



בבית המשפט העליון בשבתו כבית משפט גבוה לצדק

בג"ץ 7146/12

בר"ם 1192/13

עע"ם 1247/13

לפני :

כבוד הנשיא א' גרוניס
כבוד המשנה לנשיא מ' נאור
כבוד השופטת ע' ארבל
כבוד השופט ס' ג'ובראן
כבוד השופטת א' חיות
כבוד השופט י' דנציגר
כבוד השופט נ' הנדל
כבוד השופט ע' פוגלמן
כבוד השופט י' עמית

העותרים בבג"ץ 7146/12 :

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

המבקשות בבר"ם 1192/13 :

1. פלונית
2. פלונית

המערערים בעע"ם 1247/13 :

1. טעמי (טאבי) טהנגס
2. פלונית
3. פלוני

המבקשת להצטרף במעמד
"ידיד בית המשפט"
בבג"ץ 7146/12 :

נציבות האו"ם לפליטים

המבקש להצטרף במעמד
"ידיד בית המשפט"
בבג"ץ 7146/12 :

פורום קהלת

המשיבים בבג"ץ 7146/12 :
 1. הכנסת
 2. שר הפנים
 3. שר הביטחון
 4. היועץ המשפטי לממשלה

המשיבים בבר"ם 1192/13 :
 1. משרד הפנים
 2. פלונית
 3. פלוני
 4. פלוני
 5. פלוני
 6. פלונית

המשיב בעע"ם 1247/13 : משרד הפנים

המבקשת להצטרף כמשיבה
 בבג"ץ 7146/12 :

תנועת גדר לחיים

המבקשים להצטרף כמשיבים
 בבג"ץ 7146/12 :

קורין גלילי ו-17 אח'

בג"ץ 7146/12: עתירה למתן צו על תנאי

בר"ם 1192/13: בקשת רשות ערעור על פסק-דינו של בית המשפט המחוזי בבאר-שבע מיום 17.01.2013 בעת"מ 21001-10-12, בעת"מ 21060-10-12, בעת"מ 21097-10-12, בעת"מ 42469-10-12 ובעת"מ 42465-10-12 שניתן על ידי כבוד הנשיא י' אלון

עע"ם 1247/13: ערעור על פסק-דינו של בית המשפט המחוזי בבאר-שבע מיום 17.01.2013 בעת"מ 21001-10-12 ובעת"מ 21097-10-12 שניתן על ידי כבוד הנשיא י' אלון

תאריך הישיבה : כ"ד בסיון התשע"ג (02.06.2013)

בשם העותרים
 בבג"ץ 7146/12 : עו"ד יונתן ברמן ; עו"ד ענת בן דור ;
 עו"ד עודד פלר ; עו"ד אסף וייצן

בשם המבקשות
 בבר"ם 1192/13 : עו"ד יונתן ברמן ; עו"ד עומר שץ ; עו"ד יפתח כהן

בשם המערערים בעע"ם
 1247/13 והמשיבים 6-2
 בבר"ם 1192/13 : עו"ד תומר ורשה ; עו"ד אורית רונן ;
 עו"ד יעל רוטשילד

בשם המבקשת להצטרף
 במעמד "ידיד בית המשפט"
 בבג"ץ 7146/12 : גב' וולפורגה אנגלברכט, נציגת נציבות האו"ם
 לפליטים בתל-אביב

בשם המבקש להצטרף
במעמד "ידיד בית המשפט"
בבג"ץ 7146/12:

עו"ד אריאל ארליך; ד"ר אביעד בקשי

עו"ד ד"ר גור בליי

בשם המשיבה 1
בבג"ץ 7146/12:

בשם המשיבים 4-2
בבג"ץ 7146/12,
המשיב 1 בבר"ם 1192/13
והמשיב בעע"ם 1247/13:

עו"ד יוכי גנסיין; עו"ד מיכל מיכליון-פרידלנדר;
עו"ד רן רוזנברג; עו"ד מוריה פרימן

עו"ד אילן ציאון; עו"ד עדי ברוך

בשם המבקשת להצטרף
כמשיבה בבג"ץ 7146/12:

עו"ד אמיר אבני; עו"ד עופר חנוך;
עו"ד אורי הראל

בשם המבקשים להצטרף
כמשיבים בבג"ץ 7146/12:

עו"ד פרופ' פרנסס רדאי

בשם מרכז קונקורד:

פסק-דין

השופטת ע' ארבל:

הסוגיה המרכזית הניצבת בפנינו 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. בפנינו שלושה תיקים ששמיעתם אוחדה. הראשון והמרכזי שבהם הוא עתירה חוקתית (בג"ץ 7146/12) התוקפת באופן ישיר את חוקתיותו של התיקון. לצידה נשמעו ערעור (עע"ם 1247/13) ובקשת רשות ערעור (בר"ם 1192/13) התוקפים יחדיו פסק דין שניתן על ידי בית המשפט לעניינים מנהליים, ואשר גם בהם עולה סוגיית חוקתיותו של התיקון. מוקד העניין שבפנינו הינו 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 בהם ישוחרר המסתנן מטעמים שונים עוד בטרם חלפה התקופה האמורה. כן קובע התיקון שורה של הסדרים הקשורים להוראות אלו, ובהם תנאי החזקה במשמורת, מינוי בית דין לביקורת משמורת של מסתננים וסמכויותיו של בית הדין, ביקורת שיפוטית ועוד.

סקירת רקע

2. הגירת בני אדם מסיבות שונות הינה תופעה עולמית המצויה בעשורים האחרונים במגמת עלייה מתמדת. מקומה של מדינת ישראל לא נפקד מהמפה העולמית בנושא ההגירה. מיליוני גברים ונשים "נודדים אל מחוץ לארצם בתורם אחר תעסוקה וביטחון אישי וכלכלי" (ראו בג"ץ 4542/02 עמותת "קו לעובד" נ' ממשלת ישראל, פ"ד סא(1) 374, פסקה 23 לפסק דינו של השופט לוי וההפניות שם (2006) (להלן: עניין קו לעובד הראשון)). משכך, מתמודדת מדינת ישראל בשנים האחרונות עם סוגיות ודילמות קשות הנוגעות למדיניות ההגירה של המדינה ולאופן טיפולה והתייחסותה להגירה חוקית ובלתי חוקית. 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. מרבית הסוגיות מעוררות התנגשויות בין אינטרסים לאומיים וציבוריים לבין זכויותיהם של המהגרים השונים, בהן שאלות הנוגעות לזכויות האדם של המהגרים, כבודם וחירותם, ומאיך התעוררו שאלות של פגיעה באזרחים, השפעה על תעסוקתם של עובדים מקומיים ועוד. האיזון בין האינטרסים והערכים המונחים על כפות המאזניים אינו קל ומעורר שאלות קשות ביותר המונחות לפתחם של העוסקים במלאכה. כל פתרון משמעו פגיעה כלשהי באחד מהאינטרסים או הזכויות המתנגשות.

3. עסקינן במקרה זה במי שהמדינה מכנה "מסתננים", ואף אנו נשתמש במונח זה בהתאם להגדרת החוק. המסתננים, אם כן, הם מי שנכנסו כאמור לישראל שלא כחוק ולא דרך תחנת גבול מוסדרת (ראו גם הגדרת מסתנן בסעיף 1 לחוק למניעת הסתננות), ויש להבחיןם מאלו שנכנסו כחוק לישראל דרך תחנת גבול, בין כתיירים בין כעובדים זרים, אך נשארו בה שלא כדין תוך הפרת תנאי האשרה שניתנה להם. מרביתם של המסתננים 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, השלכות על פלחים שונים של חיי המדינה. קיימת השפעה משמעותית על ביטחון הפנים ושלום הציבור. נוצר שינוי עמוק במרקם החיים במרחב האורבני, כמו גם השלכות על הכלכלה והמשק.

4. על פי נתוני רשות האוכלוסין וההגירה נכנסו לישראל עד סוף שנת 2011 כ- 54,500 מסתננים באופן מצטבר. הנתונים המעודכנים ביותר, נכון ל-1.5.13, 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. ניתן למצוא ב: <http://www.piba.gov.il/PublicationAndTender>; [/Pages/FreedomOfInformation.aspx](http://www.piba.gov.il/Pages/FreedomOfInformation.aspx); נתוני זרים בישראל, רשות האוכלוסין וההגירה – האגף לתכנון מדיניות, מאי 2013. ניתן למצוא ב: <http://www.piba.gov.il/publicationandtender/foreignworkersstat/pages/default.aspx>).

5. בפילוח הנתונים לפי שנים ניתן ללמוד על מגמה משתנה בנוגע לתופעת ההסתננות בישראל. בשנת 2009 נכנסו לישראל 5,285 מסתננים. בשנת 2010 נכנסו לישראל 14,709 מסתננים דרך הגבול עם מצרים. בשנת 2011 נכנסו 17,258 מסתננים, כ-1,400 איש מדי חודש במוצע. שנת 2012 הינה שנה של מפנה, שכן המגמה מתהפכת. בשנה זו נכנסו לישראל 10,412 מסתננים, כ-870 איש במוצע לחודש. בשנת 2013 ניכרת צניחה במספר המסתננים החודשי. בחודש ינואר הסתננו 10 איש שאותרו בגבול, בחודש פברואר 5 אנשים, בחודש מרץ 3 אנשים ובחודש אפריל הסתננו 10 אנשים בלבד שאותרו בגבול. המשמעות והסיבות לשינוי מגמה משמעותי זה שנויות במחלוקת בין הצדדים, ואתיחס לכך בהמשך הדברים.

6. עוד על פי הנתונים, רובם המכריע של המסתננים מקורם 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. המשמעות של נתון זה היא רבה. אריתריאה וסודן הן שתי מדינות המצויות במזרח אפריקה אשר חוו בשנים האחרונות משברים קשים, מלחמות וסכסוכים פנימיים מרים.

כרקע לדברים חשוב להביא מעט אינפורמציה הנוגעת לשתי מדינות אלו. אריתריאה היא מדינה שהוכרה כעצמאית בשנת 1993 לאחר שלושים 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 על

ידי הממשל. הפרות אלו כוללות הוצאות להורג ללא משפט; מדיניות של ירי על מנת להרוג המכוונת למי שמנסה לצאת מגבולות המדינה; היעלמויות של אזרחים ומעצרים שלא נמסרים למשפחות; מאסרים ומעצרים שרירותיים; שימוש נרחב בעינויים פיזיים ופסיכולוגיים במהלך חקירות של המשטרה, הצבא וכוחות הביטחון; תנאי מאסר לא אנושיים; שירות חובה צבאי לתקופה ארוכה ובלתי מוגבלת שבמהלכו נעשה שימוש בעונשים אכזריים המובילים אף להתאבדויות; אי כיבוד זכויות אזרח כגון חופש הביטוי, האסיפה, ההתאגדות, חופש הדת והתנועה; אפליית נשים ואלמות מינית; הפרת זכויות ילדים, כולל גיוסם של ילדים; ועוד (ראו דו"ח שהוכן עבור מועצת זכויות האדם של האו"ם מחודש מאי 2013 – Sheila B. Keetharuth "Report of the Special Rapporteur on the situation of human rights in Eritrea" <http://daccess-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/G13/140/99/PDF/G1314099.pdf?OpenElement>).

סודן היא מדינה מוכת בצורת ורעב שבמשך שנים רבות סבלה מהפיכות צבאיות וממלחמת אזרחים קשה וממושכת. בעקבות המלחמה נאלצו מיליוני אנשים לעזוב את בתיהם, סבלו מרעב ומתת-תזונה, ומשירותי חינוך ובריאות לקויים ביותר. מלבד מלחמת האזרחים בין הצפון לדרום פרץ בשנת 2003 מרד נוסף בחבל דארפור שבמערב המדינה. על מנת לדכא את המרד חימשה הממשלה מיליציות אשר נלחמו במורדים. מאבק זה, שהפך למאבק אתני, אופייין 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; ועל העדר הגנה ממשלתית על האזרחים. ישנם דיווחים נרחבים על אלימות פיזית ומינית כלפי נשים, אם כי דווח גם על שיפור מסוים בטיפול הממשלתי והמשטרה בסוגיה. גיוס וחימוש ילדים אף הם תופעה נפוצה בסודן, אשר יש מאמץ כיום למגרה. הפרת זכויות האדם בסודן כוללת אף מאסרים ומעצרים שרירותיים, עינוי עצירים והחזקתם בתנאים גרועים (ראו דו"ח שהוכן עבור מועצת זכויות האדם של האו"ם בשנת 2011 – "Report of the 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" <http://daccess-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/G11/155/34/PDF/G1115534.pdf?OpenElement>).

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

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

האמנה מגנה על מי שמוכר כפליט ואוסרת על המדינה אליה הגיע לגרשו אל גבולות הארצות שבהן יהיו חייו או חירותו בסכנה מטעמי גזע, דת, אזרחות, השתייכות לקיבוץ חברתי מסוים או להשקפה מדינית מסוימת (סימן ל"ג לאמנת הפליטים). כן מעניקה האמנה לפליטים שהוכרו זכויות נרחבות במגוון תחומים. יצוין כי 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, פסקה 4 (7.7.11) (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. המשמעות היא כי חלה עליה החזקה הפרשנית הפסיקתית המכונה חזקת ההתאמה, לפיה 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' סעיד, פסקה 27 (15.12.11) (להלן: עניין סעיד)).

הליך הבחינה להכרה 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 אלו ראו ע"ם 8675/11 טדסה נ' יחידת הטיפול במבקשי מקלט, פסקאות 9-11 (14.5.12) (להלן: עניין טדסה)). הליכים אלו נתונים לביקורת שיפוטית של בתי המשפט המנהליים ובמסגרת זו קבעו בתי המשפט הנחיות שונות באשר להליך. בית משפט זה הדגיש את הזכויות העומדות על הכף בעת בחינת בקשת הכרה כפליט, ובהן הזכות לחיים, הזכות לשלמות הגוף והזכות לחירות. היותן של זכויות אלו הבסיסיות והגרעיניות ביותר הניתנות לאדם, מחייבת הקפדה על הליך תקין וזהיר (עניין טדסה, פסקה 12).

8. מעבר להגנה הרחבה הניתנת למי שמוכר כפליט, מוכרת בדין הבינלאומי הגנה נוספת משלימה מפני הרחקה לארץ המוצא מכוח העיקרון הכללי של "אי החזרה" (Non-Refoulement), שמשמעותו כי מדינת ישראל לא תרחיק אדם למקום שבו נשקפת סכנה לחייו או לחירותו (ראו ע"מ 8908/11 אס"מ נ' משרד הפנים, פסקה 19 (17.7.12) (להלן: עניין אס"מ); סעיף 33 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, פ"ד מט(3) 843, 848 (1995) (להלן: עניין אל טאיי)). לפיכך, גם מי שלא מוכר באופן פרטני כפליט בהתאם לאמנה יתכן ולא יתאפשר להחזירו למדינת מוצאו בשל עיקרון "אי החזרה". באשר לגירוש למדינה שלישית יש לציין כי נפסק שלא ניתן לגרש אדם למדינה שלישית כאשר קיים חשש כי ארץ היעד תגרש אותו למדינת המוצא שלו, שם כאמור נשקפת לו סכנה (עניין אל טאיי, בעמ' 849), אך נטל ההוכחה בעניין נקבע כמוטל על הנתין הזר (ע"מ 7079/12 מדינת ישראל נ' גרמאיי (10.12.12)).

9. נכון להיום נוקטת מדינת ישראל במדיניות "אי-הרחקה זמנית" של אריתראים לארץ מוצאם וזאת בהתאם לעיקרון אי-ההחזרה, ועל רקע הכרה באריתריאה כמדינת 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 שמשמעותה 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"מ, פסקאות 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 ישנו 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"מ). משמעותה של המדיניות של ישראל כלפי אזרחי אריתריאה מעולם לא הובהרה כל צרכה על ידי המדינה. כך, מלבד עיקרון אי-ההחזרה הנובע מהגנה זו, לא נחקק כל הסדר מפורט באשר למשמעותו של הסדר זה ולזכויות הניתנות מכוחו, ועל 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" (ראו הערתה של השופטת חיות

בעניין א190ט). 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 השלכותיו דומות במובן מסוים. בעבר הוכרו אף נתיני סודן שהגיעו לישראל כזכאים ל"הגנה זמנית" ולפיכך 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 את נתיני ארצות אלו למדינת מוצאם. מדובר במדיניותה המוצהרת של ישראל, ואיני נוקטת כל עמדה באשר למדיניות זו, שכן אין אנו נדרשים לכך במסגרתה של עתירה זו. באשר לרפובליקה של סודן (צפון סודן) לא מתאפשרת החזרה של אזרחיה בשל קשיים מעשיים הנובעים מהעדר קשרים דיפלומטים של ישראל עם מדינה זו. באשר לדרום סודן, אשר הוכרה כמדינה עצמאית בשנת 2011, כוננה מדינת ישראל יחסים דיפלומטים עימה, והיא החלה להחזיר מסתננים לשטחה. בהחלטה מיום 31.1.12 הודיע שר הפנים לנתיני דרום סודן השהים בישראל כי עליהם לשוב למולדתם. מדיניות זו אושרה על ידי בית המשפט לעניינים מנהליים בירושלים בעיקר לאור מוכנותו של שר הפנים לקיים בחינה אינדיבידואלית לגבי כל נתין דרום סודן שיגיש בקשת מקלט (עת"ם (י-ם) -03-53765-12 א.ס.א – ארגון סיוע לפליטים ולמבקשי מקלט בישראל נ' שר הפנים (7.6.12) (להלן: עניין א.ס.א)).

11. בהתעלם מהמספרים הנמוכים של כניסת מסתננים לישראל בשנת 2013, ברי כי מדינת ישראל ניצבה וניצבת בפני תופעה משמעותית 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 השלכות משמעותיות, לעיתים קשות, על החברה בישראל, אם כי פרשנותן ודרכי ההתמודדות איתן ניצבות בלב המחלוקת בין הצדדים.

השלכותיה של תופעת ההסתננות

12. המדינה בטיעוניה, שיובאו בהרחבה בהמשך, טוענת להשלכות של תופעת ההסתננות בשני היבטים מרכזיים הנגרמות למדינה ולציבור בישראל. ראשית, טוענת המדינה כי תופעת ההסתננות משליכה על ביטחון הפנים ושלום הציבור. לטענתה, על פי נתונים שנמסרו ממשטרת ישראל בין השנים 2007 ל-2012 חלה עלייה עקבית במספר התיקים הפליליים שנפתחו נגד מסתננים, אם כי יש להביא בחשבון כי בשנים

אלו גם חלה עלייה עקבית במספר המסתננים הנמצאים בישראל. על פי נתונים אלו, בשנת 2012 נפתחו 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, כאשר החלק הארי שבהם מרוכז בשכונות בדרום תל-אביב, וישנם ריכוזים נוספים באילת, באשדוד ובערד.

13. יש ליתן את הדעת על כך שהנתונים שהובאו על ידי המדינה הינם נתונים מספריים מוחלטים שאינם נותנים תמונת מצב אמיתית והשוואתית על הפשיעה בקרב המסתננים. באשר לתמונת המצב המלאה והאמיתית קיימת מחלוקת. מרכז המחקר והמידע של הכנסת ערך מחקר בסוגיה זו (ד"ר גלעד נתן "נתונים על פשיעה של מסתננים ומבקשי מקלט וכנגד מסתננים ומבקשי מקלט" מרכז המחקר והמידע של הכנסת, אוקטובר 2010). על פי מחקר זה רמת הפשיעה בקרב המסתננים נמוכה באופן יחסי מזו של האוכלוסייה הכללית. כך למשל, בתל אביב, בה ריכוז המסתננים הוא הגבוה ביותר, נתוני הפשיעה של שנת 2010 מצביעים כי כנגד אחד מכל 15.9 תושבי תל אביב נפתח תיק פלילי, בעוד שרק כנגד אחד מכל 84.7 מהמסתננים ומבקשי המקלט בתל אביב נפתח תיק פלילי. פערים דומים ניתן למצוא בריכוזי מסתננים אחרים באילת, ערד 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 שיעור התיקים שנתפתחו נגד מסתננים מצומצם יחסית לשיעור התיקים שנפתחו בקרב כלל האוכלוסייה (ד"ר גלעד נתן "פשיעה של מסתננים ומבקשי מקלט וכנגד מסתננים ומבקשי מקלט" מרכז המחקר והמידע של הכנסת, מאי 2011). לצד זאת הובאה במחקר הערכת המשטרה כי רוב הפשיעה בקרב המסתננים הינה פשיעה פנים-מגזרית אשר אינה מדווחת, וכי לשתיית אלכוהול מרובה הרווחת באוכלוסיה זו יש השפעה על האפשרות לגרום לביצוע עבירות בעיקר בתחום האלימות. עוד צוין כי עבירות המין המבוצעות על ידי מסתננים מופנות אף הן ברובן לנשות המגזר, אך גם לנשים העוסקות בזנות. ראוי לציין כי יש החולקים על תמונת מצב זו וטוענים כי בבחינת פילוח לפי עבירות עולה כי שיעורם של המסתננים בעבירות רצח ומין גבוהה בהרבה מזו שבאוכלוסיה הכללית (ראו מחקר של עמותת איתן: <http://www.south-tlv.co.il/article6521>).

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 אוכלוסיה זו לעבוד, דבר המביא לייאוש, חוסר מעש ודיכאון בקרבה, ומשם הדרך לפשיעה קצרה (ראו למשל את דבריו של מפקד מחוז ת"א במשטרה בדבר פשיעת הישרדות- דיון מיום 21.5.12 בוועדה לבחינת בעיות העובדים הזרים); כי הסיוע הניתן לאוכלוסייה זו על ידי שירותי הרווחה הוא מינימאלי; וכדומה.

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 לפיה רמת הביטחון בסביבת מגוריהם ירדה באופן משמעותי, ולא יכולה להיות מחלוקת כי המדינה מחויבת לתת מענה למצב זה. יתכן 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 כאמור דורשת התייחסות וטיפול. המציאות בשטח לפיה נוצר ריכוז גבוה של מסתננים בדרום תל-אביב, המחייב את תושבי האזור לשאת על כתפיהם את נטל ההתמודדות עם אוכלוסיה ייחודית זו, שאין חולק שהיא אוכלוסיה ענייה, קשת יום בתנאי מחייה ירודים הדורשת התייחסות מיוחדת, יש לה השלכות קשות על תושבי האזור. לא ניתן להתעלם ממצוקתם וזעקתם של תושבי אזור דרום תל-אביב ומהקשיים אותם הם חווים בעקבות השינוי הדמוגרפי באזור מגוריהם.

15. ההיבט השני אותו מדגישה המדינה העוסק בהשלכות של תופעת המסתננים על מדינת ישראל נוגע להשפעות על הכלכלה והמשק. המדינה טוענת כי כניסת המסתננים לישראל יצרה גידול מאסיבי של היצע עובדים לא מקומיים באופן לא מבוקר ולא 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. השלכות נוספות להן טוענת המדינה הן תקציביות. כך נוצרו למדינת ישראל הוצאות רפואיות בגין אוכלוסיה 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, מועברים בדרכים שאינן חוקיות, וכך התפתח שוק לא מפוקח של העברת כספים באופן בלתי חוקי, על כל ההשלכות הנלוות לכך.

16. ניתן להסיק את השלכותיה של עבודת המסתננים מהנאמר על השלכותיו של שוק העובדים הזרים באופן כללי על שוק התעסוקה בישראל ועל משאבי המדינה, כפי שעמד על כך בית משפט זה בעבר:

“תופעת העסקת העובדים הזרים הביאה עמה מורכבות מיוחדת. מן הצד האחד, טמונים בה יתרונות כלכליים משמעותיים למעסיקים בשל העלויות הנמוכות של העסקת עובד זר, וכן לאור כישורי עבודה מיוחדים המאפיינים עובדים זרים בתחומי עיסוק מסוימים. מן הצד האחר, העסקת עובדים זרים בהיקף 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 בהם מועסקים עובדים זרים; הגידול באבטלה יצר נטל כבד על אוצר המדינה בתשלומי קצבאות ובהרחבת מערכות הרווחה, ומעגלי העוני והפערים החברתיים התרחבו. התועלת שענפי משק מסוימים הפיקו מהעסקת 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, ומעבר לכל אלה – נוצרה פגיעה קשה בזכויות היסוד של העובדים הזרים, אשר נגרמה מצד חלק מן המעסיקים בהעדר נורמות ברורות המסדירות את מעמדם של העובדים הזרים, ונוכח אכיפה בלתי-מספקת של הנורמות הקיימות. לפגיעה זו היתה השלכה על ערכי היסוד של החברה, ועל דמותה המוסרית” (בג”ץ 11437/05 קו לעובד נ’ משרד הפנים, פסקה 19 לפסק דינה של השופטת פרוקצ’יה (להלן: עניין קו לעובד השני) (13.4.11)).

בהקשר להיבט זה יש להעיר כי ישנם נתונים המצביעים על קשר בין כניסת עובדים זרים, ובכללם מסתננים, לענף תעסוקה לבין ירידה בהעסקת ישראלים בו. עם זאת, ישנם מחקרים אחרים המעלים כי מהגרי העבודה משתלבים בעבודות המצויות בתחתית סולם העבודה, כאלו שלא נדרשות, או שהביקוש אליהן נמוך, על ידי התושבים המקומיים (ראו עניין קו לעובד הראשון, בעמ’ 374; אפרת שהם “החצר האחורית של מערכת הכליאה בישראל – עובדים זרים ללא היתר” קרימינולוגיה ישראלית א 29, 33 (תשע”א (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 והמשמעותית ביותר. ברי כי למסתננים השפעה מורגשת על שוק העבודה בישראל ועל ההוצאות התקציביות במדינת ישראל. עם זאת, התמונה

מורכבת יותר ונראה שישנן קבוצות גדולות אף יותר מאלו של המסתננים שיש להן השפעה על שוק העבודה הלא חוקי בישראל (ראו ד"ר גלעד נתן "השפעתם של זרים ללא אשרת עבודה על שוק העבודה בישראל" מרכז המחקר והמידע של הכנסת, ינואר 2011).

17. באשר למצב הנורמטיבי הנוגע להעסקת המסתננים יש להזכיר את פסק הדין שניתן בבג"ץ 6312/10 קו לעובד נ' הממשלה (16.1.11). במסגרת פסק דין זה הודיעה המדינה כי לעת הזאת לא יוחל באכיפת איסור העסקתם של מסתננים הזכאים להגנה קולקטיבית מפני הרחקתם למדינות אחרות. המדינה הצהירה כי יינתן עדכון 30 ימים בטרם תחל בפעולות אכיפה. כן הבהירה המדינה כי לא תתבצענה פעולות אכיפה כלפי מעסיקיהם של מי שהגישו בקשת מקלט 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 הינה מורכבת ומכילה גוונים של אפור בניגוד לצבעי השחור והלבן שמנסים הצדדים לצבוע אותה. תופעת ההסתננות בהיקפים אליה הגיעה אכן יצרה השלכות משמעותיות על החברה הישראלית, השפיעה על תקציבה ועל שוק התעסוקה שלה. עם זאת, לא ניתן להתעלם מנתונים המשנים את נקודת המבט, ומציבים 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 מסתננים בעיקר בהוראות חוק הכניסה לישראל. סעיף 13 לחוק מאפשר להרחיק מישראל מי שאינו אזרחי ישראל או עולה לפי חוק השבות, תש"י-1950, ונמצא בישראל ללא רישיון ישיבה. עד שנת 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 כל הגבלה באשר לאורך תקופת ההשמה

במשמורת (או המעצר במונחי החוק דאז). מאחר שהסדר מסוג זה אינו מאזן כנדרש בין זכותו של השוהה הבלתי חוקי לחירות לבין הצורך בהגנה על אינטרסים של המדינה, השלימה פסיקת בית משפט זה את החסר וקבעה עקרונות להחזקה במשמורת של שוהים בלתי חוקיים (עניין טעיד, פסקה 24). 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 המנהלי הנקוטים בידי בית המשפט באופן כללי (בג"ץ 3648/97 סטמקה נ' שר הפנים, פ"ד נג' (2) 728, 770 (1999) (להלן: עניין סטמקה)). כן נפסק כי סמכות המעצר לפי החוק הינה סמכות נלווית לסמכות הגירוש ותכליתה להבטיח את תכלית צו הגירוש. הודגש כי המעצר אינו בא לשרת מטרה עונשית כלשהי, ואף לא מטרת כפייה. כמו כן לא יכולה מטרתו של המעצר להיות 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, פ"ד מד' (4) 149, 152 (1990) (להלן: עניין בן ישראל); כן ראו עניין טעיד, פסקה 26). עם זאת, מותר למעצר שיגשים תכלית של הרחקת המגורש מן החברה הישראלית. בהתחשב ביסודות אלו נפסק כי המשך החזקתו של אדם במעצר בנסיבות בהן לא נראה באופן פתרון שיהיה בו כדי לסיים את המעצר אינו מוצדק ואינו בסמכות (עניין בן ישראל, בעמ' 152).

בנוסף נקבע על ידי בית משפט זה כי הפעלת סמכות המעצר על ידי שר הפנים לפי חוק הכניסה לישראל צריכה להיות מידתית. משמעות הדבר היא כי לא ניתן להחזיק אדם במעצר תקופה ארוכה אם הגירוש אינו צפוי להתבצע תוך 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, פ"ד ח' 243, 247 (1954)). 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 (בעמ' 851):

"בהפעלת סמכות המעצר וההחזקה יש לנהוג במידתיות (ראה בג"ץ 3477/95 בן עטיה נ. שר החינוך, התרבות והספורט (טרם פורסם)). 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 בבטחון ובשלום הציבור (ובשל כך יחשוש להתייצב לביצוע הגירוש), ואם מטעם אחר. לעניין זה יש לבחון תחליפים שונים, כגון החזקה שלא במעצר או התייצבות תקופתית במטרה, וכיוצא בהם אמצעים אשר ישיגו את מטרת החזקה (אפקטיביות ביום הגשמת הגירוש) בלא צורך בהחזקה פיסיית. 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 ובטחונו משחרור המגורש. אך המעצר אינו האמצעי היחיד. בוודאי שאין זה אמצעי רגיל כאשר עובר זמן רב ולא נמצאה מדינת יעד אליה ניתן לגרש את האדם. בכל המקרים הללו יש לאזן בין צרכי בטחון הציבור ושלומם מזה, לבין חירותו של הפרט מזה, ויש לבחור באמצעי שפגיעתו בחירות היא במידה שאינה עולה על הנדרש".

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 (27.12.01)), 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, מדינת ישראל והחברה הישראלית:

"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 107, 109 (להלן: הצעת תיקון מס' 9); ראו גם עניין סעידי, פסקה (25).

כבר במסגרת הצעת החוק עמדה המדינה על הגידול הדרמטי בהיקף תופעת השהייה הבלתי חוקית, ועל השלכותיה הקשות של תופעה זו (ראו ע"מ 4614/05 מדינת ישראל נ' אורן, פ"ד סא(1) 211, פסקה 14 (2006) (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.

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 ע"מ 1644/05 פרידה נ' משרד הפנים, פסקה ו(3) (29.6.05); בר"ם 1662/11 בירה נ' משרד הפנים, פסקה 27 (1.9.11)). עוד קובע סעיף 13א לחוק הכניסה לישראל כי שוהה שלא כדין יוחזק במשמורת עד להרחקתו מישראל אלא אם שוחרר בערובה. צו המשמורת ינתן על ידי ממונה ביקורת הגבולות לאחר שנשמעו טענותיו של השוהה שלא כדין. שוהה שלא כדין שהובא למשמורת זכאי להשמיע את טענותיו בעניין תוך 24 שעות לאחר תחילת החזקתו במשמורת. עוד קובע החוק עילות לשחרורו של מסתנן ממשמורת ואת החריגים לעילות אלו:

113. שחרור בערובה

(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:

(1) השתכנע ממונה ביקורת הגבולות כי שהייתו הבלתי חוקית יסודה בטעות או בתקלה שבתום לב, וכי יצא מישראל במועד שקבע לו;

(2) השתכנע ממונה ביקורת הגבולות כי יצא מישראל בעצמו בתוך מועד שקבע לו, וכי לא יהיה קושי באיתורו אם לא יצא בעצמו במועד שנקבע;

(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;

(4) הוא שוהה במשמורת יותר מ-60 ימים ברציפות. (ב) על אף הוראות סעיף קטן (א), לא ישוחרר בערובה שוהה שלא כדין אם התקיים אחד מאלה:

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

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

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

22. ראוי להדגיש את הוראת סעיף 13(א)(4) לחוק הכניסה לישראל אשר קובעת כי ממונה ביקורת הגבולות רשאי לשחרר בערובה שוהה שלא כדין אם שהה במשמורת יותר משישים יום ברציפות, אלא אם כן התקיים בו אחד מהחריגים הקבועים בסעיף. בעניין זה נפסק כי התיבה "רשאי" שבסעיף מעניקה לממונה ביקורת הגבולות שיקול דעת בשאלת שחרורו בערובה של שוהה שלא כדין גם בחלוף שישים יום במשמורת.

עם זאת נקבע כי ככלל בהתקיימה של החלופה בסעיף 13(א) ו(4), וכאשר אין מתקיימים התנאים הקבועים בסעיף 13(ב), יורה הממונה על שחרור המוחזק, אלא אם 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, פסקה 9 (9.5.05) (להלן: עניין סלאמה)). עוד נפסק כי ראוי לקבוע תנאים לשחרורו בערובה של מוחזק אשר לא יסכלו את אפשרות שחרורו הממשית ממשמורת של המוחזק, רק בשל העובדה שאין הוא יכול לעמוד בתנאים שהושתו, במיוחד לאחר שהייה ממושכת במשמורת של המוחזק (בר"ם 7267/09 עבדולאי נ' משרד הפנים, פסקה 13 (21.12.09)). נוסף כי חוק הכניסה לישראל, במסגרת תיקון מס' 9, קובע את הפרוצדורות לביקורת שיפוטית על המשמורת הן על ידי בית הדין לביקורת משמורת, אשר הוקם במסגרת התיקון, והן על ידי בית המשפט לעניינים מנהליים (על ביקורת המופנית כלפי בית הדין לביקורת משמורת ראו יובל לבנת "מעצרו ושחרורו של הזר שסירב להזדהות" המשפט טו(1) 227 (תש"ע) (להלן: לבנת); עופר סיטבון "עיצובה של המדיניות כלפי מהגרי-עבודה" משפט וממשל י 273, 311 (תשס"ז)).

23. הפעלת סמכותו של שר הפנים גם לאחר תיקון מס' 9 נקבעה כרחבה למדי, אך נתונה לביקורת שיפוטית ככל 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 כדון, פסקה 16 (18.12.06) (להלן: עניין אלקנוב); עניין אורן, 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 ומקרה לגופו, שמיעתו של האדם בו מדובר ומתן יחס של כבוד אנושי ושמירה על זכויותיהם החוקתיות של הזרים (ראו עניין פרידה, פסקה ו(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 כדון, ולתת בידי הרשות אמצעים יעילים להגשים מדיניות זו, תוך שמירה על עקרונות חוקתיים והגנה על זכויות האדם" (עניין אלקנוב, פסקה 16). תכליות אלו הוכרו כתכליות ראויות העומדות בתנאיה של פסקת ההגבלה (שם, פסקה 17).

24. יש לציין כי בפועל מסתננים אשר הגיעו ממדינות עליהן חלה מדיניות של "אי הרחקה" על ידי מדינת ישראל שוחררו לאחר זמן קצר מהמשמורת והוענקו להם רישיונות ישיבה זמניים בהתאם לסעיף 2(א)5 לחוק הכניסה לישראל (ראו למשל עע"ם 8642/12 טספהונה נ' משרד הפנים (4.2.13) (להלן: עניין טספהונה); כן ראו

בהצעת תיקון מס' 9). עוד יצויין כי בשנת 2006 נעשה ניסיון על ידי 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 דיין 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 פלוני נ' ראש אגף מבצעים, צה"ל 7.10.08).

הליכי החקיקה של התיקון לחוק למניעת הסתננות

25. לאור מימדיה ההולכים ותופחים של תופעת ההסתננות לישראל והשלכותיה על מדינת ישראל ועל החברה הישראלית, עלה בממשלה הצורך לספק כלים ואמצעים נוספים להתמודדות עם התופעה. ביום 11.12.11 התקבלה החלטת ממשלה שכותרתה "הקמת מתקן משמורת לשהייתם של המסתננים ובלימת ההסתננות הבלתי חוקית לישראל". באופן סכמטי עוסקת החלטת הממשלה בשלושה נדבכים עיקריים שנועדו להתמודד עם תופעת ההסתננות.

26. הנדבך הראשון הינו הקמת מכשול בגבול ישראל-מצרים אשר ייצור מחסום פיזי לבלימת הגעת מסתננים לשטחה של מדינת ישראל. לצורך הקמת המכשול הוקצו משאבים ותקציבים משמעותיים והחלה להתבצע הבנייה שהתקדמה בקצב מרשים. ואכן, בהתאם לעדכון האחרון מטעם המדינה, פרט למקטע יחיד ב"עוטף אילת" שאורכו כ-2 ק"מ, הסתיימו עבודות ההקמה של המכשול ב-245 ק"מ של הגבול ישראל-מצרים. יוער כי לאחרונה פורסם באמצעי התקשורת כי הגדר מסייעת אף במאבק בהברחות סמים ובסחר בנשים שנעשו דרך גבול זה.

27. הנדבך השני למאבק בתופעת ההסתננות בהחלטת הממשלה היה 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 בפנינו אף הוצהר על 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, בו טרם הוכרז על פתרון קונקרטי, יש למגעים אלו השלכה 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 וצריכה להביא בחשבון כללים וסטנדרטים בינלאומיים בסוגיה (ראו פסקה 8 לעיל; עניין מוקד סיוע, פסקה 13).

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

"בשנים האחרונות ניצבת מדינת ישראל בפני עלייה ניכרת בהיקף ההסתננות דרך הגבול עם מצרים, שלא דרך תחנת 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.

...

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.

...

יודגש, כי אף שההצעה מבקשת להחיל לעניין מסתננים כהגדרתם המוצעת חלק מהוראות חוק הכניסה לישראל, בשניוויים המחויבים ובשניוויים 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 ממשלה 594).

על התיקון לחוק ועל יישומו בפועל

29. בהתאם לתיקון הוגדר מסתנן, כפי שכבר צוין לעיל, כמי שאינו תושב ונכנס 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 עבור מי שתינתן לו אשרה ורישיון לישיבה בישראל לפי חוק הכניסה לישראל. עוד חשוב לציין כי סעיף 30(א) לחוק קובע כי "הצו ישמש אסמכתה חוקית להחזיק את המסתנן במשמורת עד לגירושו".

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

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

(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:

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

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

(3) המסתנן הוא קטין שאינו מלווה על ידי בן משפחה או אפוטרופוס;

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

(ג) ממונה ביקורת הגבולות רשאי לשחרר מסתנן בערובה, אם שוכנע כי מתקיים אחד מאלה:

(1) חלפו שלושה חודשים מהמועד שבו הגיש המסתנן בקשה לקבלת אשרה ורישיון לישיבה בישראל לפי חוק הכניסה לישראל, וטרם החל הטיפול בבקשה;

(2) חלפו תשעה חודשים מהמועד שבו הגיש המסתנן בקשה כאמור בפסקה (1) וטרם ניתנה החלטה בבקשה;

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

(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:

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

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

(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;

והכל, אלא אם כן שוכנע ממונה ביקורת הגבולות כי בשל גילו או מצב בריאותו של המסתנן, החזקתו במשמורת עלולה לגרום נזק לבריאותו, ואין דרך אחרת למנוע את הנזק האמור.

(ה) שחרור בערובה ממשמורת יותנה בתנאים שיקבע ממונה ביקורת הגבולות לשם הבטחת התייצבותו של המסתנן לצורך גירושו מישראל במועד שנקבע או לצורך הליכים אחרים לפי דין; ממונה ביקורת הגבולות רשאי, בכל עת, לעיין מחדש בתנאי הערובה, אם התגלו עובדות חדשות או אם השתנו הנסיבות ממועד מתן ההחלטה על השחרור בערובה.

...

31. הוראת סעיף 30 א קובעת שתי קבוצות של הוראות המהוות עילות לשחרור בערובה של מסתנן בהתאם לשיקול דעתו של ממונה 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 ביקורת הגבולות נתון שיקול הדעת לשחרר מסתנן בערובה במקרים חריגים וכאשר בשל גילו או מצבו הבריאותי החזקתו במשמורת עלולה לגרום נזק לבריאותו, כאשר אין דרך אחרת למנוע את הנזק; כאשר קיימים טעמים הומניטאריים מיוחדים לשחרור, לרבות השיקול בדבר החזקה במשמורת של קטין בלא השגחה; כאשר מדובר בקטין שאינו מלווה על ידי בן משפחה או אפוטרופוס; וכן כאשר שחרורו של המסתנן עשוי לסייע בהליכי גירושו. קבוצת ההוראות השניה מעגנת שלוש עילות לשחרור המסתנן התלויות בחלוף הזמן. העילה הראשונה עניינה במסתנן שהגיש בקשה לקבלת אשרה ורישיון ישיבה בישראל, ואשר חלפו שלושה חודשים מהמועד בו הגיש את הבקשה וטרם הוחל בטיפול בה. העילה

השניה היא במקרה בו 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 אלו, על פי לשון החוק, נתונות לשיקול דעתו של ממונה ביקורת הגבולות.

32. כאמור, לצד עילות השחרור קבועים בסעיף 30א שלושה סייגים שבהתקיים אחד מהם לא ישוחרר מסתנן בערובה וזאת אף אם התקיימה עילה לשחרורו. יש להדגיש כי סייגים אלו אינם חלים על עילות השחרור העוסקות במצבו הבריאותי של המסתנן או בקטין שאינו מלווה. הסייג הראשון עניינו במסתנן שגירושו נמנע או מתעכב בשל העדר 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 ביקורת הגבולות מאת גורמי הביטחון המוסמכים שלפיה במדינת מושבו או באזור מגוריו של המסתנן מתבצעת פעילות העלולה לסכן את ביטחון מדינת ישראל או אזרחיה.

33. התיקון לחוק למניעת הסתננות מחיל הוראות נוספות שעניינן בשימוע בפני ממונה ביקורת הגבולות וכן בביקורת שיפוטית ומעין שיפוטית שתיערך בנוגע להחזקתו של מסתנן במשמורת. כך נקבע כי מסתנן הנתון במשמורת יובא בפני ממונה ביקורת הגבולות לא יאוחר משבעה ימי עבודה מיום תחילת החזקתו במשמורת (סעיף 30א(א) לחוק). עוד קובע החוק כי יש להביא את המסתנן בפני בית הדין לביקורת משמורת של מסתננים, המוקם על-פי סעיף 30ג לחוק, לא יאוחר מ-14 ימים מיום תחילת החזקתו במשמורת (סעיף 30ה(א) לחוק). תקופה זו רשאי ממונה ביקורת הגבולות להאריך 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 עיתית בפני בית הדין בתוך פרקי זמן שלא יעלו על 60 ימים (סעיף 30ד(א1) לחוק). כמו 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). בנוסף לביקורת המבוצעת על ידי בית הדין לביקורת משמורת קובע החוק למניעת הסתננות ביקורת שיפוטית לפני בית המשפט לעניינים מנהליים. על פי סעיף 130 החלטת בית הדין לביקורת משמורת של מסתננים נתונה לערעור לפני בית משפט לעניינים מנהליים.

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

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-2000 איש, מתוכם כ-1,750 מוחזקים מכוח החוק למניעת הסתננות. עוד נמסר על ידי המדינה כי החל מתחילת חודש יוני 2012 ועד מועד 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 מתוך המשוחררים היו קטינים. כן מציינת המדינה כי בעקבות התיקון לחוק הוגשו על ידי המוחזקים במשמורת כ-1,400 בקשות מקלט פרטניות.

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

עיקרי טענות הצדדים

בג"ץ 7146/12

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. לחילופין התבקשו צווים על תנאי בנוגע לשמונה סעיפים ספציפיים שנחקקו בתיקון לחוק. בטרם אעבור לסקור בקצרה את טענותיהם של העותרים אציין כי ביום 12.3.13 הורה בית משפט זה על הוצאת צו על תנאי לעניין שמונה העתירות החלופיות שבעתירה. עם זאת, בסקירת טענות הצדדים נתייחס לטענותיהם הכלליות בלבד, ואם יהיה צורך בכך נידרש לטענות באשר לסעיפים ספציפיים בהמשך הדברים.

37. העותרים מבקשים תחילה לעמוד על כך שרובם המכריע של המסתננים לישראל, כמעט 90%, הם אזרחי סודן ואריתריאה, ומזכירים כי בנוגע לאזרחי שתי

מדינות אלו 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 ועל פי דין. תכלית זו, כך נטען, סותרת את העיקרון הבסיסי שהתקבל במשפטנו ובמשפט הבינלאומי לפיו אין מעצר מנהלי של שוהה ללא היתר כאשר אין מתקיים הליך גירוש אפקטיבי. לטענתם, סעיף 30א(ג)(3) לחוק קובע מעצר של מי שאינם בני גירוש לפרק זמן של 3 שנים לפחות, וזאת גם אם הליך גירוש אפקטיבי אינו מתנהל בעניינם. לאור העקרונות הנ"ל, כך נטען, סותר סעיף זה את הזכות החוקתית לחירות המגנה מפני מעצר מנהלי של שוהים ללא היתר מכוח צו גירוש שלא לצורך הרחקה.

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 מינימאלית לזכות יסוד זו, ולפיכך דינו להיפסל עוד בשלב התכלית. עוד טוענים העותרים כי הרצון להרתיע אינו יכול לשמש תכלית ראויה למעצר מנהלי. תכלית הרתעתית שקולה לענישה, ובאופן זה החוק מאפשר ייתור של המשפט הפלילי ושל ההגנות הנגזרות ממנו, אשר אינן מתקיימות בהליך המנהלי כמו בחוק למניעת הסתננות. לפיכך, גם אם הרתעה היא מטרה המקדמת אינטרס חברתי רצוי, הרי שהחקיקה אינה מגלה את הרגישות לזכויות אדם הנדרשת על מנת שהיא תצלח את מבחן התכלית הראויה.

39. העותרים מוסיפים וטוענים כי התיקון לחוק אף אינו עומד במבחני המידתיות שבפסקת ההגבלה. באופן כללי טוענים העותרים כי החוק נוקט באמצעי חריף ביותר של שלילת חירות ופוגע בזכות זו בעוצמה חסרת תקדים. לפיכך תידרש הקפדה יתרה עם הרשות בבחינת עילת המידתיות. באשר למבחן הקשר הרציונאלי 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 הרציונאלי בין הכליאה לפי הוראות החוק להרתעת 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, וחסימה 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 באמצעים נוספים לצמצום תופעת כניסתם של מבקשי מקלט. כך, הוקם מנגנון חדש לבדיקת בקשות מקלט שאמור להביא לזירוז ההליך באופן שימנע שהייה ממושכת בישראל של מי שבקשתו למלקט נדחתה ואין מניעה אחרת להרחקתו מישראל. כן ניתן, לטענת העותרים, לבטא את תכלית ההרתעה במסגרת הפעלת ההליך הפלילי הרגיל נגד הנכנסים לישראל ללא היתר. העותרים מסכימים כי מעצר מנהלי קצר מועד לצורך הגשמת תכלית ההרחקה מישראל הוכר על ידי הפסיקה בישראל. אולם שעה שמדובר בכליאה שמטרתה היא הרתעתית ובלתי מוגבלת בזמן לא ניתן עוד לעשות שימוש בכלי המעצר המנהלי. באשר למעצרו של מי שמבוצעת פעילות עוינת באזור מגוריהם, טוענים העותרים כי החלופה היא בדיקה פרטנית של מסוכנות אינדיבידואלית.

העותרים מוסיפים וטוענים כי גם מבחן המידתיות במובן הצר אינו מתקיים נוכח 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 עפרון כחול" ו"קריאה לתוך ההסדר" (reading in). העותרים מפרטים בעתירתם כיצד הם סבורים שסעדים אלו ראוי שינתנו ביחס לכל סעיף וסעיף בתיקון שנתקף על ידם.

בר"ם 1192/13; ענ"ם 1247/13

41. יחד עם העתירה החוקתית נשמעו ערעור ובקשת רשות ערעור על פסק דינו של בית המשפט לעניינים מנהליים בבאר שבע (כב' הנשיא י' אלון) אשר ניתן ביום 17.1.13. פסק הדין ניתן בחמש עתירות מנהליות שהדיון בהן אוחד. המערערת 1 בע"ם 1247/13 והמבקשות בבר"ם 1192/13 הינן נתינות אריתריאה. המערערת 2 בע"ם 1247/13 הינה 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 מיניה וביה את זכותם של נתינים אלו לקבל אשרות ישיבה בישראל, כפי שהיה ערב התיקון, ומכאן כי החוק למניעת הסתננות מחריג נתינים אלו מתחולתו על פי סעיף 30(א2).

42. בית המשפט דחה את הפרשנות המוצעת וקבע כי מתן אשרות השהייה ערב התיקון נבע ממצב בו היתה קיימת הגנה קולקטיבית לנתיני אריתריאה וסודן, ולצידה היו הוראות חוק הכניסה לישראל שתכלית המשמורת בהן הינה הבטחת גירוש. שילוב זה הביא לתוצאה בלתי נמנעת של העדר אפשרות של השמה במשמורת ומכאן של מתן אשרות שהייה למסתננים אלו. התיקון לחוק למניעת הסתננות, כך נקבע, שינה את מצב הדברים, הואיל ותכלית ומטרת המשמורת הם 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 שבפניו הינם לכאורה מהגרות עבודה ולא פליטות כהגדרתם 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 הינו במי שהוגדר כפליט. לפיכך, נקבע, הנחת היסוד לפיה החוק פוגע בזכות לחירות של המסתננים אינה נקייה מספקות. מאידך גיסא צויין כי אין חולק שתכליתה של החזקת המסתנן במשמורת הינה בסופו של יום הרחקתו מישראל. לפיכך חייב להתקיים מתאם בין המשמורת וההרחקה. בית המשפט קבע כי תקופת המשמורת שנקבעה בחוק כהוראת שעה, ובמהלכה תתמיד המדינה במאמציה למציאת מדינות קולטות לנתיני אריתריאה וסודן שהסתננו לתחומה או שבמהלכה תתאפשר הסרת ההגנה הקולקטיבית והחזרתם לארצם, הינה מידתית ומאזנת.

44. באופן פרטני נקבע לגבי המערערות 1 ו-2 כי החריגים שבחוק אינם חלים עליהן, ולפיכך אין מניעה להמשך 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 כאשר שתי המדינות מסרבות להכניסן לשטחיהן. במסגרת הליכי עתירה לבג"ץ הסכימה המדינה להכניס את שתי המבקשות לישראל מטעמים הומניטריים. 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 כמצדיק החלת איזה מהחריגים הקבועים בחוק. לפיכך נדחו עתירותיהן של מבקשות אלו גם הן.

45. על פסק הדין האמור הוגשו הערעור ובקשת רשות הערעור שאוחדו לדיון, כאמור, יחד עם העתירה החוקתית. ראשית טוענת המערערת 1 כי נכנסה לישראל בטרם הוחל ביישום החוק, ורק בשל טעות כלשהי לא שוחררה ממשמורת באותה העת. לפיכך לא ראוי להחיל את החוק עליה באופן רטרואקטיבי, בייחוד כאשר 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. המערערת 2 טוענת כי בשל עיקרון אחדות המשפחה יש להשוות את מעמדה למעמד בעלה כבת זוג של מבקש מקלט.

46. באופן כללי טוענות המערערות כי החוק למניעת הסתננות לא שינה את מעמדה של ההגנה הקבוצתית. לפיכך אין לשנות מהנוהג שהוחל ערב חקיקת החוק לפיה 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 עבור מי שקיבל אשרה ורישיון ישיבה בישראל לפי חוק הכניסה לישראל. פרשנות אחרת, כך נטען, תביא לאבסורד, שכן לא יתכן שהמדינה תעניק הגנה למסתננים אלו, ובוד 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 ולפיכך לא חל עליהם, שכן פגיעה בזכות לחירות צריכה להיעשות בחוק במפורש. לחילופי חילופין טוענות המערערות כי הוצאת צו גירוש ללא יכולת הרחקה בפועל הינה ענישה לא ראויה, לא סבירה ולא מידתית. לטענתן, אם פרשנותן לא תתקבל אין מנוס מביטול התיקון לחוק בהיותו נוגד את הוראות חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו. אפשרות נוספת שמעלות המערערות הוא פרשנות החריג של טעמים הומניטריים המעוגן בחוק ככולל גם את ההגנה הקבוצתית כטעם הומניטרי מיוחד, לצד התקופה הארוכה בה שוהות המערערות במשמורת זה מכבר.

47. המבקשות בבר"ם 1192/13 אף הן משיגות על פסק דינו של בית המשפט לעניינים מנהליים. הן מבהירות כי ההליך בעניינן היה מסוג ערעור מנהלי על החלטות בית הדין לביקורת משמורת שדחה בקשתן לביטול צווי גירוש, שחרורן ממשמורת ומתן אשרה לכניסה לישראל. המבקשות מעלות ארבעה טיעונים מרכזיים. ראשית הן טוענות כי נוכח נסיבות כניסתן המיוחדות לישראל, ברשות כוחות צה"ל, הן אינן מסתננות כהגדרת המונח בחוק. שנית, לטענתן, קיימים טעמים הומניטאריים המצדיקים את שחרורן נוכח הסבל שחוו, בייחוד מצד המבריחים, בטרם נכנסו לישראל. בעניין זה טוענות המבקשות כי בית הדין לביקורת משמורת עושה שימוש בפרוטוקולים בתבניות קבועות עבור כל המסתננים, כך שפרוטוקול הדיון כלל אינו משקף את הדברים שנאמרו על ידי העצורים. שלישית, נטען כי נוכח ההגנה הזמנית החלה עליהן ובהעדר הליכי הרחקה אפקטיביים יש לשחררן ממשמורת. בעניין זה סבורות המבקשות כי על בית הדין לביקורת משמורת להחיל את סעיף 13 יב לחוק הכניסה לישראל, אליו 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.

יוער כי ביום 12.3.13 הוחלט כי בקשת רשות הערעור תידון כאילו ניתנה רשות והוגש ערעור על פיה.

כתב התשובה מטעם המדינה וטיעונים משלימים בעקבות הדיון

48. המדינה בתשובתה עומדת על התפתחות והיקף תופעת ההסתננות לישראל. המדינה סבורה כי מדינת ישראל, בהשוואה למדינות העולם, מצויה במצב ייחודי בהיותה המדינה המערבית היחידה שלה גבול יבשתי ארוך יחסית עם יבשת אפריקה שעד לאחרונה לא היה מגודר בצורה אפקטיבית, וכן נוכח המצב הגיאופוליטי ויחסיה המורכבים של ישראל עם שכנותיה. המדינה באה לכלל מסקנה כי הוראות חוק הכניסה לישראל אינן מספיקות להתמודדות עם התופעה, שכן המסתננים הבינו כי ישוחררו לאחר זמן קצר ממשמורת ויוכלו להישאר בישראל ולהרוויח פי כמה וכמה מהמקובל בארצותיהם, ולשלוח כספים לארצות מוצאם, כספים שמשמשים, בין היתר, למימון הגעתם של מסתננים נוספים לישראל.

עוד עומדת המדינה על השלכותיה של תופעת ההסתננות לטעמה. כך, לטענתה, לתופעת ההסתננות השפעה על בטחון הפנים ושלום הציבור, והיא גורמת

לשינוי עמוק במרקם החיים במרחב האורבני. השלכה מרכזית נוספת הינה על הכלכלה והמשק. לטענת המדינה תופעת המסתננים יצרה הגדלה מאסיבית של היצע עובדים לא מקומיים באופן לא 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 המצריך את תמיכתה של רשת הביטחון הסוציאלית של המדינה. לתופעה זו גם השלכות תקציביות נוספות. כך למשל, לטענת המדינה, נדרשות הוצאות גבוהות על שירותי בריאות ורווחה לאוכלוסיה זו שאינה רוכשת ביטוח רפואי. כך גם הוצאות מערכת החינוך בגין התוספות ילדים למערכת החינוך, כולל החינוך המיוחד, ולמערכת הפנימיות בארץ. המדינה מוסיפה כי ההערכה היא שמאות מיליוני שקלים של שכר עבודה מועברים מידי שנה מישראל לאפריקה, כאשר חלק ניכר מהסכומים מועבר בדרכים לא חוקיות.

49. המדינה טוענת באופן כללי כי על בית המשפט לנהוג באיפוק וריסון בבואו לבחון ביטולה של חקיקה ראשית, וכי המקרה הנידון אינו החריג שבחריגים המצדיק ביטול חוק. המדינה מדגישה כי מדובר בהוראת שעה ולפיכך היקף הביקורת החוקתית עליה מצומצם יחסית. 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 רק לאזרחי ישראל. 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.

50. באשר לדרישת התכלית הראויה סבורה המדינה כי זו אכן מתקיימת. המדינה עומדת על שתי תכליות מרכזיות הניצבות בבסיס התיקון לחוק למניעת הסתננות. התכלית הראשונה הינה בלימת 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 הפוטנציאלים באשר לאמצעים המשפטיים הננקטים נגד אלו המסתננים לתחומה. המדינה רואה בכך תכלית ציבורית וחברתית חשובה ביותר בשל חומרתה של התופעה והשלכותיה הקשות המהוות איום ממשי על ריבונותה של מדינת ישראל וחוסנה. התכלית השנייה הינה מניעת השתקעותם של המסתננים, ובכך מניעת ההשפעות השליליות הנלוות להשתקעותם הנמשכת של מסתננים בלתי חוקיים בחלק מערי ישראל. במסגרת 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 הבאתם של מסתננים נוספים לישראל. 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 הרציונאלי מתקיים, שכן הנתונים מצביעים כי חלה ירידה חדה בכמות המסתננים בחודשים שלאחר תחילת יישום הוראת השעה. מבחן הפגיעה הפחותה, כך נטען, מתקיים אף הוא. לטענת המדינה ככל שמדובר בקביעת מדיניותה של מדינת ישראל בתחום ההגירה, תחום שהינו 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 שישנם אמצעים שפגיעתם בזכות לחירות פחותה יותר, הרי שאין הם מגשימים את התכלית החברתית באותה מידה של אפקטיביות. לטענתה, על מנת להגשים את התכליות בדבר בלימת תופעת ההסתננות, לצד מניעת השתקעותם של המסתננים בערי ישראל, לא די היה בהקמת הגדר לבדה לאורכו של הגבול, אלא 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, וזאת על רקע ההבנה כי הימנעות מהגבלת חירותו האישית של מסתנן משמעותה 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 מספר תחנות סטטוטוריות להפעלת ביקורת שיפוטית יזומה והדוקה לבחינת הליך השמתו של מסתנן במשמורת, לצד מתן זכות למסתנן להעלות את טענותיו בפני בית הדין לביקורת משמורת כל אימת שיבקש זאת והאפשרות להגשת ערעורים מנהליים ועתירות מנהליות; עילות השחרור הקבועות בתיקון, אלו הכלליות, ובתוכן עילת סל של טעמים הומניטאריים מיוחדים, ואלו הנוגעות למסתננים שהגישו בקשה לקבלת אשרה ורישיון ישיבה בישראל; תנאי החזקתם של המסתננים במשמורת המעוגנות במפורש בחוק; ועיגון התיקון במסגרת הוראת שעה. מנגד מדגישה המדינה את כף האינטרסים הציבוריים, עליה עומדת ריבונותה של המדינה וחובתה לשמור על גבולותיה, כמו גם על זכויותיהם של אזרחי ותושבי מדינת ישראל כפרטים.

53. המדינה סבורה כי הוראת השעה אינה סותרת את מחויבויותיה של ישראל בהתאם למשפט הבינלאומי. היא מציינת כי יש ליתן את הדעת על ההיבטים הייחודיים והנסיבות החברתיות הפרטניות ביחס למאטריה המשפטית והעובדתית 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 המשפט ההשוואתי בבחינת הדברים. כן טוענת המדינה כי מדובר במאטריה העוסקת בסוגיות הליכה של עיקרון הריבונות בכל הנוגע לזכותה המוחלטת של המדינה לקבוע מי יבוא בגבולותיה, עיקרון אותו קובע באופן מובהק גם המשפט הבינלאומי.

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

54. באשר לעע"ם 1247/13 ובר"ם 1192/13 טוענת המדינה כי אין כל עילה להתערבות בפסק דינו של בית המשפט לעניינים מנהליים בבאר שבע. המדינה תומכת בכל שנקבע בפסק הדין, הן בנוגע לטענות החוקתיות והן בנוגע לטענות הפרטניות של המבקשות והמערערות.

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 קביעת בית הדין לביקורת משמורת כי מתקיימים בעניינו טעמים הומניטריים מיוחדים, וזאת על רקע השבי והעינויים שחוהה העותר בסיני בטרם כניסתו לארץ, והשלכות אלו על מצבו הנפשי הנוכחי. העותר 4 שוחרר אף הוא מהטעם שחלפו שלושה חודשים מאז הוגשה בקשתו למקלט וטרם החל הטיפול בה. העותרת 5, עם זאת, עודנה במשמורת החל מהיום בו הסתננה לישראל, דהיינו מיום 11.6.12, 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.

56. בעקבות הדיון שקיימנו ביום 2.6.13 הגישה המדינה בהוראתנו תשובה משלימה מטעמה בהתייחס למגעים והסכמות לגבי הרחקה של אזרחי צפון סודן ואריתריאה למדינות שאינן מדינות אזרחותם. בתשובתה זו שבה המדינה על ההבחנה

בין מסתננים מאריתריאה, לגביהם קיימת מדיניות אי החזרה, לבין מסתננים מצפון סודאן, לגביהם לא קיימת מדיניות כזו, אך הם אינם מורחקים לארץ מוצאם בשל הקושי המעשי הנובע מהעדרם של יחסים דיפלומטיים בין שתי המדינות. המדינה צירפה לתשובתה את תצהירו של מר חגי הדס, הממונה על המגעים האמורים. מר הדס מצהיר כי מתקיימים מגעים מתקדמים עם מספר מדינות אפריקאיות 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 כמשפט הישראלי, לפיה יש לפרש דבר חקיקה ישראלי באופן המתיישב ככל הניתן עם נורמות המשפט הבינלאומי להן מחויבת ישראל. הכנסת טוענת כי קבלת עמדת העותרים לפיה יש להחיל את חזקת ההתאמה על פרשנותם של חוקי היסוד, תוביל למעשה להפיכת נורמות המשפט הבינלאומי למשפט המחייב במדינת ישראל, ולכך שחקיקת הכנסת תהיה חייבת אף היא לעמוד בנורמות אלו 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 לגבי חשיבותו של המשפט הבינלאומי בפרשנות של חקיקה רגילה מכוח חזקת ההתאמה, ואף אין מחלוקת כי במקרים המתאימים המשפט הבינלאומי יכול לשמש כמקור הראה בפרשנות חוקתית. אולם, לטעמה, יש לדחות את גישת העותרים כאילו יש להחיל את חזקת ההתאמה, על היסוד המחייב הטמון בה, ביחס לחוקי היסוד, ובכך להעניק למשפט הבינלאומי מעמד על-חוקי כמשפט הישראלי.

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 מהטיעונים המשלימים עולה כי כלל אין הסכם סגור וקרוב למימוש. הם מציינים כי מאמצים ומגעים בעניין נעשים כבר שנים רבות ללא תוצאה. לבסוף טוענים הם כי הסכם מסוג זה כפוף למגבלות משפטיות

ולמילוי החובות הבינלאומיות של מדינת ישראל, ומציינים כי רוב ההסכמים להעברת מהגרים למדינות צד שלישי נפסלו על ידי בתי משפט ברחבי העולם.

59. המערערות בעע"ם 1247/13 אף הן הגישו תגובתן לטיעונים המשלימים מטעם המדינה. לטענתן, גם אם יושג הסכם עם מדינה שלישית הוא אינו רלוונטי להמשך החזקתן במשמורת של המערערות, 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 כנגד החיסיון של ההסכם המדובר וטוענות שיש לאפשר להן להעלות נגדו טענות אם יצא אל הפועל, וכי על מדינת ישראל יהיה להבטיח כי הגירוש יעשה למדינה שתהווה מקום בטוח עבור המגורשים.

בקשות הצטרפות

60. מספר ארגונים הגישו בקשות הצטרפות כידידי בית המשפט, הן לצידם של העותרים והן לצידם של המשיבים. האחד הוא מרכז קונקורד לחקר קליטת המשפט הבינלאומי בישראל (להלן: המרכז). בקשתו של המרכז מבקשת לשפוך אור על עמדתו של המשפט הבינלאומי בסוגיה הניצבת בפנינו. בתמצית טוען המרכז כי הכללים הקבועים במשפט הבינלאומי מציבים הגבלות מעטות על מדיניות ההגירה ויישומה וזאת לאור עיקרון ריבונות המדינה, אך באיזון מול הצורך להבטיח זכויות יסוד לכל אדם המצוי בתחומי המדינה. נטען כי העקרונות שהתגבשו נועדו להבטיח כי השימוש במעצר יעשה רק לתכלית שלשמה הוא נועד- שימור זכותה של המדינה לקבוע וליישם את מדיניות ההגירה הריבונית שלה באמצעות מניעת כניסה או הרחקה. לפיכך, על מנת שמעצר לא ייחשב שרירותי אין להשתמש בו לשם ענישה; יש להקפיד על נחיצות, מידתיות וסבירות באופיו של המעצר ובמשכו; יש להקפיד על הליכים תקינים ובחינה אינדיבידואלית 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 מרכזיות בחוק למניעת הסתננות חורגות אף מאמות המידה המינימאליות והשמרניות הקבועות במשפט הבינלאומי.

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 פיזי חמור מהתערערות הרוב היהודי-ציוני במדינת ישראל. תופעת המהגרים הבלתי חוקיים, כך נטען, גרמה לירידה בשיעור האוכלוסייה היהודית בארץ לכדי שיעור של 73% בלבד מתוך כלל האוכלוסייה.

62. עוד ביקשו להצטרף כמשיבים לעתירה קבוצה של אזרחי ישראל המתגוררים ועובדים בדרום תל-אביב, ולצידם עמותת איתן- מדיניות הגירה ישראלית. המבקשים מעוניינים להציג בפני בית המשפט את התמונה העובדתית באשר להשפעת כניסתם של מסתננים מאפריקה לישראל על מרקם החיים בדרום תל-אביב ועל חייהם של האזרחים הגרים ועובדים שם. המבקשים מספרים על הירידה בתחושת הביטחון האישי של תושבי דרום תל-אביב מאז כניסת גלי המסתננים לשכונות אלו, ועל תופעות של חטיפת טלפונים סלולאריים, אלימות והטרדות מיניות. הם מספרים על הצפיפות, הרעש, ועל החשש להסתובב ברחובות.

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 הנידון וזכות הפרט הנפגעת. באשר לזכות הנפגעת שולל הפורום את טענות העותרים כי יש לבחון את חוקי היסוד בהתאם לנורמות המשפט הבינלאומי, שכן משמעות הדבר היא הכפפת חקיקת הכנסת כולה למשפט הבינלאומי. עוד טוען הפורום כי למסתננים לא קיימת 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.

64. בקשה נוספת שהוגשה באופן חריג הינה 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 האמנה בדבר מעמדם של פליטים, 1951 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 המסוגלים כמסתננים, רק מהטעם שנכנסו לישראל באופן לא 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.

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

דיון והכרעה

66. בטרם אדרש לבחינה החוקתית המתחייבת בעניין שבפנינו, אבקש לפתוח בהסרת מחלוקות לא רלוונטיות מהדרך בה אנו מתחילים לצעוד כעת. הצדדים חלוקים ביניהם בסוגיות רבות הנוגעות למסתננים המצביעות על נקודות מבט שונות כמעט קוטביות האחת לשניה. חלק מהסוגיות חשובות ונכבדות, אך לא כולן בהכרח רלוונטיות לליבת העתירה שבפנינו, ולפיכך לא נידרש אליהן במסגרת זו. כך למשל חלוקים ביניהם הצדדים על המינוחים והטרמינולוגיה – משמורת בפי המדינה אל מול מעצר מנהלי 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 בהם אנו מצויים, והשימוש במונחים השונים יעשה בהתאם למונחיו של החוק למניעת הסתננות.

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

הצדדים אף חלוקים ביניהם על תנאי המשמורת בהם שוהים המסתננים במתקנים השונים, ובייחוד במתקן "סהרונים" שם שוהים 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 וכבודם של המסתננים,

ואף החוק מחייב אותה בכך, כאמור (סעיף 30ב לחוק למניעת הסתננות). עם זאת, הפרשנות למונח זה ויישומו עניינם לעתירה נפרדת שתכלול נתונים ופרטים בעניין על מנת לבחון את הנושא לעומק, דבר שאין באפשרותנו לעשות במסגרת הסוגיות שהונחו לפתחנו.

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 עמדות הקיצון כפי שהוצגו בפנינו. אולי יהיה זה תמים לקוות לשיתוף פעולה בין שני הגורמים הניצבים בפנינו משני צידי המתרס, מחד העותרים המייצגים את ארגוני זכויות האדם אל מול רשויות המדינה, אך דומני כי שיתוף פעולה כזה הינו 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 והדילמות עליהם עומד הצד שכנגד מזיקה לטעמי ופוגעת בטובת העניין. מכל מקום, אנו אין לנו אלא לבחון את הסוגיה המשפטית שהובאה לפתחנו ולכך נפנה כעת.

בחינה חוקתית

67. באופן כללי חשוב לזכור ולהזכיר את האיפוק והריסון שנטל עליו בית משפט זה בבואו להפעיל ביקורת חוקתית על חקיקה ראשית של הכנסת. הדבר מתחייב מתוך עיקרון ההפרדה בין הרשויות והסמכויות השונות שניתנו להן. הכרעתו של המחוקק מבטאת למעשה את רצון העם שבחר בו, ולפיכך יזהיר עצמו בית המשפט בטרם התערבות בדבר חקיקה ולא ישים עצמו בנעליו של המחוקק בבחירת ובעיצוב מדיניות. עם זאת, אין בית משפט זה רשאי להתעלם 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, איפוא, תוך איזון 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 חטיבת זכויות האדם נ' שר האוצר, פסקה 14 לפסק דינה של הנשיאה ביניש (19.11.09) (להלן: עניין חטיבת זכויות האדם); ע"פ 6659/06 פלוני נ' מדינת ישראל, פ"ד סב(4) 329, פסקה 29 (2008) (להלן: עניין פלוני)).

68. הבחינה החוקתית נחלקת, כידוע, לשלושה שלבים. בשלב הראשון נבחנת השאלה האם החוק הנידון 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 תנאיה של פסקת ההגבלה הינה 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 תוצאות אי החוקיות שנקבעה בשלב הקודם, וקובע מה הסעד שינתן בעקבות קביעה זו (ראו, בין היתר, בג"ץ 10662/04 חסן נ' המוסד לביטוח לאומי, פסקה 24 לפסק דינה של הנשיאה ביניש (28.2.12) (להלן: עניין חסן); בג"ץ 6304/09 לה"ב – לשכת ארגוני העצמאים והעסקים בישראל נ' היועץ המשפטי לממשלה, פסקה 75 (2.9.10) (להלן: עניין לה"ב)); עניין חטיבת זכויות האדם, פסקה 16 לפסק דינה של הנשיאה ביניש; בג"ץ 6427/02 התנועה למען איכות השלטון בישראל נ' כנסת ישראל, פ"ד סא(1) 619, 669-670 (2006) (להלן: עניין התנועה למען איכות השלטון); בג"ץ 5975/12 חטיבת מפיצי הסיגריות במכונות אוטומטיות נ' משרד הבריאות, פסקה 8 (3.7.13) (להלן: עניין חטיבת מפיצי הסיגריות)).

69. בית משפט זה הכיר בחשיבותו של הניתוח האמור כסדרו. ניתוח זה מאפשר בחינה אנליטית ואחידה של סוגיות חוקתיות הבאות בפניו 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 בישראל, בעמ' 670; עניין חסן, פסקה 24 לפסק דינה של הנשיאה ביניש). על חשיבות ההבחנה בין השלב הראשון לשני 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 ("פיסקת 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, פסקה 24 (26.6.13) (להלן: עניין שטנגר)).

שלב ראשון – פגיעה בזכות יסוד

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

הפגיעה בזכות לחירות

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

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

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 בצורה חד משמעית. "עצם כליאתו של אדם והשמתו במאסר פוגעת בזכותו לחירות ולחופש התנועה" (עניין חטיבת זכויות האדם, פסקה 16 לפסק דינה של הנשיאה ביניש; עניין אלקנוב, פסקה 13). למעשה גם המדינה אינה חולקת על פגיעתו של התיקון לחוק למניעת הסתננות בזכות לחירות. עם זאת אקדיש מספר מילים לזכות חשובה ומרכזית זו.

72. הזכות לחירות הינה 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, פ"ד נז(2) 349, 364 (2003) (להלן: עניין מרעב)). היא מהווה את אחת מהזכויות הבסיסיות והיסודיות ביותר במערך זכויות האדם. החירות הפיזית, 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 17 וההפניות

שם (תשע"א) (להלן: קיטאי סנג'ור). הזכות לחירות מעוגנת בפסיקתו של בית משפט זה שקשרה לה כתרים וכותרות, ובהן היותה "עקרון על" ((דנ"פ 2316/95 גנימאת נ' מדינת ישראל, פ"ד מט(4) 589, 633 (1995) (להלן: עניין גנימאת)); "מן היושבות ראשונה במלכות" (בג"ץ 5016/96 חורב נ' שר התחבורה, פ"ד נא(4) 1, 147 (1997) (להלן: עניין חורב)); "יסוד היסודות ואבי כל החירויות למיניהן" (ב"ש 1/87 דנאשוילי נ' מדינת ישראל, פ"ד מא(2) 281, 288 (1987)); "זכות חוקתית מן המדרגה הראשונה" (בג"ץ 6055/95 צמח נ' שר הביטחון, פ"ד נג(5) 241, 261 (1999) (להלן: עניין צמח)). שלילת חירותו של אדם פגיעה קשה, מקיפה ורחבה בשלל תחומי החיים והיא שהופכת אותה לזכות כה מרכזית 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, פסקה 6 (8.7.12)); ע"פ 4620/03 אבו ראשד נ' מדינת ישראל, פסקה 5 (8.9.03)). 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, פסקה 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 421 (כרך שלישי, פרשנות חוקתית, 1994) (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 אלו 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, פסקה 36 לפסק דינה של השופטת פרוקצ'יה; לבנת, בעמ' 254; עע"ם 1038/08 מדינת ישראל נ' געאביץ, הערותיה של הנשיאה ביניש (11.8.09)).

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 פיזית, נפשית וערכית כתוצאה משלילת החירות (עניין חטיבת זכויות האדם, פסקה 20 לפסק דינה של הנשיאה ביניש; פסקה 24 לפסק דינה של השופטת פרוקצ'יה; שהם, 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, והיא גם, מבחינה מעשית, 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 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 מושגות 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, בעמ' 261).

חשיבותה ומרכזיותה של הזכות לחירות במשטר דמוקרטי נובעת גם מהשלכותיה של שלילת החירות על האדם הנפגע ועל הנזקים שעלולים להיגרם לו כתוצאה מכך. שלילת חירותו של אדם עלולה לגרום לו לנזקים פיזיים ונפשיים כאחד (ראו קיטאי סנג'רו, 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, פסקה 25 לפסק דינה של הנשיאה ביניש). חשיבותה של הזכות לחירות והחומרה המיוחסת לשלילת החירות הביאה לתפיסה כי הסמכות להפעלת כוח ולשלילת חירותו של אדם היא סמכות הנתונה למדינה לבדה בהיותה חלק מהאמנה החברתית שביסוד המדינה. לפיכך החליט בית משפט זה לבטל הסדר חקיקתי אשר מסר את סמכויות הפעלת בתי סוהר לגורמים פרטיים, גם אם בפיקוחה ההדוק של המדינה (עניין חטיבת זכויות האדם). עוד נקבע כי בשל חשיבותה של הזכות לחירות יש לפרשה כחלה "גם על הגנות דיוניות והסדרים דיוניים הקשורים קשר ישיר לזכות ולמימושה" (עניין שטנגר, פסקה 28).

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, פסקה 21 לפסק דינה של הנשיאה ביניש; עניין צמח, בעמ' 262; עניין פלוני, פסקה 28). האיזון בין הזכות לחירות לבין האינטרס הציבורי מתבצע בהתאם לכלים החוקתיים שנקבעו בחקיקה ובפסיקה, שהחשוב בהם הוא כמובן עיקרון המידתיות.

שלילת החירות היא האמצעי החריף ביותר (מלבד עונש המוות הנדיר ביותר בשיטת המשפט שלנו) שמפעיל המשפט הפלילי (קיטאי סנג'רו, בעמ' 16). לא בכדי נקבעו בהוראות החוק הישראלי סייגים ומגבלות רבים על שלילת חירותו של אדם, וזאת 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 (ס' 129 לחסד"פ). עוד קובע החוק חובת הזמנת תסקיר קצין מבחן 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 כאשר הוא בחזקת חשוד או נאשם בלבד וטרם הורשע על פי דין. אחת ההוראות החשובות לעניין זה קובעת כי אין להורות על מעצרו של אדם כאשר ניתן להשיג את מטרת המעצר בדרך של שחרור בערובה ותנאי שחרור שפגיעתם בחירותו של הנאשם פחותה (ס' 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 (ראו בש"פ 3513/95 שרגאי נ' התובע הצבאי, פרקליטות חיל האוויר, פ"ד נא(2) 686 (1997)). כן נקבע כי העובדה שעבירה כלשהי מהווה "מכת מדינה" אינה יכולה לשמש כשלעצמה עילת מעצר (עניין גנימאת, 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, וזאת על מנת לצמצם במידת מה את הפגיעה שנגרמה כתוצאה מהמאסר או המעצר (סעיף 80(א) לחוק העונשין).

74. ההקפדה והזהירות היתרה במשפט הפלילי בטרם שלילת חירותו של אדם באה לידי ביטוי מקל וחומר בתחומי משפט אחרים. "יש לזכור כי מעצר ללא קביעת אחריות פלילית צריך להתקיים רק במקרים חריגים ומיוחדים" (עניין מדעב, בעמ' 364). כך מוכר בשיטת משפטנו המעצר המנהלי שנועד לסיכול ומניעה של סכנה עתידית לביטחון המדינה או הציבור. המעצר המנהלי פוגע כמובן באופן קשה בחירותו של אדם, וזאת שלא על בסיס ניהול משפט פלילי, ופעמים רבות בהתבסס על קיומו של חומר חסוי שלא ניתן לחושפו בפני העציר או בא-כוחו. לשם כך נקבעו מסגרות וכלים משפטיים במטרה ליצור איזון בין האינטרס של שמירה על ביטחון המדינה לבין שמירה על כבודו וחירותו של האדם (ראו עמ"ס 8607/04 פחימה נ' מדינת ישראל, פ"ד נט(3) 258, 262 (2004); עמ"מ 4794/05 פלוני נ' שר הביטחון (12.6.05)). במסגרת זו קיימות שלוש ערכאות שיפוטיות בהן מתבצעת ביקורת שיפוטית על המעצר המנהלי, ובכלל זה עיון בחומר החסוי ובחינתו של החומר בקפידה, כאשר העצור זכאי כמובן

במסגרתן לייצוג (ראו למשל בג"ץ 3128/12 מסלמאני נ' המפקד הצבאי לאזור יהודה ושומרון (7.5.12); בג"ץ 5784/03 סלאמה נ' מפקד כוחות צה"ל באיו"ש, פ"ד נז(6) 721 (2003)). כן נקבע כי על הרשות המינהלית לשקול הפעלת אמצעים חלופיים למעצר המינהלי שפגיעתם בעצור תהיה פחותה (ראו עמ"מ 8788/03 פדרמן נ' שר הביטחון, פ"ד נח(1) 176, 188-189 (2003)).

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

בתחום האזרחי קיימים הסדרים נוספים המאפשרים שלילת חירותו של אדם. הסדרים אלו כולם קפדניים וזהירים, ומכילים הוראות ברורות המצמצמות את האפשרות לשלול 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, יחסית להסדר שקדם לו, להיבט של זכויות החולה וחירותו, ולפיכך נכללו במסגרתו פיקוח והגבלות הדוקים יותר, וחלופות קיצוניות פחות (ראו רע"א 8000/07 היועץ המשפטי לממשלה נ' פלוני (2.5.12)). כך גם ההוראות העוסקות בביזיון בית המשפט או בכפיית מתן גט, המאפשרות את מאסרו של אדם לצרכי אכיפת הצו או הגט בלבד, ואשר 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' ארז (13.10.09); בש"פ 4072/12 פלוני נ' בית הדין הרבני הגדול (7.4.13) (להלן: בש"פ פלוני)).

76. הנה כי כן, בכל תחום משפט בו מתאפשרת שלילת חירותו של אדם נעשית שלילת זכות זו במשורה, בזהירות, תוך 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 יכולה להיות

במדרגים שונים ובאופנים שונים בעלי עוצמות משתנות. עוצמת הפגיעה וטיב הפגיעה יש בה מטבע הדברים להשליך על הבחינה החוקתית הנערכת במסגרתה של פסקת ההגבלה (עניין חטיבת זכויות האדם, פסקה 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 נכונות לוותר על מידה מסוימת של התועלת המושגת לאינטרס הציבורי העומד מנגד. מכל מקום, ברי כי הפגיעה בזכות לחירות באמצעות השמה במשמורת הינה פגיעה קשה וקיצונית. כידוע, "רמת ההגנה על זכות יסוד צריכה לעמוד ביחס ישר לדרגת החשיבות של הזכות ולעוצמת הפגיעה בזכות" (עניין צמח, בעמ' 262). לפיכך, לפגיעה הקשה בזכות שהינה כה בסיסית וחשובה עשויות להיות השלכות בהמשך הבחינה החוקתית.

הפגיעה בחופש התנועה

77. לצד הפגיעה בחירות האישית טענו העותרים לפגיעה בחופש התנועה של המסתננים. 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. "חופש התנועה הוא איפוא, החופש שקנינו להלך על רגלינו ברשות הרבים, לרכוב על האתון או לנסוע במכונית במקומות שיועדו לכך" (עניין חורב, 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, פ"ד מח(2) 491, 506 (1994)). זוהי זכות הנתפסת כחיונית למימושו העצמי של האדם וכמבטאת את האוטונומיה הפרטית שלו (עניין חורב, בעמ' 59, 95). חופש התנועה היא זכות העומדת בפני עצמה אך גם נגזרת מכבוד האדם ומהזכות לחירות אישית, ולפיכך מוגנת על ידי חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו (בג"ץ 6385/05 ואנונו נ' אלוף פיקוד העורף, פסקה 10 (2006) (להלן: עניין ואנונו); בג"ץ 1890/03 עיריית בית לחם נ' מדינת ישראל, פ"ד נט(4) 736, 754 (2005) (להלן: עניין עיריית בית לחם)), וזאת על אף שבנוגע לחופש התנועה הפנים מדינתית אין התייחסות מפורשת לזכות זו בחוקי היסוד (ראו יפה זילברשץ "על חופש התנועה הפנים-מדינתית" משפט וממשל ד 793, 803 (תשנ"ח) (להלן: זילברשץ);

עם זאת ראו עמדתו של השופט טל בעניין חורב, בעמ' 181; בג"ץ 6824/07 מנאע נ' רשות המיסים, פסקה 40 (20.12.10).

מעמדה של הזכות לחופש תנועה במדרג זכויות וחירויות היסוד של הפרט הוא גבוה, ובית משפט זה השווה אותו לזכות לחופש הביטוי (עניין חורב, בעמ' 147; עניין ואנונו, פסקה 10; עניין עיריית בית לחם, בעמ' 756). עם זאת ברי כי גם זכות זו אינה מוחלטת, וכי לא כל דבר הנתפש במסגרת חופש התנועה זכאי להגנה דומה (עניין חורב, 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 מטעמים מניעתיים ולא עונשיים נדרשת תכלית ציבורית בעלת משקל מיוחד שתצדיק את הפגיעה, וכן זהירות והקפדה מירביים בהפעלת ההגבלה (עניין ואנונו, פסקאות 15, 18; בג"ץ 2150/07 ראש מועצת הכפר בית סירא נ' שר הביטחון, פסקה 33 לפסק דינו של השופט פוגלמן (29.12.09); עניין עיריית בית לחם, בעמ' 760-757).

79. הקשר בין חופש התנועה לחירות האישית הוא מובן. כלשונו של המשנה לנשיא מ' חשין, חירות התנועה היא בתה של החירות (עניין חורב, 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, בעמ' 817, 818 והפניות לפסקי דינו של בית הדין האירופאי לזכויות האדם: *Guzzardi v. Italy* 3 (1992); *Cyprus v. Turkey* 15 E.H.R.R 509 (1980); *E.H.R.R* 333). 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-הפיזית. מובן הוא כי אם יקבע כי הפגיעה בחירותם של המסתננים עומדת באמות המידה החוקתיות, מקל וחומר יקבע כך גם באשר לפגיעה בחופש התנועה. במצב דברים זה איני סבורה כי יש להכריע במחלוקת שבין העותרים למדינה בסוגיה האם נתונה למסתננים זכות תנועה חוקתית אם לאו, שכן ניתן להסתפק בבחינת הפגיעה בחירותם, אשר לא יכולה להיות מחלוקת כי היא פגיעה בזכות חוקתית מוגנת. אעיר כי ישנו בסיס לטענת המדינה לפיה למי שנכנס שלא כדין בישראל לא נתון חופש התנועה, כמו גם החופש לבחור מקום מגורים הנלווה לרוב לזכות התנועה הפנים-מדינתית. כך, באמנה הבינלאומית בדבר זכויות אזרחיות ופוליטיות, 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 באופן נסיבות" (סימן כו לאמנת הפליטים. לעניין מחוסרי אזרחות ועובדים זרים ראו זילברשץ, בעמ' 815-816).

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

השלב השני- בחינת התקיימות תנאי של פסקת ההגבלה

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

"פסקת ההגבלה מבטאת את האיזון שנקבע במשפט החוקתי הישראלי בין זכויות הפרט לבין צרכי הכלל וזכויותיהם של פרטים אחרים. היא משקפת את תפיסתנו החוקתית לפיה 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 בהם הפגיעה בזכויות האדם תהיה מותרת" (עניין חטיבת זכויות האדם, פסקה 44 לפסק דינה של הנשיאה ביניש).

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; והרביעי, כי הפגיעה אינה במידה העולה על הנדרש.

82. הצדדים אינם חלוקים בדבר התקיימותו של התנאי הראשון בפסקת ההגבלה, לפיו הפגיעה נעשתה בחוק. על התקיימותו של התנאי השני, לפיו על הפגיעה להלום את ערכיה של מדינת ישראל, לא הרחיבו הצדדים את הדיבור, ולפיכך אף אני אצא מנקודת הנחה כי תנאי זה מתקיים בענייננו. מכאן כי יש לעבור לבחינת התנאי השלישי

בפסקת ההגבלה, לפיו 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 לרכז את הבחינה החוקתית בנוגע לתיקון בשאלת המידתיות. אתיחס, איפוא, בקצרה לעניין זה להלן.

תכלית ראויה

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, פסקה 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, פסקה 55 לפסק דינה של הנשיאה ביניש; עניין חטיבת זכויות האדם, פסקה 45 לפסק דינה של הנשיאה ביניש; עניין לה"ב, פסקה 107). יש, אם כן, לשים לב כי לא כל מטרה חברתית או ציבורית חשובה תבסס תכלית ראויה, והדבר תלוי גם בפגיעה העומדת מנגד.

84. המדינה עומדת על שתי תכליות מרכזיות שעמדו בפני המחוקק בחוקקו את התיקון לחוק למניעת הסתננות. תכלית אחת, שאינה מעוררת לטעמי קושי, הינה מניעת השתקעותם של המסתננים בישראל והתמודדות המדינה עם השלכותיה הרחבות של תופעת ההסתננות. המדינה עומדת על כך שהחוק מבקש למנוע מהמסתננים שחדרו כבר לגבולות מדינת ישראל מלהכות בה שורש ולהשתקע בה ובכך להציב את הגירתם הבלתי חוקית כעבודה מוגמרת. כן מונע החוק את השתלבות המסתננים בשוק העבודה הישראלי, אשר השלכותיו פורטו לעיל. הרחקתם של המסתננים מערי ישראל מונעת אף את יתר ההשלכות השליליות שהוצגו על ידי המדינה ופורטו לעיל. דומני כי תכלית זו הינה 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, פסקה 24 לפסק דינה של השופטת פרוקצ'יה; עניין אטא, פסקה 13; עניין פרידה, פסקה ו(8)). מכאן נובעת אף זכותה לקבוע צעדים שיתמודדו עם מהגרים בלתי חוקיים, בהנחה שאלו לא הוכרו כפליטים. כפי שפורט, הגירה בלתי חוקית עלולה לגרור השלכות שליליות על מרקם החיים בחברה הישראלית, ובין היתר לפגוע במקומם של אזרחי ותושבי ישראל בשוק העבודה ולהשפיע על שכרם, לצמצם את המשאבים השמורים למערכות השונות, כגון

מערכות הרווחה והחינוך, המטפלות באזרחים ובתושבים השוהים באופן חוקי בישראל, להגביר את הפשיעה באזורים בהם מרוכזים מהגרים בלתי חוקיים, ועוד. לפיכך, ניתן לראות כמטרה חברתית חשובה את רצונה של המדינה למנוע השלכות שליליות אלו ולטרפד אפשרות חופשית של המסתננים להשתקע בכל מקום במדינת ישראל, להשתלב בשוק העבודה שלה, ולא לאץ את החברה המקומית להתמודד עם כניסת המסתננים לתחומם על כל המשתמע מכך (ראו עניין קו לעובד השני, פסקה 58 לפסק דינה של השופטת פרוקצ'יה; עניין אורן, בעמ' 232). מובן, עם זאת, כי האמצעים להגשמת מטרה זו צריכים לעמוד במבחן המידתיות, אשר אליו אתייחס בהמשך הדברים.

85. התכלית השניה העומדת בבסיס התיקון מעוררת לטעמי קשיים לא מבוטלים. המטרה מנוסחת על ידי המדינה כבלימת תופעת ההסתננות. המדינה רואה בתיקון לחוק יצירת חסם נורמטיבי שבא להשלים את החסם הפיזי בדמות בניית גדר הגבול עם מצרים, שביחד יביאו לבלימת כניסת מסתננים למדינת ישראל. הצגה סטרילית זו של הדברים מטעה. אמנם לא יכולה להיות מחלוקת שהתכלית של בלימת תופעת ההסתננות היא תכלית חשובה וראויה בהתחשב בקשיים שמעוררת תופעה זו. אלא שמשמעות תכלית זו בהקשר של התיקון לחוק היא הרתעה. דהיינו, עצם השמתם של המסתננים במשמורת יוצרת הרתעתם של מסתננים פוטנציאלים מלהגיע לישראל בידיעה שאף הם יושמו במשמורת. וכלשונו הציורית של המשנה לנשיא מ' חשין: "אסור לנו שנטעה בלשון-הנימוסין, והרי כולנו ידענו כי בתוך כפפת-המשי טמון אגרוף" (עניין סטמקה, בעמ' 769).

86. הקושי בתכלית ההרתעתית הוא ברור. אדם מושם במעצר לא מפני שהוא מהווה באופן אישי סיכון כלשהו, אלא על מנת להרתיע אחרים. ההתייחסות אליו אינה כאל מטרה אלא כאל אמצעי. התייחסות זו ללא ספק הינה פגיעה נוספת בכבודו כאדם. "כבוד האדם רואה באדם מטרה ולא אמצעי להשגת מטרות של אחרים" (ברק, פרשנות חוקתית, בעמ' 421). "בני-אדם לעולם עומדים כתכלית וערך בפני עצמם. אין לראות בהם אמצעי בלבד ולא מוצר לסחור בו – תהא המטרה נאצלת ככל שתהא" (עניין קו לעובד הראשון, 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, פסקה 3 לפסק דיני).

87. בדנ"פ 7048/97 פלוניס נ' שר הביטחון, פ"ד נד(1) 721 (2000) (להלן: עניין פלוניס) נירונה השאלה האם ניתן להחזיק במעצר מנהלי אדם אשר ממנו לא נשקפת

סכנה לביטחון המדינה, כאשר מטרת המעצר הינה כי אותו אדם ישמש "קלף מיקוח" במשא ומתן לשחרורם של שבויים ונעדרים של צה"ל. הסוגיה היתה 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 מעצרים אינו חוקי. הנשיא ברק עמד על כך שכל מעצר מנהלי מהווה פגיעה קשה בחירות ובכבוד של העצור, אך פגיעה זו נסבלת לאור המטרה הביטחונית החשובה העומדת מנגד. עם זאת קבע כי "הפגיעה בחירות ובכבוד במעצר מנהלי 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, בעמ' 741). בית המשפט הבהיר כי הפגיעה החמורה נובעת מעובדת תפיסתו של העצור כאמצעי ולא כמטרה, דבר אשר פוגע 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, 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, בעמ' 743).

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). חוק זה מאפשר כליאתם של גורמי חוץ המשתייכים לארגון טרור או נוטלים 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 לפיה אין החוק כולל כלל דרישה למסוכנות אינדיבידואלית. נקבע כי הוכחת מסוכנות אינדיבידואלית לצורך מעצרו של אדם לפי החוק הנבחן נדרשת לאור ההגנה על הזכות החוקתית לכבוד ולחירות אישית:

"המעצר המנהלי לא נועד להעניש על מעשים שכבר בוצעו או להרתיע 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 מנהלי הפוגע בחירות האדם" (עניין פלוני, פסקה 18).

89. בפרשה נוספת נידון "צו תיחום מקום מגורים" שהוצא על ידי המפקד הצבאי של כוחות צה"ל באזור יהודה ושומרון (בג"ץ 7015/02 עג'ורי נ' מפקד כוחות צה"ל בגדה המערבית, פ"ד נו(6) 352 (2002) (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 היתה ביטחונית וכוונה בעיקר לבני משפחתם של מפגעים ומחבלים. בית משפט זה, בהרכב של תשעה שופטים, קבע, מבלי שהיתה על כך מחלוקת בין הצדדים, כי תנאי הכרחי לתיחום מגוריו של אדם הינו כי מאותו אדם עצמו נשקפת סכנה. כן נקבע כי לא ניתן לתחום 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, וזאת גם אם יוכח שהתיחום יסייע בהרתעת מחבלים אחרים מביצוע פעולות טרור (עניין עג'ורי, בעמ' 370). הנשיא ברק עמד על כך שמסקנה זו נדרשת ועולה מערכינו היהודים והדמוקרטים:

"ממורשתנו היהודית למדנו כי "לא יומתו אבות על-בנים ובנים לא-יומתו על אבות איש בחטאו ימותו" (דברים כד, טז). "איש בעונו יישא ואיש בחטאו יומת" (השופט מ' חשין בבג"ץ 2006/97 אבו פארה ג'נימת נ' אלוף פיקוד מרכז, פ"ד נא(2) 651, 654; "איש בחטאו ייעצר - ולא בחטאם של אחרים" (השופט י' טירקל בבש"פ 4920/02 פדרמן נ' מדינת ישראל (לא פורסם)). 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, בעמ' 372).

90. ההשוואה וההשלכה על ענייננו היא מתבקשת. השמתם של המסתננים במשמורת אינה במסגרת המשפט הפלילי. אין במשמורת זו משום ענישה על עצם ההסתננות. המשמורת נקבעת על ידי רשות מנהלית. העובדה שמטרת המשמורת הינה הרתעת אחרים מעוררת קשיים, כאשר המסתנן מהווה אמצעי להשגת מטרותיה של המדינה. המפתח לכלאו מצוי בידי אחרים ולא בידי (ראו עמ"מ 10/94 פלוני נ' שר הביטחון, פ"ד נג(1) 97, 107 (1997); וכן השוו לבש"פ פלוני, פסקה 26(ג)). הקושי

מתעצם לאור העובדה שהמשמורת גורמת לפגיעה באחת מהזכויות החשובות והמהותיות הקיימות לאדם – הזכות לחירות – וכאשר הפגיעה בה היא למעשה בעוצמה מקסימאלית – שלילת חירותו של אדם לחלוטין לתקופה משמעותית ביותר של שלוש שנים, ואף זאת מבלי שמובטח לו כי לאחר תקופה זו ישוחרר מהמשמורת. הפגיעה בחירות, כאמור, גוזרת אחריה אף פגיעה בכבוד, פגיעה מהותית ועמוקה. לפיכך מתעורר ספק האם ניתן לראות בתכלית זו תכלית ראויה.

91. בחינתו של הדין הבינלאומי מחזקת את הספק האמור, וזאת גם בהנחה שעסקינן במהגרים בלתי חוקיים ולא במבקשי מקלט שההגנות עליהם רחבות יותר. מדינת ישראל חתמה ואישררה את האמנה הבינלאומית בדבר זכויות אזרחיות ומדיניות, כ"א 1040. סעיף 9(1) לאמנה זו קובע כי-

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

הפרשנות שניתנה לסעיף זה על ידי הנציב העליון לזכויות אדם של האו"ם (OHCHR) היא רחבה. בהתאם לפרשנות זו הסעיף חל על כל סוגי שלילת החירות, כולל שלילת חירות במסגרת מדיניות ההגירה של המדינה (General Comment No. 08: Right to liberty and security of persons (Art. 9), 06/30/1982, para.1 <http://www.unhchr.ch/tbs/doc.nsf/0/f4253f9572cd4700c12563ed00483bec?Op=endocument>). באחד המקרים שנידונו על ידי הוועדה לזכויות אדם של האו"ם (HRC) נקבע כי החזקת מהגר בלתי חוקי במשמורת יכולה להיחשב שרירותית על פי סעיף 9(1) לאמנה אם המשמורת אינה נחוצה בנסיבות המקרה. המעצר אינו יכול להימשך מעבר לתקופה בה המדינה יכולה לספק לו הצדקה כדין. הוועדה מציגה כדוגמאות להצדקה כזו, בנוגע למהגר בלתי חוקי, את הצורך בביצוע חקירה, והצדקות פרטיקולאריות נוספות הנוגעות ספציפית לאותו עצור, כגון חשש מהימלטות או היעלמות, או היעדר שיתוף פעולה של העצור. בהעדר הצדקות אלו עלול המעצר להיחשב שרירותי, וזאת גם אם מדובר באדם שנכנס שלא כדין למדינה. באותו מקרה ניסתה אוסטרליה לטעון כי מעצרו של מהגר בלתי חוקי לתקופה של 4 שנים היתה כדין לאחר שהוא נכנס לאוסטרליה באופן בלתי חוקי וכי שחרורו עלול היה לגרום להימלטותו או בריחתו. הוועדה לזכויות אדם דחתה את טענותיה וקבעה כי אוסטרליה לא ביססה כל עילה הנוגעת ספציפית לנסיבותיו של העצור, ולפיכך החזקתו במשמורת היתה שרירותית על פי סעיף 9(1) לאמנה (A. v. Australia, CCPR/C/59/D/560/1993, UN Human Rights Committee (HRC), 3 April 1997,

[http://www.refworld.org/docid/3ae6b71a0.html]. הדין הבינלאומי מכיל אף עמדה העוסקת באופן ישיר במסתננים אשר עיקרון "אי ההחזרה" חל עליהם. במקרה כזה נאמר כי מאחר שהמכשול העומד בפני גירושו של המסתנן אינו נעוץ בו, יש לשחררו ממעצר, שאם לא כן יחשב המעצר לשרירותי בהתאם לאמנה האמורה (Report of the Working Group on Arbitrary Detention, para. 63, U.N. Doc. A/HRC/13/30 (18 January 2010) ניתן למצוא ב: <http://www.ohchr.org/EN/Issues/Detention/Pages/Annual.aspx> at כללי נקבע כי מעצרו המינהלי של שוהה בלתי חוקי ללא שמתנהל תהליך גירוש אפקטיבי הינו מעצר שרירותי (Baban v. Australia, UN Doc. CCPR/C/78/D/1014/2001, 18 September 2003, 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 כי החזקה במעצר בהעדר הליכי גירוש מנוגד למטרותיה ותכליתה של ה- European Union Return Directive (ראו Case C-61/11 PPU, El Dridi, 28 April 2011, OJ C 186, 25.06.2011; Case C-357/09 PPU, Kadzoev, Judgment of the Court (Grand Chamber) of 30 November 2009. כן ראו דו"ח שהוגש למועצת זכויות האדם של האו"ם: Report of the Special Rapporteur on the human rights of migrants, François Crépeau: Regional study: management of the external borders of the European Union and its impact on the human rights of migrants, 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 מקלט שהוגשו על ידי המוחזקים במשמורת לפי החוק למניעת הסתננות. עד למועד הדיון בעתירה נידונו והוכרעו רק בקשות מקלט ספורות. לפיכך, תמונת המצב היא כי מרבית המסתננים השוהים במשמורת הינם מבקשי מקלט, וזאת ללא תלות בשאלה האם בקשותיהם יאושרו בסופו של דבר אם לאו. מכל מקום, על רובם חל עיקרון "אי ההחזרה" (Non Refoulement) שאינו מאפשר את גירושם בשלב זה לארץ מוצאם. כפי שצוין, הדין הבינלאומי בנוגע למבקשי מקלט הוא מחמיר יותר עם המדינות בשטחיהן הם שוהים. נציבות האו"ם לפליטים (UNHCR) פרסמה בשנת 2012 הנחיות מעודכנות בנוגע למבקשי מקלט, ובהן הוראות באשר למעצרים של מבקשי מקלט (Detention Guidelines: Guidelines on the Applicable Criteria and Standards relating to the Detention of Asylum-

Seekers and Alternatives to Detention-
 Detention : (להלן: <http://www.refworld.org/docid/503489533b8.html>)

(Guidelines). בקצרה אומר כי אף הנחיות אלו מורות כי המעצר אינו יכול להיות שרירותי, והן אף מדגישות במפורש כי המעצר צריך להיות מבוסס על הערכת נסיבותיו הפרטיקולאריות של הפרט. מעצר שאינו שרירותי הינו מעצר שהוא נחוץ, סביר ומידתי בנסיבות הספציפיות של המקרה. ההנחיות דורשות כי תתקיים הצדקה ספציפית למעצרו של מבקש המקלט בנסיבות המקרה, וזאת גם כאשר הכניסה למדינה היתה בלתי חוקית. שלוש ההצדקות המאושרות בהנחיות הינן 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 מקלט חסרות כל ביסוס ושחר הנלוות להליכים מואצים; מעצר ראשוני ומינימאלי 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 של הרתעת מבקשי מקלט נוספים מלהגיע למדינה.

93. למרות הספקות האמורים, יתכן כי במצב קיצוני בו הופכת התכלית לחיונית ביותר עבור קיומה של המדינה ושמירתה על האינטרסים הבסיסיים ביותר שלה, ניתן יהיה להצדיק תכלית זו, וזאת על אף הפגיעה הקשה והעוצמתית בחירותו של המסתנן (ראו והשוו עניין פלוני, פסקה 30). כן יש להדגיש כי כאשר המטרה העיקרית אינה הרתעת אחרים אלא קשורה באופן ישיר למסתנן עצמו הקשיים האמורים אינם מתעוררים. כך למשל מסתנן שעצור לצורך קידום הליכי גירושו בטווח הנראה לעין מעצרו יהיה כדין גם אם נלווה אליו אפקט של הרתעה (ראו עניין אל טאיי, בעמ' 851). מכל מקום, כאמור, לצורך בחינת העניין שבפנינו מוכנה אני לצאת מנקודת הנחה כי החוק צולח את מבחן התכלית הראויה, ולכוחנו בהתאם לדרישת המידתיות.

94. השלב הבא בבחינת תנאיה של פסקת ההגבלה הוא מבחן המידתיות. מאחר וכאמור לא הוצא צו על תנאי בנוגע לתיקון כמכלול, עלינו לבחון באופן ספציפי את הסעיפים בתיקון בגינם הוצא צו על תנאי בעתירה. בחרתי להתחיל דווקא בצו על תנאי מס' 4, ולהתמקד במסגרתו בהוראה שעניינה עילת שחרור כעבור שלוש שנים במשמורת, שכן זהו הסעיף המרכזי והפוגעני ביותר במסגרת התיקון לחוק. כמו כן, הקביעה בדבר תוקפו החוקתי עשויה להיות לה השלכה גם על בחינת חוקתיותם של סעיפים אחרים.

צו על תנאי מס' 4 – סעיף 30א(ג)(3) לחוק למניעת הסתננות – בחינת מידתיות

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

30א. הבאה לפני ממונה ביקורת הגבולות וסמכויותיו
 ... (א)
 ... (ב)
 (ג) ממונה ביקורת הגבולות רשאי לשחרר מסתנן
 בערובה, אם שוכנע כי מתקיים אחד מאלה:
 ... (1)
 ... (2)
 (3) חלפו שלוש שנים מיום תחילת החזקתו של
 המסתנן במשמורת.

מבחן המידתיות שבפסקת ההגבלה נחלק לשלושה מבחני משנה. המבחן הראשון הינו מבחן הקשר הרציונאלי 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, ומשמעותו היא כי נדרש להתקיים יחס סביר בין הפגיעה בזכות החוקתית לבין התועלת הציבורית-חברתית הצומחת מן הפגיעה. חשוב להדגיש כי למחוקק נתון "מרחב תימרון חוקתי" בבחירת האמצעים החקיקתיים לצורך הגשמת התכלית הרצויה:

"גבולותיו של מרחב התימרון 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 או האינטרסים המתחרים. בית-משפט זה לא ימיר את שיקוליו של המחוקק בשיקול-דעתו שלו ויימנע מהתערבות, כל עוד האמצעי הנבחר על-ידי המחוקק מצוי בגדר מתחם המידתיות. בית-המשפט יתערב רק כאשר האמצעי הנבחר חורג באופן משמעותי מגדריו של מתחם התימרון החוקתי והוא בלתי מידתי באופן ברור (ראו ע"א 6821/93 בנק המזרחי המאוחד בע"מ נ' מגדל כפר שיתופי, פ"ד מט(4), 221 (1995), בעמ' 438; בג"ץ 450/97 תנופה שירותים כוח אדם ואחזקות בע"מ נ' שר העבודה והרווחה, פ"ד נב(2) 433 (1998); עת"מ 4436/02 תשעים כדורים נ' עיריית חיפה, פ"ד נח(3) 782 (2004), בעמ' 815; פרשת המועצה האזורית חוף עזה, בעמ' 550-551) (עניין פלוני, פסקה 31; כן ראו עניין חסן, פסקה 58 לפסק דינה של הנשיאה ביניש).

96. כאמור, מבחן המשנה הראשון בוחן קיומו של קשר רציונאלי בין האמצעי החקיקתי הפוגעני לבין התכלית שביקש להציג אמצעי זה. העדר 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, בכפוף 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 ביקורת הגבולות 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, לפיהם רק 136 איש שהוחזקו מכוח החוק למניעת הסתננות שוחררו החל מתחילת יישום 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 ראוייה להגנה כאילו היא עולם ומלואו" (עניין צמח, בעמ' 276).

97. נראה כי לא ניתן לחלוק על כך שבאופן תיאורטי מתקיים קשר רציונאלי בין השמתם של מסתננים במשמורת לבין מניעת השתקעותם בישראל ומניעת חלק ניכר מההשלכות השליליות הנטענות הנובעות מהשתלבותם בערי ישראל, כגון פגיעה במועסקים ישראליים, מניעת פשיעה וכדומה. עם זאת, יש לשים לב ליישום התיקון בפועל. על פי נתוני המדינה שוהים כיום בישראל כ-55,000 מסתננים. מתוכם, כ-1,750 מסתננים מוחזקים מכוח החוק למניעת הסתננות, כלומר אחוז קטן מכלל המסתננים, כאשר ככל הנראה כיום מדובר בקיבולת המקסימאלית של המתקן (ראו באתר שירות בתי הסוהר: <http://www.ips.gov.il/NR/exeres/B39647B9-41FF-464B-AD47-FED65CA926CD.frameless.htm?NRMODE=Published>). משמעות נתונים אלו 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.

98. באשר לתכלית ההרתעה ובלימת תופעת ההסתננות. תמונת המצב בנוגע לקשר הרציונאלי בין תכלית זו להשמתם של המסתננים במשמורת אינה ברורה. המדינה טוענת כי מאחר שמדובר בהגירה לצרכי עבודה, לו היו יודעים המסתננים הפוטנציאלים כי בהגיעם לישראל 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, ואם הדבר יהיה ביכולתם 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 ותושביה. העובדה שעד היום נבחנו בקשות ספורות בלבד להכרה כפליטים שהוגשו על ידי מסתננים מגבירה את אי הודאות באשר למניעיהם של המסתננים לעזוב את ארצותיהם ולהיכנס לישראל. לפיכך, אין בידנו להכריע בשאלה האם במצב הנורמטיבי הנוכחי ימשיכו ויעדיפו מסתננים לחדור לגבולות מדינת ישראל ולהסתכן בהשמתם במשמורת לתקופה ארוכה ללא יכולת לעבוד.

99. שני הצדדים מנסים להוכיח את טענותיהם בנתונים המספריים. לטעמי נתונים אלו אינם מובילים אף הם למסקנה ברורה באשר לקיומו של קשר רציונאלי בין תכלית החוק לבין אמצעיו. הקושי העיקרי נובע מכך שתחילת השמתם של המסתננים במשמורת על פי התיקון לחוק, נעשתה במקביל לתהליכי השלמת גדר הגבול בין ישראל למצרים. הקבלת תהליכים אלו יוצרת חוסר וודאות 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 מרץ 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 מרץ 2013 הסתננו שלושה אנשים בלבד. לצד נתונים אלו יש להבהיר כי יישום התיקון לחוק למניעת הסתננות החל בחודש יוני 2012. באשר לקצב בניית הגדר, הרי שבחודש אפריל 2012 הושלמה בניית 59% מהגדר. בחודש מאי 2012 הושלמה בניית 67% מהגדר ובחודש יוני 2012 כבר 75% מהגדר היו בנויים. 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 משמעותית במספר המסתננים לישראל. מגמת ירידה זו נמשכה באופן עקבי בחודשים שלאחר מכן. מנגד, ניתן להטיל ספק בכך שירידה כה משמעותית ניתנת להסבר בשל חודש אחד בלבד בו התבצעה השמת מסתננים במשמורת. כמו כן, מהנתונים ניתן לצפות במגמת ירידה אשר החלה עוד לפני תחילת יישום התיקון. עוד יש לשים לב כי ברבעון של חודשים אפריל עד יוני 2012 הושלמה רבע מהגדר לערך, ויתכן שדווקא גורם זה היה הסיבה לירידה המשמעותית בחודש יולי 2012 במספר המסתננים לישראל. אם היתה המדינה ממתינה עוד מספר חודשים מתחילת יישום התיקון לחוק יתכן שניתן היה להגיע למסקנה יותר ברורה בשאלה זו. במצב הדברים הנוכחי דומני כי הקשר הרציונאלי אינו חד משמעי, ולפיכך התועלת המושגת מהתיקון הינה "ספקולטיבית ובלתי מוכחת" (עניין סטמקה, בעמ' 783; עניין קו לעובד הראשון, 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 הכל כי נטל השכנוע בשלב הראשון, הבוחן את הפגיעה בזכות החוקתית, מוטל על הטוען לפגיעה. המחלוקת היא בעניין נטל השכנוע בשלב השני, בו נדרש לבחון את תנאיה של פסקת ההגבלה. בפרשת התנועה למען איכות השלטון הבהיר הנשיא ברק את עמדתו כי נטל זה רובץ על הטוען לחוקתיות הפגיעה, דהיינו הרשות הציבורית. עם זאת הוזכרו עמדות אחרות, ובהן העמדה כי הנטל גם בשלב השני רובץ על הטוען לפגיעה; עמדה לפיה נטל השכנוע בשלב השני מוטל על הרשות הציבורית, אך הנטל בשאלת המידתיות מוטל על מי שטוען כי הפגיעה אינה מידתית; וכן עמדה שתולה את ההכרעה בדבר נטל השכנוע במשקל היחסי הניתן לשיקולים של שלטון החוק, חזקת החוקתיות של החוק, חשיבות הזכות הנפגעת, עוצמת הפגיעה בזכות ואינטרסים ציבוריים אחרים (עניין התנועה למען איכות השלטון, 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 לא 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, בעמ' 706). המבחן

מתבסס במידה רבה על התשתית העובדתית שעמדה בפני המחוקק ועל ניסיון החיים והשכל הישר, והוא מכיר באפשרות קיומה של אי-ודאות מסוימת באשר למידת הגשמת התכלית (עניין חסן, פסקאות 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 ייצור למצער הרתעה של חלק מהמסתננים מלהגיע לישראל, וישיג את התכלית של בלימת תופעת ההסתננות לפחות באופן חלקי. במצב דברים זה לא נותר אלא לקבוע כי מבחן המשנה הראשון מתקיים. עם זאת, לספקות שהועלו תהיה השלכה על 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, פ"ד נא(4) 367, 385 (1997)). עם זאת, למחוקק נתון מרחב תמרון חקיקתי ואין הוא חייב לבחור את האמצעי שפגיעתו היא הפחותה ביותר (עניין חטיבת מפיצי הסיגריות, פסקה 12). לטעמי, הסעיף העוסק בהשמתם במשמורת של המסתננים לתקופה של שלוש שנים אינו עומד במבחן משנה זה. אבהיר את עמדתי.

103. ככל שמדובר בתכלית הרתעתית שעניינה בלימת תופעת 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 הגורם הדומיננטי להפחתת מספר המסתננים לישראל באופן דרמטי. עם זאת, דומני כי ניתן להניח ברמת הסתברות נאותה כי הגדר כשלעצמה יכולה להפחית באופן משמעותי את תופעת ההסתננות לישראל. לא לחינם החליטה הממשלה להשקיע בבניית הגדר משאבים עצומים. לאחרונה ישנם דיווחים כי גדר הגבול מסייעת בהפחתת תופעות שליליות נוספות שהתרחשו בעת שהגבול היה פרוץ, כגון סחר בסמים ובנשים. אכן, יתכן שצודקת המדינה בטענתה כי לא ניתן ליצור מחסום פיזי אשר ימנע באופן מוחלט הברחת אנשים וסחורות לתוך ישראל. עם זאת, ניתן להניח שגדר הגבול עשויה לסייע משמעותית בהפחתת תופעת ההסתננות, בין אם בשל המחסום הפיזי, ובין אם בשל הצורך להשקיע משאבים רבים יותר לצורך הכניסה הבלתי חוקית לישראל, באופן שההשקעה לא תשתלם עבור המסתנן או עבור מבריחיו. מכל מקום, במצב דברים בו

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, וזאת בטרם עולה הרשות הציבורית שלב נוסף בסולם האמצעים הפוגעניים, בייחוד כאשר כל שנדרש ממנה היה להמתין מספר חודשים על מנת לבחון את השפעתה של הגדר על תופעת ההסתננות במנותק מיישום התיקון לחוק. לכך יש להוסיף כי קיימים אמצעים נוספים אשר המדינה יכולה לעשות בהם שימוש על מנת להגביר את יעילותו של המחסום הפיזי, כגון אמצעים אלקטרוניים ודומיהם. אמצעים אלו 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, בעמ' 528).

104. באשר לתכלית הנוספת של מניעת השתקעותם של המסתננים בישראל ומניעת השלכותיה השליליות של תופעת ההסתננות על החברה הישראלית. כפי שציינתי איני סבורה כי במצב הנוכחי ישנו קשר רציונאלי בין השמתם של המסתננים במשמורת של שלוש שנים לבין השגת תכלית זו. למעלה מן הדרוש יאמר כי גם אם היה מתקיים מבחן הקשר הרציונאלי הרי שספק אם היה מתקיים מבחן האמצעי שפגיעתו פחותה. אכן, יתכן שהאמצעי שנבחר הינו האמצעי הזול יותר עבור המדינה או האמצעי הפשוט ביותר ליישום, אך כידוע לא זו אמת המידה של מבחן האמצעי שפגיעתו פחותה (ראו עניין קו לעובד הראשון, בעמ' 396). כפי שנעשה גם במסגרת הסדרים אחרים של שלילת חירותו של הפרט, מחויבת המדינה לשקול בכובד ראש אפשרויות חלופיות למעצר שחומרת הפגיעה בהם פחותה, כך הוא בתחום הפלילי וכך הוא בתחום המנהלי (ראו למשל עניין פדרמן, בעמ' 188; ס' 21(ב)(1) לחוק המעצרים).

דומני כי ניתן לגבש מגוון אמצעים חליפיים שניתן לנקוט בהם ואשר ישיגו את התכלית המתבקשת באופן פוגעני פחות. כך למשל ניתן ליצור חובות דיווח וערבויות שונות (השוו עניין קו לעובד השני, פסקה 63 לפסק דינה של השופטת פרוקצ'יה); הגבלות מגורים על המסתננים באופן שיאפשר למדינה לשלוט ולפקח על המקומות בהם הם מתישבים ועל פיזורם למקומות אוכלוסייה שונים (נוהל ברוח זו היה קיים בעבר ובוטל על ידי שר הפנים עוד בטרם נידונה חוקיותו על ידי בית משפט זה. ראו בג"ץ 5616/09 המרכז לקידום פליטים אפריקאיים נ' משרד הפנים (26.8.09)); ניתן לשקול לחייב מסתננים לשהות בלילות במתקן שהייה שהוכן עבורם ואשר יספק את צרכיהם, ולצד זאת ימנע מהם קשיים אחרים. יוער כי במקביל להליכי החקיקה של התיקון לחוק למניעת הסתננות הכין הייעוץ המשפטי של וועדת הפנים והגנת הסביבה של הכנסת טיוטת 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 לשוהים 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 אלו ואף לסייע למעסיקים ישראלים הזקוקים לידיים עובדות (ראו פרוטוקול הוועדה לבחינת בעיות העובדים הזרים בכנסת, 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); בנוסף, ניתן להגביר את הפיקוח המשטרתי באזורי הריכוז של המסתננים על מנת לטפל בתופעות פשיעה, ובעיקר על מנת להגביר את תחושת הביטחון האישי של התושבים המקומיים; ניתן לאכוף באופן הדוק את חוקי העבודה כך שלא תהיה העדפה לכוח עבודה זול יותר של מסתננים; ועוד. אמצעים מסוג זה יכולים להיות מיושמים לצד אמצעי פיקוח וענישה למי שלא יעמוד בתנאיהם, וזאת כמובן לצד הפעולות שממשיכה מדינת ישראל לנקוט בהן על מנת לאפשר את גירושם של מסתננים שניתן לגרשם מחוץ לגבולות מדינת ישראל.

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

"מדינות רבות בעולם המערבי נדרשות בעשורים האחרונים לקבוע הסדרים שונים הנוגעים לדרכי הטיפול הראויות במבקשי מקלט המתדפקים על שעריהן בשם 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 אוכלוסייה זו הנמלטת פעמים רבות מאימת רעב, מלחמות או רדיפות ומבקשת ליצור לעצמה אלטרנטיבה לחיים טובים יותר, מזה" (עניין מוקד טיוע, פסקה 13; כן ראו עניין פרידה, פסקה ו(1)).

אם כן, ניתן ללמוד מניסיוןן של מדינות העולם בהתמודדות עם תופעות מקבילות לתופעת ההסתננות.

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 בהעדר בחינת חלופות פוגעניות פחות למעצר, בייחוד כאשר תקופת המעצר מתארכת (Detention Guidelines, para. 18 ; כן ראו למשל החלטות הוועדה לזכויות אזרחיות ומדיניות של האו"ם: 11 Shams et al v. Australia, UN Doc. CCPR/C/90/D/1255/2004, 11 ;September 2007, para. 7.2 D&E v. Australia, UN Doc. ;September 2007, para. 7.2 CCPR/C/87/D/1050/2002, 9 August 2006, para. 7.2). ההנחיות מפרטות וממיינות שורה של חלופות למעצר בהתאם לרמת הפגיעה שלהן בחירות הפרט. כך מזכירות ההנחיות אמצעים של (מהקל לכבד) הפקדת מסמכים, הפקדת ערבות כספית, חובות דיווח שונות לרשויות, תנאי שחרור לקהילה, מגורים באזור מוגדר, ניטור אלקטרוני ומעצר בית (Detention Guidelines, para. 35-42). עוד מזכירות ההנחיות אפשרויות של מרכזי שהייה פתוחים או פתוחים למחצה המחייבים רישום כניסה ויציאה והגבלות דומות, ודרישת התחייבות של ערב להבטחת התייצבות מבקש המקלט להליכים בעניינו (Detention Guidelines, Annex A).

107. במסמך מפורט של נציבות האו"ם לפליטים נסקרת בהרחבה סוגיית החלופות למעצר. בין היתר נבחנים האמצעים שנוקטות המדינות השונות בפועל כחלופה למעצרו של מבקשי מקלט (U.N. High Commissioner for Refugees [UNHCR],) *Legal and Protection Policy Research Series: Alternatives to Detention of Asylum Seekers and Refugees*, U.N. Doc. POLAS/2006/03 (April 2006) (prepared by Ophelia Field)). המסמך מזכיר חלופות בדמות ערבויות, הפקדות ובטוחות שונות הנדרשות ממבקשי המקלט. כן מצוינות דרישות של דיווח מצד מבקשי המקלט. כך למשל באנגליה ישנה חובת דיווח למרכזי דיווח עבור כל מבקש מקלט המקבל תמיכה מהמדינה אך חי באופן עצמאי. בצרפת, לוקסמבורג ודרום אפריקה נדרשים מבקשי המקלט להתייצב באופן אישי אחת לחודש לערך על מנת לחדש את המסמכים שניתנו להם. פעמים רבות ננקט אמצעי זה יחד עם דרישות נוספות. אמצעי נוסף שננקט על ידי המדינות השונות הוא הכוונת מקומות מגורים של מבקשי המקלט. באמצעי זה נכללים מרכזי שהייה פתוחים או פתוחים למחצה, הגבלת איזורי מגורים, פיזור מקומות המגורים של מבקשי המקלט וכדומה. כך למשל בגרמניה קיימים מרכזי שהייה מרוכזים עבור מבקשי מקלט, המחייבים את השוהים בהם אף להגבלות תנועה

לאיזור בו נמצא מרכז השהייה בלבד. מי שמפר את ההגבלות צפוי למעצר. גם שוויץ מפזרת את מבקשי המקלט בין מרכזי שהייה פתוחים בקנטונים שונים, אך לא מטילה עליהם הגבלות של חופש תנועה. מרכזי שהייה שונים מופעלים גם במדינות בולגריה, הונגריה, פולין, דנמרק, שוודיה, יוון ואיטליה. ברבות מהמדינות החובה של מבקשי המקלט לגור במרכזי 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 לעיתים מלווים במעצר בית.

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 האם התכלית של החוק, ובעיקר התכלית ההרתעתית, הינה תכלית ראויה כנדרש בפסקת ההגבלה. לאחר מכן בבחינת מידתיות ההוראה עלה כי תכלית מניעת ההשתקעות אינה מקיימת קשר רציונאלי ליישום הנוכחי של הוראת החוק, בהתחשב במספר המועט של הנתונים במשמורת אל מול מספר המסתננים שאינם במשמורת; וכי לא ברור האם מתקיים קשר רציונאלי בין ההוראה לבין בלימת תופעת ההסתננות, בהתחשב באי הוודאות לגבי המניעים לבריחת המסתננים מארצותיהם ולכניסתם לישראל. בניתוחו של מבחן האמצעי שפגיעתו פחותה עלה כי קיימת הסתברות סבירה לפיה ניתן היה להשיג את התכליות באמצעים אחרים הפוגעים פחות בזכות החוקתית, בין אם באמצעות גדר הגבול עם מצרים ושכלולה, ובין באמצעים מגבילים שונים שיוטלו על המסתננים היושבים בישראל כתחליף למשמורת. משקבענו כי מבחן זה אינו מתקיים ניתן להכריז כבר כעת 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.

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 החקיקתית על ידי אותו אמצעי. משמעותו של מבחן זה היא שהמטרה אינה מקדשת את כל האמצעים. שגם

מקום בו נקבע כי האמצעי שנבחר משיג את המטרה, וכי אין אמצעי אחר שפגיעתו פחותה ואשר ישיג את המטרה באותה מידה, יתכן 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:

”מבחן המשנה השלישי הוא בעל אופי שונה. הוא אינו 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 התפיסה החוקתית, כי המטרה אינה מקדשת את האמצעים. הוא ביטוי לרעיון כי קיים מחסום ערכי, שהדמוקרטיה אינה יכולה לעבור אותו, גם אם התכלית אותה מבקשים להגשים היא ראויה” (בג”צ 8276/05 עדאלה - המרכז המשפטי לזכויות המיעוט הערבי בישראל נ’ שר הביטחון, פ”ד סב(1) 1, פסקה 30 (2006)).

110. כליאת המסתננים ושלילת חירותם לתקופה ארוכה הינה פגיעה אנושה ולא מידתית בזכויותיהם, בגופם ובנפשם. הפגיעה בזכותם לחירות של המסתננים שניתן להחזיקם במשמורת עד שלוש שנים הינה פגיעה קשה ביותר בעלת עוצמה גבוהה ורבה. עמדתי בתחילת הדברים על חשיבותה ובסיסיותה של הזכות לחירות פיזית במדינה דמוקרטית, ועל הפגיעה הקשה שמסבה שלילת חירותו של אדם לו ולמשפחתו. עמדתי על כך שהפגיעה היא נרחבת וקשה. לשלילת החירות עשויה להיות השפעה על בריאותו הפיזית והנפשית של הפרט. בנוסף 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. שלילת החירות של הפרט משפיעה אף על זכות הקניין שלו, על זכותו לפרטיות, על זכותו לעשות בחירות שונות ומגוונות בכל רגע ורגע מחייו. להשלכות אלו 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 משפחה וחברה ועוד. שלילת החירות יוצרת השפלה לפרט ופוגעת בשמו הטוב. הפגיעה בכבוד האדם מתעצמת בחוק למניעת הסתננות מאחר שהכליאה אינה נוגעת למאפייניו או התנהגותו הספציפית של כל מסתנן ומסתנן. כזכור, אין החוק בא להעניש את המסתנן על עצם עובדת הסתננותו. לשם כך קיימים הכלים הפליליים. ההשמה במשמורת נועדה בעיקרה על מנת להרתיע אחרים מלבוא ולהסתנן לישראל, וכן על מנת למנוע השלכות שליליות שיתכן ולפרט

עצמו אין כל קשר אליהן. מפתחות הכלא לא 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 על מנת להשתחרר מהמשמורת בה הוא נתון.

111. עוצמת הפגיעה בזכות אף היא מצויה ברמה הגבוהה ביותר במדרג הפגיעות. שלילת החירות היא כפוייה ומוחלטת, בדומה לאסיר פלילי המרצה את עונשו. המסתנן נתון תחת כללי המתקן ונהליו ואינו רשאי לצאת מגבולות המתקן כלל. כפי שראינו בדיון שבפנינו, כאשר יוצאים המסתננים ממתקן המשמורת, לצורך דיון משפטי לדוגמא, הם מובלים מלוויים בסוהרים ויושבים בתא האסירים בבית המשפט בדומה לעבריינים פליליים, דבר המגביר את עוצמת ההשפלה, הכאב והפגיעה בכבודם. תקופת המשמורת העומדת על שלוש שנים, בהנחה שלא מתקיימת עילת שחרור מוקדמת יותר, היא תקופה ארוכה ומשמעותית ביותר. מצב זה צריך לשנות ויפה שעה אחת קודם.

112. לכך יש להוסיף את מיהות האנשים שעומדים לפנינו. גם אם ישנה מחלוקת על מניעי ההסתננות, אין חולק כי מרבית המסתננים מגיעים מארצות אשר תנאי החיים שם קשים ביותר, פעמים רבות נשקפת סכנת חיים לתושביהם, ומצב זכויות האדם שם בכי רע. חלקם עבר חוויות קשות ביותר, כגון חטיפה, עינויים, אונס וכו' לפני הגיעם לישראל (ראו למשל בר"ם 1689/13 וולדו נ' שר הפנים (18.4.13)). גם אם מטרת המסתננים לשפר את רמת חייהם שלהם עצמם ושל משפחותיהם לא ניתן שלא לחוש אמפתיה למטרות אלו. מובן כי אין המשמעות היא שמדינת ישראל מחויבת להכניסם לשטחה וליתן להם את מבוקשם, וברור כי האינטרסים של החברה הישראלית הם בעלי עדיפות ראשונה ועליונה, אך היחס למסתננים והטיפול בהם צריך להיות על רקע הבנת מצבם וקשייהם. יתרה מכך, אין חולק כי על מרבית המסתננים חל עיקרון אי-החזרה הבינלאומי, עליו עמדנו לעיל. דהיינו, נקודת המוצא של מדינות העולם, וישראל בתוכן, היא כי מסתננים אלו באו ממדינה שאין לאפשר את החזרתם אליה בשל הסכנות הנשקפות להם שם. גם נתון זה יש להביא בחשבון במסגרת עוצמת הפגיעה הנגרמת לאנשים אלו 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:

“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, פסקה 4 לפסק דינו של המשנה לנשיא מ' חשין).

113. מקובל על הכל כי הזכויות המוענקות על ידי המדינה לזר, ובוודאי לזר שנכנס באופן בלתי חוקי למדינה, אינן משתוות לאלו הניתנות לאזרחי המדינה, ואף חובותיה של המדינה כלפיו אינן זהות כמובן. כך יתכן גם כי מידת ההגנה על זכותו לחירות תהיה פחותה ממידת ההגנה הניתנת לאזרח חוקי במדינה (ראו והשוו עניין צמח, בעמ' 272). עם זאת, אין משמעות הדבר כי המסתנן מופשט מכל זכויותיו ברגע שנכנס למדינה, ואף אם באופן לא חוקי. כהשאלה מדברי השופט לוי, המסתנן "אינו נכנס בשערי המדינה ומשיל מעליו את אנושיותו וזכויותיו היסודיות" (עניין קו לעובד הראשון, בעמ' 397). היקפה של הזכות החוקתית לחירות ולכבוד האדם חלה על כל אזרח ישראלי, כמו גם על הגר, מסתנן או פליט שנכנס לישראל בנסיבות אשר תהיינה. חירותו של אדם היא זכות הנלווית אליו לכל מקום שילך, בין אם במדינתו ובין אם במדינה אחרת; בין אם שוהה הוא במקום שהותר לו לשהות בו, ובין אם 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 לזרים החיים בקרבם.

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

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 בצרכי המשק הישראלי ובאינטרסים כלכליים, חברתיים ואחרים הקשורים בטובת החברה בישראל (ראו עניין קו לעובד השני, פסקה 34 לפסק דינה של השופטת פרוקצ'יה). מחיר ההתמודדות נמצא הן במישור הכלכלי, ונוגע למשאביה של המדינה, והן במישור תעסוקתם וביטחונם האישי של התושבים החיים בסביבתם של המסתננים.

עם זאת, ככל שמדובר במשאבי המדינה, הרי שלאור הפגיעה הקשה בזכות לחירות הנמצאת בחלקה העליון של פירמידת הזכויות, המדינה צריכה להיות נכונה לשאת בנטל הכלכלי הכרוך בכך, ובאופן כללי ייאמר כי לא הובאו בפנינו כל נתונים בעניין (ראו עניין חטיבת זכויות האדם, פסקה 55 לפסק דינה של הנשיאה ביניש). "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, בעמ' 281).

לגבי ההשלכות על האוכלוסייה המקומית, יש להזכיר כי אוכלוסייה זו ממשיכה להתמודד עם הקשיים גם בימים אלו, שכן רוב רובם של המסתננים אינם מצויים במשמורת, אלא בקרבה או בצידה של האוכלוסייה המקומית. בהתחשב בנתון זה; ובהתחשב בכך שקיימים אמצעים חלופיים רבים בהם יכולה המדינה לנקוט על מנת להתמודד עם השלכות אלו; ובהתחשב בגדר הגבול עם מצרים שבנייתה הושלמה לאחרונה כמעט במלואה וביכולת 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 והשלכותיה 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, המשפט והמוסר של מדינת ישראל. זהו פתרון המכתיב "בכתם ערכי את מערך הערכים האנושיים שהחברה הישראלית דוגלת בהם" (עניין קו לעובד השני, פסקה 64 לפסק דינה של השופטת פרוקצ'יה). עם ישראל, שידע לאורך ההיסטוריה סבל ותלאות רבות ונאלץ לעיתים לנדוד ממקום למקום, חייב לעמוד בהתמודדות הקשה, האמיצה והמוסרית אל מול הזרים הרבים שנודדים כיום אל מדינת ישראל למציאת מזור למצוקותיהם, כל עוד אין הם יכולים לשוב לארצותיהם, עד שימצא מקום אחר הולם שיוכל לקלוט אותם. אין משמעות 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, פסקה 5 לפסק דינו של השופט דניגור). אלא שהגבלות אלו אינן יכולות, למצער בעת הנוכחית, להגיע עד כדי שלילת חירותם המלאה לתקופת זמן כה משמעותית.

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

”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, בעמ' 391; כן ראו עניין קו לעובד השני, פסקה 65 לפסק דינה של השופטת פרוקצ'יה).

שנית, כפי שהראינו, אף הנתונים בשטח מלמדים על כך שעילות השחרור נוגעות אך למיעוט שבמיעוט מתוך המסתננים המוחזקים במשמורת. העובדה שהתיקון חוקק במסגרת הוראת שעה אינה יכולה אף היא לסייע במקרה זה, וזאת לאור עוצמתה של הפגיעה והתמשכותה (ראו בג"ץ 466/07 גלאון נ' היועץ המשפטי לממשלה, פסקאות 24-25 לפסק דיני (11.1.12); בג"ץ 1548/07 לשכת עורכי הדין בישראל נ' השר לביטחון פנים (14.7.08)).

115. אכן, יתכן כי יכלו כל הקיצין, מסתננים ימשיכו לנהור בהמוניהם למדינת ישראל על אף המכשולים הפיזיים המתוחכמים, ההשלכות על החברה המקומית רק יחמירו על אף ניסיונותיה הכנים והמאומצים של המדינה ורשויותיה 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 תושבי מדינות אחרות. אלא שלטעמי אנו רחוקים מתמונה שחורה זו מרחק רב מאוד. החברה הישראלית ממשיכה לתפקד ולהתמודד עם קשיים הפוקדים אותה במגוון תחומים ועניינים, תוך שמירה על זכויות אדם בסיסיות. אמנם, המדינה מחויבת להמשיך ולפעול על מנת להתמודד עם השלכותיה של תופעת ההסתננות, ולשפר ככל שניתן את איכות חייהם של התושבים המקומיים שבסביבתם מתרכזים המסתננים, אך אין מדובר במצב בו עלינו להרים ידיים ולפנות אל דרך הפעולה הקיצונית ביותר. יש לזכור כי לצד התרחיש הפסימי עשוי שיתרחש דווקא תרחיש אופטימי לפיו ישתפר המצב המדיני-פוליטי-ביטחוני באריתריאה ויאפשר את חזרתם של המסתננים, אשר רובם מגיעים ממדינה זו, לארץ מוצאם. כידוע, ההגנה הזמנית הניתנת לנתינים אלו מתוקף עיקרון ”אי ההחזרה” כשמה כן היא – זמנית, ויתכן ותוסר בבוא היום בהתאם למצב השורר שם. כך קרה למשל

באשר לנתיני חוף השנהב (ראו עת"ם (י-ם) 58162-01-12 באקאיוקו נ' משרד הפנים (24.6.12); עע"ם 4922/12 פלוניס (חוף השנהב) נ' משרד הפנים (7.7.13)), וכך נראה שקורה בימים אלו באשר לנתיני דרום סודן (ראו עניין א.ס.א.).

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

הסגד

116. מהו הסעד שינתן לאור הקביעה האמורה בדבר אי חוקתיות ההוראה בחוק? הצדדים התייחסו באופן רחב ומפורט לדוקטרינת ה-"reading-in" ולגבולותיה. אינה סבורה כי יש להידרש לכך במקרה הנידון. ביטולה של הוראת סעיף 30א(ג)(3) תיצור חלל שאין ביכולתו של בית המשפט למלא ועניין זה מצוי בתחומה של הכנסת (ראו עניין חטיבת זכויות האדם, פסקה 65 לפסק דינה של הנשיאה ביניש). בית המשפט אינו יכול לשים עצמו בנעליו של המחוקק ולקבוע הסדר אחר תחת זה שבוטל, והמקרה הנידון וודאי שאינו ראוי לכך. כל קביעה תגרור אחריה מגוון של השלכות אשר לבית המשפט אין כלים לבוחנן. יתרה מכך, משמעות ביטולו של הסעיף האמור היא רחבה. ההסדר שנחקק בתיקון לחוק למניעת הסתננות תלוי רובו ככולו בקביעה שניתן להחזיק במשמורת מסתנן 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 לשחררו לאחר חלוף תשעה חודשים מהמועד שבו הגיש המסתנן בקשה להכרה בו כפליט. גם תקופות הביקורת השיפוטית נקבעו בהתחשב באורך התקופה שניתן להחזיק מסתנן במשמורת. באשר להוראות אחרות הרי שהן ממילא מצויות כבר בהסדר הקיים בחוק הכניסה לישראל. המשמעות היא, אם כן, כי לא ניתן להפריד בין חלקי התיקון לחוק למניעת הסתננות כאשר הוראתו המרכזית בטלה. מכך נובע כי לא ניתן יהיה ליישם את הסדרי התיקון באופן כללי לאחר בטלות הוראת סעיף 30א(ג)(3) לחוק, ולכן יש לקבוע כי ההסדר בטל בכללותו, ויש לקבוע תחת הסדר זה הסדר חוקי אחר. מסקנה זו מייטרת, מן הסתם, את הצורך לבחון את חוקתיות יתר הוראות התיקון שנתקפו על ידי העותרים.

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 להשהות את בטלות ההוראה בשל הפגיעה הקשה הנגרמת לאלה הנתונים במשמורת. המסקנה היא אם כן, כי לאחר כניסת בטלות ההוראה לתוקף, אשר תגרור את מניעת יישומו של

התיקון כולו, יכנס 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 שלהערכת לא עשוי להתעורר קושי רב במעבר שבין ההסדרים. יש להזכיר כי ממילא רבות מעילות השחרור ומעילות אי-השחרור הקבועות בחוק הכניסה לישראל חופפות לאלו של החוק למניעת הסתננות. ברי, עם זאת, כי המחוקק יהיה רשאי לקבוע הסדר חוקי אחר להתמודדות עם תופעת ההסתננות חלף ההסדר שבוטל, שיהיה עליו לעמוד כמובן בדרישות החוקתיות שהועמדו בחוקי היסוד.

118. כאמור, נוכח הפגיעה הקשה בזכות לחירות, אינני 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 ההסתננות, 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, והנחתנו היא כי הדבר ייעשה במהירות הראויה. כדי לאפשר למדינה להיערך לבחינת עניינם הפרטני של המוחזקים במשמורת, שמשפרם אינו מבוטל, אציע לחבריי לקבוע כי עילת השחרור הקבועה בסעיף 13(א)(4) לחוק הכניסה לישראל לא תחול לפרק זמן של 90 ימים מיום מתן פסק דין זה. כמו-כן, אציע לחבריי לקבוע כי הכלל הקבוע בסעיף 13 יד לחוק הכניסה לישראל לא יחול לפרק זמן של 60 ימים, לגבי מי שעניינו כבר נידון בפני בית הדין לביקורת משמורת של מסתננים לפי התיקון.

על מנת 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. 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, ממונה ביקורת גבולות רשאי כמובן לעשות כן מבלי שתידרש הבאתו בפני בית דין לביקורת משמורת. כדי לאפשר לרשויות לקיים הליך מינהלי סדור, יש להקצות להן פרק זמן כולל שלא יעלה על תשעים ימים למיצוי ההליך המינהלי בעניינם של כלל המוחזקים, שבגדרו תיבחן תחולת עילות השחרור בערובה הקבועות בסעיף 13(א) לחוק הכניסה לישראל, כמו גם הסייגים להן, ביחס לכל אחד ואחת מהמוחזקים

במשמורת. תקופת התארגנות זו הינה הכרחית, על אף הפגיעה הנמשכת במהלכה בזכויותיהם החוקתיות של המוחזקים. מובן, עם זאת, כי יש להתחיל בהליך הבחינה הפרטנית והשחרור בערובה לאלתר. ככל שממונה ביקורת גבולות קובע כי ניתן לשחרר מוחזק פלוני בערובה בהתאם לעילות השחרור הקבועות בחוק הכניסה לישראל והסייגים להן – יש לשחררו באופן מיידי. כדי לתחום פרק זמן זה, הצעתי כאמור כי עילת השחרור הקבועה בסעיף 13(א)4 לחוק הכניסה לישראל לא תחול לתקופה של תשעים ימים מיום מתן פסק דין זה. נזכיר כי ככלל, בחלוף שישים ימים ממועד ההשמה במשמורת (ובענייננו, תוך תשעים ימים ממועד מתן פסק הדין לכל המאוחר), ואם לא מתקיימים הסייגים הקבועים בסעיף 13(ב) לחוק הכניסה לישראל, יורה ממונה ביקורת הגבולות על שחרורו של המוחזק בערובה (ראו: עניין סלאמה). הנחתנו היא כי די בתקופת התארגנות זו כדי לאפשר למדינה להשלים את בחינת עניינם של כלל המוחזקים במשמורת, וכי לא תתבקשנה ארכות. נזכיר כי המידע הרלוונטי הנוגע לכל אחד ואחת מהמוחזקים מצוי בידי הרשויות בנקודת הזמן הנוכחית, שכן מדובר במי שעניינם הובא לא אחת בפני הרשויות המוסמכות ובית 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.

לפני נעילה

119. סברתי כי ראוי להפנות אל ספר הספרים ואל מסורת אבות המנחים אותנו גם כיום. בספר דברים, פרק כ"ג, פסוקים ט"ז-י"ז נאמר:

לֹא תִסְגֵּר עֶבֶד אֶל אֲדֹנָיו אֲשֶׁר יִנְצֵל אֶלֶיךָ מֵעַם אֲדֹנָיו;
עִמָּךְ יֵשֵׁב בְּקִרְבְּךָ בְּמָקוֹם אֲשֶׁר יִבְחַר בְּאֶחָד שְׁעָרֶיךָ
בְּטוֹב לוֹ לֹא תוֹנְנוּ

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 אלו, אשר מרחיב את החובה של שלטונות ישראל להעניק לאותו עבד חסות ודאגה, לדאוג לשחררו 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 מידיו 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 עבדיו לחוץ לארץ בניגוד לרצונם, ו"המוכר עבדו לחוץ לארץ יצא בן חורין" (גיטין מג ע"ב).

בהמשך מסביר הרש"ר הירש את טעם המצווה בעיניו, שנועדה לטפח "רוח אנושית בין-לאומית", אשר לצד טיפוח היסוד המוסרי של עם ישראל, רואה בהם הרש"ר הירש "קווי 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 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 קווי יסוד בולטים באופי הלאומי היהודי".

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 הינה פגיעה אנושה ולא 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 במסגרת פתרון לבעיה הדורשת פתרון מערכת-מדיני הולם. כבר ציינתי בעבר בהקשר אחר כי "צרכיה

החשובים ככל שיהיו של אוכלוסיה אחת אינם יכולים להיות מסופקים על ידי פגיעה בצרכים ובזכויות של קבוצת אוכלוסיה אחרת" (דנג"ץ 10007/09 גלוטן נ' בית הדין הארצי לעבודה, פסקה 29 לפסק דיני (18.3.13)). אסור לנו לשכוח את ערכינו הבסיסיים, הנשאבים מהכרזת העצמאות, ואת חובתנו המוסרית כלפי כל אדם באשר הוא, כפי שהם חרוטים על תבניות הבסיס של המדינה כמדינה יהודית ודמוקרטית.

מדינת ישראל מאז הקמתה התנסתה 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 אל מול זכויות האדם הבסיסיות הניצבות מנגד. מדינת ישראל קיבלה לא אחת הכרעות קשות ביותר בסוגיות שמשמעותן היתה נטילת סיכונים הגדולים מאלו העולים בעתירה זו. הדברים שנאמרו עשויים להאיר את הסוגיה איתה 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, עמ' 383) " (הנשיא ברק בבג"ץ 7052/03 עדאלה- המרכז המשפטי לזכויות המיעוט הערבי בישראל נ' שר הפנים, פ"ד סא(2) 363, 202 (2006)).

באופן דומה אין מנוס מהתמודדות מורכבת גם בסוגיית המסתננים. כאשר בסוגיה זו עלינו לזכור כי ניצבים אנו לא בפני מפגעים הבאים לחבל בתושבי מדינת ישראל, כי אם באוכלוסיה קשת יום, המגיעה אלינו מאזור מוכה גורל ואדם, אוכלוסייה אשר מקיימת גם בישראל חיי מצוקה ועוני. ונדגיש כי איננו מתעלמים מאינטרס הציבור ומהשינוי הנטען לגבי ביטחונם האישי של חלק מהתושבים, כמו גם ההשלכות על הכלכלה והמשק. עם זאת, משוכנעים אנו שמדינה וחברה לא תוכל להגן על אזרחיה ועל אינטרסים ערכיים שבבסיסה, כאשר באותה העת היא 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-

"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 פלונים, בעמ' 744).

121. גם אם הדברים האמורים לא יניחו דעתם של רבים, חשוב לראות, ולא לעצום עיניים, בפני 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 המתחייבת של החברה הישראלית עם המסתננים החיים בתוכה היא עובדה קיימת שלא פחתה ולא השתנתה באופן משמעותי מאז החלה השמתם של מסתננים במשמורת. ככל הנראה היא גם לא תשתנה משמעותית לאחר יישומו של פסק דין זה. מנגד, חייהם של כ-1,750 איש עשויים להשתנות מכליאה חסרת פתרון ליציאה לחירות ותקווה לעתיד.

122. אם תישמע דעתי, העתירה תתקבל במוכן זה שתבוטל הוראת סעיף 30א(ג)(3) לחוק למניעת הסתננות, כאשר המשמעות היא שלא ניתן יהיה ליישם את הסדרי סעיף 30א לחוק למניעת הסתננות (עבירות ושיפוט) (תיקון מס' 3 והוראת שעה), התשע"ב-2012, והם יבוטלו. משכך, סעיף 30א לחוק למניעת הסתננות בטל. עד לקביעת הסדר חוקי אחר על ידי הכנסת יבוא במקום ההסדר שבתיקון כאמור ההסדר הקיים לפי חוק הכניסה לישראל. עילת השחרור הקבועה בסעיף 13ו(א)(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 ידון במסגרת עניינם של יתר המסתננים.

ש ו פ ט ת

השופט ע' פוגלמן:

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.

1. לפני שאעבור לבחינת הוראות התיקון לפי מבחני הביקורת החוקתית המוכרים והידועים, חשוב לעמוד על הרקע לחקיקת החוק ועל המקרים שעליהם הוא נועד לחול. הביקורת החוקתית אינה יכולה להיעשות בחלל ריק, והצגת תמונה ברורה ככל הניתן היא הכרחית כדי לחדד את השאלות המשפטיות הנדרשות להכרעה (השוו: בג"ץ 4542/02 קו לעובד נ' ממשלת ישראל, פ"ד סא(1) 346, 377 (2006) (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 לדיון.

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

3. אין חולק כי תופעת ההגירה הבלתי מוסדרת מאפריקה, בהיקפיה בשנים האחרונות, היא תופעה בעלת השלכות רחבות. תופעה זו מציבה אתגרים בלתי מבוטלים לפתחן של הרשויות ושל החברה הישראלית בכלל, ומצריכה התמודדות במישורים שונים מצד רשויות המדינה. המדינה, בטיעוניה, מתייחסת לחלק מההשלכות 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 אלו המשתייכים לשכבות החלשות של החברה

הישראלית. בנוסף, נטען כי שהותם הממושכת של מהגרים אלה בישראל היא בעלת השלכות תקציביות ישירות, הנגזרות מצרכי הבריאות, החינוך והרווחה של אוכלוסייה זו. במישור בטחון הפנים ושלום הציבור, נטען כי קיימת מגמת עלייה בפשיעה בקרב אוכלוסיית המהגרים, תוך 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) – בלבדו הנוכחי, לאחר תיקון מקיף שבוצע בו בשנת 2001 (חוק הכניסה לישראל (תיקון מס' 9), התשס"א-2001) – מעמיד לרשות שר הפנים מספר כלים להתמודדות עם תופעת השהייה שלא כדין בישראל. ההסדר הקבוע בחוק הכניסה לישראל היה האמצעי המשפטי המרכזי 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 בצה"ל (7.10.2008)). 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 לתיקון מס' 9, ה"ח 108). נקבע כי אזרח זר השוהה 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 לפיו "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 להחזקתו ממנה, אלא אם כן שוחרר בעירבון כספי, בערבות בנקאית או בערובה מתאימה אחרת...". הנה כי כן, הכלל שקובע החוק הוא כי יש להחזיק את השוהה שלא כדין במשמורת, ואילו החריג מאפשר לגורם המוסמך, ממונה ביקורת הגבולות, להורות על שחרורו בערובה של השוהה שלא כדין. זאת, בהתקיים אחת העילות הקבועות בסעיף 13: 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)(1) ו-13(א)(2)); אם גילו או מצבו הבריאותי של המוחזק מצדיקים את שחרורו ממשמורת, או קיימים טעמים הומניטאריים 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 113(ב)).

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 את אותו אדם במשמורת, אלא במקרים חריגים (ראו: ע"א 9656/08 מדינת ישראל נ' טעדי, פסקאות 25-26 וההפניות שם (15.12.2011) (להלן: עניין טעדי)).

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 במשמורת עד להרחקה זו, נדמה כי די היה בהסדר הקבוע בחוק הכניסה לישראל או בהסדר דומה. מדובר אפוא בתיקון שנועד לחול, ובנקודת הזמן הנוכחית מוחל הלכה למעשה, בעיקר ביחס לקבוצה שאינה מורחקת מישראל. קבוצה זו מורכבת כיום מאזרחיהן של שתי מדינות בצפון-מזרח אפריקה: מדינת אריתריאה והרפובליקה של סודאן (הידועה גם בשם צפון-סודאן), שאת אזרחיהן מדינת ישראל אינה מרחיקה בנקודת הזמן הנוכחית (בעבר, נמנו עם קבוצה זו גם אזרחי חוף השנהב ודרום סודאן). 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).

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

המדינה מצידה טוענת כי מדובר במהגרים על רקע כלכלי, "מסתנני עבודה בלתי חוקיים", המחפשים אפשרויות תעסוקה במדינה המערבית היחידה שלה גבול יבשתי עם יבשת אפריקה. תיאור זה ממקם את הדיון במישור מדיניות ההגירה הכלכלית למטרות עבודה, תחום שבמדיניות אשר נתון במובהק לשיקול דעתה הרחב של המדינה (בג"ץ 11437/05 קו לעובד נ' משרד הפנים, פסקאות 18-26 (13.4.2011);

עניין הסדר הכבילה, בעמ' 392). המדינה מבהירה 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 קבוצות במסגרתו עילות שחרור הנוגעות לקבוצה זו – סעיף 30א(ג)(1) לתיקון.

לעומתה טוענים העותרים כי האוכלוסייה שכלפיה נועד לחול התיקון ועליה הוא מוחל הלכה למעשה היא, ככלל, אוכלוסיית מבקשי מקלט שנמלטו מאריתריאה וסודאן על רקע רדיפות וסכנות שנשקפו להם שם. לעניין אזרחי אריתריאה, מפנים העותרים לחוות דעת 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 למי שנמלטו מהמדינה כדי להימנע מגיוס החובה המונהג שם. העותרים מציינים כי במדינות העולם אחוזי ההכרה באזרחי אריתריאה כפליטים (או כמהגרים הזכאים לצורות אחרות של הגנה בינלאומית משלימה) הם גבוהים ביותר. אשר לאזרחי סודאן, נטען כי רבים מהם הם תושבי חבל דארפור, אשר נרדפו על-ידי השלטון המרכזי ועושי דברו (כנופיות הג'אנג'וויד), וכי לפי עמדת נציבות האו"ם לפליטים אזרחי סודאן 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.

8. התמונה האמיתית, מטבע הדברים, היא מורכבת יותר. המניע הכלכלי הוא בוודאי גורם משמעותי בהחלטתם של אלפי אזרחים אפריקאיים 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.

ביחס לאזרחי אריתריאה, מצהירה המדינה כי היא "נוקטת במדיניות אי-הרחקה זמנית של אריתריאים לאריתריאה, וזאת בהתאם לעקרון אי-החזרה" (סעיף 58

לכתב התשובה [ההדגשה במקור – ע' פ']; ראו גם: בג"ץ 7302/07 מוקד סיוע לעובדים זרים נ' שר הביטחון, פסקה 8 (7.7.2011) (להלן: עניין מוקד סיוע לעובדים זרים); עע"ם 8908/11 אס"ט נ' משרד הפנים (17.7.2012) (להלן: עניין אס"ט)). נזכיר כי בעניין אס"ט, טענה המדינה כי מדיניות אי-הרחקה הזמנית כלפי אזרחי אריתריאה היא צעד הומניטארי פרי החלטה ריבונית של מדינת ישראל, שיסודו בהפעלת שיקול דעת מדיני ואין הוא נובע ממחויבות שבדין (ש"ס, בפסקה 9). להבדיל מכך, עיקרון אי-החזרה (Non Refoulement) שאליו מתייחסת המדינה בכתב התשובה מעוגן בסעיף 33 לאמנה הבינלאומית בדבר מעמדם של פליטים משנת 1951 (כ"א 65) (להלן: אמנת הפליטים) ובסעיף 3 לאמנה נגד עינויים ונגד יחס ועונשים אכזריים בלתי אנושיים או משפילים משנת 1984 (כ"א 1039), אך הוא אינו מוגבל לגדרי אמנות אלה. מדובר בעיקרון של המשפט הבינלאומי המינהגי, שבא לידי ביטוי גם בדין הפנימי הישראלי, שלפיו מדינת ישראל איננה מרחיקה אדם למקום שבו נשקפת סכנה לחייו או לחירותו (ראו בג"ץ 4702/94 אל-טאיי נ' שר הפנים, פ"ד מט(3) 843 (1995) (להלן: עניין אל-טאיי)). נכון למועד מתן פסק הדין בעניין אס"ט (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 (ש"ס, בפסקה 9). בשלב מאוחר יותר, בד בבד עם יישום הוראות התיקון, החלו הרשויות בבחינת בקשות המקלט הפרטניות שהגישו אזרחי אריתריאה בישראל. כך, למשל, לתגובת העותרים מיום 16.6.2013 צורפה הודעה בדבר דחיית בקשת מקלט פרטנית 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 פליט לפי הוראות 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 ביחס לאריתריאים שבקשתם הפרטנית למקלט נדחתה, אין המדינה נוקטת צעדי הרחקה. כך למשל, בהודעת הדחייה שצורפה לתגובת העותרים, נמסר למר רמדאן כי נוכח מדיניות אי-הרחקה 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 אס"ט, בפסקה 19 לפסק-דין, כמו גם להערת השופט ח' מלצר באותו עניין).

אשר לאזרחי צפון-סודאן, המדינה מצהירה כי הימנעותה מהחזרת אזרחים אלה אל מדינת מוצאם אינה נגזרת מעיקרון אי-החזרה, 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 כי אין מניעה נורמטיבית להרחיק את אזרחי צפון סודאן לארצם.

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

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

10. המחוקק בחר לקבוע את ההסדר נושא דיוננו במסגרת תיקון לחוק למניעת הסתננות, התשי"ד-1954 (להלן: החוק למניעת הסתננות) ולהתייחס לפרט שאליו מכוונת הפעלת הסמכות תוך שימוש במונח "מסתנן". לכאורה, מדובר במונח משפטי-טכני, המוגדר בחוק לאחר התיקון בצורה רחבה וניטראלית בתור "מי שאינו תושב [...] שנכנס לישראל שלא דרך תחנת גבול [...]". עם זאת, לא ניתן לנתק בין ההסדר החדש לבין משמעותו המקורית של המונח בסביבתו הנורמטיבית. המונח "מסתנן" עמוס במטען ההיסטורי המונח על כתפיו.

11. בנוסחו המקורי של החוק למניעת הסתננות עד לתיקון, הוגדר "מסתנן" בתור "אזרח או נתין של לבנון, מצרים, סוריה, סעודיה, עבר-הירדן, עירק או תימן", תושב או מבקר במדינות אלה, או אזרח/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) וההסתננות המאורגנת, בעיקר מכיוון הגבול המצרי, שם החלו להופיע סימנים ראשוניים של מה שנהפך ל"פדאיון" – חוליות חבלה מאורגנות ומאומנות, בסיוע המודיעין המצרי (אורן ברכה "ספק מסכנים, ספק מסוכנים: המסתננים, החוק ובית המשפט העליון 1948-1954" עיוני משפט כא(2) 333, 351-352 (1998) (להלן: ברכה)). בחוק נקבעה ההסתננות כעבירה חמורה, תוך הטלת עונשים כבדים על המסתננים והמסייעים להם. ברוח זו תיארה הפסיקה של אותן שנים את המסתננים כך:

"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, פ"ד ה 1386, 1392 (1951)).

12. כפי שמתאר ברכה במאמרו, "המסתנן הממוצע" נתפס כאדם שחצה את גבולות המדינה, לבדו או בכנופיה, לשם ביצוע פעולות עוינות כלשהן כגון גניבה, שוד, רצח, חבלה ואף ריגול (שם, 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" משפטים לא 579 (2000); כן ראו: שולמית אלמוג "עיני המערער חשכו" – בין הנרטיבי לנורמטיבי" מחקרי משפט טו 295 (2000)).

13. במסגרת הליך חקיקת התיקון בוועדת הפנים והגנת הסביבה של הכנסת, הציע היועץ המשפטי לוועדה לשקול כי ההסדר 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 אפיונם המורכב של ה"מסתננים" החדשים, שחלק ניכר מהם מגדיר עצמו כמבקש מקלט.

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

שלבי הבחינה החוקתית

14. בשים לב לתמונה המורכבת שהוצגה, נעבור לבחינה החוקתית בהתאם לשלבים המוכרים שהותוו בפסיקת בית משפט זה (ראו, למשל: בג"ץ 10662/04 חסון נ' המוסד לביטוח לאומי, פסקה 24 לפסק-דינה של הנשיאה ד' ביניש וההפניות שם (28.2.2012) (להלן: עניין חסון); בג"ץ 1661/05 המועצה האזורית חוף עזה נ' ראש הממשלה, פ"ד נט(2) 481, 544-545 (2005) (להלן: עניין חוף עזה)).

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 במשמורת מכוחו. 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, פסקאות 27-28 (11.6.2008)).

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 בכפוף לתנאי פסקת ההגבלה, הקבועים בסעיף 8 לחוק היסוד. פגיעה זו צריכה להיות "בחוק ההולם את ערכיה של מדינת ישראל, שנועד לתכלית ראויה, ובמידה שאינה עולה על הנדרש [...]" (השוו: עניין חסן, פסקה 52 לפסק-דינה של הנשיאה ד' ביניש). פסקה ההגבלה מונה אפוא ארבעה תנאים שהתקיימותם נדרשת כדי שנורמה הפוגעת בזכות אדם המוגנת בחוק היסוד תימצא חוקתית: (א) הפגיעה בזכות 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 המרכזיות המצריכות דיון בענייננו הן עמידתו של התיקון בדרישת התכלית הראויה ובמבחני המידתיות כפי שהותוו בפסיקתו של בית משפט זה.

"לתכלית ראויה"

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 ולקדמן (בג"ץ 4769/95 מנחם נ' שר התחבורה פ"ד נז(1) 235, 264 (2002) (להלן: עניין מנחם); עניין חוף עזה,

בעמ' 547-548). לתיקון שלפנינו מספר 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 ושליטת 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.

18. מובן כי אופן הצגת התכליות עשוי להשליך 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 כדוגמת "בטחון הציבור", "סדר ציבורי", "יציבות השלטון" וכן הלאה). ברם, אין ללכת שבי אחר ניסוח זה או אחר, ויש לבחון את מהות הדברים. כאמור, תכלית היא ראויה אם היא "נועדה להגשים מטרות חברתיות העולות בקנה אחד עם ערכיה של המדינה ככלל, והמגלות רגישות למקומן של זכויות האדם במערך החברתי הכולל" (בג"ץ 6427/02 התנועה לאיכות השלטון בישראל נ' הכנסת, פ"ד סא(1) 619, 697 (2006); בג"ץ 1030/99 אורון נ' יושב ראש הכנסת, פ"ד נו(3) 640, 662 (2002)). במאמר מוסגר אציין כי קיימת מחלוקת דוקטרינרית בשאלת ההתייחסות הנדרשת למאפייני האמצעי הפוגעני ומידת הפגיעה בזכות החוקתית במסגרת מבחן התכלית הראויה (ראו, לדוגמה: אהרן ברק מידתיות במשפט – הפגיעה בזכות החוקתית והגבלותיה 297-300 (2010) (להלן: ברק-מידתיות); ומנגד: ברק מדינה ואילן סבן "זכויות האדם ונטילת סיכונים: על דמוקרטיה, 'תיוג אתני' ומבחני פסקת ההגבלה" משפטים לט 47, 93 (2009) (להלן: מדינה וסבן)).

19. כחברתי, אף אני סבור כי שאלת עמידתן של תכליות החוק במבחן התכלית הראויה, כפי שהותווה בפסיקה, מעוררת קשיים. אך אינני 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 צריכה להיות "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 תכלית 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 הצומחת מדבר החקיקה לבין הנזק שנגרם כתוצאה מפגיעתו בזכות החוקתית (עניין חסן, פסקה 58 לפסק-דינה של הנשיאה ד' ביניש).

(א) מבחן הקשר הרציונאלי

21. מבחן המשנה הראשון מבין מבחני המידתיות הוא מבחן הקשר הרציונאלי (או מבחן "ההתאמה"), שדורש כי האמצעי שנקט בחוק יהיה מתאים להגשמת תכליתו (ברק-מידתיות, בעמ' 373). בגדרי מבחן זה, לא נדרש כי האמצעי שנבחר יגשים את המטרה במלואה, או כי יהיה זה האמצעי היעיל ביותר להגשמתה, אלא די בכך שהוא יקדם מטרה זו (שם, בעמ' 376-378). במישור העובדתי, לא נדרשת ודאות גמורה לכך שהאמצעי החקיקתי יגשים את המטרה הראויה, אך אין להסתפק בתרומה קלושה ותיאורטית (שם, בעמ' 382).

22. האם קיים קשר רציונאלי בין החזקה במשמורת לתקופה ארוכה של מהגרים שנכנסו בצורה בלתי חוקית לישראל לבין תכלית בלימת 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. 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), 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). בצד האמור, אני מוכן להניח כי הפגיעה בתמריץ הכלכלי, כמו גם הפגיעה בזכויות יסוד הנלוות להשמה במשמורת, היא רכיב שאין

להתעלם ממנו במערך השיקולים של אדם השוקל אם לצאת למסע קשה ומורכב דווקא לכיוון מדינת ישראל, על הסיכונים והעלויות הכרוכים בכך. זאת גם אם מדובר במי שנשקפת לו סכנה בארץ מוצאו.

23. התייחסותנו עד כה הייתה במישור העיוני, תוך בחינת מערך השיקולים והתמריצים של "המסתנן הסביר". בנקודת הזמן הנוכחית, למעלה משנה מאז יישומו של התיקון בפועל, ניתן לכאורה לבדוק בנוסף 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 והחלתו. 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 משמעותיות: האחת, השלמת הקמת הגדר על הגבול בין ישראל למצרים באורך כ-240 ק"מ, שמהווה חסם פיזי משמעותי מפני כניסה לא מבוקרת לתוך שטחי ישראל; השנייה, ההתפתחויות הגיאוגרפיות במצרים בכלל, ובחצי-האי סיני בפרט, שהשפיעו על נתיבי ההגירה לישראל. לצורך הדיון מוכן אני להניח (מבלי להכריע בכך) כי התיקון צולח את מבחן הקשר הרציונאלי ביחס לתכלית בלימת הכניסה הבלתי מוסדרת לישראל דרך גבול מצרים, על אף הספקות שעליהם עמדה גם חברתי, ואני מסכים עימה כי ספקות אלו 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 החוקתית נבחר האמצעי שפגיעתו בזכות החוקתית היא המועטה ביותר. ביסוד מבחן משנה זה עומדת התפיסה כי אין לחוקק חוק הפוגע בזכות החוקתית מעבר לנדרש להשגתה של התכלית הראויה (עניין מנחם, עמ' 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 שנבחר על-ידי המחוקק בסופו של יום (ראו: בג"ץ 2605/05 המרכז האקדמי למשפט ולעסקים, חטיבת זכויות האדם נ' שר האוצר פסקה 49 לפסק-דינה של הנשיאה ד' ביניש (19.11.2009) (להלן: עניין הפרטת בתי הסוהר); בג"ץ 1789/13 לוטן נ' שרת החקלאות ופיתוח הכפר, פסקה 19 (20.6.2013); בג"ץ 10202/06 עיריית דאהריה נ' המפקד הצבאי בגדה המערבית, פסקה 17 (12.11.2012) (להלן: עניין דאהריה); ברק-מידותיות, 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 שמשיג את תכלית הבלימה במידה דומה, תוך 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 הפיזי. בהינתן המצוקה שעליה אין חולק, לכל גדר – יימצא סולם, ואף חסם פיזי איננו הרמטי. אני מוכן אפוא להניח כי הגדר בשילוב התיקון יעילה יותר במישור בלימת ההסתננות, 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 במסגרת יישום יחסי של מבחן המידתיות במובן הצר, שעליו אעמוד להלן (השוו: בג"ץ 7052/03 עדאלה נ' שר הפנים, פ"ד סא(2) 202, 344-345 (2006) (להלן: עניין עדאלה); עניין דאהריה, פסקה 17; ברק-מידתיות, בעמ' 398).

(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, בעמ' 419). זהו המבחן המרכזי מבין שלושת מבחני המשנה. מדובר במבחן ערכי המאזן בין הערכים והאינטרסים המתנגשים על פי משקלם. בהיבט של עוצמת הפגיעה בזכות, ככל שהזכות החוקתית הנפגעת היא יסודית יותר, והפגיעה בה היא חמורה יותר, כן 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, בעמ' 332-331). 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 (שס, בעמ' 332-333). מלאכת ההכרעה של בית המשפט כבואו ליישם את מבחן המידתיות במובן הצר אינה פשוטה. כפי שכתב השופט י' זמיר בעניין צמח:

"המידתיות אינה ניתנת למדידה. [...] אין מכשיר או נוסחה שיוכלו למדוד את העוצמה או 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. [...] 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. [...]"

[...] גם כאשר ההערכה 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. 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 הבטחון פ"ד נג(5) 241, 273-274 (1999)).

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 שננקט 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 משמעותית במידת הפגיעה בזכות החוקתית (בג"ץ 10202/06 מועצת הכפר בית סוריק נ' ממשלת ישראל, פ"ד נח(5) 807, 840 (2005); עניין דאהריה, פסקה 21; עניין הפרטת בתי הסוהר, פסקה 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. יישום יחסי זה של מבחן המידתיות במובן הצר, מתכתב עם מבחן המשנה השני של המידתיות ועם החלופות שנבחנו במסגרתו. גם חלופה שנמצאה בלתי מתאימה במסגרת המבחן השני, מכיוון שהיא אינה מגשימה את תכלית החוק במידה דומה לחלופה שבה בחר המחוקק, עשויה להשיג את עיקרי התועלת החברתית תוך פגיעה פחותה באופן משמעותי בזכות

החוקתית (לגישה שונה, ראו: מדינה וסבן, בעמ' 102-107). כלומר, שאלת קיומו של יחס ראוי תיבחן בהשוואה בין התועלת השולית לבין תוספת הפגיעה (ברק-מידתיות, בעמ' 434-437). לצורך כך, ניתן להשוות את האמצעי שנקט בחוק להסדר שקדם לו ונועד 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 לעומת ההסדר שקדם לו, עומדת ביחס ראוי לתוספת הפגיעה בזכות החוקתית שנלוותה לה (עניין עדאלה, בעמ' 345-346). אמת מידה זו תעמוד לנו לעזר במסגרת האיזון הקונקרטי שאליו נידרש עתה.

התועלת המופקת מהתיקון

28. על כף אחת של המאזניים מונחת התועלת השולית המופקת מהתיקון. תכלית אחת שאליה התייחסנו היא בלימת 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 ומשמעותי. 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, בפסקה 13). כל מדינה, לרבות מדינת ישראל, רשאית לקבוע לעצמה מדיניות הגירה. קביעת מדיניות הגירה ושמירה עליה יכולה לשרת תכליות שונות – לאומיות, ביטחוניות, כלכליות וחברתיות. ככל שמדובר ב"הגירת עבודה", יכולתה של המדינה לקבוע מדיניות ולאוכפה היא קריטית כדי למנוע השלכות שליליות שתיוודענה למשק המקומי ולתעסוקת האזרחים המקומיים (ראו בפסקה 114 לפסק-דינה של חברתי השופטת ע' ארבל).

29. ככל שמדובר בתכלית בלימת תופעת הכניסה שלא כדין לישראל דרך הגבול המצרי, עולה שאלה לגבי תוספת התועלת המושגת מן ההסדר שנקבע בתיקון, בהשוואה למצב הנורמטיבי שקדם לו. כפי שציינתי, כניסת התיקון לתוקף והחלתו בפועל אירעו בד בבד עם השלמת הקמת הגדר על גבול ישראל-מצרים, ובעת התרחשותם של שינויים גיאוגרפיים-פוליטיים 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 כשלעצמו. בקביעת התועלת יש להתחשב, בנוסף לחשיבות התכלית, במידת ההסתברות שהאמצעי הנבחר יגשים תכלית זו (ברק-מידתיות, בעמ' 439-440; בג"ץ 3648/97 סטמקה נ' שר הפנים, פ"ד נג(2) 728, 782 (1999)). לכן, לא ניתן להתעלם מחוסר הוודאות ביחס לתועלת השולית של

התיקון במישור בלימת תופעת הכניסה הבלתי מוסדרת לישראל ממצרים. גם אם לא היה בנתון זה לבדו כדי להביא לפסילת ההסדר במסגרת שני מבחני המשנה הראשונים, יש בכך כדי להשליך על האיזון שנבחן במסגרת מבחן המידתיות במוכן הצר, שהוא כאמור איזון בין תועלת לבין נזק. אדגיש כי אינני מבקש לבסס את הכרעתי בדבר חוקתיות התיקון אך ורק על הספק העובדתי המתעורר ביחס לתועלתו השולית, ואני מוכן להניח כי התיקון מביא עימו תועלת שולית מסוימת במישור בלימת תופעת הכניסה הבלתי מוסדרת לישראל. עם זאת, אין להתעלם מכך שהתיקון הוא בבחינת נדבך נוסף על הגדר, שהיא החסם העיקרי, ולכך בוודאי שיש ליתן משקל במסגרת האיזון החוקתי.

30. לצד התועלת במישור בלימת תופעת ההסתננות, יש לשים על כף המאזניים את התועלות הנוספות מהתיקון שעניינן התמודדות עם השלכות התופעה. כפי שציינה חברתי, לתופעת ההגירה הבלתי מוסדרת ממדינות אפריקה במימדי השנים האחרונות היו השלכות רחבות על אזורים מסוימים בישראל במגוון תחומים. שהייתם בישראל של עשרות אלפי מהגרים שהפרוטה אינה 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. עבור תושבי דרום תל אביב הוא אינטרס חיוני. זעקתם של תושבי דרום תל אביב על המתחולל בשכונותיהם נשמעה בקול רם וברור במסגרת ההליכים 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 מהווה 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.

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 עמה. עניין לנו בשלילת חירות לתקופה ארוכה ללא משפט. "מעצר בידי רשות מינהלית [...] הוא הצורה הקשה ביותר של פגיעה בחירות האישית" (עניין צמח, בעמ' 262). ההסדר שנקבע בתיקון קובע כלל ברור וחד-משמעי:

"מסתנן" שהוצא נגדו צו גירוש מכוח סעיף 30 לחוק למניעת הסתננות יחזק במשמורת עד לגירושו. החוק אינו קובע מגבלת זמן למשך ההחזקה של מסתנן במשמורת, וקובע כי למעט בנסיבות מיוחדות (כדוגמת מצב בריאותי וטעמים הומניטאריים 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 משפט (פסקאות 87-90 לפסק-דינה של חברתי). אוסיף כי העובדה שתכלית מרכזית של ההשמה במשמורת היא הרתעתם של אחרים, מעוררת קושי מיוחד ביחס לנקיטה באמצעי זה (שם, בפסקאות 85-86). גם אם אניח כי קושי זה אינו פוסל את ההסדר בשלב מוקדם יותר של הביקורת החוקתית, ברי כי הוא משליך על עוצמת פגיעתו בזכות החוקתית, וכנגזרת – על שאלת עמידתו במבחן המידתיות.

32. על כך אבקש להוסיף כי הכלל שנקבע סוטה גם מהעקרונות המקובלים בישראל ובעולם לעניין שלילת חירותם של שוהים שלא כדין במסגרת דיני ההגירה, וזאת בשני היבטים מרכזיים: 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 משמעותי.

(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 לא מתקיים הליך הרחקה אפקטיבי (בג"ץ 199/53 פלוני נ' שר הפנים, פ"ד ח 243, 247-248 (1953)). 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:

"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, כמובן 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),
 בפסקה 24; ראו גם: בג"ץ 1468/90 בן ישראל נ' שר
 הפנים, פ"ד מד(4) 149, 151-152 (1990).

34. בראשית דבריי ציינתי כי התיקון שלפנינו נועד למעשה לחול 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/ההרחקה. סעיף 30(א) לחוק קובע כי "צו [הגירוש] ישמש אסמכתה חוקית להחזיק את המסתנן במשמורת עד לגירושו" [ההדגשה נוספה – 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.

35. קושי זה מתחדד על רקע בחינת הסדרים מקבילים בעולם. השימוש במעצר במסגרת 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 מעצרים של שוהים בלתי חוקיים עד להרחקתם (מבלי שנקב בהם פרק זמן מירבי), כמגבילים את המעצר לתקופה שנחוצה באופן סביר לשם ההרחקה (*Zadvydas v. Tan Te Lam v Superintendent of Tai A Chau*; *Davis*, 533 U.S. 678 (2001), *Detention Centre* [1996] UKPC 5). עיקרון זה שריר וקיים גם במדינות האיחוד האירופאי. סעיף 15(4) לדירקטיבה [2008/115/EC](#) בדבר הנחיות בנוגע לנושא מעצרים של שוהים שלא כדין לצורך הרחקה (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 כאשר מתקיים הליך הרחקה אפקטיבי, הדירקטיבה מצמצמת עד מאד 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 וסודאנים 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 כוללנית 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, בעמ' 852). יודגש כי ממילא, אילו היה מדובר במצב שבו ההרחקה נראית באופן, די היה בהסדר הקבוע בחוק הכניסה לישראל. במובן זה, אין בנתון האמור כדי להשליך 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 ביחס למבקש מקלט המוחזק במשמורת. ממונה ביקורת גבולות 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 לתמרץ את הרשויות ליתן החלטה במהירות הראויה בבקשות המקלט הפרטניות, ועל כך יש לברך, אך מכך משתמע שברירת המחדל היא שמבקשי מקלט יוחזקו במשמורת לכל אורך תהליך בחינת 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 והסטנדרטים הישימים בנוגע למעצרים של מבקשי מקלט וחלופות למעצר](#) (2012)).

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 ביחס לעצם קיומה של התועלת השולית הצומחת מהתיקון במישור בלימת תופעת ההסתננות, על רקע קיומה של הגדר, ולמצער – ביחס 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.

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 משמעותי. 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, וזאת תוך 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 בהם כדי להתמודד עם ההשלכות של שהיית אזרחים זרים שנכנסו שלא כדין ושלא ניתן להרחיקם מישראל בנקודת הזמן הנוכחית. חלקם גם עשויים להפחית את התמריצים הכלכליים העומדים לעתים ברקעה של הגירה בלתי מוסדרת. אבהיר כי רשימת האמצעים שייסקרו להלן אינה חפה מקשיים. אמצעים מסוימים כרוכים בעלויות כספיות משמעותיות ובשינוי סדרי עדיפויות תקציביים, אך כל נשכח כי גם להחזקה במשמורת יש עלויות כספיות לא 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 שננקט בענייננו.

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, נספח (iii) A); ניתן לחייב את המסתננים לגור במרכזי שהייה פתוחים או פתוחים למחצה, תוך הטלת

מגבלות מידתיות על חופש התנועה (שם, 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 מעורבות רשויות הרווחה בקרב אוכלוסיית המסתננים; ניתן להגביר את מאמצי אכיפת החוק כדי לשפר את תחושת הביטחון האישי של התושבים המקומיים; ניתן להגביר את המאמצים במישור הבינלאומי לשם קליטת מסתננים במדינות נוספות, תוך עמידה בסטנדרטים בינלאומיים שבהם מחויבת מדינת ישראל.

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; והשנייה, המשך שהייתם של מסתננים רבים בדרום תל אביב ובאזורים נוספים בארץ ללא הסדרה, פיקוח או טיפול. הצגה בינארית זו מעוררת קשיים בעיניי, כאשר היא באה מצד המדינה. עמדנו על האתגרים המשמעותיים שהתופעה נושא הדיון מציבה לפני הרשויות, ואין להקל בהם ראש. עם זאת, לא ניתן שלא לשאול אם ההשלכות השליליות של תופעה זו – שעליהן עמדו המדינה ותושבי דרום תל אביב בהרחבה – אינן מועצמות על רקע הימנעותן של הרשויות מנקיטת חלופות אחרות להסדרת שהות המסתננים והטיפול בהם. האם יכולה המדינה להיתלות בהשלכותיה השליליות של תופעת ההסתננות בשנים האחרונות, כצידוק לנקיטת אמצעים פוגעניים, וזאת מבלי שנעשה ניסיון להתמודד עם השלכות 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, פ"ד נ(2) 793, 812 (1996)). 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 את ההסדר שנקבע לאות מתה.

43. בנסיבות העניין, אינני סבור כי יש מנוס מהכרזה על ביטול האפשרות להפעיל את הסדרי המשמורת הקבועים בסעיף 30א 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, ומותר את שארית התיקון כאוסף הוראות שאין להן משמעות בפני עצמן. אדגיש כי להשקפתי ביטול סעיף 30א(ג)(3) לחוק לבדו לא יביא לתוצאה הרצויה, שכן סעיף זה הוא למעשה 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. זה אינו תפקידנו. מלאכה זו מסורה למחוקק. בנסיבות אלה, לא מצאתי להידרש לשאר הטענות הנוגעות להסדרים הנלווים הקבועים בתיקון, שכן ממילא – נוכח בטלות ההסדר בכללותו – לא ניתן יהיה להפעילם.

44. אני מסכים עם חברתי השופטת ע' ארבל כי התוצאה הראויה הנגזרת מהכרזתנו על בטלות התיקון, היא החלת ההסדר הקבוע בחוק הכניסה לישראל. נוכח 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. נוכח מספרם הרב של המוחזקים במשמורת, ראינו לקבוע פרק זמן של תשעים ימים לשם מיצוי ההליך המינהלי לבחינת עילות השחרור הקבועות בחוק הכניסה לישראל והסייגים להן, ביחס לכל אחד מהמוחזקים במשמורת. אולם אדגיש כי פרק זמן זה הינו רף עליון לבחינת עניינם של כלל המוחזקים, וכאמור, מי שהסתיימה הבחינה בעניינו, ואין מניעה לשחררו – ישוחרר ללא דיחוי.

107 דבר

45. האתגר שעמו נאלצה ונאלצת מדינת ישראל להתמודד על רקע הגירה בלתי-מוסדרת של עשרות אלפים מאפריקה אל גבולותיה – אתגר מורכב הוא. בפסק-דיננו נפרשה יריעה רחבה המתייחסת לקשיים החברתיים, הכלכליים והאחרים הטמונים בכך. לא ימצא 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 שעמה נאלצת מדינת ישראל להתמודד על כורחה, עלינו לזכור כי אלה שכבר באו בשערינו – מצויים עמנו. 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 אנו מכריזים כאן, פוגע פגיעה אנושה ולא 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.

ט ו ט

המשנה לנשיא מ' נאור:

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

2. בעת חקיקת התיקון לחוק מושא העתירה ביום 9.1.2012 כבר היה עקרון מושרש בפסיקתנו, לפיו לא ניתן להחזיק אדם במעצר אם לא ניתן לגרשו תוך זמן מסוים. הדברים נזכרו בפסקי הדין של חבריי, אך ברצוני להדגישם: כבר בשנות ה-50 נקבע כי תוקפו של מעצר מכוח צו גירוש אינו מוסיף לעמוד אם לא מתקיים הליך הרחקה אפקטיבי. בבג"ץ 199/53 פלוני נ' שר הפנים, פ"ד ח 243, 247-248 (1953), 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:

[]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 לגירושו, בלי לעשות משהו ממש כדי לבצע את הגירוש או, לפחות, לנסות לבצעו (שם, בעמודים 247-248).

בדומה נפסק מפי השופט אור ב-בג"ץ 1468/90 בן ישראל נ' שר הפנים, פ"ד מד(4) 149 (1990), כי מטרתו של המעצר המעוגן בסעיף 13(ג) לחוק הכניסה לישראל הנה הבטחת יציאת מי שהוצא נגדו צו גירוש מישראל, עד לגירושו. באותו ענין דובר באדם ששהה בישראל באופן בלתי חוקי, כאשר לא היתה לו אזרחות של מדינה כלשהי. ארצות הברית מוכנה היתה 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 אינו משרת את המטרה שלשמה הותר מעצרו לפי סעיף 13(ג) שוב אין הצדקה להמשיך ולהצדיקו במעצר... [כאשר] לא נראית אפשרות גירוש מהארץ באופן (שם, בעמודים 151-152. ההדגשות שלי – מ.נ).

בג"ץ 4702/94 אל טאיי נ' שר הפנים, פ"ד מט(3) 843 (1995), עסק בעניינם של אזרחי עיראק, אשר נכנסו לישראל דרך ירדן באופן בלתי חוקי. נגד העותרים הוצאו צווי גירוש, והם היו נתונים במעצר בין שנה לשלוש שנים. אף שנקבע, כי למשיבים ישנה סמכות לגרש את העותרים מישראל, נמתחה ביקורת על המדינה: בין היתר, נקבע כי היה עליה לסיים זה מכבר את הבדיקות לענין יעדי הגירוש והסיכון הבטחוני 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:

"בהפעלת סמכות המעצר והחזקה יש לנהוג במידתיות (ראה בג"צ 3477/95 בן-עטיה נ' שר החינוך, התרבות והספורט [6]). 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, בעמוד 851).

על כן נקבע באותו ענין, כי ככל שהגירוש לא יתממש על המשיבים לקבל במהירות ראויה החלטה באשר להמשך מעצרם של העותרים.

את הדברים חזרה והדגישה השופטת חיות בע"א 9656/08 מדינת ישראל נ' טעדי (15.12.2011):

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 השוהים 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) (פסקה 26 לפסק דינה של השופטת חיות).

3. לאור פסיקתו של בית משפט זה – הצו החלטי מתבקש. במונחים חוקתיים ניתן לומר, כפי שציינו 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 בענין סבוך ומורכב. כפי שהראו חבריי – פנים רבות לו. עם זאת, והדברים נאמרים על דרך השלילה – לא ניתן להתמודד עמו בדרך של מעצר ממושך.

4. אין ספק: למדינה זכות להחזיק במפתחות הבית ולקבוע מי יבואו בשעריה (ראו בג"ץ 7052/03 עדאלה נ' שר הפנים (14.5.2006), בפסקה 100 לפסק דינו של הנשיא ברק; בפסקה 54 לפסק דינו של המשנה לנשיא חשין; בפסקה 3 לפסק דינו של השופטט ביניש; וכן בפסקה 8 לפסק דיני). בשל מצבה הגיאופוליטי מדינת ישראל מצאה 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, ישנם הרבה סוגי התמודדות אפשריים (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 הטלת מגבלות על היכולת לקבל היתרי עבודה כגון הכשרה לתפקידים שונים, ובכך לרתום את המסתננים לצרכי המשק; ואין הדברים בגדר רשימה ממצה.

5. המדינה ניצבת מול מציאות חיים – הכפויה עליה הר כגיגית – עמה עליה להתמודד. התמודדות זו מציבה קשיים, שאתגרים בצדם. אתגרים אלה מחייבים פתרונות יצירתיים. יכולה זאת להיות שעתה היפה של המדינה, שבמציאות שנכפתה עליה תשכיל למצוא פתרונות הומאניים, פתרונות התואמים לא רק את המשפט הבינלאומי אלא גם את התפישה היהודית. בד בבד, יכולה זאת 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.

המשנה לנשיא

אני מסכים.

חברי, השופטת ע' ארבל והשופט ע' פוגלמן, פרשו יריעה רחבת היקף, ומשכך, אסתפק במספר הערות קצרות.

1. לאחר שהאבק שקע והתיקון לחוק הופשט ממחלצותיו, עומדת בבדידותה, שמא בקלונה, הוראה מרכזית אחת שזו נפקותה המעשית: ניתן להחזיק אדם בתנאי מעצר למשך 3 שנים מבלי שנקבע כי חטא, מבלי שיועמד לדין פלילי ומבלי שניתן להרחיקו לארץ אחרת. תוצאה זו, העומדת בליבת דיוננו, היא פגיעה עוצמתית ובלתי מידתית בזכות לחירות. זאת, במיוחד בהתחשב בכך שהתשתית העובדתית עליה 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 הפיזי בדמות הגדר? והאם בהגירה או בפליטות עסקינן – מהגרי עבודה המבקשים לשפר את מצבם הכלכלי או פליטים הנסים על נפשם או כאלו שנמצאים על הרצף בין שני הקטבים?

לכך השלכה על מבחני המשנה השני והשלישי במסגרת 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.

2. הביקורת החוקתית ומלאכת האיזונים אינה נעשית בחלל ריק, במעין מעבדת משפט, בה שוקלים, מאזנים ומחשבים ריכוזי תמיסות של פגיעה בזכויות וחירויות מול משקל ונפח של אינטרסים חיוניים כאלה ואחרים. במהלך הדיון בפנינו שאלתי את נציגי העותרים אם קיימת חשיבות מבחינתם לנתונים המספריים, או שמא הביקורת על התיקון לחוק צריכה להיעשות ברמה הנורמטיבית בטהרתה. משלא קיבלתי תשובה על כך, אומר את הברור מאליו, כי גם הזכות לחירות, כמו כל זכות יסוד אחרת, אינה מוחלטת. חברתי השופטת ארבל התייחסה לכך בסעיף 115 לפסק דינה לגבי מצב בו "יכלו כל קיצין, מסתננים ימשיכו לנהור בהמוניהם למדינת ישראל....".

כפי שעולה מהנתונים שבפנינו, נכון להיום, מספרם של המסתננים שחדרו לישראל בשנים האחרונות עומד על כ-65,000 איש, קרוב לאחוז אחד מהאוכלוסיה בישראל (בהתחשב גם במספר לא ידוע של שוהים בלתי מתועדים). בעולם אידילי,

המדינות המתוקנות היו מיישמות את העקרון של חלוקת הנטל (Burden Sharing) ו"מחלקות" ביניהן מכסות לקליטת פליטים ומבקשי מקלט, תוך התחשבות בגודלה של המדינה ושטחה, במספר אזרחיה וביכולותיה הכלכליות. לצערנו איננו בעולם אידילי, אך יכול הטוען לטעון כי אחוז אחד מהאוכלוסיה הוא מספר שמדינה מתוקנת וחזקה מבחינה כלכלית כמדינת ישראל יכולה וצריכה לעמוד בו (למרות שכבר כיום ישראל היא מהמדינות הצפופות אם לא הצפופה ביותר במערב). 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 ובנותיהם, ולעיתים אף הרגו מהם במיתות שונות משונות, ואין פוצה פה ומצפץ בקהילה הבינלאומית. משהגיעו הללו אל גבולנו, חבולים בנפשם ובגופם, צריכים היינו לקבלם, לומר להם "יָקַח נָא מֵעַט מֵיָם וְנַחֲצוּ כְגֵלֵיכֶם וְהִשְׁעֵנוּ תַחַת הָעֵץ" (בראשית י"ח, ד), לחבוש את פצעיהם בגוף ובנפש, להתייחס אליהם ברוחב לב ובמידת החמלה בכל הקשור לעבודה, רווחה בריאות וחינוך. כך עשתה מדינת ישראל בעבר לגבי פליטים מויאטנם, מבוסניה, ומקוסובו.

כך הם פני הדברים כיום, כאשר מדברים אנו על כאחוז אחד מהאוכלוסיה בישראל, בבחינת "מעשה עשוי". אך מה לעתיד לבוא? ואם היה מדובר בשלושה אחוז? בחמישה אחוז מהאוכלוסיה? מהו "הקו האדום" המספרי שמדינה יכולה לשאת, ללא חשש לפגיעה של ממש בריבונותה, באופיה, בזהותה הלאומית, בצביונה התרבותי-חברתי, במבנה האוכלוסיה שלה ומכלול מאפייניה הייחודיים, וללא חשש לחוסנה ו"לשבירת מפרקתה" בהיבטים של צפיפות, רווחה וכלכלה, בטחון הפנים והסדר הציבורי? מטבע הדברים, מדינת ישראל, כמו כל מדינה מתוקנת אחרת, אינה יכולה לקלוט את כל החלכאים, הנדכאים והנרדפים ברחבי העולם ובאפריקה. זאת, אף מבלי לקחת 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, והעובדה כי חלק מהמסתננים אף מגיעים ממדינות עוינות כמו צפון סודאן. 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 בהם "הכמות עושה איכות" (כדברי השופט (כתוארו אז) ברק בעניין גיוס בני ישיבות - בג"ץ 910/86 רסלר נ' שר הביטחון, פ"ד מב(2) 441, 505 מול האות ו (1988)). 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, ומדינת ישראל אף הייתה אחת הראשונות לחתום ולאשרר את האמנה. ולא בכדי. סיפורה של האוניה "סנט-לואיס" צרוב עדיין בתודעתנו כפצע פתוח, כלקח היסטורי וכשם נרדף לפליטים מבקשי מקלט שאינם רצויים באף מקום (האוניה הפליגה בחודש מאי 1939 מגרמניה לאחר ליל הבדולח ועל סיפונה כאלף נוסעים יהודיים, שכניסתם סורבה על ידי קובה וארצות הברית. הספינה חזרה לבסוף לאירופה בה הסכימו מספר מדינות לקלוט את הנוסעים, שרבים מהם - למעט אלה שנקלטו בבריטניה - נספו במהלך מלחמת העולם השנייה. פרשת תלאתיה של האניה תוארה בסרט המפורסם "מסע הארורים").

כאמור, לצורך התוצאה אליה 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 כלכלי, 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, במסגרת ההחלטות הפרטניות שתתקבלנה לגבי המסתננים.

ש ו פ ט

השופט ט' 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, וזאת עד להרחקתם. בפועל, הרחקתם אינה אפשרית, ונגזר עליהם להיות 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. אעיר הערה אחת באשר לאופן בחינת תכליתו של התיקון. כפי שיובהר להלן, אני סבור כי בשלב בחינת חוקתיות התכלית, יש להימנע, ככל הניתן, מבחינת חוקתיות האמצעים להגשמתה.

2. שתי תכליות יש לתיקון לחוק. האחת – מניעת השתקעותם של המסתננים והתמודדות עם השלכות תופעת ההסתננות. השנייה – הרלבנטיות לענייננו – בלימת 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 פוטנציאליים לכלים המשפטיים שבאמצעותם מתמודדת המדינה עם תופעת "הגירת העבודה" אל תחומיה.

3. חברתי פירשה תכלית זו כהרתעת מסתננים פוטנציאליים (פס' 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.

4. אכן, כפי שהטעימה חברתי, שימתו של מסתנן במעצר על מנת להרתיע מסתננים פוטנציאליים, פוגעת בו, בעת הזאת, פגיעה בלתי מידתית, ולכן אינה 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 נ' שר הפנים, פ"ד סא(2) 202, 320–321 (2006) והאסמכתאות שם; וראו: אהרן ברק מידתיות במשפט – הפגיעה בזכות החוקתית והגבלותיה 297–300, 324, 328, 345 (2010)).

5. תפקידו של מבחן התכלית הראויה הוא לתת מענה לשאלה אם תכליתה של החקיקה מעניקה צידוק מספק לפגיעה בזכות חוקתית (בג"ץ 6427/02 התנועה לאיכות השלטון בישראל נ' הכנסת, פס' 50 לפסק דינו של הנשיא א' ברק (11.5.06)). מבחן זה בוחן אם התכלית הנבדקת נמנית עם אותן תכליות, אשר בעיני החברה מצדיקות פגיעה בזכויות חוקתיות. בפסיקה נשתרש שימוש בשתי שאלות לבחינת היותה של תכלית ראויה. שאלה אחת עוסקת במאפייניה של התכלית, המצדיקים פגיעה בזכות חוקתית; או 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, פס' 222 לפסק דינה של השופטת א' פרוקצ'יה (29.10.08)); עניין התנועה לאיכות השלטון, פס' 53; עניין עדאלה, בעמ' 319 והאסמכתאות שם; מידתיות במשפט, בעמ' 301).

6. שתי שאלות אלה עוסקות בשניים – בתוכן התכלית ובצורך בה. אין הן עוסקות במידת פוגעניותו של האמצעי שנבחר. אמנם ככל שהזכות הנפגעת חשובה יותר, והפגיעה קשה יותר – יידרש אינטרס ציבורי חזק יותר כדי להצדיק את הפגיעה (השופט י' זמיר בבג"ץ 6055/95 צמח נ' שר הביטחון, פ"ד נג(5) 241, 273 (1999)). אך אין פירוש הדבר שפגיעה בעוצמה גבוהה תשלול בהכרח את חוקתיות התכלית. ההתייחסות לעוצמה גבוהה באה לידי ביטוי (כאמור, בשאלה השניה) בבחינת 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, פ"ד נט(2) 876, 890 (2005); עניין התנועה לאיכות השלטון, פס' 53 והאסמכתאות שם; עניין עדאלה, בעמ' 321).

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

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 רציונאלי בין האמצעי שנבחר לבין התכלית. בהעדרו של קשר זה, ממילא יתייתר ניסיוננו 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 העדרם של אמצעים אלה, עשויה לסייע לנו באומדן עוצמת הפגיעה.

9. פרט לקושי שנוצר בשל היעדר אינדיקציות אלה, מבחן התכלית הראויה כשלעצמו הוא עמוס ומורכב. בחינת התכלית הראויה מחייבת "שקלול" של מספר גורמים – 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, תוך ניסיון להתחשב הן במהות הזכות הנפגעת, הן בעוצמת הפגיעה. דומה כי אמידה דקדקנית של עוצמת הפגיעה כבר במסגרת זו, הופכת את מלאכתנו מורכבת

שלא לצורך, בעוד שמבחני המידתיות מקלים על ביצועה. זאת, בין אם נשווה ערכים "יחסיים" – כעמדת חברי השופט ע' פוגלמן – ובין אם נשווה ערכים "מוחלטים" (פס' 27 לחוות דעתו). במילים אחרות, בחינת התכלית יחד עם האמצעי להגשמתה, מקדימה שלא לצורך את העיסוק בעוצמת הפגיעה אל שלב בחינת התכלית הראויה, ומקשה עליה. משכך, סבורני, כי את התכלית השניה (בלימת תופעת ההסתננות), יש לבחון מבלי ליתן את מלוא המשקל לעוצמת הפגיעה שהמעצר מסב לזכות לחירות כבר בשלב זה.

10. מכיוון שהתיקון אינו צולח את מבחני המידתיות, איני נדרש להכריע, בנסיבות המקרה, בשאלה אם התכלית השניה – בלימת ההסתננות – היא ראויה. אסתפק בדברים קצרים. המשיבים סבורים כי מודעותם של מסתננים פוטנציאלים לכלים המשפטיים של מדינת ישראל להתמודדות עם תופעת הגירת העבודה, משפיעה על החלטתם אם להגר אל תחומה. מתקבל על הדעת שמצב נורמטיבי השורר בְּמדינה 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 הפרוגטיבה של מדינה לקבוע מי יבוא בשעריה, ועולה בקנה אחד עם ריבונותה (השוו: עמדתי בעניין ע'דאלה, בעמ' 485; ראו גם הבהרת הוועדה לזכויות אדם: *The Position of Aliens under the Covenant*, U.N. Doc. HRI/GEN/1/Rev.1 at 18 (11 April 1986), para 5; ראו גם: Liav Orgad & Theodore Ruthizer, *Race, Religion and Nationality in Immigration Selection: 120 Years After The Chinese Exclusion Case*, 26 CONSTITUTIONAL COMMENTARY 237, 242-243 (2010). זאת, כמובן, בכפוף 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.

ש ו פ ט

השופט י' דנציגר:

אני מצטרף בהסכמה לחוות הדעת המקיפות של חברי השופטת ע' אובל 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). אבקש להוסיף מספר הערות קצרות משל עצמי.

הן השופטת ארבל והן השופט פוגלמן עמדו על ההבדלים באופן שבו הציגו העותרים והמשיבים את אוכלוסיית היעד אליה מופנה התיקון לחוק למניעת הסתננות. בעוד שהמשיבים התייחסו לאוכלוסיה זו כמהגרי עבודה שהגיעו ארצה מטעמים כלכליים, תיארו אותם העותרים כמבקשי מקלט מדיני שאפשר שהינם "פליטים" כהגדרתם באמנה בדבר מעמד של פליטים.

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 דווקא למדינת ישראל. עם זאת, לא ניתן להתעלם מכך שחלק מן העמימות באשר לסיווגם של אותם "מסתננים" – באם כמהגרי עבודה לא-חוקיים או כפליטים הזכאים למקלט מדיני – קשורה לאופן שבו טיפלה המדינה באוכלוסיה זו. במשך שנים נמנעה המדינה, מחד, מלבחון בקשות מקלט פרטניות שהגישו נתיני סודן ואריתריאה, ומאידך נמנעה מלגרשם חזרה לארצותיהם, בין בשל מדיניות "אי ההרחקה זמנית" ובין בשל אילוצים אחרים (כמפורט בפיסקה 8 לחוות דעתו של השופט פוגלמן. ראו גם את עניין אסו הנזכר על ידו ואת הערותיה של השופטת א' חיות בעניין זה).

בנסיבות אלה, לטעמי, היה על המשיבים להתייחס באופן זהיר יותר למורכבות המאפיינת את אותם "מסתננים" ולא להסתפק בתיוגם כמי שאינם אלא מהגרי עבודה בלתי-חוקיים. אין מדובר בשאלה של רטוריקה בלבד. ככל שמתעררת ההנחה לפיה אוכלוסיית היעד של התיקון לחוק מורכבת בעיקרה ממהגרי עבודה, ומתחזקת ההנחה שמדובר במבקשי מקלט שיכול שהינם "פליטים", כך, למשל, מאבדת מעוקצה טענת המשיבים לפיה תכלית החוק הינה "להעמיד לנגד עיניהם דיני הגירה מחמירים המאיינים את התמריץ הכלכלי שביסוד הגירתם הבלתי חוקית" (עמ' 24 לתשובת המדינה). ברם, בדומה לחברי אף אם הייתי מוכן להניח כי התיקון לחוק צולח את מבחן התכלית הראויה, חרף הבעייתיות הכרוכה בכך, הרי שממילא אין הוא עומד במבחני המידתיות, וזאת מן הטעמים שפורטו באופן מקיף וממצה בחוות דעתם של חברי.

לבסוף, אבקש להתייחס לטענותיהם של תושבי שכונות דרום-תל-אביב, אשר סיפרו מדם ליבם על הקשיים והפחד 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 להימצא, ולא ראוי שיימצא, בדמות חקיקה המתירה להחזיק במשמורת אלפי בני אדם - גברים נשים וטף - במתקני כליאה, לתקופת זמן בלתי מוגבלת, וזאת מבלי 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 הכל - ספק רב אם יש בו מזור של ממש למצוקה זו.

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

ש פ ו ט

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" וציינו 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 ואמנון

רובינשטיין התמודדות עם הגירה גלובלית: מתווה למדיניות הגירה לישראל 9 (רות גביון עורכת, 2009)). תופעת המהגרים הלא חוקיים אשר הציפו את המדינה במהלך השנים האחרונות ששיעורם, על-פי הנתונים שהוצגו בפנינו, מגיע כמעט כדי אחוז מכלל האוכלוסייה, ממחישה עד כמה זקוקה ישראל למדיניות הגירה ולהגדרת מטרות, יעדים וכללים אשר יתנו בידי הרשויות כלים להתמודד עימה. כמו 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). כך למשל, לא קיים הסדר ברור, בחוק או למצער בנוהל, בשאלה האקוטית הנוגעת לזכותם של עשרות אלפי המסתננים לעבוד בישראל. הפתרון שמצאה המדינה לכך - אותו פירטה בתגובתה לעתירה שהוגשה בנושא זה - הוא שלא להעניק להם אישורי עבודה אך גם לא לנקוט פעולות אכיפה הנוגעות לאיסור העסקת מסתננים (בג"ץ 6312/10 קו לעובד נ' הממשלה (16.1.2011)); לביקורת על מדיניות זו ראו יובל לבנת "פליטים, מעסיקים, ו'פתרונות מעשיים' בבג"ץ: בעקבות בג"ץ 6312/10 קו לעובד נ' הממשלה" משפטים על אתר ג 23 (2011)). פתרונות אד-הוק מסוג זה אינם תחליף למדיניות סדורה, וכבר עמדתי על כך באחת הפרשות בציני כי:

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.

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.

(עע"ם 8908/11 אס"ו נ' משרד הפנים (17.7.2012)
(להלן: פרשת אס"ו))

2. והנה, הצורך בהסדר נורמטיבי הולם ומקיף נענה על-ידי המחוקק במהלך נקודתי שהינו בעייתי ומרחיק לכת, על דרך של הוספת תיקון מספר 3 לחוק למניעת הסתננות. תיקון זה לוקה בשניים. ראשית, אין בו כל 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 ופגיעה 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 הרתעתית, ועל המגבלות הנובעות מכך לעניין משך המעצר עמדתי בעבר בע"א 9656/08 מדינת ישראל נ' סעידי, פס' 26 (15.12.2011), בכל הנוגע למעצר על-פי חוק הכניסה לישראל, התשי"ב-1952.

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 שציינתי בתחילת הדברים סוגיית מעמדם של המסתננים זועקת להסדרה חקיקתית כוללת 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 אספ, כי משמדיניות אי-ההרחקה ה"זמנית" אשר בה נוקטת המדינה כלפי חלק מאותם מסתננים הופכת ברבות השנים לפחות זמנית, יש הכרח למלאה בתוכן נורמטיבי.

ש ו פ ו ת

השופט נ' הנדל:

1. קראתי את חוות דעתה היסודית והמקיפה של חברתי השופטת ע' ארבל, וחוות דעתו המשלימה והחשובה של חברי השופט ע' פוגלמן, שאל עיקריהן הצטרפו יתר חברי ההרכב. מקובל עלי 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 ביחס לתוצאה האופרטיבית, דהיינו קביעת הסעד. אני סבור כי יש להורות על בטלות סעיף 30א(ג) לחוק ההסתננות בלבד, שעניינו שחרור מחמת חלוף מועדים מסוימים. כן אני סבור שיש להשעות את הבטלות לתקופה של 90 יום. על הטעמים שהביאוני לתוצאה זו אעמוד כעת.

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

ביסוד התיקון לחוק עומדות, לגישת המדינה, בעיקר שתי תכליות: האחת – מניעת השתקעות המסתננים בישראל, והשנייה – בלימת 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 לא מבוטלים": היא מנצלת את המסתננים שכבר מצויים בישראל כדי להרתיע מסתננים פוטנציאליים. 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 הפרווגטיבה של הממשלה הנבחרת ושל כנסת ישראל. סוגיה זו אף מצויה בלב הויכוח הציבורי מזה תקופה ארוכה. בהתחשב בכל אלו, על בית המשפט לנקוט זהירות רבה בבואו לשקול את מידת החוקתיות של החוק. יתירה מכך, דעתי היא שלקביעה כי תכליתו של התיקון לחוק, ואפילו אחת מבין תכליותיו, איננה ראויה – יש משמעות רבה: במישור הציבורי, במישור הערכי ובמישור המשפטי.

הרתעת מסתננים פוטנציאליים איננה תכלית העומדת כשלעצמה. היא מהווה מעין תכלית-ביניים, בדרך להגשמת תכליתו המרכזית של החוק. נשאל את עצמנו: מדוע יש צורך בהרתעת מסתננים פוטנציאליים? מדוע יש לנקוט באמצעים שיצמצמו את היקף ההסתננות? התשובה היא שלהסתננות יש השלכות לא מבוטלות על מרקם החיים בישראל, על שוק העבודה ועל ניתוב תקציבי הרווחה והחינוך. כך בארץ, וכך בכל מדינה. תפקידו של החוק בו עסקינן הוא לנסות לנווט השלכות אלו. בכל מקרה, תכלית לגיטימית היא לצמצם את ההשלכות השליליות של אותן תופעות, כפי שנקבע בעבר בפסיקה (ראו סעיף 84 לחוות דעתה של חברתי השופטת ארבל).

להשקפתי, דברים אלו – כוחם יפה אף ביחס לעיקרון ההרתעה: ההרתעה במקרה דנא נועדה למנוע מראש את ההשלכות השליליות שיש להסתננות על החברה בישראל. אם נקבל כי מניעת השתקעות המסתננים בישראל היא תכלית ראויה, הרי

שלדידי אין מנוס מן המסקנה כי גם הרתעת מסתננים פוטנציאליים היא תכלית ראויה. זאת בכפוף להסתייגות שתוצג בהמשך, ושעיקרה משך התקופה בה ניתן להחזיק מסתנן במשמורת.

לא ניתן להתעלם מן המציאות שהולידה את התיקון לחוק. בשנים האחרונות, עשרות אלפי מהגרים ניצלו פרצות בגבול על מנת 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; והתפתחות שווקים בלתי-מפוקחים. בית משפט זה - בתוך עמו הוא יושב: נדמה כי הנפגעים העיקריים, גם אם לא הבלעדיים, מן ההגירה הבלתי-חוקית המאסיבית והפתאומית הם בני השכבות הסוציו-אקונומיות החלשות יותר. חופש העיסוק, היכולת להשתכר שכר הוגן, שלום הציבור במובן הרחב ותחושת שלום הציבור - כל אלו ספגו פגיעה קשה. מצב זה לא היה תוצאה של מדיניות מכוונת, אלא תוצאה של זרם החיים ואולי אף של העדר מדיניות (ראו סעיף 1 לחוות דעתה של חברתי השופטת א' חיות).

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 אלו, האם התיקון הוא לתכלית ראויה? לטעמי התשובה היא חיובית.

להשלמת התמונה, יוצג גם הצד השני של המטבע. מדינת ישראל חתומה על האמנה הבינלאומית בדבר מעמדם של פליטים משנת 1951. שנת חתימת 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. שני כללים גדולים עומדים זה בצד זה: האחד - החובה לגמול חסד ולנקוט בצעדים הומניטאריים כלפי כל אדם באשר הוא אדם. כך מסכם את הדברים הרמב"ם (הלכות מלכים, פרק י, הלכה יב): "אפילו העכו"ם [עובדי כוכבים ומזלות] 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 בגיטין סא, ע"א). הכלל השני הוא - ההכרה כי עניי עירך קודמים. גם כאן יהיו לנו לעזר דברי הרמב"ם (הלכות מתנות עניים, פרק ז, הלכה יג): "עני שהוא

קרובו קודם לכל אדם; עניי ביתו קודמין לעניי עירו; עניי עירו קודמין לעניי עיר אחרת, שנאמר: 'לאחיך לענייך לאביונך בארצך'" (מבוסס על דברי התלמוד בבבא מציעא ע"א, ע"א). כללים אלו, 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 ט' ג'ובראן).

3. ואם בכל זאת ישאל השואל: האם שיקול הרתעה שהוזכר לעיל מתיישב עם פסיקת בית משפט זה, ועם עקרונות המשפט המנהלי? תשובתי היא כי יש להבחין בין הרתעה עונשית והרתעה מנהלית מצומצמת, בגדר עיצוב מדיניות הגירה. לטעמי, הרתעה מנהלית מצומצמת עשויה להיות לגיטימית, אך הרתעה עונשית כלפי המסתנן - במסגרת הליך מנהלי - איננה לגיטימית. אבהיר, תוך הצגת שתי דוגמאות שונות.

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

הדוגמא האחרת, שעשויה ללבן את הנקודה מזווית אחרת, היא מעצר מנהלי מטעמי ביטחון. נפסק כי מעצר מנהלי "מותנה בקיומה של עילת מעצר הנובעת ממסוכנותו האינדיבידואלית של העצור" (בג"ץ 3239/02 מרעב נ' מפקד כוחות צה"ל באזור יהודה ושומרון, פ"ד נז(2) 349, 367 (2003)). עולה מכך כי צורכי השעה עשויים להצדיק מעצר מנהלי לצורכי ביטחון תוך הנמכת רף ההוכחה והגמשת דיני הראיות. ברם לכאורה עדיין נדרשת בדיקה של המסוכנות האינדיבידואלית, כפי שזו עולה מן החומר. בדיקה זו דומה להליך המעצר בבית משפט פלילי, במובן זה שהיא מתנהלת בין גורמי חקירה, סנגוריה וגוף שיפוטי. אולם, כאמור, סדרי הדין וכללי הראיות משתנים. אמנם ניתן לקבל ראיות מנהליות, אך אופיו של ההליך הוא משפטי.

מנגד, החזקת מסתננים במשמורת היא באופייה הליך מנהלי. השלבים הראשונים של ההחזקה הם תחת הפיקוח של הגורם המנהלי, והביקורת השיפוטית נעה במסלול של בית הדין למשמורת וביקורת ערעורית של בית משפט לעניינים מנהליים.

בהקשר זה, יש להבחין בין הלגיטימיות שבהחזקת מסתנן במשמורת, לעומת קביעת התקופה בה יוחזק.

תרומתה של הגדר, למשל, היא גם בכך שעם הזמן - פחות אנשים ינסו להסתנן למדינה. ואולם משנכנס המסתנן למדינה, ונתפס, רשאות הרשויות להחזיק אותו במשמורת. שחרורו האוטומטי בכל מצב לא רק שאיננו מרתיע אלא 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 הפרה ברורה של החוק, והמדינה רשאית לערוך בדיקה – למשל: האם הוא פליט או מהגר עבודה, ולמצוא לכך פיתרון. המציאות מורכבת, משום שלעיתים יש קבוצות ביניים - למשל, מהגרי עבודה שעל ארץ מוצאם חל עיקרון 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 הינה מחויבת. סעיף 30א מסמיך את הממונה על ביקורת הגבולות לשחרר מסתנן בערובה, ולתת את דעתו לנסיבות אישיות שונות כגון מצב בריאותי, שיקולים הומניטאריים וקטינות. ברם, אף במקרה בו מסתנן מוחזק במשמורת, הארכת התקופה לא צריכה להיגזר משיקולי ענישה או הרתעה (ראו והשוו חוות דעתה של חברתי השופטת חיות בעניין טע"ד, פסקה 26). המטרה היא כאמור להשלים את הבדיקה ולהורות על שחרורו או גירושו למדינה אחרת.

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

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

ראשית, יש יותר הצדקה לבחון את תקופת ההחזקה המקסימאלית במסגרת 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 בממוצע בחודש. ברבעון השני של שנת 2012 – עובר לקבלת התיקון לחוק – הסתננו לישראל כ-1,340 איש בממוצע 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 במרץ 2013 למשל חדרו לשטח ישראל 3 מסתננים בלבד.

ירידה זו "זועקת" בעד עצמה. יש משמעות למספרים כגון אלו (ראו סעיף 2 לחוות דעתו של חברי השופט י' עמית). בעיצוב מדיניות הגירה, היעלה על הדעת שאין משמעות למתחולל בשטח? האם אין חשיבות חקיקתית או חוקתית להבחנה בין מצב בו נכנסים 10 מסתננים לחודש, לעומת מצב בו 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 איננה מוצדקת. אף באת כוח המדינה עו"ד גנסיין השיבה בדיון כי לו היה המצב בזמן החקיקה כפי שהוא היום, הרף העליון עשוי היה לרדת בצורה משמעותית (ראו עמ' 27 לפרוטוקול). לכך יש השלכה באשר לביקורת החוקתית.

המשמעות השנייה של הביקורת החוקתית הקפדנית לענייננו היא, שאין להעניק משקל לטענת המדינה בדבר הצורך לקבוע משמורת ממושכת על מנת שבינתיים ניתן יהיה להגיע להסדר עם מדינה שלישית. על פי קו זה, ההחזקה הממושכת במשמורת נועדה כדי לקדם בינתיים פתרון הומניטארי. גם אם הדבר נכון, התוצאה של החזקת מסתנן במשמורת לתקופה של עד 3 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.

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

בהקשר זה, יש לזכור מהי השאלה העומדת לדיון: השאלה איננה לגבי עצם החוקיות של השמת מסתננים במשמורת. שהרי גם אם יבוטל התיקון לחוק בשלמותו, כהצעת חברתי, יחזור למרכז הבמה ההסדר המקורי שבחוק הכניסה לישראל - הסדר

שקובע אף הוא כללי החזקה במשמורת. הנפקות היא פשוטה: השאלה שעומדת בפנינו איננה האם השמתם של מסתננים במשמורת היא חוקתית. הרי גם אם ייקבע כי התיקון לחוק למניעת הסתננות איננו חוקתי, עדיין ניתן יהיה להחזיק מסתננים במשמורת מכוח חוק הכניסה לישראל. מכאן שלא זו השאלה, ולא בכך יש למקד את הדיון. השאלה גם איננה האם היא זה חוקתי לקבוע מעצר מנהלי מנדטורי של מסתננים למשך שלוש שנים, שהרי החוק איננו קובע חובה שכזו אלא אך רף עליון. גם אין להתעלם מכך שהרף של 3 שנים איננו עומד לבדו, והוא צפוי – כעולה מהחוק – לבוא לידי ביטוי רק במצבים חריגים.

השאלה שבפנינו היא, אפוא, האם העלאת הרף העליון להחזקה במשמורת, והצבתו על 3 שנים במקום על 60 יום – הינה מהלך חוקתי. לגישתי המסגרת הנכונה לבחינת שאלה זו איננה בשלב בחינת התכלית, אלא בשלבים אחרים של הניתוח החוקתי – ובפרט בשאלת המידתיות, על שלושת מבחני-המשנה שלה. לטעמי, כפי שהוסבר, העמדת הרף של 3 שנים לביקורת מבחן-המשנה השלישי של המידתיות – מבחן המידתיות במובן הצר – מעוררת קושי של ממש. דהיינו, אף אם טמונה תועלת בקביעת התקופה של 3 שנים, היא איננה עולה על הנזק שנגרם למסתנן הבודד ועל הפגם שנוצר כתוצאה מהטלת תקופת החזקה כה ארוכה.

6. מסקנתי היא כי דין הסעיף המרכזי בו עסקינן – העלאת הרף העליון להחזקה במשמורת – להתבטל. התקופה של שלוש השנים איננה עומדת בביקורת החוקתית.

אינני סבור כי במסגרת עתירה זו נדרש להכריע בשאלה האם הצניחה במספר המסתננים נובעת מכניסתו לתוקף של התיקון לחוק, או מגורמים אחרים – האצת בניית הגדר בגבול 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.

לכך מצטרפת העובדה שהסעיף בו עסקינן מוגדר כהוראת שעה, אשר תוקפה עד ליום 18.1.2015. המשמעות היא 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 שעולה מהנתונים שנמסרו לנו, איננה קיימת עוד.

מאחר וחל 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 כי אין להשוות בין מצב בו מדי חודש חודרים למדינת ישראל למעלה מ-2000 מסתננים (כפי שהיה המצב בעבר), לבין מצב בו מדובר על מסתננים בודדים בלבד (וזהו המצב כיום). בנסיבות החדשות שנוצרו, אני סבור כי ניתן יהיה להסתפק באמצעי מידתי יותר: קביעת רף עליון למשמורת שאיננו מגיע או מתקרב לשיעור של 3 שנים. ויובהר: גם לאחר שייקבע רף מידתי, לא הייתי שולל קביעת תקופה אחרת – שאף היא כפופה לביקורת החוקתית - אם וכאשר המציאות תשתנה.

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

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. מבלי לקבוע מסמרות - דומני כי יש תועלת בניסיון שנצבר אצל מדינות שונות, אשר נאלצו אף הן להתמודד בשלב כזה או אחר עם תופעת הסתננות נרחבת. מובן כי, בפראפראזה 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, להגביל או להכתיב, את מידת החוקתיות של מדיניות ההגירה של ישראל. אך יש במבט המשווה כדי להעניק פרספקטיבה ולהעשיר את הדיון.

באוסטרליה, חוק ההגירה קובע כי כל שוהה בלתי-חוקי - לרבות מבקשי מקלט, ילדים ואף פליטים במצבים מסוימים - יישלח באופן מיידי למשמורת (mandatory detention). אין מגבלת זמן סטטוטורית להחזקה במשמורת, ולא ניתן לפנות לבית המשפט בבקשת סעד. 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 3 חודשים או פחות, ו-13% נוספים שהו במשמורת תקופה שבין 3 חודשים לשנה (<http://www.humanrights.gov.au/immigration-detention-statistics>).

באיטליה, סוגיית החזקתם במשמורת של מהגרים בלתי חוקיים קבועה בחוק ההגירה משנת 1998. החוק עודכן מעת לעת, וכיום הוא מורה כי תקופת ההחזקה הראשונית של השוהה הבלתי-חוקי במשמורת (CIE) היא 30 יום, וניתן להאריכה מעת לעת עד לתקופה של 18 חודש (Italy Detention Profile, GLOBAL DETENTION PROJECT) (November, 2012).

גם במלטה ישנה מגבלה סטטוטורית של 18 חודש לשהות במשמורת של מהגרים בלתי-חוקיים (Cetta Mainwaring, Constructing a Crisis: the Role of Immigration Detention in Malta, 18 POPUL. SPACE & PLACE 687 (2012)). עם זאת, ישנם דיווחים לא רשמיים לפיהם בפועל התקופה היא ארוכה יותר (Malta Detention Profile, Global Detention Project (Dec. 2009)).

בארצות הברית, הסמכות להחזקת שוהה בלתי חוקי במשמורת (custody) – לאחר שהוצא נגדו צו גירוש - מעוגנת בחוק הפדראלי (8 U.S.C. § 1231(a) (2000)). נקבע שם כי צו הגירוש יבוצע בתוך 90 יום, אולם במידה והצו לא בוצע 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 ישנה חזקה לפיה פרק זמן של שישה חודשים הוא סביר, ולאחר תקופה זו יש לשחרר את המוחזק בערבות, אם אין הסתברות ממשיה לגירושו בעתיד הנראה לעין (Zadvydas) (no significant likelihood of removal in the reasonably foreseeable future) (v. Davis, 533 U.S. 678 (2001); Clark v. Martinez, 543 U.S. 371 (2005)). יצוין כי בית המשפט העליון לא קבע רף עליון סופי להחזקה במשמורת, ונמנע מלומר כי שוהה בלתי חוקי (inadmissible alien) זכאי להגנה מפני החזקתו במשמורת לתקופה שמעל לשישה חודשים בהתקיים התנאי האמור של גירוש צפוי. יתירה מכך, בית המשפט העליון נמנע מלומר כי לו יקבע המחוקק רף החזקה במשמורת שיעלה על שישה חודשים – הדבר לא יעבור את מבחן הביקורת החוקתית (Jose Javier Rodriguez, Limited Statutory Construction Required by Constitutional Avoidance Offers Fragile Protection for Inadmissible Immigrants from Indefinite Detention, 40 HARV. CIV. RIGHTS-CIV. LIBERTIES LAW REV. 505 (2005)).

בפועל, מחקר משנת 2009 מצא כי בארצות הברית שהו עצורים בממוצע 26 יום במשמורת. ביתר פירוט, כ-80% מהעצורים שהו פחות מ-90 יום, 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? 16 MIGRATION POLICY INST. (2009). מחקר אחר משנת 2010 מצא כי למעלה מ-50% מהעצורים שהו במשמורת יותר מ-31 יום (Jailed Without) (Justice: Immigration Detention in the USA, AMNESTY INTERNATIONAL (2010)).

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 בפני המחוקק איננה בינארית. ושוב יוזכר כי יש לקחת בחשבון את הקשר המשתנה תדיר בין היקף תופעת ההסתננות (הבעיה), לבין הרף העליון שייבחר להחזקה במשמורת (הפיתרון). ייתכן וניתן להסיק מחוות הדעת השונות בפסק דין זה כי יש צורך בעיצוב פיתרון רב-ממדי לסוגיית המסתננים. השמת משקל יתר על רכיב ההחזקה במשמורת איננה מספיקה ואיננה חוקתית. קביעת מדיניות הגירה רחבה, והמשך קביעת מדיניות כזו, הם צורך השעה.

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. כמו כן נקבעו עילות שחרור שאינן תלויות בחלוף הזמן. יש באלו גם פן חיובי ואיזונים ראויים. אין זה אומר כי לא ניתן לבקר סעיפים שונים בהוראות החוק. אך במסגרת עתירה זו דעתי היא כי יש לשים את הדגש על העיקר, וממילא ניתן יהיה לבחון – לשיטתי – היבטים אחרים של העניין, במידת הצורך, בעתירות אחרות. מעבר למאמץ החקיקתי משנת 2012, כפי שצינתי בפתח הדברים, מלאכת החקיקה בנושא הטיפול במסתננים היא רגישה. לדעתי, בית המשפט צריך לנקוט זהירות בעשותו את מלאכת הביקורת, ובוודאי במלאכת הביטול והיקפה.

לנוכח כל האמור, הגם שניתן להבין את ההיגיון בעמדת חבריי לפיה 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 ומקובלת אף עליי - מעשית יותר. בתקופה זו ייוותר לשיטתי התיקון לחוק ההסתננות בתוקפו, פרט לכך שיהא על המחוקק לקבוע רף עליון שונה להחזקה במשמורת ולמועדים הנגזרים ממנו בסעיף 30א(ג). שלושה

חודשים הינם לטעמי תקופה מספקת לעריכת שינוי מצומצם כזה. לעומת זאת, הצורך לבחון שינויים נוספים בהוראת השעה – מבלי שיהיה לכך טעם חוקתי עצמאי – עשוי ליצור לחץ בלתי-נחוץ, שאפשר ולא תצמח ממנו תועלת. הטעם השני קשור לכך שמדובר בהוראת שעה שנחקקה בשנת 2012, ושאמורה להסתיים בתחילת שנת 2015. הביטול המצומצם המוצע יאפשר את המשך קיומם של לפחות חלק הארי ממרכיביה האופרטיביים של הוראת השעה. היתרון בכך הוא שהתקופה שנותרה עד לפקיעת הוראת השעה – כ-15 חודש – תעניק למחוקק זמן למחשבה, להתכוננות ביישום הוראת השעה בשטח, ומכאן לקביעת חלופה ראויה – אולי כזו שלא תהיה במסגרת של הוראת שעה, או למצער לתקופה ארוכה יותר.

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

ט פ ו ט

הנשיא א' גרוניס:

1. מצרף אני את דעתי לזו של חברתי, השופטת ע' ארבל וחברי השופט ע' פוגלמן, לפיה החוק למניעת הסתננות (עבירות ושיפוט) (תיקון מס' 3 והוראת שעה), התשע"ב-2012, ס"ח 119 (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 מספר הערות קצרות.

2. לאור 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 בצורה דרמטית, 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 אומנם הגדר היא שגרמה לשינוי, מה הצורך בחוק,

אשר אין ספק שמביא הוא לפגיעה קשה בזכות היסוד לחירות? האם המחסום הפיזי הוא שגורם לשינוי, האם השינוי במצב החוקי או אולי שניהם יחדיו? דומה שיש להודות כי אין בדינו תשובה ברורה לשאלה האם הגדר היא שגרמה לשינוי, האם החוק או אולי שילוב בין השניים.

3. חברתי השופטת ע' ארבל סבורה כי במקרה דנא פֶּשַׁל החוק מבחינה חוקתית משום שאינו מקיים את מבחן המשנה השני במבחן המידתיות, היינו המבחן של אמצעי שפגיעתו פחותה מן האמצעי שנבחר על ידי המחוקק. חברתי מונה אמצעים שונים, פוגעניים פחות, שלשיטתה 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 (פיסקאות 103-104 לחוות דעתה; וכן ראו חוות דעתו של השופט ע' פוגלמן, פסקה 40, וחוות דעתה של המשנה לנשיא, מ' נאור, פסקה 4). 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 פיזי, כמו הגדר עצמה, או מיכשור אלקטרוני שיגביר את יעילותה, לבין אמצעים חוקיים (במכוון הנני נמנע משימוש במונח אמצעי נורמטיבי, בשל המשמעות הכפולה של המושג "נורמטיבי"). שאלה מעניינת היא האם בגדרו של מבחן המשנה השני של מידתיות, הבוחן אמצעים שפגיעתם בזכות החוקתית פחותה, מתייחס לאמצעים שבחר בהם המחוקק על דרך שינוי בחוק או אף לאמצעים פיזיים, אמצעים שמקורם בהחלטה של הרשות המבצעת ולא הרשות המחוקקת. שנית, ובכך העיקר, האמצעים החוקיים שמזכירים חבריי, כגון חובת דיווח, הגבלת מקום המגורים, שהות במתקן פתוח וכדומה, הינם, להערכתי, חסרי נפקות ממשיכה בנסיבות העניין. ספק רב אם אמצעים אלה יקדמו בצורה משמעותית את התכלית של מניעת השתקעות מסתננים בארץ וצמצום ניכר של הבעיות החברתיות והכלכליות שעל אזרחי המדינה ותושביה להתמודד עימן נוכח הימצאותם בישראל של עשרות אלפי מסתננים.

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 הינה ברורה: החזקה במשמורת תקופה של שלוש שנים. האופי של הפגיעה, נוכח העובדות המסוימות, מעצים את חומרתה. מכוון אני לכך שכיום מוחזקים במשמורת כ-1,750 אנשים (מתוך כ-55,000 מסתננים). רובם של המוחזקים 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, בבוא השעה, ומשניתן יהיה לגרשם מישראל, יוכלו הרשויות לעשות כן בקלות יתירה; כל עוד הם במשמורת אין הם מתחרים בשוק העבודה מול עובדים ישראלים; אין באפשרותם לבצע עבירות הפוגעות באזרחי ישראל ותושביה ועוד. אני מוכן אף להרחיק לכת ולהניח כי גם השגתה של הרתעה של מסתננים פוטנציאליים הינה מטרה ראויה בנסיבות מסוימות, וניתן להצביע על יתרונות נוספים. מכל מקום, אף בהתחשב ביתרונותיה של החזקה במשמורת, דעתי היא, כאמור, שהחוק אינו צולח את מבחן המשנה השלישי. אחזור ואומר, כי בנתונים הקיימים החזקה במשמורת במשך שלוש שנים, כפי שמאפשר החוק, פסולה היא מבחינה חוקתית. זאת ועוד, לא רק שהחוק מאפשר החזקה במשמורת במשך שלוש שנים אלא שקיימת כוונה ממשית להחזיק במסתננים במשך התקופה האמורה. חלק מאלה שבמשמורת מוחזקים כבר יותר משנה.

5. כאמור, כיום המצב הוא שפחות מעשרה מסתננים חוצים את הגבול ממצרים לישראל מידי חודש. זאת, לעומת כ-1,400 בחודש בשנת 2011. נזכור, כי איננו יודעים האם 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, יחזור לקדמותו ומספר המסתננים יעלה באופן דרמטי, בין אם בגבול מצרים ובין אם בגבול אחר של ישראל. לגישתי, אם חלילה יחול שינוי מהותי ותחזור התופעה של כניסת מסתננים במספרים גדולים, יהא צורך לחשוב מחדש על הסוגיה. במלים 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; בנוסף, ראו בג"ץ 910/86 רסלר נ' שר הביטחון, פ"ד מב(2) 505, 441 (השופט א' ברק) (1988) יחד עם בג"ץ 3267/97 רובינשטיין נ' שר הביטחון, פ"ד נב(5) 481, 530-529 (הנשיא א' ברק) (1998)). אנסח את הדברים בצורה יותר חדה: 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 הכנסת תחוקק שוב חוק דומה. יתירה מזו, פסק-דיננו מתייחס לחוק שקבע תקופה של שלוש שנים של החזקה במשמורת. אף בנסיבות הקיימות כיום אין מניעה, לגישתי, לחוקק חוק חדש שיתיר החזקה במשמורת במשך תקופה קצרה באופן משמעותי משלוש שנים.

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

הוחלט בדעת רוב של שמונה שופטים לבטל את סעיף 30א לחוק למניעת הסתננות, כאמור בחוות דעתה של השופטת ע' ארבל כנגד דעתו של השופט נ' הנדל, הסבור כי יש לבטל את סעיף 30א(ג) לחוק בלבד. כמו 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. עילת השחרור הקבועה בסעיף 13(א) לחוק הכניסה לישראל לא תחול לפרק זמן של 90 ימים מיום מתן פסק-דין זה – הכול כמפורט בחוות דעתה של השופטת ע' ארבל.

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

ניתן היום, י"ב בתשרי תשע"ד (16.9.13).

שופט

המשנה לנשיא

הנשיא

שופט

שופט

שופט

שופט

שופט

שופט