

1. טשומה נגה דסטה
  2. אנואר סולימאן ארבאב איסמעיל
  3. המוקד לפליטים ולמהגרים
  4. האגודה לזכויות האזרח בישראל
  5. א.ס.ף. – ארגון סיוע לפליטים ומבקשי מקלט בישראל
  6. קו לעובד
  7. רופאים לזכויות אדם - ישראל
  8. המרכז לקידום פליטים אפריקאים
- כולם על-ידי עוה"ד עודד פלר ו/או יונתן ברמן  
מהאגודה לזכויות האזרח בישראל
- וכן על-ידי עוה"ד ענת בן-דור ו/או אלעד כהנא  
מהתכנית לזכויות פליטים, הפקולטה למשפטים, אוניברסיטת ת"א
- וכן על-ידי עוה"ד אסף וייצן ו/או רחל פרידמן  
מהמוקד לפליטים ולמהגרים
- וכן על-ידי עוה"ד אסנת כהן ליפשיץ  
מהקליניקה לזכויות מהגרים, החטיבה לזכויות אדם, המרכז האקדמי  
למשפט ולעסקים

רח' נחלת בנימין 75, תל-אביב  
טל': 03-5608185; פקס': 03-5608165  
דוא"ל: oded@acri.org.il

#### העותרים

#### נ ג ד

1. **הכנסת**  
על ידי הלשכה המשפטית של הכנסת  
משכן הכנסת, ירושלים  
טל': 02-6408636; פקס': 02-6753495
2. **שר הפנים**
3. **שר הביטחון**
4. **השר לביטחון פנים**
5. **היועץ המשפטי לממשלה**  
באמצעות פרקליטות המדינה, מחלקת בג"צים  
מרח' צלאח-א-דין 29, ירושלים 91010  
טל': 02-6466589; פקס': 02-6467011

#### המשיבים

### כתב תשובה מטעם הכנסת

בהתאם להחלטת בית המשפט הנכבד מיום 30.12.2014, מתכבדת המשיבה 1 (להלן: **המשיבה**) להגיש  
כתב תשובה מטעמה, כדלקמן:

1. עניינה של העתירה בתקיפת חוקתיותם של סעיף 30א לחוק ופרק ד' (לצד סעיפים 30א(יא) ו-30ד(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 (להלן: **התיקון החדש**). התיקון החדש אושר בקריאה השנייה והשלישית בכנסת ביום 8.12.2014 ופורסם ברשומות ביום 17.12.2014, והוא נחקק בעקבות פסילת התיקון הקודם במסגרת פסק הדין בבג"ץ 8425/13 **גבריסלאסי נ' הכנסת** (פורסם בנבו, 22.9.2014) (להלן: עניין **גבריסלאסי**), ופסילת התיקון שקדם לו בבג"ץ 7146/12 **אדם נ' הכנסת** (פורסם בנבו, 16.9.2013) (להלן: עניין **אדם**).

2. התיקון החדש כולל **שלושה** מרכיבים עיקריים: **האחד**, קביעת תקופת משמורת מקסימלית של **שלושה חודשים** למסתננים "חדשים" שייכנסו לארץ לאחר חקיקת החוק, והעברתם לאחר מכן למתקן שהייה הפתוח, בכפוף לתנאים מסוימים (סעיף 30א לחוק). **השני**, חקיקתו מחדש של פרק ד' לחוק שעניינו הפעלת מתקן שהייה פתוח שבו יוחזקו מסתננים לתקופה מקסימלית של **20 חודשים**, אשר נועד לתת מענה למסתננים שלא ניתן להרחיקם מישראל בעת הזו. **השלישי**, **אשר לא נתקף במסגרת העתירה זנן**, כולל תיקוני חקיקה לחוק עובדים זרים, התשנ"א-1991 (להלן: **חוק עובדים זרים**), הקובעים הסדר פיקדון למסתננים מועסקים, המבוסס על הפקדות חודשיות של מעבידו של המסתנן, לצד ניכויים ממשכורתו, וכן החמרת הענישה על מעסיקי מסתננים שלא כדן.

3. לצד הבקשה לצו על-תנאי, הגישו העותרים גם בקשה לצו ביניים ולצו ארעי שימנע מתן הוראות שהייה חדשות לפי סעיף 32ד(א) לחוק, ומתן צווי העברה עונשים למשמורת בהתאם לסעיף 32 לחוק. סמוך לאחר הגשת העתירה, ביום 18.12.2014, הורה בית המשפט הנכבד על מתן הצו הארעי המבוקש. ואולם, בעקבות הגשת תגובות המשיבים, הורה בית המשפט הנכבד ביום 30.12.2014 על ביטול הצו הארעי ודחיית הבקשה לצו ביניים.

לצד זאת, באותו יום (30.12.2014), הוציא בית המשפט הנכבד צו על תנאי בעתירה, תוך שהוא מבהיר כי **"הצו על תנאי מוצא בשלב הנוכחי של ההליך בשל דחיפות העניין ובלא שיש בהוצאתו כדי להצביע על עמדה כלשהי לגופם של דברים"**. עוד קבע בית המשפט כי הדיון בעתירה ייערך בפני הרכב מורחב של תשעה שופטים.

#### 4. **המשיבה סבורה כי דין העתירה להידחות.**

5. המשיבה תפתח את תשובתה לצו על תנאי בתיאור הליך חקיקת התיקון החדש בכנסת. לעניין הטיעון המשפטי, תבקש המשיבה לייחד את תשובתה **לחמש** טענות מרכזיות, תוך התמקדות בפרק ד' לחוק שעניינו במתקן שהייה הפתוח:

**ראשית**, תעמוד המשיבה על הלגיטימיות של "הדיאלוג החוקתי" בין הרשויות, ותבקש לדחות את טענת העותרים כאילו יש פסול עקרוני בכך שהמשיבים מחוקקים מחדש את ההסדר הנוגע למסתננים, תוך עריכת שינויים בהתאם להערות בית המשפט הנכבד.

**שנית**, תעמוד המשיבה על התכליות העומדות ביסוד מתקן השהייה הפתוח, ותבקש להראות כי מדובר בתכליות ראויות, המתיישבות עם הפררוגטיבה הרחבה הנתונה למחוקק (ולמשלה) לקבוע את מדיניות ההגירה של מדינת ישראל.

**שלישית**, תעמוד המשיבה על הקביעות המרכזיות של בית המשפט הנכבד בעניין **גבריסלאסי** הנוגעות למתקן השהייה הפתוח, ותבקש להראות כיצד ההסדר החדש מיישם קביעות אלה, המביאים לעמידתו במבחני המידתיות.

**רביעית**, תעמוד המשיבה על השינוי המשמעותי שנעשה בהסדר המשמורת הקבוע בסעיף 30א לחוק, ועל כך שאין עילה להכרזה על אי חוקתיותו.

**חמישית**, תעמוד המשיבה על מרחב התמרון שיש להעניק למחוקק במקרה דנן, ועל העדיפות שיש להעניק למתן פרשנות מקיימת להסדרים חקיקתיים על פני התערבות חוקתית.

**יצויין כי כל ההדגשות המובאות בתשובה אינן במקור, אלא אם נאמר אחרת.**

### ההיסטוריה החקיקתית של התיקון

6. כאמור, ביום 22.9.2014 ניתן פסק דינו של בית המשפט הנכבד בעניין **גבריסלאסי**, במסגרתו ביטל בית המשפט הנכבד את סעיף 30א לפרק ג' ואת פרק ד' לחוק למניעת הסתננות (עבירות ושיפוט) (תיקון מס' 4 והוראת שעה), התשע"ד-2013 (להלן: **תיקון מס' 4**), וזאת בעיקר לאור פגיעתם הלא מידתית בזכות החוקתית לחירות ולכבוד האדם. בית המשפט הנכבד קבע כי בטלותו של פרק ד' לתיקון מס' 4 תושעה לתקופה של 90 יום באופן שיאפשר למחוקק לגבש הסדר חקיקתי חלופי תחת ההסדר שנפסל. ואולם, קבע כי הדרישה להתייצבות בצהריים של השוהים במתקן השהייה תבוטל החל מיום 24.9.2014, וכי החל מיום 2.10.2014 תקופת המשמורת המקסימלית אשר תוטל על מסתנן מכוח סעיף 32כ לחוק תועמד על 30 ימים.

7. בעקבות ביטולו של תיקון מס' 4, ביום 1.12.2014 הניחה הממשלה על שולחן הכנסת הצעת חוק חדשה המבקשת לתת מענה לתופעת ההסתננות - הצעת חוק למניעת הסתננות ולהבטחת יציאתם של מסתננים ועובדים זרים מישראל (תיקוני חקיקה והוראות שעה), התשע"ה-2014 (להלן: **הצעת החוק**). בדברי ההסבר להצעת החוק הובהר, בין היתר, כי:

*"הואיל וההסדר הקיים בחוק הכניסה לישראל אינו נותן מענה מספק לתופעת ההסתננות בכללותה ולצורך להתמודד אתה באמצעים אפקטיביים שיש בהם כדי להגשים את התכלית שאותה קבע בית המשפט כתכלית ראויה, מוצע לתקן את החוק למניעת הסתננות ולהחליף את הסעיפים שבוטלו בידי בית המשפט בפרשת גבריסלאסי. ההסדר המוצע בחוק זה הוא הסדר מתון יותר מזה שנקבע בתיקון מס' 4, והוא מהווה אמצעי מידתי יותר העומד בסטנדרטים החוקתיים שנקבעו בפסק הדין בפרשת גבריסלאסי, לשם הגשמת התכליות המשולבות כמפורט להלן"*

(עמ' 423 להצעת החוק).

ובהמשך לכך:

**"מוצע לתקן את החוק למניעת הסתננות בשני עניינים עיקריים: ראשית, מוצע לתקן את סעיף 30א לחוק, אשר בוטל בידי בית המשפט העליון בפרשת גבריסלאסי,**

**תוך העמדת תקופת המשמורת על שלושה חודשים בלבד, זאת בכפוף לשיתוף הפעולה של המסתגן בהליכי הזיהוי והגירוש... שנית, מוצע לקבוע, בפרק ד' לחוק כנוסחו המוצע, הוראות לעניין מרכז שהייה למסתגנים, בשים לב לסטנדרטים החוקתיים שקבע בית המשפט העליון בפרשת גברסלסי. ההסדר המוצע בפרק ד' כנוסחו המוצע לעניין מרכז שהייה כולל כמה הוראות השונות באופן משמעותי מההסדר שנקבע בתיקון מס' 4. בין השאר מוצע להגביל את התקופה לשהייה במרכז ל-20 חודשים; לקבוע חובת התייצבות אחת בלבד בסמוך לשעת סגירת המרכז בלילה; להגביל הוצאת הוראות שהייה לקבוצות אוכלוסייה ייחודיות, ולהקנות סמכות לבטל הוראות שהייה בהתקיים עילות מפורשות שנקבעו בחוק; לקצר את תקופת ההחזקה במשמורת שניתן להשית על מסתגן בשל ביצוע הפרות המנויות בסעיף 32כ המוצע ולהתנות העברה למשמורת לפי הסעיף האמור באישורו של בית הדין לביקורת משמורת של מסתגנים" (עמ' 423-424 להצעת החוק).**

הצעת החוק מצ"ב ומסומנת כנספח מ/ש/1.

8. ביום 1.12.2014, לאחר שוועדת הכנסת אישרה את בקשת הממשלה לפטור מחובת הנחה לפי סעיף 81(ג) לתקנון הכנסת, דנה מליאת הכנסת בהצעת החוק בקריאה הראשונה. במסגרת הדיון, הציג שר הפנים, חה"כ גלעד ארדן, את תכליות ההסדר, וציין כי 'הצעת החוק מהווה הסדר מידתי ומאוזן יותר, שנועד לתת מענה לזכותה ולחובתה של מדינת ישראל להגן על גבולותיה, להגן על ריבונותה, להגן על שלום אזרחיה ותושביה, לצד חובותיה על-פי חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו" (עמ' 82 לפרוטוקול הדיון).

העמודים הרלוונטיים מפרוטוקול הדיון במליאת הכנסת מיום 1.12.2014 מצ"ב ומסומנים כנספח מ/ש/2.

9. לאחר דבריו של שר הפנים התקיים דיון בהצעת החוק ובסיומו, אושרה הצעת החוק בקריאה הראשונה ברוב של 43 תומכים מול 20 מתנגדים, והועברה לוועדת הכנסת לקביעת ועדה אשר תכין את ההצעה לקריאה השנייה והשלישית. בהמשך אותו יום, החליטה ועדת הכנסת כי הצעת החוק תידון בוועדת הפנים והגנת הסביבה של הכנסת (להלן: **ועדת הפנים או הוועדה**).

10. בעקבות אישור הצעת החוק בקריאה הראשונה, ביום 2.12.2014 שלח היועץ המשפטי לכנסת, עו"ד איל ינון, ליו"ר ועדת הפנים של הכנסת, חה"כ מירי רגב, את חוות דעתו בעניין הצעת החוק. בפתח חוות הדעת הבהיר היועץ המשפטי כי:

**"כבר בפתח הדברים ראוי להדגיש כי ההסדרים הנוגעים למשמורת ולמתקן שהייה הפתוח המוצעים עתה מאוזנים ומידתיים במידה משמעותית מן ההסדרים הקודמים שנחקקו ושנפסלו על-ידי בית המשפט העליון, אף כי אנו סבורים כי יש מקום לערוך בהם שינויים מסוימים כדי להבטיח את עמידתם במסגרת החוקתית, כפי שנקבעה על-ידי בית המשפט."**

חוות דעתו של היועץ המשפטי לכנסת מצ"ב ומסומנת כנספח מ/ש/3.

11. בהתייחסו לקיצור תקופת המשמורת למסתגנים "חדשים", ציין היועץ המשפטי כי הצעת החוק מקצרת במידה ניכרת את תקופת המשמורת ביחס לחוק שנפסל וכפועל יוצא, אף מקצרת פרקי זמן נוספים שנוכחים בהסדר. ואולם, הדגיש כי, "מקביעותיהם של רוב שופטי ההרכב בבית המשפט, עולה כי הבחינה של תקופת המשמורת אינה רק בחינה 'כמותית' אלא גם בחינה 'איכותית', כאשר הנחת המוצא היא כי המשמורת נועדה לצורכי בירור זהותם של

המסתננים או לשם מימושו של הליך גירוש אפקטיבי, וכי לא ניתן להותירם במשמורת ללא משפט רק לצורכי ענישה והרתעה" (פס' 7 לחוות דעתו). בעקבות זאת, המליץ היועץ המשפטי לכנסת לקבוע **במפורש** בהסדר כי ההחזקה במשמורת נועדה לתכליות אלה ויכולה להימשך כל עוד הן מתקיימות (פס' 9 לחוות דעתו).

12. באשר למתקן השהייה הפתוח, ציין היועץ המשפטי לכנסת כי על אף העובדה שההסדר המוצע מתקן מספר מאפיינים חשובים לעניין הפעלתו של המתקן הפתוח אשר יש בהם כדי להפוך את ההסדר למידתי ומאוזן יותר מן ההסדר הקודם, "עיון בהסדרים המפורטים בהצעת החוק מעלה כי יש מספר נושאים המחייבים לדעתנו בחינה וליבון על ידי הוועדה, זאת במיוחד נוכח תקופת השהייה הממושכת במתקן (העומדת, כאמור, על 20 חודשים), ולאור קביעת בית המשפט העליון בהקשר זה לפיה על הסדר נורמטיבי מידתי לשמר יחס ראוי בין מידת הגבלת הזכויות שבמתקן לבין משך השהייה המרבי בו, כך שכלל שהגבלת זכויות היסוד קשה יותר – כך יתקצר משך השהייה הכפויה במתקן" (פס' 11 לחוות דעתו, ההדגשה במקור). בהתאם לכך, פורטו בחוות הדעת מספר נושאים אשר הומלץ לדון בהם טרם אישורה של הצעת החוק, ובכלל זה, אמצעי המשמעת המוטלים על מסתננים, ההסדרים הנוגעים לאופן ניהול המתקן, והוראת המעבר המוצעת לעניין חישוב תקופת השהייה המרבית במתקן השהייה הפתוח (שם).

13. היועץ המשפטי לכנסת סבר כי יש לפצל מהצעת החוק את החלק השלישי להצעה, שכלל תיקונים עקיפים לחוק עובדים זרים ולחוק העסקת עובדים על ידי קבלני כוח אדם, התשנ"ו-1996 (להלן: **חוק העסקת עובדים על ידי קבלני כוח אדם**), שכן סבר כי הם חורגים מגדר הנושא, ועלולים אף לעורר קשיים חוקתיים (פס' 12-14 לחוות דעתו). כאמור, מרכיבים אלה בתיקון אינם נתקפים בעתירה דן.

14. הישיבה הראשונה בוועדת הפנים בעניין הצעת החוק התקיימה ביום 2.12.2014.

#### פרוטוקול הדיון הראשון בוועדה מצ"ב ומסומן כנספח **מש/4**.

15. בפתח הדיון הדגישה יו"ר הוועדה, חה"כ מירי רגב, כי לאור תקופת המעבר של 90 הימים שנקבעה בעניין **גבריסלאסי** הקרובה לסיום, בכוונתה לערוך דיונים יסודיים, אך מהירים, בהצעת החוק (עמ' 5 לפרוטוקול הדיון). היא ביקרה בחריפות את פסק הדין בעניין **גבריסלאסי**, והדגישה כי, לדעתה, תקופת המשמורת ותקופת השהייה במתקן הפתוח אשר נקבעו בהצעת החוק הממשלתית אינן ארוכות מספיק כדי לספק מענה לתופעת ההסתננות הבלתי חוקית (עמ' 3-5 לפרוטוקול הדיון).

16. בהמשך לדבריה, הציג שר הפנים, חה"כ גלעד ארדן, את הצעת החוק. במהלך דבריו הדגיש השר כי הפתרון לבעיית ההסתננות הוא פתרון משולב, וכי "בזכות החוקים הקודמים שחוקקתם כאן, הגדר שנבנתה, ההשקעות של הממשלה והמדיניות של רשות האוכלוסין וההגירה, גם בהכבדת האכיפה, גם בהקמת הגדר ומתקן השהייה, צנח מספר המסתננים החדשים עד כדי עשרות בודדות. אבל, כל הזמן עלינו לזכור, לא תמיד המשפטנים אוהבים

זאת, שצריך גם לייצר תמריץ על המסתננים הבלתי חוקיים שנמצאים כאן, לעזוב ולחזור לארצות מוצאם או לכל ארץ שתרצה לקלוט אותם, כי יש לנו מחויבות לפתור את הבעיות החברתיות שנוצרו כאן" (עמ' 6 לפרוטוקול הדיון).

17. לאחר דברי השר, חזר היועץ המשפטי לכנסת בקצרה על עיקרי חוות דעתו (עמ' 8-14 לפרוטוקול הדיון). בין היתר, הדגיש כי "ככל שאתם רוצים להכניס תקופה של החזקה במשמורת ללא משפט למסתנן, אתם חייבים ליצור את הזיקה לאור הפסיקה, לבדיקת זהותו של המסתנן, להליכי גירוש אפקטיביים" (עמ' 9 לפרוטוקול הדיון). בנוסף, ציין כי, לדעתו, אין מקום להאריך את תקופת השהייה במתקן השהייה הפתוח מעבר לתקופה הקבועה בהצעת החוק (עמ' 11 לפרוטוקול הדיון).

18. בהמשך לכך, עו"ד דינה זילבר, המשנה ליועץ המשפטי לממשלה (ייעוץ), הציגה את עמדת היועץ המשפטי לממשלה והבהירה כי: "לגבי התקופות, אנחנו סבורים שהתקופות, הן לגבי המשמורת הסגורה של שלושה חודשים והן לגבי המתקן הפתוח של ה-20 חודשים, מהווים נוסחה שהיא מאוזנת, נוסחה שלטעמנו היא ברת הגנה בפני בג"צ. אבל כל שינוי משמעותי באבני היסוד של החוק הזה לכיוון של הקשחה, לא יהיה מקובל על היועץ המשפטי לממשלה, שהבהיר גם לראש הממשלה וגם לשר הפנים שהוא לא יגן על ההסדר. חשוב לי לשים את הדברים על השולחן" (עמ' 17 לפרוטוקול הדיון).

19. במהלך הדיון, חברי כנסת שונים הציגו את הסתייגויותיהם מן ההסדר המוצע. בכלל זה, חה"כ איילת שקד טענה כי תקופת המשמורת הקבועה בהצעת החוק והתקופה המקסימלית במתקן השהייה הפתוח אינן ארוכות מספיק לשם הגשמת תכליות ההסדר (עמ' 20-21 לפרוטוקול הדיון). לצד זאת, טענה כי ההסדר המחייב הפקדת פיקדון חודשי עבור מסתננים יוצר תמריץ למסתננים לעזוב את הארץ (שם); חה"כ מיכל רוזין טענה כי הסדר המשמורת צריך לעגן במפורש זיקה בין החזקתו של מסתנן במשמורת ובין בדיקת מעמדו ואפשרות מימוש הרחקתו, וכן הסתייגה מהפעלת מתקן השהייה הפתוח על ידי שירות בתי הסוהר (עמ' 22-23 לפרוטוקול הדיון); חה"כ תמר זנדברג טענה כי ההסדר המוצע מוביל לכליאת חפים מפשע ולא יביא מזור לתושבי דרום תל אביב (עמ' 36-38 לפרוטוקול הדיון); חה"כ דב חנין הביע דעתו כי הפתרון האמיתי לבעיה הוא פינוי מסתננים מדרום תל אביב תוך מציאת פתרונות תעסוקה ורווחה עבורם במקומות אחרים (עמ' 40-41 לפרוטוקול הדיון); חה"כ נחמן שי הבהיר כי הוא מצדד בכך שמסתננים שאינם פליטים יעזבו את הארץ, אך הביע דעתו כי מתקן השהייה הפתוח אינו מסייע בהגשמת המטרה (עמ' 52-53 לפרוטוקול הדיון).

20. גבי' ואלפורגה אנגלברכט, נציגת נציבות האו"ם לפליטים, הופיעה אף היא בפני הוועדה, והדגישה את הצורך להבחין בחוק בין מהגרי עבודה לבין מבקשי מקלט, או מי שזכאי להגנה, וכן ציינה כי כל תקופת שהייה צריכה להיות בזיקה ישירה ליכולת להחזיר את המסתננים לארצותיהם, וכי "אם אנחנו מדברים על אנשים שלא יכולים לחזור לארצות שלהם, אז 6 חודשים לא יהיה מידתי וגם לא נחוץ" (עמ' 25 לפרוטוקול הדיון).

21. כמו כן, נציגי תושבי דרום תל אביב הביעו את עמדתם באשר להצעת החוק. כך למשל, גבי שפי פז, הבהירה כי לשיטתה, 'החוק הזה הוא לא חוק מצוין. אני חושבת שכולם יודעים את זה. זה חוק שנעשה בלחץ ובחופזה, אבל מבחינתנו הוא הכרחי ולכן אנחנו נתמוך בו. הוא הכרחי למרות שהוא לא מספק, למרות שהוא לא עונה לנו על הרבה שאלות, אבל יש לו מסר אחד שמבחינתנו הוא חשוב והוא חיוני. המסר הזה הוא אמירה מאוד ברורה של המדינה, שהם לא מתכוונים להשלים עם ההשתקעות של המסתננים במדינת ישראל, דהיינו, בדרום תל-אביב או בדרומן של ערים אחרות' (עמ' 33 לפרוטוקול הדיון).

22. בהמשך אותו יום (2.12.2014), נערכה הישיבה השנייה בעניין הצעת החוק. בדיון הוחלט לפצל מהצעת החוק את כל התיקונים העקיפים הנוגעים לעובדים זרים שאינם מסתננים.

#### פרוטוקול הדיון מישיבת הוועדה מצ"ב ומסומן כנספח מ/ש/5.

23. בהמשך הדיון, דנה הוועדה בהסדר המשמורת המעוגן בסעיף 30א לחוק. יו"ר ועדת הפנים, חה"כ מירי רגב, הבהירה שלדעתה יש להאריך את התקופה המוצעת להחזקה במשמורת לתקופה שבין 6 ל-8 חודשים (עמ' 9-10 לפרוטוקול הדיון). בהמשך לחוות דעתו של היועץ המשפטי לכנסת, אף היועץ המשפטי לוועדה, עו"ד תומר רוזנר, הציע 'ליצור את הזיקה הברורה בין תקופת המשמורת לבין התכלית שלה, שהיא ברור זהותו של המסתנן וקיומו של הליך הרחקה אפקטיבי' (עמ' 9 ו-21-22 לפרוטוקול הדיון). יו"ר ועדת הפנים הבהירה כי היא תומכת בגישה זו, בציינה כי 'קייבלתי את המלצת היועץ המשפטי לכנסת, שנושא האפקטיביות של הגירוש ייכנס, ההרחקה תיכנס אל תוך החוק, לא בדברי ההסבר אלא בתוך החוק' (עמ' 24 לפרוטוקול הדיון).

24. במהלך הדיון הציעו חברי כנסת הצעות נוספות לתיקון ההסדר המוצע, ובכלל זה, ליצור הבחנה במסגרת ההסדר בין מבקשי מקלט, פליטים ואנשים הזכאים להגנה משלימה, וכן לחייב בדיקה מהירה יותר של בקשות המקלט (ראו, דברי חה"כ מיכל רוזין, בעמ' 16-18 לפרוטוקול הדיון, וכן דברי חה"כ דב חנין, בעמ' 27 לפרוטוקול הדיון). בנוסף, היועץ המשפטי לוועדה הציע לקצר את התקופה המקסימלית להחזקת המסתנן במשמורת בטרם הבאתו בפני הממונה על ביקורת הגבולות, ולעגן במפורש עילת שחרור ממשמורת למי שהיה קורבן לסחר בבני אדם, לעבדות או לעינויים (בעמ' 11 לפרוטוקול).

25. בתגובה להצעות אלה, הבהיר מר יוסי אדלשטיין, מנהל מינהל אכיפה וזרים ברשות האוכלוסין, ההגירה ומעברי הגבול (להלן: **רשות האוכלוסין**), כי קיצור תקופת ההחזקה המקסימלית של המסתנן טרם הבאתו בפני הממונה על ביקורת הגבולות אינה אפשרית, וכי פרק הזמן המוצע (5 ימים) הוא 'מינימום שבמינימום' (עמ' 19 לפרוטוקול הדיון). עו"ד דניאל סולומון, היועץ המשפטי של רשות האוכלוסין, התנגד להוספת עילת שחרור מיוחדת העוסקת בקורבנות עינויים, סחר בבני אדם או כפייה לעבדות, והבהיר כי במקרים כאלה ניתן לעשות שימוש בעילת השחרור הכללית של 'טעמים הומניטריים מיוחדים', כפי שאכן נעשה בפועל (עמ' 20 לפרוטוקול הדיון).

26. בהמשך לכך, עברה הוועדה לדון בהסדר המוצע לעניין מתקן השהייה הפתוח. היועץ המשפטי לוועדה הדגיש בהקשר זה כי, על-פי פסיקת בית המשפט הנכבד, ניהול המתקן על-ידי שירות בתי הסוהר עלול להעצים את הפגיעה בזכויות, ועל כן ביקש מהוועדה להביא זאת בחשבון בדיוניה (בעמ' 34 לפרוטוקול הדיון). כמו כן, הציע לכלול בחוק הסדר של ביקורת שיפוטית יזומה על מתן הוראת שהייה (שם). בנוסף, הציע היועץ המשפטי להרחיב את הפטור המוצע מהוראות השהייה על מי שהיה קורבן לביצוע עבירות (שם).

27. חברי הכנסת שונים הביעו את עמדתם באשר להסדר המוצע, ובכלל זה, הציעו לבטל את הפרק העוסק במתקן השהייה הפתוח, לקצר את התקופה המקסימלית להחזקת מסתנן במתקן, וכן להוסיף עילות פטור נוספות ממתן הוראת שהייה (ראו, דברי חה"כ מיכל רוזין, בעמ' 36-37 לפרוטוקול הדיון; דברי חה"כ דב חנין, בעמ' 37-38 לפרוטוקול הדיון). כן נשמעו עמדותיהם של נציגי ארגונים שונים באשר להסדר (עמ' 35 לפרוטוקול הדיון).

28. בהמשך אותו יום (2.12.2014) התכנסה הוועדה לשיבתה השלישית לדיון בהצעת החוק.

#### פרוטוקול ישיבת הוועדה מצ"ב ומסומן כנספח מ/ש/6.

29. בפתח הישיבה, התייחס עו"ד דניאל סולומון, היועץ המשפטי של רשות האוכלוסין, להערות השונות שהועלו ביחס למתקן השהייה הפתוח. בכלל זה, הבהיר כי הממשלה אינה סבורה שיש לערוך ביקורת שיפוטית יזומה על הוצאת הוראות שהייה שכן אין מדובר במתקן סגור, ולכן, לשיטת הממשלה, ניתן להסתפק באפשרות לתקוף את ההוראה בבית הדין או בבית משפט לעניינים מינהליים (עמ' 3 לפרוטוקול הדיון). עוד ציין כי אינו סבור שיש לשנות את התנאים הקבועים בסעיף המעניק פטור מהוראות שהייה למי שהיה קורבן לעבירות של החזקה בתנאי עבודת או סחר בבני אדם, וכי ההסדר הקיים "עבד יפה" (שם). לעניין הצעת יו"ר הוועדה להאריך את תקופת השהייה במתקן השהייה הפתוח ל-24 חודשים, הדגיש הוא כי התקופה הקבועה בהצעת החוק מבוססת על "האיזון הכולל שנעשה באישור היועץ המשפטי לממשלה לאחר המשמורת הסגורה" (עמ' 4 לפרוטוקול הדיון).

30. בהמשך הדיון, ציין היועץ המשפטי לוועדה, עו"ד רוזנר, כי ההסדר לעניין העסקת השוהים במתקן הפתוח דומה באופיו להסדר החל על העסקת אסירים, וכי יש בכך כדי להגביר את האופי הסגור של המתקן, וכן עמד על הצורך לבחון הוראות נוספות הנוגעות לאופן הפעלת המתקן (עמ' 10 לפרוטוקול הדיון). אף חברי כנסת שונים העירו באשר להוראות שונות הנוגעות לאופן הפעלת מתקן השהייה הפתוח, דוגמת איסור העבודה המוטל על השוהים במרכז וחובת הנוכחות במתקן (דברי חה"כ דב חנין, בעמ' 12-14 לפרוטוקול הדיון); שירותי הבריאות הניתנים לשוהים (דברי חה"כ מיכל רוזין, בעמ' 14-17 לפרוטוקול הדיון), וכן ההוראות הנוגעות לשמירה על הביטחון והמשמעת במתקן, לרבות האיסור על הכנסת חפצים למתקן (דברי חה"כ מיכל רוזין, בעמ' 27-29 לפרוטוקול הדיון).

31. בתגובה להערות אלה, התייחס באריכות מר יעקב שלום, מנהל מתקן השהייה "חולות", לתנאים במתקן. בכלל זה הבהיר כי ניתנים שירותי רווחה על-ידי עובדים סוציאליים, חוגים



ומערכת של הכשרה מקצועית (עמ' 21 לפרוטוקול הדיון). לעניין הטיפול הרפואי המוענק לשוהים במתקן ציין כי לכל "פלח" במתקן (כ-1,000 שוהים) יש רופא וחובש הנמצאים במקום במהלך שעות העבודה, וכי לאחר שעות העבודה נותר במקום חובש היכול להתייעץ עם הרופא במידת הצורך (עמ' 15 לפרוטוקול הדיון). כמו כן, ציין כי ניידת לטיפול שיניים מגיעה למתקן שלוש פעמים בשבוע (עמ' 22 לפרוטוקול הדיון). מר שלום ציין כי יש אפשרות להעסיק במתקן עד 800 שוהים במהלך כל חודש, ואולם אין לכך הענות רבה, ולכן חלוקת האוכל נעשית כיום בידי חברה חיצונית (עמ' 21 לפרוטוקול הדיון).

32. בהמשך הדיון, התייחס היועץ המשפטי לוועדה לסמכויות החיפוש במתקן, והעיר כי "אנחנו חושבים שאין כאן הצדקה לסטייה מהדין הכללי, שמאפשר חיפוש במקום רק במקרה שיש חשד לביצוע עבירת פשע" (עמ' 25 לפרוטוקול הדיון). מנגד, רפ"ק זאב חכים, נציג המשטרה, ציין כי "לדעתנו זה איזון סביר. הסמכות הזאת ניתנת אך ורק לשוטר ולא לעובד המרכז. לכן בנסיבות של ניהול המקום ושמירה על הסדר ועל ביטחון השוהים בו זו סמכות סבירה ואנחנו מבקשים לאשר אותה כך" (עמ' 38-39 לפרוטוקול הדיון).

33. עוד ציין היועץ המשפטי לוועדה כי למרות הקיצור המשמעותי של תקופת המשמורת המוטלת על שוהים במתקן השהייה הפתוח בשל ביצוע עבירות משמעת, על-פי סעיף 32כ לחוק, הרי שעדיין פרק הזמן המקסימאלי שנקבע (120 יום) ארוך יחסית לענישה משמעתית אחרת (עמ' 50 לפרוטוקול הדיון), ולביקורת בעניין זה הצטרפו גם גורמים נוספים (עמ' 51 לפרוטוקול הדיון). בתגובה, הבהיר עו"ד דניאל סולומון, היועץ המשפטי לרשות האוכלוסין, כי תקופת המשמורת המקסימלית קוצרה באופן משמעותי, ואולם "בסופו של דבר אנחנו מניחים שאנשים לא ירצו להגיע למרכז השהייה באופן התנדבותי ולכן אין ברירה אלא להפעיל תקופות משמורת כלשהן" (עמ' 52 לפרוטוקול הדיון).

34. ביום 3.12.2014 התכנסה ועדת הפנים לשיבתה הרביעית, אשר הוקדשה בעיקרה לדיון בסוגיית הפיקדון להבטחת יציאתם של עובדים זרים שהם מסתננים, אשר אינו נתקף במסגרת העתירה דנן.

העמודים הרלוונטיים מפרוטוקול ישיבת הוועדה מצ"ב ומסומנים כנספח **מ/7**.

35. ביום 8.12.2014, התכנסה הוועדה לשיבתה החמישית בעניין הצעת החוק אשר הוקדשה להמשך הדיון בעניין הסדר הפיקדון, ולהצבעות על סעיפי הצעת החוק.

פרוטוקול ישיבת הוועדה מצ"ב ומסומן **מ/8**.

36. בפתח הדיון ציינה יו"ר הוועדה כי נוכח הקשיים הקואליציוניים לא יכללו בהצעת החוק השינויים אותם ביקשה לקדם (עמ' 3 לפרוטוקול הדיון). חה"כ דוד צור הביע את תמיכתו בחוק וטען כי "אסור שחולות ייסגר. צריך לייצר פה מצב שמגבירים את התמריץ למסתננים לצאת מפה. זו האמירה שלי" (עמ' 5 לפרוטוקול הדיון). בהמשך הדיון, אישרה הוועדה את נוסח הצעת החוק לקריאה השנייה והשלישית ברוב של שישה תומכים מול ארבעה מתנגדים, ודחתה את כל ההסתייגויות לסעיפי הצעת החוק.

37. בהמשך אותו יום, נדחתה בקשתה של יו"ר הוועדה לדיון מחדש (רביזיה) בהצעת החוק.

38. ביום 8.12.2014 נדונה הצעת החוק בקריאה השנייה והשלישית במליאת הכנסת. במהלך הדיון, אושרה הסתייגות שהעלתה חה"כ מיכל רוזין, ולפיה רופא במתקן השהייה הפתוח יוכל להורות למנהל המתקן "על טיפול בשוהה בתנאים מיוחדים, ובכלל זה על שחרור השוהה מסיבות רפואיות" (סעיף 32ה(ג) לחוק).

39. בסיום הדיון, אושרה הצעת החוק בקריאה השנייה והשלישית ברוב של 47 תומכים מול 23 מתנגדים ו-3 נמנעים.

נוסח החוק כפי שפורסם ברשומות מצ"ב ומסומן **מש/9**.

### הטיעון המשפטי

40. כאמור, המשיבה תבקש לייחד את טיעונה המשפטי **לחמישה** עניינים, תוך התמקדות בהסדר המרכזי המעוגן בתיקון שעניינו במתקן השהייה הפתוח: **ראשית**, הלגיטימיות של הדיאלוג החוקתי בין הרשויות, שבמסגרתו הכנסת מחוקקת מחדש **בשינויים** חקיקה שנפסלה על-ידי בית המשפט הנכבד; **שנית**, המשיבה תטען כי התכליות העומדות ביסוד ההסדר הנוגע למתקן השהייה הפתוח הן תכליות ראויות; **שלישית**, המשיבה תעמוד על ההבדלים שבין ההסדר שנפסל בעניין **גבריסלאסי** ובין ההסדר שאומץ במסגרת התיקון החדש לעניין מתקן השהייה הפתוח וההשלכה שיש לכך על מידתיות ההסדר; **רביעית**, המשיבה תעמוד על השינוי המשמעותי שנעשה בהסדר הנוגע למשמורת המעוגן בסעיף 30א לחוק והיעדר עילה להתערבות חוקתית בו; **וחמישית**, המשיבה תטען באשר למרחב התמרון הרחב שיש להעניק למחוקק בהקשר זה, ולעדיפות לפרשנות מקיימת על פני התערבות חוקתית.

### 1. הדיאלוג החוקתי בין הרשויות

41. בפתח הדברים, תבקש המשיבה להתייחס לטענות העותרים בעניין "הדיאלוג החוקתי" שהתפתח בין הרשויות סביב סוגיית המסתננים. לאורך העתירה, העותרים חוזרים ומציגים באור שלילי את "דיאלוג החוקתי" בין הרשות השופטת לרשות המחוקקת והמבצעת, תוך שהם טוענים כי המשיבים מבקשים "להתמקח עם פסקי הדין, לחתור תחתיהם ולבחון עד כמה יכולה הממשלה להמשיך ולפגוע בזכויות אדם" (פס' 158 לעתירה); במקום אחר הם טוענים כי המשיבים "מתנהלים כמי שמנהלים מקח וממכר עם בית המשפט ובוחרים בכל פעם אמצעי שהוא (לכאורה) יותר מתון מקודמו ויעמוד, לשיטתם, במבחן המידתיות, תוך התעלמות מקביעות בית המשפט ביחס לבעייתיות הטמונה בתכליות העומדות בבסיס החוק. זה אינו דיאלוג. זוהי בריונות. זהו זלזול בקביעות בית המשפט" (פס' 300 לעתירה; וכן פס' 15-28 לעתירה). **המשיבה סבורה כי אין יסוד לטענות אלה.**

42. אכן, התיקון הנתקף בעתירה דן אינו תיקון שגרתי. אין תקדים לכך שבית המשפט הנכבד פוסל שני תיקוני חקיקה של הכנסת העוסקים באותו עניין ממש, וגם אין תקדים לחקיקת תיקון שלישי באותו עניין שאף הוא נתקף בעתירה לבית המשפט הנכבד. במסגרת הדיונים

בכנסת בעניין זה, אף נשמעה ביקורת חריפה מפי חלק מחברי הכנסת באשר לפסק דינו של בית המשפט הנכבד.

43. ואולם, יש לדחות את טענת העותרים כאילו קיים פסול עקרוני בניסיון של המשיבים לחוקק הסדר חדש ומידתי יותר באותו עניין, וכאילו המשיבים "מנהלים מקח וממכר עם בית המשפט" או מבקשים "לחתור תחת" פסקי הדין של בית המשפט הנכבד.

44. כפי שהסביר פרופ' ברק בספרו שופט בחברה דמוקרטית (2004), קביעה של בית המשפט הנכבד כי חוק מסוים אינו חוקתי אינו סוף פסוק, וגם לאחר מתן פסק דינו של בית המשפט הנכבד יכולה הרשות המחוקקת, ובמקרים מסוימים אף מחויבת, לפעול לחקיקת הסדר חדש מידתי יותר מזה שנפסל. פרופ' ברק הסביר לעניין זה כי:

**"פסק הדין אינו וטו שלאחריו אין ולא כלום. הדיאלוג נמשך. במהותו הוא אינו שונה מהדיאלוג המתקיים שעה שהשופט פירש את החוק באופן שאינו לרוחו של המחוקק. מה הן האופציות העומדות בפני המחוקק? הוא עשוי – לאחר שקילת היתרונות והחסרונות – להגיע למסקנה כי לאור אי חוקתיות החוק הוא מושך ידו מהעניין תוך שתוצאת פסק הדין נשארת על כנה. לעתים תוצאה זו אינה רצויה כלל ועיקר, שכן נוצר חלל שראוי למלא אותו בדבר חקיקה חדש. אכן, המחוקק עשוי להחליט כי מטעמים אלה ואחרים הוא מבקש להגשים את המטרה שהציב לנגד עיניו בחקוקו את החוק. מה יעשה המחוקק במצב דברים זה? ... הוא יכול לחוקק את החוק מחדש תוך הסרת ההסדר שגרם לאי החוקתיות של החוק. כך למשל אם בית המשפט קבע כי אי החוקתיות נגרמה משום שההסדר אינו מידתי, ניתן לתקן את החקיקה תוך בחירה בהסדר מידתי" (שם, בעמ' 383).**

ובהמשך,

**"הדיאלוג שעמדתי עליו מבטא את עקרון הפרדת הרשויות. המחוקק מחוקק, והשופט שופט. חוק חדש המשנה מתוצאות פסיקתו של בית המשפט, אין לפרשו כהתערבות בהליך השפיטה. הוא אינו מהווה פירוש לחוק הקודם. הוא מעשה חקיקה חדש. הוא יוצר מציאות נורמטיבית חדשה שהמחוקק רוצה בה. זו זכותו זה כוחו. הוא ביטוי של 'פרקטיקה בריאה'" (שם, בעמ' 384).**

דברים אלה הוזכרו בהסכמה על-ידי כבי המשנה לנשיאה (כתוארה אז) נאור בפסק הדין בעניין גבריסלאסי (פס' 3 לפסק דינה).

45. אף בפסק הדין בעניין גבריסלאסי ניתן ביטוי מפורש לאפשרות הנתונה לרשות המחוקקת לחוקק הסדר חדש הנוגע למתקן השהייה הפתוח, העומד במגבלות שנקבעו על-ידי בית המשפט הנכבד בפסק דינו. למעשה, בשל קיומה של אפשרות זו השעה בית המשפט הנכבד את הצהרת הבטלות של ההסדר לתקופה של 90 ימים, בהדגישו כי "בפסק דינונו בפרשת אדם לא שללנו חלופה של מרכזי שהיה פתוחים או פתוחים למחצה, תוך הטלת מגבלות מידתיות על חופש התנועה. בנסיבות אלו, יש להותיר בידי המחוקק פרק זמן מתאים כדי לעשות כן ... הנחתי היא כי די יהיה בתקופת זמן בלתי מבוטלת זו כדי לגבש הסדר חקיקתי מתאים, שיעמוד במגבלות הנגזרות מחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו" (פס' 189 לפסק דינו של כבי השופט פוגלמן).

כך גם בהמשך פסק הדין ציין כבי השופט פוגלמן כי "במצב דברים זה – אין מנוס מביטולו המלא של ההסדר, באופן שיאפשר למחוקק, אם יחפוץ בכך, להביא תחתיו הסדר אחר

הכולל תקופה מירבית מידתית להחזקה במרכז השהייה ועילות לשחרור ממנו (פס' 195 לפסק דינו).

46. הנה כי כן, מדברים אלה ברור כי מה שהעותרים מכנים "מקח וממכר" הוא למעשה אותו "דיאלוג חוקתי" לגיטימי שאותו הזכיר פרופ' ברק בספרו המצוטט לעיל. אכן, הרשות המבצעת והרשות המחוקקת היו יכולות לאמץ את המדיניות המועדפת, ככל הנראה, על העותרים ולפעול לשילובם של המסתננים בשוק העבודה והשתקעותם בישראל. ואולם, הן רשאיות גם לדבוק בגישתן העקרונית, **השונה במהותה מזו של העותרים**, ולבקש להגשים את מדיניותן תוך בחירה בהסדר מידתי יותר, אשר יעמוד במגבלות החוקתיות שקבע בית המשפט הנכבד. כדברי פרופ' ברק, זו זכותו של המחוקק. וזה כוחו.

## 2. ההסדר החקיקתי המעוגן בפרק ד' לחוק נועד לתכלית ראויות

47. **המשיבה תטען כי יש לדחות את טענות העותרים כאילו התכליות העומדות ביסוד הפעלתו של מתקן השהייה הפתוח אינן תכליות ראויות.**

48. בדברי ההסבר של הצעת החוק מובהר כי "מטרת הקמתו של מרכז השהייה היא לספק למסתנן את צרכיו מצד אחד, ולמנוע את השתקעותו ועבודתו במרכזי הערים בישראל, מצד אחר. בכך יש גם כדי להקטין את התמריץ להסתננות לישראל ולהשתקעות במרכזי הערים של מסתננים המצויים כבר בישראל" (עמ' 428 להצעת החוק).

49. מן האמור עולה כי למתקן השהייה הפתוח **שלוש** תכליות עיקריות, השלובות זו בזו: **ראשית**, מניעת השתקעותם של מסתננים בריכוזי האוכלוסין והשתלבותם בשוק העבודה; **כפועל יוצא**, הקטנת התמריץ למסתננים השוהים בישראל להמשיך ולשהות בה ולמסתננים חדשים להיכנס לארץ; **ולבסוף**, מתן מענה לצרכיהם של המסתננים הנותרים במדינה ואינם יכולים לעבוד. **המשיבה סבורה כי מדובר בתכליות ראויות.**

50. ככל שמדובר בתכלית שעניינה מניעת השתקעותם של מסתננים בריכוזי האוכלוסין והשתלבותם בשוק העבודה, הרי שחלק משופטי ההרכב שהתייחסו לתכלית זו בפסק הדין בעניין **גבריסלאסי** (ובעניין **אדם**) הבהירו **בצורה מפורשת** כי מדובר לדעתם **בתכלית ראויה**, ואף כבי השופט פוגלמן אשר הביע ספקות באשר לתכלית זו, נמנע מקביעה מפורשת בעניין.

51. כך, כבי השופטת ארבל הדגישה בעניין **אדם** כי התכלית שעניינה מניעת השתקעות "אינה מעוררת לטעמי קושי" והוסיפה בהקשר זה כי "כידוע, למדינת ישראל יש זכות לקבוע את מדיניות ההגירה לתוכה הנובעת מאופייה הריבוני של המדינה" (פס' 84 לפסק דינה). על עמדה זו חזרה כבי השופטת ארבל גם בעניין **גבריסלאסי** (פס' 5 לפסק דינה).

בדומה, כבי השופט ג'ובראן ציין כי "אני סבור כי התכלית של מניעת השתקעות והשתלבות, כשלעצמה, **אינה בלתי לגיטימית** ... **שאיפה של המדינה למנוע השתקעותם של מסתננים בערים היא אחד מביטוייה של מדיניות ההגירה** ... בבסיס מדיניות זו עומדים אינטרסים

חיוניים. תכליתם של אינטרסים אלה מבטאת ההגנה על החברה מפני ההשלכות השליליות שעלולות להיות תוצאתה של תופעת ההסתגנות" (שם, פסי' 7-8 לפסק דינו).

נראה כי מסקנה דומה עולה גם מדברי כב' השופט עמית, אשר בהתייחסו להסדר המשמורת בסעיף 30א לחוק הדגיש את ה"תכלית הראויה עד מאוד של הגנה על ריבונותה של המדינה על כל הכרוך בכך" (שם, פסי' 10 לפסק דינו).

כך גם עולה מפסקי הדין של שופטי המיעוט, כך למשל, כב' הנשיא גרוניס, אשר הדגיש בפסק דינו כי "יש להתחשב בעקרון הריבונות, המעניק למדינה שיקול דעת רחב לקבוע את מדיניות ההגירה וההשתקעות בה, על כל המשתמע מכך" (שם, פסי' 18 לפסק דינו).

מנגד, כב' השופט פוגלמן הביע ספק אם אכן, התכלית שעניינה מניעת השתקעות והשתלבות בשוק העבודה היא תכלית ראויה, אולם נמנע מלהכריע בשאלה נוכח קביעתו כי ההסדר אינו עומד במבחני המידתיות (פסי' 103 לפסק דינו בעניין גבריסלאסי).

52. אכן, כפי שעולה מן הדברים האמורים, קביעת מדיניות ההגירה של המדינה, ובכלל זה קבלת החלטה כי אוכלוסייה מסוימת, אשר נכנסה בצורה בלתי חוקית למדינה, אינה צריכה להשתקע במדינה ולהשתלב בעבודה בה, נובעת מעקרון הריבונות, ומצויה בליבת הפררוגטיבה של הממשלה והמחוקק. בהקשר זה עמד בית המשפט הנכבד לא פעם על "זכותה הפררוגטיבית של המדינה להחליט מעת לעת על מדיניות הגירה כנראה לה, מדיניות שבכוחה לעצב את פני המדינה ואת פני החברה בה. זכות פררוגטיבית זו של המדינה, קומת חוקה לה, וממילא יש בה כדי לעצב את תחומי פרישתה של הזכות לקיום חיי משפחה" (בג"ץ 7052/03 עדאלה – המרכז המשפטי לזכויות המיעוט הערבי בישראל נ' שר הפנים, פ"ד סא(2) 202, פסי' 62 לפסק דינו של כב' המשנה לנשיא חשין (2006)).

אשר על כן, ברי כי מדובר בתכלית ראויה.

53. תכלית נוספת, הנובעת וכרוכה בתכלית שעניינה מניעת השתקעות והשתלבות בעבודה, היא הקטנת התמריץ הקיים למסתננים להישאר בישראל (ולמסתננים חדשים להיכנס לארץ). בניגוד לטענת העותרים, עניינה של תכלית זו אינה ב"הפיכת חייהם [של המסתננים] לכה קשים עד שיעדיפו לקחת על עצמם סיכון של זניחת בקשותיהם למקלט, או חזרה למקום בו עלולה להישקף להם סכנה" (פסי' 247 לעתירה), אלא בהקטנת התמריץ הכלכלי להשתקעות בארץ באמצעות הגבלת אפשרויות ההשתקעות במרכזי הערים וההשתלבות בעבודה מן המסתננים השוהים במתקן שהיה הפתוח.

54. המשיבה סבורה כי גם זו תכלית ראויה, המתיישבת עם הפררוגטיבה הרחבה המוקנית למדינה לקבוע את הסדרי ההגירה הנהוגים בה.

55. אכן, לצד הכלל האוסר על גירוש אדם למדינה שבה נשקפת סכנה לחייו, הדין הישראלי והבינלאומי אינם מונעים מאדם לבחור, מרצונו החופשי, לצאת מן המדינה למדינה שממנה יצא או למדינה שלישית (עניין גבריסלאסי, פסי' 109 לפסק דינו של כב' השופט פוגלמן).

אמנם, כפי שציין בית המשפט הנכבד בעניין **גבריסלאסי**, אם מופעלים על המסתנן "אמצעים חריפים ופוגעניים במיוחד" יש בכך כדי לפגוע במידת "הרצוניות" של יציאתו מן הארץ (שם, פס' 110 לפסק דינו). ואולם, המשיבה סבורה כי אין בכך כדי להוביל למסקנה כי **עצם התכלית שעניינה בהקטנת התמריץ הכלכלי בהישארות בישראל אינה לגיטימית, ואף קשה לראות בהקטנת התמריץ הכלכלי משום "אמצעי חריף ופוגעני במיוחד" השולל את הרצון החופשי של המסתנן בהקשר זה.**

56. יצויין כי על-פי ועדת האו"ם למשפט בינלאומי, הקביעה כי יציאה של שוהה בלתי חוקי אינה "רצונית" מחייבת רף הוכחה גבוה, ובכלל זה, יש לבסס כי נשללה ממנו **כל אפשרות אמיתית להישאר במדינה** - "coercive measures which deprive an alien of any real choice" (U.N. Secretariat, Expulsion of Aliens, ) "other than to leave the country Memorandum by the Secretariat, Int'l Law Comm'n, U. N. Doc. A/CN, 4/565 (July 10, 2006), פס' 68-69.

אכן, כפי שציין כב' השופט פוגלמן בעניין זה, "קשיים מסוימים הם מנת חלקו של כל אדם הבוחר להגר למדינה אחרת בצורה בלתי מוסדרת. לא ניתן – ובמובנים מסוימים לא רצוי – להעלים כליל" (עניין **גבריסלאסי**, פס' 113 לפסק דינו).

57. אשר על כן, גם התכלית שעניינה בהקטנת התמריץ של המסתננים להישאר בישראל (או של מסתננים חדשים להיכנס לישראל) באמצעות הגבלת האפשרות שלהם להשתקע במרכזי הערים ולעבוד שם היא תכלית ראויה.

58. לבסוף, ככל שמדובר בתכלית שעניינה מתן מענה לצרכיהם של המסתננים אשר נמנעת מהם האפשרות לעבוד, הרי שבית המשפט הנכבד קבע בצורה חד-משמעית כי מדובר בתכלית ראויה (עניין **גבריסלאסי**, פס' 104 לפסק דינו של כב' השופט פוגלמן).

59. בהקשר זה יש לדחות את טענות העותרים (פס' 283-289 לעתירה), המבקשות למעשה למוג בין בחינת קיומה של תכלית ראויה ובין האמצעים שנועדו להגשמתה. אכן בעת בחינת התכלית, אין מקום להתייחס לשאלה אם השמת מסתננים במתקן פתוח "יתקדם את המטרה עליה הצהירו" (פס' 288 לעתירה) שכן שאלה זו נוגעת לבחינת המידתיות. כפי שהסביר כב' השופט ג'ובראן בעניין **אדם**, "ניסיון לאמוד את עוצמת הפגיעה כבר בשלב בחינת התכלית, עלול להקשות על מלאכה עדינה זו" היא אף "מקדימה שלא לצורך את העיסוק בעוצמת הפגיעה אל שלב בחינת התכלית הראויה, ומקשה עליה" (פס' 8-9 לפסק דינו).

60. סיכומו של דבר, המשיבה סבורה כי שלוש התכליות העומדות ביסוד ההסדר הנוגע למתקן שההייה הפתוח הן תכליות ראויות.

3. ההסדר שנקבע לעניין מתקן השהייה הפתוח מבקש ליישם את הנחיות בית המשפט הנכבד בפרשת גבריסלאסי - יש בכך כדי להשליך על מידתיותו

61. כאמור, לצד טענות העותרים בעניין התכליות של ההסדר העוסק במתקן השהייה הפתוח, מעלים הם גם טענות באשר למידתיותו. בהקשר זה, עושים העותרים מאמץ ניכר כדי להמעיט בחשיבותם של ההבדלים בין ההסדר החדש ובין ההסדר שנפסל בפסק הדין בעניין **גבריסלאסי**. פעם אחר פעם מסבירים העותרים כי "מדובר באותה גברת בקיצור אדרת, ולא בשינוי מהותי של ההסדרים שנקבעו" (פסי' 345 לעתירה), או כי "מעבר לכך – דבר לא השתנה. המתקן הוא אותו מתקן, הסדריו הם אותם הסדרים וסל הזכויות הדל שמובטח למוחזקים בו נותר כשהיה" (פסי' 100 לעתירה).

62. העותרים אף מוסיפים וטוענים כי פסק הדין הקודם "לא פסל את תיקון מס' 4 אך בשל אורך תקופת ההחזקה ב'מתקן השהייה' ואף לא רק בשל מספר ההתייצבויות. בית המשפט עמד בעניין **איתן** על כך שעצם שגרת החיים במתקן כזה, המנוהל על ידי שירות בתי הסוהר, שבו נשללת הזכות לפרטיות ואנשים נמצאים בו חסרי מעש ללא תנאים מעבר לאלה הדרושים להישרדותם הפיזית, היא שאינה חוקתית" (פסי' 358 לעתירה).

63. **המשיבה סבורה כי יש לדחות טענות אלה.**

64. **ראשית**, בניגוד לטענות העותרים, קיימים **הבדלים מהותיים** בין ההסדר החדש העוסק במתקן השהייה הפתוח ובין ההסדר שנפסל בפסק הדין בעניין **גבריסלאסי**, בוודאי שלא ניתן לומר כי מדובר ב"אותה גברת בקיצור אדרת".

65. **שנית**, וחשוב מכך, בניגוד לטענות העותרים, **וכמפורט בהרחבה להלן**, בפסק הדין בעניין **גבריסלאסי** בית המשפט הנכבד לא שלל בצורה גורפת את האפשרות להקים מתקן שהייה פתוח, אלא עמד על מרכיבים מסוימים בהסדר המובילים לקביעה בדבר אי חוקתיות. **השינויים שנעשו בהסדר נוגעים בדיוק לאותם מרכיבים אשר עליהם הצביע בית המשפט הנכבד כבלתי חוקתיים בפסק הדין הקודם בעניין זה, ונועדו לתת מענה לקביעות בית המשפט בעניין זה.**

66. המשיבה סבורה כי לעובדה שהמרכיבים ששנו בהסדר הם אלו שעליהם הצביע בית המשפט הנכבד בפסק הדין הקודם כבלתי חוקתיים, יש השלכות ברורות על עמידתו של ההסדר במבחני המידתיות בכלל, ובמבחן המידתיות השלישי (המידתיות במובן ה"צר") בפרט. אכן, כפועל יוצא מן "הדיאלוג החוקתי" שבין הרשויות, אם בית המשפט הנכבד מצביע על רכיבים מסוימים המובילים לקביעה בדבר אי חוקתיותו של הסדר מסוים, תיקון משמעותי של רכיבים אלה, בהתאם להערות בית המשפט הנכבד, כפי שנעשה במקרה דנן, **מביא לכך שההסדר החדש יעמוד במבחני המידתיות**. זאת בוודאי בהתחשב במרחב התמרון הרחב הנתון למחוקק בהקשר זה, כמפורט בפרק (5) להלן.

דברים ברוח זו אף נאמרו על-ידי כבי' השופט הנדל בעניין **גבריסלאסי**, בו ציין כי "על מנת לתרום לשיח בין בית המשפט לבין הממשלה והכנסת, אוסיף הערה אחרונה. ניתן להבין, וכך

דעתי, את עמדת חבריי באופן הבא ... **באשר למרכז השהייה הפתוח, נדמה כי ניתן לשנות חלק מהתנאים בהתאם לביקורת החוקתית של חבריי ובכפוף לכך להשאירו על כנו** (פס' 14 לפסק דינו).

67. זאת ועוד, העתירה מרחיבה מאוד באשר לתנאי המחיייה של השוהים במתקן השהייה הפתוח, ואף מבקשת לבסס את טיעונה החוקתי על תנאים אלה (ראו למשל, פס' 358 לעתירה). בכלל זה, מפרטים העותרים באשר לשיעור "דמי הכיס" המשולמים לשוהים, אשר משפיעים, לטענתם, על יכולתם האפקטיבית של השוהים לעזוב את המתקן (פס' 108, 196 ו-352 לעתירה), באשר לציוד המסופק לשוהים (פס' 115 לעתירה), באשר לשירותי התרבות והתעסוקה הניתנים לשוהים (פס' 116-122 לעתירה), באשר לארוחות המסופקת לשוהים (פס' 123-124 לעתירה), באשר לשירותי הבריאות המסופקים להם (125-128 לעתירה) וכיוצא באלה.

68. ואולם, חשוב לזכור כי תנאי מחייה אלה אינם מתחייבים מלשונן של התיקון החדש, אלא נובעים מאופן **יישומו** בידי הרשות המבצעת. על כן, הם אינם יכולים להוביל לקביעה בדבר אי עמידתו של ההסדר במבחני המידתיות ו**פסילתו במישור החוקתי**, אלא לדיון **במישור המינהלי** באשר לאופן הפעלתו של ההסדר בידי הרשות המבצעת ולתנאים שיש לספק לשוהים בו.

69. אכן, בחוק מובהר כי **"במרכז השהייה יסופקו לשוהה תנאי מחיה הולמים, ובכלל זה שירותי בריאות ורווחה"** (סעיף 32 לחוק). לצד זאת, נקבע כי **"יהשר לביטחון פנים, בהסכמת שר האוצר, רשאי לקבוע הוראות לעניין תשלום דמי כיס או מתן הטבה אחרת, לשוהה במרכז, בשיעורים ובמועדים שיקבע..."** (סעיף 32א לחוק). מובן שאין בהוראות אלה כדי לחייב שיעור מסוים של "דמי כיס", או רמה מסוימת של מזון ושירותי בריאות לשוהים במתקן. על כן, תנאי מחיה אלה גם אינם יכולים לשמש בסיס לקביעה כי ההסדר **אינו חוקתי**, אלא, לכל היותר, להוביל למסקנה כי חוקתיותו מותנית במתן תנאים מסוימים לשוהים במתקן. דברים אלה אף עולים בקנה אחד עם גישתו של בית המשפט הנכבד, אשר תפורט להלן, להעדיף פרשנות המקיימת את החוק על פני התערבות חוקתית בו.

70. נעבור אם כן, ראשית, לקביעות העיקריות של בית המשפט הנכבד בפרשת **גבריסלאסי** בכל הנוגע למתקן השהייה הפתוח, ובהמשך, נראה כיצד התיקון החדש מיישם קביעות אלה.

#### קביעות בית המשפט הנכבד בעניין מתקן השהייה הפתוח

71. בסיכום חוות הדעת העיקרית בפסק הדין בעניין **גבריסלאסי**, של כב' השופט פוגלמן, הוזכרו ההיבטים מרכזיים בהסדר הנוגע למתקן השהייה הפתוח, אשר הובילו להכרזה על אי חוקתיותו, כדלקמן:

יעמדנו על ההסדר הקבוע בסעיף 32ח(א) לחוק שמכוחו **נדרש מסתנן להתייצב לשלוש ספירות יומיות**. מצאנו כי הסדר זה פוגע בזכות לחירות ובזכות לכבוד **באופן שאינו מידתי**.



בחנו גם את הקשיים שמעורר סעיף 32ג לחוק, המסמיך את שירות בתי הסוהר להפעיל את מרכז השהייה. הערנו כי אף שקשיים אלה אינם עולים כדי פגיעה עצמאית בזכויות חוקתיות, יש בהם כדי להעצים את הפגיעה הקיימת ממילא במרכז השהייה.

בהמשך, דנו בהעדרן של הוראות המגבילות את משך השהייה במרכז השהייה או קובעות עילות לשחרור ממנו. ראינו כי חסרון של הוראות מסוג זה מעצים את הפגיעה בזכות לחירות, ופוגע פגיעה עצמאית בזכות לכבוד. סברנו כי פגיעה זו אינה מידתית, וכי די בה – כשלעצמה – כדי להניח עילה לביטול של פרק ד' לחוק כולו. סקרנו את ההסדר הקבוע בסעיף 32כ לחוק, שעניינו סמכות מינהלית להעביר מסתנן למשמורת. הסדר זה נמצא ככזה הפוגע הן בזכות לחירות, הן בזכות להליך הוגן בשל כך שלהחלטת הרשות המינהלית לא נלווית ביקורת שיפוטית יזומה. דעתנו הייתה כי גם הסדר זה אינו מידתי.

לבסוף, מצאנו כי פרק ד' לחוק כולו אינו מידתי אף נוכח הצטברותם של ההסדרים הבלתי חוקתיים המרכיבים אותו. משכך, קבענו כי פרק ד' לחוק אינו צולח – גם מכלול – את הבחינה החוקתית" (פסי' 208 לפסק דינו).

72. הנה כי כן, כבי' השופט פוגלמן התייחס לשלושה מרכיבים בהסדר הקודם אשר אינם חוקתיים כשלעצמם – (1) חובת ההתייצבות לשלוש ספירות יומיות; (2) היעדר הוראות המגבילות את משך השהייה במרכז השהייה או קובעות עילות שחרור ממנו; ו-(3) הסמכות המנהלית להעביר מסתנן למשמורת, אשר לא נלווית לה ביקורת שיפוטית יזומה. לצד זאת, התייחס כבי' השופט פוגלמן למרכיב נוסף המעורר קשיים, שאינו עולה כדי פגיעה עצמאית בזכויות חוקתיות – הפעלת מרכז השהייה בידי שירות בתי הסוהר. כבי' השופט פוגלמן אף קבע שהצטברותם של מרכיבים אלה מובילה לאי חוקתיותו של ההסדר בכללותו.

73. שופטים אחרים בהרכב, שנמנו עם הרוב לעניין זה, הדגישו כי הכרעתם באשר לאי חוקתיותו של ההסדר הנוגע למתקן השהייה הפתוח מתוחמת עוד יותר ונובעת בעיקר משני הרכיבים הראשונים שהוזכרו לעיל, קרי: חובת ההתייצבות לשלוש ספירות יומיות והיעדר הוראות המגבילות את משך השהייה במרכז השהייה והקובעות עילות שחרור ממנו (ראו לעניין זה, פסי' 4 לפסק דינה של כבי' המשנה לנשיא (כתוארה אז) נאור; פסי' 4 לפסי' דינו של כבי' השופט עמית; פסי' 2 לפסק דינה של כבי' השופטת חיות).

שני שופטי המיעוט – כבי' הנשיא גרוניס וכבי' השופט הנדל – סברו כי די בביטולה של חובת ההתייצבות במתקן השהייה בצהריים כדי להפוך את ההסדר לחוקתי (פסי' 28-29 לפסק דינו של כבי' הנשיא גרוניס; פסי' 14 לפסק דינו של כבי' השופט הנדל).

74. חלק משופטי הרוב אף הבהירו במפורש כי אינם רואים כל פסול בהפעלת מתקן השהייה על-ידי שירות בתי הסוהר. כך, כבי' השופט ג'ובראן הדגיש כי "חזקה על שב"ס שיפעיל סמכויותיו באופן סביר ומידתי" וכי "אין מניעה שבמתווה נורמטיבי אחר שישדיר את דרכי פעולתו של מתקן השהייה באופן מידתי – השב"ס יהא זה שיופקד על ניהולו, בכפוף להכשרה המוקדמת שקיימת כבר בתיקון 4" (פסי' 12 לפסק דינו). אף כבי' השופט עמית ציין כי "כשלעצמי, אף איני סבור כי ניהול מרכז השהייה על ידי השב"ס הוא ש'צובע' את המרכז כמתקן כליאה, באשר רשאית המדינה להסמיך גוף או גורם מטעמה לטפל במשימות שונות שהזמן גרמן, בהתאם לצרכים ולמיומנויות הנדרשים לאותה משימה" (פסי' 4 לפסק דינו).

בדומה, שני שופטי המיעוט סברו כי אין כל פסול בהפעלת המתקן על-ידי שירות בתי הסוהר. כבי' השופט הנדל הבהיר לעניין זה כי **"במדינות רבות הטיפול וההשגחה על אוכלוסיית המסתננים מוטלים על שירות בתי הסוהר"**. כך הוא הוא המצב בארצות הברית, בקנדה, בדנמרק, בניו זילנד ובאירלנד (לעיל, *Global Detention Project*). הנה כי כן לא ניתן לומר כי בחירת המחוקק הישראלי להפעיל את מרכז השהייה הפתוח בידי שירות בתי הסוהר היא חריגה וקיצונית בהשוואה לנהוג במדינות המערב. אוסיף כי גם לגופו של עניין לא שוכנעתי כי יש בכך קושי של ממש מבחינה חוקתית, בהשוואה לחלופות" (פסי' 7 לפסק דינו; וראו גם פסי' 30-31 לפסק דינו של כבי' הנשיא גרוניס).

75. סיכומו של דבר, בניגוד לטענות העותרים, לא ניתן ללמוד מפסק הדין בעניין **גבריסלאסי**, כאילו בית המשפט הנכבד קבע כי קיים פסול עקרוני במתקן שהייה פתוח. למעשה, בית המשפט הנכבד הצביע בפסק הדין על מרכיבים **מסוימים** בהסדר הקודם שהובילו לקביעה בדבר אי חוקתיותו. אם נסכם את עמדות השופטים באשר למרכיבים שונים אלה, נגיע למסקנות הבאות:

- **מרכיב אחד** בהסדר אשר אי חוקתיותו הייתה מוסכמת על כלל שופטי ההרכב היה: חובת ההתייצבות לשלוש ספירות יומיות.
- **מרכיב שני** בהסדר אשר אי חוקתיותו הייתה מוסכמת על שופטי **הרוב** היה: היעדר הוראות המגבילות את משך השהייה במרכז השהייה והקובעות עילות שחרור ממנו.
- **מרכיב שלישי** אשר אי חוקתיותו הייתה מוסכמת על שופטי **הרוב** (אף כי מרכזיותו הייתה שנויה במחלוקת): הסמכות המנהלית להעביר מסתגן למשמורת, אשר לא נלווית לה ביקורת שיפוטית יזומה.
- באשר ל**מרכיב הרביעי** – הפעלת המתקן על-ידי שירות בתי הסוהר – כאמור, כבי' השופט פוגלמן סבר כי מדובר במרכיב בהסדר המעורר קשיים אך אינו עולה כדי פגיעה עצמאית בזכויות חוקתיות. מנגד, שופטים אחרים (מקרב שופטי הרוב וכן שופטי המיעוט), סברו כי **אין כל בעייתיות במאפיין זה של ההסדר**.

#### יישום קביעות בית המשפט הנכבד במסגרת התיקון החדש

76. אם נעבור לבחון את ההסדר הנוגע למתקן השהייה הפתוח במסגרת התיקון החדש, נמצא כי **המרכיבים ששונו בצורה משמעותית במסגרת התיקון החדש הם בדיוק אותם שלושה מרכיבים אשר, כאמור, בית המשפט הנכבד קבע כי אינם חוקתיים כשלעצמם:**

77. **ראשית**, בוטלה הדרישה כי כל שוהה במתקן יתייצב לשלוש ספירות יומיות, ונקבעה חובת התייצבות **אחת**, בסמוך לשעת סגירת המרכז בלילה (ס'32ח(ב) לחוק). מובן שמדובר בשינוי משמעותי ביותר העולה בקנה אחד עם פסיקתו של בית המשפט הנכבד, אשר הדגיש לעניין זה כי **"ספירות הצהריים, המתווספת לספירות הנוהגות בבוקר ובערב – משמעותה כי**

עזיבתו של המסתנן את מרכז השהייה היא כמעט חסרת תוחלת... אין דין חיוב המסתנן לשהות בלילות במרכז שהייה – שאז יכול הוא – למצער במהלך היום – ... [לעסוק ב] פעילויות הכרוכות בהגשמת האוטונומיה שלו – בדין חיוב מסתנן להתייצב במרכז השהייה גם בצהרי היום" (פס' 127 ו-131 לפסק דינו של כב' השופט פוגלמן).

78. שנית, בניגוד לתיקון מס' 4 שבו לא נקבעה כל מגבלה פורמאלית על משך השהייה במתקן השהייה הפתוח אך דובר בהוראת שעה לשלוש שנים (36 חודשים), בתיקון החדש נקבעה תקופת שהייה מקסימאלית של 20 חודשים (סעיף 32כא(א) לחוק).

79. ודוק, השינוי בהקשר זה הוא כפול שהרי אין מדובר רק בקיצור התקופה מ-36 חודשים ל-20 חודשים, אלא גם במתן ודאות לשהיה באשר למועד סיום תקופת השהייה במתקן.

80. גם בכך יש כדי לענות על קביעתו הברורה של בית המשפט הנכבד כי: "בראש ובראשונה – וזה עיקר הדברים – פרק ד' לחוק אינו חוקתי בשל כך שאין הוא קובע מגבלת זמן לעניין שהייה במרכז השהייה או מציע כל עילה לשחרור ממנו" (פס' 194 לפסק דינו של כב' השופט פוגלמן). החשיבות בהבטחת ודאות בהקשר זה, עלתה גם בפסקי דינם של חברים אחרים בהרכב, אשר ציינו כי "הנפקות המעשית של הוראות פרק ד' לחוק היא כמעט-כליאה של אנשים לתקופה שלכאורה מוגבלת 'רק' לשלוש שנים, אך גם בסופה אי ודאות" (פס' 3 לפסק דינו של כב' השופט עמית); וכי "חירותו מוגבלת, אם כן, באופן משמעותי ואף לא ניתן לו אופק לשאוף אליו, שכן השהייה במתקן אינה מוגבלת בזמן" (פס' 11 לפסק דינה של כב' השופטת ארבל).

81. בנוסף, נקבע בתיקון החדש כי לא יינתנו הוראות שהייה במתקן השהייה לקבוצות אוכלוסייה ייחודיות, ובהן: קטינים, נשים, מי שגילו עולה על 60 שנים, קורבנות סחר בבני אדם או החזקה בתנאי עבדות, הורה לקטין הסמוך על שולחנו בישראל, ומי שממונה ביקורת הגבולות שוכנע כי מצבו הבריאותי (לרבות בריאותו הנפשית) מצדיק זאת (ס' 32ד(ב) לחוק). יש בכך כדי לתת מענה לקביעה כי יש לקבוע הסדרים מיוחדים 'לאוכלוסיות פגיעות במיוחד' (פס' 187 לפסק דינו של כב' השופט פוגלמן).

82. שלישית, בכל הנוגע לסמכות המינהלית להעביר מסתנן המצוי במתקן השהייה הפתוח למשמורת בשל ביצוע עבירות משמעת שונות (לפי סעיף 32כ(ז) לחוק), נקבעה ביקורת שיפוטית יזומה של בית הדין למשמורת על כל החלטה לפי סעיף זה, בהקדם האפשרי, ולא יאוחר מתום 96 שעות מתחילת החזקתו במשמורת (סעיף 32כ(ז) לחוק). כמו כן, קוצרו משמעותית תקופות השהייה במשמורת מכוח הסעיף, כך שהתקופה המירבית הועמדה על 120 ימים במקום שנה בהסדר הקודם (סעיף 32כ(ב)-(ד) לחוק). גם תיקונים אלה נועדו לתת מענה לדגשים שעלו בפסק הדין ושהוזכרו לעיל.

83. סיכומו של דבר, ההסדר החדש הנוגע למתקן השהייה שונה בצורה משמעותית מן ההסדר שנפסל בפסק הדין בעניין גבריסלאסי, והשינויים שנעשו בהסדר מתקנים בדיוק את אותם מרכיבים אשר עליהם הצביע בית המשפט הנכבד בפסק הדין האמור. כאמור, בהקשר זה יש

לדחות את ניסיונם של העותרים "לקרוא" לתוך פסק הדין את מה שאין בו, ובכלל זה, פסילה מוחלטת של האפשרות להפעיל מתקן שהייה פתוח, או פסילת האפשרות להפעלתו בידי שירות בתי הסוהר. גם אין לבסס את אי חוקיותו של ההסדר על מרכיבים הנוגעים לאופן **יישום** על-ידי הרשות המבצעת.

84. אשר על כן, דין טענות העותרים באשר לאי חוקיותו של ההסדר המעוגן בפרק ד' - להידחות.

#### 4. אין מקום לפסילתו של ההסדר הנוגע למשמורת המעוגן בסעיף 30א לחוק

85. לצד ההסדר הנוגע למתקן השהייה הפתוח, במסגרת התיקון החדש נחקק מחדש סעיף 30א לחוק, שעיקרו קביעת תקופת משמורת מקסימלית של **שלושה חודשים** למסתננים "חדשים", אשר ייכנסו לישראל לאחר תחילתו של התיקון החדש, וזאת במקום תקופת משמורת של **שנה** שנקבעה בתיקון מס' 4, ונפסלה על-ידי בית המשפט הנכבד בעניין **גבריסלאסי**.

86. התכלית המרכזית של הסדר זה היא **למצות את הליכי הזיהוי והגירוש של מסתנן**. לעניין זה מובהר בדברי ההסבר של הצעת החוק כי:

*"קביעת תקופת משמורת בת שלושה חודשים, הארוכה מהתקופה הקבועה בחוק הכניסה לישראל (60 ימים), נדרשת בין השאר כדי למצות את הליכי הזיהוי והגירוש של מסתנן, ובכלל זה זיהוי מוצאו, הסדרת מסמכי נסיעה בעבורו ומיצוי אפיקי יציאתו או הרחקתו מישראל. הניסיון מלמד כי מדובר בהליכים מורכבים, האורכים זמן רב יותר מהתקופה המרבית להחזקה במשמורת לפי חוק הכניסה לישראל, וזאת בין השאר, אך לא רק, בשל הניסיון של חלק מן המסתננים להזדהות כבעלי נתינות שונה מנתינותם, או כבעלי זהות בדויה או שאולה, בשונה ממי שנכנס לישראל בצורה מסודרת דרך תחנת גבול" (עמ' 425 להצעת החוק) (מ/ש/1).*

**אין מחלוקת כי מדובר בתכלית ראויה**, הנגזרת מכך שילמדינה פררוגטיבה רחבה לקבוע מי יבוא בשעריה, לכמה זמן ובאילו תנאים, באופן שיאפשר את פעילותה התקינה ואת ההגנה על זכויות אזרחיה ותושביה" (עניין **גבריסלאסי**, פס' 51 לפסק דינו של כב' השופט פוגלמן).

87. בנוסף, מדברי ההסבר להצעת החוק עולה כי להסדר המשמורת יש תכלית נוספת, שעניינה בהעמדת 'חסם נורמטיבי ... אשר יצמצם את המוטיבציה של מסתננים פוטנציאליים להגיע לישראל" (עמ' 424 להצעת החוק). בפסק הדין בעניין **גבריסלאסי**, הביע בית המשפט הנכבד ספק האם מדובר בתכלית ראויה, אולם נמנע מקביעת מסמרות בעניין זה (ראו, פס' 52 לפסק דינו של כב' השופט פוגלמן).

88. מכל מקום, המשיבה תטען כי לצורך בחינת מידתיותו של הסדר המשמורת, די בהתמקדות בתכלית הראשונה, שכן נראה כי פרק הזמן שנקבע בתיקון החדש – שלושה חודשים – הוא פרק זמן העולה בקנה אחד עם הגשמתה של תכלית זו, ואף מתיישב עם המקובל בעולם בהקשר זה (ראו דיון נרחב במשפט משווה – עניין **גבריסלאסי**, פס' 73-77 לפסק דינו של כב' השופט פוגלמן).

89. בעת בחינת מידתיותו של ההסדר, קשה לחלוק על כך שהקיצור המשמעותי של תקופת המשמורת, **משנה לשלושה חודשים**, תורם במידה רבה למידתיותו של ההסדר. בית המשפט הנכבד עמד על החשיבות בבחינת ההיבט "הכמותי" בהקשר זה, בצינו כי "כשמדובר בשלילת חירות במובנה הבסיסי ביותר, הרי שההבדל בין שלילתה לתקופה של **חצי שנה** לבין שלילתה למשך **שנה** – **הבדל ניכר הוא**" (שם, פס' 193 לפסק דינו של כב' השופט פוגלמן). כאמור, בהסדר דנן, אין מדובר רק בקיצור לתקופה של **חצי שנה** אלא **לשלושה חודשים**.

יתר על כן, תקופת הזמן שנקבעה ארוכה רק בחודש אחד מפרק הזמן שנקבע בחוק הכניסה לישראל, התשי"ב-1952 (60 ימים), פער העולה בקנה אחד עם הקושי הנובע מכך שאוכלוסיית המסתננים אינה נכנסת לישראל בצורה מסודרת דרך תחנת גבול.

90. אכן, כפי שאף ציין היועץ המשפטי לכנסת בחוות דעתו בעניין זה (מש/3), לא ניתן להתעלם מכך שבית המשפט הנכבד הבהיר בעניין **גבריסלאסי**, כי הבחינה של תקופת המשמורת אינה רק בחינה "כמותית" אלא גם בחינה "איכותית" (שם, פס' 52 ו-193 לפסק דינו של כב' השופט פוגלמן), וכי ההסדר המעוגן בסעיף 30 לחוק לא כולל עילת שחרור המבוססת על כך שהושלמו הליכי הזיהוי וההליכים לבחינת האפשרות להרחקת המסתנן מישראל.

91. ואולם, כמפורט להלן, נוכח מרחב התמרון הרחב הנתון למחוקק בהקשר הנוכחי, והעדיפות שמקנה בית המשפט הנכבד למציאת פתרון פרשני כדי להימנע מביטול חקיקה ראשית של הכנסת, המשיבה סבורה כי אין מקום לפסילתה החוקתית של ההוראה הקבועה בסעיף 30 לחוק.

## 5. מרחב התמרון הרחב הנתון למחוקק בהקשר הנוכחי והצורך להעדיף פתרון פרשני על התערבות חוקתית

92. ככלל, על-פי ההלכה הפסוקה, על בית המשפט לנהוג בזהירות ובריסון בבואו להפעיל את סמכותו לביקורת חוקתית על חוקי הכנסת. ראו לעניין זה, דברי כבוד השופט זמיר בבג"ץ 7111/95 **מרכז השלטון המקומי נ' הכנסת**, פ"ד נ(3) 485, 496 (1996):

*"המסר העיקרי הוא, לדעתי, שחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו וחוק-יסוד: חופש העיסוק לא באו לעשות את חוקי הכנסת טרף קל לכל מי שדעתו אינה נוחה מחוק. חוק הכנסת כבודו במקומו מונח: עדיין החוק מבטא את רצון הריבון, הוא העם, ולכן החוק הוא ההולך לפני המחנה, ובו גם בית המשפט. [...] צריך להיות ברור לכל בר-דעת שבית המשפט אינו אמור לעשות שימוש בסמכותו לבטל חוק, אלא במקרה בולט של פגיעה מהותית בזכויות יסוד או בערכים בסיסיים. כבוד האדם אינו צריך לדחוק את כבוד החוק."*

וכן דברי כבוד השופטת פרוקצ'יה בבג"ץ 1548/07 **לשכת עורכי הדין בישראל נ' השר לביטחון פנים** (פורסם בנבו, 14.7.2008):

*"בבחינת חוקתיות של חוק הכנסת, נוהג בית המשפט, מלכתחילה, בריסון שיפוטי רב בבואו להפעיל את ביקורתו השיפוטית. לא על נקלה יכריז בית המשפט כי חוק שחוקקה הכנסת הינו בלתי חוקתי [...] עיקרון זה נטוע בתורת הפרדת הרשויות, העומדת ביסוד המשטר הדמוקרטי בישראל" (פס' 17 לפסק דינה).*

93. במקרה דנן, מעבר להלכות הכלליות בעניין זה, קיימים מספר שיקולים נוספים המובילים למסקנה כי בית המשפט הנכבד נדרש לזהירות מיוחדת בבואו לבחון את חוקתיותו של התיקון החדש.

94. **ראשית**, על בית המשפט הנכבד לקחת בחשבון כי מדובר ב"סיבוב שלישי" של ביקורת חוקתית, הנערך זמן קצר יחסית לאחר שבית המשפט הנכבד ביטל את שני תיקוני החקיקה הקודמים שנתקבלו בעניין זה, ובעקבות חקיקת תיקון שלישי המבקש ליישם את קביעות בית המשפט הנכבד בפסקי הדין הקודמים בעניין.

95. בפסק הדין בעניין **גבריסלאסי**, הדגיש כב' הנשיא גרוניס כי "**במקרה דנא על בית המשפט לנקוט זהירות כפולה ומכופלת, שהרי לא ניתן להתעלם מכך שרק לפני שנה התערבנו ב'גלגול הקודם' של החוק שמיועד היה להתמודד עם תופעת המסתננים**. ברור שנתון רקע זה אינו אמור למנוע מבית המשפט לערוך ביקורת חוקתית כהלכתה על התיקון החדש. **ברם, בודאי שיש לו משקל לעניין מידת הריסון השיפוטי**" (פס' 46 לפסק דינו).

העיקרון הגלום בדברים אלה של כב' הנשיא גרוניס קיבל ביטוי גם בחוות דעתם של שופטים אחרים בהרכב, ובכלל זה, כב' השופט דנציגר (פס' 3 לפסק דינו) וכב' השופט עמית (פס' 16 לפסק דינו).

96. אכן, כפי שציינה כב' המשנה לנשיא (כתוארה אז) נאור, ברור כי "לאחר שבית המשפט מצא כי דבר חקיקה הוא בלתי חוקתי, אל לרשות המחוקקת לחזור ולחוקק אותו בלא כל שינוי, או בשינוי שאין בו כדי לפתור את הסתירה עם חוקי היסוד, אשר עליה הצביע בית המשפט" (עניין **גבריסלאסי**, פס' 3 לפסק דינה). ואולם, משהממשלה והכנסת התייחסו במפורש להערות בית המשפט הנכבד וערכו שינויים נרחבים בהסדר, באותם רכיבים ממש שאליהם התייחס בית המשפט הנכבד, הרי שיש להעניק למחוקק מרחב תמרון רחב יחסית, ולהימנע מהתערבות בחקיקה, אף אם יכול היה המחוקק להגיע להסדר אחר המפחית עוד יותר מן הפגיעה בזכויות חוקתיות.

97. **שנית**, כאמור, על בית המשפט הנכבד ליתן משקל נכבד לכך שקביעת מדיניות ההגירה של המדינה, ובכלל זה קביעת הסדרים הנוגעים לאוכלוסיות מהגרים שונות, נובעת מעקרון הריבונות, ומצויה בליבת הפררוגטיבה של הממשלה והמחוקק. בהתאם לכך, נראה כי על בית המשפט הנכבד להעניק למחוקק מרחב תמרון רחב במיוחד בכל הנוגע לקביעת הסדרי ההגירה, ולגלות ריסון וזהירות מיוחדת בטרם יקבע בפעם **השלישית** כי ההסדר שנבחר על-ידי המחוקק (והממשלה) כדי לתת מענה לסוגיה זו, אינו חוקתי.

98. **סיכומו של דבר**, נוכח כל האמור ברי כי על בית המשפט הנכבד להעניק למחוקק מרחב תמרון רחב בבואו לבחון את חוקתיותו של התיקון הנדון, ולנהוג בזהירות ובריסון בטרם יתערב בהסדר זה.

99. יתר על כן, כפי שהודגש בפסיקתו של בית המשפט הנכבד פעמים רבות, אף אם ימצא בית המשפט הנכבד כי הסדרים מסוימים מעוררים קשיים חוקתיים, הרי שעל בית המשפט

הנכבד לעשות כל מאמץ **לפרש** את החוק באופן שיתיישב עם חוק-היסוד, וזאת כדי להימנע מהכרעה חוקתית ומהכרזה על סתירה בין החוק ובין חוק היסוד. כפי שהסבירה כב' הנשיאה ביניש בבג"ץ 3809/08 **האגודה לזכויות האזרח בישראל נ' משטרת ישראל**, פס' 15 לפסק דינה (פורסם בנבו, 28.5.2012):

**"יכנקודת מוצא למלאכה הפרשנית יבקש בית המשפט להימנע ככל האפשר מביטול חוק שחוקקה הכנסת, מתוך כבוד למחוקק ומתוך עקרון הפרדת הרשויות העומד במרכז שיטת המשפט הישראלית. לפיכך, פעמים רבות יעדיף בית המשפט להשאיר את החוק על כנו תוך שימוש בפרשנות המאפשרת התאמתו למערכת החוקתית ולערכי היסוד".**

ראו עוד למשל, בג"ץ 9098/01 גניס נ' משרד הבינוי והשיכון, פ"ד נט(4) 241, 276 (2004) ("יאכן, כולנו שותפים לתפיסה, כי הגישה הראויה הינה כי על הפרשן של החוק לעשות כל שניתן לעשות כדי לתת לחוק אותו פירוש אפשרי אשר יתאים לחוקה (ואצלנו – חוק היסוד) ולא ינגוד לה").

כך גם הבהיר פרופ' ברק בספרו שופט בחברה דמוקרטית (2004) כי:

**"השופט יכריז על חוק כנוגד את חוק היסוד רק אם יגיע למסקנה כי אין כל אפשרות לפרש את החוק באופן שאינו נוגד את חוק היסוד. הזהירות הנדרשת בתחום זה מחייבת את השופט לעשות כל מאמץ לפרש את החוק באופן שהוא יתיישב עם חוק היסוד. מבין פירושים אפשריים אחרים של החוק יש לבחור באותו פירוש שעולה בקנה אחד עם חוק היסוד. יש להימנע מפירוש היוצר ניגוד לחוק היסוד. בטרם יפנה השופט אל יהנשק הלא קונבנציונלי של ביטול החוק בהיותו נוגד לחוק היסוד, עליו לעשות שימוש בינשק קונבנציונלי של פירוש החוק. רק במקום שהפירוש אינו מסייד את אי-החוקתיות יש לעבור למישור החוקתי" (שם, בעמ' 343).**

דברים אלה אף קיבלו ביטוי בפסק הדין בעניין **גבריסלאסי** (פס' 202 לפסק דינו של כב' השופט פוגלמן; פס' 52 ו-58 לפסק דינו של כב' הנשיא גרוניס, פס' 13 לפסק דינו של כב' השופט הנדל).

## **סיכום**

100. נוכח האמור לעיל, סבורה המשיבה כי אין עילה להתערבותו של בית המשפט הנכבד בתיקון הנדון, וכי דין העתירה להידחות.

היום: 27 בינואר 2015  
ז' בשבט התשע"ה



ד"ר גור בליי, עו"ד

ב"כ הכנסת