



בג"ץ 466/07 זהבה גלאון מרצ נ' היועץ המשפטי לממשלה (11.1.12)
שופטים: ביניש, ריבלין, לוי, גרוניס, נאור, ארבל, רובינשטיין, ג'ובראן, חיות, מלצר, הנדל

כי כה אמרה הכנסת

ברוב של שישה נגד חמישה דחה בג"ץ את העתירות נגד חוק האזרחות שהטיל מגבלות קשות על איחוד משפחות. יש לחזק את הגישה כי תוכנם של הסדרי הגירה אינו כפוף לזכויות חוקתיות

לכאורה את הזכויות החוקתיות גם בהקשרים של התאזרחות ושל כניסה לשטח, אך בפועל ההגנה על זכויות האדם בהקשר זה היא אפסית. לא מוכרת מדינה שבה הזכויות לשוויון ולחיי משפחה מקנות זכויות על-חוקיות אכיפות להגירה של קרובי המשפחה של תור שבי המדינה.

הערתי השנייה נוגעת לעמדת השופט חנן מלצר, שממנה הסתייגו חלק מהשופטים, בזכות החלתו של עיקרון "הזהירות המורעת" בתחומים שבהם החברה עומדת בפני סיכונים לא ודאיים רבי היקף.

לדעתי, לעיקרון הזהירות המונעת אין תוכן עצמאי. התחשבות בסיכון הצפוי לערכים חברתיים חיוניים נשקלת במסגרת מבחן המ"שנה השלישי של המידתיות – היחסיות ("המידתיות במובן הצר"). במבחן היחסיות נבחנת חיוניות התכלית של החוק שחוקתיותו נבדקת לעומת החומרה של הפגיעה בזכויות. הדעת נותנת שגם השר פט מלצר היה מהסס לאשר חוק דוגמת החוק שנדון בארצות הברית בפרשת קורמאטסו המפורסמת, שהיה מורה על מעצר מטעמים של "זהירות מונעת" של כל אזרחי המדינה הערבים. זאת גם אם היו נתונים שהיו מצביעים ששיעור האזרחים הערבים המעורבים בטרור עולה במידה כלשהי על שיעור האזרחים הלא-ערבים המעורבים בפעולות כאלה.

אכן היחסיות היא אמת מידה עמומה ביותר, ואין בה הנחיות ברורות – וליתר דיוק כמעט אין בה הנחיות כלשהן – בדבר האיזון בין זכויות האדם ובין אינטרסים ציבוריים. יכולתו של עיקרון הזהירות המונעת להנחות את האיזון מוגבלת. מכאן שהן יתרונותיה והן סכנותיה של העיקרון מוגבלים אף הם. הן שופטי הרוב והן שופטי המיעוט לא הצליחו להסיר את הערפל, ההופך עדיין הכרעות חוקתיות רבות לאינטואיטיביות מדי.

בפסק הדין נדחו על חודו של קול עתירות נגד חוקתיות חוק האזרחות והכניסה לישראל, שהטיל מגבלות קשות על יכירתם של אזרחי המדינה, רובם ככולם ערבים, להתאחד בישראל עם בני משפחותיהם. פסק הדין היה סיבוב שני, לאחר שב-2006 נדחו באותו רוב עתירות נגד נוסח דומה של החוק. בשל קוצר היריעה והמורכבות של הנושא אסתפק בשתי הערות.

ראשית, תפיסתי היא שזכויות חוקתיות המגבילות את הרשות המחוקקת אינן חלות בהקשרים של הגירה, של התאזרחות או של כניסה לשטח המדינה. זאת דווקא לאור ההקפדה הנדרשת שפגיעה בזכויות חוקתיות תיעשה רק במידה המינימלית ההכרחית לקידום תכליות ציבוריות חשובות, כך שפגיעה בהן תהיה חריג. לא מתקבל על הדעת להגביל כך את הכנסת בתחומים הנוגעים לעצם הכניסה לישראל. בתחום זה יש כמובן אינטרסים חשובים לאזרחי המדינה, בין היתר בהקשר של איחוד משפחות. אך אינטרסים אלה אינם יכולים לזכות למשקל דומיננטי ברמה החוקתית שיכתיב לכנסת מגבלות משמעותיות כפי שמוטלות בחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו. כניסה לישראל והתאזרחות אינן אינטרסים שפגיעה בהם יכולה להישאר חריג, גם בהקשר של איחוד משפחות. תוכנם של הסדרי הגירה הוא בעצמו בעל אופי חוקתי, מבוסס על איזונים מורכבים משל עצמו ואינו כפוף לזכויות האדם ולפסקת ההגבלה.

תפיסה דומה הביעו בפסק הדין הקודם המשנה לנשיא מישאל חשין, ובפסק הדין שניתן השנה – השופטים מרים נאור ואלקיים רובינשטיין, ואני מסכים עם רוח דבריהם. זאת לא משום שההסדר שנקבע בחוק האזרחות והכניסה לישראל הוא מידתי – הוא אינו מידתי – אלא משום שחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו לא נועד להסדיר את דיני האזרחות והכניסה לישראל. זאת כשם שחוק היסוד לא נועד לחול מחוץ לתחומי המדינה. אמנם יש מדינות המחילות