטיות רבות, אך היקפו משתנה ממדינה למדינה. ארצות הברית וקנדה, למשל, מסתפקות כיום בצבא מתנדבים בזמן שלום ומחילות חובת גיוס רק בזמן מלחמה. לפי חוק שירות בטחון [נוסח משולב], התשמ"ו-1986, חובת גיוס כללית בישראל חלה על אזרחים ועל תושבי קבע.

בישראל, המתמודדת עם בעיות ביטחוניות משחר קיומה, השירות הצבאי נחשב לכיטוי המובהק ביותר של תרומה לחברה, ובייחוד השירות הקרבי, אשר מבטא את המחויבות הפוליטית האולטימטיבית – הנכונות להקריב את החיים עצמם למען המדינה. לפיכך השירות הצבאי משמש כדי להצדיק הבחנות בין מי שמשרת בצבא ובין מי שאינו משרת בצבא, בין המשרתים בצבא לבין עצמם (העדפת בוגרי שירות קרבי), ובין אלה שאינם משרתים בצבא לבין עצמם (על פי סוג הפטור הניתן, אם ניתן). בדרך זו מבנה השירות הצבאי הייררכיה במידת הזכאות של האזרחים ליהנות ממשאבים חברתיים, ולמעשה במידת ההשתתפות של הפרט במוסד האזרחות. נרחיב מעט בנקודה זו, מפני שהיא רלוונטית לדיון בהמשך.

כפי שמוסבר בספרות הסוציולוגית, הצבא איננו 'עוד מוסד חברתי'. הוא קשור קשר הדוק למדינה. אם המדינה מוגדרת באמצעות שליטה מונופוליסטית על הצבא והמשטרה, הרי שהצבא מסמן את קיומה של המדינה. לכן השירות בצבא מסמן את ההשתייכות למדינה.⁵⁴

53 לפיכך נקבע בפסיקה כי הגדרתם של הקניין ושל הפגיעה בו לצורכי המשפט החוקתי אינה זהה להגדרות המוכרות במשפט הפרטי. ראו למשל ע"א 10608/02 שריף הזימה נ' אגף המכס ומע"מ, פ"ד נח(3) 663, 671 (2004).

54 אורנה ששון-לוי 'חתרנות בתוך דיכוי: כינון זהויות ג'נדר של חיילות בתפקידים "גבריים" ' התשמע קולי? ייצוגים של נשים בתרבות הישראלית 277, 299 (יעל עצמון עורכת, 2001).

אפשר לזהות את ראשיתו של הקשר בין חובת השירות הצבאי לבין האזרחות בספרטה המיליטריסטית, אשר כפי שהעיר אחד החוקרים – המערב הדמוקרטי נוהג להתעלם ממנה שלא בצדק במחקר על שורשיה של האזרחות.⁵⁵ רוב החוקרים סבורים שמקור הקשר בין חובת השירות הצבאי לבין האזרחות נמצא במהפכה הצרפתית ובמהפכה האמריקנית, בחלוקת הנשק – שנשיאתו הייתה עד אז זכות יתר של האריסטוקרטים – לחלקים גדולים של האוכלוסייה. הלגיטימיות של המהפכות ושל המשטרים שכוננו בעקבותיהן הייתה מבוססת על לחימתו של העם כולו – לחימה שהייתה למעשה הפגנת נאמנות למשטר המהפכני. מאז היה השירות בצבא לרכיב בלתי נפרד מן ההגדרה הנורמטיבית של האזרחות במדינות המערב, והשירות הצבאי נהיה לסמן של האזרחות.⁵⁶

החלתה של חובת גיוס כללית במדינות המערב (בארצות הברית הדבר נעשה במהלך מלחמת האזרחים, ובמרבית מדינות אירופה – במחצית הראשונה של המאה העשרים) סימנה את הרחבת הריבונות של המדינה על קבוצות חברתיות נוספות והפכה את הצבא למכניזם מאחד, שהשירות בו הוא תנאי להצטרפות לקולקטיב הפוליטי. מאמצע המאה העשרים ויתרו רוב המדינות על גיוס חובה עקב עלותו הכלכלית הגבוהה ובזכות שינויים טכנולוגיים המאפשרים לצבא לפעול באמצעות כוח אדם מצומצם יותר. למרות זאת מחקרים מעלים שהגדרת האזרחות באמצעות השירות הצבאי אינה מאפיינת רק מדינות הנמצאות במצב של מלחמה או איום צבאי.

רבות נאמר על מגוון המשמעויות הסמליות שנלוות לשירות הצבאי בישראל; הוא מושווה בעיקר לשירות למען הקולקטיב היהודי, ועל כן מבסס זכות לאזרחות מלאה במדינה היהודית.⁵⁷ הממד הסמלי הזה עשוי להסביר מדוע התפיסה הרווחת מוסיפה לראות בשירות הצבאי מגדיר מרכזי של האזרחות בישראל למרות הפיחות במעמדו של הצבא.

PETER RIESENBERG, CITIZENSHIP IN THE WESTERN TRADITION: PLATO TO ROUSSEAU 6–8 (1992) 55

לתיאור ממצאי המחקרים, מאת מלומדים דוגמת ג'נוביץ, פטנס ואחרים, ראו ששון-לוי, לעיל הערה 54. גם האמור בפסקה הבאה מתבסס על הסקירה הכלולה במאמר זה.

ראו למשל דפנה יזרעאלי 'מגדור בשירות הצבאי בצה"ל' **תיאוריה וביקורת** 14, 85, 88 (1999); וכן יואב פלד 'האם תהיה ישראל מדינת כל אזרחיה בשנת המאה שלה?' **מחקרי משפט** יז 73, 78 (התשס"ב).

הקשר בין שירות צבאי ובין אזרחות ישראלית שונה ומלאה הוא קשר בעייתי, בייחוד עבור נשים וערבים. מבחינת הנשים, קשר זה מכיל רכיבים סותרים: מצד אחד גיוס החובה לשני המינים מעביר מסר אוניברסלי ושוויוני בנוגע להשתתפות באזרחות הישראלית, ומצד אחר הפרקטיקות הצבאיות עצמן מכוננות שירות צבאי דיפרנציאלי והייררכי לגברים ולנשים ומעבירות מסר ברור שלנשים אין מקום שווה בתחום הציבורי.⁵⁸ מבחינת ערבים-פלסטינים, חיובם לשרת בצבא ישראל פירושו שלילה של הווייתם הפלסטינית והעמדתם בעימות חזיתי נגד בני עמם.⁵⁹ למעשה, אזרחיה הערבים של ישראל נמצאים במלכוד בלתי פתיר. הפטור הניתן להם מהשירות בצה"ל הכרחי מבחינתם, אך הוא גם זה שמאפשר לחברה הישראלית להנציח את מעמדם הנחות, מעמד של אזרחים סוג ב.

(4) חובת הצבעה בבחירות. במדינות מסוימות ההשתתפות בבחירות אינה רק זכות, כמו בישראל למשל, אלא גם חובה. הידועה שבהן היא אוסטרליה, שם מונהגת חובת הצבעה מאז 1918.⁶⁰ אחד הנימוקים המעניינים למהלך זה היה שהאבדן העצום בחיי אדם במלחמת העולם הראשונה (60 אלף הרוגים אוסטרלים – יותר מ-1% מכלל האוכלוסייה באותה עת) מטיל על אזרחי אוסטרליה חובה מוסרית לממש את החירויות שלהם, שנקנו במחיר כה יקר. מבחינת תוכן החובה נקבע בפסיקה האוסטרלית שאין די בהתייצבות במקום ההצבעה ביום הבחירות, אלא נדרש להשלים את כל שלבי ההצבעה בפועל.⁶¹ הצידוקים לחובת ההצבעה מגוונים.⁶² הצידוק העיקרי הוא שהממשל הנבחר מייצג את רצון הרוב מתוך כלל האוכלוסייה, ולא רק מקרב

58 ששון-לוי, לעיל הערה 54, בעמ' 281.

59 חסן ג'בארין 'לקראת גישות ביקורתיות של המיעוט הפלסטיני: אזרחות, לאומיות ופמיניזם במשפט הישראלי' **פיליפ** 53 (2000).

60 The Commonwealth Electoral Act 1918, §245(1): 'It shall be the duty of every elector to vote at each election' (תהיה זו חובתו של כל בוחר להצביע בכל מערכת בחירות').

61 יזמות החקיקה (מ'1912) ואזכורי הפסיקה בעניין חובת הצבעה (מ'1926 ואילך) מפורטים בפרסום רשמי של ממשלת אוסטרליה: Tim Evans, *Compulsory Voting in Australia*, The Australian Electoral Commission (January 2006), www.aec.gov.au/_content/what/voting/compulsory_voting.pdf (האתר אוזר לאחרונה באפריל 2008).

62 ראו באתר ויקיפדיה: http://en.wikipedia.org/wiki/compulsory_voting (נכון למרס 2007).

האזרחים שהצביעו. טיעון זה קשור בצידוק נוסף והוא שהשלטון הנבחר יוכל לטעון לגליטימיות פוליטית גדולה יותר וכך להגביר את היציבות הפוליטית. כמו כן נטען כי הירידה בשיעורי ההצבעה במדינות דמוקרטיות משקפת אדישות מצד הבוחרים ואיבוד עניין בנעשה במרחב הציבורי, וכי הלך רוח זה מנוגד לרעיון הממשל העצמי שהדמוקרטיה מבוססת עליו ולכן הוא מסכן את עצם קיומה של הדמוקרטיה. אחרים מצדיקים את חובת ההצבעה בנימוק שהיא מבטאת השתתפות פעילה של הפרט בזירה הפוליטית. נוסף על השיקולים הללו נאמר כי חובת ההצבעה מתמצת את השלטונות ואת השכבות החזקות להשקיע בחינוך ציבורי כדי לרתום את כוחם של בני השכבות החלשות לטובת מדיניות ציבורית ראויה בתחומים שונים.

על יסוד טיעונים אלו מונהגת כיום חובת הצבעה ב־32 מדינות (נוסף על אוסטרליה נזכיר את יוון, שווייץ, לוקסמבורג ומדינות רבות בדרום אמריקה), אך רק עשר מהן חברות ב־OECD (הארגון לשיתוף פעולה ופיתוח כלכלי).⁶³ לא מעט מן המדינות מיוסדות על משטר פדרלי, המקנה למדינות המחוז (הפרובינציות) שיקול דעת באכיפת החובה. כמעט מחצית המדינות המחייבות השתתפות בבחירות אינן אוכפות את החוק בעניין זה כלל. (לדוגמה, איטליה והולנד; צרפת אוכפת רק בבחירות לסנאט, ומצרים אוכפת את החוק רק על גברים.) באוסטריה ובבלגיה בוטלה חובת ההצבעה בעקבות דעיכה מתמדת באכיפה.

הכול מסכימים כי הירידה בשיעור ההצבעה היא תופעה שלילית ומסוכנת לדמוקרטיה, אך אין הסכמה על מידת הגליטימיות של ענישה בגין אי־הצבעה. אפשר לראות בחקיקה המטילה חובת הצבעה משום ניסיון בעייתי לכפות תפיסה מוסרית (של אזרחות פעילה) באמצעות המשפט. שימוש כזה במשפט פירושו הגבלה לא ראויה של חירות הפרט. טיעון חלש יותר נגד חובת ההצבעה הוא שמדובר בפגיעה בזכות **שלא** להצביע. טיעון זה מתבסס על הבנת זכות ההצבעה כחירות, וזו מתפרשת על פעולה ועל הימנעות מפעולה (כפי שחופש הדת כולל את החופש מדת). נדמה שזו תפיסה לא נכונה של הזכות להצביע מבחינת שיח הזכויות, לנוכח ההבחנה בין זכות לבין חירות.⁶⁴

63 נתונים אלו שאובים מן הנייר האוסטרלי הממשלתי המוזכר לעיל בהערה 61.
64 Heather Lardy, *Is There a Right Not to Vote?*, 24 OXFORD J. LEGAL STUDIES 303 (2004)

מכל מקום, לא מקובל להטיל עונש כבד בגין אי-הצבעה. הצגת טעם לגיטימי לאי-הצבעה עשויה אף לפטור מעונש (כך באוסטרליה למשל). אם מוטל עונש, מדובר בדרך כלל בקנס, ובשיעור נמוך מאוד. בבלגיה אי-הצבעה סדרתית הייתה עשויה לגרור שלילה של זכות ההצבעה (disenfranchisement), עד אשר בוטלה חובת ההצבעה ב-2004.

(5) חובה לשבת בחבר מושבעים. במדינות המשפט האנגלו-אמריקני (לדוגמה, אנגליה, ארצות הברית ואוסטרליה), אשר מבוסס על שיטת המושבעים, הישיבה בחבר מושבעים נחשבת חובה אזרחית. פירושו של דבר שאין האזרח זכאי לסרב למלא את התפקיד. חובה זו מוגדרת ביחס ליזכות למשפט מושבעים, שפירושה זכותו של הפרט להישפט בידי השווים לו (a jury-by-peers) וכך ליזכות במשפט צדק. הזכות למשפט מושבעים כבר מופיעה במגנה כרטא (1215), והיא זוכה בארצות הברית למעמד חוקתי פורמלי.⁶⁵

ד. חובת הנאמנות למדינה: נאמנות, 'אזרחות טובה', פטריוטיות ומה שביניהן

התפיסה המקובלת, שחובתו העיקרית של האזרח כלפי מדינתו היא חובת הנאמנות, היא בבואה של התפיסה הרואה באזרחות מעמד של אדם הקשור למדינה בקשר של נאמנות.⁶⁶ אפשר להסביר את חשיבותה של חובת הנאמנות בשיקולי יעילות, משום שהתברר שהרטוריקה של 'נאמנות לאומית' היא המכשיר האולטימטיבי לגיוס ההקרבה העצמית של העם בהגנה על המולדת.⁶⁷ מכל מקום, למרות הדגש על חובת הנאמנות, היא נותרה כללית וערטילאית. כך למשל, רוב האמנות הבין-לאומיות אינן מגדירות מה חובה זו כוללת. עוד דוגמה היא הצהרת הנאמנות למדינה, שאינה מוטלת, ככלל, על אזרחים מלידה. דיני אזרחות במדינות רבות מחייבים את המעוניינים להתאזרח להצהיר אמונים למדינה. מקצתן של הצהרות אלו יוצקות תוכן מזערי לנאמנות המוצהרת ומכוונות אותה

65 ראו סעיף 39 למגנה כרטא והתיקונים השישי והשביעי במגילת הזכויות של חוקת ארצות הברית. (תיקונים אלה חלים על משפט פלילי ועל משפט אזרחי, בהתאמה.)

66 השקפה זו מבוססת, למשל, בסעיף 1 לטיטת הרווד לאמנה בדבר אזרחות מ-1929.

67 יוסי שיין **גבולות הנאמנות: גולים פוליטיים בעידן מדינת הלאום** 16-17 (אהרן אמיר מתרגם, 2006).

לשמירה על חוקי המדינה, חוקתה או משטרה הדמוקרטית. חוק האזרחות הישראלי מתנה התאזרחות בהצהרת אמונים למדינת ישראל בזו הלשון: 'אני מצהיר שאהיה אזרח נאמן למדינת ישראל'⁶⁸ ואינו מפרש כלל למה הכוונה בביטוי 'אזרח נאמן'.

יפה זילברשץ, מומחית למשפט חוקתי, טוענת שחובת הנאמנות של הפרט למדינה היא פועל יוצא של תפקיד המדינה בחיי הפרט, וכי תפקיד זה מתבטא בשניים אלו: (א) ליצור מסגרת חיים מאורגנת ומסודרת לפרטים הנמצאים בשטחה, בצד שמירה על זכויות האדם שלהם; (ב) לשמש מסגרת לאומית-תרבותית לאנשים החיים בשטחה ולתרום בכך לגיבוש זהותם.⁶⁹ משני התפקידים נגזרות חובות נאמנות שונות זו מזו. מן התפקיד הראשון נגזרת חובתם של אזרחי המדינה ושל תושביה שלא לפגוע במדינה באופן שעלול למנוע את המשך קיומה ותפקודה כמסגרת המגנה עליהם. זו חובה בעלת אופי שלילי – להימנע ממעשים מסוימים (ולכן נכנה אותה להלן: 'המובן השלילי של חובת הנאמנות'). מן התפקיד השני, השנוי במחלוקת, נגזרת חובת נאמנות רחבה יותר, בעלת אופי חיובי – לנקוט צעדים לשם פיתוח שפת המדינה ושימור ההיסטוריה שלה, סמליה וערכיה החוקתיים (נכנה אותה להלן: 'המובן החיובי של חובת הנאמנות').

חובת הנאמנות במובן השלילי (פסיבי) – בעד פרשנות צרה

באופן עקרוני ההיבט הראשון של חובת הנאמנות – הימנעות מפגיעה בקיומה של המדינה – אינו שנוי במחלוקת (ואף אפשר לקשור אליו חובת עשייה מובהקת – והיא חובת השירות בצבא). ברם היבט זה מקבל אצל זילברשץ פרשנות רחבה. לדעתה, חובה זו חלה הן כלפי אויבים מבחוץ הן כלפי המבקשים לפגוע במדינה מבית, כלומר היא מתבטאת לא רק באיסורי הבגידה אלא גם באיסורי ההמרדה וההסתה למשל, אף על פי שבמקרה האחרון אפשר לטעון שלא מדובר בחובת נאמנות כלפי המדינה, אלא כלפי השלטון במדינה. הנימוק שמביאה זילברשץ לעמדתה הוא שלעיתים פגיעה בשלטון יכולה להשתוות לפגיעה במדינה. לדידה, בעידן

68 סעיף 5(ג) לחוק האזרחות, התשי"ב-1952, ס"ח 146.

69 יפה זילברשץ 'נאמנות למדינה' ספר זמיר: על משפט, ממשל וחברה 491 (יואב דותן ואריאל בנדור עורכים, 2005).

המודרני רוב הסכנות לקיומה של המדינה אינן נובעות ממלחמות חיצוניות, אלא דווקא מסכסוכים פנימיים, ויש בכך לחזק את ההנחה שגם פעולות שנועדו להרוס את המדינה מבית עומדות בסתירה לחובת הנאמנות למדינה.⁷⁰

זילברשץ מנסה להראות שגישתה, הרואה בפגיעה בביטחון הפנים של המדינה הפרה של חובת הנאמנות כלפיה, מקובלת במדינות דמוקרטיות. באנגליה, למשל, גישה זו קיבלה ביטוי מפורש: עברת הבגידה כוללת הן את האיסור לסייע לאויבי המדינה הן את האיסור לפגוע במדינה מבית. כנגד זאת יש לציין שעברת הבגידה האנגלית נחקקה ב־1351 וביטאה במשך מאות בשנים תפיסה מלוכנית אבסולוטית, רחוקה מאוד מן התפיסה הדמוקרטית המודרנית. המשפט האנגלי אף זכה לביקורת על שעדיין כלולים בו שרידים לתפיסה הרואה בפרט נתין ולא אזרח (בעקבות המעבר ההדרגתי והממושך של אנגליה ממונרכיה אבסולוטית למונרכיה חוקתית). לדוגמה, שבועת הנאמנות המוטלת על מתאזרחים עסקה עד לא מכבר רק בנאמנות כלפי המלכה ויורשיה.⁷¹

זילברשץ אינה מסתפקת בדוגמה האנגלית וטוענת שגם בארצות הברית ובישראל הפגיעה בביטחון הפנים של המדינה נחשבת הפרה של חובת הנאמנות כלפי המדינה. בשתי המדינות נקבעה עברת בגידה מצומצמת יותר, המותירה מחוץ לה את האיסורים הנוגעים לפגיעה ביציבות השלטון. בארצות הברית אומצה עברת הבגידה האנגלית באופן חלקי בלבד, בכוונת מכון – כדי למנוע מן הממשל להשתמש בעברת הבגידה ככלי לרדיפות פוליטיות של מבקריו, כפי שנהג לעשות השלטון האנגלי במושבות הכבושות. עם זאת, טוענת זילברשץ, האיסורים הביטחוניים הנוספים שנחקקו בארצות הברית ובישראל – כגון איסורי מרידה והסתה, פגיעה בכוחות מזוינים או קשירת קשר לפגוע בממשלה – מעידים על כוונתו של המחוקק להגן על המדינה גם מפני הרס מבית ומאפשרים לכלול היבט זה בחובת הנאמנות.

הטענה האמורה אינה משכנעת. עצם חקיקתם של איסורים הנוגעים לפגיעה ביציבות השלטון או בסדר הציבורי אינה מלמדת, כשלעצמה, על קשר מיוחד בין איסורים אלו ובין חובת הנאמנות למדינה. כפי שצינו בקשר לחובת הציות לחוק, דיני העונשין מבטאים את האינטרסים של

70 שם, בעמ' 492-498.

71 Vincenzi, לעיל הערה 7, בעמ' 282. ראו הרחבה בעניין זה להלן בפרק השלישי.

החברה המאורגנת כולה. תכליתו של החוק הפלילי להגן על ערכים חברתיים חשובים באמצעות איסור הפגיעה בהם. אין הכרח לדון בעברות הנזכרות במונחי נאמנות, אלא במונחים הרגילים של הגנה על ערכים חברתיים.

ועוד זאת: מתן פרשנות כה רחבה לחובת הנאמנות לקיומה של המדינה, כפי שגורסת שיטתה של זילברשץ, בעייתי משתי בחינות. ראשית, כפי שכבר נרמז, פרשנות כזאת מערפלת את ההבחנה החשובה בין המדינה ובין השלטון. במשטר דמוקרטי סטייה חמורה של השלטון מחובתו לפעול ביושר ובהגינות לטובת הציבור יוצרת התנגשות בין חובת הנאמנות למדינה ובין תביעתו של השלטון לציות לדברו. במשטר לא דמוקרטי, לעומת זאת, השליט יכול להכריז 'המדינה זה אני' ולדרוש נאמנות מוחלטת ונצחית מן הנשלטים. נוסף על כך פרשנות כה רחבה מסכנת יתר על המידה את חירויות הפרט, ובייחוד את חופש הביטוי הפוליטי, היות שהיא מאפשרת לראות באמירות 'מסיתות' או 'ממרידות' משום בגידה.⁷² זילברשץ מנסה להתמודד עם קשיים אלו, אך היא אינה נותנת להם פתרון מניח את הדעת.

ההיסטוריה מספקת לא מעט דוגמאות לסכנות הצפויות לחירויות הדעה, המצפון והביטוי של הפרט עקב מתן מובן רחב מדי לדרישת הנאמנות למדינה. אחת מדוגמאות אלו היא אימת הקומוניזם בארצות הברית, אשר הניעה את השלטון לנקוט שורה של צעדים מחפירים, החל בניסיונות לבטל את התאזרחותם של מהגרים ממוצא רוסי שנחשדו בתמיכה בקומוניזם וכלה בתקופת המקארתיזם, שבה השתמש השלטון באמצעי בילוש וחקירה חסרי תקדים כלפי אזרחים שנחשדו בחברות במפלגה הקומוניסטית. (אמצעי הבילוש הללו מושווים לאמצעים שנוקט השלטון האמריקני בשנים האחרונות, על רקע המאבק בטרור, מכוח חוק PATRIOT השנוי במחלוקת, אשר התקבל בסמוך לאחר פיגועי 11 בספטמבר והקנה לסוכנויות הביטחון סמכויות נרחבות בלי ביקורת שיפוטית.)

באחד מפסקי הדין החשובים בנושא זה, שניתן ב-1942, ניסה בית המשפט העליון לבלום את הסחף בשלילת אזרחות ממהגרים ותיקים בתואנות מן הסוג הזה. בפרשת *Schneiderman v. United States*⁷³ דרשה הממשלה לבטל את אזרחותו של אדם שהתאזרח בארצות הברית יותר

72 כך עושה זילברשץ עצמה. ראו זילברשץ, לעיל הערה 69, בעמ' 506-508.

320 U.S. 118 (1942) 73

מעשור קודם לכן. שניידרמן היגר מרוסיה לארצות הברית בגיל 3 והתאזרח בה ב-1927, עם הגיעו לגיל 21. אחד התנאים לקבלת אזרחות אמריקנית היה עמידה בתקופת מבחן של חמש שנים אשר במהלכה נדרש המבקש לפעול בנאמנות לעקרונות החוקה. בתקופה שקדמה להתאזרחותו היה שניידרמן חבר בארגונים קומוניסטיים. המדינה טענה כי ארגונים אלו התקיימו בניגוד לעקרונות החוקה וכי הם פעלו להפלת הממשלה בכוח, ועל כן האזרחות ניתנה לו שלא כדין. שניידרמן הצהיר שהוא מחויב לרעיונות המרכסיסטיים במסגרת העקרונות החוקתיים של בחירות ושכנוע לא אלים, וכי אף יילחם נגד רוסיה אם יהיה צורך בכך. בית המשפט המחוזי קיבל את עמדת המדינה, אבל בית המשפט העליון הפך את ההחלטה. דעת הרוב הדגישה את הצורך לפרש את דרישת הנאמנות לעקרונות החוקה באופן שלא יפגע בעקרון חופש המחשבה. נקבע שמחויבות לעקרונות החוקה אינה סותרת בהכרח את הרצון להביא לשינויה, שאם לא כן עשויה להיגרם פגיעה מוגזמת בחופש המחשבה. מנגד טענו שופטי המיעוט כי הנאמנות לעקרונות החוקה מחייבת הזדהות עם סדרי המשטר הקיימים, ועניין זה אינו קשור כלל לסוגיות של חופש דעה או מצפון.

לגופו של עניין, הממשלה טענה שהאידיאולוגיה הקומוניסטית בדבר ביטול הקניין הפרטי (הלאמת אמצעי הייצור) סותרת את 'הפילוסופיה הפוליטית הכללית' של החוקה המתבטאת, בין השאר, בהוראת התיקון החמישי לחוקה, אשר מגן על זכות הקניין. בית המשפט נמנע מדיון בשאלה אם זו אכן 'הפילוסופיה הפוליטית הכללית' של החוקה ואם יש מקום לדרוש נאמנות רעיונית כזאת מעיקרה.⁷⁴ עם זאת השופטים התייחסו לכמה מן הרעיונות הגלומים בתפיסת העולם הקומוניסטית וניסו להראות שאפשר ליישב כל אחד מהם עם עקרונות החוקה.⁷⁵

השופט דאגלס (Douglas) הגדיל לעשות באמרו שאפילו מצעה המתוקן של המפלגה הקומוניסטית, אשר דגל בביטול הקונגרס, בית המשפט העליון

74 שם, בעמ' 141.

75 שם, בעמ' 141-143. לדוגמה, נטען שההגנה החוקתית על זכות הקניין אינה סותרת בהכרח בעלות ממשלתית על משאבים מסוימים, וכי רעיון הדיקטטורה של הפרולטריון הוא מושג עמום הניתן לפירושים רבים שאפשר להתאימו לתנאים שונים במדינות שונות. בין השאר אפשר לפרשו לאו דווקא כאידאל שלטוני, שפירושו חיסול המשטר הדמוקרטי הייצוגי והמבנה הפדרלי, אלא כאידאל חברתי, שלפיו המעמד הדומיננטי בחברה לא יהיה מעמד הבורגנות אלא מעמד הפועלים.

ורעיון הפרדת הרשויות (החלפת מחוזות הקונגרס במועצות פועלים שיאחדו סמכויות חקיקה ושפיטה), אינו סותר את עקרונות החוקה, כל עוד מדובר בחתירה להגשמתו באמצעים חוקתיים לא אלימים (כלומר מתוך שימוש בחופש העיתונות, ההפגנה, השביתה והאספה) – אף על פי שהשאיפות הללו מנוגדות לדעת הרוב במדינה ויובילו, אם יתקבלו, לשינוי במבנה המשטר. מנגד טען השופט סטון (Stone), בדעת מיעוט, כי אזרחי המדינה נדרשים להזדהות גם עם מוסדות המדינה, וכי דרישת הנאמנות נוגעת למחויבות לעקרונות החוקה בפועל.⁷⁶

המחלוקת המשפטית בקשר ל'נאמנות לעקרונות החוקה' הנדרשת ממתאזרחים נוגעת לוויכוח הרחב יותר על הליבה הערכית שאמורה לתחום את היקפה של חובת הנאמנות למדינה. דעת הרוב בפרשת שניידרמן משקפת תפיסה 'רזה': גם אם הנאמנות למדינה מתבטאת במחויבות לערכים מסוימים המגולמים בערכים החוקתיים (עד כמה שאפשר לקבוע מהם) – מדובר בהסכמה בעיקר על פרוצדורות. עמדה מעין זו, של תחושת השתייכות במסגרת קונסנווס פרודורלי, מגולמת ברעיון של 'פטריוטזם חוקתי'.

נגד המובן החיובי של חובת הנאמנות

ההיבט השני של חובת הנאמנות – שמירה על זהות המדינה ועל ערכיה – בעייתי מעיקרו. זילברשץ מנמקת אותו בערך התרבותי שיש למדינה המסוימת שהפרט חי בה, ערך שהוא רכיב בזהותו.⁷⁷ תפיסה זו מחייבת, כך גם לשיטתה, שהנאמנות תהיה בעלת ממד סובייקטיבי, הנובע מחוויות של עבר משותף ומאבקים משותפים. במילים אחרות, הנאמנות למדינה כוללת רגש של שייכות למדינה או אהבת המדינה.

אפשר לראות בנאמנות זיקה רגשית המושתתת על אמונה בערכים מסוימים וקשורה קשר הדוק לזהות האישית באמצעות המושג 'אחוה'. אחד המלומדים המבטא עמדה כזאת מציין כי אף על פי שהאטימולוגיה של המילה loyalty קשורה במילה law, הנאמנות אינה מחייבת חוק לשם ביטוייה.⁷⁸ הוא מצטט בהקשר זה את דברי הלאומן האירי רוג'ר קייסמנט

76 שם, בעמ' 171-172, 179.

77 זילברשץ, לעיל הערה 69, בעמ' 515. בנקודה זו יורחב בפרק הרביעי, במסגרת הדין בדימוי המדינה למשפחה.

78 DEREK HEATER, CITIZENSHIP: THE CIVIC IDEAL IN WORLD HISTORY, POLITICS AND EDUCATION 193 (1990)

(Casement), בנאום שנשא בעקבות הרשעתו בבגידה ב־1916 (בגין הכנסת כוחות גרמניים לאירלנד כדי לעורר התקוממות מזוינת נגד השלטון הבריטי):

הנאמנות היא רגש, לא חוק. היא נשענת על אהבה, לא על ריסון. השלטון האנגלי באירלנד נשען על ריסון ולא על חוק, והואיל והוא אינו מבקש אהבה כלשהי, אין ביכולתו לעורר שום נאמנות.

אכן, המובן החיובי של הנאמנות, שבא לידי ביטוי בדרישה להזדהות עם המדינה ולהפגין מסירות כלפיה, אינו יכול להתבסס על טיעונים שכלתניים בלבד. הוא מחייב התקשרות רגשית.⁷⁹ מבחינה מעשית נראה שיש להעדיף את הגישה שהנאמנות למדינה היא מזערית ופסיבית, וה**פטריוטיות** היא שמצרפת לנאמנות את רגש האהבה למדינה⁸⁰ (אם כי יש בכך עיוות מסוים של המונח 'פטריוטיות', כפי שיתברר מיד). גישה כזאת מצמצמת את היקפה של הנאמנות כחובה **משפטית** ומסייעת למנוע פגיעות מיותרות בחירותו של הפרט. עמדה זו אף מתחייבת מן הקושי למצוא במדינה המודרנית, ההטרורגנית, בסיס חווייתי של היסטוריה משותפת, אשר מצמיח את רגש הנאמנות.

זילברשץ טוענת כי 'לכל מדינה חוויית הקמה קשה או קלה, ארוכה או קצרה, והיא בסיס ליצירת חוויה היסטורית משותפת בין האנשים שחיים במסגרת גבולותיה', וכי חוויה זו 'מערבת רגשות עמוקים של שייכות'.⁸¹ כיצד מתיישבים דברים אלו עם המציאות הישראלית, למשל, שבה מיעוט

79 אחד המלומדים העיר בנוגע להיבט זה כי המושג 'נאמנות' מערפל את ההבחנה בין סובייקט לאובייקט: כדי להסבירו נידרש להבין משהו על מי שנושא את הנאמנות (הסובייקט), ולא רק על המושא לנאמנות (האובייקט). ראו GEORGE P. FLETCHER, LOYALTY: AN ESSAY ON THE MORALITY OF RELATIONSHIPS 61 (1993)

80 זו למשל עמדתו של Fletcher, שם, עמ' 62–63. פלטשר מבטא בחיבורו את הדעה שהריטואלים הפטריוטיים חשובים מאוד לקיומן של זהות משותפת וסולידריות חברתית, אולם רעיון הנאמנות למדינה נושא בחובו מתחים עמוקים אשר מחייבים מתן מובן מינימליסטי לחובת הנאמנות למדינה. זילברשץ דוחה את עמדתו של פלטשר ועומדת על כך שהמחויבות לערכי המדינה ולזהותה (המבטאת רגש של הזדהות עם המדינה) משתלבת בנאמנות למדינה ולא בפטריוטיות. ראו זילברשץ, לעיל הערה 69, עמ' 524 הערה 112.

81 זילברשץ, שם, בעמ' 524. זילברשץ מדגימה את האמור לעיל על ארצות הברית, אשר אינה מבוססת על לאום אחד, ובכל זאת לקבוצות המרכיבות אותה יש היסטוריה משותפת של מאבק לעצמאות נגד הבריטים ושל מלחמת האזרחים. ברם דוגמה זו מותירה מחוץ לחוויה המשותפת את האינדיאנים (הילידים האמריקנים).

גדול מקרב אזרחי המדינה מחזיק בנרטיב היסטורי מנוגד בתכלית לנרטיב של הקבוצה הדומיננטית? מציאות מורכבת זו מחייבת הבחנה ברורה בין אזרחות לבין לאומיות ובין נאמנות למדינה – היוצרת חובות משפטיות – לבין פטריוטיות ומידה טובה אזרחית, שעניין בתחום המוסר.

נאמנות למדינה לעומת פטריוטיות ולאומיות

קווי התיחום בין המונחים 'נאמנות למדינה', 'פטריוטיות' ו'לאומיות' היטשטשו במהלך ההיסטוריה. בעידן המודרני נעשתה הלאומיות כלי ראשון במעלה לגיוסה של נאמנות עד כדי כך שישעיהו ברלין כתב: 'סבור אני שלא נגזים אם נאמר כי שום תנועה מדינית כיום, על כל פנים מחוץ לעולם המערבי, כנראה אינה צפויה להצליח אלא אם כן תבוא בברית עם הרגש הלאומי'.⁸² העיוות במשמעות המונח פטריוטיות נגרם עקב השימוש הפוליטי שעשו בו שליטים ותנועות לאומיות לשם עיצוב לאומיות, ופעמים רבות אף לצורך עיצובה של לאומנות. בשל כך ביקשו הוגי דעות ליברלים⁸³ להגדיר פטריוטיות בתור מחויבות אזרחית לשמירת ערכיה של המדינה כדמוקרטיה. הפילוסוף הגרמני יורגן הברמאס (Habermas) פיתח בהקשר זה את הרעיון של 'פטריוטיות חוקתית', שלפיו האזרחות צריכה להסתמך על ערכים משותפים של שלטון חוק, זכויות אדם ועקרונות דמוקרטיים, ולא על עבר משותף או על מוצא אתני משותף (אם כי, לשיטתו, הערכים האוניברסליים הללו עוברים פרשנות והתאמה למציאות המקומית על פי ההיסטוריה של הקהילה הפוליטית המסוימת והדפוסים הפוליטיים שלה).⁸⁴

82 ישעיהו ברלין נגד הזרם: מסות בהיסטוריה של האידיאות 463 (הנרי הארדי עורך, אהרן אמיר מתרגם, 1986). ברלין ממחיש את הטענה האמורה במאמצי של סטלין לגייס את הרגש הלאומי למרות הסתירה הפנימית בין הלאומיות ובין האידיאולוגיה המרקסיסטית.

83 הבולטים שבהם הם הסוציולוג הקנדי מוריס ג'נוביץ (Janowitz), הפילוסוף הקנדי צ'רלס טיילור (Taylor) והפילוסוף הגרמני יורגן הברמאס (Habermas).

84 רעיון זה, שאינו מתמצה במחויבות לערכים אזרחיים מופשטים, אלא מעביר אותם קונקרטיזציה פוליטית ותרבותית, מכונה 'פטריוטיות חוקתית עבה', בשונה מ'פטריוטיות חוקתית דקה'. על ההבדלים בין השניים (בדגש על יישומם בקהילה פוליטית על-מדינית, דוגמת האיחוד האירופי) ועל שיוכו של המובן הראשון להברמאס ראו Mattias Kumm, *The Idea of Thick Constitutional Patriotism and Its Implications for the Role and Structure of European Legal History*, 6 GERMAN L. J. 319, 319–21 (2005)

הבעיה בפטריוטיזם ה'אזרחי' היא שעמדה זו לוקה בעיוות תפיסה דומה לזה של הפטריוטיזם ה'לאומי' – שתי העמדות הללו רואות בפטריוטיות הזדהות עם המדינה.⁸⁵ ברם פטריוטיות פירושה נאמנות אישית או קבוצתית למולדת (*patria*), לא לישות מדינית. אפשר לראות בה קשר שנוצר בין היחידים, הלאום שהם משתייכים אליו והארץ שהם מתגוררים בה.⁸⁶

פטריוטיות ולאומיות, הגם שתיתכן ביניהן חפיפה מסוימת, אינן מושגים זהים. הפטריוטיזם הוא תופעה אוניברסלית עתיקת יומין, ואילו הלאומיות היא תופעה מודרנית שצמחה באירופה בעת החדשה.⁸⁷ כיום משמשת המדינה אכסניה פוליטית לקבוצות לאומיות שונות, כך שפטריוטיות, במובן של אהבת הארץ, עשויה להתקיים בקרב קבוצות לאומיות שונות השוכנות במדינה אחת. בחברה הישראלית הפטריוטיזם נושא מאפיינים מיוחדים במינם, בין השאר מפני ששני הלאומים שבה, יהודים ופלסטינים, מעורבים בסכסוך אלים ומתמשך על טריטוריה שכל צד רואה בה את מולדתו.⁸⁸ במציאות זו השיח הפוליטי והמשפטי בישראל קושר, באופן בעייתי, את המונח פטריוטיזם לנאמנות לערכיה של מדינת ישראל כמדינת לאום יהודית.⁸⁹

התייחסות בין 'נאמנות למדינה' ובין 'אזרחות טובה' עשוי אף הוא להיטשטש. הנאמנות למדינה היא הבסיס לחובות אזרחיות מסוימות. גם המעלות האזרחיות (*civic virtues*) נבחנות במונחי חובות כלפי המדינה או כלפי ציבור האזרחים במדינה. עם זאת לא לכל החובות האזרחיות תוקף משפטי, וטוב שכך. 'המידה הטובה האזרחית' היא מונח הלקוח מתורת המוסר. על כן היא כוללת, לכאורה, את החובות המינימליות הנובעות

85 גד ברזילי 'המשפט כאמצעי לעיצוב "פטריוטיות": הבניית "האזרח הרצוי" בדמוקרטיה ובישראל' **פטריוטיזם: אהבים אותך מולדת** 341, 343-341 (אבנר בן-עמוס ודניאל בר-טל עורכים, 2004) (הספר להלן: **פטריוטיזם**).

86 דניאל בר-טל ואבנר בן-עמוס 'פטריוטיזם כתופעה פסיכולוגית-חברתית: מבוא לגיתוח המקרה הישראלי' **פטריוטיזם**, שם, 13, 15. כאמור שם, זיקה זו מבוססת על אמונות המביעות בעיקר השתייכות, אכפתיות ונאמנות, ולכן יש לראות בפטריוטיזם לא רק ביטוי רגשי, אלא גם ביטוי קוגניטיבי של האמונות המלוות את הזיקה. נוסף על כך הזיקה ללאום ולארץ אינה מוציאה מכלל אפשרות מחלוקות פטריוטיות בנוגע לגבולות הארץ או לזהות הקבוצות המרכיבות את הלאום. ראו שם, בעמ' 18-19.

87 שם, בעמ' 16.

88 שם, בעמ' 23-24.

89 בכך עוסק מאמרו של ברזילי, לעיל הערה 85. על נקודה זו נרחיב בפרק החמישי.

מחובת הנאמנות (הרי לא נתאר את הבוגד כאזרח טוב). אך חובת הנאמנות, לפחות במובן המצומצם שלה, כלומר חובה פסיבית, ודאי אינה כוללת את חובות העשייה הנובעות מן הסגולה האזרחית (ולכן לא נתאר בהכרח את כל מי שאינו בוגד כאזרח טוב). ככל שנרחיב את חובת הנאמנות ונגזור ממנה חובות עשייה בעלות תוקף משפטי מחייב, יתערפל הגבול בין חובה משפטית לבין חובה מוסרית, כפי שעולה למשל מן הדיון בחובת ההצבעה בבחירות.

נקודה חשובה המתווספת לאמור עד כה היא שהמובן הפסיבי של הנאמנות למדינה מבטא דיכוטומיה בין שני מצבים אפשריים: אדם יכול להיות או נאמן או לא נאמן. המובן הפסיבי אינו כולל מרחב התממשות המאפשר רמות שונות של נאמנות. לכן מובן זה מגשים את הקשר האטימולוגי והמושגי בין נאמנות לבין חוק.⁹⁰ מן השורש הלטיני של המילה *lex* (חוק) נולדו המילים *loi* (חוק) ו-*loyauté* (נאמנות) בצרפתית (*law* ו-*loyalty* באנגלית). הקשר האטימולוגי בין נאמנות לבין חוק קיבל ביטוי מוחשי יותר בעבר: ילד חוקי כונה *loyal child* וכסף כשר נקרא *loyal money*.⁹¹ הדיכוטומיה הגלומה במובן הפסיבי של הנאמנות הולמת את המישור המשפטי, היות שהמשפט מחייב לסווג התנהגויות באופן ברור כדי לקבוע את השלכותיהן המעשיות מבחינת דיני המדינה. לעומת זאת אדם יכול להיות פטריטי יותר או פחות ואזרח טוב יותר או פחות. בסוגיות אלו אין דיכוטומיה ועניינן בתחום המוסר ולא בתחום המשפט.

לסיכום, נדמה שעדיפה תפיסת נאמנות צרה ופסיבית, למצער במישור המשפטי. זו גם הגישה הנוהגת. גישה זו מצמצמת את חובת הנאמנות לפן השלילי – החובה המוטלת על האזרח שלא לעבור עברות הפוגעות בביטחון המדינה שהעניקה לו את אזרחותה.⁹²

ה. גילוייה של חובת הנאמנות בדין הישראלי

בישראל העברות המבטאות את חובת הנאמנות למדינה הן בעיקר עברות הבגידה, הקבועות בפרק ז לחוק העונשין, התשל"ז-1977. אחת מהן, האיסור על שירות בכוחות האויב (סעיף 101 לחוק העונשין), קושרת

90 Fletcher, לעיל הערה 79, בעמ' 62.

91 שם, שם.

92 ב"ש (מחוזי י"ם) 1545/97 היועץ המשפטי לממשלה נ' פלוני, פ"מ תשנ"ח (2) 145,

199-200.

בבירור בין המעשה האסור ובין חובת הנאמנות המוטלת על הפרט. איסור זה חל על 'אזרח ישראלי וכל אדם אחר החייב בנאמנות למדינת ישראל, בין באשר הוא חייב בשירות בטחון לפי חוק שירות בטחון [...] ובין באשר שירת בשירות המדינה'. שאר עברות הבגידה חלות, כלשונן, על כל אדם (לפי סעיף 97 לחוק העונשין, 'מי שעשה, בכוונה לפגוע בריבונותה של המדינה, מעשה שיש בו כדי לפגוע בריבונותה, דינו – מיתה או מאסר עולם'; ולפי סעיף 98 לחוק העונשין, 'מי שעשה, בכוונה להביא לידי פעולה צבאית נגד ישראל, מעשה שיש בו כדי להביא לכך, דינו – מאסר חמש עשרה שנה; התכוון לסייע לאויב – דינו מיתה או מאסר עולם'). עם זאת סעיף 131 לחוק העונשין קובע שבמקרה של עברת בגידה או פגיעה ביחסי החוץ של המדינה שנעשו בחוץ לארץ, אחריות פלילית תוטל רק אם בשעת העברה היה העושה אזרח ישראלי, תושב ישראל או חייב בנאמנות למדינת ישראל משום ששירת בשירות המדינה או מסיבה אחרת. מכאן שאזרח מחויב שלא לפגוע בביטחון המדינה או ביחסי החוץ שלה גם כאשר הוא נמצא מחוץ לגבולותיה.

תחולתן הכללית של עברות הבגידה בעייתית כיוון שהמונח 'בגידה' משקף הפרת נאמנות, אולם חובת הנאמנות לישראל ודאי אינה מוטלת על כל אדם. מובן שביקורת זו אינה שוללת הטלת אחריות פלילית על מי שעושה את אחד המעשים האמורים בעברות הבגידה והוא אינו חייב נאמנות למדינת ישראל (לדוגמה, תייר או שוהה לא חוקי), אלא שוללת רק הגדרה של המעשה בתור 'בגידה'.

בפרק הבא נעמוד על הקשר בין חוסר נאמנות לבין שלילת אזרחות במשפט הקיים בארץ ובעולם, בעבר ובהווה, בטרם נעבור לדיון במשפט הרצוי בסוגיה זו, בפרקים הרביעי והחמישי.

א. הסוגיה של חוסר אזרחות במשפט הבין-לאומי

המשפט הבין-לאומי רואה באזרחות זכות אדם. סעיף 15 להכרזה של עצרת האו"ם בדבר זכויות אדם מ-1948 קובע כי לכל אחד יש זכות לאזרחות, וכי אין לקפח אדם מאזרחותו באופן שרירותי או למנוע ממנו את הזכות לשנות את אזרחותו. להכרזה יש מעמד הצהרתי בלבד. אמנה, לעומת זאת, מחייבת את המדינות החתומות עליה ואף הופכת לחלק ממשפטה הפנימי של מדינה המאשררת אותה בבית המחוקקים. האמנה הבין-לאומית בדבר זכויות אזרחיות ומדיניות אימצה את הכרזת זכויות האדם חלקית בלבד וקבעה שזכותו של כל ילד לקבל אזרחות.¹ האמנה הבין-לאומית בדבר ביעורן של כל צורות האפליה הגזעית מונה את הזכות לאזרחות עם הזכויות האזרחיות שעל המדינות החברות להבטיח – בגדר הזכות לשוויון לפני החוק – בלא הבחנה על בסיס גזע או מוצא לאומי או אתני.²

עם זאת הזכות לאזרחות אינה זכות מסוג חירות, שניצבת מולה חובה בעלת אופי שלילי גרדא. מול הזכות לאזרחות מתבקשת חובה פוזיטיבית של מדינה – להעניק אזרחות. אולם הנורמות המשפטיות הבין-לאומיות אינן מגדירות חובה כזאת. עד כה נתפסו דיני האזרחות כפררוגטיבה של המדינות, כלומר סמכות הנובעת מריבונותה של המדינה ונתונה לשיקול דעתה הבלעדי. כך עולה למשל מסעיף 1 לאמנת האג מ-1930: כל מדינה רשאית לקבוע במשפטה הפנימי מי הם אזרחיה. הוראה יוצאת דופן קבועה בסעיף 20 לאמנה הבין-אמריקנית בדבר זכויות אדם, הקובע שלכל אדם יש זכות לקבל את אזרחות המדינה שנולד בה, אם אין לו זכות לאזרחות אחרת.³ אולם גם הוראה חריגה זו היא בעלת תחולה אזרחית

1 סעיף 24(3) לאמנה הבין-לאומית בדבר זכויות אזרחיות ומדיניות, כ"א 31, 269 (נפתחה לחתימה ב-1966). בכך אימצה האמנה את העיקרון השלישי להכרזה בדבר זכויות הילד מ-1959, ובו נאמר שלילד תהיה זכות לשם ולאזרחות מלידתו.

2 סעיף 5 לאמנה בדבר ביעורן של כל צורות האפליה הגזעית, כ"א 25, 547 (נפתחה לחתימה ב-1966; אושררה ונכנסה לתוקף ב-1979). ראו גם סעיף 9 לאמנה בדבר ביטול אפליה נגד נשים לצורותיה, כ"א 31, 179 (נפתחה לחתימה ב-1979; אושררה ונכנסה לתוקף ב-1991).

3 הוראה דומה ומסויגת, המטילה על מדינות להעניק את אזרחותן לאדם שנולד בשטחן ושיוותר חסר אזרחות אם לא יעשו כן, קבועה בסעיף 1 לאמנה הבין-לאומית בדבר צמצום חוסר אזרחות, שתידון בהמשך.

בלבד (האמנה חלה במדינות דרום אמריקה). לפיכך במשפט הבין-לאומי הזכות לאזרחות היא זכות חסרה או פגומה, חסרת 'שיניים' (*lex imperfecta*).

חוסר אזרחות

החריג היחיד לאי-התערבותו של הדין הבין-לאומי בדיני האזרחות המדינתיים נוגע למצבים של חוסר אזרחות. כל עוד המדינות חופשיות לבחור קריטריונים שונים להענקת אזרחות (למשל מכוח לידה בתחומי המדינה או מכוח לידה להורה שהוא אזרח המדינה), יהיו אנשים שיחשבו אזרחים במשפטן של שתי מדינות או יותר. אנשים אלו יהיו בעלי יותר מאזרחות אחת, ובצדם יהיו אנשים שלא יחשבו אזרחים בשום שיטה משיטות המשפט וימצאו עצמם חסרי אזרחות. חוסר אזרחות עלול לנבוע גם מסיבות אחרות, כגון התפרקותן של מדינות או שלילת אזרחות. חשוב לציין כי בשונה מן המחלוקת בשאלה אם ככל אזרחות הוא מצב רצוי, אין חולק על כך שחוסר אזרחות הוא מצב לא רצוי מבחינת הסדר הבין-לאומי ומבחינת זכויות הפרט.

כפי שראינו בפרק הקודם, חוסר אזרחות גורר עמו את סכנת הגירוש. העיקרון שחסינות מפני גירוש מוקנית רק לאזרח, ולא לכל אדם, הוכר במשפט הבין-לאומי. כך נקבע למשל בפרשת *Moustaquim v. Belgium*⁴ בקשר לצו גירוש שהוציאה בלגיה נגד אזרח מרוקני שהורשע בעברות חמורות. העותר טען כי צו הגירוש מפלה אותו לרעה לעומת אזרחים (שאינם מגורשים). בית הדין האירופי לזכויות אדם דחה את תלונתו וקבע שאי-אפשר להשוות את מעמדו של עבריון זר למעמדם של עבריינים בלגים, מפני שלאחרונים יש זכות להתגורר במדינתם. בזירה הבין-לאומית הגירוש טומן בחובו סיכון לסכסוכים בין מדינות. סיכון זה קיים במיוחד כאשר מדינה שוללת אזרחות באופן המוני, מקבוצה שלמה של אזרחים. במישור האישי חוסר אזרחות יוצר קשיים חמורים עוד יותר. התפרקותו של העולם המודרני למדינות לאום וסגירת הגבולות בכלל ובזמנים של משבר בין-לאומי בפרט יוצרות לעתים קרובות מצב משפטי בלתי נסבל לאנשים שאיבדו את אזרחותם. בנוהג הבין-לאומי הרשמי אזרחות פירושה החזקת דרכון לאומי, המאפשר לאדם לנוע בין מדינות

ולזכות בהגנה דיפלומטית מחוץ למדינתו. בלי דרכון לאומי אדם תלוי בחסדיה או בגחמותיה של המדינה שלתחומה נקלע בזמן שניטלת אזרחותו. ב־1922 ניסה חבר הלאומים להתמודד עם בעיית הפליטים מחוסרי האזרחות והנפיק מסמכים שנודעו בשם 'דרכוני נאנסן' (Nansen). מסמכים אלו נועדו לספק לנטולי האזרחות אפשרות לחצות גבולות ולזכות בזכויות אדם יסודיות ובפרנסה, אך הם איבדו את ערכם בשנות השלושים, כאשר גדל מספרם של הפליטים.⁵

האדם החסר אזרחות נמצא במצב קשה יותר מבעל אזרחות זרה. אפילו זכויותיהם של זרים זוכות להגנה כלשהי – מתוקף מעמד התושבות ומכוח מערכת הסכמים בין המדינות. לעומת זאת מערכת ההסכמים בין המדינות אינה מגנה על מי שאינו אזרח של מדינה כלשהי. לפיכך אדם חסר אזרחות הוא משולל הגנה, נטול זכויות מובטחות ונאלץ להסתמך על הנורמות המזעריות הקבועות במשפט הבין־לאומי בדבר כיבוד חיי אדם ורכושו. אדם במצב כזה חשוף לאפליה בכל התחומים (חינוך, תעסוקה, דיור, בריאות וכן הלאה); הוא אינו יכול להשיג מסמכים המצהירים על מעמדו האישי, ולכן הוא עלול להיתקל בקושי לשנותו (למשל בבקשו להינשא או להתגרש); אין לו זכות להשתתף בבחירות או לכהן במשרה ציבורית, אך הוא עדיין נתון למיסוי ולעתים גם לחובת שירות צבאי בכל מדינה שהוא נמצא בה; הוא מועד לגירוש יותר מכל אדם.⁶

בראי התפיסה המקובלת שזכויות אדם הן נורמות אוניברסליות, הפרה שלהן אינה עניין לשיקול דעתה הבלעדי של כל מדינה; היא גם עניינה של הקהילה הבין־לאומית. זהו הרציונל העומד ביסוד מערכת ההסכמים והדינים הבין־לאומיים בדבר זכויות אדם. הואיל ושליטת אזרחות פוגעת במובהק בזכויות אדם, יש בכך טעם נוסף להסדרתה של סוגיה זו במשפט הבין־לאומי.

הקהילה הבין־לאומית הכירה בסכנות שחוסר אזרחות נושא בחובו, הן לפרט הן לסדר הבין־לאומי, כאשר נאלצה להתמודד עם בעיית הפליטים והעקורים שנוצרה בעקבות מלחמת העולם השנייה. הדבר קיבל ביטוי

5 יוסי שיין **גבולות הנאמנות: גולים פוליטיים בעידן מדינת הלאום** 167 (אהרן אמיר מתרגם, 2006). הצורך במסמכים אלו נולד בעקבות מהפכת אוקטובר הקומוניסטית, כאשר לנין שלל את אזרחותם של קרוב למיליון וחצי רוסים. בסך הכול נופקו כ־450 אלף דרכוני נאנסן.

6 Dorothy J. Walker, *Statelessness: Violation or Conduit for Violation of Human Rights?*, 3 HUMAN RIGHTS QUARTERLY 106 (1981)

משפטי בכמה אמנות, כגון בסעיף 34 לאמנה בדבר מעמד הפליטים מ-1951, הקובע שהמדינות החתומות יפעלו להקלת התאזרחותם של חסרי אזרחות (הוראה דומה כלולה באמנה בדבר מעמדם של מחוסרי אזרחות מ-1954, שהוסיפה וקבעה כי אין לגרש מחוסר אזרחות אלא מטעמי ביטחון לאומי או תקנת הציבור ובעקבות הליך חוקי). הנורמות החשובות ביותר נקבעו בהוראות האמנה בדבר צמצום חוסר אזרחות מ-1961.

האמנה הבינלאומית בדבר צמצום חוסר אזרחות

אמנה זו (Convention on the Reduction of Statelessness) קובעת מערכת של הוראות שתכליתן להפחית למינימום את המצבים שאדם יימצא בהם מחוסר אזרחות. ההוראה החשובה לענייננו נמצאת בסעיף 8 לאמנה, אשר פותח בקביעה שמדינה החתומה על האמנה לא תשלול מאדם את אזרחותו במקרה ששלילה כזאת תותיר אותו חסר אזרחות. בצד עיקרון כללי זה קבועים בסעיף סייגים אחדים.

אחד הסייגים קובע שמדינה יכולה לשמור על זכותה לשלול אזרחות, ובלבד שמתקיימים שני התנאים האלה: (א) המדינה ציינה את שמירת הזכות הזאת בעת חתימת האמנה, אשרורה או כניסתה לתוקף; (ב) בזמן זה הייתה מעוגנת בחוק המדינתי הסמכות לשלול אזרחות מאדם, אשר בניגוד לחובת הנאמנות שלו כלפי המדינה, עשה אחת מאלה: (i) נתן שירותים למדינה אחרת וקיבל ממנה תגמול, בניגוד לאיסור מפורש בחוקי המדינה;⁷ (ii) נהג בדרך המזיקה מאוד לאינטרסים החיוניים של המדינה.⁸ הסייג האמור כולל חלופה נוספת, המכירה בזכותה של המדינה לשלול אזרחות מאדם אשר נשבע אמונים או הצהיר הצהרת אמונים רשמית למדינה אחרת, או סיפק הוכחה ברורה להחלטתו להתכחש לנאמנותו כלפי המדינה.⁹

7 Art. 8(3)(a)(i)

8 Art. 8(3)(a)(ii): '[Inconsistently with his duty of loyalty to the contracting state, the person] has conducted himself in a manner seriously prejudicial to the vital interests of the state' (‘שלא על פי חובת הנאמנות שלו כלפי מדינה שהיא צד לאמנה, האדם] ניהל את ענייניו בדרך המנוגדת באופן חמור לאינטרסים החיוניים ביותר של המדינה’).

9 Art. 8(3)(b). לכאורה חלופה זו מנוסחת ניסוח רחב מדי. עם זאת גם תחולתה מותנית בהודעה מראש של המדינה שהיא שומרת את זכותה לשלול אזרחות מטעם זה ובעיגון עילת הביטול בחוק המדינה.

כל הסייגים הקבועים בסעיף 8 כפופים לעיקרון שהפעלת הסמכות לשלילת אזרחות לא תיעשה אלא בהתאם לחוק, אשר יערוב ליזכותו של האזרח להליך הוגן בבית משפט או בגוף עצמאי אחר.¹⁰ מלבד זאת ראוי לציין את הוראת סעיף 9 לאמנה, אשר קובעת שמדינה החתומה על האמנה לא תשלול מאדם או מקבוצת בני אדם את אזרחותם מטעמים גזעיים, אתניים, דתיים או פוליטיים. להוראה זו אין כל סייג.

רוב המדינות הדמוקרטיות חתמו על האמנה בדבר חוסר אזרחות ואשררו אותה, אולם התהליך היה ממושך, והאמנה נכנסה לתוקף רק בסוף 1975. האמנה קיבלה משנה תוקף במדינות אירופה בעקבות קבלת האמנה האירופית בדבר אזרחות, אשר אימצה את העיקרון שיש להימנע ממצבים של חוסר אזרחות. ישראל חתמה על האמנה ב־1961, אך מעולם לא אשררה אותה. עם זאת לעצם החתימה יש משמעות נורמטיבית אשר מחייבת את המדינה לנהוג בריסון עצמי ולהימנע מהפרתן של הנורמות המעוגנות באמנה שהצטרפה אליה.

ב. הדין הישראלי

התנאים לקבלת אזרחות ישראלית ולאיבודה מוסדרים בחוק האזרחות, התשי"ב-1952. יש להבחין בין איבוד אזרחות מרצון, עקב ויתור של בעל האזרחות, ובין איבוד אזרחות שלא מרצון, עקב החלטה של המדינה לשלול אזרחות. חוק האזרחות הישראלי מכיר בשתי האפשרויות: הוא מכיר בזכותו של אדם לוותר על אזרחותו הישראלית, בכפוף למגבלות מסוימות,¹¹ והוא מסמיך את השלטון לשלול אזרחות מכוח עילות אחדות. בכל מקרה איבוד האזרחות הישראלית אינו פוטר מחובות שנוצרו מן האזרחות בטרם אבדה (סעיף 12 לחוק).

10 Art. 8(4)

11 סעיפים 10-10א לחוק האזרחות, התשי"ב-1952. הוויתור טעון הסכמה של שר הפנים. הקלות מסוימות נקבעו במרוצת השנים כדי למנוע מצב של אזרחות ישראלית כפויה על יהודים. לפי הוראות הסעיפים הללו בנוסחם הנוכחי, אזרח ישראלי בגיר אשר אינו תושב ישראל או מי שמודיע על רצונו לחדול מהיותו תושב ישראל, רשאי להצהיר בכתב שהוא מוותר על אזרחותו. באשר לקטין שנולד מחוץ לישראל וקיבל אזרחות מכוח לידה או נולד בישראל ואינו עוד תושב ישראל, הוריו רשאים להצהיר בכתב שהם מוותרים על אזרחותו (ואם מלאו לו 16 נדרשת גם הסכמתו בכתב). גם אזרח בגיר, תושב ישראל, יכול לוותר על אזרחותו בנסיבות מיוחדות, כאשר הוויתור נועד לשמור על אזרחות אחרת.

שלילת אזרחות נעשית לפי אחת משלוש העילות הקבועות בסעיף 11 לחוק. העילה הראשונה היא יציאה שלא כדין לאחת המדינות הנזכרות בסעיף 2 לחוק למניעת הסתננות (עבירות ושיפוט), התשי"ד-1954, או רכישת אזרחותה. החוק למניעת הסתננות נועד להתמודד עם הבעיה ההפוכה – הסתננויות ממדינות אויב לארץ. סעיף 2א, המטיל עונש של ארבע שנות מאסר על יציאה שלא כדין מישראל למדינת אויב, נוסף לחוק שנים אחדות לאחר חקיקתו כדי להתמודד עם ריבוי המקרים של עזיבות בלא היתר יציאה. ב-1980 הוגדר מעשה זה עילה לביטול אזרחות. סעיף 11 לחוק האזרחות קובע כי מי שיצא שלא כדין למדינת אויב או קיבל את אזרחותה, 'יראוהו כמי שוויתר על אזרחותו הישראלית והיא תבטל מיום יציאתו מישראל'. לכאורה עילה זו אינה מותירה מקום לשיקול דעת של הגורם המוסמך. האזרחות מתבטלת עם עשיית המעשה, מכוח פיקציה של 'ויתור' על האזרחות.

שתי העילות הנוספות נתונות במפורש לשיקול דעתו של שר הפנים: השר רשאי לבטל אזרחות אם מדובר באדם אשר עשה מעשה שיש בו משום הפרת אמונים למדינת ישראל, או אם הוכח, להנחת דעתו של השר, שהאזרחות התקבלה על יסוד פרטים כוזבים. במקרים אלו ביטול האזרחות ייעשה במתן הודעה מאת השר ויחול מהיום שקבע השר בהודעה.

ערב פרסומו של מחקר זה ניתן פסק דין של בית המשפט העליון בדבר ביטול אזרחות עקב יציאה שלא כדין למדינת אויב.¹² פסק הדין רלוונטי לענייננו בשל הזיקה הנטענת של עילה זו לעילה בדבר הפרת אמונים. העתירה נגעה ליציאתם של חברי הכנסת ואסל טאהא וג'מאל זחאלקה לסוריה לימים אחדים בספטמבר 2006, בלי קבלת ההיתר הנדרש על פי דין. עמותת 'שורת הדין' פנתה ליושב ראש הכנסת בדרישה להודיע לחברי הכנסת על פקיעת כהונתם, ולשר הפנים בדרישה למחוק את רישום אזרחותם ולנקוט את כל הפעולות הנובעות מכך. בית המשפט הניח, לצורך הדיון, שחברי הכנסת אכן יצאו לסוריה שלא כדין (והשאיר 'בצריך עיון' את טענתם שיציאה שלא כדין פירושה רק השתקעות במדינת

12 בג"צ 2934/07 שורת הדין – Israel Law Center נ' יו"ר הכנסת (פורסם במאגר נבו, ניתן ב-16 בספטמבר 2007).

אויב¹³), ושנסיעתם לסוריה אינה חוסה תחת כנפי חוק חסינות חברי כנסת. לפיכך השאלה העקרונית שעמדה ביסוד העתירה היא אם האזרחות מתבטלת מאליה לפי ההוראה הנדונה (כשיטת העותרת), או שמא נדרשת לשם כך הפעלת סמכותו של שר הפנים אף על פי שהדבר לא נאמר במפורש (כשיטת המשיבים). בית המשפט קבע כי הפרשנות השנייה היא הנכונה.

השופט פוגלמן, שכתב את פסק הדין, נימק את ההכרעה וקבע שלשון סעיף 11(א) אמנם מאפשרת את שתי הפרשנויות האמורות, אולם תכליתו מחייבת לקיים הליך מנהלי קודם לביטול האזרחות. נקבע כי אפשר למצוא דמיון בין תכליתה של עילה זו לבין תכליתה של העילה בדבר הפרת אמונים וכי לכאורה התכלית ביטחונית, בדומה לתכליתו של האיסור לצאת למדינת אויב (החשש הוא שהאזרח יאלץ למסור מידע או יגויס לפעילות עוינת לישראל). מאחר שספר החוקים כולל עברות חמורות לאין שיעור נגד ביטחון המדינה וביצוען אינו גורר בהכרח ביטול אזרחות, אין כל היגיון בביטול האזרחות בשל עצם הפרת האיסור הפלילי של יציאה למדינת אויב בלי היתר. תכליתה של ההוראה היא, אם כן, להביא לבחינת הצורך בביטול האזרחות כאשר היציאה שלא כדין לארץ אויב מעידה, לכל הפחות, על פגיעה מהותית בביטחון המדינה.

בית המשפט הוסיף והקיש בעניין זה מן ההסדרים בדבר ויתור על אזרחות (ואף הותיר 'בצריך עיון' את השאלה שמא ההוראה האמורה עוסקת בויתור על אזרחות ולא בביטולה). כאמור, ויתור על אזרחות ישראלית אינו מותנה רק ברצונו של האזרח, אלא מחייב גם את הסכמת שר הפנים. נקבע שראוי להחיל, אפילו בדרך של קל וחומר, הסדר דומה גם על ויתור הנלמד מעשיית פעולה מסוימת, 'שכן בשונה מהצהרת האזרח שהיא ביטוי מפורש וברור לרצונו לוותר על אזרחותו, יציאה שלא כדין למדינת אויב, למרות החומרה הגלומה בה, אינה בהכרח כזו'.¹⁴

13 השופט רובינשטיין הסתייג מפורשות מפרשנות קיצונית זו. יוער כי חברי הכנסת הוסיפו וטענו שלא מדובר ביציאה מישראל לסוריה שלא כדין, משום שהם הגיעו לסוריה דרך מדינה שלישית. אולם נראה שזו טענה טכנית אשר קבלתה עלולה לעשות פלסטר את האיסור בדבר יציאה מישראל למדינת אויב שלא כדין ולסכל את התכלית הביטחונית שביסודו (גם אם האיסור משמש בפועל לתכליות אחרות ופסולות).

14 עניין **שורת הדין**, לעיל הערה 12, פס' 19. השוו לפסיקה האמריקנית המובאת בפרק זה.

לנוכח כל זאת בית המשפט פסק שיציאה שלא כדין למדינת אויב אינה מפקיעה את האזרחות מאליה, אלא יוצרת 'חזקת ויתור' בלבד, שצריכה להיבחן בידי שר הפנים לגופו של עניין. בית המשפט לא נכנס לשאלת אמות המידה להפעלת סמכותו האמורה של שר הפנים, אולם השופט רובינשטיין הוסיף הערת אזהרה העשויה להתפרש לשתי פנים. לדבריו, 'כגודל חשיבותה של האזרחות לאדם [...] כן גודל הזהירות בביטולה או בשלילתה', ומדינת ישראל חייבת ריסון בנושא זה לנוכח ההיסטוריה של העם היהודי, 'ששנים רבות נע מגולה לגולה בהיעדר אזרחות וסטטוס'. ואולם 'המבקש להחזיק באזרחות צריך ליתן תוקף לאזרחותו; אין בידו לאחוז את החבל בשני קצותיו – קרי לראות את האזרחות כקליפה של נוחות שאין בתוכה תוכן אשר אינו זכויות בלבד, אלא גם חובות של אמונים ונאמנות'.

ההיסטוריה החקיקתית של סעיף 11

במקור חלו כל עילות הביטול הקבועות בסעיף 11 רק על מי שקיבל אזרחות ישראלית דרך התאזרחות (כלומר הן לא חלו על אזרחי ישראל מלידה). עילות אלו היו: קבלת האזרחות על יסוד פרטים כוזבים; הימצאות מחוץ לישראל במשך שבע שנים רצופות בלי קשר של ממש עם הארץ; מעשה של הפרת אמונים למדינת ישראל.¹⁵ בשנת 1968 בוטלה ההבחנה בין אזרחים מלידה לבין מתאזרחים בעניין ביטול אזרחות.¹⁶ יתרה מזו, הסמכות לשלול אזרחות ניתנה מלכתחילה לבית המשפט המחוזי, בכפוף לזכות ערעור לבית המשפט העליון, אף על פי שהצעת החוק המקורית, מ-1950, ביקשה להקנות את סמכות הביטול לשר הפנים ולאפשר לשר לבטל אזרחות 'אם ראה שטובת המדינה מחייבת זאת'.¹⁷ ב-1980 הוחלף סעיף 11 בנוסח חדש, והוא עומד בתוקפו עד עצם היום הזה. הנוסח החדש העביר את סמכות הביטול לידי שר הפנים, השמיט את העילה של ניתוק הקשר עם הארץ לשבע שנים רצופות והוסיף את העילה בדבר יציאה שלא כדין למדינת אויב או קבלת אזרחותה. חשוב

15 ס"ח התשי"ב 146, 148. להצעת החוק הממשלתית (שלא לוותה בדברי הסבר) ראו ה"ח התשי"ב 22.

16 חוק האזרחות (תיקון מס' 2), התשכ"ח-1968, ס"ח 212.

17 סעיף 10(א)(2) להצעת חוק האזרחות, ה"ח התש"י 190.

לציין ששינויים אלו לא נכללו בהצעת החוק הממשלתית אשר נועדה בעיקרה לבטל את ההבדלים בין יהודים לערבים בקבלת אזרחות.¹⁸ הנוסח הקיים של סעיף 11 התקבל בעקבות מחטף שיזם ח"כ דב שילנסקי ולא עורר תשומת לב מיוחדת.¹⁹

ח"כ שילנסקי הציע להוסיף את העילה בדבר יציאה שלא כדין למדינת אויב בנימוק זה: 'אם אדם, לדוגמה, יצא מישראל לפני שנים רבות אפילו והוא נמצא בלבנון ופעיל באש"פ, אדם כזה יכול להחזיק גם דרכון ישראלי ובדרכון הישראלי להגיע לכל מיני בירות באירופה, בעולם, ולרצוח ילדים יהודים'. הוא הוסיף שביטול אזרחותו של אדם צריך לבטל גם את אזרחותו הישראלית של ילדו הקטין שאיננו תושב ישראל 'שאנחנו יכולים למצוא אותו לעתים קרובות במחנות האימונים של אש"פ'. שילנסקי תמך בעילה בדבר שלילת אזרחות בגין שהייה ממושכת בחו"ל בלי כל זיקה לישראל, בין השאר בנימוק שחלק גדול מאנשי העולם התחתון היהודי משתמשים בדרכון הישראלי כאשר עוצרים אותם בחשד לעברות פליליות, ואז ישראל נאלצת לקבלם. בהקשר זה העיר שהסמכות לבטל אזרחות בגין עילה זו צריכה להימצא בידי שר הפנים, משום שבאותה עת משרד המשטרה נמצא במסגרת משרד הפנים. ח"כ שלמה הלל התייחס להצעתו של ח"כ שילנסקי שלא להזדקק לבית המשפט לשם ביטול אזרחותו של אדם בגין היעדרות רצופה מן הארץ, וטען שהצעה זו עומדת 'בניגוד לכל כללי הצדק והמשפט שאנחנו מעוניינים בהם'. לא ברור מדוע לא התייחסה הערה זו גם לביטול אזרחות בגין הפרת אמונים (ואף לא ברור מן הפרוטוקולים מדוע, בסופו של דבר, בוטלה עילת השלילה של היעדרות ממושכת מן הארץ, אף על פי שח"כ שילנסקי הדגיש את חשיבותה בעיניו). מדובר אפוא בתיקון חקיקה מרחיק לכת שהתקבל בלא דיון אמתי בכנסת.²⁰

18 ה"ח התש"ם 34. הצעת החוק הממשלתית נולדה מיזמה של ח"כ תופיק טובי. התיקון לחוק העניק אזרחות ישראלית מכוח ישיבה בארץ לאנשים שהם וילדיהם לא היו זכאים קודם לכן לאזרחות ישראלית.

19 ד"כ 89, 4204-4208 (התש"ם).

20 במהלך ההצבעה על הסתייגותיו האמורות של ח"כ שילנסקי (שהתקבלו ברוב של 30 תומכים מול 16 מתנגדים), העיר ח"כ אורי אבנרי: 'באמת לא ייתכן שחוק חדש יתקבל בצורה כזאת. רוב חברי הכנסת אינם מבינים על מה הם מצביעים. אני מודה שאני לא מבין על מה אני מצביע'. שם, בעמ' 4208.

סעיף 11 בראי המשפט הבין-לאומי

במצב החדש לא נראה שהחוק הישראלי מתיישב עם הוראות האמנה הבין-לאומית בדבר צמצום חוסר אזרחות. כזכור, האמנה מתנה את ביטול האזרחות בחקיקה שתערוב לזכותו של האזרח להליך הוגן בבית משפט. לכן לאחר הצטרפותה של ישראל לאמנה, עוד כאשר הייתה סמכות הביטול מסורה לבית המשפט המחוזי, הגדיל המחוקק לעשות וקבע בחוק במפורש שתינתן לאזרח זכות שימוע לפני בית המשפט בטרם תבוטל אזרחותו.²¹ לעומת ההליך השיפוטי, שיקול הדעת המנהלי אינו כבול לדיני הראיות ואין בו ערובות מספקות לזכותו של הפרט להליך הוגן כאשר אזרחותו מוטלת על הכף. זאת ועוד, בסעיף 11 אין, ומעולם לא היה, סייג הנוגע למי שייותר חסר אזרחות עקב ביטול אזרחותו הישראלית. אמנם אפשר להקפיד על עניין זה ביישום החוק, אך רצוי לעגן עיקרון כה יסודי בחקיקה, כפי שנעשה במשפטן של מדינות אחרות החתומות על האמנה.

יודגש כי למרות העובדה שישראל לא אשררה את האמנה, ההנחה הפרשנית המקובלת היא שהדין המקומי אינו נוגד את המשפט הבין-לאומי. יורם דינשטיין, מומחה למשפט בין-לאומי, סבור שהתחייבות הממשלה באמנות כמוה כהתחייבות אחרת שקיבלה עליה, ואין היא יכולה לסטות ממנה אלא אם תראה לבית המשפט שהיו נימוקים סבירים לסטייה.²² אגב, בעקבות חתימתה על האמנה הפגינה ישראל רגישות לנושא והבטיחה את זכות השימוע של האזרח בטרם תישלל אזרחותו והוסיפה לחוק האזרחות את סעיף 4א, אשר נועד לתקן את העוול שנגרם ללא יהודים שנותרו חסרי אזרחות משום שהם וילדיהם לא היו זכאים לאזרחות ישראלית.

הסמכות שלא לשלול אזרחות בעקבות הפרת אמונים

המקרה היחיד שבו המשפט דן במישרין בעילת הביטול של הפרת אמונים היה בבג"צ 2757/96 **אלראי נ' שר הפנים**.²³ בפרשה זו נדונה עתירה נגד סירובו של שר הפנים דאז, חיים רמון, לבטל את אזרחותו של

21 תיקון מס' 2 לחוק האזרחות, לעיל הערה 16.

22 יורם דינשטיין 'עקרון הייחוד בהסגרה' **עיוני משפט** ד 682, 691 (התשל"ה).

23 פ"ד (נ) 18.

יגאל עמיר, רוצחו של ראש הממשלה יצחק רבין. העתירה נומקה בפגיעת הרצח בלב הדמוקרטיה הישראלית ובהפרת האמונים שיש בו כלפי מדינת ישראל, עד שיש להוציא את הרוצח מקהל ישראל. שר הפנים העדיף שלא להכריע בשאלה אם יש במעשהו של עמיר משום הפרת אמונים אם לאו והניח, לצורך העניין, כי יש במעשה הפרת אמונים. עם זאת, טען, אין בכך כדי לחייבו לבטל את אזרחותו של עמיר לפי הסמכות הקבועה בחוק האזרחות.

השופט זמיר אישר את החלטת השר על סמך ההבחנה בין סמכות מנהלית שחובה להפעילה לבין סמכות המותרת בידי הגורם המנהלי שיקול דעת. החובה להפעיל את הסמכות קמה רק כאשר שיקול דעת ענייני וסביר מוביל למסקנה אחת ויחידה, כלומר אם האפשרויות האחרות נגועות בפגמים מנהליים, כגון שיקולים זרים או אי־סבירות. בית המשפט מצא ראויים את נימוקיו של השר, אשר נסמכו על מעמדה הנכבד של האזרחות ועל העובדה שהביטול יותיר את עמיר חסר אזרחות. לפיכך, נקבע, העובדה שאדם עשה מעשה שהוא בבחינת 'הפרת אמונים' אינה מטילה על השר **חובה** לבטל את אזרחותו. אדרבה, בית המשפט אף קבע כי האזרחות היא זכות יסוד, 'בין היתר משום שהיא היסוד לזכות הבחירה לכנסת, ממנה צומחת הדמוקרטיה'²⁴, ושיבח את השר על עמדתו שביטול אזרחות הוא 'צעד דרסטי וקיצוני' שיש להימנע ממנו.

אכיפתו של סעיף 11(ב)

המקרים היחידים שבהם נשללה אזרחות בגין הפרת אמונים בישראל היו ב־2002, בעניינם של שני ערבים ישראלים. שניהם שהו מחוץ לגבולות המדינה בעת שנשללה אזרחותם ושניהם החזיקו באזרחות נוספת. ככל הנראה, בכוונה נבחרו 'מועמדים' שלא יעוררו בעיה מבחינת המשפט הבינ־לאומי. האחד, ניהאד אבו־קישאק, יליד לוד שהתגורר בשטחי הרשות הפלסטינית שנים רבות, נחשד שהיה פעיל בכיר בזרוע הצבאית של החמאס. השני, קייס עובייד, תושב טייבה שהתגורר שנתיים בלבנון והיה בעל אזרחות לבנונית, נחשד בפעילות בחיזבאללה ובמעורבות בפעילות טרוריסטית נגד מטרות ישראליות. עובייד נחשד בין השאר במעורבות בחטיפתו של אלחנן טננבאום. שר הפנים אלי ישי הודיע

לשניים בכתב על כוונתו לשלול את אזרחותם. אבו־קישאק השיב שהוא שמח על כך, מכיוון שהוא רוצה להיחשב אזרח הרשות הפלסטינית. עובייד לא הגיב למכתב בעצמו, אך משפחתו התנגדה לביטול אזרחותו וטענה שאין באפשרותה להודיע לו על כך, משום שיצירת קשר עם לבנון נחשבת לעברה על החוק. אזרחותו של אבו־קישאק נשללה ב־10 בספטמבר 2002, וזו של עובייד נשללה ב־27 בנובמבר באותה שנה. על פי העיתון 'הארץ' (6 באוגוסט 2002), אלי ישי התכוון לשלול גם את אזרחותו של חאלד עשור, נהג מונית מיפו שהסיע שני פלסטינים לפיגוע התאבדות. כוונה זו לא יצאה אל הפועל.

שר הפנים שהחליף את אלי ישי, אברהם פורז, סירב להמשיך במדיניות קודמו, אף על פי שנסיבות כהונתו היו דומות למדי מבחינת איום הטרור. באפריל 2003 הודיע פורז כי לא תישלל אזרחותם של ערבים תושבי ישראל אשר הורשעו בביצוע מעשי טרור או בסיוע לביצועם. הודעה רשמית שיצאה מלשכת השר נימקה את ההחלטה בהיעדר מדינות המוכנות לקלוט את המגורשים ובקיומן של דרכים אחרות לטפל בטרור בלי לבטל אזרחות.

הצעות לשינוי סעיף 11(ב)

במרוצת השנים הוגשו הצעות מספר לבטל כליל את סעיף 11(ב),²⁵ או לפחות להעביר את הסמכות הקבועה בו לבית המשפט.²⁶ אף לא אחת מהן עברה את שלבי החקיקה הנדרשים. את ההצעה העדכנית ביותר לשינוי הסעיף הגיש ח"כ גלעד ארדן, בעקבות מלחמת לבנון השנייה. בשונה מן ההצעות הקודמות, הצעת החוק של ארדן נועדה להגביר דווקא את אכיפתה של הסמכות לשלילת אזרחות.²⁷

ח"כ ארדן הציע להפוך את העילה לביטול אזרחות עקב יציאה שלא כדין מישראל למדינת אויב או קבלת אזרחותה של מדינת אויב למקרה

25 לדוגמה: הצעה של ח"כ נעמי חזן בכנסת ה־15 (פ/4147) והצעה של ח"כ עבד דהאמשה וח"כ טלב אלסאנע בכנסת ה־16 (פ/844).

26 ראו למשל את הצעת החוק שהגיש ח"כ פרופ' אמנון רובינשטיין ב־28 ביולי 1999: 'הצעת חוק האזרחות (תיקון – סיוג סמכות השר לשלילת אזרחות)', התשנ"ט–1999.

27 'הצעת חוק האזרחות (תיקון – הסמכות לביטול אזרחות בגין מעשה של הפרת אמונים', התשס"ו–2006, פ/1708/17 מ־13 בנובמבר 2006. ועדת השרים לענייני חקיקה אישרה את ההצעה ב־7 בינואר 2007.

פרטי של הפרת אמונים ולהחיל אותה גם על קבלת זכות לישיבת קבע במדינת אויב. באשר לחוסר אזרחות נאמר בהצעה: 'חזקה על מי שיושב דרך קבע מחוץ לישראל כי לא ייוותר משולל אזרחות', כך שהסמכות אינה מסויגת בעניין חוסר אזרחות. כמו כן מוצע להעביר את הסמכות לבית המשפט המחוזי בשבתו כבית משפט לעניינים מנהליים, אך גם להסמיך אותו לסטות מדיני הראיות, לרבות קבלת ראיות חסויות במעמד צד אחד וקיום הדין בהיעדר האזרח, ככל שיש בכך צורך 'ואם ראה כי הדבר לא יפגע בעשיית משפט צדק'. סמכויות אלו שוללות את הערובות להליך הוגן, המאפיינות את ההליך השיפוטי לעומת ההליך המנהלי.

ג. משפט משווה: סקירה כללית על ציר הזמן

כדי להעריך הערכה ביקורתית את המשפט הקיים בעניין שלילת אזרחות בישראל ובעולם כדאי שהשוואה תיעשה לא רק על ציר המקום, אלא גם על ציר הזמן. פרספקטיבה היסטורית מלמדת כי רוח התקופה קובעת את היחס לשלילת אזרחות.

שלילת אזרחות בעבר

סקירה מקיפה של חוקי אזרחות במדינות רבות, שפורסמה ב-1935, מעלה נתונים מעניינים על אודות היחס לשלילת אזרחות בעבר.²⁸ לדוגמה, פער ניכר נודע בין מעמדם של אזרחים מלידה לבין מעמדם של אזרחים מכוח התאזרחות. פער זה בא לידי ביטוי בהיותם של האחרונים פגיעים במיוחד בכל הקשור לביטול אזרחות (כפי שהיה גם בישראל, עד שלהי שנות השישים).

באותה עת היה אפשר לבטל התאזרחות (denaturalization) עקב מעשים המבטאים חוסר נאמנות, בעיקר בזמן מלחמה או בקשר לאי-מילוי חובות צבאיות, במשפטן של המדינות האלה: ארגנטינה, ברזיל, דרום אפריקה, פרס (אירן), רומניה, צרפת, אנגליה וכמה מושבות בריטיות, אוסטרליה, ניו זילנד, קנדה וארצות הברית. הוראות דומות חלו גם על אזרחים מלידה, אולם קבוצת המתאזרחים נחשדה בחוסר נאמנות –

28 Durward V. Sandifer, *A Comparative Study of Laws Relating to Nationality at Birth and to Loss of Nationality*, 29 THE AMERICAN JOURNAL OF INTERNATIONAL LAW 248 (1935). נוסף על הנקודות שידונו בהמשך, מאמר זה ממחיש את חולשת מעמדם האזרחי של נשים וקטינים באותה עת.

במיוחד כאשר שררה מתיחות, קל וחומר מלחמה, בין מדינתם החדשה לבין מדינת אזרחותם הקודמת. בארצות הברית אף פותחה נוסחה משפטית שאפשרה לבטל התאזרחות מטעמי השקפות או ביטויים המשקפים חוסר נאמנות בכסות העילה של השגתה במרמה. בדרך זו בוטלה אזרחותם של מתאזרחים רבים, בדרך כלל ממוצא גרמני, בהם כאלה שהיו לאזרחים אמריקנים שנים רבות קודם לכן.

זאת ועוד, התאזרחות הייתה מועדת לביטול בגין הרשעה בעברות המעידות על 'אופי רע'. הוראות ברוח זו נקבעו בחוקיהן של 13 מדינות, בכללן מקצת המדינות הדמוקרטיות שהוזכרו לעיל (אנגליה, אוסטרליה, ניו זילנד וקנדה). במיוחד ראוי לציון החוק הגרמני שהתקבל ב-1933, אשר קבע שכל התאזרחות שנעשתה בין נובמבר 1918 (סיום מלחמת העולם הראשונה) לינואר 1933 (מינויו של היטלר לקנצלר גרמניה) עשויה להתבטל אם לא תיראה רצויה. הצו שנועד להגשים הוראה זו הגדיר את מידת הרציות של ההתאזרחות לפי מבחנים כגון הרשעות חמורות, עקרונות לאומיים או השקפות גזעיות, פוליטיות ותרבותיות. המבחנים האחרונים היו ישימים בעיקר על יהודים ממזרח אירופה, אלא אם כן דובר במי שלחם בחזית (במלחמת העולם הראשונה) או שירת באופן מיוחד את האינטרסים הגרמניים.²⁹

באופן כללי שלושה סוגים של עילות אפשרו בעבר ביטול אזרחות, גם ביטול אזרחות מלידה (denationalization): (1) התאזרחות במדינה זרה;³⁰ (2) שירות בצבאה של מדינה זרה או בשירות הציבורי שלה (מפתיע לגלות שמספר המדינות שאפשרו לבטל אזרחות בגין הצטרפות לשירות הציבורי או קבלת משרה ציבורית במדינה זרה עלה על מספר המדינות שאפשרו לבטל אזרחות בגין הצטרפות לצבאה של מדינה זרה);³¹ (3) חוסר נאמנות.

29 שם, בעמ' 264.

30 ב-24 מדינות (בכללן מדינות סקנדינביה וצרפת) הייתה דרישה מפורשת להסכמת הממשלה להתאזרחותו של מי מאזרחיה במדינה זרה (הסכמה זו גררה את ביטול אזרחותו); וב-33 מדינות בוטלה האזרחות ביטול אוטומטי בעקבות התאזרחות במדינה זרה. ראו שם, בעמ' 271-272.

31 שם, בעמ' 274. במקצת המדינות נקבע שביטול האזרחות עקב הצטרפות לשירות הציבורי של מדינה זרה או לצבאה יהיה אוטומטי, ובמקצתן נקבע שהביטול יותנה באי-היענות של האזרח לדרישתה של המדינה לחדול מכך.

העילה של חוסר נאמנות התפרשה על כללים החלים על מצבים אחדים. רוב הכללים התייחסו למעשי בגידה הקשורים בצבא, כגון שירות בצבאה של מדינת אויב, סיוע לאויב או עריקה מהצבא בזמן מלחמה. כללים מעין אלו היו קבועים בחוקיהן של בולגריה, צ'ילה, אקוודור, גרמניה, האיטי, לטביה, פנמה, פולין וטורקיה – כלומר לא במדינות דמוקרטיות מובהקות. בארצות הברית נקבעה הוראה חריגה, והיא חלה על כל עריקה מהצבא, גם אם לא נעשתה בזמן מלחמה.³²

שילת אזרחות בגין פעילות חתרנית: מאפיין של משטרים לא דמוקרטיים

קטגוריה אחרת של חוסר נאמנות הייתה פעילות חתרנית שנועדה לפגוע באינטרסים של המדינה או למוטט את השלטון. חוקים בעניין זה כוונו, ככל הנראה, בעיקר נגד פעילות קומוניסטית. עם זאת חקיקה מעין זו הייתה נדירה למדי. הסקירה האמורה מ־1935 מייחסת חקיקה כזאת רק לארגנטינה ולמצרים (אך ראוי לומר שהלכה למעשה נהג דין דומה גם בארצות הברית באשר למתאזרחים, כפי שיובהר להלן). בארגנטינה קבע חוק מ־1920 שאיבוד אזרחות ינבע מהרשעה בעברות בעלות אופי טרוריסטי (במונחים של היום), וכן מפגיעה בדגל ומתמיכה בהתעלמות מן החוקה. חקיקה מ־1929 במצרים קבעה שאזרחותו של אדם המתגורר מחוץ למדינה עלולה להתבטל אם הוא קשור בארגון או בקבוצה המבקשים לערער את הסדר החברתי או הכלכלי של מצרים או של מוסדותיה באמצעות תעמולה חתרנית או בדרכים אחרות.

הקטגוריה של חוסר נאמנות הבא לידי ביטוי ב'פעילות חתרנית' מאפשרת להמחיש את הפער הגדול בין משטר דמוקרטי לבין משטר טוטליטרי בכל הנוגע לתפיסת הנאמנות שהאזרח חב למדינתו, ויותר מזה – לצעדים שמותר למדינה לנקוט נגד אזרחים המפרים את חובת הנאמנות. לעומת המקרים החריגים של ארגנטינה ומצרים – אשר ממילא לא קיימו אז משטר דמוקרטי – מדינות טוטליטריות, דוגמת איטליה הפשיסטית וגרמניה הנאצית, אפשרו בחוקיהן לשלול אזרחות

32 החוק האמריקני נחקק ב־1865 כדי להעניש עריקים במלחמת האזרחים, אך הורחב ב־1912 והוחל על כל עריקה או השתמטות מן הצבא. עריקים כאלה הוחזקו, לפי החוק, כאילו ויתרו מרצונם על זכויות האזרחות שלהם ואיבדו את זכותם להפוך לאזרחים. בית המשפט האמריקני פירש שהמונח 'זכויות האזרחות' (rights of citizenship) בהקשר זה שקול לאזרחות עצמה. ראו שם, בעמ' 275.

מאזרחים השוהים מחוץ למדינה, ואף להפקיע את רכושם אם פעלו באופן העשוי לפגוע באינטרסים של המדינה או ביוקרתה (החוק הגרמני חל גם על אזרח שאינו מצייט להוראה מטעם שר הפנים לשוב לגרמניה).³³ החקיקה באיטליה ובגרמניה התקבלה בעקבות התקדים הסובייטי. בדצמבר 1921 הוציאה הממשלה הסובייטית צו השולל את אזרחותם הרוסית של נתיני הקיסרות לשעבר שחיו מחוצה לה, אשר פעלו נגד המשטר הסובייטי או נחשבו מתנגדים לו. הצו נגע לנתינים שהיו מעורבים בארגונים 'אנטי־מהפכניים' או שירתו בצבא שלחם נגד הממשלה הסובייטית וכן לנתינים שסירבו לחזור לברית המועצות או עזבו אותה לאחר המהפכה.³⁴ מכוח הוראה זו נשללה אזרחותם של כשני מיליון איש.

שלילת אזרחות בהווה

סקירה עכשווית של חוקי אזרחות במדינות אחדות מלמדת כי היחס לשלילת אזרחות מוסיף להיקבע על פי סוג המשטר.³⁵ השוני בין מדינות דמוקרטיות לבין מדינות לא דמוקרטיות – בכללן מדינות המקיימות בעיקר מאפיינים דמוקרטיים פורמליים – מוסיף להתבטא בטיבן של עילות השלילה המוכרות בחוק ובהיקפן. בלוב, למשל, שלילת אזרחות עלולה לנבוע מאחד המעשים האלה: ניסיון להתחמק מגיוס לצבא; ניסיון להבריה כסף מחוץ למדינה; המרת דת לדת שאינה האסלאם. גם

33 מדובר בחוק איטלקי מ־1926 ובחוק גרמני מ־1933, שבצדו צו ממשלתי המפרש אותו וקובע שהפרתה של חובת הנאמנות תחול במיוחד על מקרים שבהם אזרח גרמני תומך בתעמולה עוינת לגרמניה או מנסה לבזות את גרמניה או את הצעדים שממשלתה מאמצת. ראו שם, בעמ' 276, ועל ארגנטינה ומצרים – בעמ' 275–276.

34 Myres S. McDougal, Harrold D. Lasswell & Lung-chu Chen, *Nationality and Human Rights: The Protection of the Individual in External Arenas*, 83 YALE L. J. 900, 944–5 (1974). המחברים מציינים כי בהמשך, על פי צו שהוצא ב־1931, שללה ברית המועצות אזרחות מאנשים שהורשעו בגין היותם 'אויבי ההמונים העמלים', שם, עמ' 942.

35 הנתונים שלהלן על הוראות חוק וחוקה במדינות לא דמוקרטיות ובמדינות המשפט הקונטיננטלי שאובים מתרגומים לאנגלית באתרי אינטרנט רשמיים ומסקירה מקיפה מטעם משרד ההגירה האמריקני, אשר מתבססת על תשובותיהן של המדינות לשאלות: *Citizenship Laws of the World*, U.S. Office of Personnel Management: Investigations Service (March 2001), (<http://opm.gov/extra/investigate/IS-01.pdf>) (האתר אוחר לאחרונה באפריל 2008).

בתוניסיה עלול הפרט לאבד את אזרחותו עקב התחמקות משירות צבאי. במצרים אפשר לשלול את אזרחותו של אדם שקיבל מעמד של תושב קבע במדינה זרה משחלפו שישה חודשים מקבלת התושבות. אפשר לראות בדוגמאות הללו ביטוי לתפיסה שחובת הנאמנות למדינה מתבטאת גם בתרומה לכלכלת המדינה, בשיוך דתי ובישיבת קבע רצופה בתחומי המדינה. תפיסת נאמנות רחבה כזאת אינה מאפיינת מדינות דמוקרטיות, ועילות שלילה מעין אלה אינן מוכרות בהן.

כמו כן הפער בין מי שהתאזרח במדינה לבין אזרח מלידה בוטל ברוב המדינות הדמוקרטיות, אך נשמר במדינות לא דמוקרטיות. במדינות דמוקרטיות, אשר מחויבות לעקרון השוויון לפני החוק, לא מקובל עוד להבחין בין אזרחים מלידה לבין מתאזרחים, אלא בהקשרים מובְּנים, כגון רכישת האזרחות על סמך מרמה או הטעיה, או במקרים נדירים יותר, כאשר מדובר בעזיבת המדינה לתקופה ממושכת זמן קצר לאחר קבלת האזרחות. הוראות יוצאות דופן קבועות בקפריסין, המאפשרת לבטל התאזרחות של אדם שפעל בחוסר נאמנות כלפי המדינה, ובלוקסמבורג, המאפשרת לשלול אזרחות מאדם שהתאזרח ופשע פשע חמור נגדה. לעומת זאת מדינות לא דמוקרטיות מוסיפות להפלות בין אזרחים מלידה לבין מתאזרחים בהוראות חוק שהופכות מתאזרחים ל'אזרחים על תנאי' עד סוף חייהם. כך למשל באלג'יריה הדין בעניין מתאזרחים מאפשר לבטל את התאזרחותו של אדם שהורשע בפשע ונידון למאסר לחמש שנים ויותר, או של אדם המעורב במעשים שאינם מתיישבים עם האינטרסים של המדינה. אדם שהתאזרח בטורקיה עלול לאבד את אזרחותו אם הוא מעורב במעשים המאיימים על ביטחון המדינה.

שלילת אזרחות במדינות דמוקרטיות

המצב המשפטי במדינות הדמוקרטיות ניתן לסיווג כך: (1) הגבלה חוקתית על שלילת אזרחות; (2) היעדר חקיקה בדבר שלילת אזרחות (שלא מטעמי השגתה במרמה); (3) חקיקה המאפשרת שלילת אזרחות מטעמים שונים. במצב האחרון נמצא בדרך כלל מגבלה חוקית או חוקתית על שלילה שתותיר אדם חסר אזרחות. נרחיב מעט על שלושת המצבים.

המאפייני מדינות שחוקתן מגבילה שלילת אזרחות הוא שהמחוקק מנוע מיצירת פתח חוקי לביטול אזרחותו של הפרט בניגוד לרצונו. הנה דוגמאות למגבלות חוקתיות על שלילת אזרחות: סעיף 34(2) לחוקת פולין קובע שאזרח פולני לא יאבד את אזרחותו אלא מכוח ויתור עליה; סעיף

12(2) לחוקת צ'כיה קובע שאין לשלול מאדם את אזרחותו הצ'כית בניגוד לרצונו.³⁶ לפי סעיף 16 לחוקת קוסטה ריקה, איבוד אזרחות אינו מוכר כלל, אף לא ויתור על אזרחות. בשונה מהגבלות חוקתיות פורמליות מעין אלה, יש בארצות הברית הגבלה חוקתית שהיא יציר הפסיקה.

במדינות מן הסוג השני אין הגבלה חוקתית על שלילת אזרחות באשר היא, אולם החקיקה אינה מגדירה באילו מצבים אפשר לשלול אזרחות חוץ מנסיבות של השגתה במרמה – עילת ביטול הקיימת כמעט בכל מדינה. עקרון החוקיות מחייב את השלטון לפעול רק מכוח סמכויות מפורשות בחוק (בשונה מן הפרט, החופשי לפעול בכל דרך שאינה אסורה בחוק). התוצאה היא שהמצב המשפטי במדינות כאלה אינו מאפשר לשלול אזרחות עד אשר תוגדר בחוק סמכות מפורשת לעשות כן. דוגמה למדינה מסוג זה היא קנדה. החוק הקנדי מכיר בשלילת אזרחות רק אם האזרחות הושגה עקב מצג כוזב, מרמה או הסתרה מכוונת של עובדות מהותיות.³⁷ עילה זו יושמה במקרים רבים של פושעי מלחמה נאצים (WW II cases). עד כה נדחו הצעות לקבוע בחוק האזרחות הקנדי אפשרות לשלול אזרחות בגין עילות אחרות, כגון מעורבות בטרור.³⁸ למיטב הידוע לנו, גם בקרואטיה, הונגריה, רומניה, אירלנד וניו זילנד אין כיום חקיקה בדבר ביטול אזרחות בניגוד לרצונו של הפרט.

רוב המדינות משתייכות לסוג השלישי, כלומר חוקי האזרחות שלהן מגדירים סמכות לשלול אזרחות. עם זאת, הואיל ורובן המכריע של המדינות הדמוקרטיות חתמו על האמנה הבין-לאומית בדבר צמצום חוסר אזרחות ואשררו אותה, קבועה בהן מגבלה מפורשת על ביטול אזרחות שיוביל לחוסר אזרחות. במדינות מסוימות, כגון גרמניה, שוודיה ופינלנד, מגבלה זו קבועה בחוקה.³⁹ במדינות האיחוד האירופי חקיקה הקשורה

36 עם זאת חוק האזרחות הצ'כי מאפשר לראות בהשגה רצונית של אזרחות זרה, שלא נעשית בעקבות נישואין או הולדת ילד, משום ויתור רצוני על האזרחות הצ'כית אשר מביא לפקיעתה.

37 Citizenship Act of 1985, § 10. הוראה נוספת, הקבועה בסעיף 8 לחוק, אינה עילת ביטול ממש, אלא הגבלה על הורשה של האזרחות הקנדית מדור לדור בלי זיקה מהותית לקנדה.

38 דוח ועדה של בית הנבחרים לא כלל אפשרות כזאת בהמלצותיו מיוני 2005: *Citizenship Revocation: A Question of Due Process and Respecting Charter Rights*, REPORT OF THE STANDING COMMITTEE ON CITIZENSHIP AND IMMIGRATION, House of Commons, Canada (June 2005)

39 ראו סעיף 116(1) לחוקת גרמניה, סעיף 27(2) לחוקת שוודיה וסעיף 25(2) לחוקת פינלנד.

לשליטת אזרחות צריכה להתיישב עם הוראות האמנה האירופית בדבר אזרחות – European Convention on Nationality⁴⁰ – שהתקבלה ב-1997 ונכנסה לתוקף בשנת 2000. האמנה מיועדת למנוע חוסר אזרחות ואפליה בקשר לאזרחות. נקודת המוצא שלה היא הכרה בריבונות המדינות החברות בקביעת דיני האזרחות המדינתיים, מתוך התאמה מרבית לדין הבין-לאומי (סעיף 3). היא חוזרת על העקרונות הקבועים במשפט הבין-לאומי: לכל אדם יש זכות לאזרחות, יש להימנע מחוסר אזרחות, ואין לקפח אדם מאזרחות באופן שרירותי (סעיף 4). האמנה קובעת שחקיקה הנוגעת לשליטת אזרחות ביזמת המדינה (סעיף 7) תחול רק במקרים האלה: (1) השגה מרצון של אזרחות נוספת; (2) השגת האזרחות עקב מרמה או הסתרת מידע רלוונטי; (3) שירות מרצון בצבא זר; (4) מעשים המנוגדים באופן חמור לאינטרסים החיוניים של המדינה ('conduct seriously prejudicial to the vital interests of the state'); (5) היעדר קשר ממשי בין המדינה ובין אזרח המתגורר דרך קבע בחוץ לארץ. העילה היחידה אשר אינה מסויגת בקשר לחוסר אזרחות היא עילת המרמה (2). כמו כן נקבע בפירוש שילד להורה שאזרחותו נשללה עקב אחת העילות הללו לא יאבד את אזרחותו במקרה של עילות 3 או 4 (סעיף 27[2]).⁴¹

עילת הביטול הרווחת ביותר במדינות אירופה ובכלל נותרה השגה מרצון של אזרחות זרה. כך למשל בבלגיה, בדנמרק ובמלטה, וזו גם העילה היחידה לביטול אזרחות ביפן. עם זה יש היום מגמה להכיר בכפל אזרחות יותר מבעבר. במקצת המדינות רכישת אזרחות זרה אינה מביאה לביטול האזרחות, אם ניתן לכך אישור מוקדם מן הרשויות (למשל בגרמניה⁴² ובאוסטריה) או אם הדבר נעשה על פי הסכם הדדי בדבר כפל אזרחות בין מדינת האזרחות לבין המדינה הזרה (כך למשל בשוודיה ובספרד). עד לתיקון חוק האזרחות האוסטרלי ב-2002 איבדו אזרחים אוסטרלים רבים את אזרחותם עקב קבלה רצונית ורשמית של אזרחות נוספת, ומאז אין עוד אפשרות לבטל אזרחות בגין השגת אזרחות נוספת.⁴³

40 המונח nationality פירושו, בהקשר זה, אזרחות, מפני שהוא מבטא קשר משפטי בין אדם למדינה ולא מוצא אתני – סעיף 2(a).

41 Art. 7(2)

42 StAG, §25. על פי המוסבר באתר האינטרנט של שגרירות גרמניה בוויינגטון, כדי לזכות באישור על המבקש להוכיח זיקה נמשכת לגרמניה, למשל קרובי משפחה, נדל"ן או זכויות פנסיה.

43 בעקבות ביטול סעיף 17 לחוק האזרחות האוסטרלי.

עילת ביטול רווחת פחות היא שירות בצבאה של מדינה זרה או בשירות הציבורי שלה. בפינלנד נקבעה עילה משולבת של השגת אזרחות זרה דרך גיוס מרצון לשירותה של מדינה זרה. בגרמניה העילה חלה על אדם בעל אזרחות נוספת אשר מצטרף לצבא זר בלי אישור מוקדם ממשד ההגנה הגרמני או בלי הזכות לעשות זאת על פי הסכם הדדי בין שתי המדינות.⁴⁴ היות שמתן שירותים לממשלה זרה, בשונה משירות צבאי במדינה זרה, אינו מוגדר באמנה האירופית עילה לשלילת אזרחות, נקבע במקצת מדינות אירופה, במישרין או בעקיפין, כי מעשה זה יוביל לביטול האזרחות אם הוא פוגע באינטרסים של המדינה. לדוגמה, בצרפת מדובר בשירות צבאי או ציבורי במדינה זרה בניגוד לצו מפורש של הממשלה לעזוב את השירות. באוסטריה מדובר בכל שירות מרצון בצבא זר או בתעסוקה בשירות מדינה זרה אשר מזיקה לאינטרסים האוסטרניים. גם בסלובניה מדובר בשירות ממשלה זרה המעמיד את האינטרסים של סלובניה בסכנה, אך הוראה זו חלה רק על מי שקיבל את אזרחותה של המדינה הזרה.

נוסף על האמור לעיל נדיר למצוא מדינות דמוקרטיות המסמיכות את השלטון לשלול אזרחות בגין מעשי בגידה, כגון שירות בצבא אויב בזמן מלחמה וכיוצא בזה. הנה דוגמאות להוראות חריגות: אזרח בולגריה עלול לאבד את אזרחותו אם עבר עברות נגד ביטחון המדינה מחוץ לבולגריה; ביוון אפשר לבטל את אזרחותו של אדם שעשה מעשים המנוגדים לאינטרס הלאומי (זהו נוסח רחב למדי, החורג ממעשי בגידה מובהקים); לפי החוק בסלובניה אפשר לבטל את אזרחותו של אזרח סלובני המתגורר במדינה זרה והמחזיק באזרחות זרה אם הוא חבר בארגון הפועל להפיל את ממשלת סלובניה (גם זה נוסח בעייתי, מפני שהוא מיועד, לכאורה, להגן על יציבות השלטון ולא דווקא על האינטרס הכללי); עילת השלילה היחידה שנותרה בחוק האוסטרלי היא שירות בצבאה של מדינת אויב שנמצאת במלחמה עם אוסטרליה וקבלת אזרחותה של מדינה זו.⁴⁵ סעיף זה טרם הופעל, מפני שמאז כניסתו של החוק לתוקף, ב־1949, לא הכריזה אוסטרליה מלחמה, באופן פורמלי, על מדינה אחרת.

StAG, §28 44

The Australian Citizenship Act 1948, §19 45

ד. ההתפתחות המשפטית באנגליה ובארצות הברית

המשפט האמריקני והמשפט האנגלי נבדלים זה מזה ביחס לשלילת אזרחות, ויש בשניהם עניין מיוחד מבחינתנו. בשנים האחרונות חלו שינויים בחקיקה באנגליה, והחוק הנוכחי הוא הדומה ביותר לחוק הישראלי מכל המדינות הדמוקרטיות. המשפט האמריקני מעניין עוד יותר, הן בשל הדיון העקרוני שהתנהל בבית המשפט בקשר לשלילת אזרחות הן בשל המפנה המכריע שחל בסוגיה.

אנגליה: סמכות מנהלית רחבה

בשנים האחרונות הורחבה בהדרגה הסמכות לשלילת אזרחות בדין האנגלי. כדאי להבין את הרקע התרבותי לחקיקה זו. כפי שצינו בפרק השני, המשפט האנגלי עדיין נותן ביטוי לגישה המלוכנית הקלאסית שרואה במי שסר למרותו של השלטון נתין ולא אזרח. המעבר למונרכיה חוקתית, המאופיינת בכוחות חקיקה מוגבלים המוקנים לפרלמנט, שינה הלך מחשבה זה, אך הוא לא פס מן העולם. עניין זה בא לידי ביטוי בתפיסת האמנות רחבה של הפרט מזה ובגישה שלטונית פטרנליסטית מזה.

בפסק דין מ-1608 (פרשת *Calvin*) הגדיר בית המשפט האנגלי את מערכת היחסים בין השליט ובין הנתין במימרה הלטינית 'הגנה מתארת את הנתין ואת הגנת הנתין' (*protectionem et subjectionem*). במשפט המקובל הכוונה היא שהנתנים היו זכאים להגנה מאת המלך, ובתמורה היה עליהם לציית ציות מוחלט לכל חוקי המלך, ובייחוד לחוקים המתייחסים לאיסורי בגידה והסתה.⁴⁶ תפיסת נאמנות חמורה זו באה לידי ביטוי בניסוחה הרחב של עברת הבגידה ובנכונותו של בית המשפט האנגלי להוציא אדם להורג בעוון בגידה מכוח החזקת דרכון בריטי בלבד (בלי אזרחות בריטית), בטענה שמי שמבקש דרכון בריטי מבקש בעצם את הגנת הכתר הבריטי, ולכן מוטלת עליו חובת הנאמנות. כך נקבע בפרשת ג'ויס (*Joyce*).⁴⁷ ויליאם ג'ויס, אזרח אמריקני שהתגורר באנגליה מנעוריו והחזיק בדעות פשיסטיות ואנטישמיות, השיג דרכון בריטי במרמה והיגר באמצעותו לגרמניה ערב פרוץ מלחמת העולם

CHRISTOPHER VINCENZI, CROWN POWERS, SUBJECTS AND CITIZENS 282-3 46 (1998)

Joyce v. Director of Public Prosecutions, [1946] A.C. 347 (H.L.) (U.K.) 47

השנייה. לימים ויתר ג'ויס על אזרחותו האמריקנית וקיבל אזרחות גרמנית. בגרמניה שימש שדרן בשידורי התעמולה של הרדיו הגרמני בשפה האנגלית (ונודע בכינוי 'לורד האו האו' [Lord Haw Haw]). בסיום המלחמה נלכד, הורשע בבגידה והוצא להורג.

במסורת הבריטית תחושת הנאמנות ותחושת ההשתייכות הקשורות במוסד האזרחות התבטאו בעיקר בנאמנות אישית כלפי מוסד המלוכה.⁴⁸ הדוגמה המובהקת ביותר לכך היא שבועת הנאמנות המוטלת על מתאזרחים ועל נושאי משרה בכירים, כגון שופטים וחברי פרלמנט. שבועה זו מבטאת התחייבות לנאמנות כלפי המלכה הנוכחית ויורשיה. אמנם 'הכתר' (The Crown) הפך למושג המייצג את הרשות המבצעת, ובנסיבות מסוימות אפילו את המדינה, אך שבועת הנאמנות אינה מתייחסת כלל למובנים אלו, ולכן היא מעוררת מחלוקת באנגליה גם היום. השבועה אף נעשית על פי כל כללי הטקס המסורתיים, לרבות נישוק ידה של המלכה ויציאה מן החדר בתנוחת השתחוות. רק ב-2002, במסגרת רפורמה שביקשה להפוך את האזרחות הבריטית למשמעותית יותר, שונה חוק האזרחות הבריטי והוסיף בצד שבועת הנאמנות של מתאזרחים גם התחייבות לשמירת חוקי המדינה וערכיה הדמוקרטיים.⁴⁹ עוד ביטויים למנטליות הסמכותנית אפשר למצוא במערכת הצנזורה הפטרנליסטית הקיימת באנגליה ובתרבות הסודיות השלטונית המאפיינת אותה.⁵⁰ אמנם בשנים האחרונות חלו שינויים בעניין זה, כגון חקיקת חוק חופש המידע וחוק זכויות האדם, אך אלה לא שינו את המצב מן הקצה אל הקצה, ואין בהם כדי לעקור מן השורש תרבות פוליטית שנהגה תקופה ארוכה.

הרחבת הסמכות לשלילת אזרחות

לנוכח הרקע המתואר לא מפתיע שהחוק האנגלי מסמיך את השלטון לשלול אזרחות משיקולים הקשורים בחוסר נאמנות. עד 2002 חל החוק רק על אדם שהתאזרח באנגליה ולא על אזרח מלידה.⁵¹ השלילה יכלה

48 Vincenzi, לעיל הערה 46, בעמ' 290. ראו גם האמור לעיל בפרק השני, עמ' 59.

49 Nationality, Immigration And Asylum Act 2002, §3, schedules 1-5

50 Vincenzi, לעיל הערה 46, בעמ' 286-287. להרחבה בעניין זה ראו מרדכי קרמניצר ואפרת רחף **סודות רשמיים: הצעה לתיקון האיסור הפלילי** 93-106 (2005).

51 British Nationality Act 1981, §40. חוק זה שימר סמכות דומה שהייתה קבועה בחוק שקדם לו.

להתבסס על אחת העילות האלה: חוסר נאמנות ('אדם שהוכיח, במעשה או בדיבור, חוסר נאמנות או ניכור כלפי המלכה' – עוד שריד של תפיסת הנתינות); סחר עם האויב שלא כדין בזמן מלחמה או מעורבות במודע בעסקים שסייעו לאויב במלחמה (ביטוי ספציפי לחוסר נאמנות); הרשעה ובעקבותיה עונש מאסר העולה על 12 חודשים בפרק זמן של חמש שנים מיום ההתאזרחות. העילה האחרונה, והיא בלבד, הייתה כפופה לסייג שהשליטה לא תותיר את האדם חסר אזרחות. מזכיר המדינה הוסמך לשלול אזרחות בגין אחת העילות הללו ובתנאי שהדבר 'תורם לאינטרס הציבורי'. הרשויות הפגינו איפוק באכיפת הסמכות, והפעם האחרונה שהיא הופעלה הייתה ב-1973.⁵²

הסמכויות לשלילת אזרחות שונו על רקע המאבק בטרור, מנימוקי ביטחון הציבור. ב-2002 הורחבה הסמכות גם לאזרחים מלידה, אך נקבע בצדה סייג בעניין חוסר אזרחות. עילות השליטה הקודמות הוחלפו בעילה אחת המסמיכה את מזכיר המדינה לבטל את אזרחותו של אדם, אם המזכיר משוכנע שהלה עשה 'משהו המנוגד באופן חמור לאינטרסים החיוניים של אנגליה' או של מושבה בריטית מעבר לים.⁵³ נוסח זה מבטא כמעט במדויק את אחת העילות לשלילת אזרחות המוכרות באמנה האירופית בדבר אזרחות.⁵⁴

החוק המתקן קובע מנגנון ערעור על החלטת השר, אך מסייג את זכות הערעור במקרה שהשר מצהיר שהחלטתו מושתתת, במלואה או בחלקה, על מידע שאינו צריך לדעתו להיות פומבי משיקולים של ביטחון המדינה, יחסי החוץ שלה או אינטרס ציבורי אחר.⁵⁵ בהצעת החוק המקורית לא נכללה כל זכות ערעור במצבים אלו, אולם בעקבות ביקורת

52 על פי נתונים הכלולים בנייר רשמי של הפרלמנט הבריטי (לא מוזכרים פרטי המקרה): *Research Paper 02/25*, April 22 2002, The Nationality, Immigration and Asylum Bill: Nationality and Citizenship, Bill 119 of 2001/2, House of Commons Library, at: www.parliament.uk/commons/lib/research/rp2002/rp02-025.pdf

53 British Nationality Act 1981, §40(2), as amended by the NATIONALITY, Immigration And Asylum Act 2002, §4. עילת המרמה נותרה בלא שינוי – ס' 3)40 לחוק.

54 The European Convention On Nationality, Art. 7(d). השינוי היחיד הוא שהאמנה מדברת על 'התנהגות' (conduct). לשון החוק הבריטי עמומה יותר, וחלה על 'כל דבר' (anything), כך שלכאורה היא חלה גם על ביטויים.

55 British Nationality Act 1981, §40A

שמתח בית הדין האירופי לזכויות אדם נקבע מנגנון ערעור מיוחד.⁵⁶ כאשר שלילת האזרחות מתבססת על מידע חסוי אפשר לערער לפני ועדה מיוחדת (The Special Immigration Appeals Commission), המוסמכת לעיין בחומר בלי לחשוף אותו לעיני המערער אלא רק לעיני עורך דין שימונה לו. על החלטת הוועדה אין זכות ערעור נוספת.

על רקע תיקון החקיקה התחוללה באנגליה פרשת אבו חמזה, שהיה בה ניסיון עיקש ביותר של הממשלה לשלול אזרחות ככלי למאבק בטרור האסלאמי. השיח' אבו חמזה, יליד מצרים, התגורר באנגליה מאז שלהי שנות השבעים וקיבל אזרחות בריטית ב-1981 מכוח נישואין לאזרחית בריטית. בהיותו האימאם של אחד המסגדים החשובים בלונדון הופנתה אליו תשומת הלב הציבורית בעקבות הנאומים שנשא לאחר אירועי 11 בספטמבר, שבהם הוא הביע תמיכה גלויה במעשי הטרור של ארגון אל-קעידה. ב-2003 נמצאה עילה (מפוקפקת) לביטול אזרחותו כאשר התגלה שנישואיו בטלים מחמת ביגמיה, מאחר שאשתו לא התגרשה כדין מבעלה הראשון (לא ברור אם אבו חמזה ידע על כך). הממשלה פתחה בהליכים נגדו, אולם אלו נמשכו זמן רב, מטעמים בירוקרטיים.

בסופו של דבר, לאחר שהתחוור לממשל שהדרך לביטול האזרחות רצופה מכשולים משפטיים, הסתפקו הרשויות בהליכים פליליים. במאי 2004 נעצר אבו חמזה עקב בקשת הסגרה מצד ארצות הברית, אשר הגישה נגדו כתב אישום בעוון ניסיון לייסד בשטחה בסיסי אימונים של ארגון אל-קעידה. חודשים מספר לאחר מכן הוגש נגדו כתב אישום באנגליה בגין שידול לרצח של לא מוסלמים, הסתה לשנאה גזעית ועברות על חוק הטרור. בפברואר 2006 הוא הורשע במרבית האישומים ונדון לשבע שנות מאסר.⁵⁷

ב-2006 שונתה שוב העילה לשלילת אזרחות (בצד שמירת זכות הערעור והסייג בנוגע לחוסר אזרחות). העילה החדשה מנוסחת באופן כללי ביותר ומסמיכה את מזכיר המדינה לשלול אזרחות אם הוא משוכנע 'שהשלילה תורמת לאינטרס הציבורי'.⁵⁸ על פי הצעת החוק, הסמכות

56 על פי הנייר הרשמי בקשר להצעת החוק, לעיל הערה 52, בעמ' 35. כאמור שם לכתחילה הוצע להטיל חיסיון על חומר הראיות מטעמי ביטחון לאומי, יחסי חוץ

או 'עניין אחר בעל אופי פוליטי'.

57 R v. Abu Hamza [2006] EWCA Crim. 2918 (U.K.)

58 British Nationality Act 1981, §40, as amended by the Immigration, Asylum And Nationality Act 2006, §56

הייתה אמורה להיות מופעלת רק אם מזכיר המדינה משוכנע שהדבר מוצדק על סמך עילה אחת מרשימה של עילות (ביטחון לאומי, שמירת יחסים בין-לאומיים טובים, שמירת הסדר הציבורי או עקב ביצוע עברות טרור מסוימות). חלק זה הושמט מן הנוסח הסופי של החוק, כנראה מהרצון שלא להגביל את חופש הפעולה של הממשל. החוק המתקן אף מאפשר למזכיר המדינה לשלול על בסיס נימוק זה את הזכות המיוחדת להיכנס לאנגליה ולשהות בה דרך קבע (Right of Abode), זכות המוקנית לאזרחים מסוימים של מדינות ה-Commonwealth.⁵⁹

החקיקה החדשה, אשר מעניקה לממשלה שיקול דעת רחב בבואה לשלול אזרחות או תושבות (כצעד ראשון לקראת גירוש מאנגליה), מעניקה לממשלה גם שיקול דעת רחב בפסילת בקשות להתאזרחות (השר לא יאשר בקשה להתאזרח אלא אם כן הוא משוכנע שהמבקש הוא 'בעל אופי טוב').⁶⁰ צירוף הסמכויות הללו זכה לביקורת ציבורית. ארגוני זכויות אדם (כגון ארגון Liberty) טענו כי הסמכויות מנוסחות ניסוח גורף מדי, וכי מדובר, למעשה, בניסיון לווסת מדיניות של הגירה ואזרחות ולא בשמירה על ביטחון הציבור או במאבק בטרור. כמו כן נטען כי חקיקה מעין זו תשפיע באופן לא פרופורציונלי על מיעוטים אתניים ודתיים (הכוונה בעליל לציבור המוסלמי בבריטניה) ותדחק אותם לשולי החברה.

ארצות הברית: מגבלה חוקתית על שלילת אזרחות

הדין האמריקני בעניין שלילת אזרחות עבר תמורות מרחיקות לכת – משימוש נרחב בביטול אזרחות ועד לזניחה גמורה של אמצעי זה – עקב הלכות חשובות שיצאו מבית המשפט העליון מאז שלהי שנות השישים של המאה העשרים.

מויתור על אזרחות לשלילת אזרחות

במאה הראשונה לקיומה של ארצות הברית התמקד הדיון ב**ויתור** על אזרחות. בעולם הישן לא היה מקובל להכיר בזכותו של אדם לזנוח את

59 IAN 2006, §57 (§2A of the Immigration Act 1971). מדובר בעיקר באזרחים אוסטרלים וקנדים.

60 IAN 2006, §58 ('[...] is of good character')

נאמנותו למדינה פלונית לטובת מדינה אלמונית. כיוון שהייתה מדינת מהגרים נדרשה ארצות הברית לבסס זכות זו כדי להגן על מתאזרחים בה מפני תביעות לנאמנות מצד ארצות מוצאם. ב-1868, על רקע נכוונתן של מדינות אחדות, במיוחד בריטניה, לוותר על נאמנותם של נתיניהן ולהכיר בזכותם להתאזרח בארצות הברית, נחקק Expatriation Act.⁶¹ חוק זה הגדיר ויתור על אזרחות זכות טבעית המוקנית לכל אדם, בהיותה חיונית להנאה מן הזכויות לחיים, לחירות ולחיפוש אחר האושר. אולם מרגע שזכות זו עוגנה בחקיקה התברר שמדובר בחרב פיפיות המאפשרת למדינה לטעון שמעשים מסוימים של הפרט, כגון התאזרחות במדינה זרה או השתקעות מחודשת בארץ מוצאו, מעידים שוויתר על אזרחותו האמריקנית.

ב-1907 חל מפנה חשוב כאשר נחקק חוק בעל שם זהה שהסמיך את המדינה לבטל אזרחות על סמך הטענה האמורה. החוק החדש נועד לטפל בבעיות הנובעות מכפל אזרחות, הנחשב לבעייתי בשל הסיכון לפגיעה ביחסי החוץ של המדינה ובתדמיתה בעולם. הרצון להגן על יחסי החוץ של ארצות הברית הוא השיקול שביסוד כל עילות הביטול שהוגדרו בחוק. לדוגמה: נקבע שקבלת אזרחות זרה או קבלת משרה ציבורית המחייבת שבועת אמונים במדינה זרה הן עילה לביטול אזרחות משום שבמקרים אלה אדם עלול להגיע למצב שיותר מממשלה אחת תדרוש את שירותיו; השתקעות במדינה זרה למשך חמש שנים לפחות בלי כוונה לחזור לארצות הברית נפסלה משום שהגנה דיפלומטית על אזרח כזה תגרום מבוכה לממשלה.⁶²

שאלת סמכותו של הקונגרס לחוקק חוק השולל אזרחות אמריקנית התעוררה לראשונה בקשר לעילה אחרת שהוגדרה בחוק, שתכליתה למנוע כפל אזרחות של נשים אמריקניות עקב נישואיהן לאזרחים זרים. המדינה סירבה לרשום אישה ברשימת המצביעים בבחירות בטענה שאיבדה את אזרחותה האמריקנית שנים מספר קודם לכן, משנישאה לאזרח בריטי (אף על פי שהזוג המשיך להתגורר בארצות הברית). האישה עתרה לבית

61 הרקע החקיקתי לחוק זה ולחקיקה שבאה בעקבותיו (להלן) הוסבר בפסק הדין בעניין: *Perez v. Brownell, Attorney General*, 356 U.S. 44, at pp. 48-55, 66 (1958)

62 כמוסבר בפרשת *Perez*, שם, בעמ' 50.

המשפט נגד ההחלטה, אולם בית המשפט העליון קבע שמדובר בחקיקה הנופלת במסגרת סמכותו הטבעה של הקונגרס לחוקק חוקים שתכליתם למנוע סיבוכים ביחסי החוץ של המדינה.⁶³

שלילת אזרחות בגין גילויי 'חתרנות' (מצד מתאזרחים)

נוסף על העילות האמורות שהורחבו במרוצת השנים הכירה הפסיקה האמריקנית בנוסחה משפטית שיצרה הממשלה, אשר אפשרה לשלול את אזרחותם של אנשים שהתאזרחו בארצות הברית בגין מעשים וביטויים בעלי אופי 'חתרני', גם אם אלה נעשו לאחר קבלת האזרחות (בשונה מעמידה ב'תקופת מבחן' לפני קבלת האזרחות אשר מקובלת במדינות רבות). העילה הרשמית לשלילת האזרחות במקרים אלו הייתה מרמה או אי־חוקיות בקבלת האזרחות.⁶⁴ הנימוק היה שמעשים או ביטויים המשקפים חוסר נאמנות מעידים על הסתייגות נפשית שהייתה לאדם קודם לכן, בזמן שנשא את שבועת הנאמנות הנדרשת להתאזרחות בארצות הברית. הנוסחה המשפטית הזאת באה לעולם בזמן מלחמת העולם הראשונה והייתה צעד אחד מני רבים למיגור תופעות של ריגול ותעמולה חתרנית מטעם מדינות אויב.

היות שמדובר במדיניות שכוונה נגד מתאזרחים בלבד ונסבה על פרשנותה של עילת המרמה, אין היא נוגעת במישרין לענייננו. ואולם הרחבה בעניינה תאפשר לנו להסיק מסקנות חשובות בקשר לחובת הנאמנות למדינה ובקשר לסיכונים הטמונים בחקיקה המאפשרת שלילת אזרחות בגין השקפות מוקצות מחמת מיאוס.

בקבוצת מקרים שהוכרעו במהלך מלחמת העולם הראשונה נקבע שגילויי אהדה של מתאזרחים ממוצא גרמני כלפי ארץ מוצאם מעידים שהם לא הצליחו לוותר ויתור מוחלט על כל נאמנות זרה בעת קבלת האזרחות האמריקנית. המקרה השערורייתי ביותר היה בעניין יליד גרמניה שהתאזרח בארצות הברית ב־1882. לאחר כניסתה של ארצות

63 Mackenzie v. Hare, 239 U.S. 299 (1915). ביטול אזרחותן של נשים עקב נישואיהן לאזרחים זרים נבע מהוראה במשפט המקובל הרואה בזוג נשוי ישות משפטית אחת, בעלת אינטרס אחד. חקיקה מסוג זה הייתה מקובלת במדינות רבות, ולכן נשים היו מועדות באופן מיוחד לשלילת אזרחות.

64 עילה זו הייתה מעוגנת בסעיף 15 לחוק מ־1907, והיא הועתקה לחקיקה מאוחרת יותר בלא שינויים מהותיים: INA of 1952, §340; The Nationality Act of 1940, §338.

הברית למלחמה חזר הלה והכריז כי לא יעשה דבר כדי להביס את גרמניה וכי אין ברצונו לחזות בניצחונה של ארצות הברית במלחמה. מדובר אפוא בביטויים שנאמרו כ-35 שנה (!) לאחר שבועת הנאמנות. בית המשפט קבע כי חלוף הזמן אינו שולל את ההנחה שהיו לאותו אדם הסתייגויות בזמן שנשבע אמונים לארצות הברית, אלא להפך – המסקנה הבלתי נמנעת היא שנאמנותו לארץ הולדתו הייתה בשעתו אף גדולה מכפי שהיא היום.⁶⁵

החלטות אחרות לבטל התאזרחות בנסיבות דומות התקבלו בשנים שלאחר המלחמה. החשובה שבהן התייחסה לאדם שהביע במכתביו ביקורת חריפה על המאמץ המלחמתי של ארצות הברית ורגשי שטנה כלפי העם האמריקני. בית המשפט הודה שאין די בביטויים אלו כדי להרשיע בבגידה, אך קבע שאין בכך צורך כדי להוכיח שמדובר בחוסר נאמנות. בהקשר זה נאמר:

נאמנות היא, בהכרח, בעלת צמיחה אטית, ולכן, במידה מסוימת, בלתי רצונית [...]; אך העובדה שרק מאוחר יותר, בעתות מצוקה, מתגלה שהתשוקה כלפי המולדת, שהודחקה בלית בררה, חזקה מן התשוקה כלפי המדינה המאומצת – אף שייתכן שעובדה זו אינה מובנת במלואה בזמן ההתאזרחות – אינה גורעת מהעובדה שמדובר במרמה מצד המבקש [להתאזרח], משום שהלה אינו מגלה את תחושתו האמתית, אם כי סמויה, בעניין זה.⁶⁶

תיאור זה מדגיש את ההיבט הרגשי של הנאמנות למדינה: עוינות כלפי המדינה היא ביטוי לחוסר נאמנות. אין צורך להכביר מילים מדוע מדינות מבקשות ליצור זיקה רגשית מצד אזרחים, ובייחוד מצד מתאזרחים. ברם המקרים הנזכרים לעיל ממחישים מדוע רצוי שלא לתת משקל לממד הרגשי בעניין חובת הנאמנות למדינה. מדיניות משפטית זו שימשה הלכה למעשה לדיכוי ביקורת ודעות מקוממות,

65 United States v. Wursterbarth (1918), כמצוטט מפסק הדין אצל Lawrence Preuss, *Denaturalization on the Ground of Disloyalty*, 36 THE AMERICAN POLITICAL SCIENCE REVIEW 701, 708 (1942)

66 הציטוט מפסק הדין United States v. Herberger (1921) מובא אצל Preuss, שם, בעמ' 708-709.

אשר נתפסו בזמן המלחמה כבלתי נסבלות.⁶⁷

במלחמת העולם השנייה ננקטו הליכים לביטול התאזרחות בהיקף חסר תקדים.⁶⁸ עתה כווננו הליכים אלו הן כלפי אזרחים ילידי מדינות הציור, בייחוד גרמניה, הן כלפי אזרחים ממוצא רוסי, על רקע האימה הגוברת מן הקומוניזם. ב-1942 התקבל פסק דין חשוב שביקש לבלום מגמה זו בשם 'ההגנה על חופש הדעה והמצפון'. בפרשת *Schneiderman v. United States* קבע בית המשפט העליון, ברוב דעות, שנאמנות לעקרונות החוקה אינה סותרת בהכרח את הרצון להביא לשינויה.⁶⁹ הקביעה התבססה על שתי הנחות. האחת – המחוקק ביקש לשמור על זכויותיהם ועל חירויותיהם של מתאזרחים, כמו על אלו של אזרחים מלידה. השנייה – המחוקק ביקש לשמור על רוח של סובלנות, לנוכח הפיכת האמריקניות לסמל החירות והסובלנות של 'העולם החדש', בניגוד לעולם הישן של רדיפה פוליטית ודתית.⁷⁰ מכאן ערכה הרב של האזרחות האמריקנית שתוארה במליציות במילים 'תקוותם הגדולה ביותר של בני תרבות' ('the highest hope of civilized men').⁷¹

בפרשת שניידרמן נקבע שהמדינה, בבואה לשלול סטטוס המעניק זכויות פוליטיות – מעשה שתוצאותיו חמורות מהטלת עונש כלשהו – חייבת להציג ראיות ברורות, חד-משמעיות ומשכנעות לביסוס טענותיה.⁷²

67 במאמרו של Preuss (שם) שמסכם את הפסיקה משנים אלה נזכר (בעמ' 709) רק מקרה אחד, שבו נדחה ניסיונה של הממשלה לבטל התאזרחות מנימוקי חוסר נאמנות (*United States v. Woemdle* [1923]) משום שלא הוצגו ראיות לביטויים או למעשים המגלים חוסר נאמנות שנעשו לאחר הצטרפותה של ארצות הברית למלחמה, אלא רק לכאלה שנעשו עד למועד זה.

68 עד אמצע 1942 נפתחו בבתי המשפט תיקים נגד 226 מתאזרחים, כאמור במאמרו של Preuss, שם, בעמ' 702. יש לציין שגם במדינות אחרות, דוגמת אוסטרליה, נשללה אזרחותם של מתאזרחים רבים בטרם גורשו מן הארץ, הן לאחר מלחמת העולם הראשונה הן במהלך מלחמת העולם השנייה; אולם במדינות אלו נקבע במפורש שמעשים המבטאים חוסר נאמנות יובילו לביטול ההתאזרחות.

69 320 U.S. 118 (1942). עובדות המקרה תוארו בפרק השני לעיל, בעמ' 60-62.

70 שם, בעמ' 120.

71 שם, בעמ' 122.

72 שם, בעמ' 125. דעת הרוב בפרשה זו הייתה שלא הוצגו ראיות חד-משמעיות המצביעות על חתירת המפלגה הקומוניסטית להפיל את הממשלה בכוח, כלומר לא הייתה קריאה לאלימות היוצרת 'סכנה ברורה ומידית' לשימוש בכוח, על פי המבחן המחמיר בעניין חופש הביטוי שמקובל במשפט האמריקני. ראו שם, בעמ' 147-159.

בפסיקה מאוחרת אושר רף ההוכחה המחמיר שקבעה הלכה זו. בית המשפט הדגיש את הפגיעה הכרוכה בהורדת אדם ממעמד של אזרח למעמד של זר והוסיף שהמתאזרח אינו נדרש לכלוא את עצמו בכלא אינטלקטואלי או רוחני לאחר קבלת האזרחות.⁷³ על בסיס זה דחה בית המשפט העליון ניסיונות של המדינה בתקופת המקארתים לבטל התאזרחויות בגין הסתרת עבר הכולל חברות במפלגה קומוניסטית בטענה שאי-גילוי מידע זה פירושו מרמה.⁷⁴ עם זאת הוויכוח הנוקב על טיבה של חובת הנאמנות במשטר החוקתי הדמוקרטי של ארצות הברית – אם היא מצטמצמת רק למעשי בגידה מובהקים או חלה גם על מעשים יום יומיים ולא פליליים המבטאים דעות פוליטיות – הוסיף להעסיק את החברה האמריקנית ואת מערכת המשפט האמריקנית בתקופה זו.⁷⁵

משלילת אזרחות לוותר על אזרחות

נחזור לדיון בעילות הרשמיות לביטול אזרחות שהוסדרו בחקיקה האמריקנית מאז ראשית המאה העשרים. עילות אלו הורחבו במידה רבה בחוק האזרחות מ-1940.⁷⁶ הוועדה שהכינה את הצעת החוק הממשלתית

73 *Baumgartner v. United States*, 322 U.S. 665 (1944). בפרשה זו דרשה הממשלה לבטל את התאזרחותו של מהגר מגרמניה שקיבל אזרחות כעשור קודם לכן. התביעה נסמכה על ראיות בדבר שיחות עם אחרים, נאומים פומביים ודברים שכתב ביומנו, ובהם התבטא בשבחם של היטלר, המשטר הנאצי והעם הגרמני ובגנות הדמוקרטיה האמריקנית. בית המשפט הדגיש את מקומה של החוקה כאורגן שיוצר את האומה האמריקנית, אך קבע כי הקושי לבחון את 'הפיכת הלב' של המתאזרח מחייב רף הוכחה גבוה, שתכליתו לאפשר לפרט לממש את חירותו מרגע שניתנה האזרחות בלא חשש שמעשיו ישמשו לשלילתה בדיעבד.

74 *Nowak v. United States*, 356 U.S. 660 (1958); *Chaunt v. United States*, 364 U.S. 350 (1960). בשתי הפרשות ביקשה המדינה לבטל התאזרחות שאושרה 15 ו-20 שנה קודם לכן בנימוקים דחוקים. בפרשת *Nowak* הנ"ל הושתתה טענת המרמה על שאלון שמילא המערער בתחילת תהליך ההתאזרחות, ובו ענה בשלילה על השאלה אם הוא מוסיף לארגון הדוגל באנרכיה או בהפלת הממשלה. בפרשת *Chaunt* הנ"ל נטען שהמערער הסתיר פרטים על מעצרים קודמים, אשר אילו היו מתגלים הייתה החקירה חושפת את דבר חברותו במפלגה הקומוניסטית. המעצרים אירעו כעשור לפני ההתאזרחות והסתיימו בהרשעה בעברה פגועה של נאום פומבי והפצת עלונים. בשתי הפרשות התקבלה עמדת המדינה על דעתם של בית המשפט המחוזי ובית המשפט לערעורים ונדחתה רק בבית המשפט העליון.

75 עדות לכך אפשר למצוא באוסף המאמרים המקובץ בספר שנכתב בתקופה זו: *LOYALTY IN A DEMOCRATIC STATE* (John C. Wahlke ed., 1952)

The Nationality Act of 1940, §401 76

הצהירה כי אף לא עילה אחת נועדה להעניש את הפרט או לפגוע בחופש הפעולה שלו, וכל מטרתן לשלול אזרחות מאנשים שהראו שנאמנותם האמתית מסורה למדינה זרה ולא לארצות הברית.⁷⁷

החוק החדש הוסיף על עילות הביטול הקיימות את האפשרות לביטול האזרחות האמריקנית עקב שירות בצבאה של מדינה זרה או עקב הצבעה בבחירות או במשאל עם של מדינה זרה. חידוש משמעותי נרשם בסעיפים המאפשרים לבטל אזרחות בגין הרשעה פלילית בבגידה או בניסיון להפיל בכוח את הממשלה ובגין עריקה מהצבא בזמן מלחמה. המיוחד בהוראות אלו הוא אופיין העונשי והעובדה שהן עלולות לגרום חוסר אזרחות. בשנות הארבעים והחמישים נוספו בחוק עילות החלות על עזיבת המדינה בזמן מלחמה כדי להתחמק משירות צבאי ועל הרשעה בעברות הסתה (לפי 'חוק סמית' הידוע לשמצה).

Perez (1) פרשת

החקיקה החדשה בדבר שלילת אזרחות נבחנה בפרשת *Perez v. Brownell, Attorney General*.⁷⁸ המערער, אזרח אמריקני מלידה, עקר עם משפחתו למקסיקו בגיל עשר, המשיך להתגורר במקסיקו בבגרותו והצביע בבחירות שנערכו בה. בפרשה זו נבחנה הוראת החוק שקבעה כי האזרחות תבטל בעקבות הצבעה בבחירות פוליטיות של מדינה זרה.⁷⁹ בית המשפט העליון אישר את חוקתיותה של הוראה זו ברוב של חמישה שופטים מול ארבעה. בפסק הדין כלולות אמירות בעלות חשיבות עקרונית ממעלה ראשונה לענייננו.

השופט פרנקפורטר (Frankfurter), שנתן את פסק הדין של הרוב, חזר ואישר את הבסיס החוקתי של הוראות החוק בעניין ביטול אזרחות מתוקף סמכותו הטבועה של הקונגרס לחוקק חוקים שתכליתם להסדיר ביעילות את יחסי החוץ של המדינה. על פי גישתו העקרונית בזכות ריסון שיפוטי הגביל עצמו פרנקפורטר לבדיקת שאלה אחת ויחידה: האם מתקיים הקשר הרלוונטי בין מקור הסמכות לבין השימוש בה. לשיטתו,

77 דברי הוועדה מובאים בפרשת *Perez*, לעיל הערה 61, בעמ' 53.

78 לעיל הערה 61.

79 The Nationality Act of 1940, § 401(e). בית המשפט אישר את חוקתיותה של הוראה זו בדעת רוב, ולכן פטר עצמו מן הצורך לדון בתוקפה של עילה חלופית שהתמלאו תנאיה: שהייה מחוץ לארצות הברית בעת מלחמה או בשעת חירום לאומי מתוך כוונה להתחמק משירות צבאי. ראו §401(j).

סמכותו של הקונגרס לחוקק חוקים בעלי מטרה לגיטימית מוגבלת אך ורק מצד הדרישה להימנע מחקיקה שרירותית.⁸⁰ חמשת שופטי הרוב סברו כי שלילת אזרחות עקב הצבעה בבחירות זרות היא אכן אמצעי הגיוני להגנה על יחסי החוץ של המדינה, מפני שמדינות רבות אינן רואות בעין יפה מעורבות פוליטית בענייני הפנים שלהן מצד אמריקנים גם אם היא נעשית כדין.

בתשובה לדעת המיעוט, שסבר כי ביטול אזרחות יכול לנבוע רק מוויתור על אזרחות, קבע פרנקפורטר: 'כמובן, הקונגרס יכול לקשור אבדן אזרחות רק למעשה "שנעשה מרצון" [...]. אולם יהיה זה נלעג מצד בית המשפט לרמוז שכדי לאבד את אזרחותו, אדם חייב להתכוון לכך או לרצות בכך'.⁸¹

את דעת המיעוט נתן הנשיא וורן (Warren). וורן טען כי סמכויותו הטבעיות והכלליות של הקונגרס – להבדיל מסמכויות המוקנות לו במפורש בחוקה – אינן כוללות שלילת אזרחות. הוא ביסס קביעה זו על עיקרון מתוך הכרזת העצמאות האמריקנית: כדי להגן על זכויות האדם השלטון שואב את סמכותו הצודקת מהסכמת הנשלטים. לדבריו, מעיקרון זה משתמע שאין לשלטון סמכות לפגוע במערכת היחסים שהיא היסוד לעצם קיומו:

השלטון הזה נולד מאזרחיו, הוא מקיים את עצמו מתוך מערכת יחסים נמשכת עמם, ולמיטב הבנתי אין לו הסמכות לגדוע את מערכת היחסים שהולידה אותו. [...]

אזרחות היא זכות יסוד של הפרט באשר היא לא פחות מן הזכות להיות בעל זכויות. הסר חזקה זו, שלא תסולא בפז, ונותר אדם חסר מדינה, מושפל ונחות בעיני בני ארצו. אין לו תביעה חוקית להגנה משום מדינה, ושום מדינה אינה רשאית לעמוד על זכויות בשמו. עצם קיומו נתון לחסדה של המדינה שהזדמן בגבולותיה. סביר להניח שבמדינה זו ייהנה הגולה לכל היותר מזכויות מוגבלות ומפריבילגיות הניתנות לזרים, ובדומה לאדם הנמצא במעמד של זר הוא נתון

80 פרשת *Perez*, לעיל הערה 61, בעמ' 58.

81 שם, בעמ' 61.

לסכנת גירוש ואיבוד הזכות לעמוד על זכויותיו. שלטון זה לא נוסד עם הסמכות לגזור גורל שכזה.⁸²

הערובה החוקתית לכך, טען וורן, היא פסקת האזרחות בתיקון ה-14 לחוקת ארצות הברית. הוראה זו קובעת שכל אדם שנולד בשטחה של ארצות הברית או התאזרח בה והוא נתון לסמכות שיפוטה עקב כך (בשונה מילדי דיפלומטים, הנהנים מחסינות דיפלומטית), יהיה אזרח. וורן טען כי הואיל וההוראה החוקתית חלה על הענקת אזרחות ואין היא כוללת הוראה תואמת בדבר שלילת אזרחות, שיטת הממשל האמריקנית אינה מאפשרת לשלול אזרחות מלידה או מאדם שהתאזרח כדין.⁸³ המצב היחיד שאינו מעורר בעיה הוא שלילת אזרחות שהושגה שלא כדין או ויתור על אזרחות מרצונו של הפרט.

הזכות לוותר על אזרחות, קבע וורן, חלה גם על מעשים שמשמעותם העברה מרצון של חובת הנאמנות כלפי מדינה אחרת – מעין 'נטישה' של האזרחות. כל מעשה שמגלה נאמנות למדינה זרה עלול להסתיים באיבוד מעמד זה. בהכירה בתוצאות המעשה כאמור אין המדינה שוללת אזרחות (שהרי אין לה סמכות לעשות זאת), אלא רק מכירה רשמית בויתור של הפרט על אזרחותו מרצונו.⁸⁴ אולם כדי להקיש ממעשי הפרט על כוונה כזאת נדרש מעשה חד-משמעי מבחינת השלכותיו על הנאמנות כלפי מדינת האזרחות. הצבעה בבחירות זרות, לעצמה, אינה מעשה כזה; היא עשויה ללמד על כוונה לוותר על האזרחות רק בנסיבות מסוימות. לפיכך החוק מנוסח באופן גורף מדי, ודינו להתבטל.

השופט דאגלס הצטרף לנשיא וורן וקשר את ההחלטה לעקרון חופש הביטוי. דאגלס הזכיר כי תחום יחסי החוץ בהיסטוריה האמריקנית היה מקור למחלוקות קשות ביותר ולחקיקת חוקי ההסתה 'המתועבים'. אם השתתפות בבחירות בחו"ל טומנת בחובה סכנה כה גדולה ליחסי החוץ של המדינה, תהא, מדוע אין האזרחות יכולה להתבטל עקב התבטאות קשה כנגד מדיניות החוץ של ארצות הברית או כל התבטאות העשויה לפגוע ביחסי החוץ של המדינה? לדוגמה, האם אפשר לשלול אזרחות ממי שדגל בהכרה בברית המועצות בשנות העשרים? או ממי שתמך בהיטלר

82 שם, בעמ' 64-65.

83 שם, בעמ' 66.

84 שם, בעמ' 68-69.

בשעתו? או ממי שבייש את המדינה כאשר נתן ריאיון כלשהו במדינה אחרת? הפגיעה העיקרית במצבים הללו אינה בחופש הביטוי, טען, אלא במעמד האזרחות. לדבריו:

כמו הזכות לחופש ביטוי או לחופש דת, הזכות לאזרחות היא מוחלטת. לקונגרס אין כל סמכות לשנות אותה או לבטל אותה. אדם יכול להיות אזרח טוב או אזרח רע, כך או כך הוא נשאר אזרח אלא אם כן הוא מוותר מרצונו על מעמד זה. המחוקק יכול לקבוע תנאים לויתור על אזרחות, אך אינו יכול 'להפוך לבן לשחור' ולקבוע שכל מעשה שהוא יהווה ויתור שכזה. אם לא כן, יש בכך להפוך סדרי עולם ולהכפיף את הזכות החוקתית לסמכות המחוקק במקום שסמכות החקיקה תהיה כפופה לזכות.⁸⁵

(2) פרשת Trop

זמן קצר לאחר שניתן פסק הדין בעניין *Perez* פסל בית המשפט את סעיף החוק המאפשר לבטל אזרחות בגין עריקה מהצבא בזמן מלחמה, אם הייתה בעקבותיה הרשעה של בית משפט צבאי ושחרור מן השירות עם קלון. מקורה של הוראה זו בחוק מתקופת מלחמת האזרחים שקבע כי עריק יאבד את 'זכויות האזרחות' שלו. בפסק הדין הידוע בעניין *Trop v. Dulles*⁸⁶ נידון עניינו של חייל לשעבר, יליד ארצות הברית, אשר נמלט ב-1944 מן הכלא במרוקו, שנכלא בו בגין עברת משמעת. לאחר פחות מיממה הוחזר לכלא, הורשע בעריקה ונידון לשלוש שנות מאסר עם עבודות פרך ולשחרור מהצבא עם קלון. שנים מספר לאחר מכן פנה למשרד הפנים בבקשת דרכון ונענה בשלילה בנימוק שאזרחותו אבדה עקב ההרשעה. לפי האמור בפסק הדין, לא מדובר במקרה נדיר. כ-21 אלף חיילים הורשעו בעריקה בזמן מלחמת העולם השנייה ושחררו עם קלון, וכ-7,000 מהם נותרו חסרי אזרחות כתוצאה מכך, לאחר שהשויות סירבו לפטור אותם מן הקלון. בית המשפט פסל את הוראת החוק האמורה ברוב של חמישה שופטים מול ארבעה. הפעם מצא עצמו הנשיא וורן בדעת הרוב, אך לא מן הטעמים שהשמיע בפרשת *Perez*.

85 שם, בעמ' 84.

86 356 U.S. 86 (1958)

וורן חזר על הטיעון שאזרחות אינה כפופה לסמכות החקיקה הכללית של הקונגרס, ולכן סמכות זו אינה מאפשרת לשלול אזרחות. לקביעה זו הצטרפו רק שלושה שופטים. לפיכך, הוסיף וורן וטען, גם אם אפשר לשלול אזרחות במהלך מילוי סמכות החקיקה הכללית, לא כך באשר להוראת החוק האמורה, הן משום שהיא גורפת מדי (לא מדובר על עריקה לשורות האויב דווקא) הן משום שהיא מפרה את התיקון השמיני לחוקה בהטלת עונש 'אכזרי ויוצא דופן'. השופט ברנן (Brennan) הצטרף לקביעות אלו,⁸⁷ וכך נמצא רוב לביטול ההוראה.

מנגד קבעו שופטי המיעוט (בפסק דין של השופט פרנקפורטר, שהיה בדעת רוב בפרשת *Perez*) כי סמכויות המחוקק הנוגעות לזמן מלחמה ודאי כוללות נקיטת צעדים שירתיעו מפני (כל) עריקה בזמן מלחמה, וכי יש קשר ברור בין הסמכות לשלול אזרחות כצעד הרתעתי לבין הסירוב למלא את החובה האזרחית העליונה – להתייצב בין שורות הלוחמים בזמן מלחמה למרות הסיכון האישי. זאת ועוד, הטענה שמדובר בעונש 'אכזרי ויוצא דופן' מוגזמת ופירושה למתוח את משמעות המילים האלה מעבר לגבול היכולת, לנוכח העובדה שבזמן מלחמה מוטל על המעשה של עריקה עונש מוות.⁸⁸

השופט ברנן השיב לטיעון הראשון שספק אם ההרתעה המבוקשת מושגת כאשר אדם צפוי ממילא למוות או למאסר ממושך בגין המעשה שמדובר בו, ולכן שלילת האזרחות מבטאת, מעל הכול, נקמה על התנערות מחובה אזרחית: 'הוא, אשר מסרב לנהוג כאמריקני, לא יהיה עוד אמריקני'. אולם העריקה אינה מבטאת תמיד התנערות מחובה אזרחית, ובכל מקרה – אם ההצדקה טמונה בהיותו של המעשה ביטוי להתנערות מחובה אזרחית עליונה, אפשר להחיל אותה גם על שלילת אזרחות בגין התחמקות מתשלום מסים או בגין אי-ציות לחוק במקרים חמורים.⁸⁹

87 באשר לקביעה שמדובר בהוראה גורפת מדי, השופט וורן טען כי עריקה בזמן מלחמה, למרות חומרת העונש המוטל עליה, אינה מלמדת בהכרח על נאמנות למדינה זרה, ואילו השופט ברנן (שהיה בדעת הרוב בפרשת *Perez*) דבק במבחן של קשר רלוונטי בין החקיקה לבין התכלית שביסודה וקבע שהצורך הביטחוני לשמור על כוח צבאי בזמן מלחמה אינו מחייב שלילת אזרחות בגין כל עריקה בזמן מלחמה.

88 הטיעונים האמורים מפורטים בפרשת *Trop*, לעיל הערה 86, בעמ' 121-125.

89 טיעוניו של השופט ברנן מפורטים שם, בעמ' 111-113.

באופן עקרוני יותר טען השופט וורן כי:

אזרחות אינה רישיון הפוקע בגין התנהגות רעה. נלוות לה חובות רבות, וחלקן הגדול חיוני לביטחון המדינה ולרווחתה. אולם גם הפרה של האחריות הבסיסית ביותר הנלווית לאזרחות, יהיו תוצאותיה חמורות ככל שיהיו, אינה מצדיקה ביטול של האזרחות [...]. שלילת אזרחות אינה נשק שהשלטון יכול להשתמש בו כדי להביע את חוסר שביעות רצונו מהתנהגות האזרח, חמורה ככל שתהיה.⁹⁰

עיקר הקושי היה לבסס את הטענה ששלילת אזרחות פירושה 'עונש אכזרי ויוצא דופן' בראי העובדה ששיטת המשפט האמריקנית מכירה בעונש מוות, שאף צפוי למי שבחר לערוק מן הצבא בזמן מלחמה. בהקשר זה ציין השופט וורן שהעובדה שעונש המוות אפשרי על פי החוקה אינה מתירה למדינה להטיל כל עונש חמור פחות. לשיטתו, המשמעות של התיקון השמיני לחוקה היא הגבלת הענישה במסגרת אמות מידה אנושיות (ככל שהן מתפתחות עם הזמן), ואלו כוללות קנס, מאסר ואפילו הוצאה להורג, בכפוף לחומרת המעשה. אולם

בנוגע לשלילת אזרחות, חוסר האנושיות שבעונש זה אינו נעוץ בעינוי פיזי, אלא בהרס גמור של מעמדו של היחיד בחברה המאורגנת. זהו עונש פרימיטיבי יותר מעינויים, שכן הוא הורס את קיומו הפוליטי של היחיד שהתפתח במשך מאות בשנים. זהו צעד שמפשיט את היחיד ממעמדו בקהילה המדינית והבינ-לאומית.⁹¹

מן ההמשך הישיר של הדברים נראה שהשופט מייחס את עיקר החשיבות הטמונה במעמדו הפוליטי של האזרח להיותו בעל זכויות ואת הפרימיטיביות שבעונש – לסכנת הגירוש ולאיבוד הזכות להיות בעל זכויות. לדבריו, 'לא מימוש התוצאות הללו, אלא הסיכון שבמימוש, הוא שהופך את המעשה לדוחה'.⁹²

90 שם, בעמ' 92, 93.

91 שם, בעמ' 101.

92 שם, בעמ' 102.

לכאורה טיעון זה רלוונטי רק לנסיבות שבהן שלילת אזרחות מותרת את הפרט חסר אזרחות. אבל אם נתמקד בנימוק של השופט ברנ – שמדובר בעונש הכרוך בدمורליזציה מיוחדת ובכאב נפשי המלווה את מי שהופך למנודה בארצו⁹³ – אפשר לטעון שביטול אזרחות מלווה בהשפלה אכזרית ומוגזמת גם כאשר יש לפרט אזרחות נוספת.

(3) פרשת *Afroyim* ושינוי המדיניות

בעקבות פסק הדין בעניין *Trop* התקבלו פסקי דין שביטלו עילות אחרות לביטול אזרחות (בוטלו העילה בדבר עזיבת המדינה בזמן מלחמה כדי להתחמק משירות צבאי⁹⁴ והעילה בדבר השתקעות מחודשת של מתאזרח בארץ מוצאו).⁹⁵ אולם המפנה החשוב בא פרשת *Afroyim v. Rusk, Secretary of State*.⁹⁶ בפרשה זו אומצה עמדת המיעוט של השופט וורן בפרשת *Perez* והפכה להלכה המשפטית בעניין שלילת אזרחות. הלכה זו עומדת בתוקפה עד היום.

בפרשת *Afroyim* נדון עניינו של אזרח אמריקני ממוצא יהודי, אשר הצביע בבחירות בישראל בראשית שנות החמישים. כעשור לאחר מכן סירב משרד החוץ האמריקני לחדש את דרכונו בטענה שהצבעה בבחירות זרות מפקיעה את האזרחות – עילת הביטול שנדונה גם בפרשת *Perez*. ברוב של חמישה שופטים מול ארבעה בוטלה הוראת החוק שמאפשרת ביטול אזרחות בגין העילה האמורה ונקבע כי אין לקונגרס סמכות כללית, מפורשת או משתמעת, לבטל את אזרחותו של הפרט בלי הסכמתו. כך מתחייב מן המשטר החוקתי בארצות הברית: 'במדינתנו האזרחים הם הריבון, ואין המדינה יכולה לגדוע את מערכת היחסים עמם בשלילת אזרחותם'.⁹⁷

השופט בלק (Black), שמסר את פסק הרוב, ביסס מסקנה זו על ההיסטוריה החקיקתית של התיקון ה-14 לחוקה (פסקת האזרחות), על

93 שם, בעמ' 110-111.

94 *Kennedy v. Mendoza-Martinez*, 372 U.S. 144 (1963). העילה בוטלה בנימוק פרוצדורלי שמדובר בעונש ואין להטילו בלא ההגנות החוקתיות שמלוות משפטים פליליים בדרך כלל.

95 *Schneider v. Rusk*, 377 U.S. 163 (1964). העילה בוטלה בנימוק שהיא מפלה לרעה אזרחים מכוח התאזרחות, בניגוד לחובת השוויון.

96 387 U.S. 253 (1967)

97 שם, בעמ' 257. השוו לציטוט מדברי השופט וורן בפרשת *Perez* שנידונה לעיל.

לשונו ועל תכליתו, וכן על שיטת המשטר האמריקנית, הנשענת על ציבור האזרחים: 'ציבור האזרחים הוא המדינה, והמדינה היא ציבור האזרחים' ('Its citizenry is the country and the country is its citizenry').⁹⁸ בשיטה כזאת, טען בלק, לא הגיוני להעניק לקבוצת אזרחים הנמצאת לעת עתה בשלטון סמכות לשלול אזרחות מקבוצה אחרת של אזרחים. אין הדבר מתיישב עם זכותו החוקתית של אזרח אמריקני להישאר אזרח במדינה חופשית.

הלכת *Afroyim*, אשר קבעה כי התנאי לביטול אזרחות הוא הוכחת כוונה לוותר על האזרחות, אושרה פה אחד בפסק דין שניתן כעשור לאחר מכן.⁹⁹ שני שופטים טענו כי מהלכה זו מתחייב שאזרח אמריקני יוכל לאבד את אזרחותו רק מכוח ויתור רשמי. שאר השופטים הניחו שייכתנו נסיבות שיהיה אפשר להסיק בהן ממעשי הפרט על כוונה לוותר על אזרחותו, והמחלוקת ביניהם נסבה על רף ההוכחה שהמדינה צריכה לעמוד בו כדי לבסס טענה כזאת. הרוב פסק שדי בעדיפות ראייתית כלשהי לטובת המדינה, כנהוג בהליכים אזרחיים, ואין צורך בראיות חותכות, כנהוג במשפט הפלילי, מפני שמדובר בהליך שאינו כרוך באיבוד החירות האישית. לכאורה עמדה זו אינה מתיישבת עם הרציונל לפסילה החוקתית בפרשת *Trop*, שעל פיו שלילת אזרחות היא עונש 'אכזרי ויוצא דופן' באשר היא שוללת מן היחיד את זכותו להיות בעל זכויות. קביעה זו נעשתה אמנם בקשר לשימוש בשלילת אזרחות כעונש (בפרשת *Trop* היה זה עונש על עריקה בזמן מלחמה), אך שלילת אזרחות עלולה לפגוע בחירותו של הפרט ובזכויותיו גם כאשר היא אינה מוגדרת עונש.

הלכה למעשה, הלכת *Afroyim* הביאה לקריסה של שלילת האזרחות לתוך ויתור על האזרחות. לכאורה המדינה יכולה לשלול אזרחות מאדם בלא הסכמה ממשית מצדו ולהסתפק בהסכמה קונסטרוקטיבית – להסיק על רצון סובייקטיבי מתוך מעשים המשתמעים כ'נטישה' של

98 שם, בעמ' 268. השופט הרלן, שכתב את פסק המיעוט, תקף את הזיהוי ה'מסתורי' בין המדינה לבין ציבור אזרחיה.

99 *Vance, Secretary of State v. Terrazas*, 344 U.S. 252, 262 (1979). בפסק הדין נידון עניינו של אזרח ארצות הברית שהשיג אזרחות מקסיקנית בעקבות הגשת בקשה רשמית שהצהיר בה אמונים למקסיקו וטען כי הוא מוותר על אזרחותו האמריקנית.

האזרחות. לפי החוק האמריקני¹⁰⁰ מעשים כאלה עשויים להיות: ויתור רשמי על האזרחות לפני גורם מוסמך; התאזרחות במדינה זרה או הצהרת אמונים למדינה זרה (למשל בשל קבלת משרה בשירות ממשלה זרה); בגידה במדינה או ניסיון או קשר להפיל את הממשלה בכוח (בכפוף להרשעה פלילית); שירות כקצין בצבא מדינה זרה או שירות בצבא זר המבצע מעשי איבה נגד ארצות הברית. ברם ב-1986 תוקן חוק האזרחות על פי הפסיקה והותנה בו במפורש כי מדובר במי שעשה את אחד המעשים הללו מרצונו (בלא כפייה) ומתוך כוונה לוותר על אזרחותו האמריקנית.¹⁰¹ יתרה מזו, ב-1990 אימצה מזכירות המדינה האמריקנית מדיניות הקובעת כי אדם שעשה את אחד המעשים המנויים בסעיף איבוד האזרחות מוחזק, ככלל, כמי שלא התכוון לוותר בכך על אזרחותו האמריקנית. בעקבות זאת רובם המכריע של מקרי איבוד האזרחות נעשים עקב ויתור רשמי על האזרחות לפני גורם רשמי.

מאז נקבעה הלכת *Afroyim* ב-1967 לא נשללה אזרחותו של שום אמריקני בגין העילות הקבועות בחוק (להוציא ביטול התאזרחויות בגין השגת האזרחות שלא כדין). כך למשל, בית המשפט ביטל את החלטתה של מחלקת המדינה לשלול את אזרחותו האמריקנית של מאיר כהנא בעקבות בחירתו לכנסת, אף על פי שכהנא עלה לישראל כ-15 שנה קודם לכן, קיבל אזרחות ישראלית, הצהיר אמונים למדינת ישראל עם בחירתו לכנסת ואף הודה לפני מחלקת המדינה האמריקנית כי נאמנותו העיקרית מופנית כלפי מדינת ישראל. מחלקת המדינה טענה שמעשיו של כהנא מבטאים את כוונתו האמתית – לוותר על אזרחותו – אולם השופט שדן בתיק השיב את האזרחות על כנה בנימוק שמעשיו והתבטאויותיו של

100 8 USC §1481 (INA § 349)

101 בהתאם לכך תוקנו עוד הוראות בשנה זו: שירות בצבא זר הוא עילה לביטול אזרחות רק בדרגת קצונה או בצבא המבצע מעשי איבה נגד ארצות הברית, והכול בתנאי שהשירות הצבאי נעשה מרצון ומתוך כוונה לוותר על האזרחות האמריקנית (בפרשת *Mandoli v. Acheson*, 344 U.S. 133 [1952] כבר נקבע ששירות כפוי בצבא זר אינו עילה לגיטימית לביטול אזרחות); בעקבות פרשת *Vance*, לעיל הערה 99, בוטלה ההוראה הקובעת שאזרח אמריקני בעל אזרחות נוספת השווה במדינת האזרחות האחרת תקופה מצטברת (לא בהכרח רצופה) של עשר שנים ויותר ועושה מעשה המוגדר בחוק עילה לביטול אזרחות מוחזק כמי שעשה את המעשה בלא כפייה ואין לו זכות לנסות להוכיח אחרת.

כהנא, לפני בחירתו לכנסת ולאחריה, מעידים מעל כל ספק שהוא רצה להישאר אזרח אמריקני.¹⁰²

בנובמבר 2001 לכדו כוחות הצבא האמריקני באפגניסטן שני אמריקנים שנחשדו בסיוע לארגון אל-קעידה ולמשטר הטליבן, וגם אז לא הופעלו סעיפי החוק בעניין ביטול אזרחות, אם כי נמצאה דרך אחרת לבטל את אזרחותו של אחד המעורבים. יאסר חמדי, בן להורים סעודים, עזב את ארצות הברית עם הוריו בילדותו ועבר להתגורר בסעודיה. מאז לכידתו באפגניסטן הוחזק חמדי במעצר מנהלי, בלי שניתן לו לפגוש עורך דין או לעיין בחומר הראיות נגדו. באוקטובר 2004, בעקבות פסק דין של בית המשפט העליון שהורה למדינה לכבד את זכות השבויים למשפט הוגן, שוחרר חמדי ממעצרו וגורש לסעודיה, לאחר שהסכים לוותר על אזרחותו האמריקנית. צעיר אמריקני אחר שנלכד עמו, ג'ון ווקר לינד, התאסלם בנעוריו על רקע משברים אישיים ובהמשך נדד בין מדינות מוסלמיות. בסופו של דבר הורשע לינד בעברות של שירות בצבא הטליבן ונשיאת נשק ונשלח לעשרים שנות מאסר.¹⁰³

102 *American Citizenship Restored to Kahane*, THE NEW YORK TIMES, February 21, 1987. בעקבות בחירתו של כהנא לכנסת נוספו לחוק יסוד: הכנסת סעיפים 7א ו-16א. לפי סעיף 16א, חבר כנסת בעל אזרחות זרה לא יוכל להצהיר אמונים למדינת ישראל, אלא לאחר שעשה את כל הדרוש מצדו כדי להשתחרר ממנה (ולפי סעיף 16, כל עוד לא הצהיר אמונים, לא יוכל ליהנות מזכויותיו של חבר כנסת). ב-1988, לקראת הבחירות, הודיע כהנא למחלקת המדינה האמריקנית כי הוא מוותר על אזרחותו. כחודשיים לאחר מכן, בעקבות פסילתה של סיעת 'כך' בגין הסתה לגזענות, על סמך סעיף 7א, הודיע כהנא שהוא חוזר בו מן הויתור ושמדובר בצעד שנעשה בכפייה. ההליכים המשפטיים בעניין זה לא הבשילו להחלטה שיפוטית בטרם נרצח כהנא, ב-1990. ראו *Kahane Wants Citizenship Back*, THE WASHINGTON POST, June 11, 1990

103 בפברואר 2002 הוגש נגד לינד כתב אישום חמור, אשר בגינו היה צפוי לבלות את שארית חייו בכלא. לינד כבר באשמה וטען שהודאתו נגבתה ממנו בעינויים. בטרם התנהל המשפט על אודות קבילות ההודאה, הציעה לו התביעה להפחית את כתב האישום בתנאי שיוזח את הטענה שעונה בשבי ויסקים לצו מניעה שיאסור עליו להתבטא בעניין בפומבי למשך עשרים שנה. באוקטובר 2002 קיבל בית המשפט את עסקת הטיעון.

ה. מסקנות ביניים: חוסר נאמנות ונאמנות מפוצלת

למעט עילת המרמה, אפשר לנסח את כל העילות המוכרות לשלילת אזרחות במונחי נאמנות. ראינו שהעילות הרווחות היום, כמו בעבר, הן התאזרחות במדינה זרה או שירות בצבאה של מדינה זרה או בשירות הציבורי שלה – אם כי היום יש מגמה לאפשר לאזרח לעשות זאת בכפוף לקבלת היתר מראש או בכפוף להסכם בין המדינות המעורבות. הקושי במצבי העניינים הללו טמון ביצירה של חובת נאמנות כלפי מדינה זרה. בדרך כלל יש לתאר נסיבות אלו בביטוי 'נאמנות מפוצלת' ולא בביטוי 'חוסר נאמנות'. תיאור כזה מתיישב עם ההגמשה בדיני האזרחות, המאפשרת היום, יותר מבעבר, כפל אזרחות.

אחת הטענות הנשמעות כיום בזכות כפל אזרחות היא שבעידן שרוב המשטרים בעולם הופכים להיות דמוקרטיים הדמיון בין המדינות גדל, ונאמנות למדינה אחת אינה בהכרח חוסר נאמנות למדינה אחרת. לפי גישה זו, נאמנות כפולה היא אפשרית ואין היא גוררת סכנה לביטחונה של אחת המדינות.¹⁰⁴ טענה אחרת רואה במגמה המאפשרת כפל אזרחות ביטוי למגמה הכללית להכיר בפיצול הזהויות של הפרט בחברה המודרנית ולעודד אותו.¹⁰⁵ מנגד יש הטוענים כי גם אם הסכנה למלחמות בין מדינות פחתה באזורים מסוימים בעולם, עדיין יש למדינות אינטרסים ביטחוניים, טכנולוגיים וכלכליים שאינם עולים בקנה אחד עם אלו של מדינות אחרות, ולכן כפל הנאמנויות הנוצר בעקבות כפל אזרחויות עלול לגרום בעיות בהקשרים אלו.¹⁰⁶ גם אם נקבל טיעון זה, קשה להצדיק באמצעותו צעד קיצוני כמו שלילת אזרחות.

בישראל השגת אזרחות זרה אינה עילה לביטול אזרחות. אדם המבקש להתאזרח בישראל שלא מכוח חוק השבות נדרש לוותר על אזרחותו הקודמת, אך השגת אזרחות זרה לאחר קבלת האזרחות הישראלית אינה עילה לביטול אזרחות. זאת ועוד, כפל אזרחות מוכר

104 יפה זילברשץ 'האזרחות: מהי ומה תהיה?' **מחקרי משפט** טז 55, 81 (התש"ס).
ראו גם שיין, לעיל הערה 5, בעמ' 14-15.

105 זילברשץ, לעיל הערה 104, בעמ' 81-82.

106 זו למשל עמדתה של זילברשץ, שם, בעמ' 83-85.

במה שקשור לאזרחים ישראלים מלידה ולמהגרים מכוח חוק השבות – יהודים ובני משפחותיהם – והם אינם נדרשים לוותר על אזרחותם הקודמת. ישראל מגבילה ככל אזרחות רק במקרים חריגים, כגון מינוי לתפקיד שר או חבר כנסת. הבעיות הנובעות מפיצול נאמנויות מטופלות באמצעות הדין הפלילי בעיקר. לדוגמה, אזרח ישראלי המשרת בהתנדבות בצבאה של מדינה זרה עובר עברה פלילית, אלא אם כן נעשה הדבר על פי היתר בדין או על פי הסכם בין-לאומי שישראל חתומה עליו.¹⁰⁷ בשולי הדברים יוער כי ישראל העניקה תושבות קבע לאזרחי הסכם השלום עם ירדן), אף שמצב זה יוצר ניגוד עניינים בין הנאמנות שאדם חב לישראל בשל היותו תושבה ובין הנאמנות שהוא חב למדינת האויב בשל היותו אזרח.¹⁰⁸

אשר לחוסר נאמנות, נדיר למצוא כיום עילות ביטול הקשורות במישרין במעשים של הפרת אמונים, כגון שירות בצבאה של מדינת אויב בזמן מלחמה או מעשה בגידה אחר. רוב המדינות מסתפקות באמצעים הקבועים בדין הפלילי לטיפול בתופעות אלו. בדין האמריקני עילות הביטול בעניין זה מותנות בהוכחת כוונה לוותר על האזרחות. אנגליה היא דוגמה חריגה, שכן היא מסמיכה גורם מנהלי לבטל אזרחות בגין עילה עמומה ורחבה, אשר עשויה לחול מבחינת לשונה על כל גילוי של

107 סעיף 122 לחוק העונשין, התשל"ז-1977.

108 הבעייתיות במצב זה זכתה לביקורת בע"א 466/83 **שאהה נ' דרדריאן**, פ"ד לט(4) 734 (1986). בפסק הדין נידונה תביעת לשון הרע של איש הכנסייה הארמנית בירושלים – תושב ירושלים ואזרח ירדני – נגד הפטריארך של הכנסייה, בגין פרסום דברים המייחסים לתנ"כ שיתוף פעולה עם ממשלת ישראל ותמיכה במדיניותה ביהודה ושומרון. התובע הכחיש את אמתות הפרסומים וטען כי הם עלולים לעשותו מטרה לשנאה בקרב תושבי יהודה ושומרון ובקרב תושבי ארצות ערב. בית המשפט הכיר בנזק שנגרם לו עקב הפרסומים, אך דחה את התביעה מטעמים של מדיניות משפטית. השופט דב לוין טען שפרסום דבר שיתוף פעולה מצד תושב עם הממשלה השלטת בתחום המושב שלו, 'כאשר מדובר בעצם שיתוף הפעולה עם מדיניות הבאה להבטיח את שלטון החוק וקיום הביטחון והסדר הציבורי', לא יכול להיחשב הוצאת דיבה. השופטת בן פורת סברה שאפשר, אולי, לראות בפרסום כזה הוצאת דיבה, ובתנאי שהמדינה הזרה תהיה ידידותית לישראל. אם לא כן, אין לצפות מישראל שהמערכת השיפוטית שלה תראה בפרסום המייחס לתושב מתושביה פעילות נגד האינטרסים של אויבי המדינה 'לשון הרע'.

חוסר נאמנות. זאת ועוד, רוב המדינות הדמוקרטיות, בכללן אנגליה, מקפידות על עקרון העל שנקבע בדין הבין-לאומי, ועל פיו חוסר אזרחות הוא מצב בלתי נסבל שיש להימנע ממנו. לנוכח כל זאת החקיקה הישראלית בעניין שלילת אזרחות אינה משקפת את המצב המשפטי הנוהג במדינות דמוקרטיות, ולו בשל העובדה שהיא מאפשרת לשלול אזרחות בגין חוסר נאמנות, ואף ביתר שאת בשל ניסוחה העמום והרחב של העילה ('מעשה שיש בו משום הפרת אמונים') ובשל היעדר סייג בדבר חוסר אזרחות.

שלילת אזרחות בראי תפיסות יסוד בתורת המדינה ובמשפט

א. כללי

הסוגיה של שלילת אזרחות כמעט שאינה זוכה להתייחסויות ישירות בכתיבה של מלומדים מתחומי המחשבה הפוליטית או המשפט. גם כאשר נאמר עליה דבר מה – לרוב בקשר לשאלת הזכות **לקבל** אזרחות – לא ברורה ההצדקה העקרונית שביסוד התייחסויות אלה. כך למשל, יפה זילברשץ קבעה כי 'יהא זה בלתי סביר להקנות אזרחות או לשמור על אזרחות של אנשים שמסכנים את קיום המדינה מבית או מבחוץ', וכי 'אדם שחי במדינה וחותר תחת קיומה או שאינו נאמן ליסודות משטרה, מאבד את הכושר להיות חבר מלא בה'.¹ ראשית ספק רב אם יש ליצור סימטרייה בין שלב ההצטרפות למדינה לבין שלב עזיבתה ולקבוע שצידוק נגד מתן אזרחות חל אוטומטית על שלילת אזרחות. נוסף על כך לא ברורה ההצדקה העומדת ביסוד קביעות אלו, חוץ מהזיקה העקרונית של האזרחות לחובת הנאמנות למדינה. ברם יש להבחין בין הטלת חובה מוסרית או משפטית על הפרט ובין התוצאות הנובעות מהפרת החובה. עצם הזיהוי של התנהגות מסוימת כפסולה אינו מצדיק, לעצמו, כל תוצאה בעטייה.

אלכסנדר אליניקוף (Aleinikoff), מומחה אמריקני לדיני הגירה, הציג ניתוח עקרוני של הסמכות לשלילת אזרחות.² אליניקוף מנתח את הסוגיה בראי שלוש הצדקות עקרוניות לשלילת אזרחות: הפרת נאמנות, ענישה ופגיעה בסדר הציבורי. ההצדקה הראשונה נובעת מהגדרת יחסי הגומלין שבין האזרח למדינה במונחי נאמנות, והיא מעוררת הבחנות בין חוסר נאמנות או אי-נאמנות, שהם מצבים של אדישות או עוינות כלפי המדינה, ובין העברת נאמנות למדינה אחרת או נאמנות מחולקת, כפי שראינו בפרק הקודם. עם זאת, כפי שצינו, החשיבה על אזרחות במונחים של נאמנות אינה מחייבת שהפרת הנאמנות תוביל לשלילת אזרחות, ולכן אליניקוף מציע עוד שתי הצדקות.

1 יפה זילברשץ 'האזרחות: מהי ומה תהיה?': **מחקרי משפט** טז 55, 75-81 (התש"ס).

2 T. Alexander Aleinikoff, *Theories of Loss of Citizenship*, 84 MICH. L. REV. 1471 (1986)

לכאורה אפשר לראות בשלילת האזרחות עונש בגין הפרת הנאמנות ולהצדיקה על רקע זה. אך הצדקה זו בעייתית, מפני שאם נקבל אותה אין מניעה לשלול אזרחות בגין כל התנהגות אנטי-חברתית, כגון רצח או סירוב לשלם מסים.³ כלומר, הצדקת הסמכות במונחי ענישה אינה מצליחה להסביר מדוע ביטול אזרחות הוא העונש המתאים בגין הפרת נאמנות ולא בגין מעשים אחרים המצדיקים ענישה.

אם כן, אפשר אולי להצדיק שלילת אזרחות במונחים של שמירה על הסדר הציבורי. המדינה עשויה לראות ביחידים ובקבוצות איום לסדר הציבורי או לביטחון המדינה, גם אם הם רואים עצמם נאמנים למדינה ואינם עושים שום מעשה פלילי. כך נעשה למשל בשלילת האזרחות ההמוניות ברוסיה (בעקבות המהפכה), בגרמניה (בעקבת עליית המשטר הנאצי) ובדרום אפריקה (משטר האפרטהייד שלל את אזרחותם הדרום אפריקנית של שחורים והעניק להם אזרחות קיקיונית ב'מדינות עצמאיות' המבוססות על מוצא שבטי).⁴ ברם דוגמאות אלו ממחישות דווקא את הסכנה הטמונה בשלילה – מטעמי 'סדר ציבורי' או ביטחון המדינה – של סטטוס כה חשוב, המצמיח זכויות וחסינויות.

לפיכך ההצדקה העקרונית החזקה ביותר לשלילת אזרחות נוגעת להפרת אמונים כלפי המדינה ולא לשיקולי ענישה או שמירה על ביטחון הציבור. השאלה היא איזו תאוריה משפטית או פוליטית אפשר להציע כדי לבסס או להפריך את הקשר בין הפרת אמונים ובין שלילת אזרחות. בכך נעסוק בפרק זה, ולשם כך נבחן את ההצדקה לשלילת אזרחות משלוש זוויות אפשריות:⁵ (1) שיח הזכויות המשפטי; (2) מקומה של המדינה המודרנית בזהות האישית; (3) טיב ההסכמה האזרחית המגולמת בתורת האמנה החברתית ובשיטת המשטר הדמוקרטי.

3 שם, בעמ' 1474.

4 שם, שם. בהקשר זה ראו גם את המאמר המתאר כיצד השלטון הצרפתי שכוון לאחר המהפכה על בסיס תפיסת אזרחות מודרנית הוסיף להשתמש בגירוש – שאפשר לדמותו לשלילת אזרחות – ככלי לחיזוק סמכותה של המדינה על האזרח והפכו מכלי לחיזוק הביטחון הציבורי לאמצעי להבניית אחידות פוליטית ולחיזוק נטיות אימפריאליסטיות: Rebecca Kingston, *The Unmaking of Citizens: Banishment and the Modern Citizenship Regime in France*, 9 CITIZENSHIP STUDIES 23, 36 (2005)

5 Aleinikoff (לעיל הערה 2) בוחן את הסוגיה של שלילת אזרחות מנקודות מבט דומות ומיישם על כל נקודת מבט את שלוש ההצדקות לשלילת אזרחות: חוסר נאמנות, ענישה, פגיעה בסדר הציבורי. בחרנו לוותר כמעט לחלוטין על המשך הדיון בשתי ההצדקות האחרונות, הואיל ותוקפן מוטל בספק מלכתחילה.

שלוש הזוויות הללו, ובייחוד הראשונה והשלישית, עלו בפרק הקודם, בסקירת הפסיקה האמריקנית בעניין שלילת אזרחות. הפרק שלפנינו יפנה לדברי השופטים בפסקי הדין הללו, ולכן מומלץ שלא לוותר על קריאת הדיון בפסיקה האמריקנית לפני קריאתו.

ב. האזרחות כזכות יסוד

לא אחת כינה בית המשפט את האזרחות 'זכות יסוד'⁶. בשיח הדמוקרטי-ליברלי המשגה של דבר במונחי זכויות מעניקה לו משקל יתר ומטילה על המדינה חובה להימנע מלפגוע בו באופן לא מוצדק או לא מידתי. אפשר אף לטעון, כפי שנעשה בפסיקה האמריקנית, כי אם מדובר בזכות, היא שייכת לאזרח ורק הוא יכול לוותר עליה; המדינה אינה יכולה לשלול אותה, אלא רק להגבילה (ולהטיל מגבלות מסוימות על הוויתור עליה, כגון ויתור הנעשה בזמן מלחמה או כדי להתחמק מתשלום מסים).⁷ ברם יש הבדל בין סטטוס משפטי, הכורך עמו זכויות, לבין זכות; העובדה שמעמד האזרחות הוא מקור לזכויות אינה הופכת אוטומטית את הסטטוס עצמו לזכות. לפיכך יש לשאול אם אכן ראוי לראות באזרחות זכות יסוד.

כדי לברר את תרומתו של שיח הזכויות לסוגיה שבה עסקינן עלינו לענות על שלוש שאלות: באיזה מובן אפשר לדבר על מעמד האזרחות כזכות? האם יש עיגון משפטי פורמלי לזכות כזאת? אילו השלכות יש ל'זכות האזרחות' על החקיקה המאפשרת לשלול אזרחות? הדיון שלהלן בנוי על פי שאלות אלו כסדרן, אך ראשית נסביר מהי זכות.

זכות אדם – מהי ומה חשיבותה?

המושג 'זכות' אינו מחייב התייחסות לאדם כנושא הזכות. ישנן זכויות הנוגעות לארגונים, לקבוצות ואפילו ללאומים (זכות ההגדרה העצמית).

6 לדברי השופט זמיר, 'אין ספק כי היא נמנית עם זכויות היסוד'. ראו בג"צ 2757/96 **אלראי נ' שר הפנים**, פ"ד נ(2) 18, 22 (1996). ראו גם את דבריו בבג"צ 1227/98 **מלבסקי נ' שר הפנים**, פ"ד נב(4) 690, 696 (1998). השופט חשין קבע כי 'זכות האזרחות הינה זכות יסוד'. ראו בג"צ 3648/97 **סטמקה נ' שר הפנים**, פ"ד נג(2) 728, 791 (1999). השופטת פרוקצ'יה קבעה כי 'הזכות לאזרחות הינה זכות אדם מהותית. היא זכות לקשר נמשך בין אדם לארצו'. ראו בג"צ 2597/99 **טושביים נ' שר הפנים** (פורסם במאגר נבו, ניתן ב-31 במרס 2005), פס' 8 לפסק דינה של השופטת פרוקצ'יה.

7 Aleinikoff, לעיל הערה 2, בעמ' 1484.

אולם המושג 'זכות אדם' זוכה למעמד מיוחד בשיח הזכויות, משום שזכויות אדם נחשבות שייכות לכל אדם, בלי תלות בנתונים האישיים של כל פרט או במערכת היחסים בין מחזיק הזכות לבין מעניק הזכות. זכויות אדם אף קיימות בלי קשר לשאלה אם המערכת המשפטית והחברתית שאנו חיים בה מכירה בהן, הן מכשיר להערכה מוסרית של ההסדרים הקיימים (ביחס למצב הרצוי, שהסדרים אלה לא יפגעו בזכויות אדם).⁸ דהיינו, המאפיין הייחודי של זכויות האדם הוא הרעיון שקיומן אינו תלוי בקבלת הכשר חברתי או מוסדי כלשהו, מפני שהוא מושתת על צידוק מוסרי בדבר אנושיותו של בעל הזכות. מכאן הכתרתן של זכויות האדם בתואר 'טבעיות' או 'לא ניתנות להפקעה' (inalienable). כפועל יוצא מכך הדרישה להגנה על זכות אינה עניין של חסד, או אפילו צדק, ובזאת טמונה העצמה בשיח הזכויות.⁹

כפי שהראה יוסף רז, פילוסוף בתחום תורת המשפט, שיח הזכויות מורה על טעם מיוחד לפעולה. האמירה שיש לאדם זכות פירושה שטובתו של אדם יוצרת חובה של אדם אחר לפעול בדרך מסוימת או להימנע מפעולה כלשהי. לדוגמה, האמירה שיש לאדם זכות לביטחון אישי משמע שמוטלת על זולתו חובה שלא לתקוף אותו או לאנוס אותו. תפקידן המיוחד של זכויות במחשבה המעשית הוא להצדיק הטלת חובות על הזולת בשם אינטרסים מסוימים. חובות אלו הן שיוצקות לזכויות תוכן.

הניתוח של רז – שקשר זה לזה זכויות, אינטרסים וחובות – הוא מן המשפיעים ביותר בתורת הזכויות.¹⁰ הוא מדגיש את האינטרס המוגן באמצעות מושג הזכות מצד אחד ואת החובה שהזכות יוצרת מצד אחר. האינטרסים הם חלק מן ההצדקה של הזכויות, שהן חלק מן ההצדקה של החובות (אך יש לשים לב שלא כל החובות נובעות מזכויות).¹¹ השאלה הראשונה שמתעוררת היא, כמובן, אילו אינטרסים יכולים להצדיק זכויות

8 שתי הנקודות מוזכרות במאמרה של רות גביון 'על היחסים בין זכויות אזרחיות פוליטיות ובין זכויות חברתיות-כלכליות' **זכויות כלכליות, חברתיות ותרבותיות בישראל** 23, 29-30 (יורם רבין ויובל שני עורכים, 2004). גביון מסבירה שהכוח ברעיון זה מקבל ביטוי מוסדי כאשר בית המשפט מבטל החלטה פוליטית כלשהי בנימוקי פגיעה בזכויות, גם כאשר אין לנימוק כזה עיגון בחוק החירות. ראו שם, בעמ' 31.

9 שם, עמ' 30.

10 JOSEPH RAZ, THE MORALITY OF FREEDOM 180-192 (1986)

11 שם, בעמ' 181.

המבטיחות אותם. בשאלה זו יש מחלוקת. לפי ההשקפה הרווחת בתורת המוסר, מדובר בצרכים אנושיים בסיסיים ובכבוד האדם. רז הוסיף וטען כי זכות זוכה להצדקה מוסרית כאשר היא מושתתת על אינטרס בעל ערך עליון, כלומר כל עוד ערכו של האינטרס אינו נובע מאינטרס אחר של בעל הזכות.¹² על פי הגישה התולה זכויות בצרכים אנושיים בסיסיים, אפשר להשתית זכויות אדם על כל אחד מן האינטרסים האלה: חיים וביטחון אישי, חירות, שוויון, קניין וכבוד אנושי.¹³ האינטרסים הללו אף אינם ניתנים לרדוקציה (צמצום) זה על זה. כל אחד מהם מבטא צורך אנושי נפרד. לכאורה אפשר לזוור כל אחד מהם מן הזכות לכבוד אנושי (כליאה או אפליה, למשל, פוגעות בכבוד), אלא שהזכות לכבוד נוגעת למובן מצומצם יותר של כבוד האדם – לפגיעות בכבוד שאין עמן פגיעה נלווית באינטרס אחר, למשל הזכות שלא לסבול עינויים, הזכות לפרטיות והזכות לשם טוב.

כיצד אפשר לראות באזרחות זכות אדם?

לנוכח האמור לעיל הכתרתה של האזרחות בתואר 'זכות אדם' מחייבת אותנו להגדיר הגדרה ממוקדת את האינטרס שבשמו אפשר להצדיק זכות זו ולהראות שמדובר בצורך אנושי בסיסי העומד לעצמו (ועל פיו עלינו להגדיר את החובה שמטילה הזכות על המדינה). בפסיקה האמריקנית ישנן התייחסויות אחדות לאזרחות כאל זכות יסוד. אפשר לזהות שלושה צידוקים העומדים ביסודן: הטיעון המרכזי מגדיר את האזרחות 'זכות לזכויות'; שני הטיעונים האחרים נוגעים לזכות להישאר אזרח במדינה חופשית ולהשפלה הכרוכה בשלילת אזרחות. נוסף על אלה נזכיר טיעון שהעלה השופט זמיר, אשר קושר בין האזרחות לבין המשטר הדמוקרטי.

(1) האזרחות במובן של 'זכות לזכויות'. נטען בצדק כי בשונה מחברות באיגודים וולונטריים, האזרחות היא תנאי לקבלת יתרונות ושירותים בסיסיים ביותר, שהם במידה רבה תנאי לחיים אנושיים הגונים. המדינה, בשונה מספקי שירותים אחרים, עונה על הצרכים הבסיסיים ביותר, ובהם הגנה על החיים עצמם ועל אינטרסים חשובים

12 שם, בעמ' 192.

13 ראו למשל את סיווג הזכויות בספרה של רות גביון **זכויות אדם בישראל** (1994). הזכות לקניין אינה מוזכרת שם כקטגוריה עצמאית, אולם יש כמה גישות בעניין זה. עוד קטגוריה שמוזכרת שם היא קבוצת הזכויות להליך הוגן, אולם היא מוגדרת קבוצת עזר שאינה מגנה על ערכים עצמאיים נפרדים מאלו שהוזכרו לעיל.

שהם מצמיחים. כך הופכת המדינה למסגרת ייחודית, שהחברות בה היא תנאי ותשתית לזכויות רבות אחרות.¹⁴ בעולם המחולק למדינות, האזרחות היא תנאי הכרחי להשתתפות מובטחת בחלוקת הטובין החברתיים. אנשים חסרי אזרחות עשויים להשתתף בטובין החברתיים, אך הטובין הללו אינם מובטחים להם שכן אין להם מקום מובטח בקולקטיב והם תמיד מועדים לגירוש. לכן נאמר כי 'חוסר אזרחות הוא מצב של סכנה אין-סופית'.¹⁵

נשיא בית המשפט העליון לשעבר של ארצות הברית, ארל וורן, קבע מטעמים דומים כי 'אזרחות היא זכות יסוד באשר היא לא פחות מן הזכות להיות בעל זכויות', וכי 'חוסר האנושיות' שבשליטת אזרחות נעוץ 'בהרס גמור של מעמד היחיד בחברה המאורגנת'.¹⁶

בדבריו של וורן מהדהד תיאורה המטלטל של הפילוסופית היהודייה חנה ארנדט, אשר כתבה על הנושא בעקבות חוויותיה האישיות.¹⁷ כמו שאר יהודי גרמניה גם ארנדט איבדה את אזרחותה הגרמנית בעקבות חקיקת חוקי נירנברג. היא ברחה מגרמניה והגיעה לאחר תלאות רבות לארצות הברית, שם חיה עשר שנים כפליטה חסרת אזרחות, עד שקיבלה אזרחות אמריקנית ב-1951. בשנה זו התפרסם ספרה החשוב 'שורשי הטוטליטריות', שבו היא ייחדה פרק לדיון ב'שקיעתה של מדינת הלאום וקץ זכויות האדם'.¹⁸ בפרק זה תיארה ארנדט את מצוקתם של ההמונים שאיבדו את אזרחותם במהלך המלחמה וביקרה בחריפות את האידאל של זכויות אדם 'טבעיות' או 'לא ניתנות להפקעה'.

ארנדט קשרה בין שני תהליכים שהתחוללו באירופה בעקבות המהפכה הצרפתית: התגבשותה של דוקטרינת זכויות האדם האוניברסליות וצמיחתה של מדינת הלאום. שאלת זכויות האדם, טענה, השתלבה מיד בשאלת השחרור הלאומי – רק הריבונות המשוחררת של עמך שלך תבטיח את זכויותיך. הזיהוי שיצרה מדינת הלאום האירופית

14 נעמה כרמי חוק השבות: זכויות הגירה וגבולותיהן 61 (2003).

15 MICHAEL WALZER, SPHERES OF JUSTICE: A DEFENSE OF PLURALISM AND EQUALITY 31–32 (1983)

16 הדברים נאמרו בפרשות *Perez* ו-*Trop*, בהתאמה. לציטוטים המלאים ראו לעיל בפרק השלישי.

17 אלייניקוף מעיר כי אין כמעט מקום לספק שהשופט וורן הושפע מכתבתה של ארנדט, מפני שדבריה צוטטו באופן בולט במאמר אקדמי שצוטט בפסק דינו. ראו לעיל הערה 2, בהערה 42 במאמר.

18 HANNAH ARENDT, THE ORIGINS OF TOTALITARIANISM 269–302 (new ed., 1966)

בין זכויות אדם לבין זכויות לאומיות נחשף רק כאשר התגלה מספר הולך וגדל של אנשים ושל לאומים שזכויות היסוד שלהם נשמרו במרכז אירופה במידה המועטה שהיו נשמרות במרכז אפריקה.¹⁹ היהודים היו הפרדיגמה של הבעיה הזאת, בהיותם 'אומה של מיעוטים'. היותם של היהודים מיעוט בכל מדינה מנע מהם זכויות לאומיות ועקב כך זכויות יסוד. שיקום זכויות אלו התאפשר רק בעקבות שיקום זכויותיהם הלאומיות עם הקמתה של מדינת ישראל.²⁰

לדעת ארנדט, הערובה היחידה להגנה על זכויות אדם בסדר הפוליטי החדש היא האזרחות – החברות במדינה (ומכאן השימוש שעשתה במונחים stateless ו-rightless לחלופין). במילים אחרות: זכויות אזרח הן הבסיס לזכויות אדם, ולא להפך. לדבריה, 'זכויות האדם, לכאורה בלתי ניתנות להפקעה, הוכחו כבלתי ניתנות לאכיפה אפילו במדינות שחוקותיהן התבססו עליהן – כאשר הופיעו אנשים שלא היו עוד אזרחיה של מדינה ריבונית'.²¹

ארנדט תיארה את שלילת האזרחות כמעשה הממייט על הפרט חורבן גמור. משוללי האזרחות איבדו בראש ובראשונה את בתיהם ואת המרקם החברתי שאליו נולדו ושבו ביססו לעצמם מקום מובחן בעולם. עיקר הקושי שלהם טמון בחוסר האפשרות למצוא בית חדש, לנוכח ההגבלות החמורות על מעבר בין מדינות: 'מי שנזרק מחוץ לאותן קהילות מאורגנות וסגורות מצא את עצמו מחוץ למשפחת העמים בכללה'.²² חסרי האזרחות גם איבדו את מעמדם המשפטי ונתרו במצב אנומלי, מחוץ להגנת החוק. במצב כזה, טענה, מוטב לאדם להפוך לעבריין כדי לזכות מחדש במידה מזערית של שוויון אנושי בזכות הטיפול שיינתן לו במסגרת החוק.²³ זאת ועוד, צרתם של חסרי האזרחות 'אינה שהם לא שווים לפני

19 שם, בעמ' 291.

20 שם, בעמ' 289, 299.

21 שם, בעמ' 293.

22 שם, בעמ' 294.

23 שם, בעמ' 286, 294-295. ביקורת רבה יוחדה למבנה המוסדות המשפטיים שאִפשר למדינה להוציא מספר הולך וגדל של אזרחים ותושבים מחוץ להגנת החוק. הקיום מחוץ לחוק התבטא בשליטה הישירה של המשטרה בציבור חסרי האזרחות, לא כגורם אוכף חוק אלא כגורם שלטוני עצמאי (שם, בעמ' 287). השוואה בין תיאור זה לבין מצבם של עובדים זרים לא חוקיים, שנסיבות חייהם הקשות בארצות מוצאם מאלצות אותם לבקש פרנסה במדינות מפותחות, היא בלתי נמנעת.

החוק, אלא ששום חוק אינו קיים עבורם; לא שהם מדוכאים, אלא שאיש אינו רוצה אפילו לדכא אותם. רק בשלב אחרון של תהליך ממושך מוטל האיום על זכותם לחיות.²⁴ הדוגמה המובהקת לכך היא הדרך הארוכה שהובילה להשמדת היהודים בידי המשטר הנאצי. שלילת אזרחותם סימנה רק את ראשיתה. הקושי אינו בשלילת חופש הדעה, הביטוי והפעולה, אלא 'מעל הכול בשלילה של מקום בעולם ההופך דעות למשמעותיות ומעשים ליעילים'.²⁵ לשון אחר, האסון הצפון בשלילת אזרחות מתבטא בשלילת המאפיינים היסודיים ביותר של החיים האנושיים. בתמצית האנושית העירומה אין כל כבוד או צלם אלוהים, הדגישה ארנדט, אלא רק סכנה קיומית, והוסיפה:

It seems that a man who is nothing but a man has lost the very qualities which make it possible for other people to treat him as a fellow-man.²⁶

הזירה האזרחית היא אמנם מלאכותית (בשונה מן 'המצב הטבעי'), אך היא דבר חיובי מפני שהיא היחידה שאדם יכול לפעול בה כשווה לאחרים: 'איננו נולדים שווים; בהיותנו חברים בקבוצה אנו נעשים שווים מכוח החלטתנו להבטיח לעצמנו זכויות שוות באופן הדדי'.²⁷ לנוכח כל זאת הסיקה ארנדט כי הזכות להשתייך לחברה מאורגנת (ובעצם לאנושות) פירושה 'הזכות להיות בעל זכויות' – ביטוי שהיא חוזרת עליו לא פעם.²⁸

כתיבתה של ארנדט הותירה את רישומה בבית המשפט האמריקני ומחוצה לו. התיאור המצמרר לחורבן שגזרה המציאות הפוליטית באירופה שנים ספורות קודם לכן על מיליוני בני אדם לא איבד מעצמתו עם חלוף הזמן, ולא נמוג קסמו של הטיעון המקורי שהציגה בעניין הקשר

24 שם, בעמ' 295-296.

25 שם, בעמ' 296.

26 'דומה כי אדם שאינו אלא אדם איבד את התכונות שהן בדיוק אלה המאפשרות לבני אדם אחרים להתייחס אליו כאל אדם כמותם'. שם, בעמ' 300. ראו גם האמור בעמ' 299.

27 שם, בעמ' 301. ולכן הסכנה הגדולה בחקיקתם של אנשים אל מחוץ לעולם המשותף, קובעת ארנדט, טמונה בהוצאתם אל מחוץ לציוויליזציה, אל מצבם הטבעי. הפרדוקס הכרוך באיבוד זכויות אדם הוא התרחשותו בו ברגע שהפרט נעשה יצור אנושי גרדא, שהרי האינדיווידואליות הצרופה מאבדת את משמעותה כאשר היא משוללת יכולת להתבטא ולפעול בעולם משותף (שם, בעמ' 302).

28 שם, למשל בעמ' 296 ו-298.

בין זכויות אדם לזכויות אזרח. עם זאת עלינו לשאול את עצמנו עד כמה פים טיעוניה למציאות של ימינו ועד כמה הם מצדיקים הגבלה על שלילת אזרחות.

הטענה העקרונית שאפשר לטעון נגד תיאורה של האזרחות כזכות לזכויות היא שמדובר בסתירה מושגית, מפני שזכות – לפחות על פי ההגדרה של רז – היא ביטוי לצורך אנושי יסודי העומד לעצמו. הביטוי 'זכות לזכויות' גוזר את הצורך באזרחות מן הצורך בהגנה על זכויות אדם (אחרות), ומכאן בעצם ההבחנה בין סטטוס לבין זכות. שני המונחים אינם זהים זה לזה, הגם שזכויות אדם עשויות לנבוע מסטטוס משפטי.

נניח, לצורך הדיון, שאפשר להתגבר על הקושי האמור בנימוק שהתיאור של ארנדט מצדיק את ראיית האזרחות כהכרח אנושי-קיומי מן הסוג שראוי להשתמש בשיח הזכויות כדי לבצר את מעמדו. או בניסוח חזק יותר: אפשר לקבל את הטענה שבנסיבות המתוארות מושג הזכויות קורס לחלוטין בהיעדר אזרחות, ולכן הניתוק בין אזרחות לבין זכויות מלאכותי ונלעג. עדיין אפשר לומר שטיעון זה תלוי בקיומן של נסיבות מסוימות, כגון היעדר הגנות משפטיות על בני אדם שאינם אזרחים. אולם לקחיה של מלחמת העולם השנייה הובילו את המדינות המתקונות לחזק את מעמדו של עקרון השוויון לפני החוק ולתגבר במידה ניכרת את ההגנה על זכויות הפרט, בלי קשר לזיקתו המשפטית של הפרט למדינה.²⁹ לכאורה, בשיטה משפטית המבטיחה זכויות חוקתיות גם ללא אזרחים, האזרחות מאבדת מחשיבותה כהכרח קיומי. אחד המומחים למשפט חוקתי בארצות הברית, אלכסנדר ביקל (Bickel), טען (בסיפוק) כי למעמד האזרחות יש תפקיד זעיר בשיטה החוקתית של ארצות הברית.³⁰ ברוח זו טוען אלייניקוף כי השופט וורן מייחס חשיבות מוגזמת לאזרחות האמריקנית בימינו, מכיוון שרוב הזכויות החוקתיות בארצות הברית נובעות מן התושבות בה ולא מן האזרחות; את הסכנות הטמונות

29 ראו לעיל בפרק השני את הדיון בזכויות הנלוות לאזרחות.

30 ALEXANDER M. BICKEL, THE MORALITY OF CONSENT 33-54 (1975). לסקירת הגישות בעניין חשיבותה המשפטית של האזרחות האמריקנית ראו Jon B. Hultman, *Administrative Denaturalization: Is There Nothing You Can Do That Can't Be [Un]Done?*, 34 LOYOLA OF LOS ANGELES L. REV. 895, 898-901 (2001). כאמור שם, חשיבותה המרכזית של האזרחות האמריקנית נותרה בחסינות מפני גירוש, אשר מוקנית לאזרחים בלבד.

באפשרות לגירוש תושב בעקבות שלילת אזרחותו הוא מציע לפתור באמצעות יצירת הגנות חוקתיות נגד גירוש ולא נגד שלילת אזרחות.³¹ אפשר אף לטעון שהמציאות הפוליטית העכשווית שונה מבעבר עקב חיזוק מעמדם של גופים על-מדינתיים, דוגמת האו"ם והאיחוד האירופי, והפיכתו של העולם ל'כפר גלובלי' – תהליכים שהפחיתו את יכולתן של המדינות לעשות באזרחיהן כבשלהן, וממילא אין מדובר עוד במציאות פוליטית של עולם המחולק למדינות לאום אתניות.

יש ממש בטיעונים הללו. עם זאת השינויים הפוליטיים אינם בלתי הפיכים, ולמעשה הוכח בשנים האחרונות כי המודל של מדינת לאום (אתנית) רווח משנהוג לחשוב.³² מכל מקום, ודאי אפשר לאפיין את ישראל כמדינת לאום. קשה גם להתעלם מן העובדה שבפועל אזרחות עדיין מעניקה הגנה מוגברת לזכויות הפרט, ולא נראה שחיזוקו של מעמד התושבות בעשרות השנים האחרונות דחק אותה לשוליים. כאמור בפרק השני, זכויות התושב הזר, שאינו אזרח המדינה, קיימות רק במדינות המתוקנות והחופשיות, והיקפן אף משתנה ממדינה למדינה. אפילו במדינה דמוקרטית – בהיעדר ביסוס חוקי לזכויותיו הבסיסיות של מי שאינו אזרח – הסיכוי להפרתן מצד המדינה גדול. דוגמה טובה לכך היא פסק הדין האנגלי בעניינם של תשעה זרים שהוחזקו במעצר ממושך מכוח חוק, משום שלא התאפשר לגרשם מפאת הסכנה שנשקפה לחייהם במדינת אזרחותם. (לעומת זאת לא נקבעה סמכות מעצר דומה בקשר לאזרחים בריטים החשודים בקשרים עם הטרור הבין-לאומי, שעקב היותם אזרחים גם אותם לא היה אפשר לגרש.)³³ בסופו של דבר קבע בית המשפט שאין הצדקה לאפליה בין אזרח לבין מי שאינו אזרח במה שקשור למעצר מנהלי, אולם עד למתן הכרעה זו נשללה חירותם של תשעת הזרים הללו למשך שלוש שנים.

יתרה מזו, חשיבותה העיקרית של האזרחות נותרה בחסינות מפני גירוש. אם נבקש לחזק את התושבות בהפיכתה למעמד מוגן מפני גירוש, עדיין נידרש להסביר מדוע אסור לשלול מאדם את מעמד התושב שלו. יש

31 Aleinikoff, לעיל הערה 2, בעמ' 1486-1487.

32 כך עולה ממחקרם המקיף של אלכסנדר יעקובסון ואמנון רובינשטיין **ישראל ומשפחת העמים: מדינת לאום יהודית וזכויות האדם** (2003).

33 A and Others v. Secretary of State, [2004] HKHL 56. פסק הדין מתואר לעיל בפרק השני, בעמ' 40.

הטוענים כי אף סביר ששינוי זה לא יסייע להגן על הפרט מפני שלילת מעמדו, אלא להפך.³⁴

דא עקא: הקושי בהגדרת האזרחות במילים 'זכות לזכויות' הוא שהסכנות הקשורות בהגדרה זו אינן רלוונטיות לכל מצב עניינים. ביטול אזרחות אינו מאיין את זכויות האדם או הורס את מעמדו של הפרט בחברה המאורגנת במקרים שתוצאת הביטול אינה חוסר אזרחות. אם לפלוני יש אזרחות נוספת או אם מדינה אחרת מסכימה להעניק לו את אזרחותה, הוא יכול ליהנות מזכויות פוליטיות ואחרות במקום אחר. האינטרס המוגן ב'זכות לזכויות' מתכנס לזכות מצומצמת מן ה'זכות לאזרחות' (אשר מטילה על המדינה חובות נגדיות להעניק אזרחות ולא לשלול אזרחות), והיא 'הזכות שלא להיות חסר אזרחות', או 'הזכות להיות בעל אזרחות כלשהי' (אשר מטילה על המדינה חובות מצומצמות יותר – החובה שלא לשלול אזרחות אם הדבר יוביל לחוסר אזרחות והחובה להעניק אזרחות לאדם שנולד בשטחה אשר ייוותר אלמלא כן חסר אזרחות).

אכן, נראה שיש הצדקה עניינית להגדיר את ההיבט המצומצם הזה 'זכות אדם'. אמנם התפיסה המשפטית המקובלת היא שאנושיותו של הפרט מקנה לו זכויות רבות – שוויון לפני החוק, הליך הוגן, חירויות אזרחיות, זכויות רווחה מסוימות ועוד – אולם קשה להתעלם מן הפער בין התאוריה לבין הפרקטיקה. בפועל פגיעותם של חסרי אזרחות מתבטאת במגוון עניינים: העובדה שלעתים קרובות אין להם מסמכים מזהים מקשה עליהם לקבל מקלט מדיני; היעדר מסמכים מזהים אף מקשה עליהם להתקבל לעבודה, לקבל טיפול רפואי, להתחתן ולהקים משפחה וכן לרשום לידות, פטירות וגירושים; וכמובן הקלות שבה אפשר לגרשם מן הארץ, אפילו למדינה שאף היא אינה מוכנה לקבלם, או לשימם במעצר ממושך וחסר הצדקה.³⁵

אפשר גם לעגן את 'הזכות שלא להיות חסר אזרחות' בכללי המשפט הבין-לאומי. כאמור בפתח הדברים, מעמדן המיוחד של זכויות אדם נובע

34 Kingston, לעיל הערה 4, בעמ' 36. קינגסטון סבורה שהפתרון לסכנות הטמונות בשלילת אזרחות ובגירוש אינו בחיזוק מעמד התושבות, אלא בהכרה ברעיון שהאזרחות עצמה היא זכות יסוד.

35 David Weissbrodt & Clay Collins, אצל The Human Rights of Stateless Persons, 28 HUMAN RIGHTS QUARTERLY 245, 264–270 (2006).

מן החובות היוצקות להן תוכן. כפי שראינו בפרק השני, החובות המוטלות על המדינה במשפט הבין-לאומי בקשר לדיני האזרחות נוגעות בעיקר להגבלת חוסר אזרחות.

(2) הזכות להישאר אזרח במדינה חופשית. הטיעון שיש לראות באזרחות זכות יסוד בשל היותה 'זכות לזכויות' עשוי לבוא בחשבון בקשר לשלילת אזרחות שתותיר אדם חסר אזרחות, אך לכאורה אין בכוחו של טיעון זה למנוע את שלילת אזרחותו של בעל אזרחות נוספת, כפי שהיה, למשל, במקרים שבהם יושם החוק הישראלי. עם זאת אפשר לטעון כי הזכות לאזרחות אינה מתמצה בהיבט השלילי המגולם בזכות שלא להיות חסר אזרחות; יש בה היבט חיובי, והוא 'הזכות להישאר אזרח במדינה חופשית'. לכן גם אם יש לפרט אזרחות נוספת, יש להמשיך ולבדוק אם מדובר במדינה דמוקרטית ואם היא מפותחת דייה כדי לאפשר לאזרחיה ליהנות מן התשתית הדרושה למימוש זכויותיהם.

לעתים הפער בין מה ששתי מדינות מעניקות לאזרח הוא של שמים וארץ. חנה ארנדט הצביעה באירוניה על הפער בין הטיעון המוסרי בדבר מעמדן הבלתי תלוי של זכויות האדם לבין המציאות, המוכיחה כי רק אזרחיהן של מדינות מתורבתות ומשגשגות נהנים מזכויות אדם ואילו מצבם של אחרים הולך ומידרדר.³⁶ אזרחות במדינה עשירה ודמוקרטית אינה שווה לאזרחות במדינה ענייה או טוטליטרית. רק במדינה דמוקרטית אדם יכול לממש את עצמו כיצור פוליטי ולשים את מבטחו בזכויות יסוד ובעקרונות של הליך הוגן.

לנוכח חוסר השוויון המתואר, אשר יוצר זרם מהגרים חד-כיווני ממדינות נחשלות או עריצות למדינות דמוקרטיות ומפותחות, יש הטוענים כי מוטלת על האחרונות חובה לקלוט מהגרים ולאפשר להם לקבל את אזרחותן.³⁷ גם אם לא נקבל טענה זו, אפשר לבסס עליה טיעון נגד הפיכתם של אנשים נוספים לאזרחיהן של מדינות נחשלות או לא דמוקרטיות.

'הזכות להישאר אזרח במדינה חופשית' מוזכרת בדברי השופט האמריקני בלק בפרשת *Afroyim*, שבה נקבעה ההלכה שאין לשלול אזרחות בניגוד לרצון הפרט. בלק גזר זכות זו מן המשטר החוקתי

36 Arendt, לעיל הערה 18, בעמ' 279.

37 לגישות שונות ראו זילברשץ, לעיל הערה 1, בעמ' 78-79.

בארצות הברית, אולם הנמקתו מבססת את ההתנגדות לשלילת אזרחות על טיבו של המשטר הדמוקרטי ולא על שיח הזכויות. נוסף על כך מסקנתו בדבר מניעה מוחלטת לשלול אזרחות בניגוד לרצון האזרח (האמריקני) אינה מתיישבת עם גבולותיה של זכות מעין זו. אם יש לאדם שתי אזרחויות של מדינות דמוקרטיות, והוא מבקש להמשיך ולהחזיק בשתייהן כדי ליהנות מן היתרונות ששתיהן מקנות לו, שלילתה של אחת האזרחויות אינה שוללת ממנו את הזכות להישאר אזרח במדינה חופשית.

(3) שמירה על האזרחות כהיבט של כבוד האדם. עוד טיעון

המאפשר לנו לדון בשלילת אזרחות במונחי זכויות הוא שצעד זה מותיר את הפרט מנודה בארצו, מושפל ונחות בעיני בני מדינתו, ולכן הוא פוגע בכבוד האדם.³⁸ לפי טיעון זה אפשר לראות בשלילת אזרחות, כמו בעינויים למשל, פגיעה 'בגרעין הקשה' של כבוד האדם, על כן 'הזכות להישאר אזרח' היא אחד הרכיבים של הזכות לכבוד אנושי.

היתרון בטיעון האמור הוא שבכוחו לחול על מצבי עניינים החורגים מתחולתם של שני הטיעונים הקודמים. הטיעון אף מאפשר לעגן את הזכות שבה עסקינן בחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו (הזכות לכבוד מעוגנת בסעיף 4), אף על פי שגזירת זכויות בדרך של פרשנות מרחיבה זוכה לביקורת. עם זאת גם הטיעון הזה אינו חל בכל מצב עניינים. לדוגמה, כאשר מדובר באדם שעזב מזמן את מדינתו והשתקע במדינה אחרת, ביטול אזרחותו לא יהפכו למנודה ולא ישפילו בעיני סביבתו.

(4) זכות לאזרחות כמקור לזכות ההשתתפות בבחירות. השופט

זמיר הציע עוד דרך לראות באזרחות זכות יסוד:

[ו]אף כי בישראל לא זכתה האזרחות למקום של כבוד בחוק יסוד, אין ספק כי היא נמנית עם זכויות היסוד, בין היתר משום שהיא היסוד לזכות הבחירה לכנסת, שממנה צומחת הדמוקרטיה.³⁹

נדמה שאין בדברים הללו הסבר משכנע לשאלה מדוע היסוד עצמו ראוי להיחשב זכות יסוד, שכן על פי היגיון זה כל סטטוס המצמיח זכויות יסוד

38 השוו לדברי השופט ורון בפרשת *Perez*, ראו לעיל בעמ' 100, ולדברי השופט ברנן בפרשת *Trop*, ראו לעיל בעמ' 105.

39 עניין **אלראי**, לעיל הערה 6, בעמ' 22.

ראוי להיחשב זכות יסוד בעצמו. עם זאת הנימוק שמעלה השופט זמיר מתקשר לטיעון אחר נגד שלילת אזרחות – בגלל טיבו של המשטר הדמוקרטי. דבריו אף מעלים את העיוות הטמון בכך שהזכות להשתתף בבחירות מעוגנת בחוק יסוד (הכנסת) ונתונה לשליה בידי בית משפט (סעיף 5 לחוק היסוד), ואילו היסוד לזכות להשתתף בבחירות – האזרחות עצמה – מעוגן בחוק רגיל ונתון לשליה בידי גורם פוליטי (שר) בלא ערובות חוקתיות הולמות.

שלילת אזרחות בראי שיח הזכויות

הדין באזרחות במונחי זכויות מחדד את הקשר בין מעמד האזרחות לבין האפשרות ליהנות בפועל מזכויות אדם בסיסיות. אולם גם אם נגדיר את האזרחות זכות יסוד, ואפילו זכות חוקתית, אין בכך ליצור מניעה מוחלטת מפני שלילת אזרחות. הסיבה לכך אינה מתמצה בעובדה הפשוטה שהשלטון מפר זכויות אדם למרות עיגונן המפורש בחוק או בחוקה; יש לדברים גם היבט ערכי. הגישה הערכית המקובלת במשפטנו (ובמשפטן של מדינות דמוקרטיות בכלל) היא שזכויות האדם אינן מוחלטות. זכות מבטאת אינטרס מסוים אשר עשוי להתנגש באינטרסים אחרים, אישיים וכלליים. לכן זכויות אדם מבטאות ערכים יחסיים. פירושו של דבר שגם אם נכיר בפגיעה בזכות פלונית במקרה מסוים, לא נובע מהכרה זו שהפגיעה פסולה ושהזכות גוברת.

הגבלת הזכויות המעוגנות בחוקי היסוד בישראל נעשתה במפורש. סעיף 8 לחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו קובע שאפשר לפגוע בזכויות הכלולות בחוק היסוד אם הדבר נעשה בחוק (או בחקיקת משנה) שנועד לתכלית ראויה, ובלבד שהפגיעה בזכות אינה עולה על הנדרש (והוראה זהה קבועה בסעיף 8 לחוק יסוד: חופש העיסוק). בארצות הברית ההגנה על חופש הביטוי מפני פגיעה מצד רשויות השלטון מנוסחת בתיקון הראשון לחוקה באופן מוחלט, ובכל זאת הוכרו בפסיקה דרכים שונות להגביל ביטויים. הפסיקה האמריקנית בעניין שלילת אזרחות מבטאת עמדה הרואה באזרחות מעין זכות מוחלטת, והיא זכתה לביקורת כפולה (מצד שופטי המיעוט בפסיקה זו ומצד מלומדי משפט): נטען כי אין זכות חוקתית לאזרחות אמריקנית, אלא זכות לשוויון בקבלת האזרחות (ובהקשר זה נאמר שיש להבין את התיקון ה־14 לחוקה על רקע ההקשר ההיסטורי שלו, כלומר אמצעי להבטיח מתן אזרחות לשחורים לאחר מלחמת האזרחים), וכי הדרישה להוכיח כוונה של הפרט לוותר על אזרחותו הופכת את האזרחות האמריקנית לזכות מוחלטת של בעליה.

לפיכך גם אם נכיר בזכות 'שלא להיות חסר אזרחות' או בזכות 'להישאר אזרח במדינה דמוקרטית' או בזכות 'שלא לסבול את ההשפלה הכרוכה בשלילת אזרחות' או אפילו בזכות לאזרחות בכלל – אין בכל אלה למצות את הדיון העקרוני בסוגיה שבה עסקינן. יתרה מזו, מבחינה עניינית נדמה שלא מדויק לתאר את האזרחות כזכות יסוד ומוטב לראות בה מערכת יחסים בין הפרט למדינה או מערכת יחסים בין קבוצה של אנשים במדינה. הדעת נותנת שההחלטות הנוגעות לגורלה של חברות זו לא יהיו נתונות רק לרצונו של הפרט, אלא גם לרצון הקבוצה כמכלול.⁴⁰ להלן נבחן טיעונים נגד שלילת אזרחות מנקודת מבט זו.

ג. המדינה כמשפחה

הניסיון להגדיר את טיב הזיקה של האזרח למדינתו מחייב אותנו לברר לעומק מהי מדינה כקהילה פוליטית (בהנחה שחרף הגלובליזציה המדינה היא עדיין היחידה הפוליטית היסודית, כפי שסבורים רוב המלומדים הדנים בשאלה זו),⁴¹ להבדיל מישות משפטית או מקום גאוגרפי. זו אינה משימה פשוטה. אף על פי שהמדינה מעוררת בנו רגשות חזקים לעתים, מדובר בישות מופשטת שאיננו מתנסים בה במישרין. לפיכך מייקל וולצר מציע לדמות את המדינה להתאגדויות קטנות יותר.

וולצר סבור שיש לדמות את המדינה להתאגדויות שיש להן מדיניות קבלה של זרים, מתוך הנחה שמדיניות קבלה היא תנאי הכרחי לקיומן של מדינות. וולצר מזהה נקודה מעניינת: החברות בקהילה אנושית היא הטוב הראשון והעיקרי שאנו מחלקים, ולכן שאלת הקריטריון הראוי לחלוקת החברות היא שאלת יסוד בנושא צדק חלוקתי.⁴² חברות זו היא, כאמור, הבסיס להשתתפות מובטחת בחלוקת הטובין החברתיים (כגון ביטחון, רווחה, עבודה וכבוד). לו היינו חיים בעולם שאינו מחולק למדינות, היו כל בני האדם בבחינת זרים זה לזה או בבחינת חברים

40 Aleinikoff, לעיל הערה 2, בעמ' 1488.

41 כמפורט אצל זילברשץ, לעיל הערה 1, בעמ' 55-56.

42 Walzer, לעיל הערה 15, בעמ' 31-32. כאמור שם יש לבחון לא רק כיצד קבוצה מחלקת בין חבריה את המשאבים החברתיים, אלא קודם כול כיצד נוצרת הקבוצה – לא במישור ההיסטורי, אלא מבחינת קבלת ההחלטות הנוגעות לחבריה בהווה ובעתיד. הדיון אינו מתמצה בשאלה אם אדם חבר בקהילה כלשהי. בשל ניידותם של בני האדם ונטייתם לעבור מארצות לא מפותחות לארצות חופשיות ומבוססות כדי לשפר את מצבם, יש לדון גם בשאלה את מי עלינו לקבל לתוך החברה שלנו (בהנחה שאנו משתייכים לקבוצה שמבקשים להשתייך אליה).

במדינה גלובלית. במצב כזה אין לעצם החברות בקהילה פוליטית משמעות כלשהי ואין צורך במדיניות קבלה הקובעת קריטריונים לחלוקת החברות. ברם זה אינו המצב המצוי, ולשיטתו של וולצר – גם לא המצב הרצוי. לדעתו, החלוקה למדינות, אשר יוצרת את ההבחנה בין חברים (members) לבין זרים, מאפשרת שמירה על ערכים חשובים לחברה האנושית, כגון ייחוד תרבותי שהוא רכיב הכרחי לגיוון תרבותי. ערך חשוב אחר הוא מחויבות הדדית בין בני אדם בחיים הציבוריים. חשיבותה של החברות בקהילה פוליטית טמונה במחויבות החברים זה לזה (בעיקר ביטחון ורווחה), קרי במה שהחברים חבים זה לזה, ולא לאחרים (גם אם יש מחויבות למי שאינו משתייך לקהילה הפוליטית, היא פחותה בהרבה).⁴³

הואיל והמדינה מחייבת מדיניות קבלה הקובעת מי 'בפנים' ומי 'בחוץ', אין לדמותה להתאגדויות מקריות, למשל שכונה.⁴⁴ באופן עקרוני המעבר לשכונה הוא עניין רצוני הנובע מבחירה של הנכנס אליה ולא מבחירה של השכונה. בהיעדר איזונים משפטיים והסדרים מוסדיים, השוק (היכולת למצוא עבודה ומקום מגורים) הוא ששולט בדרך כלל במעברים כאלה. מודל זה, המסמל הגירה חופשית וגבולות פתוחים, הולם את הגישה שהייתה מקובלת בחשיבה הכלכלית של סוף המאה התשע עשרה, ולפיה תפקידה של המדינה מתמצה בשמירה על הסדר, והקהילה הבין-לאומית צריכה להתעצב כמו עולם של שכנים עם מעבר חופשי ממקום למקום וקידום אינטרסים פרטיים. וולצר שולל גישה זו בנימוק שסגירות ברמה כלשהי חיונית לשמירה על מובחנות תרבותית.⁴⁵

43 שם, בעמ' 34, 62-64. וולצר מציין כי טיעון המחויבות חל גם בכיוון ההפוך: אם לא נדאג זה לזה ולא נבחין בין חברים בקהילה לבין זרים, לא תהיה לנו כל סיבה לכונן קהילות פוליטיות ולשמרן. יחסי הגומלין מתבטאים בקיומה של קהילה פוליטית לאספקת השירותים הללו ובקיומם של השירותים עבור הקהילה. בגישת יחסי הגומלין הזאת מהדהדת עמדתו של רוסו, שהאמין כי אזרחים צריכים לאהוב את מדינתם ולכן המדינה צריכה לתת להם סיבות לעשות כן.

44 שם, בעמ' 36-39.

45 וולצר מוסיף כי ההיסטוריה מלמדת שבמדינות פתוחות ובערים קוסמופוליטיות, או בתחומים שהמדינה אינה קיימת או אינה מתפקדת, נוצרות שכונות קהילתיות סגורות שאינן פותחות את שעריהן לפני כל מי שמבקש להצטרף. לכן רק אם המדינה עורכת מיון כלשהו בקרב חבריה העתידיים ומבטיחה את הנאמנות, הביטחון והרווחה של הפרטים הנבחרים, קהילות מקומיות יכולות להתעצב כהתאגדויות 'אדישות' הנקבעות רק על יסוד בחירה אישית ותנאי שוק. ראו שם, בעמ' 39.

דימויי המשפחה והמועדון

וולצר מניח שיש הצדקה לקיומן של מדינות המקיימות מדיניות קבלה סלקטיבית (מן הטעמים הנזכרים לעיל) ומציע לחשוב על המדינה כעל משפחה או מועדון, משום שגם להתאגדויות אלו יש מדיניות קבלה של זרים. (מדיניות זו יוצרת חלוקה של מעמד ההשתייכות בלבד, כלומר בשונה מהתאגדויות אחרות, כגון תאגידים, אינה נלווית לחלוקת מעמד כלכלי).⁴⁶

באופן כללי הדימוי ההולם את המדינה הוא מועדון. כמו למועדונים גם למדינות יש ועדות קבלה, בדרך כלל בדמות המחוקק, והוא שקובע את הקריטריונים לקבלה לקבוצה (ולעתים גם מכסות הגירה), אף שאינו מקבל החלטות במקרים הקונקרטיים. כאשר חברי המועדון מעצבים את מדיניות הקבלה למועדון הם עונים על השאלות המכוונות יצירה נמשכת של קהילה פוליטית, כגון איזו קהילה אנו מבקשים לייסד ועם אילו בני אדם אנו רוצים לחלוק טובין חברתיים – אם כי בהקשר של המועדון השאלות הללו נוגעות לקהילה נרחבת פחות ולטווח מצומצם יותר של טובין חברתיים. המדינה, כמו המועדון, קובעת את כללי ההתנהגות של חבריה, את חובותיהם ואת זכויותיהם. קבלת חברים חדשים למועדון היא פרוגרטיבה של החברים הקיימים, ומבחינת המדינה הזכות להחליט בלי התערבות חיצונית מי יצטרף לציבור אזרחי מבטאת את ריבונותה. נוסף על כך, כמו מועדון אשר זכותו להסדיר קבלה לשורותיו אך לא פרישה מהן, אין למדינה הצדקה מוסרית לקבוע הגבלות על הגירה ממנה, בשונה מהגבלות על הגירה אליה.⁴⁷

לכאורה דימוי המועדון אינו מתאים למדינות שאזרחיהן חשים חובה מוסרית לפתוח את שערי המדינה רק לקבוצות מסוימות הנחשבות קרובות מבחינה לאומית או אתנית. מתאים יותר לדמות מדינות העונות על תיאור זה למשפחה, טוען וולצר, מכיוון שהיחידה המשפחתית מאופיינת בהתחייבותם המוסרית של חבריה לאנשים שהם לא בחרו המתגוררים מחוץ למשק הבית. החמלה הספונטנית שלנו מכוונת בעיקר לשארי בשר. זהו עקרון הקרבה או השארות שמדינות מכירות בו כאשר הן נותנות עדיפות בהגירה לקרובי משפחה של אזרחים. במדינות לאום המחויבות המוסרית של הקהילה הפוליטית מכוונת גם כלפי בני הלאום.

46 שם, בעמ' 35.

47 נקודות הדמיון בין מדינה למועדון מפורטות שם, בעמ' 40.

מחויבות זו מתבטאת בכך שבעת משבר, כאשר האחרונים נרדפים במקום מושבם, המדינה משמשת עבורם מקום מקלט, בין שהם אזרחיה או תושביה ובין שלא. יש לכך צידוק מוסרי: במקרים אלו המדינה היא הביטוי הפוליטי של 'משפחה' לאומית, אשר אינה מתוחמת לגמרי בגבולותיה המשפטיים.⁴⁸ יוער כי במחקר שפורסם לפני שנים אחדות התגלה שלא מעט מדינות בעולם שומרות על זיקה לפזורה מבני הלאום הדומיננטי במדינה – אם בקיומה של מדיניות הגירה המעדיפה את הלאום (לדוגמה, סעיף 116 לחוקת גרמניה מעניק אזרחות אוטומטית לפליטים ולעקורים ממוצא גרמני) ואם במתן סיוע לבני הלאום בשימור תרבותו ושפתו.⁴⁹ ועדת ונציה – ועדת משפטים מומחים לענייני זכויות אדם ליד מועצת אירופה – דנה ביחסי הגומלין שבין מיעוטים לאומיים באירופה לבין מדינות הקרבה שלהם (kin-states) והכירה ביחסים אלו כאינטרס לגיטימי של מדינות האם.

דימויי המועדון והמשפחה של וולצר מציגים לפנינו שני סוגים אפשריים של קשרים המכוננים קהילה פוליטית. דימוי המועדון מבטא יחסים הסכמיים או חוזיים בין האזרחים: האזרחים מסכימים לקבל עליהם כללי משחק או עקרונות אחדים כדי להשתייך למדינה מסוימת. תיאור זה מבטא את תורת האמנה החברתית. בתמצית, תורת האמנה החברתית רואה בקהילה הפוליטית תוצר של הסכמה היפותטית או משתמעת בין בני אדם רציונלים וחופשיים. לעומת זאת דימוי המשפחה מבוסס על זיקה תרבותית-היסטורית היוצרת מחויבות רגשית. הקשר בין האזרחים נובע בראש ובראשונה מתחושת ערבות הדדית שהיא תולדה של תרבות משותפת או של עבר משותף.

יפה זילברשץ מכנה את הזיקה הראשונה 'זיקת הווה ועתיד' ואת הזיקה האחרונה – 'זיקת עבר'. היא מציעה לחשוב על האזרחות כבעלת היבט 'אנכי', הנוגע לקשר שבין האזרח ובין המדינה (המתבטא בזכויות המוקנות ליחיד ובחובות המוטלות עליו – בעיקר חובת הנאמנות), והיבט 'אופקי', הנוגע לאופי הקשר בין האזרחים לבין עצמם. ההיבט האופקי יכול להתבסס על אחת משתי הזיקות האמורות – 'זיקת ההווה והעתיד' התועלתנית או 'זיקת העבר' הלאומית.⁵⁰ יוער כי זילברשץ מסכימה עם

48 שם, בעמ' 41-42.

49 יעקובסון ורובינשטיין, לעיל הערה 32, בעמ' 225-237, 286-295.

50 זילברשץ, לעיל הערה 1, בעמ' 58, והרחבה בנוגע לזיקות בעמ' 63-77.

וולצר שריבונות המדינה על טריטוריה היא המאפיין הייחודי של המדינה לעומת משפחה או מועדון, ופירושו של דבר שלמדינה יש מחויבות מוסרית כלפי אלו שבחרו להפוך טריטוריה זו למרכז חייהם ואשר משתתפים ביצירת הווייתה (ולכן שתי הזיקות הללו אינן מצדיקות מתן אזרחות, אלא רק קביעת מדיניות הגירה).⁵¹

טיעונים נגד שלילת אזרחות על סמך דימוי המדינה למשפחה

וולצר וזילברשץ דנים בדימויי המשפחה והמועדון בהקשר של יצירת קשר מחייב בין אדם למדינה. השאלה היא אילו השלכות יש לדימויים אלו על הניתוק החד-צדדי של הקשר בין המדינה לאזרח, ביזמת המדינה. יטען הטוען כי שלילת אזרחות בגין הפרת אמונים מוצדקת יותר אם המדינה משולה למשפחה, מכיוון שאז אפשר להקביל את מעשה הפרת האמונים לעברה של 'רצח אב', הנחשבת עברה חמורה יותר מרצח 'רגיל'. אין ממש בטענה זו. גם אם נייחס חומרה מוסרית רבה יותר להפרת אמונים כלפי מדינה מסוג זה, לא מדובר באמת בצידוק לשלילת אזרחות, אלא רק בטעם להחמרה בענישה, וראינו כי שיקולי ענישה לבדם אינם יכולים להצדיק שלילת אזרחות. נוסף על כך אפשר לטעון כי דווקא מחילה, ולו בגין מעשים חמורים ביותר, היא מאפיין מרכזי של יחסים משפחתיים. אדרבה, דימוי המשפחה מספק טיעונים מיוחדים נגד שלילת אזרחות, ולא בעדה.

לעומת חוזה הניתן לביטול (בנסיבות מסוימות) לפי רצון אחד הצדדים, הקשר המשפחתי קשה יותר לניתוק חד-צדדי. דימוי המשפחה מותיר על כנה את השאלה אם האזרחות דומה לקשר דם או לקשר נישואין.⁵² קשר דם אינו ניתן להתרה כלל. אולם נדמה שגם קשר נישואין, צורה חלשה יותר של קשר משפחתי, חזק יותר מקשר חוזי, מפני שהוא בנוי על רגש ספונטני בין הצדדים. (יש לזכור שבתפיסה הקתולית, למשל, קשר נישואין אינו ניתן להתרה, וביהדות אין נותנים גט בניגוד לרצונו של אחד מבני הזוג.) נבחן להלן שני טיעונים המתנגדים לשלילת אזרחות על סמך דימוי המדינה למשפחה.

51 שם, בעמ' 63-67; Walzer, לעיל הערה 15, בעמ' 42-46.

52 זילברשץ, לעיל הערה 1, בעמ' 63.

טיעון 1: שלילת אזרחות פוגעת בזהותו של הפרט

אפשר לטעון שבמדינה המשולה למשפחה שלילת אזרחות גורמת לפרט נזק מיוחד במינו, לא במונחי זכויות אלא במונחי זהות. נוסף על היותה של המדינה מסגרת ייחודית מבחינת השירותים שהיא מעניקה – שירותים העונים על צרכי הקיום הבסיסיים ביותר – יש המייחסים לה מקום חשוב ואולי אף מכונן בזהות האישית.⁵³ בעניין זה מציע אליניקוף ניסוי מחשבתי שיסייע להמחיש את המקום שתופסת המדינה בתפיסה העצמית. נתאר אותו במילותיו עם השינויים המחויבים לאזרחות ישראלית:⁵⁴

דמיין שאתה מתעורר בוקר אחד ומגלה שאזרחותך הישראלית נשללה. מה יעבור במוחך? שיהיה קשה לנסוע לאירופה בלי דרכון ישראלי? ששום מדינה לא תדרוש את שחרורך אם תילקח כבן ערובה בחו"ל? שלא תוכל להצביע בבחירות הקרובות לכנסת? ספק רב. סביר יותר להניח שתרגיש מחולל, עירום, ותשאל: 'כיצד אני יכול להיות לא ישראלי? אם כן, מה אני?'. חלק מעצמך נעלם.

ובכל זאת כדי שהחברות במדינה תהיה רכיב חשוב בזהות האישית, על המדינה להיות 'קהילה בעלת אופי מובחן' ולא אוסף מקרי של יחידים השואפים לשפר את מנת חלקם.⁵⁵ לכן טענה זו רלוונטית בעיקר למדינות בקטגוריית ה'משפחה' (מדינות לאום), ופחות למדינות בקטגוריית ה'מועדון'. לפי היגיון זה שלילת אזרחות במדינת לאום עלולה לגרום לפרט נזק נפשי, כפי שגורמת התנכרות של משפחה לאחד מבניה.

טיעון 2: שלילת אזרחות מפרה את אחריותה של המדינה כלפי הפרט

הטיעון השני נוגע לאחריות המוסרית של המדינה כלפי היחיד שגדל והתחנך במסגרתה. חשוב להבחין שטיעון זה מסביר את אחריותה

53 כרמי, לעיל הערה 14, בעמ' 61. כרמי מציגה שתי גישות התומכות בעמדה זו: הגישה של יולי תמיר, הטוענת כי זהות לאומית היא היבט מרכזי ומכונן של זהותנו האישית; וגישתו ה'רכה' יותר של וויל קימליקה, הטוען כי זהות לאומית אינה גורם מכונן אולם היא גורם חשוב לזהותו של היחיד ולאיכות חייו, מכיוון שהיא מספקת לו 'הקשר של בחירה'.

54 Aleinikoff, לעיל הערה 2, בעמ' 1495-1496.

55 כרמי, לעיל הערה 14, בעמ' 61.

המוסרית של המדינה בהשוואה לאחריותה המוסרית של המשפחה, אך אין הוא מבוסס על דימוי המשפחה של וולצר ולכן הוא רלוונטי לכל סוג של מדינה.

מבנה הטיעון הוא כלהלן: הורים אחראים, בין השאר, לחינוך ילדיהם. תפיסותיו הערכיות של הילד, למצער עד הגיעו לבגרות, הן במידה רבה תוצר של מעשי הוריו. לכן מוטל על ההורה לקבל אחריות למעשה ידיו ולא לגרש את ילדו רק משום שהוא אינו עונה על ציפיותיו או משום שהדבר נוח לו. בדומה אפשר לטעון שהמדינה, אשר עזרה להעניק לאזרח מערכת של ערכים וקשרים שקדמו לכל בחירה מודעת שלו – לפחות כאשר מדובר באזרח מלידה או במי שקיבל את אזרחותה בגיל צעיר – נושאת באחריות למעשי האזרח ואין היא יכולה לסלק אותו מקרבה כאשר הדבר נוח לה. בלשונו של אלייניקוף:⁵⁶ 'The state – like the family – could punish, but it could not banish' שולמית אלוני ביטאה גישה דומה בדיוני הכנסת בעניין הסמכות לשלילת אזרחות באמרה שאין זכות מוסרית לשלול אזרחות מאדם שחי בארץ וגדל בה, מפני שהוא 'מוצר החינוך בארץ'.⁵⁷

ביקורת על שני הטיעונים

שני הטיעונים מקדמים את הדיון בשלילת אזרחות במידה מוגבלת, משום שאינם יפים לכל מצב עניינים. הטיעון בדבר אחריותה של המדינה כלפי אזרחיה אינו מוחלט כפי שאחריותה של המשפחה למעשי ילדיה אינה מוחלטת ובלעדית, והיא אף הולכת ופוחתת ככל שאדם מתבגר. טיעון זה ודאי אינו חל במקרה של אדם שלא התחנך בארץ.

הטיעון בדבר הפגיעה הקשה בתפיסתו העצמית של הפרט אינו מטה את הכף נגד שלילת אזרחות במקרה של מעשים חמורים במיוחד, כפי

56 'המדינה – כמו המשפחה – יכולה להעניש, אך היא אינה יכולה לגרש'. Aleinikoff, לעיל הערה 2, בעמ' 1496.

57 ד"כ ל"ז, 3139-3140 (התשכ"ח). (השוו לדברי סוקרטס בעניין חובת הציות לחוק, המפורטים לעיל בפרק השני). כמפורט שם ח"כ אלוני טענה שלגיטימי לשלול אזרחות רק ממי שהפר אמונים כלפי ישראל בהיותו בחוץ לארץ ושיש לו אזרחות נוספת. ח"כ משה אונגא, יו"ר ועדת חוקה חוק ומשפט באותה עת, השיב לה כי סמכות הביטול מיועדת רק לאנשים השוהים בחו"ל שעברו עברות חמורות ולמעשה כבר אין להם כל קשר עם הארץ והם רק מנצלים את אזרחותם לרעה.

שהתנכרות המשפחה לאחד מילדיה בנסיבות קיצוניות אינה חייבת להיחשב מעשה לא מוסרי. טיעון זה אף אינו משכנע כאשר מדובר באזרח שהכריז בפועל מלחמה על מדינתו. לכאורה שלילת אזרחות במקרה כזה רק מאשרת מצב עובדתי קיים של התנכרות פסיכולוגית של הפרט למדינתו או מצב של פיצול בתוך הזהות העצמית (עקב נאמנויות מתנגשות) – מצבים הפוגעים ממילא בתפיסה העצמית.⁵⁸ הטיעון האמור אינו משכנע גם כאשר מדובר במי שחי בחו"ל זה זמן רב, כיוון שעל פני הדברים תושבות ממושכת במדינה זרה יוצרת הזדהות של הפרט עם הקהילה שבה הוא נטע את מרכז חייו ומחלישה את הזדהותו עם מדינת אזרחותו (לכן היעדרות רצופה וממושכת מן המדינה הייתה בעבר עילה לשלילת אזרחות, לעתים לאחר הגעה לבגרות או בצד מתן אפשרות להודיע למדינה על כוונה לשמור על האזרחות).⁵⁹

בכפוף להסתייגויות האמורות, אין לבטל את תוקפם של הטיעונים נגד שלילת אזרחות הצומחים מדימוי המשפחה, לא כל שכן את הטיעון בדבר הנזק לזהות האישית. אדם עשוי לחוש עוינות או טינה כלפי משפחתו ועדיין לסבול מכך שהיא מחרימה אותו. בדומה, אדם יכול לנהוג בדרך שתיחשב לבגידה בעיני בני עמו, ובה בעת לחוש שהוא משתייך לאותו עם ואפילו בכל נימי נפשו. דוגמה מעניינת לכך היא המקרה של אוסוולד רופאיזן, הידוע בכינויו 'האח דניאל'. רופאיזן, יהודי מומר שהפך לכומר קתולי, הציל יהודים רבים בתקופת השואה וביקש לעלות לארץ מכוח חוק השבות בטענה ש'נולד כיהודי, גדל כיהודי, סבל כיהודי ומרגיש עצמו יהודי מבחינה לאומית'.⁶⁰ זהו מקרה מורכב כמובן, שכן מנגד להצטרפות לכנסייה הקתולית – אויבתה בנפש של היהדות במשך מאות בשנים – עשה רופאיזן מעשי גבורה להצלת יהודים מידי הצורר הנאצי. יש לזכור שהיו מקרים לא מעטים של הצלת יהודים בידי לא יהודים, ולכן טענת ההשתייכות לעם היהודי, להבדיל מטענת הזדהות

58 כך סבור גם Aleinikoff, לעיל הערה 2, בעמ' 1497.

59 סמכות כזאת הייתה קיימת במחצית הראשונה של המאה העשרים בהונגריה, ביוגוסלביה, בהולנד (רק בנוגע לאזרחים שנולדו בחו"ל) ובטורקיה (לאחר פרק זמן קצר יחסית של חמש שנים). ראו Durward V. Sandifer, *A Comparative Study of Laws Relating to Nationality at Birth and to Loss of Nationality*, 29 THE AMERICAN JOURNAL OF INTERNATIONAL LAW 248, 276-8 (1935).

60 בג"צ 72/62 רופאיזן נ' שר הפנים, פ"ד טז(4) 2428, 2448 (1962).

או חמלה, היא בכל זאת בעלת משמעות (וטענה זו אף התקבלה על דעתם של מקצת השופטים).⁶¹

לפיכך עלינו להמשיך ולבדוק אם מוצדק לדמות את ישראל למשפחה. היות שטיעון הפגיעה בזהות האישית רלוונטי יותר למדינות לאום, נבהיר ראשית במה מתבטא אופיה של ישראל כמדינת לאום.

ישראל כבית לאומי לעם היהודי

בכל מדינה העקרונות המשפטיים הנוגעים לקבלת אזרחות מבטאים דומיננטיות של אחת משתי הזיקות – זיקה חוזית-תועלתנית (המגולמת בדימוי המועדון) או זיקה לאומית-תרבותית (המגולמת בדימוי המשפחה). אזרחות יכולה להתקבל מלידה או מבחירה, בשלב מאוחר יותר בחיי היחיד. אזרחות מלידה מוקנית על פי שני עקרונות: הראשון, 'דין הדם' (*ius sanguinis*) – האזרחות עוברת בירושה מהורים לילדם, גם אם הילד נולד מחוץ לגבולות המדינה; השני, 'דין המקום' או 'דין הקרקע' אם הילד נולד מחוץ לגבולות המדינה; השני, 'דין המקום' או 'דין הקרקע' (*ius soli*) – האזרחות מוקנית בעקבות לידה בשטחה הריבוני של המדינה, בין שההורים הם אזרחי המדינה ובין שלא. מדינות מסוימות מכירות באופן שווה בשני העקרונות,⁶² אולם בכל מדינה 'דרך המלך' לקבלת אזרחות מלידה נעשית לרוב על פי אחד משני העקרונות הללו (ולכן אפשר שאדם ייוולד עם יותר מאזרחות אחת או שיוולד חסר אזרחות).⁶³

61 בסופו של דבר דחה בג"ץ את עתירתו של רופאיזן נגד החלטתו של שר הפנים שלא להחיל עליו את חוק השבות, כפי שיוסבר בהמשך. בעניין הכרתו הפנימית של רופאיזן ביטאו השופטים גישות שונות. השופט זילברג סבר כי אין ספק שרופאיזן הוא אוהב ישראל, אך הוא 'אוהב מן החוץ' – 'התערותו בחברה היהודית הישראלית וחיבתו הכנה אליה לא ימלאו מקומה של ההזדהות הפנימית החסרה' (שם, בעמ' 2438); והשופט ברנזון טען כי מעשי ההצלה של רופאיזן מאשרים כי בהכרתו נותר יהודי מבחינה לאומית, ולכן הוא עצמו רואה בעותר יהודי, אך לא די בכך לצורך חוק השבות (שם, בעמ' 2448, 2452). השופט חיים כהן לא פקפק בתום לבו של רופאיזן בהצהירו שהוא יהודי (שם, בעמ' 2444), ומכאן שאף הוא סבר כי המרת דת וכניסה לשורותיה של הכנסייה הקתולית אינן שוללות את תפיסתו העצמית של רופאיזן כיהודי מבחינה לאומית.

62 למשל קוסטה ריקה, המעניקה את אזרחותה לאדם שנולד בשטחה ולאדם שאחד מהוריו הוא אזרח – סעיף 13 לחוקת קוסטה ריקה.

63 לדוגמה, אם אדם נולד במדינה המעניקה אזרחות מכוח עקרון 'דין הדם' להורים שאינם אזרחי אותה מדינה ואשר מדינת אזרחותם מעניקה אזרחות מכוח עקרון 'דין המקום'.

הביטוי המשפטי לזיקה התועלתנית היא 'דין המקום', בצד מדיניות הגירה ניטרלית מבחינה אתנית או לאומית, כמו בארצות הברית. העיקרון השולט בארצות הברית הוא 'דין המקום' בצורתו המזוקקת. התיקון ה-14 לחוקה האמריקנית קובע שכל אדם שנולד בשטחה של ארצות הברית (ונתון לשיפוטה) הוא אזרח. בהקשר זה אין כל משמעות לשאלה אם הוריו של הנולד שוהים במדינה כחוק, אם התגוררו בה קודם שנולד, אם אחד מהם הוא אזרח ארצות הברית, וכן הלאה (ביקורת רבה נמתחה על מצב זה, אך הוא טרם שונה משום שמדובר בהסדר חוקתי). באשר להתאזרחות בארצות הברית, דיני ההגירה האמריקניים כללו בעבר הגבלות שנועדו לשמר את הדומיננטיות של האוכלוסייה האנגלו-סקסית (למשל הגבלות על כניסתם של סינים או יפנים לארצות הברית), אך אלה בוטלו עם הזמן. כיום אין עוד הבחנה בתהליך ההתאזרחות בין אנשים ממוצא אתני או לאומי זה או אחר.

הביטוי המשפטי לזיקה הלאומית יהיה 'דין הדם', בצד מדיניות הגירה המעדיפה בני קבוצה לאומית או אתנית מסוימת, כמו בישראל. חוקי היסוד מ-1992 מגדירים את ישראל 'מדינה יהודית ודמוקרטית'. לא ניכנס לדיון במשמעות הביטוי 'מדינה יהודית' ובשאלות המוסריות המורכבות שהוא מעורר. אין צורך לעשות זאת כדי לקבוע שהביטוי הבולט שלו הוא הקשר המיוחד בין מדינת ישראל לבין בני העם היהודי, אשר מתווה את אופיה של ישראל כמדינת לאום. אחד הביטויים לכך הוא העובדה שדיני העונשין של ישראל חורגים מעקרון התחולה הטריטוריאלית וחלים גם על עברות שנעשו בחוץ לארץ, אם מדובר בעברות נגד המדינה או נגד העם היהודי.⁶⁴ אך יותר מכול הקשר בין ישראל לבין בני הלאום היהודי מתבטא בהוראות חוק השבות, התשי"ב-1950, ובשילוב בין חוק השבות לבין חוק האזרחות, התשי"ב-1952.

חוק האזרחות קובע דרכים אחדות לקבלת אזרחות ישראלית. כאשר נחקק החוק, שנים מועטות לאחר מלחמת העצמאות, הוא ביטא מטרה מובהקת – לאפשר ליהודים לקבל אזרחות מיידית בדרך קלה ומהירה ככל האפשר, מחד גיסא, ולצמצם את האפשרות של תושביה הלא יהודים של ארץ ישראל המנדטורית לקבל את האזרחות בהסתמך על דין הקרקע, מאידך גיסא.⁶⁵ לשם כך קבע החוק שני מסלולים לרכישת אזרחות באופן

64 סעיף 13 לחוק העונשין, התשל"ז-1977.

65 לסקירת הרקע הפוליטי לחקיקת חוק האזרחות, ההצעות שקדמו לקבלת החוק והתמורות בחוק מאז חקיקתו, ראו בספרו של מנחם הופנונג **ישראל – בטחון המדינה מול שלטון החוק: 1948-1991** (1991) 148-140.

אוטומטי. במסלול האחד אימץ החוק את 'דין הדם' בקבעו כי אזרח ישראלי הוא מי שנולד כשאביו או אמו היו אזרחי ישראל (סעיף 4 לחוק האזרחות).⁶⁶ במסלול השני נקבע שכל עולה מתוקף חוק השבות יהיה לאזרח ישראל (סעיף 2 לחוק האזרחות).

חוק השבות מקנה את הזכות לעלות ארצה לכל יהודי ולקרובי משפחתו.⁶⁷ לכתחילה לא הוגדר בחוק מיהו יהודי. בית המשפט נדרש לפירוש המונח בעקבות עתירתו של רופאיזן לבג"ץ נגד החלטתו של שר הפנים שלא להחיל עליו את חוק השבות משום שהוא 'בן דת אחרת'. המקרה נדון לנוכח ההלכה היהודית, הקובעת כי מומר או משומד דינו כיהודי – על סמך קביעת חז"ל הידועה 'אף על פי שחטא, ישראל הוא'.⁶⁸ חמשת השופטים היו תמימי דעים שאין הכרח לפרש את המונח 'יהודי' במובנו ההלכתי־דתי. ארבעה מהם סברו שיש לפרשו על פי מובנו הלאומי, כפי שתופס אותו הציבור הציוני.⁶⁹ גישתם הייתה שהמרת דת (בשונה מהיעדר אמונה דתית) היא מעשה המנתק יהודי מנחלת העבר הלאומי של עמו. בעקבות המקרה תוקן חוק השבות, ונקבע בו מיהו יהודי בקשר לחוק זה (סעיף 4ב). התיקון עומד בתוקפו עד היום, ולפיו יהודי הוא בן לאם יהודייה (היבט הלכתי) או מי שנתגייר (לא נאמר דבר על סוג הגיור), והוא אינו בן דת אחרת (ההיבט ה'לאומי' השלילי שנקבע בפרשת רופאיזן). הגדרה זו פורשה בפסיקה לפי התפיסה התרבותית־לאומית של המונח יהודי ולא לפי התפיסה ההלכתית־דתית שלו.⁷⁰

66 ב־1980 הוגבלה הורשת האזרחות הישראלית לדור אחד בלבד, ומאז מי שנולד מחוץ לישראל להורה ישראלי מקבל אזרחות ישראלית מלידתו אך אינו יכול להורשה לילדו שנולד מחוץ לישראל. ראו סעיף 4(א)2 לחוק האזרחות, בעקבות סעיף 3 לחוק האזרחות (תיקון מס' 4), תש"ם-1980, ס"ח 222.

67 סעיפים 1 ו־4 לחוק השבות. השר הממונה יכול לסרב לבקשת עלייה רק אם יש טעם לחשוב שהמבקש פועל נגד העם היהודי או עלול לסכן את בריאות הציבור או את ביטחון המדינה, או אם המבקש הוא בעל עבר פלילי העלול לסכן את שלום הציבור (סעיפים 2 ו־3 לחוק השבות).

68 לדיון בהלכה זו ראו פס' 3 לפסק דינו של השופט זילברג בעניין רופאיזן, לעיל הערה 60.

69 השופט חיים כהן, בדעת יחיד, סבר כי בהיעדר הגבלה בחוק על פירוש המונח יהודי, די שאדם מצהיר בתום לב כי הוא יהודי (מבחן סובייקטיבי), וכי במקרה דנן אין מקום לחשד שהצהרה לא ניתנה בתום לב. ראו שם, בעמ' 2443-2444.

70 אמנון רובינשטיין וברק מדינה **המשפט החוקתי של מדינת ישראל** כרך ב: רשויות השלטון ואזרחות 1075-1089 (מהדורה שישית, 2005).

חוק השבות מוסיף וקובע כי יהודי שנולד בישראל – לפני קבלת החוק או אחריו – דינו כדין מי שעלה לפי חוק השבות (סעיף 4 לחוק השבות). מכוח ההוראה האחרונה נוצרה הבחנה משפטית בין ילידי הארץ היהודים, אשר קיבלו אזרחות אוטומטית מכוח שבות, לבין ילידי הארץ הערבים, אשר נדרשו לעמוד בתנאים מגבילים ביותר.

על פי ההצעה המקורית של חוק האזרחות, אזרחות אוטומטית ללא יהודים הייתה אמורה להינתן רק לנתין ארץ ישראלי שנרשם במרשם התושבים עד 30 בנובמבר 1948 והיה תושב ישראל ביום תחילת החוק. הצעה זו הייתה מונעת אזרחות ישראלית מרוב האוכלוסייה הערבית.⁷¹ בנוסח שהתקבל דובר על נתין ארץ ישראלי היושב בארץ כדין מיום הקמת המדינה, או מי שנכנס אליה בהיתר ונרשם במרשם האוכלוסין עד 1 במרס 1952 וביום כניסתו של החוק לתוקף היה תושב ישראל. נוסח זה אפשר למרבית תושביה הלא יהודים של ישראל לזכות באזרחות אוטומטית מכוח ישיבה, אך לא ביטל את ההעדפה לטובה של יהודים בכל הקשור בקבלת אזרחות. לשון החוק אף הנציחה לשנים רבות את בעייתם של אלפי ערבים שעזבו את הארץ לאחר קום המדינה עקב פעולות גירוש לא חוקי או הפחדה של כוחות צה"ל וחזרו אליה בלא היתר.⁷² במרוצת השנים תוקן חוק האזרחות פעמים אחדות והורחבה בהדרגה הענקת אזרחות לילידי הארץ הלא יהודים, וב־1980 נקבע הסדר שוויוני שמעניק להם אזרחות אוטומטית (סעיף 3א לחוק האזרחות). ההעדפה לטובה של יהודים בנוגע להתאזרחות בישראל נותרה בעינה.

בשונה מהתאזרחות רגילה בישראל המחייבת ישיבה רצופה בארץ לשנים אחדות, 'ידיעת מה' של השפה העברית ועמידה בתנאים

71 האזרחות הייתה נמנעת מערביי המשולש, שסופח לישראל רק לאחר תאריך זה; מאלפי ערבים שישבו במחנות שבויים ולכן לא נרשמו עד למועד זה במרשם התושבים; מאנשים שלא נרשמו במרשם התושבים מסיבה אחרת. ההערכה היא שקבלת ההצעה כלשונה הייתה מעניקה אזרחות רק ל־63 אלף מתוך 167 אלף תושבים לא יהודים. ראו הופנונג, לעיל הערה 65, בעמ' 142-143.

72 נקטה מדיניות מצמצמת במתן אזרחות לערבים אלה, והגוף היחיד שמיתן את השפעתה היה בג"ץ, אם כי אין אחידות מלאה בפסקי הדין. ראו שם, בעמ' 143-145. בג"ץ אף דחה את טענתה של הממשלה שאדם שנסע ללבנון לימים אחדים בקיץ 1948, ברשות אנשי קאוקג'י ששלטו אז בכפרו, קיפח עקב כך את זכותו לאזרחות ישראלית, וקבע כי אין ביציאה זמנית ולגיטימית זו כדי לקטוע את הרצף הנדרש לישיבה בארץ מיום הקמת המדינה ועד כניסתו של החוק לתוקף. ראו ד"ר 3/62 שר הפנים נ' מוסא, פ"ד ט"ז 2467 (1962).

אחרים,⁷³ עלייה לארץ מכוח חוק השבות מזכה את העולה באזרחות אוטומטית, כאמור לעיל. קבלת אזרחות מכוח שבות אף אינה טעונה ויתור על אזרחות קודמת והצהרת נאמנות למדינה (כדי לאפשר למהגרים יהודים לשמור על אזרחותם הקודמת). בכך מבחין החוק הישראלי בין הגירה לבין 'עלייה', שהיא 'שיבה' לישראל. יהודים, בשונה מבני לאומים אחרים, אינם מהגרים לישראל, אלא 'שבים' אל מולדתם ההיסטורית. בעניין זה אמר דוד בן-גוריון במהלך דיוני הכנסת בהצעת חוק האזרחות:

חוק האזרחות משלים חוק השבות וקובע שבכוח עלייתו לישראל נעשה היהודי אזרח במולדת, ואיננו זקוק לשום עובדה ופורמאליות נוספות, לשום תנאי אחר מלבד רצונו להשתקע במדינה ולחיות חייו בה. [...] חוק השבות וחוק האזרחות מהווים את מגילת הזכויות, צ'ארטר בלעז, המובטחת לכל יהודי הגולה במדינת ישראל.⁷⁴

בית המשפט הכיר בהיותה של הזכות לשבות בחזקת זכות יסוד, הואיל וחוק השבות הוא 'המשכה הישיר של ההכרזה על הקמת המדינה, ולהצהרתה כי "המדינה היהודית בארץ-ישראל [...] תפתח את שערי המולדת לכל יהודי"⁷⁵; אשר 'מאחוריה עומדת שאיפת העם, עתיקת היומין, של "ושבו בנים לגבולם"⁷⁶. רטוריקה זו מחזקת לכאורה את הדעה שראוי להמשיך את מדינת ישראל למשפחה ולא למועדון. חיזוק לדעה זו עשוי להימצא בדיני ההסגרה של ישראל בעבר, אשר מנעו הסגרה של אזרח ישראלי מתוך רצון להגן על יהודים מפני אנטישמיות בשיטות משפט זרות (ראו בפרק השני).

דימוי המשפחה ביחס למדינה המודרנית

דימוי המשפחה מחייב אותנו לחשוב על החברות במדינה במונחים של יחסי קרבה, אבל זו תפיסה שנראית בעייתית במציאות של ימינו. נעמה

73 לפי סעיף 6 לחוק האזרחות, מי ששירת שירות סדיר בצה"ל פטור מתנאים אלו, ומי ששכל בן או בת בשירות כזה פטור מרובם.

74 ד"כ 6, בעמ' 2035 ו-2037 (התש"י).

75 מדברי השופט חשין בעניין **סטמקה**, לעיל הערה 6, בעמ' 751-752.

76 כדברי הנשיא אגרנט בבג"צ 442/71 **לנסקי נ' שר הפנים**, פ"ד כו(2) 337, 339 (1972). השימוש בביטוי 'ושבו בנים לגבולם' בהקשר זה מופיע גם אצל השופט חשין בעניין **סטמקה**, לעיל הערה 6, בעמ' 751, ובפסקי דין נוספים.

כרמי, למשל, מציינת כי במציאות המודרנית הקהילה המדינית אינה חברת פנים אל פנים, ולכן אין היא יוצרת חובות של קרבה או אחווה. עוד היא טוענת שקרבה לאומית אינה ממלאת תפקיד משמעותי כמו קרבה משפחתית. בהתאם לכך כרמי אינה רואה בזהות הלאומית רכיב מכונן בזהות האנושית (כלומר גורם שבלעדיו זהותו של הפרט מתפוררת), ואף לא רכיב חשוב, מכיוון שלא ברור שהיחיד זקוק לחברות אחת מסוימת ובלעדית. לפיכך כרמי דוחה את האנלוגיה בין מדינה למשפחה ומעדיפה את התפיסה ההסכמית, הרואה בחברים בקהילה הפוליטית שותפים להסכם היפותטי תועלתני שמקיף את מרבית תחומי החיים של הפרט ומשפיע באופן מכריע על איכות חייו.⁷⁷

גם מייקל וולצר מציין שהמאפיינים שיצרו יחסי קרבה בתקופה שקדמה לעת החדשה הם אלה שהולכים לאיבוד בקהילה הפוליטית בעולם המודרני. הוא ממחיש זאת באיסור שהטילו חברות אינטימיות על התאבדות, לדוגמה: עיר המדינה אתונה בעת העתיקה; המשטר המלוכני באנגליה שהנתינים בו חונכו לראות במלכם אב; המשטר המהפכני של קסטרו, שם קראו המהפכנים זה לזה 'אח'. איסור זה מבטא את החובה המוסרית לחיות למען הקהילה. במדינה של ימינו, מסביר וולצר, אין הצדקה מוסרית לאיסור מסוג זה מפני שהקהילה הפוליטית המודרנית הולכת ומתרחבת, החברים מתרחקים, והחיבור המוסרי מתרופף בהתמדה ומפנה את מקומו ליחסים משפטיים ומנוכרים. השינויים העובדתיים הללו משנים את טיבה המוסרי של המדינה.⁷⁸

זאת ועוד, טוען וולצר: הואיל והמציאות העכשווית מאופיינת בניכור של אזרחים כלפי מדינתם, ולנוכח העובדה שהאזרחות עצמה הופכת לבעיה כאשר המדינה דורשת מהאזרח לעשות מעשים מפלצתיים או להילחם במלחמות לא צודקות – קשה לייחס לאזרחות קדימות מוסרית כמו הקדימות שיוחסה בעבר לדת, למשל.⁷⁹ וולצר לומד על הקדימות שהאזרחות נהנית ממנה מתופעה לשונית מעניינת: בשפה האנגלית יש מילים אחדות המתארות הפרת אמונים, אולם רק הפרת אמונים כלפי המדינה זוכה למילה מיוחדת (treason). המילה 'בוגד' (traitor) נוגעת

77 כרמי, לעיל הערה 14, בעמ' 61-69.

MICHAEL WALZER, OBLIGATIONS: ESSAYS ON DISOBEDIENCE, WAR AND CITIZENSHIP 169-89 (1970)

79 שם, בעמ' 203-204.

לאדם הלא נאמן, אך במיוחד לאזרח הלא נאמן. אין בשפה האנגלית מילה מיוחדת לחוסר נאמנות מצד בן, חבר, מאהב וכיוצא בזה. בעבר הייתה מילה לאדם שבגד בדתו – משומד (apostate) – אך המילה יצאה משימוש, ובכל מקרה מסמנת היום אדם שבגד בעקרונותיו ולא בחבריו.

נראה שמוטב להיזהר מהגדרת המדינה במונחי משפחה מפאת הקונוטציה השלילית של משטרים טוטליטריים אשר ביקשו ליצור בדרך זו נאמנות בלי סייג כלפי השליט, הנמשל לאב הגדול. יש אף טעם בגישה שהקשר בין החברים בקהילה הפוליטית מתאפיין במונחי הסכם או תועלת הדדית ולא במונחי משפחה, גם כאשר מדובר במדינת לאום. אפשר לטעון שזיקה לאומית יוצרת מחויבות מוסרית בין בני אדם,⁸⁰ ואין ספק שהשתייכות לאומית עשויה לתפוס מקום משמעותי בזהותו של היחיד. אולם אין לזהות בין מדינה לבין 'עם', 'אומה' או 'מולדת'. אמנם יש קשר גומלין הדוק בין זיקתו של אדם לדת היהודית וללאום היהודי לבין זיקתו למדינת ישראל, אך אין חפיפה מלאה בין זיקות אלו. אדרבה, יש להבחין בין לאומיות (שייכות ללאום) לבין אזרחות (חברות במדינה). בלאומיות אפשר לראות חברות פוליטית במובן העמוק, ואילו באזרחות לא.⁸¹

ההבחנה בין לאומיות ובין אזרחות חשובה במיוחד במדינות המורכבות מיותר מלאום אחד. אם לא כן, אנו מוציאים את מקצת האזרחים מחוץ לגבולות הקהילה הפוליטית. בישראל דימוי המשפחה מעורר שאלות קשות על מעמדו של המיעוט הערבי. האם המיעוט הערבי הוא חלק מן המשפחה? ברור למדי שלא, שהרי עסקינן במדינה 'יהודית' או ב'מדינת העם היהודי'. אם כן, האם מעמדו של המיעוט הערבי לעניין שלילת אזרחות צריך להיות שונה משל בני המשפחה? שלילת אזרחות ישראלית מערבי עשויה להסב נזק חמור פחות במונחי זהות, שהרי ישראל אינה 'משפחתו הלאומית'. ברם מתן תשובה חיובית נוגד באופן יסודי תפיסה דמוקרטית בסיסית של שוויון לפני החוק.

על פי הגישה הרב־תרבותית, בחברה מגוונת ודמוקרטית אין האזרחות מתגלמת בכפיית זהות אחת משותפת לכלל האזרחים, אלא

80 המחלוקת בעניין זה נגזרת מן הוויכוח העקרוני על מקומו של הפרטיקולריזם בתורת המוסר (ראו לעיל בפרק הראשון, בעמ' 29). הנה דוגמה לגישה ששייך לאומי מצמיח חובות מוסריות מיוחדות מלבד החובות הכלליות בין אדם לאדם, אף על פי שהלאומיות עלולה לעוות את הצדק החלוקתי ביישומים פוליטיים: David Miller, *The Ethical Significance of Nationality*, 98 ETHICS 647 (1988)

81 כרמי, לעיל הערה 14, בעמ' 58.

בהכרה בהשלכות של השוני התרבותי בחברה. הדוגלים בגישה זו טוענים כי ההכרה בתרבותו השונה של הפרט, שהיא חלק מזהותו העצמית, היא שמעמידה את האזרח כשווה לכל אחד אחר במדינה. הכרה זו היא הבסיס לשותפות ולהכללה (inclusion), והכללה זו היא תנאי לבניית קהילה פוליטית אזרחית (בשונה מקהילה פוליטית של קבוצה בעלת הומוגניות אתנית ותרבותית), היוצרת 'אנחנו' משותף השונה מן ההשתייכויות הקבוצתיות הקיימות.⁸² אין הכרח לאמץ את הגישה הרב-תרבותית על כל המשתמע ממנה כדי לקבל את העיקרון שאזרחות במדינה דמוקרטית מחייבת הכללה מזערית המתבטאת בהבחנה בין אזרחות לבין לאומיות. אם לא כן, מדובר במדינה בעלת מודל אתנו-לאומי, וכפי שהוסבר בפרק הראשון – מודל זה אינו מתיישב בצורתו המזוקקת עם משטר דמוקרטי.

דימוי המשפחה מתאים לחברות אורגניות, אולי למסגרת המדינית האינטימית שכוננו ערי המדינה היווניות בעת העתיקה או הערים העצמאיות באיטליה בתקופת הרנסנס. הפוליס הייתה חברה שבטית קטנה למדי (לעומת מסגרות מדיניות שהיו קיימות אז בחלקים אחרים בעולם) והתבססה על קשרי דם ועל חובות קרבה.⁸³ הקהילה הפוליטית של ימינו אינה נושאת אופי אינטימי מפאת גודלה ומפאת הפיחות שחל במעמדו של הרכיב הלאומי-מדינתי לטובת התעצמותם של רכיבים אחרים בזהות האנושית. על כן ההשתייכות הלאומית 'משקפת תחושת אחדות ושותפות גורל אנושית של עבר ועתיד, המשותפת לבני הלאום', ואילו האזרחות מתוארת כיום במילים אחרות, פורמליות יותר, כזיקה משפטית של אדם למדינה היוצרת מערכת יחסי גומלין משפטיים של זכויות וחובות.⁸⁴

לסיכום, ייתכן שדימוי המדינה למשפחה מצדיק הגבלות על שלילת אזרחות, אך אין הוא מביא אותנו לחוף מבטחים. ראשית, כוחם של הטוענים הנובעים מדימוי זה מוגבל: בדומה לטיעונים שנזכרו בדיון

82 חסן ג'בארין 'לקראת גישות ביקורתיות של המיעוט הפלסטיני: אזרחות, לאומיות ופמיניזם במשפט הישראלי' **פיליפ** ט 53, 54-53 (2000).

83 J.G.A. Pocock, *The Ideal of Citizenship Since Classical Times*, in THEORIZING CITIZENSHIP 29, 30 (Ronald Beiner ed., 1995)

84 ניגוד זה בולט, למשל, בדבריה של השופטת פרוקצ'יה בבג"צ 2597/99 **טושביים נ' שר הפנים**, פ"ד נח(5) 444, 412 (2004). הציטוט נלקח במקור מדברי בית המשפט בבג"צ 58/68 **שליט נ' שר הפנים**, פ"ד כג(2) 477, 477 (1970).

באזרחות כזכות יסוד, אין הם חלים בכל מצב עניינים. ועוד זאת: דימוי זה מתאים יותר לקבוצה לאומית משהוא מתאים למדינה מודרנית. כפי שעולה מפרשת רופאיין, אפילו בני קבוצה אתנית או לאומית הקשורים זה לזה בעבותות של היסטוריה ותרבות משותפות עשויים לסלק משורותיהם אדם שעשה מעשה הנתפס כבגידה בעקרונות המקודשים לקבוצה. לכן הטיעון הדתי 'אף על פי שחטא, ישראל הוא', כמאמר חז"ל, אינו חל בהכרח בפרפרזה 'אף על פי שחטא, ישראלי הוא'.

ד. האמנה החברתית והמשטר הדמוקרטי

עד כה בחנו את הסוגיה של שלילת אזרחות משתי זוויות – זכויות אדם וזהות אישית. כעת נבחן את הסוגיה מזווית שלישית – הסכמה. ברוב תנועת ההשכלה, שהאמינה כי האדם הוא יצור רציונלי ובעל חופש בחירה, המחשבה הפוליטית של ראשית העת החדשה משופעת בניסיונות לבסס את סמכותו של השלטון על הסכמת הנשלטים באמצעות אפיון יחסי הפרט והמדינה או יחסי הפרטים במדינה לבין עצמם כסוג של הסכם. התאוריות בעניין זה מכונות 'תורת האמנה החברתית'.

לתורת האמנה החברתית יש גרסאות אחדות, אך כולן מבססות את סמכותו של השלטון ואת תוקפו של החוק על הסכמה משתמעת של האזרחים. הסכמה זו ניתנה באופן חופשי במצב טרום-מדיני מידי אנשים רציונליים השואפים לשפר את מצבם. האמנה החברתית אינה הסבר היסטורי להיווצרות המדינה, אלא טיעון פילוסופי-מוסרי; היא אינה טוענת לקיומו של מצב טרום-מדיני במהלך ההיסטוריה, אלא שאילו היה מצב כזה (אילולא הייתה מדינה), הוא היה מתאפיין בבעיות אשר פתרוןן ההגיוני והמוסרי טמון במדינה.⁸⁵ לכן אנשים תבוניים וחופשיים מכפייה היו מסכימים ביניהם לכונן מדינה ולהתנהג במסגרתה על פי עקרונות מסוימים.

85 נדמה שמקצת ההוגים בתחום זה מתיימרים לטעון שהאמנה החברתית שהם טוענים לה אכן התקיימה במקומות מסוימים במהלך ההיסטוריה, ואילו מקצתם שוללים זאת מכול וכול. דיוויד יום (Hume) טען כנגד תורת האמנה החברתית שאין כל ביסוס היסטורי לאמנה מקורית כלשהי, אלא להפך: כמעט בכל מקום הסדר המקורי נוצר באמצעות אלימות, והציות לו נבע מתוך הכרח. ראו דיוויד יום 'על האמנה המקורית' (יניב פרקש מתרגם) **תכלת** 22 92 (2006). כך או כך ההיבט ההיסטורי נתפס כשולי בעניין זה, והדגש הוא על הטיעון המוסרי.

תורת האמנה החברתית נוגעת הן ליחסים שבין האזרחים לבין עצמם הן ליחסים שבין האזרח היחיד לבין השלטון. יש הגורסים כי לפי תורת האמנה החברתית האזרח אינו מחויב כלפי הרשויות, אלא כלפי עמיתיו האזרחים.⁸⁶ גם אם כך הוא, ה'אמנה', אשר נכרתת בין יחידים במצב טרום-מדיני, מכתובה את אופיים הרצוי של היחסים בין היחיד לבין השלטון במצב המדיני.

מנקודת מבט זו עלינו לבחון אם אפשר לבסס את הסמכות השלטונית לשלול אזרחות על הסכמה משוערת של הפרטים בנוגע לתנאי החברות בקהילה פוליטית. במילים אחרות, עלינו לשאול אילו עקרונות היו קובעים בני אדם המבקשים לכוון מדינה באשר להפסקת החברות באותה מדינה. אשר לתפיסות שעשויות להימצא בשאלה זו, עלינו להמשיך ולשאול איזו מהן הולמת ביותר את עקרונותיו של משטר דמוקרטי.

קודם שניגש לעניין יוער כי תורות האמנה החברתית מעוררות שאלות פילוסופיות מורכבות ונושאות פרשנויות רבות וסותרות. אין בכוונתנו להיכנס לדקויות, אפילו אם נודעת להן חשיבות רבה מבחינה תאורטית. לענייננו די בהצגה גסה של התורות המרכזיות כדי להתרשם מן הרעיון הכללי ולבחון על פיו את הסוגיה העומדת לפנינו.⁸⁷

הגישות המרכזיות בתורת האמנה החברתית

הראשון שביסס את כוחו המחייב של החוק על הסכמה משתמעת של היחיד היה סוקרטס, שאת דבריו בעניין זה הזכרנו בפרק השני. לשיטתו של סוקרטס, בין המדינה ובין האזרח יש הסכם משתמע שתנאיו: הישאר ומלא אחר צו החוק במלואו או גלה; היה ונשארת – הסכמת במעשיך לקיים את החוק (ובתנאי שהמדינה מותירה בידי הפרט חירות מלאה לעזוב). גישה זו מאפשרת לראות באזרחות חברות פוליטית הנוצרת עקב הסכמה הדדית בין הפרט לבין המדינה. האזרחות עלולה

86 WALZER, OBLIGATIONS, לעיל הערה 78, בעמ' 207.

87 יוער כי יש המזכירים שתי אמנות: הראשונה קובעת את עצם ההתאגדות, והשנייה את העברת הריבונות ואת הכפפת האזרחים לשלטון, למשל Johannes Althusius ו-Samuel Pufendorf, המוזכרים במאמרו של קלוד קליין 'על האמנה החברתית בפני בג"צ לאור בג"צ 164/97 קונטרס בע"מ נ' משרד האוצר-המכס והמע"מ' המשפט ה-189, 196 (2001). מאחר שההוגים המרכזיים באסכולת האמנה החברתית טוענים כי יש רק אמנה אחת – אמנת ההתאגדות – לא נעסוק כלל באמנה מן הסוג השני.

להתבטל בגלל הפרה של העקרונות המוסכמים, בתנאי שאפשרות הביטול קבועה בחוק. כך אפשר לייחס את ההסכמה של הפרט גם לכוחה של המדינה לשלול אזרחות.

על פי האמור לעיל, האזרחות נתפסת כתוצר של הסכמה חופשית ומודעת של הפרט. ברם תוקפה של תפיסה זו מוטל בספק. הפילוסוף הסקוטי דייוויד יום (Hume; 1711-1776) העיר בהקשר זה כי לאדם עני שאינו מבין שפה זרה או מנהגים זרים אין בחירה חופשית לעזוב את ארצו, וכי הסכמה אמתית אפשר לייחס בעיקר לזר המתיישב בארץ כלשהי ומכיר מראש את הממשל ואת החוקים שלמרותם עליו לסור.⁸⁸ תורות האמנה החברתית של העת החדשה מציגות תפיסה מורכבת יותר של רעיון ההסכמה, הנסמכת על הנחות בדבר התבונה האנושית.

על פי הפילוסוף האנגלי תומס הובס (1588-1679), ההתאגדות המדינית היא פתרון רציונלי למצב ה'טבעי', הטרור-מדיני, המאופיין באיבה הדדית ובסכנת השמדה מתמדת ('מלחמת הכול בכול'). תכליתה של המדינה להגן על ביטחונו של היחיד באמצעות כינון כוח משותף שיופק בידי אדם אחד או קבוצה מצומצמת שתוכל לאחד את כל הרצונות ברצון אחד. התאגדות זו משקפת יותר מהסכמה, טוען הובס; זוהי אחדות ממשית של כולם בתוך אישיות אחת – הריבון – שקמה בדרך של אמנה של כל אדם עם כל אדם.⁸⁹ מבחינת הובס, היות שההסכמה שבה עסקינן היא בין הפרטים לבין עצמם, מן הנמנע שתארע הפרה של האמנה מצד הריבון, ולא תיתכן הצדקה למרידה בריבון.⁹⁰

מנגד טען ג'ון לוק (1632-1704) שמצב הטבע אינו מצב קיצוני של מלחמה, אולם יש בו ליקויים הנובעים מזכותו של אדם לעשות דין לעצמו. החברה המדינית מאופיינת בראש ובראשונה בסמכות שפיטה בלעדית בגין עברות על החוק. (בהקשר זה טען לוק כי שלטון היחיד המוחלט אינו צורה של ממשל אזרחי, משום שאיחוד סמכויות החקיקה והביצוע בידי אדם אחד אינו מותיר בנמצא שופט שיפסוק בהגנות ובלא משוא פנים כבעל סמכות.)⁹¹ עיקר תכליתו של הממשל המדיני הוא

88 יום, לעיל הערה 85, בעמ' 100.

89 תומס הובס **לויטן: או החומר, הצורה והשלטון של קהילה כנסייתית ואזרחית** חלקים א-ב פרק יז (יוסף אור מתרגם, 1972).

90 שם, פרק יח. הפרת אמנה פירושה אי-צדק, מפני ש'החוק הטבעי' השלישי של הובס קובע כי 'הכורת אמנה חייב לקיימה', כאמור שם, בפרק יד.

91 ג'ון לוק **המסכת השניה על הממשל המדיני** פרק ז (יוסף אור מתרגם, התשי"ט).

לשמור על שלומו של הפרט, על חירותו ועל קניינו, וסמכויותיו מוגבלות להשגת מטרה זו.⁹² ניסיון של המחוקק לגזול מן האזרחים את קניינם או לשעבדם הוא מעילה באמון, המביאה לאיבוד זכות השלטון ומחזירה אותה לידי העם כדי שיבחר שלטון חדש.⁹³ מי ישפוט אם השלטון פועל בניגוד לתפקיד האמון שבידו, שואל לוק ועונה: העם יהיה השופט; כשם שהשולח שופט את השלוח ובידו הכוח לסיים את יחסי השליחות.⁹⁴

שתי התפיסות האמורות נבדלות זו מזו בכמה היבטים עקרוניים. אצל הובס ההתאגדות היא בין כל פרט ופרט, כך שלמעשה יש סדרה אין-סופית של הסכמים⁹⁵ ואין סימטרייה בין מעמדה של האישיות המשפטית המכונה 'הריבון', שהיא בעצם השלטון, לבין מעמדו של האזרח (או ליתר דיוק – הנתין). אפשר לראות באזרח את מי שמפר את האמנה כשהוא פועל בניגוד לחוק. לעומת זאת אי-אפשר לראות בריבון את מי שפועל בניגוד לאמנה, אף שזו עומדת בבסיס קיומו. כפועל יוצא מכך האמנה החברתית מייפה את כוחו של הריבון לעשות ככל העולה על רוחו. לעומת זאת, על פי לוק, ההסכמה האזרחית מכוננת ממשל מוגבל בכוחו. היחסים בין הפרט לבין השלטון אינם חוזיים, כי אם יחסי שליחות או נאמנות באופיים; היות שהמדינה הוקמה כדי להגן על הפרטים, יש להשוותה לנאמן ואת האזרחים – למוטב.

גישתו של הובס מצדיקה משטר אבסולוטי, ומובן שאין היא שוללת את סמכותו של השלטון לבטל אזרחות. גישתו של לוק מצדיקה ממשל דמוקרטי-ליברלי (אם כי לוק עצמו לא דגל בדמוקרטיה, אלא רק התנגד למשטר מלוכני אבסולוטי), ולכן נתמקד בגישה זו. על פני הדברים קשה לגזור ממנה מסקנה ברורה וחד-משמעית בקשר לקיומה של סמכות שלטונית לשלילת אזרחות.

תפיסה שלישית, שונה במהותה מן השתיים הנזכרות, הציג הפילוסוף הצרפתי ז'אן ז'אק רוסו (1712-1778) בחיבורו המפורסם ביותר 'על האמנה החברתית'. רוסו סבר אף הוא שהמצב הטבעי מסכן את שלומו של הפרט. לשיטתו, מצב זה אף גורע מחירותו של הפרט משום שהוא

92 שם, פרק ט.

93 שם, פרק יט. כאמור שם, בפס' 226, התנגדות למעשים כוחניים אלו, שאינם אלא מעילה באמון, כמורה כהתנגדות לשודד.

94 שם, שם, בפס' 240.

95 קליין, לעיל הערה 87, בעמ' 197.

יוצר תלות מזיקה של היחיד באחרים. ההתאגדות המדינית הופכת אוסף של יחידים שמונעים בידי אינטרסים פרטיים לישות מוסרית בעלת רצון קיבוצי, אשר במסגרתה הפרט יכול לפעול כיצור תבוני ושווה לאחרים. הריבון הוא הגוף הקיבוצי שנוצר בעקבות שותפות מלאה ושווה של כלל הפרטים, במצב שכל פרט מוסר את עצמו באופן מוחלט לרשות הציבור כולו. האמנה החברתית, אם כן, אינה בין הפרטים לבין עצמם, אלא בין כל פרט לבין החברה בכללותה. זהו הסכם הדדי בין האזרח לבין הריבון. על פי רוסו, הריבון מכוון, מטבעו, אל הטוב הכללי של החברה,⁹⁶ וכך לא תיתכן הפרה של האמנה מצד הריבון. הואיל והריבון פועל באמצעות הרשות המחוקקת (שבה חברים כל האזרחים – רוסו התנגד באופן נחרץ לממשל נציגים), החוק מבטא את טובת החברה בכללה, והכפיפות לו אף מגדילה את חירותו של הפרט משום שהיא ביטוי לציות עצמי.⁹⁷ הפרת חוק מצד הפרט פירושה הפרת האמנה החברתית ומעשה חמור של בגידה. טיב ההסכמה האזרחית בתורת האמנה החברתית של רוסו שונה באופן מהותי מטיב ההסכמה בתורתם של הובס ולוק. הזרמים מבית מדרשם של האחרונים מבטאים תפיסה אינסטרומנטלית של הסכמה: ההסכמה הניתנת מבטאת תפיסה רציונלית של האינטרס העצמי. לעומת זאת הזרמים שמקורם ברוסו מבטאים תפיסת הסכמה שאינה אינסטרומנטלית: ההסכמה היא רכיב מכוון במצבו של הפרט הנותן אותה ובמצבה של החברה הנובעת ממנה, חברה שהיא טובה כשלעצמה.⁹⁸ במקרה של רוסו עצמו, ההסכמה לציית לחוק מבטאת הזדהות מוחלטת של הפרט עם החברה שהוא משתייך אליה.⁹⁹ אפשר לומר כי החברה הנוצרת עקב הסכמה מן הסוג הזה גדולה מסך חלקיה, ולכן גישתו של רוסו מכוונה 'קולקטיביסטית'.

התאוריה המדינית של רוסו מעוררת קשיים רבים, פילוסופיים ומעשיים כאחד. כפי שהראה ההיסטוריון יעקב טלמון (בספרו החשוב

96 רוסו מכנה התכוונות זו 'הרצון הכללי', שפירושו רצונם האמתי של הפרטים כאשר הם פועלים בתבונה ובדרך מוסרית – בשונה מ'רצון הכול', המתייחס לסך רצונותיהם האנוכיים של הפרטים.

97 זהו ציות עצמי לא רק משום שכל האזרחים חברים ברשות המחוקקת, המייצגת את הריבון, אלא גם משום שהריבון מבטא את החלק התבוני והמוסרי באישיותו של הפרט.

98 Raz, לעיל הערה 10, בעמ' 80.

99 שם, בעמ' 91.

ראשיתה של הדמוקרטיה הטוטליטרית'), אפשר לתלות בה את הצידוק לדמוקרטיה ולסוציאליזם מזה ולטוטליטריזם דורסני מזה. יתרה מזו, היא מתארת במובהק מצב אידאלי, אך גם אם נראה בה אידאל רצוי, ספק רב אם זהו אידאל ברהשגה במציאות הפוליטית של העולם המודרני. רוסו עצמו ראה בעיני רוחו קהילות פוליטיות קטנות, כמו עיר הולדתו ז'נווה (ועד יום מותו הגדיר את עצמו 'אזרח ז'נווה', *citoyen de Genève*, אף על פי שעזב את מולדתו בגיל 16).

לפיכך לא נדון בתורתו של רוסו כפי שהיא, אלא בסוג ההסכמה האזרחית שהיא מייצגת: הסכמה לא אינסטרומנטלית הרואה במדינה שותפות של כל האזרחים, שתכליתה לקדם מטרות חברתיות ולא רק להגן על אינטרסים פרטיים. זו תהיה התפיסה הרפובליקנית של ההסכמה האזרחית, לעומת התפיסה הליברלית שמציע לוק.¹⁰⁰

ההבדלים בין שתי התפיסות אינם תאורטיים גרדא. כפי שנראה מיד (בבג"צ קונטרס), הבדלים אלו עשויים לקבל ביטוי מעשי בעניין חובות האזרח וגם בשאלת ההדדיות או הסימטרייה במעמדם של היחיד והשלטון. לשני ההיבטים הללו השלכות על הדיון – בנוגע לטיבה ולהיקפה של חובת הנאמנות המוטלת על הפרט ובנוגע לסמכותה של המדינה לשלול אזרחות לנוכח זכותו של הפרט לוותר על אזרחותו.

תורת האמנה החברתית במדינה דמוקרטית

כאמור, תורת האמנה החברתית של לוק מתיישבת עם טבעו של המשטר הדמוקרטי. תורה זו השפיעה מאוד על מנסחי החוקה האמריקנית. יש הטוענים כי התיקון התשיעי לחוקת ארצות הברית מעיד שמייסדי החוקה החזיקו בתפיסת האמנה החברתית של לוק. התיקון התשיעי קובע כי רשימת הזכויות המנויות בחוקה לא תשמש כדי להתכחש לזכויות אחרות המוחזקות בידי העם (או הפרטים – תלוי כיצד מפרשים את המונח *people*) או כדי להמעיט בערכן. הוראה זו מתיישבת עם התאוריה של לוק, שעניינה זכויות טבעיות שאינן ניתנות להפקעה ולעומתן כוח שלטוני בעל מגבלות טבעיות.

כתוצאה מכך תורת האמנה החברתית נושאת השלכות מעשיות לפירוש החוקה האמריקנית. יש המסיקים מן התיקון התשיעי, בהנחה שהוא משקף את תורת האמנה החברתית של לוק, שלצד החוקה

100 ההבדלים בין האסכולה הליברלית לבין האסכולה הרפובליקנית תוארו בפרק הראשון.

האמריקנית הכתובה יש חוקה לא כתובה, הכוללת את הזכויות הטבעיות שלא פורטו בחוקה הכתובה. כך אפשר, לדוגמה, להכיר בקיומה של זכות חוקתית לפרטיות אף שאינה כלולה במפורש בחוקה (מלבד היבטים מסוימים של צנעת הפרט שאפשר לעגן בתיקון הרביעי לחוקה). אחרים טוענים שגם אם מניחים שהתיקון התשיעי משקף את תורתו של לוק, הזכויות הטבעיות שהוא מתייחס אליהן מתמצות בזכויות שנתרו בידי האזרחים בעקבות הגבלת הכוח השלטוני בחוקה.¹⁰¹

ההשקפה העקרונית ששיטת המשטר האמריקנית משקפת את תורת האמנה החברתית של לוק קשורה בשאלה אם הסמכות לשלול אזרחות קיימת במשטר זה. כפי שראינו בפרק השלישי, הפסיקה האמריקנית בעניין שלילת אזרחות מתמקדת בשאלה אם יש לקונגרס סמכות לחוקק חוקים המאפשרים לשלול אזרחות מכוח סמכויותיו הכלליות להסדיר את יחסי החוץ של המדינה או להגן על ביטחונה. אחת הטענות שנשמעו בפסיקה הייתה שהואיל ולא נקבעה בחוקה סמכות מפורשת לשלילת אזרחות, לא נתונה לקונגרס סמכות כזאת. אין מדובר בטענה טכנית; הרציונל שלה הוא שבשיטת המשטר האמריקנית – המבוססת על חוקה כתובה אשר מגדירה את יחסי הכוחות בין רשויות השלטון ואשר נשמרת מפני הענקת כוח מופרז לגופים הנבחרים – הריבון האמתי הוא העם, קרי ציבור האזרחים.¹⁰² מטעם זה קבע בית המשפט העליון האמריקני כי אין המדינה יכולה לגדוע את מערכת יחסיה עם האזרחים בשלילת אזרחותם, וכי בשיטת משטר הנשענת על ציבור האזרחים לא הגיוני להעניק לקבוצת אזרחים הנמצאת לעת עתה בשלטון סמכות לשלול אזרחות מקבוצה אחרת של אזרחים.¹⁰³

בישראל הקשר בין תורת האמנה החברתית לבין מבנה המשטר כמעט שאינו עולה לדיון ציבורי. ראוי לציין את הוויכוח שהתעורר בפסק הדין בעניין **קונטרם בע"מ נ' משרד האוצר**.¹⁰⁴ במקרה זה התנצחו השופטים

101 להצגת שתי הגישות, שאפשר לכתותן 'גישת המשפט הטבעי' והגישה ה'פוזיטיביסטית', ראו Thomas B. McAfee, *The Bill of Rights, Social Contract Theory, and the Rights 'Retained' by the People*, in 2 THE RIGHTS RETAINED BY THE PEOPLE: THE HISTORY AND MEANING OF THE NINTH AMENDMENT 327 (R.E. Barnett ed., 1993)

102 זו למשל גישתו של תומס מק'אפי, שם, בעמ' 334–335.

103 387 U.S. 253 (1967). *Afroyim v. Rusk*, Secretary of State, ראו לעיל בפרק השלישי.

104 בג"צ 164/97, פ"ד נב(1) 289 (1998) (להלן: עניין **קונטרם**).

ביניהם באמצעות תפיסות שונות של תורת האמנה החברתית כדי להצדיק גישות שונות בדבר החובות המוטלות על הפרט כלפי המדינה, אף על פי שהסוגיה שעמדה על הפרק הייתה רחוקה מסוגיות חוקתיות עקרוניות (ואכן, מדובר בוויכוח שהוא בבחינת הערת אגב, משום שלא היה בו צורך לשם הכרעה באותו מקרה). חברת קונטרס עתרה לבג"ץ נגד החלטתה של רשות המכס שלא לחדש את רישיונה להחזיק במחסן לאחסון טובין החייבים במכס. החלטת המכס נבעה מהסתרת פרטים מהותיים החושפים שהחברה לא עמדה בתנאים הדרושים לקבלת הרישיון. שלושת השופטים הסכימו שיש לדחות את העתירה משום שבנסיבות המקרה העותרת הייתה חייבת לגלות מידע זה, אך בין השופטים התגלעה מחלוקת בשאלת מקורה של חובת הגילוי. הדיון בנושא רלוונטי לשאלת ההקבלה בין זכותו של הפרט לוותר על אזרחותו לבין סמכותה של המדינה לשלול אזרחות.

השופט זמיר קבע שחובת הגילוי נובעת מחובת ההגינות הכללית של הפרט כלפי הרשות המנהלית, שמקבילה לחובת ההגינות של הרשות כלפי הפרט. לדידו, היחסים בין הרשות לבין האזרח הם דו־סטריים והדדיים. השופט ביסס קביעה זו על האמנה החברתית שביסוד המדינה. לדעתו, פירושה של האמנה החברתית במדינה דמוקרטית הוא שהרשות והאזרח אינם עומדים זה מול זה משני צדי המתרס, אלא הם שותפים במדינה זה לצד זה. כנגד זכותו של האזרח כלפי הרשות עומדת חובתו כלפי הרשות. זו תמצית האמנה החברתית שבין האזרחים לבין עצמם ובין האזרחים לבין המנהל הציבורי (המנגנון השלטוני).¹⁰⁵ וזאת מדוע?

האמנה החברתית אינה אלא רעיון הנותן ביטוי לדמות הרצויה של החברה. בעיניי, הדמות הרצויה של החברה אמורה להבטיח לא רק את זכויות האדם אלא גם את רווחת האדם ואת הצדק החברתי. לצורך זה אין החברה מסתפקת בהקניית זכויות לאדם, אלא היא גם מטילה עליו חובות. זוהי נפש הדמוקרטיה. [...] התפיסה של הדמוקרטיה כמשטר המגן על זכויות האדם היא תפיסה חד־ממדית של הדמוקרטיה.¹⁰⁶

105 שם, בעמ' 320.

106 שם, בעמ' 340-341.

והוסיף:

אני רוצה לראות את המדינה כשותפות. כמובן, לא שותפות במובן של המשפט הפרטי, אף לא שותפות כיחס משפטי, אלא שותפות כתפיסה רעיונית, שתבוא במקום התפיסה של המדינה כשלטון. המדינה, לפי תפיסה זאת, היא מפעל משותף של כל האזרחים. [...] תפיסת השותפות עשויה להשפיע על מערכת הזכויות והחובות של האזרח מזה והמינהל הציבורי מזה. [...] השותפות פירושה מתן הזדמנות אמיתית לאזרח להשתתף בניהול השוטף של ענייני המדינה, [...] היא דורשת יתר פתיחות של המינהל הציבורי [...]. התפיסה של שותפות מקדמת את הדמוקרטיה למדרגה גבוהה יותר. היא נותנת ביטוי נכון יותר לרעיון של שלטון העם.¹⁰⁷

אפשר לראות בפרשנות זו ביטוי לתפיסה הרפובליקנית מבית מדרשו של רוסו.¹⁰⁸ מנגד גייסו השופטים ברק וחשין את הגרסה הליברלית של האמנה החברתית ודחו את הקביעה שהפרט חב חובת הגינות כללית כלפי השלטון.

הנשיא ברק העמיד את המשטר הדמוקרטי על עקרונות זכויות האדם: 'משטר דמוקרטי מאפשר פגיעה בזכויות אדם כדי לקיים מסגרת חברתית השומרת על זכויות האדם'.¹⁰⁹ לדבריו, 'תפיסת האמנה החברתית המקובלת עלינו היא זו הקובעת ממשל מוגבל שסמכותו היא לשרת את האדם ולאפשר לו לקיים את זכויותיו הטבעיות'.¹¹⁰ הנשיא ברק הסכים

107 שם, בעמ' 341-342.

108 קליין, לעיל הערה 87, בעמ' 194. קליין אינו משתמש בעצמו במונח 'רפובליקנית' לתיאור גישתו של רוסו, אלא במונח 'קולקטיביסטית'. מנגד ליאור ברשק מזהה בגישתו של זמיר דווקא את הפרדיגמה הקהילתנית, והוא מנתח אותה לעומת הפרדיגמה הליברלית המוצגת בפסקי הדין של השופטים ברק וחשין. ראו ליאור ברשק 'אזרח ומדינה בדמוקרטיה' **משפטים** לב 217, 221-226 (התשס"ב). לדעת ברשק, הפרדיגמה הראויה היא הרפובליקנית, שרואה באזרח אורגן של המדינה וקובעת כי יש להטיל חובת הגינות אזרחית ולדחות את תפיסת המדינה כנאמן.

109 עניין **קונטרס**, לעיל הערה 104, בעמ' 347.

110 שם, בעמ' 349. כאמור שם אחד הנימוקים הוא שתפיסה דמוקרטית מכירה באינטרס העצמי של הפרט אך לא באינטרס העצמי של השלטון, משום שהשלטון פועל למען הכלל.

שדמוקרטיה אינה רק זכויות האדם אלא גם חובות האדם – כלפי הפרטים האחרים וכלפי השלטון. אולם חובות אלו נובעות, לדעתו, מפשרה הכרחית בין זכויות הפרט לבין האינטרס הציבורי, שעל שמירתו מופקד השלטון. חובות הפרט הן חובות ספורדיות, בעלות תכנים משתנים, כפי שמתבקש מתוך הנסיבות. אין חובה כללית של הפרט כלפי השלטון, למעט החובה לקיים את החוק. לשיטתו:

חובות הרשות כלפי הפרט לחוד וחובות הפרט כלפי השלטון לחוד. הפילוסופיה המונחת ביסוד החובות שונה והיקפן שונה. אמת, היחסים בין השלטון לפרט הם דו-סטריים, אך אין הם הדדיים ואין הם שוויוניים.¹¹¹

השופט חשין אימץ אף הוא את נקודת המבט הליברלית, וקבע שהעיקרון היסודי המנחה את יחסי השלטון והיחיד בדמוקרטיה הוא חירות היחיד:

תחנת המוצא שלי לקראת המסע – המסע לגילוי חובותיו של היחיד כלפי השלטון – תלוי עליה שלט, ועל השלט רשום באותיות גדולות 'חופש'.¹¹²

השופט חשין אף הדגיש את הפער בכוחם ובמעמדם של היחיד ושל השלטון, משל היה היחיד 'גוליבר בארץ הענקים', וקבע כי חובות נועדו לרסן כוח, עצמה ועושר – 'ומה כוחו של היחיד ביחס לשלטון?'.¹¹³ לנוכח כל זה דחה חשין כל קביעה שהיחיד חב חובה כללית כלשהי כלפי השלטון.

יוער כי השופט זמיר, אשר טען כי בין היחיד למדינה שוררים יחסים הדדיים, הודה שיחסים אלו אינם סימטריים.¹¹⁴ לפיכך אין להסיק מעמדתו כי הוא עצמו היה גוזר מן האמנה החברתית, בהכרח, את קיומה של סמכות שלטונית לשלול אזרחות (בייחוד לנוכח קביעתו בפסק דין אחר שהאזרחות היא זכות יסוד בשל היותה המקור לזכות ההשתתפות בבחירות).

111 שם, בעמ' 351.

112 שם, בעמ' 366.

113 שם, בעמ' 368.

114 שם, בעמ' 337. ביחס לחובת ההגינות, חוסר הסימטרייה הזה מתבטא בשוני שבין חובת ההגינות של הפרט כלפי הרשות לבין חובת ההגינות של הרשות כלפי הפרט. שוני זה נובע מיחסי הנאמץ-נהנה שבין הרשות לבין האזרח. ראו שם, בעמ' 322.

שלילת אזרחות בראי האמנה החברתית והמשטר הדמוקרטי

המשפטן עמנואל גרוס טוען כי מנקודת מבטה של המדינה הדמוקרטית, תפיסת האזרחות כאמנה חברתית בין המדינה לאזרח היא הבסיס לדרישת נאמנות מהאזרח, ומכך נובע שהפרת אמונים כלפי המדינה פירושה הפרה של האמנה החברתית, העשויה להצדיק שלילת אזרחות.¹¹⁵ עמדתו של גרוס מעוררת קשיים רבים, כפי שיפורט להלן, משום שהיא מבוססת על תפיסה לא מדויקת של תורת האמנה החברתית. כפי שנראה בפרק הבא, גרוס אף מייחד את טענותיו רק להפרת אמונים המתבטאת במעשי טרור, באופן שקשה להצדיקו מבחינה עניינית. נקודת המוצא של גרוס היא בטיעון שהמסקנה המתבקשת מתפיסת האמנה החברתית של הובס, שלפיה המצב הטרום-מדיני מאופיין במלחמת הכול בכול, היא זו:

מי שמסכן את הסדר הציבורי וביטחון החברים במדינה מסכן בכך את המשך חיותו של הפתרון למצב הטבע, חותר תחת תכלית הקמתה של המדינה והחברה האזרחית ומעמיד מכשול קשה בפני מילוי חובתה של המדינה להגן על זכויות אזרחיה, ולכן יש לפעול להוצאתו של אותו גורם מסכן מהקבוצה, דהיינו לשלול את אזרחותו.¹¹⁶

זהו טיעון לא תקף, מפני שאין מדובר במסקנה הכרחית. מסקנה אפשרית אחרת עשויה להיות שיש להרחיק את הפרט מן החברה ולהחזיקו בפקוח, כדי שלא יוכל להמשיך לסכן את ביטחון הציבור. מתפיסת האמנה החברתית של לוק, הרואה בשלטון נאמן הציבור, גרוס מסיק כי

יש לקרוא את תורת האמון כעוסקת ביחסים הדדיים. כלומר, כשם שהפרת אמון של השלטון כלפי האזרחים מצדיקה את שלילת הלגיטימיות והקיום של שלטון זה, כך גם הפרת האמון של האזרח כלפי השלטון מצדיקה את שלילת הלגיטימיות של הענקת אזרחות, דהיינו אין להמשיך לאפשר לו להיות חבר בקהילה.¹¹⁷

115 עמנואל גרוס מאבקה של דמוקרטיה בטרור: היבטים משפטיים ומוסריים 343-337 (2004).

116 שם, בעמ' 338.

117 שם, שם.

בכל הכבוד, זו פרשנות שגויה של רעיון הנאמנות. לוק אינו מתאר מערכת יחסים הדדית בין האזרח ובין השלטון. לדעתו השלטון נועד לשרת את האזרח, ולא להפך. דעות השופטים בבג"צ קונטרס ממחישות נקודה זו. אפילו השופט זמיר, אשר רואה ביחסי הפרט והשלטון יחסים הדדיים, מודה שמעמדו של השלטון כנאמן שולל את הסימטרייה בינו לבין האזרח. דבריו של גרוס אף משקפים חוסר הבחנה בין נאמנות למדינה ובין נאמנות לשלטון. במדינה דמוקרטית לא מתחייבת נאמנות כלפי השלטון. מסקנתו הסופית של גרוס היא זו:

מכל התאוריות שהזכרנו עולה שמעשה שמעמיד את החברה האזרחית כולה בסכנה קיומית, הוא מעשה שמנוגד לאמנה החברתית שהאזרחים יצרו, ולכן לא ייתכן שהעושה הוא אזרח. אזרח רציונלי לא יעמיד את הקבוצה שלו בסכנת חיים, סכנה שאותה הטרור, תומכיו ומסייעיו מגלמים.¹¹⁸

ראשית, דברים אלו משקפים פרשנות צרה מאוד של המונח רציונליות. פרשנות אחרת רואה ברציונליות בחירה של אמצעים מתאימים לקידום מטרה כלשהי. מבחינה זו גם באזרח המעורב בטרור אפשר לראות יצור רציונלי. יתרה מזו, גם אם נראה באזרח כזה אדם לא רציונלי, לא נובע מכך שתנאי האמנה החברתית מחייבים את סילוקו מן הקהילה הפוליטית. תורות האמנה החברתית השתמשו במונח רציונליות כדי לבסס את רעיון ההסכמה של הפרט, כיצור תבוני, להתאגדות המדינית, על כל המשתמע מזה.

זאת ועוד, לפי ההיגיון הגלום בדבריו האמורים של גרוס אזרח רציונלי לא יפר חוק, שכן הציות לחוק – המתבטא בויתור על הזכות הטבעית לשימוש באלימות ובהעברתה לידי המדינה – מונח בבסיס קיומה של החברה המאורגנת. האם אפשר לטעון, לפיכך, שיש לשלול אזרחות ממפרי חוק? גרוס עצמו מודה שלא.¹¹⁹ האמנה החברתית מצדיקה את חובת הציות לחוק, והפרתה של חובה זו מצדיקה ענישה, על פי אמצעי הענישה המקובלים: מאסר, חלופות מאסר, קנס, ובשיטות מסוימות – הוצאה להורג. לדעת גרוס, ה'תרופה' להפרת האמנה

118 שם, בעמ' 339.

119 שם, בעמ' 353: 'אין אני בא לטעון שיש לשלול אזרחותו של כל עבריין שעבר על החוק הפלילי, אף שבמעשיו פגע באינטרס ציבורי'.

החברתית היא השבה: לקחת מן הפרט את שקיבל על פי החוזה – את אזרחותו.¹²⁰ אפשר לטעון אחרת: שההשבה אינה מתייחסת לאזרחות עצמה אלא ליתרונותיה, ולכן הפרת האמנה החברתית מצדיקה פגיעה בזכויות הנובעות מן האזרחות אך לא באזרחות עצמה. עמדה כזאת אף מתיישבת עם הגישה שאם הריבון במדינה הוא ציבור האזרחים ולא הרשות המחוקקת, אין המחוקק מוסמך ליטול את האזרחות עצמה (מרגע שניתנה כדין).

למרות ההשגות הללו יש להודות שלא ברור מדוע אנשים המייסדים קהילה פוליטית יבקשו להגן על המשך החברות של אזרחים שכל נאמנותם מופנית למדינה אחרת או על אזרחים המסרבים למלא את החובות החיוניות להשרדותה של החברה.¹²¹ כאשר עסקינן במעשה המבטא בגידה חמורה של אזרח במדינתו, ולא בשלטון של המדינה, אפשר לראות בכך הפרה של האמנה החברתית גם בניסוחה הליברלי. לפיכך הדיון בתורת האמנה החברתית (במשולב עם המשטר הדמוקרטי) אמנם מצדיק הגבלות חמורות על שלילת אזרחות, אך אין הוא מוביל למסקנה חד-משמעית נגד עצם הסמכות לשלול אזרחות.

120 שם, בעמ' 343.

121 זו גם מסקנתו של אליניקוף מן הדיון בנושא מנקודת המבט של האמנה החברתית. ראו Aleinikoff, לעיל הערה 2, בעמ' 1492-1493.

שלילת אזרחות בראי שיקולי מדיניות

א. מהם שיקולי מדיניות?

בפרק הקודם מצאנו שתיתכן הצדקה עקרונית לשלילת אזרחות בגין חוסר נאמנות. התאוריות שהועלו תומכות בהנחה חזקה נגד כוחה של המדינה לשלול אזרחות למרות זכותו המקבילה של הפרט לוותר על אזרחותו. עם זאת הטיעונים נגד שלילת אזרחות לא היו משכנעים דיים מול הצי הביקורת. לפיכך ייתכנו נסיבות המצדיקות שלילת אזרחות מבחינה מוסרית (ובלבד שמדובר בשלילת אזרחות מיחידים ולא מקבוצה שלמה).¹

ברם לא די בכך כדי לסיים את הדיון במסקנה בזכות חקיקה המתירה לשלטון לשלול אזרחות בגין חוסר נאמנות. אפשר להמשיך ולטעון טיעון מסדר שני נגד חקיקה מסוג זה: גם אם שלילת האזרחות מוצדקת במקרה פלוני (בסדר ראשון), אסור להרשות אותה מטעמים של מדיניות (ולא של עיקרון). שיקולי מדיניות פירושה מאזן הסיכונים והסיכויים הצפויים בהפעלת הסמכות שבה עסקינן במציאות הקיימת. אפשר לטעון כי לנוכח הסיכונים הטמונים בשלילת אזרחות חיוני להבטיח שסמכות זו תופעל רק במקרים המתאימים, אולם כיוון שאי־אפשר להבטיח זאת – מוטב להימנע ממתן סמכות כזאת מעיקרה. טיעון דומה נשמע, למשל, בקשר להגבלות על חופש הביטוי ובקשר לשימוש בעינויים (במקרים של 'פצצה מתקתקת').

נדגים את הטיעון על חופש הביטוי. לחופש הביטוי נודעת חשיבות מיוחדת לחברה ולמשטר הדמוקרטי. פתח חוקי להשתקת דיבור עלול

1 גם אלייניקוף סבור שאין תשתית עיונית לפסק הדין האמריקני (בעניין *Afroyim*) השולל את סמכות המדינה לבטל אזרחות בניגוד לרצון הפרט. לדעתו לוגיקת הזכויות, שפסק הדין מושתת עליה, מעוותת את מושג האזרחות ותאוריות אחרות, כגון תאוריית ההסכם או התפיסה הקומיוניטרית (שבה הוא משתמש בדומה לדימוי המשפחה שהצענו בפרק הרביעי), חייבות לאפשר למדינה סמכות כלשהי לשלול אזרחות – אך לא משיקולי ענישה או סדר ציבורי, אלא רק משיקולי נאמנות (חוסר נאמנות או העברת נאמנות, ובמקרים מסוימים גם נאמנות מחולקת). עם זאת אלייניקוף סבור שבדמוקרטיה אפשר להצדיק כללי מניעה משפטיים המושתתים על שיקולי יעילות, שתכליתם להגן על הפרט מפני ניצול לרעה של כוח שלטוני. ראו T. Alexander Aleinikoff, *Theories of Loss of Citizenship*, 84 MICH. L. REV. 1471, 1499-1500 (1986)

לשמש לרעה, משום שיש לשלטונות אינטרס ממשי בהשתקת מחלוקות ובהעלמת מידע העלול לפגוע בתדמיתם. מקרים של עונש או פגיעה על השמעת ביטויים מוצדקים עלולים לסכל את תפקידו של חופש הביטוי וליצור 'אפקט מצנן' על נכונותם של אנשים להשמיע דברים חשובים. לנוכח כל זאת יש הטוענים שמוטב להימנע כליל מחקיקה המגבילה את חופש הביטוי (ולאפשר חופש ביטוי מוחלט), אף על פי שהסבורים כך מודים בקיומם של ביטויים שפגיעתם אינה מוצדקת. טיעון זה בנוי על הנחות הנוגעות לחומרת הנזק ולשכיחות השימוש לרעה בשני מצבים: כאשר חופש הביטוי מוגבל וכאשר הוא מוחלט.² במקרה של חופש הביטוי הטיעון נגד הגבלת ביטויים בחקיקה משיקולי מדיניות אינו מקובל בשום מדינה, ככל הנראה מפני שלא רבים שותפים להנחות שגם חומרת הנזק הצפוי מביטויים פוגעניים וגם שכיחות השימוש לרעה בחופש הביטוי קטנות יחסית.

בפרק זה נבדוק את כוחו של טיעון מסוג זה בנוגע לפתח חוקי לביטול אזרחות. ראשית נבחן את שאלת הצורך המעשי בשלילת אזרחות. ככל שצורך זה ייחשב יותר, כך תגדל חומרת הנזק הצפוי מהיעדרה של סמכות לשלול אזרחות; וככל שיתגלה שצורך זה חיוני פחות, כך יקטן הנזק הצפוי מהיעדרה של סמכות זו. נוסף על כך נבחן את החשש מפני ניצול לרעה של הסמכות. ככל שיגדל החשש, כך תיטה הכף נגד הסמכה חוקית לשלילת אזרחות, ולהפך. בסופו של דבר נשקלל את התועלת הצפויה מפתח חוקי לשלילת אזרחות לעומת הנזק הצפוי משלילת אזרחות, ובהקשר זה נביא בחשבון גם את האמור בפרקים הקודמים בדבר הפגיעה הסגולית הגלומה בשלילת אזרחות (במנותק מן החשש מפני ניצול לרעה).

ב. האם יש צורך מעשי בשלילת אזרחות?

לכאורה שלילת אזרחות תורמת לחברה בשלושה מישורים. במישור הסמלי שלילת אזרחות פירושה הדרה חברתית. היא מבטאת את המסר שפלוני אינו ראוי להימנות עמנו. אין אנו רואים בו חלק מאתנו, ואין אנו חייבים לו שום הגנה או חלק בתועלת שמצמיחה החברות במדינתנו.

2 הדגמת הטיעון מסדר שני בקשר לחופש הביטוי לקוחה מן האמור אצל רות גביון **זכויות אדם בישראל** 60 (1994). לדיון בטיעון זה בקשר לעינויים ולסיכולים ממוקדים ראו את המאמר 'איך בוחנים כלל' בבלוג של נעמה כרמי ('קרוא וכתוב'): www.notes.co.il/carmi/5026.asp (האתר אוחר לאחרונה במרס 2007).

כאמצעי ענישה שלילת אזרחות עשויה לשמש כלי ייחודי מבחינת כוחה ההרתעתי, הן משום שהיא מבטאת הוקעה חברתית ברורה, כאמור, הן משום שהיא מאפשרת לשלול מן הפרט את מכלול הזכויות הנלוות לאזרחות ואף לגרשו מן הארץ. הגירוש אף פוטר את החברה מנשיאה באחריות לגורלו של העבריין. במישור המניעה (שלילת האזרחות היא כלי עונשי או מנהלי) הרחקה מן המדינה מקשה על הפרט ה'מסוכן' לפגוע בה. אם כך, אפשר להצביע על יתרונות מעשיים של שלילת אזרחות בטיפול בתופעות חמורות של בגידה או טרור כלפי המדינה. השאלה היא אם יש שלילת אזרחות חלופות מעשיות המסוגלות לקדם מטרות אלו במידה פחותה של נזק, בהנחה שהן ראויות. נדמה כי התשובה על כך חיובית.

חוסר) יעילות הגירוש

כפי שהוסבר בפרק השני המטרה העיקרית של שלילת אזרחות היא יצירת בסיס חוקי לגירוש מן הארץ. ביטול החסינות המוחלטת מפני גירוש, חסינות אשר מוקנית רק לאזרח, אינו חלופה לשלילת אזרחות, שכן מבחינה מהותית גירוש כמעט שקול לשלילת אזרחות. רוב השיקולים נגד שלילת אזרחות נובעים מהתנגדות לגירוש. לפיכך הגירוש נותר ייעודה המרכזי של שלילת אזרחות ויתרונה העיקרי על פני כל חלופה שנציע בהמשך. עם זאת אפשר להשיג על מידת היעילות שבגירוש. טענות בעלות משקל כנגד נחיצות הגירוש השמיע השופט חיים כהן בבג"צ קוואסמה (בקשר לגירוש פלסטינים תושבי יהודה ושומרון ללבנון):

יכולים העותרים לטעון למשל, שכל אשר רצו הממונים על ביטחון האזור להשיג בצווי הגירוש, יכולים הם להשיג בצווי מעצר – ולכאורה טענה היא שיש בה ממש [...] או יכולים הם לטעון, שבהיותם בארצות עוינות או ברחבי תבל, ושם ייתנו פומבי ויעשו נפשות לדעותיהם ולשאיפותיהם, פגיעתם רעה וסכנתם מרובה פי כמה מכל תקלה העלולה לצמוח משבתם בבתיהם, כשהם נמצאים בפיקוח מתמיד של שלטונות הביטחון – טענה היא שלכאורה אולי כבר נתאמתה [...].³

3 בג"צ 320/80 קוואסמה נ' שר הביטחון, פ"ד לה(3) 113, 129 (1980). בפרשה זו נידון עניינם של שלושה פלסטינים תושבי חברון שגורשו ללבנון בבהילות, בלא מתן זכות שימוע, בניגוד להוראת תקנה 112 לתקנות ההגנה (שעת חירום), 1945. השופט כהן, בדעת מיעוט, קבע שפגם זה מצדיק את פסילתם של צווי הגירוש.

דבריו של השופט כהן התאמתו במחקר שנערך על האנתיפאדה שנים מספר לאחר מכן, אשר העלה כי יעילותו של הגירוש מפוקפקת מבחינת הרתעה, וודאי מבחינת מניעה, מפני שמסוכנות הטרוריסט אינה מנטרלת בעקבותיו.⁴ אפשר אמנם להבחין בין גירוש אזרח לבין גירוש אדם הנתון בפיקוח שלטון צבאי, כפי שהיה בפרשת קוואסמה. לכאורה הגירוש אכן אינו כלי יעיל במקרה האחרון, משום שהאדם נתון 'בפיקוח מתמיד של שלטונות הביטחון'. לעומת זאת האזרח אינו נתון לפיקוח מעין זה, ולכן גירושו עשוי להגן על ביטחון הציבור. גם אם נניח שיש ממש בטענה זו, אפשר להציע אמצעים להגברת הפיקוח הביטחוני על הפרט שמדובר בו במקום לגרשו, ובלבד שמדובר באמצעים המשרתים מטרה זו במובהק ואשר פגיעתם בפרט אינה מוגזמת. דוגמה לאמצעי כזה עשויה להיות סימון תעודת זהות של מי שהורשע בעברות ביטחוניות חמורות. (יודגש כי הצעה זו צריכה להיבדק באופן רציני, ואין באמור כאן כדי לקבוע שאכן מדובר באמצעי יעיל וראוי.)

למרות האמור לעיל עמנואל גרוס סבור שוויתור על עונש הגירוש יכרסם ביכולת ההרתעה של ישראל. לדעתו, הליקוי בכוחו ההרתעתי של הגירוש נובע מאי־הפעלתו של אמצעי זה במסגרת הליך פלילי ראוי, דבר שיוצר אצל הפרט רושם שאיום הגירוש קיים בין שיעסוק בפועל בטרור ובין שרק ייחשד בפעילות כזאת (אפילו בטעות). אם הציבור ידע שהעונש ימומש רק כלפי טרוריסט בפועל, ייווצר תמריץ חיובי להימנע מפעילות טרוריסטית.⁵ כלומר, לדעת גרוס, אם הגירוש יופעל כעונש במשפט פלילי, תושג ההרתעה המבוקשת. טיעון זה אינו משכנע, ובכל מקרה אין בו כדי להטות את הכף לטובת הגירוש על פני אמצעים אחרים. מיצוי הדין הפלילי עם מעורבים בטרור או עם בוגדים והפעלת עונש המאסר מאפשרים למדינה למנוע מגורמים אלה לפגוע בחברה ובד בבד ליצור הרתעה מספקת, וכך להגשים שתי מטרות חשובות שביסוד הענישה הפלילית.

שימוש בהליך הפלילי

במקרים חמורים של הפרת אמונים – ואין כל הצדקה לשקול שלילת אזרחות אלא במקרים החמורים – אפשר לאכוף את האיסורים הפליליים

4 ממצאי מחקרו של אריה שלו מתוארים אצל עמנואל גרוס **מאבקה של דמוקרטיה בטרור: היבטים משפטיים ומוסריים** 396–397 (2004).

5 שם, בעמ' 397.

המתאימים (מבין עברות הבגידה) ולהשיג את המטרות המבוקשות באמצעות ההליך הפלילי. הרשעה פלילית מכתימה את שמו של העבריין, וככל שהעברה חמורה יותר – כך גם הקלון שנלווה לה. הענישה הפלילית מתבטאת, ודאי במעשים חמורים, בשלילת חירותו של העבריין ובהרחקתו מן החברה לתקופה לא קצרה. בדרך זו הרשעה פלילית משרתת את מכלול המטרות של גמול, הרתעה ופיקוח הדוק במשך תקופת המאסר.

יטען הטוען כי ההליך הפלילי עלול להרתיע את הציבור או למנוע מן העבריין לפגוע בחברה למשך תקופת המאסר, אך אין בו די לביטוי הוקעה חברתית תקיפה כלפי מעשה היוצא נגד אשיות קיומה של המדינה. בתשובה לטענה זו כדאי להזכיר את דברי בית המשפט בקשר לעתירה שהוגשה לביטול אזרחותו של יגאל עמיר. הנימוק לעתירה היה שביטול האזרחות נדרש כדי להביע הסתייגות נחרצת של החברה המאורגנת מן המעשה הנורא של רצח ראש הממשלה. בית המשפט השיב לטענה זו שהחברה המאורגנת כבר הביעה הסתייגות זו בדרכים רבות ומגוונות, באמצעות בית המשפט המרשיע ומחוץ לכותלי בית המשפט. לפיכך ביטול האזרחות עשוי להוסיף דרך אחת להסתייגות החברתית מן הרצח שכבר הובעה בדרכים רבות, אולם 'אין די בכך כדי להצדיק שלילה של זכות יסוד, גם אם היא זכותו של רוצח. ברור כי אין זה בשל כבודו של הרוצח, שהוא מונח במקום בו הוא מונח, אלא בשל כבודה של הזכות'.⁶ דברים אלו יפים גם אם נסתייג מן השימוש במונח 'זכות' לתיאור האזרחות ונחליפו במונח 'מעמד'.

לעתים אי-אפשר לאכוף את הדין הפלילי, מפני שאין די ראיות קבילות או מפני שהאזרח שבו עסקינן שוהה דרך קבע מחוץ לגבולות המדינה. אם אין די ראיות להגשת כתב אישום או להרשעה, ודאי שלא ראוי לשלול אזרחות על בסיס ראיתי רעוע או מוטל בספק; ואם האדם בחו"ל – ואפילו יש ראיות לאשמתו למכביר – עדיין נדרשים אנו להוקיר את העיקרון שאין שופטים אדם שלא בפניו.

זאת ועוד: במקרה שהאזרח שוהה דרך קבע מחוץ למדינה לא ברור מהו הצורך בשלילת האזרחות, חוץ מההיבט הסמלי של ההוקעה. בראייה משפטית ומוסרית הסכנות הטמונות בשלילת אזרחות שלא בפני האזרח ובלא מתן אפשרות להתגונן עולות על התועלת הצפויה ממנה. אם יש

6 בג"צ 2757/96 אלראי נ' שר הפנים, פ"ד (2) 18, 24.

ראיות ממשיות כלפי אותו אדם וכוונה רצינית להעמידו לדין, האפשרות לבקש את הסגרתו עשויה לבוא בחשבון – אם כי לא תמיד. כמו כן שר הפנים יכול לבטל את דרכו של אדם זה, לקצר את תקופת תוקפו, לסרב להאריכו וכן לצוות על החזרתו, על פי הסמכויות המוקנות לו בחוק הדרכונים, התשי"ב-1952.⁷ צעדים אלו עשויים למנוע מאותו אזרח להשתמש באזרחותו הישראלית לצורך פגיעה בישראל. מובן שחייבת להיות הצדקה עניינית חזקה לנקיטת אמצעים מסוג זה, מכיוון שהם פוגעים בזכות היסוד לחופש תנועה (בין מדינות).

שלילת זכויות הנובעות מן האזרחות כתחליף לשלילת האזרחות עצמה

חשיבותו של מוסד האזרחות משתקפת בעיקר בזכויות ובחובות הנובעות ממעמד זה. יש הטוענים שחשיבותו היחידה של כל סטטוס מתבטאת בגילוייו הקונקרטיים בחברה נתונה, משמע בזכויות ובחובות הנובעים ממנו.⁸ כשם שהמדינה יכולה לפטור אזרח מחובות מסוימות, באפשרותה לשלול ממנו זכויות, על פי חוק. כדברי בית המשפט: 'אדם יכול להיות אזרח ישראלי, אך בנסיבות מסוימות יהיה צרורו חסר ולא יהיו בידיו כל גילויין'.⁹

הזכויות שמוצדק לשלול מאזרח בגין מעשים העומדים בניגוד לחובות הנאמנות למדינה הן זכויות הנגזרות במישרין מן האזרחות – הזכות לכהן בתפקידים ציבוריים רגישים או רמי מעלה, הזכות להיבחר לכנסת והזכות לבחור. הזכות לבחור והזכות להיבחר הן מאשיות הדמוקרטיות. באשר לזכות להיבחר אף קיים החשש החמור ביותר מפני שימוש לרעה בכוחו של השלטון לשם פגיעה בה.¹⁰ על כן פגיעה בזכויות הללו צריכה להיעשות

7 יוער כי לפי ס' 6א לחוק הדרכונים רשאי השר, באישור הממשלה ולאחר התייעצות עם ועדת הפנים של הכנסת, לקבוע בתקנות את המקרים שבהם לא יינתן דרכון לאזרחים ישראלים הנמצאים בחו"ל ולא יוארך תוקפו של דרכון שבידם אלא לצורך שיבתם לישראל, זולת אם מתקיימות נסיבות המצדיקות, לדעת השר, חריגה מכך.

8 ראו למשל אביגדור לבונטין **על נישואין וגירושין הנערכים מחוץ למדינה** 55 (1957); אבנר שאקי **הגיל במשפט** 50 (1968).

9 דברי השופט רביד בב"ש (מחוזי י"ם) 1545/97 **היועץ המשפטי לממשלה נ' פלוני**, פ"מ תשנ"ח (2) 145, 221 (פרשת **שינבין**, לעיל הערה 21 בפרק השני, בערכאה הראשונה).

10 אמנון רובינשטיין וברק מדינה **המשפט החוקתי של מדינת ישראל** כרך ב: רשויות השלטון ואזרחות 578 (מהדורה שישית, 2005).

רק בנסיבות קיצוניות ובתנאי שמתקיים קשר הגיוני ביניהן לבין הפגיעה בזכויות. עם זאת שלילת זכויות פוליטיות לתקופה קצובה מבטאת תגובה הולמת ומידתית למעשים חמורים של הפרת אמונים – כמשמעם על פי המובן המצומצם של חובת הנאמנות (ראו בפרק השני) – בכפוף להרשעה סופית בבית משפט ונוסף על העונשים הרגילים המוטלים במשפט פלילי. הזכות להיבחר נתונה, מניה וביה, להגבלות שונות, ובהן היעדר עבר פלילי. הרשעה בעברה שיש עמה קלון ובעקבותיה גזר דין של מאסר בפועל לתקופה של שלושה חודשים לפחות שוללים את זכותו של אדם להיבחר לכנסת למשך שבע שנים מיום שסיים לרצות את מאסרו (סעיף 6 לחוק יסוד: הכנסת). יסוד הקלון פירושו דופי מוסרי חמור שדבק באדם בנסיבות מעשה העברה. ההצדקה להגבלת הזכות להיבחר על יסוד זה היא ש'נבחר הציבור הינו שליח הציבור [...] הגינות, יושר לבב וטוהר המידות הינם סימני היכר מובהקים שניתנו בנבחר ציבור ראוי לשמו, ותכונות נפש אלו הן עמוד האש ועמוד הענן שיוליכו את נבחר הציבור בדרך'.¹¹ לפיכך הרשעה (סופית) בעברה שיש עמה קלון היא עילה אף להפסקת כהונתו של חבר כנסת מכהן (סעיף 42 לחוק יסוד: הכנסת). במקרה של עברות חמורות נגד ביטחון המדינה, שיש בהן הפרת אמונים מובהקת וחד-משמעית, אין ספק שיסוד הקלון מתקיים. עברת הבגידה אינה נעשית כלפי השלטון אלא כלפי המדינה כקהילה פוליטית, דהיינו כלפי ציבור האזרחים. בגידה כזאת אינה מתיישבת עם תכונות הנאמנות וההגינות הנדרשות מנבחר ציבור, והיא מצדיקה את שלילתה של הזכות להיבחר גם למשך תקופה ארוכה משבע שנים.

בעניין הזכות לבחור התמונה מורכבת יותר. הזכות לבחור אינה נתונה להגבלות המוטלות על הזכות להיבחר, מהגיונם של דברים. בעבר הרחוק היה מקובל לשלול את זכות הבחירה מעבריינים, אך לא כך היום. בית המשפט אף הדגיש את זכותם של אסירים להצביע בבחירות בבואו לדון בעתירות שהוגשו בגין היעדר סידורי הצבעה מתאימים בין כותלי בית הסוהר. השופט אלון קבע כי זכותו של אסיר להשתתף בבחירות 'אין כמוה כדי להצביע על הקשר שבינו לבין החברה שהימנה בא ושאליה עתיד הוא לשוב'.¹² עם זאת נראה שבגידה חמורה של אדם בקהילה

11 בג"צ 103/96 כהן נ' היועץ המשפטי לממשלה, פ"ד (4) 309, 326 (1996).

12 בג"צ 337/84 הוקמה נ' שר הפנים, פ"ד לח(2) 826, פס' 4 לפסק דינו של השופט אלון (1984). העתירות נדחו רק משום שלא הייתה אפשרות מעשית להסדיר את הנושא עד למועד הבחירות.

הפוליטית שהוא משתייך אליה מצדיקה לשלול ממנו את הזכות להשפיע בדרכים דמוקרטיות על גורלה. ענישה כזאת אף מתיישבת עם תורת האמנה החברתית.

חוק יסוד: הכנסת קובע במפורש כי בית המשפט מוסמך לשלול מאדם, על פי חוק, את זכותו לבחור או להיבחר (סעיפים 5 ו-6, בהתאמה). בפועל לא נחקקו חוקים המסמיכים את בית המשפט לעשות כן, כך שהוראות אלו אינן ישימות במצב המשפטי הקיים. בית המשפט דחה את הטענה שההוראות הללו, הן עצמן, מסמיכות את בית המשפט לשלול את הזכות לבחור או להיבחר. נקבע שלא מתקבל על הדעת שהסמכות לפגוע בזכויות יסוד שהן נשמת אפה של הדמוקרטיה תוקנה לבית המשפט באופן סתמי, בלי פירוט העילות להפעלת הסמכות וההליכים הדרושים ליישומה.¹³

יש לציין כי בעבר הוצע להסמיך את בית המשפט, במסגרת סמכויות הענישה הכלליות (הקבועות בחלק הכללי של חוק העונשין), לשלול לתקופה קצובה (של לא פחות משלוש שנים ולא יותר מעשר שנים) מאדם שהורשע בעברה ביטחונית או בעברה אחרת המעידה שאינו ראוי לאמון הציבור את הזכות לבחור ולהיבחר לכנסת ולרשויות המקומיות או את הזכות להתמנות לתפקיד בשירות הציבורי. הכוונה הייתה ששלילה זו תהיה עונש משלים לעונש העיקרי שהוטל בגין העברה (אשר צריכה להיות בעלת חומרה מספקת) ובכפוף לחובת הנמקה.¹⁴

ההצעה לשלול את הזכות להשתתף בבחירות מביאה בחשבון את הפיחות הניכר שיחול במעמדו האזרחי של הפרט בעקבות שלילה זו. אמנם במציאות הפוליטית של ימינו איכות ההשתתפות הפוליטית ממילא הולכת ויורדת, ובכל זאת אי-אפשר לבטל את חשיבותה. ולראיה – המתנגדים להעמדת הזכויות הפוליטיות של האזרח על הזכויות המצומצמות לבחירה ולייצוג בגופים הנבחרים אינם מצליחים להצביע בבירור על אפשרויות נוספות ונגישות לציבור הרחב (למעט תרומה וולונטרית לדיון הציבורי), אלא רק על הצורך באפשרויות כאלה.¹⁵ אכן שלילת הזכויות הפוליטיות

13 עניין **אלראי**, לעיל הערה 6, בעמ' 26. השוו לפסק דינו של השופט חיים כהן בפרשת **ירדור**, להלן הערה 28, בעמ' 382-384.

14 שניאור זלמן פלר ומרדכי קרמניצר 'הצעת חלק מקדמי וחלק כללי לחוק עונשין חדש ודברי הסבר תמציתיים' **משפטים** יד 125, 169-170 (התשמ"ד).

15 ראו לדוגמה את הטיעונים המובאים אצל CHRISTOPHER VINCENZI, CROWN POWERS, SUBJECTS AND CITIZENS 294-8 (1998)

פירושה ביטול רכיב מרכזי של האזרחות כחברות בקהילה פוליטית. עם זאת שלילת זכויות פוליטיות אינה מרוקנת את אזרחותו של הפרט מתוכן, משום שהפרט עדיין מוגן מפני סכנת הגירוש.

במציאות העכשווית לב האזרחות מתבטא בהיותה מסגרת מכילה ומגנה המאפשרת לאדם להתקיים וליהנות מזכויות יסוד. שלילת האזרחות שוללת מן האדם באופן אוטומטי את כל הזכויות הנלוות לאזרחות, ואילו שמירת הסטטוס מונעת גירוש ומחייבת שיקול דעת (שיפוטי) בשלילת כל זכות וזכות מן הזכויות הנלוות לאזרחות. אם נעריך את חשיבותה של האזרחות גם כרכיב זהות (היבט שהסתייגנו ממשקלו בפרק הקודם), שמירת האזרחות עצמה גם מאפשרת לפרט להמשיך ולחוש השתייכות משמעותית למדינתו. חרף כל זה ראוי לקבוע כי שלילת זכויות פוליטיות תהיה קצובה בזמן או נתונה לבחינה מחודשת כעבור תקופה מסוימת.

ג. החשש מפני ניצול לרעה

יש שני סוגי סיכונים לניצולה לרעה של הסמכות לשלילת אזרחות – רדיפת מתנגדים פוליטיים ואכיפה סלקטיבית ומפלה נגד קבוצת מיעוט. אין צורך להרבות מילים על הסיכון הראשון. אפשר ללמוד עליו מן השימוש הפסול שנעשה בגירוש (הדומה לשלילת אזרחות) כבר בעולם העתיק. הדמוקרטיה האתונאית, שהתמודדה עם אופוזיציה אוליגרכית, השתמשה בגירוש כנשק פוליטי: אלה שנחשבו עריצים בכוח ושאר יחידים בעלי עצמה שנתפסו כאיום על רצון הרוב גורשו (בעקבות הצבעת רוב בקוורום [quorum] של 6,000 איש באספה) והוגלו לתקופה של עשר שנים.¹⁶ הדמוקרטיה המודרנית פיתחה מנגנונים למניעת רדיפות פוליטיות המתבטאים, בין השאר, בהגנה על חירויות הביטוי, האספה וההתאגדות והחירות האישית. לפיכך סיכון זה מוחשי יותר במדינות לא דמוקרטיות. הסיכון המוחשי יותר בישראל הוא מן הסוג השני. במציאות הישראלית חקיקה המאפשרת ביטול אזרחות עקב גילויים של חוסר נאמנות עלולה להיחשב או אף לשמש נשק המכוון נגד המיעוט הערבי, בייחוד לנוכח דפוסי האפליה כלפיו מאז קום המדינה והיחס החשדני שרואה בציבור הערבי 'גֵּיס חמישי'.

16 יוסי שיין **גבולות הנאמנות: גולים פוליטיים בעידן מדינת הלאום** 28 (אהרן אמיר מתרגם, 2006).

'אזרחות מלאה ושווה' לערבים בישראל – האומנם?

המחקר הסוציולוגי של האזרחות בתקופתנו חושף את הקשר בין ריבוד חברתי ובין תפיסת האזרחות השלטת בחברה. היבט זה אינו מתמצה בשאלה הבינרית בדבר עצם קבלתה או אי-קבלתה של אזרחות פורמלית, אלא בוחן גם את אופי הזכויות הניתנות לאזרחים ואת מידת השתלבותם במעגלי השלטון והכוח החברתי-כלכלי.¹⁷ נקודת מבט זו מאפשרת לזהות כמה דרגות של אזרחות.

כאמור בפתח הפרק הראשון הרחבתו הניכרת של מעמד האזרחות בעת המודרנית לא לוותה בחלוקה שווה של היתרונות שהיא מצמיחה (או אמורה להצמיח) לבעליה. משמע, אף על פי שרוב בני האדם החיים במדינה המודרנית מוכרים כאזרחיה מבחינה פורמלית, מקצתם אזרחים סוג א ואחרים אזרחים סוג ב או ג. פירושו של דבר שהדפוסים החברתיים והמשפטיים הקשורים באזרחות יכולים לשמש עיקרון מפלה ומדיר כלפי אזרחים השייכים לקבוצות מיעוט, ולא רק כלפי זרים. דפוסים אלו נובעים מן העובדה שהקבוצה הנמנית עם התרבות הפוליטית הדומיננטית במדינה היא שמעצבת את שיח הזכויות והחובות הדומיננטי בחברה.¹⁸

למותר לציין כי אפליה פסולה של אזרחים פוגעת בזכויות יסוד (לשוויון ולכבוד) של בני הקבוצה המופלית לרעה ומנוגדת לחובתו של השלטון לפעול בהגינות ובנאמנות כלפי אזרחי המדינה. אפליה ממוסדת אף מסכנת את היציבות החברתית, משום שהיא יוצרת ניכור מסוכן בין הציבור המופלה לרעה ובין שאר האזרחים, וכן בינו ובין מוסדות השלטון במדינה.

הכרזת העצמאות קוראת ל'בני העם הערבי תושבי מדינת ישראל ליטול חלקם בבניין המדינה על יסוד אזרחות מלאה ושווה ועל יסוד נציגות מתאימה בכל מוסדותיה, הזמניים והקבועים'. עם זאת דפוסי אפליה פורמליים ולא פורמליים בישראל גורעים ממעמדם של אזרחיה

17 ראו למשל יואב פלד וגרשון ספיר **מיהו ישראלי: הדינמיקה של אזרחות מורכבת** 16-17 (מיכל אלפון מתרגמת, 2005). פלד וספיר מאמצים את דעתה של החוקרת האמריקנית ג'ודית שקלאר (Shklar), שהתמקדות בזכות לבחור ובזכות להשתכר היא המפתח המתודולוגי לאומדן דרגת החברות או ההכללה בחברה, אך מרחיבים את הבדיקה לזכויות נוספות.

18 לכן הפרקטיקה המשפטית של הקבוצה הדומיננטית, אשר מנסה לקדם את האידיאולוגיה הפוליטית שלה באמצעות המשפט, חשובה להבנת השיח המשפטי הסובב על סוגיית האזרחות, בייחוד בחברה שסועה על רקע תרבותי. ראו חסן ג'בארין 'לקראת גישות ביקורתיות של המיעוט הפלסטיני: אזרחות, לאומיות ופמיניזם במשפט הישראלי' **פיליפס** ט 53, 55 (2000).

הערבים לעומת אזרחיה היהודים. חוסר השוויון מתבטא במגוון עניינים, כגון הזנחה ממשלתית שיטתית של ענייני המגזר הערבי והקצאה לא שוויונית של משאבי המדינה. היבטים אלו תוארו בדוח ועדת החקירה הממלכתית שחקרה את נסיבות מותם של אזרחים ערבים מירי שוטרים במהומות אוקטובר 2000. הדוח מציין את האפליה והקיפוח של הציבור הערבי בגורמים שהובילו לפרוץ המהומות וקובע כי השגת שוויון בין יהודים לערבים צריכה להיות יעד מרכזי של מדינת ישראל.¹⁹

במישור הפורמלי הדבר מתבטא במגוון הוראות חוק וסמכויות ביצוע המבטאות את היותה של ישראל מדינת העם היהודי. אחד הביטויים הבולטים לכך הוא הקשר בין השירות הצבאי, שאינו אפשרות מעשית לרובו המכריע של הציבור הערבי, לבין אזרחות ישראלית שווה ומלאה. ביטוי נוסף הוא דיני האזרחות בישראל, אשר משרתים שיקולים דמוגרפיים מובהקים שמטרתם לשמר את היותה של ישראל מדינת לאום יהודית.²⁰

הפגיעה בזכויותיהם של האזרחים הערבים העמיקה בעקבות החקיקה השנויה במחלוקת המגבילה איחוד משפחות. חוק האזרחות והכניסה לישראל (הוראת שעה), התשס"ג-2003, מגביל את האפשרות של תושבי רצועת עזה, יהודה ושומרון להיכנס לישראל ולהתאזרח בה ומעניק שיקול דעת רחב לשר הפנים בעניין זה. במקרים מסוימים ההגבלה עולה עד כדי שלילה מוחלטת של אפשרותם של פלסטינים להתאזרח או אף ליכות באישור לישיבת קבע בישראל. החוק אושר בבג"ץ על חודו של קול.²¹ בית המשפט העליון קיבל אמנם את טענתה של המדינה שהחקיקה מבוססת על שיקולים ביטחוניים בלבד, אולם יש מקום לסבור שהיא מבוססת גם על שיקולים דמוגרפיים.²² מכל מקום, גם אם תימצא לחוק הצדקה ביטחונית – מחירה הוא פגיעה בזכותם של האזרחים הערבים לחיי משפחה, משום שהחוק מונע מהם להתאחד עם בני זוגם הפלסטינים או עם ילדיהם ולקיים חיי משפחה במדינתם. אפשר אף לטעון שהחוק פוגע באופן לא מוצדק בזכותם של הערבים אזרחי ישראל לשוויון, משום

19 **דין וחשבון ועדת החקירה הממלכתית לבירור ההתנגשויות בין כוחות הביטחון לבין אזרחים ישראליים באוקטובר 2000** כרך א 33-60 (2003).

20 אין אנו דנים כאן בסוגיית חוק השבות והקשר בין שבות ובין התאזרחות, משום שמורכבותה עלולה לפרוץ את גבולות הדיון שלנו.

21 בג"צ 7052/03 **עזאלה נ' שר הפנים** (פורסם במאגר נבו, ניתן ב-14 במאי 2006 במותב של 11 שופטים).

22 כך למשל סבורים רובינשטיין ומדינה, לעיל הערה 10, בעמ' 1072.

שאינן הוא מבוסס על סיכון (ביטחוני) אינדיווידואלי, אלא על הכללת סיכון המוחלת גם על אלה שלא נשקף מהם כל סיכון שהוא.²³

נוסף על האמור לעיל החוק תוחם את השיח הפוליטי בגבולות העיקרון שישאל היא 'מדינה יהודית'. ישראל מוגדרת מדינה 'יהודית ודמוקרטית' בחוקי היסוד בדבר זכויות אדם. סעיף 7א לחוק יסוד: הכנסת קובע שרשימת מועמדים לא תשתתף בבחירות אם יש במטרותיה או במעשיה, במפורש או במשתמע, שלילת קיומה של מדינת ישראל כמדינה יהודית ודמוקרטית; וכן לא ישתתף בבחירות מועמד שיש במעשיו משום שלילת קיומה של ישראל כמדינה יהודית ודמוקרטית. הוראה זו פורשה, ובעיקר יושמה, באורח מצומצם ביותר: הלכה למעשה מעולם לא אושרה בבג"ץ פסילה של רשימה או מועמד מן הטעם שהם שוללים את אופיה היהודי של מדינת ישראל. עם זאת הוצאת אופיה היהודי של המדינה מחוץ לוויכוח הפוליטי הלגיטימי בישראל זכתה לביקורת משני נימוקים עיקריים: (1) ההסדרים המבטאים את אופיה היהודי של המדינה אינם נתפסים, גם בקרב התומכים בהם, כמשקפים תפיסת צדק אוניברסלית שאין בלתה, ולכן יש להימנע מהטלת הגבלות על דיון ציבורי נוקב באשר לאופי הרצוי של המדינה. (2) הואיל ומדובר בעמדות שחלק ניכר מן הציבור הערבי בישראל דוגל בהן, אזי הכרה ברשימות המייצגות עמדות אלו אינה עתידה לחזקן. לעומת זאת פסילת הרשימות הללו עלולה להוליך להחרמת הבחירות מצד חלק ניכר מהציבור הערבי ולהחמיר את הקושי הנובע מהקיטוב החברתי בין הקבוצות הלאומיות במדינה.²⁴

לנוכח ההיבטים שתוארו לעיל ברי שמעמדם של ערבים בישראל שונה לרעה לעומת מעמדם של יהודים: מבחינת יכולתם של הערבים אזרחי ישראל להזדהות עם מדינתם; מבחינת אפשרותם לקדם את מטרותיהם הפוליטיות; ומבחינת יכולתם להשתלב במוקדי הכוח הפוליטי, החברתי והכלכלי.

23 טענת הנגד היא שהיחס המחמיר כלפי הציבור הפלסטיני לעניין כניסה לישראל והתאזרחות בה נובע משיקול ענייני – העובדה שמדובר בציבור של מדינת אויב – ולכן מבחינה פורמלית אמנם יש פגיעה בשוויון, אולם מבחינה מהותית זו הבחנה מותרת ולא אפליה פסולה. ראו למשל את פסק דינו של השופט חשין בעניין **עדאלה**, לעיל הערה 21, פס' 92.

24 רובינשטיין ומדינה, לעיל הערה 10, בעמ' 624-628. ראו גם מרדכי קרמיניצר **פסילת רשימות** 44-55 (2005).

סכנת האכיפה הסלקטיבית והפיכת הערבים ל'אזרחים על תנאי'

הדברים האמורים לעיל אינם מכוונים לשלול את תוקפה המשפטי או המוסרי של כל הבחנה בין יהודים לערבים במדינה כפועל יוצא של אופיה של ישראל כמדינת העם היהודי. אין ענייננו בשאלת זכותו של העם היהודי להגדרה עצמית, על כל המשתמע מכך. אף אין ענייננו בסוגיית השוויון בין יהודים ובין ערבים. ברם בנסיבות המתוארות גדלה הסכנה של שימוש פסול בסמכות לביטול אזרחות בדרך של אכיפה לא שוויונית. דין אחד יהיה לבוגדים יהודים ודין אחר לבוגדים ערבים, משום שהבחנה בין אויב ובוגד לבין פטריוט קשורה בטבורה לאופיה הפוליטי של המדינה ולטיב האליטות הפוליטיות והחברתיות השולטות בה. גד ברזילי העלה נקודה זו בציינו שהגדרת המונח 'פטריוטיות' אינה מנותקת מאופיין של המדינות המודרניות בתור ישויות הנשלטות בידי קבוצות אתניות, דתיות או חברתיות מסוימות.²⁵

ברזילי מסביר כיצד הפטריוטיות קשורה במובנה הפוליטי לדרך שמבנים פוליטיים מעצבים שליטה באמצעות מוסדות של שפיטה וענישה: השליטה של המדינה בהגדרת הפטריוטיות אפשרה לה להגדיר מיהו 'האזרח הרצוי', וכך עלה בידה להצדיק את כוחה להעניש ובה בעת להיחשב לגיטימית בעיני אזרחיה. לפיכך 'פטריוטיות' אינה מונח ניטרלי, אלא היא קשורה בטבורה לאופן שבו האזרחות משמשת אמצעי לריבוד ולאבחון פוליטיים במסגרת מה שנתפס כ'שלטון החוק'.²⁶ הממד המשפטי השתלב בשיח הפוליטי בישראל שהלאים את הפטריוטיות והפך אותה מנכס משותף לכל אזרחי המדינה, בזכות זיקתם המשותפת אל הארץ הזאת, לרטוריקה פוליטית המותנית באופי המחלוקות הציבוריות.²⁷ תרומתו של המשפט לעיצוב הפוליטי של 'האזרח הטוב' התבטאה בקביעת אמות מידה המגדירות מי ראוי יותר לזכויות ולהטבות ומי ראוי להן פחות. אמות מידה אלו, טוען ברזילי, שיקפו את הנרטיבים המרכזיים של המשטר הפוליטי בישראל – יהדות וביטחון – ואת תרבותו הפוליטית בכלל. על פיהן, היהודי נחשב 'פטריוטי' יותר מהערבי. האי-שירות בצה"ל

25 גד ברזילי 'המשפט כאמצעי לעיצוב "פטריוטיות": הבניית "האזרח הרצוי" בדמוקרטיה ובישראל' **פטריוטיות: אהבים אותך מולדת** 341, 358 (אבנר בן-עמוס ודניאל ברטל עורכים, 2004).

26 שם, בעמ' 343-344 (הציטוט בעמ' 344).

27 שם, בעמ' 348-349.

היה אחד האמצעים להבניית טענה זו, חרף העובדה שמדינת ישראל לא רצתה כלל בשירותם הצבאי הקולקטיבי של ערביי המדינה.

דברים אלו יפים גם להגדרת המונח 'בגידה', אשר מקיים יחס דיאלקטי למונח 'פטריוטיות' – מעין נקודת קצה בצדה השני של הסקלה. כשם שהיהודי נחשב 'פטריוטי' יותר מן הערבי, כך הערבי נחשב 'בוגדני' יותר מן היהודי, והציבור הערבי כולו מתואר לעתים קרובות כ'גיס חמישי'. במצב דברים זה מעשים של ערבים ייחשבו בקלות רבה יותר ל'הפרת אמונים' המצדיקה שלילת אזרחות.

על סכנת האכיפה הסלקטיבית מעידים דבריו של השופט חיים כהן בפרשת ירדור. מדובר בפסק דין משנות השישים שבית המשפט העליון דן בו בפסילת רשימה של התנועה הערבית 'אל-ארד' לבחירות לכנסת בשל מצעה, בטרם נקבעו בעניין זה עילות בחוק (כלומר לפני חקיקתו של סעיף 7א לחוק: יסוד הכנסת):

ממילא אין מקום להבחין ולהפלות בין אזרחים יהודים שאינם נאמנים למדינה או אינם מכירים בה, לבין אזרחים ערבים שאינם נאמנים למדינה או אינם מכירים בה. זכינו, בעוונותינו הרבים, גם לקבוצת יהודים המכריזה השכם והערב, בדיבור ובמעשה, על אי הכרתה במדינה, אך היועץ המשפטי המלומד הודה, לשאלתי, שאיש לא יעלה על דעתו למנוע בעדם מלהגיש רשימת מועמדים בבחירות לכנסת, אם ירצו בכך. הטענה היא שאינם דומים אלה לאלה, שאלה יש להם קשרים עם אויבינו מסביב, ואלה מוסגרים תוך ארבע אמות חומותיהם הנטורות (תרתי משמע). אבל כבר ראינו בבתי משפט אלה אזרחי ישראל, לא ערבים, ששירתו את האויב ונתנו על כך את הדין – ואיש לא העלה על הדעת לשלול מהם זכויות אזרחותם [...] ²⁸.

ואכן, היישום היחיד של הסמכות לשלילת אזרחות בגין הפרת אמונים היה במקרה של ערבים, אף על פי שיהודים נאשמו ואף הורשעו במעשים חמורים של ריגול ובגידה – לדוגמה המקרה הנודע של אודי אדיב, ישראלי שנעצר ב-1972 בחשד לריגול למען סוריה. אדיב, צנחן לשעבר, השתייך

28 ע"ב 1/65 ירדור נ' יו"ר ועדת הבחירות המרכזית לכנסת, פ"ד (3) 365, 380 (1965).

לקבוצת שמאל רדיקלית אשר תמכה בתנועה הערבית המהפכנית ששללה את זכות קיומה של מדינת ישראל. הוא יצר קשר עם סוכן סורי שהיה גם חבר באש"ף, ולאחר שנלקח לדמשק שיתף את הסורים בכל ידיעותיו הצבאיות ועבר אימוני חבלה. בחקירתו בשב"כ הודה אדיב שהעביר לסורים מידע רב על בסיסי צה"ל ועל סידורי ההגנה לאורך גבולות המדינה, ואף סיפר שהוא ושאר חברי החוליה עברו בסוריה אימונים בהפעלת ציוד חבלה וקשר. אדיב סירב להביע חרטה והצהיר שהיה בכונתו לבצע פיגועים נגד ישראל. הוא נידון ל-17 שנות מאסר, אך מעולם לא ננקטו צעדים לשלול את אזרחותו (או זכות כלשהי מזכויותיו האזרחיות).²⁹ אין במתן דוגמה זו כדי לרמוז שהיה מקום לשלול את אזרחותו של אדיב, אלא רק כדי להבהיר שמקרים 'מתאימים' להחלת הסמכות על יהודים היו בנמצא. כך עולה גם מדבריו של השופט כהן בפרשת ירדור.

לנוכח האמור לעיל החלטתו של שר הפנים דאז אלי ישי לשלול את אזרחותם הישראלית של שני ערבים שנחשדו במעורבות בטרור חושפת את שבריריותה של אזרחות הערבים בישראל מלכתחילה. ההחלטה גררה מאמרי ביקורת, שהזהירו במיוחד מפני השלכות השימוש בכלי שלילת האזרחות על המיעוט הערבי בישראל.³⁰ נעמה כרמי ויורם שחר הגדירו את שלילת האזרחות במילים 'כביש עוקף לשיח הדמוקרטי' וטענו שמדובר באמצעי ענישה שהשימוש בו יעמיק את האפליה בין יהודים לערבים בישראל. הם גם הצביעו על הסכנות שבשימוש בשלילת

29 דוגמה אחרת היא זו של אברי אלעד, שליח המודיעין הישראלי במצרים שנחשד בהסגרת רשת המרגלים שפעלו בפרשיית 'עסק הביש' לידי המצרים. חברי החוליה נתפסו ב-1954, שניים מהם הוצאו להורג ואחרים נשפטו לתקופות מאסר ממושכות. הואיל והיה ספק בדבר קיומן של ראיות מספיקות להרשעה בגין הסגרת המרגלים, נשפט אלעד בגין אישומים פחותים: החזקת מסמכים סודיים וקיום מגע עם האויב. הוא הורשע ונידון לעשר שנות מאסר. אמנם לא היה אפשר באותה עת לשלול אזרחות מאזרח ישראלי מלידה, אולם גם אילו הייתה סמכות כזאת, ספק רב אם הצעה להפעיל אותה הייתה עולה על סדר היום.

30 ראו לדוגמה את מאמרו של שולי דיכטר 'שלילת אזרחות מערבים עשויה להביא למלחמת אזרחים' **הארץ**, 12 בספטמבר 2002. דיכטר טען כי ההשתייכות האזרחית הבלתי מותנית היא 'משאב תודעה בסיסי' לאדם, וכי מבחינת הערבים בישראל זהו המשאב האחרון, לנוכח אפלייתם לרעה בהקצאת המשאבים הציבוריים מאז קום המדינה. נישולם גם ממשאב זה, טען, הוא הביטוי האולטימטיבי של 'אזרחים על תנאי', אשר יצמיח את הייאוש מהמדינה. בכך המדינה הופכת את עצמה לגורם מסכסך בין אזרחיה היהודים לבין אזרחיה הערבים.

אזרחות במקרים אחרים, כגון אלו של המחלת היהודית או של סרבני גיוס, לנוכח העובדה שפירוש המונח 'הפרת אמונים' תלוי בהשקפת עולמו של המפרש ובתפיסתו את האתוס של מדינת ישראל.³¹ הסכנה האחרונה אכן קיימת, אך היא שולית לעומת סכנת האכיפה הסלקטיבית כלפי ערבים.

אחד המלומדים טען בעבר כי יהודים יודעים מניסיונו המר של העם היהודי מה פירוש לאבד אזרחות, ולכן אפשר להניח בביטחון שסעיף 11 ינוצל רק במקרים החמורים ביותר – מעשים שפוגעים בביטחון המדינה או ברווחת הכלל באופן חמור, כגון שירות בקבוצת טרור ערבית שמטרתה להרוס חיים ורכוש בישראל (האין זה המקרה של אודי אדיב?), או אולי השתתפות במסע תעמולה קטלני נגד ישראל – אם בכלל.³² עם זאת, הוסיף, ההוראה מנוסחת באופן רחב ועמום עד כדי סכנה.³³

יתרה מזו, אנו עדים לניסיונות להפוך את הסמכות לאפקטיבית יותר, ורמז מבשר לבאות אפשר למצוא בדברי ההסבר להצעת החוק שהוגשה בנושא בזו הלשון: 'הן בעימותים עם הפלשתינאים והן במלחמה האחרונה, שנכפתה על מדינת ישראל בלבנון, נתקלנו שוב ושוב בגילויי הזדהות של אזרחי ישראל עם אויבי המדינה ועם ארגוני הטרור המפגעים בה, ועל המחוקק לתת בידי רשויות האכיפה כלים אפקטיביים להילחם בתופעה זו'.³⁴ האם 'גילויי הזדהות' עם אויבי המדינה מצדיקים, או אולי יצדיקו בהמשך, שימוש בכלי ה'אפקטיבי' של שלילת אזרחות?

דווקא המבקשים לבצר את קיומה של ישראל כמדינת לאום יהודית, המחזיקה בסמלים יהודיים ומקיימת מדיניות הגירה המפלה יהודים לטובה, צריכים להירתע מאפליה נגד המיעוט הערבי, משום שזו מכרסמת בדמוקרטיה הישראלית. העדפות לאומיות בסמלים ובמדיניות הגירה חייבות להיות מלוות בהקפדה יתרה על עקרון השוויון לפני החוק. שלילת אזרחות הנובעת מטעמים אתניים או פוליטיים אף מנוגדת להוראת האמנה הבין-לאומית בדבר צמצום המעמד של חוסר אזרחות (סעיף 9).

31 נעמה כרמי ויורם שחר 'כביש עוקף לשיח הדמוקרטי, והפעם בתוך הקו הירוק' **הארץ**, 24 באוקטובר 2002.

32 MEIR D. GOULDMAN, ISRAEL NATIONALITY LAW 100 (1970)

33 שם, שם.

34 הכוונה להצעת החוק של ח"כ ארדן, שתוארה לעיל בפרק השלישי (אפשרה לקריאה טרומית ב־7 בינואר 2007 ולקריאה שנייה ושלישית ב־14 ביולי 2008, ערב פרסומו של מחקר זה).

ד. איום הטרור והטיעון בדבר 'דמוקרטיה מתגוננת'

אחת ההצדקות לשלילת אזרחות בגין מעשי הפרת אמונים המתבטאים בעברות ביטחוניות, ובייחוד בעברות טרור או סיוע לטרור, היא מכוח העיקרון הנקרא 'דמוקרטיה מתגוננת'. כך למשל, הנימוק להצעת החוק האחרונה בעניין זה המבקשת להגביר את ישימותה של הסמכות לביטול אזרחות בגין הפרת אמונים³⁵ הוא שטרוריסטים ותומכיהם משתמשים בכל הזכויות ובכל החירויות שמדינה דמוקרטית מעניקה, ובאמצעותן הם פוגעים באותה מדינה ובאזרחיה. לכן אם המדינה חפצת חיים, עליה לפעול לפי העיקרון של 'דמוקרטיה מתגוננת' נגד אויבים מבחוץ ומבית: 'אדם לא יכול להיות אזרח במדינה שהוא מבקש להשמיד'. אפשר לראות בתפיסה זו מעין ביטוי לאחת מססמאות המהפכה הצרפתית: 'אין חירות לאיביה של החירות'. עמנואל גרוס טוען טיעון דומה בקשר לעברות טרור בלבד:

אזרח מדינה אשר רואה בשאר קבוצת האזרחים במדינתו – אויב, לא ייתכן שימשיך להיות חלק מהקבוצה. במעשיו, הוא בחר לצאת מהמעגל. ליציאה זו יש מחיר [...]. שלילת אזרחותו היא לא יותר מאשר חלק אינטגרלי שתואם את מהות מעשיו ויש בה כדי לסייע בידי המדינה לנהוג במידה הנדרשת כנגד מי שפועל נגדה.³⁶

הדוקטרינה המכונה 'דמוקרטיה מתגוננת' גורסת כי מדינה דמוקרטית חייבת לנקוט צעדים כדי להגן על עצמה מפני אויביה, וליתר דיוק – מפני המשתמשים בעקרונות דמוקרטיים כדי לחסלה. הסוגיה העקרונית שהדוקטרינה מבקשת להתמודד עמה היא הסיכון הפרדוקסי הטמון בשיטה הדמוקרטית – העובדה שהיא עלולה להביא לביטול עצמה. שורשיה של הדוקטרינה יונקים מן הניסיון המר של רפובליקת ויימר. הטראומה של חיסול המשטר הדמוקרטי (הבוטרי) בגרמניה בידי המפלגה הנאצית לאחר עלייתה לשלטון בדרכים דמוקרטיות ושל שואת יהודי אירופה שבאה בעקבות זאת הפנתה את תשומת הלב לנקודת תורפה של המשטר הדמוקרטי – האפשרות לחיסולו מבפנים מתוך שימוש בפרוצדורות הדמוקרטיות ובחירויות הפרט.

ש.ס. 35

גרוס, לעיל הערה 4, בעמ' 353.

המבקשים להחיל דוקטרינה זו להצדקת פגיעה חריפה במעורבים בטרור, כולל שלילת אזרחותם, יכולים להסתמך על עמדתם של חוקרים הגורסים שהטרור המודרני מוצא כר נוח לפעילותו בדמוקרטיה הליברלית, הן משום שהתקשורת הפתוחה משמשת כלי להעצמת הפעילות הטרוריסטית הן משום שהעקרונות הדמוקרטיים כובלים את ידי השלטונות בנקיטת אמצעים יעילים נגד ארגוני הטרור.³⁷ הגבלתם של עקרונות יסוד דמוקרטיים לשם הגנה על הדמוקרטיה יוצרת דילמה חוקתית, בייחוד בנושא הגבלת זכות ההשתתפות בבחירות – הסוגיה העיקרית שבה נעשה שימוש בדוקטרינה. יש הרואים באי־הפיכות שבויתור על הדמוקרטיה שיקול חשוב בזכות הצורך בהגנה עליה.³⁸ בית המשפט העליון נדרש לסוגיה חוקתית זו בבואו לדון בעתירה שהגישה תנועת אל־ארד בגין פסילת השתתפותה בבחירות. בית המשפט דחה ניסיונות קודמים של התנועה להירשם כחברה או כאגודה בנימוק שמטרתה של התנועה לפגוע במדינת ישראל או בשלמותה הטריטוריאלית וכי מדובר במטרה לא חוקית. השופט ויתקון נימק את הקביעה במילים האלה:

שום משטר חופשי לא ייתן ידו והכרתו לתנועה החותרת תחת אותו משטר עצמו. [...] סייג זה הכרחי הוא. לא פעם קרה בהיסטוריה של מדינות בעלות משטר דמוקרטי תקין, שקמו עליהן תנועות פשיסטיות וטוטליטריות למיניהן, והשתמשו בכל אותן הזכויות של חופש הדיבור, העיתונות וההתאגדות, שהמדינה מעניקה להן, כדי לנהל את פעולתן ההרסנית בחסותן. מי שראה זאת בימי הרפובליקה של ויימאר לא ישכח את הלקח.³⁹

שופטי הרוב יישמו עמדה זו בעתירה של תנועת אל־ארד נגד ועדת הבחירות גם בקשר לזכות ההשתתפות בבחירות. השופט אגרנט ציטט בעניין זה את שאלתו הרטורית של הנשיא האמריקני לינקולן, באיגרת ששלח לקונגרס ב־1861, בעקבות פרישתן של מדינות הדרום מן

37 בועז גנור **מבוך הלוחמה בטרור** 139–140 (2003).

38 קרמניצר, לעיל הערה 24, בעמ' 15. קרמניצר מייחס לשיקול האי־הפיכות משקל מוסרי בדומה למקומו בתפיסה הליברלית מבית מדרשו של ג'ון סטיוארט מיל שלפיה אדם אינו רשאי, מבחינה מוסרית, למכור את עצמו לעבדות.

39 בג"צ 253/64 **סברי ג'ריס נ' הממונה על מחוז חיפה**, פ"ד יח(4) 673, 679 (1964).

הפרדציה: 'האם ממשל בהכרח צריך להיות חזק מדי למען החירויות של עמו, או שמא עליו להיות חלש מכדי לשמר את קיומו שלו?' 'Must a Government, of necessity, be too strong for the liberties of its own people, or too weak to maintain its own existence?' היה מבטאה הנחרץ ביותר של דוקטרינת הדמוקרטיה המתגוננת בהדגישו שוועדת הבחירות פסלה את הרשימה בלא סמכות חוקית, ובכל זאת:

הכללים היסודיים, העל חוקתיים האמורים אינם בעצם, לגבי עניינינו אלא זכות ההתגוננות של החברה המאורגנת במדינה. בין אם נקרא לכללים בשם 'דין טבעי' (natural law) ללמדך שמשבע ברייתה של מדינת דין הם [...] ובין אם נקרא להם בשם אחר, שותף אני לדעה שהניסיון שבחיים מחייב אותנו שלא לחזור על אותה שגיאה שכולנו היינו עדים לה.⁴⁰

קלוד קליין, מומחה למשפט חוקתי, רואה בהחלטתו של בית המשפט בפרשה זו יישום קלסי של עקרון 'טובת המדינה' (Raison d'État),⁴¹ רעיון עתיק יומין הנושא פרשנויות שונות. נהוג לראות בעקרון טובת המדינה משום הצדקה מיוחדת לפעולות שלטוניות (בעבר היה מדובר בפעולות שמטרתן שימור המדינה או הרחבת גבולותיה), אשר חלה אפילו על פעולה לא חוקית או לא צודקת.⁴² בגלגולו המודרני הפך עיקרון זה מרעיון ערטילאי, שנועד להצדיק כל פעולה בשם 'טובת הציבור', לדוקטרינה מוגדרת אשר חלה במסגרת שלטון החוק והנורמות החוקתיות של המדינה (כגון הפרדת רשויות וזכויות אדם). המעניין ברעיון זה הוא הביטוי לפרדוקס ששיטה הפועלת לפי עקרונות שלטון החוק מכילה

40 פרשת **ירדור**, לעיל הערה 28, בעמ' 390.

41 קלוד קליין 'עקרון טובת המדינה' (Raison d'État) **ספר זמיר: על משפט, ממשל וחברה** 671, 688 (יואב דותן ואריאל בנדור עורכים, 2005).

42 שם, בעמ' 673. קליין מציין כי אף על פי שגרסתו המפורסמת ביותר של הרעיון היא הגרסה הצרפתית, הוא הופיע לראשונה דווקא באיטליה. את הבסיס העיוני לרעיון זה הניח ניקולו מקיאוולי ביצירתו 'הנסיך' (מ-1513), בדיון על רעיון הצורך או הגנת הצורך (שם, עמ' 672).

דוקטרינה המאפשרת לפעול מחוץ לחוק כדי לשמור על החוק עצמו.⁴³ כפי שהוסבר לעיל עקרון הדמוקרטיה המתגוננת מבטא פרדוקס דומה, ונקודה זו משתקפת בבירור בציטוט מדבריו של השופט זוסמן. למעשה אפשר לראות בעקרון הדמוקרטיה המתגוננת משום מקרה פרטי של עקרון טובת המדינה.

קליין טוען כי בממד המשפטי של עקרון טובת המדינה יש להתרכז בשאלה מהם הגבולות החוקיים של השימוש בעיקרון זה ועד כמה שלטון דמוקרטי – המבוסס על שלטון חוק, הפרדת רשויות וזכויות אדם – ראוי להשתמש בהצדקה המוחלטת כמעט של טובת המדינה לצורך הנמקת פעולותיו.⁴⁴ לדעתו, האפשרויות החוקיות של שימוש לא ראוי ברעיון טובת המדינה רבות מספור (לדוגמה כאשר גופי השלטון דואגים לחוקק חוק 'לטובת המדינה' אשר מכשיר פעולות מפוקפקות מבחינת פגיעתן בזכויות אדם או בעקרונות דמוקרטיים אחרים), וצורת ההתנהלות הזאת אף מפותחת מאוד בישראל.⁴⁵ לפיכך קליין מתריע מפני

43 קליין מציין שהדמיון בין רעיון טובת המדינה לבין הרעיון של סמכויות לשעת חירום נמצא בדוקטרינה קיצונית בתוך המשפט עצמו, המגדירה סמכויות וכוחות מיוחדים החורגים מתחום המשפט. הסמכויות לשעת חירום הנהו במשפט הרומי ונקראו 'דיקטטורה'. הרפובליקה הרומית המציאה את המונח 'דיקטטורה' כדי לבטא סמכות חוקתית חריגה אבל סדירה, המוענקת לגוף השלטוני הרלוונטי בנסיבות קריטיות כדי להתמודד, למען הצלת הכלל, עם שעת חירום פנימית או חיצונית. הוגה הדעות הגרמני קרל שמיט (Schmitt) הצביע על המתח הפנימי הטמון בסמכויות לשעת חירום, מתח הנובע מן העובדה שהנורמה הנשללת היא הנורמה שסמכויות אלו צריכות להבטיח את שליטתה במציאות הפוליטית ('Die Diktatur', 1921). ראו קליין, לעיל הערה 41, בעמ' 674-675. יוער כי בחיבורו 'תאולוגיה פוליטית' (1922) הביא שמיט את הטיעון הדיאלקטי הזה צעד אחד קדימה כאשר טען שכל נורמה משפטית מבוססת על הנחה בדבר מצב דברים רגיל, וכי בהתקיים נסיבות חריגות היא מפסיקה לחול משום שאינה מסוגלת למלא את תפקידה הרגולטיבי הרגיל; וכי המצב החריג, המשברי, הוא המגדיר את הנורמלי, ולא להפך.

44 קליין, לעיל הערה 41, בעמ' 676.

45 שם, בעמ' 680. קליין מדגים טענה זו על פרשת מגורשי החמאס, שבה גורשו אנשי חמאס וג'יהאד אסלאמי לתקופות של שנה וחצי עד שנתיים על סמך צווי גירוש מטעם מפקדים בצה"ל שהתירו את הגירוש בלא זכות טיעון קודם לכן (בצד מתן זכות להגיש ערר בדיעבד), בצעד מנהלי ששופטי בג"ץ הגדירו בלתי חוקי ועם זה כשר (בג"צ 5973/92 **האגודה לזכויות האזרח בישראל נ' שר הביטחון**, פ"ד מ(1) 269). קליין סבור כי אף על פי שהמונח 'טובת המדינה' לא נזכר כלל בפסק הדין, עיקרון זה מאפשר להסביר את קיומו של הפער המשפטי הלא מוסבר בהכרעת הדין, אשר מלווה בתיאור אופיים הרצחני של ארגוני הטרור וחיתרתם להשמדת ישראל. ראו שם, בעמ' 686.

סכנת חבירתן של שלוש רשויות השלטון (המחוקקת, השופטת והמבצעת), אשר לעתים קרובות, ועל יסוד טענה פורמליסטית, מצדיקות את השימוש שעושה השלטון באמצעים משפטיים או מוסריים מפוקפקים. לדבריו, היווצרותה של 'קואליציה' משפטית מעין זו היא הסכנה הממשית, ו'אין מדינה המחוסנת מפני נטיות שכאלה'.⁴⁶

בין שננסה להצדיק שלילת אזרחות בגין מעשי טרור מכוח העיקרון של דמוקרטיה מתגוננת ובין שננסה להצדיקה מכוח העיקרון הכללי יותר של טובת המדינה – המתח הפנימי הגלום ברעיונות אלו, בין מטרתם לבין עקרונות הדמוקרטיה, מחייבנו להעניק להם פירוש מצומצם ביותר. האתגרים הביטחוניים שמדינת ישראל מתמודדת עמם השכם והערב אינם גורעים מהכרח זה. כדברי בית המשפט העליון, זהו גורלה של דמוקרטיה – שלא כל האמצעים כשרים בעיניה ולא פעם היא נלחמת 'כאשר אחת מידיה קשורות לאחור'.⁴⁷

דברים דומים נשמעו במדינות מערביות אחרות המתמודדות עם איום הטרור. בפסק דין אנגלי העוסק בחקיקה נגד טרור קבע לורד הופמן (Hoffmann), בדעת מיעוט, שהטרור האסלאמי, על כל חומרתו, אינו יוצר איום על 'חיי האומה' (מושג מטפורי שנוגע לקיומה של חברה אזרחית מאורגנת החיה לפי ערכים פוליטיים ומוסריים מסוימים) ושהחוק נגד טרור מאיים על בריטניה יותר מן הטרור עצמו.⁴⁸ בית המשפט העליון בארצות הברית דחה את טענתו של ממשל בוש שחוקי ארצות הברית וחוקתה אינם חלים על 'לוחמים לא חוקיים', בכללם אזרחים אמריקנים, ועמד על חשיבותם של שלטון החוק והליך הוגן דווקא בתקופות מבחן וחוסר ודאות. השופטת או'קונור (O'Connor) קבעה כי 'בזמנים אלו עלינו לשמר בבית את מחויבותנו לעקרונות שאנו נלחמים למענם בחו"ל'

46 שם, בעמ' 690.

47 דבריו הידועים של השופט ברק בבג"צ 5100/94 **הוועד הציבורי נגד עינויים בישראל נ' ממשלת ישראל ואח'**, פ"ד נג(4) 817, 845 (1999). השוו לדברי השופט חיים כהן בפרשת **ירדור**, לעיל הערה 28, בעמ' 381. לכאורה השופט כהן בסך הכול מבטא עמדה פורמליסטית שבחירת האמצעים המותרת למדינה במלחמתה באויביה מבית ומחוץ חייבת להיעשות בחוק, אך אפשר למצוא בדבריו מסר מעודן נגד שימוש באמצעים הפוגעים במידה מוגזמת בזכויות האזרח, שעליהן גאוותנו כאזרחיה של מדינה דמוקרטית הנאבקים במשטרים לא דמוקרטיים.

48 A and Others v. Secretary of State, [2004] UKHL 56, §§ 91–96. לתיאור פסק הדין ראו לעיל בפרק השני, בעמ' 40.

והזכירה כי 'מצב מלחמה אינו צ'ק פתוח לפקודת הנשיא כאשר זה מגיע לאזרחי המדינה'.⁴⁹ בפרשה זו נידונה הפרת זכויותיהם החוקתיות של אמריקנים שהושמו במעצר מנהלי בניגוד לחוק שנועד להבטיח כי מעצר של אזרחים אמריקנים ייעשה רק לפי החוק. חוק זה התקבל בראשית שנות השבעים על רקע החשש להישנות מקרים דוגמת העקירה ההמונית של אלפי אמריקנים ממוצא יפני במלחמת העולם השנייה ממדינות החוף המערבי וסגירתם במחנות, פעולה שנבעה מחשש מפני שיתוף פעולה של כלל הציבור הזה עם פלישה מתוכננת של האויב היפני. נוסף על קביעות שיפוטיות אלו ראוי לציין את הקווים המנחים ללחימה בטרור שקבע הפרלמנט האירופי בעקבות פיגועי 11 בספטמבר, אשר מתוחמים במסגרת שמירה על זכויות אדם ועל החוק הבין-לאומי והמדינתי, בכללם הימנעות משרירות ומאפליה וכן הקפדה על העקרונות של נחיצות ומידתיות בפגיעה בזכויות אדם.⁵⁰

בלי לזלזל בחומרת האיום הגלום בטרור בכלל ועל מדינת ישראל בפרט, כדאי לבחון איום זה בפרספקטיבה היסטורית. לא למותר להזכיר את אימת הקומוניזם בארצות הברית במאה הקודמת. שלילת אזרחות בגין תמיכה בקומוניזם היא האנלוגיה המעניינת ביותר למעורבות בטרור. כמתואר בפרק השלישי, ממשלת ארצות הברית שללה אזרחות מאנשים שבמהלך התאזרחותם בארצות הברית שיקרו או העלימו מידע בדבר קשריהם עם המפלגה הקומוניסטית. בדיעבד מתברר שהבהלה הציבורית מפני חתרנות קומוניסטית שימשה כלי בידי השלטונות להצדקת פגיעה מוגזמת בזכויות הפרט. לכאורה מעשי טרור אינם נושאים הצדקה חזקה יותר לשלילת אזרחות; אימת הקומוניזם בתקופת המלחמה הקרה (ולפניה) הייתה גדולה לא פחות.⁵¹

החלופות המעשיות לשלילת אזרחות – שימוש בהליך הפלילי ושלילת זכויות אזרחיות כעונש משלים – יפות גם למעורבות בטרור. אמנם יש מחלוקת בנוגע לדרך הנכונה לטיפול בפשיעה טרוריסטית. יש הסבורים

49 Hamdi *et al.* v. Rumsfeld, Secretary of Defense, 542 U.S. 507, 535–6 (2004)
 50 The Committee of Ministers of the Council of Europe on 11.7.02 and 8.6.04
 51 לתיאור האווירה הציבורית ששררה באותה תקופה ראו אמנון גוטפלד
 "We Must Have No Criticism Now": חוקי הנאמנות וההסתה בארצות הברית
 בזמן מלחמת העולם ה־I ולאחריה' **משפטים** לא 193 (התש"ס).

כי טרוריסטים הם פושעים פליליים לכל דבר וכי טיפול שונה בפשיעה טרוריסטית עלול לשמש בידי השלטונות כלי פוליטי לא לגיטימי. מנגד יש טעם בטענה שהטרור נושא מאפיין מיוחד של מטרה פוליטית, ולכן כל צעד של לוחמה בטרור אכן הוא, מטבע הדברים, מעין פעילות פוליטית, ובכל זאת אין בכך כדי לשלול את הצורך בצעד זה או את הלגיטימיות שלו. עוד טענה היא שהטרור טומן בחובו סכנה חמורה לסדר הציבורי, למידת האמון של הציבור במערכת השלטונית ולתחושת הביטחון האישי והלאומי של אזרחי המדינה, יותר מפשיעה רגילה, ולכן יש לייחד את הטיפול בו מתחום הפשיעה הפלילית ה'רגילה'.⁵² גם אם נקבל את העמדה הרואה בטרור תופעה ייחודית המצדיקה טיפול בה בכלים ייחודיים, הרי שסכנת הניצול של הלוחמה בטרור לצרכים פוליטיים צריכה להוביל לאיתור אמצעי לחימה בטרור שיפגעו במידה מינימלית בערכים דמוקרטיים-ליברליים ולשימוש במקצת האמצעים הללו במשורה ובכפוף לפיקוח שיפוטי.⁵³

במחקר המשווה בעניין הטיפול בטרור התגלה כי אחד המניעים לשימוש נרחב בענישה נגד טרוריסטים הוא שהענישה מאפשרת למקבלי ההחלטות להפגין נחישות בלחימה בטרור – המדינה נאלצת בדרך כלל להיראות כצד המגיב, ואילו תחום הענישה מאפשר לה להיראות כצד היוזם.⁵⁴ שיקולים מעין אלו אינם יכולים להצדיק שימוש באמצעים לא יעילים לגופו של עניין, או שימוש באמצעים שתועלתם קטנה ביחס לפגיעתם בפרט ובעקרונות השיטה הדמוקרטית. כאמור, נראה כי שלילת אזרחות היא אכן צעד כזה, וכי אין בה תועלת מיוחדת למיגור הטרור. יש אף לזכור כי ישראל חמושה בכלים רבים למאבק בטרור, עד כמה שמדינה יכולה לצייד את עצמה בכלים כאלה ולהישאר דמוקרטית. בהקשר זה ישראל נוקטת מגוון צעדים, החל בלוחמה צבאית וכלה בחקיקה המאפשרת פסילה של רשימת מועמדים או מועמד המבקשים להתמודד בבחירות לכנסת, אם הם תומכים במאבק המזוין של מדינת טרור או

52 גנור, לעיל הערה 37, בעמ' 25. על מאפייניה הייחודיים של הפשיעה הטרוריסטית ראו גם את מחקרה של מיכל צור **תקנות ההגנה [שעת חירום] 1945** מחקר מדיניות 16 (מרדכי קרמניצר מנחה, 1999), למשל בעמ' 49-51, 88-94.

53 זו למשל עמדתו של גנור, לעיל הערה 37, בעמ' 26.

54 שם, בעמ' 185.

בארגון טרור.⁵⁵ נוסף על כך בתי המשפט מחמירים בעונשם של סייעני טרור כאשר הסייענים הם אזרחי ישראל.⁵⁶ לסיום יוער כי הוראותיה של פקודת מניעת טרור, התש"ח-1948 – האוסרות פעילות בארגון טרוריסטי (סעיף 2), חברות בארגון טרוריסטי (סעיף 3) ותמיכה בארגון טרור, לרבות כל גילוי הזדהות (סעיף 4) – מאפשרות לגזור עונשים חמורים ביותר בגין מעשים אלו וכי בהקשר זה 'ארגון טרוריסטי' מוגדר 'חבר אנשים המשתמש בפעולותיו במעשי אלימות העלולים לגרום למותו של אדם או לחבלתו, או באיומים במעשי אלימות כאלה' (סעיף 1). על פי לשונה, הגדרה זו חלה גם על התנגדות מאורגנת ואלימה למדיניות שלטונית כזאת או אחרת. זאת ועוד, הואיל וההגדרה אינה מוגבלת למעשים המכוונים נגד המדינה או נגד הממשלה, היא חלה גם על פעילות מאורגנת ואלימה המכוונת נגד מגזר מסוים באוכלוסייה. יהיו המעשים המתוארים מתועבים ככל שיהיו, אין לראות בהם 'הכרזת מלחמה' של האזרח על שאר האזרחים או התנכרות מוחלטת של האזרח למדינתו, אשר עשויות להצדיק שלילת אזרחות. היות שהפקודה למניעת טרור אינה חלה בהכרח רק על פגיעה בביטחון המדינה אלא גם על פגיעה בביטחון הציבור, ממילא נשלל ההיגיון בהחלת דוקטרינות מסוג 'דמוקרטיה מתגוננת' או 'טובת המדינה' כדי להצדיק שלילת אזרחות בגין עברות טרור באשר הן.

ה. מאזן הסיכויים והסיכונים וההיבט המוסדי

בפרק זה ניסינו להראות, מצד אחד, מדוע אין תועלת רבה, אם בכלל, בשלילת אזרחות בגין מעשים המבטאים 'הפרת אמונים' כלפי המדינה,

55 סעיף 7א(א)(3) לחוק יסוד: הכנסת. קרמניצר סבור כי הוראה זו אינה במקומה וכי אף אין בה צורך לנוכח עילת הפסילה של 'שלילת קיומה של מדינת ישראל (כמדינה יהודית ודמורטית)', בסעיף 7א(א)(1), ולנוכח האיסורים הפליליים בעניין 'התאגדות אסורה' (סעיפים 145-150 לחוק העונשין, התשל"ז-1977). ראו קרמניצר, לעיל הערה 24, בעמ' 65-66.

56 ראו למשל: ע"פ 10680/04 **מדינת ישראל נ' כנעאנה** (פורסם במאגר נבו, ניתן ב-10 בנובמבר 2005); ע"פ 7314/04 **אבו קישק נ' מדינת ישראל** (פורסם במאגר נבו, ניתן ב-16 במאי 2006); ת"פ (מחוזי חיפה) 235/02 **מדינת ישראל נ' ג'בארין** (פורסם במאגר נבו, ניתן ב-7 בספטמבר 2004); ת"פ (מחוזי חיפה) 408/00 **מדינת ישראל נ' אל ראזק** (פורסם במאגר נבו, ניתן ב-13 ביוני 2001). ובעניין מבצעים תושבי ירושלים, שאינם אזרחי המדינה, ראו למשל ע"פ 11294/03 **פואקה נ' מדינת ישראל** (פורסם במאגר נבו, ניתן ב-11 באפריל 2006).

ומצד אחר, מדוע מדובר בסמכות שלטונית הנושאת עמה סכנות רבות, בייחוד במציאות הישראלית. בנוגע להיבט האחרון נזכיר כי נוסף על הסכנות הברורות של רדיפות פוליטיות וגרימת נזק בלתי הפיך לפרט, הסמכות לשלול אזרחות עלולה להביא בנסיבות המתאימות לשחיקת מעמד האזרחות בכלל ולשחיקת מעמדה של האוכלוסייה הערבית בישראל בפרט. כפועל יוצא מכך אף עלול להיווצר פיחות נוסף בנאמנותו של הציבור הערבי למדינה ובסיכוייו לחוש השתייכות לחברה הישראלית בכללה. הואיל והמציאות הפוליטית והביטחונית בארץ נפיצה מאוד, סכנת 'המדרון החלקלק' בשימוש בסמכות זו אינה זניחה, למרות הריסון השלטוני הראוי לציון בעניין זה עד כה.

כמפורט בפרק השלישי המעבר שהתרחש בפסיקה האמריקנית מנכונות להכיר בתוקפם של חוקים המאפשרים לשלול אזרחות ועד לקביעת הגבלה חוקתית על כוחו של השלטון לסיים אזרחות באופן חד-צדדי נבע, כנראה, מטעמים מעשיים: החשש מהרחבת העילות בחקיקה בשנות הארבעים והחמישים, הדאגה מן השימוש שנעשה בשלילת אזרחות לצורכי ענישה והמודעות לסכנות שבחוסר אזרחות.⁵⁷ לנוכח כל אלו בחר בית המשפט להגן על היחיד בקביעת כלל מונע.⁵⁸

נדמה כי היתרונות בשלילת אזרחות בגין הפרת אמונים הם כה קלושים, עד כי די בכך כדי לסיים את הדיון בשלב זה. עם זאת, לטובת אלו הסבורים אחרת, נמשיך ונבדוק אם העברת הסמכות לבית המשפט מסלקת את החשש מפני ניצול לרעה ומשנה בכך את מאזן הסיכונים והסיכויים הכרוכים בפתיחת פתח חוקי לשלילת אזרחות בגין הפרת אמונים.

עמנואל גרוס טוען כי החשש ששלילת אזרחות מערבים תעמיק את האפליה בין יהודים לערבים 'ייעלם אם הסמכות תהא בידי בית משפט, שעיקר מלאכתו הוא חיפוש אובייקטיבי ונייטרלי אחר האמת והליכה עקבית על בסיס תפיסות עומק וערכי יסוד'. לדבריו, שלילת אזרחות בהליך שיפוטי 'מבטיחה את שלילתה רק ממי שאינו נאמן למדינה

57 Aleinikoff, לעיל הערה 1, בעמ' 1483.

58 הראשון שניסה לעשות זאת הוא השופט וורן בפרשת *Perez* (ראו לעיל בפרק השלישי), ודעתו התקבלה בפסיקה מאוחרת יותר. התפתחות זו מקבילה לקביעות אחרות של בית המשפט העליון האמריקני בתקופת וורן, כגון 'כלל מירנדה': פסילה חוקתית של ראיות שהשיגה המשטרה בטרם הוסברו לחשוד זכויותיו. תכליתה של פסילת ראיות זו לשלול את המוטיבציה להפר זכויות בהליך המעצר והחקירה:

Miranda v. Arizona, 384 U.S. 436 (1966)

ומהווה סכנה אמיתית לביטחונה, כפי שיוכח על פי דיני הראיות וסדרי הדין החלים בבית משפט.⁵⁹ בכל הכבוד, נדמה שתפיסה זו משקפת אופטימיות מופרזת באשר לדרך פעולתו של בית המשפט, אם כי אין ספק שהפקדת הסמכות לשלילת אזרחות בידי בית המשפט עדיפה עשרת מונים מהפקדתה בידי גורם פוליטי, כגון שר הפנים.

בית המשפט הדגיש כי הואיל ואזרחות מעניקה זכויות וחובות מן המעלה הראשונה, שלילתה צריכה להיעשות רק לאחר בירור עובדתי ושיקול דעת ראויים.⁶⁰ אחת המשמעויות של הפקדת הסמכות בידי גורם פוליטי-מנהלי היא שאין הוא קשור בדיני הראיות. החלטתו נבחנת במבחן הראיה המנהלית, שעיקרו קבלת ההחלטה על יסוד ראיה אשר 'הנה כזו אשר כל אדם סביר היה רואה אותה כבעלת ערך הוכחתי והיה סומך עליה'.⁶¹ זהו מבחן גמיש, המאפשר לרשות להביא בחשבון גם ראיות שאינן קבילות בבית משפט, כגון עדות שמועה. ביתר פירוט, כדי שהחלטה מנהלית תיחשב להחלטה תקינה, הגוף המנהלי צריך לגבש תשתית עובדתית להחלטותיו על סמך ארבעה קריטריונים:⁶² (1) כמות הראיות שנאספו בידי; (2) מידת השייכות שלהן לעניין (יש להתחשב רק בראיות רלוונטיות); (3) מידת האמינות שלהן (נתון קביל חייב לעמוד ב'מבחן הראיה המנהלית'); (4) עצמת הראיות לנוכח משקלן המצטבר. בהיבט האחרון מוקנה לרשות שיקול דעת, ומסקנה אחרת של בית המשפט מן הנתונים אינה מובילה בהכרח לפסילת ההחלטה. עם זאת מרחב שיקול הדעת של הרשות ('מרחב הסבירות') הולך ומצטמצם ככל שפגיעתה של ההחלטה המנהלית קשה יותר. פגיעה בזכות יסוד צריכה להתבסס על נתונים מהימנים משכנעים במיוחד.

חרף האפשרות לביקורת שיפוטית על החלטת השר לשלול אזרחות, הוער בפסיקה כי 'מעשה של שלילת האזרחות, מעשה כה חריג ויוצא דופן

59 גרוס, לעיל הערה 4, בעמ' 358. ראוי לציין שגרוס מציע שלא להסתפק בהעברת הסמכות לבית משפט וממליץ בנוסף להחליף את ההוראה העמומה על 'הפרת אמונים' בהוראה מצומצמת יותר, אשר חלה במקרה של הרשעה בפסק דין סופי בעברות לפי הפקודה למניעת טרור (עמ' 356-358). כפי שפורט בחלק הקודם אנו חולקים על עמדתו בעניין הצידוק המיוחד לשלילת אזרחות בגין מעורבות בטרור.

60 בג"צ 2394/95 מוצ'ניק נ' משרד הפנים, פ"ד מט(3) 274, פס" 6 (1996).

61 בג"צ 442/71 לנסקי נ' שר הפנים, פ"ד כו(2) 337, 357 (1972).

62 מתוך בג"צ 987/94 ירונט קווי זהב (1992) בע"מ נ' שרת התקשורת, פ"ד מח(5) 425-423, 412 (1994).

הוא, עד שיימצאו מי שיאמרו כי ראוי שסמכות השליחה תופקד בידי הרשות השופטת דווקא, ולא בידי הרשות המבצעת, כפי שנעשה בארצות הברית למשל.⁶³ בארצות הברית הסמכות לבטל אזרחות, גם בגין מרמה בתהליך ההתאזרחות, הייתה נתונה מאז ומעולם לרשות השופטת. כבר ב-1922 דחה בית המשפט ניסיון של רשות ההגירה (INS) לגרש אדם בטענה שהשיג את אזרחותו שלא כדין וקבע כי אין סמכות גירוש לפני ברור שיפוטי של מעמד האזרחות, עקב הבטוחות הנלוות להליך שיפוטי על פני הליך מנהלי.⁶⁴ מאוחר יותר ביטל בית המשפט החלטה של המדינה לבטל אזרחות (עקב אי-התייבבותו של אדם לדיון בתלונה על השגת אזרחותו במרמה) בנימוק שביטול אזרחות פוגע בפרט לא פחות מפיגעה בחייו או בחירותו.⁶⁵ ב-1996 פרסמה רשות ההגירה כללים שיצרו לראשונה הליך מנהלי של ביטול התאזרחות. הרקע לכך היה תכנית ממשלתית שהאיצה את התאזרחותם של יותר ממיליון איש, ובעקבותיה האשמות מצד הרפובליקנים על הענקת אזרחות שלא כדין שנועדה להגדיל את מספר המצביעים למפלגה הדמוקרטית. במרס 2000 תוקנו הכללים ונוספו להם הגנות מסוימות מפני ביטול אזרחות חסר הצדקה. אף על פי כן ביטל בית המשפט כללים אלו מטעמי חוסר סמכות בחוק וקבע שגוף מנהלי מוכשר לביצוע מסה של פעולות, אך לא לנטילת חירויות במקרה ספציפי, משום שהגוף המנהלי רגיל לנהוג במקרה המסוים כאחד מני רבים.⁶⁶

עם הסכנות הטמונות בהליך המנהלי נמנים ניסיונות אופורטוניסטיים לקדם מטרות מדיניות על חשבון המקרה הפרטי ופגיעות יתרה של מקבלי ההחלטות להשפעה פוליטית.⁶⁷ כאשר הסמכות נתונה לשר, האכיפה מועדת להיות קפריזית יותר ומבוססת על השקפת עולם אישית. ראו למשל את הפער בין עמדותיהם של אלי ישי ואברהם פרוז, שני שרי פנים שפעלו בסמיכות זמנים ובנסיבות דומות, וחרף זאת נקטו מדיניות שונה

63 דברי השופט חשין בע"פ 7569/00 יגודיב נ' מדינת ישראל, פ"ד (נו4) 529, 577 (2002).

Ng Fung Ho v. White, 259 U.S. 276 (1922) 64

Klapprott v. United States, 335 U.S. 601 (1949) 65

Gorbach v. Reno, 219 F3d 1087, 1095 (9th Cir. 2000) 66

Kim C. Yonsoo, *Revoking Your Citizenship: Minimizing the Likelihood of Administrative Error*, 101 COLUM. L. REV. 1448, 1459–1470 (2001) 67

לחלוטין בעניין זה. הוראת סעיף 11(ב) לחוק האזרחות הייתה בבחינת 'אות מתה' עד 2002, לאחר מכן היא נאכפה באופן חריג (בתקופת ישי), ולאחר מכן שוב הוגדרה לא רלוונטית (בתקופת פורז). נסיבות אלו הן דוגמה להפעלת החוק באורח מקרי – שלא על דרך מדיניות קבועה, ברורה ומבוקרת מראש – אשר פירושה שרירות; ושרירות אינה מתיישבת עם עקרון שלטון החוק.⁶⁸

לנוכח האמור לעיל ודאי שלא ראוי להפקיד את הסמכות לשלול אזרחות בגין הפרת אמונים (ולכאורה גם לא את הסמכות לבטל אזרחות בגין השגתה במרמה) בידי שר הפנים או בידי גורם מנהלי אחר. עם זאת העברת הסמכות לידי בית המשפט אינה מסירה את החששות מפני ניצולה לרעה או מפני יישומה במקרים לא מתאימים.⁶⁹ בתי משפט במדינות דמוקרטיות הוציאו תחת ידם החלטות שגויות, שבראייה היסטורית – במיוחד בתקופות של דוחק ביטחוני והתגברות הלחץ הציבורי למיצוי הדין עם 'בוגדים', אין ספק שגרמו ליחיד עוול חסר הצדקה.⁷⁰ להמחשת המצבים האבסורדיים שבית המשפט עלול להיקלע אליהם עקב מתן משקל מוגזם לשיקולים ביטחוניים ניתן לציין פסק דין של בג"ץ בעניין עתירות של פלסטינים תושבי השטחים נגד גירושם, שבו הסכימו שופטים נכבדים בבית המשפט העליון לטענתה של המדינה שהשמעת דברי הסתה גלויים לחיסול מדינת ישראל שוללת מאדם את זכותו לסעד מבג"ץ, אף על פי שהעותרים לא

68 בקשר לניגוד שבין מקריות ושרירות לבין שלטון החוק ראו למשל ע"פ 3520/91 **תורג'מן נ' מדינת ישראל**, פ"ד מז (1) 441, 456 (1993).

69 למסקנה דומה הגיעה הוועדה הציבורית שדנה בחוקי העיתונות (ועדת צדוק), בדחותה את האפשרות להעביר את הסמכות לסגירת עיתונים, לתקופה קצובה או לצמיתות, מן הרשות המבצעת לידי בית המשפט ובבחירתה להמליץ על ביטולה של סמכות זו כליל. הוועדה ציינה כי גם לאחר העברת הסמכות לבית המשפט ייוותר חשש, אם כי חלש יותר, לשימוש לרעה בסמכות ולאפליה באכיפתה, והתוצאה עלולה להיות שעיתונים ייסגרו בשל טעמים לא מוצדקים וחופש העיתונות, ועמו הדיון הציבורי וגיוון נקודות המבט, יצאו נפסדים. ראו **דין וחשבון הוועדה הציבורית לחוקי העיתונות** 29-34 (1997).

70 ראו למשל את הדוגמאות המובאות במאמרו של גוטפלד, לעיל הערה 51; ואת הביקורת שמתח שופט בית המשפט העליון לשעבר של ארצות הברית על הפסיקה האמריקנית בעת משברים ביטחוניים: William J. Brennan, *The Quest to Develop a Jurisprudence of Civil Liberties in Times of Security Crises*, 18 ISRAEL YEARBOOK ON HUMAN RIGHTS 11 (1988)

חבו כל חובת נאמנות למדינת ישראל (כפי שציין, בצדק, בדעת מיעוט, השופט חיים כהן).⁷¹

לשם השוואה אפשר לחשוב על העברת שיקול הדעת בנושא מעצרים מן השוטר אל השופט ברפורמה שנערכה בחוק המעצרים בשנות התשעים (בעקבות חקיקת חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו). מחקרים שנערכו בתחום המעצרים הוכיחו שצעד זה לא מנע לגמרי מעצרי שווא או שימוש לרעה בסמכויות המעצר, אלא רק שיפר את המצב. בענייננו איבוד מעמד האזרחות הוא שעומד על הפרק, בשונה מהפקעת זכויות זמנית, ולכן אין מקום להסתכן בטעויות בשיקול הדעת השיפוטי. כמו כן מבחינה מעשית שיקול הדעת השיפוטי נוטה להיות עצמאי פחות בנושאים התלויים בחוות דעת של שירותי הביטחון. לנוכח כל זאת ובכל הכבוד הראוי לבתי המשפט, בכל מה שנוגע לשלילת אזרחות מוטב שלא להשליך את יבחנו על הרגישות השיפוטית, אלא להימנע כליל מיצירת סמכות שכזאת.

71 פרשת **קוואסמה**, לעיל הערה 3 (הערתו של השופט כהן בעמ' 131). על סמך קביעה זו נמנע בית המשפט מלהחיל את הסעד שפסק על אחד העותרים, השיח' תמימי, בקבעו שבכל הנוגע לעותר זה הונחו הראיות הדרושות להסתה כאמור.

נוכחנו לדעת כי מושג האזרחות נושא בחובו מתח בין מובנים שונים זה מזה שניתנו לאזרחות במהלך ההיסטוריה. מבחינה תאורטית האזרחות משקפת תפיסה מסוימת בדבר מערכת היחסים הראויה בין היחיד ובין המדינה. לכן זהו מושג פוליטי ביסודו, הטומן בחובו משמעויות שונות זו מזו בתכלית, על פי ההעדפה הפרטית של הסובייקט המגדיר. חשיבותו של מעמד האזרחות נעוצה בעיקר בזכויות הנלוות לו, בייחוד בחסינות שהוא מקנה לפרט מפני גירוש.

הוראת סעיף 11(ב) לחוק האזרחות, אשר מקנה לשר הפנים סמכות לשלול אזרחות בגין 'הפרת אמונים', היא שילוב בעייתי של שני יסודות בעייתיים: האחד במישור המהותי, והוא נוגע לעילת הביטול (הפרת אמונים); והשני במישור הדיוני, והוא נוגע לגורם המוסמך (שר הפנים). קושי נוסף הוא שההוראה אינה מלווה בסייג בדבר חוסר אזרחות.

מבחינת עילת הביטול המונח 'הפרת אמונים' עמום מכדי לספק לאזרח הכוונה נאותה לשמירה על זכויותיו. הכוונה כזאת נדרשת בדין הפלילי באמצעות ניסוח בהיר ומצומצם של עברות, קל וחומר שהיא מתחייבת בחקיקה המאפשרת לשלטון לשלול מאדם את מעמד האזרחות שלו. בשל הביקורת הרבה שנמתחה על ניסוחה העמום של העברה הפלילית בעניין הפרת אמונים מצד עובד ציבור, לא נראה שיש מקום להשתמש במונח 'הפרת אמונים' כעילה לשלילת אזרחות.¹

המבט המשווה בסוגיה זו מעלה כי מדובר בהוראה חריגה מאוד בנוף המשפטי של מדינות דמוקרטיות מערביות. להוציא המקרה החריג של אנגליה, ברובן המכריע של המדינות הדמוקרטיות אין אפשרות חוקית לבטל אזרחות בגין מעשים המבטאים חוסר נאמנות, ודאי שלא בגין עילה

1 הבעיות הנובעות מעמימות המינוח 'הפרת אמונים' בקשר לעברה של 'מרמה והפרת אמונים' מצד עובד ציבור (לפי סעיף 284 לחוק העונשין, תשל"ז-1977) פורטו במחקר שנערך מטעם המכון הישראלי לדמוקרטיה: מצד אחד, עמימות זו אינה מספקת הדרכה לעובדי ציבור במצבי גבול שהם מתמודדים עמם, ולכן היא נושאת סיכון מופרז להרשעת עובדים שפעלו בתום לב; מצד אחר, אותה עמימות מאפשרת לעובדי ציבור לחמוק מאחריות פלילית, ולכן אינה מייצרת הרתעה מספקת לעובדי ציבור שאינם ברי לבב. על קשיים אלה ואחרים ראו מרדכי קרמניצר, דורון נבות, נאוהו בן-אור, עמיר פוקס וגיא ורטהיים **מרמה והפרת אמונים: בחינה ביקורתית והמלצות לשיפור החקיקה** (בהכנה).

עמומה דוגמת הפרת אמונים. אפילו הרשעה בבגידה – הדוגמה המובהקת ביותר להפרת אמונים כלפי המדינה – אינה מהווה ברוב המדינות עילה חוקית לביטול אזרחותו של המורשע. אכן, שלילת אזרחות לא ננקטה אפילו כלפי הבוגדים הידועים ביותר לשמצה בהיסטוריה כגון מדינאים ואנשי צבא ששיתפו פעולה עם הנאצים נגד האינטרסים של מדינותיהם: הגנרל פטאן ופייר לוואל בצרפת של וישי, וידקון קוויזלינג בנורווגיה, אנדריי ולסוב ברוסיה או ג'ון אנטוני ווקר, איש הצי האמריקני שמכר סודות צבאיים לסובייטים במשך קרוב לשני עשורים ונחשב למי שגרם לזק המודיעיני הרב ביותר בתולדות ארצות הברית. במדינות מסוימות אף אין אפשרות לבטל אזרחות של אדם בניגוד לרצונו.

ולא זו אף זו: העילה הנוספת לשלילת אזרחות – יציאה למדינת אויב בלא אישור, בניגוד להוראת סעיף 2א לחוק למניעת הסתננות (עבירות ושיפוט), התשי"ד-1954 – נטולת הצדקה עניינית, ואין לראות בה משום מקרה פרטי של הפרת אמונים. מעשה זה אינו תואם את דימוי הבוגד, והעברה עשויה לחול גם על מעשה קונדס או הרפתקנות. נוסף על כך עילה זו מזמינה במיוחד יחס שונה לערבים היוצאים בלא אישור (כשאיבדו נתן למשל או פוליטיקאים מן השמאל יצאו בלא אישור מעולם לא הוצע לשלול את אזרחותם). כמו כן אין כל יחס ראוי בין חומרת המעשה הזה (שדינו ארבע שנות מאסר) לבין תוצאותיו.

לפיכך מומלץ בזאת לבטל את הסמכות לשלול אזרחות בגין הפרת אמונים או בגין יציאה שלא כדין למדינת אויב. המלצה זו נסמכת על שיקולים שעלו מן הדיון בהצדקות המוסריות לשלילת אזרחות (בפרק הרביעי), ובעיקר על טעמי המדיניות (שפורטו בפרק החמישי), אשר מעלים כי הסיכון של שימוש לרעה בסמכות זו עולה על הסיכוי שהיא תצמיח תועלת כלשהי. החשש החמור הוא שהסמכות לשלילת אזרחות תשמש דווקא במקרים שהדין הפלילי אינו נותן מענה בשל היעדר ראיות מספיקות. הסמכות לשלילת אזרחות יוצרת אפוא מעין 'מסלול עוקף לעברות הבגידה', המאפשר לרשויות השלטון לפגוע בפרט לא פחות, ואולי אף יותר, משהיה אפשר לעשות זאת באמצעות המשפט הפלילי. בהקשר זה חשוב להזכיר כי נטל ההוכחה החמור בפלילים אינו עניין טכני, אלא עיקרון מהותי שתכליתו למנוע הרשעת חפים מפשע.

עם זאת הרשעה חלוטה בעברת בגידה מן 'הגרעין הקשה' עשויה להצדיק שלילת זכויות אזרחיות כעונש משלים, ובתנאי שהחלטה תהיה בידי בית המשפט ולתקופה קצובה או בכפוף לבחינה מחודשת לאחר תקופה מסוימת.

אמנם חשש הניצול לרעה, שמומלץ לבטל בעטיו לחלוטין את הסמכות לשלילת אזרחות, קיים גם בקשר למתן סמכות לשלילת זכויות אזרחיות, אך הנזק הסגולי שנגרם לפרט קטן יותר, והסיכונים הטמונים בסמכות זו פחותים בהרבה מן הסיכונים הטמונים בסמכות לשלילת אזרחות.

אם עמדה זו אינה מתקבלת, מומלץ לתקן את סעיף 11 כלהלן:

(1) צמצום ניכר של עילת השליה. יש לבטל כליל את העילה בדבר יציאה שלא כדין למדינת אויב ולהחליף את ההוראה בדבר הפרת אמונים בהוראה מצומצמת. הפתרון המתקבל ביותר על הדעת לקטגוריות מתוחמות של חוסר נאמנות הוא הרשעה בבגידה – אולם רק אם מדובר בעברה חמורה המוגדרת כראוי, שאם לא כן התוצאה עלולה להיות מעוותת בגלל החלת הסמכות על מעשים לא חמורים דיים בכסות של מעשי 'בגידה'.² כדי להגביל ככל האפשר את האפשרות של שימוש לא נכון בסמכות לשלילת אזרחות, חשוב להגדיר במפורש באילו עברות בגידה מדובר ולהגביל את תחולת ההוראה לאיסורים הקבועים בסעיפים 97-99 לחוק העונשין (בכפוף להסתייגות המפורטת להלן). אין שום הצדקה להחיל את ההוראה על עברות בעייתיות, כגון 'גילוי החלטה לבגוד' (סעיף 100 לחוק העונשין) או 'תעמולה תבוסנית' (סעיף 103 לחוק העונשין). מובן שאין הצדקה להחיל את הסמכות על כלל העברות הביטחוניות או על עברות ההמרדה והטרור.

נוסף על דרישת ההרשעה בדין באחת מעברות הבגידה לפי סעיפים 97-99 לחוק העונשין ראוי להגדיר במפורש אילו מעשים ייחשבו 'בגידה' בהקשר שבו עסקינן. יודגש כי לעניין זה אין להיצמד לנוסח הקיים של עברות הבגידה, שאיננו מיטבי. לדוגמה, העברות של עשיית מעשה שיש בו כדי לפגוע בריבונותה של המדינה (סעיף 97) ושל עשיית מעשה שיש בו כדי לסייע לאויב במלחמתו נגד ישראל (סעיף 99) עשויות לתפוס ברשתן גם התבטאויות, ולא ברור שהדבר מוצדק בשים לב לעונש הכבד הקבוע בצדן. זאת ועוד, הביטוי המופיע בעברות הבגידה לפי סעיפים 97-99 – 'מעשה שיש בו כדי' (לפגוע בריבונותה של המדינה, להביא לידי פעולה צבאית נגד ישראל, לסייע לאויב במלחמתו נגד ישראל) אינו מוגדר די הצורך – האם הכוונה לסכנה מופשטת או מוחשית? מהי רמת ההסתברות הנדרשת להתממשות הסכנה? אף לא ברור שמוצדק לתפוס ברשתה של

2 בארצות הברית, למשל, עברת הבגידה הוגדרה בחוקה, ובצמצום יחסית למקור האנגלי, כדי להקשות על המחוקק לעשות מניפולציות: (U.S. CONST., Art. 3(3))

עברה שעונשה מגיע עד מיתה גם מעשה 'שיש בו כדי' לסייע לאויב או מסירת ידיעה בכוונה שתגיע לאויב (סעיף 99), כלומר מעשה שאינו מגיע כדי סיוע בפועל לאויב או מסירת ידיעה שלא הגיעה לאויב כלל.

(2) קביעת סייג למקרים שהשלילה תותיר אדם חסר אזרחות של מדינה חופשית. סייג בדבר חוסר אזרחות מקובל במדינות דמוקרטיות, והוא דרוש בנוסח המוצע כאן מן הטעמים שנזכרו בפרקים הקודמים.

(3) מתן הסמכות לבית המשפט. שינוי זה נחוץ מן הטעמים שפורטו בפרק החמישי. יש לקבוע כי שלילת אזרחות תיעשה רק בעקבות הרשעה חלוטה במעשה של בגידה. בדרך זו ייעשה ניסיון להבטיח עקרונות של הליך הוגן, ותימנע האפשרות לשלול אזרחות מאדם שלא בפניו (אם כי, כאמור בפרק החמישי, יהיה אפשר לשלול את דרכונו). יוער כי הגשת כתב אישום בעברות בגידה נעשית באישור היועץ המשפטי לממשלה, ובכך קבוע שסתום ביטחון נוסף לאכיפת הסמכות במקרים לא מוצדקים.

נוסף על כך יש לקבוע בחוק אפשרות של ערעור בזכות על החלטה שיפוטית לשלילת אזרחות ולהוסיף ולקבוע כי ההליכים בבית המשפט יתנהלו לפי דיני הראיות הנהוגים בהליכים פליליים, הקובעים שחובת ההוכחה המוטלת על המדינה היא מעבר לכל ספק סביר.

השינויים האמורים ישפרו את המצב הקיים ויהפכו את הסמכות בעניין שלילת אזרחות לנסבלת יותר. עם זאת, כאמור, מוטב להותיר אך ורק את הסמכות לביטול אזרחות בגין השגתה במרמה. יש להסתפק בדיון הפלילי לשם טיפול בהפרות אמונים כלפי המדינה, ובמקרים קיצוניים גם לשלול זכויות אזרחיות. בכלל, אולי מוטב לעבור מרטוריקה של נאמנות לרטוריקה של קיום צו החוק (בצד כל איסור פלילי כבר קבוע העונש בגין הפרתו) ולפנות לחובת הנאמנות רק במקרים קיצוניים, בלי לגזור ממנה תוצאות קיצוניות מדי.

עד עתה מימוש הסמכות לשלול אזרחות בגין הפרת אמונים היה נדיר ביותר, ועד 2002 היה אפשר להגדיר אותה 'אות מתה'. ברם אם אכן 'אות מתה' היא – ראוי לבטלה מספר החוקים. אין צורך לשמר בחוק הוראות מיותרות, וראוי לזכור כי יש לחוק גם משמעות נורמטיבית. עם זאת אכיפת הסמכות – הגם שבשני מקרים בלבד – מהווה תקדים וממחישה את הסכנה הטמונה בסעיף גם לאחר שנים רבות שהעלה אבק. נשוב ונזכיר את דברי השופט האמריקני וורן: לא מימוש התוצאות של גירוש ואיבוד זכויות אלא עצם הסיכון לתוצאות אלה הוא שהופך את שלילת האזרחות למעשה דוחה.

רשימת המקורות

פסיקה ישראלית

- ע"פ 7314/04 אבו קישק נ' מדינת ישראל (פורסם במאגר נבו, ניתן ב-16 במאי 2006).
- בג"צ 2757/96 אלראי נ' שר הפנים, פ"ד נ(2) 18 (1996).
- דנ"פ 8612/00 ברגר נ' היועץ המשפטי לממשלה, פ"ד נה(5) 439 (2001).
- בג"צ 448/85 דאהר נ' שר הפנים, פ"ד מ(2) 701 (1986).
- בג"צ 5973/92 האגודה לזכויות האזרח בישראל נ' שר הביטחון, פ"ד מז(1) 269 (1993).
- בג"צ 5100/94 הוועד הציבורי נגד עינניים בישראל נ' ממשלת ישראל, פ"ד נג(4) 817 (1999).
- בג"צ 337/84 הוקמה נ' שר הפנים, פ"ד לח(2) 826 (1984).
- ב"ש (מחוזי י-ם) 1545/97 היועץ המשפטי לממשלה נ' פלוגי, פ"מ תשנ"ח(2) 145.
- ע"א 98/47 הלו נ' הלו, פ"ד ב 16 (1949).
- בג"צ 24/52 חכים נ' שר הפנים, פ"ד ו 638 (1952).
- בג"צ 174/52 חסין נ' מפקד בית הכלא, פ"ד ו 897 (1952).
- בג"צ 2597/99 טושביים נ' שר הפנים, פ"ד נח(5) 412 (2004).
- בג"צ 2597/99 טושביים נ' שר הפנים (פורסם במאגר נבו, ניתן ב-31 במרס 2005).
- ע"פ 7569/00 יגודייב נ' מדינת ישראל, פ"ד נו(4) 529 (2002).
- בג"צ 987/94 יורונט קווי זהב (1992) בע"מ נ' שרת התקשורת, פ"ד מח(5) 412 (1994).
- ע"ב 1/65 ירדור נ' יו"ר ועדת הבחירות המרכזית לכנסת, פ"ד יט(3) 365 (1965).
- בג"צ 103/96 כהן נ' היועץ המשפטי לממשלה, פ"ד נ(4) 309 (1996).
- בג"צ 155/53 כיואן נ' שר הביטחון, פ"ד ח 301 (1954).

- בג"צ 442/71 לנסקי נ' שר הפנים, פ"ד כו(2) 337 (1972).
- רע"ב 3969/97 מדינת ישראל נ' אבו רביע, פ"ד נא(5) 470 (1997).
- ת"פ (מחוזי חי') 408/00 מדינת ישראל נ' אל ראזק (פורסם במאגר נבו, ניתן ב-13 ביוני 2001).
- ת"פ (מחוזי חי') 235/02 מדינת ישראל נ' ג'בארין (פורסם במאגר נבו, ניתן ב-7 בספטמבר 2004).
- ע"פ 10680/04 מדינת ישראל נ' כנעאנה (פורסם במאגר נבו, ניתן ב-10 בנובמבר 2005).
- בג"צ 2394/95 מוצ'ניק נ' משרד הפנים, פ"ד מט(3) 274 (1995).
- בג"צ 3992/04 מימון-כהן נ' שר החוץ, פ"ד נט(1) 49 (2004).
- בג"צ 1227/98 מלבסקי נ' שר הפנים, פ"ד נב(4) 690 (1998).
- בג"צ 253/64 סברי ג'ריס נ' הממונה על מחוז חיפה, פ"ד יח(4) 673 (1964).
- בג"צ 3648/97 סטמקה נ' שר הפנים, פ"ד נג(2) 728 (1999).
- בג"צ 7052/03 עדאלה נ' שר הפנים (פורסם במאגר נבו, ניתן ב-14 במאי 2006).
- ע"פ 11294/03 פואקה נ' מדינת ישראל (פורסם במאגר נבו, ניתן ב-11 באפריל 2006).
- בג"צ 320/80 קוואסמה נ' שר הביטחון, פ"ד לה(3) 113 (1980).
- בג"צ 698/80 קוואסמה נ' שר הביטחון, פ"ד לה(1) 617 (1980).
- בג"צ 164/97 קונטרס בע"מ נ' משרד האוצר, פ"ד נב(1) 289 (1998).
- ע"א 165/82 קיבוץ חצור נ' פקיד שומה רחובות, פ"ד לט(2) 70 (1985).
- ב"ש (מחוזי י-ם) 4023/05 מדינת ישראל נ' רוזנשטיין (פורסם במאגר נבו, ניתן ב-19 באפריל 2005).
- דנ"פ 11414/05 רוזנשטיין נ' מדינת ישראל (פורסם במאגר נבו, ניתן ב-31 בינואר 2006).
- ע"פ 4596/05 רוזנשטיין נ' מדינת ישראל (פורסם במאגר נבו, ניתן ב-30 בנובמבר 2005).
- בג"צ 72/62 רופאיזן נ' שר הפנים, פ"ד טז(4) 2428 (1962).

בג"צ 754/83 רנקין נ' שר הפנים, פ"ד לח(4) 113 (1984).
ע"א 466/83 שאהה נ' דרדריאן, פ"ד לט(4) 734 (1986).
בג"צ 2934/07 שורת הדין – Israel Law Center נ' יו"ר הכנסת
(פורסם במאגר נבו, ניתן ב-16 בספטמבר 2007).
ע"פ 6182/98 שינביין נ' היועץ המשפטי לממשלה, פ"ד נג(1) 625
(1999).
בג"צ 58/68 שליט נ' שר הפנים, פ"ד כג(2) 477 (1970).
ד"נ 3/62 שר הפנים נ' מוסא, פ"ד ט"ז 2467 (1962).
ע"א 10608/02 שריף הזימה נ' אגף המכס ומע"מ, פ"ד נח(3) 663
(2004).
ע"פ 3520/91 תורג'מן נ' מדינת ישראל, פ"ד מז(1) 441 (1993).

פסיקה זרה

A and Others v. Secretary of State, [2004] UKHL 56.
Afroyim v. Rusk, Secretary of State, 387 U.S. 253 (1967).
Baumgartner v. United States, 322 U.S. 665 (1944).
Chaunt v. United States, 364 U.S. 350 (1960).
Compania General de Tabacos de Filipinas v. Collector of Internal
Revenue, 275 U.S. 87 (1927).
Gorbach v. Reno, 219 F.3d 1087 (9th Cir. 2000).
Hamdi *et al.* v. Rumsfeld, Secretary of Defense, *et al.*, 542 U.S. 507
(2004).
Joyce v. Director of Public Prosecutions, [1946] A.C. 347 (H.L.)
(U.K.).
Kennedy v. Mendoza-Martinez, 372 U.S. 144 (1963).
Klapprott v. United States, 335 U.S. 601 (1949).
Lichtenstein v. Guatemala, 22 ILR 349 (1955).
Mackenzie v. Hare, 239 U.S. 299 (1915).

- Mandoli v. Acheson, 344 U.S. 133 (1952).
- Miranda v. Arizona, 384 U.S. 436 (1966).
- Moustaquim v. Belgium, (1991) 13 EHRR 802.
- Ng Fung Ho v. White, 259 U.S. 276 (1922).
- Nowak v. United States, 356 U.S. 660 (1958).
- Perez v. Brownell, Attorney General, 356 U.S. 44 (1958).
- R v. Abu Hamza, [2006] EWCA Crim. 2918 (U.K.).
- R v. Secretary of State for the Home Department *ex p.* Khawaja, [1984] A.C. 74 (H.L. 1985) (U.K.).
- Gorbach v. Reno, 219 F3d 1087 (9th Cir. 2000).
- Schneider v. Rusk, 377 U.S. 163 (1964).
- Schneiderman v. United States, 320 U.S. 118 (1942).
- Trop v. Dulles, 356 U.S. 86 (1958).
- Vance, Secretary of State v. Terrazas, 344 U.S. 252 (1979).

ספרות

- אבינרי שלמה **רשות הרבים: שיחות על מחשבה מדינית** (ספרית פועלים, 1985).
- אגסי יוסף 'עוד נגד עקרון הנאמנות' **הצודק והבלתי צודק: קובץ מאמרים** 39 (מרסלו דסקל עורך, מפעלים אוניברסיטאיים להוצאה לאור, 1977).
- אפלטון 'קריטון' **כתבי אפלטון** כרך א 51 (יוסף ג' ליבס מתרגם, שוקן, 1955).
- אריסטו **הפוליטיקה: ספרים א-ב** (חיים יהודה רות מתרגם, מאגנס, התשכ"ד).
- בריזלי גד 'המשפט כאמצעי לעיצוב "פטריוטיות": הבניית "האזרח הרצוי" בדמוקרטיות ובישראל' **פטריוטיות: אוהבים אותך מולדת** 341 (אבנר בן-עמוס ודניאל בר-טל עורכים, דיונון, 2004).

ברטל דניאל ואבנר בן-עמוס 'פטריטיזם כתופעה פסיכולוגית-חברתית:
מבוא לניתוח המקרה הישראלי' **פטריטיזם: אוהבים אותך מולדת**
13 (אבנר בן-עמוס ודניאל ברטל עורכים, דיונון, 2004).

ברלין ישעיהו **נגד הזרם: מסות בהיסטוריה של האידיאות** (הנרי הארדי
עורך, אהרן אמיר מתרגם, עם עובד, 1986).

ברשק ליאור 'אזרח ומדינה בדמוקרטיה (בעקבות בג"צ 164/94 קונטרס
בע"מ נ' משרד האוצר, פ"ד (נב1) 289)', **משפטים** לב 217 (התשס"ב).

ג'בארין חסן 'לקראת גישות ביקורתיות של המיעוט הפלסטיני: אזרחות,
לאומיות ופמיניזם במשפט הישראלי' **פלילים** ט 53 (2000).

גביון רות **זכויות אדם בישראל** (משרד הביטחון, 1994).

— 'על היחסים בין זכויות אזרחיות-פוליטיות ובין זכויות חברתיות-
כלכליות' **זכויות כלכליות, חברתיות ותרבותיות בישראל** 23 (יורם
רבין ויובל שני עורכים, רמות, 2004).

גוטפלד אמנון "'We Must Have No Criticism Now": חוקי הנאמנות
וההסתה בארצות הברית בזמן מלחמת העולם ה-I ולאחריה'
משפטים לא 193 (התש"ס).

גנור בועז **מבוך הלוחמה בטרור: כלים לקבלת החלטות** (מפעלות, 2003).
גנז חיים **מריכארד ואגנר עד זכות השיבה: ניתוח פילוסופי של בעיות
ציבור ישראליות** (עם עובד, 2006).

גרוס עמנואל **מאבקה של דמוקרטיה בטרור: היבטים משפטיים
ומוסריים** (נבו, 2004).

דינשטיין יורם **סמכויות המדינה כלפי פנים** (שוקן ואוניברסיטת תל
אביב, 1972).

— 'עקרון הייחוד בהסגרה', **עיוני משפט** ד 682 (התשל"ה).

דסקל מרסלו 'נאמנות רלוונטית' **הצודק והבלתי צודק: קובץ מאמרים**
29 (מרסלו דסקל עורך, מפעלים אוניברסיטאיים להוצאה לאור,
1977).

הובס תומס **לוינתן או החומר, הצורה והשלטון של קהילה כנסייתית**
ואזרחית חלקים א-ב (יוסף אור מתרגם, מאגנס, 1972).

הופנונג מנחם ישראל – בטחון המדינה מול שלטון החוק: 1948–1991 (נבו, 1991).

זילברשץ יפה 'האזרחות – מהי ומה תהיה?' **מחקרי משפט** טז 55 (התש"ס).

— 'נאמנות למדינה' **ספר זמיר: על משפט, ממשל וחברה** 491 (יואב דותן ואריאל בנדור עורכים, המכון למחקרי חקיקה ולמשפט השוואתי ע"ש סאקר, הפקולטה למשפטים, האוניברסיטה העברית בירושלים, 2005).

חוקה בהסכמה: הצעת המכון הישראלי לדמוקרטיה, בהנהגת מאיר שמגר (המכון הישראלי לדמוקרטיה, 2005).

טלמון יעקב **ראשיתה של הדימוקרטיה הטוטאליטרית** (דביר, התשט"ו).
יום דיוויד 'על האמנה המקורית' (יניב פרקש מתרגם) **תכלת** 22 92 (2006).

יזרעאלי דפנה 'מגדור בשירות הצבאי בצה"ל' **תיאוריה וביקורת** 14 85 (1999).

יעקובסון אלכסנדר ואמנון רובינשטיין **ישראל ומשפחת העמים: מדינת לאום יהודית וזכויות האדם** (שוקן, 2003).

כרמי נעמה **חוק השבות: זכויות הגירה וגבולותיהן** (אוניברסיטת תל אביב, 2003).

לבונטין אביגדור **על נישואין וגירושין הנערכים מחוץ למדינה** (מפעל השכפול, 1957).

לוק ג'ון **המסכת השניה על הממשל המדיני** (יוסף אור מתרגם, מאגנס, התש"ט).

מקינטייר אלכסנדר 'האם פטריוטיות היא מידה טובה? ההצדקה המוסרית לאהבת המולדת' (הדרה לסר-כהן ושילה שיינברג מתרגמות) **תכלת** 21 112 (2005).

סמוחה סמי 'המשטר של מדינת ישראל: דמוקרטיה אזרחית, אי-דמוקרטיה או דמוקרטיה אתנית?' **סוציולוגיה ישראלית** ב 565 (התש"ס).

פלד יואב 'האם תהיה ישראל מדינת כל אזרחיה בשנת המאה שלה?'
מחקרי משפט יז 73 (התשס"ב).

פלד יואב וגרשון ספיר **מיהו ישראלי: הדינמיקה של אזרחות מורכבת**
(מיכל אלפון מתרגמת, אוניברסיטת תל אביב, 2005).

פלד שניאור זלמן **יסודות בדיני עונשין** כרך א (המכון למחקרי חקיקה
ולמשפט השוואתי ע"ש סאקר, הפקולטה למשפטים, האוניברסיטה
העברית בירושלים, 1984).

פלד שניאור זלמן ומרדכי קרמניצר 'הצעת חלק מקדמי וחלק כללי לחוק
עונשין חדש ודברי הסבר תמציתיים' **משפטים** יד 125 (התשמ"ד).

פרי יורם 'שינוי השיח הביטחוני בתקשורת ותמורות בתפישת האזרחות
בישראל' **תרבות דמוקרטית** 4-5 233 (2001).

צור מיכל **תקנות ההגנה [שעת חירום] 1945** מחקר מדיניות 16 (מרדכי
קרמניצר מנחה, המכון הישראלי לדמוקרטיה, 1999).

קאנט עמנואל **הנחת יסוד למטפיסיקה של המידות** (שמשון שטיין עורך,
משה שפי מתרגם, מאגנס, התש"י).

קליין קלוד 'על האמנה החברתית בפני בג"צ לאור בג"צ 164/97 קונטרם
בע"מ נ' משרד האוצר – המכס והמע"מ', **המשפט** ה 189 (2001).

— 'עקרון טובת המדינה (Raison d'État)' **ספר זמיר: על משפט,
ממשל וחברה** 671 (יואב דותן ואריאל בנדור עורכים, המכון למחקרי
חקיקה ולמשפט השוואתי ע"ש סאקר, הפקולטה למשפטים,
האוניברסיטה העברית בירושלים, 2005).

קני־פז ברוך 'דמוקרטיה ופוליטיקה של זהויות: מאזרחות לפיצול' **זהויות
קולקטיביות, אזרחות וזירה ציבורית** 28 (שמואל נח אייזנשטדט,
אילנה סילבר ולואיס רוניגר עורכים, מכון ון ליר בירושלים, 1999).

קרמניצר מרדכי **פסילת רשימות** מחקר מדיניות 59 (המכון הישראלי
לדמוקרטיה, 2005).

קרמניצר מרדכי, דורון נבות, נאוה בן-אור, עמיר פוקס וגיא ורטהים
מרמה והפרת אמונים: בחינת ביקורתית והמלצות לשיפור החקיקה
(המכון הישראלי לדמוקרטיה, בהכנה).

קרמניצר מרדכי ואפרת רחף **סודות רשמיים: הצעה לתיקון האיסור הפלילי** מחקר מדיניות 56 (המכון הישראלי לדמוקרטיה, 2005).

רובינשטיין אמנון **המשפט הקונסטיטוציוני של מדינת ישראל** (מהדורה חמישית, אמנון רובינשטיין וברק מדינה עורכים, שוקן, 1996).

רובינשטיין אמנון וברק מדינה **המשפט החוקתי של מדינת ישראל** (מהדורה שישית, שוקן, 2005).

רוסו ז'אן-ז'אק **האמנה החברתית** (חיים יהודה רות עורך, יוסף אור מתרגם, מאגנס, התשט"ז).

שאקי אבנר ח' **הגיל במשפט** (האוניברסיטה העברית בירושלים ואוניברסיטת תל אביב, 1968).

שיין יוסי **גבולות הנאמנות: גולים פוליטיים בעידן מדינת הלאום** (אהרן אמיר מתרגם, רמות, 2006).

ששון-לוי אורנה 'חתרנות בתוך דיכוי: כינון זהויות ג'נדר של חילות בתפקידים "גבריים" ' **התשמע קולי? ייצוגים של נשים בתרבות הישראלית** 277 (יעל עצמון עורכת, מכון ון ליר בירושלים והקיבוץ המאוחד, 2001).

Aleinikoff T. Alexander, *Theories of Loss of Citizenship*, 84 MICH. L. REV. 1471 (1986).

ARENDT HANNAH, *THE ORIGINS OF TOTALITARIANISM* (new edition with added prefaces, Harcourt Brace & Co., 1966).

— *THE HUMAN CONDITION* (2nd ed., The University of Chicago Press, 1998).

ARISTOTLE, *THE POLITICS* (Penguin Books, 1981).

Balibar Étienne, *Propositions on Citizenship*, 98 ETHICS 723 (1988).

BICKEL ALEXANDER M., *THE MORALITY OF CONSENT* (Yale University Press, 1975).

- Brennan William J., *The Quest to Develop a Jurisprudence of Civil Liberties in Times of Security Crises*, 18 ISRAEL YEARBOOK ON HUMAN RIGHTS 11 (1988).
- CITIZENSHIP TODAY: THE CONTEMPORARY RELEVANCE OF T.H. MARSHALL (M. Bulmer & A.M. Rees eds., UCC Press, 1996).
- FLETCHER GEORGE P., *LOYALTY: AN ESSAY ON THE MORALITY OF RELATIONSHIPS* (Oxford University Press, 1993).
- GALSTON WILLIAM A., *LIBERAL PURPOSES: GOODS, VIRTUES AND DIVERSITY IN THE LIBERAL STATE* (Cambridge University Press, 1991).
- Goodin Robert E., *What Is So Special about Our Fellow Countrymen?*, 98 ETHICS 663 (1988).
- GOULDMAN MEIR D., *ISRAEL NATIONALITY LAW* (Institute for Legislative Research and Comparative Law, 1970).
- GUTMANN AMY & DENNIS THOMPSON, *DEMOCRACY AND DISAGREEMENT* (Belknap, 1996).
- HEATER DEREK, *CITIZENSHIP: THE CIVIC IDEAL IN WORLD HISTORY, POLITICS AND EDUCATION* (Longman, 1990).
- Hultman Jon B., *Administrative Denaturalization: Is There Nothing You Can Do That Can't Be [Un]Done?*, 34 LOYOLA OF LOS ANGELES L. REV. 895 (2001).
- Ignatieff Michael, *The Myth of Citizenship*, in *THEORIZING CITIZENSHIP* 53 (Ronald Beiner ed., State University of New York, 1995).
- JANOSKI THOMAS, *CITIZENSHIP AND CIVIL SOCIETY: A FRAMEWORK OF RIGHTS AND OBLIGATIONS IN LIBERAL, TRADITIONAL AND SOCIAL DEMOCRATIC REGIMES* (Cambridge University Press, 1998).
- Kingston Rebecca, *The Unmaking of Citizens: Banishment and the Modern Citizenship Regime in France*, 9 CITIZENSHIP STUDIES 23 (2005).

- Kumm Mattias, *The Idea of Thick Constitutional Patriotism and Its Implications for the Role and Structure of European Legal History*, 6 GERMAN L. J. 319 (2005).
- Kymlicka Will, *Citizenship*, II ROUTLEDGE ENCYCLOPEDIA OF PHILOSOPHY 362 (Routledge, 1998).
- Kymlicka Will & Wayne Norman, *Return of the Citizen: A Survey of Recent Work on Citizenship Theory*, in THEORIZING CITIZENSHIP 283 (Ronald Beiner ed., State University of New York, 1995).
- Lardy Heather, *Is There a Right Not to Vote?*, 24 OXFORD J. LEGAL STUDIES 303 (2004).
- LOYALTY IN A DEMOCRATIC STATE (John C. Wahlke ed., D.C. Heath and Co., 1952).
- MACEDO STEPHEN, LIBERAL VIRTUES: CITIZENSHIP, VIRTUE AND COMMUNITY IN LIBERAL CONSTITUTIONALISM (Clarendon, 1990).
- Marshall Thomas H., *Citizenship and Social Class*, in T.H. MARSHALL, CLASS, CITIZENSHIP AND SOCIAL DEVELOPMENT 71 (Doubleday, 1964).
- McAfee Thomas B., *The Bill of Rights, Social Contract Theory, and the Rights 'Retained' by the People*, in 2 THE RIGHTS RETAINED BY THE PEOPLE: THE HISTORY AND MEANING OF THE NINTH AMENDMENT 327 (R.E. Barnett ed., George Mason University, 1993).
- McDougal Myres S., Harrold D. Lasswell & Lung-chu Chen, *Nationality and Human Rights: The Protection of the Individual in External Arenas*, 83 YALE L. J. 900 (1974).
- Miller David, *The Ethical Significance of Nationality*, 98 ETHICS 647 (1988).
- Oldfield Adrian, *Citizenship: An Unnatural Practice?*, 61 THE POLITICAL QUARTERLY 177 (1990).

- Pocock John G. A., *The Ideal of Citizenship Since Classical Times*, in THEORIZING CITIZENSHIP 29 (Ronald Beiner ed., State University of New York, 1995).
- Preuss Lawrence, *Denaturalization on the Ground of Disloyalty*, 36 THE AMERICAN POLITICAL SCIENCE REVIEW 701 (1942).
- RAWLS JOHN, A THEORY OF JUSTICE (Harvard University Press, 1971).
- RAZ JOSEPH, THE MORALITY OF FREEDOM (Clarendon Press, 1986).
- RIESENBERG PETER, CITIZENSHIP IN THE WESTERN TRADITION: PLATO TO ROUSSEAU (The University of North Carolina Press, 1992).
- Sandel Michael J., *The Procedural Republic and the Unencumbered Self*, 12 POLITICAL THEORY 81 (1984).
- Sandifer Durward V., *A Comparative Study of Laws Relating to Nationality at Birth and to Loss of Nationality*, 29 THE AMERICAN JOURNAL OF INTERNATIONAL LAW 248 (1935).
- Turner Bryan S., *Outline of a Theory of Human Rights*, in 1 CITIZENSHIP: CRITICAL CONCEPTS 170 (Bryan S. Turner & Peter Hamilton eds., Routledge, 1994).
- VINCENZI CHRISTOPHER, CROWN POWERS, SUBJECTS AND CITIZENS (R. Blackburn ed., Pinter, 1998).
- Walker Dorothy J., *Statelessness: Violation or Conduit for Violation of Human Rights?*, 3 HUMAN RIGHTS QUARTERLY 106 (1981).
- WALZER MICHAEL, OBLIGATIONS: ESSAYS ON DISOBEDIENCE, WAR AND CITIZENSHIP (Harvard University Press, 1970).
- SPHERES OF JUSTICE: A DEFENSE OF PLURALISM AND EQUALITY (Basic Books, 1983).

Weissbrodt David & Clay Collins, *The Human Rights of Stateless Persons*, 28 HUMAN RIGHTS QUARTERLY 245 (2006).

Yonsoo Kim C., *Revoking Your Citizenship: Minimizing the Likelihood of Administrative Error*, 101 COLUM. L. REV. 1448 (2001).

ZILBERSHATS YAFFA, *THE HUMAN RIGHT TO CITIZENSHIP* (Transnational Publishers, 2002).

פרסומים ממשלתיים בארץ ובחו"ל

דין וחשבון הוועדה הציבורית לחוקי העתונות (1997).

דין וחשבון ועדת החקירה הממלכתית לבירור ההתנגשויות בין כוחות הביטחון לבין אזרחים ישראלים באוקטובר 2000 (2003).

Citizenship Laws of the World, U.S. Office of Personnel Management – Investigations Service, March 2001, at: <http://opm.gov/extra/investigate/IS-01.pdf>.

Citizenship Revocation: A Question of Due Process and Respecting Charter Rights, Report of the Standing Committee on Citizenship and Immigration, House of Commons, Canada, June 2005.

Evans Tim, *Compulsory Voting in Australia* The Australian Electoral Commission, January 2006, at: www.aec.gov.au/_content/what/voting/compulsory_voting.pdf.

Research Paper 02/25, April 22 2002, The Nationality, Immigration and Asylum Bill: Nationality and Citizenship, Bill 119 of 2001/2, House of Commons Library, at: www.parliament.uk/commons/lib/research/rp2002/rp02-025.pdf.

עוד באותו עניין: ממבחר פרסומי המכון הישראלי לדמוקרטיה

אף על פי שחטא – ישראלי הוא? שלילת אזרחות בגין הפרת אמונים, מחקר מדיניות 73, אפרת רחף, בהנחיית מרדכי קרמניצר, 2008.

בין הסכמה למחלוקת: דמוקרטיה ושלוש בתודעה הישראלית, יוחנן פרס, אפרים יערי-יוכטמן, 1998.

בלי כוונה: פגיעה בחפים מפשע בזמן מלחמה בטרור, דוד אנוך, עידן פורת, ראם שגב, מרדכי קרמניצר, 2007.

האם הכול כשר בהתמודדות עם הטרור? על מדיניות ההריגה המונעת (הסיכול הממוקד) של ישראל ביו"ש ובעזה, מהדורה מעודכנת הכוללת רב-שיח בנושא ההריגה המונעת (הסיכול הממוקד), מחקר מדיניות 60, מרדכי קרמניצר, 2006.

הגנה על חופש הביטוי במשטר הדמוקרטי (דברי יום עיון) בשיתוף עם קרן קונרד אדנאואר, הפקולטה למשפטים, האוניברסיטה העברית בירושלים, מרדכי קרמניצר (מרכז אקדמי), 2003.

הסתה, לא המרדה: ההמרדה בדיני העונשין – הדין המצוי והדין הרצוי, מחקר מדיניות 7 (קיים גם באנגלית), מרדכי קרמניצר, חאלד גנאים, 1997.

העדפה מתקנת בישראל: הגדרת מדיניות והמלצות לחקיקה, מחקר מדיניות 24, הילי מודריק אבן-חן, בהנחיית מרדכי קרמניצר ודוד נחמיאס, 2000.

הצעת חוק השב"כ – ניתוח משווה: הערות מרכזיות להצעת החוק, לאור המשפט המשווה, מחקר מדיניות 3, אריאל צימרמן, בהנחיית מרדכי קרמניצר, 1997.

הקרב של המאה ה-21: דמוקרטיה נלחמת בטרור, דן מרידור (יושב ראש), חיים פס (עורך), 2006.

הרפורמה המוצעת במערכת בתי המשפט: יתרונות מול סכנות, מחקר מדיניות 15, שחר גולדמן, בהנחיית רות גביוזן ומרדכי קרמניצר, 1999.

הרשות המבצעת: סמכויותיה, תפקידיה ועקרונות פעולתה (המועצה הציבורית, הכינוס העשירי), 2004.

הרשות השופטת: הסדרה חוקתית, מינוי שופטים, יסודות חוקתיים (המועצה הציבורית, הכינוס ה-11), 2004.

חופש הביטוי, דברי יום עיון, 2002.

חופש הביטוי נגד רשויות המדינה: הצעה לביטול האיסורים על ביטויים הפוגעים במעמדם של שופטים ועובדי ציבור, ראם שגב, בהנחיית מרדכי קרמניצר, 2001.

חופש העיסוק: מתי על המדינה לקבוע בחוק תנאי כניסה לעיסוק מקצועי?, מחקר מדיניות 11, מרדכי קרמניצר, עמרי בן-שחר, שחר גולדמן, 1998.

חוקה בהסכמה, הצעת המכון הישראלי לדמוקרטיה (בתוספת החוקים הנלווים: הצעת חוק ברית-הזוגיות וחוק השבת (ומועדי ישראל) (קיים גם באנגלית), בהנהגת מאיר שמגר, 2005.

חוקה שלא כתובה בתורה, מחקר מדיניות 69, שוקי פרידמן, עמיחי רדזינר, בהנחיית ידידיה צ' שטרן, 2006.

חוקה, חוקי יסוד, מגילת זכויות (המועצה הציבורית, הכינוס השלישי), 2001.

חוקי היסוד כתשתית לחוקה: ארגון מחדש של חוקי היסוד בדרך למסמך חוקתי כולל (המועצה הציבורית), מרדכי קרמניצר, דוד קרצ'מר, אבישי בניש, 2002.

ישראל לקראת דמוקרטיה חוקתית: עקרונות לתיקון מדינה ומשטר, (המועצה הציבורית), ירון אזרחי, מרדכי קרמניצר, מרגית כהן, איתן אלימי, 2001.

לוחמים בלתי חוקיים או חקיקה בלתי חוקית? על חוק כליאתם של לוחמים בלתי חוקיים (התשס"ב-2002), מחקר מדיניות, 58, הילי מודריק אבן-חן, בהנחיית מרדכי קרמניצר, 2005.

מוסר, אתיקה ומשפט בלחימה: מאמר סיכום (פרויקט צבא-חברה) (קיים גם באנגלית), ברוך נבו, יעל שור, 2003.

סוגיית אופי המדינה והשלכותיה על החוקה: המבוא לחוקה (המועצה הציבורית, הכינוס השישי), 2003.

סוגיית העיגון של זכויות חברתיות בחוקה (המועצה הציבורית, הכינוס התשיעי), 2003.

סודות רשמיים: הצעה לתיקון האיסור הפלילי, מחקר מדיניות 56, מרדכי קרמניצר, אפרת רחף, 2005.

פסילת רשימות, מחקר מדיניות 59, מרדכי קרמניצר, 2005.

תקנות ההגנה (שעת חירום) 1945, מחקר מדיניות 16, מיכל צור, בהנחיית מרדכי קרמניצר, 1999.

Accordingly, given the concrete danger of abuse, it is essential to make sure that the power to revoke citizenship on grounds of disloyalty be exercised only in suitable cases; but since this cannot be guaranteed, it is best to altogether avoid granting this power. Therefore, it is hereby proposed to repeal the statutory provision authorizing the minister of interior to revoke citizenship on grounds of disloyalty as well as the provision that allows citizenship to be revoked for unlawfully visiting an enemy state. Nevertheless, a final conviction for a “hardcore” offense of treason could justify the revocation of citizenship rights for a fixed period, as supplementary punishment to the primary punishment imposed for the crime. If the legislator does not follow this proposal, then, at the very least, the ground of unlawfully visiting an enemy state should be repealed altogether and the ground of disloyalty should be replaced with a limited and well-defined provision, accompanied by an exception for a revocation of citizenship that leads to statelessness.

over communist subversion was exploited by the American government to justify an exaggerated curtailment of individual rights, which included revoking the citizenship of people who, during the naturalization process, had concealed information about their connections to the Communist Party (however trivial). Practical alternatives to revoking citizenship – use of the criminal process and the temporary revocation of citizenship rights as supplementary punishment in suitable cases – are also appropriate for involvement in terrorism. Even if we accept the position that views terrorism as a unique phenomenon justifying unique measures (and there is disagreement on this subject), the danger that the fight against terrorism will be exploited for political needs demands that we find means for combating terrorism that cause minimal harm to democratic-liberal values. Israel employs a variety of measures against terrorism, from military combat to legislation allowing the disqualification of candidates to the Knesset if they support the armed struggle of a terrorist entity. Furthermore, the courts hand down harsh sentences to Israeli citizens convicted of providing assistance to terrorists.

In conclusion, the argument that putting the power to revoke citizenship in the hands of the courts would prevent the abuse of this power should be addressed. Undoubtedly, the court is better suited to exercise this power than a minister, however, transferring the power to the court does not dispel the fear that it will be abused or exercised in inappropriate cases. The courts in democratic nations have been known to render mistaken decisions, especially during a national-security crisis, when public pressure demands that “traitors” be brought to justice. From a practical perspective, judicial discretion even tends to be less independent when it comes to security matters. When the status of citizenship hangs in the balance, it is best not to rely on judicial sensitivity.

Notwithstanding the minimal benefit embodied in the power to revoke citizenship on grounds of disloyalty, the risks entailed by this power, in general, and in the Israeli reality, in particular, are considerable. The most tangible risk in Israel is that legislation allowing citizenship to be revoked following manifestations of disloyalty is liable to be considered, or even to be used as, a weapon directed at the Arab minority, given patterns of discrimination that have existed since the establishment of the state and given the suspicious treatment of this populace as a “fifth column.” Indeed, the sole exercise of the power to revoke citizenship on grounds of disloyalty has been directed at Israeli Arabs, despite the fact that Jews have been convicted of serious acts of espionage and treason. The national preferences of the Jewish public in Israel expressed in the symbols of the state and its immigration policy (i.e., the Law of Return, which grants every Jew the right to immigrate to Israel) must be accompanied by extra caution for the principle of equality before the law.

Some scholars argue that revoking citizenship for the commission of security offenses, especially terrorist offenses, is justified by the principle known as “defensive democracy.” However, this principle should be interpreted very narrowly, since it embodies a tension between its declared objective – the preservation of democracy – and the measures that it is designed to justify. The security challenges constantly faced by the State of Israel do not detract from this necessity. Moreover, without understating the seriousness of the threat of terrorism, in general, and of its threat to the State of Israel, in particular, this matter should be examined from an historical perspective. The fight against communism in the twentieth century, especially in the United States, offers a good analogy to the fight against terrorism at the beginning of the twenty-first century. It is clear today that public alarm

a second-order type of argument, whereby it is better to avoid granting a certain power if it embodies a potential harm that outweighs its potential benefit.

It seems that the benefit embodied in revoking citizenship is too trivial. The proper way to deal with serious cases of disloyalty – and there is no reason to even consider the revocation of citizenship except in serious cases – is through the criminal process. A criminal conviction – and certainly one for an offense of treason – casts a social stigma on the offender, and for serious offenses this is accompanied by a lengthy prison sentence. It is possible to consider, as supplementary punishment, the temporary revocation of citizenship rights, such as the right to vote and to be elected. This measure is less harmful than the revocation of citizenship itself. The biggest fear is that the power to revoke citizenship will actually be exercised in cases where the criminal law does not provide a solution because of the lack of sufficient evidence. The power is liable to be used to circumvent prosecution for treasonable offenses, which would allow government authorities to harm the individual no less – and perhaps even more – than would have been possible through the criminal justice system. In this context, it is important to remember that the heavy criminal burden of proof is not a technical matter, but rather a substantive principle designed to prevent the conviction of innocent persons. On the other hand, if it is impossible to enforce the criminal law because the suspect permanently lives abroad, even if there is overwhelming evidence, we still must respect the principle whereby a person is not to be tried *in absentia*; and it is not clear why there is a need to revoke citizenship in such cases, apart from the symbolic aspect of condemnation. In justified circumstances, the Minister of Interior may revoke, restrict, or refuse to renew the passport of a citizen who resides abroad.

Moreover, the family metaphor requires us to think of membership in the state in terms of close relations. Perhaps this approach suited the Greek city-state of ancient times, but not the modern alienated state.

A third type of argument relates to social contract theory. Some scholars support the revocation of citizenship on grounds of disloyalty by arguing that citizenship in a democratic country reflects the social contract between the individual and the government and, therefore, disloyalty represents a breach of the social contract. This argument has many flaws. For example, according to this logic, any violation of law, and certainly a severe violation of law, justifies the revocation of citizenship – for social contract theory serves as a moral justification for the duty to obey the law. Furthermore, the social contract, in its liberal formulation, does not require allegiance to the government. Some scholars even argue that the contract is not between the citizens and the government but rather between the citizens themselves. US Chief Justice Earl Warren held that the government of a democratic regime has no power to sever the relationship that gives rise to its existence. Nevertheless, an act that reflects high treason by a citizen against the nation, and not just against the government itself, could be considered a breach of the social contract even in its liberal formulation. Therefore, the argument based on social contract theory indeed justifies severe restrictions on the revocation of citizenship, but it does not lead to an unequivocal rejection of this power.

Indeed, we have not found an argument that totally rejects, in principle, the revocation of citizenship on grounds of disloyalty. However, given the balance of risks and benefits latent in the exercise of this power in the existing reality, perhaps considerations of policy render it illegitimate. This is

benefits and services, which, to a large degree, are a condition for decent human life. In this context, citizenship has been described in terms of “a right to have rights,” an expression rooted in Hannah Arendt’s spine-tingling description of the existential distress experienced by stateless refugees during the Second World War. On the other hand, it may be argued that the fact that a status engenders rights does not turn the status itself into a right; and that the expression “a right to have rights” even entails a conceptual contradiction, since a “right” – at least according to an accepted definition in rights theory – expresses a basic human need that cannot be derived from another need. Furthermore, it seems that citizenship is not currently as vital a need as it was in the past, because of the fact that the lessons of the Second World War led enlightened nations to significantly fortify the protection of individual rights, regardless of the individual’s legal relationship with the state. In response to these arguments, it is possible to limit the scope of the rights-based argument to the right to not be stateless or the right to be a citizen of a free nation. However, even if there is a justification for viewing these as “rights,” in any case, the rights discourse does not create an absolute barrier to revoking citizenship, since, according to the accepted approach, human rights are not absolute; they may retreat in the face of other values.

Another argument is that the state should be compared to the family, especially a nation-state like Israel, and therefore, it is wrong to revoke citizenship for two reasons: (1) It severely harms the identity of the individual; (2) The state bears responsibility for the actions of its citizens, and it cannot alienate and expel them whenever it is convenient (in the words of one scholar: “the state can punish, but it cannot banish”). These arguments only advance the discussion to a limited degree since they are not valid in all situations.

passed without any real discussion in the Knesset. To complete the picture, it should be made clear that the acceptance of foreign citizenship is not a ground for revoking Israeli citizenship and that the problems stemming from dual loyalties are dealt with mostly through the criminal law. For example, an Israeli citizen serving voluntarily in the army of a foreign nation is committing a criminal offense unless this is done by permission, under law, or under an international agreement.

It is important to note that the Israeli government has never exercised the power to revoke a person's citizenship for having unlawfully visited an enemy state, and it has almost never exercised this power on grounds of disloyalty. Thus, for example, the Israeli Supreme Court dismissed a petition challenging the refusal of the Minister of Interior to revoke the citizenship of Yigal Amir, the assassin of Prime Minister Yitzhak Rabin. However, in 2002, during the Second Intifada, the citizenship of two Israeli Arabs, who had spent extended periods abroad, was revoked for suspicion of involvement in terrorism. Since then, there has been a continuous increase in calls to revoke the citizenship of those involved in terrorism, and a bill has been submitted that would transfer this power to the courts – a move designed to increase the legitimacy of its use.

The point of departure for the discussion, on the level of principle, is that even if there is a moral justification for the duty of allegiance to the state, this itself does not mean that there is a moral justification for revoking citizenship on grounds of disloyalty. Rather, we should examine concrete arguments for and against revocation of citizenship on these grounds. One argument, for example, is that citizenship should not be revoked because it is a fundamental right in that it constitutes a prerequisite for receiving the most basic

established in a constitution. Furthermore, it is rare to find democracies that allow citizenship to be revoked for acts of treason. Such acts are solely dealt with by the criminal law. The most common ground for revoking citizenship in democratic countries is the acceptance of foreign citizenship, and even this is less common than in the past since the current trend is to permit dual citizenship. An even less prevalent ground is foreign military service or public service on behalf of a foreign nation, and in some countries it must be proven that this has actually caused harm to the interests of the state. It should be noted that, in Great Britain, the power to revoke citizenship is exceptionally broad (subject to the exception of statelessness) as a result of legislative amendments enacted in the wake of the fight against terrorism. In the United States, on the other hand, the grounds for revoking citizenship were greatly expanded in law at the end of the first half of the twentieth century, but this legislation became a “dead letter” after the US Supreme Court held it unconstitutional to revoke a person’s citizenship against his will.

Given all of this, it is clear that the Israeli statute allowing the revocation of citizenship is inconsistent with principles of international law and the prevailing law of democratic nations, for the following reasons: (1) the ground of disloyalty is unacceptable as well as overly vague; (2) the law does not establish an exception for a revocation of citizenship that results in statelessness; (3) the power is delegated to the Minister of Interior and not given to the courts. It should be noted that another ground for revoking Israeli citizenship – unlawfully visiting an enemy state – has no parallel in any other democratic nation. This ground was established in law in 1980, within the framework of an amendment transferring the power to revoke citizenship from the courts to the Minister of Interior. It is no wonder that this amendment was

deprivation of nationality on racial, ethnic, religious, or political grounds. Israel signed this Convention but has never ratified it, therefore, it does not have the status of law. Nevertheless, the act of signing itself is normatively binding.

Over the years, changes have occurred in the legal situation in other countries regarding this issue. In the past, a distinction has prevailed between the revocation of naturalized citizenship and the revocation of birthright citizenship. In both cases, many states have allowed citizenship to be revoked following acts reflecting disloyalty, especially during wartime. Nevertheless, naturalized citizens have been suspected of disloyalty – particularly during periods of tension between their new country and their previous country of citizenship. In the United States, for example, during the first half of the twentieth century, the citizenship of many naturalized citizens, particularly those of German descent, was revoked, including that of persons who had been American citizens for many years prior.

Furthermore, comparative law demonstrates that the attitude towards revoking citizenship is influenced by the nature of the regime. The distinction between naturalized citizens and birthright citizens, which, over time, has been eliminated in democratic nations, still prevails in undemocratic countries. Moreover, legislation in undemocratic nations allows citizenship to be revoked on grounds that are broader than those accepted in democratic countries – *inter alia*, for acts and expressions considered to be manifestations of subversion. Such legislation existed, for example, in the Soviet Union, Fascist Italy, and Nazi Germany, and was vigorously enforced in those regimes.

In the vast majority of democratic countries, a revocation of citizenship that leads to statelessness has been expressly prohibited, and in some cases this restriction has even been



obligations, and patriotism and civic virtue, which concern the sphere of morality. One of the advantages in limiting the duty of allegiance to its passive sense is that this reflects a simple dichotomy: A person can be either loyal or disloyal. This dichotomy suits the legal realm since the law demands that behavior be clearly categorized in order to determine its practical implications in view of the laws of the state. On the other hand, in the realm of morality, a person could be more or less patriotic and a better or worse citizen. In these matters there is no dichotomy. For these reasons, this study supports a narrow, passive concept of allegiance – at least in the legal realm – expressed primarily in the duty to refrain from committing offenses that harm national security. In Israel, these are the offenses of treason – however, it should be noted that these offenses are drafted overly broad.

A survey of attitudes towards revoking citizenship in international law and the law of other countries, past and present, offers the necessary vantage point for examining the Israeli law. As a rule, international law does not interfere with the citizenship law of individual states, with one exception – the absence of citizenship. While there is disagreement over whether dual citizenship is a desirable situation, it is agreed that statelessness is undesirable from the perspective of both international order and individual rights. Therefore, the Convention on the Reduction of Statelessness stipulates, *inter alia*, that a person may not be deprived of his nationality if this will render him stateless. This rule is subject to several exceptions that express recognition of the state's right to revoke a person's citizenship for having taken an oath of allegiance to another country or for a clear manifestation of disloyalty, provided that the citizen is given a fair hearing by a court of law or other independent body. In addition, it should be noted that the Convention absolutely prohibits the

prerequisite for freedom of movement between countries; immunity against extradition (in Israel, this immunity was very broad in the past, but has now been restricted to immunity against serving a prison sentence in a foreign country); the right to enter the country of citizenship without the need for a visa; and, most important, immunity against deportation.

As far as obligations are concerned, the accepted view is that the main duty imposed on the citizen is that of allegiance to the state. Other duties, such as obedience to the law and the payment of taxes, are also imposed on non-citizen residents. In certain countries, like Israel, compulsory military service also applies to non-citizen residents. The civic duty to vote in elections or to serve on juries only exists in some countries (not in Israel). However, the duty of allegiance remains too abstract. Among other things, the question arises as to whether or not it is limited to “negative” duties (manifested in prohibitions) or includes “positive” duties (to take action) as well.

It seems that the duty of allegiance to the state is essentially a negative duty and does not require that the citizen identify with and show devotion to the state. History provides enough examples of the anticipated danger to freedom of opinion, conscience, and expression following an overly broad definition of this duty. A minimal, passive duty of allegiance is necessary, *inter alia*, because the heterogeneity of the modern state makes it difficult to locate an experience of common history that produces a sense of identification among its citizens. The complicated reality characterizing the modern state, in general, and the nation-state, in particular, demands a clear distinction between citizenship and nationality. It also calls for a distinction between allegiance to the state, which creates legal

citizenship is a legal status that engenders the rights and duties of the individual vis-à-vis the state. There is some tension between these two meanings, since the legal meaning of citizenship nullifies the active emphasis of its political sense. Both meanings were developed in ancient times and have been integrated into modern political theories such as liberalism, which emphasizes rights, and republicanism, which espouses the realization of citizenship through political participation.

From a practical perspective, the dominant meaning of citizenship is as a source of rights and obligations. This reflects a type of exchange between the individual and the state: The rights express the needs of the individual and the obligations express the needs of the state. In the modern Western world, citizenship is mainly perceived in terms of rights. Even political participation, which was a duty in Athenian democracy, is currently viewed solely as a right in most countries (and it is of a more diluted content than in the past). This approach is termed “citizenship as rights,” and it conforms to the liberal tradition that has taken root in the West.

It is important to clarify which rights derive from the status of citizenship in order to understand the implications of revoking citizenship as well as in order to examine practical alternatives to the use of this power. The currently accepted approach is that all persons are entitled to basic rights, irrespective of their affinity to the country in which they happen to be. Thus, for example, foreigners are also entitled to equality before the law and due process. The status of residency, as well, engenders rights that vary in scope from country to country. Nevertheless, some rights are only granted to citizens: the right to vote and to be elected to national institutions of government; the ability to occupy senior public positions; the right to be issued a passport, which is a

Abstract*

An Israeli, Even Though He Has Sinned, Is Still an Israeli?

Revoking Citizenship on Grounds of Disloyalty

Efrat Rahaf

Supervised by Mordechai Kremnitzer

Pursuant to section 11(b) of the Israeli Nationality Law, the Minister of Interior may revoke the citizenship of a person who “has committed an act that constitutes a breach of loyalty towards the State of Israel.” This power has been exercised only twice in Israel’s history – at the end of 2002, Interior Minister Eli Yishai revoked the citizenship of two Israeli Arabs suspected of involvement in terrorism. Nevertheless, a bill aimed at increasing the use of the power to revoke citizenship on grounds of disloyalty has already been proposed in the Knesset. This study will deal with several fundamental justifications for revoking citizenship on grounds of disloyalty, as well as with the benefits and risks entailed by this power.

First of all, one should clarify just what citizenship is and how the duty of allegiance derived therefrom is manifested. These are not simple questions. Throughout history, the concept of citizenship has taken on two distinct meanings. On the one hand, citizenship represents a certain political ideal – a moral obligation that the individual be actively and significantly involved in the life of the political community. This ideal reflects the approach of Aristotle, who viewed the individual as a “political animal.” On the other hand,

* Translated by Neil Zwaill.

Language Editor (Hebrew): Tami Eylon Ortal
Cover and Series Design: Ron Haran, Yossi Arza
Layout: Nadav Shtechman
Printed by Ayalon Print, Jerusalem

ISBN 965-519-050-2

No portion of this book may be reproduced, copied, photographed, recorded, translated, stored in a database, broadcast, or transmitted in any form or by any means, electronic, optic, mechanical, or otherwise. Commercial use in any form of the material contained in this book without the express permission in writing of the publisher is strictly forbidden.

The Israel Democracy Institute's books and policy papers may be ordered from:

Tel: 1-800-20-2222, (972)-2-5300800; Fax: 02-5300867

E-mail: orders@idi.org.il

Website: www.idi.org.il

The Israel Democracy Institute, P.O.B. 4482, Jerusalem 91044

© Copyright by The Israel Democracy Institute

Printed in Israel 2008

All policy papers and one chapter of each book are now available for free download at www.idi.org.il

The statements published in the policy papers do not necessarily reflect the position of the Israel Democracy Institute.

An Israeli, Even Though He Has Sinned, Is Still an Israeli?

Revoking Citizenship on Grounds of Disloyalty

Efrat Rahaf
Supervised by Mordechai Kremnitzer

POLICY PAPER **73**
Jerusalem, July 2008



The Israel Democracy Institute