



בבית המשפט העליון בשבתו כבית משפט גבוה לצדק

בג"ץ 8665/14

לפני :

כבוד הנשיאה מ' נאור
כבוד השופט ס' גובראן
כבוד השופטת א' חיות
כבוד השופט ח' מלצר
כבוד השופט י' דנציגר
כבוד השופט נ' הנדל
כבוד השופט ע' פוגלמן
כבוד השופט י' עמית
כבוד השופט צ' זילברטל

העותרים :

1. טשומה נגה דסטה
2. אנואר סולימאן ארבאב איסמעיל
3. המוקד לפליטים ולמהגרים
4. האגודה לזכויות האזרח בישראל
5. א.ס.ף - ארגון סיוע לפליטים ומבקשי מקלט בישראל
6. קו לעובד
7. רופאים לזכויות אדם – ישראל
8. המרכז לקידום פליטים אפריקאים

נגד

המשיבים :

1. הכנסת
2. שר הפנים
3. שר הביטחון
4. השר לביטחון פנים
5. היועץ המשפטי לממשלה

המבקשים להצטרף לעתירה :

1. איתן – מדיניות הגירה ישראלית
2. פורום קהלת
3. הפורום המשפטי למען ישראל
4. מרכז קונקורד לחקר קליטת המשפט הבינלאומי בישראל

התנגדות למתן צו על תנאי

(3.2.2015)

י"ד בשבט התשע"ה

תאריך הישיבה :

בשם העותרים: עו"ד עודד פלר; עו"ד ענת בן-דור; עו"ד אסף וייצן;
 עו"ד אסנת כהן ליפשיץ; עו"ד אלעד כהנא;
 עו"ד רחל פרידמן; עו"ד יונתן ברמן

בשם המשיבה 1: עו"ד גור בליי

בשם המשיבים 2-5: עו"ד יוכי גנסיין; עו"ד רן רוזנברג;
 עו"ד מוריה פרימן; עו"ד נועם מולה

בשם המבקשת להצטרף 1: עו"ד גיא צברי

בשם המבקש להצטרף 2: עו"ד אריאל ארליך

בשם המבקש להצטרף 3: עו"ד עידן אבוהב

בשם המבקש להצטרף 4: עו"ד אבינעם כהן

פסק-דין

הנשיאה מ' נאור:

בעתירה שלפנינו נתקפת חוקתיותו של פרק א' לחוק למניעת הסתננות ולהבטחת יציאתם של מסתננים מישראל (תיקוני חקיקה והוראות שעה), התשע"ה-2014 (להלן: התיקון לחוק). במסגרת פרק זה תוקן החוק למניעת הסתננות (עבירות ושיפוט), התשי"ד-1954 (להלן: החוק) ונקבעו הוראות שמכוחן ניתן להחזיק מסתננים במשמורת לתקופה של עד שלושה חודשים ולהורות על שהייתם במרכז שהייה לתקופה של עד עשרים חודשים. התיקון לחוק, אשר אושר בקריאה שנייה ובקריאה שלישית בכנסת ביום 8.12.2014, נחקק לאחר שבית משפט זה קבע בשני פסקי-דין כי הוראות מסויימות שנוספו לחוק במסגרת תיקוניו הקודמים אינן חוקתיות (בג"ץ 7146/12 אדמ נ' הכנסת (16.9.2013) (להלן: עניין אדמ); בג"ץ 7385/13 איתן – מדיניות הגירה ישראלית נ' ממשלת ישראל (22.9.2014) (להלן: עניין איתן)).

רקע כללי

1. בשנים האחרונות נכנסו לישראל עשרות אלפי בני אדם שלא דרך תחנות גבול, רבים מהם נתיניהן של מדינות אפריקה. אנשים אלה מוגדרים בחוק כ"מסתננים" מאחר שלא נכנסו לישראל כדין. זאת, להבדיל מאלה שנכנסו לישראל כחוק, אך לא עזבו את המדינה במועד הנדרש והמשיכו לשהות בה לא כדין.

2. לנוכח תופעת ההסתננות ניצבת ישראל בפני אתגרים מורכבים. בה בעת שעליה למנוע הגירה בלתי חוקית, על המדינה לקיים גם את מחויבויותיה להגן על נרדפים ולהבטיח כי לא יועמדו במצב של סכנה לחייהם או לחירותם אם יורחקו מתחומיה (בג"ץ 7302/07 מוקד סיוע לעובדים זרים נ' שר הביטחון, פס' 13 (7.7.2011) (להלן: עניין מוקד סיוע לעובדים זרים)). בעניין אדם ובעניין איתן עמדנו על כך שאתגרים אלה אינם ייחודיים לישראל ושבעשורים האחרונים ישנה עלייה מתמדת במספרם של הגברים ושל הנשים הנודדים אל מחוץ לארצותיהם מסיבות שונות ומגוונות.

3. לפי הנתונים העדכניים של רשות האוכלוסין וההגירה, עד ליום 30.6.2015 נכנסו לישראל 64,309 מסתננים במצטבר, מתוכם שוהים בישראל כיום 45,091 מסתננים. עד לשנת 2012 הייתה תופעת ההסתננות במגמת עלייה, אך משנה זו ואילך התהפכה המגמה. בעוד שבשנת 2011 נכנסו לארץ 17,258 מסתננים, בשנת 2013 נכנסו רק 45 מסתננים, בשנת 2014 נכנסו לישראל 21 מסתננים. במחצית הראשונה של שנת 2015 נכנסו לישראל 39 מסתננים. לצד זאת, בשנים 2013-2014 חל גידול במספר המסתננים היוצאים מישראל. חרף השינויים המתוארים בהיקפה של תופעת ההסתננות, מדינת ישראל עודנה נדרשת להתמודד עם מספר רב של מסתננים השוהים בשטחה (ראו גם: עניין איתן, פס' 40 לפסק דינו של השופט ע' פוגלמן; ההפניות להלן לפסק-דין זה תתייחסנה לפסק-דינו של השופט ע' פוגלמן, אלא אם ייכתב אחרת). מרבית המסתננים השוהים בישראל (כ-92 אחוזים מתוכם) הם נתיניהן של אריתריאה ושל הרפובליקה של סודן (להלן: צפון סודן) (רשות האוכלוסין וההגירה, האגף לתכנון מדיניות נתוני זרים בישראל – מהדורה מס' 2/2015 (יולי 2015)).

4. בהליכים הקודמים עמד בית המשפט על כך שהצדדים חלוקים ביניהם בדבר הסיבות שהביאו את המסתננים לישראל. מחלוקת זו התעוררה גם בהליך שלפנינו. עמדת המדינה היא כי המסתננים הם ברובם המכריע מהגרי עבודה, אשר עזבו את מדינותיהם במטרה לשפר את מצבם. כפועל יוצא מכך, פרט להסדרים החקיקתיים מושא דיוננו, כולל התיקון לחוק גם את פרק ב' (אשר אינו נתקף בעתירה הנוכחית), המתקן בעקיפין את חוק עובדים זרים, התשנ"א-1991 ומטיל מגבלות שונות על העסקתם של מסתננים. לעומת זאת, עמדתם של העותרים היא כי מדובר באנשים שנמלטו על נפשם מפני סכנות הנשקפות לחייהם או לחירותם במדינות מוצאם. הם מזכירים כי אריתריאה וסודן – מדינות מוצאם של מרבית המסתננים – הן מדינות אשר סבלו מאי-יציבות פנימית ושבתחומיהן אירעו בשנים האחרונות משברים קשים ומלחמות (עניין אדם, פס' 6 לפסק דינה של השופטת ע' אדבל; ההפניות להלן לפסק-

דין זה תתייחסנה לפסק-דינה של השופטת ע' ארבל, אלא אם ייכתב אחרת; עניין איתן, פס' 31). על רקע זה, לשיטתם של העותרים, זכאים מסתננים רבים למעמד של פליטים. מעמד זה אינו מתמצה לטענתם רק באיסור על גירוש למדינת המוצא, אלא מקנה זכויות נוספות בתחומים שונים (האמנה הבינלאומית בדבר מעמדם של פליטים משנת 1951, כ"א 3, 5 (נפתחה לחתימה ב-1951) והפרוטוקול בדבר מעמדם של פליטים משנת 1967, כ"א 21, 23 (נפתח לחתימה ב-1967) (להלן יכוננו השניים ביחד: אמנת הפליטים); עניין איתן, פס' 32-36).

5. כפי שצוין בהליכים הקודמים, "התמונה האמיתית בדבר זהותם של המסתננים היא וודאי מורכבת מזו שמבקש כל צד להציג. לצד המניע הכלכלי שניתן להניח כי הניע רבים מהמסתננים להגיע למדינת ישראל, לא ניתן לדחות כלאחר יד את הטענות בדבר ההימלטות מהסכנות שנשקפו להם בארצם" (שם, פס' 31). דברים אלה נכונים גם לענייננו. בין כך ובין כך, בעת הנוכחית ישראל אינה מרחיקה את נתיניהן של אריתריאה ושל צפון סודן ישירות לארצותיהם. לפי המידע שלפנינו, נתיניה של צפון סודן אינם מורחקים ישירות לארצם בשל קשיים מעשיים, הנובעים מהיעדר יחסים דיפלומטיים עם מדינה זו (להרחבה בנושא ראו: שם, פס' 31-32; עניין אדמ, פס' 8). לעומת זאת, בשל המצב באריתריאה, המדינה נוקטת כלפי נתיניה מדיניות של "אי-הרחקה זמנית". זאת, בהתאם לעיקרון של המשפט הבינלאומי המינהגי, שלפיו אין להרחיק אדם למקום שבו נשקפת סכנה לחייו או לחירותו (עיקרון ה-*Non-Refoulement*; ראו בין היתר סעיף 33 לאמנת הפליטים). על מדיניות אי-ההרחקה, כפי שהיא מיושמת בישראל, עמד בית-משפט זה בהרחבה בפסקי דין קודמים (עניין אדמ, פס' 8-9; עע"ם 8908/11 אס"פ נ' משרד הפנים (17.7.2012) (להלן: עניין אס"פ)). נכון לעת הזו, מדובר ב"אי-הרחקה זמנית" בלבד, מבלי שנקבע לצדה הסדר ספציפי העוסק במשמעותה בחיי המעשה ואשר מתייחס לזכויות הניתנות לנהנים ממנה (לביקורת על מצב נורמטיבי זה, ראו: שם, פסק דינה של השופטת א' חיות).

6. למען השלמת התמונה יצוין כי המדיניות המתוארת אינה מונעת כיום מנתיניהן של אריתריאה ושל סודן להגיש בקשות פרטניות להכרה בהם כפליטים, אם כי בעבר המדינה הגבילה זאת (ראו: עניין איתן, פס' 34; עניין אס"פ, פס' 18 לפסק-דינו של השופט ע' פוגלמן). עד לפי מספר שנים טופלו בקשות המקלט בידי נציבות האו"ם לפליטים, בתחילה במלואן ובהמשך בשיתוף פעולה עמה (ראו: עע"ם 8675/11 טדטה נ' יחידת הטיפול במבקשי מקלט, פס' 9-11 (14.5.2012); שרון הראל "מנגנון המקלט של ישראל: תהליך העברת הטיפול בבקשות המקלט מנציבות האו"ם לפליטים לידי מדינת ישראל" בתוך לוינסקי פינת אסמרה: היבטים חברתיים ומדיניים של מדיניות

המקלט בישראל 43 (2015) (להלן: לוינסקי פינת אסמרה)). בשנים האחרונות מועברות בקשות המקלט לטיפול של יחידת ה-RSD (Refugee Status Determination) (להלן: יחידת ה-RSD) שברשות האוכלוסין וההגירה, הפועלת לפי הוראות משרד הפנים (ראו: משרד הפנים "נוהל הטיפול במבקשי מקלט מדיני בישראל" (2.1.2011)).

ההליכים הקודמים – עניין אדם ועניין איתן

7. על רקע הקושי בהרחקתם של רוב המסתננים למדינות מוצאם, נדרשה מדינת ישראל למצוא פתרונות חלופיים. בתחילה פעלה ישראל על-פי מדיניות שמכוחה הוחזרו למצרים מסתננים שנתפסו על-ידה. אולם, הפעלתה של מדיניות זו הופסקה לנוכח המצב הגיאופוליטי במצרים (עניין מוקד טיוע לעובדים זרים, פס' 11-12; להסדרים נוספים שיושמו בעבר עיינו: יונתן ברמן "מעצר פליטים ומבקשי מקלט בישראל" בתוך לוינסקי פינת אסמרה 147; בג"ץ 10463/08 המרכז לקידום פליטים אפריקאיים נ' משרד הפנים (17.8.2009); בג"ץ 5616/09 המרכז לקידום פליטים אפריקאיים נ' משרד הפנים (26.8.2009)). מדיניות אחרת שנקטה ישראל היא השמתם של מסתננים במשמורת לפי חוק הכניסה לישראל, התשי"ב-1952 (להלן: חוק הכניסה לישראל). דא עקא, המסתננים שוחררו ממשמורת תוך פרק זמן קצר יחסית, בין השאר משום שחוק הכניסה לישראל אינו מאפשר, ככלל, החזקה של אדם במשמורת למשך יותר מ-60 ימים.

8. עם התגברות תופעת ההסתננות, נקטו רשויות המדינה אמצעים אחרים ובהם הקמת מכשול פיסי לאורך הגבול היבשתי עם מצרים וחקיקה שנועדה להחיל על המסתננים הסדרים משפטיים ייחודיים. הסדרים אלה מחמירים יותר מההסדרים החלים על שוהים לא כדין לפי חוק הכניסה לישראל. מדיניות זו באה לידי ביטוי לראשונה בחוק למניעת הסתננות (עבירות ושיפוט) (תיקון מס' 3 והוראת שעה), התשע"ב-2012 (להלן: תיקון מס' 3), שבמסגרתו נוסף לחוק סעיף 30א. הוראתו המרכזית של סעיף 30א – שנחקק כהוראת שעה – התירה להחזיק מסתננים במשמורת לתקופה של עד שלוש שנים, בכפוף לעילות שחרור בערובה שנקבעו בחוק. בית-משפט זה, בהרכב מורחב של תשעה שופטים, מצא בעניין אדם כי תיקון מס' 3 אינו חוקתי בשל פגיעתו הבלתי מידתית בזכות החוקתית לחירות. ברוב דעות הורינו שם על ביטול כלל ההסדרים שנקבעו בסעיף 30א לחוק. עוד קבענו שם כי עם ביטול ההסדר הקבוע בסעיף 30א לחוק, ייראו צווי המשמורת וההרחקה שמכוחם הוחזקו המסתננים במשמורת כאילו ניתנו לפי חוק הכניסה לישראל וכי יש להתחיל באופן מידי בבחינתם הפרטנית של כל המוחזקים במשמורת תוך שחרורם במידת הצורך.

9. בעקבות פסק הדין בעניין אדס חוקקה הכנסת את החוק למניעת הסתננות (עבירות ושיפוט) (תיקון מס' 4 והוראת שעה), התשע"ד-2013 (להלן: תיקון מס' 4). במסגרת תיקון זה – שנחקק גם הוא כהוראת שעה – נחקק מחדש סעיף 30א, תוך קיצורה של התקופה המרבית להחזקה במשמורת לשנה. לצד זאת הוסף לחוק פרק ד', אשר הסדיר את הקמתו של מרכז שהייה למסתננים (להלן: מרכז השהייה) והסמיך את ממונה ביקורת הגבולות (להלן: הממונה) להעביר אליו כל מסתנן שנמצא קושי מכל סוג שהוא להרחיקו מישראל. במסגרת פרק ד' נקבעו הוראות שונות לגבי אופן הפעלתו של מרכז השהייה. בין היתר חויבו מסתננים השהים במרכז השהייה להתייצב בו שלוש פעמים ביום לצורך רישום נוכחות ולשהות בו בשעות הלילה. זמן לא רב לאחר חקיקתו של תיקון מס' 4 פורסם ברשומות ביום 11.12.2013 צו למניעת הסתננות (עבירות ושיפוט) (הכרזה על מרכז שהייה למסתננים) (הוראת שעה), התשע"ד-2013. בצו זה, אשר הוצא מכוח סעיף 32ב לחוק, הכריז השר לביטחון פנים על מתקן "חולות" שבנגב כעל מרכז שהייה למסתננים לפי פרק ד' לחוק. יום לאחר פרסום הצו החלה רשות האוכלוסין וההגירה להעביר את המסתננים שהוחזקו במשמורת למתקן "חולות".

10. בעניין איתן קבע בית-משפט זה ברוב דעות כי שני נדבכיו הנזכרים של תיקון מס' 4 אינם חוקתיים והורה על ביטולם. בית המשפט קבע כי אין להורות על החזקתו במשמורת של מי שאין צפי להרחקתו מישראל, מקל וחומר לתקופה ארוכה של שנה. אף שהמדינה טענה כי אחת מתכליותיו של סעיף 30א לחוק היא זיהויו של המסתנן ומיצוי אפיקים לגירוש, נפסק כי קיים פער בין תכליתו המוצהרת של החוק לבין נוסחו. לפיכך, נמצא כי השמתם במשמורת של מסתננים שאין בעניינם אופק הרחקה נראה לעין למשך פרק זמן של שנה תמימה – וזאת לא כעונש על מעשיהם ומבלי שיש ביכולתם לעשות דבר כדי לקדם את שחרורם – מקימה פגיעה העולה על הנדרש בזכויותיהם. באשר למרכז השהייה, נפסק כי אף הוא אינו חוקתי. בראש ובראשונה בשל כך שלא נקבעו בו מגבלת זמן לשהייה במרכז או עילות לשחרור ממנו; אך גם בשל הסדרים פרטניים שנקבעו בו, כגון חובת ההתייצבות לצורך רישום נוכחות וחובת השהייה במרכז בשעות הלילה. בית המשפט קבע כי משתקפת מפרק ד' כמכלול תמונה עגומה, של מתקן הקרוב במאפייניו ובהתנהלותו למתקן משמורת, להבדיל ממרכז שהייה פתוח או פתוח למחצה. אשר על כן, נקבע כי דינם של שני נדבכיו החוק – בטלות.

11. במקום ההסדר הקבוע בסעיף 30א, שבוטל, נקבע כי יבוא ההסדר הקבוע בחוק הכניסה לישראל. כמו כן, הושעתה הכרזת הבטלות ביחס לפרק ד' לחוק לתקופה של תשעים ימים; זאת, למעט מספר מצומצם של הוראות, אשר לגביהן נקבע כי תיכנס הכרזת הבטלות לתוקפה עוד קודם לכן, בהתאם לתנאים שנקבעו בפסק הדין.

החוק מושא העתירה

12. ביום 8.12.2014 – כשלושה חודשים לאחר שניתן פסק הדין בעניין איתן – התקבל בכנסת התיקון לחוק מושא דיוננו, אשר אף הוא נחקק כהוראת שעה. עיקרי התיקון לחוק הם אלה: ראשית, נחקק מחדש סעיף 30א לחוק, תוך העמדתה של התקופה המרבית להחזקה במשמורת על שלושה חודשים. שנית, נחקק פעם נוספת פרק ד' לחוק, המקים מחדש את מרכז השהייה ומסדיר את פעולתו. בדומה לפרק ד' במתכונתו הקודמת, גם במתכונתו הנוכחית הוסמך הממונה לחייב מסתנן לשהות במרכז השהייה. לצד זאת, הוגבלה התקופה המרבית לשהייה במרכז לעשרים חודשים ונקבע כי אוכלוסיות מיוחדות, כגון קטינים ונפגעי עבירות מסוימות, לא יזומנו למרכז. כבעבר, נקבע כי על המסתננים להתייצב לצורך רישום נוכחות בשעות הערב וכי הם אינם רשאים לצאת מגבולותיו של מרכז השהייה בשעות הלילה. עם זאת, בוטלה חובת ההתייצבות בשעות היום ואף נקבעו עילות לשחרור ממרכז השהייה. על פרטיו המלאים של ההסדר שנקבע בפרק ד' לחוק אעמוד בהמשך הדברים. אציין כבר עתה כי לפי דברי ההסבר לתיקון לחוק נועדו הסדרים אלה לשנות את מערך התמריצים של מסתננים אשר שוקלים להיכנס לישראל שלא דרך תחנת גבול; לאפשר לרשויות למצות את הליכי זיהויים של מסתננים ואת הליכי הרחקתם מישראל; לתת מענה לזכותה של מדינת ישראל להגן על גבולותיה ועל ריבונותה; ולמנוע את המשך השתקעותם של מסתננים במרכזי הערים בישראל (דברי הסבר להצעת חוק למניעת הסתננות ולהבטחת יציאתם של מסתננים ועובדים זרים מישראל (תיקוני חקיקה והוראות שעה), התשע"ה-2014, ה"ח הממשלה 904 (להלן: דברי ההסבר)).

זמן קצר לאחר חקיקתו של התיקון לחוק, הוגשה העתירה שלפנינו.

התפתחויות לאחר הגשת העתירה

13. ביום 30.12.2014 הורה הנשיא א' גרוניס על הוצאתו של צו-על-תנאי המורה למשיבים ליתן טעם מדוע לא יבוטלו סעיף 30א ופרק ד' לחוק כפי שתוקנו בתיקון לחוק מושא העתירה שלפנינו. עוד קבע הנשיא א' גרוניס כי העתירה תידון בפני הרכב מורחב של תשעה שופטים.

14. ביום 3.2.2015 קיימנו דיון על-פה בעתירה. בתום הדיון, ולאור שאלות וטענות שעלו במהלכו, הורינו למשיבים להגיש תצהיר משלים מטעמם. בתצהיר התבקשו המשיבים לפרט נתונים שונים, בין היתר בנוגע לפילוח האוכלוסייה הנמצאת במרכז השהייה "חולות"; בנוגע לבקשות מקלט שהוגשו ליחידת ה-RSD; ובנוגע למבקשי המקלט אשר עזבו את ישראל מרצון במהלך שהותם במרכז השהייה או במשמורת. לנתונים שפורטו בתצהיר המשלים שהוגש ביום 16.2.2015 אתייחס בהמשך הדברים.

הצגת העותרים ועיקרי טענות הצדדים

15. העותר 1, בן 34, הוא אזרח אריתריאה. לטענתו שירת מספר שנים בצבא באריתריאה ולאחר מכן הוחזק במשך למעלה משנה במאסר ללא משפט. בשנת 2008 יצא העותר 1 מאריתריאה והסתנן לישראל. בין השנים 2008-2013 התגורר העותר 1 בבאר-שבע, באילת ובתל-אביב ועבד בכתי מלון. בינואר 2014 נתן לו הממונה הוראה לשהות במרכז השהייה "חולות", שבו הוא שהה עד למועד הגשת העתירה. העותר 1 הגיש בקשת מקלט אשר טרם הוכרעה. העותר 2, בן 35, הוא אזרח צפון סודן, יליד חבל דרפור. לטענתו במהלך לימודיו באוניברסיטה היה מעורב בפעילות פוליטית במסגרת תנועת "בני דרפור" ומשום כך נאסר פעמיים ללא משפט, הוכה והוחזק בתנאים בלתי אנושיים. לאחר שחרורו ממאסר נמלט העותר 2 בשנת 2004 מצפון סודן ללוב. בשנת 2008, לאחר שהרשויות בלוב החלו להסגיר את פעילי התנועה לצפון סודן, נמלט העותר 2 גם ממנה וביום 17.11.2008 הסתנן לישראל. עם הגיעו הוחזק במשך חמישה חודשים במשמורת. לאחר שחרורו ממשמורת התגורר בירושלים ובתל-אביב ועבד בכתי מלון. בפברואר 2014 ניתנה לעותר 2 הוראת שהייה במתקן "חולות", שם הוא נמצא החל מחודש מרץ של אותה שנה. לטענתו הוראת השהייה ב"חולות" ניתנה לו לאחר שסירב לעזוב את ישראל ולצאת למדינה שלישית. גם העותר 2 הגיש בקשה למקלט, אשר טרם ניתנה בה החלטה.

שאר העותרים בעתירה זו, העותרים 3-8, הם שורה של ארגוני זכויות אדם: המוקד לפליטים ולמהגרים; האגודה לזכויות האזרח בישראל; א.ס.ף. – ארגון סיוע לפליטים ומבקשי מקלט בישראל; קו לעובד; רופאים לזכויות אדם – ישראל; והמרכז לקידום פליטים אפריקאים.

16. העתירה מכוונת כנגד שני נדבכיו של פרק א' לתיקון לחוק. ההסדר הראשון הנתקף הוא של החזקה במשמורת מכוח סעיף 30א לחוק. אף שתקופת החזקה במשמורת קוצרה משנה לשלושה חודשים, סבורים העותרים כי הסעיף עודנו לוקה באי-חוקתיות. לטענת העותרים, בדומה לתיקון מס' 4, מאפשר סעיף 30א בנוסחו הנוכחי להחזיק במשמורת מי שאין היתכנות מעשית להרחקתו. בנסיבות אלה מדובר לעמדתם במעצר שאינו כדין.

ההסדר השני שתקפו העותרים הוא מרכז השהייה, שהקמתו הוסדרה כאמור בפרק ד' לחוק. לטענת העותרים, קיימים בפרק ד' מספר פגמים חוקתיים המצדיקים את ביטולו של פרק זה כולו. טענתם העיקרית של העותרים היא כי תקופת החזקה במרכז השהייה – אף שהוגבלה לעשרים חודשים – עדיין ארוכה באופן קיצוני מהמקובל בעולם ופוגעת באופן ניכר בזכויותיהם של המסתננים. העותרים סבורים גם כי תכליות פרק ד' אינן ראויות. טענתם המרכזית בהקשר זה היא כי תכליתן האמתית של הוראות פרק ד' היא לעודד את המסתננים לעזוב את המדינה "באמצעות שבירת רוחם, הרתעה והפרדה בין אוכלוסיות". זו אינה תכלית ראויה לשיטתם כאשר מדובר בקבוצה שחל איסור לגרשה. מכל מקום, טענו העותרים כי מרכז השהייה אינו משיג את תכליתו, בשים לב לכך שלאחר שחרורם של המסתננים השוהים במרכז, הם יחזרו למרכזי הערים ויתבססו בהם. בפי העותרים גם טענות רבות בעניין הסדרים פרטניים בפרק ד', בפרט ביחס להסדר המסמיך את הממונה להורות על העברתו של מסתנן השוהה במרכז השהייה למשמורת, אם נמצא כי הפר כללים שונים של מרכז השהייה.

לנוכח האמור לעיל, ביקשו העותרים מבית-משפט זה לבטל בשלישית את הוראותיו של החוק, כפי שתוקנו בתיקון מושא העתירה.

17. הכנסת והמדינה סבורות כי דין העתירה להידחות. לעמדתן, תכליותיו של החוק ראויות הן וההסדרים הקבועים בו מידתיים. לטענת הכנסת, ישנם הבדלים מהותיים בין ההסדר שבוטל בעניין איתן לבין ההסדר שנחקק תחתיו ואשר נתקף במסגרת עתירה זו. השינויים שערכה הכנסת בהסדר החקיקתי – ובהם הפחתתה של

התקופה המרבית להחזקה במשמורת לשלושה חודשים; קיצורה של התקופה המרבית להחזקה במרכז השהייה לעשרים חודשים; צמצומה של חובת ההתייצבות במרכז השהייה; קיצורן של תקופות ההעברה של מסתנן ממרכז השהייה למשמורת והנהגתה של ביקורת שיפוטית יזומה של בית הדין למשמורת על החלטה זו – פתרו, כך נטען, את הפגמים החוקתיים שנמצאו בהסדר הקודם. כשים לב למרחב התמרון החקיקתי הנתון למחוקק, סבורה הכנסת כי יש להעדיף בגדרה של עתירה זו פתרון פרשני על פני התערבותו של בית המשפט בדבר החקיקה. זאת, במיוחד לנוכח העובדה שעסקינן בבחינה חוקתית שלישית של אותו החוק ובשים לב לכך שחוק זה נוגע לעיצובה של מדיניות הגירה, נושא המצוי בלבה של הסמכות הריבונית של המדינה.

המדינה טענה כי אף שהוראות פרק ד' בדבר מרכז השהייה פוגעות בזכות לחירות, הן אינן שוללות אותה. השינויים שערכה הכנסת בהסדר זה צמצמו לטענתה את היקף הפגיעה באופן ניכר והן עומדות במבחני פסקת ההגבלה. בדומה, נטען כי גם ההוראות בדבר השמה במשמורת נחקקו לתכלית ראויה ועומדות במבחני המידתיות.

בקשות הצטרפות לעתירה

18. ארבעה עמותות וארגונים ביקשו להצטרף לעתירה במעמד של ידיד בית המשפט. הראשונה – פורום קהלת (להלן: הפורום) – היא עמותה ציבורית הפועלת "לחיזוק הדמוקרטיה הישראלית, לקידום חירות הפרט ועידוד יישום עקרונות השוק החופשי בישראל ולעיגון מעמד הקבע של ישראל כמדינת הלאום של העם היהודי". לטענת הפורום, תכליותיו של החוק – שהן בלימתה של תופעת ההסתננות ומניעתה של הסתננות עתידית לצד מניעת השתקעותם של מסתננים השוהים כעת בישראל והבטחת יציאתם – ראויות הן. כן נטען כי בהתאם למבנה הנורמטיבי המקובל בישראל כוחו של המשפט הפנימי גובר על הוראותיו של הדין הבינלאומי. על כן, לטענת הפורום, אין מקום להסתמך על הוראות המשפט הבינלאומי במסגרת בחינת חוקתיותו של החוק.

19. העמותה השנייה שביקשה להצטרף לעתירה במעמד ידיד בית המשפט היא הפורום המשפטי למען ישראל, הפועלת "למען תקינות שלטונית בכלל ובמערכת המשפט בפרט לרבות בנושא הפרדת הרשויות והאיזונים בין שלושת הרשויות". בתמצית, טענה העמותה כי יש לדחות את העתירה, בראש ובראשונה לאור מרחב התמרון הרחב המוענק למחוקק כמרכיב מהותי בעיקרון הפרדת הרשויות. נטען כי במקרה דנן מרחב תמרון זה הוא גדול במיוחד, בהינתן שהסוגיה העיקרית שעל הפרק –

משך הזמן המותר להחזקת מסתננים במשמורת ובמרכז השחייה – היא סוגיה "כמותית" במהותה.

20. העמותה השלישית שביקשה להצטרף לעתירה, כמשיבה ולחילופין במעמד של ידיד בית המשפט היא עמותת איתן – מדיניות הגירה ישראלית, הפועלת "למען גיבושה של מדיניות הגירה סדורה לישראל". טענתה העיקרית של איתן היא שבמסגרת הבחינה החוקתית של החוק יש לתת את הדעת לאיזון הנדרש בין זכויותיהם של המסתננים לבין זכויותיהם של תושביהם של מרכזי הערים בכלל ושל דרום תל-אביב בפרט. לשיטתה של איתן מדובר ב"איזון אנכי" שבמסגרתו ידם של אזרחי ישראל ושל תושביה צריכה להיות על העליונה. מכאן, כך נטען, שהסדרים המעוגנים בחוק הם לא רק מידתיים אלא אף מחויבי המציאות שכן אחרת תיווצר פגיעה בלתי מידתית בזכויות תושביהם של מרכזי הערים.

21. הארגון הרביעי שביקש להצטרף לעתירה הוא מרכז קונקורד לחקר קליטת המשפט הבינלאומי בישראל (להלן: מרכז קונקורד). מרכז קונקורד הדגיש כי המשפט הבינלאומי מקנה למדינות זכות וסמכות לאכוף את דיני ההגירה שלהן באמצעות הרחקתם של זרים המצויים בשטחן ללא היתר. כן צוין כי אין פסול עקרוני בנקיטתו של אמצעי מעצר שנועד להבטיח את אכיפתן של החלטות בעניין גירוש והרחקה. עם זאת הוטעם כי השימוש באמצעי זה כפוף לעקרונות יסוד כגון נחיצות, מידתיות וסבירות. לטענת מרכז קונקורד הוראות החוק אינן עולות בקנה אחד עם עקרונות אלו. לשיטתו נעדרת מן החוק זיקה ברורה בין סמכות ההחזקה במשמורת או במרכז השחייה לבין האפשרות המעשית לגרש מישראל את מי שהוגדר כמסתנן. היעדרה של זיקה זו, כך נטען, מאפשר בפועל פגיעה שרירותית בזכות לחירות – פגיעה שהמשפט הבינלאומי אוסר עליה.

דיון והכרעה

22. הועמדה כאמור לבחינתנו שאלת חוקתיותם של שני הסדרים בחוק. נקודת המוצא לבחינה החוקתית היא כי על בית המשפט לנהוג בריסון בבואו לבחון חוקים שחוקקה הכנסת, המבטאים את רצון העם (ראו, למשל: בג"ץ 1213/10 ניר נ' יורד הכנסת, פס' 27 לפסק-דינה של הנשיאה ד' ביניש (23.2.2012) (להלן: עניין ניר); בג"ץ 1548/07 לשכת עורכי הדין בישראל נ' השר לביטחון פנים, פס' 17 (14.7.2008)). הדברים מקבלים משנה תוקף בענייננו, שבו אנו נדרשים לבחינת חוקתיותו של חוק שנפסל על-ידי בית המשפט וחוקק מחדש על-ידי הכנסת בשלישית. השופט ע' פוגלמן

ציינ בעניין איתן כי בנסיבות אלו נדרשת זהירות מיוחדת בעת בחינת חוקתיותו של החוק (שם, פס' 23). עם זאת, אין משמעות הדבר כי החוק חסין מפני ביקורת שיפוטית. דברים דומים ציינתי גם אני בעניין איתן:

“... בין הרשות המחוקקת לבין הרשות השופטת מתקיים דיאלוג חוקתי: הכנסת מחוקקת חוק, התואם לדעתה את המבחנים החוקתיים; בית המשפט מעביר את החוק תחת שרביט הביקורת החוקתית. לעיתים, לאחר הבחינה, מגיע בית המשפט למסקנה שהחוק או חלקו אינם חוקתיים. הדיאלוג אינו מתמצה בכך: במידת הצורך, הכנסת מחוקקת מחדש (ראו: אהרן ברק שופט בחברה דמוקרטית 384-383 (2004)). עם זאת, לאחר שבית המשפט מצא כי דבר חקיקה הוא בלתי חוקתי, אל לרשות המחוקקת לחזור ולחוקק אותו בלא כל שינוי, או בשינוי שאין בו כדי לפתור את הסתירה עם חוקי היסוד, אשר עליה הצביע בית המשפט; שכן חקיקה שכזו יש בה פגיעה בחוקי היסוד עצמם’ (בעמוד 388)” (שם, פס' 3 לפסק-דין).

מוטלת עלינו אפוא החובה לבחון גם הפעם אם החוק הנדון – חוקתי הוא. ביקורת חוקתית אינה נערכת כידוע בחלל ריק: היא מתבצעת על רקע מציאות החיים שעמה נועד החוק הנבחן להתמודד (ראו: עניין אדם, פס' 1 לפסק דינו של השופט ע' פוגלמן). כמתואר לעיל, הוראות החוק הנתקפות בהליך זה כוללות אמצעים שנקטה המדינה כחלק מניסיון להתמודד עם תופעת ההסתננות. ממדיה של תופעה זו מצויים לפי הנתונים שבידנו במגמת ירידה. עם זאת, היות שמספר המסתננים השוהים בישראל עודנו רב, נותר בעינו הצורך להתמודד עם האתגרים הנובעים מכך. על רקע דברים אלה, אפנה לניתוח החוקתי.

23. על דרך העיקרון, הבחינה החוקתית נעשית בשלבים. ראשית, יש לבחון אם החוק פוגע בזכות אדם מוגנת. אם התשובה לכך שלילית – תסתיים הבחינה החוקתית. אם התשובה חיובית, יש לבחון אם הפגיעה היא כדין, בהתאם לתנאיה של פסקת ההגבלה (ראו, למשל: בג"ץ 2605/05 המרכז האקדמי למשפט ולעסקים, חטיבת זכויות האדם נ' שר האוצר, פ"ד סג(2) 545, 594 (2009) (להלן: עניין הפרטת בתי הסוהר)). כללים אלה נסמכים על התפיסה החוקתית שלפיה זכויות אדם חוקתיות הן יחסיות, ועל כן ניתן להגבילן אם קיימת הצדקה לכך.

24. בפסקת ההגבלה קבועים ארבעה תנאים מצטברים שבהם נדרש חוק פוגע לעמוד כדי שהפגיעה תהיה כדין. ראשית, אין פוגעים בזכויות חוקתיות אלא בחוק,

ההולם את ערכיה של מדינת ישראל כמדינה יהודית ודמוקרטית. כמו-כן, על החוק להיות לתכלית ראויה. בתמצית, תכלית היא ראויה אם היא נועדה להגשים אינטרסים ציבוריים חשובים (ראו, למשל: בג"ץ 6893/05 לוי נ' ממשלת ישראל, פ"ד נט(2) 876, 889 (2005); בג"ץ 6784/06 שליטנר נ' הממונה על תשלום גמלאות, פס' 78 לפסק-דינה של השופטת א' פרוקצ'יה (12.1.2011); אהרן ברק פרשנות במשפט – פרשנות חוקתית 525 (1994)). לבסוף, על הפגיעה בזכות להיות מידתית. מידתיות החוק נבחנת באמצעות שלושה מבחני-משנה. מבחן המשנה הראשון הוא מבחן הקשר הרציונאלי, אשר במסגרתו יש לבחון אם החוק מממש את התכלית שלשמה נחקק. על האמצעי שנבחר להוביל להגשמת תכלית החוק בהסתברות רצינית, שאינה קלושה או תיאורטית בלבד (ראו: עניין ניר, פס' 23 לפסק-דינה של הנשיאה ד' ביניש; בג"ץ 7052/03 עדאלה – המרכז המשפטי לזכויות המיעוט הערבי בישראל נ' שר הפנים, פ"ד סא(2) 202, 323 (2006) (להלן: עניין עדאלה); בג"ץ 6133/14 גורביץ נ' כנסת ישראל, פס' נד לפסק-דינו של המשנה לנשיאה א' רובינשטיין (26.3.2015) (להלן: עניין גורביץ); אהרן ברק מידתיות במשפט – הפגיעה בזכות החוקתית והגבלותיה 377, 382 (2010) (להלן: ברק-מידתיות)). מבחן המשנה השני – מבחן "האמצעי שפגיעתו פחותה" – בוחן אם מבין האמצעים אשר מגשימים את מטרת החוק בחר המחוקק את האמצעי שפגיעתו בזכויות האדם היא הפחותה ביותר. המחוקק אינו חייב לבחור באמצעי חלופי אשר אין בו כדי להגשים את התכלית באותה מידה או במידה דומה לאמצעי שנבחר (עניין אדם, פס' 24; בג"ץ 3752/10 רובינשטיין נ' הכנסת, פס' 74 לפסק-דינה של השופטת (בדימ') ע' ארבל (17.9.2014)). מבחן המשנה השלישי הוא המבחן המכונה מבחן המידתיות "במובן הצר". במסגרתו יש לבחון אם מתקיים יחס ראוי בין התועלת שתצמח מהגשמת תכליותיו של החוק לבין הפגיעה בזכויות החוקתיות הנלוות לו. זה הוא מבחן ערכי המבוסס על איזון בין זכויות לבין אינטרסים. הוא משקלל את חשיבותה החברתית של הזכות הנפגעת ואת סוג הפגיעה בה ומידתה, אל מול התועלת הגלומה בחוק (ראו: בג"ץ 6304/09 לה"ב – לשכת ארגוני העצמאים והעסקים בישראל נ' היועץ המשפטי לממשלה, פס' 116 לפסק-דינה של השופטת א' פרוקצ'יה (2.9.2010); בג"ץ 6055/95 צמח נ' שר הביטחון, פ"ד נג(1) 241, 273 (1999) (להלן: עניין צמח)).

אם מגיע בית המשפט למסקנה כי החוק הנבחן אינו עומד בתנאיה של פסקת ההגבלה, משמעות הדבר היא כי החוק אינו חוקתי. במקרה כזה, על בית המשפט לקבוע מה הן תוצאותיה של אי-החוקתיות במישור הסעד (ראו, לדוגמה: בג"ץ 2334/02 שטנגר נ' יו"ר הכנסת, פס' 5 לפסק דינו של הנשיא א' ברק (26.11.2003); בג"ץ 2254/13 סמואל נ' שר האוצר, פס' 8 לפסק דינו של השופט נ' הנדל (15.5.2014)).

25. מן העקרונות הכלליים אעבור לבחינה החוקתית של החוק הנדון לפנינו. תחילה תיבחן חוקתיותו של סעיף 30א לחוק, אשר מכוחו ניתן להחזיק מסתננים במשמורת למשך שלושה חודשים. בהמשך, תיבחן חוקתיותו של פרק ד' לחוק, המסדיר מחדש את הפעלתו של מרכז שהייה למסתננים.

סעיף 30א לחוק – כללי

26. נקודת המוצא לדיון היא סעיף 30א(א) לחוק, אשר מסמיך את שר הביטחון להוציא בעניינו של מסתנן צו גירוש. צו הגירוש משמש כאסמכתה חוקית להחזקתו של המסתנן במשמורת עד לגירושו, בכפוף לסייגים שונים (ראו גם: עניין איתן, פס' 42). סעיף 30א לחוק, אשר עמד לביקורת שיפוטית בעניין איתן, אפשר להחזיק מסתנן שהוצא נגדו צו גירוש במשמורת למשך תקופה מרבית של שלוש שנים. סעיף 30א בנוסחו בתיקון מס' 4, אשר עמד לבחינתנו בעניין איתן, קבע תקופה מרבית קצרה יותר להחזקה במשמורת, בת שנה. בסעיף העומד לבחינתנו עתה קוצר משך הזמן המרבי להחזקה במשמורת פעם נוספת והועמד על שלושה חודשים. סעיף 30א קובע:

30א. (א) מסתנן הנתון במשמורת יובא לפני ממונה ביקורת הגבולות, לא יאוחר מחמישה ימים מיום תחילת החזקתו במשמורת.

(ב) ממונה ביקורת הגבולות רשאי לשחרר מסתנן בעירבון כספי, בערבות בנקאית או בערובה מתאימה אחרת או בתנאים שימצא לנכון (בחוק זה – ערובה), אם שוכנע כי מתקיים אחד מאלה:

(1) בשל גילו או מצב בריאותו של המסתנן לרבות בריאותו הנפשית, החזקתו במשמורת עלולה לגרום נזק לבריאותו כאמור, ואין דרך אחרת למנוע את הנזק האמור;

(2) קיימים טעמים הומניטריים מיוחדים אחרים מהאמור בפסקה (1) המצדיקים את שחרורו של המסתנן בערובה, לרבות אם עקב החזקה במשמורת ייוותר קטין בלא השגחה;

הבאה לפני
ממונה
ביקורת
הגבולות
וסמכויותיו
(הוראת
שעה)
התשע"ד-
2013

(3) המסתנן הוא קטין שאינו מלווה בבן משפחה או באפוטרופוס;

(4) שחרורו בערובה של המסתנן יש בו כדי לסייע בהליכי גירושו;

(5) חלפו 60 ימים מהמועד שבו הגיש המסתנן בקשה לקבלת אשרה ורישיון לישיבה בישראל לפי חוק הכניסה לישראל, וטרם החל הטיפול בבקשה.

(ג) ממונה ביקורת הגבולות ישחרר מסתנן בערובה אם חלפו שלושה חודשים מיום תחילת החזקתו של המסתנן במשמורת.

(ד) על אף הוראות סעיף קטן (ב)(2), (4), או (5) או סעיף קטן (ג), לא ישוחרר מסתנן בערובה אם שוכנע ממונה ביקורת הגבולות כי מתקיים אחד מאלה:

(1) גירושו מישראל נמנע או מתעכב בשל העדר שיתוף פעולה מלא מצדו, לרבות לעניין הבהרת זהותו או הסדרת הליכי גירושו מישראל;

(2) יש בשחרורו כדי לסכן את ביטחון המדינה, את שלום הציבור או את בריאות הציבור; לעניין זה רשאי ממונה ביקורת הגבולות להסתמך על חוות דעת מאת גורמי הביטחון המוסמכים, ולפיה במדינת מושבו או באזור מגוריו של המסתנן מתבצעת פעילות העלולה לסכן את ביטחון מדינת ישראל או אזרחיה; והכול, אלא אם כן שוכנע ממונה ביקורת הגבולות כי בשל גילו או מצב בריאותו של המסתנן, החזקתו במשמורת עלולה לגרום נזק לבריאותו, ואין דרך אחרת למנוע את הנזק האמור.

(ה) שחרור בערובה ממשמורת יותנה בתנאים שיקבע ממונה ביקורת הגבולות לשם הבטחת התייצבותו של המסתנן לצורך גירושו מישראל במועד שנקבע או לצורך הליכים אחרים לפי

דין; ממונה ביקורת הגבולות רשאי, בכל עת, לעיין מחדש בתנאי הערובה, אם התגלו עובדות חדשות או אם השתנו הנסיבות ממועד מתן ההחלטה על השחרור בערובה.

(ו) מסתנן ששחרר בערובה ממשמורת לפי סעיף זה, יראו את ההחלטה בדבר שחרורו בערובה כאסמכתה חוקית לשהייתו בישראל, לתקופת השחרור בערובה; תוקף ההחלטה בדבר שחרור בערובה מותנה בקיום התנאים לשחרור כאמור.

(ז) ביקש ערב לבטל ערובה שנתן, רשאי ממונה ביקורת הגבולות להיעתר לבקשה או לסרב לה, ובלבד שבהחלטתו יהיה כדי להבטיח את התייצבותו של המסתנן על ידי המצאת ערובה אחרת; לא ניתן להבטיח את התייצבותו של המסתנן בהמצאת ערובה אחרת, יוחזר המסתנן למשמורת.

(ח) גורש המסתנן מישראל במועד שנקבע, יופטרו הוא וערביו מערבותם ויוחזר העירבון הכספי, לפי העניין.

(ט) נוכח ממונה ביקורת הגבולות כי מסתנן ששחרר בערובה הפר או עומד להפר תנאי מתנאי שחרורו בערובה, רשאי הוא להורות, בצו, על החזרתו למשמורת, וכן רשאי הוא להורות על חילוט או מימוש הערובה.

(י) לא תינתן הוראה על חילוט או מימוש הערובה כאמור בסעיף קטן (ט) אלא לאחר שניתנה הזדמנות למסתנן או לערב, לפי העניין, לטעון את טענותיו, ובלבד שניתן לאתרו באופן סביר.

(יא) הורה ממונה ביקורת הגבולות על שחרורו בערובה של מסתנן לפי סעיף זה, ומתקיימים התנאים למתן הוראת שהייה לאותו מסתנן לפי סעיף 32ד, ייתן לו הממונה הוראת שהייה כאמור לפי הוראות אותו סעיף.

בדומה להסדר שעמד לבחינתנו בתיקון מס' 4, מסדיר סעיף 30א בנוסחו הנוכחי את סמכויותיו של הממונה בכל הנוגע להחזקה במשמורת ולשחרור ממנה. ההסדר נחקק,

כבעבר, במסגרתה של הוראת שעה שתוקפה שלוש שנים ותחולתו נותרה פרוספקטיבית (סעיף 8(ב) לתיקון לחוק).

27. סעיף 30א מסמיך כאמור את הממונה להחזיק מסתנן במשמורת לפרק זמן מרבי של שלושה חודשים (סעיף 30א(ג) לחוק), בכפוף לעילות לשחרור בערובה ובהן גילו של המסתנן, מצבו הבריאותי או טעמים הומניטאריים אחרים (סעיף 30א(ב) לחוק). כמו-כן, אם הוגשה בקשה מטעם המסתנן לקבלת רישיון ישיבה בישראל והטיפול בה לא החל בחלוף שישים ימים מיום הגשתה, יהווה הדבר עילה נוספת לשחרור בערובה. לצד זאת, מאפשר סעיף 30א להחזיק במשמורת מסתנן שאינו משתף פעולה עם גירושו או אשר נשקפת סכנה משחרורו לפרק זמן ארוך משלושה חודשים. והכל, אלא אם שוכנע הממונה כי בשל נסיבותיו של מסתנן פלוני, החזקתו במשמורת עלולה לגרום נזק לבריאותו (סעיף 30א(ד) לחוק). יש להביא מסתנן המוחזק במשמורת בפני בית הדין לביקורת משמורת (להלן: בית הדין) לא יאוחר מעשרה ימים ממועד תחילת החזקתו בה (סעיף 30ה(1) לחוק). אם בית הדין אישר את החזקתו של מסתנן במשמורת, יובא המסתנן לפניו לבחינה עתית של עניינו בתוך פרק זמן שלא יעלה על שלושים ימים (סעיף 30ד לחוק). החלטת בית הדין נתונה לערעור לפני בית משפט לעניינים מינהליים (סעיף 130 לחוק).

28. אלה הן, בתמצית, ההוראות המסדירות את החזקתו של מסתנן במשמורת ואת שחרורו ממנה. ההבדל העיקרי בין הוראות אלה לבין ההסדר שעמד לבחינתנו בעניין איתן הוא פרק הזמן המרבי להחזקתו של מסתנן במשמורת. בעוד שתיקון מס' 4 אפשר כאמור להחזיק מסתנן במשמורת למשך שנה, מגביל ההסדר הנוכחי את משך החזקה במשמורת לשלושה חודשים בלבד. כמו-כן, קוצר פרק הזמן עד לשחרורו בערובה של מסתנן שהגיש בקשה לרישיון ישיבה ושהטיפול בבקשתו לא החל משלושה חודשים לשישים ימים. בנוסף לכך, נוספה עילה לשחרור בערובה מחמת בריאותו הנפשית של המסתנן (סעיף 30א(ב)(1) לחוק) ובוטלה עילה אחרת לשחרור בערובה, שעניינה חלוף הזמן עד לקבלת החלטה בבקשה לרישיון ישיבה.

29. העותרים טענו כאמור כי גם סעיף 30א בנוסחו הנוכחי לא צולח את מבחניה של פסקת ההגבלה. לטענתם גם הסדר זה – בדומה להסדר שעמד לבחינתנו בעניין איתן – מאפשר להחזיק מסתנן במשמורת ללא תלות בקיומה של אפשרות אפקטיבית להרחקתו. לשיטת העותרים, ניתן ללמוד על כך מהחלטתה של הכנסת לא לכלול בחוק הוראה מפורשת שלפיה ישוחרר מסתנן ממשמורת אם הסתיים הליך בירורה של זהותו ואין אפשרות מעשית להרחיקו מישראל תוך זמן סביר. לטענתם מעיד הדבר על כך

שתכליתו של סעיף 30א אינה לברר את זהותם של מסתננים ולמצות את האפיקים הקיימים להרחקתם אלא להרתיע מסתננים פוטנציאליים. העותרים סבורים כי הרתעה אינה תכלית ראויה. לאור זאת, טענו העותרים כי גם דינו של סעיף 30א בנוסחו הנוכחי – בטלות.

30. המדינה טענה בתשובתה כי סעיף 30א נחקק לתכלית ראויה ואינו פוגע בזכויות מעבר לנדרש. לטענת המדינה, תכליתו העיקרית של הסעיף היא מיצוי הליכי זיהויו של המסתנן והעמדת פרק זמן הכרחי לצורך גיבוש אפיקי הרחקתו מישראל. בהתחשב בתכלית זו סבורה המדינה כי התקופה בת שלושת החודשים שנקבעה בחוק היא מידתית.

31. הכנסת הצטרפה בתשובתה לעמדת המדינה שלפיה סעיף 30א הוא חוקתי. הכנסת ציינה כי ביסודו של הסעיף ניצבת אמנם תכלית נוספת שעניינה צמצום התמריצים של מסתננים פוטנציאליים להגיע לישראל, אשר לגביה הביע בית המשפט ספק אם מדובר בתכלית ראויה. אולם, בהתחשב בכך שפרק הזמן להחזקה במשמורת עולה בקנה אחד עם הגשמת התכלית של זיהוי ושל מיצוי אפיקי ההרחקה, היא סבורה כי פגיעתו של ההסדר הנוכחי בזכויות אינה עולה על הנדרש. לבסוף טענה הכנסת כי אף שבהסדר הנוכחי לא נכללה עילה מפורשת לשחרור ממשמורת בנסיבות שבהן מוצו ההליכים של זיהויו של מסתנן פלוני ושל בחינת אפיקי גירושו, מוטב לפרש הסדר זה בדרך המתיישבת עם חוקי היסוד, מאשר לבטלו.

לאחר ששקלתי את טענות הצדדים, הגעתי לכלל מסקנה כי בכפוף לפרשנות שתפורט להלן ביחס להסדר המאפשר החזקה במשמורת, דינה של העתירה בעניין זה להידחות.

פגיעה בזכויות חוקתיות

32. אין מחלוקת כי סעיף 30א פוגע בזכותם החוקתית של המסתננים לחירות. בשים לב לכך שבהליכים הקודמים עמד בית משפט זה בהרחבה על חשיבותה של הזכות לחירות (עניין אדמ, פס' 71-76; עניין איתן, פס' 46), אסתפק בהבאת הדברים בתמצית. הזכות לחירות אישית מעוגנת בסעיף 5 לחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו שלפיו "אין נוטלים ואין מגבילים את חירותו של אדם במאסר, במעצר, בהסגרה או בכל דרך אחרת". הזכות לחירות נתונה לכל אדם השוהה בישראל, גם אם הוא נכנס לתחומיה בדרך בלתי-חוקית. זכות זו [...] היא מאושיות המשטר הדמוקרטי. היא

הוכרה בישראל כזכות יסוד ראשונה במעלה, העומדת בבסיס ערכיה של מדינת ישראל כמדינה יהודית ודמוקרטית" (עניין איתן, פס' 46; ראו עוד, למשל: עניין הפרטת בתי הסוהר, בעמ' 597-598). החזקתו של מסתנן במשמורת פוגעת בזכותו לחירות פיזית, פגיעה אשר לה השלכות גם על זכויות נוספות. לצד הפגיעה בזכות לחירות, פוגעת החזקתו של מסתנן במשמורת גם בזכותו לכבוד (עניין איתן, פס' 47). מטבע הדברים, קיצורה של תקופת המשמורת אינו מאיין כשלעצמו את הפגיעה המתוארת בזכויותיהם החוקתיות של המסתננים.

33. משקיימת פגיעה בזכויות חוקתיות, יש לבחון אם פגיעה זו היא כדין. התנאי הראשון, שעניינו פגיעה שנעשתה בחוק, מתקיים. גם בהליך הנוכחי – בדומה להליכים הקודמים – לא הרחיבו הצדדים באשר לתנאי השני שעניינו הלימה בין הוראות החוק לבין ערכיה של מדינת ישראל. על כן, אצא מנקודת הנחה כי תנאי זה מתקיים ואפנה לבחינתם של תנאיה הנוספים של פסקת ההגבלה – אם נועדה הוראת החוק הפוגעת לתכלית ראויה; ואם פגיעתה אינה עולה על הנדרש.

תכלית ההחזקה במשמורת

34. המדינה הצהירה כאמור בתשובתה ובדיון בפנינו כי תכליתו העיקרית של סעיף 30א היא "מיצוי הליכי זיהויו של המסתנן והעמדת פרק זמן הכרחי למדינה לשם גיבוש אפיקי יציאה מרצון או גירוש מישראל" (פס' 119). כפי שנפסק בעניין איתן, תכלית של זיהוי והרחקה, כשלעצמה, ראויה היא. "השאלה מי יורשה להיכנס לתחומי המדינה היא שאלה בעלת אופי ריבוני מובהק. למדינה פררוגטיבה רחבה לקבוע מי יבוא בשעריה, לכמה זמן ובאילו תנאים, באופן שיאפשר את פעילותה התקינה ואת ההגנה על זכויות אזרחיה ותושביה" (עניין איתן, פס' 51). החזקה במשמורת לצורך בירור זהותו של מסתנן ולשם מיצוי אפיקי הרחקתו מישראל עולה בקנה אחד עם ההלכה הפסוקה, שלפיה לא ניתן להחזיק אדם במעצר אם לא ניתן לגרשו תוך זמן מסוים. אכן, "[...] תוקפו של מעצר מכוח צו גירוש אינו מוסיף לעמוד אם לא מתקיים הליך הרחקה אפקטיבי" (עניין אדם, פס' 2 לפסק-דין; ראו גם: בג"ץ 4702/94 אל טאיי נ' שר הפנים, פ"ד מט(3) 843, 851 (1995) (להלן: עניין אל טאיי)). על כלל זה חזר בית המשפט בעניין איתן:

"זהו הכלל שהתגבש בפסיקתנו, ואין בלתו: החזקה במשמורת מחייבת קיומו של הליך הרחקה אפקטיבי. כדי לשלול חירותו של אדם במטרה להרחיקו, אין די בהצהרה כללית כי בכוונת המדינה לעשות כן. נדרשת

פעילות עקבית שתכליתה לגבש במהירות הראויה אפיק
לגירוש" (פס' 199).

ניתן אפוא להחזיק מסתננים במשמורת, אם הדבר דרוש לצורך זיהויים ולשם מיצוי אפיקי הרחקתם מישראל (עיינו גם: GUY GOODWIN-GILL AND JANE McADAM, THE REFUGEE IN INTERNATIONAL LAW 462 (3RD ED., OXFORD UNIVERSITY PRESS, 2009) (להלן: (GOODWIN-GILL AND McADAM, REFUGEE)).

35. ביסודו של הסדר המשמורת ניצבת תכלית נוספת שעניינה העמדת "חסם נורמטיבי... אשר יצמצם את המוטיבציה של מסתננים פוטנציאליים להגיע לישראל" (דברי ההסבר, בעמ' 424). משמעותה של תכלית זו היא הרתעת הרבים (עניין איתן, פס' 52). בעניין איתן התייחסתי לתכלית ההרתעה וצינתי כי "הרתעה כללית כשלעצמה אינה תכלית לגיטימית" (שם, פס' 2 לפסק-דיני; ההדגשה במקור). אף-על-פי-כן, אין פסול בתכלית של הרתעה כאשר היא נלווית לתכלית לגיטימית אחרת. כפי שנפסק בבג"ץ 7015/02 עג'ורי נ' מפקד כוחות צה"ל בגדה המערבית, פ"ד נו(6) 352, 374 (2002):

"... המפקד הצבאי אינו רשאי אפוא לנקוט צעד של תיחום מקום המגורים בשל טעמים של הרתעה כללית בלבד. עם זאת כאשר בשל מסוכנותו של אדם תיחום המגורים מוצדק הוא, והשאלה היא אך אם לעשות שימוש בסמכות זו, אין כל פגם בכך שהמפקד הצבאי ישקול גם שיקולים של הרתעת הרבים..."

הדברים נאמרו אמנם בהקשר אחר, אך הם יפים גם לענייננו. בדומה, נפסק בעניין איתן כי "אין פגם בכך שלמעצר מסתנן, שנועד לקדם את הליכי גירושו, נלווה אפקט הרתעתי... ואולם, אין להסיק מכך כי ניתן להחזיק מסתנן במעצר לשם הרתעת אחרים, גם לאחר שזהותו התבררה, וגם לאחר שנמצא כי אין אפשרות אפקטיבית להרחיקו מהארץ" (פס' 52; השוו שם, פסק דינו של השופט י' עמית).

36. בשים לב לכך שביסודו של סעיף 30א ניצבות שתי תכליות, יש לבחון את היחס ביניהן ולהתמקד בתכלית הדומיננטית מבין השתיים (עניין עדאלה, בעמ' 319). אכן "[...] לחקיקה של הכנסת עשויה להיות יותר מתכלית אחת. כבר נקבע בפסיקתנו כי במצב שיש בו לחוק כמה תכליות השלובות זו בזו, יינתן משקל רב לתכלית הדומיננטית שלו ובה תתמקד הביקורת החוקתית, עם זאת אין להתעלם גם מן התכליות

המשניות של החוק כדי לבחון השלכותיהן על זכויות האדם" (בג"ץ 4769/95 מנחם נ' שר התחבורה, פ"ד נז(1) 235, 264 והאסמכתאות שם (2002)).

37. מה היא אפוא תכליתו הדומיננטית של סעיף 30א? בחינת ההיסטוריה החקיקתית של סעיף זה מעלה כי התכלית העיקרית הניצבת ביסודו היא זיהוי של המסתנן ומיצוים של אפיקי הרחקתו מישראל, בעוד שהרתעה היא לכל היותר תכלית משנית, הנלווית לה. כך, בדברי ההסבר לסעיף 30א ניתן לתכלית של זיהוי ושל מיצוי אפיקי ההרחקה מקום מרכזי:

"קביעת תקופת משמורת בת שלושה חודשים [...] נדרשת בין השאר כדי למצות את הליכי הזיהוי והגירוש של מסתנן, ובכלל זה זיהוי מוצאו, הסדרת מסמכי נסיעה בעבורו ומיצוי אפיקי יציאתו או הרחקתו מישראל (דברי ההסבר, בעמ' 425; ההדגשה הוספה – מ.נ.).

חשיבותה של תכלית זו עולה גם מדבריו של שר הפנים במהלך דיוני ועדת הפנים והגנת הסביבה של הכנסת בהצעת החוק:

"אני חושב שהמתווה שאנחנו מביאים היום, של 3 חודשי משמורת. אנחנו נתווכח כאן מה זה אומר. עם כל הכבוד, הכנסת יכולה להגדיר מה בעיניה אפקטיביות של הליך בחינת ההרחקה. אני לא יודע שבמילון אבן שושן, אדוני היועץ המשפטי לכנסת, יש הגדרה מדויקת מה זה אפקטיביות של בחינת ההרחקה [...] אנחנו מאוד מעוניינים שההליך יהיה אפקטיבי. אנחנו זקוקים לזמן. זה מאוד קשה כשיועצים משפטיים מגדירים לנו על נוסחאות שהן לא מדעיות, מה זה הזמן של אפקטיביות הליך הרחקה. אני חשבתי ששלושה חודשים לא בהכרח יספיקו לנו" (פרוטוקול ישיבה מס' 428 של ועדת הפנים והגנת הסביבה, הכנסת ה-19, עמוד 7 (2.12.2014)).

אף הכנסת טענה בתשובתה כי בבחינת חוקתיותו של סעיף 30א לחוק, די להתמקד בתכלית הזיהוי וההרחקה (פס' 88). גם לשיטתה של הכנסת, ניצב אפוא ביסודו של סעיף 30א לחוק בנוסחו הנוכחי הצורך בהליך של זיהוי המסתננים ובמיצוים של אפיקי הרחקתם מישראל. המדינה אף היא הדגישה בדיון על-פה בפנינו כי לשיטתה זו היא תכליתו העיקרית של הסדר זה.

38. איתורה של התכלית הדומיננטית אינו מסתכם בעיון בהיסטוריה החקיקתית של החוק. השאלה אם תכלית מסוימת היא תכליתו הדומיננטית של החוק נבחנת גם לאור

ההסדרים הפרטניים שנקבעו בו (השוו: עניין עדאלה, בעמ' 336-339). האם בענייננו תכליתו העיקרית של סעיף 30א עולה מהסדריו? לטענת העותרים, גם החוק הנוכחי – בדומה להסדר שעמד לבחינתנו בעניין איתן ובעניין אדם – לא מתנה את החזקתו של מסתנן במשמורת בקיומם של הליכי זיהוי או הרחקה. לטענתם, בהעדר קשר ברור בחוק בין החזקה במשמורת לבין היתכנות סבירה להרחקה, "התכלית האמיתית של סעיף זה [סעיף 30א – מ.נ.] היא תכלית בלתי-ראויה של הרתעה. מנגד, טענו המשיבות לראשונה במסגרת עתירה זו כי את ההסדר הנוכחי ניתן לפרש באופן המכוון זיקה ברורה בין החזקה במשמורת לבין זיהוי של המסתנן ולבין קיומו של הליך הרחקה אפקטיבי. לאחר עיון בטענות הצדדים, דעתי היא כי לנוכח המתווה החקיקתי הנוכחי, יש לקבל את עמדת המשיבות.

39. אין מחלוקת כי קיים על-פני הדברים קשר בין החזקתו של מסתנן במשמורת לבין התכלית של זיהוי ושל מיצוי אפיקי הרחקתו מישראל. על כך עמדנו בעניין איתן:

"אין חולק כי החזקת מסתנן במשמורת מקלה על האפשרות לברר את זהותו בהליך סדור ומפוקח – עניין שנודעת לו חשיבות רבה על רקע מאפייניה המיוחדים של אוכלוסיית המסתננים, שנכנסו לארץ שלא דרך מעבר גבול מסודר ובלא שיש בידיהם אישורים מזהים רשמיים. אף מובן כי המשמורת מסייעת לממש את הליכי הגירוש מישראל שכן היא מבטיחה כי אדם לא 'יעלם' וחוסכת קשיי איתור אפשריים בהמשך (והשוו לסעיף 13(א)(2) לחוק הכניסה לישראל)" (שם, פס' 54).

מעבר לכך, אני סבורה כי קיימת בחוק הנוכחי אחיזה לכך שהחזקה במשמורת כפופה לתכלית זו. נקודת המוצא מצויה בהוראתו של סעיף 30(א) לחוק, המסמיכה את שר הביטחון לצוות בכתב על גירושו של מסתנן וקובעת כי צו הגירוש ישמש אסמכתה חוקית להחזקתו במשמורת עד לגירושו. הסמכות להחזיק מסתנן במשמורת תלויה אפוא בקיומו של צו גירוש. סמכות דומה – המאפשרת להחזיק אדם שאינו שוהה כדין במשמורת ובלבד שהוצא לגביו צו גירוש – קיימת גם בחוק הכניסה לישראל. פרקי הזמן להחזקה במשמורת בשני החוקים דומים אף הם (שלושה חודשים בחוק הנוכחי, שישים ימים בחוק הכניסה לישראל). מקובלת עליו עמדת המשיבות שלפיה ההבדל בין תקופות המשמורת נעוץ במורכבותו של הליך בירור זהותם של המסתננים, אשר להבדיל מאחרים אשר אינם שוהים בישראל כדין, לא נכנסו אליה דרך תחנת גבול. לא אחת המסתננים אינם נושאים מסמכים מזהים ומתגלעות מחלוקות עובדתיות משמעותיות באשר למדינת מוצאם (ראו, למשל: ע"ם 6694/13 גידאי נ' משרד הפנים

– מדינת ישראל (15.2.2015); עת"מ (מחוזי מר') 37598-06-10 גברמאיאם נ' משרד הפנים (6.7.2010)). על רקע התנייתה של חוקיות המעצר בהוצאתו של צו גירוש, פירשה הפסיקה את סמכות המעצר המעוגנת בחוק הכניסה לישראל כסמכות נלווית לסמכות הגירוש, אשר מטרתה להבטיח את יציאתו של העצור מישראל (ראו: בג"ץ 1468/90 בן ישראל נ' שר הפנים, פ"ד מד(4) 149, 151-152 (1990) (להלן: עניין בן ישראל); בר"ם 696/06 אלקנוב נ' בית הדיון לביקורת המשמורת של שוהים שלא כדין, פס' 16 (18.12.2006)). זאת, אף שלא נכללה בחוק זה הוראה מפורשת הקושרת בין מעצרו של אדם לבין קיומה של היתכנות לגירושו מישראל. לנוכח הדמיון בין ההסדר העומד לבחינתנו לבין ההסדר שנקבע בחוק הכניסה לישראל, ניתן לדעתי להקיש מהלכה זו לענייננו. חיזוק נוסף למסקנתי מצוי בהוראותיהם של סעיפים 30 ו-30ה לחוק הנוכחי, שלפיהן נתונה החזקתו של מסתנן במשמורת לבחינה עתית של עניינו בתוך שלושים ימים לכל היותר. החובה להביא לבחינה עתית את עניינו של המוחזק מסייעת להבטיח שעודנה קיימת עילה להחזקתו במשמורת ותומכת במסקנה כי המשמורת נועדה לסייע בגירושו של המסתנן. הרתעה היא אך תכלית נלווית לכך (ראו והשוו: עניין איתן, פס' 199).

40. ההוראות הנזכרות נכללו גם בהסדר שעמד לבחינתנו בעניין איתן. חרף זאת, נקבע בעניין איתן כי קיים פער בין הוראות ההסדר הקבוע בסעיף 30א לחוק לבין התכלית המוצהרת להחזקה במשמורת – זיהויו של המסתנן וגיבושם של אפיקי יציאתו מן הארץ. קביעתנו זו נשענה על העדרם של הסדרים רלוונטיים מהחוק, כגון הוראה מפורשת המתנה את המשך החזקתו של מסתנן במשמורת בקיומו של "אופק הרחקה הצפוי להתממש בתוך פרק זמן סביר" (עניין איתן, פס' 55, 199; ראו גם: עניין אדמ, פס' 34 לפסק דינו של השופט ע' פוגלמן). גם בהסדר החקיקתי הניצב בפנינו אין הוראה מפורשת המתנה את החזקתו של מסתנן במשמורת בקיומה של היתכנות להרחקתו. עם זאת, אני סבורה כי קיצורה של תקופת המשמורת מאפשר עתה – בשונה מעניין איתן – לפרש את החוק כפי שהציעה הכנסת. בעניין איתן, אף שהשופט ע' פוגלמן היה נכון להניח כי ניתן לנקוט דרך פרשנית, הוא לא ראה "כיצד בענייננו, כאשר אנו ניצבים חזיתית מול הוראה של המחוקק הקובעת פרק זמן של שנה להחזקה במשמורת... ניתן להימנע מביטולה" (פס' 202); וכן קבע כי "על סעיף חוק המסמך אדם להורות על החזקתו במשמורת לתקופה ארוכה של מאן דהוא לשם גירוש (בשונה מפרקי הזמן המוגבלים שבחוק הכניסה לישראל) ליתן ביטוי לקשר שבין הליך ההרחקה לבין ההחזקה במשמורת (פס' 199, ההדגשות הוספו – מ.נ.). בשונה מההסדר שעמד לבחינתנו בעניין איתן, פרק הזמן החדש להחזקה במשמורת קרוב כאמור לפרק הזמן הקבוע בחוק הכניסה לישראל. מדובר בפרק זמן קצר באופן יחסי, אשר הולם את

תכליתו המוצהרת של החוק. פרק זמן זה אף אינו יוצא-דופן בהשוואה להסדרים במדינות אחרות, שתכליתם זיהויו של המסתנן ומיצויים של אפיקי גירוש. ברוב המדינות המערביות בעולם מותרת החזקה במשמורת של שוהים בלתי חוקיים הממתינים לגירושם למשך פרק זמן מוגבל בין חודשים ספורים. בהעדר נסיבות מיוחדות, נעים פרקי הזמן המקובלים בין חודש לבין שישה חודשים בממוצע (לפירוט ראו: עניין איתן, פס' 73-77; לסקירה עדכנית של התקופה הממוצעת שבה מוחזקים שוהים בלתי חוקיים במשמורת במדינות אירופה ראו: THE USE OF DETENTION AND ALTERNATIVES TO DETENTION IN THE CONTEXT OF IMMIGRATION POLICIES, SYNTHESIS REPORT FOR THE EMN FOCUSED STUDY (2014)). תקופה מרבית בת שלושה חודשים אינה חורגת אפוא מהמקובל ברוב המדינות, שבהן תכלית ההחזקה במשמורת דומה לתכלית המוצהרת בענייננו (השוו: עניין איתן, פס' 72).

41. לנוכח מכלול הדברים הללו, מסקנתי היא כי ניתן לפרש את הוראותיו של החוק הנוכחי – בדומה להוראותיו של חוק הכניסה לישראל – כהוראות שנועדו לזיהויו של המסתנן ולמיצויים של אפיקי הרחקה מישראל. כפועל יוצא מכך, כאשר נמצא שהמשך מעצרו של מסתנן אין בו כדי לשרת את תכלית הזיהוי וההרחקה, אין עוד הצדקה להמשיך ולהחזיקו במשמורת. זאת, גם אם טרם חלפו שלושה החודשים מאז תחילת החזקתו במשמורת. אם תאמר אחרת, משמעות הדבר תהא כי ניתן להחזיק אדם במעצר שרירותי. תוצאה כזו אינה עולה בקנה אחד עם עקרונות יסוד של שיטתנו המשפטית. דברים דומים נפסקו בנוגע לחוק הכניסה לישראל:

”מעיון בסעיף זה [סעיף 13 לחוק הכניסה לישראל בנוסחו דאז – מ.נ.] עולה בעליל, שמטרת המעצר הנזכר בפסקה (ג) של הסעיף [הקובע כי מי שניתן עליו צו גירוש, ניתן לעצרו עד ליציאתו מישראל או עד לגירושו ממנה – מ.נ.] היא הבטחת יציאת מי שהוצא נגדו צו גירוש מישראל, או עד לגירושו ממנה... מקור הסמכות היחיד למעצרו של העותר על-פי עמדת המשיבים לפנינו הוא הוראות סעיף 13(ג) לחוק. משנמצא, שהמשך מעצרו של העותר אין בו כדי לשרת את המטרה שלשמה הותר מעצרו לפי סעיף 13(ג), שוב אין הצדקה להמשיך ולהחזיקו במעצר.” (עניין בן ישראל, בעמ' 151-152; ההדגשות הוספו – מ.נ.).

באותו מקרה קבע בית המשפט כי ניתן להמשיך ולהחזיק שוהה לא כדין במעצר, כל עוד נועד המעצר לשרת את המטרה שלשמה הוא בוצע מלכתחילה. קביעה זו – שנסמכה על התכלית הניצבת ביסודה של סמכות המעצר – התקבלה חרף העובדה שבחוק הכניסה לישראל לא נכללה עילה רלוונטית לשחרור ממעצר (ע"א 9656/08

מדינת ישראל נ' סעידי, פס' 26 (15.12.2011); ראו עוד: עניין אל טאיי, בעמ' 851; בג"ץ 199/53 פלוני נ' שר הפנים, פ"ד ח 243, 247 (1954)). דברים אלה יפים גם לענייננו.

42. לצד זאת, הבחירה באפשרות פרשנית זו עולה בקנה אחד עם הכלל הנקוט במשפטנו החוקתי שלפיו יש להעדיף – ככל שהדבר אפשרי – דרך של פרשנות המקיימת את החוק על-פני ביטולו (ראו, למשל: בג"ץ 4562/92 זנדברג נ' רשות השידור, פ"ד נ(2) 793, 808, 812 (1996) (להלן: עניין זנדברג); בג"ץ 9098/01 גניס נ' משרד הבינוי והשיכון, פ"ד נט(4) 241, 257-258, 276 (2004); ע"פ 6659/06 פלוני נ' מדינת ישראל, פס' 8 (11.6.2008)). היא אף מתיישבת עם העיקרון של *Cessante ratione legis cessat ipse lex* – כלל משפטי אינו חל בנסיבות שבהן תכליתו אינה מתקיימת (Zadvydas v. Davis, 533 U.S. 678, 699 (2001) (להלן: עניין Zadvydas)).

43. גישה פרשנית זו אף אינה ייחודית לשיטתנו. גם במקומות אחרים נקטו בתי-משפט פרשנות מצמצמת לסמכות ההחזקה במשמורת של מבקשי מקלט ושל שוהים בלתי חוקיים. הדוגמה הבולטת ביותר לכך – שהוזכרה הן בעניין ADT, הן בעניין איתן – היא פסק-הדין של בית המשפט העליון בארצות-הברית בעניין Zadvydas. בפסק-דין זה נידונה חוקתיותו של הסדר בחוק האמריקני שהתיר להחזיק במשמורת שוהה בלתי חוקי – מעבר לפרק הזמן ה"רגיל" של תשעים ימים הקבוע בחוק – במקרים שבהם מכל סיבה שהיא גירוש לא בוצע. משתקופת ההחזקה במשמורת לא נתחמה בזמן, הותר לכאורה להחזיק שוהה בלתי חוקי במשמורת למשך תקופה בלתי מוגבלת. בית המשפט העליון (מפי השופט Breyer) פירש סמכות זו בהתאם לתכליתה – הבטחת הגירוש – וקבע כי ניתן לעצור אדם אך ורק למשך פרק הזמן הדרוש לשם גירושו ובתנאי שקיים אפיק הרחקה אפקטיבי (שם, בעמ' 699-700). בית המשפט אמץ ברוב דעות חזקה הניתנת לסתירה לפיה לאחר שישה חודשים של החזקה במשמורת מעבר לתקופה הראשונית של תשעים הימים, לא מתקיים הליך הרחקה אפקטיבי. לכן, ככלל יש להורות על שחרורו בערובה של השוהה הבלתי חוקי בתום תקופה זו (שם, בעמ' 701). דברים ברוח דומה נקבעו גם בבית המשפט העליון באוסטרליה (Plaintiff S4-2014 v) (Minister for Immigration and Border Protection, ¶¶ 21-35 [2014] HCA 34).

44. המסקנה הפרשנית שעליה עמדתי לעיל מתיישבת גם עם הוראות הדין הבינלאומי. לפי סעיפים 9, 26 ו-31 לאמנת הפליטים, רשאית מדינה – בכפוף לדרישות של נחיצות ושל מידתיות – להטיל מגבלות על חופש התנועה של מבקשי מקלט (ראו גם: THE 1951 CONVENTION RELATING TO THE STATUS OF REFUGEES AND ITS 1967

COMMENTARY TO (להלן:) PROTOCOL 1243, 1268 (Andreas Zimmerman, ed, 2011)
 R v. Uxbridge Magistrates Court & Another Ex ;(THE REFUGEES CONVENTION
 GOODWIN-GILL AND MCADAM, ;Parte Adimi, [1999] EWHC 765, para. 26
 The UN Refugee Agency [UNHCR], *Alternatives to Detention of* ;REFUGEES, at 522
 :להלן:) (*Asylum Seekers and Refugees*, April 2006, POLAS/2006/03, at 6, para. 18
 :להלן:) ((UNHCR, *Alternatives to Detention*
 התנועה, לפי הפרשנות המקובלת הם חלים גם על מעצרו של מי שנכנסו באופן בלתי
 חוקי למדינה במטרה להגיש בקשת מקלט (ראו, למשל: JAMES HATHAWAY, THE
 RIGHTS OF REFUGEES UNDER INTERNATIONAL LAW 414-418 (Cambridge University
 Press, 2005) ((HATHAWAY :להלן:).

45. הגבלת התנועה של מבקשי מקלט מותרת לשם הגשמתן של מטרות חוקיות
 על-פי הדין הבינלאומי (COMMENTARY TO THE REFUGEES CONVENTION, בעמ' 1270).
 בהנחיות נציבות האו"ם לפליטים נזכרו כמטרות חוקיות, בין היתר, שמירה על
 הסדר הציבורי, לרבות במובן של זיהויו של השוהה הבלתי חוקי; הגנה על בריאות
 הציבור; והגנה על הביטחון הלאומי (The UN Refugee Agency [UNHCR], *Detention*)
 Guidelines: GUIDELINES ON THE APPLICABLE CRITERIA AND STANDARDS RELATING
 TO THE DETENTION OF ASYLUM-SEEKERS AND ALTERNATIVES TO DETENTION 15-19
 ראו גם: עניין אדם, פס' 92). כמו-כן, צוין בהנחיות כי ניתן להחזיק אדם במשמורת לשם
 הבטחת גירושו רק כאשר ישנה היתכנות לכך וכי החזקה במשמורת לשם הרתעה כללית
 בלבד או כענישה אינה ראויה (שם, בעמ' 19). נוסף על כך, המדינה נדרשת להעריך את
 הצורך בהחזקה במשמורת על בסיס נסיבותיו הפרטניות של מסתנן מסוים ולא לעשות
 שימוש באמצעי זה באופן גורף (שם, בעמ' 15; עיינו גם: International Law
 Commission, *Draft Articles on the expulsion of Aliens*, art. 19 (2004),
http://legal.un.org/ilc/texts/instruments/english/draft%20articles/9_12_2014.pdf).

46. לבסוף, המסקנה הפרשנית בענייננו מקבלת משנה תוקף בהתחשב בעמדת
 המדינה. בדיון על-פה שהתקיים בפנינו הצהירה המדינה לראשונה באופן מפורש כי חרף
 חסרונה של הוראה המתנה את המשך החזקתו של מסתנן במשמורת בקיומם של הליכי
 זיהוי והרחקה, היא מכירה בכך כי סמכות ההחזקה במשמורת כפופה לקיומה של
 היתכנות סבירה להרחקה (פרוטוקול הדיון מיום 3.2.2015, בעמ' 4-5). זאת, כל עוד
 המסתנן שעניינו עומד על הפרק משתף פעולה עם ההליכים להרחקתו מישראל (לעניין

זה ראו: סעיף 30א(ד) הנ"ל, המאפשר להמשיך ולהחזיק מסתנן במשמורת אם הלה אינו משתף פעולה עם ההליכים לגירושו מישראל). להצהרה זו של המדינה יש משקל לא מבוטל בענייננו.

47. העותרים הפנונו לעמדתו של היועץ המשפטי לכנסת בתגובה להצעת החוק, שסבר כי היה מקום ליצור זיקה כתובה בין תקופת המשמורת לבין תכליתה (חוות דעתו של היועץ המשפטי לכנסת; ראו גם: עמדת היועץ המשפטי לוועדת הפנים והגנת הסביבה, כפי שבאה לידי ביטוי בדיוני הוועדה בהצעת החוק (פרוטוקול ישיבה מס' 429 של ועדת הפנים והגנת הסביבה, הכנסת ה-19, בעמ' 9-10 (2.12.2014)). העותרים הלינו על כך שבסופו של דבר לא נכללה הוראה מפורשת הקובעת כי יש לשחרר מסתנן אשר אין היתכנות סבירה להרחקתו. שקלתי טענה זו, אך לא ראיתי מקום לשנות ממסקנתי בנדון. אף שרצוי היה לכלול בחוק זיקה מפורשת בין החזקה במשמורת לבין קיומם של הליכי הרחקה, מסקנתי כאמור היא כי ההסדר הנוכחי מאפשר להגיע לתוצאה זהה בדרך של פרשנות החקיקה.

48. סיכומם של דברים. אני סבורה כי בשים לב למכלול הדברים – לתכלית החוק, לקיצור התקופה המרבית להחזקה במשמורת ולהצהרות המשיבות – קיימת אפשרות לפרש את החוק באופן שיכונן את הקשר החסר בו. אני ערה לכך שתוצאה פרשנית זו שונה מהכרעתנו בהליכים הקודמים. אולם, נקיטתו של מהלך פרשני זה – שבמקרה הנוכחי היא סבירה ואפשרית – הייתה בלתי אפשרית ביחס להסדר שעמד לבחינתנו בעניין איתן (ראו שם, פס' 200-201; ראו גם: עניין זנדברג, בעמ' 813). זאת, מאחר שהתקופה המרבית להחזקה במשמורת בהסדר הקודם לא עלתה בקנה אחד עם תכליתו המוצהרת של החוק. אילו הייתה ננקטת פרשנות זו בעניין איתן, היא הייתה מאפשרת להחזיק אדם במשמורת לפרק זמן ארוך מכפי הסביר. כפועל יוצא ציין השופט ע' פוגלמן בעניין איתן: "שותף אני לתפיסתו של חברי [הנשיא א' גרוניס – מ.נ.] שלפיה יש לעשות מאמץ פרשני כדי להימנע מביטול חקיקה של הכנסת. אולם לא ראיתי כיצד בענייננו, כאשר אנו ניצבים חזיתית מול הוראה של המחוקק הקובעת פרק זמן של שנה להחזקה במשמורת (פרק זמן שלהשקפתי אינו מידתי), ניתן להימנע מביטולה" (שם, פס' 202; ראו גם: פס' 2 לחוות-דעתי בעניין איתן). כאמור, שונים הם פני הדברים בענייננו. כפי שפורט בהרחבה לעיל, פרק הזמן המרבי שנקבע בחוק העומד לבחינתנו עתה הוא פרק זמן קצר באופן יחסי, המתיישב עם תכלית החוק ותומך בה.

49. על רקע כל אלה ובהתבסס על הפרשנות שהותוותה לחוק, אפנה עתה לבחינה בהתאם למבחני המידתיות.

מבחני המידתיות

50. כפי שאראה להלן, אני סבורה כי בשים לב לפרשנות החוק, צולח סעיף 30א את מבחני המידתיות. בעניין איתן הבענו ספק אם המתווה החקיקתי שעמד לבחינתנו שם אכן מקיים קשר רציונלי בין החזקה במשמורת לבין הגשמתה של תכלית החוק. זאת, לנוכח היעדרה של הוראה מפורשת המתנה את המשך החזקתו של מסתנן במשמורת בקיומה של היתכנות סבירה להרחקתו מישראל. קושי זה בא כאמור על פתרוננו בענייננו. בנתון לזיקה בין החזקתו של מסתנן במשמורת לבין קיומו של הליך זיהוי ולבין מיצוקם של אפיקי גירוש, קשה להטיל ספק בכך שהחוק מושא דיוננו מקיים את דרישת הקשר הרציונלי. החוק הנוכחי צולח גם את מבחן המידתיות השני, מבחן האמצעי שפגיעתו פחותה. אף שקיימות חלופות אפשריות שונות למשמורת ובראשן מרכזי שהייה פתוחים או פתוחים למחצה, הרי שאמצעים אלה אינם מגשימים את תכליתו של החוק במידה דומה של אפקטיביות (עניין איתן, פס' 60-66). נותר אפוא מבחן המידתיות כמוכח הצר, הוא המבחן העיקרי הנוגע לסוגיה העומדת לפתחנו.

51. כאמור, במסגרת מבחן המידתיות השלישי יש לבחון אם מתקיים יחס ראוי בין התועלת שתצמח לציבור מדבר החקיקה לבין הפגיעה בזכות החוקתית שעתידה להיגרם עקב הפעלתו. בעניין איתן עמדנו על כך שאף שהסדר המעוגן בסעיף 30א משיא תועלת לציבור, תועלתו מוגבלת. על רקע זה, קבענו כי החוק במתכונתו הקודמת פוגע בזכויות חוקתיות במידה העולה על הנדרש. מסקנה זו נסמכה על שני אדנים עיקריים: האחד, "ברירת המחדל" שעלתה מן החוק, שלפיה ניתן להחזיק במשמורת שוהים בלתי חוקיים שאין אפשרות להרחיקם למשך פרק זמן מרבי של שנה. השני, הקביעה כי גם בהנחה שהחזקתו של מסתנן במשמורת כפופה לקיומם של הליכי הרחקה אפקטיביים, פרק זמן של עד שנה הוא פרק זמן ארוך ובלתי-מידתי. וכך נקבע שם (פס' 71):

"החזקה במשמורת כאמור מותרת אך ורק כדי להגן על ריבונות המדינה, במטרה להרחיק מהארץ את אלה ששוהים בתחומיה שלא כדין. היא אינה יכולה להתבצע כאקט עונשי, שלא במסגרת הליך פלילי. בהתאם לדרישותיה של פסקה ההגבלה, עליה להתבצע רק כאשר הדבר נחוץ; כשלא קיים אמצעי חלופי אחר; ולפרק זמן מידתי."

על רקע קביעותינו בעניין איתן, אני סבורה כי החוק הנוכחי צולח גם את מבחן המידתיות השלישי. קיצורו של פרק הזמן המרבי להחזקה במשמורת, הכפוף לתכלית שעליה עמדתי, הפחית במידה משמעותית את הפגיעה בזכויותיהם של המסתננים. כאמור, פרק הזמן בן שלושת החודשים אינו חריג הן בהשוואה להסדרים אחרים בדין הישראלי שתכליתם דומה, הן בהשוואה להסדרים דומים במדינות מערביות שונות בעולם. דומה כי אין עוררין שהחזקה במשמורת, ולו לפרק זמן קצר, פוגעת באופן קשה בזכויותיו של המוחזק. עם זאת, משמדובר בפרק זמן מרבי העומד על חודשים בודדים – ובשים לב לכך שהחזקת המסתנן במשמורת היא לצורך תכלית המוכרת הן במשפטנו, הן במשפט הבינלאומי, הן במשפט המשווה כתכלית ראויה – זו הפעם ובכפוף לפרשנות זו, אין לדעתי מקום להתערבותנו.

52. הנה כי כן, פעמיים קבענו כי הוראת החוק בעניין החזקתם של מסתננים במשמורת אינה צולחת את המבחנים החוקתיים. הנוסח העומד עתה לפנינו, כשהוא מפורש כמוסכם למעשה על ידי המשיבים – עומד בדרישותיה של פסקת ההגבלה ואין לבטלו.

פרק ד' לחוק – כללי

53. פרק ד' הוסף לחוק במסגרת תיקון מס' 4. מכוחו הוקם כאמור מרכז השהייה "חולות" שבנגב. ביטולו של פרק ד' בעניין איתן היווה התערבות ראשונה של בית המשפט בהוראות החוק בדבר מרכז השהייה. הסדריו הפרטניים והתנהלותו בפועל של מרכז השהייה "חולות" עד לביטולו תוארו בפירוט בעניין איתן. פרק ד' בנוסחו הקודם הסמיך את הממונה להורות למסתנן שיש קושי לגרשו להתייצב במרכז השהייה. בשונה מהוראות סעיף 30א לחוק שתחולתן עתידית, ניתן היה להפעיל סמכות זו גם כלפי מסתננים אשר כבר נמצאים בתחומיה של ישראל. כמו כן, הממונה לא חויב להגביל את תקופת השהייה בזמן. לפיכך, מסתנן שזומן למרכז השהייה עשוי היה לשהות בו עד לפקיעתו של תיקון מס' 4, שנחקק כזכור כהוראת שעה שתוקפה שלוש שנים. באופן תיאורטי – לוי הייתה הוראת השעה מוארכת – היה עשוי מסתנן לשהות במרכז במשך זמן בלתי מוגבל (ראו: עניין איתן, פס' 149, 151). בחוק הקודם אף לא נקבעו עילות שחרור ממרכז השהייה או הוראות המחייבות את הממונה לפטור אוכלוסיות מיוחדות משהייה בו. השוהים נדרשו להתייצב במרכז השהייה לצורך רישום נוכחות שלוש פעמים ביום – בבוקר, בצהרים ובערב. בשעות הלילה היה מרכז השהייה סגור. מרכז השהייה נוהל על-ידי סוהרים משירות בתי הסוהר שהוכשרו לתפקיד ואשר הוקנו להם סמכויות אכיפה נרחבות, כגון סמכויות עיכוב, חיפוש ותפיסה. לצד סמכויות אלה,

הוקנתה לממונה סמכות להעביר למשמורת שוהים שהפרו כללים שונים של מרכז
השהייה.

54. לאחר שבעניין איתן הורינו על בטלותו של פרק ד', הוא חוקק מחדש במסגרת
התיקון לחוק העומד לבחינתנו. בדומה לחוק הקודם, פרק ד' בנוסחו הנוכחי מסמיך את
השר לביטחון פנים להכריז בצו על מקום מסוים כמרכז שהייה למסתננים (סעיף 32ב
לחוק) ומסדיר את אופן הפעלתו של מרכז שהייה זה ואת כלליו. רוב הסדריו הפרטניים
נותרו בעינם. כך, רשאי הממונה לתת הוראת שהייה לכל מסתנן אשר יש קושי "מכל
סוג שהוא" לגרשו למדינת מוצאו, לרבות למסתננים המצויים כבר בגבולות המדינה
ולמסתננים המוחזקים במשמורת לפי סעיף 30א לחוק (סעיפים 32ד ו-30ד(ד) לחוק).
בהתאם להוראות אלה הוציא מנהל רשות האוכלוסין וההגירה הנחייה שלפיה יופנו
למרכז השהייה נתינים של סודן אשר הסתננו לישראל לפני יום 31.5.2011 ונתינים של
אריתריאה אשר הסתננו לישראל לפני יום 31.5.2009 (נספח מ/ש/6 לכתב התשובה של
המדינה). בבקשתם לצו ביניים מיום 20.7.2015 ציינו העותרים שביום 14.7.2015
פורסמו קריטריונים מעודכנים. על-פי קריטריונים אלה, החל מיום 19.7.2015 יופנו
למרכז השהייה נתינים של סודן אשר הסתננו לישראל לפני יום 31.12.2011 ונתינים של
אריתריאה אשר הסתננו לישראל לפני יום 31.7.2011 (<http://www.piba.gov.il/>)
SpokesmanshipMessages/ Documents/ holot_criteria_14072015.pdf). מרכז
השהייה עודנו מנוהל על-ידי שירות בתי הסוהר; סמכויות העיכוב, החיפוש והתפיסה
הנתונות לסוהרים נותרו על כנן; וסמכות הממונה להורות על העברת שוהים למשמורת
לא בוטלה מעיקרה. לעומת זאת, פרק ד' בנוסחו הנוכחי שונה מנוסחו הקודם במספר
היבטים: משך השהייה במרכז הוגבל בזמן (עד עשרים חודשים); צומצמה חובת
הנוכחות במרכז במהלך היום; הוגבלה סמכותו של הממונה להורות על העברת שוהה
ממרכז השהייה למשמורת; הממונה הוסמך להורות על שחרורו של שוהה ממרכז
השהייה בהתקיים תנאים שונים; והוחרגו מתחולתו קבוצות מיוחדות, כגון קטינים,
נשים ונפגעי עבירות מסוימות.

55. הקיבולת המרבית של מרכז השהייה "חולות" עומדת כבעבר על 3,360 אנשים.
מהתצהיר המשלים עולה כי נכון ליום 9.2.2015 שהו בו 1,950 מסתננים, 76% מתוכם
נתיניה של צפון סודן ואילו 24% הנותרים נתיניה של אריתריאה. כמו-כן, נכון למועד
זה, פרק הזמן המקסימלי ששהו מסתננים ב"חולות" עמד על ארבעה-עשר חודשים.
מהתצהיר עולה גם כי יותר מ-60% מן השוהים ב"חולות" הסתננו לישראל עד שנת
2008 וכי 1,521 שוהים הגישו בקשות מקלט ליחידת ה-RSD, כשמחצית מהן הוגשו

לאחר תחילתה של תקופת השהייה שלהם במרכז. לטיפול בבקשות מקלט של שוהים, כך לפי רשות האוכלוסין וההגירה, ניתנת עדיפות.

56. טיבם של תנאי המחייבה במרכז השהייה שנוי במחלוקת בין הצדדים. לטענת העותרים, התנאים במרכז השהייה בסיסיים ביותר, מבנה החדרים אינו מאפשר פרטיות ואפשרויות התעסוקה במרכז מצומצמות ודלות. בנוסף לכך הלינו העותרים על שירותי הבריאות והרווחה במרכז השהייה; על טיב המזון המסופק בו; ועל גובה דמי הכיס המשולמים לשוהים. מנגד טענה המדינה כי מתקיימות במרכז השהייה פעילויות פנאי, כי מופעלות בו מסגרות חינוכיות וכי מוענקים בו שירותי רפואה ורווחה. המדינה הוסיפה וציינה כי בכל אגף במרכז השהייה – המאכלס 140 שוהים – פועל מועדון הפתוח בכל שעות היום ומצויות בו שתי ספריות, מגרש ספורט, מכבסה וצרכנייה, אשר מחירי המוצרים הנמכרים בה מפוקחים. נוסף על כך, הזכירה המדינה כי סעיף 32 לחוק והתקנות למניעת הסתננות (עבירות ושיפוט) (העסקת שוהים בעבודות תחזוקה ושירותים שוטפים) (הוראת שעה), תשע"ה-2015 שהותקנו מכוחו מסדירים את האפשרות לעבוד בתחומי מרכז השהייה בעבור תשלום הקבוע בתקנות. במרכז השהייה פועל משרד תעסוקה ולשוהים מוצע לעבוד, בין השאר, בתחזוקת המרכז ובניקיונו, באפסנאות ובמכבסה. בה בעת, טענה המדינה כי שיעורי ההשתתפות בפעילויות השונות המוצעות לשוהים וכן שיעורי ההעסקה במסגרת מרכז השהייה נמוכים ביותר (ראו והשוו: עניין איתן, פס' 91-96).

על רקע דברים אלה, אפנה לבחינת טענות הצדדים בנוגע לחוקתיותו של פרק ד' במתכונתו הנוכחית, אך תחילה דברי הקדמה.

57. בפסק-דיני בעניין אדמ כתבתי: "המדינה ניצבת מול מציאות חיים – הכפויה עליה הר כגיגית – עמה עליה להתמודד. התמודדות זו מציבה קשיים, שאתגרים בצדם. אתגרים אלה מחייבים פתרונות יצירתיים. יכולה זאת להיות שעתה היפה של המדינה, שבמציאות שנכפתה עליה תשכיל למצוא פתרונות הומאניים, פתרונות התואמים לא רק את המשפט הבינלאומי אלא גם את התפישה היהודית." בין השאר הצעתי שם להפוך את מתקן המשמורת למרכז שהייה פתוח שהשהייה בו רצונית.

לא אכחד: לא מרכז השהייה כפי שהוקם לימים ב"חולות" עמד מול עיני כאשר כתבתי דברים אלה. כאזרחית, הייתי שמחה לראות את מדינת-שלי עם יותר חמלה, גם כלפי מי שחשוד בכך שהסתנן לישראל לשבור שבר. עם זאת, כשם שאין אנו בוחנים

את תבונת החוק כך אין אנו שמים עצמנו במקום המחוקק. תפקידנו הוא לבדוק את חוקתיות החוק. אקדים ואומר: לאחר בחינת הוראותיו של פרק ד' בחוק מסקנתי היא כי למעט פרק הזמן המרבי לשהייה במרכז, צולח פרק ד' – לעיתים בקושי – את מבחני פסקת ההגבלה.

הפגיעה בזכויות חוקתיות

58. אין מחלוקת כי ההסדרים הקבועים בפרק ד' לחוק פוגעים בזכויות חוקתיות. עם זאת, בין הצדדים נטושה מחלוקת באשר לסוג הפגיעה, לעצמתה ולהיקפה. לטענת העותרים, ההסדרים השונים בפרק ד' – המתווים את החובה לשהות במרכז השהייה ואת היקפה – פוגעים פגיעה עצמאית וקשה בזכות החוקתית לחירות. על אף השינויים שנערכו בחוק, נותר לטענתם מרכז השהייה כשהייה. דהיינו, מתקן שמאפייניו קרובים יותר למתקן משמורת מאשר למרכז שהייה "פתוח" או "פתוח למחצה". המדינה, מצדה, אינה חולקת על כך שפרק ד' בנוסחו הנוכחי עודנו מגביל את הזכות החוקתית לחירות. אולם, באמצעות השינויים שנערכו בחוק צומצמה לטענתה "ההגבלה המוטלת על יכולתו של השוהה לממש את חירותו באופן ניכר, כך שהחובה להימצא בו באופן שפוגע בזכותו לחירות היא בשעות הלילה בלבד...". עוד טענה המדינה כי "אכן יש בפרק ד' כדי להגביל את הזכות לחירות ובכך לפגוע בה. עם זאת... אין לקבל את טיעון העותרים לפיו השהייה במרכז השהייה עולה כדי שלילת הזכות לחירות" (פס' 103 לתשובת המדינה).

59. אכן, בנוסחו הנוכחי של פרק ד' נערכו שינויים בהשוואה לנוסחו הקודם. עם זאת, אף שינויים אלה הפחיתו את הפגיעה בזכות לחירות, הפגיעה בה עדיין קיימת. חובת השהייה במרכז עדיין אינה פרי בחירה חופשית של השוהה. ככזו היא פוגעת בחופש התנועה של השוהים ואף עולה כדי פגיעה בזכותם לחירות. פגיעה זו מתחזקת לנוכח חובתם של השוהים במרכז להתייצב בו לצורך רישום בשעות הערב ולשהות בו במשך שעות הלילה ולאור האיסור המוטל עליהם לעבוד מחוץ לגבולותיו. כפי שנפסק בעניין איתן, בכל הסדר הכופה על אדם לשהות במקום מסוים ואשר מחייבו לשהות בו ולו בחלק משעות היממה כרוכה באופן טבעי פגיעה בזכותו לחירות:

"פגיעה בזכות לחירות... היא אינהרנטית לכל מתקן אשר הנוכחות בו אינה רצונית. מרכזי שהייה פתוחים אשר הכניסה אליהם אינה וולונטרית, פרי בחירה חופשית של השוהה; ואשר מחייבים את נוכחות השוהה ולו גם בחלק משעות היממה – פוגעים, מטבעם, בזכות לחירות. בענייננו, המדינה אינה חולקת על כך שמרכז השהייה

מגביל את הזכות לחירות, אלא שהיא מבחינה, כאמור, בין שלילת הזכות לחירות לבין הגבלתה. בכל שאמור בניתוח הפגיעה בזכות, לא מצאתי רבותא בהבחנה זו. כפי שמציין א' ברק, 'הגבלת הזכות החוקתית משמעותה פגיעה בה. חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו משתמש בביטוי 'פגיעה' ('אין פוגעים בזכויות שלפי חוק-יסוד זה...'). לעומתו משתמשים הצ'רטר הקנדי ומרבית החוקות המודרניות בביטוי 'הגבלה' ('Limits'). לדעתי אין הבחנה בין השניים' (מידתיות במשפט, בעמ' 135). וכפי שמסביר ברק:

'ההגבלה או הפגיעה מתרחשת בכל מצב שבו רשות שלטונית אוסרת או מונעת מבעל הזכות להגשימה כדי מלוא היקפה. לעניין זה אין כל חשיבות לשאלה אם הפגיעה היא קשה או קלה; אם היא בליבה של הזכות או באזור האפלולית שלה; אם היא מכוונת אם לא; אם היא נעשית בדרך של מעשה או בדרך של מחדל (במקום שיש חובה חיובית להגן על הזכות); כל פגיעה, היא היקפה אשר יהא, הינה בלתי חוקתית אלא אם כן היא מידתית (שם, בעמ' 135-136) "' (שם, פס' 117; ההדגשות הוספו – מ.ג.).

כך גם בענייננו. ככלל, ההבדל בין פגיעה בחופש התנועה לבין פגיעה בזכות לחירות נעוץ במידת הפגיעה ובעצמתה (OPHELIA FIELD, U.N. HIGH COMM'R FOR REFUGEES,) DIV. OF INT'L PROTECTION SERVS., ALTERNATIVES TO DETENTION OF ASYLUM SEEKERS AND REFUGEES 2, 11-12 U.N. Doc. POLAS/2006/03 (April 2006) Guzzardi v. Italy, 39 Eur. Ct. H.R. (ser. A) at 23-25 (1981) (92-95) (להלן: עניין Guzzardi); עיינו עוד: Department of Economics and Social Affairs, Study of the right of everyone to be free from arbitrary arrest, detention and exile (United Nations publication, Sales No. 65.XIV. 2), 21) (21) Nations publication, Sales No. 65.XIV. 2). השינויים שנעשו בחוק – כגון צמצומה של חובת הנוכחות והגבלתו של משך השהייה במרכז בזמן – הפחיתו את מידת הפגיעה בזכויות חוקתיות. אולם, לא ניתן לומר כי הפגיעה צומצמה עד כדי כך שהיא מתמצה אך ורק בהצבתן של מגבלות על חופש התנועה.

60. לסיכום היבט זה: נוסחו הנוכחי של פרק ד' עודנו פוגע באופן משמעותי בזכויותיהם של השוהים במרכז השהייה ובעיקר בחירותם. משאלה פני הדברים, יש לבחון אם יש בפגיעה זו כדי לעבור את המסגרת החוקתית. לבחינה זו אעבור עתה.

תכליות פרק ד'

61. מדברי ההסבר לחוק ומתשובותיהן של המשיבות עולה כי תכליתו העיקרית של פרק ד' לחוק היא הפסקת ההשתקעות של אוכלוסיית המסתננים במרכזי הערים ומניעת

האפשרות שיעבדו בישראל. לצד זאת, נועד החוק לספק מענה הולם לצורכיהם של המסתננים. תכלית מוצהרת נוספת היא יצירתו של חסם נורמטיבי בפני מסתננים פוטנציאליים.

62. טענתם העיקרית של העותרים היא כי תכליתו המרכזית האמתית של פרק ד' לחוק היא "שבירת רוחם" של המסתננים ועידודם לעזוב את ישראל (ראו גם: עיקרי הטיעון מטעם העותרים, פס' 4-6). מטרה זו באה לטענתם לידי ביטוי בדיונים בהצעת החוק. מכל מקום, המציאות מלמדת, כך נטען, כי שליחת מסתננים למרכז השהייה "חולות" מביאה בפועל לשבירת רוחם וליציאתם מישראל. העותרים סבורים כי הרצון לעודד יציאה מישראל אינו תכלית ראויה, בפרט כאשר מכוונים האמצעים כלפי קבוצת אנשים שלא ניתן לגרשם. אף הרצון למנוע את השתקעותם של מסתננים במרכזי הערים אינו מהווה לעמדתם תכלית ראויה: בין אם נועדה תכלית זו למנוע שהייה ארוכת-טווח בישראל, בין אם היא נועדה להרחיק אנשים אלה מהחברה – מדובר בתכלית פסולה. לבסוף טענו העותרים כי גם הרתעה אינה תכלית ראויה.

63. המשיבות – הן המדינה, הן הכנסת – סבורות כאמור כי תכליות אלה ראויות הן, בהיותן "מכוונות... לטובת הגשמת אינטרסים חברתיים מובהקים, הנוגעים לריבונותה של ישראל וליכולתה להתמודד עם ההשלכות הנלוות להשתקעותם של עשרות אלפי מסתננים בעריה..." (פסקה 178 לתשובת המדינה).

מניעת השתקעות

64. התכלית בדבר מניעת השתקעותם של מסתננים נדונה הן בעניין אדמ, הן בעניין איתן. בעניין אדמ סברה השופטת ע' ארבל (בהתייחס אמנם להסדר ההחזקה במשמורת) כי זו היא תכלית ראויה. לתפיסתה, יש למדינה "זכות לקבוע את מדיניות ההגירה לתוכה הנובעת מאופייה הריבוני של המדינה", שממנה נובעת "אף זכותה לקבוע צעדים שיתמודדו עם מהגרים בלתי חוקיים, בהנחה שאלו לא הוכרו כפליטים." היא נכונה הייתה "לראות כמטרה חברתית חשובה את רצונה של המדינה למנוע השלכות שליליות... ולטרפד אפשרות חופשית של המסתננים להשתקע בכל מקום במדינת ישראל, להשתלב בשוק העבודה שלה, ולא לאלץ את החברה המקומית להתמודד עם כניסת המסתננים לתחומם על כל המשתמע מכך" (שם, פס' 84). בשונה ממנה, סבר השופט ע' פוגלמן באותו מקרה כי "שאלת עמידתן של תכליות החוק במבחן התכלית הראויה, כפי שהותווה בפסיקה, מעוררת קשיים", אך השאיר שאלה זו בצריך עיון (שם, פס' 19; ראו גם: עניין איתן, פס' 103). שאר השופטים הצטרפו לפסקי הדין הן של

השופטת ע' ארבל, הן של השופט ע' פוגלמן. בעניין אדם לא נקבעה אפוא הלכה בסוגיה זו, כשרוב השופטים העדיפו להותיר את השאלה אם מדובר בתכלית ראויה בצריך עיון.

65. גם בעניין איתן נותרה השאלה אם מניעת השתקעות היא תכלית ראויה ללא הכרעה. השופט ע' פוגלמן נמנע בשנית מלהכריע בשאלה אם מדובר בתכלית ראויה, "על רקע הקושי שמעוררת", לדבריו, "תכלית שעניינה הפרדת אוכלוסייה אחת מאוכלוסייה אחרת" (פס' 103). רוב השופטים – הן אלה שהצטרפו בדעת הרוב לעמדתו של השופט ע' פוגלמן, הן שופטי המיעוט – לא התייחסו לנושא תכלית זו. השופט ס' ג'ובראן, סבר כי תכלית זו, "כשלעצמה, אינה בלתי לגיטימית" וציין: "שאיפתה של המדינה למנוע השתקעותם של מסתננים בערים היא אחד מביטויה של מדיניות ההגירה. מדיניות זו כרוכה מטבעה בהגבלה של זכויות יסוד מסוימות... אך הגבלה זו כשלעצמה אינה שוללת את היותה של התכלית ראויה. בבסיס מדיניות זו עומדים אינטרסים חיוניים. תכליתם של אינטרסים אלה מבטאת ההגנה על החברה מפני ההשלכות השליליות שעלולות להיות תוצאתה של תופעת ההסתננות. הגנה זו היא ראויה בעיני [...] "(שם, פס' 7-8). אף אני ציינתי שם (בפס' 5 לפסק-דיני) כי כדי לפתור את מצוקתם של תושבי דרום תל אביב ראוי לחשוב על פתרונות יצירתיים כמו תחימה מאורגנת של מקומות השהייה של מסתננים.

66. בפסקי-הדין בעניין אדם ובעניין איתן לא נקבע באופן חד-משמעי כי מניעת השתקעות במרכזי הערים היא תכלית ראויה. באופן מפורש הכירו בכך השופטת (בדימ') ע' ארבל והשופטים נ' הנדל וס' ג'ובראן. גם אנוכי הבעתי תמיכה בנקיטת אמצעים שיש בהם כדי להגשים תכלית זו. אציע לחבריי לקבוע הפעם באופן מפורש כי מניעת השתקעות במרכזי הערים תכלית ראויה היא, וזאת מהנימוקים שאציג להלן.

67. בעניין איתן תואר כי רבים מהמסתננים מתגוררים בעיר תל-אביב-יפו (ובפרט בשכונותיה הדרומיות) וכי היתר מתגוררים בעיקר באילת, באשדוד, באשקלון, בבאר-שבע, בפתח-תקווה, בראשון-לציון וברמלה (פס' 29). המציאות שנוצרה בערים הנזכרות עוררה – והיא עודנה מעוררת – קשיים בלתי מבוטלים. לעמדתי אין פסול בחוק המבקש להפחית מקשיים אלה באמצעות פיזור של אוכלוסיית המסתננים. בעניין איתן עמדתי כאמור על כך שאין פסול בכך שהמדינה תנקוט אמצעים אשר יובילו לפיזורם של המסתננים ולהקלת הנטל על מרכזי הערים בישראל.

68. המשפט הבינלאומי מכיר באתגרים שמציבה הגעתם של זרים אל מדינה ומאפשר לה כאמור לנקוט אמצעים שונים – ובהם כאלה המגבילים את חופש התנועה שלהם ואת חירותם – במסגרת התמודדותה עם אתגרים אלה (סעיפים 26 ו-31 לאמנת הפליטים; עיינו גם בסעיף 9 לאמנה, שבו מעוגנת פסקת החרגה (derogation clause) המאפשרת למדינות לנקוט במצבים חריגים אמצעים שונים כנגד מבקשי המקלט, בין היתר אמצעים שיש בהם כדי להגביל את חופש התנועה שלהם (COMMENTARY TO THE REFUGEES CONVENTION, בעמ' 789)). כמתואר לעיל, הגבלת החירות צריכה להיות לתכלית חוקית ויש ליישמה רק כאשר הדבר נחוץ.

69. התכלית של מניעת השתקעות במרכזי הערים – שעניינה הפחתתו של הנטל המוטל על מרכזי הערים שבהן יש ריכוז משמעותי של זרים – עולה בקנה-אחד עם אמות-מידה אלה ומתיישבת עם כלליו של המשפט הבינלאומי. האינטרס של מניעת ריכוזם של מבקשי מקלט בערים מסוימות עמד ביסוד אמצעים שונים המגבילים את חופש התנועה של מבקשי המקלט שננקטו בנוורווגיה (ראו: UNHCR, Alternatives to Detention, בעמ' 165), בשוויץ (European Council on Refugees and Exiles [ECRE], Forum Réfugiés-Cosi, Irish Refugee Council and the Hungarian Helsinki Committee, *Asylum Information Database: National Country Report, Switzerland*, at 52, AIDA Doc. (17.2.2015) (להלן: Switzerland), בגרמניה (European Council on Refugees and Exiles [ECRE], Forum Réfugiés-Cosi, Irish Refugee Council and the Hungarian Helsinki Committee, *Asylum Information Database: National Country Report, Germany*, at 62, AIDA Doc. (January 2015) (להלן: Kitu Cha Sheria v. The Attorney General [2013] eKLR (H.C.K.) (Kenya) ובקניה (ראו: Samow ; (Kitu Cha Sheria: Attorney General [2013] eKLR (H.C.K.) (Kenya) Mumin Mohamed v. Cabinet Secretary, Ministry of Interior Security and Co-ordination [2014] eKLR (H.C.K.) (Kenya) Coalition for Reform ; (Mohamed : (להלן: and Democracy (CORD) v. Republic of Kenya [2015] eKLR, paras. 401-403 (Kenya) (H.C.K.)). אף נציבות האו"ם לפליטים – בהערותיה להצעת החוק מושא העתירה שלפנינו – הכירה בכך שלשם הפחתת הנטל מהערים שבהן התרכזו המסתננים, יש צורך בפיזור של אוכלוסיית מבקשי המקלט בין ערים שונות (ראו: נספח ע/10 לעתירה).

70. גישה דומה מעוגנת בדירקטיבה של האיחוד האירופאי בדבר קליטתם של מבקשי מקלט (Council Directive 2003/9, 2003 O.J. (L31) 18 (EC)). חרף העובדה שככלל מוקנה למבקשי המקלט חופש תנועה בשטח המדינה שבה הם שוהים, נקבע

בסעיף 7 לדירקטיבה כי המדינות רשאיות לקבוע אזורים גאוגרפיים שבהם יתגוררו מבקשי המקלט ולעתים אף מקומות מגורים ספציפיים:

1. Asylum seekers may move freely within the territory of the host Member State *or within an area assigned to them by that Member State. The assigned area shall not affect the unalienable sphere of private life and shall allow sufficient scope for guaranteeing access to all benefits under this Directive.*
2. *Member States may decide on the residence of the asylum seeker for reasons of public interest, public order or, when necessary, for the swift processing and effective monitoring of his or her application.*
3. *When it proves necessary, for example for legal reasons or reasons of public order, Member States may confine an applicant to a particular place in accordance with their national law.*
4. Member States may make provision of the material reception conditions subject to actual residence by the applicants in a specific place, to be determined by the Member States. Such a decision, which may be of a general nature, shall be taken individually and established by national legislation.
5. Member States shall provide for the possibility of granting applicants temporary permission to leave the place of residence mentioned in paragraphs 2 and 4 and/or the assigned area mentioned in paragraph 1. Decisions shall be taken individually, objectively and impartially and reasons shall be given if they are negative. The applicant shall not require permission to keep appointments with authorities and courts if his or her appearance is necessary.
6. Member States shall require applicants to inform the competent authorities of their current address and notify any change of address to such authorities as soon as possible."

(ההדגשות הוספו – מ.נ.)

נקיטת אמצעים לשם קביעת מקום המגורים של מבקשי מקלט היא ראויה אפוא, ובלבד שהיא קשורה באינטרסים ציבוריים, בסדר ציבורי או בצורך בטיפול יעיל ומהיר בבקשות למקלט. לדירקטיבה זו יצא לאחרונה עדכון שבמסגרתו הוחלו הוראות דומות על כל מי שהגישו בקשה להגנה בינלאומית מכל סוג שהוא (Directive 2013/33, 2013 (O.J. (L180) 96 (EU).

71. נגד המדיניות האירופית שעוגנה בדירקטיבה ובעדכונה נמתחה ביקורת, בין היתר לנוכח שיקול הדעת הרחב שהיא מותירה למדינות ביישומה (COMMENTARY TO THE REFUGEES CONVENTION, בעמ' 1163-1161) ומאחר שהיא מאפשרת להטיל

מגבלות על חופש התנועה בשל שיקולים של סדר ציבורי, אף אם הן אינן עומדות במבחן של נחיצות (UNHCR ANNOTATED COMMENTS TO DIRECTIVE 2013/33/EU) OF THE EUROPEAN PARLIAMENT AND COUNCIL OF 26 JUNE 2103 LAYING DOWN STANDARDS FOR THE RECEPTION OF APPLICANTS FOR INTERNATIONAL PROTECTION (Recast) 14 (2015) (להלן: UNHCR COMMENTS TO EU 2013 DIRECTIVE). עם זאת, בקומנטר העדכני לאמנת הפליטים צוין כי ניתן להצדיק את המדיניות האירופית אם היא תיושם במצבים שבהם קיים צורך לוחץ לעשות כן, כגון בנסיבות של "הצפה" של מבקשי מקלט (*mass influx*) (שם, בעמ' 1164; ההדגשה הוספה-מ.ג.):

"[Article 7] can, however, [...] be regarded to be in accordance with Art. 26 of the 1951 Convention if it is restricted to *situations of a mass influx*, or to the procedural situation of investigating the identity of, and possible security threat poses by, an individual seeking recognition of refugee status."

גם נציבות האו"ם לפליטים, בהגיבה על העדכון לדירקטיבה, הציגה עמדה דומה (UNHCR COMMENTS TO EU 2013 DIRECTIVE, בעמ' 14):

"UNHCR recognises that there are circumstances, however, in which the freedom of movement or choice of residence of applicants for international protection may be needed to be restricted, subject to relevant safeguards under international law."

72. המשפט הבינלאומי מכיר אפוא בכך שבנסיבות חריגות ניתן לנקוט אמצעים המגבילים את חופש התנועה ולעתים אף את חירותם של מבקשי המקלט (השוו: UNHCR COMMENTS TO COMMENTARY TO THE REFUGEES CONVENTION, בעמ' 790; EU 2013 DIRECTIVE COMMENTARY, בעמ' 20-21). זאת לצורך צרכים ציבוריים ובהם הקלת הנטל על מרכזי ערים, בנסיבות חריגות כגון "הצפה" של מבקשי מקלט (ראו גם: HATHAWAY, TO THE REFUGEES CONVENTION, בעמ' 789-790; GOODWIN-GILL AND McADAM, Council Directive :mass influx בעת הגנה זמנית בעניין הגנה זמנית בעת mass influx : Council Directive, בעמ' 420; GOODWIN-GILL AND McADAM, Council Directive :mass influx בעת הגנה זמנית בעניין הגנה זמנית בעת mass influx : Council Directive, בעמ' 465; לחריוגותן של נסיבות אלה השוו גם Goodwin-Gill and McAdam, Council Directive :mass influx בעת הגנה זמנית בעניין הגנה זמנית בעת mass influx : Council Directive, בעמ' 465; לניחות הדירקטיבה ראו עניין אטו, פס' 26).

73. אם נשקיף על החקיקה הישראלית במשקפיו של המשפט הבינלאומי, ניתן להבחין כי הסיטואציה שבפניה ניצבת המדינה מצדיקה, על פניה, נקיטת אמצעים מגבילי-חירות. כפי שתואר לעיל, מדינת ישראל מתמודדת בעשור האחרון עם מספר רב

של אנשים שנכנסו לשטחה באופן בלתי חוקי ושנכון לעת הזו אין באפשרותה להרחיקם. חלק ניכר מהם מרוכז באזורים גאוגרפיים ספציפיים ובדרום תל-אביב בפרט. אין לדעתי מקום בנסיבות אלה להתערב בעמדת המדינה, שלפיה קיים צורך חיוני למנוע השתקעותם של מסתננים במרכזי ערים. ניתן אף לומר כי סיטואציה מעין זו עולה כדי "הצפה", המצריכה לעשות שימוש באמצעים מתאימים. "הצפה" איננה נמדדת רק באופן כמותי אלא נבחנת גם באופן יחסי, בין היתר בהתחשב במשאביהן של המדינה ושל מערכת המקלט שלה בפרט וביכולותיהן (GOODWIN-GILL AND McADAM, REFUGEE בעמ' 335).

74. התכלית של מניעת השתקעות בריכוזי אוכלוסין מתיישבת לכאורה גם עם זכותה של המדינה לעצב מדיניות הגירה ולבחור למי להעניק מעמד בישראל. זכות זו נובעת מעקרון הריבונות המדינית (עניין אדמ, פס' 84). עם זאת, זכות זו אינה מוחלטת והיא כפופה למחויבותה של המדינה ביחס לזרים ובהם פליטים ומבקשי מקלט. תפיסה זו מקובלת גם בשיטתנו החוקתית. כידוע, זכויות אדם בסיסיות אינן נשללות מאדם, אף שנכנס למדינה שלא כדין. על כן, לא כל הסדר חוקי שתכליתו לקדם את מדיניות ההגירה יעלה בקנה אחד עם אמות מידה חוקתיות (ראו והשוו: עניין אל טאי, בעמ' 848). אף-על-פי-כן, אין משמעות הדברים כי הסדר כזה ייפסל בהכרח בגין תכליתו (ראו והשוו: עניין עדאלה, בעמ' 412).

75. לסיכום: עמדתי היא כי בנסיבות הקיימות מניעת השתקעות במרכזי הערים, תכלית ראויה היא.

מניעת השתכרותם של המסתננים בישראל

76. המשיבים טענו כי ביסוד הקמתו של מרכז השהייה ניצבת גם התכלית של מניעת השתכרותם של המסתננים בישראל. עם זאת, אף שאכן נאסר על השוהים במרכז לעבוד, דומה כי תכלית זו לכל היותר נלווית לתכלית המרכזית של מניעת השתקעות במרכזי הערים. מסקנה זו מתחזקת על רקע העובדה שעיקר ההוראות הנוגעות לעבודתם של המסתננים ולהשתכרותם קבועות בפרק ב' לתיקון לחוק, אשר הוראותיו לא נתקפו כאמור במסגרת העתירה שלפנינו. אף העותרים עצמם לא התייחסו באופן פרטני לתכלית זו ולא הציגו טענות קונקרטיות באשר לחוקתיותה של ההוראה שלפיה נאסר על השוהים במרכז לעבוד מחוץ לגבולותיו. משאלה הם פני הדברים, איני רואה מקום להכריע באשר לשאלה המורכבת (השוו, בין היתר, לתגובתה של נציבות האו"ם לפליטים להצעת החוק, נספח ע/10 לעתירה) אם תכלית זו ראויה היא.

מניעת התחדשותה של תופעת ההסתננות לישראל

77. תכלית נוספת המצויה לטענת המדינה ביסוד החוק היא יצירת "חסם נורמטיבי" להגעתם של מסתננים פוטנציאליים נוספים לישראל. המדינה סבורה כי תכלית זו, כשלעצמה, ראויה היא. לתכלית ההרתעה התייחסתי במסגרת הפרק שעסק בסעיף 30א לחוק. קבעתי, כפי שצינתי גם בעניין איתן, כי "הרתעה כללית כשלעצמה אינה תכלית לגיטימית" (שם, פס' 2 לפסק-דיני; ההדגשה במקור). אולם, כפי שצינתי, משקיימת תכלית ראויה להגבלתן של זכויות הפרט או לפגיעה בהן, אין פסול בכך שהמחוקק ישקול תכלית משנה נלווית של הרתעה. כך, גם בענייננו. משהכרנו בכך שבאופן עקרוני תכלית של מניעת השתקעות במרכזי ערים ראויה היא, אין מניעה שליישומה ילווה אפקט הרתעתי.

מענה לצורכי המסתננים

78. תכלית נוספת המצויה לטענת המדינה ביסוד החוק היא מתן מענה לצורכי המסתננים. תכלית זו הוכרה כראויה בעניין איתן, שם נקבע: "חוק שתכליתו הקמת מרכז שהייה פתוח שמטרתו לספק מענה לצורכי המסתננים – חוק לתכלית ראויה הוא" (שם, פס' 104). תמימת דעים אני עם מסקנה זו ואינני רואה מקום להרחיב מעבר לכך. אין ספק כי תכלית סוציאלית כגון זו היא תכלית ראויה. בדומה, מדינות שונות הקימו מרכזי שהייה שנועדו להעניק למבקשי מקלט שאינם יכולים לעמוד ברשות עצמם מחסה וזכויות בסיסיות (להרחבה, ראו שם, פס' 133-134). עם זאת אין להתעלם מכך שבפועל אין המסתננים רואים במרכז השהייה "חולות" כמקום הנותן מענה לצורכיהם. לכך אתייחס בהמשך הדברים.

תכלית "סמויה" – עידוד עזיבה מרצון?

79. טענתם המרכזית של העותרים, כאמור, היא כי התכלית האמתית של מרכז השהייה היא "שבירת רוחם" של המסתננים ועידודם לצאת "מרצון" כביכול את ישראל. טענה זו הועלתה גם בעניין איתן, שם השאירה השופט ע' פוגלמן בצריך עיון. הטענה הוכחה לפנינו הן בתשובתה של המדינה, הן בתשובתה של הכנסת. גם בנוסח החוק ובדברי ההסבר אין לה כל זכר. חשוב מזה: בדיון על-פה הצהירה בפנינו באת כוח המדינה עו"ד גנסין מפורשות כי לא ננקטות ואף לא תינקטנה פעולות שתכליתן עידוד המסתננים לעזוב את ישראל:

”כבוד הנשיאה מ’ נאור:
 ככל זאת זה מוטיב שחוזר בעתירה. האם גבירתי מוכנה
 להצהיר בצורה ברורה, שלא נעשו ולא ייעשו פעולות
 של שבירת רוח?

עו”ד גנסיין: בוודאי בוודאי ובוודאי. (ההדגשה הוספה –
 מ.נ.).

80. המשיבים ציינו כי לא כל מדיניות שתכליתה אינה ”הכלה וקליטה” היא מדיניות שנועדה לשבור את רוחם של אותם אנשים שהסתננו לישראל. עמדה משפטית זו מקובלת עליי. בענייננו, לא ניתן לקבוע כי שבירת רוחם של המסתננים היא אחת מתכליות החוק. מסתננים שלא ניתן לגרשם זכאים להישאר בתחומיה של המדינה לאחר סיום תקופת השהייה. בכתב התשובה ובדיון לפנינו טענה המדינה כי מרכז השהייה מספק מענה לצרכים רבים של המסתננים – אף מעבר לצורכיהם הבסיסיים – וכי מוצעים בו בין היתר פעילויות פנאי, אפשרויות תעסוקה, קורסים להכשרה מקצועית ועוד. בפי העותרים היו אמנם טענות והשגות שונות באשר לאופיו של מרכז השהייה ובאשר לאפשרויות המוצעות בו, אולם הם הדגישו כי נושא זה אינו עומד במוקד עתירתם. אף אם אניח כי יש מקום לשיפור בתנאי המחייה במרכז השהייה – ואיני מכריעה בעניין זה – בעת הנוכחית לא ניתן לקבוע כי התנאים הנוכחיים גורמים בפועל לעזיבתם של מסתננים את ישראל בשל שבירת רוחם.

81. הנה כי כן, לא מצאתי כי החוק הנוכחי נועד לשבירת רוחם של המסתננים. לו היה החוק לתכלית זו, היה בכך קושי רב. על פני הדברים, תכלית כזו היא בלתי ראויה, בשים לב לכך שהיא חותרת לכאורה תחת עיקרון אי-ההחזרה האוסר על גירושו של אדם למדינה שבה נשקפת סכנה לחירותו או לחייו. יובהר כי אין בדברים אלה כדי למנוע מהמדינה להרחיק מסתננים למדינה בטוחה. העברת מסתננים למדינה כזו כפופה לתנאים שונים, שמטרתם להבטיח כי אכן מדובר במדינה בטוחה וכי מדינה זו לא תעביר את המסתננים למדינה אחרת אשר אינה בטוחה (עניין אל טאי, בעמ’ 848-850; עניין DT; לפסיקה זרה בנושא ראו, למשל: Plaintiff M70/2011 v. Minister for Immigration and Citizenship [2011] H.C.A. 32; EM (Eritrea) v. Secretary of State; השאלה כיצד נקבע שמדינה היא אכן מדינה בטוחה היא שאלה מורכבת, אשר אינה מתעוררת בענייננו.

82. לצד האפשרות להעביר כל אדם – גם בניגוד לרצונו – למדינה בטוחה, רשאי כמובן אדם לבחור מרצונו החופשי לצאת מישראל, וזאת גם למדינה שבה נשקפת לו

סכנה (עניין איתן, פס' 109; סעיף 1(c)(4) לאמנת הפליטים שלפיו תפסיק האמנה לחול על מי ש" [...] has voluntarily re-established himself in the country which he left or [...] outside which he remained [...]"; ראו גם סעיף 12 לאמנה בדבר זכויות אזרחיות ומדיניות; HATHAWAY, בעמ' 953-961). ביסוד רצונו החופשי של אדם ניצב עקרון הבחירה החופשית. עקרון זה בא לידי ביטוי בסעיף 1(c)(4) לאמנת הפליטים בדרישת ה"וולונטריות" (voluntariness) (ראו: HATHAWAY, בעמ' 960; UNHCR, HANDBOOK: VOLUNTARY REPATRIATION: INTERNATIONAL PROTECTION (1996)). החלטה חופשית ווולונטרית לעזוב את הארץ היא כזו שהתקבלה " without external inducement and " certainly without coercion of any kind (HATHAWAY, בעמ' 960). עזיבה מרצון שאינה עומדת בדרישות אלה עשויה לחשוף את המסתננים לרדיפה במדינתם ולעלות כדי "הרחקה קונסטרוקטיבית" המנוגדת כאמור לעקרון אי-החזרה (לדיון בהרחקה קונסטרוקטיבית בהקשר של ישראל, ראו: כריסטיאן מומרס "בין החזרה מרצון להרחקה קונסטרוקטיבית, או: פעולותיה של ישראל לקידום החזרת מבקשי מקלט דרום-סודנים למולדתם" בתוך לוינסקי פינת אסמרה 386 (2015); לדיון בכך בהקשר של מדינות אחרות, ראו: HATHAWAY, בעמ' 319, 959-961; השוו גם לעניין Mahmoud, פס' 26).

83. כפועל יוצא מן האמור לעיל, המדינה אינה רשאית להפעיל סנקציות או כל אמצעי אחר שיש בו כדי לשלול את הרצון החופשי נגד קבוצת אנשים שחל עליהם עקרון אי-ההרחקה במטרה לשבור את רוחם. כמצוטט, הצהירה בפנינו באת-כוח המדינה, עו"ד גנסין, כי לא תבוצענה במרכז השהייה פעולות שנועדו לשבור את רוחם של המסתננים. המדינה מחויבת אפוא – וכך עולה גם מהצהרתה – להימנע מלכרוך את השהייה במרכז השהייה עם נושא העזיבה מרצון. בהתאם, לא ניתן לנקוט במסגרת מרכז השהייה פעולות שמטרתן להביא לעזיבה מרצון, לרבות פעולות שמטרתן להפעיל לחץ על המסתננים, לעודדם או לשכנעם בכל אופן שהוא. במיוחד אין לבצע פעולות שכאלה במגעים שבין המסתננים לבין הגורמים המינהליים במרכז השהייה, למשל בעת פנייתם של המסתננים לקבלת טיפול רפואי, סיוע סוציאלי, פטור מהתייצבות במרכז וכל היוצא באלה.

84. סיכומם של דברים: כעולה מפרק זה, מסקנתי היא כי מניעת השתקעות במרכזי הערים במובנים שעליהם עמדתי – תכלית ראויה היא. מסקנה זו עולה כאמור בקנה אחד גם עם עקרונות המשפט הבינלאומי. בשים לב למסקנתי זו, אעבור עתה לבחון את מידתיות האמצעים שנקטו בחוק לצורך הגשמתה של התכלית האמורה.

85. כידוע על פגיעה בזכות להיות במידה שאינה עולה על הנדרש. "מטרות ראויות אינן מקדשות את כל האמצעים" (בג"ץ 6427/02 התנועה לאיכות השלטון בישראל נ' הכנסת, פ"ד סא(1) 619, 694 (2006); בג"ץ 5100/94 הוועד הציבורי נגד עינויים בישראל נ' ממשלת ישראל, פ"ד נג(4) 817, 845 (1999)). בעניין איתן קבענו ברוב דעות כי בפרק ד' כלולים מספר הסדרים פרטניים – כגון היקפה של חובת הנוכחות במרכז השהייה ומשך השהייה בו – אשר נגועים בפגמים חוקתיים היורדים לשורשו של הפרק כולו. על כן, לא היה מנוס מביטולו של פרק ד' בשלמותו (ראו, למשל, שם, פס' 4 לפסק דיני). גם עתה אבחן תחילה את ההסדרים הפרטניים העיקריים שנקבעו בחוק. בתוך כך, ייבחנו גם קשרי הגומלין בין הסדרים פרטניים אלה.

86. אקדים מסקנה לניתוח: לא מצאתי מקום להתערבותנו בסמכות הממונה ליתן למסתנן פלוני הוראת שהייה. אף לא מצאתי פגם בהוראות החוק המסדירות את אופן הפעלתו של מרכז השהייה ואת שגרת חייהם של המסתננים השוהים בו. ההוראה היחידה הנגועה לעמדתי בפגם חוקתי היא זו הקובעת כי פרק הזמן המרבי להחזקה במרכז השהייה הוא עשרים חודשים. תקופה זו פוגעת לדעתי בזכויותיהם החוקתיות של המסתננים מעבר לנדרש.

סמכותו של הממונה להורות למסתנן לשהות במרכז השהייה והיקפה

87. בדומה לתיקון מס' 4, מסמיך החוק מושא דיוננו את הממונה להורות למסתנן לשהות במרכז שהייה. סמכות זו הוגבלה בנוסחו הנוכחי של החוק במספר אופנים. ראשית, נקבע כי הממונה רשאי ליתן הוראת שהייה לתקופה שלא תעלה על עשרים חודשים. שנית, נקבע כי הממונה אינו רשאי לתת הוראת שהייה לאוכלוסיות פגיעות כגון קטינים, קורבנות סחר בבני אדם או בעלי משפחות (סעיף 32ד(ב) לחוק). כמו-כן, נקבעו בחוק עילות שחרור ובהן שינוי נסיבות או טעמים רפואיים (סעיפים 32ד(ז) ו-32ה(ג) לחוק). בחוק הקודם סמכות הממונה לא הוגבלה מפורשות בדרכים אלה. השאלה העומדת לפתחנו היא אם – בשים לב לשינויים שהוטמעו ביחס להיקפה של סמכות הממונה – צולחת סמכות זו את מבחני המידתיות.

88. המבחן הראשון הוא מבחן הקשר הרציונאלי, הבוחן אם האמצעי שנבחר מתאים לצורך הגשמת תכלית החוק ומוביל באופן רציונלי להגשמתה (ראו: עניין ניר, פס' 23; ברק-מידותיות, בעמ' 373-374). האם ההוראות הנדונות מקיימות מבחן זה? טענתם העיקרית של העותרים היא כי תקופת שהייה של עד עשרים חודשים אינה משיגה את תכליות החקיקה. מנגד סבורה המדינה כי השהייה במרכז מונעת אמנם השתקעות רק לתקופה מוגבלת, אך במהלך תקופה זו מושגת התכלית באופן אפקטיבי.

89. בעניין איתן קבענו כי מתן הוראת שהייה אשר אינה מוגבלת בזמן צולח את מבחן הקשר הרציונאלי. ציינו כי הוראת השהייה מנתקת את המסתנן לצמיתות מהסביבה שבה השתקע ומקשה עליו להתמיד בעבודתו (שם, פס' 158). נשאלת השאלה אם יש לגזור גזרה שווה מקביעה זו לענייננו, שבו הוגבלה כזכור השהייה במרכז לתקופה תחומה בזמן. לדעתי יש להשיב על שאלה זו בחיוב. ראשית, אין ספק כי בעת השהייה במרכז אין ביכולתו של המסתנן להשתקע במרכזי הערים. זאת, בשים לב לכך שמרכז חייו מצוי בתקופה זו במרכז השהייה. במהלך תקופת השהייה מושגת אפוא תכלית החוק באופן מלא. מעבר לכך, ניתוקו של מסתנן – גם אם לפרק זמן מוגדר – יש בו כדי להשפיע על יכולתו לחזור ולהתבסס במרכזי הערים ולהשתקע בהן. גם לניתוק לפרק זמן מוגבל יש השפעה לא מבוטלת על אורח החיים (ראו והשוו לנתונים שהביאו העותרים עצמם בהקשר זה: פס' 138-140 לעתירה והתצהירים שצורפו לה כנספח 13). נוסף על כך, "איתן – מדיניות הגירה ישראלית" – אשר ביקשה להצטרף לעתירה – צרפה לבקשתה מספר תצהירים של תושבים בשכונותיה הדרומיות של תל-אביב, אשר הצהירו כי לאמצעים שנקטה המדינה ניכרת השפעה בשטח. לדבריהם, מאז יישום המדיניות החדשה השתפר המצב באופן מהותי (עמוד 2 לתצהירה של גב' שפי פז, תושבת שכונת שפירא ופעילה חברתית; כן ראו: תצהירו של מר עובד חוגי, יושב-ראש ועד תל-חיים; תצהירו של מר חיים מאיר גורן, תושב שכונת שפירא).

90. מכל מקום, אף אם תקופת שהייה מוגבלת בזמן אינה משיגה את תכלית החוק באופן מוחלט, אין הכרח כי האמצעי הנבחר יגשים את תכלית החוק במלואה (ראו והשוו: עניין ניר, פס' 24; ברק-מידותיות, בעמ' 376-382; עניין עדאלה, בעמ' 323). יש לזכור כי ביסודו של פרק ד' עומד בעיקר הרצון להקל על הנטל שבו נושאות מספר ערים בישראל המהוות מוקד משיכה למסתננים. בנסיבות אלה – תחת ההנחה הסבירה כי לאחר שחרורם של מסתננים ממרכז השהייה יוכנסו אליו מסתננים אחרים במקומם –

אני סבורה כי הגבלת השהייה של מסתנן פלוני לפרק זמן מסוים עולה בקנה אחד עם תכלית החוק.

91. בשים לב לכך שהמספר המרבי של המסתננים שניתן להחזיק במרכז השהייה מהווה לטענת העותרים אחוז שולי מתוך כלל אוכלוסיית המסתננים, הוטל בעתירה ספק אם תהא למרכז השהייה השפעה ממשית על השתקעותם כקבוצה. אולם, טענה זו מתעלמת מכך שהחוק מאפשר להגדיל את הקיבולת של מרכז השהייה "חולות" ולהקים מרכזי שהייה נוספים. בהתאם, הצהירה המדינה כי המרכז הקיים משמש כ"פיילוט". על רקע האמור, ניתן לקבוע כי ההוראה הנבחנת עומדת במבחן המידתיות הראשון. עמדה דומה הביע בית משפט זה בהליכים הקודמים (ראו: עניין איתן, פס' 128; כן ראו: עניין אדמ, פס' 97). עם זאת, לא מן הנמנע כי עם חלוף הזמן או עם שינוי הנסיבות ניתן יהיה להעמיד סוגיה זו לבחינה מחודשת. "[...] הקשר הרציונלי צריך להתקיים במשך כל חיי החוק. שאלת החוקתיות מלווה את החוק כל ימי חייו. הוא נבחן בכל עת על פי מבחן התוצאה" (ברק-מידתיות, בעמ' 384; בג"ץ 7245/10 עדאלה – המרכז המשפטי לזכויות המיעוט הערבי בישראל נ' משרד הרווחה, פס' 60 לפסק דינה של השופטת ע' ארבל (4.6.2013); בג"ץ 9333/03 קניאל נ' ממשלת ישראל, פ"ד ס(1) 277, 293 (2005)). הנה כי כן, נכון לעת הזו, מגשים האמצעי הנדון את תכליתו העיקרית של פרק ד'.

92. חובת השהייה במרכז מקיימת במידה מסוימת גם את התכלית הנלווית שעניינה הרתעתם של מסתננים פוטנציאליים. יש אמנם להניח כי מסתננים הנסים על נפשם לא יימנעו מלהגיע לישראל, חרף האפשרות שיושמו במרכז השהייה. אולם, סביר כי אלה מבין המסתננים אשר שמו לעצמם למטרה להשתקע במדינת היעד ולהתפרנס בה עשויים להביא את תקופת השהייה במרכז במסגרת שיקוליהם (ראו והשוו: עניין איתן, פס' 58; עניין אדמ, פס' 98; עיינו גם: UNHCR, Legal and Protection Policy Research Series, Back to basics: The Right to Liberty and Security of Person and 'Alternatives to Detention' of Refugees, Asylum-Seekers, Stateless Persons and Other Migrants, p. 2, PPLA/2011/01.Rev. 1 (April 2011) (prepared by Alice Edwards)).

93. אשר לתכלית שעניינה מתן מענה לצורכי המסתננים. תכלית זו רצויה היא. אך כאמור, איני משוכנעת שהיא מוגשמת באמצעות האמצעי שבחר המחוקק. כידוע, השהייה במרכז נכפית על השוהים בו, מבלי שקיימת ערובה לכך שהם אכן זקוקים לסיוע (ראו והשוו: עניין איתן, פס' 105-106; Kitu Cha Sheria, פס' 82). מכל מקום,

אין צורך להרחיב בדבר שכן ממילא, כפי שצוין, מרכז השהייה מגשים את התכלית העיקרית שלשמה הוקם.

ב. מבחן האמצעי שפגיעתו פחותה

94. דעתי היא כי האמצעי הנדון – חיוב מסתנן לשהות במרכז השהייה לתקופה של עד עשרים חודשים – עומד גם במבחן האמצעי שפגיעתו פחותה. בעניין איתן נקבע כי הוראת שהייה שאינה מוגבלת בזמן (או מוגבלת לשלוש שנים) מהווה אמצעי שפגיעתו פחותה, משום שאין אמצעי אחר המאפשר להשיג את תכליות החוק באותה מידה של אפקטיביות (שם, פס' 159). מסקנה זו נכונה גם בענייננו, שבו עסקינן בהוראת שהייה שתוקפה מוגבל לעשרים חודשים. אמצעים אחרים שעליהם הצביעו העותרים – כגון מרכז שהייה וולונטרי – לא יגשימו את תכלית החוק באותה מידה של אפקטיביות. יש להניח כי אדם שכבר השתקע במקום מסוים בישראל לא יבחר לעזוב אותו ולעבור להתגורר במרכז השהייה מרצונו (ראו והשוו: שם, פס' 129, 181). אכן, המחוקק לא חייב לנקוט אמצעי שפגיעתו היא הפחותה ביותר, כאשר נקיטת אמצעי זה מפחיתה את האפשרות להגשמתה של התכלית (ברק-מידותיות, בעמ' 500; עניין איתן, פס' 130).

ג. מבחן המידתיות במובן הצר

95. במסגרת מבחן המידתיות השלישי, מבחן המידתיות במובן הצר, יש לבחון אם הוראת החוק מקיימת איזון ראוי בין התועלת החברתית המופקת ממנה לבין הנזק שנגרם כתוצאה מפגיעתה בזכויות החוקתיות (ברק-מידותיות, בעמ' 423; עניין גורביץ, פס' נח). בעניין איתן נקבע כי העדר תחימה של משך השהייה וחסרון של עליות שחרור מובילים למסקנה שיש להכריז על בטלותו של פרק ד' כולו (פס' 195). כפי שתואר לעיל, דרישות אלה קיבלו מענה מסוים בחוק הנוכחי. האם משמעות הדבר היא כי חל שינוי ביחס שבין התועלת לבין הנזק?

96. כמתואר לעיל, השינויים שנערכו בחוק הקטינו את פגיעתו בזכויות חוקתיות. מובן הוא כי התקופה בת עשרים החודשים שנקבעה בנוסחו הנוכחי של החוק פוגעת בזכויות המסתננים באופן פחות בהשוואה לתקופה הארוכה יותר שנקבעה בחוק הקודם. בדומה, גם החזקתו של אדם במרכז שהייה לתקופה מוגבלת בזמן – בהשוואה לתקופה שאינה מוגבלת בזמן (או שניתנת להארכה לפרק זמן בלתי-ידוע) – מפחיתה מעצמת הפגיעה בזכויותיו, שכן היא יוצרת ודאות לגבי מועד השחרור. בנוסף לכך, בחוק נכללו מספר הוראות המגבילות את שיקול הדעת שהוענק לממונה בהוצאתה של הוראת שהייה ובקביעת משכה ואשר מתוות את המנגנון הפרוצדוראלי שבאמצעותו

עליו לקבל את ההחלטה. ראשית, עולה מהחוק כי ישנן שתי החלטות נפרדות שעל הממונה לקבל. תחילה, עליו להכריע אם יש מקום להוציא הוראת שהייה למסתנן הספציפי; אם מצא כי אכן יש מקום להוציא הוראת שהייה, עליו לקבוע בשלב השני מה יהיה פרק הזמן שבו ישהה המסתנן במרכז השהייה. שנית, תקופת השהייה בת עשרים החודשים אינה מהווה ברירת מחדל, אלא קובעת גבול עליון לסמכות הממונה. כך עולה מלשונו המפורשת של החוק, הקובעת כי משך השהייה יהיה "[...] לא יותר מתקופת 20 החודשים האמורה בסעיף 32כא" (ההדגשה הוספה – מ.נ.). מדובר אפוא במנגנון המחייב בדיקה פרטנית של כל מסתנן ומסתנן. מנגנון זה ראוי הוא ויש לשמרן. שלישית, חייב הממונה לקיים שימוע למסתנן ובמסגרתו לשמוע את טענותיו, טרם הוצאת הוראת השהייה ולפני קביעתה של תקופת השהייה (סעיף 32ד(ד) לחוק; ראו גם: ע"מ 2863/14 עלי נ' משרד הפנים – רשות האוכלוסין וההגירה (פסקי דין מימים 10.8.2014 ו-2.10.2014)). לבסוף, ההליך של הוצאתה של הוראת השהייה ושל קביעת משכה הוא אינדיווידואלי. הממונה נדרש להפעיל את סמכותו ולהשתמש בשיקול הדעת שהוענק לו בהתאם לנסיבותיו הפרטניות של כל מסתנן ומסתנן (השוו: Kitu Cha Sheria, פס' 62 ו-87; ראו גם: Mohamed, פס' 24). במסגרת זו עליו להתחשב בנתונים רלוונטיים, בשים לב לתכליתו של החוק ולהיקף הפגיעה הצפויה במסתנן (ראו והשוו: ע"מ 1758/10 לשכת עורכי הדין בישראל נ' שגיא, פס' 12 (15.8.2011); עניין אל טאיי, בעמ' 848; יצחק זמיר הסמכות המנהלית כרך ב' 119-1130 (מהדורה שנייה, 2011)). על רקע כל זאת, עמדת המדינה שנשמעה מפי באת-כוחה בדיון לפנינו – שלפיה נכון לעת הזו ניתנת לכל המסתננים הוראת שהייה של עשרים חודשים – אינה עולה בקנה-אחד עם החוק ומנוגדת לתכליתו.

97. אף שקשה לחלוק – במיוחד לנוכח האמור לעיל – על כך שהפגיעה של נוסחו הנוכחי של פרק ד' בזכותם החוקתית של המסתננים לחירות פחותה בעצמתה בהשוואה לנוסחו הקודם, אין בכך משום סוף פסוק. גם כאשר מאמץ המחוקק הסדר פוגעני פחות מאשר הסדר קודם – סיטואציה המכונה "חוק מיטיב" – אין בית המשפט פטור מלבחון את חוקתיותו של חוק שכזה הפוגע בזכויות חוקתיות. כפי שנפסק בעניין צמח:

"... ההבחנה בין חוק מתקן שהוא חוק מיטיב לבין חוק מתקן שאינו חוק מיטיב עלולה להיות קשה מאוד. לא פעם מעורבות בחוק המתקן, מיקשה אחת, הוראות מיטיבות עם הוראות פוגעות, ולעתים אותה הוראה עצמה היא, בעת ובעונה אחת, מיטיבה מבחינה מסוימת ופוגעת מבחינה אחרת, בלי שניתן יהיה להפריד בין זו לבין זו. הקשיים הכרוכים בניסיון לקבוע מהי הוראה מיטיבה בחוק המתקן, ומהי הוראה שאינה מיטיבה,

עלולים לגרור התדיינות רבה ומורכבת ולפגוע בוודאות וביציבות. גם מטעם זה יש לומר שכל חוק מתקן שנחקק לאחר חוק היסוד, כפוף לביקורת על-פי חוק היסוד, ואחת היא אם הוא חוק מיטיב ואם לאו" (בעמ' 260; ראו גם: עניין איתן).

אכן, עסקינן בהסדר שאימץ המחוקק לאחר שבית משפט זה ביטל הסדר קודם בשל היותו בלתי חוקתי. אולם, אין הדבר פוטר את בית המשפט מלבחון את החוק החדש שחוקק בהתאם לאמות המידה החוקתיות המקובלות. כך נהג בית משפט זה בעניין איתן ביחס לסעיף 30א לחוק; וכך יש לעשות בענייננו ביחס להוראותיו של פרק ד' לחוק. אקדים ואומר: אני סבורה כי על-אף השינויים הראויים שנעשו בפרק ד' – אשר מובילים לכך שרבות מהוראותיו עוברות עתה את המסננת החוקתית – התקופה המרבית שנקבעה לשהייה במרכז אינה חוקתית. אין היא מאזנת כנדרש בין התועלת שבחוק לבין הפגיעה הקשה הנגרמת מזכויותיהם של השוהים במרכז השהייה. כפועל יוצא, אין היא עומדת במבחן המידתיות השלישי. עתה אפרט.

98. בית משפט זה פסק, כאמור, כי גם החזקה של מסתנן במרכז השהייה למשך פרק זמן מוגבל גורמת לפגיעה בזכותו החוקתית לחירות. "פגיעה בזכות לחירות... היא אינהרנטית לכל מתקן אשר הנוכחות בו אינה רצונית. מרכזי שהייה פתוחים אשר הכניסה אליהם אינה וולונטרית, פרי בחירה חופשית של השוהה; ואשר מחייבים את נוכחות השוהה ולו גם בחלק משעות היממה – פוגעים, מטבעם, בזכות לחירות" (עניין איתן, פס' 117). מסתנן שהוצאה לו הוראת שהייה נדרש לזנוח את אורח חייו, את עבודתו, את מקום מגוריו, את משפחתו ואת מכריו. יומו מתנהל בהתאם לכלליו של מרכז השהייה והוא אינו חופשי לנהל את חייו באופן עצמאי ואוטונומי. "[...] וכל זאת, לא כעונש על עצם הסתננותו, או במטרה לקדם את גירושו – אלא אך לשם 'מניעת השתקעותו במרכזי הערים והשתלבותו בשוק העבודה'" (שם, פס' 150). פגיעה זו מועצמת בעניינם של חלק מהמסתננים, לנוכח התלאות והקשיים שחוו במדינת מוצאם ובדרכם לישראל (עניין אדס, פס' 112). בית משפט זה הוסיף כי ככל שמתארך משך הזמן שבו נשללת מאדם חירותו, כך גוברת עצמת הפגיעה בה, "[...] כך נדרש אדם לוותר עוד ועוד על רצונותיו ומאווייו. זהותו האישית וקולו הייחודי טובעים בשגרת יום-יום ממושטרת ושוחקת" (עניין איתן, פס' 154).

99. על רקע דברים אלה, נפסק כי אין די בקביעתו של רף עליון להחזקה במרכז שהייה; רף זה נדרש גם להיות מידתי (ראו: שם, פס' 162). חירותו של אדם היא היסוד הבסיסי לחייו ולקיומו. שלילתה ולו למשך יום אחד פוגעת באופן משמעותי בזכויותיו

(השוו: שם, פס' 152-153). שקילתן של הפגיעה הקשה בזכויות המסתננים מזה ושל התועלת הנובעת מהחוק מזה הובילתני למסקנה כי פרק זמן בן עשרים חודשים הוא פרק זמן ארוך יתר על המידה להחזקתם של מסתננים בתנאים מגבילי-חירות מהסוג הנדון. יש לזכור כי מדובר במסתננים שלא ניתן לגרשם מישראל ואשר לא נשקפת מהם סכנה קונקרטיית לביטחון המדינה או לחיי אזרחיה. כל חטאם הוא כניסה בלתי-חוקית לגבולותינו, אשר בגינה אין המדינה רשאית ככלל להענישם (ראו והשוו: סעיף 31(1) לאמנת הפליטים). אף שהסתננות היא תופעה בלתי-רצויה ואף שיש למצוא פתרונות לתושבי הערים בישראל, אין אלה השיקולים היחידים. פתרון שבו כרוכה שלילת זכויותיהם של אנשים למשך פרקי זמן כה ארוכים אינו מידתי.

100. וכאן אחזור אל התכלית העיקרית של החוק על פי כל האמור לעיל – מניעת השתקעות במרכזי הערים. תכלית זו אינה מתמקדת במסתנן האינדיווידואלי או בסיכון הנשקף ממנו לחברה; עניינה הוא בצורך להקל על הנטל המוטל באופן כללי על מרכזי הערים ובפרט על תושביהם. אני סבורה כי על-מנת להגשים את תכלית זו אין צורך להחזיק במרכז השהייה מסתנן מסוים דווקא. לשם כך די בהחזקת קבוצה של מסתננים שונים במרכז השהייה. אכן, יש להניח כי עם שחרורו של מסתנן פלוני ממרכז השהייה יתפוס מסתנן אחר את מקומו. אני סבורה שתחלופה זו הנוצרת בין המסתננים השוהים במרכז השהייה לבין מסתננים אחרים מחוצה לו מגשימה את תכלית החוק. די בכך שבכל רגע נתון חלק מאוכלוסיית המסתננים – כפי יכולת הקליטה של מתקן חולות ושל מתקנים נוספים שבכוונת המדינה להקים – יורחק ממרכזי הערים. דרך זו של מעין "דלת מסתובבת" פוגעת במידה פחותה בזכויותיהם החוקתיות של המסתננים הנקראים למרכז השהייה והיא מגשימה את תכלית החוק. ניתן להסתפק אפוא בתקופה מרבית קצרה משמעותית של החזקה במרכז השהייה ועדיין להגשים את תכלית החוק.

101. לפרק הזמן הארוך שנקבע בחוק אין אח ורע במשפט המשווה. אמנם, כידוע, יש לבצע בחינה משווה בזהירות, שכן הבדלים תרבותיים וחברתיים עשויים להשפיע על טיב ההשוואה (ראו: עניין איתן, פס' 72, והאסמכתאות שם). עם זאת, "יש לזכור כי מדינות דמוקרטיות חולקות ערכי יסוד משותפים. ניתן ללמוד מהאחת לשנייה. באמצעות המשפט המשווה ניתן להרחיב את האופקים החוקתיים ולקבל השראה פרשנית [...]". (שם). מהסקירה המשווה עולה כי במרבית המדינות השהייה במרכזי שהייה מסוגים שונים היא רצונית, אם כי היא משמשת לא אחת כתנאי לקבלת הטבות סוציאליות. במדינות מסוימות מחויבים מבקשי מקלט לשהות במרכז שהייה כחלופת מעצר, אך זאת לפרק זמן בן חודשים ספורים. לצד זאת, חשוב לציין כי בחלק מהמדינות קיימת מגמה של קיצור התקופות להחזקה כפויה במתקני שהייה מסוגים

שונים ושל צמצום מגבלות על חופש התנועה. כך, למשל, בגרמניה ובשווייץ נדרשים אמנם מבקשי המקלט לשהות עם הגעתם למדינה במרכז שהייה, אך זאת לפרק זמן בן שלושה חודשים בלבד (Art. 22, 2011, Nov.) [Asylum Procedure Act] Asylverfahrensgesets (להלן: BGBl. I S 2258, Art. 47 ; Art. 16 al. 2 (Germany, Asylum Procedure Act); (Ordonnance 1 sur l'asile relative à la procédure

102. לאחר תקופה זו אין חובה לשהות במרכז שהייה, אך היא מהווה בגרמניה תנאי לקבלת הטבות סוציאליות (Art. 60, Art. 47, Germany, Asylum Procedure Act,) Oberverwaltungsgericht [OVG] Freie Hansestadt ; para 2 Nr. 1, Art. 85 para 3 Act) Bremen [Higher Administrative Court of Bremen], 01.10.1993 - 1 B 120/93, beck-online). בהולנד רשאי מבקש מקלט לשהות במרכז שהייה פתוח כל עוד בקשתו מתבררת, על בסיס צורך כלכלי. מבקש מקלט השוהה במרכז מסוג זה זכאי לצאת מתחומי המרכז כרצונו, אך עליו לדווח מדי שבוע לרשויות (European Council on Refugees and Exiles [ECRE], Forum Réfugiés-Cosi, Irish Refugee Council and the Hungarian Helsinki Committee, *Asylum Information Database: National Country Report, Netherlands*, at 43-46, AIDA Doc. (16.1.2015)). גם בבלגיה ובפינלנד ישנם מרכזי שהייה פתוחים שנועדו לצרכים סוציאליים. מבקשי המקלט השוהים בהם נהנים מחופש תנועה מלא (ראו: European Council on Refugees and Exiles [ECRE], Forum Réfugiés-Cosi, Irish Refugee Council and the Hungarian Helsinki Committee, *Asylum Information Database: National Country Report, Belgium*, at 68, AIDA Doc. MAAHANMUUTTOVIRASTO: The Finnish Immigration Service, ; (28.2.2015)). (http://www.migri.fi/asylum_in_finland/reception_activities/reception_centers). בהונגריה, בפולין ובאירלנד אין כל חובה לשהות במרכז שהייה, אך שהייה כזו היא תנאי לצורך קבלת הטבות סוציאליות (European Council on Refugees and Exiles [ECRE], Forum Réfugiés-Cosi, Irish Refugee Council and the Hungarian Helsinki Committee, *Asylum Information Database: National Country Report, Hungary*, at 14, European Council on Refugees and Exiles [ECRE], Forum ; AIDA Doc. (17.2.2015)). Réfugiés-Cosi, Irish Refugee Council and the Hungarian Helsinki Committee, *Asylum Information Database: National Country Report, Poland*, at 5, AIDA Doc. European Council on Refugees and Exiles [ECRE], Forum ; (January 2015)). Réfugiés-Cosi, Irish Refugee Council and the Hungarian Helsinki Committee, *Asylum Information Database: National Country Report, Ireland*, at 50-51, AIDA Doc. (1.2.2015)). גם בצרפת אין חובה לשהות במרכזי שהייה במהלך בירור בקשת מקלט, אך היעדרות מהמרכז העולה על חמישה ימים עשויה להוביל לשלילת הזכאות לדמי כיס (European Council on Refugees and Exiles [ECRE], Forum Réfugiés-Cosi,)

Irish Refugee Council and the Hungarian Helsinki Committee, *Asylum Information L348-2 Code ; Database: National Country Report, France*, at 57, AIDA Doc. (26.1.2015)
 .(de l'action sociale et des familles

103. באיטליה נחשבת השהייה במתקנים – לתקופה מרבית של שנים-עשר חודשים – כהטבה (Forum Réfugiés-Cosi, Irish Refugee Council and the Hungarian Helsinki Committee, *Asylum Information Database: National Country Report, Italy*, at 15, 53, AIDA Doc. (January 2015) (להלן: Italy)). אי הגעה למתקן ללא אישור תוביל לאבדן מקומו של השוהה בו (שם, בעמ' 66). גם במלטה השהייה במתקנים הפתוחים – המוגבלת עד לקבלת החלטה בבקשת המקלט שהגיש השוהה, אלא אם הוא רצונית (European Council on Refugees and Exiles [ECRE], Forum Réfugiés-Cosi, Irish Refugee Council and the Hungarian Helsinki Committee, *Asylum Information Database: National Country Report, Malta*, at 40, AIDA Doc. (February 2015) (להלן: Malta)). אף שהשוהים שם נהנים מחופש תנועה, הם נדרשים לחתום כדי שיוכלו להמשיך להתגורר במתקן ולקבל את התנאים הסוציאליים הכרוכים בו (שם, בעמ' 44). בקרואטיה השהייה במרכזי השהייה היא וולונטרית ונועדה לספק את צורכיהם הסוציאליים של מבקשי המקלט. מבקשי המקלט נהנים מחופש תנועה, אולם נדרשים לחזור למרכז כל יום עד לשעה 22:00 – אלא אם קיבלו היתר ממנהל המרכז להיעדר ממנו (European Council on Refugees and Exiles [ECRE], Forum Réfugiés-Cosi, Irish Refugee Council and the Hungarian Helsinki Committee, *Asylum Information Database: National Country Report, Croatia*, at 44, AIDA Doc. (5.3.2015) (להלן: Croatia)). והשוו לנעשה בליטא, שם ניתן להחזיק מבקשי מקלט במרכז שהייה כל עוד נמשך תהליך בירור בקשת המקלט (EMN Focussed Study 2013, *The Organisation of Reception Facilities for Asylum Seekers in different Member States, National Contribution from Lithuania* ; The UN Refugee Agency [UNHCR], *Integration of refugees in Lithuania: Participation and Empowerment* (Oct. – Nov. 2013)).

104. להשלמת התמונה יצוין כי גם במדינות שבהן ניתן לשלוח בנסיבות מסוימות מבקשי מקלט למתקני משמורת סגורים, משך הגבלת החירות אינו עולה לרוב על מספר ימים ולכל היותר מדובר בתקופות בנות חודשים ספורים (ראו: עניין איתן, פס' 73-74; The Global Detention Project [GDP], *The detention of Asylum Seekers in the Mediterranean Region, Global Detention Project Backgrounder* (April 2015)). ישנן מדינות אחדות שבהן ניתן להחזיק מבקשי מקלט במתקן משמורת סגור לתקופות ארוכות יותר. במלטה, למשל, מושמים כיום רוב מבקשי המקלט במשמורת לתקופה מרבית בת שנים-

עשר חודשים (Malta, בעמ' 47). על מדיניות זו נמתחה ביקורת נוקבת (ראו, למשל: Daniela DeBono, 'Not Our Problem': *Why the Detention of Irregular Migrants is Not Considered a Human Right Issue in Malta*, in ARE HUMAN RIGHTS FOR MIGRANTS? CRITICAL REFLECTIONS ON THE STATUS OF IRREGULAR MIGRANTS IN EUROPE AND THE UNITED STATES 146 (Marie-Benedicte Dembour & Tobias Kelly eds., 2011)). בבולגריה ניתן לעצור שוהים בלתי חוקיים לתקופה מרבית בת שישה חודשים, הניתנת להארכה מעת לעת על-ידי בית המשפט עד לתקופה של שמונה-עשר חודשים. בדין הבולגרי נקבע אמנם כי ככלל אין להחזיק במשמורת מבקשי מקלט, אך בפועל, מי שלא עלה בידו להגיש בקשת מקלט בגבול – ייעצר (European Council on Refugees and Exiles [ECRE], Forum Réfugiés-Cosi, Irish Refugee Council and the Hungarian Helsinki Committee, *Asylum Information Database: National Country Report, Bulgaria*, at 34-35, AIDA Doc. (31.1.2015)); לאחרונה הוגשה שם הצעת חוק המתירה להחזיק מבקשי מקלט במתקני משמורת סגורים באופן גורף; שם, בעמ' 48). בדומה, גם בקפריסין ניתן להחזיק שוהה בלתי-חוקי במשמורת לתקופה מרבית בת שמונה-עשר חודשים, אשר ניתנת במקרים מסוימים להארכה (European Council on Refugees and Exiles [ECRE], Forum Réfugiés-Cosi, Irish Refugee Council and the Hungarian Helsinki Committee, *Asylum Information Database: National Country Report, Bulgaria*, at 64, AIDA Doc. (February 2015)). עם זאת, קיימת מגמה של קיצור תקופות המשמורת אף בחלק ממדינות אלה. כך, ביוון מאפשר החוק החזקה במשמורת לתקופה ארוכה יחסית, בת שמונה-עשר חודשים. אולם, לאחרונה הצהירה הממשלה כי התקופה תקוצר לשישה חודשים (להודעת הממשלה היוונית מיום 17.2.2015, ראו http://www.mopocp.gov.gr/index.php?option=ozo_content&lang=&perform=vie Asylum Information Database [AIDA], *An end to indefinite immigration detention in Greece?*, <http://www.asylumineurope.org/news/16-02-2015/end-indefinite-immigration-detention-greece#sthash.Zn3XJD6S.dpuf>);

לביקורת של נציבות האו"ם לפליטים על החזקה במשמורת ביוון, ראו: The UN Refugee Agency [UNHCR], *Greece As A Country Of Asylum – UNHCR'S Recommendations* (April 2015). בדומה, לפי הדין באיטליה, עד לאחרונה התקופה המרבית להחזקה במשמורת הייתה שמונה-עשר חודשים, אך בחודש נובמבר 2014 קוצרה התקופה לארבעה חודשים (Italy, בעמ' 72-73). גם בקרואטיה, שם ניתן להחזיק זרים במשמורת לתקופה של עד שמונה-עשר חודשים, נקבע שניתן לעצור זרים שהגישו בקשת מקלט לתקופה בת שלושה חודשים בלבד, הניתנת להארכה בנסיבות מסוימות למשך שלושה חודשים נוספים (Croatia, בעמ' 53).

105. זאת ועוד: מרכזי שהייה במדינות שונות נועדו בדרך כלל לתכליות כגון זיהוי ראשוני של הנכנסים לשטחן, בחינת בקשות מקלט או מיצוי אפיקי גירוש (להרחבה בנושא ראו: עניין איתן, פס' 163 STEPS Consulting Social study for European Parliament, *The conditions in centers for third country national (detention camps, open centers as well as transit centers and transit zones) with a particular focus on provisions and facilities for persons with special needs in the 25 EU member states*, IP/C/LIBE/IC/2006-181, 193). ככל שידיעתי מגעת, אין בקרב מדינות המערב מרכזי שהייה שאינם וולונטריים, אשר שוהים בהם מבקשי מקלט או מהגרים אחרים לצורך תכלית של פיזור אוכלוסין. תכלית זו מושגת, בדרך כלל, בדרכים אחרות (ראו, למשל, את הנעשה בנורווגיה, בשווייץ ובטורקיה: Switzerland ; UNHCR, *Alternatives to Detention*, at 165, בעמ' Asylum European Council on Refugees and Exiles [ECRE], *Forum Réfugiés*; 71 Cosi, Irish Refugee Council and the Hungarian Helsinki Committee, *Asylum Information Database: National Country Report, Turkey*, AIDA Doc. (18.5.2015) ; יצוין כי בטורקיה אומצו לאחרונה תקנות המסדירות את מעמדם של זרים הנהנים מהגנה זמנית מפני גירוש, ראו שם, בעמ' 65-74). נוסף על כך, ברבות מהמדינות נעשית הבחנה בין קבוצות שונות של מסתננים שלא ניתן לגרשם, לעניין היקף ההגבלות על חירותם (ראו, למשל: Eur. Comm'n, *Study on the Situation of Third-Country Nationals Pending Return/Removal in the EU Member States and the Schengen Associated Countries* 75, (E.U. Doc. HOME/2010/RFX/PR/1001 (Mar. 11, 2013)). ככלל, ההבחנות נסמכות על הסיבות שבגינן לא ניתן לגרש מסתנן פלוני משטח המדינה. כפועל יוצא מכך, ישנם הבדלים בהיקף ההגבלות המוטלות על חירותם של מבקשי מקלט או של מי שזכאי להגנה בינלאומית ובסוגן, לעומת זרים אחרים. ההסדר העומד לבחינתנו אינו כולל הבחנות מעין אלה, אלא מתייחס לכלל המסתננים שיש קושי לגרשם כמקשה אחת. אדגיש כי אין בדברים אלה כדי להצביע על כך שלא ניתן להחזיק מסתננים במרכזי שהייה לצורך חלוקת הנטל בין הערים; כאמור, דעתי היא כי ניתן לעשות כן. אולם, יש בדברים אלה כדי להשליך על פרק הזמן הסביר והמידתי שבו ניתן להחזיקם.

106. אין לכחד: תנאי השהייה במרכז אמנם שופרו, אך לא במידה מספקת. כפי שנקבע בעניין איתן, "... על הסדר נורמטיבי מידתי לשמר יחס ראוי בין מידת הגבלת הזכויות שבמתקן לבין משך השהייה המרבי בו, כך שככל שהגבלת זכויות היסוד קשה יותר – כך יתקצר משך השהייה הכפויה במתקן" (שם, פס' 162). בענייננו, פרק הזמן המרבי להחזקה במרכז השהייה אינו מתחשב בהיקף המגבלות המוטלות בנוסחו הנוכחי של החוק על חירותם של מסתננים השוהים במרכז. השוהים במרכז עודם כפופים למשטר משמעותי קפדני ונתונים למרותם של עובדי שירות בתי הסוהר (סעיף

32ג לחוק). בעניין איתן קבענו כי אף שאין בניהול המרכז על-ידי עובדי שירות בתי הסוהר פגיעה עצמאית בזכות לחירות ובזכות לכבוד, הרי שהוא מעצים את הפגיעה בזכויות המסתננים (שם, פס' 138-146). לכך מתווספות סמכויות האכיפה – ובהן עיכוב, חיפוש ותפיסה – הנתונות לעובדי שירות בתי הסוהר. ניהול מרכז השהייה בידי עובדים של שירות בתי הסוהר אשר מוענקות להם סמכויות אכיפה שיטוריות מחזק אפוא את הפגיעה בזכותם של השהים לחירות. הוא מגביר את חוסר האיזון שבין הפגיעה הקשה בפרט לבין התועלת הטמונה בחוק. לצד זאת, החוק אוסר מפורשות על שוהים במרכז לעבוד מחוץ לגבולותיו. אף שלשוהים ישנה אפשרות לעבוד במרכז, בפועל החוק יושם כך שאפשרות זו מוגבלת ביותר הן מבחינת ההיקף המרבי של שעות העבודה החודשיות, הן מבחינת השכר עבור עבודה זו (ראו: תקנות למניעת הסתננות (עבירות ושיפוט) (העסקת שוהים בעבודות תחזוקה ושירותים שוטפים) (הוראת שעה), התשע"ה-2015; תקנות למניעת הסתננות (עבירות ושיפוט) (מתן דמי כיס והטבה אחרת והתנאים לשלילתם) (הוראת שעה), התשע"ה-2015). המדינה עצמה עמדה בתשובתה על כך שאפשרויות התעסוקה מוגבלות ושאינן די מקומות עבודה לכל המסתננים השהים במרכז (פס' 77-78). כפועל יוצא מהטלת מגבלות אלה מתעצמת הפגיעה בחירותם של השהים. אף שכיום שוהים רשאים לשהות מחוץ לכותלי המרכז במשך כל שעות היום, הרי שללא אפשרויות תעסוקה או יכולת סבירה להתפרנס נפגעת באופן משמעותי יכולתם לעצב את קורותיהם. דברים אלה מקבלים משנה תוקף בהתחשב במיקומו של מרכז השהייה, אשר נותר כשהיה – מרוחק מכל מקום יישוב (עניין איתן, פס' 126).

שילובם של הדברים תומך אף הוא במסקנה כי פרק הזמן המרבי שבו מוחזקים מסתננים השהים במרכז – עולה על הנדרש.

107. המדינה טענה כאמור כי חלק מהפגמים החוקתיים שנפלו בעניין מרכז השהייה בחוק הקודם רופאו בחוק הנוכחי. מכך יכולות להיגזר שתי טענות-משנה: האחת כי אין מקום להתערבותו של בית המשפט בהסדרים אלה; השנייה, כי יש לבחון את מידתיותה של התקופה המרבית להחזקה במרכז השהייה על רקע ההסדרים שתוקנו. אדון עתה בטענות אלה.

חוקתיותם של הסדרים פרטניים נוספים והשלכותיהם

108. ההסדר הראשון שתוקן עניינו בשחרור ממרכז השהייה. בחוק שעמד לבחינתנו בעניין איתן לא הייתה לממונה סמכות לשחרר שוהה ממרכז השהייה. עתה נקבעו בחוק

עילות שחרור ממנו. הסדר נוסף עניינו חובת ההתייצבות במרכז. בעוד שבחוק הקודם נדרשו מסתננים השוהים במרכז להתייצב בו לצורך רישום נוכחות שלוש פעמים ביום, כעת הם נדרשים לעשות כן פעם אחת בלבד. עקב ביטול חובת ההתייצבות בשעות הצהריים יכול שוהה לנוע בחופשיות יחסית בכל שעות היום (ראו והשוו: עניין איתן, פס' 127). ביטול חובת ההתייצבות בשעות הבוקר חוסך לשוהה זמן יקר ומאפשר לו לצאת ממרכז השהייה ללא עיכובים מיותרים. שינויים אלה הופכים לדעתי את חובת ההתייצבות במרכז השהייה למידתית.

109. הסדר אחר שתוקן הוא זה המקנה לממונה סמכות – בהתקיים אחת מבין העילות הנקובות בחוק – להורות בצו על העברתו של מסתנן למקום משמורת. עילות אלה נותרו ברובן כשהיו בחוק הקודם ובראשן ביצוען של עבירות משמעותיות – שעניינן הפרות משמעותיות של כללי השהייה במרכז – המפורטות בחוק. הממונה הוסמך לקבוע את משכה של תקופת המשמורת שתוטל על השוהה, בכפוף לפרקי זמן מרביים שהגדיר המחוקק. בדומה לחוק הקודם, נקבעו פרקי הזמן להחזקה במשמורת בשים לב למספר הפרות שביצע השוהה, לחומרתן ולמשכן. עם זאת, פרקי הזמן המרביים להחזקה במשמורת קוצרו באופן ניכר. כך, פרק הזמן הקצר ביותר עומד עתה על חמישה-עשר ימים (לעומת שלושים ימים בחוק הקודם) ופרק הזמן הארוך ביותר עומד על 120 ימים (לעומת שנה בחוק הקודם).

110. בשונה מהחוק הקודם, נקבע בנוסחו הנוכחי של החוק מנגנון מפורש של ביקורת שיפוטית על החלטתו של הממונה. בהתאם למנגנון זה, יש לאשר את צו המשמורת בפני בית הדין לביקורת משמורת של מסתננים (להלן: בית הדין) בהקדם האפשרי ולא יאוחר מתום 96 שעות מתחילת החזקתו של השוהה במשמורת (סעיף 32כ(ז) לחוק). בית הדין נדרש לבחון אם התקיימה בעניינו של השוהה עילה להעברה למשמורת והוא רשאי לאשר את הצו בשינויים או בלא שינויים או לא לאשרו (סעיף 32כ(ח) לחוק). מדובר בביקורת שיפוטית יזומה ואוטומטית, המהווה חלק בלתי-נפרד מהליך העברתו של שוהה למשמורת, והיא שמקנה לה תוקף (ראו והשוו: בג"ץ 2320/98 אל-עמלה נ' מפקד כוחות צה"ל באזור יהודה ושומרון, פ"ד נב(3) 346, 360-362 (1998); עע"ם 8788/03 פדרמן נ' שר הביטחון, פס' 12 (5.11.2003) (להלן: עניין פדרמן); יצחק קלינגהופר "מעצר מניעתי מטעמי ביטחון: עמ"ם 1/80 בן-יוסף (גריין) נ' שר הביטחון" משפטים יא 286, 291 (תשמ"א) (להלן: קלינגהופר)). מסקנה פרשנית זו נתמכת בהוראות החוק ובתכליתן וכן בעמדת המשיבות עצמן, אשר הבהירו בדיון לפנינו כי לשיטתן, הביקורת השיפוטית שמפעיל בית הדין על החלטת הממונה היא ביקורת שיפוטית *de novo* (ראו גם: פס' 61-63, 168, 229-247 לתשובתה של המדינה).

לצד זאת, לפי סעיף 4 לחוק בתי דין מינהליים, התשנ"ב-1992 (להלן: חוק בתי דין מינהליים), בשילוב פריט 22 לתוספת לחוק, הפעלת סמכות הביקורת של בית הדין כפופה להוראותיו של חוק זה. חוק בתי דין מינהליים קובע, בין היתר, כי בית הדין הוא מוסד בלתי-תלוי, אשר בענייני שפיטה אין עליו מרות זולת מרותו של הדין (סעיף 3). כן קובע חוק זה הוראות לגבי סדרי דין ודיני ראיות (סעיפים 20-21). עוד קובע החוק כי הדיון בפני בית הדין יהיה פומבי וכי המתדיינים רשאים להיות מיוצגים על-ידי עורכי דין, להביא ראיות ולבקש מבית הדין להורות על זימון עדים ועל הצגת מסמכים (סעיפים 25, 27, 28).

111. המשוכה העיקרית שנדרש סעיף 32 לחוק לעבור היא מבחן המידתיות השלישי, מבחן המידתיות במובן הצר. אני סבורה כי בנוסחו הנוכחי צולח ההסדר מבחן זה. מנגנון האכיפה שעוגן בסעיף 32 לחוק מקנה, כאמור, אמצעים יעילים לניהולו של מרכזו שהייה, אשר בלעדיהם ייעשו כללי ההתנהגות לשהייה בו פלסטר (ראו והשוו: עניין איתן, פס' 180). אל מול התועלת שבהסדר, אין חולק כי הוא גורם לפגיעה בזכויותיהם של השוהים. עם זאת, לאור הערובות הדיוניות שנקבעו בחוק הנוכחי, מדובר בפגיעה פחותה בחומרתה בהשוואה לחוק הקודם. לאחר שקילתן של התועלת הנובעת מההסדר מזה ושל הפגיעה בזכויות השוהים מזה, דעתי היא כי הפגיעה בנוסחו הנוכחי של ההסדר מקיימת יחס ראוי לתועלת הנובעת ממנו. אף שסמכות הממונה להורות על העברה למשמורת נותרה על כנה, הרי שהיא הוכפפה כאמור לאישור בית הדין. לפיכך, חוקיותו של צו משמורת מותנית, למעשה, בהחלטה בעלת שני רכיבים שאחד מהם – הממונה – נמנה על הרשות המבצעת; והאחר – בית הדין – הוא בעל אופי שיפוטי (עניין פדרמן, פס' 12; קלינגהופר, בעמ' 287). בדרך זו, "[מאבדת] שלילת החופש האישי, שהיא פועל-יוצא ממתן צו המעצר, ממהותה המינהלית הטהורה וניתן סיפוק מסוים לכלל הגדול של שלטון החוק, המורה כי לא תילקח מאדם חירותו האישית אלא אם שופט החליט על כך" (שם, בעמ' 286). לצד זאת להליך הביקורת נלוות ערובות דיוניות נוספות, החלות כאמור על פעולתו של בית הדין מכוח חוק בתי דין מינהליים. ערובות דיוניות אלה מקרבות את הדין המשמעתי הנבחן, ככל הניתן, להליך שיפוטי רגיל, מבלי לפגוע בתכליתו (עיינו גם: דליה דורנר, "היבטים חוקתיים של הדין המשמעתי" משפט וצבא 16, 463, 468 (תשס"ב-תשס"ג) (להלן: דורנר); אסף פורת "על הזכות לייצוג משפטי בהליכי משמעת – המקרה המיוחד של הדין המשמעתי בצבא" משפט ועסקים יז 469 (2014)).

112. אכן, צודקים העותרים בטענתם כי חלק מתקופות המשמורת שנקבעו בחוק – ובהן תקופות בנות 75, 90 ואף 120 ימים – הן ארוכות. לשם השוואה, במסגרת

השיפוט המשמעתי הצבאי, קצין שיפוט זוטר מוסמך להטיל על חייל עונש מחבוש של עד שבעה ימים וקצין שיפוט בכיר מוסמך להטיל עונש מחבוש של עד שלושים וחמישה ימים (סעיפים 152(5) ו-153(א)(6) לחוק השיפוט הצבאי, התשט"ו-1955). בנסיבות שבהן בוצעו מספר הפרות ניתן להורות על 70 ימי מחבוש רצופים לכל היותר (סעיף 162א לחוק השיפוט הצבאי; דורנר, בעמ' 464; ראו עוד: עמנואל גרוס "היבטים חוקתיים של דיני המעצר בצבא" משפט וממשל ה' 437, 449-453 (תש"ס)). אולם, אף שתקופות המשמורת בהסדר הנוכחי שבחוק מצויות לדעתי על גבול החוקיות, הן אינן מצדיקות את התערבותנו בשיקול דעתו של המחוקק. יש לזכור כי מדובר בתקופות מרובות, אשר אין הכרח "לנצלן" במלואן. על הממונה להפעיל את שיקול דעתו באופן פרטני ביחס לכל מסתנן וביחס לכל עברה משמעתי. אין בסמכותו לשלוח מסתננים למשמורת למשך פרקי הזמן המרביים באופן אוטומטי. נוסף על כך, התקופה המרבית בת 120 הימים קיימת רק לגבי עבירת משמעת אחת שעניינה היעדרות בת למעלה מתשעים ימים ממרכז השהייה. פרקי הזמן האחרים תלויים בחומרת המעשים וקיים מדרג ענישה ברור לגבי הפרות חוזרות ונשנות. זאת ועוד, לנוכח חומרתו של האמצעי של העברה למשמורת, ברי כי יש לפרש את העבירות המאפשרות לנקוט אמצעי זה בצמצום. גם המדינה עצמה מכירה בכך (ראו: פס' 244-245 לתשובת המדינה). מעבר לכך, ניתן לראות בחוק "מדרג" נוסף לעניין סוגו של אמצעי האכיפה שיש לנקוט. ראשיתו של מדרג זה באמצעי אכיפה אחרים הקבועים בסעיף 32יט לחוק (אזהרה, נזיפה, שלילת דמי כיס ועוד) ואחריתו באמצעי של העברה למשמורת. כפועל יוצא מכך, חזקה על הממונה ועל בית הדין כי בטרם קבלת החלטה בדבר העברתו של שוהה למשמורת ישקלו הטלתן של סנקציות חמורות פחות. מסקנה פרשנית זו מתבקשת גם בשים לב לתכליתן של סמכויות האכיפה בחוק הנוכחי. תכלית זו מבקשת לאזן בין הצורך בשמירה על כללי השהייה במרכז לבין הרצון להגן על זכויותיהם הבסיסיות של השוהים בו. לבסוף יוזכר כי הן הקביעה כי התרחשה הפרה, הן קביעת הסנקציה המתאימה בנסיבות העניין, נתונות לביקורת שיפוטית של בית הדין. אשר על כן, אף שהתקופות המרביות להחזקה במשמורת ממושכות הן, דעתי היא כי הוראותיו של סעיף 32 לחוק אינן פוגעות בזכויות המסתננים במידה העולה על הנדרש.

113. קיימים אפוא מספר הסדרים פרטניים בחוק העומדים עתה במבחניה של פסקת ההגבלה. לפיכך אין לדעתי מקום להורות על ביטולם. עם זאת, לא ניתן להתעלם מכך שפגם מרכזי בחוק שעניינו משך השהייה במרכז נותר על כנו. אף שחיי המסתננים השוהים במרכז שופרו ואף שניתן להם חופש פעולה רחב יותר, עדיין עומדת בבדידותה הוראה המאפשרת החזקה במרכז השהייה בכפייה לפרק זמן ארוך מאד. אף שהמסתנן נהנה לכאורה בתקופה זו ממידה גדולה יותר של חופש תנועה, הוא עדיין

מחויב להעביר את מרכז חייו למרכז השהייה. במהלך חלק ניכר מהיממה הוא אינו אדון לעצמו. עליו לבלות את לילותיו וחלק מימיו במחיצתם של אחרים, תוך פגיעה בזכויותיו החוקתיות. בדיון לפנינו תיאר בא-כוח העותרים את עצמת הפגיעה ואת תחושת ההשפלה הנגרמות לאדם הנאלץ לשהות בעל כורחו במרכז השהייה. דברים נכוחים אלה היו מקובלים עליי לגבי החוק שבוטל בעניין איתן; הם נכונים גם כיום, ביחס לחוק מושא דיוננו. לא אכחד: בהסדר הנוכחי טמונה תועלת מסוימת לאינטרס הציבורי. השמתם של מסתננים במרכז שהייה עשויה לסייע בצמצום תופעות שליליות הקשורות בהגירה רחבת היקף שאינה מוסדרת ולהקל על הנטל הרובץ על תושבי הערים הגדולות (ראו: עניין איתן, פס' 131, 160 ו-186). אולם, אין להשלים עם הגבלת חירות של המסתננים השוהים במרכז השהייה למשך תקופה כה ארוכה, גם אם ניצבת ביסודה תכלית ראויה.

סוף דבר

114. העתירה שלפנינו היא השלישית בסדרת העתירות שבהן עסק בית משפט זה בנושא חוקתיותם של אמצעים מגבילי-חירות שננקטו כלפי מסתננים. בשונה מפסקי-הדין הקודמים, סברתי כי אין מקום להותיר סוגיות הכרוכות בחוק שלפנינו בצריך עיון, אף אם ההכרעה בהן אינה הכרחית במלואה לצורך ענייננו. כמכלול – ובכפוף לפרשנות שפורטה במסגרת פסק-דיני – אני סבורה כי החוק הנוכחי עובר את המסגרת החוקתית, למעט ביחס לרף המרבי להחזקה במרכז השהייה. כאמור, אציע לחבריי לקבוע כי רף זה אינו מידתי וכי דינו להתבטל.

115. בפסקי-הדין הקודמים קבענו במסגרת הסעד החוקתי הוראות מעבר לתקופה בת שלושה חודשים. הניסיון לימדנו כי תקופה זו אינה מספקת. הליך החקיקה היה מזוהזז ולמחוקק לא התאפשר לבצע בחינה מעמיקה קודם לאימוץ דבר החקיקה החדש. על כן אציע לחבריי במקרה הנוכחי להעניק למחוקק פרק זמן ארוך יותר – בן שישה חודשים – לפני שביטולה של התקופה המרבית להחזקה במרכז השהייה ייכנס לתוקף. במשך פרק זמן זה – או עד לחקיקתה של תקופה מרבית חדשה להחזקה במרכז השהייה, לפי המוקדם – יעמדו בתוקפם סעיפים 32ד(א) ו-32כא לחוק, המעגנים את הסמכות להורות על החזקתו של מסתנן במרכז השהייה; אולם הם ייקראו כך שהממונה יהיה רשאי להעביר מסתנן למרכז השהייה לתקופה שלא תעלה על שנים-עשר חודשים. למען הסר ספק: הממונה עודנו נדרש להפעיל את שיקול-דעתו באופן פרטני ולקבוע אם יש מקום ליתן הוראת שהייה למסתנן ואם כן, מה יהיה משכה. השוהים במרכז השהייה ביום מתן פסק דין זה ישוחררו בתום שנים-עשר חודשים להחזקתם בו או

בתום המועד שקבע להם הממונה – לפי המוקדם מבין השניים. שוהים השוהים במרכז
 השהייה ביום מתן פסק דין זה שנים-עשר חודשים או יותר – ובהם העותרים 1-2 –
 ישוחררו ממנו לאלתר ולא יאוחר מתום חמישה-עשר ימים ממתן פסק דינו. יודגש:
 בהעדר חקיקה חדשה בתום תקופת ששת החודשים, תפקע הסמכות להוציא הוראת
 שהייה למסתננים.

116. בעניין התקופה המרבית להחזקה במרכז השהייה מתקבלת אפוא העתירה
 באופן חלקי במובן זה שסעיפים 32ד(א) ו-32כא לחוק מבוטלים. בכל הנוגע לסעיף
 30א לחוק וליתר ההסדרים הפרטניים הקבועים בפרק ד' לחוק, הרי שבכפוף לפרשנות
 החוק עליה עמדתי לעיל, העתירה נדחית. המשיבים יישאו בהוצאות העותרים בסך
 30,000 ש"ח.

ה נ ש י א ה

השופט ע' פוגלמן:

פעמיים הכריז בית משפט זה על בטלותם של תיקונים לחוק למניעת הסתננות
 (עבירות ושיפוט), התשי"ד-1954 (להלן: החוק או החוק למניעת הסתננות). מונחים
 לפנינו עתה תיקונים נוספים שנערכו בחוק זה באמצעות פרק א' לחוק למניעת הסתננות
 ולהבטחת יציאתם של מסתננים מישראל (תיקוני חקיקה והוראות שעה), התשע"ה-
 2014. חברתי, הנשיאה מ' נאור, ערכה בפסק דינה המקיף בחינה חוקתית מאלפת שבה
 נדרשה – כפי שנדרש בית משפט זה – בשלישית לבחינת הסדר המשמורת החל על
 מסתננים שהגיעו לישראל בדרך של הגירה בלתי מוסדרת; ובשנית לבחינת ההוראות
 הנורמטיביות המכוננות את מרכז השהייה למסתננים (להלן גם: המרכז או המתקן) –
 מרכז "חולות". סופו של עניין תחילה: אפשר שתיקון זה לחוק אינו בגדר חקיקה
 מיטבית. בפסיקתנו הצבענו על אפשרויות חקיקתיות רבות אחרות. אלא שהשאלה,
 כרגיל, אינה מהו ההסדר החוקי האידיאלי; השאלה היא כלום עומד ההסדר שנקבע
 באמות המידה החוקתיות. כפי שיפורט להלן, דעתי, כדעת חברתי הנשיאה כי סעיף
 30א לחוק – חוקתי; וכי יש להכריז על בטלותן של ההוראות הקובעות את משך
 השהייה המרבי במרכז השהייה ל-20 חודשים. בנוסף, מצאתי כי יש להכריז גם על

בטלות ההסדר המאפשר העברת מסתנן ממרכז השהייה למשמורת. הכל – כפי שיפורט להלן.

טרם בחינה חוקתית – על התשתית העובדתית להכרעה

1. כמדינות אחרות, גם ישראל נדרשת להתמודד עם משבר הפליטות וההגירה הפוקד את העולם – החמור ביותר מאז מלחמת העולם השנייה (U.N. HIGH COMM'R FOR REFUGEES, GLOBAL TRENDS: FORCED DISPLACEMENT IN 2014 (2015) (זמין כאן)). ישראל היא מדינה מערבית יחידה הנגישה בדרך היבשה לאפריקה (ראו חוות דעתו של השופט י' עמית בבג"ץ 7385/13 איתן – מדיניות הגירה ישראלית נ' ממשלת ישראל, פסקה 15 לחוות דעתו (22.9.2014) (להלן: עניין איתן)). הגדר שנבנתה בגבול ישראל-מצרים אינה בולמת בצורה מוחלטת הגירה בלתי מוסדרת (והמשך זרויף ההסתננות לשטחה של ישראל – יעיד). לשטחנו הסתננו עוד קודם לכן עשרות אלפים, והנטל שנגזר מכך – ולמגינת הלב, דומה שרובץ הוא בעיקר על המוחלשים והמתקשים שבאוכלוסיית המדינה – משמעותי וניכר. בניסיון להתמודד עם תופעה זו ערכה הכנסת תיקונים בהוראות שונות בחוק למניעת הסתננות. תחילה נקבע כי מסתנן אשר נכנס לגבולות ישראל ושהוצא נגדו צו גירוש יוכל לשהות במשמורת לתקופה של עד שלוש שנים. בפרשת אדם (בג"ץ 7146/12 אדם נ' הכנסת (16.9.2013) (להלן: עניין אדם)) נפסק, על דעת כל תשעת שופטי ההרכב, כי תקופת המשמורת המרבית (שנקבעה בסעיף 30 לחוק בנוסחו אז) – אינה חוקתית. הוחלט בדעת רוב של 8 שופטים להכריז על בטלות סעיף 30 לחוק למניעת הסתננות נגד דעתו החולקת של חברי השופט נ' הנדל (שסבר כי יש לבטל את סעיף 30א(ג) לחוק בלבד). לאחר פסק דין זה תוקן החוק (להלן: תיקון מס' 4) – כהוראת שעה לשלוש שנים – ונקבע כי ניתן להחזיק במשמורת לתקופה של שנה מסתננים שהוצא נגדם צו גירוש (סעיף 30א לחוק). לצד זאת הוקם בחוק "מרכז שהייה" למסתננים. החוק קבע, בפרק ד' שנוסף לו, כי ניתן להורות על העברת מסתננים למרכז השהייה ללא הגבלת זמן (ולמצער עד לשלוש שנים, כפי תוקפה של הוראת השעה). בפרשת איתן הוחלט ברוב דעות כי סעיף 30א לחוק ופרק ד' לו אינם חוקתיים וכי דינם בטלות. בשתי הפרשות הקודמות עמדתי על כך שברקע הבחינה החוקתית יש להציג תמונת מצב שתוכל לשמש תשתית לדיון ולחדד את השאלות המשפטיות הנדרשות להכרעה (עניין אדם, פסקה 1; עניין איתן, פסקה 37). חלוף הזמן מאז פסק דינו הקודם מחייבנו לשוב ולעשות כן גם עתה.

2. תחילה להרכבה של אוכלוסיית המסתננים המצויים בישראל (על הקושי בשימוש בשם התואר "מסתנן" ראו עניין אדם, פסקה 10 לחוות דעתי; עניין איתן,

פסקה 5). הנתונים הנוגעים לזהות המסתננים נדונו בהרחבה בפסקי הדין הקודמים ובהיעדר שינוי של ממש במישור זה מאז פסק הדין בפרשת איתן אין צריך להרחיב. די בכך שנאמר כי מדינות המוצא של 92% מן המסתננים המצויים כיום בישראל הן אריתריאה והרפובליקה של סודן (להלן: ITIO). המצב בשתי מדינות אלו אינו קל, לשון המעטה. על פי דו"חות עדכניים שאליהם הפניתי בעניין איתן, הממשל באריתריאה מפר זכויות אדם באופן שיטתי ורחב-היקף (ראו שם, פסקה 31). בסודן, שהיא מדינה למודת הפיכות צבאיות ומאבקים פנימיים, נתונים רוב התושבים בעוני ניכר (שם). נתיני שתי מדינות אלו אינם מורחקים היום במישורין לארצות מוצאם. נתיני אריתריאה אינם מורחקים בנתון למדיניות זמנית של אי הרחקה ובהתאם לעקרון "אי ההחזרה" (Non Refoulement). נתיני סודן אינם מוחזרים לארצם בשל היעדר יחסים דיפלומטיים עם מדינה זו (עניין איתן, פסקה 32). לא אשוב על הדברים שאמרתי לעניין הטעמים שהביאו מסתננים אלה לשטחנו, אך אזכיר רק כי יש בהם – להשקפתי – מי שביקשו לשפר את מצבם הכלכלי – אך יש גם מי שביקשו להימלט מסכנות שנשקפו לו בארצו. המדינה אינה ממהרת להכריע בבקשות מקלט שהוגשו לה (ראו הנתונים בהקשר זה בעניין איתן, פסקה 35), ועל כן יש קושי להגיע למסקנות חותכות בהקשר זה.

3. שונים הם פני הדברים ביחס למספר המסתננים בישראל, מספר שהיה נתון לתמורות רבות בשנים האחרונות. בחוות דעתה נדרשה הנשיאה לנתונים העדכניים בנושא זה (פסקה 3 לחוות דעתה). צוין – בהסתמך על פרסום מאת רשות האוכלוסין וההגירה – כי בישראל שהו 45,711 מסתננים נכון ליום 31.3.2015 וזאת לעומת כ-50,000 מסתננים ששהו בישראל נכון למועד מתן פסק דינו בפרשת איתן (בסוף חודש ספטמבר שנת 2014). מהנתונים שהביאה הנשיאה, שאותם יש לקרוא לצד אלה שהוצגו בפרשת איתן, ברור כי מגמת הירידה במספר המסתננים בישראל, שהחלה בשנת 2012, נמשכת גם כעת. הדבר מתברר גם מעמידה על מספר היוצאים מישראל בהשוואה למספר הנכנסים אליה: כאמור בחוות דעתה של הנשיאה, מאז תחילת שנת 2014 ועד לסוף הרבעון השני של שנת 2015 נכנסו לישראל 104 מסתננים בסך הכל. לעומת זאת, 6,414 מסתננים עזבו את הארץ בשנת 2014 ו-1,382 יצאו מגבולותינו ברבעון השני של שנה זו בלבד (ראו רשות האוכלוסין וההגירה – האגף לתכנון מדיניות, נתוני זרים בישראל – סיכום שנת 2014 (ינואר 2015); רשות האוכלוסין וההגירה – האגף לתכנון מדיניות, נתוני זרים בישראל (יולי 2015) (להלן: נתוני יולי של רשות האוכלוסין וההגירה)).

זהו אפוא המצע לדיון, ועל רקע האמור נחל בבחינה החוקתית. משנודן הנושא פעמיים בבית משפט זה ונוכח היריעה הרחבה שפרשה הנשיאה איני רואה צורך

להתחיל את הביקורת החוקתית מבראשית, ובאמור להלן אבקש אך להדגיש ולהאיר כמה נקודות.

סעיף 30א לחוק

4. סעיף 30א לחוק קובע את דינו של מי שהסתנן לארץ ושהוצא בעניינו צו גירוש. הסעיף מאפשר להחזיקו במשמורת לתקופה מרבית של שלושה חודשים, וזאת להבדיל מתקופה בת שלוש שנים כפי שהיה המצב עת נדון עניין אדם; ותקופה בת שנה שלה נדרשנו בעניין איתן. בצד זאת נעשו בסעיף זה שינויים נוספים שאינם בלב העניין. דומה שאין מחלוקת על כך שסעיף זה פוגע בזכויות החוקתיות העומדות למסתננים – כשם שהן עומדות לכל אדם – לחירות ולכבוד (ראו חוות הדעת של הנשיאה, פסקה 32; עניין איתן, פסקאות 46-47; עניין אדם, פסקאות 71-72). על רקע פגיעה זו עלינו להידרש למבחני פסקת ההגבלה ולבחון תחילה אם נועד סעיף זה לשרת תכלית ראויה.

“לתכלית ראויה”

5. המדינה עמדה בתשובתה (עמ' 35 לכתב התשובה) על כך שתכליתו העיקרית של הסעיף היא מיצוי הליכי זיהויו של המסתנן והעמדת פרק זמן הכרחי לגיבוש אפיקי יציאה מרצון או גירוש מישראל. הכנסת הוסיפה כי להסדר החוקי תכלית נוספת, הנלמדת מדברי ההסבר להצעת החוק, והיא צמצום התמריצים של מסתננים פוטנציאליים להגיע לישראל (עמ' 20 לכתב התשובה של הכנסת. ראו גם דברי ההסבר להצעת חוק למניעת הסתננות ולהבטחת יציאתם של מסתננים ועובדים זרים מישראל (תיקוני חקיקה והוראות שעה), התשע"ה-2014, ה"ח הממשלה 904, בעמ' 424).

חברתי הנשיאה מצאה כי הדומיננטית מבין שתי תכליותיו של סעיף 30א לחוק היא זו שלה טענה המדינה. אני מסכים לכך, מטעמיה של הנשיאה (וזאת אף מבלי להידרש בשלב זה של הדיון לתכלית הנטענת על ידי הכנסת, שהיא למעשה “הרתעה” בלשון סגי נהור (וראו עניין איתן, פסקה 52)). כפי שצינתי בעניין איתן, התכלית שעניינה זיהוי ומיצוי אפיקי יצאה לגירוש היא תכלית ראויה (שס, פסקה 51). למדינה עומדת הזכות להרחיק מגבולותיה אדם שנכנס אליה בצורה בלתי מוסדרת, בכפוף לדין הישראלי הפנימי ולדין הבינלאומי שלו ישראל מחויבת. יחד עם זאת הדגשתי שם כי המדינה רשאית להחזיק אדם במשמורת לצורך זה – זיהויו והרחקתו – בלבד: “החזקת מי שהוצא נגדו צו גירוש במעצר היא לגיטימית כאשר היא נועדה להבטיח את מימוש הליכי הרחקתו מהארץ. היא מותרת כל עוד מטרתה גירוש, אך אסורה כשלא מתקיים

בעניינו של המוחזק הליך הרחקה אפקטיבי, או כאשר לא נראית באופן אפשרות לגירוש מהארץ" (שם).

6. דא עקא, גם בסעיף 30 לחוק בנוסחו המתוקן, וחרף קביעותינו בפרשות אדמ ואיתן, לא מצא המחוקק לכלול זיקה ישירה בין ההחזקה במשמורת לבין הליך ההרחקה (להכרח לקיים זיקה זו ראו גם עניין אדמ, פסקה 5 לחוות דעתי). אין לכחד כי לו היה המחוקק מוציא תחת ידיו הסדר חוקי הכולל זיקה מעין זו, לצד בחינה עיתית של עניינו של המוחזק אשר תמוקד בשאלה זו ועילת שחרור מתאימה למקרה שבו אין היתכנות להרחקה (ראו גם עניין איתן, פסקה 199) – הייתה מלאכתנו קלה יותר, וההסדר היה צולח ללא כל קושי את הביקורת החוקתית בהיבט זה. דומה שלאחר שנאמרו הדברים פעמיים מפי מותבים מורחבים בבית משפט זה – אף היה ראוי שכך יעשה (ראו והשוו לפסקה 48 בחוות דעתה של הנשיאה). עם זאת, מקובל עליי שאת שהמחוקק החסיר ניתן להוסיף בדרך של פרשנות שיפוטית אשר תגשים את לשון החוק ותכליתו. במובן זה שותף אני לדעתה של חברתי הנשיאה כי אין זה הכרחי שנורה על בטלותו של סעיף זה, שכן גם לדעתי במקרה שלפנינו ניתן לפרש את הוראות החוק כך שתעלינה בקנה אחד עם אמות המידה החוקתיות.

7. חברתי הנשיאה פירטה בהרחבה בחוות דעתה מה נשתנה הלילה הזה ומדוע כעת ניתן להימנע מהכרזה על בטלותו של סעיף 30 לחוק. בתמצית, הנשיאה ציינה את הקרבה בין הסדר זה לבין ההסדר הקבוע בחוק הכניסה לישראל, שפורש בפסיקתנו ככזה המחייב היתכנות לגירוש מישראל (פסקאות 39-40 לחוות דעתה); ואת התיישבותה של מסקנה זו עם הוראות הדין הבינלאומי (שם, פסקאות 44-45). עוד הדגישה הנשיאה כי לפרשנות זו – ולראשונה בהליך זה – מסכימה המדינה (פסקה 46 לחוות דעתה; ראו והשוו לעניין איתן, פסקה 200). לכל שפירטה הנשיאה אבקש להוסיף כי להשקפתי, תקופת המשמורת שנקבעה בסעיף 30 לחוק – שלושה חודשים – תומכת אף היא בפרשנות זו. פרק הזמן שקבע המחוקק להחזקה מרבית במשמורת אינו ארוך. כפי שהוזכר, מדובר בפרק זמן העולה אך בחודש ימים בלבד על זה הקבוע בחוק הכניסה לישראל (השוו לסעיף 13(ו) לחוק הכניסה לישראל, התשי"ב-1952 (להלן: חוק הכניסה לישראל)). הארכה קצרה זו לעומת חוק הכניסה לישראל נגזרת מכך שאופייה של ההסתננות לישראל הוא שהיא נעשית ללא תיעוד מסודר ושלא דרך תחנת גבול, באופן שמקשה על זיהוי המסתנן (ראו עניין איתן, פסקה 54). אף שמדובר בפרק זמן נוסף על זה שבחוק הכניסה לישראל, לפנינו תקופה קצרה יחסית שיש בה כשלעצמה כדי להמריץ את הרשות לנקוט בצעדים אפקטיביים לזיהוי המסתנן ולבחינת האפשרות לגרשו בהתאם להוראות הדין, שהלא עם סיומה של תקופה זו קשה יותר

להבטיח כי המסתנן לא "ייעלם" (וראו עניין איתן, פסקה 54). וכך, בעוד שבפרשת איתן ניתן היה להרהר בשאלה אם אמנם תקופת משמורת בת שנה היא ביטוי נורמטיבי אפשרי לתכלית הנטענת – זיהוי ומיצוי אפיקי יציאה לגירוש (וזאת אף שאין חולק כאמור על המורכבות היחסית של הליך הזיהוי במקרה של הגירה בלתי מוסדרת) – במקרה שלפנינו נכון להתבונן על היפוכם של דברים. כשם שנוסחו הקודם של החוק הקשה על הגעה למסקנה שלפיה תכליתו היא אמנם זיהוי ומיצוי אפיקי יציאה לגירוש, קיצור תקופת המשמורת והעמדתה על שלושה חודשים יש בהם כדי ללמד – אף בהעדר התייחסות לשונית מפורשת – על קשר מובנה בין ההחזקה במשמורת לבין הליך הרחקה אפקטיבי. במונח זה, ה"היבט הכמותי" – תקופת המשמורת המרבית המותרת – "מדבר", ומשפיע על פרשנות ה"היבט האיכותי" (זיקה לקיומו של הליך הרחקה יעיל).

8. שינוי זה בהיבט הכמותי מאפשר את פרשנותו המקיימת של הסעיף במונח נוסף. בפרשת איתן גישה זהירה ומכבדת חייבה לפתור את הקושי החוקתי שהתעורר דווקא בהכרזה על בטלות הסעיף (שכן שם ניצבנו חזיתית מול הוראה של המחוקק הקובע פרק זמן של שנה להחזקה במשמורת, פרק זמן שאינו מידתי כשלעצמו. לו היינו מבקשים לציין תחתיו תקופה אחרת, היינו נמצאים כמי שעוסקים בחקיקה שיפוטית (ראו גם שם, פסקה 201)) – בנדון כאן תקופת המשמורת שנקבעה, כפי שעוד יפורט, אינה מעוררת קשיים חוקתיים. נותרנו אפוא רק עם ההכרח לוודא כי מעצר המסתנן – ככל מעצר באשר הוא – לא יהא מעצר שרירותי, אלא כזה שנועד לקדם את התכלית הניצבת ביסודו. בענייננו, תכלית זו היא כאמור הבטחת הליך גירוש אפקטיבי. אכן, תכלית זו אינה נקראת במישרין מבין שורות החוק, אך הפעם ניתן ליישב את הוראות החוק עם ההכרח לקיימה בדרך פרשנית-פסיקתית, העולה בקנה אחד עם עמדת המדינה (הגם שניתן היה להגיע לפרשנות זו אף אלמלא הייתה מסכימה המדינה לכך), ולהימנע מהכרזה על בטלותן. הוראות החוק שבסעיף 30א תקראנה אפוא כך שמסתנן שזוהה ונמצא כי לא ניתן לגרשו – ישוחרר לאלתר (בכפוף לעילות שבסעיף 30א(ד) לחוק). בנתון לאמור, מסקנתי היא כי סעיף 30א לחוק צולח את מבחן התכלית הראויה.

מידתיות

9. בפרשה זו שוב לא נפתחה חזית מחלוקת בין העותרים לבין המשיבים בשאלה אם הפגיעה נעשתה בחוק ההולם את ערכיה של מדינת ישראל כמדינה יהודית ודמוקרטית (לא לעניין סעיף זה ולא לעניין פרק ד', אשר יידון בהמשך), ומשכך נפנה לניתוח מבחני המידתיות. אומר מיד כי להשקפתי, סעיף זה עומד גם בשלושת מבחני המשנה של מבחן המידתיות. תחילה לשאלה אם סעיף זה מקיים קשר רציונאלי לתכלית

החוק. הנחת היסוד לצורך דיון זה היא כי עסקינן עתה – בשים לב למתווה הפרשני שהונח לעיל – בחקיקה אשר מאפשרת החזקה במשמורת רק של מי שמתקיים בעניינו הליך זיהוי וגירוש. בעניין איתן ציינתי כי אף שאין חולק כי החזקת מסתנן במשמורת מקלה על האפשרות לברר את זהותו בהליך סדור ומפוקח ולהפיג את החשש שמא יימלט ובכך יסכל את הליכי ברור זהותו והרחקתו מן הארץ, אין זה ברור כי בפועל אמנם מתקיים אפיק הרחקה אפקטיבי בענינם של מרבית המסתננים המוחזקים במשמורת מכוח סעיף 30א לחוק (שס, פסקאות 54-56; פסקה 62). זאת, בנתון לכך שמרבית המסתננים הם כאמור מאריתריאה ומסודן, מדינות שהרחקה אליהן אינה אפשרית בנקודת הזמן הנוכחית. אף שלא חל שינוי בזהות המסתננים לישראל כאמור לעיל, כעת טוענת המדינה כי באפשרותה לגרש מסתננים שלא לארצות מוצאם כי אם ל"מדינות שלישיות בטוחות" (ולפי שנמסר מטעמה, בשנה האחרונה יצאו כ-1,093 מסתננים את גבולות ישראל למדינות כאמור). הדיון בהסדרים אלה שאליהם הגיעה המדינה עם מדינות אחרות חורג מן המסגרת הדיונית הנוכחית ואיני קובע בו מסמרות (כמו גם בשאלה נוספת שעוררה המדינה בהקשר זה, והיא מה ייחשב להיעדר שיתוף פעולה בהקשר זה). ברם די בכך כדי לצלוח את מבחן המשנה הראשון.

10. עתה לשאלת עמידת הסעיף במבחן המידתיות השני – מבחן האמצעי שפגיעתו פחותה – אשר כבר נדונה בפרשות הקודמות. בעניין איתן ציינתי כי אף שישנן חלופות למשמורת אשר חלק ממדינות העולם מצאו לאמצץ, האפקטיביות הנודעת להן אינה משולה לזו שמציעה משמורת סגורה. מרחב התמרון הנתון למחוקק בהקשר זה הוא רחב, ובהיעדר אמצעי אשר יכול להגשים את תכלית החוק באותה מידה או במידה דומה של אפקטיביות המסקנה היא כי סעיף 30א צולח גם מבחן זה (ראו גם עניין איתן, פסקאות 60-66). גם במבחן המידתיות השלישי – מבחן המידתיות במובן הצר – עומד הסדר המשמורת, וזאת בשונה משנקבע לגבי סעיף זה – בנוסחו אז – בפרשת אדם ובפרשת איתן. כזכור, בפסקי דין אלו נדונו תקופות משמורת מרביות של שלוש שנים ושנה בהתאמה. כפי שציינתי בפרשת איתן, למשך הזמן שבגדרו נשללת החירות השפעה על עצמת הפגיעה בזכויות: ככל שמתארכת שלילתה של החירות – כך גוברת עוצמת הפגיעה בה (שס, פסקה 153). תמונת הראי של האמור הוא כי קיצור תקופת המשמורת מפחית מן הפגיעה בזכויות. אכן, משמורת בת שלושה חודשים אינה עניין של מה בכך. ברם העמדת תקרת תקופת המשמורת על שלושה חודשים (במקום שנה) הביאה להפחתה ניכרת במידת הפגיעה בזכות לחירות ובזכות לכבוד. ביחס להיקף הפגיעה בזכות אף יש לתת משקל לעמדת המדינה שלפיה את עילת השחרור "טעמים הומניטאריים מיוחדים אחרים" לשחרורו של מסתנן (סעיף 30א(ב)(2) לחוק) יש לפרש בהרחבה כמושג שסתום דינמי אשר יאפשר לגורמים האמונים על יישומה של עילת סל

זו "לגלות את הרגישות הנדרשת לשם צמצום הפגיעה בזכות לחירות" (ואוסיף אני – גם בזכויות נוספות, לפי העניין) (ראו עמ' 43 לכתב התשובה מטעם המדינה). באיזון בין כף הפגיעה בזכות לבין כף התועלת לא מצאתי לומר שוב כי יש מניעה חוקתית להחזיק לפרק זמן זה את מי שהיגר למדינה בצורה בלתי מוסדרת לשם זיהויו והרחקתו ממנה. כך מקובל בעולם (ראו עניין איתן, פסקאות 73-77), וכך ניתן לעשות גם לפי משפטנו החוקתי הפנימי ועקרונות היסוד שעליהם הוא מושגת.

סיכומם של דברים הוא כי לא קמה עילה להכריז על בטלותו של סעיף 30א לחוק בנתון לפרשנות המוסכמת שעליה אנו מצהירים כאן. מכאן – לפרק ד' לחוק.

פרק ד' לחוק

11. בגדרי העתירה שלפנינו נתקפו, כאמור, גם הוראותיו של פרק ד' לחוק אשר מאפשרות הקמת "מרכז שהייה" למסתננים. בפרשת איתן באנו למסקנה כי ההסדר שנקבע בפרק ד' לחוק פוגע באופן בלתי מידתי בזכות לחירות ובזכות לכבוד, וככזה – דינו בטלות (שם, פסקה 98). מאז קם לתחייה פרק זה – בשינויים. הנשיאה עמדה על שינויים אלה (פסקאות 53-54 לחוות דעתה), שעיקרם כדלקמן: משך השהייה במרכז הוגבל ל-20 חודשים לכל היותר; נקבעה דרישת התייצבות במרכז אחת ליום; הוגבלה סמכות ממונה ביקורת הגבולות להורות על העברת שוהה ממרכז השהייה למשמורת; ניתן להורות על שחרור מסתנן מן המרכז בעילות אחדות; ונקבע כי קבוצות מיוחדות, כגון נשים וקטינים, לא תישלחנה למרכז השהייה. חרף שינויים אלה, פרק ד' לחוק עודנו פוגע בזכויות חוקתיות מוגנות. על כך אעמוד כעת.

הפגיעה בזכויות החוקתית

12. לשאלת הפגיעה בזכויות הטמונה בפרק ד' לחוק נדרשתי בהרחבה בעניין איתן (שם, פסקאות 117-127). המדינה מכירה בכך שאכן יש בפרק ד' לחוק כדי להגביל את הזכות לחירות ובכך לפגוע בה, אך היא שבה וטוענת בהליך זה – כפי שטענה קודם לכן – כי אין הפגיעה בזכות עולה כדי שלילתה. עוד סבורה המדינה כי הפגיעה בזכות לחירות "היא בשעות הלילה בלבד (בין השעות 22:00 ל-06:00)" (עמ' 31 לכתב התשובה מטעמה) – השעות שבהן המתקן סגור ואסורות הכניסה והיציאה אליו וממנו. לטענה זו אין בידי להסכים. ראשית, אף שיש חשיבות לעמידה מדויקת על היקף הפגיעה בזכות בשלבים מאוחרים יותר של הניתוח החוקתי, די בכל פגיעה – קלה כחמורה – כדי להעבירנו לניתוח פסקת ההגבלה. בשלב זה אין כל נפקות לשאלה אם

עסקינן ב"הגבלה" של הזכות או ב"שלילתה", שהרי "כל פגיעה, יהא היקפה אשר יהא, הינה בלתי חוקתית אלא אם כן היא מידתית" (אהרן ברק מידתיות במשפט – הפגיעה בזכות החוקתית והגבלותיה 136 (2010); ראו עניין איתן, פסקה 117; ראו גם פסקה 59 לחוות דעת הנשיאה כאן).

13. שנית ועיקר, איני סבור כי הפגיעה בזכות לחירות "היא בשעות הלילה בלבד". לא חומות בלבד הן שפוגעות בחירותו של אדם. סעיף 5 לחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו קובע: "אין נוטלים ואין מגבילים את חירותו של אדם במאסר, במעצר, בהסגרה או בכל דרך אחרת". כיצד תפורש התיבה "בכל דרך אחרת"? האם היא חלה על הגבלה של חירות פיזית בלבד, או שמא היא משתרעת גם על זכותו של הפרט לאוטונומיה (ראו גם עניין איתן, פסקה 171)? הפירוש שביקשה המדינה לאמץ הוא הפירוש המצמצם ביותר: בכל דרך המגבילה את החופש הפיזי של האדם. לדעתי, אין זה פירוש ראוי. "חירות אישית אינה רק החופש הפיזי של האדם" (אהרן ברק כבוד האדם – הזכות החוקתית ובנותיה כרך א 344 (2014) (להלן: ברק, כבוד האדם)). אמת, לא כל פגיעה בחופש הרצון והאוטונומיה של הרצון עולה כדי פגיעה בזכות לחירות (ראו שם). אך להשקפתי, גם שלילה קיצונית של אפשרויות בחירה העומדות בפני הפרט עולה כדי פגיעה בזכות לחירות. מסתנן המצוי – בכפייה, בל נשכח – במרכז שהייה, איננו אדם חופשי גם בשעות היממה שבהן אין הוא שוהה בין כתליו. יש להביא בחשבון כי אף שבחוק החדש בוטלה דרישת ההתייצבות שלוש פעמים ביום במרכז השהייה, ואף שהמרכז סגור ומסוגר רק בשעות הלילה, ספק אם לשוהים רבים ישנה אפשרות אפקטיבית לצאת או להתרחק מן המתקן. כך, בשים לב ל"דמי הכיס" הניתנים לשוהים העומדים על 16 שקלים ליום (תקנה 2 לתקנות למניעת הסתננות (עבירות ושיפוט) (מתן דמי כיס והטבה אחרת והתנאים לשלילתם) (הוראת שעה), התשע"ד-2014; התקנות לא נתקפו בענייננו); לאיסור שחל על מסתננים השוהים במרכז השהייה לעבוד בישראל (סעיף 132 לחוק); ולמיקומו הגיאוגרפי של מתקן "חולות". בנסיבות אלו, איני משוכנע כי מתאפשר לשוהה להתרחק באופן שגרתי מן המתקן ולכלכל את עצמו במהלך היום. מצב דברים נורמטיבי זה מצמצם מאוד את האוטונומיה האישית הנתונה למסתננים – הכפופים לכללי התנהגות ומשמעת המלווים אותם גם בצאתם משערי מרכז השהייה – וצמצום זה משליך גם על זכותם לחירות. יפים לכך דבריו של השופט א' גולדברג:

"כמימרתו של תומס הובס 'אדם חופשי הוא אשר... אינו מופרע מעשית את שיש לו רצון לעשותו'. על משמעותו החיובית של מושג זה עמד המלומד ישעיהו ברלין במסתו 'שני מושגים של חירות': 'המשמע ה'חיובי' של

המלה 'חירות' נובע ממישאלתו של היחיד להיות אדון לעצמו. אני מבקש שחיי והחלטותי יהיו תלויים בי עצמי, לא בכוחות חיצוניים כלשהם. אני מבקש להיות מכשיר של פעולותי הרצוניות שלי, לא של זולתי. אני מבקש להיות סובייקט, לא אובייקט; להיות מונע על-ידי שיקולים, על-ידי תכליות מודעות, שהם משלי, ולא על-ידי גורמים המשפיעים עלי כביכול מבחוץ' (י' ברלין, ארבע מסות על חירות (רשפים, 1987) 182 וכן בעמ' 175 ה"ש 5 שבה מובאים דבריו של הובס). אכן, בין זכות החירות, וכנגזרת ממנה האוטונומיה של הרצון, לבין כבוד האדם, קיימת זיקה הדוקה" (דנ"א 2401/95 נחמני נ' נחמני, פ"ד נ(4) 723, 661 (1996)).

גם בהקשרים אחרים בפסיקתנו מצאנו פגיעה בזכות לחירות שמקורה לא ב"נעילת שערים" בלבד (ראו והשוו: בג"ץ 4542/02 עמותת "קו לעובד" נ' ממשלת ישראל, פ"ד סא(1) 346, 378 (2006) ("הסדר הכבילה למעסיק פוגע בזכויות היסוד של העובדים הזרים. הוא פוגע בזכות הטבועה לחירות" (השופט' א' א' לוי); "ההסדר פגע באוטונומיה של העובדים כבני אדם, והלכה למעשה שלל מהם את חירותם" (דברי המשנה לנשיא מ' חשין שם, בעמ' 403); רע"א 10520/03 בן גביר נ' דנקנר (12.11.2006) ("הזכות לשם טוב נגזרת גם מזכותו של אדם לחירות, אשר אינה מתמצית בהגנה על גופו, אלא גם על רוחו") (פסקה 12 לחוות דעתה של השופטת א' פרוקצ'יה); בג"ץ 2123/08 פלוני נ' פלונית, פ"ד סב(4) 678, 696 (2008) ("תופעת סרבנות הגט [...] כרוכה בפגיעה קשה וכואבת באישה הנותרת כבולה לנישואין שאין היא מעוניינת בהם עוד: חירותה נפגעת, כבודה ורגשותיה נפגעים [...]") (השופטת ע' ארבל); בג"ץ 3368/10 משרד האסירים הפלסטינים נ' שר הביטחון, פסקה 52 (6.4.2014) ("שליטת החירות אינה מתבטאת רק בעצם היותו של אדם נתון במשמורת המדינה אלא גם מקבלת משמעות מדי יום ביומו, בתקופה שבה נתון האדם לכללי ההתנהגות והמשמעת הנוהגים במקום המשמורת והמגבילים אף הם את חירותו") (השופטת ע' ארבל); בג"ץ 2605/05 המרכז האקדמי למשפט ולעסקים נ' שר האוצר, פ"ד סג(2) 545, 603-604 (2009) ("הפגיעה בפועל בזכות לחירות אישית מתרחשת יום ביום בכל רגע שבו האסיר נמצא בין כותלי הכלא [...] [ו]כללי ההתנהגות בכלא [...] מגבילים אף הם את חירותו האישית" (הנשיאה ד' ביניש)). ראו מובאות נוספות אצל ברק, כבוד האדם, בעמ' 343-344, והשוו לגישתו שלפיה "הפירוש הראוי לדיבור 'בכל דרך אחרת' הוא בכל דרך שיש בה הגבלות פיזיות על החופש של האדם, או חופש אחר בעל עוצמה הדומה לו" שם, בעמ' 345).

14. אם נמצא לנו שנפגעה זכותם לחירות של השוהים במרכז השהייה גם בשעות שבהן אין הם מצווים לשהות בו, נוכח חובת השהייה במרכז שאליו מועתק מרכז

הכבוד של חייהם, ברור מאליו כי השהייה במרכז השהייה פוגעת גם בזכות לכבוד, באפשרותם לבחור כיצד לנהל עצמם ולספר את סיפור חייהם. על כך כבר הרחבתי בפרשת איתן (ראו שם, פסקאות 120-127).

15. מהו עומק הפגיעה בזכויות בפרק ד' בנוסחו היום? אכן, הגברת פתיחותו של מרכז השהייה (על דרך חובת התייצבות אחת ביום); הענקת סמכות לממונה לפטור מסתנן מחובת התייצבות במרכז למשך 4 ימים (במקום יומיים קודם לכן); קביעת תקופת שהייה מרבית בת 20 חודשים; החרגת קבוצות אוכלוסייה ייחודיות; ושינויים מסוימים שנערכו בסמכות הממונה להורות על העברת שוהה למשמורת – כל אלה הפחיתו במידת מה את הפגיעה בזכויות. ברם עדיין עומד מתקן "חולות" במדבר בבדידותו. עדיין עסקינן במתקן שאליו נכפה אדם הנתלש מחייו להגיע ולשהות בו תקופה ארוכה. פרטיותו מופרת; סוהרים סביבו. הפגיעה בזכויות, אפוא, שרירה וקיימת.

"לתכלית ראויה"

16. משנמצאה לנו פגיעה בזכויות שומה עלינו לבחון אם החקיקה עומדת במבחני פסקת ההגבלה. בחוות דעתה עמדה הנשיאה על כך שתכליתו העיקרית של פרק ד' לחוק היא "הפסקת ההשתקעות של אוכלוסיית המסתננים במרכזי הערים ומניעת האפשרות שיעבדו בישראל", ולצד זאת – הספקת מענה הולם לצרכיהם (שם, פסקה 61). עוד ציינה הנשיאה את טענת העותרים, שנשמעה גם בעניין איתן, שלפיה לפרק זה לחוק תכלית סמויה – שהיא תכליתו האמיתית: "שבירת רוחם" של המסתננים כדי שאלה יעזבו את ישראל. על תכליות אלו כולן עמדתי גם בעניין איתן (לדיון בתכלית שעניינה מניעת השתקעות ראו שם, פסקה 103; בתכלית הנוגעת למענה לצורכי המסתננים ראו שם, פסקאות 104-106; ואשר לתכלית הנטענת – "עידוד עזיבה מרצון" – ראו הדיון שם, פסקאות 107-113) ולפיכך אתיחס לדברים בקצירת האומר.

"מניעת השתקעות"

17. נפתח בתכלית שעניינה מניעת השתקעות (או "הפסקת השתקעות"), שאותה הותרתי בפרשת איתן בצריך עיון (שם, פסקה 103). הסברתי שם כי להשקפתי הוראות תיקון מס' 4 – הוא התיקון שנדון בפרשה היא ושהציג לראשונה את פרק ד' – לא צלחו ממילא את הבחינה החוקתית, ולפיכך לא היה הכרח להידרש לשאלה אם אמנם

מדובר בתכלית ראויה (ראו גם עמדתי בפרשת אדמ, פסקה 19 לחוות דעתי). ברם, הייתי נכון להניח לצורך הדיון כי מדובר בתכלית ראויה. עתה הציעה הנשיאה כי נקבע באופן מפורש כי תכלית זו ראויה היא (פסקה 66 לחוות דעתה). אדרש אפוא לבחינתה של שאלה זו.

18. "מניעת השתקעות" – של מי? בעניין איתן עמדתי על הקושי הקיים בהפרדת אוכלוסייה אחת מאוכלוסייה אחרת (וראו פסקה 103 לחוות דעתי שם). טעם הדבר ברור: אוכלוסיית המסתננים – כעניין שבעובדה – מצויה עמנו מזה זמן. חרף הערפל שבו היא נתונה בדבר מעמדה הנורמטיבי (ראו ע"מ 8908/11 אס"נ נ' משרד הפנים, חוות דעתה של חברתי השופטת א' חיות (17.7.2012); עניין איתן, פסקה 104) – ושעליו אין לברך – אין חולק על כך שכיום אלה מבין המסתננים שאינם מצויים במתקן "חולות" (וזו מרבית אוכלוסיית המסתננים; ראו פסקה 55 לחוות דעתה של הנשיאה) מנהלים חיים של ממש בערי ישראל. המדינה מבקשת שלא להשלים עם מציאות זו. היא רשאית לעשות כן. בהקשר זה העמידה אותנו המדינה על כך שהיא גיבשה ועודנה פועלת לגיבוש הסדרים שיאפשרו לשיטתה את יציאתם של המסתננים מישראל. הסדרים אלה לא עומדים לבחינתנו בגדרי עתירה זו, אך מכל מקום ברור – ולא נטען אחרת – כי אין צפי קונקרטי להרחקה המונית של עשרות אלפים בטווח הזמן הקרוב. משזוהי תמונת הדברים, ומשלעת הזו אין אנו יכולים להורות לאנשים אלה לצאת את גבולותינו למדינות מוצאם, האמנם ראוי שנבקש "למנוע את השתקעותם"?

19. בסופו של יום באתי למסקנה שלפיה במובן אחד ניתן להניח, הגם שאין הדבר נטול קושי, כי מדובר בתכלית ראויה. כוונתי היא לפרשנותה של תכלית זו כ"הפחתת הנטל" מן הערים שבהן מרוכזים מרבית המסתננים – והדברים אמורים במיוחד בדרום תל-אביב. אין צריך להכביר מילים על כך שמספר המסתננים שלא ניתן להרחיקם הוא רב. בשנים 2009-2011 נכנסו לישראל אלפים – ולמעלה מכך – של מסתננים מדי שנה (ראו עניין איתן, פסקה 38). מרבית המסתננים מרוכזים באזור גיאוגרפי אחד. ריכוז זה מטיל על אוכלוסיית המקום נטל קשה במיוחד: השתקעותם של המסתננים בשכונות דרום העיר שינתה את צביון האזור, הוסיפה לצפיפות והגבירה את הקשיים היומ-יומיים של תושבי המקום. עמדתי על כך בהרחבה בעניין איתן (שם, פסקה 210). נטל זה – במונחי מדינת ישראל הקטנה בשטח ובאוכלוסייה – הוא חריג. בנסיבות הקיימות אין אפוא לשלול שאנו עדים ל"הצפה" של מסתננים (Mass Influx). בהינתן הצפה מעין זו, לא ראיתי לחלוק על כך שחקיקה המבקשת את מניעת השתקעות המסתננים, היא, בנקודת הזמן הנוכחית, לתכלית ראויה. כל זאת, כאמור, בכפוף לכך שנקרא "מניעת השתקעות" ככוונה להביא לחלוקת הנטל באופן זמני (ובדגש על כך שמדובר

ב"הוראת שעה"). בצד האמור יש לזכור כי אלפי מסתננים יצאו מישראל משנת 2014 לעומת עשרות בודדות של נכנסים. כמות המסתננים פוחתת אפוא, וכפי שכבר נזדמן לי לציין, "נתונים עובדתיים שונים עשויים [...] להביא לתוצאה משפטית שונה" (עניין איתן, פסקה 37). אפשר שבעתיד – אולי אף בעתיד הקרוב – הצורך החברתי הדוחק בהסדרה נורמטיבית מחמירה של תופעת ההסתננות ילבש צביון אחר (ראו והשוו עניין איתן, פסקה 69), ואם תוסיף לעמוד בעינה מגמת הפיחות במספר המסתננים בישראל, וככל שתוקפה של הוראת השעה יוארך, השאלה כלום מדובר אמנם ב"תכלית ראויה" תשוב ותעמוד להכרעה.

20. סיכומו של דבר הוא כי לא ראיתי לשלול, לעת הזו, את עמדת המדינה בעניין תכלית זו. בצד זאת, כחברתי הנשיאה גם אני סבור כי אין הכרח להידרש בשלב זה לתכלית שעניינה מניעת השתכרות המסתננים בישראל נוכח חלקי החוק שבהם מיקדו העותרים את עתירתם (פסקה 76 לחוות דעתה של הנשיאה).

"מניעת התחדשותה של תופעת ההסתננות לישראל"

21. חרף הכותרת שניתנה לתכלית זו, נהיר ששוב לפנינו התכלית ההרתעתית, על הקשיים שכבר נמצאו בכך בעניין אדמ ובעניין איתן (פסקה 52 לחוות דעתי שם), שהרי המדינה הודיעה בבירור כי משמעותה של תכלית זו היא צמצום המוטיבציה הכלכלית של מסתננים פוטנציאליים – המצויים במדינות אפריקה – להגר לישראל (עמ' 52 לכתב התשובה מטעמה). בפרשת אדמ ובפרשת איתן נמנעתי מקביעת מסמרות בדבר התכלית ההרתעתית (שנטענה אגב סעיף 30 לחוק), שכן סעיף זה לא עמד ממילא במבחני המידתיות (ראו עניין אדמ, פסקה 19 לחוות דעתי; עניין איתן, פסקה 52). הפעם נדרשת, להשקפתי, הכרעה מפורשת בשאלת עמידתה של תכלית זו במבחן התכלית הראויה. לדעתי, למעט בנסיבות חריגות במיוחד לסתור – ונסיבות מסוג זה אינן בנמצא – תכלית זו אינה ראויה. חברתי הנשיאה (פסקה 77 לחוות דעתה) עמדה על כך שמכיוון שהכרנו בכך ש"באופן עקרוני תכלית של מניעת השתקעות במרכזי ערים ראויה היא, אין מניעה שלישומה ילווה אפקט הרתעתי". לכך אני מסכים. כפי שצינתי בעניין איתן, גם לדעתי "אין פגם בכך שלמעצר מסתנן, שנועד לקדם את הליכי גירושו, נלווה אפקט הרתעתי" (שם, פסקה 52), והדברים נכונים לא רק לגבי משמורת – אלא גם ביחס למרכז השהייה. אלא שטיעון המדינה מלמד כי היא סבורה שההרתעה אינה תכלית נלווית, הנספחת לתכלית האחרת, הראויה, כי אם תכלית מובחנת ונבדלת – ראויה גם היא לגרסתה. היא אף מכנה אותה "התכלית השנייה" (לצד "התכלית הראשונה" שעניינה הפסקת השתקעות אוכלוסיית המסתננים, ו"התכלית השלישית"

שעניינה מתן מענה הולם לצרכיה של אוכלוסייה זו). לקיום מובחן זה אין בידי להסכים. לטעמי תכלית זו אינה יכולה לעמוד על רגליה-שלה, וכתכלית בעלת קיום עצמאי – היא פסולה. השופטת ע' ארבל עמדה על הדברים בהרחבה בעניין אדמ, ואיני רואה טעם להידרש לכך שוב (שס, פסקאות 85-93; אך השוו לעמדת השופט י' עמית בעניין איתן שלפיה שינוי מערך התמריצים ביחס למסתננים פוטנציאליים מהווה תכלית חברתית ראויה הנגזרת מעקרון ריבונותה של המדינה, פסקאות 9-10 לחוות דעתו).

22. ועוד: המדינה מציינת כי שינוי מערך התמריצים של המסתננים הפוטנציאליים מקורו בשילוב שבין הוראות סעיף 30א לחוק (שעניינו החזקה במשמורת) לבין הוראות פרק ד' לחוק (המסדיר את הקמת מרכז השהייה). הקשר בין שני אלה קבוע בסעיף 30א(יא) לחוק, שלפיו תוצא הוראת שהייה למסתנן לאחר שישוחרר ממשמורת. שני אלה, כך המדינה, משנים את מערך התמריצים ומעודדים מסתננים פוטנציאליים להימנע מלנסות להגיע לישראל. עיינתי וחזרתי ועיינתי בדברי המדינה, ולא התבהר לי – אף אם הייתי נכון להכיר בכך שמדובר בתכלית ראויה (ולא אלה הם פני הדברים) – מדוע לשם "שינוי מערך התמריצים של המסתנן הפוטנציאלי", או הרתעתו מפני הגעה לישראל, לא די בהפיכת הוראות החוק גם ביחס לפרק ד' לחוק להוראות בעלות תחולה פרוספקטיבית. ככל שהמדינה מבקשת להרתיע מאן דהוא מהגעה לישראל – ממילא די בכך שתחיל את ההסדר הנורמטיבי האמור רק על אותו מסתנן פוטנציאלי הנמצא כעת אי שם ושוקל אם לעשות את דרכו לישראל. לא כך נעשה בדבר החקיקה הנתון לבחינתנו.

23. לעומת זאת, לעמדת הכנסת, התכלית שעניינה הקטנת התמריץ הכלכלי רלוונטית גם ביחס למסתננים הקיימים להישאר בישראל (עמ' 13 לכתב התשובה מטעמה). הצגה זו של הדברים מעוררת שאלות ביחס לאפשרות לעודד "עזיבה מרצון" באמצעים מסוג זה (וראו עניין איתן, פסקאות 107-113 לחוות דעתי), ולנושא זה אדרש להלן. נותר אם כך לדון בשתיים, בתכלית שעניינה מתן מענה לצורכי המסתננים ובתכלית הנטענת הנוספת – "עידוד עזיבה מרצון". אומר בקצרה כי כפי שכבר ציינתי בעניין איתן, התכלית שעניינה "מתן מענה לצורכי המסתננים" היא ראויה (שס, פסקה 104 לחוות דעתי). אכן, נותרתי בספקותיי אם אמנם מרכז השהייה מגשים הלכה למעשה תכלית זו, אך איני סבור כי המסגרת החוקתית היא המסגרת המתאימה לליבון המחלוקת בדבר דרך התנהלותו של מרכז "חולות", מחלוקת ששוב ניטשה בין הצדדים בהליך זה.

ועתה אחרונה – התכלית הנטענת: "עידוד עזיבה מרצון".

24. נקודת המוצא לדיון בתכלית זו היא כי לא ניתן להכריח אדם לצאת אל מדינה שבה נשקפת לחייו או לחירותו סכנה. אך מה כאשר אדם עושה כך מרצונו? בעניין איתן ציינתי כי יציאה מן הארץ עלולה להיחשב לגירוש אסור או ל"הרחקה קונסטרוקטיבית" (ולא כיציאה מ"רצון חופשי") לא רק במצבים שבהם המדינה מורה באופן רשמי על גירושו של אדם, אלא גם כאשר המדינה נוקטת אמצעים חריפים ופוגעניים במיוחד שנועדו להפעיל לחץ שיוביל ליציאה "רצונית" מהארץ. על הבחירה לעזוב את הארץ – שהיא בחירה שאין להתערב בה – להיות אפוא משוחררת מלחצים בלתי סבירים (שס, פסקאות 110-112). בפרשת איתן נדרשתי לשאלה אם תכליתו של פרק ד' לתיקון מס' 4 הייתה לשלול בחירה חופשית כאמור, שאלה שלטעמי לא הייתה קלה להכרעה ונקייה מספקות. כך אמרתי אז:

"דומה כי לא ימצא חולק על כך שמרכז השהייה שהוקם מכוח פרק ד' לחוק מקשה עד מאוד על חייהם של המסתננים, ושקושי מסוג זה עשוי בהחלט לתמרץ אדם לבחור לעזוב את הארץ. ואולם, קשיים מסוימים הם מנת חלקו של כל אדם הבוחר להגר למדינה אחרת בצורה בלתי מוסדרת. לא ניתן – ובמובנים מסוימים אף לא רצוי – להעלימם כליל. בין תמרוץ לגיטימי (כגון תמריץ כספי) לעזיבת הארץ לבין הפעלת לחץ משמעותי ובלתי הוגן אשר שולל, הלכה למעשה, את יכולתם של שוהים בלתי חוקיים לבחור שלא לצאת מהארץ – עובר, אפוא, גבול דק. האמנם חוצה פרק ד' לחוק – על רקע שלילת החירות המובנית בו, שאינה מוגבלת בזמן, ועל רקע עניינים נוספים שעוד ידובר בהם בהמשך – גבול זה? אף שלא ראיתי כי ניתן לשלול על הסף את טענות העותרים במישור זה, לא מצאתי להכריע בעניין משום שממילא לטעמי דינו של פרק ד' לחוק להיפסל בשל כך שאין הוא עומד בדרישת המידתיות" (שס, פסקה 113).

25. להבדיל, בפרשה זו ציינה הנשיאה כי לעמדתה החוק הנוכחי אינו נועד לשבירת רוחם של המסתננים (פסקאות 80-81 לחוות דעתה). הנשיאה נסמכה בעניין זה בין היתר על כך שהטענה שלפיה ישנה תכלית "נסתרת" מסוג זה לחוק הוכחה בדיון לפנינו על ידי באת כוח המדינה כמו גם בתשובות הכנסת והמדינה לעתירה (פסקה 79 לחוות דעתה); ואף הזכירה את טענת המדינה שלפיה ישנו היצע של פעילויות ותעסוקה במרכז השהייה (שס, פסקה 80). נתתי דעתי לאמור, אך לא סברתי כי די בכך כדי להתיר את הספקות שעליהם עמדת בפרשת איתן. תחילה יצוין כי במהלך הדיונים שקדמו לחקיקת תיקון מס' 4 התבטאו נציגי הרשויות באופן שלימד על כך שהאפשרות

לעודד "עזיבה מרצון" ריחפה ברקע לחקיקה (ראו עניין איתן, פסקה 113). ביום מתן פסק דיננו בעניין איתן הודיע שר הפנים דאז כי "התיקון השני בחוק תרם תרומה ניכרת לתהליך של יציאה מרצון" (הודעתו צורפה לעתירה וסומנה ע/20). עניין זה לא נזנח גם בדיונים על החוק נושא דיוננו. כך, למשל, בדיון מיום 6.10.2014 בוועדת הפנים והגנת הסביבה של הכנסת ציינה יו"ר הוועדה: "[...] באמצעות החוק הצלחנו להחזיר מרצונם [...] הרבה מאוד מסתננים", ושר הפנים הוסיף: "אני הצבתי יעד של הוצאת מסתננים [...] הייתה לנו תנופה אדירה ביציאה מרצון של מסתננים [...]". (פרוטוקול ישיבה מס' 384 של ועדת הפנים והגנת הסביבה, הכנסת ה-19, 4 ו-6 (6.10.2014)).

ביום 11.11.2013 ציין מנהל מינהל אכיפה וזרים ברשות האוכלוסין וההגירה בישיבת ועדה זו כי "מי שיוחלט לגביו שהוא נכנס למתקן השהייה יקבל הפניה ובאותו רגע, רישיון השהייה שהוא מחזיק היום ביד יבוטל והעסקתו תיאכף בצורה מאסיבית. ברגע שייכנס למתקן, נמשיך בכל התהליכים של עידוד היציאה מרצון" (פרוטוקול ישיבה מס' 117 של ועדת הפנים והגנת הסביבה, הכנסת ה-19, 14 (11.11.2013)). בדיון מיום 8.12.2014 בוועדה זו ציין חבר הכנסת דוד צור: "אסור שחולות ייסגר. צריך לייצר פה מצב שמגבירים את התמריץ למסתננים לצאת מפה. זו האמירה שלי" (פרוטוקול ישיבה מס' 435 של ועדת הפנים והגנת הסביבה, הכנסת ה-19, 6 (8.12.2014)).

26. בכך לא סגי. חרף הצהרת באת כוח המדינה בהליך שלפנינו, שלפיה "בוודאי בוודאי ובוודאי" שלא נעשו ולא ייעשו פעולות של "שבירת רוח", ואף שחברתי הנשיאה הדגישה בלשון שאין ברורה ממנה כי "[...] לא ניתן לנקוט במסגרת מרכז השהייה פעולות שמטרתן להביא לעזיבה מרצון, לרבות פעולות שמטרתן להפעיל לחץ על המסתננים, לעודדם או לשכנעם בכל אופן שהוא" (פסקה 83 לחוות דעתה), המדינה לא התייחסה לטענותיהם הקונקרטיות של העותרים בהליך שלפנינו – שגובו בתצהירים – שלפיהן במרכז השהייה אמנם הופעל עליהם לחץ כבד לצאת מן הארץ. כך למשל – הצהיר העותר 2:

"כל מפגש עם סוהרים ופקידים, ואפילו עם צוות המרפאה, מלווה תמיד בשאלה אחת מצדם: 'למה אתם לא עוזבים?'. העובדה שבקשת המקלט שלי לא נבחנת במשך למעלה משנה לא מעניינת איש. כל מה שמעניין את האנשים ב'חולות' זה שאעזוב והלחץ בעניין זה בלתי נסבל ממש" (פסקה 23 לתצהיר העותר 2, צורף לעתירה וסומן ע/3).

העותרים הוסיפו וטענו בעתירתם כי בעת מפגש עם אנשי רשות האוכלוסין וההגירה לצורך הגשת בקשה ל"חופשה" מופעל על השוהים לחץ "לעזוב מרצון" (עמ' 14).

55 לעתירה). טענו וטענו, ואף הציגו דוגמאות נוספות, אך תשובה של ממש מאת המשיבים – לא מצאנו.

27. ואחרון: שאלת זהותם של האנשים אשר נשלחים למתקן "חולות" והקריטריונים שקבעה בהקשר זה הרשות המינהלית מוסיפה ללוות אותנו עוד מפרשת איתן (ראו שם, פסקאות 90-91). אגע בה בקצרה גם בהמשך. בשלב זה אבקש רק להדגיש כי תוצאת יישום קריטריונים אלה היא כי 76% מיושבי "חולות" הם נתיני סודן ו-24% הם נתיני אריתריאה. זהו היפוך מוחלט כמעט למספרם באוכלוסייה: לפי נתוני יולי של רשות האוכלוסין וההגירה, 19% מן המסתננים בישראל הם יוצאי סודן ו-73% יוצאי אריתריאה. לטענת העותרים – טענה שאין בכוונתי להכריע בה בהליך זה – "המשיבים מעריכים שיש סיכוי טוב יותר לשבור את רוחם של אזרחי סודן, ולאונסם 'להסכים' לעזוב את הארץ" (עמ' 48 לעתירה). אכן, היבטים הנוגעים ליישום החוק אינם מצויים, בוודאי לא באופן ישיר, במישור חוקתיותו. יחד עם זאת, יכול ושאלת יישומו של חוק תהא בעלת השפעה לצורך קביעה האם הוא מקיים את מבחני המידתיות (בג"ץ 3809/08 האגודה לזכויות האזרח בישראל נ' משטרת ישראל, פסקה 33 (28.5.2012) (להלן: עניין האגודה לזכויות האזרח)), ולהשקפתי, היבטים אלה אף עשויים לסייע בבחינת תכליתו של החוק בניסיון להתחקות אחר פער – אם ישנו – בין התכלית המוצהרת לבין תכליתו הכנה של החוק.

28. גם הפעם איני מבקש להציב סימני קריאה לאחר סימני שאלה אלה ולהכריע בדבר קיומה או היעדרה של תכלית נטענת זו, ואיני מקל ראש בהצהרות המדינה לפנינו בהקשר זה. עם זאת, נראה לי שגם אם אין בידנו לקבוע כי תכלית פרק ד' לחוק היא "הפעלת לחץ" על המסתננים להסכים ליציאה מישראל, די באמור כדי להימנע מקביעה פוזיטיבית בעניין. סיכומו של דבר הוא כי ניתן, לעת הזו, להסתפק בקביעה שלפיה תכליתו העיקרית של פרק ד' לחוק היא מניעת השתקעות אוכלוסיית המסתננים במרכזי הערים. אין לומר כי תכלית זו, בנסיבות הקיימות ובנקודת הזמן הנוכחית, אינה תכלית ראויה. נעבור, אפוא, לבחינת מידתיות הוראות החוק.

מידתיות

29. בהסדר שלפנינו ערך המחוקק כמה שינויים, שנסקרו בהרחבה בחוות דעתה של הנשיאה, אך עיקריו של פרק ד' נותרו דומים. בנסיבות אלו, איני רואה להידרש לבחינה פרטנית נרחבת של ההסדרים השונים שסקרתי בהרחבה בעניין איתן, ואביא רק תמציתם של דברים. את הבחינה אמקד בשני הסדרים פרטניים הדורשים תשומת לב מיוחדת:

האחד, הסמכות להוציא הוראת שהייה למסתנן שמשכה המרכי נקבע על ידי המחוקק ל-20 חודשים; והשני, ההסדר המאפשר העברת מסתנן למשמורת בגין הפרות משמעת שונות. אשר להסדר הראשון, שותף אני לסעד המוצע על ידי הנשיאה; ואשר להסדר השני, אם תשמע דעתי נכריז על בטלותו תוך קביעת הוראות מעבר מתאימות.

הסמכות להוציא הוראת שהייה ומשך השהייה במרכז השהייה

30. אם מצא ממונה ביקורת הגבולות כי יש קושי, מכל סוג שהוא, בביצוע גירוש של מסתנן למדינת מוצאו, "רשאי הוא להורות כי המסתנן ישהה במרכז שהייה עד לגירושו מישראל, עד ליציאתו ממנה או עד למועד אחר שיקבע", לתקופה של 20 חודשים בסך הכל (סעיף 32 וסעיף 32כא לחוק). הוראות שהייה לא תוצאנה לקבוצות אוכלוסייה מוגדרות כגון קטינים ונשים, כפי שעוד יפורט להלן. זהו ההסדר שעומד בליבת פרק ד' לחוק, באשר הוא מסמך – לצד קריטריונים שקובעת הרשות המינהלית – להחזיק מסתנן במרכז השהייה; וקובע את פרק הזמן המרכי לשהותו במרכז. בחינת מידתיותו של הסדר זה מחייבת, כפי שציננה גם חברתי הנשיאה, לעמוד גם על קשרי הגומלין בין הסדר זה לבין הסדרים פרטניים אחרים בחוק (פסקה 85 לחוות דעתה), וכך אעשה.

מבחן הקשר הרציונאלי

31. בחינת הקשר הרציונאלי דורשת כי האמצעי שנבחר יתאים להגשמת המטרה שביסוד החקיקה. עמדתי קודם לכן על כמה תכליות אפשריות, ואת בחינת מידתיות ההסדר אמקד בתכלית שעניינה "מניעת השתקעות" שהיא המרכזית מבין תכליותיו של פרק ד' לחוק. האם מתקיים קשר רציונאלי בין הסמכות שהוקנתה לממונה לבין תכלית החוק – מניעת השתקעות? ההכרעה בשאלה זו הפכה למורכבת יותר לאחר שהשהות במרכז השהייה נתחמה בזמן (20 חודשים). בעניין איתן ציינתי כי העדר תחימה של משך השהייה מבטיח את הגשמת תכלית החקיקה באופן שמקיים קשר רציונאלי לתכלית החוק (פסקה 158). הוספתי שם כי כל הגבלה של תקופת השהייה משמעה כי בחלוף פרק זמן מסוים יוכל המסתנן לשוב ולהצטרף למעגל העבודה (שהלא המדינה התחייבה כי אין היא אוכפת את איסור העבודה ביחס למי שאינם מוחזקים במרכז השהייה). ואכן, עצם התחימה בזמן של השהות במרכז השהייה משמעה יצירת "דלתות מסתובבות" – פנימה והחוצה אל וממרכז השהייה – באופן שלא מאפשר למנוע השתקעות אלא לכל היותר לעכב אותה, עד לחזרת המסתנן למקום מגוריו ולעבודתו. אף אם תאמר שההשתקעות נמנעת, אך לזמן מוגבל (זה אמנם הילוכה של המדינה –

ראו עמ' 67 לכתב התשובה; כמו כן ראו דבריה שלפיהם החוק אינו "אמצעי אחד ויחיד, הנושא על גבו את מלוא היקפה של התכלית הראויה בדבר מניעת השתקעותם של כ-48,000 מסתננים בישראל", (שם) – הרי שמדובר בחוק שמשיג את תכליתו בצורה מוגבלת בלבד, שכן ברי כי לאחר השחרור ממרכז השהייה, ישוב המסתנן – שאין צפי קונקרטי להרחקתו – למרכזי הערים. עוד יש להוסיף כי לעת הזו הקיבולת של מתקן "חולות" עומדת על 3,360 שוהים (לפי דברי המדינה בעמ' 66 לכתב התשובה מטעמה) – שהם חלק קטן מאוכלוסיית המסתננים. ההשתקעות אפוא "נמנעת" (או מתעכבת) רק ביחס למיעוט מקרב אוכלוסיית המסתננים. יחד עם זאת, יש לשים לב לכך שהחוק אינו קובע מגבלה על גודלו של מרכז השהייה ואף לא על מספר מרכזי השהייה שיוקמו מכוחו. למעשה, לפי טיעון המדינה מרכז "חולות" משמש כמעין "פיילוט" (עניין איתן, פסקה 128).

32. סופו של דבר הוא כי לדעתי הקשר הרציונאלי במקרה זה אינו מובהק. חרף הספקות, לא מצאתי לומר כי קשר מסוג זה אינו בנמצא. כפי שציינה הנשיאה, אין הכרח כי האמצעי הנבחר יגשים את תכלית החוק במלואה (פסקה 90 לחוות דעתה), ומוכן אני להניח כי הסדר זה צולח את מבחן המידתיות הראשון. מכל מקום, עם חלוף הזמן ניתן יהיה לבחון גם שאלה זו מחדש (ראו פסקה 91 לחוות דעתה של הנשיאה).

מבחן האמצעי שפגיעתו פחותה

33. מסתנן שנדרש להתייצב במרכז השהייה אינו יכול "להשתקע" במרכזי הערים. למשך תקופת השהייה שהוא מחויב בה – עיקר חייו במרכז השהייה. במובן זה משיג מרכז השהייה את תכליתו העיקרית של החוק – מניעת השתקעות – במידה רבה של אפקטיביות. אכן, ניתן לחשוב על אמצעים שונים שהיו יכולים לסייע להשגת מטרה זאת, כגון פיזור גיאוגרפי או מענקים שונים שיתמרצו – בתורת "גזר" ולא "מקל" – מגורים ועבודה במקומות שונים, לאו דווקא במרכזי הערים. ברם, הנוכחות במרכז השהייה היא כפויה. אין היא תלויה ברצונו הטוב של המסתנן. מי שיבחר שלא להגיע למרכז השהייה – צפוי לסנקציה חריפה מסוג העברה למשמורת, שלה עוד אדרש בהרחבה בהמשך. הייתי נוטה אפוא לומר כי ספק אם ישנו אמצעי פוגעני פחות שבכוחו להשיג את תכלית החוק במידה דומה של יעילות (עניין איתן, פסקה 159).

מבחן המידתיות במובן הצר

34. עד כאן צלח ההסדר את מבחני המידתיות. להשקפתי, במבחן האחרון – שהוא המבחן הערכי והעיקרי – כושל הסדר זה מלעמוד. זאת, שכן פגיעתן של ההוראות אשר מתירות החזקה במרכז שהייה לתקופה מרבית של 20 חודשים אינה עומדת ביחס ישר לתועלת המופקת מהן. בעמידה על האיזון בין הנזק שנגרם כתוצאה מהפגיעה בזכויות החוקתיות לבין התועלת הצומחת מהשגת תכלית החוק נפתח בצד התועלת. בעניין איתן הדגשתי כי "יש מקום לדעה שהחברה הישראלית מפיקה תועלת מכך שתושביה אינם נדרשים, כעניין של יום ביומו, לשאת בנטל קליטתם של עשרות אלפי מסתננים, וכי כשאלה מושמים במרכז שהייה, תופעות שליליות הקשורות בהגירה מסיבית ובלתי מוסדרת – שלא ניתן ולא נכון להתעלם מהן – פוחתות במידה רבה" (שם, פסקה 160). אלא שהתועלת הכרוכה בהסדר זה זו אינה שקולה לפגיעה בזכויות. הדברים נפרשו בהרחבה בעניין איתן ואינני רואה לחזור עליהם, ואמקד לפיכך את הדיון בשינויים שנערכו בפרק ד' לחוק ובנפקותם. תחילה יצוין כי פרק ד' לחוק שבתיקון מס' 4 לא החריג קבוצות אוכלוסייה ייחודית, פגיעות במיוחד, מתחולתו. לא כך ביחס לפרק ד' הנוכחי, שבו נקבע, בסעיף 32ד(ב) לחוק, איסור על הוצאת הוראת שהייה לקטינים; נשים; מי שגילו עולה על 60; הורה לקטין הסמוך על שולחנו; "מי שממונה ביקורת הגבולות שוכנע לגביו כי בשל גילו או מצב בריאותו, לרבות בריאותו הנפשית, שהייתו במרכז שהייה עלולה לגרום נזק לבריאותו כאמור, ואין דרך אחרת למנוע את הנזק האמור" וכן הלאה. בעניין איתן ציינתי כי "מסתננים בודדים אשר לא היו מופנים למרכז שהייה בשל מצבם האישי, או משתחררים ממנו עקב כך בהמשך, לא היו גורעים מהגשמתה של התכלית שביסוד החקיקה, ולכל היותר – גורעים ממנה במידה מבוטלת", וכי העדרם של חריגים אף "מבליט בעוצמה רבה את חוסר המידתיות (במובן הצר) של האיסור הגורף" (שם, פסקה 187). במובנים רבים עם תיקון החוק – באה בעיה זו על פתרונה.

35. שינוי נוסף שערך המחוקק נוגע לדרישת ההתייצבות במרכז. בתיקון מס' 4 נקבע כי במהלך שעות היום – שבהן המתקן "פתוח" והשוהים רשאים לצאת ממנו ולהיכנס אליו באופן חופשי – נדרשת התייצבות שלוש פעמים ביום לצורכי רישום. בעניין איתן עמדתי על כך שהחובה להתייצב לספירה בשעת הצהריים מקשה עד מאוד על היכולת המעשית לצאת מן המתקן לפרק זמן הדרוש לביצוע פעילות רציפה (שם, פסקה 118), שכן "אדם זקוק לחלון זמן מתאים כדי למלא את חייו בתוכן ממשי. שעות קצרות וקצובות אינן מספיקות לשם כך" (שם, פסקה 127). כעת קובעות הוראות החוק כי מרכז שהייה יהיה סגור בשעות הלילה (בין השעות 22:00 ל-06:00), וכי על שוהה להתייצב במרכז לצורך רישום נוכחות אחת ליום, בין השעות 20:00 ל-22:00 (סעיף 32ח לחוק). שינוי זה הקהה במידת מה את עצמת הפגיעה בזכות לחירות ובזכות

לכבוד. הוא מאפשר למסתנן חופש פעולה רב יותר, שהרי הוא רשאי לצאת מן המרכז בשעות הבוקר המוקדמות ולשוב אליו רק לעת ערב. ברם, כפי שצינתי לעיל, אין להרחיק לכת בהערכת משקלו של שינוי זה בכל הקשור בהפחתת הפגיעה בזכויות. "רשאי" אין פירושו בהכרח "יכול". מרכז חייו של מסתנן הנקרא להתייצב במרכז השהייה מועתק אליו. הוא אינו בן חורין, שכן יומו מתנהל בצל הדרישה לשוב למרכז בשעות הלילה; ויכולתו לממש את האוטונומיה שלו מוכתבת בידי הוראות החוק האוסרות עליו לעבוד; "דמי הכיס" הנמוכים שהוא מקבל; ומיקומו של מרכז "חולות". ברי אפוא כי הסדר זה – אף שחלו בו שיפורים – עודנו פוגעני (ראו גם פסקאות 12-15 לעיל).

36. בהסדר אחר שעליו עמדתי בעניין איתן – ניהול מרכז השהייה בידי שירות בתי הסוהר – לא חל כמעט כל שינוי. הפקדת סמכויות ניהול המתקן בידי השירות מקורה בהוראת סעיף 32 לחוק, שלפיה משהכריז השר לביטחון הפנים על מרכז שהייה, עליו למנות סוהר בכיר למנהל המרכז; והנציב ימנה סוהרים שיהיו עובדי המרכז (על כל המעורבים לעבור הכשרה מתאימה). בעניין איתן ציינתי כי הפקדת ניהול מרכז השהייה בידי שירות בתי הסוהר – שלו הוענקו אף סמכויות נרחבות הדרושות להפעלת המרכז – מעצימה את הפגיעה בזכויות המסתננים (שס, פסקה 138), שכן לגורם המתפעל ומנהל את מרכז השהייה הפתוח ממשק יום-יומי עם השוהים במתקן: שליטתו על המסתנן השהיה במרכז גדולה ומקיפה את כל תחומי החיים, ונודעת לה לפיכך השפעה מכרעת על האופן שבו המתקן נתפס בקרב השוהים בו: מתקן פתוח בעל אופי אזרחי, או מתקן כליאה או מעצר בעל אופי פלילי (שס, פסקה 144). יחד עם זאת, הדגשתי כי "ייתכן שמתווה נורמטיבי אחר שיסדיר את פעולתו של מתקן כאמור יצלח את הבחינה החוקתית גם אם הגוף שיופקד על ניהולו יהא שירות בתי הסוהר" (שס, פסקה 146). בעניינינו נותרו עיקרי ההסדר כשהיו, וסוהרים עודם מנהלים את מרכז השהייה.

37. מה עולה מכל אלה? נראה כי אף שהופחתה במידת מה הפגיעה בזכויות אדם שהייתה טמונה בפרק ד' לחוק בנוסחו בתיקון מס' 4, בשים לב להוראות המסדירות את חייהם של השוהים במרכז השהייה, לרבות ההוראות הקובעות אימתי יש להתייצב במרכז, ומתי ניתן לצאת ממנו; מי הגורם המנהל אותו, ואילו סמכויות מוענקות לו – הפגיעה בזכויות עודנה עמנו, והיא קשה. כפי שצינתי בעניין איתן, "על הסדר נורמטיבי מידתי לשמר יחס ראוי בין מידת הגבלת הזכויות שבמתקן לבין משך השהייה המרבי בו, כך שככל שהגבלת זכויות היסוד קשה יותר – כך יתקצר משך השהייה הכפויה במתקן" (שס, פסקה 162). טעם הדבר הוא שפרק ד' לחוק בנוי כמשוואה. "הסדר אחד (דוגמת דרישת התייצבות נוקשה לשם רישום נוכחות במרכז) עשוי להיות

מאוזן בהסדר אחר (דוגמת קציבת משך השהייה במרכז לתקופה קצרה) " (עניין איתן, פסקה 100). תקופת 20 החודשים שנקבעה בחקיקה היא תקופה ארוכה ביותר (למעשה, למשך הזמן הארוך שנקצב לשהייה במרכז השהייה – אין מקבילה בעולם. ראו את הסקירה המקיפה בחוות דעתה של הנשיאה, פסקאות 101-105; ראו גם בעניין איתן, פסקה 163). למימד הזמן השפעה של ממש על הפגיעה בכבודו של אדם שחירותו נשללת. שלילת חירות לתקופה קצרה מאפשרת לאדם להשיב את חייו למסלולם בהקדם. לא כך ביחס לתקופות ארוכות יותר (עניין איתן, פסקה 154). משום שבין עצמת הפגיעה בזכויות במתקן שהנוכחות בו כפויה לבין התקופה המרבית שניתן להחזיק בו אדם קשר בל יינתק, ועל רקע מידת הפגיעה בזכויות הטמונה בפרק ד' לחוק, סבורני כי תקופת השהייה המרבית שנקבעה בחוק אינה משמרת את אותו יחס ראוי, חרף התועלת שהיא משיאה. המסקנה היא כי סעיפים 32ד(א) ו-32כא לחוק אינם מידתיים ועל כן אינן חוקתיים. בכפוף לאמור אני מצרף דעתי לדעתה של הנשיאה ולסעד המוצע על ידה.

מכאן אעבור לבחינתו של הסדר פרטני נוסף – הוא ההסדר המאפשר העברת מסתנן למשמורת.

העברת מסתנן למשמורת

38. המדינה מבקשת לכפות התייצבות במרכז השהייה. היא מבקשת לנהלו לפי כללי התנהגות מוגדרים. עליה להחזיק לשם כך "כוח כפייה" אשר ירתיע מסתננים מפני ביצוען של הפרות (עניין איתן, פסקה 183). המדינה בחרה לעשות שימוש באמצעי של העברה למשמורת של מסתנן אשר חטא בהפרות שונות. משך המשמורת תלוי בסוג ההפרה ובמספר הצווים שניתנו בגין ההפרות שאירעו. בעניין איתן נעו תקופות המשמורת מ-30 יום בגין הפרה קלה ועד לשנה בגין הפרה חוזרת ונשנית בגין הפרות מסוימות (שם, פסקה 166). כפי שציינתי בעניין איתן, העברה למשמורת ממרכז השהייה (ואף של מי שאינו נמצא במרכז השהייה) פוגעת בזכותו החוקתית של המסתנן לחירות. כך, שכן "המעבר ממרכז השהייה למתקן המשמורת מלווה בצמצום היבטים שונים של הזכות לחירות שאינם מתמצים בהגברת הפגיעה בחירות הפיזית גרידא [...] [היא] מונעת את האפשרות שנתונה למסתנן במרכז השהייה לצאת את גבולותיו במועדים המותרים; היא מגבילה את האפשרות ליצור קשרים חברתיים; היא קוטעת את שגרת החיים שסיגל לעצמו המסתנן במהלך שהותו במרכז" (שם, פסקה 168).

39. בעניין איתן סברתי כי נוסף על הפגיעה בזכות לחירות, סעיף 32כ3 בנוסחו הקודם פגע אף בזכותם של המסתננים להליך הוגן. סעיף זה העניק לממונה את הסמכות להורות על העברת מסתנן למשמורת מבלי שהחלטתו תהא כפופה לביקורת שיפוטית יזומה על ידי גורם שיפוטי או מעין-שיפוטי כלשהו, למעט בעילות השחרור שבסעיף 30א(ב) לחוק, ולא כלל "ערובות דיוניות" הולמות שהן תנאי לקיומה של הזכות החוקתית להליך הוגן (עניין איתן, פסקאות 167, 179). הפגיעה בזכות להליך הוגן נמצאה בעניין איתן בלתי מידתית. מסקנה זו ייתרה את הצורך לבחון אם הסעיף צולח את המבחנים האחרים של פסקת ההגבלה עקב פגיעתו בזכות החוקתית לחירות (שם, פסקאות 183-184). יחד עם זאת, ציינתי שם כי שאלת הפגיעה העצמאית בזכות לחירות ראויה לבחינה נפרדת על רקע תקופות המשמורת שנקבעו, שכן השמה במשמורת לתקופות ארוכות "חוצה את הגבול שבין סנקציה 'משמעתית' שהיא בעיקרה הרתעתית, לבין סנקציה 'עונשית' שהיא גמולית במהותה". בפרט הדגשתי כי תקופת משמורת ארוכה מדי "עלולה אף היא להיות לא מידתית (כשלעצמה) נוכח פגיעתה החריפה בזכות לחירות – וזאת אף אם החלטת הממונה תלווה בביקורת שיפוטית יזומה" (שם, פסקה 184).

40. גם בהסדר שלפנינו הוסמכה בחוק הרשות המינהלית – ליתר דיוק: ממונה ביקורת הגבולות – להטיל עונש מסוג של שלילה או הגבלה של חירותו של אדם כחלק מהסדר משמעת. טרם קבלת החלטה נדרש הממונה לאפשר למסתנן "להשמיע את טענותיו לפניו" (סעיף 32כ(ו) לחוק). עד כמה ביכולתו של הממונה לקבל החלטה מושכלת בעניין שהובא לפניו? למותר לציין כי בקבלת החלטה כפוף הממונה לכלי כללי המשפט המינהלי ועליו לשמור עליהם בהקפדה יתרה. בין היתר, יש להביא לידיעת המסתנן את מהות האשמה או הטענה נגדו; יש לתת לו אפשרות הוגנת להגיב על מידע שהתקבל בעניינו; ויש להביא בחשבון את אי-ידיעת השפה אצל חלק מן המסתננים ולהיערך לכך בהתאם (ראו והשוו למשל ע"מ 7201/11 רחמני ד.א. עבודות עפר בע"מ נ' רשות שדות התעופה, פסקאות 43-45 (7.1.2014) (להלן: עניין רחמני); ע"מ 1038/08 מדינת ישראל נ' געאביץ (11.8.2009); רע"פ 2060/97 וילנצ'יק נ' הפטיכיאטר המחוזי – תל אביב, פ"ד נב(1) 697 (1998); בג"ץ 656/80 אבו רומי נ' שר הבריאות, פ"ד לה(3) 185 (1981); דפנה ברק-ארז משפט מינהלי כרך א 498-529 (2010)). כמו כן, על הממונה לעמוד על הצורך לתמוך החלטתו בתשתית עובדתית הולמת, וזאת ביחס ישר לפגיעה הטמונה בהחלטה על העברה למשמורת בזכויות יסוד (ראו והשוו בג"ץ 394/99 מקסימוב נ' משרד הפנים, פ"ד נח(1) 919, 928-931 (2003); בג"ץ 3615/98 נימושין נ' משרד הפנים, פ"ד נד(5) 780, 787 (2000); ראו גם בג"ץ 7015/12 עג'ורי נ' מפקד כוחות צה"ל בגדה המערבית, פ"ד נו(6) 352, 372 (2002)).

ברם, החוק לא צייד את הממונה בסמכויות כגון הסמכות לזמן עדים או הסמכות לחייב אדם במתן עדות. סמכויות אלו היו עשויות להגביר את ההסתברות לכך שההליך יסתיים בתוצאה נכונה ולהגדיל את הסיכוי לכך שההליך יתנהל בצורה הוגנת מנקודת מבטו של הנפגע, באופן שיקל עליו להשלים עם התוצאה (ראו והשוו עניין איתן, פסקה 174). עובדה זו – על רקע מידת הפגיעה בזכויות – מעוררת קושי.

41. יחד עם זאת, ולהבדיל מפרשת איתן, החקיקה הנוכחית מכפיפה את שיקול דעתו של הממונה לביקורת של בית הדין לביקורת משמורת של מסתננים (להלן: בית הדין). החלטת הממונה נבחנת *de novo* על ידי בית הדין, אשר יכול לאשר את הצו שנתן הממונה או שלא לאשרו (סעיף 32כ(ח) לחוק). בית הדין אינו מוגבל לעילות להפסקת משמורת הקבועות בסעיפים 30א(ב)-(1)-(3) לחוק, והוא נדרש לבחון גם את חוקיות החלטת הממונה וסבירותה. לצורך כך יש להקפיד על כך שהחלטת הממונה תהא מנומקת כדבעי, כדי שניתן יהיה לבחון את השיקולים שהובילו להחלטה ולקיים ביקורת שיפוטית כלפיה (ראו והשוו עניין רחמני, פסקה 9 לחוות דעתו של השופט ס' ג'ובראן). לגבי דידי בגדרי ביקורת זו על בית הדין להידרש למכלול קביעותיו של הממונה, בדומה למודל של "ערכאה כפולה". כלומר, עליו לאפשר לשוהה להציג את טענותיו ולהביא ראיות לביסוסן (ראו והשוו חמי בן-נון וטל חבקיין הערעור האזרחי 13 (מהדורה שלישית, 2012)). לצורך כך לרשות בית הדין, להבדיל מהממונה, סמכויות נרחבות שמקורן בכך שהביקורת שמפעיל בית הדין נערכת במתווה של חוק בתי דין מינהליים, התשנ"ב-1992 (ראו חוות דעתה של הנשיאה, פסקה 110). יודגש כי ההליך הנוכחי קובע ביקורת שיפוטית יזומה בבית הדין, מבלי שהמסתנן נדרש "להתניע" את ההליך בעצמו. זהו שיפור לעומת מצב הדברים ערב מתן פסק הדין בפרשת איתן. ברם, כפי שניתן להתרשם מנוסחו של הסעיף, בית הדין נדרש לבחינת שיקול דעתו של הממונה רק לאחר שהתקבלה החלטה על העברה למשמורת. אף שיש להביא את המסתנן לפניו "בהקדם האפשרי", המפגש הראשוני עם בית הדין עשוי להתרחש גם בחלוף 96 שעות מתחילת החזקתו של מסתנן במשמורת (סעיף 32כ(ז) לחוק). זהו פרק זמן בלתי מבוטל (ראו בג"ץ 6055/95 צמח נ' שר הביטחון, פ"ד נג(5) 241 (1999)) (להלן: עניין צמח); סעיף 237א לחוק השיפוט הצבאי, התשט"ו-1955 (להלן: חוק השיפוט הצבאי); סעיף 29א לחוק סדר הדין הפלילי (סמכויות אכיפה – מעצרים), התשנ"ו-1996; אך השוו לסעיף 13יד(א) לחוק הכניסה לישראל, הקובע כי "מוחזק במשמורת יובא לפני בית הדין לביקורת משמורת בהקדם האפשרי ולא יאוחר מתום 96 שעות מעת תחילת החזקתו").

42. מכל מקום, וגם בהנחה שדי בביקורת השיפוטית שנקבעה בחוק, הקניית סמכות מסוג זה לרשות המינהלית – בגדר חריג היא. בעניין איתן כבר עמדתי על כך ש"הסמכות להגביל חירות ולפקח עליה נמצאת בליבת התפקיד של הרשות השופטת" (שם, פסקה 179). הרשות השופטת היא זו אשר מנהלת את הדין הפלילי. כדי להבטיח את ההגנה החוקתית על הזכות לחירות נקבעו בדין הפלילי כללים נוקשים של סדרי דין וראיות, שמתווים את הפיקוח השיפוטי על פעולות החקירה ובהמשך את האופן שבו תוכרע אשמתו של אדם (רון שפירא "הליך מינהלי כקובע את גבולותיה ומסגרתה של הענישה הפלילית" המשפט יב – ספר עדי אור 485, 488 (2007) (להלן: שפירא)). בצד האמור, ניתן למצוא בחקיקה הישראלית כמה הסדרים המקנים לרשות המינהלית סמכות להגביל את חירותו של אדם. ראשית, בגופים היררכיים שמהותם וטבעם מחייבים קיום כללי משמעת חמורים העניק המחוקק לגורם מינהלי סמכות לשלול חירותו של אדם כעונש על הפרת כללי משמעת. כללים אלה – החלים בצבא, בשירות בתי הסוהר ובמשטרה – מאפשרים לקציני שיפוט או לבתי דין משמעתיים להטיל עונשים של ריתוק או מחבוש על מי שביצע עבירת משמעת לפי מערכת הדינים הרלוונטית (ראו סעיפים 152-153 לחוק השיפוט הצבאי; סעיפים 110 ו-100מד לפקודת בתי הסוהר [נוסח חדש], התשל"ב-1971 (להלן: פקודת בתי הסוהר); וסעיפים 37 ו-51 לחוק המשטרה, התשס"ו-2006 (להלן: חוק המשטרה)). שנית, גם במצבים הנוגעים לאכיפת הסדרי משמעת בבתי סוהר ובבתי מעצר מוסמכת הרשות אשר מנהלת את מתקן הכליאה או המעצר להורות על החזקת אסיר או עציר בבידוד או – אשר לאסירים – להורות על הפחתת ימי שחרור מינהלי או שחרור מוקדם (ראו סעיף 58 לפקודת בתי הסוהר; סעיף 10(ב) לחוק המעצרים).

43. הנה כי כן, המחוקק הכיר בכך שבמערכות היררכיות מסוימות, הרשות המינהלית מוסמכת להטיל עונשים הכוללים שלילת חירות למטרות משמעתיות (ראו גם שמעון שטרית "כופר הכסף: ענישה פלילית בידי המינהל" משפטים ב 577, 579-581 (1970)). דא עקא, אין להסיק מהסדרים אלה כי ניתן להוציא את תפקיד הענישה הפלילית מידי הרשות השופטת. יש אפוא לעמוד עמוד היטב על קו התפר העדין שבין ענישה משמעתית לבין ענישה פלילית: ענישה משמעתית, בנסיבות המתאימות – יכולה להיות נתונה בידי הרשות המינהלית (אך ראו שפירא, על החשיבות בביקורת שיפוטית על החלטות הגוף המינהלי, במקרה שנדון שם – שירות בתי הסוהר: שם, בעמ' 493-488). ברם ככל שהוענקה לממונה ביקורת הגבולות הסמכות לענוש בענישה פלילית מסתנן – סמכות זו לא תוכל לעמוד. זוהי פגיעה חריפה יתר על המידה בזכויות – בזכות לחירות ובזכות להליך הוגן. זכויות אלו כרוכות זו בזו. שלילת חירות משמעתית-כביכול החוצה את הרוביקון אל היבשת ה"פלילית" דורשת הליך פלילי בין

כתליו של בית משפט, שהוא שמבטיח את הזכות להליך הוגן. ענישה פלילית – לבית המשפט מסורה היא, ולבית המשפט בלבד. לא בדיעבד ולאחר מעשה, לא כ"ביקורת שיפוטית" ואפילו לא על דרך של שמיעה מחודשת. נדרש הליך פלילי בבית משפט, לפי כל כלליו ודקדוקיו.

44. השאלה היכן עובר קו הגבול בין עונש הנשען על תכליות גמוליות במהותן (עונש פלילי) לבין עונש שהגיונו מניעת-משמעתי קשה להכרעה. דומה שגם בהקשר זה "רבים המבוכה וחוסר הוודאות", ו"ייתכן שהסוגיה העיונית האמורה טרם פותחה כראוי" (ע"פ 758/80 יש לי בע"מ חברה פרטית נ' מדינת ישראל, פ"ד לה(4) 625, 629 (1981) (להלן: עניין יש לי) (בשאלה אם קנס מסוים הוא בבחינת עונש פלילי); ראו גם רע"א 4096/04 בוטח נ' מדינת ישראל, פ"ד נט(1) 913, 917-920 (2004) (להלן: עניין בוטח)). נדרשת בעניין זה הכרעה פרשנית. "באמצעות הפרשנות יש לאתר את ה'צופן הגנטי' של הכלל הנבחן – דהיינו את מהותו ואת אופיו והאם אכן 'פלילי' הוא אם לאו" (בג"ץ 2651/09 האגודה לזכויות האזרח בישראל נ' שר הפנים, פסקה 6 לחוות דעתה של השופטת (כתוארה אז) מ' נאור (15.6.2011) (להלן: עניין תקנות הדרכונים); ראו גם עניין יש לי, בעמ' 629; ר"ע 277/82 נירוטטה בע"מ נ' מדינת ישראל, פ"ד לז(1) 826, 830 (1983); ע"פ 474/65 מירומית מפעלי מתכת אשקלון בע"מ נ' היועץ המשפטי לממשלה, פ"ד כ(1) 374, 376-377 (1966)). סיווג זה תלוי בנסיבות העניין הנדון ובנוסח החקיקה המסמיכה (ראו גם הדוגמאות בעניין תקנות הדרכונים, פסקה 10).

45. וזהו מוקד הדיון בענייננו: ממונה ביקורת הגבולות הוסמך להוציא צווי העברה למשמורת שמשכם עלול להגיע ל-75, 90 ו-120 ימים. משמע: בגין הפרות משמעת שונות – כגון היעדרות ממרכז השהיה או אי התייצבות במועד לחידוש רישיון זמני לישיבת ביקור לפי סעיף 2(א)(5) לחוק הכניסה לישראל – יכול ממונה ביקורת גבולות "לגזור" על המסתנן עונשים דמויי-מאסר לתקופה של שלושה ואף 4 חודשים. האם מדובר בענישה "פלילית", להבדיל מענישה "משמעטית"? נפתח בפרשנות הסעיף. להשקפתי, לצורך כך ניתן להסתייע בבחינת אופי ה"עבירה" המשמעטית – אם היא חלק מהקורפוס הפלילי אם לאו (קיומה של נורמה פלילית מקבילה עשוי לתמוך בדעה שלפיה אין מדובר באמצעי משמעתי אלא בניסיון לייצר "מסלול עוקף" להליך הפלילי; וראו פסק הדין של בית הדין האירופי לזכויות אדם *Campbell v. United Kingdom*, 7 E.H.R.R. 165 ¶ 68 (1984) (להלן: עניין *Campbell*)); חומרת העבירה (ככל שלעבירה המיוחסת לאדם נודעת חומרה רבה יותר, כך תגדל הנטייה לראות בענישה בגינה כענישה פלילית); משכה המרבי של שלילת החירות (תקופה ארוכה מקרבת את הענישה לענישה פלילית. תקופה קצרה יותר – לענישה משמעטית);

ודרך הביצוע של העונש (ככל שיש בעונש פגיעה קשה יותר בחירות, כך תיטה הכף לטובת סיווגו כפלילי) (ראו והשוו לפסיקת בית הדין האירופי לזכויות אדם אשר עמד על השאלה אימתי זכאי מי שהוטל עליו עונש משמעותי להגנות שאותן מקנה סעיף 6 לאמנה האירופית לזכויות אדם, המעגן ערבויות דיוניות לנאשם בפלילים: Engel v. The Netherlands, 1 E.H.R.R. 647 ¶ 82 (1976); עניין Campbell, פסקאות 73-69; Ezech v. United Kingdom, 39 E.H.R.R. 1 ¶ 82-86 (2003). בעניין האחרון ציין בית הדין האירופי כי הקריטריונים דנן אינם מהווים תנאים מצטברים וכי יהיו מקרים שבהם די בקיומו של אחד מהם כדי לקבוע שהעונש הנדון משתייך ל"ספירה" הפלילית, שם, פסקה 86).

46. ניישם מבחנים אלה על ההסדר שלפנינו. תחילה לקיומה של נורמה פלילית מקבילה. עיון בהסדר המפורט שבסעיף 32 לחוק מעלה כי ביחס למקצת מן ההפרות הקבועות בו אין בנמצא עבירה פלילית מקבילה, ולעומת זאת, לגבי חלק מההפרות – "גרם נזק של ממש לרכוש" (סעיף 32(א)(3) לחוק) ו"גרם חבלה לגוף" (סעיף 32(א)(4) לחוק) – ניתן לחשוב על איסורים פליליים שאפשר להחילם במידת הצורך. מבחן זה אינו מטה אפוא את הכף לכיוון זה או אחר. כך גם בהתייחס לחומרת העבירות – חלקן נוגעות לעמידה בכללי ההתנהגות של מרכז השהייה (כגון דרישת התייצבות), אחרות, כאמור, קשורות לנזקים חריפים יותר – לרכוש או לגוף. שני מבחני משנה אלה אינם מביאים אפוא לתוצאה חותכת. ברם שני מבחני המשנה הנוספים מושכים, לטעמי, לכיוון הדעה שלפיה מדובר בענישה פלילית ביסודה. בכל הקשור לדרך ביצוע העונש, הרי שכאן מדובר על העברת המסתנן למשמורת, שהתנאים בה דומים למאסר. זוהי כמובן סנקציה חריפה ביותר מבחינת פגיעתה בחירות (ראו גם עניין איתן, פסקה 47). אף משכה של שלילת החירות תומך במסקנה זו. חלק מתקופות המשמורת הקבועות בסעיף זה ארוכות במובהק, והן מגיעות עד ל-120 ימים – או 4 חודשים – של שלילת חירות. חברתי הנשיאה הדגישה כי תקופות המשמורת הקבועות בחוק הן תקופות "מרביות", שאין הכרח "לנצלן" במלואן (פסקה 112 לחוות דעתה). לדעתי אין בכך כדי לסיים את הדיון. בעניין איתן נדרשתי, במענה לחוות דעתו של הנשיא א' גרוניט, לשאלת המשקל שיש לייחס לכך שממונה ביקורת הגבולות הוסמך בחוק להורות על שהייתו של מסתנן במרכז שהייה "עד למועד אחר שיקבע". עמדתי על כך שלשיטתי שיקול הדעת שהוקנה לממונה אינו משנה מן העיקר, שהרי אף שהממונה הוסמך לקצוב מועד – בצד זאת הוא הוסמך, ברישה הסעיף, שלא לקצוב מועד כלל. אכן, אפשר שהממונה יפעיל שיקול דעת ראוי ויימנע משליחת מסתנן למשמורת לתקופות הארוכות שבהן נוקב החוק. אך איננו יכולים לתלות יהבנו בחסדי שיקול הדעת של הרשות המינהלית בלבד – ובכך שתבחר לקצוב עונשים במדרג חומרה נמוך יותר מזה שמתיר

החוק. עלינו להישיר מבט אל הוראות החוק. המחוקק הפקיד בידי הרשות המינהלית את האפשרות להטיל עונשים דמויי-מאסר שמשכם – חודשים. הסמכות, אפוא, הוענקה, והיא – להבדיל משיקול הדעת הפרטני – שעומדת לבחינתנו כעת.

47. לבסוף אציע שנבחן איזונים שערך המחוקק במצבי דברים דומים, שכן "מקובל הוא במסורת המשפטית שלנו, כי לדיבור בטקסט פלוני ניתן ליתן פירוש תוך לימוד מהמשמעות הניתנת לדיבור דומה בטקסט אלמוני" (אהרן ברק פרשנות במשפט כרך ג – פרשנות חוקתית 243 (1995) (להלן: ברק, פרשנות)). הסדרי משמעת מקבילים שהותוו בחקיקה הישראלית הגבילו את שלילת החירות לתקופות קצרות בהרבה מאלו הקבועות בסעיף 32 לחוק שלפנינו. בצבא, כפי שציינה חברתי הנשיאה, יכול קצין שיפוט בכיר להטיל על חייל עונש מחבוש לתקופה מרבית של 35 ימים. אם הוטל עונש נוסף לפני שהחייל נשא בכל עונשו, הוא יישא את העונשים יחד, ובלבד שתקופת המחבוש הרציפה המרבית עומדת על 70 ימים (ראו סעיף 153(א)(6) וסעיף 162א לחוק השיפוט הצבאי; פסקה 112 לחוות דעתה של הנשיאה). כשמדובר בסוהרים מוסמך בית דין למשמעת לגזור על סוהר שהורשע בעבירת משמעת עונש של מחבוש לתקופה מרבית של 45 ימים. אם נדון הסוהר לעונש מחבוש נוסף לפני שסיים לשאת בעונשו הקודם יישא הוא בעונש הארוך יותר, אך המותב רשאי להורות על נשיאה מצטברת בעונשים ובלבד שתקופת המחבוש הרציפה לא תעלה על 70 ימים (סעיף 110מד(5) וסעיף 110סא לפקודת בתי הסוהר). על שוטר שהורשע בעבירת משמעת על ידי בית דין למשמעת ניתן להטיל עונש מחבוש לתקופה מרבית של 45 ימים (סעיף 51(א)(5) לחוק המשטרה). גם במקרה זה אם נדון השוטר לעונש מחבוש נוסף, בעת שהוא מרצה עונש מחבוש אחר, יישא הוא בעונש אחד לפי התקופה הארוכה יותר, אך המותב רשאי לקבוע כי הנשיאה בעונשים תהא מצטברת, ובלבד שתקופת המחבוש הרציפה לא תעלה על 70 ימים (סעיף 66 לחוק זה). לא למותר לציין כי הסמכות להטיל עונשים מרביים כאמור על שוטרים וסוהרים ניתנה בידי מותב שלושה, ששניים מהם לפחות צריכים להיות משפטנים (ראו סעיף 110לז לפקודת בתי הסוהר; סעיף 44 לחוק המשטרה). מתברר אפוא כי כאשר הוקנתה בחקיקה הישראלית לגורם מינהלי הסמכות לשלול חירותו של אדם למטרות משמעת – הוגבלה זו בזמן. ההגבלה המקובלת היא לתקופה של עד 45 ימים בגין עבירת משמעת אחת ולא יותר מ-70 ימים רציפים בגין כמה עבירות.

48. ודוקו: סעיף 32 לחוק קובע "מדרג חומרה" להטלת עונשים כתלות בשאלה כמה פעמים קודם לכן ניתן צו העברה למשמורת "באותה עילה". כך, למשל, אם ניתן

צו כאמור פעמיים בעילה הנקובה בסעיף 32כ(א)(5) לחוק (עבודה בניגוד להוראות סעיף 132 לחוק), כך שהמסתנן כבר נשא פעמיים בתקופות משמורת מכוח העבירות ש"נמצא" שביצע – ניתן להורות בפעם השלישית על העברתו למשמורת לתקופה של 60 ימים (סעיף 32כ(ב)(3)(ג) לחוק). אך אין הדבר דומה להוראות בדבר נשיאה בעונש מחבוש "נוסף" שבהן דנתי לעיל: הוראות אלו מתייחסות למצב שבו במהלך הנשיאה בעונש הוטלה על נמען העונש ענישה נוספת. במקרים אלה קובעים דברי החקיקה הרלוונטיים כי גם בנשיאה מצטברת בעונשים – לא ניתן לחצות משך זמן של 70 ימים. בכל הסדרי המשמעת שעליהם עמדתי לא מוכרת תקופה דומה של ענישה בגין עבירת משמעת אחת (גם אם קדמו לה עבירות נוספות, שהעונש בגינן מוצה). ואילו במקרה שלפנינו מוסמך הממונה להורות על העברה למשמורת לתקופה מעין זו – ואף ארוכה ממנה – בגין הפרה אחת (גם אם זו הפרה שלישית במספר). במישור ההשוואתי נציין, כי כפי שעולה מחוות דעתו של חברי השופט ח' מלצר, הפרה של תנאים מגבילים החלים על "מי שהסתננו לגרמניה, שהם מבקשי מקלט" מובילה למסלול הפלילי (ראו פסקה 10 לחוות דעתו). לא כך בענייננו כאמור.

49. מכל האמור מעלה עולה כי ההוראות שבהסדר שנקבע בסעיף 32כ לחוק חוצות את הגבול שבין ענישה משמעתית לענישה פלילית. משכך, לא ניתן להפקיד בידי הממונה – או כל גורם מינהלי אחר – סמכויות מסוג זה. אכן, למחוקק נתון מרחב תמרון ביחס למשכי הענישה המשמעתית. הוא אינו מוכרח לאמץ במדויק את משכי הזמן שנקבעו בהסדרי משמעת אחרים החלים על חיילים, שוטרים או סוהרים. אך התקופות שנקבעו בהסדר שבחוק למניעת הסתננות רחוקות מכך מרחק רב – רב מידי. הן אינן צולחות את מבחן המידתיות במובן הצר, שהוא, כפי שציינה הנשיאה, המבחן המרכזי בענייננו (פסקה 111 לחוות דעתה). אמנם, לניהול מתקן שהנוכחות בו כפויה דרושים כללים. כללים אלה דורשים אכיפה, שמא יעשו פלסטר. אך לא כל עונש בא בחשבון. ויודגש: המדינה רשאית כמובן לנהל במקרים המתאימים הליכים פליליים, "המאפשרים, מטבע הדברים, גם השתת עונשים מחמירים" (עניין איתן, פסקה 184). אך סמכות מעין זו לא ניתן להקנות לגורם מינהלי, גם אם החלטתו כפופה לביקורת שיפוטית יזומה. כפי שציינתי בפרשת איתן, "סנקציה מסוג זה לא תוכל לעמוד – וזאת מסקנתי היא אפוא כי הענקת סמכות מסוג זה איננה עומדת ביחס ישר לפגיעה שטמונה בה.

50. באתי למסקנה שלפיה סעיף 32 לחוק אינו מידתי. פגם חוקתי זה אינו יכול לבוא לריפוי בדרך פרשנית, ואין מנוס אלא להכריז על בטלותו של הסעיף. בעניין איתן הצעתי לחברותיי ולחבריי כי סעיף זה ייקרא כך שביחס לכל אחת מהעילות המנויות בו יהא מוסמך ממונה ביקורת הגבולות להורות בצו על העברת מסתנן למשמורת לתקופה שלא תעלה על 30 ימים; וכי המוחזקים במשמורת ביום מתן פסק הדין מכוח החלטת ממונה כאמור ישוחררו בתום 30 ימים להחזקתם במשמורת או בתום המועד שקצב להם הממונה – לפי המוקדם מבין השניים (שס, פסקה 191). הפעם, בהינתן הביקורת השיפוטית היזומה שנוספה בחוק על החלטת הממונה – ביקורת אשר היה בה כדי למתן ולו במידת מה את הפגיעה בזכויות – הייתי מציע להמתין 6 חודשים טרם תיכנס הצהרת הבטלות לתוקף. במהלך תקופה זו, או עד לחקיקת הסדר חלופי בנושא, יעמוד סעיף 32 בתוקפו אך ייקרא כך שביחס לכל העילות הקבועות בו לא יינתן צו העברה למשמורת לתקופה של למעלה מ-45 ימים (כמקובל בענישה משמעית ביחס לעבירה אחת). המוחזקים במשמורת ביום מתן פסק דינו זה מכוח החלטת ממונה כאמור ישוחררו בתום 45 ימים להחזקתם במשמורת או בתום המועד שקצב להם הממונה – לפי המוקדם מבין השניים.

משקרבנו לסוף – הערות על העתיד לבוא

51. התוצאה שאליה הגעתי בסופו של ניתוח משפטי היא אפוא זו: דינם של סעיפים 30ד(א) ו-32כא לחוק – בטלות. דינו של סעיף 32 לחוק – בטלות. מה תעשה עתה הכנסת? הדיאלוג יימשך. אותו דבר חקיקה לא יכול לחזור על כנו כאילו לא היה דבר (ראו גם חוות דעתה של המשנה לנשיא (כתוארה אז) מ' נאור בעניין איתן, פסקה 3). הכנסת יכולה לפעול לחקיקת הסדר חוקי אחר שיעמוד באמות המידה החוקתיות. תחת תקופות המשמורת הארוכות שנקבעו בסעיף 32 לחוק ניתן להביא תקופות קצרות יותר. גם תחת ההוראה שעל בטלותה מוצע כאן שנכריז – הקובעת את משך השהייה המרבי במרכז השהייה – יכולה הכנסת לקבוע תקופה אחרת, קצרה יותר באופן ניכר, שתוכל לעמוד בבחינה החוקתית. יכול בית המחוקקים גם לבחון אפשרויות חדשות, אחרות. בעניין זה אבקש להעיר הערה נוספת.

52. החוק למניעת הסתננות מתיר לממונה להוציא כאמור הוראת שהייה לכל מסתנן שנמצא קושי, "מכל סוג שהוא", לגרשו למדינת מוצאו (סעיף 32ד לחוק). הרשות המינהלית הנחתה עצמה בקריטריונים בעניין זה. לפי הקריטריונים שפורסמו באתר רשות האוכלוסין וההגירה והמתוארכים ליום 14.7.2015, מסתננים שניתן להוציא להם הוראות שהייה הם "נתיני סודן אשר הסתננו לישראל לפני תאריך

31.12.2011" ו"נתיני אריתריאה אשר הסתננו לישראל לפני תאריך 31.7.2011 לרבות מי שקיבל רישיון ישיבה מסוג ב/1 עד כה". שמע מינה: הרשות המינהלית בחרה להחיל את ההסדר הקבוע בחוק למניעת הסתננות על מסתננים "ותיקים" – מי שהגיע לישראל לפני כמעט 4 שנים. איני מבקש להכריע בשאלות השונות שמתעוררות אגב התייחסות לקריטריונים אלו. כפי שכבר ציינתי, בשל כך שמדובר בקריטריונים שכרוכה בהם פגיעה בזכות לחירות ובזכות לכבוד – מתעוררת השאלה האם לא הייתה מתחייבת הסדרתם בחקיקה ראשית (עניין איתן, פסקה 91). אבקש כעת להדגיש רק זאת: להשקפתי, היקף הפגיעה בזכויות כמו גם יעילות מרכז השהייה משתנה ביחס לשתי קבוצות אוכלוסייה. הראשונה, קבוצת המסתננים ה"ותיקים"; והשנייה, קבוצת המסתננים ה"חדשים". לגבי הקבוצה הראשונה, פגיעתו של פרק ד' לחוק חריפה בהרבה. מרבית המסתננים ה"ותיקים" – שהם אלה הנשלחים ל"חולות" מכוח הקריטריונים שנקבעו לעניין זה – קשרו חייהם במרכזי הערים. ניתוקם מהחיים שכבר בנו לעצמם "שולף" אותם מעבודה, מדיוור, מסביבה חברתית ועוד – באבחה אחת. זוהי פגיעה קשה יותר בזכותם לכבוד ולחירות, והתועלת המושגת מכך בכלל הקשור ל"מניעת השתקעות" מוגבלת. בוודאי כך ביחס לתכלית של "מתן מענה לצרכים". לעומת זאת, ביחס לקבוצה השנייה, היא קבוצת המסתננים ה"חדשים", נראה כי פגיעתו של פרק ד' חריפה פחות. מסתננים אלה טרם תקעו יתד בגבולותינו. הפגיעה בהם – כמי שזה עתה נכנסו לישראל – מוגבלת יותר. לגביהם אף ניתן לומר כי אין מדובר ב"שינוי כללי המשחק" בדיעבד (כפי שציין השופט י' עמית בפסקה 1 לחוות דעתו בעניין איתן). גם לאחר שקבענו כי התכלית ההרתעתית אינה ראויה, ניתן לומר כי הפגיעה בזכויותיו של מי שיודע כי הוא צועד בעיניים פקוחות לגבולותיה של מדינה שאלה ההסדרים הנורמטיביים החלים בה – היא לאין שיעור פחותה מזו של מי שנקרע מחייו באחת ומוחזר אליהם כעבור תקופה בלתי מבוטלת. הפגיעה במסתננים אלה – "המסתננים החדשים" – במרכז שהייה, הינה אפוא בדרגה נמוכה יותר מהפגיעה שנגרמת למסתננים "הוותיקים". מנגד, התועלת המושגת מכך ביחס לתכלית שעניינה מניעת השתקעות רבה יותר, שהלא אלה טרם הספיקו כלל להשתקע. יוצא מן האמור כי אין מניעה לשקול קביעת תקופות "גג" שונות לשתי קבוצות אוכלוסייה אלו. קביעה מסוג זה אף תאפשר למדינה לתת מענה למצב שבו תשתנה מגמת ההגירה הכפויה לישראל (למשל בשל סגירתם של נתיבי הגירה לאירופה), בנתון לעמדתה – שעמה יש להסכים – שלפיה אין די בגדר לבדה כדי לבלום את תופעת ההסתננות (ראו עמ' 58 לכתב התשובה; גם אני עמדתי על כך שלא די בגדר כשלעצמה בעניין אדם, פסקה 25 לחוות דעתי; וכן בעניין איתן, פסקה 64). מובן כי בכל מקרה, כפי שציינה הנשיאה, הוצאת הוראת השהייה צריך שתהיה פרטנית, ולא ניתן להשלים עם הוצאת הוראת

שהייה ב"מתווה אחיד" – קרי: לתקופה קבועה ביחס לכל קבוצת אוכלוסייה (פסקה 96 לחוות דעתה של הנשיאה).

53. לבסוף ראוי להתעכב על שאלה שעלתה גם בעניין איתן וצפה ועולה בעתירה זו, והיא שאלת הקשר בין הניתוח החוקתי לבין הניתוח המינהלי. השאלות מי יוזמן למרכזו השהייה; מהם התנאים שיסופקו לשהים במרכז; והיכן ימוקם המרכז – הן שאלות המצויות בעיקרן במישור המינהלי, ומוסדרות בתקנות ובהחלטות שהתקבלו מכוח החוק. בין המדינה לבין העותרים שוב ניטשה מחלוקת ביחס לנושאים אלה, ודעתי – כשם שהייתה דעתי בעניין איתן – היא כי האכסניה הנכונה לבריורן איננה הליך זה. ברם, ראיתי לציין טרם נעילה כי יישום אחר של החוק היה יכול להשפיע גם על בחינת מידתיותו. אם היו ניתנים במרכז השהייה תנאים משופרים יותר; אם "דמי הכיס" היו מאפשרים למסתננים מידת אוטונומיה גדולה יותר; אם לא היה מרכז השהייה מרוחק כל כך ממקומות יישוב – היה בכך להשפיע על מתחם המידתיות, וכפועל יוצא – על שאלת החוקתיות.

סוף דבר

54. כידוע, "דמוקרטיה חוקתית היא איזון עדין בין שלטון הרוב לבין ערכי יסוד השולטים על הרוב" (ברק, פרשנות, בעמ' 113). איזון זה הופר בענייננו. לו תשמע דעתי, נכריז על בטלותם של סעיפים 32ד(א) ו-32כא לחוק; ועל בטלותו של סעיף 32כ לחוק. אכן, כאשר ניצבים אנו לפני בחינה חוקתית חוזרת של אותה הוראת חוק נדרשת זהירות מיוחדת (ראו עניין איתן, פסקה 23). וכשבבחינה שלישית עסקינן – על אחת כמה וכמה. אך אל לנו להסס להכריז על בטלותה של חקיקה שאינה חוקתית. איננו רשאים להסס בכגון דא. מקל וחומר נכון הדבר כאשר העניין שלפנינו נוגע בליבת זכויות האדם של אוכלוסייה מוחלשת. זהו ה-*raison d'être* של הביקורת החוקתית. אף שזהו לעולם מוצא אחרון, חקיקה שאינה חוקתית, דינה אחד – בטלות.

ש ו פ ט

השופט י' עמית:

1. הדיאלוג הפורה בין הרשות המחוקקת לרשות השופטת נמשך, וכעת עומדות רגלינו בפתחו של הסיבוב השלישי הנוגע לחוקתיותו של החוק למניעת הסתננות

(עבירות ושיפוט), התשי"ד-1954 (להלן: החוק), תופעה חסרת תקדים במשפטנו החוקתי.

גם הפעם עוסקים אנו בשני נדבכים עיקריים בחוק: החזקה במשמורת לפי סעיף 30א בפרק ג' לחוק, והקמת מרכז השהייה והסדרת פעולתו על פי פרק ד' לחוק.

2. כמו בעניין איתן (בג"ץ 7385/13 איתן – מדיניות הגירה ישראלית נ' ממשלת ישראל (22.9.2014)) אני סבור גם כיום כי בהיבט של תכלית החוק ומידתיות החוק, יש להתייחס באופן דיכוטומי לשני הנדבכים העיקריים בחוק. לטעמי, המדינה רשאית לנקוט מדיניות הגירה נוקשה כלפי חוץ, כלפי עתיד, וצופה פני מסתננים פוטנציאליים. ביחס הפוך לאותה נוקשות, ראוי היה למדינה לגלות חמלה ואנושיות כלפי פנים וצופה פני עבר, קרי, כלפי אותם שכבר נכנסו לפני שנים לגבולנו, עוד לפני שהמחוקק שינה את "כללי המשחק".

על רקע דיכוטומיה זו, אומר מילים מספר לגבי החוק בנוסחו הנוכחי.

3. סעיף 30א לחוק: בעניין איתן עמדתי על כך, שהסעיף צופה פני עתיד, אל מחוץ לגדר ולגבולות המדינה, ואל ציבור לא מסויים של מסתננים בכוח. סברתי, בדעת מיעוט, כי אין לפסול את החוק שהעמיד את תקופת ההחזקה במשמורת על שנה, ועמדתי על כך שבלימת תופעת ההסתננות היא תכלית ראויה:

"...שבאה להגן על שורה ארוכה של אינטרסים מהותיים של המדינה ושל החברה בישראל - שמירה על ריבונותה של המדינה, אופיה, זהותה הלאומית וצביונה התרבותי-חברתי, לצד היבטים נוספים כמו צפיפות, רווחה וכלכלה, בטחון פנים וסדר ציבורי. כפי שהמדינה הייתה רשאית להקים על גבולותיה מחסום פיזי מפני המבקשים להיכנס אליה, כך רשאית היא להקים מחסום נורמטיבי כאמצעי הגנה משלים".

לאור אינטרסים אלה, לדידי אין פגם בתכלית של צמצום התמריצים של מסתננים פוטנציאליים להגיע לישראל, ומהטעמים שפירטתי בעניין איתן, אני סבור כי יש בתכלית ההרתעתית כדי להפוך את המסתנן בכוח ממטרה לאמצעי.

כך סברתי בפרשת איתן, ועל דרך של קל וחומר, לאחר התיקון הנוכחי, שהפחית והעמיד את תקופת ההחזקה במשמורת על שלושה חודשים. מכאן, שנקל עלי

להצטרף למסקנתה של הנשיאה כי התיקון של סעיף 30א לחוק עובר את מבחני פסקת ההגבלה.

4. פרק ד' לחוק: אחזור שוב אל דברים שאמרתי בעניין איתן. פרק ד' לחוק "מסב פניו אל הארץ פנימה, ומטיל הגבלות קשות על ציבור מסויים של אנשים שכבר נמצאים בארץ מזה מספר שנים ... מרכזי השהייה יציר כפיו של המחוקק בישראל, חוטאים לחלוטין לצביונם ולמטרתם של מרכזי השהייה במדינות שונות באירופה". ואכן, ככל שנוקפים הימים הולך ומתברר כי לא למרכז שהייה כגון דא פיללנו, ועל כך עמדה הנשיאה בפסק דינה (בפסקה 57).

5. צא ולמד כמה תכליות העמיסו הצדדים על כתפיו הדלות של פרק ד' לחוק: בלימת תופעת ההסתננות ומניעת הסתננות עתידית בבחינת חסם נורמטיבי מפני מסתננים פוטנציאליים; מניעת השתקעות במרכזי הערים; מתן מענה הולם לצרכי המסתננים; הבטחת יציאתם של המסתננים; מניעת השתכרותם של המסתננים והקטנת התמריץ הכלכלי להישאר בישראל; שבירת רוחם של המסתננים ועידודם לעזוב את ישראל.

כפי שציינה הנשיאה (פסקה 105 לפסק דינה), במדינות המערב אין ככל הנראה מרכזי שהייה שאינם וולנטריים, לתקופת שהייה כה ארוכה, שהשהייה בהם היא לצורך תכלית של פיזור אוכלוסין. הדגם הישראלי הוא ייחודי, ולמעשה, הוא אף לא נועד לפזר את אוכלוסיית המסתננים ברחבי הארץ כנטען, אלא לרכז אותה במתקן אחד רחוק כמטחוויו קשת מכל מקום יישוב.

החוק הנוכחי נוקט שיטה של "סירקולציה צנטריפוגלית" בדרך של הוצאתם של המסתננים ממרכזי הערים, סחרורם בתנופת צנטריפוגה אל שולי המדבר למשך עשרים חודש, משם חזרה למרכזי הערים, ובמקביל, הוצאתם של אחרים ממרכזי הערים "למלא את מקומם" במרכז השהייה. דרך נפתלת זו של תחלופה מתמדת של מסתננים, "דלתות מסתובבות" כלשונו של השופט פוגלמן, מעוררת את החשש שמא מאחורי התכלית המוצהרת של מניעת השתקעות במרכזי הערים מסתתרת תכלית של "טרטור" המסתננים ושבירת רוחם כפי שנטען על ידי העותרים. לכן, אני מצטרף לסימני השאלה שהעלה השופט פוגלמן בדונו בתכלית של עידוד עזיבה מרצון, לגבי הפער בין התכלית המוצהרת לתכלית הנסתרת של החוק.

לסופו של יום, העמדתי את המדינה בחזקתה ובהצהרתה, ולא נותר לי אלא להצטרף לעמדתו של חברי, השופט פוגלמן, כי יש לפרש את התכלית של מניעת השתקעות כ"הפחתת הנטל" מהערים, ובעיקר מדרום תל אביב. תכלית זו היא ראויה, כך שאין מקום לפסול את פרק ד' לחוק בשלב התכלית. אציין כי ברגיל, המונח השתקעות נסב בעיקר על מקום המגורים. בהיבט זה, ככל שהחוק נועד לצמצם היקף המגורים של מסתננים בערים, להבדיל ממקום עבודה ושהייה, המדובר בתכלית ראויה כשלעצמה, שניתן היה להשיגה גם על ידי הקמת מרכזי שהייה מחוץ לערים או בשולי הערים, לאו דווקא במקום כה מרוחק כמו חולות. מכאן, שנכון יותר לבחון את חוקתיות החוק בשלב המידתיות ולא בשלב התכלית, כפי שנעשה על ידי הנשיאה בפסק דינה. בהקשר זה אומר כי שאלת מיקום מרכז השהייה היא קריטית, באשר מידתיותו של החוק לא נבחנת בחלל ריק, אלא על רקע מציאות מסויימת. מרכז השהייה הנוכחי הוא מרוחק ומבודד מכל מרכז יישוב, כאשר דמי הכיס היומיים הניתנים לשוהים בו אינם מספיקים אפילו כדי נסיעה לעיר הקרובה.

נאמן לשיטתי כי מניעת התחדשות תופעת ההסתננות היא תכלית ראויה, אני סבור כי היא ראויה גם במסגרת פרק ד' לחוק, כתכלית כשלעצמה, ולא רק כתכלית נלווית. לכן, אני סבור שאין מניעה להחיל את הסדרי פרק ד' כלשונם על מסתננים פוטנציאליים בתחולה פרוספקטיבית מכאן ואילך, גם לתקופה של עד 20 חודשים. דהיינו, מסתנן שהגיע לאחר חקיקת החוק וחלות עליו הוראות סעיף 30א(יא) לחוק, יחולו עליו הוראות פרק ד' לחוק, לרבות התקופה של 20 חודש כאמור בסעיפים 32 ד ו- 32כא לחוק. לא כן לגבי המסתננים השוהים כבר בארצנו, לגביהם התקופה של 20 חודש נכשלת במבחן המשנה השלישי של המידתיות, ואני מצטרף לדעתה של הנשיאה מ' נאור בנקודה זו.

התכלית הנטענת של "מתן מענה לצרכי המסתננים" היא תכלית ראויה ללא ספק. אלא ש"תרגומה" של תכלית זו על רקע הוראות פרק ד' לחוק כפי שהן מיושמות כיום, מותיר תכלית זו ריקה מתוכן, ודינה להיכשל כבר במבחן המשנה הראשון של תנאי המידתיות.

6. בעניין איתן עמדנו על מספר פרמטרים בגינם השתקפה, כמכלול, תמונה לא מלבבת לגבי אופיו של מתקן השהיה ופסלנו הסדרים ספציפיים כאלה ואחרים הנוגעים לפרק ד' לחוק. בדרך זו נמשיך כעת, מבלי לפסול את ההסדר שבפרק ד' מן השורש.

בשורה התחתונה, לאור הפגיעה הקשה והאינהרנטית של פרק ד' בזכות לחירות, אני מצטרף לדעתה של הנשיאה לפיה התקופה של עד 20 חודש לגבי מסתננים "ותיקים" עולה על הנדרש ואני מצטרף לסעד שנקבע על ידה.

בנוסף, ועל מנת להקחות ככל שניתן את עוקצה של הפגיעה בחירות, אני מצטרף לדעתו של חברי, השופט פוגלמן, לגבי בטלות סעיף 32 לחוק. ככל שבעתיד יתברר כי קיימות בעיות משמעת חמורות במרכז השהיה, ייתכן שיהא מקום לבחון שוב נושא זה.

ש ו פ ט

השופט ט' ג'ובראן:

1. החוק שלפנינו, החוק למניעת הסתננות (עבירות ושיפוט), התשי"ד-1954 (להלן: החוק), מגיע לפתחו של בית משפט זה זו הפעם השלישית במספר. חבריי הרחיבו והעמיקו בסוגיות החוקתיות המתעוררות בענייננו, ודומה כי ההכרעה בעתירה זו מצטמצמת לשלוש שאלות מרכזיות: הראשונה – האם ההסדר הקבוע עתה במסגרת סעיף 30 לחוק, הנוגע לאפשרות החזקת מסתנן שהוצא נגדו צו גירוש במשמורת למשך תקופה של שלושה חודשים, מידתי הוא אם לאו; השנייה – האם ההסדר הקבוע עתה במסגרת סעיפים 32 ו-32 לחוק, שעיקרו משך שהיית מסתנן במרכז השהיה, מידתי הוא אם לאו; והשלישית – האם ההסדר הקבוע עתה במסגרת סעיף 32 לחוק, הנוגע לסמכות ממונה ביקורת הגבולות (להלן: הממונה) להעביר מסתנן ממרכז השהיה למשמורת בגין עבירות משמעת, מידתי הוא אם לאו.

2. חבריי, הנשיאה מ' נאור והשופט ע' פוגלמן, תמימי דעים כי התשובה לשאלה הראשונה היא כי ההסדר הוא מידתי ולפיכך חוקתי, והתשובה לשאלה השנייה היא כי ההסדר הוא אינו מידתי ולפיכך אינו חוקתי. עם זאת, התעוררה ביניהם מחלוקת בנוגע לתשובה לשאלה השלישית.

3. בדומה לחבריי, גם דעתי היא כי דין סעיף 30 לחוק להיוותר על כנו בכפוף לפרשנות שהותוותה על ידי חברתי הנשיאה בחוות דעתה (השאלה הראשונה לעיל), בעוד שדין הרף המרבי להחזקה במרכז השהיה הקבוע בסעיפים 32 ו-32 לחוק – בטלות (השאלה השנייה לעיל). איני רואה מקום להרחיב ולפרט את נימוקיי לנוכח חוות דעתם המקיפות של חבריי. בקצרה אציין, כי גם עמדתי היא כי סעיף 30 לחוק

במתכונתו הנוכחית צולח את מבחני פסקת ההגבלה, זאת בעיקר לנוכח קיצורו של פרק הזמן המרבי הניתן להחזקה במשמורת. אבקש לחדד, כי כפי שסברתי בבג"ץ 7385/13 איתן - מדיניות הגירה ישראלית נ' ממשלת ישראל (22.9.2014) (להלן: עניין איתן), וכפי שקבעה חברתי הנשיאה בחוות דעתה בהליך זה, תכלית מניעת השתקעותם של מסתננים היא תכלית ראויה. קביעה זו מבוססת על זכותה של מדינה לגבש מדיניות הגירה המבקשת, בין היתר, לצמצם תמורות דמוגרפיות לא רצויות שהן תוצר בלתי נמנע של הגירה לא חוקית ושל הסתננות בפרט. עמדתי על כך בעניין איתן בפסקה 7 לפסק דיני:

”תמורות אלה הביאו, במציאות הישראלית, להשלכות שליליות כגון עליה בפשיעה; הכבדה על תקציב המדינה ועל מערכות הבריאות והרווחה באזורים מסוימים; קשיי אכיפה של חובות אזרחיות כגון תשלום מס ועוד (ראו: פסקאות 6–11 לכתב תשובה מטעם המדינה מיום 11.3.2014).”

משכך סברתי אז, ואני סבור עוד היום, כי על אף שמדיניות ההגירה כרוכה מטבעה בהגבלת זכויות יסוד מסוימות, אין בכך כדי לשלול את היותה של התכלית ראויה. ההשוואה לכללי המשפט הבינלאומי שערכה חברתי הנשיאה בפסקאות 68-73 לחוות דעתה מחזקת דעה זו. על-פי כללים אלו, ניתן בנסיבות חריגות לנקוט אמצעים המגבילים את חופש התנועה ולעתים את הזכות לחירות של המסתננים. משכך, עמדתי היא כי תכלית זו ראויה, וכן כי סעיף 30א לחוק עומד ביתר מבחני פסקת ההגבלה, כפי שהרחיבו חבריי.

4. על-אף הקביעה כי התכלית העיקרית של החוק ראויה היא, גם אני סבור כי סעיפים 32ד(א) ו-32כא לחוק אינם צולחים את מבחן המידתיות במובן הצר, זאת לנוכח אורך התקופה בה ניתן להחזיק שוהה בלתי חוקי במרכז השהייה – משך 20 חודשים. כמפורט בחוות דעתם של חבריי, ממד הזמן משפיע על מידת הפגיעה בזכויותיהם של המסתננים, באופן שאינו שומר על יחס ראוי בין העלות לתועלת. על כן, גם לדידי הרף המרבי להחזקה במרכז השהייה אינו מידתי ודינו להתבטל.

5. עם זאת, במחלוקת שנפלה בין חבריי לעניין השאלה השלישית – האם ההסדר המקנה סמכות לממונה להעביר מסתנן ממרכז השהייה למשמורת בגין עבירות משמעת, מידתי הוא אם לאו – עמדתי היא כעמדת חברתי הנשיאה מ' נאור. גם לטעמי יש נפקות לכך שפרקי הזמן המרביים להחזקה במשמורת קוצרו באופן ניכר; לכך שהעברת המסתנן כפופה לעילות הקבועות בחוק; ולכך שהוסף מנגנון פיקוח אוטומטי של ביקורת שיפוטית על החלטת הממונה, המופעל לא יאוחר מתום 96 שעות מתחילת ההחזקה במשמורת. בבחינת מבחן המידתיות במובן הצר, אני מוצא כי ההסדר שקבוע

בסעיף 32 לחוק הוא מידתי לנוכח היחס הראוי בין התועלת והעלות הנובעות ממנו, ולפיכך, כפי שניתחה חברתי הנשיאה, הוא חוקתי.

6. לעומת זאת, חברי השופט ע' פוגלמן סבור כי הסדר זה אינו חוקתי, בעיקר לנוכח העובדה שהוראות ההסדר חוצות את הגבול שבין ענישה משמעתית לבין ענישה פלילית. חברי השופט פוגלמן מציין בפסקה 42 לחוות דעתו כי הקניית סמכות מסוג זה לרשות מינהלית – בגדר חריג היא, ובהמשך דבריו, מציע להשוות בין הגורם המינהלי בענייננו (הממונה) לבין גופים היררכיים אשר במסגרתם הוענקה לגורם מינהלי הסמכות לשלול חירותו של אדם כעונש על הפרת כללי משמעת (פסקה 47 לחוות דעתו). כך, השופט פוגלמן מפנה להסדרי המשמעת שהותוו בחקיקה הישראלית החלים על הצבא, על שירות בתי הסוהר ועל המשטרה, ומוצא כי הסדרים אלו שוללים את החירות לתקופות קצרות יותר מאלה הקבועות בהסדר שבסעיף 32 לחוק.

7. כשלעצמי סבורני, כי אין מקום לגזור גזירה שווה בין קבוצת המסתננים לקבוצת החיילים, הסוהרים והשוטרים. אכן, ככל שמסתכלים מנקודת מבטו של המחזיק בסמכות – מדובר בגורם מינהלי בשני המקרים. ואולם, ככל שמסתכלים מנקודת מבטם של "הנענשים" – מדובר בשתי קבוצות שונות במהותן. קבוצת המסתננים היא קבוצת אנשים שמלכתחילה מאופיינת בהיותה מפרת חוק – בשל כניסה ו/או שהייה שלא כדין. זאת, לעומת קבוצת החיילים, הסוהרים והשוטרים, אשר היא קבוצה של אנשי מקצוע המשרתים את המדינה. כאשר מסתנן עובר עבירת משמעת, עבירה זו מתווספת לעבירה שכבר בוצעה על ידו (מבלי להיכנס לשאלה מדוע הוא נכנס למדינה שלא כדין). ומנגד, כאשר אחד מאנשי הצבא, בתי הסוהר או המשטרה עובר עבירת משמעת, הוא עושה זאת אך במסגרת תפקידו. בשני המקרים זכות החירות חשובה היא, ואין להקל ראש בצורך להימנע מפגיעה בה. עם זאת, דומני כי יש לערוך הבחנה בין הסמכות שמוענקה לגורם מינהלי להטיל עונשי משמעת על קבוצת אנשים שחוסה תחת סמכותו בשל הפרת חוק, לבין קבוצת אנשים שחוסה תחת סמכותו במסגרת תפקידם כאנשי מקצוע בשירות המדינה. על כן, מקובל עליי הסדר שבו הוענקה לגורם מינהלי סמכות לשלול את החירות לתקופה ארוכה יותר כאשר עסקינן בקבוצה הראשונה.

8. על כך יש להוסיף, כי בשונה מחברי השופט פוגלמן, אשר לדעתו "איננו יכולים לתלות את יהבנו בחסדי שיקול הדעת של הרשות המינהלית בלבד – ובכך שתבחר לקצוב עונשים במדרג חומרה נמוך יותר מזה שמתיר החוק" (פסקה 46 לחוות דעתו), אני סבור, כדעת חברתי הנשיאה בפסקה 112 לחוות דעתה, כי אין מקום לחשוש שהממונה יבחר "לנצל" את התקופות המרביות הקבועות בחוק במלואן.

ככלל סבורני, כי אין מקום להטיל ספק אפריורי ביכולתו של גורם מנהלי או שיפוטי להפעיל את שיקול דעתו בהתאם למקרה הפרטני שיובא בפניו. החוק שלפנינו קובע כי הממונה רשאי להעביר למשמורת מסתנן שביצע אחד מהמעשים המפורטים בסעיף 32כ(א) לחוק לתקופה שלא תעלה על התקופות המפורטות בסעיף 32כ(ב) לחוק. לצורך העניין, דומה כי אין הבדל בין תקופות משמורת מרביות שנקבעו בסעיף 32כ(ב) לחוק, לבין, למשל, עונשי המקסימום הקבועים בדין הפלילי. כשם שדינם של עבריינים פליליים נגזר לעתים למספר חודשי מאסר ספורים בלבד, ולעתים למספר שנות המאסר המקסימאליות הקבועות בחוק (או קרוב לכך), כך גם בהעברת מסתננים ממרכז השהייה למשמורת – לעתים הם יישלחו לתקופות הקצרות מהקבועות בחוק, ולעתים למרביות הקבועות בו.

וידוגש, כי ככל שיתעורר חשד לפגם בשיקול דעתו של הממונה, החלטתו כפופה באופן אוטומטי לביקורת שיפוטית של בית הדין לביקורת משמורת של מסתננים (סעיף 30כ(ז) לחוק; וראו פסקה 110 לחוות דעתה של חברתי הנשיאה). על כן, הגעתי למסקנה כי ההסדר הקבוע בסעיף 32כ לחוק – מידתי הוא.

9. על כל האמור, אני מצטרף לחוות דעתה של חברתי הנשיאה מ' נאור.

ש ו פ ט

השופט נ' הנדל:

1. זהו גלגול שלישי של עתירות חוקתיות נגד תיקונים לחוק למניעת הסתננות (עבירות ושיפוט), התשי"ד-1954 (להלן: החוק). בפועל מדובר באשכול אחד ובדינמיקה של תיקון על גבי תיקון. ברקע – שינויים משמעותיים שחלו בשנים האחרונות בתופעת ההסתננות. שלוש פעמים, לרבות התיק הנוכחי, קיבל בית משפט זה את העתירות. נקבע שבחוק, כפי שתוקן פעם אחר פעם בעקבות פסקי דינו, דבק פגם של אי-חוקתיות. עיקרו של דבר – בג"ץ 7146/12 אדמ נ' הכנסת (16.9.2013) קבע כי לא ניתן להחזיק מסתנן במשמורת לפרק זמן של שלוש שנים; ובג"ץ 7385/13 איתן – מדיניות הגירה ישראלית נ' ממשלת ישראל (22.9.2014) פסק כי משמורת של 12 חודשים איננה חוקתית, וכך גם מרכז השהייה בחולות במתכונת שנקבעה אז בחוק. פסק הדין הנוכחי איננו מתערב בתקופת המשמורת המתוקנת – 3 חודשים, אך מצא פגם בכך שהרף המקסימלי לשהות במרכז השהייה מגיע ל-20 חודש. תחת זאת ניתנה למדינה

אורכה על מנת לתקן את החוק, וכן נקבע כי בתקופת הביניים ניתן יהא להחזיק מסתננים במרכז השהייה לתקופה שלא תעלה על 12 חודש.

2. בתקופה הרלבנטית חלו שינויים בשטח. בשנת 2009 נכנסו לישראל 5,235 מסתננים; בשנת 2010 – 14,702; ובשנת 2011 – 17,312. ממשלת ישראל, שאחראית על מדיניות ההגירה ועל הגבולות, התמודדה עם התופעה. בשלוש השנים האחרונות – מגמת העלייה נעצרה. בשנת 2012 נכנסו לישראל 10,441 מסתננים; בשנת 2013 – 45 מסתננים; בשנת 2014 – 21 מסתננים; וברבע הראשון של 2015 – 4 מסתננים בלבד. נדמה כי שני מרכיבים עיקריים תרמו לירידה: חסם פיזי – בדמות הגדר על גבול ישראל-מצרים; וחסם נורמטיבי – הוראות חוק ההסתננות. התרומה של כל מרכיב לתוצאה שנויה במחלוקת, אך לטעמי לא ניתן להכחיש כי השילוב הותיר את חותמו על פני המציאות.

שינויים נוספים עניינם מספר המסתננים היוצאים מן הארץ. 6,414 מסתננים עזבו את הארץ בשנת 2014; וברבעון הראשון של שנת 2015 – 747 מסתננים. נכון לסוף מרץ שנה זו, שהו בישראל 45,711 מסתננים. זאת לעומת כ-50,000 ששהו בה במועד מתן פסק דין איתן – סוף ספטמבר 2014. בהקשר זה יוזכר עיקרון ה-*non-refoulement*, הקובע כי לא ניתן להרחיק אדם אל מקום בו נשקפת לו סכנה. עיקרון זה רלבנטי במיוחד לנתיני אריתריאה. קיימים גם קשיים שונים באשר לאזרחי צפון סודן, בשל העדר קשרים דיפלומטיים עמה. עקב כך יצאו המסתננים ל"מדינה שלישית". התמונה היא שכיום, בעוד שיש ירידה משמעותית במספר המסתננים הנכנסים לישראל, לא כן המצב בקשר למספר המסתננים שכבר מצויים בארץ.

3. עיינתי היטב בחוות דעתה של הנשיאה נ' נאור. מסקנתה היא שתקופת ההחזקה במרכז השהייה – 20 חודש – ארוכה מדי, ודינה להתבטל. חוות הדעת סדורה ומקיפה. הודגש כי אם בית המשפט סבור, גם בפעם השלישית, שיש פגיעה בלתי חוקתית ובלתי מידתית בזכויות אדם – תפקידו וחובתו להתערב. על כלל זה, בתור כלל, אינני חולק. ברם נקודת מבטי על המקרה שלפנינו היא אחרת. כשם שתפקידו של בית המשפט להתערב היה וימצא פגיעה כזו, כך תפקידו של השופט שמסקנתו היא שאין להתערב – להציג את עמדתו ונימוקיו.

בעיניי, התוצאה לפיה יתוקן הדין שלוש פעמים, גם אם היא אפשרית – רחוקה מאד מלהיות רצויה. בגדר ביקורת בונה, ועל מנת שהדברים לא יישנו, על כל אחד

ממלאי התפקידים – הכנסת בחקיקה, ובית המשפט העליון בביקורת חוקתית – לבחון האם ניתן היה למנוע מצב זה.

טרם אפנה לליבת ההכרעה ונימוקיה, אומר כי בפסק דין אטא סברתי – יחד עם חבריי – שהחזקה במשמורת לתקופה של שלוש שנים, תהא הכוונה אשר תהא, מחייבת את המסקנה של ביטול ההוראה יען כי מדובר בענישה. באשר לפסק דין איתן, סברתי בדעת מיעוט – יחד עם חברי הנשיא בדימוס א' גרוניס – כי תקופת משמורת של 12 חודש נופלת בתוך המתחם החוקתי, ואף מרכז שהייה לתקופה של שלוש שנים (כתקופת הוראת השעה) – צולח את המבחן החוקתי של סעיף 8 לחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו. על רקע זה, אין תימה כי אף הפעם דעתי היא שדין העתירה החוקתית להידחות. אולם לנוכח התוצאה אליה הגיעה דעת הרוב בתיק דנן, סבורני כי יש מקום להציג נימוקים נוספים וחדשים אשר מצדיקים את אי-ביטול התיקון לחוק. זאת מעבר לדברים שנכתבו בפסק דין איתן על ידי ועל ידי הנשיא בדימוס גרוניס, ושעליהם אוסיף מספר עניינים הנדרשים בעתירה זו.

מצאתי לנכון להדגיש שלושה רבדים. הראשון נסוב סביב הקשר בין בית משפט זה לבין הרשות המחוקקת. השני עניינו הצידוק לסוג ההתערבות המוצעת. השלישי מתמקד בבחינת נקודת הביטול לגופה. כל רובד מבסס, מזווית אחרת, את התוצאה לפיה אין מקום להתערבות חוקתית.

א. השיח החוקתי בין בית המשפט לבין הכנסת

4. כלל גדול הוא כי אל לבית המשפט להורות על ביטול חוק מטעמים חוקתיים, אלא אם אין מנוס מכך. כוח זה של בית המשפט הוגדר כ"נשק לא קונבציונאלי". השימוש בו חייב להיות מדוד וזהיר. רשות-רשות ותפקידה. כך הוא בתיקון ראשון לחוק, קל וחומר בתיקון שני, ובן-בנו של קל וחומר בתיקון שלישי.

ניתן לומר כי מרכז השהייה "נולד" כתוצאה מהערוטינו בפסק דין אטא. בעניין איתן, במסגרת הביקורת החוקתית בקשר למרכז השהייה, בית משפט זה שם דגש על התנאים המגבילים של השהות במרכז, שעיקרם החובה להתייבב שלוש פעמים ביום – בוקר, צהריים וערב; העדר עילות לשחרור מן המרכז; ועל כך שלמעשה תקופת השהות לא הוגבלה. דעתי הייתה שניתן לראות את ההסדר כמוגבל לשלוש שנים בלבד. אך דעת הרוב הדגישה כי נוצרה אי-וודאות אצל המסתנן הבודד בקשר לסיום תקופת החזקתו במרכז השהייה. על פי גישה זו, לא ניתן היה לשלול את האפשרות של הארכת תוקף הוראת השעה אפילו מעבר לשלוש שנים.

חברי, השופט פוגלמן, אשר כתב את פסק הדין העיקרי מפי דעת הרוב בעניין

איתן, ציין:

"הבחינה החוקתית אינה מתמצה בשאלה אם כל הוראה פרטנית – כשהיא לבדה – עומדת באמות המידה החוקתיות... 'הסדר אינדיבידואלי יכול שיהא מידתי. אך הצטברותם הכוללת עשויה שלא להיות מידתית' (בג"ץ 1715/97 לשכת מנהלי ההשקעות בישראל נ' שר האוצר, פ"ד נא(4) 367, 402 (1997); ההדגשה הוספה – ע' פ'). הצטברות מסוג זה עשויה להשפיע על הוראות אחדות של פרק ד' לחוק שלו היו עומדות לבדן, היו הן צולחות את הביקורת החוקתית בשל כך שאין הן פוגעות פגיעה עצמאית בזכויות חוקתיות מוגנות. זאת, שכן היחס שבין ההוראות השונות מקרין גם על הוראות שצולחות את הביקורת החוקתית" (פסקה 100).

"שהות בת שלוש שנים במרכז שהייה פוגעת לא רק בחירותם של המסתננים אלא גם בזכותם לכבוד. למימד הזמן השפעה של ממש על הפגיעה בכבודו של אדם שחירותו נשללת. שלילת חירות לתקופה קצרה מאפשרת לאדם להשיב את חייו למסלולם תוך זמן קצר. ככל שמתארכת שלילת החירות, כך נדרש אדם לוותר עוד ועוד על רצונותיו ומאווייו. זהותו האישית וקולו הייחודי טובעים בשגרת יום-יום ממושטרת ושוחקת. מי שנכנס למרכז השהייה ומשוחרר ממנו בחלוף שלוש שנים תמימות לא יוצא ממנו כשהיה" (פסקה 154).

"כפי שכבר הבהרנו, בהינתן שהוראת השעה נתונה להארכה אפשרית, מסתגן שנשלח למרכז השהייה מצוי בחוסר ודאות מובנה בדבר מועד השחרור ממנו. חוסר ודאות זה אינו חלק מן הפגיעה בכבוד המובנית בכל שהייה במתקן-שולל-חירות: זוהי פגיעה ייחודית ועצמאית בזכות לכבוד, הנובעת מן האופן שבו מעצים חוסר הודאות את הסבל הכרוך ממילא בשלילת החירות. ואמנם, מחקרים פסיכולוגיים העלו כי חוסר ודאות הוא גורם לחץ משמעותי בחייו של אדם, והוא נקשר תכופות לחרדה ולדיכאון" (פסקה 155).

"הנה כי כן, הסדר נורמטיבי השולל חירותו של אדם לתקופה בת שלוש שנים (לכל הפחות), וזאת אף מבלי לקצוב מראש באופן ודאי את משכה של תקופה זו – הוא הסדר הפוגע פגיעה שעוצמתה גבוהה בזכות לחירות ובזכות לכבוד" (פסקה 157).

"קציבת תקופת השהות – כיצד? לגבי דידי, על הסדר נורמטיבי מידתי לשמר יחס ראוי בין מידת הגבלת הזכויות שבמתקן לבין משך השהייה המרבי בו, כך שככל שהגבלת זכויות היסוד קשה יותר – כך יתקצר משך השהייה הכפויה במתקן" (פסקה 162).

כן הודגש אורך התקופה על רקע הדרישה להתייצבות שלוש פעמים ביום לצורכי רישום.

הדברים הובאו כדי להראות עניין אחד: להבנתי, לא עולה מהם שתקופה קצובה וקצרה משלוש שנים, למשל עשרים חודש, מלווה בעילות שחרור ובצמצום חובת הרישום לפעם ביממה בשעות הלילה – גם היא איננה עוברת את מבחן המידתיות. בפסק דין איתן צוינה הפגיעה בחופש התנועה, שנגזרת מחובת המגורים במרכז השהייה. אך

הדגש הושם על המכלול: השילוב בין התקופה הארוכה – לפחות שלוש שנים, אי הוודאות באשר לתום ההחזקה, העדר עילות שחרור, הדרישה לחתום שלוש פעמים ביממה, והכל באתר שממוקם הרחק ממקום יישוב. יוצא כי בעתירה הנוכחית הופנה הזרקור לעבר פגם בחוק שלא זכה בעבר למעמד בכיר כזה – העמדת התקופה המקסימלית על 20 חודש, לעומת תקופה קצרה מזו (למשל 12 חודש; ראו להלן).

אכן יש סוג של שיח חוקתי בין בית המשפט לבין הכנסת. אך אין זה שיח בין שותפים לתפקיד. לכל גוף – תכלית וסמכויות שונות. לטעמי, היה וקיים קושי חוקתי גם בתקופה מקסימלית שהיא כמחצית מהתקופה של שלוש שנים – נכון היה לומר זאת בפסק הדין הקודם. אין זה ראוי כי השיח יכלול שיפור דרישות ואיתור קשיים נוספים בגלגול שני ואף שלישי, קשיים שניתן היה להצביע עליהם כבר בגלגול הקודם.

נכון כי תיקון לחוק, גם בפעם השלישית, איננו חסין מפני ביקורת חוקתית. בפסק דין איתן ניתן ביטוי לקשיים, ובכל זאת בית המשפט לא קבע תקופה מקסימלית לשהות במרכז השהייה – אפילו בקווים כלליים. יש בכך חסר. אם זו הייתה המגמה או העמדה – היה מקום לציין זאת אז. אף לא עסקינן במצב בו הכנסת התעלמה מהערות פסק הדין. לדוגמא, בעוד שדעת המיעוט בעניין איתן (הנשיא גרוניס ואני) תמכה בביטול של חובת חתימה אחת מבין השלוש, הכנסת העדיפה לבטל שתיים מתוך השלוש – והותירה רק את חובת החתימה בלילה. כמו כן קיצור התקופה המקסימלית לא היה סמלי – למשל, 30 חודש במקום שלוש שנים. מדובר בקיצור משמעותי – עד 20 חודש לכל היותר. אף בחוות הדעת האחרות של עמדת הרוב בעניין איתן – לא נמצאה התייחסות מספרית חלופית.

ניתן להשיב לקושייתי בכך שאין תפקידו של בית משפט זה לנסח את פרטי החוק. אך בהעדר הכוונה, ולו בקווים כלליים, שעלול ליצור את הרושם שלא כאן מוקד הבעיה – דומני שנפגם השיח בין בית המשפט לבין הכנסת. זאת בשים לב גם לגלגוליו הרבים של התיקון לחוק ההסתננות. לדעתי, כך ניתן היה למנוע את התיקון החוקתי במתכונת הנוכחית.

ב. מגבלותיו של תיקון חוקתי "מספרי"

5. זווית נוספת, מוקשית בעיניי, נוגעת לאופי התיקון. דעת הרוב היא שיש לפסול שהות במרכז שהייה לתקופה של 20 חודש. תחת זאת נקבע כי, באופן זמני, ניתן להחזיק במרכז השהייה לתקופה של 12 חודש. לצד זאת הכירה דעת הרוב, מפי הנשיאה נאור (פסקה 69) והשופט פוגלמן (פסקה 19), בתכלית של מניעת השתקעות

בערים. תכלית זו – משמעותה הפחתת הנטל על הערים שבתחומן התגבשו ריכוזי מסתננים משמעותיים. נראה כי לא ניתן להשיג תכלית זו בתקופה של שנה לפחות.

מסקירת המשפט המשווה עולה כי מאסר לתקופה של חצי שנה – אם לא יותר מכך – הוא מקובל, ועובר את המשוכה החוקתית במדינות הרלבנטיות (ראו פסקה 4 לחוות דעתי בעניין איתן, ופסקאות 72-78 לחוות דעתו של השופט פוגלמן שם). אם כך הוא המצב במשמורת – ובהינתן ההבדל בין עוצמת הפגיעה בזכויות במשמורת לעומת מרכז שהייה, והתכליות השונות של הוראות אלו – מתבקשת הבחנה משמעותית גם ביחס לתקופת החזקה המקסימלית. למשל, אין זה סביר שהתקרה להחזקה במשמורת תעמוד על חצי שנה, והתקרה למרכז שהייה לא תוכל לעלות, למשל, על 10 חודשים.

כמובן, לא ניתן לכמת את התקופה המקסימלית באזמל מנתחים. נראה שיהיה קשה למשל להבחין בין שנה לבין 14 חודש או אפילו 16 חודש. בראייה זו, קשה להצדיק התערבות אך משום שנקבעה תקופה של 20 חודש. גם אם נקבל את ההנחה שהתקופה היא ארוכה, וזו איננה עמדתי כפי שהבהרתי כבר בעניין איתן, הביקורת המספרית איננה מצדיקה קביעה כי התקופה חורגת מהמתחם החוקתי. אגב, זו הסיבה לכך שבתי המשפט, בישראל ומחוצה לה, אינם נוהגים להתערב מבחינה חוקתית ברף הענישה המקסימלי בהקשר הפלילי (ראו: CLIFF ROBERSON, CONSTITUTIONAL LAW AND CRIMINAL JUSTICE, Chapter 8 (2009)). הכלים למדידה מדויקת אינם בנמצא. ייתכנו חריגים שבהם תתאפשר ביקורת חוקתית כמותית, למשל – אי-הבאת עצור בפני שופט, והשוואה בין קטינים לבוגרים. אך כאשר עסקינן בהחזקה במרכז שהייה, המאפשר כאמור לשוהים חירות תנועה במשך היום, מתקשה אני להבין את התוצאה של ביטול תקופה מרבית של 20 חודש.

זאת ועוד: הוראת שהייה איננה קובעת תקופה אוטומטית של 20 חודש, אלא מבהירה שמסתנן יוחזק במרכז שהייה "לא יותר מתקופת 20 החודשים האמורה בסעיף 32כא" (32ד(א)). בהמשך לכך נקבע בסעיף 32כא: "מסתנן לא ישהה במרכז שהייה מכוח הוראת שהייה יותר מ-20 חודשים". הנה כי כן, הדין מציב את התקופה של 20 חודש כתקופה מקסימלית. לכן, הסבור כי תקופה זו ארוכה יתר על המידה מבחינה חוקתית – רשאי היה לקבוע על דרך הפרשנות כי יש למצות את מלוא התקופה במקרים חריגים בלבד. לאמור: בדרך פרשנית ניתן לצמצם את התקופה בפועל במקרים רבים, ללא צורך להורות על ביטול הסעיף. כידוע, בביקורת החוקתית של בית משפט זה, הכלל הוא שעדיפה דרך פרשנית על הדרך של ביטול (בג"ץ 5239/11 אבנרי נ' הכנסת, פסקה 56 לחוות דעתו של השופט ח' מלצר (15.4.2015)).

6. שיקול נוסף שרלבנטי לדעת חבריי, הנשיאה והשופט פוגלמן, הוא המשפט המשווה. על פי הסקירה שהציגה הנשיאה, התקופה של 20 חודש ארוכה לעומת שיטות משפטיות אחרות. לדעתי, נכון יהא להסתכל על הדברים באופן אחר.

ראשית, חלק מהמדינות שהובאו מאפשרות שהייה במקום תחום לתקופה קצרה ביותר – ימים, שבועות או חודשים בודדים. אם כך הדבר, ברי כי התכלית של מרכזי השהייה במדינות אלו – איננה מניעת השתקעות, אלא למשל בירור ראשוני (ראו גם פסקה 105 לחוות דעת הנשיאה). כמו כן בחלק מן המדינות – השהייה במתחם מוגבל היא למעשה הטבה המוענקת למבקשי מקלט לפי בחירתם (שם, פסקאות 102-103). אף זו תכלית מסוג אחר. בה בעת, חבריי סבורים כי מניעת השתקעות היא תכלית ראויה. עמדה זו הייתה מקובלת עליי בעניין איתן, וזו הייתה גם עמדת חבריי השופט ס' ג'ובראן (בפסקה 7 שם) והשופטת ע' ארבל (בפסקה 84 בעניין א.ט.ד.). אם כך הוא המצב, אין משמעות להשוואה עם מדינות בהן תכלית ההחזקה במרכז שהייה היא שונה. בחירה בתכלית לגיטימית על ידי המדינה היא בתחום סמכותה.

שנית, אם התקופה המרבית של דבר חקיקה עולה במידת-מה על דברי חקיקה מקבילים במדינות אחרות – אין בנתון זה לבדו כדי להצביע על אי-חוקתיות. המשפט המשווה לא נועד לחייב את כל המדינות לעמוד בשורה אחת בכל תחום. לא נדרשת אחידות באיזון שבין הפגיעה החוקתית לבין התכלית הראויה. נוסחת האיזון איננה תחשיב מתמטי. הכרה במתחם החוקתי מהווה חלק מרכזי מהביקורת השיפוטית. כמובן, אם ההבדל משמעותי – שונים הם פני הדברים, אך כאמור זה אינו המצב כאן. נוסף על כך, וכפי שיובהר, מדינת ישראל עומדת בפני קשיים מיוחדים שעשויים כשלעצמם להצדיק תקופה ארוכה במידת מה.

שלישית, אף אם יש מגמה במשפט המשווה לצמצם את תקופת ההחזקה במרכזי שהייה – יש להבחין בין מגמה חקיקתית לבין ביקורת שיפוטית. המצב בגרמניה בפרט, על רקע מדיניות האיחוד האירופי ככלל, מחדד עניין זה. נקודת הפתיחה היא דירקטיבת האיחוד האירופי משנת 2003, וגרסתה המעודכנת משנת 2013 (Directive of the European Union 2003/9/EC; Directive 2013/33/EU). סעיף 7 עניינו חופש התנועה (Residence and freedom of movement). סעיף 7(1), שתוכנו השתמר בשנת 2013, קובע: " Applicants may move freely within the territory of the host Member State or within an area assigned to them by that Member State. The assigned area shall not affect the unalienable sphere of private life and shall allow

"sufficient scope for guaranteeing access to all benefits under this Directive. Member States may decide on the residence of the applicant for reasons of public interest" (סעיף 7(2)). לענייננו חשוב כי הדירקטיבה הישנה והחדשה איננה מאזכרת שום מגבלת זמן להוראות אלו. אף ראוי לציין שנציבות הפליטים של האו"ם (UN High Commissioner on Refugees) הביעה דאגה מאפשרות הפטור והפרשנות הרחבה שסעיף זה מאפשר למדינות החברות באיחוד (exemptions and wide measure of) (interpretation UNHCR annotated comments on COUNCIL DIRECTIVE) ברם אין ביקורת על מדיניות הגבלת חופש התנועה כשלעצמה, או על העדר מגבלת הזמן (UNHCR annotated comments on COUNCIL DIRECTIVE) (2003/9/EC, Article 7).

כעת נפנה לחקיקה הגרמנית. אכן, הדין כיום הוא שהגבלת מקום המגורים של מבקשי המקלט (Residenzpflicht) היא לתקופה מקסימלית של שלושה חודשים. ברם דין זה אומץ רק בדצמבר 2014, ונכנס לתוקף בינואר 2015. עד לתיקון חלה על מבקשי מקלט בגרמניה הגבלת מקום מגורים, והוטלה עליהם החובה לפנות לרשויות בטרם יעזבו את האזור (סעיפים 55-58 לחוק מבקשי המקלט – Asylum Procedure Act). באשר לאורך התקופה שבה הוגבל בפועל מקום המגורים, ניתן להיעזר בנתונים הבאים: במחצית הראשונה של שנת 2014 בירור בקשת מקלט עמד על כ-11 חודשים בממוצע, ברם הייתה שונות רבה לפי מדינת מוצא. כך, למשל, באשר למבקשי מקלט מאפגניסטן – בירור ממוצע ארך כ-22 חודש (Asylum Information Database -) <http://www.asylumineurope.org/reports/country/germany/asylum-procedure/procedures/regular-procedure>.

יש לשים לב שהשינוי במצב החוקי בגרמניה בא מן המחוקק, ולא מבית המשפט. עד לחודשים האחרונים הוגבל חופש התנועה של מבקשי המקלט בלא פרק זמן מקסימלי. כמובן, גם בתחום המשפט החוקתי ובחינת החקיקה המשווה – לעובדות יש משקל רב. להבהרת הנקודה נצא מתוך הנחה שהתקופה של 20 חודש הייתה נשאת על כנה בישראל, ובשנים הבאות היו נכנסים לישראל 50 איש בממוצע שנתי (בדומה לנתונים של התקופה האחרונה). ייתכן מאד שבמצב כזה אף המדינה הייתה מוצאת לנכון להגביל ואף לבטל את ההחזקה במרכז שהייה. כשם שבתי משפט חוקתיים אינם חייבים להגיע באותה נקודת זמן לתוצאה דומה בסוגיה מורכבת, כך גם מחוקקים שונים.

ממד נוסף של העניין הוא שהגבלת חופש התנועה בדין הגרמני עמדה לביקורת שיפוטית של בית הדין האירופי לזכויות אדם (ECHR), בעניין Omwenyeye v.

(2007) Germany, App. No. 44294/04. העותר שם הגיש בקשה לקבלת מקלט בגרמניה. באוקטובר 1998 הוא נדרש להתגורר בעיר Wolfsburg. באפריל 2000 עזב העותר את העיר בלא אישור, וכך עשה גם במאי 2001. בשל עבירות אלו הוטל עליו קנס. יוער כי ביולי 2001 בוטלה הגבלת התנועה, לאחר שהעותר נישא לתושבת גרמניה. יוצא שהמגבלה חלה על העותר למשך כ-33 חודשים.

העותר פנה לבית הדין האירופי ודרש לבטל את הקנס שהושת עליו. זאת בטענה כי חופש התנועה שלו נפגע (לפי סעיף 2 לפרוטוקול הרביעי של הוועידה האירופית). בית הדין דחה את התביעה. הובהר כי הסעיף האמור מעניק חופש תנועה למי שנמצא במדינה על פי דין ("lawfully within the territory of a State"). ברם משעה שהעותר הפר את הגבלות התנועה – הוא לא שהה בגרמניה על פי דין: "it is for the domestic law and organs to lay down the conditions which must be fulfilled for a person's presence in the territory to be considered 'lawful'". בהתאם לרציונאל זה, יציאתו של העותר מן העיר – שללה את זכותו לטעון כי הוא היה בגרמניה על פי דין, וממילא את יכולתו לטעון כי חופש התנועה שלו נפגע. בית הדין אף דחה על הסף את הטענה שהגבלת חופש התנועה פוגעת באופן בלתי-מידתי בזכותו של העותר לפרטיות, חופש הביטוי וחופש האסיפה וההתאגדות. אמנם נכון הוא שבית הדין דחה את העתירה על בסיס צר. ברם במאמר ביקורת ציון כי לנוכח ההחלטה – התוצאה הייתה זהה גם לו עתירה כנגד מגבלת המגורים הייתה מוגשת על בסיס אחר: "The ECtHR's reasoning--that obedience to residence restrictions imposed by national law is a necessary precondition to lawful presence under the ECHR--leaves little reason to believe that the same court would hear the merits of any case challenging the Paul McDonough, *Revisiting Germany's "Residenzpflicht's basic rules Residenzpflicht in Light of Modern E.U. Asylum Law*, 30 MICH. J. INT'L L. 515, (2009) 531).

עולה מכאן כי בנסיבות מקרה זה, ההשוואה של התיקון לחוק בישראל עם הדין בגרמניה נכון להיום – איננה משקפת בהכרח את מלוא התמונה בכל הקשור לביקורת חוקתית על ידי בית המשפט. גם אם תוצג הגישה שהחוק איננו רצוי, ואיננו מביע עמדה בנושא זה, הפער קיים בין עמדה לגבי הדין הרצוי לבין הצדקה משפטית לבטל את הדין המצוי בשל הוראות חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו.

לכך נוסיף כי מצבה של מדינת ישראל לעומת מדינות אחרות – חריג הוא. כפי

שצינתי בעניין איתן:

"ישראל היא המדינה המערבית היחידה אליה ניתן להגיע מאפריקה דרך היבשה. כמו כן, אין בסמוך לישראל מדינות יעד "מפתות" אליהן עשויים המסתננים להמשיך. בד בבד, ישראל – כפי שציין חברי השופט י' ענחית (פסקה 15) – "מוקפת טבעת איבה", באופן שאיננו מאפשר לה להגיע להסדרים והסכמים עם מדינות שכנות. יש להוסיף כי רבים מקרב המסתננים מקורם בצפון סודן, מדינה עוינת לישראל. בכך ישראל נבדלת מכל יתר המדינות המערביות אשר מתמודדות אף הן עם תופעת ההסתננות. שילוב הנתונים מציב את הממשלה, ואת המחוקק, בנקודת מוצא קשה במיוחד. ברי כי מצבה של מדינת ישראל איננו דומה למדינות אירופה, שם מדינה אחת עשויה לחלוק גבול משותף עם מספר מדינות שמאוגדות עימה תחת מטריה פוליטית אחת, ומוכנות להשתתף בפיתרון אזורי של סוגית קליטת המסתננים. יש מדינות שעומדות בחזית, והאיזונים החוקתיים לגביהן עשויים להיות רגישים יותר" (פסקה 9 שם).

לנתונים אלה נוסף את העובדה שאוכלוסיית מדינת ישראל היא קטנה יחסית לגרמניה למשל. תוספת של 2,000 איש ליישוב או שכונה בהם מתגוררים 20,000 איש – משמעותית הרבה יותר מתוספת כזו לערים גדולות בהרבה. עולה אם כן שיש שלל נסיבות עובדתיות שמאפשרות, ודאי במידת-מה, עריכת איזון שונה בסוגיית משך ההחזקה במרכז שהייה בהשוואה למדינות אחרות. לפיכך, סקירת המשפט המשווה – איננה מובילה למסקנה שיש להורות על בטלות תקופת השהייה המקסימאלית.

עד כאן הדגשתי שתי זוויות הפועלות לדעתי נגד המסקנה של ביטול התיקון. האחת – חלוקת התפקידים בנסיבות המקרה בין בית המשפט לבין הכנסת, והריסון המתבקש בבוא בית המשפט להתערב בפעם השלישית במלאכת המחוקק. השנייה נוגעת לאופי התיקון. עולה כי תקופה של 20 חודש הינה לגיטימית. כך נלמד מניתוח התכלית, מן המשפט המשווה על נסיבותיו העובדתיות, ולנוכח הוראות המעבר שנקבעו כאן בדעת הרוב – 12 חודש. עתה יש להפנות לנקודה השלישית, והיא שלדעתי אף לגופו של תיקון אין מקום לביטול.

ג. בחינת תקופת ההחזקה של 20 חודש לגופו של עניין

7. פרק ד' לחוק – כותרתו: "מרכז שהייה למסתננים – הוראת שעה". כלולים בו 22 סעיפים. הוא בנוי רובד על גבי רובד.

בנוסח הנוכחי מוטמעים שינויים רבים ביחס לגרסתו הקודמת של החוק. לא ניתן, לטעמי, לבחון את התקופה המרבית של 20 חודש במנותק מיתר הסעיפים ומן השינויים שערכה בהם הכנסת. אלו הם עיקרי הדברים: אין להוציא הוראת שהייה לקבוצות שונות – בעיקר קטינים, נשים, מי שגילו עולה על 60 שנה, הורה לקטין הסמוך על שולחנו בישראל, ומי שעלול להיפגע מבחינה בריאותית כתוצאה משהייה

במרכז (סעיף 32ד(ב)). אף נקבעו בחוק עילות שחרור מן המרכז, למשל שינוי נסיבות או טעמים רפואיים (סעיף 32ד(ז) ו-32ה(ג)). הוראת שהייה תינתן רק לאחר שניתנה למסתנן הזדמנות להשמיע את טענותיו לפני הממונה על ביקורת הגבולות (סעיף 32ד(ד)). השוהה במרכז זכאי לשירותי בריאות ורווחה, וכך לדמי כיס (סעיף 32ה(א) ו-32יא). ניתן להעסיק את השוהה – בהסכמתו – בעבודות תחזוקה ושירותים שוטפים במרכז (סעיף 32ז(א)). חובה על השוהה להתייצב לצורך רישום נוכחות בין השעות 20:00 ל-22:00, וחובה להימצא במרכז בשעות בהן הוא סגור – 22:00 עד 6:00. ניתן לקבל פטור זמני מחובת התייצבות למשך 96 שעות (סעיף 32ח).

האמת תיאמר, אפוא, כי התמונה שונה מאד מן המצב המשפטי הקודם – כפי שהועמד לבחינה בפסק דין איתן. חופש התנועה הוא ממשי. החוק נותן לממונה שיקול דעת בדבר הוצאת הוראת שהייה ואורכה. כאמור, פרק הזמן של 20 חודשים הוא הרף העליון. יש לערוך שימוע, ולבחון את נתוניו של המסתנן הבודד. משהוענק לממונה שיקול דעת – חובתו המנהלית להפעיל אותו. הגבלת חובת הרישום לפעם אחת ביום – משמעותה כי המסתנן רשאי להימצא מחוץ למתקן בכל שעות היום. לרשות השוהים הועמדו קווי אוטובוס מותאמים, ואף יש אפשרות לקיום חיי פנאי ותרבות בתוך המרכז. הנה כי כן, המכלול מעמיד את התקופה המרבית באור חוקתי אחר.

ברקע לכך עומדת התכלית של מניעת ההשתקעות. זאת בכדי להקל על האוכלוסייה בערים. הניסיון מלמד, והדבר אף טבעי, כי רוב המסתננים בוחרים לגור באזורים ספציפיים שבערים מסוימות בודדות, ולא במקומות אחרים. התכלית של מניעת השתקעות והשתלבות בשוק העבודה – תואמת את זכותה של המדינה לקבוע מדיניות הגירה. זהו תפקיד מובהק של הריבון. אין להטיל בבת אחת נטל כבד על שכונות בודדות, כתוצאה מריכוז גדול של מסתננים. זהו אינטרס ציבורי לגיטימי, שהממשלה והכנסת רשאיות לתת עליו את הדעת. ושוב יודגש כי מדובר בתקופה קצובה ומוגבלת, שחלה בשלב הראשוני בו מגיע המסתנן ארצה. אגב, הנשיאה התייחסה בחיוב לתכלית נוספת שהמדינה ציינה – מתן מענה לצרכי המסתננים (פסקה 78). נכון הוא כי בקביעה שמסתנן חייב לשהות במתקן – נשללת ממנו זכות הבחירה. ייתכן שלו היה נשאל – היה מוותר על כך. אך המדינה רשאית, במיוחד בתקופה הראשונית, לוודא כי המסתנן יקבל צרכים בסיסיים, מעין "חמשת המ"מים" – כגון אוכל, רפואה, לינה, דמי כיס, תרבות פנאי וקורסים להכשרה מקצועית. זאת לצד חופש תנועה במהלך כל שעות היום.

הנשיאה הסכימה כי החוק צולח את כל המבחנים החוקתיים, למעט מבחן המשנה השלישי והאחרון של המידתיות – היינו מידתיות במובן הצר. משום כך אינני

רואה מקום להרחיב בכל מבחני פסקת ההגבלה. בכל הקשור למבחן האחרון, אשר מאזן תועלת למול נזק, הזהירות מתבקשת. אין להפוך מבחן זה למעין שיקול דעת שיפוטי, אשר מאפיין הכרעות משפטיות בתחום האזרחי והפלילי. כאמור, הביקורת החוקתית התמקדה בפער שבין התקופה שנקבעה בחוק לבין האפשרות לקבוע תקופה קצרה יותר. כשלעצמי, לא מצאתי בסיס להבחנה או לפער כזה, בוודאי לא עד כדי ביטול הסעיף. הפגיעה בחופש התנועה קיימת, אך היא מוגבלת. במבחן המעשה – המסתנן חייב ללון במתחם מסוים, שלא החוק קובע את מיקומו הגיאוגרפי. ההגבלה איננה חלה בשעות היום. אף ניתן לקבל פטור מחובת ההתייצבות למשך 4 יממות. על רקע התכלית הראויה, מסופקני האם לזה ייקרא – פגיעה בלתי חוקתית בכבוד האדם ובחירותו. דעתי היא כי פרק ד' במתכונתו הנוכחית, לרבות התקופה של 20 חודש, עובר את המבחן החוקתי.

ניתן להציג את הדברים באופן הבא: השאלה היא האם מרכז השהייה הוא פתוח או סגור. במתכונת של הדין הקודם, אשר עמדה לביקורת בפסק דין איתן, ניתן היה להתייחס למרכז השהייה כאל מתקן סגור. זאת לנוכח מצבור הנסיבות, לרבות חובת ההתייצבות שלוש פעמים ביום, המיקום הגיאוגרפי והעדר אופק שחרור ודאי. זו הסיבה לכך שבעניין איתן הבעתי את דעתי כי יש לבטל חלק מדרישות ההתייצבות, על מנת לאפשר באופן מעשי חופש תנועה. ברם לדעתי, בדין הנוכחי, שמאפשר חופש תנועה מחוץ למתחם בשעות היום, יחד עם יתר התנאים החדשים – נראה כי מרכז השהייה חצה בנקל את קו הגבול, וניתן מעתה להגדירו כמתקן פתוח. לכך יש השלכות רבות על חוקתיות התיקון. בראייה הכוללת אינני סבור כי קביעת תקופה של 20 חודש משפיעה לשלילה על התוצאה.

8. השיקולים של היחס בין בית המשפט לבין הכנסת, תקופה מקסימלית של 20 חודש לעומת תקופה שאינה שונה בהרבה, והבחינה של התיקון לגופו – משתלבים זה בזה. בהקשר זה אעיר שלוש הערות.

ראשית, לא ניתן להתעלם מכך שהכנסת אכן "הפנימה" את הצורך בתיקון כפי שעלה מחוות דעת הרוב בעניין איתן. באשר למשמורת, על אף שניתן היה לקבוע תקופה מקסימלית מעל ל-3 חודשים, ודאי עד 6 חודשים, הכנסת הסתפקה בתקופה הקצרה יותר. באשר למרכז השהייה, דרישת ההתייצבות הוגבלה לפעם אחת ביממה. הנוכחות במתקן מחויבת רק בין 22:00 ל-6:00. נקבעו פטורים רחבים לקבוצות אוכלוסייה שונות וכן עילות שחרור פרטניות. התקופה המקסימלית צומצמה ל-20 חודש, בהשוואה לתקופה הקודמת של 36 חודש לפחות. כאשר הכנסת פועלת ברצינות ובשיקול דעת – אל לבית המשפט לתקן אלא אם אין מנוס מכך. כמובן, על הכנסת

לכבד את הוראות בית המשפט, ואף החוק המתוקן איננו חסין מפני ביקורת. ברם על בית המשפט לתת משקל רב לחקיקת הכנסת שנעשתה תוך הפנמת הביקורת החוקתית. לא נכון בכל פעם "לחשב מסלול מחדש" ולמקד מחדש את הפגם החוקתי. כמוכן, תפקידו של בית המשפט לתקן פגיעות חוקתיות ברורות, נוקבות ועקרוניות. אך לא כל חילוקי דעות אפשריים בדבר הדין הרצוי נכנסים לסיווג זה. כמוכן זה, הראייה חייבת להיות "מלמעלה".

ההערה השנייה היא בהיבט המעשי. מתצהירה המשלים של המדינה עולה כי נכון לפברואר 2015 – שהו במרכז השהייה "חולות" 1,950 מסתננים, ופרק הזמן המקסימלי עמד על 14 חודשים (ראו גם פסקה 55 לחוות דעתה של הנשיאה). מכאן שמבחינה מעשית – ממילא ישוחררו השוהים על פי הדין הקיים בתקופה הקרובה למועד פסק הדין. נראה כי לעת הזו מוטב שלא לחולל שינויים דרמטיים במצב. הניסיון המצטבר עם שחרור השוהים הראשונים עשוי לסייע לממונה לקבל תמונה מלאה, ולדאוג לשחרור בצורה מיטבית ויעילה. זהו נימוק נוסף, שאינני עומד לבדו, מדוע אני סבור כי בשלב הנוכחי – לא יהא זה נכון לתקן את החוק באופן שהוצע.

ההערה השלישית היא בקשר לעמדתו של השופט פוגלמן, ולפיה יש לבטל אף את סעיף 32כ. זהו הסעיף אשר מאפשר להעביר מסתנן ממרכז שהייה למשמורת, בגין הפרת משמעת. עיון בסעיף מגלה כי נקבעו מועדים שונים, בין 15 יום ועד ל-120 יום, בגין עבירות משמעת שונות. התקופה המקסימלית רלבנטית כאשר המסתנן נעדר מהמרכז למעלה מ-90 יום ממועד ההתייצבות שנקבע לו. יש הבחנה בין הפרה ראשונה לשנייה. עוד הודגש כי אין להעניק צו העברה למשמורת אלא לאחר שימוע, ובהינתן הצו – יש להביא את השוהה בפני בית הדין לביקורת משמורת תוך 4 ימים לכל היותר. בפסק דין איתן עמד חברי על הקושי במתן "סמכות העברה" לממונה, בעיקר בשל משך הזמן המקסימלי שנקבע שם – שנה, וכן בשל העדר ערובות דיוניות – בראש ובראשונה העדר ביקורת שיפוטית יזומה. פגמים אלו, כאמור, תוקנו בעיקרם. ההליך כיום כולל שימוע וביקורת יזומה של בית הדין, והתקופה המקסימלית היא 120 יום. נראה כי יש אינטרס ברור לאכיפת משמעת במתקן השהייה. תקופות המשמורת הן קצרות, מדורגות, ומותאמות לטיב ההפרה. לא מצאתי פגם חוקתי בסעיף זה. נימוקי חברי השופט ג'ובראן בחוות דעתו בעניין זה מקובלים עליי, ומחזקים את מסקנתי.

לסיכום, דעתי היא שאין מקום לבטל את החוק – לא מבחינה משפטית, לא מבחינה עקרונית, לא מבחינת היחסים שבין בית המשפט לבין הכנסת, ואף לא מבחינה מעשית.

האינטרס האנושי שמנגד

9. בהגיעי למסקנה אליה הגעתי, אינני מתעלם מן המצב המורכב והקשה של המסתננים. רובם ככולם סבלו מגורל מר בארצות מוצאם, שם – ככלל – אין תנאי חיים שבחברתנו ובחברות מתקדמות אחרות נראים מובנים מאליהם. המסתננים – קבוצה הם. אך הסבל, הקושי והתנאים החמורים – אינם רק נחלת הכלל, אלא של כל פרט ופרט. יש להקפיד לשמור על זכויות הקבוצה המוחלשת והאדם היחיד שמשתייך אליה.

אולם זהו רק צד אחד של המטבע. בעתירה הוצגה תשתית לסבל ולהפרעות שנגרמים לשגרת החיים של קבוצה מוחלשת אחרת – תושבי השכונות בהן התפתחו ריכוזי מסתננים, למשל בדרום תל אביב. הרושם הברור הוא שאין זו זעקת שווא. הקריאה לבית משפט זה לאזן את הדברים איננה נובעת מדחיית האחר, אלא מתנאי החיים של התושבים שהשתנו לרעה בצורה משמעותית. כפי שצינתי בעניין אדם, "הנפגעים העיקריים, גם אם לא הבלעדיים, מן ההגירה הבלתי-חוקית המאסיבית והפתאומית הם בני השכבות הסוציו-אקונומיות החלשות יותר... שלום הציבור במובן הרחב ותחושת שלום הציבור – כל אלו ספגו פגיעה קשה" (פסקה 2). אף כאן, הקבוצה היא איגוד של יחידים. רבים מביין אלו אינם נהנים מן החופש לשנות את מקום מגוריהם בהינף יד או בכלל. מהחומר עולה כי הסבל של קבוצה זו הוא כן וקשה.

כמובן, אין זה פשוט להעמיד סבל מול סבל, קבוצה מול קבוצה, יחיד מול יחיד. שאלות מוסריות עומדות ברקע. ברם תפקידו של בית המשפט הוא להכריע בסכסוכים. החשיבות שבבירור העובדתי בכל הליך – מלמדת כי אל לפסקי הדין להיות תיאורטיים או מנותקים מהחיים. אדרבה: אנו פוסקים בשדה המציאות. מה המשקל שיש לתת, אפוא, לקונפליקט שנוצר, ולשני צדדי המטבע?

העניין תלוי בסוג הפגיעה. צינתי בעבר כי הגיעה העת בשיטה החוקתית, המבוססת על חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו שנחקק לפני למעלה מ-20 שנה, לדרג את הזכויות (ראו למשל פסקה 4 לחוות דעתי בבג"ץ 466/07 ח"כ זהבה גלאון מר"צ-יחד נ' היועץ המשפטי לממשלה (11.1.2012)). כך תפתח השיטה, וכך יתמלא מבחן המידתיות במובן הצר בתוכן אובייקטיבי יותר. הנפקות לענייננו היא זו: במקרה בו עסקינן בפגיעה קשה בכבוד האדם, למשל השמה במשמורת, אין מקום להתחשב בהשלכות השחרור של המסתנן על התושבים. למשל, בעניין אדם הובהר כי התקופה של שלוש שנים מהווה בפועל צעד ענישתי שמסב פגיעה חוקתית קשה למסתנן, ואין

להכשירה בשל סבלה של הקבוצה האחרת. בעניין איתן סברתי שתקופה של שנה עוברת את המבחן החוקתי. אך מקובל עליי כי אם שופט סבור שהתקופה של החזקה במשמורת היא ארוכה מדי – השיקול של סבל התושבים איננו מכריע.

בענייננו, כללי ההכרעה שונים. ראשית, עוצמת הפגיעה כתוצאה מהחזקה במרכז שהייה – נופלת בוודאי מזו שנגרמת כתוצאה מהשמה במשמורת. עסקינן בהגבלת חופש התנועה במוכן אחר. לא זו אף זו: אף לדעת הרוב, המחלוקת הינה על אורך התקופה. לצד זאת, הביקורת החוקתית הפעם מתבססת על התכלית של מניעת השתקעות בערים. מוסכם כי תכלית זו היא ראויה. עניינה – הפחתת הנטל על התושבים. אף מוסכם כי המציאות שנוצרה בערים הרלבנטיות – מעוררת קשיים בלתי מבוטלים (פסקה 67 לחוות דעת הנשיאה). משזו התכלית העיקרית, ברי כי יש מקום לתת משקל לפגיעה בקבוצת התושבים בשל ביטול הסדרים שונים בקשר למרכזו שהייה. בעוד ששיקול זה פחות רלבנטי לעניין המשמורת, הוא רלבנטי מאד בקשר למרכזו שהייה. נקודה זו מחייבת איזון בין שתי קבוצות מוחלשות.

אבהיר כי לא באתי להשוות בין הקבוצות הנפגעות, ולהכריע מצבה של מי קשה יותר. במבט ראשון, התשובה ברורה. ואולם ישנו שיקול נוסף: אזורי המדינה, לעומת מסתננים שהגיעו לכאן שלא כדין ולא דרך מעברי הגבול, תהיינה הנסיבות אשר תהיינה. בל נשכח כי בשל המצב הלא קל במדינות שונות בעולם, כל מדינה נאלצת לקבוע מדיניות הגירה. זו פעולה לגיטימית. כפי שציינתי בעניין אדם, המשפט העברי וההיסטוריה היהודית – רגישים עד מאד לשני הקצוות שביניהם מתח: מצד אחד – הציווי בדבר אהבת הגר, הדאגה לו והרגישות לפליט, על רקע טלטולי עמנו לאורך ההיסטוריה. מצד שני – הכלל לפיו "עניי עירך קודמין". עוני איננו נמדד רק במונחים כספיים (ראו בפסקה 2 לחוות דעתי שם).

אמנם יש מצבים בהם אין לגרש מסתנן. אך בענייננו לא מדובר על גירוש, אלא בהתוויית תנאים לתקופת השהייה הראשונה. האינטרס האנושי של התושבים שעומד מנגד – חייב להיות חלק מן הנוסחה. הוא פועל לכיוון דחיית העתירה, בהצטבר עם הנימוקים שפורטו לעיל.

10. סוף דבר, דעתי היא כי יש לדחות את העתירה על כל חלקיה.

1. בית המשפט נדרש בפעם השלישית לבטל הוראות באותו החוק עצמו ובעניינו - החוק למניעת הסתננות (עבירות ושיפוט), התשי"ד-1954 (להלן: החוק), ואין זה חזון נפרץ. עם זאת ועל אף המורכבות הכרוכה בכך נראה לי כי הדיאלוג שהתקיים בין הכנסת לבית משפט זה בעקבות שתי העתירות הקודמות (בג"ץ 7146/12 אדס נ' הכנסת (16.9.2013); בג"ץ 7385/13 איתן - מדיניות הגירה ישראלית נ' ממשלת ישראל (22.9.2014) (להלן: עניין איתן)), תרם תרומה לא מבוטלת לצמצום הפגיעה בזכויות אדם על-פי אותו החוק. הדבר התאפשר משום שבעקבות האמור בפסקי הדין שניתנו בשתי העתירות הללו הייתה הכנסת נכונה פעם אחר פעם להשקיע מאמץ בתיקון החוק ובמציאת פתרונות חוקתיים מתאימים.

2. ההוראות המתוקנות שבפרק א' לחוק למניעת הסתננות ולהבטחת יציאתם של מסתננים מישראל (תיקוני חקיקה והוראות שעה), התשע"ה-2014 (להלן: התיקון נושא העתירה), קובעות עתה, בין היתר, כי פרק הזמן שבו ניתן להחזיק מסתננים במשמורת לא יעלה על שלושה חודשים, ובהקשר זה מקובלת עלי עמדת חברתי הנשיאה כי הוראות אלה צולחות את מבחן החוקתיות וכי העתירה השלישית שבפנינו דינה להידחות ככל שהיא נוגעת אליהן. לעומת זאת ובכל הנוגע להסדר שעניינו משך ההחזקה המקסימלי במרכז השהייה, יש צורך בהמשך הדיאלוג עם הכנסת על מנת שתשוב ותבחן סוגיה זו. כפי שציינה חברתי הנשיאה החזקה כפויה במתקן שהייה לפרק זמן מקסימלי של עשרים חודשים אין לה אח ורע בעולם (פס' 105-101 לפסק דינה), והיא אינה חוקתית. זאת, בהינתן הפגיעה הנגרמת בזכויות החוקתיות של המוחזקים במרכז לאורך תקופה ארוכה כזו, שאינה עומדת ביחס ישר לתועלת הצומחת מהשגת התכליות אשר לשמן נחקק התיקון לחוק (לעניין תכליות התיקון אני מצטרפת בהסכמה לאמור בחוות דעתו של חברי השופט פוגלמן בפסקאות 16-28 ולא ראיתי צורך להוסיף ולהרחיב בכך).

3. הפגיעה הבלתי מידתית באלה המוחזקים במרכז השהייה מתחדדת נוכח הקצב האיטי מאוד שבו מטפלת המדינה בבקשות מקלט המוגשות ליחידת ה-RSD וכן נוכח האחוז האפסי של הבקשות שאותן אישרה המדינה עד כה.

בפסק הדין בעניין איתן ציין חברי השופט פוגלמן כי:

"מבט השוואתי מלמד כי שיעורי ההכרה העולמיים בבקשות למקלט שהגישו נתיני אריתריאה וסודן -

מדינות המוצא של מרבית המסתננים המצויים בישראל – גבוהים בהרבה משיעורם בישראל. בשנת 2012 (שהיא השנה האחרונה שיש לגביה נתונים עדכניים) עמד שיעור ההכרה העולמי ביוצאי אריתריאה כפליטים על 81.9% ובמי שמוצאם בסודן – על 68.2% (ראו הדו"ח הסטטיסטי העדכני של נציבות האו"ם לפליטים, בעמ' 102, 104). מהנתונים שמסרה המדינה, המעודכנים ליום 3.3.2014, עולה כי בישראל התקבלו עד כה פחות מ-1% מהבקשות למקלט שהגישו נתיני אריתריאה, ואף לא אחת מהבקשות של נתיני סודן [...]” (פס' 35).

מן התצהיר המשלים שהגישו המשיבים 2-5 ביום 16.2.2015 בעתירה דנן, עולה כי מאז ניתן פסק הדין בעניין איתן לא חל כל שינוי בקצב הטיפול בבקשות המקלט וכן עולה מן התצהיר כי שיעור הבקשות שאושרו נותר אפסי. כך, החל מחודש יולי 2009 ועד ליום 5.2.2015, אושרו בסך הכול תשע בקשות מקלט שהגישו נתיני סודן ואריתריאה ונדחו 1,037 בקשות. נתון זה מעמיד את שיעור בקשות המקלט שאושרו בישראל בתקופה הנ"ל לנתיני סודן ואריתריאה על כ-0.9%. אם משווים את הנתון האמור לשיעור בקשות המקלט של נתינים אלה שאושרו בעולם, יש בהשוואה זו היא כשלעצמה כדי לעורר סימני שאלה באשר לאופן שבו דנה המדינה בבקשות אלה ומכריעה בהן, בבחינת סוף הדבר מעיד על תחילתו (השוו: בג"ץ 11163/03 ועדת המעקב העליונה לענייני הערבים בישראל נ' ראש ממשלת ישראל, פס' 18-20 לפסק דינו של הנשיא ברק (27.2.2006); עע"מ 343/09 הבית הפתוח לגאווה וטובלנות נ' עיריית ירושלים, פס' 45-47 (14.9.2010)). הדברים מקבלים משנה תוקף גם נוכח הנתונים העולים מן התצהיר המשלים והמתייחסים לקצב הטיפול של המדינה בבקשות המקלט. בתצהיר המשלים נאמר כי [...]” סדר העדיפויות בטיפול בבקשות מקלט של מסתננים שמדינת מוצאם היא אריתריאה או סודן, יהיה כך שתינתן עדיפות לבחינת בקשות של שוהים במרכז השהייה”. אולם עיון בנתונים שפורטו בתצהיר מעלה כי בפועל קצב הטיפול בבקשות אלה רחוק מלהניח את הדעת. כך, נכון ליום הגשת התצהיר, מתוך 3,165 בקשות מקלט שהוגשו החל מחודש יולי 2009 ועד ליום 5.2.2015 על-ידי מסתננים שמוצאם בסודן - 2,184 בקשות (כ-70% נותרו עדיין תלויות ועומדות, ומתוך 2,408 בקשות שהוגשו על-ידי מסתננים שמוצאם באריתריאה - 1,335 בקשות (כ-55% נותרו עדיין תלויות ועומדות). נתון חשוב שאותו ראוי להזכיר בהקשר זה הוא כי 1,521 מתוך 1,940 המסתננים שהוחזקו במרכז השהייה נכון ליום 9.2.2015 הגישו בקשות מקלט ורובם (862 מסתננים) עשו כן בעודם מוחזקים במרכז השהייה.

4. נוכח התנהלותה זו של המדינה לגבי נתיני סודן ואריתריאה, נראה כי נתינים אלה לכודים במצב מתמשך ובלתי אפשרי של ערפל נורמטיבי בנוגע למעמדם על כל

ההשלכות הקשות הנובעות מכך לגבי זכויותיהם (ראו והשוו: חוות דעתי בעע"מ 8908/11 אספ' נ' משרד הפנים (17.7.2012)). זאת, משום שמחד גיסא הם אינם מורחקים ישירות לארצם בשל קשיים מעשיים (צפון סודן) או בשל המצב השורר באותה ארץ ועקרון ה-Non-Refoulement (אריתריאה), אך מאידך גיסא המדינה אינה מחליטה בתוך זמן סביר בבקשות המקלט שהגישו ולכשהיא דנה בהן לבסוף היא אינה מאשרת אלא אחוז אפסי מתוכן ונתון זה מעורר, כאמור, סימני שאלה נוכח שיעורי אישור בקשות המקלט של נתינים דומים בעולם.

5. ולבסוף - במחלוקת שנפלה בין חברתי הנשיאה וחברי השופט פוגלמן בעניין ההסדר הנוגע לסמכותו של הממונה לפי סעיף 32 להורות בצו על העברתו של מסתנן למשמורת, אני סבורה כי אף שהסדר זה אינו נקי מקשיים אין מקום לנקוט לגביו מהלך מרחיק לכת של ביטול הוראת חוק. זאת, מן הטעמים שפירטה הנשיאה וכמו כן, מקובלים עלי בהקשר זה דבריו של חברי השופט ג'ובראן כי אין להניח מראש שהממונה יבחר "לנצל" את התקופות המרביות הקבועות בחוק במלואן (פס' 8 לחוות דעתו של השופט ג'ובראן).

ש ו פ ט ת

השופט צ' זילברטל:

אני מצטרף לחוות דעתה של חברתי, הנשיאה מ' נאור ולתוצאה אליה הגיעה, וזאת ביחס לכל הסוגיות שהועלו בגדרה של העתירה דנא.

כיוון שהוטרדתי משאלת היחס שבין הבחינה החוקתית לבין הבחינה המנהלית של הסוגיה המצויה במוקד הוראות פרק ד' לחוק למניעת הסתננות (עבירות ושיפוט), התשי"ד-1954 (להלן: החוק), כפי שתוקן בחוק למניעת הסתננות ולהבטחת יציאתם של מסתננים מישראל (תיקוני חקיקה והוראות שעה), התשע"ה-2014 (להלן: החוק המתוקן)), מצאתי לנכון להוסיף, בשולי הדברים, מספר מילים.

חברתי הנשיאה מצאה כי פרק הזמן המירבי שבמהלכו ניתן להחזיק מסתננים במרכז השהייה, כפי שנקבע בחוק לאחר תיקונו האמור (עשרים חודשים), עולה על הנדרש ואינו מידתי. זאת, בהתחשב, בין היתר, בתכלית העיקרית העומדת ביסוד האפשרות להורות על שהיית מסתנן במרכז השהייה, והיא - מניעת השתקעות המסתננים במרכזי הערים. תכלית זו נמצאה ראויה על ידי הנשיאה, ולכך אני מסכים. כפי שהסבירה חברתי, קידומה של התכלית האמורה, בהתחשב, בין היתר, במספר

המקומות המוגבל במרכז השהייה, אינו מתמקד בהרחקת מסתנן מסוים דווקא למרכז, אלא בהקלה על הנטל המוטל על תושבי מרכזי הערים בדרך של הפניית חלק מהמסתננים למגורים במרכז השהייה בזמן נתון (ואין זה משנה, לענייננו, מיהו אותו מסתנן שהממונה יורה לו לשהות במרכז). במצב דברים זה, ולקידום התכלית האמורה של העתקת מקום המגורים (כשונה, למשל, מהתכלית שעניינה מניעת אפשרות העבודה בישראל, לגביה נמנעה חברתי מלקבוע אם היא תכלית ראויה, ולהשקפתי ספק אם זו אכן ראויה), תקופת שהייה מירבית של עשרים חודשים במרכז היא אכן בלתי מידתית.

עם זאת, ראוי ליתן את הדעת לנתון נוסף שהביא את חברתי הנשיאה, כמו גם את חבריי השופטים ע' פוגלמן ו-י' עמית, להגיע למסקנה האמורה בעניין חוסר המידתיות שבתקופת השהייה המירבית שנקבעה בחוק. הכוונה למיקומו של מרכז השהייה "חולות".

החוק אינו קובע היכן ימוקם מרכז השהייה. סעיף 32ב לחוק מורה כי השר לבטחון פנים רשאי להכריז בצו על מקום מסוים כעל מרכז שהייה למסתננים. המיקום שנבחר, עוד קודם לתיקון החוק הנדון בפסק דין זה, הוא במתקן "חולות" הנמצא כשבעים קילומטר דרומית-מערבית לבאר שבע, סמוך לגבול ישראל-מצרים. מדובר, אפוא, במתקן המרוחק ריחוק משמעותי ביותר ממקומות ישוב בהם יכולים המסתננים למצוא תעסוקה ולנהל חיי שגרה ראויים וסבירים. כפי שציין השופט ע' פוגלמן בפרשת איתן (בג"ץ 7385/13 איתן – מדיניות הגירה ישראלית נ' ממשלת ישראל (22.9.2014)), בפסקה 126 לפסק דינו: "'חולות' כשמו כן הוא – סביבו חול וחול. הוא מרוחק מכל מקום יישוב".

אלא שקביעת מיקומו של מרכז השהייה אינו חלק מדבר החקיקה הראשית העומדת לבחינת חוקתיותה, אלא נעשה בדרך של החלטה מנהלית אותה קבלה הרשות המוסמכת. ניתן להניח, וכך גם עולה מחוות דעתם של חבריי הנשיאה, השופט פוגלמן והשופט עמית, כי אילו היה נבחר מיקום אחר, שאינו ב"שולי המדבר" אלא "בשולי הערים", ושהיה מאפשר יציאה מהמרכז בבוקר וחזרה אליו בשעות הערב, כשבמשך היום השווה יכול למצוא תעסוקה ולנהל אורח חיים שיש בו חירות בסיסית, באופן שהיה אכן מדובר במרכז "פתוח" באמת, כי אז יתכן שהמסקנה לגבי אי המידתיות שבמשכה המירבי של תקופת השהייה היתה משתנה.

נמצא, כי המסקנה בדבר אי המידתיות שבקביעת תקופת השהייה המירבית, שלובה באופן בו יושם החוק מתוקף החלטה מנהלית. עמד על כך השופט פוגלמן

בשולי חוות דעתו, כשקבע שהעתירה החוקתית דנא אינה מהווה אכסניה נכונה לביורר השאלות המצויות בעיקרון במישור המינהלי. ואולם, השופט פוגלמן ראה להוסיף כי "יישום אחר של החוק היה יכול להשפיע גם על בחינת מידתיותו". השופט עמית הוסיף כי " ... מידתיותו של החוק לא נבחנת בחלל ריק, אלא על רקע מציאות מסוימת".

הנה כי כן, החוק שבפנינו, בהיבט של משך תקופת השהייה, לכאורה אינו בהכרח בלתי חוקתי מחמת הוראותיו-שלו, אלא, אולי, רק משום דרך יישום הוראותיו. בכך, למשל, שונה המצב בענייננו מהסוגיה שהונחה לפתחו של בית משפט זה בעתירה שעסקה באפשרות להפריט בית כלא (בג"ץ 2605/05 המרכז האקדמי למשפט ולעסקים, חטיבת זכויות האדם נ' שר האוצר (19.11.2009)). בפרשת בית הסוהר המופרט עמד השופט א"א לוי, שופט המיעוט, על כך שלגישת הרוב "הפגיעה בזכויות שנושאת עמה ההפרטה היא כה חמורה, עד כי אין דבר שיוכל לעמעם אותה. על דרך המשל, אף לו משתה שבעת ימים יבטיח בכנפיו בית הסוהר הפרטי, לא יימצא מזור להשפלה ולנטילת החירות מנת חלקם של הכלואים בו, עקב היותם נתונים לחסדיו של זכיין פרטי" (פסקה 9 לפסק דינו של השופט לוי). אין זה מצב הדברים במקרה דנא, משמצאנו כי עצם האפשרות להורות על שהיית מסתנן במרכז שהייה אינה בלתי חוקתית כשלעצמה.

האמור עד כה מוביל, לכאורה, למסקנה אפשרית, לפיה אין הכרח לבטל את ההוראה שעניינה משך השהייה המירבי במרכז השהייה, ויש למקד את המבט בבחינת סבירותה וחוקיותה של ההחלטה המנהלית באשר למיקום המרכז.

אלא שבמכלול הנסיבות, סבורני כי לעת הזו אין מנוס מהמסקנה שאליה הגיעה חברתי הנשיאה.

ראשית, החוק המתקן נחקק לרקע קיומו של מרכז השהייה ב"חולות", כשמציאות זו, ולא כל חלופה אחרת, עמדה לנגד עיני המחוקק. אכן, יישום קונקרטי של החוק, כפי שהוא נעשה בפועל, יישום המהווה חלק מהמציאות שאליה "נולד" החוק, יכול להשתלב במקרה מתאים, בבחינת מידתיותו, כאילו היה חלק מהחוק עצמו. זאת, כאמור, במצבים בהם "ההסדר הראשוני" אינו נמצא להיות בלתי חוקתי בעליל, וחוסר המידתיות טבוע בהסדרה משנית של אחד מהיבטיו של "ההסדר הראשוני".

שנית, בפסיקתו של בית משפט זה הוכרה זה מכבר הזיקה שבין בחינת חוקתיותו של חוק לבין אופן יישומו הקונקרטי על ידי הרשות המבצעת, למשל לצורך השאלה מתי עתירה חוקתית "בשלה" לדיון (ראו: בג"ץ 2311/11 סבח נ' הכנסת

(17.9.2014)). כשם שלעיתים העדר נתונים עובדתיים לגבי יישומו הקונקרטי של החוק לא יאפשר לבחנו בחינה חוקתית, כך גם קיומם של נתונים כאלה עשוי להשפיע על תוצאת הבחינה החוקתית שלו, שאם לא כן לא היה הגיון להמתין להצטברותם כתנאי ל"בשלותה" של עתירה. עמדה על כך השופטת א' חיות בפרשה הנ"ל, באמרה: "... ייתכנו מקרים אשר בהם החוק נחזה להיות חוקתי על פניו ורק האופן שבו הוא מיושם חושף את אי החוקתיות שבו".

להשקפתי, יישומן הקונקרטי של הוראות פרק ד' לחוק לעניין תקופת השהייה המירבית במרכז, כאשר מרכז השהייה נקבע להיות ב"חולות", מבליט את אי החוקתיות שבהן, שיתכן שהיתה "מרוככת" הרבה יותר, ואולי אף לא קיימת, אילו היה מדובר ביישום שונה, אנושי יותר ונותן משקל ראוי לזכויות היסוד של ציבור המסתננים שנהנה ממדיניות של אי הרחקה (למצער זמנית) מהארץ. המדינה אמנם רשאית להסדיר את מקומות מגוריהם של המסתננים, במטרה להקל על מצוקת תושבי הערים, אך אין היא רשאית לעשות כן תוך רמיסת כבודם. "פְּאֲזָרְחָ מִכֶּם יִהְיֶה לְכֶם הַגֵּר הַגֵּר אֲתִכֶּם, וְאֶתְבַּתְּ לוֹ כְּמוֹךְ פִּי-גֵרִים הֵייתֶם בְּאֶרֶץ מִצְרָיִם" (ויקרא י"ט, לד)."

ש ו פ ט

השופט י' דנציגר:

אנו נדרשים זו הפעם השלישית לעתירה שמבקשת לבטל הוראות בחוק למניעת הסתננות (עבירות ושיפוט), התשי"ד-1954.

מאחר וכבר נדרשנו ארוכות, במסגרתן של שתי העתירות הקודמות, לרבות מן הסוגיות שעל הפרק, סברתי כי מן הראוי שאסתפק בהצטרפות בהסכמה לאחת משתי חוות הדעת העיקריות שנכתבו על ידי חבריי – הנשיאה מ' נאור והשופט ע' פוגלמן.

אני מצטרף לחוות דעתה של הנשיאה ולתוצאה שאליה הגיעה, וזאת בהתייחס לכל הסוגיות שעלו במסגרת העתירה שלפנינו.

ש ו פ ט

השופט ח' מלצר:

1. חוות דעתה המקיפה והמלומדת של חברתי הנשיאה, השופטת מ' נאור, מקובלת עלי בעיקרה והנני מסכים, ללא הסתייגות, לאותו חלק שבה שדן בסעיף 30א לחוק למניעת הסתננות (עבירות ושיפוט), התשי"ד-1954 (להלן: החוק, או החוק למניעת הסתננות), שהוכנס לתוך החוק באמצעות החוק למניעת הסתננות ולהבטחת יציאתם של מסתננים מישראל (תיקוני חקיקה והוראות שעה), התשע"ה-2014 (להלן: החוק המתקן 2014).

אני מצטרף איפוא למסקנתה ולטעמיה של הנשיאה כי הוראות הסעיף האמור, לרבות פרק הזמן המירבי של שלושה חודשים, שבגדרו ניתן להחזיק במשמורת מסתנן, כמשמעותו בחוק (שנכנס לישראל לאחר פרסומו של החוק המתקן 2014) – צולח את מבחן החוקתיות. זה המקום לציין כי לשיטתי – הרשות המבצעת והרשות המחוקקת הפנימו בנושא האמור באופן ראוי ומכובד את הערותיו של בית משפט זה ולקחו לתשומת הלב את מה שנפסק ב-בג"ץ 7385/13 איתן – מדיניות הגירה ישראלית נ' ממשלת ישראל (22.09.2014) (להלן: עניין איתן).

2. ההתייחסות לפרק ד' לחוק, שהוחק אף הוא במסגרת החוק המתקן 2014, היא מורכבת הרבה יותר, ומטבע הדברים כך גם יראה הפיתרון המוצע על ידי לגביו. פיתרון זה נשען על מרכיבים מסוימים מהנימוקים שהועלו כאן על-ידי חברתי וחברי בחוות דעותיהם השונות. הוא גובש מתוך כיבוד זכויות היסוד של אזרחי ישראל ותושבי השכונות שבקרבם התיישבו המסתננים מחד גיסא, ומתוך הגנה נדרשת לזכויות המסתננים כבני אדם מאידך גיסא, בצד התחשבות באינטרסים של המדינה ככזו ובדיאלוג הרצוי, האמור להתקיים בין הכנסת לבין בית המשפט.

אפרט איפוא עתה ראשון-ראשון ואחרון-אחרון.

3. זו הפעם השלישית שבית משפט זה נדרש לחוקתיות התיקונים הסטטוטוריים שהוכנסו בחוק למניעת הסתננות לצורך התמודדות עם בעיית ההסתננות מאפריקה, כפי שזו תוארה בחוות דעתה של הנשיאה. בשני המקרים הקודמים (בג"ץ 7146/12 אדם נ' הכנסת (16.09.2013) (להלן: עניין אדם), ועניין איתן) – בית המשפט פסל הוראות מסוימות מהחוק, ובעקבות עניין איתן הכנסת חוקקה את החוק המתקן 2014, אשר העותרים העלו, במסגרת העתירה שבפנינו, השגות קונסטיטוציוניות – ביחס להסדרים החדשים, שהונהגו בו.

אין חולק כי הוראותיו של החוק המתקן 2014, שנחקק כהוראת שעה ל-3 שנים הן מיטיבות, לעומת התיקונים הקודמים בחוק. עם זאת, ההלכה קובעת שגם כאשר מדובר בשינויי חקיקה הכוללים רק הוראות מיטיבות – ראוי לבצע עיון חוזר באיזונים שבחוק כאשר הענין מובא מחדש בפני בית המשפט לצורך ביקורת שיפוטית (עיינו והשוו: בג"ץ 6055/95 צמח נ' שר הביטחון, פ"ד נ"ג(5) 241 (1999)); חוות דעתי ב- בג"ץ 8784/06 רס"ן שליטנר נ' הממונה על תשלום הגימלאות בצה"ל (12.01.2011)). ההלכה האמורה חלה גם לגבי הוראות שעה (ראו: בג"ץ 466/07 חה"כ זהבה גלאון מר"צ-יחד נ' היועמ"ש (11.01.2012) (להלן: עניין איחוד המשפחות 2)). בעניין איחוד המשפחות 2 נבחנה בבג"ץ בשנית שאלת החוקתיות של הוראותיו של חוק האזרחות והכניסה לישראל (הוראת שעה), התשס"ג-2003 לנוכח שינויים שהוכנסו בו. בדעת רוב אושרה חוקתיותה של הוראת השעה האמורה.

4. אף בעולם קורה לא אחת שחוקתיות של חוק נבחנת פעמיים בטענה שהמחוקק לא כיבד, כנדרש, את זכויות היסוד הקונסטיטוציוניות, כפי שפורשו על-ידי בית המשפט, או התעלם מהוראות חוקתיות רלוונטיות אחרות (ראו למשל: בארה"ב: Shaw v. Reno 509 U.S. 630 (1993); Shaw v. Hunt 517 U.S. 899 (1996); בגרמניה: פסק הדין של בית המשפט החוקתי מיולי 2008, 2 BvC 1/07, 2008; פסק הדין של בית המשפט החוקתי מיולי 2012, 2 BvE 9/11, 2012; בצרפת: HADOPI 1 פסק הדין של בית המשפט החוקתי מתאריך 10.06.2009; HADOPI 2 פסק הדין של בית המשפט החוקתי מתאריך 22.09.2009. לפירוט ההליכים והנושאים שנדונו שם – עיינו בחוות דעתי ב- ע"א 9183/09 The Football Association Premier League Limited נ' פלוני, בפסקה 6 (13.05.2012)).

5. המשפט המשווה, שאליו הפניתי, מלמד שבפעם השניה שהמחוקק (ובית המשפט לאחר מכן) נדרשים לחוק שחוקתיותו עתידה להתברר – יש מצד שתי הרשויות הרלבנטיות התחשבות וזהירות מירביות בשל הצורך בכיבוד הדדי. לא כל שכן כך, כאשר מדובר בביקורת שיפוטית שלישית על מעשי המחוקק, שהיא נדירה ביותר, ואולם אפשרית ומוצדקת בנסיבות שבהן הפרלמנט – בחוקו חוק – סטה מהותית מזכויות היסוד החוקתיות, כפי שהן פורשו על-ידי בית המשפט (עיינו, למשל:

בגרמניה: ההתדיינויות בבית המשפט החוקתי שם ביחס לחוק מס עיזבון ומתנות:

(א) פסק דין מתאריך 22.06.1995, 2BvR 552/91, BVerfG;

(ב) פסק דין מתאריך 07.11.2006, 1 BvL 10/02, BVerfG;

(ג) פסק דין מתאריך 17.12.2014, 1 BvL 21/12, BVerfG.

באיטליה: ההתדיינויות בבית המשפט החוקתי שם ביחס לחוק חסינות חברי הכנסת והשרים (על רקע הפרשות של ראש ממשלת איטליה דאז טילביו ברלסקוני והעמדתו לדין):

- (א) פסק הדין מחודש ינואר 2004 (חוק מס' 140/2003);
- (ב) פסק הדין מחודש אוקטובר 2009 (חוק מס' 124/2008);
- (ג) פסק הדין מתאריך 13.01.2011 (חוק מס' 51/2010).

6. מעבר לתיאור המשפט המשווה הנוהג בסוגיות הנ"ל, שהוצג בפיסקאות 4-5 שלעיל, נשאלת בהקשר זה ובנוסף השאלה האם בית המשפט המבקר צריך להנחות את המחוקק בפוסלו חוק – כיצד לחוקק להבא חוק שיהיה חסין כביכול מביקורת שיפוטית-חוקתית, או שדי לו להסתפק בניתוח חוקתי של החוק שיובא בפניו, לאחר שהמחוקק אמר את דברו.

מבחינה עיונית יש שיח רב בסוגיית הדיאלוג המתפתח במצבים מעין אלה בין הרשות השופטת לבין הרשות המחוקקת (לספרות התיאורטית בנושא – עיינו במאמרם של ליאב אורגד ושי לביא: "הנחיה שיפוטית: הערות לתיקוני חקיקה בפסיקת בית המשפט העליון" עיוני משפט לד' 437, 440 (2011) (להלן: אורגד ולביא, הנחיה שיפוטית). כן ראו: Ittai Bar Siman-Tov, *The Puzzling Resistance To Judicial Review* (2011) 91 B.U. L. REV. 1915, 1954-1958; אהרן ברק, שופט בחברה דמוקרטית 382-389 (2004); גדעון ספיר, המהפכה החוקתית – עבר, הווה, עתיד 219-222 (2010).

את התשובות לקושיה ניתן למיין לשלושה סוגים, אף שלעתים קו הגבול ביניהם מטושטש (הניתוח, ההפניות והניסוח שלהלן נסמכים על מאמרם של אורגד ולביא, הנחיה שיפוטית):

- (א) דפוס אחד הוא "עצה שיפוטית" (judicial advice). עצה שיפוטית היא דרך המאפשרת לשופט להמליץ למחוקק על תיקונים נדרשים בחוק. היא אינה מבטאת דרישה, אלא העדפה משפטית, תוך השארת שיקול הדעת למחוקק (השוו: Nitya Duclos & Kent Roach, *Constitutional Remedies as "Constitutional Hints": A Comment on R. V. Schachter*, 36 MCGILL L.J 1 (1991)).

(ב) דפוס שני הוא "מפת דרכים" (constitutional roadmap). מפת דרכים היא טכניקה המאפשרת לשופט להציע למחוקק במפורש, או במשתמע, כיצד להתגבר על הפגמים בדין הקיים. בהקשר החוקתי היא מהווה מעין תוואי מוצע לתיקון פסול חוקתי, שעליו הכריז בית המשפט (ראו: Erik Luna, *Constitutional Road Maps*, 90 J. (CRIM. L. & CRIMINOLOGY 1125 (2000)).

(ג) דפוס שלישי הוא "אזהרה שיפוטית" (fire alarm). אזהרה שיפוטית היא טכניקה המאפשרת לשופט להתריע בפני המחוקק על פגמים בדין הקיים. בהקשר החוקתי מדובר במקרים שבהם בית המשפט מאשר בדוחק חוקתיות של חוק, ומבהיר כי אף שהחוק "עדיין חוקתי", הוא עלול ליהפך לבלתי חוקתי בעתיד (ראו: Neal Kumar *Katyal, Judges As Advicegivers*, 50 STAN. L. REV. 1709, 1719 (1998)).

7. בישראל ב-בג"ץ 1715/97 לשכת מנהלי ההשקעות בישראל נ' שר האוצר, פ"ד נא(4) 367, 412-413 (1997) (להלן: עניין מנהלי תיקי השקעות) נקט הנשיא א' ברק בגישת "מפת הדרכים" והצביע בפני הכנסת על חלופות שהיא יכולה לנקוט בהן כדי לגבש הסדר, אשר יעמוד בביקורת שיפוטית חלף הוראת החוק, שבית המשפט הכריז על בטלותה באותה פרשה, אף שהדגיש כי: "בחירה של נקודת האיזון הראויה מסורה למחוקק" (שם).

בפסיקה מאוחרת יותר נסתמנה נטיה לעבר גישה (א) הנ"ל (למשל אצל חלק מהשופטים בעניין איתן), או לעבר גישה (ג) הנ"ל (למשל בפסק הדין של ועדות הקבלה: בג"ץ 2311/11 טבח נ' הכנסת (17.9.2014), או בפסק הדין בעניין העלאת אחוז החסימה: בג"ץ 3166/14 גוטמן נ' היועץ המשפטי לממשלה – מדינת ישראל (12.3.2015)). עם זאת הכרעה החלטית בנושא זה עדיין אין אצלנו ואינני מציע לקבלה פה, אולם אני מוצא לנכון להדגיש כי יהיה זה ראוי, לדעתי, שיימסר למחוקקים לא רק מה איננו חוקתי, אלא שייאמר בקווים כלליים גם מה צפוי לעמוד בדרישות החוקתיות, כפי שנהג הנשיא ברק בעניין מנהלי תיקי השקעות. מעבר לכך, הדיאלוג האמור צריך להתנהל, לשיטתי, משני הצדדים, בפתירות, ביסודיות ומתוך כיבוד הדדי.

זה המקום להוסיף כי בינתיים התפתחה, למצער, באירופה נטייה לגישה רביעית, הגורסת שאל לו לבית המשפט המכריז על אי-חוקתיותו של חוק – להציע למחוקק (המדינתי) כיצד עליו לתקן את החוק (ראו: דעת הרוב בפרשת *Hirst v the United Kingdom (No. 2)* 42 EHRR 41 (2006), שנפסקה בבית הדין האירופי לזכויות אדם והושפעה, בין השאר, מהצורך ליתן חופש יחסי למדינות המרכיבות את האיחוד;

השוו כנגד זאת למאמר המוביל, המצדד בדיאלוג מהותי, פרי עטם של: Peter W. Hogg, Allison A. Bushell Thornton & Wade K. Wright, *Charter Dialogue Revisited – Or* ("Much Ado About Metaphors", 45 OSGOODE HALL L. J. 1 (2007)).

8. עתה, לאחר שהצגתי את המשפט המשווה הנוהג בסוגיה ואת הזרמים העיוניים, שמצביעים על מיתוים אפשריים לטיפול בה – אחזור מיד בסמוך למכלול שבפנינו ואולם טרם שאעבור לדיון הפרטני האמור אעיר עוד שתי הערות מקדימות:

(א) ההתייחסות לפרק ד' שבחוק היא בבחינת ביקורת שיפוטית שניה (ולא שלישית) של ההסדר כי מוסד מרכז השהיה למסתננים – לא היה קיים בחוק שעמד לדיון בעניין אדם.

(ב) על פני הדברים נראה כי המעבר מגישת "העצה השיפוטית" לעבר גישה האומרת למחוקק כיצד בדיוק עליו לתקן את החוק (שהות במתקן השהיה שתוגבל לכל היותר לשנה) – הוא קיצוני מדי ושולל כמעט לחלוטין את "מרחב התמרון החקיקתי". מטעם זה אני שותף למקצת ביקורתו של חברי, השופט נ' הנדל, שהוצגה בחוות דעתו, ואולם בו בזמן שעל פי תפיסתו הבסיסית – הדבר צריך להביא לדחיית העתירה כולה, אני סבור שיש מקום לפתרון ביניים. פתרון זה ישמר גם את "מתחם החקיקה" הראוי ואת גבולות הביקורת השיפוטית ואף יביא למידתיות רבה יותר של הטיפול במסתננים ובזכויותיהם, תוך הקפדה על האינטרסים של המדינה ושל תושבי השכונות שבקרבתם התיישבו המסתננים. על כך בפרוטרוט להלן.

9. חברתי הנשיאה מגיעה למסקנה כי בנסיבות הקיימות מניעת השתקעות במרכזי הערים – תכלית ראויה היא. אף אני מחזיק בדעה זו, שיש בה כדי להפחית מהקשיים המכבידים על תושבי השכונות שבקרבתם בחרו המסתננים להתגורר.

מהו איפוא האמצעי המידתי הראשוני (הקל ביותר מבחינת הפגיעה בזכויות המסתננים) כדי להשיג תכלית זו של מניעת השתקעות במרכזי הערים?

באירופה (וגם בישראל בשנת 2009) ננקט הפתרון של "פיזור אוכלוסין" על דרך של "תיחום" מקומות השהות של המסתננים (אשר בישראל מספרם עומד היום על כ-45,000 איש ואישה, ילדים וטף וניתן לראותו, במימדי הארץ כ-mass influx). ואכן

בשעתו שר הפנים קיבל אצלנו החלטה לפיה מבקשי המקלט לא יורשו לשהות ולעבוד במתחם הגיאוגרפי שבין חדרה לבין גדרה. מיד עתרו ארגונים שונים לזכויות אדם (חלקם אף עותרים בעתירה שלפנינו) כנגד החלטה זו (שיתכן והיתה צריכה להתעגן בחוק מפורש, כפי שנעשה הדבר, למשל, בגרמניה) – ראו בג"ץ 5616/09 המרכז לקידום פליטים אפריקאיים נ' משרד הפנים (26.08.2009). בעקבות העתירה הודיעו המשיבים שם כי השר החליט לחזור בו מהחלטתו האמורה ולפיקח העותרים שם לא עמדו עוד על עתירתם, תוך שכל הצדדים שומרים על זכויותיהם וטענותיהם, היה וההגבלה תתחדש.

בהסתכלות בפרספקטיבה של זמן – יתכן כי חבל שרעיון "פיזור אוכלוסיית המסתננים" (לא בהכרח בהגבלת השתכנות ועבודה מעבר לחדרה ולגדרה, אלא בחלוקה פרופורציונלית בין כל אזורי הארץ) לא נוסה ולא עמד לביקורת שיפוטית, שכן אין ספק שפתרון זה היה עדיף מנקודת הראות של העותרים על מרכז השהיה הרחוק, המצוי במקום שרק חול ומדבר מסביבו. דומה, איפוא, שארגוני הזכויות אף הם צריכים להפיק לקחים מהחפזותם לעתור בשעתו, שכן: "מרובה תפסת, לא תפסת".

10. זאת ועוד – אחרת. בגרמניה נערכה ביקורת שיפוטית על חוקתיותו של חוק ה-Asylum Procedure Act (AsyIVfG), שאיפשר "להצמיד" את מי שהסתננו לגרמניה, שהם מבקשי מקלט – לאזורים גיאוגרפיים מסוימים, והחוק הנ"ל עמד במבחן החוקתי. יתר על כן החוק האמור קבע, בין היתר, עוד שתי הוראות כי מי שימצא מפר את הוראותיו – יעצר וישפט בפלילים והטיפול בבקשת המקלט שלו תופסק. אף הוראות אלה אושרו בבית המשפט החוקתי הגרמני (ראו: פסק הדין הגרמני מתאריך 10.04.1997, BVerfG 2 BvL 45/92). עתירה לבית הדין האירופי לזכויות אדם – נדחתה גם היא (ראו: Omwenyeye v. Germany, App. No. 44294/04 (2007)). לפירוט בהקשר לפסק הדין האמור של בית הדין האירופי לזכויות אדם – ראו בחוות דעתו של חברי, השופט נ' הנדל.

זה המקום לציין כי לאחרונה צומצמו בגרמניה אפילו ההוראות המאפשרות "תיחום גאוגרפי" של המסתננים ותחולתן בזמן הוגבלה.

11. ובחזרה אלינו, עתה כאשר תכלית מניעת ההשתקעות במרכזי הערים אושרה על-ידינו כראויה ומספרי המסתננים השוהים בישראל עדיין ניכרים ביותר – דומה עלי שעל המחוקק לשקול מחדש את האפשרות ליישם את ההחלטה בדבר פיזור אוכלוסיית

המסתננים, שהרי פתרון זה מתון הרבה יותר מהעברתם של המסתננים למתקני השהיה ויש בו כדי להשיג את אותה התכלית ויתכן אפילו שביעילות רבה יותר (אם אכן זו התכלית האמיתית, ולא כפיית הוצאתם של המסתננים מן הארץ). יתר על כן – מי שלא יעמוד במגבלת התיחום הגאוגרפי – ניתן יהיה להפעיל לגביו את "מדרגת ההגבלה הנוספת" (על פי "מודל הסולם" של המידתיות) והיא: השמתו במתקן השהיה (בגרמניה ובאיחוד האירופי הכירו אפילו בחוקתיות הפניה לנתיב פלילי בסיטואציות שכאלו). במקרה שכזה לכאורה גם תקופה מירבית של שהיה בת 20 חודש – דומה שלא תהווה מכשול מאיין.

מתווה מעין זה, שהנשיאה המליצה עליו עוד בעניין איתן (לאחר שבעניין אדם היא ציינה כי מציאת פתרונות הומאניים למסתננים שכבר חיים בקרבנו – יכולה להיות שעתה היפה של המדינה), הפך איפוא עתה לחובה משפטית במסגרת דרישת המידתיות – לצורך הגשמת התכלית, שבה הכרנו. יש לו אף עיגון מסוים בהוראת סעיף 32כ(ד) לחוק.

ניתן אף לטעון כי אי-נקיטה בדרך זו יכולה להביא את החוק להיחשב ככזה שאיננו הולם את ערכיה של מדינת ישראל כמדינה יהודית ודמוקרטית, במיוחד בשים לב לסטנדרט האירופאי ולמה שהונהג בגרמניה.

הנה כי כן עדיין לא מאוחר מלנסות ליישם את המודל האמור כאן.

12. חיזוק לגישתי הנ"ל, שבאה להשיג את התכלית המותרת ללא תופעות לוואי בלתי רצויות, יש להסיק, על דרך השלילה, מהטיפול של הרשויות הישראליות (למעשה אי-הטיפול) בבקשות המסתננים להכיר בהם כפליטים, ככל שאלה הוגשו טרם שנמסרה להם ההוראה להתייצב במתקן השהיה. העותרים 1 ו-2 הם דוגמאות חיות ומצערות לכך, מה גם שאחיו של העותר 1, שנמלט אף הוא מאריתראה ונסיבותיו דומות לכאורה לאלו של העותר 1 – זכה זה מכבר להכרה כפליט בשוויץ.

חברתי, השופטת א' חיות מביאה בחוות דעתה נתונים מאלפים בהקשר זה, העולים מן התצהיר המשלים, שהוגש על-ידי המדינה בתאריך 16.02.2015, ומגלים אוזלת יד מדהימה, אם לא רשלנות מכוונת, בהתייחסות לבקשות ההכרה האמורות (אף כאלה שנמסרו לנציגי המדינה המוסמכים קודם שמגישיהם נקראו למרכז השהיה).

יתר על כן, מתוך הבקשות שבכל זאת נבדקו, אושר אחוז אפסי בלבד (כ-0.9% מבין נתיני סודן ואריתראה), והוא בטל בשישים, לעומת שיעור אישור בקשות מקלט של נתינים דומים במדינות אחרות בעולם המערבי.

מהי נפקות הדברים על ענייננו? בכך אדון להלן.

13. חברתי, השופטת א' חיות מפנה בחוות דעתה לבג"ץ 11163/03 ועדת המעקב העליונה לענייני הערבים בישראל נ' ראש ממשלת ישראל (27.02.2006) ול-עע"ם 343/09 הבית הפתוח בירושלים לגאווה וסובלנות נ' עיריית ירושלים (14.09.2010) (להלן: עניין הבית הפתוח). העתירות שם התבססו בעיקר על עקרונות מהמשפט המינהלי, ו"גרירת הרגליים" של הרשויות שם הביאה, בסופו של דבר, לאישור הבקשות.

יתר על כן, לאי-טיפול שכזה יש גם משמעותיות חוקתיות (עיינו בהערותיה של חברתי, השופטת א' חיות בנושא זה בעניין הבית הפתוח), ואפתח אותן להלן:

ראשית, מסתבר כי חוסר הטיפול פוגע במיוחד באוכלוסיות מיעוט, או באוכלוסיות מוחלשות.

שנית, אי-הטיפול עלול להעיד, בהקשר שלנו, שהתכלית הראויה המוצהרת (מניעת ההשתקעות במרכזי הערים), אותה קיבלנו כאמור – איננה התכלית העיקרית ויש בצידה תכליות נוספות סמויות, לא פחות חשובות הימנה, בגדרן פועלת המדינה, על פני הדברים, בניגוד לחובות רשויותיה מכח חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו (סעיף 11 שבו) ובסתירה, לכאורה, להתחייבויות הבינלאומיות, אותן קיבלה על עצמה המדינה בהצטרפותה לאמנה בדבר מעמדם של פליטים (1951), אשר ישראל וארגונים יהודיים שונים היו מיוזמיה וממנסחיה (עיינו: טלי קריצמן אמיר, מבוא לספר: לוינסקי פינת אסמרה – היבטים חברתיים ומשפטיים של מדיניות המקלט בישראל 12-14 (2015)).

החובות שלכאורה מופרות כאן הן החובה לטפל במהירות ראויה בבקשות המקלט ושלא לנקוט בפעולות הנראות כמסכלות את אפשרות קבלתן. עיינו והשוו:

James C. , Article 31 Directive 2013/32/EU, שהוצאה על-ידי מועצת אירופה. ראו גם: .Hathaway, The Rights Of Refugees Under International Law, pp. 180-181 (2014).

זה המקום להזכיר את סעיף 32ד(1) לחוק, הקובע כדלקמן:

”על אף הוראות סעיף 2(א)(5) לחוק הכניסה לישראל, מסתנן שחלה לגביו הוראת שהייה לא יקבל אשרה ורישיון לישיבה בישראל לפי חוק הכניסה לישראל.”

הוראת הסעיף הנ”ל מעידה לכאורה שלגבי מי שהוצאה לו הוראת שהיה – מסוכלת לגביו למעשה האפשרות שבקשתו להכיר בו כפליט, ככל שזו הוגשה לפני שנמסרה לו הוראת שהיה – תתקבל.

בכך יש התנערות של המדינה מחובותיה הנ”ל ובנסיבות שכאלו – המדינה עשויה להחשב כמנועה מכח עקרון תום הלב מלהעלות טענות לביסוס הוראת שהיה, או אפילו להצדקת החקיקה הרלבנטית. כלל זה מעוגן בחקיקה הישראלית בהוראת סעיף 43(א) לחוק החוזים (חלק כללי), תשל”ג-1973 והוא מתפרס גם מכח סעיף 61(ב) לחוק האמור, על: ”פעולות משפטיות שאינן בבחינת חוזה ועל חיובים שאינם נובעים מחוזה” (עיינו והשוו: ע”מ 1659/09 משרד הבינוי והשיכון נ’ מלכה, פסקה 18 (17.11.2013) והאסמכתאות המובאות שם).

מכאן עולה שהפתרון של תיחום גיאוגרפי למסתננים (וכאן ראוי לשקול כאמור חלוקה יחסית בין כל אזורי הארץ השונים) – נותן מענה מאוזן לבעיה, ולפיכך יש, לשיטתי, מקום לדון בו. הנימוקים באשר לתכליות של החוק המתקן 2014 ביחס למתקן השהיה יפים אף לכאן ובהקשר זה אני מצטרף בהסכמה לדבריו הממציים של חברי, השופט ע’ פוגלמן, כמו גם להערותיו בדבר האכיפה, שנראית בררנית, לגבי מי שמוצאות להם הוראות שהיה – באין קריטריונים ידועים ומבוקרים לכך.

14. העולה מן המקובץ עד הנה מלמד שללא קיום דיון מחודש בחלופת התיחום, שהיא פוגענית פחות ולכן מתבקש עיגונה בחוק טרם הפעלת חלופת ההשמה למתקן

השהיה – אכן אורך תקופת השהיה במתקן לא יכול להגיע כדי 20 חודשים. זאת ועוד – ללא חלופה שכזו יש אפשרות שבעתיד, בהתחשב בדרכי הישום, ייטען שאין תוכנו של החוק כברו (השוו: בג"ץ 121/68 אלקטרה (ישראל) בע"מ נ' שר המסחר והתעשייה, פ"ד כב(2) 551 (1968) לגבי חקיקת משנה). מכאן שרק בהינתן שחלופת התיחום תאושר – ניתן יהיה להשלים עם ההגבלה הקיימת בהסדר השהיה (שהיה כדי 20 חודש), זאת בתוספת ההנחה שגם אז יהיה ריסון בהפעלת הסמכות האמורה ובדרך כלל היא לא תמוצה במלואה (השוו: בג"ץ 2442/11 עו"ד חיים שטנגר נ' יו"ר הכנסת (26.6.2013) (להלן: עניין שטנגר)).

הפתרון אותו אני מציג כרוך לפיכך בהחזרת החוק לכנסת כדי שתאמץ אחד משני המתווים הנ"ל, או שילוב ודירוג ביניהם, או פתרון מידתי אחר, אשר יראה לה בהתייחס להערותינו. בדרך זו ישמר גם כראוי "מיתחם התמרון החקיקתי" (המכונה אף: מיתחם המידתיות) – עיינו: עניין שטנגר ודעת הרוב בפסק הדין בעניין החרם (בג"ץ 5239/11 אורי אבנרי נ' הכנסת (15.4.2015)).

15. טרם סיום אעיר עוד כי הנני מסכים גם עם גישת הנשיאה ויתר התומכים בה לעניין תוקפו של סעיף 32 לחוק, שאף אותו יש להפעיל, לשיטתי, בריסון ובמידתיות (השוו שוב: עניין שטנגר).

מעבר לטעמי הנשיאה – אף ההבחנה שהציע חברי, השופט ס' ג'ורדאן בהקשר זה, שראה לבסס שוני, בין חיילים, סוהרים ושוטרים לבין המסתננים לעניין הענישה (והמוסמך להורות עליה) – נראית לי, וניתן למצוא לה גם עיגון בהוראות סעיף 9 לחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו. לפרשנותו של סעיף זה עיינו: חנן מלצר "צה"ל כצבאה של מדינה יהודית ודמוקרטית" ספר רובינשטיין 347, 370-389 (2012).

16. משהגעתי עד הלום – מהי הוראת המעבר הנדרשת, לגיştתי, נוכח תוצאת פסק הדין? מוסכמת עלי הוראת ההשעיה של הכרזת הבטלות, שאותה הציעה הנשיאה בפסקה 115 לחוות דעתה. יחד עם זאת נראה לי כי אין מקום להחריג מהוראת ההשעיה הנ"ל את כלל השוהים במרכז השהיה, על פי הפירוט שהוצע על-ידי הנשיאה, אלא רק את אלה מביניהם שהגישו בקשות להכרה כפליטים טרם שהוצאה להם הוראת השהיה ולא זכו לתשובה (העותרים 1 ו-2 כלולים באלה כאמור).

יש טעם בדבר מנימוקים עיוניים ומעשיים כאחד (אלה האחרונים פורטו על-ידי חברי, השופט נ' הנדל בחוות דעתו). תוצאה זו מתבקשת, בין השאר, גם מחובת

הכיבוד ההדדי שאוזכרה לעיל – כדי לאפשר לכנסת (שתצטרך להידרש למכלול בשלישית) וכן לממשלה ולציבור להיערך כראוי למצב החדש (עיינו: יגאל מרזל "השעיית הכרזת הבטלות" משפט וממשל ט 39 (2006)). זה אף מה שמקובל בקנדה בנושאים דומים (עיינו והשוו: KENT ROACH, CONSTITUTIONAL REMEDIES IN CANADA (2014), עמ' 14-82 עד 14-92.2). הנה כי כן בסוגיות אלה עדיף ליתן זמן-מה לגיבוש פתרון מקיף יותר לטווח הבינוני (לצד ביצוע ההכרחי והמתחייב לאלתר) על פני השגת תוצאה נקודתית ומיידית.

17. לסיכום אומר כי פתרון הביניים שהצעתי לשקול אותו – מאזן, לדעתי, בצורה סבירה את צרכי הכל בנסיבות הקשות שבפנינו – בבחינת הרע במיעוטו, שכן אין אפשרות להגיע פה לטוב ברובו.

יתר על כן כמי שאבותינו היו בעצמם, בעבר הרחוק, עובדים זרים בארץ לא להם, ובעבר הקרוב יותר התדפקו על שערי מדינות שונות במנוסה מפני הצורך הנאצי, ונדחו – אנו נדרשים להפעיל את הכללים המשפטיים הרלבנטיים בחמלה וברגישות כלפי כל המעורבים. הדבר מתחייב מהיותנו מדינה יהודית ודמוקרטית.

ש ו פ ט

התוצאה לפיכך היא כדלקמן:

1. הוחלט ברוב דעות כאמור בפסק דינה של הנשיאה מ' נאור ובהסכמתם של השופטים ס' ג'ובראן, א' חיות, י' דנציגר וצ' זילברטל כי בכפוף לפרשנות המוצעת צולחות הוראות החוק את מבחן החוקתיות, פרט להוראותיהם של סעיפים 32ד(א) ו-32כא – הקובעים את התקופה המרבית להחזקה במרכז השהייה – שדינם בטלות. על-פי הכרעת שופטי הרוב, תושעה הכרזת הבטלות לגבי סעיפים אלה למשך שישה חודשים. במשך תקופה זו תעמוד התקופה המרבית להחזקה במרכז השהייה הנקובה בסעיפים אלה על שנים-עשר חודשים. שוהים השוהים במרכז השהייה ביום מתן פסק דין זה שנים-עשר חודשים או יותר, ישוחררו ממנו לאלתר ולא יאוחר מתום חמישה-עשר ימים ממתן פסק דינו; הכל כאמור בפסקה 115 לחוות דעתה של הנשיאה מ' נאור.

(א) השופטים ע' פוגלמן וי' עמית הצטרפו לעמדת שופטי הרוב, אך לעניין סעיף 32כ קבעו כי גם דינו בטלות.

(ב) השופט ח' מלצר הצטרף לעמדת שופטי הרוב, בכפוף לכך שתישקל גם חלופה מקדימה של תיחום גאוגרפי ולמעט לעניין הוראת המעבר, הכל כאמור בפסקות 11, 14 ו-16 (בהתאמה) לחוות דעתו.

(ג) השופט נ' הנדל סבור בדעת מיעוט כי דינה של העתירה להידחות על כל חלקיה.

2. המשיבים יישאו בהוצאות העותרים בסכום כולל של 30,000 ש"ח.

ניתן היום, כ"ו באב התשע"ה (11.8.2015).

שופט

שופט

הנשיא

שופט

שופט

שופט

שופט

שופט

שופט