

בג"ץ 7146/12  
בקשת רשות ערעור מינהלי 1192/13  
ערעור עתירה מינהלית 1247/13 א

1. נג'ט סרג' אדם
2. זמזם בושרה אחמד
3. אברהם מסגנה ב
4. גברמרים מהרי
5. אמסלט נגוסה טקלו
6. א.ס.ף – ארגון סיוע לפליטים ומבקשי מקלט בישראל
7. מוקד לסיוע עובדים ג
8. האגודה לזכויות האזרח בישראל
9. קו לעובד
10. המרכז לקידום פליטים אפריקאים נגד

1. כנסת ישראל ד
2. שר הפנים
3. שר הביטחון
4. היועץ המשפטי לממשלה בג"ץ 7146/12

1. פלונית ה
  2. פלונית
  - נגד
  1. משרד הפנים
  2. פלונית ו
  3. פלוני
  4. פלוני
  5. פלוני
  6. פלונית ז
- בר"ם 1192/13

1. טעמי (טאבי) טהנגס

2. פלונית

3. פלוני

נגד

משרד הפנים

ע"ם 1247/13

א

ב

בבית המשפט העליון בשבתו כבית משפט גבוה לצדק

[16.9.2013, 2.6.2013]

לפני הנשיא א' גרוניס, המשנה לנשיא מ' נאור והשופטים ע' ארבל,  
ס' ג'ובראן, א' חיות, י' דנציגר, נ' הנדל, ע' פוגלמן, י' עמית

ג

הדיון המאוחד נסב על חוקתיותו של החוק למניעת הסתננות (עבירות ושיפוט) (תיקון מס' 3 והוראת שעה), התשע"ב-2012 (להלן: התיקון), אשר נחקק כתיקון לחוק למניעת הסתננות (עבירות ושיפוט), התשי"ד-1954 (להלן: החוק, או החוק למניעת הסתננות). התיקון, שנתקבל על רקע תופעה רחבת היקף של הגירה בלתי מוסדרת מאפריקה לישראל, הוסיף לחוק את סעיף 30א, המאפשר להחזיק במשמורת לתקופה של שלוש שנים מסתננים שהוצא נגדם צו גירוש על ידי שר הביטחון. מדובר באנשים אשר, מכוח העיקרון בדבר אי החזרה (non refoulement) או מטעמים אחרים, אין מרחיקים אותם למדינת מוצאם. המבקשות בבר"ם 1192/13 והמעוררות בעע"ם 1247/13 הסתננו לישראל, הוצא נגדן צו גירוש והן הושמו במשמורת. הן עתרו לבית משפט קמא נגד חוקיות החזקתן במשמורת ועתירותיהן נדחו. מכאן הבקשה לרשות ערעור והערעור.

ה

לטענת העותרים, המבקשות והמעוררים, מדובר במבקשי מקלט שנמלטו מרדיפה בארצותיהם. לטענת המשיבים, מדובר במהגרי עבודה שמבקשים לשפר את מצבם הכלכלי. המסתננים, ברובם מאריתריאה ומסודן, הגיעו דרך הגבול של מדינת ישראל עם מצרים, שנחסם ברבות הזמן על ידי גדר שנבנתה לאורכו. לגישת המשיבים, יש לתופעת המסתננים, שהלכה והתרחבה במדינת ישראל, השפעה של ממש על ביטחון הפנים ועל שלום הציבור. נוצר שינוי עמוק במרקם החיים במרחב העירוני, ונודעות השפעות על הכלכלה והמשק. לטענת המשיבים, יש במאסר כדי להרתיע אחרים מלהסתנן לישראל.

ו

בית המשפט העליון (מפי השופטת ע' ארבל) פסק:

ז

- א. (1) על בית המשפט לאזן איזון רגיש ומודע בין עקרונות שלטון הרוב והפרדת הרשויות לבין השמירה על זכויות האדם ועל ערכי היסוד שבבסיס שיטת המשטר במדינת ישראל. (782-א-ב)
- א (2) הבחינה החוקתית נחלקת לשלושה שלבים. בשלב הראשון נבחנת השאלה אם החוק הנדון פוגע בזכות או בזכויות המעוגנות בחוקי היסוד. השלב השני בוחן את חוקתיותה של הפגיעה באמצעות דרישותיה של פסקת ההגבלה, כפי שהיא מופיעה בחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו או בחוק-יסוד: חופש העיסוק. בשלב השלישי, הוא שלב הסעד, בוחן בית המשפט את תוצאות אי החוקיות שנקבעה בשלב הקודם וקובע מה הסעד שיינתן בעקבות קביעה זו. (782-ג-ה)
- ב. (1) הזכות לחירות היא מאושיות המשטר הדמוקרטי והיא מתבססת על ערכיה של המדינה כמדינה יהודית ודמוקרטית. היא אחת הזכויות הבסיסיות והיסודיות ביותר במערך זכויות האדם. החירות הפיסית, שהיא זו המעוגנת בסעיף 5 לחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו, מוכרת כגרעין הקשה של חירות האדם. (784-ד-ה)
- ג (2) שלילת חירותו של אדם – פגיעתה קשה, מקיפה ורחבה בשלל תחומי החיים והיא שהופכת אותה לזכות כה חשובה בכל משטר דמוקרטי. הפגיעה בחירותו של אדם משמיעה, מיניה וביה, גם פגיעה בכבודו. (785, 1784)
- ד (3) זכויות אלה לחירות ולכבוד האדם מתפרשות על כל אדם בישראל, גם אם אינו שווה בה באופן חוקי. הזכויות נתונות לאדם באשר הוא אדם. (785)
- ג. (1) הזכות לחירות, ככל זכות יסוד אחרת, אינה מוחלטת. ההצדקה הבסיסית לשלילת חירותו של אדם נעוצה בקיומו של אינטרס ציבורי חשוב המושג כתוצאה משלילת חירות זו. האיזון בין הזכות לחירות לבין האינטרס הציבורי מתבצע בהתאם לכלים החוקתיים שנקבעו בחקיקה ובפסיקה, שהחשוב בהם הוא עקרון המידתיות. (786-1787-א)
- ה (2) בכל תחום משפט שבו מתאפשרת שלילת חירותו של אדם נעשית שלילת זכות זו במשורה, בזהירות, תוך כדי הקפדה על כללים ברורים ומחמירים הבאים לאזן בין האינטרס הציבורי הגלום בשלילת חירותו של אותו אדם לבין זכותו העליונה של האדם לחירות. (789-ב-ג)
- ו (3) הפגיעה בזכות לחירות באמצעות השמה במשמורת היא פגיעה קשה וקיצונית. לפגיעה הקשה בזכות שהיא כה בסיסית וחשובה עשויות להיות השפעות בהמשך הבחינה החוקתית. (789-ה-ו)
- ד. (1) לכל אדם בישראל קיימת זכות יסוד להתנועע בחופשיות בכל מקום בתוככי המדינה ככל אשר יחפוץ ובכל עת שירצה, כחלק מחופש התנועה. זוהי זכות
- ז

- הנתפשת כחיונית למימושו העצמי של האדם וכמבטאת את האוטונומיה הפרטית שלו. (790א, ב)
- א (2) חופש התנועה הוא זכות העומדת בפני עצמה אך גם נגזרת מכבוד האדם ומהזכות לחירות אישית, ולפיכך היא מוגנת על ידי חוק־יסוד: כבוד האדם וחירותו. זאת, על אף שבנוגע לחופש התנועה הפנים־מדינתית אין התייחסות מפורשת לזכות זו בחוקי היסוד. (790ג-ד)
- ב (3) עם זאת, גם זכות זו אינה מוחלטת, ולא כל דבר הנתפש כחופש התנועה זכאי להגנה דומה. לפיכך, בבחינת הפגיעה בחופש התנועה יש לתת את הדעת, בין היתר, להיקפה הגיאוגרפי של ההגבלה, למידת האינטנסיביות שלה, למשך הזמן שנקבע לה וכן לעניין האישי של האדם במימוש חופש התנועה. (790ה-ו)
- ג (4) ככל שמדובר בהגבלה מטעמי מניעה ולא מטעמים עונשיים, נדרשות תכלית ציבורית בעלת משקל מיוחד שתצדיק את הפגיעה וכן זהירות והקפדה מירביות בהפעלת ההגבלה. (790ז-ח)
- ד (5) בנסיבות דנן, מתלכדת הפגיעה בזכות לחירות של המסתננים עם הפגיעה בחופש התנועה שלהם. מובן הוא כי אם ייקבע שהפגיעה בחירותם של המסתננים עומדת באמות המידה החוקתיות, מקל וחומר ייקבע כך גם באשר לפגיעה בחופש התנועה. (791ב-ג)
- ה. (1) פסקת ההגבלה מכילה ארבעה תנאים: הראשון, כי הפגיעה נעשית בחוק או לפי חוק מכוח הסמכה מפורשת שבו; השני, כי החוק הפוגע הולם את ערכיה של מדינת ישראל; השלישי, כי החוק הפוגע נועד לתכלית ראויה; הרביעי, כי הפגיעה אינה במידה העולה על הנדרש. (792ד)
- ו. (2) בנסיבות דנן, התקיים התנאי הראשון בפסקת ההגבלה, שלפיו הפגיעה נעשתה בחוק. ניתן לצאת מהנחה כי התנאי השני, שלפיו על הפגיעה להלום את ערכיה של מדינת ישראל, מתקיים. (792ה)
- ז. (1) תכליתו של חוק תיחשב ראויה אם הוא נועד לקדם זכויות אדם או להגשים מטרה ציבורית או חברתית חשובה העולה בקנה אחד עם ערכיה של מדינת ישראל, המגלה רגישות למקומן של זכויות האדם במערך החברתי הכולל. המבחן יתחשב במהות הזכות הנפגעת ובעוצמת הפגיעה. (793א-ב)
- ח (2) שתי תכליות עיקריות עמדו לפני המחוקק בחוקקו את התיקון לחוק למניעת הסתננות. תכלית אחת, שאינה מעוררת קושי, היא מניעת השתקעותם של המסתננים בישראל והתמודדות המדינה עם השפעותיה הרחבות של תופעת ההסתננות. תכלית זו היא תכלית ראויה. (793ד, ו)
- ט (3) התכלית השנייה של בלימת תופעת ההסתננות היא תכלית חשובה וראויה בהתחשב בקשיים שמעוררת תופעה זו. אלא שמשמעה של תכלית זו בהקשר

- של התיקון לחוק הוא הרתעה. דהיינו, השמתם של המסתננים במשמורת  
 מרתיעה מסתננים פוטנציאלים מלהגיע לישראל בידעה שאף הם יושמו  
 במשמורת. (794-ה-1) א
- (4) הקושי בתכלית של ההרתעה הוא ברור. אדם מושם במעצר לא מפני שהוא  
 מהווה, באופן אישי, סיכון כלשהו, אלא כדי להרתיע אחרים. ההתייחסות  
 אליו אינה כאל מטרה אלא כאל אמצעי. התייחסות זו היא פגיעה נוספת  
 בכבודו כאדם. (794-1794) ב
- (5) הקושי מתעצם בשל העובדה שהמשמורת גורמת לפגיעה באחת מהזכויות  
 החשובות והמהותיות הקיימות לאדם – הזכות לחירות – וכאשר הפגיעה  
 בה היא בעוצמה מירבית – שלילת חירותו של אדם לחלוטין לתקופה ניכרת  
 ביותר של שלוש שנים. ואף זאת, בלי שמוכטח לו כי לאחר תקופה זו  
 ישוחרר מהמשמורת. לפיכך, מתעורר ספק אם ניתן לראות בתכלית זו משום  
 תכלית ראויה. (797-ה-1) ג
- (6) כאשר המטרה העיקרית אינה הרתעת אחרים, אלא קשורה באופן ישיר  
 למסתנן עצמו, הקשיים האמורים אינם מתעוררים. (800) ג
- ז. (1) מבחן המידתיות שבפסקת ההגבלה נחלק לשלושה מבחני משנה. המבחן  
 הראשון הוא מבחן הקשר הרציונלי הבוחן את ההתאמה בין האמצעי  
 החקיקתי שנבחר לבין התכלית שאותה נועד החוק להגשים. (1801) ז
- (2) המבחן השני הוא מבחן האמצעי שפגיעתו פחותה שדרישתו היא כי  
 החקיקה תפגע בזכות החוקתית במידה הקטנה ביותר האפשרית לשם השגת  
 תכלית החוק. (1801-1) ז
- (3) המבחן השלישי הוא מבחן המידתיות במובן הצר, ומשמעו הוא כי נדרש  
 להתקיים יחס סביר בין הפגיעה בזכות החוקתית לבין התועלת הציבורית-  
 חברתית הצומחת מן הפגיעה. (802-1801) ז
- (4) למחוקק נתון "מרחב תמרון חוקתי" בבחירת האמצעים החקיקתיים לצורך  
 הגשמת התכלית הרצויה. (802) ז
- ח. (1) בנסיבות דנן, האמצעי שנבחר על ידי המחוקק בסעיף 30א(ג)(3) לחוק הוא  
 הכשרת השמתו של מסתנן במשמורת לתקופה בת שלוש שנים, כפוף  
 לעילות השחרור הקבועות בחוק. גם בהנחה שעילות השחרור תפורשנה  
 באופן רחב ונדיב, תמונת המצב היא שבמקרה "הרגיל" ישהה מסתנן במשך  
 שלוש שנים במשמורת בהתאם לחוק. (802, 803-א-ב) ז
- (2) באופן תיאורטי, מתקיים קשר רציונלי בין השמתם של מסתננים במשמורת  
 לבין מניעת השתקעותם בישראל ומניעת חלק ניכר מהתופעות השליליות  
 הנטענות הנובעות מהשתלבותם בערי ישראל. (803-ג-ד) ז
- (3) בנסיבות דנן, השמתם של כ-1,750 איש במשמורת יש לה השפעה מזערית  
 על מכלול ההשפעות של תופעת ההסתננות, בהתחשב בעשרות אלפי ז

- המסתננים שאינם נתונים במשמורת, כך שספק רב אם בפועל מושגת התכלית האמורה מהשמתם של אותם מסתננים שהמקום מכיל כיום במשמורת. (803-ה1)
- א (4) אין נדרש שהאמצעי שנבחר על ידי המחוקק יגשים באופן מוחלט וודאי את המטרה. ניתן להסתפק במידה נאותה של הסתברות כי האמצעי הנבחר יתרום במידה סבירה להשגת התכלית. (806-א-ב)
- ב (5) המבחן מתבסס במידה רבה על התשתית העובדתית שעמדה לפני המחוקק ועל ניסיון החיים והשכל הישר, והוא מכיר באפשרות קיומה של אי ודאות מסוימת באשר למידת הגשמתה של התכלית. (806-ב)
- ג (6) בנסיבות דנן, ניתן לצאת מנקודת הנחה סבירה שחקיקתו של הסדר נורמטיבי המאפשר להחזיק במשמורת מסתננים המגיעים למדינת ישראל לפרק זמן של שלוש שנים ירתיע, למצער חלק מהמסתננים מלהגיע לישראל, וישיג את התכלית של בלימת ההסתננות לפחות באופן חלקי. במצב דברים זה, מבחן המשנה הראשון מתקיים. עם זאת, לספקות שהועלו תהיה נפקות לעניין מבחן המשנה השני. (806-ג-ד)
- ט. (1) ככל שמדובר בתכלית של הרתעה שעניינה בלימת ההסתננות, הרי שקיימת הסתברות נאותה כי ניתן היה להסתפק באמצעי פוגעני פחות בדמות גדר הגבול בין ישראל למצרים. (806)
- ט (2) במצב דברים שבו הפגיעה בזכות לחירות היא כה קשה, דורש מבחן המשנה השני מהמדינה למצות ולבחון אפשרות סבירה ופוגענית פחות, גם אם אין ודאות ביכולתה להשיג את המטרה במידה דומה. (807-ג-ד)
- ט (3) בנסיבות דנן, כל שנדרש מהרשות הציבורית היה להמתין כמה חודשים כדי לבחון את השפעתה של הגדר על תופעת ההסתננות, במנותק מיישום התיקון לחוק. (807-ד)
- ה (4) באשר לתכלית הנוספת של מניעת השתקעותם של המסתננים בישראל ומניעת השפעותיה השליליות של תופעת ההסתננות על החברה הישראלית, מחויבת המדינה לשקול בכובד ראש אפשרויות חלופיות למעצר שחומרת הפגיעה בהן פחותה, כך הוא בתחום הפלילי וכך הוא בתחום המינהלי. (807-ה, 808)
- ו (5) (אליבא דשופט ע' פוגלמן): בנסיבות דנן, בהינתן קיומה של הגדר – שהיא החסם העיקרי – התועלת הטמונה בתיקון כשלעצמו היא פחותה, ולכך בוודאי יש ליתן משקל בעת היישום היחסי של מבחן המידתיות במובן הצר. (838)
- ו (6) (אליבא דשופט נ' הנדל): הרתעה מינהלית מצומצמת עשויה להיות לגיטימית, אך הרתעה עונשית כלפי המסתנן – בהליך מינהלי – אינה לגיטימית. (868-ב-ג)

- א. (1) מבחן המידתיות הצר מחייב קיומו של יחס סביר בין הפגיעה בזכות החוקתית המוגנת לבין היתרון החברתי הצימח מן הפגיעה. זהו מבחן ערכי המשווה בין התועלת הציבורית הצימחת מן האמצעי הפוגע לבין הנזק הנגרם לזכות החוקתית על ידי אותו אמצעי. (1811-ז)
- (2) בנסיבות דנן, כליאת המסתננים ושליילת חירותם לתקופה ארוכה היא פגיעה אנושה ובלתי מידתית בזכויותיהם, בגופם ובנפשם. הפגיעה בזכותם לחירות של המסתננים שניתן להחזיקם במשמורת עד שלוש שנים היא פגיעה קשה ביותר בעלת עוצמה גבוהה ורבה. (812-ד)
- (3) ככל שמדובר במשאבי המדינה, הרי שבשל הפגיעה הקשה בזכות לחירות, הנמצאת בחלקה העליון של פירמידת הזכויות, על המדינה להיות נכונה לשאת בנטל הכלכלי הכרוך בכך. באופן כללי ייאמר כי לא הובאו נתונים כלשהם בעניין. (815-ו)
- (4) בנסיבות דנן, בהתחשב בכך שרוב רובם של המסתננים אינו מצוי במשמורת, אלא בקרבה של האוכלוסייה המקומית או בצידה; ובהתחשב בכך שקיימים אמצעים חלופיים רבים שהמדינה רשאית לנקוט כדי להתמודד עם השלכות אלה – ובהתחשב בגדר הגבול עם מצרים שבנייתה הושלמה כמעט במלואה וביכולת לשפר את יעילותה – הרי שלא ניתן לומר כי התועלת מהמשמורת עולה על הפגיעה הקשה בזכויותיהם החוקתיות של המסתננים. (815-ז)
- (5) אין נפקות הדבר שלא ניתן בשלב זה להטיל עליהם הגבלות שונות, כללים ונהלים שיחייבו אותם בעת שהותם בארץ המארחת, ובכלל זה – אף לשימם במשמורת לתקופת זמן מידתית. אלא שהגבלות אלה אינן יכולות – למצער, בעת הנוכחית – להגיע עד כדי שליילת חירותם המלאה לתקופת זמן כה ממושכת. (816-ח)
- (6) בנסיבות דנן, המסקנה היא כי הוראת סעיף 30א(ג)(3) לחוק למניעת הסתננות אינה עומדת במבחן המידתיות הצר, ויש להכריז על היותה בלתי חוקתית. (818-א-ב)
- יא. (1) ביטולה של הוראת סעיף 30א(ג)(3) ייצור חלל שאין ביכולתו של בית המשפט למלא ועניין זה מצוי בתחומה של הכנסת. בית המשפט אינו רשאי לשים עצמו בנעליו של המחוקק ולקבוע הסדר אחר תחת זה שבוטל, והמקרה דנן ודאי שאינו ראוי לכך. (818-ב-ג)
- (2) בנסיבות דנן, לא ניתן להפריד בין חלקי התיקון לחוק למניעת הסתננות כאשר הוראתו העיקרית בטלה. מכך נובע כי לא ניתן יהיה ליישם את הסדרי התיקון באופן כללי לאחר בטלות הוראת סעיף 30א(ג)(3) לחוק. (818-ה-ו)
- (3) בנסיבות דנן, לנוכח הפגיעה הקשה בזכות לחירות, אין להשהות את

- ההכרזה על בטלות התיקון. תחת זאת, ניתן לקבוע – בגדר ההצהרה על בטלות התיקון – כי את צווי הגירוש (והמשמורת) שהוצאו מכוח החוק למניעת הסתננות, יראו כאילו ניתנו מכוח סעיפים 13(ב) ו-13א(ג) לחוק הכניסה לישראל, התשי"ב-1952. (19-ג819)
- א (4) בנסיבות דנן, כדי לאפשר למדינה להיערך לבחינת עניינם הפרטני של המוחזקים במשמורת, שמספרם אינו מבוטל, יש לקבוע כי עילת השחרור הקבועה בסעיף 13א(4) לחוק הכניסה לישראל לא תחול לפרק זמן של 90 ימים מיום מתן פסק הדין. (19-ה819)
- ב (5) (דעת מיעוט – השופט נ' הנדל): בנסיבות דנן, התוצאה הראויה יותר היא מיקוד הסעד בפגם החוקתי הבולט – הרף העליון להחזקה במשמורת. המסקנה היא ביטול סעיף 30א(ג) בלבד, חלף ביטול סעיף 30א כולו. (1-1875)
- ג יב. (אליבא דשופט ע' פוגלמן):
- (1) את מבחן המידתיות במובן הצר מקובל ליישם ב"ערכים מוחלטים" – כלומר, בהשוואה ישירה של התועלת הטמונה בחוק לעומת הנזק שנגרם לזכות החוקתית. עם זאת, ניתן גם להפעיל בחינה "יחסית" של המידתיות במובן הצר. (1-1839)
- ד (2) בבחינה "יחסית", ייבחן האמצעי שנגקט בחוק לעומת אמצעי חלופי אפשרי, שתועלתו היא פחותה במידת-מה. (1839-א840)
- (3) האמצעי שנגקט יהיה בלתי מידתי "במובן הצר" אם הפחתה מסוימת בתועלת המושגת ממנו, תבטיח הפחתה ניכרת במידת הפגיעה בזכות החוקתית. לצורך כך, ניתן להשוות את האמצעי שנגקט בחוק להסדר שקדם לו ושנועד להשיג תכלית דומה. (ד, 840א)
- ה (4) בנסיבות דנן, לא ניתן להתעלם מחוסר הוודאות באשר לתועלת השולית של התיקון במישור בלימתה של תופעת הכניסה הבלתי מוסדרת לישראל ממצרים. (841-ה)
- (5) בנסיבות דנן, הכלל שנקבע בתיקון סוטה גם מהעקרונות המקובלים בישראל ובעולם לעניין שלילת חירותם של שוהים שלא כדין על פי דיני ההגירה, וזאת – בשני היבטים עיקריים: ראשית, התיקון קובע כלל בדבר החזקה במשמורת של שוהים שלא כדין לתקופה ארוכה בהיעדר הליך הרוחקה אפקטיבי; שנית, התיקון מאפשר החזקה במשמורת של מבקשי מקלט לפרק זמן ניכר. (1843-בג)
- ו (6) בנסיבות דנן, הקביעה שמדובר באמצעי שאינו מידתי מתחזקת על רקע קיומם של אמצעים חלופיים שלא ננקטו, ושיש בהם כדי להשיג – גם אם לא



באופן מלא – חלק מתכליות התיקון, תוך כדי פגיעה פחותה במידה ניכרת בזכות לחירות אישית. (846-ה-1)

יג. (אליבא דמשנה לנשיא מ' נאור):

- (1) במונחים חוקתיים ניתן לומר כי האמצעי שננקט, אמצעי המעצר הממושך, אינו מידתי. אמצעי זה אינו עולה בקנה אחד עם עקרונות היסוד של השיטה המשפטית, ואף לא עם המקובל בעולם. (853-ג)
- (2) יש זיקה בין עוצמת הפגיעה החוקתית, בנסיבות דנן פגיעה בזכות לחירות, לבין בחירת האמצעי המידתי להתמודד עם הפגיעה. מדובר בעניין סבוך ומורכב. עם זאת, והדברים נאמרים על דרך השלילה, לא ניתן להתמודד עימו בדרך של מעצר ממושך. (853-ג-ד)

יד. (אליבא דשופט י' עמית):

- (1) מדינת ישראל, כמו כל מדינה מתוקנת אחרת, אינה מסוגלת לקלוט את כל החלכאים, הנדכאים והנרדפים ברחבי העולם ובאפריקה. (856-ג)
- (2) בבוא בית המשפט לאזן בין זכויות יסוד מול זכויות יסוד אחרות או מול אינטרסים חיוניים של המדינה, עליו להיות ער לנתונים, להערכות ולתחזיות. יש מצבים שבהם "הכמות עושה איכות". לא זה המצב דנן, אך בהינתן מצבים ונתונים שונים, עשויה התוצאה להשתנות גם במישור המשפטי. (856-ה-1)

טו. (אליבא דשופט ס' ג'ובראן):

- (1) שימתו של מסתנן במעצר כדי להרתיע מסתננים פוטנציאליים פוגעת בו, בעת הזאת, פגיעה בלתי מידתית, ולכן אין היא חוקתית. את בחינת היחס בין האמצעי הפוגעני לבין התכלית יש להותיר, ככל הניתן, למבחני המשנה של המידתיות. (858-ד)
- (2) בחינת התכלית הראויה, בלי להפרידה מן האמצעי הפוגעני להגשמתה, מעוררת קשיים: ראשית, בחינה כזו עלולה להכתיים כל תכלית באי חוקתיות, בלי שתיבחן לגופה. שנית, בחינה כזו יוצרת כפילות שאינה נדרשת. בחינת היחס שבין התועלת הצומחת מהגשמת התכלית לבין הנזק לזכות החוקתית, נעשית בגדרי מבחן המידתיות השלישי (במובן הצר). שם, נערכת השוואה "ישירה" של נזק מול תועלת. השוואה ישירה זו מקילה על מלאכת בחינתה של מידתיות הפגיעה. (859-ה-ד)
- (3) בחינת התכלית עם האמצעי להגשמתה מקדימה שלא לצורך את העיסוק בעוצמת הפגיעה אל שלב בחינת התכלית הראויה ומקשה עליה. משכך, את התכלית השנייה (בלימתה של תופעת ההסתננות) יש לבחון בלי ליתן – כבר

- בשלב זה – את מלוא המשקל לעוצמת הפגיעה שהמעצר מסב לזכות לחירות. (א860)
- א (4) הרצון לעצב חקיקה שאינה מעודדת הגירת עבודה אינו בלתי לגיטימי. הוא אינו חורג מן הפררוגטיבה של מדינה לקבוע מי יבוא בשעריה, ועולה בקנה אחד עם ריבונותה. זאת, כפוף למבחניה של פסקת ההגבלה ולמחויבותה של מדינת ישראל מכוח הדין הבינלאומי. (א861–1860)
- (5) שאלה זו הופכת למורכבת יותר בכל הקשור למי שזכאי למעמד של פליט. בנסיבות דנן, אין להידרש לשאלה זו. (א861)
- ב טז. (אליבא דשופט י' דנציגר):
- (1) בנסיבות דנן, היה על המשיבים להתייחס באופן זהיר יותר למורכבות המאפיינת אותם "מסתננים" ולא להסתפק בתיוגם כמי שאינם אלא מהגרי עבודה בלתי חוקיים. אין מדובר בשאלה של רטוריקה בלבד. (א862–1861)
- ג (2) ככל שמתערעת ההנחה שלפיה אוכלוסיית היעד של התיקון לחוק מורכבת בעיקרה ממהגרי עבודה, ומתחזקת ההנחה שמדובר במבקשי מקלט שיכול שהם "פליטים", כך מאבדת מעוקצה טענת המשיבים שלפיה תכלית החוק היא להעמיד לנגד עיניהם דיני הגירה מחמירים המאיינים את התמריץ הכלכלי שביסוד הגירתם הבלתי חוקית. (א861-ב)
- (3) אין חולק על הצורך לנקוט צעדים אופרטיביים כדי להתמודד עם השפעותיה של תופעת ההסתננות, ויפה שעה אחת קודם. אך פנייה לאמצעי הכרוך בפגיעה קיצונית בזכות היסוד לחירות של אלפי בני אדם, שהתועלת שבצידו מוטלת בספק, בעת שקיימות אפשרויות פוגעניות פחות שלא נעשה ניסיון למצותן, אינה הפתרון. (א861-ו)
- יז. (אליבא דשופט א' חיות):
- ח (1) המסקנה בדבר אי חוקיותו של התיקון לחוק אין משמעה כי המצב המשפטי אשר שרר טרם חקיקתו היה משביע רצון. ההיפך הוא הנכון. (ז1-1864)
- (2) סוגיית מעמדם של המסתננים זועקת להסדרה כוללת בחקיקה ולמחשבה ארוכת טווח אשר יהא בהן משום מענה, ולו חלקי, לשלל האתגרים שסוגיה זו מציבה בפני החברה הישראלית. (א865–1864)
- ט (3) משמדיניות אי ההרחקה "זמנית" אשר אותה נוקטת המדינה כלפי חלק מאותם מסתננים הופכת ברבות השנים לזמנית פחות, יש הכרח למלאה בתוכן נורמטיבי. (ב865)
- יח. (אליבא דשופט נ' הנדל):
- י (1) תכלית לגיטימית היא לצמצם את ההשפעות השליליות של ההסתננות. דברים אלה – כוחם יפה אף באשר לעקרונות ההרתעה: ההרתעה במקרה דנא

- נועדה למנוע מראש את ההשפעות השליליות שיש להסתנות על החברה בישראל. (866-ד866)
- א (2) ניתן להיעזר בדרישות המשפט העברי מהיחיד כלפי היחיד. שני כללים גדולים עומדים זה בצד זה: האחד – החובה לגמול חסד ולנקוט צעדים הומניטריים כלפי כל אדם באשר הוא אדם; הכלל השני הוא ההכרה כי עניי עירך קודמים. (867ה, ו-ז)
- ב (3) כללים אלה חלים גם על הציבור. האיזון ביניהם הוא עדין ביותר ומושפע מהמציאות המשתנה. הוא נתון בידי המחוקק והממשלה הנבחרת, על רקע חובתם הכללית לעצב מדיניות הגירה. (868א)
- יט. (אליבא דשופט נ' הנדל):
- א (1) בנסיבות דנן, מימד הזמן של ההחזקה הוא ליבת העניין: אם הקביעה כי הרף העליון להחזקה עומד על שלוש שנים, ולא על פחות מכך, עוברת את הבחינה החוקתית. (1869-ז)
- ג (2) דווקא בשל המאפיינים של ההחזקה – החזקה במשמורת בלא הליך פלילי – מוטל על בית המשפט, בעת הביקורת החוקתית, לבחון את העניין במשקפיים של ביקורת חוקתית קפדנית (strict scrutiny). (870א)
- ד (3) יש הצדקה רבה יותר לבחון את תקופת ההחזקה המקסימלית בגדרי מבחן המידתיות לא רק במועד חקיקתו של החוק אלא גם במועד דנן. לעת הזאת התקופה של שלוש שנים אינה מוצדקת. (870ב, ה)
- ה (4) גם אם יש באורך התקופה כדי להרתיע מסתננים פוטנציאלים, הרי שהרתעה מעין זו פסולה היא. עסקינן לא בעצם ההחזקה, אלא בתקופתה. בתקופה ארוכה מעין זו, החשש מפני הכנסת המימד העונשי להחזקה – גובר. (871א-ב)
- ו (5) העמדת הרף של שלוש שנים לביקורת של מבחן המשנה השלישי של המידתיות – מבחן המידתיות במובן הצר – מעוררת קושי של ממש. דהיינו, אף אם טמונה תועלת בקביעת התקופה של שלוש שנים, אין היא עולה על הנזק שנגרם למסתנן הבודד ועל הפגם שנוצר כתוצאה מהטלת תקופה כה ארוכה להחזקה. (871ז-872א)
- ז. (אליבא דנשיא א' גרוניס):
- א (1) פסק הדין, הקובע את דבר בטלותו של סעיף 30 לחוק, נכון הוא לשעתו, ולאור הנסיבות הקיימות. שינוי מהותי לרעה בנסיבות יצדיק בחינה שיפוטית מחדש של העניין, אם שוב תחוקק הכנסת חוק דומה. (879ג-ד)
- ב (2) יתרה מזו, אף בנסיבות דנן אין מניעה מלחוקק חוק חדש שיתיר החזקה במשמורת במשך תקופה קצרה באופן ניכר משלוש שנים. (879ה-ה)

חוקי יסוד שאוזכרו:

- א – חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו, סעיפים 1, 5, 6, 8.
- חוק-יסוד: חופש העיסוק.

חקיקה ראשית שאוזכרה:

- א – חוק למניעת הסתננות (עבירות ושיפוט) (תיקון מס' 3 והוראת שעה), התשע"ב-2012.
- ב – חוק למניעת הסתננות (עבירות ושיפוט), התשי"ד-1954, סעיפים 1, 13(ג), 30, 30(א), 30(2א), 30א, 30א(א), 30א(ב), 30א(ג), 30א(ג)(1), 30א(ג)(1)–(2), 30א(ג)(3), 30ב, 30ג, 30ד, 30ד(א)(1), 30ה, 30ה(1)(א), 30.
- ג – חוק הכניסה לישראל, התשי"ב-1952, סעיפים 2(א)(5), 13, 13(א), 13(ב), 13(ג), 13א, 13א(ב), 13א(ג), 13ו, 13ו(א), 13ו(א)(1), 13ו(א)(2), 13ו(א)(3), 13ו(א)(4), 13ו(ב), 13יב, 13יד, 13יד(א), 13יז(א).
- ד – חוק השבות, התש"י-1950.
- חוק הכניסה לישראל (תיקון מס' 9), התשס"א-2001.
- חוק סדר הדין הפלילי [נוסח משולב], התשמ"ב-1982, סעיפים 15ב, 129.
- ה – חוק העונשין, התשל"ז-1977, סעיפים 38, 40ב, 40ז, 80א.
- ו – חוק סדר הדין הפלילי (סמכויות אכיפה – מעצרים), התשנ"ו-1996, סעיף 21(ב)(1).
- חוק ההוצאה לפועל, התשכ"ז-1967.
- חוק ההוצאה לפועל (תיקון מס' 29), התשס"ט-2008.
- ז – חוק ההוצאה לפועל (תיקון מס' 29) (תיקון מס' 3), התשע"ג-2013.
- ח – חוק טיפול בחולי נפש, התשנ"א-1991.
- חוק כליאתם של לוחמים בלתי חוקיים, התשס"ב-2002.
- חוק האזרחות והכניסה לישראל (הוראת שעה), התשס"ג-2003.
- חוק העונשין (תיקון מס' 113), התשע"ב-2012.

ט

בג"ץ 7146/12, בר"ם אדם ואח' נ' כנסת ישראל ואח'; פלוגית ואח' נ'  
 מע"מ 1192/13, ע"מ 1247/13 משרד הפנים ואח'; טהנגס ואח' נ' משרד הפנים  
 פ"ד סד(2) 717

הצעות חוק שאוזכרו:

- הצעת חוק הכניסה לישראל (תיקון מס' 8), התשס"א-2000.
- א — הצעת חוק למניעת הסתננות (עבירות ושיפוט) (תיקון מס' 3 והוראת שעה), התשע"א-2011.
- הצעת חוק המאבק בתופעת ההסתננות בגבול הדרום (הוראת שעה), התשע"ב-2011.

אמנות שאוזכרו:

- אמנה בדבר מעמדם של פליטים, כ"א 3, עמ' 5, סימן א, סעיף א(1)(2), סימנים כ"ו, ל"ג.
- פרוטוקול בדבר מעמדם של פליטים, כ"א 21, עמ' 3.
- ג — אמנה בינלאומית בדבר זכויות אזרחיות ומדיניות, כ"א 31, עמ' 269, סעיפים 9(1), 12(1).
- אמנה נגד עינויים ונגד יחס ועונשים אכזריים, בלתי אנושיים או משפילים, כ"א 31, עמ' 249, סעיף 3.

פסקי דין של בית המשפט העליון שאוזכרו:

- [1] בג"ץ 4542/02 עמותת "קו לעובד" נ' ממשלת ישראל, פ"ד סא(1) 346 (2006).
- [2] בג"ץ 7302/07 מוקד סיוע לעובדים זרים נ' שר הביטחון (לא פורסם, ניתן ביום 7.7.2011).
- ה [3] ע"א 9656/08 מדינת ישראל נ' סעידי (לא פורסם, ניתן ביום 15.12.2011).
- [4] עע"ם 8675/11 טדסה נ' יחידת הטיפול במבקשי מקלט (לא פורסם, ניתן ביום 14.5.2012).
- ו [5] עע"ם 8908/11 אספו נ' משרד הפנים (לא פורסם, ניתן ביום 17.7.2012).
- [6] בג"ץ 4702/94 אל טאיי נ' שר הפנים, פ"ד מט(3) 843 (1995).
- [7] עע"ם 7079/12 מדינת ישראל נ' גרמאיי (לא פורסם, ניתן ביום 10.12.2012).
- ז

- [8] בג"ץ 11437/05 קו לעובד נ' משרד הפנים, פ"ד סד(3) 122 (2011).
- א [9] בג"ץ 6312/10 קו לעובד נ' הממשלה (לא פורסם, ניתן ביום 16.1.2011).
- [10] בג"ץ 3648/97 סטמקה נ' שר הפנים, פ"ד נג(2) 728 (1999).
- [11] בג"ץ 1468/90 בן ישראל נ' שר הפנים, פ"ד מד(4) 149 (1990).
- [12] בג"ץ 199/53 פלוני נ' שר הפנים, פ"ד ח 243 (1954).
- ב [13] בג"ץ 4963/98 ססאי נ' שר הפנים (לא פורסם, ניתן ביום 27.12.2001).
- [14] עע"ם 4614/05 מדינת ישראל נ' אורן, פ"ד סא(1) 211 (2006).
- [15] עע"ם 1644/05 פרידה נ' משרד הפנים (לא פורסם, ניתן ביום 29.6.2005).
- ג [16] בר"ם 1662/11 בירה נ' משרד הפנים (לא פורסם, ניתן ביום 1.9.2011).
- [17] בר"ם 173/03 מדינת ישראל – משרד הפנים נ' סלאמה (לא פורסם, ניתן ביום 9.5.2005).
- ד [18] בר"ם 7267/09 עבדולאי נ' משרד הפנים (לא פורסם, ניתן ביום 21.12.2009).
- [19] בר"ם 696/06 אלקנוב נ' בית הדין לביקורת המשמורת של שוהים שלא כדין (לא פורסם, ניתן ביום 18.12.2006).
- [20] עע"ם 8642/12 טספהונה נ' משרד הפנים (לא פורסם, ניתן ביום 4.2.2013).
- ה [21] בג"ץ 3208/06 פלוני נ' ראש אגף מבצעים, צה"ל (לא פורסם, ניתן ביום 7.10.2008).
- [22] בג"ץ 2605/05 המרכז האקדמי למשפט ולעסקים, חטיבת זכויות האדם נ' שר האוצר, פ"ד סג(2) 545 (2009).
- ו [23] ע"פ 6659/06 פלוני נ' מדינת ישראל, פ"ד סב(4) 329 (2008).
- [24] בג"ץ 10662/04 חסן נ' המוסד לביטוח לאומי, פ"ד סה(1) 782 (2012).
- [25] בג"ץ 6304/09 לה"ב – לשכת ארגוני העצמאים והעסקים בישראל נ' היועץ המשפטי לממשלה (לא פורסם, ניתן ביום 2.9.2010).
- ז

בג"ץ 7146/12, בר"ם אדם ואח' נ' כנסת ישראל ואח'; פלונית ואח' נ'  
 1192/13, עע"ם 1247/13 משרד הפנים ואח'; טהנגס ואח' נ' משרד הפנים  
 פ"ד סד(2) 717

- [26] בג"ץ 6427/02 התנועה למען איכות השלטון בישראל נ' כנסת ישראל, פ"ד סא(1) 619 (2006).
- [27] א בג"ץ 5975/12 חטיבת מפיצי הסיגריות במכונות אוטומטיות נ' משרד הבריאות (לא פורסם, ניתן ביום 3.7.2013).
- [28] בג"ץ 2442/11 שטנגר נ' יו"ר הכנסת (לא פורסם, ניתן ביום 26.6.2013).
- [29] ב בג"ץ 3239/02 מרעב נ' מפקד כוחות צה"ל באזור יהודה ושומרון, פ"ד נז(2) 349 (2003).
- [30] דנ"פ 2316/95 גנימאת נ' מדינת ישראל, פ"ד מט(4) 589 (1995).
- [31] בג"ץ 5016/96 חורב נ' שר התחבורה, פ"ד נא(4) 1 (1997).
- [32] כ"ש 1/87 דננאוילי נ' מדינת ישראל, פ"ד מא(2) 281 (1987).
- [33] ג בג"ץ 6055/95 צמח נ' שר הביטחון, פ"ד נג(5) 241 (1999).
- [34] רע"א 4423/12 ג'רייס נ' מדינת ישראל (לא פורסם, ניתן ביום 8.7.2012).
- [35] ע"פ 4620/03 אבו ראשד נ' מדינת ישראל, פ"ד נח(1) 289 (2003).
- [36] ד עע"ם 1038/08 מדינת ישראל נ' געאביץ (לא פורסם, ניתן ביום 11.8.2009).
- [37] כ"ש"פ 3513/95 שרגאי נ' התובע הצבאי, פרקליטות חיל האוויר, פ"ד נא(2) 686 (1997).
- [38] עמ"ם 8607/04 פחימה נ' מדינת ישראל, פ"ד נט(3) 258 (2004).
- [39] ה עמ"ם 4794/05 אופן נ' שר הביטחון (לא פורסם, ניתן ביום 12.6.2005).
- [40] בג"ץ 3128/12 מסלמאני נ' המפקד הצבאי לאזור יהודה ושומרון (לא פורסם, ניתן ביום 7.5.2012).
- [41] ו בג"ץ 5784/03 סלאמה נ' מפקד כוחות צה"ל באזור יהודה ושומרון, פ"ד נז(6) 721 (2003).
- [42] עמ"ם 8788/03 פדרמן נ' שר הביטחון, פ"ד נח(1) 176 (2003).
- [43] רע"א 8000/07 היועץ המשפטי לממשלה נ' פלוני (לא פורסם, ניתן ביום 2.5.2012).
- [44] ז ע"פ 7174/09 רייפמן נ' ארז (לא פורסם, ניתן ביום 13.10.2009).

- [45] בש"פ 4072/12 פלוני נ' בית הדין הרבני הגדול (לא פורסם, ניתן ביום 7.4.2013).
- א [46] בג"ץ 3914/92 לב נ' בית הדין הרבני האזורי בתל-אביב-יפו, פ"ד מח(2) 491 (1994).
- [47] בג"ץ 6358/05 ואנונו נ' אלוף פיקוד העורף (לא פורסם, ניתן ביום 12.1.2006).
- ב [48] בג"ץ 1890/03 עיריית בית לחם נ' מדינת ישראל, פ"ד נט(4) 736 (2005).
- [49] בג"ץ 6824/07 מנאע נ' רשות המסים, פ"ד סד(2) 479 (2010).
- [50] בג"ץ 2150/07 ראש מועצת הכפר בית סירא נ' שר הביטחון, פ"ד סג(3) 331 (2009).
- ג [51] דנ"פ 7048/97 פלוני נ' שר הביטחון, פ"ד נד(1) 721 (2000).
- [52] בג"ץ 7015/02 עג'ורי נ' מפקד כוחות צה"ל בגדה המערבית, פ"ד נו(6) 352 (2002).
- [53] עמ"ם 10/94 פלוני נ' שר הביטחון, פ"ד נג(1) 97 (1997).
- ד [54] בג"ץ 1715/97 לשכת מנהלי ההשקעות בישראל נ' שר האוצר, פ"ד נא(4) 367 (1997).
- [55] בג"ץ 5616/09 המרכז לקידום פליטים אפריקאיים נ' משרד הפנים (לא פורסם, ניתן ביום 26.8.2009).
- ה [56] בג"ץ 8276/05 עדאלה – המרכז המשפטי לזכויות המיעוט הערבי בישראל נ' שר הביטחון, פ"ד סב(1) 1 (2006).
- [57] בר"ם 1689/13 וולדו נ' שר הפנים (לא פורסם, ניתן ביום 18.4.2013).
- [58] בג"ץ 466/07 גלאון נ' היועץ המשפטי לממשלה, פ"ד סה(2) 1 (2012).
- ו [59] בג"ץ 1548/07 לשכת עורכי הדין בישראל נ' השר לביטחון פנים (לא פורסם, ניתן ביום 14.7.2008).
- [60] עע"ם 4922/12 פלוני (חוף השנהב) נ' משרד הפנים (לא פורסם, ניתן ביום 7.7.2013).
- ז [61] דנג"ץ 10007/09 גלוטון נ' בית הדין הארצי לעבודה, פ"ד סו(1) 518 (2013).



- [62] בג"ץ 7052/03 עדאלה – המרכז המשפטי לזכויות המיעוט הערבי בישראל נ' שר הפנים, פ"ד סא(2) 202 (2006).
- [63] א בג"ץ 125/51 חסין נ' שר הפנים, פ"ד ה 1386 (1951).
- [64] בג"ץ 1661/05 המועצה האזורית חוף עזה נ' כנסת ישראל, פ"ד נט(2) 481 (2005).
- [65] בג"ץ 4769/95 מנחם נ' שר התחבורה, פ"ד נז(1) 235 (2002).
- [66] ב בג"ץ 1030/99 אורון נ' יושב־ראש הכנסת, פ"ד נו(3) 640 (2002).
- [67] בג"ץ 1789/13 לוטן נ' שרת החקלאות ופיתוח הכפר (לא פורסם, ניתן ביום 20.6.2013).
- [68] בג"ץ 10202/06 עיריית דאהריה נ' המפקד הצבאי בגדה המערבית (לא פורסם, ניתן ביום 12.11.2012).
- [69] ג בג"ץ 2056/04 מועצת הכפר בית טוריק נ' ממשלת ישראל, פ"ד נח(5) 807 (2004).
- [70] בג"ץ 4562/92 זנדברג נ' רשות השידור, פ"ד נד(2) 793 (1996).
- [71] בג"ץ 910/86 רסלר נ' שר הביטחון, פ"ד מב(2) 441 (1988).
- [72] ד בג"ץ 52/06 חברת אלאקסא לפיתוח נכסי ההקדש המוסלמי בא"י בע"מ נ' Simon Wiesenthal Center Museum Corp. (לא פורסם, ניתן ביום 29.10.2008).
- [73] בג"ץ 6893/05 לוי נ' ממשלת ישראל, פ"ד נט(2) 876 (2005).
- [74] בג"ץ 3267/97 רובינשטיין נ' שר הביטחון, פ"ד נב(5) 481 (1998).
- ה פסקי דין של בתי המשפט המחוזיים שאוזכרו:
- [75] עת"מ (מחוזי י"ם) 53765-03-12 א.ס.ף – ארגון סיוע לפליטים ולמבקשי מקלט בישראל נ' שר הפנים (לא פורסם, ניתן ביום 7.6.2012).
- [76] ו עת"מ (מחוזי י"ם) 58162-01-12 באקאיוקו נ' משרד הפנים (לא פורסם, ניתן ביום 24.6.2012).

פסקי דין אירופיים שאוזכרו:

- [77] T Guzzardi v. Italy, 3 E.H.R.R. 333 (1980).

- א [78] Cyprus v. Turkey, 15 E.H.R.R. 509 (1992).  
 [79] Case C-61/11 PPU, El Dridi, 2011 E.C.R. I-3015.  
 [80] Case C-357/09 PPU, Kadzoev, 2009 E.C.R. I-11189.

פסקי דין אמריקניים שאוזכרו:

- ב [81] Zadvydas v. Davis, 533 U.S. 678 (2001).  
 [82] Clark v. Martinez, 543 U.S. 371 (2005).

פסקי דין בריטיים (הונג קונג) שאוזכרו:

- ג [83] Tan Te Lam v. Superintendent of Tai A Chau Det. Ctr. [1997] A.C. 97 (P.C. 1996) (appeal taken from H.K.).

ספרים ישראלים שאוזכרו:

- ד [84] רינת קיטאי סנג'רו המעצר: שלילת החירות בטרם הכרעת הדין (התשע"א).  
 [85] אהרן ברק פרשנות במשפט כרך שלישי – פרשנות חוקתית (1994).  
 [86] אהרן ברק מידתיות במשפט – הפגיעה בזכות החוקתית והגבלותיה (2010).  
 [87] שלמה אבינרי, ליאב אורגד, אמנון רובינשטיין התמודדות עם הגירה גלובלית: מתווה למדיניות הגירה לישראל (רות גביזון עורכת, 2009).

מאמרים ישראלים שאוזכרו:

- ה [88] אפרת שהם "החצר האחורית של מערכת הכליאה בישראל – עובדים זרים ללא היתר" קרימינולוגיה ישראלית א 29 (2011).  
 [89] יובל לבנת "מעצרו ושחרורו לחופשי של הזר שסירב להזדהות" המשפט טו 227 (2010).  
 [90] עופר סיטבון "מקומם של בתי-המשפט בישראל ובצרפת בעיצובה של המדיניות כלפי מהגרי-עבודה" משפט וממשל י 273 (2006).  
 [91] יפה זילברשץ "על חופש התנועה הפנים-מדינתית" משפט וממשל ד 793 (1998).

- [92] אורן ברכה "ספק מסכנים, ספק מסוכנים: המסתננים, החוק ובית- המשפט העליון 1948–1954" עיוני משפט כא 333 (1998).
- [93] יופי תירוש "'סיפור של אונס, לא יותר' – על הפוליטיקה של ייצוג טקסטואלי" משפטים לא 579 (2001).
- [94] שולמית אלמוג "'עניי המערער חשכו' – בין הנרטיבי לנורמטיבי" מחקרי משפט טו 295 (2000).
- [95] ברק מדינה, אילן סבן "זכויות האדם ונטילת סיכונים: על דמוקרטיה, 'תיוג אתני' ומבחני פסקת ההגבלה" משפטים לט 47 (2009).
- [96] יובל לבנת "פליטים, מעסיקים, ו'פתרונות מעשיים' בבג"ץ: בעקבות בג"ץ 6312/10 קו לעובד נ' הממשלה" משפטים על אתר ג 23 (2011).

מאמרים זרים שאוזכרו:

- [97] Liav Orgad & Theodore Ruthizer, *Race, Religion and Nationality in Immigration Selection: 120 Years after the Chinese Exclusion Case*, 26 CONSTI. COMMENT. 237 (2010).
- [98] Cetta Mainwaring, *Constructing a Crisis: The Role of Immigration Detention in Malta*, 18 POPULATION, SPACE & PLACE 687 (2012).
- [99] José Javier Rodríguez, Recent Development, *Clark v. Martinez: Limited Statutory Construction Required by Constitutional Avoidance Offers Fragile Protection for Inadmissible Immigrants from Indefinite Detention*, 40 HARV. C.R.-C.L. L. REV. 505 (2005).

שונות:

- [100] רשות האוכלוסין וההגירה, דו"ח שנתי – חוק חופש המידע שנת 2012.
- [101] רשות האוכלוסין וההגירה, האגף לתכנון מדיניות, נתוני זרים בישראל (מאי 2013).

- א Special Rapporteur on the Situation of Human Rights in Eritrea, [102]  
*Rep.*, Human Rights Council, 23rd Sess., Agenda Item 4, U.N.  
 Doc. A/HRC/23/53 (May 28, 2013) (by Sheila B. Keetharuth)
- ב Independent Expert on the Situation of Human Rights in the [103]  
 Sudan on the Status of Implementation of the  
 Recommendations Compiled by the Group of Experts to the  
 Government of the Sudan for the Implementation of Human  
 Rights Council Resolution 4/8, Pursuant to Council Resolutions  
 6/34, 6/35, 7/16, 11/10 and 15/27, *Rep.*, Human Rights Council,  
 18 Sess., Agenda Item 4, U.N. Doc. A/HRC/18/40/Add.1
- ג גלעד נתן "נתונים על פשיעה של מסתננים ומבקשי מקלט וכנגד [104]  
 מסתננים ומבקשי מקלט" (הכנסת, מרכז המחקר והמידע, 2010).
- ג גלעד נתן "פשיעה של מסתננים ומבקשי מקלט וכנגד מסתננים [105]  
 ומבקשי מקלט" (הכנסת, מרכז המחקר והמידע, 2011).
- ד איתן – מדיניות הגירה ישראלית "נתוני פשיעת מסתננים בישראל" [106]  
 (2012).
- ד גלעד נתן "השפעתם של זרים ללא אשרת עבודה על שוק העבודה [107]  
 בישראל" (הכנסת, מרכז המחקר והמידע, 2011).
- ה החלטה 3936 של הממשלה ה-32 "הקמת מתקן משמורת לשהייתם [108]  
 של המסתננים ובלימת ההסתננות הבלתי חוקית לישראל"  
 (11.12.2011).
- ה Hum. Rts. Comm, General Comment No. 8: Article 9 (Right to [109]  
 Liberty and Security of Persons), 16th Sess., U.N. Doc.  
 HRI/GEN/1/Rev.1, at 8 (June 30, 1982)
- ו A. v. Australia, Hum. Rts. Comm., 59th Sess., Mar. 24–Apr. [110]  
 11, 1997, U.N. Doc. CCPR/C/59/D/560/1993 (Apr. 30, 1997)
- ו Working Group on Arbitrary Detention, *Rep.*, Human Rights [111]  
 Council, 13th Sess., Agenda Item 3, U.N. Doc. A/HRC/13/30  
 (Jan. 18, 2010)

[112] Baban v. Australia, Hum. Rts. Comm., 78th Sess., July 14–Aug. 8, 2003, U.N. Doc. CCPR/C/78/D/1014/2001 (Sept. 18, 2003). א

[113] Directive 2008/115/EC, of the European Parliament and of the Council of 16 December 2008 on Common Standards and Procedures in Member States for Returning Illegally Staying Third-Country Nationals, 2008 O.J. (L 348) 98 סעיפים 15(1), 15(4), 15(6). ב

[114] Special Rapporteur on the Human Rights of Migrants, *Regional Study: Management of the External Borders of the European Union and its Impact on the Human Rights of Migrants*, Human Rights Council, 23rd Sess., Agenda Item 3, U.N. Doc. A/HRC/23/46 (Apr. 24, 2013) (by François Crépeau). ג

[115] U.N. HIGH COMM'R FOR REFUGEES, DETENTION GUIDELINES: GUIDELINES ON THE APPLICABLE CRITERIA AND STANDARDS RELATING TO THE DETENTION OF ASYLUM-SEEKERS AND ALTERNATIVES TO DETENTION (2012). ד

[116] "בית סוהר סהרונים" (אתר שירות בתי הסוהר, 21.7.2011). [116]

[117] Shams v. Australia, Hum. Rts. Comm., 19th Sess., July 9–27, 2007, U.N. Doc. CCPR/C/90/D/1255,1256,1259,1260,1266, 1268,1270&1288/2004 (Sept. 11, 2007). ה

[118] D & E v. Australia, Hum. Rts. Comm., 87th Sess., July 10–28, 2006, U.N. Doc. CCPR/C/87/D/1050/2002 (Aug. 9, 2006).

[119] Ophelia Field with the assistance of Alice Edwards, U.N. High Comm'r for Refugees, *Alternatives to Detention of Asylum Seekers and Refugees*, U.N. Doc. POLAS/2006/03 (2006). ו

[120] הכרזה על הקמת מדינת ישראל, ע"ר התש"ח 1. [120]

[121] Hum. Rts. Comm, General Comment No. 15: The Position of Aliens Under the Covenant, 27th Sess., U.N. Doc. HRI/GEN/1/Rev.1, at 18 (Apr. 11, 1986). ז

- [122] *Immigration Detention Statistics*, AUSTRALIAN HUMAN RIGHTS  
 COMM'N (website)
- א [123] *Italy Detention Profile*, GLOBAL DETENTION PROJECT (Nov.  
 2012) (website)
- [124] *Malta Detention Profile*, GLOBAL DETENTION PROJECT (Dec.  
 2009) (website)
- ב [125] DONALD KERWIN & SERENA YI-YING LIN, IMMIGRANT  
 DETENTION: CAN ICE MEET ITS LEGAL IMPERATIVES AND CASE  
 MANAGEMENT RESPONSIBILITIES? (Migration Policy Inst., 2009)
- [126] AMNESTY INT'L, JAILED WITHOUT JUSTICE: IMMIGRATION  
 DETENTION IN THE USA (2009)

ג

מקורות המשפט העברי שאוזכרו:

- [א] דברים כג 16–17.
- [ב] הרש"ר הירש, דברים כג 16, ד"ה "לא תסגיר".
- ד [ג] בראשית יח 4.
- ד [ד] משנה תורה, מלכים, פרק י, הלכה יב.
- ה [ה] תלמוד בבלי, גיטין סא, ע"א.
- ו [ו] משנה תורה, מתנות עניים, פרק ז, הלכה יג.
- ז [ז] תלמוד בבלי, בבא מציעא עא, ע"א.

ח

- התנגדות לצו על-תנאי מיום 12.3.2013. בקשה לרשות ערעור על פסק דינו של  
 בית המשפט המחוזי בבאר שבע (הנשיא י' אלון) מיום 17.1.2013 בעת"מ  
 42469-10-12, בעת"מ 21001-10-12, בעת"מ 21060-10-12, בעת"מ 21097-10-12, בעת"מ  
 42465-10-12. ערעור על פסק דינו של בית המשפט המחוזי בבאר שבע  
 (הנשיא י' אלון) מיום 17.1.2013 בעת"מ 21001-10-12 ובעת"מ 21097-10-12.  
 העתירה התקבלה. הצו על-תנאי נעשה מוחלט. הבקשה בבר"ם 1192/13 נדונה  
 כערעור. הערעורים התקבלו. הוחלט ברוב דעות, נגד דעתו של השופט נ' הנדל,  
 לבטל את סעיף 30א לחוק למניעת הסתננות, כאמור בחוות דעתה של השופטת ע'  
 ארבל.

ט

בג"ץ 7146/12, בר"ם	אדם ואח' נ' כנסת ישראל ואח'; פלונית ואח' נ'
1192/13, עע"ם 1247/13	משרד הפנים ואח'; טהנגס ואח' נ' משרד הפנים
פ"ד סד(2) 717	השופוט ע' ארבל

- א יונתן ברמן, ענת בן דור, עודד פלר, אסף וייצן – בשם העותרים בבג"ץ 7146/12;  
 יונתן ברמן, עומר שיץ, יפתח כהן – בשם המבקשות בבר"ם 1192/13;  
 תומר ורשה, אורית רונן, יעל רוטשילד – בשם המערערים בעע"ם 1247/13  
 והמשיבים 2-6 בבר"ם 1192/13;  
 גור בליי – בשם המשיבה 1 בבג"ץ 7146/12;  
 ב יוכי גנסין, מיכל מיכלין-פרידלנדר, רן רוזנברג, מוריה פרימן – בשם  
 המשיבים 2-4 בבג"ץ 7146/12 והמשיב 1 בבר"ם 1192/13 (המשיב בעע"ם  
 1247/13);  
 וולפורגה אנגלברכט, נציגת נציבות האו"ם לפליטים בתל אביב – בשם  
 המבקשת להצטרף במעמד של "ידידת בית המשפט" בבג"ץ 7146/12;  
 ג אריאל ארליך, אביעד בקשי – בשם המבקש להצטרף במעמד של "ידיד בית  
 המשפט" בבג"ץ 7146/12;  
 אילן ציאון, עדי ברוך – בשם המבקשת להצטרף כמשיבה בבג"ץ 7146/12;  
 אמיר אבני, עופר חנוך, אורי הראל – בשם המבקשים להצטרף כמשיבים בבג"ץ  
 7146/12;  
 ד פרנסס רדאי – בשם מרכז קונקורד.

## פסק דין

השופוט ע' ארבל:

הסוגיה העיקרית הניצבת לפנינו היא שאלת חוקתיותו של החוק למניעת  
 הסתננות (עבירות ושיפוט) (תיקון מס' 3 והוראת שעה), התשע"ב-2012 (להלן:  
 התיקון), אשר נחקק כתיקון לחוק למניעת הסתננות (עבירות ושיפוט), התשי"ד-  
 1954 (להלן: החוק או החוק למניעת הסתננות). התיקון מאפשר להחזיק  
 במשמורת מסתננים שהוצא נגדם צו גירוש על ידי שר הביטחון לתקופה של  
 שלוש שנים.

1. לפנינו שלושה תיקים ששמיעתם אוחדה. הראשון והעיקרי שבהם הוא עתירה חוקתית (בג"ץ 7146/12) התוקפת באופן ישיר את חוקתיותו של התיקון. לצידה נשמעו ערעור (עע"ם 1247/13) ובקשה לרשות ערעור (בר"ם 1192/13) התוקפים יחדיו פסק דין שניתן על ידי בית המשפט לעניינים מינהליים, ואשר גם בהם עולה סוגיית חוקתיותו של התיקון. מוקד העניין שלפנינו הוא התיקון לחוק למניעת הסתננות שהוחל כבר ביישומו. על פרטיו של התיקון לחוק אעמוד כמובן בהרחבה בהמשך הדברים, עם זאת אומר כבר כעת כי מהותו של התיקון עניינו באפשרות להחזיק מסתננים, שהוצא נגדם צו גירוש על ידי שר הביטחון, במשמורת למשך שלוש שנים. "מסתנן" מוגדר בתיקון (סעיף 1 לחוק למניעת הסתננות) כמי שאינו תושב ונכנס לישראל שלא על דרך תחנת גבול שקבע שר הפנים לפי חוק הכניסה לישראל, התשי"ב-1952 (להלן: חוק הכניסה לישראל). התיקון מפרט, עם זאת, מקרים שבהם ישוחרר המסתנן מטעמים שונים עוד בטרם חלפה התקופה האמורה. כן קובע התיקון שורה של הסדרים הקשורים להוראות אלה, ובהם תנאי החזקה במשמורת, מינוי בית דין לביקורת משמורת של מסתננים וסמכויותיו של בית הדין, ביקורת שיפוטית, ועוד.

ד

סקירת רקע

2. הגירת בני אדם מסיבות שונות היא תופעה עולמית המצויה בעשורים האחרונים במגמת עלייה מתמדת. מקומה של מדינת ישראל לא נפקד מהמפה העולמית בנושא ההגירה. מיליוני גברים ונשים "נוודים אל מחוץ לארצם בתורם אחר תעסוקה וביטחון אישי וכלכלי" (ראו בג"ץ 4542/02 עמותת "קו לעובד" נ' ממשלת ישראל [1], בפסקה 23 לפסק דינו של השופט לוי וההפניות שם, להלן: עניין קו לעובד הראשון). משכך, מתמודדת מדינת ישראל בשנים האחרונות עם סוגיות ועם דילמות קשות הנוגעות למדיניות ההגירה של המדינה ולאופן טיפולה בהגירה חוקית ובלתי חוקית ולהתייחסותה אליהן. הסוגיות השונות שעומדות להכרעה נבדלות זו מזו ומעוררות קשיים שונים ודילמות מגוונות. כך, הועלו סוגיות מהותיות בנוגע לבקשות לאיחוד משפחות במדינת ישראל, לסוגיית העובדים הזרים, למבקשי מקלט ולמסתננים. ברובן, מעוררות הסוגיות התנגשויות בין אינטרסים לאומיים וציבוריים לבין זכויותיהם של המהגרים השונים, ובהן שאלות הנוגעות לזכויות האדם של המהגרים, כבודם וחירותם.

ט



מאידך גיסא, התעוררו שאלות של פגיעה באזרחים, של השפעה על תעסוקתם של עובדים מקומיים, ועוד. האיזון בין האינטרסים והערכים המונחים על כפות המאזניים אינו קל והוא מעורר שאלות קשות ביותר המונחות לפתחם של העוסקים במלאכה. כל פתרון משמעו פגיעה כלשהי באחד מהאינטרסים או באחת מהזכויות המתנגשות.

א

3. עסקינן במקרה זה במי שהמדינה מכנה "מסתננים", ואף אנו נשתמש במונח זה בהתאם להגדרת החוק. המסתננים, אם כן, הם אלה שנכנסו כאמור לישראל שלא כחוק ולא דרך תחנת גבול מוסדרת (ראו גם הגדרת "מסתנן" בסעיף 1 לחוק למניעת הסתננות), ויש להבחין בינם לבין אלה שנכנסו לישראל כחוק, דרך תחנת גבול, בין כתיירים בין כעובדים זרים אך נשארו בה שלא כדין תוך הפרת תנאי האשרה שניתנה להם. המסתננים ברובם הגיעו דרך הגבול של מדינת ישראל עם מצרים, גבול שאורכו כ-220 ק"מ ואשר עד לאחרונה היה פרוץ אך כעת הוא חסום על ידי גדר שנבנתה לאחרונה לאורכו. לתופעת המסתננים, שהלכה והתרחבה במדינת ישראל, יש השפעות על פלחים שונים של חיי המדינה. קיימת השפעה של ממש על ביטחון הפנים ועל שלום הציבור. נוצר שינוי עמוק במרקם החיים במרחב האורבני, כמו גם השלכות על הכלכלה והמשק.

ב

ג

ד

4. על פי נתונים מאת רשות האוכלוסין וההגירה, נכנסו לישראל עד לסוף שנת 2011 כ-54,500 מסתננים באופן מצטבר. הנתונים המעודכנים ביותר, נכון ל-1.5.2013, מדברים על 64,649 מסתננים שנכנסו לישראל באופן מצטבר, מתוכם 54,580 איש שוהים נכון למועד זה בישראל (ראו רשות האוכלוסין וההגירה, דו"ח שנתי – חוק חופש המידע שנת 2012 [100], ניתן למצוא ב: <http://www.piba.gov.il/PublicationAndTender/Pages/FreedomOfInformation.aspx>; רשות האוכלוסין וההגירה, האגף לתכנון מדיניות, נתוני זרים בישראל, מאי 2013 [101], ניתן למצוא ב: [http://www.piba.gov.il/publication/ndtender/foreign\\_workersstat/pages/default.aspx](http://www.piba.gov.il/publication/ndtender/foreign_workersstat/pages/default.aspx)).

ה

ו

5. בפילוח הנתונים לפי שנים ניתן ללמוד על מגמה משתנה בנוגע לתופעת ההסתננות לישראל. בשנת 2009 נכנסו לישראל 5,285 מסתננים. בשנת 2010 נכנסו לישראל 14,709 מסתננים דרך הגבול עם מצרים. בשנת 2011 נכנסו

ז

א 17,258 מסתננים, כ־1,400 איש מדי חודש בממוצע. שנת 2012 היא שנה של מפנה, שכן המגמה מתהפכת. בשנה זו נכנסו לישראל 10,412 מסתננים, כ־870 איש בממוצע לחודש. בשנת 2013 ניכרת צניחה במספר המסתננים החודשי. בחודש ינואר הסתננו 10 אנשים שאותרו בגבול, בחודש פברואר – חמישה אנשים, בחודש מארס – שלושה אנשים ובחודש אפריל הסתננו 10 אנשים בלבד שאותרו בגבול. הנפקות והסיבות לשינוי מגמה ניכר זה שנויות במחלוקת בין הצדדים, ואתיחס לכך בהמשך הדברים.

ב 6. עוד על פי הנתונים, רובם המכריע של המסתננים מקורו באריתריאה ובסודן. על פי הנתונים המעודכנים של רשות האוכלוסין, 66% מהמסתננים השוהים כיום בישראל מגיעים מאריתריאה, 25% מתוכם מגיעים מסודן, והיתר הגיעו לישראל ממדינות שונות. הנפקות של נתון זה היא רבה. אריתריאה וסודן הן שתי מדינות המצויות במזרח אפריקה אשר חוו בשנים האחרונות משברים קשים, מלחמות וסכסוכים פנימיים מרים.

ג כרקע לדברים חשוב להביא מעט מידע הנוגע לשתי מדינות אלה. אריתריאה היא מדינה שהוכרה כעצמאית בשנת 1993 לאחר 30 שנות מאבק עם אתיופיה. מאז הוכרה כעצמאית לא נערכו בחירות דמוקרטיות באריתריאה ונשיא המדינה, המכהן גם כראש הממשלה וכמפקד העליון של הצבא, עודנו בתפקידו החל משנה זו. האסיפה הלאומית של אריתריאה מורכבת ממפלגה אחת בלבד (PDFJ). באריתריאה, על פי דו"חות של האו"ם, קיימת הפרה עקבית ונרחבת של זכויות אדם מצד הממשל. הפרות אלה כוללות מעשי הוצאה להורג ללא משפט; מדיניות של ירי כדי להרוג המכוונת למי שמנסה לצאת מגבולות המדינה; היעלמויות של אזרחים ומעצרים שלא נמסר עליהם למשפחות; מאסרים ומעצרים שרירותיים; שימוש נרחב בעינויים פסיים ופסיכולוגיים במהלך חקירות של המשטרה, הצבא וכוחות הביטחון; תנאי מאסר בלתי אנושיים; שירות חובה צבאי לתקופה ארוכה ובלתי מוגבלת שבמהלכו נעשה שימוש בעונשים אכזריים המובילים אף להתאבדויות; אי כיבוד זכויות אזרח, כגון חופש הביטוי, חופש האסיפה, חופש ההתאגדות, חופש הדת והתנועה; הפליית נשים ואלימות מינית; הפרת זכויות ילדים, כולל גיוסם של ילדים, ועוד (ראו דו"ח שהוכן בעבור מועצת זכויות האדם של האו"ם מחודש מאי 2013 –

Special Rapporteur on the Situation of Human Rights in Eritrea, *Rep.* (by  
 http://daccess-dds-ny.un. ניתן למצוא ב: Sheila B. Keetharuth) [102]  
 .(rg/doc/UNDOC/GEN/G13/I40/99/PDF/G1314099.pdf?OpenElement

סודן היא מדינה מוכת בצורת ורעב שסבלה במשך שנים רבות מהפיכות  
 צבאיות וממלחמת אזרחים קשה וממושכת. בעקבות המלחמה נאלצו מיליוני  
 אנשים לעזוב את בתיהם, סבלו מרעב, מתת־זונה ומשירותי חינוך ובריאות  
 לקויים ביותר. מלבד מלחמת האזרחים בין הצפון לדרום פרץ בשנת 2003 מרד  
 נוסף בחבל דארפור שבמערב המדינה. כדי לדכא את המרד חימשה הממשלה  
 מיליציות אשר נלחמו במורדים. מאבק זה, שהפך למאבק אתני, אופייני באונס  
 ובטבח המוני ויש הרואים בו רצח עם. בשנת 2011 הכריזה דרום סודן על  
 עצמאותה מהרפובליקה של סודן. באמצע שנת 2011 עוד דווח על הפצצות  
 שאינן מבחינות בין אזרחים ללוחמים; על התקפות נגד אזרחים מטעם כל  
 הצדדים לסכסוך, כולל על ידי הצבא הסודני; על היעדר הגנה ממשלתית על  
 האזרחים. יש דיווחים נרחבים על אלימות פיסית ואלימות מינית כלפי נשים, אם  
 כי דווח גם על שיפור מסוים בטיפול מטעם הממשלה והמשטרה בסוגיה. גיוס  
 וחימוש ילדים אף הם תופעה נפוצה בסודן, אשר כיום יש מאמץ למגרה. הפרת  
 זכויות האדם בסודן כוללת אף מאסרים ומעצרים שרירותיים, עינוי עצירים  
 והחזקתם בתנאים גרועים (ראו דו"ח שהוכן בעבור מועצת זכויות האדם של  
 האו"ם בשנת 2011 Independent Expert on the Situation of Human Rights –  
 in the Sudan on the Status of Implementation of the Recommendations  
 Compiled by the Group of Experts to the Government of the Sudan for  
 the Implementation of Human Rights Council Resolution 4/8, Pursuant to  
 Council Resolutions 6/34, 6/35, 7/16, 11/10 and 15/27, *Rep.* [103]  
 ניתן למצוא ב: http://daccess-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/G11/155/34/  
 .(DF/G1115534.pdf?OpenElement

7. מדינת ישראל חתמה על האמנה הבינלאומית בדבר מעמדם של  
 פליטים, משנת 1951 (כ"א 65) (להלן: אמנת הפליטים), אישרה אותה ואף  
 הצטרפה אל הפרוטוקול בדבר מעמדם של פליטים, משנת 1967, הנלווה  
 לאמנה. האמנה מגדירה "פליט" כמי שנמצא מחוץ לארץ אזרחותו בשל –

א [...] "פחד מבוסס להיות נרדף מטעמי גזע, דת, אזרחות, השתייכות לקיבוץ חברתי מסויים או להשקפה מדינית מסויימת ואיננו יכול להיזקק להגנתה של אותה ארץ או אינו רוצה בכך בגלל הפחד האמור" (סימן א, סעיף א(1)(2) לאמנה).

ב האמנה מגינה על מי שמוכר כפליט ואוסרת על המדינה שאליה הגיע לגרוש אל גבולות הארצות שבהן יהיו חייו או חירותו בסכנה מטעמי גזע, דת, אזרחות או השתייכות לקיבוץ חברתי מסוים או להשקפה מדינית מסוימת (סימן ל"ג לאמנת הפליטים). כן מעניקה האמנה לפליטים שהוכרו זכויות נרחבות במגוון תחומים. על פי הדין הבינלאומי, ככלל, פליטים ומבקשי מקלט שמצאו מקלט במדינה מסוימת לא יעברו ממנה למדינה אחרת (ראו בג"ץ 7302/07 מוקד סיוע לעובדים זרים נ' שר הביטחון [2], בפסקה 4, להלן: עניין מוקד סיוע). עם זאת, יש לציין כי האמנה לא נקלטה כחוק בדין הפנימי הישראלי והיא מהווה אך התחייבות של מדינת ישראל במישור הבינלאומי ההסכמי. התוצאה היא כי על האמנה חלה החזקה הפרשנית הפסיקתית המכונה "חזקת ההתאמה" שלפיה קיימת התאמה בין חוקי המדינה לבין נורמות של המשפט הבינלאומי המחייבות את מדינת ישראל. דהיינו, יש לפרש את החוק הישראלי ככל הניתן באופן העולה בקנה אחד עם הדין הבינלאומי (ע"א 9656/08 מדינת ישראל נ' טעידי [3], בפסקה 27, להלן: עניין טעידי).

ג הליך הבחינה לצורך ההכרה באדם כפליט, המכונה RSD (Refugee Status Determination), נערך בעבר בישראל על ידי נציבות האו"ם לענייני פליטים (UNHCR). בשנת 2008 החל תהליך הדרגתי של העברת הטיפול בבקשות המקלט לידי משרד הפנים (לפירוט על תהליכים אלה ראו עע"ם 8675/11 טדסה נ' יחידת הטיפול במבקשי מקלט [4], בפסקאות 9–11, להלן: עניין טדסה). הליכים אלה נתונים לביקורת שיפוטית של בתי המשפט המינהליים, ועל פיה קבעו בתי המשפט הנחיות שונות באשר להליך. בית משפט זה הדגיש את הזכויות העומדות על הכף בעת בחינתה של בקשת הכרה כפליט, ובהן הזכות לחיים, הזכות לשלמות הגוף והזכות לחירות. היותן של זכויות אלה בגדר הזכויות הבסיסיות והגרעיניות ביותר הניתנות לאדם, מחייב הקפדה על הליך תקין וזהיר (עניין טדסה [4], בפסקה 12).

8. נוסף להגנה הרחבה הניתנת למי שמוכר כפליט, מוכרת בדין הבינלאומי הגנה נוספת, משלימה, מפני הרחקה לארץ המוצא, מכוח העיקרון הכללי של "אי החזרה" (Non-Refoulement), שמשמעו כי מדינת ישראל לא תרחיק אדם למקום שבו נשקפת סכנה לחייו או לחירותו (ראו: עע"ם 8908/11 אס"ט נ' משרד הפנים [5], בפסקה 19, להלן: עניין אס"ט; סימן ל"ג לאמנת הפליטים). עיקרון זה נובע אף מהדין הישראלי הפנימי המכיר בערך האדם ובקדושת חייו (ראו: סעיף 1 לחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו; בג"ץ 4702/94 אל טאיי נ' שר הפנים [6], בעמ' 848, להלן: עניין אל טאיי). לפיכך, גם מי שאינו מוכר באופן פרטני כפליט בהתאם לאמנה ייתכן שלא יתאפשר להחזירו למדינת מוצאו בשל עיקרון "אי ההחזרה". באשר לגירוש למדינה שלישית, יש לציין כי נפסק שלא ניתן לגרש אדם למדינה שלישית עת קיים חשש כי ארץ היעד תגרש אותו למדינת המוצא שלו, שם – כאמור – נשקפת לו סכנה (עניין אל טאיי [6], בעמ' 849). נטל ההוכחה בעניין נקבע כמוטל על הנתין הזר (עע"ם 7079/12 מדינת ישראל נ' גרמאיי [7]).

9. נכון להיום, נוקטת מדינת ישראל מדיניות של "אי-הרחקה זמנית" של אריתראים לארץ מוצאם. זאת, בהתאם לעיקרון בדבר אי ההחזרה ועל רקע ההכרה באריתריאה כבמדינת משבר. הגנת אי ההרחקה ניתנה, טרם התיקון לחוק למניעת הסתננות, על בסיס השתייכות קבוצתית בלי שנבדקה זכאות פרטנית למקלט לפי אמנת הפליטים. יש להדגיש ולהבחין כי אין מדובר בהגנה קולקטיבית המשמיעה כי כל אחד מחברי הקבוצה נהנה ממעמד פליט בהיעדר ראיות לסתור, שכן לשם כך נדרשת קביעה פוזיטיבית של המדינה, קביעה שלא נעשתה על ידי מדינת ישראל (עניין אס"ט [5], בפסקאות 17, 22). לרוב, הנהנים מהגנה זמנית אינם זוכים לזכויות מלאות הניתנות למי שהוכר כפליט. מטרתה של ההגנה, כשמה כן היא – זמנית, ואין מטרתה לאפשר השתקעות במדינה הקולטת. עם זאת, נראה כי קיים קושי להחזיק במדיניות של הגנה זמנית לאורך זמן, ונדרש – לאחר חלוף הזמן – לבחון באופן פרטני את הזכאות של חברי הקבוצה למעמד פליט (ראו סקירתו של השופט פוגלמן בעניין אס"ט [5]). טיבה של המדיניות של ישראל כלפי אזרחי אריתריאה מעולם לא הובהר כל צורכו על ידי המדינה. כך, מלבד העיקרון בדבר אי ההחזרה הנובע מהגנה זו, לא נחקק כל

הסדר מפורט באשר למשמעו של הסדר זה ולזכויות הניתנות מכוחו. על כך כבר העירה השופטת חיות בקובעה שמדובר במצב "בלתי רצוי בעליל. הערפל הנורמטיבי יוצר אי־וודאות מכבידה ביותר מבחינת האנשים עצמם [...] בתי המשפט נאלצים אף הם להתמודד בשל כך חדשות לבקרים עם שאלות ומצבים שונים ומגוונים שמייצרת, מטבע הדברים, מציאות החיים והנוגעים לזכויותיהם של אנשים אלה" (הערתה של השופטת חיות בעניין 190 אס5). מכל מקום, לענייננו חשובה העובדה כי לאחר הגעתם של נתינים אריתראים לישראל לא ניתן לעת הזו להרחיקם חזרה לארץ מוצאם, מצב המחייב את מדינת ישראל להתמודד עם הישארותם בגבולותיה בשלב זה.

10. נתיני סודן – המצב לגביהם שונה, אך השפעותיו דומות במוכן מסוים. בעבר הוכרו אף נתיני סודן שהגיעו לישראל כזכאים ל"הגנה זמנית". לפיכך, עוכבה הרחקתם מישראל והם קיבלו רישיונות ישיבה בישראל. נכון להיום, אין מדינת ישראל מחילה כל הגנה על נתיני צפון ודרום סודן, ומבחינתה – לכאורה – ניתן להשיב נתיני ארצות אלה למדינת מוצאם. מדובר במדיניות המוצהרת של ישראל, ואיני נוקטת כל עמדה באשר למדיניות זו, שכן אין אנו נדרשים לכך בעתירה זו. באשר לרפובליקה של סודן (צפון סודן), אין מתאפשרת החזרה של אזרחיה בשל קשיים מעשיים הנובעים מהיעדר קשרים דיפלומטיים של ישראל עם מדינה זו. באשר לדרום סודן, אשר הוכרה כמדינה עצמאית בשנת 2011, כוננה מדינת ישראל יחסים דיפלומטיים עימה והחלה להחזיר מסתננים לשטחה. בהחלטה מיום 31.1.2012 הודיע שר הפנים לנתיני דרום סודן השוהים בישראל כי עליהם לשוב למולדתם. מדיניות זו אושרה על ידי בית המשפט לעניינים מינהליים בירושלים, בעיקר לאור מוכנותו של שר הפנים לקיים בחינה אינדיווידואלית בענייניו של כל נתין של דרום סודן שיגיש בקשה למקלט (ע"מ מחוזי י"ם) 53765-03-12 א.ס.א. – ארגון סיוע לפליטים ולמבקשי מקלט בישראל נ' שר הפנים [75], להלן: עניין א.ס.א.).

11. בהתעלם מהמספרים הנמוכים של כניסת מסתננים לישראל בשנת 2013, ברי כי מדינת ישראל ניצבה – וניצבת – בפני תופעה חמורה של עשרות אלפי מסתננים החודרים לשטחה שלא כדין, ואשר, כפי שהובהר, אין באפשרותה

בשלב זה לגרשם משטחה באופן מעשי או נורמטיבי. אין חולק כי לתופעת ההסתננות יש השלכות של ממש, לעתים קשות, על החברה בישראל, אם כי פרשנותן ודרכי ההתמודדות איתן ניצבות בלב המחלוקת בין הצדדים.

א

#### השפעותיה של תופעת ההסתננות

12. המדינה בטיעונה, שיובאו בהרחבה בהמשך, טוענת להשפעות של תופעת ההסתננות בשני היבטים עיקריים הנגרמות למדינה ולציבור בישראל. ראשית, טוענת המדינה כי תופעת ההסתננות משפיעה על ביטחון הפנים ועל שלום הציבור. לטענתה, על פי נתונים שנמסרו ממשרתת ישראל, בין השנים 2007 ל-2012 חלה עלייה עקבית במספר התיקים הפליליים שנפתחו נגד מסתננים, אם כי יש להביא בחשבון כי בשנים אלה גם חלה עלייה עקבית במספר המסתננים הנמצאים בישראל. על פי נתונים אלה, נפתחו בשנת 2012 2,065 תיקים פליליים למסתננים, כאשר העבירות הבולטות הן עבירות רכוש, סדר ציבורי (איומים ותקיפת שוטרים), גוף (תקיפה), מוסר (סמים) ועבירות מין. עוד עומדת המדינה על כך שנוצרו ריכוזי מסתננים, שחלק הארי שבהם מרוכז בשכונות בדרום תל אביב-יפו. קיימים ריכוזים נוספים באילת, באשדוד ובערד.

ב

ג

ד

13. יש ליתן את הדעת על כך שהנתונים שהובאו על ידי המדינה הם נתונים מספריים מוחלטים שאינם נותנים תמונת מצב אמיתית והשוואתית על אודות הפשיעה בקרב המסתננים. באשר לתמונת המצב המלאה והאמיתית – קיימת מחלוקת. מרכז המחקר והמידע של הכנסת ערך מחקר בסוגיה זו (גלעד נתן "נתונים על פשיעה של מסתננים ומבקשי מקלט וכנגד מסתננים ומבקשי מקלט" [104]). על פי מחקר זה, רמת הפשיעה בקרב המסתננים נמוכה באופן יחסי מזו של האוכלוסייה הכללית. כך, למשל, בתל אביב-יפו, שבה ריכוז המסתננים הוא הגבוה ביותר, נתוני הפשיעה של שנת 2010 מצביעים כי נגד אחד מכל 15.9 תושבי תל אביב-יפו נפתח תיק פלילי, בעוד שרק נגד אחד מכל 84.7 מהמסתננים ומבקשי המקלט בתל אביב-יפו נפתח תיק פלילי. פערים דומים ניתן למצוא בריכוזי מסתננים אחרים באילת, בערד ובאשדוד. במחקר דומה שנערך בשנת 2011 נמצא כי חלה עלייה במספר התיקים שנפתחו נגד המסתננים ואף בלטה עלייה בביצוע עבירות אלימות בקרבם. עם זאת, הנתונים שבו והראו כי

ה

ו

ז

א מספר התיקים שנפתחו נגד מסתננים הוא מצומצם יחסית למספר התיקים שנפתחו בקרב כלל האוכלוסייה (גלעד נתן "פשיעה של מסתננים ומבקשי מקלט וכנגד מסתננים ומבקשי מקלט" [105]). לצד זאת, הובאה במחקר הערכת המשטרה כי הפשיעה בקרב המסתננים היא ברובה פשיעה פנים-מגזרית אשר אינה מדווחת וכי לשתיית אלכוהול מרובה, הרוחת באוכלוסייה זו, יש השפעה על האפשרות לבצע עבירות, בעיקר בתחום האלימות. עוד צוין כי עבירות המין המבוצעות על ידי מסתננים מופנות אף הן ברובן כלפי נשות המגזר, אך גם כלפי נשים העוסקות בזנות. ראוי לציין כי יש החולקים על תמונת מצב זו וטוענים כי בבחינת הפילוח לפי עבירות עולה כי שיעורם של המסתננים בעבירות רצח ומין גבוה בהרבה מזה שבאוכלוסייה הכללית (ראו מחקר של עמותת איתן – מדיניות הגירה ישראלית "נתוני פשיעת מסתננים בישראל" [106]: <http://www.south-tlv.co.il/article6521>).

ב 14. הסיבות המוזכרות כגורמות לפשיעה בקרב אוכלוסייה זו אף הן מגוונות. כך הועלו טענות כי במדינות המוצא של המסתננים קיימת רמת אלימות גבוהה יותר; כי המסתננים חוו טראומות המובילות לפשיעה רבה; כי המדינה מערימה קשיים על יכולתה של אוכלוסייה זו לעבוד, דבר המביא לייאוש, לחוסר מעש ולדיכאון בקרבה, ומשם קצרה הדרך לפשיעה (ראו, למשל, את דבריו של מפקד מחוז תל אביב במשטרה בדבר פשיעת הישרדות – פרוטוקול ישיבה מס' 85 של הוועדה לבחינת בעיות העובדים הזרים, 21.5.2012); כי הסיוע הניתן לאוכלוסייה זו על ידי שירותי הרווחה הוא מינימלי, וכדומה.

ג מכל מקום, על אף הנתונים המצביעים על רמת פשיעה נמוכה יותר בקרב המסתננים, למצער – במרבית העבירות, לא ניתן להמעיט מתחושתם הקשה של תושבי דרום תל אביב, ולפיה רמת הביטחון בסביבת מגוריהם ירדה באופן ניכר, ולא יכול שתהא מחלוקת כי המדינה מחויבת לתת מענה למצב זה. ייתכן כי אווירת הפחד שנוצרה באזור אינה מתורגמת לכדי פתיחת תיקים פליליים, אך לא ניתן לחלוק כי אווירה של מתח, פחד ותסכול בקרב האוכלוסייה באזור אכן קיימת והיא דורשת, כאמור, התייחסות וטיפול. המציאות בשטח שלפיה נוצר ריכוז גבוה של מסתננים בדרום תל אביב, המחייב את תושבי האזור לשאת על כתפיהם את נטל ההתמודדות עם אוכלוסייה ייחודית זו, שאין חולק שהיא



א      אוכלוסייה ענייה, קשת יום בתנאי מחיה ירודים הדורשת התייחסות מיוחדת, יש לה השפעות קשות על תושבי האזור. לא ניתן להתעלם ממצוקתם ומזעקתם של תושבי אזור דרום תל אביב ומהקשיים שהם חווים בעקבות השינוי הדמוגרפי באזור מגוריהם.

ב      15. ההיבט השני שמדגישה המדינה, העוסק בהשפעות של תופעת המסתננים על מדינת ישראל, נוגע להשפעות על הכלכלה ועל המשק. המדינה טוענת כי כניסת המסתננים לישראל יצרה גידול מסיבי של היצע עובדים לא-מקומיים באופן בלתי מבוקר ובלתי מכוון, בכמות דומה לזו שמאושרת על ידי מדינת ישראל לכניסה של עובדים זרים באופן חוקי ומבוקר. לטענת המדינה, הנפגעים העיקריים מכך הם עובדים ישראלים בעלי מיומנויות נמוכות המשתכרים שכר נמוך, אשר תופעת המסתננים גרמה לשחיקת שכרם ואף לדחיקתם מחוץ לשוק העבודה של עבודות מהסוג האמור. השפעות נוספות שהמדינה טוענת להן הן תקציביות. כך נוצרו למדינת ישראל הוצאות רפואיות בגין אוכלוסייה זו אשר, לרוב, אינה רוכשת ביטוח רפואי ולא ניתן לגבות ממנה כספים באופן ממשי ויעיל. הוצאות נוספות נגרמות כתוצאה משירותי הרווחה, החינוך, החינוך המיוחד, הפנימיות, התחנות לבריאות המשפחה ושירותים נוספים, המוענקים לאוכלוסיית המסתננים ולילדיהם. לבסוף מציינת המדינה הערכות בדבר מאות מיליוני שקלים בשנה המועברים מישראל לאפריקה מכספי שכר עבודה של מסתננים. חלק ניכר מהסכומים, כך נטען, מועבר בדרכים שאינן חוקיות, וכך התפתח שוק שאינו מפוקח של העברת כספים באופן בלתי חוקי, על כל התוצאות הנלוות לכך.

ג      16. ניתן להסיק את השפעותיה של עבודת המסתננים ממה שנאמר על השפעתו של שוק העובדים הזרים באופן כללי על שוק התעסוקה בישראל ועל משאבי המדינה, כפי שעמד על כך בית משפט זה בעבר:

ז      "תופעת העסקתם של העובדים הזרים הביאה עימה מורכבות מיוחדת. מן הצד האחד, טמונים בה יתרונות כלכליים ניכרים למעסיקים בשל העלויות הנמוכות של העסקת עובד זר, וכן לאור כישורי עבודה מיוחדים המאפיינים עובדים זרים בתחומי עיסוק

מסוימים. מן הצד האחר, העסקתם של עובדים זרים בשיעור כה גדול פגיעה פגיעה קשה בשוק העבודה המקומי. עובדים ישראלים התקשו להתחרות בעובדים הזרים על מקומות עבודה; הדבר הביא לגידול באבטלה, והיווה תמריץ שלילי לכניסת ישראלים לענפים שבהם מועסקים עובדים זרים; הגידול באבטלה יצר נטל כבד על אוצר המדינה בתשלומי קצבאות ובהרחבתן של מערכות הרווחה, ומעגלי העוני והפערים החברתיים התרחבו. התועלת שענפי משק מסוימים הפיקו מהעסקתם של עובדים זרים העמיסה מצידה עלויות כבדות על כלל הציבור. לכל אלה נוספו עלויות הקשורות באכיפת החוק ובפיקוח על השוהים הזרים הן על פי היתר והן ללא היתר. נוסף לכל אלה, נוצרה פגיעה קשה בזכויות היסוד של העובדים הזרים אשר נגרמה מצד חלק מן המעסיקים בהיעדר נורמות ברורות המסדירות את מעמדם של העובדים הזרים, ובשל אכיפה בלתי מספקת של הנורמות הקיימות. לפגיעה זו הייתה השפעה על ערכי היסוד של החברה ועל דמותה המוסרית" (בג"ץ 11437/05 קו לעובד נ' משרד הפנים [8], בפסקה 19 לפסק דינה של השופטת פרקצ'יה, להלן: עניין קו לעובד השני).

בהקשר להיבט זה, יש להעיר כי יש נתונים המצביעים על קשר בין כניסת עובדים זרים, ובכללם מסתננים, לענף תעסוקה לבין ירידה בהעסקת ישראלים בו. עם זאת, יש מחקרים אחרים המעלים כי מהגרי העבודה משתלבים בעבודות המצויות בתחתית סולם העבודה, כאלה שאינן נדרשות או שהביקוש אליהן על ידי התושבים המקומיים נמוך (ראו: עניין קו לעובד הראשון [1], בעמ' 374; אפרת שהם "החצר האחורית של מערכת הכליאה בישראל – עובדים זרים ללא היתר" [88], בעמ' 33, להלן: שהם). כמו כן, נכון לסוף שנת 2010, הצביעו הנתונים על כך שהמסתננים ומבקשי המקלט הם רק כ-20% מהלא-ישראלים המועסקים בישראל ללא אשרה. מלבדם ניתן למנות את העובדים הזרים הבלתי חוקיים ואת התיירים שנשארו בישראל ללא אשרה בתוקף. גם על פי נתוני שנת 2013 עולה כי הקבוצה האחרונה היא הגדולה והניכרת ביותר. ברי כי יש למסתננים השפעה מורגשת על שוק העבודה בישראל ועל ההוצאות התקציביות במדינת ישראל. עם זאת, התמונה מורכבת יותר ונראה שקיימות קבוצות גדולות

אף יותר מאלה של המסתננים שיש להן השפעה על שוק העבודה הבלתי חוקי בישראל (ראו גלעד נתן "השפעתם של זרים ללא אשרת עבודה על שוק העבודה בישראל" [107]).

17. באשר למצב הנורמטיבי הנוגע להעסקת המסתננים יש להזכיר את פסק הדין שניתן בבג"ץ 6312/10 קו לעובד נ' המחשלה [9]. בפסק דין זה הודיעה המדינה כי, לעת הזאת, לא יוחל באכיפת האיסור על העסקתם של מסתננים הזכאים להגנה קולקטיבית מפני הרחקתם למדינות אזרחותם. המדינה הצהירה כי יינתן עדכון 30 ימים בטרם תחל בפעולות אכיפה. כן הבהירה המדינה כי לא תתבצענה פעולות אכיפה כלפי מעסיקיהם של אלה שהגישו בקשה למקלט בטרם יסתיים הליך הטיפול בבקשתם. בפסק הדין נקבע כי לעת הזו מתקיים איזון ראוי במדיניות הנקוטה:

"במצב העניינים הנתון, בו לצד הרגישות לרקע הקשה של רבים מחברי קבוצות אלה, יש לתת את הדעת אף לאינטרס המדינה למנוע 'הגירת עבודה' החורגת כמובן מאותם מקרים בהם קיים חשש מבוסס לרדיפה – נראה כי עמדת המדינה שפורטה לעיל, לפיה אין להעניק אישורי עבודה, לצד האמירה כי בשלב זה לא ינקטו פעולות כנגד מעסיקים, יש בה משום איזון ראוי בהתחשב במציאות הקשה והרגישה שנוצרה".

18. לסיכום, ניתן לומר כי התמונה היא מורכבת ומכילה גוונים של אפור, בניגוד לצבעי השחור והלבן שמנסים הצדדים לצבוע אותה. תופעת ההסתננות במימדים שאליהם היא הגיעה אכן יצרה השפעות ניכרות על החברה הישראלית, על תקציבה ועל שוק התעסוקה שלה. עם זאת, לא ניתן להתעלם מנתונים המשנים את נקודת המבט והמציבים תמונה מאוזנת יותר, אמיתית ומתונה יותר, של קשייה והשלכותיה של תופעת ההסתננות.

המצב הנורמטיבי בטרם התיקון

19. בטרם נחקק התיקון לחוק למניעת הסתננות עשתה המדינה שימוש, לצורך גירוש ומעצר של מסתננים, בעיקר בהוראות חוק הכניסה לישראל. סעיף

א 13 לחוק מאפשר להרחיק מישראל מי שאינו אזרח ישראל או מי שאינו עולה לפי חוק השבות, התש"י-1950, ונמצא בישראל ללא רישיון ישיבה. עד לשנת 2001 קבע החוק כי מי שניתן נגדו צו הרחקה (צו גירוש, במונחים של החוק דאז) ניתן לעצרו עד ליציאתו מישראל או עד לגירושו ממנה. כפי שניתן לראות, באותה העת לא כלל ההסדר הגבלה כלשהי באשר לאורך תקופת ההשמה במשמורת (או המעצר, במונחי החוק דאז). מאחר שהסדר מסוג זה אינו מאזן כנדרש בין זכותו של השהיה הבלתי חוקי לחירות לבין הצורך בהגנה על אינטרסים של המדינה, השלימה פסיקתו של בית משפט זה את החסר וקבעה עקרונות להחזקה במשמורת של שוהים בלתי חוקיים (עניין סעידי [3], בפסקה 25). נפסק כי שיקול דעתו של שר הפנים לפי חוק הכניסה לישראל נתון לביקורת שיפוטית. תחילה דובר על שיקול דעת רחב הנתון לשר הפנים אך לא שיקול דעת ללא גבול. בהמשך, התפתחה ההלכה כך ששיקול דעתו של שר הפנים נבחן בהתאם לכללי שיקול הדעת המינהלי הנקוטים בידי בית המשפט באופן כללי (בג"ץ 3648/97 סטמקה נ' שר הפנים [10], בעמ' 770, להלן: עניין סטמקה). כן נפסק כי סמכות המעצר לפי החוק היא סמכות נלווית לסמכות הגירוש ותכליתה להבטיח את תכליתו של צו הגירוש. הודגש כי המעצר אינו בא לשרת מטרה עונשית כלשהי ואף לא מטרה שעניינה כפייה. כמו כן, מטרתו של המעצר לא תוכל שתהא הרתעה של שוהים בלתי חוקיים בכוח. "כל מטרתו היא להבטיח את הימצאותו של מי שניתן צו גירוש נגדו בהישג יד לצורך מימוש הצו, באם לא יצא את המדינה מרצונו ועל-מנת למנוע את הימלטותו מאימת הגירוש, כשגירוש זה עומד להתבצע" (בג"ץ 1468/90 בן ישראל נ' שר הפנים [11], בעמ' 152, להלן: עניין בן ישראל; כן ראו עניין סעידי [3], בפסקה 26). עם זאת, מותר למעצר שיגשים תכלית של הרחקת המגורש מן החברה הישראלית. בהתחשב ביסודות אלה נפסק כי המשך החזקתו של אדם במעצר בנסיבות שבהן לא נראה באופן פתרון, שיהיה בו כדי לסיים את המעצר, אינו מוצדק ואינו בסמכות (עניין בן ישראל [11], בעמ' 152).

א עוד קבע בית משפט זה כי הפעלתה של סמכות המעצר על ידי שר הפנים לפי חוק הכניסה לישראל צריך שתהא מידתית. נפקות הדבר היא כי לא ניתן להחזיק אדם במעצר תקופה ארוכה אם הגירוש אינו צפוי להתבצע בתוך זמן סביר. על הרשויות לפעול לצורך ביצוע הגירוש "בכנות, ביעילות ובזריזות, תוך זמן

מתקבל על הדעת במסיבות המיוחדות של כל מקרה ומקרה" (בג"ץ 199/53 פלוני נ' שר"הפנים [12], בעמ' 247). כן נפסק כי יש לבחון חלופות למעצר אשר יגשימו את מטרת ההחזקה – אפקטיביות ביום הגשמת הגירוש – ללא השמתו של המגורש במעצר או במשמורת. וכך סיכם את הדברים הנשיא ברק בעניין אל טאיי [6]:

"בהפעלת סמכות המעצר וההחזקה יש לנהוג במידתיות (ראה בג"צ 3477/95 בן-עטיה נ' שר החינוך, התרבות והספורט [...]). אין לעצור אדם שנגדו הוצא צו גירוש לתקופה העולה על הנדרש להגשמת התכלית המונחת ביסוד המעצר. אם הגירוש אינו מתבצע תוך זמן סביר (שאינו נמדד בשנים או בחודשים ארוכים), ניתן להצדיק את המשך המעצר אך בחשש כי תכלית הגירוש לא תוגשם – אם משום שהמגורש ימלט מאימת הגירוש, אם משום שבהיותו משוחרר הוא יפגע בביטחון הציבור ובשלום (ובשל כך יחשוש להתייצב לביצוע הגירוש), ואם מטעם אחר. לעניין זה יש לבחון תחליפים שונים, כגון החזקה שלא במעצר או התייצבות תקופתית במשטרה, וכיוצא באלה אמצעים אשר ישיגו את מטרת ההחזקה (אפקטיביות ביום הגשמת הגירוש) בלא צורך בהחזקה פיסית. ודוק: דינו של מי שהוצא נגדו צו גירוש אינו כדין מי שנתון במעצר בשל חקירה המתנהלת נגדו או בשל כתב-אישום שהוגש כנגדו. על-כן, מראש, החזקתו לצורכי גירוש אינה חייבת להיות בתנאים של 'מעצר', ויש לשקול לגביו דרכי החזקה התואמים את מטרת החזקתו. לעתים, כמובן, לא יהא מנוס ממעצר ממש, וזאת כאשר נשקפת סכנה לשלום הציבור ולביטחוננו משחרור המגורש. אך המעצר אינו האמצעי היחיד. בוודאי אין זה אמצעי רגיל כאשר עובר זמן רב ולא נמצאה מדינת יעד אליה ניתן לגרש את האדם. בכל המקרים הללו יש לאזן בין צורכי ביטחון הציבור ושלומו מזה, לבין חירותו של הפרט מזה, ויש לבחור באמצעי שפגיעתו בחירות היא במידה שאינה עולה על הנדרש" (שם [6], בעמ' 851).

20. בשנת 2001, בעקבות דיונים שהתנהלו בעתירה שהוגשה לבית המשפט הגבוה לצדק על ידי האגודה לזכויות האזרח (בג"ץ 4963/98 סטאי נ' שר הפנים

א [13], ולאחר שתופעת השוהים הבלתי חוקיים הלכה וצברה תאוצה, חוקקה הכנסת את חוק הכניסה לישראל (תיקון מס' 9), התשס"א-2001 (להלן: תיקון מס' 9). התיקון נועד למצוא הסדר מידתי שיאזן בין הזכויות והאינטרסים של השוהים הבלתי חוקיים, של מדינת ישראל ושל החברה הישראלית:

ב "כוונת התיקון למצוא איזון הולם בין זכותה של מדינת ישראל כמדינה ריבונית לקבוע מי יבוא בשעריה, ומי ישהה בתחומה, לכמה זמן ובאילו תנאים, לבין הצורך להבטיח את זכויותיו האנושיות הבסיסיות של הזר ואת החובה שלא לפגוע בחירותו מעבר למידה הנדרשת, גם אם הוא שוהה בישראל שלא כדין" (הצעת חוק הכניסה לישראל (תיקון מס' 8), התשס"א-2000, ה"ח בעמ' 109, להלן: הצעת תיקון מס' 9).

ראו גם עניין סעידי [3], בפסקה 25.

ד כבר בהצעת החוק עמדה המדינה על הגידול הדרמטי בתופעת השהייה הבלתי חוקית ועל השפעותיה הקשות של תופעה זו (ראו עע"ם 4614/05 מדינת ישראל נ' אורן [14], בפסקה 14, להלן: עניין אורן), אלא שלעניין התיקון לא הפריד המחוקק בין מסתננים, עובדים זרים ששוהים שלא כחוק, או תיירים שנשארו לשהות בישראל גם לאחר שפג תוקף האשרה שבידיהם.

ה 21. בהתאם לתיקון מס' 9 נקבע כי הכלל הוא הרחקתו מישראל של מי שנמצא בה שלא כדין, ולא כבעבר שאז היה שר הפנים רשאי להוציא צו גירוש (סעיף 13(א) לחוק הכניסה לישראל. ראו גם: עע"ם 1644/05 פרידה נ' משרד הפנים [15], בפסקה ו(3), להלן: עניין פרידה; בר"ם 1662/11 בירה נ' משרד הפנים [16], בפסקה 27). עוד קובע סעיף 13א לחוק הכניסה לישראל כי שוהה שלא כדין יוחזק במשמורת עד להרחקתו מישראל, אלא אם כן שוחרר בערובה. צו המשמורת יינתן על ידי הממונה על ביקורת הגבולות לאחר שנשמעו טענותיו של השוהה שלא כדין. שוהה שלא כדין שהובא למשמורת זכאי להשמיע את טענותיו בעניין בתוך 24 שעות לאחר תחילת החזקתו במשמורת. עוד קובע חוק עילות לשחרורו של מסתנן ממשמורת ואת החריגים לעילות אלה:

- א
113. (א) ממונה ביקורת הגבולות רשאי לשחרר בערובה שוהה שלא כדין בהתאם להוראות סעיף זה; לא ישוחרר בערובה שוהה שלא כדין אלא אם כן התקיים בו אחד מאלה:
- ב
- (1) השתכנע ממונה ביקורת הגבולות כי שהייתו הבלתי חוקית יסודה בטעות או בתקלה שבתום לב, וכי יצא מישראל במועד שקבע לו;
- ג
- (2) השתכנע ממונה ביקורת הגבולות כי יצא מישראל בעצמו בתוך מועד שקבע לו, וכי לא יהיה קושי באיתורו אם לא יצא בעצמו במועד שנקבע;
- ד
- (3) השתכנע ממונה ביקורת הגבולות כי מחמת גילו או מצב בריאותו החזקתו במשמורת עלולה לגרום נזק לבריאותו, או שקיימים טעמים הומניטריים מיוחדים אחרים המצדיקים את שחרורו בערובה, לרבות מקום שעקב החזקה במשמורת ייוותר קטין בלא השגחה;
- ה
- ו
- ז

א (4) הוא שוהה במשמורת יותר  
מ-60 ימים ברציפות.

א

(ב) על אף הוראות סעיף קטן (א),  
לא ישוחרר בערובה שוהה שלא  
כדין אם התקיים אחד מאלה:

ב

(1) הרחקתו מישראל נמנעת או  
מתעכבת בשל העדר שיתוף  
פעולה מלא מצדו, לרבות  
לענין הבהרת זהותו או  
להסדרת הליכי הרחקתו  
מישראל;

ג

(2) יש בשחרורו כדי לסכן את  
ביטחון המדינה, את שלום  
הציבור או את בריאות  
הציבור;

ד

לא אם כן מתקיים בו האמור  
ברישה לפסקה (3) לסעיף קטן  
(א), ואין דרך אחרת למנוע את  
הנזק לבריאותו.

ה

ו

ז

22. ראוי להדגיש את הוראת סעיף 113(א)(4) לחוק הכניסה לישראל אשר  
קובעת כי הממונה על ביקורת הגבולות רשאי לשחרר בערובה שוהה שלא כדין אם  
שהה במשמורת יותר מ-60 ימים ברציפות, אלא אם כן התקיים בו אחד החריגים  
הקבועים בסעיף. בעניין זה נפסק כי התיבה "רשאי" שבסעיף מעניקה לממונה על  
ביקורת הגבולות שיקול דעת בשאלת שחרורו בערובה של שוהה שלא כדין גם  
בחלוף 60 ימים במשמורת. עם זאת, נקבע כי, ככלל, בהתקיים החלופה שבסעיף  
113(א)(4), וכאשר אין מתקיימים התנאים הקבועים בסעיף 113(ב), יורה הממונה על  
שחרור המוחזק, אלא אם כן קיים "אינטרס ציבורי בעל משקל של ממש, המחייב



את המשך החזקת השוהה במשמורת לתקופה שאינה חורגת מהסביר" (בר"ם 173/03 מדינת ישראל – משרד הפנים נ' סלאמה [17]), בפסקה 9, להלן: עניין סלאמה). עוד נפסק כי ראוי לקבוע תנאים לשחרורו בערובה של מוחזק אשר לא יסכלו את האפשרות הממשית לשחרורו ממשמורת של המוחזק, רק בשל העובדה שאין הוא מסוגל לעמוד בתנאים שהושתו, במיוחד לאחר שהייה ממושכת במשמורת של המוחזק (בר"ם 7267/09 עבדולאי נ' משרד הפנים [18], בפסקה 13). נוסף כי חוק הכניסה לישראל, בתיקון מס' 9, קובע את הפרוצדורות לביקורת שיפוטית על המשמורת הן על ידי בית הדין לביקורת משמורת, אשר הוקם על פי התיקון, והן על ידי בית המשפט לעניינים מינהליים (על ביקורת המופנית כלפי בית הדין לביקורת משמורת ראו: יובל לבנת "מעצרו ושחרורו לחופשי של הזר שסירב להזדהות" [89], להלן: לבנת; עופר סיטבון "מקומם של בתי-המשפט בישראל ובצרפת בעיצובה של המדיניות כלפי מהגרי-עבודה" [90], בעמ' 311).

23. הפעלת סמכותו של שר הפנים גם לאחר תיקון מס' 9 נקבעה כרחבה למדי, אך היא נתונה לביקורת שיפוטית ככל החלטה של רשות מינהלית, וזאת – על רקע שיקול הדעת הרחב הקיים למדינה ריבונית בקביעת מדיניות ההגירה אליה (בר"ם 696/06 אלקנוב נ' בית הדין לביקורת המשמורת של שוהים שלא כדיון [19], בפסקה 16, להלן: עניין אלקנוב; עניין אורן [14], בעמ' 224). בהגשמת סמכויותיהם מכוח חוק זה, כך נקבע, על הרשויות ובתי המשפט להגשים את רצון המחוקק בהרחקה נחושה של שוהים בלתי חוקיים שאין עילה להישארותם בישראל, מחד גיסא, תוך הקפדה על פרוצדורה ראויה של בדיקת כל מקרה לגופו, שמיעתו של האדם שבו מדובר ומתן יחס של כבוד אנושי ושמירה על זכויותיהם החוקתיות של הזרים, מאידך גיסא (ראו עניין פרידה [15], בפסקה 10). עוד נקבע כי תכליתה של המשמורת בהתאם לתיקון מס' 9 אינה כפייה ואינה ענישה. "היא מכוונת, כל כולה, להגשים את תכלית המדיניות לפקח על הנכנסים והשוהים בישראל שלא כדיון, ולתת בידי הרשות אמצעים יעילים להגשים מדיניות זו, תוך שמירה על עקרונות חוקתיים והגנה על זכויות האדם" (עניין אלקנוב [19], בפסקה 16). תכליות אלה הוכרו כתכליות ראויות העומדות בתנאיה של פסקת ההגבלה (שם [19], בפסקה 17).

24. יש לציין כי, בפועל, מסתננים אשר הגיעו ממדינות שכלפיהן חלה מדיניות של "אי הרחקה" על ידי מדינת ישראל שוחררו לאחר זמן קצר

א  
ב  
ג  
ד

מהמשמורת והוענקן להם רישיונות ישיבה זמניים, בהתאם לסעיף 2(א)(5) לחוק הכניסה לישראל (ראו, למשל, עע"ם 8642/12 טספהונה נ' משרד הפנים [20], להלן: עניין טספהונה. כן ראו הצעת תיקון מס' 9). עוד יצוין כי בשנת 2006 ניסתה המדינה לעשות שימוש בהוראותיו של החוק למניעת הסתננות, כנוסחו בטרם התיקון. נגד פרקטיקה זו הוגשו עתירות לבית משפט זה בטענה שהחוק מאפשר מעצר בלתי מוגבל בזמן וללא ביקורת שיפוטית. לאחר שהוצא צו על-תנאי בעתירות, ניתן פסק דין מוסכם בהתאם להודעת המדינה:

"מעט תפיסתו של 'מסתנן' על ידי כוחות הביטחון של ישראל, שהוחלט להשאירו מוחזק בישראל, יועבר אותו אדם תוך 48 שעות ולא יאוחר מתום 72 שעות להחזקה ומשמורת במתקן ביקורת גבולות. לא יאוחר מחלוף 14 ימים מאז כניסתו למתקן יובא אותו אדם בפני דין של בית הדין למשמורת על פי חוק הכניסה לישראל, אלא אם כן שוחרר קודם לכן ממשמורת על ידי ממונה ביקורת הגבולות שבחן את עניינו בשלב הראשון של העברתו מידי כוחות הביטחון למסלול חוק הכניסה לישראל. החריג היחיד להליכים האמורים הוא כאשר על פי נסיבות עניינו של האדם שנכנס לישראל יש בסיס להחיל עליו הליכים על פי דין אחר עקב עובדות שנתבררו ביחס אליו" (בג"ץ 3208/06 פלוניס נ' ראש אגף מבצעים, צה"ל [21]).

הליכי החקיקה של התיקון לחוק למניעת הסתננות

ה  
ו  
ז  
ח

25. לאור מימדיה ההולכים ותופחים של תופעת ההסתננות לישראל והשפעותיה על מדינת ישראל ועל החברה הישראלית, עלה בממשלה הצורך לספק כלים ואמצעים נוספים להתמודדות עם התופעה. ביום 11.12.2011 התקבלה החלטת ממשלה שכוותרה "הקמת מתקן משמורת לשהייתם של המסתננים ובליימת ההסתננות הבלתי חוקית לישראל" [108]. באופן סכימטי, עוסקת החלטת הממשלה בשלושה נדבכים עיקריים שנועדו להתמודד עם תופעת ההסתננות.

ט

26. הנדבך הראשון הוא הקמת מכשול בגבול ישראל-מצרים אשר יצור מחסום פיסי לבליימת הגעתם של מסתננים לשטחה של מדינת ישראל. לצורך

הקמת המכשול הוקצו משאבים ותקציבים ניכרים והחלה להתבצע הבנייה שהתקדמה בקצב מרשים. ואכן, בהתאם לעדכון האחרון מטעם המדינה, פרט למקטע יחיד ב"עוטף אילת" שאורכו כשני ק"מ, הסתיימו עבודות ההקמה של המכשול ב-245 ק"מ של הגבול ישראל-מצרים. יוער כי לאחרונה פורסם באמצעי התקשורת שהגדר מסייעת אף במאבק בהברחות סמים ובסחר בנשים שנעשו דרך גבול זה.

א

27. הנדבך השני למאבק בתופעת ההסתננות, שבהחלטת הממשלה [108], היא הפעילות והמאמצים שנוקטת המדינה אל מול מדינות זרות לשם החזרתם הבטוחה של מסתננים השוהים בישראל, או להרחקתם למדינות אחרות, לרבות עידוד יציאה מרצון. בדיון שנערך לפנינו אף הוצהר על דבר מגעים ממשיים המתבצעים מול מדינות זרות להרחקת מסתננים אליהן. אעיר כי מזה שנים רבות נערכים מאמצים לקידום מגעים עם מדינות זרות לצורך הרחקת מסתננים אליהן, עד כה – ללא הצלחה יתרה. לפיכך, איני סבורה כי בשלב זה, שבו טרם הוכרו על פתרון קונקרטי, יש למגעים אלה השפעה על ענייננו ועליהם להיבחן במנותק מסוגיה זו. אציין רק כי גם הרחקה למדינה שלישית, כפי שכבר נאמר לעיל, כפופה לכללי המשפט הפנימי של מדינת ישראל ועליה להביא בחשבון כללים וסטנדרטים בינלאומיים בסוגיה (ראו: פסקה 8 לעיל; עניין מוקד טיוע [2], בפסקה 13).

ב

ג

ד

28. הנדבך השלישי בהחלטת הממשלה [108], שהוא החשוב לענייננו, הוא התיקון לחוק למניעת הסתננות והקמת מתקן המשמורת "סהרונים". בדברי ההסבר להצעת החוק הובאו מטרותיו הכלליות של התיקון, וראוי להביא את הדברים ככתבם וכלשונם:

ה

"בשנים האחרונות ניצבת מדינת ישראל בפני עלייה ניכרת בהיקף ההסתננות דרך הגבול עם מצרים, שלא דרך תחנות גבול. על פי נתוני רשות האוכלוסין, ההגירה ומעברי הגבול, בשנת 2010 לבדה נתפסו כ-14,000 מסתננים כאמור. המסתננים לישראל מגיעים ממדינות שונות, ובכלל זה גם ממדינות העוינות את ישראל.

ו

[...]

ז

א הצעת החוק נועדה, בעיקרה, לאפשר החזקה של מסתננים במשמורת למשך תקופה ארוכה באופן משמעותי מזו הקבועה בחוק הכניסה לישראל, ולהוסיף לחוק למניעת הסתננות את המנגנונים הנדרשים, לשם קיום ביקורת על ביצוע צו גירוש ועל החזקתם של מסתננים במשמורת עד לגירושם. תיקונים אלה מוצעים כהוראת שעה לתקופה של שלוש שנים, שבמהלכה תיבחן השפעתו של ההסדר המוצע על תופעת ההסתננות לישראל. [...]

ב יודגש, כי אף שההצעה מבקשת להחיל לעניין מסתננים כהגדרתם המוצעת חלק מהוראות חוק הכניסה לישראל, בשינויים המחויבים ושינויים המוצעים בה, וכן להעניק סמכויות לגורמים הקיימים לפי חוק הכניסה לישראל (ממונה ביקורת הגבולות ובית הדין למשמורת), הרי שההסדר המוצע הוא דין מיוחד ומחמיר יותר שיחול על מסתננים, בשונה מהדין החל על שוהים שלא כדין לפי חוק הכניסה לישראל. הטעם לכך הוא, כי בשונה משוהה שלא כדין אשר במרבית המקרים נכנס לישראל באשרה תקפה, כתייר או למטרות עבודה, ובהמשך הפך לשוהה שלא כדין, מסתנן נכנס לישראל ביודעין שלא דרך תחנת גבול וכניסתו לארץ היתה מלכתחילה לא חוקית" (הצעת חוק למניעת הסתננות (עבירות ושיפוט) (תיקון מס' 3 והוראת שעה), התשע"א-2011, ה"ח-הממשלה, בעמ' 594).

על התיקון לחוק ועל יישומו בפועל

א 29. בהתאם לתיקון, הוגדר "מסתנן", כפי שכבר צוין לעיל, כמי שאינו תושב ושנכנס לישראל שלא דרך תחנת גבול שקבע שר הפנים לפי חוק הכניסה לישראל (סעיף 1 לחוק למניעת הסתננות). סעיף 30 לחוק למניעת הסתננות מעגן את סמכותו של שר הביטחון להוציא צווי גירוש למסתננים. צו הגירוש יבוטל בהתייחס למי שיינתנו לו אשרה ורישיון לישיבה בישראל לפי חוק הכניסה לישראל. עוד חשוב לציין שסעיף 30(א) לחוק קובע כי "הצו ישמש אסמכתה חוקית להחזיק את המסתנן במשמורת עד לגירושו".

30. הסעיף העיקרי בתיקון, שהוא גם הסעיף הרלוונטי לרוב הצווים על-תנאי שהוצאו בעתירה זו, הוא סעיף 30א – שאביא את חלקו העיקרי כלשונו:

א "הבאה לפני 30א. (א) מסתנן הנתון במשמורת יובא ממונה ביקורת לפני ממונה הגבולות, לא יאוחר משבעה ימי עבודה ומכריותיו מיום תחילת החזקתו במשמורת.

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

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

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

ז (3) המסתנן הוא קטין שאינו

- מלווה על ידי בן משפחה או  
אפוטרופוס;
- א (4) שחרורו בערובה של  
המסתנן יש בו כדי לסייע  
בהליכי גירושו.
- ב (ג) ממונה ביקורת הגבולות רשאי  
לשחרר מסתנן בערובה, אם  
שוכנע כי מתקיים אחד מאלה:
- ג (1) חלפו שלושה חודשים  
מהמועד שבו הגיש המסתנן  
בקשה לקבלת אשרה  
ורישיון לישיבה בישראל,  
לפי חוק הכניסה לישראל,  
וטרום החל הטיפול בבקשה;
- ד (2) חלפו תשעה חודשים  
מהמועד שבו הגיש המסתנן  
בקשה כאמור בפסקה (1)  
וטרום ניתנה החלטה בבקשה;
- ה (3) חלפו שלוש שנים מיום  
תחילת החזקתו של המסתנן  
במשמורת.
- ו (ד) על אף הוראות סעיף קטן (ב)(2)  
או (4) או (ג), לא ישוחרר מסתנן  
בערובה אם שוכנע ממונה  
ביקורת הגבולות כי התקיים  
תנאי מהתנאים המפורטים להלן:
- ז

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

א

(2) יש בשחרורו כדי לסכן את ביטחון המדינה, את שלום הציבור או את בריאות הציבור;

ב

(3) הוגשה לממונה ביקורת הגבולות חוות דעת מאת גורמי הביטחון המוסמכים שלפיה במדינת מושבו או באזור מגוריו של המסתנן מתבצעת פעילות העלולה לסכן את ביטחון מדינת ישראל או אזרחיה;

ג

הכל, 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.

ד

ה

ו

(ה) שחרור בערובה ממשמורת יותנה בתנאים שיקבע ממונה ביקורת הגבולות לשם הבטחת התייצבותו של המסתנן לצורך

ז

א 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  
ב הנסיבות ממועד מתן ההחלטה  
על השחרור בערובה.

[...].

א 31. הוראת סעיף 30 קובעת שתי קבוצות של הוראות המונות עילות  
לשחרור בערובה של מסתנן בהתאם לשיקול דעתו של הממונה על ביקורת  
הגבולות, וכן קבוצת הוראות המהוות מחסום בפני שחרור בערובה, גם אם  
מתקיימת עילת שחרור. קבוצת ההוראות הראשונה, המעגנת ארבע עילות  
לשחרור המסתנן, עוסקת בנסיבותיו המיוחדות של מסתנן ספציפי. לממונה  
ב ביקורת הגבולות נתון שיקול הדעת לשחרר מסתנן בערובה במקרים חריגים  
וכאשר – בשל גילו או מצב בריאותו – החזקתו במשמורת עלולה לגרום נזק  
לבריאותו, ואין דרך אחרת למנוע את הנזק; כאשר קיימים טעמים הומניטריים  
מיוחדים לשחרור, לרבות השיקול בדבר החזקה במשמורת של קטין בלא  
השגחה; כאשר מדובר בקטין שאינו מלווה על ידי בן משפחה או אפוטרופוס;  
ג כאשר שחרורו של המסתנן עשוי לסייע בהליכי גירושו. קבוצת ההוראות  
השנייה מעגנת שלוש עילות לשחרור המסתנן התלויות בחלוף הזמן. העילה  
הראשונה עניינה במסתנן שהגיש בקשה לקבלת אשרה ורישיון ישיבה בישראל  
ואשר חלפו שלושה חודשים מהמועד שבו הגיש את הבקשה וטרם הוחל  
בטיפול בה. העילה השנייה היא במקרה שבו חלפו תשעה חודשים ממועד  
הגשת בקשה כאמור וטרם ניתנה החלטה בבקשה. העילה השלישית לשחרור  
היא חלוף שלוש שנים מיום תחילת החזקתו של המסתנן במשמורת. יודגש כי  
גם עילות אלה, על פי לשון החוק, נתונות לשיקול דעתו של הממונה על  
ב ביקורת הגבולות.



32. כאמור, לצד עילות השחרור קבועים בסעיף 30א שלושה סייגים שבהתקיים אחד מהם לא ישוחרר מסתנן בערובה, אף אם התקיימה עילה לשחרורו. יש להדגיש כי סייגים אלה אינם חלים על עילות השחרור העוסקות במצב בריאותו של המסתנן או בקטין שאינו מלווה. הסייג הראשון עניינו במסתנן שגירושו נמנע או מתעכב בשל היעדר שיתוף פעולה מלא מצידו. הסייג השני עוסק במסתנן אשר יש בשחרורו כדי לסכן את ביטחון המדינה, את שלום הציבור או את בריאות הציבור. הסייג השלישי עניינו בחוות דעת שהוגשה לממונה על ביקורת הגבולות מאת גורמי הביטחון המוסמכים שלפיה במדינת מושבו או באזור מגוריו של המסתנן מתבצעת פעילות העלולה לסכן את הביטחון של מדינת ישראל או של אזרחיה.

א

ב

33. התיקון לחוק למניעת הסתננות מחיל הוראות נוספות שעניינן בשימוע לפני ממונה ביקורת הגבולות וכן בביקורת שיפוטית ומעין-שיפוטית שתיערך בנוגע להחזקתו במשמורת של מסתנן. כך נקבע כי מסתנן הנתון במשמורת יובא לפני הממונה על ביקורת הגבולות לא יאוחר משבעה ימי עבודה מיום תחילת החזקתו במשמורת (סעיף 30א(א) לחוק). עוד קובע החוק כי יש להביא את המסתנן לפני בית הדין לביקורת משמורת של מסתננים, המוקם על פי סעיף 30ג לחוק, לא יאוחר מ-14 ימים מיום תחילת החזקתו במשמורת (סעיף 30ה(1)(א) לחוק). הממונה על ביקורת הגבולות רשאי להאריך תקופה זו מטעמים מיוחדים שיירשמו לתקופות נוספות שלא יעלו במצטבר על 72 שעות (סעיף 30ה לחוק המפנה לסעיף 13יד(א1) לחוק הכניסה לישראל). בית הדין רשאי לאשר את החזקתו במשמורת, להורות על שחרורו בערובה או להורות על שינוי תנאי הערובה (סעיף 30ד לחוק). לאחר הביקורת הראשונית יש להביא את המסתנן לביקורת עתית לפני בית הדין בתוך פרקי זמן שלא יעלו על 60 ימים (סעיף 30ד(א1) לחוק). כן רשאי מסתנן לפנות מיוזמתו לבית הדין בכל עת בבקשה לבחינת עניינו או בבקשה לעיון חוזר (סעיף 30ה המפנה לסעיף 13יז(א) לחוק הכניסה לישראל). נוסף לביקורת הנעשית על ידי בית הדין לביקורת משמורת, קובע החוק למניעת הסתננות ביקורת שיפוטית לפני בית המשפט לעניינים מינהליים. על פי סעיף 130, החלטת בית הדין לביקורת משמורת של מסתננים נתונה לערעור לפני בית השפט לעניינים מינהליים.

ג

ד

ה

ו

ז

א 34. סעיף נוסף שחשוב לציין בגדרי התיקון לחוק למניעת הסתננות הוא סעיף 30ב הקובע את תנאי ההחזקה במשמורת. נקבע כי מסתנן יחזק בתנאים הולמים שלא יהיה בהם כדי לפגוע בכריאותו ובכבודו. כן נקבע כי מסתנן יחזק בנפרד מאסירים ומעצורים פליליים.

ב 35. יישומה של הוראת השעה שבתיקון לחוק למניעת הסתננות החל בחודש יוני 2012. על פי הנתונים האחרונים שמסרה המדינה, מוחזקים במשמורת כ-1,630 איש במתקן "סהרונים", מתוכם 1,416 גברים, 203 נשים ו-11 קטינים. 338 גברים נוספים מוחזקים במתקן "קציעות". סך כל המוחזקים עומד על קרוב ל-2,000 איש, מתוכם כ-1,750 מוחזקים מכוח החוק למניעת הסתננות. עוד נמסר על ידי המדינה כי החל מתחילת חודש יוני 2012 ועד למועד העדכון, שוחררו בערובה 238 מסתננים שהוחזקו במשמורת, מתוכם – 88 בהוראת הממונה על ביקורת הגבולות, והיתר בהליכי ביקורת שיפוטית של בית הדין לביקורת משמורת ובתי המשפט. 51 מבין המשוחררים היו קטינים. כן מציינת המדינה כי בעקבות התיקון לחוק הוגשו על ידי המוחזקים במשמורת כ-1,400 בקשות פרטניות למקלט.

ד לאחר סקירת הרקע והבנת סעיפיו והסדריו של התיקון לחוק למניעת הסתננות נוכל לעבור ולעמוד בקצרה על טענות הצדדים בתיקים הנדונים לפנינו.

ה עיקרי טענות הצדדים

בג"ץ 7146/12

ו 36. העותרים 1–5 הם אזרחי אריתריאה שבעת הגשת העתירה הוחזקו במשמורת על פי התיקון לחוק. העותרים 6–10 הם ארגוני זכויות אדם שונים. בעתירה מתבקש בית המשפט להכריז על התיקון לחוק כבטל כולו. לחלופין, התבקשו צווים על-תנאי בנוגע לשמונה סעיפים ספציפיים שנחקקו בתיקון לחוק. בטרם אעבור לסקור בקצרה את טענותיהם של העותרים, אציין כי ביום 12.3.2013 הורה בית משפט זה על הוצאת צו על-תנאי לעניין שמונה העתירות החלופיות שבעתירה. עם זאת, בסקירת טענותיהם של הצדדים נתייחס

לטענותיהם הכלליות בלבד. אם יהיה צורך בכך – נידרש בהמשך הדברים לטענות באשר לסעיפים ספציפיים.

א

37. העותרים מבקשים תחילה לעמוד על כך שרובם המכריע של המסתננים לישראל, כמעט 90%, הם אזרחי סודן ואריתריאה, ומזכירים כי בנוגע לאזרחי שתי מדינות אלה קיימת מדיניות "אי הרחקה" ("non-refoulement"). העותרים טוענים כי תכליתו היחידה של התיקון היא תכלית של הרתעת מסתננים בעתיד מלהיכנס לישראל שלא דרך תחנת גבול ושלא על פי דין. תכלית זו, כך נטען, סותרת את העיקרון הבסיסי שהתקבל במשפטנו ובמשפט הבינלאומי ולפיו אין מעצר מינהלי של שוהה ללא היתר עת אין מתקיים הליך אפקטיבי של גירוש. לטענתם, סעיף 30א(ג)(3) לחוק קובע מעצר של אלה שאינם בני גירוש לפרק זמן של שלוש שנים לפחות, גם אם הליך אפקטיבי של גירוש אינו מתנהל בעיניהם. לאור העקרונות הנ"ל, כך נטען, סותר סעיף זה את הזכות החוקתית לחירות המגינה מפני מעצר מינהלי של שוהים ללא היתר מכוח צו גירוש שלא לצורך הרחקה.

ב

ג

38. באשר לפסקת ההגבלה, שבים העותרים וטוענים כי התיקון אינו נועד לתכלית ראויה. לטענתם, החוק פוגע בגרעין הזכות לחירות במידה כה אנושה עד שלא ניתן לומר עוד כי הוא מגלה ולו רגישות מינימלית לזכות יסוד זו, ולפיכך דינו להיפסל עוד בשלב התכליתי. עוד טוענים העותרים כי הרצון להרתיע אינו יכול שישמש תכלית ראויה למעצר מינהלי. תכלית של הרתעה שקולה לענישה, ובאופן זה החוק מאפשר ייתור של המשפט הפלילי ושל ההגנות הנגזרות ממנו, אשר אינן מתקיימות בהליך המינהלי כמו בחוק למניעת הסתננות. לפיכך, גם אם הרתעה היא מטרה המקדמת אינטרס חברתי רצוי, הרי שהחקיקה אינה מגלה את הרגישות לזכויות אדם הנדרשת כדי שהיא תצלח את מבחן התכלית הראויה.

ד

ה

ו

39. העותרים מוסיפים וטוענים כי התיקון לחוק אף אינו עומד במבחני המידתיות שבפסקת ההגבלה. באופן כללי, טוענים העותרים כי החוק נוקט אמצעי חריף ביותר של שלילת חירות ופוגע בזכות זו בעוצמה חסרת תקדים. לפיכך, תידרש הקפדה יתרה עם הרשות בבחינתה של עילת המידתיות. באשר

ז

למבחן הקשר הרציונלי, טוענים העותרים כי – מאחר שמדובר בפגיעה אנושה בזכות לחירות – נדרש קשר הדוק בין האמצעי למטרה וכן נדרשת הסתברות גבוהה במיוחד שהאמצעי יגשים את המטרה. במקרה זה, כך נטען, הקשר הרציונלי בין הכליאה לפי הוראות החוק לבין הרתעת מבקשי מקלט הוא ספקולטיבי בלבד. העותרים מדגישים כי, לטעמם, הירידה במספר הנכנסים לישראל ללא היתר דרך גבול ישראל–מצרים נובעת מטעמים שונים, ובהם בניית גדר הגבול החדשה, תגבור כוחות הביטחון המצריים בסיני וחסמה זמנית של נתיב הכניסה לאירופה בשל הסכם החזרה בין לוב לאיטליה. לטענתם, לא ניתן להצביע על קשר בין ירידה במספר המסתננים לבין החוק למניעת הסתננות דווקא.

באשר למבחן האמצעי שפגיעתו פחותה, טוענים העותרים שאף הוא אינו מתקיים שעה שהמשיבים נוקטים אמצעים נוספים לצמצום כניסתם של מבקשי מקלט. כך, הוקם מנגנון חדש לבדיקת בקשות למקלט שאמור להביא לזירוז ההליך באופן שימנע שהייה ממושכת בישראל של מי שבקשתו למקלט נדחתה ואין מניעה אחרת להרחקתו מישראל. כן ניתן, לטענת העותרים, לבטא את תכלית ההרתעה כחלק מהפעלת ההליך הפלילי הרגיל נגד הנכנסים לישראל ללא היתר. העותרים מסכימים כי מעצר מינהלי קצר מועד לצורך הגשמת תכלית ההרחקה מישראל הוכר על ידי הפסיקה בישראל. אולם, שעה שמדובר בכליאה שמטרתה היא הרתעתית ושאינה מוגבלת בזמן לא ניתן עוד לעשות שימוש בכלי המעצר המינהלי. באשר למעצרו של אלה שבאזור מגוריהם מבוצעת פעילות עוינת, טוענים העותרים כי החלופה היא בדיקה פרטנית של מסוכנות אינדיווידואלית.

העותרים מוסיפים וטוענים כי גם מבחן המידתיות במוכן הצר אינו מתקיים בשל מהות הזכות הנפגעת ועוצמת הפגיעה בהשוואה להסתברות הספקולטיבית של השגת התכלית. התיקון, כך נטען, פוגע באחת מזכויות היסוד החשובות ביותר – הזכות לחירות. עוצמתה של הפגיעה בזכות היא החזקה ביותר שניתן להעלות על הדעת, וההסתברות לפגיעה בזכות היא ודאית. מכך נובע, כך הטענה, כי החוק אינו עומד במבחן משנה זה.

40. באשר לסעד החוקתי ביקשו העותרים לבטל את התיקון בכללותו. לחלופין, ביקשו הם סעד חוקתי של בטלות באמצעות "העברת עיפרון כחול" ו"קריאה לתוך ההסדר" ("reading in"). העותרים מפרטים בעתירתם כיצד הם סבורים שסעדים אלה ראוי שיינתנו בהתייחס לכל סעיף וסעיף בתיקון שנתקף על ידיהם.

בר"ם 1192/13; עע"ם 1247/13

41. עם העתירה החוקתית נשמעו ערעור ובקשה לרשות ערעור על פסק דינו של בית המשפט לעניינים מינהליים בבאר שבע (הנשיא י' אלון) אשר ניתן ביום 17.1.2013. פסק הדין ניתן בחמש עתירות מינהליות שהדין בהן אוחד. המערערת 1 בעע"ם 1247/13 והמבקשות בבר"ם 1192/13 הן נתינות אריתריאה. המערערת 2 בעע"ם 1247/13 היא נתינת סודן. כולן הסתננו לישראל דרך הגבול עם מצרים, הוצאו נגדן צווי גירוש והן הושמו במשמורת על פי החוק למניעת הסתננות. בעתירות התבקש בית המשפט לבטל את צווי הגירוש, לשחררן ממשמורת ולהורות על מתן אשרה לפי חוק הכניסה לישראל. הטיעון המשותף לעתירות היה כי ההגנה הקולקטיבית הקיימת לנתיני אריתריאה וסודן מקימה מינה וביה את זכותם של נתינים אלה לקבל אשרות ישיבה בישראל, כפי שהיה ערב התיקון, ומכאן כי החוק למניעת הסתננות מחריג נתינים אלה מתחולתו על פי סעיף 30(א2).

42. בית המשפט דחה את הפרשנות המוצעת וקבע כי מתן אשרות שהייה ערב התיקון נבע ממצב שבו הייתה ניתנת הגנה קולקטיבית לנתיני אריתריאה וסודן, ולצידה היו הוראות חוק הכניסה לישראל שתכלית המשמורת על פיהן היא הבטחת גירוש. שילוב זה הביא לתוצאה בלתי נמנעת של היעדר אפשרות של השמה במשמורת, ומכאן – של מתן אשרות שהייה למסתננים אלה. התיקון לחוק למניעת הסתננות, כך נקבע, שינה את מצב הדברים הואיל ותכלית המשמורת ומטרתה הן מעתה בהתאם להוראות התיקון. בית המשפט קבע כי הפרשנות המוצעת מרוקנת את החוק מתכלית חקיקתו. בית המשפט אף דחה את הטענה בדבר החלה רטרואקטיבית של החוק לאור הוראה מפורשת בו המאפשרת זאת.

43. בית המשפט הוסיף ודחה את הטענות התוקפות את חוקתיות החוק. הוא ציין כי העותרות שלפניו הן לכאורה מהגרות עבודה ולא פליטות, כהגדרת המונחים באמנה בדבר מעמדם של פליטים, והן אף לא הגישו בקשה להכרה כפליט. בית המשפט הטעים כי זכות היסוד לחירות בתחומי המדינה קיימת לכל מי שנכנס לישראל כדין ושנמצא בתחומי ישראל כדין, כשהחריג לכך הוא במי שהוגדר כפליט. לפיכך, נקבע, הנחת היסוד שלפיה החוק פוגע בזכות לחירות של המסתננים אינה נקיימת מספקות. מאידך גיסא, צוין כי אין חולק שתכליתה של החזקת המסתנן במשמורת היא, בסופו של דבר, הרחקתו מישראל. לפיכך, חייב להתקיים מתאם בין המשמורת לבין ההרחקה. בית המשפט קבע כי תקופת המשמורת שנקבעה בחוק כהוראת שעה – שבמהלכה תתמיד המדינה במאמציה למצוא מדינות קולטות לנתיני אריתריאה וסודן שהסתננו לתחומה או שבמהלכה תתאפשר הסרת ההגנה הקולקטיבית והחזרתם לארצם – היא מידתית ומאזנת.

44. באופן פרטני נקבע לגבי המערערות 1 ו-2 כי החריגים שבחוק אינם חלים עליהן, ולפיכך אין מניעה להמשיך החזקתן במשמורת על פי החוק למניעת הסתננות. באשר למבקשות, נטען כי אופן כניסתן לארץ מונע את הגדרתן כמסתננות. השתיים היו חלק מקבוצה שהגיעה סמוך לגבול ישראל–מצרים ונקלעו שם למצוקה הומניטרית שעה ששתי המדינות מסרבות להכניסן לשטחהן. בהליכי עתירה לבג"ץ הסכימה המדינה, מטעמים הומניטריים, להכניס את שתי המבקשות לישראל. בית המשפט דחה את הטענה וקבע כי המבקשות לא נכנסו לישראל באמצעות אשרה כדין, והמחווה ההומניטרית רק השוותה את מצבן ליתר המסתננים. בית המשפט אף לא ראה בסבל שעברו המבקשות במהלך נדודיהן מאריתריאה לישראל שיקול המצדיק החלת איזה מהחריגים הקבועים בחוק. לפיכך, נדחו עתירותיהן של מבקשות אלה גם הן.

45. על פסק הדין האמור הוגשו הערעור והבקשה לרשות הערעור שאוחדו לדיון, כאמור, עם העתירה החוקתית. ראשית לכול, טוענת המערערת 1 כי נכנסה לישראל בטרם הוחל ביישום החוק, ורק בשל טעות כלשהי לא שוחררה ממשמורת באותה העת. לפיכך, אין זה ראוי להחיל עליה את החוק באופן רטרואקטיבי, בייחוד עת חלה עליה ההגנה הקולקטיבית. המערערת 2 טוענת כי היא נתינת סודן שנכנסה לישראל ביולי 2012. המערער 3, אף הוא נתין סודן,

שוהה בישראל עוד משנת 2008, והוא בעל אשרת שהייה מכוח ההגנה הניתנת לסודנים בישראל. השניים נישאו זה לזו באמצעות משפחותיהם בשנת 2011. המערערות 2 טוענות כי בשל העיקרון בדבר אחדות המשפחה יש להשוות את מעמדה למעמד בעלה, ככת זוג של מבקש מקלט.

א

46. באופן כללי, טוענות המערערות כי החוק למניעת הסתננות לא שינה את מעמדה של ההגנה הקבוצתית. לפיכך, אין לשנות מהנוהג שהוחל ערב חקיקת החוק שלפיו מוענקות אשרות שהייה לזכאי ההגנה הקולקטיבית לפי חוק הכניסה לישראל. לטענתן, פרשנות זו מתיישבת עם האמור בסעיף 30(א2) לחוק הקובע את ביטולו של צו הגירוש בעבור מי שקיבל אשרה ורישיון ישיבה בישראל לפי חוק הכניסה לישראל. פרשנות אחרת, כך נטען, תביא לאבסורד, שכן לא ייתכן שהמדינה תעניק הגנה למסתננים אלה, אך – בד בבד – תשלול אותה, שכן ההגנה כוללת את הזכות לחירות על פי כללי המשפט הבינלאומי. כאשר המצב כיום הוא שלא ניתן להרחיק את נתיני אריתריאה וסודן חזרה לארצם, ואף לא למדינה שלישית בתנאים הנדרשים בדין הבינלאומי, אין כל סיבה ראויה, כך נטען, להוציא להם צו גירוש. לחלופין, טוענות המערערות כי החוק שותק באשר למקבלי ההגנה הקבוצתית. לפיכך, אין הוא חל עליהם, שכן פגיעה בזכות לחירות צריך שתיעשה בחוק ובמפורש. לחלופי חלופין, טוענות המערערות כי הוצאת צו גירוש ללא יכולת הרחקה בפועל היא ענישה בלתי ראויה, בלתי סבירה ובלתי מידתית. לטענתן, אם פרשנותן לא תתקבל, אין מנוס מביטול התיקון לחוק בהיותו נוגד את הוראותיו של חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו. אפשרות נוספת שמעלות המערערות היא אימוץ פרשנות לחריג של טעמים הומניטריים המעוגן בחוק ככולל גם את ההגנה הקבוצתית, כטעם הומניטרי מיוחד, לצד התקופה הארוכה שבה שוהות המערערות במשמורת זה מכבר.

ב

ג

ד

ה

ו

47. המבקשות בבר"ם 1192/13 אף הן משיגות על פסק דינו של בית המשפט לעניינים מינהליים. הן מבהירות כי ההליך בעניינן היה מסוג ערעור מינהלי על החלטות בית הדין לביקורת משמורת שדחה את בקשתן לביטול צווי גירוש, לשחרורן ממשמורת ולמתן אשרה לכניסה לישראל. המבקשות מעלות ארבעה טיעונים עיקריים. ראשית, הן טוענות כי בשל הנסיבות המיוחדות של

ז

א כניסתן לישראל, ברשות כוחות צה"ל, אין הן בגדר מסתננות כהגדרת המונח בחוק. שנית, לטענתן, קיימים טעמים הומניטריים המצדיקים את שחרורן בשל הסבל שחוו, בייחוד מצד המבריחים, בטרם נכנסו לישראל. בעניין זה טוענות המבקשות כי בית הדין לביקורת משמורת עושה שימוש בפרוטוקולים בתבניות קבועות בעניינם של כל המסתננים, כך שפרוטוקול הדיון אינו משקף כלל את הדברים שנאמרו על ידי העצורים. שלישית, נטען כי בשל ההגנה הזמנית החלה עליהן ובהיעדר הליכי הרחקה אפקטיביים יש לשחררן ממשמורת. בעניין זה סבורות המבקשות כי על בית הדין לביקורת משמורת להחיל את סעיף 13 יב לחוק הכניסה לישראל, שאליו מפנה החוק למניעת הסתננות בסעיף 30ה, ולפיו על בית הדין ליתן את הדעת לעניין התמשכות ההחזקה במשמורת בשל עיכוב בביצוע צו הרחקה. רביעית, תוקפות המבקשות את חוקתיותו של התיקון לחוק למניעת הסתננות בדומה לטענות שהועלו בעתירה החוקתית.

ב יוער כי ביום 12.3.2013 הוחלט כי הבקשה לרשות הערעור תידון כאילו ניתנה רשות והוגש ערעור על פיה.

ד כתב התשובה מטעם המדינה וטיעונים משלימים בעקבות הדיון

ה 48. המדינה עומדת בתשובתה על מימדיה של תופעת ההסתננות לישראל ועל התפתחותה. המדינה סבורה כי מדינת ישראל, בהשוואה למדינות העולם, מצויה במצב ייחודי בהיותה המדינה המערבית היחידה שיש לה גבול יבשתי ארוך יחסית עם יבשת אפריקה – שעד לאחרונה לא היה מגודר באופן אפקטיבי – וכן על רקע המצב הגיאופוליטי ויחסיה המורכבים של ישראל עם שכנותיה. המדינה באה לכלל מסקנה כי הוראות חוק הכניסה לישראל אין די בהן כדי להתמודד עם התופעה. זאת, שכן המסתננים הבינו כי ישוחררו ממשמורת לאחר זמן קצר ויוכלו להישאר בישראל ולהרוויח פי כמה וכמה מהמקובל בארצותיהם, ולשלוח כספים לארצות מוצאם, כספים שמשמשים, בין היתר, למימון הגעתם של מסתננים נוספים לישראל.

ו עוד עומדת המדינה על השפעותיה של תופעת ההסתננות, לטעמה. כך, לטענתה, יש לתופעת ההסתננות השפעה על ביטחון הפנים ועל שלום הציבור והיא גורמת לשינוי עמוק במרקם החיים במרחב האורבני. השפעה רצינית נוספת



היא על הכלכלה והמשק. לטענת המדינה, תופעת המסתננים הגדילה באופן מסיבי את היצע העובדים שאינם מקומיים, באופן בלתי מבוקר, כאשר עובדים ישראלים בעלי מיומנויות נמוכות המשתכרים שכר נמוך היו הראשונים להיפגע מכך. הדבר הביא להפחתת השכר המשולם להם ואף לדחיקתם אל מחוץ לשוק העבודה באופן המצריך את תמיכתה של רשת הביטחון הסוציאלי של המדינה. לתופעה זו גם השפעות תקציביות נוספות. כך, למשל, לטענת המדינה, נדרשות הוצאות גבוהות על שירותי בריאות ורווחה לאוכלוסייה זו שאינה רוכשת ביטוח רפואי. כך גם הוצאותיה של מערכת החינוך עלו בגין התווספות ילדים למערכת החינוך, כולל החינוך המיוחד, ולמערך הפנימיות בארץ. המדינה מוסיפה כי ההערכה היא שמאות מיליונים של שקלים שמקורם בשכר עבודה מועברים מידי שנה מישראל לאפריקה, כאשר חלק ניכר מהסכומים מועבר בדרכים שאינן חוקיות.

א

ב

ג

49. המדינה טוענת באופן כללי כי על בית המשפט לנהוג באיפוק ובריסון בבואו לבחון ביטולה של חקיקה ראשית וכי המקרה הנדון אינו החריג שבחריגים המצדיק ביטול חוק. המדינה מדגישה כי מדובר בהוראת שעה ולפיכך מידת הביקורת החוקתית עליה היא מצומצמת באופן יחסי. באשר לזכויות הנפגעות, טוענת המדינה כי התיקון אינו פוגע בזכות החוקתית של המסתננים לחופש תנועה, שכן זכות זו אינה נתונה בידי מי שנכנס לישראל שלא כדין. ואכן, סעיף 6 לחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו מעניק את זכות הכניסה לישראל לאזרחי בלבד. באשר לזכות לחירות, מסכימה המדינה כי זכות זו אכן נפגעת, אך מדגישה כי אין מדובר בזכות מוחלטת וכי הפגיעה מקיימת את תנאיה של פסקת ההגבלה.

ד

ה

50. באשר לדרישת התכלית הראויה סבורה המדינה כי זו אכן מתקיימת. המדינה עומדת על שתי תכליות עיקריות הניצבות בבסיס התיקון לחוק למניעת הסתננות. התכלית הראשונה היא בלימתה של תופעת ההסתננות שמבוססת, כך נטען, ברובה על הגירה כלכלית. החוק ביקש להקים חסם נורמטיבי בפני המסתננים, החפצים לעבור לשטחי מדינת ישראל, ובפני המסתננים אשר נכנסו זה מכבר לישראל. מניעת הגעתם של מסתננים חדשים לישראל מושגת מעצם מודעותם של המסתננים הפוטנציאליים באשר לאמצעים המשפטיים הנקטים

ו

נגד אלה המסתננים לתחומה. המדינה רואה בכך תכלית ציבורית ותכלית חברתית חשובות ביותר בשל חומרתה של התופעה ותוצאותיה הקשות המהוות איום ממשי על ריבונותה של מדינת ישראל ועל חוסנה. התכלית השנייה היא מניעת השתקעותם של המסתננים, ובכך – מניעת ההשפעות השליליות הנלוות להשתקעותם הנמשכת של מסתננים בלתי חוקיים בחלק מערי ישראל. על פי תכלית זו, מבקש התיקון לצמצם את האטרקטיביות שדבקה בערי ישראל כמוקד להגירת עבודה בלתי חוקית. עוד טוענת המדינה כי התיקון מבקש למנוע מהמסתננים להכות שורש בחברה או במשק הישראלי ובכך להציב את הגירתם כעובדה מוגמרת. בכך אף קטנה יכולתם של המסתננים לעבוד בישראל ולשלוח כספים שיממנו את הבאתם לישראל של מסתננים נוספים. כן סבורה המדינה כי בלימתה של תופעת ההסתננות היא תכלית ראויה ההולמת את ערכיה של המדינה כמדינה יהודית ודמוקרטית.

51. באשר למבחני המידתיות, סבורה המדינה כי התיקון צולח אף אותם. נטען כי מבחן הקשר הרציונלי מתקיים, שכן הנתונים מצביעים כי חלה ירידה חדה במספר המסתננים בחודשים שלאחר תחילת יישומה של הוראת השעה. מבחן הפגיעה הפחותה, כך נטען, מתקיים אף הוא. לטענת המדינה, ככל שמדובר בקביעת מדיניותה של מדינת ישראל בתחום ההגירה, תחום שהוא ביטוי מובהק לריבונותה של המדינה, שמור למחוקק מתחם תמרון חוקתי רחב. המדינה מדגישה כי היא מבחינה בין מי שבפיו טענה ממשית למקלט מדיני לבין מסתננים למטרות אחרות. המדינה מוסיפה וטוענת כי אף שאפשר שיש אמצעים שפגיעתם בזכות לחירות פחותה יותר, הרי שאין הם מגשימים את התכלית החברתית באותה מידה של אפקטיביות. לטענתה, כדי להגשים את התכליות בדבר בלימתה של תופעת ההסתננות, לצד מניעת השתקעותם של המסתננים בערי ישראל, לא די היה בהקמת הגדר לבדה לאורכו של הגבול. נדרש היה להעמיד בצידה אמצעים נוספים, ובמרכזם תיקון החוק למניעת הסתננות. עוד טוענת המדינה כי יש ליתן את הדעת לקשר שבין הזכות לחופש התנועה לבין הזכות לחירות, על רקע ההבנה כי הימנעות מהגבלת חירותו האישית של מסתנן נפקותה בפועל היא מתן חופש תנועה קולקטיבי בישראל לעשרות אלפי מסתננים.

52. בנוגע למבחן המידתיות במובן הצר טוענת המדינה כי הפגיעה בזכות החוקתית ממותנת בתיקון לחוק באמצעות הסדרים שונים ובהם כמה תחנות סטטוטוריות להפעלת ביקורת שיפוטית יזומה והדוקה לבחינת הליך השמתו של מסתנן במשמורת. זאת, לצד מתן זכות למסתנן להעלות את טענותיו בבית הדין לביקורת משמורת כל אימת שיבקש זאת והאפשרות להגיש ערעורים מינהליים ועתירות מינהליות; עילות השחרור הקבועות בתיקון, אלה הכלליות, ובתוכן עילת "סל" של טעמים הומניטריים מיוחדים, ואלה הנוגעות למסתננים שהגישו בקשה לקבלת אשרה ורישיון ישיבה בישראל; תנאי החזקתם של המסתננים במשמורת המעוגנים במפורש בחוק; עיגון התיקון בהוראת שעה. מנגד, מדגישה המדינה את כף האינטרסים הציבוריים שעליה עומדת ריבונותה של המדינה וחובתה לשמור על גבולותיה, כמו גם על זכויותיהם של אזרחי מדינת ישראל ותושביה – כפרטים.

א  
 ב  
 ג

53. המדינה סבורה כי הוראת השעה אינה סותרת את מחויבותיה של ישראל בהתאם למשפט הבינלאומי. היא מציינת כי יש ליתן את הדעת על ההיבטים הייחודיים ועל הנסיבות החברתיות הפרטניות בהתייחס למאטריה המשפטית ולמאטריה העובדתית הרלוונטית. כך, טוענת המדינה באשר לייחודה של תופעת ההסתננות לישראל כעניין מקומי, חסר תקדים, הן בהיקפו והן בהשלכותיו הרחבות. מכאן כי יש לצמצם את מקומו של המשפט הבינלאומי או של המשפט ההשוואתי בבחינת הדברים. כן טוענת המדינה כי מדובר במאטריה העוסקת בסוגיות הליבה של עקרון הריבונות בכל הנוגע לזכותה המוחלטת של המדינה לקבוע מי יבוא בגבולותיה, עיקרון שאותו קובע באופן מובהק גם המשפט הבינלאומי.

ד  
 ה

המדינה ממשיכה ומתייחסת באופן פרטני לכל אחד מהצווים על-תנאי שהוצאו בעתירה ומנסה ליתן למונחים מסוימים שנתקפו פרשנות שלפיה אין בכוונתם להחמיר או להגביה את הרף הנדרש להתגבשותן של עילות השחרור או לצמצמן. כאמור, בשלב זה, לא ראיתי צורך בפירוט הטענות בעניין.

ו

54. באשר לע"ע 1247/13 ולבר"ם 1192/13, טוענת המדינה כי אין כל עילה להתערבות בפסק דינו של בית המשפט לעניינים מינהליים בבאר שבע.

ז

המדינה תומכת בכל שנקבע בפסק הדין, הן בנוגע לטענות החוקתיות והן בנוגע לטענות הפרטניות של המבקשות והמערערות.

א

55. באופן פרטני, מעדכנת המדינה כי העותרים 1–4 שוחררו זה מכבר ממשמורת. באשר לעותרות 1–2, אם ובתה, הן שוחררו בשל טעם הומניטרי מיוחד שעניינו בהבאתן לישראל בניגוד לרצונן. העותר 3 אף הוא שוחרר ממשמורת בעקבות קביעתו של בית הדין לביקורת משמורת כי מתקיימים בעניינו טעמים הומניטריים מיוחדים, על רקע השבי והעינויים שחוהה העותר בסיני בטרם כניסתו לארץ, והשפעתם של אלה על מצבו הנפשי הנוכחי. העותר 4 שוחרר אף הוא מהטעם שחלפו שלושה חודשים מאז שהוגשה בקשתו למקלט וטרם החל הטיפול בה. העותרת 5, עם זאת, עודנה במשמורת החל מהיום שבו הסתננה לישראל, דהיינו מיום 11.6.2012, למעלה משנה. המדינה מוסיפה ומעדכנת כי המבקשות בבר"ם 1192/13 והמערערות בעע"ם 1247/13 עודן נתונות במשמורת, חלקן – כבר לאורך תקופה של למעלה משנה.

ב

ג

ד

ה

ו

56. בעקבות הדיון שקיימנו ביום 2.6.2013 הגישה המדינה, בהוראתנו, תשובה משלימה מטעמה בהתייחס למגעים ולהסכמות לגבי הרחקה של אזרחי צפון סודן ואריתריאה למדינות שאינן מדינות אזרחותם. בתשובתה זו שבה המדינה על ההבחנה בין מסתננים מאריתריאה, שלגביהם קיימת מדיניות של אי החזרה, לבין מסתננים מצפון סודן שלגביהם אין קיימת מדיניות כזו, אך הם אינם מורחקים לארץ מוצאם בשל הקושי המעשי הנובע מהיעדרם של יחסים דיפלומטיים בין שתי המדינות. המדינה צירפה לתשובתה את תצהירו של מר חגי הדס, הממונה על המגעים האמורים. מר הדס הצהיר כי מתקיימים מגעים מתקדמים עם כמה מדינות אפריקניות במטרה שישמשו בין כמדינת יעד לקליטת מסתננים, על בסיס מתן אשרות כניסה ושהייה, ובין כמדינות מעבר למדינת המוצא של המסתננים.

כתב התשובה מטעם הכנסת

57. הכנסת לא ראתה מקום להוסיף על הטיעון החוקתי הנרחב שהובא בתשובת המדינה. עם זאת, ביקשה הכנסת לטעון באשר למעמדה של חזקת ההתאמה במשפט הישראלי, שלפיה יש לפרש דבר חקיקה ישראלי באופן

ז

המתיישב ככל הניתן עם נורמות של המשפט הבינלאומי שישראל מחויבת להן. הכנסת טוענת כי קבלת עמדתם של העותרים, שלפיה יש להחיל את חזקת ההתאמה על פרשנותם של חוקי היסוד, תוביל למעשה להפיכת נורמות של המשפט הבינלאומי למשפט המחייב במדינת ישראל, ולכך שחקיקת הכנסת תהיה חייבת אף היא לעמוד בנורמות אלה שיוזרמו דרך חוקי היסוד באמצעות חזקת ההתאמה. לטענת הכנסת, מדובר בגישה בעייתית ביותר, החותרת תחת ריבונותה של הכנסת כרשות המחוקקת ואף אינה עולה בקנה אחד עם פסיקתו של בית המשפט העליון. הכנסת טוענת כי אין מחלוקת בעניין חשיבותו של המשפט הבינלאומי בפרשנותה של חקיקה רגילה מכוח חזקת ההתאמה ואף אין מחלוקת כי, במקרים המתאימים, המשפט הבינלאומי יכול שישמש כמקור הראה בפרשנות חוקתית. אולם, לטעמה, יש לדחות את גישת העותרים כאילו יש להחיל את חזקת ההתאמה, על היסוד המחייב הטמון בה, בהתייחס לחוקי היסוד, ובכך להעניק למשפט הבינלאומי מעמד על-חוקי במשפט הישראלי.

א

ב

ג

תגובות העותרים, המבקשות והמערערות לטיעונים המשלימים

58. באשר לטיעונים המשלימים של המדינה בעקבות הדיון שנערך, הגישו העותרים והמבקשות בבר"ם 1192/13 תגובה משותפת. לטענתם, אין בהסכם המתגבש לכאורה עם מדינה שלישית כדי לרפא את אי החוקתיות של התיקון, והוא ימשיך לחול על עשרות אלפי אנשים. עוד טוענים הם כי עולה מהטיעונים המשלימים כי כלל אין הסכם סגור וקרוב למימוש. הם מציינים כי מאמצים ומגעים בעניין נעשים כבר שנים רבות ללא תוצאה. לבסוף טוענים הם שהסכם מסוג זה כפוף למגבלות משפטיות ולמילוי החובות הבינלאומיות של מדינת ישראל, ומציינים כי ההסכמים להעברת מהגרים למדינות-צד-שלישי נפסלו ברובם על ידי בתי משפט ברחבי העולם.

ד

ה

59. המערערות בעע"ם 1247/13 אף הן הגישו את תגובתן לטיעונים המשלימים מטעם המדינה. לטענתן, גם אם יושג הסכם עם מדינה שלישית אין הוא רלוונטי להמשך החזקתן של המערערות במשמורת, שכן גם אז יש למזער את הפגיעה בהן ולשחררן עד למועד יישומו בפועל של ההסכם. גם המערערות טוענות כי אין בהסכם כלשהו כדי להשליך על חוקתיותו של התיקון. המערערות יוצאות נגד החיסיון של ההסכם המדובר וטוענות שיש לאפשר להן להעלות

ו

ז

נגדו טענות אם ייצא אל הפועל וכי על מדינת ישראל יהיה להבטיח שהגירוש ייעשה למדינה שתהיה מקום בטוח למגורשים.

א

בקשות הצטרפות

60. ארגונים מספר הגישו בקשות הצטרפות כדידי בית המשפט, הן לצידם של העותרים והן לצידם של המשיבים. האחד הוא מרכז קונקורד לחקר קליטת המשפט הבינלאומי בישראל (להלן: המרכז). בקשתו של המרכז מכוונת לשפוך אור על עמדתו של המשפט הבינלאומי בסוגיה הניצבת לפנינו. בתמצית, טוען המרכז כי הכללים הקבועים במשפט הבינלאומי מציבים הגבלות מעטות על מדיניות ההגירה ויישומה, לאור העיקרון בדבר ריבונות המדינה, אך באיזון מול הצורך להבטיח זכויות יסוד לכל אדם המצוי בתחומי המדינה. נטען כי העקרונות שהתגבשו נועדו להבטיח שהשימוש במעצר ייעשה רק לתכלית שלשמה הוא נועד – שימור זכותה של המדינה לקבוע את מדיניות ההגירה הריבונית שלה וליישמה באמצעות מניעת כניסה או הרחקה. לפיכך, כדי שמעצר לא ייחשב שרירותי, אין להשתמש בו לשם ענישה. יש להקפיד על נחיצות, מידתיות וסבירות באופיו של המעצר ובמשכו. יש להקפיד על הליכים תקינים ועל בחינה אינדיווידואלית של ההגבלות על החירות. כן יש להביא בחשבון זכויות שנועדו להגן על קבוצות פגיעות במיוחד של זרים, בהם ילדים, מבקשי מקלט ופליטים. לטענת המרכז, הוראות עיקריות בחוק למניעת הסתננות חורגות אף מאמות המידה המינימליות והשמרניות הקבועות במשפט הבינלאומי.

ב

ג

ד

ה

61. גוף נוסף שביקש להצטרף כמשיב לעתירה הוא תנועת גדר לחיים (להלן: התנועה), הפועלת – כהגדרתה – להבטחת ביטחונם של אזרחי ישראל. התנועה טוענת כי קבלת העתירה במלואה או בחלקה תעמיד את אזרחי ישראל בסכנת חיים. היא מבססת את טענתה על הטיעון הדמוגרפי-ביטחוני הגורס כי לאזרחיה היהודים של מדינת ישראל נשקף סיכון פיסי חמור מהתערעורת הרוב היהודי-ציוני במדינת ישראל. תופעת המהגרים הבלתי חוקיים, כך נטען, גרמה לירידה בשיעור האוכלוסייה היהודית בארץ לכדי 73% בלבד מתוך כלל האוכלוסייה.

ו

ז

62. עוד ביקשה להצטרף כמשיבים לעתירה קבוצה של אזרחי ישראל המתגוררים והעובדים בדרום תל אביב, ולצידה עמותת איתן – מדיניות הגירה

ישראלית. המבקשים מעוניינים להציג לפני בית המשפט את התמונה העובדתית באשר להשפעת כניסתם של מסתננים מאפריקה לישראל על מרקם החיים בדרום תל אביב ועל חייהם של האזרחים הגרים והעובדים שם. המבקשים מספרים על הירידה בתחושת הביטחון האישי של תושבי דרום תל אביב מאז כניסת גלי המסתננים לשכונות אלה ועל תופעות של חטיפת טלפונים סלולריים, של אלימות ושל הטרדות מיניות. הם מספרים על הצפיפות, על הרעש ועל החשש להסתובב ברחובות.

א

ב

63. פורום קהלת (להלן: הפורום) מעוניין אף הוא להצטרף כידיד בית המשפט. הפורום הוא עמותה ציבורית שהוקמה על ידי אנשי רוח ואקדמיה. טענותיו מבקשות לדון בערכים הניצבים על כפות המאזניים – התועלת שבחוק הנדון וזכות הפרט הנפגעת. באשר לזכות הנפגעת, שולל הפורום את טענות העותרים כי יש לבחון את חוקי היסוד בהתאם לנורמות של המשפט הבינלאומי, שכן נפקות הדבר היא הכפפת חקיקת הכנסת כולה למשפט הבינלאומי. עוד טוען הפורום כי למסתננים אין זכות חוקתית לחירות במובנה המלא, שכן אין להם חירות חוקתית לנוע במדינה כאוות נפשם. בצד התועלת מדגיש הפורום את השיקול של שמירה על זהותה של ישראל, כמדינת לאום יהודית, ושל שמירה על מבנה האוכלוסייה בישראל.

ג

ד

64. בקשה נוספת שהוגשה באופן חריג היא זו מטעם נציבות האו"ם לפליטים (UNHCR) (להלן: הנציבות), שאף היא ביקשה להצטרף כידידת בית המשפט. הנציבות מבקשת להתייחס לפרשנות הנכונה, לעמדתה, לדין הבינלאומי החל על הסוגיה, ובפרט – לפרשנות אמנת הפליטים והפרוטוקול משנת 1967. הנציבות מפרטת את עמדתה בנושא השפעת כללי המשפט הבינלאומי על הדיון בחוקתיותו של התיקון לחוק למניעת הסתננות, וסבורה כי מעצם האוטומטי והמתמשך של פליטים ומבקשי מקלט המסווגים כמסתננים, רק מהטעם שנכנסו לישראל באופן שאינו מוסדר, אינו עומד בסטנדרטים בינלאומיים. הנציבות מדגישה כי מדיניות משמורת, המכוונת בעיקרה להרתעה, אינה חוקית, שכן אין מדובר במטרה לגיטימית לפי כללי המשפט הבינלאומי ונדרש כי המדיניות תהיה מבוססת על הערכה פרטנית של הצורך במעצר.

ה

ו

ז

א 65. יוער כבר כעת כי איני סבורה שעלינו להידרש להכרעה בבקשות להצטרפות שלפנינו. החומר שהוגש על ידי המבקשים השונים הובא לתשומת ליבנו, קראנו את טיעוניהם ואף שמענו, בטיעון בעל פה, חלק מנציגיהם. על בסיס טענות הצדדים כולם הגיעה העת ליתן את הכרעתנו.

דיון והכרעה

ב 66. בטרם אדרש לבחינה החוקתית המתחייבת בעניין שלפנינו, אבקש לפתוח בהסרת מחלוקות שאינן רלוונטיות מהדרך שבה אנו מתחילים לצעוד כעת. הצדדים חלוקים ביניהם בסוגיות רבות הנוגעות למסתננים המצביעות על נקודות מבט שונות, כמעט קוטביות זו לזו. הסוגיות בחלקן הן חשובות ונכבדות, אך לא כולן רלוונטיות בהכרח לליבת העתירה שלפנינו, ולפיכך לא נידרש אליהן בדיון זה. כך, למשל, חלוקים ביניהם הצדדים על המינוחים והטרמינולוגיה – "משמורת" בפי המדינה אל מול "מעצר מינהלי" בפי העותרים, "מסתננים" בפי המדינה אל מול "מבקשי מקלט" בעיני העותרים, ועוד. אכן, לטרמינולוגיה עשויה להיות השפעה על המהות. עם זאת, אין ענייננו בכך במסגרת ובשלב שבהם אנו מצויים, והשימוש במונחים השונים ייעשה בהתאם למונחיו של החוק למניעת הסתננות.

ה הצדדים חלוקים ביניהם על הנסיבות שהביאו את המסתננים לישראל. בעוד שהעותרים מציינים תמונה של אנשים נרדפים במדינות מוצאם, המתמודדים עם סכנת חיים אמיתית, עם חטיפות ועינויים, מצירת המדינה תמונה שונה לחלוטין המציגה מהגרים ממניעים כלכליים המעוניינים לשפר את רמת חייהם ואת מצבם הכלכלי באמצעות עבודה במדינת ישראל. גם בסוגיה זו לא נוכל להכריע במסגרת זו. לטעמי, ברובה אין היא רלוונטית למהות העניין שלפנינו. אעיר רק כי ברי שמי שיוכר כזכאי למעמד של פליט בהתאם לאמנת הפליטים, ישוחרר לאלתר ממשמורת ויחולו עליו כל ההגנות שמעניקה לו האמנה. השאלה אם בצדק נדחתה בקשתו של מסתנן להכרה בו כפליט היא עניין פרטני לרוב, ואין לנו להידרש לסוגיה זו כאן.

ז



הצדדים אף חלוקים ביניהם בדבר תנאי המשמורת שבה שוהים המסתננים במתקנים השונים, ובייחוד במתקן "סהרונים" שם שוהה מרביתם. בעוד שהמדינה סבורה כי התנאים טובים ומשביעי רצון, מצביעים העותרים על תנאים מחפירים ועל עדויות קשות מהשטח. סוגיה זו, על אף חשיבותה הרבה והצורך ליתן עליה את הדעת באופן יסודי, אין היא רלוונטית לבחינתו החוקתית של התיקון בשלב זה. למותר לציין כי על המדינה לדאוג לתנאים הולמים המבטיחים את בריאותם ואת כבודם של המסתננים, ואף החוק מחייב אותה בכך, כאמור (סעיף 330 לחוק למניעת הסתננות). עם זאת, הפרשנות למונח זה ויישומו – עניינם לעתירה נפרדת שתכלול נתונים ופרטים בעניין כדי לבחון את הנושא לעומק, דבר שאין באפשרותנו לעשות בגדר הסוגיות שהונחו לפתחנו.

א

ב

לסיום נקודה זו אעיר עוד כי הצדדים מציגים עמדות קוטביות וקיצוניות, האחת ביחס לרעותה. כפי שכבר ציינתי לעיל, אני מאמינה שהתמונה אינה צבועה בצבעי שחור ולבן אלא מורכבת מגוונים רבים על הרצף שבין שתי העמדות הקיצוניות כפי שהוצגו לפנינו. אולי יהיה זה תמים לקוות לשיתוף פעולה בין שני הגורמים הניצבים לפנינו משני צידי המתרס, העותרים המייצגים את ארגוני זכויות האדם אל מול רשויות המדינה, אך דומני כי שיתוף פעולה כזה הוא אפשרי והיה עשוי להיטיב עם כל הנוגעים בעניין, ובכלל זה עם המסתננים עצמם ועם החברה הישראלית כולה. התבצרותו של כל צד בעמדתו ללא יכולת לראות את הקשיים ואת הדילמות שעליהם עומד הצד שכנגד מזיקה, לטעמי, ופוגעת בטובת העניין. מכל מקום, אנו – אין לנו אלא לבחון את הסוגיה המשפטית שהובאה לפתחנו, ולכך נפנה כעת.

ג

ד

ה

בחינה חוקתית

67. באופן כללי, חשוב לזכור ולהזכיר את האיפוק ואת הריסון שנטל עליו בית משפט זה בבואו להפעיל ביקורת חוקתית על חקיקה ראשית של הכנסת. הדבר מתחייב מעקרון ההפרדה בין הרשויות ומהסמכויות השונות שניתנו להן. הכרעתו של המחוקק מבטאת, למעשה, את רצון העם שבחר בו. לפיכך, יזהיר עצמו בית המשפט בטרם התערבות בדבר חקיקה ולא ישים עצמו בנעליו של המחוקק בבחירת מדיניות ובעיצובה. עם זאת, אין בית משפט זה רשאי להתעלם

ו

ז

א מפגיעה בזכויות יסוד אשר אינה עומדת בדרישותיה של פסקת ההגבלה הקבועות במפורש בחוקי היסוד. על בית המשפט הוטל התפקיד לוודא כי מלאכת החקיקה של הכנסת אינה פוגעת במידה העולה על הנדרש בזכויות האדם המעוגנות בחוקי היסוד, ואין הוא רשאי למשוך ידיו ממלאכה זו. עליו לעשותה אפוא באזנו איוון רגיש ומודע בין עקרונות שלטון הרוב והפרדת הרשויות לבין השמירה על זכויות האדם ועל ערכי היסוד שבבסיס שיטת המשטר במדינת ישראל (בג"ץ 2605/05 המרכז האקדמי למשפט ולעסקים, חטיבת זכויות האדם נ' שר האוצר [22]), בפסקה 14 לפסק דינה של הנשיאה ביניש, להלן: עניין חטיבת זכויות האדם; ע"פ 6659/06 פלוני נ' מדינת ישראל [23], בפסקה 29, להלן: עניין פלוני).

ג 68. הבחינה החוקתית נחלקת, כידוע, לשלושה שלבים. בשלב הראשון נבחנת השאלה אם החוק הנדון פוגע בזכות או בזכויות המעוגנות בחוקי היסוד. תשובה שלילית תגרום לסיום הבחינה החוקתית ולדחיית העתירה. תשובה חיובית, לעומת זאת, תוביל את הביקורת השיפוטית לשלב השני. השלב השני בוחן את חוקתיותה של הפגיעה באמצעות דרישותיה של פסקת ההגבלה, כפי שהיא מופיעה בחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו או בחוק-יסוד: חופש העיסוק. פגיעה בזכות חוקתית המקיימת את כל הנאיה של פסקת ההגבלה היא פגיעה מותרת שתביא להכרזה על החוק כחוקתי. לעומת זאת, פגיעה שאינה עומדת באחד מתנאיה של פסקת ההגבלה תיאלץ את בית המשפט לעבור לשלב השלישי של הביקורת השיפוטית, הוא שלב הסעד. בשלב זה בוחן בית המשפט את תוצאותיה של אי החוקיות שנקבעה בשלב הקודם וקובע מה הסעד שיינתן בעקבות קביעה זו (ראו, בין היתר: בג"ץ 10662/04 חסן נ' המוסד לביטוח לאומי [24], בפסקה 24 לפסק דינה של הנשיאה ביניש, להלן: עניין חסן; בג"ץ 6304/09 לה"ב – לשכת ארגוני העצמאים והעסקים בישראל נ' היועץ המשפטי לממשלה [25], בפסקה 75, להלן: עניין לה"ב; עניין חטיבת זכויות האדם [22], בפסקה 16 לפסק דינה של הנשיאה ביניש; בג"ץ 6427/02 התנועה למען איכות השלטון בישראל נ' כנסת ישראל [26], בעמ' 669–670, להלן: עניין התנועה למען איכות השלטון; בג"ץ 5975/12 חטיבת מפיצי הסיגריות במכונות אוטומטיות נ' משרד הבריאות [27], בפסקה 8, להלן: עניין חטיבת מפיצי הסיגריות).

69. בית משפט זה הכיר בחשיבותו של הדיון האמור כסדרו. דיון זה מאפשר בחינה אנליטית ואחידה של סוגיות חוקתיות הבאות לפניו של בית המשפט הגבוה לצדק. הוא קובע את הגדרות והגבולות להתערבותו של בית המשפט בסמכויותיה של הרשות המחוקקת. יש לו חשיבות ביצירת ההבחנה "בין היקפה של הזכות לבין מידת ההגנה עליה והגשמתה הלכה למעשה" (עניין התנועה למען איכות השלטון [26], בעמ' 670; עניין חסן [24], בפסקה 24 לפסק דינה של הנשיאה ביניש). על חשיבות ההבחנה בין השלב הראשון לבין השלב השני עמד לאחרונה הנשיא גרוניס:

"לכל אחד משלבי הבדיקה החוקתית מטרה חשובה בניתוח החוקתי הכולל. השלב הראשון בבחינה החוקתית ('שלב הפגיעה') נועד לקבוע את ההיקף המושגי של הזכות החוקתית. בשלב זה נקבעים גבולות הזכות החוקתית, וזאת, באמצעות פרשנותה של הזכות הרלוונטית ואיזונה אל מול זכויות אחרות. השלב השני בבחינה החוקתית ('פיקטת ההגבלה') נועד לקבוע את מידת ההגנה על הזכות, ואת "גבולות הגזרה" של המחוקק והמגבלות המוטלות עליו בכואו לפגוע בזכויות חוקתיות (ראו, בג"ץ 10662/04 חסן נ' המוסד לביטוח לאומי, פסקה 24 לפסק דינה של הנשיאה ד' ביניש (28.2.2012)). ברי, כי בין שני השלבים מתקיימים יחסי גומלין. גבולות הזכות החוקתית אינם נקבעים אך על ידי התוויית היקפה המושגי של הזכות, אלא גם על ידי עמידה על מידת ההגנה שתינתן לה. יחד עם זאת, אין לטשטש את ההבחנה בין השלבים. לכל שלב איזונים משלו ותכלית עצמאית" (בג"ץ 2442/11 שטנגר נ' יו"ר הכנסת [28], בפסקה 24, להלן: עניין שטנגר, ההדגשות במקור – ע' א').

שלב ראשון – פגיעה בזכות יסוד

70. בשלב הראשון של הבחינה החוקתית נדרש מאיתנו לבחון אם התיקון לחוק למניעת הסתננות פוגע בזכות או בזכויות המעוגנות בחוקי היסוד. טענתם של העותרים היא כי התיקון פוגע בזכות לחירות ובזכות לחופש התנועה המעוגנות בחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו. נבחן שתי זכויות אלה בנפרד.

הפגיעה בזכות לחירות

א 71. סעיף 5 לחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו קובע:

"אין נוטלים ואין מגבילים את חירותו של אדם במאסר, במעצר, בהסגרה או בכל דרך אחרת".

ב נראה כי מלאכתנו בנוגע לזכות זו היא קלה. הוראת סעיף 5 לחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו היא מפורשת וברורה. ברי כי אדם הנתון במשמורת שעשויה להימשך שלוש שנים זכותו לחירות אישית נפגעת באופן חד משמעי. "עצם כליאתו של אדם והשמתו במאסר פוגעת בזכותו לחירות ולחופש התנועה" (עניין חטיבת זכויות האדם [22], בפסקה 17 לפסק דינה של הנשיאה ביניש; עניין אלקנוב [19], בפסקה 13). למעשה, גם המדינה אינה חולקת על פגיעתו של התיקון לחוק למניעת הסתננות בזכות לחירות. עם זאת, אקדיש מילים אחדות לזכות חשובה ויסודית זו.

72. הזכות לחירות היא מאושיות המשטר הדמוקרטי והיא מתבססת על ערכיה של המדינה כמדינה יהודית ודמוקרטית (בג"ץ 3239/02 מרעב נ' מפקד כוחות צה"ל באזור יהודה ושומרון [29], בעמ' 364, להלן: עניין מרעב). היא אחת הזכויות הבסיסיות והיסודיות ביותר במערך זכויות האדם. החירות הפיסית, שהיא זו המעוגנת בסעיף 5 לחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו, מוכרת כגרעין הקשה של חירות האדם (ראו רינת קיטאי סנג'רו המעצר: שלילת החירות בטרם הכרעת הדין [84], בעמ' 17 וההפניות שם, להלן: קיטאי סנג'רו). הזכות לחירות מעוגנת בפסיקתו של בית משפט זה שקשרה לה כתרים וכותרות, ובהן היותה "עקרונ-על" (דנ"פ 2316/95 גנימאת נ' מדינת ישראל [30], בעמ' 633, להלן: עניין גנימאת); "מן היושבות ראשונה במלכות" (בג"ץ 5016/96 חורב נ' שר התחבורה [31], בעמ' 147, להלן: עניין חורב); "יסוד היסודות ואבי כל החירויות למיניהן" (ב"ש 1/87 דננאוילי נ' מדינת ישראל [32], בעמ' 288); "זכות חוקתית מן המדרגה הראשונה" (בג"ץ 6055/95 צמח נ' שר הביטחון [33], בעמ' 261, להלן: עניין צמח).

א שלילת חירותו של אדם – פגיעתה קשה, מקיפה ורחבה בשלל תחומי החיים והיא שהופכת אותה לזכות כה חשובה בכל משטר דמוקרטי. אדם שנשללת

חירותו אינו יכול ליהנות משלל הבחירות שמציעים החיים לאדם החופשי, ובין היתר: בחירת מקום עבודה, קיום חיי משפחה וחברה תקינים, צריכת תרבות ופנאי, ועוד. הפגיעה בחירותו של אדם היא בלתי הפיכה, ואף פיצוי כספי לא יוכל לכפר עליה (ראו: רע"א 4423/12 ג'רייס נ' מדינת ישראל [34], בפסקה 6; ע"פ 4620/03 אבו ראשד נ' מדינת ישראל [35], בפסקה 5 לפסק דינה של השופטת דורנד). הפגיעה בחירותו של אדם משמיעה, מיניה וביה, גם פגיעה בכבודו. "קשה לחלוק על כך שעצם כליאתו של אדם מאחורי סורג ובריח והכפפתו לכללי ההתנהגות הנוהגים בבית הסוהר פוגעת בכבוד האדם שלו" (עניין חטיבת זכויות האדם [22], בפסקה 36 לפסק דינה של הנשיאה ביניש). דהיינו, הזכות לחירות גם נגזרת מהזכות בדבר כבוד האדם. "כבוד האדם הוא הערך של האדם, קדושת חייו והיותו בן-חורין" (אהרן ברק פרשנות במשפט כרך שלישי – פרשנות חוקתית [85], בעמ' 421, להלן: ברק, פרשנות חוקתית). שלילת חירותו של אדם מגיעה, לטעמי, גם לכדי השפלתו וביזויו, שמניעתם היא לב ליבה ובגרעינה של הזכות לכבוד האדם. חשוב להדגיש כי זכויות אלה לחירות ולכבוד האדם מתפרשות על כל אדם בישראל, גם אם אינו שוהה בה באופן חוקי. הזכויות נתונות לאדם באשר הוא אדם (עניין קו לעובד השני [8], בפסקה 36 לפסק דינה של השופטת פרוקצ'יה; לבנת [89], בעמ' 254; עע"ס 1038/08 מדינת ישראל נ' געאביץ [36], הערותיה של הנשיאה ביניש).

שלילת חירותו של אדם יש בה משום פגיעה במכלול של זכויות, ובהן חופש העיסוק, הזכות לפרטיות, זכות הקניין, חופש הביטוי, ועוד, אשר היכולת לממשן מוגבלת מבחינה פיסית, נפשית וערכית, כתוצאה משלילת החירות (עניין חטיבת זכויות האדם [22], בפסקה 20 לפסק דינה של הנשיאה ביניש ובפסקה 24 לפסק דינה של השופטת פרוקצ'יה; שהם [88], בעמ' 40). לא בלי סיבה עושים משטרים אפלים שימוש נרחב בשלילת חירותם של מתנגדי המשטר. על הפגיעה הרחבה והקשה עמד השופט זמיר:

"החירות האישית היא זכות חוקתית מן המדרגה הראשונה, ומבחינה מעשית, היא גם תנאי למימוש זכויות יסוד אחרות. הפגיעה בחירות האישית, כמו פגיעת אבן במים, יוצרת מעגל מתרחב של פגיעה בזכויות יסוד נוספות: לא רק בחופש התנועה, אלא גם בחופש

א הביטוי, בצנעת הפרט, בזכות הקניין ובזכויות נוספות. ראו ע"א 4463/94 גולן נ' שירות בתי הסוהר [...], בעמ' 153. כפי שנאמר בסעיף 1 לחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו, 'זכויות היסוד של האדם בישראל מושתתות על ההכרה בערך האדם, בקדושת חייו ובהיותו בן-חורין'. רק בן-חורין יכול לממש באופן מלא וראוי את זכויות היסוד שלו. והחירות האישית, יותר מכל זכות אחרת, היא העושה את האדם בן-חורין. משום כך שלילת החירות האישית היא פגיעה קשה במיוחד" (עניין צמח [33], בעמ' 261).

ב חשיבותה ויסודיותה של הזכות לחירות במשטר דמוקרטי נובעת גם מהשפעותיה של שלילת החירות על האדם הנפגע ועל הנזקים שעלולים להיגרם לו כתוצאה מכך. שלילת חירותו של אדם עלולה לגרום לו לנזקים פיסיים ונפשיים כאחד (ראו קיטאי סנג'ור [84], בעמ' 18 ואילך). שלילת החירות אינה מתבטאת רק בעצם היותו של אדם נתון במשמורת המדינה, אלא גם מקבלת משמעות מידי יום ביומו בתקופה שבה נתון האדם לכללי ההתנהגות והמשמעת הנוהגים במקום המשמורת והמגבילים אף הם את חירותו (ראו עניין חטיבת זכויות האדם [22], בפסקה 25 לפסק דינה של הנשיאה ביניש). חשיבותה של הזכות לחירות והחומרה המיוחסת לשלילת החירות הביאו לתפישה כי הסמכויות להפעלת כוח ולשלילת חירותו של אדם הן סמכויות הנתונות למדינה לבדה בהיותן חלק מהאמנה החברתית שביסוד המדינה. לפיכך, החליט בית משפט זה לבטל הסדר חקיקתי אשר מסר את הסמכויות להפעלת בתי סוהר לגורמים פרטיים, גם אם בפיקוחה ההדוק של המדינה (עניין חטיבת זכויות האדם [22]). עוד נקבע כי בשל חשיבותה של הזכות לחירות יש לפרשה כחלה "גם על הגנות דיוניות והסדרים דיוניים קשורים קשר ישיר לזכות ולמימושה" (עניין שטנגר [28], בפסקה 28).

ג 73. הזכות לחירות, ככל זכות יסוד אחרת, אינה מוחלטת. ההצדקה הבסיסית לשלילת חירותו של אדם נעוצה בקיומו של אינטרס ציבורי חשוב המושג כתוצאה משלילת חירות זו (עניין חטיבת זכויות האדם [22], בפסקה 21 לפסק דינה של הנשיאה ביניש; עניין צמח [33], בעמ' 262; עניין פלוני [23], בפסקה 28). האיזון בין הזכות לחירות לבין האינטרס הציבורי נעשה בהתאם

לכלים החוקתיים שנקבעו בחקיקה ובפסיקה, שהחשוב בהם הוא כמובן עקרון המידתיות.

א

שלילת החירות היא האמצעי החריף ביותר (מלבד עונש המוות הנדיר ביותר בשיטת המשפט שלנו) שמפעיל המשפט הפלילי (קיטאי סנג'ר [84], בעמ' 16). לא בכדי נקבעו בהוראות החוק הישראלי סייגים ומגבלות רבים על שלילת חירותו של אדם, גם אם מדובר באדם שכבר הורשע בדין פלילי. כך, למשל, לא ניתן, ככלל, להטיל עונש מאסר בפועל על נאשם שאינו מיוצג (סעיף 15 ב לחוק סדר הדין הפלילי [נוסח משולב], התשמ"ב-1982, להלן: החסד"פ). ככלל, גם אין לגזור על נאשם עונש מאסר שלא בנוכחותו (סעיף 129 לחסד"פ). עוד קובע החוק את החובה להזמין תסקיר של קצין מבחן על אודות נאשם שבית המשפט מתעתד לגזור עליו מאסר בפועל (סעיף 38 לחוק העונשין, התשל"ז-1977, להלן: חוק העונשין). כן נקבעו הוראות קפדניות בנוגע למעצרו של אדם עת הוא בחזקת חשוד או נאשם בלבד וטרם הורשע על פי דין. אחת ההוראות החשובות לעניין זה קובעת כי אין להורות על מעצרו של אדם אם ניתן להשיג את מטרת המעצר בדרך של שחרור בערובה ותנאי שחרור שפגיעתם בחירותו של הנאשם פחותה (סעיף 21(ב)(1) לחוק סדר הדין הפלילי (סמכויות אכיפה – מעצרים), התשנ"ו-1996, להלן: חוק המעצרים). חוק המעצרים משנת 1996 שינה את המצב הנורמטיבי הנוהג והורה כי חומרת העבירה, כשלעצמה, אינה עילת מעצר (בש"פ 3513/95 שרגאי נ' התובע הצבאי, פרקליטות חיל האוויר [37]). כן נקבע כי העובדה שעבירה כלשהי מהווה "מכת מדינה" אין בה כדי לשמש, כשלעצמה, עילת מעצר (עניין גנימאת [30], בעמ' 611). על אף שאין בכוחו של פיצוי כספי לכפר על שלילת חירות כאמור, נקבעו הוראות המעניקות פיצוי בגין מאסר או מעצר שלא היה לו יסוד, כדי לצמצם במידת-מה את הפגיעה שנגרמה כתוצאה מהמאסר או מהמעצר (סעיף 80(א) לחוק העונשין).

ב

ג

ד

ה

ו

ז

74. ההקפדה והזהירות היתרה במשפט הפלילי בטרם שלילת חירותו של אדם באות לידי ביטוי, מקל וחומר, בתחומי משפט אחרים. "יש לזכור כי מעצר ללא קביעת אחריות פלילית צריך להתקיים רק במקרים חריגים ומיוחדים" (עניין מרעב [29], בעמ' 364). כך מוכר בשיטת משפטנו המעצר המינהלי שנועד לסיכול ולמניעה של סכנה עתידית לביטחון המדינה או הציבור. המעצר

א המינהלי פוגע כמוכן באופן קשה בחירותו של אדם, שלא על בסיס ניהול משפט פלילי, ופעמים רבות – בהתבסס על קיומו של חומר חסוי שלא ניתן לחושפו לפני העציר או בא כוחו. לשם כך נקבעו מסננות וכלים משפטיים במטרה ליצור איזון בין האינטרס של שמירה על ביטחון המדינה לבין שמירה על כבודו של האדם ועל חירותו (ראו: עמ"ס 8607/04 פחימה נ' מדינת ישראל [38], בעמ' 262; עמ"ס 4794/05 אופן נ' שר הביטחון [39]). כחלק מכך, קיימות שלוש ערכאות שיפוטיות שבהן נעשית ביקורת שיפוטית על המעצר המינהלי, ובכלל זה עיון בחומר החסוי ובחינתו של החומר בקפידה, כאשר במהלכה זכאי, כמוכן, העצור לייצוג (ראו, למשל: בג"ץ 3128/12 מסלמאני נ' המפקד הצבאי לאזור יהודה ושומרון [40]; בג"ץ 5784/03 טלאמה נ' מפקד כוחות צה"ל באזור יהודה ושומרון [41]). כן נקבע כי על הרשות המינהלית לשקול הפעלת אמצעים חלופיים למעצר המינהלי שפגיעתם בעצור תהיה פחותה (ראו עמ"ס 8788/03 פדרמן נ' שר הביטחון [42], בעמ' 188–189, להלן: עניין פדרמן).

75. תחום נוסף שבו עשויה להישלל חירותו של אדם היא במאסר אורחי. כך, למשל, היה רשאי ראש ההוצאה לפועל להורות על מאסרו של חייב שלא פרע את החוב הפסוק במועד שנקבע לו, בהתאם להוראותיו של חוק ההוצאה לפועל, התשכ"ז-1967. בשנים האחרונות התנהל דיון נרחב בסוגיית מאסרם של חייבים. דיון זה הוליד את תיקון מס' 29 שבהוראת שעה שבו ביטל את סמכות המאסר של חייב שלא שילם את חובו, להוציא אדם שחייב בחוב מזונות (חוק ההוצאה לפועל (תיקון מס' 29), התשס"ט-2008). לאחרונה הוראת שעה זו על ידי הכנסת, כך שהחוק כיום כלל אינו מאפשר מאסרו של חייב (חוק ההוצאה לפועל (תיקון מס' 29) (תיקון מס' 3), התשע"ג-2013).

ב תחום האזרחי קיימים הסדרים נוספים המאפשרים שלילת חירותו של אדם. הסדרים אלה כולם קפדניים וזהירים. הם מכילים הוראות ברורות המצמצמות את האפשרות לשלול את חירותו של האדם למצבים מוגדרים וחיוניים לאינטרס שבבסיס ההסדר. כך, למשל, חוק טיפול בחולי נפש, התשנ"א-1991, מאפשר לשלול את חירותו של אדם בעקבות הוראה של פסיכיאטר מחוזי על בדיקה כפויה של אדם או על אשפוז כפוי. החוק בא ליתן מענה מוגבר, באופן יחסי להסדר שקדם לו, להיבט של זכויות החולה וחירותו, ולפיכך נכללו בו פיקוח



והגבלות הדוקים יותר, וחלופות קיצוניות פחות (רע"א 8000/07 היועץ המשפטי לממשלה נ' פלוני [43]). כך גם ההוראות העוסקות בביזיון בית המשפט או בכפיית מתן גט, המאפשרות את מאסרו של אדם לצורכי אכיפת הצו או הגט בלבד. הן מציבות את מפתחות הכלא בידיו של האסיר שיכול לקיים את הצו או ליתן את הגט ובכך לשחרר עצמו מכבליו (ראו, למשל: ע"פ 7174/09 רייפמן נ' ארו [44]; בש"פ 4072/12 פלוני נ' בית הדין הרבני הגדול [45]), להלן: בש"פ פלוני).

76. הנה כי כן, בכל תחום משפט שבו מתאפשרת שלילת חירותו של אדם נעשית שלילת זכות זו במשורה, בזהירות, תוך כדי הקפדה על כללים ברורים ומחמירים הבאים לאזן בין האינטרס הציבורי הגלום בשלילת חירותו של אותו אדם לבין זכותו העליונה של האדם לחירות. יש לזכור כי הפגיעה בחירות האישית של האדם יכול שתהא במדרגים שונים ובאופנים שונים בעלי עוצמות משתנות. עוצמת הפגיעה וטיב הפגיעה יש בהם מטבע הדברים כדי להשפיע על הבחינה החוקתית הנערכת בגדריה של פסקת ההגבלה (עניין חטיבת זכויות האדם [22]), בפסקה 30 לפסק דינה של הנשיאה ביניש). עוד חשוב לציין כי ההתפתחויות המשפטיות של השנים האחרונות מצביעות, כעולה מהסקירה האמורה, על מתן משקל רב יותר לחירותו של אדם תוך כדי נכונות לוותר על מידה מסוימת של התועלת המושגת לאינטרס הציבורי העומד מנגד. מכל מקום, ברי כי הפגיעה בזכות לחירות באמצעות השמה במשמורת היא פגיעה קשה וקיצונית. כידוע, "רמת ההגנה על זכות יסוד צריכה לעמוד ביחס ישר לדרגת החשיבות של הזכות ולעוצמת הפגיעה בזכות" (עניין צמח [33], בעמ' 262). לפיכך, לפגיעה הקשה בזכות כה בסיסית וחשובה עשויות להיות השפעות בהמשך הבחינה החוקתית.

#### הפגיעה בחופש התנועה

77. לצד הפגיעה בחירות האישית טענו העותרים לפגיעה בחופש התנועה של המסתתנים. לעומתם, טענה המדינה כי למסתנן אין זכות קנויה לחופש תנועה בתחומי המדינה, וזאת – על רקע זכותה של המדינה לקבוע אלו זרים יכנסו לתחומה כחלק מעקרון הריבונות הפנימית.

78. לכל אדם בישראל קיימת זכות יסוד להתנועע בחופשיות בכל מקום בתוככי המדינה ככל אשר יחפוץ ובכל עת שירצה, כחלק מחופש התנועה.
- א "חופש התנועה הוא אפוא, החופש שקנינו להלך על רגלינו ברשות הרבים, לרכוב על האתון או לנסוע במכונית במקומות שיועדו לכך" (עניין חורב [31], בעמ' 147). זכות התנועה נגזרת "מהיותו של אדם בן חורין ומאופייה של המדינה כמדינה דמוקרטית, ומהיותנו חלק מהקהילייה הבינלאומית, אשר במסגרתה זכות התנועה מוכרת כזכות אדם מנהגית" (בג"ץ 3914/92 לב נ' בית הדין הרבני האזורי בתל-אביב-יפו [46], בעמ' 506). זוהי זכות הנתפשת כחיונית למימושו העצמי של האדם וכמבטאת את האוטונומיה הפרטית שלו (עניין חורב [31], בעמ' 59, 95). חופש התנועה הוא זכות העומדת בפני עצמה אך גם נגזרת מכבוד האדם ומהזכות לחירות אישית, ולפיכך היא מוגנת על ידי חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו (בג"ץ 6358/05 ואנונו נ' אלוף פיקוד העורף [47], בפסקה 10, להלן: עניין ואנונו; בג"ץ 1890/03 עיריית בית לחם נ' מדינת ישראל [48], בעמ' 754, להלן: עניין עיריית בית לחם). זאת, על אף שבנוגע לחופש התנועה הפנים-מדינתית אין התייחסות מפורשת לזכות זו בחוקי היסוד (ראו יפה זילברשץ "על חופש התנועה הפנים-מדינתית" [91], בעמ' 803, להלן: זילברשץ. עם זאת, ראו: עמדתו של השופט טל בעניין חורב [31], בעמ' 181; בג"ץ 6824/07 מנאע נ' רשות המסים [49], בפסקה 40).
- ב
- ג
- ד

- מעמדה של הזכות לחופש תנועה במדרג זכויות וחירויות היסוד של הפרט הוא גבוה, ובית משפט זה השווה אותה לזכות לחופש הביטוי (עניין חורב [31], בעמ' 147; עניין ואנונו [47], בפסקה 10; עניין עיריית בית לחם [48], בעמ' 756). עם זאת, ברי כי גם זכות זו אינה מוחלטת וכי לא כל דבר הנתפש כחופש התנועה זכאי להגנה דומה (עניין חורב [31], בעמ' 147). לפיכך, בבחינת הפגיעה בחופש התנועה יש לתת את הדעת, בין היתר, להיקפה הגיאוגרפי של ההגבלה, למידת האינטנסיביות שלה, למשך הזמן שנקבע לה וכן לעניין האישי של האדם במימוש חופש התנועה. כמו כן, ככל שמדובר בהגבלה מטעמי מניעה ולא מטעמים עונשיים, נדרשות תכלית ציבורית בעלת משקל מיוחד שתצדיק את הפגיעה וכן זהירות והקפדה מירביות בהפעלת ההגבלה (עניין ואנונו [47], בפסקאות 15, 18; בג"ץ 2150/07 ראש מועצת הכפר בית סירא נ' שר הביטחון [50], בפסקה 33 לפסק דינו של השופט פוגלמן; עניין עיריית בית לחם [48], בעמ' 757-760).
- ה
- ו
- ז
- ח

79. הקשר בין חופש התנועה לחירות האישית הוא מובן. כלשונו של המשנה לנשיא מ' חשין, חירות התנועה היא בתה של החירות (עניין חורב [31], בעמ' 147). הפגיעה בחירות האישית היא כמובן חמורה יותר מהפגיעה בחופש התנועה של אדם, כאשר קו הגבול בין שתי הזכויות תלוי בדרגת ההגבלה ועוצמתה (ראו זילברשץ [91], בעמ' 817, 818, וההפניות לפסקי דינו של בית הדין האירופי לזכויות אדם: [78] Cyprus v. Turkey; [77] Guzzardi v. Italy).

במקרה דנן, מתלכדת למעשה הפגיעה בזכות לחירות של המסתננים עם הפגיעה בחופש התנועה שלהם. מאחר שהם מושמים במשמורת הרי שהפגיעה בחופש התנועה מגיעה לכדי פגיעה בחירותם האישית הפיסית. מובן הוא כי אם ייקבע שהפגיעה בחירותם של המסתננים עומדת באמות המידה החוקתיות, מקל וחומר ייקבע כך גם באשר לפגיעה בחופש התנועה. במצב דברים זה, איני סבורה כי יש להכריע במחלוקת שבין העותרים למדינה בסוגיה אם נתונה למסתננים זכות תנועה חוקתית אם לאו, שכן ניתן להסתפק בבחינת הפגיעה בחירותם, אשר לא יכול שתהא מחלוקת כי היא פגיעה בזכות חוקתית מוגנת. אעיר כי יש בסיס לטענת המדינה שלפיה למי שנכנס שלא כדין בישראל אין נתון חופש התנועה, כמו גם החופש לבחור מקום מגורים הנלווה לרוב לזכות התנועה הפנים-מדינית. כך, בסעיף 12(1) לאמנה הבינלאומית בדבר זכויות אזרחיות ומדיניות, 1966, מותנית זכות התנועה בכניסה כדין למדינה:

“Everyone lawfully within the territory of a state shall, within that territory, have the right to liberty of movement and freedom to choose his residence”.

מנגד, שוהים שהוכרו כפליטים על פי אמנת הפליטים זוכים לחופש תנועה “בכפוף לתקנות שיחולו על זרים בכלל באותן נסיבות” (סימן כ"ו לאמנת הפליטים. לעניין מחוסרי אזרחות ועובדים זרים, ראו זילברשץ [91], בעמ' 815–816).

80. מאחר שמסקנתי היא כי התיקון לחוק למניעת הסתננות פוגע בזכות לחירות, יש להמשיך לשלב השני של הביקורת החוקתית שעניינו בבחינת התקיימותם של תנאיה של פסקת ההגבלה.

השלב השני – בחינת התקיימות תנאיה של פסקת ההגבלה

א 81. כאמור, בשלב השני של הבחינה החוקתית יש לבחון את התקיימות תנאיה של פסקת ההגבלה הקבועה בסעיף 8 לחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו. על מהותה של פסקת ההגבלה ראוי להביא מדבריה של הנשיאה בינינו:

ב "פסקת ההגבלה מבטאת את האיזון שנקבע במשפט החוקתי הישראלי בין זכויות הפרט לבין צורכי הכלל וזכויותיהם של פרטים אחרים. היא משקפת את תפישתנו החוקתית שלפיה זכויות האדם הן יחסיות וניתנות להגבלה. פסקת ההגבלה ממלאת, אפוא, תפקיד כפול – היא קובעת כי זכויות האדם הקבועות בחוקי היסוד לא ייפגעו אלא בהתקיים תנאים מסוימים, אולם בד בבד היא מגדירה מהם התנאים שבהם הפגיעה בזכויות האדם תהיה מותרת" (עניין טיבת זכויות האדם [22], בפסקה 44 לפסק דינה של הנשיאה בינינו).

ג פסקת ההגבלה מכילה ארבעה תנאים: הראשון, כי הפגיעה נעשית בחוק או לפי חוק מכוח הסמכה מפורשת שבו; השני, כי החוק הפוגע הולם את ערכיה של מדינת ישראל; השלישי, כי החוק הפוגע נועד לתכלית ראויה; הרביעי, כי הפגיעה אינה במידה העולה על הנדרש.

ד 82. הצדדים אינם חלוקים בדבר התקיימותו של התנאי הראשון בפסקת ההגבלה, שלפיו הפגיעה נעשתה בחוק. על התקיימותו של התנאי השני, שלפיו על הפגיעה להלום את ערכיה של מדינת ישראל, לא הרחיבו הצדדים את הדיבור, ולפיכך אף אני אצא מהנחה כי תנאי זה מתקיים בענייננו. מכאן שיש לעבור לבחינת התנאי השלישי בפסקת ההגבלה שלפיו על החוק הפוגע להיות נועד לתכלית ראויה. אציין כבר כעת כי אהיה מוכנה להניח, גם באשר לתנאי זה, כי הוא מתקיים בענייננו, על אף הקשיים שלא ניתן להתעלם מהם, שכן דומני שיש למקד את הבחינה החוקתית בנוגע לתיקון בשאלת המידתיות. אתייחס אפוא בקצרה לעניין זה להלן.

ז

תכלית ראויה

א 83. תכליתו של חוק תיחשב ראויה אם הוא נועד לקדם זכויות אדם או להגשים מטרה ציבורית או חברתית חשובה העולה בקנה אחד עם ערכיה של מדינת ישראל, המגלה רגישות למקומן של זכויות האדם במערך החברתי הכולל (עניין התנועה למען איכות השלטון [26]), בפסקה 52 לפסק דינו של הנשיא ברק). המבחן יתחשב במהות הזכות הנפגעת ובעוצמת הפגיעה. "ככל שהפגיעה בזכות תהיה משמעותית יותר, כך יידרשו יעדים חברתיים חשובים וחיוניים יותר להצדקתה" (עניין חסן [24]), בפסקה 55 לפסק דינה של הנשיאה ביניש; עניין חטיבת זכויות האדם [22]), בפסקה 45 לפסק דינה של הנשיאה ביניש; עניין לה"ב [25]), בפסקה 107). יש, אם כן, לשים לב לכך שלא כל מטרה חברתית או ציבורית חשובה תבסס תכלית ראויה. הדבר תלוי גם בפגיעה העומדת מנגד.

ב 84. המדינה עומדת על שתי תכליות עיקריות שעמדו לפני המחוקק בחוקקו את התיקון לחוק למניעת הסתננות. תכלית אחת, שאינה מעוררת לטעמי קושי, היא מניעת השתקעותם של המסתננים בישראל והתמודדות המדינה עם השפעותיה הרחבות של תופעת ההסתננות. המדינה עומדת על כך שהחוק מבקש למנוע מהמסתננים, שכבר חדרו לגבולותיה של מדינת ישראל, להכות בה שורש ולהשתקע בה, ובכך להציב את הגירתם הבלתי חוקית כעובדה מוגמרת. כן מונע החוק את השתלבות המסתננים בשוק העבודה הישראלי, אשר תוצאותיה פורטו לעיל. הרחקתם של המסתננים מערי ישראל מונעת אף את יתר ההשפעות השליליות שהוצגו על ידי המדינה ושפורטו לעיל.

ג דומני כי תכלית זו היא תכלית ראויה. כידוע, למדינת ישראל יש זכות לקבוע את מדיניות ההגירה לתוכה הנובעת מאופייה הריבוני של המדינה. בהתאם לכך גם נפסק כי לשר הפנים שיקול דעת רחב מאוד בכל הקשור למתן היתרי כניסה ורישיונות ישיבה בישראל, אם כי שיקול דעת זה כפוף אף הוא לביקורת שיפוטית (עניין קו לעובד השני [8]), בפסקה 24 לפסק דינה של השופטת פרוקצ'יה; עניין אסו [5], בפסקה 13; עניין פרידה [15], בפסקה ו(8)). מכאן נובעת אף זכותה של המדינה לקבוע צעדים שיתמודדו עם מהגרים בלתי

א חוקיים, בהנחה שאלה לא הוכרו כפליטים. כפי שפורט, הגירה בלתי חוקית עלולה לגרור השפעות שליליות על מרקם החיים בחברה הישראלית. בין היתר – לפגוע במקומם של אזרחי ישראל ותושביה בשוק העבודה ולהשפיע על שכרם, לצמצם את המשאבים השמורים למערכות השונות, כגון מערכות הרווחה והחינוך המטפלות באזרחים ובתושבים השוהים באופן חוקי בישראל, להגביר את הפגיעה באזורים שבהם מרוכזים מהגרים בלתי חוקיים, ועוד. לפיכך, ניתן לראות כמטרה חברתית חשובה את רצונה של המדינה למנוע תוצאות שליליות אלה ולטרפד אפשרות חופשית של המסתננים להשתקע בכל מקום במדינת ישראל, להשתלב בשוק העבודה שלה ולאליץ את החברה המקומית להתמודד עם כניסת המסתננים לתחומה, על כל המשתמע מכך (ראו: עניין קו לעובד השני [8], בפסקה 58 לפסק דינה של השופטת פרוקצ'יה; עניין אורן [14], בעמ' 232). מובן, עם זאת, כי האמצעים להגשמת מטרה זו צריכים שיעמדו במבחן המידתיות אשר אליו אתייחס בהמשך הדברים.

ב 85. התכלית השנייה העומדת בבסיס התיקון מעוררת, לטעמי, קשיים שאינם מבוטלים. המטרה מנוסחת על ידי המדינה כבלימתה של תופעת ההסתננות. המדינה רואה בתיקון לחוק יצירת חסם נורמטיבי שבא להשלים את החסם הפיסי בדמות בניית גדר הגבול עם מצרים, שביחד יביאו לבלימת כניסתם של מסתננים למדינת ישראל. הצגה סטרילית זו של הדברים היא מטעה. אמנם לא יכול שתהא מחלוקת שהתכלית לבלום את תופעת ההסתננות היא תכלית חשובה וראויה בהתחשב בקשיים שמעוררת תופעה זו. אלא שמשמעה של תכלית זו בהקשר של התיקון לחוק הוא הרתעה. דהיינו, השמתם של המסתננים במשמורת מרתיעה מסתננים פוטנציאליים מלהגיע לישראל בידיעה שאף הם יושמו במשמורת. וכלשונו הציורית של המשנה לנשיא מ' חשין: "אסור לנו שנטעה בלשון-הנימוסין, והרי כולנו ידענו כי בתוך כפתה-המשי טמון אגרוף" (עניין סטמקה [10], בעמ' 769).

ג 86. הקושי בתכלית של ההרתעה הוא ברור. אדם מושם במעצר לא מפני שהוא מהווה, באופן אישי, סיכון כלשהו אלא כדי להרתיע אחרים. ההתייחסות אליו אינה כאל מטרה אלא כאל אמצעי. התייחסות זו היא, ללא ספק, פגיעה נוספת בכבודו כאדם. "כבוד האדם רואה באדם מטרה ולא אמצעי להשגת

מטרות של אחרים" (ברק, פרשנות חוקתית [85], בעמ' 421). "בני אדם לעולם עומדים כתכלית וכערך בפני עצמם. אין לראות בהם אמצעי בלבד ולא מוצר לסחור בו – תהא המטרה נאצלת ככל שתהא" (עניין קו לעובד הראשון [1], בעמ' 399). אף אני עמדתי על כך ש"אין להתייחס אל אדם כאל אמצעי בלבד להשגת תכליות נלוות חיצוניות, שכן בכך נעוצה פגיעה בכבודו", כנלמד מתורתו של הפילוסוף עמנואל קאנט (עניין חטיבת זכויות האדם [22], בפסקה 3 לפסק דיני).

87. בדנ"פ 7048/97 פלוניס נ' שר הביטחון [51] (להלן: עניין פלוניס), נדונה השאלה אם ניתן להחזיק במעצר מינהלי אדם, אשר אין נשקפת ממנו סכנה לביטחון המדינה, שעה שמטרת המעצר היא כי אותו אדם ישמש "קלף מיקוח" במשא ומתן לשחרורם של שבויים ונעדרים של צה"ל. הסוגיה הייתה קשה וכואבת. העותרים היו לוחמי חיזבאללה שכבר ריצו את עונשם. הם היו אמורים לשמש "קלף מיקוח" במשא ומתן לשחרורו של רון ארד. למרות זאת, פסק בית משפט זה ברוב דעות כי מעצרו אינו חוקי. הנשיא ברק עמד על כך שכל מעצר מינהלי הוא פגיעה קשה בחירותו ובכבודו של העצור, אך פגיעה זו נסבלת לאור המטרה הביטחונית החשובה העומדת מנגד. עם זאת, קבע כי "הפגיעה בחירות ובכבוד במעצר מינהלי של אדם אשר ממנו עצמו אין נשקפת סכנה לביטחון המדינה, היא קשה ביותר, עד כי הפרשן אינו רשאי להניח כי החוק נועד להשיג פגיעה קשה זו" (עניין פלוניס [51], בעמ' 741). בית המשפט הבהיר כי הפגיעה החמורה נובעת מהעובדה שהעצור נתפש כאמצעי ולא כמטרה, דבר הפוגע באוטונומיה האישית של הרצון ובהיות האדם אחראי למעשיו שלו:

"אכן, המעבר ממעצרו המינהלי של אדם שממנו נשקפת סכנה לביטחון המדינה למעצרו המינהלי של אדם שממנו אין נשקפת סכנה לביטחון המדינה, אינו מעבר 'כמותי'. זהו מעבר 'איכותי'. המדינה עוצרת, באמצעות הרשות המבצעת, אדם שלא ביצע כל עבירה, ואשר אין נשקפת ממנו כל סכנה, וכל 'חטאו' – בהיותו 'קלף מיקוח'. הפגיעה בחירות ובכבוד היא כה מהותית ועמוקה, עד שאין לסבול אותה במדינה שוחרת חירות וכבוד, גם אם נימוקים של ביטחון המדינה מובילים לנקיטת צעד זה" (עניין פלוניס [51], בעמ' 741–742).

בית המשפט הכיר בכך כי החזקתם של העותרים עשויה להיות אמצעי יעיל לקידום ביטחונה של המדינה, אך קבע כי "לא כל אמצעי יעיל הוא גם חוקי" (עניין פלוניס [51], בעמ' 744).

א

88. גישתו זו של בית משפט זה חזרה ונשנתה בעתירה אשר בחנה את חוקתיותו של חוק כליאתם של לוחמים בלתי חוקיים, התשס"ב-2002 (עניין פלוני [23]). חוק זה מאפשר כליאתם של גורמי חוץ המשתייכים לארגון טרור, או הנוטלים חלק בפעולות איבה נגד ביטחון המדינה, והוא נועד למנוע חזרתם של גורמים אלה למעגל הלחימה נגד ישראל. בית המשפט, אשר פירש את החוק בהתאם לחזקת החוקתיות ולחזקת ההתאמה למשפט הבינלאומי, דחה את הטענה שלפיה אין החוק כולל כלל דרישה למסוכנות אינדיווידואלית. נקבע כי הוכחת מסוכנות אינדיווידואלית לצורך מעצרו של אדם לפי החוק הנבחן נדרשת לאור ההגנה על הזכות החוקתית לכבוד ולחירות אישית:

ב

ג

"המעצר המינהלי לא נועד להעניש על מעשים שכבר בוצעו או להתיע אחרים מפני ביצועם, אלא תכליתו למנוע את הסיכון הקונקרטי הנשקף ממעשיו של העצור לביטחון המדינה. סיכון זה הוא המצדיק את השימוש באמצעי החריג של מעצר מינהלי הפוגע בחירות האדם" (עניין פלוני [23], בפסקה 18).

ד

89. בפרשה נוספת נדון "צו תיחום מקום מגורים" שהוציא המפקד הצבאי של כוחות צה"ל באזור יהודה ושומרון (בג"ץ 7015/02 עג'ורי נ' מפקד כוחות צה"ל בגדה המערבית [52], להלן: עניין עג'ורי). על פי צו זה, רשאי המפקד הצבאי להורות לאדם לגור בתחומיו של מקום מסוים באזור יהודה ושומרון או בחבל עזה. מטרתו של הצו הייתה ביטחונית וכוונה בעיקר לבני משפחותיהם של מפגעים ומחבלים. בית משפט זה, בהרכב של תשעה שופטים, קבע – בלי שהייתה על כך מחלוקת בין הצדדים – כי תנאי הכרחי לתיחום מגוריו של אדם הוא כי מאותו אדם עצמו נשקפת סכנה. כן נקבע שלא ניתן לתחום את מגוריו של אדם אם אין נשקפת ממנו סכנה, אך משום שתיחום מגוריו יביא להרתעתם של אחרים. יתרה מכך, נקבע כי לא ניתן לתחם מקום מגוריו של אדם שפעל פעולות הפוגעות בביטחון כאשר, בנסיבות העניין, שוב אין נשקפת ממנו כל סכנה. זאת, גם אם יוכח שהתיחום יסייע בהרתעת מחבלים אחרים מביצוע

ה

ו

ז



פעולות טרור (עניין עג'ורי [52], בעמ' 370). הנשיא ברק עמד על כך שמסקנה זו נדרשת ועולה מערכינו היהודיים והדמוקרטיים:

"ממורשתנו היהודית למדנו כי 'לא-יומְתוּ אָבוֹת עַל-פְּנֵים וּכְנֵים לֹא-יומְתוּ עַל-אָבוֹת אִישׁ בְּחֶטְאוֹ יוֹמְתוּ' (דברים כד, טז [...]). '...איש בעונו יישא ואיש בחטאו יומת' (השופט מ' חשין בבג"ץ 2006/97 אבו פארה ג'נימת נ' אלוף פיקוד מרכז – עוזי דיין [...]), בעמ' 654; 'איש בחטאו ייעצר – ולא בחטאם של אחרים' (השופט טידקל בבש"פ 4920/02 פדרמן נ' מדינת ישראל [...]). מאופיינו כמדינה דמוקרטית שוחרת חופש וחירות מתבקשת המסקנה כי אין תוחמים את מקום מגוריו של אדם אלא אם אותו איש בעצמו, במעשיו שלו, מהווה סכנה לביטחון המדינה" (עניין עג'ורי [52], בעמ' 372).

90. ההשוואה וההשלכה על ענייננו היא מתבקשת. השמתם של המסתננים במשמורת אינה נעשית בגדרי המשפט הפלילי. אין במשמורת זו משום ענישה על עצם ההסתננות. המשמורת נקבעת על ידי רשות מינהלית. העובדה שמטרת המשמורת היא הרתעת אחרים מעוררת קשיים, שעה שהמסתנן מהווה אמצעי להשגת מטרתיה של המדינה. המפתח לכלאו מצוי בידי אחרים ולא בידיו (ראו עמ"ס 10/94 פלוניס נ' שר הביטחון [53], בעמ' 107. השור לבש"פ פלוני [45], בפסקה 26(ג)). הקושי מתעצם בשל העובדה שהמשמורת גורמת לפגיעה באחת מהזכויות החשובות והמהותיות הקיימות לאדם – הזכות לחירות – וכאשר הפגיעה בה היא למעשה בעוצמה מירבית – שלילת חירותו של אדם לחלוטין לתקופה ניכרת ביותר של שלוש שנים. ואף זאת, בלי שמובטח לו כי לאחר תקופה זו ישוחרר מהמשמורת. הפגיעה בחירות, כאמור, גוזרת אחריה אף פגיעה בכבוד, פגיעה מהותית ועמוקה. לפיכך, מתעורר ספק אם ניתן לראות בתכלית זו משום תכלית ראויה.

91. בחינתו של הדין הבינלאומי מחזקת את הספק האמור, גם בהנחה שעסקינן במהגורים בלתי חוקיים ולא במבקשי מקלט, שההגנות עליהם רחבות יותר. מדינת ישראל חתמה ואישררה את האמנה הבינלאומית בדבר זכויות אזרחיות ומדיניות. סעיף 9(1) לאמנה זו קובע כי:

א      "לכל אדם שמורה הזכות לחירות אישית ולביטחון אישי. לא יהיה אדם נתון במעצר או במאסר שרירותיים. לא תשלל חירותו של אדם אלא מטעמים ובהתאם להליכים שנקבעו בחוק".

ב      הפרשנות שניתנה לסעיף זה על ידי הוועדה לזכויות אדם של האו"ם (Human Rights Committee) היא רחבה. בהתאם לפרשנות זו, הסעיף חל על כל הסוגים של שלילת החירות, כולל שלילת חירות מכוח מדיניות ההגירה של המדינה (General Comment No. 8: Article 9 (Right to Liberty and Security of Persons) [109], at para. 1, <http://www.unhchr.ch/tbs/doc.nsf/0/f4253f9572cd4700c12563ed00483bec?Opendocument>). באחד המקרים שנדונו על ידי הוועדה לזכויות אדם של האו"ם (HRC), נקבע כי החזקת מהגר בלתי חוקי במשמורת עלולה להיחשב לשרירותית, על פי סעיף 9(1) לאמנה, אם המשמורת אינה נחוצה בנסיבות המקרה. המעצר אינו יכול שיימשך מעל לתקופה שבה המדינה מסוגלת לספק לו הצדקה כדין. הוועדה מציגה כדוגמאות להצדקה כזו, בנוגע למהגר בלתי חוקי, את הצורך בביצוע חקירה והצדקות פרטיקולריות נוספות הנוגעות באופן ספציפי לאותו עצור, כגון חשש מהימלטות או מהיעלמות, או היעדר שיתוף פעולה של העצור. בהיעדר הצדקות אלה עלול המעצר להיחשב לשרירותי, גם אם מדובר באדם שנכנס שלא כדין למדינה. באותו מקרה, ניסתה אוסטרליה לטעון כי מעצרו של מהגר בלתי חוקי לתקופה של ארבע שנים הייתה כדין, לאחר שהוא נכנס לאוסטרליה באופן בלתי חוקי, וכי שחרורו עלול היה לגרום להימלטותו או לבריחתו. הוועדה לזכויות אדם דחתה את טענותיה וקבעה כי אוסטרליה לא ביססה עילה הנוגעת באופן ספציפי לנסיבותיו של העצור, ולפיכך החזקתו במשמורת הייתה שרירותית על פי סעיף 9(1) לאמנה (A. v. Australia [110], <http://www.refworld.org/docid/3ae6aeb71a0.html>).

ג      הדין הבינלאומי מכיל אף עמדה העוסקת באופן ישיר במסתננים אשר העיקרון בדבר "אי ההחזרה" חל עליהם. במקרה כזה, נאמר כי מאחר שהמכשול העומד בפני גירושו של המסתנן אינו נעוץ בו, יש לשחררו ממעצר – שאם לא כן, ייחשב המעצר לשרירותי בהתאם לאמנה האמורה (Working Group on Arbitrary Detention, Rep. [111], at para. 63, ניתן למצוא ב:).

באופן <http://www.ohchr.org/EN/Issues/Detention/Pages/Annual.aspx>.  
 כללי נקבע כי מעצרו המינהלי של שוהה בלתי חוקי ללא שמתנהל תהליך גירוש  
 אפקטיבי הוא מעצר שרירותי (Baban v. Australia [112], at para. 7.2).

המשתמע מכך הוא כי הדין הבינלאומי מצביע על הצורך בהצדקת המעצר  
 בעילות הקשורות למסתנן הספציפי, והוא אינו מאפשר החזקתו של מסתנן  
 במשמורת מטעמים כלליים שאינם נוגעים לנסיבות המקרה. עוד יצוין כי גם בית  
 הדין האירופי לצדק (ECJ) קבע שהחזקה במעצר בהיעדר הליכי גירוש מנוגדת  
 למטרתיה ולתכליתה של ה- [113] European Union Return Directive (ראו:  
 Case C-61/11 PPU, El Dridi [79]; Case C-357/09 PPU, Kadzoev [80].  
 ראו דו"ח שהוגש למועצת זכויות האדם של האו"ם – Special Rapporteur on –  
 the Human Rights of Migrants, *Regional Study: Management of the*  
*External Borders of the European Union and its Impact on the Human*  
*Rights of Migrants* (by François Crépeau) [114], at para. 54. ניתן למצוא  
 ב: <http://www.ohchr.org/Documents/Issues/SRMigrants/A.HRC.23.46.doc>.  
 ניתן להניח כי הדברים אמורים, מקל וחומר, בנוגע לעילת מעצר התלויה  
 בהרתעת אחרים.

92. נוסף על כך, לא ניתן להתעלם מכך שרבים מהמסתננים הם מבקשי  
 מקלט. המדינה מדווחת על כ-1,400 בקשות למקלט שהוגשו על ידי המוחזקים  
 במשמורת לפי החוק למניעת הסתננות. עד למועד הדיון בעתירה נדונו והוכרעו  
 בקשות מקלט ספורות בלבד. לפיכך, תמונת המצב היא כי המסתננים השוהים  
 במשמורת הם ברובם מבקשי מקלט, ללא תלות בשאלה אם בקשותיהם יאושרו,  
 בסופו של דבר, אם לאו. מכל מקום, על רובם חל עקרון "אי החזרה" (non-  
 refoulement) שאינו מאפשר את גירושם בשלב זה לארץ מוצאם. כפי שצוין,  
 הדין הבינלאומי בנוגע למבקשי מקלט הוא מחמיר יותר עם המדינות  
 שבשטחיהן הם שוהים. נציבות האו"ם לפליטים (UNHCR) פרסמה בשנת 2012  
 הנחיות מעודכנות בנוגע למבקשי מקלט, ובהן הוראות באשר למעצרו של  
 מבקשי מקלט (DETENTION GUIDELINES: GUIDELINES ON THE APPLICABLE  
 CRITERIA AND STANDARDS RELATING TO THE DETENTION OF ASYLUM-

SEEKERS AND ALTERNATIVES TO DETENTION [115], <http://www.refworld.org/docid/503489533b8.html>, להלן: (DETENTION GUIDELINES). בקצרה אומר כי אף הנחיות אלה מורות שהמעצר אינו יכול שיהא שרירותי. הן אף מדגישות במפורש כי המעצר צריך שיהא מבוסס על הערכת נסיבותיו הפרטיקולריות של הפרט. מעצר שאינו שרירותי הוא מעצר שהוא נחוץ, סביר ומידתי בנסיבות הספציפיות של המקרה. ההנחיות דורשות כי תתקיים הצדקה ספציפית למעצרו של מבקש המקלט בנסיבות המקרה, גם כאשר הכניסה למדינה הייתה בלתי חוקית. שלוש ההצדקות המאושרות בהנחיות הן הגנה על הסדר הציבורי, הגנה על בריאות הציבור והגנה על הביטחון הלאומי (public order, public health and national security). יוער כי העילה הנוגעת להגנה על הסדר הציבורי כוללת חשש להימלטות או לאי שיתוף פעולה עם הרשויות; טענות למקלט, חסרות כל ביסוס ושחר, הנלוות להליכים מואצים; מעצר ראשוני ומינימלי לצורך וידוא זהות ובדיקות ביטחוניות; מעצר לצורך קבלת מידע שישמש לבחינת הבקשה בהיעדר אפשרות להשגת המידע ללא המעצר. המסקנה היא, אם כן, כי ספק רב אם הדין הבינלאומי מאפשר את מעצרו של מבקשי מקלט לצורך הרתעה של מבקשי מקלט נוספים מלהגיע למדינה.

93. למרות הספקות האמורים, ייתכן כי במצב קיצוני שבו הופכת התכלית לחיונית ביותר לקיומה של המדינה ולשמירתה על האינטרסים הבסיסיים ביותר שלה, ניתן יהיה להצדיק תכלית זו, על אף הפגיעה הקשה והעוצמתית בחירותו של המסתנן (ראו והשוו עניין פלוני [23], בפסקה 30). כן יש להדגיש כי כאשר המטרה העיקרית אינה הרתעת אחרים, אלא קשורה באופן ישיר למסתנן עצמו, הקשיים האמורים אינם מתעוררים. כך, למשל, מסתנן שנעצר לצורך קידום הליכי גירושו בטווח הנראה לעין, מעצרו יהיה כדין גם אם נלווה אליו אפקט של הרתעה (ראו עניין אל טאיי [6], בעמ' 851). מכל מקום, כאמור, לצורך בחינת העניין שלפנינו, מוכנה אני לצאת מהנחה כי החוק צולח את מבחן התכלית הראויה, ולבוחנו בהתאם לדרישת המידתיות.

94. השלב הבא בבחינת תנאיה של פסקת ההגבלה הוא מבחן המידתיות. מאחר שלא הוצא, כאמור, צו על-תנאי בנוגע לתיקון כמכלול, עלינו לבחון

באופן ספציפי את הסעיפים בתיקון שבגינם הוצא צו על-תנאי בעתירה. בחרתי להתחיל דווקא בצו על-תנאי מס' 4, ולהתמקד בהתאם לו בהוראה שעניינה עילת שחרור כעבור שלוש שנים במשמורת, שכן זהו הסעיף העיקרי והפוגעני ביותר של התיקון לחוק. כמו כן, הקביעה בדבר תוקפו החוקתי עשויה להיות לה השלכה גם על בחינת חוקתיותם של סעיפים אחרים.

א

צו על-תנאי מס' 4 – סעיף א30(ג)(3) לחוק למניעת הסתננות – בחינת מידתיות

ב

95. לשם הנוחות, נביא את הסעיף הנבחן כלשונו פעם נוספת:

- "הבאה לפני א30. (א) [...] ממונה ביקורת הגבולות ותמכויותו (ג) ממונה ביקורת הגבולות רשאי לשחרר מסתנן בערובה, אם שוכנע כי מתקיים אחד מאלה:

ג

(1) [...]

(2) [...]

- (3) חלפו שלוש שנים מיום תחילת החזקתו של המסתנן במשמורת."

ד

ה

מבחן המידתיות שבפסקת ההגבלה נחלק לשלושה מבחני משנה. המבחן הראשון הוא מבחן הקשר הרציונלי הבוחן את ההתאמה בין האמצעי החקיקתי שנבחר לבין התכלית שאותה נועד החוק להגשים. המבחן השני הוא מבחן האמצעי שפגיעתו פחותה שדרישתו היא כי החקיקה תפגע בזכות החוקתית במידה הקטנה ביותר האפשרית לשם השגת תכלית החוק. המבחן השלישי הוא מבחן המידתיות במובן הצר, ומשמעו הוא כי נדרש להתקיים יחס סביר בין

ו

ז

הפגיעה בזכות החוקתית לבין התועלת הציבורית-חברתית הצומחת מן הפגיעה. חשוב להדגיש כי למחוקק נתון "מרחב תמרון חוקתי" בבחירת האמצעים החקיקתיים לצורך הגשמת התכלית הרצויה:

א

"גבולותיו של מרחב התמרון החוקתי נקבעים על ידי בית המשפט בכל מקרה לגופו, על פי נסיבותיו, בהתחשב במהותה של הזכות הנפגעת ובעוצמת הפגיעה בה אל מול טיבם ומהותם של הזכויות והאינטרסים המתחרים. בית משפט זה לא ימיר את שיקוליו של המחוקק בשיקול דעתו שלו ויימנע מהתערבות, כל עוד האמצעי הנבחר על ידי המחוקק מצוי בגדרי מתחם המידתיות. בית המשפט יתערב רק כאשר האמצעי הנבחר חורג באופן ניכר מגדריו של מתחם התמרון החוקתי והוא בלתי מידתי באופן ברור (ראו: ע"א 6821/93 בנק המזרחי המאוחד בע"מ נ' מגדל כפר שיתופי [...]), בעמ' 438; בג"ץ 450/97 תנופה שירותי כוח אדם ואחזקות בע"מ נ' שר העבודה והרווחה [...]; ע"ם 4436/02 תשעים הכדורים – מטעדה, מועדון חברים נ' עיריית חיפה, המחלקה לרישוי עסקים [...], בעמ' 815; פרשת המועצה האזורית חוף עזה [...], בעמ' 550–551) (עניין פלוני [23], בפסקה 31).

ב

ג

ד

כן ראו עניין חסן [24], בפסקה 58 לפסק דינה של הנשיאה ביניש.

ה

מבחן הקשר הרציונלי

96. כאמור, מבחן המשנה הראשון בוחן את קיומו של קשר רציונלי בין האמצעי החקיקתי הפוגעני לבין התכלית שביקש להציג אמצעי זה. היעדר קשר כאמור יוביל למסקנה כי החוק אינו מידתי. האמצעי שנבחר על ידי המחוקק בסעיף 30א(ג)(3) לחוק הוא הכשרת השמתו של מסתנן במשמורת לתקופה בת שלוש שנים, כפוף לעילות השחרור הקבועות בחוק. המדינה מבקשת לטעון כי שלוש שנים אינן תקופת חובה מנדטורית להשמתו של מסתנן במשמורת, כי אם הרף העליון להשמה במשמורת. איני סבורה כי זו נקודת המבט הנכונה על התיקון לחוק. ככלל, מאפשר התיקון להחזיק מסתנן במשמורת לתקופה של שלוש שנים (בהנחה שהסעיף לא יפורש כמעניק לממונה על ביקורת הגבולות

ו

ז

שיקול דעת להותיר מסתנן במשמורת על אף חלוף שלוש שנים, וזאת – על בסיס השימוש במונח "רשאי" בסעיף). לצד כלל זה נקבעו עילות המאפשרות שחרור מטעמים שונים "במקרים חריגים", כלשון סעיף 30א(ב) לחוק. מנגד, קיימות עילות שבהתקיימן לא ישוחרר המסתנן אף אם התקיימו עילות שחרור מסוימות. גם בהנחה שעילות השחרור תפורשנה באופן רחב ונדיב, תמונת המצב היא שבמקרה "הרגיל" ישהה מסתנן במשך שלוש שנים במשמורת בהתאם לחוק. הראיה לכך היא הנתונים שנמסרו על ידי המדינה עצמה ולפיהם רק 136 אנשים שהוחזקו מכוח החוק למניעת הסתננות שוחררו החל מתחילת יישומו של התיקון. בהתאם לאמור, אם כן, יש לבחון את מידתיות ההוראה. מכל מקום, הפגיעה בזכויות האדם נבחנת בהתאם לאדם הפרטי ולא לפי הקבוצה או לפי מדד כמותי כלשהו של הנפגעים. "גם החירות של אדם אחד ראויה להגנה כאילו היא עולם ומלואו" (עניין צמח [33], בעמ' 276).

א

ב

ג

97. נראה שלא ניתן לחלוק על כך כי, באופן תיאורטי, מתקיים קשר רציונלי בין השמתם של מסתננים במשמורת לבין מניעת השתקעותם בישראל ומניעת חלק ניכר מהתופעות השליליות הנטענות הנובעות מהשתלבותם בערי ישראל, כגון פגיעה במועסקים ישראלים, מניעת פשיעה, וכדומה. עם זאת, יש לשים לב ליישום בפועל של התיקון. על פי נתוני המדינה, שוהים כיום בישראל כ-55,000 מסתננים. מתוכם, כ-1,750 מסתננים מוחזקים מכוח החוק למניעת הסתננות, כלומר שיעור נמוך מכלל המסתננים, כאשר – ככל הנראה – כיום מדובר בקיבולת המקסימלית של המתקן (ראו באתר שירות בתי הסוהר [116]: <http://www.ips.gov.il/NR/exeres/B39647B9-41FF-464B-AD47-FED65CA926CD,frameless.htm?NRMODE=Published>). משמעותם של נתונים אלה היא ברורה. השמתם של כ-1,750 איש במשמורת יש לה השפעה מזערית על מכלול ההשפעות של תופעת ההסתננות, בהתחשב בעשרות אלפי המסתננים שאינם נתונים במשמורת. כך שספק רב אם, בפועל, מושגת התכלית האמורה מהשמתם של אותם מסתננים שהמקום מכיל כיום במשמורת.

ד

ה

ו

98. באשר לתכלית של ההרתעה ובלימת תופעת ההסתננות – תמונת המצב בנוגע לקשר הרציונלי בין תכלית זו לבין השמתם של המסתננים במשמורת אינה ברורה. המדינה טוענת כי מאחר שמדובר בהגירה לצורכי עבודה, לו היו

ז

המסתננים הפוטנציאלים יודעים כי בהגיעם לישראל הם יושמו במשמורת לתקופה ארוכה, וכי לא יוכלו לעבוד ולשלוח כספים לארצם, היו נמנעים מלהגיע למדינת ישראל. מנגד, טוענים העותרים כי הקשר הוא ספקולטיבי בלבד. מאחר שמדובר בפליטים הנמלטים מזוועות המתחוללות בארצם, אין להם ברירות אחרות. אם הדבר יהיה ביכולתם, הם ימשיכו ויגיעו לישראל ויעדיפו את המשמורת בה על פני סיכון חייהם במדינות מוצאם. אכן, כפי שפירטתי לעיל, אין חולק כי באריתריאה ובסודן שורר מצב קשה הפוגע בזכויות האדם של אזרחי המדינה ושל תושביה. העובדה שעד היום נבחנו בקשות ספורות בלבד להכרה בפליטים שהוגשו על ידי מסתננים מגבירה את אי הוודאות באשר למניעתם של המסתננים לעזוב את ארצותיהם ולהיכנס לישראל. לפיכך, אין בידינו להכריע בשאלה אם – במצב הנורמטיבי הנוכחי – ימשיכו ויעדיפו מסתננים לחזור לגבולותיה של מדינת ישראל ולהסתכן בהשמתם במשמורת לתקופה ארוכה ללא יכולת לעבוד.

99. שני הצדדים מנסים להוכיח את טענותיהם בנתונים מספריים. לטעמי, נתונים אלה אינם מובילים אף הם למסקנה ברורה באשר לקיומו של קשר רציונלי בין תכלית החוק לבין אמצעיו. הקושי העיקרי נובע מכך שתחילת השמתם של המסתננים במשמורת על פי התיקון לחוק נעשתה במקביל לתהליכי השלמתה של גדר הגבול בין ישראל למצרים. הקבלת תהליכים אלה יוצרת חוסר ודאות באשר לתרומתו של כל גורם לירידה הדרסטית במספר המסתננים המגיעים לישראל. מהנתונים שנמסרו על ידי המדינה, בחודשים אוקטובר עד דצמבר 2011 הסתננו לישראל כ-2,500 איש בממוצע לחודש. בחודשים ינואר עד מארס 2012 הסתננו כ-1,840 איש לחודש. מגמת הירידה המשיכה גם בחודשים אפריל עד יוני 2012 שאז הסתננו כ-1,340 איש לחודש. בחודש יולי 2012 חלה ירידה דרסטית, ומספר המסתננים עמד על 288 איש. בחודש אוגוסט 2012 הסתננו 199 איש. בחודש ספטמבר 2012 הסתננו 138 איש. מגמת הירידה המשיכה, עד שבחודש מארס 2013 הסתננו שלושה אנשים בלבד. לצד נתונים אלה יש להבהיר כי יישום התיקון לחוק למניעת הסתננות החל בחודש יוני 2012. באשר לקצב בנייתה של הגדר, הרי שבחודש אפריל 2012 הושלמה בניית 59% מהגדר. בחודש מאי 2012 הושלמה בניית 67% מהגדר ובחודש יוני 2012



בג"ץ 7146/12, בר"ם	אדם ואח' נ' כנסת ישראל ואח'; פלוגית ואח' נ'
1192/13, עע"ם 1247/13	משרד הפנים ואח'; טהנגס ואח' נ' משרד הפנים
פ"ד (2) 717	השופטת ע' ארבל

– 75% מהגדר כבר היו בניינים. בחודש יולי 2012 הושלמה בנייתם של 82% מהגדר ובחודש אוגוסט – 84%. בסוף שנת 2012 נבנו 94% מהגדר.

אכן, ניתן לטעון, כפי שמנסה לטעון המדינה, כי לאחר חודש בלבד של יישום התיקון, בחודש יוני 2012, חלה ירידה של ממש במספר המסתננים לישראל. מגמת ירידה זו נמשכה באופן עקבי בחודשים שלאחר מכן. מנגד, ניתן להטיל ספק בכך שירידה כה ניכרת ניתנת להסבר בשל חודש אחד בלבד שבו התבצעה השמת מסתננים במשמורת. כמו כן, מהנתונים ניתן לצפות במגמת ירידה אשר החלה עוד לפני תחילת יישומו של התיקון. עוד יש לשים לב כי ברבעון של חודשים אפריל עד יוני 2012 הושלם רבע מהגדר לערך, וייתכן שדווקא גורם זה היה הסיבה לירידה הניכרת – בחודש יולי 2012 – במספר המסתננים לישראל. אם הייתה המדינה ממתינה עוד חודשים מספר מתחילת יישום התיקון לחוק, ייתכן שניתן היה להגיע למסקנה ברורה יותר בשאלה זו. במצב הדברים הנוכחי, דומני כי הקשר הרציונלי אינו חד משמעי, ולפיכך התועלת המושגת מהתיקון היא "ספקולטיבית ובלתי מוכחת" (עניין סטמקה [10], בעמ' 782; עניין קו לעובד הראשון [1], בעמ' 396).

100. הנפקות של הספק האמור תיגזר מהשאלה על מי מוטל הנטל להוכיח את תנאיה של פסקת ההגבלה. בשאלה זו התגלעה מחלוקת שופטים. מוסכם על הכול כי נטל השכנוע בשלב הראשון, הבוחן את הפגיעה בזכות החוקתית, מוטל על הטוען לפגיעה. המחלוקת היא בעניין נטל השכנוע בשלב השני שבו נדרש לבחון את תנאיה של פסקת ההגבלה. בפרשת התנועה למען איכות השלטון [26] הבהיר הנשיא ברק את עמדתו כי נטל זה רובץ על הטוען לחוקתיות הפגיעה, דהיינו – הרשות הציבורית. עם זאת, הוזכרו עמדות אחרות ובהן העמדה כי גם בשלב השני רובץ הנטל על הטוען לפגיעה; עמדה שלפיה נטל השכנוע בשלב השני מוטל על הרשות הציבורית, אך הנטל בשאלת המידתיות מוטל על מי שטוען כי הפגיעה אינה מידתית. כן הוזכרה עמדה שתולה את ההכרעה בדבר נטל השכנוע במשקל היחסי הניתן לשיקולים של: שלטון החוק, חזקת החוקתיות של החוק, חשיבות הזכות הנפגעת, עוצמת הפגיעה בזכות ובאינטרסים ציבוריים אחרים (עניין התנועה למען איכות השלטון [26], בעמ' 671–672).

101. למרות שנטייתי היא להצטרף לעמדתו של הנשיא ברק, דומני כי אין אנו נדרשים לעת הזו להכריע בשאלה, וניתן להניח כי מבחן המשנה הראשון אכן מתקיים. יש לזכור כי אין נדרש שהאמצעי שנבחר על ידי המחוקק יגשים באופן מוחלט וודאי את המטרה. ניתן להסתפק במידה נאותה של הסתברות כי האמצעי הנבחר יתרום במידה סבירה להשגת התכלית (עניין התנועה למען איכות השלטון [26], בעמ' 706). המבחן מתבסס במידה רבה על התשתית העובדתית שעמדה לפני המחוקק ועל ניסיון החיים והשכל הישר, והוא מכיר באפשרות קיומה של אי ודאות מסוימת באשר למידת הגשמתה של התכלית (עניין חסון [24], בפסקאות 59, 61 לפסק דינה של הנשיאה ביניש).

לטעמי, ניתן לצאת מנקודת הנחה סבירה שחקיקתו של הסדר נורמטיבי המאפשר להחזיק במשמורת מסתננים המגיעים למדינת ישראל לפרק זמן של שלוש שנים ירתיע, למצער, חלק מהמסתננים מלהגיע לישראל וישיג את התכלית של בלימת ההסתננות – לפחות, באופן חלקי. במצב דברים זה, לא נותר אלא לקבוע כי מבחן המשנה הראשון מתקיים. עם זאת, לספקות שהועלו תהיה נפקות לעניין מבחן המשנה השני, כפי שאראה להלן.

#### מבחן האמצעי שפגיעתו פחותה

102. דימוי הסולם מבהיר באופן הטוב ביותר את מהותו של מבחן זה: "האמצעי החקיקתי משול לסולם, שעליו מטפס המחוקק להשגת התכלית החקיקתית. על המחוקק לעצור באותו שלב משלבי הסולם, שבאמצעותו מושגת התכלית החקיקתית, ואשר פגיעתו בזכות האדם היא הפחותה" (בג"ץ 1715/97 לשכת מנהלי ההשקעות בישראל נ' שר האוצר [54], בעמ' 385). עם זאת, למחוקק נתון מרחב תמרון חקיקתי ואין הוא חייב לבחור את האמצעי שפגיעתו היא הפחותה ביותר (עניין חטיבת מפיצי הסיגריות [27], בפסקה 12). לטעמי, הסעיף העוסק בהשמתם במשמורת של המסתננים לתקופה של שלוש שנים אינו עומד במבחן משנה זה. אבהיר את עמדתי.

103. ככל שמדובר בתכלית של הרתעה שעניינה בלימת ההסתננות, הרי שקיימת הסתברות נאותה כי ניתן היה להסתפק באמצעי פוגעני פחות בדמות גדר הגבול בין ישראל למצרים. כפי שהראיתי לעיל, אין בידינו לקבוע מה

א הגורם הדומיננטי להפחתה הדרמטית במספר המסתננים לישראל. עם זאת, דומני כי ניתן להניח ברמת הסתברות נאותה כי בגדר, כשלעצמה, יש כדי להפחית באופן ניכר את תופעת ההסתננות לישראל. לא לחינם החליטה הממשלה להשקיע משאבים עצומים בבניית הגדר. לאחרונה יש דיווחים כי גדר הגבול מסייעת בהפחתת תופעות שליליות נוספות שהתרחשו בעת שהגבול היה פרוץ, כגון סחר בסמים ובנשים. אכן, ייתכן שצודקת המדינה בטענתה כי לא ניתן ליצור מחסום פיסי אשר ימנע באופן מוחלט הברחת אנשים וסחורות לתוך ישראל. עם זאת, ניתן להניח שגדר הגבול עשויה לסייע באופן ניכר בהפחתתה של תופעת ההסתננות, בין בשל המחסום הפיסי ובין בשל הצורך להשקיע משאבים רבים יותר לצורך הכניסה הבלתי חוקית לישראל, באופן שההשקעה לא תשתלם בעבור המסתנן או בעבור מבריחיו. מכל מקום, במצב דברים שבו הפגיעה בזכות לחירות היא כה קשה, דורש מבחן המשנה השני מהמדינה למצות ולבחון אפשרות סבירה ופוגענית פחות, גם אם אין ודאות ביכולתה להשיג את המטרה במידה דומה. זאת, בטרם עולה הרשות הציבורית שלב נוסף בסולם האמצעים הפוגעניים, בייחוד כאשר כל שנדרש ממנה היה להמתין כמה חודשים כדי לבחון את השפעתה של הגדר על תופעת ההסתננות, במנותק מיישום התיקון לחוק. לכך יש להוסיף כי קיימים אמצעים נוספים אשר המדינה רשאית לעשות בהם שימוש כדי להגביר את יעילותו של המחסום הפיסי, כגון אמצעים אלקטרוניים ודומיהם. אמצעים אלה דורשים משאבים כספיים לא-מועטים, אך, כידוע, "הגנה על זכויות אדם עולה כסף, וחברה המכבדת זכויות אדם צריכה להיות נכונה לשאת במעמסה הכספית" (ברק, פרשנות חוקתית [85], בעמ' 528).

104. באשר לתכלית הנוספת של מניעת השתקעותם של המסתננים בישראל ומניעת השפעותיה השליליות של תופעת ההסתננות על החברה הישראלית – כפי שציינתי, איני סבורה כי במצב הנוכחי קיים קשר רציונלי בין השמתם של המסתננים במשמורת של שלוש שנים לבין השגת תכלית זו. למעלה מן הדרוש ייאמר כי גם אם היה מתקיים מבחן הקשר הרציונלי הרי שספק אם היה מתקיים מבחן האמצעי שפגיעתו פחותה. אכן, ייתכן שהאמצעי שנבחר הוא האמצעי הזול יותר בעבור המדינה או האמצעי הפשוט ביותר ליישום, אך – כידוע – לא זו אמת המידה של מבחן האמצעי שפגיעתו פחותה (ראו עניין קו לעובד הראשון

א [1], בעמ' 396). כפי שנעשה גם בהסדרים אחרים לשלילת חירותו של הפרט, מחויבת המדינה לשקול בכובד ראש אפשרויות חלופיות למעצר שחומרת הפגיעה בהן פחותה, כך הוא בתחום הפלילי וכך הוא בתחום המינהלי (ראו, למשל: עניין פדרמן [42], בעמ' 188; סעיף 21(ב)(1) לחוק המעצרים).

ב דומני כי ניתן לגבש מגוון אמצעים חלופיים שניתן לנקוט ואשר ישיגו את התכלית המתבקשת באופן פוגעני פחות. כך, למשל, ניתן ליצור חובות דיווח וערבויות שונות (השוו עניין קו לעובד השני [8], בפסקה 63 לפסק דינה של השופטת פרוקצ'יה). ניתן להטיל הגבלות על מגוריהם של המסתננים, באופן שיאפשר למדינה לשלוט על המקומות שבהם הם מתיישבים ולפקח עליהם ועל פיזורם למקומות אוכלוסייה שונים (נוהל ברוח זו היה קיים בעבר ובוטל על ידי שר הפנים עוד בטרם נדונה חוקיותו בבית משפט זה. ראו בג"ץ 5616/09 המרכז לקידום פליטים אפריקאיים נ' משרד הפנים [55]). ניתן לשקול לחייב מסתננים לשהות בלילות במתקן שהייה שהוכן למענם ואשר יספק את צורכיהם, ולצד זאת ימנע מהם קשיים אחרים. יוער כי במקביל להליכי החקיקה של התיקון לחוק למניעת הסתננות הכין הייעוץ המשפטי של ועדת הפנים והגנת הסביבה של הכנסת טיוטה של הצעת חוק חלופית (הצעת חוק המאבק בתופעת ההסתננות בגבול הדרום (הוראת שעה), התשע"ב-2011). על פי הצעה זו, יוקם מרכז שהייה פתוח לשהיית מסתננים אשר ינוהל ויופעל על ידי משרד הפנים ואשר יספק לשהייה בו תנאים הולמים, לרבות מגורים, מזון, שירותים רפואיים, ביגוד וצרכים בסיסיים אחרים. באופן כללי, קובעת הצעת החוק כי מסתנן שלא ניתן לו רישיון ישיבה בישראל, אך קיימת מניעה לגרשו, יועבר למרכז השהייה הפתוח. רעיון נוסף שהועלה בכנסת היה להחליף חלק מהעובדים הזרים במסתננים ובכך לפתור בעיות רבות בשני מגזרים אלה ואף לסייע למעסיקים ישראלים הזקוקים לידיים עובדות (ראו פרוטוקול ישיבה מס' 88 של הוועדה לבחינת בעיות העובדים הזרים, הכנסת ה-18, 11.6.2012 – <http://www.knesset.gov.il/protocols/data/rtf/zarim/2012-06-11.rtf>). עוד הוצע להגביר את המאבק במבריחים המסייעים למסתננים לחדור את גבולות המדינה ולשפות את הרשויות המקומיות על הוצאותיהן בגין הטיפול במסתננים (שם). נוסף לכך, ניתן להגביר את הפיקוח של המשטרה באזורי הריכוז של המסתננים כדי לטפל בתופעות פשיעה, ובעיקר – כדי להגביר את תחושת הביטחון האישי של

א התושבים המקומיים. ניתן לאכוף באופן הדוק את חוקי העבודה כך שלא תהיה העדפה לכוח עבודה זול יותר של מסתננים, ועוד. אמצעים מסוג זה אפשר ליישם לצד אמצעי פיקוח וענישה למי שלא יעמוד בתנאיהם. זאת, כמובן, לצד הפעולות שמדינת ישראל ממשיכה לנקוט כדי לאפשר את גירושם של מסתננים, שניתן לגרשם, אל מחוץ לגבולותיה של מדינת ישראל.

ב 105. מדינת ישראל אינה המדינה היחידה המתמודדת עם תופעות של הגירה בלתי חוקית ועם זרם של מבקשי מקלט ופליטים המתדפקים על שערי המדינה. ייתכן שהמציאות הגיאופוליטית הייחודית של ישראל מעמידה אותה במצב מורכב יותר, אך ההתמודדות הבסיסית משותפת למדינת ישראל ולמדינות רבות בעולם:

ג "מדינות רבות בעולם המערבי נדרשות בעשורים האחרונים לקבוע הסדרים שונים הנוגעים לדרכי הטיפול הראויות במבקשי מקלט המתדפקים על שעריהן בשים לב לחובותיהן על-פי דיני הפליטים. בבסיס הסדרים אלה ניצבת מערכת איזונים סבוכה ומורכבת – שמירה על ריבונות המדינה לקבוע מי יבואו בשעריה מזה, והחובה בהגנה על זכויות האדם של אוכלוסיה זו הנמלטת פעמים רבות מאימת רעב, מלחמות או רדיפות ומבקשת ליצור לעצמה אלטרנטיבה לחיים טובים יותר, מזה" (עניין מוקד סיוע [2], בפסקה 13).

ד כן ראו עניין פרידה [15], בפסקה ו(1). אם כן, ניתן ללמוד מניסיוןן של מדינות העולם בהתמודדות עם תופעות דומות לתופעת ההסתננות.

ה מבט חסוף אל מעבר לים

ו 106. ראשית, אעיר כי המשפט הבינלאומי, כפי שצוין, דורש כי מעצרו של מהגר – ובוודאי של מבקש מקלט – יהיה מעצר שאינו שרירותי. הנחיות נציבות האו"ם לפליטים קובעות כי אחד הקריטריונים לקביעת מעצר שרירותי הוא בהיעדר בחינת חלופות פוגעניות פחות למעצר, בייחוד כאשר תקופת המעצר מתארכת (8) [115], at para. 18. Detention Guidelines]. כן ראו, למשל, החלטות הוועדה לזכויות אזרחיות ומדיניות של האו"ם: Shams v. Australia [117], at para. 7.2; D & E v. Australia [118], at para. 7.2. ההנחיות

מפרטות שורה של חלופות למעצר וממיינות אותן בהתאם לרמת הפגיעה שלהן  
 בחירות הפרט. כך מזכירות ההנחיות אמצעים (מהקל לכבד) של: הפקדת  
 א מסמכים, הפקדת ערבות כספית, חובות דיווח שונות לרשויות, תנאי שחרור  
 לקהילה, מגורים באזור מוגדר, ניטור אלקטרוני ומעצר בית (DETENTION  
 GUIDELINES [115], at paras. 35–42). עוד מזכירות ההנחיות אפשרויות לקיים  
 מרכזי שהייה פתוחים או פתוחים למחצה המחייבים רישום של כניסה ויציאה ושל  
 גבולות דומות, ודרישת התחייבות של ערב להבטיח את התייצבותו של מבקש  
 ב המקלט להליכים בעניינו (DETENTION GUIDELINES [115], at Annex A).

107. במסמך מפורט של נציבות האו"ם לפליטים נסקרת בהרחבה סוגיית  
 החלופות למעצר. בין היתר, נבחנים האמצעים שנוקטות המדינות השונות  
 ג בפועל כחלופה למעצרם של מבקשי מקלט ( Ophelia Field with the assistance of  
 Alice Edwards, U.N. High Comm'r for Refugees, *Alternatives to Detention of  
 Asylum Seekers and Refugees* [119]). המסמך מזכיר חלופות  
 בדמות ערבויות, הפקדות ובטוחות שונות הנדרשות ממבקשי המקלט. כן  
 מצוינות דרישות של דיווח מצד מבקשי המקלט. כך, למשל, באנגליה יש חובת  
 T דיווח למרכזי דיווח בעבור כל מבקש מקלט המקבל תמיכה מהמדינה אך חי  
 באופן עצמאי. בצרפת, בלוקסמבורג ובדרום אפריקה נדרשים מבקשי המקלט  
 להתייצב באופן אישי אחת לחודש לערך כדי לחדש את המסמכים שניתנו להם.  
 פעמים רבות ננקט אמצעי זה יחד עם דרישות נוספות. אמצעי נוסף שנקט על  
 ח ידי המדינות השונות הוא הכוונת מקומות מגורים של מבקשי המקלט. באמצעי  
 ח זה נכללים מרכזי שהייה פתוחים או פתוחים למחצה, הגבלת אזורי מגורים,  
 פיזור מקומות המגורים של מבקשי המקלט, וכדומה. כך, למשל, בגרמניה  
 קיימים מרכזי שהייה מרוכזים למבקשי מקלט, המחייבים את השוהים בהם אף  
 להגבלות תנועה לאזור שבו נמצא מרכז השהייה בלבד. מי שמפר את ההגבלות  
 צפוי למעצר. גם שווייץ מפזרת את מבקשי המקלט בין מרכזי שהייה פתוחים  
 ב קנטונים שונים, אך אינה מטילה הגבלות על חופש התנועה שלהם. מרכזי  
 שהייה שונים מופעלים גם במדינות בולגריה, הונגריה, פולין, דנמרק, שוודיה,  
 יוון ואיטליה. ברבות מהמדינות, החובה של מבקשי המקלט לגור במרכזי  
 T השהייה תלויה בתמיכה שהם מקבלים מהמדינה. אמצעי נוסף שמדינות רבות  
 משתמשות בו הוא זיהוי ותיעוד של מבקשי המקלט, בין היתר – תוך שימוש

באמצעים אלקטרוניים וביומטריים המאפשרים זיהוי קל וודאי יותר. במספר מדינות יש פיקוח באמצעים אלקטרוניים על מבקשי מקלט, באמצעות אזיקים אלקטרוניים, אשר לעתים מלווים במעצר בית.

א

#### סיכום ביניים

108. לאורך כל דרך בחינתה של הוראת סעיף 30א(ג)(3) לחוק למניעת הסתננות עלו ספקות באשר להתקיימותם של מבחני פסקת ההגבלה לגביו. ראשית, עלה הספק אם התכלית של החוק, ובעיקר תכלית ההרתעה, היא תכלית ראויה כנדרש בפסקת ההגבלה. לאחר מכן, בבחינת מידתיות ההוראה, עלה כי התכלית של מניעת ההשתקעות אינה מקיימת קשר רציונלי ליישום הנוכחי של הוראת החוק, בהתחשב במספר המועט של הנתונים במשמורת אל מול מספר המסתננים שאינם במשמורת. אין זה ברור אם מתקיים קשר רציונלי בין ההוראה לבין בלימתה של תופעת ההסתננות, בהתחשב באי הוודאות לגבי המניעים לבריחת המסתננים מארצותיהם ולכניסתם לישראל. בנייתו של מבחן האמצעי שפגיעתו פחותה עלה כי קיימת הסתברות סבירה שלפיה ניתן היה להשיג את התכליות באמצעים אחרים הפוגעים פחות בזכות החוקתית, בין באמצעות גדר הגבול עם מצרים ושכולה ובין באמצעים מגבילים שונים, שיוטלו על המסתננים היושבים בישראל, כתחליף למשמורת. משקבענו כי מבחן זה אינו מתקיים ניתן להכריז כבר עתה על הוראת סעיף 30א(ג)(3) לחוק כבלתי חוקתית. עם זאת, ולמעלה מן הדרוש, ראיתי חשיבות להתייחס למבחן המשנה השלישי של המידתיות אשר אם נותרו ספקות כלשהם, בא הוא ומכריע אותם – לטעמי – באופן ברור.

ב

ג

ד

ה

#### מבחן המידתיות הצר

109. מבחן המידתיות הצר מחייב קיומו של יחס סביר בין הפגיעה בזכות החוקתית המוגנת לבין היתרון החברתי הצומח מן הפגיעה. זהו מבחן ערכי המשווה בין התועלת הציבורית הצומחת מן האמצעי הפוגע לבין הנזק הנגרם לזכות החוקתית על ידי אותו אמצעי. מהותו של מבחן זה היא שהמטרה אינה מקדשת את כל האמצעים. גם מקום שבו נקבע כי האמצעי שנבחר משיג את המטרה, ואין אמצעי אחר שפגיעתו פחותה ואשר ישיג את המטרה באותה מידה,

ו

ז

ייתכן שבית המשפט יאלץ לקבוע כי הבחירה באמצעי זה אינה חוקתית. זאת, מאחר שהפגיעה בזכות ועוצמתה עולות על התועלת הצומחת לחברה כתוצאה מהפגיעה. וכלשונו של הנשיא ברק:

א

"מבחן המשנה השלישי הוא בעל אופי שונה. אין הוא מתמקד אך באמצעי להשגת המטרה. הוא מתמקד בפגיעה בזכות האדם הנגרמת בשל הגשמתה של המטרה הראויה. הוא מכיר בכך שלא כל האמצעים – בעלי הקשר הרציונלי ושפגיעתם היא פחותה – מצדיקים הגשמת המטרה. מבחן משנה זה נושא על כתפיו, בעיקרו של דבר, את התפישה החוקתית כי המטרה אינה מקדשת את האמצעים. הוא ביטוי לרעיון כי קיים מחסום ערכי שהדמוקרטיה אינה יכולה לעבור אותו, גם אם התכלית שאותה מבקשים להגשים היא ראויה" (בג"ץ 8276/05 עדאלה – המרכז המשפטי לזכויות המיעוט הערבי בישראל נ' שר הביטחון [56], בפסקה 30).

ב

ג

110. כליאת המסתננים ושליחת חירותם לתקופה ארוכה היא פגיעה אנושה ובלתי מידתית בזכויותיהם, בגופם ובנפשם. הפגיעה בזכותם לחירות של המסתננים שניתן להחזיקם במשמורת עד שלוש שנים היא פגיעה קשה ביותר בעלת עוצמה גבוהה ורבה. עמדתי בתחילת הדברים על חשיבותה ועל בסיסיותה של הזכות לחירות פיסית במדינה דמוקרטית, ועל הפגיעה הקשה שמסבה שליחת חירותו של אדם לו ולמשפחתו. עמדתי על כך שהפגיעה היא נרחבת וקשה. לשליחת החירות עשויה להיות השפעה על בריאותו הפיסית והנפשית של הפרט. נוסף לכך, היא משפיעה על כל תחומי חייו. היא משפיעה על חיי המשפחה שהוא יוכל לנהל, על חיי חברה ופנאי, על יכולתו לעבוד ולעסוק במשלח יד שהוא חפץ בו. שליחת החירות של הפרט משפיעה אף על זכות הקניין שלו, על זכותו לפרטיות, על זכותו לעשות בחירות שונות ומגוונות בכל רגע ורגע מחייו. להשפעות אלה נלווית אף הפגיעה הקשה בכבודו של המסתנן כאדם. הפרט שנשללת ממנו חירותו – נפגע אף בכבודו כאדם. הפגיעה הנרחבת באוטונומיה שלו, ומסירת רוב ההחלטות בשגרת יומו – שלא מרצון – לידי רשויות המדינה והכלא, גורמת לפגיעה מהקשות ביותר בכבוד האדם. זאת, לצד הפגיעות בכבוד האדם הנובעות מהיעדר פרטיות, מהיעדר יכולת לנהל חיי

ד

ה

ו

ז



משפחה וחברה, ועוד. שלילת החירות יוצרת השפלה לפרט ופוגעת בשמו הטוב. הפגיעה בכבוד האדם מתעצמת בחוק למניעת הסתננות מאחר שהכליאה אינה נוגעת למאפייניו או להתנהגותו הספציפית של כל מסתנן ומסתנן.

א

כזכור, אין החוק בא להעניש את המסתנן על עובדת הסתננותו. לשם כך קיימים הכלים הפליליים. ההשמה במשמורת נועדה בעיקרה להרתיע אחרים מלבוא ולהסתנן לישראל, וכן כדי למנוע השלכות שליליות שייתכן שלפרט עצמו אין כל קשר אליהן. מפתחות הכלא אינם נמצאים בידי של המסתנן. אין הוא יכול להפסיק את פעילותו העוינת כלפי מדינת ישראל, לשלם את חובו, לציית להוראת בית המשפט או לתת גט לאשתו כדי להשתחרר מהמשמורת שהוא נתון בה.

ב

111. עוצמת הפגיעה בזכות אף היא מצויה ברמה הגבוהה ביותר במדרג הפגיעות. שלילת החירות היא כפויה ומוחלטת, בדומה לאסיר פלילי המרצה את עונשו. המסתנן נתון לכללי המתקן ולנהליו ואינו רשאי לצאת מגבולות המתקן כלל. כפי שראינו בדיון שלפנינו, כאשר יוצאים המסתננים ממתקן המשמורת, לצורך דיון משפטי לדוגמה, הם מובלים כשהם מלווים בסוהרים ויושבים בתא האסירים בבית המשפט, בדומה לעבריינים פליליים, דבר המגביר את עוצמת ההשפלה, הכאב והפגיעה בכבודם. תקופת המשמורת העומדת על שלוש שנים, בהנחה שאין מתקיימת עילת שחרור מוקדמת יותר, היא תקופה ארוכה וחמורה ביותר. מצב זה יש לשנות, ויפה שעה אחת קודם.

ג

ד

112. לכך יש להוסיף את מיהות האנשים שעומדים לפנינו. גם אם קיימת מחלוקת על מניעי ההסתננות, אין חולק כי המסתננים ברובם מגיעים מארצות אשר תנאי החיים שם קשים ביותר, פעמים רבות נשקפת סכנת חיים לתושביהן ומצב זכויות האדם שם כבי רע. חלקם עבר חוויות קשות ביותר, כגון חטיפה, עינויים, אונס וכו' לפני הגיעם לישראל (ראו, למשל, בר"ם 1689/13 וולדו נ' שר הפנים [57]). גם אם מטרת המסתננים היא לשפר את רמת חייהם שלהם עצמם ושל משפחותיהם, לא ניתן שלא לחוש אמפתיה למטרה זו. מובן כי התוצאה אינה שמדינת ישראל מחויבת להכניסם לשטחה וליתן להם את מבוקשם. ברור כי האינטרסים של החברה הישראלית הם בעלי עדיפות ראשונה ועליונה, אך

ה

ו

ז

א היחס למסתננים והטיפול בהם צריך שיהיו על רקע הבנת מצבם וקשייהם. יתרה מכך, אין חולק כי על מרבית המסתננים חל העיקרון הבינלאומי בדבר אי ההחזרה, שעליו עמדנו לעיל. דהיינו, נקודת המוצא של מדינות העולם, וישראל בתוכן, היא כי מסתננים אלה באו ממדינה שאין לאפשר את החזרתם אליה בשל הסכנות הנשקפות להם שם. גם נתון זה יש להביא בחשבון בעת בחינתה של עוצמת הפגיעה הנגרמת לאנשים אלה כתוצאה משלילת חירותם לשלוש שנים. לא ניתן שלא להיזכר בתוכחתו של המשנה לנשיא מ' חשין בפרשת הסדר הכבילה של עובדים זרים, אשר ניתן ללמוד ממנה אף מקל וחומר לענייננו:

ב "עיון בהסדר הכבילה שיצרה המדינה והשליטה אותו על עובדים זרים – עלובי־נפש שנפרדו ממשפחותיהם לחודשים, אף לשנים – מעלה תמיהה מהולה ברוגז, כיצד זה שבעלי־סמכות בארצנו כך רואים לנהוג בנשים ובגברים שכל רצונם אינו אלא להביא פת־לחם למשפחתם. לא נכחד כי נגד עיניהם של בעלי הסמכות ניצבו שיקולי־נגד כיבדי־מישקל – שיקולים של סדר טוב ושל הצורך למנוע ניצול לרעה של ההיתר לשהות בארץ – ואולם כיצד זה שנעלם מעיניהם כי בהסדר שהם קובעים חורצים הם עמוקות בכבודם של העובדים הזרים כבני־אנוש? והרי כל אדם – גם אם זר הוא בקהלנו – זכאי לכבודו כאדם. כסף ניתן לחלוקה. כבוד אינו ניתן לחלוקה בגרעינו. כך הוא בכבודם וכך הוא בחירותם של העובדים" (עניין קו לעובד הראשון [1], בפסקה 4 לפסק דינו של המשנה לנשיא מ' חשין).

ג 113. מקובל על הכול כי הזכויות המוענקות על ידי המדינה לזר, ובוודאי לזר שנכנס באופן בלתי חוקי למדינה, אינן משתוות לאלה הניתנות לאזרחי המדינה, ואף חובותיה של המדינה כלפיו אינן זהות, כמובן. כך ייתכן גם שמידת ההגנה על זכותו לחירות תהיה פחותה ממידת ההגנה הניתנת לאזרח חוקי במדינה (ראו והשוו עניין צמח [33], בעמ' 272). עם זאת, אין פירוש הדבר כי המסתנן מופשט מכל זכויותיו ברגע שהוא נכנס למדינה, ואף אם באופן בלתי חוקי. כהשאלה מדברי השופט לוי, המסתנן "אינו נכנס בשערי המדינה ומשיל מעליו את אנושיותו וזכויותיו היסודיות" (עניין קו לעובד הראשון [1], בעמ' 397). היקפה

של הזכות החוקתית לחירות ולכבוד האדם חלה על כל אזרח ישראלי, כמו גם על הגר, על המסתנן או על הפליט שנכנס לישראל בנסיבות אשר תהיינה. חירותו של אדם היא זכות הנלווית אליו לכל מקום שיילך, בין במדינתו ובין במדינה אחרת; בין שהוא שוהה במקום שהותר לו לשהות בו, ובין שהוא נכנס למקום שנאסר עליו. אמנם, במקרים מסוימים, ניתן יהיה לשלול ממנו חירות זו, אך תמיד תחייב שלילה זו בחינה זהירה ומבוקרת של מבחני המידתיות. חירותו של אדם וכבודו מהווים נורמות תשתית לחיים יחדיו במדינה לאזרחים ולתושבים, ותחומי פרישתן – גם על הזרים החיים בקרבם.

א

ב

לא ניתן לחלוק, אם כן, על הפגיעה הקשה והעוצמתית בזכויותיהם החוקתיות הבסיסיות ביותר של המסתננים.

ג

114. מנגד, יש לבחון את התועלת החברתית הצומחת למדינה ולחברה הישראלית כתוצאה מהוראת סעיף 30א(ג)(3) לחוק. אכן, החברה הישראלית משלמת מחיר על התמודדותה עם תופעת ההסתננות הרחבה. ההתמודדות היא מורכבת ומחייבת התחשבות בצורכי המשק הישראלי ובאינטרסים כלכליים, חברתיים ואחרים הקשורים בטובת החברה בישראל (ראו עניין קו לעובד השני [8], בפסקה 34 לפסק דינה של השופטת פרוקצ'יה). מחיר ההתמודדות נמצא הן במישור הכלכלי, ונוגע למשאביה של המדינה, והן במישור של תעסוקתם וביטחונם האישי של התושבים החיים בסביבתם של המסתננים. עם זאת, ככל שמדובר במשאבי המדינה, הרי שבשל הפגיעה הקשה בזכות לחירות, הנמצאת בחלקה העליון של פירמידת הזכויות, על המדינה להיות נכונה לשאת בנטל הכלכלי הכרוך בכך. באופן כללי ייאמר כי לא הובאו לפנינו נתונים כלשהם בעניין (ראו עניין חטיבת זכויות האדם [22], בפסקה 55 לפסק דינה של הנשיאה בינישו). "החברה נבחנת, בין היתר, על-פי המשקל היחסי שהיא נותנת לחירות האישית. המשקל צריך לבוא לידי ביטוי לא רק באמירות יפות, ולא רק בספרי משפט, אלא גם בספר התקציב" (עניין צמח [33], בעמ' 281).

ד

ה

ו

לגבי ההשפעות על האוכלוסייה המקומית, יש להזכיר כי אוכלוסייה זו ממשיכה להתמודד עם הקשיים גם בימים אלה, שכן רוב רובם של המסתננים אינם מצויים במשמורת, אלא בקרבה או בצידה של האוכלוסייה המקומית.

ז

בהתחשב בנתון זה ובהתחשב בכך שקיימים אמצעים חלופיים רבים שהמדינה רשאית לנקוט כדי להתמודד עם השלכות אלה – ובהתחשב בגדר הגבול עם מצרים שבנייתה הושלמה לאחרונה כמעט במלואה וכיכולת לשפר את יעילותה – הרי שלא ניתן לומר כי התועלת מהמשמורת עולה על הפגיעה הקשה בזכויותיהם החוקתיות של המסתננים. ההתמודדות עם תופעת ההסתננות אינה פשוטה. היא דורשת מחשבה רבה, השקעת משאבים וטיפול אינטנסיבי לאורך זמן. קשייהם של התושבים המקומיים בריכוזי ההתיישבות של המסתננים, הנאלצים לספוג את תוצאותיה והשפעותיה של תופעת ההסתננות, מחייבים טיפול והתייחסות של הרשויות. עם זאת, הפתרון הפשוט לכאורה של השמת מסתננים במשמורת הוא פתרון שאינו מידתי ואינו מתיישב עם ערכי החברה ועם המשפט והמוסר של מדינת ישראל. זהו פתרון המכתיב "בכתם ערכי את מערך הערכים האנושיים שהחברה הישראלית דוגלת בהם" (עניין קו לעובד השני [8], בפסקה 64 לפסק דינה של השופטת פרוקצ'יה).

עם ישראל, שידע לאורך ההיסטוריה סבל ותלאות רבות ונאלץ לעתים לנדוד ממקום למקום, חייב לעמוד בהתמודדות הקשה, האמיצה והמוסרית אל מול הזרים הרבים שנודדים כיום אל מדינת ישראל למציאת מזור למצוקותיהם. זאת, כל עוד אין הם יכולים לשוב לארצותיהם, עד שיימצא מקום אחר הולם שיוכל לקלוט אותם. אין נפקות הדבר שלא ניתן בשלב זה להטיל עליהם הגבלות שונות, כללים ונהלים שיחייבו אותם בעת שהותם בארץ המארחת, ובכלל זה – אף לשימם במשמורת לתקופת זמן מידתית (ראו עניין טספהונה [20], בפסקה 5 לפסק דינו של השופט דנציגר). אלא שהגבלות אלה אינן יכולות – למצער, בעת הנוכחית – להגיע עד כדי שלילת חירותם המלאה לתקופת זמן כה ממושכת.

אוסף כי לא ניתן לקבל עמדה שלפיה עילות השחרור הקבועות בתיקון לחוק מסייעות במידה מספקת לרפא את אי המידתיות של התיקון. ראשית, נוצר מצב שבו הכלל הוא פגיעה בזכויות החוקתיות והחריג הוא המכבד זכויות אלה.

"משטר משפטי המעניק הגנה חוקתית לזכויות האדם אינו יכול להשלים עם נקודת מוצא נורמטיבית המניחה שלילתן של זכויות יסוד ככלל מנחה. לא ניתן לקבל, כי בשיטה שקבעה את כבוד האדם

כערך חוקתי מוגן יורשה היחיד לקיים את זכויותיו היסודיות  
במקרים 'חריגים' בלבד" (עניין קו לעובד הראשון [1], בעמ' 391).

א כן ראו עניין קו לעובד השני [8], בפסקה 65 לפסק דינה של השופטת פרוקצ'יה.

ב שנית, כפי שהראינו, אף הנתונים בשטח מלמדים על כך שעילות השחרור  
נוגעות אך למיעוט שבמיעוט מבין המסתננים המוחזקים במשמורת. העובדה  
שהתיקון נחקק כהוראת שעה אין בה אף היא כדי לסייע במקרה זה, על רקע  
עוצמתה של הפגיעה והתמשכותה (ראו: בג"ץ 466/07 גלאון נ' היועץ המשפטי  
לממשלה [58], בפסקאות 24–25 לפסק דיני; בג"ץ 1548/07 לשכת עורכי הדין  
בישראל נ' השר לביטחון פנים [59]).

ג 115. אכן, ייתכן כי יכלו כל הקיצין: מסתננים ימשיכו לנהור בהמוניהם  
למדינת ישראל על אף המכשולים הפיסיים המתוחכמים, ההשפעות על החברה  
המקומית רק יחמירו על אף ניסיונותיה הכנים והמאומצים של המדינה ושל  
רשויותיה למנוע זאת בדרכים שונות ומגוונות, ומדינת ישראל תמצא תחת איום  
וחשש לפגיעה קשה באינטרסים החיוניים שלה. אכן, במצב דברים זה ניתן יהיה  
לומר כי התועלת משתווה לנזק, ואין החברה הישראלית יכולה לסכן עצמה  
למען תושביה של מדינות אחרות. אלא שאנו רחוקים, לטעמי, מתמונה שחורה  
זו מרחק רב מאוד. החברה הישראלית ממשיכה לתפקד ולהתמודד עם קשיים  
הפוקדים אותה במגוון תחומים ועניינים, תוך כדי שמירה על זכויות אדם  
בסיסיות. אמנם, המדינה מחויבת להמשיך ולפעול כדי להתמודד עם תוצאותיה  
של תופעת ההסתננות, ולשפר ככל שניתן את איכות חייהם של התושבים  
המקומיים שבסביבתם מתרכזים המסתננים, אך אין מדובר במצב שבו עלינו  
להרים ידיים ולפנות אל דרך הפעולה הקיצונית ביותר. יש לזכור כי לצד  
התרחיש הפסימי עשוי שיתרחש דווקא תרחיש אופטימי שלפיו ישתפר המצב  
המדיני-פוליטי-ביטחוני באריתריאה ויאפשר את חזרתם של המסתננים, אשר  
מגיעים ברובם ממדינה זו, לארץ מוצאם. כידוע, ההגנה הזמנית הניתנת לנתינים  
אלה מתוקף עקרון "אי ההחזרה" כשמה כן היא – זמנית, וייתכן שתוסר בכוא  
היום בהתאם למצב השורר שם. כך קרה, למשל, כאשר לנתיני חוף השנהב  
(ראו: עת"מ (מחוזי י"ט) 58162-01-12 באקאיוקו נ' משרד הפנים [76]; עע"מ

4922/12 פלונים (חוף השנהב) נ' משרד הפנים [60], וכך נראה שקורה בימים אלה באשר לנתיני דרום סודן (עניין א.ס.א. 75).

א

המסקנה היא כי הוראת סעיף 30א(ג)(3) לחוק למניעת הסתננות אף אינה עומדת במבחן המידתיות הצר, ויש להכריז על היותה בלתי חוקתית.

הסעד

ב

116. מהו הסעד שיינתן לאור הקביעה האמורה בדבר אי חוקתיות ההוראה בחוק? הצדדים התייחסו באופן רחב ומפורט לדוקטרינת ה-"reading-in" ולגבולותיה. איני סבורה כי יש להידרש לכך במקרה הנדון. ביטולה של הוראת סעיף 30א(ג)(3) ייצור חלל שאין ביכולתו של בית המשפט למלא, ועניין זה מצוי בתחומה של הכנסת (ראו עניין חטיבת זכויות האדם [22], בפסקה 65 לפסק דינה של הנשיאה ביניש). בית המשפט אינו רשאי לשים עצמו בנעליו של המחוקק ולקבוע הסדר אחר תחת זה שבוטל, והמקרה הנדון ודאי שאינו ראוי לכך. כל קביעה תגרוור אחריה מגוון של השלכות אשר לבית המשפט אין כלים לבוחנן.

ג

יתרה מכך, נפקות ביטולו של הסעיף האמור היא רחבה. ההסדר שנחקק בתיקון לחוק למניעת הסתננות תלוי, רובו ככולו, בקביעה שניתן להחזיק מסתנן במשמורת עד שלוש שנים. תקופות אחרות שנקבעו בחוק תלויות בתקופה זו. כך, למשל, יהיה זה אבסורד לקבוע כי לא ניתן להחזיק מסתנן במשך שלוש שנים, אך יש עילה לשחרורו לאחר חלוף תשעה חודשים מהמועד שבו הגיש המסתנן בקשה

ד

להכרה בו כפליט. גם תקופות הביקורת השיפוטית נקבעו בהתחשב באורך התקופה שניתן להחזיק מסתנן במשמורת. באשר להוראות אחרות, הרי שהן מצויות ממילא בהסדר הקיים בחוק הכניסה לישראל. התוצאה היא, אם כן, כי לא ניתן להפריד בין חלקי התיקון לחוק למניעת הסתננות כאשר הוראתו העיקרית בטלה.

ה

מכך נובע כי לא ניתן יהיה ליישם את הסדרי התיקון באופן כללי לאחר בטלותה של הוראת סעיף 30א(ג)(3) לחוק. לכן יש לקבוע כי ההסדר בטל בכללותו, ויש לקבוע הסדר חוקי אחר תחת הסדר זה. מסקנה זו מיתרת, מן הסתם, את הצורך לבחון את חוקתיות יתר הוראות התיקון שנתקפו על ידי העותרים.

ו

117. את המלאכה, אם כן, יש להותיר למחוקק לקביעת הסדר חדש, אם ירצה בכך, תחת ההסדר שבוטל. עם זאת, לא ניתן להותיר חלל ריק ואף לא ניתן

ז

להשהות את בטלות ההוראה בשל הפגיעה הקשה הנגרמת לאלה הנתונים במשמורת. המסקנה היא, אם כן, כי לאחר כניסתה של בטלות ההוראה לתוקף, אשר תגרור את מניעת יישומו של התיקון כולו, ייכנס במקום הסדר זה הסדר חקיקתי אחר שהיה קיים ערב התיקון לחוק למניעת הסתננות, הוא ההסדר הקיים לפי חוק הכניסה לישראל. היתרונות הם בכך שבית המשפט אינו יוצר הסדר חלופי, אלא מחיל הסדר שנקבע על ידי המחוקק בטרם ההסדר הקיים. כמו כן, למדינה ולרשויות יש ניסיון רב ביישום ההסדר לפי חוק הכניסה לישראל, כך שלא עשוי להתעורר, להערכתו, קושי רב במעבר שבין ההסדרים. יש להזכיר כי ממילא רבות מעילות השחרור ומעילות אי השחרור הקבועות בחוק הכניסה לישראל חופפות לאלה של החוק למניעת הסתננות. ברי, עם זאת, כי המחוקק יהיה רשאי לקבוע הסדר חוקי אחר להתמודדות עם תופעת ההסתננות חלף ההסדר שבוטל, ויהיה עליו לעמוד כמובן בדרישות החוקתיות שהועמדו בחוקי היסוד.

א

ב

ג

118. כאמור, לנוכח הפגיעה הקשה בזכות לחירות, איני סבורה כי יש להשהות את ההכרזה על בטלות התיקון. תחת זאת, ניתן לקבוע – בגדר הצהרתנו על בטלות התיקון – כי את צווי הגירוש (והמשמורת) שהוצאו מכוח החוק למניעת הסתננות, יראו כאילו ניתנו מכוח סעיפים 13(ב) ו-13א(ג) לחוק הכניסה לישראל. הרשויות תידרשנה אפוא לבחון באופן פרטני את עניינם של המוחזקים במשמורת לפי עילות השחרור, הסייגים להן והמועדים הקבועים בחוק הכניסה לישראל. הנחתנו היא כי הדבר יעשה במהירות הראויה. כדי לאפשר למדינה להיערך לבחינת עניינם הפרטני של המוחזקים במשמורת, שמספרם אינו מבוטל, אציע לחברי לקבוע כי עילת השחרור הקבועה בסעיף 113(א)4 לחוק הכניסה לישראל לא תחול לפרק זמן של 90 ימים מיום מתן פסק דין זה. כמו כן, אציע לחברי לקבוע כי הכלל הקבוע בסעיף 13 יד לחוק הכניסה לישראל לא יחול לפרק זמן של 60 ימים, לגבי מי שעניינו כבר נדון – לפי התיקון – בבית הדין לביקורת משמורת של מסתננים.

ד

ה

ו

כדי להבהיר את התוצאה האופרטיבית הנגזרת מהסעד המוצע, וכדי למנוע הגשת הליכים משפטיים שלא לצורך מצד מוחזקים במשמורת קודם למיצוי ההליך המינהלי, אעמוד בקצרה על דרך הפעולה הנגזרת ממתווה מוצע זה.

ז

א עם מתן פסק הדין יחלו הרשויות המוסמכות בבחינת עניינם הפרטני של כל אחד ואחת מן המוחזקים ממשמורת לפי הוראות חוק הכניסה לישראל, כפי שפורשו בפסיקתנו המושרשת. ככל שניתן לשחרר בערובה מוחזק פלוני בהתאם לעילות הקבועות בחוק הכניסה לישראל, רשאי כמובן הממונה על ביקורת גבולות לעשות כן בלי שתידרש הבאתו לבית דין לביקורת משמורת. כדי לאפשר לרשויות לקיים הליך מינהלי סדור, יש להקצות להן פרק זמן כולל שלא יעלה על 90 ימים למיצוי ההליך המינהלי בעניינם של כלל המוחזקים, שבגדרו תיבחן תחולתן של עילות השחרור בערובה הקבועות בסעיף 113(א) לחוק הכניסה לישראל, כמו גם הסייגים להן, באשר לכל אחד ואחת מהמוחזקים במשמורת. תקופת התארגנות זו היא הכרחית על אף הפגיעה הנמשכת במהלכה בזכויותיהם החוקתיות של המוחזקים.

ב מובן, עם זאת, כי יש להתחיל לאלתר בהליך הבחינה הפרטנית והשחרור בערובה. ככל שהממונה על ביקורת הגבולות קובע כי ניתן לשחרר מוחזק פלוני בערובה בהתאם לעילות השחרור הקבועות בחוק הכניסה לישראל והסייגים להן – יש לשחררו באופן מידי. כדי לתחום פרק זמן זה, הצעתי כאמור כי עילת השחרור הקבועה בסעיף 113(א)(4) לחוק הכניסה לישראל לא תחול לתקופה של 90 ימים מיום מתן פסק דין זה. נזכיר כי, ככלל, בחלוף 60 ימים ממועד ההשמה במשמורת (ובענייננו, תוך 90 ימים ממועד מתן פסק הדין לכל המאוחר), ואם אין מתקיימים הסייגים הקבועים בסעיף 113(ב) לחוק הכניסה לישראל, יורה הממונה על ביקורת הגבולות על שחרורו של המוחזק בערובה (ראו עניין טלאמה [17]). הנחתנו היא כי די בתקופת התארגנות זו כדי לאפשר למדינה להשלים את בחינת עניינם של המוחזקים במשמורת וכי לא תתבקשנה ארכות. נזכיר כי המידע הרלוונטי הנוגע לכל אחד ואחת מהמוחזקים מצוי בידי הרשויות בנקודת הזמן הנוכחית, שכן מדובר באלה שעניינם הובא לא אחת לפני הרשויות המוסמכות ולפני בית הדין לביקורת משמורת של מסתננים, לפי הוראות התיקון. על כן, אין מדובר בהתמודדות "*de novo*" של הרשויות עם קבוצה גדולה של מוחזקים שאינם מוכרים להן.

ז



לפני נעילה

א. 119. סברתי כי ראוי להפנות אל ספר הספרים ואל מסורת אבות המנחים אותנו גם כיום. בספר דברים, פרק כג, פסוקים 16–17 [א], נאמר:

”לֹא־תִסְגִּיר עֶבֶד אֶל־אֲדֹנָיו אֲשֶׁר־יִנְצֵל אֵלָיךָ מֵעַם אֲדֹנָיו; עִמָּךְ יֵשֵׁב בְּקִרְבְּךָ בְּמִקוֹם אֲשֶׁר־יִבְחַר בְּאֶחָד שְׁעָרֶיךָ בְּטוֹב לוֹ לֹא תוֹנְנוּ.”

ב. פרשני המקרא ציינו כי הכתוב מדבר בעבד שאינו יהודי אשר בורח מארץ אחרת ונמלט מידי אדונו אל ארץ ישראל. ראוי להביא מדברי הרש"ר הירש (הרב שמשון בן רפאל הירש, פרשן, הוגה ומנהיג בן המאה ה־19) על פסוקים אלה [ב], אשר מרחיב את החובה של שלטונות ישראל להעניק חסות ודאגה לאותו עבד, לדאוג לשחרורו ולהעניק לו זכויות מלאות של אזרח יהודי:

”שלטונות ישראל חייבים להעניק לעבד זה חסות ודאגה, ועל פי שיטת הרמב"ם (הל' עבדים פ"ח הל"י) שנתקבלה גם ביורה דעה (רסז, פה) עליהם להביא לידי שחרור העבד, ולצורך זה עליהם להעמיד את האדון בפני הברירה: יכתוב שטר שחרור לעבד וייטול מידי שטר חוב על דמיו, ואם לא רצה האדון לשחררו מפקיעין בית דין שעבודו מעליו וילך לו. משנשתחרר העבד הוא נעשה גר צדק בעל זכויות מלאות של אזרח יהודי, והרי הוא עומד תחת החסות המיוחדת של המשפט הציבורי ואהדת הכלל. על סמך המצוה הזאת נאמרה ההלכה שהיורד מארץ ישראל איננו רשאי ליטול עמו את עבדו לחוץ לארץ בניגוד לרצונם, ו'המוכר עבדו לחוץ לארץ יצא בן חורין' (גיטין מג ע"ב).”

ג. בהמשך [ב], מסביר הרש"ר הירש את טעם המצווה בעינינו שנועדה לטפח "רוח אנושית בין־לאומית" אשר, לצד טיפוח היסוד המוסרי של עם ישראל, רואה בהם הרש"ר הירש "קרי יסוד בולטים באופי הלאומי היהודי":

”תחת שלטון התורה בארץ ישראל היו נוהגים יחס אנושי גם בעבד כנעני, ואנחנו מבינים את כל גודל הניגוד שבין השקפה זו לבין

א תפיסת העבדות שהיתה שולטת בכל מקום מחוץ לארץ ישראל, וגם עבד כנעני של יהודי בחוץ לארץ על כורחו נמסר ליחס זה. נראה לנו שהמצוות האמורות בפסוקים יא–טו באות לטפח את היסוד המוסרי, ואילו המצוות האמורות בפסוקים טז–יז באות לטפח רוח אנושית בין־לאומית; וכבר נאמר במצוות הקודמות ששני אלה חייבים להיות קוי יסוד בולטים באופי הלאומי היהודי".

ב 120. לסיום, אבקש להניח כי תוצאת פסק דין זה לא תהיה קלה לציבור הישראלי ותהיה קשה במיוחד לתושבי דרום תל אביב, שהמצוקה המשתקפת מזעקתם נשמעת כיוצאת מן הלב ומעוררת אמפתיה והבנה באשר לצורך לסייע להם במצבם. כפי שצינתי, אני רוצה להאמין שהמדינה תדע למצוא את הדרך להתמודד עם המצב שנוצר באמצעים העומדים לרשותה ולהקל עליהם את מצוקתם. כחוט השני בחוות דעת זו עובר הניסיון להבהיר ולשכנע שלא נכון לבחור בפתרון שנראה לכאורה פשוט – כליאה לתקופה ארוכה – בהיותו האמצעי הפוגע ביותר כלפי כל אדם, ובוודאי פוגעני ביותר כלפי המסתננים הכלואים במשמורת למשך תקופה ארוכה.

אשוב ואומר כי אחת מזכויות היסוד החשובות של האדם, זו הנמצאת בקצה העליון של פירמידת הזכויות, היא הזכות לחירות. מאז ומעולם, מקדמת דנא, לחמו אנשים לחופש. פגיעה בזכות לחירות היא מהפגיעות הקשות שניתן לחשוב עליהן. שלילת חירותם של המסתננים על ידי כליאתם לתקופה ארוכה היא פגיעה אנושה ובלתי מידתית בזכויותיהם, בגופם ובנפשם. אל לנו לפתור עוול אחד ביצירת עוול אחר. לא נוכל לשלול זכויות יסוד בסיסיות ובה בעת לפגוע ביד גסה בכבוד האדם ובחירותו לצורך פתרון לבעיה הדורשת פתרון מערכת־מדיני הולם. כבר ציינתי בעבר בהקשר אחר כי "צרכיה החשובים ככל שיהיו של אוכלוסייה אחת אינם יכולים להיות מסופקים על ידי פגיעה בצרכים ובזכויות של קבוצת אוכלוסייה אחרת" (דג"ץ 10007/09 גלוטן נ' בית הדין הארצי לעבודה [61], בפסקה 29 לפסק דיני). אסור לנו לשכוח את ערכינו הבסיסיים, הנשאבים מהכרות העצמאות [120], ואת חובתנו המוסרית כלפי כל אדם באשר הוא, כפי שהם חרוטים על תבניות הבסיס של המדינה כמדינה יהודית ודמוקרטית.

מדינת ישראל התנסתה מאז הקמתה בהתמודדויות קשות ומורכבות בתחומים שונים. בראש ובראשונה, התמודדות עם מציאות ביטחונית קשה המחייבת את המדינה לאזן בין האינטרס הביטחוני וזכותם של תושביה לחיים ולשלמות הגוף לבין זכויות האדם הבסיסיות הניצבות מנגד. מדינת ישראל קיבלה לא אחת הכרעות קשות ביותר בסוגיות שתוצאתן הייתה נטילת סיכונים הגדולים מאלה העולים בעתירה זו. הדברים שנאמרו עשויים להאיר את הסוגיה שאיתה מתמודדים אנו היום בעתירה זו, וראוי שיהיו אבן שואבת למקרים מקבילים ודומים, היום ובעתיד:

"כשופטים אנו יודעים, כי עלינו לאזן כראוי בין זכויות האדם לבין הביטחון. 'באיזון זה, זכויות האדם אינן יכולות לקבל את מלוא ההגנה, כאילו אין טרור, וביטחון המדינה אינו יכול לקבל את מלוא ההגנה, כאילו אין זכויות אדם. נדרש איזון עדין ורגיש. זהו מחיר הדמוקרטיה. זהו מחיר יקר, אשר כדאי לשלמו. הוא מחזק את כוחה של המדינה. הוא נותן טעם למאבקה' (פרשת עג'ורי [...]), בעמ' 383)" (הנשיא ברק בבג"ץ 7052/03 עדאלה – המרכז המשפטי לזכויות המיעוט הערבי בישראל נ' שר הפנים [62], בעמ' 363).

באופן דומה, אין מנוס מהתמודדות מורכבת גם בסוגיית המסתננים. בסוגיה זו עלינו לזכור כי ניצבים אנו לא בפני מפגעים הבאים לחבל בתושבי מדינת ישראל, כי אם באוכלוסייה קשת יום, המגיעה אלינו מאזור מוכה גורל ואדם, אוכלוסייה אשר מקיימת גם בישראל חיי מצוקה ועוני. ונדגיש כי אין אנו מתעלמים מהאינטרס של הציבור ומהשינוי הנטען לגבי הביטחון האישי של חלק מהתושבים, כמו גם מההשפעות על הכלכלה והמשק. עם זאת, משוכנעים אנו שמדינה וחברה לא יוכלו להגן על אזרחיהן ועל אינטרסים ערכיים שבבסיסן כאשר באותה העת המדינה פוגעת ביד גסה בחירותם ובכבודם של הזרים הנמצאים בקרבה. חשוב לתת את הדעת לכך שקיימות אלטרנטיבות אחרות. יש להניח שהדרך אליהן קשה יותר, מורכבת יותר ודורשת אורך רוח רב יותר. אך כמאמר הנשיא ברק, סמוכה אני ובטוחה כי:

א "מדינת ישראל לא תשקוט ולא תנוח עד שתמצא הדרך לפתרון סוגיה כאובה זו. כמדינה וכחברה, תהא נחמתנו בכך שהדרך לפתרון תהלום את ערכינו היסודיים" (עניין פלוניס [51], בעמ' 744).

א 121. גם אם הדברים האמורים לא יניחו דעתם של רבים, חשוב לראות – ולא לעצום עיניים – את התמונה העובדתית הנגזרת כתוצאה מפסק דין זה. כאמור, כ-55,000 מסתננים שוהים כיום במדינת ישראל. מתוכם, כ-1,750 איש מוחזקים במשמורת מכוח החוק למניעת הסתננות. דהיינו, ההתמודדות המתחיבת של החברה הישראלית עם המסתננים החיים בתוכה היא עובדה קיימת שלא פחתה ולא השתנתה באופן ממשי מאז החלה השמתם של מסתננים במשמורת. ככל הנראה, היא גם לא תשתנה באופן ניכר לאחר יישומו של פסק דין זה. מנגד, חיייהם של כ-1,750 איש עשויים להשתנות מכיליאה חסרת פתרון ליציאה לחירות ולתקווה לעתיד.

א 122. אם תישמע דעתי, העתירה תתקבל כמובן זה שתבוטל הוראת סעיף 30א(ג)3 לחוק למניעת הסתננות, כאשר התוצאה היא שלא ניתן יהיה ליישם את הסדרי סעיף 30א שנקבע בחוק למניעת הסתננות (עבירות ושיפוט) (תיקון מס' 3 והוראת שעה), התשע"ב-2012, והם יבוטלו. משכך, סעיף 30א לחוק למניעת הסתננות בטל.

א עד לקביעת הסדר חוקי אחר על ידי הכנסת, יבוא במקום ההסדר שבתיקון כאמור ההסדר הקיים לפי חוק הכניסה לישראל. עילת השחרור הקבועה בסעיף 113א(4) לחוק הכניסה לישראל לא תחול לפרק זמן של 90 ימים מיום מתן פסק דין זה, לצורך התארגנות של הרשויות לבחינה פרטנית של המסתננים השוהים במשמורת בהתאם להסדרי חוק הכניסה לישראל. עניינן של המערערות והמבקשות יידון עם עניינם של יתר המסתננים.

השופט ע' פוגלמן:

א אני מצטרף למסקנת חברתי השופטת ע' ארבל, בחוות דעתה המקיפה, שלפיה ההסדר שנקבע בחוק למניעת הסתננות (עבירות ושיפוט) (תיקון מס' 3 והוראת

שעה), התשע"ב-2012 (להלן: התיקון), שמאפשר החזקה במשמורת של "מסתננים" לתקופה של שלוש שנים, אינו חוקתי ודינו בטלות. היריעה שפרשה חברתי היא רחבה, והסוגיות המועלות בה הן מורכבות ורבות רבדים. בשל חשיבות הנושא שהונח לפתחנו, אעמוד על עיקרי הדברים שהובילו אותי להצטרף למסקנה זו.

#### ברקע הבחינה החוקתית

1. לפני שאעבור לבחינתן של הוראות התיקון לפי מבחני הביקורת החוקתית המוכרים והידועים, חשוב לעמוד על הרקע לחקיקת החוק ועל המקרים שעליהם הוא נועד לחול. הביקורת החוקתית אינה יכולה שתיעשה בחלל ריק. הצגת תמונה ברורה ככל הניתן היא הכרחית כדי לחדד את השאלות המשפטיות הנדרשות להכרעה (השוו בג"ץ 4542/02 עמותת "קו לעובד" נ' ממשלת ישראל [1], בעמ' 377, להלן: עניין הסדר הכבילה). כפי שנראה להלן, העותרים והמשיבים מציגים תמונות שונות בתכלית זו מזו, וננסה לזקק מתמונות שונות אלה תמונת מצב שתוכל לשמש תשתית לדין.

2. ברקע לחקיקת התיקון, כפי שניתן ללמוד גם מדברי ההסבר, ניצבת תופעת ההגירה הבלתי מוסדרת שעימה מתמודדת מדינת ישראל בשנים האחרונות. חלק ניכר ממנה התבצע תוך חצייה בלתי מבוקרת של גבול ישראל–מצרים. רשויות המדינה זיהו תופעה זו כתופעה כללית של הגירה המונית ממדינות אפריקה השונות לצורכי עבודה ושיפור איכות החיים. ביום 11.12.2011 התקבלה החלטת הממשלה מס' 3936, שכותרתה "הקמת מתקן משמורת לשהייתם של המסתננים ובליימת ההסתננות הבלתי חוקית לישראל" [108] (להלן: החלטת הממשלה). בהחלטת הממשלה נמנו כמה אמצעים לשם התמודדות עם התופעה. אמצעי אחד הוא הקמת גדר על גבול ישראל–מצרים (סעיף 1 להחלטת הממשלה [108]). אמצעי שני הוא משא ומתן עם מדינות שונות לקליטת מהגרים שלא ניתן להרחיקם למדינת מוצאם (סעיף 6 להחלטת הממשלה [108]). התיקון החקיקתי נושא דיוגנו הוא אמצעי נוסף שנוקט כדי לבלום תופעה זו ולהתמודד עם השלכותיה (סעיף 2 להחלטת הממשלה [108]), ושאליו נלוותה ההחלטה בדבר הקמת מתקן שהייה למסתננים אשר לא ניתן להרחיקם בעת הזאת למדינת מוצאם (סעיף 4 להחלטת הממשלה [108]).

3. אין חולק כי תופעת ההגירה הבלתי מוסדרת מאפריקה, בהיקפיה בשנים האחרונות, היא תופעה בעלת השפעות רחבות. תופעה זו מציבה אתגרים בלתי מבוטלים לפתחן של הרשויות ושל החברה הישראלית בכלל, ומחייבת התמודדות במישורים שונים מצד רשויות המדינה. המדינה, בטיעוניה, מתייחסת לחלק מההשפעות השליליות של תופעה זו: בהיבטי הכלכלה והמשק, טוענת המדינה כי כניסה בלתי מבוקרת של עובדים שאינם מיומנים לשוק העבודה מובילה לפגיעה באפשרויות התעסוקה של עובדים ישראלים בעלי מיומנויות נמוכות המשתכרים שכר נמוך, וכנגזרת מכך – לפגיעה ברווחתם של אלה המשתייכים לשכבות החלשות של החברה הישראלית. נוסף לכך, נטען כי שהותם הממושכת של מהגרים אלה בישראל היא בעלת תוצאות תקציביות ישירות, הנגזרות מצורכי הבריאות, החינוך והרווחה של אוכלוסייה זו. במישור ביטחון הפנים ושלום הציבור, נטען כי קיימת מגמת עלייה בפשיעה בקרב אוכלוסיית המהגרים, תוך כדי השפעה ישירה על מרקם החיים באזורים שבהם הם מתגוררים (דרום תל אביב, אילת, ערד וערים נוספות).

4. כנקודת מוצא לדיון, יש להציג את המצב הנורמטיבי שקדם לתיקון בכל הקשור להתמודדות עם כניסה שלא כדין לישראל. חוק הכניסה לישראל, התשי"ב-1952 (להלן: חוק הכניסה לישראל או החוק) – בלבדו הנוכחי, לאחר תיקון מקיף שנעשה בו בשנת 2001 (חוק הכניסה לישראל (תיקון מס' 9), התשס"א-2001) – מעמיד לרשות שר הפנים כלים אחדים להתמודדות עם תופעת השהייה שלא כדין בישראל. ההסדר הקבוע בחוק הכניסה לישראל היה האמצעי המשפטי העיקרי שבאמצעותו התמודדו הרשויות עם תופעת ההגירה הבלתי מוסדרת מגבול ישראל – מצרים עד לחקיקת התיקון (בשלב מסוים נעשה ניסיון קצר מועד להפעלת סמכויות מכוח החוק למניעת הסתננות בגרסתו המקורית, ראו בג"ץ 3208/06 פלוניס נ' ראש אגף מבצעים, צה"ל 21). הסמכות הרחבה שהוקנתה בחוק הכניסה לישראל לשר הפנים להרחיק שוהה שלא כדין מישראל למדינת מוצאו ולהחזיקו במשמורת לשם ביצוע ההרחקה, נועדה ליתן מענה להתמודדות עם תופעת ההגירה הבלתי חוקית ותמריציה הכלכליים, ולשמר את ריבונות המדינה להחליט מי יבוא בשעריה (ראו דברי הסבר להצעת חוק הכניסה לישראל (תיקון מס' 8), התשס"א-2000, ה"ח בעמ' 108). נקבע כי אזרח זר השהה בישראל שלא כדין יורחק למדינת מוצאו וכי חירותו עשויה

להיות מוגבלת לפרק זמן מסוים לשם הבטחת הרחקה זו. סעיף 13(א) לחוק מעגן את הכלל שלפיו "מי שאינו אזרח ישראלי או עולה [...] ונמצא בישראל, בלי רישיון ישיבה (בחוק זה – שוהה שלא כדין), יורחק מישראל בהקדם האפשרי אלא אם כן יצא מרצונו קודם לכן". החוק מוסיף וקובע, בסעיף 13(ב), כי "שוהה שלא כדין יוחזק במשמורת עד ליציאתו מישראל או עד להרחקתו ממנה, אלא אם כן שוחרר בעירבון כספי, בערבות בנקאית או בערובה מתאימה אחרת [...]".

א  
 ב

הנה כי כן, הכלל שקובע החוק הוא כי יש להחזיק את השוהה שלא כדין במשמורת, ואילו החריג מאפשר לגורם המוסמך, ממנונה ביקורת הגבולות, להורות על שחרורו בערובה של השוהה שלא כדין. זאת, בהתקיים אחת העילות הקבועות בסעיף 113: אם הממונה משתכנע כי ניתן יהיה להרחיק את השוהה שלא כדין מישראל גם ללא החזקתו במשמורת, מכיוון שהוא יצא בעצמו במועד שנקבע לו, וכי לא יהיה קושי באיתורו לשם כך (סעיפים 13(א) ו-13(א)(2)); אם גילו או מצב בריאותו של המוחזק מצדיק את שחרורו ממשמורת, או שקיימים טעמים הומניטריים אחרים המצדיקים זאת (סעיף 13(א)(3)); או אם השוהה שלא כדין מוחזק במשמורת יותר מ-60 ימים ברציפות (סעיף 13(א)(4)). עוד נקבע בחוק כי השחרור בערובה לא יבוצע מקום שבו ההרחקה מישראל אינה מתאפשרת בשל היעדר שיתוף פעולה מלא מצד השוהה שלא כדין או כאשר יש בשחרורו כדי לסכן את ביטחון המדינה, את שלום הציבור או את בריאות הציבור (סעיף 13(ב)).

ג  
 ד  
 ה

5. בפסיקתו של בית המשפט הנוגעת לחוק הכניסה לישראל עובר כחוט השני עקרון יסודי: החזקה במשמורת של שוהה שלא כדין מכוח חוק זה נלווית להחלטה בדבר הרחקתו, ובהיעדר הליך הרחקה אפקטיבי שמבוצע תוך פרק זמן סביר – לא ניתן להמשיך ולהחזיק אותו אדם במשמורת, אלא במקרים חריגים (ראו ע"א 9656/08 מדינת ישראל נ' טעדי [3], בפסקאות 25–26 וההפניות שם, להלן: עניין טעדי).

ו  
 ז

6. התיקון שלפנינו נחקק כדי להתמודד עם כניסתם שלא כדין של מהגרים רבים שישראל אינה מרחיקה אותם בשלב זה למדינות מוצאם. אילו היה מדובר בשוהים שלא כדין שניתן להרחיקם על אתר למדינות מוצאם, ולהחזיקם

א במשמורת עד להרחקה זו, נדמה כי די היה בהסדר הקבוע בחוק הכניסה לישראל או בהסדר דומה. מדובר אפוא בתיקון שנועד לחול, ובנקודת הזמן הנוכחית – הוא מוחל הלכה למעשה, בעיקר בהתייחס לקבוצה שאינה מורחקת מישראל. קבוצה זו מורכבת כיום מאזרחיהן של שתי מדינות בצפון-מזרח אפריקה: מדינת אריתריאה והרפובליקה של סודן (הידועה גם בשם צפון סודן), שמדינת ישראל אינה מרחיקה את אזרחיהן בנקודת הזמן הנוכחית (בעבר, נמנו עם קבוצה זו גם אזרחי חוף השנהב ודרום סודן). בפועל, אזרחי שתי מדינות אלה מהווים כ-90% מבין המוחזקים במשמורת מכוח התיקון. הקבוצה הגדולה מבין השתיים היא זו של אזרחי אריתריאה (כשני-שלישים ממספר המוחזקים מכוח התיקון).

א 7. מי הם אותם אריתריאים וסודנים שנכנסו שלא כדין לישראל דרך גבולה הדרומי, במספרים גבוהים, עד לאחרונה? עיון בכתבי הטענות של העותרים מזה ושל המדינה מזה מצייר שתי תמונות-מציאות שונות בתכלית.

א בלתי חוקיים", המחפשים אפשרויות תעסוקה במדינה המערבית היחידה שיש לה גבול יבשתי עם יבשת אפריקה. תיאור זה ממקם את הדיון במישור של מדיניות ההגירה הכלכלית למטרות עבודה, תחום שבמדיניות אשר נתון במובקה לשיקול דעתה הרחב של המדינה (בג"ץ 11437/05 קו לעובד נ' משרד הפנים [8], בפסקאות 18-26 לפסק דינה של השופטת פרוקצ'יה; עניין הסדר הכבילה [1], בעמ' 392). המדינה מבירה כי "דווקא מסתננים המבקשים להגיע לישראל מטעמים כלכליים, ככל מהגר עבודה, על אף שהיו יכולים להישאר במצרים או במדינות אחרות בהן עברו בדרכם לישראל ובכל זאת בוחרים להגיע הנה מטעמים של הגירת עבודה או מטעמים דומים אחרים, מהווים את הקבוצה המרכזית אליה מבקש התיקון להתייחס" (סעיף 37 לכתב התשובה). המדינה מדגישה כי ההסדר הנקבע בתיקון לא נועד לחול על אנשים הזכאים למקלט מדיני בהתאם לאמנת הפליטים, ולכן קבועות בו עילות שחרור הנוגעות לקבוצה זו – סעיף 30א(ג)(1) שנקבע בתיקון.

א לעומתה, טוענים העותרים כי האוכלוסייה שכלפיה נועד לחול התיקון – ועליה הוא מוחל הלכה למעשה – היא, ככלל, אוכלוסיית מבקשי מקלט שנמלטו מאריתריאה ומסודן על רקע רדיפות וסכנות שמשקפו להם שם. לעניין אזרחי



א  
 אריתריאה, מפנים העותרים לחוות דעתה של נציבות האו"ם לפליטים ולפסקי דין של מערכות משפט שונות ברחבי העולם, שמהם ניתן ללמוד על מצב זכויות האדם במדינה זו, ובפרט – על העונשים הבלתי מידתיים הנשקפים לאלה שנמלטו מהמדינה כדי להימנע מגיוס החובה המונהג שם. העותרים מציינים כי במדינות העולם שיעור ההכרה באזרחי אריתריאה כפליטים (או כמהגרים הזכאים לדרכים אחרות של הגנה בינלאומית משלימה) הוא גבוה ביותר. אשר לאזרחי סודן, נטען כי רבים מהם הם תושבי חבל דארפור, אשר נרדפו על ידי השלטון המרכזי ועושי דברו (כנופיות הג'אנג'וויד), וכי – לפי עמדתה של נציבות האו"ם לפליטים – אזרחי סודן בישראל נזקקים אף הם להגנה בינלאומית. תיאור העותרים מעביר את כובד המשקל לשיח של זכויות וחובות – חובותיה של המדינה כלפי פרטים הזכאים להגנה בינלאומית (על רקע כללי המשפט הבינלאומי ועקרונות יסוד של המשפט הישראלי) וזכויותיהם של פרטים אלה.

ב  
 ג  
 8. התמונה האמיתית, מטבע הדברים, היא מורכבת יותר. המניע הכלכלי הוא בוודאי גורם של ממש בהחלטתם של אלפי אזרחים אפריקנים לצאת למסע ארוך ומורכב – ובמקרים רבים, רווי תלאות וייסורים – לכיוון מדינת ישראל, שבה פוטנציאל ההשתכרות שלהם הוא גבוה באופן ניכר ביחס למדינות אחרות באזור. בצד האמור, הנתונים שהוצגו הנוגעים למדינות המוצא שמהן הם מגיעים, כמו גם המדיניות הננקטת כלפיהם הלכה למעשה על ידי מדינת ישראל ומדינות אחרות, אינם מאפשרים לבטל בהינף יד את טענותיהם להגנה בינלאומית, כפי שמנסה המדינה לעשות בטיעוניה לפנינו.

ד  
 ה  
 באשר לאזרחי אריתריאה, מצהירה המדינה כי היא "נוקטת במדיניות אי-הרחקה זמנית של אריתריאים לאריתריאה, וזאת בהתאם לעקרון אי-ההחזרה" (סעיף 58 לכתב התשובה, ההדגשה במקור – ע' פ'). ראו גם: בג"ץ 7302/07 (סעיף 7 מוקד טיוע לעובדים זרים נ' שר הביטחון [2], בפסקה 8, להלן: עניין מוקד טיוע לעובדים זרים; ענ"ם 8908/11 אס"נ' משרד הפנים [5] (להלן: עניין אס"נ)). נזכיר כי בעניין אס"נ [5], טענה המדינה כי מדיניות אי ההרחקה הזמנית כלפי אזרחי אריתריאה היא צעד הומניטרי, פרי החלטה ריבונית של מדינת ישראל שיסודו בהפעלת שיקול דעת מדיני, ואין הוא נובע ממחויבות שבדין (שם [5], בפסקה 9).

להבדיל מכך, עקרון אי ההחזרה (non refoulement), שאליו מתייחסת המדינה בכתב התשובה, מעוגן בסימן ל"ג לאמנה הבינלאומית בדבר מעמדם של פליטים משנת 1951 (להלן: אמנת הפליטים), ובסעיף 3 לאמנה נגד עינויים ונגד יחס ועונשים אכזריים, בלתי אנושיים או משפילים משנת 1984, אך הוא אינו מוגבל לגדרי אמנות אלה. מדובר בעיקרון של המשפט הבינלאומי המנהגי, שבא לידי ביטוי גם בדין הפנימי הישראלי, שלפיו מדינת ישראל אינה מרחיקה אדם למקום שבו נשקפת סכנה לחייו או לחירותו (ראו בג"ץ 4702/94 אל טאיי נ' שר הפנים [6], להלן: עניין אל טאיי).

נכון למועד מתן פסק הדין בעניין אסו [5] (17.7.2012), לא קיימה המדינה בדיקה פרטנית של בקשות המקלט של כל אחד ואחת מאזרחי אריתריאה שנכנסו לישראל שלא כדין, והסתפקה במדיניות "אי הרחקה זמנית" כהגדרתה (ראו שם [5], בפסקה 9). בשלב מאוחר יותר, בד בבד עם יישום הוראות התיקון, החלו הרשויות בבחינת בקשות המקלט הפרטניות שהגישו אזרחי אריתריאה בישראל. כך, למשל, צורפה לתגובת העותרים מיום 16.6.2013 הודעה בדבר דחיית בקשה פרטנית למקלט של מר רמדאן, אזרח אריתריאי, לאחר שנקבע כי הוא לא הוכיח זכאות למעמד פליט בהתאם לתנאים המנויים באמנת הפליטים. בהודעה נכתב כי לפי החלטת שר הפנים, אין בהתחמקות משירות צבאי או בעריקה, כשלעצמם, כדי להקים זכאות למעמד של פליט לפי הוראותיה של אמנת הפליטים. גם בנקודת הזמן הנוכחית, אין מחלוקת כי מספר הבקשות הפרטניות שניתנה בהן החלטה הוא זעום ביחס למספר האריתריאים הנמצאים בישראל. מכל מקום, חשוב להדגיש כי גם בהתייחס לאריתריאים שבקשתם הפרטנית למקלט נדחתה, אין המדינה נוקטת צעדי הרחקה. כך, למשל, בהודעת הדחייה שצורפה לתגובת העותרים, נמסר למר רמדאן כי בשל מדיניות אי ההרחקה הזמנית ("temporary non-refoulement", כלשון המכתב) המוענקת לאריתריאים בישראל על רקע המצב הנוכחי באריתריאה, הוא לא יורחק לארצו כל עוד עומדת המדיניות בעינה (השוו גם לעניין אסו [5], בפסקה 19 לפסק דיני, כמו גם להערת השופט ח' מלצר באותו עניין).

אשר לאזרחי צפון סודן, המדינה מצהירה כי הימנעותה מהחזרת אזרחים אלה אל מדינת מוצאם אינה נגזרת מעקרון אי ההחזרה, אלא נובעת מקושי

מעשי בביצוע פעולה זו. זאת, בשל היעדר יחסים דיפלומטיים בין המדינות והיעדר מסלול ישיר לביצועה של הרחקה למדינה זו. המדינה מדגישה כי, לשיטתה, אין מניעה נורמטיבית להרחיק את אזרחי צפון סודן לארצם.

א

9. לצורך ההכרעה בענייננו, אין אנו נדרשים לקבוע מסמרות בשאלת מחויבותיה של מדינת ישראל כלפי אזרחי אריתריאה וצפון סודן או לגבי מקורן הנורמטיבי. זאת, מכיוון שבנקודת הזמן הנוכחית המדינה אינה מרחיקה את אזרחי שתי מדינות אלה לארצות מוצאם, אף אם בקשתם הפרטנית למקלט נדחת. זו נקודת המוצא לדיוננו, ועל תשתית עובדתית זו מבוססת הכרעתנו.

ב

הערות ביניים: על "מסתננים" – עניין של סמנטיקה?

10. המחוקק בחר לקבוע את ההסדר נושא דיוננו בתיקון לחוק למניעת הסתננות (עבירות ושיפוט), התשי"ד-1954 (להלן: החוק למניעת הסתננות), ולהתייחס לפרט, שאליה מכוונת הפעלת הסמכות, בעשותו שימוש במונח "מסתנן". לכאורה, מדובר במונח משפטי-טכני המוגדר בחוק לאחר התיקון באופן רחב ונייטרלי בתור "מי שאינו תושב [...] שנכנס לישראל שלא דרך תחנת גבול [...]". עם זאת, לא ניתן לנתק בין ההסדר החדש לבין משמעו המקורי של המונח בסביבתו הנורמטיבית. המונח "מסתנן" עמוס במטען ההיסטורי המונח על כתפיו.

ג

ד

11. בנוסחו המקורי של החוק למניעת הסתננות עד לתיקון, הוגדר "מסתנן" כ"אזרח או נתין של לבנון, מצרים, סוריה, סעודיה, עבר-הירדן, עירק או תימן", כתושב או כמבקר במדינות אלה, או כאזרח-תושב ארצישראלי שיצא ממקום מגוריו הרגיל בשטח שהיה לחלק מישראל אל מקום שמחוץ לישראל (ראו סעיף 1 לחוק זה כנוסחו עד לתיקון החוק בחודש ינואר 2012). נזכיר כי החוק למניעת הסתננות נחקק בשנת 1954 על רקע גידול בשיעורן היחסי של ההסתננות האלימה (כלומר, הסתננות לשם ביצוע פעולות איבה ופשעים) ושל ההסתננות המאורגנת, בעיקר מכיוון הגבול המצרי שם החלו להופיע סימנים ראשונים של מה שנהפך ל"פדאיון" – חוליות חבלה מאורגנות ומאומנות, בסיוע המודיעין המצרי (אורן ברכה "ספק מסכנים, ספק מסוכנים:

ה

ו

ז

המסתננים, החוק ובית-המשפט העליון 1954–1948" [92], בעמ' 351–352).  
 א ההסתננות נקבעה בחוק כעבירה חמורה והוטלו עונשים כבדים על המסתננים  
 ועל המסייעים להם. ברוח זו תיארה הפסיקה של אותן שנים את המסתננים כך:

ב "בימים של סכנה למדינה, כשהיא מוקפת מכל עבריה עמים עוינים,  
 אשר בעבר נלחמו בה באכזריות חימה, ועוד הם מציקים לה על כל  
 צעד ושעל ואומרים לבלעה חיים – בימים טרופים אלה נוטשים  
 אותה אנשים ועוברים אל מחנה האויב, ולאחר מכן הם חוזרים,  
 ובהתיימרם להיות אזרחיה הנאמנים הם מעיזים פניהם ותובעים  
 זכויות שוות עם כל אזרחיה האחרים" (בג"ץ 125/51 חסין נ' שר  
 הפנים [63], בעמ' 1392).

ג 12. כפי שמתאר ברכה במאמרו, "המסתנן הממוצע" נתפש כאדם שחצה  
 את גבולות המדינה, לבדו או בכנופיה, לשם ביצוע פעולות עוינות כלשהן,  
 כגון גניבה, שוד, רצח, חבלה ואף ריגול (שם [92], בעמ' 338). במילה "מסתנן"  
 טמונים אפוא נרטיב פנימי וסיפור שאותו היא מספרת. היא מבליטה היבטים  
 מסוימים הנוגעים למי שנכנס שלא כדין לישראל, ומעמעמת אחרים (השוו יופי  
 תירוש "סיפור של אונס, לא יותר" – על הפוליטיקה של ייצוג טקסטואלי"  
 [93], כן ראו שולמית אלמוג "עיני המערער חשכו" – בין הנרטיבי לנורמטיבי"  
 [94]).

ד 13. בהליך לחקיקת התיקון בוועדת הפנים והגנת הסביבה של הכנסת, הציע  
 היועץ המשפטי לוועדה לשקול שהסדר המוצע יחוקק כתיקון לחוק הכניסה  
 לישראל, אך נציגת משרד המשפטים בדיון הבהירה כי הממשלה בחרה באופן  
 מודע להשתמש דווקא בחוק למניעת הסתננות כ"פלטפורמה" להסדר הנדון כדי  
 לשדר "מסר של חומרה" וכדי שהאחריות הכוללת לטיפול בנושא תהיה בידי שר  
 הביטחון. הבחירות הרטוריות של המחוקק אינן עומדות לביקורתנו. מכל מקום,  
 חשוב שבחירה רטורית לא תעמעם את המהות. שומה עלינו לזכור בכל שלב של  
 הדיון את איפיונם המורכב של ה"מסתננים" החדשים שחלק ניכר מהם מגדיר  
 עצמו כמבקש מקלט.

בנתון להערתו זו, אעשה אף אני, בדומה לחברתי, שימוש במונח "מסתננים" הקבוע בחוק ואמשיך בבחינת השאלות החוקתיות שמעורר התיקון.

א

שלבי הבחינה החוקתית

14. בשים לב לתמונה המורכבת שהוצגה, נעבור לבחינה החוקתית בהתאם לשלבים המוכרים שהותוו בפסיקתו של בית משפט זה (ראו, למשל: בג"ץ 10662/04 חסן נ' המוסד לביטוח לאומי [24], בפסקה 24 לפסק דינה של הנשיאה ד' ביניש וההפניות שם, להלן: עניין חסן; בג"ץ 1661/05 המועצה האזורית חוף עזה נ' כנסת ישראל [64], בעמ' 544–545, להלן: עניין חוף עזה).

ב

הפגיעה בזכות החוקתית

ג

15. השלב הראשון בבחינה החוקתית הוא בחינת קיומה של פגיעה בזכות המעוגנת בחוקי היסוד. אם התשובה לכך שלילית, אין מקום להמשיך בשלבי הבחינה החוקתית (עניין חסן, בפסקה 24 לפסק דינה של הנשיאה ד' ביניש). אין – ולא יכול להיות – חולק כי ההסדר שנקבע בתיקון פוגע בחירותם של אלה המוחזקים מכוחו במשמורת. הזכות לחירות אישית היא זכות חוקתית המעוגנת בסעיף 5 לחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו, שבו נקבע: "אין נוטלים ואין מגבילים את חירותו של אדם במאסר, במעצר או בכל דרך אחרת". החזקת אדם במשמורת לתקופה כלשהי, לא כל שכן לתקופה של שלוש שנים, היא פגיעה קשה בזכותו לחירות אישית (השוו ע"פ 6659/06 פלוני נ' מדינת ישראל [23], בפסקאות 27–28).

ד

ה

האם הפגיעה בזכות החוקתית היא כדין?

16. ככל זכויות האדם המנויות בחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו, גם הזכות לחירות אישית היא זכות יחסית שניתן לפגוע בה כפוף לתנאיה של פסקת ההגבלה הקבועים בסעיף 8 לחוק היסוד. פגיעה זו צריך שתהא "בחוק ההולם את ערכיה של מדינת ישראל, שנועד לתכלית ראויה, ובמידה שאינה עולה על הנדרש [...]" (השוו עניין חסן [24], בפסקה 52 לפסק דינה של הנשיאה ד' ביניש). פסקת ההגבלה מונה אפוא ארבעה תנאים שהתקיימות נדרשת כדי שנורמה הפוגעת בזכות אדם המוגנת בחוק היסוד תימצא חוקתית: (א) הפגיעה בזכות

ו

ז

א החוקתית נעשית בחוק או מכוח הסמכה מפורשת בחוק; (ב) החוק הפוגע הולם את ערכיה של מדינת ישראל; (ג) הפגיעה בזכות החוקתית היא לתכלית ראויה; (ד) הפגיעה בזכות החוקתית היא במידה שאינה עולה על הנדרש. להשקפתי, הסוגיות העיקריות המצריכות דיון בענייננו הן עמידתו של התיקון בדרישת התכלית הראויה ובמבחני המידתיות, כפי שהותוו בפסקתו של בית משפט זה.

"לתכלית ראויה"

ב

17. פסקת ההגבלה קובעת כי, כתנאי לפגיעה בזכות חוקתית המעוגנת בחוקי היסוד, נדרש שהחוק הפוגע יהיה "לתכלית ראויה". תכלית היא ראויה אם היא משרתת מטרות ציבוריות וחברתיות חשובות למדינה ולחברה, במטרה לקיים תשתית לחיים בצוותא ולמסגרת חברתית המבקשת להגן על זכויות אדם ולקדם (בג"ץ 4769/95 מנחם נ' שר התחבורה [65], בעמ' 264, להלן: עניין מנחם; עניין חוף עזה [64], בעמ' 547-548). לתיקון שלפנינו כמה תכליות מוצהרות שעליהן עומדת המדינה בכתב תשובתה. תכלית אחת היא "בלימת תופעת ההסתננות" – כלומר, צמצום היקף הכניסה שלא כדין לתחומי ישראל, באמצעות הרתעת "מסתננים" בכוח ושלילת התמריצים הכלכליים לכניסתם. התכלית השנייה היא "מניעת השתקעותם של המסתננים והתמודדות המדינה עם השלכותיה הרחבות של תופעת ההסתננות על החברה והמשק הישראלי". תכלית זו מכוונת כלפי אלה שכבר נמצאים בתחומי ישראל.

ג

18. מובן כי אופן הצגת התכליות עשוי להשפיע על הקביעה אם מדובר בתכלית ראויה אם לאו. נדמה כי תכלית של כל נורמה ניתנת להצגה ברמת הפשטה שתאפשר לכאורה לקבוע כי מדובר בתכלית ראויה (אגב שימוש במונחים דוגמת "ביטחון הציבור", "סדר ציבורי", "יציבות השלטון", וכן הלאה). ברם, אין ללכת שבי אחר הניסוח, ויש לבחון את מהות הדברים. כאמור, תכלית היא ראויה אם היא "נועדה להגשים מטרות חברתיות העולות בקנה אחד עם ערכיה של המדינה בכלל, והמגלות רגישות למקומן של זכויות האדם במערך החברתי הכולל" (בג"ץ 6427/02 התנועה למען איכות השלטון בישראל נ' כנסת ישראל [26], בעמ' 697; בג"ץ 1030/99 אורון נ' יושב-ראש הכנסת [66], בעמ' 662). במאמר מוסגר אציין כי קיימת מחלוקת דוקטרינרית בשאלת ההתייחסות

ד

הנדרשת למאפייני האמצעי הפוגעני ולמידת הפגיעה בזכות החוקתית על פי מבחן התכלית הראויה (ראו, לדוגמה, אהרן ברק מידתיות במשפט – הפגיעה בזכות החוקתית והגבלותיה [86], בעמ' 297–300, להלן: ברק, מידתיות. מנגד ראו ברק מדינה, אילן סבן "זכויות האדם ונטילת סיכונים: על דמוקרטיה", תיוג אתני ומבחני פסקת ההגבלה" [95], בעמ' 93, להלן: מדינה (סבן)).

19. כחברתי, אף אני סבור כי שאלת עמידתן של תכליות החוק במבחן התכלית הראויה, כפי שהותווה בפסיקה, מעוררת קשיים. אך איני נדרש לקבוע מסמרות בשאלה זו, שכן גם אם אניח כי התיקון הוא לתכלית ראויה – והנחה זו אינה נעדרת קשיים – הוא ממילא אינו צולח את מבחני המידתיות.

"במידה שאינה עולה על הנדרש"

20. פסקת ההגבלה קובעת כי הפגיעה בזכות צריך שתהא "במידה שאינה עולה על הנדרש". זוהי דרישת המידתיות המורה אותנו לבדוק את היחס בין תכליתו הראויה של החוק, שנמצא כי הוא הולם את ערכיה של מדינת ישראל, לבין האמצעים שבחר המחוקק לשם הגשמת אותה תכלית. מידתיות הפגיעה בזכות החוקתית נקבעת בהתאם לשלושה מבחני משנה שהוכרו בפסיקת בית משפט זה: (א) מבחן הקשר הרציונלי – האם האמצעי שנבחר על ידי המחוקק אכן תורם למימוש תכליתה של הוראת החוק שחוקתיותה עומדת על הפרק; (ב) מבחן האמצעי שפגיעתו פחותה – האם מבין האמצעים האפשריים להגשמת התכלית החקיקתית נבחר האמצעי שפגיעתו בזכות החוקתית היא המועטה ביותר; (ג) מבחן המידתיות "במובן הצר" – האם קיים יחס ראוי בין התועלת הצימחת מדבר החקיקה לבין הנזק שנגרם כתוצאה מפגיעתו בזכות החוקתית (עניין חסן [24], בפסקה 58 לפסק דינה של הנשיאה ד' ביניש).

(א) מבחן הקשר הרציונלי

21. מבחן המשנה הראשון מבין מבחני המידתיות הוא מבחן הקשר הרציונלי (או מבחן "ההתאמה"), שדורש כי האמצעי שנגקט בחוק יהיה מתאים להגשמת תכליתו (ברק, מידתיות [86], בעמ' 373). בגדרי מבחן זה, לא נדרש כי האמצעי

א שנבחר יגשים את המטרה במלואה או כי יהיה זה האמצעי היעיל ביותר להגשמתה. די בכך שהוא יקדם מטרה זו (שם [86], בעמ' 376–378). במישור העובדתי, אין נדרשת ודאות גמורה לכך שהאמצעי החקיקתי יגשים את המטרה הראויה, אך אין להסתפק בתרומה קלושה ותיאורטית (שם [86], בעמ' 382).

ב 22. האם קיים קשר רציונלי בין החזקה במשמורת לתקופה ארוכה של מהגרים שנכנסו באופן בלתי חוקי לישראל לבין התכלית שעניינה בלימתה של תופעת הכניסה הבלתי מוסדרת לתוך שטחי מדינת ישראל? ניתן לטעון כי התשובה לשאלה זו נגזרת במידה רבה מהמחלוקת שהזכרתי בראשית דבריי, בדבר מיהות המסתננים לישראל ומניעיהם. ככל שמדובר במהגרים שמניע כלכלי עומד בבסיס הגירתם (כשיטת המדינה), נדמה כי התשובה היא ברורה. ג התמריץ הכלכלי להיכנס לישראל שלא כדין פוחת עשרות מונים כאשר מיד עם הכניסה לישראל מוגבלת חירותם של המהגרים בדרך של השמתם במשמורת. כפועל יוצא של ההשמה במשמורת, ממילא מאוינת היכולת לעבוד לשם פרנסה, שיפור איכות החיים והעברת כספים למשפחות שנותרו מאחור. עם זאת, ככל שמדובר באנשים שנשקפת להם סכנה אמיתית בארץ מוצאם (כגישת העותרים), ת התמונה היא שונה. חברתי עמדה על הטענה שלפיה אדם שנשקפת לו סכנה בארץ מוצאו, כתוצאה מרדיפה או מכל טעם אחר, ספק אם יורתע מהידיעה כי הוא יושם במשמורת לאחר כניסתו לישראל (זאת, במנותק מהשאלה אם הרתעה של אדם במצב זה היא ראויה במישור הנורמטיבי). ב בצד האמור, אני מוכן להניח ה כי הפגיעה בתמריץ הכלכלי, כמו גם הפגיעה בזכויות יסוד הנלוויות להשמה במשמורת, היא רכיב שאין להתעלם ממנו במערך השיקולים של אדם השוקל א אם לצאת למסע קשה ומורכב דווקא לכיוון מדינת ישראל, על הסיכונים והעלויות הכרוכים בכך. זאת, גם אם מדובר במי שנשקפת לו סכנה בארץ מוצאו.

ג 23. התייחסותנו עד כה הייתה במישור העיוני, תוך כדי בחינת מערך השיקולים והתמריצים של "המסתנן הסביר". בנקודת הזמן הנוכחית, למעלה משנה מאז יישומו של התיקון בפועל, ניתן לכאורה לבדוק, נוסף לכך, אם התיקון משיג את תכליתו האמורה הלכה למעשה. אין חולק כי מספרם של הנכנסים לישראל שלא כדין דרך גבול ישראל–מצרים צנח במקביל לכניסת



התיקון לתוקף ולהחלתו. המדינה טוענת כי נתון זה מלמד על תועלתו של התיקון כחסם נורמטיבי שמפחית את מערך התמריצים הכלכלי להיכנס לישראל באופן בלתי מוסדר דרך הגבול המצרי. עם זאת, קשר סיבתי נטען זה אינו נעדר ספקות. במקביל לחקיקת התיקון, התרחשו שתי התפתחויות של ממש: האחת, השלמת הקמת הגדר על הגבול בין ישראל למצרים באורך כ-240 ק"מ, שמהווה חסם פיסי ממשי מפני כניסה בלתי מבוקרת לתוך שטחי ישראל; השנייה, ההתפתחויות הגיאוגרפיות במצרים בכלל, ובחצי האי סיני בפרט, שהשפיעו על נתיבי ההגירה לישראל. לצורך הדיון, מוכן אני להניח (בלי להכריע בכך) כי התיקון צולח את מבחן הקשר הרציונלי ביחס לתכלית בלימתה של הכניסה הבלתי מוסדרת לישראל דרך גבול מצרים, על אף הספקות שעליהם עמדה גם חברתי, ואני מסכים עימה כי ספקות אלה ילוו אותנו בכל שלבי הביקורת החוקתית.

(ב) מבחן האמצעי שפגיעתו פחותה

24. מבחן המשנה השני הוא מבחן האמצעי שפגיעתו פחותה. מבחן זה בודק אם מבין האמצעים האפשריים להגשמת התכלית החקיקתית נבחר האמצעי שפגיעתו בזכות החוקתית היא המועטה ביותר. ביסוד מבחן משנה זה עומדת התפישה כי אין לחוקק חוק הפוגע בזכות החוקתית מעבר לנדרש להשגתה של התכלית הראויה (עניין מנחם [65], בעמ' 279). עם זאת, מבחן זה אינו בוחן רק את קיומו של אמצעי פוגעני פחות, אלא הוא מחויב לבחון אם אותו אמצעי – שפגיעתו בזכות האדם פחותה – מגשים את תכלית החקיקה באותה מידה או במידה דומה לאמצעי שבחר המחוקק בסופו של דבר (ראו: בג"ץ 2605/05 המרכז האקדמי למשפט ולעסקים, חטיבת זכויות האדם נ' שר האוצר [22], בפסקה 49 לפסק דינה של הנשיאה ד' ביניש, להלן: עניין הפרטת בתי הסוהר; בג"ץ 1789/13 לוטן נ' שרת החקלאות ופיתוח הכפר [67], בפסקה 19; בג"ץ 10202/06 עיריית דאהריה נ' המפקד הצבאי בגדה המערבית, בפסקה 17 [68], להלן: עניין דאהריה; ברק, מידתיות [86], בעמ' 395–396).

25. חברתי סבורה כי התיקון אינו צולח מבחן זה, מכיוון שלא ניתן לשלול את הטענה כי הגדר שהוקמה על גבול ישראל–מצרים היא אמצעי חלופי שמשגי

את תכלית הבלימה במידה דומה, בפוגעו פגיעה פחותה בזכות לחירות אישית. אך שאלה היא בעיניי אם ניתן לקבוע, על רקע הנתונים המספריים שאינם חד משמעיים, כי הגדר היא אמצעי אפקטיבי באותה המידה או במידה דומה כמו שילובה עם "חסם נורמטיבי", כלשון המדינה, בדמות הוראות התיקון. ניתן לטעון כי בלא הוספת החסם האמור, לא תימנע באותה המידה כניסה בלתי מוסדרת של "מסתננים". לפי טיעון זה, התושייה האנושית תמצא דרך להתגבר על המכשול הפיסי. בהינתן המצוקה שעליה אין חולק, לכל גדר – יימצא סולם, ואף חסם פיסי אינו הרמטי. אני מוכן אפוא להניח כי הגדר – בשילוב עם התיקון – יעילה במישור בלימת ההסתננות יותר מאשר הגדר לבדה. עם זאת, ברור כי בהינתן קיומה של הגדר – שהיא החסם העיקרי – התועלת הטמונה בתיקון כשלעצמו היא פחותה, ולכך בוודאי יש ליתן משקל בעת היישום היחסי של מבחן המידתיות במובן הצר, שעליו אעמוד להלן (השוו: בג"ץ 7052/03 עדאלה – המרכז המשפטי לזכויות המיעוט הערבי בישראל נ' שר הפנים [62], בעמ' 344–345, להלן: עניין עדאלה; עניין דאהריה [68], בפסקה 17; ברק, מידתיות [86], בעמ' 398).

ט (ג) מבחן המידתיות "במובן הצר"

26. מבחן המשנה השלישי הוא מבחן המידתיות "במובן הצר", שבגדרו נבחן קיומו של יחס ראוי בין התועלת הצומחת מהשגת התכלית הראויה לבין הנזק שעלול להיגרם לזכות החוקתית (ברק, מידתיות [86], בעמ' 419). זהו המבחן העיקרי מבין שלושת מבחני המשנה. מדובר במבחן ערכי המאזן בין הערכים לבין האינטרסים המתנגשים על פי משקלם. בהיבט של עוצמת הפגיעה בזכות, ככל שהזכות החוקתית הנפגעת היא יסודית יותר, והפגיעה בה היא חמורה יותר, כך יידרש שהתועלת המופקת תהיה רבה יותר. בהיבט של האינטרס הציבורי, יש להתחשב בחשיבותו של האינטרס ובמידת התועלת הנגרמת ממנו באמצעות הפגיעה בזכויות האדם. ככל שהאינטרס הציבורי הוא חשוב יותר, כך יש בו כדי להצדיק פגיעה קשה יותר בזכויות האדם (עניין עדאלה [62], בעמ' 331–332). מדובר במבחן שמרכזו איזון – בין תועלת לבין נזק, בין אינטרסים לבין ערכים, בין טובת הכלל לבין זכויות הפרט הנפגע – והכול, על רקע מכלול ערכיה של שיטת משפטנו (שם [62], בעמ' 332–333).

מלאכת ההכרעה של בית המשפט בבואו ליישם את מבחן המידתיות במובן הצר – אינה פשוטה. כפי שכתב השופט י' זמיר בעניין צמח [33]:

א "המידתיות אינה ניתנת למדידה. [...] אין מכשיר או נוסחה שיוכלו למדוד את העוצמה או את המשקל של הפגיעה הנובעת משלילת החירות האישית על ידי מעצר למשך שעה או למשך יום. אין גם מכשיר או נוסחה שיוכלו למדוד את הרווח או התועלת מצמצום הפגיעה בחירות האישית על ידי קיצור המעצר בשעה או ביום. [...]"

ב אכן, זכויות אדם ואינטרסים ציבוריים אינם כתפוחי אדמה, שניתן לשקול אותם על כפות המאזניים, אלה כנגד אלה, ולראות בעין מה מכריע את הכף. עם זאת, כיוון שאי אפשר לשקול, צריך להעריך. צריך לעשות מאמץ, בכל מקרה ומקרה, כדי להעריך נכונה את המשקל היחסי של זכויות אדם מזה ושל אינטרסים ציבוריים מזה. [...]"

ג [...] גם כאשר הערכה נותרת שנויה במחלוקת, דרושה הכרעה. ההכרעה צריכה להתקבל על-ידי בית-המשפט. זה התפקיד וזו הסמכות של בית-המשפט. זו גם המיומנות של בית-המשפט. בית-המשפט רגיל, בהקשרים שונים, להעריך את המשקל היחסי של זכויות ואינטרסים מתמודדים, על יסוד תשתית של נתונים ושיקולים שהונחה בפניו, ובדרך זאת להגיע אל האיזון הראוי.

ד כך בדרך-כלל, וכך גם לגבי המידתיות. אין דרך אחרת, אלא הערכה על יסוד נתונים ושיקולים, כדי לקבוע אם פגיעה מסוימת בזכות מסוימת עולה על המידה הנדרשת" (בג"ץ 6055/95 צמח נ' שר הביטחון [33], בעמ' 273–274).

ה 27. כפי שצוין בראשית הדברים, את מבחן המידתיות במובן הצר מקובל ליישם ב"ערכים מוחלטים" – כלומר, בהשוואה ישירה של התועלת הטמונה בחוק לעומת הנזק שנגרם לזכות החוקתית. עם זאת, ניתן גם להפעיל בחינה "יחסית" של המידתיות במובן הצר. בבחינה "יחסית", ייבחן האמצעי שנקט

א      בחוק לעומת אמצעי חלופי אפשרי, שתועלתו היא פחותה במידת־מה. האמצעי שננקט יהיה בלתי מידתי "במובן הצר" אם הפחתה מסוימת בתועלת המושגת ממנו תבטיח הפחתה ניכרת במידת הפגיעה בזכות החוקתית (בג"ץ 2056/04 מועצת הכפר בית סוריק נ' ממשלת ישראל [69], בעמ' 840; עניין דאהריה [68], בפסקה 21; עניין הפרטת בתי הסוהר [22], בפסקה 24 לפסק דינה של השופטת (כתוארה אז) מ' נאור). יש לבחון אפוא את האמצעי הפוגעני שנבחר בחוק בהשוואה לאמצעים חלופיים אפשריים שפגיעתם בזכות האדם היא פחותה, גם אם אמצעים אלה לא יגשימו את תכלית החוק באותה המידה.

ב      יישום יחסי זה של מבחן המידתיות כמובן הצר "מתכתב" עם מבחן המשנה השני של המידתיות ועם החלופות שנבחנו בגריו. גם חלופה שנמצאה בלתי מתאימה על פי המבחן השני, מכיוון שאין היא מגשימה את תכלית החוק במידה דומה לחלופה שבה בחר המחוקק, עשויה להשיג את עיקרי התועלת החברתית תוך כדי פגיעה פחותה באופן ניכר בזכות החוקתית (לגישה שונה ראו מדינה וטבן [95], בעמ' 102–107). כלומר, שאלת קיומו של יחס ראוי תיבחן בהשוואה בין התועלת השולית לבין תוספת הפגיעה (ברק, מידתיות [86], בעמ' 434–437). לצורך כך, ניתן להשוות את האמצעי שננקט בחוק להסדר שקדם לו ושנועד להשיג תכלית דומה. כך, למשל, כאשר נבחנה חוקתיותו של חוק האזרחות והכניסה לישראל (הוראת שעה), התשס"ג–2003, בחן בית המשפט אם התועלת השולית המתקבלת מן ההסדר החדש בהשוואה להסדר שקדם לו, עומדת ביחס ראוי לתוספת הפגיעה בזכות החוקתית שנלוותה לה (עניין עדאלה [62], בעמ' 345–346). אמת מידה זו תעמוד לנו לעזר לצורך האיזון הקונקרטי שאליו נידרש עתה.

#### התועלת המופקת מהתיקון

א      28. על כף אחת של המאזניים מונחת התועלת השולית המופקת מהתיקון. תכלית אחת שאליה התייחסנו היא בלימתה של תופעת ההסתננות, קרי: מניעת כניסה בלתי מוסדרת של זרים לשטח ישראל דרך הגבול המצרי. האינטרס של המדינה למנוע כניסה בלתי מוסדרת לשטחה ולקבוע מדיניות הגירה הוא אינטרס חשוב ומהותי. זו אינה רק פררוגטיבה של המדינה, אלא אף חובתה כלפי אזרחיה ותושביה. זוהי אכן, כלשונה של הנשיאה ד' ביניש, "משימה כבדה

במיוחד" המוטלת על רשויות המדינה (עניין מוקד סיוע לעובדים זרים [2]),  
 בפרסקה 13). כל מדינה, לרבות מדינת ישראל, רשאית לקבוע לעצמה מדיניות  
 הגירה. קביעת מדיניות הגירה ושמירה עליה עשויות לשרת תכליות שונות –  
 לאומיות, ביטחוניות, כלכליות וחברתיות. ככל שמדובר ב"הגירת עבודה",  
 אפשרויותיה של המדינה לקבוע מדיניות ולאוכפה הן קריטיות כדי למנוע  
 השפעות שליליות שתיוודענה למשק המקומי ולתעסוקת האזרחים המקומיים  
 (ראו בפסקה 114 לפסק דינה של חברתי השופטת ע' ארבל).

א

ב

29. ככל שמדובר בתכלית של בלימת הכניסה שלא כדין לישראל דרך  
 הגבול המצרי, עולה שאלה לגבי תוספת התועלת המושגת מן ההסדר שנקבע  
 בתיקון בהשוואה למצב הנורמטיבי שקדם לו. כפי שציניתי, כניסת התיקון  
 לתוקף והחלתו כפועל אירעו בד בבד עם השלמת הקמתה של הגדר על גבול  
 ישראל-מצרים, ובעת התרחשותם של שינויים גיאוגרפולטיים במצרים בכלל,  
 ובחצי האי סיני בפרט, שניתן לייחס להם השפעה על נתיבי ההגירה לישראל.  
 במצב דברים זה, קשה להעריך מהי "תוספת התועלת" המופקת מההסדר שנחקק  
 בתיקון כשולעצמו. בקביעת התועלת יש להתחשב, נוסף לחשיבות התכלית,  
 במידת ההסתברות שהאמצעי הנבחר יגשים תכלית זו (ברק, מידתיות [86], בעמ'  
 439-440; בג"ץ 3648/97 סטמקה נ' שר הפנים [10], בעמ' 782). לכן, לא ניתן  
 להתעלם מחוסר הוודאות באשר לתועלת השולית של התיקון במישור בלימתה  
 של תופעת הכניסה הבלתי מוסדרת לישראל ממצרים. גם אם לא היה נתון זה  
 לבדו כדי להביא לפסילת ההסדר על פי שני מבחני המשנה הראשונים, יש בכך  
 כדי להשפיע על האיזון שנבחן בגדר מבחן המידתיות במובן הצר, שהוא –  
 כאמור – איזון בין תועלת לבין נזק. אדגיש כי איני מבקש לבסס את הכרעתי  
 בדבר חוקתיות התיקון אך ורק על הספק העובדתי המתעורר כלפי תועלתו  
 השולית. אני מוכן להניח כי התיקון מביא עימו תועלת שולית מסוימת במישור  
 בלימתה של תופעת הכניסה הבלתי מוסדרת לישראל. עם זאת, אין להתעלם מכך  
 שהתיקון הוא בבחינת נדבך נוסף על הגדר, שהיא החסם העיקרי, ולכך בוודאי  
 יש ליתן משקל לצורך האיזון החוקתי.

ג

ד

ה

ו

30. לצד התועלת במישור בלימתה של תופעת ההסתננות, יש לשים על כף  
 המאזניים את התועלות הנוספות מהתיקון שעניינן התמודדות עם השפעות

ז

התופעה. כפי שציינה חברתי, לתופעת ההגירה הבלתי מוסדרת ממדינות אפריקה במימדי השנים האחרונות היו השפעות רחבות על אזורים מסוימים בישראל במגוון תחומים. שהייתם בישראל של עשרות אלפי מהגרים שהפרוטה אינה מצויה בכיסם, במעמד ארעי ובלתי מוסדר, המתרכזים – משלא הסדירו הרשויות מסגרות אחרות לשיכונם – בשכונות מסוימות שלא היו שכונות מבוססות מלכתחילה, מציבה אתגרים רבים לפתח הרשויות ולפתחם של התושבים המקומיים. האינטרס הציבורי בהתמודדות עם תופעה זו הוא אינטרס חשוב. הוא אינטרס חיוני לתושבי דרום תל אביב. זעקתם של תושבי דרום תל אביב על המתחולל בשכונותיהם נשמעה בקול רם וברור בהליכים דנן. זוהי זעקה היוצאת מן הלב ונכנסת אל הלב. אין להקל בה ראש כלל ועיקר, ועל הרשויות מוטלת חובה לפעול כדי לסייע להם. בהקשר זה, השמתם של המסתננים במשמורת היא ניסיון להתמודדות עם הקשיים הנלווים לשהייתם הבלתי מוסדרת באזורים ספציפיים בערי ישראל בכלל, ובשכונות דרום תל אביב – בפרט. אלא שבכך אין די. השאלה שניצבת לפתחנו היא אם תועלת זו היא מידתית ביחס לפגיעה בחירות האישית. כפי שאסביר בהמשך, סבורני כי התשובה לכך היא: לא, באל"ף רבתי.

ד

הנזק – הפגיעה בזכות החוקתית והיקפה

31. על כף המאזניים השנייה יש לשקול את הפגיעה בזכות החוקתית. כפי שציינה חברתי בהרחבה, הפגיעה בזכות לחירות אישית היא קשה, שלא לומר – אנושה. בחברה דמוקרטית, לא ניתן להסכין עימה. עניין לנו בשלילת חירות לתקופה ארוכה ללא משפט. "מעצר בידי רשות מינהלית [...] הוא הצורה הקשה ביותר של פגיעה בחירות האישית" (עניין צמח [33], בעמ' 262). ההסדר שנקבע בתיקון קובע כלל ברור וחד משמעי: "מסתנן" שהוצא נגדו צו גירוש מכוח סעיף 30 לחוק למניעת הסתננות יוחזק במשמורת עד לגירושו. החוק אינו קובע מגבלת זמן למשך ההחזקה של מסתנן במשמורת, וקובע כי – למעט בנסיבות מיוחדות (דוגמת מצב בריאות וטעמים הומניטריים אחרים) – יהיה הגורם המוסמך רשאי לשחרר מסתנן בערובה רק בחלוף שלוש שנים ממועד תחילת החזקתו במשמורת (סעיף 30א(ג)(3)). כפי שהראתה חברתי, מדובר באמצעי הסוטה מעקרונות יסוד של המשפט הישראלי הנוגעים לשלילת חירות ללא

ד

משפט (פסקאות 87–90 לפסק דינה של חברתי). אוסיף כי העובדה, שתכלית עיקרית של ההשמה במשמורת היא הרתעתם של אחרים, מעוררת קושי מיוחד בהתייחס לנקיטתו של אמצעי זה (שם, בפסקאות 85–86). גם אם אניח כי קושי זה אינו פוסל את ההסדר בשלב מוקדם יותר של הביקורת החוקתית, ברי כי הוא משפיע על עוצמת פגיעתו בזכות החוקתית, וכנגזרת – על שאלת עמידתו במבחן המידתיות.

א

32. על כך אבקש להוסיף כי הכלל שנקבע סוטה גם מהעקרונות המקובלים בישראל ובעולם לעניין שלילת חירותם של שוהים שלא כדין על פי דיני ההגירה, וזאת – בשני היבטים עיקריים: ראשית, התיקון קובע כלל בדבר החזקה במשמורת של שוהים שלא כדין לתקופה ארוכה בהיעדר הליך הרחקה אפקטיבי; שנית, התיקון מאפשר החזקה במשמורת של מבקשי מקלט לפרק זמן ניכר.

ב

ג

(א) החזקה במשמורת של שוהים שלא כדין לתקופה ארוכה בהיעדר הליך הרחקה אפקטיבי

33. כבר בראשית ימיה של המדינה נפסק כי תוקפו של מעצר מכוח צו גירוש (לפי חוק הכניסה לישראל כנוסחו אז) אינו מוסיף לעמוד אם אין מתקיים הליך אפקטיבי של הרחקה (בג"ץ 199/53 פלוני נ' שר-הפנים [12], בעמ' 247–248). על העקרונות שהותוו בפסיקתו של בית משפט זה להפעלת סמכות המעצר כלפי שוהים שלא כדין (מכוח חוק הכניסה לישראל לפני תיקון מס' 9), עמדה חברתי השופטת א' חיות בעניין סעידי [3]:

ד

ה

"המעצר טרם גירוש נועד להבטיח את האפקטיביות של צו הגירוש ואינו בא לשרת כל מטרה עונשית או הרתעתית [...] בהפעלת סמכות המעצר, כבהפעלתה של כל סמכות שלטונית, על המדינה לנהוג במידתיות, במובן זה שאם הגירוש אינו מתבצע תוך זמן סביר, ניתן להצדיק את המשך המעצר רק אם קיים חשש כי תכלית הגירוש לא תוגשם, למשל משום שהמגורש יימלט או משום שבהיותו משוחרר קיים חשש כי הוא יפגע בביטחון הציבור ובשלומו. [...] החזקתו של המיועד לגירוש אינה חייבת להיות בתנאי מעצר ויש לשקול לגביו דרכי החזקה התואמות את מטרת החזקתו" (שם [3], בפסקה 26).

ו

ז

ראו גם בג"ץ 1468/90 בן ישראל נ' שר הפנים [11], בעמ' 151–152.

א 34. בראשית דבריי ציינתי כי התיקון שלפנינו נועד לחול, למעשה, על "מסתננים" שלא ניתן להרחיקם מישראל בנקודת הזמן הנוכחית. למסקנה זו הגעתי על יסוד הרקע לחקיקת התיקון, השוואתו להסדר הנורמטיבי הקודם ואופן יישומו הלכה למעשה. אמנם, מלשון החוק ניתן ללמוד כי ההשמה במשמורת נלווית למטרת הגירוש או ההרחקה. סעיף 30(א) לחוק קובע כי "[...] צו [הגירוש – ע' פ' ] ימשש אסמכתה חוקית להחזיק את המסתנן במשמורת עד לגירושו" (ההדגשה הוספה – ע' פ'). ההסדר עצמו מתעלם לחלוטין משאלת קיומו של הליך הרחקה אפקטיבי. הכלל הוא ברור ופשוט. מסתנן "רגיל" יוכל להשתחרר רק בחלוף שלוש שנים מיום השמתו במשמורת.

ג 35. קושי זה מתחדד על רקע בחינתם של הסדרים מקבילים בעולם. השימוש במעצר על פי דיני ההגירה נחשב במדינות העולם כאמצעי מותר, וקיימת בהן חקיקה המסמיכה את הרשויות לעצור שוהים שלא כדין. עם זאת, סמכות זו היא סמכות נלווית להרחקה ונגזרת ממנה. כך, למשל, בארה"ב ובבריטניה פורשו חוקי ההגירה המאפשרים את מעצרו של שוהים בלתי חוקיים עד להרחקתם (בלי שננקב בהם פרק זמן מירבי), כמגבילים את המעצר לתקופה שנחוצה באופן סביר לשם ההרחקה (Zadvydav v. Davis [81]; Tan Te Lam v. Superintendent of Tai A Chau Det. Ctr. [83]).

ה עיקרון זה שריר וקיים גם במדינות האיחוד האירופי. סעיף 15(4) לדירקטיבה בדבר הנחיות בנוגע לנושא מעצרו של שוהים שלא כדין לצורך הרחקה [113] (להלן: הדירקטיבה), קובע כי "כאשר מתברר כי אין סיכוי סביר להרחקה מטעמים משפטיים או משיקולים אחרים [...] המעצר אינו מוצדק עוד, והעציר ישוחרר על אתר". זאת ועוד, אפילו שעה שמתקיים הליך הרחקה אפקטיבי, מצמצמת הדירקטיבה עד מאוד את המקרים שבהם תופעל סמכות המעצר וקובעת כי יש להעדיף חלופה פוגענית פחות (סעיף 15(1)). עוד נקבע פרק זמן מירבי למעצר של שישה חודשים (סעיף 15(4)), הניתן להארכה לתקופה של עד שנה נוספת במקרים שבהם ההרחקה מתעכבת בשל חוסר שיתוף פעולה מצד העציר או בשל עיכוב בקבלת מסמכים נדרשים ממדינת מוצאו (סעיף 15(6)).



36. בטיעוני המדינה הועלתה הטענה כי היא מנהלת מגעים עם מדינות שונות כדי לאפשר את הרחקתם מישראל של אריתריאים וסודנים שאינם זכאים למקלט מדיני. כיצד משפיעה טענה זו על הביקורת החוקתית? ככל שהיה מדובר באפשרות מעשית לקיומם של הליכי הרחקה במועד קרוב, שעולים בקנה אחד עם מחויבויותיה של מדינת ישראל במישור הבינלאומי ובהוראות הדין הפנימי, יכול שניתן היה להתייחס לכך כשינוי בתשתית העובדתית שעליה עמדנו. לא זה המצב במקרה שלפנינו. להשקפתי, אין ביכולתה של טענה כוללת זו לשנות את ההכרעה, גם אם נניח לטובת המדינה כי יש בה ממש. כפי שנקבע בפסיקתנו, הדין מאפשר החזקה במשמורת לתקופה קצרה לשם מימוש הליכי הרחקה, אך "לוח הזמנים אינו יכול להתמשך על חודשים רבים" (עניין אל טאיי [6], בעמ' 852). יודגש כי, ממילא, אילו היה מדובר במצב שבו ההרחקה נראית באופן, די היה בהסדר הקבוע בחוק הכניסה לישראל. במונח זה, אין בנתון האמור כדי להשפיע על חוקתיותו של המנגנון הקבוע בתיקון, שנועד – בפועל – להתמודד עם מי שלא ניתן להרחיקו בעתיד הנראה לעין.

(ב) החזקה במשמורת של מבקשי מקלט

37. לכך יש להוסיף קושי נוסף המתעורר מההסדר הקבוע בתיקון, הנוגע להחזקתם במשמורת של מבקשי מקלט. אמנם, בשים לב לקושי הכרוך בהחזקת מבקשי מקלט במעצר במהלך בחינת בקשתם ולמעמדם הייחודי, קובע התיקון עילות שחרור נוספות בעניינו של מבקש מקלט המוחזק במשמורת. הממונה על ביקורת הגבולות רשאי לשחרר אדם אם "חלפו שלושה חודשים מהמועד שבו הגיש המסתנן בקשה לקבלת אשרה ורישיון לישיבה בישראל לפי חוק הכניסה לישראל, וטרם התחיל הטיפול בבקשה", וכן אם "חלפו תשעה חודשים מהמועד שבו הגיש המסתנן בקשה כאמור [...] וטרם ניתנה החלטה בבקשה" (סעיפים 30א(ג)–(1)–(2) לחוק). סד הזמנים שנקצב בחוק נועד לתמוך את הרשויות ליתן החלטה במהירות הראויה בבקשות המקלט הפרטניות, ועל כך יש לברך. אך מכך משתמע שברירת המחל היא שמבקשי מקלט יוחזקו במשמורת לכל אורך תהליך בחינתה של בקשתם. כפי שמציינת חברתי בפסק דינה, ספק אם הסדר זה עולה בקנה אחד עם הסטנדרטים המקובלים במשפט הבינלאומי ובמדינות

העולם המתוקן (ראו נציב האו"ם לפליטים קווים מנחים בנוגע לקריטריונים ולסטנדרטים הישימים בנוגע למעצרים של מבקשי מקלט ולחלופות למעצר [115]).

א

#### סיכום ביניים

38. פגיעתו של האמצעי שננקט בהסדר בזכות לחירות אישית היא חריפה וקשה. מדובר בשלילת חירות על ידי רשות מינהלית לתקופה של שלוש שנים, כאשר שחרור ממשמורת הוא בבחינת חריג צר ומצומצם. האמצעי שננקט אינו עולה בקנה אחד עם עקרונות יסוד של שיטתנו בדבר שלילת חירות על ידי רשות מינהלית. בפרט, הוא סוטה באופן ניכר מהאיזון הנוהג בישראל ובעולם המתוקן בנוגע לשלילת חירות בגדרם של דיני ההגירה והפליטים. מנגד, מתעורר ספק באשר לעצם קיומה של התועלת השולית הצומחת מהתיקון במישור של בלימת תופעת ההסתננות, על רקע קיומה של הגדר, ולמצער – באשר להיקפה של תועלת שולית זו. אשר לתכליות הנוספות של התיקון הנוגעות ל"התמודדות עם השלכות תופעת ההסתננות" – לגבי אלה, ממילא קיימות, לשיטתי, חלופות המקיימות יחס ראוי יותר בין התועלת לבין הפגיעה בזכות, כפי שיפורט להלן.

ב

ג

ד

#### קיומן של חלופות מידתיות

39. כפי שמציינת חברתי השופטת ע' ארבל, קיים "ארסנל" של אמצעים שיש בהם כדי לסייע בהשגת התכליות שעליהן עומדת המדינה, אשר פגיעתם בחירות האישית היא פחותה באופן ניכר. הקביעה שמדובר באמצעי שאינו מידתי מתחזקת על רקע קיומם של אמצעים חלופיים שלא ננקטו ושיש בהם כדי להשיג – גם אם לא באופן מלא – חלק מתכליות התיקון, תוך כדי פגיעה פחותה במידה ניכרת בזכות לחירות אישית. כאמור, יישום יחסי של מבחן המידתיות במובן הצר דורש השוואה לחלופה מעשית וממשית שתקדם את מטרות החוק, תוך פגיעה פחותה בזכות החוקתית. בהרחבת המבט אל מדינות העולם, כמו גם אל הסדרים הקיימים בישראל בהקשרים אחרים, ניתן לחשוב על אמצעים נוספים, פוגעניים פחות, שניתן היה לנקוט כדי להתמודד עם תוצאותיה של שהיית אזרחים זרים שנכנסו שלא כדין ושלא ניתן להרחיקם מישראל בנקודת הזמן הנוכחית. חלק מהאמצעים גם עשוי להפחית את התמריצים הכלכליים העומדים לעתים ברקעה של הגירה בלתי מוסדרת. אבהיר כי רשימת האמצעים

ה

ו

ז

שיסקרו להלן אינה חפה מקשיים. אמצעים מסוימים כרוכים בעלויות כספיות גבוהות ובשינוי סדרי עדיפות תקציביים, אך כל נשכח כי גם להחזקה במשמורת יש עלויות כספיות שאינן מבוטלות. אמצעים אחרים עשויים לסייע בהתמודדות עם בעיה אחת, תוך יצירת בעיה אחרת או החמרתה. עם זאת, הצגתם של אלה וגם אלה חשובה בגדרי הכרעתנו כדי להמחיש שקיימים אמצעים נוספים – שלא ננקטו – שמן הראוי לשקלם ואף לנסותם לפני נקיטת אמצעי פוגעני כמו זה שנקט בענייננו.

א

ב

40. חברתי סוקרת מקצת מן האמצעים האפשריים בפסקאות 104–107 לפסק דינה. ניתן לשקול להטיל מגבלות גיאוגרפיות על מקום מגוריהם של המסתננים כדי שלא רק רשויות מקומיות ספציפיות ותושביהן יידרשו להתמודד עם האתגרים שתופעה זו מציבה לפתחנו (ראו הנחיות נציבות האו"ם בנושא מעצר וחלופותיו [115]), נספח (iii) A; ניתן לחייב את המסתננים לגור במרכזי שהייה פתוחים או פתוחים למחצה, תוך כדי הטלת מגבלות מידתיות על חופש התנועה (שם [115]), נספח (iv) A; ניתן לחשוב על שילובם בשוק העבודה באופן שיעלה בקנה אחד עם צורכי המשק; ניתן להיאבק בתופעת ההברחה באמצעות הדין הפנימי ושיתוף פעולה בין-מדינתי (ככל האפשר); ניתן להגביר את מעורבותן של רשויות הרווחה בקרב אוכלוסיית המסתננים; ניתן להגביר את המאמצים לאכיפת החוק כדי לשפר את תחושת הביטחון האישי של התושבים המקומיים; ניתן להגביר את המאמצים במישור הבינלאומי לשם קליטת מסתננים במדינות נוספות, תוך כדי עמידה בסטנדרטים בינלאומיים שבהם מחויבת מדינת ישראל.

ג

ד

ה

41. מאופן הצגת הדברים על ידי המדינה עולה כי קיימות שתי אפשרויות ואין בלתן: האחת, יישום ההסדר שנקבע בתיקון והשמת המסתננים במשמורת לפרק זמן ממושך עד שניתן יהיה – אם בכלל – להרחיקם; השנייה, המשך שהייתם של מסתננים רבים בדרום תל אביב ובאזורים נוספים בארץ ללא הסדרה, פיקוח או טיפול.

ו

הצגה בינרית זו מעוררת קשיים בעיני עת היא באה מצד המדינה. עמדנו על האתגרים הקשים שהתופעה נושא הדיון מציבה בפני הרשויות, ואין להקל בהם

ז

ראש. עם זאת, לא ניתן שלא לשאול אם ההשפעות השליליות של תופעה זו – שעליהן עמדו המדינה ותושבי דרום תל אביב בהרחבה – אינן מועצמות על רקע הימנעותן של הרשויות מנקיטת חלופות אחרות להסדרת שהותם של המסתננים והטיפול בהם. האם רשאית המדינה להיתלות בתוצאותיה השליליות של תופעת ההסתננות בשנים האחרונות, כצידוק לנקיטת אמצעים פוגעניים, בלי שנעשה ניסיון להתמודד עם תוצאות אלה באמצעים חלופיים שפגיעתם פחותה? הנחתי היא שסימן השאלה שאותו אני מציב, יחד עם תוצאת הליך זה, יביאו לחשיבה מחודשת מצידן של הרשויות המוסמכות.

#### הסעד

42. משמצאנו כי ההסדר שנקבע בתיקון אינו עומד בביקורת החוקתית, מתעוררת שאלת הסעד. כידוע, "עדיף להגיע לצמצום היקפו של חוק בדרך פרשנות, על פני הצורך להגיע לאותו צמצום עצמו בדרך של הכרזת חלק מחוק כבטל בהיותו נוגד להוראת חוק יסוד [...] עדיפה פרשנות סבירה של חוק על פני הכרעה בשאלת חוקתיותו" (בג"ץ 4562/92 זנדברג נ' רשות השידור [70], בעמ' 812). לא ניתן, להשקפתי, להציע פרשנות מקיימת לחוק על רקע הכלל הקטגורי שנקבע בתיקון בדבר החזקה במשמורת לתקופה של שלוש שנים גם בהיעדר הליך הרחקה אפקטיבי. כל ניסיון להציע פרשנות אחרת יהיה מלאכותי, וממילא יהפוך לאות מתה את ההסדר שנקבע.

43. בנסיבות העניין, איני סבור כי יש מנוס מהכרזה על ביטול האפשרות להפעיל את הסדרי המשמורת הקבועים בסעיף 30 לחוק. הגם שלא ניתן בעתירה שלפנינו צו על-תנאי המכוון להוראות התיקון בכללותו, הרי שצירוף הוראות התיקון שבעניינן ניתן צו על-תנאי מכסה למעשה את חלק הארי של הסדר המשמורת, ומותיר את שארית התיקון כאוסף הוראות שאין להן נפקות משל עצמן. אדגיש כי, להשקפתי, ביטול סעיף 30א(ג) (3) לחוק לבדו לא יביא לתוצאה הרצויה, שכן סעיף זה הוא עילה המאפשרת לשחרר מסתנן בתום שלוש שנים מיום השמתו במשמורת. בדומה לחברתי, איני סבור כי מן הראוי להשתמש בטכניקת ה"קריאה לתוך ההסדר" ("reading in") כדי לתקן את הקשיים החוקתיים המתעוררים מההסדר. אין זה תפקידנו. מלאכה זו מסורה

למחוקק. בנסיבות אלה, לא מצאתי להידרש לשאר הטענות הנוגעות להסדרים הנלווים הקבועים בתיקון, שכן ממילא – בשל בטלות ההסדר בכללותו – לא ניתן יהיה להפעילם.

א

44. אני מסכים עם חברתי השופטת ע' ארבל כי התוצאה הראויה הנגזרת מהכרזתנו על בטלות התיקון היא החלת ההסדר הקבוע בחוק הכניסה לישראל. לנוכח הפגיעה האנושה בזכות לחירות אישית, החלטנו כי אין מקום להשהות את ההכרזה על בטלות התיקון. על הרשויות לבחון את עניינם של המוחזקים במשמורת במהירות הראויה, ומי שניתן לשחררו – יש לשחררו לאלתר. בשל מספרם הרב של המוחזקים במשמורת, ראינו לקבוע פרק זמן של 90 ימים לשם מיצוי ההליך המינהלי לבחינת עילות השחרור הקבועות בחוק הכניסה לישראל והסייגים להן, בהתייחס לכל אחד מהמוחזקים במשמורת. אולם אדגיש כי פרק זמן זה הוא רף עליון לבחינת עניינם של כלל המוחזקים. כאמור, מי שהסתיימה הבחינה בעניינו, ואין מניעה מלשחררו – ישוחרר ללא דיחוי.

ב

ג

סוף דבר

45. האתגר שעיימו נאלצה – ונאלצת – מדינת ישראל להתמודד על רקע הגירה בלתי מוסדרת של עשרות אלפים מאפריקה אל גבולותיה – אתגר מורכב הוא. בפסק דיננו נפרשה רייעה רחבה המתייחסת לקשיים החברתיים, הכלכליים והאחרים הטמונים בכך. לא יימצא חולק על כך שהמדינה אינה יכולה לשקוט על שמריה ושעליה להתמודד עם תופעה מורכבת זו. זו אינה אך סמכות רשות המסורה למדינה. זוהי חובה המוטלת עליה כלפי אזרחיה ותושביה. פתרונות קסם אינם בנמצא. במוקד דיוננו זה עמדה חוקתיותו של האמצעי שנבחר לצורך כך. בחברה דמוקרטית – לא כל האמצעים כשרים. זה הדין גם בהתייחס להסדר שחוקתיותו ניצבה כאן לבחינתנו. קשה ככל שתהא המשימה שעיימה נאלצת מדינת ישראל להתמודד על כורחה, עלינו לזכור כי אלה שכבר באו בשערינו – מצויים עימנו. הם זכאים לזכות לחירות ולזכות לכבוד המוקנות בחוק היסוד לכל אדם באשר הוא אדם. פגיעה בזכויות אלה תיתכן רק לתכלית ראויה ובמידה שאינה עולה על הנדרש. האמצעי שנבחר על ידי המדינה אינו עומד באמת מידה זו והוא אינו צולח את הביקורת החוקתית. ההסדר הקבוע בתיקון, שעל בטלותו

ד

ה

ו

ז

אנו מכריזים כאן, פוגע פגיעה אנושה ובלתי מידתית בזכות לחירות אישית, שהיא זכות יסוד של כל אדם באשר הוא אדם, תוך סטייה מהעקרונות המקובלים בישראל ובמדינות העולם המתוקן. בשל כך, דינו של הסדר המשמורת הקבוע בתיקון – בטלות.

המשנה לנשיא מ' נאור:

ב 1. עיינתי בחוות הדעת המקיפות של חבריי השופטת ארבל והשופט פוגלמן, ודעתי כדעתם.

ג 2. בעת חקיקת התיקון לחוק מושא העתירה ביום 9.1.2012 כבר היה עיקרון מורש בפסיקתנו שלפיו לא ניתן להחזיק אדם במעצר אם לא ניתן לגרוש בתוך זמן מסוים. הדברים נזכרו בפסקי הדין של חבריי, אך ברצוני להדגיש: כבר בשנות ה-50 נקבע כי תוקפו של מעצר מכוח צו גירוש אינו מוסף לעמוד אם אין מתקיים הליך הרחקה אפקטיבי. בבג"ץ 199/53 פלוני נ' שר"הפנים [12], בעמ' 247–248, שימש צו הגירוש של אדם הסוואה להחזקתו במעצר למשך זמן בלתי מוגבל. זאת, לשם מטרה אחרת – אשר לא הושגה בדרך החוקית הרגילה – חקירתו בחשד לריגול. וכך קבע שם השופט ברנזון:

ה " [...] צו גירוש ומעצר [...] אשר נראה על פניו כשורה מבחינה חוקית ביום הוצאתו, נעשה פסול ומאבד את תקפו אם לאמיתו של דבר מוחזק העציר במעצר לא לשם גירוש כי אם למטרה אחרת, או אם וכאשר מוכח שהשלטונות הממונים על ביצוע הגירוש אינם נוקטים בכנות, ביעילות ובזריזות, תוך זמן מתקבל על הדעת במסיבות המיוחדות של כל מקרה ומקרה בצעדים ובאמצעים הדרושים לביצוע הגירוש, שאם לא נאמר כן, עלולה חירותם של אנשים בארץ להיות בסכנה מוחשית, משום שתחת מסווה של צו גירוש, שהוא כשלעצמו חוקי ובר-תוקף, יוכלו אזי השלטונות להחזיק אדם בלי סוף כאילו במעצר זמני עד לגירוש, בלי לעשות משהו ממשי כדי לבצע את הגירוש או, לפחות, לנסות לבצעו" (שם [12], בעמ' 247–248, ההדגשה הוספה – מ' נ').

בדומה, נפסק מפי השופט אור בבג"ץ 1468/90 בן ישראל נ' שר הפנים [11] כי מטרתו של המעצר המעוגן בסעיף 13(ג) לחוק הכניסה לישראל היא הבטחת יציאתו של מי שהוצא נגדו צו גירוש מישראל, עד לגירושו. באותו עניין דובר באדם ששהה בישראל באופן בלתי חוקי, שעה שלא הייתה לו אזרחות של מדינה כלשהי. ארצות-הברית מוכנה הייתה לקלוט את העותר רק ככל שיביע הסכמה לגירושו אליה, והעותר לא היה מוכן ליתן הסכמה זו. העתירה התקבלה. כך נקבע בפסק הדין:

"הסמכות למעצר בנסיבות אלה הינה סמכות נלווית, הבאה להבטיח את תכלית צו הגירוש, דהיינו יציאתו או גירושו של העצור מישראל. אין המעצר בא לשרת מטרה עונשית [...] הוא גם לא בא לשרת מטרת כפייה. כל מטרתו היא להבטיח את הימצאותו של מי שניתן צו גירוש נגדו בהישג יד לצורך מימוש הצו, באם לא יצא את המדינה מרצונו ועל-מנת למנוע את הימלטותו מאימת הגירוש, כשגירוש זה עומד להתבצע.

[...]

[...] משנמצא, שהמשך מעצרו של העותר אין בו כדי לשרת את המטרה שלשמה הותר מעצרו לפי סעיף 13(ג), שוב אין הצדקה להמשיך ולהחזיקו במעצר [...] [כאשר] לא נראית אפשרות גירוש מהארץ באופן" (שם [11], בעמ' 151–152, ההדגשות הוספו – מ' נ').

בג"ץ 4702/94 אל טאיי נ' שר הפנים [6] עסק בעניינם של אזרחי עירק אשר נכנסו לישראל דרך ירדן, באופן בלתי חוקי. נגד העותרים הוצאו צווי גירוש והם היו נתונים במעצר בין שנה לשלוש שנים. אף שנקבע כי יש למשיבים סמכות לגרש את העותרים מישראל, נמתחה ביקורת על המדינה. בין היתר, נקבע כי היה עליה לסיים זה מכבר את הבדיקות לעניין יעדי הגירוש והסיכון הביטחוני הנשקף מהעותרים. הובהר כי הסמכות להורות על מעצר והחזקה של אדם אשר ניתן נגדו צו גירוש – ככל סמכות שלטונית – אינה מוחלטת ויש להפעילה לשם הגשמת תכליתו של חוק הכניסה לישראל. תכלית זו היא קיום סמכות הנלווית

לסמכות הגירוש ומטרתה להבטיח את האפקטיביות של צו הגירוש. בלשונו של הנשיא ברק:

א

"בהפעלת סמכות המעצר וההחזקה יש לנהוג במידתיות (ראה בג"צ 3477/95 בן-עטיה נ' שר החינוך, התרבות והספורט [...]). אין לעצור אדם שנגדו הוצא צו גירוש לתקופה העולה על הנדרש להגשמת התכלית המונחת ביסוד המעצר. אם הגירוש אינו מתבצע תוך זמן סביר (שאינו נמדד בשנים או בחודשים ארוכים), ניתן להצדיק את המשך המעצר אך בחשש כי תכלית הגירוש לא תוגשם – אם משום שהמגורש יימלט מאימת הגירוש, אם משום שבהיותו משוחרר הוא יפגע בביטחון הציבור ובשלומו (ובשל כך יחשוש להתייצב לביצוע הגירוש), ואם מטעם אחר" (שם [6], בעמ' 851, ההדגשה הוספה – מ' נ').

ב

ג

על כן, נקבע באותו עניין כי ככל שהגירוש לא יתממש, על המשיבים לקבל במהירות ראויה החלטה באשר להמשך מעצרו של העותרים. את הדברים חזרה והדגישה השופטת חיות בע"א 9656/08 מדינת ישראל נ' סעידי [3]:

ד

ה

ו

ז

"העקרונות אשר לאורם על רשויות המדינה להפעיל את סמכות המעצר מכוח חוק הכניסה לישראל ומכוח הצו למניעת הסתננות נטבעו אם כן בתקופה הרלוונטית לענייננו – טרם תיקון מס' 9 לחוק הכניסה לישראל והתיקונים בצו בדבר מניעת הסתננות – בפסיקתו של בית המשפט הגבוה לצדק. תמציתם של עקרונות אלה היא כי המעצר טרם גירוש נועד להבטיח את האפקטיביות של צו הגירוש ואינו בא לשרת כל מטרה עונשית או הרתעתית, וכי בהפעלת סמכות המעצר, כבהפעלתה של כל סמכות שלטונית, על המדינה לנהוג במידתיות, במובן זה שאם הגירוש אינו מתבצע תוך זמן סביר, ניתן להצדיק את המשך המעצר רק אם קיים חשש כי תכלית הגירוש לא תוגשם, למשל משום שהמגורש יימלט או משום שבהיותו משוחרר קיים חשש כי הוא יפגע בביטחון הציבור ובשלומו. עוד נקבע כי החזקתו של המיועד לגירוש אינה חייבת להיות בתנאי מעצר ויש לשקול לגביו דרכי החזקה התואמות את מטרת החזקתו. הנה כי כן, למרות



ההסדר החסר שהיה קבוע בחוק הכניסה לישראל טרם תיקון מס' 9, לא איפשר בית המשפט הגבוה לצדק מעצר 'לנצח' ללא הגבלת זמן של השהים בישראל שלא כדין (ראו עניין בן ישראל, 152) וקבע כבר אז כי בהקשר זה '... יש צורך לאזן בין צורכי ביטחון הציבור ושלומו מזה, לבין חירותו של הפרט מזה, ויש לבחור באמצעי שפגיעתו בחירות היא במידה שאינה עולה על הנדרש' (פסק הדין בעתירה הראשונה, 851) " (שם [3]), בפסקה 26 לפסק דינה של השופטת חיות, ההדגשות הוספו – מ' נ').

א

ב

3. לאור פסיקתו של בית משפט זה – הצו ההחלטי מתבקש. במונחים חוקתיים, ניתן לומר, כפי שצינו חבריי, כי האמצעי שננקט, אמצעי המעצר הממושך, אינו מידתי. אמצעי זה אינו עולה בקנה אחד עם עקרונות היסוד של השיטה המשפטית שלנו ואף לא – כפי שהראו חבריי – עם המקובל בעולם. אכן, יש זיקה בין עוצמת הפגיעה החוקתית, לענייננו פגיעה בזכות לחירות, לבין בחירת האמצעי המידתי להתמודד עם הפגיעה. אין ספק כי מדובר בעניין סבוך ומורכב. כפי שהראו חבריי – פנים רבות לו. עם זאת, והדברים נאמרים על דרך השלילה, לא ניתן להתמודד עימו בדרך של מעצר ממושך.

ג

ד

4. אין ספק: יש למדינה זכות להחזיק במפתחות הבית ולקבוע מי יבוא בשעריה (ראו בג"ץ 7052/03 עדאלה – המרכז המשפטי לזכויות המיעוט הערבי בישראל נ' שר הפנים [62]), בפסקה 100 לפסק דינו של הנשיא ברק; בפסקה 54 לפסק דינו של המשנה לנשיא מ' חשין; בפסקה 3 לפסק דינה של השופטת ביניש; וכן בפסקה 8 לפסק דיני). בשל מצבה הגיאופוליטי, מצאה מדינת ישראל את עצמה מתמודדת עם מספר רב מאוד של מסתננים, מעל ומעבר לחלקה היחסי של המדינה בין המדינות שוחרות החירות. המסתננים הם אורחים לשעה, אף שהשעה מתארכת. המסתננים אינם זכאי שבות. מותר למדינה לחפש דרכים חוקיות להרחקתם; דרכים התואמות את פסיקתו של בית משפט זה ואת המקובל במשפט הבינלאומי. כפי שצינו חבריי, קיימים הרבה סוגים אפשריים להתמודדות (ראו פסקאות 104–107 לחוות דעתה של חברתי השופטת ארבל; פסקאות 40–41 לחוות דעתו של חברי השופט פוגלמן). המדינה תוכל לשקול להפוך את המבנה הקיים למחנה פתוח שהשהייה בו היא רצונית; ניתן לשקול

ה

ו

ז

הטלת מגבלות על האפשרות לקבל היתרי עבודה, כגון הכשרה לתפקידים שונים, ובכך לרתום את המסתננים לצורכי המשק – ואין הדברים בגדר רשימה ממצה.

א

5. המדינה ניצבת מול מציאות חיים – הכפויה עליה הר כגיגית – שעזימה עליה להתמודד. התמודדות זו מציבה קשיים שאתגרים בצידם. אתגרים אלה מחייבים פתרונות יצירתיים. יכולה זו להיות שעתה היפה של המדינה אשר, במציאות שנכפתה עליה, תשכיל למצוא פתרונות הומניים, פתרונות התואמים לא רק את המשפט הבינלאומי אלא גם את התפישה היהודית. בד בבד, יכולה זו להיות גם שעתם היפה של ארגוני זכויות האדם ושל שוחרי זכויות האדם. חברתי השופטת ארבל הזכירה (בפסקה 66 לחוות דעתה) שיתוף פעולה אפשרי בין רשויות המדינה לבין ארגוני זכויות האדם. לדברים אלה אני מבקשת להצטרף. ארגוני זכויות האדם יוכלו להראות כי מעבר לפעילות (המוצדקת) לפסילת הוראת חוק, כוחם רב גם בעשייה בונה: בגיוס מתנדבים, בהדרכת המסתננים ובהכשרתם, ובסיוע להם בעת שהותם כאן.

ב

ג

השופט י' עמית:

ד

אני מסכים.

חבריי, השופטת ע' ארבל והשופט ע' פוגלמן, פרשו ריעה רחבת היקף. משכך, אסתפק בכמה הערות קצרות.

ה

1. לאחר שהאבק שקע והתיקון לחוק הופשט ממחלצותיו, עומדת בבדידותה – שמא בקלונה – הוראה עיקרית אחת שזו נפקתה המעשית: ניתן להחזיק אדם בתנאי מעצר למשך שלוש שנים בלי שנקבע כי חטא, בלי שיועמד לדין פלילי ובלו שניתן להרחיקו לארץ אחרת. תוצאה זו, העומדת בליבת דיונונו, היא פגיעה עוצמתית ובלתי מידתית בזכות לחירות. זאת, במיוחד בהתחשב בכך שהתשתית העובדתית שעליה מבוססת הוראת החוק היא בגדר משוואה עם שני נעלמים – האם קיים קשר סיבתי בין החסם הנורמטיבי הקבוע בחוק לבין הירידה הדרמטית במספר המסתננים, או שמא יש לייחס זאת לחסם הפיסי בדמות הגדר? האם בהגירה או בפליטות עסקינן – מהגרי עבודה המבקשים לשפר את מצבם הכלכלי או פליטים הנסים על נפשם או כאלה שנמצאים על הרצף בין שני הקטבים?

ז

לכך יש השפעה על מבחני המשנה השני והשלישי בגדרי רכיב המידתיות. פגיעה כה עוצמתית בזכות חוקתית כה חשובה כמו החירות מצריכה כי התועלת לאינטרס הציבורי שמנגד תהיה ממשית. בנקודה זו אני מגיע להערה הבאה.

א

2. הביקורת החוקתית ומלאכת האיזונים אינן נעשות בחלל ריק, במעין מעבדת משפט, שבה שוקלים, מאזנים ומחשבים ריכוזי תמיסות של פגיעה בזכויות וחירויות מול משקל ונפח של אינטרסים חיוניים שונים. במהלך הדיון לפנינו שאלתי את נציגי העותרים אם קיימת חשיבות מבחינתם לנתונים המספריים, או שמא הביקורת על התיקון לחוק צריך שתיעשה ברמה הנורמטיבית בטהרתה. משלא קיבלתי תשובה על כך, אומר את הברור מאליי: גם הזכות לחירות, כמו כל זכות יסוד אחרת, אינה מוחלטת. חברתי השופט ארבל התייחסה לכך בסעיף 115 לפסק דינה לגבי מצב שבו "יכלו כל הקיצין, מסתננים ימשיכו לנהור בהמוניהם למדינת ישראל [...]".

ב

ג

כפי שעולה מהנתונים שלפנינו, נכון להיום, מספרם של המסתננים שחדרו לישראל בשנים האחרונות עומד על כ-65,000 איש, קרוב לאחוז אחד מהאוכלוסייה בישראל (בהתחשב גם במספר בלתי ידוע של שוהים בלתי מתועדים). בעולם אידילי, המדינות המתוקנות היו מיישמות את העיקרון של חלוקת הנטל (burden sharing) ו"מחלקות" ביניהן מכסות לקליטת פליטים ומבקשי מקלט, בהתחשב בגודלה של המדינה ובשטחה, במספר אזרחיה וביכולותיה הכלכליות. לצערנו, אין אנו חיים בעולם אידילי, אך יכול הטוען לטעון כי אחוז אחד מהאוכלוסייה הוא מספר שמדינה מתוקנת וחזקה מבחינה כלכלית כמדינת ישראל יכולה וחייבת לעמוד בו (למרות שכבר כיום ישראל היא מהמדינות הצפופות, אם לא הצפופה ביותר, במערב).

ד

ה

אומר אף יותר מכך לגבי אותם מבקשי מקלט שכבר הגיעו למקומותינו, לאחר שחצו ארצות ואלפי קילומטרים במדבריות ובדרך-לא-דרך, עברו מאות קילומטרים במדבר סיני, שם נפלו חלקם קרבן לבני עוולה שעינו אותם, התעללו בהם, אנסו את נשותיהם ואת בנותיהם, ולעתים אף הרגו מהם במיתות שונות משונות, ואין פוצה פה ומצפצף בקהילה הבינלאומית. משהגיעו הללו אל גבולנו, חבולים בנפשם ובגופם, אמורים היינו לקבלם, לומר להם "יָקַח נָא מֵעַט

ו

ז

מִים וְרָחֲצוּ וְגָלְיָם וְהִשְׁעֵנוּ תַּחַת הָעֵץ" (בראשית יח 4 [ג]), לחבוש את פצעייהם בגוף ובנפש, להתייחס אליהם ברוחב לב ובמידת החמלה בכל הקשור לעבודה, לרווחה לבריאות ולחינוך. כך עשתה מדינת ישראל בעבר לגבי פליטים מוויאטנם, מבוססיה ומקוסובו.

כך הם פני הדברים כיום, כאשר מדברים אנו על כאחוז אחד מהאוכלוסייה בישראל, בבחינת "מעשה עשוי". אך מה לעתיד לבוא? ואם היה מדובר בשלושה אחוזים? בחמישה אחוזים מהאוכלוסייה? מהו "הקו האדום" המספרי שמדינה מסוגלת לשאת ללא חשש לפגיעה של ממש בריבונותה, באופייה, בזהותה הלאומית, בצביונה התרבותי-חברתי, במבנה האוכלוסייה שלה ובמכלול מאפייניה הייחודיים, וללא חשש לחוסנה ול"שכירת מפרקתה" בהיבטים של צפיפות, רווחה וכלכלה, ביטחון הפנים והסדר הציבורי? מטבע הדברים, מדינת ישראל, כמו כל מדינה מתוקנת אחרת, אינה מסוגלת לקלוט את כל החלכאים, הנדכאים והנרדפים ברחבי העולם ובאפריקה. זאת, אף בלי להביא בחשבון את מצבה המיוחד של ישראל כמדינה קטנה, מוקפת טבעת איבה באזור, מדינה שכל גבולותיה נושקים למדינות עולם שלישי מבחינת התל"ג והשכר הממוצע לנפש, המדינה הדמוקרטית היחידה הנגישה בדרך היבשה לאפריקה ואת העובדה כי חלק מהמסתננים אף מגיע ממדינות עוינות כמו צפון סודן. רוצה לומר כי, בבואנו לאזן בין זכויות יסוד מול זכויות יסוד אחרות או מול אינטרסים חיוניים של המדינה, עלינו להיות ערים לנתונים, להערכות ולתחזיות. יש מצבים שבהם "הכמות עושה איכות" (כדברי השופט (כתוארו אז) ברק בעניין גיוס בני ישיבות – בג"ץ 910/86 רסלר נ' שר הביטחון [71], בעמ' 1505). כאמור, לא זה המצב דהיום. אך בהינתן מצבים ונתונים שונים, עשויה התוצאה להשתנות גם במישור המשפטי.

3. מדינת ישראל וארגונים יהודיים נטלו חלק פעיל בניסוחה של האמנה הבינלאומית בדבר מעמדם של פליטים, על רקע מלחמת העולם ומוראות השואה. מדינת ישראל אף הייתה אחת המדינות הראשונות שחתמה ואישרה את האמנה, ולא בכדי. סיפורה של האנייה "סנט-לואיס" צרוב עדיין בתודעתנו כפצע פתוח, כלקח היסטורי וכשם נרדף לפליטים מבקשי מקלט שאינם רצויים באף מקום (האנייה הפליגה בחודש מאי 1939 מגרמניה לאחר ליל הבדולח ועל

סיפונה כאלף נוסעים יהודים, שכניסתם סורבה על ידי קובה וארצות-הברית. הספינה חזרה לבסוף לאירופה שבה הסכימו כמה מדינות לקלוט את הנוסעים, שרבים מהם – למעט אלה שנקלטו בבריטניה – נספו במהלך מלחמת העולם השנייה. פרשת תלאתיה של האנייה תוארה בסרט המפורסם "מסע הארורים".

א

כאמור, לצורך התוצאה שאליה הגענו, לא נדרשנו לשאלת מעמדם של המסתננים, אם פליטי דמים וחרב או מסתנני עבודה ואיכות חיים הם. כפי שציין חברי השופט פוגלמן (פסקה 8 לפסק דינו), התמונה האמיתית כנראה מורכבת יותר והיא כוללת תמריץ ומניע כלכליים, בבחינת "דבר־מה נוסף" שיש במדינת ישראל, המושך אליה מסתננים הנכונים לשם כך לסכן חייהם בדרך ארוכה ורוויית סכנות. נראה כי שאלת המעמד עוד תידון בהמשך, לצורך ההחלטות הפרטניות שתתקבלנה לגבי המסתננים.

ב

ג

#### השופט ס' ג'ובראן:

1. עיינתי בחוות דעתם היסודיות והמקיפות של חברתי השופטת ע' ארבל וחברי השופט ע' פוגלמן. החוק למניעת הסתננות (עבירות ושיפוט) (תיקון מס' 3 והוראת שעה), התשע"ב-2012, מאפשר להחזיק מסתננים במשמורת שלוש שנים, עד להרחקתם. בפועל, הרחקתם אינה אפשרית ונגזר עליהם להיוותר במשמורת. השחרור ממשמורת כפוף לחריגים מצומצמים. כפי שהטעימה חברתי, מצב זה פוגע בזכותם של המסתננים לחירות, פגיעה שלעת הזו אינה יכולה לסכון. לפיכך, דינו של התיקון – בטלות.

ד

ה

אעיר הערה אחת באשר לאופן בחינת תכליתו של התיקון. כפי שיובהר להלן, אני סבור כי בשלב בחינתה של חוקתיות התכלית, יש להימנע, ככל הניתן, מבחינת חוקתיות האמצעים להגשמתה.

ו

2. שתי תכליות יש לתיקון לחוק. האחת – מניעת השתקעותם של המסתננים והתמודדות עם תוצאותיה של תופעת ההסתננות. השנייה – הרלוונטית לענייננו – בלימתה של תופעת ההסתננות. המשיבים הטעימו כי עיקרה של תכלית זו הוא "חסם נורמטיבי" בפני מסתננים – קיימים ופוטנציאליים. לשיטתם, הגשמת תכלית זו מושגת מעצם מודעותם של מסתננים

ז

פוטנציאלים לכלים המשפטיים שבאמצעותם מתמודדת המדינה עם "הגירת העבודה" אל תחומיה.

א

3. חברתי פירשה תכלית זו כהרתעת מסתננים פוטנציאליים (פסקה 85 לחוות דעתה). לשיטתה, תכלית זו מעוררת קשיים. בהתאם למקובל בפסיקה, ציינה חברתי כי תכליתו של חוק היא ראויה – אם הוא נועד לקדם זכויות אדם, או להגשים מטרה ציבורית או חברתית חשובה, המגלה רגישות למקומן של זכויות אדם במערך החברתי הכולל. כן ציינה חברתי כי יש להתחשב במהות הזכות הנפגעת ובעוצמת הפגיעה. חברתי סבורה כי שימת אדם במעצר עושה בו שימוש כ"אמצעי" להשגת מטרותיה של המדינה. לשיטתה, שימוש זה פסול – וספק אם ניתן לראות בתכלית זו תכלית ראויה.

ב

ג

4. אכן, כפי שהטעימה חברתי, שימתו של מסתנן במעצר כדי להרתיע מסתננים פוטנציאליים פוגעת בו, בעת הזאת, פגיעה בלתי מידתית, ולכן אין היא חוקתית. אולם, אני סבור כי את בחינת היחס בין האמצעי הפוגעני לבין התכלית יש להותיר, ככל הניתן, למבחני המשנה של המידתיות (השוו בג"ץ 7052/03 עדאלה – המרכז המשפטי לזכויות המיעוט הערבי בישראל נ' שר הפנים [62], בעמ' 320–321, והאסמכתאות שם, להלן: עניין עדאלה. וראו אהרן ברק מידתיות במשפט – הפגיעה בזכות החוקתית והגבלותיה [86], בעמ' 297–300, 324, 328, 345, להלן: מידתיות במשפט).

ד

ה

5. תפקידו של מבחן התכלית הראויה הוא לתת מענה לשאלה אם תכליתו של החקיקה מעניקה צידוק מספק לפגיעה בזכות חוקתית (בג"ץ 6427/02 התנועה למען איכות השלטון בישראל נ' כנסת ישראל [26], בפסקה 50 לפסק דינו של הנשיא א' ברק, להלן: עניין התנועה למען איכות השלטון). מבחן זה בוחן אם התכלית הנבדקת נמנית עם אותן תכליות המצדיקות בעיני החברה פגיעה בזכויות חוקתיות. בפסיקה נשתרש שימוש בשתי שאלות לבחינת היותה של תכלית ראויה. שאלה אחת עוסקת במאפייניה של התכלית, המצדיקים פגיעה בזכות חוקתית. במילים אחרות, סוג המטרות המצדיקות פגיעה בזכות חוקתית. השאלה השנייה עוסקת במידת הצורך בהגשמתה של התכלית (בג"ץ 52/06 חברת אלאקסא לפיתוח נכסי ההקדש המוסלמי בא"י בע"מ נ' Simon Wiesenthal Center Museum Corp. [72], בפסקה 222 לפסק דינה של השופטת א' פרוקצ'יה;

ז

עניין התנועה למען איכות השלטון [26], בפסקה 53; עניין עדאלה [62], בעמ' 319, והאסמכתאות שם; מידתיות במשפט [86], בעמ' 301).

א

6. שתי שאלות אלה עוסקות בשניים – בתוכן התכלית ובצורך בה. אין הן עוסקות במידת פוגענותו של האמצעי שנבחר. אמנם, ככל שהזכות הנפגעת חשובה יותר והפגיעה קשה יותר, כך יידרש אינטרס ציבורי חזק יותר כדי להצדיק את הפגיעה (השופט י' זמיר בבג"ץ 6055/95 צמח נ' שר הביטחון [33], בעמ' 273). אך אין פירוש הדבר שפגיעה בעוצמה גבוהה תשלול בהכרח את חוקתיות התכלית. ההתייחסות לעוצמה גבוהה באה לידי ביטוי (כאמור, בשאלה השנייה) בבחינתה של מידת הצורך בה. ואכן, בנסיבות שבהן הגשמתה של התכלית פגעה בזכויות חוקתיות, הממוקמות גבוה במדרג הזכויות, דרשה הפסיקה אמות מידה מחמירות לנחיצות הפגיעה, כגון צורך חברתי דחוף או עניין חברתי מהותי (ראו: בג"ץ 6893/05 לוי נ' ממשלת ישראל [73], בעמ' 890; עניין התנועה למען איכות השלטון [26], בפסקה 53, והאסמכתאות שם; עניין עדאלה [62], בעמ' 321).

ב

ג

7. ומכאן לעיקר: בחינת התכלית הראויה, בלי להפרידה מן האמצעי הפוגעני להגשמתה, מעוררת קשיים: ראשית, בחינה כזו עלולה להכתיים כל תכלית באי חוקתיות, בלי שתיבחן לגופה. שנית, בחינה כזו יוצרת כפילות שאינה נדרשת. בחינת היחס שבין התועלת הצומחת מהגשמת התכלית לבין הנזק לזכות החוקתית, נעשית בגדר מבחן המידתיות השלישי (במובן הצר). שם, נערכת השוואה "ישירה" של נזק מול תועלת. השוואה ישירה זו מקילה על מלאכת בחינתה של מידתיות הפגיעה.

ד

ה

8. מנגד, ניסיון לאמוד את עוצמת הפגיעה, כבר בשלב בחינת התכלית, עלול להקשות על מלאכה עדינה זו. בשלב בחינת התכלית הראויה – טרם נוכחנו כי קיים קשר רציונלי בין האמצעי שנבחר לבין התכלית. בהיעדרו של קשר זה, ממילא יתייתר ניסיונו לאמוד במדויק את עוצמת הפגיעה. בשלב בחינת התכלית הראויה – טרם נדרשנו לשאלת קיומם של אמצעים חלופיים להשגת התכלית באופן פוגעני פחות. ידיעה על אודות קיומם או על אודות היעדרם של אמצעים אלה עשויה לסייע לנו לאמוד את עוצמת הפגיעה.

ז

9. פרט לקושי שנוצר בשל היעדר אינדיקציות אלה, מבחן התכלית הראויה כשלעצמו הוא עמוס ומורכב. בחינת התכלית הראויה מחייבת "שקלול" של גורמים מספר: נכונותו של החוק הפוגע לקדם זכויות אדם או להגשים מטרה ציבורית או חברתית חשובה; קיומה של רגישות למקומן של זכויות אדם במערך החברתי הכולל; וכל זאת, בניסיון להתחשב הן במהות הזכות הנפגעת, הן בעוצמת הפגיעה. דומה כי אמידה דקדקנית של עוצמת הפגיעה כבר במסגרת זו, הופכת את מלאכתנו למורכבת שלא לצורך, בעוד שמבחני המידתיות מקילים על ביצועה. זאת, בין שנשווה ערכים "יחסיים" – כעמדת חברי השופט ע' פוגלמן – ובין שנשווה ערכים "מוחלטים" (פסקה 27 לחוות דעתו). במילים אחרות, בחינת התכלית עם האמצעי להגשמתה מקדימה שלא לצורך את העיסוק בעוצמת הפגיעה אל שלב בחינת התכלית הראויה ומקשה עליה. משכך, סבורני כי את התכלית השנייה (בלימתה של תופעת ההסתננות) יש לבחון בלי ליתן – כבר בשלב זה – את מלוא המשקל לעוצמת הפגיעה שהמעצר מסב לזכות לחירות.

10. מכיוון שהתיקון אינו צולח את מבחני המידתיות, איני נדרש להכריע, בנסיבות המקרה, בשאלה אם התכלית השנייה – בלימת ההסתננות – היא ראויה. אסתפק בדברים קצרים.

המשיבים סבורים כי מודעותם של מסתננים פוטנציאליים לכלים המשפטיים של מדינת ישראל להתמודדות עם תופעת הגירת העבודה, משפיעה על החלטתם אם להגר אל תחומה. מתקבל על הדעת שמצב נורמטיבי השורר במדינה פלונית, עשוי להיות חלק ממכלול שיקולים, שבכוחם להשפיע על החלטה של מהגרי עבודה אם "להסתנן" אליה. דומה כי אין מניעה עקרונית מנקיטת אמצעים המהווים "חסם נורמטיבי" בפני מהגרי עבודה אלה. הרצון לעצב חקיקה שאינה מעודדת הגירת עבודה אינו בלתי לגיטימי. הוא אינו חורג מן הפררוגטיבה של מדינה לקבוע מי יבוא בשעריה, ועולה בקנה אחד עם ריבונותה (השוו עמדתי בעניין עדאלה [62], בעמ' 485. ראו גם הבהרת הוועדה לזכויות אדם – Hum. Rts. Comm., General Comment No. 15: The Position of Aliens Under the Covenant [121], at para. 5. ראו גם Liav Orgad & Theodore Ruthizer, *Race, Religion and Nationality in Immigration Selection: 120 Years after the Chinese Exclusion Case* [97], at pp. 242–243. זאת, כמובן, כפוף



למבחני פסקת ההגבלה ולמחויבותה של מדינת ישראל מכוח הדין הבינלאומי. שאלה זו הופכת מורכבת יותר בכל הקשור למי שזכאי למעמד של פליט. כאמור, בנסיבות הנוכחיות איני נדרש לשאלה זו ואסתפק בדברים אלה.

א

השופט י' דנציגר:

אני מצטרף בהסכמה לחוות הדעת המקיפות של חבריי השופטת ע' ארבל והשופט ע' פוגלמן באשר לאי חוקתיותו של ההסדר הקבוע בחוק למניעת הסתננות (עבירות ושיפוט) (תיקון מס' 3 והוראת שעה), התשע"ב-2012 (להלן: התיקון לחוק למניעת הסתננות או התיקון לחוק). אבקש להוסיף כמה הערות קצרות משל עצמי.

ב

הן השופטת ארבל והן השופט פוגלמן עמדו על ההבדלים באופנים שבהם הציגו העותרים והמשיבים את אוכלוסיית היעד שאליה מופנה התיקון לחוק למניעת הסתננות. בעוד שהמשיבים התייחסו לאוכלוסייה זו כמהגרי עבודה שהגיעו ארצה מטעמים כלכליים, תיארו אותם העותרים כמבקשי מקלט מדיני שאפשר שהם "פליטים" כהגדרתם באמנה בדבר מעמדם של פליטים.

ג

ד

בדומה לחברי השופט פוגלמן גם אני סבור כי, הלכה למעשה, התמונה ככל הנראה מורכבת יותר. אכן, ניתן להניח כי קיים גם אלמנט כלכלי ביסוד בחירתם של אלפי נתיני סודן ואריתריאה להגיע במסע רווי תלאות למדינת ישראל דווקא. עם זאת, לא ניתן להתעלם מכך שחלק מן העמימות באשר לסיווגם של אותם "מסתננים" – בין כמהגרי עבודה לא-חוקיים ובין כפליטים הזכאים למקלט מדיני – קשור לאופן שבו טיפלה המדינה באוכלוסייה זו. במשך שנים נמנעה המדינה, מחד גיסא, מלבחון בקשות פרטניות למקלט שהגישו נתיני סודן ואריתריאה, ומאידך גיסא – נמנעה מלגרשם חזרה לארצותיהם, בין בשל מדיניות "אי ההרחקה הזמנית" ובין בשל אילוצים אחרים (כמפורט בפסקה 8 לחוות דעתו של השופט פוגלמן. ראו גם את עניין אספ[5] הנזכר על ידיו ואת הערותיה של השופטת א' חיות בעניין זה).

ה

ו

בנסיבות אלה, לטעמי, היה על המשיבים להתייחס באופן זהיר יותר למורכבות המאפיינת אותם "מסתננים" ולא להסתפק בתיוגם כמי שאינם אלא

ז

א מהגרי עבודה בלתי חוקיים. אין מדובר בשאלה של רטוריקה בלבד. ככל שמתערצת ההנחה שלפיה אוכלוסיית היעד של התיקון לחוק מורכבת בעיקרה ממהגרי עבודה, ומתחזקת ההנחה שמדובר במבקשי מקלט שיכול שהם "פליטים", כך, למשל, מאבדת מעוקצה טענת המשיבים שלפיה תכלית החוק היא "להעמיד לנגד עיניהם דיני הגירה מחמירים המאיינים את התמריץ הכלכלי שביסוד הגירתם הבלתי חוקית" (עמ' 24 לתשובת המדינה). ברם, בדומה לחבריי אף אם הייתי מוכן להניח כי התיקון לחוק צולח את מבחן התכלית הראויה, חרף הבעייתיות הכרוכה בכך, הרי שממילא אין הוא עומד במבחני המידתיות. זאת, מן הטעמים שפורטו באופן מקיף וממצה בחוות דעתם של חבריי.

ב לבסוף, אבקש להתייחס לטענותיהם של תושבי שכונות דרום תל אביב, אשר סיפרו בדם ליבם על הקשיים ועל הפחד המלווים את חייהם. מצוקתם של תושבי השכונות קשה, כואבת ובלתי נסבלת. זעקתם מהדהדת בליבנו וכאבם – כאבנו. עם זאת, הפתרון למצוקתם של תושבי השכונות אינו יכול שיימצא, ואינו ראוי שיימצא, בדמות חקיקה המתירה להחזיק במשמורת אלפי בני אדם – גברים, נשים וטף – במתקני כליאה לתקופת זמן בלתי מוגבלת, בלי שהואשמו בדבר וללא אפשרות נראית לעין לגירושם. יתרה מכך, התיקון לחוק כפי שהוא מיושם כיום – החזקה במשמורת של כ-2,000 מסתננים מתוך כ-55,000 מסתננים בסך הכול – ספק רב אם יש בו מזור של ממש למצוקה זו.

ג אכן, אין חולק על הצורך לנקוט צעדים אופרטיביים כדי להתמודד עם השפעותיה של תופעת ההסתננות, ויפה שעה אחת קודם. בל נשלה את עצמנו. אין מדובר במשימה פשוטה. מדינות אחרות בעולם מתמודדות אף הן עם בעיה דומה, ולא תמיד בהצלחה יתרה. אך פנייה לאמצעי הכרוך בפגיעה קיצונית בזכות היסוד לחירות של אלפי בני אדם, שהתועלת שבצידו מוטלת בספק, בעת שקיימות אפשרויות פוגעניות פחות שלא נעשה ניסיון למצותן, אינה הפתרון. בנימה זו אצטרף לדבריה של חברתי המשנה לנשיא מ' נאור בתקווה ובשאיפה שהמדינה תשכיל להתגבר על האתגרים הניצבים לפתחה על ידי נקיטת פתרונות הומניים העולים בקנה אחד עם נורמות חוקתיות ועם כללי המשפט הבינלאומי.

ד

השופטת א' חיות:

אני מצטרפת בהסכמה לפסקי דינם המקיפים של חבריי השופטת ע' ארבל והשופט ע' פוגלמן ולעמדתם כי החוק למניעת הסתננות (עבירות ושיפוט) (תיקון מס' 3 והוראת שעה), התשע"ב-2012 (להלן: התיקון לחוק), אינו חוקתי ודינו בטלות. השיקולים והנתונים הצריכים לעניין פורטו בהרחבה בפסקי הדין של חבריי ואין צורך לחזור על הדברים. אבקש, עם זאת, להוסיף הערות אחדות משלי בסוגיה רגישה וטעונה זו.

1. בפתח חיבורם העוסק במתווה למדיניות הגירה לישראל עמדו המלומדים שלמה אבינרי, ליאב אורגד ואמנון רובינשטיין על כך ש"מדינת ישראל נותרה הדמוקרטיה המערבית היחידה בעולם ללא מדיניות הגירה". הם ציינו כי זהו מצב דברים בלתי ראוי ובלתי רצוי המוביל לפגיעה באינטרסים חיוניים של המדינה וכן "להתעמרות בזרים המביישת אותנו כעם וכמדינה" (שלמה אבינרי, ליאב אורגד, אמנון רובינשטיין התמודדות עם הגירה גלובלית: מתווה למדיניות הגירה לישראל [87], בעמ' 9, הדגשות במקור הוסרו – א' ח'). תופעת המהגרים הבלתי חוקיים – אשר הציפו את המדינה במהלך השנים האחרונות ושיעורם, על פי הנתונים שהוצגו לפנינו, מגיע כמעט כדי אחוז מכלל האוכלוסייה – ממחישה עד כמה זקוקה ישראל למדיניות הגירה ולהגדרת מטרות, יעדים וכללים אשר ייתנו בידי הרשויות כלים להתמודד עימה. כן ממחישה המציאות העגומה שנוצרה את התוצאות השליליות של היעדר מדיניות הגירה הנובעות מהמהלכים אשר, כאמור בחיבורם של אבינרי, אורגד ורובינשטיין, מתאפיינים "ב[החלטות אד-הוק, שחלקן מתקבלות שרירותית על-ידי פקידים ממונים וללא יד מכוונת" (שם [87]). כך, למשל, אין הסדר ברור, בחוק או – למצער – בנוהל בשאלה האקוטית הנוגעת לזכותם של עשרות אלפי המסתננים לעבוד בישראל. הפתרון שמצאה המדינה לכך – שאותו פירטה בתגובתה לעתירה שהוגשה בנושא זה – הוא שלא להעניק להם אישורי עבודה אך גם לא לנקוט פעולות אכיפה הנוגעות לאיסור על העסקת מסתננים (בג"ץ 6312/10 קו לעובד נ' הממשלה [9]). לביקורת על מדיניות זו ראו יובל לבנת "פליטים, מעסיקים, ופתרונות מעשיים" בבג"ץ: בעקבות בג"ץ 6312/10 קו לעובד נ' הממשלה" [96]. פתרונות אד-הוק מסוג זה אינם תחליף למדיניות סדורה, וכבר עמדתי על כך באחת הפרשות בצייני כי:

א "זהו מצב בלתי רצוי בעליל. הערפל הנורמטיבי יוצר אי-וודאות מכבידה ביותר מבחינת האנשים עצמם אשר לעיתים שוהים בישראל מכח המדיניות האמורה פרקי זמן בלתי-מבוטלים. בתי המשפט נאלצים אף הם להתמודד בשל כך חדשות לבקרים עם שאלות ומצבים שונים ומגוונים שמייצרת, מטבע הדברים, מציאות החיים והנוגעים לזכויותיהם של אנשים אלה. ויעיד על כך המקרה דנן.

ב בהינתן ממדי התופעה טוב היה אילו הנושא היה זוכה להסדרה כלשהי ולו על דרך של נהלים והנחיות שיכללו, בין היתר, התייחסות לזכויותיהם הבסיסיות של אותם אנשים בעת שהותם בישראל. ויפה שעה אחת קודם" (ע"מ 8908/11 א190 נ' משרד הפנים [5], להלן: פרשת א190).

ג 2. והנה, הצורך בהסדר נורמטיבי הולם ומקיף נענה על ידי המחוקק במהלך נקודתי שהוא בעייתי ומרחיק לכת, על דרך של הוספת תיקון מס' 3 לחוק למניעת הסתננות. תיקון זה לוקה בשניים. ראשית, אין בו מענה לבעיות המורכבות שנוצרו בעקבות הגעתם של עשרות אלפי המסתננים לישראל והתרכזותם בקבוצות גדולות בערים וביישובים השונים. כליאת המסתננים אשר זה מקרוב באו, ואשר מספרם נמוך יחסית, הוא בהקשר זה אמצעי חסר כל אפקטיביות. שנית, ועל כך עמדו חבריי בהרחבה, הוראות התיקון לחוק ומתווה המעצר הכלול בהן מגדילים ומעצימים באופן ניכר את הפגיעה בזכותם החוקתית לחירות של השוהים שלא כדין. פגיעה בעוצמה כזו עולה על הנדרש להשלמת הליך גירושם. על מהותו של מעצר טרם גירוש כמעצר המיועד להבטיח את האפקטיביות של צו הגירוש ולא כמעצר הבא לשרת מטרה עונשית או מטרה של הרתעה, ועל המגבלות הנובעות מכך לעניין משך המעצר, עמדתי בעבר בע"א 9656/08 מדינת ישראל נ' סעדי [3], בפסקה 26, בכל הנוגע למעצר על פי חוק הכניסה לישראל, התשי"ב-1952.

ד 3. לבסוף, ראוי להדגיש כי המסקנה בדבר אי חוקתיותו של התיקון לחוק אין משמעה כי המצב המשפטי אשר שרר טרם חקיקתו היה משביע רצון. ההיפך הוא הנכון. כפי שצינתי בתחילת הדברים, סוגיית מעמדם של המסתננים זועקת להסדרה כוללת בחקיקה ולמחשבה ארוכת טווח אשר יהא בהן משום מענה, ולו

חלקי, לשלל האתגרים שסוגיה זו מציבה בפני החברה הישראלית (באשר למדיניות אלטרנטיבית אפשרית שפגיעתה בזכויות אדם חוקתיות פחותה, תוך בחינת דרכי התמודדות של מדינות העולם עם תופעות דומות, ראו פסקאות 104–107 לחוות דעתה של השופטת ארבל ופסקאות 39–41 לחוות דעתו של השופט פוגלמן). בהקשר זה לא למותר לשוב ולציין את שכבר צוין בפרשת אספּו [5] כי משמדיניות אי ההרחקה ה"זמנית" אשר אותה נוקטת המדינה כלפי חלק מאותם מסתננים הופכת ברבות השנים לזמנית פחות, יש הכרח למלאה בתוכן נורמטיבי.

### השופט נ' הנדל:

1. קראתי את חוות דעתה היסודית והמקיפה של חברתי השופטת ע' ארבל ואת חוות דעתו המשלימה והחשובה של חברי השופט ע' פוגלמן, שאל עיקריהן הצטרפו יתר חברי ההרכב. מקובל עליי כי יש פגם חוקתי בהוראה הקובעת רף עליון של שלוש שנים להחזקה במשמורת. זאת, גם מפני שמדובר בהוראת שעה, ולעת הזו השתנו הנסיבות. אולם, דעתי שונה באשר לתוצאה האופרטיבית – דהיינו, קביעת הסעד. אני סבור כי יש להורות על בטלותו של סעיף 30א(ג) לחוק ההסתננות בלבד, שעניינו שחרור מחמת חלוף מועדים מסוימים. כן אני סבור שיש להשעות את הבטלות לתקופה של 90 ימים. על הטעמים שהביאוני לתוצאה זו אעמוד כעת.

2. קודם שאעמוד על הקושי החוקתי שמעורר התיקון לחוק, רצוני להבהיר את עמדתי כלפי תכלית החוק.

ביסוד התיקון לחוק עומדות, לגישת המדינה, בעיקר שתי תכליות: האחת – מניעת השתקעות המסתננים בישראל, והשנייה – בלימתה של תופעת ההסתננות. נדמה כי אין מחלוקת בין חברי ההרכב על כך שהתכלית הראשונה היא ראויה, במובן של פסקת ההגבלה. הדברים כתובים באופן מפורט בחוות דעתה של חברתי השופטת ארבל, ועל כן לא ארחיב עליהם את הדיבור. ברם, התכלית השנייה, לשיטת חברתי השופטת ארבל, מעוררת "קשיים שאינם מבוטלים": היא מנצלת את המסתננים שכבר מצויים בישראל כדי להרתיע מסתננים פוטנציאלים. חרף האמור, דעתי היא כי גם תכלית זו היא ראויה.

ברמה המופשטת יותר, תכלית החוק היא עיצוב מדיניות הגירה. מדיניות זו היא בסמכות הריבון. האחרון רשאי לקבוע, ונדמה כי אף מוטלת עליו החובה לקבוע, מדיניות כלפי אנשים החפצים להיכנס בשערי ארצו. עיצוב המדיניות מצוי בלב הפרוגטיבה של הממשלה הנבחרת ושל כנסת ישראל. סוגיה זו אף מצויה בלב הוויכוח הציבורי מזה תקופה ארוכה. בהתחשב בכל אלה, על בית המשפט לנקוט זהירות רבה בבואו לשקול את מידת החוקתיות של החוק. יתרה מכך, דעתי היא שלקביעה כי תכליתו של התיקון לחוק, ואפילו אחת מבין תכליותיו, אינה ראויה – יש נפקות רבה: במישור הציבורי, במישור הערכי ובמישור המשפטי.

הרתעת מסתננים פוטנציאלים אינה תכלית העומדת לעצמה. היא מהווה מעין תכלית ביניים בדרך להגשמת תכליתו העיקרית של החוק. נשאל את עצמנו: מדוע יש צורך בהרתעת מסתננים פוטנציאלים? מדוע יש לנקוט אמצעים שיצמצמו את היקף ההסתננות? התשובה היא שלהסתננות יש השפעות שאינן מבוטלות על מרקם החיים בישראל, על שוק העבודה ועל ניתוב תקציבי הרווחה והחינוך. כך בארץ וכך בכל מדינה. תפקידו של החוק שבו עסקינן הוא לנסות לנווט השפעות אלה. בכל מקרה, תכלית לגיטימית היא לצמצם את התוצאות השליליות של אותן תופעות, כפי שנקבע בעבר בפסיקה (ראו סעיף 84 לחוות דעתה של חברתי השופטת ארבל).

להשקפתי, דברים אלה כוחם יפה אף באשר לעקרון ההרתעה: ההרתעה במקרה דנא נועדה למנוע מראש את ההשפעות השליליות שיש להסתננות על החברה בישראל. אם נקבל כי מניעת השתקעותם של המסתננים בישראל היא תכלית ראויה, הרי שאין מנוס, לדידי, מן המסקנה כי גם הרתעת מסתננים פוטנציאלים היא תכלית ראויה. זאת, כפוף להסתייגות שתוצג בהמשך ושעיקרה משך התקופה שבה ניתן להחזיק מסתנן במשמורת.

לא ניתן להתעלם מן המציאות שהולידה את התיקון לחוק. בשנים האחרונות, ניצלו עשרות אלפי מהגרים פרצות בגבול כדי להסתנן לשטח ישראל באופן בלתי חוקי. זרם המסתננים איים להפוך לשיטפון. תופעת ההסתננות הביאה עימה תוצאות קשות במגוון תחומים: הידרדרות ביטחון הפנים ותחושת

הביטחון האישי באזורים שונים; פגיעה ברמות השכר והתעסוקה של עובדים רבים; גידול בהוצאות תקציביות בגין שירותי רפואה, רווחה וחינוך; התפתחות שווקים בלתי מפוקחים. בית משפט זה – בתוך עמו הוא יושב: נדמה כי הנפגעים העיקריים, גם אם לא הבלעדיים, מן ההגירה הבלתי חוקית המסיבית והפתאומית הם בני השכבות הסוציו-אקונומיות החלשות יותר. חופש העיסוק, היכולת להשתכר שכר הוגן, שלום הציבור במובן הרחב ותחושת שלום הציבור – כל אלה ספגו פגיעה קשה. מצב זה לא היה תוצאה של מדיניות מכוונת, אלא תוצאה של זרם החיים ואולי אף של היעדר מדיניות (ראו סעיף 1 לחוות דעתה של חברתי השופטת א' חיות).

א

ב

זו הייתה המציאות עד לפני זמן לא רב. זוהי הקרקע שעליה צמחה אף הדרישה הציבורית לחולל שינוי במדיניות ההגירה של ישראל. מכאן הגיע התיקון לחוק, אשר ביקש להתמודד עם מציאות קשה זו. בנסיבות אלה, האם התיקון הוא לתכלית ראויה? לטעמי, התשובה היא חיובית.

ג

להשלמת התמונה יוצג גם הצד השני של המטבע. מדינת ישראל חתומה על האמנה הבינלאומית בדבר מעמדם של פליטים, משנת 1951. שנת החתימה על האמנה, כמו גם שמה, מלמדים על הרגישות המיוחדת של מדינת ישראל לנושא, גם על רקע ההיסטוריה המיוחדת – הרחוקה והקרובה – של המדינה והעם. עוד ניתן להיעזר בדרישות המשפט העברי מהיחיד כלפי היחיד.

ד

שני כללים גדולים עומדים זה בצד זה: האחד – החובה לגמול חסד ולנקוט צעדים הומניטריים כלפי כל אדם באשר הוא אדם. כך מסכם את הדברים הרמב"ם (הלכות מלכים, פרק י, הלכה יב [ד]): "אפילו העכו"ם [עובדי כוכבים ומזלות – נ' ה'] צוו חכמים לבקר חוליהם, ולקבור מתיהם עם מתי ישראל, ולפרנס ענייהם בכלל עניי ישראל, מפני דרכי שלום, הרי נאמר: 'טוב ה' לכל ורחמיו על כל מעשיו', ונאמר: 'דרכיה דרכי נועם וכל נתיבותיה שלום'" (מבוסס על דברי התלמוד הבבלי, גיטין סא, ע"א [ה]). הכלל השני הוא ההכרה כי עניי עירך קודמים. גם כאן יהיו לנו לעזר דברי הרמב"ם (הלכות מתנות עניים, פרק ז, הלכה יג [ו]): "עני שהוא קרובו קודם לכל אדם; עניי ביתו קודמין לעניי עירו; עניי עירו קודמין לעניי עיר אחרת, שנאמר: 'לאחיך לענייך ולאביוןך בארצך'"

ה

ו

ז

א (מבוסס על דברי התלמוד הבבלי, בבא מציעא עא, ע"א [T]). כללים אלה, כך נדמה, חלים גם על הציבור. האיזון ביניהם הוא עדין ביותר ומושפע מהמציאות המשתנה. הוא נתון בידי המחוקק והממשלה הנבחרת, על רקע חובתם הכללית לעצב מדיניות הגירה (ראו גם סעיף 10 לחוות דעתו של חברי השופט ס' ג'ובראן).

ב 3. ואם בכל זאת ישאל השואל: האם שיקול ההרתעה שהוזכר לעיל מתיישב עם פסיקת בית משפט זה ועם עקרונות המשפט המינהלי? תשובתי היא כי יש להבחין בין הרתעה עונשית לבין הרתעה מינהלית מצומצמת, בגדר עיצוב מדיניות הגירה. לטעמי, הרתעה מינהלית מצומצמת עשויה להיות לגיטימית, אך הרתעה עונשית כלפי המסתנן – בהליך מינהלי – אינה לגיטימית. אבהיר בהציגי שתי דוגמאות שונות.

ג הדוגמה הראשונה היא מדיני העונשין. ביסוד תורת הענישה ניצבים עקרונות הגמול (הלימה), ההרתעה והשיקום. לאמור, הרתעה כללית היא תכלית לגיטימית של ההליך הפלילי. היא אף עוגנה לאחרונה בחוק העונשין, בתיקון מס' 113. המחוקק קבע את המדרג בין התכליות השונות והכיר במפורש בלגיטימיות של השיקול בדבר "הרתעת הרבים" (ראו סעיפים 40ב ו-140 לחוק העונשין, התשל"ז-1977). הרתעת הרבים דרך ענישת היחיד אינה סוגיה נקיה מקשיים, אך היא מקובלת.

ד הדרגמה האחרת, שעשויה ללבן את הנקודה מזווית אחרת, היא מעצר מינהלי מטעמי ביטחון. נפסק כי מעצר מינהלי "מותנה בקיומה של עילת מעצר הנובעת ממסוכנותו האינדיווידואלית של העצור" (ע"פ 6659/06 פלוני נ' מדינת ישראל [23], בעמ' 363). עולה מכך כי צורכי השעה עשויים להצדיק מעצר מינהלי לצורכי ביטחון תוך הנמכת רף ההוכחה והגמשת דיני הראיות. ברם, לכאורה, עדיין נדרשת בדיקה של המסוכנות האינדיווידואלית, כפי שזו עולה מן החומר. בדיקה זו דומה להליך המעצר בבית משפט פלילי, במובן זה שהיא מתנהלת בין גורמי חקירה, סניגוריה וגוף שיפוטי. אולם, כאמור, סדרי הדין וכללי הראיות משתנים. אמנם ניתן לקבל ראיות מינהליות, אך אופיו של ההליך הוא משפטי.

ז



מנגד, החזקת מסתננים במשמורת היא באופייה הליך מינהלי. השלבים הראשונים של ההחזקה נתונים לפיקוח של הגורם המינהלי, והביקורת השיפוטית נעה במסלול של בית הדין למשמורת וביקורת ערעורית של בית המשפט לעניינים מינהליים. בהקשר זה, יש להבחין בין הלגיטימיות שבהחזקת מסתנן במשמורת לבין קביעת התקופה שבה יוחזק.

תרומתה של הגדר, למשל, היא גם בכך שעם הזמן ינסו פחות אנשים להסתנן למדינה. ואולם משנכנס המסתנן למדינה, ונתפס, רשאות הרשויות להחזיק אותו במשמורת. שחרורו האוטומטי בכל מצב לא זו בלבד שאין הוא מרתיע אלא שהוא אף מעודד את ניסיון ההסתננות הבא. זהו שיקול לגיטימי. כלי ההחזקה במשמורת אף מוכר בשיטות משפט אחרות, כפי שיובהר. הצידוקים לכך הם שהמסתנן נכנס לארץ בלא רשות, תוך כדי הפרה ברורה של החוק, והמדינה רשאית לערוך בדיקה – למשל: אם הוא פליט או מהגר עבודה – ולמצוא לכך פתרון. המציאות מורכבת משום שלעתים יש קבוצות ביניים – למשל, מהגרי עבודה שעל ארץ מוצאם חל עקרון ה־non-refoulement (ראו בעניין זה סעיף 8 לחוות דעתו של חברי השופט פוגלמן).

עולה, אם כן, כי ניתן להחזיק מסתנן במשמורת חוקית. תוצאה זו אפשרית, ועל פי התיקון לחוק – אף מחויבת. סעיף 30א מסמיך את הממונה על ביקורת הגבולות לשחרר מסתנן בערובה, ולתת את דעתו לנסיבות אישיות שונות, כגון מצב בריאות, שיקולים הומניטריים וקטינות. ברם, אף במקרה שבו מוחזק מסתנן במשמורת, הארכת התקופה אינה אמורה להיגזר משיקולי ענישה או הרתעה (ראו והשוו חוות דעתה של חברתי השופטת חיות בע"א 9656/08 מדינת ישראל נ' סעידי [3], בפסקה 26). המטרה היא, כאמור, להשלים את הבדיקה ולהורות על שחרורו או על גירושו למדינה אחרת.

4. כאן מתעורר מימד הזמן של ההחזקה. זוהי ליבת העניין בעתירה הנוכחית: אם הקביעה כי הרף העליון להחזקה עומד על שלוש שנים, ולא על פחות מכך, עוברת את הבחינה החוקתית.

א דווקא בשל המאפיינים של ההחזקה – החזקה במשמורת בלא הליך פלילי – מוטל על בית המשפט, בעת הביקורת החוקתית, לבחון את העניין במשקפיים של ביקורת חוקתית קפדנית (strict scrutiny), דוקטרינה המוכרת מן הפסיקה האמריקנית. הנפקות לענייננו היא כפולה.

ב ראשית, יש הצדקה רבה יותר לבחון את תקופת ההחזקה המקסימלית בגדרי מבחן המידתיות לא רק במועד חקיקת החוק אלא גם במועד הנוכחי. מהנתונים שמסרה לנו המדינה עולה התמונה הבאה: תחילת יישומו של התיקון לחוק הייתה ביולי 2012. מני אז חלה ירידה דרסטית במספר המסתננים. כך, למשל, ברבעון הראשון של שנת 2012 הסתננו לישראל 1,840 איש במוצע בחודש. ברבעון השני של שנת 2012 – עובר לקבלת התיקון לחוק – הסתננו לישראל כ- 1,340 איש במוצע בחודש. ברבעון השלישי של שנת 2012, לעומת זאת, צנח מספר המסתננים החודשי הממוצע ל-200. הצמצום הדרמטי במספר המסתננים נמשך ואף התעצם בשנת 2013, כאשר במארס 2013, למשל, חדרו לשטח ישראל שלושה מסתננים בלבד.

ט ריידה זו "זועקת" בעד עצמה. יש משמעות למספרים כגון אלה (ראו סעיף 2 לחוות דעתו של חברי השופט י' עמית). בעיצוב מדיניות הגירה, היעלה על הדעת שאין חשיבות למתחולל בשטח? האם אין חשיבות חקיקתית או חוקתית להבחנה בין מצב שבו נכנסים 10 מסתננים לחודש, לעומת מצב שבו נכנסים 10,000 מסתננים בחודש? נגזר מכך שכללי החקיקה עשויים להשתנות, אם כי גם לכך יש גבולות במישור החוקתי. ואולם, לעת הזאת, נראה לי כי ניתן אף להסכים שהתקופה של שלוש שנים אינה מוצדקת. אף באת כוח המדינה, עו"ד גנסי, השיבה בדיון כי לו היה המצב בזמן החקיקה כפי שהוא היום, עשוי היה הרף העליון לרדת באופן ניכר (ראו עמ' 27 לפרוטוקול). לכך יש השפעה באשר לביקורת החוקתית.

י הנפקות השנייה של הביקורת החוקתית הקפדנית לענייננו היא שאין להעניק משקל לטענת המדינה בדבר הצורך לקבוע משמורת ממושכת כדי שבינתיים ניתן יהיה להגיע להסדר עם מדינה שלישית. על פי קו זה, ההחזקה הממושכת במשמורת נועדה לקדם בינתיים פתרון הומניטרי. גם אם נכון הדבר, התוצאה

של החזקת מסתנן במשמורת לתקופה של עד שלוש שנים הופכת את העניין לעונשי. תקופה ארוכה כזו מסיטה את המבט למצבו של המסתנן המוחזק במשמורת. מבחינה אובייקטיבית, אין מנוס מלהגדיר תקופה זו כעונש. אוסיף לכך כי גם אם – כפי שטענה המדינה – יש באורך התקופה כדי להרתיע מסתננים פוטנציאליים, הרי שהרתעה מעין זו פסולה היא. עסקינן לא בעצם ההחזקה, אלא בתקופתה. בתקופה ארוכה מעין זו, החשש מפני הכנסת המימד העונשי להחזקה – גובר.

א

ב

5. אבהיר את עמדתי: נכון אני לקבל כי שילובו של עקרון ההרתעה בתיקון לחוק מעורר קשיים מסוימים. אולם, לטעמי, בכל מקרה, אין בכך כדי להפוך את תכליות החוק – מניעת השתקעות ובלימת הסתננות – לבלתי ראויות.

ג

בהקשר זה, יש לזכור מהי השאלה העומדת לדיון: השאלה אינה לגבי עצם החוקיות של השמת מסתננים במשמורת. שהרי גם אם יבוטל התיקון לחוק בשלמותו, כהצעת חברתי, יחזור למרכז הבימה ההסדר המקורי שבחוק הכניסה לישראל – הסדר שקובע אף הוא כללי החזקה במשמורת. הנפקות היא פשוטה: השאלה שעומדת לפנינו אינה אם השמתם של מסתננים במשמורת היא חוקתית. הרי גם אם ייקבע שהתיקון לחוק למניעת הסתננות אינו חוקתי, עדיין ניתן יהיה להחזיק מסתננים במשמורת מכוח חוק הכניסה לישראל. מכאן שלא זו השאלה ולא בכך יש למקד את הדיון. השאלה גם אינה אם היא זה חוקתי לקבוע מעצר מינהלי מנדטורי של מסתננים למשך שלוש שנים, שהרי החוק אינו קובע חובה שכזו אלא אך רף עליון. גם אין להתעלם מכך שהרף של שלוש שנים אינו עומד לבדו, והוא צפוי – כעולה מהחוק – לבוא לידי ביטוי במצבים חריגים בלבד.

ד

ה

השאלה שלפנינו היא אפוא אם העלאת הרף העליון להחזקה במשמורת והצבתו על שלוש שנים – במקום על 60 ימים – היא מהלך חוקתי. לגישתי, השעה הנכונה לבחינת שאלה זו אינה בשלב בחינת התכלית, אלא בשלבים אחרים של הניתוח החוקתי – ובפרט בשאלת המידתיות, על שלושת מבחני המשנה שלה. לטעמי, כפי שהוסבר, העמדת הרף של שלוש שנים לביקורת של מבחן המשנה השלישי של המידתיות – מבחן המידתיות במובן הצר – מעוררת קושי של ממש. דהיינו, אף אם טמונה תועלת בקביעת התקופה של שלוש שנים,

ז

אין היא עולה על הנזק שנגרם למסתנן הבודד ועל הפגם שנוצר כתוצאה מהטלת תקופה כה ארוכה להחזקה.

א

6. מסקנתי היא כי דין הסעיף העיקרי שבו עסקינן – העלאת הרף העליון להחזקה במשמורת – להתבטל. התקופה של שלוש השנים אינה עומדת בביקורת החוקתית.

ב

אני סבור כי בעתירה זו נדרש להכריע בשאלה אם הצניחה במספר המסתננים נובעת מכניסתו לתוקף של התיקון לחוק או מגורמים אחרים – האצת בנייתה של הגדר בבגול מצרים, התמורות הפוליטיות בחצי האי סיני, ועוד. לא זהו לב העניין. הדגש הוא על כך שהמצב כיום בשטח הוא שונה בתכלית מן המצב שהביא לקבלתו של התיקון לחוק, ועל כך שהתקופה של שלוש שנים היא ארוכה ביותר.

ג

לכך מצטרפת העובדה שהסעיף שבו עסקינן מוגדר כהוראת שעה אשר תוקפה עד ליום 18.1.2015. פירוש הדבר הוא שמדובר בפריט חוק אשר מעצם הגדרתו הגיב למציאות מסוימת שנוצרה בשטח ונתן לה מענה בעל אופי ארעי. בחינת העניין במשקפי הביקורת החוקתית הקפדנית מעלה כי מציאות מסוימת זו, כפי שהיא עולה מהנתונים שנמסרו לנו, אינה קיימת עוד.

ד

מאחר שחל שינוי במציאות שאליה כוונה הוראת השעה, עולה השאלה מדוע לא ייקבע רף עליון מתון יותר. דהיינו, חלף הקביעה כי ניתן להחזיק במשמורת עד שלוש שנים, ייקבע כי ניתן להחזיק במשמורת זמן קצר יותר. אף המדינה, כאמור, הסכימה שאין להשוות בין מצב שבו חודרים מדי חודש למדינת ישראל למעלה מ-2,000 מסתננים (כפי שהיה המצב בעבר), לבין מצב שבו מדובר על מסתננים בודדים בלבד (וזהו המצב כיום). בנסיבות החדשות שנוצרו, אני סבור כי ניתן יהיה להסתפק באמצעי מידתי יותר: קביעת רף עליון למשמורת שאינו מגיע ואינו מתקרב לשיעור של שלוש שנים. ויובהר: גם לאחר שייקבע רף מידתי, לא הייתי שולל קביעת תקופה אחרת – שאף היא כפופה לביקורת החוקתית – אם וכאשר תשתנה המציאות.

ה

ז

באשר לתת הסעיפים הנוספים, בסעיף 30א(ג), הגם כי ראוי שייקבע רף עליון לגבי בחינת בקשה וקבלת תשובה (כפי שעשה המחוקק) – הרי שהם נגזרים מהתקופה המקסימלית שניתן להחזיק מסתנן. בשל כך, נכון יהיה לבטל אף אותם, דהיינו – את סעיף 30א(ג) כולו.

א

7. מהו אפוא פרק הזמן המתאים לשמש כ"רף עליון" להחזקה במשמורת? מנקודת מבט חוקתית, אין לכך תשובה מספרית חד משמעית. השאלה מסורה, בעיקרו של דבר, למחוקק. המחוקק הוא זה שיבחר, בתוך מתחם התמרון החוקתי הנתון לו, את הרף העליון המתאים. בלי לקבוע מסמרות – דומני כי יש תועלת בניסיון שנצבר אצל מדינות שונות אשר נאלצו אף הן להתמודד בשלב כלשהו עם תופעה נרחבת של הסתננות. מובן כי, בפרפרזה על דבריו של טולסטוי, כל מדינה המתמודדת עם תופעת ההסתננות הבלתי חוקית – מתמודדת עימה בדרכה שלה. אין להקיש גזירה שווה. אין בקביעת תקופה מסוימת על ידי מדינה פלונית כדי להכשיר או לשלול, כדי להגביל או להכתיב, את מידת החוקתיות של מדיניות ההגירה של ישראל. אך יש במבט המשווה כדי להעניק פרספקטיבה ולהעשיר את הדיון.

ב

ג

ד

באוסטרליה, קובע חוק ההגירה כי כל שוהה בלתי חוקי – לרבות מבקשי מקלט, ילדים ואף פליטים במצבים מסוימים – יישלח באופן מיידי למשמורת (mandatory detention). אין מגבלת-זמן סטטוטורית על ההחזקה במשמורת, ולא ניתן לפנות לבית המשפט בבקשת סער. ואכן, מנתונים עדכניים של ועדת זכויות האדם האוסטרלית (רשות סטטוטורית עצמאית), עולה כי 15% מהמוחזקים במשמורת הם ילדים. עוד עולה מהנתונים כי כ-85% מהמוחזקים במשמורת שהו בה שלושה חודשים או פחות, ו-13% נוספים שהו במשמורת תקופה שבין שלושה חודשים לשנה (Immigration Detention Statistics, [122] <http://www.humanrights.gov.au/immigration-detention-statistics>).

ה

ו

באיטליה, סוגיית החזקתם במשמורת של מהגרים בלתי חוקיים קבועה בחוק ההגירה משנת 1998. החוק עודכן מעת לעת. כיום הוא מורה כי תקופת ההחזקה הראשונית במשמורת של השוהה הבלתי חוקי (CIE) היא 30 ימים, וניתן להאריכה מעת לעת עד לתקופה של 18 חודשים (Italy Detention Profile [123]).

ז

גם במלטה קיימת מגבלה סטטוטורית של 18 חודשים לשהות במשמורת של מהגרים בלתי חוקיים (Cetta Mainwaring, *Constructing a Crisis: The Role of Immigration Detention in Malta* [98]). עם זאת, יש דיווחים שאינם רשמיים ולפיהם, בפועל, התקופה היא ארוכה יותר (Malta Detention Profile [124]).

בארצות-הברית, הסמכות להחזיק שוהה בלתי חוקי במשמורת (custody) – לאחר שהוצא נגדו צו גירוש – מעוגנת בחוק הפדרלי (8 U.S.C. §1231(a)) (2000). נקבע שם כי צו הגירוש יבוצע בתוך 90 ימים. אולם, אם לא בוצע הצו במועד, ניתן להאריך את המשמורת. בית המשפט העליון פסק כי ניתן להחזיק שוהה בלתי חוקי במשמורת לפרק זמן סביר הנחוץ לשם גירושו אל מחוץ לגבולות ארצות-הברית. נקבע גם כי יש חזקה שלפיה פרק זמן של שישה חודשים הוא סביר, ולאחר תקופה זו יש לשחרר את המוחזק בערבות, אם אין הסתברות ממשית לגירושו בעתיד הנראה לעין ("no significant likelihood of removal in the reasonably foreseeable future" (Zadvydus v. Davis [81], ) (at p. 701; Clark v. Martinez [82] inadmissible). בית המשפט העליון לא קבע רף עליון סופי להחזקה במשמורת והוא נמנע מלומר כי שוהה בלתי חוקי (alien) זכאי להגנה מפני החזקתו במשמורת לתקופה שמעל לשישה חודשים, בהתקיים התנאי האמור של גירוש צפוי. יתרה מכך, בית המשפט העליון נמנע מלומר כי אם יקבע המחוקק רף החזקה במשמורת שיעלה על שישה חודשים – לא יעבור הדבר את מבחן הביקורת החוקתית (José Javier Rodríguez, Recent Development, *Clark v. Martinez: Limited Statutory Construction Required by Constitutional Avoidance Offers Fragile Protection for Inadmissible Immigrants from Indefinite Detention* [99]).

בפועל, מחקר משנת 2009 מצא כי בארצות-הברית שהו עצורים בממוצע 26 ימים במשמורת. ביתר פירוט, כ-80% מהעצורים שהו פחות מ-90 ימים, 12% נוספים שהו פחות מחצי שנה, 6% – בין חצי שנה לשנה, וכ-2% שהו למעלה משנה (DONALD KERWIN & SERENA YI-YING LIN, IMMIGRANT DETENTION: CAN ICE MEET ITS LEGAL IMPERATIVES AND CASE MANAGEMENT RESPONSIBILITIES? [125], at p. 16). מחקר אחר משנת 2010 מצא כי למעלה מ-50% מהעצורים שהו במשמורת יותר מ-31 ימים (AMNESTY).

INT'L, JAILED WITHOUT JUSTICE: IMMIGRATION DETENTION IN THE USA  
 .[[126]]

א כאמור, אין במבט המשווה כדי לתחום בהכרח את שיקול דעתו של המחוקק (וראו גם סעיפים 106–107 לחוות דעתה של חברתי השופטת ארבל, וסעיף 35 לחוות דעתו של חברי השופט פוגלמן). מדינה-מדינה על נסיבותיה ועל מאפייניה הייחודיים. כך בכלל, וכך ביתר שאת לגבי מדינת ישראל. הבחירה העומדת לפני המחוקק אינה בינרית. ושוב יוזכר כי יש להביא בחשבון את הקשר המשתנה תדיר בין היקף תופעת ההסתננות (הבעיה) לבין הרף העליון שייבחר להחזקה במשמורת (הפתרון). ייתכן שניתן להסיק מחוות הדעת השונות בפסק דין זה כי יש צורך בעיצוב פתרון רב מימדי לסוגיית המסתננים. השמת משקל יתר על רכיב ההחזקה במשמורת אינה מספיקה ואינה חוקתית. קביעת מדיניות הגירה רחבה, והמשך קביעת מדיניות כזו, הם צורך השעה.

ב 8. באשר לסעד, דומני כי עיקר הביקורת מופנה כלפי הרף של שלוש השנים. לצד זאת, קבע המחוקק בהוראת השעה סדרי דין להבאת המסתנן לפני הממונה על ביקורת הגבולות, והגדיר את סמכויותיו. כן נקבעו עילות שחרור שאינן תלויות בחלוף הזמן. יש באלה גם פן חיובי ואיזונים ראויים. אין זה אומר כי לא ניתן לבקר סעיפים שונים בהוראות החוק. אך בעתירה זו דעתי היא כי יש לשים את הדגש על העיקר, וממילא ניתן יהיה לבחון – לשיטתי – היבטים אחרים של העניין, במידת הצורך, בעתירות אחרות. נוסף למאמץ החקיקתי משנת 2012, כפי שציינתי בפתח הדברים, מלאכת החקיקה בנושא הטיפול במסתננים היא רגישה. לדעתי, על בית המשפט לנקוט זהירות בעשותו את מלאכת הביקורת, ובוודאי במלאכת הביטול והיקפה.

ג לאור כל האמור, הגם שניתן להבין את ההיגיון בעמדת חבריי, שלפיה יש לבטל את סעיף 30א כולו, סבורני כי התוצאה הראויה יותר היא מיקוד הסעד בפגם החוקתי הבולט – הרף העליון להחזקה במשמורת. שני טעמים הביאוני למסקנתי זו, בדבר ביטול סעיף 30א(ג) בלבד חלף ביטול סעיף 30א כולו. הראשון הוא שעל ידי כך הופכת תקופת 90 הימים – שהוצעה על ידי חבריי והמקובלת אף עליי – מעשית יותר. בתקופה זו ייוותר, לשיטתי, התיקון לחוק

א ההסתננות בתוקפו, פרט לכך שיהא על המחוקק לקבוע רף עליון שונה להחזקה במשמורת ולמועדים הנגזרים ממנו בסעיף 30א(ג). שלושה חודשים הם, לטעמי, תקופה מספקת לעריכת שינוי מצומצם כזה. לעומת זאת, הצורך לבחון שינויים נוספים בהוראת השעה – בלי שיהיה לכך טעם חוקתי עצמאי – עלול ליצור לחץ בלתי נחוץ, ואפשר שלא תצמח ממנו תועלת. הטעם השני קשור לכך שמדובר בהוראת שעה שנחקקה בשנת 2012 ושאמורה להסתיים בתחילת שנת 2015. הביטול המצומצם המוצע יאפשר את המשך קיומו של לפחות חלק הארי ממרכיביה האופרטיביים של הוראת השעה. היתרון הטמון בכך הוא שהתקופה שנותרה עד לפקיעת הוראת השעה – כ-15 חודשים – תעניק למחוקק זמן למחשבה, להתבוננות ביישום הוראת השעה בשטח, ומכאן לקביעת חלופה ראויה – אולי כזו שלא תהיה בדרך של הוראת שעה – או, למצער, לתקופה ארוכה יותר.

ב 9. סוף דבר, דעתי היא כי יש להורות על בטלות סעיף 30א(ג) לחוק ההסתננות, כמפורט לעיל.

ד הנשיא א' גרוניס:

ה 1. מצרף אני את דעתי לזו של חברתי השופטת ע' ארבל ושל חברי השופט ע' פוגלמן, ולפיה החוק למניעת הסתננות (עבירות ושיפוט) (תיקון מס' 3 והוראת שעה), התשע"ב-2012 (להלן: החוק), סותר את חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו – ולפיכך דינו בטלות. בחוות הדעת של חברתי ושל חברי נפרשה יריעה רחבה, מקיפה ויסודית. על רקע זה אוסיף כמה הערות קצרות.

ו 2. בשל המספר הרב של מסתננים שנכנסו ארצה מגבול מצרים עד לשנת 2011, ברי כי חובה הייתה על הרשויות האחרות, הרשות המבצעת והרשות המחוקקת, לנקוט מהלכים למנוע כניסה מסיבית ארצה של מסתננים. כך, בשנת 2011 נכנסו ארצה מידי חודש, בממוצע, כ-1,400 בני אדם (ראו פסקה 5 לפסק דינה של השופטת ע' ארבל). ננקטו שני מהלכים: האחד, בנייתה של גדר בגבול עם מצרים, והאחר – קבלתו של החוק. במהלך שנת 2012 חל שינוי. מספרם של המסתננים החל להצטמצם. בשנת 2013 המספרים קטנו באופן דרמטי, עד כדי



כך שבמהלך כל אחד מארבעת החודשים הראשונים של שנת 2013 הסתננו ארצה פחות מ־10 אנשים. החוק עצמו נכנס לתוקף ביום 18.1.2012 ותחילת יישומו הייתה באמצע שנת 2012. לאור הנתונים האחרונים עלתה, מטבע הדברים, השאלה מה הביא לשינוי הקיצוני: האם הגדר או שמא החוק (או אולי סיבות נוספות אחרות)? אם אמנם הגדר היא שגרמה לשינוי, מה הצורך בחוק, אשר אין ספק שמביא הוא לפגיעה קשה בזכות היסוד לחירות? האם המחסום הפיסי הוא שגורם לשינוי, האם השינוי במצב החוקי או אולי שניהם יחדיו? דומה שיש להודות כי אין בדינו תשובה ברורה לשאלה אם הגדר היא שגרמה לשינוי, אם החוק או אולי שילוב בין השניים.

א

ב

3. חברתי השופט ע' ארבל סבורה כי במקרה דנא קָשָׁל החוק מבחינה חוקתית משום שאינו מקיים את מבחן המשנה השני במבחן המידתיות – היינו, המבחן של האמצעי שפגיעתו פחותה מן האמצעי שנבחר על ידי המחוקק. חברתי מונה אמצעים שונים, פוגעניים פחות, אשר – לשיטתה – ניתן היה לעשות בהם שימוש. כך, מציינת היא אמצעים אלקטרוניים שיגבירו את יעילותה של הגדר בצד חובת דיווח ודרישה לערבויות שונות, הגבלת מקום המגורים, שהות בשעות הלילה במתקן פתוח, ועוד (פסקאות 103–104 לחוות דעתה, וכן ראו חוות דעתו של השופט ע' פוגלמן, פסקה 40, וחוות דעתה של המשנה לנשיא מ' נאור, פסקה 4).

ג

ד

הן אין בידי להסכים כי יש לקבוע שהחוק בטל יען כי אינו עומד במבחן המשנה השני. ראשית, ראוי לתת את הדעת לכך שהאמצעים שפגיעתם פחותה שנימנו על ידי חבריי (או על ידי חלקם) אינם בעלי אופי אחיד. יש להבחין בין אמצעים בעלי אופי פיסי, כמו הגדר עצמה, או מכשור אלקטרוני שיגביר את יעילותה, לבין אמצעים חוקיים (במכוון אני נמנע משימוש במונח "אמצעי נורמטיבי", בשל המשמעות הכפולה של המושג "נורמטיבי"). שאלה מעניינת היא אם מבחן המשנה השני של המידתיות, הבוחן אמצעים שפגיעתם בזכות החוקתית פחותה, מתייחס לאמצעים שבחר בהם המחוקק על דרך שינוי בחוק או אף לאמצעים פיסיים, אמצעים שמקורם בהחלטה של הרשות המבצעת ולא של הרשות המחוקקת. שנית, ובכך העיקר, האמצעים החוקיים שמזכירים חבריי, כגון חובת

ו

ז

א דיווח, הגבלת מקום המגורים, שהות במתקן פתוח, וכדומה, הם, להערכתך, חסרי נפקות ממשית בנסיבות העניין. ספק רב אם אמצעים אלה יקדמו באופן ממשי את התכליות של מניעת השתקעות מסתננים בארץ ושל צמצום ניכר של הבעיות החברתיות והכלכליות שעל אזרחי המדינה ותושביה להתמודד עימן לנוכח הימצאותם בישראל של עשרות אלפי מסתננים.

ב 4. לגישתי, הפגם שבחוק נובע מכך שאין הוא עומד במבחן המשנה השלישי של המידתיות, היינו מה שמכונה "מבחן המידתיות הצר". על פיו, נדרש יחס סביר בין הפגיעה החוקתית לבין היתרונות שמביאה עימה הפגיעה. הפגיעה במקרה זה היא ברורה: החזקה במשמורת תקופה של שלוש שנים. האופי של הפגיעה, לנוכח העובדות המסוימות, מעצים את חומרתה. מכוון אני לכך שכיום מוחזקים במשמורת כ־1,750 אנשים (מתוך כ־55,000 מסתננים). המוחזקים ברובם הם אזרחים של אריתריאה ושל סודן. בשל סיבות שונות, שהובאו על ידי חבריי, לא ניתן, לעת הזו, לגרשם מישראל. אף אין תחזית סבירה מתי ניתן יהיה להביא להרחקתם מישראל. מוכן אני לקבל שקיימים יתרונות לא־מעטים בהחזקתם במשמורת של מסתננים. כך, בכוא השעה ומשניתן יהיה לגרשם מישראל, יוכלו הרשויות לעשות כן בקלות יתירה; כל עוד הם במשמורת אין הם מתחרים בשוק העבודה מול עובדים ישראליים; אין באפשרותם לבצע עבירות הפוגעות באזרחי ישראל ותושביה, ועוד. אני מוכן אף להרחיק לכת ולהניח כי גם השגתה של הרתעה של מסתננים פוטנציאליים היא מטרה ראויה בנסיבות מסוימות, וניתן להצביע על יתרונות נוספים. מכל מקום, אף בהתחשב ביתרונותיה של ההחזקה במשמורת, דעתי היא, כאמור, שהחוק אינו צולח את מבחן המשנה השלישי.

ג אחזור ואומר כי, בנתונים הקיימים, החזקה במשמורת במשך שלוש שנים, כפי שמאפשר החוק, פסולה היא מבחינה חוקתית. זאת ועוד, לא זו בלבד שהחוק מאפשר החזקה במשמורת במשך שלוש שנים אלא שקיימת כוונה ממשית להחזיק במסתננים במשך התקופה האמורה. חלק מאלה שבמשמורת מוחזקים כבר יותר משנה.

ד

5. כאמור, כיום המצב הוא שפחות מעשרה מסתננים חוצים מידי חודש את הגבול ממצרים לישראל. זאת, לעומת כ-1,400 בחודש בשנת 2011. נזכור, כי אין אנו יודעים אם הקמתה של הגדר היא שהביאה לצמצום הניכר במספר המסתננים או שמא חקיקת החוק, שילוב בין השניים או אולי סיבות אחרות. עשויה להישאל השאלה מה יקרה אם המצב ישתנה ויחזור לקדמותו ומספר המסתננים יעלה באופן דרמטי, בין בגבול מצרים ובין בגבול אחר של ישראל. לגישתי, אם חלילה יחול שינוי מהותי ותחזור התופעה של כניסת מסתננים במספרים גדולים, יהא צורך לחשוב מחדש על הסוגיה. במילים אחרות, שינוי נסיבות יצדיק חשיבה מחודשת (ראו גם חוות דעתו של חברי השופט י' עמית, פסקה 2, וכן ראו בפסק דינה של השופטת ע' ארבל, פסקה 93; נוסף לכך ראו: בג"ץ 910/86 רסלר נ' שר הביטחון [71], בעמ' 505, השופט א' ברק, עם בג"ץ 3267/97 רובינשטיין נ' שר הביטחון [74], בעמ' 529–530, הנשיא א' ברק).

אנסח את הדברים באופן חד יותר: עמדתי היא שפסק דיננו, הקובע את דבר בטלותו של סעיף 30 לחוק, נכון הוא לשעתו, ולאור הנסיבות הקיימות. שינוי מהותי לרעה בנסיבות יצדיק בחינה שיפוטית מחדש של העניין, אם שוב תחוקק הכנסת חוק דומה. יתרה מזו, פסק דיננו מתייחס לחוק שקבע תקופה של שלוש שנים של החזקה במשמורת. אף בנסיבות הקיימות כיום אין מניעה, לגישתי, מלחוקק חוק חדש שיתיר החזקה במשמורת במשך תקופה קצרה באופן ניכר משלוש שנים.

על דעת כל תשעת שופטי ההרכב נקבע שתקופת משמורת של שלוש שנים, כאמור בחוק למניעת הסתננות, אינה חוקתית בשל כך שהיא עומדת בסתירה לחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו.

הוחלט בדעת רוב של שמונה שופטים לבטל את סעיף 30 לחוק למניעת הסתננות, כאמור בחוות דעתה של השופטת ע' ארבל. נגד דעתו של השופט נ' הנדל, הסבור כי יש לבטל את סעיף 30א(ג) לחוק בלבד. כן הוחלט כי יראו את צווי הגירוש והמשמורת שהוצאו מכוח החוק למניעת הסתננות כאילו ניתנו מכוח סעיפים 13(ב) ו-13א(ג) לחוק הכניסה לישראל. עלת השחרור הקבועה

בג"ץ 7146/12, בר"ם	אדם ואח' נ' כנסת ישראל ואח'; פלוגית ואח' נ'
1192/13, עע"ם 1247/13	משרד הפנים ואח'; טהנגס ואח' נ' משרד הפנים
פ"ד סד(2) 717	הנשיא א' גרוניס

בסעיף 13(א)(4) לחוק הכניסה לישראל לא תחול לפרק זמן של 90 ימים מיום מתן פסק דין זה – הכול כמפורט בחוות דעתה של השופטת ע' ארבל.

א

קיים צו האוסר פרסום שם, תמונה וכל פרט מזהה של כל אחד מבעלי הדין בהליכים שלפנינו שהוא אזרח של צפון סודן.

ניתן היום, י"ב בתשרי התשע"ד (16.9.2013).

ב

ג

ד

ה

ו

ז