



## בית המשפט העליון

בג"ץ 7385/13, 8425/13 איתן – מדיניות הגירה ישראלית נ' ממשלת ישראל

בעניין תיקון מס' 4 לחוק למניעת הסתננות

תקציר פסק-דין

בפסק דין שניתן היום – 22.9.2014 – דן הרכב מורחב של תשעת שופטי בית המשפט העליון בשאלת חוקתיותו של תיקון מס' 4 לחוק למניעת הסתננות (עבירות ושיפוט), התשי"ד-1954, אשר מכוחו ניתן להחזיק מסתננים במשמורת לתקופה של שנה, ואשר מכוחו הוקם מרכז שהייה למסתננים הידוע בשם "חולות". בפניי בית המשפט עמדו שתי עתירות: עתירה חוקתית נגד הוראות התיקון בשל פגיעתו בזכויות המסתננים (בג"ץ 8425/13), ועתירה שביסודה הטענה כי המדינה אינה עושה די כדי להבטיח את זכויותיהם ושלומם של תושבי דרום תל-אביב נוכח תופעת ההסתננות (בג"ץ 7385/13).

בדעת רוב של שישה שופטים הוחלט להורות על ביטולו של סעיף 30א לחוק למניעת הסתננות המאפשר את החזקתם במשמורת של מסתננים לתקופה של שנה. במקום ההסדר שבטל נקבע כי יבוא ההסדר הקבוע בחוק הכניסה לישראל, התשי"ב-1952. עוד נקבע כי עילת השחרור שבסעיף 13(א) לחוק הכניסה לישראל לא תחול עד ליום 2.10.2014. דעת הרוב ניתנה על ידי המשנה לנשיא מ' נאור, השופטת (בדימ') ע' ארבל והשופטים ס' ג'ובראן, א' חיות, י' דנציגר ו-ע' פוגלמן. זאת, בניגוד לדעתם החולקת של הנשיא א' גרוניס והשופטים נ' הנדל ו-י' עמית.

בדעת רוב של שבעה שופטים הוחלט להורות על ביטולו של פרק ד' לחוק למניעת הסתננות, המסדיר את הקמתו והפעלתו של מרכז שהייה למסתננים הידוע בשם "חולות". הכרזת הבטלות ביחס לפרק ד' לחוק הושעתה לתקופה של 90 ימים. עם זאת, נפסק כי הכרזת הבטלות ביחס לסעיף המחייב מסתננים להתייצב לרישום נוכחות שלוש פעמים ביום תיכנס לתוקפה ביום 24.9.2014, וביחס לסעיף המקים סמכות להעביר מסתנן ממרכז שהייה למשמורת, תיכנס לתוקפה ביום 2.10.2014, בתנאים שנקבעו בפסק הדין. דעת הרוב ניתנה על ידי המשנה לנשיא מ' נאור, השופטת (בדימ') ע' ארבל והשופטים ס' ג'ובראן, א' חיות, י' דנציגר, ע' פוגלמן ו-י' עמית. זאת, בניגוד לדעתם החולקת של הנשיא א' גרוניס והשופט נ' הנדל, אשר סברו כי אין מקום לבטל את פרק ד' כולו, אלא רק את ההוראה המחייבת את השוהים במרכז שהייה להתייצב לרישום נוכחות אף בשעות הצהריים. על דעת כלל שופטי ההרכב נדחתה העתירה בבג"ץ

## תמצית חוות דעתו של השופט ע' פוגלמן

השופט ע' פוגלמן, שכתב את חוות הדעת המרכזית, מצא כי סעיף 30א ופרק ד' לחוק למניעת הסתננות אינם חוקתיים ודינם – בטלות.

השופט פוגלמן סקר את תופעת ההסתננות ועמד על מאפייניה. לפי נתונים הנכונים ליום 30.6.2014 מצויים בישראל 48,212 מסתננים. מוצאם של מרבית המסתננים מאריתריאה וסודן – שתי מדינות שתנאי המחיה בהן קשים ושדיווחים רבים מלמדים על הפרת זכויות האדם בהן. בחוות דעתו נדרש השופט פוגלמן למחלוקת הניטשת בין העותרים לבין המשיבים בשאלת זהותם של המסתננים – אם מהגרי עבודה הם (כטענת המדינה) אם מבקשי מקלט הנסים על נפשם (כטענת העותרים). צוין כי 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. בין כך ובין כך, נכון לעת הזו ישראל אינה מגרשת נתיני אריתריאה או סודן. על נתיני אריתריאה הוחלה מדיניות "אי החזרה" שלפיה אין להרחיק אדם למקום שבו נשקפת סכנה לחייו או לחירותו; ונתיני סודן אינם מוחזרים למדינתם בשל קשיים הנובעים מהיעדר יחסים דיפלומטיים עם מדינה זו.

השופט פוגלמן עמד בחוות דעתו על מעמדם של המסתננים ביחס להוראות אמנת הפליטים, אשר אף שלא נעשה צעד חקיקתי להופכה לחלק מן הדין הפנימי הישראלי, עמדתה העקבית של המדינה היא כי היא רואה עצמה מחויבת בהוראותיה. צוין כי עד לסוף שנת 2013 לא החל משרד הפנים בבירור בקשות מקלט שהגישו יוצאי אריתריאה וסודן שהיו מצויים מחוץ למתקני משמורת, למעט במקרים חריגים; כי תיקון מס' 4 אינו מבחין ככלל בין מבקשי מקלט לבין זרים אחרים שלא ניתן לגרשם, כך שניתן להחזיק במרכז השהייה ובמשמורת גם מבקשי מקלט (הגם שבעניינם חלים הסדרים מיוחדים); וכי שיעורי ההכרה בבקשות מקלט בישראל של יוצאי אריתריאה וסודן נמוכים בהרבה משיעורי ההכרה בעולם.

לבסוף צוין כי כיום אנו ניצבים בפני שינוי של ממש בכל הנוגע למימדי תופעת ההסתננות. החל מאמצע שנת 2012, ובמידה מוגברת בשנת 2013, פחת באופן משמעותי מספר המסתננים שנכנסו לישראל – מאלפים רבים בשנים 2009-2011, ל-19 מסתננים שנכנסו לישראל לאחר כניסת תיקון מס' 4 לתוקף ועד לחודש יוני 2014. במקביל, עלה באופן משמעותי שיעור המסתננים היוצאים מישראל, והמדינה אף עדכנה כי נחתמו הסדרים עם מדיניות שלישיות, שיישומם החל באופן הדרגתי, המאפשרים הרחקת מסתננים מישראל לעבר "אפיקי יציאה בטוחים". השופט פוגלמן

מצא כי הסדרים אלה אינם מציעים לעת הזו אופק הרחקה קרוב ומוחשי ביחס למרבית אוכלוסיית המסתננים.

על רקע האמור פנה השופט פוגלמן לבחינת שני עיקרי התיקון – סעיף 30א ופרק ד' לחוק.

סעיף 30א לחוק (החזקה במשמורת)

סעיף 30א לחוק למניעת הסתננות מסמיך את ממונה ביקורת הגבולות להורות על החזקת מסתנן – מי שנכנס לישראל שלא דרך תחנת גבול – במשמורת, וזאת לפרק זמן של שנה. סעיף זה, שהוכרז כבלתי חוקתי בפרשת אדס נחקק מחדש כך שתקופת ההחזקה המרבית במשמורת המותרת מכוחו קוצרה משלוש שנים לשנה אחת. כמו כן, הסעיף הוחל רק על מסתננים שהסתננו למדינת ישראל לאחר כניסתו לתוקף של התיקון החדש. השופט ע' פוגלמן מצא כי גם בנוסחו הנוכחי, סעיף זה פוגע פגיעה לא מידתית בזכויות לחירות ולכבוד המעוגנות בחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו.

לעמדת השופט פוגלמן, אין להורות על החזקה במשמורת של מי שאין צפי להרחקתו, ומקל וחומר לתקופה ארוכה של שנה. אף שהמדינה טענה כי אחת מתכליותיו של סעיף 30א לחוק היא זיהוי ומיצוי אפיקי יציאה לגירושו של המסתנן, נפסק כי עיון בחוק למניעת הסתננות מגלה פער בין תכליתו המוצהרת של החוק לבין נוסחו. צוין כי ספק אם המתווה החוקי שנוצר – שאינו כולל כל התייחסות לשאלת קיומו של הליך הרחקה אפקטיבי – אמנם מגשים את תכלית החקיקה. במיוחד נכון הדבר שעה שבעניינם של מרבית המסתננים, שמוצאם מאריתריאה ומסודן, ממילא לא יכול להתקיים לעת הזו הליך הרחקה אפקטיבי בהינתן מדיניות אי ההרחקה הזמנית שחלה עליהם.

לפיכך, נמצא כי "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". וכך נכתב: "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 חיו ממסלולם. היא 'מקפאה' – למשך

פרק זמן בלתי-מבוטל כלל ועיקר – את יכולתו לנהל את חייו ולממש את האוטונומיה שלו.

השופט פוגלמן מצא אפוא כי פגיעתו של סעיף 30א לחוק בזכויות המסתננים שרירה וקיימת גם בגרסתו הנוכחית של החוק, והיא אינה עומדת – ולו בקירוב – ביחס ישר לתועלת המופקת ממנה. לפיכך, נמצא כי הפגיעה אינה מידתית ואינה חוקתית, ובמצב דברים זה נקבע כי אין מנוס מהכרזה על בטלותה של הוראת החוק.

פרק ד' לחוק (מרכז שהייה למסתננים)

פרק ד' לחוק למניעת הסתננות מאפשר להכריז על מתקן מסוים כעל "מרכז שהייה" שבו יהיו מסתננים שהגיעו לשטח ישראל בטרם נחקק תיקון מס' 4, ושלא ניתן להרחיקם מישראל בעת הזו. מכוח פרק זה הוכרז מתקן "חולות" שבנגב כמרכז שהייה למסתננים, וכעת שוהים במתקן כ-2,000 מסתננים.

השופט ע' פוגלמן מצא כי גם פרק זה לחוק אינו צולח את הבחינה החוקתית, בראש ובראשונה בשל כך שאין הוא קובע מגבלת זמן לעניין שהייה במרכז שהייה או מציע כל עילה לשחרור ממנו. צוין כי אף שפרק ד' נחקק כהוראת שעה שתוקפה שלוש שנים, ואף אם נניח כי הוראת השעה לא תוארך, גם כך "מי שנכנס למרכז שהייה ומשוחרר 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". להשקפת השופט פוגלמן, "חברה דמוקרטית אינה יכולה לשלול לפרק זמן מעין זה את חירותם של אנשים שלא נשקף מהם סיכון ושאינם נושאים בעונש על מעשי עוולה שביצעו, אף אם בצד שלילת חירות זו ישנה תועלת [...] 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 [...] מוסיף לכך מימד של פגיעה בכבוד".

בחוות דעתו עמד השופט פוגלמן על חלק מהסדריו של פרק ד' לחוק. נקבע כי ההוראה הקובעת שעל מסתנן להתייצב לרישום נוכחות שלוש פעמים ביום במרכז שהייה וכן לשהות בו בשעות הלילה פוגעת הן בזכות החוקתית לכבוד, הן בזכות החוקתית לחירות. הוטעם כי ריחוקו של מתקן "חולות" מכל מקום יישוב "מעלה בצורה ניכרת את הסבירות כי המסתנן יבחר – ככל שניתן לכנות זאת 'בחירה' –

להיותו בשערי המרכז משך כל שעות היממה. הבה לא נרשה לכותרת – 'מתקן פתוח' – להוליקנו שולל: חובת ההתייצבות לשלוש הספירות היומיות, לצד המרחק הרב של המרכז מיישובי האזור, שוללת כמעט כל אפשרות ליציאה שגרתית ממרכז השהייה". אשר על כן נקבע כי "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".

בעניין הפגיעה בזכותם של המסתננים לכבוד הודגש: "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".

הוראה נוספת בחוק שאליה נדרש השופט פוגלמן היא זו המטילה את האחריות לניהול מרכז השהייה ולהפעלתו על שירות בתי הסוהר. נקבע כי אף ש"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", ישנה משמעות סימלית לשלילת חירות בידי סוהרים דווקא. הודגש כי על מרכז השהייה לשאת אופי אזרחי שכן השהייה בו איננה עונש על עצם ההסתננות, "ולזהותם של אנשי הסמכות, שלמרותם סרים השוהים, השפעה של ממש על חוויית החיים היומיומית של שוהי המוסד ועל האופן שבו הם תופסים את המתקן שבו הם שוהים". נמצא כי ניהול המוסד בידי שירות בתי הסוהר אינו מקים פגיעה עצמאית בכבודם של המסתננים, אך יש בו כדי להחריף את הפגיעה בזכויות לחירות ובזכות לכבוד. בצד האמור, הובהר כי ייתכן שמתווה נורמטיבי אחר, שיסדיר פעולת מתקן כאמור, יצלח את הבחינה החוקתית גם אם הגוף שיופקד על ניהולו יהא שירות בתי הסוהר.

עוד נדרש השופט פוגלמן להסדר בחוק המסמיך את ממונה ביקורת הגבולות להורות על העברת מסתנן למשמורת בגין הפרות משמעת שונות לתקופה של עד שנה אחת, ללא קיומה של ביקורת שיפוטית יזומה (למעט כזו התחומה לרשימה סגורה של עילות הומניטאריות בעיקרן שאינן נוגעות לעצם ההחלטה בדבר השמה במשמורת – חוקיותה או סבירותה). נקבע כי הסדר זה פוגע בזכותם של המסתננים לחירות וכן בזכותם החוקתית להליך הוגן, הנגזרת מהזכות לכבוד, בעיקר נוכח העדרן של "ערובות דיוניות" שנועדו להגן על זכות זו. השופט פוגלמן קבע כי "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". עוד נקבע כי הסמכות ליטול חירותו של אדם נמצאת "בליבת התפקיד של הרשות השופטת" ולפיכך הפקדתה בידי גורם מינהלי ללא מנגנון של ביקורת שיפוטית יזומה (למעט בעילות התחומות האמורות לעיל) פוגעת פגיעה קשה בזכותו החוקתית של המסתנן להליך הוגן, והיא אינה יכולה לעמוד.

בהתייחס לפרק ד' לחוק כולו נקבע כך: "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".

לאחר דיון בעתירה החוקתית ציין השופט פוגלמן כי התוצאה שלפיה דינו של תיקון מס' 4 להיפסל כולו מייתרת את הדיון בעתירה שהגישו תושבי דרום תל-אביב, אשר סמכו ידיהם על עמדת המדינה ביחס לחוקתיות תיקון מס' 4. עם זאת, הודגש כי כל טענות העותרים שמורות להם, וכי אין בתוצאה זו כדי להעיד על כך שקולם של תושבי דרום תל-אביב לא נשמע בהליך זה. צוין כי אין חולק על כך שמצב הדברים בדרום תל-אביב קשה ומחייב התייחסות, והודגש כי 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".

בסופו של פסק הדין הדגיש השופט פוגלמן כי בית המשפט לא ביקש להכניס עצמו לנעלי המחוקק, אלא קיים ביקורת שיפוטית. הוטעם כי לא נעלם מעיני בית המשפט כי תוצאת פסק הדין היא שבית המשפט שב ומבטל חקיקה ראשית של הכנסת, אלא שכפי שצוין, "ההסדרים 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".

וכך נאמר בסיכום פסק הדין: "בקרובנו 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 באופק. 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 [...] 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 לטובת 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".

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

השופט י' דנציגר הצטרף לפסק דינו של השופט פוגלמן, ותמך בקביעותו כי החוק למניעת הסתננות בנוסחו החדש לאחר התיקון משנת 2013 אינו עומד במבחן הביקורת החוקתית; כי סעיף 30א בנוסחו החדש פוגע באופן לא מידתי בזכות לחירות ובזכות לכבוד המעוגנות בחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו; וכי פרק ד' לחוק, העוסק בהקמת מרכזו השהייה, פוגע שלא כדין בזכויות יסוד חוקתיות.

השופט דנציגר העיר כי הוא הגיע לתוצאה זו, כשהוא מודע לחובה המוטלת על בית המשפט לנקוט בזהירות ובאיפוק רב בטרם יפעיל ביקורת שיפוטית בבואו לבחון חוקתיותו של חוק של הכנסת, ובפרט שעה שבדיקה זו נעשית לגבי חוק שנחקק פרק זמן קצר יחסית לאחר שבית משפט העליון ביטל את נוסחו הקודם של החוק.

השופט דנציגר הדגיש כי בית המשפט העליון אינו מקל ראש במורכבותה המיוחדת של תופעת ההסתננות לישראל ובהשלכותיה הקשות, בעיקר על תושבי דרום תל-אביב. יחד עם זאת צוין כי על המחוקק מוטלת החובה לאמץ פתרון חוקתי העומד בדרישות החוקתיות ושהפגיעה שתהיה בו במסתננים מחד ובתושבי דרום תל-אביב וערים אחרות מאידך, תהא מידתית ומצומצמת ככל האפשר.

השופט י' עמית עומד על כך שתיקון מספר 4 לחוק עומד על שתי רגליים – סעיף 30א לחוק ופרק ד' לחוק, ומצטרף למסקנת השופט פוגלמן, בכל הנוגע לפרק ד' לחוק (מרכז השהייה בחולות) וחולק על מסקנתו לגבי סעיף 30א לחוק. סעיף זה הוא בבחינת שומר המוצב על שערי המדינה, פניו צופים אל החוץ ואל העתיד. פרק ד' לחוק מסב פניו אל הארץ פנימה, ומטיל הגבלות קשות על אנשים שכבר נמצאים בתוככי הארץ. למעשה, גם אם לא להלכה, פרק ד' משנה רטרואקטיבית את "כללי המשחק".

השופט עמית מזכיר כי את שנאמר בעניין אדם, שהייתה זו יכולה להיות שעתה היפה של המדינה. ייתכן כי כחצי מליארד 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 שהגיעו לארצנו בדרך-לא-דרך. הנפקות המעשית של הוראות פרק ד' לחוק היא כמעט-כליאה של אנשים לתקופה שלכאורה מוגבלת "רק" לשלוש שנים אך גם בסופה אי וודאות. 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. גם 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 מזוועה במדבר סיני ושהגיעו אלינו כשהם חבולים בגופם ובנפשם.

לא כך לגבי סעיף 30א לחוק. במישור הזמן מבטו של סעיף 30א צופה פני עתיד, להבדיל מהמצב הקודם, שההחזקה במשמורת למשך שלוש שנים חלה גם על אוכלוסיית המסתננים פנימה, זו שכבר נמצאת בארץ. במישור הגיאוגרפי מבטו של סעיף 30א מופנה אפוא אל מחוץ לגבולותיה של המדינה, כמחסום נורמטיבי אשר משלים את המחסום הפיזי, ושני אלה נועדו להגן על ריבונותה של המדינה. אחריותה של המדינה לאלו שהגיעו לתחומה, אינה כאחריותה לאלה שנמצאים מחוץ לגבולותיה. דומה כי החוק תרם לתכלית של בלימת תופעת ההסתננות בדרך של הרתעת מסתננים פוטנציאליים. אחת משתיים: אם החסם הנורמטיבי בדמות סעיף 30א לחוק תרם לתוצאה זו בהרתעתם של מסתננים בכוח, הרי שברי כי התיקון השיג את תכליתו. 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.

סעיף 30א נועד לסייע לבלימת תופעת ההסתננות. דומה כי אין חולק כי המדובר בתכלית ראויה, שבאה להגן על שורה ארוכה של אינטרסים מהותיים של המדינה ושל החברה בישראל, כמו 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. מעניין לציין כי אוסטרליה, 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 מלטה ואיטליה, בהיותה המדינה המערבית היחידה הנגישה בדרך היבשה לאפריקה, שלא לדבר על מצבה הגיאופוליטי המיוחד עד מאוד של המדינה, כמדינה צפופה, קטנה בשטחה ובאוכלוסייתה, בלב איזור אויב ועויין.

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 30א 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 הפרורוגטיבה של הרשות המבצעת והמחוקקת – בהתחשב בכל אלה, סבור השופט עמית כי אין מקום לפסול את ההסדר המפורט בסעיף 30א לחוק.

תמצית חוות דעתו של הנשיא א' גרוניס

נשיא בית המשפט העליון סבר כי אין מקום לפסול את ההוראה המאפשרת להחזיק מסתנן במשמורת לתקופה של עד שנה אחת (סעיף 30א לחוק). בכל הנוגע לפרק ד' לחוק, שמכוחו הוקם מרכז השהייה "חולות", הסכים הנשיא גרוניס עם השופט פוגלמן, כי ההוראה הקובעת חובת התייצבות לשלושה רישומי נוכחות ביום (סעיף 32ח(א) לחוק), פוגעת באופן שאינו מידתי בזכות החוקתית לחירות. אולם, להשקפתו של הנשיא, לא נפל פסול חוקתי ביתר ההוראות המסדירות את הקמתו וניהולו של מרכז השהייה. לפיכך, הנשיא לא הצטרף לעמדת שופטי הרוב אשר הורו על ביטול פרק ד' כולו. לגישתו, יש לבטל רק את ההוראה המחייבת את השוהים במרכז השהייה להתייצב לרישום נוכחות בשעות הצהריים, כך שחובת ההתייצבות תחול רק בשעות הבוקר ובשעות הערב.

תחילה התייחס הנשיא לסעיף 30א לחוק המאפשר החזקה במשמורת לתקופה של שנה לכל היותר. הנשיא גרוניס ציין בחוות דעתו, כי ברקע ההכרעה חובה לזכור כי אך לפני שנה התערב בית המשפט בחקיקה ראשית של הכנסת, שביקשה ליתן מענה לתופעת ההסתננות. לדעת הנשיא, הכנסת הפנימה בתיקון מספר 4 את מרבית הערותיו של בית המשפט שדן בעתירה הקודמת. כך, תקופת המשמורת בתיקון מספר 4 קוצרה באופן משמעותי משלוש שנים לשנה אחת. כמו כן, בעוד שהחוק הקודם איפשר להחזיק במשמורת את כלל המסתננים השוהים בישראל (כ-50,000 מסתננים), הרי שהסדר החדש הוחל באופן פרוספקטיבי, כלומר, ניתן מכוחו להחזיק במשמורת רק את המסתננים שנכנסו לישראל לאחר כניסתו לתוקף (עשרות בודדות נכון לעת זו). בהתחשב בשינויים אלה, ולאור העובדה שאך לפני שנה ביטל בית המשפט את ה"גלגול" הקודם של החוק, ציין הנשיא כי על בית המשפט לגלות זהירות כפולה ומכופלת עת שמעביר הוא דבר חקיקה ראשית דרך המסנת החוקתית. הנשיא עמד בחוות דעתו על עקרון יסוד במשפט החוקתי בישראל שעניינו מתחם התימרון של המחוקק. משמעותו של עקרון זה הוא שבית המשפט משאיר למחוקק שיקול דעת מסוים לצורך בחירת ההסדר החקיקתי הראוי. לדעת הנשיא, אף אם רצוי שהמחוקק היה קובע תקופת החזקה במשמורת שהיא קצרה משנה, הרי שהבחירה בין תקופת החזקה במשמורת בת שנה לבין תקופה שהיא קצרה משנה, נכנסת בבירור לתוך מרחב התימרון של המחוקק, ובוודאי שאין מדובר בסטייה ניכרת.

לפיכך, סבר הנשיא כי אין מקום להתערבותו של בית המשפט בהסדר החקיקתי שקבעה הכנסת לעניין סעיף 30א לחוק למניעת הסתננות. הנשיא סבר, כי עמדת שופטי הרוב כמעט ולא מותירה מרחב תמרון למחוקק, וכך אמר:

“גישתו של חברי השופט פוגלמן מביאה לכך שלמעשה כמעט ולא נותר מרחב תמרון 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 תמרון ממשי למחוקק. איני יכול להסכים לעמדה חוקתית זו, שכן לפיה הופך בית המשפט למחוקק, אם לא להלכה הרי למעשה”.

הנשיא הוסיף והתייחס לכך שהקושי המרכזי שמצאו שופטי הרוב בהוראת סעיף 30א לחוק, הינו השמתו במשמורת של מי שישראל מחילה לגביהם את מדיניות אי ההרחקה: אזרחי הרפובליקה של סודאן ואריתריאה. אולם, הנשיא הדגיש כי לישראל מגיעים מסתננים אף ממדינות אחרות, שלא קיים קושי עקרוני להרחיקם מישראל. על כן, תהה הנשיא מדוע לא ניתן (אם הולכים בדרכם של שופטי הרוב) לפרש את החוק באופן המחייב, מחד גיסא, את שחרור המסתננים שחלה לגביהם מדיניות אי-ההרחקה, אך מאפשר, מאידך גיסא, החזקה במשמורת עד שנה אחת של המסתננים שמדיניות אי-ההרחקה אינה רלוונטית לגביהם. עמדתו של הנשיא הינה, כי אין מקום לעשות שימוש בנשק בלתי קונבנציונלי – ביטולה של הוראת חוק – שעה שניתן לעשות שימוש בנשק קונבנציונלי – פירוש של החוק – ולהגיע למעשה בדרך זו לאותה תוצאה.

ביחס לפרק ד' שמכוחו הוקם מרכז השהייה “חולות”, הסכים הנשיא עם השופט פוגלמן כי יש להורות על ביטול ההוראה המחייבת את השוהים במרכז להתייצב לרישום נוכחות אף בשעות הצהריים. עם זאת, הנשיא לא סבר כי יש לבטל את שאר הוראותיו של פרק ד' לחוק. אשר לקושי עליו הצביעו שופטי הרוב לעניין היעדר עילות שחרור ממרכז השהייה, היפנה הנשיא לסעיף 32כד(א) לחוק, המאפשר לממונה על ביקורת הגבולות לקצוב את תקופת השהייה במרכז. לדעת הנשיא, במסגרת הפעלת הביקורת השיפוטית, יכול היה בית המשפט להתוות את השיקולים השונים שעל הממונה לשקול בעת קציבת תקופת השהייה. גם בהקשר זה ציין הנשיא כי תחת הבחירה בפתרון פרשני סביר, בוחרים שופטי הרוב לקבוע כי לא קיימות עילות שחרור ממרכז השהייה וכתוצאה מכך לבטל את החוק כולו. הנשיא הוסיף והתייחס לעמדת שופטי הרוב לעניין אורך תקופת השהייה. הנשיא הסכים כי החוק אינו קובע את תקופת

השהייה במרכז השהייה. עם זאת, הנשיא הבהיר כי מבחינה מעשית אין מדובר בתקופת שהייה שאינה מוגבלת בזמן, שכן פרק ד' לחוק נחקק כהוראת שעה שתוקפה שלוש שנים. לדעת הנשיא, על בית המשפט לנקוט ריסון שיפוטי מוגבר, עת הוא נדרש לבחינת חוקתיותה של הוראת שעה. בהתייחס לחשש שהכנסת תאריך את הוראת השעה, הסכים הנשיא לקבוע כי בנסיבות הקיימות, לא ניתן להחזיק מסתנן במרכז השהייה מעבר לתקופה של שלוש שנים. כמו כן, בניגוד לעמדת השופט פוגלמן, ציין הנשיא בחוות דעתו כי לגישתו נקבע בחוק מנגנון של ביקורת שיפוטית יזומה על החלטה שעניינה העברת שוהה במרכז השהייה למשמורת. עוד ציין הנשיא, כי העובדה ששירות בתי הסוהר הופקד על ניהול מרכז השהייה אינה "מעצימה" את הפגיעה בזכויות המסתננים, כפי שסבר השופט פוגלמן.

לסיכום, לדעתו של הנשיא גרוניס, אומנם אין להתעלם מהקשיים עליהם הצביעו שופטי הרוב, ואין לומר כי תיקון מספר 4 לחוק חף מקשיים. אולם, עמדתו של הנשיא – המבוססת על פסיקה עניפה של בית המשפט העליון – היא כי על בית המשפט מוטל לעשות כל מאמץ לפרש את החוק באופן העולה בקנה אחד עם הוראות חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו, במקום להורות על ביטולו. בכל הנוגע לתיקון מספר 4 סבר, כאמור, הנשיא כי יש להורות על סעד חוקתי מתון: ביטול חובת ההתייצבות בשעות הצהריים במרכז השהייה. אולם, ביחס לשאר ההסדרים שנקבעו בחוק סבר הנשיא כי אין מקום להתערבותו של בית המשפט בהכרעת המחוקק.

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

המשנה לנשיא מ' נאור הצטרפה לחוות הדעת של השופט פוגלמן וציינה כי הדגש העיקרי הוא בכך שלא ניתן להחזיק במשמורת מי שלא מתקיים בעניינו הליך גירוש אפקטיבי. על כן, אף שהתקופה המרבית להחזקה במשמורת קוצרה משמעותית ביחס לנוסחו הקודם של החוק – משלוש שנים לשנה – החוק אינו חוקתי, כיוון שהוא מאפשר להחזיק במשמורת מי שלא ניתן להרחיקו.

עוד ציינה המשנה לנשיא כי אף שזו היא הפעם השנייה שבית משפט זה פוסל את החוק דנן תוך פחות משנה, זו תוצאה הכרחית. היא מהווה חלק מהדיאלוג החוקתי שבין הרשות המחוקקת לבין הרשות השופטת. במסגרת זו, אם הרשות המחוקקת מחוקקת בשנית חוק שביטל בית המשפט, והחוק החדש אינו עולה אף הוא בקנה אחד עם הקביעה בפסק הדין הקודם שהביאה לביטול החוק – אין מנוס אלא לבטל גם את החוק החדש הלוקה באותם פגמים.

אשר למרכז השהייה, ציינה המשנה לנשיא כי הפגמים העיקריים הקיימים בו הם חובת ההתייצבות שלוש פעמים ביום; היכולת להחזיק בו מסתננים במשך זמן בלתי מוגבל (היכול להגיע לשלוש שנים); והעדרן של עילות שחרור ממתקן השהייה. לנוכח פגמים אלה, היורדים לשורשן של ההוראות בדבר מרכז השהייה, אין מנוס מביטולן.

עוד ציינה המשנה לנשיא כי יש לאמץ פתרון אשר ייתן מענה לתושבי דרום תל-אביב והשכונות האחרות שבקרבתן הם חיים, והדגישה כי בתיקון לחוק, אפילו לא היה מבוטל, אין מזור לתושבי דרום תל-אביב. לשם כך נדרשים לא אחת פתרונות יצירתיים. אפשרות אחת, שאותה ראוי לשקול ולבדוק, היא תיחום גיאוגרפי של אזורי השהייה של המסתננים, כך שיחולק הנטל בין הישובים השונים. אפשרות אחרת היא הקמת מתקן שהייה פתוח, שהשהות בו תהיה רצונית. "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." המשנה לנשיא הביעה את תקוותה 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."

#### תמצית חוות דעתה של השופטת (בדימ') ע' ארבל

השופטת (בדימ') ע' ארבל הצטרפה בהסכמה לפסק דינו של השופט ע' פוגלמן. נקודת המוצא לדיון היא העקרונות שנקבעו בבג"ץ 7146/12 אדמ נ' הכנסת (16.9.13). בעניין אדמ הגיעה השופטת ארבל למסקנה כי מרבית המסתננים אינם ניתנים להרחקה למדינותיהם, ולפיכך ממשיכים הם לשהות בישראל על פי המחויבות הבינלאומית של ישראל כלפיהם. כמו כן, בשלב זה נראה כי הפתרון של הרחקת מסתננים למדינה שלישית בטוחה עבורם אינו מספק "אופק הרחקה קרוב ומוחשי ביחס למרבית אוכלוסיית המסתננים", כפי שמציין השופט פוגלמן. לדברים האמורים יש משמעות כאשר באים לבחון את חוקתיות ההסדרים שנועדו להתמודד עם תופעת ההסתננות ועם המסתננים.

בהתייחס להסדר הקבוע בסעיף 30א לחוק למניעת הסתננות (עבירות ושיפוט), התשי"ד-1954 (להלן: החוק), המאפשר להחזיק מסתננים במשמורת לתקופה מירבית של שנה, קבעה השופטת ארבל כי תקופת משמורת של שנה אחת עודנה פוגעת בזכויות החוקתיות לחירות ולכבוד. אמנם הפגיעה היא פחותה מזו שהיתה בתיקון מס' 3, שם נקבעה משמורת למשך שלוש שנים, אך עדיין משמעותית וקשה. תכליתה ההרתעתית של הוראה זו מעוררת את אותם הקשיים עליהם עמדה השופטת ארבל גם בעניין אדמ.

השימוש שעושה המדינה במסתנן כמכשיר לתועלת הכלל מעורר קושי רב. העובדה שמדובר במסתננים שנכנסו שלא כדין לישראל אינה הופכת את ההרתעה כשיקול יחיד ללגיטימית.

התכלית השניה העומדת בבסיס סעיף 30א הינה לאפשר למדינה למצות את הליכי זיהויים של המסתננים, תוך הקצאת פרק זמן נדרש לגיבוש ולמיצוי אפיקים ליציאתם מישראל. תכלית זו ראויה היא. עם זאת, סברה השופטת ארבל כי הסעיף אינו עומד בדרישות המידתיות הקבועות בפסקת ההגבלה. ברי כי פרק זמן של שנה במשמורת הוא פרק זמן ארוך מדי למיצוי הליכי הזיהוי של המסתנן. 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.

השופטת ארבל הדגישה, כפי שעשתה בעניין אדס, כי הקביעות בעניין מידתיות ההסדרים נעשות על רקע הנתונים הקיימים בפני בית המשפט. אם ישתנו הנתונים הללו, יתכן שישתנה האיזון לצורך בחינת מידתיות ההסדר. היא ציינה כי למרות ביטולו של תיקון מס' 3 נכנסו בשלושת החודשים לאחר שניתן פסק הדין בעניין אדם 4 מסתננים בלבד. 18 נכנסו לאחר שנכנס לתוקפו תיקון מס' 4. לאור נתונים אלו סברה השופטת ארבל כי רחוקים אנו עד מאוד ממצב בו יש צורך לשנות את נקודת האיזון בבחינת תכליות ההסדרים או בבחינת מידתיותם.

באשר להסדר הקבוע בפרק ד' לחוק בעניין "מתקן שהייה פתוח" ציינה השופטת (בדימ') ארבל כי אחד האמצעים שהציעה בעניין אדם 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.

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. את מירב זמנו של השוהה עליו לבלות בין כתלי המתקן ללא יכולת לחיות את חייו כרצונו, לממש את מאווייו, רצונותיו ושאיפותיו. 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. 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.

השופט (בדימ') אדבל שבה ומדגישה כי אינה מתעלמת מזעקתם של תושבי דרום תל-אביב, הנאלצים, ללא הצדקה, לשאת על כתפיהם את עיקר העול המוסרי המוטל על כל אזרחי המדינה. 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. היא ציינה כי גם אם היינו מביטים על מתקן השהייה במשקפיים תועלתניות בלבד היינו מגלים כי לא ניתן מזוור למצוקותיהם של תושבי דרום תל אביב, שכן רק חלק קטן ביותר (כ-4% בלבד) מתוך המסתננים מצויים כיום במתקן השהייה.

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

השופט ס' ג'ובראן הסכים לפסק דינו של השופט פוגלמן. הוא ציין כי מדינת ישראל מתמודדת מזה מספר שנים עם תופעה הולכת וגוברת של כניסת מסתננים לשטחה בעיקר דרך גבול ישראל-מצרים; אך כי קיים קושי מעשי להחזיר מסתננים לארצות מוצאם בשל חשש לחייהם; וכי במציאות הקיימת בישראל מרבית המסתננים אינם ברי הרחקה משטח המדינה. לנוכח קושי זה, השופט ג'ובראן הסכים עם דבריו של השופט פוגלמן לפיהם פגיעתו הגרעינית והעמוקה של סעיף 30 לחוק, אשר מאפשר להחזיק את המסתננים במשמורת למשך שנה, שרירה וקיימת גם בגרסתו הנוכחית של החוק. אמנם משמורת בת שנה היא קצרה במידה רבה ממשמורת בת שלוש שנים, כפי שקבע התיקון הקודם לחוק. אך התועלת המופקת מפגיעה זו בהשוואה לנזק שנגרם מן המשמורת אינה מותרת ברירה אלא להורות על בטלותו של סעיף 30 לחוק.

אשר למתקן השהייה שהוקם במסגרת תיקון 4 לחוק, סבור השופט ג'ובראן כי הוא אינו עומד בתנאי פסקת ההגבלה, אך כי בבסיסו עומדת תכלית ראויה. הוא סבור כי בבסיס התכלית המוצהרת של הקמת המתקן – מניעת השתקעותם של מסתננים בריכוזי אוכלוסין והשתלבותם בשוק העבודה – עומד אינטרס חברתי ראוי ובר משקל. היא מבקשת לצמצם תמורות דמוגרפיות לא רצויות שהן תוצר בלתי נמנע של הגירה לא

חוקית ושל הסתננות בפרט, כגון עליה בפשיעה; הכבדה על תקציב המדינה ועל מערכות הבריאות והרווחה באזורים מסוימים; קשיי אכיפה של חובות אזרחיות כגון תשלום מס ועוד. שאיפתה של המדינה למנוע השתקעותם של מסתננים בערים היא אחד מביטויה של מדיניות ההגירה, שבבסיסה עומד אינטרס חיוני אשר מבטא את ההגנה על החברה מפני ההשלכות השליליות שעלולות להיות תוצאתה של תופעת ההסתננות.

עם זאת, דרישת הנוכחות במתקן השהייה שלוש פעמים ביום אינה מידתית, במובן זה שהתועלת שמושגת באמצעותה אינה מצדיקה את הפגיעה החוקתית הקשה שהיא מסבה למסתננים. השופט ג'ובראן ביקש להדגיש כי אם 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 בטלותו. 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.

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

השופטת א' חיות הצטרפה לפסק דינו של השופט ע' פוגלמן וציינה כי מרבית המסתננים השוהים בישראל הינם נתיני אריתריאה והרפובליקה של סודן, לגביהם המדינה נוקטת במדיניות של אי-הרחקה באופן מוצהר או הלכה למעשה. בנסיבות אלו סברה השופטת חיות, כי סעיף 30א לחוק, גם על פי נוסחו החדש ו"המרוכך" המעמיד את תקופת המשמורת על שנה אחת בלבד תחת שלוש שנים, 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, לאחר זיהוים וסיווגם כמי שאינם בני הרחקה.

לעניין פרק ד' של החוק הנוגע להקמת מרכז השהייה ולעניין עתירתם של תושבי דרום תל-אביב, הוסיפה השופטת א' חיות כי היא מצטרפת להערותיה של המשנה לנשיא מ' נאור.

#### תמצית חוות דעתו של השופט נ' הנדל

ההיסטוריה של העם היהודי מלמדת כי עלינו להיות רגישים לאחר הבא בשערי המדינה. יש לזכור כל העת כי כל מסתנן – אדם הוא. אולם כפי שאסור למדינה לשכוח את עברה, כך אסור לה שלא להכיר בהווה. יחד עם גלי ההסתננות הבלתי-מבוקרים



נוצרו בעיות אמתיות, שהקשו עד-מאד על תושבים רבים - דווקא בשכונות מוחלשות. למול כבוד האדם של המסתנן הבודד לא עומד רק אינטרס ציבורי כללי. עסקינן במישור של יחיד מול יחיד; אדם לאדם.

השופט נ' הנדל סקר בהרחבה את המצב במדינות המערב. הגישה המשותפת לכל המדינות היא שניתן להחזיק מסתנן בלתי-חוקי במשמורת, פעמים רבות מעבר לשישה חודשים, ולעיתים אף ללא כל הגבלת זמן בחוק. כמו כן עולה שעל כל מסתנן מוטלות מגבלות, במקרים רבים אפילו קיצוניות יותר מאשר מרכז השהייה הפתוח שנקבע בחוק הישראלי. זאת על אף שישראל נתונה בסיטואציה ייחודית ובעייתית יותר מזו של מרבית מדינות המערב, באופן שמציב את הממשלה והמחוקק בנקודת מוצא קשה במיוחד. אף נראה כי מדינות שעומדות ב"חזית" לבדן – נוקטות במדיניות נוקשה יותר.

השופט הנדל הסתייג מגישה שופטי הרוב, לפיה מספר פגמים חוקתיים נקודתיים שנפלו (לשיטת הרוב) בחוק – מצדיקים ביטול גורף של החוק. לא זו הדרך לבדוק פגיעה חוקתית. היפוכו של דבר: יש לשאוף למציאות שבה קשיים נקודתיים נענים בסעדים נקודתיים, תוך שמירת המסגרת הכוללת של החוק ככל הניתן. כמו כן העיר השופט הנדל כי פסק דין זה איננו מפזר באופן מספק את הערפל המשפטי, ועלול להביא להמשך הדיון המשפטי-חוקתי. הקושי מתחדד משום שמדובר בפעם השנייה שבה החוק נפסל, לאחר שנעשו מאמצים רבים על ידי הממשלה והכנסת על מנת לעמוד בסטנדרטים החוקתיים.

על הרקע הזה הצטרף השופט הנדל לדעת הנשיא גרוניס, לפיה יש להותיר את החוק על כנו – פרט לעניין שלוש החתימות היומיות. על מנת לתרום לשיח בין בית המשפט לבין הממשלה והכנסת, הציע השופט הנדל להבין את עמדת הרוב באופן הבא: באשר למשמורת – ניתן לצמצם את הרף העליון פעם נוספת, וכן לקבוע כי המשך ההחזקה במשמורת כפוף לקיומו של אפיק שחרור או גירוש. באשר למרכז השהייה הפתוח - ניתן לשנות חלק מהתנאים, בהתאם לביקורות הנקודתיות שהוצגו בדעת הרוב, ובכפוף לכך להשאיר את המרכז על כנו.