



בית המשפט העליון

בג"ץ 8665/14 דסטה נ' הכנסת

תקציר פסק-דין

בפסק הדין שניתן היום, 11.8.2015, פסק הרכב מורחב של תשעה שופטי בית המשפט העליון בשאלת חוקתיות סעיף 30א ופרק ד' לחוק למניעת הסתננות (עבירות ושיפוט), התשי"ד-1954 (להלן: החוק) – כפי שתוקנו בחוק למניעת הסתננות ולהבטחת יציאתם של מסתננים מישראל (תיקוני חקיקה והוראות שעה), התשע"ה-2014 – הקובעים כי ניתן להחזיק מסתננים במשמורת לתקופה של עד שלושה חודשים ולהורות על שהייתם במרכז שהייה לתקופה של עד עשרים חודשים.

לאחר שמיעת טענות הצדדים, הוחלט פה-אחד כי בכפוף לפרשנות בפסק הדין, הוראת החוק הקובעת כי ניתן להחזיק מסתננים במשמורת לתקופה של עד שלושה חודשים (סעיף 30א לחוק) – חוקתית היא. אשר להוראות החוק המקנות סמכות להורות למסתנן לשהות במרכז שהייה (פרק ד' לחוק). הוחלט ברוב דעות כי הן צולחות את הביקורת החוקתית, פרט לסעיפים 32ד(א) ו-32כא – הקובעים כי התקופה המרבית להחזקה במרכז שהייה למסתננים היא עשרים חודשים – שדינם בטלות. זאת, בשל כך שתקופה זו אינה מידתית.

על-פי הכרעת שופטי הרוב, הושעתה הכרזת הבטלות לגבי סעיפים אלה למשך שישה חודשים. במשך תקופה זו תעמוד התקופה המרבית להחזקה במרכז שהייה הנקובה בסעיפים אלה על שנים-עשר חודשים. שוהים השוהים במרכז שהייה ביום מתן פסק הדין זה שנים-עשר חודשים או יותר, ישוחררו ממנו לאלתר ולא יאוחר מתום חמישה-עשר ימים ממתן פסק הדין. הודגש כי אם בתום תקופת ששת החודשים לא תחוקק הכנסת הוראות חדשות לעניין זה, תפקע סמכותו של ממונה ביקורת הגבולות להוציא הוראות שהייה למסתננים.

דעת הרוב ניתנה על-ידי הנשיאה מ' נאור והשופטים ס' ג'ובראן, א' חיות, י' דנציגר וצ' זילברטל. השופטים ע' פוגלמן וי' עמית הצטרפו לעמדת שופטי הרוב, אך סברו בדעת מיעוט כי גם סעיף 32כ – המסמיך את ממונה ביקורת הגבולות להורות על העברתו של שוהה

במרכז השהייה למשמורת – אינו חוקתי. השופט ח' מלצר הצטרף אף הוא לעמדת שופטי הרוב, בכפוף לכך שתישקל גם חלופה מקדימה של תיחום גאוגרפי ולמעט לעניין הוראת המעבר.

השופט נ' הנדל סבר בדעת מיעוט כי דינה של העתירה להידחות על כל חלקיה.

הוחלט אפוא ברוב דעות כי דין העתירה להידחות, פרט לעניין הוראות החוק הקובעות כי ניתן להחזיק מסתנן במרכז השהייה למשך תקופה מרבית של עשרים חודשים, אשר לגביהן נקבע כי הן אינן חוקתיות ודינן להתבטל.

תמצית חוות דעתה של הנשיאה מ' נאור

הנשיאה מ' נאור, שכתבה את חוות הדעת המרכזית, קבעה כי הסמכות להחזיק מסתננים במשמורת, בכפוף לקיומם של הליכים לזיהויים או למיצוי אפיקי הרחקתם מישראל, חוקתית היא. כמו כן, קבעה הנשיאה נאור כי למעט פרק הזמן המרבי להחזקת מסתנן במרכז השהייה, צולח פרק ד' – לעתים בקושי – את מבחני פסקת ההגבלה.

בפתח הדברים עמדה הנשיאה נאור על הרקע לחקיקה הנדונה. הנשיאה נאור הזכירה כי בשנים האחרונות מתמודדת מדינת ישראל עם תופעת הסתננות לשטחה, תופעה המתבטאת בכניסה בלתי-חוקית של עשרות אלפי בני אדם למדינה שלא דרך תחנות גבול. הנשיאה נאור עמדה על כך שלנוכח תופעה זו, ניצבת ישראל בפני אתגרים מורכבים. בצד הצורך למנוע הגירה בלתי חוקית, על המדינה לקיים גם את מחויבותה להגן על נרדפים ולהבטיח כי לא יועמדו במצב של סכנה לחייהם או לחירותם אם יורחקו מתחומיה.

הנשיאה נאור ציינה כי קיימת מחלוקת בין הצדדים בעניין הסיבות שהביאו את המסתננים לישראל. בעוד שהמדינה גורסת כי מניעיהם של המסתננים הם כלכליים בעיקרם, העותרים סבורים כי מדובר באנשים שנמלטו מארצות מוצאם בשל סכנה לחייהם או לחירותם. הנשיאה נאור ציינה כי בין כך ובין אחרת, נכון לעת הזו מדינת ישראל נמנעת מלהרחיק את נתיניהן של אריתריאה ושל צפון סודן – הן מדינות מוצאם של מרבית המסתננים לישראל – משטחה.

הנשיאה נאור עמדה על כך שאף שממדיה של תופעת ההסתננות מצויים במגמת ירידה, נותר בעינו הצורך להתמודד עם האתגרים הנובעים ממספרם הרב של המסתננים שעודם שוהים בישראל. על כן יישמה המדינה פתרונות שונים ובהם חקיקת חוקים שנועדו להחיל על

המסתננים הסדרים משפטיים חדשים. במסגרת החוק למניעת הסתננות (עבירות ושיפוט) (תיקון מס' 3 והוראת שעה), התשע"ב-2012, הוסף לחוק סעיף 30א. הוראתו המרכזית של סעיף 30א בנוסחה הראשון – שנחקקה כהוראת שעה – התירה להחזיק מסתננים במשמורת לתקופה של עד 3 שנים, בכפוף לעילות שחרור בערובה שנקבעו בחוק. בית המשפט העליון מצא בבג"ץ 7146/12 אדמ נ' הכנסת (16.9.2013) (להלן: עניין אדמ) כי תיקון מס' 3 בנוסחו דאז אינו חוקתי בשל פגיעתו הבלתי מידתית בזכות החוקתית לחירות.

בעקבות פסק הדין בעניין אדמ חוקקה הכנסת את החוק למניעת הסתננות (עבירות ושיפוט) (תיקון מס' 4 והוראת שעה), התשע"ד-2013. במסגרת תיקון זה – שנחקק גם הוא כהוראת שעה – נחקק מחדש סעיף 30א, תוך קיצורה של התקופה המרבית להחזקת מסתנן במשמורת לשנה. לצד זאת הוסף לחוק במסגרת אותו תיקון פרק ד', אשר הסדיר את הקמתו של מרכז שהייה למסתננים והסמיך את ממונה ביקורת הגבולות להעביר אליו כל מסתנן שנמצא קושי מכל סוג שהוא להרחיקו מישראל. בבג"ץ 7385/13, 8425/13 איתן – מדיניות הגירה ישראלית נ' ממשלת ישראל (22.9.2014) (להלן: עניין איתן) קבע בית המשפט העליון ברוב דעות כי שני נדבכיו של תיקון מס' 4 אינם חוקתיים והורה על ביטולם. כשלושה חודשים לאחר שניתן פסק הדין בעניין איתן, התקבל בכנסת התיקון לחוק מושא העתירה הנוכחית, אשר אף הוא נחקק כהוראת שעה.

על רקע דברים אלו, ובשים לב למה שנקבע בהליכים הקודמים, פנתה הנשיאה נאור לבחינת שני עיקרי התיקון לחוק – סעיף 30א ופרק ד' לחוק בנוסחם הנוכחי.

סעיף 30א לחוק (החזקה במשמורת)

בסעיף 30א לחוק בנוסחו הנוכחי, קוצר משך הזמן המרבי להחזקה במשמורת פעם נוספת והועמד הפעם על שלושה חודשים.

בתחילה עמדה הנשיאה נאור על כך שסעיף 30א לחוק למניעת הסתננות פוגע בזכותם החוקתית של המסתננים לחירות. לגישה של הנשיאה נאור, קיצורה של תקופת המשמורת אינו מאיין כשלעצמו את הפגיעה בזכויותיהם החוקתיות של המסתננים. בשל פגיעתו של סעיף 30א בזכויות חוקתיות, פנתה הנשיאה נאור לבחינת תנאיה של פסקת ההגבלה. הנשיאה נאור קבעה כי לנוכח ההיסטוריה החקיקתית של החוק ולאור קיצור תקופת המשמורת באופן משמעותי, העולה בקנה אחד עם המקובל בעולם, יש לקבוע כי התכלית העיקרית הניצבת ביסודו של סעיף 30א לחוק היא זיהויו של המסתנן ומיצויים של אפיקים להרחקתו מישראל,

בעוד שהתכלית ההרתעתית הינה לכל היותר תכלית נלווית לה. על כן קבעה הנשיאה נאור כי התקופה הקבועה עתה היא מידתית וחוקתית וזאת על-פי פרשנותו הנכונה של החוק: כאשר ימצא שאין בהמשך מעצרו של מסתנן כדי לשרת את תכלית הזיהוי וההרחקה, לא תהיה עוד הצדקה להמשיך ולהחזיקו במשמורת. זאת, גם אם טרם חלפו שלושת החודשים מאז תחילת מעצרו.

בכפוף לפרשנות זו נקבע כי סעיף 30א עומד בביקורת חוקתית ואין לבטלו.

פרק ד' לחוק (מרכז שהייה למסתננים)

פרק ד' הוסף לראשונה לחוק במסגרת תיקון מס' 4. מכוחו הוקם מרכז שהייה "חולות" שבנגב. ביטולו של פרק ד' בעניין איתן היווה התערבות ראשונה של בית המשפט העליון בהוראות החוק בדבר מרכז שהייה. פרק ד' בנוסחו הקודם הסמיך את ממונה ביקורת הגבולות להורות למסתנן שיש קושי לגרשו להתייצב במרכז שהייה. הממונה לא חויב להגביל את תקופת שהייה במרכז בזמן. לפיכך, מסתנן שזומן למרכז שהייה עשוי היה לשהות בו עד לפקיעתו של תיקון מס' 4, שנחקק כהוראת שעה שתוקפה שלוש שנים. באופן תיאורטי – לו הייתה הוראת השעה מוארכת – היה עשוי מסתנן לשהות במרכז שהייה במשך זמן בלתי מוגבל. בנוסח הקודם של פרק ד' אף לא נקבעו עילות שחרור ממרכז שהייה או הוראות המחייבות את ממונה ביקורת הגבולות לפטור אוכלוסיות מיוחדות משהייה בו. השהים נדרשו להתייצב במרכז שהייה לצורך רישום נוכחות שלוש פעמים ביום – בבוקר, בצהריים ובערב. בשעות הלילה היה מרכז שהייה סגור. כמו כן, הוקנתה לממונה ביקורת הגבולות סמכות להעביר למשמורת שוהים שהפרו כללים שונים של מרכז שהייה.

לאחר שבעניין איתן הורה בית המשפט על בטלותו של פרק ד', הוא חוקק מחדש במסגרת התיקון הנוכחי לחוק. בדומה לחוק הקודם, פרק ד' בנוסחו הנוכחי מסדיר את אופן הפעלתו של מרכז שהייה ואת כלליו. רוב הסדריו הפרטניים נותרו בעינם. עם זאת פרק ד' בנוסחו הנוכחי שונה מנוסחו הקודם במספר היבטים: משך שהייה במרכז הוגבל בזמן (עד עשרים חודשים); צומצמה חובת הנוכחות במרכז במהלך היום; הוגבלה סמכותו של הממונה להורות על העברת שוהה ממרכז שהייה למשמורת; הממונה הוסמך להורות על שחרורו של שוהה ממרכז שהייה בהתקיים תנאים שונים; והוחרגו מתחולתו של פרק ד' קבוצות מיוחדות כגון קטינים, נשים ונפגעי עבירות מסוימות.

את הניתוח החוקתי של נוסחו הנוכחי של פרק ד' פתחה הנשיאה נאור בדברי הקדמה כדלקמן: "בפסק-דיני בעניין אדמ כתבתי: 'המדינה ניצבת מול מציאות חיים – הכפויה עליה הר כגיגית – עמה עליה להתמודד. התמודדות זו מציבה קשיים, שאתגרים בצדם. אתגרים אלה מחייבים פתרונות יצירתיים. יכולה זאת להיות שעתה היפה של המדינה, שבמציאות שנכפתה עליה תשכיל למצוא פתרונות הומניים, פתרונות התואמים לא רק את המשפט הבינלאומי אלא גם את התפישה היהודית'. בין השאר הצעתי שם להפוך את מתקן המשמורת למרכז שהייה פתוח שהשהייה בו רצונית... לא אכחד: לא מרכז שהשהייה כפי שהוקם לימים ב'חולות' עמד מול עיני כאשר כתבתי דברים אלה. כאזרחית, הייתי שמחה לראות את מדינת-שלי עם יותר חמלה, גם כלפי מי שחשוד בכך שהסתנן לישראל לשבור שבר. עם זאת, כשם שאין אנו בוחנים את תכונת החוק כך אין אנו שמים עצמנו במקום המחוקק... אקדים ואומר: לאחר בחינת הוראותיו של פרק ד' בחוק מסקנתי היא כי למעט פרק הזמן המרבי לשהייה במרכז, צולח פרק ד' – לעיתים בקושי – את מבחני פסקת ההגבלה" (פסקה 57).

לאחר דברים אלה, עמדה הנשיאה נאור על פגיעתו של פרק ד' לחוק בזכויות חוקתיות. הנשיאה נאור ציינה כי בנוסחו הנוכחי של פרק ד' נערכו אמנם שינויים בהשוואה לנוסחו הקודם. עם זאת, אף ששינויים אלה הפחיתו את הפגיעה בזכות לחירות, הפגיעה בה עודנה קיימת. מסקנה זו נסמכה על כך שהשהייה במרכז עדיין אינה פרי בחירה חופשית של השוהה, וככזו היא פוגעת בחופש התנועה של השוהים ואף עולה כדי פגיעה בזכותם לחירות.

לנוכח קיומה של פגיעה בזכויות חוקתיות, פנתה הנשיאה נאור לבחינת תכליתו של פרק ד' לחוק. הנשיאה נאור מצאה כי תכליתו המרכזית של פרק ד' היא מניעת השתקעות של מסתננים במרכזי הערים בישראל. הנשיאה נאור קבעה כי תכלית זו נועדה להקל על הקשיים שנוצרו כתוצאה מריכוזם של מרבית המסתננים בטבוריהן של ערים מרכזיות בישראל. לגישתה של הנשיאה נאור, בנסיבות הקיימות, אין פסול בנקיטת אמצעים המבקשים להפחית מקשיים אלה באמצעות פיזור של אוכלוסיית המסתננים. הנשיאה נאור ציינה כי בנסיבות חריגות כדוגמת אלה הקיימות בישראל, אף המשפט הבינלאומי מכיר בלגיטימיות של נקיטת אמצעים לצורך התמודדות עם הקשיים הנובעים מ"הצפה" (mass influx) של מבקשי מקלט. בשים לב למסקנות אלה, עברה הנשיאה נאור לבחינת מידתיות האמצעים שננקטו בפרק ד' לשם הגשמתה של תכלית מניעת ההשתקעות במרכזי הערים.

הנשיאה נאור קבעה כי סמכותו של ממונה ביקורת הגבולות להורות למסתנן לשהות במרכז שהשהייה לתקופה של עד לעשרים חודשים צולחת את שני מבחני המידתיות הראשונים – מבחן הקשר הרציונלי ומבחן האמצעי שפגיעתו פחותה. עם זאת, קבעה הנשיאה נאור כי

הוראת חוק זו אינה צולחת את מבחן המידתיות השלישי – מבחן המידתיות במוכן הצר. הנשיאה נאור עמדה על כך שהתקופה בת עשרים החודשים שעוגנה בחוק הנוכחי פוגעת אמנם בזכויות המסתננים באופן פחות בהשוואה לתקופה הארוכה יותר שנקבעה בחוק הקודם. עם זאת, אין בכך משום סוף פסוק: גם כאשר מאמץ המחוקק הסדר פוגעני פחות מאשר הסדר קודם, אין בית המשפט פטור מלבחון את חוקתיותו של חוק שכזה הפוגע בזכויות חוקתיות. הנשיאה נאור קבעה כי שקילתן של הפגיעה הקשה בזכויות המסתננים מזה ושל התועלת הנובעת מהחוק מזה, מובילה למסקנה כי פרק זמן בן עשרים חודשים הוא פרק זמן ארוך יתר על המידה להחזקתם של מסתננים בתנאים מגבילי-חירות מהסוג הנדון. מסקנה זו התבססה על כך שאת המסתננים שבהם עוסק החוק לא ניתן לגרש מישראל ואף לא נשקפת מהם סכנה קונקרטיה לביטחון המדינה או לחיי אזרחיה. הנשיאה נאור הדגישה כי תכליתו העיקרית של החוק – מניעת השתקעות של מסתננים במרכזי ערים – אינה מתמקדת במסתנן מסוים או בסיכון הנשקף ממנו לחברה. אלא, עניינה הוא בצורך להקל על הנטל המוטל באופן כללי על מרכזי הערים ותושביהם. על-מנת להגשים תכלית זו אין צורך להחזיק במרכז השהייה מסתנן מסוים דווקא, אלא די בהחזקת קבוצה של מסתננים שונים במרכז השהייה. לנוכח דברים אלה, סברה הנשיאה נאור כי ניתן להסתפק בתקופה מרבית קצרה משמעותית ועדיין להגשים את תכלית החוק.

עוד ציינה הנשיאה נאור כי לפרק הזמן המרבי לשהייה במרכז אין אח ורע במשפט המשווה. במדינות מסוימות אמנם ניתן לכפות על מסתנן לשהות במרכז שהייה, אולם מדובר בתקופה בת חודשים ספורים לכל היותר. מעבר לכך, במרבית המדינות תכליתם של מתקני השהייה אינה פיזור אוכלוסיין, כי אם סיפוק צרכים סוציאליים או זיהוי והרחקה. כמו כן, עמדה הנשיאה נאור על כך שהחוק הנוכחי מתייחס לאוכלוסיית המסתננים כמקשה אחת, כך שגורלם של מסתננים שהגישו בקשות מקלט; של מסתננים שלא ניתן לגרשם מחמת סכנה לחירותם או לחייהם במדינות מוצאם; ושל מסתננים שלא ניתן לגרשם מסיבות אחרות – אחד הוא – שליחה למרכז השהייה.

הנשיאה נאור הוסיפה וציינה כי קיימים בחוק הנוכחי מספר הסדרים פרטניים העומדים עתה במבחניה של פסקת ההגבלה. כך, בשונה מתיקון מס' 4, בחוק הנוכחי נקבעו עילות שחרור ממרכז השהייה. כמו כן, בעוד שבחוק הקודם נדרשו מסתננים השוהים במרכז להתייצב בו לצורך רישום נוכחות שלוש פעמים ביום, כעת הם נדרשים לעשות כן פעם אחת בלבד. הנשיאה נאור קבעה כי שינויים אלה הופכים את חובת ההתייצבות במרכז השהייה למידתית. הנשיאה נאור הוסיפה והתייחסה להסדר המקנה לממונה על ביקורת הגבולות סמכות להורות על העברת שוהה למשמורת אם הפר את כללי השהייה במרכז (סעיף 32 לחוק). הנשיאה נאור

קבעה כי בחוק הנוכחי נקבע באופן ברור כי סמכות זו כפופה לביקורת שיפוטית יזומה של בית הדין לביקורת משמורת של מסתננים. הנשיאה נאור קבעה כי מדובר בביקורת שיפוטית אוטומטית, המהווה חלק בלתי-נפרד מהליך העברתו של שוהה למשמורת והיא שמקנה לו תוקף. הנשיאה נאור הוסיפה כי להליך לפני בית הדין נלוות ערובות דיוניות כגון זכות לייצוג בידי עורך דין וכן רשות להביא ראיות ולבקש מבית הדין להורות על זימון עדים.

הנשיאה נאור קבעה כי אמנם חלק מתקופות המשמורת הקבועות בחוק הן תקופות ארוכות, אולם משמדובר בתקופות מרביות – אין הכרח "לנצלן" במלואן. מעבר לכך, קבעה הנשיאה נאור כי לנוכח חומרתו של האמצעי של העברה למשמורת, יש לפרש את העבירות המאפשרות לנקוט אמצעי זה בצמצום. בנוסף, ניתן לראות בחוק "מדרג" נוסף לעניין סוגו של אמצעי האכיפה שיש לנקוט. ראשיתו של מדרג זה באמצעי אכיפה אחרים הקבועים בסעיף 32 לחוק (אזהרה, נזיפה, שלילת דמי כיס ועוד) ואחריתו באמצעי של העברה למשמורת. על כן, נקבע כי אף שהתקופות המרביות להחזקה במשמורת ממושכות, הן אינן פוגעות בזכויותיהם של המסתננים מעבר לנדרש.

לנוכח האמור לעיל, סברה הנשיאה נאור כי אין מקום להורות על ביטולם של הסדרים פרטניים אלה. עם זאת, קבעה הנשיאה נאור, לא ניתן להתעלם מכך שפגם מרכזי בחוק שעניינו משך השהייה במרכז נותר על כנו. כפי שציינה הנשיאה נאור, אף שחיי המסתננים השוהים במרכז שופרו ואף שניתן להם חופש פעולה רחב יותר, עדיין עומדת בבדידותה הוראה המאפשרת החזקה במרכז השהייה בכפייה לפרק זמן ארוך מאוד, שאין דומה לו במדינות המערב. על כן, "אף שהמסתנן נהנה לכאורה בתקופה זו ממידה גדולה יותר של חופש תנועה, הוא עדיין מחויב להעביר את מרכז חייו למרכז השהייה. במהלך חלק ניכר מהיממה הוא אינו אדון לעצמו. עליו לבלות את לילותיו וחלק מימיו במחיצתם של אחרים, תוך פגיעה בזכויותיו החוקתיות. בדיון לפנינו תיאר בא-כוח העותרים את עצמת הפגיעה ואת תחושת ההשפלה הנגרמת לאדם הנאלץ לשהות בעל כורחו במרכז השהייה. דברים נכוחים אלה היו מקובלים עליי לגבי החוק שבוטל בעניין איתן; הם נכונים גם כיום, ביחס לחוק מושא דיוננו. לא אכחד: בהסדר הנוכחי טמונה תועלת מסוימת לאינטרס הציבורי... אולם, אין להשלים עם הגבלת חירות של המסתננים השוהים במרכז השהייה למשך תקופה כה ארוכה, גם אם ניצבת ביסודה תכלית ראויה".

הנשיאה נאור סיכמה כי כמכלול – ובכפוף לפרשנות שפורטה במסגרת פסק דינה – עמדתה היא כי החוק הנוכחי עובר את המסננת החוקתית, למעט ביחס לרף המרבי להחזקה במרכז השהייה, שדינו להתבטל. במישור הסעד, הציעה הנשיאה נאור לקבוע כי הכרזת

הבטלות של סעיפים 32ד(א) ו-32כא (הקובעים את משך ההחזקה המרבי במרכז השהייה) תושה לפרק זמן בן שישה חודשים. זאת, על-מנת לאפשר למחוקק פרק זמן מספיק לתקן את הדרוש תיקון. במהלך תקופה זו ממונה ביקורת הגבולות יהיה רשאי להורות למסתנן לשהות במרכז השהייה, ובלבד שלא יעשה כן לפרק זמן העולה על שנים-עשר חודשים. כמו כן, נקבע כי מסתננים השוהים במועד מתן פסק הדין שנים-עשר חודשים או יותר במרכז השהייה ישוחררו לאלתר ולא יאוחר מחמישה-עשר ימים לאחר מתן פסק הדין. הנשיאה נאור הדגישה כי אם לא תיחקק עד תום ששת חודשי ההשעיה הוראה חדשה לעניין פרק הזמן המרבי לשהייה במרכז, תפקע סמכותו של הממונה על ביקורת הגבולות להוציא הוראת שהייה למסתננים.

תמצית חוות דעתו של השופט ע' פוגלמן

בחוות דעתו הצטרף השופט ע' פוגלמן למסקנת הנשיאה מ' נאור כי לא קמה עילה להכריז על בטלותו של סעיף 30א לחוק, בנתון לפרשנות שלפיה קיים קשר מובנה בין ההחזקה במשמורת לבין הליך הרחקה אפקטיבי. נמצא כי התיקון הנוכחי, שמעמיד את תקרת תקופת המשמורת על שלושה חודשים, מפחית במידה ניכרת את הפגיעה שההחזקה במשמורת מסבה לזכות לחירות ולזכות לכבוד. לפיכך נקבע כי אין מניעה חוקתית להחזיק לפרק זמן זה, המקובל גם בעולם, את מי שהיגר בצורה בלתי מוסדרת למדינה לשם זיהויו והרחקתו ממנה.

מכאן עבר השופט פוגלמן לדון בהוראות פרק ד' לחוק אשר מסדירות את הקמת מרכז השהייה למסתננים. צוין כי גם לאחר השינויים שנערכו בו, ההסדר עדיין פוגע בזכות לחירות של המסתננים שכן גם שלילה קיצונית של אפשרויות בחירה העומדות בפני הפרט – ולא רק הגבלת החירות הפיזית שלו – עולה כדי פגיעה בחירות. עוד נקבע כי ההסדר פוגע בזכות לכבוד. מסקנתו של השופט פוגלמן הייתה כי אף שהשינויים שנערכו בחוק הפחיתו במידת מה את הפגיעה בזכויות בפרק ד', פגיעה זו עודנה שרירה וקיימת.

השופט פוגלמן הוסיף ובחן את תכליות פרק ד' לחוק. נקבע כי ככל שהתכלית המוצהרת של "מניעת השתקעות" תפורש כתכלית שעניינה "הפחתת הנטל" מן הערים שבהן מרוכזים מרבית המסתננים באופן זמני, מדובר בתכלית ראויה. אשר לתכלית שעניינה "מניעת התחדשותה של תופעת ההסתננות בישראל" ציין השופט פוגלמן כי נהיר שמדובר בתכלית הרתעתית ביסודה, ולמעט בנסיבות חריגות במיוחד לסתור – שאינן בנמצא – תכלית זו אינה ראויה. יחד עם זאת, השופט פוגלמן הצטרף לעמדת הנשיאה נאור שלפיה אין מניעה שלישום התכלית של מניעת השתקעות במרכזי ערים יתלווה אפקט הרתעתי. בנוגע לתכלית הנוגעת

ל"עידוד עזיבה מרצון" השופט פוגלמן ציין כי קיים ספק בשאלה אם תכלית "נסתרת" זו אמנם נעדרת מן החוק. זאת בשים לב לדברי נציגי הרשויות במסגרת הליכי החקיקה; לכך שהמדינה לא התייחסה לטענות קונקרטיות שהשמיעו העותרים שלפיהן הופעל עליהם לחץ כבד לצאת מן הארץ; ובנתון לזהותם של הנשלחים למתקן "חולות", רובם סודנים ומיעוטם אריתריאים – בהיפוך למספרם באוכלוסייה. נקבע כי אין בסימני שאלה אלה כדי להכריע בדבר קיומה או העדרה של תכלית נטענת זו, אך צוין שדי בהם כדי להימנע מקביעה פוזיטיבית שלפיה החוק לא נועד להגשמת תכלית זו.

במסגרת בחינת מידתיות ההסדר החדש שנקבע בפרק ד' התמקד השופט פוגלמן בשני הסדרים פרטניים: האחד, הסמכות להוציא הוראת שהייה למסתנן שמשכה המרבי נקבע ל-20 חודשים; והשני, ההסדר המאפשר לממונה ביקורת הגבולות להורות על העברת מסתנן למשמורת בגין הפרות משמעת. אשר להסדר הראשון, השופט פוגלמן הצטרף לעמדת הנשיאה נאור שלפיה פגיעתן של הוראות החוק המתירות החזקה במרכז שהייה לתקופה מרבית של 20 חודשים בזכויות החוקתיות אינה עומדת ביחס ישר לתועלת המופקת מהן ולפיכך דינן בטלות, כמו גם לסעד שהציעה.

לעמדת השופט פוגלמן, יש מקום להכריז גם על בטלותו של ההסדר המאפשר לממונה ביקורת הגבולות להעביר מסתנן למשמורת בגין הפרות משמעת. לדברי השופט פוגלמן, התקופות המרביות להחזקה במשמורת, שיכולות להגיע ל-75, 90 ו-120 ימים, לצד העובדה כי התנאים במשמורת דומים למאסר – מביאות למסקנה כי מדובר בענישה פלילית, להבדיל מענישה משמעתית. ענישה מסוג זה, כך נקבע, לא ניתן להפקיד בידי הממונה, שהוא גורם מינהלי, שכן מדובר בסמכות המסורה לבית משפט בלבד. מטעמים אלה השופט פוגלמן סבר כי אין מנוס מלהכריז על בטלותו של סעיף 32 לחוק והציע כי הצהרת הבטלות תיכנס לתוקף תוך 6 חודשים ממועד פסק הדין, כך שבמהלך תקופה זו, או עד לחקיקת הסדר חלופי בנושא, הסעיף ייקרא כך שביחס לכל אחת מהעילות המנויות בו יהיה מוסמך ממונה ביקורת הגבולות להורות בצו על העברת מסתנן למשמורת לתקופה שלא תעלה על 45 ימים.

בסופו של יום בא אפוא השופט פוגלמן למסקנה שלפיה דינם של סעיפים 30ד(א) ו-32כא לחוק – בטלות, ואף דינו של סעיף 32 לחוק – בטלות. צוין כי הכנסת יכולה לפעול לחקיקת הסדר חוקי אחר שיעמוד באמות המידה החוקתית, כך שתחת תקופות המשמורת הארוכות שנקבעו בסעיף 32 לחוק ניתן להביא תקופות קצרות יותר; וגם תחת ההוראה הקובעת את משך השהייה המרבי במרכז השהייה יכולה הכנסת לקבוע תקופה אחרת, קצרה יותר באופן ניכר, שתוכל לעמוד בבחינה החוקתית. עוד צוין כי בית המחוקקים יכול לבחון

אפשרויות חדשות. בהקשר זה הציע השופט פוגלמן לקבוע תקופות "גג" שונות להחזקה במרכז השהייה ביחס לקבוצת המסתננים "הוותיקים" (אלה אשר כבר מצויים בארץ כעת) וקבוצת המסתננים "החדשים" (אלה שייכנסו בשערי המדינה בהמשך), בשים לב לכך שהפגיעה בזכויות המסתננים "הוותיקים" רבה יותר שכן אלה כבר קשרו חייהם במרכזי הערים, וניתוקם מהחיים שכבר בנו לעצמם "שולף" אותם מעבודה, מדיוור, מסביבה חברתית ועוד – באבחה אחת; ובשל כך שהתועלת המושגת ביחס לקבוצת המסתננים "החדשים" ביחס לתכלית שעניינה מניעת השתקעות רבה יותר, שהלא אלה טרם הספיקו כלל להשתקע.

בשולי חוות דעתו עמד השופט פוגלמן על כך שיישום אחר של החוק היה יכול להשפיע גם על בחינת מידתיותו. אם היו ניתנים במרכז השהייה תנאים משופרים יותר; אם "דמי הכיס" היו מאפשרים למסתננים מידת אוטונומיה גדולה יותר; אם לא היה מרכז השהייה מרוחק כל כך ממקומות יישוב – היה בכך להשפיע על מתחם המידתיות, וכפועל יוצא – על שאלת החוקתיות.

וכך נאמר בסיכום פסק הדין: "אכן, כאשר ניצבים אנו לפני בחינה חוקתית חוזרת של אותה הוראת חוק נדרשת זהירות מיוחדת [...] וכשבבחינה שלישית עסקינן – על אחת כמה וכמה. אך אל לנו להסס להכריז על בטלותה של חקיקה שאינה חוקתית. איננו רשאים להסס בכגון דא. מקל וחומר נכון הדבר כאשר העניין שלפנינו נוגע בליבת זכויות האדם של אוכלוסייה מוחלשת. זהו ה-*raison d'être* של הביקורת החוקתית. אף שזהו לעולם מוצא אחרון, חקיקה שאינה חוקתית, דינה אחד – בטלות".

תמצית חוות דעתו של השופט י' עמית

השופט עמית שב והדגיש כי בהיבט של תכלית החוק ומידתיותו, יש להתייחס באופן דיכוטומי אל שני נדבכיו העיקריים של החוק – החזקה במשמורת לפי סעיף 30א בפרק ג' לחוק, והקמת מרכז השהייה והסדרת פעולתו על פי פרק ד' לחוק.

ברוח דבריו בפרשת איתן, השופט עמית סבור כי המדינה רשאית לנקוט מדיניות הגירה נוקשה כלפי חוץ, כלפי עתיד, וצופה פני מסתננים פוטנציאליים. התכלית ההרתעתית, אשר באה לשרת את הניסיון לבלום את תופעת המסתננים, אין בה פגם חוקתי כשלעצמה, בהיותה באה להגן על שורה ארוכה של אינטרסים מהותיים של המדינה ושל החברה בישראל, לרבות שמירה על ריבונותה של המדינה, אופיה, זהותה הלאומית וצביונה התרבותי-חברתי, לצד היבטים נוספים כמו צפיפות, רווחה וכלכלה, בטחון פנים וסדר ציבורי. משכך, ועל דרך של קל

וחומר מפסק דינו בפרשת איתן, השופט עמית סבור כי התיקון הנוכחי, שהפחית והעמיד את תקופת החזקה במשמורת על שלושה חודשים, צולח את מבחני פסקת ההגבלה.

לעומת זאת, וביחס הפוך לאותה נוקשות צופה פני עתיד, השופט עמית סבור כי ראוי היה למדינה לגלות חמלה ואנושיות המופנית כלפי פנים וצופה פני עבר, קרי, כלפי אותם שכבר נכנסו לפני שנים לגבולות הארץ. לשיטתו של השופט עמית, אין לפסול את פרק ד' לחוק בשלב התכלית, שכן יש להעמיד את המדינה בחזקתה ובהצהרתה כי יש לפרש את התכלית של מניעת השתקעות כ"הפחתת הנטל" מהערים, ובעיקר מדרום תל אביב - וזו, כשלעצמה, היא תכלית ראויה. ואולם, הדרך הנפתלת של "דלתות מסתובבות", קרי, הוצאת המסתננים ממרכזי הערים, העברתם אל שולי המדבר למשך עשרים חודש, משם חזרה למרכזי הערים, ובמקביל, הוצאתם של אחרים ממרכזי הערים "למלא את מקומם" במרכז השהייה, מעוררת את החשש שמא מאחורי התכלית המוצהרת של מניעת השתקעות במרכזי הערים מסתתרת תכלית של "טרטור" המסתננים ושבירת רוחם כפי שנטען על ידי העותרים.

בכל הקשור למידתיות החוק, ונוכח הפגיעה בחירות, השופט עמית הצטרף לדעתה של הנשיאה מ' נאור, כי תקופת 20 החודשים נכשלת במבחן המשנה השלישי של המידתיות, וזאת ככל שהיא מתייחסת למסתננים השוהים בארצנו. עם זאת, בכל הקשור למסתננים פוטנציאליים, הרי שלדעתו של השופט עמית ניתן להחיל את הסדרי פרק ד' לחוק כלשונם, בתחולה פרוספקטיבית, גם לתקופה של עד 20 חודשים. בנוסף, הצטרף השופט עמית לדעתו של השופט פוגלמן, לגבי בטלות סעיף 32כ לחוק.

תמצית חוות דעתו של השופט ס' ג'ובראן

השופט ס' ג'ובראן הסכים לפסק דינה של הנשיאה מ' נאור. לשיטתו, דין סעיף 30א לחוק למניעת הסתננות (עבירות ושיפוט), התשי"ד-1954 (להלן: החוק), להיוותר על כנו בכפוף לפרשנות שהותוותה על ידי הנשיאה. השופט ג'ובראן הדגיש כי תכלית מניעת השתקעות של המסתננים היא ראויה, בהתבסס על כך שזו זכותה של מדינה לגבש מדיניות הגירה המבקשת לצמצם תמורות דמוגרפיות לא רצויות שהן תוצר בלתי נמנע של הגירה לא חוקית ושל הסתננות בפרט.

אשר להסדר הקבוע בסעיפים 32ד(א) ו-32כא לחוק, סבר השופט ג'ובראן כי הוא אינו צולח את מבחן המידתיות במונח הצר לנוכח אורך התקופה בה ניתן להחזיק שוהה בלתי חוקי במרכז השהייה.

בדבר המחלוקת שנפלה בין הנשיאה לבין השופט ע' פוגלמן בעניין ההסדר הקבוע בסעיף 32 לחוק, הצטרף השופט ג'ובראן לעמדת הנשיאה, לפיה, ההסדר הינו מידתי. השופט ג'ובראן סבר כי אין מקום לגזור גזירה שווה בין קבוצת מסתננים לבין קבוצת חיילים, סוהרים ושוטרים, כפי שעשה השופט פוגלמן. לטעמו, יש להבחין בין הסמכות שמוענקת לגורם מינהלי להטיל עונשי משמעת על קבוצת אנשים שחוסה תחת סמכותו בשל עבירה שעברו, לבין קבוצת אנשים שחוסה תחת סמכותו במסגרת תפקידם כאנשי מקצוע בשירות המדינה. על כך הוסיף השופט ג'ובראן כי אין מקום לחשוש שמא הממונה על ביקורות הגבולות יבחר "לנצל" את התקופות המרביות הקבועות בחוק במלואן. לעמדתו, אין מקום להטיל ספק אפריורי ביכולתו של גורם מנהלי או שיפוטי להפעיל את שיקול דעתו בהתאם למקרה הפרטני שיובא בפניו. על כל האמור, לדעת השופט ג'ובראן לא היה מקום להורות על בטלות ההסדר הקבוע בסעיף 32 לחוק.

תמצית חוות דעתו של השופט נ' הנדל

לדעת השופט הנדל, יש לדחות את העתירה על כל חלקיה. כדעת הרוב, השופט הנדל סבור כי אין להתערב בתקופת המשמורת המתוקנת, וכי אין פגם חוקתי בסעיף 32 לחוק. בדעת מיעוט, סבור השופט הנדל כי גם ההוראה לפיה תקופת השהייה המקסימאלית במרכז השהייה היא 20 חודש צולחת את המבחן החוקתי. זאת ממספר טעמים ובכמה רבדים.

ראשית, בחינת התקופה המרבית לצד יתר הוראות פרק ד' לחוק, על השינויים שערכה בו הכנסת בעקבות בג"ץ איתן, מלמדת כי מרכז השהייה מצוי קרוב יותר למתקן פתוח מאשר למתקן סגור. בעבר, הוגבל באופן מעשי חופש התנועה, לרבות על ידי חובת התייצבות שלוש פעמים ביום. כעת, יש חופש תנועה ממשי. הפגיעה קיימת – אך מוגבלת ומידתית. החוק נותן לממונה שיקול דעת בדבר הוצאת הוראת שהייה ואורכה, ומחובתו המנהלית להפעילו. יש לערוך שימוע ולבחון את נתוני המסתנן הבודד. פרק הזמן של 20 חודש הוא רף עליון. הגבלת חובת הרישום לפעם אחת ביום משמעותה כי המסתנן רשאי להימצא מחוץ למתקן בכל שעות היום – משש בבוקר עד עשר בלילה. מכלול ההוראות – כשברקע התכלית הראויה של מניעת השתקעות – מעמיד את התקופה המרבית באור חוקתי אחר.

שנית, אופיו של התיקון החוקתי ה"מספרי" – מתקופה של 20 חודש לתקופה של 12 חודש (באופן זמני) – הוא מוקשה. בעיקר, לא ניתן לכמת את התקופה המקסימאלית באזמל מנתחים. אין זה פשוט להבחין בין שנה לבין 14 או 16 חודש. בראיה זו, קשה להצדיק התערבות אך משום שנקבעה תקופה מקסימאלית של 20 חודש. יוזכר, כי כל השופטים מסכימים לתכלית של המתקן – מניעת השתקעות בערים בשלב הראשון. גם סקירת המשפט

המשווה אינה מובילה למסקנה שיש להורות על בטלות הסעיף. ראשית, בחלק מהמדינות שהובאו תכלית ההחזקה שונה ולכן אין משמעות להשוואה. כמו כן, נוסחת האיזון אינה תחשיב מתמטי, וכל עוד הפערים אינם משמעותיים - לא נדרשת אחריות. בנוסף, מדינת ישראל עומדת בפני קשיים מיוחדים שעשויים, כשלעצמם, להצדיק תקופה ארוכה במידת מה. אף אם יש מגמה במשפט המשווה לצמצם את תקופת ההחזקה, מדובר במגמה חקיקתית ולא פרי ביקורת שיפוטית. כך למשל היה בגרמניה, בתיקון שבוצע אך לאחרונה. פסיקת בית הדין האירופי לזכויות אדם מלמדת כי הוכרו מגבלות לתקופות ממושכות ואף ארוכות מ-20 חודש.

שלישית, חלוקת התפקידים בין בית המשפט לבין הכנסת, והריסון המתבקש בבוא בית המשפט להתערב בפעם השלישית במלאכת המחוקק - מטים אף הם את הכף לדחיית העתירה. בעניין איתן הושם דגש על מכלול הוראות החוק, ואילו בעתירה הנוכחית הופנה הזרקור לעבר פגם שלא זכה בעבר למעמד בכיר כזה - הכימות המדויק של תקופת השהייה המקסימאלית. השיח החוקתי בין בית המשפט למחוקק - שיח מתחייב וראוי כשלעצמו - אינו צריך לכלול שיפור דרישות ואיתור קשיים נוספים, ודאי לא בגלגול שלישי, ובייחוד כאלה שנדמה כי ניתן היה להצביע עליהם כבר בגלגול הקודם.

אין בכך התעלמות מהמצב המורכב והקשה של המסתננים, וממרגורלם בארצות מוצאם. יחד עם זאת, יש לזכור כי ישנה קבוצה אחרת הנפגעת מהתופעה, היא תושבי השכונות בהן התפתחו ריכוזי מסתננים. אין זה פשוט להעמיד סבל מול סבל, קבוצה מול קבוצה, יחיד מול יחיד. תפקידו של בית המשפט הוא להכריע בסכסוכים, בשדה המציאות. בשאלה שעל הפרק, יש מקום להתחשב בהשלכות קיצור התקופה על התושבים. עלינו להיות רגישים לשתי הקצוות: מצד אחד, הציווי בדבר אהבת הגר, הדאגה לו והרגישות לפליט על רקע טלטולי עמנו לאורך ההיסטוריה. מצד שני, הכלל לפיו "עניי עירך קודמין". האינטרס האנושי של התושבים שעומד מנגד חייב להיות חלק מן הנוסחה. הוא פועל לכיוון דחיית העתירה, יחד עם הנימוקים לעיל.

תמצית חוות דעתה של השופטת א' חיות

השופטת א' חיות מצטרפת בהסכמה לפסק דינה של הנשיאה. בחוות דעתה, עומדת השופטת חיות על כך שבמקרה דנן נדרש בית המשפט בפעם השלישית לבטל הוראות באותו החוק עצמו, דבר שהוא אינו חזון נפרץ, אך עם זאת ועל אף המורכבות הכרוכה בכך היא סבורה כי הדיאלוג שהתקיים בין הכנסת לבית המשפט בעקבות שתי העתירות הקודמות תרם תרומה לא מבוטלת לצמצום הפגיעה בזכויות אדם על-פי אותו החוק. הדבר התאפשר לגישה

משום שבעקבות האמור בפסקי הדין שניתנו בשתי העתירות הללו הייתה הכנסת נכונה פעם אחר פעם להשקיע מאמץ בתיקון החוק ובמציאת פתרונות חוקתיים מתאימים.

בכל הנוגע להסדר שעניינו משך ההחזקה המקסימלי במרכז השהייה מצטרפת, כאמור, השופטת חיות למסקנתה של הנשיאה והיא סבורה כי הפגיעה הבלתי מידתית באלה המוחזקים במרכז השהייה מתחדדת נוכח הקצב האיטי מאוד שבו מטפלת המדינה בבקשות מקלט המוגשות ליחידת ה-RSD וכן נוכח האחוז האפסי של הבקשות שאותן אישרה המדינה עד כה (כ-0.9%). לגישתה של השופטת חיות, התנהלותה של המדינה בהקשר זה לגבי נתיני סודן ואריתריאה, לוכדת נתינים אלה במצב מתמשך ובלתי אפשרי של ערפל נורמטיבי בנוגע למעמדם על כל ההשלכות הקשות הנובעות מכך לגבי זכויותיהם.

תמצית חוות דעתו של השופט צ' זילברטל

מצטרף לחוות דעתה של הנשיאה נאור. על אף שמיקומו של מרכז השהייה לא נקבע בדבר חקיקה ראשי, אלא בהחלטה מינהלית, הרי שנתון זה, לעניין המיקום, רלבנטי בהקשר של הבחינה החוקתית של הוראות החוק: שכן החוק נחקק לרקע קיומו של מרכז השהייה ב"חולות" ונתון זה הוא חלק מהמציאות שאליה "נולד" החוק. כמו כן, בפסיקה הוכרה הזיקה שבין בחינת חוקתיותו של חוק לבין אופן יישומו הקונקרטי על ידי הרשות המבצעת. לפיכך, יישומן הקונקרטי של הוראות פרק ד' לחוק לרקע מיקומו של מרכז השהייה, מבליט את אי החוקתיות שבהן.

תמצית חוות דעתו של השופט י' דנציגר

השופט דנציגר הצטרף לחוות דעתה של הנשיאה ולתוצאה שאליה הגיעה, וזאת בהתייחס לכל הסוגיות שעלו במסגרת העתירה.

תמצית חוות דעתו של השופט ח' מלצר

השופט ח' מלצר הצטרף, באופן חלקי, לדעת הרוב, שניתנה על ידי הנשיאה מ' נאור. השופט ח' מלצר הסכים לדעת הנשיאה כי סעיף 30א לחוק למניעת הסתננות (עבירות ושיפוט), התשי"ד-1954 (להלן: החוק), המסדיר את האפשרות לעצור מסתננים חדשים עד 3 חודשים – צולח את מבחן החוקתיות ותמך גם בגישת הנשיאה ויתר השופטים שצידדו בדעתה לעניין תוקפו של סעיף 32כ לחוק.

השופט ח' מלצר אף סבר, כדעת הרוב, כי פרק ד' לחוק והסדר השהיה הקבוע בו, על פי מתכונתו הנוכחית, איננו חוקתי לעניין משך הזמן בו ניתן להחזיק מסתננים במתקן השהיה. יחד עם זאת, השופט ח' מלצר הציג מתווה חלופי, שיש לשוקלו – לפתרון הקושי החוקתי הנובע מן ההסדר האמור. מתווה זה, השאוב מהמשפט המשווה באירופה, נועד לשמר את "מתחם החקיקה" הראוי ואת גבולות הביקורת השיפוטית, ולצד זאת להביא למידתיות רבה יותר בטיפול במסתננים, תוך הקפדה על האינטרסים של המדינה ושל תושבי השכונות שבקרבתם התיישבו המסתננים.

לשיטתו של השופט ח' מלצר, רק במידה שתתווסף בחוק חלופה מקדמית של תיחום גאוגרפי, שתגביל את האזורים שבהם מבקשי המקלט יהיו רשאים לשהות, ניתן יהיה להשלים עם תקופת השהיה במרכז השהיה הקבועה בפרק ד' לחוק כיום, וזו תופעל רק אם המסתננים לא יעמדו במגבלת התיחום, ואף זאת בכפוף לכך שהסמכות להנפיק הוראת שהיה תמומש על ידי הרשויות המוסמכות בריסון.

השופט ח' מלצר אף מתח ביקורת על חוסר ההתייחסות של נציגי המדינה לבקשות שהוגשו על-ידי חלק מהמסתננים להכיר בהם כפליטים.

לבסוף, השופט ח' מלצר הביע את הסכמתו להוראת ההשעיה של הכרזת הבטלות, ואולם הוא סבר כי אין מקום להחריג מהוראת המעבר האמורה את כלל השוהים במרכז השהיה על פי הפירוט שהציעה הנשיאה, אלא רק את אלה מביניהם שהגישו בקשות להכרה כפליטים טרם שהוצאה להם הוראת השהיה ובקשותיהם לא טופלו.