

הפורום המשפטי למען ישראל (ע"ר)
עמותה מס' 7-212-044-58

המבקשת להצטרף
כ"ידיד בית המשפט :

ע"י עו"ד עידן אבוהב

רחוב שמאי 19 ירושלים 9463124

טל': 02-5022202 ; פקס: 02-5605824 ; דוא"ל: office@haforum.org.il

העותרות:

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

נגד

המשיבים:

1. הכנסת
2. שר הפנים
3. שר הביטחון
4. השר לביטחון פנים
5. היועץ המשפטי לממשלה

בקשה להצטרף לדיון כ"ידיד בית המשפט"

כבוד בית המשפט מתבקש בזאת להתיר למבקשת להצטרף כ"ידיד בית המשפט" לעתירה שהוגשה במסגרת תיק 8665/15 כנגד החוק למניעת הסתננות (עבירות ושיפוט) (תיקוני חקיקה והוראת שעה) התשע"ה-2014 (להלן: "החוק"), ולהגיש את טיעוניה ביחס לסוגיה הנדונה בעתירה. כמו כן מתבקש בית המשפט הנכבד להזמין את המבקשת לדיון שיתקיים בעתירה.

ואלה נימוקי הבקשה:

א. מבוא:

1. המבקשת הינה עמותה הפועלת רבות למען תקינות שלטונית בכלל ובמערכת המשפט בפרט לרבות בנושא הפרדת הרשויות והאיזונים בין שלושת רשויות השלטון. מאז הקמתה בשנת 2005 פעלה המבקשת להשבת אמון הציבור במערכות השלטון במקרים שונים, ביניהם דרישה לענישה הולמת לאישי ציבור שסרחו, בדיקת תקינות מינויים במערכת הציבורית, בחינת החלטות שלטוניות בנושאים מגוונים, ושמירה על האיזון בין רשויות השלטון במדינה וזאת בדרכים שונות כמו פניות, עתירות, יוזמות חוק ועוד.

כמו כן המבקשת פועלת ספציפית בנושא המסתננים לישראל. וזאת, על ידי הקמת מרכז משפטי למען תושבי דרום תל אביב כדי לסייע להם, סיוע משפטי ראשוני אל מול הרשויות, בבעיות הנובעות מתופעת ההסתננות. בנוסף, נציגי המבקשת הוזמנו להופיע, פעמים רבות, על ידי אמצעי תקשורת שונים, ברדיו ובטלוויזיה, בפאנלים העוסקים בנושא זה. כמו כן בנוסף החלה המבקשת במגעים מול רשות המיסים במטרה להסדיר אכיפה שוויונית ויישום עיקרון שלטון החוק – כנגד מעסיקים המדווחים על העסקת מסתננים כהוצאה מוכרת בניגוד לקבוע בפקודת מס הכנסה.

2. נציג הפורום, עו"ד עידן אבוהב, בירר עם נציגי המשיבים ועם צדדים נוספים, ששוקלים להגיש בקשות דומות, והובהר לו כי הא בנוכחות נציגות הפורום בכדי להרחיב בסוגיה שהצדדים האחרים אינם דנים בה וראוי שתישמע בפני בית המשפט, ובכך להאיר את הדין המרכזי בעתירה.

3. המבקשת תעלה בפניו של בית המשפט הנכבד טיעונים רלוונטיים אשר אינם מונחים על שולחנו בעת הזו ואשר טובתו של האינטרס הציבורי מחייבת שמיעתם בטרם יחרף הדין על ידי בית המשפט הנכבד הואיל והם נוגעים בנגיעה ישירה לעניינים העומדים לדין במסגרתה של העתירה.

4. המבקשת מעוניינת לפרוס בפניו של כבוד בית המשפט את מלוא רוחב הידיעה באמצעות הצגת עמדתה וטיעוניה בעניינים עקרוניים במיוחד, אשר השלכותיהם חורגות מתחום הדין הקונקרטי בתוקפו של החוק ונוגעות לאבני היסוד של עקרונות הדמוקרטיה בישראל והיחסים שבין הרשויות השונות כפי שמפורט בעיקרי הטיעון המצ"ב לבקשה זאת.

5. המבקשת תמקד טענותיה, על מנת להאיר את הסוגיה, בשאלת "משקולות המאזנים והצדק" אשר על בית המשפט הנכבד ליתן תשומת לב: עניינה של המבקשת אינו בעניין הטענות הנוגעות לתוכן החוק ולשאלת עמידתו בתנאי פסקת ההגבלה, אלא לעסוק בעיקר "בסיפור המסגרת" הרקום סביבו, בהקשר ישיר להשתלשלות העניינים בעתירות אחרות שהוגשו בעניין הנדון.

ב. הבקשה הנדונה

6. בהתאם לפסיקה ולדין בעניין סוגיית צירוף צדדים להליכים כידידי בית המשפט, בחינת הבקשה תעשה בייחוד לאור מידת התרומה הגלומה בצירוף המבקשת אל מול חשש שהצירוף יכביד על הדין. על מנת לבחון את מידת התועלת מצד הגוף המבקש עליו לעמוד במספר מבחני משנה. לעניין זה ראה מ"ח 7929/96 קוזלי נ' מדינת ישראל, פ"ד נג(1) 529, 553-554 (1994)

7. במקרה דנא המבקשת עומדת בכל הקריטריונים להצטרפות לעתירה כידיד בית המשפט לאור העניינים כלהלן:

א. **אופי ההליך** - אין כל מחלוקת כי הסוגיה המונחת לפתחו של כבוד בית המשפט הינה סוגיה בעלת חשיבות עליונה במדינת ישראל. השפעתה ניכרת בחברה הישראלית, לטוב או לרע, ותוצאותיה הינן הרות גורל למשך שנות דור ומעבר לכך! יתרה מכך: בחינה השוואתית במדינות המערב האחרות המתמודדות עם סוגיות הגירה, מלמדת כי עסקינו בסוגיה שעשויה/עלולה ליצור במדינה מציאות חדשה ושונה בכל תחומי החיים.

המבקשת תדגיש כי היקפה של הסוגיה משתרע אל מעבר שאלת מידת הפגיעה בזכויות האדם של המסתננים. לעתירה ולתוצאות ההכרעה בה עלולות להיות השפעות מרחיקות לכת בכל הנוגע למערכות היחסים ולדיאלוג שבין הרשויות לבין עצמן ולמידת זכותו של האזרח הפשוט לקחת חלק בהכרעות פוליטיות ומוסריות.

ב. **הצדדים להליך** - לצדם של האזרחים הזרים העותרים, הצטרפו לעתירה עותרות עוד שש עמותות ולפחות עוד עמותה אחת שביקשה להצטרף כידידת בית המשפט ואשר למיטב ידיעתה של המבקשת, בקשתה תידון במעמד הדיון.

בית המשפט הנכבד פתח את שעריו בפניהן של העמותות העותרות, המבקשות להישמע ולהשפיע על עמדת כבוד בית המשפט וזאת ללא שהציגו כל אפשרות לפגיעה אישית בהן עצמן: עוד יצוין כי העמותות העותרות משמשות כנציגי ציבור בלתי מסוים ובלתי מוגדר בישראל, אשר, לטענתן, אוחו בעמדות דומות לדעותיהן בעניין הנדון.

לפיכך נראה כי ראוי לנהוג בבקשה זו בשוויון ואף כי המבקשת אף היא אינה בעלת "עניין אישי" בנושא (למעט העובדה שחבריה הם אזרחי ישראל ומטבע הדברים יש להם עניין אישי בנושא), בדומה לעותרות, מייצגת גם היא ציבור נרחב מאוגד ובלתי מאוגד אשר זכאי כי יינתן לו את "יומו" וטיעונו יישמעו בפני בית המשפט הנכבד בטרם שעת נעילת הדיון.

ג. **אופייה ורוחבה של העתירה** - תוצאותיה ומשמעויותיה האפשריות של העתירה והאינטרס הציבורי מחייב כי קולה של המבקשת יישמע מה גם שמדובר בעדות מומחים אשר השפעתן של תוצאות העתירה על כלל הציבור, לכאן או לכאן, עשויות להיות כבדות משקל.

העתירה נוגעת לתחומים רבים: משפטיים, כלכליים, חברתיים ופוליטיים. לפיכך ראוי, להרחיב את דלתות בית המשפט ולשמע צדדים אשר ראוי, צודק ונכון כי בנסיבות העניין יישמע קולן.

ד. **מומחיותה של המבקשת** - המבקשת הינה עמותה הפועלת רבות למען תקינות שלטונית בכלל ובמערכת המשפט ואכיפת החוק בפרט, מאגדת בתוכה כ- 400 משפטנים מעולם הפרקטיקה והאקדמיה בארץ ובעולם ועמם מקיימת קשרי עבודה והיוועצות וכן עוסקת מעת לעת בקיום כנסים בתחום המשפט הציבורי.

ה. אל מול כל אלו עומד **מחירה הנמוך של צירוף המבקשת**. המבקשת טרחה וביררה עם המשיבים ועם גופים אחרים, השוקלים להצטרף כידידי בית המשפט, ווידאה עימם כי לא תיווצר "כפילות טענות" על מנת שלא להטריח את כבוד בית המשפט. המבקשת מעוניינת להביא בפני בית המשפט טענות נלוות לדיון הספציפי בשאלת חוקיות החוק עצמו אשר נוגעות להיבטים רחבים יותר של

סוגיית ביטול חקיקה. המבקשת מאמינה כי יש בטענות אלו משום תרומה רחבה לבירור הנושא ולקידום קבלת החלטה מוצדקת, והכל כפי שמפורט בעיקרי הטיעון בהמשך לבקשה זאת.

ו. הח"מ פנה אל נציגי המדינה, בעתירה זאת, והביאה בפניהם את הבקשה הנ"ל ואת עיקרי הטיעון המצורפים לה. הן נציגי יועמ"ש הכנסת, עוה"ד ד"ר גור בליי, והן נציגת המדינה, עוה"ד יוכי גנסין, אישרו לח"מ טלפונית, לאחר שעיינו בבקשה ובעיקרי הטיעון, כי אין להם התנגדות להגשת הבקשה וכי הם משאירים זאת להחלטת בית המשפט הנכבד.

ז. מן הטעמים הנזכרים לעיל, בית המשפט הנכבד מתבקש להתיר למבקשת להצטרף לעתירה כידיד בית המשפט על מנת שתוכל להביע את עמדתה ולטעון טענותיה.



עו"ד עידן אבוהב
ב"כ המבקשת

עיקרי טיעון

"The candid citizen must confess that if the policy of the government upon vital questions, affecting the whole people, is to be irrevocably fixed by decisions of the Supreme Court, the instant they are made, in ordinary litigation between parties, in personal actions, the people will have ceased to be their own rulers, having to that extent practically resigned their government into the hands of that eminent tribunal." (Abraham Lincoln, First Inaugural Address, March 4, 1861)

"חוק הכנסת כבודו במקומו מונח: עדיין החוק מכבד את רצון הריבון, הוא העם, ולכן החוק הוא ההולך לפני המחנה, ובו גם בית המשפט. וכי יש צורך לחזור על אמת נדרושה זאת?... אכן, כיום הלכה היא שחוקי היסוד הקנו לבית המשפט סמכות לבטל חוקים. סמכות זאת היא, לדעתי, חיונית בחברה נאורה... יש לשמור עליה היטב, כדי שניתן יהיה לעשות בה שימוש במקרה הראוי, אך דווקא בשל כך יש להיזהר מאוד שלא תהיה כעושר השמור לבעליו לרעתו". (בג"ץ 7111/95 מרכז השלטון המקומי נ' הכנסת, פ"ד נ(3) 485, 496 (1996)).

מבוא

1. העתירה דנן עניינה בביטול החוק למניעת הסתננות והבטחת יציאתם של מסתננים מישראל (תיקוני חקיקה והוראת שעה) התשע"ה-2014 (להלן: "החוק החדש").
2. עתירה זו מהווה ניסיון חוזר להביא לביטול הסדר שנועד לתכלית בלימת הגירת העבודה, באופן בלתי חוקי לישראל.
3. המבקשת תטען כי "החוק החדש" מהווה הסדר המאזן בתוכו אינטרסים רבי מעלה: התחשבות חוקתית בזכויות האדם של אותם מסתננים שנכנסו אל המדינה ואינם מוכרים כפליטים, בהתאם להכוונות קודמות שניתנו על ידי בית משפט נכבד זה, בבג"ץ 7146/12 אדם ואח' נגד הכנסת ואח' (16.9.2013) (להלן: "בג"צ אדם" או "פרשת אדם") ובבג"צ 7385/13 ; 8425/13 איתן-מדיניות הגירה ישראלית ואח' נ' ממשלת ישראל (להלן: "בג"צ איתן" או "פרשת איתן").
4. ברם, המבקשת מעוניינת להפנות את כבוד בית המשפט אל אספקט נוסף הנוגע ליחסים שבין רשויות השלטון וזאת כנגזרת ישירה מעצם הדיון הישיר אשר עתיד להתקיים בחוק לגופו ובתנאי עמידתו בפסקת ההגבלה והכל כפי שיפורט בהמשך עיקרי הטיעון.

תמצית עמדת המבקשת

5. לעמדת המבקשת על כבי בית המשפט להימנע מפסילת החוק החדש ולהותירו על כנו ובמתכונתו ללא כל התערבות וזאת לאור הסתמכות על עקרונות יסוד שהינן בבחינת אושיות שיטת המשטר בישראל לרבות עקרון הפרדת הרשויות, עקרון הכבוד ההדדי שבין הרשויות ועקרון זכות האזרח להשתתפות פוליטית. בפירוט העקרונות תתמקד המבקשת ברכיבים המשפטיים המשפיעים עליהן כדלקמן:

- הקרבה למועד הבחירות ועיקרון "משפט הציבור".
- מרחב התמרון של המחוקק כמרכיב מהותי בהפרדת הרשויות.

6. עיקרון "משפט הציבור" והקרבה למועד הבחירות

6.1 המבקשת תטען כי יש לדחות עתירה זאת ולהציע לעותרים להמתין, לכל הפחות מספר חודשים לאחר הבחירות, לפני הגשתה של עתירה חוזרת. הנימוקים לכך הם כדלקמן:

6.2 הקרבה למועד הבחירות לכנסת ה-20 (17.3.15) יוצרת "תקופה מיוחדת" שיש בה כדי להביא את בית המשפט לנהוג ריסון מוגבר לגבי החוק החדש ולהמתין עד חלוף הבחירות. שהרי, ייתכן שהנושא יהיה חלק ממצע הבחירות של המפלגות השונות ויתכן שתקום ממשלה, בצירוף חייכ שהביעו התנגדותם בפומבי לחוק הנ"ל, שתבטל את החוק או תביא לשינויו בצורה שתהא מקובלת על העותרים.

6.3 לפיכך, בינתיים, יש להעביר עניין זה לביקורת הציבור ולהמתין להחלטתו.

6.4 המבקשת סבורה כי ככל שבית המשפט ינהג כך הוא יגשים את האמור לגבי השילוב הרצוי בין "משפט הציבור" לבין "המשפט הציבורי" כפי שהדברים משתקפים בבגץ 1635/90 יוסף ז'רז'בסקי נ' ראש הממשלה, מר יצחק שמיר פ"ד מה(1) (749) (להלן: פרשת ז'רז'בסקי).

6.5 על המשקל הראוי שיש לתת ל"משפט הציבור" לצד "המשפט הציבורי"

6.5.1 מפרשת ז'רז'בסקי ניתן ללמוד כי יש לתת משקל הן למשפט הציבור והן למשפט הציבורי. המבקשת רואה בעמדתו של השופט בדימוס מנחם אלון והנשיא בדימוס אהרון ברק כעמדות שצריכות להשתלב יחדיו. על שני הערכים לחיות זה לצד זה, להיות מושפעים זה מזה "ואין האחד בא במקום השני" כדברי הנשיא בדימוס השופט אהרון ברק בפרשת ז'רז'בסקי.

6.5.2 בפרשת ז'רז'בסקי קבע השופט בדימוס מנחם אלון את חשיבות מעמדו של משפט הציבור:

"פעילותה של הרשות הציבורית היא אכן בתחום המשפט הציבורי, אבל הפיקוח על פעילות זו והשיפוט עליה הם, בראש ובראשונה, בתחום משפט הציבור, והאחרון הוא שיבקר את הרשות הפוליטית, יביע אי-אמונו בה כשעת הצורך וידון אותה, כבוא יום דין הבחירות, לפי מעשיה והתנהגותה. הרשות הפוליטית היא אשר כידה מופקד ניהול המדינה, היא אשר מקימה את מוסדות השלטון, היא הקובעת

את המדיניות בכל תחומי החיים המדיניים, הצבאיים והחברתיים, ואל לנו, לרשות השופטת, ליטול לעצמנו, חס ושלום, חלק בתפקידים שלא נתבקשנו - ושאין לנו הכישורים - לעשותם ולמלאם". (עמוד 764 לפ"ד)

6.5.3 ואילו לדידו של הנשיא בדימוס השופט אהרון ברק, באותה פרשה:

"אמת, הכוחות הפוליטיים והציבור הרחב הם שישפטו, בסופו של דבר, את הרשויות השלטוניות על האופן בו כיבדו את ההסכמים אותם כרתו. אך משפט הציבור אינו תחליף למשפט ציבורי. בצד השיפוט הפוליטי ראוי שיתקיים גם השיפוט הנורמטיבי, ואין האחד בא במקום השני. ... אכן, משפט הציבור יהא עשיר יותר ונכון יותר אם ההכרעה הציבורית תבסס עצמה, לא רק על הערכות פוליטיות, אלא גם על הכרעות שיפוטיות" (עמוד 843 לפ"ד של הנשיא בדימוס אהרון ברק)

ועוד מוסיף, באותו פ"ד, הנשיא בדימוס וקובע כי:

"דמוקרטיה אמיתית מחייבת הפעלתו של משפט הציבור והמשפט הציבורי גם יחד. משפט הציבור בלא משפט ציבורי פוגע בשלטון החוק ובזכויות אדם. משפט ציבורי בלא משפט הציבור פוגע בשלטון הרוב. אלה כאלה פוגעים אפוא בדמוקרטיה."

6.5.4 המבקשת תדגיש את אמירתו האחרונה של הנשיא בדימוס אהרון ברק ותבקש להתאימה לעניין שבפנינו.

6.5.5 המשפט הציבורי אמר את דברו בעניין שלפנינו. שתי החלטות שנתן בית המשפט בעניין (פרשות אדם ואית"ן) חוטמעו היטב בקרב הציבור. המשפט הציבורי העשיר את עמדת הציבור וישפיע על משפט הציבור. עתה יש לאפשר לציבור להביע עמדתו, בבחירות הקרובות, ולבטא את עקרון משפט הציבור.

6.5.6 ודווקא עכשו ראוי היה שהעותרים, במקום שימהרו לעתור, יפעלו בקרב המפלגות השונות, הקרובות אליהם והמרוחקות מהם מבחינה אידיאולוגית, למען יעלו את הנושא ויהפכו אותו לחלק ממצען. כך ידע הבוחר את עמדת המפלגות השונות בעניין.

6.5.7 ולחלופין, ככל שהעניין לא יהווה חלק מהמצע המפלגתי, אזי יש להמתין להתגבשות ממשלה חדשה, שהרי יתכן שתיבחר כזאת שחבריה דווקא יצדדו בעמדת העותרים ויפעלו בתוך בית המחוקקים לבטל את החוק או לשנותו לשביעות רצונם של העותרים. ולחלופי חילופין, העותרים יוכלו להשפיע בעצמם, לאחר הבחירות, על המפלגות השונות על מנת להביא לתיקון החוק או לביטולו. ורק אם ישלו מהלכים אלו, יחזרו העותרים לבית המשפט.

6.5.8 עוד תציין המבקשת, כי לאור האמור בסעיפים שלעיל, יש בכך התנהלות פסולה של העותרות הפונות ראשית לבית המשפט במקום לבחור בדרך, הקשה והארוכה יותר אמנם, אך הנכונה יותר במשטר דמוקרטי.

6.5.9 לפיכך ראוי כי בית המשפט ידחה את העתירה ויציע לעותרים להמתין עד התגבשות הממשלה החדשה. אין זה ראוי מבחינה דמוקרטית, שדווקא עכשיו יכפח עצמו "המשפט הציבורי" את דעתו על הציבור.

6.5.10 ומעבר לכך, יהא בכך משום כיבוד הרשויות בהמתנה להתגבשות ממשלה חדשה ובחינת מהלכה בנושא.

7 לחלופין, ככל שבית המשפט ידחה טענתה זאת של המבקשת אזי הוא מתבקש לעיין בטיעוניה הנוספים כדלקמן:

8 **מרחב התמרון של המחוקק כמרכיב מהותי בהפרדת הרשויות - על חשיבותו והשפעתו על מידת התערבות בית המשפט במעשי המחוקק**

המבקשת תנסה להוכיח לכבוד בית המשפט כי במקרה דנן מוצדק להעניק למחוקק מרווח תמרון רחב ובכך לאשר את מידתיותו, גם אם, לגישת הנכבד בית המשפט, "החוק החדש" אינו תקין מבחינה חוקתית.

8.1 העתירה שבנדון הינה המשך ישיר לשתי עתירות שהוגשו לפניו: בג"צ אדם ובג"צ איתן. בשתי עתירות אלו אמר כבוד בית המשפט את דברו, כנגד עמדת בית המחוקקים והרשות המבצעת. בהתאם לפסקי דין אלו תיקנו רשויות אלו שלוש פעמים את החוק, על מנת להתאימו לעמדת בית המשפט הנכבד. כנגד התיקון האחרון, החוק למניעת הסתננות ולהבטחת יציאתם של מסתננים מישראל (תיקוני חקיקה והוראת שעה) התשע"ה 2014, הוגשה עתירה זאת.

8.2 בבג"צ איתן, נשיא בית המשפט בדימוס, כבוד השופט אשר גרוניס, מצביע על מרחב התמרון של המחוקק, כפרמטר חשוב, המשפיע על מידת התערבותו של בית המשפט בהחלטות המחוקק. דבריו אלו מבוססים על שורה ארוכה של פסקי דין בהם התלבט בית המשפט בנוגע למידת המותר לו בהתערבות בהחלטות המחוקק.

"בעתירות חוקתיות מוטל על בית המשפט לנהוג בריסון, זהירות ואיפוק מיוחדים, פן ימיר הוא את שיקול דעתו שלו בזה של המחוקק. אל לו לבית המשפט להציב עצמו כנעלי המחוקק, ולקבוע הלכה למעשה, במקום המחוקק, את ההסדר החקיקתי הראוי" (בג"צ איתן עמוד 154).

8.3 **המבקשת תטען כי "מרווח התמרון" צריך להישמר גם במקרים בהם דעתם של השופטים אינה נוחה מהחלטת המחוקק, במקרים בהם יתכן והפגיעה החוקתית נמצאת על הגבול האפור של מבחני המידתיות ואולי קצת מחוצה לו. זוהי מהותו של הדיאלוג החוקתי.**

" עם זאת, כבר נאמר כי "גדרו של [מיתחם התמרון] אינו קבוע כמובן, אלא הוא תלוי הקשר ונסיבות. יהיו מקרים שבהם המיתחם יהיה רחב יחסית, ולעומת זאת יהיו מקרים שבהם מרחב זה יהא

מצומצם ביותר, או אף לא יתקיים כלל". (עע"מ 4436/02 תשעים
הכדורים – מסעדה, מועדון חברים נ"ע עיריית חיפה, פ"ד נח(3) 782, 813)

8.4 בבג"ץ 5364/94 זאב ולנר נ"י יושב-ראש מפלגת העבודה הישראלית פ"ד מט(1) 758 נקבע על ידי כבוד, השופט אהרון ברק (כתוארו דאז), בהקשר של מרחב התמרון של גופים פוליטיים, כי יתכן ופעולות אסורות מבחינת המשפט הציבורי יותרו מחוץ לתחומי הביקורת השיפוטית:

"מקובלת עליי גישתו של חברי הנשיא בדבר "קיום ושמירה של חופש הפעולה הפוליטי שהוא חלק אינטגרלי וחיוני בכל משטר דמוקרטי" וכי "חופש הפעולה הפוליטי הוא חלק חיוני של תפיסות המשפט שלנו, ושלילתו הבלתי זהירה עלולה שנות מאופייה של הדמוקרטיה". שנית, מבחינת היקף הביקורת השיפוטית, זו צריכה להיות מוגבלת, תוך הכרה כי ייתכן שתהיינה פעולות שהן אסורות (על-פי המשפט הציבורי) אך מצויות מחוץ לביקורת השיפוטית. בצדק מציין חברי הנשיא, כי "אי-התערבותו של בית המשפט היא, בתחום זה, בגדר יישום של אמות המידה המקובלות של הריסון העצמי של הרשות השופטת" (הדגשה שלי – ע.א.).

8.5 ובבג"ץ 1715/97 לשכת מנהלי ההשקעות בישראל ואח' נ"י שר האוצר ואח' פ"ד נא(4) 367, 387 (להלן: בג"ץ מרכז ההשקעות) עמד הנשיא בדימוס ברק, בהקשר למרווח התמרון, על הצורך להכיר בשיקולי המחוקק ובמעמדו:

"אכן, יש לנקוט גישה גמישה המכירה בקשיי הבחירה של המחוקק, בהשפעת בחירתו על הציבור, וביתרון המוסדי של המחוקק. עמד על כך בית-המשפט העליון של קנדה, מפי השופט לה-פורה (La Forest) בציינו:

"In assessing proportionality and particularly the issue whether there has been a minimal impairment to a constitutionally guaranteed right, it must be remembered that we are concerned here with measures that attempt to strike a balance between the claims of legitimate but competing social values. In the case of broadly based social measures like these, where government seeks to mediate between competing groups, it is by no means easy to determine with precision where the balance is to be struck...

The approach taken to these cases has been marked by considerable flexibility having regard to the difficulty of the choice, their impact on different sectors of society and the inherent advantages in a democratic society of the legislature in assessing these matters... the question is whether the government has a reasonable basis for concluding that it impaired the relevant right as little as possible given the governments pressing and substantial objectives" (McKinney v. University of Guelph (1990) [43], at pp. 285-286).

8.6 ואולי הדוגמא הקשה ביותר, בה מכיר כבוד בית המשפט במרחב התמרון של רשות שלטונית אחרת (במקרה זה הרשות המבצעת), הוא העתירות המוגשות כנגד ממשלת ישראל בנושא שחרור המחבלים.

שהרי, בכל שחרור כזה נרמס כבוד האדם של משפחות הקורבנות וכן כבוד האדם של הקורבנות עצמם, נרמס עיקרון שלטון החוק ואף למעלה מכך – נרמס עיקרון העל לפיו בחברה מתוקנת פושע ישלם את מחיר פשעו ורק למדינה מסורה הסמכות לדאוג לכך. ובכל זאת כבוד בית המשפט העליון מזדהה עם כאבן של המשפחות אך בוחר להכיר במרחב התמרון של הרשות. וכפי שנקבע בבג"צ 3900/02 ממת נ' נ' ממשלת ישראל (פ"ד נ"ד (1) 8) (אמנם פ"ד זה אינו עוסק ישירות בשחרור מחבלים שהורשעו, אלא בכאלו שכותרו בידי צה"ל, אולם הוא מצוטט בכל פ"ד, שניתנים בנושא שחרור מחבלים מורשעים, שניתנו לאחר מכן) :

"מבינים אנו לליבם של העותרים. קשה הוא כאבם. רב הוא זעמם. עם זאת, עניין לנו בסוגיה מדינית בה נתון למפקד הצבאי ולממשלת ישראל שיקול דעת רחב. בגדריו של זה ישנם בוודאי פתרונות רבים ושוניים. אחד מאותם פתרונות הוא זה שהעותרים דוגלים בו. פתרון אחר הוא זה אליו הגיעו המשיבים. במצב דברים זה לא התגבשה עילה להתערבותו של בית המשפט. את כאבם וזעמם של העותרים ניתן להביע, בנסיבות אלה, בפני הגורמים הפוליטיים והחברתיים. אנו – קצרה ידינו מלהושיע"

8.7 וכדברי הנשיאה בדימוס, השופטת דורית ביניש, בבג"ץ 4947/03 עיריית באר-שבע נ' ממשלת ישראל, תק על 2006(2)1545, פסקה 13 :

"רק אם המתוקק יחרוג באופן משמעותי מ"מתחם המידתיות" יהיה מקום להתערבותו של בית המשפט"

8.8 והלכה זאת חוזרת אף בבג"ץ 2605/05 המרכז האקדמי למשפט ולעסקים נ' שר האוצר, פ"ד סג(2) 545, 623 (2009) (להלן: פרשת הפרטות בתי הסוהר). התערבות בית המשפט תיעשה רק במקרים בהם חרג המחוקק באופן ניכר ומעשיו בלתי מידתיים באופן ברור:

"כאשר קיימות אפשרויות שונות שעשויות לעמוד בדרישת המידתיות, נתון למחוקק מרחב תמרון חקיקתי, המכונה על ידינו 'מתחם המידתיות', שבתוכו רשאי המחוקק לבחור את האפשרות הנראית לו. גבולותיו של מתחם התמרון הנתון למחוקק במקרה קונקרטי נקבעים על ידי בית המשפט בהתאם למהות האינטרסים והזכויות העומדים על הפרק. בית המשפט יתערב בהכרעת המחוקק רק כאשר האמצעי שנבחר על ידיו חורג באופן ניכר מגדריו של מתחם התמרון החקיקתי הנתון לו והוא בלתי מידתי באופן ברור".
(הדגשה שלי- ע.א.)

8.9 ודוגמא נוספת ניתן למצוא בע"פ 6659/06 פלוני נ' מדינת ישראל (פורסם בנבו) (להלן: פרשת לוחמים בלתי חוקיים). שם נקבע, על ידי כבוד הנשיאה בדימוס דורית ביניש, כי בית המשפט יכיר בנסיבות מסוימות במרחב התמרון של המחוקק גם כאשר עוצמת הפגיעה בזכות החוקתית לחירות אישית היא משמעותית ואף קשה:

"בנסיבות העניין שלפנינו, עוצמת הפגיעה בזכות החוקתית לחירות אישית היא משמעותית ואף קשה. עם זאת, כפי שצוין לעיל, התכלית החקיקתית של הרחקת "לוחמים בלתי חוקיים" ממעגל הלחימה לשם הגנה על בטחון המדינה היא חיונית במציאות של טרור רצחני המאיים על חייהם של תושבי מדינת ישראל ואזרחיה. בנסיבות אלה, דומה כי ראוי להכיר בקיומו של מרחב תמרון רחב יחסית למחוקק, לשם בחירה באמצעי הראוי להגשמת תכליתו של החוק" (עמוד 32 לפ"ד).

8.10 כך למשל בבג"ץ 4146/11 יואב הס ו-116 נוספים נ' ראש המטה הכללי (פורסם בנבו) מכירה כבוד השופטות בדימוס עדנה ארבל בכך, שקיימת בעייתיות בשימוש בנשק זרחני בשל פגיעה באזרחים חפים מפשע, גם אם במקרים חריגים, ובכל זאת מתחשבת במרחב התמרון של המדינה ואיננה מתנגדת להפעלתו במשורה:

"יודגש כי לא התעלמנו מעמדתו של בא-כוח העותרים לפיה ההנחיות לצמצום השימוש אינן פותרות את הסוגיה. עם זאת, גם בא-כוח העותרים עמד על כך שהקשיים המרכזיים במצב הדברים הנוכחי הם שלא קיימת התחייבות של המשיב שמדובר בהנחיות סופיות, וכן שמהות החריגים אינה ידועה לו. באשר למהות החריגים, הרי שכפי שצוין הם הוצגו לנו בהסכמת בא-כוח העותרים בדלתיים סגורות, ואנו השתכנענו כי מדובר בחריגים ההופכים את השימוש בזרחן הלבן

לחריג קיצוני בנסיבות ייחודיות ביותר" (פיסקה 8 לפ"ד של השופטת
בדימוס ארבל)

ובהמשך, מודע בית המשפט לכך שצה"ל לא גיבש הנחיות סופיות בעניין, ועל אף זאת לא מוציא צו
המחייב את הצבא:

"לאחר שהמדינה לא הצהירה בפנינו כי מדובר בהנחיות קבועות האוסרות את
השימוש בחומר, הרי שראוי כי במצב הדברים הנוכחי תיערך בצה"ל בדיקה
מקיפה ומעמיקה של נושא השימוש בזרחן לבן בצבא, נזקיו וסיכונים, ובעיקר
תיבחנה החלופות האפשריות לשימוש בחומר זה. בחינה זו תשמש אם
להפיכתן של ההוראות הנוכחיות לקבועות, ואם לביסוס עמדה המצדיקה את
שינוי ההוראות." (פיסקה 8 לפ"ד)

8.11 והינה כי כן, אנו רואים כי לא פעם, במקרים אשר אינם תמיד נוחים לבית המשפט מבחינה
חוקתית, הוא עדיין מקפיד לאפשר, לרשויות השלטון האחרות, מרחב תמרון רחב ככל האפשר.

8.12 **האם ראוי שבמקרה זה, יינתן למחוקק מרחב תמרון רחב?** לגישת המבקשת התשובה
היא כן.

8.13 ועל מה מבססת המבקשת את תשובתה זאת? המבקשת גורסת כי מתקיימים כמה וכמה פרמטרים
משפטיים- חוקתיים שיש בהן להשפיע על רוחבו של מרווח התמרון, במקרה דנן, כדלקמן:

- שיח של זכויות – על זכות האזרח להיות שותף להכרעות פוליטיות.
- היות העניין מצוי במהלכו של דיאלוג חוקתי.
- ריסון ואיפוק בעת שמדובר בהוראת שעה.
- סוגיה כמותית.
- חזקת החוקתיות.
- מצבה המיוחד של הכנסת בעת קבלת "החוק החדש".

9 שיח של זכויות – על זכות האזרח להיות שותף להכרעות פוליטיות

- 9.1 לכל אזרח במדינה דמוקרטית עומדת זכות להשתתפות שווה בהכרעות פוליטיות:
- "The great right of every man, the right of rights the right of having a share in the makings of the laws to which the good of the hall makes it his duty to submit" (William Cobbett, Advise to Young Men, Letter VI (1829))
- 9.2 במדינת ישראל זכות זאת מצאה לה עיגון חוקתי פורמאלי, בסעיפים 4 ו-5 לחוק יסוד: הכנסת. זכות זאת מתקיימת ועומדת גם בסוגיות הנוגעות לזכויות אדם. (ראו: Jeremy Waldron "law and disagreement", Oxford: clarendon press 1999,263).
- 9.3 המבקשת תטען כי על בית המשפט הנכבד לבחון לא רק את הפגיעה בזכויות האדם של המסתננים אלא גם את הפגיעה בזכויות האזרחים להיות שותפים להכרעות פוליטיות. **המבקשת תצביע על הצורך לאזן בין שני ערכים אלו.**
- 9.4 המבקשת אינה כופרת בסמכות בית המשפט הנכבד לבטל חוקים. ברם, יש לתת משקל ראוי לזכות ההשתתפות השווה, של כל אזרח ואזרחית בהכרעות פוליטיות, אל מול סמכות בית המשפט לבטל חוקים. נקודת האיזון היא נקודת האיזון החוקתי הראוי. אחרת ימצא כבוד בית המשפט שולל את סמכות העם.
- 9.5 אכן, כיום נהוג לומר כי בית המשפט יונק סמכותו להגביל את זכות העם מכוח חוקי היסוד: כבוד האדם וחירותו וחופש העיסוק שחוקקו בידי העם.
- כך למשל טוען ד"ר יהושוע (שוקי) שגב במאמרו "העצמת שיח הזכויות החוקתיות בעקבות המהפכה החוקתית: האומנם תרמה המהפכה החוקתית להגנה על זכויות האדם?" (משפט ועסקים טז, תשע"ד (דצמבר 2013), 235 (להלן: מאמרו של ד"ר שגב):
- " יתרה מזו, אניח לשם הדיון כי חקיקתם של שני חוקי-היסוד ברבר זכויות האדם משקפת מחויבות של רבים בחברה הישראלית לזכויות אדם, בדומה למגילות זכויות שאומצו במדינות מערביות אחרות, דוגמת ארצות-הברית, קנדה וצרפת" (עמוד 244)
- ברם, אל מול גישה זאת קיימת עמדה אחרת, שקיבלה ביטוייה מצד מספר ח"כ, שביהנו בעת קבלת חוקים אלו, והטוענים כי לא הייתה בכוונת בית המחוקקים להעניק סמכויות חוקתיות לבית המשפט העליון, באמצעות חוקי יסוד אלו. כך למשל עולה מדברי יו"ר ועדת חוק חוקה ומשפט, ח"כ לשעבר מיכאל איתן, בראיון שהעניק ביום 13.6.04 לעיתונאי מיכאל דבורין ופורסם באתר "מחלקה ראשונה". (<http://www.news1.co.il/archive/003-D-6211-00.html?tag=6>).
- (15-33).

" בראשית הדרך קבעו, שיילכו לבחירות לבחור אסיפה מכוננת והיא היתה אמורה לעצב את החוקה הישראלית שמכוחה היו אמורים לשאוב את כוחן הרשויות השונות. החוקה הזו הייתה אמורה להיכתב על-ידי אנשים שנבחרו על-ידי העם במיוחד לצורך מטרה זו. מה עשו המכוננים - קבעו שהם לא מסוגלים להגיע להסכמה על נוסח החוקה ולכן דחו את ההכרעה וקבעו לעצמם שהחוקה תיכתב פרקים פרקים.

ש: וכך המחוקקים אכן עשו ועושים - תקן אותי אם אני טועה

כן, אבל התוצאה היא שבית המשפט העליון החליט לבצע מהלך שאני קורא לו "התנחלות בלתי מורשית". לא היתה לו שום סמכות, אף אחד לא נתן לו אישור, ולמרות כל אלה הוא לקח חקיקה של הכנסת, לקח את חוק יסוד כבוד האדם וחירותו ואת חוק יסוד חופש העיסוק, שיש בהם פסקת הגבלה, ומתוך זה הוא קבע שיש חוקה.

ש: מה כל כך בעייתי בזה ?

כי לא היה לכך שום בסיס. בא בית המשפט ומרחיב עד מאוד את פרשנות החוק - מעל ומעבר לדעתי, וקובע משום מקום שיש לו סמכות לפסול חוקים של הכנסת. אתה צריך להבין שאין ולו מקום אחד בעולם שבו יש חוק מכוח פרשנות של בית המשפט. חוקה צריכה להיות כתובה, כי אחרי הכל חוקה נכתבת על-ידי העם שהוא הריבון או נציגיו ולא על-ידי שופטים".

9.6 כיום, נהיר וברור שהגישה האחרונה לא מצאה לה אחיזה -- לא בבית המחוקקים ולא ברשות המבצעת. ויחד עם זאת, ואולי דווקא בגלל הכח שהוקנה לבית המשפט העליון, מצב הדברים הנכון יהיה למצוא את האיזון החוקתי בין שני הערכים:

א. רצון העם לאפשר לבית המשפט לפסול הכרעות פוליטיות

לבין

ב. הגנה חוקתית על רצונו וזכותו של העם להשתתף בהכרעות מסוג אלו

אפשר וצריך לאפשר לשני ערכים אלו לדור בכפיפה אחת - שאז בא לידי ביטוי במלואו המונח "דמוקרטיה". אחרת, או שימצא בית המשפט נוטל את סמכות ההכרעה ומבטל את זכותו הטבעית של כל אזרח ואזרחית במדינה דמוקרטית או שבית המשפט יתעלם מפגיעה מהותית בזכויות אדם (והמבקשת תדגיש כי אין בסיפא של אמירה זאת משום ראית "החוק החדש" כפוגע בזכויות אדם מעל לנדרש).

9.7 המבקשת תוסיף ותטען, מבלי שתהא לה כוונה לפגוע בכבודה של הרשות השופטת, כי עולה גם שאלת "הבלעדיות על המוסר" או במילים אחרות: הטענה כי הרשות השופטת יודעת להגן טוב יותר על זכויות איננה יכולה לבסס הצדקה כללית לפסילת עמדת הרוב.

"Before accepting [the authority of the court] [...] it is necessary to ask about judicial competence to evaluate moral arguments of this sort, and also to ask about facts and incentives. Perhaps the Court is not especially well equipped to evaluate those arguments; and if consequences matter, the moral arguments might not be decisive..." (Cass R. Sunstein and Adrian Vermeule, Interpretation and Institutions, Public Law and Legal Theory Working Papers Working Papers 2002 (40).)

או כדבריו של פרופ' אנדרי מרמור במאמרו "ביקורת שיפוטית בישראל", משפט וממשל | כרך ד (תשנ"ז-תשנ"ח) 133 (להלן: מאמרו של פרופ' מרמור).

"לגבי טיעון המקצועיות, יש לי מעט יותר ספקות. אין ספק בבית המשפט העליון יושבים, בדרך כלל, מיטב המשפטנים בישראל. על מקצועיות המשפטית אין לי שום כוונה לערער. אולם השאלות שביט משפט נדרש להכריע בהן בעניינים חוקתיים קלסיים (ולא רק בהם. ראו, למשל, פרשת נחמני הידועה) הן פשוט לא שאלות משפטיות. אלה הן שאלות מוסריות ופוליטיות Paroxelance. אין שום דבר משפטי במיוחד שאלות הבסיסיות על גבולות חופש הביטוי, על מרכיבי הכבוד האנושי, או על גבולות עיקרון הסובלנות, ושאלות מרכזיות אחרות המתעוררות בפרשנות חוקתית. אילו כלים מקנים לשופטים, בתור שכאלה, מומחיות בעניינים אלו?" (עמוד 154)

9.8 והינה כי כן, ניצבים זה מול זה ערכים כבדי משקל: זכויות האדם אל מול זכות האזרחים להכריע; מעמד בית המשפט, כקובע גבולות מוסריים, אל מול זכות האזרחים להכריע בגבולות אלו. ככל שבית המשפט לא יביא לאיזון בין הערכים השונים, מצב זה יכול להביא לשתי תוצאות בלתי רצויות. הראשונה היא התגברות הטענה, ששואבת כוחה מעוצמת בית המשפט העליון בייחוד מאז "המהפכה החוקתית", לפיה בית המשפט משמש כמכשיר המטה את הכרעת הרוב הפוליטית ומעניק כוח לעמדות שאיבדו את כוחן הפוליטי:

"חלק ממדעני המדינה רואים את הביקורת השיפוטית כמכשיר של אליטות חברתיות המבטיח את הדומיננטיות הפוליטית שלהם גם לאחר שאיבדו את השליטה במנגנונים פוליטיים הן הטענה שלפיה ביקורת שיפוטית פוגעת בזכות ההשתתפות והן הטענה שהיא משמשת את האליטות מושמעות גם בישראל ברמה התאורטית אקדמית כמו גם בשיח הציבורי" (הזכות לביקורת שיפוטית, אלון הראל, משפטים מ תשע"א, 239, 248) (להלן- מאמרו של ד"ר הראל).

או כפי שנכתב במאמרו של ד"ר שגב:

"קיים ספק (עובדתי) גדול אם ניתן לומר על בית-המשפט העליון כי הוא אכן פורום לזכות טיעון המקיים ניטרליות ובחינה פרטיקולרית וקונקרטיית. זאת, לנוכח טענות שעלו וחזרו, אפילו במאמרו של הראל (הכוונה היא להראל ארנון- ע.א.), לגבי הטיה פוליטית של בית-המשפט העליון" (עמוד 268).

הטענה השנייה היא כי בית המשפט עשוי לטעות טעות שיפוטית:

"יש לזכור כי לביקורת שיפוטית יש מחיר באשר בתי המשפט עלולים לזהות באופן שגוי עתירות מסוימות כמבוססות על זכויות ולהגן עליהן ללא הצדקה ראויה. לפיכך, ביקורת שיפוטית עלולה להזיק בשל טעויות שיפוטיות הנוגעות להקף הזכויות. טעויות מסוג זה פוגעות בסמכות הלגיטימית של המחוקק" (מאמרו של ד"ר הראל, עמוד 254).

וכפי שמופיע במאמרו של ד"ר שגב:

"סביר לצפות כי יתעוררו קשיים נורמטיביים סביב השאלה מה הופך תוצאה לטובה או לרעה מנקודת-מבטן של זכויות האדם, וסביב השאלה כיצד ניתן לספור תוצאות (הנחה שלמהפכה החוקתית יש יותר מתוצאה אחת, טובה או רעה)". (עמוד 263)

9.9 ובענייננו אנו, נציין כי על בית המשפט למצוא את נקודת האיזון החוקתית בין סמכותו לביטול הכרעות הרוב בשאלות פוליטיות ושאלות הנוגעות לזכויות אדם, לבין זכות העם להכריע באמצעות בית המחוקקים בנושאים מסוג אלו.

נקודת איזון זאת תימצא במרחב התמרון של המחוקק. המבקשת תטען כי במקרה שלפנינו ראוי שבית המשפט יעשה מאמץ למצוא את נקודת האיזון – גם אם הדבר כרוך בהרחבת מרחב התמרון, על מנת שהכרעת המחוקק תחשב למידתית.

המבקשת גורסת כי לאור הטענות הנ"ל מוצדק לעשות כן במקרה דנן. נושא המסתננים מקיף סוגיות מוסריות, לאומיות, חברתיות וכלכליות רחבות. דומה כי זאת אחת הסוגיות הבערות ביותר בחברה הישראלית (כך למשל, התקשורת הישראלית לא מפסיקה לעסוק בה, "בפריים טיים", כבר שנים רבות, ולעיתים אף תוך ניסיון לא ראוי, בעיקר של כלי התקשורת המרכזיים, להשפיע על בית המשפט טרם קיומם של דיונים בנושא). ויכוח זה מתנצח עתה ברוב אומות המערב לנוכח השינויים הדמוגרפיים, החברתיים והדתיים העוברים עליהן.

לאור עוצמת "הבעירה הציבורית" כמו גם לאור החשש מטעות שיפוטית בנושא הכרוך בתוכו סוגיות חוץ משפטיות כגון: כלכלה, חברה, פשיעה, בריאות ורווחה – ראוי שבית המשפט ייתן את הדעת ואת המשקל לזכות הטבעית, להשתתף בהכרעות מסוג אלו, של כל אזרח ואזרחית בחברה דמוקרטית.

10 היות העניין מצוי במהלכו של דיאלוג חוקתי

המבקשת תנסה להראות כי כאשר עניין מסוים מצוי בליבו של דיאלוג חוקתי סוער בין הרשויות, על בית המשפט להרחיב את מרחב התמרון של המחוקק.

10.1 הדיאלוג החוקתי בין הרשויות, לעולם יותיר את בית המשפט בעמדת עליונות שנובעת מזכותו החוזרת לבטל את החוק המובא לפתחו. וכדברי הנשיא בדימוס השופט אהרון ברק:

"בין הרשות המחוקקת לבין הרשות השופטת קיים דיאלוג חוקתי המבוסס על שותפות. הכנסת מכוננת חוקי יסוד ומחוקקת חוקים, היא השותף הבכיר. בית-המשפט מפרש את חוקי היסוד והחוקים, הוא השותף הזוטר. השותפות מתבטאת בכך שהכנסת מחוקקת חוקים, חוקתיותם לאור חוקי היסוד נבחנת בבית-המשפט המפרש את חוקי היסוד ואת החוקים וקובע יחס ביניהם. כאשר בית-המשפט קובע שהחוק אינו חוקתי, העניין חוזר לכנסת. בכוחה לחוקק את החוק מחדש תוך הסרת החלק הלא חוקתי.... חוק חדש זה אף הוא עשוי לבחינה חוקתית וחוזר חלילה.

הוא הדין בחוק שהוקקה הכנסת כאשר בית-המשפט מפרש אותו פירוש מחייב. אם פירוש זה אינו נראה לכנסת בכוחה לשנות את החוק כפי שפורש ולחוקק תחתיו חוק חדש אשר יגשים את רצונה של הכנסת. חוק חדש זה יעמוד אף הוא לפרשנותו של בית-המשפט וחוזר חלילה. זו השותפות עליה דיברתי." (הנשיא בדימוס ברק בישיבת וועדת חוק חוקה ומשפט מיום 17.7.02)

10.2 והרי, השימוש "בזכות המילה האחרונה" אירעה פעמיים בסוגיה נשואת העתירה:

10.2.1 ראשית נדרש ביהמ"ש העליון, במסגרת בג"ץ 7146/12 אדם נ' הכנסת (פורסם בנבו, 16.09.2013) (להלן: "פרשת אדם"), להסדר החדש שקבע המחוקק בחוק למניעת ההסתננות (עבירות ושיפוט) (תיקון מס' 2 והוראת שעה), התשע"ב-2012, באמצעותו הוסדרה בחוק מדיניותה החדשה של הממשלה להחמרת הטיפול במסתננים באמצעות מתן אפשרות חוקתית להחזקתם במשמורת לתקופה של עד שלוש שנים, בכפוף לעילות שחרור שנקבעו בחוק.

10.2.2 ביום 16.9.2013, השתמש ביהמ"ש העליון בהרכב מורחב של תשעה שופטים "בזכות המילה האחרונה" בקבעו כי סעיף 30א, שנוסף לחוק בתיקון מס' 3, אינו חוקתי וכלל הוראותיו בטלות, מאחר שטמונה בו פגיעה בלתי מידתית בזכות לחירות ולכבוד האדם הקבועים בחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו, ומאחר שהאמצעי שנבחר להגשמת התכליות שעמדו ביסודו אינו מידתי.

10.2.3 בעקבות פסק הדין בפרשת אדם, פנתה הממשלה לגיבוש אמצעים חלופיים שיאפשרו להתמודד עם ההשלכות החמורות הנובעות מתופעת ההסתננות, תוך שפגיעתם במסתננים תהיה פחותה, והם יעמדו בעקרונות שנקבעו בפסק הדין.

10.2.4 כחלק ממדיניותה הכוללת בעניין תופעת ההסתננות, המבוססת על העיקרון שיש למנוע את התמריץ להמשך ההסתננות לישראל ולמנוע את השתקעותם של המסתננים במרכזי הערים תוך מניעת אפשרותם לעבוד בתחומי ישראל, תיקנה הממשלה פעם נוספת את החוק למניעת הסתננות, בניסיון לקבוע הסדר אפקטיבי אך מתון ומידתי יותר מההסדר שנקבע בתיקון מס' 3.

10.2.5 בהתאם, התקבל בכנסת ביום 10.12.13 החוק למניעת הסתננות (עבירות שיפוט) (תיקון מס' 4 והוראת שעה), התשע"ד-2014, במסגרתו קבע המחוקק הסדר חקיקתי מרוכך ובכפוף

להחלטת ביהמ"ש העליון בפרשת אדם. ההסדר החדש כלל שני הסדרים עיקריים לטיפול בתופעת ההסתננות - את פרק ג' בו נקבעו תוראות לעניין גירוש והחזקה במשמורת במתכונת מידתית הכוללת החזקה במשמורת לתקופה של שנה בלבד תוך החלת הסעיף רק על מסתננים שנכנסו לישראל לאחר כניסת התיקון לתוקף, ואת פרק ד' בו נקבעו תוראות לעניין הקמתו והפעלתו של מרכז שהייה פתוח ולעניין שהיית המסתננים במתקן זה.

10.2.6 גם נגד תיקון זה הוגשה עתירה (בג"ץ 8425/13 גברסילאסי ואח' נ' כנסת ישראל ואח') (פורסם בנבו, 22.09.2014) (להלן: "פרשת אית"ן"), כאשר ביום 22.9.14 חזר ביהמ"ש העליון והשתמש "בזכות המילה האחרונה", קיבל את העתירה וקבע כי גם סעיף 30א לחוק בנוסחו המחודש, על אף תקופת המשמורת והתחולה המצומצמת - אינו חוקתי בשל פגיעתו הקשה והבלתי מידתית בזכות החוקתית לחירות ולכבוד, ועל כן הוא בטל. כמו כן קבע בית המשפט כי גם דינו של פרק ד' לחוק למניעת הסתננות - אשר מכוחו הוקם מרכז שהייה - להתבטל, בשל פגיעתו בזכות בכבוד ולחירות משום שאינו צולח גם הוא את הבחינה החוקתית בשל כך שאין הוא קובע מגבלת זמן לעניין שהייה במרכז שהייה או מציע כל עילה לשחרור ממנו.

10.2.7 בפסקה 15 לפסק דינו של כבי נשיא ביהמ"ש העליון בדימוס, השופט גרוניס בפרשת אית"ן, מובאת לידי ביטוי הגישה הנדרשת במסגרת הדיאלוג החוקתי אותו על ביהמ"ש לקיים עם הכנסת:

"... יוצא אני מהנחה כי אף לשיטתו של חברי נתון למחוקק מרחב תימרון כלשהו. ברור הוא, שקיים קושי מובנה להשיב על השאלה מה אורך התקופה שיעמוד במבחן. זו הסיבה שאף בעתירה הקודמת לא נתנו לה תשובה מדויקת".

10.2.8 לעניין זה, בפרשת אית"ן, הפנה כבי הנשיא בדימוס אשר גרוניס לפסק דינו (פסקה 5) בפרשת אדם שם הביא לידי ביטוי מפורש את פנייתו אל המחוקק להמשך הדיאלוג החוקתי בפעולה מתוקנת של המחוקק לקביעת הסדר חוקי חדש:

"אנסח את הדברים בצורה יותר חדה: עמדתי היא שפסק-דיננו, הקובע את דבר בטלותו של סעיף 30א לחוק, נכון הוא לשעתו, ולאור הנסיבות הקיימות. שינוי מהותי לרעה בנסיבות יצדיק בחינה שיפוטית מחדש של העניין, אם הכנסת תחוקק שוב חוק דומה. יתירה מזו, פסק-דיננו מתייחס לחוק שקבע תקופה של שלוש שנים של החזקה במשמורת. אף בנסיבות הקיימות כיום אין מניעה, לגישתי, לחוקק חוק חדש שיחיר החזקה במשמורת במשך תקופה קצרה באופן משמעותי משלוש שנים".

10.2.9 והנה שוב קיבלה הכנסת ביום 8.12.14 את החוק למניעת הסתננות (עבירות ושיפוט) (תיקוני חקיקה והוראת שעה) התשע"ה-2014. גם חוק זה מהווה ניסיון לקבוע הסדר מתון ומידתי יותר מההסדר שנקבע בתיקון מס' 4. ההסדר החוקי החדש קובע מתווה מעודכן ומרוכך הכולל העמדת תקופת המשמורת על תקופה מצומצמת של שלושה חודשים בלבד וכן קביעת תוראות מחודשות לעניין הפעלת מרכז שהייה למסתננים, בכפוף לסטנדרטים החוקתיים שנקבעו על ידי ביהמ"ש העליון בפרשת אית"ן, בין היתר באמצעות הגבלת תקופת שהייה

במרכז ל-20 חודשים, קביעת חובת התייצבות אחת בלבד בסמוך לשעת סגירת המרכז בלילה ועוד.

10.2.10 לפיכך, ככל שבית המשפט מעוניין לשמר את מעמדו של בית המחוקקים כנציג העם, כרשות שלטונית שוות ערך וכרשות שיש לה סמכות להגשים תכליות שהיא מוצאת לנכון להגשימן – עליו להקפיד על מרווח התמרון המסור ואף להרחיבו. דברים אלו מקבלים משנה תוקף עת מובא חוק לדיון, בפעם השלישית, לפתחו של בית משפט זה. אחרת יערך דיאלוג בין מכתבי למוכתב ולא בין רשויות שלטון שוות במעמדן. מצב זה אינו יכול להתקיים במשטר דמוקרטי. טובים לעניין זה דבריו של הנשיא בדימוס, השופט אהרון ברק, שמונה שנים לאחר הדברים שנשא בכנסת:

”החלטה על אי-חוקתיות חוק אינה סוף פסוק. הדיאלוג בין הרשויות – שהתחיל בחקיקה ונמשך בקביעה שהחוק אינו חוקתי – נמשך. כעת העניין חוזר למחוקק. שקיפותה של ההחלטה השיפוטית מאפשרת למחוקק לדעת מה עליו לעשות אם הוא מבקש להמשיך בהגשמת מטרת החוק. שוב אין לנו עניין במונולוגים נפרדים – חוק לחוד ופסיקה לחוד. עניין לנו בהבנה בין השניים. כל רשות מבינה את רעותה. כל רשות פועלת בגדריה של מציאות נורמטיבית אחידה המוכרת לה ומשותפת לה ולרשות האחרת” (אהרון ברק מידתיות במשפט הפגיעה בזכות החוקתית והגבלותיה 377 (2010), 563”.

10.3 לסיכום – הרשות המבצעת והרשות המחוקקת התייחסו ברצינות לדיאלוג החוקתי והטמיעו את עמדת בית המשפט כפי שבאה לידי ביטוי בפרשות אדם ואית”ן.

10.4 לפיכך, מצופה מבית המשפט, כחלק מתקינות הפרדת הרשויות במשטר דמוקרטי, לכבד דיאלוג זה ולהרחיב את מרחב התמרון המסור למחוקק, יותר מאשר במקרה רגיל בו לא מתקיים דיאלוג בין הרשויות.

10.5 וראוי להבהיר, כי אין המבקשת מבססת טענתה זאת על מסי הפעמים שבהם הכנסת תיקנה את החוק, כמחייב את בית המשפט “לוותר לה”, גם המחיר פגיעה בחירויות יסוד. המבקשת טוענת שהטמעת השינויים בחוק, על ידי המחוקק, היא שצריכה להביא את בית המשפט לבחון את רוחבו של מרחב התמרון – לא כיפוף ידיים שבסופו אחד הצדדים ייכנע אלא שילוב ידיים יחדיו.

11 הוראת שעה, מידתיות ומרחב התמרון.

11.1 הלכה פסוקה היא, כי על בית המשפט לנקוט ריסון שיפוטי מוגבר, עת הוא נדרש לבחינת חוקתיותה של הוראת שעה, שכן התערבות זאת מרחיקה לכת יותר מהתערבות בחקיקה “רגילה” של הכנסת.

"לא הרי חוק 'קבוע' כהרי חוק 'זמני' בבחינת חוקתיות חוק" (בג"ץ 1661/05 המועצה האזורית חוף עזה נ' כנסת ישראל, פ"ד מט(2) 481, 553).

11.2 אמנם אין בעצם הגבלת תוקפו של מעשה חקיקה כלשהו – או בהגדרתו כ"הוראת שעה" – כדי להעניק חסינות אוטומטית למעשה החקיקה מפני ביקורת חוקתית, אך ייתכנו מקרים שבהם יחליט בית המשפט, על יסוד שיקולים של מדיניות שיפוטית, להתחשב ב"זמניותו" של חוק "זמני" כנימוק למידתיותו, ועל יסוד זה להניח – בלי לפסוק – כי החוק עומד ביתר מבחניה של הביקורת החוקתית (בג"ץ 24/01 רסלר נ' כנסת ישראל, פ"ד נו(2) 699, 714-713).

11.3 ודומה שיפיים ומדויקים לענייננו דבריה של כבוד השופטת בדימוס ט' שטרסברג-כהן בבג"ץ 726/94 כלל חברה לביטוח בע"מ נ' שר האוצר פ"ד מח(5) 441 (להלן: פרשת כלל). בעתירה זאת נדונה חוקתיותו של חוק שתוקפו הוגבל ל-10 חודשים. בית המשפט פסק, ברוב דעות, כי חרף פגיעתו של החוק בחופש העיסוק של העותרות נועד החוק לתכלית ראויה: לאפשר את גיבושה של מדיניות פנסיונית חדשה ולמנוע זעזוע בשוק ההון בתקופת המעבר:

"משקל מיוחד ניתן במסקנתי זו לזמניותו של מעשה החקיקה. מעמדו הנורמטיבי של חוק הכנסת מקנה נופך של רצינות ונחישות לכוונה לעצב מדיניות חדשה ולפתור בעיות שהתעוררו במצב הקיים. על תקופת הביניים להיות קצרה כמתחייב מייעודה. אל מול יעד חברתי מרכזי עומדת הפגיעה בחופש העיסוק של העותרות, שבנסיבות המקרה עליו לסגת זמנית מפני היעד החברתי" (עמור 486).

11.4 גם "החוק החדש" נשוא עתירה זאת, קובע תקופת ביניים מוגבלת בזמן לעיצוב מדיניות חדשה ולפתרון בעיה אדירה שהתעוררה בישראל – הגירת מהגרי עבודה בהיקפי ענק, שהינה בעלת השלכות על שוק העבודה, על החברה בישראל, על הביטחון האישי של אזרחים רבים, על פגיעה חמורה ואף על הדמוגרפיה – ורק ימים יגידו אם לא גם על השלכות ביטחוניות.

רוצה לומר: לפי "החוק החדש" זכויותיהם, של המסתננים, נפגעות אבל באופן זמני בלבד וזאת לצורך הגשמת היעד של בלימת ההגירה הלא חוקית לישראל.

11.5 ההלכה, אליה התייחסנו ב"פרשת כלל", חזרה ונשנתה גם בפסיקות מאוחרות לה. בעתירות, שהוגשו נגד הוראה בחוק חסינות חברי הכנסת, זכויותיהם וחובותיהם (תיקון מס' 15) תשנ"ה-1995 (בשל היותה מפלה ופוגעת בערך השוויון, ועל כן סותרת את חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו) התייחס כבוד השופט בדימוס גולדברג, בנימוקיו לדחיית העתירות, לכך שמדובר ב"הוראת מעבר", וכך אמר:

"יש לזכור כי מדובר בהוראת מעבר בלבד, ולא בהנצחת אי-שוויון לתמיד לזמניותה של הנורמה יש נפקות לעניין התערבותו של בית המשפט בשיקולי המחוקק, ולעניין יישומה של פיסקת ההגבלה שבחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו, במקרה כזה. בנסיבות אלה לא ניתן לומר כי פגיעתו הזמנית של החוק בעקרון השוויון אינה עונה על דרישותיה של פיסקת

ההגבלה. (בגץ 7111/95 מרכז השלטון המקומי נ' הכנסת, פ"ד נ(3)
(.494 ,485)

11.6 ודברים דומים נאמרו גם בבגץ 3434/96 ד"ר מנחם הופנונג נ' יושב-ראש הכנסת, פרופ' שבח וייס, ו- 13 אח' פ"ד נ(3) 57. שם עתרו כנגד תוקפו של חוק מימון מפלגות (תיקון מס' 18), תשנ"ו-1996, בטענה שהוא סותר את עיקרון השוויון ואינו עומד בתנאי פסקת ההגבלה בחוק יסוד כבוד האדם וחירותו:

" זאת ועוד. תיקון מס' 18 הוא, מבחינה מסוימת, הוראת מעבר. האפשרות הניתנת לסיעה, לפי תיקון זה, לבחור בין שיטת המימון שחלה בבחירות לכנסת השלוש-עשרה לבין שיטת המימון שתחול (לפי תיקון מס' 16) בבחירות לכנסת החמש-עשרה, אפשרות זאת חלה רק בבחירות לכנסת הארבע-עשרה. אין לה אלא תחולה חד-פעמית. לכן, אף אם נקבל את הטענה שאפשרות הבחירה הניתנת לסיעה פוגעת בעקרון השוויון, וכאמור אין זו אלא טענה מסופקת, ברור כי עוצמת הפגיעה נחלשת משום שמדובר בהוראת מעבר " (עמוד 74).

11.7 ועל כן המבקשת תסכם סוגיה זאת ותטען: משום ש"החוק החדש" הינו הוראת שעה (לצד היותו מתון ומרוכך), יש בכך כדי להעבירו את מבחן המידתיות ועל יסוד זה לפסוק כי הוא עומד בשאר מבחני פסקת ההגבלה.

11.8 וככל שטענה זאת לא תתקבל, הרי המבקשת תבקש לראות בעצם היות "החוק החדש", הוראת שעה, כסיבה נוספת לעיבוי מרווח התמרון של המחוקק, גם אם החוק נמצא בתחום האפור של המידתיות.

12 מרחב התמרון כאשר מדובר בסוגיה כמותית

12.1 מרחב התמרון הנתון למחוקק, מתחזק אף יותר מקום שבו ההסדר החוקי הינו בעל אופי "כמותי", וביהמ"ש נדרש לבחינה האם נקודת האיזון הספציפית שבחר המחוקק, על גבי קשת האפשרויות שעמדו בפניו, עומדת בתנאי חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו.

12.2 בעניינו של "החוק החדש", בא עיקרון זה לידי ביטוי מובהק באשר כבר בעתירות הקודמות שעסקו בתיקוני החקיקה הקודמים, התמקדה הביקורת השיפוטית בשאלת אורך תקופת ההחזקה במשמורת ולא רק בשאלת עצם ההחזקה במשמורת, באופן המלמד ללא כל ספק כי המדובר בסוגיה חוקתית כמותית.

12.3 הבחנה זו מצויה במפורש בדבריו של כב' הנשיא גרוניס בפסק דינו בבג"ץ אית"ן (פסקה 16):

" במקרה הנוכחי יש לתת את הדעת במיוחד על כך שמדובר בשאלה חוקתית בעלת אופי "כמותי". היינו, בניגוד למקרים בהם עצם קיומו של הסדר מסוים עומד לביקורת שיפוטית (לדוגמה, ההסדר שעמד במוקד פרשת הפרטת בתי הסוהר), הרי בעניינו, לא עצם ההחזקה במשמורת הוא שעומד לביקורת חוקתית, אלא אורך תקופת ההחזקה במשמורת. במילים אחרות, השאלה החוקתית המדויקת במקרה רנא הינה האם נקודת האיזון הספציפית שבזר המחוקק, על גבי קשת האפשרויות שעמדו לפניו, עומדת בתנאי חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו..."

12.4 אין זו הפעם הראשונה בה נדרש כבוד בית המשפט העליון לקושי בבחינת סוגיה חוקתית במובנה הכמותי, ביחס לשאלת המידתיות. העניין מהווה בעיה מכיוון שקביעה כמותית צריכה להתבסס על תחזיות ושיקולים מקצועיים שאינם תמיד בתחום מומחיותו של בית-המשפט (ראה: בג"ץ 4769/95 מנחם נ' שר התחבורה, פ"ד נו(1) (2002) 235, 263) (להלן: פרשת מנחם).

ובעמוד 264 לפרשת מנחם כותבת הנשיאה בדימוס דורית ביניש:

"שאלה נוספת במסגרת בחינת המידתיות של סעיף 14 לפקודה היא אם שיעור "האגרה הרגילה" הקבועה בסעיף, קרי 205,000 ש"ח במסגרת תיקון 45 ו- 185,000 ש"ח לאחר תיקון 53, אינו עולה על הנדרש. שאלה זו אינה פשוטה. ברי כי לא ניתן להסתפק בשלב זה באגרה ששיעורה הוא מאות או אלפי ש"ח בלבד, שכן לא יהיה בכך כדי להשיג את מטרות החקיקה, עם זאת קביעת שיעור האגרה המדויק שנדרש על-מנת לממש את תכליות החוק היא מלאכה מורכבת". (הדגשה שלי- ע.א.)

12.5 ובעניין שלפנינו, הרי מטרת "החוק החדש" והחוקים שקדמו לו, ונפסלו בפרשות אדם ואית"ן, איננה פגיעה בזכויות המסתננים גרידא. תכלית החוק היא בלימת הגירת העבודה, חבלתי חוקית לישראל, וחיוזוק ריבונות המדינה על גבולותיה תוך שהיא ורק היא תקבע מי יכנס (פליטים אמיתיים) ומי לא. תכלית זאת ניתן להשיג רק על ידי העברת מסר ברור ומרתיע כלפי "המהגרים שבדרך" המתלבטים בין ההגירה, הקלה יחסית, לישראל לבין הגירה מורכבת יותר לאירופה. המסר הוא עניין כמותי מבחינת אורך תקופת ההחזקה במעצר ובמתקן שהיה. אם כך, ככל שביט המשפט יהיה זה שיכתיב למחוקק את כמות החודשים, המהווה את "המסר הנכון", והמרתיע כלפי "המהגרים שבדרך" הרי הוא שם עצמו בנעלי המחוקק. לפיכך, שומה על בית המשפט לכבד את מרחב התמרון המסור למחוקק.

12.6 נקודה נוספת, המרכיבה את "הסוגיה הכמותית" היא החשש מפני "טעות שיפוטית". עניין זה יש בו כדי להעביר את מטוטלת משקל החלטה לטובת המחוקק. וכדברי המלומד דוידוב:

"When the harm that would be generated by a judicial mistake is especially severe, courts should raise the bar before striking the legislation down." (G. Davidov, The

בית המשפט הוא רשות, מרשויות השלטון של המדינה. אין הוא פועל במרחב פילוסופי מנותק שבו נבחנות רק זכויות האדם אלא עליו לראות גם את השלכות החלטותיו על המדינה כולה- מבחינת ביטחון, ריבונות, כלכלה, חברה, בריאות – היום ובעתיד לבוא. טובים דבריו של הנשיא בדימוס אשר גרוניס בבגץ 7052/03 עדאלה המרכז המשפטי לזכויות המיעוט הערבי נ' שר הפנים (פורסם בנבו) (להלן: פרשת עדאלה):

”במקרה הנוכחי, לא רק שקיים חשש מפני טעות שעלולה לגרום נזק חמור, אלא שהטעות הינה קרובה להיות בלתי הפיכה. על פי הנחונים שהציגה המדינה, אושרו במהלך השנים אלפי בקשות לאיחוד משפחות בהן בן הזוג הזר הינו תושב הרשות הפלשתינית. מכאן, שעד היום השתקעו בישראל כדין אלפים רבים שהיו תושבי הרשות הפלשתינית. אם ייקבע דבר פסולתו של החוק, צפוי כי אלפים רבים נוספים יהפכו, בסיומו של הליך, לאזרחים או לתושבי קבע בארץ. נתאר לעצמנו, שבעוד מספר שנים יתברר כי ביטולו של החוק על ידי בית המשפט היווה טעות שגרמה נזק חמור. הכוונה לכך שיימצא, כי שיעורם של בני הזוג הזרים שהיו מעורבים בפעילות טרור גבוה מכפי שהוערך בעת קבלתה של ההכרעה השיפוטית. אם, חס וחלילה, כך יקרה, יקשה מאד להחזיר את הגלגל לאחור.... על פי השקפתי, הואיל והטעות עלולה לגרום נזק חמור ובוודאי בשל הקושי הרב לתקנה, עד היותה כמעט בלתי הפיכה, חובה להותיר את החוק על כנו. “ (שם, עמוד 237)

וכן דבריו של אלון הראל במאמרו ”הזכות לביקורת שיפוטית“ (משפטים מ תשע”א, 239, 254):

”יש לזכור כי לביקורת שיפוטית יש מחיר באשר בתי המשפט עלולים לזהות באופן שגוי עתירות מסוימות כמבוססות על זכויות ולהגן עליהן ללא הצדקה ראויה. לפיכך, ביקורת שיפוטית עלולה להזיק בשל טעויות שיפוטיות הנוגעות להיקף הזכויות. טעויות מסוג זה פוגעות בסמכות הלגיטימית של המחוקק“.

ואם נקביל זאת לענייננו – הרי התערבות בית המשפט בנושא הכמותי וקביעה חוזרת כי החוק אינו מידתי, בפעם השלישית, או קביעת רף נמוך מידי להתזקה במשמורת או במתקן שהייה עשויים לגרור חזרת תופעת ההגירה לישראל. ואז מה יחא? הכיצד נחזיר את הגלגל לאחור כאשר אוכלוסיית המסתננים תגדל ואף תכה כאן שורש? ומי יחיו אלו שישלמו, את מחירה של הטעות השיפוטית, אם לא השכבות החלשות שבשכונותיהן מתבססים המסתננים, שגני המשחקים נלקחו מהן, שפרנסת רבים מהם נגזלה כי זול יותר למעסיק, בעיקר בעבודות כפיים, להעסיק מסתנן תחת העסקת ישראל, ערבי ויהודי כאחד? מי ישא במחיר עלותם, של המסתננים החדשים, למערכת הבריאות, הרווחה והחינוך שצרות מידי מלהכיל את צרכי אזרחי ישראל עצמם?

מחירה של טעות שיפוטית, במקרה זה, עשוי להיות כבד עד מאוד ובכייח לדורות. מחיר זה לא יהיה זמני, כתוקפו של החוק החדש, אלא פרמננטי. לאור חשש כבד זה יש לכבד את מרווח התמרון של המחוקק, את "הכמויות שמוזג אל תוך החוק" ולבחון בתום תקופת תחולתו הזמנית של החוק, את השלכותיו ואת הצלחותיו או כישלונותיו.

ולסיום הסוגיה הכמותית – בית המשפט, בפרשות אדם ואית"ן, בחן את מדיניותו של מדינת מערב אחרות. האם נלמד נדיבות מהקמפן? האם נלמד חוכמה מהטיפש או ענווה מהשחצן? מדינות המערב לא השכילו ליצור גדר נורמטיבית איתנה וגבוהה דיה. כמעט כולן, קורסות תחת נטל ההגירה אליהן – והדבר מביא לעליה בכוחם של הלאומנים במדינות אלו. צא ולמד מהליך החקיקה האחרון בארה"ב בנושא הסדרת ההגירה- גם המפלגה הרפובליקנית נאלצה להתפשר, מתוך הבנה כי כוחם האלקטוראלי של המהגרים, מארצות דרום אמריקה, יעמוד לה לרועץ בבחירות הבאות.

12.7 באשר לתיקון הנבחן במסגרתה של עתירה זו - מדובר בסוגיה מובהקת בעלת אופי כמותי ומשכך יש להותיר כאמור, משקל לא מבוטל למרחב התמרון הנתון למחוקק לקבוע את צעדי האכיפה הנדרשים על מנת להגשים את התכלית החקיקתית של הרחקת מסתננים לא חוקיים מישראל, העומדת ביסוד התיקון לחוק.

13 חזקת החוקתיות

13.1 כל חוק נהנה מ"חזקת החוקתיות" לפיה החוק הוא חוקתי, ועל העותר להוכיח פגיעה.

13.2 הלכה ותיקה ומושרשת היא כי על בית המשפט לעשות כל מאמץ פרשני לגיטימי ליתן להוראת חוק פרשנות סבירה, תחת פסילה חוקתית שלה. וכדברי השופט בדימוס מישראל חשין:

"ואולם, כפי שלמדנו ושנינו, עד שנידרש לטענת בטלותו של חוק, שומה עלינו, בראש ובראשונה, לפרש את החוק כלשונו וכתכליתו; להוסיף ולקבוע את תחומי פרישתו, ואגב פרשנות זו הוטל עלינו הנטל לעשות כמיטבנו ולנסות להשלים בין הוראות החוק לבין הוראות חוק היסוד". (בג"ץ 9098/01 גניס נ' מדינת ישראל, פ"ד נט(4) (2004) 241, 257-258).

ובאופן דומה ציינה הנשיאה בדימוס ד' ביניש בפרשת לוחמיים בלתי חוקיים, כי:

"... בשיטתנו המשפטית קיימת חזקה שלפיה יש לייחס למחוקק מודעות לתוכנם ולהשלכותיהם של חוקי היסוד על כל חוק הנחקק לאחריהם. בהתאם לחזקה זו, נבחנת הוראת חוק תוך כדי ניסיון לפרשה כך שתהלוס את ההגנה שפורש חוק היסוד על זכויות האדם..." (שם, בעמ' 351).

13.3 במקרה דנן, בית המשפט אמר את דברו לגבי גרסאות קודמות של החוק. והינה עתה מובאת לפתחו גרסה, שעברה את מסננות היועץ המשפטי לממשלה, אנשי משרד המשפטים והייעוץ המשפטי בכנסת. האם כל היועצים המשפטיים הללו לא מבינים את הלכי הרוח של בית משפט נכבד זה? נדמה כי בעבודה הרבה, שנעשתה על ידי היועצים המשפטיים הרבים, ניתנה תשומת לב רבה לרוח אשר נשבה בפרשת אית"ן וכי חוק זה עומד ברוח חוקי היסוד ומאזן כראוי בין הערכים המתנגשים בו.

14 מצבה המיוחד של הכנסת בעת קבלת החוק

14.1 המבקשת טוען כי במקרה דנן, מבנה הכוחות בכנסת, בעת קבלת החוק, ורוחב התמיכה בו מכל קצוות הקשת הפוליטית, יש בהם כדי להשפיע על מרחב התמרון ועל אי התערבות בית המשפט.

טיעון זה אינו משפטי per-se אולם הוא מחבר בין עקרונות דמוקרטיים לבין עולם המשפט. הוא נועד להדגיש את צבעי התמונה אותה מנסה המבקשת לצייר בפני בית המשפט. כמו כן, חשוב להדגיש כי טיעון זה מהווה חיזוק ותמיכה בלבד לעמדת המבקשת לגבי מרווח התמרון של המחוקק ואין להקיש ממנו היקשים משפטיים מעבר לכך.

14.2 ביום 8 בדצמבר עבר החוק לפיזור הכנסת ה-19 בקריאה שנייה ושלישית. נראה כי אין צורך להלאות את בית המשפט ולתאר בפניו את האנדרלמוסיה הקואליציונית אשר שררה אותה העת. די בציון אמירתו של ראש הממשלה: "לא אסבול אופוזיציה בתוך הממשלה" (אתר עיתון הארץ 2.12.14, יהודה ליס) <http://www.haaretz.co.il/news/politi/1.2502416> על מנת להבהיר את משבר האמון החריף וחוסר שיתוף הפעולה בין המפלגות שהרכיבו את הממשלה.

14.3 באותו היום, לאחר שכבר שרי סיעות יש עתיד והתנועה פוטרו והקואליציה הייתה חסרת רוב בכנסת ולפיכך חסרת יכולת לאכוף החלטות קואליציוניות, נתקבל התיקון החדש לחוק ברוב של 47 חברי כנסת.

14.4 בעניין זה המבקשת מבקשת להבהיר את הנקודות הבאות:

א. היעדר משמעת קואליציונית, לאור פיטורי שרים מסיעות שונות ולאור ההודעה על פיזור הכנסת, הביאה לכך שהחוק התקבל על פי צו מצפוננו וראיית העולם של כל ח"כ וח"כ שהיו רשאים להצביע בצורה חופשית.

ב. למעשה מדובר אולי באחד הביטויים הכי חזקים בהם המחוקק משמיע קולו כנציג העם – ללא שחברי הכנסת כפופים למגבלות קואליציוניות כל שהן וללא שמישהו מכותיב להם ממעל כיצד להצביע בעניין זה או אחר.

ג. על מנת לסבר את האוזן, נציין כי התמיכה בהצעת החוק זכתה לתמיכה רחבה, מצד 47 ח"כ מסיעות האופוזיציה והקואליציה גם יחד (הבית היהודי - 10, העבודה - 6, יהדות התורה - 2, ש"ס - 3, התנועה - 2, הליכוד - 13 וישראל ביתנו - 11).

חשוב לציין כי ככל הנראה ח"כ של מפלגת "יש עתיד" נעדרו מההצבעה לאחר שהגיעה להסכמות עם יו"ר ועדת הפנים, ח"כ רגב, ולפיכך ניתן לראות גם בחבריה כמסכימים לחוק.

14.5 ולעניין זה נותן לבצע הקשה לוגית מדבריו של פרופ' מרדכי קרמניצר מתוך ספרם של רות גביזון, מרדכי קרמניצר, יואב דותן- "אקטיביזם שיפוטי: בעד ונגד: מקומו של בג"ץ בחברה הישראלית" ת"א, ידיעות אחרונות, תש"ס:

" אם אמנם שיטה של בלמים ואיזונים לבקרה הרדית של רשויות השלטון היא מיסודות המשטר, ברור כי לרשות המבצעת אין כמעט תפקיד מבקר וגם התפקיד המבקר של הרשות המחוקקת הוא שולי ולא ניתן לסמוך עליו כמספק בשל זיקה אישית ואינטרסנטית של המחוקק כלפי הממשלה. על רקע זה מתבלטת הרשות השופטת במעמדה המיוחד ויוצא הדופן, כעצמאית מן השלטון, ומשחי הרשויות האחרות". (עמוד 170)

וכן ללמוד מדבריו של פרופ' אנדרי מרמור במאמרו בעמוד 154 :

- (1) השריון החוקתי משקף ערכים בסיסיים שיש עליהם הסכמה רחבה ושורשית בציבור.
- (2) השריון החוקתי נחוץ כדי ל מנוע מפוליטיקאים ואינטרסנטים אחרים הפרה של ערכים אלו
- (3) לבית המשפט העליון אין תמריץ ל הפר ערכים מוסכמים אלו, משום שמבחינה מוסדית הוא הגוף הפחות פוליטי ואינטרסנטי בחברה"

והנה, ניתן לטעון טענה דומה כלפי מצבה המיוחד של הכנסת בעת קבלת החוק: היא חפה מאינטרסנטיות, חלק גדול מנציגיה (שהרי כבר לא הייתה לממשלה קואליציה להסתמך עליה) אינם בעלי זיקה אישית לרשות המבצעת ואין בנמצא "תכונת אופי שלילית" שניתן לייחס לח"כ שהצביעו בעד החוק (למעט חברי הקואליציה המעטים במספרם).

14.6 לפיכך, המבקשת טען כי יש לקחת שיקול זה בחשבון בעת ששוקלים את מרחב התמרון של הכנסת מכיוון שראוי לכבד שבעתיים החלטה זאת, המשקפת נאמנה את רצון העם, שהאינטרסנטיות הפוליטית הקטנונית נעדרה ממנו במקרה זה, ומייצגת את מגוון הדעות בו – ייצוג שבא לידי ביטוי הן בנציגי המפלגות, בתוך הקואליציה ומחוצה לה שהצביעו בעד החוק, והן בפשרה שנתקבלה בנוסח הסופי.

15 סוף דבר: מרחב התמרון

המבקשת מקווה כי הצליחה לשכנע את בית המשפט כי מרחב התמרון המסור למחוקק במקרה זה צריך להיות רחב ובשל כך תידחה העתירה.

"בבחינת מידת התועלת של החוק, יש להתחשב בעיקרון הריבונות, המעניק למדינה שיקול דעת רחב לקבוע את מדיניות ההגירה וההשתקעות בה, על כל המשתמע מכך. על רקע כל הדברים הללו, ובמיוחד בהתחשב בתחולתו המצומצמת יותר של ההסדר הנוכחי, כמו גם קיצור תקופת הזמן בה ניתן להחזיק מסתנן במשמורת, באתי למסקנה כי הכרעתו של המחוקק אינה חורגת ממרחב התימרון הזיקתי הנתון לו". (פרשת אית"ן פסקה 18 לפ"ד של הנשיא בדימוס גרוניס)



ב"כ המבקשת

עוה"ד עידן אבוהב