

הזכות לאיחוד משפחות ודיני ההגירה

אליהו אברם, עו"ד, האגודה לזכויות האזרח בישראל

(סעיפים רלוונטיים מן האמנות הבינלאומיות לזכויות האדם המצוטטים להלן מובאים בנספח 1.)

התופעה של בני זוג וילדים המופרדים על-ידי גבולות בינלאומיים אינה בעיה ישראלית ייחודית כלל וכלל. בעיות של פליטים ומחפשי מיקלט, וכן בעיות הכרוכות בהגירה, צמחו בעשורים האחרונים לממדים חדשים, כאשר למעלה ממחצית מפליטי העולם הם ילדים. מדינות אירופאיות רבות מגיבות במדיניות של "מבצר אירופה", המיועדת למנוע כניסת זרים, ומתקנות בהתאם את דיני המיקלט המדיני. הטרנדיות האחרונות במזרח אפריקה והמהפכות במזרח אירופה הובילו לנדידה המונית. בעיה זו משפיעה על העולם כולו, ואני מבקש לבחון את השאלה – כיצד מתייחס המשפט הבינלאומי לבעיית של פירוד המשפחות.

נראה כי אך טבעי וברור הוא, שיש לאפשר ולהתיר להורים וילדיהם, לבעלים ונשותיהם, לגור יחדיו, וכי שום גבול אסור שיחצוץ ביניהם. עם זאת, הכוח לקבוע מי ייכנס למדינה נחשב באופן מסורתי כתכונה הטבועה בעצם ריבונותה של כל מדינה, וכניסתם של זרים נחשבה תמיד לפריבילגיה הכפופה לשיקול דעת בלתי מוגבל של המדינה. ניתן לצטט את אופנהיים בספרו **המשפט הבינלאומי**: "קבלתם של זרים הוא עניין לשיקול דעת, וכל מדינה רשאית, מכוח עליונותה הטריטוריאלית, למנוע כניסתם של זרים לשטחה או לכל חלק ממנו". בתשובתה של מדינת ישראל (שלא פורסמה) ל-64 עתירות בעניין איחוד משפחות (**סרחאן נגד מפקד כוחות צה"ל באזור יהודה ושומרון**, בג"ץ 4494/91 נטען: "ההחלטה מי ייכנס ומי ישתקע באחד מן האזורים... היא עניין להחלטת השלטונות, ואין כל תושב או תושבת רשאי לכפות בענין זה על השלטונות את הכרעתו הפרטית". בתגובה זו ביטאה מדינת ישראל את התפיסה המסורתית של בני סמכא במשפט הבינלאומי, כגון אופנהיים.

במחקר שערך על מסמכים בינלאומיים בעניין זכויות אדם, ואשר פורסם ב-1983, כתב פ' סיהרט (SEIGHT): "אין בנמצא אמנה לזכויות האדם שבה קיבלה על עצמה מדינה כלשהי מחויבות מפורשת להתיר לזרים להיכנס לשטחה". לאותה מסקנה הגיע ריצ'רד פלנדר, שבעבודה רחבת היקף על דיני ההגירה הבינלאומית סיכם, כי אין מסמך בינלאומי או אזורי בדבר זכויות אדם, הקובע את הזכות לאיחוד משפחות במשפט הבינלאומי הכללי.

כאשר אנו, עורכי-הדין, מוסיפים לטעון בפני בית-המשפט כי זוהי זכות המוכרת על-ידי הקהילה הבינלאומית, והיא אפילו נורמה מנהגית של המשפט הבינלאומי, אנו מגזימים. אנו מנסים למתוח את גבולות הדין הקיים ולהרחיבם – מטרה לגיטימית לחלוטין כשלעצמה – אך ללא ספק איננו יכולים להסתמך על אסמכתאות מעין אלו המצוטטות לעיל כתמיכה בעמדתנו.

הזכות לחיי משפחה

אם כן, על מה אנו יכולים להסתמך? ראשית, קיימת למשפחה זכות אדם המוכרת מבחינה בינלאומית – הזכות להיות חופשייה מהתערבות שרירותית או בלתי חוקית בחיי המשפחה. זכות זו מוגנת בסעיף 17 של **האמנה הבינלאומית בדבר זכויות אזרחיות ומדיניות** (**International Covenant on Civil and Political Rights**) משנת 1966, אשר ישראל אישרה. בדומה לכך, סעיף 8 **לאמנה האירופאית לזכויות האדם** אוסר

פגיעה בזכות זו, "מלבד התערבויות אשר הן בהתאם לחוק והן הכרחיות בחברה דמוקרטית"; וממשיך הסעיף ומציין את הנסיבות שבהן התערבות בחיי המשפחה עשויה להיות לגיטימית והכרחית.

חשיבותה של **האמנה האירופאית** היא בכך, שהיא הניבה פסיקה ניכרת של בית-הדין האירופאי לזכויות האדם, שבה נדון ההיקף של הזכות לחיי משפחה. פסיקה זו היא רלוונטית לפרשנות ההוראה המקבילה שבאמנה הבינלאומית בדבר זכויות אזרחיות ומדיניות. אתן מספר דוגמאות הנוגעות לאיחוד משפחות בינלאומי: הנציבות האירופאית ובית-הדין האירופאי לזכויות האדם קבעו, כי היו הפרות של הזכות לחיי משפחה במקרים של גירוש זרים, ששהו כדין במדינה כתושבים ארעיים או קבועים, כאשר קשרי המשפחה שלהם במדינה שבה שהו גברו על שיקולים משפטיים וחברתיים אחרים.

דוגמא אחת היא פסק הדין בעניין **בהרב נגד הולנד** (11 E.H.R.R. 322), שניתן בשנת 1984. זה היה מקרה של אזרח מרוקאי שהתגורר בהולנד במשך כמה שנים, נישא לאזרחית הולנדית, והתגרש ממנה כעבור שנתיים, זמן קצר בטרם נולדה להם בת. לאחר לידתה הורו שלטונות הולנד לאב לעזוב את המדינה, בטענה כי זכות השהיה שלו היתה תלויה בנישואיו לאזרחית הולנדית. לבסוף הוא גורש למרוקו. בית הדין האירופאי חנן, ראשית, האם היו חיי משפחה, למרות הגרושיו, וקבע שכן: לאב היו זכויות ביקור אצל הילדה, ובפועל ביקר את בתו ארבע פעמים בשבוע. השאלה הבאה שנדונה בבית הדין היתה, האם היתה פגיעה בחיי המשפחה. מאחר שהאב גורש, הדרך היחידה שבה יכול היה לראות את בתו היתה באמצעות אשרות ביקור קצרות מועד, והיה עליו לשאת בעלות הנסיעות בין מרוקו והולנד. בית הדין אמר כי אין זה סביר; אכן היתה הפרה של הזכות לחיי המשפחה. הצעד הבא היה בחינת השאלה, האם היתה מטרה לגיטימית להפרידו, וכאן קבע בית הדין שהיתה מטרה כזו: מטרת גירוש הזרים היתה להגן על שוק העבודה המקומי. אחת העילות המוגדרות כלגיטימיות לשם הגבלת הזכות לחיי משפחה, על פי סעיף 8 לאמנה האירופאית, היא הדאגה לטובתה הכלכלית של המדינה. הצעד האחרון היה ניתוח השאלה, האם דבר זה הוא הכרחי בחברה דמוקרטית. ניתוח ההכרחיות הוא למעשה איוון אינטרסים: האם הנזק שנגרם לבת ולאב הנדונים הוא פרופורציונלי לצורך שיש להולנד בהגנה על שוק העבודה שלה? בית הדין היה בדעה שאין הדבר פרופורציונלי או הכרחי, ועל כן פסק לטובת האב והבת.

מקרה נוסף הוא **מוסטקים נגד בלגיה** (13 E.H.R.R. 802), שפסק הדין בו ניתן בשנת 1991. במקרה זה עבר ילד בן שנה וחצי, עם הוריו, ממרוקו לבלגיה. שלושה מאחיו ואחיותיו נולדו בבלגיה, ואחד מאחיו הבוגרים התאזרח כבלגי; הוא עצמו אף לא ידע לדבר ערבית. עם זאת, עקב סדרה של הרשעות פליליות בהיותו בן חמש-עשרה ושש-עשרה, החליטה המדינה לגרשו. בית הדין האירופאי נדרש לאותו ניתוח כמו במקרה הקודם, והחליט כדלקמן: ראשית, ללא ספק היו חיי משפחה; בעת זו היה הבחור בן עשרים, אחיו, אחיותיו והוריו גרו בבלגיה, ולמרות העובדה שהוא היה מנהיג של כנופית רחוב, גם הוא גר בבית. שנית, ברור שהיתה הפרה של חיי המשפחה. שלישית, היתה מטרה לגיטימית לגירוש: שמירה של הסדר הציבורי. עם זאת, לבסוף קבע בית הדין כי מטרה זו לא היתה פרופורציונלית לנזק שנגרם, ובלגיה נצטוותה להתיר לאיש לחזור.

בכל המקרים הללו היו מעורבים אנשים שכבר שהו בתוך המדינה. אשר לאדם הנישא מחוץ למדינה, או למהגר הרוכש מעמד תושבות בעוד אשתו וילדיו עדיין בארץ המוצא, היתה עמדתו השלילית של בית הדין האירופאי ברורה מאוד. על מנת לתמצת עמדה זו אצטט ממאמר משנת 1993 של ג' כהן-ג'ונתן **מהמנגנון האירופאי להגנה על זכויות האדם**, המציין כי אין ספק שהאמנה האירופאית "אינה מבטיחה כל זכות לכניסה או לתושבות של זרים במדינות שהן צדדים לאמנה". ואכן, בית הדין האירופאי שב ומנע בקביעות איחוד משפחות שבהן היו בני זוג זרים לא-תושבים.

עם זאת, בשורת פסקי דין אומר בית הדין האירופאי, כי באופן תיאורטי יכולה אחדות המשפחה להיפגע על-ידי

מניעת רשות כניסה מזר. בפסק הדין הנודע **עבדאלעזיז קבלס ובלקנדה נגד בריטניה** משנת 1985 (7 E.H.R.R. 471), אף על פי שצעדים הננקטים בתחום ההגירה (דהיינו צעדים המונעים מאנשים להיכנס) עשויים להשפיע על הזכות לחיי משפחה על פי סעיף 8 לאמנה, החובה להתיר את כניסתם של קרובי מהגרים תשתנה על פי הנסיבות המיוחדות של האנשים המעורבים. עשויה, אם כן, להתקיים חובה להתיר כניסתו של זר לצורך איחוד משפחות; ואולם, חובה זו "אינה יכולה להיחשב כהתחייבות כללית מצד המדינות שהן צד לאמנה, לכבד את בחירתם של זוגות נשואים באיזו מדינה יחיו יחדיו, ולאפשר לבני זוג שאינם בעלי זכות ישיבה להתישב במדינה". במילים אחרות, אחדות המשפחה יכולה להתקיים במקום אחר.

מקרה נוסף הנוגע לבריטניה היה ב-1993. נ', קטינה בת 3, **נגד בריטניה** (16 E.H.R.R. COMMISSION SUPPLEMENT 28). אמה של הילדה הגיעה לבריטניה בגיל שלוש-עשרה עם כל משפחתה, וקיבלה אזרחות בריטית. היא פנתה לקבלת אשרת כניסה לבעלה, שלו נישאה בארץ מולדתה, בנגלדש. בית הדין לערעורים לענייני הגירה של בריטניה קבע, כי נישואין אלה נערכו בראש וראשונה במטרה לאפשר הגירה, ועל כן הבעל הבנגלדשי לא יוכל להיכנס. בית הדין לא התרשם מן העובדה שלזוג כבר היתה תינוקת שנולדה בבריטניה. הנציבות האירופאית הסכימה, כי העמדת האם בפני הברירה בין הגליה חזרה לבנגלדש ובין גידול של בתה ללא אב לא היוותה הפרה של הזכות לחיי משפחה המוגנת על פי **האמנה האירופאית**.

אם לסכם, הרי שכל שהדברים נוגעים לישראל, אפשר להסתייע בהגנה מפני התערבות שרירותית או בלתי חוקית בחיי המשפחה, המעוגנת באמנה הבינלאומית בדבר זכויות אזרחיות ומדיניות, על מנת לבסס את זכותם של זרים שכבר נמצאים בשטח להישאר בו לצורך איחוד משפחות. עם זאת, לא סביר שהאמנה תסייע להכנסתם לצורך איחוד משפחות של אלה אשר עדיין אינם נמצאים בשטח.

האמנה בדבר זכויות הילד

האמנה הפופולרית ביותר בשנים האחרונות היא **אמנת האו"ם בדבר זכויות הילד**. אם כל המדינות אשר חתמו על האמנה גם יאשררו אותה, יהיו צד לאמנה זו יותר מדינות מאשר לכל אמנה אחרת, פרט לאמנות זנבה משנת 1949, אף שהיא התקבלה באו"ם רק בשנת 1989. לדעתי, האמנה היא "להיט בינלאומי" היות ואף אחד לא בחן את השלכותיה המהפכניות.

ההוראות בדבר איחוד משפחות מצויות בסעיפים 9 ו-10. סעיף 10, על פניו, נראה חלש מאוד. מקורותיו נעוצים בהסכמי הלסינקי משנת 1975, שקבעו: "המדינות החברות יטפלו ברוח חיובית והומניטרית בבקשות אנשים המבקשים להתאחד עם בני משפחתם", ו"יטפלו בבקשות בתחום זה במהירות האפשרית". החולשה הראשונה בהוראת הלסינקי היא הקושי בהגדרת "רוח חיובית והומניטרית"; הדבר מהווה בסך הכל ביטוי לסוג של התחייבות מוסרית. הדבר נכון גם לגבי המונח "במהירות האפשרית"; מה אם מדינה טוענת שהיא אינה מסוגלת לטפל בבקשה במשך שנתיים או שלוש? החולשה האחרת של **הסכמי הלסינקי** היא בכך שהם אינם בגדר אמנה בינלאומית המחייבת את המדינות שהן צד להסכמים, אלא הם נחשבים להצהרת כוונות פוליטית של המדינות שהשתתפו בוועידה, ודבר זה חל על אותן מדינות בלבד, כלומר המדינות האירופאיות, ארצות הברית, ברית המועצות וקנדה.

השאלה היא, אם סעיף 10 באמנת האו"ם בדבר זכויות הילד רק חוזר על מחויבות מוסרית כללית, על מנת ליצור חזות נעימה של פני הדברים. לדעתי, לא זו פרשנותו הראויה של הסעיף. סעיף 10 פותח באומרו, כי מדינות צריכות לדון באיחוד משפחות שבו מעורב קטין "בהתאם למחויבותן של המדינות החברות על פי סעיף 9 סעיף קטן 1". סעיף 9.1 מבסס את אחדות המשפחה במונחים מחייבים וחד-משמעיים. מדינות "יבטיחו כי ילד לא יופרד מהוריו בניגוד לרצונם", וכי רק מקום ש"פירוד כאמור נדרש לטובת הילד" תוכלנה מדינות להצדיק

סטייה מהחובה להבטיח את אחדות המשפחה. קביעה זו רחוקה מרחק רב מהקביעה בסעיף 8.2 לאמנה האירופאית, המציין מיגוון רחב של מניעים היכולים להצדיק הפרה של הזכות לחיי משפחה, ובכלל זה טובתה הכלכלית של המדינה. סעיף 10.1, אם כן, שואב את הזכות לאחדות המשפחה מסעיף 9, העוסק בדין מקומי, אל תוך הזירה הבינלאומית: הוא מתאר כיצד צריכה מדינה למלא אחר מחויבויותיה לפי סעיף 9.1 בתחום התנועה וההגירה הבינלאומית.

מהי המשמעות של החובה לטפל בבקשה לאיחוד משפחות בצורה "חיובית, אנושית ומזורזת" (סעיף 10.1)? המונח "חיובי" אינו מופיע באף אמנה בינלאומית אחרת לזכויות האדם. אילו היה מדובר בהמלצה בלבד לשקול פעולה חיובית, היה נעשה שימוש בלשון אחרת. למשל, המדינות שהן צדדים להסכם "ישקלו בחיוב את האפשרות ליתן" או "ינהגו ברוח חיובית", כפי שמוגדר בהסכמי הלסינקי. נראה לי, כי משמעם של טיפול באופן חיובי והומני ביישום איחוד משפחות, ושל טיפול בכך בהתאם למחויבות (על פי סעיף 9) להבטיח כי ילדים לא יופרדו מהוריהם, לא יכול להיות אלא היענות חיובית.

ההשלכות של המונח "חיובי" לא חמקו מעיני המשלחות שהיו מעורבות בתהליך הניסוח. הבריטים התנגדו: המונח יפתח פתח לפרשנויות לא נכונות; במקום "חיובי", דרשו, צריך לבוא "אובייקטיבי". הצרפתים הסכימו: גם לדידם של הצרפתים הטקסט "הכיל לכאורה אלמנט של הכרעה מראש". הפינים השיבו, כי למלה "חיובי" יש שימוש מקובל בקונטקסט האירופאי, ולשם הבהרה הציעו כי המילה "FAVOURABLE" תבוא במקום המלה "POSITIVE". האמריקאים, אשר יזמו את הסעיף וטענו כי אחדות המשפחה ואיחוד משפחות הן זכויות אדם בסיסיות, הטעימו כי המונח "POSITIVE", בניגוד ל"FAVOURABLE", אינו יוצר הכרעה מראש בעניין. לשמע ההסבר האמריקאי התרצו הבריטים, תוך העדפה רגעית לפרשנות האמריקאית לשפתם; ואילו הצרפתים לא רמזו אם הם השתכנעו לגבי הבנתם של הפינים את שפת האמנות האירופאית. המלה "POSITIVE" נותרה על כנה. כאשר הבריטים עמדו לאשרר את האמנה, הם חזרו לתפיסתם המקורית לגבי המשמעות הברורה של המונח, וקבעו הסתייגות מפורשת לסעיף 10, לאחר שנוכחו כי דרישה לפעול באופן חיובי בעניין בקשות לאיחוד משפחות תשפיע על דיני ההגירה הבריטים. (גרמניה קבעה הסתייגות דומה). בהקשר הדברים שבסעיף 10 לאמנה, שקילה "חיובית" של בקשתו של אדם לאיחוד משפחות אינה יכולה להיות מכוונת אלא לפרשנות שעליה הצביעו בדאגה הבריטים והצרפתים: זוהי חזקה מראש לטובת אישור הבקשה. דחייה של בקשה היא על פניה הפרה של המחויבות להבטיח כי ילד לא יופרד מהוריו. שיקול הדעת נותר על כנו, אך הוא מוגבל: על הרשות הציבורית מוטל הנטל להוכיח, כי ההפרדה הכרחית לשם טובת הילד, או שאת טובת הילד אפשר להבטיח למעשה על-ידי איחודו עם הוריו במדינה אחרת.

בעיה זו נותרה בעינה. מדוע שבריטניה תסכים לאיחוד משפחות בבריטניה, כאשר המשפחה יכולה להתאחד באותה מידה בבנגלדש? יש מספר תשובות לטענה זו. תשובה אחת היא, שגישה זו מניחה מראש כי קיים מקום אחר בעולם שבו יכולה המשפחה ליהנות מאיחוד, ואין הדבר תמיד כך, ודאי לא כשמדובר בפליטים. שנית, כאשר המדינה שוקלת את הבקשה, עליה להיות משוכנעת מעל לכל ספק כי כל המשפחה כולה רשאית לחיות באותה מדינה אחרת. הדבר דומה לדרישה המוצבת בפני שר הפנים, בטרם יקבל בקשה לוותר על אזרחות ישראלית, לוודא ולקבוע כי האדם יקבל למעשה אזרחות במדינה אחרת ולא ייוותר חסר-מדינה.

לבסוף, מדינה אינה יכולה, כעניין שבמדיניות, לקבוע שאיחוד משפחות של משפחות חצויות יתרחש במקום אחר בעולם באמצעות גירושם של בני משפחה. אין הכרה אמיתית בזכות אם זכות זו יכולה להיות ממומשת רק במדינה אחרת. בכל מקרה, למדינה אין בדרך כלל הכוח להבטיח את מימוש הזכות מחוץ לתחום שיפוטתה. מדיניות שעיקרה דחיית רוב הבקשות להגירה למטרת איחוד משפחות במקום שבו מעורב קטין, ללא ספק מהווה הפרה של האמנה בדבר זכויות הילד. סעיפים 9 ו-10 מכתבים חזקה הפוכה, חזקה לטובת איחוד.

הדרישה האחרת בסעיף 10 לאמנה זו היא, שבקשות יטופלו במהירות. הוראה זו נכללת באמנה בדבר זכויות הילד מסיבות ברורות: במיוחד כאשר מדובר בילד צעיר, שנה או שנתיים שקולות לתקופת חיים שלמה, ועיכובים עלולים להסב נזק רב להתפתחותו.

יושם אל לב, כי שלא כמו רוב ההוראות האחרות באמנה בדבר זכויות הילד, הוראה זו משפיעה על זכויותיהם של ההורים הבגירים וגם על אלה של ילדיהם. ההתייחסות בסעיף 10.1 לבקשות המוגשות על-ידי ילד או על-ידי הוריו מבהירה, כי החובה להבטיח אי-פירוד של ילד מהוריו מביאה עימה זכות הדדית, הן של הילד והן של אימו ואביו.

הזכות, עם זאת, נותרת זכותו של הילד. אם ההורים אינם נשואים עוד, למשל, לילד יש זכות לאיחוד משפחה עם כל אחד מהוריו. פסק הדין של הנציבות האירופאית הנזכר לעיל, בעניין אב בנגלדשי ואם בריטית (המקרה של נ'), היה צריך להיות מוכרע אחרת על פי האמנה בדבר זכויות הילד; כי השאלה על פי האמנה אינה טיב הקשר בין הורים, אלא טובתו של הילד וזכותו לחיות עם שני הוריו. על כן אני טוען, כי אמנה זו מרחיבה במידה ניכרת את המשפט הבינלאומי ההסכמי בעניין איחוד משפחות במקום שבו מעורב ילד.

פליטים

נושא הפליטים מעסיק אותנו מאוד במזרח התיכון, ויש לו רלוונטיות מסוימת לעניין ירושלים, למשל כשמדובר בפליטים כווייתים הנשואים לתושבי ירושלים. באמנת ז'נבה הרביעית נכללות הוראות חלשות ביותר בנוגע לאיחוד משפחות של אנשים שהופרדו עקב סכסוכים אלימים. כל שנאמר שם הוא כי אין להשאיר ילדים בגפם; יש לדאוג להם, והצדדים לסכסוך יאפשרו את קבלתם של ילדים כאלה במדינה נייטרלית (אמנת ז'נבה הרביעית, סעיף 24). סעיף 26 מוסיף, כי הצדדים יאפשרו בירורים במטרה לחדש קשרי משפחה ככל שהדבר אפשרי. אין פירוש הדבר איחוד משפחות, ולדעתי צדק בית המשפט העליון הישראלי בדחותו עתירות שהתבססו על אמנת ז'נבה הרביעית.

הפרוטוקול הראשון לאמנות ז'נבה (1977) מרחיק לכת הרבה יותר. (הבעיה היא שישראל, כמו מדינות רבות אחרות, ובכללן ארצות הברית, אינה צד לפרוטוקול הראשון). סעיף 74 לפרוטוקול קובע: "הצדדים לסכסוך יקלו בכל דרך אפשרית על האיחוד של משפחות שהופרדו כתוצאה מסכסוך מזוין ויתמכו במיוחד בעבודתם של הארגונים ההומניטריים המעורבים במשימה זו". ניתן לטעון, כי מדינה אשר אינה מאפשרת איחוד משפחות בשטחה, אינה מקלה על איחודן. מכל מקום, הוראה זו עדיין אינה מטילה חובה מפורשת על מדינות להתיר כניסתם של זרים, או חזרתם של פליטים לשטח כבוש.

אם נחזור לאמנה בדבר זכויות הילד בתקווה למצוא חידוש נוסף, הסקירה הראשונית מאכזבת ביותר. ההצעה הדנית המקורית לניסוח הוראה בעניין זכויות ילדים פליטים היתה בעלת עוצמה: מדינות מכירות בזכות של ילד פליט להתאחד עם הוריו, קרוביו ומגיניו. אין כל ספק כי הדבר הראשון שיש לעשות! למען ילד פליט הוא להביא לאיחודו עם הוריו. זו היתה אחת המסקנות של הנציב העליון של האומות המאוחדות לעניין פליטים בדו"ח שלו משנת 1988. זכות זו נדלדלה בניסוח הסופי של הסעיף על פליטים לחלוטין באמנה בדבר זכויות הילד. סעיף 22 לאמנה קובע רק, שהצדדים יסייעו לילד פליט לאתר את הוריו, או קרובי משפחה אחרים, כדי להשיג מידע לשם איחוד; על פני הדברים, החובה היחידה הכלולה באמנה איתנה זו לעניין ילדים פליטים היא לספק שירותי מידע.

אך אני מבקש לטעון לפרשנות אחרת, בהסתמך על סעיף 2, המפרט את היקף תחולתן של כל הזכויות על פי האמנה. שם נאמר, כי מדינה שהיא צד לאמנה תכבד ותבטיח את הזכויות המפורטות באמנה ללא הבדל גזע,

צבע וכו', וללא קשר למוצא הלאומי או מעמד אחר. האמנה חלה איפוא על כל ילד בתחום השיפוט של מדינה. אם ילד פליט נמצא במדינה מסוימת, כל הזכויות על פי אמנה זו חלות עליו, ובכלל זה הזכות שלא להיות מופרד מהוריו לפי סעיף 9, והזכות לאיחוד משפחות לפי סעיף 10. אשר על כן, שירות המידע על פי סעיף 22 לאמנה צריך להיחשב כתוספת בלבד המשלימה את זכויותיו הבסיסיות של הילד הפליט לחיות ביחד עם הוריו.

הרלוונטיות לישראל

מהן ההשלכות המעשיות שיש לאמור לעיל על ישראל ועל ההתדיינויות בה? ישראל היא צד הן לאמנה הבינלאומית בדבר זכויות אזרחיות ומדיניות והן לאמנה בדבר זכויות הילד, והיא אישרה את שתיהן. כלל בסיסי הנוגע לפרשנות חוקים בוטא באופן המובהק ביותר בספרו העדכני של אהרון ברק, **פרשנות במשפט**, חלק שני, **פרשנות החקיקה** – ואין לשכוח כי ברק הוא נשיאו המיועד של בית המשפט העליון של ישראל. השופט ברק גורס, כי חוקים מקומיים יש לפרש, כל אימת שהדבר אפשרי, בהתאם להתחייבויות הבינלאומיות של המדינה; לא רק המחויבויות הבינלאומיות על פי המשפט המנהגי, אלא כל המחויבויות הבינלאומיות, ובכלל זה התחייבויות על פי אמנות. זאת ועוד, הוא קובע שרק בשפה מפורשת, ברורה וחד-משמעית, יגבר הדין המקומי על המחויבות הבינלאומית במקום שבו הדין המקומי סותר את המחויבות הבינלאומית.

בהקשר הישראלי והירושלמי, אנו מדברים על חוק הכניסה לישראל שאין בו דבר הסותר את האמנות הבינלאומיות שנדונו לעיל. חוק זה מקנה לשר הפנים שיקול דעת מוחלט להתיר כניסתם של זרים לישראל. לדעתי, הוא מחויב להפעיל שיקול דעת זה בהתאם לאותן מחויבויות בינלאומיות, ואני מקווה שבתי המשפט הישראליים יילכו בדרך פרשנית זו.

אותה בעיה קיימת בכל אותן מדינות אשר, כמו ישראל, ירשו את מסורת המשפט המקובל (COMMON LAW), מאחר שבאותן מדינות אין אמנות בינלאומיות הופכות באופן אוטומטי לחלק מן הזכויות המקומיות ומן הדין המקומי, אלא נדרשת חקיקה ספציפית של בית המחוקקים כדי להופכן לכאלה. בפסק דין ניו-זילנדי משנת 1993, **טאוויטה נגד שר ההגירה והתובע הכללי** (C.A. 266/93), החלטת בניינים שלא פורסמה, מיום 30 בנובמבר 1993), תקף אב את צו הגירוש מניו זילנד שהוצא נגדו, בעת שילדו היה תושב ואזרח ניו זילנד, בהתבסס על הזכות לאיחוד משפחות המעוגנת בסעיף 9 לאמנה בדבר זכויות הילד. בית המשפט הניו זילנדי קבע כי הימנעות מיישום מעשי של אמנות בינלאומיות אשר ניו זילנד היא צד להן, עלולה לגרום ביקורת. "ניתן היה למתוח ביקורת לגיטימית על בתי המשפט הניו זילנדיים אילו קיבלו את הטענה, כי היות שחוק מדינה מקנה סמכויות שבשיקול דעת במונחים כלליים, ואינו מאזכר נורמות או מחויבויות בינלאומיות של זכויות אדם, הרי הרשות המבצעת בהכרח חופשית להתעלם מהן". בית המשפט לא קיבל עמדה זו, והחזיר את המקרה לוועדת ההגירה של ניו זילנד לשם שקילתו מחדש.

אני סבור כי ייתכן שאפשר יהיה להשיג החלטות דומות בישראל, על בסיס התחייבויותינו הבינלאומיות.

"לא-זרים"

הערה אחרונה: העובדה שהתושבים הפלסטינים של מזרח ירושלים אינם זרים או נוכרים, רק מחזקת לגביהם את הטיעונים שהוזכרו לעיל בבחינת קל וחומר. אם המתואר במסמך זה הוא אכן הדרך שבה מתייחס הדין הבינלאומי לתושב הזר, המבקש להתאחד עם בני משפחתו שאינם תושבי המדינה, הרי תושבים שאינם זרים ובעלי מולדת אחרת צריכים להיות מטופלים בצורה טובה יותר.

עמדה זו נתמכת במחקר השוואתי מקיף, **מעמדם המשפטי של זרים בדין המדינתי והבינלאומי**, שפירסם מכון מקס-פלנק בשנת 1987. שם נטען, כי מעמדם של בני משפחה של אזרחים אינו רק סוגיה מתחום הדין החל על

זרים, אלא היא גם נוגעת באינטרסים בסיסיים של אזרחי המדינה עצמם – ביחס לזכות האזרח לחיות עם בני משפחתו. פלנדר, המצוטט לעיל, מסכים כי תביעת האזרח לאיחוד עם בני משפחתו הגרעינית מבוססת על זכותו של האזרח עצמו לתושבות במדינתו, מאחר שאם לא ניתן להם היתר כניסה, האזרח עצמו יעמוד בפני הברירה בין גלות מארצו ובין ההריסה של אחדות התא המשפחתי. רוב הדינים המדינתיים אכן מכירים בזכותו של אזרח להביא את משפחתו וילדיו אל המדינה (אך לא תמיד, כדוגמת בריטניה). בהקשר של השטחים ושל ירושלים, המונח "לא-זרים" יהיה אולי מתאים יותר; הם אינם אזרחים אך גם אינם זרים. בן-זוג או ילד שהוא תושב לא-זר הוא בעל תביעה חזקה ביותר לאיחוד עם בני משפחתו הזרים.