



בבית המשפט העליון בשבתו כבית משפט גבוה לצדק

בג"ץ 7385/13

בג"ץ 8425/13

לפני:

כבוד הנשיא א' גרוניס
כבוד המשנה לנשיא מ' נאור
כבוד השופטת (בדימי) ע' ארבל
כבוד השופט ס' גובראן
כבוד השופטת א' חיות
כבוד השופט י' דנציגר
כבוד השופט נ' הנדל
כבוד השופט ע' פוגלמן
כבוד השופט י' עמית

העותרים בבג"ץ 7385/13: איתן – מדיניות הגירה ישראלית ואח'

העותרים בבג"ץ 8425/13:

1. זרי גבריסלאסי
2. טדרוס הבטהמרים
3. המוקד לפליטים ולמהגרים
4. האגודה לזכויות האזרח בישראל
5. א.ס.ף. ארגון סיוע לפליטים
6. קו לעובד
7. רופאים לזכויות אדם – ישראל
8. המרכז לקידום פליטים אפריקאים

המבקשים להצטרף במעמד
"ידיד בית המשפט" בבג"ץ
8425/13:

1. פורום קהלת
2. מרכז קונקורד

נגד

המשיבים בבג"ץ 7385/13:

1. ממשלת ישראל
2. ראש הממשלה
3. שר הביטחון
4. שר הפנים
5. השר לביטחון פנים
6. שר האוצר
7. שרת המשפטים
8. שר הכלכלה
9. מנהל רשות האוכלוסין וההגירה
10. היועץ המשפטי לממשלה
11. הממונה על ביקורת הגבולות במשרד הפנים

- המשיבים בבג"ץ 8425/13 :
 1. הכנסת
 2. שר הפנים
 3. שר הביטחון
 4. השר לביטחון פנים
 5. היועץ המשפטי לממשלה

התנגדות לצו על תנאי

תאריכי הישיבות :
 כ"ב בטבת התשע"ד (25.12.2013)
 א' בניסן התשע"ד (1.4.2014)

בשם העותרים בבג"ץ
 : 7385/13
 עו"ד דורון טאובמן

בשם העותרים בבג"ץ
 : 8425/13
 עו"ד עודד פלר ; עו"ד יונתן ברמן ;
 עו"ד ענת בן-דור ; עו"ד אלעד כהנא ;
 עו"ד אסף וייצן ; עו"ד אסנת כהן-ליפשיץ

בשם המשיבה 1 בבג"ץ
 : 8425/13
 עו"ד ד"ר גור בליי

בשם המשיבים בבג"ץ
 7385/13 והמשיבים 2-5 בבג"ץ
 : 8425/13
 עו"ד יוכי גנסינ ; עו"ד רן רוזנברג ;
 עו"ד יצחק ברט ; עו"ד נועם מולה

בשם המבקש 1 להצטרף
 במעמד "ידיד בית המשפט"
 לבג"ץ 8425/13 :
 עו"ד אריאל ארליך ; עו"ד ד"ר אביעד בקשי

בשם המבקש 2 להצטרף
 במעמד "ידיד בית המשפט"
 לבג"ץ 8425/13 :
 עו"ד אבינעם כהן

פסק-דין

תוכן עניינים

4.....	פתח דברים	I.
6.....	פסק הדין בפרשת אדם	II.
7.....	תיקון מס' 4 – הליך החקיקה, עיקרי התיקון ויישומו	III.
8.....	העיתרות שלפנינו	IV.
8.....	א. תמצית טענות העותרים בבג"ץ 7385/13	
9.....	ב. תמצית טענות העותרים בבג"ץ 8425/13	
11.....	ג. עמדת המדינה	
13.....	ד. תגובת הכנסת	
14.....	ה. המבקשים להצטרף	
15.....	דיון והכרעה	V.
15.....	א. בג"ץ 8425/13	
15.....	1. הניתוח החוקתי	
19.....	2. תופעת ההסתננות, בקשות מקלט ומה שביניהן	
19.....	(א) רקע – תופעת ההסתננות	
27.....	(ב) מימדי התופעה – מבט עדכני	
29.....	(ג) סיכום ביניים	
30.....	3. סעיף 30א לחוק	
34.....	(א) הפגיעה בזכויות החוקתיות	
36.....	(ב) "לתכלית ראויה"	
36.....	(i) זיהוי ומיצוי אפיקי יציאה לגירוש	
37.....	(ii) מניעת הישנות תופעת הסתננות	
38.....	(ג) מידתיות	
38.....	(i) מבחן הקשר הרציונאלי	
42.....	(ii) מבחן האמצעי שפגיעתו פחותה	
44.....	(iii) מבחן המידתיות במובן הצר	
52.....	(ד) הסעד	
53.....	4. פרק ד' לחוק	
56.....	(א) על מרכז השהייה "חולות"	
60.....	(ב) אקדמת מילין	
61.....	(ג) פגיעה בזכויות ומבנה הבחינה	
62.....	(ד) "לתכלית ראויה"	
62.....	(i) מניעת השתקעות והשתלבות בשוק העבודה	
63.....	(ii) מענה לצורכי המסתננים	
65.....	(iii) תכלית נטענת נוספת: עידוד עזיבה "מרצון"	
69.....	(ה) הסדרי פרק ד' לחוק – בחינה קונקרטיה	
69.....	(i) חובת התייצבות במרכז – האמנם "פתוח" ?	
71.....	(1) הפגיעה בזכויות החוקתיות	
73.....	(2) הזכות החוקתית לכבוד האדם	
77.....	(3) מידתיות	
77.....	(א) מבחן הקשר הרציונאלי	
77.....	(ב) מבחן האמצעי שפגיעתו פחותה	
79.....	(ג) מבחן המידתיות במובן הצר	
83.....	(ii) ניהול מרכז השהייה בידי שירות בתי הסוהר וסמכויות הסוהרים	
88.....	(iii) הגבלת משך השהייה במרכז ועילות לשחרור ממנו	
89.....	(1) הפגיעה בזכויות החוקתיות	
93.....	(2) מידתיות	
93.....	(א) מבחן הקשר הרציונאלי	
93.....	(ב) מבחן האמצעי שפגיעתו פחותה	
93.....	(ג) מבחן המידתיות במובן הצר	
96.....	(iv) העברת מסתנן למשמורת	
101.....	(1) הפגיעה בזכויות החוקתיות	

101	הזכות החוקתית להליך הוגן	(2)	
109	מידתיות	(3)	
109	מבחן הקשר הרציונאלי	(א)	
110	מבחן האמצעי שפגיעתו פחותה	(ב)	
110	מבחן המידתיות במוכח הצר	(ג)	
112	פרק ד' כמכלול ודרישת המידתיות	(ו)	
114	הסער	(ז)	
116	לאחר הדברים האלה	(ח)	
121	הערות אחרונות	(ט)	
124	בג"ץ 8425/13 – סיכום		.VI
126	בג"ץ 7385/13		.VII
127	טרם נעילה		.VIII
128	סוף דבר		.IX

I. פתח דברים

עשרות אלפי מסתננים מאריתריאה ומצפון סודן נכנסו בשנים האחרונות למדינת ישראל. הרשות המבצעת והרשות המחוקקת ביקשו להתמודד עם השלכות תופעה זו בכמה אופנים – הן באמצעות הקמת "חסם פיזי" בדמות גדר בגבולה הדרומי של המדינה; הן כמה שמכונה על ידן יצירת "חסמים נורמטיביים" על דרך תיקוני חקיקה. העתירות שלפנינו מעמידות לביקורת חוקתית שני הסדרים שנקבעו לעניין זה בחקיקה ראשית. מכוחו של ההסדר הראשון ניתן להחזיק במשמורת לתקופה של שנה מסתננים שהוצא נגדם צו גירוש; מכוחו של ההסדר השני ניתן להורות על העברת מסתננים למרכז שהייה "פתוח" ללא הגבלת זמן. האם הסדרים אלה חוקתיים? אלו הן השאלות העומדות להכרעתנו.

1. לפנינו שתי עתירות שנקבעו לדיון לפני הרכב מורחב ושמיעתן אוחדה (בהחלטה מיום 25.12.2013). האחת (בג"ץ 8425/13) תוקפת את חוקתיות החוק למניעת הסתננות (עבירות ושיפוט) (תיקון מס' 4 והוראת שעה), התשע"ד-2013, ס"ח 74 (להלן: תיקון מס' 4 או התיקון לחוק) בשל פגיעתו בזכויות המסתננים. השנייה (בג"ץ 7385/13) תוקפת בעיקרה את אופן יישומו של תיקון מס' 4, וביסודה הטענה כי המדינה אינה עושה די כדי להבטיח את זכויותיהם ושלומם של תושבי דרום תל-אביב נוכח תופעת ההסתננות.

2. עשרות אלפי בני אדם נכנסו בשנים האחרונות לישראל שלא דרך תחנת גבול. טרם חקיקתו בשנת 2012 של תיקון מס' 3 לחוק למניעת הסתננות (עבירות ושיפוט) (תיקון מס' 3 והוראת שעה), התשע"ב-2012, ס"ח 119 (להלן: תיקון מס' 3) הושמו מסתננים אלה במשמורת מכוח חוק הכניסה לישראל, התשי"ב-1952 (להלן: חוק

הכניסה לישראל), אך שוחררו ממנה לאחר פרק זמן קצר יחסית, נוכח המגבלות על משך המשמורת בהסדרים שבחוק הכניסה לישראל. חקיקתו של תיקון מס' 3 נועדה להחיל על מסתננים הסדר משפטי ייחודי ומחמיר יותר מזה שחל על שוהים שלא כדין לפי חוק הכניסה לישראל, נוכח הקושי בבירור זהותם של אלה שנכנסו לשטח המדינה בלא מסמכים מזהים ובאופן בלתי מתועד; ובשל כך שכניסתם לישראל מלכתחילה הייתה בלתי חוקית (דברי ההסבר להצעת חוק למניעת הסתננות (עבירות ושיפוט) (תיקון מס' 4 והוראת שעה), התשע"ד-2013, ה"ח הממשלה 122, בעמ' 122 (להלן: דברי ההסבר לתיקון מס' 4)). סעיף 30א שהתווסף לחוק למניעת הסתננות (עבירות ושיפוט), התשי"ד-1954 (להלן: החוק או החוק למניעת הסתננות) בגדרי תיקון מס' 3 אפשר להחזיק במשמורת מסתננים שהוצא נגדם צו גירוש לתקופה של עד שלוש שנים, בכפוף לעילות שחרור שנקבעו בחוק. בית משפט זה הכריז כי הסעיף אינו חוקתי והורה על ביטולו (בג"ץ 7146/12 אדמ נ' הכנסת (16.9.2013) (להלן: פרשת אדמ)). בעקבות זאת חוקקה הכנסת את תיקון מס' 4 לחוק. במוקד תיקון מס' 4 שני הסדרים: האחד, עניינו חקיקתו המחודשת של סעיף 30א לחוק שבוטל בפרשת אדמ, תוך קיצור תקופת המשמורת המרבית לשנה ובשינויים נוספים; והשני, הסדר נורמטיבי שמכוחו ניתן להקים – ואמנם הוקם בפועל – "מרכז שהייה" למסתננים (להלן: מרכז השהייה, המרכז או המתקן), שאליו ניתן יהיה להעביר כל מסתנן שנמצא קושי לגרשו (סעיף 32ד(א) לחוק). במתקן "חולות", שהוכרז כמרכז שהייה מכוח פרק ד' לחוק, שוהים נכון ליום 30.4.2014 למעלה מ-2,000 מסתננים.

3. בפרשת אדמ נדרשנו לחוקתיות תיקון מס' 3. עתה עומדת להכרעתנו שאלת חוקתיותו של תיקון מס' 4. אומר כבר עתה: להשקפתי, סעיף 30א ופרק ד' לתיקון מס' 4 אינם צולחים את הביקורת החוקתית. אשר לסעיף 30א לחוק בנוסחו החדש, הרי שכקודמו שנפסל, הוא פוגע באופן לא מידתי בזכות לחירות ובזכות לכבוד. אף הקמת מרכז השהייה פוגעת שלא כדין בזכויות יסוד חוקתיות. לפיכך, דין סעיף 30א ופרק ד' לחוק למניעת הסתננות – בטלות.

4. וזה יהיה סדר הדברים: תחילה, נעמוד על עיקרי פסק הדין בפרשת אדמ. לאחר מכן נציג את השינוי החקיקתי שבמוקד עתירות אלו, הוא תיקון מס' 4. בהמשך נעמוד על טענות הצדדים בהליך דנן. לבסוף, נעמיד את שני נדבכי החוק – סעיף 30א ופרק ד' – במבחני הביקורת החוקתית.

5. טרם שנצא לדרכנו, אבקש להעיר הערה מקדימה. החוק שלבחינתו אנו נדרשים בפרשה זו הוא החוק למניעת הסתננות. "מסתנן" (כהגדרתו בחוק זה) הוא מי שאינו תושב, שנכנס לישראל שלא דרך תחנת גבול שקבע שר הפנים. בפרשת אדמ עמדתי על הקושי שבשימוש בשם התואר "מסתנן" ביחס לאלה שאליהם מכוון ההסדר החקיקתי נושא דיוננו. המונח "מסתנן" נועד לשמש במקור לתיאור מי שנכנס לישראל לשם ביצוע פעולות איבה ופשעים (פסקה 10 לחוות דעתי). כפי שציינתי שם, הבחירות הרטוריות של המחוקק אינן עומדות לבחינתנו, אך בל ניתן להן לעמעם את המהות. עלינו לזכור כי אין טענה כי המסתננים ה"חדשים" ביקשו לבוא בגבולותינו לשם ביצוע פעולות עוינות, וכי רבים מהם מגדירים עצמם מבקשי מקלט. בנתון להערה זו, אעשה אף אני שימוש בחוות דעתי זו – כפי שעשיתי בפרשת אדמ – במונח הקבוע בחוק.

II. פסק הדין בפרשת אדמ

6. בתחומי מדינת ישראל שוהים כיום קרוב ל-50,000 מסתננים אשר הגיעו לשטחה בדרכים שונות. כפי שעוד יפורט, שאלת אפיונם של אותם מסתננים נתונה במחלוקת קוטבית בין המדינה לבין העותרים. לעמדת המדינה, רוב בני אוכלוסיית המסתננים – יוצאי צפון סודן ואריתריאה – הם מהגרים שהגיעו למדינת ישראל ממניעים כלכליים, במטרה לעבוד ולהרוויח כסף כדי לשפר את רמת חייהם ולתמוך בבני משפחותיהם שנותרו בארצות מוצאם. העותרים, לעומת זאת, אוחזים בדעה שלפיה אוכלוסיית המסתננים מורכבת ברובה ממבקשי מקלט שנמלטו מארצות שבהן נשקפת לחייהם או לשלמות גופם סכנה של ממש. בין כך ובין כך, מסיבות שעוד תפורטנה, מרבית אוכלוסיית המסתננים האמורה אינה בת-הרחקה משטח המדינה.

7. הגירה מסיבית ובלתי מזומנת זו של עשרות אלפי מסתננים לשטחה של ישראל הציבה לפני המדינה ותושביה אתגרים מורכבים. בתיקון מס' 3 ביקש המחוקק להתמודד עם תופעת ההסתננות באמצעות חקיקת סעיף 30א לחוק למניעת הסתננות. הוראתו המרכזית של סעיף זה – שנחקק כהוראת שעה – הייתה כי ניתן להחזיק מסתנן במשמורת לתקופה של עד שלוש שנים. ביום 16.9.2013 ניתן פסק הדין בפרשת אדמ, מפי חברתי השופטת (בדימ') ע' ארבל (ומעתה, כל ההפניות לפסק הדין בפרשת אדמ המופיעות ללא ציון שם הכותב תתייחסנה לחוות דעתה). בהרכב מורחב של תשעה שופטים מצא בית משפט זה כי ההסדר שנקבע בסעיף 30א לחוק למניעת הסתננות אינו חוקתי, נוכח פגיעתו הלא מידתית בזכות לחירות המעוגנת בחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו (להלן גם: חוק היסוד). בדעת רוב הורינו על ביטול כל ההסדרים שנקבעו

בהוראות השונות של סעיף 30א לחוק (חברי, השופט נ' הנדל, סבר כי היה מקום להורות על בטלות סעיף 30א(ג) בלבד, ולא היה צורך בביטול הוראת השעה במלואה כפי שקבעו שופטי הרוב). עוד נקבע כי עם ביטול סעיף 30א לחוק, צווי המשמורת וההרחקה שהוצאו למסתננים – שמכוחם הוחזקו אלה במשמורת במתקן "סהרונים" – ייראו כאילו ניתנו לפי חוק הכניסה לישראל. כמו כן נקבע כי יש להתחיל בהליך הבחינה הפרטנית והשחרור של כל המוחזקים במשמורת לאלתר. הליך הבחינה בעניינם של כלל המסתננים ששהו במשמורת נתחם לפרק זמן של 90 ימים מיום מתן פסק הדין כדי להעניק למדינה תקופת התארגנות הכרחית, חרף הפגיעה הנמשכת במהלכה בזכויותיהם החוקתיות של המוחזקים. להשלמת התמונה יוער כי העותרים סברו כי קצב שחרור המסתננים לאחר פסק דין אדם אינו משביע רצון. שתי בקשות שהגישו לפי פקודת ביזיון בית המשפט נדחו (החלטות מיום 7.11.2013 ו-9.12.2013), אף שבהחלטתו המאוחרת ציין בית משפט זה כי הדעת אינה נוחה מקצב קיום הבדיקות וקבלת ההחלטות לביצוע פסק הדין.

III. תיקון מס' 4 – הליך החקיקה, עיקרי התיקון ויישומו

8. בחלוף כחודשיים מאז שניתן פסק הדין בפרשת אדם, ביום 25.11.2013, התקבל בכנסת תיקון מס' 4 לחוק למניעת הסתננות. על פי דברי ההסבר להצעת החוק, תיקון מס' 4 נועד לספק מענה הולם לתופעת ההסתננות, וזאת לאחר שנמצא שהמסגרת הנורמטיבית הקבועה בחוק הכניסה לישראל – שהיא שנותרה בעינה לאחר ביטולו של סעיף 30א לחוק בפסק דין אדם – אינה מאפשרת להתמודד באופן אפקטיבי עם התופעה. עיקרי התיקון היו שניים: האחד, סעיף 30א לחוק, שהוכרז כבלתי חוקתי בפרשת אדם, נחקק מחדש כך שהתקופה המרבית המותרת להחזקה במשמורת מכוחו קוצרה משלוש שנים לשנה אחת, והסעיף הוחל רק על מסתננים שהסתננו למדינת ישראל לאחר כניסתו לתוקף של התיקון החדש. בגדר השינוי השני הוסף לחוק פרק ד', אשר מאפשר להכריז על מתקן מסוים כעל "מרכז שהייה" שבו ישו מסתננים שהגיעו לשטח ישראל בטרם נחקק תיקון מס' 4, ושלא ניתן להרחיקם מישראל בעת הזו.

9. תיקון מס' 4 נחקק בסד זמנים קצר. בעקבות ביטולו של תיקון מס' 3, פרסמה הממשלה ביום 7.11.2013 תזכיר הצעת חוק לתיקון החוק למניעת הסתננות (עבירות ושיפוט) (תיקון מס'...) (הוראת שעה), התשע"ד-2013. ביום 17.11.2013 אישרה הממשלה את הצעת התזכיר, וכעבור שלושה ימים, ביום 20.11.2013, הניחה על שולחן הכנסת את הצעת החוק למניעת הסתננות (עבירות ושיפוט) (תיקון מס' 4 והוראת שעה), התשע"ד-2013, ה"ח הממשלה 122 (לעיל ולהלן: הצעת החוק). חלפו עוד

חמישה ימים, וביום 25.11.2013 אושרה הצעת החוק בקריאה ראשונה במליאת הכנסת. ועדת הפנים של הכנסת קיימה ארבע ישיבות בעניין הצעת החוק, שבהן הוצגו עמדת הממשלה וחוות דעת של היועץ המשפטי לכנסת, ונשמעו עמדות של ארגונים שונים. ביום 9.12.2013 התקיים דיון בהצעת החוק במליאת הכנסת, ובסיומו אושרה הצעת החוק בקריאה שנייה ושלישית. תיקון מס' 4 היה אפוא לחוק.

10. ממועד חקיקת תיקון מס' 4 ועד לאכלוסו של מרכז השהייה – שהקמתו הוסדרה בפרק ד' לחוק מכוח תיקון זה – לא חלף זמן רב. עוד ביום 24.11.2013 קיבלה הממשלה החלטה שעניינה "תכנית משולבת ומתואמת לטיפול בתופעת ההסתננות הבלתי חוקית". הממשלה הורתה, בין היתר, כי הקמת מרכז שהייה למסתננים תושלם עד ליום 12.12.2013; כי המשרדים השונים ייערכו לכך ויקבעו את האופן שבו יפעלו במתקן או בסביבתו; וכי משרד האוצר יקצה לכך תקציבים. עוד החליטה הממשלה על קיצוץ מן המשרדים השונים כדי לממן את הפעלת המתקן (החלטה 960 של הממשלה ה-33 "תכנית משולבת ומתואמת לטיפול בתופעת ההסתננות הבלתי חוקית" (24.11.2013) (להלן: החלטת ממשלה מס' 960)). ביום 11.12.2013 פורסם ברשומות, בהתאם לסעיף 32 לחוק, צו למניעת הסתננות (עבירות ושיפוט) (הכרזה על מרכז שהייה למסתננים) (הוראת שעה), התשע"ד-2013, ק"ת 306 (להלן: הצו או צו ההכרזה). בצו זה הכריז השר לביטחון פנים על מתקן "חולות" כעל מתקן שהייה למסתננים לפי פרק ד' לחוק. יום לאחר פרסומו של צו ההכרזה על מתקן "חולות" (ביום 12.12.2013) החלה רשות האוכלוסין וההגירה להעביר את המסתננים שהוחזקו במשמורת וטרם שוחררו כמצוות פסק הדין בפרשת אדמ ממתקן המשמורת למרכז השהייה, הוא מתקן "חולות", בהתאם להוראות תיקון מס' 4.

IV. העתירות שלפנינו

א. תמצית טענות העותרים בבג"ץ 7385/13

11. העותרת 1 היא עמותה שאחת ממטרותיה היא חינוך והעלאת המודעות לנושא ההגירה לישראל ומדיניות ההגירה בעולם (להלן: העמותה). העמותה פועלת "לסייע לתושבי דרום תל-אביב בהתמודדותם עם השלכותיה של ההגירה וההסתננות לישראל". עותרים נוספים בעתירה זו הם תושבי דרום תל-אביב ובעלי נכסים באזור, אשר סבורים כי "שחרור המסתננים והמשך מדיניות אי-האכיפה של איסור העסקתם, יובילו באופן ודאי לפגיעה מהותית בביטחונם האישי, בשלומם ובחירותם". בעתירה זו, אשר הוגשה ביום 30.10.2013 (היינו: לאחר פסק הדין בפרשת אדמ וטרם חקיקתו של תיקון מס' 4)

נטען כי אף שפסק הדין בפרשת אדם הכיר במצוקה שתגרם לעותרים כתוצאה משחרור מסתננים באופן לא מסודר והצביע על דרכי פעולה אפשריות למניעת פגיעה בעותרים, לא פעלה המדינה לצמצם את הפגיעה הנובעת משחרור המסתננים הצפוי. העותרים בעתירה זו אף הביעו חשש משחרורם העתידי של כ-2,000 מסתננים בעקבות פסק דין אדם, ומהגעתם הצפויה, לטענתם, לשכונות דרום תל-אביב; ועמדו על המציאות הקשה הקיימת באזור ועל הפגיעה בזכויות היסוד שתוסב להם עקב כך. נוכח זאת טענו העותרים כי על הרשות לנקוט צעדים חלופיים טרם שחרור המסתננים, וביקשו כי נורה למשיבים למנוע את הפגיעה הצפויה בהם; להפעיל את מתקן "סהרונים" כמרכז פתוח; ולהודיע על התחלת פעולות אכיפה נגד מעסיקים של שוהים במרכז הפתוח. עוד נתבקש כי המשיבים יפעלו להעברת המסתננים השוהים בדרום תל-אביב למתקני משמורת פתוחים "כדי להפסיק את הפגיעה הנמשכת בתושבי דרום תל-אביב".

ב. תמצית טענות העותרים בבג"ץ 8425/13

12. שני עותרים בבג"ץ זה הם מבקשי מקלט אזרחי אריתריאה, ואחרים הם שורה של ארגוני זכויות אדם (כולם יכוננו להלן: העותרים). העותר 1 הסתנן לישראל ביום 1.8.2012 והוצא בעניינו צו גירוש מכוח סעיף 30א לחוק למניעת הסתננות. לטענת באי כוח העותרים, העותר 1 ברח מאריתריאה לאחר שאולץ לשרת בה שירות לאומי כפוי משך 16 שנים. במהלך שהותו במשמורת הגיש העותר 1 בקשת מקלט, שנדחתה ביום 28.7.2013. העותר 1 הגיש בקשה לעיון חוזר בהחלטה זו, ועל פי הנמסר בכתב התשובה מטעם המשיבים, בקשה זו עתידה להיות מוכרעת בעת הקרובה. ביום 10.12.2013 ניתנה הוראת שהייה בעניינו, ומאז הוא מצוי במרכז השהייה "חולות". העותר 2 הסתנן לישראל ביום 26.6.2012. בעתירה נטען כי הוא נמלט מאריתריאה לאחר שסירב להתגייס לשירות בצבא קבע שם, בהיותו כומר אורתודוקסי שאמונתו אוסרת שירות כאמור. ביום 5.9.2012 הוצא לעותר 2 צו גירוש שמכוחו הוחזק במשמורת – תחילה ב"גבעון" ומאוחר יותר במתקן "סהרונים". ביום 13.11.2012, בעת דיון בפני בית הדין לביקורת משמורת של מסתננים (להלן גם: בית הדין), טען העותר 2 – לדברי המשיבים, לראשונה – כי הוא מבקש מקלט מדיני (לטענתו, הוא פנה ליחידת הטיפול במבקשי מקלט במשרד הפנים עוד בחודש יולי 2012). ביום 17.9.2013 נדחתה בקשת המקלט של העותר 2. ביום 13.12.2013 ניתנה לעותר 2 הוראת שהייה, והוא הועבר ממתקן "סהרונים" למרכז השהייה "חולות". כעולה מכתב התשובה של המדינה, ביום 17.12.2013 יצא העותר 2 את מרכז השהייה ונמנע מלהתייצב בשעת הצהריים. בעקבות זאת, הוא הוזהר שלא לשוב על הפרת הוראת השהייה. ביום 19.12.2013 יצא העותר 2 את מרכז השהייה פעם נוספת, מבלי להתייצב

בשעת הצהריים. כשהוחזר למרכז נערך לו שימוע והוחלט על העברתו למשמורת למשך 30 ימים. ביום 16.1.2014 שב העותר 2 למרכז השהייה, ולמחרת עזב את מרכז השהייה ושב אליו רק בחלוף כ-48 שעות, ללא קבלת אישור. בעקבות זאת, ולאחר עריכת שימוע, הוחלט על העברתו למשמורת לתקופה של 90 יום. בהמשך קוצרה תקופה זו בהחלטת ממונה ביקורת הגבולות, והעותר 2 הושב למרכז השהייה, שם הוא מצוי כעת.

13. עמדת העותרים היא כי הן סעיף 30א לחוק (כנוסחו שלאחר תיקון מס' 4), הן הוראות פרק ד' לחוק (שעניינן הקמת "מרכז השהייה") אינם חוקתיים ולפיכך – דינם בטלות. לעניין תכליותיו של תיקון מס' 4, טוענים העותרים כי התכליות העומדות בבסיס תיקון זה זהות לתכליות שעמדו בבסיס תיקון מס' 3: מניעת השתקעות המסתננים בישראל והרתעתם מלבוא לישראל. לדברי העותרים, התכלית ההרתעתית אינה ראויה, והיא מעוררת קשיים שעליהם עמדנו בפרשת אדס (פסקאות 85-86 לחוות דעתה של השופטת ע' ארבל; פסקה 4 לחוות דעתו של השופט ס' ג'ובראן; פסקה 19 לחוות דעת); ואף התכלית של "מניעת השתקעות בישראל" אינה ראויה, בשים לב לכך שהיא כופה הפרדה ובידוד מהחברה הישראלית ביחס למי שלא ניתן לגרשם. לטענת העותרים, בצד שתי תכליות אלו ישנה תכלית נוספת ובלתי מוצהרת לחוק: "שבירת רוחם של הכלואים", במטרה שאלו יבקשו לצאת מישראל "מרצונם". נטען כי "עידודם" של אנשים לחזור "מרצון" למדינות שבהן נשקפת סכנה לחייהם, כשהוא נעשה בדרך של שלילת החירות והאוטונומיה האישית, הוא פסול – ועל כן אין מדובר בתכלית ראויה.

14. העותרים מוסיפים כי שני ההסדרים הקבועים בחוק – סעיף 30א ופרק ד' – אינם עולים בקנה אחד עם דרישת המידתיות שבפסקת ההגבלה שבסעיף 8 לחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו. בעניין סעיף 30א לחוק שבים העותרים על עיקר טענותיהם בפרשת אדס, שלפיהן סעיף זה סוטה מן העקרון שלפיו בהעדר הליך גירוש אפקטיבי, אין להחזיק אדם במעצר. עוד נטען כי מאז שבוטל סעיף 30א לחוק בפרשת אדס ועד למועד הגשת העתירה (בחלוף כשלושה חודשים) נכנסו לישראל 4 גברים סודנים בלבד. במצב זה, השמה במשמורת לתקופת זמן של שנה אינה מידתית.

15. טענות העותרים נוגעות, כאמור, גם להוראות פרק ד' לחוק. העותרים אינם מבחינים בין הוראותיו השונות של פרק זה. לשיטתם, הוראות אלו מרכיבות יחדיו הסדר נורמטיבי "שהופך את המרכז לבית סוהר". לדבריהם, הלכה למעשה שולל המרכז את חירותם של המוחזקים בו; החוק מעניק שורת סמכויות חריגות, שעניינן

חיפוש, שיפוט וענישה; הפנייה למרכז נעשית בדרך שרירותית ומפלה, ללא ביקורת שיפוטית יזומה; ולא הוסדרה בחוק מגבלת זמן על שהייה אפשרית במרכז, כך ש"אדם יכול למצוא עצמו במתקן ללא הגבלת זמן". הסעד המבוקש על ידי העותרים הוא הצהרה מיידית על בטלות כלל הוראות תיקון מס' 4, ותחת זאת יישום הוראות חוק הכניסה לישראל כפי שנעשה בפרשת אדט. לחלופין, מבוקש כי נבטל את הוראת סעיף 30א לחוק וכן את הוראות פרק ד' לחוק.

ג. עמדת המדינה

16. נפתח בתשובת פרקליטות המדינה (להלן: המדינה) לעתירה בבג"ץ 7385/13, שהוגשה מטעם העמותה ותושבי דרום תל-אביב. עמדת המדינה היא כי הסעדים שנתבקשו בעתירה זו (אשר הוגשה, כזכור, בטרם שנחקק תיקון מס' 4) זכו למענה מלא במסגרת תיקון זה והחלטת ממשלה מס' 960. המדינה מציינת כי שר הפנים הנחה את רשות האוכלוסין וההגירה לקבוע תנאים מפורשים בדבר איסור מגורים ועבודה בתל-אביב ובאילת במסגרת שחרור מסתננים ממשמורת בגדר יישום פסק הדין בפרשת אדט. בכך ניתן מענה מיידית לבקשת העותרים לפעול למניעת הפגיעה הצפויה בהם כתוצאה משחרור מסתננים כפועל יוצא של יישום פסק דין זה. עוד נטען כי תיקון מס' 4 לחוק העניק את הסעד המבוקש בעניין הקמת מרכז שהייה פתוח; וכי לסעד שנתבקש בנוגע להתמודדות עם "מסתננים חדשים" ניתן מענה על דרך חקיקתו המחודשת של סעיף 30א לחוק. אשר לבקשת העותרים לסעד הנוגע לפעולות אכיפה נגד מעסיקי מסתננים המצויים במרכז השהייה, טענת המדינה היא כי מדובר בעתירה מוקדמת נוכח כוונתה המוצהרת של רשות האוכלוסין וההגירה לעשות כן. אשר לבקשת העותרים כי נורה על העברת מסתננים השוהים כעת בדרום תל-אביב למרכז השהייה הפתוח, מפנה המדינה לכך שעד ליום 3.3.2014 זומנו למרכז 3,172 מסתננים. עוד נטען כי המדינה הקצתה 440 מיליון ש"ח לטובת יישום התיקון לחוק; כי הממשלה פועלת להתוויה ולמימוש של פתרונות ל"יציאה בטוחה" של מסתננים מישראל; כי הוקצו כספים ייעודיים בסך 73 מיליון ש"ח למשרד לביטחון פנים לשם קידום תכנית להגברת הביטחון האישי של תושבי הערים שבהן מצויים ריכוזי אוכלוסייה גדולים של מסתננים; וכי נערכת פעילות מוגברת של משטרת ישראל בשכונות בדרום תל-אביב. בשל כך, סבורה המדינה כי דין העתירה להידחות.

17. בהתייחס לעתירה בבג"ץ 8425/13, עמדת המדינה היא כי תיקון מס' 4 לחוק הוא חוקתי ושונה באופן מהותי מתיקון מס' 3 לחוק אשר בוטל בפסק הדין בפרשת אדט – ומכאן שאף דינה של עתירה זו להידחות. לשיטת המדינה, תיקון מס' 4 הוא

נדבך חשוב במערך נורמטיבי וביצועי שנועד לספק מענה מידתי, סביר ומאוזן לתופעת ההסתננות. המדינה טענה כי הרוב המכריע של המסתננים לישראל אינם פליטים או מבקשי מקלט, אלא מי שהגיעו ממדינות נחשלות שרמת החיים בהן נמוכה, במטרה להרוויח כסף רב (בהשוואה למדינות מוצאם). ביחס לנתיני אריתריאה וצפון סודן, סבורה המדינה כי בהינתן הקושי שבהחזרתם למדינות שמהן הגיעו (שעליו עוד אעמוד בהמשך הדברים), תיקון מס' 4 לחוק נדרש כדי להתמודד עם תופעת ההסתננות ולצמצם את השלכותיה הקשות מחד גיסא, ולספק תנאי מחייה בסיסיים למסתננים שכבר מצויים בגבולות המדינה מאידך גיסא. אשר לזכויות הנפגעות, מסכימה המדינה לכך שסעיף 30א לחוק שעניינו החזקה במשמורת פוגע בזכות לחירות; אך לטענתה, הגם שפרק ד' לחוק (שעניינו מרכז השהייה) מטיל מגבלות על חירות השוהים במרכז – אין הוא שולל זכות זו.

18. המדינה סבורה כי הפגיעה בחירות הגלומה בהוראות סעיף 30א לחוק עומדת בתנאי פסקת ההגבלה. נטען כי תכליות הסעיף – מניעת הישנותה של הסתננות בלתי חוקית, על דרך שינוי מערך התמריצים של "מסתננים פוטנציאליים"; ומיצוי אפיקי יציאה מישראל ביחס למי שכבר נכנס למדינה, תוך הקניית פרק זמן לבירור זהותו של המסתנן – הן תכליות ראויות. עוד נטען כי הוראות סעיף 30א לחוק הן מידתיות. ביחס למבחן המידתיות הראשון (מבחן הקשר הרציונאלי) נטען כי מאז חקיקת תיקון מס' 4 לחוק ועד למועד הדיון בעתירה, נכנסו לישראל רק 18 מסתננים (בהשוואה ל-16,851 בשנת 2011 ול-14,747 בשנת 2010), כך שהסעיף מגשים את תכליותיו על רקע הירידה במספר המסתננים שנכנסו לישראל. אשר למבחן המידתיות השני (אמצעי שפגיעתו פחותה), טענה המדינה כי אין אמצעי אחר שפגיעתו פחותה שיהא בכוחו להשיג את תכליות החוק באותה מידה – ובכלל זה לא מרכז השהייה הפתוח, שממנו ניתן לצאת לבלי שוב. עוד נטען כי הגדר שהוקמה בגבולה הדרומי של ישראל אינה אמצעי מספק למניעת תופעת ההסתננות, שכן אם תגבר המוטיבציה להגיע לישראל, רשתות הברחה מקצועיות – שידוע על אודות קיומן ממידע מודיעיני – לא תתקשינה להעביר מסתננים מבעד לגדר. אשר למבחן המידתיות השלישי (מידתיות במובן הצר), נטען כי הוראות התיקון קובעות הסדר מרוכך יותר מהוראות תיקון מס' 3 שבוטל בפסק הדין בפרשת אדמ, שכן הסעיף חל בנוסחו הנוכחי רק על מסתננים שנכנסו שלא כדין לישראל לאחר כניסת התיקון לתוקף; תקופת ההחזקה המרבית במשמורת קוצרה לשנה; ונערכו שינויים נוספים שיפורטו בהמשך. עוד טענה המדינה כי שוני מהותי נוסף הוא קיומם של הסדרים בין ישראל לבין מדינות שלישיות שמאפשרים הוצאת מסתננים מישראל

ב"אפיקי יציאה בטוחים", שבהם נעשה כעת שימוש. לשיטת המדינה, "ריכוך" זה של הפגיעה הגלומה בחוק הופך את פגיעתו למידתית נוכח התועלת הרבה הטמונה בו.

19. גם פרק ד' לחוק עומד, לשיטת המדינה, בתנאי פסקת ההגבלה. אשר לתכלית החוק, נטען כי פרק ד' נועד להפסיק את השתקעות אוכלוסיית המסתננים במרכזי הערים בישראל ולמנוע את השתלבותם בשוק העבודה המקומי, וכן לספק מענה הולם לצורכי אוכלוסייה זו. לעניין מבחן המידתיות הראשון טוענת המדינה כי הימצאות המסתננים במרכז השהייה מקיימת את התכלית האמורה. הודגש כי אף שמתקן "חולות" אינו יכול להכיל את מלוא אוכלוסיית המסתננים שבמרכזי הערים בישראל, הרי שהוא הוקם במתכונת "פיילוט" מצומצמת בניסיון לבחון את יעילותו, וממילא, תיקון מס' 4 לחוק אינו מגביל את מספר מרכזי השהייה שיוקמו מכוחו. עוד נטען כי מרכזי השהייה לא נועדו למנוע לבדם את ההשתקעות בערים של אוכלוסיית המסתננים. אשר למבחן המידתיות השני, נטען כי אין מנוס מהגבלות מסוימות על פתיחות המרכז ומהטלת איסור על עבודה מחוצה לו לשם הגשמת תכליות החוק במלואן. לעניין סמכויות ה"ענישה" נטען כי מדובר באמצעי אכיפה מינהליים שנועדו להתמודד עם מציאות קשה של הפרות חוזרות ומשמעותיות של חובת ההתייצבות במרכז שאפיינה את הפעלתו בתחילת הדרך, שבלעדיהם תסוכל האפשרות של חלופת משמורת פתוחה. עוד נטען כי ישנה ביקורת שיפוטית ומעין-שיפוטית על החלטות אלו, אשר מפחיתה באופן משמעותי את עוצמת הפגיעה בזכות לחירות של השוהים במרכז. המדינה הוסיפה כי מסתננים מופנים למרכז בהתבסס על קריטריונים ידועים ושוויוניים; וכי לא ניתן לתחום בזמן את שהות המסתננים במרכז, שכן משמעות הדבר היא כי לא תוגשם במידה זהה תכלית מניעת ההשתקעות במרכזי הערים. בנוגע למבחן המידתיות השלישי, נטען כי התועלת החברתית הרבה הגלומה במניעת השתקעות מסתננים בערים עומדת ביחס סביר להגבלת זכותם לחירות, בשים לב לשירותים הניתנים במרכז ולכך שהמרכז פתוח מרבית שעות היממה.

T. תגובת הכנסת

20. הכנסת לא ראתה להוסיף על האמור בטיעון החוקתי שהוצג בכתב התשובה של המדינה. בעניין הליך חקיקת התיקון, צוין כי בעקבות הדיונים שנערכו בוועדת הפנים של הכנסת עברה הצעת החוק המקורית שינויים שנועדו ליצור הסדר מידתי יותר, המפחית את הפגיעה בזכויות המסתננים. אשר לסעיף 30 לחוק, הוטעם כי בניגוד לנוסחו הקודם של הסעיף, סמכות ממונה ביקורת הגבולות לשחרר מסתנן בערובה בחלוף שנה מתחילת החזקתו במשמורת נוסחה כסמכות חובה ולא רשות; האפשרות

לשחרר מסתנן ממשמורת "מטעמים הומניטאריים מיוחדים" לא הוגבלה עוד ל"מקרים חריגים" בלבד; ונקבע כי חוות דעת ביטחונית, שלפיה במדינת מושבו או במקום מגוריו של מסתנן מתבצעת פעילות שעלולה לסכן את ביטחון מדינת ישראל, תוכל לשמש להערכת מסוכנות שנשקפת ממסתנן – אך לא תהווה עילה עצמאית למניעת שחרור ממשמורת. כמו כן, קוצרו מועדים שונים אשר היו קבועים בסעיף 30א לחוק בנוסחו הקודם הנוגעים להבאת מסתנן לפני ממונה ביקורת הגבולות ולפני בית הדין; וכן קוצרה התקופה לקיומה של בחינה עיתית. לעניין פרק ד' לחוק העוסק בהקמת מרכז שהייה הדגישה הכנסת כי התוסף לפרק סעיף המסמיך את מנהל המתקן הפתוח להורות על עריכת בדיקה רפואית למסתנן סמוך ככל האפשר למועד תחילת שהותו; הוטלו מגבלות שונות על הסמכות להורות על העברת מסתנן ממרכז שהייה למשמורת (בגדרי "סמכויות המשמעת"); וכן התווספה הוראה שלפיה משפחות, נשים וילדים לא יושמו במרכז שהייה עד להתקנת תקנות מיוחדות בעניינם.

ה. המבקשים להצטרף

21. שני ארגונים ביקשו להצטרף לבג"ץ 8425/13 כידידי בית המשפט. הראשון – פורום קהלת (להלן: הפורום) – הוא עמותה ציבורית שהקימו אנשי ציבור ואקדמיה מתחומי המשפט החוקתי, מדע המדינה והכלכלה. אלו הן, בתמצית, טענות הפורום: במישור התכליתי, נטען כי כאשר נבחנת השאלה אם תכליתו של חוק ראויה, יש להגדיר את תכלית החוק ברמת הפשטה גבוהה, ועל כן יש להסתפק במקרה דנן בבחינת השאלה אם בלימת תופעת ההסתננות ואכיפת מדיניות ההגירה הן תכליות ראויות. עוד נטען כי הרתעת "מסתננים פוטנציאליים" היא כשלעצמה תכלית ראויה, שכן מסתננים שמושמים במשמורת או במרכז שהייה הם צד לעניין – כמי שנכנסו בעצמם שלא כדין למדינה – ומכאן שלא נעשה בהם שימוש כאמצעי בלבד. אשר למרכז שהייה, נטען כי הימצאות במרכז פוגעת בעיקרה בזכות לחופש תנועה – זכות שאינה עומדת, לשיטת הפורום, למי שנכנסו לישראל שלא כדין – ולא בזכות לחירות אישית. לבסוף, מבקש פורום קהלת להדגיש כי לבית המשפט סמכות לבחון דברי חקיקה לאור חוקי היסוד – ולא לאור כללי המשפט הבינלאומי או עקרונות יסוד עמומים.

22. גוף נוסף שביקש להצטרף להליך כידיד בית המשפט הוא מרכז קונקורד לחקר קליטת המשפט הבינלאומי בישראל (להלן: מרכז קונקורד), שהוא מכון מחקרי אקדמי. מרכז קונקורד ביקש להדגיש כי על פי עקרונות המשפט הבינלאומי, שלילת חירות במטרה להגן על ריבונות המדינה בתחום ההגירה מותרת שלא למטרת ענישה; בצורה מידתית וסבירה; ולאחר שנערכה בחינה פרטנית של נחיצות המגבלות. נטען כי סעיף

30א לחוק אינו עומד בעקרונות אלה, משום שגם לאחר קיצור תקופת הזמן המרבית להחזקה במשמורת, תקופת ההחזקה המותרת עודנה בגדר "ברירת מחדל", ואין היא קשורה ישירות לתכלית המותרת – הרחקת מישראל של מי שנכנס אליה שלא כדין. עוד נטען כי גם הוראותיו של פרק ד' לחוק אינן עומדות בעקרונות האמורים, וזאת בשל הדמיון הרב שבין מרכז השהייה לבין משמורת; בהעדר הגבלת זמן לתקופת השהייה במרכז; ונוכח תכליתו המוצהרת של חלק זה לחוק – הפרדת המסתננים מהחברה והציבור בישראל.

עיינתי בבקשות ההצטרפות, ולא ראיתי צורך להכריע בהן. החומר שהגישו המבקשים להצטרף וטיעוניהם המפורטים הובאו לעיוננו, ואף בדיון שנערך לפנינו שמענו את באי כוחם. על בסיס מכלול הנתונים והטענות שהוצגו לפנינו – בשלה עת הכרעה.

.V דיון והכרעה

.א. בג"ץ 8425/13

.1. הניתוח החוקתי

23. השאלה הניצבת לפנינו עניינה חוקתיותו של תיקון מס' 4 לחוק ההסתננות – על שני חלקיו. נקודת המוצא לבחינה החוקתית היא כי לפנינו חוק של הכנסת, המבטא את רצון נבחרי העם. ככזה, נדרש בית המשפט לכבדו ולנקוט ריסון וזהירות בעת בחינת חוקתיותו. אין חולק כי זהירות מיוחדת נדרשת שעה שמדובר בחוק שנחקק פרק זמן קצר לאחר שנוסחו הקודם בוטל על ידי בית משפט זה (בפסק הדין בפרשת אדמ). עם זאת, זהירות זו אין משמעה כי בית משפט זה פטור ממילוי התפקיד המוטל עליו במשטרנו החוקתי. חובה עלינו לוודא כי תיקון מס' 4 לא פוגע שלא כדין בזכויות אדם המעוגנות בחוקי יסוד. אופייה הזהיר של הבחינה נגזר מהאיזון בין עקרון שלטון הרוב ועקרון הפרדת הרשויות, לבין חובתו של בית המשפט להגן על זכויות האדם ועל ערכי היסוד העומדים בבסיס משטרנו (ראו, למשל, פרשת אדמ, בפסקה 67; בג"ץ 2605/05 חטיבת זכויות האדם נ' שר האוצר, פ"ד סג(2) 545, 592-594 (2009) (להלן: עניין הפרטת בתי הסוהר); בג"ץ 6427/02 התנועה למען איכות השלטון בישראל נ' כנסת ישראל, פ"ד סא(1) 619, 694-696 (2006) (להלן: עניין חוק טל); בג"ץ 1661/05 המועצה האזורית חוף עזה נ' כנסת ישראל, פ"ד מט(2) 481, 552-553 (2005) (להלן: עניין חוף עזה)).

24. כידוע, בחינת חוקתיותו של חוק נערכת בשלושה שלבים (ראו, בין היתר, פרשת אדם, בפסקה 68; בג"ץ 10662/04 חסן נ' המוסד לביטוח לאומי, פסקה 24 (28.2.2012) (להלן: עניין חסן); עניין הפרטת בתי הסוהר, בעמ' 594-595; עניין חוף עזה, בעמ' 544-545; עניין חוק טל, בעמ' 669-670; ע"א 6821/93 בנק המזרחי המאוחד בע"מ נ' מגדל כפר שיתופי, פ"ד מט(4) 221, 428 (1995)). בשלב הראשון, יש לבחון אם החוק פוגע בזכויות אדם המעוגנות בחוק יסוד. אם התשובה על כך היא בשלילה – תסתיים הבחינה החוקתית כבר בשלב זה. לעומת זאת, אם התשובה היא בחיוב, יעבור הניתוח המשפטי אל השלב הבא. בשלב השני, יש לבחון אם הפגיעה בזכויות אדם עולה בקנה אחד עם מבחני פסקת ההגבלה, הקבועה בסעיף 8 לחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו:

פגיעה בזכויות
8. אין פוגעים בזכויות שלפי חוק-יסוד זה, אלא בחוק ההולם את ערכיה של מדינת ישראל, שנועד לתכלית ראויה, ובמידה שאינה עולה על הנדרש או לפי חוק כאמור מכוח הסמכה מפורשת בו.

25. בחינת הוראת חוק לאורה של פסקת ההגבלה נערכת בהתבסס על תפיסתנו החוקתית שלפיה זכויות האדם המוגנות בחוקי היסוד הן יחסיות, כך שניתן להגבילן למען מטרות ראויות שעניינן צורכי הכלל או זכויותיהם של פרטים אחרים. 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 הפרטת בתי הסוהר, בעמ' 620). פסקת ההגבלה קובעת ארבעה תנאים מצטברים שכל חוק הפוגע בזכויות אדם נדרש לעמוד בהם כדי שהפגיעה תהא כדין. ראשית, הפגיעה בזכות צריכה להיעשות מכוח הסמכה מפורשת בחוק. שנית, החוק צריך להלום את ערכיה של מדינת ישראל. במסגרת זו, יש לבחון את החוק למול ערכיה של מדינת ישראל כמדינה יהודית ודמוקרטית (סעיף 1א לחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו). שלישית, החוק צריך להיות לתכלית ראויה. תכלית תימצא כראויה אם היא "נועדה להגן על זכויות האדם, לרבות על ידי קביעת איזון סביר והוגן בין זכויות של פרטים בעלי אינטרסים מנוגדים באופן המוביל לפשרה סבירה בתחום הענקת הזכויות האופטימליות לכל פרט ופרט" וכן "אם היא משרתת מטרות ציבוריות 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)). ככל שהפגיעה בזכות היא חריפה ומקיפה יותר וככל שהזכות הנפגעת היא בעלת חשיבות רבה יותר, כך תידרשנה מטרות חשובות ומהותיות יותר כדי שתכליתו של החוק תוכר כתכלית ראויה (ראו עניין חסון, בפסקה 55; בג"ץ 6304/09 לה"ב – לשכת ארגוני העצמאים והעסקים נ' היועץ המשפטי לממשלה, פסקה 107 (2.9.2010); עניין הפרטת בתי הסוהר, בעמ' 621; בג"ץ 10203/03 "המפקד הלאומי" בע"מ נ' היועץ המשפטי לממשלה, פ"ד סב(4) 715, 822 (2008); עניין חוק טל, בעמ' 670-698; בג"ץ 8276/05 עדאלה-המרכז המשפטי לזכויות המיעוט הערבי בישראל נ' שר הביטחון, פ"ד סב(1) 1, 25 (2006) (להלן: עניין עדאלה); בג"ץ 6893/05 לוי נ' ממשלת ישראל, פ"ד נט(2) 876, 890 (2005)). כדברי הנשיא א' ברק: "כאשר הפגיעה היא בזכות מרכזית – כגון החיים, החירות, כבוד האדם, הקניין, הפרטיות – התכלית צריכה להגשים מטרה חברתית מהותית, או צורך חברתי לוחץ" (עניין עדאלה, שם); למחלוקת הדוקטרינרית בשאלת ההתייחסות לאמצעי הפוגעני ולזכות החוקתית הנפגעת במסגרת בחינת התכלית ראו חוות דעתי בפרשת אדס, בפסקה 18). לבסוף, הפגיעה בזכויות החוקתיות צריכה להיות במידה שאינה עולה על הנדרש. תנאי אחרון זה מבטא מבחן של מידתיות, המתמקד באמצעים שננקטים לצורך הגשמת המטרה. מבחן המידתיות מורכב משלושה מבחני משנה מצטברים, שעליהם אעמוד כעת.

מבחן המשנה הראשון הוא מבחן "הקשר הרציונאלי" או "מבחן ההתאמה", ועל פיו חייבת להתקיים זיקה עניינית בין תכליתו הראויה של החוק לבין ההסדרים שנקבעו בחוק לצורך הגשמתה. כלומר, האמצעי שנבחר חייב להוביל באופן רציונאלי להגשמת המטרה. לעניין זה, נדרש "מתאם אמיתי" בין האמצעי הראוי למטרה הראויה. אין להסתפק בהסתברות קלושה או תיאורטית בלבד, שכן האמצעי הפוגע צריך להוביל להשגת התכלית ב"מידת הסתברות רצינית" (עניין חסון, בפסקה 59; עניין חוק טל, בעמ' 706; בג"ץ 1715/97 לשכת מנהלי ההשקעות בישראל נ' שר האוצר, פ"ד נא(4) 367, 420 (1997) (להלן: עניין מנהלי ההשקעות); ראו גם: דליה דורנר "מידתיות" ספר ברנזון 281, 289 (2000)).

מבחן המשנה השני הוא מבחן "הצורך" או "האמצעי שפגיעתו פחותה", ועל פיו כשיתר התנאים שווים, צריך האמצעי שנבחר בחוק לפגוע במידה המועטה ביותר בזכויות האדם. על המחוקק להגיע לאותה "מדרגה בגרם המדרגות" שבמסגרתה התכלית הראויה מושגת, בלא לפגוע מעבר לדרוש בזכות האדם. בעשותו כן נתון למחוקק מרחב תמרון חקיקתי. בית המשפט מצווה לגלות בעניין זה גמישות. עליו להביא בחשבון רק אמצעים המגשימים את תכלית החקיקה באותה מידה או במידה

דומה לאמצעי שבחר המחוקק (ראו עניין הפרטת בתי הסוהר, בעמ' 601-602; בג"ץ 7052/03 עדאלה המרכז המשפטי לזכויות המיעוט הערבי נ' שר הפנים, פ"ד סא(2) 202, 344-343 (2006) (להלן: עניין חוק האזרחות הראשון)). עליו להכיר "בקשיי הבחירה של המחוקק, בהשפעת בחירתו על הסקטורים השונים של החברה וביתרון המוסדי של המחוקק בהערכתם של נתונים אלה" (עניין בנק המזרחי, בעמ' 444; בג"ץ 1789/13 לוטן נ' שרת החקלאות ופיתוח הכפר, פסקה 19 (20.6.2013) (להלן: עניין לוטן); ראו גם אהרן ברק מידתיות במשפט – הפגיעה בזכות החוקתית והגבלותיה 415-391 (2010) (להלן: מידתיות במשפט)).

מבחן המשנה השלישי הוא מבחן המידתיות "במובן הצר" או מבחן ה"עלות-תועלת", ועל פיו חייב להתקיים יחס ראוי בין התועלת שתצמח לציבור מהגשמת תכליותיו של החוק לבין הפגיעה בזכויות אדם הנלווית לו. מבחן ערכי זה, שהוא המרכזי מבין שלושת מבחני המשנה, הוא במהותו מבחן של איזון. ככל שהפגיעה בזכות החוקתית היא חמורה ועמוקה יותר, כך על התועלת המופקת מן החוק להיות רבה יותר. לעומת זאת, ככל שבבסיס החוק עומדת מטרה חברתית בעלת חשיבות רבה או צורך חברתי לוחץ, כך תימצא הצדקה לפגיעה קשה יותר בזכויות יסוד. בבסיס מבחן המידתיות השלישי עומדת תפיסתנו החוקתית שלפיה המטרה אינה מקדשת את כל האמצעים. היחס שבין התועלת הציבורית לבין הפגיעה בזכויות אדם חייב להיות מידתי כדי שדבר חקיקה ייחשב חוקתי (ראו פרשת אדמ, פסקאות 26-27 לחוות דעתי; עניין הפרטת בתי הסוהר, בעמ' 602-603; עניין עדאלה, בעמ' 25-26; עניין חוק טל, בעמ' 707-708). יוער כי בחינת שני תנאיה האחרונים של פסקת ההגבלה תעשה, בין היתר, בשים לב לסוג הפגיעה בזכויות ולעוצמתה. כפי שנפסק, "מהותה של הזכות הנפגעת, הטעמים שבבסיס הזכות וחשיבותה החברתית היחסית, עוצמת הפגיעה בה וההקשר שבו בוצעה הפגיעה – כל אלה משליכים על פרשנותן ואופן יישומן של דרישות התכלית הראויה והמידתיות [...]". (עניין המפקד הלאומי, בעמ' 823).

26. פגיעה בזכויות אדם מוגנות תהא אפוא פגיעה כדין רק כאשר הפגיעה עומדת בארבעת תנאיה של פסקת ההגבלה, ובתוך כך בשלושת מבחני המשנה של תנאי המידתיות. המסקנה היא כי חוק עלול לפגוע בזכויות אדם אך בכל זאת להיחשב לחוקתי, וזאת אם הפגיעה מקיימת את כל תנאיה של פסקת ההגבלה. במצב דברים זה, תסתיים הבחינה החוקתית. מנגד, אם ימצא כי הפגיעה אינה כדין, יעבור הניתוח לשלב האחרון. בשלב השלישי, יש לבחון את תוצאות אי החוקתיות במישור הסעד. כאן יש לבחון אם יש מקום לבטל את ההוראה הבלתי חוקתית או לצמצם את היקף תחולתה, כך שהיקף הפגיעה שבחוק יצומצם לחיוני ביותר (ראו עניין חוף עזה, בעמ' 552).

27. להלן נעמוד על בחינת חוקתיותו של תיקון מס' 4 על פי שלבים אלה. הבחינה תתחלק לשניים: תחילה יעמוד לביקורת חוקתית סעיף 30א לחוק שמכוחו ניתן להחזיק מסתנן במשמורת לפרק זמן מרבי של שנה. ראשית תיבחן השאלה אם סעיף זה פוגע בזכות אדם המוגנת בחוק יסוד; לאחר מכן נבחן אם הפגיעה בזכויות אדם הגלומה בסעיף 30א לחוק היא פגיעה כדין; ולבסוף תיבחן תוצאת אי-החוקתיות, ככל שתמצא כזו, במישור הסעד. לאחר השלמת הבחינה החוקתית של סעיף 30א לחוק, נמשיך לבחינת הוראותיו של פרק ד' לחוק שהתווסף לחוק בתיקון מס' 4, ושמכוחו ניתן להורות למסתננים להימצא במרכז שהייה. במסגרת זו, נבחן תחילה אם תכליותיו של פרק ד' עומדות בדרישת התכלית הראויה. לאחר מכן יעמדו לביקורת חוקתית חלק מן ההסדרים הפוגעניים שבפרק ד' לחוק באופן פרטני. לגבי כל הסדר שיימצא כי הוא פוגע בזכויות חוקתיות, נוסיף ונבחן אם הפגיעה היא כדין. בהמשך, נבדוק אם האופן שבו פוגע פרק ד' לחוק – כמכלול – בזכויות חוקתיות עומד בדרישת המידתיות. בשלב האחרון ייבחן הסעד ההולם שבכוחו לרפא את הפגמים החוקתיים שיימצאו בכל אחד מההסדרים הפוגעניים וכן בפרק ד' כולו.

אך עוד קודם לכן, כדי לשים דברים בהקשרם, נעמוד בתמצית על תופעת ההסתננות ועל היקפה נכון לעת הזו.

2. תופעת ההסתננות, בקשות מקלט ומה שביניהן

(א) רקע – תופעת ההסתננות

28. הגירת בני אדם בין מדינות היא תופעה חובקת עולם המצויה בעשרות השנים האחרונות במגמת עלייה. מדינות רבות נדרשות להתמודד עם מהגרים לא חוקיים שנכנסים לתחומן שלא כדין מבלי שקיבלו היתר לכך. מקומה של ישראל אינו נפקד ממדינות אלו. החל משנת 2007 מתמודדת ישראל עם תופעת הסתננות רחבת היקף של נתיני מדינות אפריקה – רובם נתיני אריתריאה והרפובליקה של סודן (להלן: סודן) – שנכנסים לשטחה שלא כדין, לרוב תוך חצייה לא מבוקרת של גבול ישראל-מצרים (גבול שהיה פרוץ ברובו עד לשנת 2012, וכעת חסום בגדר שנבנתה לכל אורכו). על פי נתוני רשות האוכלוסין וההגירה, עד ליום 30.6.2014 נכנסו לישראל 64,464 מסתננים. להוציא את אלה שעזבו את הארץ, שהו בישראל נכון למועד זה 48,212 מסתננים (ראו רשות האוכלוסין וההגירה – האגף לתכנון מדיניות, נתוני זרים בישראל (יולי 2014) (זמין

כאן) (להלן: נתוני רשות האוכלוסין); על הרקע העובדתי והנורמטיבי לתופעת ההסתננות בישראל עמדנו בהרחבה בפרשת א.ד.ט. ראו פרשת א.ד.ט., בפסקאות 2-24; ובפסקאות 1-9 לחוות דעתי).

29. מרבית המסתננים שהגיעו לישראל הם גברים צעירים בשנות העשרים עד שנות הארבעים לחייהם. מדו"ח מבקר המדינה שפורסם לאחרונה עולה כי רבים מהם מתגוררים בתל-אביב-יפו (ובפרט בשכונות דרום תל-אביב), והיתר מתגוררים בעיקר באילת, באשדוד, באשקלון, בבאר שבע, בפתח תקווה, בראשון לציון וברמלה (מבקר המדינה "זרים שאינם בני הרחקה מישראל" דוח שנתי 2014, 59, 69) (להלן: דו"ח מבקר המדינה)). המדינה טענה לפנינו כי שהייתם הממושכת של המסתננים בשטח המדינה והשתקעותם במרכזי הערים מהוות איום ממשי על ריבונותה של מדינת ישראל ועל חוסנה הלאומי, החברתי והכלכלי. בפרט הדגישה המדינה את נטייתה של אוכלוסיית המסתננים להשתקע בשכונות בלתי מבוססות, דבר שפוגע קשות במרקם החברתי וביטחונם האישי של תושביהן, על רקע גידול נטען בשיעור הפשיעה בקרב אוכלוסייה זו. עוד הדגישה המדינה את השלכותיה הכלכליות של התופעה ואת היבטיה התקציביים והכלכליים, נוכח הצורך לספק לאוכלוסייה זו שירותי בריאות וחינוך בסיסיים ועקב הגידול המאסיבי והבלתי מבוקר במספר העובדים הלא מקומיים. אף מבלי להידרש לנתונים שהובאו בהקשר זה לגופם (שלמצער ביחס לחלקם הוצבו סימני שאלה; וראו פרשת א.ד.ט., בפסקאות 12-18), ברור לכל כי תופעת ההסתננות מעוררת קשיים בלתי מבוטלים שעמם נאלצים להתמודד רשויות המדינה ותושביה.

30. מי הם אותם "מסתננים"? מדוע עשו את דרכם לישראל? בעתירה שלפנינו שבה ומתגלה המחלוקת העקרונית הנטושה בין המדינה לבין העותרים בשאלת זהותם של המסתננים ובשאלת המניע העיקרי להגעתם לישראל – מציאת עבודה ושיפור רמת החיים, כטענת המדינה; או מציאת מקלט מפני הסכנה שנשקפת לחייהם ולשלמות גופם במדינות מוצאם, כטענת העותרים. המדינה חזרה וטענה כי הטעם העומד בבסיס החלטת המסתננים להגיע למדינת ישראל הוא כלכלי בעיקרו; וכי ראיונות שנערכו למסתננים לאחר כניסתם לישראל תומכים במסקנה זו. כפועל יוצא קידמה המדינה חקיקה של הוראות חוק שונות שעניינן איסור הוצאת רכוש של מסתנן מישראל – חקיקה שאינה עומדת לבחינתנו בעתירות דנן (חוק למניעת הסתננות (עבירות ושיפוט) (הוראת שעה), התשע"ג-2013, ס"ח 78; חוק איסור הלבנת הון (הוראת שעה), התשע"ג-2013, ס"ח 81). במסגרת חקיקה זו, הוסף לחוק למניעת הסתננות סעיף הקובע כי מסתנן לא יוכל להוציא רכוש מישראל אלא בעת יציאתו ממנה (סעיף 7א(ב)(1) לחוק זה); נקבעה הגבלה על שווי הרכוש שיוכל מסתנן לצאת עמו מישראל

(סעיף 7א(ב)(1)(ב) לחוק זה); ונקבעו סמכויות לעניין תפיסת רכוש (סעיף 7א(ג) לחוק זה). עוד הותקנו תקנות המסדירות את האופן שבו מסתנן רשאי לדרוש אישור להוצאת רכוש מישראל (תקנות למניעת הסתננות (עבירות ושיפוט) (הוצאת רכוש מישראל) (הוראת שעה), התשע"ד-2013, ק"ת 10).

העותרים טענו, מנגד, כי המסתננים הם ברובם מבקשי מקלט הנמלטים מסכנות הנשקפות להם במדינות מוצאם. לטענתם, נציבות האו"ם לפליטים מכירה בסכנות שלהן חשופים נתיני אריתריאה וסודן, ומדינות ברחבי העולם מעניקות לרבים מהם מעמד של פליטים. העותרים מפנים בהקשר זה לפסק הדין בפרשת אדט, שבו ציין בית משפט זה 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" (שם, בפסקה 112 לחוות דעתה של חברתי השופטת ע' ארבל). עוד עמדו העותרים על כך שהקשיים שבהם נתקלים המסתננים אינם באים לקיצם עם עזיבת מדינות מוצאם. ואמנם, מדו"ח מבקר המדינה שפורסם לאחרונה עולה כי מסתננים דיווחו לארגוני סיוע על אלימות בדרכם לישראל או בעת שהייתם בה; וכי רשויות מקומיות שבתחומן מתגוררות קבוצות גדולות של מסתננים מסרו כי קבוצות אלו מגלות לעתים תופעות המאפיינות מצבים של פוסט-טראומה. מבקר המדינה הוסיף ועמד בהרחבה על תנאי המחיייה הקשים שהם מנת חלקם של המסתננים שהגיעו לישראל, והצביע על שורת ליקויים באופן שבו התמודדו הרשויות עד כה עם הטיפול באוכלוסייה זו (ראו דו"ח מבקר המדינה, בעמ' 60-67).

31. כפי שצינתי בפרשת אדט (בפסקה 8 לחוות דעתי), התמונה האמיתית בדבר זהותם של המסתננים היא ודאי מורכבת מזו שמבקש כל צד להציג. לצד המניע הכלכלי שניתן להניח כי הניע רבים מהמסתננים להגיע דווקא למדינת ישראל, לא ניתן לדחות כלאחר יד את הטענות בדבר הימלטות מן הסכנות שנשקפו להם בארצם. כדי להעמיד את תופעת ההסתננות בהקשרה, חשוב לעמוד, בקצירת האומר, על המתרחש במדינות אלו (לסקירה מקיפה ראו פרשת אדט).

כ-73% מן המסתננים המצויים בארץ הם נתיני אריתריאה – מדינה הממוקמת בצפון-מזרח אפריקה על חופו של ים סוף. מדינה זו, שהיא אחת מהמדינות הצעירות והעניות בעולם, הוקמה בשנת 1993 לאחר שקיבלה את עצמאותה מאתיופיה בעקבות מלחמת עצמאות ממושכת. עם הקמת המדינה נערכו באריתריאה בחירות דמוקרטיות – היחידות שהתקיימו במדינה עד היום – ובהן נבחר נשיא המדינה, שעודנו מכהן כראש

המדינה, ראש הממשלה ומפקדו העליון של הצבא. באסיפה הלאומית באריתריאה מכהנים נציגי מפלגה אחת בלבד, ואסורה כל התאגדות פוליטית שאינה במסגרת המפלגה או כזו המעבירה ביקורת על מפלגת השלטון. על פי דו"חות עדכניים, הממשל באריתריאה מפר זכויות אדם באופן שיטתי ורחב-היקף – אזרחים נעצרים באורח שרירותי ומוחזקים בתנאים בלתי אנושיים; מוטלים עונשי מאסר ללא משפט; קיימת חובת שירות צבאי לתקופה שאינה מוגבלת בזמן שבמהלכו חשופים המשרתים לעונשים קשים; מוטלות מגבלות חמורות על חופש הדת וחופש הביטוי ועוד (ראו Special Rapporteur on the Situation of Human Rights in Eritrea, Rep. on the Situation of Human Rights in Eritrea, Human Rights Council, U.N. Doc. A/HRC/23/53 (May 28, 2013) FOREIGN & COMMONWEALTH OFFICE, : ראו גם; (זמין כאן); (by Sheila B. Keetharuth) HUMAN RIGHTS AND DEMOCRACY: THE 2013 FOREIGN & COMMONWEALTH OFFICE REPORT, U.S. Dept. of State, Bureau of Democracy, ; (זמין כאן) 2014, Cm. 8842, at 201–06 (U.K.); Human Rights & Labor, Eritrea 2013 Human Rights Report (Feb. 2014) (זמין כאן)).

כ-19% מאוכלוסיית המסתננים הם נתיני סודן – מדינה הממוקמת אף היא בצפון-מזרח אפריקה על חופו של ים סוף, צפון-מערבית לאריתריאה. סודן, כיום המדינה השלישית בגודלה ביבשת אפריקה, היא מדינה למודת הפיכות צבאיות ומאבקים פנימיים שרוב תושביה שרויים בעוני ניכר. בשנת 2003 פרץ מרד בחבל דרפור שבמערב המדינה, שהפך למאבק אתני אשר לווה בטבח המוני שיש שרואים בו רצח עם. בשנת 2011 הכריזה דרום סודן על עצמאותה מסודן (המוכרת כיום, כאמור, כ"רפובליקה של סודן") לאחר מלחמת אזרחים ארוכה ועקובה מדם בין הצפון לבין הדרום. על אף שיפור משמעותי שחל בנעשה במדינה מאז שנת 2011, נמשכים דיווחים על הפרה של זכויות אדם בחלקים שונים בה (ראו Indep. Expert on the Situation of Human Rights in the Sudan, Rep. on the Situation of Human Rights in the Sudan, Human Rights Council, U.N. Doc. A/HRC/24/31 (Sept. 18, 2013) (by Mashood A. Baderin) (זמין כאן)).

32. נכון לעת הזו, ישראל אינה מגרשת את נתיני אריתריאה או נתיני סודן לארצות מוצאם. נתיני אריתריאה אינם מורחקים מישראל במסגרת מדיניות זמנית של אי הרחקה. זאת, בהתאם לעקרון "אי ההחזרה" (Non Refoulement) שלפיו אין להרחיק אדם למקום שבו נשקפת סכנה לחייו או לחירותו. עקרון "אי ההחזרה" הוא עקרון של המשפט הבינלאומי המנהגי, המעוגן בסעיף 33 לאמנת הפליטים (האמנה הבינלאומית בדבר מעמדם של פליטים, כ"א 65, 5 (נפתחה לחתימה ב-1951) (להלן: אמנת הפליטים או האמנה)) ובסעיף 3 לאמנה נגד עינויים ונגד יחס ועונשים בלתי אנושיים או משפילים, כ"א 31, 249 (נפתחה לחתימה ב-1984), והוא מחייב גם לפי הדין הפנימי

הישראלי (בג"ץ 4702/94 אל-טאיי נ' שר הפנים, פ"ד מט(3) 843, 848 (1995) (להלן: עניין אל-טאיי); פרשת אדם, פסקה 8 לחוות דעתי). להבדיל, בעניין נתיני סודן, כמדיניות מוצהרת – שאינה עומדת לבחינה בעתירות שלפנינו ואיני נוקט בעניינה כל עמדה – ישראל אינה מחילה כל הגנה. החל משנת 2012 מוחזרים נתיני דרום סודן, שעמה יש לישראל יחסים דיפלומטיים, למדינת מוצאם, בכפוף לבחינה פרטנית של בקשות מקלט. עם זאת, המדינה אינה מחזירה מסתננים שהם נתיני סודן (היא "הרפובליקה של סודן") לארץ מוצאם בשל קשיים מעשיים הנובעים מהעדר יחסים דיפלומטיים עם מדינה זו. יוער כי אף שלמסתננים שנמצאים בתחומי ישראל לא מוענקים אישורי עבודה, נכון לעת הזו לא נאכף האיסור על העסקתם של מי שחלה עליהם מדיניות אי ההרחקה הזמנית או כאלה שהגישו בקשת מקלט וטרם הסתיים הטיפול בבקשתם (ראו הצהרת המדינה בבג"ץ 6312/10 קו לעובד נ' המחשלה (16.1.2011) (להלן: עניין קו לעובד השלישי); פרשת אדם, בפסקה 17). יש לציין כי המדינה הודיעה על כוונתה לנקוט בצעדים לאכיפת האיסור לעבוד החל מיום 12.12.2013 בכל הנוגע למסתננים השוהים במרכז השהייה (ראו הודעת משרד הפנים ורשות האוכלוסין וההגירה "על הקמת מרכז שהייה למסתננים ותחילת אכיפה על מעסיקי מסתננים" (זמין כאן)).

33. מדיניות אי ההרחקה החלה על יוצאי אריתריאה, והעובדה שלא ניתן להרחיק את נתיני סודן לארץ מוצאם הלכה למעשה, תוצאתה המשך שהייתם של מסתננים רבים בגבולות המדינה בימים אלה. ואולם, רבים מן המסתננים סבורים שאין די בכך שאין הם מורחקים לארצות מוצאם. על רקע הסכנות הנשקפות לחלק מהם במדינות המקור, ובשים לב להפרת זכויות האדם הנמשכת במדינות אלו, טוענים האחרונים כי הם זכאים למעמד של פליטים. נוכח ההשלכה שיש לכך על הבחינה החוקתית המתחייבת בעתירות שלפנינו, נעמוד בקצרה על התשתית הנורמטיבית והעובדתית הדרושה לעניין.

"פליט" הוא מי שנמצא מחוץ לארץ אזרחותו בשל "פחד מבוסס להיות נרדף מטעמי גזע, דת, אזרחות, השתייכות לקיבוץ חברתי מסוים או להשקפה מדינית מסויימת, ואיננו יכול להיזקק להגנתה של אותה ארץ או אינו רוצה בכך בגלל הפחד האמור" (סעיף 1(2) לאמנת הפליטים). כדי לזכות בהכרה כפליט, אדם נדרש להגיש למדינה המארחת – המדינה שאליה הגיע מארץ מוצאו – בקשה למקלט (בחלק מן המדינות בקשות למקלט מוגשות אל נציבות האו"ם לפליטים, ובאחרות הן מוגשות ישירות לרשות ממשלתית האמונה על התחום). אמנת הפליטים מחייבת להעניק למי שהוכר כפליט זכויות בתחומים שונים, ואוסרת לגרשו אל ארצות שבהן חיינו או חירותו

יהיו בסכנה מהטעמים האמורים. על פי דו"ח נציבות האו"ם לפליטים, נכון לסוף שנת 2012 הוכרו ברחבי העולם מעל ל-9.8 מיליון בני אדם כפליטים. מרביתם התרכזו במדינות אפריקה ודרום אסיה, ומיעוטם במדינות אירופה ובארצות הברית (ראו U.N. High Comm'r for Refugees, UNHCR Statistical Yearbook 2012, at 26 (2013) (זמין כאן)) (להלן: הדו"ח הסטטיסטי העדכני של נציבות האו"ם לפליטים)). מדינת ישראל, אשר הייתה בין 26 המדינות שנציגיהן נטלו חלק בניסוח אמנת הפליטים, חתמה על האמנה בשנת 1951 והייתה לאחת המדינות הראשונות שאשררו אותה בשנת 1954 (בין היתר בשל כך שהאוכלוסייה שהאמנה נועדה לטפל בה הייתה זו של פליטי מלחמת העולם השנייה, ובכללם פליטי השואה היהודים) (ראו טלי קריצמן ואדריאנה קמפ "כינונו של משטר פליטים בישראל: בין מדינה לחברה אזרחית" העצמה במשפט 55, 64 (גיא מונדלק ומימי אייזנשטט עורכים, 2008)). בהמשך, הצטרפה מדינת ישראל אף אל הפרוטוקול בדבר מעמדם של פליטים משנת 1967, כ"א 21, 23 (נפתח לחתימה ב-1967), אשר הרחיב את הגדרת הפליטות והחילה גם על מי שנמצאים מחוץ לארצם בשל מאורעות שאירעו לאחר יום 1.1.1951. אף שאמנת הפליטים לא נקלטה בדין הישראלי, נודעת לה משמעות גם במשפטנו הפנימי. זאת, נוכח החזקה הפרשנית שנקבעה בפסיקתנו, שלפיה קיימת התאמה בין חוקי המדינה לבין נורמות של המשפט הבינלאומי המחייבות את מדינת ישראל. על פי "חזקת ההתאמה", חוקי המדינה יתפרשו – ככל הניתן – באופן העולה בקנה אחד עם הדין הבינלאומי (ראו למשל: דנ"פ 7048/97 פלוניס נ' שר הביטחון, פ"ד נד(1) 721, 742-743, 767 (2000); תומר ברודי "מעמדו של המשפט הבינלאומי במשפט המדינתי" משפט בינלאומי 69, 72-74 (רובי סיבל עורך, מהדורה שנייה, 2009)).

34. עד כה לא נעשה, כאמור, צעד חקיקתי לקליטת האמנה כחלק מן הדין הפנימי הישראלי. ואולם, עמדתה העקבית של המדינה היא כי היא רואה עצמה מחויבת ביישומן של הוראות אמנת הפליטים. חרף כך, עד לאחרונה התקשו מסתננים להגיש בקשות למקלט כדי לזכות במעמד פליטות. אף שהחל משנת 2009 הועבר בהדרגה הטיפול בבקשות המקלט ליחידת ה-RSD (Refugee Status Determination) במשרד הפנים מהגורם שטיפל בכך קודם לכן (נציבות האו"ם לענייני פליטים – UNHCR), מדו"ח מבקר המדינה עולה כי בפועל, עד לסוף שנת 2013 לא החל משרד הפנים הישראלי בבירור בקשות מקלט שהגישו יוצאי אריתריאה וסודן שהיו מצויים מחוץ למתקני משמורת, למעט במקרים חריגים (דו"ח מבקר המדינה, בעמ' 69; להרחבה ראו עע"ם 8675/11 טדסה נ' יחידת הטיפול למבקשי מקלט, פסקאות 9-11 (14.5.2012)). לעובדה זו נודעת נפקות לענייננו. במדינות רבות, עצם הגשת בקשה לזכות במעמד של פליט מובילה להחלטה של מערכת דינים ייחודית ונפרדת מזו שחלה על שוהים בלתי

חוקיים שאין בפיהם טענת זכות להגנה מיוחדת ושלא ניתן להרחיקם מסיבות טכניות. זאת, על רקע ההכרה בנסיבות יוצאות הדופן של מי שעזבו את מדינתם שלא מתוך בחירה או העדפה, אלא מתוך כורח ואילוץ (ראו, למשל, ההבחנות הנהוגות בדין האירופי: E.U. AGENCY FOR FUNDAMENTAL RIGHTS, HANDBOOK ON EUROPEAN LAW RELATING TO ASYLUM, BORDERS, AND IMMIGRATION 41–57, 135–57 (2013) (זמין כאן); MATHILDE HEEGAARD BAUSAGER ET AL., EUR. COMM'N, STUDY ON THE SITUATION OF THIRD-COUNTRY NATIONALS PENDING RETURN/REMOVAL IN THE EU MEMBER STATES AND THE SCHENGEN ASSOCIATED COUNTRIES, Annex-1 Country Reports (2013) (HOME/2010/RFX/PR/1001) (זמין כאן) (להלן: נספח מדינות (2013)). בישראל ההבחנה האמורה אינה מקובלת (ראו נטע משה מדיניות כלפי מבקשי מקלט באיחוד האירופי ובמדינות מרכזיות בו 5, 41 (מרכז המחקר והמידע של הכנסת, 2013) (זמין כאן)). כך, למשל, הוראותיו של פרק ד' לחוק למניעת הסתננות, שמכוחן ניתן להורות למסתננים להימצא במרכז שהייה, אינן מבחינות בין מבקשי מקלט לבין זרים אחרים שלא ניתן לגרשם: אלה גם אלה נדרשים להתייצב במרכז שהייה; העובדה שהוגשה בקשה למקלט אינה משנה את תנאי שהייה; וקצב הטיפול בבקשה למקלט אינו מקים עילה לשחרור. הוראותיו של סעיף 30א לחוק למניעת הסתננות, המאפשר להחזיק מסתנן במשמורת, מבחינות אמנם בין מבקש מקלט לבין שוהים בלתי חוקיים אחרים בכל האמור לעילות השחרור ממשמורת (הממונה על ביקורת הגבולות רשאי לשחרר מבקש מקלט ממשמורת אם לא החל הטיפול בבקשתו בחלוף שלושה חודשים ממועד הגשתה (סעיף 30א(ב)(5) לחוק); וכן אם לא ניתנה החלטה בבקשה בחלוף שישה חודשים ממועד הגשתה (סעיף 30א(ב)(6) לחוק)) – ואולם, אף שהגשת בקשת מקלט עשויה להאיץ את קצב השחרור, אין היא מונעת את עצם ההחזקה במשמורת. להשלמת התמונה יצוין כי בתשובת המדינה לבקשה לפרטים נוספים נמסר כי נכון ליום 25.3.2014, כ-50% מהבקשות למקלט שהגישו מסתננים בישראל הוגשו על ידי מסתננים שהוחזקו במשמורת, וכ-3% מהן הוגשו על ידי מסתננים שהוחזקו במרכז שהייה (שאוכלס, כאמור, כשלושה חודשים קודם לכן, ביום 13.12.2013).

35. לא רק בכך נבדלת מדינת ישראל ממדינות אחרות בעולם. מבט השוואתי מלמד כי שיעורי ההכרה העולמיים בבקשות למקלט שהגישו נתיני אריתריאה וסודן – מדינות המוצא של מרבית המסתננים המצויים בישראל – גבוהים בהרבה משיעורם בישראל. בשנת 2012 (שהיא השנה האחרונה שיש לגביה נתונים עדכניים) עמד שיעור ההכרה העולמי ביוצאי אריתריאה כפליטים על 81.9%; ובמי שמוצאם בסודן – על 68.2% (ראו הדו"ח הסטטיסטי העדכני של נציבות האו"ם לפליטים, בעמ' 102, 104). מהנתונים שמסרה המדינה, המעודכנים ליום 3.3.2014, עולה כי בישראל התקבלו עד כה פחות

מ-1% מהבקשות למקלט שהגישו נתיני אריתריאה, ואף לא אחת מהבקשות של נתיני סודן (ובמספרים: 1,468 בקשות למקלט הוגשו על ידי מסתננים שמוצאם באריתריאה; מתוך אלו רואיינו עד כה כ-980 מבקשים, ו-444 בקשות הוכרעו – 442 נדחו ושתיים אושרו. עוד הוגשו 1,373 בקשות למקלט על ידי מסתננים שמוצאם בסודן; מתוכן רואיינו 505 מבקשים; ו-9 בקשות הוכרעו – כולן נדחו).

36. המדינה והעותרים נחלקים ביניהם בפרשנות שיש להעניק לנתונים אלה, וכל כד צד מבקש להסיק מהם מסקנה שונה. המדינה הדגישה את מספרן הנמוך של בקשות המקלט שהוגשו ביחס להיקפה של אוכלוסיית המסתננים בארץ, מספר המעיד, לשיטתה, על המניעים שהובילו את המסתננים להגיע לישראל מלכתחילה. מנגד, העותרים טענו כי המספר הנמוך מוסבר בתקופה הארוכה שבמהלכה לא ניתנה לאזרחי אריתריאה וסודן האפשרות להגיש בקשות למקלט; בכך שהמדינה לא פעלה כדי ליידע אותם על כך שכעת קיימת אפשרות לעשות כן; במשך הטיפול הארוך בהן (בשים לב לכך שרובן טרם הוכרעו); ובשיעור האפסי של קבלתן. בין הצדדים נטועה מחלוקת אף בשאלת ההקשר שבו יש להציג את שיעור הקבלה הנמוך של בקשות המקלט של נתיני אריתריאה וסודן. המדינה והעותרים בבג"ץ 7385/13 סבורים כי מצבה של מדינת ישראל שונה משמעותית ממצבן של מדינות אחרות ברחבי העולם, בין היתר בהיותה המדינה המפותחת היחידה שיש לה גבול יבשתי ארוך עם יבשת אפריקה; מיקומה ביחס לשכנותיה, המוביל לכך שהמסתננים אינם ממשיכים ממנה למדינות אחרות; ומצבה הגיאוגרפי-פוליטי המקשה עליה לשתף פעולה עם המדינות השכנות לה בהתמודדות עם התופעה במטרה לצמצם את היקפיה, כפי שעושות מדינות אחרות בעולם (על שיתוף פעולה בין-מדינתי במקומות אחרים בעולם ראו James C. Hathaway, *Refugees and Asylum*, in FOUNDATIONS OF INTERNATIONAL MIGRATION LAW 177, 183 (Brian Opeskin, Richard Perruchoud & Jillyanne Redpath-Cross eds., 2012); Regulation 604/2013 of the European Parliament and of the Council of 26 June 2013 Establishing the Criteria and Mechanisms for Determining the Member State Responsible for Examining an Application for International Protection Lodged in One of the Member States by a Third-Country National or Stateless Person (Recast), art. 17(2), 2013 O.J. (L 108) 31, 41–42 (Dublin III); [כאן](#)); לטענה כי יש לקיים שיתוף פעולה מסוג זה בצמצום ובהתקיים נסיבות מיוחדות בלבד ראו: Michelle Foster, *Protection Elsewhere: The Legal Implications of Requiring Refugees to Seek Protection in Another State*, in HUMAN RIGHTS & REFUGEE LAW 422 (James C. Hathaway ed., 2013). כל אלה, כך נטען, הובילו לכך שישראל נאלצה לקלוט עשרות אלפי מסתננים יוצאי אריתריאה וסודן, עד שהפכה בשנת 2011 למדינה שקלטה את מספר האריתריאים הגבוה בעולם. לעומת זאת, יתר מדינות העולם, ובפרט

מדינות האיחוד האירופי, מתמודדות עם עשרות עד מאות בודדות של נתיני אריתריאה וסודן המבקשים מקלט בתחומן – היקפים המאפשרים להן להכיר בבקשותיהם למקלט בשיעורים גבוהים יותר. מנגד טוענים העותרים כי אין בכך כדי להסביר את שיעור ההכרה הנמוך, בשים לב לכך ששיעור כלל מבקשי המקלט (ולא רק אלה שמוצאם בסודן ובאריתריאה) במדינות אלו דומה – ואף גבוה – מזה שבישראל. נטען כי בשנת 2013 לבדה הוגשו במדינות האיחוד האירופי בקשות מקלט בשיעור המתקרב ל-1% מכלל אוכלוסיית האיחוד (398,234 בקשות מקלט בסך הכל). זאת, בעוד ששיעור הנכנסים לישראל ללא היתר במשך 9 שנים עמד על כ-1% מכלל האוכלוסייה (לטענה שנטל הטיפול בפליטים המוטל כיום על ישראל קטן יחסית בהשוואה למדינות אחרות באזור, גם בהתחשב במצבה הכלכלי, בגודל האוכלוסייה ובשטחה, ראו טלי קריצמן-אמיר "מבוא" פליטים ומבקשי מקלט בישראל: היבטים חברתיים ומשפטיים 7, 16 (טלי קריצמן-אמיר עורכת, צפוי להתפרסם ב-2014) (המאמר יכונה להלן: קריצמן-אמיר; הספר יכונה להלן: פליטים ומבקשי מקלט בישראל)). עוד הוסיפו העותרים כי השוואה למתרחש במדינות העולם המערבי מלמדת כי אף במדינות שמכירות בנתיני אריתריאה וסודן כפליטים בשיעור נמוך, שיעורי ההכרה בהם כזכאים ל"הגנה משלימה" (הכוללת מתן מעמד רשמי והגנות מסוימות שאינן מתחייבות מאמנת הפליטים) גבוהים ביותר (כך, למשל, צוין כי בשנת 2012 הוכרו בהולנד – שאליה מתייחסים העותרים כדוגמה למדינה מערבית ששיעורי ההכרה בה נמוכים – רק 2.6% מיוצאי אריתריאה כפליטים, אך 57.9% מהם נמצאו זכאים להגנה משלימה).

(ב) מימדי התופעה – מבט עדכני

37. בטרם ניגש למלאכת הבחינה החוקתית של עיקרי תיקון מס' 4, ולצורך גיבוש התשתית העובדתית שתעמוד בבסיס הניתוח החוקתי, נתייחס למידע עדכני שנמסר לנו בדבר היקפה של תופעת ההסתננות ודרכי ההתמודדות עימה הנוהגות כיום. כפי שצינתי בפרשת אדם, הצגת תמונה ברורה ככל הניתן חיונית לחידוד השאלות העומדות להכרעה (פסקה 1 לחוות דעתי), שהרי ביקורת חוקתית על כל שלביה אינה נערכת בחלל ריק. עליה להישען לא רק על ערכי היסוד שמבקשת המדינה לקיים בתחומיה, אלא גם על צורכיה ועל מציאות החיים הנוהגת שעימה היא נדרשת להתמודד (ראו והשוו: בג"ץ 4542/02 קו לעובד נ' ממשלת ישראל, פ"ד סא(1) 346, 377 (2006) (להלן: עניין קו לעובד הראשון); בג"ץ 466/07 גלאון נ' היועץ המשפטי לממשלה, פסקה 15 (11.1.2012)). אכן, מצבי חירום חריגים באופיים עשויים לשנות את האיזון החוקתי באופן שיצדיק פגיעה זמנית ומתוחמת בזכויות, כאשר הפגיעה היא בלתי נמנעת (ראו, למשל, בג"ץ 4634/04 רופאים לזכויות אדם נ' השר לבטחון פנים,

פ"ד סב(1) 762, 782 (2007); בג"ץ 10466/08 אלחייני נ' מפקד כוחות צה"ל ביו"ש, פסקה 19 (19.1.2009); עניין חוק האזרחות הראשון, בעמ' 340, 550-551). כך, למשל, בתקופה שבה אזרחי ישראל היו נתונים לפעולות טרור בלתי פוסקות שאיימו על חייהם, הוכרה חשיבות ההגנה על ביטחון המדינה ואזרחיה גם במחיר של פגיעה משמעותית בזכויות יסוד (ראו ע"פ 6659/06 פלוני נ' מדינת ישראל, פ"ד סב(4) 329, 373-374 (2008)). בדומה, גם הדין הבינלאומי מכיר בכך שניתן לנקוט אמצעים חריגים "בעת מלחמה או בנסיבות אחרות חמורות ויוצאות מהכלל" (ראו סעיף 9 לאמנת הפליטים; ראו גם סעיף 4 לאמנה בדבר זכויות אזרחיות ומדיניות, כ"א 1040, 269 (נפתחה לחתימה ב-1966)). ובענייננו, אם יתחוויר כי אלפים רבים צובאים על גבולות המדינה ומבקשים להסתנן לתוכה, נעמוד לפני איזון חוקתי מסוג אחד; ומקום שבו יתברר כי תופעת ההסתננות פסקה כמעט לחלוטין – יידרש איזון מסוג אחר. קיומה של אפשרות ממשית להרחיק מן הארץ מסתננים תוך זמן קצר ייצר איזון חוקתי אחד; ואילו מציאות שבה לא ניתן להרחיקם כלל – איזון חוקתי אחר. נתונים עובדתיים שונים עשויים, אפוא, להביא לתוצאה משפטית שונה.

38. על רקע זה, נעמוד תחילה על שיעורי כניסת המסתננים לישראל. כאמור, כיום שוהים בישראל קרוב ל-50,000 מסתננים. בחינת הנתונים מלמדת על מגמת עלייה במספר המסתננים שנכנסו לישראל בין השנים 2009-2011 (בשנת 2009 נכנסו לישראל 5,235 מסתננים; בשנת 2010 – 14,702; ובשנת 2011 – 17,312) – מגמה שנעצרה בשנת 2012, שבה חלה ירידה במספר המסתננים שנכנסו לישראל (10,441 מסתננים נכנסו לישראל בשנה זו) (ראו נתוני רשות האוכלוסין). המדינה עומדת על כך שירידה משמעותית בכניסת מסתננים לישראל נרשמה בין החודשים יוני 2012 (שבו נכנסו לשטחי המדינה 928 מסתננים) ליולי שנה זו (שבו נכנסו 282 מסתננים בלבד). לדברי המדינה, פער זה מוסבר בכך שבחודש יוני 2012 החל יישומו של תיקון מס' 3 לחוק. העותרים, לעומת זאת, מייחסים ירידה זו במספר המסתננים הנכנסים לישראל להשלמת מקטעים נרחבים מן הגדר בגבול ישראל-מצרים (בחודש יוני 2012 הוקמו 75% מהגדר בגבול ישראל-מצרים, ו-7% נוספים הושלמו במהלך חודש יולי אותה שנה). תהיינה אשר תהיינה הסיבות לירידה במספר המסתננים בשנת 2012, אין חולק כי בשנה העוקבת, שנת 2013, חלה ירידה תלולה במספר המסתננים שנכנסו לישראל: על פי תשובת המדינה, בשנת 2013 נכנסו לישראל 45 מסתננים בלבד. 4 מסתננים נכנסו בשלושת החודשים לאחר שניתן פסק הדין בפרשת אדס, ו-19 מסתננים נכנסו לישראל לאחר כניסת תיקון מס' 4 לתוקף ועד לחודש יוני 2014, לאחר שעברו מעל לגדר שנבנתה בגבול ישראל-מצרים. נתוני רשות האוכלוסין העדכניים מלמדים כי במהלך חודש ינואר 2014 נכנסו לישראל 12 מסתננים; בחודש מרץ נכנס בגבולות המדינה

מסתנן אחד; בחודש אפריל – ארבעה מסתננים; ובמהלך החודשים מאי-יוני 2014 לא נכנס לשטח המדינה ולו מסתנן אחד.

39. במקביל לירידה במספר הנכנסים לישראל, חלה בסוף שנת 2013 עלייה במספר היוצאים מישראל. במהלך המחצית הראשונה של שנת 2014 יצאו מישראל 4,795 מסתננים, מתוכם 3,676 סודנים, 696 אריתריאים ו-423 ממדינות נוספות באפריקה. המדינה עדכנה כי 112 מסתננים מאריתריאה ומסודן יצאו מישראל במסגרת שני הסדרים שנחתמו עם "מדינות שלישיות", שתכליתם לאפשר "יציאה בטוחה" של המסתננים השוהים בישראל למדינות שאינן מדינות המוצא של המסתננים. הסדרים אלה, כך על פי תשובת המדינה, הם פרי מגעים שנוהלו מול מדינות שונות בהתבסס על החלטה 3936 של הממשלה ה-32 "הקמת מתקן משמורת לשהייתם של המסתננים ובלימת ההסתננות הבלתי חוקית לישראל" (11.12.2011), והם מאפשרים להרחיק למדינות אלו מסתננים שלא ניתן להחזירם למדינת מוצאם. בשל הרגישות המדינית והפוליטית הגבוהה התחייבו הצדדים להימנע מחשיפת זהותן של המדינות השלישיות שעימן נחתמו ההסדרים, ועל כן נמנעה המדינה מלפרט באלו מדינות מדובר. עם זאת, לטענת המדינה, מדובר במדינות שהמצב בהן מאפשר יציאה בטוחה אליהן (ומשכך סבורה המדינה – ובעניין זה איני מביע כל עמדה – כי מסתנן שמסרב לצאת למדינות אלו נחשב כמי שאינו משתף פעולה עם הרחקתו). עוד הדגישה המדינה כי היועץ המשפטי לממשלה עודכן באשר להסדרים האמורים, ואישר כל אחד מהם בהיבט המשפטי. בדיון שהתקיים לפנינו ציינה באת כוח המדינה כי על פי ההסדרים שנחתמו עם המדינות השלישיות, נדרשת הסכמת המסתנן ליציאתו למדינות אלו, שאינן מוכנות כי אנשים יגיעו לשטחן כבולים או כפותים (ומשום כך, ציינה באת כוח המדינה, דובר על הסדרים לעניין "יציאת" מסתננים מן הארץ ולא על "הרחקה כפויה"). עוד צוין כי נוכח בקשת המדינות השלישיות שלא ליצור עומס של כניסת מסתננים; ומתוך רצון לוודא שאפיקי יציאה אלה הם אכן "בטוחים" – הוסכם כי הליך הוצאת המסתננים בדרך זו יעשה באופן הדרגתי ומתון.

(ג) סיכום ביניים

40. נסכם את תמונת המצב נכון לעת הזו. דומה כי כיום אנו ניצבים בפני שינוי של ממש בכל הנוגע למימדי תופעת ההסתננות. כפי שתואר לעיל, החל מאמצע שנת 2012, ובמידה מוגברת בשנת 2013 וכן בשנה זו, פחת באופן משמעותי מספר המסתננים שנכנסו לישראל (מ-17,298 מסתננים שנכנסו בשנת 2011 ל-45 מסתננים בשנת 2013 ול-17 מסתננים שנכנסו לארץ מתחילת שנת 2014 ועד לחודש יוני שנה זו). היינו: גל

ההסתננות הגדול שהיה מנת חלקה של המדינה עד לשנת 2012 נעצר במידה רבה. במקביל, עלה באופן משמעותי שיעור היוצאים מישראל (במהלך המחצית הראשונה של שנת 2014 יצאו מישראל קרוב לחמשת אלפים מסתננים). אף שבין הצדדים ניטשת מחלוקת בדבר הסיבה לשינוי המגמה האמור, לא ניתן להתעלם מכך שאט-אט פוחת מספר המסתננים הנמצאים בגבולותינו.

עם זאת, מדינת ישראל עודנה נדרשת להתמודד עם עשרות אלפי מסתננים הנמצאים בשטחה, מבלי שקיימת אפשרות ממשית להרחיק את אלה שאינם מעוניינים לצאת מן הארץ. הסדרים שנחתמו עם מדינות שלישיות (שיישומם החל בפועל), אשר באמצעותם מתאפשרת הרחקת מסתננים ממדינת ישראל לעבר מה שהוגדר כאפיקי יציאה "בטוחים" – אינם משנים את פני הדברים בצורה ניכרת. כאמור לעיל, מדובר בהסדרים שהפעלתם תלויה בקבלת הסכמתו של המסתנן; ויציאת מסתננים בדרך זו צפויה להיעשות בדרך מתונה והדרגתית, הן בשל דרישת המדינות השלישיות להימנע מהגעה מסיבית של מסתננים לשטחן, הן בשל רצון המדינה לוודא שאפיקי יציאה אלה אכן "בטוחים" (ולראיה – עד ליום 25.3.2014 יצאו בדרך זו מן הארץ 112 בלבד מסתננים נתיני אריתריאה וסודן). מטעמים אלה, אני סבור כי אף בשים לב לכך שמדובר באפיק פעולה חדש יחסית שטרם נבחן כל צורכו, ההסדרים האמורים אינם מציעים – לעת הזו – אופק הרחקה קרוב ומוחשי ביחס למרבית אוכלוסיית המסתננים, באופן שיש בו כדי להשפיע על הבחינה החוקתית.

עד כאן על התשתית העובדתית הצריכה להכרעה, ומכאן לבחינה החוקתית

גופה.

3. סעיף 30א לחוק

41. סעיף 30א לחוק, אשר עמד במוקד הדיון בפרשת אדט, אִפשר להחזיק מסתנן במשמורת למשך תקופה מרבית של שלוש שנים. הסעיף שניצב לפנינו כעת קובע תקופת החזקה מרבית של שנה; וזו לשונו:

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

(ב) ממונה ביקורת הגבולות רשאי לשחרר מסתנן בעירבון כספי, בערבות בנקאית או בערובה מתאימה אחרת או

הבאה לפני
ממונה ביקורת
הגבולות
וסמכויותיו

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 ייותר 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;

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

(6) חלפו שישה חודשים מהמועד שבו הגיש המסתנן בקשה כאמור בפסקה (5) וטרם ניתנה החלטה בבקשה.

(ג) ממונה ביקורת הגבולות ישחרר מסתנן בערובה אם חלפה שנה מיום תחילת החזקתו של המסתנן במשמורת.
(ד) על אף הוראות סעיף קטן (ב)(2), (4), (5) או (6) או סעיף קטן (ג), לא ישוחרר מסתנן בערובה אם שוכנע ממונה ביקורת הגבולות כי מתקיים אחד מאלה:

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

(2) יש בשחרורו כדי לסכן את ביטחון המדינה, את שלום הציבור או את בריאות הציבור; לעניין זה רשאי ממונה ביקורת הגבולות להסתמך על חוות דעת מאת גורמי הביטחון המוסמכים ולפיה במדינת מושבו או באזור מגוריו של המסתנן מתבצעת פעילות העלולה לסכן את ביטחון מדינת

ישראל או אזרחיה;

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

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

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

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

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

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

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

42. כדי להיטיב להבין את פועלו של סעיף זה, נעמוד תחילה על הוראות הבסיס של החוק למניעת הסתננות. סעיף 1 לחוק קובע כי מסתנן הוא מי שאינו תושב אשר נכנס לישראל שלא דרך תחנת גבול. משעשה כן – ניתן להוציא בעניינו צו גירוש

ולחזיקו במשמורת (סעיף 30(א) לחוק). צו גירוש לא יבוצע אלא לאחר ששר הביטחון או מי שהסמיך קבע כי ניתן לעשות כן בהתחשב בנסיבותיו האישיות של המסתנן ובמדינת היעד לגירושו (סעיף 30(א1) לחוק). אם ניתנו למסתנן אשרה ורישיון לישיבה בישראל לפי חוק הכניסה לישראל, יבוטל צו הגירוש (סעיף 30(א2) לחוק). מסתנן המבקש לתקוף את החלטת הרשות המוסמכת להוציא צו גירוש או להחזיק בו במשמורת מכוח סעיפים 30-30א לחוק רשאי להגיש ערר לבית הדין לעררים במחוזות שבהם הוא קיים (וראו בג"ץ 4747/14 אורבמרים נ' מדינת ישראל, פסקה 2 (31.7.2014) (יוער כי עד ליום 1.6.2014 הדרך לתקוף את החלטת הרשות המוסמכת הייתה בהגשת עתירה מינהלית לבית המשפט לעניינים מינהליים – ולא ערר לבית הדין לעררים (ראו חוק הכניסה לישראל (תיקון מס' 22), התשע"א-2011, ס"ח 1068; צו הכניסה לישראל (תיקון מס' 22) (תחילה והחלה בהדרגה), התשע"ד-2014, ק"ת 1152; תקנות הכניסה לישראל (סדרי הדין והמינהל בבית דין לעררים), התשע"ד-2014, ק"ת 1152; צו הכניסה לישראל (שינוי התוספת לחוק) (הוראת שעה), התשע"ד-2014, ק"ת 1162). על החלטת בית הדין לעררים ניתן להגיש ערעור מינהלי לבית המשפט לעניינים מינהליים. כמו כן רשאי מסתנן לערער בערעור מינהלי על החלטת בית הדין לביקורת משמורת של מסתננים – שעורך ביקורת עתית על החזקתו במשמורת (סעיף 30 לחוק) – לבית המשפט לעניינים מינהליים (סעיף 30(א) לחוק).

43. סעיף 30א לחוק – שהוא העומד לבחינתנו – מצוי בפרק ג' לחוק העוסק בסמכויות הגירוש וההחזקה במשמורת. הוראותיו של סעיף 30א לחוק מסדירות את סמכויותיו של הממונה על ביקורת הגבולות בכל הנוגע להחזקה ולשחרור ממשמורת. הסעיף מסמיך את הממונה להחזיק במסתנן לפרק זמן של שנה (סעיף 30א(ג) לחוק) – ולמעלה מכך אם המסתנן אינו משתף פעולה עם גירושו (סעיף 30א(ד)(1) לחוק), או אם נשקפת סכנה משחרורו (סעיף 30א(ד)(2) לחוק) – אלא אם מתקיימות נסיבות מיוחדות המצדיקות את שחרורו קודם לכן (סעיף 30א(ב) לחוק).

44. סעיף זה, בנוסחו דהיום, שונה מסעיף 30א כנוסחו בתיקון מס' 3, וזאת במספר מובנים. ראשית, תחולת הסעיף היא פרוספקטיבית – קרי: הוראותיו חלות רק על מי שנכנס לישראל שלא כדין לאחר כניסת תיקון מס' 4 לתוקף, ולא על כלל אוכלוסיית המסתננים. שנית, קוצרה התקופה המרבית שבה ניתן להחזיק מסתנן במשמורת, משלוש שנים לשנה (בכפוף לעילות השחרור החריגות המנויות בסעיף 30א(ב) לחוק; וכן לסמכות להחזיק במסתנן לתקופת זמן ארוכה מכך מהטעמים המנויים בסעיף 30א(ד) לחוק). שלישית, הסמכות לשחרר מסתנן בהתאם לעילות השחרור הקבועות בחוק (אלא אם מתקיימים החריגים המנויים בו) נוסחה כסמכות "חובה" ולא כרשות

(וראו על כך פרשת אדמ, בפסקה 96). רביעית, נקבע כי אי עמידה במועדים לטיפול בבקשה לאשרה ולרישיון ישיבה (כמו למשל בקשה למקלט מדיני) תהווה עילה עצמאית לשחרור מסתנן ממשמורת אם חלפו שלושה חודשים ממועד הגשת הבקשה וטרם החל הטיפול בה; ואם לא ניתנה החלטה בה בחלוף שישה חודשים (סעיפים 30א(ב)-(5)-(6) לחוק). לצד זאת, קוצרו פרקי הזמן שבמהלכם יובא עניינו של מסתנן המצוי במשמורת לביקורת שיפוטית בבית הדין: נקבע כי מסתנן המוחזק במשמורת יובא לפני בית הדין לא יאוחר מ-5 ימים ממועד תחילת החזקתו במשמורת (לעומת 14 ימים בחוק הקודם) (סעיף 30א(א) לחוק); וכן כי הוא יובא לפני בית הדין לבחינה עתית של עניינו בכל 30 ימים (לעומת 60 ימים בחוק הקודם) (סעיף 30ד(א)(1) לחוק). אשר לתמונת המצב הנוכחית בדבר מספר המוחזקים בפועל במשמורת מכוח הסעיף – לפי נתונים שמסרה נציגת המדינה בדיון שהתקיים לפנינו, מתחילת שנת 2014 נכנסו לישראל 18 מסתננים שהוראות סעיף 30א לחוק הוחלו עליהם. 13 מסתננים הוחזקו ועודם מוחזקים במשמורת, שתי נשים הועברו למקלט לנשים ושלושה יצאו ממדינת ישראל.

45. טרם נחל בבחינה החוקתית גופה, אעיר כי בעתירה שלפנינו נתקפו הן חוקתיותו של סעיף 30א לחוק כמכלול (על רקע הסמכות הפוגענית הקבועה בו להחזיק מסתננים במשמורת לפרק זמן מרבי של שנה), הן חוקתיותם של כמה מהסדריו הספציפיים, שהם, לשיטת העותרים, פוגעניים במיוחד (ובפרט סעיפים 30א(ב)(1), 30א(ב)(3), 30א(א), 30ה(1)(א), ו-30א(ד)(2) לחוק). בענייננו, נוכח המסקנה שאליה הגעתי שלפיה סעיף 30א לחוק נגוע כולו באי-חוקתיות המחייבת כי נכריז על בטלות כלל הוראותיו; ומשלא מצאתי כי יש צורך להעניק סעד שונה ביחס לאיזה מההסדרים הספציפיים של סעיף זה, לא ראיתי להידרש לטענות העותרים באשר לחוקתיותם של הסדריו הפרטניים של סעיף 30א לחוק.

נפנה, אם כן, לבחינת חוקתיותו של סעיף 30א לחוק, בהתאם לשלבי הניתוח החוקתי המקובלים בשיטתנו.

(א) הפגיעה בזכויות החוקתיות

46. אין חולק כי החזקת אדם במשמורת פוגעת בזכותו לחירות. גם לשיטת המדינה, סעיף 30א לחוק בנוסחו דהיום פוגע בזכותם החוקתית של המסתננים המוחזקים מכוחו במשמורת לחירות אישית. חברתי, השופטת (בדימ') ע' ארבל, עמדה בהרחבה על חשיבותה של הזכות לחירות בפסק הדין בפרשת אדמ (שם), בפסקאות 76-

71), ולא אשוב על הדברים אלא בתמצית. הזכות לחירות אישית היא מאושות המשטר הדמוקרטי. היא הוכרה בישראל כזכות יסוד ראשונה במעלה, העומדת בבסיס ערכיה של מדינת ישראל כמדינה יהודית ודמוקרטית (ראו, למשל, ב"ש 1/87 דננאשוילי נ' מדינת ישראל, פ"ד מא(2) 281, 288 (1987); בג"ץ 6055/95 צמח נ' שר הביטחון, פ"ד נג(5) 241, 261-262 (1999) (להלן: עניין צמח); ע"פ 1111/99 שוורץ נ' מדינת ישראל, פ"ד נד(2) 241, 272 (2000); בג"ץ 3239/02 מרעב נ' מפקד כוחות צה"ל באזור יהודה ושומרון, פ"ד נז(2) 349, 364 (2003); עניין הפרטת בתי הסוהר, בעמ' 573-574). הזכות לחירות אישית עוגנה גם בסעיף 5 לחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו שלפיו: "אין נוטלים ואין מגבילים את חירותו של אדם במאסר, במעצר, בהסגרה או בכל דרך אחרת". היא נתונה לכל אדם באשר הוא אדם השוהה בישראל – במנותק ממעמדו האזרחי ומהשאלה כיצד נכנס אל תחומי המדינה ואם הוא שוהה בה באופן חוקי (ראו בג"ץ 11437/05 קו לעובד נ' משרד הפנים, פסקה 36 (13.4.2011) (להלן: עניין קו לעובד השני)). בבסיס הזכות לחירות אישית עומדת הזכות לחירות פיזית – הזכות שלא להיות מוחזק מאחורי סורג ובריח (ראו, למשל, ע"א 4463/94 גולן נ' שירות בתי הסוהר, פ"ד נ(4) 136, 153 (1996) (להלן: עניין גולן)). אך הזכות לחירות אינה מתמצה בכך. לפגיעה בזכות לחירות אישית השלכות נרחבות. מבחינה מעשית, הזכות לחירות היא תנאי למימוש זכויות יסוד אחרות. כפי שציין השופט י' זמיר, "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 [...] 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). כאמור, בענייננו מוסכם כי הסמכות להחזיק אדם במשמורת מכוח סעיף 30 לחוק פוגעת בזכותם של המסתננים לחירות. מדובר בפגיעה בעלת עוצמה רבה – הן כאשר החירות נשללת לתקופה של עד שלוש שנים, הן כשהיא נשללת לתקופה של שנה אחת.

47. לצד הפגיעה בזכות לחירות, פוגע סעיף 30 לחוק גם בזכות לכבוד. אין עסקינן רק בפגיעה נלווית לזכות לחירות – הקשורה בכפיפות היום-יומית לכללי התנהגות ומשמעת הממשטרים את אורח-חיו של המוחזק במשמורת (השוו לעניין הפרטת בתי הסוהר, בעמ' 579-580) – אלא בפגיעה עצמאית, העומדת על רגליה שלה. סעיף 30 לחוק מונע מן המסתנן להגשים את מאווייו ורצונותיו, לחבר את סיפור חייו ולהיות אדון לגורלו. מסתנן המוחזק במשמורת מצוי במתקן סגור ומסוגר, ונאסר עליו לצאת ממנו. הוא אינו חופשי לבחור מתי יצא מחדרו; מה יהיה סדר יומו; מתי וכיצד יבלה עם קרוביו ובני משפחתו; אילו חפצים יחזיק ברשותו; עם מי יחלוק את חדרו;

באילו מלאכות יעסוק; במה ישביע את תאבוננו; ועוד כהנה וכהנה. ככזה, סעיף 30א לחוק פוגע בזכותם של המסתננים לאוטונומיה – זכות שהיא חלק מזכותו של כל אדם באשר הוא אדם לכבוד (בהמשך הדברים, בגדרי הדיון בפרק ד' לחוק, אעמוד בהרחבה על מובן זה של הזכות לכבוד).

48. משמצאנו כי סעיף 30א לחוק פוגע בזכויות חוקתיות, עלינו לעבור אל השלב השני של הניתוח החוקתי שבו נבחן אם הפגיעה היא כדין, קרי: אם התקיימו ארבעת תנאיה של פסקת ההגבלה. הצדדים לא הרחיבו בדברים באשר לשני תנאיה הראשונים של פסקת ההגבלה (פגיעה שנעשתה בחוק; החוק הולם את ערכיה של מדינת ישראל). משכך, נניח כי התנאי הראשון והשני של פסקת ההגבלה התקיימו, ונמשיך לבחינת שני תנאיה האחרונים – אם החוק הפוגע נועד לתכלית ראויה, ואם פגיעתו אינה עולה על הנדרש.

(ב) "לתכלית ראויה"

49. המדינה עומדת בתשובתה על שתי תכליות מרכזיות שאותן נועד סעיף 30א לחוק להגשים, הנבדלות זו מזו בקהל היעד שאליו הן פונות: התכלית הראשונה מכוונת לאוכלוסיית המסתננים שנכנסו בפועל למדינת ישראל, לאחר שנכנס תיקון מס' 4 לתוקפו. תכליתו של סעיף 30א לחוק בעניינם של אלה היא לאפשר למדינה למצות את הליכי זיהויים, תוך הקצאת פרק זמן נדרש לגיבוש ולמיצוי אפיקים ליציאתם מישראל. תכלית זו נטענת על ידי המדינה לראשונה בעתירות שלפנינו, והיא נפקדה מן הדיון בפרשת אדס. התכלית השנייה מכוונת לאוכלוסיית המסתננים הפוטנציאליים השוקלים לעשות את דרכם לישראל או שכבר מצויים בדרכם אליה. ביחס לאוכלוסייה זו, נועד הסעיף למנוע את הישנות תופעת ההסתננות ואת הניסיון להשתקע בישראל. לצד התכליות האמורות שהציגה המדינה, טוענים העותרים כי קיימת תכלית נוספת, סמויה מן העין, לתיקון מס' 4 – "שבירת רוחם" של המסתננים, במטרה לעודדם לעזוב את הארץ "מרצון". בשים לב לכך שטענה זו נטענה ביתר פירוט ביחס להחזקת המסתננים במרכז השהייה, אדון בסוגיה זו בהמשך, בחלק העוסק בפרק ד' לחוק. נדרש בשלב זה, אם כן, לבחינת שתי תכליותיו המוצהרות של החוק כפי טענת המדינה.

(i) זיהוי ומיצוי אפיקי יציאה לגירוש

50. נעמוד תחילה על תכליתו הראשונה של סעיף 30א לחוק, שעניינה כאמור בירור זהות המסתננים ומיצוי אפיקי יציאה מהארץ. בהיבט זה נועדה המשמורת,

כעולה מדברי ההסבר להצעת החוק, לתת בידי הרשויות "פרק זמן סביר ונאות בנסיבות העניין לברר את זהותם ואת מדינת אזרחותם או תושבותם של המסתננים, וזאת בשים לב למאפייניה הייחודיים של האוכלוסייה שהסתננה לישראל בשנים האחרונות בהיקף נרחב, בלא מסמך רשמי של מדינת חוץ ובאופן בלתי מתועד. פרק זמן זה הכרחי לשם קיום הליך הבירור, שבנסיבות הייחודיות לאותה אוכלוסייה הוא הליך מקיף ומורכב. בהעדר אפשרות לקיים בירור כאמור, נוצר קושי לבחון את אפשרויות הרחקתם של מסתננים ממדינת ישראל ולהרחיקם בפועל" (דברי ההסבר לתיקון מס' 4, בעמ' 124).

51. תכלית זו – כשלעצמה ובמנותק מנתונים עובדתיים שעליהם אעמוד בהמשך – ראויה היא. השאלה מי יורשה להיכנס לתחומי המדינה היא שאלה בעלת אופי ריבוני מובהק. למדינה פררוגטיבה רחבה לקבוע מי יבוא בשעריה, לכמה זמן ובאילו תנאים, באופן שיאפשר את פעילותה התקינה ואת ההגנה על זכויות אזרחיה ותושביה (ראו בג"ץ 482/71 קלרק נ' שר הפנים, פ"ד כז(1) 113, 117 (1972); בג"ץ 431/89 קנדל נ' שר הפנים, פ"ד מו(4) 505, 520 (1992); בג"ץ 1031/93 פסרו (גולדשטיין) נ' שר הפנים, פ"ד מט(4) 661, 705 (1995); עניין קו לעובד השני, בפסקה 24). בצד זכותה של המדינה לקבוע מי ייכנס לשטחה, עומדת לה הזכות להרחיק מגבולותיה אדם שנכנס אליה בצורה בלתי מוסדרת, בכפוף לדין הישראלי הפנימי ולדין הבינלאומי שלו ישראל מחויבת. לצורך כך – ולצורך כך בלבד – רשאית המדינה להחזיק אדם במשמורת. ההלכה הפסוקה בעניינו של סעיף 13 לחוק הכניסה לישראל, היפה גם לענייננו, קובעת כי החזקת מי שהוצא נגדו צו גירוש במעצר היא לגיטימית כאשר היא נועדה להבטיח את מימוש הליכי הרחקתו מהארץ. היא מותרת כל עוד מטרתה גירוש, אך אסורה כשלא מתקיים בעניינו של המוחזק הליך הרחקה אפקטיבי, או כאשר לא נראית באופן אפשרות לגירוש מהארץ (בג"ץ 1468/90 בן ישראל נ' שר הפנים, פ"ד מד(4) 149, 152 (1990) (להלן: עניין בן ישראל); עוד ראו עניין אל-טאיי, בעמ' 851; ע"א 9656/08 מדינת ישראל נ' טעדי, פסקה 26 (15.12.2011)). המסקנה היא כי אין פגם במישור התכלית בחוק שמטרתו לאפשר החזקה במשמורת לשם מימוש הליכי גירוש אפקטיביים.

(ii) מניעת הישנות תופעת הסתננות

52. לעומת התכלית הראשונה שעליה עמדנו, תכליתו השנייה של סעיף 30 לחוק – מניעת הישנותה של תופעת ההסתננות – אינה חפה מקשיים. על פי דברי ההסבר לחוק, ההסדר שבסעיף 30 נועד להקטין [...] את התמריץ הכלכלי שבהסתננות לישראל, שכן מסתנן פוטנציאלי השוהה כעת במדינת המוצא ידע כי היה ויבחר להגיע

למדינת ישראל שלא דרך תחנת גבול, הוא יוחזק במשמורת, לפי ההסדר המוצע, במשך שנה, ולא תתאפשר השתקעותו במרכזי הערים בישראל והעסקתו בישראל, והדבר יקשה עליו להחזיר את העלות הגבוהה הכרוכה בהגעתו לישראל" (דברי ההסבר לתיקון מס' 4, בעמ' 126). לטענת המדינה, סעיף 30 לחוק נועד לשמש "חסם נורמטיבי" שישנה את מערך התמריצים של מסתננים פוטנציאליים ששוקלים להגיע למדינת ישראל, ובכך ימנע את הישנות תופעת ההסתננות. המדינה סבורה כי העובדה שתכלית זו היא פרוספקטיבית ומכוונת כעת למסתננים "פוטנציאליים" בלבד מבטיחה כי מדובר בתכלית ראויה. כשלעצמי, איני משוכנע בכך. דומה בעיני כי מובנה הפשוט של תכלית זו הוא הרתעת. חברתי, השופטת (בדימ') ע' ארבל, עמדה על הקושי שבתכלית הרתעתית בהקשר שבו עסקינן בהרחבה בפרשת אדמ (שס, בפסקאות 85-93), ואומר בעניין זה רק דברים קצרים אלה: הליך ההחזקה במשמורת אינו הליך עונשי. אין הוא נועד להעניש פרטים על כך שנכנסו לישראל שלא כדין. זהו הליך מינהלי, בעל תכלית נקודתית ומעשית – בירור זהותו של מי שנכנס לישראל בצורה בלתי מוסדרת ומימוש הליכי גירושו מן הארץ. אין ספק: תוצאת הליך זה עלולה להיות מרתיעה עבור אחרים, השוקלים אם לעשות את דרכם לישראל. אין פגם בכך שלמעצר מסתנן, שנועד לקדם את הליכי גירושו, נלווה אפקט הרתעתי (עניין אל טאיי, בעמ' 851). ואולם, אין להסיק מכך כי ניתן להחזיק מסתנן במעצר לשם הרתעת אחרים, גם לאחר שזהותו התבררה, וגם לאחר שנמצא כי אין אפשרות אפקטיבית להרחיקו מהארץ (פרשת אדמ, בפסקה 86). עם זאת, מוכן אני להימנע מקביעת מסמרות לעניין תכלית זו, מן הטעם שלהשקפתי סעיף 30 לחוק אינו עומד במבחני המידתיות, שעליהם אעמוד עתה.

(ג) מידתיות

(i) מבחן הקשר הרציונאלי

53. בהתאם למבחן המידתיות הראשון, עלינו לבחון אם מתקיים קשר רציונאלי בין האמצעי הפוגעני שנבחר בחוק לבין התכלית שאותה הוא נועד להגשים. השאלה בענייננו היא אם השמתו של מסתנן במשמורת למשך שנה (בכפוף לעילות שחרור הקבועות בסעיפים 30א(ב)-(1)-(6) לחוק, וכן לעילות המאפשרות את הארכת המשמורת, כאמור בסעיפים 30א(ד)-(1)-(2) לחוק) מגשימה את שתי התכליות המוצהרות שביסוד החקיקה: מיצוי אפיקי יציאה מן הארץ ומניעת הישנותה של תופעת ההסתננות.

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

55. ואולם, בחינת התכלית האמורה למול פרטי ההסדר הקבוע בסעיף 30א לחוק ואמות המידה שנקבעו בו מעמידה בספק את השאלה אם יש במתווה החוקי שנוצר כדי להגשים את תכלית החקיקה (השוו: בג"ץ 1030/99 אורון נ' יושב ראש הכנסת, פ"ד נו(3) 640, 666 (2002)). מהוראותיו של סעיף 30א לחוק נעדר הסדר הקבוע כי יש לשחרר מסתנן שעה שלא מתקיים בעניינו הליך הרחקה אפקטיבי. כמו כן, לא קבוע בו כל מנגנון של ביקורת עתית על החזקת מסתנן שתכליתו לוודא כי קיים בעניינו אופק הרחקה הצפוי להתממש בתוך פרק זמן סביר (וראו גם פרשת אדמ, בפסקה 34 לחוות דעת). החוק אף לא מבחין בין מסתננים שזהותם ידועה לבין אלה שזהותם טרם התבררה; ובין מסתננים שיש בעניינם אפיק יציאה מוחשי לבין אלה שאין כל אפשרות נראית לעין להרחיקם. כל אלה מקשים על היכולת לקבוע כי מתקיים קשר רציונאלי בין התכלית לבין האמצעי החוקי הנבחר (השוו: עניין עמותת מחויבות, בעמ' 506-507).

56. בצד האמור, יש להוסיף כי תמונת המצב העובדתית – העומדת ברקע לבחינה החוקתית, הגם שזו אינה נסמכת עליה – גם היא אינה מסייעת לטיעוני המדינה בדבר קיומו של קשר רציונאלי כאמור. כידוע, לעת הזו, נתיני אריתריאה וסודן (המהווים את חלק הארי של אוכלוסיית המסתננים) אינם מורחקים בחזרה למדינותיהם. הסדרים שנחתמו עד כה עם מדינות שלישיות – המקימים לשיטת המדינה "אפיקי יציאה בטוחים" – מחייבים כי יציאת מסתננים בדרך זו תעשה בצורה הדרגתית ומתונה וכי תתקבל הסכמת המסתנן ליציאתו מן הארץ. מגעים שהמדינה מוסיפה לנהל במטרה לגבש הסדרים דומים עם מדינות נוספות טרם הבשילו. במצב דברים זה, אין זה ברור כי בפועל אמנם מתקיים אפיק הרחקה אפקטיבי בעניינם של מרבית המסתננים המוחזקים במשמורת מכוח סעיף 30א לחוק. אין צריך להזכיר הלכה מושרשת בפסיקתנו שלפיה אין להמשיך להחזיק אדם במעצר בנסיבות שבהן אפשרות גירוש מהארץ לא נראית באופק בטווח הנראה לעין (עניין בן ישראל, בעמ' 152). שאלת קיומו של הליך גירוש "אפקטיבי", והמגבלות על פרק הזמן שבגדרו הליך זה אמור להתבצע, הם אמת מידה

המקובלת גם במשפט הבינלאומי (ראו Human Rights Comm. Communic'n 1014/2001, Baban v. Australia, 78th Sess., July 14–Aug. 8, 2003, U.N. Doc. Human Rights Comm. Communic'n ; CCPR/C/78/D/1014/2001 ¶7.2 (Sep. 18, 2003); 1050/2002, D & E, & Their Two Children v. Australia, 87th Sess., July 10–28, 2006, U.N. Doc. CCPR/C/87/D/1050/2002 ¶7.2 (Aug. 9, 2006)). (להלן: עניין D & E). כך, הדין האירופי אוסר להחזיק שוהים בלתי חוקיים במעצר אם לא מתנהל בעניינם הליך גירוש אפקטיבי שצפוי להתמש בתוך פרק זמן סביר (ראו Directive 2008/115/EC, of the European Parliament and of the Council of 16 December 2008 on Common Standards and Procedures in Member States for Returning Illegally Staying Third-Country Nationals, art. 15(1), 2008 O.J. (L 348) 98, 105. Chahal v. United Kingdom, 1996-V Eur. Ct. H.R. 1831, 1863 ¶113; ובית הדין האירופי לצדק: Case C-357/09 PPU, Kadzoev, 2009 E.C.R. I-11189, ¶ 63. בדומה, מדינות מערביות שונות קבעו במשפטן הפנימי כי החזקה במשמורת של שוהים בלתי חוקיים אינה יכולה להימשך מעבר לזמן סביר; וכי אי היכולת האובייקטיבית של רשויות המדינה להוציא את צו הגירוש אל הפועל אינה יכולה להקים עילה להמשך החזקה (ALICE EDWARDS, U.N. HIGH COMM'R FOR REFUGEES, DIV. OF INT'L PROT., BACK TO BASICS: THE RIGHT TO LIBERTY AND SECURITY OF PERSON AND 'ALTERNATIVES TO DETENTION' OF REFUGEES, ASYLUM-SEEKERS, STATELESS PERSONS AND OTHER MIGRANTS 56–60, U.N. Doc. PPLA/2011/01.Rev.1 (2011)). (להלן: עניין כאן). מסמך נציבות האו"ם לפליטים (2011)). ברי, אפוא, כי ככל שלא מתקיים בעניינם של מסתננים שמוחזקים במשמורת הליך הרחקה אפקטיבי הצפוי להתמש בתוך פרק זמן סביר – לא ניתן להוסיף ולהחזיק בהם אך לשם "גיבוש" אפיקי יציאה שאינם ישימים בנקודת הזמן הנוכחית.

57. קיומו של קשר רציונאלי בין האמצעי הנבחר לבין תכליתו השנייה של החוק, שעניינה מניעת הישנותה של תופעת ההסתננות, מסתבר באופן מובהק יותר. אכן, השאלה מה הם הגורמים שבכוחם לבלום את תופעת ההסתננות היא שאלה מורכבת (ראו פרשת אדמ, בפסקאות 101-98). את הירידה במספר הנכנסים שלא כדין לישראל, שעליה עמדתי לעיל, ניתן להסביר בין היתר בהתפתחויות גיאוגרפיות במצרים (שהשפיעו על נתיבי ההגירה לישראל); בחקיקת הוראות החוק שאסרו על מסתננים להוציא רכוש מישראל; בפתיחת האפשרות להגר למדינות אחרות בעולם; ובשמועות שנופצו בקרב אוכלוסיית המסתננים הפוטנציאליים בדבר אי יציבות במצרים וקיומם של "מחנות עינויים" באזור חצי-האי סיני (קריצמן-אמיר, בעמ' 33). עוד מובן כי ניתן לייחס חלק ניכר מירידה זו לגדר שהקמתה הושלמה בגבול ישראל-מצרים. גדר זו,

המהווה "חסם פיזי", הוקמה לאורך גבולה הדרומי של ישראל במקביל לחקיקתם של תיקון מס' 3 ותיקון מס' 4 לחוק שנועדו לשמש "חסם נורמטיבי" לכניסת המסתננים (ראו גם פרשת אדמ, בפסקה 23 לחוות דעתי). לו הייתה המדינה ממתינה מספר חודשים עם חקיקתו של סעיף 30א לחוק עד להשלמת הבנייה של הגדר בגבולה הדרומי, יתכן שניתן היה להעריך באופן מדויק יותר את תרומתו של כל אחד מה"חסמים" האמורים לבלימת התופעה (ראו בהקשר זה את הנתונים משנת 2012 בדבר הירידה במספר המסתננים שנכנסו לישראל במקביל להתקדמות בבניית הגדר – פרשת אדמ, בפסקה 99). עם זאת, אין ספק שאין בכוחו של "חסם פיזי" למנוע כליל את תופעת ההסתננות. כפי שציינה המדינה, בתקופה שלאחר חקיקת תיקון מס' 4 ועד לחודש יוני 2014 נכנסו לישראל 19 מסתננים על אף קיומה של הגדר, תוך שהם עוברים מעליה, ומכאן כי הגדר לבדה אינה בולמת באופן מוחלט את כניסת המסתננים.

58. לצד כל אלה, אני מוכן להניח כי גם ל"חסם הנורמטיבי" ישנה השפעה על מערך שיקוליו של "המסתנן הסביר" המבקש לעשות את דרכו לעבר מדינת ישראל. הידיעה כי הוא צפוי למשמורת עשויה להשפיע ביתר שאת על מערך שיקוליו של מסתנן העושה דרכו לישראל מטעמים של הגירה כלכלית (וכאמור, מקובל עליי כי חלק מבין המסתננים מבקשים להגיע דווקא לישראל מטעמים אלה; ראו עוד בפרשת אדמ, בפסקה 22 לחוות דעתי); והחשש מפני החזקה במשמורת – היינו: האמצעי הפוגעני שבחר המחוקק בסעיף 30א לחוק – אף עשוי לקבוע עבור מי שנמלט מסכנות הנשקפות לו בארץ מוצאו את יעד מסעו. אם צפוי הוא למשמורת, ייתכן שיבחר שלא לנסות להגיע לישראל, אלא למדינות אחרות המחילות הסדרים נורמטיביים נוחים יותר. במילים אחרות, אף שבכוחם של כמה גורמים סיבתיים להסביר – ולו באופן חלקי – את מגמת הירידה במספר המסתננים שנכנסו לארץ בשנתיים האחרונות, וחרף קיומה של "עמימות סיבתית" בדבר תרומתם המדויקת של כל אחד מהאמצעים האמורים, ניתן להניח כי הסדר המשמורת הקבוע בסעיף 30א לחוק הוא נדבך "הרתעתי" נוסף המסייע להשגת התכלית ההרתעית (שעל הקשיים הטמונים בה כבר עמדתי קודם לכן).

59. שאלת הקשר הרציונאלי בענייננו מגלה אפוא פנים לכאן ולכאן. עם זאת, נכון אני להניח כי סעיף 30א לחוק עומד במבחן המידתיות הראשון – אף שמוכן כי לספקות שהועלו תהא השפעה על המשך הבחינה החוקתית (ראו עניין 100, בפסקה 61; פרשת אדמ, בפסקה 101).

60. מבחן המידתיות השני דורש מהמחוקק לבחור, מבין כל האמצעים שמגשימים את מטרתו הראויה של החוק הפוגע, באמצעי שפגיעתו בזכויות אדם היא הפחותה ביותר. בענייננו, בעומדנו על מבחן זה אנו מצווים לזהירות מיוחדת, שעה שהמחוקק בחר באמצעי שפגיעתו קשה במיוחד – משמורת – שמשמעו שלילה מוחלטת של הזכות לחירות. כאשר נבחר האמצעי הפוגעני ביותר, "עליו להיות [בגדר] האמצעי האחרון" (בג"ץ 316/03 בכרי נ' המועצה לביקורת סרטים, פ"ד נח(1) 249, 268 (2003)), ועל בית המשפט לוודא ביתר שאת כי אמנם לא קיים אמצעי חלופי שפגיעתו פחותה שבכוחו להגשים את תכלית החקיקה (השוו לסעיפים 13(ב) ו-21(ב)(1) לחוק סדר הדין הפלילי (סמכויות אכיפה – מעצרים), התשנ"ו-1996 (להלן: חוק המעצרים); עמ"ם 8788/03 פדרמן נ' שר הביטחון, פ"ד נח(1) 176, 188 (2004) (להלן: עניין פדרמן)).

61. העותרים ביקשו להצביע על ערב רב של אמצעים חלופיים שיש בהם כדי להגשים את תכליות החוק תוך פגיעה פחותה בזכויות המסתננים. להשקפתי, בחינתם של אמצעים אלה – שעליה אעמוד מיד – מעלה כי הם אינם יכולים להשיג באותה המידה או במידה דומה את שתי תכליותיו המוצהרות של החוק, כך שסעיף 30א לחוק עומד במבחן המידתיות השני. ואסביר.

62. אשר לתכלית שעניינה בירור זהותו של המסתנן וגיבוש ומיצוי אפיקי יציאה מהארץ: דומה כי קשה לחלוק על כך שהשמת מסתנן שמתנהל בעניינו הליך הרחקה אפקטיבי במשמורת, מסייעת להפיג את החשש שמא יימלט ובכך יסכל את הליכי בירור זהותו והרחקתו מן הארץ. אך האם ישנם בנמצא אמצעים אחרים המביאים לתוצאה דומה, שפגיעתם בזכויות פחותה? אמצעי חלופי ראשון שיש לתת עליו את הדעת הוא מרכזי שהייה פתוחים או פתוחים למחצה, המסייעים לפקח על אוכלוסיית המסתננים (וראו פרשת אדמ, בפסקה 104; פסקה 4 לחוות דעתה של חברתי המשנה לנשיא מ' נאור; פסקה 40 לחוות דעתי). כיום פועל בישראל מרכז שהייה במתקן "חולות", שהוקם אך לאחרונה מכוח הוראות פרק ד' לתיקון מס' 4 (שאליו אשוב ואדרש בהמשך). אין ספק כי פגיעתו בזכות לחירות של מרכז זה, המאפשר תנועה מסוימת ממנו ואליו – פחותה. עם זאת, ברי כי מתקן מסוג זה, שניתן לצאת ממנו לבלי שוב (כפי שאמנם עשו 105 מסתננים עד ליום 11.3.2014 לפי נתונים שמסרה המדינה) איננו אמצעי המגשים את תכלית החוק במידה דומה של אפקטיביות.

63. אציין עוד כי במדינות אחדות בעולם מקובלים אמצעים נוספים התורמים להגשמתה של התכלית ההרחקתית. לשם המחשה, בארצות הברית פותחו החל משנת 2004 אלטרנטיבות של "שחרור מפוקח", וביניהן תכנית Intensive Supervision Appearance Program (ISAP), ותכנית Electronic Monitoring Device Program (EMD). במסגרת תכניות אלו, המוחזקים משוחררים, ככלל, ללא דרישה להתייצבות פיזית משמעותית, כי אם בכפוף לאמצעי ניטור אלקטרוניים; ביקורי פיקוח בביתם; וחובת דיווח טלפונית במערכת המפעילה אמצעי זיהוי קולי. טכנולוגיה נוספת המופעלת היא Radio Frequency (RF) Monitoring, הכוללת איזוק אלקטרוני (ראו Memorandum from Wesley J. Lee, Acting Dir., U.S. Immigration & Customs Enforcement, to Field Office Dirs., Eligibility Criteria for Enrollment into the Intensive Supervision Appearance Program (ISAP) and the Electronic Monitoring Device (EMD) Program (May 11, 2005) (זמין כאן); ALISON SISKIN, CONG. RESEARCH SERV., RL 32369, IMMIGRATION-RELATED DETENTION: CURRENT LEGISLATIVE ISSUES 15–16 (2012) (U.S.) (זמין כאן); אולם ראו הטענה שלפיה יישום רחב מדי של אמצעים אלה עלול להרע את מצבם של מי שמלכתחילה אינם מצויים במשמורת: Anil Kalhan, Rethinking Immigration Detention, 110 COLUMBIA L. REV. SIDE BAR 42, 55-56 (2010); לדוגמאות נוספות של אמצעים חלופיים למעצר בהקשר זה הנהוגים במדינות אחרות ברחבי העולם ראו פרשת אדמ, בפסקה 107).

אין ספק כי השילוב בין החלופות השונות למשמורת – מרכזי שהייה פתוחים או פתוחים למחצה, הפקדת ערבות, חובת התייצבות ודיווח וניטור באמצעים אלקטרוניים – עשוי לצמצם במידה ניכרת את החשש מפני "היעלמות" המסתנן באופן שיקשה על מימוש הליכי גירושו (לכשימצא עבורו אפיק הרחקה אפקטיבי). בכך עשויים לקדם אמצעים אלה את הגשמת תכלית ההרחקה. ואולם, להשקפתי, האפקטיביות של האמצעים האמורים אינה משתווה לזו שמציעה משמורת סגורה. די בכך כדי לצלוח את מבחן המידתיות השני לעניין תכלית זו.

64. גם אשר לתכליתו השנייה של החוק – מניעת הישנותה של תופעת ההסתננות – מקובל עליי כי אין בנמצא אמצעי חלופי פוגעני פחות אשר יגשים תכלית זו באותה המידה או במידה דומה. אכן, ניתן להצביע על אמצעים שבכוחם להרתיע במידה זו או אחרת מסתננים פוטנציאליים מלעשות דרכם לישראל דווקא, ושפגיעתם בזכויות פחותה. אמצעי מרכזי בעניין זה, שנדון בהרחבה גם בפרשת אדמ, הוא הגדר הבנויה בגבול ישראל-מצרים. חברתי, השופטת (בדימ') ע' ארבל, סברה שם כי תיקון מס' 3 לא צלח את מבחן המידתיות השני, מן הטעם שלא ראתה לשלול את האפשרות שהגדר היא

אמצעי חלופי המשיג את תכלית הבלימה במידה דומה, תוך פגיעה פחותה בזכויות (פרשת אדס, בפסקה 103). דעתי שונה. כפי שציינתי שם, "לכל גדר – ימצא סולם, ואף חסם פיזי איננו הרמטי" (פסקה 25 לחוות דעתי). גם עתה מוכן אני לקבל את טענת המדינה כי קיומו של "חסם נורמטיבי" לצד הגדר מסייע להשיג ברמה גבוהה יותר של אפקטיביות את התכלית המניעתית, בהשוואה לגדר לבדה. עוד אציין כי בגדרי הדיון בעתירות שלפנינו הפנתה המדינה לדו"חות מודיעיניים, שלפיהם פועלות בצפון אפריקה רשתות הברחה מאורגנות שבכוחן לחבל בגדר ולהעביר דרכה מסתננים אם תגבר המוטיבציה להגיע לישראל; וכן להתחיל ולהבריח מסתננים גם דרך ירדן – מדינה שהגבול שלה עם ישראל פרוץ ברובו. ממילא, די בכך שמחקיקת תיקון מס' 4 ועד לחודש יוני 2014 חצו 19 מסתננים את הגדר בגבול ישראל-מצרים כדי ללמדנו כי הגדר אינה בלתי-עבירה.

65. אמצעי חלופי נוסף שיש לבחון הוא החקיקה החדשה האוסרת על הוצאת רכוש של מסתננים מהארץ. אכן, דומה כי בכוחה של חקיקה זו לקדם במידת מה את הרתעתם של מסתננים פוטנציאליים שמבקשים להיכנס לישראל ממניעים כלכליים בעיקרם. יחד עם זאת, מובן כי אין מדובר באמצעי שישגי במידה דומה של אפקטיביות את התכלית ההרתעתית כשם שעושה זאת החזקה במשמורת. בדומה, נראה לי כי למרכזי שהייה פתוחים או פתוחים למחצה, שעליהם עמדתי קודם לכן, לא נודע אותו "אפקט הרתעתי" הדומה לזה הטמון במשמורת, נוכח האפשרות לצאת מהם לבלי שוב. התוצאה היא כי לא ניתן להצביע על אמצעי שפגיעתו בזכויות פחותה גם לשם הגשמתה של תכלית זו.

66. בהעדר אמצעי חלופי שבכוחו להגשים את תכליות החוק באותה מידה או במידה דומה להחזקה במשמורת, המסקנה היא כי סעיף 30 לחוק עומד במבחן המידתיות השני. יחד עם זאת, לעובדה כי קיימים אמצעים חלופיים רבים המקדמים במידה זו או אחרת את תכליות החוק, תיוודע השפעה בהמשך הבחינה החוקתית (פרשת אדס, פסקה 27 לחוות דעתי; בג"ץ 2056/04 מועצת הכפר בית סוריק נ' ממשלת ישראל, פ"ד נח(5) 807, 851-852 (2005); בג"ץ 10202/06 עיריית דאהריה נ' המפקד הצבאי בגדה המערבית, פסקה 21 (12.11.2012); ברק-מידתיות, בעמ' 434-437).

(iii) מבחן המידתיות במובן הצר

67. על פי מבחן המידתיות השלישי, הוא מבחן המידתיות "במובן הצר", עלינו לבחון אם מתקיים יחס ראוי בין התועלת שתצמח לציבור מדבר החקיקה שחוקתיותו

היא שעומדת על הפרק, לבין הפגיעה בזכות החוקתית שתגרם בעקבות הפעלת האמצעי הפוגעני הקבוע בחוק. בפסק הדין בפרשת אדמ הגענו למסקנה שסעיף 30א לחוק – כנוסחו בתיקון מס' 3 – אינו חוקתי, לאחר שמצאנו כי לא מתקיים יחס מידתי בין עוצמת פגיעתו בזכויות לבין התועלת הגלומה בו. עתה עומדת לפנינו השאלה אם נוסחו החדש וה"מרוכך" של סעיף 30א לחוק צולח את מבחן המידתיות במובן הצר. לשאלה זו אנו נאלצים להשיב בשלילה. אף ששינויים מסוימים בנוסחו העדכני של סעיף 30א לחוק הפחיתו את עוצמת פגיעתו בזכויות – אין בהם כדי להסיט את נקודת האיזון ממקומה ולשנות מהכרעתנו בפרשת אדמ.

68. באיזון שבין התועלת לבין הנזק – נדרש תחילה לצד התועלת. בענייננו, נהיר מה התועלת שראה המחוקק לנגד עיניו: תופעת ההסתננות גובה מחיר משמעותי מתושבי ואזרחי המדינה. אכן, לתופעה זו נודעות השלכות כלכליות, חברתיות, ביטחוניות ולאומיות – היא מפחיתה את היצע המשרות הפנויות בשוק התעסוקה; משפיעה על תחושת הביטחון האישי של התושבים שמתגוררים בסמוך למסתננים; משנה את המרקם החברתי באזורים שבהם חיים המסתננים; ודורשת מהמדינה להקצות משאבים רבים לצורך התמודדות עמה. ואולם, בגדרי מבחן המידתיות השלישי, אין די בבחינת התועלת שבחוק כפי שראה אותה המחוקק בעיני רוחו. על בית המשפט מוטלת המשימה המורכבת לשקול את התועלת הצפויה מהחוק הלכה למעשה. עלינו להעריך מהי המידה שבה מוגשמות תכליות החוק בעקבות הפעלתו של האמצעי הפוגעני הקבוע בו. לצד הערך שיש לייחס לתועלת המיוחלת, יש לשקול גם את המידה שבה יקדם דווקא האמצעי הפוגעני (ולא אמצעים אחרים, פוגעניים פחות) את אותה תועלת. מלאכה זו אינה פשוטה כלל ועיקר. אך גם כאשר ההערכה נותרת שנויה במחלוקת, דרושה הכרעה. ההכרעה צריכה להתקבל על ידי בית המשפט. זה התפקיד וזו הסמכות של בית המשפט (עניין צמח, בעמ' 273-274).

69. אנו נדרשים, אפוא, להעריך באיזו מידה צפויה הסמכות הפוגענית הקבועה בסעיף 30א לחוק – להחזיק מסתנן במשמורת למשך פרק זמן מרבי של שנה – "להוסיף תועלת" לניסיון לצמצם את מימדי תופעת ההסתננות (וראו גם פרשת אדמ, בפסקה 29 לחוות דעתי). במסגרת זו, יש משמעות למסקנות העולות מבדיקת מבחני המידתיות הראשון והשני. כזכור, בחינת סעיף 30א לחוק במבחן המידתיות הראשון העלתה ספקות בדבר קיומו של קשר רציונאלי בין תכליתו הראשונה של החוק, שעניינה מיצוי אפיקי יציאה מהארץ, לבין האמצעי הפוגעני שבחר המחוקק. ספקות אלה משפיעים גם על הערכת התועלת הטמונה בהחזקתם של מסתננים אלה במשמורת, כמתחייב ממבחן המידתיות השלישי.

אף לקיומם של אמצעים חלופיים, שעליהם עמדתי בגדרי מבחן האמצעי שפגיעתו פחותה, השפעה על אומדן התועלת הצפויה מן החוק. במסגרת מבחן המידתיות השני עמדנו על אמצעים נוספים שיש בהם כדי לקדם את התכלית שעניינה הרתעת מסתננים פוטנציאליים – ובכלל זאת הגדר לאורך גבול ישראל-מצרים שבנייתה הושלמה זה מכבר והחקיקה החדשה שאוסרת על מסתננים להוציא רכוש מישראל. עוד הזכרנו את האפשרות להורות על שהיית המסתננים במרכז שהייה כאמצעי חלופי שבכוחו לקדם (הגם שלא להגשים במידה דומה של אפקטיביות) הן את התכלית ההרתעתית, הן את התכלית שעניינה מיצוי אפיקי היציאה מהארץ. מהי אפוא התועלת השולית הנודעת לסעיף 30א לחוק על רקע צירופם של אמצעים אלה? לשאלה זו קשה להשיב בבהירות, והתשובה לה היא ספקולטיבית במידה רבה (השוו: עניין קו לעובד הראשון, בעמ' 396; בג"ץ 3648/97 סטמקה נ' שר הפנים, פ"ד נג(2) 728, 782 (1999)). אף שאיני מבקש לחלוק על כך שסעיף 30א לחוק מציע "תוספת תועלת" לכל אלה (בהיותו, כהגדרת המדינה, "חסם נורמטיבי"), לעובדה שמדובר ב"תוספת תועלת" בלבד – אמצעי מסייע נוסף, העומד לצד אמצעים אחרים – יש משקל בגדרי האיזון החוקתי.

לבסוף, עמידה על התועלת הגלומה בסעיף 30א לחוק מושפעת גם מהשינוי החד במימדי תופעת ההסתננות (שעליו עמדתי בפסקאות 38-39 לעיל). כזכור, במהלך השנתיים האחרונות חלה ירידה של ממש במספר המסתננים שנכנסו לארץ. כך, בשנת 2013 נכנסו לישראל 45 מסתננים; ועד לחודש יוני 2014 נכנסו לישראל 19 מסתננים נוספים בלבד. זאת, לעומת 17,298 מסתננים שנכנסו לארץ בשנת 2011. נוכח נתונים אלה, דומה כי הצורך החברתי הדוחק בהסדרה נורמטיבית מחמירה של תופעה זו לובש צביון אחר.

על רקע העדר קשר ברור בין סעיף 30א לחוק לבין קיומם של הליכי הרחקה אפקטיביים; בהינתן קיומם של אמצעים שיש בכוחם לקדם את תכליות החוק תוך פגיעה פחותה בזכויות המסתננים; ונוכח השינוי הניכר בשיעור המסתננים הבאים אל הארץ – המסקנה היא כי סעיף 30א לחוק אמנם משיא תועלת לציבור, אך תועלת זו מוגבלת בלבד.

70. למול התועלת יש לשקול את עוצמת פגיעתו של החוק בזכויות חוקתיות. אין ספק כי סעיף 30א לחוק, בנוסחו הנוכחי, עדיף על קודמו. תיקון מס' 4 קיצר את תקופת ההחזקה המרבית במשמורת משלוש שנים לשנה, והסמכות לשחרר מסתנן בחלוף

תקופת הזמן האמורה נוסחה כסמכות חובה (סמכות שבתיקון מס' 3 הוגדרה כסמכות "רשות". וראו פרשת אדם, בפסקה 96); הסעיף הוחל רק על מסתננים שנכנסו לישראל שלא כדין לאחר כניסת התיקון החדש לתוקף; קוצרו פרקי הזמן להבאה לפני ממונה ביקורת גבולות ולפני בית הדין לביקורת משמורת של מסתננים; קוצרו פרקי הזמן לטיפול בבקשת מקלט, שאי עמידה בהם מהווה עילה לשחרור ממשמורת; נקבע כי חוות דעת של גורם ביטחוני מוסמך לעניין סיכון ממדינת מוצאו או אזור מגוריו של מסתנן לא תהווה עילה עצמאית שתאפשר להותירו במשמורת; עוגנו במפורש הוראות שלפיהן מתקן המשמורת יספק תנאים הולמים שלא יפגעו בבריאותם ובכבודם של השוהים בו; ונקבע כי ככלל – ולא כחריג – ניתן לשחרר מסתנן ממשמורת מטעמים הומניטאריים מיוחדים. בכל אלה יש כדי להפחית מעוצמת הפגיעה בזכויות שהיא פועל יוצא של ההחזקה במשמורת. אך האם די בכך כדי לצלוח את מבחן המידתיות השלישי? תשובתי לכך היא בשלילה. אפרט נימוקיי.

71. השינוי המרכזי שערך המחוקק בסעיף 30א לחוק הוא העמדת תקופת ההחזקה המותרת של מסתנן במשמורת על פרק זמן של עד שנה (להבדיל, כאמור, מהתקופה בת שלוש השנים שנקבעה בתיקון מס' 3). ייאמר בלשון ברורה: במסגרת ההגנה על ריבונותה, זכותה של המדינה – ויש שייטענו שאף חובתה – להטיל מגבלות על זרים בלתי מזוהים שנכנסו לתחומיה שלא כדין, ובכלל זאת אף להחזיקם במשמורת. ואולם, אף שהמדינה רשאית לעשות כן, אין היא רשאית לעשות כך בכל מחיר. החזקה במשמורת כאמור מותרת אך ורק כדי להגן על ריבונות המדינה, במטרה להרחיק מהארץ את אלה ששוהים בתחומיה שלא כדין. היא אינה יכולה להתבצע כאקט עונשי, שלא במסגרת הליך פלילי. בהתאם לדרישותיה של פסקה ההגבלה, עליה להתבצע רק כאשר הדבר נחוץ; כשלא קיים אמצעי חלופי אחר; ולפרק זמן מידתי. בענייננו, "ברירת המחדל" הקבועה בסעיף 30א לחוק, שלפיה ניתן להחזיק במשמורת שוהים בלתי חוקיים שאין אפשרות להרחיקם למשך פרק זמן מרבי של שנה, אינה עומדת בעקרונות אלה. להשקפתי, כאשר עסקינן באוכלוסיית המסתננים שאליה מכוון הסעיף – מסתננים שרובם אינם בני הרחקה מישראל, מסיבות שאינן תלויות בהם – גם תקופה זו של שלילת חירות אינה עולה בקנה אחד עם אמות המידה החוקתיות.

72. ואמנם, הפניית המבט לנעשה מעבר לים מלמדת כי פרק זמן מרבי של שנה להחזקה במשמורת של שוהים בלתי חוקיים שלא ניתן להרחיקם מטעמים שאינם קשורים בהם אינו מקובל במרבית המדינות. טרם נרד לעומקה של הבחינה ההשוואתית, אבקש להדגיש את המובן מאליו: בחינה משווה היא בחינה מוגבלת. עליה להתבצע בזהירות, תוך התייחסות להקשר הספציפי ולמגבלות נורמטיביות,

תרבותיות וחברתיות שעשויות להשפיע על טיב ההשוואה. אין לבודד הוראת חוק פלונית ולמדוד את טיבה במנותק מהסדר הכולל שבמסגרתו נוצרה ושכצלו צמחה, שהרי "משפט משווה אין עניינו השוואה של הוראות משפט גרידא" (עניין מנהלי ההשקעות, בעמ' 403; דפנה ברק-ארז "משפט השוואתי כפרקטיקה – היבטים מוסדיים, תרבותיים ויישומיים" דין ודברים ד 81, 83-91 (2008); עוד ראו: Mark Tushnet, *The Possibilities of Comparative Constitutional Law*, 108 YALE L.J. 1225 (1999); Jacco Bomhoff, *Balancing, the Global and the Local: Judicial Balancing as a Problematic Topic in Comparative (Constitutional) Law*, 31 HASTINGS INT'L & COMP. L. REV. 555 (2008). אלא שאף לאחר שהזהרנו עצמנו באמור, ובשים לב לכך שבחינת הנעשה במדינות אחרות אינה באה חלף בחינה חוקתית פנימית המתבססת על אמות המידה החוקתיות הקבועות בדין הישראלי, יש לזכור כי מדינות דמוקרטיות חולקות ערכי יסוד משותפים. ניתן ללמוד מהאחת לשנייה. באמצעות המשפט המשווה ניתן להרחיב את האופקים החוקתיים ולקבל השראה פרשנית (מידתיות במשפט, בעמ' 91-94). בסוגיה כגון דא, המעסיקה מדינות רבות בעולם שנדרשו למצוא לה פתרונות מגוונים, לא נכון שנוותר על הבחינה המשווה. נביא אפוא את העולה מבחינה זו.

73. ברוב המדינות המערביות בעולם נאסרת החזקה במשמורת של שוהים בלתי חוקיים הממתנים לגירושם למשך פרק זמן שעולה על חודשים בודדים (לסקירה כללית ראו OXFORD PRO BONO PUBLICO, REMEDIES AND PROCEDURES ON THE RIGHT OF ANYONE DEPRIVED OF HIS OR HER LIBERTY BY ARREST OR DETENTION TO BRING PROCEEDINGS BEFORE A COURT, 27-28 (2014) (זמין כאן) (להלן: מחקר שלילת חירות)). כך, למשל, בצרפת נקבע כי ניתן להחזיק שוהים בלתי חוקיים במשמורת לתקופה שלא תעלה על 45 ימים (Code de l'entrée et du séjour des étrangers et du droit d'asile [CESEDA] §§ L551-1, L552-7; Nicolas Fischer, *The Detention of Foreigners in France: Between Discretionary Control and the Rule of Law*, 10 EUR. J. CRIMINOLOGY 692, 693-96 (2013)). בקנדה, החוק אינו מגביל את תקופת הזמן המרבית שבה ניתן להחזיק שוהים בלתי חוקיים במשמורת, אך בפועל הם מוחזקים למשך זמן של 25 ימים בממוצע. מי שאין בעניינו חשד למסוכנות משוחרר תוך פרקי זמן קצרים בהרבה (Canadian Immigration and Refugee Protection Act, S.C. 2001, c. 54-61; Immigration and Refugee Protection Regulations, SOR/2002-227; STANDING COMM. ON CITIZENSHIP & IMMIGRATION, 41ST PARL., STANDING ON GUARD FOR THEE: ENSURING THAT CANADA'S IMMIGRATION SYSTEM IS SECURE 23 (2013) (זמין כאן)). גם בבריטניה לא קובע החוק מגבלה על משך השהייה (Immigration Act, 1971, c.77, Sch. 2, § 16(2), Sch. 3, § 2 (U.K.)) מחקר שלילת חירות, בעמ' 467), אך הוא כפוף לביקורת שיפוטית המגבילה את הסמכות להמשך

ההחזקה (Dallal Stevens, *Asylum Seekers, Detention and the Law: Morality or Abeyance?*, in THE ASHGATE RESEARCH COMPANION TO MIGRATION LAW, THEORY AND POLICY 395, 408-12 (Satvinder S. Juss ed., 2013). תקופת זמן של שלושה חודשים נחשבת לתקופה משמעותית, ואילו תקופת זמן העולה על שישה חודשים נחשבת למוצדקת רק בהינתן צורך מיוחד כגון הגנה על ביטחון הציבור (Bail Guidance for Judges Presiding over Immigration and Asylum Hearings 5 (First-Tier Tribunal Immigration & Asylum Chamber, Presidential Guidance Note No. (U.K.) (1 of 2012) (זמין כאן)). מכל מקום, נאסר בבריטניה להחזיק במשמורת את מי שלא ניתן להרחיקו בתוך פרק זמן סביר (R (Lumba) v. Sec'y of State for the Home Dept., [2012] 1 A.C. 245 (appeal taken from Eng.) [UKSC 12, 103, [2011]], ובפועל כ-94% מהשוהים הבלתי חוקיים לא מוחזקים במשמורת לפרק זמן שעולה על ארבעה חודשים (Home Office, Immigration Statistics, January to March 2014 § 12.3 (May 22, 2014) (U.K.) (זמין כאן)).

74. בגרמניה ניתן להחזיק בשוהים בלתי חוקיים במשמורת כמוצא אחרון בלבד, למשך פרק זמן שלא יעלה על שישה חודשים, ובתנאי שיש צפי להוצאת צו הגירוש אל הפועל בשלושת החודשים הקרובים (Aufenthaltsgesetz [AufenthG] [Residence Act], ; Feb. 25, 2008, BUNDESGESETZBLATT I [BGBl. I] at 162, as amended, §§ 61–62 מחקר שלילת חירות, בעמ' 241. אולם סיכול הגירוש מצד השוהה הבלתי חוקי עלול להביא להארכה של 12 חודשים נוספים. שם, בסעיף 62(4) לחוק). באוסטריה ניתן להחזיק בשוהים שלא כדין לצורך הוצאת צו גירוש אל הפועל למשך פרק זמן שלא יעלה על ארבעה חודשים, ובמקרים מיוחדים – שישה חודשים (FREMDENPOLIZEIGESSETZ 2005 [FPG] [ALIENS' POLICE ACT] BUNDESGESETZBLATT I) ; No. 100/2005, as amended, §§ 76–81 מחקר שלילת חירות, בעמ' 27). בספרד ניתן להחזיק אדם שהוצא נגדו צו גירוש במשמורת לתקופה של עד חודשיים ימים (Ley sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social [Law Regarding Rights and Freedoms of Foreigners in Spain and Social Integration], art. 62(2) (B.O.E. 2000, 544) (as amended); E.U. AGENCY FOR FUNDAMENTAL RIGHTS, FUNDAMENTAL RIGHTS OF MIGRANTS IN AN IRREGULAR SITUATION IN THE EUROPEAN UNION 34–38 (2011) (להלן: FRA ן״ד) (זמין כאן)). בדרום אפריקה לא ניתן להחזיק בשוהים בלתי חוקיים במשמורת לפרק זמן העולה על ארבעה חודשים (Immigration Act 13 of 2002 § 34(1)(d); Arse v. Minister of Home Affairs and Others 2012 (4) SA 544 (SCA) ¶ 9). בניו-זילנד ניתן להורות ברגיל על החזקת שוהה בלתי חוקי במתקן סגור לתקופת זמן המוגבלת ל-28 ימים. תקופה זו ניתנת להארכות

של 28 ימים נוספים בכל פעם, כתלות בכך שמתקיימים תנאים המצדיקים את המשך המשמורת, אך ככלל לא תעלה על שישה חודשי משמורת במצטבר, אלא אם המוחזק אינו משתף פעולה עם הרחקתו (Immigration Act 2009, §§ 316, 323). תיקון שנחקק שם לאחרונה, שעניינו כניסת קבוצות גדולות של מסתננים למדינה, מאפשר להורות, באישור שופט, על החזקת שוהה בלתי חוקי במשמורת לפרק זמן של עד שישה חודשים וזאת מבלי שנדרשת הארכה עתית בידי שופט (Immigration Amendment Act (Mass) 2013 (Arrivals); מחקר שלילת חירות, בעמ' 24, 27). גם בארצות הברית נקבע כי בהעדר טעמים לסתור, יש לשחרר שוהים בלתי חוקיים ממשמורת לאחר שישה חודשים אם אין סבירות שניתן יהיה לממש את צו הגירוש שהוצא בעניינם בעתיד הקרוב (Zadydas v. Davis, 533 U.S. 678, 701 (2001); אולם ראו הערות חברי השופט נ' הנדל בפרשת אדם, פסקה 7 לחוות דעתו).

75. לעומת זאת, כמה מדינות מחילות מדיניות מחמירה יותר בכל הנוגע להחזקה במשמורת. באיטליה, החלטת רשויות ההגירה להעביר שוהה שלא כדין למשמורת טעונה אישור של שופט בתוך 48 שעות מיום המעצר. ככל שהשופט אישר את המשמורת, זו לא תמשך, ככלל, למעלה מ-30 ימים, אך היא ניתנת להארכה של 30 או 60 ימים באישור שופט לתקופה שברגיל לא תעלה על שישה חודשים. במקרים שבהם הגירוש לא מתאפשר נוכח חוסר שיתוף פעולה של המוחזק או בשל עיכוב בהשגת המסמכים הנדרשים, ניתן להאריך את המשמורת לתקופות של 60 ימים נוספים בכל פעם, ועד ל-12 חודשי משמורת נוספים, היינו: 18 חודשים בסך הכל (Testo Unico dell'Immigrazione, § 14; מחקר שלילת חירות, בעמ' 299-301). ביוון נקבע כי משמורת של שוהה שלא כדין תותר רק כמוצא אחרון וכאשר לא ניתן להשיג את מטרות הגירוש באמצעים פוגעניים פחות – וזאת לתקופה שלא תעלה על שישה חודשים – אולם תקופה זו ניתנת להארכה של 12 חודשים נוספים (18 חודשים בסך הכל), כפי שנעשה רבות בפועל (ΚΩΔΙΚΟΠΟΙΗΣΗ ΝΟΜΟΘΕΣΙΑΣ: Για την είσοδο, διαμονή και κοινωνική ένταξη υπηκόων τρίτων χωρών στην Ελληνική Επικράτεια (On The Entry, Residence and Social Integration of Third Country Nationals on Greek Territory) 3386/2005, §§ 76(2), 76(3); Ιδρυση Υπηρεσίας Ασύλου και Υπηρεσίας Πρώτης Υποδοχής, προσαρμογή της ελληνικής νομοθεσίας προς τις διατάξεις της Οδηγίας 2008/115/EK (Establishment of Asylum Authority and First Reception Service) 3907/2011, §§ 22(3), 30(1), 30(5), 30(6); Presidential Decree 116/2012; U.N. High Comm'r for Refugees Greece, ; בעמ' 250-255; מחקר שלילת חירות, בעמ' 255-250). (Current Issues of Refugee Protection in Greece, 4 (July 2013).

76. לכך נוספות אוסטרליה, שאינה קובעת בחקיקה מגבלת זמן להחזקה במשמורת (ראו: Migration Act 1958 (Cth) § 196; Al-Kateb v Godwin [2004] HCA 37, (2004) 33–34 CLR 562, ¶ 219; מחקר שלילת חירות, בעמ' 130; למגמה אחרת ראו את פסק דינו של בית המשפט העליון האוסטרלי מן העת האחרונה: *S4-2014 v Minister for Immigration & Border Protection* [2014] HCA 34) ומלטה, שבה ניתן להחזיק במשמורת שוהה בלתי חוקי לתקופה של עד 18 חודשים, או עד 12 חודשים אם הגיש בקשת מקלט (U.N. High Comm'r for Refugees, Submission by the United Nations High Commissioner for Refugees For the Office of the High Commissioner for Human Rights' Compilation Report – Universal Periodic Review: Malta. 1 (Mar. 2013) (להלן: הדו"ח המלטי) (זמין כאן); MINISTRY FOR JUSTICE & HOME AFFAIRS & MINISTRY FOR THE FAMILY & SOC. SOLIDARITY, IRREGULAR IMMIGRANTS, REFUGEES AND INTEGRATION: POLICY DOCUMENT, 11–12 (2005) (זמין כאן)). על המדיניות הנהוגה בשתי מדינות אחרונות אלו נמתחה ביקורת חריפה (לאוסטרליה, ראו קביעת ועדת האו"ם לזכויות אדם שלפיה מדובר במדיניות בלתי ראויה: עניין D & E בפסקה 7.2; לביקורת על המדיניות במלטה ראו: Daniela DeBono, 'Not Our Problem': Why the Detention of Irregular Migrants is Not Considered a Human Right Issue in Malta, in ARE HUMAN RIGHTS FOR MIGRANTS? CRITICAL REFLECTIONS ON THE STATUS OF IRREGULAR MIGRANTS IN EUROPE AND THE UNITED STATES 146 (Marie-Benedicte Dembour & Tobias Kelly eds., 2011).

77. כדאי להזכיר בהקשר זה גם את הכלל שקובעת דירקטיבת ההחזרה האירופית, שחלק מהמדינות שהוזכרו עיצבו את חקיקתן הפנימית בנתון למתאר שלה, שלפיו אם אין בנמצא אמצעים פוגעניים פחות, ניתן להחזיק שוהה שלא כדין במשמורת (בעיקר כאשר יש סכנה שיימלט או יסכל את גירושו מהמדינה) לתקופה של עד שישה חודשים. תקופה זו ניתן להאריך לפרק זמן של עד 12 חודשים נוספים (18 חודשים בסך הכל) אם המוחזק אינו משתף פעולה עם גירושו; או כשיש עיכוב בהשגת המסמכים הנדרשים לצורך הוצאת הגירוש אל הפועל (Directive 2008/115/EC of the European Parliament of the Council of 16 December 2008 on Common Standards and Procedures in Member States for Returning Illegally Staying Third-Country Nationals, § 15 (זמין כאן)). יוער כי בית הדין האירופי לצדק קבע כי ניתן להאריך את תקופת המשמורת בחלוף שישה חודשים רק אם מתקיים הליך הרחקה אפקטיבי: Case C-357/09, Kadzoev, 2009 O.J. (C 24) 17, ¶ 63–67 (Eur. Ct. Justice (Grand Chamber)).

78. הבחינה המשווה תורמת להעשרת הדעת, אך היא בבחינת "למעלה מן הצורך". משפטנו החוקתי מובילנו לאותה מסקנה: השמתם במשמורת של מסתננים שאין בעניינם אופק הרחקה נראה לעין לפרק זמן של שנה תמימה – שלא כעונש על מעשיהם, ומבלי שיש ביכולתם לעשות דבר כדי לקדם את שחרורם – מקימה פגיעה קשה בזכויותיהם (מקל וחומר נכונים הדברים בהתייחס לאלה מביניהם שהם מבקשי מקלט; וראו פרשת אדס, בפסקה 37 לחוות דעתי).

79. החזקה במשמורת גובה מחיר כבד מן המוחזק. אין לך כמעט זכות שאינה נפגעת כתוצאה ממנה. היא שוללת את הזכות לחירות, ופוגעת בזכות לכבוד; היא גורעת מן הזכות לפרטיות, מאיינת את היכולת לנהל חיי משפחה ומגבילה את האוטונומיה של הפרט במובנה הבסיסי ביותר. שלילת הזכות לחירות פיזית, אם כן, מובילה בתורה לפגיעה בזכויות חוקתיות נוספות, ומשפיעה על כלל תחומי החיים של הפרט. החזקת אדם במשמורת למשך שנה תמימה מסיטה את חייו ממסלולם. היא "מקפאה" – למשך פרק זמן בלתי-מבוטל כלל ועיקר – את יכולתו לנהל את חייו ולממש את האוטונומיה שלו. לא לחינם קבעו מדינות מערביות רבות בעולם הגבלה על פרקי הזמן המרביים להחזקה במשמורת הנאמדים בשבועות עד חודשים בודדים.

התוצאה היא כי פגיעתו הגרעינית והעמוקה של סעיף 30א לחוק בזכויות החוקתיות שרירה וקיימת גם בגרסתו הנוכחית של החוק. להשקפתי, פגיעה זו אינה עומדת – ולו בקירוב – ביחס ישר לתועלת המופקת ממנה. ככזו, היא אינה מידתית ואינה חוקתית.

(T) הסעד

80. נמצא כי סעיף 30א לחוק אינו חוקתי על שום פגיעתו הקשה והבלתי מידתית בזכות לחירות ולכבוד. אך מלאכתנו לא תמה. בשלב האחרון של הבחינה החוקתית נדרשים אנו לבחון מהו הסעד שבכוחו לרפא את אי-החוקתיות.

81. דעתי היא כי אין מנוס מהכרזה על ביטול סעיף 30א לחוק במלואו. משהגענו למסקנה כי הוראתו המרכזית של סעיף 30א לחוק היא הנגועה באי-חוקתיות, לא ניתן עוד להפריד בין הסדריו השונים בניסיון להבחין בין איבריו החוקתיים לאלה שאינם חוקתיים (ראו גם פרשת אדס, בפסקה 116). אכן, לאחר שבית משפט זה הגיע לכלל מסקנה כי דבר חקיקה מסוים הוא בלתי-חוקתי, "אין זה מתפקידו לקבוע את פרטי

ההסדר החקיקתי שיבוא תחת דבר החקיקה הבלתי-חוקתי, ועניין זה מצוי באחריותה של הכנסת" (עניין הפרטת בתי הסוהר, בעמ' 614-615). אשר על כן, אין לנו אלא להורות על ביטול הסעיף כולו, ולהותיר לכנסת, אם תחפוץ בכך, לקבוע הסדר חדש תחתיו.

82. בדומה למתווה שבו צעדנו בפרשת אדמ, אציע כי במקומו של סעיף 30א לחוק נשיב לאלתר את ההסדר החקיקתי שהיה בתוקף עד לתיקון מס' 3 לחוק למניעת הסתננות – חוק הכניסה לישראל. בהתאם לכך, יראו בצווי המשמורת שהוצאו מכוח סעיף 30א לתיקון מס' 4 לחוק למניעת הסתננות כאילו ניתנו מכוח סעיפים 13(ב) ו-13א(ג) לחוק הכניסה לישראל. הרשויות יידרשו אפוא לבחון את עניינם הפרטני של אלה המוחזקים במשמורת כיום מכוח סעיף 30א לחוק על פי לוחות הזמנים ועילות השחרור (על הסייגים להן) הקבועים בחוק הכניסה לישראל (השוו: פרשת אדמ, פסקאות 117-118). בצד זאת יחולו, כמובן, גם יתר הסדריו של חוק הכניסה לישראל, ובכלל זאת סעיף 13(ב) לחוק שלפיו לא ישוחרר בערובה מי שיש בשחרורו כדי לסכן את ביטחון המדינה, שלום הציבור או בריאות הציבור, או מי שהרחקתו מישראל מתעכבת או נמנעת בשל העדר שיתוף פעולה מלא מצידו.

83. בפרשת אדמ מצאנו לנכון לקבוע כי עילת השחרור הקבועה בסעיף 13(א)(4) לחוק הכניסה לישראל – שלפיה רשאי ממונה ביקורת הגבולות להורות על שחרור שוהה שלא כדין בערובה אם הוא שוהה במשמורת יותר מ-60 ימים ברציפות – לא תחול לפרק זמן של 90 ימים מיום מתן פסק הדין. קבענו זאת כדי לאפשר למדינה להיערך לבחינת עניינם הפרטני של המוחזקים במשמורת, שמספרם באותה העת היה גדול (כ-1,750 מסתננים; וראו פרשת אדמ, בפסקה 35), והצריך היערכות מיוחדת. ואולם, זו הפעם דומה כי תקופת התארגנות ממושכת מסוג זה שוב אינה נדרשת נוכח מספרם המוגבל של המוחזקים כיום במשמורת מכוח סעיף 30א לחוק. משכך, ובשים לב למועדי ישראל החלים בימים הקרובים ולצורך בתקופת התארגנות מספקת, אציע לחברותיי ולחבריי שנקבע כי העילה הקבועה בסעיף 13(א)(4) לחוק הכניסה לישראל לא תחול עד ליום 2.10.2014.

4. פרק ד' לחוק

84. פרק ג' ועיקרו סעיף 30א לחוק העוסק בהחזקת מסתנן במשמורת צופה פני עתיד, ועניינו באלה שבאו ויבואו בשערי המדינה בתקופה שלאחר כניסת התיקון

לתוקף. הוראות פרק ד' לחוק עוסקות בהקמת מרכז שהייה הרלוונטי בעיקרו של דבר למסתננים המצויים כבר עתה בגבולותינו, והן מסדירות את תכליותיו, מאפייניו ודרכי הפעלתו של מרכז השהייה. על כך נעמוד כעת.

85. מסתנן מוצא את דרכו למרכז השהייה שעה שעולה קושי בביצוע גירוש. במצב זה רשאי ממונה ביקורת הגבולות ליתן למסתנן "הוראת שהייה", שמכוחה נדרש הוא להתייצב במרכז השהייה. זאת, בין אם המסתנן מצוי אותה עת במשמורת, בין אם לאו (סעיפים 32ד(א) ו-32ד(ב) לחוק). מסתנן שניתנה לו הוראת שהייה לא יוכל לקבל אשרה ורישיון לישיבה בישראל לפי חוק הכניסה לישראל (סעיף 32ד(ד) לחוק). סעיף 32כב לחוק קובע כי בעלי משפחות, נשים וילדים לא ישהו במרכז השהייה עד שהשר לביטחון פנים יקבע, באישור ועדת הפנים והגנת הסביבה של הכנסת, הוראות מיוחדות לעניין זה. בתשובתה עדכנה המדינה כי טרם נקבעו הוראות בעניין זה.

86. התנהלותו היום-יומית של מרכז השהייה מותווית בהוראות פרק ד' לחוק. על פי החוק, משעה 22:00 בלילה ועד לשעה 6:00 בבוקר למחרת המסתנן אינו רשאי לשהות מחוץ למרכז (סעיף 32ח לחוק). בנוסף, עליו להתייצב במרכז לצורך רישום נוכחות שלוש פעמים ביום, פעם אחת בשעות הבוקר; פעם נוספת בשעות הצהריים; ובאחרונה לעת ערב, בשעות הקבועות בתקנות (ראו תקנות למניעת הסתננות (עבירות ושיפוט) (נוכחות שוהה במרכז ויציאה ממנו) (הוראת שעה), התשע"ד-2013, ק"ת 308 (להלן: תקנות הנוכחות)). חריגים לחובת הנוכחות במרכז השהייה קבועים בסעיף 32ג(ג) לחוק. לפי סעיף זה, על פי בקשת מסתנן, רשאי ממונה ביקורת הגבולות ליתן פטור מחובת התייצבות לפרק זמן שאינו עולה על 48 שעות. כמו כן, במקרים של אשפוז רפואי של השהה או של בן משפחתו מקרבה ראשונה, מוסמך הממונה לפטור מהתייצבות לפרק זמן ארוך יותר. החלטות אלו נתונות לביקורת שיפוטית של בית הדין.

87. מרכז השהייה מנוהל בידי עובדי שירות בתי הסוהר ממחוז הדרום, שחלקם שירתו קודם לכן במתקן המשמורת (אלה מונו על ידי השר לביטחון פנים מכוח סמכותו שבסעיף 32ג לחוק). לעובדי השב"ס (ולגורמים אחרים) נתונות סמכויות לביצוע חיפוש, לדרישת הזדהות ולתפיסת חפצים (סעיפים 32ג-יד לחוק). הם מוסמכים לבצע עיכוב במקרים של חשד לשימוש שלא כדין בנשק או לנשיאת חפץ אסור (סעיפים 32טו-יח לחוק), ואף להשתמש בכוח כלפי מסתנן שאינו מקיים את חובותיו לפי הוראות פרק ד' לחוק (סעיף 32ט(א) לחוק). אמצעי משמעת נוסף נתון בידי ממונה

ביקורת הגבולות. הממונה מוסמך להורות על העברת מסתנן ממרכז השהייה למשמורת, לאחר קיום שימוע, במקרים שבהם מתקיימות הפרות או הפרות חוזרות של תנאי השהייה במרכז, כגון איחור למועדי ההתייצבות; גרימת חבלה לגוף; גרימת נזק של ממש לרכוש; והפרת האיסור לעבוד מחוץ למרכז השהייה (סעיף 32כ(א) לחוק). סעיף 32כ(ב) מגביל את התקופה שבה ניתן להחזיק מסתנן במשמורת מכוח סמכויות אלו. רף עליון לתקופת ההחזקה במשמורת הועמד על שנה, תוך יצירת הבחנה בין סוגי הפרות וכן מדרג לעניין חזרה על הפרות על ידי אותו שוהה.

88. מסתנן אשר קיבל הוראת שהייה אינו רשאי לעבוד בישראל (סעיף 132 לחוק), והמדינה אף פרסמה באתר האינטרנט של רשות האוכלוסין וההגירה וכן בכלי תקשורת שונים את כוונתה לאכוף את איסור העבודה וההעסקה של מסתננים שקיבלו הוראת שהייה, בכפוף להתחייבויותיה בעניין קו לעובד השלישי. בצד זאת, הוסדרו בתיקון מס' 4 התנאים שלפיהם ניתן יהיה להעסיק באופן וולונטרי מסתנן השוהה במרכז השהייה בעבודות תחזוקה ובשירותים שוטפים בתחום המרכז, בעד "גמול סביר" (סעיף 132ז). השוהה יכול להיות מועסק, למשל, בעבודות ניקיון (שאינן במקום מגוריו וסביבתו); בעבודות מטבח; בתחזוקה; בבינוי ובגינון; בטעינה ובפריקה של ציוד; בשירותי מכבסה; במספרה ועוד. בגין מרבית העבודות מוצע שכר בסך 12 ש"ח לשעה (ראו סעיף 132ז(ב) לחוק; תקנות למניעת הסתננות (עבירות ושיפוט) (העסקת שוהים בעבודות תחזוקה ושירותים שוטפים) (הוראת שעה), התשע"ד-2014, ק"ת 697 (להלן: תקנות העסקת שוהים)). תוקפן של התקנות נקבע לשנה. כמו כן, השוהים במרכז זכאים ל"דמי כיס" או להטבה אחרת הניתנת למימוש במרכז בעד כל יום שהייה במרכז. נקבע כי דמי הכיס לא יעלו על 16 ש"ח ליום, אך לגבי שוהה המועסק במרכז – יופחת חלק מן הסכום, בהתאם למפתח הקבוע בתקנות (סעיף 32יא לחוק; תקנות למניעת הסתננות (עבירות ושיפוט) (מתן דמי כיס והטבה אחרת והתנאים לשלילתם) (הוראת שעה), התשע"ד-2014, ק"ת 696). עוד נקבע האופן שבו יועברו דמי הכיס לשוהה, וכן נקבעה האפשרות למתן מקדמה (במקרים מסוימים) למסתנן המועבר ממתקן המשמורת למרכז השהייה. בצד זאת נקבעו הוראות לעניין הפחתה מדמי הכיס בשל הפרת הוראות שונות של תנאי השהייה במרכז. גם תוקפן של תקנות אלו נקבע לשנה.

עמדנו עד כאן על המסגרת הנורמטיבית המסדירה את הקמתם ופעולתם של מרכזי שהייה פתוחים. לצורך הניתוח החוקתי, הוראות אלו – הן ורק הן – תעמודנה לבחינתנו. אלא שהצדדים שלפנינו הוסיפו והרחיבו את הדיבור גם על אופן פעולתו של מרכז השהייה "חולות" (שהוא, בנקודת הזמן הנוכחית, המתקן היחיד שאוכלס מכוח פרק ד' לחוק). אף שהטענות בעניין אופן פעולתו של מתקן "חולות" הן מינהליות

בעיקרון, אני סבור כי יש במסד הנתונים העובדתי שהצטבר מאז שהחל לפעול המתקן (בחודש דצמבר 2013) כדי לסייע בבחינתן העקרונית של טענות חוקתיות אלו ואחרות. משכך, אעמוד אף אני, בתמצית, על דרך פעולתו של מתקן "חולות".

(א) על מרכז השהייה "חולות"

89. מרכז השהייה "חולות" החל לפעול ביום 12.12.2013. מאז ועד היום נוהגת רשות האוכלוסין וההגירה להוציא "הוראות שהייה" למסתננים המצויים בערים בבואם לחדש את רישיונות הביקור והישיבה הזמניים שניתנים להם מכוח סעיף 2(א)(5) לחוק הכניסה לישראל. נכון ליום 30.3.2014, הוצאו למסתננים 5,678 הוראות שהייה, שהמועד האחרון להתייצבות במאחרות שבהן חל ביום 30.4.2014. מתוכן, ב-838 מקרים החליט ממונה ביקורת הגבולות לבטל את הוראת השהייה מטעמים פרטניים, כך ש-4,840 מסתננים נדרשו להתייצב במרכז עד ליום 30.4.2014. עוד הוצאו הוראות שהייה ל-483 מסתננים מסודן ומאיריאה אשר שהו במשמורת במתקן "סהרונים" עם פתיחת המרכז. סך ההתייצבות במרכז השהייה עומד על כ-46% מן המסתננים שזומנו, כך שלפי הערכות שוהים כיום במתקן כ-2,000 מסתננים. יוער כי מאז פתיחתו של המרכז ועד ליום 9.3.2014, 105 מסתננים שקיבלו הוראות שהייה ונקלטו במרכז יצאו ממנו לבלי שוב.

90. הקריטריונים העומדים ביסוד הוצאת הוראות שהייה למסתננים הבאים לחדש את רישיונם כוללים בעיקר את מועד ההסתננות (הוראות שהייה הוצאו לנתיני סודן אשר הגיעו לישראל לפני יום 31.12.2010, ולנתיני איריאה אשר הגיעו לישראל לפני יום 31.12.2008); מצבו המשפחתי של המסתנן; וכן את עברו הפלילי. המדינה הדגישה כי הקריטריונים עשויים להשתנות מעת לעת, וציינה כי נכון לעת הזו כ-7,820 מסתננים עומדים בקריטריונים הקבועים לשהייה במתקן. אעיר כבר עתה כי לטענת העותרים, הוצאת הוראות שהייה לחלק קטן מאוכלוסיית המסתננים, בשים לב לכך שמרכז השהייה היחיד הפועל כיום מכוח החוק – מרכז "חולות" – אינו יכול לאכלס את כלל המסתננים המצויים כיום בישראל, מהווה "אכיפה בררנית" פסולה. העותרים עומדים על כך שהשוהים בישראל שאינם בני גירוש מהווים קבוצה הומוגנית, והם זכאים על כן "ליחס שווה ולזכויות פרטיקולאריות הנובעות ממעמדם המיוחד". לשיטתם, לא ניתן להבחין בין חברי הקבוצה לצורך שלילת חירותם ופגיעה במכלול זכויותיהם בהעדר קריטריונים רלוונטיים לעניין. המדינה, מצידה, טענה כי מסתננים מופנים למרכז בהתבסס על קריטריונים ידועים ושוויוניים.

91. מה עומד ביסוד הקריטריונים שהציגה המדינה? שאלה זו לא התבררה כל צורכה בגדרי הדיון בעתירות שלפנינו. המדינה לא פירטה האם יש טעם טוב להבחין בין נתיני אריתריאה לבין נתיני סודן, או מה הנפקות הנודעת למועד ההסתננות לעניין הוצאת הוראת השהייה. אכן, אכיפה נגד אחד ולא נגד אחרים, ללא כל טעם טוב להבחנה ביניהם, יכולה להיחשב לאכיפה בררנית (ע"פ 6328/12 מדינת ישראל נ' פרץ, פסקה 23 (10.9.2013)); לטענה שלפיה קביעת קריטריונים בידי הרשות המינהלית אינה מקדמת תמיד קבלת החלטות שוויוניות ראו דפנה ברק-ארז משפט מינהלי כרך ב-696-695 (2010)). עם זאת, מקומה של טענה זו – שאיני קובע בה מסמרות – אינו בהליך שלפנינו. טענת האכיפה הבררנית נוגעת להפעלת שיקול הדעת המינהלי שכאמור אינו עומד להכרעתנו בהליכים אלה. כפועל יוצא איני מביע בגדרי ההליך שלפנינו עמדה במחלוקת זו כמו גם בשאלה אם סוגיית זהותם של מי שניתן להשימם במרכז השהייה אינה מהווה "הסדר ראשוני" שמקומו בחקיקה ראשית, נוכח הפגיעה בזכויות המובנית בפרק ד' לחוק (ראו והשוו: בג"ץ 3267/97 רובינשטיין נ' שר הביטחון, פ"ד נב(5) 481, 513-515 (1998)). העותרים רשאים אפוא להפנות טענותיהם במישור זה לערכאה המוסמכת, וכל טענותיהם שמורות להם.

92. לדברי המדינה, בבוא מסתנן העומד בקריטריונים האמורים להאריך את רישונו הזמני כאמור, נערך לו תשאל שמטרתו לבחון אם הוא עומד בקריטריונים להוצאת הוראת השהייה, ובכלל זה הוא נשאל שאלות הנוגעות לנסיבותיו האישיות. במאמר מוסגר יצוין כי העותרים חולקים על תיאור זה. לטענתם, לרבים מהמסתננים כלל לא נערך תשאל מקדים, ואף כאשר מתקיים תשאל הוא אינו כולל שאלות מהותיות הנוגעות לטובתם או לזכויותיהם. על כל פנים, בסופו של ההליך, מחליט ממונה ביקורת גבולות אם ליתן הוראת שהייה אם לאו. ככל שמוחלט על מתן הוראת שהייה, ככלל מוארך רישיון הישיבה הזמני מכוח חוק הכניסה לישראל ב-30 ימים נוספים לצורך מתן תקופת התארגנות, ובצידו ניתנת הוראת שהייה לתאריך התואם את תאריך תום תקופת רישיון הישיבה הזמני. החלטה בדבר מתן הוראת שהייה ניתנת לתקיפה ישירה באמצעות הגשת ערר לבית הדין לעררים (כאמור בפסקה 42 לעיל), והחלטת בית הדין לעררים נתונה לערעור מינהלי לבית המשפט לעניינים מינהליים. ואמנם, היבטים שונים הנוגעים לאופן הוצאת הוראות שהייה על ידי ממונה ביקורת הגבולות כבר הועמדו לביקורת שיפוטית בטענות שונות, ובהן הטענה כי חובה לקיים שימוע בטרם מוצאת הוראת שהייה (ראו: עת"ם (מינהליים מרכז-לוד) 4436-04-14 האגוס נ' משרד הפנים (1.6.2014); עת"ם (מינהליים חי') 42975-04-14 אדמ נ' משרד הפנים (1.6.2014)). יוער כי במסגרת הליך המתנהל בבית משפט זה (עע"ם 2863/14

עלי נ' משרד הפנים – רשות האוכלוסין וההגירה) הודיעה המדינה ביום 26.5.2014 כי בכוונתה לערוך "פיילוט" לנוהל חדש המחייב עריכת שימוע כאמור (ראו פסק-דין חלקי בהליך זה מיום 10.8.2014, בפסקה 6). כך או כך, משהוצאה הוראת שהייה, נדרשים המסתננים להגיע במועד שנקבע למתקן "חולות". רשות האוכלוסין וההגירה מעמידה מערך הסעות ממרכזי הערים (לפי שעה מתל-אביב בלבד) ועד למרכז שהייה. לצד מערך זה, רשאים השוהים להגיע באופן עצמאי למרכז. עם הגעתו למרכז שהייה, נערך למסתנן הליך לבירור זהותו. בתום הראיון, הוא מועבר לקליטה ונלקחת הימנו טביעת אצבע, וכן מופקד באפסנאות ציוד שנשא עמו. לבסוף, מוצעת לו האפשרות להיבדק בידי רופא וניתנים לו בגדים, מגבות, שמיכות, כלי גילוח ועוד.

93. בתשובתה עמדה המדינה על המתקנים והשירותים העומדים לרשות המסתננים המצויים במרכז שהייה. כך, צוין כי במרכז פועלות מכבסה; מספרה; וצרכנייה המופעלת על ידי זכייין פרטי, שמוצריה נמכרים במחירים מפוקחים. המדינה הוסיפה כי בכל תת-מתחם במרכז (המאכלס עד 140 שוהים) ישנו מועדון הפתוח 24 שעות ביממה, וכן הוקמו במרכז מגרשי ספורט. מלבד זאת, מציינת המדינה כי מוצעים כעת במרכז חוגים, ובהם חוגי ציור ורישום (שבהם משתתפים כ-20 שוהים בכל פעם) וחוגי ספורט (שבהם לוקחים חלק כ-30 שוהים); וכי עתידות להיפתח במרכז כיתות לימודים למבוגרים, במקצועות המתמטיקה והאנגלית. אשר לשירותי רווחה, צוין כי בכל "פלח" (המאכלס עד 1,120 שוהים) במרכז מועסקים שלושה עובדים סוציאליים שאליהם יכולים השוהים לפנות, וכי במקום פועלות שתי קבוצות טיפוליות שבכל אחת מהן כ-15 שוהים. שירותי בריאות ניתנים על ידי מגן דוד אדום בפיקוח משרד הבריאות. במרכז מרפאה שפתוחה עד לשעה 17:00 ובה רופא ושני פרמדיקים. לאחר שעות הפתיחה נמצא במקום פרמדיק תורן. עוד צוין כי ניידת מרפאת שיניים מגיעה פעם בשבוע למרכז. שוהים הזקוקים להמשך ברור רפואי או לבדיקות מעבדה, הדמייה, יעוץ מומחים וכיוצא באלה מופנים לבית החולים "סורוקה" ולבתי חולים ייעודים אחרים.

94. העותרים, מנגד, מבקשים להדגיש כי תנאי המחייבה במתקן "חולות" קשים. לדבריהם, בכל חדר במרכז שהייה מוחזקים עשרה מסתננים והוא כולל חמש מיטות קומותיים, עשרה תאי אחסון קטנים ללא אפשרות נעילה, ותא קטן למקלחת ולשירותים; בחדרים אין אמצעי חימום או קירור ונאסר לתלות חפצים על הקירות; האגפים ננעלים במהלך הלילות; ה"מועדון" מכיל רק מכשירי טלוויזיה ומספר כיסאות, וה"ספרייה" המשרתת את המתקן כוללת שתי כונניות עם מספר מועט של ספרים; המסתננים השוהים במתקן אינם רשאים להכין את מזונם בעצמם או להכניס למתקן מזון שנרכש מחוצה לו ושאינו ארוז, וכן הם אינם רשאים לארח במתקן. לשיטת

העותרים, למעשה אין כל הבדל בין השירותים שניתנים במתקן "חולות" לאלה שניתנים במתקן "סהרונים", המשמש להחזקה במשמורת.

95. כניסה ויציאה מהמרכז אפשרית, כאמור, החל מהשעה 6:00 ועד לשעה 22:00, ונדרשת ההתייצבות במתקן שלוש פעמים ביום כקבוע בתקנות הנוכחות. המדינה מציינת כי עד כה הוגשו 610 בקשות לקבלת פטור מהתייצבות של עד 48 שעות (בהתאם לסעיף 32(ג) לחוק), מתוכן סורבו 26 בקשות. יוער כי העותרים טוענים כי שוהים רבים מוותרים מראש על הגשת בקשה כאמור שכן פגישות הנערכות לשם הגשת הבקשה מנוצלות להפעלת לחצים לעזוב את הארץ "מרצון", ורבים נדרשים להמתין שעות ארוכות מחוץ למשרדים עד לקבלת תשובה לבקשתם. לצורך ניידות מהמרכז ואליו פועלים קווי תחבורה ציבורית בסמוך לשעות ההתייצבות. לדברי המדינה, נתוני כניסה ויציאה ממרכז השהיה מעידים על שימוש יום-יומי באפשרות זו. כך, מצוין כי בחודש פברואר שנה זו נרשמו 13,625 כניסות ויציאות; וישנה עלייה מתמדת בכמות התנועות. לעניין העסקת שוהים במרכז (סעיף 32 לחוק ותקנות העסקת שוהים) מעדכנת המדינה כי נכון לתחילת חודש מרץ 2014, 179 שוהים נרשמו למאגר המועסקים במרכז.

96. אשר לאפשרות להעביר שוהים למשמורת, מסרה המדינה כי עד ליום 30.3.2014 הועברו 53 שוהים למשמורת לאחר שאיחרו להתייצב לרישום נוכחות (מכוח סעיף 32(א)(1) לחוק) – מתוכם 43 שוהים שאיחרו לרישום לאחר שהשתתפו במחאה מאורגנת ביום 19.12.2013. עוד צוין כי 265 שוהים הועברו למשמורת משום שעזבו את מרכז השהיה מבלי לשוב אליו למשך למעלה מ-48 שעות (מכוח סעיף 32(א)(7) לחוק) – מתוכם 153 שוהים שעשו כן במסגרת המחאה המאורגנת מיום 17.12.2013. נמסר כי ממונה ביקורת הגבולות החליט על קיצור תקופת המשמורת בעניינם של שוהים אלה במספר ימים עד שבועות. 16 מסתננים הועברו למשמורת לאחר שהוזמנו למרכז השהיה ולא התייצבו בו (מכוח סעיף 32(א)(6) לחוק); ו-191 מסתננים הועברו למשמורת לאחר שלא התייצבו לחידוש רישיון הישיבה הזמני שבידם (מכוח סעיף 32(ג) לחוק). לבסוף, נמסר כי לא הועברו שוהים למשמורת מכוח סעיפים 32(א)(2)-(5) לחוק שעניינם הפרת כללי התנהגות, גרימת נזק של ממש לרכוש או גרם חבלה לגוף וכן עבודה בניגוד לאיסור העבודה.

זהו אפוא ההסדר הנורמטיבי המאפשר הפעלת מרכזי שהייה, וכך המרכז פועל

הלכה למעשה. האם ההסדר הקבוע בפרק ד' לחוק הוא חוקתי?

97. לא יימצא חולק על כך שלטובת המדינה, המבקשת למצוא פתרונות לתופעת ההגירה הבלתי מוסדרת, עומד מרחב תמרון חוקתי נרחב. להשקפתי, במרחב זה מצויה גם האפשרות להקים מרכזי שהייה פתוחים, אשר יתנו מענה לקשיים שבצד תופעה זו. ואמנם, אפשרות זו נדונה עוד בפרשת א.ד.ס. בפסק דינו שם עמדנו, חלק מחבריי ואני, על אמצעים חלופיים למתקן המשמורת. חברתי השופטת (בדימ') ע' ארבל ציינה כי "ניתן לשקול לחייב מסתננים לשהות בלילות במתקן שהייה שהוכן עבורם ואשר יספק את צרכיהם, ולצד זאת ימנע מהם קשיים אחרים" (בפסקה 104 לחוות דעתה; ההדגשה הוספה – ע' פ'); חברתי המשנה לנשיא מ' נאור עמדה על כך ש"המדינה תוכל לשקול להפוך את המבנה הקיים למחנה פתוח, שהשהייה בו היא רצונית" (בפסקה 4 לחוות דעתה; ההדגשה הוספה – ע' פ'); ואף אני בפסקה 40 לחוות דעתי הפניתי לנוסח המקור של מסמך (שמאז ראה אור בעברית) מאת נציבות האו"ם לפליטים שהוכתר קווים מנחים למשמורת: הנחיות בדבר קריטריונים וסטנדרטים ישומיים למשמורת של מבקשי מקלט ולחלופות משמורת (2012) (זמין כאן). במסמך זה, בין יתר חלופות המשמורת שנדונו, הוצגה האפשרות למגורים במרכזים פתוחים או פתוחים למחצה. הודגש כי יש להגן על חירות השוהים במרכזים אלה וכן על חירות התנועה בתוך המרכזים ומחוצה להם, ולהבטיח שהם אינם הופכים למעצר בדרך אחרת ("...] יש להקפיד על חופש תנועה כללי בתוך המרכז ומחוץ לו כדי להבטיח שהמרכז אינו הופך לסוג של מתקן משמורת", שם, בעמ' 42).

98. בענייננו, הקמת מרכז שהייה אינה עוד בגדר הצעה תיאורטית. פרק ד' לחוק יצר מסגרת חקיקתית כוללת, שמכוחה פועל כיום מתקן "חולות" בנגב המאכלס כ- 2,000 מסתננים. מסגרת נורמטיבית זו היא שעומדת עתה לבחינה חוקתית. אלא שהמסגרת העומדת לפנינו אינה דומה לאותם מתקנים "פתוחים" או "פתוחים למחצה" מהסוג שנדון בפרשת א.ד.ס. כפי שיפורט להלן, מרכז שהייה הנתון לבחינתנו, זה שעוצב בהוראות פרק ד' לחוק, קרוב יותר במאפייניו למתקן "סגור" מאשר למרכז אזרחי "פתוח" – בניגוד לנדרש ביחס לאוכלוסיית המסתננים (כפי שעוד אפרט להלן). וכך, אף שככלל הקמת מרכזי שהייה עשויה לעלות בקנה אחד עם אמות המידה החוקתיות המקובלות בשיטתנו המשפטית, המתווה החקיקתי הקונקרטי שיצר המחוקק בפרק ד' לחוק למניעת הסתננות פוגע באופן בלתי מידתי בזכות לחירות ובזכות לכבוד, וככזה – דינו בטלות.

99. בין הצדדים לא ניטשת מחלוקת של ממש בשאלה אם פרק ד' לחוק פוגע בזכויות חוקתיות. המדינה אינה כופרת בכך שפרק ד' לחוק פוגע בזכות לחירות, ולכאורה – די באמור כדי להעבירנו לשלב הבא של הניתוח החוקתי, הדורש בחינת הוראותיו של פרק ד' לחוק בראי פסקת ההגבלה. אלא שלטעמי, לא ניתן להסתפק בהשקפה על פרק ד' כמכלול, ומתחייבת בחינה פרטנית של חלק מההסדרים הקבועים בו. בחינה זו נדרשת כל אימת שהסדרים פרטניים דורשים תרופות חוקתיות שונות. כזהו המצב בענייננו. פגיעתן של הוראות אחדות הקבועות בפרק ד' לחוק כה חריפה היא, עד שאין בנמצא סעד אחד שיהא בכוחו לרפא את אי החוקתיות שדבקה בהסדרים השונים.

100. ואולם, הבחינה החוקתית אינה מתמצה בשאלה אם כל הוראה פרטנית – כשהיא לבדה – עומדת באמות המידה החוקתיות. יש להוסיף ולשאול "אם התמהיל הכולל של ההסדר החקיקתי הוא מידתי. כל הסדר אינדיווידואלי יכול שיהא מידתי. אך הצטברותם הכוללת עשויה שלא להיות מידתית" (עניין מנהלי ההשקעות, בעמ' 402; ההדגשה הוספה – ע' פ'). הצטברות מסוג זה עשויה להשפיע על הוראות אחדות של פרק ד' לחוק שלו היו עומדות לבדן, היו הן צולחות את הביקורת החוקתית בשל כך שאין הן פוגעות פגיעה עצמאית בזכויות חוקתיות מוגנות. זאת, שכן היחס שבין ההוראות השונות מקרין גם על הוראות שצולחות את הביקורת החוקתית. הוראה חוקתית (כשלעצמה) עלולה להיות "מוכתמת" בהוראה אחרת, פוגענית, עד כדי כך שההסדר החקיקתי כולו הופך להסדר שאינו מידתי – ולפיכך להסדר שאינו חוקתי. מכך אף נובע כי לא ניתן לבחון את חוקתיות פרק ד' לחוק כאילו "הוצאו" ממנו אותן הוראות שהן בלתי-חוקתיות כשלעצמן. עסקינן בפרק רחב ורב-איברים. הוא בנוי כמשוואה. הסדר אחד (דוגמת דרישת התייצבות נוקשה לשם רישום נוכחות במרכז) עשוי להיות מאוזן בהסדר אחר (דוגמת קציבת משך השהייה במרכז לתקופה קצרה). לא על בית המשפט לבחור עבור המחוקק את היחס שבין ההסדרים השונים. כל יחס חוקתי, העומד במגבלות המתחייבות מחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו, בא בחשבון. כל יחס שאינו חוקתי – דינו פסלות.

101. סדר הבחינה יהא אפוא כדלקמן: תחילה, נעמוד על תכליתו של פרק ד' לחוק. לאחר מכן נבחן את אותם הסדרים המעוררים קשיים חוקתיים כשהם לעצמם. כאשר לכל הסדר שלגביו ימצא כי הוא פוגע בזכויות אדם, נוסיף ונבחן אם הוא עומד

בדרישת המידתיות. בהמשך נבחן את ההסדר החקיקתי כמכלול, ונראה אם ההסדר הקבוע בפרק ד' לחוק – ההסדר כולו – מידתי הוא. בשלב זה יהיה מקום לעמוד על השפעת יחסי הגומלין שבין ההסדרים השונים הקבועים בפרק ד' לחוק על חוקתיות הפרק כמכלול. לבסוף, נבחן את הסעד המתאים לכל אחד מההסדרים שיימצאו בלתי חוקתיים, וכן את הסעד הנדרש לפרק ד' לחוק כולו.

(T) "לתכלית ראויה"

102. תכליתו המוצהרת של פרק ד' לחוק היא להפסיק את השתקעות אוכלוסיית המסתננים במרכזי הערים ולמנוע את השתלבותם בשוק העבודה בישראל, כמו גם לספק מענה הולם לצורכיהם. כאמור לעיל, העותרים סבורים כי תכלית מרכזית נוספת היא ניסיון "לשבור את רוחם" של המסתננים במטרה שאלה יעזבו "מרצונם" את ישראל. נתחיל את דיוננו בתכליותיו המוצהרות של פרק ד' לחוק.

(iv) מניעת השתקעות והשתלבות בשוק העבודה

103. נפתח בתכלית בדבר מניעת השתקעותם של מסתננים בריכוזי האוכלוסין והשתלבותם בשוק העבודה. תכלית זו כבר זכתה לדיון בפסיקתנו בפרשת אדמ, שבה ציינה המדינה כי אחת מתכליותיו של התיקון שנדון שם – תיקון מס' 3 שאיפשר החזקה במשמורת לתקופה של שלוש שנים – היא מניעת השתקעות המסתננים בערים הגדולות בישראל. חברתי, השופטת (בדימ') ע' ארבל, מצאה שם כי מדובר בתכלית ראויה, בשים לב לזכותה של המדינה לקבוע כיצד להתמודד עם מהגרים בלתי חוקיים (שלא הוכרו כפליטים); ולרצון למנוע "אפשרות חופשית של המסתננים להשתקע בכל מקום במדינת ישראל, להשתלב בשוק העבודה שלה, ולא לפגוע את החברה המקומית להתמודד עם כניסת המסתננים לתחומם על כל המשתמע מכך" (פסקה 84 לחוות דעתה). בחוות דעתי בפרשת אדמ נמנעתי מקביעת מסמרות בעניין זה – על רקע הקושי שמעוררת תכלית שעניינה הפרדת אוכלוסייה אחת מאוכלוסייה אחרת – מן הטעם שתיקון מס' 3 לחוק ממילא לא צלח את מבחני המידתיות (פסקה 19 לחוות דעתי). הואיל ולהשקפתי גם עיקריו של תיקון מס' 4 אינם צולחים מבחנים אלה, לא נדרשת הכרעה בשאלה זו גם בהליך שלפנינו ואניח לצורך הדיון כי מדובר בתכלית ראויה.

104. בצידה של תכלית מניעת ההשתקעות, ניצבת התכלית של הענקת מענה לצורכי המסתננים. תכלית זו ראויה כשלעצמה. רבים מהמסתננים שבאו בשערנו עברו דרך תלאות. דיווחים רבים מצביעים על כך שעוד במדינות מוצאם סבלו רבים מהם מהפרה בוטה של זכויות האדם שלהם, והיו נרדפים בידי מי שביקשו את חייהם. אחדים עברו מסכות עינויים קשות, והיו קורבנות לסחר בבני אדם. גם בבואם הנה נתקלים המסתננים בקשיים רבים. צרכים רבים של אוכלוסייה זו אינם זוכים למענה מספק. מרביתם מתקשים לעבוד ולהתפרנס בכבוד, בין היתר נוכח עמימותה של מדיניות אי-האכיפה שנוקטת המדינה ושעליה עמדתי קודם לכן (בפסקה 32 לעיל) (דו"ח מבקר המדינה, בעמ' 99); הם נתונים ב"ערפל נורמטיבי" ביחס לאגד הזכויות שהמדינה מכירה בו ביחס אליהם, שכן עדיין אין בנמצא כללים ונהלים ברורים הנוגעים לזכויותיהם (עע"ם 8908/11 אטס נ' משרד הפנים, חוות דעתה של חברתי השופטת א' חיות (17.7.2012)); זכאותם לשירותים סוציאליים מצומצמת, ושירותי רווחה אינם מוענקים להם אלא במקרים שנשקפת סכנה מיידית לשלומם; הטיפול הרפואי שניתן להם במצבים שאינם מצבי חירום חסר וחלקי; המענה לנשים נפגעות אלימות אינו מספק, וכך גם הטיפול בקורבנות סחר ועינויים (דו"ח מבקר המדינה, בעמ' 112-118). מסקנתי היא אפוא כי חוק שתכליתו הקמת מרכז שהייה פתוח שמטרתו לספק מענה לצורכי המסתננים – חוק לתכלית ראויה הוא.

105. האם האופן שבו פועל כיום מתקן "חולות" אמנם מגשים כהלכה את התכלית האמורה? העותרים הרחיבו בדברים בהתייחס לאופי התנהלותו הקונקרטי של מרכז "חולות": המזון המוגש בו, היצע הפעילויות המסופק בו, שירותי הבריאות והחינוך שניתנים בו וכיוצא באלה. לשיטת העותרים, מרכז השהייה רחוק מלענות על צורכי המסתננים באופן שיגשים את תכלית החקיקה. אלא שהחוק למניעת הסתננות אינו מתייחס לכל אלה במישורין. כל שנקבע בפרק ד' לחוק לעניין תנאי השהייה של מסתננים הוא כי "במרכז השהייה יסופקו לשוהים תנאי מחיה הולמים, ובכלל זה שירותי בריאות ורווחה" (סעיף 32 לחוק). אין הוא קובע חובה לספק שירותי חינוך, דת, ספורט, תרבות, פנאי או ייעוץ משפטי. לשם השוואה, הסדרים אחרים הנוגעים לשלילת חירות כוללים הוראות רבות ומגוונות שעניינן שלומם של הכלואים והעצורים – הרבה מעבר לאלו הקבועות בפרק ד' לחוק למניעת הסתננות. כך, קובעת פקודת בתי הסוהר [נוסח חדש], התשל"ב-1971 (להלן: פקודת בתי הסוהר או הפקודה) כי "אסיר יוחזק בתנאים הולמים שלא יהיה בהם כדי לפגוע בבריאותו ובכבודו" (סעיף 11ב(ב) לפקודה); וחוק המעצרים קובע כי "מעצרו ועיכובו של אדם יהיו בדרך שתבטיח

שמירה מרבית על כבוד האדם ועל זכויותיו" (סעיף 1(ב) לחוק זה). עוד קובעת הפקודה – ובדומה לה חוק המעצרים (סעיף 9(ב) לחוק המעצרים) – תנאים ספציפיים שלהם יהיה זכאי אסיר, ובהם תנאי תברואה הולמים, תנאים שיאפשרו לו לשמור על ניקיונו האישי, טיפול רפואי הנדרש לשם שמירה על בריאותו, ותנאי השגחה מתאימים לפי דרישת רופא של שירות בתי הסוהר; מיטה, מזון ושמכות לשימושו האישי, והחזקת חפצים אישיים כפי שייקבע בתקנות; מי שתייה וכן מזון בכמות ובהרכב המתאימים לשמירה על בריאותו; בגדים, מוצרים לשמירה על ניקיון אישי ומצעים; תנאי תאורה ואוורור סבירים בתא; והליכה יומית באוויר הפתוח (סעיף 11ב לפקודה). הפקודה אף מוסיפה וקובעת כי אסיר יהיה זכאי להשתלב בפעילות פנאי או חינוך (סעיף 11ג לפקודה).

106. העדרם של דגשים מפורטים בחקיקה הראשית ביחס לדרך הפעלת מרכז שהייה מותר לרשות המבצעת, המנהלת את המרכז הלכה למעשה, שיקול דעת נרחב באשר לאופן ניהולו. איני מבקש להכריע במשמעויות הנודעות לעובדה זו. החשוב לענייננו הוא כי דרך הפעלת שיקול הדעת המינהלי – היינו: האופן שבו יישמה ומיישמת הרשות המינהלית את החוק ומנהלת את מרכז "חולות" – חורגת מהשאלה החוקתית שעומדת להכרעתנו בעתירה זו (הגם שמוכן כי כל טענות העותרים בעניין זה שמורות להם בהליכים המינהליים מתאימים). עם זאת, ראיתי להדגיש כי בפסיקתנו הוטעם זה מכבר כי כל אדם – ובכלל זה אסור ועצור, וודאי שגם מסתנן – "זכאי הוא לצורכי אנוש מינימאליים ויסודיים. עם צרכים אלה נמנים לא רק עצם זכותו לאכילה, שתייה ולינה כדי לקיים את גופו מבחינה פיזית, אלא גם סדרי אנוש תרבותיים מינימאליים של אופן סיפוק צרכים אלה, כדי לקיים את כבודו כאדם מבחינה נפשית" (בש"פ 3734/92 מדינת ישראל נ' עזאזמי, פ"ד מו(5), 72, 84-85 (1992); ראו גם בג"ץ 144/74 לבנה נ' נציבות שירות בתי-הסוהר, פ"ד כח(2) 686, 690 (1974) (להלן: עניין לבנה)). בלשונו של השופט ח' כהן, זוהי זכותו של כל אדם ל"חיי אנוש תרבותיים", שהרי "יש לאדם תרבותי צורכי נפש נוספים על הצורך אך לחיות: יכול הוא, למשל, להתקיים ולחיות על-ידי שהוא מכניס אוכל לפיו בידיים ממש. אבל אדם תרבותי צריך צלחת, כף ומזלג לאכול בהם" (בג"ץ 221/80 דרויש נ' שירות בתי הסוהר, פ"ד לה(1) 536, 538-539 (1981)). על כן, אף בהיעדר הנחיות ברורות בחקיקה הראשית, נהיר הוא כי הזכות לכבוד משמיעה כי לא די בסיפוק צרכיו המידיים ביותר של אסיר, עציר או מסתנן, והרשות אינה יוצאת ידי חובתה בכך שהיא מספקת לאלה שחירותם נשללה תנאי מחייה המאפשרים את המשך הישרדותם בלבד.

107. העותרים טענו, כאמור, כי תכלית דומיננטית של תיקון מס' 4 לחוק – ובעיקר של פרק ד' לחוק זה – היא "שבירת רוחם" של המסתננים, כדי שאלה יסכימו לצאת מהארץ "מרצונם" למדינות שבהן נשקפת לחייהם ולחירותם סכנה. תכלית זו, כך נטען, פסולה היא. אבקש להתייחס בתמצית לטענה זו.

108. הלכה היא עמנו, ועל כך עמדנו גם בראשית דברינו, כי מי שנכנס לישראל ושוהה בה שלא כדין אינו זכאי להישאר בה. למדינה נתונה הפררוגטיבה להחליט אם ברצותה לגרשו, וברגיל – אין מניעה שתעשה כן. עם זאת, כל מי שנכנס לישראל זכאי לכך שחיו לא יהיו בסכנה – לא בישראל ולא בארץ היעד שאליה יגורש. משכך, נקבע בפסיקתנו כי אין לגרש אדם מישראל למקום שבו נשקפת סכנה לחייו או לחירותו (עניין אל טאיי, בעמ' 848), או למדינה שלישית שקיים לגביה חשש כי תגרש אותו למדינת המוצא שלו, שם כאמור נשקפת לו סכנה (פרשת אדס, בפסקה 8). כפי שציינתי קודם לכן, עקרון זה, שלפיו אין מגרשים אדם למקום שבו נשקפת לו סכנה מסוג זה, מוכר במשפט הבינלאומי המנהגי כעקרון "אי ההחזרה" (Non Refoulement).

109. לצד הכלל האוסר על גירוש אדם למדינה שבה נשקפת סכנה לחייו או לחירותו, הדין הישראלי והמשפט הבינלאומי אינם מונעים מאדם לבחור, מרצונו החופשי, לצאת למדינה שבה נשקפת לו סכנה כאמור. טעם הדבר הוא כי כל אדם זכאי, בכל רגע נתון, לבחור לעזוב את המדינה שבה הוא שוהה. עקרון זה מעוגן גם בסעיף 6(א) לחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו, שלפיו "כל אדם חופשי לצאת מישראל". גם בהינתן כללי המשפט הבינלאומי, ספק אם מדינה תחשב אחראית להפרת זכויות אדם של שוהה בלתי חוקי שבחר מרצונו לשוב אל ארצו, על אף הסכנות שנשקפות בה לחייו או לחירותו (ראו NILS COLEMAN, EUROPEAN READMISSION POLICY: THIRD COUNTRY INTERESTS (2009) 248 AND REFUGEE RIGHTS). הנחת המוצא בעניין זה היא כי בני האדם אוטונומיים לעצב את חייהם ואת גורלם על פי רצונותיהם ומאוייהם. על כן, אף על פי שלא ניתן להכריח אדם לצאת אל מדינה שבה נשקפת לחייו ולחירותו סכנה – אין מניעה כי יבחר הוא, מרצונו החופשי, לשוב אליה.

110. שאלה היא מתי החלטה לצאת מן הארץ למדינה שבה נשקפת סכנה לחייו או לחירותו של אדם תחשב להחלטה שנתקבלה מ"רצון חופשי". מקרי הקיצון מספקים מענה פשוט לשאלה זו. בהעדר נסיבות חריגות במדינה המארחת המפעילות על אדם לחץ לעזובה – החלטתו לשוב למדינתו תחשב ליציאה "מרצון"; ולהבדיל, החלטה

רשמית לגרש אדם למדינה המהווה סכנה לחייו או לחירותו תחשב לגירוש כפוי ואסור. בין נקודות הקיצון האמורות משתרע מנעד רחב של מקרים שבהם השאלה אם החלטתו של פרט לצאת למדינה שבה נשקפת סכנה לחייו או לחירותו היא פרי בחירה חופשית או שמא תוצר של כפייה אסורה – הופכת סבוכה ומורכבת (להרחבה ראו כריסטיאן מומרס "בין החזרה מרצון להרחקה קונסטרוקטיבית, או: פעולותיה של ישראל לקידום החזרת מבקשי מקלט דרום-סודנים למולדתם" פליטים ומבקש מקלט בישראל 384 (להלן: מומרס "החזרה מדצון")). להשקפתי, אכן הבוחן להכרעה בשאלה זו קשורה בקיומם – או בהעדרם – של אמצעים הדוחקים באדם לחזור למדינה שבה נשקפת לו סכנה. יציאה מן הארץ יכולה אפוא להיחשב לגירוש אסור (ולא כיציאה מ"רצון חופשי") לא רק במצבים שבהם המדינה מורה באופן רשמי על גירושו של אדם, אלא גם כאשר המדינה נוקטת אמצעים חריפים ופוגעניים במיוחד שנועדו להפעיל לחץ שיוביל ליציאה "רצונית" מהארץ. ואסביר.

111. בחירה חופשית תיתכן רק במקום שבו אדם סובריני לקבל החלטה מודעת ומושכלת מתוך מספר אפשרויות בנות-בחירה, שאינן מציבות אותו בפני מציאות חיים בלתי אפשרית. רעיון זה הוא עקרון יסוד בחשיבתנו המשפטית. הוא עובר בפסיקתנו כחוט השני (ע"א 1212/91 קרן לב"י נ' בינשטוק, פ"ד מח(3) 705, 729 (1994); ראו גם ע"א 2781/93 דעקה נ' בית החולים "כרמל" חיפה, פ"ד נג(4) 526, 570 (1999) (להלן: עניין דעקה)). הוא חל בתחומי משפט רבים ושונים (ראו, למשל, בדיני העבודה: בג"ץ 8111/96 הסתדרות העובדים החדשה נ' התעשייה האווירית לישראל בע"מ, פ"ד נח(6) 481, 542 (2004) ("נראה לי שחלופת ההתפטרות, הגודעת את מקור פרנסתו של העובד, אינה יכולה להיחשב כמאפשרת לו בחירה אמיתית. אכן, המציאות הכלכלית היא לא אחת כזו אשר שוללת אפשרות מעשית לבחור בחלופה זו"); ובדיני החוזים: ע"א 1569/93 מאיה נ' פנפורד (ישראל) בע"מ, פ"ד מח(5) 705, 721 (1994) ("ומה תהא עוצמתה של כפייה כדי שנכיר בה ככת-פועל משפטי? המבחן המקובל לקביעת עוצמתו של הלחץ יימצא בתשובה לשאלה אם הייתה לצד התם חלופה מעשית וסבירה שלא להיכנע לאותו לחץ"); בפלילים: עש"ם 4790/04 מדינת ישראל נ' בן חיים, פ"ד ס(1) 257, 268 (2005) ("תהא הדרך שבה בא לידי ביטוי יסוד 'ניצול המרות' אשר תהא – המשמעות היא תמיד אחת: השגת הסכמתו של הכפוף לביצוע המעשים שלא על פי רצונו האמיתי אלא עקב שימוש לרעה ביחסי המרות"), וכן רע"פ 10141/09 בן חיים נ' מדינת ישראל, פסקה 27 (6.3.2012) ("ככלל בנסיבות בהן אדם נפגש עם שוטר המבקש לערוך חיפוש על גופו, בכליו או בביתו [...] אותו אדם עשוי לסבור כי סירוב להסכים לביצוע החיפוש עלול להביא לעיכובו או למעצרו ולמצער לעורר חשד נגדו. הסכמה שניתנת בנסיבות אלה, שמשמעותה היא ויתור על הזכות החוקתית לפרטיות [...] איננה

הסכמה מדעת; שכן היא אינה מבטאת בחירה אמיתית ואוטונומית של האזרח לוותר על זכויותיו"); בדיני הראיות: ע"פ 377/67 דהאן נ' מדינת ישראל, פ"ד כג(1) 197, 212 (1969) ("ההודאה הנדונה פסולה כעדות, מהטעם שהיא נסחטה באמצעים שהיה בהם משום הפעלת לחץ פסיכולוגי עד כדי לשלול את האפשרות שהיא נעשתה ברצון חפשי"); ובמשפט המינהלי: בג"ץ 3799/02 עדאלה – המרכז המשפטי לזכויות המיעוט הערבי בישראל נ' אלוף פיקוד מרכז בצה"ל, פ"ד ס(3) 67, 81 (2006) ("בשל חוסר השוויון בין הכוח התופס לבין התושב המקומי אין לצפות כי התושב המקומי יתנגד לבקשה להעביר אזהרה למי שמבקשים לעוצרו. אין לבסס נוהל על הסכמה כאשר ברבים מהמקרים זו לא תהא אמיתית").

112. כבתחומי המשפט האחרים, כוחו של עקרון הבחירה החופשית – ובאומרנו כן כוונתנו לבחירה המשותפת מלחצים בלתי סבירים – יפה גם ביחס להחלטת אדם לצאת את הארץ למדינה שבה נשקפת סכנה לחייו או לחירותו, וזאת אף ביתר שאת על רקע רגישות המאטריה שבה עסקינן. ואמנם, במדינות רבות בעולם רווחת הדעה כי לא כל החלטה עצמאית של אדם לצאת מן הארץ שאליה עשה את דרכו תחשב ליציאה "מרצון". על פי ועדת האו"ם למשפט בינלאומי, מדינה יכולה לגרש שוהה בלתי חוקי גם על דרך "הרחקה קונסטרוקטיבית" (Constructive Expulsion) – באמצעות מעשי כפייה או איומים שניתן לייחסם למדינה, שאינם החלטה או צו רשמיים (U.N. Secretariat, Expulsion of Aliens, Memorandum by the Secretariat, Int'l Law Comm'n, U.N. Doc. A/CN.4/565, ¶ 68 (July 10, 2006) (זמין כאן)). יצוין כי האיסור על הרחקה קונסטרוקטיבית פורש עד היום בצמצום ונמתחה על כך ביקורת. ראו מומרס "החזרה מרצון", בעמ' 402-413). אחד ההיבטים החשובים בהתחקות אחר קיומה של בחירה "חופשית" הוא מעמד המשפטי של הפרטים הזכאים להגנה במדינה המארחת. אם לא מכירים בזכויותיהם של המסתננים, ואם נתונים הם ללחצים ולהגבלות ומוחזקים במחנות סגורים, הרי שלשיטת נציבות האו"ם לפליטים, לא ניתן לראות בהחלטתם לחזור לארצם כבחירה שנתקבלה מתוך "רצון חופשי" (U.N. HIGH COMM'R FOR REFUGEES, HANDBOOK: VOLUNTARY REPATRIATION: INTERNATIONAL PROTECTION § 2.3 (1996) (זמין כאן)). רעיון זה הוכר גם בפסיקתנו. כך, למשל, בעתירה בעניינו של שוהה בלתי חוקי ש"בחר" לצאת מהארץ ולהותיר מאחור את אשתו וילדיו, קבע בית משפט זה כי "קשה לייחס 'בחירה מודעת' – חופשית ומרצון – למי מאותם אנשים, אשר לאחר שהייה (בלתי חוקית) ארוכה בישראל, שבמהלכה אף הקימו בארץ משפחה, העדיפו לצאת ממנה, מבלי שיינקטו נגדם הליכי משמורת והרחקה קשים, תוך שהם מותירים בני משפחה אחרים מאחור. המציאות הנורמטיבית ששררה בישראל [...] שוללת לכאורה את המסקנה בדבר עויבת הארץ מרצון" (עע"ם

9890/09 נוואה נ' משרד הפנים, פסקה 16 (11.7.2013) – ההדגשות במקור). הנה כי כן, מציאות נורמטיבית מסוימת עלולה להיחשב, בנסיבות חריגות, ל"מכבש לחצים" המסכל את קיומה של בחירה חופשית לעניין יציאה מן הארץ.

סיכומה של נקודה זו: השאלה אם בחירתו של אדם לצאת את הארץ היא בחירה שנעשתה ברצון חופשי או שמא היא תוצר של כפייה אסורה קשורה בתנאי הרקע במדינה המארחת. לחצים בלתי סבירים ואמצעים הדוחקים באדם לעזוב את הארץ עלולים להפוך את יציאתו לגירוש כפוי ואסור.

113. בענייננו, טוענים העותרים כי תכליתו של פרק ד' לתיקון מס' 4 – שמכוחו ניתן להחזיק מסתננים במרכז השהייה – היא לשלול בחירה חופשית כאמור, באמצעות העצמת מצוקתם של המסתננים. העותרים תומכים טענתם זו, בין היתר, בדברים שהשמיעו שר הפנים ובכירי רשות האוכלוסין וההגירה בדיונים שונים בכנסת. המדינה טוענת מנגד כי לטענה זו אין עיגון בהוראות החוק, בדברי ההסבר לחוק או במציאות החיים במרכז השהייה. ההכרעה בין שתי עמדות קוטביות אלו אינה קלה, והשאלה אם אמנם אחת מתכליותיו של החוק שאת חוקתיותו אנו בוחנים כאן היא "שבירת רוחם" של המסתננים כדי שאלו יבחרו לצאת מן הארץ אינה נקייה מספקות (וואת, בין היתר, בהינתן דברי נציגי הרשויות המצוטטים בעתירה). דומה כי לא יימצא חולק על כך שמרכז השהייה שהוקם מכוח פרק ד' לחוק מקשה עד מאוד על חייהם של המסתננים, ושקושי מסוג זה עשוי בהחלט לתמרץ אדם לבחור לעזוב את הארץ. ואולם, קשיים מסוימים הם מנת חלקו של כל אדם הבוחר להגר למדינה אחרת בצורה בלתי מוסדרת. לא ניתן – ובמובנים מסוימים אף לא רצוי – להעלימם כליל. בין תמרוץ לגיטימי (כגון תמרוץ כספי) לעזיבת הארץ לבין הפעלת לחץ משמעותי ובלתי הוגן אשר שולל, הלכה למעשה, את יכולתם של שוהים בלתי חוקיים לבחור שלא לצאת מהארץ – עובר, אפוא, גבול דק. האמנם חוצה פרק ד' לחוק – על רקע שלילת החירות המובנית בו, שאינה מוגבלת בזמן, ועל רקע עניינים נוספים שעוד ידובר בהם בהמשך – גבול זה? אף שלא ראיתי כי ניתן לשלול על הסף את טענות העותרים במישור זה, לא מצאתי להכריע בעניין משום שממילא לטעמי דינו של פרק ד' לחוק להיפסל בשל כך שאין הוא עומד בדרישת המידתיות. אבהיר כי בכך איני קובע מסמרות בשאלת יציאת מסתננים למדינה שלישית "בטוחה", שכן שאלה זו כשלעצמה אינה עומדת לבחינתנו בהליך זה.

עד כאן בעניין תכליתו של פרק ד' לחוק. מכאן נעבור לבחינתם של כמה מהסדרי החוק המעוררים קשיים חוקתיים מיוחדים, ובהמשך נעמוד על התמונה המלאה הניבטת מפרק ד' לחוק.

(ה) הסדרי פרק ד' לחוק – בחינה קונקרטית

(i) חובת התייצבות במרכז – האמנם "פתוח"?

114. ההסדר הראשון העומד לבחינתנו עוסק בחובת הנוכחות במרכז השהייה. חובה זו היא תוצר לוואי של הדרישות המופיעות בחוק (ובתקנות הנוכחות שהותקנו מכוחו) להתייצב לספירות יומיות ("רישום נוכחות") במרכז. סעיף 32ח לחוק קובע תנאים לעניין נוכחות במרכז השהייה ויציאה ממנו, וכך הוא משמיע:

32ח. (א) שוהה יתייצב במרכז שלוש פעמים ביום, במועדים שייקבעו בתקנות לפי סעיף קטן (ד), לצורך רישום נוכחות.

(ב) מרכז השהייה יהיה סגור בין השעות 22:00 ל-06:00; שוהה לא ישהה מחוץ לתחומי המרכז בשעות האמורות.

(ג) על אף האמור בסעיפים קטנים (א) ו-(ב), ממונה ביקורת הגבולות, לפי בקשת שוהה ומטעמים מיוחדים, רשאי לפטור את השוהה מחובת ההתייצבות במרכז לצורך רישום נוכחות או מאיסור השהייה מחוץ לתחומי המרכז, כאמור באותם סעיפים קטנים; פטור לפי סעיף קטן זה יינתן לפרק זמן שלא יעלה על 48 שעות, ואם ניתן לשם אשפוז רפואי של השוהה או בן משפחתו מדרגה ראשונה – רשאי הממונה לתת פטור כאמור לתקופה ארוכה יותר; בית הדין לביקורת משמורת של מסתננים רשאי לבחון את החלטת ממונה ביקורת הגבולות לפי סעיף קטן זה, אם הוגשה לו בקשה לכך מאת השוהה בתוך 14 ימים מיום מתן החלטה.

(ד) שר הפנים, בהסכמת השר לביטחון הפנים, יקבע הוראות לעניין נוכחות השוהים במרכז שהייה, ובכלל זה לעניין יציאתם מהמרכז וחזרתם אליו, וכן לעניין מועדי התייצבותם במרכז לצורך רישום נוכחות ואופן הרישום; מועדי ההתייצבות כאמור ייקבעו באופן שלא יאפשר לשוהה לעבוד בישראל.

נוכחות במרכז
ויציאה ממנו

115. הנה כי כן, על פי הוראות החוק, שערי מרכז השהייה סגורים בשעות הלילה – מהשעה 22:00 בלילה ועד לשעה 6:00 בבוקר למחרת. בשעות אלו חל על המסתנן איסור לשהות מחוץ למרכז. בנוסף, במהלך שעות היום – שבהן המתקן "פתוח" והשוהים רשאים לצאת ממנו ולהיכנס אליו באופן חופשי – נדרשת התייצבות שלוש פעמים ביום לצורכי רישום. החוק מוסיף וקובע כי שעות ההתייצבות תיקבענה בתקנות "באופן שלא יאפשרו לשוהה במרכז לעבוד בישראל" (סעיף 32(ד) סיפה לחוק). על רקע הוראה זו, דומה כי אין חולק על כך שפרשנותו הטבעית של הסעיף היא כי תידרשנה שלוש התייצבויות ביום – בשעות הבוקר, בשעות הצהריים, ובשעות הערב – בדרך אשר תקשה על השוהה למצוא תעסוקה ולעבוד באופן רציף וקבוע מחוץ למרכז. ואמנם, התקנות שהותקנו מכוח החוק קבעו שלושה מועדי התייצבות, בבוקר (בין השעות 6:00-7:30), בצהריים (בין השעות 13:00-14:30), ובערב (בין השעות 22:00-20:30) – מועדים אשר מקשים על השוהים להשתלב במקום עבודה, ובה בעת מגבילים באופן ניכר את חירותם. וכך קובעות התקנות:

- | | |
|---|-----------------------|
| 1. שוהה רשאי לצאת ממרכז שהייה בכל עת שבה המרכז פתוח. | יציאה שוהה ממרכז |
| 2. שוהה במרכז שהייה היוצא מן המרכז או נכנס אליו יזדהה לפני עובד המרכז. | הזדהות בכניסה וביציאה |
| 3. אלה שלושת המועדים שבהם שוהה יתייצב במרכז בכל יום לפי סעיף 32(א) לחוק (להלן – התייצבות):
(1) בין השעות 6:00 ל-7:30;
(2) בין השעות 13:00 ל-14:30;
(3) בין השעות 20:30 ל-22:00. | מועדי התייצבות |
| 4. ההתייצבות תהיה במקום שמנהל מרכז שהייה הקצה לצורך זה. | מקום ההתייצבות |
| 5. שוהה יזדהה במרכז במהלך ההתייצבות, לשביעות רצונו של עובד המרכז או הממונה על ביקורת הגבולות, לפי העניין, ובלבד שהשתכנע באופן מספק בדבר זהותו של השוהה. | הזדהות |
| 6. ההודעה על חובת ההזדהות ביציאה מן המרכז ובכניסה אליו, חובת ההתייצבות, מועדי חובת ההתייצבות ומקום ההתייצבות תפורסם במקום בולט לעין במרכז שהייה ותתורגם לשפות העיקריות של השוהים במרכז ובכלל זה אנגלית. | 1980ס |

116. לטענת העותרים, עריכת ספירה שלוש פעמים ביום מגבילה באופן מעשי את יכולת המוחזק להתרחק ממרכז השהייה, ובכך פוגעת בעוצמה רבה בזכות לחירות. לעומת זאת, המדינה סבורה כי מרכז השהייה אינו שולל את הזכות לחירות – אלא מגבילה בלבד, וכי קיים שוני מהותי בין מידת הפגיעה הגלומה בשהייה בו לבין זו הגלומה בהשמת אדם במשמורת. שני הצדדים ביקשו להפנות בהקשר זה לנתונים עובדתיים הנוגעים לאופן פעולתו של מתקן "חולות" (וזאת אף שבמסגרת העתירה שלפנינו עומדת לבחינתנו – כאמור – חוקתיות החוק ולא יישום הוראותיו במתקן זה). העותרים טענו כי מתקן "חולות" ממוקם באזור דרומי המרוחק מכל יישוב, וכי מיקום זה מחריף את עוצמת הפגיעה בזכות לחירות הנובעת מחובת ההתייצבות (שכן ההכרח להירשם במתקן בשעות הצהריים מצמצם משמעותית את האפשרות לצאת למקום יישוב). מנגד טענה המדינה כי אין עליה חובה להקים מרכזי שהייה דווקא בסמוך למרכזי ערים; כי קיים מערך תחבורה ציבורית המחבר בין מתקן "חולות" לבין העיר באר שבע; כי בדיקת מועדי ההתייצבות נעשית באופן מקל; כי על פי נתוני כניסות ויציאות מחודש פברואר 2014, למעלה מ-200 שוהים בממוצע יצאו מדי יום מן המרכז בשעות פתיחתו; וכי לאחרונה נרכשה מערכת זיהוי אוטומטית שתאפשר רישום מהיר של תנועת שוהים, שתמנע צורך בהתייצבות בפני עובד המרכז. כל אלה מצביעים, לשיטת המדינה, על כך שהמתקן "פתוח" ברובו, כך שחובת ההתייצבות אינה מגבילה את הזכות לחירות בעוצמה הנטענת על ידי העותרים.

(1) הפגיעה בזכויות החוקתיות

117. דעתי היא – ועל הטעמים לה אעמוד להלן – כי חובת ההתייצבות פוגעת הן בזכות לחירות, הן בזכות לכבוד – זכויות העומדות למסתננים כשם שהן עומדות לכל בני האדם.

פגיעה בזכות לחירות (שעל עיקריה עמדנו לעיל, בפסקה 46) היא אינהרנטית לכל מתקן אשר הנוכחות בו אינה רצונית. מרכזי שהייה פתוחים אשר הכניסה אליהם אינה וולונטרית, פרי בחירה חופשית של השוהה; ואשר מחייבים את נוכחות השוהה ולו גם בחלק משעות היממה – פוגעים, מטבעם, בזכות לחירות. בענייננו, המדינה אינה חולקת על כך שמרכז השהייה מגביל את הזכות לחירות, אלא שהיא מבחינה, כאמור, בין שלילת הזכות לחירות לבין הגבלתה. בכל שאמור בניתוח הפגיעה בזכות, לא מצאתי רבותא בהבחנה זו. כפי שמציין א' ברק, "הגבלת הזכות החוקתית משמעותה פגיעה בה. חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו משתמש בביטוי 'פגיעה' ('אין פוגעים בזכויות שלפי חוק-יסוד זה...'). לעומתו משתמשים הצ'רטר הקנדי ומרבית החוקות

המודרניות בביטוי 'הגבלה' ('Limits'). לדעתי אין הבחנה בין השניים" (מידתיות במשפט, בעמ' 135). וכפי שמסביר ברק:

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

118. גם אם נניח כי הפגיעה בחירות מצויה במדרג נמוך יותר בהשוואה להחזקה במשמורת – ההגבלה על החירות הטמונה במרכזו השהייה ה"פתוח" היא בוודאי משום פגיעה בזכות החוקתית לחירות. בכל מתקן "פתוח" או "פתוח למחצה" – יהא מיקומו אשר יהא – חובה להתייבב לספירה בשעת הצהריים מקשה עד מאוד על היכולת המעשית לצאת מן המתקן לפרק זמן הדרוש לביצוע פעילות רציפה. קושי זה אינו מתמצה בהגבלה של חופש התנועה, אלא מגיע עד כדי פגיעה בחירות ממש. אכן, ההבדל בין שלילת חופש התנועה לבין שלילת הזכות לחירות הוא עניין של מידה (Alice Edwards, *'Less Coercive Means': The Legal Case for Alternatives to Detention of Refugees, Asylum-Seekers and Other Migrants*, in THE ASHGATE RESEARCH COMPANION TO MIGRATION LAW, THEORY AND POLICY 443, 447-448 (Satvinder S. Juss ed., 2013)). כפי שקבע בית המשפט האירופי לזכויות אדם, שלילה של חופש התנועה במידה גבוהה עשויה לחפוף לשלילת חירות (ראו *Guzzardi v. Italy*, 39 Eur. Ct. H.R. (ser. A) at 32-34 (¶¶91-95) (1981) שם נקבע כי הסדר שכלל, בין היתר, חובת התייבבות פעמיים ביום והגבלה על התנועה בשעות 22:00-7:00 מהווה פגיעה בזכות לחירות, בניגוד לסעיף 5 לאמנה להגנת זכויות אדם וחירויות יסוד (Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms art. 5, Nov. 4, 1950, C.E.T.S. No. 5; Alice Edwards, *The Optional Protocol to the Convention Against Torture and the Detention of Refugees*, 57 INT'L & COMP. L. Q. 789, 811-13 (2008)). כזהו המצב בענייננו. ההגבלה דכאן – כה חריפה היא, עד שאין לומר אלא שהחוק והתקנות שהותקנו מכוחו פוגעים בזכות לחירות, וזאת גם אם אין מדובר בשלילה מוחלטת של הזכות כי אם בהגבלתה.

119. לצד הפגיעה בזכות לחירות, אני סבור כי חובת ההתייצבות בשעות הצהריים פוגעת גם בזכות לכבוד. זכות זו כבר זכתה בפסיקתנו להתייחסות מקיפה, ונעמוד להלן על עיקרי הדברים נוכח חשיבותה לעניינים העומדים על הפרק.

(2) הזכות החוקתית לכבוד האדם

120. כבוד האדם נשען על ההכרה בשלמותו הפיזית והרוחנית של האדם, באנושיותו ובערכו כאדם, וכל זאת בלא קשר למידת התועלת הצומחת ממנו לאחרים (עניין חוק טל, בעמ' 684-685). דעות שונות נשמעו בשאלת היקף פרישתה של הזכות לכבוד. אין חולק כי הזכות לכבוד חלה ביחס למניעת השפלתו של אדם ולמניעת פגיעה בצלם האנוש שלו ובערכו כאדם (עניין הפרטת בתי הסוהר, בעמ' 589-590). התפרשותה של הזכות לכבוד האדם על הזכות למינימום של קיום אנושי בכבוד אף היא מובנת כיום. עמדה זו, שלפיה זכותו של אדם לכבוד היא גם הזכות לכך שיהיו לו תנאי חיים המאפשרים קיום שבו יממש את חירותו כבן אנוש, קנתה לה שביתה בפסיקתנו (ראו בג"ץ 366/03 עמותת מחויבות לשלום וצדק חברתי נ' שר האוצר, פ"ד ס(3) 464, 480 (2005) (להלן: עניין עמותת מחויבות); עניין חסון, בפסקה 34 וההפניות שם; בג"ץ 4511/12 גמליאלי נ' המוסד לביטוח לאומי, פסקה 4 (6.1.2013)). על פי "מודל הביניים" שאומץ בפסיקתו של בית משפט זה (עניין חוק טל, בעמ' 683-684), יש לכלול בגדרי כבוד האדם גם פגיעה הקשורה בקשור הדוק לכבוד האדם כמבטא אוטונומיה של הרצון הפרטי, חופש בחירה ופעולה וכיוצא באלה (בג"ץ 8300/02 נטר נ' ממשלת ישראל, פסקה 46 (22.5.2012); עניין חוק טל, בעמ' 687).

121. הזכות לאוטונומיה היא אפוא חלק מכבוד האדם, והיא זוכה להגנה חוקתית בחוקי היסוד. ביסודה עומדת ההכרה בכך שהאדם הוא יצור חופשי, המפתח את עצמו על פי רצונו בחברה שבה הוא חי. משמעותה כי לכל פרט נתונה הזכות לשלוט על מעשיו ומאווייו בהתאם לבחירותיו, ולפעול בהתאם להן. זכותו לעצב את חייו ואת גורלו, ולפתח את אישיותו כרצונו; זכותו לקנות דעת, תרבות, ערכים ומיומנויות; להחליט היכן יחיה; במה יעסוק; עם מי יחיה ובמה יאמין (עניין חוק טל, שם; בג"ץ 7245/10 עדאלה – המרכז המשפטי לזכויות המיעוט הערבי בישראל נ' משרד הרווחה, פסקה 44 (4.6.2013); עניין דעקה, בעמ' 570; בג"ץ 7426/08 טבקה, משפט וצדק לעולי אתיופיה נ' שרת החינוך, פ"ד סד(1) 820, 844-845 (2010) (להלן: עניין טבקה); ראו עוד: עניין חוף עזה, בעמ' 561; אהרן ברק "כבוד האדם כזכות חוקתית" הפרקליט מא 271, 277 (1994) (להלן: ברק – הזכות לכבוד). לסקירה נרחבת ראו אהרן ברק כבוד

האדם – הזכות החוקתית ובנותיה כרך א 245 ואילך (2014) (להלן: ברק – הזכות החוקתית ובנותיה)).

122. אלה הם קווי המתאר של הזכות לכבוד. ומיהם האוחזים בזכות זו? התשובה לשאלה זו פשוטה. מהזכות לכבוד האדם זכאי ליהנות כל אדם באשר הוא אדם. כך מתחייב מחוק היסוד. סעיף 2 לחוק היסוד, שכותרתו "שמירה על החיים, הגוף והכבוד", קובע: "אין פוגעים בחייו, בגופו, או בכבודו של אדם באשר הוא אדם"; סעיף 4 לחוק היסוד, שכותרתו "הגנה על החיים, הגוף והכבוד", מורה: "כל אדם זכאי להגנה על חייו, על גופו ועל כבודו" (ההדגשות הוספו – ע' פ'). כך אף מתחייב מאדני היסוד של הדמוקרטיה בכלל ושל שיטתנו המשפטית בפרט, שהרי "אין לך מידה טובה ומקובלת ממידת היסוד של כבוד האדם: חברה חפשית ונאורה נבדלת מן החברה הפראית או העשוקה במידת הכבוד שמודדין לו לאדם באשר הוא אדם" (בג"ץ 355/79 קטלן נ' שרות בתי הסוהר, פ"ד לד(3) 294, חוות הדעת של ממלא מקום הנשיא ח' כהן (1980) (להלן: עניין קטלן)). אכן, "הזכות לכבוד האדם היא זכותו של כל אדם באשר הוא אדם. צעיר ומבוגר, גבר ואישה, בריא וחולה בנפשו, אסיר, עציר ותמים דרך, אזרח תושב ישראלי או זר – לכל אחד מהם עומדת הזכות לכבוד האדם", שכן "כבוד האדם אינו רק הכבוד שלי אלא גם הכבוד של האחר ושל השונה" (ברק – כבוד האדם, בעמ' 381-379, 257).

123. מסתננים אף הם בני אדם. עניין לנו – אם לשאול ממקום אחר – ב"אנשים בשר-ודם, באנשים כואבים, בבני-אדם חיים ונושמים" (ע"א 1165/01 פלונית נ' היועץ המשפטי לממשלה, פ"ד נז(1) 69, 80 (2003); ראו גם עניין עמותת מחויבות, בעמ' 501). ואם הדברים דורשים ביאור, נאמר במפורש: מסתננים אינם מאבדים מזכותם לכבוד כמלוא הנימה אך בשל כך שהגיעו למדינה בדרך לא דרך. אין הם משילים את כבודם בהיכנסם למשמורת או למרכז השהייה, והזכות לכבוד עומדת להם במלוא עוזה גם אם הגעתם למדינה נעשתה בדרך של הגירה בלתי מוסדרת. כבודם אסור בפגיעה והם זכאים להגנה עליו. יתרה מזו – דווקא בעניינם אנו מחויבים לדקדק ולהקפיד בקלה כבחמורה. והלא, כפי שציין ח' כהן, ההגנה על הכבוד מגיעה לא רק למי שכבודו כיצור אנוש גלוי ואינו מוטל בספק, אלא באופן מיוחד למי שכבודו כיצור אנוש נראה כאילו מוטל בספק או מטושטש. ובלשונו:

"אפילו אם הופעה חיצונית או דעות קדומות רווחות מצביעות בכיוון הפוך, עדיין הכבוד הפוטנציאלי שווה לגבי כל יצורי אנוש. העובדה כי אצל בני אדם מסוימים, כבוד זה בולט הוא וברור, ובמקרים אחרים אינו נחזה

על פניו, אינה רלוונטית – לא לאופיה ולא להיקפה של ההגנה שהחוק מעניק לכבודם של כל יצורי אנוש. ככל שפוחתת יכולתו של האדם להגן בעצמו על כבודו, כך גדלה המחויבות המוטלת על כל רשויות השלטון ומוסדותיו לדאוג לכך שכבודו יהא מוגן בצורה יעילה” (חיים כהן “על משמעות הזכות לכבוד-אנוש” זכויות האדם והאזרח בישראל כרך ג 267, 268-269 (1992); ראו גם עניין הפרטת בתי הסוהר, בעמ' 588-589).

124. צא ולמד על דרך המשל: הלכה מושרשת היטב בפסיקתנו היא כי שלילת החירות האישית וחופש התנועה של האסיר, הכרוכה בעצם המאסר, אינה מצדיקה פגיעה נוספת ביתר זכויות האדם של האסיר מעבר למידה המתחייבת מהמאסר עצמו או לשם הגשמת אינטרס ציבורי חיוני המוכר בדין (עניין הפרטת בתי הסוהר, בעמ' 571; ראו גם עניין גולן, בעמ' 152-153). כפי שנקבע לפני שנים רבות, “חומות הכלא אינן מפרידות בין העצור לבין כבוד האדם. משטר החיים בבית הסוהר מחייב, מעצם טבעו, פגיעה בחירויות רבות מהן נהנה האדם החופשי [...]”, אך אין משטר החיים בבית הסוהר מחייב שלילת זכותו של העצור לשלמות גופו ולהגנה בפני פגיעה בכבודו כאדם. החופש נשלל מהעצור; צלם האדם לא נלקח ממנו” (עניין קטלן, בעמ' 298). אמנם, “רעות רבות הכרוכות בחיי הכלא, מתווספות עוד על שלילת החופש. אבל כל נוסף על הרעות ההכרחיות שאין למנען מגבלות ופגיעות שאין בהן לא צורך ולא הצדקה” (עניין לבנה, בעמ' 690). כל אלה נכונים ביתר שאת בעידן חוקי היסוד, שבו הפכה הזכות לכבוד האדם לזכות חוקתית על-חוקית (עניין הפרטת בתי הסוהר, בעמ' 589-590; השוו: ע”א 8622/07 רוטמן נ’ מע”צ החברה הלאומית לדרכים בישראל בע”מ, פסקאות 97-98 (2012)). ואם כך ביחס לאסירים אשר הושמו מאחורי סורג ובריח מחמת ביצוע עבירה פלילית ובתום הליך משפטי שנוהל בעניינם, קל וחומר לעניין מסתננים שהושמו במשמורת או במרכז שהייה, שאינם אסירים ושאינם “עבריינים” במובן המקובל עלינו בדין הפלילי; ואשר רבים מהם מגדירים עצמם “מבקשי מקלט”.

125. כיצד באים הדברים לידי ביטוי בענייננו? חובת ההתייצבות הנקובה בחוק ובתקנות הנוכחות מגבילה באופן אפקטיבי את היכולת לשהות מחוץ לגדרות מרכז השהייה. כך נמנעת מן המסתנן האפשרות לפתח את אישיותו. בכך נפגעת זכותו לכבוד. כשהוא נדרש להתייצב שלוש פעמים ביממה במרכז שהייה המרוחק מכל מקום ישוב מרכזי, כיצד יכיר השהיה בן או בת זוג? אילו תחביבים יוכל לאמץ לעצמו? מתי יזדמן לו לפגוש בחבריו שטרם קיבלו הוראת שהייה? האם יוכל לנסות לרכוש השכלה ודעת במקום שיבחר? נהיר, אם כן, כי מבנהו הנוכחי של פרק ד' לחוק אינו מאפשר למסתנן להגשים את זכותו לאוטונומיה באופן שעולה בקנה אחד עם חובת רשויות המדינה – והרשות המחוקקת בכלל זה – לשמור על כבודו.

126. דברים אלה מועצמים בענייננו על רקע מאפייניו המיוחדים של מתקן "חולות", שהצדדים עמדו עליהם בהרחבה. פגיעה בחירות ובכבוד יכולה להיות חמורה יותר או פחות – הכל כנגזר מדרישות ההתייצבות במתקן וממיקומו הגיאוגרפי. "חולות", כשמו כן הוא – סביבו חול וחול. הוא מרוחק מכל מקום יישוב. הערים הקרובות לו (באר שבע וירוחם) מצויות במרחק של כ-60 ק"מ ממנו. עובדה זו מעלה בצורה ניכרת את הסבירות כי המסתנן יבחר – ככל שניתן לכנות זאת "בחירה" – להיותר בשערי המרכז משך כל שעות היממה. הבה לא נרשה לכותרת – "מתקן פתוח" – להוליכנו שולל: חובת ההתייצבות לשלוש הספירות היומיות, לצד המרחק הרב של המרכז מיישובי האזור, שוללת כמעט כל אפשרות ליציאה שגרתית ממרכז השהייה. האמנם מדובר, אפוא, במרכז "פתוח"?

127. המסקנה שלפיה חובת ההתייצבות פוגעת לא רק בזכות לחירות אלא גם בזכות לכבוד מתחייבת אף במנותק מטענותיהם המינהליות של העותרים, היינו: גם לו היה ממוקם המתקן בטבורה של עיר ולא במיקומו הנוכחי. אדם זקוק לחלון זמן מתאים כדי למלא את חייו בתוכן ממשי. שעות קצרות וקצובות אינן מספיקות לשם כך. ספירת הצהריים, המתווספת לספירות הנוהגות בבוקר ובערב – משמעותה כי עזיבתו של המסתנן את מרכז השהייה היא כמעט חסרת תוחלת. וכי מה יעשה המסתנן בשעות הספורות הנתונות לו לשהייה מחוץ למרכז? האופן שבו התווה המחוקק את דרישת ההתייצבות במרכז השהייה "הפתוח" הופך את המרכז, הלכה למעשה, למתקן הקרוב במהותו למתקן סגור. בכך, להשקפתי, נפגע חלק ממינימום החיים בכבוד שלו זכאי כל אדם, שהוא שמאפשר לאדם "לבחור את בחירותיו ולממש את חירויותיו" (ברק – הזכות החוקתית ובנותיה, כרך ב, בעמ' 598-601).

על רקע האמור עד כה, מסקנתי היא כי הדרישה שהמסתנן יתייצב שלוש פעמים ביממה במרכז השהייה משמעותה פגיעה חריפה בחירותם ובכבודם של המסתננים. אין היא עולה בקנה אחד עם הזכות לחירות; אין בה כדי לספק למסתננים קיום אנושי בכבוד. האם פגיעה זו בזכויות היא מידתית?

(א) מבחן הקשר הרציונאלי

128. מבחן המידתיות הראשון הוא מבחן הקשר הרציונאלי, המחייב שהאמצעי שנבחר יתאים להגשמת המטרה שביסוד החקיקה. אעיר כבר בשלב זה – והערה זו תלווינו לאורך בחינת המידתיות של פרק ד' כולו – כי הצדדים לא מיקדו את טענותיהם בתכלית שעניינה "מתן מענה לצורכי המסתננים". שאלת המידתיות של הסדריו השונים של פרק ד' לחוק ושל פרק זה כמכלול תיבחן אפוא ביחס לתכלית שעניינה "מניעת השתקעות במרכזי הערים" בלבד.

כעניין שבעקרון, בין החיוב לשהות במרכז השהייה וההכרח להתייצב לשלוש ספירות יומיות לבין תכלית החקיקה ישנו קשר רציונאלי, שכן יש באמצעי שנבחר כדי לסייע במניעת השתקעות המסתננים במרכזי הערים ובמניעת השתלבותם בשוק העבודה (וראו גם סעיף 32ח(ד) סיפה, שלפיו "מועדי ההתייצבות כאמור ייקבעו באופן שלא יאפשר לשהיה לעבוד בישראל"). התייצבות לספירות מאפשרת לבחון באופן תדיר ויעיל את מצבו של המסתנן ולהותירו "בטווח ראייה" – מקל וחומר שעה שהמסתנן נדרש להתייצב לספירה בשעות הצהריים, באופן שמקשה עד מאוד על יציאתו מן המרכז בשעות היום. כך באופן תיאורטי, אך ספק אם אמנם כך גם באופן מעשי. על רקע מיעוט המוחזקים במרכז השהייה בהשוואה למספרם באוכלוסייה הכללית, איני משוכנע כי להשמתם במרכז השהייה ולחובתם להתייצב בו שלוש פעמים ביום נודעת השפעה אפקטיבית על השתקעות המסתננים כקבוצה במרכזי הערים, ואם היא מסייעת באופן ממשי למנוע השתלבותם בשוק העבודה (וזאת, בין היתר, נוכח התחייבות המדינה שלא לאכוף את איסור העבודה על מי שאינו מוחזק במרכז השהייה כאמור בפסקה 32 לעיל. לספקות דומים שהביעה גם חברתי השופטת ע' ארבל בפרשת אדס ראו שם, בפסקה 97). עם זאת, בשים לב לכך שהמדינה טענה כי מרכז "חולות" משמש כמעין "פיילוט"; כי מכוח החוק ניתן להקים מרכזים נוספים; וכי ישנם אמצעים נוספים להשגת תכליות החוק, מוכן אני להניח לצורך הדיון כי חובת ההתייצבות עומדת במבחן הקשר הרציונאלי.

(ב) מבחן האמצעי שפגיעתו פחותה

129. דרישת הנוכחות במתקן עומדת גם במבחן השני – שלפיו על החוק הפוגע להימנע מפגיעה בזכות החוקתית מעבר לנדרש לשם השגתה של התכלית הראויה. לא

די בכך שמסתננים יחויבו לשהות בלילות במרכז השהייה הפתוח כדי להשיג – באותה מידה של אפקטיביות – את התכלית של מניעת השתקעות במרכזי הערים. אכן, מרכז חייו של מסתנן, אשר נדרש להתייבב לעת ערב במתקן המצוי בריחוק רב מכל מקום יישוב, מועתק למרכז השהייה. הוא אינו יכול "להשתקע" השתקעות של ממש במרכזי הערים. ממילא, דרום תל-אביב, שהייתה (ועודנה) מוקד המאכלס מסתננים רבים, רחוקה עד מאוד ממרכז זה. גם אם היה ממוקם המרכז קרוב יותר לריכוזי אוכלוסין, ברי כי כתובתו של המסתנן – כתובת מרכז השהייה היא. ואולם, אין לכחד: אם יוכל המסתנן להעדר מן המרכז במשך שעות היום, גוברת ההסתברות לכך שיבקש להצטרף לשוק העבודה, אף אם הדבר יהיה כרוך בנסיעה ליעד זה או אחר.

130. אף שדי בעבודה זו כדי להעבירנו את מבחן המידתיות השני, אבקש לציין כי ראוי לשקול אמצעים נוספים שעשויים למנוע השתלבות בשוק העבודה. כפי שכבר הוצע בפרשת אדט, "ניתן לאכוף באופן הדוק את חוקי העבודה כך שלא תהיה העדפה לכוח עבודה זול יותר של מסתננים" (שס, בפסקה 104); ניתן אף לשקול להעלות את השכר המשולם למסתננים המועסקים במרכז השהייה (שעומד כיום על סך של 12-13 ש"ח לשעת עבודה בלבד ועלול להביא להפחתת "דמי הכיס" שהם זכאים להם), באופן שיתמרץ אותם לפנות לעיסוק מסוג זה, תחת הסיכון הכרוך בהפרת האיסור על עבודה מחוץ לכותלי המרכז. מיעוט המועסקים במרכז כעת (לפי המדינה, נכון לתחילת חודש מרץ 2014 דובר ב-179 שוהים בלבד) מלמד כי ייתכן שיש מקום לפיתוח אפיק זה. עוד ניתן לחשוב על דרישה להפקדות ובטוחות שונות, אשר תחולטנה אם יפר המסתנן את איסור העבודה. אמצעים אלה עשויים לסייע, אך איני חולק על כך שאין הם יכולים להשיג את התכלית במידה דומה של אפקטיביות המושגת כפועל יוצא של הדרישה להתייבבות לשלוש ספירות יומיות. כידוע, מבחן המשנה השני של המידתיות אינו בוחן אך את עצם קיומו של אמצעי הפוגע פחות בזכות החוקתית המוגנת. הוא מחייב לבחון אם אותו אמצעי פוגעני פחות מגשים את תכלית החקיקה באותה מידה או במידה דומה לאמצעי שבחר המחוקק (עניין הפרטת בתי הסוהר, בעמ' 601-602). אמצעים חלופיים אלה אינם עומדים באמת המידה האמורה, ומשכך, המסקנה היא כי ההסדר הנוכחי עולה בקנה אחד עם מבחן המידתיות השני. עם זאת, לקיומם של אמצעים נוספים שיש ביכולתם לסייע בהפחתת הפגיעה, יכולה להיוודע השפעה בכל האמור במבחן המידתיות השלישי.

131. מצאנו כי דרישת ההתייצבות צולחת את מבחני המידתיות הראשון והשני. ואולם, להשקפתי, הסדר חוקי שלפיו תערכנה שלוש ספירות יומיות, אשר מקבל קונקרטיזציה בתקנות הנוכחות שלפיהן נערכת ספירה בצהריי היום, כושל במבחן המידתיות השלישי – מידתיות במובן הצר. התועלת המופקת מן החקיקה ברורה: דרישת התייצבות בשעות הצהריים מקשה על תנועות המסתננים ומונעת מהם "להשתקע" במרכזי הערים או להתמיד בעבודה (שאינן הם רשאים לעבוד בה). ואולם, התועלת הצומחת לאינטרס הציבורי מחובת ההתייצבות המשולשת אינה שקולה לנזק המוסב למסתננים. נזק זה – הפגיעה בזכויות המסתננים – נגזר ממידת פתיחותו של מרכז השהייה. אין דין חיוב המסתנן לשהות בלילות במרכז שהייה – שאז יכול הוא – למצער במהלך היום – לנוע בחופשיות, לצרוך תרבות, לפגוש בחבריו ובקרובים לו, לממש את תחביביו, לרכוש השכלה וכיוצא באלה פעילויות הכרוכות בהגשמת האוטונומיה שלו – כדין חיוב מסתנן להתייצב במרכז השהייה גם בצהריי היום. אם ייצא מן המרכז בשעות הבוקר – עד שיגיע ליעדו יצטרך לשוב על עקבותיו. כך לא ניתן לפתח חיים בעלי תוכן וערך. לא שם התואר – "כלא", "משמורת" או "מרכז שהייה" הוא הקובע. החשוב הוא המהות. משמעותה של חובת ההתייצבות לספירה המתקיימת בשעות הצהריים היא כי עבור רבים מן המסתננים, המתקן אינו פתוח כלל וכלל – ושערי מרכז השהייה הפתוחים הופכים הם סגורים הלכה למעשה.

132. פגיעתה החריפה של דרישת ההתייצבות מתבהרת כאשר מתבוננים אנו במדינות מערביות אחרות שבהן נהוגה פרקטיקה של דרישת התייצבות עתית שמטרתה לפקח על שוהים שלא כדין הנמצאים בשטח המדינה. טרם שנרד לעומקה של הבחינה האמורה, יש להבהיר כי העדרה של הבחינה נורמטיבית בישראל – המקובלת במדינות אחרות – בין מבקשי מקלט לבין אחרים, מקשה על עריכת בחינה משווה בין הסדרים חקיקתיים החולשים על הגירת זרים במדינות שונות (וזאת מבלי לנקוט עמדה ביחס להשתייכותם של המסתננים לישראל, כולם או חלקם, לקטגוריית מבקשי המקלט או לקטגוריית אחרות שעליהן עמדנו). יחד עם זאת, וכפי שהבהרנו לעיל – על רקע ערכי היסוד המשותפים למדינות דמוקרטיות, ניתן ללמוד ולשאוב השראה מהנעשה בשיטות משפט אחרות בזהירות ובהסתייגות הראויה.

133. רוב מדינות אירופה המקיימות בעניינם של מבקשי מקלט פרקטיקה של מרכזים פתוחים קולקטיביים עבור מי שבקשתם למקלט טרם הוכרעה אינן כופות את

השהות בהם, ולעיתים מדובר ממש בהטבה המוענקת על בסיס צורך כלכלי. המתקנים "פתוחים" במובן זה שהשוהים בהם יכולים לצאת אותם ולחזור אליהם באופן חופשי, אף שבמקומות אחדים המתקנים סוגרים את שעריהם בשעות הלילה (אך גם זאת למשך זמן קצר יותר מזה הנוהג בארץ). בחינה של מתקני השהייה הפתוחים במקומות אחרים מעלה אפוא כי במדינות רבות מדובר בהסדר וולונטרי מנקודת מבטו של מבקש המקלט, המאפשר מגורים ותנאי מחייה נאותים למי שידם אינה משגת. במקומות שבהם מדובר בהטבה סוציאלית, המרכזים משמשים בדרך כלל לשהיית מבקשי מקלט לתקופה מוגבלת, כל עוד מתבררים צורכיהם בהגנה בין לאומית. לאחר תקופה ראשונית זו, ואם מתברר כי אדם אינו "בר הרחקה", הוא זכאי, כעקרון, לבחור את מקום מגוריו (בשטח המדינה או באזורים מוגדרים בה) ולנוע באופן חופשי במדינה או באזורים כאמור (ראו נציבות האו"ם לפליטים הערות על הצעת חוק למניעת הסתננות עבירות ושיפוט) (תיקון מס' 4 והוראת שעה), התשע"ד-2014 (2013); לסקירת המעמד שמעניקות מדינות שונות לזרים שאינם בני הרחקה ראו ד"ר פ"ר, בעמ' 34-38). ממחקר השוואתי שערכה לאחרונה הרשת האירופית להגירה (EMN) עולה כי זהו המצב בבריטניה, בצרפת, בהולנד, בספרד, בבלגיה, בהונגריה, באיטליה, בפולין ובשוודיה (EUR. MIGRATION NETWORK, THE ORGANISATION OF RECEPTION FACILITIES FOR ASYLUM SEEKERS IN DIFFERENT MEMBER STATES, 13-16 (2013) (זמין כאן) (להלן: ד"ר מתקנים פתוחים)).

134. אף כאשר נדרשת התייצבות, אין מדובר בדרישה נוקשה דוגמת זו הקיימת בחוק הישראלי. באוסטריה מבקשי מקלט הממתינים להכרעה בבקשתם, וכן אלה שבקשתם סורבה ואלה שלא ניתן לגרשם, שוהים במתקן פתוח על בסיס צורך כלכלי. בכל מדינת מחוז (Bundesländer) חלים הסדרים שונים, המגבילים, ככלל, את חופש התנועה של השוהים במתקנים. במדינות מחוז אחדות משך ההיעדרות המרבי ממתקנים מסוימים הוא 24 שעות (כך שלמעשה נדרשת התייצבות אחת ביום), אך תנועת השוהים מוגבלת לגבולות מדינת המחוז שבה נמצא המתקן; במתקנים אחרים נדרשת התייצבות אחת לשלושה ימים. העדר התייצבות כנדרש גורר לרוב סנקציה של הפחתה בקצבת הסעד או שלילתה (ראו Sieglinde Rosenberger & Alexandra König, *Welcoming the Unwelcome: The Politics of Minimum Reception Standards for Asylum Seekers in Austria*, 25 J. REFUGEE STUD. 537, 546-51 (2011); SASKIA KOPPENBERG, INT'L ORG. FOR MIGRATION & EUR. MIGRATION NETWORK, THE ORGANIZATION OF THE OPHELIA FIELD, RECEPTION SYSTEM IN AUSTRIA 21-28, 61-62 (2014) (זמין כאן); U.N. HIGH COMM'R FOR REFUGEES, DIV. OF INT'L PROTECTION SERVS., ALTERNATIVES TO DETENTION OF ASYLUM SEEKERS AND REFUGEES 162, U.N. Doc.

POLAS/2006/03 (April 2006) (זמין כאן)). בגרמניה קיימים הסדרים דומים. במדינות המחוז השונות הוקמו מרכזי שהייה שנועדו לאכלס זרים שניתן בעניינם צו גירוש או שבקשתם למקלט נמצאת בבירור. כל מדינת מחוז רשאית לעצב את הכללים הספציפיים ביחס למתקנים כראות עיניה, אך ככלל לא נדרשת התייצבות, והכניסה והיציאה מן המתקן ואליו היא חופשית. עם זאת, תנועתם של השוהים מוגבלת לתחומי מדינת המחוז שבה ממוקם המתקן (Asylverfahrensgesetz [AsyIVfG] [Asylum Procedure Act], Sept. 2, 2008, BUNDESGESETZBLATT I [BGBl. I] at 1798, as amended, §§ 47, 56–57; AufenthG, §§ 61–62; ANDREAS MÜLLER, FEDERAL OFFICE FOR MIGRATION & REFUGEES & EUR. MIGRATION NETWORK, THE ORGANISATION OF RECEPTION FACILITIES FOR ASYLUM SEEKERS IN GERMANY 12 (2013) (זמין כאן) (להלן: ה"דו"ח הגרמני)). בבליגיה מבקשי מקלט מושמים בדיוור במתקנים משותפים או בדיוור במימון המדינה בקהילה, בהתאם לצורכיהם האישיים, והם זוכים לקצבת מחייה. אם מבקש מקלט לא מגיע לדרוש את הקצבה או נעדר מהמתקן לתקופה של למעלה מ-10 ימים, הוא נחשב למי שהפר את התנאים ועשוי לאבד את מקומו במתקן (EUR. COMM'N & EUR. MIGRATION NETWORK, THE ORGANISATION OF RECEPTION FACILITIES IN BELGIUM 4 (2013) (זמין כאן) (להלן: ה"דו"ח הבלגי); Liesbeth Schockaert, Alternatives to detention: Open Family Units in Belgium, 44 FORCED MIGR. REV. (2013), 52, 52, 54). בקנדה קיימת "חוקה נגד משמורת", והכלל הוא שמבקש מקלט משוחרר ממשמורת כשניתן להשיג את תכלית ההרחקה באמצעים אחרים, או כשהשמה במשמורת נדרשת לשם בירור בקשת המקלט. בהתאם, כ-90% ממבקשי המקלט – הן אלה שבקשתם בבירור, הן אלה שבקשתם נדחתה וממתינים לגירוש – משוחררים לקהילה בתנאים שונים ומגוונים. תנאים אלה עשויים לכלול בין היתר חובת התייצבות. לשם המחשה, באחת מתכניות השחרור בתנאים מגבילים – Toronto Bail System – נדרשת בתחילה חובת התייצבות זו שבועית, אך התדירות פוחתת ככל שחולף הזמן ונבנה האמון בין הצדדים. בשלבים מתקדמים יותר מופעלת, בין היתר, חובת דיווח טלפונית המבוססת על מערכת זיהוי קולי (מסמך נציבות האו"ם לפליטים 2011, בעמ' 56-60). בנורבגיה מבקשי מקלט שבקשתם סורבה וזרים אחרים הממתינים לגירוש רשאים להוסיף ולהתגורר במרכז פתוח שבו מתגוררים גם מבקשי המקלט שבקשתם טרם הוכרעה. כדי שהרשויות תוכלנה להוציא את צו הגירוש אל הפועל בצורה יעילה, הם נדרשים להתייצב במרכז אחת לשלושה ימים (Eur. Comm'n, Study on the Situation of Third-Country Nationals Pending Return/Removal in the EU Member States and the Schengen Associated Countries 75, E.U. Doc. HOME/2010/RFX/PR/1001 (Mar. 11, 2013) (זמין כאן)). באוסטרליה, כאמור לעיל, שוהה שלא כדין יוחזק במשמורת עד לגירושו או עד שיקבל מעמד במדינה, ללא הגבלת זמן (אולם ראו לאחרונה את פסק דינו של בית המשפט העליון שם, הנזכר

בפסקה 76 לעיל. כבר צוין כי ממילא פרקטיקה זו זכתה לביקורת (וראו שם). עם זאת קיימת באוסטרליה אפשרות של "משמורת בקהילה" (Community Detention), המופעלת לעתים לאחר שהייה של מספר שנים במשמורת "רגילה". במסגרת הסדר זה נדרש השהיה שלא כדין להתגורר במקום שיקבע השר; להתייצב אחת ליום לפני רשות במועדים שייקבעו; ואין הוא זכאי לעבוד או ללמוד (J. STANDING COMM. ON MIGRATION, IMMIGRATION DETENTION IN AUSTRALIA: COMMUNITY-BASED ALTERNATIVES TO DETENTION 22-24 (2009) (זמין כאן)). בדנמרק, בכפוף לחריגים, מופנים אלה שלא ניתן להוציא את צו הגירוש נגדם אל הפועל – מסיבות טכניות, חוקיות או הומניטאריות – למרכזי שהייה פתוחים. השהיה במתקנים אלה נדרשים להתייצב במשטרה בזמנים שייקבעו, ולרוב פעם אחת ביום (Udlændingeloven [Aliens Act], jf. lovbekendtgørelse nr. 863 af 25. juni 2013, as amended §§ 42a(9), 42a(10), 34(3); נספח מדינות 2013, בעמ' 109-106). בהולנד מועברים מי שניתן בעניינם צו גירוש למרכזי שהייה פתוחים. השהיה רשאים לצאת מהמרכזים באופן חופשי, אך לא מהתחום המוניציפאלי שבו הם ממוקמים. כמו כן, חלה עליהם חובת התייצבות אחת ליום (Vreemdelingenwet [Aliens Act], Stb. 2000, Nr. 495, p. 1 §§ 56-57 (להלן: Vreemdelingenwet); נספח מדינות 2013, בעמ' 275-272). בליטא, המחילה את ההסדר הקרוב ביותר לזה הקיים אצלנו לעניין חובת התייצבות, מבקש מקלט מוחזקים במתקנים שסגורים בין השעות 22:00-6:00 ובנוסף הם מחויבים להתייצב אחת ליום. על מדיניות זו נמתחה ביקורת בדו"ח של הפרלמנט האירופי (EUR. PARL. & STEPS CONSULTING SOCIAL, THE CONDITIONS IN CENTRES FOR THIRD COUNTRY NATIONAL (DETENTION CAMPS, OPEN CENTRES AS WELL AS TRANSIT CENTRES AND TRANSIT ZONES) WITH A PARTICULAR FOCUS ON PROVISIONS AND FACILITIES FOR PERSONS WITH SPECIAL NEEDS IN THE 25 EU MEMBER STATES 113, 196 (2007) (זמין כאן) (להלן: דו"ח מתקני שהייה)). במלטה, זרים ששוחררו ממשמורת מועברים למתקני שהייה פתוחים על בסיס צורך כלכלי, שבהם חלה עליהם חובת התייצבות שתדירותה נעה בין פעם אחת לבין שלוש פעמים בשבוע (Immigration Act, c. 217, §25A(13) (as amended); Suso Musa v. Malta, App. No. 42337/12, ¶ 33 (Eur. Ct. H.R. July 23, 2013); C.O.E. Comm'r for Human Rights, Report Following His Visit to Malta from 23 to 25 March 2011, ¶ 57, E.U. Doc. CommDH(2011)17 (June 9, 2011) (זמין כאן)).

סיכומה של נקודה זו: ההבחנה בין פגיעה בחופש התנועה לבין פגיעה בזכות לחירות אינה קשיחה. הטלת הגבלות משמעותיות על תנועתו של אדם עלולה לעלות, מבחינה מהותית, כדי פגיעה בחירות. בתורה, פגיעה זו עשויה להביא לפגיעה בזכות

לכבוד, הכוללת את זכותו של אדם לאוטונומיה שהיא המאפשרת לו לעצב את חייו כרצונו.

135. והנה, בישראל, נדרש המסתנן – מכוח סעיף 32(א) לחוק – להתייצב לספירה שלוש פעמים ביום. דרישה זו סוטה מהמקובל בעולם. סטייה זו היא בעלת השלכה של ממש על היקף הפגיעה בזכויותיהם של המסתננים. ההבדל בין מתקן "פתוח" לבין מתקן "סגור" – הבדל ניכר הוא. מתקן פתוח מאפשר לאדם לשמר את זהותו. עצמאותו נותרת לו. במובנים רבים, הוא אדון לעצמו ולגורלו. מתקן סגור דומה למשמורת או לבית כלא. שהייה של ימים, שבועות וחודשים (ולמעשה – שהייה שעלולה להימשך שנים מספר, כפי שעוד יפורט בהמשך) במרכז סגור, משמעה כי כל היבט בחייו של אדם – זמן הפנאי שלו, המזון שאותו הוא צורך, האנשים שעמם הוא מתרועע ובא במגע – כל אלה מוכתבים בידי המדינה. זוהי פגיעה קשה בחירות ובכבוד. אכן, דרישת ההתייצבות בצהריי היום משיאה תועלת לאינטרס הציבורי (אף שראוי להביא בחשבון כי כפי שהוזכר בדיון שערכנו בדבר קיומו של אמצעי שפגיעתו פחותה, קיימים אמצעים נוספים אשר יש בהם כדי להקשות על השתלבות בשוק העבודה) – אך תועלת זו אינה מצדיקה את הפגיעה הקשה בזכויות החוקתיות.

(ii) ניהול מרכז השהייה בידי שירות בתי הסוהר וסמכויות הסוהרים

136. הסדר שני העומד בביקורת השיפוטית עוסק בזהות הגורם המפעיל את מרכז השהייה. על פי חוק, הגוף המנהל מרכז זה הוא שירות בתי הסוהר. כך נובע מסעיף 32 לחוק, הקובע:

32. הכריז השר לביטחון הפנים על מרכז שהייה ימנה סוהר בכיר לשם ניהול המרכז ותפעולו, שיהיה מנהל המרכז; הנציב ימנה סוהרים שיהיו עובדי המרכז, ובלבד שעברו הכשרה מתאימה כפי שהורה.

מינוי מנהל
המרכז ועובדי
המרכז

137. הנה כי כן, החוק מטיל את האחריות לניהול מרכז השהייה ולהפעלתו על שירות בתי הסוהר. המרכז מנוהל בידי סוהר בכיר שמינה נציב שירות בתי הסוהר; ועובדיו הם סוהרים בשירות, הכפופים לכללי המשמעת החלים על סוהרים. בהקשר זה ביקשה המדינה להדגיש כי במסגרת יישומו של החוק בפועל במתקן "חולות" – הסוהרים עובדי המרכז עברו הכשרה מיוחדת בת ימים מספר טרם שהחלו לעבוד

במתקן "חולות", והם אינם מתהלכים במדים ברחבי המרכז אלא ב"פרטי לבוש ייעודיים". ואולם, לטענת העותרים, העובדה כי המרכז מנוהל על ידי סוהרים – בהצטרף למאפיינים אחרים של מרכז השהייה – משמעותה כי המוחזקים במתקן צפויים לחוות את השהייה בו כשהייה במתן כליאה לכל דבר.

138. להשקפתי, הפקדת ניהול מרכז השהייה בידי שירות בתי הסוהר – שלו הוענקו אף סמכויות נרחבות הדרושות להפעלת המרכז – מעצימה את הפגיעה בזכויות המסתננים. אסביר מסקנתי.

139. שירות בתי הסוהר הוא הגוף האחראי על פי חוק לכליאה בבתי סוהר של מי שהורשע על פי דין. המחוקק הפקיד את מלאכת ניהול בתי הסוהר, הבטחת אסירים וכל הכרוך בכך בידי השירות (סעיף 76 לפקודת בתי הסוהר; עניין הפרטת בתי הסוהר, בעמ' 579-580). שירות בתי הסוהר הוא אפוא חלק מרשויות השלטון. הוא זרוע של הרשות המבצעת. הוא כונה בפסיקתנו "ארגון הכליאה הלאומי"; "הרשות המופקדת על האסירים"; ו"הרשות המופקדת על בתי הסוהר" (בג"ץ 6069/10 מחמלי נ' שרות בתי הסוהר, פסקה 20 (8.5.2014); עניין גולן, בעמ' 153-154). עם זאת, קיים הבדל בין רשות מינהלית רגילה לבין ממלאי תפקידים בשירות בתי הסוהר, בעיקר בשל מהות הסמכות הנתונה להם והיקפה. הסמכות לנהל בית סוהר מקנה בידי הנציב וממלאי התפקידים בשירות שליטה מלאה על חיי האסיר. אכן, "אין אדם שכפוף ותלוי ברשות מינהלית לשבט או לחסד כמו אסיר, ואין רשות שמכתיבה אורחות חיים לאדם כשב"ס. לרשות מינהלית רגילה יש סמכות נקודתית, לעניינים מסוימים בתנאים מסוימים. לנציב שב"ס ולאנשיו יש סמכות גורפת ונמשכת לשמירה על הסדר והביטחון [...] מכאן שהסמכות של שב"ס אינה דומה, מבחינת המהות וההיקף, לסמכות מינהלית רגילה" (רון שפירא "הליך מינהלי כקובע את גבולותיה ומסגרתה של הענישה הפלילית" המשפט יב – ספר עדי אזר 485, 491-492 (2007)).

140. בית הסוהר, שעל תפעולו אמון שירות בתי הסוהר, הוא "מוסד ענישתית". אכיפתו בפועל של עונש המאסר היא חלק מההליך הפלילי; ונשיאת העונש מאחורי חומות בית הסוהר היא חלק מתהליך הענישה (עניין הפרטת בתי הסוהר, בעמ' 662; נתנאל דגן ואורי תימור "מסע בחלל הפנוי: על שיקול דעת שירות בתי הסוהר בהפעלת סמכויות ענישה (בעקבות ת"ק (נת') 1348/09 מגאדבה נ' מנהל כלא השרון" הסניגור 178, 4, 7 (2012)). שירות בתי הסוהר מוסמך, אפוא, לנהל מוסדות ענישתיים, וכך הוא פועל הלכה למעשה. פועל יוצא מן האמור הוא כי שגרת היום-יום של השירות כרוכה

בהתמודדות עם אוכלוסיית אסירים הנושאים בעונשם לאחר שהורשעו בדין הפלילי. זוהי אוכלוסייה עבריינית. מאפייניה מיוחדים. ההתמודדות עם אוכלוסייה זו דורשת הערכות מתמדת למניעת פשיעה ואירועי אלימות, בין היתר על ידי ביסוס מערכת יחסים לא-אזרחית של משמוע והטלת מורא (Rina Shapira & David Navon,) *Cooperation between Inmates and Staff in Israeli Prisons: Towards a Non-Functionalist Theory of Total Institutions*, 15 INT'L. REV. MODERN SOCIOLOGY Erving Goffman, *The Characteristics of Total Institutions*, in ;131 (1985) ASYLUMS: ESSAYS ON THE SOCIAL SITUATION OF MENTAL PATIENTS AND OTHER INMATES 321 (1961); על אלימות בבתי הסוהר בישראל ראו יהושע וייס וגבי יהודה "אלימות בקרב אסירים פליליים בבתי הסוהר" צוהר לבית הסוהר 73 10 (2006)).

141. לעומת זאת, לנוכחותם של המסתננים במרכז השהייה אופי "אזרחי" מובהק. הוראת השהייה המוצאת להם, שמכוחה הם נדרשים לסור למרכז השהייה, אינה פסק דין מרשיע. שהייתם שם אינה עונש על עצם הסתננותם (ראו פרשת אדס, בפסקה 90). המדינה עצמה מכירה בכך ש"עסקינן במרכז שהייה פתוח, שנועד לתכליות אזרחיות, ולא מתקן כליאה שנועד למטרות עונשיות" (פסקה 238 לתשובת המדינה). והנה, שירות בתי הסוהר, שאינו עוסק, ברגיל, בניהול אוכלוסייה "אזרחית", הוא הגוף שיעד החוק להפעלת מרכז השהייה הפתוח, והוא הגוף המפעיל כיום את מתקן "חולות". עניין זה מעורר קושי. השירות מתמחה בניהול מתקנים "סגורים", שבהם שוהה אוכלוסייה עבריינית או כזו החשודה בפלילים. הוא מורגל במתקנים שמטרתם לאיין מסוכנות ולמנוע בריחה; הוא עוסק בהפעלת מתקני כליאה, המחייבים התמודדות עם אוכלוסייה עבריינית. כל אלה אינם מאפיינים מרכז שהייה פתוח, המאפשר יציאה וכניסה ממנו ואליו על בסיס יום-יומי.

142. ואמנם, דומה שראוי להבחין בין ניהול מתקן משמורת לבין מתקן פתוח: מתקני משמורת שוללים את חירותם של המוחזקים בהם באופן מוחלט, והם דומים במהותם לבתי כלא או מעצר. הבחירה בשירות בתי הסוהר כגוף המנהל מתקני משמורת מובנת יותר (וזאת הגם שאף על אופיים ה"פלילי" של מתקני המשמורת נמתחה ביקורת, ובמקומות שונים קראו להפיכתם ל"אזרחיים" יותר. ראו, למשל, בארצות הברית: Asylum Abuse: Is it Overwhelming Our Borders? Hearing Before the H. Comm. DORA SCHRIRO, U.S.; (זמין כאן); 79 (2013) (U.S.) DEP'T OF HOMELAND SEC., IMMIGRATION DETENTION OVERVIEW AND Arjen Leekers & Denis (זמין כאן); ובהולנד: Broeders, *A case of Mixed Motives? Formal and Informal Functions of Administrative Immigration Detention*, 50 BRIT. J. CRIMINOL. 830, 833-38

(2010). בשונה מכך, על מרכז שהייה פתוח לקיים מאפיינים "אזרחיים", וזאת בהינתן ההבדלים שבין אוכלוסיית המסתננים לבין אוכלוסיית האסירים והעצירים. כפועל יוצא, על המתקן המארח את המסתננים לשמור על תחושת החירות של השוהים בו. לא ייפלא אפוא כי הפקדת ניהול מרכז שהייה בידי שירות בתי הסוהר אינה מקובלת במדינות מערביות אחרות, אשר פיתחו הסדרים שונים לעניין זהות הגורם המנהל את המתקן הפתוח או הפתוח-חלקית. המשותף להן הוא כי את המתקנים מפעילים גורמים "אזרחיים" במהותם: רשויות הגירה; רשויות מקומיות; עמותות ללא מטרת רווח; וגורמים פרטיים (אולם לביקורת על הפרטה בהקשר דומה ראו: Michael Flynn, *Who Must Be Detained? Proportionality as a Tool for Critiquing Immigration Detention Policy*, 33(3) REFUGEE SURV. Q. 40, 64-65 (2012).

143. כך, בצרפת, האחריות לניהול המתקנים מסורה בחלקה לפקידי רשויות ההגירה ובחלקה לעמותות ללא מטרת רווח ולספקי שירותים פרטיים (FRENCH CONTACT POINT OF THE EUR. MIGRATION NETWORK, THE ORGANISATION OF RECEPTION FACILITIES FOR ASYLUM SEEKERS IN FRANCE 13-15 (2013) (זמין כאן)). כבלגיה מנהלות את המתקן עמותות, ובכללן הצלב האדום, וכן רשות ייעודית לטיפול במבקשי מקלט (Fedasil) שתפקידה גם לפקח על המתקנים (הדו"ח הבלגי, בעמ' 8-9). בשוודיה נחלקת האחריות בין רשויות ההגירה לבין רשויות מקומיות (דו"ח מתקנים פתוחים, בעמ' 15-16). בבריטניה ניהול המתקנים נעשה, ככלל, בידי חברות פרטיות שהתקשרו עם המדינה בחוזים ייעודיים. עם זאת, המדינה לא מתפרקת מאחריותה ומוסיפה להחזיק בסמכויות פיקוח נרחבות על הנעשה במתקן (MAGNUS GITTINS & LAURA BROOMFIELD, HOME OFFICE, THE ORGANISATION OF RECEPTION FACILITIES FOR ASYLUM SEEKERS IN DIFFERENT MEMBER STATES: NATIONAL CONTRIBUTION FROM THE UNITED KINGDOM 8-9 (2013) (זמין כאן)). במלטה מנוהלים המתקנים על ידי רשות ממשלתית האחראית על טיפול במבקשי מקלט, לעתים בשילוב עם ארגונים הקשורים לכנסייה (DeBono, בעמ' 149). תמהיל דומה של חלוקת האחריות בין רשויות ההגירה, עמותות ללא מטרת רווח וגורמים פרטיים מתקיים גם בגרמניה, בצרפת, בפולין, בנורבגיה ובדנמרק (דו"ח מתקני שהייה, בעמ' 194). גם בישראל נשקלה האפשרות כי מרכז שהייה הפתוח יופעל בידי משרד הפנים (ראו הצעת חוק המאבק בתופעת ההסתננות בגבול הדרום (הוראת שעה), התשע"ב-2011; פרשת אדס, בפסקה 104). ברם, בסופו של יום, להפעלת ולניהול מרכז שהייה הפתוח בחר המחוקק בשירות בתי הסוהר.

144. לגורם המתפעל ומנהל את מרכז השהייה הפתוח ממשק יום-יומי עם השוהים במתקן. שליטתו על המסתנן השהה במרכז גדולה, ומקיפה את כל תחומי החיים. שליטה זו מתבטאת, בין היתר, בסמכויות הרבות שהעניק פרק ד' לחוק לסוהרים (ולגורמים אחרים המפורטים שם) לצורך פיקוח על הנעשה במרכז, ובכללן: סמכות לבצע חיפוש בלא צו שיפוטי על גופו של אדם השהה במרכז (סעיף 32יב לחוק); סמכות לערוך חיפוש בשטח המרכז (סעיף 32יג לחוק); סמכות למנוע כניסה או להוציא אדם שסירב להזדהות או לאפשר חיפוש (סעיף 32טו לחוק); סמכות לתפוס חפצים שאסורים בהחזקה בשטח המתקן (סעיף 32ד לחוק); סמכות עיכוב (סעיף 32טז לחוק); וסמכות לשמור על הסדר והמשמעת במרכז. מנהל המרכז וסגנו אף מוסמכים לעשות שימוש באמצעי משמעת כגון נזיפה, אזהרה והגבלה על יציאה מהמרכז (סעיף 32יט). חלק מהסעיפים אף מקנים לגורם המפעיל סמכות להשתמש בכוח לשם כך. התוצאה היא כי המסתנן אינו בא במגע עם סוהר ב"נקודות מגע" ספורדיות במהלך יומו; הוא כפוף לו משך כל השעות שבהן הוא שוהה במרכז. לזהותו של הגורם המנהל את המרכז נודעת אפוא השפעה על סדר יומם של המסתננים ועל תחושותיהם. הוא רכיב מכריע בשאלת האופן שבו המתקן נתפס בקרב השוהים בו: מתקן פתוח בעל אופי אזרחי, או מתקן כליאה או מעצר בעל אופי פלילי. אמרנו כי אוכלוסיית המסתננים היא "אזרחית" באופייה. מדוע, אם כך, ששגרת חייה תנוהל בידי סוהרים, על המטען הסימבולי הנלווה לכך? המדינה עמדה על כך שהסוהרים אינם לובשים את מדי השירות בזמן עבודתם במרכז השהייה, וכי הם עברו הכשרה קצרה לצורך העניין. ואולם, אף אם יש בכך כדי לצמצם, במידת מה, את הפגיעה הנגרמת למסתננים עקב כך, ברי כי פשיטת המדים אינה מפשיטה את שירות בתי הסוהר משנים ארוכות של התמודדות עם כליאת עבריינים. זהו ה-DNA של השירות, ומספר ימי הכשרה אינם יכולים לשנות מכך.

145. ודוק: אין בדברים אלה כדי להטיל דופי בשירות בתי הסוהר, שעושה עבודתו נאמנה. איני מבקש לחלוק על יכולתו או על כשירותו לנהל מתקן מהסוג שבו עסקינן. הפעלת מרכז מסוג זה היא מלאכה קשה, ואין ספק כי שירות בתי הסוהר מיומן דיו לעשותה בהצלחה. חזקה על אנשי השירות כי הם מפעילים את סמכויותיהם במידתיות ובסבירות, כי הם נאמנים להוראות הדין ולערכי השירות וכי הם עושים מאמץ לנהוג באוכלוסיית השוהים ברגישות המתחייבת. המיקוד בהקשר זה אינו בכישוריהם ובמידותיהם של אנשי השירות, שעליהם אין חולק. המיקוד הוא במשמעותה הסימלית של שלילת חירות בידי סוהרים. הלכה עמנו כי לאופן שבו נשללת החירות – ולא רק לעצם שלילתה – נודעת השפעה על היקף הפגיעה בה. כפי שציינה הנשיאה ד' ביניש בפרשת הפרטת בתי הסוהר:

”הזכות לחירות אינה נפגעת רק מעצם שלילתה הטוטלית. מדרג הפגיעה בזכות הוא רחב ומורכב. באופן בו נעשית הפגיעה בזכות החוקתית, בטיב הפגיעה ובעוצמתה יש מטבע הדברים כדי להשפיע על בחינת חוקתיות הפגיעה במשקפי פסקת ההגבלה” (עניין הפרטת בתי הסוהר, בעמ' 585).

סיכומה של נקודה זו: שהותו הכפויה של אדם במוסד כלשהו נושאת עמה, במידה משתנה, שגרת חיים המתאפיינת במשטור. למיהות הגורם המנהל את המוסד – שאנשיו חולשים על כל תחומי החיים בו – נודעת חשיבות רבה לעניין זה; ולזהותם של אנשי הסמכות, שלמרותם סרים השוהים, השפעה של ממש על חוויית החיים היום-יומית של שוהי המוסד ועל האופן שבו הם תופסים את המתקן שבו הם שוהים.

146. בענייננו, אין בכוונתי לקבוע מסמרות בשאלה אם ניהול מרכז השהייה בידי סוהרים מגיע עד כדי פגיעה עצמאית נוספת בזכות החוקתית לחירות, מעבר לפגיעה הנובעת משלילת החירות גופא. אף איני מבקש לראות בהפקדת ניהול מרכז השהייה בידי שירות בתי הסוהר משום פגיעה עצמאית בכבודם של המסתננים, הבאה בגדרי ”מודל הביניים” שאומץ בפסיקתנו (כפי שנקבע, למשל, בפרשת הפרטת בתי הסוהר ביחס לכליאה בידי תאגיד פרטי; עניין הפרטת בתי הסוהר, בעמ' 584-586). מסקנתי שעוד תבואר להלן שלפיה דינו של פרק ד' בטלות אינה נשענת אפוא על הפקדת סמכויות ניהול המתקן בידי שירות בתי הסוהר. ייתכן שמתווה נורמטיבי אחר שיסדיר את פעולתו של מתקן כאמור יצלח את הבחינה החוקתית גם אם הגוף שיפקד על ניהולו יהא שירות בתי הסוהר. ברם, אין בכך כדי לגרוע מן העובדה שבבחירה בשירות בתי הסוהר כגוף מנהל יש כדי להעצים את הפגיעה בכבודם ובחירותם של המסתננים, הנגרמת מהחזקתם במתקן השהייה. על כן, אף שהוראת סעיף 32 לחוק אינה מקימה פגיעה עצמאית בזכויות החוקתיות (באופן שדורש מאיתנו לבחון אם עומדת היא בתנאי פסקת ההגבלה), הרי שהיא מעצימה ומחריפה את הפגיעה הן בזכות לחירות, הן בזכות לכבוד, ומשליכה על מידתיות ההסדר כולו.

(iii) הגבלת משך השהייה במרכז ועילות לשחרור ממנו

147. עניין שלישי הדורש בחינה, שאינו ראשון בסדר אך אולי ראשון בחשיבותו, נוגע למשך השהייה במרכז השהייה. מפרק ד' לחוק נעדרת כליל הוראה התוחמת בזמן את משך השהייה במרכז. לטענת העותרים, משמעות הדבר היא כי חירותם של

המסתננים המופנים למרכז השהייה נשללת ללא הגבלת זמן. מנגד, המדינה טוענת כי קיצור משך השהייה במרכז אינו אפשרי, שכן משמעותו היא כי לא תוגשם במידה זהה תכלית החוק – מניעת השתקעותם של מסתננים במרכזי הערים ומניעת השתלבותם בשוק העבודה בישראל.

(1) הפגיעה בזכויות החוקתיות

148. פרק ד' לחוק, המסדיר את הקמתו של מרכז השהייה, חסר הוראה הנוגעת למשך השהייה במרכז. בניגוד להסדר המשמורת הקבוע בסעיף 30 לחוק, פרק ד' לחוק אף אינו כולל עילות שחרור, ובכלל זאת לא מנויה בו עילת שחרור הנוגעת לחלוף הזמן. מהו, אפוא, הגבול העליון לשהייה במרכז? משפרק ד' לחוק אינו קוצב בזמן את משך השהייה, ומשהוראת השהייה שנמסרת למסתנן אינה מציינת מועד שחרור צפוי, ניתן לטעון כי בנוסחו הנוכחי, החוק אינו מציע כל אופק שחרור למי שנדרש להתייצב במרכז השהייה, כך שהוא צפוי להיוותר במרכז השהייה באופן בלתי מוגבל.

149. איני סבור כי זה המצב. פרק ד' שהוסף לחוק למניעת הסתננות במסגרת תיקון מס' 4 הוא בגדר הוראת שעה. תוקפה של הוראת שעה זו נקבע לשלוש שנים (סעיף 14 לתיקון מס' 4). בדברי ההסבר להצעת החוק הוטעם כי ההסדר נקבע כהוראת שעה לתקופה האמורה "כדי לבחון במהלך תקופה זו כיצד מגשים ההסדר את התכלית של מניעת השתקעותם של מסתננים בישראל ואת התמודדות המדינה עם השלכותיה הרחבות של תופעת ההסתננות [...]". (דברי ההסבר לתיקון מס' 4, בעמ' 123). מבנה חקיקתי זה משמעו כי הוראת השהייה שהונפקה למסתנן תעמוד בתוקף עד שיפקע ההסדר החקיקתי בחלוף שלוש שנים (אם לא יוארך), או עד החלטת הרשות המבצעת לשחררו מן המרכז קודם לכן (וראו סעיף 32ד(א) לחוק, הקובע כי ממונה ביקורת הגבולות רשאי להורות למסתנן לשהות במרכז שהייה [...] עד לגירושו מישראל, עד ליציאתו ממנה או עד למועד אחר שיקבע").

150. הנה כי כן, מצב הדברים הנוכחי מאפשר להחזיק מסתנן במרכז שהייה לתקופה בת שלוש שנים לפחות. בתקופה ארוכה זו יידרש המסתנן להימצא במקום שבו חירותו נשללת. מהלך חייו ייקטע. לא יוכל הוא להוסיף ולעבוד בעבודה שעבד בה; לא יוכל הוא עוד לראות את חבריו שלא נקראו למרכז השהייה; לא יוכל הוא לבחור איך לבלות את שעותיו; לא יוכל הוא עוד לנהל את יומו כרצונו. וכל זאת, לא כעונש על עצם

הסתננותו, או במטרה לקדם את גירושו – אלא אך לשם "מניעת השתקעותו במרכזי הערים והשתלבותו בשוק העבודה".

151. זאת ועוד: מסתנן אשר מוצאת לו הוראת שהייה כיום אינו יכול להניח בוודאות כי ישוחרר ממרכז השהייה בחלוף שלוש שנים. משבהוראת שעה עסקינן, ברי כי בתום שלוש שנים תתבקש הכנסת להכריע אם להאריך את תוקפה של הוראת השעה אם לאו. בהינתן ה"היסטוריה" המוכרת של הוראות שעה החולשות על מאטריה דומה לזו שבה עסקינן, אין לומר כי האפשרות שתוקפה של הוראת השעה יוארך – וכפועל יוצא, כי המסתננים שנקראו אל מרכז השהייה יאלצו להיוותר בו למשך תקופה של למעלה משלוש שנים – היא אפשרות תיאורטית, מה גם שהמדינה לא שללה אפשרות כאמור (ראו והשוו: עניין חוק האזרחות הראשון, בעמ' 464). לשון אחר: העובדה שההסדר החקיקתי בענייננו עוגן בהוראת שעה תוחמת לעת הזו את משך ההחזקה במשמורת (לשלוש שנים), אך בצד זאת – אין היא מספקת למסתנן שנקרא כיום אל מרכז השהייה ידיעה קונקרטית ביחס לשאלה מתי תושב לו חירותו. התוצאה היא כי הוא נתון בחוסר ודאות – שהשלכותיו קשות – ביחס לעתידו ולגורלו.

להשקפתי, במצב דברים זה מוחרפת הפגיעה בזכות לחירות העומדת למסתננים, וכן נפגעת זכותם לכבוד. אפרט טעמי.

152. נתחיל את הדיון בזכות לחירות, שעליה עמדנו קודם לכן (ראו פסקה 46 לעיל). אף שהמדינה מצהירה כי אחת מתכליותיו של מרכז השהייה היא מתן מענה לצורכי המסתננים (ואיני קובע בשלב זה מסמרות בשאלה אם אמנם מרכז השהייה מספק מענה כאמור), נהיר כי מסתנן שנקרא למרכז אינו יכול להשתחרר ממנו כפי רצונו. מדובר, אפוא, בדגם של מרכז שהנוכחות בו היא כפויה, ועל כן הוא פוגע בזכות לחירות. בפרשת אדס ציינתי כי החזקת אדם במשמורת לתקופה כלשהי, לא כל שכן לתקופה של שלוש שנים, היא פגיעה קשה בזכותו לחירות אישית (פסקה 15 לחוות דעתי). דברים אלה נכונים גם ביחס למרכז השהייה. הטלת חובה על אדם לשהות שלא מבחירתו במקום מסוים – ולו ליום אחד – פוגעת בחירותו. ציווי על אדם להתנתק מסביבתו – ולו ליום אחד – שבמהלכו אין הוא יכול לבחור היכן ועם מי לבלות את לילותיו; שבגדרו מופקעת ממנו השליטה על חייו, ואין הוא חופשי לעשות בזמנו כרצונו – פוגע בחירותו.

153. אם כך ביחס ליום אחד – הדברים יפים מקל וחומר ביחס לתקופה ארוכה יותר. מושכלות יסוד הן כי חלוף הזמן מעמיק ומחריף את הפגיעה בחירות, וכי ככל שמתארכת שלילתה של החירות – כך גוברת עוצמת הפגיעה בה. כך, למשל, בפסיקה עקבית הנוגעת לסעיף 62 לחוק המעצרים חזר ושנה בית משפט זה כי חלוף הזמן הוא שיקול נכבד בשאלה אם להוסיף ולהותיר במעצר עד תום ההליכים נאשם שמשפטו לא הסתיים בחלוף חודשים רבים; וכי הוא מטה את נקודת האיזון מזכותו של הציבור לביטחון ולמיצוי הליכים עם הנאשם – אל עבר זכות הנאשם לחירות (ראו, בין רבים: בש"פ 2970/03 מדינת ישראל נ' נטראלדין, פסקאות 3-6 (2.4.2003); בש"פ 9466/06 מדינת ישראל נ' דהאן (20.11.2006)). הנה כי כן, ככל שמתארכת שלילתה של החירות – כך גוברת עוצמת הפגיעה בה. אין צריך אפוא לומר כי הסדר המגביל חירות לתקופה בת שלוש שנים לפחות – מגלם פגיעה חריפה בזכות לחירות, פגיעה אשר תלך ותעמיק אם יוארך תוקפה של הוראת השעה.

154. שהות בת שלוש שנים במרכז שהייה פוגעת לא רק בחירותם של המסתננים אלא גם בזכותם לכבוד. למימד הזמן השפעה של ממש על הפגיעה בכבודו של אדם שחירותו נשללת. שלילת חירות לתקופה קצרה מאפשרת לאדם להשיב את חייו למסלולם תוך זמן קצר. ככל שמתארכת שלילת החירות, כך נדרש אדם לוותר עוד ועוד על רצונותיו ומאוייו. זהותו האישית וקולו הייחודי טובעים בשגרת יום-יום ממושטרת ושוחקת. מי שנכנס למרכז שהייה ומשותרר ממנו בחלוף שלוש שנים תמימות לא יוצא ממנו כשהיה. שלוש שנים – תקופת זמן שבמהלכה יכול היה אדם להינשא ולהקים משפחה, להתקדם בעבודתו ולרכוש השכלה. פרק חיים שלא שב עוד.

155. יתרה מכך: כפי שכבר הבהרנו, בהינתן שהוראת השעה נתונה להארכה אפשרית, מסתגן שנשלח למרכז שהייה מצוי בחוסר ודאות מובנה בדבר מועד השחרור ממנו. חוסר ודאות זה אינו חלק מן הפגיעה בכבוד המובנית בכל שהייה במתקן-שולל-חירות: זוהי פגיעה ייחודית ועצמאית בזכות לכבוד, הנובעת מן האופן שבו מעצים חוסר הוודאות את הסבל הכרוך ממילא בשלילת החירות. ואמנם, מחקרים פסיכולוגיים העלו כי חוסר ודאות הוא גורם לחץ משמעותי בחייו של אדם, והוא נקשר תכופות לחרדה ולדיכאון (לסקירה מפורטת של הספרות בנושא ראו Emily L. Gentes & Ayelet Meron Rusico, *A Meta-Analysis of the Relation of Intolerance of Uncertainty to Symptoms of Generalized Anxiety Disorder, Major Depressive Disorder, and Obsessive-Compulsive Disorder*, 31 CLINICAL PSYCHOL. REV. 923 (2011); Veronica Greco & Derek Roger, *Uncertainty, Stress, and Health*, 34 PERSONALITY & INDIVIDUAL DIFFERENCES (2003) 1057). כאשר עסקינן בשלילת חירות, נודעות לחוסר הוודאות השלכות קשות

במיוחד (ראו, למשל Ian Robbins et al., *Psychiatric problems of detainees under the* (Anti-Terrorism Crime and Security Act 2001, 29 PSYCHIATRY BULL. 407 (2005)).

156. דברים אלה נכונים מקל וחומר לגבי זרים ומבקשי מקלט, שהם אוכלוסייה פגיעה במיוחד לתופעות פוסט-טראומטיות הקשורות בשלילת החירות (ראו Mathew Porter & Nick Haslam, *Predisplacement and Postdisplacement Factors Associated with Mental Health of Refugees and Internally Displaced Persons*, 294 J. AM. MED. ASSOC. 602 (2005)). מחקר שערך הפרלמנט האירופי, שבו נבחנו חייהם של זרים במתקני שהייה (לרבות מתקנים פתוחים וכאלה שהכניסה אליהם היא וולונטרית), העלה כי שהות לא מוגבלת במרכזי שהייה, ללא מעמד ברור ובחוסר ודאות באשר למועד סיומה, מעלה את שיעורי ניסיונות ההתאבדות וההפרעות הנפשיות בקרב השוהים (דו"ח מתקני שהייה, בעמ' 70-72, 184-186, 198-200). דומה אפוא שלא בכדי קובעת דירקטיבת הקליטה האירופית כי על תנאי ההחזקה לכלול הגנה על בריאות הנפש של המוחזקים (Directive 2013/33/EU, of the European Parliament and of the Council of 26 June 2013 on Laying Down Standards for the Reception of Applicants for International Protection (recast), art. 17(2), 2013 O.J. (L 180) 96, 104-05 (זמין כאן)). על ההשלכות הקשות של חוסר הוודאות בדבר משך שלילת החירות עמדה גם נציבות האו"ם לפליטים (זמין כאן):

"Lack of knowledge about the end date of detention is seen as one of the most stressful aspects of immigration detention, in particular for stateless persons and migrants who cannot be removed for legal or practical reasons" (U.N. High Comm'r for Refugees & U.N. Office of the High Comm'r for Human Rights, Global Roundtable on Alternatives to Detention of Asylum-Seekers, Refugees, Migrants and Stateless Persons, Geneva, Switzerland, 11-12 May 2011: Summary Conclusions 4 (July 2011)).

157. הנה כי כן, הסדר נורמטיבי השולל חירותו של אדם לתקופה בת שלוש שנים (לכל הפחות), וזאת אף מבלי לקצוב מראש באופן ודאי את משכה של תקופה זו – הוא הסדר הפוגע פגיעה שעוצמתה גבוהה בזכות לחירות ובזכות לכבוד. משכך נמצא, עלינו להידרש לשאלה אם פגיעות אלו עולות בקנה אחד עם דרישות פסקת ההגבלה. עמדנו קודם לכן על תכליתו של החוק, והנחנו כי זו ראויה. נותר לבחון האם החוק מידתי.

(א) מבחן הקשר הרציונאלי

158. מוכן אני להניח כי פרק ד' לחוק, שאינו כולל הוראה המגבילה את משך השהייה או עילות לשחרור, צולח את מבחן המידתיות הראשון. אכן, ישנו קשר רציונאלי בין הגבלת החירות לתקופה ממושכת לבין תכלית החוק. שהייה במרכז שהייה יכולה לנתק את המסתנן מסביבתו שבה כבר "השתקע", ולהקשות עליו להתמיד בעבודתו. ככל שתתארך שהייתו שם – כך תמנע עוד ועוד "השתקעותו" במרכזי הערים, והסבירות שיעבוד ללא אישור – פוחתת. כל הגבלה של תקופת השהייה משמעה כי בחלוף פרק זמן מסוים יוכל הוא לשוב ולהצטרף למעגל העבודה (שהלא המדינה התחייבה כי אין היא אוכפת את איסור העבודה ביחס למי שאינם מוחזקים במרכז השהייה). במובן זה, העדר תחימה של משך השהייה מבטיח את הגשמת תכלית החקיקה, ומקיים קשר רציונאלי לתכלית החוק.

(ב) מבחן האמצעי שפגיעתו פחותה

159. בחינת החוק בראי מבחן המידתיות השני מביאה לתוצאה דומה, שכן איני סבור כי ישנו אמצעי פוגעני פחות אשר יהא בו כדי להשיג את תכלית החוק במידה דומה של אפקטיביות. אכן, הגבלת משך השהייה לתקופה קצרה תוביל לכך שלאחר שמסתנן ישלים את תקופת השהייה שהוא נדרש לה – הוא יוכל לשוב ו"להשתקע" במרכזי הערים ולקחת חלק בשוק העבודה. הגם שכפי שצינתי לעיל אמצעים מסוימים עשויים לתמרץ מסתננים להימנע מלקחת חלק בשוק העבודה (ראו לעיל בפסקה 130), אין הם מאפשרים להשיג את תכלית החקיקה באפקטיביות הנודעת למרכז השהייה. משכך, העדר תחימה של משך השהייה וחסרון של עילות השחרור עומדים במבחן המידתיות השני.

(ג) מבחן המידתיות במובן הצר

160. לעומת אלה, להשקפתי, פרק ד' בנוסחו דהיום אינו עומד במבחן השלישי, מפני שאין הוא מאזן כהלכה בין התועלת הצומחת מהשגת התכלית לבין הנזק שנגרם כתוצאה מהפגיעה בזכויות החוקתיות. אכן, קיצור משך השהייה לתקופה הקצרה משלוש שנים או הוספת עילות שחרור לחוק משמעותם מסתנן שישוחרר ישוב למרכזי הערים ויבקשו להשתלב בשוק העבודה. יש מקום לדעה שהחברה הישראלית מפיקה

תועלת מכך שתושביה אינם נדרשים, כעניין של יום ביומו, לשאת בנטל קליטתם של עשרות אלפי מסתננים, וכי כשאלה מושמים במרכז שהייה, תופעות שליליות הקשורות בהגירה מסיבית ובלתי מוסדרת – שלא ניתן ולא נכון להתעלם מהן – פוחתות במידה רבה.

161. ואולם, עוצמת הפגיעה הנגרמת למסתננים עקב החזקתם במרכז השהייה לתקופה של שלוש שנים – תקופה הנתונה אף היא להארכה, כאמור – אינה עומדת ביחס ישר לתועלת הציבורית המופקת מכך. חברה דמוקרטית אינה יכולה לשלול לפרק זמן מעין זה את חירותם של אנשים שלא נשקף מהם סיכון ושאינן הם נושאים בעונש על מעשי עוולה שביצעו, אף אם בצד שלילת חירות זו ישנה תועלת. גם כך, שהייה במרכז שהייה מהסוג שלה נדרש מסתנן מכוח פרק ד' לחוק פוגעת פגיעה גרעינית בליבת הזכות לחירות ובליבת הזכות לכבוד. הפגיעה בחירות מוחרפת בשל התארכותה של שלילת החירות; וחוסר הוודאות באשר למועד השחרור, שהוא פועל יוצא של אפשרות הארכת הוראת השעה, מוסיף לכך מימד של פגיעה בכבוד.

162. קציבת תקופת השהות – כיצד? לגבי דידי, על הסדר נורמטיבי מידתי לשמר יחס ראוי בין מידת הגבלת הזכויות שבמתקן לבין משך השהייה המרבי בו, כך שככל שהגבלת זכויות היסוד קשה יותר – כך יתקצר משך השהייה הכפויה במתקן. בעניין זה ראוי להביא בחשבון את הנזקים שגורמת שהייה ארוכה במשמורת או במרכזי שהייה. מחקרים שעסקו בזרים שהוחזקו במשמורת ובמתקני שהייה מצאו כי גם שהות "קצרה" בת חודש ימים במשמורת עשויה להגדיל את שיעור הבעיות הפסיכיאטריות בקרב מבקשי מקלט, וכי ככל שמתארכת ההחזקה במתקן – כך גוברת הופעתן של בעיות שונות, ובכללן דיכאון; חרדה; ופוסט-טראומה. עוד נמצאה קורלציה בין החזקה ממושכת לבין עלייה בהפרת כללי השהייה ובגילויי אלימות (Janet Cleveland, *Psychiatric Symptoms Associated with Brief Detention of Adult Asylum Seekers in Canada*, 58 CAN. J. PSYCHIATRY 409 (2013); Zachary Steel et al., *Impact of Immigration Detention and Temporary Protection on the Mental Health of Refugees*, 188 BRIT. J. PSYCHIATRY 58 (2006); Janet Cleveland & Cécile Rousseau, *Mental Health Impact of Detention and Temporary Status for Refugee Claimants Under Bill C-31*, 184 CMAJ 1663 (2012); Charls Watters, *Emerging Paradigms in The Mental Health Care of Refugees*, 52 SOC. SCI. & MED. 1709 (2001); Mary Bosworth, *Human Rights and Immigration Detention in the United Kingdom*, in ARE HUMAN RIGHTS FOR MIGRANTS? CRITICAL REFLECTIONS ON THE STATUS OF IRREGULAR MIGRANTS IN EUROPE AND THE UNITED STATES 165, 179-180 (Marie-Benedicte Dembour & Tobias Kelly eds., 2011).

163. לשם המחשה, במדינות מערביות מקובל לתחום את משך השהייה לתקופות קצרות הנמדדות בחודשים. כך, למשל, בהולנד, מי שהוצא בעניינו צו גירוש שלא ניתן להוציאו אל הפועל מחויב להתגורר במתקן פתוח המגביל את חופש התנועה שלו לתחום המוניציפאלי שבו ממוקם המתקן לתקופה מרבית של שלושה חודשים (Vreemdelingenwet, §§ 56–57; נספח מדינות 2013, בעמ' 272–275). באוסטריה הרשות מצווה לשקול חלופות מקלות למשמורת ביחס לשוהים שלא כדין שאינם מבקשי מקלט ושהוצא בעניינם צו גירוש. בין החלופות מונה החוק מגורים במקום ספציפי שעליו תורה הרשות או דרישות דיווח (התייצבות). הגבלות מעין אלו יחולו, ככלל, לתקופה מוגבלת. כאשר עסקינן במבקשי מקלט שבקשתם רק החלה להיבחן, נדרשת שהות במתקן פתוח למשך זמן הנמדד בדרך כלל בשבועות ספורים (FPG, § 77; KATERINA KRATZMANN & ADEL-NAIM REYHANI, INT'L ORG. FOR MIGRATION & EUR. MIGRATION NETWORK, PRACTICAL MEASURES FOR REDUCING IRRGULAR MIGRATION (2012) 34–35 (זמין כאן); Rosenberger & König, בעמ' 546–551). בגרמניה מבקש מקלט מחויב לשהות במרכז שהייה לתקופה שלא תעלה על שלושה חודשים, שלאחריה ישוחרר. בתקופה זו עליו להיות זמין לרשויות המדינה. לאחר השחרור עשויות לחול על מבקש המקלט מגבלות גיאוגרפיות המחייבות אותו להישאר במדינת המחוז שבה ממוקם המתקן, כתלות בהסדר החל במדינת המחוז הספציפית (AsyIVfG, §§ 47–49; הוד"ח הגרמני, בעמ' 12). בדומה, בבלגיה, המפעילה מרכזי שהייה פתוחים שמבקשי המקלט השוהים בהם יכולים לצאת מהם ולהיכנס אליהם כרצונם (בכפוף לדרישת התייצבות), נדרשת שהייה בת ארבעה חודשים, שלאחריהם רשאי מבקש מקלט שהטיפול בבקשתו טרם הושלם לבקש לעבור לדיוור פרטי או למתקן קטן יותר (הוד"ח הבלגי, בעמ' 15–17; FED. AGENCY FOR THE RECEPTION OF ASYLUM SEEKERS, ANNUAL REPORT: RECEPTION OF ASYLUM SEEKERS AND VOLUNTARY RETURN 2012, at 11, 18 (2013) (זמין כאן)).

164. להבדיל מההסדרים האמורים, ההסדר שלבחינתו אנו נדרשים כאן מחייב שהייה כפויה לתקופה של לכל הפחות שלוש שנים במרכז שהייה. תקופה זו אינה עומדת כל עיקר ביחס ראוי לפגיעות הטמונות בו. להשקפתי, תקופת זמן זו היא בלתי מידתית במובהק. היא ארוכה – ארוכה בהרבה – מן ההסדרים ההשוואתיים שעליהם עמדנו. ניתן לומר כבר עתה, כי מרכז השהייה שהתווה המחוקק בפרק ד' לחוק פוגע בצורה חריפה בזכויות יסוד: זהו מרכז המנוהל בידי שירות בתי הסוהר; נדרשת בו התייצבות שלוש פעמים ביום; ואין כל עילת שחרור ממנו. שלילת חירות כתנאים אלה ולפרק הזמן שעליו עמדנו – פגיעתה קשה במיוחד, ואין היא מצדיקה את התועלת

שהיא משיאה. על רקע כל שמנינו, אני סבור כי אין מנוס מן הקביעה כי פרק ד' לחוק אינו מידתי. עם זאת, עלינו להמשיך בבחינת הסדריו הפרטניים של פרק זה, נוכח שאלת הסעד ביחס להסדריו הקונקרטיים השונים של פרק ד' לחוק – שאלה שתיבחן בהמשך.

(iv) העברת מסתנן למשמורת

165. הסדר אחרון שיעמוד לבחינתנו הוא זה שמסמיך את ממונה ביקורת הגבולות להורות בצו על העברת שוהה או מסתנן למשמורת בגין הפרות משמעותיות שונות. לטענת העותרים, הסעיף מסמיך את ממונה ביקורת הגבולות לשלול את חירות המסתננים לפרקי זמן ממושכים ובלתי מידתיים, ומעניק בידיו סמכויות הדומות באופיין לענישה פלילית אשר אין להעניקן לפקיד ציבור. מנגד טענה המדינה כי הסעיף תוחם באופן מפורש ומפורט את שיקול דעתו של ממונה ביקורת הגבולות, וקובע מדרג ענישה מידתי ומאוזן ובו מגבלות רבות על אופן הפעלת הסמכות.

הסמכות להעביר מסתנן למשמורת מעוגנת בסעיף 32 לחוק, שזו לשונו:

32. (א) מצא ממונה ביקורת הגבולות כי שוהה עשה אחד מהמפורטים להלן, רשאי הוא להורות בצו על העברתו למשמורת, לתקופה שיקבע בצו בכפוף להוראות סעיף קטן (ב):

העברה
למשמורת

(1) איחר להתייצב לרישום נוכחות במועדי ההתייצבות שנקבעו לפי סעיף 32(ד) או לא התייצב לרישום במועדים כאמור, באופן חוזר ונשנה, בלא שקיבל אישור לכך לפי סעיף 32(ג);

(2) הפר באופן חוזר ושיטתי את כללי ההתנהגות שקבע מנהל המרכז לפי סעיף 32(א)(2) באופן שיש בו כדי לפגוע פגיעה של ממש בסדר במרכז;

(3) גרם נזק של ממש לרכוש;

(4) גרם חבלה לגוף;

(5) עבד, בניגוד להוראות סעיף 132;

(6) לא התייצב במרכז במועד שנקבע להתייצבותו בהוראת השחייה, ואם הועבר למשמורת לפי סעיף זה – לא התייצב במרכז בתום תקופת החזקתו במשמורת;

(7) עזב את מרכז השהייה ולא שב אליו בתוך 48 שעות מהמועד שבו היה עליו לשוב בהתאם להוראות פרק זה ולהוראות שניתנו לפיו, בלא שקיבל אישור לכך לפי סעיף 32ח(ג).

(ב) תקופת ההחזקה במשמורת שעליה יורה ממונה ביקורת הגבולות בצו לפי סעיף קטן (א) לא תעלה על התקופה כמפורט להלן, לפי העניין:

(1) ניתן הצו בשל עילה כאמור בסעיף קטן (א)(1) עד (3) – 30 ימים;

(2) ניתן הצו בשל עילה כאמור בסעיף קטן (א)(4) –

(א) לגבי צו הניתן לשוהה לראשונה בשל אותה עילה – 30 ימים;

(ב) לגבי צו הניתן לשוהה בשנית בשל אותה עילה – 60 ימים;

(ג) בכל צו נוסף הניתן לשוהה בשל אותה עילה – 90 ימים;

(3) ניתן הצו בשל עילה כאמור בסעיף קטן (א)(5) –

(א) לגבי צו הניתן לשוהה לראשונה בשל אותה עילה – 60 ימים;

(ב) לגבי צו הניתן לשוהה בשנית בשל אותה עילה – 120 ימים;

(ג) בכל צו נוסף הניתן לשוהה בשל אותה עילה – שנה;

(4) ניתן הצו בשל עילה כאמור בסעיף קטן (א)(6) או (7) –

(א) אם השוהה נעדר מהמרכז לתקופה שאינה עולה על 30 ימים מהמועד שבו היה עליו להתייצב במרכז או לשוב אליו, לפי העניין (בפסקה זו – המועד להתייצבות) –

(1) לגבי צו הניתן לשוהה לראשונה בשל היעדרות לתקופה כאמור – 90 ימים;

(2) לגבי צו הניתן לשוהה בשנית בשל היעדרות לתקופה כאמור – 180 ימים;

(3) בכל צו נוסף הניתן לשוהה בשל היעדרות לתקופה כאמור – שנה;

(ב) אם השוהה נעדר מהמרכז לתקופה העולה על 30 ימים מהמועד להתייצבות ואינה עולה על 90 ימים מהמועד האמור

- (1) לגבי צו הניתן לשוהה לראשונה בשל היעדרות לתקופה כאמור – 180 ימים ;
- (2) לגבי צו הניתן לשוהה בשנית בשל היעדרות לתקופה כאמור – 240 ימים ;
- (3) בכל צו נוסף הניתן לשוהה בשל היעדרות לתקופה כאמור – שנה ;
- (ג) אם השוהה נעדר מהמרכז לתקופה העולה על 90 ימים מהמועד להתייצבות – שנה.

(ג) מצא ממונה ביקורת הגבולות כי מסתנן שקיבל רישיון זמני לישיבת ביקור לפי סעיף 2(א)(5) לחוק הכניסה לישראל לא התייצב לחידושו בתוך 30 ימים מהמועד שבו פג הרישיון (בסעיף קטן זה – מועד התפוגה), רשאי הוא להורות בצו על החזקתו במשמורת לתקופה שיקבע בצו ושלא תעלה על התקופה כמפורט להלן, לפי העניין :

(1) אם המסתנן לא התייצב לחידוש הרישיון בתוך תקופה העולה על 30 ימים ממועד התפוגה ואינה עולה על 60 ימים מהמועד האמור – 90 ימים ;

(2) אם המסתנן לא התייצב לחידוש הרישיון בתוך תקופה העולה על 60 ימים ממועד התפוגה ואינה עולה על 120 ימים מהמועד האמור – 180 ימים ;

(3) אם המסתנן לא התייצב לחידוש הרישיון בתוך תקופה העולה על 120 ימים ממועד התפוגה – שנה.

(ד) לא ייתן ממונה ביקורת הגבולות צו לשוהה לפי סעיפים קטנים (א) ו-(ב) או צו למסתנן לפי סעיף קטן (ג), אלא לאחר שנתן לו הזדמנות להשמיע את טענותיו לפניו ; לא ניתן לאתר את השוהה או המסתנן, רשאי ממונה ביקורת הגבולות לתת את הצו שלא בפניו, ובלבד שתינתן לו הזדמנות להשמיע את טענותיו לא יאוחר מ-24 שעות לאחר העברתו למשמורת.

(ה) שוהה או מסתנן שהועבר למשמורת לפי סעיף זה יובא לפני ממונה ביקורת הגבולות לא יאוחר מחמישה ימים מיום תחילת החזקתו במשמורת ; ממונה ביקורת הגבולות רשאי להורות על שחרורו של השוהה ממשמורת והעברתו למרכז השהייה אם שוכנע כי מתקיים האמור בסעיף 30א(ב) ובכפוף לסייגים

המנויים בסעיף 30א(ד), והכול בשינויים המחויבים.

(ו) לא יינתן צו לפי סעיף זה נגד שוהה לאחר שחלפה שנה מיום שתם ביצוע המעשה שבשלו היה ניתן להוציא צו כאמור.

(ז) ממונה ביקורת הגבולות לא יורה על העברה למשמורת לתקופה העולה על התקופה הארוכה ביותר מבין התקופות המנויות בסעיף זה לגבי כל הפרה של הוראות פסקאות (1) עד (7) של סעיף קטן (א), בשל מעשה אחד המהווה הפרה של יותר מאחת ההוראות האמורות.

(ח) הוראות סעיפים 30ב עד 130 יחול על מי שהועבר למשמורת לפי סעיף זה, בשינויים המחויבים ובשינוי זה: בסעיף 30ה(1)(א), במקום "לא יאוחר מעשרה ימים" יקראו "לא יאוחר משבעה ימים".

(ט) עם תום תקופת המשמורת לפי סעיף זה ישוב השוהה למרכז השהייה.

166. סעיף 32 כמקנה אפוא לממונה ביקורת הגבולות סמכות להורות על השמתו של שוהה או מסתנן במשמורת לפרקי זמן שונים – עד 30 יום בגין הפרה קלה; ועד שנה תמימה בגין הפרה חוזרת ונשנית – וזאת אם מצא כי מתקיימות נסיבות המקימות עילה להשמה במשמורת (ס"ק (א) ו-(ג) לסעיף זה). עוד קובע הסעיף כי ייערך שימוע לפני הממונה קודם להפעלת הסמכות, אלא אם כן לא ניתן לאתר את השוהה או המסתנן, שאז ייערך שימוע לא יאוחר מ-24 שעות מעת שהושם במשמורת (ס"ק (ד) לסעיף זה); כי המסתנן יובא לפני הממונה לא יאוחר מחמישה ימים מעת שהושם במשמורת, והממונה רשאי לשחררו אם מתקיימות איזו מהעילות הקבועות בסעיף 30א(ב) ובכפוף לסייגים המנויים בסעיף 30א(ד), בשינויים המחויבים (ס"ק (ה) לסעיף זה); וכי הוראות סעיפים 30ב עד 30ה לחוק יחולו על מי שהועבר למשמורת, ובלבד שהוא יובא לראשונה לפני בית הדין לא יאוחר מ-7 ימים לאחר שהושם במשמורת (ס"ק (ח) לסעיף זה).

סעיף 30ד(א) לחוק קובע את מסגרת סמכויותיו של בית הדין לביקורת משמורת של מסתננים, וזו לשונו:

30ד. (א) בית הדין לביקורת משמורת של מסתננים רשאי –

סמכויות בית
הדין

(1) לאשר את החזקתו של המסתנן במשמורת, ואם אישר כאמור יקבע כי עניינו של המסתנן יובא לפניו לבחינה נוספת בהתקיים תנאים שקבע או בתוך פרק זמן שקבע אשר לא יעלה על 30 ימים;

(2) להורות על שחרורו בערובה של המסתנן בתום פרק זמן שקבע, אם שוכנע כי התקיימו התנאים לשחרור בערובה לפי סעיף 30א(ב) או (ג) ובכפוף לסייגים הקבועים בסעיף 30א(ד);

(3) להורות על שינוי תנאי ערובה שנקבעו לפי סעיף 30א(ה), וכן על חילוט ערובה עקב הפרת תנאי מתנאי השחרור בערובה.

בית הדין מוסמך אפוא לשחרר מסתנן בערובה אם שוכנע כי התקיימה איזו מעילות השחרור המנויות בסעיף 30א(ב), הקובע:

30א. [...] (ב) (1) בשל גילו או מצב בריאותו של המסתנן, החזקתו במשמורת עלולה לגרום נזק לבריאותו, ואין דרך אחרת למנוע את הנזק האמור;

הבאה לפני
ממונה ביקורת
הגבולות

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

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

(6) חלפו שישה חודשים מהמועד שבו הגיש המסתנן בקשה כאמור בפסקה (5) וטרם ניתנה החלטה בבקשה.

167. הנה כי כן, ככל שלא מתקיימת איזו מהעילות החריגות המנויות בסעיף 30א(ב) לחוק, בית הדין לביקורת משמורת של שוהים שלא כדין אינו מוסמך להתערב בהחלטת הממונה ולשחרר מסתנן או שוהה. עצם ההחלטה להורות על העברת מסתנן למשמורת

אינה כפופה אפוא לביקורת שיפוטית יזומה על ידי גורם שיפוטי או מעין-שיפוטי כלשהו, למעט בעילות השחרור המנויות בסעיף 30א(ב) לחוק (להלן: ביקורת שיפוטית יזומה). מסתנן או שוהה המעוניין לתקוף את החלטת הממונה להורות על השמתו במשמורת מכוח סעיף 32כ(א) או (ג) לחוק מחויב להגיש עתירה מינהלית לבית המשפט לעניינים מינהליים (סעיף 5(1) ופרט 12(8) לתוספת הראשונה לחוק בתי משפט לעניינים מינהליים, התש"ס-2000).

(1) הפגיעה בזכויות החוקתיות

168. סעיף 32כ לחוק פוגע בשתי זכויות נפרדות. ראש וראשון, הוא פוגע בזכותם החוקתית של המסתננים לחירות. על מקומה וחשיבותה של הזכות לחירות והפגיעה שמשמורת מסבה לה עמדתי לעיל (בפסקה 46) ואין צריך לחזור על הדברים. אלא שהדיון בה כעת נעשה מזווית שונה. עמדנו על כך שהזכות לחירות של מסתנן נפגעת במידה משמעותית כתוצאה מעצם השמתו במרכז השהייה. נשאלת אפוא השאלה: האם העברתו למשמורת מקימה פגיעה עצמאית בזכות החוקתית לחירות? תשובתי לכך היא בחיוב. המעבר ממרכז השהייה למתקן המשמורת מלווה בצמצום היבטים שונים של הזכות לחירות שאינם מתמצים בהגברת הפגיעה בחירות הפיזית גרידא. פגיעה בחירות האישית פוגעת, כתוצר לוואי, בזכויות יסוד נוספות (עניין צמח, בעמ' 261). העברה למשמורת מונעת את האפשרות שנתונה למסתנן במרכז השהייה לצאת את גבולותיו במועדים המותרים; היא מגבילה את האפשרות ליצור קשרים חברתיים; היא קוטעת את שגרת החיים שסיגל לעצמו המסתנן במהלך שהותו במרכז (וראו עוד ביחס לפגיעות הכרוכות בהסדר המשמורת הקבוע בסעיף 30א לחוק בפסקאות 46-47 לעיל). העברה למשמורת מחריפה אפוא את הפגיעה שמקימה השהות במרכז השהייה באופן שעולה כדי פגיעה עצמאית בזכות לחירות. יתר על כן, סעיף 32כ(ג) לחוק מסמיך את ממונה ביקורת הגבולות להעביר למשמורת גם מסתנן שאינו שוהה במרכז השהייה (שכן אי חידוש רישיון זמני לישיבת ביקור לפי סעיף 2(א)(5) לחוק הכניסה לישראל בתוך 30 ימים ממועד תפוגתו מקים אף הוא עילה להעברה למשמורת). סיכומו של דבר: העברה למשמורת – בין ישירות, בין ממרכז השהייה – פוגעת בזכות החוקתית לחירות. זוהי אפוא נקודת המוצא לדיוננו.

(2) הזכות החוקתית להליך הוגן

169. נוסף לפגיעה בזכות לחירות, סעיף 32כ פוגע פגיעה קשה בזכות החוקתית של המסתננים לכבוד, בשל פגיעתו ב"זכות-הבת" החוקתית להליך הוגן. כלל יסוד

בשיטתנו מכתוב כי "בכל מקרה שבו מבקשת רשות שלטונית לפגוע בזכויותיו של הפרט, עליה לקיים הליך הוגן שבגדרו תתברר ההצדקה לפגיעה האמורה" (ברק – כבוד האדם, בעמ' 863). אף שעיקר פעולתה של הזכות להליך הוגן היא בגדרי המשפט הפלילי, תחולתה היא כללית. היא חלה כל אימת שרשות שלטונית עושה שימוש בכוחה הכופה באופן שעלול לפגוע בזכות אדם מוגנת – בין לטובת אדם אחר (הליך אזרחי), בין לטובת אינטרס הציבור (מעשה מינהלי, הליך פלילי או הליך משמעתי). ביסודה של הזכות להליך הוגן מונחים "שיקולים כלליים של הגינות, צדק ומניעת עיוות דין" (ע"פ 5121/98 יששכרוב נ' התובע הצבאי הראשי, פ"ד סא(1) 461, 559 (2006) (להלן: עניין יששכרוב); בג"ץ 11339/05 מדינת ישראל נ' בית המשפט המחוזי בבאר-שבע, פ"ד סא(3) 93, 154 (2006) (להלן: עניין בית המשפט המחוזי בבאר שבע); ראו גם Richard B. Saphire, *Specifying Due Process Values: Toward a more Responsive Approach to Procedural Protection*, 127 U. PA. L. REV. 111 (1978). הזכות להליך הוגן מורכבת מערכות דינויות אשר נועדו להבטיח מחד גיסא את האינטרס של הפרט שהמדינה פגעה בזכותו, ומאידך גיסא את האינטרס של הציבור לעשיית צדק ולחשיפת האמת. "כמוה כמעשה תְּצַרִיף. היא אינה מתמצית בהסדר דינוי מסוים או בזכות ספציפית, אלא מבססת עצמה על אגד של אמצעים, הסדרים פרוצדוראליים וזכויות מהותיות המתקיימים בצוותא, זה לצד זה" (עניין בית המשפט המחוזי בבאר שבע, בעמ' 155).

170. כמרבית זכויות האדם, אף הזכות להליך הוגן אינה זכות מוחלטת כי אם יחסית. יש לעמוד על תחום התפרשותה. "היבטים מסוימים של ההליך ההוגן חלים על כל הליך – בין פלילי, בין אזרחי ובין מינהלי. היבטים אחרים מיוחדים להליך זה או אחר" (ברק – כבוד האדם, בעמ' 872). עלינו לתחום אפוא את היקפה של הזכות החוקתית להליך הוגן. הואיל וחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו אינו כולל הוראות עצמאיות העוסקות בהליך הוגן, יש לבחון אם ניתן לגזור זכות זו מאחת הזכויות המעוגנות בחוק היסוד. בהקשר זה באות בחשבון בענייננו הזכות החוקתית לכבוד והזכות החוקתית לחירות.

171. סעיף 5 לחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו קובע: "אין נוטלים ואין מגבילים את חירותו של אדם במאסר, במעצר, בהסגרה או בכל דרך אחרת". נוסח הסעיף מעורר שאלות פרשניות שטרם לובנו בפסיקתנו. העיקרית שבהן היא השאלה כיצד תפורש התיבה "בכל דרך אחרת" – אם היא חלה על הגבלה של חירות פיזית בלבד, או שמא היא משתרעת גם על זכותו של הפרט לאוטונומיה (ברק – כבוד האדם, בעמ' 338-345). בענייננו אין צורך להכריע בשאלה פרשנית זו, שכן אין ספק שהזכות לחירות חלה

באופן ישיר על כל שלילה של חירות פיזית, והשמה במשמורת בכלל זה. על כן נפסק כי הזכות החוקתית להליך פלילי הוגן נגזרת באופן ישיר מהזכות החוקתית לחירות (ראו, למשל, בג"ץ 3412/91 סופיאן נ' מפקד כוחות צה"ל האזור חבל עזה, פ"ד מז(2) 843, 847 (1997); דנ"פ 4390/91 מדינת ישראל נ' חג' יחיא, פ"ד מז(3) 661, 694 (1993); ע"פ 5956/08 אל עוקה נ' מדינת ישראל, פסקה 10 (23.11.2011); ברק – כבוד האדם, בעמ' 868). יתר על כן, כשעסקינן בהליך שעלול לשלול חירות פיזית של אדם, הזכות החוקתית להליך הוגן נגזרת אף מהזכות החוקתית לכבוד (ע"פ 1741/99 יוסף נ' מדינת ישראל, פ"ד נג(4) 750, 767 (1999); מ"ח 3032/99 ברנס נ' מדינת ישראל, פ"ד נו(3) 354, 375 (2002); ראו גם ע"פ 9956/05 שי נ' מדינת ישראל, פסקה ט לפסק דינו של השופט א' רובינשטיין (4.11.2009); כמו כן ראו האסמכתאות המפורטות אצל ברק – הזכות החוקתית ובנותיה, כרך ב', בעמ' 869, הערות 50-51).

172. אכן, לא כל פגיעה בזכות להליך הוגן עולה כדי פגיעה בכבוד האדם. בשיטתנו נוהג, כאמור, "מודל הביניים" הדורש קשר ענייני הדוק בין "זכות הבת" (הזכות להליך הוגן) לבין "זכות האם" (הזכות לכבוד האדם). הזכות להליך הוגן היא אפוא זכות מסגרת שנגזרת מהזכות לכבוד. הקו המנחה בפעולת ה"גזירה" הוא כי על זכויות-הבת לשקף אך את ההיבט של כבוד האדם שבהליך ההוגן. עליה לקיים קשר ענייני הדוק לכבוד האדם (ברק – כבוד האדם, בעמ' 870). אלו היבטים של הזכות להליך הוגן קשורים בקשר הדוק לכבוד האדם? א' ברק – בחיבורו המקיף – מבחין בין היבטים המשותפים לכל הליך שיפוטי הוגן באשר הוא לבין היבטים שחלים בהליך הפלילי בלבד. לגבי היבטים מן הסוג הראשון כותב ברק:

"שני היבטים של הזכות להליך הוגן חלים בכל סוגי ההליכים: ההיבט האחד קשור לבית המשפט; ההיבט האחר קשור לזכות לייצוג. נפתח בבית המשפט: נקודת המוצא היא כי השופטים המכריעים בסכסוך יהיו עצמאיים (אישית ומוסדית) ובלתי תלויים. על בית המשפט לפעול באובייקטיביות וללא משוא פנים. לכל אדם זכות לשוויון בפני בית המשפט. ההליך צריך לאפשר בירור הולם והוגן של התובענה. עליו לתת הזדמנות נאותה להשתמש בזכויות הדיוניות. עליו לקיים את כללי הצדק הטבעי. לכל צד צריך שיהיה לו יומו בבית המשפט. ההליך צריך להיות פומבי. פסק הדין צריך להיות מנומק, להינתן בזמן סביר ולהתפרסם. לכל אדם הזכות להופיע בבית המשפט – אם בגופו ואם על ידי שלוחו. מכאן שהזכות להליך הוגן מחייבת לאפשר לכל אדם להיות מיוצג על ידי עורך דין" (ברק – כבוד האדם, בעמ' 872-873).

173. הנה כי כן, היבט מהותי וחשוב של הזכות להליך שיפוטי הוגן – יהא זה הליך פלילי, משמעתי, מינהלי או אזרחי – היא זכותו של כל אדם שהליך משפטי המתנהל בעניינו יוכרע בידי גורם אובייקטיבי הנהנה מעצמאות אישית ומוסדית. עקרון זה יונק במישרין מעקרונות היסוד בדבר הפרדת רשויות השלטון ושיטת משפטנו האדברסרית. שיטה זו מבוססת על ההנחה שמשני צדי המתרס של ההליך השיפוטי עומדים יריבים דיוניים שכל אחד מהם מייצג אינטרס שונה, ואילו הגורם המכריע הוא פסיבי. אין הוא פועל באופן יזום לאיסוף ראיות ולבירור האמת, אלא נסמך על התשתית הראייתית שכל צד בחר להביא לפניו ומכריע על פיה. בכך נבדלת שיטת המשפט האדברסרית מהשיטה האינקוויזיטורית (ראו שלמה לויין תורת הפרוצדורה האזרחית – מבוא ועקרונות יסוד 149-161 (מהדורה שנייה, 2008) (להלן: לויין); DAVID LUBAN, LAWYERS AND JUSTICE: AN ETHICAL STUDY 67-103 (1988); Carrie Menkel-Meadow, *The Trouble with the Adversary System in a Postmodern, Multicultural World*, 38 WM. & MARY L. REV. 5 (1996)). כדי שההליך השיפוטי יהיה הוגן מנקודת מבטו של בעל דין שזכויותיו עלולות להיפגע, שומה על השופט להיות ניטראלי ואובייקטיבי לכל אורך ההליך (סעיף 2 לחוק יסוד: השפיטה). חל עליו איסור להכיר פנים ולהטות משפט (סעיף 6 לחוק יסוד: השפיטה; יגאל מרזל "על הצהרת האמונים של השופט" 199 אור 647, 652 (אהרן ברק, רון סוקול ועודד שחם עורכים, 2013)). אסור שיהיה לו עניין אישי בתוצאת ההליך, שאם לא כן עליו לפסול את עצמו (סעיף 77א(א) לחוק בתי המשפט [נוסח משולב], התשמ"ד-1984; יגאל מרזל דיני פסלות שופט 18-21 (2005)). מכוח עקרונות אלו – אשר חלים גם על טריבונל מעין-שיפוטי – נוהגת הפרדה ברורה בין הרשות המבצעת, האמונה על אכיפה אקטיבית של החוק ומסור לה שיקול דעת רחב בשאלה כיצד לנהל את ההליך ואלו עניינים יובאו להכרעת בית המשפט; לבין הרשות השופטת שתפקידה להכריע בסכסוכים שמובאים לפניו ואין לה שיקול דעת לבחור את הסכסוכים המובאים לפתחה (בג"ץ 164/97 קונטרס בע"מ נ' משרד האוצר, אגף המכס והמע"מ, פ"ד נב(1) 289, 388-389 (1998)). ההפרדה בין הרשויות היא חלק אינהרנטי ובלתי נפרד מהזכות החוקתית להליך שיפוטי הוגן. חריגה ממנה פוגעת בזכות זו והיא כפופה למבחני המידתיות.

174. לצד הזכות להישפט בידי גורם עצמאי מבחינה אישית ומוסדית, כוללת הזכות החוקתית להליך הוגן גם "ערובות דיוניות" נוספות שהן "זכויות-בת" של הזכות החוקתית להליך הוגן ("זכויות-נכדה" של הזכות החוקתית לכבוד האדם). ערובות אלו חלות, בהיקפים שונים, בהליך האזרחי (ראו לויין, בעמ' 79-91; השוו: בג"ץ 3914/92 לב נ' בית הדין הרבני הגדול, פ"ד מח(2) 491, 500 (1994)), המינהלי (ראו דפנה ברק-ארז "זכות הטיעון – בין צדק פרוצדורלי ויעילות" 17 אור 817 (אהרן ברק, רון סוקול

ועודד שחם עורכים, 2013), המשמעתי והפלילי (ברק – כבוד האדם, בעמ' 873-875). מטרותן כפולה: ראשית, להגביר את ההסתברות שההליך יסתיים בתוצאה נכונה, לאחר שניתנה לאדם שעלולה להיפגע זכותו הזדמנות להביא לפני בית המשפט את גרסתו ולשכנע כי לא מוצדק לפגוע בזכותו; ושנית, להגדיל את הסיכוי שההליך יתנהל בצורה הוגנת מנקודת מבטו של הנפגע, באופן שיקל עליו להשלים עם התוצאה ולקבל על עצמו את מרות הדין בהבנה ובהשלמה, לאחר שהיה לו יומו בבית המשפט (ראו E. ALLAN LIND & TOM R. TYLER, *THE SOCIAL PSYCHOLOGY OF PROCEDURAL JUSTICE* (1988); Lawrence B. Solum, *Procedural Justice*, 78 S. CAL. L. REV. 181 (2004); Rebecca Hollander-Blumoff, *The Psychology of Procedural Justice in the Federal Courts*, 63 HASTINGS L.J. 127 (2011)). בבסיסן של הערובות הדיוניות עומדת ההנחה כי אין די בהכרה נורמטיבית בזכויות האדם, אלא נדרש מנגנון פרקטי המאפשר הגנה עליהן. אכן, "ההיסטוריה של החירות היא בעיקרה ההיסטוריה של אמצעי הגנה דיוניים" (דברים המיוחסים לשופט בית המשפט העליון האמריקני פליקס פרנקפורטר כפי שמופיעים ברע"פ 2060/97 וילנצ'יק נ' הפסיכיאטר המחוזי תל-אביב, פ"ד נב(1) 697, 715 (1998); לחשיבות הערובות הדיוניות בארצות-הברית בהקשר דומה לענייננו ראו: Farrin R. Anello, *Due Process and Temporal Limits on Mandatory Immigration Detention*, 65 HASTINGS L. J. 363, 372-73 (2014); David Cole, *In Aid of Removal: Due Process Limits on Immigration Detention*, 5 EMORY L. J. 1003, (2002) 21-1014).

175. היקפה של הזכות החוקתית להליך הוגן – הן מבחינת היקף תחולתן של הערובות הדיוניות, הן מבחינת תוצאות הפרתן בגדרי הליך קונקרטי (כנגזרת של דוקטרינת התוצאה היחסית; ראו רע"פ 3080/10 סמורגונסקי נ' התובע הצבאי הראשי, פסקאות 12-13 (25.12.2012)) – מושפעת, בין היתר, ממעמדה הנורמטיבי של הזכות שעלולה להיפגע וממידת הפגיעה הפוטנציאלית בה (השוו: בר"ם 1512/14 פלוני נ' שר הפנים, פסקה 6 (19.3.2014) (להלן: עניין פלוני); יששכר רוזן-צבי וטליה פישר "מעבר לאזרחי ולפלילי: סדר חדש לסדרי הדין" משפטים לח 489 (2009)). עקרון זה עובר כחוט השני לאורכן ולרוחבן של ההוראות המסדירות את סדרי הדין בבתי המשפט ובטריבונלים מעין-שיפוטיים וכן במשפט המינהלי. הוא יונק באופן ישיר מעקרון המידתיות המעוגן בפסקת ההגבלה ומחייב את כל רשויות השלטון (סעיף 11 לחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו). ככל שהזכות הנפגעת נמצאת במדרג נורמטיבי גבוה יותר וככל שמידת הפגיעה הפוטנציאלית בה רבה יותר, כך גדל תחום התפרשותה של הזכות החוקתית להליך הוגן, והיא תכלול ערובות דיוניות רבות יותר (ראו והשוו: בג"ץ 266/05 פילנט נ' סגן הפרקליט הצבאי, פ"ד נט(4) 707, 715 (2005); מ"ח

7929/96 קוזלי נ' מדינת ישראל, פ"ד נג(1) 529, 564 (1999); רע"פ 1790/06 גוטינוב נ' מדינת ישראל, פסקה ג לפסק דינו של השופט א' רובינשטיין (7.8.2007). הטלת חובה לפנות לבית המשפט כתנאי לפגיעה בזכות, ולחלופין החלת ביקורת שיפוטית יזומה כתנאי לכך – שתיהן ערובות דיוניות שמטרתן להבטיח, במידה משתנה, את הגינות ההליך. השאלה אם איזו מהן נכללת בתחום הזכות החוקתית להליך הוגן תיגזר, כאמור, ממעמדה הנורמטיבי של הזכות שעלולה להיפגע וממידת הפגיעה האפשרית בה.

176. בצד האמור מובן כי כל הליך הוגן מחייב לאזן בין השאיפה להגיע לתוצאה נכונה וליתן לנפגע הפוטנציאלי את יומו כאמור, לבין אינטרסים חשובים לא פחות של יעילות וסופיות (ראו בר"ם 6094/13 מדהנה נ' המשרד לקליטת עליה, פסקה 8 (10.12.2013)). בכלל זה יש להקנות משקל ראוי לניצול יעיל של משאבי הרשות השופטת והרשות המבצעת. משאבים אלה הם מוגבלים מטבעם, וניצולם בדרך אחת לעולם בא על חשבון ניצולם למטרות אחרות. מטבע הדברים, ככל שההליך הדיוני יכול ערובות דיוניות רבות יותר, כך תגדל ההסתברות שהתוצאה שתתקבל בסופו תהא נכונה; ושזה שבעניינו נוהל ההליך ישלים עמה. ביחס ישר לכך, תגדלנה גם העלויות שתוקדשנה לניהולו על חשבון מטרות אחרות, חשובות אף הן. היקפן של הערובות הדיוניות נדרש אפוא לשקף איזון הולם בין העלויות שתושקענה בהליך (והערובות הדיוניות בכללותן) לבין חשיבותה של הזכות העומדת על הכף והשלכות הפגיעה הפוטנציאלית בה (לאיזון בין האינטרסים המתחרים העומדים בבסיסו של ההליך השיפוטי מנקודת מבט כלכלית ראו Richard A. Posner, *An Economic Approach to Legal Procedure and Judicial Administration*, 2 J. LEGAL STUD. 399 (1973); Robert D. Cooter & Daniel L. Rubinfeld, *Economic Analysis of Legal Disputes (and Their Resolution)*, J. ECON. LITERATURE 1067, 1087-88 (1989).

177. ודוקו: סוג ההליך המתנהל – פלילי, משמעתי, מינהלי או אזרחי – הוא שיקול רלוונטי וחשוב בשאלה אלו ערובות דיוניות באות בגדר הזכות החוקתית להליך הוגן, אולם אין מדובר בשיקול בלעדי. ברי כי ככל שההליך פוגעני יותר מעצם טבעו, כך הוא נדרש לכלול ערובות דיוניות משמעותיות יותר. ככלל, הליך פלילי הוא בעל מאפיינים פוגעניים יותר ביחס להליך אזרחי, ולכן כולל ערובות דיוניות משמעותיות יותר. אולם הנחה זו לא תמיד נכונה. הזכות שעלולה להיפגע בהליך פלילי ומידת הפגיעה בה משתנות בין הליכים פליליים שונים. לא הרי הליך פלילי שנסב על אישום בעבירה מסוג חטא שהעונש המרבי בגינה הוא קנס כספי, כהרי הליך פלילי בעבירה מסוג פשע שהעונש המרבי בגינה הוא שנות מאסר רבות שעלול לפגוע בזכות החוקתית לחירות.

הוא הדין לגבי הליכים מסוגים אחרים. לא הרי הליך אזרחי בתביעה קטנה על סכום כסף פעוט כהרי הליך אזרחי שכתוצאה ממנו אדם עלול לאבד את בית מגוריו באופן שפוגע בזכותו החוקתית לקניין (השוו: רע"א 646/14 אשטרם חברת קבלנות בע"מ נ' ניו קופל בע"מ, פסקה 7 (8.5.2014)); לא הרי הליך משמעותי שעלול להסתיים בנזיפה כהרי הליך משמעותי שכתוצאה ממנו עלול אדם לאבד את רישונו לעסוק במקצוע לצמיתות באופן שפוגע קשות בזכותו החוקתית לחופש העיסוק; לא הרי הליך מינהלי שתוצאתו פגיעה תכנונית במקרקעין כהליך מינהלי שנסב על חוקיות הוראה לשהות במרכז שהייה.

178. סיכומה של נקודה זו: ככל שהפגיעה הפוטנציאלית בזכות של הפרט העומדת על הכף גדולה יותר, וככל שמעמדה הנורמטיבי של זכות זו רם יותר, כך גדלה החובה לאזן את הפגיעה באמצעות הקפדה על ערובות דיוניות שתכליתן, כאמור, להגדיל את הסיכוי שהתוצאה תהיה נכונה ושההליך יהיה הוגן מנקודת מבטו של הנפגע. שתי תכליות אלו אינן עומדות לבדן, ויש לאזן מול הצורך בניהול יעיל של ההליך על מכלול היבטיו.

179. האם סעיף 32 לחוק פוגע בזכות החוקתית להליך הוגן? להשקפתי יש להשיב לכך בחיוב. כפי שציינתי לעיל, היקפה של הזכות החוקתית להליך הוגן – ובכלל זה אופיין והיקפן של הערובות הדיוניות הנכללות בו – מושפע, בין היתר, מדרגתה הנורמטיבית של הזכות העומדת על הכף וממידת הפגיעה הפוטנציאלית בה. ככל שהסנקציה קשה יותר ופוגעת בזכויות יסוד בצורה חריפה יותר, כך מוססת נקודת האיזון לכיוון זכויות הפרט ונדרשות ערובות דיוניות משמעותיות יותר, כדי לוודא שהזכות להליך הוגן נשמרת. את היקף הערובות הדיוניות שיחולו בנסיבות העניין יש לאזן מול האינטרס הציבורי בניצול יעיל של משאבים. סעיף 32 לחוק מסמיך את הממונה על ביקורת הגבולות לפגוע בזכות החוקתית לחירות – אחת מזכויות האדם החוקתיות והחשובות של כל אדם באשר הוא אדם – לפרק זמן ממושך שיכול להגיע לכדי שנה תמימה. דרגתה הנורמטיבית של הזכות לחירות, שעמדנו עליה לעיל (בפסקה 46), ומידת הפגיעה הפוטנציאלית בה, מחייבות יחדיו הקפדה על קיומן של ערובות דיוניות הולמות כתנאי לקיומה של הזכות החוקתית להליך הוגן (ראו והשוו לעניין פלוני, בפסקה 7). ערובות אלו אינן קיימות בענייננו. בראש ובראשונה, הסמכות הפוגענית הקבועה בסעיף 32 לחוק מוקנית לגורם מינהלי, הנמנה עם הרשות המבצעת, בלא שנלווית לה ביקורת שיפוטית (או מעין שיפוטית) יזומה. סמכות זו פוגעת באופן חריף בזכות להליך הוגן. הסמכות להגביל חירות ולפקח עליה נמצאת בליבת התפקיד של הרשות השופטת, ועל כן – ככלל ובהעדר שיקולים כבדי משקל

לסתור – ביקורת שיפוטית יזומה היא תנאי-בלעדיו-אין לשלילת חירות. כך במעצור לפני הגשת כתב אישום (סעיפים 12-18 לחוק המעצרים) ולאחריו (סעיפים 21-22 לחוק המעצרים); כך במעצור מינהלי, הן בישראל (סעיפים 4-5 לחוק סמכויות שעת-חירום (מעצרים), התשל"ט-1979) הן באזור יהודה ושומרון (סעיף 287 לצו בדבר הוראות ביטחון (יהודה והשומרון) (מס' 1651), התש"ע-2009). הביקורת השיפוטית היא אפוא חלק אינהרנטי מהליך שלילת החירות, והיא שמקנה לה את תוקפה החוקי, עד שניתן לומר כי מדובר בהחלטה משולבת של הגורם המינהלי המורה על שלילת החירות ושל הגורם השיפוטי המאשר אותה (עניין פדרמן, בעמ' 187-188; יצחק ה' קלינגהופר "מעצור מניעתי מטעמי ביטחון" משפטים יא 286, 287 (1981)). בענייננו, כל שניתן לעשות כדי להימנע מהעברה למשמורת הוא להגיש עתירה לבית המשפט לעניינים מינהליים. כלומר, על המסתנן ליזום הליך משפטי (ולשאת במימונו), ואין הוא זכאי לכך שתערך בענייניו ביקורת שיפוטית יזומה (למעט בעילות החריגות המנויות בסעיף 30א(ב) לחוק, כמפורט בפסקה 167 שלעיל). עניין זה מעורר קושי. הגישה לבתי המשפט מחייבת ידע, אמצעים ועל פי רוב ייצוג משפטי. מובן כי כל אלה אינם בהכרח מנת חלקם של השוהים במרכז השהייה – אנשים שממילא גורלם לא שפר עליהם ושממון רב אינו מצוי בכיסם; שרבים מהם אינם דוברים את השפה או מעורים בפרטי ההסדרים הנורמטיביים החלים עליהם; ושאינם מכירים היטב את הכלים המשפטיים העומדים לרשותם. אוכלוסייה זו נתקלת אפוא בקושי מובנה ליזום הליך שיפוטי, לנהלו ולהצליח בו (ראו והשוו: בג"ץ 10533/04 ויס נ' שר הפנים, פסקה 10 (28.6.2011); יובל אלבשן "נגישות האוכלוסיות המוחלשות בישראל למשפט" עלי משפט ג 492 (2003)). זאת ועוד: ללא ביקורת שיפוטית יזומה, המסתנן אינו נשמע בידי גורם אובייקטיבי הנהנה מעצמאות מוסדית. תוצאה זו מנוגדת לעקרון הפרדת הרשויות. היא עלולה ליצור בקרב המסתנן תחושה של "משחק מכור" באופן שמבזה אותו ופוגע בכבודו (השוו: עניין יששכרוב, בעמ' 560; בש"פ 8823/07 פלוני נ' מדינת ישראל, פסקה 16 לחוות דעתו של המשנה לנשיאה א' ריבלין, פסקה 1 לחוות דעתה של חברתי השופטת (כתוארה אז) מ' נאור (11.2.2010)). שנית, סעיף 32 לחוק אינו מסדיר ערובות דיוניות נוספות. כך, למשל, לא נזכרת זכות עיון בחומר הראיות; ולא כלולה הזכות לייצוג על ידי עורך דין. העדרן של ערובות דיוניות המבטיחות את הגינותו של הליך-שולל-חירות מעצימה את מידת הפגיעה בזכות החוקתית להליך הוגן.

לאחר שאמרנו דברים אלה ובשולי עניין זה אבקש להעיר כי במבנהו הנוכחי של פרק ד' לחוק, שאלה היא אם לא נדרשת ביקורת שיפוטית יזומה גם ביחס לעצם הוראת השהייה שמכוחה נדרש מסתנן להתייצב במרכז השהייה, וזאת בגדרי הזכות החוקתית להליך הוגן. השאלה אם ביקורת שיפוטית יזומה מתחייבת כחלק מזכות זו

תוכרע, כאמור, בהתאם למעמדה של הזכות הנפגעת ולעוצמת הפגיעה בה. בהינתן התוצאה שאליה הגעתי, ומשדין פרק ד' לחוק להתבטל ממילא כפי שעוד יבואר בהמשך, איני רואה להכריע בשאלה זו כעת. אציין עם זאת כי מובן שהסדר חקיקתי אחר שיבוא, אם יבוא, במקום פרק ד' לחוק בנוסחו הנוכחי – אשר יציע איזונים שונים ביחס למתקן שהייה פתוח, ויפחית את הפגיעה בזכות לחירות ובזכויות אחרות שעל הפגיעות בהן עמדתי בהרחבה – עשוי שלא לחייב עריכת ביקורת כאמור.

(3) מידתיות

(א) מבחן הקשר הרציונאלי

180. האם סעיף 32 לחוק צולח את מבחני המידתיות? נפתח במבחן הקשר הרציונאלי, שבגדרו יש לבחון אם האמצעי הפוגעני מסייע בהגשמת תכלית החקיקה. האמצעי הפוגעני בענייננו הוא משמורת (היא הסנקציה שאותה מוסמך הממונה על ביקורת הגבולות להטיל), שמטבעה מעמיקה ומחריפה את הפגיעה בחירות הטמונה ממילא במרכזו שהייה, עד כדי כך שנוצרת פגיעה עצמאית בזכות זו. האם פגיעה זו תורמות להשגת תכלית החוק? תשובתי לכך היא בחיוב. הסנקציות הקבועות בסעיף 32 לחוק מתמרצות את המסתננים למלא אחר הוראות השהות במרכז; להתייבב לספירות; להתנהג כיאות; ולהימנע מפגיעה בביטחונם וברכושם של השוהים והעובדים בו. אכן, בהעדר אמצעי אכיפה מינהליים אפקטיביים ישנו חשש כי מרכזו שהייה יהפוך ל"התנדבותי", באופן שיסכל את התכליות שלמענן הוקם. שאלה נוספת העומדת על הפרק היא אם הפגיעה בזכות להליך הוגן, המתבטאת בהעדרן של ערובות דיוניות (ובעיקר בהעדרה של ביקורת שיפוטית יזומה) כתנאי לשלילת החירות, מסייעת בהגשמת תכלית החקיקה. גם על כך אני משיב בחיוב. הקניית הסמכות כאמור לגורם מינהלי מקלה על הפעלת המתקן וחוסכת בעלויות, הן של הרשות המבצעת, הן של הרשות השופטת. עריכת שימוע למסתנן לפני השמתו במשמורת בגין הפרה היא הליך קצר ויעיל; הכפפת ההליך לשימוע שנערך למסתנן מגשימה את זכות הטיעון שלו, באופן שמפחית את ההסתברות לטעות בהחלטה; ואחרון, העלות של שימוע כאמור אינה גבוהה, והיא מאפשרת ניצול יעיל של משאבי הרשות המינהלית. די בכל אלה כדי לקבוע שהסדר הקבוע בסעיף 32 לחוק מקיים קשר רציונאלי לתכלית שאותה הוא נועד להשיג.

181. באופן דומה, סעיף 32 לחוק צולח את מבחן המידתיות השני – מבחן האמצעי שפגיעתו פחותה. ההסדר הקבוע בסעיף 32 לחוק כולל מנגנון מהיר, זול ויעיל להטלת סנקציה בגין הפרת הכללים הנוהגים במתקן, אולם אגב כך פוגע בזכות החוקתית להליך הוגן. האם ניתן להשיג את אותה תכלית במידה זזה של אפקטיביות, תוך שימוש באמצעי פוגעני פחות? תשובתי היא בשלילה. כדי לרפא את הפגיעה בזכות להליך הוגן יש להוסיף ערובות דיוניות שהחוק חסר אותן, ובעיקר ביקורת שיפוטית יזומה. אין חולק כי לערובות אלו יש מחיר. כך, הוספת ביקורת שיפוטית יזומה תהא כרוכה בעלויות לא מבוטלות, ובכללן הזמן השיפוטי של הטריבוטל שיקיים את הביקורת השיפוטית; הוספת זכות ייצוג בידי עורך דין תעכב את מימוש הסנקציה, והיא עלולה לפגוע ולו במידת מה באפקטיביות שלה (אם כי אין הכרח שכך יהיה); ולבסוף, ניהול הליך אדברסרי לפני טריבוטל שיפוטי עלול להצריך משאבים נוספים מצד המדינה. הואיל והמשאבים הם מוגבלים, הרי שתוספת המשאבים מצד הרשויות השופטת והמבצעת תבוא בהכרח על חשבון מטרות אחרות, ראויות לא פחות. מכאן שאין לומר כי ניתן להגשים את התכלית באותה מידת של אפקטיביות ובאותן עלויות (השוו: עניין לוטן, בפסקה 19), כך שההסדר צולח גם את מבחן המשנה השני.

182. ראינו כי סעיף 32 לחוק עמד בשני מבחני המידתיות הראשונים. אף על פי כן, סעיף 32 לחוק אינו צולח את מבחן המידתיות השלישי. אשר לתועלת שבהסדר: ההסדר בנוסחו הקיים מייצר הרתעה ביעילות ובעלויות מינימאליות. אין ספק כי ביקורת שיפוטית יזומה וערובות דיוניות הנלוות לה כרוכות בעלויות לא מבוטלות (שעליהן עמדנו קודם לכן בהרחבה), וייתכן שיהא בהן כדי לפגוע במידת מה באפקטיביות של מנגנון ההרתעה הקיים (אף שהדבר אינו מתחייב). אלא שתועלת זו אינה עומדת ביחס ישר לנזק הטמון בסעיף 32 לחוק. הזכות החוקתית להליך הוגן היא זכות חשובה, ומידת הפגיעה בה בענייננו חריפה ביותר. נשוב ונזכיר כי סעיף 32 לחוק מקנה לגורם מינהלי סמכות לשלול את חירותם של המסתננים לפרק זמן של עד שנה, בלא ביקורת שיפוטית יזומה, ובלא ערובות דיוניות ההולמות את מעמדה של הזכות הנפגעת ואת עוצמת הפגיעה בה. הממונה על ביקורת הגבולות מוסמך לשלול את חירותו של מסתנן, לאחר שמצא כי הפר איזו מהוראות החוק. ממונה ביקורת הגבולות, הנמנה עם הרשות המבצעת ואמון על הגשמת מדיניותה המוצהרת והידועה לכל בנושא ההסתננות, הוא אפוא הגורם שמחליט מלכתחילה, לפני השימוע, שקמה

עילה להעביר את המסתנן למשמורת; הוא גם הגורם שמחליט אם לקבל את הטענות שהציג המסתנן בשימוע; ולבסוף, הוא גורם הקובע את הסנקציה שתוטל על המסתנן – שליחתו למשמורת לפרק זמן שיכול להגיע עד שנה. ההליך כולו – מתחילתו עד סופו – אינו כפוף לבקרה של גורם ניטראלי ואובייקטיבי, בעל עצמאות מוסדית. במצב דברים זה, היקף הפגיעה בזכותו החוקתית להליך הוגן של המסתנן כמו ברור מאליו. טבעי שהמסתנן יחוש כי מדובר ב"משחק מכור"; כי אין מאזינים לו בלב קולט ובנפש חפצה; כי ההחלטה להשית עליו את הסנקציה נקבעה מראש; וכי הסיכוי לשנות את רוע הגזירה אינו גבוה. במצב דברים זה, האפשרות העומדת למסתנן לתקוף את החלטת הרשות להשימו במשמורת באמצעות הגשת עתירה מינהלית מטילה עליו נטל משמעותי, והיא בבחינת היפוך היוצרות. הפגיעה היא אפוא קשה ומשקלה רב.

183. בהינתן מעמדה של הזכות ועוצמת הפגיעה בה – העדר ביקורת שיפוטית יזומה טומן בחובו מחיר כבד אשר אינו מקיים, בשום דרך ואופן, יחס ראוי לתועלת הנובעת ממנו לאינטרס הציבור. אכן, ההכרח "להרתיע" מסתננים מפני ביצוען של הפרות – הכרח אמרנו, מפני שלא ניתן לנהל מתקן המחייב נוכחות בלעדי כוח כפייה מסוג זה – מחייב אמצעים, ולאמצעים אלה יש עלויות. החלת ביקורת שיפוטית יזומה תגרום לכך שמשאבים המנוצלים היום למטרות אחרות יתועלו לטובת צורך אחרון זה. ברם, שלילת חירותו של אדם – כל אדם – היא בבחינת מוצא אחרון. אינטרס ציבורי מובהק הוא כי נקפיד שלא תישלל חירות לפני שהופעלו מנגנוני הגנה מינימאליים שמטרתם להפחית את הסיכון לטעות, המובילה לפגיעה כה קשה; וכי תינתן לנפגע תחושה שהתנהל בעניינו הליך הוגן. היוצא מן האמור הוא שהתועלת העולה מן ההסדר הקבוע בסעיף 32 לחוק אינה עומדת ביחס ראוי למידת הפגיעה בזכות.

184. קביעתי כי ההסדר הקבוע בסעיף 32 לחוק אינו חוקתי משום פגיעתו הבלתי-מידתית בזכות להליך הוגן מייתרת את הצורך לבחון אם הסעיף צולח את מבחני פסקת ההגבלה עקב פגיעתו בזכות החוקתית לחירות. כאמור, בנסיבות דנן, פגיעה בזכות להליך הוגן כרוכה מעצם טבעה בפגיעה בזכות החוקתית לחירות. אלא שכאמור, ההסדר פוגע בזכות לחירות פגיעה עצמאית הראויה לבחינה נפרדת, בעיקר על רקע תקופות המשמורת הקבועות בסעיף 32 לחוק כנגזרת מאופי ההפרה (הנעות בין 30 ימים לשנה תמימה). בהקשר זה טוענת המדינה כי אופייה של הסמכות הוא הרתעת-משמעותי, וכי משך התקופה הוא מידתי. ואולם, להשקפתי, השמה במשמורת לתקופות ארוכות (עד לשנה) חוצה את הגבול שבין סנקציה "משמעתית" שהיא בעיקרה הרתעתית, לבין סנקציה "עונשית" שהיא גמולית במהותה. משאין מחלוקת כי סמכות להעניש אינה אמורה להיות מוקנית לממונה ביקורת הגבולות, סנקציה מסוג זה לא

תוכל לעמוד – וזאת בלא תלות בשאלה אם באה אחריה ביקורת שיפוטית אם לאו. נוכח מסקנתי האמורה בדבר פגיעתו הבלתי-מידתית של ההסדר החקיקתי בזכות להליך הוגן וביטולו של ההסדר כולו (כפי שיבואר להלן), אין אני נדרש לקבוע מסמרות בשאלה זו בשלב הנוכחי; אולם אדגיש כי בהתוויית הסדר חקיקתי חדש, ככל שיוחלט על כך, יש לבחון – בקפידה רבה – גם את תקופת החזקה במשמורת. תקופת משמורת ארוכה מדי עלולה אף היא להיות לא מידתית (כשלעצמה) נוכח פגיעתה החריפה בזכות לחירות – וזאת אף אם החלטת הממונה תלווה בביקורת שיפוטית יזומה. מובן כי אין בכך כדי לגרוע מזכותה של המדינה לנהל במקרים המתאימים הליכים פליליים, המאפשרים, מטבע הדברים, גם השתת עונשים מחמירים.

השלמנו את בחינתם הפרטנית של הסדרי החוק השונים. עתה נבחן את פרק ד' כולו במבט על. האם עומד פרק זה במבחני המידתיות?

(1) פרק ד' כמכלול ודרישת המידתיות

185. בפרק ד' לחוק יצר המחוקק מסגרת חקיקתית שנועדה להסדיר את הקמתו ותפעולו של מרכז שהייה למסתננים בישראל. מרכז שהייה זה – אינו דומה למקביליו בעולם. ההגבלות המוטלות מכוחו על חירותו של המסתנן נרחבות בהרבה מאלו המוכרות במדינות מערביות אחרות. פגיעתו בכבודם של המסתננים – חריפה מזו הנגרמת במתקנים דומים. מקצת מהסדרי פרק ד' לחוק שעליהם עמדתי – שאינם ממצים את כל היבטיו של פרק זה המעוררים קשיים חוקתיים – הקימו פגיעות עצמאיות בזכויות יסוד מוגנות. הסדרים אחרים העצימו והחריפו את הפגיעות האמורות, אף אם לא היה בהם כשלעצמם כדי לפגוע בזכויות אלו. אף אם נניח כי האמצעי שבחר המחוקק מתאים להגשמת תכלית החקיקה; ואף אם נניח כי אין אמצעי אחר שפגיעתו בזכויות פחותה – כך שפרק ד' לחוק צולח את מבחני המידתיות הראשון והשני – דעתי היא כי התועלת לציבור אינה מצדיקה את הפגיעה החריפה בזכויות האדם החוקתיות העומדות לכל אדם באשר הוא אדם.

186. איני כופר ביתרון החברתי הצומח מהשמתם של מסתננים במרכזי שהייה. במרכז שהייה יש כדי להקל על מצוקתם של חלקים מתושבי הערים הגדולות, שנשאו כמעט לבדם בנטל קליטתם של עשרות אלפי מסתננים. אלא שלא כל התועלות משקלן זהה. קיומו של יחס ראוי בין התועלת לבין הנזק קשור גם בחשיבות החברתית היחסית של העקרונות השונים העומדים בבסיס התועלת הציבורית הצפויה מדבר החקיקה. ככל שהפגיעה בזכות קשה יותר, כך נדרש אינטרס ציבורי בעל עוצמה גבוהה יותר כדי

להצדיק את הפגיעה. פגיעה קשה בזכות חשובה, שלא נועדה אלא להגן על אינטרס ציבורי שמשקלו אינו באותה מדרג, עשויה להיחשב לפגיעה במידה העולה על הנדרש (עניין הפרטת בתי הסוהר, בעמ' 602-603; עניין צמח, בעמ' 273). חקיקה המקדמת מניעת פגיעה בחיי אדם לחוד, וחקיקה המסייעת למנוע תופעות שליליות הנלוות להגירה בלתי מוסדרת – קשות ככל שתהיינה – לחוד. הראשונה עשויה להצדיק פגיעה נרחבת יותר בזכויות אדם מזו האחרונה.

187. בענייננו, אני סבור כי התועלת הגלומה בפרק ד' לחוק אינה מצדיקה את הפגיעה בזכויות אדם שפרק זה מסב למסתננים. התמונה המשתקפת מן ההסדר החקיקתי שבפרק ד' לחוק – תמונה עגומה היא. ניבטת ממנה דמותו של מסתנן שאינו שולט בסדר יומו; ששגרת חייו מוכתבת בידי סוהרים, שלהם הוענקו סמכויות חיפוש ומשמעת; מסתנן החשוף להעברה למשמורת, בהחלטת גורם מינהלי שלא באה עליה ביקורת שיפוטית יזומה בהיקף הדרוש; ששעותיו עוברות בחוסר מעש, שכן לא עומדת לו אפשרות של ממש לעזוב את המרכז בשעות היום; ושלשהייתו במרכז יש התחלה – אך אין לה סוף נראה לעין. כל אלה מצטברים לכדי פגיעה קשה מנשוא בזכויות היסוד שלו, ובראשן בזכות לחירות ובזכות לכבוד.

דברים אלה, שעליהם עמדנו בהרחבה לעיל, נכונים ביתר שאת ביחס לאוכלוסיות פגיעות במיוחד, שפרק ד' לחוק אינו חושך שבטו מהן. ראשונה היא אוכלוסיית הילדים, שמבנהו הנוכחי של פרק ד' לחוק מאפשר להחזיק במרכז השהייה (לאחר התקנת תקנות מתאימות, שלפי הודעת המדינה טרם הותקנו; ראו סעיף 32כב לחוק). עובדה זו מעוררת קושי ניכר. ילדים הם אוכלוסייה פגיעה במיוחד להשלכות הקשות של שלילת חירות. הם חווים את הפגיעה בזכות לחירות כפגיעה חריפה יותר (ראו והשוו: Sara Mars et al., *Seeking Refuge, Losing Hope: Parents and Children in Immigration Detention*, 10 AUSTL. PSYCHIATRY 91 (2002); Amer Sultan & Kevin O'sullivan, *Psychological Disturbance in Asylum Seekers Held in Long Term Detention: A Participant-Observer Account*, 175 MED. J. AUSTL. 593 (2001)). הקשיים אינם מתמצים בפגיעה בזכותם של ילדים לחירות, והם נוגעים גם בזכותם של ילדים לכבוד. כבודו של כל אדם זכאי להגנה; כבודו של ילד – להגנה מיוחדת. כפי שכבר נפסק, "הפגיעה בכבוד הילד היא חלק מהפגיעה בכבוד האדם, אך יש לה מימד מיוחד משלה, על שום פגיעותם המיוחדת של ילדים, רכים בשנים, שטרם צברו כוחות גוף ונפש להתמודד עם מאבקי החיים ותופעות חברתיות פסולות. ככל שיקר ומקודש הוא כבוד האדם, כבודו של ילד מקודש פי כמה, משהוא זקוק להגנת החברה אף יותר מן המבוגר" (עניין טבקה, בעמ' 848-849).

אוכלוסייה נוספת הראויה לתשומת לב מיוחדת כוללת את מי שנסיבותיו הפרטניות מקשות עליו בצורה יוצאת דופן את השהות במרכז השהייה. פרק ד' לחוק אינו מחייב את ממונה ביקורת הגבולות לשקול שחרור מסתננים במקרים חריגים המוגדרים כדבעי בחוק, ואינו קובע מהן הנסיבות שבעטיין לא תינתן למסתנן הוראת שהייה מלכתחילה (בשונה מהסדר המשמורת הקבוע בסעיף 30א לחוק, הקובע עילות שחרור שונות ובהן גיל, מצב בריאותי וטעמים הומניטאריים). הוא אינו מציע כל מנגנון שמכוחו מתאפשר לחלשים ביותר – לחולים, לאלה שהיו קורבנות לסחר בבני אדם, למי שעברו עינויים, אונס ושאר זוועות – שלא להיות מוחזקים במרכז השהייה. מסתננים בודדים אשר לא היו מופנים למרכז השהייה בשל מצבם האישי, או משתחררים ממנו עקב כך בהמשך, לא היו גורעים מהגשמתה של התכלית שביסוד החקיקה, ולכל היותר – גורעים ממנה במידה מבוטלת. בחינה פרטנית אפוא לא הייתה מונעת הגשמתה של תכלית החוק (וראו גם עניין עטאלה, בעמ' 43), והעדרם של חריגים אף "מבליט בעוצמה רבה את חוסר המידתיות (במובן הצר) של האיסור הגורף" (עניין חוק האזרחות הראשון, בעמ' 349).

המסקנה היא כי החקיקה שבמוקד דיוננו אינה עומדת ביחס ראוי לתועלת הצומחת ממנה. היא חוצה את אותו מחסום ערכי שהדמוקרטיה אינה יכולה לעבור אותו, גם אם התכלית שאותה מבקשים להגשים היא ראויה (ראו עניין עטאלה, בעמ' 36). משעה שפרק ד' לחוק חסר הוראה המגבילה את משך השהייה ועילות לשחרור מן המרכז, הוראות שבית משפט זה אינו יכול להוסיף בדרך פרשנית לשורות החוק; ומשלא רק זאת שמקצת מהסדריו של פרק ד' לחוק אינם מידתיים, אלא שהצטברות ההיבטים הלא חוקתיים שבפרק זה מכתימה את ההסדר כולו והופכת אותו לבלתי מידתי – נוכח מכלול הפגיעות הגלומות בו, דעתי היא כי פרק ד' לחוק כולו פוגע בזכויות אדם בצורה שאינה מידתית. מהי התרופה החוקתית המתאימה?

(T) הסעד

188. פרק ד' לחוק – כולו אינו חוקתי. נוכח עקרון הפרדת הרשויות, אין אנו מוסמכים לנסחו מחדש עבור המחוקק. אין מנוס אפוא מלהורות על ביטולו. אעיר כי לא נעלמה מעיני הדעה שלפיה לא הרי חוק "קבוע" כהרי חוק "זמני" בבחינת חוקתיות החוק, וכי "כל הממעט בפסילתו החוקתית של חוק זמני, הרי זה משובח" (עניין חוף עזה, בעמ' 553; עניין חוק האזרחות הראשון, בעמ' 450). ואולם, זמניותו של חוק זה או אחר אין בה, בהכרח, כדי לרפא את הפגמים החוקתיים הטמונים בו, וגם חוק "זמני"

אינו חסין מביקורת חוקתית. ואמנם, ברוח זו היה הנשיא א' ברק בעניין חוק האזרחות הראשון בדעה כי אופייה הזמני של הוראת השעה שנדונה שם (חוק האזרחות והכניסה לישראל (הוראת שעה), התשס"ג-2003 (להלן: חוק האזרחות)) לא שינה את חוסר המידתיות שבחוק האזרחות "באופן של ממש" (שם, בעמ' 346), וכי ראוי לפיכך לבטלו.

189. כידוע, הצהרה של בית המשפט על בטלות חוק או הוראה שבו אינה חייבת להיכנס לתוקף מייד. היא יכולה להיות בת תחולה עתידית (פרוספקטיבית), אם הנסיבות מצדיקות זאת, כדי לאפשר היערכות ראויה לקראת הבטלות (עניין צמח, בעמ' 284; יגאל מרזל "השעיית הכרזת הבטלות" משפט וממשל ט 39 (2006)). לכך יש להוסיף כי בפסק דינו בפרשת אדם לא שללנו חלופה של מרכזי שהיה פתוחים או פתוחים למחצה, תוך הטלת מגבלות מידתיות על חופש התנועה. בנסיבות אלו, יש להותיר בידי המחוקק פרק זמן מתאים כדי לעשות כן. משכך, אציע לחברתי ולחבריי כי נשעה את הצהרת הבטלות לתקופה של 90 ימים, כך שהצהרת הבטלות ביחס לפרק ד' כולו תיכנס לתוקפה בתוך שלושה חודשים ממועד מתן פסק דין זה. הנחתי היא כי די יהיה בתקופת זמן בלתי מבוטלת זו כדי לגבש הסדר חקיקתי מתאים, שיעמוד במגבלות הנגזרות מחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו.

190. ואולם, אני סבור כי ביחס לשני הסדרים פוגעניים במיוחד המצויים בפרק ד' לחוק לא ניתן להשעות את הכרזת הבטלות לתקופה של 90 ימים. הראשון הוא ההסדר הקבוע בסעיף 32(א) לחוק שעניינו חובת התייצבות במרכז שלוש פעמים ביום, שאותו משלימות תקנות הנוכחות. הסדר זה משמעו כי הלכה למעשה, מרכז השחייה אינו מתפקד כמרכז פתוח כי אם כמתקן סגור. בשים לב לפגיעה הקשה והלא מידתית בזכות לחירות ובזכות לכבוד, אציע כי הכרזתנו על בטלותו של סעיף 32(א) לחוק ועל בטלותה של תקנה 3 לתקנות הנוכחות תושעה עד ליום 24.9.2014 שעה 13:00. כדי שלא לסכל את דרישת ההתייצבות בשעות הלילה, ועד לכניסתה לתוקף של הכרזת הבטלות המתייחסת לפרק ד' לחוק כולו בתוך 90 ימים, אציע כי סעיף 32(א) לחוק ייקרא כך ששוהה יידרש להתייצב במרכז פעמיים ביום, במועדי ההתייצבות הקבועים בתקנות 3(1) ו-3(3) לתקנות הנוכחות.

191. הסדר נוסף אשר לא ניתן להותירו על כנו לתקופה של 90 ימים הוא זה המאפשר העברת מסתנן למשמורת, כקבוע בסעיף 32 לחוק. הסדר זה, המקים לגורם מינהלי סמכות חריגה בהיקפה לשלול – בלא ביקורת שיפוטית יזומה – חירות של

מסתנן לתקופה ממושכת, פוגע פגיעה חריפה ולא מידתית בזכויות החוקתית לחירות ולהליך הוגן. המתנה בת 90 ימים בטרם נכריז על בטלותו תהא – בנסיבות אלו – בלתי מידתית. משכך, בשים לב למועדי ישראל החלים בימים הקרובים ולצורך בתקופת התארגנות מספקת, אציע לחברותיי ולחבריי כי מיום 2.10.2014 ועד לתום 90 ימים ממועד מתן פסק הדין, ייקרא סעיף 32 ככך שביחס לכל אחת מהעילות המנויות בסעיף 32(א) יהא מוסמך ממונה ביקורת הגבולות להורות בצו על העברת מסתנן למשמורת לתקופה שלא תעלה על 30 ימים. המוחזקים במשמורת ביום מתן פסק דיננו זה מכוח החלטת ממונה כאמור ישוחררו בתום 30 ימים להחזקתם במשמורת או בתום המועד שקצב להם הממונה – לפי המוקדם מבין השניים.

(ח) לאחד הדברים האלה

192. לאחר כתיבת הדברים הגיעו אליי חוות דעתם של חברותיי וחבריי ובהן חוות דעתו של חברי הנשיא א' גרוניס, שאליה אני רואה להתייחס נוכח חילוקי הדעות שנפלו בינינו. חברי סבור כי סעיף 30א לחוק ופרק ד' לחוק (למעט ביחס לחובת ההתייצבות התלת-יומית במרכז השהייה) צולחים שניהם את הביקורת החוקתית. בחוות דעתי פירטתי בהרחבה מדוע מסקנתי שונה, ואיני מבקש לחזור על הדברים אלא אך להבהיר את שהתברר כי הוא טעון הבהרה.

193. אפתח במחלוקת שנתגלעה בין חברי לביני בכל הקשור בסעיף 30א לחוק. כפי שמציין חברי, לב השינוי שערך המחוקק בכל האמור בסעיף זה הוא קיצור תקופת ההחזקה המרבית המותרת במשמורת משלוש שנים לשנה. עמדתו היא כי בהינתן שינוי זה ושינויים נוספים שמנה, סעיף 30א לחוק בנוסחו דהיום עומד בביקורת החוקתית. במיוחד מייחס חברי משקל לכך שלתפיסתו עסקינן "בשאלה חוקתית בעלת אופי 'כמותי'", בשים לב לכך שמה שעומד לביקורת חוקתית – כהגדרתו – אינו עצם ההחזקה במשמורת אלא אורך תקופת ההחזקה (פסקה 16 לחוות דעתו). בעניין זה סבור חברי כי נתון למחוקק "מרחב תמרון" חקיקתי נרחב, וברוח זו הוא שואלני: מה נאמר בדבר חקיקה המתירה החזקה במשמורת לתקופה של חצי שנה; ומה נאמר על חקיקה המאפשרת החזקה במשמורת למשך שמונה חודשים. האם חוקתית היא? (פסקה 20 לחוות דעתו). ואני משיב: זו גם זו עלולה להימצא בלתי חוקתית – הכל כתלות בשאלת קיומו של הליך הרחקה אפקטיבי בעניינו של המוחזק. להשקפתי, אין להורות על החזקה במשמורת של מי שאין צפי להרחקתו, ומקל וחומר לתקופה ארוכה של שנה. השאלה אפוא אינה כמותית בלבד – מהו משך הזמן החוקתי המרבי להחזקה

במשמורת – אלא גם (ואולי בעיקר) איכותית: האם מותרת החזקה במשמורת של מי שלא מתקיים בעניינו הליך גירוש אפקטיבי. לשאלה זו אני משיב – כפי שהשיב לפניי בית משפט זה בפסיקה ענפה – בשלילה מוחלטת. אכן, ער אני לכך שהמשיבים טוענים כי אחת מתכליותיו של סעיף 30א לחוק היא זיהוי ומיצוי אפיקי יציאה לגירוש. בחוות דעתי ציינתי כי אין פגם במישור התכלית בחוק שמטרתו לאפשר הליכי גירוש אפקטיביים (פסקה 51 לחוות דעתי). אלא שעיון בחוק למניעת הסתננות מגלה פער בין תכליתו המוצהרת של החוק לבין נוסחו. בענייננו, ספק אם המתווה החוקי שנוצר – שאינו כולל כל התייחסות לשאלת קיומו של הליך הרחקה אפקטיבי – אמנם מגשים את תכלית החקיקה האמורה (פסקה 55 לחוות דעתי). במיוחד נכון הדבר שעה שבעניינם של מרבית המסתננים ממילא לא יכול להתקיים לעת הזו הליך הרחקה אפקטיבי בהינתן מדיניות אי ההרחקה הזמנית החלה עליהם (פסקה 56 לחוות דעתי). קושי זה עומד לצד הקושי הכמותי שמתעורר בהקשר זה, שעניינו משך ההחזקה המרבי במשמורת (ובעניין זה אבקש להעיר בזהירות הראויה כי להשקפתי, כשמדובר בשלילת חירות במובנה הבסיסי ביותר, הרי שההבדל בין שלילתה לתקופה של חצי שנה לבין שלילתה למשך שנה – הבדל ניכר הוא (וראו ביחס לפרק זמן של שעות בודדות עניין צמח)). משזהו המצב, ואף שער אני לזהירות שעל בית משפט זה להפעיל מקום שבו הוא מכריז על בטלותה של הוראת חוק, לא ראיתי כיצד נוכל שלא לעשות כן במקרה שלפנינו.

194. חברי הנשיא ואני חלוקים גם ביחס לחוקתיותו של פרק ד' לחוק. חברי סבור כי פרק זה – זולת ההוראה הנוגעת לחובת ההתייצבות בשעות הצהריים במרכז השהייה – הוא חוקתי. כמפורט בחוות דעתי, מסקנתי שונה. בראש ובראשונה – וזה עיקר הדברים – פרק ד' לחוק אינו חוקתי בשל כך שאין הוא קובע מגבלת זמן לעניין שהייה במרכז השהייה או מציע כל עילה לשחרור ממנו. בנקודה זו אעיר תחילה, אגב דבריו של חברי (בפסקה 32 לחוות דעתי), כי איני סבור כי יש לייחס משקל רב לכך שממונה ביקורת הגבולות הוסמך בחוק להורות על שהייתו של מסתנן במרכז שהייה "עד למועד אחר שיקבע", שהרי בצד זאת הוסמך הממונה ברישה הסעיף שלא לקצוב מועד כלל ולהורות על שהייתו במרכז השהייה "עד לגירושו מישראל, או עד ליציאתו ממנה" (סעיף 32(א) לחוק). יוצא מכך כי אף אם יכולה להתקבל החלטה מינהלית בדבר הוצאת הוראת שהייה התחומה בזמן, שייטכן שיהיה בה כדי להפחית את הפגיעה בזכויות המסתננים (ולא הוצגו לעיוננו החלטות מסוג זה), ממילא אין בכך כדי לגרוע מכך שההסמכה החוקית כשלעצמה – שהיא שעומדת לביקורת החוקתית – מאפשרת הנפקת הוראת שהייה שאין לה תאריך סיום ידוע. טוען חברי כי מסתנן יוכל להגיש בקשה לקציבת התקופה, והחלטת הממונה בעניין זה תהא כפופה לביקורת שיפוטית. אלא שהמחוקק לא התווה בעניין זה (שייטכן שנכון שנראה בו משום הסדר ראשוני;

וראו והשוו לפסקה 91 לחוות דעתי) כל אמות מידה לשיקול דעתו של הממונה, וממילא הדבר מצריך נקיטה בהליך משפטי אקטיבי מצד המסתנן, על הקשיים הברורים הטמונים בכך (וראו פסקה 179 לחוות דעתי). מכל מקום, קציבה מסוג זה אינה מתחייבת מהוראות החוק.

195. התוצאה היא אפוא כי פרק ד' לחוק אינו חוקתי גם בשל מה שאין בו. חסר זה בחוק – היעדרה של מגבלת זמן לשהייה במרכז והיעדרן של עילות שחרור ממנו – אינו ניתן להשלמה על ידי בית משפט זה. בצדק מציין חברי בדונו בסעיף 30א לחוק כי אילו היינו קובעים אנו את תקופת המשמורת המרבית היינו נמצאים כמי ששמים עצמם בנעלי המחוקק, ואין זה תפקידנו כשופטים (פסקה 15 לחוות דעתי). נכון הדבר גם ביחס לפרק ד' לחוק. הסדר נורמטיבי שנועד לתכליות שהתיקון נועד להגשים, המאפשר שלילת חירות של אדם לתקופה של שלוש שנים (וזאת בהינתן מועד פקיעתה של הוראת השעה) – תקופה שהיא בלתי מידתית כשלעצמה – אינו חוקתי מהטעמים שהובהרו בפירוט בחוות דעתי. אין זה תפקידו של בית המשפט "לקצר" את תקופת השהייה שנקבעה על ידי המחוקק הראשי או להוסיף לפרק ד' לחוק עילות שחרור כראות עיניו. במצב דברים זה – אין מנוס מביטולו המלא של ההסדר, באופן שיאפשר למחוקק, אם יחפוץ בכך, להביא תחתיו הסדר אחר הכולל תקופה מרבית מידתית להחזקה במרכז השהייה ועילות לשחרור ממנו. בשל עניין זה כשלעצמו ראוי לדעתי כי נכריז על בטלותו של פרק ד' לחוק (כפי שציינתי בפסקה 164 לחוות דעתי). ההסדרים הנוספים שאותם סקרתי בחוות דעתי תומכים במסקנה זו, אך היא עומדת על רגליה שלה גם אם יהיה מי שיסבור כי הם חוקתיים כשלעצמם. אינני טוען אם כן דינו של פרק ד' לחוק בטלות בשל "האפקט המצטבר" של מספר פגיעות בזכויות חוקתיות שכשהן לעצמן עומדות במבחני הביקורת השיפוטית (כך ש"השלם גדול מסכום חלקיו"; ראו זמר בלונדהיים ונדיב מרדכי "לקראת דוקטרינת אפקט מצטבר: אגרגציה בביקורת שיפוטית חוקתית" משפטים מד 569, 571 (2014)). ראשית, מפני שדי בהיעדר תחימה של משך השהייה ובחסרון של עילות השחרור כדי להוביל למסקנה שיש להכריז על בטלותו של פרק זה כולו; ושנית, מפני שפרק ד' לחוק מורכב מפסיפס של הסדרים בלתי חוקתיים כשלעצמם.

196. אך הדברים אינם מתמצים בכך. להשקפתי, מקום שבו עסקינן בהסדר חקיקתי כולל, אין זה נכון שנערוך ביקורת חוקתית פרטנית של הוראות החוק שבו מבלי להשקיף עליהן גם במבט על באופן שחושף את יחסי הגומלין ביניהן. ואדגים: חברי הנשיא סבור כי דרישת ההתייצבות המשולשת במרכז השהייה פוגעת באופן בלתי

מידתי בזכותם של המסתננים לחירות. האם ניתן להוציא מכלל אפשרות כי מסקנתו זו הייתה משתנה לו היה ניצב לבחינתנו הסדר התוחם את משך השהייה במרכז השהייה לשבועות בודדים? האם הייתה מסקנה זו משתנה אם החוק שיצר את מרכז השהייה היה מחייב הענקת תנאי רווחה וסעד משופרים לשוהים בו ומנוהל על ידי ישות ממשלתית "אזרחית" במהותה? הכיצד יכולים אנו למקד את מבטנו בהוראה חוקית אחת, מבלי שנקרא אותה בצמוד להוראות האחרות המתוות את מציאות חייהם של מי שנתונים תחת ההסדר החקיקתי המקיף שיצא תחת ידי המחוקק? קריאה "מצטברת" של הוראות החוק, בהן הוראות בלתי חוקתיות המשליכות על ההוראות החוקתיות העומדות לצידן, היא אפוא הכרח כאשר עסקינן בהסדר חקיקתי מסוג זה הנתון לביקורתנו החוקתית בעתירה זו.

197. עניין נוסף שאליו מבקש אני להתייחס הוא זה המתואר על ידי הנשיא כ"קושי המרכזי" שמצאתי בהסדרים שנסקרו לעיל (ולא הוא): ההסדר המאפשר העברת מסתנן ממרכז השהייה למשמורת הקבוע בסעיף 32 לחוק. ראשית אבהיר כי כפי שעולה מדבריי עד כה, מסקנתי בדבר אי חוקתיותו של פרק ד' לחוק עומדת בעינה גם ללא כל זיקה להסדר אחרון זה. לגופו של עניין, חברי ואני איננו תמימי דעים ביחס לפרשנותו של ההסדר האמור. בחוות דעתי ציינתי כי לטעמי, לא ניתן לראות בביקורת שעורך בית הדין לביקורת משמורת של מסתננים משום "ביקורת שיפוטית יזומה" על עצם ההחלטה להעביר מסתנן למשמורת. לעומתי, סבור חברי הנשיא כי הסמכות המוקנית לבית הדין בסעיף 30ד(א)(1) לחוק – "לאשר את החזקתו של המסתנן במשמורת [...]" – טומנת בחובה גם סמכות שלא לאשר את החזקתו כאמור, ובכלל זה להורות על שחרורו מכל עילה מינהלית שהיא. לי נראה כי קשה ליישב פרשנות זו עם לשון החוק ועם עילות הביקורת שמפעיל בית הדין על החלטות הממונה. ודוקו. חברי אינו חולק על כך שברגיל סמכות הממונה להורות על שחרור ממשמורת – כמו גם סמכותו של בית הדין לביקורת משמורת (הן מכוח חוק הכניסה לישראל הן מכוח החוק דנן) להורות על שחרור במסגרת ביקורת שיפוטית – מוגבלת לעילות השחרור המנויות בחוק, שאין בלתן (ראו סעיף 13טו(א)(2) לחוק הכניסה לישראל המגביל את עילות השחרור שבית הדין מוסמך לשחרר מכוון לאלה המנויות בסעיף 113 לאותו חוק; וסעיף 30ד(א)(2) לחוק המגביל את עילות השחרור שבית הדין מוסמך לשחרר מכוון לאלה המנויות בסעיף 30א(ב) או (ג) לחוק; בר"ם 7267/09 עבדולאי נ' משרד הפנים, פסקאות 10-12 (21.12.2009); בר"ם 1662/11 בירה נ' משרד הפנים, פסקאות 29-31 (1.9.2011); דברי ההסבר להצעת חוק הכניסה לישראל (תיקון מס' 8), התשס"א-2000, ה"ח 117). עילות אלו הן עילות הומניטאריות בעיקרן, והן אינן נוגעות לעצם ההחלטה בדבר השמה במשמורת – חוקיותה או סבירותה. עם זאת נראה כי חברי סבור כי בעוד שאת

המונח "לאשר" כמשמעותו בסעיף 30ד(א)(1) יש לפרש במובנו "הרגיל" (היינו, ככזה שאינו מאפשר לבית הדין ש"לא לאשר" את המשמורת אלא אם כן מתקיימות איזו מעילות השחרור המנויות בסעיף 30ב(א) לחוק) שעה שעסקינן בהחלטה על השמה במשמורת מכוח סעיף 30 לחוק, כאשר מדובר בהעברה למשמורת ממרכז השהייה, יש לפרש את אותו מונח ממש ("לאשר") באופן שונה לחלוטין – כמאפשר לבית הדין שלא לאשר את המשמורת אם נפל בה כל פגם מינהלי שהוא המקום עילה לכך. הטעם להבדל נעוץ, לשיטת חברי, בכך שסעיף 32כ(ח) לחוק (העברה למשמורת ממרכז השהייה) מחיל את סעיף 30ד לחוק (המפנה, כאמור, לעילות השחרור המנויות בסעיף 30א(ב)), "בשינויים המחויבים". מהחלת ההסדר בשינויים המחויבים ניתן ללמוד, לגישת חברי, על כוונתו של המחוקק להקנות לבית הדין סמכות לבצע ביקורת שיפוטית על החלטה הממונה לפי סעיף 32כ לחוק בכל עילה מינהלית שהיא.

מתקשה אני להצטרף למסקנה זו, משום שקשה ליישבה עם לשון סעיף 32כ(ה) לחוק, התוחם את גדר סמכויותיו של ממונה ביקורת הגבולות להורות על שחרור ממשמורת שהוטלה מכוח סעיף 32כ לחוק אך ורק "אם שוכנע כי מתקיים האמור בסעיף 30א(ב), ובכפוף לסיגים המנויים בסעיף 30א(ד), והכול בשינויים המחויבים". אכן, סעיף 32כ(ה) לחוק כולל בסופו את התיבה "והכול בשינויים המחויבים". ברם, הואיל והרישה של הסעיף מגבילה במפורש את עילות השחרור ממשמורת שהוטלה לפי סעיף 32כ לחוק לאלו המנויות בסעיף 30א(ב) לחוק, ספק בעיני אם ניתן לקרוא את הסיפה – "והכול בשינויים המחויבים" – כמסמיכה את ממונה ביקורת הגבולות (או את בית הדין) לחרוג מרשימת העילות שנקבעה ברישה של אותו הסעיף ממש. מסקנה זו נתמכת בדברי ההסבר לסעיף קטן 32כ(ה) לחוק, שם נכתב כי "על פי המוצע ממונה ביקורת הגבולות יהיה רשאי, בהתקיים האמור בסעיף 30א(ב) או ג(1) או (2) לחוק להורות על שחרורו של השוהה או המסתנן, לפי העניין, ממקום המשמורת, ועל העברתו למרכז שהייה" (דברי ההסבר לתיקון מס' 4, בעמ' 138; ההדגשה הוספה – ע' פ').

הנה כי כן, מלשונו של סעיף 32כ(ה) לחוק ומדברי ההסבר לו עולה כי סמכות השחרור שהוקנתה לממונה תחומה ברשימת העילות הסגורה המנויה בסעיף 30א(ב) לחוק, שאין בלתן; ומקום שהממונה אינו מוסמך לשחרר ממשמורת מכל עילה מינהלית שהיא, ספק אם ניתן לפרש את החוק באופן שמסמיך את בית הדין למשמורת לעשות כן. מכאן מסקנתי כי התיבה "בשינויים המחויבים" אינה אוצרת כוח לשנות מן היסוד את מסגרת הסמכות שנקבעה במפורש בסעיפים קטנים 32כ(ה) ו-ח לחוק – שהם, כאמור, חלק מן ההסדר הספציפי הקבוע בסעיף 32כ לחוק גופו – ולהרחיב אותה

במידה ניכרת. לכך יש להוסיף כי המשיבים – אשר השיבו לעתירה בהרחבה ובפירוט – לא טענו לפרשנות זו של החוק, ועל כן ספק בעיניי אם יש מקום שנאמץ אותה מיוזמתנו.

ואסיים בזאת. עמדתו של הנשיא היא כי יש להכריז על מרבית ההסדרים שבמוקד בחינתנו חוקתיים. כפי שהסביר חברי, מסקנה זו באה, בין היתר, "על רקע החשש מפני זילות ודילול של זכויות חוקתיות חשובות" (פסקה 2 לחוות דעתו). חשש זה ממש – החשש למעמדן של הזכויות החוקתיות החשובות שעומדות על הכף – הוא שהוביל אותי למסקנתי שלי, שלפיה הסדרים אלה אינם חוקתיים ודינם בטלות.

(ט) הערות אחרונות

198. משקרבה שעת חתימה, הגיעו אליי הערות נוספות מאת חברי הנשיא, המחייבות אף הן התייחסות קצרה. תחילה לסעיף 30א לחוק. כפי שכבר הובהר, השמה במשמורת לצורך גירוש מחייבת קיומו של הליך הרחקה אפקטיבי. סעיף 30א לחוק אינו קושר בין עצם ההחזקה במשמורת לבין קיומו או היעדרו של הליך הרחקה כאמור. על רקע זה סבור חברי, כאמור בדבריו האחרונים, כי חלף פסילתו של סעיף 30א לחוק, ניתן לפרש אותו באופן שיכונן את הקשר החסר בחוק. להשקפתי, לא ניתן לעשות כן ואין מנוס מהכרזה על בטלותה של הוראת החוק. ואסביר.

199. זהו הכלל שהתגבש בפסיקתנו, ואין בלתו: החזקה במשמורת מחייבת קיומו של הליך הרחקה אפקטיבי. כדי לשלול חירותו של אדם במטרה להרחיקו, אין די בהצהרה כללית כי בכוונת המדינה לעשות כן. נדרשת פעילות עקבית שתכליתה לגבש במהירות הראויה אפיק לגירוש. על סעיף חוק המסמיך אדם להורות על החזקתו במשמורת לתקופה ארוכה של מאן דהוא לשם גירושו (בשונה מפרקי הזמן המוגבלים שבחוק הכניסה לישראל) ליתן ביטוי לקשר שבין הליך ההרחקה לבין ההחזקה במשמורת; עליו להטיל על המדינה את הנטל להביא לבחינה עיתית את עניינו של המוחזק, בחינה שתכליתה לוודא שאדם אינו נותר במשמורת שעה שהמדינה שוקטת על שמריה ואינה עושה דבר כדי להרחיקו; ועליו לכלול עילת שחרור מתאימה למקרה שבו אין היתכנות להרחקה.

200. הסדר מסוג זה, המבסס קשר כאמור וקובע עילות ביקורת, לא מופיע בגדרו של סעיף 30א לחוק. מה אפוא נעשה במצב דברים זה? לגישתו של חברי – גישה שלא

נטענה על ידי המדינה ושלא נבחנה על ידנו בפרשת אדם – גם אם גורסים כי נדרש קיום של הליך הרחקה אפקטיבי כתנאי למשמורת, ניתן לפרש את סעיף 30א לחוק כך שניתן יהא להחזיק מסתגן במשמורת לתקופה של שנה ובלבד שיתקיים בעניינו הליך גירוש. לעומת זאת, דעתי היא כי עלינו להכריז על בטלותה של הוראת החוק. לכאורה, שתי הדרכים – הן זו שלי, שלפיה נכון שנכריז על בטלותה של הוראת החוק (בטלות שבסופה רשאי יהיה להביא המחוקק הסדר חדש העומד באמות המידה החוקתיות תחת הסעיף הקיים היום), הן זו של חברי, שלפיה ניתן לעשות כן בדרך של פרשנות שיפוטית – מובילות לתוצאה זהה. אלא שדרכו של חברי היא דרך החקיקה השיפוטית שכן היא מחייבת את בית המשפט לקבוע עבור המחוקק הסדר לשחרור מסתגן שלא מתקיים בעניינו הליך הרחקה אפקטיבי, לרבות עילות ביקורת שאינן נכללות בחוק בנוסחו הנוכחי. ואילו לפי גישתי יש להותיר מלאכה זו למחוקק, אשר הוא שיקבע הסדר שלם וממצה לעניין זה.

201. ודוק: ההסדר שלפנינו מחייבנו להשיב על שתי שאלות: האחת, אם יש צורך בהליך הרחקה אפקטיבי לשם החזקה במשמורת; והשנייה, אם פרק הזמן להחזקה במשמורת שנקבע בסעיף 30א לחוק עומד באמות המידה החוקתיות. על שתי שאלות אלו, השאלה האיכותית והשאלה הכמותית כהגדרת חברי, עמדתי בחוות דעתי. אשר לשאלה הראשונה מציע חברי כי גם אם נגרוס כי ישנה חובה לקיים הליך הרחקה אפקטיבי, נקים חובה שכזו בדרך פרשנית, בגדרי הדין הקיים. אף אם הייתי נכון ללכת כברת דרך לעבר חברי בכלל האמור בשאלה הראשונה ולהניח לצורך הדיון כי ניתן בדרך פרשנית-פסיקתית לקרוא לתוך שורות החוק תנאי שלפיו בהיעדר הליך הרחקה אפקטיבי יש לשחרר מוחזק ממשמורת לאלתר ואף להוסיף לשם כך עילת שחרור שאינה בין העילות הנקובות בחוק (וכאמור – איני סבור כי נכון שכך נעשה), הרי שגם אז לא הייתה מסקנתי משתנה. זאת, נוכח התשובה השונה שנותנים חברי ואני לשאלה השנייה. להשקפתי, וכפי שהוסבר בחוות דעתי בהרחבה, התקופה להחזקה במשמורת הקבועה כעת בסעיף 30א לחוק – שנה – היא במובהק תקופה בלתי מידתית.

202. חברי עצמו מכיר בכך שאין מקום שבית משפט זה יקבע עבור המחוקק מהו משך הזמן המרבי המותר להחזקה במשמורת. מן הטעם הזה נמנע חברי – כך לפי דבריו שלו – לקבוע כן בפרשת אדם (ראו דבריו בפסקה 15 לחוות דעתו; פסקה 5 לחוות דעתו בפרשת אדם). גישה זו כמובן מקובלת עליי, והיא שגוזרת עליי את הריסון המתחייב המוביל לתוצאה שאליה הגעתי בפרשה זו. לשון אחר: משהמחוקק קבע תקופת זמן מנדטורית להחזקה במשמורת של שנה (בכפוף לעילות המצומצמות

שבסעיף זה); ומשתקופה זו אינה צולחת את הבחינה החוקתית בהיותה, כאמור, תקופת זמן בלתי מידתית – אין מנוס מביטול הוראת סעיף 30א לחוק. כדי להתגבר עליה בדרך פרשנית עלינו לקבוע משך זמן אחר, קצר יותר, להחזקה מרבית במשמורת. לא עשינו כך בפרשת ADT, ולא סברתי שנכון שנעשה כך גם עתה. שותף אני לתפיסתו של חברי שלפיה יש לעשות מאמץ פרשני כדי להימנע מביטול חקיקה של הכנסת. אולם לא ראיתי כיצד בענייננו, כאשר אנו ניצבים חזיתית מול הוראה של המחוקק הקובעת פרק זמן של שנה להחזקה במשמורת (פרק זמן שלהשקפתי אינו מידתי), ניתן להימנע מביטולה.

203. בשולי הדברים אעיר כי בפי חברי הייתה טרוניה נוספת, שלפיה פסיקה זו שאנו פוסקים כאן לעניין הוראת סעיף 30א לחוק אינה נשענת על נתונים עובדתיים בדבר זהותם של המסתננים ה"חדשים" שיגיעו לאחר שנחקק תיקון מס' 4. הפכתי והפכתי בטענה זו של חברי, ולא ראיתי כיצד יש בה לשנות מן הדברים. המדינה לא טענה לפנינו, לא בכתובים ולא על פה, כי אפיונם של המסתננים שנכנסו לאחר חקיקת תיקון מס' 4 לחוק שונה מזה של המסתננים שהגיעו ארצה עובר לתיקון. משהנתונים בעניין זה הם בידי המדינה, וזו לא ראתה לעורר טענה כאמור, לא ראיתי מקום שנניח אחרת. מכל מקום, גם אם המציאות תלמד כי לשטח המדינה יסתננו גם יוצאי מדינות שהרחקה אליהן היא אפשרית – לא יהא בכך כדי לרפא את הפגם הבסיסי, השורשי, שנפל בסעיף 30א לחוק.

204. עתה לפרק ד' לחוק, שבעניינו אעיר בתמצית שתי הערות קצרות, שהרי הכל כבר נאמר. האחת היא זו: חברי סבור כי בהינתן סמכותו של ממונה ביקורת הגבולות לקצוב את תקופת השהייה במרכז, אין פגם בכך שמהוראות פרק זה נעדרות עילות לשחרור ממנו. דעתי שונה. עסקינן בהוראות חוק שמכוון מוחזקים, תוך פגיעה בחירותם ובכבודם, אלפי בני אדם במרכז מרוחק במדבר. הם נדרשים לשהות שם לתקופה בלתי מידתית של שלוש שנים (וגם זאת בהנחה שתקפו של החוק לא יוארך). כפי שכבר ציינתי, נראה לי כי כלל ההסדרים הראשוניים מחייב שכאשר עסקינן בפגיעה כה גרעינית בזכות לחירות ובזכות לכבוד, יהא זה המחוקק – הוא ולא אחר – שיקבע תקרת זמן מידתית להחזקה במרכז, כמו גם הסדר הנוקב בעילות לשחרור ממנו. לעמדת חברי, הקביעה שלפיה חובתו של המחוקק לעשות כן עלולה לצמצם את שיקול דעתו של הממונה לקצוב את תקופת השהייה במרכז. בהינתן הכרעתנו היום, אני שותף לחשש זה. ברי כי אין כל מניעה כי המחוקק יותיר בעניין זה שיקול דעת רחב לממונה, למשל על דרך קביעת עילות מתאימות, ואולי אף ראוי שכך יעשה. בהינתן פגיעותיו הקשות של פרק ד' לחוק, כל אפשרות אחרת פרט לקביעת תקרה מידתית להחזקה

כאמור כמו גם עילות שחרור בחקיקה הראשית – נראית לי מוקשית. הערה שנייה, הנוגעת למחלוקת – שאינה בליבת הדברים – בדבר הסמכות ה"משמעית" הנתונה לממונה להעביר מסתנן ממרכז השהייה למשמורת: כפי שצינתי בחוות דעתי, קיימות עילות שחרור מצומצמות, מוגדרות ומתוחמות שבעטיין רשאי בית הדין לערוך ביקורת שיפוטית ולשחרר מסתנן שהועבר ממרכז השהייה למשמורת (כאמור בפסקה 167 לחוות דעתי). אלא שכפי שהבהרתי, ביקורת שיפוטית בעילות האמורות בלבד – אין די בה. בהקשר זה אין לי אלא לשוב על הדברים שאמרתי בפסקה 197 לעיל.

205. אחתום בדבריי בעניין אדם, שאליהם מפנה חברי, שלפיהם אין פסול עקרוני בעצם הקמת מרכז שהייה (וראו פסקה 40 לחוות דעתי שם). אמרתי דברים אלה, ואני חוזר עליהם גם היום. אך שטר ושובר בצידו: בחוות דעתי בעניין אדם הפניתי לאמות מידה מקובלות הנזכרות בהנחיות נציבות האו"ם לעניין מתקני שהייה פתוחים או פתוחים למחצה. המחוקק לא ראה להנחות עצמו בהסדרים בינלאומיים מקובלים, ובכך פעל כמובן בגדרי הפררוגטיבה הנתונה לו. אלא שאין משמעות הדבר כי המחוקק רשאי לקבוע הסדרים שאינם עולים בקנה אחד עם הוראות חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו, כפי שעשה להשקפתי בענייננו.

206. סוף דבר הכל נשמע. חברי ואני איננו רואים עין בעין את שאלת חוקיותו של ההסדר שהועמד לבחינתנו. קראתי בעיון רב את דבריו של חברי, ולא היה בהם כדי לשכנעני שניתן להימנע מהכרזה על בטלותו של סעיף 30א לחוק למניעת הסתננות וכן מהכרזה על בטלותו של פרק ד' לחוק זה. כך מבין אני את המתחייב ממשפטנו החוקתי, וכך אשוב ואציע לחברותיי ולחבריי שנכריזו.

.VI בג"ץ 8425/13 – סיכום

207. העמדנו את סעיף 30א ואת פרק ד' לחוק למניעת הסתננות לביקורת שיפוטית. תחילה בחנו את הסדר המשמורת הקבוע בסעיף 30א לחוק, שמכווחו ניתן להחזיק במשמורת מי שהסתנן לשטח המדינה לאחר חקיקתו של תיקון מס' 4 לתקופה של עד שנה (בכפוף לעילות המאפשרות קיצור או הארכת התקופה). פתחנו בעמידה על הפגיעה בזכות לחירות הגלומה בהחזקה במשמורת (פגיעה שלא הייתה נתונה במחלוקת בין הצדדים) והוספנו כי החזקה במשמורת פוגעת גם בזכות לכבוד. בהמשך, סקרנו את תכליותיו המוצהרות של סעיף 30א לחוק. קבענו כי התכלית שעניינה "מיצוי אפיקי יציאה מהארץ" ראויה כשלעצמה, אך הצבענו על הקשיים המתעוררים ביחס

לתכליתו השנייה של החוק – "מניעת הישנות תופעת ההסתננות" – שהיא תכלית הרתעתית במהותה. לאחר מכן, בחנו אם פגיעתו של סעיף 30א לחוק מידתית היא. ראשית, מצאנו כי מתקיים קשר רציונאלי בין החזקה במשמורת לבין מניעת הישנות תופעת ההסתננות, אך הבענו ספק אם המשמורת אמנם מקדמת את יציאתו מן הארץ של מי שאין אפשרות להרחיקו. שנית, קבענו כי אף שקיימים אמצעים חלופיים שיש בהם כדי לקדם את תכליות החוק, לא ניתן להצביע על אמצעי חלופי שפגיעתו פחותה אשר יגשים את תכליות החוק במידה דומה של אפקטיביות להחזקה במשמורת. שלישית, שקלנו את התועלת היחסית שבחוק למול שלילתה הממושכת של הזכות לחירות, ומצאנו כי זו אינה מקיימת יחס מידתי ראוי. לבסוף, משנמצא כי סעיף 30א לחוק אינו צולח את הבחינה החוקתית, הכרזנו על בטלותו והחלנו תחתיו את ההסדר הקבוע בחוק הכניסה לישראל, תוך שצינו כי העילה הקבועה בסעיף 13(א)(4) לחוק הכניסה לישראל לא תחול לתקופה של עשרה ימים ממועד פסק דינו זה.

208. לאחר מכן בחנו את חוקתיות פרק ד' לחוק, המאפשר הקמת מרכז שהייה. פרק זה (שחוקק כהוראת שעה שתוקפה שלוש שנים) מסמיך את ממונה ביקורת הגבולות להוציא הוראת שהייה למסתנן המחייבת אותו לשהות במרכז השהייה לתקופה בלתי מוגבלת. בהעדר מחלוקת של ממש בין המדינה לבין העותרים לעניין פגיעתו של פרק זה בזכות לחירות, נדרשנו לבחינתו במתווה הקבוע בפסקת ההגבלה שבסעיף 8 לחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו. תחילה סקרנו את תכליותיו השונות של מרכז השהייה – הן אלו המוצהרות, הן אלו הנטענות – ועמדנו על הקשיים שמעוררות אחדות מתכליות אלו. ציינו כי התכלית הנוגעת ל"מתן מענה לצורכי המסתננים" ראויה היא; ועמדנו על האפשרות שלפרק ד' לחוק תכלית נוספת, נסתרת, של עידוד עזיבה "מרצון" – על כל הקשיים הכרוכים בכך. לאחר מכן, בחנו חלק מהסדריו של פרק ד' לחוק לגופם. עמדנו על ההסדר הקבוע בסעיף 32(א) לחוק שמכוחו נדרש מסתנן להתייצב לשלוש ספירות יומיות. מצאנו כי הסדר זה פוגע בזכות לחירות ובזכות לכבוד באופן שאינו מידתי. בחנו גם את הקשיים שמעורר סעיף 32ג לחוק, המסמיך את שירות בתי הסוהר להפעיל את מרכז השהייה. הערנו כי אף שקשיים אלה אינם עולים כדי פגיעה עצמאית בזכויות חוקתיות, יש בהם כדי להעצים את הפגיעה הקיימת ממילא במרכז השהייה. בהמשך, דנו בהעדרן של הוראות המגבילות את משך השהייה במרכז השהייה או קובעות עילות לשחרור ממנו. ראינו כי חסרונן של הוראות מסוג זה מעצים את הפגיעה בזכות לחירות, ופוגע פגיעה עצמאית בזכות לכבוד. סברנו כי פגיעה זו אינה מידתית, וכי די בה – כשלעצמה – כדי להניח עילה לביטול של פרק ד' לחוק כולו. סקרנו את ההסדר הקבוע בסעיף 32כ לחוק, שעניינו סמכות מינהלית להעביר מסתנן למשמורת. הסדר זה נמצא ככזה הפוגע הן בזכות לחירות, הן בזכות להליך הוגן בשל כך שלהחלטת הרשות

המינהלית לא נלווית ביקורת שיפוטית יזומה. דעתנו הייתה כי גם הסדר זה אינו מידתי. לבסוף, מצאנו כי פרק ד' לחוק כולו אינו מידתי אף נוכח הצטברותם של ההסדרים הבלתי חוקתיים המרכיבים אותו. משכך, קבענו כי פרק ד' לחוק אינו צולח – גם כמכלול – את הבחינה החוקתית. במישור הסעד, ראינו לנכון להשעות את הצהרת הבטלות ביחס לפרק ד' כולו ב-90 ימים ממועד מתן פסק דינו זה. את הכרזת הבטלות של הסדר ההתייצבות (סעיף 32ח(א) לחוק) השעינו ל-48 שעות בלבד, שלאחריהן תידרש התייצבות במרכז פעמיים ביום, בוקר וערב, כאמור בפסקה 190 לעיל. אף את הכרזת הבטלות של הסדר ההעברה למשמורת (סעיף 32כ לחוק) השעינו למשך 48 שעות, שבסיומן יוסמך ממונה ביקורת הגבולות להורות על העברת מסתנן למשמורת לתקופה של עד 30 ימים בלבד; והורינו על שחרור ממשמורת של מי שמוחזקים בה במועד מתן פסק דין זה למעלה מ-30 ימים מכוח החלטת הממונה כאמור.

VII. בג"ץ 7385/13

209. התוצאה שאליה הגענו – שלפיה דינו של תיקון מס' 4 להיפסל כולו – מייתרת את הדיון בבג"ץ 7385/13. בדיון שנערך לפנינו סמכו העותרים בעתירה זו ידיהם על עמדת המדינה ביחס לחוקתיות תיקון מס' 4. יש להניח שפסלות התיקון תוביל את המחוקק לקבוע הסדר נורמטיבי חדש, בנתון לאמור בפסק דין זה, אשר יטפל במכלול עניינים הדורשים התייחסות. בכלל זה עשוי להינתן מענה לטענות העותרים תושבי דרום-תל-אביב. לפיכך, אין מקום שנידרש לטענותיהם בדבר הפגיעה הנטענת בהם בעת הזו, לפני שהמחוקק אמר את דברו בסוגיה.

210. אני מבקש להדגיש כי אין בתוצאה זו שאליה הגענו ביחס לעתירה בבג"ץ 7385/13 כדי להעיד על כך שקולם של תושבי דרום-תל-אביב לא נשמע בהליך זה. מצוקתם הייתה לנגד עינינו, וכאבם על סביבת מגוריהם ששינתה פניה ללא היכר ברור ומוכן לכל. בתוך עמנו אנו חיים. ראינו כיצד השתקעותם של המסתננים בשכונות דרום העיר שינתה את צביון האזור, הוסיפה לצפיפות והגבירה את הקשיים היום-יומיים של תושבי המקום. קראנו בדו"ח מבקר המדינה על עלייה ניכרת בעבירות דיני התכנון והבנייה באזור; על בתי עסק ורוכלות רבים הפועלים ללא רישיון; על חיבורים "פירטיים" רבים של מתקני גז וחיבורים מסוכנים לרשת החשמל; ועל הגברת פוטנציאל הסיכון לדליקות (דו"ח מבקר המדינה, בעמ' 75-83). אין חולק על כך שמצב הדברים בדרום-תל-אביב קשה ומחייב התייחסות. החובה למצוא פתרונות מתאימים היא לפתחן של רשויות המדינה. מצוקתם של תושבי דרום-תל-אביב אינה גזרת גורל; היא בידיהן של הרשות המחוקקת והרשות המבצעת.

אף שאנו מבינים לליבם של העותרים, מסקנתנו היא כי דין העתירה בבג"ץ 7385/13 להידחות, תוך שטענות העותרים שמורות להם במלואן ככל שהסדר החדש שייקבע לא ייתן מענה לפגיעות הנטענות, וזאת בלא שאנו מביעים כל עמדה לגופו של עניין.

VIII. טרם נעילה

211. מצאנו כי סעיף 30 לחוק אינו מידתי. מצאנו כי פרק ד' לחוק אינו מידתי. הכרזנו על בטלותם. אכן, "הכרזה על בטלותו של חוק או חלק ממנו היא עניין רציני. לא על נקלה יעשה כן השופט" (עניין מנהלי ההשקעות, בעמ' 386). כפי שהוסבר שם, גם אנו לא ביקשנו להכניס עצמנו לנעלי המחוקק או לשאול מהם האמצעים שבהם היינו בוחרים אילו היינו נמנים עם הרשות המחוקקת. קיימנו ביקורת שיפוטית. לא בחנו את תבונתו של החוק; בחנו את חוקתיותו. מסקנתנו הייתה כי הוראות סעיף 30 ופרק ד' לחוק אינן חוקתיות.

212. לא נעלם מעינינו כי תוצאת פסק דיננו זה היא שאנו שבים ומבטלים חקיקה ראשית של הכנסת. ערים אנו לכובד משקלה של דוקטרינת הפרדת הרשויות. איננו מבקשים "לחרוש שלא בהיתר בשדה של הרשות המחוקקת", ו"זהיר-זהיר נהלך עד שנורה על פסלותה של הוראה שבחוק הכנסת" (עניין עמותת מחויבות, בעמ' 518). אלא שהסדרים שקבע התיקון החדש לחוק למניעת הסתננות פוגעים בצורה מהותית, עמוקה ויסודית בזכויות אדם. אין הם עומדים בתנאי פסקת ההגבלה, ואין הם צולחים את הביקורת החוקתית. משכך, לא ניתן אלא להכריז על בטלותם. לא ברצון עשינו זאת; מכוח חובתנו עשינו זאת.

213. משהגיעה עת סיכום, אבקש להגיד גם זאת: בקרבנו מצויים עתה רבים שבאו כאורחים לא קרואים. חלקם של המסתננים נמצאים בישראל כבר שנים ארוכות. הם יצרו קשרים חברתיים והקימו משפחות, אימצו תחביבים ורכשו שפה. בשלב זה, הרחקתם מישראל אינה נראית באופן. אכן, שהייתם היא עול כלכלי וחברתי על תושבי המדינה. איננו עיוורים לקשיים שעמם מתמודדים תושבי דרום-תל-אביב וערים אחרות. עם זאת, נתונים עדכניים מלמדים כי תופעת ההסתננות אינה כשהייתה. אף שגבולה הדרומי של ישראל אינו חסין מפני חצייה בלתי מבוקרת, ואף שמסתננים "חדשים" עודם עוברים בו ונכנסים בשערי המדינה – חלה ירידה ניכרת במספר המסתננים

הנכנסים לישראל. 45 מסתננים בלבד עשו את דרכם ארצה בשנת 2013. מאז חקיקת תיקון מס' 4 לחוק ועד לחודש יוני 2014 נכנסו לישראל רק 19 מסתננים. שינוי נסיבות זה מחייב חשיבה מחודשת. הוא מציע הזדמנות לגבש פתרון מקיף בראייה רוחבית.

אכן, אין חולק כי הגעתם של עשרות אלפי מסתננים לשטחה של ישראל היא סוגיה סבוכה; סוגיה סבוכה – אך גם סוגיה אנושית. בידי המדינה נתונים כלים רבים המאפשרים לה להתמודד עם תופעת ההסתננות, והמחוקק הוא הריבון לבחור בפתרון החוקי המתאים. פתרונות חוקיים רבים באים בחשבון – אך עליהם להיות חוקתיים. על פתרון חוקתי לשקף את האיזון בין טובת הכלל לבין טובת הפרט. עליו לצמצם את הפגיעה בתושבי מרכזי הערים מזה, ובמסתננים מזה. על המחוקק לבחור באמצעי שפגיעתו בזכויות אדם היא מידתית. הלב מבין את הקשיים, אך הדעת אינה סובלת את הפתרון שנבחר. סעיף 30א ופרק ד' לחוק למניעת הסתננות אינם חוקתיים. הם אינם יכולים לעמוד.

.IX טוף דבר

214. אציע אפוא לחברותיי ולחבריי לדחות את העתירה בבג"ץ 7385/13, ולקבל את העתירה בבג"ץ 8425/13. אם תשמע דעתי, סעיף 30א לחוק למניעת הסתננות יבוטל. במקומו יבוא ההסדר הקבוע בחוק הכניסה לישראל. עילת השחרור הקבועה בסעיף 13(א) לחוק הכניסה לישראל לא תחול לתקופה של עשרה ימים ממועד פסק דינו זה, קרי עד ליום 2.10.2014. פרק ד' לחוק למניעת הסתננות יבוטל אף הוא. הכרזת הבטלות תושעה לתקופה של 90 ימים. בטלותו של סעיף 32ח(א) לחוק תיכנס לתוקפה ביום 24.9.2014 שעה 13:00, בכפוף לאמור בפסקה 190 לעיל. בטלותו של סעיף 32כ לחוק תהא כאמור בפסקה 191 לעיל.

בשים לב לתוצאה שאליה הגענו, אציע לחבריי כי לא נעשה צו להוצאות בבג"ץ 7385/13, וכי המשיבים ישאו בהוצאות העותרים בבג"ץ 8425/13 בסכום כולל של 25,000 ש"ח.

ש ו פ ט

השופט י' דנציגר:

1. אני מצטרף לפסק דינו המפורט והמעמיק של חברי השופט ע' פוגלמן.

אף אני, כחברי, סבור כי החוק למניעת הסתננות (עבירות ושיפוט) (תיקון מס' 4 והוראת שעה), התשע"ד-2013 אינו עומד במבחן הביקורת החוקתית וכי סעיף 30א בנוסחו החדש פוגע באופן לא מידתי בזכות לחירות ובזכות לכבוד המעוגנות בחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו. בנוסף, גם הקמת מרכז השהייה (פרק ד' לחוק) פוגעת, לטעמי, שלא כדין בזכויות יסוד חוקתיות.

כחברי, אף אני מודע לכך שמוטלת עלינו החובה לנקוט בדרך זהירה, מאופקת ומרוסנת בבואנו להפעיל ביקורת שיפוטית ולבחון חוקתיותו של חוק של הכנסת, המבטא את רצון נבחרים העם, ובפרט שעה שבדיקה זו נעשית לגבי חוק שנחקק פרק זמן קצר יחסית לאחר שבית משפט זה ביטל את נוסחו הקודם של החוק במסגרת פסק הדין בבג"ץ 7146/12 אדמ נ' הכנסת (16.9.2013).

יודגש, אין אנו מקלים ראש במורכבותה המיוחדת של תופעת ההסתננות לישראל ובהשלכותיה הקשות, בעיקר על תושבי דרום תל-אביב. יחד עם זאת, על המחוקק מוטלת החובה לאמץ פתרון חקיקתי העומד בדרישות החוקתיות ושהפגיעה שתהייה בו במסתננים מחד ובתושבי דרום תל-אביב וערים אחרות מאידך, תהא מצומצמת ככל האפשר ומידתית.

2. אשר על כן, אני מצטרף לעמדתו של חברי השופט פוגלמן לפיה יש לדחות את העתירה בבג"ץ 7385/14 ולקבל את העתירה בבג"ץ 8425/13 ומאמץ את ההסדרים האופרטיביים המוצעים על ידו בפסקה 197 לפסק דינו.

3. לאחר שהצטרפתי לעמדתו של חברי השופט פוגלמן הונחה לפנינו חוות דעתו המלומדת של חברי הנשיא א' גרוניס. חברי הנשיא קובע כי במסגרת הביקורת החוקתית יש ליתן משקל גדול ל"מרחב התמרון של המחוקק", ובמיוחד כאשר מדובר ב"סיבוב שני" של ביקורת חוקתית, דהיינו כשבית המשפט בוחן תיקון שביצע המחוקק בחוק, לאחר שזה נפסל על ידי בית משפט זה ב"סיבוב הראשון". במישור העקרוני גישתו של חברי הנשיא מקובלת עלי, אך חולק אני על חברי הנשיא בשאלת יישומה במקרה דנן. בסופו של דבר, נותרתי בדעתי, וכאמור אני מצטרף לעמדתו של חברי השופט פוגלמן.

1. במסגרת הדיאלוג המתקיים בין הרשות השופטת לרשות המחוקקת, ובעקבות ביטולו של תיקון מספר 3 של החוק למניעת הסתננות (להלן: החוק), חוקקה הכנסת את תיקון מספר 4 לחוק. התיקון עומד על שתי רגליים – סעיף 30א לחוק ופרק ד' לחוק. חברי השופט פוגלמן, בפסק דינו המאלף ורחב היריעה, הגיע למסקנה כי יש לפסול את התיקון על שתי רגליו. אקדים ואומר כי אני מצטרף למסקנתו של חברי בכל הנוגע לפרק ד' לחוק אך חולק על מסקנתו לגבי סעיף 30א לחוק.

בשורות הבאות אנמק בקצרה את עמדתי ואביא להלן את תמציתה. תיקון מספר 4 לחוק משנה את "כללי המשחק" שנהגו עד לאחרונה בכל הנוגע למסתננים, אך בין סעיף 30א לחוק לבין פרק ד' לחוק, קיים הבדל משמעותי. סעיף 30א הוא בבחינת שומר המוצב על שערי המדינה, פניו צופים אל החוץ, אל העתיד ואל ציבור לא מסויים של מסתננים בכוח. פרק ד' לחוק מסב פניו אל הארץ פנימה, ומטיל הגבלות קשות על ציבור מסויים של אנשים שכבר נמצאים בארץ מזה מספר שנים. למעשה, גם אם לא להלכה, פרק ד' משנה רטרואקטיבית את "כללי המשחק".

פרק ד' לחוק

2. חברי השופט פוגלמן פירק את פרק ד' לגורמיו ולרכיביו, והיטיב להראות כי כל אחד לחוד וכולם ביחד ובמצטבר, יוצרים פגיעה עוצמתית בחירות ובכבוד האדם.

ניתן להבין את חששה של המדינה כי ככל שנעניק למסתננים זכויות בתחומי העבודה-רווחה-בריאות-דיוור, הדבר יהווה תמריץ למסתננים נוספים. זאת, הן מאחר ששכר העבודה של המסתננים בישראל יועבר לחו"ל כדי לממן הגעתם של אחרים בעקבותיהם, והן מאחר שישראל תחזור ותהפוך למדינת יעד אטרקטיבית למסתננים. אף נאמנים עלי דברי המדינה כי ענייננו ברשתות מבריחים מתוחכמות המעבירות מסתננים אל מדינות יעד "אטרקטיביות" מבחינת המסתננים.

אלא שחשש זה ניתן להקהות בשורה של אמצעים, שחלקם כבר ננקט על ידי המדינה, החל מאיסור העברת כספים לחו"ל כפי שזכר על ידי חברי בפסקה 30 לפסק דינו, דרך המחסום הפיזי בדמות הגדר וכלה במחסום הנורמטיבי הקבוע בסעיף 30א לחוק, שפעולתו צופה פני עתיד. דווקא מאחר שענייננו ברשתות הברחה מתוחכמות וממוסדות, אשר פועלות בהתאם למידת האטרקטיביות הכלכלית של מדינות היעד,

ואשר לטענת המדינה אך ממתינות לפסק דינו - הרי שעוף השמיים ואמצעי התקשורת יוליכו את הקול ויעבירו את המסר כי המדינה מבחינה בין "מעשה עשוי" לגבי אותם שהגיעו כבר לארצנו טרם שינוי החוק, לבין אלה שמתכננים להגיע אליה מכאן ואילך, לאחר תיקון מס' 4 לחוק.

3. כפי שציינה המשנה לנשיא השופטת נאור בעניין אדט, הייתה זו יכולה להיות שעתה היפה של המדינה למצוא פתרונות הומאניים למסתננים שכבר חיים בקרבנו. ייתכן כי כחצי מיליארד השקלים שהמדינה משקיעה באיתור, הרחקה, בידוד והשמה בתנאי מעין-כליאה של אלפים בודדים מבין עשרות אלפי המסתננים, יכולים היו לשאת פרי אחר, אילו היו מושקעים ברווחתם של תושבי דרום תל-אביב ובמציאת פתרונות אחרים לאותם שכבר הגיעו לארצנו. החקלאות משוועת לידיים עובדות, בתי המלון באילת כבר מחפשים עובדים מירדן – האם היה נגרע חלקנו אם היינו מאפשרים תעסוקה במספר ענפים ובמקומות שונים ברחבי הארץ? העובדה כי המסתננים בחרו להתרכז בשכונות דרום תל-אביב, ובמיוחד בשכונת שפירא, אינה יד המקרה, אלא פועל יוצא מהיעדר מדיניות שנמשך שנים.

אולם כשופטים איננו בוחנים את תבונתו של החוק אלא את חוקיותו, ורשאי המחוקק לבחור בדרך אחרת להתמודד עם סוגיית המסתננים שכבר נמצאים במדינה. כשופטים, אמונים אנו על ניתוח יבש-משהו של הוראות החוק על מנת לבחון את חוקיותו וכך עשה חברי השופט פוגלמן בפסק דינו. אך אל לדברים לטשטש את התמונה האמיתית המצטיירת בפנינו. הנפקות המעשית של הוראות פרק ד' לחוק היא כמעט-כליאה של אנשים לתקופה שלכאורה מוגבלת "רק" לשלוש שנים, אך גם בסופה אי וודאות. מדברים אנו באורחים, גם אם בלתי קרואים, שהגיעו לארצנו בדרך-לא-דרך, אם אורחים לשעה ואם אורחים לשנים. אכן, כניסתם של אלה לארץ נעשתה באופן לא חוקי, אך תוך מעין-הסתמכות על מצב של גבולות פרוצים ושל היעדר מדיניות ששרר באותה תקופה. יש לזכור כי ענייננו באנשים השוהים בישראל כבר מספר שנים, שחלקם כבר בנו לעצמם רשת כלכלית-חברתית, גם אם רופפת ודלה. אף אם דעתנו אינה נוחה מהמצב שכבר נוצר, שומה עלינו להרים את המסך מעל אותו "גוש" מסתננים ולהישיר מבטנו אל כל אחד ואחד מהם. זו מהותה ותמציתה של אנושיות – ההכרה בכך שמה שנחזה ממרחק כתמונת קהל מטושטשת הוא ציבור המורכב מבני אנוש, ולכל איש יש שם, ולכל שם פנים-משלו ושפה-משלו ודרך-משלו לממש את כבודו האנושי. אל קלסתר הפנים האנושי של כל אחד מהמסתננים אף ניתן להוסיף קורטוב חמלה כלפי אותם אלפים שעברו התעללות קשה בחצי האי סיני ושהגיעו אלינו כשהם חבולים בגופם ובנפשם. בין אלה, אף יש כאלה שלא תכננו כלל להגיע לישראל,

אלא נחטפו על ידי מבריחים והוחזקו בחצי האי סיני למטרות סחיטה, תוך שהם נתונים לעינויים מזוועים.

4. חברי השופט פוגלמן שרטט את מצב הדברים במדינות שונות באירופה, שאף הן מתמודדות עם בעיות הגירה ופליטים. איננו מחוייבים ללכת בדרכן של אותן מדינות, אך כמדינה המבקשת להשתייך למדינות דמוקרטיות-ליברליות מפותחות, שומה עלינו גם לזהות את מקומנו-שלנו בשורה, להביט ימינה ושמאלה ולבחון אם אנו מבודדים הרחק בקצה השורה, או נמצאים במקום כזה או אחר בתוך השורה. המסקנה העולה מסקירת הרוחב המאלפת של השופט פוגלמן היא, שמרכזי השהייה יציר כפיו של המחוקק בישראל, חוטאים לחלוטין לצביונם ולמטרתם של מרכזי השהייה במדינות שונות באירופה. ודוק: המדינה אינה חייבת לאמץ מודל של מרכזי שהייה שנועדו לפתור בעיות דיור ורווחה של המסתננים, כפי שנעשה בחלק ממדינות אירופה. כשלעצמי, אף איני סבור כי ניהול מרכז השהייה על ידי השב"ס הוא ש"צובע" את המרכז כמתקן כליאה, באשר רשאית המדינה להסמיך גוף או גורם מטעמה לטפל במשימות שונות שהזמן גרמן, בהתאם לצרכים ולמיומנויות הנדרשים לאותה משימה, כגון, שליחת צוותי רפואה צבאיים וחיילים מפיקוד העורף לסייע למדינה זרה לאחר רעידת אדמה או שליחת שוטרים לכוח פיקוח רב לאומי במדינת האיטי (בג"ץ 5128/94 פדרמן נ' שר המשטרה, משה שחל, פ"ד מח(5) 647, 656 (1995)). ההסדר המסמיך את ממונה ביקורת הגבולות להורות על העברה למשמורת, הוא אכן הסדר נוקשה ולא מידתי, אך ניתן היה לתקנו ללא פסילה גורפת של הוראת פרק ד'. ברם, הוראת ההתייצבות שלוש פעמים ביום והיעדר אופק לתקופת השהייה, הן הוראות שמקרבות עד מאוד את מרכז השהייה "חולות" למתקן בעל מאפיינים של מתקן כליאה. על כך יש להצר, ומשום כך יש מקום לפסילתו של פרק ד' לחוק במתכונתו הנוכחית.

5. כמי שהעביר את ימי ילדותו ובחרותו בשכונת שפירא, גורלה של השכונה ושל שכונת התקווה הסמוכה, שאת רחובותיהן מדדתי ברגלי שנים רבות, יקר עד מאוד לליבי. הלב נחמץ מכך שהשכונה, שעמדה להצטרף לתנופת הפיתוח בעיר תל-אביב, נושאת כיום על תשתיותיה הדלות את חלק הארי של סוגיית המסתננים. כאמור, לא גזירת גורל היא, וניתן היה לנקוט במדיניות שהייתה מביאה לפיזור אוכלוסיית המסתננים ברחבי הארץ. מכל מקום, ניתן לתמוה אם העברתם של אלפים בודדים אל מרכזי שהייה אכן פותר את מכלול הבעיות הקשורות בהימצאותם של עשרות אלפי מסתננים בדרום תל-אביב. בית המשפט אינו פטור מלבחון את ההיבט המעשי-תועלתני של הדברים, שהרי פגיעה קשה בזכויות, שאינה מביאה תועלת לאינטרס חברתי חשוב אחר, דינה להיפסל בהיותה לא מידתית.

6. הנה כי כן, אני הולך עם חברי השופט פוגלמן יד ביד במסקנתו לגבי פרק ד' לחוק, אך דרכנו נפרדות בכל האמור לגבי סעיף 30 לחוק, ועל כך אעמוד להלן.

סעיף 30 לחוק

7. אין להשוות את סעיף 30 לחוק לקודמו, יציר תיקון מספר 3 לחוק, שעל פיו, ניתן היה להחזיק במעצר מסתננים הנמצאים מזה שנים בארץ לתקופה של שלוש שנים, מבלי להעמידם לדין ומבלי שניתן להחזירם לארץ אחרת. סעיף 30 קיצר את התקופה לשנה אחת.

ועיקרו של דבר. במישור הזמן מבטו של סעיף 30 צופה פני עתיד, להבדיל מהמצב הקודם, שהחזקה במשמורת חלה גם על אוכלוסיית המסתננים שכבר נמצאת בארץ. במישור הגיאוגרפי מבטו של סעיף 30 מופנה אל מחוץ לגבולותיה של המדינה, כמחסום נורמטיבי אשר משלים את המחסום הפיזי של הגדר. במישור קהל היעד – הציבור אליו מופנה הסעיף הוא ציבור בלתי מסויים של מסתננים בכוח, לעומת המצב הקודם שהחוק חל גם על אוכלוסיית המסתננים בארץ.

8. בעניין אדם עמדתי על כך שאנו עוסקים במשוואה 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 עסקינות – מהגרי עבודה המבקשים לשפר את מצבם הכלכלי או פליטים הנסים על נפשם או כאלו שנמצאים על הרצף בין שני הקטבים?” (הדגשות במקור – י”ע).

חלוף הזמן לא פתר את המשוואה על שני נעלמיה, אך דומה כי התשובות לשתי קושיות אלה אינן בינאריות. אין ספק כי למחסום הפיזי בדמות הגדר יש משקל רב בבלימת תופעת ההסתננות, ולכך יש להוסיף גורמים נוספים כמו השינויים שחלו בחצי האי סיני ובמצרים. אך ככל הנראה, גם המחסום הנורמטיבי והידיעה על השינוי של “כללי המשחק” תרמו את תרומתם. המסתננים אינם פליטי חרב כדוגמת הפליטים המציפים בימים אלה את הארצות השכנות לסוריה. אריתריאה וסודן – שהן המדינות העיקריות מהן מגיעים המסתננים – אינן מדינות שכנות לישראל, וישראל אינה

החלופה בלעדיה-אין מבחינתם. לכן, יש משקל לאטרקטיביות הכלכלית של ישראל כמדינת יעד מועדפת למסתננים מארצות אלה.

9. לכך יש השלכה בבואנו לבחון את חוקיותו של סעיף 30א לחוק. במהלך הדיון שאלתי את נציגי העותרים, מה הכלים שמדינה יכולה לפעול בהם, לשיטתם, על מנת להגן על גבולותיה. קושיא זו נותרה ללא מענה, וליתר דיוק, המענה היה שהמדינה אינה רשאית לנקוט בצעד דוגמת סעיף 30א לחוק. תשובה זו אני מתקשה לקבל, וזו הסיבה בגינה בנקודה זו גם נפרדת דרכי מזו של חברי השופט פוגלמן.

גם חברי מסכים כי בנסיבות אחרות, ואם יתחוור כי אלפים רבים צובאים על גבולותינו, נעמוד לפני איזון חוקתי מסוג אחר (פסקה 37 לפסק דינו). בדומה, נאמר גם על ידי חברתי השופטת ארבל בפסק דינה בעניין אטא:

”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 תימצא 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” (ש, פסקה 115).

סעיף 30א הוא אחד הרכיבים שנועדו בדיוק למנוע הגעה למצב זה. למרבה הצער, נוכח המצב הקשה באפריקה, מליוני אנשים מחפשים מדינת יעד מערבית להגיע אליה. אחריותה של המדינה לאלו שהגיעו לתחומה, אינה כאחריותה לאלה שנמצאים מחוץ לגבולותיה. משך שנים הותירה המדינה את גבולותיה הפיזיים והנורמטיביים פרוצים. משהגענו עד הלום, על המדינה “לשלם” על כך תרתי-משמע, גם ביחס של חמלה ואנושיות כלפי האורחים המסתופפים זה מכבר בערינו, אף אם באורחים לא קרואים עסקינן. על כך עמדתי לעיל בדוננו בפרק ד' לחוק. אולם להבדיל מהציבור המסויים אליו מופנות הוראות פרק ד', רשאית המדינה לעשות ולפעול על מנת למנוע מכאן ואילך הגעתם של אורחים בלתי קרואים נוספים, בדרך של הצבת מגדל שמירה נורמטיבי בדמות סעיף 30א לחוק, לצד המחסום הפיזי של הגדר.

בעוד שניתן לתמוה על האפקטיביות בהרחקתם של מספר אלפי מסתננים ממרכזי הערים למרכזי שהייה, לא כך לגבי האפקטיביות של סעיף 30א לחוק. הנתונים שהביא חברי השופט פוגלמן בפסקה 38 לפסק דינו מדברים בעד עצמם. רק 19 מסתננים נכנסו למדינתנו לאחר תיקון מספר 4 לחוק (מביניהם רק 13 נותרו במשמורת). הירידה הדרמטית במספרם של המסתננים, מעלה הרהורים לגבי הנעלם השני במשוואה הנוגעת לצביונם של המסתננים, ומחזק את ההנחה כי למניע הכלכלי יש משקל של ממש בבחירת ארץ היעד להסתננות. מכל מקום, דומה כי החוק תרם לתכלית של בלימת תופעת ההסתננות בדרך של הרתעת מסתננים פוטנציאליים.

הטענה כי המדינה "יורה בתותח" רב-עוצמה בדמות החזקה במשמורת לתקופה של עד שנה, במענה לתופעה זעירת-היקף של מסתננים חדשים, לוקה בהנחה כי לא קיים קשר סיבתי בין המחסום הנורמטיבי בדמות סעיף 30א, לבין הירידה הדרמטית במספרם של המסתננים לאחר התיקון. אך כאמור, שאלת הקשר הסיבתי היא אחד משני הנעלמים במשוואה, ובבואנו לפסול חוק של הכנסת, יש לקחת בחשבון את האפשרות כי אכן קיים קשר סיבתי בין הוראת החוק לבין התוצאה של ירידה-רבתי במספר המסתננים. אחת משתיים: אם החסם הנורמטיבי בדמות סעיף 30א לחוק תרם לתוצאה זו בהרתעתם של מסתננים בכוח, הרי שברי כי התיקון השיג את תכליתו, ומי שלא הסתנן בעקבות התיקון ממילא אין חירותו נפגעת במשמורת. ואם אין לסעיף 30א כל תרומה משל-עצמו לירידה הדרמטית במספרם של המסתננים, אזי החלתו על מספר כה מצומצם של מסתננים, מקהה בראיה כללית מעוצמת הפגיעה בחירות.

ודוק: ברי כי הפגיעה בחירות נבחנת מנקודת מבטו של הפרט שנפגע, בבחינת כל אדם הוא עולם ומלואו. עם זאת, בבואנו לבחון חוקיותו של חוק, גם לנתונים המספריים יש חשיבות בהיבט של הפגיעה המצרפית הכוללת של החוק. לא פגיעה בחירותם וברווחתם של עשרות אלפי אנשים, כפגיעה במספר אנשים בודדים.

10. בחינת תכלית החוק קודמת לבחינת האמצעים במסגרת יסוד המידתיות. בעוד שבמסגרת מבחן המשנה השני נבחנת האפשרות לנקוט באמצעים פוגעניים פחות, הרי שהתכלית היא "בינארית" - ראויה או בלתי ראויה, ולכן אין לערב בין הדברים. אחת מתכליות העיקריות של סעיף 30א היא לסייע לבלימת תופעת ההסתננות. המדובר בתכלית ראויה, שבאה להגן על שורה ארוכה של אינטרסים מהותיים של המדינה ושל החברה בישראל - שמירה על ריבונותה של המדינה, אופיה, זהותה הלאומית וצביונה התרבותי-חברתי, לצד היבטים נוספים כמו צפיפות, רווחה וכלכלה, בטחון פנים וסדר

ציבורי. כפי שהמדינה הייתה רשאית להקים על גבולותיה מחסום פיזי מפני המבקשים להיכנס אליה, כך רשאית היא להקים מחסום נורמטיבי כאמצעי הגנה משלים.

האם התכלית ההרתעתית של החוק פסולה מלכתחילה עקב פגיעתה בחירות? ברגיל, בשל אלמנט "האשם", אנו נוהגים להבחין בין הרתעה עונשית לבין הרתעה מינהלית. אך במישור העיוני, ניתן לטעון כי גם הרתעה עונשית לוקה בפגיעה בכבוד האדם, באשר היא עושה שימוש בעברייני כמכשיר לתועלת הכלל ולא כאל תכלית עצמאית (ראו רינת סנג'רו-קיטאי המעצר: שלילת החירות בטרם הכרעת הדין 162-163 (תשע"א)). יתרה מזו, מאחר שענישה היא אינדיבידואלית, הרי שבכל מקרה בו מענישים נאשם שהורשע בדינו ומוסיפים לעונשו לצרכי הרתעת הרבים (ראו סעיף 140 לחוק העונשין, התשל"ז-1977 לאחר תיקון 113), יש בכך אף מידה של רטרואקטיביות, שהרי הנאשם לא ידע מראש בוודאות כי יושת עליו עונש כבד יותר לשם הרתעת הרבים. אלא שהרתעה נועדה להשיג תועלות חברתיות מסוימות, והיא כלי לגיטימי ליישום מדיניות הן בתחום העונשין והן בתחום המינהלי. ההרתעה המינהלית אינה זרה כלל למחוקק, והיא באה לידי ביטוי בדרכים רבות, בין היתר, בעיצומים כספיים בחוקים רבים בתחומים שונים, כגון חוקים העוסקים באיכות הסביבה (ראו, לדוגמה, סעיפים 50-62 לחוק אויר נקי התשס"ח-2008; סעיפים 58-69 לחוק למניעת מפגעי אסבסט ואבק מזיק, התשע"א-2011). הרתעת הרבים כתכלית עשויה להיות בעייתית מבחינה מוסרית, מקום בו אדם שלא חטא משלם מחיר בגין מעשה של זולתו אך למען יראו וייראו, אולם גם-אז הייתי נזהר מלקבוע קטיגורית כי כל הרתעה מינהלית היא אסורה, באשר לא בזכויות מוחלטות עסקינן. מכל מקום, במקרה דנן, התכלית ההרתעתית של סעיף 30א מכוונת למסתנן בכוח עצמו, ולא לאדם אחר החף מאשם. לכניסה של מסתנן שלא כדן לישראל מתלווה גוון של "אשם", שיש בו לחזק את ההצדקה לשימוש מידתי בהרתעה. מאחר שתחולתו של סעיף 30א היא מכאן ואילך, היא אינה לוקה ברטרואקטיביות, והיא מכוונת כלפי המסתנן בכוח עצמו לצד נוספים כמותו, שהם שותפים להתנהגות מושא ההרתעה. באספקלריה זו, השמתו במשמורת של מסתנן בכוח שיבחר במודע להסתנן לארץ שלא כדן, רחוקה מאוד מ"קלפי מיקוח" או מעצר מינהלי או תיחום מגורים, כמו הדוגמאות שהביאה חברתי השופטת ארבל בעניין אדט (שס), פסקאות 86-93). יתרה מזו, כפי שציינן בית המשפט בעניין תיחום המגורים:

"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. גישתנו זו מאזנת כראוי בין התנאי החיוני לקיומו של סיכון אישי – אשר תיחום מקום המגורים נועד למונעו – לבין הצורך החיוני בשמירה על ביטחון האזור” (בג”ץ 7015/02 עג’ורי נ’ מפקח כוחות צה”ל בגדה המערבית, פ”ד נו(6) 352, 374 (2002); הדגשה הוספה – י”ע).

בדומה, אין פגם בכך שבמסגרת חקיקה שעניינה מדיניות הגירה, המדינה תשקול גם שיקולים של הרתעה, ואין בתכלית ההרתעתית כדי להפוך את המסתנן בכוח ממטרה לאמצעי. אציין כי גם חברי השופט ג’ובראן, בדונו בעניין אדמ בתכלית של בלימת ההסתננות, סבר כי “מתקבל על הדעת שמצב נורמטיבי השורר במדינה פלונית, עשוי להיות חלק ממכלול שיקולים, שבכוחם להשפיע על החלטה של מהגרי עבודה אם ‘להסתנן’ אליה. דומה כי אין מניעה עקרונית מנקיטת אמצעים המהווים ‘חסם נורמטיבי’ בפני מהגרי עבודה אלה” (שם, פסקה 10). בדומה, סבר חברי השופט הנדל כי “הרתעת מסתננים פוטנציאליים איננה תכלית העומדת כשלעצמה. היא מהווה מעין תכלית-ביניים, בדרך להגשמת תכליתו המרכזית של החוק” (שם, פסקה 2).

התכלית הראויה עד-מאוד של הגנה על ריבונותה של המדינה על כל הכרוך בכך, באמצעות שלילה מכאן ואילך של תמריץ כלכלי להגעה לישראל, המופנה אל ציבור לא מסויים של מסתננים בכוח, יכולה אפוא להצדיק גם את אלמנט ההרתעה הטמונה בהחזקה במשמורת לתקופה של עד שנה. זאת, לצד התכליות הנוספות של זיהויו ואפיונו של המסתנן, איתור מדינת מוצאו, השגת תיעוד עבורו וגיבוש אפיקי יציאה מישראל למדינות אחרות. בין תכליות אלה מתקיימים יחסי גומלין. ככל שאלמנט ההרתעה יישחק וזרם המסתננים יגבר שוב, כך יקשה על המדינה לממש את התכלית של גיבוש אפיקי יציאה מישראל למדינות אחרות. מבחינה זו, וכפי שציינה המדינה בתשובתה, ככל שתוגשם תכליתו של החוק ותופעת ההסתננות תקטן, כך לא יהיה צורך בהפעלתו ותקטן פגיעתו בזכות לחירות ולכבוד, אם בכלל.

11. ומכאן ליסוד המידתיות.

קיים מתאם (קורלציה) בין מידת התועלת החברתית המופקת מהחוק לבין מידת הפגיעה בזכות החוקתית. מבחן המשנה השלישי של המידתיות נתפס כמבחן ערכי של שקילה ואיזון בין הפגיעה לבין התועלת. ככל שהפגיעה בזכות קשה יותר, כך נדרש אינטרס ציבורי בעל עצמה גבוהה יותר להצדקת הפגיעה. חברי השופט פוגלמן בחן

ומצא כי החוק נכשל במשוכה האחרונה בדמותו של מבחן המשנה השלישי של המידתיות, וכי "התוספת השולית או "תוספת התועלת" של החוק להגשמת התכלית ההרתעתית, אינה עומדת ביחס ראוי לנזק שנגרם למסתנן המוחזק תקופה של שנה במשמורת, על הפגיעה בזכות לחירות והזכות לכבוד הכרוכה בכך.

על מסקנה זו אני חולק, באשר לטעמי אותה "תוספת תועלת" היא מהותית נוכח האינטרס הציבורי החזק של שמירה על ריבונותה של המדינה וכפועל יוצא שמירה על חוסנה הלאומי-חברתי-כלכלי, כתכלית-האם העומדת בבסיס התכליות של סעיף 30א.

12. לטעמו של חברי, השינוי המרכזי בסעיף 30א, לעומת תיקון מס' 3 שנפסל על ידינו בעניין אדט, הוא הפחתת התקופה של החזקה במשמורת משלוש שנים לתקופה מכסימלית של שנה אחת. אכן מדובר בשינוי של ממש, קיצור מהותי-איכותי ולא רק כמותי. אך לטעמי, השינוי המרכזי בתיקון מס' 4 הוא תחולתו הפרוספקטיבית של סעיף 30א מכאן ואילך כלפי ציבור בלתי מסוים של מסתננים בכוח, ואי החלתו על הציבור המסוים של המסתננים שכבר נמצאים בארץ.

אציין כי ההבחנה בין ציבור מסוים לציבור בלתי מסוים רלבנטית בתחומים שונים של המשפט. כך, במשפט המינהלי אנו נוהגים להבחין בין הבטחה לציבור כללי בלתי מסויים שאז מדובר במדיניות הניתנת לשינוי, לבין הבטחה מינהלית לנבטח קונקרטי או לציבור קונקרטי, שאז בית המשפט עשוי להורות על אכיפתה במסגרת מוסד ההבטחה המינהלית (ראו יואב דותן "הבטחה מינהלית לציבור" משפט וממשל ה 465 (תש"ס)). בדיני הנזיקין התרשלות כלפי ציבור מסוים עשויה להביא להטלת אחריות על רשויות ציבור, לעומת התרשלות כלפי ציבור בלתי מסוים שעשויה לפטור את הרשות (ראו ישראל גלעד "האחריות בנזיקין של רשויות ציבור ועובדי ציבור" (חלק א) משפט וממשל ב 339, 366 (תשנ"ה)).

13. במסגרת מרחב התמרון החקיקתי הנתון לו, בחר המחוקק להורות על החזקה במשמורת של מסתננים שנכנסו למדינה לאחר תיקון מס' 4 לחוק לתקופה של עד שנה, כאשר ממונה ביקורת הגבולות רשאי לשחרר מיידית מסתנן שבא לפניו אם שוכנע כי החזקתו במשמורת תסכן את בריאות בשל גילו או מצב בריאותו, או בהתקיים טעמים הומניטאריים מיוחדים אחרים, כמו קורבנות סחר, עבדות והתעללות בדרך לישראל (סעיפים 163-164 ו-168 לתשובת המדינה). במהלך התקופה של שנה, נתונה ההחזקה במשמורת לביקורת עתית אחת לחודש על ידי בית הדין לביקורת משמורת. במהלך שנה זו, הציב המחוקק שתי תחנות ביניים לגבי מסתננים שיגישו בקשה למקלט, בדמות

הקצבת פרקי זמן של עד שלושה חודשים לטיפול בבקשה ועד ששה חודשים למתן תשובה לבקשה, שאם לא כן קמה חובה לשחררם ממשמורת (סעיפים 30א(ב)(5)+(6) לחוק). מכאן, שהמחוקק מבחין בין מי שמעלה טענה מיידית ומוחשית למקלט מדיני לבין מי שלא עושה כן, כאשר הגשת בקשה למקלט עשויה להחיש את שחרורו של המבקש, ולמצער, יש בבדיקת עניינו כדי להחליש את הטענה להחזקה שרירותית במשמורת. ככל שהבקשה תידחה, הרי שלפנינו אינדיקציה לכאורית כי לא במבקש מקלט או בפליט חרב עסקינן, מה עוד שעל דחיית בקשה למקלט ניתן להגיש ערר לבית הדין לעררים, ובכך לזכות בביקורת שיפוטית על החלטת הממונה על הגבולות.

לטעמי, מארג ההוראות של סעיף 30א לחוק כמפורט לעיל, מקהה אף הוא את "התוספת השולית" של הפגיעה בחירותו ובכבודו של המסתנן.

14. קיצורו של דבר, שאיני סבור כי בחירת המחוקק לקבוע תקופה של עד שנה של החזקה במשמורת, היא שמעבירה את סעיף 30א לחוק אל תחום אי החוקיות, לאחר שצלח, גם לשיטת חברי, את מחסומי התכלית הראויה ואת שני מבחני המשנה הראשונים של עקרון המידתיות. אדרבה, תוספת הנזק שייגרם לאותו ציבור בלתי מסויים של מסתננים בכוח שיבחרו להיכנס לישראל שלא כדין, וכיום מדובר במספר זעום, ניגפת בפני התועלת-רבתי של החוק לריבונותה של המדינה. לכן, אני סבור כי סעיף 30א לחוק ניצב איתן על רגליו במרכזו של מבחן המשנה השלישי של עקרון המידתיות.

15. הסקירה המאלפת של חברי השופט פוגלמן לגבי הנעשה בעולם לא נעלמה מעיני, וממנה עולה כי הרף העליון הנוהג הוא עד ששה חודשי משמורת, כפי שנעשה בארצות הברית. חריגות לכך הן אוסטרליה – מדינה מערבית גדולה בשטחה ובעלת משאבים – שעל פי דיניה ניתן להחזיק שוהה בלתי חוקי במשמורת ללא הגבלה של זמן, וכן יוון, מלטה ואיטליה, שעל פי דיניהן ניתן להחזיק במשמורת לתקופה של עד 18 חודשים (ראו עניין אדס, פסקה 7 לפסק דינו של השופט הנדל).

מעניין לציין כי אוסטרליה, יוון מלטה ואיטליה הן מדינות הנמצאות ב"קו הראשון" אל מול זרם המסתננים דרך הים, מה שיכול להסביר את הרגולציה הנוקשה במדינות אלה כלפי שוהים בלתי חוקיים. מצבה של ישראל מבחינה זו, אף מיוחד מזה של מדינות אלה, בהיותה המדינה המערבית היחידה הנגישה בדרך היבשה לאפריקה (להבדיל מהגבול הארוך של ישראל, ספרד מחזיקה שתי מושבות קטנות במרוקו והיא מתמודדת עם התופעה של "הסתערות" על הגדרות על מנת להיכנס לאותן מושבות).

אף לא למותר להזכיר את מצבה הגיאופוליטי המיוחד של ישראל כמדינה צפופה, קטנה בשטחה ובאוכלוסייתה ומוקפת טבעת איבה, ונזכיר כי כמעט רבע מהמסתננים מקורם בצפון סודן שהיא מדינה עויינת לישראל. אין אף מדינה באירופה שאל שטחה מגיעים נתינים של מדינות עויינות במובהק. אף לא למותר לציין כי מדינת ישראל - להבדיל ממדינות האיחוד האירופי שיכולות לתאם ביניהן הסכמים והסדרים שונים הנוגעים למסתננים - אינה יכולה לעשות כן עם שכנותיה.

16. ולבסוף, ולא אחרון בסדר חשיבותו, נזכיר כי זו הפעם השנייה שהסוגיה מגיעה תוך זמן קצר אל שולחנו של בית המשפט העליון. ענייננו בחוק שהוא הוראת שעה לתקופה של שלוש שנים; חוק המגבש מדיניות של המחוקק בנושא רגיש של הגירה והשתקעות במדינת ישראל, המצוי בליבת הפררוגטיבה של הרשות המחוקקת והמבצעת. ככזה, יש לאפשר מרחב תמרון חוקתי למחוקק ולהידרש לפסילת החוק כאמצעי אחרון וכנגזרת של מידת הפגיעה בזכויות אדם. לא השתכנעתי כלל כי תוספת הפגיעה של מספר חודשי משמורת - בהשוואה לחלק ממדינות אירופה - מצדיק את פסילת החוק.

לטעמי, חשיבותו של סעיף 30 לחוק גדולה מזו של פרק ד לחוק, באשר סעיף זה הוא מגדל השמירה הנורמטיבי המזדקר מעל הגדר, צופה פני מדבר וצופה פני עתיד. לוואי ואתבדה, אך לביטולו של הסעיף עשויות להיות השלכות על המוטיבציה של רשתות ההברחה ושל המסתננים לנסות לחצות את הגדר או להשליך עצמם על הגדר תחת השמש הקופחת, ולב מי לא יחמץ נוכח סיטואציה כזו, שעדיף להימנע ממנה מלכתחילה.

17. לסיכום: בהתחשב בכך שיש צורך בפרק זמן לצורך זיהוי ואפיון המסתננים והטיפול בבקשותיהם; בהתחשב בכך שיש צורך בפרק זמן כדי לגבש ולמצות אפיקי יציאה שיש בהם כדי להבטיח את שלומם של המסתננים במדינה שלישית; בהתחשב בכך שתחולתו של סעיף 30 צופה פני עתיד; בהתחשב בכך שהסעיף צופה פני חוץ כלפי ציבור בלתי מסוים של מסתננים בכוח ולא כלפי המסתננים שכבר נמצאים בארץ טרם חקיקת החוק; בהתחשב בכך שהמחוקק קיצר את התקופה לשנה אחת; בהתחשב בכך שבמהלך אותה שנה נערכת ביקורת עיתית חודשית על ידי בית הדין למשמורת; בהתחשב בכך שהמדינה חייבת לטפל תוך שלושה חודשים ולקבל החלטה תוך ששה חודשים בבקשותיהם של מבקשי מקלט; בהתחשב באפשרויות לשחרור מטעמים הומניטאריים ואחרים כמו סחר, עבדות והתעללות; בהתחשב באפקטיביות הלכאורית של החוק נוכח הירידה הדרמטית של יותר מ-99% במספר המסתננים לאחר התיקון

לחוק; בהתחשב במצבה הגיאופוליטי המיוחד של מדינת ישראל ובהסדרים דומים במדינות מערביות אחרות הנמצאות בקו הראשון של המסתננים; בהתחשב בכך שבפסילת חוק עסקינן; בהתחשב בכך שבהוראת שעה עסקינן; בהתחשב בכך שתיקון החוק בא בעקבות פסילת תיקון מס' 3 לחוק; ובהתחשב בכך שהמדובר בסוגיה של מדיניות הגירה הנמצאת בליבת הפררוגטיבה של הרשות המבצעת והמחוקקת – בהתחשב בכל אלה, אני סבור כי אין מקום לפסול את ההסדר המפורט בסעיף 30א לחוק.

18. סוף דבר שבשורה התחתונה אני מצטרף לדעת חברי השופט פוגלמן לגבי פסילת פרק ד' לחוק בלבד, אך לא לגבי סעיף 30א לחוק שלדעתי יש להותיר בתוקפו.

ש ו פ ט

הנשיא א' גרוניס:

”חוק הכנסת כבודו במקומו מונח: עדיין החוק מבטא את רצון הריבון, הוא העם, ולכן החוק הוא ההולך לפני המחנה, ובו גם בית המשפט. וכי יש צורך לחזור על אמת נדושה זאת?... אכן, כיום הלכה היא שחוקי היסוד הקנו לבית המשפט סמכות לבטל חוקים. סמכות זאת היא, לדעתי, חיונית בחברה נאורה... יש לשמור עליה היטב, כדי שניתן יהיה לעשות בה שימוש במקרה הראוי, אך דווקא בשל כך יש להיזהר מאוד שלא תהיה כעושר השמור לבעליו לרעתו.”

בג"ץ 7111/95 מרכז השלטון המקומי נ' הכנסת, פ"ד נ(3) 485, 496 (1996) (להלן – עניין מרכז השלטון המקומי)

1. חלפו 18 שנים מאז נשמעו דברי התוכחה הללו מפיו של השופט י' זמיר. חובה עלינו לחזור ולשננם אף היום. הכרזה על בטלותו של חוק אינה מעשה של מה בכך. בעתירות חוקתיות מוטל על בית המשפט לנהוג בריסון, זהירות ואיפוק מיוחדים, פן ימיר הוא את שיקול דעתו שלו בזה של המחוקק. אל לו לבית המשפט להציב עצמו בנעלי המחוקק, ולקבוע הלכה למעשה, במקום המחוקק, את ההסדר החקיקתי הראוי. אכן, אין ספק כי לביקורת השיפוטית תפקיד חשוב בהגנה על זכויות האדם בישראל. אך בשום אופן אין היא אמורה להוות אמצעי להחלפת שיקול דעתו של המחוקק בזה של בית המשפט. על רקע תמרורי האזהרה הללו, כבר קבענו בעבר כי לכל אחד משני השלבים של הבדיקה החוקתית (שלב הפגיעה ושלב המידתיות) מטרה חשובה בניתוח החוקתי הכולל, ועל כן אין זה ראוי, ככלל, לדלג על השלב הראשון (ראו לדוגמה, ע"פ

4424/98 סילגדו נ' מדינת ישראל, פ"ד נו(5) 529, 553-554 (השופט ט' שטרסברג-כהן) (2002); בג"ץ 2442/11 שטנגר נ' יו"ר הכנסת, פסקה 24 לחוות דעתי (26.6.2013) (להלן – עניין שטנגר)). עוד נאמר בעבר, כי יש להיזהר בפרשנות התפרשותה של זכות חוקתית מסוימת, על מנת למנוע זילות ודילול של זכויות חוקתיות (ראו לדוגמה, בג"ץ 7052/03 עדאלה - המרכז המשפטי לזכויות המיעוט הערבי בישראל נ' שר הפנים, פ"ד סא(2) 202, 395-396 (המשנה לנשיא (בדימ') מ' חשין (2006) (להלן – עניין עדאלה)). על רקע זה אף הכרנו פעם אחר פעם ב"מרחב תימרון", במסגרתו רשאי המחוקק לבחור את האמצעי המידתי המגשים את תכלית החקיקה, מבין מגוון הכלים והאמצעים העומדים לרשותו.

לדברים אלה משנה תוקף בעניין דנא. זאת, שכן אין זו הפעם הראשונה שמופעלת ביקורת חוקתית לגבי תיקון של חוק העוסק במסתננים. כידוע, ועוד נשוב לכך, לפני כשנה פסל בית משפט זה תיקון קודם של החוק הרלוונטי. לאחר מכן תוקן החוק פעם נוספת, תוך שהכנסת נותנת דעתה להערותיו ולביקורתו של בית המשפט. ברור, שבמקרה כזה על בית המשפט לגלות זהירות כפולה ומכופלת עת שמעביר הוא דבר חקיקה ראשית דרך המסננת החוקתית.

2. קראתי בעניין רב את חוות דעתו המקיפה של חברי השופט ע' פוגלמן, שפרש יריעה רחבה ומעמיקה. חברי מציע בסיכומו של דבר כי נורה על ביטולו הגורף של תיקון מספר 4 לחוק למניעת הסתננות (עבירות ושיפוט), התשי"ד-1954 (להלן – החוק למניעת הסתננות, או – החוק), שעניינו החזקה של מסתננים במשמורת לתקופה של שנה, וכן הקמתו והפעלתו של מרכז שהייה למסתננים השוהים בישראל. הנני חולק על דעתו של חברי בנקודות רבות. ייאמר כבר עתה, כי איני מסכים שיש לפסול את ההוראה המאפשרת להחזיק מסתנן במשמורת לתקופה של עד שנה אחת. עם זאת, מסכים אני עם חברי כי ההוראה הקובעת חובת התייצבות לשלושה רישומי נוכחות ביום, במרכז שהייה למסתננים (סעיף 32ח(א) לחוק), פוגעת באופן שאינו מידתי בזכות החוקתית לחירות, ועל כן דינה להתבטל, ככל שמדובר בהתייצבות בצוהרי היום. ברם, להשקפתי אין לגזור מסקנה חוקתית זהה ביחס ליתר ההסדרים שקבעה הכנסת בתיקון מספר 4 לחוק למניעת הסתננות, לעניין מרכז שהייה. במילים אחרות, דעתי היא שאין פסול חוקתי בהוראות המסדירות את הקמתו וניהולו של מרכז שהייה, למעט ההוראה המחייבת התייצבות שלוש פעמים ביום. עמדתי נסמכת בעיקרה על המשקל הראוי שיש ליתן, לדעתי, לזהירות הנדרשת בעת הפעלת ביקורת שיפוטית על חקיקה ראשית של הכנסת. עמדתי שלי מבקשת לתת ביטוי משמעותי למרחב התימרון

הנתון למחוקק. מסקנתי החוקתית באה, בין היתר, על רקע החשש מפני זילות ודילול של זכויות חוקתיות חשובות.

רקע

3. ביום 16.9.2013 ניתן על ידי בית משפט זה פסק הדין בבג"ץ 7146/12 אדס נ' הכנסת (חוות הדעת העיקרית נכתבה על ידי השופטת ע' ארבל). בהליך האמור דן הרכב מורחב של תשעה שופטים בשאלת חוקתיותו של ההסדר שקבעה הכנסת בשנת 2012, שאיפשר להחזיק מסתננים במשמורת לתקופה של שלוש שנים (להלן – העתירה הקודמת). הסדר זה נקבע בסעיף 30א לחוק למניעת הסתננות, בגדר תיקון מספר 3 לחוק. כל תשעת שופטי ההרכב, עימם נמניתי אף אני, קבעו פה אחד, כי ההסדר האמור אינו עומד בתנאיה של פסקת ההגבלה של חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו, בהיותו פוגע, באופן שאינו מידתי, בזכות החוקתית לחירות. לעניין הסעד החוקתי נקבע בדעת רוב של שמונה שופטים, אשר אף עימם נמניתי (בניגוד לדעה החולקת של חברי השופט נ' הנדל), כי יש לבטל את כל ההסדרים שנקבעו בהוראות השונות שבסעיף 30א לחוק למניעת הסתננות. הכל, כמפורט בפסק הדין שנתנו בעתירה הקודמת.

4. בעקבות ביטולו של סעיף 30א לחוק על ידי בית משפט זה, חוקקה הכנסת תיקון נוסף לחוק למניעת הסתננות, הוא תיקון מספר 4 לחוק, העומד במוקד ההליכים שלפנינו, ואשר פורסם ברשומות בחודש דצמבר 2013 (חוק למניעת הסתננות (עבירות ושיפוט) (תיקון מס' 4 והוראת שעה), התשע"ד-2013, ס"ח 2419, 74; להלן – תיקון מספר 4). תיקון מספר 4 כולל שני הסדרים חוקיים חדשים להתמודדות עם תופעת ההסתננות לישראל. ההסדר הראשון (סעיף 30א לחוק למניעת הסתננות בנוסחו החדש), נוגע להחזקת מסתננים במשמורת, היינו במתקן שהייה סגור. על פי הנוסח הנוכחי של סעיף 30א לחוק, משך ההחזקה המרבי של מסתנן במשמורת עומד על שנה אחת (כפוף לחריגים מסוימים המפורטים בחוק). כמו כן קובע ההסדר החדש, בין היתר, כי תחולתו תהא פרוספקטיבית, כך שניתן יהיה להחזיק במשמורת אך ורק מסתננים שנכנסו לישראל לאחר כניסתו לתוקף של תיקון מספר 4 לחוק. ההסדר החוקי המרכזי השני בתיקון מספר 4 נקבע בפרק ד' לחוק, ועניינו הקמת מרכז שהייה למסתננים. ההסדר שקבע המחוקק לעניין מרכז שהייה הינו מפורט ביותר. הוא הוסדר, בין היתר, במסגרת חקיקת משנה ענפה שהותקנה בעקבות תיקון מספר 4. בתמצית ניתן לומר, כי מסתנן המוחזק במרכז שהייה נדרש להימצא בו במשך כל שעות הלילה (בין השעות 00:22 ל-00:06) בלא שעומדת לו אפשרות לצאת ממנו. לעומת זאת, במשך שעות היום חופשי המסתנן לצאת ממרכז שהייה. עם זאת, עליו להתייצב מדי יום לשלושה

רישומי נוכחות. על פי התקנות שהותקנו מכוח פרק ד' לחוק, על השוהים במרכז להתייצב לרישום בכל זמן שבין טווח השעות הבא: 06:00-07:30 בבוקר, 13:00-14:30 בצהריים, 20:30-22:00 בערב (ראו, תקנות למניעת הסתננות (עבירות ושיפוט) (נוכחות שוהה במרכז ויציאה ממנו) (הוראת שעה), התשע"ד-2013 (להלן – תקנות הנוכחות במרכז)). חובה לציין, כי ההוראות בפרק ד' לחוק, הנוגעות להקמת מרכז השהייה והפעלתו, נקבעו כהוראת שעה לתקופה של שלוש שנים מיום תחילתו של תיקון מספר 4 (ראו סעיף 14 לתיקון מספר 4).

5. כפי שצוין, דעתי היא, כי אין פסול חוקתי כלשהו בסעיף 30א לחוק למניעת הסתננות בנוסחו דהיום. כאמור, איני סבור כי עלינו לבטל את ההסדר שקבעה הכנסת לעניין החזקת מסתננים במשמורת לתקופה של שנה לכל היותר. אשר למרכז השהייה, הרי מסכים אני עם חברי השופט פוגלמן כי ההוראה הקובעת חובת התייצבות במרכז השהייה שלוש פעמים ביום, לצורך רישום נוכחות, פוגעת באופן שאינו מידתי בזכות החוקתית לחירות, ועל כן דינה להתבטל כאמור להלן. עם זאת, להשקפתי אין לגזור מסקנה חוקתית זזה ביחס ליתר ההסדרים שקבעה הכנסת בפרק ד' לחוק. עמדתי היא, כי אין מקום לבטל את כלל ההסדרים הנוגעים למרכז השהייה, אלא רק את ההסדר הקובע חובת התייצבות שלוש פעמים ביום, כך שחובת התייצבות תחול פעמיים ביום בלבד: בשעות הבוקר ובשעות הערב, אך לא בשעות הצהריים. הכל כפי שיפורט עתה.

סעיף 30א לחוק למניעת הסתננות – החזקה במשמורת

6. את הדיון אפתח בשאלת החוקתיות של ההסדר המאפשר השמת מסתננים במשמורת לתקופה של שנה לכל היותר (סעיף 30א לחוק למניעת הסתננות). כפי שצוין, בפסק הדין בעתירה הקודמת הצטרפתי לדעה לפיה ההסדר שמכוחו התאפשרה תקופת משמורת של שלוש שנים לכל היותר, סותר את חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו. בחוות דעתי קובע חברי השופט פוגלמן כי אף החזקתם של מסתננים במשמורת, לתקופה של שנה לכל היותר, מהווה פגיעה חוקתית שאינה עומדת בתנאיה של פסקת ההגבלה. אין בידי להצטרף למסקנה זו. את חוות דעתי בעתירה הקודמת חתמתי בדברים הבאים:

"... [פסק-דיננו, הקובע את דבר בטלותו של סעיף 30א לחוק, נכון הוא לשעתו, ולאור הנסיבות הקיימות. שינוי מהותי לדעה 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. (שם, פסקה 5 לחוות-דעתי [ההדגשות שלי – א' ג'])

7. מן הנתונים שהוצגו לנו עולה, כי לאחר מתן פסק הדין בעתירה הקודמת, לא ארע שינוי נסיבות לרעה, מבחינת כניסת מסתננים חדשים לישראל. היפוכו של דבר, כנראה שחל שינוי נסיבות לטובה. כך, בעוד שבשנת 2011 נכנסו לישראל כ-1,400 מסתננים, מידי חודש, הרי בשנת 2012 חל שינוי ומספר המסתננים החל להצטמצם. בהמשך, בארבעת החודשים הראשונים של שנת 2013 הסתננו לישראל פחות מ-10 אנשים בכל חודש (ראו פסקה 2 לחוות דעתי בעתירה הקודמת). בתצהיר התשובה מטעם ציינו המשיבים 2-5 בבג"ץ 8425/13, המיוצגים על ידי פרקליטות המדינה (להלן – המשיבים), כי בכל שנת 2013 נכנסו לישראל, כמסתננים, כ-45 בני אדם בלבד. המשיבים הוסיפו והדגישו, כי מספר המסתננים בשנת 2013 משקף ירידה של כ-99.5% (!) לעומת מספר המסתננים שנכנסו לישראל בשנה הקודמת, היא שנת 2012 (כ-10,000 מסתננים). כבר בפסק הדין בעתירה הקודמת עמדתי על כך שאין זה ברור האם יש לייחס את הירידה החדה במספר המסתננים למכשול הפיזי שהוקם בגבול ישראל-מצרים, או שמא לחוק המאפשר החזקת מסתננים במשמורת. כמו כן ציינתי, וגם חלק מחבריי התייחסו לכך, כי ייתכן שיש לייחס את המגמה של צמצום כניסת המסתננים לישראל לשילוב מסוים של כל הגורמים הנזכרים ואף לסיבות נוספות.

8. בעקבות פסק הדין בעתירה הקודמת החליטה הרשות המחוקקת לקבוע הסדר חדש, המאפשר אף הוא החזקה של מסתננים במשמורת. נעמוד בקיצור על ההבדלים בין סעיף 30א לחוק בנוסחו הקודם, הוא הסעיף שנפסל בפסק הדין בעתירה הקודמת (להלן – ההסדר הקודם), לבין ההסדר החדש שקבעה הכנסת באותו סעיף חוק (להלן – ההסדר החדש). ראשית, תקופת המשמורת המרבית צומצמה, כאמור, משלוש שנים לשנה אחת. כמו כן, בניגוד להסדר הקודם, הרי ההסדר החדש הוא בעל תחולה פרוספקטיבית, כפי שנקבע במפורש על ידי המחוקק (ראו סעיף 15 לתיקון מספר 4, הקובע כי "הוראות סעיף 30א לחוק העיקרי, כנוסחו בסעיף 5 לחוק זה, יחולו על מסתנן שנכנס לישראל לאחר תחילתו של חוק זה"). משמע, ההוראה בעניין תקופת משמורת של שנה אחת אינה חלה לגבי מסתננים שנמצאו כבר בישראל, אלא רק לגבי אלה שנכנסו ארצה לאחר יום תחילתו של התיקון (שהוא יום פרסומו ברשומות - 11.12.2013). על רקע ההיקף המצומצם ביותר של כניסת מסתננים בעת האחרונה, ברי כי סעיף התחולה של תיקון מספר 4 צמצם באופן דרמטי את מספר המסתננים שניתן יהיה להחזיק במשמורת מכוח ההסדר החדש. חובה לזכור, כי סעיף 30א לחוק בהסדר הקודם שבוטל על ידי בית משפט זה, נועד לחול על כלל אוכלוסיית המסתננים, כולל

אלה אשר שהו בישראל ביום תחילתו של תיקון מספר 3. יצוין, כי בעוד שבהסדר הקודם נקבע כי ממונה ביקורת הגבולות ושאי לשחרר מסתנן בערובה אם "חלפו שלוש שנים מיום תחילת החזקתו של המסתנן במשמורת" (סעיף 30א(ג) לחוק בנוסחו הקודם), הרי ההסדר דהיום נוקט לשון חובה, וקובע כי "ממונה ביקורת הגבולות ישחרר מסתנן בערובה אם חלפה שנה מיום תחילת החזקתו של המסתנן במשמורת" (סעיף 30א(ג) לחוק בנוסחו דהיום; אך ראו החריגים המופיעים בסעיף 30א(ד) לחוק). בנוסף, קוצרו פרקי הזמן הקבועים להבאת מסתנן בפני הממונה על ביקורת הגבולות. על פי ההסדר הקודם הייתה חובה להביא את המסתנן בפני הממונה בתוך שבעה ימים מיום תחילת ההחזקה במשמורת. בהסדר הנוכחי קוצרה התקופה לחמישה ימים (ראו סעיף 30א(א) לחוק בנוסח הקודם ובנוסח דהיום). כן קוצרה התקופה שבמהלכה יש להביא את המסתנן בפני בית הדין לביקורת משמורת של מסתננים. על פי ההסדר הקודם הייתה חובה להביאו בפני בית הדין בתוך 14 ימים מעת תחילת המשמורת (סעיף 30ה(1)(א) להסדר הקודם). על פי ההסדר החדש, בנוסחו דהיום, קוצרה התקופה לעשרה ימים (סעיף 7 לתיקון מספר 4). יוער, כי בהסדר הקודם נקבע, כי יש להביא את עניינו של המסתנן הנתון במשמורת לבחינה עתית בפני בית הדין לביקורת משמורת בכל 60 ימים (סעיף 30ד(א)(1) בנוסח הקודם). על פי ההסדר דהיום, יש להביאו לביקורת עתית כל 30 ימים (סעיף 6 לתיקון מספר 4). מכאן, שהכנסת הפנימה, במידה רבה, את חובתה להתאים את ההסדר החוקי לדרישות החוקתיות.

9. מכל מקום, ברור הוא שהשינוי המרכזי בין ההסדר הקודם להסדר דהיום הינו קיצור הרף העליון של החזקה במשמורת מתקופה של שלוש שנים לשנה אחת, וכן תחולתו הפרוספקטיבית של ההסדר החדש. חובה לציין, כי גם השינויים הנוספים שצוינו צמצמו את מידתה של הפגיעה במסתננים. עם זאת דומה, כי אין צורך להתעמק בשלב זה בכל ההסדרים החדשים שנקבעו בגדר סעיף 30א בנוסחו הנוכחי, על מנת להגיע אל המסקנה הברורה מאליה, כי אף ההסדר החדש פוגע בזכות החוקתית לחירות המעוגנת בסעיף 5 לחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו. זאת, ולו בשל עצם הסמכות להחזיק מסתננים במשמורת. ברי, כי עצם החזקתו הפיזית של אדם במשמורת פוגעת בזכות החוקתית לחירות (לסקירת האופן בו נתפרשה הזכות לחירות בפסיקה הישראלית, ראו אהרן ברק כבוד האדם – הזכות החוקתית ובנותיה כרך א' 343-344 (2013)). להשקפתי, מסקנה זו מתחייבת מן האופן המרחיב בו יש לפרש את הזכות החוקתית לחירות, בשל חשיבותה ומרכזיותה בפני עצמה, וכאמצעי לקידום זכויות אחרות (ראו, עניין שטנגר, פסקה 28 והאסמכתאות שם). משמצאנו כי אף ההסדר החדש בסעיף 30א לחוק למניעת הסתננות פוגע בזכות החוקתית לחירות, יש לפנות ולבחון האם עומד הוא בתנאיה של פסקת ההגבלה.

10. פסקת ההגבלה הקבועה בסעיף 8 לחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו, מתנה את תוקפה של פגיעה חוקתית בעמידתה בארבעה תנאים מצטברים: הפגיעה היא בחוק או לפי חוק מכוח הסמכה מפורשת בו; החוק הולם את ערכיה של מדינת ישראל; החוק נועד לתכלית ראויה; והפגיעה בזכות החוקתית אינה עולה על הנדרש (תנאי המידתיות). מסכים אני עם חברי השופט פוגלמן כי שני התנאים הראשונים מתקיימים במקרה שלפנינו, היינו כי מדובר בפגיעה "בחוק" וכי החוק הפוגע הולם את ערכיה של מדינת ישראל. עוד מסכים אני עם חברי כי החוק נועד לתכלית ראויה. יצוין, בהקשר זה, כי בתשובתם הדגישו המשיבים כי התיקון החדש, בכל הנוגע לאפשרות החזקה במשמורת, מיועד להגשים שתי מטרות. המטרה הראשונה הינה לאפשר לרשויות לפעול לזיהוי המסתנן ולגבש לגביו "אפיקי יציאה" מן הארץ. המטרה השנייה, לטענת המשיבים, היא למנוע את הישנות תופעת המסתננים, ובמילים אחרות, לשמש כלי הרתעתי לגבי מסתננים פוטנציאליים. מסכים אני עם עמדתו של חברי, כי המטרה הראשונה הינה ראויה (פיסקה 51 לחוות דעתו). אשר למטרה השנייה – מניעת הישנות תופעת המסתננים – נמנע חברי מלהביע עמדה נחרצת (פיסקה 52 לחוות דעתו). כשלעצמי, מוכן אני להניח כי אף המטרה של הרתעת מסתננים פוטנציאליים עשויה להיות תכלית ראויה, אם כי מקובל עלי שאין צורך להכריע בסוגיה. מכל מקום, את עמדתי בסוגיה של המטרה של החזקת המסתננים במשמורת סיכמתי בחוות דעתי בעתירה הקודמת, והדברים שאמרתי שם יפים אף לעניין העתירה הנוכחית:

"מוכן אני לקבל שקיימים יתרונות לא מעטים בהחזקתם במשמורת של מסתננים. כך, בכוא השעה, ומשניתן יהיה לגרשם מישראל, יוכלו הרשויות לעשות כן בקלות יתירה; כל עוד הם במשמורת אין הם מתחרים בשוק העבודה מול עובדים 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" (שם, פיסקה 4 לחוות דעתי).

11. אשר לתנאי המידתיות: חברי השופט פוגלמן מוכן להניח כי ההסדר החדש צולח את שני מבחני המשנה הראשונים של תנאי המידתיות: קיומו של קשר רציונאלי בין המטרה לבין האמצעי שנבחר להגשימה; והמבחן הבודק אם האמצעי פוגע בצורה הפחותה ביותר בזכות החוקתית. מקובל עליי כי התיקון החדש צולח את שני המבחנים האמורים (וראו גם דבריי בחוות דעתי בעתירה הקודמת, פיסקה 3). המחלוקת ביני לבין חברי הינה האם סעיף 30א לחוק, בנוסחו החדש, עומד במבחן המשנה השלישי של

תנאי המידתיות, המכונה גם "מבחן המידתיות הצר". במסגרת מבחן זה מוטל על בית המשפט לבחון האם מתקיים "יחס ראוי" בין התועלת שמצמיח החוק לבין הפגיעה החוקתית. בניגוד לעמדתו של חברי, איני סבור כי יש להשיב על שאלה זו בשלילה. להשקפתי, פגיעתו של החוק בזכות החוקתית לחירות הינה פחותה באופן משמעותי מן הפגיעה אליה הוביל ההסדר המקורי, שבוטל בפסק הדין בעתירה הקודמת. אשר על כן, נוכח הקיצור המשמעותי של תקופת ההחזקה במשמורת משלוש שנים לשנה אחת, ובהתחשב במיתחם התימרון החקיקתי הנתון למחוקק, איני סבור כי יש מקום להורות על ביטולו של סעיף 30א לחוק למניעת הסתננות.

12. כידוע, במסגרת הביקורת החוקתית ניתן משקל לא מבוטל למרחב התימרון של המחוקק. יצוין, כי העיקרון בנושא מרחב התימרון זכה בפסיקה ובספרות המשפטית לכינויים שונים, ובהם "מתחם המידתיות", "מיתחם הפגיעה", "מיתחם הגבלה", "מיתחם התחשבות", ועוד (ראו, ע"מ 4436/02 תשעים הכדורים – מסעדה, מועדון חברים נ' עיריית חיפה, פ"ד נח(3) 782, 812 (2004) (להלן – עניין תשעים הכדורים)). הכלל הוא, שבמסגרת מרחב התימרון רשאי המחוקק לבחור את האמצעים שהוא מבקש לנקוט לשם הגשמת המטרות, ובלבד שהם מידתיים (ראו, לדוגמה, עניין תשעים הכדורים, בעמ' 812-813; בג"ץ 8276/05 עדאלה – המרכז המשפטי לזכויות המיעוט הערב בישראל נ' שר הביטחון, פ"ד סב(1) 1, 37 (הנשיא כדימ') א' ברק) (2006); בג"ץ 10662/04 חסן נ' המוסד לביטוח לאומי, פסקה 58 לחוות דעתה של הנשיאה ד' ביניש (28.2.2012) (להלן – עניין חסן)). ודוקו, בית המשפט העורך ביקורת חוקתית אינו מניח, בהכרח, כי למחוקק נתונה אפשרות חוקית (וחוקתית) אחת ויחידה להגשים את המטרה העומדת בבסיס החקיקה, וכי עליו לבחור בה, ובה בלבד. הביקורת השיפוטית הנהוגה על ידינו מניחה, כי בחלק גדול מן המקרים עומדים לרשות המחוקק מגוון של כלים ואמצעים להגשים את המטרה הראויה שבחר לקדם. אכן, המידתיות מכירה, מעצם טבעה, במרחבים של שיקול דעת חקיקתי (לגישה לפיה שיקול הדעת של המחוקק הולך ומצטמצם ככל שמתקדמים בתהליך הבחינה החוקתית ראו, אהרן ברק מידתיות במשפט – הפגיעה בזכות החוקתית והגבלותיה 508 (להלן – ברק, מידתיות במשפט)). לכן, אם הבחירה של המחוקק, שקיבלה את ביטויה בהוראת דין מסוימת, אינה חורגת ממרחב התימרון, שומה על בית המשפט לכבד את בחירת המחוקק. יפים לעניין זה דבריה של הנשיאה ד' ביניש בבג"ץ 2605/05 המרכז האקדמי למשפט ולעסקים נ' שר האוצר, פ"ד סג(2) 545, 623 (2009) (להלן – פרשת הפרטת בתי הסוהר):

"כאשר קיימות אפשרויות שונות שעשויות לעמוד בדרישת המידתיות, נתון למחוקק מרחב תמרון חקיקתי, המכונה על ידינו 'מתחם המידתיות', שבתוכו רשאי

המחוקק לבחור את האפשרות הנראית לו. גבולותיו של מתחם התמרון הנתון למחוקק במקרה קונקרטי נקבעים על ידי בית המשפט בהתאם למהות האינטרסים והזכויות העומדים על הפרק. בית המשפט יתערב בהכרעת המחוקק רק כאשר האמצעי שנבחר על ידיו חורג באופן ניכר מגדריו של מתחם התמרון החקיקתי הנתון לו והוא בלתי מידתי באופן ברור". [ההדגשות הוספו – א' ג']).

יוער, כי בפסיקה יכולים אנו למצוא אמירות שונות מהן ניתן ללמוד כי לא כל חריגה ממרחב התימרון תצדיק את התערבותו של בית המשפט, אלא רק סטייה ניכרת או משמעותית או ברורה הימנה, או כאשר האמצעי שנבחר על ידי המחוקק הינו בלתי מידתי באופן ברור (ראו לדוגמה, ע"א 6821/93 בנק המזרחי המאוחד בע"מ נ' מגדל כפר שיתופי, פ"ד מט(4) 221, 438 (הנשיא א' ברק) (1995) (להלן – עניין בנק המזרחי המאוחד); בג"ץ 1661/05 המועצה האזורית חוף עזה נ' כנסת ישראל, פ"ד נט(2) 481, 693 (2005) (להלן – עניין המועצה האזורית חוף עזה); ע"פ 6659/06 פלוני נ' מדינת ישראל, פ"ד סב(4) 329, 375 (2008) (להלן – פרשת חוק כליאתם של לוחמים בלתי חוקיים); פרשת הפרטת בתי הסוהר, שם; עניין חסון, פסקה 58). יצוין, עם זאת, כי בספרות המשפטית הובעה דעה לפיה כל סטייה ממרחב התימרון, ולא רק סטייה משמעותית או ניכרת, מצדיקה, מבחינה עקרונית, סעד חוקתי (ראו, ברק – מידתיות במשפט, בעמ' 507-508). אולם דומה, כי עמדה זו אינה משקפת את הדין המצוי (לסקירת ההבדלים בין שתי הגישות ראו, גיא דוידוב "ביקורת חוקתית בעניינים בעלי השלכה תקציבית" הפרקליט מט 345, 364-366 (2008) (להלן – דוידוב)). ייתכן שניתן אף ליישב בין הגישות השונות. דומה, שקשה לקבל כי בכל מקרה של בחינה חוקתית המתחם או מרחב התמרון של המחוקק יהא זהה. נראה, שלעניין זה יש חשיבות רבה למהותה וטיבה של הזכות החוקתית המסוימת ואף לאופייה של הפגיעה החוקתית. לשון אחר, המתחם משתנה בהתחשב בזכות החוקתית הרלוונטית ובפגיעה בה (ראו גם, עניין תשעים הכדורים, בעמ' 813).

13. חשוב עוד לציין, כי שעה שעוסקים אנו בביקורת שיפוטית על חקיקה ראשית של הכנסת, הרי ההכרה במרחב התימרון החקיקתי הינה ביטוי מובהק של עיקרון הפרדת הרשויות (ראו עניין בנק המזרחי המאוחד, בעמ' 438). עיקרון הפרדת הרשויות הינו מאבני היסוד של שיטת המשטר הישראלית (ראו, בג"ץ 4491/13 המרכז האקדמי למשפט ולעסקים נ' ממשלת ישראל, פסקה 15 לחוות דעתי (2.7.2014); אהרן ברק שופט בחברה דמוקרטית 103-104 (2004)). מרחב התימרון של המחוקק משרטט, על כן, את "גבולות הגיזרה" של בית המשפט, במסגרת עיקרון הפרדת הרשויות, בכואו לבחון את חוקתיותה של חקיקה ראשית של הכנסת. נחזור ונזכיר, כי הכרזה על בטלותו של חוק

היא עניין רציני ביותר, ולא על נקלה יעשה כן בית המשפט (בג"ץ 1715/97 לשכת מנהלי ההשקעות בישראל נ' שר האוצר, פ"ד נא(4) 367, 386 (1997)). לפיכך, על בית המשפט לכבד את שיקול הדעת הנתון למחוקק. כל עוד הבחירה של המחוקק אינה חורגת ממרחב התימרון הנתון לו, בית המשפט אינו אמור להתערב בחקיקה הראשית של הכנסת. אכן, ההכרה במרחב התימרון מיועדת בראש ובראשונה ליתן ביטוי לכך שבידי המחוקק עומדים מגוון אמצעים וכלים להגשים את המטרה העומדת בבסיס החוק. אולם לצד זאת, מיועד העיקרון של מרחב התימרון ליתן ביטוי לריסון ולזהירות השיפוטית שבית המשפט מחויב לנהוג לפיהם, בעת שהוא עורך ביקורת שיפוטית על חקיקה ראשית של הכנסת. עמד על כך הנשיא א' ברק בעניין בנק המזרחי המאוחד:

"השאלה אשר השופט צריך לשאול את עצמו אינה מהו החוק אשר מאזן כראוי בין צורכי הכלל והפרט שאותו היה השופט מחוקק אילו היה חבר בבית הנבחרים. השאלה אשר השופט צריך לשאול את עצמו היא, אם האיזון שנבחר נופל לגדרו של מיתחם ההגבלה. בית המשפט צריך לבחון את חוקתיות החוק, לא את תבונתו. השאלה אינה אם החוק הוא טוב, יעיל, מוצדק. השאלה היא אם החוק חוקתי..." (עניין בנק המזרחי המאוחד, בעמ' 438 [ההדגשה הוספה – א' ג']).

14. אכן, "... בישמו את המבחנים החוקתיים הקבועים בפיסקת ההגבלה על חקיקת הכנסת, יפעל בית-המשפט באיפוק שיפוטי, בזהירות ובריסון" (בג"ץ 4769/95 מנחם נ' שר התחבורה, פ"ד נז(1) 235, 263 (2003) (להלן – פרשת מנחם)), שאם לא כן עלול בית המשפט להמיר את שיקול דעתו בשיקול דעתו של המחוקק (בג"ץ 1213/10 ניר נ' יו"ר הכנסת, פסקה 27 (הנשיאה ד' ביניש) (23.2.2012)). דומה, על כן, כי מרחב התימרון של המחוקק נגזר, בסופו של דבר, מזהירות שיפוטית זו (עניין המועצה האזורית חוף עזה, בעמ' 553). יצוין, כי את מרחב התימרון החוקתי, המשמש אותנו בעת בחינת תנאי המידתיות, נהוג להקביל למתחם הסבירות הנהוג בתחום המשפט המינהלי. זאת, משום שאף בגדר מתחם הסבירות מכיר בית המשפט בכך שהבחירה בין מספר אפשרויות סבירות נתונה לרשות השלטונית ולא לבית המשפט (ראו, ברק – מידתיות במשפט, עמ' 509). עם זאת, ראוי לזכור כי קיימים הבדלים חשובים בין עילת המידתיות לבין עילת הסבירות (ראו, בג"ץ 5853/07 אמונה – תנועת האישה הדתית לאומית נ' ראש הממשלה, פסקה 9 לחוות דעתי (6.12.2007); דוידוב, בעמ' 364). מכל מקום, ברור הוא כי לא הרי ביטול חוק בשל אי חוקתיותו, כביטול הוראת מינהל או תקנת משנה בשל אי חוקיותה. יש לזכור כי "בביטול חוק בשל אי-חוקתיותו עניין לנו בביטול דבר חקיקה שנחקק על-ידי גוף שנבחר על-ידי העם" (עניין המועצה האזורית חוף עזה, שם; [ההדגשה הוספה – א' ג']).

15. חברי השופט פוגלמן סבור כי החזקת מסתננים במשמורת לתקופה של שנה לכל היותר, גוררת אחריה פגיעה לא מידתית בזכויות חוקתיות. עיון בחוות דעתו של חברי השופט פוגלמן, מעורר את השאלה הבלתי נמנעת הבאה: מהי תקופת ההחזקה במשמורת אשר לשיטתו של חברי עונה על תנאי המידתיות. חברי אינו נותן מענה לשאלה זו, אם כי ניתן להבין מדבריו כי ההסדרים שנקבעו במדינות אחרות עדיפים על פני ההסדר שנקבע על ידי הכנסת. ודוקו, מדבריו של חברי ניתן ללמוד כי המחוקק רשאי, באופן עקרוני, לקבוע הסדר חוקי המאפשר החזקת מסתננים במשמורת, אולם לפרק זמן שהוא קצר משנה. עם זאת, קשה להבין מדבריו של חברי מהי תקופת ההחזקה המירבית במשמורת, העונה לשיטתו על תנאי המידתיות, ומהם גבולותיו המדויקים של מרחב התימרון החקיקתי הנתון למחוקק בסוגיה העומדת במוקד ההליכים דנא. יוצא אני מהנחה כי אף לשיטתו של חברי נתון למחוקק מרחב תימרון כלשהו. ברור הוא, שקיים קושי מובנה להשיב על השאלה מה אורך התקופה שיעמוד במבחן. זו הסיבה שאף בעתירה הקודמת לא נתנו לה תשובה מדויקת. אזכור, כי בפסק הדין שניתן בעתירה הקודמת ציינתי כי "...אין מניעה, לגישתי, לחוקק חוק חדש שיתיר החזקה במשמורת במשך תקופה קצרה באופן משמעותי משלוש שנים" (שם, פסקה 5 לחוות דעתי; ההדגשה הוספה – א' ג'). במכוון נמנעתי מלנקוב בנתון מדויק, שהרי אילו עשיתי כן הייתי שם עצמי בנעליו של המחוקק. זהו אינו תפקידי כשופט.

16. במקרה הנוכחי יש לתת את הדעת במיוחד על כך שמדובר בשאלה חוקתית בעלת אופי "כמותי". היינו, בניגוד למקרים בהם עצם קיומו של הסדר מסוים עומד לביקורת שיפוטית (לדוגמה, ההסדר שעמד במוקד פרשת הפרטת בתי הסוהר), הרי בעניינו, לא עצם ההחזקה במשמורת הוא שעומד לביקורת חוקתית, אלא אורך תקופת ההחזקה במשמורת. במילים אחרות, השאלה החוקתית המדויקת במקרה דנא הינה האם נקודת האיזון הספציפית שבחר המחוקק, על גבי קשת האפשרויות שעמדו לפניו, עומדת בתנאי חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו. נציין, כי מקרה מפורסם בו עמדה על הפרק שאלה חוקתית דומה באופייה, הינו המקרה שהתברר בבג"ץ 6055/95 צמח נ' שר הביטחון, פ"ד נג(5) 241 (1999) (להלן – עניין צמח). בפרשה זו דן בית המשפט בחוקתיות ההסדר אשר קבע את אורך תקופת המעצר המרבית של חייל בידי קצין שיפוט (96 שעות; ההסדר נפסל על ידי בית המשפט). יוער, כי בית המשפט לא התייחס בעניין צמח לעיקרון של מרחב התימרון. גם במקרים נוספים בחר בית המשפט להתעלם ממרחב התימרון (ראו דוידוב, בעמ' 368, ה"ש 97). דעתי היא, כי אין זה רצוי להתעלם מעיקרון חשוב זה. מכל מקום, מעיון במקרים נוספים שהתבררו בפסיקה ניתן ללמוד על הקושי העומד בפני בית המשפט, שעה שהוא נדרש למבחן המשנה השלישי של

המידתיות, וכאשר עסקינן בסוגיה חוקתית בעלת אופי "כמותי". כך למשל, בפרשת מנחם, התעוררה שאלת המידתיות של הוראה מסוימת בפקודת התעבורה [נוסח חדש], אשר היתנתה קבלת רישיון להפעלת מונית בתשלום אגרה בסך 185,000 ש"ח. בית המשפט השיב על שאלה זו בחיוב, אך לא התעלם מן הקושי הנעוץ בבחינה חוקתית המבוססת "...על הערכה שטמונה בה אי-ודאות, [...] [ה]כרוכה בתחזיות ובשיקולים מקצועיים שאינם תמיד בתחום מומחיותו של בית-המשפט" (שם, בעמ' 263). במקרה אחר (בו נתקפו תקנות ולא חקיקה ראשית) התעוררה השאלה האם תוספת של 150 ש"ח לסכום של אגרה מסוימת מקיימת יחס סביר בין התועלת לבין הנזק, בגדר מבחן המידתיות במובנו "הצר". השופטים שדנו בהליך הנזכר לא היו תמימי דעים בסוגיה האמורה (ראו, בג"ץ 2651/09 האגודה לזכויות האזרח בישראל נ' שר הפנים, פסקאות 20-25 לחוות דעתו של חברי השופט י' דנציגר; פסקאות 22-27 לחוות דעתה של חברת השופטת מ' נאור (15.6.2011)).

17. לדעתי, כאשר בית המשפט נדרש ליישם את מבחן המשנה השלישי של תנאי המידתיות, היינו את שאלת היחס הסביר בין התועלת לבין הפגיעה בזכות החוקתית, והוא עושה כן לגבי שאלה חוקתית "כמותית" באופייה, בדומה לדוגמאות המובאות לעיל, הרי עליו ליתן משקל לא מבוטל למרחב התימרון הנתון למחוקק. זאת, בעיקר בשל גורם נוסף שיש להתחשב בו, אשר עשוי להשפיע על מרחב התימרון החקיקתי: הוא החשש מפני טעות שיפוטית (ראו והשוו, חוות דעתי בעניין עדאלה, בעמ' 518-517; וראו גם דוידוב, בעמ' 369-370). חשש זה מתעצם משמעותית כאשר עסקינן בשאלה חוקתית בעלת אופי כמותי. ודוקו, אין ללמוד מדבריי כי יש למתוח את מיתחם התמרון אל מעבר לנדרש, עד כדי השתלטותו על ההכרעה החוקתית. בצדק ציין בית משפט זה כי הזהירות הנדרשת בעת ביקורת שיפוטית על חקיקה של הכנסת, "אסור לה שתגרור קיפאון" (עניין המועצה האזורית חוף עזה, בעמ' 553). עם זאת, כבר נאמר כי "גדרו של [מיתחם התמרון] אינו קבוע כמובן, אלא הוא תלוי הקשר ונסיבות. יהיו מקרים שבהם המיתחם יהיה רחב יחסית, ולעומת זאת יהיו מקרים שבהם מרחב זה יהא מצומצם ביותר, או אף לא יתקיים כלל" (עניין תשעים הכדורים, בעמ' 813; וראו גם פסקה 12 לעיל). עמדתי היא, כי כאשר עסקינן בסוגיה חוקתית שיש לה אופי "כמותי", קיימת חובה מוגברת להתחשב במיתחם התמרון הנתון למחוקק לקבוע את המידה או השיעור (בין אם מדובר באורך תקופה, בסכום או בעניין אחר בעל אופי כמותי).

18. בנסיבות העניין שלפנינו, אין להתעלם כמובן מעוצמת הפגיעה בזכות החוקתית לחירות אישית. הפגיעה אינה פשוטה. ההסדר החדש מאפשר החזקת

מסתננים במשמורת לתקופה של שנה לכל היותר, ובמקרים חריגים ביותר אף ניתן להאריך התקופה. השמתו של כל אדם במשמורת, במתקן שהייה סגור שלא ניתן להיכנס אליו ולצאת ממנו בחופשיות, מהווה פגיעה משמעותית ב"גרעין הקשה" של הזכות החוקתית לחירות. יוער, כי נוכח מסקנה זו איני רואה צורך להידרש לשאלה האם ההסדר החדש פוגע אף בזכות לכבוד. אולם, מן העבר השני חובה לזכור כי הפגיעה בזכות החוקתית לחירות בהסדר החדש הינה פחותה מן הפגיעה שהייתה טמונה בהסדר הקודם. זאת, הן לגבי פרק הזמן בו ניתן להחזיק מסתנן במשמורת, הן לגבי תחולתו של התיקון החדש. כמו כן, שומה עלינו לזכור כי התכלית החקיקתית של הרחקת מסתננים לא חוקיים מישראל הינה חשובה וחיונית. תכלית זו מאפשרת למדינה לבחון ולמצות את אפיקי היציאה השונים של מסתננים מישראל. בבחינת מידת התועלת של החוק, יש להתחשב בעיקרון הריבונות, המעניק למדינה שיקול דעת רחב לקבוע את מדיניות ההגירה וההשתקעות בה, על כל המשתמע מכך. על רקע כל הדברים הללו, ובמיוחד בהתחשב בתחולתו המצומצמת יותר של ההסדר הנוכחי, כמו גם קיצור תקופת הזמן בה ניתן להחזיק מסתנן במשמורת, באתי למסקנה כי הכרעתו של המחוקק אינה חורגת ממרחב התימרון החקיקתי הנתון לו. אזכיר שוב, כי בעתירה הקודמת ציינתי, כי אין מניעה, לגישתי, לחוקק חוק חדש שיתיר החזקה במשמורת "במשך תקופה קצרה באופן משמעותי משלוש שנים". המחוקק אכן קיצר את התקופה באופן משמעותי (לתקופה של שנה) וקבע הסדרים המצמצמים את הפגיעה החוקתית בזכות לחירות. מארג ההסדרים שקבע המחוקק בתיקון החדש הקטין באופן משמעותי את הפגיעה בזכות החוקתית. על כן, בבחינת מידת היחס בין התועלת שמשיג החוק לבין הפגיעה בזכות החוקתית, הגעתי לכלל מסקנה כי ההכרעה אליה הגיע המחוקק נופלת בגדר מרחב התימרון. עלינו לכבד הכרעה זו ולא להתערב בה.

19. בחוות דעתו נדרש חברי השופט פוגלמן להסדרים שנקבעו במדינות שמעבר לים, לגבי החזקת מסתננים במשמורת. מסקירתו המעמיקה של חברי עולה, כי ברוב מדינות העולם המערבי, נקבעו פרקי זמן קצרים יותר מתקופה של שנה, בהם ניתן להחזיק מסתננים במשמורת. עם זאת, אף מסקירתו של חברי עולה כי קיימות מדינות (אוסטרליה, יוון, מלטה ואיטליה) בהן נקבעו הסדרים מחמירים מאלה שנקבעו בישראל. לעניין זה מצטרף אני לעמדתו של חברי, השופט י' עמית, אשר הצביע בצדק על ההבדלים הבסיסיים בין האתגרים המיוחדים שבפניהם ניצבת ישראל בתחום ההגירה, לבין אלה העומדים בפני רוב המדינות האחרות שנזכרו בסקירה המובאת על ידי חברי השופט פוגלמן (ראו, פסקה 15 לחוות דעתו של חברי השופט עמית). די אם אזכיר, כי ישראל היא המדינה המערבית היחידה בעולם שלה למעשה גבול קרקעי משמעותי עם יבשת אפריקה (דרך חצי האי סיני). כמו כן, יש לזכור כי מסיבות שונות,

ובכלל זאת טעמים גיאופוליטיים ומדיניים, הרי האפשרות של כל אדם לצאת מישראל אל אחת מן המדינות הגובלות בה הינה מוגבלת. כתוצאה מכך, אפשרויות היציאה מישראל של מסתננים שנכנסו אליה הן מוגבלות ביותר. ברור, כי המצב הוא שונה בתכלית לגבי מרבית מדינות אירופה.

20. אסכם בדברים הבאים: ייתכן שרצוי שהמחוקק היה קובע תקופת החזקה במשמורת שהיא קצרה משנה. אף יטען מי שיטען, כי תקופת החזקה במשמורת שאורכה המירבי הוא חצי שנה, בדומה לחלק גדול ממדינות העולם המערבי, היא רף הזמן המירבי הראוי להחזקה במשמורת של מסתננים. דעתי היא, כי על רקע כל מה שנאמר לעיל, הבחירה בין תקופת החזקה במשמורת של חצי שנה לבין שנה, נכנסת בבירור לתוך מרחב התימרון של המחוקק, ובוודאי שאין מדובר בסטייה ניכרת. לפיכך, אין מקום להתערבותו של בית המשפט בהסדר החקיקתי שקבעה הכנסת. קביעה של בית משפט זה כי תקופת החזקה אחת עדיפה על פני תקופה אחרת, כאשר שתי התקופות נכנסות בגדר מתחם התימרון של המחוקק, כמוה ככניסה של בית המשפט לנעליו של המחוקק. בצדק ציינה השופטת ביניש בפרשת מנחם (עמ' 280) כי -

...הדרישה כי על המחוקק לבחור באמצעי הפוגע בזכות החוקתית במידה שאינה עולה על הנדרש לשם השגת תכלית החוק אין כוונתה כי על המחוקק להיצמד תמיד לדרגה הנמוכה ביותר שבתחתית הסולם. קביעה כזו תקשה מדי על המחוקק, אשר לא יוכל לחדור מבעד למחסום הביקורת השיפוטית... [ההדגשה הוספה - א' ג']

גישתו של חברי השופט פוגלמן מביאה לכך שלמעשה כמעט ולא נותר מרחב תימרון למחוקק. לדעתו של חברי, שנה אחת הינה תקופה ארוכה מידי וכנראה שתקופה של חצי שנה הייתה מקובלת עליו. ומה לגבי תקופה של שמונה חודשים? ! הצגתה של השאלה בצורה זו מלמדת, כי אם תתקבל דעתו של חברי, הופך בית המשפט לגוף שקובע באופן כמעט מדויק את הנורמה, בלא שנותר מרווח תימרון ממשי למחוקק. איני יכול להסכים לעמדה חוקתית זו, שכן לפיה הופך בית המשפט למחוקק, אם לא להלכה הרי למעשה.

לפיכך, אם תישמע דעתי נימנע מלהכריז על ביטולו של סעיף 30א לחוק למניעת הסתננות.

פרק ד' לחוק למניעת הסתננות – הקמת מרכז שהייה למסתננים

21. הנדבך השני של תיקון מספר 4 לחוק למניעת הסתננות הינו הקמת מרכז שהייה למסתננים, וקביעת מאפייניו ודרכי הפעלתו (פרק ד' לחוק). חברי השופט פוגלמן תיאר בהרחבה את ההסדרים שנקבעו בפרק ד' לחוק לגבי הקמת מרכז שהייה (פיסקאות 85-82 לחוות דעתו). בתמצית אזכיר, כי העברתו של מסתנן השוהה בישראל למרכז שהייה, בין אם הוא מוחזק במשמורת ובין אם לאו, נעשית על ידי הממונה על ביקורת הגבולות (להלן גם – הממונה), אם הלה מצא קושי לבצע גירוש של מסתנן (סעיף 32ד(א) לחוק). הממונה רשאי ליתן למסתנן "הוראת שהייה" המחייבת אותו לשהות במרכז עד ליציאתו מן הארץ או עד למועד אחר (סעיפים 32ד(א) ו-32ד(ב) לחוק; לדיון בקריטריונים העומדים ביסוד הוצאת הוראות שהייה ראו פיסקאות 86-89 לחוות דעתו של חברי השופט פוגלמן). נעיר, כי השאלה כלום קיימת חובה לקיים שימוע לפני הוצאת הוראת שהייה, היא סוגיה אשר תלויה ועומדת לפני בית משפט זה (עע"ם 2863/14 עלי נ' משרד הפנים – רשות האוכלוסין וההגירה). במסגרת ההליך הנזכר הודיעו המשיבים, כי החל מיום 6.6.2014 מיושם "פיילוט" לפיו מתקיים שימוע טרם מתן הוראת שהייה, ולא לאחר מכן. ההליך האמור נותר תלוי ועומד, שכן טרם הוכרעה השאלה מה דינן של הוראות שהייה שהוצאו עד למועד בו החלו המשיבים בביצוע ה"פיילוט" הנזכר (ראו, פסק הדין החלקי מיום 10.8.2014 בעע"ם 2863/14 הנ"ל). מכל מקום, החוק למניעת הסתננות מוסיף וקובע, כי מסתנן שחלה עליו הוראת שהייה אינו יכול לקבל אשרה ורישיון לישיבה בישראל לפי חוק הכניסה לישראל, התשי"ב-1952 (סעיף 32ד(ד) לחוק; להלן – חוק הכניסה לישראל). זאת ועוד, החוק מבהיר כי מסתנן השוהה במרכז אינו רשאי לעבוד בישראל (סעיף 32 לחוק). עם זאת, נקבעו בחוק הוראות המאפשרות את העסקת השוהה במרכז בעבודות תחזוקה ושירותים שוטפים בו, תמורת "גמול סביר" (סעיף 32ז(א)-(ב) לחוק; אך ראו סעיף 32ז(ג) לחוק הקובע כי בין השוהה במרכז לבין המדינה לא יחולו יחסי עובד מעביד; וראו תקנות למניעת הסתננות (עבירות ושיפוט) (העסקת שוהים בעבודות תחזוקה ושירותים שוטפים) (הוראת שעה), התשע"ד-2014).

22. אחד ההסדרים בעלי ההשפעה הגדולה ביותר על אופיו של מרכז שהייה נקבע בסעיף 32 לחוק, שעניינו הנוכחות במרכז שהייה והיציאה ממנו. סעיף 32ח(ב) לחוק קובע, כי מרכז שהייה יהיה "סגור" בשעות הלילה (בין 22:00 ל-06:00), וכי בשעות אלה לא יימצא השוהה מחוצה לו. בכל הנוגע לשעות היום קובע סעיף 32ח(א) לחוק, כי על השוהה במרכז שהייה להתייצב שלוש פעמים ביום לצורך רישום נוכחות, במועדים שייקבעו בתקנות על ידי שר הפנים, בהסכמת השר לביטחון פנים. חובה

לציין כבר עתה, כי סעיף 32(ד) לחוק מסמיך את שר הפנים לקבוע את מועדי ההתייצבות במרכז לצורך רישום נוכחות, ובלבד ש"מועדי ההתייצבות כאמור ייקבעו באופן שלא יאפשר לשהה לעבוד בישראל". כבר צוין לעיל, כי שר הפנים התקין תקנות לעניין שעות ההתייצבות במרכז, אלו הן תקנות הנוכחות במרכז. בתקנות האמורות נקבע, כי על השהים במרכז להתייצב לרישום בכל זמן שבין טווח השעות הבא: 07:30-06:00 בבוקר, 14:30-13:00 בצהריים, 22:00-20:30 בערב. יצוין, עם זאת, כי בסעיף 32(ג) לחוק הוסמך ממונה ביקורת הגבולות, לפי בקשת שוהה ומטעמים מיוחדים, לפטור שוהה מחובת ההתייצבות או מאיסור שהייה במרכז בשעות הלילה, לפרק זמן שלא יעלה על 48 שעות, ובמקרים מיוחדים אף לפרק זמן העולה על 48 שעות (אשפוז רפואי של השהה או של בן משפחתו מדרגה ראשונה). יוער, כי הסעיף האמור מאפשר פנייה לבית הדין לביקורת משמורת על מסתננים, אשר רשאי לבחון את החלטת הממונה. בתשובת המשיבים נמסר, כי נכון ליום 5.3.2014 אושרו על ידי הממונה כ- 96% מן הבקשות למתן פטור מנוכחות לפי סעיף 32(ג) (ראו סעיף 218 לתשובת המשיבים).

23. הוראות פרק ד' אינן קובעות פרק זמן מרבי בו ניתן להורות למסתנן לשהות במרכז השהייה. כמו כן, לא נקבעו בחוק עילות לשחרור מן החובה לשהות במרכז השהייה. עם זאת, סעיף 14 לתיקון מספר 4 קובע מפורשות, כי חלק מההוראות שנקבעו בו, ובגדר זה כלל ההוראות הנוגעות למרכז השהייה, יעמדו בתוקף במשך שלוש שנים מיום תחילתו של החוק. חברי השופט פוגלמן סקר בהרחבה את יתר ההוראות שנקבעו בפרק ד' לחוק, ובהן: אלה הנוגעות להפעלת המרכז ושמירה על הביטחון, הבטיחות, הסדר והמשמעת (סעיף 32 לחוק); אלה המקנות סמכויות שונות לעובדי המרכז (סעיפים 32, 32טו, 32טז ו-32יט לחוק); וכן ההוראות המסמיכות את ממונה ביקורת הגבולות להורות על העברת מסתנן ממרכז השהייה למשמורת, לאחר קיום שימוע, במקרה של הפרות או הפרות חוזרות של תנאי השהייה במרכז. זאת, לפרקי הזמן השונים שנקבעו בחוק (סעיף 32כ לחוק).

24. בפתח הדברים חובה לציין, כי עמדתו החד-משמעית של חברי השופט פוגלמן היא, כי במסגרת מרחב התימרון הנתון למחוקק "...מצויה גם האפשרות להקים מרכזי שהייה פתוחים" [ההדגשה במקור – א' ג'], שיוכלו ליתן מענה לקשיים הטמונים בתופעת ההגירה הבלתי מוסדרת (פיסקה 97 לחוות דעתו). במילים אחרות, חברי אינו פוסל את האפשרות העקרונית להקמת מרכזי שהייה פתוחים למסתננים (וראו גם פיסקה 40 לחוות דעתו בעתירה הקודמת, שם כתב חברי: "ניתן לחייב את המסתננים לגור במרכזי שהייה פתוחים או פתוחים למחצה, תוך הטלת מגבלות מידתיות על חופש

התנועה" [ההדגשה הוספה – א' ג']. יוער, כי גישה דומה לזו של חברי הובעה בעתירה הקודמת גם על ידי חלק מהשופטים שנמנו עם ההרכב דשם. כך, למשל, חברתי השופט ע' ארבל, שכתבה את חוות הדעת העיקרית בעתירה הקודמת, הבהירה (בפיסקה 104) בפסק דינה שם, כי -

"דומני כי ניתן לגבש מגוון אמצעים חליפיים שניתן לנקוט בהם ואשר ישיגו את התכלית המתבקשת באופן פוגעני פחות. כך למשל ניתן ליצור חובות דיווח וערכויות שונות...; הגבלות מגורים על המסתננים באופן שיאפשר למדינה לשלוט ולפקח על המקומות בהם הם מתיישבים ועל פיזורם למקומות אוכלוסייה שונים...; ניתן לשקול לחייב מסתננים לשהות בלילות במתקן שהייה שהוכן עבורם ואשר יספק את צרכיהם, ולצד זאת ימנע מהם קשיים אחרים..." [ההדגשה הוספה – א' ג']

25. חברי השופט פוגלמן סבור כי שומה על בית המשפט להורות על בטלותו של פרק ד' כולו, ולהכריז על ביטול כלל ההסדרים המאפשרים את הפעלתו של מרכז השהייה. זאת, לצד עמדתו העקרונית, כי אין פסול עקרוני בעצם קיומו של מרכז שהייה פתוח או פתוח למחצה למסתננים. בחוות דעתו מתייחס חברי לארבעה אלמנטים בחוק, אשר בכולם מוצא הוא בעייתיות מסוימת. חברי מתייחס ראשית, להוראות הקובעות חובת התייצבות במרכז במשך שלוש פעמים ביום לצורך רישום, וביתר פירוט, לחובה להתייצב לרישום בשעות הצהריים. שנית, דן חברי בהסדר הקובע כי מרכז השהייה ינוהל בידי שירות בתי הסוהר. בהקשר זה מתייחס חברי אף לסמכויות שהוקנו לעובדים במרכז. שלישית, מתייחס חברי לכך שאין בפרק ד' הוראה התוחמת את זמן השהייה במרכז. זאת, מעבר להוראה שבתיקון מספר 4 לפיה סעיפי החוק הנוגעים למרכז השהייה יעמדו בתוקפם במשך שלוש שנים. לבסוף, מתייחס חברי לסמכות שהוקנתה לממונה על ביקורות הגבולות, להעברת מסתנן ממתקן השהייה הפתוח למשמורת. חברי מתמקד בעיקר בכך, שלא מתקיימת, לשיטתו, "ביקורת שיפוטית יזומה" על החלטה כגון דא.

בעוד שמסכים אני כי נפל פגם חוקתי בהסדר המחייב את השוהים במרכז להתייצב לשלושה רישומי נוכחות ביממה, ועל כן דינו להתבטל, הרי איני מסכים עם חברי ביחס למסקנותיו לגבי יתר ההסדרים שנסקרו על ידו. ממילא, לא מקובלת עליי התוצאה המוצעת על ידי חברי, לפיה יש לבטל באופן גורף את פרק ד' כולו.

26. אפתח במכנה המשותף בין עמדתו של חברי, השופט פוגלמן, לבין עמדתי שלי. אף לגישתי, החובה להתייצב לרישום נוכחות שלוש פעמים ביום, מהווה מגבלה קשה

ומשמעותית על הזכות החוקתית לחירות. אכן, פגיעה זו אינה שוות ערך בחומרתה לפגיעה בזכות לחירות הנגרמת כתוצאה מהחזקה במשמורת, היינו במתקן שהייה סגור שלא ניתן כלל לצאת ממנו. עם זאת, חובת ההתייצבות לשלושה רישומי נוכחות ביממה, מתקרבת עד מאוד לכדי שלילה כמעט מוחלטת של הזכות לחירות. זאת, משום שכתוצאה מחובה זו נדרש השוהה במרכז להתייצב לרישום נוכחות בפרקי זמן המקשים באופן משמעותי וניכר על האפשרות האפקטיבית לצאת מגבולותיו של מרכז השהייה. בהקשר זה חובה לעמוד על שני נתונים המעצימים את הפגיעה בזכות החוקתית במקרה זה. ראשית, בבסיס ההוראה שנקבעה בחוק, בדבר החובה להתייצב לשלושה רישומי נוכחות ביום, עומדת ההנחה הדי ברורה מאליה של המחוקק, לפיה על רישומי הנוכחות (שלושה במספר) להתפרש לאורך כל שעות היממה, כלומר בשעות הבוקר, בשעות הצהריים ובשעות הערב. אומנם, המחוקק לא הבהיר ברחל בתך הקטנה כי חובת ההתייצבות לרישום חלה בשעות הבוקר, הצהריים והערב. המחוקק הותיר את הסמכות לקביעת טווחי הזמן המדויקים לשר הפנים. אולם, ברור שכוונת המחוקק הייתה כי חובת ההתייצבות השנייה במספר (בכל יום), תהיה בשעות הצהריים ולא בשעות הבוקר או בשעות הערב. על כך ניתן ללמוד, בין היתר, אף מן האמור בסעיף 32(ד) סיפה לחוק, הקובע כי מועדי ההתייצבות ייקבעו בתקנות על ידי השר הממונה "...באופן שלא יאפשר לשוהה לעבוד בישראל" [ההדגשה הוספה – א' ג']. ואכן, בתקנות הנוכחות במרכז קבע השר טווחי שעות להתייצבות בשעות הבוקר, בשעות הצהריים ובערב. הנתון השני שהופך את הפגיעה החוקתית לקשה במיוחד נוגע למיקומו הגיאוגרפי של מרכז השהייה. כידוע, מרכז השהייה היחיד שהוקם בעקבות קבלת תיקון מספר 4 לחוק, הינו זה המכונה "חולות". המרכז ממוקם בדרום הארץ, בתחום המועצה האזורית רמת הנגב, במרחק של כ-60 ק"מ מבאר-שבע (ראו צו למניעת הסתננות (עבירות ושיפוט) (הכרזה על מרכז שהייה למסתננים) (הוראת שעה), התשע"ד-2013). החובה להתייצב לרישום נוכחות אף בשעות הצהריים, לצד מיקומו הגיאוגרפי של מרכז השהייה, הופכים את אפשרות היציאה ממנו לקשה ביותר מבחינה מעשית. כתוצאה מכך נפגעת באופן ממשי הזכות החוקתית לחירות, כפי שציין חברי. בהינתן מסקנה זו איני רואה מקום להידרש לשאלה האם החובה להתייצב לרישום נוכחות בשעות הצהריים, היא כשלעצמה, פוגעת בזכות החוקתית לכבוד, וביתר פירוט בזכות לאוטונומיה אישית, כפי שקובע חברי בחוות דעתו. די לנו בקביעה כי מתקיימת פגיעה קשה בזכות לחירות על מנת לפנות לבחינה, אם פגיעה זו עומדת בתנאיה של פסקת ההגבלה. אבהיר, כי לא נעלמה מעיניי טענת המשיבים, כי בידי המסתננים השוהים במרכז אפשרות להשתמש באמצעי התחבורה הציבורית, וכי יש כוונה להגביר את מספר קווי האוטובוס ותדירותם. כל זאת, באופן שאמור להקל על אפשרות היציאה ממרכז השהייה לאורך שעות היום. עם זאת, לא ראיתי מקום לייחס לנתון זה משקל רב,

בהתחשב, כאמור, במיקומו הגיאוגרפי של מרכז השהייה ועל רקע החובה להתייצב לרישום נוכחות גם בשעות הצהריים.

27. תמים דעים אני עם חברי השופט פוגלמן, כי החובה המוטלת על השהים במרכז השהייה להתייצב לשלושה רישומי נוכחות ביממה (ונוכח פיזור שעות ההתייצבות) אינה מקיימת את תנאי המידתיות במובנו "הצר" (היינו מבחן המשנה השלישי של המידתיות) ועל כן מהווה פגיעה בזכות לחירות שאינה עומדת ביחס סביר לתועלת שבחוק. כפי שמציין חברי, שתי מטרות מרכזיות עומדות בבסיס ההקמה של מרכז השהייה: מניעת השתקעותם והשתלבותם של המסתננים בשוק העבודה, ומתן מענה לצרכיהם האנושיים, הכלכליים והחברתיים. בעוד שחברי נמנע מלהביע עמדה בשאלה אם התכלית הראשונה הנזכרת הינה ראויה, הרי סבור הוא כי התכלית השנייה ראויה היא. כמו כן מזכיר חברי את טענת העותרים לפיה התכלית האמיתית של ההסדר שנקבע בפרק ד' לחוק, הינה "לשבור את רוחם" של המסתננים במטרה שיסכימו לעזוב את ישראל מרצונם (המשיבים, מצידם, טענו בתוקף כי זו אינה תכלית החוק). בדומה לחברי, לא אדרש לשאלה אם זו אכן אחת המטרות של החוק. זאת ועוד, חברי בוחן את תנאי המידתיות אך ורק בהתייחס לתכלית שעניינה מניעת השתקעותם של המסתננים. זאת, משום שבעלי הדין לא התייחסו לתנאי המידתיות בקשר עם המטרה שעניינה מתן מענה לצורכי המסתננים. מסכים אני, כי במובן זה צולח ההסדר את שני מבחני המשנה הראשונים של תנאי המידתיות. עם זאת, בדומה לחברי, אף אני סבור כי החובה להתייצב לרישום נוכחות גם בצהריי היום, הופכת מבחינה מעשית את מרכז השהייה למרכז שהוא "כמעט סגור" באופיו. זאת במיוחד נוכח מיקומו של המרכז. מסכים אני עם חברי, ומטעמיו, כי הוראה זו אינה מקיימת יחס מידתי וראוי בין הפגיעה בזכות החוקתית לחירות לבין התועלת הצומחת כפועל יוצא מן הרצון למנוע את השתקעותם של המסתננים ואת השתלבותם בשוק העבודה הישראלי.

28. סיכומי של דבר, ההוראה שבסעיף 32(א) לחוק, הקובעת כי "שוהה יתייצב במרכז שלוש פעמים ביום, במועדים שייקבעו בתקנות לפי סעיף קטן (ד), לצורך רישום נוכחות", פוגעת באופן שאינו מידתי בזכות החוקתית לחירות. כפועל יוצא מהוראה זו נדרש מסתנן השהה במרכז להתייצב לרישום נוכחות אף בשעות הצהריים. חובת ההתייצבות בצהריי היום בנוסף לחובה זו בשעות הבוקר והערב, הופכת את מרכז השהייה לכזה שלא ניתן להגדירו כמרכז שהייה "פתוח" או אף "פתוח למחצה". חובות התייצבות אלו מונעות אפשרות מעשית ופרקטית של יציאה ממרכז השהייה במהלך שעות היום, נוכח מיקומו של המרכז. מטעמים אלה, סבורני כי עלינו להכריז על סעיף

32ח(א) לחוק למניעת הסתננות כהוראת דין שאינה חוקתית, הסותרת את חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו, ועל כן דינה להתבטל.

29. כפי שצינתי, חברי השופט פוגלמן אינו מסתפק בביטול סעיף 32ח(א) לחוק. לדעתו, יש לבטל את כל הוראותיו של פרק ד' לחוק, ובכך לבטל למעשה את ההסדר המקיף שקבע המחוקק לעניין הקמת מרכז שהייה למסתננים. חברי מגיע למסקנה זו לאחר שהוא "מצרף" אל הפגיעה הטמונה בסעיף 32ח(א) לחוק, שלושה אלמנטים המעוררים בעיניו בעייתיות. אלמנטים אלה הינם: היעדר "ביקורת שיפוטית יזומה" לגבי החלטה על העברת מסתנן ממרכז שהייה למשמורת; ניהול המרכז בידי אנשי שב"ס; והיעדר הוראה התוחמת את זמן שהייה במתחם. בהתייחס לאלמנטים אלה, ולא להבלבד, הרי דעתו של חברי היא, ש"לא רק זאת שמקצת מהסדריו של פרק ד' לחוק אינם מידתיים, אלא שהצטברות ההיבטים הלא חוקתיים שבפרק זה מכתימה את ההסדר כולו, והופכת אותו לבלתי מידתי" (פיסקה 187 לחוות דעתו של חברי [ההדגשה הוספה – א' ג']). כל זאת, כזכור, למרות שחברי אינו מוצא פגם בעצם האפשרות להקים מרכז שהייה פתוח למסתננים (כדעתו אף בעתירה הקודמת). אין בידי להסכים לגישה זו של חברי השופט פוגלמן. ראשית, איני סבור כי שלושת האלמנטים הנזכרים מלמדים על בעייתיות בעוצמה עליה הצביע חברי. אולם מעבר לכך, אפילו הייתי מסכים עם חברי כי חלק מההסדרים שנסקרו על ידו אכן מעוררים בעיה חוקתית, עדיין איני מסכים כי "הצטברותם" צריכה לגרור אחריה את ביטול ההסדר החוקי כולו, המאפשר את הקמתו ותפעולו של מרכז שהייה. אעמוד תחילה על שלושת האלמנטים אליהם מתייחס חברי.

30. ההסדר החוקי הראשון אליו מתייחס חברי השופט פוגלמן (מלבד זה הנוגע לשעות ההתייצבות לרישום), עניינו בהוראה שקבע המחוקק ביחס לניהול מרכז שהייה בידי שירות בתי הסוהר וכן לגבי אנשי השירות (פיסקאות 136-146 לחוות דעתו). יודגש, כי ההוראה החוקית המדויקת אליה מפנה חברי, הינה סעיף 32ג לחוק, הקובע כי "הכריז השר לביטחון הפנים על מרכז שהייה ימנה סוהר בכיר לשם ניהול המרכז ותפעולו, שיהיה מנהל המרכז; הנציב ימנה סוהרים שיהיו עובדי המרכז, ובלבד שעברו הכשרה מתאימה כפי שהורה". בסופו של דבר, נמנע חברי מלקבוע כי סעיף 32ג לחוק מקים כשלעצמו פגיעה עצמאית בזכות חוקתית. לדבריו, די בקביעה כי הוראה זו "מעצימה ומחריפה" את הפגיעה בזכויות המסתננים, "ומשליכה על מידתיות ההסדר כולו" (פיסקה 146 לחוות דעתו).

גישתו של חברי נראית לי מוקשית. כפי שציינתי, איני סבור כי יש להורות על בטלות פרק ד' לחוק כולו, בשל "פגיעה מצטברת" בזכויות המסתננים, ולסוגיה זו אדרש בהמשך דבריי. מכל מקום, ניתן להצביע על קשיים לא מבוטלים בבסיס הגישה הרואה בהפעלת מרכז השהייה בידי שירות בתי הסוהר כהסדר אשר מקים, כשלעצמו, פגיעה עצמאית בזכויות המסתננים. סבורני כי יש להיזהר מאמירות גורפות, המטילות ספק ולו במרומז בכישוריהם של אנשי שירות בתי הסוהר ובמידת התאמתם לביצוע התפקידים שהוקנו להם על פי דין. יצוין, כי על מנת לבחון את קיומה של פגיעה כאמור עלינו לשאול את עצמנו מה הייתה מערכת הדינים החלופית, וההיפותטית, אילו שירות בתי הסוהר לא היה מופקד על ניהול מרכז השהייה. לגישתי, אין להתעלם מן הקושי הטמון באפשרות, שהגורם שינהל את מרכז השהייה יהיה גוף פרטי, או גורם אחר שאינו ממשלתי (כגון עמותות או ארגונים). נזכיר, בהקשר זה, כי בפרשת הפרטת בתי הסוהר עמד לבחינה חוקתית ההסדר שקבע כי יוקם בית סוהר שינוהל על ידי גורם פרטי, ולא על ידי המדינה. בית משפט זה קבע, כי ההסדר האמור פוגע בזכות לחירות אישית, בכך שהוא "מכפיף את האסירים לגוף פרטי הפועל ממניעים כלכליים" (שם, בעמ' 612-613 (הנשיאה ד' ביניש)). על רקע דברים אלה, דווקא ניתן להבין את הגישה המעדיפה כי הגורם המתפעל את מרכז השהייה יהיה שירות בתי הסוהר ולא גורם אחר. איני מתעלם מכך שצורת ההתייחסות למסתנן חייבת להיות שונה מן ההתייחסות למי ששוהה בבית האסורים לאחר שהורשע בדין. זאת, ולו מן הטעם שהמסתנן לא הורשע בפלילים, ושהייתו במרכז השהייה באה על רקע היעדר האפשרות להרחיקו מישראל. עם זאת, גם ניהול של מרכז שהייה בידי גורם פרטי מעוררת לפחות את חלק מהבעיות אליהן התייחס בית משפט זה בפרשת הפרטת בתי הסוהר.

31. חברי השופט פוגלמן מצייין, כי התמחותם של אנשי שירות בתי הסוהר אינה בניהול מתקן שהייה פתוח שמאפייניו הם אזרחיים ולא עונשיים. עם זאת, בסעיף 32ג לחוק הבהיר המחוקק כי "הנציב ימנה סוהרים שיהיו עובדי המרכז, ובלבד שעברו הכשרה מתאימה כפי שהורה" [ההדגשה הוספה – א' ג']. רואים אנו, אם כן, כי הסוהרים המשרתים במרכז השהייה אינם "אותם" סוהרים המשרתים בבתי הסוהר ה"רגילים", ובכך לגישתי נמצא מענה לקושי עליו הצביע חברי. ואכן, אף חברי התייחס בדבריו לכך שהסוהרים המשרתים במרכז השהייה עברו הכשרות מתאימות והם אינם לובשים מדי סוהרים אלא בגדים "אזרחיים". ניתן להוסיף ולטעון, כי ראוי שגורם ממשלתי שאינו שירות בתי הסוהר יהיה זה המופקד על ניהול מרכז השהייה, למשל גורמי סעד או בעלי תפקידים אחרים מן השירות הציבורי. אלא שהבחירה בפתרון מעין זה, על פני ההסדר הקיים, מצויה לדעתי, בבירור, בגדר מתחם התימרון של המחוקק. מכל מקום, הסדר כגון דא עשוי לעורר קושי מזווית אחרת. כוונתי היא לכך, שנוכחותם של אנשים

רבים במרוכז במתקן שהייה אחד, עלולה מעצם טבעה לגרור אחריה בעיות מבעיות שונות בפן המשמעתי ובהיבטים נוספים. על כן, לצורך השלטת הסדר במרכזו שהייה, לא יהיה זה מופרך לקבוע שגורמי שירות בתי הסוהר הם המתאימים ביותר למנוע הפרות סדר שונות, לאחר שעברו הכשרה מתאימה המכוונת לטיפול המיוחד באוכלוסיה אזרחית.

הבאתי על קצה המזלג בלבד את עמדתי בכל הסוגיות הנוגעות להפקדת ניהול המרכז בידי שירות בתי הסוהר. זאת, משום שאף חברי השופט פוגלמן אינו קובע כי סעיף 32 לחוק מקים כשלעצמו פגיעה עצמאית בזכות חוקתית. בהמשך דבריי אדרש לשאלה כלום יש בסעיף זה, לצד הסדרים אחרים בחוק, כדי ללמד על פגיעה מצטברת בזכויות המסתננים, באופן המצדיק את ביטול פרק ד' לחוק.

32. עניין נוסף בקשר עם מרכזו שהייה, אליו מתייחס חברי השופט פוגלמן, הינו זה הנוגע לאורך תקופת ההחזקה במרכזו שהייה. חברי מצביע על הקושי הנובע מכך שלא נקבעו בפרק ד' לחוק כל עילות שחרור, ולא נקבעה תקופת שהייה מרבית במרכז. עם זאת, חברי מדגיש, ובצדק, כי מבחינה מעשית אין מדובר בתקופת שהייה שאינה מוגבלת בזמן, שכן פרק ד' לחוק נחקק כהוראת שעה שתוקפה שלוש שנים (ראו סעיף 14 לתיקון מספר 4). מסכים אני עם חברי, כי היעדר עילות שחרור, ואי תחילתה בזמן של תקופת שהייה במשמורת (בכפוף לתוקף הוראת השעה), מקימים פגיעה חוקתית בזכות לחירות. מטבע הדברים, לפגיעה בזכות לחירות קשר הדוק לאורך תקופת החזקתו של אדם, בין אם במתקן משמורת סגור, ובין אם במרכזו שהייה פתוח או פתוח למחצה. יצוין, כי נוכח מסקנתי ביחס לפגיעה בזכות לחירות, אמנע גם הפעם מלהתייחס לאפשרות לראות בהסדר האמור משום פגיעה אף בזכות לכבוד, ולשאלה כלום קיימת פגיעה בזכות לכבוד בשל חוסר הוודאות לעניין מועד השחרור ממרכזו שהייה. יחד עם זאת, איני מסכים עם חברי כי ההסדר הנוכחי אינו צולח, לעת הזו, את תנאי המידתיות. זאת, בשל מספר טעמים מצטברים. הטעם הראשון הוא, שיש לבחון את ההסדר הנוכחי לגבי תקופת שהייה המרבית, בהתחשב במסקנה לפיה יש לבטל את ההסדר הקובע חובת התייצבות בשעות הצהריים. אם תתקבל עמדתי, ונורה על ביטול ההסדר המחייב את השוהים במרכזו להתייצב לרישום נוכחות גם בשעות הצהריים, הרי יהיה בכך כדי להחליש את עוצמת הפגיעה בזכות לחירות הנובעת מאורך תקופת שהייה במרכזו. כמו כן, חובה להתחשב בכך שעל אף שלא נקבעו עילות פרטניות לעניין שחרור ממרכזו שהייה, עדיין אין לומר כי מסתנן שקיבל הוראת שהייה אינו יכול בשום אופן לעזוב את המרכז. על כך ניתן ללמוד מסעיף 32ד(א) לחוק, המסדיר את סמכותו של ממונה ביקורת הגבולות ליתן הוראת שהייה למסתנן. בהוראת שהייה

רשאי הממונה לקבוע עד מתי ישהה המסתנן במרכז. כך נקבע ברישה של סעיף 32כד(א) לחוק:

”מצא ממונה ביקורת הגבולות כי יש קושי בביצוע גירושו של מסתנן, רשאי הוא להורות כי המסתנן ישהה במרכז שהייה עד לגירושו מישראל, עד ליציאתו ממנה או עד למועד אחר שיקבע...”.

רואים אנו, אם כן, כי הממונה על ביקורת הגבולות רשאי לקצוב את תקופת השהייה במרכז “עד למועד אחר שיקבע”, ולא בהכרח עד למועד גירושו של המסתנן מישראל או עד יציאתו ממנה. ודוקו, אפילו כאשר הממונה לא קוצב מראש את תקופת השהייה (“עד למועד אחר שיקבע”), הרי ברור שניתן לפנות אליו לאחר תחילת השהייה, בבקשה כי יקצוב את התקופה. אם הממונה מסרב לעשות כן, כפופה החלטתו לביקורת שיפוטית. על כן, אין ללמוד מהיעדר עילות שחרור פרטניות בחוק, על כך שלא ניתן לקצוב את תקופת השהייה במרכז.

33. הטעם השני המצדיק, לגישתי, את המסקנה כי ההסדר צולח לעת הנוכחית את תנאי פסקת ההגבלה, הינו העובדה שעסקינן בהסדר שנקבע כהוראת שעה שתוקפה שלוש שנים. הלכה פסוקה היא, כי על בית המשפט לנקוט ריסון שיפוטי מוגבר, עת הוא נדרש לבחינת חוקתיותה של הוראת שעה. “לא הרי חוק ‘קבוע’ כהרי חוק ‘זמני’ בבחינת חוקתיות חוק” (עניין המועצה האזורית חוף עזה, בעמ’ 553; וראו עניין עדאלה בעמ’ 450 (המשנה לנשיא (בדימ’) מ’ חשין)). התערבות של בית המשפט בהוראת שעה הינה מרחיקת לכת יותר מהתערבות בחקיקה “רגילה” של הכנסת (ראו, מרדכי קרמניצר ויעל כהן-רימר “האפקט המצטבר של המידתיות: נדבך חדש בבחינה החוקתית הישראלית” המכון הישראלי לדמוקרטיה <http://www.idi.org.il/BreakingNews/Pages/191.aspx> (להלן - קרמניצר וכהן-רימר)). אין ללמוד מדבריי, כמובן, כי הגבלת תוקפו של חוק, כהוראת שעה, צריכה “לחסן” את החוק מפני ביקורת שיפוטית. אולם, כבר נקבע בפסיקתו של בית משפט זה כי “... יתכנו מקרים שבהם יחליט בית-המשפט, על יסוד שיקולים של מדיניות שיפוטית, להתחשב בזמניותו של חוק ‘זמני’ כנימוק למידתיותו, ועל יסוד זה להניח – בלי לפסוק – כי החוק עומד ביתר מבחניה של הביקורת החוקתית” [ההדגשה במקור – א’ ג’] (בג”ץ 24/01 רסלר נ’ כנסת ישראל, פ”ד נו(2) 699, 713-714 (השופט א’ מצא) (2002) והאסמכתאות שם).

34. כפי שציינתי, ביטול חובת ההתייצבות בשעות הצהריים, בצירוף העובדה שעסקינן בהוראת שעה שתוקפה שלוש שנים, מהווים שני נתונים מצטברים המצדיקים

להימנע, בעת הנוכחית, מקביעה כי ההסדר לא צולח את תנאי פסקת ההגבלה. אבהיר, כי לגישתי ההסדר הקיים, אף לאחר ביטול חובת ההתייצבות בצהריים, הינו הסדר גבולי ביותר בכל הנוגע לעמידתו בתנאיה של פסקת ההגבלה, לעניין התקופה של שלוש שנים. על כן, מוכן אני להרחיק לכת ולקבוע כי בנסיבות הקיימות, לא ניתן להחזיק מסתנן במרכז השהייה מעבר לתקופה של שלוש שנים. זאת, בהתאם להסדרים הקבועים היום בפרק ד' לחוק (למשל, לעניין היעדר עילות שחרור), ואף בהנחה כי לא חלה חובת התייצבות לרישום נוכחות בשעות הצהריים. בוודאי שיש לדברים האמורים נפקות אם תישקל האפשרות להאריך את הוראת השעה, בהיעדר שינוי לרעה בנסיבות. מטעמים אלה סבורני, כי ההסדר שנקבע בפרק ד', כהוראת שעה בת שלוש שנים, צולח לעת הזו את מבחניה של פסקת ההגבלה, בכל הקשור למשך תקופת השהייה במרכז.

35. בחוות דעתו מוסיף ומתייחס חברי להסדרים שנקבעו בפרק ד' ביחס לאפשרות להעביר למשמורת מסתנן השהייה במרכז השהייה, או מסתנן שאינו שוהה במרכז השהייה ואשר לא פעל לחידוש רישיון זמני לישיבת ביקור בישראל. חברי עמד בהרחבה על הסדרים אלה בחוות דעתו (פיסקאות 165-167 לחוות דעתו). בסופו של דבר, מתמקד חברי במתכונת הביקורת השיפוטית על ההחלטה להעביר מסתנן למשמורת. כזכור, הגורם המוסמך להורות על העברה למשמורת הינו ממונה ביקורת הגבולות. הממונה רשאי להורות על העברה למשמורת אם מצא כי מסתנן השהייה במרכז עבר עבירה משמעתית מבין אלו המפורטות בחוק. סעיף 32(א) לחוק קובע שורה של עילות שמכווץ רשאי ממונה ביקורת הגבולות להורות בצו על העברתו של מסתנן למשמורת. זאת, לתקופות שיקבע הממונה בצו, ובכפוף לפרקי הזמן שהגדיר המחוקק בסעיף 32(ב) לחוק. פרק הזמן המרבי עומד על שנה, אולם רק לגבי עילות מסוימות, ורק לאחר שכבר ניתנו לגבי המסתנן הקונקרטי צווי העברה למשמורת בשל אותה עילה.

36. חברי השופט פוגלמן גורס, כי עצם האפשרות שהוקנתה לרשות מינהלית להורות על העברתו למשמורת של מסתנן השהייה במרכז, פוגע בעיניו בזכות החוקתית לחירות (פיסקה 168 לחוות דעתו). עוד קובע חברי, כי ההסדר לעניין העברה למשמורת פוגע אף בזכות החוקתית לכבוד, בשל פגיעתו ב"זכות הבת" להליך הוגן. בהקשר זה מתמקד חברי בכך שההחלטה על העברה למשמורת נעשית בידי גורם מינהלי – הוא הממונה על ביקורת הגבולות – ולא על ידי גורם שיפוטי. עוד קובע חברי, כי קיים קושי בכך שלא מתקיים הליך של "ביקורת שיפוטית יזומה" על החלטת הממונה על ביקורת הגבולות, להעביר אדם למשמורת ממרכז השהייה. בהמשך דבריו מבהיר חברי כי היעדרה של ביקורת שיפוטית יזומה מוביל לפגיעה לא מידתית בזכות

להליך הוגן, כזכות בת של הזכות לכבוד האדם. על כן, נמנע חברי מלבחון את תנאיה של פסקת ההגבלה ביחס לפגיעה בזכות לחירות הנובעת מעצם הקניית הסמכות לרשות מינהלית, להורות על העברתו של אדם למשמורת (פיסקה 184 לחוות דעתו).

37. כאמור, בכל הנוגע לביקורת השיפוטית על עצם ההחלטה שעניינה העברה למשמורת, קובע חברי כי לא נקבע בחוק כל הסדר פרטיקולרי של ביקורת שיפוטית יזומה, ודומה כי זהו הקושי המרכזי שמוצא חברי בהסדרים שנסקרו לעיל. לגישתו, הדרך היחידה העומדת להשיג על החלטת הממונה הינה באמצעות ההסדר הכללי המאפשר הגשת עתירה מינהלית על החלטה של רשות מכוח החוק למניעת הסתננות (ראו, סעיף 5(1) ופרט 12(8) לתוספת הראשונה לחוק בתי משפט לענינים מינהליים, התש"ס-2000). ברם, דעתי היא כי קריאה מדוקדקת של סעיפי החוק מובילה למסקנה לפיה מתקיימת גם מתקיימת ביקורת שיפוטית "יזומה" על החלטת העברה למשמורת. על כן, לא מתעוררת כל בעיה חוקתית הנוגעת להיעדרה של ביקורת שיפוטית יזומה. על מנת להבהיר את מסקנתי אין מנוס מלהתמקד במספר הוראות דין שנקבעו בתיקון מספר 4.

38. הוראת הדין הראשונה החשובה לענייננו הינה זו שנקבעה בסעיף 32כ(ח) לחוק. הוראה זו קובעת כך [ההדגשה הוספה – א' ג']:

"(ח) הוראות סעיפים 30ב עד 130 יחולו על מי שהועבר למשמורת לפי סעיף זה, בשינויים המחויבים ובשינוי זה: בסעיף 30ה(1)(א), במקום 'לא יאוחר מעשרה ימים' יקראו 'לא יאוחר משבעה ימים'."

סעיף 32כ(ח) לחוק קובע, איפוא, כי הוראות סעיפים 30ב עד 130 לחוק יחולו אף על מי שהועבר ממרכז השהייה למשמורת, לפי סעיף 32כ לחוק. ההחלה נעשתה בשינויים המחויבים ובשינוי נוסף אליו נידרש בהמשך. סעיפים 30ב עד 130 לחוק, אותם מחיל סעיף 32כ(ח) לחוק על מי שהועבר למשמורת לפי סעיף 32כ, הינם חלק מן ההסדר שעניינו העברת מסתנן למשמורת לתקופה של שנה לכל היותר, הסדר הקבוע בסעיף 30 לחוק. כזכור, סעיף 30א לחוק מסדיר את אפשרות העברתו למשמורת של מסתנן שנכנס לישראל לאחר כניסתו לתוקף של החוק. בהסדר זה דנתי בחלק הראשון של חוות דעתי. סעיף 30ג לחוק, שהוא כאמור אחד הסעיפים המוחלים בשינויים המחויבים מכוח סעיף 32כ(ח), מכונן את המוסד של בית הדין לביקורת משמורת של מסתננים (להלן גם – בית הדין). בהמשך, קובע סעיף 30ד(א) לחוק, אשר אף הוא הוחל על מי שהועבר למשמורת מכוח סעיף 32כ לחוק, את מסגרת סמכויותיו של בית הדין.

כך הוגדרו סמכויותיו של בית הדין לביקורת משמורת על מסתננים בסעיף 30ד(א) לחוק [ההדגשות הוספו – א' ג']:

”(א) בית הדין לביקורת משמורת של מסתננים רשאי –

(1) לאשר את החזקתו של המסתנן במשמורת, ואם אישר כאמור יקבע כי עניינו של המסתנן יובא לפניו לבחינה נוספת בהתקיים תנאים שקבע או בתוך פרק זמן שקבע אשר לא יעלה על 30 ימים;

(2) להורות על שחרורו בערובה של המסתנן בתום פרק זמן שקבע, אם שוכנע כי התקיימו התנאים לשחרור בערובה לפי סעיף 30א(ב) או (ג) ובכפוף לסייגים הקבועים בסעיף 30א(ד);

(3) להורות על שינוי תנאי ערובה שנקבעו לפי סעיף 30א(ה), וכן על חילוט ערובה עקב הפרת תנאי מתנאי השחרור בערובה.”

אזכיר שוב, כי מכוח סעיף 32כ(ח) לחוק, הוחל סעיף 32ד(א) לחוק המצוטט לעיל, בשינויים המחויבים, אף על החלטה להעביר מסתנן ממרכז השהייה למשמורת, בשל העילות המפורטות בסעיף 32כ(א) לחוק.

39. דעתי היא, כי הוראת סעיף 30ד(א) לחוק מסמיכה את בית הדין להפעיל ביקורת שיפוטית מלאה על החלטה שנתקבלה מכוח סעיף 32כ לחוק, להעביר למשמורת שוהה במרכז השהייה. סעיף 30ד(א) קובע כי בית הדין רשאי “לאשר את החזקתו של המסתנן במשמורת...” [ההדגשה שלי – א' ג']. ברור הוא, כי לעניין היקף סמכויותיו של בית הדין, בבואו לבחון אם יש “לאשר את החזקתו של המסתנן במשמורת”, רשאי בית הדין לבדוק האם נפל פגם, מכל סוג, בהחלטתו של הממונה על ביקורת הגבולות להעביר שוהה במרכז למשמורת. באומרי פגם מכל סוג, כוונתי היא, כמובן, גם לשאלה האם אכן התקיימה אחת העילות שמכוחן החליט הממונה להעביר את השוהה במרכז למשמורת. זו לדעתי פרשנותו המתבקשת של סעיף 30ד(א), בעת שמוחל הוא, בשינויים המחויבים, על ההסדר הקבוע בסעיף 32כ לחוק. חובה להוסיף ולציין, כי הביקורת השיפוטית הנערכת על ידי בית הדין, הינה ביקורת שיפוטית יזומה לכל דבר ועניין. המחוקק קבע מפורשות, כי מסתנן שהועבר למשמורת, מכוח החלטה של הממונה על ביקורת הגבולות לפי סעיף 32כ לחוק, יובא לפני בית הדין לא יאוחר משבעה ימים מיום תחילת החזקתו במשמורת (ראו שילוב הסעיפים הבאים: סעיף 32כ(ח) וסעיף 30(ה)(1)(א) לחוק למניעת הסתננות וסעיף 13יד(א) לחוק הכניסה לישראל). אין מדובר בהליך משפטי שהמסתנן שהועבר למשמורת נדרש לזיום בעצמו. ההליך

מתקיים באופן אוטומטי, סמוך לאחר ההעברה למשמורת, ומכוח הוראות הדין המפורשות שקבע המחוקק. עוד נציין, כי סעיף 30ד(א)(1) לחוק מוסיף ומבהיר, כי היה ובית הדין אישר את החזקתו של המסתנן במשמורת, עליו לקבוע "... כי עניינו של המסתנן יובא לפניו לבחינה נוספת בהתקיים תנאים שקבע או בתוך פרק זמן שקבע אשר לא יעלה על 30 ימים". רואים אנו, אם כן, כי המחוקק לא הסתפק בביקורת שיפוטית יזומה מיד לאחר החלטת ההעברה למשמורת. המחוקק הוסיף ודרש, כי תתקיים ביקורת שיפוטית עתית, לפחות כל 30 ימים, כל עוד המסתנן שוהה במשמורת, והכל בלא שעל המסתנן ליזום הליך בעניין. למעלה מכך, סעיף 30ו(א) לחוק קובע עוד, כי החלטת בית הדין לביקורת משמורת של מסתננים "נתונה לערעור לפני בית משפט לעניינים מינהליים". היינו, המחוקק אף הסדיר את האופן בו ניתן להשיג על החלטת בית הדין.

40. הוראות הדין הנזכרות לעיל מובילות למסקנה הפרשנית החד משמעית כי המחוקק קבע מנגנון של ביקורת שיפוטית יזומה על החלטת ממונה, לפי סעיף 32כ לחוק, להעביר שוהה במרכז למשמורת. לכן, איני מסכים עם דבריו של חברי השופט פוגלמן, בפסקה 167 לחוות דעתו, כי "עצם ההחלטה להורות על העברת מסתנן למשמורת אינה כפופה אפוא לביקורת שיפוטית יזומה על ידי גורם שיפוטי או מעין שיפוטי כלשהו, למעט בעילות השחרור המנויות בסעיף 30א(ב) לחוק". ואכן, דומה כי עמדתי הפרשנית הינה אף עמדתם המוצהרת של המשיבים, אשר ציינו בסעיף 247 לתשובתם, כי "... כל החלטה של ממונה ביקורת גבולות שעניינה בהעברת שוהה ממרכז השהייה למשמורת כפופה לביקורתו של בית הדין לביקורת משמורת מסתננים, בהתאם להוראות הרלוונטיות הקבועות בפרק ג". מטעמים אלה כולם, איני סבור כי מתקיימת כל בעיה של "היעדר ביקורת שיפוטית יזומה" או של "היעדר ערובות דיוניות", לגבי החלטה של העברה למשמורת מכוח סעיף 32כ לחוק. זאת, בהתחשב בכך שהמחוקק קבע מנגנון סטטוטורי של ביקורת שיפוטית יזומה על ידי בית הדין, מכוח ההסדרים שנקבעו בסעיף 30ג-30ו לחוק, שהוחלו "בשינויים המחויבים" על החלטה שנתקבלה לפי סעיף 32כ לחוק. קיומה של ביקורת שיפוטית יזומה, במסגרתה רשאי בית הדין "לאשר את החזקתו של המסתנן במשמורת", נותנת מענה לקשיים עליהם הצביע חברי השופט פוגלמן בחוות דעתו. נוכח מסקנה זו, אין כל צורך להידרש לשאלה העקרונית שמעלה חברי, הנוגעת להיקפה של הזכות להליך הוגן, כנגזרת של הזכות החוקתית לכבוד האדם, וביתר פירוט לשאלה האם היעדרה של ביקורת שיפוטית "יזומה" על החלטה של גורם מינהלי, הפוגעת בחירותו של אדם, עשויה להצדיק ביטול חקיקה ראשית של הרשות המחוקקת. אכן, משנקבע בענייננו על ידי המחוקק הסדר של ביקורת שיפוטית יזומה על החלטה של העברה למשמורת לפי סעיף 32כ לחוק, אין

צורך להידרש לעניין מורכב זה, שהתשובה לו אינה ברורה מאליה (ראו למשל הדיון בספרו של פרופ' יצחק זמיר הסמכות המינהלית, כרך א' – המינהל הציבורי 278-280 (מהדורה שנייה, 2010)).

לפני סיכום

41. הדיון עד עתה מלמד כי יש מקום, לדעתי, למתן סעד חוקתי אך ורק לגבי חובת ההתייצבות בשעות הצהריים. חברי השופט פוגלמן הבהיר בדבריו, כי ההסדרים עליהם עמד בחוות דעתו ביחס לפרק ד' לחוק, "אינם ממצים את כל היבטיו של פרק זה המעוררים קשיים חוקתיים" (פיסקה 183 לחוות דעתו). אינני יודע לאילו הסדרים נוספים מכוון חברי בדבריו אלה. די אם אציין, כי העתירה החוקתית התלויה ועומדת להכרעתנו (בג"ץ 8425/13) נוסחה באופן כוללני, תוך התייחסות כללית להוראותיו של פרק ד' לחוק. העותרים ביקשו, למעשה, להורות על ביטול פרק ד' כולו, על רקע טענתם כי עצם שהייתו של מסתנן במרכז שהייה אינה חוקתית. בצדק ציינו המשיבים בתשובתם לעתירה הנ"ל, בהתייחסם אליה, כי "עתירה זו אינה מופנית לתקיפת הוראה פרטנית, כזו או אחרת, בפרק ד' לחוק למניעת הסתננות. היא מופנית לביטול המלא של פרק זה" (סעיף 176 לתשובת המשיבים). אזכיר, כי חברי השופט פוגלמן הבהיר, הן בעתירה הקודמת, הן בהליך דנא, כי לא קיימת מבחינתו בעיה עקרונית עם עצם קיומו של מרכז שהייה פתוח או פתוח למחצה למסתננים. אכן, איני שולל את האפשרות, בלא להביע כל עמדה, כי קיימים קשיים חוקתיים בהסדרים פרטניים שונים שנקבעו בפרק ד' לחוק, שלא נסקרו על ידי חברי בחוות דעתו. אבהיר, כי אפילו קיים קושי חוקתי בהוראת דין מסוימת, עדיין יש לשאול האם ראוי להורות על ביטולה. עם זאת, ביחס להסדרים הפרטניים שנקבעו בפרק ד' לחוק, שלא נסקרו על ידי חברי, לא הונחה לפנינו תשתית משפטית ועובדתית מספקת, על מנת שנוכל לקיים לגביהם ביקורת חוקתית פרטנית במסגרת הדיונית הנוכחית. בהקשר זה חובה עלינו לזכור, כי חזקת החוקתיות הנהוגה עימנו, מחייבת את בית המשפט לצאת מנקודת הנחה פרשנית שחוק של הכנסת לא נועד לפגוע בעקרונות חוקתיים (ראו: בג"ץ 3434/96 הופנונג נ' יושב-ראש הכנסת, פ"ד נ(3) 57, 67-68 (1996) (להלן – עניין הופנונג); עניין צמח, בעמ' 267-269).

42. בהינתן מסקנות אלה, איני סבור כי ראוי להורות על ביטולו הגורף של פרק ד' לחוק למניעת הסתננות, כפי שמציע חברי. לדעתו של חברי, השופט פוגלמן, "[ל]א רק זאת שמקצת מהסדריו של פרק ד' לחוק אינם מידתיים, אלא שהצטברות ההיבטים הלא חוקתיים שבפרק זה מכתימה את ההסדר כולו, והופכת אותו לבלתי מידתי" (פיסקה 187 לחוות דעתו). אלא שבניגוד לחברי, מוצא אני פגם המצדיק סעד חוקתי אך ורק

בהוראה המחייבת את השוהים במרכז השהייה להתייצב בו שלוש פעמים ביום (סעיף 32ח(א) לחוק). על כן, בית משפט זה יכול להורות על סעד חוקתי מתון, המבטל אך ורק הוראה זו. איני מתעלם מכך שבעתירה הקודמת הורינו, בדעת רוב, על ביטול סעיף 30א לחוק כולו (בנוסחו הקודם). ההסדר שנקבע בשעתו בסעיף 30א לחוק איפשר, כזכור, החזקת מסתננים במשמורת לתקופה שלא תעלה על שלוש שנים. בעתירה הקודמת הורינו על ביטולו של סעיף 30א כולו, אף שמצאנו בעייתיות בעיקר בהסדר הקובע כי ממונה ביקורת הגבולות רשאי לשחרר מסתנן בערובה אם חלפו שלוש שנים מיום תחילת החזקתו (סעיף 30א(ג)(3) לחוק בנוסחו הקודם). אלא שכפי שציינה חברתי, השופטת ע' ארבל, בחוות דעתה בעתירה הקודמת (פיסקה 116):

”ביטולה של הוראת סעיף 30א(ג)(3) תיצור חלל שאין ביכולתו של בית המשפט למלא ועניין זה מצוי בתחומה של הכנסת... 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.”

43. בענייננו, לעומת זאת, ניתן גם ניתן להורות על ביטול ההוראה המחייבת כל מסתנן הנמצא במרכז השהייה להתייצב אף בצוהרי היום לרישום נוכחות, בלא שייווצר חלל שאין ביכולתו של בית המשפט למלא. בענייננו, אפשר לבטל את החובה שעניינה התייצבות כאמור (סעיף 32ח(א) לחוק), בלא שהדבר יוביל להשלכות אשר לבית המשפט אין כלים לבוחנן. בענייננו, ההסדר שנחקק לעניין מרכז השהייה, אינו תלוי רובו ככולו בקביעה שחובה על השוהים בו להתייצב לשלושה רישומי נוכחות ביום (סעיף 32ח(א) לחוק). אכן, אין לומר שלא ניתן להפריד בין חלקיו השונים של פרק ד' לחוק למניעת הסתננות, ככל שתתקבל עמדת הגורסת כי פגם חוקתי קיים אך בחובת ההתייצבות לשלושה רישומי נוכחות ביום (סעיף 32ח(א) לחוק). אוסיף, למעלה מן

הצורך, ובלא למצות את הסוגיה, כי העמדה של חברי, לפיה ניתן להורות על ביטול פרק ד' כולו, בשל "הצטברותם" של היבטים לא חוקתיים הטמונים לגישתו בהוראות קונקרטיות שנקבעו בפרק ד' לחוק, מעוררת שאלות חוקתיות נכבדות. עמדתו של חברי מבקשת למעשה ללמוד על קיומו של "אפקט מצטבר" של פגיעות חוקתיות, המצדיקות לגישתו את ביטול ההסדר החוקי כולו. עמדה זו אינה נקייה מקשיים. ודוקו, בבש"פ 8823/07 פלוני נ' מדינת ישראל, פ"ד סג(3) 500 (2010), הובעה הדעה, כי ניתן להורות על ביטול הוראת חוק מסוימת, לא רק בשל פגיעתה, כשלעצמה, בזכות חוקתית מוגנת, אלא אף בשל הבאתם בחשבון של הסדרים חוקיים נוספים, אשר פוגעים בזכויות יסוד "בכמה היבטים, או באופן הדרגתי" (שם, בעמ' 540 (המשנה לנשיאה א' ריבלין)), וראו גם חוות דעתי שם, בעמ' 573-576). עם זאת, באותו מקרה נמתחה ביקורת על הדוקטרינה (ראו בעיקר דבריה של חברתי, השופטת מ' נאור, שם, בעמ' 551-552; ולסקירה מקיפה של הסוגיה ראו, זמר בלונדהיים ונדיב מרדכי "לקראת דוקטרינת אפקט מצטבר: אגרגציה בביקורת שיפוטית חוקתית" משפטים מד 569 (2014); וכן ראו ביקורתם של קרמניצר ורימור-כהן). די אם אומר, בהקשר זה, ובלא למצות את הסוגיה, כי קיים הבדל תהומי בין התוצאה אליה הגיע בית משפט זה בבש"פ 8823/07 לבין התוצאה המוצעת על ידי חברי השופט פוגלמן במקרה הנוכחי. בעוד ששם סברו לפחות חלק מהשופטים (ובהם אני), כי ה"אפקט המצטבר" מצדיק ביטול של הוראת דין ספציפית (בלא לבטל את ההוראות האחרות שנמצאו כבעייתיות בשל "האפקט המצטבר" שהן תרמו לו), הרי בענייננו מבקש חברי לבטל את פרק ד' כולו, בשל הצטברותן של פגיעות קונקרטיות ונקודתיות הטמונות לדעתו בתוך ההסדר עצמו. איני מסכים לעמדה זו של חברי המובילה, לגישתי, לתוצאה מרחיקת לכת. כאמור, בניגוד לעתירה הקודמת איני סבור כי ביטולו של ההסדר המחייב את השוהים במרכז להתייצב בו שלוש פעמים ביום, מחייב את ביטולו של כל פרק ד' לחוק.

44. עד עתה התייחסנו בהרחבה לעתירה החוקתית התלויה ועומדת לפנינו (בג"ץ 8425/13). עם זאת, לפנינו עתירה נוספת שהוגשה בבג"ץ 7385/13 על ידי עמותת "איתן – מדיניות הגירה ישראלית" ותושבים ובעלי נכסים מדרום תל אביב. עתירה זו הוגשה לאחר מתן פסק הדין בעתירה הקודמת, אך טרם חקיקתו של תיקון מספר 4. בעתירה דרשו העותרים כי הרשויות הרלוונטיות ינקטו צעדים להתמודדות עם תופעת ההסתננות. בעקבות חקיקתו של תיקון מספר 4 סמכו העותרים ידיהם על העמדה שהביעו המשיבים ביחס לחוקתיותו של תיקון מספר 4. מצוקתם של תושבי דרום תל אביב ובעלי העסקים שם עמדה, כמובן, לנגד עיניי בעת בחינת התועלת שבתיקון מספר 4, במסגרת התמודדותה של החברה הישראלית עם תופעת המסתננים. טענות העותרים בבג"ץ 7385/13 היוו, במידה מסוימת, מענה לחלק מהטענות שהועלו בעתירה

החוקתית. מכל מקום, משהגעתי למסקנה כי אין מקום להתערבותו של בית המשפט בהסדרים שנקבעו בתיקון מספר 4, מלבד זה הנוגע לחובת ההתייצבות לשלושה רישומי נוכחות ביום, דעתי היא כי העתירה בכג"ץ 7385/13 מיצתה את עצמה ודינה להידחות.

107 דבר

45. ההכרעה בעתירה החוקתית המונחת לפנינו אינה פשוטה. ברקע ההכרעה עלינו לזכור, כי אך לפני שנה התערב בית המשפט בחקיקה ראשית שביקשה ליתן מענה לתופעת ההסתננות. בית המשפט ביטל בעתירה הקודמת את ההסדר החקיקתי שאיפשר החזקה של מסתננים במשמורת לתקופה של שלוש שנים לכל היותר. ככלל ניתן לומר, שבתיקון מספר 4 לחוק הפנימה הכנסת את מרבית הערותיו של בית המשפט שדן בעתירה הקודמת. אכן, תיקון מספר 4 עדיין אינו חף מקשיים. על כן, אף אני הגעתי למסקנה כי יש להכריז על בטלותה של ההוראה הדורשת מן השוהים במרכז להתייצב לרישום נוכחות אף בשעות הצהריים. עם זאת, אסור לנו להתעלם מהשינויים הרבים לטובה שעשתה הכנסת בתיקון מספר 4, עליהם עמדנו בהרחבה. התערבותו של בית המשפט בתיקון מספר 3 הובילה להסדר חקיקתי חדש וטוב יותר. עלינו לזכור, כי תקופת המשמורת בתיקון מספר 4 קוצרה באופן משמעותי משלוש שנים לשנה אחת. התיקון החדש הוציא את הרוב המוחלט של המסתננים שנמצאים היום בישראל, מתחולתו של ההסדר המאפשר החזקה במשמורת (זאת, בשל תחולתו הפרוספקטיבית). אופיו של מרכז השהייה (לפי פרק ד' לחוק) שונה בתכלית מאופי ההחזקה במשמורת (לפי סעיף 30א לחוק). זאת, בין היתר, לאחר ביטול החובה להתייצב לרישום בצהריי היום.

46. מסקנתו של חברי, השופט פוגלמן, הגורס כי יש להורות על ביטול גורף של תיקון מספר 4, הינה מרחיקת לכת. לא אוכל להסכים לה. במקרה דנא על בית המשפט לנקוט זהירות כפולה ומכופלת, שהרי לא ניתן להתעלם מכך שרק לפני שנה התערבנו ב"גלגול הקודם" של החוק שמיועד היה להתמודד עם תופעת המסתננים. ברור שנתון רקע זה אינו אמור למנוע מבית המשפט לערוך ביקורת חוקתית כהלכתה על התיקון החדש. ברם, בוודאי שיש לו משקל לעניין מידת הריסון השיפוטי. על בית המשפט אף ליתן משקל למתחם התימרון הנתון למחוקק, במיוחד כאשר עסקינן בדבר חקיקה בעל אופי כמותי. ככל שמדובר בהסדר המאפשר את החזקתו של מסתנן במשמורת לתקופה של שנה (סעיף 30א לחוק), הרי דעתי היא, כי אין עילה להתערבותו של בית משפט זה בהסדר שקבעה הכנסת. ככל שעסקינן במרכז השהייה למסתננים (פרק ד' לחוק), לא

שוכנעתי מדבריו של חברי, השופט פוגלמן, כי נפל פגם המצדיק סעד חוקתי באילו מן ההסדרים שנקבעו בפרק ד' לחוק. זאת, מלבד ההסדר הקובע חובת התייצבות לשלושה רישומי נוכחות ביום (סעיף 32ח(א) לחוק). כפי שציינתי, ההסדרים האחרים עליהם עמד חברי אינם מצדיקים, לגישתי, סעד חוקתי נוסף. חברי עצמו נמנע מלקבוע כי נגרמה פגיעה חוקתית במסתננים בשל כך שמרכז השהייה מנוהל בידי אנשי שירות בתי הסוהר. חברי עמד בהרחבה על הפגיעה הטמונה, לשיטתו, בכך שתיקון מספר 4 אינו כולל ביקורת שיפוטית יזומה על החלטת העברה למשמורת. כפי שהראיתי, קריאה מדוקדקת של הוראות החוק מלמדת, כי נקבע בו מנגנון של ביקורת שיפוטית יזומה. איני מתעלם מן הבעייתיות הטמונה בכך שלא נקבעו עילות שחרור פרטניות לגבי אלה המצויים במרכז השהייה. עם זאת, יש לזכור כי החלטה המורה על העברתו של מסתנן למרכז השהייה כפופה לביקורת שיפוטית בכל מקרה על בסיס נסיבותיו. אזכיר, כי הממונה על ביקורת הגבולות רשאי לקצוב את תקופת השהייה במרכז "עד למועד אחר שיקבע" (סעיף 42ד(א) לחוק). אבהיר פעם נוספת, כי לגישתי שלי, אין מקום בנסיבות הקיימות להחזיק מסתננים במרכז השהייה לתקופה העולה על שלוש שנים.

47. חברי מדגיש בחוות דעתו, כפי שציין בעתירה הקודמת, כי אין הוא מוצא בעייתיות באפשרות העקרונית להקים מרכז שהייה פתוח או פתוח למחצה למסתננים. היינו, מדבריו ניתן להבין, כי הקמתו של מרכז שהייה פתוח, או פתוח למחצה, הינו כלי לגיטימי בארגז הכלים של הרשות המחוקקת והרשות המבצעת להתמודדות עם תופעת ההסתננות. עם זאת, בסופו של דבר קובע חברי כי יש לבטל את פרק ד' לחוק כולו, בשל "הצטברות" של פגיעות חוקתיות. איני מסכים למהלך זה, שכן לא רק שחלק מהפגיעות אליהן מכוון חברי כלל לא פגיעות הן; ספק רב אם ראוי להורות על ביטול פרק ד' כולו, בשל פגיעות חוקתיות שיכולות לבוא על פתרון בדרך של סעד חוקתי מתון יותר. חוששני, כי גישתו של חברי אינה נותנת את המשקל הראוי לעיקרון הנהוג עימנו מימים ימימה, בדבר ריסון שיפוטי מוגבר בעת התערבות בחקיקה ראשית של הכנסת. שהרי כפי שאמר השופט י' זמיר בעניין מרכז השלטון המקומי (עמ' 496):

"כבוד האדם אינו צריך לדחוק את כבוד החוק".

48. לפיכך, דעתי היא כי יש לדחות את העתירה בבג"ץ 7385/13. אשר לעתירה החוקתית (בג"ץ 8425/13), יש לשיטתי להפוך את הצו-על-תנאי למוחלט אך במובן זה שנכריז על בטלותו של סעיף 32ח(א) לחוק למניעת הסתננות, המחייב שוהה במרכז השהייה להתייצב במרכז "שלוש פעמים ביום" במועדים שנקבעו בתקנות, וזאת לגבי חובת ההתייצבות בצוהרי היום.

על מנת לאפשר לכנסת לקבוע הסדר חדש העומד באמות המידה החוקתיות עליהן עמדתי, ביחס לשעות ההתייצבות, ואילו נשמעה דעתי, הייתי מציע לחברותיי ולחבריי להשעות את הכרזת הבטלות החוקתית ב-150 ימים. במהלך תקופת השעיית הכרזת הבטלות הנ"ל, אין מקום, לגישתי, לחייב את הוהים במרכז להתייצב לרישום נוכחות בשעות הצהריים. על כן, ועל מנת לאפשר לגורמים המוסמכים להיערך לכך, הייתי מציע לחברותיי ולחבריי לקבוע, כי בתוך 15 ימים ממועד מתן פסק דין זה, יש לקרוא את תקנות הנוכחות במרכז כאילו לא נקבעה בהן חובת התייצבות במרכז "בין השעות 13:00 ל-14:30" (תקנה 3(2) לתקנות הנוכחות במרכז).

הערות לאחר סיום

49. לאחר שהפצתי את חוות דעתי הובאו לפניי חוות הדעת של שופטות ושופטי הרוב התומכים בעמדתו של חברי השופט פוגלמן, וכן הדברים הנוספים שכתב חברי השופט פוגלמן בהתייחסו לאמור בחוות דעתי. כפי שמציין חברי השופט פוגלמן, דעותינו נחלקו במספר נקודות מרכזיות. רואה אני חובה להתייחס לדבריו הנוספים של חברי וכן לחלק מדבריהם של חברותיי וחבריי שופטי הרוב.

50. בהתייחסו לחוות דעתי מבהיר חברי השופט פוגלמן כי הפסילה של סעיף 30 לחוק מוצדקת משום שאין מקום להחזיק אדם במשמורת אם לא מתקיים בעניינו הליך גירוש אפקטיבי (לדבריו "אין להורות על החזקה במשמורת של מי שאין צפי להרחקתו, ומקל וחומר לתקופה ארוכה של שנה"). נראה, כי חברי מתכוון למסתננים הנכנסים לישראל ממדינות אשר ישראל מחילה לגביהן את מדיניות "אי ההרחקה" (אלו הן אריתריאה והרפובליקה של סודן). איני מתעלם מן הטעמים העומדים בבסיס גישה עקרונית זו של חברי. עם זאת, קיים לדעתי קושי בסיסי באופן בו מסתמכים חבריי שופטי רוב על הנתונים הנוגעים למספר המסתננים שמדיניות אי-ההרחקה חלה עליהם. חברי השופט פוגלמן מציין, בהקשר זה, כי "[...] בעניינם של מרבית המסתננים ממילא לא יכול להתקיים לעת הזו הליך הרחקה אפקטיבי...". חברתי השופטת א' חיות מוסיפה וקובעת, כי המסתננים שישראל מחילה לגביהם את מדיניות אי ההרחקה הינם "רוב מניינה ובניינה של אוכלוסיית המסתננים בישראל..." (פיסקה 1 לחוות דעתה). אלא שבהפנותם לנתונים אלה, מתעלמים חבריי מכך שתיקון מספר 4 אינו מיועד לחול על כלל אוכלוסיית המסתננים הנמצאים כבר בישראל, אלא רק על אלה שנכנסו וייכנסו לישראל לאחר כניסתו לתוקף של תיקון מספר 4. כזכור, בניגוד להסדר שנקבע בתיקון מספר 3, סעיף 30 לחוק בנוסחו זהיום הוחל באופן פרוטפקטיבי, היינו אך לגבי מי

שנכנס לישראל כמסתנן לאחר כניסתו לתוקף של תיקון מספר 4. כלומר, ההסדר שבסעיף 30א לחוק, אינו חל על מי ששהה בישראל ערב כניסתו לתוקף של תיקון מספר 4. כפי שצויין, מספר המסתננים הכולל שנכנסו לישראל מאז כניסתו לתוקף של תיקון מספר 4 הוא מזערי בהשוואה למספר המסתננים בשנים עברו. אין זה ברור כמה מתוך המסתננים שנכנסו לישראל מאז כניסתו לתוקף של תיקון מספר 4 הם מאריתריאה או מהרפובליקה של סודן, היינו ממדינות לגביהן מוחלת מדיניות אי ההרחקה. זאת, בניגוד בולט לנתונים שעמדו לפני בית המשפט בעתירה הקודמת, בה נבחן תיקון מספר 3, שמיועד היה לחול על כלל אוכלוסיית המסתננים. באותו שלב עמדה בפני בית המשפט תשתית עובדתית ברורה ממנה ניתן היה ללמוד שהרוב המוחלט של המסתננים עליהם יחול ההסדר הם מסתננים שקיים קושי להרחיקם בשל מדיניות אי ההרחקה. עתה, בבוחנו את חוקתיותו של תיקון מספר 4, לא עומדים בפנינו נתונים כאמור. איני מסכים, על כן, עם חברתי השופטת (בדימ') ע' ארבל, המציינת כי "הקביעות בעניין מידתיות ההסדרים נעשות על רקע הנתונים הקיימים בפנינו" [ההדגשה שלי – א' ג']. בפניי בית המשפט לא עומד נתון לגבי התפלגות המסתננים שעליהם יחול תיקון מספר 4 ואשר ישראל מחילה לגביהם את מדיניות אי ההרחקה.

51. אכן, ייתכן בהחלט שאף ההסדר החדש ילכוד ברשתו מסתננים ממדינות שלגביהן מחילה ישראל את מדיניות אי ההרחקה. האם בשל השערה זו, כאשר בפני בית משפט זה לא עומד נתון עובדתי המלמד על התפלגות המסתננים "החדשים" לפי מדינות מוצא, מוצדק לבטל חקיקה ראשית של הכנסת ולהורות כבר עתה על ביטול סעיף 30א לחוק כולו? דעתי היא כי יש להשיב על שאלה זו בשלילה. כל זאת, כאשר ברקע הדברים יודעים אנו בוודאות כי בתקופה האחרונה חל שינוי דרמטי בהיקף כניסת המסתננים לישראל, וכי מעת כניסתו לתוקף של תיקון מספר 4 נכנסו לישראל מעט מאוד מסתננים בהשוואה לעבר. וכל זאת, כאשר אין לנו יסוד מבוסס להניח כי התפלגות המסתננים (לפי מדינת מוצא) שייכנסו לישראל בעתיד, תהא זהה להתפלגות המסתננים שנכנסו לישראל (לפי מדינת מוצא) לפני כניסתו לתוקף של תיקון מספר 4. חברותיי וחבריי שופטי הרוב אינם מתמודדים עם קושי זה.

52. אפילו הייתי מוכן להניח כי ההתפלגות של המסתננים שנכנסו וייכנסו לאחר תיקון מספר 4 (לפי מדינת מוצא), תהא זהה או דומה לזו שלפני כניסתו לתוקף של התיקון, הרי שעדיין אין בכך כדי להצדיק את ביטולו של סעיף 30א לחוק, ואסביר. אכן, כ-90% מכלל המסתננים השוהים היום בישראל הם ממדינות אשר חלה לגביהן מדיניות אי-ההרחקה: הרפובליקה של סודן ואריתריאה. אולם מה לגבי ה-10% הנותרים, שלא הגיעו לישראל ממדינות אלה? מדוע מוצדק לבטל גם לגביהם את

הוראת סעיף 30 לחוק? מדוע לא ניתן (אף אם הולכים בדרכם של חבריי) לפרש את החוק באופן המחייב, מחד גיסא, את שחרור המסתננים שחלה לגביהם מדיניות אי-ההרחקה, אך מאפשר, מאידך גיסא, את החזקת המסתננים שמדיניות אי-ההרחקה אינה רלוונטית לגביהם ושמתיקיים לגביהם הליך הרחקה אפקטיבי? חבריי אינם נותנים מענה לשאלות אלו. למעשה, בבסיס השאלות הנזכרות עומדת שאלה עקרונית בסיסית: מדוע חבריי בוחרים אפילו לשיטתם שלהם, שלא ליתן להוראות החוק פרשנות סבירה, המחריגה את המסתננים שלא ניתן להרחיקם מתחולתו של סעיף 30א, תחת המהלך הדרסטי של ביטול חקיקה ראשית של הכנסת? הרי הלכה ותיקה ומושרשת עימנו היא כי על בית המשפט לעשות כל מאמץ פרשני לגיטימי ליתן להוראת חוק פרשנות סבירה, תחת פסילה חוקתית שלה. זו, בתמצית, חזקת החוקתיות עליה עמד השופט מ' חשין באלו הדברים:

"ואולם, כפי שלמדנו ושנינו, עד שנדרש לטענת בטלותו של חוק, שומה עלינו, בראש ובראשונה, לפרש את החוק כלשונו וכתכליתו; להוסיף ולקבוע את תחומי פרישתו, ואגב פרשנות זו הוטל עלינו הנטל לעשות כמיטבנו ולנסות להשלים בין הוראות החוק לבין הוראות חוק היסוד". (בג"ץ 9098/01 גניס נ' מדינת ישראל, פ"ד נט(4) 241, 257-258 (2004) [ההדגשות הוספו – א' ג']).

ובאופן דומה ציינה הנשיאה ד' ביניש בפרשת חוק כליאתם של לוחמים בלתי

חוקיים, כי:

"... בשיטתנו המשפטית קיימת חזקה שלפיה יש לייחס למחוקק מודעות לתוכנם ולהשלכותיהם של חוקי היסוד על כל חוק הנחקק לאחריהם. בהתאם לחזקה זו, נבחנת הוראת חוק תוך כדי ניסיון לפרשה כך שתהלוך את ההגנה שפורש חוק היסוד על זכויות האדם..." (שם, בעמ' 351).

ואכן, בית משפט זה חזר וקבע, פעם אחר פעם, כי עדיפה פרשנות סבירה של חוק על פני ההכרעה בשאלת חוקתיותו (ראו והשוו, עניין הופנונג, בעמוד 66-67; בג"ץ 4562/92 זנדברג נ' רשות השידור, פ"ד נ(2) 793, 814 (1996); בג"ץ 3267/97 רובינשטיין נ' שר הביטחון, פ"ד נב(5) 481, 524 (הנשיא א' ברק) (1998); בג"ץ 5113/12 פרידמן נ' כנסת ישראל, פסקה 5 לחוות דעתה של השופטת ע' ארבל, וחוות דעתו של השופט ע' פוגלמן (7.8.2012)). מדוע, אם כן, בוחרים חבריי לבטל את סעיף 30א לחוק, במקום לפרשו באופן סביר, תוך מתן מענה לקושי החוקתי עליו הם הצביעו? יצוין, כי פתרון המעניק פרשנות סבירה לחוק העוסק בתקופת החזקה, תחת ביטולו של החוק, ננקט על ידי בית המשפט העליון בארצות הברית בעניין *Zadvydas v.*

(2001) 533 U.S. 678, 701, Davis, המאוזכר על ידי חברי השופט פוגלמן בפיסקה 74 לחוות דעתו. באותו מקרה נדרש בית המשפט העליון בארצות הברית לחוק שאיפשר, על פי לשונו, החזקה של שוהים בלתי חוקיים במשמורת לתקופה שאינה מוגבלת בזמן. דעת הרוב באותה פרשה עמדה על הקשיים החוקתיים המשמעותיים הטמונים בתקופת החזקה של מסתננים שאינה מוגבלת בזמן (שם, בעמ' 690: "A statute permitting indefinite detention of an alien would raise a serious constitutional problem"). אלא שתחת ביטול החוק, קבע בית המשפט העליון בארצות הברית, בדעת רוב, כי יש לפרשו באופן העולה בקנה אחד עם אמות המידה החוקתיות (שם, בעמ' 696-697). על כן, קבע בית המשפט העליון (מפי השופט Breyer) כי אפשר להחזיק שוהה בלתי חוקי במשמורת רק לפרק זמן סביר הנחוץ לגירושו. בהקשר זה נקבעה חזקה לפיה פרק זמן של שישה חודשים הוא סביר, ולאחר מכן יש לשחרר את השוהה ממשמורת אם אין הסתברות ממשיה לגירושו בעתיד (שם, בעמ' 701). הנקודה החשובה לענייננו הינה, כי בחוק הרלוונטי שנבחן על ידי בית המשפט העליון בארצות הברית לא היה זכר לתקופת הזמן של שישה חודשים. במילים אחרות, הרף של שישה חודשים שנקבע שם, כרף שאינו קשיח, היה תוצר של פרשנות שיפוטית. פיתרון זה הועדף על פני ביטולו הגורף של החוק (וראו הביקורת של שופט המיעוט Kennedy, אשר טען כי שופטי הרוב "המציאו" את הרף של שישה חודשים ("The 6-month period invented by the Court..."), שם בעמ' 708).

ודוקו, בעתירה הקודמת נמנית עם שופטי הרוב שסברו כי יש להורות על ביטולו הגורף של סעיף 30א לחוק. אולם, סעיף 30א בנוסחו דאז איפשר תקופת החזקה במשמורת של שלוש שנים. עתה, מאפשר סעיף 30א לחוק תקופת החזקה של שנה. להשקפתי, תקופת החזקה במשמורת של שלוש שנים אינה צולחת את המבחנים החוקתיים, בין אם מדובר במסתנן שקיים קושי להרחיקו, ובין אם מדובר במסתנן שלא קיים לגביו קושי כאמור. שונים הם פני הדברים לגבי תקופת החזקה של שנה.

53. אוסיף, כי מדבריו של חברי השופט פוגלמן בהתייחסו לחוות דעתי, עולה כי החוק הנוכחי, ככל שמדובר בהחזקה במשמורת לתקופה של שנה אחת, היה פסול בעיניו אפילו היה מדובר בתקופת החזקה של שבועות בודדים או אף מספר ימים. מגישתו עולה, כי כל תקופת החזקה עלולה "להימצא בלתי חוקתית – הכל כתלות בשאלת קיומו של הליך הרחקה אפקטיבי בעניינו של המוחזק". להשקפתו של חברי, כפי שזו עולה מן התוספת לחוות דעתו, הרי שאין לאפשר כל החזקה במשמורת "של מי שאין צפי להרחקתו". עמדה נחרצת זו אינה מתיישבת עם אמירות שונות של חברי, מהן ניתן היה ללמוד, אף אם במשתמע, כי תקופת משמורת קצרה יותר משנה יכולה

הייתה לצלוח את המבחן החוקתי (ראו בעיקר פסקאות 78 ו-79 לחוות דעתו). זאת, אף בהינתן הקושי הטמון בהיעדר צפי להרחקת המסתננים שהגיעו לישראל ממדינות שחלה עליהן מדיניות אי ההרחקה. זאת ועוד, חברי הציג סקירה של הסדרים שנקבעו במדינות אחרות. כפי שהדגיש חברי, הסדרים אלה עניינם גם באורך תקופת המשמורת של שוהים בלתי חוקיים שלא ניתן להרחיקם מטעמים שאינם קשורים בהם (פיסקה 72 לחוות דעתו של חברי, הדגשה שלי – א' ג'). לשם הדוגמה אפנה פעם נוספת לדין האמריקאי (וכך כתב חברי השופט פוגלמן בהתייחס לדין החל שם, בפיסקה 74 לחוות דעתו: "...בהיעדר טעמים לסתור, יש לשחרר שוהים בלתי חוקיים ממשמורת לאחר שישה חודשים אם אין סבירות שניתן יהיה לממש את צו הגירוש שהוצא בעניינם בעתיד הקרוב" [ההדגשה במקור – א' ג']). רואים אנו, אם כן, כי מסקירתו של חברי עולה שבמדינות שונות ניתן להשאיר מסתננים במשמורת, לתקופה כזו או אחרת, אפילו לא מתקיים לגביהם הליך הרחקה אפקטיבי (וראו גם סקירתו של חברי השופט נ' הנדל בפיסקה 7 לחוות דעתו בעתירה הקודמת). נשאלת, איפוא, השאלה מדוע הציג חברי סקירה "כמותית" והשוואתית זו, אף שעתה אפשר ללמוד מדבריו כי אין מקום להורות כלל על החזקה במשמורת! ?

חברי מציין כי ייתכן שבעתיד תתעורר שאלה כמותית בדבר משך החזקה המרבי במשמורת של מסתננים. אולם, לא שוכנעתי מדבריו כי לא מתעוררת בעתירה דנא שאלה חוקתית בעלת אופי "כמותי". אמירות שונות של חברי ושל שופטי הרוב מלמדות כי ההיבט הכמותי שיחק תפקיד בהכרעה החוקתית בהליכים דנא (ראו גם למשל דברי חברתי השופטת (בדימ') ע' ארבל בפיסקאות 4 ו-6 לחוות דעתה). כפי שצינתי בחוות דעתי, אופייה ה"כמותי" של השאלה החוקתית חייב להשפיע על היקף מרחב התמרון שיש להותיר בידי המחוקק.

54. קראתי בנוסף את הדברים שכתב חברי השופט פוגלמן בתגובה לעמדתי לגבי פרק ד' לחוק שעניינו הקמת מרכז השהייה למסתננים. אבקש להתייחס לשתי נקודות העולות מדבריו של חברי. ראשית, חברי מבסס את מסקנתו החוקתית גם על כך שלא נקבעו בחוק עילות שחרור ממרכז השהייה. בחוות דעתי ציינתי (פיסקה 32), כי מכוח סעיף 32כד(א) לחוק רשאי הממונה על ביקורת הגבולות לקצוב את תקופת השהייה במרכז. על כן, ברור שאין זה נכון לומר כי לא קיימת כל אפשרות לצאת ממרכז השהייה לאחר הכניסה אליו. מכל מקום, דעתי היא, כי העובדה שלא נקבעו בחוק עילות שחרור פרטניות, יכולה ללמד - תוך פרשנות מרחיבה לסעיף 32כד(א) לחוק - כי המחוקק לא הגביל את שיקול דעתו של הממונה לקצוב את תקופת שהייתו של מסתנן במרכז השהייה, כלומר כי ניתן לממונה שיקול דעת רחב בהקשר זה לשקול את כל

השיקולים הצריכים לעניין. במילים אחרות, דווקא קביעת עילות שחרור פרטניות בחוק, פתרון שחברי קובע כי הוא ראוי מזה שנבחר על ידי המחוקק, עשוי היה לצמצם את שיקול דעתו של הממונה בכל הנוגע לקציבת תקופת השהייה במרכז לגבי מסתנן או לגבי קבוצה של מסתננים שהועברו למרכז על רקע נסיבות דומות. אכן, צודק חברי בקביעתו כי קציבת השהייה אינה מתחייבת מהוראות החוק. אולם, הקציבה אפשרית, והיא מעוגנת בהוראות הדין באופן מפורש. כמו כן, ברור שגם שיקול דעתו של הממונה כפוף לביקורת שיפוטית. בפסיקותיו, במסגרת הפעלת הביקורת השיפוטית, יכול היה בית המשפט להתוות את השיקולים השונים שעל הממונה לשקול בעת קציבת תקופת השהייה. תחת הבחירה בפתרון פרשני סביר זה, בוחרים חבריי שופטי הרוב לבטל את החוק כולו.

55. בתוספת לחוות דעתו מוסיף חברי השופט פוגלמן ומתייחס לשאלת קיומה של "ביקורת שיפוטית יזומה" על החלטה של הממונה בדבר העברה למשמורת מכוח סעיף 32 לחוק. כשלעצמי, הסוגיה הפרשנית המלמדת על קיומה של ביקורת שיפוטית יזומה אינה מעוררת מורכבות מיוחדת, ועל כן התייחסתי לנושא בקיצור בחוות דעתי. אזכיר, כי בחוות דעתו אמר חברי כי לשיטתו כלל לא מתקיימת ביקורת שיפוטית יזומה על החלטת העברה למשמורת מכוח סעיף 32 לחוק (ראו פסקאות 182 ו-184 לחוות דעתו). אלא שכפי שצינתי בחוות דעתי, לשיטתי קיימת ביקורת שיפוטית יזומה על החלטה שנתקבלה מכוח סעיף 32 לחוק. ודוק, קיומה של ביקורת שיפוטית יזומה עולה בבירור אף מדברי ההסבר לסעיף 30 לחוק (שנחקק בתיקון מספר 3 ולא בוטל בעתירה הקודמת) [ההדגשות שלי – א' ג']:

"...לעניין הבאה לפני בית הדין, יובא מסתנן לביקורת שיפוטית... ביקורת שיפוטית יזומה זו נועדה להבטיח כי תיערך ביקורת באשר להחזקה במשמורת גם למי שלא פנה מיוזמתו לבית הדין או לבית המשפט..." (דברי ההסבר להצעת החוק למניעת הסתננות (עבירות ושיפוט) (תיקון מס' 3 והוראת שעה), התשע"א-2011, ה"ח 577, בעמ' 599).

דומה, אם כן, כי המחלוקת האמיתית בין חברי לביני אינה נוגעת למעשה לשאלת עצם קיומה של ביקורת שיפוטית יזומה אלא לסוגיה פרשנית שעניינה היקף סמכויותיו של בית הדין המפעיל ביקורת שיפוטית יזומה. כאמור, ההוראה הרלוונטית לענייננו היא זו שנקבעה בסעיף 30(א) לחוק, המסמיכה את בית הדין "לאשר את החזקתו של מסתנן במשמורת...". חברי אינו חולק על כך שלהוראה זו תחולה בשני תרחישים: התרחיש הראשון הוא כאשר עסקינן במי שהסתנן לישראל לאחר כניסתו

לתוקף של תיקון מספר 4, והועבר למשמורת מיד לאחר כניסתו לישראל, לתקופה שלא עולה על שנה, מכוח סעיף 30א לחוק (בכפוף לחריגים שנקבעו בחוק). התרחיש השני רלוונטי כאשר מדובר במי שהועבר למשמורת מכוח החלטת ממונה לפי סעיף 32כ לחוק.

56. מדבריו של חברי השופט פוגלמן בתוספת לחוות דעתו עולה, כי בית הדין מוסמך בשני המקרים לבחון אך אם התקיימו אחת מן העילות הקבועות בחוק, המאפשרות שחרור מטעמים הומניטריים. אולם, דעתי היא, כי בית הדין רשאי לבחון בשני התרחישים גם אם נפל פגם בעצם הסיבה שבגינה הועבר המסתנן למשמורת. כאמור, בתרחיש הראשון השאלה הינה האם מתקיימת כלל העילה להשמה במשמורת, היינו האם האדם שהובא למשמורת הינו "מסתנן" (טענות מסוג זה אכן הועלו בעבר; ראו והשוו, עע"ם 4326/13 הלהלו נ' משרד הפנים, פסקה 3 (9.7.2013)). אם בית הדין מצא שהמוחזק במשמורת אכן אינו "מסתנן" במשמעות החוק, האם רשאי הוא שלא לאשר את החזקתו במשמורת? להשקפתי, יש להשיב בחיוב אף על שאלה זו. זאת, אם מתחשבים בהוראתו הברורה של סעיף 30ד(א)(1) לחוק. הוא הדין לעניין התרחיש השני, שעניינו העברה למשמורת מכוח סעיף 32כ לחוק. דעתי היא כי גם במקרה כזה מוסמך בית הדין לבחון אם התקיימה כלל העילה שבגינה הועבר המסתנן, מלכתחילה, למשמורת. כך למשל, נניח כי שוהה במרכז השהייה הועבר למשמורת לאחר שהממונה הגיע למסקנה כי התקיימה העילה לפיה השוהה "גרם חבלה לגוף" (סעיף 32כ(א)(4) לחוק). השוהה שהועבר למשמורת מובא בפני בית הדין באופן "יזום" לא יאוחר משבעה ימים לאחר העברתו למשמורת (סעיף 32כ(ח) לחוק). במקרה כגון דא רשאי השוהה, לדעתי, לטעון כי לא התקיימה כלל, מלכתחילה, עילת ההעברה, היינו כי שגה הממונה משקבע כי הוא "גרם חבלה לגוף". אם בית הדין מצא לקבל טענה זו, בוודאי שהוא רשאי שלא לאשר את המשך החזקתו במשמורת. כך עולה בבירור מסעיף 30ד(א)(1) לחוק.

57. בהתחשב בדברים האמורים, אין זה נכון לדעתי לפרש את סעיף 30ד(א) לחוק באופן מצמצם, המונע מבית הדין לברר אם התקיימה העילה שבגינה ניתן להעביר אדם למשמורת מלכתחילה. אוסיף, כי מסקנתו הפרשנית של חברי אינה מתיישבת לדעתי עם לשונו הברורה של החוק. סעיף 30ד(א)(1) לחוק קובע, כי בית הדין רשאי "לאשר את החזקתו של המסתנן במשמורת, ואם אישר כאמור יקבע כי עניינו של המסתנן יובא לפניו לבחינה נוספת..." [ההדגשה הוספה – א' ג']. השימוש בדיבור "ואם אישר כאמור..." מלמדנו כי המחוקק סבר שבית הדין רשאי אף שלא לאשר את החזקה במשמורת. אזכיר, כי סעיף 30ד(א)(2) לחוק מעגן את סמכות בית הדין לשחרר אדם

ממשמורת בהתקיים אחת מן העילות ההומניטריות. מכאן, שהסמכות ל"אי אישור" ההחזקה במשמורת אינה מתייחסת אך ורק לעילות השחרור ההומניטריות. דומה, כי קיים הבדל שאינו סמנטי גרידא בין החלטה על שחרור מטעם הומניטרי, לבין החלטה שלא לאשר החזקה במשמורת. אם נכונה גישתו של חברי לפיה בית הדין רשאי להורות אך על שחרור ממשמורת מטעמים הומניטריים מכוח סעיף 30ד(א)(2) לחוק, מתעוררת השאלה מדוע לא הסתפק המחוקק בהוראה זו, ומדוע כלל היקנה לבית הדין את הסמכות הנתונה לו בסעיף 30ד(א)(1) לחוק, לאשר או לא לאשר את החזקתו של המסתנן. לפי גישתו של חברי, אין להוראה זו כל משמעות. אוסיף, כי בניגוד לדבריו של חברי, פרשנותי להוראות הדין הרלוונטיות לעניין ביקורת שיפוטית יזומה מתיישבת עם העמדה שהציגה המדינה בפני בית משפט זה, ובהקשר זה אין לי אלא להפנות לטענת המדינה שצוטטה בפיסקה 40 לחוות דעתי.

58. מכל מקום, וכאן למעשה העיקר, גם בכל הנוגע לשאלת קיומה של ביקורת שיפוטית יזומה, ולעניין היקף סמכויותיו של בית הדין, בוחר חברי השופט פוגלמן לתת פרשנות מסוימת ומצמצמת להוראות החוק ולאור אותה פרשנות מגיע הוא למסקנה כי ההוראות אינן חוקתיות. עם זאת, קיימת אפשרות פרשנית אחרת, מרחיבה יותר. לנוכח פרשנות זו, המקובלת עליי, ובהתחשב בחזקת החוקתיות (ראו פסקה 52 לעיל), הרי שאין צורך להגיע לבחינה חוקתית. אין זה ברור מדוע חברי מעדיף במצב דברים זה את הפרשנות המצמצמת דווקא. מדוע לעשות שימוש בנשק בלתי קונבנציונלי – ביטולה של הוראת חוק – שעה שניתן לעשות שימוש בנשק קונבנציונלי – פירוש של החוק – ולהגיע למעשה בדרך זו לאותה תוצאה?!

59. אוסיף, לפני סיום, כי בהתייחסו לחוות דעתי גורס חברי כי די בהיעדר תחימה של משך השהייה במרכז השהייה ובחסרונו של עילות השחרור ממרכז השהייה כדי להוביל למסקנה שיש להכריז על בטלות פרק ד' כולו. כשלעצמי, מתקשה אני ליישב דברים אלה עם הדברים שכתב חברי בחוות דעתו, בהם חזר ואמר כי הצטברות ההיבטים הבעייתיים של החוק היא זו שמצדיקה את ביטול פרק ד' (ראו בהקשר זה פסקאות 100 ו-194 לחוות דעתו של חברי). חברי אף התייחס, בהקשר זה, לסוגיות אשר מוכן הוא היה להניח כי עומדות כשלעצמן במבחני הביקורת השיפוטית. הכוונה היא לדיון שערך חברי בנוגע להפקדת ניהול מרכז השהייה בידי שירות בתי הסוהר (אשר אך "מעצימה" לגישת חברי את הפגיעה בזכויות המסתננים, כאמור בפסקאות 138 ו-146 לחוות דעתו). על כן, בהחלט ניתן לומר כי חברי משתמש במקרה דנא בדוקטרינה של "אפקט מצטבר", ומרחיק לכת הרבה מעבר לאופן בו זו יושמה בפסיקה. בסופו של דבר, חברי חוזר וקובע כי אין פסול עקרוני בעצם הקמתו של מרכז שהייה (פיסקה 97

לחוות דעתו). קשה להשקפתי לגשר על הפער בין עמדה זו של חברי לבין הסעד החוקתי הגורף המוצע על ידו: בטלותו של פרק ד' לחוק כולו.

60. סוף דבר: אילו דעתי הייתה נשמעת היינו קובעים כמפורט בפיסקה 48 לעיל.

ה נ ש י א

המשנה לנשיא מ' נאור:

אני מסכימה לחוות-דעתו של חברי, השופט ע' פוגלמן. גם לדעתי אין מנוס מלבטל את סעיף 30א ואת פרק ד', שנתקבלו במסגרת החוק למניעת הסתננות (תיקון מס' 4), התשע"ד-2013 (להלן: החוק).

1. סעיף 30א לחוק מסמיך את הממונה על ביקורת הגבולות, בין היתר, להחזיק מסתננים במשמורת לפרק זמן מירבי של שנה. בעניין זה, מקובלת עליי עמדתו של חברי השופט ע' פוגלמן, שלפיה בחינת ההסדר הקבוע בסעיף 30א אינה מתמצה בשאלה מהו פרק הזמן המירבי להחזקה במשמורת אשר נחשב לחוקתי. חוקתיותו של הסדר זה תלויה גם בשאלה אם מותרת החזקה במשמורת של מי שלא מתקיים בעניינו הליך גירוש אפקטיבי. זו הייתה עמדתנו בבג"ץ 7146/12 אדמ נ' הכנסת (16.9.2013) (להלן: עניין אדמ), שבו נדונה חוקתיותו של ההסדר העומד לבחינתנו, בנוסחו הקודם. חברתי השופטת ע' ארבל עמדה שם על כך שהחזקה במשמורת אינה יכולה להיות שרירותית, וכי צריכה להיות לה תכלית כדוגמת קידום הליכי גירוש של העצור מן הארץ. עוד עמדה חברתי על הקושי הרב הטמון בהחזקה במשמורת שתכליתה העיקרית היא הרתעה והביעה ספק אם תכלית זו ראויה (שם, פסקות 90-93; וראו גם שם, פסקות 17-19 לפסק-דינו של חברי השופט ע' פוגלמן). גם חברי השופט ע' פוגלמן עמד בעניין אדמ על כך שסמכות המעצר כלפי שוהים שלא כדין אינה מוסיפה לעמוד אם לא מתקיים הליך הרחקה אפקטיבי (שם, פסקות 33-37). בדומה לחברי, ציינתי בעניין אדמ כי עקרון מושרש בפסיקתנו הוא כי "... לא ניתן להחזיק אדם במעצר אם לא ניתן לגרשו תוך זמן מסוים" וכי "... תוקפו של מעצר מכוח צו גירוש אינו מוסיף לעמוד אם לא מתקיים הליך הרחקה אפקטיבי" (שם, פסקה 2; ראו גם: בג"ץ 4702/94 אל טאיי נ' שר הפנים, פ"ד מט(3) 843, 848 (1995)). על רקע זה, מסקנתנו הייתה כי הוראות סעיף 30א בנוסחן הקודם אינן חוקתיות.

2. אף שהתקופה הקצובה כיום קצרה בצורה משמעותית, ההסדר הקבוע בסעיף 30א לחוק בנוסחו הנוכחי לוקה לדעתי באותו פגם שבו לקה החוק בנוסחו הקודם. כפי שציין חברי השופט ע' פוגלמן, קיים פער בין הוראות ההסדר הקבוע בסעיף 30א לחוק לבין התכלית המוצהרת להחזקה במשמורת – זיהוי המסתנן וגיבוש אפיקי יציאה מן הארץ לגביו (וראו את הפירוט בפסקות 54-55 לחוות-דעתו). ההסדר בנוסחו הקיים מאפשר החזקת אדם במשמורת במשך שנה, גם אם הוא אינו בר-הרחקה. החזקה במשמורת, היא אורכה אשר יהא, אינה יכולה להיות ללא תכלית לגיטימית. הרתעה כללית כשלעצמה אינה תכלית לגיטימית – אף אם תחולתה היא פרוספקטיבית. פגיעה בחירות בדרך של החזקה במשמורת יכולה לשמש פתרון קצר-טווח לשם זיהוי המסתנן, לשם ברור מעמדו ובמידת הצורך, לשם מיצוי הליכים אפקטיביים לגירושו (ככל שקיימים). בהתחשב במכלול הדברים שהוזכרו לעיל, החזקה במשמורת לפרק זמן מירבי של שנה אינה צולחת את מבחני המידתיות (בהקשר זה ראו את ההסדרים המקובלים במדינות שונות בעולם בתחום זה, כמפורט בפסקות 73-77 לחוות-דעתו של חברי השופט ע' פוגלמן; כן השוו להסדר הקבוע בסעיפים 30א(ב)(5) ו-30א(ב)(6) לחוק, המאפשר לממונה לשחרר בערובה מסתנן שלא החל טיפול בבקשתו לאשרה בתוך 3 חודשים, או שלא ניתנה החלטה בבקשתו לקבלת אשרה בתוך 6 חודשים).

3. מסקנתי היא שההסדר הקבוע בסעיף 30א לחוק אינו חוקתי. משמעות קביעה זו היא כי יש לפסול את סעיף 30א לחוק, וזאת אף על פי שלפני שנה בלבד פסל בית משפט זה תיקון קודם של החוק הרלוונטי. תוצאה זו מחויבת, לנוכח הפגמים החוקתיים שנפלו בחוק. כפי שציין חברי השופט ע' פוגלמן (בפסקה 212 לחוות-דעתו): "לא ברצון עשינו זאת; מכוח חובתנו עשינו זאת". בין הרשות המחוקקת לבין הרשות השופטת מתקיים דיאלוג חוקתי: הכנסת מחוקקת חוק, התואם לדעתה את המבחנים החוקתיים; בית המשפט מעביר את החוק תחת שרביט הביקורת החוקתית. לעיתים, לאחר הבחינה, מגיע בית המשפט למסקנה שהחוק או חלקו אינם חוקתיים. הדיאלוג אינו מתמצה בכך: במידת הצורך, הכנסת מחוקקת מחדש (ראו: אהרן ברק שופט בחברה דמוקרטית 383-384 (2004)). עם זאת, לאחר שבית המשפט מצא כי דבר חקיקה הוא בלתי חוקתי, אל לרשות המחוקקת לחזור ולחוקק אותו בלא כל שינוי, או בשינוי שאין בו כדי לפתור את הסתירה עם חוקי היסוד, אשר עליה הצביע בית המשפט; שכן חקיקה שכזו "יש בה פגיעה בחוקי היסוד עצמם" (שם, עמוד 388). בחוק העומד עתה לבחינתנו לא תיקנה הכנסת את הפגם שעליו הצבענו בפניה. על כן, עם כל אי הנחת בפסילת חלק מחוק בשנית תוך זמן קצר – איני רואה מנוס אלא לבטל גם הסדר זה, הלוקה באותו פגם עצמו, שבו לקה כאמור ההסדר הקודם.

4. אשר לפרק ד' לחוק, שעניינו הקמת מרכז שהייה: מדובר בהסדר שלא היה קיים בחוק הקודם. חבריי הנשיא א' גרוניס והשופט ע' פוגלמן מסכימים כי סעיף 32 לחוק, הקובע את חובת ההתייצבות במרכז השהייה, פוגע פגיעה בלתי מידתית בזכות החוקתית לחירות, ולכן אינו חוקתי. אני מצטרפת לקביעה זו. המחלוקת בין חבריי היא בשאלה אם יש לבטל את פרק ד' כולו, או רק את ההוראה הקובעת את חובת ההתייצבות. במחלוקת זו, דעתי היא כדעתו של חברי השופט ע' פוגלמן. פרט לחובת ההתייצבות, קיימים פגמים חוקתיים מרכזיים נוספים, היורדים לשורשו של פרק ד' לחוק: הפגם האחד הוא משך הזמן הבלתי מוגבל – היכול להגיע לשלוש שנים (שזו תוקפה של הוראת השעה שבמסגרתה נחקק פרק ד') – שבו ניתן להחזיק מסתנן במרכז השהייה. הפגם האחר הוא העדרן של עילות שחרור ממרכז השהייה. אני מסכימה עם חברי השופט ע' פוגלמן כי בהעדרם של הסדרים שעניינם הגבלת משך השהייה במרכז והשחרור ממנו, פרק ד' הוא בלתי חוקתי. די לי בכך כדי להצטרף לעמדתו, שלפיה יש להורות על ביטולו של פרק ד' כולו. לנוכח עמדתי זו, אין לי צורך להיכנס למחלוקת בין חבריי ביחס לקיומה של ביקורת שיפוטית יזומה על החלטה להעביר מסתנן ממרכז השהייה למשמורת, או להעדרה; נושא המצוי ממילא בשולי התיקון לחוק ושאינו בו, לשיטתי, כדי להשליך על תוצאת העתירות שלפנינו.

5. אני מבקשת להרחיב קמעא בעניין העתירה השנייה שהונחה לפנינו, היא עתירתם של תושבי דרום תל-אביב (בג"ץ 7385/13). תושבי דרום תל-אביב הצביעו על הקשיים הנובעים מהשתקעות חלק נכבד מהמסתננים באזור זה. תשובותיהן של המדינה ושל הכנסת אינן מספקות מענה לקשיים אלה. בתיקון מס' 4 לחוק, אפילו לא היינו מתערבים בו, אין מזור עבור תושבי דרום תל-אביב, בשים לב לכך שתחולתו בפועל, לעת הזו, היא על כ-3,000 מסתננים בלבד. התוצאה שאליה הגענו בעתירה הראשונה (בג"ץ 8425/13) מייתרת אמנם את הדיון בעתירתם של תושבי דרום תל-אביב בנושא התיקון לחוק. אולם, חשוב לציין כי המדינה נדרשת להגן על ביטחונם ועל זכויותיהם של תושבי דרום תל-אביב, וכי הגנה זו מחייבת, לא אחת, נקיטת פתרונות יצירתיים. כפי שצינתי בעניין אדא:

"המדינה ניצבת מול מציאות חיים – הכפויה עליה הר כגיגית – עמה עליה להתמודד. התמודדות זו מציבה קשיים, שאתגרים בצידם. אתגרים אלה מחייבים פתרונות יצירתיים" (שם, פסקה 5 לפסק דיני).

ניתן לחשוב על פתרונות שונים הטעונים בדיקה, ובלי שיש בציון פתרונות אפשריים בגדר "שריון" הפתרון מביקורת חוקתית. כך, ניתן לחשוב על פתרון שלפיו יוסמך הממונה על ביקורת הגבולות בחוק לתחם את האזור הגיאוגרפי שבו יתגוררו המסתננים, באופן שיוביל לפיזור אוכלוסיית המסתננים בין כל אזורי הארץ השונים (השוו לנוהל גדרה-חדרה, שבמסגרתו מבקשי מקלט לא הורשו לשהות ולעבוד בתחום גיאוגרפי מסוים, בין חדרה לגדרה. כנגד הנוהל הוגשה עתירה, שבמסגרתה נטען לאי חוקתיותו של הנוהל. העתירה נמחקה לאחר שהמדינה הודיעה כי תתאפשר שהייתם של מסתננים שלעת הזו לא ניתן להרחיקם למדינת אזרחותם בכל האזורים (בג"ץ 5616/09 המרכז לקידום פליטים אפריקאיים נ' משרד הפנים (28.6.2009); כן ראו: תקנות שהותקנו לאחרונה, שיוער כי לא התקיימה לגביהן ביקורת חוקתית – תקנות הכניסה לישראל (קביעת אזורים גאוגרפיים להעסקת עובדים זרים בענף הסיעוד), התשע"ד-2014)).

פרקטיקה מעין זו קיימת במדינות שונות בעולם (ראו: OPHELIA FIELD, U.N. HIGH COMM'R FOR REFUGEES, DIV. OF INT'L PROTECTION SERVS., ALTERNATIVES TO DETENTION OF ASYLUM SEEKERS AND REFUGEES 30-34, U.N. Doc. POLAS/2006/03 (April 2006); ANDREAS MÜLLER, FEDERAL OFFICE FOR MIGRATION & REFUGEES & EUR. MIGRATION NETWORK, THE ORGANISATION OF RECEPTION FACILITIES FOR ASYLUM SEEKERS IN GERMANY 28 (2013); ראו גם את הסקירה המקיפה שערך חברי השופט ע' פונגלמן בפסקות 133-134 לחוות-דעתו). זהו רק פתרון אחד מני רבים. ניתן לחשוב על פתרונות אחרים. בעניין אדם ציינתי כי המדינה תוכל לשקול את הקמתו של מרכז שהייה פתוח, שהשהייה בו תהיה רצונית, וכן כי "... ניתן לשקול הטלת מגבלות על היכולת לקבל היתרי עבודה כגון הכשרה לתפקידים שונים, ובכך לרתום את המסתננים לצרכי המשק; ואין הדברים בגדר רשימה ממצה" (שם, פסקה 4 לפסק-דיני; ראו גם: פסקה 104 לפסק-דינה של חברתי השופטת ע' ארבל). יהא הפתרון שייבחר אשר יהא, עליו למצוא מזור לבעיית תושבי דרום תל-אביב; אך בה בעת עליו לבטא את התפיסה שככל בני האדם, גם פליטים, מבקשי מקלט ומהגרים זכאים להגנה על זכויות האדם (ראו: Eleanor Acer & Jake Goodman, *Reaffirming Rights: Human Rights Protections of Migrants, Asylum Seekers, and Refugees in Immigration Detention*, 24 GEO. IMMIGR. L.J. 507 (2010); אהרן ברק כבוד האדם – הזכות החוקתית ובנותיה כרך א 379-382 (2014)).

6. בין פסק-דיננו בעניין אדם לבין כניסתו לתוקף של תיקון מס' 4 עבר פרק זמן קצר יחסית של כשלושה חודשים. אני תקווה כי נקיטת הליך חקיקתי נוסף כעת תאפשר מחשבה מחודשת ויצירתית בעניין אופן הטיפול במסתננים, חקיקה שבמסגרתה

יתאפשר לכלל הגורמים הרלוונטיים, לרבות תושבי דרום תל-אביב, להשמיע את עמדתם.

7. אחר הדברים האלה, קראתי את חוות-דעתם של חבריי, ואני מצטרפת לחוות-דעתו של חברי השופט ע' פוגלמן גם בדברים הנוספים שכתב בעקבות הערותיו של חברי הנשיא א' גרוניס.

8. כאמור, מצטרפת אני לעמדתו של חברי השופט ע' פוגלמן, שלפיה יש להכריז על בטלותם של סעיף 30א ושל פרק ד' לחוק.

המשנה לנשיא

השופטת (בדימ') ע' ארבל:

ענייננו בחוק המבקש להתמודד עם נושא רגיש וחשוב של הגירה ועם חשש שישראל תהפוך למדינת יעד אטרקטיבית למסתננים. כאלה שזהותם מורכבת ומרביתם מגיעים מארצות שתנאי החיים בהן קשים ופעמים רבות נשקפת להם סכנה.

אני מצטרפת לחוות דעתו המקיפה של חברי, השופט ע' פוגלמן, על כל חלקיה, כמו גם לחלקה השני ובה התייחסות לחוות דעתו של הנשיא, א' גרוניס. אני מסכימה עם אלה הטוענים כי המדינה "יורה בתותח" רב עוצמה בדמות החזקה במשמורת לתקופה של עד שנה, במענה לתופעה זעירת-היקף של מסתננים חדשים" (ראו פסקה 9 לפסק דינו של השופט י' עמית).

1. בעניין שלפנינו אנו נדרשים לבחון את חוקתיותם של שני הסדרים שחוקקו בתיקון מס' 4 לחוק למניעת הסתננות (עבירות ושיפוט), התשי"ד-1954 (להלן: תיקון מס' 4 והחוק למניעת הסתננות או החוק בהתאמה), זאת בעקבות ביטולו של תיקון מס' 3 לחוק למניעת הסתננות בעניין א.ד.מ. תיקון מס' 4 כולל שני הסדרים מרכזיים: האחד, המעוגן בסעיף 30א לחוק, המאפשר להחזיק מסתננים במשמורת לתקופה מירבית של שנה; השני, המעוגן בפרק ד' לחוק הקובע לראשונה הקמת "מרכז שהייה" פתוח למסתננים.

2. קודם שאתייחס אל כל אחד מהסדרים אלו בנפרד אבקש לציין כי נקודת המוצא לדיון מבחינתי היא העקרונות שקבענו בבג"ץ 7146/12 א.ד.מ נ' הכנסת (16.9.13)

(להלן: עניין אדט). באותו עניין עמדתי על תופעת ההסתננות רחבת ההיקף עימה מתמודדת ישראל, וכן על כך שמרבית המסתננים מקורם באריתריאה, וחלק נוסף הגיע מסודן לרוב שלא כדין. חשוב לענייננו כי כאז גם היום נוקטת מדינת ישראל במדיניות "אי-הרחקה זמנית" של אריתראים לארץ מוצאם וזאת בהתאם לעיקרון אי-החזרה, המעוגן בסעיף 33 לאמנה הבינלאומית בדבר מעמדם של פליטים משנת 1951, כ"א 65 (להלן: אמנת הפליטים), שמשמעותו כי המדינה לא תרחיק אדם למקום שבו נשקפת סכנה לחייו או לחירותו. באשר לרפובליקה של סודן (צפון סודן) לא מתאפשרת החזרה של אזרחיה בשל קשיים מעשיים הנובעים מהעדר קשרים דיפלומטיים של ישראל עם מדינה זו. לגבי נתיני דרום סודן החלה מדינת ישראל להחזיר מסתננים לשטחה (ראו פסקה 32 לפסק דינו של חברי, השופט פוגלמן; עניין אדט, פסקאות 7-10 לפסק דיני). כעולה מהדברים, מרבית המסתננים שהגיעו ממדינות אלו, בין אלו שנמצאים כבר בישראל, ובין אלו שעשויים להגיע אליה בעתיד, אינם ניתנים להרחקה למדינותיהם ולפיכך ממשיכים הם לשהות בישראל על פי המחויבות הבינלאומית של ישראל כלפיהם. כפי שמציין חברי, השופט פוגלמן, בשלב זה נראה כי הפתרון של הרחקת מסתננים למדינה שלישית בטוחה עבורם אינו מספק "אופק הרחקה קרוב ומוחשי ביחס למרבית אוכלוסיית המסתננים" (פסקה 40 לפסק דינו של חברי, השופט ע' פוגלמן). לדברים האמורים יש משמעות כאשר אנו בוחנים את חוקתיות ההסדרים שנועדו להתמודד עם תופעת ההסתננות ועם המסתננים, ואשוב לכך בהמשך הדברים.

3. כמוזכר בחוות דעתו של חברי, השופט ע' פוגלמן, ובהמשך לדברים בעניין אדט, מגדירה אמנת הפליטים את המושג "פליט" כמי שנמצא מחוץ לארץ אזרחותו בשל פחד מבוסס להיות נרדף, בין היתר מטעמי גזע, דת, אזרחות (סעיף 1(2) לאמנת הפליטים). האמנה מחייבת להעניק למי שהוכר כפליט זכויות בתחומים שונים ואוסרת לגרשו לארצות בהן ימצא בסכנה. במאמר מוסגר אציין כי אמנת הפליטים מעוררת לטעמי קושי רב לא בשל מה שיש בה אלא בשל מה שאין בה. האמנה אינה מחלקת את הנטל בהתמודדות עם תופעת הפליטות ומבקשי המקלט בין מדינות העולם. כך יכול להיווצר מצב בו הנטל נופל באופן לא שוויוני ולא סביר על מדינות מסוימות מסיבות שונות ומגוונות כגון קרבה גיאוגרפית, אטרקטיביות כלכלית, מכשולים רגולטורים, וכדומה. לפיכך אני סבורה כי הפתרון של הרחקה למדינה שלישית, כל עוד הוא עומד בתנאי הדין הבינלאומי, הוא פתרון ראוי שיש לקדמו. עם זאת יש לציין כי למרות שמצטייר בתקשורת אחרת, לעת הנוכחית עולה מהנתונים כי הנטל המוטל על מדינת ישראל בטיפול במבקשי מקלט אינו גבוה מזה של מדינות מערביות אחרות, ובוודאי שלא מזה של מדינות מתפתחות שרוב הנטל, באופן מפתיע, נופל עליהן (ראו טלי קריצמן-אמיר "מבוא" פליטים ומבקשי מקלט בישראל: היבטים חברתיים ומשפטיים 7, 16

(בעריכת טלי קריצמן-אמיר, צפוי להתפרסם ב-2014); כן ראו עניין אדם, פסקה 105 לפסק דיני). נטל זה יש לקבל בהבנה, בוודאי על רקע ההיסטוריה של העם היהודי, ערכיה של מדינת ישראל ומחויבותה לזכויות אדם, גם כאשר אין מדובר באדם ישראלי.

סעיף 30א לחוק – משמורת למשך שנה

4. בעניין אדם קבענו כי סעיף 30א, שאיפשר החזקת מסתנן במשמורת לתקופה מירבית של שלוש שנים, פוגע בזכות לחירות ובזכות לכבוד, שעל חשיבותן עמדתי שם:

“הזכות לחירות הינה מאושיות המשטר הדמוקרטי והיא מתבססת על ערכיה של המדינה כמדינה יהודית ודמוקרטית... 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'דייס 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 כאשר הוא אדם (עניין קו לעובד השני, פסקה 36 לפסק דינה של השופטת פרוקצ'יה; לבנת, בעמ' 254; עע"ס 1038/08 מדינת ישראל נ' געאביק, הערותיה של הנשיאה ביניש (11.8.09))” (עניין אדם, פסקה 72 לפסק דיני).

ההבחנה העיקרית בין סעיף 30א על פי תיקון מס' 3 לסעיף 30א על פי תיקון מס' 4 הינה אורך תקופת המשמורת המירבית. למעשה, תקופת המשמורת המירבית הופחתה משלוש שנים לשנה אחת, והתיקון חל רק על מי שנכנס לישראל שלא כדין רק לאחר כניסת תיקון מס' 4 לתוקף (על הבחנות נוספות ראו פסקה 44 לפסק דינו של חברי, השופט פוגלמן). קיצור זה הינו אכן קיצור משמעותי. עם זאת, תקופת משמורת של שנה אחת עודנה פוגעת בזכויות החוקתיות לחירות ולכבוד, ונראה כי לא ניתן לחלוק על כך. אמנם הפגיעה היא פחותה מזו שהיתה בתיקון מס' 3, אך עדיין משמעותית וקשה, כאשר החירות נשללת למשך שנה מאחורי סורג וברית.

5. בעניין אדם הציגה המדינה שתי תכליות העומדות בבסיסו של סעיף 30א. התכלית האחת היתה מניעת השתקעותם של המסתננים בישראל והתמודדות המדינה עם השלכותיה הרחבות של תופעת ההסתננות. סברתי שם כי תכלית זו אינה מעוררת קושי (עם זאת ראו ספקותיו של חברי, השופט פוגלמן, בפסקה 103 לפסק דינו). יצוין כי תכלית זו אינה מוזכרת על ידי המדינה בהקשר לסעיף 30א על פי תיקון מס' 4. התכלית השנייה שהוצגה בעניין אדם, ומוצגת גם כיום כבסיס לסעיף 30א החדש, הינה תכלית של מניעת הישנות תופעת ההסתננות המופנית למעשה לאוכלוסיית המסתננים הפוטנציאלים להגיע לשטחה של מדינת ישראל. בעניין אדם עמדתי על כך שמשמעותה של תכלית זו למעשה היא הרתעה, ואף כעת המדינה מבהירה שסעיף 30א נועד לשמש "חסם נורמטיבי" שישנה את התמריצים של מסתננים פוטנציאלים שמבקשים להגיע לישראל. הקושי הנובע מכך, הסברתי, הוא השימוש שעושה המדינה בכליאתם של מסתננים לצורך הרתעתם של מסתננים פוטנציאלים:

"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 נעוזה פגיעה בכבודו", כנלמד מתורתו של הפילוסוף עמנואל קאנט (עניין חטיבת זכויות האדם, פסקה 3 לפסק דיני) (עניין אדם, פסקה 86 לפסק דיני).

דברים אלה נכונים גם כעת. חברי, השופט עמית, אשר קובע כי סעיף 30א צולח את מבחני פסקת ההגבלה, מבהיר כי "אין בתכלית ההרתעתית כדי להפוך את המסתנן בכוח ממטרה לאמצעי" (פסקה 10 לפסק דינו). לדברים אלו אין בידי להסכים. אכן, כפי שמציין חברי, הרתעה נלווית פעמים רבות הן לענישה פלילית והן לאמצעים מנהליים. ואכן, כל עוד הרתעת הרבים אינה השיקול היחיד בבסיס הפעולה שנוקטת היא עשויה להיות לגיטימית. הקושי הוא כאשר התכלית היחידה או העיקרית הינה הרתעת הרבים. במקרה כזה השימוש שעושה המדינה במסתנן כמכשיר לתועלת הכלל מעורר קושי רב. הציטוט שמביא חברי מבג"ץ 7015/02 עג'ורי נ' מפקד כוחות צה"ל בגדה המערבית, פ"ד נו(6) 352, 374 (2002) מסביר זאת בפירוש כאשר הוא אוסר על תיחום מקום מגורים בשל טעמים של הרתעה כללית בלבד ללא מסוכנות אישית של אותו אדם. העובדה שמדובר במסתננים שנכנסו שלא כדין לישראל אינה הופכת את ההרתעה כשיקול יחיד לגיטימית. אם ברצוננו להעניש את המסתננים על כניסתם לישראל שלא כדין עלינו לעשות זאת בגדרי המשפט הפלילי ובהתאם לכל כלליו (ראו יונתן ברמן "מעצר פליטים ומבקשי מקלט בישראל" פליטים ומבקשי מקלט בישראל: היבטים חברתיים ומשפטיים 144, 151 (בעריכת טלי קריצמן-אמיר, צפוי להתפרסם ב-2014)). ענישה כזו, הנלווית אליה הרתעת הרבים, עשויה להיות לגיטימית כאשר היא נעשית בצורה מידתית ועל פי כללי המשפט הפלילי והבינלאומי. לא ניתן לעשות שימוש בטעם זה לצורך הטלת אמצעי מנהלי שכל מטרתו היא הרתעת הרבים ולא ענישה. יוער כי גם בדוגמא של "קלפי המיקוח" שחברי, השופט עמית, מתנגד לה ניתן היה לטעון לכאורה שמדובר באנשים שביצעו מעשים חמורים וקשים בהרבה מאלו שביצעו המסתננים, ועדיין בית משפט זה סירב לאשר את השימוש במעצרים המינהלי לצרכים הרתעתיים בלבד, מאחר שהמעצר אינו נועד למטרות ענישה אלא למטרות הרתעה בלבד (ראו עניין אדמ, פסקה 87 לפסק דיני; דנ"פ 7048/97 פלוני נ' שר הביטחון, פ"ד נד(1) 721 (2000)). לבסוף אזכיר כי הנחיות נציבות האו"ם אוסרות במפורש על מעצרו של אדם לשם הרתעת מבקשי מקלט עתידיים (ראו UNHCR Guidelines on Applicable Criteria and Standards Relating to the Detention of Asylum Seekers and Alternatives to Detention, September 21, 2012, <http://www.unhcr.org/505b10ee9.html>). יש לבחון, אם כן, האם קיימת תכלית נוספת להשמתם של המסתננים במשמורת למשך שנה אחת, אשר אליה תוכל להצטרף התכלית ההרתעתית כתכלית נלווית לגיטימית.

6. המדינה עומדת על כך שהתכלית השניה העומדת בבסיס סעיף 30א בנוסחו הנוכחי הינה לאפשר למדינה למצות את הליכי זיהויים של המסתננים, תוך הקצאת פרק זמן נדרש לגיבוש ולמיצוי אפיקים ליציאתם מישראל. אני מסכימה עם חברי, השופט פוגלמן, כי תכלית זו ראויה היא. עם זאת, אני מסכימה גם למסקנתו כי אין הסעיף

עומד בדרישות המידתיות הקבועות בפסקת ההגבלה. ברי כי פרק זמן של שנה במשמורת הוא פרק זמן ארוך מדי למיצוי הליכי הזיהוי של המסתנן. מקובל כי ניתן להחזיק מסתננים במשמורת לתקופת זמן של מספר חודשים, אך זאת על מנת למצות אפשרות ממשית לגירוש של המסתנן (ראו עניין אדמ, פסקה 19 לפסק דיני). בענייננו, ככל שמדובר במסתננים שאינם ברי הרחקה, כפי שפורט לעיל, הרי שאין הצדקה להחזיקם במשמורת מעבר לזמן הדרוש לצורך זיהויים. אכן, קיים כיום אפיק הרחקה למדינה שלישית. עם זאת, הליך זה מותנה כיום בהסכמתו של המסתנן להרחקתו. החזקתו של המסתנן רק לשם שכנועו להסכים להרחקתו למדינה שלישית עלולה להפוך את הסכמתו לכזו שהושגה ללא הסכמה חופשית, מתוך חשש שחירותו תמשיך להישלל לתקופת זמן ארוכה כל עוד אין הוא מסכים להרחקתו. העולה מהאמור הוא כי אף אני שותפה לדעה כי תקופת זמן של שנה שלמה בין כתלי הכלא, בהינתן שמדובר במסתננים שאינם ברי הרחקה, אינה מידתית, ולפיכך אין בידי להסכים לעמדתו של הנשיא גרוניס. מידתיות אורכה של התקופה במשמורת תלוי בתכליותיה. אין דומה החזקת מסתנן שנעשים מאמצים להרחיקו חזרה לארצו בהתאם לדין הבינלאומי, להחזקת מסתנן אשר אין אפשרות כלל להרחיקו מישראל. באשר למקרה האחרון סבורתני כי פרק זמן של שנה אף הוא אינו מידתי כלל וכלל. איני סבורה, אם כן, כי סעיף 30א עומד איתן אל מול מבחניה של פסקת ההגבלה.

7. אוסיף ואדגיש, כפי שצינתי גם בעניין אדמ, כי הקביעות בעניין מידתיות ההסדרים נעשות על רקע הנתונים הקיימים בפנינו. אם ישתנו הנתונים הללו, יתכן שישתנה האיזון לצורך בחינת מידתיות ההסדר:

”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 תימצא 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” (עניין אדמ, פסקה 115 לפסק דיני).

דברים אלו רק מקבלים משנה תוקף בזמן שחלף מאז מתן פסק הדין בעניין אדמ. למרות ביטולו של תיקון מס' 3 נכנסו בשלושת החודשים לאחר שניתן פסק הדין בעניין אדמ 4 מסתננים בלבד. 19 נכנסו לאחר שנכנס לתוקפו תיקון מס' 4 ועד לחודש

יוני 2014 (ראו פסקה 38 לפסק דינו של חברי, השופט פוגלמן). עינינו הרואות, כי למעשה רחוקים אנו עד מאוד ממצב בו יש צורך לשנות את נקודת האיזון בבחינת תכליות ההסדרים או בבחינת מידתיותם.

8. חברי, השופט עמית, קובע כי ההסדר ההרתעתי שקבוע בסעיף 30א נועד למנוע מצב בו יצבאו המוני מסתננים נוספים על דלתותינו. לטעמי אנו מצויים במצב של חוסר ודאות רב באשר לטעמים בשלם פחת מספר המסתננים בצורה דרסטית, ובאשר לזרם המסתננים העתידי בהינתן אמצעים כאלו או אחרים. אכן, יתכן וחברי צודק בהשערותו, אך יתכן גם שהוא טועה. יתכן שהקמת גדר הגבול עם מצרים, לצד ההסדר האוסר על הוצאת רכוש של מסתנן מִישראל, ולצד שינויים נורמטיביים נוספים המתרחשים במדינות העולם, יגרמו לכך שמגמת ההאטה בהגעת מסתננים לישראל תימשך. כפי שהראיתי בעניין אִדֵּט, גם אז לא ניתן היה לתת הסבר חד משמעי לירידה בהגעתם של המסתננים, שכן הרשויות קידמו במקביל שתי יוזמות- הן את הקמת הגדר והן את תיקון מס' 3 (ראו עניין אִדֵּט, פסקה 99 לפסק דיני). יש, אם כן, חוסר ודאות רב בשאלת תוספת התועלת המושגת מהאמצעים שנקבעו, בהעדר אפשרות לדעת מה היה מספר המסתננים לולא חקיקתו של סעיף 30א. למצער, בחודשים בהם לא חל סעיף 30א לאחר ביטולו בעניין אִדֵּט, זרם המסתננים לישראל היה מועט ביותר, כאמור. ביתר שאת קיימת חוסר ודאות בנוגע לתוספת הנזק שיגרם לולא נקיטה באמצעי פוגעני זה. לטעמי, במצב חוסר ודאות זה, בנסיבות הסוגיה שבפנינו, ולאור הפגיעה הקשה בזכויות אדם, יש לתת משקל משמעותי לחוסר הודאות בנוסחת האיזון בין התועלת לנזק. זאת, בייחוד כאשר הנזק במתן הזדמנות למציאות להוכיח איזו השערה היא נכונה אינו רב. מדינת ישראל תמיד תוכל "לירות בתותח רב עוצמה" (כניסוחו של חברי, השופט עמית) ולנקוט באמצעים דרסטיים אם תראה שזרם המסתננים הולך וגדל.

9. הערה אחרונה בנושא זה עניינה בהבחנה שעורך חברי, השופט עמית, בין פגיעה בציבור מסתננים קיים לציבור מסתננים פוטנציאלי. איני רואה מקום להבחנה זו בהקשר הנידון. הדוגמאות שמביא חברי, מתחומי המשפט המנהלי והאזרחי, אינן מסייעות. ההבחנה בין ציבור מסויים לציבור בלתי מסויים עשויה להיות רלוונטית כאשר לאדם אין זכות קנויה או כאשר לא נפגעת זכות הקנויה לו. כך באשר לאכיפתה של הבטחה מינהלית המופנית לציבור בלתי מסויים לבין כזו המופנית לאדם קונקרטי, וכך הוא באשר לטענה כי אין להטיל אחריות נזיקית כאשר מדובר בחובה כללית של הרשות כלפי הציבור, שכן אז ההנחה כי לא קמה לפרט זכות אזרחית לסעד (ראו ישראל גלעד "האחריות בנזיקין של רשויות ציבור ועובדי ציבור" (חלק א) משפט וממשל ב 339, 366 (תשנ"ה)). שונה הדבר בענייננו בו מדובר בפגיעה בזכויות יסוד של הפרט

ולא באינטרס של ציבור בלתי מסויים (ראו בג"ץ 7052/03 עדאלה-המרכז המשפטי לזכויות המיעוט הערבי בישראל נ' שר הפנים, פ"ד סא(2) 202, פסקה 16 לפסק דינו של השופט (כתוארו אז) ריבלין (2006)). לא ניתן לחלוק על כך שהזכות לחירות ולכבוד האדם עומדת גם למסתנן שיגיע מחר למדינת ישראל. לפיכך, בעניין זה איני רואה מקום להבחנה בין פגיעה בזכויות בהווה של שוהים נוכחיים במדינה, לבין פגיעה בזכויות של שוהים שיגיעו למדינה בעתיד. טענתו של חברי מזכירה במקצת את הכלל של "אין עונשין אלא אם כן מזהירין", אך מכיוון שאין אנו עוסקים במשפט הפלילי אין היא רלוונטית לטעמי לעניין הנידון.

כאמור, אני מצטרפת למסקנתו של חברי, השופט פוגלמן, כי סעיף 30א אינו עומד בתנאי פסקת ההגבלה ודינו בטלות.

פרק ד' לחוק- מתקן שהייה

10. פרק ד' לחוק מקים לראשונה מתקן שהייה למסתננים. בעניין אדם ציינתי כי למדינה עומדות אפשרויות רבות, שחלקן מיושמות במדינות העולם, להתמודדות עם תופעת ההסתננות בדרך פוגענית פחות מזו של משמורת לתקופה ארוכה:

"דומני כי ניתן לגבש מגוון אמצעים חליפיים שניתן לנקוט בהם ואשר ישיגו את התכלית המתבקשת באופן פוגעני פחות. כך למשל ניתן ליצור חובות דיווח וערכויות שונות (השוו עניין קו לעובד השני, פסקה 63 לפסק דינה של השופטת פרוקצ'יה); הגבלות מגוריים על המסתננים באופן שיאפשר למדינה לשלוט ולפקח על המקומות בהם הם מתיישבים 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...

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" (עניין אדט, פסקה 104 לפסק דיני).

כפי שניתן לראות, אחד האמצעים שהוזכרו היה "מתקן שהייה" לילי עבור המסתננים. תיקון מס' 4 אכן מקים מתקן שהייה הסגור בלילות, אך נוסף על כך נדרשת התייצבותו של המסתנן שלוש פעמים ביום. השהייה במתקן זה אינה נעשית בהסכמתו של המסתנן אלא בעל כורחו והיא אינה מוגבלת בזמן. לא ניתן להתעלם ממיקומו של מתקן השהייה המרוחק מכל מרכז יישוב, ואשר הערים הקרובות אליו, באר-שבע וירוחם, מרוחקות אף הן מרחק של כ-60 ק"מ. עוד לא ניתן להתעלם מההוראות הנלוות למתקן השהייה, ובהן ניהולו על ידי שירות בתי הסוהר והסמכויות הניתנות לעובדי המרכז, ובהן סמכויות חיפוש, דרישת הזדהות, תפיסת חפצים, עיכוב, שימוש בכוח, העברת מסתנן למשמורת בגין הפרת תנאי השהייה, ועוד.

11. התמונה הכללית המתקבלת מכל האמור היא כי מדובר באותה גברת – זו של תיקון מס' 3 – בשינוי אדרת. אין מדובר ב"מתקן שהייה" פתוח או לילי כי אם במתקן משמורת. יתכן כי מתקן משמורת עם הקלות מה, אך עדיין מתקן המגביל באופן משמעותי את חירותו וחיו של אדם המושם בו בעל כורחו וללא הגבלת זמן. בנוסף לשהייה הלילית הנדרשת במתקן לא יכול שוהה במתקן לצאת ולבוא כרצונו בשל המרחק ממקום יישוב והצורך להתייצב בשעת צהריים לרישום, שאם לא כן צפוי הוא להעברה למשמורת. המשמעות היא שאת מירב זמנו של השוהה עליו לבלות בין כתלי המתקן ללא יכולת לחיות את חייו כרצונו, לממש את מאווייו, רצונותיו ושיאפיותיו. אין הוא יכול לבלות, לפגוש בני משפחה וחברים, לעשות כרצונו סידורים הדרושים לו, ללמוד ולפתח את כישוריו כרצונו, וכו'. חירותו מוגבלת, אם כן, באופן משמעותי ואף לא ניתן לו אופק לשאוף אליו, שכן השהייה במתקן אינה מוגבלת בזמן (כאשר השהייה במתקן המשמורת שהוקם על פי תיקון מס' 3 הוגבלה לשלוש שנים). איני רואה, אם כן, הבדל משמעותי בין הניתוח החוקתי שערכתי בעניין אדט, לבין הניתוח הנדרש באשר למתקן השהייה שהוקם בהתאם לפרק ד' לחוק. גם אם נאמר, ואכן כך הוא, שהפגיעה בחירותו של המסתנן פחותה היא, אין הפחתה זו משמעותית דיה על מנת להגיע לאיזון

הנדרש עם התועלת הגלומה בו. כל זאת, יש לזכור, כאשר מדובר בכ-2,000 שוהים מתוך אוכלוסיית מסתננים העומדת על כ-50,000 בני אדם, וכאשר הנתונים מצביעים על מסתננים בודדים למדינת ישראל מזה כשנה וחצי. התועלת, אם כן, המוטלת אף היא בספק, אינה עולה על הנזק והפגיעה בחירותו וכבודו של המסתנן.

כמו כן אני מסכימה להערותיו של חברי, השופט פוגלמן, באשר לעמדתו של הנשיא גרוניס בסוגיה. אף אני סבורה כי לא די בביטול חובת ההתייצבות בשעות הצהריים על מנת להפוך את ההסדר למידתי, וזאת בעיקר בשל העדר הגבלת זמן למעשה של שהייה במתקן, וכן בשל העדר ביקורת שיפוטית יזומה. מידתיותו של ההסדר תלויה בשילוב פרמטרים שונים ממנו הוא בנוי. כך, ככל שהפגיעה בחירות גבוהה יותר תידרש שהות קצרה יותר במתקן על מנת לשמור על מידתיות ההסדר. לטעמי, אף חובת ההתייצבות פעמיים ביום, בשעות הבוקר ובשעות הערב, ללא הצבת גבול לשהייה במתקן השהייה הפתוח, פוגעת בחירותם ובאוטונומיה של השוהים במתקן באופן שאינו מידתי. אין להקל ראש בפגיעה בחירותו של אדם שנדרש לשהות חלק גדול משעות היממה במקום מסוים, אינו רשאי לבוא ולצאת ממנו כרצונו, אינו רשאי לגור במקום עם מי שהוא חפץ, ובחירותו בהתאם לאילוצים שנכפו עליו מצטמצמות באופן משמעותי. למרות זאת הייתי מוכנה להניח כי התועלת עולה על הנזק לו היה מדובר בשהייה מוגבלת בזמן אשר מספקת לשהיה במתקן אופק לקוות ולשאוף אליו שממנו והלאה יזכה בחירות מלאה ככלל תושבי ישראל.

12. כאז גם היום אדגיש כי איני מתעלמת מזעקתם של תושבי דרום תל-אביב, הנאלצים, ללא הצדקה, לשאת על כתפיהם את עיקר העול המוסרי המוטל עלינו כולנו כאזרחי המדינה. כפי שצינתי גם אז סבורתני כי יש להקל על תושבים אלו ולמצוא פתרונות שיחלקו את הנטל ויקלו על מצוקתם של תושבים אלו, וזאת מבלי לפגוע יתר על המידה בזכויותיהם של המסתננים. אעיר שוב כי גם אם היינו מביטים על מתקן השהייה במשקפיים תועלתניות בלבד היינו מגלים כי לא ניתן מזור למצוקותיהם של תושבי דרום תל אביב, שכן רק חלק קטן ביותר (כ-4% בלבד) מתוך המסתננים מצויים כיום במתקן השהייה.

13. עוד אבקש לציין שאין לי ספק שהתיקון נעשה במטרה לפתור בעיה אמיתית, כאובה וקשה מתוך אמונה שהתיקון לחוק יביא לפתרונה. עם זאת, באיזון הכולל אני עדיין סבורה שלא נכון ולא ראוי לנסות לפתור את בעיית המסתננים המורכבת והקשיים הנלווים אליה בדרך הפוגענית והקשה ביותר כמו נטילת חירותו של אדם.

דומני כי הדברים שאמרתי לסיכום בעניין אדם, בשינויים המחוייבים, עודם נכונים גם כיום בנוגע לתיקון מס' 4 ובדברים אלו אסיים:

"לגבי ההשלכות על האוכלוסייה המקומית, יש להזכיר כי אוכלוסיה 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 דנציגר). אלא שהגבלות אלו אינן יכולות, למצער בעת הנוכחית, להגיע עד כדי שלילת חירותם המלאה לתקופת זמן כה משמעותית" (עניין אדם, פסקה 114).

יש איפוא לקוות, לצפות ולהאמין שהמדינה תעשה כל שביכולתה ועל-פי שיקול דעתה לפתור את מצוקת תושבי דרום תל-אביב.

כאמור, נותרתי בדעתי ואני מצטרפת לפסק דינו של חברי, השופט פוגלמן, על שני חלקיו.

ש ו פ ט ת (בדימ')

אני מסכים לפסק דינו היסודי של חברי השופט פוגלמן.

1. מדינת ישראל מתמודדת מזה מספר שנים עם תופעה הולכת וגוברת של כניסת מסתננים לשטחה בעיקר דרך גבול ישראל-מצרים. מרבית המסתננים מגיעים ממדינות סודן ואריתראה שבמזרח אפריקה. הסיבות להגעתם של המסתננים שנויות במחלוקת – אם מהגרי עבודה הם, אם מבקשי מקלט. כך או כך, בשל היקפה הרב של תופעת ההסתננות כרוכות בה השלכות שליליות מסוימות על המדינה ואזרחיה. במסגרת מדיניות ההגירה שלה פעלה מדינת ישראל בדרכים שונות לצמצום תופעת ההסתננות לשטחה. הוקמה גדר לאורך הגבול, נערכו הסכמים להעברת מסתננים למדינות אחרות, והוחמרה החקיקה באשר לתנאי שהותם של מסתננים בישראל. מדיניות הגירה, ככלל, היא ביטוי לריבונותה של מדינה על שטחה ועל כך אין חולק. אך נסיבותיה הייחודיות של תופעת ההסתננות המתוארת, אפוא, יוצרות מציאות מורכבת: קיים קושי מעשי להחזיר מסתננים לארצות מוצאם בשל חשש לחייהם, ובמציאות הקיימת בישראל מרבית המסתננים אינם ברי הרחקה משטח המדינה. על רקע מציאות מורכבת זו בא לעולם תיקון 4 למניעת הסתננות (עבירות ושיפוט) (תיקון מס' 4 והוראת שעה), התשע"ד-2013 (להלן תיקון 4-ו-החוק). תיקון 4 כלל שני חלקים מרכזיים. האחד, פרק ג', אשר מסדיר את תנאי המשמורת של מסתננים שהוצא להם צו משמורת לפי חוק הכניסה לישראל, תשי"ב-1952. במרכז חלק זה עומד סעיף 30 לחוק. השני, פרק ד', אשר מסדיר את הקמתו ותנאי הפעלתו של מרכז שהייה למסתננים שלא ניתן להרחיקם מישראל בשל הקושי האמור.

2. אפתח בפרק ג' לחוק. מקובלים עלי דבריו של חברי השופט פוגלמן לפיהם פגיעתו הגרעינית והעמוקה של סעיף 30 לחוק שרירה וקיימת גם בגרסתו הנוכחית של החוק, ובלשונו הציורית של השופט (כתארו אז) חשין, "יישמעו דברים אלה כולם כמו בקעו מגרוני, בקול גדול ומעל הר רם-ונישא" (ע"א 2405/91 מדינת ישראל נ' עיזבון המנוח הרב פנחס דוד הורוביץ ז"ל, פ"ד נא(5) 23, 65 (1997)).

3. בין חברי השופט פוגלמן לבין חברי הנשיא נפלה מחלוקת באשר לחוקתיותו של סעיף 30 לחוק אשר מצאתי לייחד לה מספר מילים. חברי הנשיא סבור כי השאלה מהו משך הזמן שניתן להחזיק מסתננים במשמורת, היא בסופו של דבר "עניין כמותי".

לשיטתו חוות דעתו של השופט פוגלמן אינה נותנת מענה לשאלה מהי תקופת ההחזקה במשמורת אשר ניתן לראות בה תקופה מידתית. חברי השופט פוגלמן מצדו סבור כי כלל לא ניתן להחזיק במשמורת מי שלא מתקיים לגביו הליך גירוש אפקטיבי וזאת ללא קשר למשך זמן ההחזקה.

4. כשלעצמי, אינני סבור כי המאפיין הכמותי של שאלת חוקתיות ההחזקה במשמורת הוא גם כלל ההכרעה בה. דרכי לפסילת סעיף 30א לחוק עוברת דרך מבחנה של פסקת ההגבלה, ובפרט, דרך מבחן המשנה השלישי. כזכור, במסגרתו של מבחן זה נבחנת המידתיות "במובן הצר" אשר מחייבת יחס ראוי בין התועלת שתצמח לציבור מהגשמת תכליותיה של הוראת החוק לבין הפגיעה בזכויות אדם הכרוכות בה. מקובלים עלי דבריו של חברי הנשיא כי משמורת בת שנה היא קצרה במידה רבה ממשמורת בת שלוש שנים. איני חולק על כך שהבדל כמותי זה מצמצם במידה רבה את הפגיעה בזכויות היסוד של המסתננים. אך התועלת המופקת מפגיעה זו בהשוואה לנזק שנגרם מן המשמורת, לנוכח הנתונים שקיימים לפנינו, אינה מותרת ברירה אלא להורות על בטלותו של סעיף 30א לחוק.

שאלת תועלתו של הליך המשמורת כ"חסם נורמטיבי" התעוררה כבר בפרשת אדמ (בג"ץ 7146/12 אדמ נ' הכנסת (16.9.2013)), אז מצאנו שלא להכריע בה (ראו: פרשת אדם, פסקה 99 לפסק דינה של השופטת ארבל; פסקה 23 לפסק דינו של השופט פוגלמן). מאז שבוטל תיקון 3 לחוק (והוחלו תחתיו הסעיפים הרלבנטיים מחוק הכניסה לישראל) ועד לחקיקת תיקון 4 נכנסו לישראל ארבעה מסתננים בלבד. דווקא בחודש ינואר 2014 – מיד לאחר שנחקק התיקון – נכנסו לישראל שניים-עשר מסתננים. נתונים אלה אינם מסד עובדתי מספק לשם קביעת ממצאים מוחלטים בשאלת תועלתו של החסם הנורמטיבי, אך על פני הדברים, לא נראה כי לתיקון היתה השפעה כלשהי על היקף תופעת ההסתננות לישראל. מאז ביטול תיקון 3 ועד חקיקתו של תיקון 4 עברו פחות משלושה חודשים. דומה כי אם המחוקק היה ממתין פרק זמן ממושך יותר, ניתן היה להעריך במידת ודאות גדולה יותר מהי התועלת המופקת משימת המסתננים במשמורת. על רקע זה, משלא ניתן להעריך במידה מספקת את תרומתו של "חסם נורמטיבי" זה, קשה להלום תוצאה לפיה מסתנן שלא מתקיים בעניינו הליך הרחקה מהארץ יושם במשמורת למשך שנה. בעוד שקיים קושי בכימות התועלת שמשיגה המשמורת, הנזק לזכויות היסוד הוא ברור. במצב דברים זה מסכים אני למסקנתו של חברי השופט פוגלמן וכמותו גם אני איני רואה כיצד נוכל שלא להכריז על בטלותה של הוראת סעיף 30א לחוק.

5. כעת לפרק ד'. אני מסכים עם חברי השופט פוגלמן כי פרק ד' אינו עומד בתנאי פסקת ההגבלה ואין בידינו אלא להורות על בטלותו כמכלול. בשונה מחברי איני מוצא דופי בתכליתו המוצהרת של פרק ד' והטעם לפסילתו לטעמי נעוץ בעיקר בכך שהוא לוקה בחוסר מידתיות.

6. תכליתו הראשונה של פרק ד' ודומה שגם העיקרית היא מניעת השתקעותם של מסתננים בריכוזי אוכלוסין והשתלבותם בשוק העבודה. השאלה אם תכלית זו היא ראויה לא הוכרעה בחוות דעתו של חברי השופט פוגלמן. על תכלית זו עמדה השופטת ארבל בעניין אדם והטעימה כי עניינה למנוע ממסתננים שחדרו כבר לגבולות מדינת ישראל מלהכות בה שורש; מלהשתלב בשוק העבודה; ומשאר השלכות שליליות אשר כרוכות בתופעת ההסתננות. על רקע זה סברה חברתי כי מדובר בתכלית ראויה והטעימה כי "כידוע, למדינת ישראל יש זכות לקבוע את מדיניות ההגירה לתוכה הנובעת מאופייה הריבוני של המדינה" (פסקה 84 לחוות דעתה בפרשת אדט). גם חברי השופט עמית כינה את ריבונותה של המדינה "תכלית ראויה עד מאד" – אף שהדברים נאמרו בהקשר של בחינת תכלית מניעת הכניסה לישראל להבדיל מן התכלית של מניעת השתקעותם (ראו הסיפה של פסקה 10 לחוות דעתו). ברוח דומה ציין חברי הנשיא כי "יש להתחשב בעקרון הריבונות, המעניק למדינה שיקול דעת רחב לקבוע את מדיניות ההגירה וההשתקעות בה, על כל המשתמע מכך" (פסקה 18 לחוות דעתו).

7. בדומה לחברתי השופטת ארבל בפרשת אדט, אני סבור כי התכלית של מניעת השתקעות והשתלבות, כשלעצמה, אינה בלתי לגיטימית. כידוע, מבחן התכלית הראויה נותן מענה לשאלה אם תכליתה של החקיקה מעניקה צידוק מספק לפגיעה בזכות חוקתית (בג"ץ 6427/02 התנועה לאיכות השלטון בישראל נ' הכנסת, פסקה 50 לפסק דינו של הנשיא ברק (11.5.06)). במסגרת מבחן זה נהוג לבדוק האם התכלית בה כרוכה הפגיעה נועדה לשרת אינטרס חברתי ראוי ומהי מידת חשיבותו של אינטרס זה (בג"ץ 52/06 חברת אלאקטא לפיתוח נכסי ההקדש המוסלמי בא"י בע"מ נ' Simon Wiesenthal Center, פס' 222 לפסק דינה של השופטת פרוקצ'יה (29.10.08); בג"ץ 7052/03 עדאלה המרכז המשפטי לזכויות המיעוט הערבי נ' שר הפנים, פ"ד סא(2) 202, 319 (2006); אהרן ברק מידתיות במשפט – הפגיעה בזכות החוקתית והגבולותיה 301 (2010)).

אין חולק כי הפעלת אמצעים שתכליתם מניעת השתקעות והשתלבות בערים ובשוק העבודה כרוכה בפגיעה בזכויות אדם. אך פגיעה זו כשלעצמה אינה בהכרח שוללת את לגיטימיות התכלית. "אין לומר כי תכלית היא ראויה רק אם אין בה פגיעה בזכות אדם... קביעה מראש שכל פגיעה אינה ראויה נוגדת את תכליתה של ההוראה בדבר תכלית ראויה, ואין לנקוט בה" (הנשיא ברק בעניין התנועה לאיכות השלטון, בפסקה 51). בבסיס מדיניות ההגירה עומד אינטרס חברתי ראוי ובר משקל. מדיניות הגירה מבקשת בין היתר לצמצם תמורות דמוגרפיות לא רצויות שהן תוצר בלתי נמנע של הגירה לא חוקית ושל הסתננות בפרט. תמורות אלה הביאו, במציאות הישראלית, להשלכות שליליות כגון עליה בפשיעה; הכבדה על תקציב המדינה ועל מערכות הבריאות והרווחה באזורים מסוימים; קשיי אכיפה של חובות אזרחיות כגון תשלום מס ועוד (ראו: פסקאות 6–11 לכתב תשובה מטעם המדינה מיום 11.3.2014).

8. שאיפתה של המדינה למנוע השתקעותם של מסתננים בערים היא אחד מביטויה של מדיניות ההגירה. מדיניות זו כרוכה מטבעה בהגבלה של זכויות יסוד מסוימות אשר נדונו בהרחבה בחוות דעתו של חברי השופט פוגלמן. אך הגבלה זו כשלעצמה אינה שוללת את היותה של התכלית ראויה. בבסיס מדיניות זו עומדים אינטרסים חיוניים. תכליתם של אינטרסים אלה מבטאת ההגנה על החברה מפני ההשלכות השליליות שעלולות להיות תוצאתה של תופעת ההסתננות. הגנה זו היא ראויה בעיני, ולפיכך, אני סבור כי תכלית זו עומדת במבחן התכלית, וזאת ללא קשר לאמצעים שנקטים להגשמתה, אשר מבחני פסקת ההגבלה ייעדו להם בחינה נפרדת.

9. ומכאן לעניין מידתיותה של דרישת הנוכחות במתקן השהייה שלוש פעמים ביום. אני מסכים עם חברי השופט פוגלמן כי דרישה זו אינה עומדת במבחן המשנה השלישי – מבחן המידתיות "במובן הצר". מקובלת עלי עמדתו לפיה התועלת שמושגת באמצעות דרישת ההתייצבות אינה מצדיקה את הפגיעה החוקתית הקשה שהיא מסבה למסתננים. ודווקא משזו היא מסקנתי, לא אוכל לקבל את עמדתו של חברי באשר למבחן המשנה השני, לפיה אין בנמצא אמצעים שפגיעתם פחותה. הרי במסגרת מבחן זה אנו בוחנים אם ייתכנו אמצעים אחרים חלף האמצעי הפוגע המוצע, אשר בכוחם להשיג את התכלית במידה דומה של אפקטיביות. חברי מוכן להניח כי אין בנמצא אמצעים אשר יבטיחו את מניעת השתקעותם של המסתננים במרכזי הערים. הוא אמנם מציע אמצעים נוספים חלופיים כגון אכיפה אדוקה של חוקי העבודה; העלאת שכרם של המסתננים שעובדים במרכז השהייה; ודרישה להפקדת בטוחות שתחולטנה אם יופר האיסור על עבודה. אך הוא סבור כי הם אינם משיגים במידה דומה של אפקטיביות את תכלית מניעת ההשתקעות במרכזי הערים. לשיטתו, אם המסתנן יהיה

רשאי להיעדר במשך שעות היום ממרכז השהייה, גוברת ההסתברות לכך שיבקש להצטרף לשוק העבודה הישראלי (פסקה 129 לחוות דעתו).

10. עמדתי שונה מעמדתו של חברי. אני סבור כי קיימים די אמצעים לשם השגת התכלית האמורה. דומה כי אם לא נאמר כן – כי יש בנמצא אמצעים שפגיעתם פחותה – משמעות הדברים היא השלמה עם פגיעה באותם אינטרסים חיוניים אשר עומדים בבסיס התכלית. כאמור, ההנחה היא שדרישת הנוכחות אינה עומדת במבחן המשנה השלישי; כלומר, שבאיזון שבין התועלת לאינטרס הציבורי לבין הנזק לזכויות היסוד של המסתננים – התועלת היא פחותה ואינה מספקת. במצב זה, לשם הגשמת תכלית מניעת ההשתקעות, דומה כי אין מנוס משימוש באמצעים אחרים אשר יבטיחו מתן משקל מספק לאינטרסים החיוניים שבבסיסה. במילים אחרות, אם קבענו כי התכלית ראויה מזה, אך כי האמצעי הקיים פוגע יתר על המידה בזכויות יסוד מזה, אין בדינו אלא להכיר בכוחם של אמצעים אחרים להגשים את התכלית המבוקשת. אשר לאמצעים הקונקרטיים שהציע חברי, ולאמצעים שהציעה חברתי המשנה לנשיא נאור, אני סבור כי אין לפסול אפשרות ששימוש מצטבר בהם יהא מענה הולם להגשמת התכלית.

11. מסקנתי היא, אם כן, שאם החוק היה נוקט באמצעים אחרים אשר מידת פגיעתם בזכויות היסוד של המסתננים פחותה במידה משמעותית, אך היה בכוחם להגשים במידה מספקת את תכלית מניעת ההשתקעות, לא היה מקום להורות על בטלותם. הבטלות היא הכרח בל יגונה בשל הפגיעה היתרה בזכויות היסוד, ולא בשל הפגיעה עצמה; אותה תוספת לנזק לזכויות היסוד אשר אינה מסבה תועלת ממשית להגשמת התכלית.

12. כעת בקצרה לעניין הסמכתו של שב"ס לתפעול מתקן השהייה וסמכויותיו. ער אני לכך שחברי השופט פוגלמן מבהיר כי אינו מבקש להטיל דופי בעבודתו הנאמנה של שב"ס, ודומה כי חששותיו נעוצים בכך שעצם הנוכחות של סוהרים במתקן השהייה מהווה תוספת לפגיעה בזכויות היסוד של המסתננים (בפסקה 145 לחוות דעתו). אבקש להבהיר כי גם אני סבור כי חזקה על שב"ס שיפעיל סמכויותיו באופן סביר ומידתי. בפרט אני סבור, בדומה לדברי חברי, כי אין מניעה שבמתווה נורמטיבי אחר שיסדיר את דרכי פעולתו של מתקן השהייה באופן מידתי – השב"ס יהא זה שיופקד על ניהולו, בכפוף להכשרה המוקדמת שקיימת כבר בתיקון 4.

13. בכפוף להערות אלה אני מסכים, כאמור, לפסק דינו של חברי השופט פוגלמן. כן אני מסכים לסעדים שמציע הוא בפסקאות 80–83 ו-188–191.

ש ו פ ט

השופטת א' חיות:

1. אני מצטרפת בהסכמה לחוות דעתו רחבת ההיקף של חברי השופט ע' פוגלמן. אכן, סעיף 30א לחוק למניעת הסתננות (עבירות ושיפוט), התשי"ד-1954 (להלן: החוק), גם על פי נוסחו החדש ו"המרוכך" לפי תיקון 4 לחוק, אינו צולח את המבחן החוקתי משום שהוא מתמיד בגישה לפיה ניתן להחזיק במשמורת מסתננים אשר אין מתקיים בעניינם הליך גירוש אפקטיבי מסיבות שאינן תלויות בהם, דוגמת המסתננים נתיני אריתריאה, אשר לגביהם נוקטת המדינה במדיניות זמנית של אי-הרחקה בהתאם לעקרון "אי ההחזרה" (Non Refoulement) ודוגמת נתיני הרפובליקה של סודן שאף הם אינם מורחקים הלכה למעשה כעניין שבמדיניות. נתינים אלה של אריתריאה והרפובליקה של סודן מהווים, כפי שציין חברי השופט ע' פוגלמן, את רוב מניינה ובניינה של אוכלוסיית המסתננים בישראל וקיצור תקופת המשמורת באופן המעמיד אותה על שנה אחת לפי תיקון 4 לחוק תחת שלוש שנים על פי נוסחו הקודם, אין בו מענה לקושי החוקתי הטמון בהחזקת המסתננים במשמורת שלא לצורכי גירוש, לאחר זיהום וסיווגם כמי שאינם בני הרחקה.

2. באשר לפרק ד' של החוק הנוגע להקמת מרכז השהייה וכן באשר לעתירה שבבג"ץ 7385/13 שהגישו תושבי דרום תל-אביב, אין לי אלא להצטרף להערותיה של חברתי המשנה לנשיא מ' נאור בסעיפים 4-6 לחוות דעתה. הוא הדין באשר לדברים שכתבה חברתי בסעיף 3 לחוות דעתה לעניין החובה המוטלת עלינו במסגרת הדיאלוג החוקתי שאנו מקיימים עם הרשות המחוקקת, לשוב ולקבוע את בטלות ההוראות שבתיקון מס' 4 לחוק לאחר שתיוקן זה אין בו כדי ליתן מענה לאי החוקתיות של החוק עליה הצבענו בבג"ץ 7146/12 אדמ נ' הכנסת (16.9.2013).

ש ו פ ט ת

1. תופעת ההסתננות בהיקף רחב יצרה קשיים לא מועטים עבור ציבור גדול מקרב אזרחי ישראל. רבים, בעיקר תושבי שכונות מוחלשות, נדרשו לשלם מחיר גבוה ויומיומי בגין התרחשויות שמעבר לשליטתם.

חשוב לזכור, בבואנו לבחון את סוגית המסתננים, שהציבור הגדול של המסתננים מורכב למעשה מפסיפס של יחידים. כל מסתנן – אדם הוא. אותו אדם, באופן טיפוסי, חי בתנאים קשים בארץ מוצאו. לא יהא זה מוגזם לומר כי לעיתים הגורל התאכזר אליו. אצל מסתננים רבים הקושי איננו מתמצה בהיבטים הכלכליים. אל לנו, הרגילים ללגום מכוס החירות והשפע היחסי – לא להכיר בתשוקתם של אלו שלא טעמו זאת.

אך למול כבוד האדם של המסתנן הבודד, וחירותו, לא עומד רק אינטרס כללי של ציבור ערטילאי. האיזון החוקתי אותו אנו נדרשים לבחון איננו מתקיים רק במישור של אדם-ציבור, ואין מדובר רק בזכויותיו של היחיד-המסתנן למול האינטרס הציבורי של תושבי מדינת ישראל (השוו פסקה 186 לחוות דעתו של השופט פוגלמן). עסקינן גם במישור של אדם לאדם. יחיד מול יחיד. אין הכוונה ליצור עימות אישי; אך המציאות עומדת בעינה. נקודת מבט זו היא חלק חיוני מהכרת העובדות. כפי שכתבתי בעניין אדמ:

”הנפגעים העיקריים, גם אם לא הבלעדיים, מן ההגירה הבלתי-חוקית המאסיבית והפתאומית הם בני השכבות הסוציו-אקונומיות החלשות יותר... שלום הציבור במובן הרחב ותחושת שלום הציבור – כל אלו ספגו פגיעה קשה” (פסקה 2).

אף מבקר המדינה התייחס לכך ששתי הקבוצות – המסתננים ואזרחי המדינה – כרוכות זו בזו, ו”הזנחה של קבוצה אחת בידי המדינה מרעה את תנאי החיים של בני הקבוצה האחרת”.

עינינו הרואות: מציאות זו של גלי הסתננות בלתי-מבוקרים לוותה בהיווצרות בעיות אמתיות בתחום הכלכלי והחברתי, בעיות שהקשו עד-מאד על חיי היומיום של תושבים רבים דווקא בשכונות מוחלשות. הנה כי כן, הדרישה לגבש פתרון מקיף לסוגית ההסתננות נבטה על קרקע שאיננה בתולה. מרקם החיים של רבים נפגע באופן

עמוק ומתמשך. שאלה לגיטימית וחשובה היא באיזו מידה יהא זה נכון לבטל את סבלה של קבוצה אחת מפני הסבל של קבוצה אחרת.

2. במישור האופרטיבי אקדים ואומר כי דעתי כדעת הנשיא א' גרוניס. אף אני סבור כי יש לדחות את העתירות נגד החוק למניעת הסתננות (עבירות ושיפוט) (תיקון מס' 4 והוראת שעה), התשע"ד-2013 (להלן: תיקון מס' 4). להשקפתי אין מקום להורות על ביטול סעיף 30א של החוק למניעת הסתננות (עבירות ושיפוט), התשי"ד-1954 (להלן: החוק), שעניינו השמת המסתנן במשמורת. זאת בשים לב לקיצור משך הזמן המקסימלי לתקופה של שנה, בהשוואה לפרק הזמן שעמד במוקד הדיון בבג"ץ 7146/12 אדמ' נ' הכנסת (16.9.2013), וכן בשל מנגנוני הגנה נוספים שהוכנסו עתה על ידי המחוקק. אף פרק ד' לחוק - מרכז שהייה פתוח - עובר להשקפתי את המשוכה החוקתית, וזאת פרט להיבט אחד - חובת ההתייצבות שלוש פעמים לרישום.

גישת הנשיא ונימוקה, לרבות נקודת המבט שהציג בדבר הביקורת החוקתית והיקף המתחם החוקתי המוענק לכנסת, מקובלים עלי מאד. לנוכח עמדתם הקוטבית הנחרצת של הנשיא ושל חברי השופט ע' פוגלמן - מצאתי לנכון להוסיף מספר הדגשים משלי. מקצתם עוסקים באופן פרטני בשני חלקי העתירה שלפנינו - משמורת ומרכז שהייה פתוח, ומקצתם נוגעים לגישה החוקתית העקרונית אשר עולה במפורש או בין השיטין.

החזקת מסתננים במשמורת

3. בעניין אדמ' נדרש בית משפט זה להכריע בקשר לגלגולו הקודם של החוק למניעת ההסתננות - תיקון מס' 3. הצגתי שם גישות שונות במשפט המשווה לעניין השמה במשמורת, תוך שימת דגש על ארצות הברית (פסקה 7 לחוות דעתי). המשותף לכל הגישות הוא שניתן להצדיק החזקת מסתנן במשמורת לתקופה שאיננה ארוכה. החזקה במשמורת - כן, תקופה ארוכה - לא. לאמור: ניתן להצדיק את החזקה במישור המנהלי אך לא במישור הפלילי, כיוון שאין מדובר בעונש. מכאן מסקנתי בבג"ץ אדמ', ובכך הצטרפתי לדעת חבריי, שהרף העליון אשר נקבע בתיקון מס' 3 - החזקה במשמורת למשך שלוש שנים - איננו חוקתי.

4. יצוין כי בעניין אדמ' לא הביעו חבריי, פרט לי ולנשיא, עמדה מפורשת או אפילו כללית באשר לרף הסביר של החזקה במשמורת, אך בה בעת גם לא הסתייגו באופן גורף ומובהק מהשימוש בכלי של השמה במשמורת. עולה, אפוא, שהוויכוח הוא על

משך זמן המשמורת – ולא על עצם ההשמה במשמורת. מהו, אם כן, הרף העליון הרצוי להחזקה במשמורת? תשובה חד-משמעית – אין, ברם מתווה כללי יש. לשם כך ניתן להיעזר במשפט המשווה.

מקריאת דעתו של השופט פוגלמן מתקבל הרושם ששישה חודשים הם הרף העליון המקובל בעולם. להבנתי, לא כך הוא המצב. מדינות רבות עוברות את הרף של ששת החודשים. בקנדה ובריטניה אין רף עליון חוקי. בבריטניה, בפרט, כ-10% מהמסתננים מוחזקים לתקופה העולה על שנה. באירופה המצב איננו שונה באופן ניכר, ומדינות רבות שם סוטות מהרף של שישה חודשים. כך, למשל, שווייץ ואיטליה קבעו תקופה של 18 חודשים. במדינות מערביות אחרות דוגמת דנמרק, פינלנד, אירלנד וניו-זילנד אין רף עליון. אף באוסטרליה אין כל רף עליון, ולעיתים קרובות מסתננים מוחזקים במשמורת לתקופה העולה על שנה (Migration Act 1958, §198; Al-Kateb v.).

Project, Country Profiles (<http://www.globaldetentionproject.org/countries.html>). יוער כי פסק דין שניתן לפני ימים ספורים ע"י בית המשפט העליון של אוסטרליה לא שלל גם הוא באופן עקרוני וגורף את האפשרות להחזיק מסתנן במשמורת, אולם העיר כי משמורת איננה תכלית בפני עצמה. נקבע כי החזקה במשמורת מותרת רק אם תכליתה לבחון את זכאותו של המסתנן לאשרה או את האפשרות לגרשו, ורק לפרק הזמן הנחוץ לשם קבלת החלטה בעניינו. עוד נפסק כי תהליך הגירוש צריך להתבצע – "as soon as reasonably practicable", דהיינו במהירות ככל שהדבר מתאפשר מבחינה מעשית סבירה (Plaintiff S4/2014 v. Minister for Immigration and Border Protection, [2014] HCA 34) (11.9.2014).

גם ביחס לארצות הברית יש לחדד את המצב המשפטי. בעקבות פסק דינו של בית המשפט העליון בפרשת *Zadvydas v. Davis*, 533 U.S. 678 (2001), התפישה הרווחת היא שבתום שישה חודשי החזקה במשמורת (detention) – נוצרת מעין "חזקת שחרור" (presumption of release): חזקה לפיה המשך המשמורת איננו חוקתי, ועל המדינה מוטל הנטל להראות שיש טעמים טובים להמשך החזקה. נכון הוא, אפוא, שבארצות הברית נקבע מעין רף עליון ראשוני של שישה חודשים ולא שנה. ברם השוואה זו איננה מדויקת: בארצות הברית, בחלוף שישה חודשים קמה לכל היותר "חזקת שחרור". היה וחזקה זו נסתרה, הדין והפסיקה לא קבעו רף עליון מוחלט. להבדיל, במסגרת תיקון מס' 4 נקבעה חובת שחרור בחלוף שנה להחזקה במשמורת. ואכן, המספרים ביחס לארצות הברית ממחישים נקודה זו: 10% ממסתננים שטרם הוצא בעניינם צו גירוש (pre-removal order cases) שוהים במשמורת למעלה משלושה חודשים ועד שנה, ו-3%

שוהים במשמורת אפילו למעלה משנה (Donald Kerwin & Serena Ying-Yi-Li, IMMIGRANT DETENTION: CAN ICE MEET ITS LEGAL IMPERATIVES AND CASE MANAGEMENT RESPONSIBILITIES? (2009). לעומתם, מביין אלו שהוצא בעניינם צו גירוש – למעלה מ-10% שוהים במשמורת לתקופה שעולה על שנה.

5. אחזור, אפוא, לשאלה בה פתחתי: מהו הרף העליון החוקתי להחזקה במשמורת? בעניין אדמס הובא לפתחנו רף של שלוש שנים. רף זה נפסל, כאמור, ולכך אני מסכים. תקופה זו מטבעה מהווה עונש במובן הפלילי, אפילו אם אין זו הכוונה. חברי הנשיא הוסיף וציין בעניין אדמס כי אין מניעה, לגישתו, "לחוקק חוק חדש שיתיר החזקה במשמורת במשך תקופה קצרה באופן משמעותי משלוש שנים" (פסקה 5 לחוות דעתו). כשלעצמי הדגשתי שם כי "התקופה של שלוש שנים היא ארוכה ביותר" (פסקה 5 לחוות דעתי), ברם ניתן להסתפק באמצעי מידתי יותר: "קביעת רף עליון למשמורת שאיננו מגיע או מתקרב לשיעור של 3 שנים" (פסקה 6 שם). ברוח זו נכתב בהצעת החוק של תיקון מס' 4 שכלל הוראה פרוספקטיבית:

"הטעם שעמד בבסיס קביעתו של בית המשפט העליון [בבג"ץ אדמס] כי ההסדר אינו חוקתי היה שאותו הסדר כרוך בפגיעה לא מידתית בזכות לחירות הקבועה בחוק יסודי: כבוד האדם וחירותו. ההסדר המוצע בסעיף זה, שעיקרו בקיצור משך תקופת המשמורת בת שלוש השנים שנפסלה בפסק הדין, והחלת תקופת משמורת בת שנה אחת על מסתננים שטרם נכנסו לישראל, כמו גם קיצור התקופה המרבית לבדיקת בקשות מקלט של המצויים במשמורת, מהווה הסדר מידתי ומאוזן יותר" (ה"ח ממסלה – 817, עמ' 124).

עתה עומד לדיון רף עליון מתון יותר של שנה. האם רף זה עובר את הביקורת החוקתית? דעתי היא כי יש להשיב לכך בחיוב. בחירת המחוקק הישראלי להציב רף עליון מחייב של שנה להחזקה במשמורת – איננה יוצאת דופן או חריגה על רקע הנוף הכללי של המשפט המשווה במדינות המערב. יש גישה משותפת לכל המדינות ולפיה ניתן להחזיק מסתנן בלתי-חוקי במשמורת. נכון הוא כי ישנן מדינות בהן הזמן הממוצע להחזקה במשמורת הוא קטן יותר מהרף העליון שקבע המחוקק בישראל. פער זה עשוי להיגזר מהבדלים עקרוניים אך גם מהנסיבות הקונקרטיות של כל מדינה ומדינה. אולם בעיני העיקר הוא שהרף של שנה בוודאי איננו "מחוץ לתחום", ואיננו גבוה ביותר מהנהוג במדינות רבות – אולי אף להיפך. לכן יש לנקוט, להשקפתי, משנה-זהירות בביקורת החוקתית. האם ניתן היה לקבוע תקופה מקסימלית קצרה יותר להחזקה במשמורת? בוודאי. אך לא זו השאלה העומדת לדיון בפני בית משפט זה. כשם שיש

מתחם סבירות, כך יש מתחם חוקתיות. אינני סבור כי המודל הישראלי, על פרטיו, נופל מחוץ למתחם זה – אף לא בראי הדין המשווה.

מרכז שהייה פתוח

6. המוקד השני של העתירות שבפנינו הוא מרכז שהייה הפתוח. ככלל, אני סבור שיש להקפיד על הבחנה מהותית בולטת בין שני כלים אלו. לשון אחר: אין להסתפק בכך שמרכז שהייה הפתוח יהיה מעין "מתקן משמורת לייט", אלא יש לוודא כי מדובר במתכונת החזקה שונה לחלוטין.

בראייה זו, אני מצטרף לדעת הנשיא גרוניס לפיה יש להורות על בטלות סעיף 32א(א) לחוק אשר מורה על חובת התייצבות לרישום שלוש פעמים ביום. הטעמים לכך פורטו בחוות דעתו של הנשיא, ועל כן לא ארחיב לגביהם. אומר רק כי ההבדל המרכזי בין מרכז שהייה הפתוח לבין ההחזקה במשמורת נעוץ, לטעמי, ביכולת לצאת מהכא להתם. מתן חופש תנועה משמעותי, גם אם מוגבל, הופך את מרכז שהייה למרכז פתוח. זאת להבדיל מהחזקה במשמורת, שמשמעותה המעשית היא החזקת המסתנן בתנאי מאסר או מעצר. המתקן בו עסקינן מצוי במרחק רב ממקום יישוב, וקביעת חובת התייצבות שלוש פעמים ביום – ולא, למשל, פעמיים ביום – הופכת את האפשרות לצאת מהמתקן למשוכה מעשית גבוהה אם לא מעבר לכך.

7. בטרם אמשיך, אבקש לציין מספר הערות ביחס לדברים שעלו מקריאת חוות דעתו של חברי השופט פוגלמן.

חברי עמד על כך שהמסתננים אינם עבריינים "במובן המקובל של המשפט הפלילי". יושם לב אל הזהירות הראויה בלשון הכתוב. קשה להתעלם מכך שעסקינן במי שאינם מכבדים את ריבונותה של המדינה, ובמקום זאת בחרו להסיג את הגבול תוך הפרת החוק. ואל תשיבני שעסקינן במי שהינם "בחזקת פליטים". הניסיון מלמד שמי שמבקש לקבל הכרה כפליט – פונה לרשויות המוסמכות. הליך ההכרה במעמד הפליט נתון גם לביקורת שיפוטית, ולא מצאנו שפעמים רבות הוכרו פלוני כפליט. לא יהא זה נכון להניח, אוטומטית, שכל מי שיוחזק במרכז שהייה הריהו בחזקת פליט.

קושי נוסף בו מתמקד חברי השופט פוגלמן הוא העדר מגבלת הזמן, לכאורה, על ההחזקה במרכז שהייה פתוח. ברם, כאמור, עסקינן בהוראת שעה. תוקף ההוראות הנוגעות למרכז שהייה יעמוד בתוקף במשך שלוש שנים בלבד מיום תחילתו של

החוק, היינו לקראת סוף שנת 2016 (החוק התקבל בקריאה שלישית בכנסת ביום 9.12.2013). חברי חושש מהאפשרות שהוראת השעה תוארך, כך שהסדר הזמני יישאר לתקופה ארוכה יותר. לכך אשיב כי בביקורת חוקתית יש להיזהר מקביעת הנחות כעובדות. בכל מקרה, גם אם יש בסיס עובדתי לחששו של חברי על רקע ניסיון העבר בתיקים שונים (ויש בסיס מסוים), ניתן לאמץ את גישת הנשיא לפיה לא יהא זה נכון להאריך את תוקף הוראת השעה מעבר למועד שנקבע מלכתחילה.

השופט פוגלמן התייחס בחוות דעתו למחיר הנפשי והחברתי שייגבה מן המסתננים כתוצאה מהחזקתם במרכז שהייה, גם אם פתוח (סעיף 125-127). אינני מקל בכך ראש. ברם אין לשכוח: גם במדינות מערביות אחרות מוטלות מגבלות, אפילו לא פשוטות, על מסתננים הנתונים במשמורת כזו או אחרת. יש הכרה, כמעט ניתן לומר גורפת, בכך שלא כל מי שמסתנן לתוך המדינה – מגיעות לו זכויות אזרח מלאות. למעשה, במשפט המשווה יש דוגמאות קיצוניות יותר מאשר מרכזי השהייה הפתוחים שלנו. בקנדה יש רק כ-300 מקומות במתקני השהייה המיוחדים, כך שבפועל מסתננים רבים מוחזקים יחד עם האוכלוסייה הכללית בבתי הכלא הרגילים (לעיל, Global Detention Project). באוסטרליה, למשל, כמעט כל מתקני השהייה סגורים הרמטית במתכונת הדומה לבית כלא. רק מתקן אחד מאפשר לשוהים בו לעזוב את המתחם ללא מלווה (שם). במתקנים שהקימה ממשלת אוסטרליה באיים הסמוכים המצב קשה פי כמה: המתקנים ממוקמים הרחק ממקום יישוב, סגורים לחלוטין בחומות גבוהות, ניתן לעזוב רק מסיבה מיוחדת ובלוויית מפקח, ומבקרים יכולים להיכנס לעיתים רחוקות ובכפוף למגבלות (לגישה ביקורתית בנושא ראו: Amnesty International, OFFENDING: Human Dignity – The Pacific Solution, ASA 12.9.2012). בארצות הברית, מבקשי המקלט מוחזקים בתנאים הדומים לבתי כלא ומנוהלים בידי סוהרים (Sadhbh Walshe, Expensive and Inhumane: The Shameful State of U.S Immigration Detention, in The Guardian (3.12.2012)). בבריטניה מצב המתקנים "זוכה" אף הוא לביקורת מרובה, ורבים מהמתקנים פועלים במתכונת של בתי כלא לכל דבר (Asylum Aid, Detention Conditions: United Kingdom, available at: <http://www.asylumineurope.org/reports/country/united-kingdom/detention-conditions>).

כפועל יוצא מכך, ישנן מדינות בהן מטופלים המסתננים בידי שירותי ההגירה או גופים אחרים. אולם בה בעת במדינות רבות הטיפול וההשגחה על אוכלוסיית המסתננים מוטלים על שירות בתי הסוהר. כך הוא המצב בארצות הברית, בקנדה, בדנמרק, בניו זילנד ובאירלנד (לעיל, Global Detention Project). הנה כי כן, לא ניתן לומר כי בחירת המחוקק הישראלי להפעיל את מרכז השהייה הפתוח בידי שירות בתי

הסוהר היא חריגה וקיצונית בהשוואה לנהוג במדינות המערב. אוסיף כי גם לגופו של עניין לא שוכנעתי כי יש בכך קושי של ממש מבחינה חוקתית, בהשוואה לחלופות. יודגש כי אף דעת הרוב לא שללה את המנגנון של מתקני שהייה באופן גורף מבחינה חוקתית, ומנגנון זה צלח את מבחן התכלית ומבחנים נוספים – למעט מבחן-המשנה השלישי של המידתיות.

יוזכר כי הביקורת השיפוטית עניינה בחינת המתחם החוקתי ולא מתחם הסבירות. אין זה אומר כי הראשון בהכרח רחב יותר מהאחרון. הרי החובה החוקתית היא למנוע פגיעה בזכויות יסוד. אך בשאלות רבות אין תשובה חוקתית אחת. אף הייתי מדגיש שככל שהזכות שנפגעה מצויה בדרגה נורמטיבית גבוהה יותר - המתחם החוקתי מצטמצם. וכן להיפך. הרלבנטיות לענייננו היא שהתקופה החוקתית הלגיטימית להחזיק אדם במרכז שהייה חייבת להיות ארוכה יותר מהתקופה שבה ניתן להחזיק אדם במשמורת. ודוק: התקופה של שלוש שנים, על פי הוראת השעה, היא התקופה הארוכה ביותר. ככל שחולף הזמן – התקופה המקסימאלית מתקצרת בהתאם.

המשפט המשווה בעניין החזקת מסתננים

8. עמדתי לעיל בהרחבה על קשת הגישות במדינות מערביות שונות, בכל הנוגע לסוגיית הטיפול במסתננים. עולה שאלה כללית יותר: מה תרומתו של המשפט המשווה לביקורת החוקתית בכלל, ולביקורת החוקתית בענייננו בפרט?

לעיתים ההשוואה יכולה לסייע בפיתוח כיווני מחשבה, בהעלאת שאלות ובהצגת פתרונות שונים. כמובן, ההשוואה איננה מחייבת קבלה אוטומטית של עמדות המשפט המשווה. יש לפתח גישה משפטית חוקתית "תוצרת הארץ", כזו שתהא נטועה בהוויה הישראלית על גווניה. ברם הדבר עשוי להיות כלי עזר חשוב. זאת בוודאי כאשר עסקינן בהשוואה לשיטות חוקתיות שפועלות מתוך ערכי יסוד דומים.

אם זהו המצב ככלל, על אחת כמה וכמה בענייננו. ראשית, כל השיטות החוקתיות שביחס אליהן נעשית ההשוואה – מכירות בקושי הטמון בפגיעה בכבוד האדם ובחירותו. רגישות מיוחדת שמורה למעצר או אמצעים דומים לו, שמשמעותם היא שלילה פיזית בדרגה כזו או אחרת של חירות הפרט. שנית, מדובר בסוגיה כלל עולמית, המעמידה אתגרים מתחדשים (במובנים מסוימים) על סדר יומן של מדינות רבות. שלישית, דווקא העובדה שמדובר בסוגיה חדשה אשר בגלגולה העכשווי כמעט ואין לה תקדים - יכולה לסייע לבית המשפט בקביעת המתחם החוקתי.

9. דברים אלו אמורים ביחס למכלול העתירות שבפנינו, ולתפקידו של המשפט המשווה בניתוח החוקתי – הן ביחס להחזקת מסתננים במשמורת והן ביחס להשמתם במרכז השהייה הפתוח. ואולם, לצד היתרון והתועלת שצפונים בהשוואה למדינות מערביות אחרות, דומני כי תיק זה מחייב נקיטת משנה-זהירות בטרם תיערכנה השוואות כאלו או אחרות. אבהיר.

ישראל היא המדינה המערבית היחידה אליה ניתן להגיע מאפריקה דרך היבשה. כמו כן, אין בסמוך לישראל מדינות יעד "מפתות" אליהן עשויים המסתננים להמשיך. בד בבד, ישראל – כפי שציין חברי השופט י' עמית (פסקה 15) – "מוקפת טבעת איבה", באופן שאיננו מאפשר לה להגיע להסדרים והסכמים עם מדינות שכנות. יש להוסיף כי רבים מקרב המסתננים מקורם בצפון סודן, מדינה עוינת לישראל. בכך ישראל נבדלת מכל יתר המדינות המערביות אשר מתמודדות אף הן עם תופעת ההסתננות. שילוב הנתונים מציב את הממשלה, ואת המחוקק, בנקודת מוצא קשה במיוחד.

ברי כי מצבה של מדינת ישראל איננו דומה למדינות אירופה, שם מדינה אחת עשויה לחלוק גבול משותף עם מספר מדינות שמאוגדות עימה תחת מטריה פוליטית אחת, ומוכנות להשתתף בפיתרון אזורי של סוגית קליטת המסתננים. יש מדינות שעומדות בחזית, והאיזונים החוקתיים לגביהן עשויים להיות רגישים יותר. מנקודת מבט זו, אין זה מקרה לדעתי שדווקא מדינות אלו – דוגמת ארצות הברית ואף אוסטרליה (גם לאחר פסק הדין שניתן כאמור בימים האחרונים) – נוקטות במדיניות הגירה שמאפשרת החזקת מסתננים לתקופה ארוכה יותר ומציבה תנאי פיקוח נוקשים יותר למסתננים ששחררו. לטעמי יהא זה הוגן לומר שמדינות אלו מצויות במצב דומה לזה של ישראל, יותר ממדינות אחרות – שהובאו בחוות דעתי בעניין אדם – אשר מקצרות את התקופה ומקלות את תנאי הפיקוח. השאלה איננה האם ניתן לנקוט במדיניות אחרת, אלא האם – על רקע מאפייניה הייחודיים של המדינה – נדרשת התערבות חוקתית על ידי בית המשפט במדיניות שנבחרה.

להבנתי, חבריי מעלים טיעון נוסף ולפיו החזקת המסתננים במשמורת היא ללא סיבה. ההנחה שעומדת מאחורי טיעון זה הינה שלעת עתה לא צפוי פתרון קבע חוקי למסתננים המוחזקים במשמורת. על הרקע הזה, כך נראה, סבורים חבריי כי החזקה במשמורת אפילו לפרק זמן של חודשים בודדים – היא ענישה שאיננה מוצדקת, החזקה

במשמורת ללא תועלת. דא עקא, הנחה עובדתית זו איננה נכונה לדעתי. אחת הסיבות לכך קשורה למאפיינים המייחדים את ישראל בכל הנוגע לתופעת ההסתננות.

מסיבות מובנות, כפי שהוזכר, ישנם קשיים רבים להגיע להסכמה עם המדינות השכנות בכל הנוגע להסדרה אזורית של סוגיית המסתננים. זאת הן בשל מספר המסתננים, ובעיקר בשל המצב הגיאוגרפי-פוליטי השורר באזורנו. המדינה טענה בפנינו כי על אף הקשיים נעשים ניסיונות לא מעטים לגבש פתרונות בכיוון זה. כך, במהלך המחצית הראשונה של שנת 2014 יצאו מישראל כ-4,800 מסתננים (ראו פסקה 39 לחוות דעתו של חברי השופט ע' פוגלמן). הממשלה והכנסת פועלים ללא הרף למציאת פתרונות. יש רצון כן וברור לפתור את המצב, תוך התחשבות והתמודדות עם הקשיים.

זהו המצב בישראל, ויש לקחת זאת בחשבון גם בשקילת משך התקופה של החזקה במשמורת. אומר זאת כך: לו היה המחוקק עומד איתן על דרישתו להחזיק מסתנן במשמורת שלוש שנים - היה נוצר קושי חוקתי. על כך עמדנו בבג"ץ אדמ. אך לא זה המצב. כמענה ראוי, ותוך איזון בין הצורך לטפל בתופעת המסתננים לבין אופן הטיפול הנגזר ממאפייניה הייחודיים של ישראל, נבחר רף מקסימאלי של שנה אחת להחזקה במשמורת. מכלול הנסיבות מביא למסקנה כי פרק זמן זה הוא מתאים ומידתי ועומד בביקורת החוקתית.

הקריאה המצטברת של העובדות

10. הביקורת החוקתית היא בעלת חשיבות מרובה בכל תחומי המשפט. על מנת שהביקורת החוקתית תהא מבוססת ומדויקת, יש חשיבות עליונה להכרת ולהצגת מכלול העובדות הרלבנטיות. בתיק דנא, העוסק בתופעת ההסתננות, התשתית העובדתית היא חריגה ויוצאת דופן. הביקורת חייבת לקחת זאת בחשבון. אומר זאת בדרך אחרת: חברי, השופט ע' פוגלמן, הרחיב על משמעותה של קריאה מצטברת של סעיפי החוק ושל הפגמים החוקתיים שנפלו בו. לדידי, חשובה לא פחות מכך היא הקריאה המצטברת של העובדות. חבריי אמנם ציינו עובדות אלו, אך בעת עריכת הביקורת החוקתית לא העניקו להשקפתי משקל מספק להצטברותן כפי שהובאו לעיל.

אף הייתי מסתייג, מבחינה מתודולוגית, מהגישה שהוצגה בדבר קריאה מצטברת של סעיפי החוק. לפי גישה זו, היה ויש פגם חוקתי – למשל חתימה שלוש פעמים ביום במתקן השהייה הפתוח – פגמים נוספים מוסיפים חומרה לתמונה הכוללת. אמנם דעתי היא כי לא זו הדרך לבדוק פגיעה חוקתית, אלא היפוכו של דבר.

משהגיע בית המשפט למסקנה כי יש לבטל הוראה מסוימת – או אז יש לבדוק האם החלק הנותר מגיע לרמה של פגיעה חוקתית המחייבת ביטול. אני מסכים לדעתו של הנשיא, שבנסיבות העניין די בביטול דרישת שלוש החתימות כדי שפרק ד' יעמוד על תילו. אפילו אם ייקבע, ולא כך דעתי, שהיה מקום להגביל את זמן השהייה במתקן – אף נתון זה לא היה מצדיק ביטול כל פרק ד'. ההוראות הנותרות - בכוחן לעמוד בצורה עצמאית. אם כך הדבר, יש להשאיר אותן על כנן.

שינוי הנסיבות

11. נקודה נוספת היא ההצלחה ה"מפתיעה" של הפיתרון שמצאה המדינה. בשנת 2009 החלה העלייה המשמעותית בהיקף תופעת ההסתננות. מאז ועד לסוף שנת 2011 נכנסו לישראל כ-37,000 מסתננים – כחצי אחוז מהאוכלוסייה, בקצב שנתי הולך וגובר. אוכלוסיית המסתננים לא התפזרה באופן שווה בכל חלקי הארץ. היא התמקדה באזורים קטנים בשטחם, למשל – אך לא רק - פרבריה הדרומיים של תל אביב. תושבי המקום נאלצו, בעל כורחם, לקלוט בפרק זמן קצר יחסית מסתננים רבים. מצב זה שונה בתכלית מהמצב במדינות מערביות, דוגמת ארצות הברית וגרמניה.

ביוני 2012 הושלמו מקטעים נרחבים מגדר הגבול בין ישראל למצרים, ובמקביל החל יישומו של תיקון מס' 3 לחוק (זה שנפסל בהמשך בבג"ץ א.א.מ.ני.אז חלה ירידה תלולה במספר המסתננים שנכנסו לישראל. כך, למשל, בחודשים מאי-יוני 2014 לא נכנס לשטח המדינה אף לא מסתנן אחד (ראו בהרחבה פסקה 38 לחוות דעתו של השופט פוגלמן, ופסקה 7 לחוות דעת הנשיא).

מהו הגורם לירידה מכניסה של כ-1,500 מסתננים בחודש בשנת 2011 ועד למצב כיום? בהתקיים מספר גורמים ניתן לתת את מלוא המשקל לגורם אחד או לאחר. כשלעצמי, סבורני כי הגורמים השונים חברו יחד להביא לשינוי. זאת הגם שקשה לעמוד על תרומתו של כל גורם וגורם. עובדה היא כי לעת הזו הפתרון המשולב שהציעה ויישמה המדינה - הצליח. מספר המסתננים צנח לרמות נמוכות ביותר, ככל הנראה בשל שילוב שני המחסומים - המחסום הפיזי (גדר הגבול) והמחסום הנורמטיבי (תיקון חוק ההסתננות), כמו גם גורמים נוספים. זהו הרקע ואלו הנסיבות שהביאו לחקיקת תיקון מס' 4 לחוק.

כמובן, וכפי שהדגשתי בעניין א.א.מ.ני.אז, אם המציאות תשתנה באופן משמעותי – נקודת האיזון החוקתית עשויה להשתנות אף היא. כך, לדוגמא, אם במשך פרק זמן

ארוך יעמוד שיעור המסתננים לישראל על רף נמוך ביותר - ניתן לשער שעיקר המאמץ יתרכז בטיפול במסתננים המצויים בארץ ובצורך למצוא להם פיתרון. ברם לעת עתה יש לקחת בחשבון שתיקון מס' 4, כהוראת שעה, עומד בתוקפו לפרק זמן של שלוש שנים. לעת הזו איננו יודעים האם יימשך המצב הנוכחי, על נסיבותיו והמורכבויות הגלומות בו, ולכמה זמן. בעבר אירעו תהפוכות מפתיעות, וייתכן שכך יהא גם בעתיד. כל נשכח כי התופעה החלה לצבור תאוצה רק בשנת 2009. מי לידינו יתקע מה יהא המצב בתום התקופה של הוראת השעה? נדמה כי הזהירות מחייבת שלא להתערב במלאכת החקיקה הרגישה בשלב זה, כאשר דינאמיקת השינוי היא כה דרמטית. לצד זאת, אם יתברר שלקראת תום תקופת הוראת השעה המטוטלת העובדתית תנוע, שוב, לנקודת איזון אחרת – נדמה שיהיה צורך לגבש פתרון אחר. אך לנוכח קצב השינוי הייתי מאפשר זמן נוסף לבדיקת השטח. זאת פרט לפגיעות חוקתיות שאין להשלים עמן, כגון רף שלוש השנים שנפסל בעניין א.ד.ט.

מידתיות במידתיות - הן בביקורת והן בסעד

12. בסופו של דבר, דעת הרוב בתיק זה היא כי יש להורות על פסלות פרק ד' לחוק (מרכז שהייה פתוח). זאת בהמשך להצטברות הפגמים החוקתיים במספר סעיפים בפרק זה, ובראשם חובת התייצבות לרישום שלוש פעמים ביום; ניהול מרכז שהייה בידי שירות בתי הסוהר; אי-תחימת משך זמן השהייה במרכז; והעדר ביקורת שיפוטית יזומה על העברת מסתנן מן המרכז למשמורת. כמו כן יש להורות על פסלות סעיף 30א לחוק (החזקה במשמורת).

עמדת שופטי הרוב היא בעיניי אפשרית כפיתרון חקיקתי. אולם לדעתי היא איננה נקייה מקשיים כתוצאה של ביקורת שיפוטית חוקתית. כך, למשל, בהצגת מבחן-המשנה השלישי של המידתיות נתן חברי השופט פוגלמן משקל לספקות שהתעוררו בשני מבחני-המשנה הראשונים של המידתיות. סבורני כי גישה כזו עלולה לטשטש את ההבחנה הראויה בין שלבי הניתוח החוקתי. ברם לא זה העיקר. רצוני להצביע על הסתייגויותי בקשר לארבעה היבטים מרכזיים יותר בגישתם של שופטי הרוב: מסורת השפיטה; חוסר בהירות אופרטיבית ביחס לחקיקה עתידית; מידתיות הסעד; והצורך בפרשנות שמקיימת את החוק.

13. ראשית, הכלל הוא שבית משפט זה איננו שש לבטל חוקים. רתיעה זו איננה נובעת מכך שבית המשפט איננו מגלה אחריות; ההיפך הוא הנכון. ביקורת חוקתית מאוזנת נועדה לשמור על הקשר העדין בין בית המשפט לבין הכנסת והממשלה.

השאיפה היא במידת האפשר לא להורות על בטלות חוקים. זו המסורת שהתגבשה בבית משפט זה בשנים האחרונות, אף לאחר "מהפכת חוקי היסוד". ראוי לשמור עליה. דברים אלו הם נכונים במיוחד במקרה הנוכחי: לא ניתן להתעלם מכך שמדובר בחוק שמגיע פעם שנייה לפתחו של בית משפט זה.

עניין זה מוביל אותי אל הנקודה הבאה. נראה לי שחלק מן הקושי נובע מכך שישנו חוסר בהירות מסוים בעמדת חבריי, הן בעניין אדם והן בפסק דין זה. כאמור, שני הדברים שעומדים במוקד הם ההחזקה במשמורת ומרכז השהייה הפתוח. באשר למשמורת, היה מקום לכוון את המחוקק בצורה יותר ברורה. האם החזקה במשמורת היא פסולה לחלוטין בכל מצב? האם הוויכוח הוא אכן "כמותי", כהגדרתו של הנשיא? פסק הדין הנוכחי בא לכאורה להבהיר את הדברים, אך דומני שהמבוכה רק גדלה. כך גם בקשר למתקן הפתוח. אם משך ההחזקה במתקן יוגבל בזמן, ומספר מועדי ההתייצבות לרישום יופחת – יהא בכך די מנקודת המבט החוקתית, לגישתם של חבריי האוחזים בדעת הרוב? לצערי התוצאה, גם של פסק דין זה, איננה חדה מספיק לטעמי וחוששני שהיא עלולה להביא להמשך ההתכתשות המשפטית-חוקתית. הקושי מתחדד עוד יותר מאחר שמדובר בפעם השנייה שבה החוק נפסל, לאחר שנעשו מאמצים רבים על מנת לעמוד בסטנדרטים החוקתיים.

היבט נוסף נוגע לא רק לביקורת החוקתית. נניח שאכן נפלו פגמים חוקתיים כאלו ואחרים בהיבטים שונים של החוק. גם בהינתן הנחה זו, חשוב להדגיש להשקפתי כי בשיח החוקתי יש להימנע מתוצאות שאינן מידתיות. יש לשאוף למציאות שבה קשיים נקודתיים נענים בסעדים נקודתיים, תוך שמירת המסגרת הכוללת של החוק ככל הניתן. במקרה דנא, למשל, גם חברי השופט פוגלמן מציין שהוא איננו מתנגד למתקן שהייה פתוח או פתוח-למחצה (סעיף 97 לחוות דעתו; סעיף 40 בחוות דעתו בעניין אדם). בהינתן נקודת מוצא זו, אינני מבין מדוע לא ניתן להורות על ריפוי הפגמים הנקודתיים שנפלו בחוק תוך שמירת המסגרת הכללית שהתווה המחוקק בעמל רב. למשל, ניתן להורות ללא קושי על ביטול הדרישה להתייצבות שלוש פעמים ביום – כדעת הנשיא שאליה אני מצטרף. כך גם באשר לאי-הגבלת משך השהייה במתקן הפתוח, לדעת אלו הסבורים כי מדובר בסעיף שאיננו חוקתי: אף לפי גישתם, ניתן היה לקבוע תקופה מקסימלית להחזקה במתקן השהייה הפתוח או לפחות לכוון את המחוקק במלאכה. כשם שבשלב הביקורת החוקתית יש להתבונן בפרטים, כך גם בשלב הסעד החוקתי.

דרך נוספת למיתון הסעד החוקתי, ובכך אחתום, עניינה פרשנות סעיפי החוק. בין חברי ההרכב נפלה מחלוקת ביחס ל"ביקורת השיפוטית היזומה". לגישת הנשיא, סעיף 30ד(א) מסמיך את בית הדין לביקורת משמורת לאשר את העברתו של המסתנן ממתקן השהייה הפתוח למשמורת. מכאן שהחוק יוצר מנגנון של ביקורת שיפוטית יזומה ביחס להעברה למשמורת (סעיפים 37-40 לחוות דעתו). לגישת השופט פוגלמן, לעומת זאת, קשה ליישב פרשנות זו עם לשון החוק ועם עילות הביקורת שמפעיל בית הדין על החלטות הממונה (סעיף 197 לחוות דעתו). בהמשך לגישתי שהוצגה לעיל, אני סבור כי פרשנות המקיימת את החוק – עדיפה על ביטולו. להבנתי, קריאה הוגנת של סעיפי תואמת את עמדת המדינה ומאפשרת עריכת ביקורת מעין זו. ברם אפילו אם נניח שהפרשנות נוטה יותר לזו שהציע חברי השופט פוגלמן (ואינני סבור כך), עדיין אני סבור כי על מנת לשמור על הכלל שאין לבטל חוקים – מוטב לאמץ את הפרשנות שהציע הנשיא לחוק. למעשה, אימוץ פרשנות זו לא רק יצמצם את האפשרות שהחוק יבוטל בעילה חוקתית, אלא אף יגשים בצורה טובה יותר את תכלית החוק על ידי קביעת נורמה חוקתית מחייבת.

אף את מבחני המידתיות יש להפעיל במידתיות. חוששני שגם על פי הסתייגויות חבריי, ניתן היה להגיע לתוצאה אופרטיבית שונה ומתונה יותר שמקיימת את בחירת המחוקק (גם אם לא על כל פרטיה).

100 דבר

14. בבוא בית המשפט העליון של מדינת ישראל לדון בסוגיית המסתננים, לא ניתן להתעלם מהמשמעות של היותה מדינה יהודית ודמוקרטית על פי ההגדרה בחוק היסוד. יהדותה של המדינה איננה מתמצית בעיניי בעקרונות המשפט העברי, אלא אף בהיסטוריה של העם. בראיה זו, ועל רקע הגירושים שעברנו בתקופות שונות, יש להיות רגיש לאחר המחפש לו בית חדש ולו באופן זמני. חובה זו היא חלק מהתמונה. יש לסייע במידת הניתן, ולהכיר בכך שמדובר בסיטואציה קשה שפוגעת בליבה. בסודן ובאריתריאה, מקום מוצאם של רבים מקרב המסתננים, החיים הם קשים מנשוא. אף יש להאניש את המסתנן הבודד. המצב האמור רק מוסיף להכרת הטוב שלנו, על כך שאנו נהנים מפירות הדמוקרטיה והשגשוג. מדינה שאיננה זוכרת את עברה – פוגעת בחוסנה ובעתידה. אין זה רק שיקול פרקטי, אלא בעיניי גם חלק מהגדרת העם.

כפי שאסור למדינה לשכוח את עברה, כך אסור לה שלא להכיר בהווה. המצב בו מצאה עצמה מדינת ישראל, כמדינה בודדת סמוכה לאפריקה שקלטה לקרבה בפרק

זמן קצר מסתננים רבים מאד, מחייב מחשבה וריסון. מגבלה של משאבים, וחובת המדינה לקבוע מדיניות הגירה, הן צו השעה. האיזון בין הדברים – ההווה והעבר – מציג אתגר מיוחד למדינה. ייתכן שאם קצב ההסתננות שהסתמן בחודשים האחרונים יעמוד בעינו – ניתן יהיה להשקיע יותר אנרגיות בטיפול באלו שכבר נמצאים כאן. לדעתי, הרוב המכריע של החוק עובר את הביקורת החוקתית. נקבעו בו איזונים שעומדים בתוך המתחם החוקתי.

לפיכך, פרט לעניין שלוש החתימות היומיות, על רקע מיקום המתקן ואופי יושביו, כשלעצמי הייתי משאיר את החוק על כנו. אולם על מנת לתרום לשיח בין בית המשפט לבין הממשלה והכנסת, אוסיף הערה אחרונה. ניתן להבין, וכך דעתי, את עמדת חבריי באופן הבא: באשר לתקופת החזקה במשמורת, ייתכן ויש לצמצם את הרף העליון עוד יותר, וכן לקבוע כי המשך החזקה כפוף לקיומו של אפיק שחרור או גירוש אחר גם אם הוא איננו מגובש. באשר למרכזו שהייה הפתוח, נדמה כי ניתן לשנות חלק מהתנאים בהתאם לביקורת החוקתית של חבריי ובכפוף לכך להשאירו על כנו.

כאמור, אני מצטרף לדעתו של הנשיא א' גרוניס.

ש ו פ ט

התוצאה לפיכך היא כדלקמן:

1. הוחלט ברוב דעות של המשנה לנשיא מ' נאור, השופטת (בדימ') ע' ארבל והשופטים ס' ג'ובראן, א' חיות, י' דנציגר וע' פוגלמן, ולמול דעתם החולקת של הנשיא א' גרוניס והשופטים נ' הנדל וי' עמית, לבטל לאלתר את סעיף 30 לחוק למניעת הסתננות. במקומו יבוא ההסדר הקבוע בחוק הכניסה לישראל. לעניין זה נקבע, כי סעיף 13(א) ו(4) לחוק הכניסה לישראל, המסמיך את ממונה ביקורת הגבולות לשחרר בערובה שוהה שלא כדין השוהה במשמורת יותר מ-60 ימים ברציפות, יחול מיום 2.10.2014.

2. הוחלט ברוב דעות של המשנה לנשיא מ' נאור, השופטת (בדימ') ע' ארבל והשופטים ס' ג'ובראן, א' חיות, י' דנציגר, ע' פוגלמן וי' עמית, בניגוד לדעתם החולקת של הנשיא א' גרוניס והשופט נ' הנדל, לבטל את פרק ד' לחוק למניעת הסתננות. על פי הכרעת שופטי הרוב:

(א) הכרזת הבטלות לגבי פרק ד' כולו, תושעה לתקופה של 90 ימים. בטלותם של סעיף 32(א) לחוק ושל תקנה 3 לתקנות הנוכחות תיכנס לתוקפה ביום 24.9.2014 שעה 13:00. עד לכניסתה לתוקף של הכרזת הבטלות המתייחסת לפרק ד' לחוק כולו ייקרא סעיף 32(א) לחוק כך ששוהה יידרש להתייצב במרכז פעמיים ביום, במועדי ההתייצבות הקבועים בתקנות 3(1) ו-3(3) לתקנות הנוכחות. הוזה אומר: מיום 24.9.2014 מבוטלת ספירת הצהריים. ספירות הבוקר והערב יותרו בעינן, והכל עד לתום תקופת השעיית הכרזת הבטלות.

(ב) בהתייחס לסמכותו של ממונה ביקורת הגבולות להעביר מסתנן ממרכז השהייה למשמורת הוחלט כי מיום 2.10.2014 ועד לתום 90 ימים ממועד מתן פסק הדין, ייקרא סעיף 32 לחוק כך שביחס לכל אחת מהעילות המנויות בסעיף 32(א) לחוק יהא מוסמך ממונה ביקורת הגבולות להורות בצו על העברת מסתנן למשמורת לתקופה שלא תעלה על 30 ימים. המוחזקים במשמורת ביום מתן פסק דין זה מכוח החלטת ממונה כאמור ישוחררו בתום 30 ימים להחזקתם במשמורת או בתום המועד שקצב להם הממונה – לפי המוקדם מביין השניים.

3. לדעת הנשיא א' גרוניס והשופט נ' הנדל יש לבטל בסעיף 32(א) לחוק למניעת הסתננות ובתקנות אך ורק את חובת ההתייצבות השנייה, זו בצוהרי היום, כך שתיוותר חובת ההתייצבות בבוקר ובערב, בשעות הנקובות בתקנות.

4. על דעת כל השופטים הוחלט לדחות את העתירה בבג"ץ 7385/13 בלא צו להוצאות.

5. המשיבים בבג"ץ 8425/13 יישאו ביחד בהוצאות העותרים בבג"ץ 8425/13 בסכום כולל של 25,000 ש"ח.

ניתן היום, כ"ז באלול התשע"ד (22.9.2014).

ה נ ש י א	המשנה לנשיא	ש ו פ ט (בדימ')
ש ו פ ט	ש ו פ ט	ש ו פ ט
ש ו פ ט	ש ו פ ט	ש ו פ ט