

בית המשפט העליון בירושלים
בשבתו כבית המשפט הגבוה לצדק

בג"ץ 8665/14

פורום קהלת (ע"ר) 580553915
ע"י ב"כ עו"ד אריאל ארליך או עו"ד ד"ר אביעד בקשי
או עו"ד מאיר רובין
מרח' עם ועולמו 8 בירושלים
טל' 02-6312720 ; פקס 02-6312724
נייד 054-6891319 ; aerlich@kohelet.org.il

המבקש להצטרף כידיד בית המשפט

בעניין שבין:

1. טמושה נגה דסטה
 2. אנואר סולימאן ארבאב איסמעיל
 3. המוקד לפליטים ומהגרים
 4. האגודה לזכויות האזרח בישראל
 5. א.ס.ף – ארגון סיוע לפליטים ומבקשי מקלט בישראל
 6. קו לעובד
 7. רופאים לזכויות אדם – ישראל
 8. המרכז לקידום פליטים אפריקאים
- כולם ע"י עו"ד עודד פלר או עו"ד יונתן ברמן או
עו"ד ענת בן דור או עו"ד אלעד כהנא או עו"ד
אסף וייצן או עו"ד רחל פרידמן או עו"ד אסנת
כהן ליפשיץ
האגודה לזכויות האזרח בישראל
רח' נחלת בנימין 75 תל אביב
טלפון 03-5608185, נייד 052-2547163, פקס 03-5608165
דוא"ל oded@acri.org.il

העותרים

- נ ג ד -

1. **הכנסת**
ע"י הלשכה המשפטית של הכנסת
קריית בן גוריון, ירושלים 91950
טל' 02-6753333 ; פקס 02-6753495
2. **שר הפנים**
3. **שר הביטחון**
4. **היועץ המשפטי לממשלה**
ע"י פרקליטות המדינה, משרד המשפטים
רח' צאלח א דין 29, ירושלים 91010
טל' 02-6466590/463 ; פקס 02-6467011

המשיבים

בקשה להצטרף להליך במעמד של ידיד בית המשפט –

פורום קהלת

א. כללי

1. פורום קהלת (להלן – **הפורום**) מבקש מבית המשפט הנכבד להצטרף להליך כידיד בית המשפט. הפורום מבקש להצטרף להליך כדי להציג לפני בית המשפט את הערותיו בכמה עניינים בעלי חשיבות עקרונית מבחינה חוקתית, אשר השלכותיהם חורגות מתחומו של הדיון בחוק למניעת הסתננות ולהבטחת יציאתם של מסתננים מישראל (תיקוני חקיקה והוראת שעה), התשע"ה-2014.

נזכיר כי ביקשנו להצטרף כידידי בית המשפט והגשנו את טענותינו גם בשני ההליכים הקודמים בפני בית משפט נכבד זה אשר דנו בחוקתיות התיקונים לחוק למניעת הסתננות – בג"ץ 7146/12 **אדם נ' הכנסת** ובג"ץ 7385/13 **אית"ן נ' ממשלת ישראל**, ודומה כי היתה לכך ביטוי גם בפסקי הדין.

2. בדומה לטענותינו בשני ההליכים הקודמים, גם הפעם נמקד את טענותינו במישור העקרוני של דרך הביקורת החוקתית, ולא בהסדרים הקונקרטיים שנקבעו בחוק הנתקף. הנושאים שבהם נבקש לעסוק הם היקף הביקורת השיפוטית והמקורות שלאורם חוק נבחן, וכן היקף וטיב הביקורת על תכלית החוק. הפורום סבור כי בסוגיות הללו חלק מטענותיהם של העותרים כוללות הנחות שגויות, או שקבלת טענותיהם עשויה להשליך השלכות מרחיקות לכת על המשפט החוקתי הישראלי ועל המשפט הישראלי בכלל, מעבר להשפעתן על הליך זה. בנוסף, נבקש לעסוק גם בשאלת מעמדו של השיקול הדמוגרפי באיזון החוקתי. לשם כך נבקש את רשותו של בית המשפט להתייבב ולהשמיע את טענותיו.

אלו הם הנושאים שאליהם מבקש הפורום להתייחס בקצרה:

א. ביקורת חקיקה – מכוח מה?

- ביקורת חקיקה מכוח עקרונית שנפסקו בבית המשפט
- ביקורת חקיקה מכוח עקרונית של ביקורת המעשה המינהלי
- ביקורת חקיקה מכוח פסיקה ספציפית בפרשנות חוק אחר
- ביקורת חקיקה מכוח המשפט הבין לאומי

ב. "לתכלית ראויה"

- זיהוי ה"תכלית" לצורך פיסקת ההגבלה
- הרתעה
- מניעת השתקעות
- עידוד יציאה מרצון

ג. מקומה של זהות ישראל כמדינת לאום במערכת האיזונים החוקתית

ב. המבקש – פורום קהלת

3. פורום קהלת הוא עמותה ציבורית שהוקמה בראשית שנת 2012 על-ידי אנשי ציבור ואקדמיה מתחומי המשפט החוקתי, מדע המדינה והכלכלה. הפורום פועל לחיזוק הדמוקרטיה הישראלית, לקידום חירות הפרט ועידוד יישום עקרונות השוק החופשי בישראל, ולעידוד מעמד הקבע של ישראל כמדינת הלאום של העם היהודי. בתחום חיזוק הדמוקרטיה פועל הפורום לאיזון בין רשויות השלטון בישראל, לקידום תפיסה דמוקרטית של מושג שלטון החוק, לעידוד אחריות משפטית-שלטונית ולהגדלת השקיפות. הפורום אינו נתמך על ידי ישות מדינתית כלשהי ולא על ידי בעלי עניין אישי בתחומי עיסוקו.

ג. הבקשה להצטרפות כידיד בית משפט

4. בהתאם למסורת הפסיקה של בית המשפט הנכבד בסוגיית צירוף צדדים להליכים כידידי בית המשפט, בחינת בקשה להצטרפות כ-ידיד בית משפט תיעשה בעיקר לאור "מידת התרומה הפוטנציאלית הגלומה בצירוף המבוקש אל מול החשש שצירוף כאמור יפגע ביעילות הדיון, בצדדים ובזכויותיהם" (ע"פ 111/99 שוורץ נ' מדינת ישראל, פ"ד נד (2) 241). הללו – התרומה מצד אחד והחשש לפגיעה ביעילות הדיון מאידך – נפרטו למבחני משנה (בלתי ממצים) בפסק הדין המנחה בעניין קוזלי (מ"ח 7929/96 קוזלי ואח' נ' מדינת-ישראל, פ"ד נג(1) 529). נעמוד בקצרה על המאפיינים של ההליך, של המבקש ושל הנושא הנדון.

5. ראשית, **טיבו של ההליך דנן**. אין צורך להרחיב את הדיבור בעניין זה, וברור לכל כי זהו הליך עקרוני בעל חשיבות חוקתית מן המעלה הראשונה. השלכותיו אינן על הצדדים לו בלבד; המערכת השלטונית בישראל, כמו גם אזרחים רבים בישראל, ואולי אף החברה בישראל כולה יושפעו ממנו. הסוגיה הנדונה – האם החוק דנן עומד בתנאי פסקת ההגבלה של חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו – היא עצמה שאלה רבת חשיבות והשלכות; ונלוות אליה שאלות חוקתיות עקרוניות רבות הכרוכות ונגררות בעתירה, כמו שאלת מעמדה של התכלית ההרתעתית בחקיקה ובפעולות מינהל, מעמדו ומשקלו של המשפט הבין-לאומי בדיון הישראלי, מעמדם החוקתי של חוקים הנוגעים להגירה לישראל ושל התכלית שהם באים לממש, ועוד כהנה וכהנה סוגיות נכבדות שהשפעתן רבה ומכרעת, אשר בכמה מן החשובות שבהן נבקש לעסוק בעיקרי הטיעון שנבקש לצרף.

על אחת כמה וכמה בנסיבות יוצאות הדופן של ההליך דנן – עתירה נגד גרסה שלישית של חוק, לאחר שבית המשפט הנכבד ביטל שתי גרסאות קודמות שלו.

6. שנית, **הצדדים להליך זה**. לצד האזרחים הזרים, הגישו את העתירה שורה של עותרים ציבוריים. דלתי בית המשפט נפתחו לפנייהם בלי שיציגו עניין אישי, אגב פתיחתם בפני האזרחים הזרים. העותרים הציבוריים הללו משמשים שליחים, כדי להיות פה לציבור המסתננים הבלתי חוקיים כולם, כמו גם, ייתכן, לציבור מסוים בישראל אשר רואה את הסוגיות הללו עמם עין בעין.

דינו של הפורום אינו שונה מדינם של הארגונים הללו. אף הוא אינו בעל עניין אישי (לבד מכך שרוב חבריו ועובדיו הם אזרחי ישראל), אלא מבקש לשמש שליח ציבור, **כדי להעלות לפני בית המשפט הנכבד טענות מתחום מומחיותו ועיסוקו בשם ציבור רחב בישראל, בלתי מוגדר, שהפורום עשוי לשמש לו לפה**.

7. **יתירה מכך**, גם אלמלא היו מצטרפים לעתירה עותרים ציבוריים, סבור הפורום כי בשל אופיו הציבורי של הנושא הנדון יש לאפשר לגורמים נוספים בעלי מומחיות לבא ולהשמיע את דברם. מרגע שהוגשה העתירה ועברה את ספו של בית המשפט הנכבד, אין היא 'שייכת' עוד לעותר או למשיבים, אם ניתן לדבר במונחים של בעלות. לא יהיה מוגזם לומר כי היא 'שייכת' לציבור בישראל, אשר יושפע מתוצאותיה לטב ולמוטב. מעת שנדונה בבית המשפט שאלה בעלת השלכות ציבוריות רחבות ועקרוניות כמו העתירה דנן, זכאים, כנקודת מוצא, כלל בני הציבור למעמד שווה ביחס אליה. **ודוקו**: לא כל דכפין ייתי ויטען. המבחינים שהתגבשו בפסיקת בית משפט זה בעניין **קוזלי** הנ"ל ובפסקי הדין שהלכו בעקבותיו שרירים וקיימים, ויש בהם כדי לסייע לבית המשפט לברור את הגורמים הראויים באמת לשמש ידידיו, ולמנוע מצירוף גורמים אשר יגרמו להכבדה בלבד. ועם זאת, בהתאם למידת ההשפעה הציבורית של הנושא הנדון, כך (ביחס הפוך) גובהו של הרף שיש להציב בפני המבקשים להצטרף ולטעון את טענותיהם.

8. **מומחיותו של הפורום בנושא הנדון**: כמפורט בפתח הדברים, הפורום מאגד מומחים אקדמאים בתחומי המשפט החוקתי ומדע המדינה ואנשי ציבור וממשל. אחדים מעמיתיו הפורום עוסקים בסוגיות הנדונות בהליך זה דבר יום ביומו – בהוראה ובמחקר. בהקשר של העתירה הנדונה נציין מבין חברי הפורום את פרופ' גדעון ספיר, פרופ' אברהם דיסקין, ד"ר אביעד בקשי, פרופ' אבי בל, פרופ' יוגין קונטורוביץ, ד"ר מיכאל שראל, ד"ר עמיחי מגן, ד"ר יצחק קליין, מר מיכאל איתן, עו"ד צביקה האוזר, ד"ר עמנואל נבון, ויו"ר הפורום פרופ' משה קופל.

בשל הידע והניסיון האצורים אצל חבריו, ובשל העמדות שהוא מבקש לקדם, סבור הפורום כי צירופו ושמיעת טענותיו יועילו לבירור אמיתי של הסוגיות על כל צדדיהן, וכי יוכל לתרום תרומה של ממש לדיון בעניינים העקרוניים שהוא מבקש לטעון לגביהם

כתב הטענות יצורף כנספח לבקשה זו, לנוחות בית המשפט הנכבד.

9. מנגד, **המחיר** לצירופו של הפורום הוא מחיר נמוך, אולי ממש אפסי. ננסה במידת האפשר להתמקד בטענות עקרוניות שהמשיבים אינם צפויים לפתח. נמקד את תשומת הלב למשמעויות חוקתיות ולהשלכות הרחביות של טענות העותרים, כפי שיפורט להלן וביתר שאת בכתב עיקרי הטיעון המצורף. חלק מטיעוננו השמענו מטבע הדברים כבר בהליכים הקודמים. כמונו כעותרים וכמשיבים, טבעו ונסיבותיו של ההליך דנן, לצד מחלוקות שנתגלעו בין חברי ההרכבים בפסקי הדין הקודמים, מחייבים זאת.

ה. עמדות הצדדים בנוגע לבקשת ההצטרפות

10. עותק מבקשת הצטרפות זו ועיקרי הטיעון המצורפים אליה הועבר לתגובת הצדדים. **ב"כ המשיבים 2-5 הודיעו כי הם משאירים את הבקשה לשיקול דעת בית המשפט הנכבד.**

מפאת דחק הזמנים, הח"מ טרם הצליח לקבל את תגובת ב"כ העותרים וב"כ המשיבה 1.
הן תועברנה אפוא לבית המשפט בהודעה נפרדת בקרוב.

ו. לסיכום

11. מפאת חשיבותם של העניינים שמבקש הפורום להעלות, שמיעת טענותיו תסייע לבית המשפט לבחון את טענות העותרים, ולאזן איזון חוקתי נכון המתחשב בכלל ההיבטים הרלוונטיים בהתאם לחוקי היסוד, בהתאם למבנה החוקתי של המשטר בישראל, ובהתאם לערכיה כמדינה יהודית ודמוקרטית.
בית המשפט הנכבד מתבקש אפוא לאפשר לפורום להציג את טענותיו, לצרף את עיקרי הטיעון הנלווים לבקשה זו לתיק העתירה, ולאפשר לפורום לטעון את טענותיו גם בדיון בעל-פה.

12. יהא זה נכון ומועיל אפוא להיעתר לבקשה; ואף מן הדין לעשות כן.

ירושלים,
ה' בשבט תשע"ה
25 בינואר 2015

אריאל ארליך, עו"ד
ב"כ פורום קהלת

בית המשפט העליון בירושלים
בשבתו כבית המשפט הגבוה לצדק

בג"ץ 8665/14

פורום קהלת (ע"ר) 580553915
ע"י ב"כ עו"ד אריאל ארליך או עו"ד ד"ר אביעד בקשי
או עו"ד מאיר רובין
מרח' עם ועולמו 8 בירושלים
טל' 02-6312720 ; פקס 02-6312724
נייד 054-6891319 ; aerlich@kohelet.org.il

המבקש להצטרף כידיד בית המשפט

בעניין שבין:

1. **טמושה נגה דסטה**
2. **אנואר סולימאן ארבאב איסמעיל**
3. **המוקד לפליטים ומהגרים**
4. **האגודה לזכויות האזרח בישראל**
5. **א.ס.ף – ארגון סיוע לפליטים ומבקשי מקלט בישראל**
6. **קו לעובד**
7. **רופאים לזכויות אדם – ישראל**
8. **המרכז לקידום פליטים אפריקאים**
כולם ע"י עו"ד עודד פלר או עו"ד יונתן ברמן או
עו"ד ענת בן דור או עו"ד אלעד כהנא או עו"ד
אסף וייצן או עו"ד רחל פרידמן או עו"ד אסנת
כהן ליפשיץ
האגודה לזכויות האזרח בישראל
רח' נחלת בנימין 75 תל אביב
טלפון 03-5608185, נייד 052-2547163, פקס 03-5608165
דוא"ל oded@acri.org.il

העותרים

- נ ג ד -

1. **הכנסת**
ע"י הלשכה המשפטית של הכנסת
קריית בן גוריון, ירושלים 91950
טל' 02-6753333 ; פקס 02-6753495
2. **שר הפנים**
3. **שר הביטחון**
4. **היועץ המשפטי לממשלה**
ע"י פרקליטות המדינה, משרד המשפטים
רח' צאלח א דין 29, ירושלים 91010
טל' 02-6466590/463 ; פקס 02-6467011

המשיבים

עיקרי טיעון מטעם פורום קהלת (המבקש להצטרף כידיד בית משפט)

תוכן

2.....	מבוא ותמצית
5.....	פרק א:
5.....	ביקורת חקיקה – גבולותיה; יחסה למשפט המינהלי ולמשפט הבין-לאומי
5.....	א. מבוא: ביקורת החקיקה והעיקרון הדמוקרטי
9.....	ב. ביקורת חקיקה – מכוח עקרונות שנקבעו בפסיקת בית המשפט?
10.....	ג. ביקורת חקיקה – לאור המשפט מנהלי?
12.....	ד. ביקורת חקיקה – לאור המשפט הבין-לאומי?
15.....	ה. סיכום פרק זה
15.....	פרק ב: "תכלית ראויה" ותכליות החוק
15.....	א. מבוא
16.....	ב. כללי: מידת ההפשטה ושאלת האיזון בקביעת התכלית
20.....	ג. הרתעה: האם ומתי פסולה סנקציה כלפי אדם לצורך הרתעת אחר
24.....	ד. מניעת ההשתקעות
25.....	ה. עידוד עזיבה מרצון: אמצעי פסול?
27.....	ו. סוגיית התכליות – סיכום
27.....	פרק ג: הצורך לשמור על זהותה הלאומית של מדינת ישראל כשיקול חוקתי
27.....	א. מבוא
27.....	ב. השיקול הדמוגרפי-לאומי במדיניות הגירה – פסיקת בית משפט זה
28.....	ג. מדינת ישראל כמדינת לאום של העם היהודי כעקרון יסוד חוקתי – רקע משפטי תמציתי
31.....	ד. עקרון זהותה של ישראל – סיכונים וסיכויים
32.....	סיכום

מבוא ותמצית

1. עתירה זו מבקשת לתקוף בפעם השלישית את ההסדר החוקי שקבע המחוקק בסוגיית התמודדות מדינת ישראל עם אתגר המסתננים. בדברים שלהלן נתייחס לסוגיות עקרוניות אחדות העולות מכתב העתירה, כדי לסייע לבית המשפט הנכבד במלאכה הרגישה של ביקורת חקיקת הכנסת. נציין כבר כעת כי בשני המקרים הקודמים הכרעת בית המשפט נפלה על סוגיית המידתיות. העותרים מבקשים הפעם מבית המשפט לפסול את החקיקה גם ללא קשר לסוגיית המידתיות: בהסתמך על 'עקרונות יסוד פסיקתיים' ומשום שהתכליות של החוק אינן ראויות.

טענותינו שלנו יעסקו בסוגיות אלו, הקודמות לשאלת המידתיות וכמובן משליכות עליה. באיזוני המידתיות גופם לא נעסוק.

מגמתנו הכללית היא להדגיש את החשיבות שבהיצמדות לכללים שקבע בית משפט זה לביקורת חקיקה בעת שלמד על קיומה של סמכות זו מחוקי היסוד. אנו סבורים כי כדי לקיים "דיאלוג" ראוי והוגן בין הרשויות, ולשמור על ההפרדה המתבקשת ביניהן, יש להקפיד על ניתוח נכון ומדויק של מהלכי בחינת חוקתיותו של חוק.

על קצה המזלג, אלו הם עיקרי הטענות שנבקש להציג ולבסס:

ביקורת החקיקה בישראל, "עקרונות פסיקטיים", משפט מינהלי ומשפט בין-לאומי: הטענה כי אין להחזיק אדם במעצר ללא אפשרות הרחקה אפקטיבית

העותרים מבקשים להסתמך על העמדה שהובעה בפסקי הדין בעניין **אדם ואיתן** על ידי חלק משופטי הרוב, ולפיה החוק (דאז) אינו חוקתי משום שהוא סותר עקרונות "המושגים בפסיקתנו" כי אין להחזיק אדם במעצר ללא אפשרות אפקטיבית לגרשו. עמדה זו הסתמכה על מספר פסקי דין מינהליים שביטלו צווים שהוצאו מכח חוק הכניסה לישראל. בנוסף, היא התבססה על המשפט הבין-לאומי. עמדה זו מעוררת כמה קשיים עיוניים.

1 – מבחינת עקרונות הביקורת השיפוטית בישראל: הכרזה על בטלות חקיקה ראשית, לפי המסורת שהתגבשה בבית משפט זה, היא מימוש רצון העם שבא לידי ביטוי בחוקה, באמצעות שליחיו של העם ברשות השופטת. לפיכך עילות הביקורת ודרך הביקורת מוגבלים למה שישנו בחוקי היסוד, המבטאים את רצונו של העם. לבית המשפט הנכבד אין אפוא סמכות להכפיף את חקיקת הכנסת לעקרונות וכללים עצמאיים פרי הפסיקה, כי אם לחוקי היסוד בלבד, ולאור פסקי הדין שבהם יישם אותם לצורך הכרזה על בטלות חקיקה.

הליך בחינת חקיקה ראשית לצורך הכרזה על בטלותה הוא הליך מובנה, בהתאם לפסקת ההגבלה. אין להכריז על בטלות חקיקה ראשית לאור עקרונות יסוד שמחוץ להליך זה.

2 – מבחינת ה"תקדימים" שבהם נקבע העקרון הפסיקטי: העקרונות שעליהם הסתמכו השופטים בפסקי הדין הנ"ל התייחסו לסמכות מינהלית. הם קבעו כי תכלית המעצר שקבוע בחוק המסמך באותם מקרים (חוק הכניסה לישראל, התשי"ב-1952) היא גירוש, ולפיכך בהעדר אפשרות גירוש הצווים אינם חוקיים. בענייננו מדובר בחוק אחר, שהכנסת חוקקה לתכליות אחרות, נבדלות מן התכלית של מימוש גירוש מידי. יש אפוא קושי עיוני בהסתמכות על פסקי הדין הללו כאן, שהרי אנו עוסקים בביקורת על חקיקה ראשית מכוח חוקה ולא בביקורת מינהלית על צו מינהלי מכוחו של החוק המסמך.

3 – מבחינת כפיפות החקיקה לעקרונות המשפט הבין-לאומי: בדומה לאמור לעיל אין לבית המשפט הנכבד סמכות להכפיף את חקיקה ראשית למשפט הבין-לאומי. חזקת ההתאמה הפרשנית הנוהגת בישראל יוצרת מבנה נורמטיבי היררכי, ובו חקיקה פנימית גוברת בכל מקרה על נורמות המשפט הבין-לאומי – בין אם משפט מנהגי ובין אם משפט

הסכמי. לפיכך הטענה כי המשפט הבין-לאומי אוסר על החזקה במעצר לא אפשרות גירוש אפקטיבית אינה מעלה ואינה מורידה. אין מקום גם לפרש את חוקי היסוד לפי המשפט הבין לאומי, שכן בכך נעקף ומתבטל המעמד של עליונות החוק הפנימי על המשפט הבין-לאומי.

שאלת התכלית הראויה: זיהוי התכליות והערכתן

העותרים תוקפים את התכליות שהחוק מבקש להגשים, אלו שנקובות במפורש בדברי ההסבר ואלו שהעותרים מבקשים לייחס לו. שאלת זיהויה של התכלית היתה נתונה במחלוקת בין שופטי ההרכב בפסקי הדין הקודמים. נבקש לבסס את העמדה כי לצורך ביקורת שיפוטית על חוק לפי פסקת ההגבלה יש לזהות את תכליתו ברמת הפשטה גבוהה בלבד, שכן יש הכרח להפריד הפרד היטב בין תכליות לאמצעים. דרך הביקורת של תכליות, הנבחנות באופן בינארי במבחן האם הן ראויות אם לא, שונה מדרך הביקורת של אמצעים, הנבחנים במבחני מידתיות. יש לפיכך לנקוט ריסון הן בזיהוי התכלית והן בביקורת עליה.

לעניין ההרתעה, אשר הלגיטימיות שלה עומדת במחלוקת בין שופטי בית משפט זה, נבקש לטעון ראשית כי זו אינה התכלית, שהרי לא זהו היעד של החוק, אלא אמצעי בלבד, וככזה יש לבחון אותו. בנוסף, נוסף ונבסס את הטעון כי זהו אמצעי אלמנטארי, שנעשה בו שימוש יום יום בחקיקה, בהחלטות מינהל ובהחלטות שיפוטיות. העיקרון המוסרי הקנטיאני, השולל יחס לאנשים כאל אמצעים, אוסר על שימוש בהם כאמצעים **בלבד** לתכלית אחרת, ואינו נוגע כלל למצבים שבהם תכלית הפעולה היא האדם עצמו בד-בבד עם זולתו. לפיכך, אין כל פסול בנקיטת מדיניות שנועדה לשמש הרתעה כלפי מסתננים פוטנציאליים, ולממש אותה.

לעניין מניעת השתקעות, שכמעט שלא עמדה במחלוקת בין השופטים בפסקי הדין הקודמים, נבקש להסביר מדוע זו תכלית ראויה. העותרים תוקפים גם את **עידוד העזיבה מצוין**. נבקש להראות כי גם כאן מדובר באמצעי ולא בתכלית, וכי אין לפסול אותו אפרורית כי אם לבוחנו במבחני המידתיות.

זהותה של ישראל כמדינת לאום יהודית כשיקול חוקתי

הן בבחינת התכליות, הן בעשיית האיזון החוקתי, שומה על בית המשפט להביא בחשבון את עובדת היסוד החוקתית הנוגעת לזהותה של ישראל כמדינת לאום יהודית. לצורך ביסוס טענה זו נציג את מאפיינה החוקתיים של ישראל בהקשר זה, נציג את ההצדקות העיוניות לביסוס זהות זו בשדה המשפטי, ונבקש כי בית המשפט הנכבד יעניק את המעמד הראוי לשיקול נכבד זה.

פרק א:

ביקורת חקיקה – גבולותיה; יחסה למשפט המינהלי ולמשפט הבין-לאומי

א. מבוא: ביקורת החקיקה והעיקרון הדמוקרטי

2. היסודות לסמכותו של בית המשפט להעביר תחת שבת ביקורתו חקיקה ראשית של הכנסת הונחו בע"א 6821/93 **בנק המזרחי נ' מגדל כפר שיתופי**, פ"ד מט(4) 221 (1995). כידוע, במעלה הדרך נפסק הדבר להלכה, כשהכריז בית משפט זה על בטלותם של חוקים משום שסתרו חוקי יסוד משוריינים בשריון מהותי (בג"ץ 1715/97 **לשכת מנהלי ההשקעות בישראל נ' שר האוצר**, פ"ד נא(4) 367 (1997); בג"ץ 6055/95 **צמח נ' שר הביטחון**, פ"ד נג(5) 241 (1999)); ועוד במקרים אחדים במהלך השנים). כפי שבית המשפט הנכבד שב ומדגיש בכל עת שהוא נדרש לדון בתוקפו של חוק הכנסת, ביקורת חקיקה היא מהלך יוצא דופן בעל משמעות נכבדה מבחינה קונסטיטוציונית. **לפיכך נבקש לשוב ולהזכיר בקצרה את היסודות העיוניים.**

3. כל אימת שדן בית משפט זה בסמכותו להעביר את חקיקת הכנסת תחת שבת ביקורתו, הודגש כי ביקורת שיפוטית על חקיקה נעשית מכוחם של חוקי היסוד, מכוח מעמד-העל שניתן להם **על ידי נבחרים העם** בחובשם את כובע הרשות המכוננת. הנשיא ברק הדגיש בעניין **בנק המזרחי הנ"ל** כי סמכות ביקורת החקיקה מעוגנת בסמכות שניתנה לבית המשפט **מן הריבון**:

"מעשה חוקה מחייב תמיד נקודת אחיזה שמחוץ לגוף המחוקק. נקודת אחיזה זו צריכה לינוק עצמה מהעם, אשר הריבונות שייכת לו. אכן, ביסוד תורת הסמכות המכוננת של הכנסת עומדת התפיסה כי סמכותה המכוננת של הכנסת באה לה מהריבון, כלומר מהעם" (עמ' 356).

הנשיא ברק הוסיף והדגיש כי

"חוקה היא פעולת עם היוצרת שלטון. העם הוא הקובע – על-פי תפיסתו החברתית במהלך ההיסטוריה שלו – בידי מי הסמכות העליונה במדינה, ומהו כלל ההכרה שבה. בית המשפט נותן ביטוי לקביעה חברתית זו. בית המשפט הוא הפרשן הנאמן של רצון העם בחוקה... [החוקה] היא פרי ההיסטוריה הפוליטית, החברתית והמשפטית של השיטה. היא תוצאה של ההסכמה החברתית המושתתת על הקונצנזוס החברתי בישראל..." (שם, עמוד 391).

4. על הבסיס הזה, הקובע כי תפיסת חוקי היסוד כבעלי מעמד של חוקה היא פריו של המנדט שניתן מן העם לרשות המכוננת, הוסיף הנשיא ברק וקבע גם את דבר סמכותו של בית המשפט להכריז על בטלותם של חוקים במידה שהם סותרים את חוקי היסוד, סמכות שהיא אינה אלא מימוש רצונו של העם:

"אכן, הכנסת, תוך שימוש בסמכותה המכוננת, העניקה למדינה חוקי-יסוד. אלו הן נורמות עליונות במדרג הנורמאטיבי. כדי לקיים את דברה זה של הכנסת יש לבטל דבר חקיקה רגיל הסותר חוק-יסוד, בדומה לבטלותה של תקנה הסותרת חוק... הלגיטימיות

של החוקה ושל חוק היסוד מעניקים את הלגיטימיות של הביקורת השיפוטית על חוקתיות החוק" (שם, עמוד 420).

"בבטלו חקיקה ראשית, השופט מסכל את רצון המחוקק. הצידוק לכך הוא בכפיפותו של המחוקק להוראות חוקתיות-על-חוקיות, שהוא עצמו קבען" (בג"ץ 1715/97 לשכת מנהלי ההשקעות בישראל נ' שר האוצר, פ"ד נא(4) 367, 387 (1997)).

התפיסה העומדת בבסיס הביקורת השיפוטית בישראל מושתתת אפוא על העיקרון הדמוקרטי, ולפיו העם, הריבון, הוא אשר מחליט על גורלו ונושא באחריות על החלטותיו. החוקה היא ביטוי רצונו של העם, ובכוננו חוקה הביע העם את רצונו להכפיף את חקיקת הפרלמנט העתידית לעקרונות היסודיים שכוון בחוקה. בית המשפט ממלא אחר שליחותו של העם בהוציאו את כוחה של החוקה אל הפועל, כאשר בוחן האם חקיקת הפרלמנט אכן עומדת בתוך המסגרת החוקתית שקבע הריבון.

תפקידו של בית המשפט בביקורת החוקתית – לפי הקונסטרוקציה שבנה בית משפט זה – הוא להיות גוף פיקוח המבקר מטעם העם, הריבון, את נציגיו ברשות המחוקקת, כדי לוודא שהללו האחרונים אינם חורגים ממה שהסמיכם הריבון לעשותו.

5. דברים אלו של בית המשפט הנכבד אינם אלא הד לדבריהם של האבות המייסדים של החוקה האמריקאית בשלהי המאה ה-18. הנשיא ברק בעניין בנק המזרחי הנ"ל תלה את דבריו, בהתמודדו עם השאלה "האם הביקורת השיפוטית היא דמוקרטית" (עמוד 421, פסקה 80) בחיבור המכונה 'הפדרליסט', המקובל כ"פרשנות הטובה ביותר לעקרונות הממשל שנכתבה אי-פעם".¹ מחבריו התמודדו באופן מפורש עם האפשרות כי סמכותו של בית המשפט להכריז על בטלות חוקים של הפרלמנט תיתפס כעליונותו של בית המשפט על בית המחוקקים, וכה אמרו:²

"Some perplexity respecting the rights of the courts to pronounce legislative acts void, because contrary to the Constitution, has arisen from an imagination that the doctrine would imply a superiority of the judiciary to the legislative power. It is urged that the authority which can declare the acts of another void, must necessarily be superior to the one whose acts may be declared void. As this doctrine is of great importance in all the American constitutions, a brief discussion of the ground on which it rests cannot be unacceptable.

There is no position which depends on clearer principles, than that every act of a delegated authority, contrary to the tenor of the commission under which it is

¹ כדברי תומס ג'פרסון, נשיאה השלישי של ארצות-הברית.

² ובתרגום לעברית: "מידה של מבוכה בנוגע לזכותם של בית-המשפט לבטל את תוקפם של חוקי בתי המחוקקים, כאשר הם נוגדים את החוקה, נוצרה מסברה דמיונית כי מדוקטרינה זו תשתמע עליונות של הרשות השופטת על-פני הרשות המחוקקת. נטען כי רשות היכולה לבטל את תוקף חוקיה של זולתה ממילא היא עליונה על זו שאפשר לבטל את חוקיה. בגלל חשיבותה המרובה של דוקטרינה זו בכל החוקות האמריקניות, אין לפסול את הצורך בדיון קצר באושיותיה.

אין לך עמדה התלויה בעקרונות ברורים יותר מזו האומרת כי כל חוק של סמכות מואצלת הנוגד את רוח ההרשאה שמכוחה פועלת אותה סמכות הוא בטל ומבוטל. לפיכך אין שום מעשה חקיקה הנוגד את החוקה יכול להיות בר-תוקף. מי שכופר בזאת כאילו קבע שגדול הסגן מהראש; שהעבד הוא מעל לאדוניו; שנציגי העם עליונים על בני העם גופם; שאנשים הפועלים מכוח סמכות רשאים לעשות לא רק מה שאין סמכותם מתירה, אלא גם מה שהיא אוסרת" (המילטון, מדיסון וג'יי הפדרליסט (הוצאת שלם, התשס"ב, תרגום אהרן אמיר), מס' 78 (עמוד 389)).

exercised, is void. No legislative act, therefore, contrary to the Constitution, can be valid. To deny this, would be to affirm, that the deputy is greater than his principal; that the servant is above his master; that the representatives of the people are superior to the people themselves; that men acting by virtue of powers, may do not only what their powers do not authorize, but what they forbid" (Hamilton, Madison & Jay, *The Federalist Papers*, no. 78).

משמעות הדברים ברורה: אין לטעות ולהסיק כי כוחו של בית המשפט להכריז על בטלותם של חוקים משום שהם סותרים את החוקה מעיד על עליונותו של בית המשפט על פני הרשות המחוקקת. בטלותו של חוק הסותר את החוקה איננה אלא ביטוי ברור לכך ששליחי העם – המחוקקים – אינם יכולים לעשות דבר הנוגד את רצונו של שולחם – העם – כפי שבא לידי ביטוי בחוקה. כלומר, מקור סמכותו של בית המשפט להכריז על בטלותו של החוק הוא היותו מוציא לפועל של רצון העם אשר התבטא בחוקה; היא איננה נובעת ממנו-עצמו.

6. בהמשך מובהרים הדברים ביתר שאת:³

"...It is not otherwise to be supposed, that the Constitution could intend to enable the representatives of the people to substitute their will to that of their constituents. It is far more rational to suppose, that the courts were designed to be an intermediate body between the people and the legislature, in order, among other things, to keep the latter within the limits assigned to their authority. The interpretation of the laws is the proper and peculiar province of the courts. A constitution is, in fact, and must be regarded by the judges, as a fundamental law. It therefore belongs to them to ascertain its meaning, as well as the meaning of any particular act proceeding from the legislative body. If there should happen to be an irreconcilable variance between the two, that which has the superior obligation and validity ought, of course, to be preferred; or, in other words, the Constitution ought to be preferred to the statute, the intention of the people to the intention of their agents.

Nor does this conclusion by any means suppose a superiority of the judicial to the legislative power. It only supposes that the power of the people is superior to both; and that where the will of the legislature, declared in its statutes, stands in opposition to that of the people, declared in the Constitution, the judges ought to be

³ ובתרגום לעברית: "אין להניח שיכולה החוקה לתכוונן לכך שיהיה בידם של נציגי העם להחליף את רצון שולחיהם בדצונם שלהם. הגיוני הרבה יותר להניח שבת-המשפט נועדו להיות גוף ביניים בין העם ובין הרשות המחוקקת, בין השאר כדי שזו האחרונה לא תחרוג מהגבולות שהוצבו למרותה. פרשנות חוקים היא התחום היאה והמיוחד לבתי-המשפט. החוקה היא למעשה חוק יסודי, וכך חייבים השופטים לראותה. לפיכך שומה עליהם לקבוע את משמעותה וכן את משמעותו של כל חוק היוצא מבית-המחוקקים. אם יהיה בין השניים שוני שאין ליישבו, מובן שצריך להעדיף את הגורם העולה על האחרים בחיוב ובתוקף; לשון אחר, יש להעדיף את החוקה על החוק, את כוונת העם על כוונתם של שליחיו.

בשום פנים אין לגזור מן המסקנה הזאת שהרשות השופטת נעלה על הרשות המחוקקת. אין בה אלא הנחה שסמכותו של העם נעלה על שתי אלה; וכי במקום שרצון בית-המחוקקים, המוצהר בחוקיו, נמצא מנוגד לרצון העם, כפי שהוא מוצהר בחוקה, חייבים השופטים לנהוג לפי האחרון ולא לפי הראשון. חובתם להסדיר את פסיקותיהם על-פי חוקי היסוד, ולא על-פי אותם חוקים שאינם חוקי יסוד" (שם, עמ' 390).

governed by the latter rather than the former. They ought to regulate their decisions by the fundamental laws, rather than by those which are not fundamental".

זהו אפוא תפקידו של בית המשפט בבואו להעביר חוק שחקקה הכנסת תחת שבט הביקורת החוקתית: להיות גוף ביניים המתווך בין העם, הריבון, ובין נציגיו ברשות המחוקקת, כדי לוודא שהללו האחרונים אינם חורגים ממה שהוסמכו אליו על ידי הריבון. מכאן כוחו וסמכותו, וממומחיותו המקצועית בפרשנות חוקים צומחת גם התאמתו למלא את התפקיד הזה. הסמכות העליונה היא סמכותו של העם, שהחוקה היא הביטוי האמיתי והמלא שלו, ובית המשפט ממלא את שליחותו של העם בהשגחתו כי השליחים האחרים של העם – המחוקקים – אינם חורגים ממה שהעם הסמיכם לעשות.

7. לאור זאת נוקט בית משפט זה ריסון רב בהכרזה על בטלות חקיקה ראשית של הכנסת, הן להלכה והן למעשה, ומדקדק לבקר חקיקה רק באופן שקבע שחוקי היסוד מסמיכים אותו. כך על בית המשפט לנהוג גם בעניין שלפניו. על בית המשפט הנכבד לזהות בקפדנות מהי הזכות הנפגעת ומהו עיגונה בחוקי היסוד, הקובעים את גבולות הגיזרה להתערבותו; לעמוד על תכלית החקיקה ולנקוט זהירות בהכרזה על תכליות כבלתי ראויות, כפי שיורחב להלן; ולאזן בין הפגיעה לבין התכליות שאותן מבקש החוק להגשים תוך מתן תשומת לב ראויה לאינטרסים הציבוריים העומדים בבסיס החוק.

8. נציין כי בבית משפט זה הועלתה האפשרות גם לחרוג מכלל זה, ולהכריז על בטלות חקיקה מכוח עקרונות יסוד. אפשרות זו הוזכרה כדעת יחיד באמרת אגב של השופט ברק בבג"ץ 142/89 תנועת לאו"ר נ' יו"ר הכנסת, פ"ד מד(3) 529 (1990), עוד קודם לחקיקת חוקי היסוד החדשים וההכרזה על המהפכה החוקתית.

אם קודם המהפכה החוקתית עלתה אפשרות זו כהרהור עקרוני בלבד, הרי שלאחר המהפכה החוקתית נדחקה האפשרות הזו לקרן-זווית נידחת שבנידחות. כל אימת שדובר בה הודגש היטב כי לאחר שנחקקו חוקי היסוד קשה ביתר-שאת לדמיין מצב שבו ייעשה בה שימוש. כך נאמר כי השימוש באפשרות זו שמור לאותם חוקים אשר סותרים "עקרונות יסוד ומטרות אשר כל המבנה החוקתי שלנו, לרבות חוקי היסוד עצמם, מושתתים עליהם, ואשר הפגיעה בהם היא מהותית וקשה" (בג"ץ 4676/94 מישראל בע"מ נ' כנסת ישראל, פ"ד נ(5) 15, 28 (1996)), או למצבים שבהם "השינוי החוקתי פוגע בליבת הדמוקרטיה ושולל את תכונות המינימום הדרושות למשטר דמוקרטי" (בג"ץ 6427/02 התנועה לאיכות השלטון בישראל נ' הכנסת (ניתן ביום 11.5.2006), או "במקרים חריגים ביותר ובחוק המזעזע את אמות הסיפים של המבנה החוקתי והדמוקרטי כולו ומאיים למוטט אותו" (בג"ץ 2605/05 המרכז האקדמי למשפט ולעסקים נ' שר האוצר, עמוד 105 (ניתן ביום 19.11.09)).

בית המשפט חש אפוא בפוטנציאל הכביר והבלתי צפוי אשר טמון באפשרות זו של ביטול חקיקת כנסת שלא מכוח חוקי היסוד, ולפיכך טרח לצמצמה ולמזערה עד כדי הפיכתה לבלתי רלוונטית (היוצא מן הכלל המעיד על הכלל הוא דעת המיעוט של המשנה לנשיא מ' חשין בבג"ץ 6427/02 הנ"ל, אשר סבר בדעת מיעוט כי יש להכריז על בטלותו של חוק דחיית השירות לתלמידי הישיבות שתורתם אומנותם, התשס"ב-2002, משום שהוא "עומד

בסתירה משוועת לכל עקרונות היסוד הארוגים בחיננו, לכל האמיתות, לכל השאיפות, לכל התקוות שמדינת ישראל המתחדשת בנויה עליהן...".

ב. ביקורת חקיקה – מכוח עקרונות שנקבעו בפסיקת בית המשפט?

9. על בסיס הקדמה תיאורטית הכרחית זו נבחן את טענות העותרים ביחס לחוק הנדון. העותרים טוענים כי דינו של סעיף 30א להיבטל משני טעמים מרכזיים. הטעם הראשון הוא מחמת הכלל הפסיקתי שקבע בית המשפט, ולפיו לא ניתן להחזיק אדם במשמורת בעת שאין מתקיים בעניינו הליך הרחקה אפקטיבי. לפיכך, לטענת העותרים, סעיף זה בחוק אינו יכול לעמוד בלי כל קשר למשכה של התקופה שהוא קובע להחזקת המסתננים במשמורת, ועל אף שתקופה זו קוצרה לשלושה חודשים בלבד לעומת תקופה של שנה בחוק הקודם (פסקאות 175-168 לעתירה).

10. העותרים מסתמכים בטענה זו על דברים שנאמרו מפי כמה משופטי הרוב בפרשות **אדם ואיתן**. בעניין **אדם** סקרו כב' השופט פוגלמן (פיסקה 33) וכב' המשנה לנשיאה (כתוארה אז) השופטת נאור (פיסקה 2) את הפסיקה בבית המשפט העליון מאז שנות החמישים, אשר קבעה כי אין להחזיק אדם במעצר לפי חוק הכניסה לישראל בהעדר הליך הרחקה אפקטיבי. בהסתמך על פסיקות אלו חיוותה כב' השופטת נאור את דעתה כי "לאור פסיקתו של בית משפט זה – הצו ההחלטי מתבקש... אמצעי זה אינו עולה בקנה אחד עם עקרונות היסוד של השיטה המשפטית שלנו" (פיסקה 3); ובהמשך – "מותר למדינה לחפש דרכים **חוקיות** להרחקתם; דרכים התואמות את פסיקתו של בית משפט זה" (פיסקה 4). בעניין **איתן** חזרו אחדים משופטי ההרכב על העמדה הזו. כב' השופט פוגלמן שב והזכיר כי "הלכה מושרשת בפסיקתנו שלפיה אין להמשיך להחזיק אדם במעצר בנסיבות שבהן אפשרות גירושו מהארץ לא נראית באופק בטווח הנראה לעין" (פיסקה 56), והוסיף כי "זהו הכלל שהתגבש בפסיקתנו ואין בלתו: החזקה במשמורת מחייבת קיומו של הליך הרחקה אפקטיבי" (פסקה 199). כב' השופטת נאור (פיסקה 1) קבעה הפעם באופן ברור כי לאור העקרון הנ"ל, "המושרש בפסיקתנו", הוראות הסעיף היו בלתי חוקיות.

11. **לאור עקרונות הביקורת השיפוטית לבחינת תוקף חקיקה ראשית של בית משפט נכבד זה שהוזכרו לעיל, וכן לאור תפיסות יסוד חוקתיות של הפרדת רשויות והיחסים ביניהן, עמדה זו של העותרים מעוררת – בכל הכבוד – קשיים עיוניים נכבדים.** כאמור לעיל, הכלל הוא שהכרזה על בטלות חקיקה ראשית אפשרית רק מכוח חוק היסוד. כלל פסיקתי שנקבע בפסיקת בית משפט נכבד זה כוחו רב לו, ואין חולק כי הוא מחייב את כל ערכאות שלמטה (ראו סעיף 20 לחוק יסוד: השפיטה). אולם כלל פסיקתי, ויהא ותיק ושורשי ככל שיהיה, **אינו מחייב את הכנסת**, ובוודאי שאינו יכול לשמש מקור לביטול חוק שחקקה.

שתי משמעויות יש לתובנת יסוד זו, צדיו של אותו המטבע:

האחת, כי בית המשפט אינו יכול להעביר בשבט ביקורתו חקיקה של הכנסת לאור עקרונות שקבע הוא בפסיקתו. בית המשפט מבקר את החקיקה, כפי שהוצג באריכות

לעיל, לפי חקיקת היסוד בלבד, ולא לפי כללים פסיקטיים. יוצאי דופן הם פסקי דין שעסקו בביקורת חקיקה וקבעו את דרך יישום חוקי היסוד, והם בוודאי רלוונטיים, אולם לא כללים שאינם נעוצים בחוקי היסוד. זהו היסוד הדמוקרטי של הביקורת החקיקתית, המתבצעת על סמך החלטתו של העם להסמיך סוכנים מטעמו (בית משפט) לוודא שנציגיו (הפרלמנט) אינם מחוקקים בניגוד למנדט שניתן להם (חוקה).

יוצא הדופן לכלל הזה שהוזכר לעיל (פיסקה 8) בוודאי אינו רלוונטי לכלל הנקודתי הנדון, עם כל חשיבותו. בוודאי שלא מדובר בענייננו בעיקרון יסוד כה דרמטי שפגיעה בו היא אירוע "המזעזע את אמות הסיפים של המבנה החוקתי והדמוקרטי כולו ומאיים למוטט אותו".

השנייה – כי הכנסת חופשית לחוקק בהתאם לעמדתה, כלומר עמדותיהם של נבחרי הציבור ונציגיו, כל עוד אין חוקיה נוגדים את החוקה, קרי, חוקי היסוד. אדרבה, באופן כללי כאשר הכנסת סבורה כי תוצאת פסק דינו של בית המשפט הנכבד אינה רצויה, היא ריבונית לחוקק הסדר חלופי שיבטל את קביעתו של בית המשפט הנכבד, כל עוד אין הדבר נוגד את חוקי היסוד. הכינוי "בריונות" שהצמידו העותרים למעשה כזה של הכנסת (פיסקה 300) מעיד על חוסר הבנה בסיסי של מבנה המשטר שלנו והפרדת הרשויות. העליונות איננה נתונה לבית המשפט ביחס לכנסת, כי אם לחוקי היסוד ביחס לחקיקה רגילה.

במילים אחרות: על אף "הכלל הפסיקטי" האמור באה כנסת ישראל וחוקקה חוק הקובע כי מסתננים שייכנסו לארץ שלא כדין יושמו במשמורת למשך שלושה חודשים. לא יכול להיות ספק או מחלוקת כי כוחה של הכנסת לחוקק איננו כפוף אלא לנורמות הקבועות בחוקי היסוד.

ג. ביקורת חקיקה – לאור המשפט מנהלי?

12. קושי עיוני נוסף מתגלה בבחינת "הכלל הפסיקטי" עצמו.

הכלל שעליו מתבססים העותרים ועליו התבססו חלק משופטי הרוב בפסקי הדין **אדם ואיתן** נקבע בשורה של פסקי דין מינהליים של בית המשפט הנכבד, בבואו לבקר צווי משמורת מינהליים שהוצאו מכוח סעיף 13 לחוק הכניסה לישראל, התשי"ב-1952. נציגם בקצרה.

הקדום מבין פסקי הדין הוא בג"ץ 199/53 **פלוני נ' שר הפנים**, פ"ד ח 243 (1954), מפי השופט ברנזון. פסק הדין הוא עסק בשוהה בלתי חוקי שנעצר והוצא נגדו צו גירוש לפי סעיף 13 לחוק הכניסה לישראל (כנוסחו אז), וצווה להחזיקו במעצר עד לביצוע הגירוש. במהלך בירור העתירה התברר כי צו הגירוש נותר בתוקף כאמצעי להחזקת העצור במעצר לשם השלמת חקירות המשטרה נגדו כחשוד בריגול. נקבע כי אף שצו הגירוש והמעצר ניתן בשעתו כדין, הוא נעשה פסול מעת שהחל לשמש למטרה אחרת ולא נעשים מאמצים לגרש את העותר, באופן שהופך את המעצר לבלתי מוגבל בזמן. על המשטרה היה לפנות לביהמ"ש המוסמך כדי לקבל פקודת מעצר אחרת, לפי החוק המתאים. "יחד עם זאת",

הוסיף וקבע השופט ברנזון, "מובן שכאשר השלטונות מעוניינים ומנסים באמת ובתמים לבצע צו גירוש חוקי נגד עציר, ומסיבות שאינן תלויות בהם אין הם יכולים לבצע את צו הגירוש, הם רשאים להחזיקו במעצר כל זמן שאין בדעתם לבטל משום כך את גזירת הגירוש" (עמ' 248).

פסק הדין השני הוא בג"ץ 1468/90 **בן ישראל נ' שר הפנים**, פ"ג מד(4) 149 (1990), מפי השופט אור. שם נתפס העותר שוהה שלא כדין בישראל, הועמד לדין ונשא בעונשו, ואחר כך הוחזק במעצר מכוח סעיף 13(ג) לחוק הכניסה לישראל (כנוסחו אז) לשם גירוש. בית המשפט קבע כי הסמכות למעצר לפי סעיף זה היא לשם גירוש של העותר, סמכות נלווית שנועדה להבטיח את הגירוש, ומכיוון שלא ניתן לגרשו מעצרו בפועל הוא לזמן בלתי מוגבל. "המדובר בענייננו במעצר על-פי החלטת רשות מינהלית – שר הפנים – ויש להקפיד, שהשימוש בסמכות המוקנית לרשות מינהלית יהיה כדין... חירותו של אדם, לרבות זכותו להלך חופשי, זכות יסוד היא, ואין לשללה אלא על פי הוראת חוק מפורשת. מקור הסמכות היחיד למעצרו של העותר על-פי עמדת המשיבים לפנינו הוא הוראות סעיף 13(ג) לחוק. משנמצא, שהמשך מעצרו של העותר אין בו כדי לשרת את המטרה שלשמה הותר מעצרו לפי סעיף 13(ג), שוב אין הצדקה להמשיך ולהחזיקו במעצר" (עמ' 152).

פסק הדין השלישי הוא פסק הדין הנודע בג"ץ 4702/94 **אל טאיי נ' שר הפנים** פ"ד מט(3) 843 (1995), מפי הנשיא ברק. גם בעניין זה הוצאו צווי גירוש, הן מכוח הצו הרלוונטי החל באזור והן מכוח סעיף 13(א) לחוק הכניסה לישראל, והיו נתונים במעצר עד לגירושם תקופה ארוכה. הנשיא ברק חוזר על הניתוח שנעשה בעניין **בן-ישראל**, וקובע שהסמכות להורות על מעצרו של אדם שהוצא כנגדו צו גירוש אינה מוחלטת, ככל סמכות שלטונית. יש להפעיל את הסמכות בגדרי חוק הכניסה לישראל ולשם הגשמת התכלית בבסיסו, שהיא קיום סמכות הנלווית לסמכות הגירוש, ומטרתה להבטיח את האפקטיביות של צו הגירוש. "בהפעלת סמכות המעצר והחזקה יש לנהוג במידתיות. 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" (עמ' 851). ניתוח זה מובילו למסקנה כי אם יתברר כי אין אפשרות לגרש את העותרים יש לבחון את שחרורם ממעצר, תוך קביעת חלופות שיבטיחו את מטרת המעצר.

13. התמונה ברורה אפוא: **"הכלל הפסיקטי" שעליו הסתמכו העותרים ועליו הסתמכו חלק משופטי הרוב בעתירות הקודמות הוא כלל מינהלי, הקובע פרשנות לחוק ספציפי: סמכות המעצר לפי חוק הכניסה לישראל, התשי"ב-1952. סמכות מעצר זו ניתנה, כך קבע בית המשפט, כדי להגשים את תכליתו של אותו החוק, כלומר לממש את הגירוש מכוח החוק. בהיעדר כוונה או אפשרות לממש את הגירוש כפי שמתווה חוק, אין סמכות להחזיק אדם במעצר.**

14. השאלה המונחת לפתחו של בית המשפט הנכבד היא שאלה שונה בתכלית. כאן באה הכנסת וחוקקה בכוונת-מכוון חוק אחר, חוק שונה מחוק הכניסה לישראל. תכליותיו של החוק הזה שונות. הוא לא נועד לממש הליכי גירוש, כי אם ליתן לרשות האוכלוסין כלים שונים להתמודדות עם תופעת ההסתננות חסרת התקדים שמדינת ישראל מתמודדת עמה. בין הכלים הללו ישנם הסדר כלכלי, הסדר של מתקן שהייה, וישנו הסדר של החזקה במעצר המיועד למסתננים שייכנסו לישראל בעתיד. הסדר זה של משמורת נועד, בין היתר, להרתעה (עניין שיידון בנפרד להלן), לצד יעדים אחרים, שכולם נועדו לממש את תכליתו של החוק. הסדר המשמורת הזה **לא נועד לגירוש**, והוא איננו מתיימר לגרום ליציאתו המיידית של מאן דהוא מישראל.

לפיכך הכפפתו של הסדר חוקי זה לפרשנות שנתן בית המשפט בהליכים מינהליים לחוק הכניסה לישראל, או בחינתו לפי הכללים שנקבעו בפרשנות זו, שגויה היא – בכל הכבוד – פעמיים:

א – בעצם הגזירה השווה מביקורת מינהלית לביקורת חוקתית (על חקיקה). ביקורת המעשה המינהלי מעצם טבעה חזקה יותר, אקטיבית יותר, ודרושה "תחמושת" קלה יותר כדי לפסול מעשה מינהלי. הכרזה על בטלות חקיקה ראשית, בהתאם למסורתו של בית משפט זה, היא מסוייגת מאד, מרוסנת ביותר, זהירה שבעתיים; דרושה "תחמושת" כבדה ביותר כדי לפסול חקיקה ראשית.

ב – בהסתמכות על כלל שנקבע לפרשנות ספציפית של הוראת חוק ספציפי. הכפפת השימוש בסמכות המעצר שבסעיף 13 שבחוק הכניסה לישראל לקיומה של אפשרות גירוש היא פסיקה ספציפית על פרשנות חוק ספציפי וקביעת גבולות הגזרה של הרשות המינהלית לשימוש בו. היא אינה עניין לביקורת על חוק אחר, שיש לו תכליות אחרות והוא קובע כלים אחרים משלו. כלל לא ברור כיצד מקבץ של פסקי דין הקובעים פרשנות של סעיף אחד הופך להיות כלל יסוד בפסיקה, וכיצד יש לכך משמעות לגבי בחינת תוקפם של חוקים אחרים.

15. לסיכום נקודה זו: הליך מינהלי על החלטת רשות הוא עניין לעצמו, והליך חוקתי של הצהרת בטלותה של חקיקה ראשית הוא עניין לעצמו. אותם הליכים שבהם השתרש "העיקרון הפסיקתי" המדובר היו הליכים מינהליים מכוח חוק הכניסה לישראל. היקש מפרשנות שנקבעה בהליכים מינהליים לפי חוק הכניסה לישראל, אל הליך להכרזה על בטלותה של חקיקה ראשית חדשה שחוקקה הכנסת, לתכליות אחרות ותוך קביעת אמצעים אחרים, אינו יכול לעמוד.

ד. ביקורת חקיקה – לאור המשפט הבין-לאומי?

16. זו הפעם נמנעו העותרים מלסמוך את עתירתם **במפורש** על נורמות מן המשפט הבין-לאומי, ודומה שאינם טוענים עוד כי פרשנות חוקי היסוד כפופה לדין הבין-לאומי כך שהחקיקה כולה תוכפף לדין הבין-לאומי. ועם זאת, מוסיפים העותרים להסתמך בטענם לתקפותו של הכלל כי "אין מעצר ללא הליך הרחקה אפקטיבי" על ניתוח נורמות מן המשפט הבין-לאומי. נציין כי גם חלק משופטי הרוב בפסקי הדין בעניין **אדם ואיתן**

הסתמכו בעניין הכלל הזה על המשפט הבין-לאומי (פיסקה 56 לחוות דעתו של השופט פוגלמן בעניין איתן; פיסקה 4 לחוות דעתה של השופטת נאור בעניין אדם).

17. נבקש אפוא לשוב ולהציג את יסודות הסוגיה. בניתוח המצב המשפטי הנוהג בישראל ביחס למעמדו של המשפט הבינלאומי בדין הישראלי יש להבחין בין שלושה היבטים. הראשון – מעמדו של המשפט המנהגי. נורמה בין-לאומית אשר מוכרת כמשפט מנהגי הופכת באופן אוטומטי לחלק מן הדין הישראלי, ללא צורך במעשה של קליטה. בהתאם לכך, אמנות דקלרטיביות (שעניינן קודיפיקציה והצהרה על אודות הדין המנהגי) הן חלק מהמשפט הישראלי, וגם לגביהן אין צורך באקט של קליטה (ראו, למשל, ע"פ 1/48 סילבסטר נ. היועץ המשפטי, פסקים א 513 (1949). ההיבט השני הוא מעמדו של משפט הסכמי. אמנות קונסטיטוטיות (אשר נועדו לקבוע נורמות חדשות במשפט הבינלאומי) אינן נקלטות אוטומטית אל תוך המשפט הישראלי, אפילו אם מדינת ישראל צד להן והן מחייבות אותה ביחסיה עם מדינות אחרות. כדי שנורמה כזו תיהפך למחייבת בבתי המשפט בישראל יש צורך בחקיקה משלימה מיוחדת ומפורשת.

18. ההיבט השלישי, והנוגע לענייננו, הוא כלל ההכרעה כאשר נורמה מחייבת במשפט הבין-לאומי – הסכמית או מנהגית – איננה תואמת חוק ישראלי פנימי. או-אז חלה **חזקת ההתאמה הפרשנית**. לפי חזקה זו, "יש לפרש דבר חקיקה ישראלי באופן המתיישב ככל הניתן עם נורמות המשפט הבינלאומי להן מחויבת מדינת ישראל" (ע"פ 6659/06 פלוני ואח' נ' מדינת ישראל (ניתן ביום 11.6.2008; פיסקה 9), כלומר, אם יש חשש לסתירה בין נורמה מן המשפט הבינלאומי לבין חוק ישראלי, ינסה בית המשפט לפרש את החוק הישראלי ככל האפשר באופן שיתיישב עם הנורמה הבינלאומית. החזקה הזו היא כאמור חזקה פרשנית, הנובעת מן ההנחה כי "המחוקק שואף לתאם את חוקו לעקרונות המשפט הבין-לאומי" (הנשיא שמגר בבג"ץ 253/88 סג'דיה נ' שר הביטחון, פ"ד מב(3) 801, 815 (1988)), והיא מוגבלת לפרשנות חוק. לפיכך במצבים שבהם הוראות המשפט הבין-לאומי עומדות באופן ברור בניגוד לחקיקה של הכנסת, החזקה מופרכת. כך נקבע בפסיקת בית המשפט העליון מימים ימימה:

"הלכה פסוקה היא אצלנו שכאשר קיימת סתירה בין דין ישראלי ובין המשפט הבינלאומי, שומה על בתי-המשפט הישראליים לתת תוקף לדין הישראלי" (ע"א 522/70 אלקוטוב נ' שאהין, פ"ד כה(2) 77 (1971);

"...הלכה רווחת היא אצלנו, בעקבות ההלכה האנגלית, שבית משפט בישראל יפרש חוק חרות מקומי, אם אך תכנו אינו מחייב פירוש אחר, בהתאם להלכות המשפט הבינלאומי הפומבי..." (בג"ץ 302/72 חילו נ. ממשלת ישראל, פ"ד כז(2) 169, 177 (1973); ההדגשה הוספה).

(ראו גם ע"פ 5/51 שטיינברג נץ היוה"מ, פ"ד ה 1061; ע"פ 336/61 אייכמן נ. היועץ המשפטי, פ"ד טז 5; ע"פ 131/67 הישמט קמיאר נ' מדינת ישראל, פ"ד כב(2) 085 (1968)).

19. זהו אפוא הכלל: אם תוכנו או מגמתו של החוק נוגדת את המשפט הבין-לאומי לא תחול החזקה, שהרי "כאשר מתוך החוק שחקק בולטת ברורות מגמה נוגדת, מאבדת אותה

הנחה את ערכה ובית המשפט מצווה שלא להתחשב בה" (דברי הנשיא שמגר בעניין סג'דיה הנ"ל), ואין צריך לומר כי במצבים שבהם החוק קובע באופן ברור הוראות הנוגדות את המשפט הבין-לאומי, שזה האחרון ייסוג מפני הוראות החוק הברורה של הכנסת.

יפים לסיכום נקודה זו דברים שנקבעו גם בעידן שלאחר חוקי היסוד, אחרי המהפיכה החוקתית, על ידי הנשיא ברק בבג"ץ 7052/03 (עניין עזאלה הנ"ל, ההדגשות הוספו):

"אכן, אפילו נפגעו זכויותיו של הזר על פי דיני זכויות האדם הבינלאומי ודיני זכויות האדם ההומניטריים – ואפילו נפגעו זכויותיו של הישראלי עד כמה שהן מעוגנות רק בדינים אלה – ואיננו נוקטים בשאלות אלה כל עמדה – פגיעה זו נעשתה מכוח חוק האזרחות והכניסה לישראל. חקיקה מקומית מפורשת יש בכוחה, מנקודת המבט הישראלית הפנימית, לפגוע בזכויות המוענקות בדין הבינלאומי. עד כמה שדין אחרון זה מהווה משפט בינלאומי מינהגי, אין בכוחו להתגבר על דבר חקיקה ישראלי הפוגע בו במפורש" (פיסקה 17 לפסק הדין, וראו גם בג"ץ 2599/00 ית"ד נ. משרד החינוך, פ"ד נו(5) 834, 847 (2002); ועוד רבים).

ברור אפוא כי ביטול של חוק מכוח המשפט הבין-לאומי, או אפילו רק תוך הסתמכות על רוחו ושאיבת השראה ממנה, איננו אפשרי. זהו היפוך המדרג הנורמטיבי. בביקורת חקיקה לא ניתן להסתמך על המשפט הבין-לאומי, הן ההסכמי והן המינהגי, אשר נסוג בכל מקרה מפני החוק הפנימי.

20. הדברים הללו חשובים גם בעת פרשנות חוקי היסוד לצורך ביקורת חקיקה. על בית המשפט לשים לנגד עיניו את היותו שליחו של הריבון, ולפיכך להתחקות, בעיקר, אחר הערכים שאמורה החוקה לייצג כמשקפת את החברה שכוננה אותה.

משפט משקף חברה, וחברה היא פרי מערכת מורכבת של נתונים. אלה משתנים ממקום למקום, ועמו משתנה המשפט. המשקל שניתן בחברה נתונה לשיקולים שונים משקף את תרבותה, את ההיסטוריה שלה ואת מכלול ערכיה, ואלה שונים בחברות שונות. מכאן הצורך בזהירות רבה כאשר מתבקשת השראה השוואתית במשפט בכלל ובמשפט החוקתי בפרט.

(אהרן ברק פרשנות במשפט – פרשנות חוקתית, שער ד, פרק 4 (תשנ"ד), 237, ההדגשה הוספה).

החוקה, ככל טקסט, מחייבת פרשנות לשם יישומה. אין כל פסול כי פרשנות זו תשאב ממקורות שונים: מן הדברים שנאמרו ברקע כינונה של החוקה על ידי מנסחיה, מן המוסר והתרבות היהודיים, מאבני היסוד של הערכים בישראל והפסיקה של בית המשפט העליון, מחוקות דומות הנהוגות במדינות אחרות, מהסדרי חקיקה ישראליים כלליים, וממקורות של משפט בין-לאומי. אולם יש להישמר מליתן למקור חיצוני לחוקה מעמד מחייב בפרשנותה מתן מעמד כזה, בלא שהחוקה קבעה זאת במפורש, כמוה כאימוץ חוקה אחרת תחת זו שניסח הריבון על-ידי נציגיו.

וודאי שגם אין לתת למקור חיצוני מעמד גבוה משל חוק פנימי. חוק פנימי נהנה כידוע מחזקת כשרות, ונורמה חיצונית איננה נהנית ממעמד כזה. היא לעולם נחותה ממנו, כנקודת מוצא. גם מטעם זה יש להישמר מביקורת חקיקה על סמך משפט בין לאומי. חוקי היסוד הם שיקוף של רצונו של העם בישראל; הם אינם שיקוף של הסכמות הנעשות בין אומות העולם או של הדין הנוהג ביחסים שביניהן. הביקורת השיפוטית נועדה לוודא כי נציגי הריבון – חברי בית המחוקקים – אינם חורגים ממה שהריבון – המכונן – קבע במסמך העליון כיגבולות הגזרה לפעולתן של כל הרשויות בישראל.

ה. סיכום פרק זה

21. לפי עקרונות הביקורת השיפוטית בישראל שנקבעו בבית משפט זה, בית המשפט אינו יכול להכריז על בטלות חקיקה מהטעם שהחזקה במשמורת ללא הליך הרחקה אפקטיבי נוגדת עקרון שקבע בית המשפט בהליכים מינהליים הנוגעים להגדרת סמכות המעצר לפי חוק הכניסה לישראל. בית המשפט גם אינו יכול לבקר חקיקה מהטעם שהחזקה כזו נוגדת את המשפט הבינלאומי. התבנית שלפיה על בית המשפט הנכבד לפעול – בהתאם לפסיקתו שלו ולעקרונות שקבע בביקורת החקיקה – היא ביקורת לפי חוקי היסוד, בכפוף לפסקת ההגבלה.

לכן אין מנוס מלפסוע במסלול במלואו: יש הכרח לבדוק מהי הזכות החוקתית הנפגעת, מהי תכלית הפגיעה, האם היא ראויה, והאם האמצעי להגשמתה פוגע בזכות באופן מידתי. לא בכדי נמנעו העותרים מלגלות היכן מקומו של הכלל הפסיקתי הזה מבחינה גאומטרית בתהליך הביקורת החוקתית על החקיקה; למעשה, הם טוענים שהוא מצוי מחוץ לתהליך האנליטי של דרך הביקורת שהתקבל בבית משפט זה.

כאן המקום להדגיש: תכלית החוק דנן איננה החזקת אדם במעצר ללא אפשרות גירוש. זו הרי אינה תכלית, זהו אמצעי על רקע תיאור נסיבותיו. התכלית, כפי שיבואר בהמשך, היא אחת מהתכליות של החוק – מניעת הסתננות והבטחת יציאתם של מסתננים מישראל. יש לבחון האם התכליות הללו ראויות, והאם החזקת מסתננים חדשים במשמורת שלושה חודשים היא אמצעי מידתי להגשמתן. כך הילך בית משפט זה בביקורת חקיקה ראשית עד עתה; כך יש לילך גם כעת.

פרק ב: "תכלית ראויה" ותכליות החוק

א. מבוא

22. בכתב העתירה (פיסקאות 240-243) כורכים העותרים יחדיו תכליות ואמצעים ומכנים את כולם כאחד "תכליות בלתי ראויות". העותרים מבקשים לפטור את עצמם ואת בית

המשפט הנכבד מן ההכרח בתהליך אנליטי זהיר וסדור של זיהוי תכליות והפרדה בינם ובין אמצעים, ובחינת כל אחד מהם בכלים הרלוונטיים לו. לשיטת העותרים, תכליות החוק הן הרתעת מסתננים פוטנציאלים; מניעת השתקעות; ועידוד עזיבה מרצון. שלוש התכליות הללו לשיטתם אינן ראויות.

23. זיהוי התכליות שאותן מבקש חוק להגשים הוא שאלת יסוד בביקורת חקיקה, שהרי פסקת ההגבלה תולה את חוקיותו של חוק הפוגע בזכויות בכך שיהיה לתכלית ראויה. גם בחינת המידתיות עניינה היחס בין האמצעים והתכלית.

ואכן, בעניין **אדם** ואחר כך בעניין **איתן** דן בית המשפט הנכבד בשאלת זיהויה של התכלית. שופטי ההרכבים בעניין **אדם** ו**איתן** נחלקו בשתי שאלות יסוד: א – כיצד יש לזהות תכלית של חוק: האם ברמת הפשטה גבוהה, או שמא יש לחפש אחר תכלית 'קונקרטי' יותר. ב – האם ההרתעה היא לגיטימית, כתכלית או כאמצעי.

בדברים שלהלן נבקש לחזור לדיון חשוב זה ולהוסיף לו זוויות אחדות.

ב. כללי: מידת הפשטה ושאלת האיזון בקביעת התכלית

24. העותרים שבים על העמדה כי אין להסתפק בזיהוי התכלית **ברמת הפשטה הגבוהה**, ומבקשים לנקוב בתכליות קונקרטיות (פיסקה 285 לעתירה).

שאלת אופן זיהוי התכלית עמדה במחלוקת בין השופטים בפסקי הדין **אדם** ו**איתן**. בעניין **אדם** הובעה (באמרת אגב) מפי כבוד השופט ע' פוגלמן (פיסקה 18) העמדה כי אין להסתפק בתכליות ברמת הפשטה גבוהה, וכי יש לתור אחר תכליות קונקרטיות. גם בפסק דינה של כב' השופטת ע' ארבל (פיסקה 85) הובעה עמדה דומה במשתמע. טענות ברוח דומה הובעו גם בספרות (ברק מדינה ואילן סבן "זכויות האדם ונטילת סיכונים" **משפטים** **לט** (תשס"ט) 113-47).

מנגד, טענה זו נדחתה בעניין **אדם** בחוות דעתו של כב' השופט ס' גובראן, וכן בחוות דעתו של כב' השופט נ' הנדל (פיסקה 2). בעניין **איתן** הצטרף גם השופט י' עמית לדוחים את מגמת הקונקרטיזציה, בעומדו על כך ש"תכלית האם", כלשונו, של סעיף 30א, היא "שמירה על ריבונותה של המדינה וכפועל יוצא שמירה על חוסנה הלאומי-חברתי-כלכלי" (פיסקה 11).

25. **בדברים שלהלן נבקש להוסיף ולבסס את העמדה כי בעת ביקורת חקיקה על בית המשפט לנקוט עמדה מרוסנת בזיהוי התכלית וביקורתה, ולתור אחר התכלית הסופית, היעד שאותו מבקש המחוקק להשיג, ברמת הפשטה גבוהה, ולהימנע מעירוב בין אמצעים ותכליות.**

על הרצף שבין האמצעי שקבע החוק (הפוגע בזכות חוקתית) ובין התכלית הסופית, עשויות להימצא חוליות רבות. כל חוליה בשרשרת הסיבתית הזו היא אמצעי לתכלית

שמעליה, ותכליתו של האמצעי שתחתיה. העמדה כי יש לתור אחר תכלית קונקרטיית משמעותה כי כל חוליה מחוליות השרשרת יכולה לעמוד לביקורת כבר **בשלב הסף** של בחינת התכלית הראויה. אם יצליח עותר לבחור חוליה שנראית לו חלשה, ויבחן אותה **לעצמה**, לכאורה יוכל לקטוע את השרשרת ולעמוד בנטל להראות כי התכלית אינה ראויה.

העמדה הזו מעוררת שורה של קשיים – פרשניים, עיוניים ומעשיים.

26. **ראשית, מבחינה מהותית:** משמעותה של פסקת ההגבלה שבחוקי היסוד היא ההכרה בכך שזכויות אינן מוחלטות, וכי תכלית ראויה תצדיק פגיעה (מידתית) בזכויות. אם התכלית הזו ראויה להגשמה, עד כדי כך שחוק היסוד מכיר באפשרות כי לשם הגשמתה ניתן לפגוע (במידה הראויה) בזכויות, אין לסכל את הגשמתה של התכלית באמצעות התעלמות ממנה והכרה בתכליות-ביניים, "קונקרטיות". קביעה כי תכלית אינה ראויה משמעותה פסילת החוק על הסף. לפיכך הכרב בתכליות ביניים משמעותה עלולה להיות עצירת תהליך הבחינה על הסף וסיכול האפשרות להגשים את התכלית האמיתית, זו שהוסכם כי היא ראויה להגשמה. לפיכך אין להתיר לעותרים לזהות תכליות ביניים ובכך לסכל על הסף הסדרים שנועדו לתכליות ראויות, בלי לבחון אותם במאזני המידתיות.

27. **שנית, לשונו של חוק היסוד:**

"אין פוגעים בזכויות שלפי חוק-יסוד זה אלא בחוק ההולם את ערכיה של מדינת ישראל, שנועד לתכלית ראויה..."

המונח "תכלית" מעיד על עצמו שנדרשת רמת הפשטה גבוהה. חוק היסוד אינו נוקט בלשון של "לצורך ראוי", "לתועלת ראויה", ואפילו לא "למטרה ראויה", ובוודאי שלא "לדרך ראויה"; חוק היסוד נוקט "תכלית", מונח שמשמעותו הוא "יעד", "סוף", "מטרה סופית" (והשוו מילון א' אבן שושן, ערך "תכלית"). מחוקקי חוק היסוד הסתפקו בהכפפת החקיקה לכך **שיעדיה** יהיו ראויים, כלומר לכך שהמחוקק הציב לעצמו יעדים הראויים להגשמה. יש גם היגיון רב בדבר: אם מחוקק הציב יעד ראוי שהוא מבקש להגיע אליו, מוצדק יהיה לפגוע בזכויות – באופן מידתי כמובן – כדי להגיע אליו.

28. **שלישית, מבחינה אנליטית אין לערב בין תכליות ובין אמצעים:** בבחינת התכלית יש לבחון את היעדים; בחינת האמצעים וחלופותיהם היא לפי הגדרתה עניין לשלב המידתיות. כפי שהאמצעי הנמוך ביותר בשרשרת – כלומר הפעולה הפוגענית שקבע החוק הנבחן – כפופה לבחינת מידתיות בלבד ואינה נבחנת כיתכלית בפני עצמה, כך גם יתר האמצעים בשרשרת, יש לבחנם במסגרת בחינת המידתיות בלבד. זהו השלב הנכון, מבחינה הקונסטרוקציה החוקתית, לבחון את האמצעים ולעשות לגביהם את האיזונים. הדגישה נקודה זו אך לאחרונה כב' השופטת חיות בחוות דעתה בהתייחסה באופן ישיר לסוגיה דנן ולדברי כב' השופטת ארבל בעניין **אדם**:

"תפישה זו מעוררת בעיני קושי מסוים ברמה האנליטית בהינתן נקודת המוצא לפיה ההרתעה – באותו עניין של מהגרים ומבקשי מקלט ובענייננו של מפגעי טרור ותומכיהם – משרתת אינטרס חברתי חשוב וראוי. משזו נקודת המוצא היצי הביקורת

מופנים לאמיתו של דבר אל האמצעים הננקטים ואל מבחני המידתיות שעליהם לצלוח ולא אל התכלית שהיא ראויה לעצמה, אלא אם כן אנו מוכנים לקבוע קטגורית כי הרתעה – כל הרתעה – איננה תכלית ראויה ולכך אתקשה להסכים בוודאי לא ככל שמדובר בהגנה על בטחון המדינה ועל הרתעת מפגעים פוטנציאליים מפני ביצוע פעולות טרור” (בג”ץ 8091/14 המוקד להגנת הפרט נ’ שר הביטחון (ניתן ביום 31.12.14), פיסקה 4).

יש לזכור כי הבחינה האם תכלית היא ‘ראויה’ היא בינארית בתוצאתה. תכלית יכולה להיות ראויה או בלתי ראויה:

”בעוד שבמסגרת מבחן המשנה השני נבחנת האפשרות לנקוט באמצעים פוגעניים פחות, הרי שהתכלית היא ‘בינארית’ – ראויה או בלתי ראויה, ולכן אין לערב בין הדברים” (כב’ השופט עמית בעניין איתן, פיסקה 10).

חוק היסוד מייחד את מבחן ה”ראויות” (מלשון “ראויה”) אך ורק לתכלית האחרונה, רק ליעד הסופי, דווקא משום שזהו מבחן סובייקטיבי-ערכי בהגדרתו, שקשה לקבוע לגביו מדדים ומבחנים סגורים. גם המבחנים שנקבעו בפסיקה לבחינה אם תכלית היא ראויה (בג”ץ 466/07 גלאון נ’ היועץ המשפטי לממשלה, ניתן ביום 11.1.12, פיסקה 22 ואילך לפסק דינו של השופט לוי) אינם אלא אינדיקציות לתהליך הכרעה ערכי. יתר השלבים בשרשרת נבחנים במבחני המידתיות. אין סיבה ואין הצדקה לחשוף אותם לביקורת חריפה יותר מזו שזוכה לה האמצעי הנמוך ביותר בשרשרת, זה שעומד במוקד הביקורת החוקתית, הנשקל במאזני מידתיות בלבד.

29. רביעית, סיווג אמצעים כתכליות יביא לתוצאות לא רצויות:

שיטת בחינה כזו עלולה להביא לתוצאה מחמירה יתר על המידה. ישנם הרי אמצעים שלא ניתן להצדיקם כתכלית ראויה כשהם בפני עצמם אלא כשהם מצטרפים לאמצעי אחר, וישנם אמצעים שלא ניתן להצדיקם כתכלית אלא כאשר הם משרתים מטרה אחרת. כך, למשל, קבע בית משפט זה בעניין נקיטת אמצעים נגד אדם לשם הגשמת תכלית ההרתעה: “המפקד הצבאי אינו רשאי אפוא לנקוט צעד של תיחום מקום המגורים בשל טעמים של הרתעה כללית בלבד. עם זאת כאשר בשל מסוכנותו של אדם תיחום המגורים מוצדק הוא, והשאלה היא אך אם לעשות שימוש בסמכות זו, אין כל פגם בכך שהמפקד הצבאי ישקול גם שיקולים של הרתעת הרבים. כך, למשל, עשוי שיקול זה להיות מובא בחשבון בבחירה בין מעצר לבין תיחום מקום מגורים”.

בג”ץ 7015/02 עגורי נ’ מפקד כוחות צה”ל בגדה המערבית, פ”ד נו(6) 352, 374 (2002). במילים אחרות, תיחום מקום מגוריו של אדם רק לשם הרתעת זולתו היא אסורה; תיחום מקום מגוריו כדי למנוע סכנה ממנו וגם כדי להשיג הרתעה היא מותרת. מהטעם הזה על בית המשפט להיות זהיר בביקורת תכלית החקיקה. על בית המשפט לנקוט ריסון, ולהישמר מפני פסילת ‘חוליות’ בשרשרת הסיבתית בהסתמך על בחינתן כפי שהן לעצמן. מטעם זה יש גם להסתפק בבחינת התכלית הסופית של החקיקה, ברמת ההפשטה הגבוהה; והעובדה שברוב המקרים אכן יעלה בידי הרשות להראות כי התכלית ראויה היא, איננה גורעת.

30. **חמישית, מבחינה מעשית:** אין לחשוש כי ללא קונקרטיזציה של בדיקת "התכלית הראויה" הביקורת תחמיץ חקיקה הפוגעת בזכויות. הטעם לכך הוא שבדיקת המידתיות, על שלושת מבחני המשנה שלה, מוודאת כי לא תוגדר תכלית מופשטת מדי מצד אחד, ומעניקה מענה מספק לבחינה מדוקדקת של הפגיעה בזכות מצד שני. כך, במסגרת מבחן המידתיות הראשון, נבחן הקשר בין האמצעי שנבחר ובין התכלית. זהו השלב שבו יש לוודא כי האמצעי אינו אמצעי שרירותי וסתמי, הפוגע בזכויות ללא קידום התכלית. למעשה, זהו השלב ששומר על כך שלא תוגדר תכלית אמורפית סתם, שהאמצעים כלל אינם קשורים אליה באופן רציונאלי. הרי תכליות מופשטות מדי מאפשרות פגיעה בזכויות ללא בקרה. מאידך, תכליות בנות השגה, כלומר שקיים קשר רציונאלי בינן ובין האמצעי, יוגדרו כתכלית ברמת ההפשטה המקסימאלית. במסגרת המבחן השני נבחנת האפשרות לנקוט אמצעים פוגעניים פחות. זהו השלב שבו נבחנת האפשרות לנקיטה באמצעים אחרים. אין כל הצדקה להוסיף שלב של בחינת חלופות במבחן הסף של התכלית. במסגרת המבחן השלישי נעשה איזון בין הפגיעה ובין התועלת. זהו השלב שבו יילכדו אמצעים שהם כשלעצמם חריפים יתר על המידה, ביחס לתועלת המבוקשת. אין הצדקה להוסיף שלב כזה בשלב הסף של בחינת התכלית. אין אפוא הצדקה לערבב בין התחומים; הרחבת מבחני המידתיות אל שלב הסף של בדיקת התכלית עלולה לפסול שלא לצורך אמצעים שעשויים להיות כשרים באופן ובהקשר מסוים, ובכך להפר הפרה חמורה את האיזון שבין הרשויות.

31. **לאור כל זאת** על בית המשפט הנכבד לפסוע בזהירות בנתיב שמתווה פסקת ההגבלה, תוך זיהוי התכלית של החוק במובנה המקורי וההגיוני, ברמת הפשטה גבוהה. על בית המשפט להימנע מהצבעה על תכליות-ביניים או אמצעים כתכליות הנתונות לבחינה בשלב הסף של הבחינה החוקתית.

למיטב הבנתנו, התכליות של החוק דגן הן **בלימת תופעת ההסתננות ומניעת הסתננות עתידית**, לצד התכלית של **מניעת השתקעותם והבטחת יציאתם של המסתננים אשר שוהים בישראל**. אלו הם היעדים, המטרות הסופיות שלהגשמתן שואף החוק, כעולה מתוכנו ומן ההסדרים הקבועים בו, ואותם יש לבחון אם ראויים המה. יפה עשה המחוקק בקובעו את התכליות בשמו של החוק.

תכליות הביניים, שרשרת האמצעים שנועדו לשרת ולהגשים את התכליות הללו, נבחנים במבחני המידתיות: מבחן המידתיות הראשון מונע שימוש באמצעים שאינם משרתים את התכלית, ושני המבחנים הנוספים שוקלים האם מידת פגיעתם של האמצעים בזכויות מוגנות פוסלת אותם משימוש.

זו דרך הביקורת החוקתית בהתאם לפסקת ההגבלה, ובה על בית המשפט הנכבד לפסוע.

32. **לסיכום ניתוח זה נבקש להדגיש:**

א. התכלית של סעיף 30א איננה ולא יכולה להיות "מעצר ללא הליך גירוש אפקטיבי". זו אינה תכלית. זהו אמצעי (מעצר) על רקע נסיבותיו (ללא הליך גירוש אפקטיבי)."

ב. יתירה מכך, גם "הרתעה" איננה "תכלית" כמובנה בפסקת ההגבלה. אין מי שרוצה להרתיע לשם הרתעה. ההרתעה היא אמצעי לשם השגת התכלית של מניעת הסתננות עתידית. כך, בדיוק, כפי שבענישה פלילית ההרתעה איננה תכלית, אלא אמצעי להשגת התכלית של מניעת עבריינות. גם בחקיקה מינהלית ההרתעה איננה התכלית, כי אם אמצעי ליצירת ציות לרגולציה המינהלית.

ג. הרתעה: האם ומתי פסולה סנקציה כלפי אדם לצורך הרתעת אחר

33. העותרים טוענים כי כל פעולה למטרות הרתעה פסולה היא.

כפי שהסברנו באריכות לעיל, אין לסווג את ההרתעה כ"תכלית" של החוק, משום שזו אינה מטרתו ולא אליה הוא שואף, אי אם אמצעי להשגת תכליתו בלבד. אולם גם לשיטת המזהים הרתעה כ"תכלית" לצורך פסקת ההגבלה, כפי שעושים העותרים, נבקש להלן לדחות את העמדה כי הרתעה כשלעצמה פסולה היא.

העותרים מבקשים להסתמך על דברים שנאמרו בפסק הדין בעניין **אדם** ובעניין **איתן**. אולם בפסקי הדין הללו אין קביעת רוב, ברציו, כי הרתעה היא תכלית פסולה.

בפסקי הדין התגלעה מחלוקת בין השופטים בשאלה האם בהקשר דנן השימוש בהרתעה אפשרי. בעניין **אדם** סברה כבוד השופטת ע' ארבל, באמרת אגב בלבד ועל דרך של העלאת ספק, כי התכלית ההרתעתית "מעוררת קשיים לא מבוטלים" משום ש"אין להתייחס אל אדם כאל אמצעי בלבד להשגת תכליות נלוות חיצוניות, שכן בכך נעוצה פגיעה בכבודו", כנלמד מתורתו של הפילוסוף עמנואל קאנט" (פיסקאות 85-90), וניתן יהיה להצדיקה רק במצבים קיצוניים (פיסקה 93); כב' השופט ע' פוגלמן סבר אף הוא כי היא "מעוררת קושי מיוחד" (פיסקה 31).

בעניין **איתן** חיווה כב' השופט פוגלמן את דעתו כי קיים ספק אם הרתעת אחרים יכולה להיות תכלית ראויה (פיסקה 52). כב' השופטת ארבל חזרה על עמדתה כי שימת מסתננים עתידיים במעצר תכליתה היא הרתעתית בלבד, ולפיכך מעוררת קושי (פיסקה 5). המשנה לנשיא נאור היתה ברורה יותר בקבעה כי "הרתעה כללית כשלעצמה אינה תכלית לגיטימית" (פיסקה 2),

מנגד, בעניין **אדם** עמד כבוד השופט ס' גובראן על כך שאין מניעה שמדינה תעצב את חוקיה באופן שישפיע על החלטת מהגרי עבודה פוטנציאליים האם להסתנן אליה (פיסקה 10), וכבוד השופט נ' הנדל ציין אף הוא כי הרתעת מסתננים פוטנציאליים היא תכלית ראויה (פיסקאות 5-2). בעניין **איתן** ניתח כב' השופט עמית את הסוגיה באריכות, וקבע כי "הרתעה נועדה להשיג תועלות חברתיות מסוימות, והיא כלי לגיטימי ליישום מדיניות הן בתחום העונשין והן בתחום המינהלי", וכי "אין פגם בכך שמסגרת חקיקה שעניינה מדיניות הגירה, המדינה תשקול גם שיקולים של הרתעה, ואין בתכלית ההרתעתית כדי להפוך את המסתנן בכוח ממטרה לאמצעי" (פיסקה 10).

34. נפתח בהעמדת דברים על דיוקם, ראשית חכמה במישור התיאורטי. כך הם דבריו של עמנואל קאנט:

"Now I say that the human being... exists as an end in itself, not merely as a means to be used by this or that will at its discretion; instead he must in all his actions, whether directed to himself or also to other rational beings, always be regarded at the same time as an end" (I. Kant, *Groundwork of the Metaphysics of Morals* (1785) (translation edition 1998), 37.)⁴

"שכן כל היצורים בעלי התבונה נתונים תחת החוק האומר כי כל אחד מהם חייב להתנהג עם עצמו ועם זולתו לעולם לא מנהג של אמצעי בלבד כי אם תמיד מנהג של תכלית כשהיא לעצמה כאחת" (עמנואל קאנט, הנחות יסוד למטפיזיקה של המידות (מהדורה שלישית, תרגום מ' שפי), עמוד 105 ; ההדגשות במקור).

35. מילת מפתח בהבנת העיקרון היא **בלבד**. כלומר, העיקרון הקאנטיאני איננו מורה כי אין לעשות שימוש באדם כאמצעי, אלא שאין לעשות שימוש באדם כאמצעי **בלבד** : not merely as a means to be used by this or that will at its discretion – כלשונו (המתורגמת) של קאנט.

בלעדי ההבחנה הזו לא ניתן לחקוק כל חוק, פלילי או מינהלי, שנועד להגשים מדיניות, להכווין את התנהגות הרבים או להתמודד עם תופעות. בלעדיה קל מאד להגיע לידי אבסורד :

"This qualification is important, for otherwise – if people should not be used at all as means to other ends – one could not employ a worker (say, to build a needed hospital), buy a product or service produced by another, or engage in most other productive activity; indeed, one could not exert effort to grow food even for himself (given that Kant's imperative also requires that we not use ourselves for our own ends)"

Louis Kalpow and Steven Shavell, *Fairness versus Welfare* 332-335 (2006)

36. לאבחנה הזו חשיבות רבה בבואנו ליישמה על חקיקה, שכן **כל חקיקה שיש בצידה סנקציות מושתתת (לכל הפחות גם) על אלמנט של הרתעת הרבים**. טבעה של חקיקה מדינתית שהיא פונה אל הכלל, ומיועדת לקבוע נורמה התנהגותית. קביעת נורמה התנהגותית משמעותה התעלמות מן המקרה הקונקרטי כדי להשפיע על רף ההתנהגות של הכלל. מרכיב מרכזי בצעד זה הוא ההרתעה, כלומר העברת מסר לציבור כי אם לא ינהג לפי הרף המצופה תינקט כלפיו סנקציה. ממילא, העברת מסר לכלל באמצעות פעולה הפוגעת ביחיד היא חלק אינהרנטי מכל חקיקה שנועדה – כמו רוב רובם של מעשי החקיקה – לקבוע נורמות של התנהגות.

⁴ במקור בגרמנית: "Nun sage ich: der Mensch und überhaupt jedes vernünftige Wesen, existirt als Zweck an sich selbst nicht bloss als Mittel zum beliebigen Gebrauche für diesen oder jenen Willen, sondern muss in allen seinen, sowohl auf sich selbst, als auch auf andere vernünftige Wesen gerichteten Handlungen jederzeit zugleich als Zweck betrachtet werden." (Immanuel Kant, *Grundlegung zur Metaphysik der Sitten*, in: *Werke*, ed. E. Cassirer, Vol. 4, p. 286 (1922))

הדברים נכונים במיוחד במעשי חקיקה שנועדו לתת מענה לתופעות שליליות – בין במישור הפלילי ובין במישור המינהלי; וכן בשיקולים במישור השיפוטי.

37. **במישור הפלילי:** הדבר נכון ללא ספק לגבי חקיקה פלילית, שבה הרתעה היא מרכיב מרכזי בהצדקות התיאורטיות לענישה (ראו למשל ש' ז' פלר **יסודות בדיני עונשין**, כרך א, Mark C. Stafford and Mark Warr, *A Reconceptualization of General and Specific Deterrence*, 30 **Journal Research Crime & Delinquency** 123 (1993)). לא ניתן לחשוב על חקיקה פלילית ללא שיקולי הרתעה. כך בחקיקה, וכך גם באופן יישומה: אין מדיניות אכיפה של גופי התביעה ללא שיקולי הרתעה. ובוודאי שאין ענישה של בתי משפט, ולא גזירת דין במקרה קונקרטי, ללא התחשבות בשיקולים של הרתעה. נטול לדוגמה את התופעה העבריינית של **הפקרת אדם לאחר פגיעה** (סעיף 64א לפקודת התעבורה). חקיקה המבקשת להתמודד עם תופעה זו תבקש מעצם טבעה להעביר מסר מרתיע או מעצב, לכלל הציבור או לקבוצות מתוכו שעשויות להיות חלק מהתופעה. המניע הדומיננטי בהחמרת הענישה כלפי נהגים מפקירים הוא העברת מסר מרתיע ליתר הנהגים, ולא לנהג עצמו (שסיכוי קלוש שידרוס אדם בהזדמנות נוספת). ואכן, הכנסת ביקשה להתמודד עם התופעה העבריינית, ולשם כך קבעה בחוק רף ענישה גבוה יותר. ברור שחקיקה הזו היא בעיקרה הרתעתית. לא רק החקיקה היא לצרכי הרתעה, אלא גם אכיפתה ויישומה על ידי בתי המשפט. שופט הגוזר – בהתאם לחוק שחקקה הכנסת – עונש חמור יותר על נהג שהפקיר לאחר פגיעה, עושה זאת בעיקר כדי להרתיע את כלל הנהגים מהתנהגות כזו, ולא כדי להרתיע את העבריין עצמו מפני חזרה על העבירה. אלו מעשים שבכל יום והם כתובים במפורש עלי גזרי דין לאין ספור.

38. **במישור המינהלי:** הדבר נכון באותה מידה לגבי חקיקה מינהלית. כל תופעה שהרשות המינהלית מבקשת להתמודד עמה, ותהא זו בנייה בניגוד לחוקי התכנון והבנייה או התנהגות אנטי תחרותית במישור הכלכלי, חוקים שיחקקו לצורך זה לעולם יושתתו על שיקולי ההרתעה. ניטול לדוגמה עיצומים כספיים לפי חוק ההגבלים העסקיים, התשמ"ח-1988 (פרק ז' 1 לחוק). המחוקק רצה להעניק לממונה על ההגבלים העסקיים כלי אכיפה מינהליים אפקטיביים, ובכללם הטלת עיצומים עד גובה של מיליון שקלים. בוודאי שהשיקול ההרתעתי הוא שיקול דומיננטי בהענקת סמכות זו. כך הדבר גם לגבי כלל העבירות בנות הסנקציה לפי חוק העבירות המינהליות, התשמ"ו-1985. כך גם בכל אכיפה ומימוש של הגבלות מינהליות ופרוצדוראליות, כמו עמידה של רשות מינהלית על מועדים הקבועים בחוק או בתקנות לפעולות של האזרח מולה. בבסיס כל אלו עומדת ההרתעה, כלומר העברת מסר לכלל הציבור באמצעות אכיפה, הטלת סנקציות או עמידה על הוראות הדין כלפי אדם מסוים תוך פגיעה בזכויות מסוימות שלו.

39. **במישור השיפוטי:** כאמור, שיקול הרתעה הוא שיקול מרכזי – לצד שיקולים אחרים – בגזרי דין פליליים רבים.

לא רק בתחום הפלילי: גם בהחלטות של בתי משפט העומדת, לצורך הדוגמה, על מועדי הגשה שנקבעו בדין, יש בוודאי אלמנט של העברת מסר לציבור. גם אם לגבי המקרה הספציפי נכון היה להגמיש את הכללים כדי להגשים זכויות מהותיות, עומד בית המשפט על הכללים כדי שלא לפרוץ גדר. מה הם אלו אם לא שיקולי הרתעה, שימוש באדם אחד כאמצעי להעברת מסר לזולתו?

40. אם נכונה העמדה שאין לפגוע בזכויות של אדם כדי להרתיע אחרים, הרי שבכל אחד מן התחומים שהודגמו לעיל שיקול ההרתעה פסול. ברור כי לא זהו המצב המשפטי, וברור גם כי בלתי אפשרי שכך יהיה.

41. בית משפט זה שב ונדרש לשאלה זו אך לאחרונה, בעניין מדיניות הריסת בתי מחבלים, עניין שללא ספק מעורר קשיים מוסריים ומשפטיים מטרידים. מדובר כידוע בהריסת בתייהם של מחבלים מסוכנים שביצעו עבירות חמורות לאחר מותם, או לצד ענישה פלילית כבדה שהושתה עליהם בהליך פלילי. פסיקתו של בית המשפט מימים ימימה היא שהריסת בתי מחבלים לפי תקנה 119 לתקנות שעת חירום אפשרית היא, כשמטרתה איננה להעניש את משפחתו של המחבל אלא להרתיע מחבלים עתידיים. בית המשפט (כב' השופטת חיות) שב וביסס עמדה זו בבג"ץ 8091/14 **המוקד להגנת הפרט נ' שר הביטחון** (ניתן ביום 31.12.14), בהתייחסו באופן ישיר לסוגיה דנן, ולדברי השופטת ארבל בעניין **אדם**:

"במאמר 'עלות ללא תועלת במדיניות הריסת הבתים: בעקבות בג"ץ 9110/19 מוחמד חסאן חליל עואודה נ' המפקד הצבאי לאזור הגדה המערבית', המשפט ברשת מבזקי הארות פסיקה 31 5, 21-11 (ספטמבר 2014) ציינו מחבריו, המלומדים עמיחי כהן וטל מימרן, כי שיקול ההרתעה כתכלית ראויה מעורר מחלוקת ותמכו את טענתם בעניין זה בפסק דינה של השופטת ארבל בבג"ץ 7146/12 סרג' אדם נ' הכנסת (16.9.2013) בו ציינה כי ההרתעה של מהגרים ומבקשי מקלט היא אינטרס חברתי רצוי אך החקיקה שעמדה למבחן באותו מקרה אינה מגלה את הרגישות הנדרשת לזכויות אדם על-מנת שתצלח את מבחן התכלית הראויה, משום שהיא אינה מתייחסת אל האדם כאל מטרה אלא כאל אמצעי ובכך יש משום פגיעה נוספת בכבודו כאדם. **תפישה זו מעוררת בעיני קושי מסוים ברמה האנליטית בהינתן נקודת המוצא לפיה ההרתעה – באותו עניין של מהגרים ומבקשי מקלט ובענייננו של מפגעי טרור ותומכיהם – משרתת אינטרס חברתי חשוב וראוי. משזו נקודת המוצא חיצונית הביקורת מופנים לאמיתו של דבר אל האמצעים הננקטים ואל מבחני המידתיות שעליהם לצלוח ולא אל התכלית שהיא ראויה לעצמה, אלא אם כן אנו מוכנים לקבוע קטגורית כי הרתעה – כל הרתעה – איננה תכלית ראויה ולכך אתקשה להסכים בוודאי לא ככל שמדובר בהגנה על בטחון המדינה ועל הרתעת מפגעים פוטנציאליים מפני ביצוע פעולות טרור.**"

(פיסקה 4 לחוות דעתה של כב' השופטת חיות, ההדגשה הוספה)

אין ספק כי סוגיית ההתמודדות עם הטרור היא סוגיה שונה, חמורה יותר, אשר מצדיקה נקיטת אמצעים חריפים יותר. ועם זאת, כב' השופטת חיות מתייחסת לכך שהשאלה

העקרונית המתעוררת היא זהה, ואין לקבל את הגישה השוללת נקיטת אמצעים מנהליים מרתיעים כלפי אדם כדי להרתיע את זולתו. יש לבחון אותם לאור התכלית, "האינטרס החברתי החשוב", שאותו הם באים להגשים.

42. מהם אפוא המצבים שבהם מדיניות כלפי אדם במטרה להעביר מסר מרתיע לזולתו תהיה פסולה?

התשובה טמונה בהבחנה בין מדיניות כלפי אדם שהוא חלק מן התופעה, שותף להתנהגות שנגדה מבוקש להרתיע, לבין מדיניות כלפי חף מפשע שאיננו צד לדבר. לא יענשו אבות על בנים, אך יענשו אבות על מעשיהם שלהם גם כדי להרתיע את הבנים.

סקירת פסקי הדין שצוטטו בחוות דעתה של כבוד השופטת ע' ארבל תומכת אף היא באבחנה הזו. כך, למשל, בדנ"פ 7048/97 פלוני נ' שר הביטחון, פ"ד נד(1) 721 (2000), נקבע כי אין להעביר מסר מרתיע כלפי מי שמסכן את ביטחון ישראל באמצעות מי שאין נשקפת ממנו סכנה. כך גם בע"פ 6659/06 פלוני נ' מדינת ישראל, פ"ד סב(4) 329 (2008), שבו נקבע כי אין לנקוט במעצר מינהלי כדי להרתיע אחרים בלא סיכון קונקרטי מצד העצור. כך גם בעניין עג'ורי הנ"ל, שבו נעשתה אבחנה בין מי שנשקפת ממנו סכנה אישית לבין בני משפחתו שאין נשקפת מהם סכנה. בדומה לכך, בעניין המוקד להגנת הפרט (בג"ץ 8091/14) הנ"ל, ציינה כב' השופטת חיות כי שיקול מרכזי בשימוש באמצעי הריסת הבתים הוא חלקם של בני המשפחה במעשהו של המחבל (פסקה 5), ובעניין איתן הטעים כב' השופט עמית כי "לכניסה של מסתנן שלא כדין לישראל מתלווה גוון של אשם, שיש בו לחזק את ההצדקה לשימוש מידתי בהרתעה" (פסקה 10).

43. הקו המבחין איננו עובר אפוא בין פעולה שמעורבות בה גם תכליות להשפעה על הרבים לבין פעולה שכל תכליתה היא האדם עצמו. נקיטת פעולות נגד מי שלחלוטין אינו צד, רק כדי להשפיע על מי שעלול להיות צד, היא-היא שימוש באדם כאמצעי בלבד. אולם פעולות נגד מי שהוא עצמו צד לעניין, תוך התחשבות בצורך להרתיע, איננה שימוש באדם כאמצעי, אלא דרך לגיטימית להגשמת מדיניות.

44. לסיכום: חקיקה שקובעת סנקציה, פלילית או מינהלית, יכולה ואף ראוי לה לקחת בחשבון שיקולים של הרתעת הרבים והעברת מסר לכלל הציבור, ובלבד שלא תהא כל מטרתה העברת מסר מרתיע לציבור על גבו של מי שלא חטא. כך גם בענייננו, כאשר אחת מתוך מטרות החקיקה היא הרתעתית, וכאשר הסנקציה מופעלת על המסתננים שנכנסו לארץ שלא כדין, כלומר על בני הקבוצה השותפה למעשה שנגדו מבוקש להרתיע, ההרתעה היא אמצעי ראוי, והעיקרון הקאנטיאני איננו רלוונטי.

ד. מניעת ההשתקעות

45. על אודות מטרה זו סברו רוב שופטי ההרכב בעניין אדם כי היא ראויה (ראו פסקה 84 לחוות דעתה של השופטת ארבל; פסקה 2 לחוות דעתו של השופט נ' הנדל). בעניין איתן

נמנע השופט פוגלמן מלהכריע לגביה (פיסקה 103), ודומה כי יתר השופטים סברו שהיא ראויה.

העותרים שבים וטוענים נגדה. העותרים מציעים שתי חלופות לפשרה של המטרה הזו, שתיהן לעמדתם אינן ראויות. המשמעות האחת שהעותרים מציעים היא מניעת שהייה ארוכת טווח. מטרה זו אינה לגיטימית לטעמם, משום שממילא מדובר בשוהים שלא ניתן להרחיקם. המשמעות השניה שמציעים העותרים היא הרחקת המסתננים מהחברה הישראלית ובידודם ממנה לשם בידודם, ואין מחלוקת כי זו תכלית שאינה ראויה.

נבקש להעיר, בקצרה, כי לא זו ולא זו היא המטרה של מניעת השתקעות. המטרה היא פשוטה, כפי שהיא מובנת לכל אדם בישראל: עשרות אלפי בני אדם נכנסו לישראל שלא כדין, המדינה מעוניינת שהם לא יישארו בישראל לנצח, ולפיכך מבקשת למנוע מהם להשתקע בישראל, לראות בה את ביתם ואת המקום שבו יתפרנסו, ילמדו ויבנו את חייהם: זו מטרה שהיא בוודאי לגיטימית ומקובלת על הכל, כפי שציינה גם כב' השופטת ע' ארבל בחוות דעתה (פיסקה 84) "למנוע מהמסתננים שחדרו כבר לגבולות מדינת ישראל מלהכות בה שורש ולהשתקע בה ובכך להציב את הגירתם הבלתי חוקי כעובדה מוגמרת".

בנוגע לטענתם של העותרים כי זו מטרה שאינה בת-השגה עבור מי שלא ניתן להרחיקם, נבקש להדגיש כזאת: כי לגיטימי שהמדינה תניח שגם מהגרי עבודה בלתי חוקיים שבעת הזו לא ניתן להרחיקם, ניתן יהיה להרחיקם בעתיד, ולפיכך לגיטימי כי המדינה תפעל למנוע את השתקעותם. בל נשכח כי על רוב רובם של המסתננים חל לכל היותר עקרון אי-החזרה, ואין מחלוקת גם במשפט הבין-לאומי שאין נגזרת ממנו חובה לאפשר השתקעות.

ה. עידוד עזיבה מרצון: אמצעי פסול?

46. העותרים מבקשים לפסול גם את פעולות היוצרות תמריצי עזיבה, משום שלשיטתם העיקרון המנהגי של אי-החזרה שולל כל יצירת תמריץ לחזרתם של המסתננים לארצותיהם.

נבקש לטעון בעניין זה טענות אחדות.

47. ראשית, עידוד עזיבה מרצון אינו תכלית כי אם אמצעי. בהתאם לניתוח המפורט שהובא לעיל יש להקפיד היטב על הפרדה בין תכליות ואמצעים. לא ניתן לטעון כי "עידוד" הוא תכלית, יעד סופי של מאן-דהוא. זו אינה אלא אחת מן הדרכים להגשמת התכלית הכללית של "הבטחת יציאתם של מסתננים מישראל" שאליה מכוון החוק, כלומר אמצעי להגשמת תכלית שקשה לטעון כי היא איננה ראויה בפני עצמה.

ניתן להניח שגם העותרים לא יטענו כי מתן מענק בסך של אלפי דולרים לכל מסתנן שעוזב הוא אמצעי בלתי לגיטימי לעידוד עזיבה. השאלה שעליה מצביעים העותרים היא מהי המידה שבה עידוד זה הוא מוגזם, כלומר פוגע בזכויות באופן העולה על הנדרש. הוזה אומר, שאלה זו רלוונטית אף היא רק לשאלת המידתיות, כלומר לשאלה האם האמצעי הננקט הוא במידה הראויה להגשמת התכלית של יציאת המסתננים מישראל.

48. **שנית, יש להבחין בחוק בין האמצעים השונים.** לכאורה, וכך עולה גם מטענות העותרים עצמם, סעיף 30א לחוק, כלומר שלושת חודשי המשמורת, לא נועדו בעיקרם לעידוד עזיבה מרצון של מי שלא ניתן לגרשו. הם נועדו לבדיקת אפיקי יציאה לצד אמצעי הרתעה. עידוד העזיבה מרצון (למדינות מקור שאליהן ניתן להחזיר או "מדינה שלישית") נעשה בעיקר באמצעות שני הכלים האחרים שמעניק המחוקק לרשות האוכלוסין: שליחת מסתננים למתקן השהייה בהתאם לפרק הרביעי לחוק, וקביעת מנגנון ההפרשה של אחוז מן המשכורת של המסתננים לקרן ייעודית. מתקן השהייה מונע מן המסתננים לעבוד בישראל, להשתקע בה, ולבנות בה את חייהם. זהו מנגנון שנועד למנוע מן השוהים בו לעבוד, תוך סיפוק צרכיהם. הוא נועד לשלול את התמריצים והפריבילגיות המדרבנים את מהגרי העבודה להוסיף ולשהות בישראל. בכך מסכל הוא את כוונתם של אלה מביניהם שבאו לישראל כמהגרי עבודה כדי להרוויח כסף רב ביחס להשתכרות במולדתם, ובכך מעודד את עזיבתם. מנגנון ההפרשה של אחוז מן המשכורת לקרן אף הוא עושה את העבודה בישראל למשתלמת פחות עבור מהגרי עבודה, ובאמצעות המנגנונים הקבועים בו מעודד את יציאתם מישראל. עידוד עזיבת ישראל נעשה אפוא באמצעות המנגנונים האלה ולא באמצעות מנגנון המעצר הקבוע בסעיף 30א.

49. **שלישית, יש להבחין בין אוכלוסיות מסתננים שונות.** טענתם של העותרים כי זהו "גירוש קונסטרוקטיבי" האסור כלפי מי שהמדינה עצמה מחילה עליו הגנה משלימה מכח עיקרון אי-ההחזרה (non-refoulement), רלוונטית כמובן רק כלפי מי שהמדינה אכן מחילה לגביו את עקרון זה, כלומר נתיני אריתריאה בלבד (ראו פסקה 32 לחוות דעתו של כבי' השופט פוגלמן בעניין איתן). בקרב אוכלוסיית המסתננים ישנם כידוע גם נתיני צפון סודן רבים, שאינם מגורשים רק בשל העדר יכולת מעשית. גם לפי טענת העותרים אין מניעה לעודדם ולהמריצם לעזוב מרצונם.

50. **רביעית, גם ביחס לנתיני אריתריאה, יש לזכור כי יעד העזיבה הוא מדינות שלישיות.** עידוד העזיבה אינו דווקא למדינת האם, היכן שלפי הנטען ישנן נסיבות המצדיקות את החלת עקרון אי-ההחזרה, כי אם למדינות אחרות.

51. **חמישית, אין לבקר את החקיקה מכוח המשפט הבין-לאומי.** בעניין זה כתבתנו בהרחבה לעיל.

עקרונות המשפט הבין לאומי, שבהם נתלים העותרים כדי לטעון ש"הרחקה קונסטרוקטיבית" פסולה היא, אינם יכולים להוות מקור לביקורת חקיקה של הכנסת. חוק פנימי גובר על נורמה של משפט בין לאומי הסותרת אותו. בהתאם לחזקת ההתאמה, יש לפרש את החוק באופן שיעלה בקנה אחד עם נורמות מן המשפט הבין-לאומי החלות בישראל, וזאת בלבד.

1. סוגיית התכליות – סיכום

52. שלב בחינת התכלית הוא שלב ראשוני בבדיקה החוקתית, ויש לנהוג בו איפוק וריסון רב. ככלל, כדי להעביר את התכלית תחת שבט הביקורת יש להימנע מלתור אחריה לאורך כל שלבי השרשרת הסיבתית, ולהסתפק בבחינת היעד שאליו מבקש החוק להגיע. כמו כן, יש להימנע מבחינת האמצעים בעת בחינת התכלית. מטרתו של החוק דגן הן ראויות: מניעת הסתננות עתידית והבטחה כי המסתננים שבישראל לא ישתקעו בה אלא יצאו במועד שהדבר יתאפשר. האמצעים למימוש המטרה - קביעה סנקציות נגד מסתננים לשם הרתעת מסתננים פוטנציאליים היא אפשרית ואף ראויה, כמו בכל חקיקה שמבקשת להתמודד עם תופעה באמצעות סנקציות, שכן אין מדובר על פגיעה בזכויות של אנשים שאינם קשורים לתופעה שבה מבקש החוק להיאבק, מה גם שיש תכליות נוספות להחזקתם במעצר; והכל כמובן כפוף למבחן מידתיות. מניעת השתקעות אף היא מטרה לגיטימית וראויה, במסגרת עמידת המדינה על מימוש ואכיפת מדיניות הכניסה אליה ובמסגרת התכלית של הבטחת היציאה. גם עידוד יציאה מרצון הוא לגיטימי במסגרת זו. את כלל האמצעים יש לבחון, כאמור, במסגרת בדיקת המידתיות.

פרק ג:

הצורך לשמור על זהותה הלאומית של מדינת ישראל כשיקול חוקתי

א. מבוא

53. בשיח המשפטי הדן בהתמודדות מדינת ישראל עם גל ההסתננות הבלתי חוקית נשמעות בדרך כלל טענות מתחום הביטחון, המחיר החברתי, הפגיעה במועסקים ועליית האבטלה, והיבטי רווחה שונים. אנו סבורים כי בראש ובראשונה יש ליתן משקל לזכותה הריבונית של מדינת ישראל לשמור על זהותה ומאפייניה כמדינת לאום יהודית, ובכלל זה הרכב האוכלוסייה ושמירת הדומיננטיות של הרוב היהודי. בשני ההליכים הקודמים ביקשנו מבית המשפט הנכבד, במסגרת הבקשה להצטרף כידיד בית משפט, להתייחס לשיקולים הללו וליתן להם את הביטוי הראוי לו במסגרת ההכרעה. בשני ההליכים בית המשפט לא נענה לקריאתנו. הואיל ולעמדתנו השיקולים הללו הם שיקולים אלמנטריים, מרכזיים וחשובים במסגרת הבחינה החוקתית – הן בהערכת התכליות, הן בשקילת המידתיות, אנו שבים ומבקשים מבית המשפט הנכבד לעשות כן.

ב. השיקול הדמוגרפי-לאומי במדיניות הגירה – פסיקת בית משפט זה

54. שאלת מעמדם של שיקולים לאומיים ושמירת הרוב היהודי בישראל במסגרת חקיקה בתחום ההגירה לא נדונה עד כה על ידי בית המשפט. עם זאת, הדיה נשמעו ברקעם של

שני פסקי הדין אשר דנו בהוראת השעה בדבר איחוד המשפחות – חוק האזרחות והכניסה לישראל (הוראת שעה), התשס"ג-2003.

בהליך הראשון, בג"ץ 7052/03 **עדאלה – המרכז המשפטי לזכויות המיעוט הערבי בישראל נ' שר הפנים** (ניתן ביום 14.5.2006), לא נדון כלל הטיעון הנוגע לדמוגרפיה על ידי שופטי הרוב. גם דעת המיעוט לא נדרשה לטיעון זה, למעט השופטים פרוקצ'יה וג'ובראן, אשר סברו כי בניגוד לטענת המדינה הנסיבות מלמדות שבבסיס החוק עומדת גם התכלית הדמוגרפית, אולם את דעתם על התכלית הזו נמנעו השופטים פרוקצ'יה וג'ובראן מלהביע.

פסק הדין השני שדן בהוראת השעה הנ"ל, בג"ץ 466/07 **גלאון נ' היועץ המשפטי לממשלה** (ניתן ביום 11.1.2012) אינו שונה בשורתו התחתונה מפסק-דין **עדאלה הנ"ל**. מבחינת הכרעתו האופרטיבית (ה"רציון"), שב ודבק בית-המשפט בתכלית הביטחונית כהצדקה הבלעדית לחוק הוראת-השעה. עם זאת, בכמה אמרות אגב הביעו כמה מן השופטים נכונות לדון בשיקול זה. כך, למשל, **המשנה לנשיאה א' ריבלין** הסביר כי הוא דן ברציונל הביטחוני בלבד מן הטעם שהרציונל הדמוגרפי לא הוצג על-ידי המדינה; עם זאת, ציין המשנה לנשיאה ריבלין כי רשאית הייתה המדינה לחוקק חוק הגירה המבוסס על תכלית דמוגרפית, תוך שהוא מציין, לשם ההשוואה, כי **"מדינות אירופה הולכות ומחמירות את התנאים להגירה לשטחן מטעמים דמוגרפיים"** (פיסקה 12 לפסק דינו), ותוך שציטט מפסק דין של הנשיא ברק בעניין אחר ולפיו **"טעם קיומה של מדינת ישראל הוא בהיותה מדינה יהודית"**, וכי **"זכותו של כל יהודי לעלות למדינת ישראל, שהיהודים יהו בה רוב"** היא אחד המאפיינים הגרעיניים של ישראל כמדינה יהודית (א"ב 11280/02 ועדת הבחירות המרכזית לכנסת השש-עשרה נ' טיבי, פ"ד נז(4) 1, 101 (2003); סעיף 16 לפסק דינו של השופט ריבלין).

55. גם במסגרת העתירה דן נתקף הסדר חקיקתי שנועד לממש ולאכוף מדיניות בתחום ההגירה של ישראל, באמצעים הפוגעים, לכאורה, בזכויות הפרט של מסתננים שחדרו לישראל שלא כדין. לעמדתנו, בעת בחינת חוקיות ההסדר ושקילת האיזון החוקתי, יש צורך להביא בחשבון את שיקול הרכב האוכלוסייה בישראל, שיקול שההכרח בו נובע מעצם היותה של ישראל מדינת לאום של העם היהודי. הערות בית המשפט הנ"ל מהוות הזמנה לקיום הדיון הזה, המתבקש כל כך במסגרת דיון במדיניות ההגירה של ישראל ומימושה.

ג. מדינת ישראל כמדינת לאום של העם היהודי כעקרון יסוד חוקתי – רקע משפטי תמציתי

56. יחסו של המשפט בישראל – בחוקי היסוד, בחקיקת הכנסת, ובפסיקת בתי המשפט – אל מדינת ישראל כמדינתו של העם היהודי היא עובדת יסוד שאינה נתונה במחלוקת. ראשיתה במגילת העצמאות, המגדירה את ישראל כ"מדינה יהודית". המשכה בפסיקת בית המשפט העליון בעשורים הראשונים אשר ביססה השקפה זאת והסתמכה עליה. כך, למשל, בפסק דינו הנודע בע"ב 1/65 ירדור נ' יו"ר ועדת הבחירות לכנסת, פ"ד יט(3) 365,

(1965), העלה הנשיא אגרנט את הטיעון בדבר זהותה של ישראל כמדינת העם היהודי למדרגה חוקתית עליונה, או כלשונו 'עובדת יסוד קונסטיטוציונית', וכה אמר:

לא יכול להיות ספק בדבר – וכך מלמדים ברורות הדברים שהוצהרו בשעתו בהכרזה על הקמת המדינה – כי לא זו בלבד שישראל הינה מדינה ריבונית, עצמאית, השוחרת חופש ומאופיינת על-ידי משטר של שלטון העם, אלא גם שהיא הוקמה "כמדינה יהודית בארץ ישראל", כי האקט של הקמתה נעשה, בראש וראשונה, בתוקף "זכותו הטבעית וההיסטורית של העם היהודי לחיות ככל עם ועם עומד ברשות עצמו במדינתו הריבונית, וכי היה בו, באקט זה, משום הגשמת שאיפת הדורות לגאולת ישראל".

למותר לציין, בשלב זה של חיי המדינה, כי הדברים האמורים מבטאים את חזון העם ואת האני מאמין שלו ושמחובתנו איפוא לשוותם לנגד עינינו "בשעה שאנו באים לפרש ולתת מובן לחוקי המדינה" (בג"צ 67/53 ; 73/53, קול העם נגד שר הפנים, פד"י, כרך ז, ע' 871, 884). משמעותו של אותו "אני מאמין" הוא, שדבר המשכיותה – ואם תמצוי לומר: "נצחיותה – של מדינת ישראל מהווה עובדת יסוד קונסטיטוציונית", אשר חלילה לה, לרשות כל שהיא של המדינה – בין רשות מינהלית ובין רשות שיפוטית או מעין שיפוטית – להתכחש אליה בבואה להפעיל סמכות מסמכויותיה. שאם לא תאמר כן, פירוש הדבר יהיה זלזול גמור בשתי המלחמות שנלחמה מדינת ישראל, מאז הקמתה, כדי למנוע את הכחדתה על-ידי מדינות ערב העוינות: פירוש הדבר יהיה, סתירה מוחלטת להיסטוריה של העם היהודי ולכיסופיו, לרבות הסתירה לעובדת השואה שנתחוללה על עם ישראל בתקופה שלפני הקמת המדינה, אותה שואה, בה הוכרעו לטבח מיליונים של יהודים באירופה ואשר הוכיחה מחדש – בלשון ההכרזה – "את ההכרח בפתרון בעיית העם מחוסר המולדת והעצמאות על-ידי חידוש המדינה היהודית בארץ ישראל".

אם כן אפוא כבר מקדמת דנא נקבעה בפסיקתו של בית משפט זה זהותה של ישראל כמדינת לאום כעקרון יסוד חוקתי עליון, המחייב לפרש לאורו את חוק יסוד: הכנסת. לא קביעה תיאורטית או כהצהרה חגיגית בלבד נאמרו הדברים, אלא כדי להצדיק שיקול הגובר על זכות הפרט החוקתית של כל אזרח בישראל להיבחר לכנסת.

57. אולם לא רק בקשר לעצם עובדת קיומה של המדינה כמדינה אשר מוגדרת כמדינתו של העם היהודי השתרש עקרון זה, כי אם גם בקביעת אופייה וזהותה. העיקרון בא לידי ביטוי בתחומים רבים בחקיקת הכנסת. כך, למשל, חוקי ההגירה בישראל מעניקים לכל יהודי את הזכות להיכנס לישראל ולהתאזרח בה באופן מיידי (ס' 1 לחוק השבות, התש"י-1950; ס' 2 לחוק האזרחות, התשי"ב-1952). על חוק השבות, ראש וראשון לחוקים אלה, נאמר כבר בפסיקת בית המשפט כי דרגתו היא דרגת חוק יסוד: "...אין לשכות, כי חוק השבות הוא מחוקיה היסודיים ביותר של המדינה. אם תרצה, זהו חוק היסוד הראשון שלה" (בג"צ 265/87 ברספורד נ. משרד הפנים, פ"ד מג (4), 793, 849 (1989)); חקיקת הבחירות בישראל מחייבת פסילה של רשימת מועמדים השוללת את אופייה היהודי של המדינה (ס' 7א לחוק יסוד: הכנסת); מעמדם של מוסדות העם היהודי עוגן בחקיקה, וכן עוד דברי חקיקה בתחומים רבים: סמלי המדינה וטקסיה; שבת וימי המנוחה הרשמיים; מעמדה של מורשת ישראל בפרשנות החקיקה; זיכרון השואה והיחס לניצוליה. מדינת ישראל מחילה את חוק העונשין שלה גם על עברות נגד יהודי

באשר הוא יהודי, אף אם אינו אזרח שלה והעבירות בוצעו מחוץ לשטחה (ס' 13(ב) לחוק העונשין, התשל"ז-1977).

פסיפס חקיקתי זה נותן פרספקטיבה פרשנית חשובה ליסודות החוקתיים, בהמשך לאמור בעניין **ירדור הנ"ל**; אולם גולת הכותרת של קביעת זהותה החוקתית של ישראל כמדינת העם היהודי היא בוודאי **בחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו, ובחוק יסוד: חופש העיסוק**, הקובעים בסעיפי המטרה שלהם כי

חוק-יסוד זה, מטרתו להגן על כבוד האדם וחירותו כדי לעגן בחוק-יסוד את ערכיה של מדינת ישראל כמדינה יהודית ודמוקרטית.

(סעיף 1א לחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו)

זאת, כמובן, בנוסף לקביעה שבסעיף "עקרונות היסוד" (סעיף 1 לשני חוקי היסוד הנ"ל) כי זכויות היסוד בישראל יכולדו "**ברוח העקרונות שבהכרזה על הקמת מדינת ישראל**", המכריזה כידוע על הקמת "**מדינה יהודית בארץ ישראל**".

58. ואכן, זהותה של ישראל כמדינת הלאום היהודי צוינה פעמים רבות בפסיקת בית-המשפט, תוך התייחסות להשלכותיה על מדיניות ההגירה הישראלית, ובכלל זה אף בשנים האחרונות. הנשיא ברק בא"ב 11280/02 **ועדת הבחירות המרכזית לכנסת השש-עשרה נ' טיבי**, פ"ד נו" 1 (4) 21-22 (2003) (ההדגשה הוספה) כתב כך:

רבות הן המדינות הדמוקרטיות. רק אחת מהן היא מדינה יהודית. אכן, טעם קיומה של מדינת ישראל הוא בהיותה מדינה יהודית... מה הם אפוא המאפיינים ה"גרעיניים" המעצבים את הגדרת המינימום של היות מדינת ישראל מדינה יהודית? מאפיינים אלה הם בעלי היבט ציוני ומורשתי גם יחד... במרכזם עומדת זכותו של כל יהודי לעלות למדינת ישראל, שהיהודים יהו בה רוב... [ובה] מורשת ישראל היא מרכיב מרכזי במורשתה הדתית והתרבותית.

שופט ש' לויין ציין במקום אחר כי "**...ממושכלות היסוד של המדינה הוא קיום של רוב של יהודים בה**, [ו]מתן העדפה ליהודים על פני אחרים לשוב לארצם..." (ע"ב 2/88 **בן שלום נ. וועדת הבחירות המרכזית לכנסת השתיים עשרה**, פ"ד מג (4) 221, 248 (1989) (ההדגשה הוספה). באחרונה הוסיף בנושא השופט רובינשטיין (בג"צ 10226/08 **זבידובסקי נ' שר הפנים**, פסקה ג' לפסק דינו של השופט רובינשטיין (ניתן ביום 2.8.2010)) בצינו כי "**אין כחוק השבות תש"י-1950 מבטא את ייחודה של מדינת ישראל, ובאמרו בסעיף 1 בו 'כל יהודי זכאי לעלות ארצה'**, הפנים המחוקק בחמש מלים, הא ותו לא, את כל תורת הציונות כולה על רגל אחת", וראו גם את חוות דעתו של כב' השופט ח' מלצר בע"א 8573/08 **ארנן נ' משרד הפנים** (ניתן ביום 2.10.13).

59. זו אפוא זהותה של ישראל מבחינה חוקתית: מהותה של המדינה כמדינת לאום יהודית היא עקרון יסוד חוקתי. היא מעוגנת היטב בחוקי היסוד של ישראל, המפנים למגילת העצמאות כמקור לזכויות האדם בישראל, והקובעים בסעיפי המטרה שלהם כי מטרת הגנתם על זכויות היסוד היא לעגן את ערכיה של מדינת ישראל כמדינה יהודית ודמוקרטית; היא מנחה את חקיקת הכנסת במגוון עצום של חוקים; ומושרשת עמוק בפסיקת בית המשפט העליון מקדמא-דנא. השמירה על זהותה זו של מדינת ישראל היא אפוא שיקול חוקתי מכריע. מזהותה של ישראל כמדינת לאום יהודית נגזרות כמה

משמעויות, ובהן ההכרח לשקוד ולשמור על הרוב היהודי בקרב אוכלוסיית המדינה, ומשמעויות אלו אף הן בעלות מעמד חוקתי בכיר. לפיכך, בבוא בית המשפט לבחון את שאלת חוקתיותו של הסדר חוקי אשר חוקקה הכנסת, עליו לייחס משקל רב לשיקול החוקתי של זהות מדינת ישראל כמדינת לאום יהודית. אין מדובר ב'אינטרס' בלבד, המצוי מתחת לזכות נפגעת באיזון אנכי, אלא עקרון יסודי חוקתי שהזכויות המנויות בחוקי היסוד נועדו לעגנו.

ד. עקרון זהותה של ישראל – סיכונים וסיכויים

60. עיקרון זה, למרבה הצער, נתון בשנים האחרונות למתקפות מכיוונים שונים, מבית ומחוץ. עמדות פוסט-ציוניות עוטות מעטה ליברלי בניסיון לסתור את זהותה של ישראל כמדינת לאום יהודית. האסכולה המודרניסטית בחקר הלאומיות מבקשת לשלול את שורשיה העתיקים של הלאומיות בכלל, ובכך גם לשלול את הלגיטימציה של מדינות הלאום ומדינת העם היהודי בפרט. כתבנו על כך בהרחבה בכתבי טענותינו בשתי העתירות הקודמות ולא נשוב כעת על הדברים באריכות. נציין רק כי גם בשיח המחקרי דומה שאסכולה זו איבדה את מעמדה זה מכבר, והביקורות הנוקבות עליה העמידוה במעורמיה באופן כללי ובהקשר היהודי-ישראלי בפרט. גם הלגיטימציה של מדינת לאום בעלת מאפיינים תרבותיים ודמוגרפיים ייחודיים נתונה תחת מתקפה בעת האחרונה, ומנגד מתרחבת במחקר המגמה של הצדקת הרעיון וביסוסו מבחינה פילוסופית וליברלית. ראו על כך בהרחבה במאמרם של אביעד בקשי וגדעון ספיר "בזכות הזכות למדינת לאום" **עיוני משפט** לו 534-509 (2013).

61. הקשר בין היותה של מדינה מדינת לאום לבין המאפיינים הדמוגרפיים שלה הוא מובן מאליו. מדינה לאום שבה אין **רוב מובהק** ללאום אשר זו היא מדינתו לא תוכל להישאר מדינת לאום, ובוודאי שלא מדינת לאום דמוקרטית. היא גם תתקשה להגשים את התכליות שלשמן היא הוכרה כמדינת לאום. המצב בישראל בהקשר זה ברור. בין אם נתייחס אל כלל האוכלוסייה שבין הים התיכון והירדן, ובין אם נסתפק בהתייחסות לאוכלוסייה שבתחום מדינת ישראל הריבונית בלבד (ללא האוכלוסייה הלא-יהודית ביהודה ושומרון), הרוב היהודי במדינת ישראל מחייב שימור וטיפוח. אי-הקפדה על הרכב האוכלוסייה במדינת ישראל תוביל לכרסום ברוב הזה, להחלשת מובהקותו ביחס למיעוטים החיים בישראל ואולי חלילה אף לאובדנו בעתיד הרחוק יותר.

62. בשל מרכזיותו של המאפיין הלאומי לקיומה של מדינת ישראל כמדינת יהודית, מעמדו הוא מעמד חוקתי עליון. כפי שהבהיר השופט אגרנט בעניין **ירדור** בשעתו, בהתייחסו להיותה של ישראל מדינת העם היהודי, "**דבר המשכיותה – ואם תמצוי לומר: 'נצחיותה – של מדינת ישראל מהווה עובדת יסוד קונסטיטוציונית', אשר חלילה לה, לרשות כל שהיא של המדינה – בין רשות מינהלית ובין רשות שיפוטית או מעין שיפוטית – להתכחש אליה בבואה להפעיל סמכות מסמכויותיה" (שם).** הווה אומר: זהותה של ישראל כמדינת העם היהודי היא שיקול על, נורמה עליונה, החולשת על המשפט הישראלי כולו. כפי שראינו לעיל

בפתיחת פרק זה ביתר אריכות, דברים אלה של השופט אגרנט מייצגים נכוחה את המשפט החוקתי בישראל, כפי שבא לידי ביטוי בסעיף המטרה שבחוקי היסוד, ואת תפיסות היסוד החוקיות של המשפט הישראלי בכלל. השיקול של שמירה על הרכב האוכלוסייה הנגזר מהן והכרוך בהן מקבל מעמד בכיר במדרג הנורמות, במסגרת האיזון החוקתי שעל כל רשות מרשויות המדינה להפעיל, ובראשן כמובן בית המשפט הנכבד.

63. **השיקול הלאומי, ושיקול הרכב האוכלוסין הנגזר ממנו, חייבים אפוא לעמוד על כפות המאזניים כעקרונות יסוד חוקתיים מכריעים החולשים על כלל החקיקה הישראלית; ומשקלם רב.** כאן בא לידי ביטוי ייחודה של מדינת ישראל, שכאמור לעיל מצבו של הרוב הלאומי היהודי בתוכה איננו איתן. לא זו בלבד, מדינת ישראל מוקפת מבחינה גיאוגרפית בבני לאומים אחרים שרבים מהם חפצים לשלול ממנה את זהותה הלאומית, אם לא להשמידה כליל. הגל העצום של ההסתננות וההגירה הבלתי חוקית שמדינת ישראל עמדה בפניו בשנים האחרונות אף הוא ייחודי ויוצא דופן, מבחינת גודלו המספרי, פרק הזמן הקצר שבו הגיע, ובייחוד מבחינת היחס המספרי שבין אוכלוסיית המהגרים לבין אוכלוסיית ישראל. **עובדות אלה מחייבות להקפיז הקפדה יתירה על שיקולים לאומיים בקביעת מדיניות ההגירה, ומצדיקים נקיטת אמצעים מוגברים באכיפתה של מדיניות זו.** באיזון החוקתי שעל בית המשפט לעשות בין התועלות לבין הזכויות הנפגעות, שומה עליו אפוא ליתן משקל רב לזהותה של ישראל כמדינת לאום ולשיקול של שמירה על הרכב האוכלוסייה הכרוך בזהות זו.

64. בנוסף לכך, השיקול הלאומי והרכבה של האוכלוסייה בישראל הכרחי גם **לפרשנות החוקה ולפרשנות המשפט הבין לאומי.** בבוא בית המשפט הנכבד לפרש את תוכנה של הזכות לחירות, בין בהקשר הישראלי ובין בהקשר של המשפט הבין-לאומי, עליו לשקול את השלכותיה של פרשנותו על העיקרון החוקתי המחייב שמירה על זהותה של ישראל כמדינת לאום יהודית.

סיכום

65. בעיקרי טיעון אלו ביקשנו לסייע מבית המשפט בהגדרת המסגרת לביקורת החוקתית שהוא נדרש לעשות – זו הפעם השלישית – על חקיקה ראשית של הכנסת בסוגיית ההתמודדות עם גל ההסתננות יוצא הדופן שישראל עומדת מולו בשנים האחרונות. כמה הערות ביקשנו להעיר מתחום התיאוריה החוקתית, בהתאם לתחומי עיסוקו של הפורום ושל העמיתים בו, כדי להדגיש את גבולות הגזרה החוקתיים לבחינת בטלותה של חקיקה ראשית – אלו שקבע בית משפט זה במהלך השנים מאז שהחל לביקורת שיפוטית על חקיקת הכנסת.

א. המסלול היחיד לביטול חקיקה ראשית לפי השיטה החוקתית שנקבעה בפסיקת בית משפט זה נשען על חוקי היסוד ועל הלגיטימציה הדמוקרטית שגזרה מהם הפסיקה

ביחס לפסילת חוקי הכנסת. העותרים מבקשים מבית המשפט לעשות שימוש בעקרונות שנקבעו שלא במסגרת ביקורת חוקתית ושלא במסלול פסקת ההגבלה, כי אם בפסיקה מנהלית, נקודתית, ביחס לפרשנות הסמכות המינהלית המוקנה לרשות בחוק ספציפי. אלו אינם רלוונטיים לעתירה הדורשת ביטול חקיקה ראשית, אחרת, בעלת תכליות אחרות. כך גם בעקרונות הלקוחים מן המשפט הבינלאומי אין כדי לגבור על חקיקה ראשית של הכנסת ולפגוע בריבונותה. מסגרת הדיון הרלוונטית לעניין זה היא אך ורק ניתוח הזכויות המעוגנות בחוקי יסוד, תנאי פסקת ההגבלה והלכות קודמות העוסקות בעניין זה בלבד.

ב. פסקת ההגבלה נועדה להגן על היכולת להגשים תכליות ראויות של חוק, ובתנאי שתכליות אלו אכן מושגות באמצעות החוק לפי מבחן המידתיות הראשון, ועומדות גם בשני מבחני המידתיות הנותרים. עמדת העותרים, כמו גם אמרות אגב בפסיקה, המבקשת להגדיר כ"תכלית קונקרטית" את אחד האמצעים בתווך בין הפגיעה לבין תכליתו האמתית של החוק, מונעת בחינה מהותית של התכלית האמתית שלמענה חוקקה הכנסת את החוק. בכך היא מרוקנת את פסקת ההגבלה מתוכנה ומסקלת את האיזון המהותי שחוק היסוד הורה לעשותו. לכן על בית המשפט להבחין היטב בין היעד הסופי, הוא התכלית, לבין יתר השלבים בשרשרת הסיבות שאינם אלא אמצעים, ובחינתם היא במבחני המידתיות.

ג. באופן קונקרטי, "התכלית ההרתעתית" כלל איננה תכלית לאור הניתוח שסיכמנו זה עתה, כי אם אמצעי נוסף בשרשרת שתכליתה בין היתר למנוע כניסת מסתננים נוספים לישראל. כך או כך, הצבענו על כך שהרתעה היא אמצעי טריוויאלי בכל ענפי המשפט הישראלי, לרבות המשפט המינהלי. המגבלה המוסרית הקאנטיאנית האוסרת על שימוש באדם כאמצעי להשגת יעדים אינה רלוונטית במצבים כמו שלנו, שבהם האדם עצמו הוא חלק מן התופעה שכלפי המשכה מכוונת ההרתעה. בנוסף לכך, הערנו גם על מניעת השתקעות ועידוד יציאה מרצון.

ד. לבסוף שבנו והזכרנו את עמדתנו העקבית, הקבועה בחוקי היסוד ומלווה את פסיקת בית המשפט הזה מראשית ימיו, כי זהותה של ישראל כמדינת לאום היא "עובדת יסוד קונסטטוטיונית אשר חלילה לה לרשות כלשהי של המדינה להתכחש אליה בבואה להפעיל סמכות מסמכויותיה". לאור זאת על בית המשפט להביא בחשבון – הן בהערכת התכלית והן באיזוני המידתיות – השיקול הדמוגרפי הנגזר מכך למעשה.

ישנה חשיבות רבה בשמירה על גבולות אלו, בהליכה מדודה וזהירה, שלא לנתק את הקשרים אל העוגנים החוקתיים שביסס בית המשפט לקיומה של סמכות לבקר את דברו של המחוקק. "דיאלוג" חוקתי בין רשויות יכול להתקיים רק תוך הבנה עמוקה של תפקידה של כל רשות וסמכויותיה, כיבוד הדדי, ושמירה על מסגרות הפעולה המוגדרות.

ירושלים,
ה' בשבט תשע"ה
25 בינואר 2015

אריאל ארליך, עו"ד
ב"כ פורום קהלת

