



## בית המשפט העליון

בג"ץ 7146/12 אדם נ' הכנסת

בעניין חוקתיות תיקון מס' 3 לחוק למניעת הסתננות

### תקציר פסק-דין

בפסק דין שניתן היום (16.9.2013) דן הרכב מורחב של תשעת שופטי בית המשפט העליון בשאלת חוקתיותו של ההסדר שקבעה הכנסת בשנת 2012 בתיקון מס' 3 לחוק למניעת הסתננות (עבירות ושיפוט), התשי"ד-1954, המאפשר להחזיק מסתננים במשמורת לתקופה של שלוש שנים.

כל תשעת שופטי ההרכב קבעו, פה אחד, כי הסדר זה אינו חוקתי, שכן הוא פוגע באופן שאינו מידתי בזכות החוקתית לחירות, הקבועה בחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו. לעניין היקף הסעד החוקתי קבע בית המשפט, ברוב דעות של הנשיא א' גרוניס, המשנה לנשיא מ' נאור והשופטים ע' ארבל, ס' גובראן, א' חיות, י' דנציגר, ע' פוגלמן ו-י' עמית, כי יש לבטל את כל ההסדרים שנקבעו בהוראות השונות שבסעיף 30א לחוק למניעת הסתננות. זאת, בניגוד לעמדתו החולקת של השופט נ' הנדל אשר סבר כי יש לבטל רק את הוראות סעיף 30א(ג) לחוק למניעת הסתננות. בית המשפט קבע עוד, כי עם ביטול החוק ייכנסו לתוקף ההוראות של חוק הכניסה לישראל, התשי"ב-1952, באופן שצווי המשמורת וההרחקה שהוצאו ייראו כאילו ניתנו לפי חוק זה. כמו כן נקבע, כי יש להתחיל בהליך הבחינה הפרטנית והשחרור של כל המוחזקים כיום במשמורת לאלתר. תהליך הבחינה של כלל המוחזקים נתחם לפרק זמן של 90 ימים מיום פסק הדין.

תמצית חוות דעתה של השופטת ע' ארבל

השופטת ע' ארבל, שכתבה את חוות הדעת המרכזית, סקרה את תופעת ההסתננות לישראל בשנים האחרונות, תוך שציינה כי כיום שוהים בישראל כ-55,000 מסתננים. השופטת ארבל עמדה על כך שמרבית המסתננים מוצאם במדינות אריתריאה וסודן, ועמדה על הקשיים שחווים תושבי מדינות אלו. כן הבהירה שלגבי נתיני אריתריאה מחילה מדינת ישראל כיום את העיקרון הבינלאומי של "אי החזרה",

שמשמעותו כי המדינה לא תרחיק אדם למקום שבו נשקפת סכנה לחייו או לחירותו. באשר לרפובליקה של סודן לא מתאפשרת החזרה לשם בשל העדר קשרים דיפלומטים עם ישראל. המשמעות של דברים אלו היא כי המדינה ניצבת בפני תופעה משמעותית של עשרות אלפי מסתננים החודרים לשטחה, ואשר אין באפשרותה בשלב זה לגרשם משטחה באופן מעשי או נורמטיבי.

עוד עמדה השופטת ארבל על השלכותיה של תופעת ההסתננות על החברה בישראל. באשר לפשיעת מסתננים ציינה כי קיימת מחלוקת באשר לתמונת המצב בנושא זה, כאשר ישנם מחקרים שמראים שנתוני הפשיעה של המסתננים נמוכים מאלו שבחברה הכללית. עם זאת הדגישה כי לא ניתן להמעיט מתחושתם הקשה של תושבי דרום תל-אביב לפיה רמת הביטחון בסביבת מגוריהם ירדה באופן משמעותי. כן צוינו ההשלכות על שוק העבודה הישראלי כמו גם השלכות תקציביות. השופטת ארבל עמדה על כך כי נכון לסוף שנת 2010 המסתננים היוו רק כ-20% מהלא-ישראלים המועסקים בישראל ללא אשרה, כך שהקשיים בסוגיה נובעים רק בחלקם מתופעת ההסתננות. לסיכום ציינה השופטת ארבל כי התמונה הינה מורכבת ומכילה גוונים של אפור בניגוד לצבעי השחור והלבן שמנסים הצדדים לצבוע אותה.

השופטת ארבל הוסיפה ועמדה על המצב הנורמטיבי ערב התיקון לחוק למניעת הסתננות, על הרקע לחקיקתו ועל הוראותיו של התיקון. היא ציינה כי יישומו של התיקון החל בחודש יוני 2012, וכי כיום מוחזקים במשמורת מכוחו כ-2,000 מסתננים.

במסגרת בחינתו החוקתית של התיקון קבעה השופטת ארבל כי הוא פוגע בזכות לחירות המעוגנת בחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו. היא עמדה על חשיבותה של זכות זו שהינה אחת מזכויותיו הבסיסיות של האדם, והמתבססת על ערכיה של המדינה כמדינה יהודית ודמוקרטית.

בשלב הבא בחנה השופטת ארבל את עמידתה של הפגיעה בזכות לחירות בתנאיה של פסקת ההגבלה שבחוק היסוד. נקבע כי הפגיעה נעשתה בחוק, וכי יש לצאת מנקודת הנחה כי התיקון הולם את ערכיה של מדינת ישראל.

באשר לתנאי שעניינו בתכלית ראויה עמדה השופטת ארבל על שתי התכליות של התיקון. התכלית האחת הינה מניעת השתקעותם של המסתננים בישראל והתמודדות המדינה עם השלכותיה של התופעה. תכלית זו, כך נקבע, אינה מעוררת

קושי. התכלית השנייה, כפי שהציגה אותה המדינה, הינה בלימת תופעת ההסתננות. השופטת ארבל הבהירה כי משמעותה של תכלית זו למעשה היא הרתעה. דהיינו, עצם השמתם של המסתננים במשמורת יוצרת הרתעתם של מסתננים פוטנציאליים מלהגיע לישראל. השופטת ארבל הטעימה כי תכלית זו יוצרת קשיים בלתי מבוטלים. אדם מושם במעצר לא מפני שהוא מהווה באופן אישי סיכון כלשהו, אלא על מנת להרתיע אחרים. ההתייחסות אליו אינה כאל מטרף אלא כאל אמצעי. התייחסות זו ללא ספק הינה פגיעה נוספת בכבודו כאדם. השופטת ארבל עמדה על פסיקת בית המשפט העליון ועל נקודת מבטו של הדין הבינלאומי, שאף הן מחזקות את הספק האם מדובר בתכלית ראויה. עם זאת הייתה השופטת ארבל מוכנה לצאת מהנחה כי מדובר בתכלית ראויה, וציינה כי יתכן שבמצב קיצוני בו הופכת התכלית לחיונית ביותר עבור המדינה ושמירתה על האינטרסים הבסיסיים ביותר שלה, ניתן יהיה להצדיק תכלית זו.

מכאן עברה השופטת ארבל למבחן המידתיות. באשר למבחן המשנה הראשון נקבע כי באופן תיאורטי מתקיים קשר רציונאלי בין השמתם של מסתננים במשמורת לבין מניעת השתקעותם בישראל ומניעת ההשלכות השליליות הנובעות מהשתלבותם בערי ישראל. עם זאת, יש לשים לב ליישום התיקון בפועל. על פי הנתונים שוהים כיום בישראל כ-55,000 מסתננים. מתוכם, כ-1,750 מסתננים בלבד במשמורת, כאשר כיום מדובר בקיבולת המקסימאלית. המשמעות היא שספק רב אם בפועל מושגת התכלית האמורה.

תמונת המצב בנוגע לקשר הרציונאלי בין התכלית ההרתעתית להשמתם של המסתננים במשמורת אינה ברורה. הקושי נובע, בין היתר, מהמחלוקת האם מדובר במסתננים שמהגרים לצרכי עבודה בלבד או בפליטים הנמלטים מזוועות בארצותיהם. הנתונים המספריים, המצביעים על ירידה דרסטית במספר המסתננים המגיעים לישראל החל מאמצע שנת 2012, אף הם אינם מובילים למסקנה ברורה. הקושי העיקרי נובע מכך שתחילת השמתם של המסתננים במשמורת נעשתה במקביל לתהליכי השלמת גדר הגבול בין ישראל למצרים. הקבלת תהליכים אלו יוצרת חוסר וודאות באשר לתרומתו של כל גורם לירידה במספר המסתננים. לאור זאת הניחה השופטת ארבל כי מבחן מידתיות זה מתקיים.

באשר למבחן המשנה השני, שעניינו בבחירת האמצעי שפגיעתו פחותה, קבעה השופטת ארבל כי הוא אינו מתקיים. ככל שמדובר בתכלית הרתעתית הרי שקיימת הסתברות נאותה כי ניתן היה להסתפק בגדר הגבול שבין ישראל למצרים. באשר

לתכלית של מניעת השתקעות והשלכות שליליות של תופעת ההסתננות, ניתן לגבש מגוון אמצעים חליפיים אשר ישיגו את התכלית המתבקשת באופן פוגעני פחות. כך למשל ניתן ליצור חובות דיווח; לחוקק הגבלות מגוררים; לחייב מסתננים לשהות בלילות במתקן שהייה; להחליף חלק מהעובדים הזרים במסתננים; להגביר את המאבק במבריחי המסתננים; לשפות את הרשויות המקומיות על הוצאותיהן בגין הטיפול במסתננים; להגביר את הפיקוח המשטרתי באזורי ריכוז של מסתננים; לאכוף באופן הדוק את חוקי העבודה; ועוד. אמצעים מסוג זה יכולים להיות מיושמים לצד אמצעי פיקוח וענישה, ופעולות שנעשות על מנת לאפשר גירושם של מסתננים מחוץ לישראל. השופט ארבל סקרה גם את התמודדותן של מדינות העולם עם תופעות דומות באמצעים שונים ללא שלילת חירות לאורך תקופת זמן ארוכה.

למעלה מן הצורך בחנה השופט ארבל גם את מבחן המשנה השלישי של המידתיות, שעניינו בקיומו של יחס סביר בין הפגיעה בזכות החוקתית לבין התועלת מן הפגיעה. נקבע כי מבחן זה אינו מתקיים אף הוא. כליאת המסתננים ושלילת חירותם לתקופה ארוכה של שלוש שנים הינה פגיעה אנושה ולא מידתית בזכויותיהם, בגופם ובנפשם. הפגיעה הינה פגיעה קשה ביותר בעלת עוצמה גבוהה ורבה. אין חולק כי מרבית המסתננים מגיעים מארצות אשר תנאי החיים שם קשים ביותר ומצב זכויות האדם שם בכי רע. גם נתון זה יש להביא בחשבון במסגרת עוצמת הפגיעה.

בצד התועלת נקבע כי לאור הפגיעה הקשה בזכות לחירות, המדינה צריכה להיות נכונה לשאת בנטל הכלכלי הכרוך בהתמודדות עם המסתננים. לגבי ההשלכות על האוכלוסייה המקומית, אוכלוסיה זו ממשיכה להתמודד עם הקשיים גם כעת, שכן רוב המסתננים שנמצאים בישראל אינם שוהים במשמורת. בהתחשב בכך; ובהתחשב בכך שקיימים אמצעים חלופיים רבים בהם יכולה המדינה לנקוט; ובהתחשב בגדר הגבול עם מצרים וביכולת לשפר את יעילותה; הרי שלא ניתן לומר כי התועלת המושגת מהשמה במשמורת עולה על הפגיעה הקשה בזכויותיהם של המסתננים.

השופט ארבל הדגישה כי יתכן שיכלו כל הקיצין, ומסתננים ימשיכו לנהור למדינת ישראל על אף כל האמצעים האחרים שינקטו, והמדינה תימצא תחת חשש לפגיעה קשה באינטרסים החיוניים שלה. אז ניתן יהיה לומר כי התועלת משתווה לנזק, ואין החברה הישראלית יכולה לסכן עצמה למען תושבי מדינות אחרות. אלא שלטעמה אנו רחוקים מתמונה שחורה זו מרחק רב מאוד.

השופטת ארבל העירה לסיום כי תוצאת פסק דין זה לא תהיה קלה לציבור הישראלי ותהיה קשה במיוחד לתושבי דרום תל-אביב, שהמצוקה המשתקפת מזעקתם נשמעת כיוצאת מן הלב ומעוררת אמפתיה והבנה באשר לצורך לסייע להם במצבם. עוד הוסיפה: "אני רוצה להאמין שהמדינה תדע למצוא את הדרך להתמודד עם המצב שנוצר באמצעים העומדים לרשותה ולהקל עליהם את מצוקתם. כחוט השני בחוות דעת זו עובר הניסיון להבהיר ולשכנע שלא נכון לבחור בפתרון שנראה לכאורה פשוט - כליאה לתקופה ארוכה - בהיותו האמצעי הפוגע ביותר כלפי כל אדם, ובוודאי פוגעני ביותר כלפי המסתננים הכלואים במשמורת למשך תקופה ארוכה. אשוב ואומר כי אחת מזכויות היסוד החשובות של האדם, זו הנמצאת בקצה העליון של פירמידת הזכויות, היא הזכות לחירות. מאז ומעולם, מקדמת דנא, לחמו אנשים לחופש. פגיעה בזכות לחירות היא מהפגיעות הקשות שניתן לחשוב עליהן. שלילת חירותם של המסתננים על ידי כליאתם לתקופה ארוכה הינה פגיעה אנושה ולא מידתית בזכויותיהם, בגופם ובנפשם. אל לנו לפתור עוול אחד ביצירת עוול אחר. לא נוכל לשלול זכויות יסוד בסיסיות ובה בעת לפגוע ביד גסה בכבוד האדם ובחירותו במסגרת פתרון לבעיה הדורשת פתרון מערכת-מדיני הולם. כבר ציינתי בעבר בהקשר אחר כי "צרכיה החשובים ככל שיהיו של אוכלוסיה אחת אינם יכולים להיות מסופקים על ידי פגיעה בצרכים ובזכויות של קבוצת אוכלוסיה אחרת" (דנג"ץ 10007/09 גלוטן נ' בית הדין הארצי לעבודה, פסקה 29 לפסק דיני (18.3.13)). אסור לנו לשכוח את ערכינו הבסיסיים, הנשאבים מהכרזת העצמאות, ואת חובתנו המוסרית כלפי כל אדם באשר הוא, כפי שהם חרוטים על תבניות הבסיס של המדינה כמדינה יהודית ודמוקרטית".

הסעד שניתן בעתירה הוא ביטולה של הוראת סעיף 30א(ג)(3) לחוק למניעת הסתננות, הקובעת את השמתם במשמורת של מסתננים לתקופה של עד שלוש שנים. לא ניתן להפריד בין חלקי התיקון כאשר הוראתו המרכזית בטלה. המסקנה היא, אם כן, כי בפועל יבוטל סעיף 30א כולו, ובמקומו יכנס ההסדר הקיים לפי חוק הכניסה לישראל.

#### תמצית חוות דעתו של השופט ע' פוגלמן

בחוות דעתו, הצטרף השופט ע' פוגלמן למסקנת השופטת ארבל כי הסדר המשמורת שנקבע בתיקון מס' 3 לחוק למניעת הסתננות אינו חוקתי, וכי דינו – בטלות. נמצא כי התיקון נועד למעשה להתמודד עם מהגרים שמדינת ישראל אינה מרחיקה אותם לארצות מוצאם בנקודת הזמן הנוכחית, אזרחי אריתריאה ואזרחי צפון-סודאן. התמונה העובדתית ביחס לקבוצה זו היא מורכבת. הגם שאין להתעלם מהמניעים

הכלכליים של מהגרים אלה, לא ניתן לבטל כלאחר יד את טענותיהם להגנה בינלאומית, על רקע המידע המתייחס לארצות מוצאם כמו גם המדיניות שנקטת כלפיהם הלכה למעשה על-ידי מדינת ישראל ומדינות העולם. במסגרת הבחינה החוקתית, הצטרף השופט פוגלמן לקביעת השופטת ארבל כי התיקון פוגע פגיעה קשה בזכותם של המסתננים לחירות אישית. בדומה לשופטת ארבל, לא ראה השופט פוגלמן לקבוע מסמרות בשאלה אם התיקון נועד ל"תכלית ראויה", הגם ששאלה זו מעוררת קשיים, וזאת מכיוון שממילא אין הוראותיו צולחות את מבחני המידתיות, כפי שהותוו בפסיקה.

נקבע כי הפגיעה האנושה בזכותם של המוחזקים במשמורת לחירות אישית אינה עומדת ביחס מידתי לתועלת הנטענת של התיקון. בנוסף, ההסדר שנקבע סוטה מהעקרונות המקובלים בישראל ובעולם לעניין שלילת חירותם של שוהים שלא כדין במסגרת דיני ההגירה. עוד צוין כי קיימות חלופות אחרות (לרבות כאלה הננקטות במדינות העולם) להתמודדות עם תופעת ההסתננות שיש בהן כדי להשיג את תכליות התיקון גם אם לא באופן מלא, וזאת תוך פגיעה פחותה במידה ניכרת בזכות לחירות אישית. השופט פוגלמן תהה אם המדינה יכולה להיתלות בהשלכותיה השליליות של תופעת ההסתננות בשנים האחרונות, כצידוק לנקיטת אמצעים פוגעניים, וזאת מבלי שנעשה ניסיון להתמודד עם השלכות אלה באמצעים חלופיים שפגיעתם פחותה. במישור הסעד, סבר השופט פוגלמן כי אין מנוס מביטול האפשרות להפעיל את הסדרי המשמורת הקבועים בסעיף 30א לחוק בכללותם, שכן לשיטתו, ביטול סעיף 30א(ג) (3) לחוק לבדו לא יביא לתוצאה הרצויה. נוכח הפגיעה האנושה בזכותם לחירות אישית של המסתננים, אין מקום להשהות את הכרזת הבטלות של הוראות התיקון. כתוצאה מהכרזת הבטלות, ייבחן עניינם של כלל המסתננים שבנוגע אליהם הופעל התיקון לפי המתווה הקבוע בחוק הכניסה לישראל. על הרשויות לבחון את עניינם של המוחזקים במשמורת באופן מיידי, ומי שניתן לשחררו – יש לשחררו לאלתר. פרק הזמן של תשעים הימים שנקבע לבחינת עילות השחרור הקבועות בחוק הכניסה לישראל והסייגים להן, הינו רף עליון לבחינת עניינם של כלל המוחזקים, נוכח מספרם הרב. כאמור, מי שהסתיימה הבחינה בעניינו ואין מניעה לשחררו – ישוחרר ללא דיחוי.

וכך נאמר בסיכום פסק הדין: "האתגר שעמו נאלצה ונאלצת מדינת ישראל להתמודד על רקע הגירה בלתי-מוסדרת של עשרות אלפים מאפריקה אל גבולותיה – אתגר מורכב הוא. בפסק-דיננו נפרשה יריעה רחבה המתייחסת לקשיים החברתיים, הכלכליים והאחרים הטמונים בכך. לא יימצא חולק על כך שהמדינה אינה יכולה

לשקוט על שמריה, ושעליה להתמודד עם תופעה מורכבת זו. זו אינה אך סמכות רשות המסורה למדינה; זוהי חובה המוטלת עליה כלפי אזרחיה ותושביה. פתרונות קסם אינם בנמצא. במוקד דיוננו זה עמדה חוקתיותו של האמצעי שנבחר לצורך כך. בחברה דמוקרטית – לא כל האמצעים כשרים. זה הדין גם בהתייחס להסדר שחוקתיותו ניצבה כאן לבחינתנו. קשה ככל שתהא המשימה שעמה נאלצת מדינת ישראל להתמודד על כורחה, עלינו לזכור כי אלה שכבר באו בשערינו – מצויים עמנו. הם זכאים לזכות לחירות ולזכות לכבוד המוקנות בחוק היסוד לכל אדם, באשר הוא אדם. פגיעה בזכויות אלה תיתכן רק לתכלית ראויה ובמידה שאינה עולה על הנדרש. האמצעי שנבחר על ידי המדינה אינו עומד באמת מידה זו, והוא אינו צולח את הביקורת החוקתית. ההסדר הקבוע בתיקון, שעל בטלותו אנו מכריזים כאן, פוגע פגיעה אנושה ולא מידתית בזכות לחירות אישית, שהיא זכות יסוד של כל אדם באשר הוא אדם, תוך סטייה מהעקרונות המקובלים בישראל ובמדינות העולם המתוקן. בשל כך, דינו של הסדר המשמורת הקבוע בתיקון – בטלות.”

#### תמצית חוות דעתה של המשנה לנשיא מ' נאור

המשנה לנשיא מ' נאור הצטרפה לחוות הדעת של השופטים ארבל ו-פוגלמן וציינה כי בעת חקיקת התיקון לחוק מושא העתירה כבר היה עקרון מושרש בפסיקת בית המשפט העליון לפיו לא ניתן להחזיק אדם במעצר אם לא ניתן לגרשו תוך זמן מסויים. האמצעי של מעצר ממושך אינו אמצעי מידתי.

עוד ציינה המשנה לנשיא, כי אין ספק שלמדינה זכות להחזיק במפתחות הבית ולקבוע מי יבואו בשעריה. בשל מצבה הגיאופוליטי מדינת ישראל מצאה עצמה מתמודדת עם מספר רב מאוד של מסתננים, מעל ומעבר לחלקה היחסי של המדינה בין המדינות שוחרות החירות. המסתננים הם אורחים לשעה, אף שהשעה מתארכת. המסתננים אינם זכאי שבות. מותר למדינה לחפש דרכים חוקיות להרחקתם; דרכים התואמות את פסיקתו של בית משפט זה ואת המקובל במשפט הבינלאומי.

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

שעתם היפה של ארגוני זכויות האדם ושל שוחרי זכויות האדם. חברתי השופט ארבל הזכירה (בפסקה 66 לחוות דעתה) שיתוף פעולה אפשרי בין רשויות המדינה לבין ארגוני זכויות האדם. לדברים אלה אני מבקשת להצטרף. ארגוני זכויות האדם יוכלו להראות כי מעבר לפעילות (המוצדקת) לפסילת הוראת חוק כוחם רב גם בעשייה בונה: בגיוס מתנדבים, בהדרכת המסתננים ובהכשרתם, ובסיוע להם בעת שהותם כאן".

#### תמצית חוות דעתו של השופט י' עמית

השופט י' עמית צירף דעתו לדעותיהם של השופט ארבל והשופט פוגלמן, ולפיהן ההסדר החוקי המדובר סותר את חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו, ולפיכך דינו בטלות.

השופט עמית קבע כי בכל האמור במבקשי המקלט שכבר נכנסו בשערי המדינה, על המדינה להתייחס אליהם ברובב לב ובמידת החמלה בכל הקשור לעבודה, רווחה, בריאות וחינוך, בפרט על רקע מסע התלאות שעברו בדרכם לישראל.

השופט עמית הדגיש כי הדברים נאמרים נכון למצב כיום, בו שיעור המסתננים עומד על כאחוז אחד מאוכלוסיית ישראל, בבחינת "מעשה עשוי". בה בעת, השופט עמית העיר כי יש לתהות מהו "הקו האדום" המספרי שמדינה יכולה לשאת, ללא חשש לפגיעה של ממש בריבונותה, באופיה, בזהותה הלאומית, בצביונה התרבותי-חברתי, במבנה האוכלוסייה שלה ומכלול מאפייניה הייחודיים, וללא חשש לחוסנה ו"לשכירת מפרקתה" בהיבטים של צפיפות, רווחה וכלכלה, בטחון הפנים והסדר הציבורי. על רקע דברים אלה, ציין השופט עמית כי בכואנו לאזן בין זכויות יסוד מול זכויות יסוד אחרות או מול אינטרסים חיוניים של המדינה, עלינו להיות ערים לנתונים, להערכות ולתחזיות, כאשר יש מצבים בהם "הכמות עושה איכות".

מכל מקום, השופט עמית הבהיר כי אין זה המצב כיום, אך בהינתן מצבים ונתונים שונים, עשויה התוצאה להשתנות גם במישור המשפטי.

#### תמצית חוות דעתו של השופט ס' ג'ובראן

השופט ס' ג'ובראן סבור כי בשלב בחינת חוקתיות תכליתו של התיקון לחוק (בענייננו, בלימת תופעת ההסתננות), יש להימנע, ככל הניתן, מבחינת חוקתיות



האמצעים להגשמתה (בענייננו, מעצר המסתננים). לדידו, תפקידו של מבחן התכלית הראויה הוא לתת מענה לשאלה, אם תכליתה של החקיקה מעניקה צידוק מספק לפגיעה בזכות חוקתית.

עמדת המדינה היא כי עצם מודעותם של המסתננים לכליה המשפטיים להתמודדות עם הגירת העבודה, משפיעה על החלטתם אם להגר לתחומה. השופט ג'ובראן סבור כי מתקבל על הדעת שמצב נורמטיבי במדינה פלונית, הוא שיקול המשפיע על החלטה של מהגרי עבודה אם "להסתנן" אליה. לדעתו, אין מניעה עקרונית מנקיטת אמצעים המהווים "חסם נורמטיבי" בפני מהגרי עבודה אלה. הוא סבור כי רצונה של מדינה לעצב חקיקה שאינה מעודדת הגירת עבודה אינו בלתי לגיטימי; הוא אינו חורג מן הפרוגטיבה שלה לקבוע מי יבוא בשעריה; הוא עולה בקנה אחד עם ריבונותה. זאת כמובן, בכפוף לפסקת ההגבלה, ולמחויבויותיה מכוח הדין הבינלאומי. שאלה זו הופכת מורכבת יותר בכל הקשור למי שזכאי למעמד של פליט. בנסיבות הנוכחיות הוא סבור כי אין הכרח להכריע בשאלה זו.

עם זאת, הואיל והתיקון לחוק מאפשר להחזיק מסתננים במשמורת שלוש שנים, וזאת עד להרחקתם, בפועל, הרחקתם אינה אפשרית, ונגזר עליהם להיוותר במשמורת. מצב זה, סבור השופט ג'ובראן, פוגע בזכותם של המסתננים לחירות, פגיעה שלעת הזו אינה יכולה לסכון. לפיכך, מסכים הוא כי דינו של התיקון בטלות.

#### תמצית חוות דעתו של השופט י' דנציגר

אף השופט י' דנציגר סבר כי ההסדר הקבוע בחוק למניעת הסתננות (עבירות ושיפוט) (תיקון מס' 3 והוראת שעה), התשע"ב-2012 הינו בלתי חוקתי ודינו בטלות.

השופט דנציגר ביקש להוסיף, כי אף אם ניתן להניח שקיים אלמנט כלכלי בבחירתם של אלפי נתיני סודן ואריתריאה להגיע למדינת ישראל, לא ניתן לתייגם כמהגרי עבודה בלתי חוקיים ותו לא. יש להניח שבחלק מן המקרים מדובר בפליטים הזכאים למקלט מדיני. אף על פי כן, בחרה מדינת ישראל שלא לבחון בקשות מקלט פרטניות שהגישו חלק מנתיני סודן ואריתריאה, אך בו זמנית גם נמנעה מלגרשם חזרה לארצותיהם, בין בשל מדיניות "אי ההרחקה הזמנית" ובין בשל אילוצים אחרים.

האתגר שעימו נאלצת המדינה להתמודד שעה שמדובר בהגירה בלתי מסודרת בהיקפים גדולים מתעצם נוכח מצוקתם של תושבי שכונות דרום תל-אביב שרבים מן המהגרים מתגוררים בהן. זעקתם של תושבי השכונות מהדהדת בליבנו, וכאבם - כאבנו. עם זאת, הפיתרון למצוקה זו אינו החזקתם במשמורת של אלפי בני אדם - גברים, נשים וטף - במתקני כליאה, לתקופת זמן בלתי מוגבלת, וזאת מבלי שהואשמו - וממילא לא הועמדו לדין - בדבר, וללא אפשרות נראית לעין לגירושם. מדובר בפגיעה קיצונית בזכות היסוד שלהם לחירות. על המדינה מוטלת החובה להתמודד עם בעיה מורכבת זו בדרכים שתתיישבנה עם נורמות חוקתיות המקובלות בישראל ובמדינות העולם המתוקן.

#### תמצית חוות דעתה של השופטת א' חיות

השופטת א' חיות הצטרפה לפסק הדין של השופטת ארבל ולפסק דינו של השופט פוגלמן. היא הוסיפה והעירה כי מדינת ישראל נותרה הדמוקרטיה המערבית היחידה בעולם ללא מדיניות הגירה סדורה, וכי פתרונות אד-הוק אינם תחליף למדיניות הנדרשת. על-פי השופטת חיות, הצורך בהסדר נורמטיבי הולם ומקיף נענה על-ידי המחוקק במהלך נקודתי שהינו בעייתי ומרחיק לכת, על דרך של הוספת תיקון מספר 3 לחוק למניעת הסתננות. תיקון זה לוקה בשניים. ראשית, אין בו כל מענה לבעיות המורכבות שנוצרו בעקבות הגעתם של עשרות אלפי המסתננים לישראל והתרכזותם בקבוצות גדולות בערים וביישובים השונים. כליאת המסתננים אשר זה מקרוב באו ואשר מספרם נמוך יחסית, הוא בהקשר זה אמצעי חסר כל אפקטיביות. שנית, קבעה כי הוראות התיקון לחוק ומתווה המעצר הכלול בהן, מגדילים ומעצימים באופן ניכר את הפגיעה בזכותם החוקתית לחירות של השוהים שלא כדין ופגיעה בעוצמה כזו עולה על הנדרש להשלמת הליך גירושם. עוד הדגישה השופטת חיות כי המסקנה בדבר בטלות החוק אין משמעה כי המצב המשפטי ששרר טרם חקיקתו היה משביע רצון. ההיפך הוא הנכון. סוגיית מדיניות ההגירה זועקת להסדרה חקיקתית כוללת ולמחשבה ארוכת-טווח שיהא בה משום מענה ראוי לשלל האתגרים שהיא מציבה בפני החברה הישראלית.

#### תמצית חוות דעתו של השופט נ' הנדל

עמדת השופט נ' הנדל הינה, כי לא ניתן להתעלם מן המציאות שהולידה את התיקון לחוק: שיטפון של עשרות אלפי מסתננים בלתי-חוקיים, אשר פגע בעיקר

בשכבות הסוציו-אקונומיות החלשות יותר. זו הקרקע עליה צמח התיקון לחוק, ואין לשכוח זאת. כמובן, אין להתעלם מן החובה – שעולה אף במשפט העברי – לנקוט בצעדי חסד כלפי כל אדם באשר הוא אדם, "מפני דרכי שלום". ברם לצד חובה זו יש חובה נוספת במשפט העברי: "עניי עירו קודמין לעניי עיר אחרת". האיזון בין שני צדי המטבע – במישור הציבורי – הוא עדין, תלוי מציאות, ומסור בעיקרו בידי המחוקק והממשלה הנבחרת.

משנכנס המסתנן למדינה, תוך הפרה ברורה של החוק, רשאיות הרשויות להחזיק אותו במשמורת. ברם, יש להבדיל בין עצם ההחזקה במשמורת, שהיא כשלעצמה הכרחית, לבין משך ההחזקה. וזוהי ליבת העניין בעתירה: האם העמדת הרף העליון להחזקה על שלוש שנים – עוברת את הבחינה החוקתית. מוטל על בית המשפט לבחון את העניין בביקורת חוקתית קפדנית (strict scrutiny), המוכרת בשיטה האמריקאית. המשמעות היא, בעיקר, שיש לבחון את הסוגיה לא רק במועד חקיקת החוק אלא גם במועד הנוכחי.

מהנתונים שמסרה המדינה עולה כי חלה ירידה דרסטית במספר המסתננים: מאלפי מסתננים בכל חודש עד לעשרות ואף בודדים בחודש. ירידה זו "זועקת" בעד עצמה. אין להשוות בין מצב בו נכנסים 10 מסתננים לחודש, לעומת מצב בו נכנסים 10,000 מסתננים בחודש. לכך מצטרפת העובדה שהסעיף בו עסקינן מוגדר כהוראת שעה, אשר מעצם הגדרתה הגיבה למציאות מסוימת – מציאות שאיננה קיימת עוד. בנסיבות החדשות שנוצרו, וכל עוד לא יחול בהן שינוי, ניתן יהיה להסתפק באמצעי מידתי יותר: רף עליון למשמורת שאיננו מגיע או מתקרב לשיעור של 3 שנים. הוצג המשפט המשווה, שמלמד על פתרונות שונים למשך ההחזקה במשמורת. אין בכך לחייב או להגביל, אך ייתכן שיהיה בכך כדי לסייע למחוקק הישראלי.

לפיכך, יש להורות על ביטול סעיף 30א(ג)(3). יחד עימו יש להורות על בטלות סעיף 30א(ג) כולו, אשר הוראותיו נגזרות מן הרף המקסימאלי של 3 השנים. די בביטול זה, ואין צורך בביטול הוראת השעה כולה – כפי שהוצע בדעת הרוב. שני טעמים לדבר. הראשון, יש ביתר חלקי החוק מרכיבים חיוביים כגון עילות השחרור שאינן תלויות בזמן. השני, דרך זו תחייב את המחוקק להתרכז בעיקר – קביעת רף עליון שונה להחזקה במשמורת, ותאפשר לו לסיים את המלאכה מבלי לחרוג מסד הזמנים שנקבע של 90 יום. אין ליצור על בית המחוקקים לחץ בלתי-נחוץ, שאפשר ולא תצמח ממנו

תועלת. התקופה שנותרה עד תום הוראת השעה – 15 חודש – תעניק למחוקק זמן למחשבה ולהתבוננות ביישום הוראת השעה בשטח, ומכאן לקביעת חלופה ראויה.

תמצית חוות דעתו של הנשיא א' גרוניס

הנשיא א' גרוניס צירף את דעתו לזו של השופטת ארבל והשופט פוגלמן, לפיה החוק למניעת הסתננות (עבירות ושיפוט) (תיקון מס' 3 והוראת שעה), התשע"ב-2012, ס"ח 119 (להלן – החוק) סותר את חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו, ולפיכך דינו בטלות. את דעתו ביסס הנשיא גרוניס על טעמים שונים במידה מסוימת מאלו שהעלתה השופטת ארבל. לשיטתו, הפגמים שבחוק אינם נובעים מכך שהוא אינו עומד במבחן המשנה השני של מידתיות, אלא מכך שהוא אינו עומד במבחן המשנה השלישי, הידוע כ"מבחן המידתיות הצר". כלומר, משום שלא קיים יחס סביר בין תקופת ההחזקה במשמורת ליתרונות שבחוק. לטעמו, במציאות הנוכחית, ההסדר שבחוק, המאפשר להחזיק את המסתננים במשמורת למשך תקופה של שלוש שנים, הינו פסול מבחינה חוקתית. זאת, בפרט לאור העובדה שלא ניתן, לעת הזו, לגרש מישראל את מרביתם של אלה שבמשמורת, אזרחי אריתריאה וסודן.

יחד עם זאת, הדגיש הנשיא כי בטלות החוק נכונה היא לשעתה, היינו לאור הנסיבות הקיימות. לטעמו, שינוי מהותי לרעה בנסיבות, למשל עלייה משמעותית במספרם של המסתננים החוצים את גבולות ישראל, יצדיק בחינה שיפוטית מחדש של העניין, אם הכנסת תחוקק שוב חוק דומה. זאת ועוד, לגישתו, גם בנסיבות הקיימות אין מניעה לחוקק חוק חדש שיאפשר החזקה במשמורת תקופה קצרה באופן משמעותי משלוש שנים.