

הערות ראשוניות על פסק הדין של בג"ץ בעניין חוק האזרחות והכניסה לישראל

עו"ד ארנה כהן¹

בפסק הדין של בית המשפט העליון בבג"ץ 7052/03 עדאלה ואח' נ' שר הפנים ואח', מיום 14 במאי 2006, המשתרע על 263 עמודים ומורכב מ-11 חוות דעת נפרדות של 11 שופטי ההרכב, נדחו ברוב דחוק של ששה מול חמישה מהשופטים, העתירות² אשר דרשו לפסול, בהיותו בלתי חוקתי, את חוק האזרחות והכניסה לישראל (הוראת שעה), התסס"ג-2003 (להלן: החוק). פסק הדין ניתן לאחר שעתירת עדאלה היתה תלויה בפני בית המשפט העליון כשלוש שנים, מאז הוגשה ביום 3 באוגוסט 2003.

החוק, המונע מתן מעמד בישראל לפלסטינים תושבי השטחים הכבושים הנשואים לאזרחי ותושבי ישראל, נחקק ביום 31 ביולי 2003. הוא אימץ את עיקריה של החלטת הממשלה מס' 1813 מיום 12 במאי 2002³, בקובעו איסור על:

1. הגשת בקשות חדשות של אזרחים ותושבים למתן מעמד לבני/ות זוגם שהינם תושבי הגדה המערבית או רצועת עזה, למעט המתנחלים המתגוררים בהתנחלויות שבשטחים הכבושים;
2. מתן כל מעמד בישראל למי שהינו תושב הגדה המערבית או רצועת עזה אלא אם כן הבקשה הוגשה לפני 12 במאי 2002;
3. שדרוג של מעמד שניתן לפני יום 12 במאי 2002 לתושב הגדה המערבית ורצועת עזה (לרבות שדרוג לתושבות ארעית, לתושבות קבע ולאזרחות) וזאת אף אם הבקשות אושרו והמבקשים עמדו בכל מבחני ההליך המדורג⁴.

¹ הכותבת הינה עורכת דין בעדאלה – המרכז המשפטי לזכויות המיעוט הערבי בישראל.

² בג"ץ 7052/03 עדאלה ואח' נ' שר הפנים ואח', ושש עתירות נוספות שצורפו לה.

³ כנגד החלטת הממשלה עתר ארגון עדאלה ביום 31 במאי 3002. בעתירה, בנוסף לטענות בדבר בטלות החלטת הממשלה בהיותה מפרה זכויות חוקתיות, טענו העותרים לבטלותה בשל חוסר סמכות. הדיון בעתירה אוחד עם דיון בעתירה נוספת באותו נושא, שהוגשה לבג"ץ על ידי האגודה לזכויות האזרח (בג"ץ 4022/02 האגודה לזכויות האזרח נ' ראש הממשלה ואח'), והסתיים ביום 17 ביולי 2003, ערב חקיקתו של החוק. לאחר חקיקתו של החוק החליט בית המשפט ב-13 בנובמבר 2003 להקפיא את מתן פסק הדין בעתירות אלו עד לאחר מתן פסק הדין בעתירות נגד חוקתיות החוק.

⁴ ההליך המדורג, שנועד להסדיר את התאזרחותם של בני זוג של אזרחי ותושבי ישראל בתהליך שסופו בהתאזרחות על פי הוראות סעיף 7 לחוק האזרחות, התשי"ב-1952, נקבע בעקבות פסק הדין בפרשת סטמקה (בג"ץ 3648/97 סטמקה ואח' נ' שר הפנים ואח', פ"ד נג (2), 728) ופורט בתשובת המדינה מיום 7.9.99 בפרשת עיסא (בג"ץ 338/98 עיסא ואח' נ' שר הפנים). על פי ההליך המדורג, המסלול לקבלת מעמד בישראל על ידי בן/ת זוג של אזרח ישראלי נמשך לכל הפחות ארבע וחצי שנים עד שכן הזוג זכאי להתאזרח והוא מורכב ממספר שלבים. השלב הראשון, הנמשך מעת הגשת הבקשה ובמהלך תקופת ששת החודשים שבהם על בני הזוג להמתין להחלטה בה, זכאי בן הזוג לקבל אשרת ישיבה ועבודה בישראל. בשלב השני, לאחר אישור עקרוני של הבקשה, אמור בן הזוג לקבל מעמד של תושב ארעי למשך שנה אחת אשר יחודש שלוש פעמים, קרי בסך הכל ארבע שנות תושבות ארעית. בסיום התקופה אמור בן הזוג להתאזרח. במהלך כל התקופה, מעת הגשת הבקשה ועד להתאזרחות, נערכת בדיקה חוזרת ונשנית של הבקשה לפי הפרמטרים הבאים: העדר חשש לפיקטיביות של הנישואים, קיום חיי משפחה, העדר מניעה פלילית והעדר מניעה ביטחונית.

בחריגים המעטים שנקבעו בחוק⁵ ובאלה אשר הוספו לו ביום 27 ביולי 2005⁶, אין כדי לרפא את הפגיעה האנושה שפוגע החוק בזכויותיהם של האזרחים הפלסטינים בישראל לחיי משפחה, לשוויון ולכבוד האדם. החוק שולל באופן גורף מהאזרחים הערבים כל אפשרות להסדיר את המעמד בישראל של בני זוגם תושבי השטחים הכבושים. זאת, בניגוד לכל אזרח אחר הנשוי למי שאינו אזרח ישראל, ובלבד שאינו פלסטיני תושב השטחים הכבושים, אשר עליו ממשיך לחול ההליך המדורג למתן מעמד בישראל לבני זוג של אזרחי ותושבי ישראל.

בסרבו לפסול את החוק כשל בית המשפט העליון במבחנו החשוב ביותר: הגנה על זכויות האדם מפני הפרתן ומתן סעד משפטי לנפגעים, וזאת במקרה המובהק ביותר – חוק גזעני, השולל זכויות יסוד חוקתיות מאדם על בסיס זהותו האתנית.

קריאת פסקי הדין של השופטים המצדיקים את החוק (המשנה לנשיא מישאל חשין והשופטים אליעזר ריבלין, אשר גרוניס, מרים נאור ויונתן עדיאל) מגלה קביעות משפטיות חמורות ביותר, החורגות הרחק מעבר לתחומן של חוק האזרחות והכניסה לישראל.

כזו היא הקביעה, שאליה הצטרפו אחדים מהשופטים, כי, כדברי השופט חשין, פלסטינים תושבי השטחים הכבושים:

”הם בבחינת נתיני אויב, ובתורת שכאלה מהווים הם קבוצת סיכון לאזרחיה ולתושביה של ישראל”⁷.

חומרה מיוחדת יש בלגיטימציה שנתן השופט חשין לשימוש בענישה קולקטיבית בנסיבות מסוימות, בניגוד מוחלט לאחד מכללי היסוד של המשפט הבינלאומי, האוסר על ענישה קולקטיבית באופן מוחלט:

”יש טוענים כי האיסור הגורף שבחוק האזרחות והכניסה לישראל מהווה פגיעה קולקטיבית בכלל האוכלוסיה הערבית בישראל בשל

⁵ החוק קבע חריגים מצומצמים, שלפיהם רשאים שר הפנים והמפקד הצבאי של הגדה המערבית ורצועת עזה לתת היתר לשהייה בישראל למטרת עבודה או לשם טיפול רפואי, לתקופה קצובה, וכן למטרה זמנית אחרת, לתקופה מצטברת שלא תעלה על ששה חודשים. בנוסף, החוק קבע חריג מפורש לגבי מתן מעמד בישראל למשת"פים, המתיר לשר הפנים להעניק אזרחות או לתת רשיון לישיבה בישראל לתושב השטחים הכבושים, אם שוכנע כי הוא "מזדהה עם מדינת ישראל ויעדיה וכי הוא או בן משפחתו פעלו פעולה של ממש לקידום הביטחון, הכלכלה או עניין חשוב אחר של המדינה, או שהענקת האזרחות או מתן הרשיון לישיבה בישראל הם מעניינה המיוחד של המדינה”.

⁶ החוק, אשר נחקק כהוראת שעה לתקופה של שנה אחת, הוארך מאז שלוש פעמים. בהארכה האחרונה, ביום 27 ביולי 2005, הוכנסו בו מספר תיקונים. תיקונים אלו נועדו לאפשר, בתנאים מגבילים ביותר, איחוד זמני של משפחות של אזרחים ותושבים ישראלים עם בני זוגם הפלסטינים תושבי השטחים הכבושים, על בסיס של היתרי ביקור זמניים. הלכה למעשה, בתיקונים שהוכנסו בחוק אין כדי להועיל לרוב רובן של המשפחות נפגעות החוק, היות שעל מנת שיהיו זכאים להגיש בקשות להיתר זמני, על בן הזוג תושב השטחים הכבושים לעמוד בתנאי גיל, 35 שנים לפחות לגברים ו-25 שנים לפחות לנשים, בעת הגשת הבקשה. בתנאי הגיל עומדות רק מעוט מקרב המשפחות נפגעות החוק ואף אותן משפחות מעטות שתעמודנה בתנאים אלו, ובקשתן תאושר, יוכלו לקבל לכל היותר אישור שהייה זמני, שאינו מקנה זכויות סוציאליות והיתר לעבוד בישראל. לנוכח העובדה שהתיקונים לחוק כוללים גם סעיף המאפשר לסרב בקשות על בסיס הערכת גורמי הביטחון בדבר סיכון בטחוני אפשרי הנובע לא רק מהמבקש עצמו אלא גם מבני משפחתו, ברור כי מעטים מאוד יהיו אלו שיוזכו לקבל אף את ההיתר הזמני. מנתונים שהוגשו על ידי פרקליטות המדינה לבג"ץ ביום 7.2.2006 עולה שמאז תיקון החוק ועד לתחילת פברואר 2006 הוגשו (או החלו בתהליך ההגשה) מעל ל-1,500 בקשות למתן היתר זמני על פי התיקון. מתוכן אושרו עד לאותו מועד רק 33 בקשות.

⁷ פסקה 2 לפסק דינו של המשנה לנשיא חשין.

פשעיהם של מעטים שמקום מושבם היה בעבר בתחומי האזור וכיום מתגוררים הם בישראל. נסכים, כמובן, כי פגיעה קולקטיבית תוצאתה היא קשה ופוגענית, וראוי לה למדינה דמוקרטית כי תימנע מאחוז בה. סבורני, עם זאת, כי יש ולא נוכל להימנע ממנה. לעיתים, פגיעתם של מעטים היא כה רעה וקשה עד שעשויה היא להצדיק הגבלות קולקטיביות; בייחוד כך, במקום שלא ניתן לזהות ולאחר את אותם מעטים המבקשים להרע, ואילו הפגיעה הצפויה מצידם קשה וחמורה היא ביותר...⁸.

משמעות חמורה יש גם בגישת השופט חשין המורידה את הרף הראייתי הנדרש להצדקה של הפרת זכויות אדם למבחן "הנטייה הרעה"⁹.

קביעות משפטיות חמורות נקבעו לא רק בפסקי הדין של השופטים שתמכו בחוק, אלא גם בפסקי הדין של השופטים שהתנגדו לו. לדוגמה ההכשר שניתן על ידי הנשיא ברק לחזקה החלוטה בדבר סיכון בטחוני המצדיק אי מתן מעמד ואף שלילת מעמד קיים לא רק בגלל סכנה הנובעת ממבקש המעמד עצמו, אלא גם מבני משפחתו¹⁰.

דוגמאות אלו הן רק מקצת מהקביעות המשפטיות החמורות המצויות לרוב בפסק הדין, אשר מהן נובעות השלכות מסוכנות ביותר למשמעותה של ההגנה החוקתית על זכויות האדם בישראל, המשתרעות הרחק מעבר לסוגיית חוק האזרחות והכניסה לישראל.

עם זאת, קריאה זהירה של פסק הדין מעלה שרוב שופטי ההרכב אינם מצדיקים את החוק. רוב שופטי ההרכב קבעו, כי החוק מפר את הזכויות החוקתיות לחיי משפחה, לשוויון ולכבוד האדם באופן בלתי מידתי, אף על פי שכל שופטי ההרכב קבעו שתכליתו של החוק הינה להגן על בטחון המדינה¹¹. השופטת פרוקצ'ייה והשופט ג'ובראן אף מעלים ספקות אם לא היתה לחוק תכלית נסתרת, היא התכלית הדמוגרפית. היתה הסכמה רחבה, כי החוק עומד בשני מבחני המשנה הראשונים של פסקת ההגבלה, כלומר שהחוק מקיים קשר רציונלי בין האמצעי והמטרה, ומהווה אמצעי שפגיעתו פחותה, אך רוב שופטי ההרכב קבעו שהחוק מפר זכויות חוקתיות באופן בלתי מידתי היות ואינו עומד במבחן המשנה השלישי של מבחן המידתיות – מבחן היחס הראוי בין התועלת שהאמצעי מביא לה לבין הפגיעה בזכות שהאמצעי גורם לה.

רוב שופטי ההרכב קבעו שלא כל האמצעים מקדשים את המטרה הבטחונית, שהוצגה על ידי המדינה כתכלית היחידה שעמדה בבסיס החוק. העובדה שלמרות זאת לא נמצא הרוב הדרוש לפסילתו של החוק הופכת את כישלונו של בית המשפט לתת סעד לנפגעי החוק לחמור שבעתיים.

הנשיא ברק אמר בפסק דינו:

"דמוקרטיה אינה נוהגת כך. דמוקרטיה אינה מטילה איסור גורף ובכך מנתקת את אזרחיה מבני זוגם ואינה מאפשרת להם לחיות חיי משפחה; דמוקרטיה אינה מטילה איסור גורף ובכך מעמידה

⁸ פסקה 115 לפסק דינו של המשנה לנשיא חשין.

⁹ פסקה 109 לפסק דינו של המשנה לנשיא חשין.

¹⁰ פסקה 94 לפסק דינו של השופט ברק.

¹¹ פסקה 82 לפסק דינו של הנשיא ברק.

בפני אזרחיה את האופציה לחיות בה בלא בן זוג, או לעזוב את המדינה כדי לחיות בחיי משפחה תקינים; דמוקרטיה אינה מטילה איסור גורף ובכך מפרידה בין הורים לילדיהם; דמוקרטיה אינה מטילה איסור גורף ועל ידי כך מפלה בין אזרחיה באשר להגשמת חיי המשפחה שלהם. אכן, דמוקרטיה מוותרת על תוספת מסויימת של ביטחון כדי להשיג תוספת גדולה לאין שיעור ממנה של חיי משפחה ושוויון. כך נוהגת דמוקרטיה בתקופות שלום ורגיעה. כך נוהגת דמוקרטיה בתקופות לחימה וטרור. דווקא בתקופות קשות אלה מתגלה כוחה של הדמוקרטיה... דווקא במצבים הקשים בהם ישראל שרויה כיום, עומדת הדמוקרטיה הישראלית למבחן¹².

המדינה ביססה את טיעונה בפני בית המשפט על נימוק עיקרי אחד והוא כי החוק מהווה הכרח בטחוני. בתשובתה לעתירה טענה פרקליטות המדינה שהחוק מהווה אמצעי חיוני להתמודדות עם הסיכון הבטחוני שב"מעורבות ההולכת וגוברת" של פלסטינים תושבי השטחים הכבושים שקיבלו בישראל מעמד באמצעות איחוד משפחות "בפעילות טרור". המדינה טענה, כי מתחילת האינתיפאדה השנייה ועד לחקיקת החוק ביולי 2003, עשרים פלסטינים שקיבלו מעמד בישראל באמצעות איחוד משפחות, היו מעורבים ב"גלגול פיגועים". **המדינה סיפקה נתונים חלקיים בלבד לבית המשפט ואף זאת רק ביחס לששה מאותם "מעורבים". במהלך ההליך המשפטי הודתה המדינה, כי המדובר במי שנחקרו ולא במי שהורשעו**, אך טענה כי בינתיים נחקרו ששה חשודים נוספים וכן כי קיים מידע מודיעיני על מעורבות בפעילות נגד בטחון המדינה של פלסטינים נוספים, שקיבלו מעמד בישראל מכח איחוד משפחות¹³. המדינה טענה, כי:

"... קיים הכרח ביטחוני למנוע לעת הזאת את כניסתם של תושבי האזור לישראל – באשר הם – שכן כניסתם... לישראל, ותנועתם החופשית בתחומי המדינה באמצעות קבלת תיעוד ישראלי, עלולה לסכן בצורה ממשית ביותר את שלומם וביטחונם של אזרחי ותושבי המדינה..."¹⁴.

פרקליטות המדינה טענה עוד, שהתכלית העומדת ביסוד החוק היא לצמצם את הסכנה לפגיעה בזכות לחיים של אזרחי ישראל ותושביה, וכי חובתה של המדינה להגן על אזרחיה ולכן החוק מהווה מעין הגנה עצמית.

על טענות המדינה השבנו בפירוט לבית המשפט. מקריאת פסק הדין עולה הרושם, כי הנכונות של רוב שופטי ההרכב לקבוע שפגיעתו של החוק הינה בלתי מידתית למרות הצגתו כהכרח בטחוני, התאפשרה לאחר שהשופטים נוכחו עד כמה חלש ובלתי משכנע הוא השיקול הבטחוני במקרה זה.

השיקול הבטחוני הועלה כבר בדברי ההסבר להצעת החוק. מאז נציגי המדינה לא הצליחו להביא נתונים רציניים המוכיחים את טענתם. על פי הנתונים שהוצגו על ידי המדינה, אלו אשר נחקרו בחשד למעורבות בפגיעה בבטחון מהווים שבריר של פרומיל מכלל מקבלי המעמד הפלסטינים בישראל מכח איחוד משפחות. מאותו שבריר של פרומיל ביקשו יוזמי החקיקה ללמוד על מסוכנותם האינהרנטית של כלל מקבלי המעמד הפלסטינים, באשר הם פלסטינים, ובכך להופכה לחזקה חלוטה. באמצעות

¹² פסקה 93 לפסק דינו של הנשיא ברק.

¹³ פסקה 31 לתשובת המדינה מיום 7.2.2006.

¹⁴ פסקה 13 לתגובת המדינה מיום 6.11.2005.

חזקת המסוכנות המקרטעת הזאת הם ביקשו להצדיק את הטלתו של האיסור הגורף על איחוד משפחות ולייתר בכך לחלוטין את שקילתם של המקרים לגופם.

מעניין במיוחד הוא האופן הביקורתי שבו בוחנת השופטת פרוקצ'יה את השיקול הבטחוני. היא עומדת על חולשתו הרבה של השיקול הבטחוני וקובעת:

"יש לי השגות לגבי עוצמתו של שיקול זה, בהתייחס לנתונים שהמדינה מסרה ומניתוחם על רקע מדיניות הממשלה בתחומים משיקים"¹⁵.

השופטת פרוקצ'יה התייחסה בפסק דינה לאופן שבו נהג בית המשפט בעבר בהתמודדו עם טענה לקיומו של צורך בטחוני ולאופן שבו הוא נוהג כיום. לדבריה:

"טענת 'צורך בטחוני' הנשמעת מפי המדינה אינה בבחינת נוסחת קסם, אשר העלאתה מצדיקה את קבלתה ללא חקירה ודרישה. היו ימים בעבר, שבהם טענת המדינה בדבר צורך בטחוני התקבלה על פניה, בלא בחינת משמעותה ומשקלה. ימים אלה חלפו, ומזה שנים רבות טענות הרשות בדבר צורך בטחוני נבחנות לגופן בערכאות השיפוט בהקשרים שונים. אמנם, ככלל, בית המשפט נוקט ריסון בבחינת שיקולי הבטחון של הרשות, ולא בנקל יתערב בהם. עם זאת, מקום שהפעלת מדיניות בטחון כרוכה בפגיעה בזכויות אדם, על בית המשפט לבחון את סבירות שיקוליה של הרשות ואת מידתיות האמצעים שהיא מבקשת להפעיל"¹⁶.

לנוכח פסק דין זה, כמו גם מהתבוננות באופן שבו התמודד בית המשפט עם עתירות נוספות אף בעת האחרונה, כמו בסוגיית חומת הפרדה, צווי איסור יציאה מהארץ ועוד, נראית הבחנתה של השופטת פרוקצ'יה בבחינת הרצוי ולא המצוי.

השופטת פרוקצ'יה מצביעה על כך שקשה לאתר קו מדיניות רציונלי בגישתה של המדינה לסיכון הביטחוני הנובע לטענתה ממבקשי איחוד משפחות:

"בהינתן התייחסותה השונה לקבוצות סיכון שיש בהן מן המאוחד ומן המשותף, היא מסכינה עם קיומם של סיכונים העולים על אלה הצפויים מבני זוג פלסטיניים בלא הטלת איסורים גורפים, אך אינה נמנעת משלילה כמעט טוטלית של איחוד משפחות באופן שאינו תואם ליחסיות הסיכון הצפוי מכך. התמקדותו של החוק באוכלוסיית בני זוג מהאיזור אינה מתיישבת עם מדיניות המדינה ביחס לגורמי סיכון שאינם פחותים, ואולי אף עולים על אלה הנובעים מאיחוד משפחות. בהקשרים אחרים, המעלים סיכונים משמעותיים, נמנעת המדינה מפגיעה גורפת. היא מבקשת לפזר את הסיכון בצורה מושכלת ומידתית ככל הניתן. לא כן ביחס למבקשי איחוד המשפחות"¹⁷.

¹⁵ פסקה 1 לפסק דינה של השופטת פרוקצ'יה.

¹⁶ פסקה 10 לפסק דינה של השופטת פרוקצ'יה.

¹⁷ פסקה 19 לפסק דינה של השופטת פרוקצ'יה.

השופטת פרוקצ'יה מתייחסת כאן להשוואה שערכו העותרים בין האיסור הגורף המוטל על מבקשי איחוד משפחות לבין המדיניות המאפשרת כניסת פועלים וסוחרים, על בסיס של בדיקות ביטחוניות אינדיבידואליות.

השופטת פרוקצ'יה ממשיכה וקובעת כי:

"הדבר מעלה את החשש כי תכליתו האמיתית של החוק אינה חופפת במלואה את התכלית הבטחונית הנטענת, וכי עוצמתו של השיקול הבטחוני אינה משמעותית כפי שנטען"¹⁸.

לעומת זאת, הנשיא ברק לא הטיל ספק באמיתותו של השיקול הבטחוני אך פסק כי:

"תוספת הביטחון שהאיסור הגורף מביא עימו אינה מידתית ביחס לתוספת הנזק הנגרמת לחיי המשפחה ולשוויון של בני הזוג הישראלים. אמת, האיסור הגורף נותן עימו יותר ביטחון: אך הוא מושג במחיר כבד מדי. אמת, הסיכוי להגברת הביטחון על ידי איסור גורף, אינו "קלוש ותיאורתי". יחד עם זאת בהשוואה לפגיעה הקשה בכבוד האדם, היחס אינו מידתי. היטיבו להביע זאת רובינשטיין ומדינה בציינם כי "האמצעי שננקט אינו 'מידתי' באופן מובהק, בעיקר מחמת אופיו הגורף". ברוח דומה ציינו דוידוב, יובל, סבן ורייכמן: "הפגיעות ויסודות החומרה המצטברים בחוק החדש מגבשים פגיעה קשה, אולי אף פגיעה אנושה, בזכויות הקרובות ל'גרעין' של כבוד האדם, וזאת בלא הצדקה ראויה הנעוצה בהתנהגותם ובסכנה קונקרטיה הנשקפת מנפגעי החוק. במצב עניינים זה קשה לראות כיצד מתקיים יחס מידתי כלשהו בין הפגיעה הקשה הגלומה בחוק ובין התכלית ההיפותטית אותה נועד החוק להשיג. בנסיבות אלו, כאשר יכולתו של החוק להשיג את תכליתו עמומה, ואילו פגיעתו ודאית וקשה, הפער בין התועלת לפגיעה שבחוק החדש הוא בלתי-מידתי. אם יש מקרה יחיד ויוצא דופן שבו נדרשת בברור הפעלת מבחן המידתיות במובן הצר – דומה שזהו המקרה"¹⁹.

השופטת פרוקצ'יה מזהירה מפני הסכנה ה"אורבת הטמונה בפגיעה גורפת בבני אדם המשתייכים לציבור מסוים על ידי הדבקת תווית של סיכון בלא אבחנה, ומפני החשש הכרוך בשימוש בטענת הבטחון כעילה לפסילה כוללת של קהילה שלמה"²⁰. היא מצביעה על פסק הדין בעניין Korematsu, שבו סירב בית המשפט העליון בארצות הברית להתערב נגד הסנקציות הגורפות שהוטלו על אזרחים אמריקאים ממוצא יפני בזמן מלחמת העולם השנייה, כדוגמא לטעות חוקתית חמורה שממנה יש להישמר:

"... זכורים מקרים מן ההסטוריה בהם הדבר ארע, ובחשיבה חוקתית מאוחרת הוכרה הטעות בכך, טעות הניכרת על פניה. די להביא דוגמא אחת לכך מהפרשה הידועה בענין U.S. v. Korematsu, 323 U.S. 214 (1944) בה הובלו תושבים ואזרחים אמריקניים ממוצא יפני, החיים בארצות הברית, להסגר במדינתם הם, בעת מלחמת העולם השנייה, כאשר ארצות הברית נלחמה נגד יפן. היו יחידים מאותו ציבור שנחשדו בחוסר נאמנות למדינה. בעקבות כך,

¹⁸ פסקה 19 לפסק דינה של השופטת פרוקצ'יה.

¹⁹ פסקה 92 לפסק דינו של הנשיא ברק.

²⁰ פסקה 21 לפסק דינה של השופטת פרוקצ'יה.

הוטלה סנקציה כללית של הסגר על ציבור שלם. אמצעים גורפים אלה אושרו ברוב דעות בבית המשפט העליון האמריקאי. המיעוט סבר אחרת. את ההצדקה לנקיטת אמצעי ביטחון אלה ביטא בדעת הרוב השופט Black בדברים המזכירים בהיבטם העקרוני את טיעוני המדינה בפנינו... פסיקת רוב שופטי בית המשפט העליון האמריקני בעניין Korematsu נחשבת בעיני רבים לאחת מן האפיזודות האפלות ביותר בהיסטוריה החוקתית של מדינות המערב... הנסיבות באותה פרשה שונות בתכלית מאלה העולות בענייננו, אך הרוח המנשבת ברקע התפיסה החוקתית שהוחלה שם בדעת הרוב אינה זרה לטענות שנשמעו מפי המדינה בסוגיה שלפנינו. נישמר אנו מעשיית טעויות דומות. נימנע מפגיעה גורפת בציבור שלם החי בתוכנו הראוי להגנה חוקתית על זכויותיו; נגן על בטחון חיינו באמצעות אמצעי פיקוח אינדיבידואליים גם אם יש בכך כדי להעמיס עלינו מעמסה נוספת, ואפילו אם משמעות הדבר הותרת שוליים מסוימים של הסתברות לסיכון. נגן בכך לא רק על חיינו אלא גם על ערכי חיינו".

נראה כי אזהרתה של השופטת פרוקציה לא נשמעה על ידי רוב שופטי ההרכב.

לאלפי הזוגות המופרדים בעל כורחם מזה מעל לארבע שנים, לאלפי הילדים שחיים בניתוק מאחד מהוריהם, למשפחות הרבות החיות יחדיו בסתר ואימת הגירוש מאיימת עליהן, אין די בדעת רוב שופטי ההרכב שקבעו שהחוק מפר באופן בלתי מידתי את זכויותיהם. הם זקוקים, ובדחיפות, לסעד משפטי אפקטיבי, הסעד אותו לא נתן להם בית המשפט העליון בפסק דינו זה.