

**בבית המשפט העליון  
בשבתו כבית משפט גבוה לצדק**

**בג"ץ 7146/12  
קבוע ליום 2.6.2013**

נג'ט סרג' אדם ואח'  
ע"י ב"כ עו"ד יונתן ברמן ואח'  
החטיבה לזכויות אדם, המרכז האקדמי למשפט ולעסקים  
רח' בן גוריון 26, רמת גן  
טל': 03-6000300; פקס': 03-6000872

**העותרים**

- נגד -

**1. הכנסת**  
באמצעות הלשכה המשפטית של הכנסת  
משכן הכנסת, קריית בן-גוריון, ירושלים 91950  
טל': 02-6408636; פקס': 02-6753495

**2. שר הפנים**  
**3. שר הביטחון**  
**4. היועץ המשפטי לממשלה**  
באמצעות פרקליטות המדינה  
מרחוב צלאח א-דין 29, ירושלים  
טל': 02-6466460; פקס': 02-6466655

**המשיבים**

**כתב תשובה מטעם המשיבה 1**

בהתאם להחלטת בית המשפט הנכבד מיום 12.3.2013, מתכבדת המשיבה 1 (להלן: **המשיבה**) להגיש כתב תשובה מטעמה, כדלקמן:

**כללי**

1. עניינה של העתירה בחוק למניעת הסתננות (עבירות ושיפוט) (תיקון מס' 3 והוראת שעה), התשע"ב-2012 (להלן: **התיקון**), אשר נחקק כתיקון לחוק למניעת הסתננות (עבירות ושיפוט), התשי"ד-1954 (להלן: **החוק למניעת הסתננות**), ואשר נועד להתמודד עם תופעת ההסתננות רחבת ההיקף מגבולה הדרומי של ישראל. במוקד התיקון, סעיף המסמך את המדינה להחזיק מסתננים במשמורת במשך תקופה ארוכה משמעותית מזו הקבועה בחוק הכניסה לישראל, התשי"ב-1952 (להלן: **חוק הכניסה לישראל**).

2. העותרים ביקשו כי בית המשפט יורה על בטלותו של התיקון מחמת אי חוקתיותו, או לחלופין יורה על ביטול סעיפים מסוימים בתיקון בשל אי חוקתיותם. לטענתם, התיקון סותר את התחייבויותיה הבינלאומיות של ישראל ופוגע בזכות לחירות המעוגנת בחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו מבלי שהוא עומד בתנאי פסקת ההגבלה.

3. ביום 12.3.2013 התקיים דיון בפני בית המשפט הנכבד, ובעקבותיו הוציא בית המשפט צו על תנאי לעניין שמונת הסעדים החלופיים שבעתירה, הנוגעים לסעיפים ספציפיים

בתיקון, ואולם לא הוציא צו על תנאי ביחס לסעד הראשי בעתירה שעניינו בחוקתיותו של התיקון בכללותו.

4. המשיבה תפתח את תשובתה לצו על-תנאי בתיאור הליך חקיקת התיקון בכנסת. לעניין הטיעון המשפטי, המשיבה אינה רואה מקום להוסיף על האמור בטיעונה החוקתי המפורט של המדינה, וסבורה אף היא כי דין העתירה להידחות. המשיבה תבקש לייחד את תשובתה לדיון בטענתם העקרונית של העותרים כי "חזקת ההתאמה", לפיה יש לפרש חוק לאור מחויבויותיה הבינלאומיות של ישראל בהיעדר סתירה מפורשת בין החוק ובין הוראות המשפט הבינלאומי, צריכה להיות מוחלת גם על פרשנותם של חוקי היסוד (פס' 107-115 לעתירה).

### היסטוריה חקיקתית

5. הצעת החוק למניעת הסתננות (עבירות ושיפוט) (תיקון מס' 3 והוראת שעה), התשע"א-2011 (להלן: **הצעת החוק**) הונחה על שולחן הכנסת, כהצעת חוק ממשלתית, ביום 28.3.2011.

הצעת החוק צורפה לתגובה המקדמית שהוגשה מטעם המשיבה, וסומנה **מש/1**.

6. ביום 30.3.2011 אושרה הצעת החוק בקריאה ראשונה במליאת הכנסת והועברה לוועדת הכנסת אשר קבעה כי הוועדה המוסמכת לדון בהצעת החוק לשם הכנתה לקריאה השנייה והשלישית היא ועדת הפנים והגנת הסביבה של הכנסת (להלן: **ועדת הפנים או הוועדה**).

7. ביום 25.7.2011 קיימה ועדת הפנים **דיון ראשון** בהצעת החוק (פרוטוקול הדיון צורף לתגובה המקדמית שהוגשה מטעם המשיבה, וסומן **מש/2**). בפתח הדיון הציג היועץ המשפטי למערכת הביטחון, עו"ד אחז בן ארי, את עיקרי הצעת החוק ואת תכליותיה. הוא הדגיש כי במצב הקיים הטיפול במסתננים נעשה באמצעות חוק הכניסה לישראל, אשר אינו נותן מענה הולם לבעיה משום שהוא מיועד לטפל באנשים שהגיעו דרך מעבר גבול חוקי של המדינה ונשארו פה מטעמים שונים. הוא הסביר כי ההסדר המוצע מבקש להשתמש ב"פלטפורמה" של החוק למניעת הסתננות משנת 1954. המוקד של ההסדר הוא הקביעה כי צו גירוש נגד מסתנן מהווה הסמכה להחזקתו במשמורת, וכי ההתזקה במשמורת תימשך שלוש שנים (שם, בעמ' 3-4). לבסוף, הדגיש כי מדובר בהוראת שעה לשלוש שנים, מתוך תקווה שהשימוש בכלי "די דרסטי" ירתיע מסתננים מלנסות לחדור לישראל, וכי **"ידק את הבלימה אנחנו מחפשים, אנחנו לא מחפשים ענישה"** (שם, בעמ' 4).

8. חה"כ יעקב כץ, יו"ר הוועדה לבעיית העובדים הזרים דאז, הדגיש כי הצעת החוק היא חלק ממכלול של צעדים שצריכים להינקט בעניין, ובכלל זה, השלמת בניית גדר ומכשול

לאורך הגבול עם סיני והקמת מתקן כליאה גדול לצורך החזקתם במשמורת של המסתננים, ומתח ביקורת על כך שהקמת המתקן מתעכבת (שם, בעמ' 6-7).

9. בהמשך הדיון נשמעו עמדותיהם של נציגי ארגוני זכויות האדם ובהם מר עודד דינר, מארגון אמנסטי, ובאי כוח העותרים, עו"ד ענת בן דור ועו"ד יונתן ברמן, אשר הביעו את הסתייגותם מהצעת החוק. בכלל זה, הדגישו את הסתייגותם מכך שהצעת החוק מסמיכה את המדינה לעצור ללא הבחנה ובאופן שרירותי אוכלוסיות שלמות, למשך לפחות שלוש שנים. עוד טענו כי "חלקם, אם לא חלקם הגדול" של המסתננים הם פליטים על-פי האמנה הבינלאומית בדבר מעמדם של פליטים (להלן: **האמנה**), כי מעצרים של המסתננים לצורך הרתעה פסולה משפטית, וכי ההצעה פוגעת בצורה קשה בזכות היסוד לחירות (שם, בעמ' 11-15). בדומה, מר מיקי בבלי, נציג נציבות האו"ם לפליטים, ציין כי החלת הצעת החוק על מבקשי מקלט בישראל מנוגדת להתחייבויותיה של ישראל לפי האמנה, וכי ראוי לכלול בחוק הבחנה בין מסתננים ומבקשי מקלט (שם, בעמ' 13-14). כמו כן, ד"ר שירי טננבאום וגב' קרני להד, נציגות ארגון רופאים לזכויות אדם, עמדו על החשש מכך ששימוש בחוק המסתננים משנת 1954 כ"פלטפורמה" להסדר הנדון, יוביל לכך שכל מי שיושיט סיוע רפואי למסתננים יחשב לעבריין וניתן יהיה להעמידו לדין על יסוד העבירות הפליליות החמורות הקבועות בחוק זה (שם, בעמ' 17, 24-27).

10. בתגובה ציינה עו"ד אביטל שטרנברג משרד המשפטים כי הצעת החוק מבחינה בין מסתננים ובין מבקשי מקלט, וכי בהתאם להצעה, משרד הפנים יידרש להתחיל את הטיפול בבקשות למקלט בתוך שלושה חודשים, ולסיים את הטיפול בתוך תשעה חודשים, וזאת כדי לשחרר ממשמורת את מי שמסתבר כי הוא נכנס בגדר הגדרת "פליט" (שם, בעמ' 30). כמו כן, הדגישה כי במתקן שהשייח יסופקו כל צרכיהם של המסתננים, לרבות טיפול רפואי (שם). לבסוף הצהירה כי אין כוונה להעמיד לדין רופאים המעניקים טיפול רפואי למסתננים, וכי המקרים שבהם אנשים הועמדו לדין על יסוד העבירות הפליליות הנוגעות למי שמסייע למסתנן עסקו "באנשים שעזרו להעביר באופן מסודר ומאורגן קבוצות של אנשים; לא מדובר לא במימיה; לא בשמיכה ולא בטיפול רפואי" (שם, בעמ' 30-31).

11. **הדיון השני** בוועדה התקיים ביום 10.8.2011 (פרוטוקול הדיון צורף לתגובה המקדמית שהוגשה מטעם המשיבה, וסומן נספח **מש/3**). בפתח הדיון, עמד היועץ המשפטי לוועדה, עו"ד תומר רוזנר, על הקשיים הנובעים מכך שהצעת החוק מובאת כתיקון לחוק למניעת הסתננות מ-1954, שכולל הוראות מחמירות רבות שנועדו להתמודד עם האתגר הביטחוני שעמד ברקע לחקיקתו, ושאינן מתאימות לבעיה העומדת על הפרק כעת. הוא הציע לשקול לקבוע הסדר הנותן מענה לבעיית המסתננים כתיקון לחוק הכניסה לישראל, ובכך לחסוך את הצורך בבחינה פרטנית של ההוראות השונות בחוק למניעת הסתננות המקורי ובתחולתן על המסתננים בני זמננו (שם, בעמ' 2-3). בתגובה הבהירה עו"ד שטרנברג משרד המשפטים, כי הממשלה בחרה באופן מודע להשתמש דווקא בחוק למניעת

הסתננות כ"פלטפורמה" להסדר הנדון, כדי לשדר כלפי מי שאינם פליטים "מסר של תומרה", וכדי שהאחריות הכוללת לטיפול בנושא תהיה בידי שר הביטחון (שם, בעמ' 3).

12. בהמשך הדיון הציגה עו"ד שטרנברג את סעיפי הצעת החוק והשיבה להשגות של הדוברים השונים. בכלל זה, עמדה על החשיבות של סעיף 3 להצעת החוק הקובע כי לפני הוצאת צו גירוש צריך לוודא שלא נשקפת סכנה לאדם המורחק מישראל, וזאת בהתאם למחויבויותיה של מדינת ישראל על-פי אמנות בינלאומיות (שם, בעמ' 5). עוד הסבירה כי הממשלה רוצה להותיר בתוקפן את ההוראות המחמירות הקיימות בחוק המקורי למניעת הסתננות כדי שניתן יהיה להחיל אותן על מי שלהסתננות שלו יש רקע ביטחוני (שם, בעמ' 12).

13. במהלך הדיון, באי-כוח העותרים, עו"ד יונתן ברמן, עו"ד עודד פלר ועו"ד ענת בן-דור, העלו השגות שונות ביחס להצעת החוק. בכלל זה טענו כי קיימת בעייתיות בהחלת העבירות הפליליות הקבועות בסעיפים 2-10 לחוק המקורי על המסתננים בשל העונשים הכבדים שהם מטילים על כל מי שמסייע למסתנן (שם, בעמ' 9), כי יש לקצר את פרק הזמן ממעצרו של המסתנן ועד שהוא מובא לשימוע בפני ממונה על ביקורת גבולות (שם, בעמ' 22-23), כי קיימת בעייתיות בכך שעילות השחרור הקבועות בסעיף 30א(ב) להצעת החוק מוגבלות למקרים חריגים בלבד (שם, בעמ' 23), וכי קיימות בעיות שונות בעילות השחרור עצמן (שם, בעמ' 24-26). עוד הדגישו כי לב החוק הוא בסעיף המסמיך להחזיק מסתננים במשמורת לפחות שלוש שנים, וכי מדובר בהוראה בעייתית ביותר, וכי "חריגה קיצונית כזאת אנחנו לא מכירים משום מקום. לא בדין הישראלי, לא במשפט הבינלאומי", שכן הכלל הוא שאם המעצר מתארך ללא תכלית יש לשחרר את האדם (שם, בעמ' 25).

14. עו"ד שטרנברג הבהירה בתגובה כי משך הזמן שבו מסתננים יוחזקו במשמורת על-פי הצעת החוק הוא ארוך יחסית למדינות אחרות, "אבל עדיין הדברים האלה קיימים גם בעולם שמתמודד עם הגירה מאוד גדולה מהעולם העני לעולם העשיר" (שם, בעמ' 26). היא הבהירה שקביעת תקופה של לפחות שלוש שנים נחוצה לבלימת ההסתננות שכן "יכול שהיציאה החוצה ואפשרויות העבודה תיפתחנה במהירות, האטרקציה הכלכלית תהיה קיימת" (שם, בעמ' 27).

15. עו"ד רוזנר, היועץ המשפטי לוועדה, העלה תהיה ביחס לאופן ההסדרה של מעצר המסתנן ממועד כניסתו לישראל ועד להגיעו למשמורת (שם, בעמ' 28-30). בתגובה, הבהירו נציגי הממשלה כי הסדרת פרק זמן זה נעשית מכוח דינים אחרים, וכי הממשלה תעביר לוועדה פירוט בנושא זה לקראת הישיבה הבאה (שם, בעמ' 31-32).

16. ביום 14.11.2011 קיימה הוועדה דיון שלישי בהצעת החוק (פרוטוקול הדיון צורף לתגובה המקדמית שהוגשה מטעם המשיבה, וסומן מש/4). מיד בתחילת הדיון הוברר כי הממשלה מבקשת זמן נוסף ללמוד את ההצעות שנתקבלו מן הייעוץ המשפטי לכנסת

קודם למועד הדיון. נוכח בקשת הממשלה ונוכח היעדרותם של נציגי משרד הביטחון, הוחלט שלא להמשיך ולדון בהצעת החוק, ולדחות את המשך הדיון למועד אחר.

17. בעקבות זאת, קיימו היועץ המשפטי לכנסת, הח"מ, והיועצים המשפטיים לוועדה מספר דיונים עם נציגי הממשלה, אשר עסקו בהצעות הייעוץ המשפטי לכנסת לתיקונים בנוסח הצעת החוק. במסגרת הדיונים הללו סוכם כי יבוצעו שינויים בנוסח הצעת החוק הממשלתית במטרה ליצור הסדר מידתי יותר.

18. ביום 13.12.2011 קיימה הוועדה **דיון רביעי** בהצעת החוק (פרוטוקול הדיון צורף לתגובה המקדמית שהוגשה מטעם המשיבה, וסומן **מש/5**). בדיון השתתף היועץ המשפטי לכנסת שביקש להציג את עמדתו ביחס להצעת החוק הנדונה. בפתח דבריו ציין כי **"אין מחלוקת שתופעת ההסתננות מגבולה הדרומי של ישראל המכונה בפי ראש הממשלה ורבים אחרים 'מכת מדינה', מחייבת טיפול מערכתי מקיף והולם"**, ואולם ביקש למקד את דבריו בשלושה קשיים משפטיים הטמונים לדעתו בהצעת החוק (שם, בעמ' 3-4).

19. ראשית, התייחס היועץ המשפטי לכנסת להוראה בהצעת החוק המתירה החזקה של מסתנן במשמורת במשך שלוש שנים, ואף למעלה מכך, וציין כי מדובר בהוראה חריגה ביותר (שם, בעמ' 4-5). הוא הבהיר כי בעקבות הדיונים עם הייעוץ המשפטי לכנסת שונה נוסח הצעת החוק כך שהשחרור לאחר שלוש שנים לא יוגבל ל"מקרים חריגים", אולם הדגיש כי לשיטת הייעוץ המשפטי בכנסת היה צריך לקבוע **חובת** שחרור ממשמורת בתום שלוש השנים ולא להותיר את ההכרעה לשיקול דעת הממונה על ביקורת הגבולות (שם).

20. בנוסף, ציין היועץ כי העובדה שהממשלה החליטה כי ההסדר יתבסס על החוק למניעת הסתננות משנת 1954, מוביל להחלת הוראות פליליות מחמירות ביותר על המסתננים, והמסייעים להם, שאינן מתאימות לרמת הענישה הנהוגה כיום בישראל (שם, עמ' 5-6). לבסוף, עמד הוא על הקושי הטמון באי הסדרת אופי המשמורת של המסתננים במסגרת הצעת החוק (שם, בעמ' 6). הוא ציין כי בעקבות הדיונים בין הייעוץ המשפטי לכנסת ובין נציגי הממשלה הסכימה הממשלה כי ההכרעה בשאלת אופי המשמורת תובא לאישור הממשלה, אולם הדגיש כי אין די בכך ויש להבטיח גם פיקוח פרלמנטרי על הנושא (שם).

21. בסיכום דבריו, הבהיר היועץ המשפטי לכנסת כי **"ברור לנו לחלוטין הצורך לגבש מענה אפקטיבי ומהיר לתופעת ההסתננות מהגבול הדרומי. אולם, אני סבור שקבלת ההערות העקרוניות שעליהן עמדתי, מצד אחד לא תפגע ביכולת של הצעת החוק להתמודד עם אותה תופעה, ואף לא תעכב את הליך החקיקה, ומצד שני תחזק את עמידתה של הצעת החוק בעקרונות חוקתיים מקובלים, וממילא גם במבחנים החוקתיים הלא פשוטים הצפויים לה"** (שם).

22. בהמשך הדיון הביעו חברי הכנסת השונים את עמדותיהם ביחס להצעת החוק. תה"כ דב תנין שטח באריכות את טענותיו נגד הצעת החוק, והדגיש כי לדעתו **"החוק הזה הוא**

בלתי חוקתי בעליל" (שם, בעמ' 9). מעבר לכך, הציע שורה של תיקונים להצעת החוק ובהם כי יכללו בהצעת החוק הגדרת "פליטי", "מבקש מקלטי" ו"אדם הזכאי להגנה משלימה", כי תבוטלנה העבירות הפליליות החמורות הכלולות בחוק למניעת הסתננות בנוסחו המקורי, כי יקוצר זמן ההמתנה של המסתננים לשימוע לאחר מעצרו, וכי ירוככו כמה מעילות השחרור ממשמורת (שם, בעמ' 9-13 ו-15-17). אף תה"כ אבישי ברוורמן העלה שורה של הסתייגויות לנוסח הצעת החוק, הדומות בעיקרן לאלו שהועלו על-ידי תה"כ חנין, והדגיש את החשיבות בהטלת סנקציות על מעסיקים של מסתננים, אולם ציין כי "החוק הזה, כמו שהוא מנוסח כרגע, יש בו הרבה דברים חיוביים" (שם, בעמ' 18-21). בהמשך הדיון, גם תה"כ ניצן הורוביץ ותה"כ איברהים צרצור הצטרפו להסתייגויות מן החוק שהובעו על-ידי תה"כ חנין (שם, בעמ' 30-31). תה"כ הורוביץ הדגיש כי לשיטתו הצעת החוק "היא דרקונית ובלתי מוסרית, כי מכניסים לכלא אנשים שאי אפשר לגרש" וכי בכל מקרה "אי אפשר להחזיק קטינים בכלא" (שם).

23. כמענה לדברים אלו הסביר היועץ המשפטי למערכת הביטחון, עו"ד אחז בן ארי, כי היועץ המשפטי לממשלה עמד על חוקתיותה של הצעת החוק. הוא ציין כי רובם המכריע של המסתננים אינם "פליטים" במובן של אמנת הפליטים, אלא מהגרי עבודה, וכי בכל מקרה אם אדם יוכר כפליט הוא יצא מתחולת החוק (שם, בעמ' 22-23). לעניין העבירות הפליליות בחוק למניעת הסתננות, הדגיש עו"ד בן ארי כי מעולם לא הועמד לדין אדם או עמותה על מתן סיוע הומניטרי למסתננים (שם). בהמשך, עו"ד שטרנברג ממשרד המשפטים הודיעה כי הממשלה מקבלת את הצעת עו"ד יונתן ברמן, בא-כוח העותרים, לקבוע בהצעת החוק חובת ביקורת תקופתית מדי 60 יום על עניינו של מסתנן המצוי במשמורת (שם, בעמ' 38-39).

24. הדיון החמישי והאחרון בוועדה התקיים ביום 19.12.2011 (פרוטוקול הדיון צורף לתגובה המקדמית שהוגשה מטעם המשיבה, וסומן מ/ש/6). בפתח הדיון הציג מר אמנון בן עמי, מנהל רשות האוכלוסין, נתונים על תופעת ההסתננות והסביר את החשיבות שבקידום פתרונות להתמודדות עם תופעה זו באמצעות הסדרת סוגית המשמורת, וזאת לצד המשך בניית הגדר בגבול עם מצרים והגברת האכיפה נגד מעסיקי המסתננים. הוא הסביר כי ניתן יהיה להגביר אכיפה כנגד מעסיקים רק כאשר יהיה למסתננים מתקן שבו יוכלו לקבל לינה ומזון, כדי לא להותיר את המסתננים בלא אפשרות לכלכלה ולינה (שם, בעמ' 3-4).

25. לאחר מכן, המשיכה הוועדה לדון בסעיפי החוק השונים, בהערות הייעוץ המשפטי לוועדה ובשינויים הנוספים שהוכנסו להצעת החוק בעקבות דיוני הוועדה. בכלל זה, דנה הוועדה בשאלת משך ההחזקה במשמורת (שם, בעמ' 29-32), בשאלת אופי המשמורת (שם, בעמ' 43-45), וכן בשאלת תחולתן של העבירות הפליליות החמורות הקבועות בסעיפים 5-8 לחוק למניעת הסתננות בנוסחו המקורי, וחזקת הידיעה הקבועה בסעיף 9 לחוק, על המסתננים בני זמננו. בעניין זה קיבלה הוועדה את הצעת הייעוץ המשפטי

לכנסת ולפיה ההוראות האמורות יוחלו רק על מסתננים מזויינים או מי שהסתננו כדי לבצע עבירה של סחר בבני אדם או עבירת סמים (שם, בעמ' 9-15, 57-58). בסיום הדיון אושרה הצעת החוק לקריאת השנייה ושלישית ונדחו כל ההסתייגויות שהועלו לנוסח הצעת החוק. יצויין כי לאחר הדיון בוועדה הגישה הממשלה הסתייגות מן הסעיף המגביל את תחולת העבירות הפליליות המוזכרות לעיל (סעיפים 5-9 לחוק).

26. ביום 9.1.2012 אישרה מליאת הכנסת את הצעת החוק בקריאה שנייה ושלישית, ברוב של 37 תומכים מול 8 מתנגדים. במהלך הדיון הסכימה הממשלה למשוך את ההסתייגות שהגישה בעניין תחולת העבירות הפליליות המוזכרות לעיל, ועל כן החוק נותר בנוסח שאושר בוועדה.

נוסח החוק כפי שפורסם ברשומות צורף לתגובה המקדמית שהוגשה מטעם המשיבה, וסומן **מש/7**.

27. הנה כי כן, סדרת הדיונים בהצעת החוק בוועדת הפנים, לצד הדיונים שקיימו היועצים המשפטיים בכנסת עם היועצים המשפטיים בממשלה, הובילו לשינויים לא מבוטלים בהצעת החוק אשר נועדו ליצור הסדר מידתי יותר. השינויים העיקריים שנכללו בסופו של דבר בחוק הם:

- **ריכוך עילת השחרור תוך שלוש שנים כך שלא תוגבל למקרים חריגים בלבד:** על מנת להבטיח פגיעה פחותה ככל הניתן בחירותם של המסתננים, נקבע כי סמכותו של ממונה ביקורת הגבולות להורות על שחרורו של מסתנן בתום שלוש שנים מתחילת החזקתו במשמורת, לא תוגבל למקרים חריגים בלבד כאמור בהצעת החוק (סעיף 30א(ג)(3) לחוק למניעת הסתננות בנוסחו החדש).
- **הגבלת תחולת ההוראות הפליליות הקבועות בחוק:** כאמור, בחוק למניעת הסתננות בנוסחו המקורי נקבעו עבירות פליליות מחמירות ביחס למסתננים ולמסייעים להם (סעיפים 5-9 לחוק המקורי), ומכוח התיקון המוצע עבירות אלה אמורות היו לחול גם על המסתננים בני זמננו. בעקבות דיוני הוועדה נקבע בנוסחו הסופי של התיקון כי בתקופת הוראת השעה עבירות אלה יחולו רק לגבי מסתננים חמושים או העוסקים בסחר בבני אדם או בסמים (סעיף 9א לחוק למניעת הסתננות בנוסחו החדש).
- **אישור הממשלה לקביעת מקום המשמורת:** נקבע בחוק כי מקום המשמורת של המסתננים יהיה טעון אישור של הממשלה (סעיף 30ב(א)(2) לחוק למניעת הסתננות בנוסחו החדש).
- **מתן שיקול דעת לממונה לשחרר מסתנן מטעמים הומניטריים גם אם מתקיימות נסיבות אשר מונעות את שחרורו:** סעיף 30א(ד) לחוק למניעת הסתננות בנוסחו החדש מונה תנאים בהם לא ניתן יהיה לשחרר מסתנן בערבות, על אף הוראות

הסעיפים הקטנים האחרים: כאשר גירוש נמנע בשל אי שיתוף פעולה מצדו, כאשר יש בשחרורו כדי לסכן את ביטחון המדינה ואזרחיה וכאשר מתבצעת במדינת מושבו פעילות העלולה לסכן את ביטחון המדינה ואזרחיה. בעקבות דיוני הוועדה, נוספה לסעיף הוראה המקנה שיקול דעת לממונה לשחרר את המסתנן גם בהתקיים אחד מן התנאים המוזכרים לעיל, וזאת אם שוכנע הממונה כי בשל גילו או מצבו הבריאותי, החזקתו של המסתנן במשמורת עלולה לגרום נזק לבריאותו (סעיף 30א(ד) סייפא לחוק למניעת הסתננות בנוסחו החדש).

### טיעון משפטי

28. כאמור, המשיבה אינה רואה מקום להוסיף על הטיעון החוקתי הנרחב המובא בתשובת המדינה, ותבקש לייחד את טיעונה המשפטי לסוגיה עקרונית אחת המועלית בעתירה דנן – מעמדה של חזקת ההתאמה במשפט הישראלי (פסי' 107-115 לעתירה).

29. בעניין זה טוענים העותרים כי אין להגביל את תחולתה של חזקת ההתאמה לחקיקה ראשית "רגילה" של הכנסת, וכי יש להחיל את החזקה גם על פרשנותם של חוקי היסוד, ובפרט "בהתאם ליחזקת ההתאמה" יש לפרש את הזכות לחירות הקבועה בחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו לאור מחויבותיה הבינלאומיות של מדינת ישראל" (פסי' 109 לעתירה). בהתאם לכך, טוענים העותרים כי הכלל במשפט הבינלאומי, לפיו בהיעדר הליך גירוש אפקטיבי אסור לעצור אדם מכוח צו גירוש, צריך להיות מוחל על הפרשנות של הזכות לחירות בחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו (שם).

30. המשיבה תטען כי דין טענתם זו של העותרים להידחות.

31. כידוע, "חזקת ההתאמה הפרשנית" שהתקבלה לפני שנים רבות בפסיקתו של בית המשפט הנכבד קובעת כי "יש לפרש דבר חקיקה ישראלי באופן המתיישב ככל הניתן עם נורמות המשפט הבינלאומי להן מחויבת מדינת ישראל", ואולם "הוראת-חוק מפורשת של הכנסת גוברת על הוראות מן המשפט הבינלאומי" (ע"פ 6659/06 פלוני נ' מדינת ישראל, פסי' 9 לפסק דינה של כב' הנשיאה ביניש (פורסם בנבו, 11.6.2008); ראו עוד לעניין זה למשל, בג"ץ 279/51 אמסטרדם נ' שר האוצר, פ"ד ו 945, 966 (1952); ע"פ 131/67 קמיאר נ' מדינת ישראל, פ"ד כב(2) 112, 85 (1968); בג"ץ 302/72 חילו נ' ממשלת ישראל, פ"ד כז(2) 169, 177 (1973); בג"ץ 256/01 רבאח נ' בית-המשפט לעניינים מקומיים בירושלים, פ"ד נו(2) 930, 935 (2002)).

32. "חזקת ההתאמה", המקובלת גם במדינות אחרות בעלות מסורת משפטית דומה לשלנו (ראו, אהרן ברק, פרשנות במשפט, כרך שני – פרשנות חקיקה (1993), בעמ' 577), מבקשת לאזן בין הרצון הטבעי כי משפטה הפנימי של המדינה יתאם את התחייבויותיה על-פי המשפט הבינלאומי, ובין העיקרון הדמוקרטי המבקש להותיר את ההכרעה בידי

המתוקק – המייצג את הריבון, העם – היכול באמצעות חקיקה ראשית לסטות מהסדרי המשפט הבינלאומי, וזאת כמובן בתנאי שהחקיקה עומדת בהוראות חוקי היסוד.

33. ודוק, אין חולק לגבי חשיבותו של המשפט הבינלאומי בפרשנות של חקיקה רגילה ואף כמקור השראה בפרשנות חוקתית. הייחוד בהחלת חזקת ההתאמה הוא **ביסוד המחייב הטמון בה**, ולפיו הפרשן של הוראת חוק נדונה **מחויב** לפרש אותה בהתאם לנורמות המשפט הבינלאומי, בהיעדר סתירה מפורשת לנורמות אלה באותה הוראת חוק.

34. נוכח האמור, ברור כי **קבלת גישתם של העותרים, לפיה יש להחיל את חזקת ההתאמה על פרשנותם של חוקי היסוד, תוביל למעשה להפיכת נורמות המשפט הבינלאומי למשפט המחייב במדינת ישראל.**

35. אכן, בשיטה המשפטית הישראלית, כל דבר חקיקה חייב לעמוד במסגרת החוקתית הקבועה בחוקי היסוד, ועל כן חוק הפוגע בזכויות המעוגנות בחוקי היסוד ואינו עומד בפסקת ההגבלה מוכרז כבטל. בהתאם לכך, קבלת הגישה לפיה פרשנותן המחייבת של הוראות חוקי היסוד תיקבע בהתאם לנורמות המשפט הבינלאומי, **תוביל למעשה לכך שחקיקת הכנסת תהיה חייבת לעמוד גם היא באותן נורמות המשפט הבינלאומי, ה"מוזרמות" דרך חוקי היסוד באמצעות חזקת ההתאמה.** גם העובדה שחזקת ההתאמה מאפשרת לסטות מהוראות המשפט הבינלאומי אם קיימת בחוק הוראה מפורשת המנוגדת להוראות המשפט הבינלאומי לא תשנה תוצאה זו, שהרי נוכח אופייה הכללי והפתוח של הלשון החוקתית, העושה שימוש במושגי שסתום רבים, נתקשה למצוא בחוקי היסוד הוראות מפורשות הנוגדות את הוראות המשפט הבינלאומי.

36. כך, קבלת גישת העותרים, תוביל בעקיפין, באמצעות מתן "פרשנות" כביכול להוראות חוקי היסוד על בסיס "חזקת ההתאמה", להפיכת המשפט הבינלאומי למשפט המחייב, שהמתוקק הראשי אינו יכול לסטות ממנו, וזאת כמובן בניגוד גמור לרעיון העומד ביסוד חזקת ההתאמה עצמה. מדובר בגישה בעייתית ביותר, החותרת תחת ריבונותה של הכנסת כרשות המחוקקת, ואף אינה עולה בקנה אחד עם פסיקתו של בית המשפט הנכבד בעניין זה.

37. אף כי בית המשפט הנכבד לא נדרש ישירות לדיון בטענה זו, ניתן ללמוד מפסיקתו של בית המשפט בעבר כי ביקש להגביל את החלת חזקת ההתאמה לחוקים "רגילים" ונמנע מהחלתה ביחס לחוקי היסוד. כך למשל, בבג"ץ 7052/03 עדאלה נ' שר הפנים (פורסם בנבו, 16.5.2006), שבו דן בית המשפט הנכבד בחוקתיותו של חוק האזרחות והכניסה לישראל (הוראת שעה), התשס"ג-2003, אשר קבע כי שר הפנים לא יעניק לתושב של יהודה, שומרון או חבל עזה אזרחות, ולא יתן לו רשיון לישיבה בישראל (בכפוף לסייגים מסוימים). בכלל זה, עסק בית המשפט הנכבד בטענות שהועלו כנגד החוק על יסוד הוראות המשפט הבינלאומי, וכן בטענות שהתבססו על הוראות חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו.

38. במסגרת זו, אף כי בית המשפט הנכבד עשה שימוש במשפט הבינלאומי (ובמשפט המשווה) כמקור השראה בפרשנותם של חוקי היסוד, הוא נמנע מהחלת חזקת ההתאמה ביחס לחוקי היסוד תוך שהוא מציין כי הוראותיו המפורשות של החוק האמור גוברות על הוראות המשפט הבינלאומי. לעניין זה הבהיר כב' הנשיא ברק כי:

*יאכן, אפילו נפגעו זכויותיו של הזר על פי דיני זכויות האדם הבינלאומי ודיני זכויות האדם ההומניטריים – ואפילו נפגעו זכויותיו של הישראלי עד כמה שהן מעוגנות רק בדינים אלה – ואיננו נוקטים בשאלות אלה כל עמדה – פגיעה זו נעשתה מכוח חוק האזרחות והכניסה לישראל. חקיקה מקומית מפורשת יש בכוחה, מנקודת המבט הישראלית הפנימית, לפגוע בזכויות המוענקות בדין הבינלאומי. עד כמה שדין אחרון זה מהווה משפט בינלאומי מינהגי, אין בכוחו להתגבר על דבר חקיקה ישראלית הפוגע בו במפורש. לא כן לעניין זכותו של בן הזוג הישראלי על פי חוקי היסוד. עד כמה שעומדות לו זכויות על פי חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו, אין חוק רגיל (כגון חוק האזרחות והכניסה לישראל) יכול לפגוע בו כדין, אלא אם כן הוא מקיים את דרישותיה של פסקת ההגבלה" (פסי' 17 לפסק דינו).*

39. יודגש כי גם האסמכתאות שהביאו העותרים לעניין זה כלל אינן תומכות בטיעונם. כך, בניגוד לטענות העותרים (פסי' 110 לעתירה), כלל לא ניתן למצוא בבג"ץ 2599/00 יתד – עמותת הורים לילדי תסמונת דאון נ' משרד החינוך פ"ד נו(5) 834 (2002) (להלן: עניין יתד) או בבג"ץ 4542/02 עמותת קו לעובד נ' ממשלת ישראל פ"ד סא(1) 346 (2006) (להלן: עניין קו לעובד), תמיכה בטענתם העקרונית כאילו, מכוח חזקת ההתאמה, יש לפרש את חוקי היסוד בהתאם למחויבויות שנקבעו באמנה בדבר זכויות אזרחיות ומדיניות (ICCPR). כך, בעניין יתד החיל בית המשפט הנכבד את חזקת ההתאמה ביחס לחוק חינוך מיוחד, תשמ"ח-1988 שהוא כמובן חוק רגיל ואינו חוק יסוד, ובית המשפט לא התייחס, ולו ברמז, לאפשרות החלתה של החזקה ביחס לחוקי היסוד. בדומה, בעניין קו לעובד, דן בית המשפט הנכבד בהחלת חזקת ההתאמה כשדובר בסמכות מינהלית הנתונה לשר הפנים על-פי חוק הכניסה לישראל, תשי"ב-1952, ולא התעוררה כלל שאלת החלת החזקה על חוקי היסוד.

40. גם טענתם של העותרים כאילו בית המשפט הנכבד גוזר 'את היקף ותוכן הזכויות החוקתיות במשפט הישראלי מן האמנה בדבר זכויות אזרחיות ופוליטיות" (פסי' 111 לעתירה) אינה מבוססת, וארבעת פסקי הדין המובאים על-ידם לעניין זה כלל אינם תומכים בטענתם זו. כך, בג"ץ 5591/02 יאסין נ' מפקד מחנה צבאי קציעות, פ"ד נו(1) 403 (2003) ובג"ץ 3239/02 מרעב נ' מפקד כוחות צה"ל באזור יהודה ושומרון, פ"ד נו(2) 349 (2003), דנו בעתירות כנגד רשויות מינהליות ולא בעתירות חוקתיות, ונגעו לסוגיות הקשורות לתנאי הלחימה ביהודה ושומרון - חוקיות צווי מעצר שהוצאו במהלך מבצע "חומת מגן" (עניין מרעב) ותנאי מעצרם של עצורים מינהליים במהלך המבצע (עניין יאסין). כפי שהסביר כב' הנשיא ברק, במקרים כגון אלה, העקרונית המשתקפים ממקורות המשפט הבינלאומי 'קובעים לכאורה אמות-מידה שרשות שלטונית סבירה ומידתית נוהגת על-פיהן" (עניין יאסין, פסי' 11 לפסק דינו). בבג"ץ 3992/04 מימון-כהן נ'

מר סילבן שלום, שר החוץ, פ"ד נט(1) 49 (2004), נדונה היקפה של הזכות לחיים על-פי המשפט הבינלאומי, בקשר לשאלה אם יש למדינת ישראל זכות להגנה דיפלומטית כלפי תאילנד, וכלל לא במסגרת בחינה חוקתית. לבסוף, בבג"ץ 5373/08 אבו לבדה נ' שרת החינוך (פורסם בנבו, 6.2.2011), מוזכר המשפט הבינלאומי כחלק מסקירה מקיפה ביחס לזכות לחינוך, והזכות לשוויון בחינוך, ואולם, לא ניתן למצוא בפסק הדין גזירה מפורשת או משתמעת של "היקפה ותוכנה" של זכות חוקתית מן המשפט הבינלאומי.

41. בדומה, אין יסוד גם לניסיונם של העותרים להסתמך על ספרו של פרופ' אהרן ברק, **פרשנות חוקתית**, כתמיכה בטענתם (פס' 113 לעתירה). הציטוט המובא לעניין זה על-ידי העותרים מתוך ספרו האמור של פרופ' ברק, נכלל במסגרת הדיון במונח "הציבור הנאור", ומבטא את עמדתו של פרופ' ברק כי בבואנו להעניק תוכן למונח זה, עלינו "להתחשב" גם בתוכן של אמנות בינלאומיות בדבר זכויות אדם. ואכן, בראשית אותו פרק מבהיר פרופ' ברק כי "המטאפורה בדבר 'הציבור הנאור' מפנה, בין השאר, לערכים אוניברסליים" (אהרן ברק, **פרשנות במשפט, כרך שלישי – פרשנות חוקתית** (1994), בעמ' 235, ההדגשה אינה במקור). בוודאי שלא ניתן לראות בכך משום אמירה התומכת בטענתם מרחיקת הלכת של העותרים בעניין זה.

42. יתר על כן, בספרו של פרופ' ברק על **מידתיות במשפט** משנת 2010 הוא מדגיש במפורש כי נורמות המשפט הבינלאומי, כמו גם המשפט המשווה, **אינן מחייבות בפרשנות החוקתית אלא מהוות מקור השראה בלבד**, וגם זאת רק בהיעדר נסיבות חברתיות המבחינות בין השיטות ומקשות על קבלת השראה מסוג זה. לעניין זה הדגיש כי:

*ילמדינות דמוקרטיות ערכי יסוד משותפים. ניתן ללמוד מהאחת לשנייה. באמצעות המשפט המשווה ניתן להרחיב את האופקים החוקתיים. ודאי כך כשהטקסט החוקתי של מדינה אחת הושפע מהטקסט החוקתי של מדינה אחרת או מאמנה בינלאומית [...] נזכיר כי השראה כזו אפשרית רק כשיש לשתי שיטות המשפט בסיס אידיאולוגי משותף ונאמנות משותפת לערכי היסוד. זאת ועוד: יש לבחון אם אין דבר בהיסטוריה ובנסיבות החברתיות המבחין בין השיטות ומקשה על ההשראה הפרשנית. כאשר מגבלות ייחודיות כאלה אינן בנמצא, ויש בסיס משותף, השראה פרשנית מהמשפט המשווה היא רצויה – הן ממשפטה של מדינה דמוקרטית אחרת והן מהמשפט הבינלאומי. כידוע, אמנות בינלאומיות שונות מעגנות ערכים חוקתיים ומשפיעות בכך על עיצוב ההבנה של הטקסט החוקתי. פסיקתם של בתי משפט בינלאומיים ולאומיים המפרשת את האמנות האלה ראוי כי תשמש השראה לפרשנות של החוקה הלאומית. לעתים נכללת בחוקה הוראה מיוחדת המאפשרת או אף מחייבת פנייה למשפט הבינלאומי. למותר לציין כי הפסיקה ההשוואתית אינה מחייבת. המשפט המשווה גם אינו מקור משפטי 'משכנע'. דינו אינו כדין פסק דין של בית המשפט העליון אשר בית המשפט העליון אינו מחויב בו. אכן מעמדו של המשפט המשווה אינו שונה מספר טוב או מאמר טוב. משקלו נקבע על פי טיב שיקוליו" (אהרן ברק, **מידתיות במשפט – הפגיעה בזכות החוקתית והגבלותיה** (2010), בעמ' 91-93).*

43. לבסוף, גם מאמרו של פרופ' איל בנבנישתי משנת 1994, המצוטט על-ידי העותרים (פסי' 112 לעתירה) אינו מהווה סיוע משמעותי לגישתם (Eyal Benvenisti, *The Influence of International Human Rights Law on the Israeli legal System: Present and Future*, 28 Israel Law Review 136 (1994)). ראשית, מדובר במאמר מלפני כעשרים שנה, שקדם לפסק הדין בעניין **בנק המזרחי** ולפיתוחו המשמעותי של המשפט החוקתי הישראלי בעקבות פסק דין זה. מעבר לכך, כלל אין זה ברור כי גישתו של פרופ' בנבנישתי היא כי יש להחיל את המשפט הבינלאומי כמקור **מחייב**, כטענת העותרים, ודומה כי עיקר כוונתו היא כי ייעשה שימוש נרחב יותר במשפט הבינלאומי כ**מקור השראה** בפרשנות בכלל ובפרשנות של חוקי היסוד בפרט. ראו לעניין זה, בפסקאות הסיכום של המאמר:

"International human rights may aid in the interpretation of legislation, especially the two basic laws concerning human rights" (שם, בעמ' 153).

**בנסיבות אלה, קשה לבסס על מאמר זה את כל טיעונם של העותרים בעניין.**

44. סיכומו של דבר, אין מחלוקת לגבי חשיבותו של המשפט הבינלאומי בפרשנות של חקיקה רגילה מכוח חזקת ההתאמה. אף אין מחלוקת כי במקרים המתאימים המשפט הבינלאומי יכול לשמש כמקור השראה בפרשנות חוקתית. ואולם, יש לדחות את גישתם של העותרים כאילו יש להחיל את חזקת ההתאמה, **על היסוד המחייב הטמון בה**, ביחס לחוקי היסוד, ובכך להעניק למשפט הבינלאומי מעמד על-חוקי במשפט הישראלי.

#### סיכום

45. נוכח האמור לעיל, וכן נוכח האמור בתגובת המדינה, עמדת המשיבה היא כי יש לבטל את הצו על-תנאי שהוציא בית המשפט הנכבד ולדחות את העתירה.

היום: 13 במאי 2013  
ד' בסיון התשע"ג



ד"ר גור בליי

עוזר ליועץ המשפטי לכנסת



איל ינון

היועץ המשפטי לכנסת