

1-8. טשומה נגה דסטה ואח'
באמצעות ב"כ, עו"ד עודד פלר ואח'
האגודה לזכויות האזרח בישראל

עו"ד ענת בן-דור ואח'
התכנית לזכויות פליטים, הפקולטה למשפטים, אוניברסיטת תל-אביב

עו"ד אסף וייצן ואח'
המוקד לפליטים ולמהגרים

עו"ד אסנת כהן-ליפשיץ
הקליניקה לזכויות מהגרים, החטיבה לזכויות אדם,
המרכז האקדמי למשפט ועסקים

שכתובתם להמצאת בית הדין: האגודה לזכויות האזרח בישראל
רח' נחלת בנימין 75, תל-אביב
טלפון: 03-5608185; נייד: 052-2547163;
פקס: 03-5608165; מייל: oded@acri.org.il

העותרים

נ ג ד

1. כנסת ישראל
באמצעות היועץ המשפטי לכנסת
הכנסת, ירושלים

2. שר הפנים

3. שר הביטחון

4. השר לביטחון פנים

5. היועץ המשפטי לממשלה

באמצעות פרקליטות המדינה
רח' צלאח א-דין 29, ת"ד 49029, ירושלים
טלפון: 02-6466194; פקס: 02-6467011

המשיבים

כתב תשובה מטעם המשיבים 2-5

תוכן עניינים

- א. מבוא..... עמ' 2
- ב. הרקע לחקיקת החוק החדש למניעת הסתננות..... עמ' 3
- ב.1 המדיניות בדבר התמודדות המדינה עם תופעת ההסתננות לישראל..... עמ' 3
- ב.2 מיקומו של החוק למניעת הסתננות במערכת דיני ההגירה של ישראל..... עמ' 7
- ב.3 מגמות בתופעת ההסתננות לישראל..... עמ' 9
- ב.3(א) תהליך התגברות תופעת ההסתננות והשלכותיה..... עמ' 9
- ב.3(ב) בלימת תופעת ההסתננות וצמצום היקפה..... עמ' 12
- ג. עיקרי החוק החדש למניעת הסתננות..... עמ' 15
- ג.1 פרק ג' בחוק למניעת הסתננות..... עמ' 15
- ג.2 פרק ד' בחוק החדש למניעת הסתננות..... עמ' 17
- ג.3 העברה למשמורת..... עמ' 19
- ג.4 העברת כספים משכר מסתננים לפיקדון..... עמ' 19
- ד. מבט אמפירי על הפעלתו של מרכז השהייה..... עמ' 20
- ה. עניינים הפרטני של העותרים שבפנינו..... עמ' 28
- ו. חוקתיות החוק החדש - הבחינה החוקתית גופא..... עמ' 31
- ז. סעיף 30א לחוק..... עמ' 35
- ז.1 תכלית סעיף 30א לחוק למניעת הסתננות..... עמ' 35
- ז.2 מידתיות סעיף 30א כנוסחו בחוק המתקן..... עמ' 38
- ז.3 מבחן המשנה הראשון..... עמ' 39
- ז.4 מבחן המשנה השני..... עמ' 40
- ז.5 מבחן המשנה השלישי..... עמ' 41
- ח. בחינת חוקתיות פרק ד' לחוק..... עמ' 46
- ח.1 כללי..... עמ' 46
- ח.2 פרק ד' לחוק החדש למניעת הסתננות..... עמ' 47
- ח.3 פרק ד' לחוק - הבחינה החוקתית גופא..... עמ' 50
- ח.3(א) תכלית פרק ד' לחוק החדש..... עמ' 50
- ח.3(ב) מידתיות הוראותיו של פרק ד' לחוק החדש..... עמ' 61
- מבחן המשנה הראשון..... עמ' 66
- מבחן המשנה השני..... עמ' 68
- מבחן המשנה השלישי..... עמ' 69
- סעיף 32כ - העברה למשמורת באישור יזום של בית הדין לביקורת משמורת..... עמ' 72
- ט. הערות אחרונות - פרשנות מקיימת, כלל העיפרון הכחול ומענה לטענות המנהליות..... עמ' 78
- י. סיכום..... עמ' 81

א. מבוא

בהתאם להחלטות בית המשפט הנכבד מיום 30.12.14 ולקראת הדיון הקבוע בעתירה מתכבדים המשיבים 2-5 (להלן – **המדינה**) להגיש כתב תשובה מטעמם, כדלקמן:

1. עניינה של העתירה בבקשת העותרים כי בית המשפט הנכבד יורה על בטלותו של סעיף 30א לחוק למניעת הסתננות (עבירות ושיפוט), התשי"ד-1954 (להלן – **החוק**), כפי שתוקן בחוק למניעת הסתננות ולהבטחת יציאתם של מסתננים מישראל (תיקוני חקיקה והוראת שעה), התשע"ה-2014 (להלן – **החוק המתקן**). עוד מבקשים העותרים כי בית המשפט הנכבד יורה על בטלות פרק ד', כפי שתוקן בחוק המתקן (ובמיוחד – **החוק החדש למניעת הסתננות**).

צילום החוק החדש למניעת הסתננות מצורף ומסומן **מש/1**; צילום הצעת החוק ודברי ההסבר מצורף ומסומן **מש/2**.

2. ביום 30.12.14 הוציא כב' הנשיא (בדימוס) א' גרוניס צו-על-תנאי ביחס לשני ראשי העתירה, תוך שהובהר בהחלטה כי: "הצו על תנאי מוצא בשלב הנוכחי של ההליך בשל דחיפות העניין ובלא שיש בהוצאתו כדי להצביע על עמדה כלשהי לגופם של דברים".

3. המדינה סבורה כי דין העתירה, על כל הסעדים המבוקשים בה, להידחות.

כפי שיפורט להלן, עמדת המשיבים היא כי החוק המתקן הוא חוקתי, והוא נדבך חשוב במערך נורמטיבי וביצועי המעניק מענה מידתי, סביר ומאוזן לתופעה המורכבת שמדינת ישראל נאלצת להתמודד עמה בשנים האחרונות - היא תופעת הסתננותם הבלתי חוקית לישראל של עשרות-אלפים מתושבי אפריקה, דרך גבולה המערבי עם מצרים, והשתקעותם במדינת ישראל.

המדינה תטען, כי החוק החדש למניעת הסתננות מאזן נאמנה בין האינטרסים החיוניים של מדינת ישראל וזכויותיהם של אזרחיה ותושביה, לבין האינטרסים והזכויות של עשרות-אלפים שהסתננו למדינת ישראל בשנים האחרונות. החוק המתקן **שונה באופן מהותי** מהחוק למניעת הסתננות (עבירות ושיפוט) (תיקון מס' 4 והוראת שעה), התשע"ב-2012 (להלן – **תיקון מס' 4**), שלגביו קבע בית המשפט הנכבד בדעת רוב כי סעיף 30א בנוסחו דאז איננו חוקתי וכי פרק ד' על מכלול הוראותיו איננו חוקתי.

כפי שיפורט להלן, החוק המתקן נתקק על מנת להגשים את מדיניותה הברורה של ממשלת ישראל. זאת הן בשים לב לפסק דינו של בית המשפט הנכבד בבג"ץ 8245/13 **גבריסלאסי ואח' נ' הכנסת** (פסק דין מיום 22.9.14; להלן – **פרשת גבריסלאסי**) והן בשים לב לקביעות בית המשפט הנכבד בבג"ץ 7146/12 **אדם נ' הכנסת**, בגדרו נפסל תיקון מס' 3 לחוק למניעת הסתננות (פסק דין מיום 16.9.13; להלן – **פרשת אדם ו - תיקון מס' 3**).

4. המדינה תבקש לטעון, כי בבוא בית המשפט הנכבד לבחון את חוקתיות סעיף 30א לחוק, כמו-גם את חוקתיות פרק ד' לחוק המתקן, על בית המשפט הנכבד לתת משקל לעובדה כי החקיקה הראשית הניצבת בפניו כוללת שינויים משמעותיים, המתמודדים עם הפגמים החוקתיים עליהם עמד בית המשפט הנכבד בפסק-דינו הקודם באותה סוגיה.

נתון זה ילווה אותנו בעת בחינת החקיקה בהתאם למבחני פסקת ההגבלה של חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו, כמו-גם במסגרת שרטוט מרחב התמרון הרחב הנתון למחוקק, שעה שהוא נדרש לאותה סוגיה בפעם השנייה ביחס לפרק ד' לחוק המתקן ופעם שלישית ביחס לסעיף 30א לחוק.

ואף זאת יש להדגיש, החוק החדש מהווה חלק בלתי נפרד ממארג שלם של חקיקה, המבטאת את מדיניות ההגירה של מדינת ישראל - מדיניות המצויה בלב הפרווגטיבה של הכנסת ושל הממשלה.

5. דרך הילוכנו תהיה כדלקמן: תחילה, נעמוד על הרקע לחקיקת החוק החדש למניעת הסתננות, על התפתחותה של תופעת ההסתננות לישראל, כמו-גם על ההשלכות הנלוות לה. בתוך כך, נעמוד על המענה המשולב שניתן לתופעת ההסתננות. לאחר מכן, נעמוד על עיקרי החוק החדש למניעת הסתננות.

בהמשך לכך, ובטרם מעבר לניתוח החוקתי של החוק החדש, נפנה מבט אמפירי על הפעלתו של מהכו שהייה הפתוח וכן נפרט בקצרה אודות עניינם הפרטני של העותרים שבפנינו. לבסוף, נביא בפני בית המשפט הנכבד את עמדת המדינה ביחס לחוקתיות ההסדרים שנקבעו בחוק החדש.

ראשית, נעמוד על טענות המדינה באשר לבחינה החוקתית של סעיף 30א במסגרת פרק ג' לחוק החדש. לאחר מכן, נביא את עמדת המדינה באשר לחוקתיות ההסדרים שנקבעו בחוק החדש בעניין מרכזי שהייה הפתוח, קרי הוראות פרק ד' לחוק.

ב. הרקע לחקיקת החוק החדש למניעת הסתננות

1.ב. המדיניות בדבר התמודדות המדינה עם תופעת ההסתננות לישראל

6. פסק הדין בפרשת **גבריסלאסי** הוביל כאמור לצורך בבחינה מחודשת של המענה הנורמטיבי והאופרטיבי שיש ליתן לתופעת ההסתננות לישראל, כך שיהיו בידי הממשלה כלים אפקטיביים להמשך בלימת ההסתננות לישראל, בד בבד עם כלים שיאפשרו התמודדות אפקטיבית עם השתקעותם של עשרות אלפי המסתננים, אשר נכנסו לישראל וכעת קיים קושי - כזה או אחר - להרחיקם אל מדינת מוצאם.

7. בהליכים בפרשת **אדם** ובפרשת **גבריסלאסי** עמדה המדינה על אופי תופעת ההסתננות לישראל לאורך השנים ועל השלכותיה במגוון תחומים. גם עתה, ובקצרה, נבקש לעמוד על תופעת ההסתננות לישראל בהקשרים אלו, תוך הצגת עדכונים רלוונטיים אודות ההשלכות על תופעת ההסתננות, לאור האופן בו מתמודדת מדינת ישראל עימה בשנים האחרונות.

8. בטרם נפרט בנושא זה, נבקש להבהיר ולהדגיש בפרק זה את נקודת המוצא הרלוונטית ואת תפיסת המדיניות המנחה, לגבי האופן שבו מבקשת מדינת ישראל להתמודד עם תופעת ההסתננות לשטחה.

9. פיקוח על הכניסה לגבולותיה של מדינה ריבונית וקביעת מדיניות הגירה, עומדים בליבת עקרון ריבונות המדינה. נקודת מוצא זו, המוכרת במשפט הבינלאומי, מעניקה בידי כל מדינה מתחם רחב מאוד של שיקול דעת בעיצוב מדיניות ההגירה, ובקביעת כלים שיאפשרו את יישומה. חוקי מדינת ישראל ופסיקת בית המשפט הנכבד מכירים בשיקול הדעת הרחב הנתון לממשלת ישראל לקבוע את מדיניות ההגירה לישראל.

האמור מקבל משנה תוקף, מקום בו קיים צורך ממשי להתמודד עם הגירה בלתי חוקית רחבת היקף ובעלת פוטנציאל חסר תקדים, שהתבטאה בכניסתם של מסתננים לישראל באופן בלתי-חוקי, שלא דרך מעבר גבול, וחלקם הגדול אף ללא תיעוד ובהיקפים משמעותיים ביותר.

המדינה סבורה כי ההיבטים הייחודיים של תופעת ההסתננות לישראל מעמידים את ההחלטה כיצד להתמודד עם תופעה זו בגרעין הקשה של עיצוב מדיניות ההגירה, העומדת כאמור בליבת עקרון ריבונות המדינה. יודגש, כי העיקרון הבסיסי הוא כי יש לפעול להרחיק משטח מדינת ישראל את כל מי שהמדינה החליטה במסגרת מדיניות ההגירה שקבעה, כי אינו זכאי לשהות בשטחה. בהקשר זה, נועד החוק החדש למניעת הסתננות ליתן בידי המדינה כלים למניעת השתקעותו של מי אשר הסתנן באופן לא חוקי לשטחה וקיים קושי כלשהו להרחיקו למדינת מוצאו.

10. דברים אלה נאמרים ומודגשים, כיוון שאף לאחר פסק הדין בפרשת גבריסלאסי, ולאור קביעות בית המשפט הנכבד, בחנה ממשלת ישראל כיצד יעלה בידה להתמודד באופן אפקטיבי עם תופעת ההסתננות והשלכותיה, תוך ניסיון לתור אחר חלופה מידתית יותר מזו שנפסלה במסגרת תיקון מס' 4. וזאת, בשים לב לתכלית מדיניות ההגירה של מדינת ישראל.

אחר בחינה זו, עמדת הממשלה היא כי אין מקום לנקוט בפתרון של "הכלה" או "השלמה", בדמות הענקת רישיונות ישיבה ועבודה בישראל לכל המסתננים השוהים בשטחה. פתרון זה נמצא על ידי קובעי המדיניות כבלתי-מתאים, שכן נקיטה בדרך זו תהווה - במידה קרובה לוודאות - תמריץ למסתננים רבים נוספים, שאת שיעורם לא ניתן לאמוד, להגיע למדינת ישראל. מעבר לכך, אין כל עילה שבדין או זכות מוקנית למי שהסתנן לישראל, גם אם קיים קושי זמני להרחיקו, כי יותר לו לבסוף להשתקע בה.

11. מאותה סיבה נדחה גם הרעיון להחליף חלק מהעובדים הזרים שאמורים להגיע לישראל במסתננים שכבר שוהים בתחומה. החלטה כזו תהווה איתנות למסתננים נוספים השוהים כיום במרחבי אפריקה השונים, שאם רק יצליחו לעבור את הגבול - יזכו באפשרות לעבוד בישראל באופן חוקי, להשתכר עשרות מונים מהשכר המשתלם באפריקה, ולהעבירו למדינת המוצא, בין היתר, לשם מימון גל ההסתננות הבא. **בנוסף, עובדים זרים מקצועיים הנכנסים כיום לישראל, עושים זאת במסגרת הסכמים בין-מדינתיים, המיועדים לעובדים מקצועיים והמבטיחים את יציאתם מישראל למדינת המוצא בחלוף תקופת עבודתם. מובן כי בכל הקשור למסתננים, אין כל ערובה ליציאתם מישראל בחלוף תקופה זו. כיוון**

שהחלטה כזו, לו הייתה מתקבלת, הייתה פוגעת במדיניות הממשלה ובאינטרסים החיוניים של המדינה, הוחלט כאמור שלא לנקוט בה.

12. החלופה שנבחרה לבסוף, והיא שעוגנה בחוק החדש למניעת הסתננות, היא קביעתו של הסדר חקיקתי חדש המהווה נדבך מרכזי, במסגרת האמצעים בהם נוקטת מדינת ישראל למניעת השתקעותם של מסתננים במרכזי הערים בישראל. כעולה מהאמור לעיל, נקודת המוצא לענייננו היא כי בידי מדינת ישראל קיים שיקול דעת רחב ביותר כיצד להתמודד עם ההגירה הבלתי חוקית לשטחה בדרך של הסתננות. משכך, ברי כי מדינת ישראל רשאית לקבוע מדיניות הגירה שבמרכזה התפיסה כי לא תתאפשר השתקעות במרכזי הערים של המסתננים אשר נכנסו לשטחה. לגיטימיות מדיניות זו, שתכליתה מניעת השתקעות של מסתננים במרכזי הערים בישראל, עוגנה עוד בפסק הדין בפרשת אדם

כך, למשל, קבעה כבוד השופטת (כתוארה אז) ארבל בפסקה 84 לפסק דינה:

"המדינה עומדת על כך שהחוק מבקש למנוע מהמסתננים שחדרו כבר לגבולות מדינת ישראל מלהכות בה שורש ולהשתקע בה ובכך להציב את הגירתם הבלתי חוקית כעובדה מוגמרת. כן מונע החוק את השתלבות המסתננים בשוק העבודה הישראלי, אשר השלכותיו פורטו לעיל. הרחקתם של המסתננים מערי ישראל מונעת אף את יתר ההשלכות השליליות שהוצגו על יד המדינה ופורטו לעיל. דומני כי תכלית זו הינה תכלית ראויה. כידוע, למדינת ישראל יש זכות לקבוע את מדיניות ההגירה לתוכה הנובעת מאופייה הריבוני של המדינה. בהתאם לכך גם נפסק כי לשר הפנים שיקול דעת רחב מאוד בכל הקשור למתן היתרי כניסה ורישיונות ישיבה בישראל, אם כי שיקול דעת זה כפוף אף הוא לביקורת שיפוטית (עניין קו לעובד השני, פסקה 24 לפסק דינה של השופטת פרוקצ'יה; עניין אספו, פסקה 13; עניין פרידה, פסקה 8). מכאן נובעת אף זכותה לקבוע צעדים שיתמודדו עם מהגרים בלתי חוקיים, בהנחה שאלו לא הוכרו כפליטים. כפי שפורט, הגירה בלתי חוקית עלולה לגרור השלכות שליליות על מרקם החיים בחברה הישראלית, ובין היתר לפגוע במקומם של אזרחי ותושבי ישראל בשוק העבודה ולהשפיע על שכרם, לצמצם את המשאבים השמורים למערכות השונות, כגון מערכות הרווחה והחינוך, המטפלות באזרחים ובתושבים השוהים באופן חוקי בישראל, להגביר את הפשיעה באזורים בהם מרוכזים מהגרים בלתי חוקיים, ועוד. לפיכך, ניתן לראות כמטרה חברתית חשובה את רצונה של המדינה למנוע השלכות שליליות אלו ולטרפד אפשרות חופשית של המסתננים להשתקע בכל מקום במדינת ישראל, להשתלב בשוק העבודה שלה, ולא לפגוע את החברה המקומית להתמודד עם כניסת המסתננים לתחומם על כל המשתמע מכך (ראו עניין קו לעובד השני, פסקה 58 לפסק דינה של השופטת פרוקצ'יה; עניין אורן, בעמ' 232). מובן, עם זאת, כי האמצעים להגשמת מטרה זו צריכים לעמוד במבחן המידתיות, אשר אליו אתייחס בהמשך הדברים".

כן ראו קביעתו של כבוד השופט ס' ג'ובראן בפסקאות 7-8 לחוות דעתו בפרשת גבריסלאסי:

"אין חולק כי הפעלת אמצעים שתכליתם מניעת השתקעות והשתלבות בערים ובשוק העבודה כרוכה בפגיעה בזכויות אדם. אך פגיעה זו כשלעצמה אינה בהכרח שוללת את לגיטימיות התכלית. "אין לומר כי תכלית היא ראויה רק אם אין בה פגיעה בזכות אדם... קביעה מראש שכל פגיעה אינה ראויה נוגדת את תכליתה של ההוראה בדבר תכלית ראויה, ואין לנקוט בה" (הנשיא ברק בעניין התנועה לאיכות השלטון, בפסקה 51). בבסיס מדיניות ההגירה עומד אינטרס חברתי ראוי ובר משקל. מדיניות הגירה מבקשת בין היתר לצמצם תמורות דמוגרפיות לא רצויות שהן תוצר בלתי נמנע של הגירה לא חוקית ושל הסתננות בפרט. תמורות אלה הביאו, במציאות הישראלית, להשלכות שליליות כגון עליה בפשיעה; הכבדה על תקציב המדינה ועל מערכות הבריאות והרווחה באזורים מסוימים; קשיי אינפנ

של חובות אזרחיות כגון תשלום מס ועוד (ראו: פסקאות 6-11 לכתב תשובה מטעם המדינה מיום 11.3.2014).

שאיפתה של המדינה למנוע השתקעותם של מסתננים בערים היא אחד מביטויה של מדיניות ההגירה. מדיניות זו כרוכה מטבעה בהגבלה של זכויות יסוד מסוימות אשר גדונו בהרחבה בחוות דעתו של חברי השופט פוגלמן. אך הגבלה זו כשלעצמה אינה שוללת את היותה של התכלית ראויה. בבסיס מדיניות זו עומדים אינטרסים חיוניים. תכליתם של אינטרסים אלה מבטאת ההגנה על החברה מפני ההשלכות השליליות שעלולות להיות תוצאתה של תופעת ההסתננות. הגנה זו היא ראויה בעיני, ולפיכך, אני סבור כי תכלית זו עומדת במבחן התכלית, וזאת ללא קשר לאמצעים שנקטים להגשמתה, אשר מבחני פסקת ההגבלה ייעדו להם בחינה נפרדת. [ההדגשות הוספו – הח"מ]

13. אף האמצעי שנבחר, בדבר הפעלת מרכז שהייה פתוח למסתננים, נמצא על ידי בית המשפט הנכבד הן בפרשת אדם והן בפרשת גבריסלאסי, כאמצעי בו רשאית המדינה לנקוט, כחלק מהמדיניות להתמודדות עם תופעת הסתננות ומניעת השתקעותם של מסתננים במרכזי הערים בישראל. ראו לעניין זה, פסקה 92 לפסק דינו של כבוד השופט פוגלמן בפרשת גבריסלאסי וההפניות שם לפרשת אדם:

"לא ימצא חולק על כך שלטובת המדינה, המבקשת למצוא פתרונות לתופעת ההגירה הבלתי מוסדרת, עומד מרחב תמרון חוקתי נרחב. להשקפתי, במרחב זה מצויה גם האפשרות להקים מרכזי שהייה פתוחים, אשר יתנו מענה לקשיים שבצד תופעה זו. ואמנם, אפשרות זו נדונה עוד בפרשת אדם. בפסק דינו שם עמדנו, חלק מחבריי ואני, על אמצעים חלופיים למתקן המשמורת. חברתי השופטת (בדימ) ע' ארבל ציינה כי "ניתן לשקול לחייב מסתננים לשהות בלילות במתקן שהייה שהוכן עבורם ואשר יספק את צרכיהם, ולצד זאת ימנע מהם קשיים אחרים" (בפסקה 104 לחוות דעתה; ההדגשה הוספה – ע' פ'); חברתי המשנה לנשיא מ' נאור עמדה על כך ש"המדינה תוכל לשקול להפוך את המבנה הקיים למחנה פתוח, שהשהייה בו היא רצונית" (בפסקה 4 לחוות דעתה; ההדגשה הוספה – ע' פ'); ואף אני בפסקה 40 לחוות דעתי הפניתי לנוסח המקור של מסמך (שמאז ראה אור בעברית) מאת נציבות האו"ם לפליטים שהוכתר קווים מנחים למשמורת: הנחיות בדבר קריטריונים וסטנדרטים ישומיים למשמורת של מבקשי מקלט ולחלופות משמורת (2012) (זמין כאן). במסמך זה, בין יתר חלופות המשמורת שנדונו, הוצגה האפשרות למגורים במרכזים פתוחים או פתוחים למחצה. הודגש כי יש להגן על חירות השוהים במרכזים אלה וכן על חירות התנועה בתוך המרכזים ומחוצה להם, ולהבטיח שהם אינם הופכים למעצר בדרך אחרת [...] יש להקפיד על חופש תנועה כללי בתוך המרכז ומחוץ לו כדי להבטיח שהמרכז אינו הופך לסוג של מתקן משמורת", שם, בעמ' 42). [ההדגשות הוספו – הח"מ]

14. אכן, במרכז החוק החדש למניעת הסתננות, בדומה לחוק הקודם למניעת הסתננות, מוסדרת הפעלתו של מרכז שהייה פתוח שבו יכולים מסתננים לשהות, ושבו מסופקים תנאי מחייה הולמים ומכלול צרכיהם - שירותי בריאות, רווחה, תעסוקה וולנטרית, הכשרה תעסוקתית, פעילויות פנאי וחינוך בלתי פורמלי. לצד זאת, מרכז השהייה הפתוח כשמו כן הוא - פתוח ליציאה לאורך כל שעות היום - החל מהשעה 06:00 בבוקר ועד לשעות הערב המאוחרות (בין 20:00 ל-22:00 על השוהים להתייצב במרכז לצורך רישום נוכחות ולשהות במתקן בשעות הלילה (החל מהשעה 22:00)). משמעות הדברים היא כי משך עד 16 שעות ביממה, חופשיים השוהים לצאת ולהיכנס למרכז השהייה כאוות נפשם ובאופן וולונטרי.

15. המדינה תבקש להדגיש כבר עתה, כי עצם העובדה שבפרשת גבריסלאסי נפסל ההסדר החוקי אשר הסדיר את הקמת מרכז שהייה, הובאה במסגרת השיקולים השונים ועבודת המטה שנערכה בעת קביעתו של ההסדר החוקי החדש.

עמדת המדינה היא, כי מרכז השהייה מהווה כלי משמעותי למניעת השתקעותם של מסתננים במרכז הערים בישראל, תוך מניעת אפשרותם לעבוד בתחומי ישראל, שהיא להבנת המשיבים התמריץ העיקרי להסתננותם לישראל של רובם הגדול.

בניגוד לאופן בו מוצגים הדברים בעתירה, המדינה סבורה כי פסק הדין בפרשת גבריסלאסי אינו מונע את עצם הפעלתו של מרכז השהייה הפתוח. נדגיש, בחוק החדש למניעת הסתננות הוכנסו שינויים משמעותיים בתפיסת ההפעלה של מרכז השהייה (עליהם נעמוד בהרחבה בהמשך), המקטינים באופן מהותי את היקף ההגבלות המוטלות על המסתננים השוהים בו. המדינה תוסיף ותטען, כי מדובר בהסדר מידתי ומאוזן יותר, הנותן מענה לפגמים עליהם עמד בית המשפט הנכבד בפרשת גבריסלאסי, ביחס להוראות פרק ד', כנוסחן בתיקון מס' 4.

במקביל, החוק החדש למניעת הסתננות כולל הסדרה של הפעלת מתקן משמורת, המיועד לאנשים שיסתננו לישראל מכאן והלאה, שטרם שוהים בישראל. ואולם, גם במסגרת זו, בעקבות הערות בית המשפט הנכבד, קבע המחוקק כי השהייה במשמורת עם הכניסה לישראל כמסתנן תהיה לפרק זמן של שלושה חודשים, אשר הוא פרק הזמן הדרוש ככלל להשלמת הליכי הבהרת זהותו ולבירור אפשרויות הרחקה של המסתנן (זאת בדומה לפרק הזמן אשר נקבע להתזקתו של שוהה בלתי חוקי מכח חוק הכניסה לישראל התשי"ב-1952 (להלן – חוק הכניסה לישראל), בתוספת חודש נוסף המשקף את הקשיים היתרים בהשלמת הליכי הבהרת זהותו ואפשרויות ההרחקה של מסתנן. כל זאת, בכפוף לתנאים המנויים בחוק, וביניהם שיתוף פעולה מצד המסתנן עם הליכי הבהרת זהותו וגירושו מישראל. לאחר תקופה זו, ישקול ממונה ביקורת הגבולות אם להוציא בעניינם הוראת שהייה, בכפוף לאמור בחוק.

2.ב מיקומו של החוק למניעת הסתננות במערכת דיני ההגירה של ישראל

16. נשוב ונדגיש בקצרה את אשר אמרנו במסגרת פרשת גבריסלאסי. בספקטרום הדינים המעצבים את מדיניות ההגירה של מדינת ישראל, עולות שלוש קטגוריות עיקריות של אנשים שזכאים לקבל מעמד במדינת ישראל:

הקטגוריה הראשונה מעוצבת בדמותו של חוק השבות, התשי"ב-1950 (להלן: "חוק השבות"), הקובע את אופייה של המדינה כמדינת הלאום של העם היהודי. חוק זה מעצב את אחד מעקרונות היסוד בריבונותה של מדינת ישראל, כמדינת שבות לעם היהודי ולא כמדינת הגירה ששעריה פתוחים לכל. בהתאם לכך, קובע חוק האזרחות, התשי"ב-1952 (להלן: "חוק האזרחות"), כי כל עולה לפי חוק השבות יהיה לאזרח ישראלי. אף חוקי היסוד שעניינם זכויות אדם, העניקו מעמד חוקתי להיותה של מדינת ישראל מדינה יהודית ודמוקרטית.

הקטגוריה השנייה כוללת אנשים הזכאים לאזרחות ישראלית מכוח חוק האזרחות עצמו, ולא מכוח שבות. במסגרת זו, מוסדרת הענקת אזרחות לזכאים מכוח ישיבה בישראל, מכוח לידה, מכוח אימוץ או בשל היותם קטינים בעת התאזרחות הוריהם, לפי סעיפים 3 - 34 ו-8 לחוק האזרחות. אנשים אלו זכאים לאזרחות ישראלית באופן אוטומטי, על אף שאינם זכאי שבות.

הקטגוריה השלישית מאפשרת הענקת אשרות ורישיונות ישיבה בישראל לזרים, בהתאם לנהלי רשות האוכלוסין וההגירה, ועל פי שיקול דעתו של שר הפנים. במסגרת זו רשאי שר הפנים ליתן אשרות שונות ורישיונות ישיבה מגוונים, בהתאם למדיניות הממשלה ותוך הפעלת שיקול דעת מינהלי.

מקום מיוחד במסגרת הקטגוריה השלישית מוקדש לנתינים זרים שנשקפת להם סכנת רדיפה במולדתם, על בסיס יסוד מיסודות האמנה הבינלאומית בדבר מעמדם של פליטים משנת 1951 (להלן: "**אמנת הפליטים**").

כידוע, מדינת ישראל אשררה בשנת 1954 את אמנת הפליטים, ובהתאם למחויבותה בותנת בקשות למקלט מדיני המוגשות על בסיס יסוד מיסודות אמנת הפליטים, ומעניקה מעמד בתחומה לאנשים שמתקיימים בהם התנאים המנויים באמנה זו. בנוסף, מדינת ישראל מחויבת לעקרון אי ההרחקה (*non-refoulement*), המעוגן בין היתר באמנת הפליטים, ומהווה כלל של משפט בינלאומי מנהגי, והיא אינה מרחיקה אנשים השוהים בתחומה שלא כדין למקום שנשקפת להם בו סכנת חיים, בהתאם לאמור גם בבג"ץ 4702/94 אל טאיי נ' שר הפנים, פד"י מט(3) 843 (1995) (להלן: "**פרשת אל טאיי**"). מדינת ישראל נאמנה לחלוטין לעקרונות אלה, ורשות האוכלוסין וההגירה פועלת בעניינים אלו בהתאם ל"נוהל הטיפול במבקשי מקלט מדיני בישראל".

17. יובהר כי מטבע הדברים, אף בעת יישום החוק החדש למניעת הסתננות מחויבת המדינה **להמשך בחינת בקשות מקלט פרטניות**, המוגשות על ידי מסתננים. אדם שהסתגן לישראל, הגיש בקשה למקלט מדיני והוכיח כי הוא נרדף על בסיס יסוד מיסודות אמנת הפליטים - יוכר כפליט ויקבל את מלוא הזכויות הנלוות למעמד זה בהתאם לחוק, לתקנות ולנהלים. ואולם, יש להדגיש כי מחויבותה של מדינת ישראל לבחון בקשות למקלט מדיני אינה כפופה לפרשנות משפטית מקלה כזו או אחרת, שבה נוקטות מדינות אחרות. ככל שיש בפי מבקש מקלט טענה פרטנית בנוגע להחלטה שהתקבלה בעניינו, הרי שהחלטה כאמור נתונה לביקורת שיפוטית.

18. נבקש לציין, בהמשך לכתב התשובה שהוגש בעניין **גבריסלאסי**, כי מהראיונות שנערכו למסתננים לאחר כניסתם לישראל ומהנתונים הקיימים בידי רשות האוכלוסין וההגירה, עולה שהרוב המכריע של מי שהסתגנו לישראל במסגרת גלי הסתננות אליה, עובר ליוני 2012, הם **גברים** שמוצאם מאריתריאה או מהרפובליקה של סודן, **בגילאי עבודה (60-18)** אשר בחרו לעזוב את מולדתם בשל קשיי החיים שם, שאינם ייחודיים דווקא להם; עברו בדרך לישראל במדינות אפריקאיות אחרות, חלקם אף הגיעו ממחנות בפיקוח האו"ם שבהם כבר ניתנה להם הגנה; ובחרו להסתגן לישראל בשל היותה מדינה מערבית יחידה במרחב הגיאוגרפי היבשתי.

19. מכל מקום, נבקש להדגיש כי העתירה דגן אינה עוסקת בהחלטה בבקשת מקלט פרטנית שהגיש מאן דהוא, ואף לא באופן פרשנותה של אמנת הפליטים על ידי מדינת ישראל. זאת ועוד, במסגרת קביעת סדר העדיפויות לבחינת בקשות מקלט פרטניות, ניתנת העדיפות הראשונה לבחינת בקשות של מסתננים המצויים במשמורת ולאחר מכן למסתננים השוהים במרכז השחייה.

20. **בצידו השני של ספקטרום דיני ההגירה של ישראל**, מצויים הדינים המקנים כלים להתמודדות עם הגירה בלתי חוקית, אשר החוק החדש למניעת הסתננות נמנה עליהם. ברי, כי **מדיניות הגירה מחייבת כי בצד ההסדרים הנורמטיביים הקובעים את הזכאות לאשרות ורישיונות שהייה, יינתן מענה גם להגירה בלתי חוקית, ובכלל זאת כלים להתמודדות עימה והסדרים לצמצום התמריצים להגירה מסוג זה.** כך

לדוגמא, בחוק הכניסה לישראל נקבעו ההגבלות שניתן להטיל על שוהים בלתי-חוקיים שנכנסו דרך מעברי גבול מוסדרים, לצורך הרחקתם מישראל. בשונה מכך, החוק החדש למניעת הסתננות מקנה את הכלים להתמודדות עם מי שהסתנן לישראל שלא דרך מעבר גבול רשמי, ולאחר מכן נמצא כי קיים קושי כלשהו להרחקתו למדינת מוצאו.

21. יודגש, המדינה סבורה כי קיים שוני מהותי בין מי אשר מלכתחילה נכנסו לישראל ברשות ודרך מעבר גבול רשמי, ולאחר מכן נמצאו כשוהים בישראל שלא-כדין בישראל; לבין מי שמלכתחילה הסתנו לתוך גבולותיה של מדינת ישראל. שוני זה אינו מתבטא רק במישור הנורמטיבי בשל אופי הכניסה לישראל, אלא אף במישור המעשי, בהיבטים של זיהוי והסדרת אפשרויות ההרחקה מישראל. לפיכך, כפי שנוכחה המדינה לדעת בשנים האחרונות, חוק הכניסה לישראל אינו יכול להוות מענה מספק לתופעת ההסתננות.

ב.3 מגמות בתופעת ההסתננות לישראל

ב.3(א) תהליך התגברות תופעת ההסתננות והשלכותיה

22. תחילה ננקוט במספרים כדי להמחיש את היקפה העצום של תופעת ההסתננות עד כה, את שיעורי הגידול שלה ואת הסכנות הנשקפות ממנה למארג החברתי-כלכלי במדינת ישראל. עד לשנת 2006 נתפסו 2,813 מסתננים שנכנסו לישראל. בשנת 2007 נתפסו כ-5,382 אנשים שהסתננו לישראל מגבול מצרים; בשנת 2008 נתפסו כ-9,142 מסתננים; ובשנת 2009 נתפסו כ-5,305 מסתננים. בשנת 2010 תופעת ההסתננות לישראל כמעט ששילשה את גודלה, כאשר נתפסו כ-14,747 מסתננים. בשנת 2011 המשיך היקף התופעה לגדול, ונתפסו כ-16,851 מסתננים לישראל. בסוף שנת 2011 שהו אפוא בישראל כ-50,000 מסתננים. יובהר כי נתונים אלו עוסקים רק במי שיש לגביהם רישום מתועד בידי רשות האוכלוסין, ואולם אין הם כוללים מי שהסתננותם לא תועדה ואף לא את היקף האוכלוסיה השוהה במרכזי הערים שמטבע הדברים הולכת וגדלה (יוער, כי הנתונים משנת 2012 ואילך מופיעים בסעיף 37 ואילך).

אין צורך להרחיב עוד את הדיבור על ההשלכות החברתיות, הכלכליות, הביטחוניות והתשתיות של מצב שבו קבוצה שגודלה למעלה מכ-0.5% מאוכלוסיית המדינה מסתננת אליה ממדינות אפריקה בהיקף גובר והולך, תוך חמש שנים בלבד, כאשר חלק מהם גם נתיני מדינות עוינות שמדינת ישראל אינה מכוננת איתה יחסים דיפלומטיים.

23. מעבר לאובדן השליטה על התופעה בהתהוותה, והיעדר היכולת לשלוט על המצויים בתוך גבולותיה, נודעות לתופעת ההסתננות השלכות קשות גם בתחומים חברתיים, כלכליים, אורבאניים, וכן בהיבטים של סדר ציבורי במובנו הרחב. מסתננים רבים קבעו את מקומם במרכזי הערים (בעיקר בדרום תל-אביב ובאילת), בשכונות שלא היו שכונות מבוססות מלכתחילה. דווקא אזרחי מדינת ישראל שאינם מתגוררים בשכונות אמידות, ושחלקם שייך ממילא לאוכלוסיות לא חזקות, מצאו עצמם מתמודדים עם שינוי צביון מקום מגוריהם לבלי היכר, באופן שהפך את מציאות חייהם לקשה מנשוא.

בית המשפט הנכבד עמד, במסגרת פסק דינו בפרשת **אדם**, על כך ש"לא ניתן להמעיט מתחושתם הקשה של תושבי דרום תל-אביב לפיה רמת הביטחון בסביבת מגוריהם ירדה באופן משמעותי". אף בפסק דינו

של כב' השופט פוגלמן בפרשת **גבריסלאסי** צוין בפסקה 210, כי "ראינו כיצד השתקעותם של המסתננים בשכונות דרום העיר שינתה את צביון האזור, הוסיפה לצפיפות והגבירה את הקשיים היום-יומיים של תושבי המקום. קראנו בדו"ח מבקר המדינה על עלייה ניכרת בעבירות דיני התכנון והבנייה באזור; על בתי עסק ורוכלות רבים הפועלים ללא רישיון; על חיבורים "פירטיים" רבים של מתקני גז וחיבורים מסוכנים לרשת החשמל; ועל הגברת פוטנציאל הסיכון לדליקות (דו"ח מבקר המדינה, בעמ' 75-83)".

24. על האתגרים העומדים בפני המדינה ועל מורכבות הבעיות הכרוכות במניעת הגירה המונית באמצעות הסתננות למדינה דרך סיני, עמד בית המשפט הנכבד גם בפסק דינו בבג"ץ 7302/07 **מוקד סיוע לעובדים זרים נ' שר הבטחון**, מיום 7.7.11 (להלן: **פרשת מוקד סיוע לעובדים זרים**), כדלהלן:

"בשנים האחרונות, ולנגד עינינו, מתקיים תהליך הפיכתה של מדינת ישראל למדינה אטרקטיבית המושכת לתחומה זרים ממקומות שונים בעולם. רבים צובאים על שעריה - בים באוויר וביבשה - ומבקשים כי יתאפשר להם לעבור להתגורר בתחומה, בין אם לתקופות קצרות ובין אם לצמיתות, מטעמים שונים ומגוונים, אשר דומה כי בעיקרם מבטאים חלק מתנועת הגירה בינלאומית עקב תופעות של עוני ואבטלה במדינות רבות. העתירה שלפנינו, אשר הוגשה לפני כארבע שנים, מתמקדת באחד מהיבטיה של תופעה נרחבת זו ועוסקת בקבוצת הזרים הנכנסים לישראל - שלא כדן - דרך גבולה עם יבשת אפריקה. כניסתם של זרים אלו - מרביתם תושבי מדינות אפריקה השונות - דרך הגבול היבשתי עם מצרים הפכה בשנים האחרונות לתופעה נפוצה ורחבת היקף הנובעת בין היתר מכך שמדובר בגבול ארוך יחסית, אשר רובו ככולו נטול מכשולים וגדר. לטענת המדינה, היקפה של תופעה זו גדל משמעותית בשנת 2007, בה נכנסו לישראל בדרך זו 5,208 איש, 1,643 מתוכם בחודשים יוני ויולי 2007. לפי נתוני המדינה, בשנת 2008 נכנסו לישראל שלא כדן כ-6,900 איש, עלייה של כ-30% ביחס לנתוני 2007, ואילו בשנת 2009 עמד נתון זה על 2,719 איש, נכון ליום 17.9.2009. מן הנתונים העדכניים שהגישה המדינה לאחרונה עלה כי בשנת 2010 גדל עד למאד מספר הנכנסים לישראל שלא כדן, והוא עמד על 13,984 זרים לשנה כולה. מתחילת שנת 2011 ועד 11.4.2011 נכנסו לישראל שלא כדן 2,163 זרים. תופעה זו מעמידה את ישראל בפני אתגרים ובעיות מורכבות המחייבות מתן מענה הולם לצורך למנוע הגירה המונית לתוכה המתנהלת שלא כדן, ובה בעת לקיים את חובותיה כמדינה החברה בקהילה הבינלאומית ולא לפגוע בזכויותיהם של נרדפים ולהעמידם במצב של סכנה לחייהם או לחירותם מקום בו יורחקו מן הארץ. בלב מערכת איזונים זו ניצב החשש הממשי מהתרחבותה של התופעה למימדים עימם קשה יהיה למדינת ישראל להתמודד, מבלי שיפגעו שני צידי המשוואה - מדינת ישראל ותושביה מזה, והזרים הנכנסים לשטחה מזה..." [ההדגשה הסופה -הח"מ]

25. התגברות תופעת ההסתננות (כאמור, עד למחצית שנת 2012), וההשלכות הקשות הנלוות לה, הובילו למסקנה שיש צורך בנקיטת מכלול של צעדים כדי לבלום תופעה זו.

26. הפתרון הפשוט שניתן היה לתת לבעיה זו - קרי, הרחקת המסתננים למדינת מוצאם, תושבותם או נתינותם (כאשר לא הוכח כי נשקפת להם שם סכנת חיים) - אינו ישים ברובו המוחלט. הדברים אמורים בעיקר ביחס למסתננים שהם נתיני אריתריאה מזה, והרפובליקה של סודן מזה, כפי שנסביר מיד. בנוסף, הרחקת אנשים אלו למדינות המעבר - כדוגמת מצרים - כפי שנעשה על ידי מדינות רבות בעולם, התבררה בענייננו כמורכבת בשעתו ובלתי-אפשרית כיום, בשל מורכבות היחסים שבין ישראל ומצרים (ראו, בין היתר, סעיף 11 לפסק הדין בפרשת מוקד סיוע לעובדים זרים).

27. כפי שפורט על ידי המדינה בפרשת אדם ובפרשת גבריאלאסי, לעיתים מקבלת מדינת ישראל החלטה כללית שלא להרחיק נתיני מדינות מסוימות באופן זמני, בתקופה מסוימת, ובהתקיים נסיבות מסוימות, למדינת מוצאם, וזאת בהתאם לעקרון אי-ההרחקה. מדיניות זו היא תלוית נסיבות, ומדינת ישראל סוברנית לשנותה בכל עת בהתאם לשינויי הנסיבות. מעת לעת נערכת בחינה של המדיניות האמורה, בשים לב לכלל הנסיבות הרלבנטיות ובאמצעות הגורמים המוסמכים לכך (ראו והשוו: ע"ם 8908/11 אספו נ' משרד הפנים (פסק דין מיום 17.7.12)). יודגש, כי עצם השתייכותו של מסתנן לקבוצה זו, שכלפיה ננקטת מדיניות אי-ההרחקה זמנית, אינה משולה להכרה בו כפליט לפי אמנת הפליטים.

28. כ-73% מהמסתננים השוהים בישראל כיום הם נתיני אריתריאה. נכון לעת הזו, מדינת ישראל נוקטת מדיניות אי-הרחקה זמנית של נתינים אריתראים לאריתריאה. במאמר מוסגר יוער, כי בשנים האחרונות, עם התגברות תופעת ההסתננות, גוברת אף התופעה של התחזות או הזדהות של מסתננים כבעלי נתינות אריתריאית, על מנת למנוע את הרחקתם מישראל.

אשר למדיניות אי-ההרחקה הזמנית של אריתראים לאריתריאה, נבקש להעיר כי מדיניות זו הינה מטבעה תלוית נסיבות בשים לב למצב הדברים העובדתי הרלוונטי, אשר בגינו הוחלט מלכתחילה לנקוט במדיניות זו.

29. בהקשר זה, יוער כי לאחרונה פרסמה רשות ההגירה הדנית דו"ח מקיף המלמד על תמורות חיוביות ביחסו של השלטון באריתריאה כלפי אריתראים שעזבו את מדינתם. דו"ח זה פורסם בעקבות פועלה של משלחת דנית שביקרה באריתריאה על מנת להניח בפני קובעי מדיניות תמונת מצב עדכנית לגבי המצב באריתריאה. לשם שלמות התמונה, יצוין כי דו"ח זה זכה לביקורת מצד גורמים שונים, וביניהם נציבות האו"ם לפליטים. ככל הידוע למשרד החוץ, החליטה דנמרק, לפי שעה, שלא לשנות את מדיניותה בדבר אי-החזרתם של אריתראים לאריתריאה.

דו"ח רשות ההגירה הדני, מחודש דצמבר 2014. מצורף ומסומן מש/3. צילום דו"ח נציבות האו"ם לפליטים, מצורף ומסומן מש/4.

30. כ-19% מהמסתננים השוהים בישראל כיום הגיעו מהרפובליקה של סודן (צפון סודן). באשר למדינה זו מצב הדברים שונה: נתינים של הרפובליקה של סודן שהסתננו לישראל אכן אינם יכולים להיות מורחקים ישירות למדינת מוצאם לעת הזו, אולם הדבר אינו נובע מהכרה במדינה זו כמדינת משבר. הימנעותה של מדינת ישראל בשנים האחרונות מלבצע החזרות ישירות לצפון סודן נובעת בעיקרה מהקושי המעשי לבצע החזרות שכאלה, בשל היעדר יחסים דיפלומטיים בין מדינת ישראל לרפובליקה של סודן, וממילא בשל היעדר תקשורת עם הרשויות במדינה זו. משכך, מטבע הדברים, לא קיים מסלול ישיר להחזרת מסתננים סודנים לרפובליקה של סודן, אך הדבר אינו מונע פעולות שנועדו להסדרת חזרתם של נתינים אלו למדינת מוצאם דרך מדינה שלישית כמדינת מעבר או להסדרת יציאתם של מסתננים למדינה שלישית בטוחה.

31. בהקשר זה, יצוין כי מדינת ישראל אינה המדינה המפותחת היחידה המתמודדת עם תופעת ההסתננות. מדינות נוספות בעולם מתמודדות עם בעיה דומה. **אולם**, מצבה של ישראל שונה לחלוטין ממצבן של יתר המדינות המפותחות בהקשר זה, ומכאן גם ההבנה כי נדרשת התמודדות שונה וייחודית. ישראל היא המדינה המפותחת היחידה שיש לה גבול יבשתי ארוך יחסית עם יבשת אפריקה (למעט שתי מושבות קטנות של ספרד במרוקו המתמודדות אף הן עם תופעת ההסתננות לשטחן). בנוסף, עקב מיקומה של ישראל ויחסיה עם שכנותיה, המסתננים לישראל אינם ממשיכים ממנה למדינות אחרות, אלא ישראל מהווה את יעד הסופי, וזאת בניגוד למסתננים למדינות אירופה. יתירה מזאת, יש לזכור שבשל מצבה הגיאופוליטי של מדינת ישראל, ובשל יחסיה המורכבים עם המדינות השכנות לה, יש קושי בשיתוף פעולה אתן בהתמודדות עם תופעת ההגירה כפי שעושות מדינות אחרות (לדוגמא: מדינות האיחוד האירופי עם מדינות צפון אפריקה).

בהינתן האמור, החליטה ממשלת ישראל על נקיטת אמצעים משולבים הן לבלמת תופעת ההסתננות ממדינות אלו, והן לצמצום השתקעות אוכלוסיית המסתננים במרכזי הערים בישראל.

ב.3(ב) בלימת תופעת ההסתננות וצמצום היקפה

32. לאחר תקופה שבה גברה תופעת ההסתננות כאמור, והניסיונות השונים לבלום אותה לא צלחו, החליטה הממשלה על נקיטת שורה של צעדים משולבים להתמודדות עם בעיה זו. מסקנה זו קיבלה את ביטוייה בהחלטת הממשלה מס' 3936, מיום 11.12.11, שעניינה "הקמת מתקן משמורת לשהייתם של המסתננים ובלימת ההסתננות הבלתי חוקית לישראל". בהחלטה זו נקבעה המדיניות המשולבת עליה עמדנו בהרחבה בפרשת **גבריסלאסי**.

33. **צעד אחד** עליו הוחלט להתמודדות עם תופעת ההסתננות היה הקמת מכשול פיסי על גבולה המערבי של מדינת ישראל, בעלות של למעלה מ-1.5 מיליארד ש"ח. מכשול זה, מערים קשיים על מסתננים המבקשים לחדור מתחומי סיני לישראל דרך גבולה המערבי.

צעד זה הוא ללא ספק חשוב וחיוני, אך לא היה בו די, וזאת משתי סיבות: ראשית - הוא אינו נותן מענה להשלכות החברתיות והכלכליות שנוצרו כתוצאה מהשתקעותם של עשרות-אלפי המסתננים המצויים כבר בתוך מדינת ישראל במרכזי עריה; ושנית - כפי שציינו בפרשת **גבריסלאסי** וכעולה גם מאירועים שאינם קשורים בהסתננות לצרכי הגירה, המתרחשים גם היום, המכשול הפיסי **אינו מחסום בלתי-עביר**. כמו כן, כפי שהוצג בפרשת **גבריסלאסי**, רשתות ההברחה בצפון ובקרבן אפריקה, לא חדלו מלפעול להברחת סחורות, נשקים, סמים ועוד, וברי כי באפשרותם להברית גם מסתננים נוספים בהתאם למידת האטרקטיביות הכלכלית של מדינת היעד (ראו בהיבט זה תיאורו של כב' השופט עמית בפסקאות 2 ו-16 לפסק-דינו בפרשת **גבריסלאסי**).

34. עוד יצוין, כי גם עתה בשנת 2014 תופעת ההברחות ממשיכה להתקיים בצורה נרחבת דרך המכשול הפיזי, בעיקר אך לא רק בתחום הסמים. ניכר, כי הברחות אלו מבוצעות בשיטות שונות ומגוונות אשר יש בהן גם כדי להוות פלטפורמה לחידוש תופעות ההסתננות.

35. שיטות הפעולה הנוגעות לתעשיית ההברחות מפורטות באופן ברור גם במסגרת כ-20 כתבי אישום שהוגשו בשנה וחצי האחרונות, עת סוכלו אירועי הברחה באזור המכשול.

צילום כתבי אישום שונים מצורף ומסומן מש/5.

36. **צעד שני** שננקט לשם מתן מענה לתופעת ההסתננות היה **חקיקתו של תיקון מס' 3**, אשר הסמיך את רשויות המדינה להורות על החזקתם של מסתננים במשמורת, ובמסגרת יישומו הוקם מתקן משמורת סגור - מתקן "סהרונים" - למשך תקופה של עד שלוש שנים.

37. נזכיר, כי החוק הקודם נכנס לתוקף בראשית שנת 2012, אולם הוא החל להיות מיושם רק בחודש יוני 2012. בחינת מימדי תופעת ההסתננות בשנים 2012-2014 מלמדת כי המענה המשולב שניתן לתופעה זו הוביל לירידה חדה ביותר במספר המסתננים לישראל.

38. במהלך שנת 2012 כולה נתפסו כ-10,322 מסתננים - ירידה של כמעט 40% במספרם של המסתננים. מעקב אחר השתנות שיעור ההסתננות לאורך שנה זו מלמד כי אין לייחס את הירידה החדה הזו לאמצעי אחד בלבד, דוגמת המכשול הפיסי, אלא למכלול האמצעים שננקטו כדי להתמודד עם תופעת המסתננים, לרבות חקיקת תיקון מס' 3 לחוק. כך נציין, כי ניתן להבחין בירידה חדה במספר המסתננים לישראל בדיוק בחודש יולי 2012 - חודש לאחר החודש שבו החל יישומו של החוק הקודם. כך, בחודש מאי 2012 הסתננו לישראל 2,031 מסתננים; בחודש יוני 2012 הסתננו 928 מסתננים; בחודש יולי הסתננו לישראל 282 אנשים בלבד (ירידה של כ-75%), וירידה זו המשיכה גם בחודשים שלאחר מכן. לא ניתן להצביע על התפתחות דרמטית כלשהי בהקמת המכשול הפיסי דווקא במהלך חודש זה, המצדיקה את הירידה החדה בכמות המסתננים. בחודש יוני 2012 הושלמה הקמת 75% מהמכשול הפיסי, ובחודש יולי נוספו 7% בלבד למכשול זה. נעיר גם, כי המכשול הפיסי הוקם בתחילה בנתיבי החדירה העיקריים למדינת ישראל, וגם מסיבה זו קשה לייחס את הירידה החדה בשיעור ההסתננות דווקא בחודש יולי 2012 להתקדמות בבניית המכשול הפיסי.

לשיטת המדינה, אין אלא לייחס ירידה זו לתחילת יישומו של החוק. הקמת מתקן המשמורת ותחילת יישום החוק איינו את התמריץ הקיים להגירת עבודה למדינת ישראל, והובילו - ביחד עם האמצעים הנוספים - לבלימת תופעת ההסתננות לישראל באותה העת. הנה כי כן; משקבעה המדינה הסדר נורמטיבי למניעת ההסתננות והשלכותיה, יחד עם הקמת המכשול הפיסי, הוביל הדבר לירידה חדה בשיעורם של המסתננים שנכנסים לישראל.

39. מענה משולב זה - המורכב מהקמת המכשול הפיסי והקמת מתקן המשמורת - הוביל כבר באותה עת לירידה חדה ביותר במספר המסתננים לישראל. בשנת 2013 הסתננו לישראל כ-45 אנשים בלבד - ירידה של יותר מ-99.5% לעומת מספרם בשנת 2012.

40. בחודש ספטמבר 2013 הורה בית המשפט הנכבד על ביטול תיקון מס' 3 לחוק, ובחודש דצמבר 2013 נחקק תיקון מס' 4 לחוק למניעת הסתננות. לעמדת המדינה, אף יישומו של תיקון מס' 4 (כחלק ממכלול האמצעים שננקטים) סייע בהמשך בלימת תופעת ההסתננות [כאשר בשנת 2014 נתפסו כ-21 מסתננים שנכנסו לישראל - ירידה של כ-50% ביחס לשנת 2013]. בנוסף, תיקון מס' 4 לחוק הוביל גם לתחילת

המגמה של צמצום השתקעות המסתננים במרכזי הערים בישראל. זאת, באמצעות הקמת מרכזי השהייה הפתוח והפניית מסתננים אליו, אשר מסוגל לאכלס כיום עד כ-3,360 שוהים.

41. כמו כן, **צעד נוסף** שננקט במקביל לחקיקת תיקון מס' 4 לחוק, הוא **חקיקה המגבילה את המסתננים מהוצאת כספים מישראל**, שמטרתה להפחית את התמריץ הכספי המניע חלק גדול מהמסתננים להיכנס לישראל ולעבוד בה. נציין גם, כי **במסגרת החוק החדש** למניעת הסתננות, נקבעו תיקוני חקיקה לחוק עובדים זרים, התשנ"א-1991 (אשר אינם נתקפים במסגרת העתירה דנן), הקובעים הסדר נוסף לצמצום התמריץ הכספי להסתנן לישראל ולהשתקע בה, באמצעות מנגנון של יצירת פיקדון למסתננים מועסקים, המבוסס על הפקדות מצד מעבידו של המסתנן, לצד ניכויים מסוימים ממשכורתו שיועברו לו עם עזיבתו את הארץ.

42. בד בבד, במסגרת הצעדים המשולבים שננקטו, פעלה המדינה באופן נמרץ לקידום מגעים עם מדינות שלישיות במטרה להגיע להסדרים שיאפשרו יציאת מסתננים מישראל, דרכן למדינת מוצאם, או אליהן כמדינת יעד. **כזכור, בפרשת גבריסלאסי ציינה המדינה כי הסדרים מסוג זה הושגו עם שתי מדינות, ואף החל יישומם בפועל באותה העת.**

43. כמו כן, בהתאם לפסק הדין בעת"מ 53765-03-12 א.ס.ף ואח' נ' שר הפנים, לאחר שישראל כוננה יחסים דיפלומטיים עם מדינת דרום סודן, החלה מדינת ישראל להחזיר מסתננים לדרום סודן. עוד נעיר, כי בהתאם לפסק הדין בעת"מ 58162-01-12 אבו באקאיקו ואח' נ' משרד הפנים (מיום 24.6.12) ולפסק הדין בעת"מ 27790-02-12 אבובקר נ' משרד הפנים (מיום 25.3.12), מסתננים שהם תושבי מדינת חוף השנהב מוחזרים למדינת מוצאם. נציין, כי בטרם האמור, נקטה מדינת ישראל בשנים האחרונות כלפי נתיני שתי המדינות הללו במדיניות של אי-הרחקה זמנית, אשר הסתיימה במהלך שנת 2012.

44. הנה כי כן, במקביל לבלימת תופעת ההסתננות, החלה מגמת יציאתם של מסתננים מישראל וצמצום השתקעותם במרכזי הערים. כך, לאחר הרחקתם של מסתננים רבים מדרום סודן ומחוף השנהב, נכון ליום 31.3.2013, מנתה אוכלוסיית המסתננים בישראל (שתועדה ברשות האוכלוסין וההגירה) כ-54,721 אנשים. עם התקדמות יישום האמצעים המשולבים שננקטים על ידי המדינה להתמודדות עם תופעת ההסתננות, יצאו את מדינת ישראל בשנת 2013 כ-2,612 מסתננים ובסוף שנה זו מנתה אוכלוסיית המסתננים בישראל כ-52,961 אנשים.

לאחר כניסתו לתוקף של החוק הקודם למניעת הסתננות, ברבעון הראשון של שנת 2014 (היינו עד ליום 31.3.2014), עזבו את ישראל כ-3,972 מסתננים. כך, בסוף הרבעון הראשון של שנת 2014 מנתה אוכלוסיית המסתננים בישראל כ-49,300 אנשים.

ברבעון השני והשלישי של שנת 2014, עזבו את מדינת ישראל כ-1,779 מסתננים, כך שנכון ליום 30.9.2014 מנתה אוכלוסיית המסתננים בישראל כ-47,137 אנשים, ובסה"כ עד לתום הרבעון השלישי של שנת 2014, עזבו את מדינת ישראל במהלך חודשים אלו כ-4,005 מסתננים.

ברבעון הרביעי של שנת 2014 (החל מחודש אוקטובר 2014), עזבו 663 מסתננים בלבד.

יוצא אפוא כי בשנת 2014 יצאו כ-6,414 מסתננים את ישראל.

כאשר מצרפים לנתונים אלה את מספר המסתננים השוהים במרכז השהייה הפתוח "חולות" (כ-1,999, נכון ליום 25.1.2015), יוצא כי האמצעים המשולבים בהם נוקטת המדינה להתמודדות עם תופעת ההסתננות, הובילו עד כה לכדי בלימת ההסתננות לישראל וצמצום היקף השתקעותם של מסתננים במרכזי הערים בישראל באופן משמעותי.

45. אשר להסדרים שהושגו עם מדיניות שלישיות, הרי שהסדרים אלו שרירים וקיימים ומדינת ישראל ממשיכה ביישומם אל מול המדיניות השלישיות. בהקשר זה נחדד כי מדובר בהסדרים המאפשרים יציאה בטוחה לשתי מדינות שלישיות, כאשר לאחרונה במסגרת הידוק שיתוף הפעולה בין ישראל לבין המדינות השלישיות בכל הקשור ליישום ההסכמים, ישנה אפשרות ליציאה של מאות מסתננים מידי חודש. עד עתה, יצאו ממדינת ישראל בהתאם להסכמים אלו כ- 1,093 מסתננים וזאת בהשוואה ל-112 מסתננים שיצאו עד 25.3.14.

46. הנה כי כן, עתה ניתן לומר כי המדיניות המשולבת בה נוקטת המדינה בשנים האחרונות, הובילה לבלימת תופעת ההסתננות ולתחילת צמצומה החדגתי של השתקעות מסתננים במרכזי הערים בישראל. יודגש, לעמדת המדינה, אף שהחוק החדש למניעת הסתננות (כמו גם תיקון מס' 3 לחוק ותיקון מס' 4 לחוק) מהווה נדבך משמעותי במארג האמצעים שגיבשה ממשלת ישראל להתמודדות עם השתקעותם של עשרות אלפי מסתננים במרכזי הערים, הרי שאין מדובר באמצעי אחד ויחיד. כפי שסקרנו לעיל, ממשלת ישראל גיבשה שורה ארוכה של אמצעים למניעת השתקעותה והתבססותה של אוכלוסיית המסתננים בערים. אמצעים אלה, הלכה למעשה, ובמשולב, מגשימים את התכלית של מניעת השתקעותם של מסתננים בישראל, תוך יצירת מערך תמריצים לבלימת תופעת ההסתננות.

רוצה לומר, כי אין להשקיף על החוק החדש למניעת הסתננות כעל אמצעי בודד, הנושא על גבו את מלוא היקפה של התכלית הראויה בדבר מניעת השתקעותם של עשרות אלפי המסתננים בישראל. מכלול האמצעים המשולבים הננקטים במסגרת זו מבוסס על התפיסה כי תופעת ההסתננות בישראל מחייבת מענה ארוך טווח, שיוביל בהדרגה לצמצום השתקעותם של עשרות אלפי מסתננים במרכזי הערים. בשילוב אמצעים אלה, אשר החוק למניעת הסתננות הוא מרכיב מרכזי בהם, מוגשמת מדיניות הממשלה והכנסת בתחום ההגירה לישראל ובפרט ההגירה הבלתי חוקית אליה.

ג. עיקרי החוק החדש למניעת הסתננות

1.1 פרק ג' בחוק למניעת הסתננות

47. עניינו של פרק ג' לחוק החדש הוא בהסדרת הסמכויות להורות על גירושו של מסתנן ובקביעת התנאים להחזקתו במשמורת. נשוב ונדגיש, כי גם במסגרת החוק החדש למניעת הסתננות, תוקפו של סעיף 30א לחוק הוא כהוראת שעה למשך שלוש שנים. בנוסף, כפי שנקבע גם במסגרת תיקון מס' 4 לחוק למניעת הסתננות, תחולת סעיף 30א לחוק היא פרוספקטיבית בלבד, כך שלמעשה תחולתו היא רק על מסתנן שנכנס לישראל לאחר כניסתו לתוקף של החוק החדש למניעת הסתננות.

48. "מסתגן" הוא מי שנכנס לישראל שלא דרך תחנת גבול. צו גירוש שיוצא בעניינו של מסתגן משמש אסמכתא חוקית להחזקתו במשמורת (סעיף 30א לחוק). מנגד, במקרה שלמסתגן ניתנו אשרה ורישיון לישיבה בישראל לפי חוק הכניסה לישראל, צו הגירוש יבוטל על ידי שר הביטחון או מי שהוסמך על ידו (סעיף 30א2 לחוק). בהתאם לחוק, לא יאוחר מ-5 ימים לאחר שהוצא למסתגן צו גירוש והוא מושם במשמורת, יובא המסתגן בפני ממונה ביקורת גבולות (סעיף 30א לחוק).
49. השוני המהותי בין תיקון מס' 4 לחוק החדש הוא תקופת החזקה המקסימלית במשמורת. סעיף 30אג) לחוק קובע עתה דף עליון לתקופת החזקת מסתגן במשמורת, לפיו ממונה ביקורת הגבולות ישחרר מסתגן ממשמורת אם חלפו שלושה חודשים מיום השמתו במשמורת – בין אם הגיש בקשה לקבלת אשרה ורישיון ישיבה, אם לאו.
50. בסעיף 30אב) לחוק מפורטים חריגים, לפיהם בהתקיים עילות חלופיות מסוימות רשאי ממונה ביקורת הגבולות לשחרר מסתגן בתנאים עוד בטרם חלוף שלושה חודשים. בין העילות החלופיות ישנם טעמים הקשורים בגילו או במצב בריאותו של המסתגן, או טעמים הומניטריים אחרים; היותו של המסתגן קטין בלתי מלווה; מסתגן ששחררו בתנאים יסייע לקידום הליכי הגירוש. עילה נוספת קשורה בהתקדמות הטיפול בבקשת המסתגן לקבלת אשרה ורישיון ישיבה בישראל (ככל שהוגשה בקשה שכזו), כך שעילת שחרור יכולה להיות היעדר תחילת טיפול בבקשה בחלוף 60 ימים מיום שהוגשה.
51. כמו כן, כפי שקובע סעיף 30אד) לחוק, האמור לעיל כפוף לחריגים שאפשר שימנעו את שחרורו של מסתגן ממשמורת מטעמים הקשורים בחוסר שיתוף פעולה מצד המסתגן בהבהרת זהותו או בהליכי הרחקתו ומטעמים של ביטחון המדינה, שלום הציבור ובריאות הציבור.
52. זאת ועוד, החוק קובע, כי מסתגן המוחזק במשמורת יובא בפני בית הדין לביקורת משמורת של מסתגנים (להלן: "בית הדין") לא יאוחר מ-10 ימים ממועד תחילת החזקתו במשמורת (סעיף 30ה1) לחוק). לאחר מכן, יובא המסתגן בפני בית הדין לבחינה עתית של עניינו בכל 30 ימים (סעיף 30ד לחוק), או לבקשת המסתגן לקיים דיון בעניינו. בית הדין מוסמך לאשר את החזקה במשמורת, לקבוע כי עניינו של המסתגן יובא בפניו תוך תקופה קצרה מ-30 ימים, להורות על שחרור בתנאים ולהורות על שינוי בתנאי השחרור בערובה או על חילוט הערובה (סעיף 30ד לחוק).
53. נציין, כי שחרור מסתגן ממשמורת על ידי בית הדין או בחלוף תקופה של שלושה חודשים, אינו מונע את בחינת עניינו בהתאם לסעיף 32ד לחוק החדש למניעת הסתננות והוצאת הוראת שהייה בעניינו.
54. המסתגן רשאי לערער על החלטת בית הדין בפני בית המשפט לעניינים מנהליים, בדרך של ערעור מינהלי, או בעתירה מנהלית כנגד החלטת הרשות המוסמכת על הוצאת צו גירוש (סעיף 30ו לחוק) או הגשת ערר לבית הדין לעררים בהתאם לסעיף 13כב לחוק הכניסה לישראל וצו הכניסה לישראל (תיקון מס' 22) (תחילה והחלה בהדרגה), התשע"ז-2014, בהתאם לאזור השיפוט של קבלת ההחלטה על צו הגירוש.
55. סעיף 30איא) לחוק קובע כי ככל שהורה ממונה ביקורת הגבולות על שחרורו בערובה של מסתגן לפי סעיף 30א, ומתקיימים התנאים למתן הוראת שהייה לאותו מסתגן לפי סעיף 32ד, יתן לו ממונה ביקורת הגבולות הוראת שהייה לפי הוראות החוק.

ג.2 פרק ד' בחוק החדש למניעת הסתננות

56. בשונה מפרק ג' לחוק, שאת עיקריו סקרנו לעיל, העוסק בהחזקת מסתנן במשמורת ותחולתו הינה פרוספקטיבית כאמור, הוראות פרק ד' לחוק עוסקות בהקמת מרכז שהייה למסתננים והן מסדירות את מאפייניו, הפעלתו ותכליותיו.
57. כפי שיפורט בהמשך, המדינה תטען כי המתווה להסדרת מרכז השהייה הקבוע בפרק ד' לחוק החדש, טומן בחובו שינויים מהותיים ביותר לעומת תיקון מס' 4 לחוק, אשר במסגרתם ניתן מענה ראוי והולם לקביעות בית המשפט הנכבד בפרשת גבריסלאסי, לצד ובשים לב לתכליות החוק כאמצעי להגשמת מדיניות הממשלה והכנסת.
58. בכל הקשור למידת ה"פתיחות" של מרכז השהייה – שונתה חובת ההתייצבות במרכז השהייה משלוש פעמים ביום לפעם אחת בלבד, בסמוך לשעות הלילה בהן סגור מרכז השהייה. בהקשר זה, צוין בדברי ההסבר לחוק כדלקמן:

"כמפורט להלן, למעט לעניין שעות סגירת המרכז, שונה הסעיף המוצע באופן משמעותי מנוסחו בתיקון מס' 4, וזאת בעקבות הערות בית המשפט העליון בפרשת גבריסלאסי.

בסעיף קטן (ב) מוצע לקבוע כי שווה יתייצב במרכז, פעם אחת בכל יום, בין השעות 20:00 ל-22:00, לצורך רישום נוכחות. מטרת סעיף קטן זה להבטיח את שהותו של השוהה במרכז בשעות הסגירה. העמדת חובת ההתייצבות על פעם אחת ביום בלבד (לעומת חובה להתייצב שלוש פעמים ביום לפי תיקון מס' 4), לקראת שעת סגירת המרכז בלילה, מצמצמת באופן משמעותי את מידת הפגיעה באוטונומיה של השוהה במרכז, למינימום האפשרי, וכן מצמצמת את הפגיעה בכבודו ובחירותו. יודגש כי אין בעובדה שנדרשת התייצבות כאמור רק פעם אחת בסוף כל יום כדי לאפשר את עבודת השוהה בישראל, שכן עבודה כאמור אסורה לפי סעיף 132 המוצע, ושוהה שיפר הוראה זו, יחולו לגביו הוראות סעיף 32(א)(5) המוצע."

עוד בהקשר זה, הוכפלה תקופת הפטור מחובת התייצבות מיומיים לארבעה, ובנסיבות מיוחדות אף מעבר לכך, כאמור בדברי ההסבר להצעת החוק:

"עוד מוצע, נוכח הערות בית המשפט העליון בפרשת גברסלאסי, לקבוע בסעיף קטן (ג) כי ממונה ביקורת הגבולות יוסמך לפטור את השוהה מחובת התייצבות במרכז או מאיסור השהייה מחוץ למרכז, לפרק זמן שלא יעלה על 96 שעות, ובנסיבות מיוחדות המפורטות באותו סעיף קטן אף לפרק זמן ארוך מזה. הפטור לפי סעיף קטן זה ניתן לתקופה ארוכה כפליים מהתקופה שנקבעה בתיקון מס' 4. כמו כן, על פי המוצע לא יידרשו טעמים מיוחדים לפטור כאמור, גם זאת בשונה מתיקון מס' 4."

59. באשר למשך תקופת השהייה המקסימאלית במתקן הפתוח, נקבעה תקופת שהייה מקסימאלית של 20 חודשים, זאת להבדיל מההסדר בתיקון מס' 4 בו תקופת השהייה היתה בלתי מוגבלת בחוק (והחוק כולו היה תקף כחוראת שעה למשך 3 שנים), כאמור בדברי ההסבר להצעת החוק:

"בהתחשב בהערות בית המשפט העליון בפרשת גברסלסי בנוגע לכך שההסדר שנקבע בתיקון מס' 4 לא כלל מגבלת זמן לשהייה במרכז השהייה או עילת שחרור ממנו, מוצע לקצוב את התקופה לשהייה במרכז ולהעמיד את התקופה המרבית לשהות במרכז השהייה על 20 חודשים."

כמו כן, בסעיף 32ד(ב) לחוק החדש למניעת הסתננות הוחרגו מפורשות קבוצות אוכלוסייה, שבעניינן ממונה ביקורת גבולות אינו רשאי כלל ליתן הוראות שהייה. כך, למשל, נקבע כי לא תינתנה הוראות שהייה לקטינים (סעיף 32ד(ב)(1)); לנשים (סעיף 32ד(ב)(2)); להורים לקטינים הסמוכים על שולחנם (סעיף 32ד(ב)(4)); ולמי שגילו עולה על גיל 60 (סעיף 32ד(3)).

בנוסף, נקבעה חובת שימוע סטטוטורית לפני קבלת החלטה בדבר הוצאת הוראת שהייה, כדי להבטיח שתינתן "למסתגן הזדמנות להשמיע את טענותיו לפני ממונה ביקורת גבולות" (סעיף 32ד(ד)).

עוד נקבע, כי ממונה ביקורת גבולות לא יתן הוראות שהייה, אם שוכנע כי בשל גילו או מצב בריאותו של המסתגן, לרבות בריאותו הנפשית, שהייתו במרכז השהייה "יעלולה לגרום נזק לבריאותו כאמור, ואין דרך אחרת למנוע את הנזק האמור" (סעיף 32ד(ב)(5)). כך גם ביחס למי "שמטרת ישראל הודיעה לגביו כי יש ראיות לכאורה לכך שנעברה לגביו עבירה לפי סעיפים 375א או 377א(א) או (ב) לחוק העונשין", שעניינן בעבירות סחר בבני אדם (סעיפים 32ד(ב)(6) ו-32ד(ג)). כמו כן, המחוקק הסמיד את רופא מרכז השהייה "להורות למנהל המרכז על טיפול בשוהה בתנאים מיוחדים, ובכלל זה על שחרור שוהה מסיבות מיוחדות" (סעיף 32ה(ג)).

נוסיף בהקשר זה, כי עם פרסומו של החוק החדש למניעת הסתננות ברשומות, על החריגים שנקבעו בו, פורסמה ביום 18.12.2014 גם הנחיית מנהל רשות האוכלוסין וההגירה בעניין "קריטריונים להעברה של מסתננים למרכז השהייה "חולות". על פי קריטריונים אלה, בשלב זה, הוראות שהייה יוצאו לנתיני סודן אשר הסתננו לישראל לפני 31.5.2011, ולנתיני אריתריאה אשר הסתננו לישראל לפני 31.5.2009. כמו כן, ולאחר עבודה מטה שנערכה בעניין בשיתוף משרד המשפטים, פורסמה ביום 27.1.15 עתידה רשות האוכלוסין לפרסם את "נוהל הוצאת הוראת שהייה וראיון קליטה"

צילום מכתב מנהל רשות האוכלוסין וההגירה בעניין "קריטריונים להעברה של מסתננים למרכז השהייה "חולות מצורף ומסומן מש/6; צילום נוהל הוצאת הוראת שהייה וראיון קליטה" מצורף ומסומן מש/7.

יצוין, כי על החלטה בדבר מתן הוראת שהייה ניתן להגיש ערר לבית הדין לעררים בהתאם לסעיף 13כב 60. לחוק הכניסה לישראל וצו הכניסה לישראל (תיקון מס' 22) (תחילה והחלה בהדרגה), התשע"ד-2014 או עתירה מנהלית לבית המשפט לעניינים מנהליים, בהתאם לאזור השיפוט של קבלת ההחלטה על מתן הוראת השהייה.

סעיף 32כב לחוק קובע את מינויו של הממונה לבחינת פניות השוהים במרכז השהייה לעניין תנאי שהייתם במרכז, שימונה על ידי שר הפנים בהסכמת השר לביטחון פנים. ממונה זה צריך להיות כשר לכהן כשופט בבית משפט השלום.

עוד יצוין בהקשר זה, כי בנוסף לכך נקבעה בסעיף 32א סמכות השר לביטחון פנים, בהסכמת שר האוצר, לקבוע הוראות בעניין תשלום "דמי כיס" למסתננים השוהים במרכז השהייה, או מתן הטבה אחרת. בהתאם לכך, ביום 6.1.15 פורסמו ברשומות תקנות למניעת הסתננות (עבירות ושיפוט) (מתן דמי כיס והטבה אחרת והתנאים לשלילתם) (הוראת שעה), תשע"ה-2015 (להלן: **תקנות דמי כיס**). בתקנות אלה נקבעה זכאות השוהים במרכז השהייה לקבלת דמי כיס (או הטבה הניתנת למימוש במרכז השהייה) בעד כל יום שהייה במרכז. כמו כן, נקבעו הגבלות לעניין גובה דמי הכיס ולעניין האופן שבו יועברו לשוהה, וכן נקבעה האפשרות למתן מקדמה במקרים מסוימים למסתנן המועבר ממתקן המשמורת למרכז השהייה.

ג.3 העברה למשמורת

61. בנוסף לאמור לעיל, שינויים מהותיים נערכו בעניין היקף סמכותו של ממונה ביקורת גבולות להורות על העברת שוהה למשמורת. תכלית סמכויות אכיפה אלה היא הבטחת קיום תנאי השהייה במרכז תוך שמירה על הביטחון, הבטיחות, הסדר והמשמעת, וכן הגשמת תכליתו של מרכז השהייה. הכל, כמובן, על פי נסיבותיו של כל מקרה ומקרה ובהתאם למתווה המפורט וההגבלות המפורשות שנקבעו בסעיף 32 לעניין זה.

62. בהקשר זה, קוצרו באופן משמעותי משך התקופות עליהן רשאי ממונה ביקורת הגבולות להורות בהחלטה על העברת מסתנן ממרכז השהייה למשמורת. נקבע, כי התקופה (בהתאם לסוג המקרה) תעמוד על פרק זמן שינוע בין עד 15 ימים בלבד בתקופה הקצרה, כאשר התקופה הממושכת ביותר תעמוד על עד 120 ימים, בהשוואה לתקופה בת השנה שנקבעה בתיקון מס' 4 לחוק.

63. מנגנון משמעותי נוסף שהוכנס הוא קיום ביקורת שיפוטית יזומה על צו העברה למשמורת בפני בית הדין לביקורת משמורת של מסתננים. בהתאם להסדר החדש שנקבע, כל מסתנן שהוצא בעניינו צו העברה למשמורת יובא בפני בית הדין לביקורת משמורת בהקדם האפשרי, ולא יאוחר מ-96 שעות, כדי שזה יבחן אם לאשר את הצו, אם לאו. ככל שמצא לאשר כן, יידרש בית הדין לביקורת משמורת לשאלת משך התקופה, ויהיה רשאי לשנותה (ראו סעיפים 32כ(ז) ו-ח) לחוק החדש).

ג.4 העברת כספים משכר מסתננים לפיקדון

64. בנוסף להסדרים הקבועים בפרק ג' ופרק ד' לחוק למניעת הסתננות, החוק החדש למניעת הסתננות הורה על תיקונים בחוק עובדים זרים, התשנ"א-1991 ובחוק העסקת עובדים על ידי קבילני כוח אדם, התשנ"ו-1996, במטרה להבטיח יציאתם של עובדים זרים, ובהם מסתננים, מישראל במועד, ולהגביר את האכיפה בכל הנוגע להעסקת עובדים זרים, ובכלל זה מסתננים.

65. נדגיש כבר עתה, כי חלקים אלו בחוק החדש למניעת הסתננות אינם נתקפים במסגרת העתירה דנו. עם זאת, נבקש לציין כי המדינה רואה בהסדרים שנקבעו בהקשר זה, כחלק בלתי נפרד ממארג הכלים למניעת השתקעותם של מסתננים בישראל, וראו לעניין זה האמור בדברי ההסבר לחוק, כדלקמן:

"ההסדר המוצע, המחייב העברת סכומים גדולים לפיקדון, נועד מחד להבטיח את זכויות ההעסקה השמורות לעובד הזר שהוא מסתגל, ובנוסף ליצור תמריץ משמעותי למסתגל לצאת מישראל במועד, כאשר הדבר יתאפשר, ולמנוע את השתקעותו בישראל. תמריץ כאמור נדרש שכן המסתגל אינו כמו עובד זר חוקי, אשר שהייתו בישראל מוגדרת לתקופות קבועות ויציאתו במועד מישראל ניתנת לאכיפה בתום תקופת הרישיון. בשונה מעובדים זרים שאינם מסתגלים, שכל הפיקדון שהופקד בעדם פוחת בהדרגה ככל שהעובד לא עוזב את ישראל במועד, מוצע כי הפיקדון המופקד בעד עובד זר שהוא מסתגל יחולק לשני סכומים: 55% מהסכום יועברו לפיקדון שיישמר למסתגל אף אם לא יצא מישראל במועד, ו-45% הנותרים יפחתו באופן הדרגתי במידה שהמסתגל לא יצא מישראל במועד, כאשר יציאתו תתאפשר, וינתנו לו עם יציאתו מישראל. זאת במטרה לשמור על הכספים שנוכו משכר העובד כחיסכון עבורו, ולוודא כי הם ניתנים לו לכשיעזוב את ישראל".

66. בטרם נעבור לבחינה החוקתית גופא, נבקש לעמוד על אופן הפעלתו של מרכז השהייה, כמו-גם לעניינם הפרטני של העותרים שבפנינו.

ד. מבט אמפירי על הפעלתו של מרכז השהייה

67. במסגרת עתירתם, העותרים מתארים בהרחבה את החיים במרכז השהייה הפתוח מנקודת מבטם של העותרים. כך, למשל, העותרים מתארים את מה שמוגדר על ידם כ"חיי הדלות בחולות"; "העדר תעסוקה"; "שירותי בריאות בסיסיים והקושי לקבל טיפול מחוץ לחולות", ועוד ועוד. **כבר עתה, נדגיש כי תיאור הדברים בעתירה ביחס לתנאים במרכז השהייה חוטא למציאות ועל כך נפרט מיד.**

68. יובהר ויודגש - עתירה זו תוקפת את חוקתיות החוק המתקן ואינה נוגעת להיבטים המנהליים בדבר הפעלת מרכז השהייה; כפי שמסבירים העותרים בעצמם, "עתירה זו אינה עוסקת בתנאים בחולות (או בסהרונים) ולא בשיפורם".

על כל פנים, ברי כי הפעלתו של מרכז השהייה במישור המינהלי חייבת להיעשות לאור החובה הסטטוטורית שהטיל המחוקק על הרשות המינהלית, להעניק **תנאי מחייה הולמים** לשוהים במרכז, לרבות שירותי בריאות ורווחה. אין חולק לעמדת המדינה, כי תנאי מחייה הולמים אינם מתמצים כמובן אך בהבטחת תנאי הישרדותם הפיסיים של השוהים, אלא בהבטחת תנאים שיהא בהם כדי לשמור על כבודם של השוהים במרכז.

מטבע הדברים, ככל שהעותרים סבורים כי חובה זו אינה מיושמת כדבעי, פתוחה בפניהם הדרך להגיש עתירה נפרדת לבית המשפט הנכבד בשבתו כנגד"צ, ובמסגרתה לשטוח את טענותיהן, על יסוד תשתית עובדתית קונקרטית.

69. אחר שאמרנו זאת, נבקש לעמוד בהרחבה על ההיבטים השונים הנוגעים למרכז השהייה. בעשותנו כן נבקש להדגיש, כי חלק לא מבוטל מן התשתית העובדתית המובאת בפני בית המשפט הנכבד מסבה עצמה על מתכונת הפעלתו הקודמת של מרכז השהייה, כפי שזו עוצבה במסגרת הוראות תיקון מס' 4. ואילו, עתה, מצויים אנו בבחינת חוקתיות החוק החדש למניעת הסתננות במסגרת עתירה שהוגשה יממה בלבד לאחר פרסום החוק ברשומות. נתון זה אינו רלוונטי כמובן לשאלת בחינת חוקתיות החוק על יסוד

הוראותיו - מתוכו פנימה. מנגד, בכל הקשור לטענותיהם המינהליות של העותרים, ישנה חשיבות ברורה לנתון עובדתי זה.

כפי שיתואר להלן, מרכז השהייה פועל במתכונת שונה לחלוטין ממתקן משמורת או מכל אשר מנסים העותרים לשוות לו, הן בהיבטי התשתית והשירותים המסופקים בו, והן בהיבטים הנוגעים לתפיסת הפעלתו.

הליך הקליטה במרכז השהייה

70. שוהים שיופנו למרכז השהייה יקבלו לידיהם הוראת השהייה וכן דף מידע כללי, שתורגם לערבית וטיגרינית, ביחס לתנאים, הזכויות והאופן בו מתנהל מרכז השהייה הפתוח.

צילום נוסח של דף המידע בשפה העברית, מצורף ומסומן מ/ש/8.

71. עם הגעתו של מסתנן למרכז השהייה, יערך התהליך הבא:

א. ראשית, יערך הליך לבירור זהותו של השוהה בשער הכניסה. לאחר מכן, אם יש בידי הוראת שהייה בתוקף, יועבר השוהה לראיון קליטה שיבוצע על ידי רשות האוכלוסין וההגירה, במסגרתו יתבצע אשרור של הוראת השהייה. בתום הריאיון יימסרו לשוהה טפסים שונים, בהם פירוט מידע הנוגע לאורח החיים במרכז השהייה.

ב. עם סיום הריאיון, יועבר השוהה לקליטה על ידי מערך עובדי המרכז, במסגרתו ינופק לו כרטיס זיהוי. בנוסף, תתקיים שיחה פרטנית עם נציג המרכז ולאחר מכן יתאפשר לשוהה להפקיד את ציודו האישי באפסנאות ואת כספו בגזברות. בהקשר זה נציין, כי כל שוהה אשר יביא עמו יותר מ-2,000 ₪ במזומן (או שווה ערך במטבע זר) יהיה רשאי להפקיד את הכסף הנוסף בגזברות לצורך מניעת גניבות. עוד נציין, כי בכל עת השוהה יהיה רשאי לפנות ולבקש לקבל לידיו את הכספים שהפקיד כאמור.

ג. במסגרת תהליך הקליטה תוצע האפשרות לבדיקת רופא. בנוסף, כל שוהה יקבל עם קליטתו מוצרי היגיינה בסיסיים – סבון אישי; מברשת שיניים; משחת שיניים; שמפו; מגבת; סכין גילוח; משחת גילוח; ועוד. בנוסף, יינתנו לשוהים במרכז ביגוד, מגבות, שמיכות ומעילים. יובהר, כי כאשר יש צורך בציוד נוסף במהלך השהייה, באפשרות השוהים לפנות למנהל המרכז או לעובדים הסוציאליים לשם הספקת הציוד הנדרש.

ד. אשר להכנסת ציוד אישי למרכז - שוהים שהגיעו למרכז השהייה עד כה הביאו עמם ציוד שכלל מזוודה אחת או שתיים, לכל היותר. כמו-כן, יצוין כי חלק מן השוהים הכניסו בשלב מאוחר יותר ציוד נוסף במהלך תקופת שהותם במרכז.

יודגש, במרכז השהייה קיים מקום רב המיועד לאחסון ציוד האישי של השוהים, ולכל שוהה עומדת האפשרות לבקש ממנהל המתקן לאחסון את ציודו במקום זה. יובהר, כי עד כה לא נערכה כל פנייה מטעם שוהה במרכז בבקשה להפקיד ציוד שאינו ניתן להחזקה בחדרו. עוד יודגש, כי מותר להכניס

מחשבים ניידים למרכזו השחייה, וכי ככל שמתעוררת שאלה פרטנית זו או אחרת ביחס להכנסת ציוד- ניתן לפנות בבקשה פרטנית למנהל המרכז.

פעילות פנאי, חינוך והכשרה תעסוקתית

72. בכל הנוגע לפעילות החינוך במרכז, נבקש להדגיש כי קיימת פעילות שוטפת בתחום החינוך הפורמאלי ובתחום החינוך הבלתי פורמלי. במסגרת שיתופי פעולה בין משרדיים נפתחו מספר כיתות לימוד במקצועות המתמטיקה והאנגלית. שיעורי האנגלית מתקיימים בימים ראשון עד חמישי, בין השעות 09:00-13:00. עד כה לכל מפגש השתתפו בין 5-10 משתתפים. עם זאת יצוין, כי מספר המשתתפים האפשרי, על-פי השירותים הניתנים כיום, יכול להגיע בפועל עד ל-30 משתתפים בכל שיעור.

שיעורי מתמטיקה מתקיימים בימים ראשון עד רביעי, בין השעות 09:00-13:00. עד כה, בכל מפגש השתתפו בין 4-8 משתתפים. עם זאת יצוין, כי מספר המשתתפים האפשרי, על-פי השירותים הניתנים כיום, יכול להגיע בפועל עד ל-30 משתתפים בכל שיעור.

73. לצד החינוך הפורמלי, במרכזו השחייה, מופעלים באמצעות חברת אנקורי מספר חוגים במסגרת החינוך הבלתי פורמלי המוענק לשהים במקום המעוניינים בכך: (א) חוג ספורט- החוג מתקיים פעמיים בשבוע בין השעות 08:00-16:00; ישנם 8 מפגשים בשבוע ובכל אחד מהחוגים משתתפים בין 10-15 משתתפים בחוג; (ב) חוג אומנות מחזור – החוג מתקיים פעם בשבוע בין השעות 09:00-15:00, ישנם שני מפגשים בשבוע בהם משתתפים בין 5-10 משתתפים; (ג) חוג אומנות שימושית – החוג מתקיים פעם בשבוע בין השעות 09:00-17:00, כאשר ישנם ארבעה מפגשים בשבוע ובהם משתתפים בין 5-10 משתתפים. בנוסף, עתיד להיפתח חוג קרמיקה – אשר מתוכנן להתקיים פעם בשבוע בין השעות 08:30-13:30 (3 מפגשים בשבוע).

74. מעבר לאמור, עומדות לרשות השהים מסגרות הכשרה מקצועית. לאחרונה, הסתיימו שני קורסי הכשרה בתחום הספרות. במחזור הראשון של מסלול הכשרה מקצועית זו סיימו 17 שוהים ובמחזור השני סיימו 16 שוהים. בימים אלה נפתח קורס שלישי ובו משתתפים עשרה שוהים (למרות שנרשמו 20 שוהים).

כמו כן, בימים אלה החלה ההרשמה לקורס גינון וכן לקורס בנייה.

75. יצוין, כי כל הפעילויות מפורסמות לשהים במרכזו באמצעות שלטים ועלוני מידע הנתלים בלוחות המודעות בשפות עברית, ערבית וטיגרינית.

76. כאן חשוב לעצור ולהדגיש, כי שיעור המשתתפים בפעילויות החינוך הפורמלי והבלתי פורמלי הוא נמוך מאוד ביחס למספר השהים במרכז, ומרבית השהים בוחרים מטעמיהם שלא להשתתף במגוון הפעילויות המוצעות בו. משכך, הגם שמרכזו השחייה מאפשר ומציע לשהים פעילות חינוך, העשרה והכשרה תעסוקתית, אלו אינן מנוצלות על ידם מטעמיהם.

על רקע האמור, וככל שיימצא כי ישנו ביקוש רב יותר למסלולי ההכשרה המקצועית המוצעים היום; כמו-גם לפעילויות החינוך הפורמאלי והבלתי פורמאלי; ניתן יהיה לבחון בעתיד הרחבת פעילויות אלו.

העסקת שוהים במרכז

77. כפי שתואר לעיל, סעיף 132 לחוק ותקנות העסקת שוהים מסדירים את האפשרות והתנאים להעסקתם של שוהים במרכז השהייה. יישום הוראות אלה מתבצע כך ששוהה המעוניין להיות מועסק, נרשם במשרד התעסוקה במרכז השהייה. לאחר מכן, השוהה נדרש לעבור בדיקת כשירות על ידי רופא, מוסברות לו הוראות בטיחות כלליות, ניתנת הדרכה על תנאי ההעסקה ולאחר מכן מתבקש לחתום על טופס הסכמה לתעסוקה. עוד יצוין, כי כל שוהה המשתלב בתעסוקה מקבל נעלי עבודה מתאימות.

78. התעסוקה המוצעת לשוהים כוללת עבודות תחזוקה וניקיון של שטחים ציבוריים במרכז השהייה, תעסוקה באפסנאות המרכז, המספרה, המכבסה, המרפאה ועבודות משרדיות. כמו כן, במקרים בהם התאפשר הדבר והיה צורך בכך, שוהים שאותרו כבעלי ידע מקצועי בתחום הבנייה הועסקו בעבודות לטובת תחזוקת המרכז. עבור תעסוקה במרכז מקבלים השוהים את התגמול שנקבע בתקנות.

יצוין, כי ניתן להעסיק כיום קרוב ל-900 שוהים בחודש, במסגרת רוטציה, עד מלוא היקף ההעסקה הקבוע בתקנות. **בצד זאת, יודגש כי מרבית השוהים בוחרים שלא לשתף פעולה ולא לעבוד במרכז השהייה ולא לקבל את הגמול הנוסף בגין עבודה זו.**

סך הכל, מתאריך 1.1.14 נרשמו למאגר המועסקים במרכז 652 שוהים, אולם בפועל הועסקו פחות מכך, נוכח בחירתם של מרבית השוהים שלא להשתמש באפשרות זו. כך, למשל, בחצי השנה האחרונה הועסקו בממוצע 143 שוהים בלבד מידי חודש. יוער, כי בנסיבות אלו, עבודות שהיו יכולות להיעשות על ידי השוהים במרכז, מבוצעות היום על ידי עובדי המרכז (כך, למשל, ניהול המכבסה).

שירותי רווחה במרכז השהייה

79. נכון להיום מועסקים במרכז השהייה תמישה עובדים סוציאליים וראש צוות. משרדי העובדים הסוציאליים ממוקמים בתוך האגפים. המענה הטיפולי ניתן בדרך של "קבלת קהל" בשעות קבלה קבועות (09:00-13:00, 13:00-16:00). עוד יצוין, כי צוות העובדים הסוציאליים מלווה את השוהים מקרוב על מנת ליתן שירות באופן מותאם לכל מי שימצא כזקוק לכך.

80. מלבד קבלת הקהל והשיחות הפרטניות, מתקיימת במרכז **פעילות קבוצתית ענפה** לכל המעוניין. מתחילת שנת 2014 נפתחו במרכז השהייה כ-18 מסגרות קבוצתיות, ובכלל זה סדנאות, קבוצות טיפוליות ופרויקטים קהילתיים בהם השתתפו כ-178 שוהים.

נעמוד להלן על פירוט הסדנאות והפרויקטים שהתקיימו: (א) **קבוצות התמודדות** - שתי קבוצות התמודדות טיפוליות בהנחיית מנחה חיצוני וליווי עו"ס (כ-15 משתתפים בכל קבוצה); שתי קבוצות

התמודדות טיפוליות נוספות בהנחיית צוות טיפולי של המרכז וסטודנטיות לעבודה סוציאלית (כ-12 משתתפים); שתי קבוצות אקטואליה בהנחיית עובדים סוציאליים (כ-20 משתתפים); (ב) שמונה סדנאות במגוון תחומים, לרבות סדנה להתמודדות עם התמכרות לאלכוהול ולשתייה נכונה; וכן ארבעה פרויקטים קהילתיים בתחום ההוראה, המוזיקה והספורט.

מעבר לאמור, נציין כי הצוות הטיפולי נמצא בקשר תמידי עם בעלי תפקידים נוספים במרכז השהייה על מנת להיות מעורב בכל ההיבטים הנוגעים לרווחה במרכז השהייה.

שירותי הבריאות במרכז השהייה

81. שירותי הבריאות במרכז השהייה ניתנים על ידי משרד הבריאות באמצעות חברת "ביקורופא", בפקוח ובהנחיית משרד הבריאות. במרכז מצויות שלוש מרפאות הפועלות בין השעות 08:00-16:00, כאשר בכל אחת מהן נמצאים רופא, חובש ומזכירה רפואית. לאחר שעות פתיחת המרפאה, ישנם שני פרמדיקים תורנים לצורך מתן מענה רפואי מידי, 24 שעות ביממה. עוד יצוין, כי ניידת מרפאת שיניים מגיעה פעם בשבוע למרכז השהייה ונותנת שירות טיפולי שיניים ללא כל תשלום.

אשר לטענות בעניין מחסור בתרופות, על פי נתוני משרד הבריאות, אין מחסור בתרופות ומשרד הבריאות אף רוכש לשהים תרופות מומחים, וזאת ללא כל השתתפות כספית מצד המטופלים. ככל שישנן תרופות שאינן נמצאות במרפאה, התרופות נקנות על ידי צוות חברת "ביקורופא" ומובאות למרכז השהייה תוך מספר ימים.

אשר לטענות בעניין "מיטות אשפוז" – לאחר בחינת הדברים, הוחלט שאין בשלב זה צידוק מקצועי-רפואי להתקנת מיטות אשפוז במרפאה, וכי ככל שיש צורך באשפוז שוהה, הוא ישלח באמבולנס (במימון משרד הבריאות) לבית החולים "סורוקה".

82. שוהים הזקוקים להמשך ברור רפואי לרבות בדיקות מעבדה; הדמייה מכל סוג; יעוץ מרפאות מומחים ואשפוז מופנים לבית החולים "סורוקה". כמו-כן, בית החולים הפסיכיאטרי הממשלתי בבאר שבע ערוך לקבל שוהים לטיפולים אמבולטוריים ולאשפוז בתחום בריאות הנפש, לאחר שנהלי הפניה והטיפול תואמו והוגדרו מראש מול הנהלת בית החולים. כמו-כן, מטופלים הזקוקים לבדיקות בנושא מניעת שחפת מופנים למרכז ייעודי של משרד הבריאות ללא כל תשלום עבור הטיפול הרפואי.

83. ההפניה לכל סוגי השירות מבוצעת על ידי צוות המרפאה בטופס ייעודי המהווה אישור לספקי השירות לצרכי חיוב. פנייה לשירותי בריאות בבאר שבע נעשית באופן עצמאי, אישי וללא ליווי. צוות המרפאה עוזר בתאום תורים והדרכה לשוהים. עוד יוער, כי בית החולים מגיש את חשבון הוצאות לטיפול לבדיקה ותשלום משרד הבריאות, ללא כל השתתפות מצד השוהה.

הנסיעה למרפאת באר שבע מבוצעת בתחבורה הציבורית העומדת לרשות השוהים. מאחר שהמתקן פתוח לגמרי בכל שעות היום, השוהים אינם נדרשים לקבל "אישור יציאה" במהלך היום. ככל ששוהה זקוק

לאישור יציאה לטיפול ממושך אשר מצריך היעדרות מהתייצבות בערב - באפשרותו להגיש בקשה מתאימה לרשות האוכלוסין וזו תיבחן כמקובל.

84. אשר לטענות בעניין המתנה לתורים אצל רופאים מומחים, הרי שמדובר בתורים שאינם ייחודים אך ורק לשוהים במרכז השהייה, אלא ביחס לכלל אזרחי ישראל ותושביה הממתיינים אף הם לביקור אצל רופא מומחה. עם זאת, יש להדגיש, כי ככל שמדובר במקרה דחוף, הרי שהוא מקבל עדיפות ומטופל בכל ההקדם.

אשר לטענות בעניין העדרם של שירותי בריאות הנפש, כפי שתואר לעיל, במרכז ישנה מערכת ענפה של תמיכה סוציאלית. מעבר לאמור, משרד הבריאות בוחן בימים אלה אפשרות של הבאת פסיכיאטר למרכז השהייה.

כניסה ויציאה ממרכז השהייה

85. כאמור, מרכז השהייה מופעל באופן שמאפשר כניסה ויציאה חופשית ממנו לשוהים בו החל מהשעה 6:00 בבוקר ועד השעה 22:00 בלילה. כניסתם ויציאתם של השוהים מחוץ למרכז בשעות האמורות מתאפשרות באופן חופשי וללא כל הגבלה. יצוין, כי בשלושת החודשים האחרונים, נרשמו במוצק כ- 3,000 תנועות של כניסות ויציאות שוהים מהמרכז מדי יום.

86. עוד יש לציין, כי לצורך הניידות מהמרכז ואליו, מופעלים קווי תחבורה ציבורית בתדירות המאפשרת כניסה ויציאה מהמרכז, כך שמובטח שניתן יהיה להתנייד באופן אפקטיבי גם לאזורים מרוחקים יותר ממרכז השהייה. נפרט על קווי התחבורה הציבורית באזור ותדירותם.

א. קו 144 - באר שבע- מרכז השהייה (קו ישיר): לקו ארבע נסיעות יומיות שאורכות כשעה לכיוון מרכז השהייה ושלוש נסיעות יומיות לכיוון באר שבע. הנסיעות מפורזות על פני היום ותואמו עם שב"ס בהתאם למועדי ההתייצבות במרכז. מדובר בקו ישיר ומספר הנסיעות בו תואם בוועדת היגוי ואף עבר תגבור בהתאם למספרי הנוסעים בפועל.

ב. קו 44 (קו מאסף) - קו ותיק וסדיר לבאר שבע, הכולל 14 נסיעות יומיות לכל כיוון, במסלול מאסף, העובר דרך מרכז השהייה.

ג. קו 143 - דימונה - ירוחם - מרכז השהייה: לקו שתי נסיעות יומיות לכיוון מרכז השהייה ושתי נסיעות יומיות לכיוון דימונה. יצוין, כי בשל מספר נוסעים כמעט אפסי בקו - נשקלת האפשרות לסגור את הקו.

יוצא, אפוא, כי בשילוב שני הקווים (44+144) עומדים לשוהים במרכז השהייה 17 קווי נסיעות יומיות ממרכז השהייה לכיוון באר שבע - בין 6:20 בבוקר ל-18:00 בערב; ו-18 נסיעות יומיות מבאר שבע לכיוון מרכז השהייה - בין 6:30 בבוקר ל-19:30 בערב. בימי ראשון וחמישי מספר הנסיעות בקו 44 הוא רב יותר. קו זה פועל גם ביום שישי וגם במוצאי שבת.

87. אשר לכמות הנוסעים - בשבועיים האחרונים ערכה חברת סקרים מטעם משרד התחבורה ספירות נוסעים בקווים 44 ו-144 (הקווים לבאר שבע), כולל בכניסה למרכז השהייה, במטרה לבחון את תדירות

הקו ביחס לכמות הנוסעים. לאחר קבלת הממצאים, יוחלט אם יש צורך בתגבורים נוספים של קווי הנסיעה.

88. עוד חשוב לציין, כי בהתאם להסכם של מפעיל התחבורה הציבורית באזור (חברת מטרופולין) עם משרד התחבורה, המפעיל מחויב בתגבור התחבורה הציבורית באמצעות הוספת נסיעות נוספות, במקרים שבהם לא נאספו נוסעים מהתחנה בשל העדר מקום. כל זאת, תוך דיווח למשרד התחבורה.

עד כה, היו מקרים בודדים מעין אלו בהם דווח למשרד על ביצוע תגבור בשל העדר מקום כאמור, ובשגרת הפעילות השוטפת לא דווח למשרד התחבורה על בעיית עומסים עקבית בקווי התחבורה הציבורית המשמשים את השוהים במרכז השהייה.

נמצא אפוא כי מרכז השהייה מקבל שירות תחבורה ציבורית העונה על צרכי השוהים, ואינו נופל מכל מקום ישוב או בסיס אחר באזור מרכז השהייה.

כניסה למרכז של מי שאינם שוהים בו

89. ראשית, מרכז השהייה הוא מרכז פתוח לאורך כל שעות היום, ומשכך רשאים השוהים לצאת ולהיפגש עם מכריהם לאורך כל שעות היום. שנית, השוהים יכולים לפגוש מבקרים במתחם ייעודי מחוץ למרכז השהייה, הכולל שבע פרגולות שהותקנו מחוץ למרכז לרווחת השוהים והמבקרים, וכן שני מתקנים מוצלים וספסלים שהוצבו במקום על ידי הרשות המקומית.

יצוין, כי כניסתם של ארגוני זכויות אדם, נציגי נציבות האו"ם לפליטים וכן באי-כוח השוהים מתאפשרת באופן שוטף. עם זאת, ובשל הצורך לשמור על הסדר הציבורי ואחריותה של המדינה לנעשה בתוך מרכז השהייה, אין בשלב זה אפשרות להתיר כניסה חופשית של מבקרים.

פטור מהתייצבות

90. כאמור לעיל, סעיף 32(ג) לחוק מאפשר לממונה ביקורת הגבולות ליתן לשוהה המבקש זאת פטור מהתייצבות במרכז השהייה לתקופה של עד ל-96 שעות. במרכז השהייה ישנו משרד המאויש על ידי נציגים של רשות האוכלוסין וההגירה הפתוח מידי ביום בין השעות 00:17-08:30. מטבע הדברים, בשל ריבוי בקשות לפטור מהתייצבות, יתכן וקבלת השירות תהיה כרוכה בהמתנה בתור ביום מסוים, וזאת בדומה לתורים הקיימים בקבלת שירותים במשרדי הממשלה השונים.

עוד נציין, כי מריכוז הנתונים בדבר בקשות המוגשות על ידי השוהים במרכז, עולה כי בשנה האחרונה אושרו כ-4,400 בקשות לפטור מהתייצבות מסיבות שונות. במהלך החודשים ספטמבר 2014 עד ינואר 2015 הוגשו 1,905 בקשות לפטור מהתייצבות, ואושרו מתוכן 1847 בקשות (כלומר אושרו 97% מהבקשות).

המתקנים, התנאים ושאר השירותים המסופקים במרכז השהייה

91. אשר לטענות העותרים ביחס לרמת ניקיון החדרים, יובהר כי שמירת הניקיון בחדרי המגורים היא באחריות השהים. לצורך כך, במרכז השהייה מסופקים מדי שבוע חומרי הניקיון הדרושים לשם כך, לרבות חומר שטיפה לריצפה, אקונומיקה, מגבים, מטאטאים, דליים, אבקת כביסה ועוד.

אשר לחימום וקילור החדרים, נבקש לעדכן כי לאחרונה הותקנו מזגנים בכלל החדרים המאווישים (לעניין זה ראה בג"ץ 177/15 המוקד לפליטים ומהגרים נ' שב"ס). בניגוד לטענות העותרים כי אין מים חמים במקלחות, יובהר כי מסופקים מים חמים במקלחות לאורך כל שעות היממה במערכת וכי תשתית המרכז תומכת בכך.

92. אשר לטענות העותרים בנושא **המזון שמשופק במרכז השהייה**, יודגש כי תפריט המזון מבוסס על תפריט מגוון שאושר על ידי הגורמים המקצועיים בשירות בתי הסוהר, וכי לא ידוע על בעיה של מחסור בשלוש הארוחות המסופקות מדי יום. יובהר, כי ככל שישנם שוהים הזקוקים לדיאטה מיוחדת בהתאם להוראות רופא, הרי שיסופק להם מזון בהתאם להנחיה הרפואית.

אשר להכנסת מזון שמקורו מחוץ למרכז השהייה, הרי שככלל, ניתן להכניס אריזות סגורות של מזון. עם זאת, בכל הנוגע להכנסת מוצרי מזון ובישול במרכז השהייה, לא ניתן לאפשר זאת בשל חשש לסיכונים בטיחותיים ותברואתיים ולאחריותה של המדינה באשר למצבם הבריאותי של השהים. כך, למשל, נבקש לעדכן כי לאחרונה אירעה הרעלת מזון שפגעה במספר שוהים, ומבדיקות שנערכו עולה כי מקור ההרעלה אינו במזון המסופק על ידי המרכז, אלא בשל הכנסת מזון שמקורו מחוץ למרכז על-ידי גורם שאינו ידוע. עוד יצוין, כי מעבר למזון המסופק במרכז השהייה, ה"צרכנייה" במרכז מופעלת על ידי זכיון פרטי, כאשר המוצרים בה נמכרים במחירים מפוקחים.

צילום לוח המזון מצורף ומסומן **מש/9**; צילום מחירון המוצרים בצרכנייה מצורף ומסומן **מש/10**.

93. **מתקנים ושירותים נוספים במרכז השהייה**: במרכז השהייה מופעלת **מכבסה** שפתוחה בין השעות 6:00 ל- 22:00. כפי שתואר לעיל, יצוין כי במסגרת אפשרויות התעסוקה במרכז קיימת אפשרות תעסוקה במכבסה, וכך אכן היה בתחילה. עם זאת, בהמשך ובשל העדר שיתוף פעולה מצד השהים, לא ניתן היה להמשיך בהפעלת המכבסה במתכונת זו והפעלתה הועברה לאחריות עובדי המרכז.

94. עוד יצוין, כי בכל תת-מתחם במרכז (המאכלס עד 140 שוהים) ישנו **מועדון** אשר פתוח 24 שעות ביממה והינו מרוהט בצידוד חדיש, ובכלל זאת 3 טלוויזיות מתקדמות בכל מועדון (46 אינץ'), הקולטות עשרה ערוצים שונים. כמו-כן, כל מועדון מצויד במקרר, בפינת קפה (הכוללת מיחם, קפה, תה ומיץ), פינות ישיבה ועוד. יודגש, כי אף בשעות הלילה (00:00-22:00) אין מוטלת על השהים חובה להימצא בחדרים, והם תופשיים לנוע במתחם, לרבות במועדון. בשולי עניין זה, יוער כי בתקופה האחרונה נשרפו 30 מיחמים כתוצאה משימוש בלתי זהיר של השהים במיחמים אלו, ונדרשה רכישתם של מיחמים חדשים תחתם.

בנוסף, ובניגוד לאמור בסעיף 117 לעתירה, מופעלות במרכז השהייה שתי ספריות, ובתן כ-850 ספרים (550 בערבית, 200 בטיגרינית ואמהרית ו-100 באנגלית). על פי נתוני שירות בתי הסוהר, רק כ-30 שוהים משתמשים בשירותי הספרייה.

מעבר לאמור, במרכז השהייה ישנם מגרשי ספורט, נרכשו שולחנות טניס-שולחן וציוד ספורט נוסף, לשימוש השוהים.

95. **לסיכום:** על רקע המתואר לעיל, המדינה תטען כי במרכז השהייה מסופקים תנאי מחייה הולמים כדרישת החוק, וכי נעשים מאמצים רבים להמשיך ולהתאים את רמת השירותים הניתנים במרכז השהייה. תעיד על כך פתיחתם של שלושה מסלולי הכשרה מקצועית; פתיחת כיתות לימוד באנגלית ובמתמטיקה; והרחבת פעילויות החינוך הבלתי פורמאלי.

בצד האמור, ולמרות הרחבת היקף הפעילות במרכז, דומה כי היעדר שיתוף הפעולה של השוהים עם השירותים הניתנים מקשה עד מאוד על מיצויים.

ה. עניינים הפרטני של העותרים שבפנינו

96. **העותר 1**, מוצאו מאריתריאה, יליד 1980. על פי הצהרתו, הסתגן לישראל ביום 24.2.08 דרך גבול ישראל עם מצרים. ביום 1.4.08 עוכב העותר 1 על ידי ממונה ביקורת הגבולות והוצא לו צו הרחקה בהתאם להוראות חוק הכניסה לישראל. העותר שוחרר בתנאים הבאים: ישהה ויעבוד מצפון לקו חדרה או מדרום לקו גדרה (למעט הגעה וחזרה ממשרדי האו"ם); ישתף פעולה באופן מלא עם רשויות המדינה לשם הנפקת מסמך נסיעה לצורך הרחקתו מישראל. במסגרת תיקו ברשות האוכלוסין נמצא מסמך של נציבות האו"ם לפליטים מיום 3.3.08, לפיו העותר 1 פנה לנציבות האו"ם לפליטים בבקשה למקלט מדיני בישראל וקיבל זימון לראיון ליום 13.7.08. נציבות האו"ם לפליטים לא העבירה לרשות האוכלוסין מסמכים נוספים בעניינו של העותר. לאחר שחרורו בתנאים, קיבל העותר רישיון ישיבה מכוח סעיף 2(א)(5) לחוק הכניסה לישראל. רישיון זה התחדש מעת לעת.

ביום 15.1.14 הגיע העותר לשכת רשות האוכלוסין באילת. לאחר בירור פרטיו האישיים, ניתנה לו הוראת שהייה, לפיה עליו להתייצב במרכז השהייה חולות עד ליום 17.2.14 – וזאת בהתאם להוראות תיקון מס' 4. ביום 17.2.14 התייצב העותר 1 במרכז השהייה חולות ונערך לו ראיון קליטה. העותר 1 מסר כי הוא אינו נשוי, כי אין לו ילדים, וכי כל משפחתו נמצאת באריתריאה. עוד השיב העותר, כי לא הגיש בקשה למקלט מדיני בישראל. במעמד הריאיון הוסבר לעותר 1, בין היתר, כי הוא רשאי לפנות לרופא במרכז השהייה בכל עת; כי הוא זכאי לדמי כיס מידי חודש; כי באפשרותו לפנות בכל עת לממונה ביקורות הגבולות; כי באפשרותו להגיש בקשה לחופשה; וכי הוא יכול להגיש בקשה למקלט מדיני אשר תיבחן בעודו שוהה בחולות. ביום 29.4.14 אושר לעותר 1 פטור מהתייצבות למשך 24 שעות וזאת לצורך סידור עניינים כספיים מול מעסיקו.

ביום 30.6.14 נמצא כי העותר לא שב למרכז השהיה בתוך 48 שעות. משכך, נערך לעותר שימוע לבחינת טענותיו, אך הוא סרב לשתף פעולה ולהשמיע את טענותיו. לאחר מכן, החליט ממונה ביקורת גבולות להוציא לעותר צו משמורת בהתאם להוראות תיקון מס' 4. ביום 6.7.14; 6.8.14; ו-4.9.14 אישר בית הדין לביקורת משמורת של מסתננים את צו המשמורת. ביום 21.9.14, נערך לעותר 1 ריאיון קליטה לנתין החוזר ממשמורת למרכז השהיה. במעמד הריאיון הוסברו לעותר 1 פעם נוספת כללי השהיה במרכז. **לאחרונה, ביום 7.12.14**, פנה העותר לראשונה בבקשה למקלט מדיני. כחודש לאחר מכן, ביום 14.1.15 נערך לו ריאיון לבחינת טענותיו למקלט מדיני.

ביום 11.1.15 נערך לעותר שימוע בטרם מתן הוראת שהיה. במעמד השימוע מסר העותר כי הוא מיוצג אך אינו מעוניין לשוחח עם עורך דינו בטרם השימוע. העותר נשאל אודות מסע ההסתננות שלו לישראל ומצבו האישי. כמו כן, נשאל אודות מצבו הרפואי והאם הגיש בקשה למקלט מדיני. העותר מסר כי אין לו ילדים או משפחה בישראל, מצבו הרפואי טוב, עוד טען כי הגיש בקשה למקלט מדיני וכי הוא מוזמן לריאיון ביום 14.1.15. לבסוף נשאל העותר האם הוא מעוניין לצאת מישראל ומסר "אני רוצה לצאת מישראל בדרך חוקית אבל לא לאפריקה. אני בתהליך של מילוי טפסים כדי לבקש לצאת לקנדה יש לי שם בן משפחה."

בתום השימוע החליט ממונה ביקורת הגבולות להוציא בעניינו של העותר הוראת שהיה במרכז השהיה, לאחר שמצא כי העותר לא הציג כל טענות חריגות - הן למצבו האישי, הן למצבו הרפואי - וכי הוא עומד בתנאים שנקבעו בחוק ובקריטריונים שנקבעו על ידי מנכ"ל רשות האוכלוסין וההגירה.

97. **העותר 2**, נתין סודאני, יליד 1979. על פי הצהרתו, הסתגן לישראל ביום 17.11.08. העותר 2 נעצר על ידי כוחות הביטחון והובא בפני ממונה ביקורת גבולות ביום 23.11.08. במסגרת השימוע שנערך לו, וכעולה מהפרוטוקול, בשעתו מסר העותר בין היתר כדלקמן:

"אני בן 29 מוסלמי, רווק. יש לי 4 אחים. הורי מתגוררים בניאלה "בשכונת ח'רטום באליל", לישראל הגעתי להגנה, לא מעוניין בעבודה. יחד איתי הגיעו 1 אנשים. אין לי מכרים בישראל. **בשנת 2004 הייתי בטריפולי, עד 2008 בלוב עבדתי בבניין**". מסודאן ללוב בשנת 2004 יצאתי רישמי מלוב למצרים יצאתי דרך היבשה באופן רישמי, למצרים הגעתי מילה לא ברורה- הח"מ] הייתה לי כוונה להגיע למחנה הפליטים במצרים. את לוב עזבתי בשל הקשיים שם. הגעתי למצרים לבחור בשם איברהים (סודאני) ושם הייתי יומיים, ולו שילמתי \$100. איברהים הציע לי לעבור לישראל ולא כדאי להישאר במצרים לכן שיניתי את דעתי. מקהיר עברנו לאיסמלעלייה ושם הייתי יום אחד, לאחר מכן עברנו לסיני, ושם הייתי כ-8 שעות לאחר מכן בשעה 19:30 עברתי את הגדר, ידעתי שאת הגבול לישראל עברתי לא חוקי. בשב"ס יש לי דרכון סודאני. מצבי הרפואי תקין. ..." [ההדגשה הוספה - הח"מ]

לאחר השימוע הוצא נגד העותר צו הרחקה וצו משמורת בהתאם להוראות חוק הכניסה לישראל. ביום 24.11.08 הובא העותר בפני בית הדין לביקורת משמורת. אז סיפר העותר, בין היתר, כי הוא מחבל דרפור; כי עזב את סודאן עוד בשנת 2004 ללוב, וכי שילם \$400 עבור ההברחה לישראל ממצרים, ביחד עם אחרים - אף הם נתיני סודן. בית הדין לביקורת משמורת אישר את צו המשמורת - וחזר ואישר את הצו בביקורת העיתית בתאריכים 4.2.09; 9.3.09. ביום 16.4.09 החליט בית הדין לשחרר את העותר 2.

ביום 27.11.13 הגיש העותר בקשה למקלט מדיני בישראל. ביום 30.1.14 הגיע העותר 2 ללשכת רשות האוכלוסין שם נערך לו בירור פרטים אישיים וניתנה לו הוראת שהייה, לפיה עליו להתייצב במרכז שהייה ביום 9.3.14. עם התייצבותו של העותר במרכז שהייה נערך לו ראיון קליטה, אז הוסברו לו הכללים במרכז שהייה. ביום 1.4.14 אושרה לעותר חופשה לצורך השתתפות בדיון בפני בית המשפט הנכבד במסגרת תיקון מס' 4 לחוק. ביום 11.5.14 נערך לעותר ראיון לאחר שנמצא כי הפר את כללי שהייה במרכז עת נעדר מחתימת הצהריים. במסגרת זו הוסבר לעותר כי באפשרותו לפנות לממונה ביקורות הגבולות בבקשה לפטור מהתייצבות, כפי שעשה בעבר וכי בקשתו תישקל, וכי הפרה של הכללים בעתיד עלולה להוביל להעברתו למשמורת.

ביום 29.5.14 אושר לעותר פטור מחובת התייצבות עד ליום 30.5.14 בשעות הצהריים וזאת לצורך השתתפותו בטקס פתיחה של תערוכה אמנותית בה לקח חלק פעיל ביצירה. לאחר מכן, נמצא כי העותר שב והפר את כללי שהייה ולא התייצב לרישום נוכחות כנדרש מספר פעמים. משכך נערך לעותר שימוע, ולאחר שמיעת העותר 2 הוחלט להעבירו למשמורת לתקופה של 30 ימים. לעותר 2 נערך שימוע נוסף לאחר העברתו למשמורת, וממונה ביקורות הגבולות לא מצא לנכון לקצר את תקופת המשמורת שנקבעה. ביום 25.6.14 אישר בית הדין את החזקתו של העותר 2 במשמורת. בתום תקופת המשמורת הועבר העותר 2 בחזרה למרכז שהייה ונערך לו ראיון במסגרתו, בין היתר, כי "זה לא מתקן זה כלא" ו"אני לא מקבל חופש כשאני רוצה". ביום 11.8.14 רואיין העותר ביחידת הטיפול במבקשי מקלט, ובקשתו תלויה ועומדת.

ביום 5.1.15 נערך לעותר 2 שימוע בטרם מתן הוראת שהייה. במעמד השימוע נשאל העותר למצבו הרפואי והאישי. לדבריו, אין לו ילדים או משפחה בישראל. העותר מסר כי יש לו בעיה רפואית וכי נקבע לו תור לסורוקה ליום 26.1.15. לדבריו, הוא הגיש בקשה למקלט מדיני וממתין להחלטה בבקשתו. עוד נשאל האם הוא מעוניין לצאת מישראל והשיב כי הוא יעזוב את ישראל רק כאשר יהיה שלום בדרפור. בתום השימוע הוסיף העותר כי "אין סיבה ברורה לכך שאני אשהה בחולות, וזאת בהתבסס על בקשת המקלט שלי והשהייה שלי בישראל במשך 5 שנים האחרונות. הבאתם אותי פה כדי לעזוב את ישראל אבל אין סיבה שאעזוב את ישראל בגלל שאין שלום בדרפור. ישראל לא יכולה להעניש אותי אני בן אדם ולא עברייני ויש לי זכות לחיות כמו כולם".

בתום השימוע החליט ממונה ביקורת הגבולות ליתן בעניינו של העותר 2 הוראת שהייה במרכז שהייה; זאת, לאחר שמצא כי העותר 2 לא הציג כל טענות חריגות, וכי הוא עומד בתנאים שנקבעו בחוק ובקריטריונים שנקבעו על ידי מנכ"ל רשות האוכלוסין וההגירה.

צילום המסמכים הנוגעים לעניינו של העותר 1 מצורף ומסומן מש/11; צילום המסמכים הנוגעים לעניינו של העותר 2 מצורף ומסומן מש/12.

98. נעבור עתה לבחינת חוקתיות ההסדרים החדשים שנקבעו. תחילה, נעמוד על הזכויות השונות העומדות על הפרק ולאחר מכן נפנה לבחון את ההסדרים החדשים בהתאם לפסקת ההגבלה שבחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו.

ו. חוקתיות החוק החדש - הבחינה החוקתית גופא

99. על-פי מודל הביקורת השיפוטית החוקתית המקובל בשיטתנו, נדרש הטוען לאי-חוקתיות הוראת חוק להצביע על פגיעתו באחת מן הזכויות החוקתיות הקבועות בחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו או בחוק-יסוד: חופש העיסוק. העותרים טוענים, כי הוראות החוק המתקן מובילות לפגיעה בזכות החוקתית לחירות, ובזכות החוקתית לכבוד וזאת על יסוד קביעותיו של בית המשפט הנכבד בפסק דינו בעתירה הקודמת. ודוק: יש לתקדים ולעמוד על עצם קיומה של הזכות החוקתית הנפגעת ועל עוצמתה, בטרם המעבר לבחינת עמידתה של הפגיעה בדרישות פסקת ההגבלה (ראו למשל: בג"ץ 4128/02 אדם טבע ודין – אגודה ישראלית להגנת הסביבה נ' ראש ממשלת ישראל, פ"ד נח(3) 503; בג"צ 7052/03, עדאלה המרכז המשפטי לזכויות המיעוט הערבי בישראל נ' שר הפנים, פ"ד סא(2) 202 (14.5.2006)).
100. העותרים טוענים כי החקיקה פוגעת ב"קשת רחבה של זכויות אדם – "בחירות, בכבוד, באוטונומיה, בחופש התנועה, הפרטיות, בזכות לחיי משפחה". בהקשר זה, העותרים מיקדו טענותיהם בפגיעת החוק המתקן בזכות לחירות ובזכות לכבוד, תוך הצגת מכלול ההסדרים כמובילים לטענתם לשלילתה המוחלטת של הזכות לחירות ופגיעה חמורה בזכות לכבוד.
- על כך נבקש להשיב, כדלקמן.
101. ברי, כי לכל אדם עומדת הזכות לחירות אישית, כהוראת סעיף 5 לחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו, ולפיה "אין נוטלים ואין מגבילים את חירותו של אדם במאסר, במעצר, בהסגרה או בכל דרך אחרת".
102. בכל הקשור לטענת העותרים, כי החוק החדש פוגע בזכות לחירות, הרי שאין לכתחילה כי השמת אדם במשמורת סגורה, מכוח סעיף 30א לחוק, יש בה כדי לשלול את חירותו האישית של המוחזק במשמורת.
103. עם זאת, בכל הנוגע לטענות העותרים בדבר פגיעת החוק החדש בחירותו ובכבודו של מי ששוהה במרכז השהייה, מכוח פרק ד' בנוסחו החדש, המדינה תטען כי אכן יש בפרק ד' כדי להגביל את הזכות לחירות, ובכך לפגוע בה. עם זאת, המדינה תטען כי אין לקבל את טיעון העותרים לפיו השהייה במרכז הפתוח עולה כדי שלילת הזכות לחירות. כפי שהוצג לעיל, הפגיעה בזכות לחירות עליה עמד בית המשפט הנכבד בעניין גבריסלאסי, הולכת ופוחתת באופן משמעותי, ככל שמתאפשר לאדם לממש את חירותו האישית וככל שמתמעטת ההגבלה על חירותו האישית.
- בענייננו, ולאחר השינויים המשמעותיים שהוכנסו בפרק ד' לחוק החדש - ובפרט הפיכתו של המרכז לפתוח לאורך כל שעות היום למעט שעות הלילה, כמו-גם תחימת תקופת השהייה בחוק לתקופה של 20 חודשים חלף תקופת שהייה בלתי מוגבלת בתיקון מס' 4 (שנתחמה לתקופה של 3 שנים נוכח תוקפה של הוראת השעה) - המדינה תטען, כי ההגבלה המוטלת על יכולתו של השוהה לממש את חירותו צומצמה באופן ניכר, כך שהחובה להימצא בו באופן שפוגע בזכותו לחירות היא בשעות הלילה בלבד (בין השעות 00:00 ל-06:00).

104. בנוסף, מימוש החירות האישית לאורך מרבית שעות היום, מאפשר למסתננים שיופנו אל מרכז השהייה לממש באופן מעשי את חופש התנועה, במנותק מן השאלה המושגית האם זכות חוקתית כאמור קנויה לאדם שהסתנן באופן בלתי חוקי לישראל.

105. אשר לטענות העותרים בדבר פגיעת פרק ד' לחוק החדש בחופש התנועה, המדינה תטען כי כלל נקוט וידוע הוא, הן במשפט הבינלאומי והן במשפט הישראלי, כי זכותה של המדינה הריבונית לקבוע אילו זרים יכנסו בשעריה, ולאילו זרים יינתן לשהות בישראל, **ובאילו תנאים**.

בית המשפט הנכבד קבע זאת לפני שנות דור והוא שב ושנה הלכה זו פעמים רבות (ראו למשל: בג"ץ 482/71 קלרק נ' שר הפנים, פ"ד כז(1) 113; בג"ץ 758/88 קנדל נ' שר הפנים, פ"ד מו(4) 505; בג"ץ 1689/94 הררי נ' שר הפנים, פ"ד נא(1) 115; 3648/97 סטמקה נ' שר הפנים, פ"ד נג(2) 728 (להלן: פרשת סטמקה); בג"ץ 4156/01 דימיטרוב נ' משרד הפנים, פ"ד נו(6) 289; בג"ץ 8093/03 ארטמייב נ' משרד הפנים, תקדין 2004(4) 2470; ע"מ 1644/05 פרידה נ' משרד הפנים, תקדין 2005(2) 4269).

106. עיגון מפורש לתפיסת יסוד זו מצוי בסעיף 6 לחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו עצמו, המורה כי כל אדם חופשי לצאת מישראל; אולם **רק "לאזרח ישראלי"** (ובכלל זה אף למי שהינו "תושב") מסורה הזכות החוקתית להיכנס למדינה. וכך מורה אותנו הוראת סעיף 6 לחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו:

"6. יציאה מישראל וכניסה אליה

(א) כל אדם חופשי לצאת מישראל.

(ב) כל אזרח ישראלי הנמצא בחוץ לארץ זכאי להיכנס לישראל."

107. על רקע הוראה חוקתית זו, כמו גם על רקע חוק הכניסה לישראל והתיקון לחוק, המדינה תבקש לטעון, כי נקודת המוצא המשפטית היא שאין לנתין זר שנכנס לישראל ללא רשות (ובעניין מסתנן, גם שלא דרך תחנת גבול), זכות כלשהי להמשיך לשהות בתחומה, או לנוע בחופשיות בתחומה ככל אשר יחפוץ.

108. וכך אף קבעה כבוד השופטת ארבל, בפסקה 79 לפסק-דינה בפרשת אדם, שם ציינה כדלקמן:

"אעיר כי ישנו בסיס לטענת המדינה לפיה למי שנכנס שלא כדין בישראל לא נתון חופש התנועה, כמו גם החופש והאוטונומיה לבחור מקום מגורים הגלווה לרוב לזכות התנועה הפנים-מדינתית. כך, באמנה הבינלאומית בדבר זכויות אזרחיות ופוליטיות, 1966 מותנית זכות התנועה בכניסה כדין למדינה:

Everyone lawfully within the territory of a state shall, within that territory, have the right to liberty of movement and freedom to choose his residence."

לעמדת המדינה, מצב משפטי זה אף עולה בקנה אחד עם כללי המשפט הבינלאומי, כמו גם עם המשפט הנוהג במדינות העולם, לפיו כל מדינה שומרת לעצמה זכות **מוחלטת** לקבוע אלו זרים ייכנסו לתחומה, כחלק מעקרון הריבוניות. לעניין הוראות המשפט הבינלאומי המנהגי, לפיהן קיימת למדינה הזכות שלא להכניס זרים לשטחה, ראו בין היתר את פסק-דינו של המשנה לנשיא (בדימי) חשין בבג"ץ 7052/03 עדאלה ואח' נ' שר הפנים ואח', סא(2) 202 (2006) (להלן: פרשת **איחוד משפחות**), בפסקאות 50-52; וכך פסקה 100 לפסק-דינו של הנשיא (בדימי) ברק.

Halsbury's Laws of England (4th Ed., 1977), Vol. 18, paragraph 1726

I. Brownlie, Principles of Public International Law (6th Ed. 2003), p. 519.

J. Nafziger, "The General Admission of Aliens Under International Law" (1983) 77 AJIL 804, 816.

109. אשר לזכות לכבוד - אין מחלוקת, כי לכל אדם באשר הוא אדם עומדת הזכות לכבוד, כמצוותו הברורה של סעיף 2 לחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו כי "אין פוגעים בחייו, בגופו, או בכבודו של אדם באשר הוא אדם".

110. כמו-כן, ברי כי גם לנתינים זרים שהסתננו לישראל שלא כדין, עומדת הזכות לכבוד, ובמילותיו של כבי השופט פוגלמן בפרשת גבריאלסאסי: "מסתננים אינם מאבדים מזכותם לכבוד כמלוא הנימה אך בשל כך שהגיעו למדינה בדרך לא דרך. אין הם משילים את כבודם בהיכנסם למשמורת או למרכז השלייה, והזכות לכבוד עומדת להם במלוא עוזה גם אם הגעתם למדינה נעשתה בדרך של הגירה בלתי מוסדרת. כבודם אסור בפגיעה והם זכאים להגנה עליו" (פסקה 123).

111. עמדת המדינה היא כי הזכות החוקתית לכבוד העומדת לכל אדם אינה כוללת את זכותו של נתין זר, שהסתנן באופן לא חוקי, לכפות על המדינה את המשך נוכחותו בה בכל מקום אשר יחפוץ, וממילא אין היא מגעת כדי זכותו לבחור את מקום מגוריו בה.

המדינה תוסיף ותטען, כי בעת הגדרת היקף התפרשותן של הזכויות העומדות על הפרק, ובמיוחד מקום בו אנו עוסקים בהיקף ההגנה על זכויות אלו, יש ליתן את הדעת למורכבות המלאכה, עת נדרשים אנו למתח האינהרנטי שבין עקרון ריבונות המדינה לבין היקף זכויותיהם של מי שהסתננו לישראל שלא כדין. על מורכבות זו עמדה כבי השופטת ארבל בפרשת אדם, עת נדרשה להיקף התפרשותה של הזכות לחירות, והדברים רלוונטיים גם למורכבות הכרוכה בקביעת היקף התפרשותה של הזכות לכבוד של נתין זר לעומת אזרח או תושב ישראלי. וכך קבעה כבי השופטת ארבל בעניין זה בפרשת אדם:

"מקובל על הכל כי הזכויות המוענקות על ידי המדינה לזר, ובוודאי לזר שנכנס באופן בלתי חוקי למדינה, אינן משתוות לאלו הניתנות לאזרחי המדינה, ואף חובותיה של המדינה כלפיו אינן זהות כמוזן. כך יתכן גם כי מידת ההגנה על זכותו לחירות תהיה פחותה ממידת ההגנה הניתנת לאזרח חוקי במדינה (ראו והשוו עניין צמח, בעמ' 272). עם זאת, אין משמעות הדבר כי המסתנן מופשט מכל זכויותיו ברגע שנכנס למדינה, ואף אם באופן לא חוקי. כהשאלה מדברי השופט לוי, המסתנן אינו נכנס בשערי המדינה ומשיל מעליו את אנושיותו וזכויותו היסודיות" (עניין קו לעובד הראשון, בעמ' 397). היקפה של הזכות החוקתית לחירות ולכבוד האדם חלה על כל אזרח ישראלי, כמו גם על הגר, מסתנן או פליט שנכנס לישראל בניסיון אשר תהיינה חירותו של אדם היא זכות הנלווית אליו לכל מקום שילך, בין אם במדינתו ובין אם במדינה אחרת; בין אם שוהה הוא במקום שהותר לו לשהות בו, ובין אם נכנס למקום שנאסר עליו. אמנם, במקרים מסוימים ניתן יהיה לשלול ממנו חירות זו, אך תמיד תחייב שלילה זו בחינה זהירה ומבוקרת של מבחני המידתיות. חירותו של אדם וכבודו מהווים נורמות תשתית לחיים יחידו במדינה לאזרחים ולתושבים, ותחומי פרישתן גם לזרים החיים בקרבם." (פסקה 113, ההדגשה הוספה-ה"מ).

112. לפיכך, ומבלי להידרש למלאכה המורכבת שבמתן סימנים ברורים באשר להיקפן של הזכויות העומדות על הפרק והפגיעה בהן, המדינה תטען כי על מורכבות זו ללוות אותנו במסגרת בחינת מבחני המידתיות שבפסקת ההגבלה.

המדינה תטען, כי אף בהינתן שיש בהוראות פרק ד' לחוק החדש משום הגבלה על האוטונומיה של מסתננים שהוחלט להוציא בעניינם הוראת שהייה, הרי שהגבלה זו עומדת היא במבחני פסקת ההגבלה שבחוק היסוד, כפי שיפורט להלן, ומכאן שהינה חוקתית.

113. אשר לטענות העותרים בדבר פגיעה בזכות לחיי משפחה, טענות העותרים בעניין זה נטענו בעלמא. בהקשר זה, נבקש להפנות להוראות פרק ד' לחוק החדש, שמחריגות מתן הוראת שהייה, לפי סעיף 32ד(ב) (1), (2), (4), כגון: אי מתן הוראת שהייה "להורה לקטין, הסמוך על שולחנו בישראל"; ולקריטריונים שפרסמה רשות האוכלוסין בעניין זה.

114. אשר לטענות העותרים, כי הוראות החוק הנוגעות להעברה למשמורת פוגעות בזכות המסתננים להליך הוגן, הרי כפי שפורט לעיל, במסגרת החוק החדש, נקבע במפורש כי כל החלטה של ממונה ביקורת הגבולות חייבת להיבחן על-ידי בית הדין לביקורת משמורת של מסתננים, באופן יזום ועצמאי. רק בתום הפעלת ביקורת מעין-שיפוטית זו יכול שיאושר צו העברה למשמורת. עוד יצוין, כי בחוק החדש קוצרו באופן משמעותי התקופות שממונה ביקורת הגבולות רשאי להורות עליהן. על-כן, אין לקבל את טענת העותרים כי "מה שהיה ונפסל כלא חוקתי- הוא שיהיה" - ועל כך עוד נרחיב בהמשך.

115. על כל פנים, כידוע, הזכויות לחירות ולכבוד, ככל הזכויות החוקתיות המנויות בחוקי היסוד, אינן זכויות מוחלטות, כי אם זכויות יחסיות בלבד. יחסיותה של הזכות החוקתית מנביעה, מיניה וביה, את היכולת להסיגה מפני אינטרסים ציבוריים אחרים המצדיקים את הגבלת מימושה. מיקומה הגיאומטרי של מלאכת איזון זו, בין היקף מימושה של הזכות לחירות אישית והזכות לכבוד לבין האינטרסים הנוגדים המצדיקים את הגבלתן, מצוי לנו בדליית אמותיה של פסקת ההגבלה (ראו: פרשת אדם, פסקה 68 לפסק דינה של כבוד השופטת ארבל; בג"ץ 450/97 תנופה נ' שר העבודה והרווחה פ"ד נב(2) 433 בפסקה 7 לפסק הדין). פסקאות ההגבלה מאפשרות פגיעה בזכויות החוקתיות בקיומם המצטבר של ארבעה תנאים: הפגיעה נעשית בחוק או לפי חוק מכוח הסמכה מפורשת שבו; החוק הפוגע הולם את ערכיה של מדינת ישראל; החוק הפוגע נועד לתכלית ראויה; הפגיעה אינה במידה העולה על הנדרש.

116. המדינה תטען, על רקע האמור לעיל, ולאור התכליות העומדות בבסיס החוק המתקן, כי החוק המתקן עולה אף בקנה אחד עם דרישות פיסקת ההגבלה ואינו מקים עילה להתערבותו של בית המשפט הנכבד. נפנה, אם כך, לבחינת תנאים אלו – ראשון ראשון, ואחרון אחרון.

תחילה נעשה כן ביחס להוראות סעיף 30א לחוק, בנוסחו החדש (משמורת), ומשם נפנה לבחינת חוקתיות הוראות פרק ד' לחוק (מרכז שהייה).

ז. סעיף 30א לחוק החדש

117. סעיף 30א לחוק, כפי נוסחו בחוק המתקן, מאפשר תקופת משמורת מירבית בת שלושה חודשים. העותרים טוענים כי הסעיף אינו חוקתי על שום פגיעתו הבלתי מידתית בזכות לחירות; פגיעה שלשיתם אף אינה לתכלית ראויה. את טיעונם סומכים העותרים, במרבית טיעוניהם, על יסוד ניסיונם ליישם את קביעותיו של בית המשפט הנכבד בדבר אי-חוקתיותו של סעיף 30א לחוק למניעת הסתננות, הן **בפרשת אדם והן בפרשת גבריסלאסי**.

118. המדינה תטען, כי דין הגזירה השווה שעורכים העותרים בין שני נוסחיה של הוראת סעיף 30א לחוק למניעת הסתננות, להידחות. כפי שהוצג לעיל, סעיף 30א בנוסחו לפי החוק המתקן, אשר כאמור הוא צופה פני עתיד בלבד, שונה **שינוי מהותי** מן ההוראה המקבילה לו בחוק הקודם והוא מעמיד את תקופת המשמורת המקסימלית עד **שלושה חודשים בלבד**, במקום תקופה בת שנה על פי התיקון הקודם שבוטל, וזאת בכפוף לשיתוף הפעולה בהליכי הזיהוי והגירוש. מדובר בתקופת משמורת שהיא חודש אחד נוסף על התקופה הקבועה בחוק הכניסה לישראל המאפשר התזקה במשמורת לתקופה של עד חודשיים ומיושם הלכה למעשה. כפועל יוצא מכך, שונתה אף עילת השחרור המנויה בסעיף 30א(ב)(5) לפיה עילת שחרור יכולה להיות היעדר תחילת טיפול בבקשה לקבלת אשרה ורישיון לישיבה בישראל, בחלוף 60 ימים מיום שהוגשה.

שינוי משמעותי זה של קיצור תקופת המשמורת משנה לשלושה חודשים, משליך באופן ישיר על בחינת חוקתיותו של סעיף 30א בנוסחו בחוק המתקן, ומחייב להעמיד בחינה חוקתית זו על רגליה העצמאיות שלה.

ז.1 תכלית סעיף 30א לחוק למניעת הסתננות

119. כעולה מדברי ההסבר לחוק, החוק כולל שורה של הסדרים, ביניהם סעיף 30א לחוק המתקן ופרק ד' לחוק המתקן, אשר תכליותיהם שלובות זו בזו, וביניהם - מניעת מערך התמריצים של כל אותם מסתננים אשר שוקלים להסתגל למדינת ישראל ולצמצם את התמריץ לכך וכן למנוע את המשך השתקעותם והתבססותם של מסתננים השוהים בישראל ואת המשך העסקתם בה. על תכליות משולבות אלו נעמוד בהרחבה בפרק העוסק במרכזו השנייה הפתוח. עם זאת **נדגיש כבר עתה, כי במסגרת תכליות משולבות אלו, סעיף 30א מכוון להתמודד אך עם אוכלוסיית המסתננים הפוטנציאליים, שעודם מצויים במדינות המוצא באפריקה, ותחולתו היא צופה פני עתיד**.

התכלית העיקרית של סעיף 30א לחוק היא **מיצוי הליכי זיהוי של המסתנן והעמדת פרק זמן הכרחי למדינה לשם גיבוש אפיקי יציאה מוצון או גירוש מישראל**. השמתו במשמורת של המסתנן שנכנס לישראל לאחר כניסת החוק המתקן לתוקף, נועדה לאפשר למדינה להתמודד עם איתור חלופות ליציאה מישראל עבור מי שהסתננו לתוכה, שלא דרך נקודת מעבר גבול רשמית, ועל-פי רוב ללא כל תיעוד רשמי. וראו בהקשר זה את דברי ההסבר הנלווים להצעת החוק:

"קביעת תקופת משמורת בת שלושה חודשים (הארוכה מהתקופה הקבוע בחוק הכניסה לישראל (60 ימים) נדרשת בין השאר 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 מן התקופה 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."

סעיף 30א לחוק נועד להעניק למדינה פרק זמן נוסף, העולה על התקופה הקבועה בחוק הכניסה לישראל, כדי לאפשר בידה למצות את הליכי זיהויו של המסתנן, לרבות מוצאו; בחינת הטענות שבפיו ואימותן; ונקיטת האמצעים הנדרשים לשם איתור וגיבוש אפיקי יציאה בטוחה מישראל, ובכלל זה דרך מדינות שלישיות או אליהן. וראו בהקשר זה את דברי ההסבר הנלווים להצעת החוק.

120. אף בית המשפט הנכבד, במסגרת פסק הדין **בפרשת גבריאלאסי**, הכיר בכך כי תכלית זו- **תכלית ראויה היא**, כדברי כב' השופט ע' פוגלמן:

"תכלית זו – כשלעצמה ובמנותק מנתונים עובדתיים שעליהם אעמוד בהמשך – ראויה היא השאלה מי יורשה להיכנס לתחומי המדינה היא שאלה בעלת אופי ריבוני מובהק. למדינה פדרוגטיבה רחבה לקבוע מי יבוא בשעריה, לכמה זמן ובאילו תנאים, באופן שיאפשר את פעילותה התקינה ואת ההגנה על זכויות אזרחיה ותושביה (ראו בג"ץ 482/71 קלרק נ' שר הפנים, פ"ד כז(1) 117, 113 (1972); בג"ץ 431/89 קנדל נ' שר הפנים, פ"ד מו(4) 505, 520 (1992); בג"ץ 1031/93 פסרו (גולדשטיין) נ' שר הפנים, פ"ד מט(4) 661, 705 (1995); עניין קו לעובד השני, בפסקה 24). בצד זכותה של המדינה לקבוע מי יכנס לשטחה, עומדת לה הזכות להרחיק מגבולותיה אדם שנכנס אליה בצורה בלתי מוסדרת, בכפוף לדיון הישראלי הפנימי ולדיון הבינלאומי שלו ישראל מחויבת. לצורך כך – ולצורך כך בלבד – רשאית המדינה להחזיק אדם במשמורת. ההלכה הפסוקה בעניינו של סעיף 13 לחוק הכניסה לישראל, היפה גם לעניינו, קובעת כי החזקת מי שהוצא נגדו צו גירוש במעצר היא לגיטימית כאשר היא נועדה להבטיח את מימוש הליכי הרחקתו מהארץ. היא מותרת כל עוד מטרתה גירוש, אך אסורה כשלא מתקיים בעניינו של המוחזק הליך הרחקה אפקטיבי, או כאשר לא נראית באופן אפשרות לגירוש מהארץ (בג"ץ 1468/90 בן ישראל נ' שר הפנים, פ"ד מד(4) 149, 152 (1990) (להלן: עניין בן ישראל); עוד ראו עניין אל-טאיי, בעמ' 851; ע"א 9656/08 מדינת ישראל נ' סעידי, פסקה 26 (15.12.2011)). המסקנה היא כי אין פגם במישור התכלית בחוק שמטרתו לאפשר החזקה במשמורת לשם מימוש הליכי גירוש אפקטיביים".

[ההדגשות הוספו-הח"מ]

121. בנקודה זו חשוב להדגיש, כפי שאף צוין בחלקו הקודם של כתב התשובה, כי מדינת ישראל הגיעה להסדרים עם שתי מדינות אפריקאיות שונות, המאפשרות לקלוט לתחומן מסתננים אשר הסתננו לישראל באופן בלתי חוקי. הסדרים אלו (המיושמים בפועל) מעניקים בידי המדינה את האפשרות להעמיד בפני המסתנן את האפיק הדרוש לו לשם יציאתו הבטוחה מישראל אל אותה מדינה שלישית, בהתאם למחויבויותיה הבינלאומיות של מדינת ישראל. עוד יודגש, כי מדינת ישראל שוקדת כל העת, לשם מציאת אפיקים נוספים שיאפשרו יציאה בטוחה של מסתננים מישראל.

122. בצד זאת, ובמקרה בו יוצא צו גירוש בעניינו של מי שישתנן לישראל לאחר החוק המתקן, הרי שסעיף 30א מעניק למדינה פרק זמן ארוך יותר בן חודש ימים מחוק הכניסה לישראל, למצות את יכולותיה להעמיד בידיו חלופה בטוחה לשם יציאתו את הארץ, לרבות לעבר מדינה שלישית - על כל המורכבות הכרוכה בכך. תכליתן של חלופות אלה הינן, בין היתר, קיצור משך החזקתו של המסתנן במשמורת, תוך מיצוי אפיקי יציאתו, לרבות (אך לא רק) לעבר מדינה שלישית.

123. בהקשר זה לא למותר יהיה לציין, כי החוק המתקן קבע בסעיף 30א(ד), בדומה להוראה הקבועה בסעיף 13(ב)(1) לחוק הכניסה לישראל, כי בצד עילות שחרור שונות (למעט עילות השחרור הנוגעות למצב בריאותי או מסתנן קטין שאינו מלווה) – לא ישוחרר מסתנן בערובה אם גירושו מישראל נמנע או מתעכב בשל העדר שיתוף פעולה מלא מצידו, לרבות לעניין הבהרת זהותו או הסדרת הליכי גירושו מישראל. כלומר, ככל שהמדינה מעמידה בפני המסתנן את האפשרות לאפיק בטוח ליציאה מישראל, והלה מסרב לשותף פעולה עם אפיק זה – לא ישוחרר המסתנן ממשמורת. בית המשפט הנכבד הכיר בכך שבמצב דברים זה מפתחות בית האסורים בידיו. לעניין זה ראו והשוו: בר"ם 7363/06 מדינת ישראל נ' ארטש, פדאור 06-31-638 (2006); עע"ם 1541/05 וורקנה נ' משרד הפנים (פורסם באר"ש, ניתן ביום 16.3.2005).

124. אשר לטענות העותרים המשוות בין הוראות חוק הכניסה לישראל לבין הוראות החוק המתקן. כאמור בדברי ההסבר, האוכלוסייה אליה מכוון החוק המתקן שונה באופן מהותי מהאוכלוסייה עליה חל חוק הכניסה לישראל. החוק המתקן חל על מסתננים המסיגים את גבולה של מדינת ישראל שלא כדין, שלא דרך מעבר גבול מוסדר, ולעיתים רבות ללא תיעוד. משכך, קיים שוני מהותי המצדיק קביעת פרק זמן סביר ומידתי ארוך יותר בחודש ימים בלבד להחזקת המסתננים במשמורת לשם הגשמת תכלית זיהויים ומיצוי הליכי ההרחקה. במסגרת זו, יש ליתן את הדעת שבכל הנוגע למסתננים, הניסיון מלמד כי עם שחרורם ישנו קושי גדול יותר לאתרם והעניין לעיתים תלוי ביד המקרה.

125. בתוך כך, אף בכל הנוגע לחוק הכניסה לישראל, במסגרת פסק הדין בבר"ם 173/03 מדינת ישראל נ' סלאמה (9.5.05, פורסם באר"ש) (אליו אף מפנים העותרים) עמד בית משפט נכבד זה כי הסמכות המנויה בסעיף 13 לחוק היא בגדר סמכות "רשות" והממונה אינו חייב לשחרר שוהה במשמורת בתום 60 ימים, כדלקמן:

"והדברים אכן ברורים: המחוקק הקנה לממונה ביקורת הגבולות שיקול דעת בשאלת שחרורו בערובה של שוהה שלא כדין. הממונה אינו מוגבל בשיקוליו בנימוקים המנויים בסעיף 13(ב). אכן, ככלל – וכך הצהירה גם המדינה לפנינו – יורה הממונה, כל אימת שמתקיימת החלופה הקבועה בסעיף 13(א)(4) לחוק, ואין מתקיימים התנאים הקבועים בסעיף 13(ב) לחוק, על שחרור המוחזק. עם זאת, בהתחשב במטריה הנדונה, רשאי הממונה להביא, במסגרת שיקול דעתו, במקרים המתאימים, את דבר קיומו של אינטרס ציבורי בעל משקל של ממש, המחייב את המשך החזקת השוהה במשמורת לתקופה שאינה חורגת מהסביר. שיקול דעתו של הממונה, זאת יש להדגיש, כפוף לביקורת מעין שיפוטית של בית הדין לביקורת משמורת של שוהים שלא כדין, ואף החלטותיו של זה האחרון נתונות לביקורתו השיפוטית של בית המשפט המחוזי, בשבתו כבית משפט לעניינים מנהליים. [ההדגשה הוספה- הח"מ].

126. יוצא אפוא, כי אף בהליכים המתנהלים מכוח חוק הכניסה לישראל, הכיר בית משפט נכבד זה כי לממונה ביקורת הגבולות סמכות להחזיק שוהה בלתי חוקי תקופה נוספת שאינה חורגת מהסביר, העולה על תקופת 60 הימים הקבועה בחוק - בהתאם לעילות הקבועות בחוק.

127. מעבר לאמור, נזכיר, כי במסגרת תיקון מס' 4 לחוק, בדומה להוראות הביקורת השיפוטית שנקבעו בחוק הכניסה לישראל, נקבע כי מסתנן יובא לבחינה עיתית של עניינו בפני בית הדין לביקורת משמורת של מסתננים בכל 30 ימים (סעיף 30ד לחוק). כמו כן, יובא המסתנן בפני בית הדין אם ביקש זאת (סעיף 30ה לחוק). בית הדין מוסמך לאשר את ההחזקה במשמורת, לקבוע כי ענינו של המסתנן יובא בפניו תוך

תקופה קצרה יותר מ-30 ימים, להורות על שחרור בתנאים ולהורות על שינוי בתנאי השחרור בערובה או על חילוט הערובה (סעיף 30ד) לחוק. כלומר, החוק קובע מנגנון של ביקורת שיפוטית על צו הגירוש שהוצא למסתנן.

128. אשר על כן, עמדת המדינה היא, כי תכליתו של התיקון מקיימת את מבחן ה"תכלית הראויה" שנקבע בפסיקה ועל-פיו "תכליתו של חוק תיחשב לתכלית ראויה, כאשר הוא נועד להגן על זכויות אדם או להגשים מטרה ציבורית או חברתית חשובה, לצורך קיומה של תשתית לחיים בצוותא במסגרת חברתית המבקשת להגן על זכויות אדם ולקדמן" (בג"ץ 2605/05 המרכז האקדמי למשפט ולעסקים, חטיבת זכויות האדם ואח' נ' שר האוצר, תק-על 4/2009 (2009), בפסקה 25 לפסק דינה של כבי הנשיאה ביניש). לעניין היותה של התכלית החקיקתית האמורה תכלית ראויה, השוו גם לדברי כבי השופט חשין (כתוארו אז) בפרשת סטמקה:

"ולענייננו-שלנו: הנחת-המוצא היא, כי מלחמת-החורמה שמשרד הפנים אסר על הנישואין הפיקטיביים הינה "תכלית ראויה", וכי כוונתו של המשרד לשרש עשב-שוטה זה עד היעלמו הינה כוונה רצויה. הכל מסכימים כי כוונתו של משרד הפנים הולמת את ערכיה של מדינת ישראל וכי נועדה היא לתכלית ראויה. מדינת ישראל מנסה להתמודד - ורשאית היא להתמודד - עם הגירה בלתי-חוקית לתחומיה, ובוודאי ראויה היא כי תוכר זכותה ללחום באנשים ובגופים המנצלים את מיגבלות מנגנוני-האכיפה לשהיה ולהמשך שהיה בלתי-חוקית בישראל."

129. לא למותר לציין, כי הוראת סעיף 30א לחוק אף הולמת את ערכי מדינת ישראל כמדינה יהודית ודמוקרטית, לאור רציונל החקיקה הנסמך על עקרון ריבונותה הפנימית של המדינה, אשר מהווה אחד מעקרונות היסוד של שיטתנו המשפטית.

2.2 מידתיות סעיף 30א בנוסחו בחוק המתקן

130. כאמור, העותרים תוקפים את חוקתיות סעיף 30א כמכלול, כאשר הילוך טענתם - בתמצית - הינו גזירה שווה בין ביקורתו החוקתית של בית המשפט הנכבד בפרשת אדם ובפרשת גבריסלסי לבין דינו של החוק המתקן. הילוך טענה זה מבקש ליצור האחדה של ההסדר הנורמטיבי שנקבע בחוק הקודם עם זה שנקבע בחוק המתקן, באופן המטשטש את ההבדל המהותי של קיצור תקופת המשמורת שהועמדה על תקופה מקסימלית של שלושה חודשים בלבד - בשונה באופן משמעותי ומהותי מהתקופות הקודמות שקבע החוק (3 שנים בתיקון מס' 3 ושנה בתיקון מס' 4) - אשר נקבעו כלא חוקתיות.

131. המדינה תטען, כי סעיף 30א בנוסחו בחוק המתקן, והשינוי המהותי שנעשה בו, עולה בקנה אחד עם עקרון המידתיות, על שלושת מבחני המשנה המרכיבים אותו, ומכאן שלא עלה בידי העותרים להוכיח עילה להתערבות חוקתית בו. נעמוד, כעת, באופן מסודר על שלבי הבחינה החוקתית במסגרת עקרון המידתיות.

132. כידוע, שלושה הם מבחני המשנה המרכיבים את התנאי בדבר היות הפגיעה שמסב החוק ב"מידה שאינה עולה על הנדרש": מבחן ההתאמה או הקשר הרציונאלי, שלפיו על הפעולה הפוגעת להיות מתאימה להשגת תכליתה; מבחן הפגיעה הפחותה, שעל פיו יש לנקוט באמצעי ששיג את התכלית המבוקשת

באותה המידה, ושפגיעתו בזכות היסוד תהא הפחותה ביותר האפשרית; ומבחן "המידתיות במובן הצר", שעל פיו פעולה הפוגעת בזכות חוקתית תימצא מידתית רק אם היחס שבין התועלת שבפעולה לבין הפגיעה שהיא גורמת בזכות הוא ראוי וסביר (ראו: בג"ץ 1715/97 לשכת מנהלי ההשקעות בישראל נ' שר האוצר, פ"ד נא(4) 367, בעמ' 385-384; בג"ץ 1661/05 המועצה האזורית חוף עזה נ' כנסת ישראל (פסק דין מיום 9.6.05), בפסקאות 71-54 לפסק דינם של עשרת שופטי הרוב).

3.ז מבחן המשנה הראשון של המידתיות: "מבחן ההתאמה", או "מבחן הקשר הרציונאלי"

133. במסגרת בדיקת מבחן המשנה הראשון של המידתיות ניצבת השאלה האם הפגיעה שמסב החוק משיגה את המטרה עבורה נעשית הפגיעה. המדינה תטען, כי התשובה לשאלה זו הינה ברורה, ובחיוב.

כאמור לעיל, המדינה פועלת בשקידה ראויה לשם העמדת אפיקי יציאה בטוחים מישראל לכל אותם מסתננים שיסתננו לאחר חקיקת החוק המתקן (ואף למסתננים אחרים השוהים בישראל).

עוד יצוין, כי העובדה שעל-פי רוב אין באמתחתם של רוב המסתננים מסמכי זיהוי, או שכך נטען על ידם, הופכת את היתכנות יציאתם מישראל למורכבת הרבה יותר. אל מול מורכבות זו, נועד סעיף 30א ליתן מענה ולהותיר בידי המדינה פרק זמן מקסימאלי ממושך יותר לשם מיצוי פוטנציאל היציאה מן הכוח אל הפועל.

כנזכר מעלה, מזה מספר חודשים, מיישמת המדינה הסדרים המאפשרים למסתננים לצאת בבטחה לשתי מדינות שלישיות. עד כה יצאו ממדינת ישראל במסגרת יישומם של הסדרים אלו כ-1,093 מסתננים. מספר זה, עולה עשרות מונים על מספר המסתננים שנכנסו לישראל שלא כחוק בשנת 2014. לפיכך, אין לקבל את טענת העותרים לפיה המשמורת הסגורה הינה משמורת הנמשכת - בהכרח - עד למלוא תקופתה והיקפה.

134. בצד הדברים האמורים, המדינה תבקש לטעון כי לשם הגשמת התכלית העיקרית העומדת בבסיס סעיף 30א - מיצוי האפשרויות לזיהוי של המסתנן ולגיבוש אפיק יציאה בטוח עבורו למדינה שלישית, או למדינתו שלו - הכול בהתאם לנסיבות העניין, דרוש לרשות האוכלוסין וההגירה משך זמן ארוך מזה הקבוע בחוק הכניסה לישראל.

המדינה תבקש לטעון, כי בשלב קריטי זה של גיבוש אפיק יציאה מתאים מישראל, טבוע ניגוד מובנה בין המוטיבציה של המסתנן להיקלט ולהשתקע בישראל, לבין האינטרס של המדינה לממש את ריבונותה ולמנוע כניסה בלתי חוקית של נתינים זרים לשטחה. סיטואציה מורכבת זו מצדיקה משך זמן ארוך יותר לשם בחינת היתכנות יציאתו של המסתנן ומימוש אפיק זה אגב הותרת המסתנן במשמורת, בכפוף להתקיימותן של עילות השחרור הקבועות בסעיף 30א(ב) לחוק. כאמור, מדובר בפרק זמן סביר בן חודש ימים בלבד מעל התקופה הקבועה בחוק הכניסה לישראל.

לכך יש להוסיף, וכפי שנפרט בהמשך הדברים בדיון החוקתי על פרק ד' לחוק, כי סעיף 30א, במאוחד עם פרק ד' לחוק המתקן (לנוכח הוראת סעיף 30א(יא) לחוק), נועדו במאוחד להתמודד אך עם אוכלוסיית המסתננים הפוטנציאליים, שעודם מצויים במדינות המוצא באפריקה. ברוח תכלית זו עוצבה תחולתו של ההסדר החדש, ושונן הוראותיו גופא באופן המקטין את הפגיעה בזכות לחירות אל עבר נקודת האיזון החוקתית.

135. נוכח כל האמור לעיל, המדינה תבקש לטעון כי סעיף 30א לחוק מקיים קשר רציונאלי בין התכלית שעניינה בירור זהותו של המסתנן ומיצוי גיבוש אפיקי יציאה מן הארץ לבין הצורך בהוצאת צו גירוש שיהיה אסמכתא חוקית להחזקה במשמורת של שלושה חודשים. כפי שקבע כב' השופט פוגלמן בפרשת **גבריסלאסי** (סעיף 54):

"אין חולק כי החזקת מסתנן במשמורת מקלה על האפשרות לברר את זהותו בהליך סדור ומפוקח – עניין שנודעת לו חשיבות רבה על רקע מאפייניה המיוחדים של אוכלוסיית המסתננים, שנכנסו לארץ שלא דרך מעבר גבול מסודר ובלא שיש בידיהם אישורים מזהים רשמיים. אף מובן כי המשמורת מסייעת לממש את הליכי הגירוש מישראל שכן היא מבטיחה כי אדם לא "ייעלם" וחוסכת קשיי איתור אפשריים בהמשך (והשוו לסעיף 113(א)2 לחוק הכניסה לישראל)..."

בהקשר זה, נבקש לחדד - כי בשונה מקביעת בית המשפט הנכבד בפרשת **גבריסלאסי**, לעמדת המדינה, תמונת המצב העובדתית, הנוגעת ליישום ההסדרים אליהם הגיעה המדינה עם מדינות שלישיות, יש בה כדי לתמוך בעמדת המדינה בדבר קיומו של קשר רציונאלי כאמור. כפי שצוין לעיל, בשנה האחרונה יצאו כ-1,093 מסתננים את גבולות ישראל במסגרת הסדרים אלה. משכך, לעמדת המדינה, מדובר בהחלט באפיק הרחקה העומד בפני מסתננים שיוחזקו מכח סעיף 30א לחוק.

4. מבחן המשנה השני של המידתיות: מבחן הפגיעה הפחותה" - "מבחן הצורך"

136. במסגרת בדיקת מבחן המשנה השני של המידתיות, ניצבת השאלה האם קיים אמצעי חקיקתי חלופי, שפגיעתו בזכות החוקתית פחותה, אך שיהיה בכוחו להגשים את התכלית החברתית באותה המידה, כפי שמגשימה הוראת החוק העומדת למבחן.

כפי שהודגש בפסיקה, מבחן זה אין משמעותו כי על הרשות להעדיף תמיד את אותו אמצעי שפגיעתו בפרט פחותה במושגים מוחלטים. לפיכך אין די להראות לעניין זה, כי קיים אמצעי אחר שפגיעתו פחותה כאמור; "משמעות תנאי זה היא כי האמצעי שנבחר צריך להיות כזה שפגיעתו בזכות האדם היא מתונה, אך לא דווקא הפחותה ביותר האפשרית במסגרת קשת האפשרויות הקיימות" (בג"ץ 6304/09 הנ"ל, בפסקה 115 לפסק-הדין).

137. לעניין יישום מבחן זה יצוין, כי בית המשפט הנכבד כבר הכיר בפסיקתו, בכך שלמחוקק נתון "**מתחם תמרון חוקתי**" רחב, במסגרתו הוא רשאי לבחור ולברור את האמצעי שמגשים את התכלית בצורה הראויה הנדרשת מבין מגוון האמצעים העומדים לרשותו, ובלבד שהפגיעה בזכות לא תהיה מעבר לנדרש.

138. המדינה תבקש לטעון, כי מתחם התמרון החוקתי משתנה הוא בהתאם לנושא הטעון הסדרה. כאמור, החוק המתקן עניינו בעיצוב מדיניות בתחום רגיש מאין כמוהו בכל מדינה בכלל, ובמדינת ישראל בפרט - הגירה והשתקעות במדינת ישראל. לפיכך, וככל שעוסקים אנו בקביעת מדיניותה של מדינת ישראל בתחום ההגירה - תחום שהינו ביטוי מובהק לריבונות המדינה - המדינה תטען כי שמור למחוקק מתחם תמרון חוקתי רחב, המצדיק נקיטת איפוק רב בהפעלת הביקורת השיפוטית החוקתית.

139. עוד תטען המדינה, כי תיקון זה מצוי במסגרת מתחם התמרון החוקתי ולא נמצא אמצעי מידתי יותר, המגשים את התכליות החברתיות עליהן עמדנו לעיל באותה מידה של אפקטיביות. אף במסגרת **פרשת גבריסלסי** עמד בית המשפט הנכבד על כך כי סעיף 30א, כנוסחו בתיקון מס' 4, עומד במבחן המידתיות השני, כך בסעיף 62 לפסק דינו של כב' השופט פוגלמן:

"אשר לתכלית שעניינה בירור זהותו של המסתגן וגיבוש ומיצוי אפיקי יציאה מהארץ: דומה כי קשה לחלוק על כך שהשמת מסתגן שמתנהל בעניינו הליך הרחקה אפקטיבי במשמורת, מסייעת להפיג את החשש שמא ימלט ובכך יסכל את הליכי בירור זהותו והרחקתו מן הארץ. אך האם ישנם בנמצא אמצעים אחרים המביאים לתוצאה דומה, שפגיעתם בזכויות פחותה? אמצעי חלופי ראשון שיש לתת עליו את הדעת הוא מרכזי שהייה פתוחים או פתוחים למחצה, המסייעים לפקח על אוכלוסיית המסתגנים (וראו פרשת אדם, בפסקה 104; פסקה 4 לחוות דעתה של חברתי המשנה לנשיא מ' נאור; פסקה 40 לחוות דעתי). כיום פועל בישראל מרכז שהייה במתקן "חולות", שהוקם אך לאחרונה מכוח הוראות פרק ד' לתיקון מס' 4 (שאליו אשוב ואדרש בהמשך). אין ספק כי פגיעתו בזכות לחירות של מרכז זה, המאפשר תנועה מסוימת ממנו ואליו – פחותה. עם זאת, בדי כי מתקן מסוג זה, שניתן לצאת ממנו לבלי שוב (כפי שאמנם עשו 105 מסתגנים עד ליום 11.3.2014 לפי נתונים שמסרה המדינה) איננו אמצעי המגשים את תכלית החוק במידה דומה של אפקטיביות.

...

אין ספק כי השילוב בין החלופות השונות למשמורת – מרכזי שהייה פתוחים או פתוחים למחצה, הפקדת ערבות, חובת התייצבות ודיווח וניטור באמצעים אלקטרוניים – עשוי לצמצם במידה ניכרת את החשש מפני "היעלמות" המסתגן באופן שיקשה על מימוש הליכי גידושו (לכשימצא עבודו אפיק הרחקה אפקטיבי). בכך עשויים לקדם אמצעים אלה את הגשמת תכלית ההרחקה. ואולם, להשקפתי, האפקטיביות של האמצעים האמורים אינה משתווה לזו שמציעה משמורת סגורה. די בכך כדי לצלוח את מבחן המידתיות השני לעניין תכלית זו."

140. הדברים יפים אף לענייננו. המדינה תטען, כי קליטת מסתגנים שחדרו לישראל, **לאחר חקיקת החוק המתקן**, במרכזו השהייה הפתוח (אשר נדרשת בו התייצבות בשעות הערב המאוחרות בלבד ושהות בלילה), במקום במשמורת, אינה מעמידה אמצעי אפקטיבי דיו להשגת תכליות סעיף 30א לחוק, באופן שיאפשר את הימצאותו של המסתגן לצורך מימוש הרחקתו מישראל. ניסיון העבר מלמד כי מיום פתיחת המרכז עזבו את מרכזו השהייה כ-432 שוהים ללא שוב, ואין כל מידע אודות מקום הימצאם.

141. אשר על כן, ולאור מידת האפקטיביות הנדרשת להגשמת בירור זהותו של המסתגן וגיבוש ומיצוי אפיקי יציאה מהארץ, ובשים לב למרחב התמרון החוקתי ממנו נהנה המחוקק בעת עיצוב מדיניות בתחום ההגירה לישראל; תטען המדינה כי הפגיעה לה טוענים העותרים בזכותם לחירות, מכוח סעיף 30א לחוק, מקיימת אף את מבחן המשנה השני של המידתיות.

5. מבחן המשנה השלישי של המידתיות: "מידתיות במובן הצר"

142. מבחן המשנה השלישי של המידתיות מעמיד בפני בית המשפט הנכבד את השאלה האם הנזק הנגרם למסתגן המוחזק במשמורת מכוח החוק למניעת הסתגנות עומד ביחס ראוי לתועלת הצומחת לציבור מהתנאים שנקבעו להחזקה במשמורת והעילות לשחרור בערובה.

143. כפי שניזכר להלן, החוק המתקן כולל בתוכו מארג של איזונים ובלמים שתכליתם לצמצם את הפגיעה בזכות לחירות ולהביאה לנקודה בה היא מקיימת יחס ראוי ומידתי אל מול התועלת הגלומה ביישומה של התיקון לחוק. בהביננו זאת, נפנה להצגת שני צידיה של משוואת האיזון החוקתית – הפגיעה בזכות תחילה, ולאחר מכן התועלת והאינטרס הציבורי שעומדים מנגד.

144. בקליפת אגוז, **החוק המתקן קיצר משמעותית את תקופת המשמורת המקסימאלית משנה לשלושה חודשים**, תוך שהוא מעגן במסגרתו תחנות סטטוטוריות להפעלת ביקורת שיפוטית יזומה והדוקה לבחינת הליך השמתו של מסתנן במשמורת; ואף מעניק בידי המסתנן זכות קנויה בדין לשוב ולהעלות את טענותיו בפני בית הדין לביקורת משמורת של מסתננים, כל אימת שיבקש זאת. בהקשר זה, נפנה בתמצית לתיאור הליך השמתו של מסתנן במשמורת, על התחנות ועילות השחרור הקבועות בו.

הוראת סעיף 30א(א) מחייבת כי מסתנן הנתון במשמורת יובא לפני ממונה ביקורת הגבולות, לא יאוחר מחמישה ימים מיום תחילת החזקתו במשמורת. ממונה ביקורת הגבולות רשאי לשחרר מסתנן שבא בפניו, בתנאים שמצא לנכון, אם שוכנע כי החזקתו של המסתנן במשמורת תסכן את בריאותו בשל גילו או מצב בריאותו (לרבות בריאות נפשית); או אם קיימים טעמים הומניטאריים מיוחדים אחרים, לרבות אם עקב החזקתו במשמורת של המסתנן יזותר קטין חסר השגחה; או אם המסתנן הינו קטין שאינו מלווה על ידי בן משפחה או אפוטרופוס; או אם שחרורו בערובה יסייע בהליכי גירוש.

עוד נזכיר, כי ממונה ביקורת הגבולות רשאי לשחרר מסתנן בערובה אם חלפו 60 ימים מהמועד שהוגשה מטעם המסתנן בקשה לקבלת אשרה ורישיון ישיבה בישראל לפי חוק הכניסה לישראל (כמו למשל בקשה למקלט מדיני) וטרם החל הטיפול בה. כל זאת, בכפוף לחריגים המנויים בסעיף 30א(ד) לחוק למניעת הסתננות. זאת ועוד, מסתנן שקיבל אשרה ורישיון לישיבה בישראל בהתאם לחוק הכניסה לישראל, צו הגירוש שהוצא נגדו יבוטל (סעיף 30א(2) לחוק).

145. כמו-כן, נקבע כי מסתנן יובא בפני בית הדין לביקורת משמורת של מסתננים, לא יאוחר מעשרה ימים ממועד תחילת החזקתו במשמורת (סעיף 30ה(1)א לחוק); וכן לבחינה עתית כל 30 ימים (סעיף 30ד(א)(1) לחוק); או לבקשתו היזומה של המסתנן כי עניינו יובא בפני בית הדין (סעיף 30ה). בית הדין לביקורת משמורת מוסמך לאשר את ההחזקה במשמורת, לקבוע כי עניינו של המסתנן יובא בפניו תוך תקופה קצרה יותר מ-30 יום, להורות על שחרור בתנאים ולהורות על שינוי בתנאי שחרור בערובה או חילוטם (סעיף 30ד לחוק). עוד נקבע, כי מסתנן רשאי לפנות לבית המשפט לעניינים מינהליים בערעור (על המשמורת) או בעתירה מנהלית נגד צו הגירוש (לפי סעיף 130 לחוק).

הנה-כי-כן, ועל סמך קיבוצן של ההוראות הנ"ל לכדי מארג של ביקורת שיפוטית הדוקה ותכופה, המדינה תטען כי אין לראות בהחזקתו של מסתנן במשמורת כשלילת חירות מנדטורית למשך מלוא התקופה הקבועה בסעיף 30א(ג) לחוק - **שאף היא מהווה קיצור משמעותי ביחס לתקופת השנה שנקבעה בחוק הקודם, והועמדה על שלושה חודשים**, בכפוף לסייגים הקבועים בסעיף 30א(ד), וביניהם שיתוף פעולה של המסתנן לעניין הליכי הבהרת זהותו או הסדרת הליכי גירוש מישראל.

נשוב ונציין, כמפורט לעיל, כי לאור ההסדרים אליהם הגיעה המדינה עם שתי מדיניות שלישיות, ויישומם הלכה למעשה, הרי שיש בידי המדינה להעמיד בפני מסתננים, לרבות אלו המצויים במשמורת, אפיקי יציאה בטוחים וקונקרטיים מישראל.

146. בנקודה זו של הטיעון, המדינה תבקש לעמוד על המתווה הפרשני ליישום עילות השחרור המנויות בסעיף 30א(ב) לחוק, וזאת כחלק ממחויבותה לצמצם הפגיעה בזכות לחירות למינימום ההכרחי. בהקשר זה יצוין, כי כלל נקוט הוא במשפטנו החוקתי, כי מקום בו ניתן להימנע מביטול חוק שחוקקה הכנסת, על דרך פרשנותו המקיימת, הרי שכך ראוי לעשות (בהקשר זה ראו למשל: ע"פ 6659/06 פלוני נ' מדינת ישראל (פורסם בנבו, 11.6.08), פסקה 7; בג"ץ 4562/92 זנדברג נ' רשות השידור, פ"ד נ(2) 793, 812 (1996)).

147. ראשונה לדיון הנה העילה המנויה בסעיף 30א(ב)(2) לחוק, שעניינה "טעמים הומניטאריים מיוחדים אחרים" לשחרורו של מסתנן. שלא כמו עילות השחרור האחרות הקבועות בסעיף 30א(ב), הנוקטות בנורמה סגורה מסוג "כלל", מצא המחוקק לעגן בסעיף 30א(ב)(2) לחוק עילת שחרור מיוחדת ולנסחה כ"סטנדרט" דינמי שתוכנו "טעמים הומניטאריים מיוחדים אחרים". דרך ניסוחו של הסעיף מלמדת, אפוא, על הבנת המחוקק כי ייתכנו מצבים הומניטאריים מיוחדים, שלא ניתן יהיה למנותם או לתוותם מראש כרשימה סגורה, ואשר יכול שיצדיקו את שחרורו של המסתנן ממשמורת, בהתאם לנסיבותיו הפרטניות של כל מקרה ומקרה.

עילת סל זו, הנוקטת במושג שסתום דינמי, מאפשרת לגורמים האמונים על יישומה לגלות את הרגישות הנדרשת לשם צמצום הפגיעה בזכות לחירות, כל אימת שנסיבותיו הקונקרטיות של השוהה במשמורת מצדיקות כן.

כך, למשל, קבעה רשות האוכלוסין וההגירה, כעניין שבמדיניות, כי מסתננים שהוכרו על-ידי משטרת ישראל כקורבנות סחר ועבדות נופלים בגדר "טעמים הומניטאריים מיוחדים" המצדיקים את שחרורם ממשמורת. יצוין עוד, כי אותם מסתננים משוחררים ממשמורת ומועברים למקלטים ייעודיים, לשם המשך מתן מענה הולם למצבם.

עוד יצוין, כי המדינה אף הצהירה בפני בית המשפט הנכבד במסגרת הליכים קודמים, והיא עודנה מחזיקה בפרשנות זו, כי ייתכנו מקרים חריגים בהם חשיפתם של מסתננים למעשים פוגעניים בדרך לישראל, שבוצעו בסמוך להשמתם במשמורת, יעלו כדי טעמים הומניטאריים מיוחדים, אפילו המסתננים לא הוכרו כקורבנות סחר ועבדות (ראו לדוגמה: בר"מ 1689/13 וולדו נ' שד הפנים (פורסם בנבו, 18.4.13)).

148. מן האמור עד כה עולה, כי לאור פרשנותה המקיימת של המדינה את התיבה "טעמים הומניטאריים מיוחדים" תהא זו טעות לומר כי עילות השחרור הקבועות בסעיף 30א(ב) מהוות רשימה סגורה של מקרים חריגים, אשר רק מכוחם רשאים הממונה על ביקורת גבולות ובית הדין לביקורת משמורת של מסתננים להורות על שחרור של מסתננים השוהים במשמורת.

149. כפי שעוד יוצג להלן, נכון הדבר גם ביחס למסתננים קטינים. נקודת המוצא הינה כי מסתנן שהינו קטין שאינו מלווה על ידי בן משפחה או אפוטרופוס ישוחרר ממשמורת (ראו סעיף 30א(ב)(3) לחוק). יצוין, כי שחרור כאמור יעשה תוך מציאת חלופה הולמת מתאימה לקטין, אשר יהא בה כדי לקיים את צרכיו הפיזיים והנפשיים. בהקשר זה נעיר, כי אף בהתאם לפרק ד לחוק המתקן, אין קטינים השוהים או מוזמנים למרכזו השחייה הפתוח.

באשר לקטינים שיסתננו לישראל כשהם מלווים על ידי בן משפחה או אפוטרופוס, הרי שכאן חשוב להעיר כי הכנסת אכן לא מצאה לקבוע עילת שחרור קטגורית. יחד עם זאת, וכפי שאף הוצהר כבר בכתב התשובה שהוגש בפרשת אדם, הרי שלפרשנות המדינה, בהחלט ייתכנו מקרים בהם הצטרפותו של מספר נסיבות עשויה לגבש את עילת השחרור הקבועה בסעיף 30א(ב)(2), ואשר מכוחה יהיו רשאים ממונה ביקורת הגבולות או בית הדין לביקורת משמורת להורות על שחרורו של הקטין. נסיבות אלו צריכות לעלות כדי טעם המוניטארי, בשים לב לשקלול הקריטריונים הבאים: גילו הצעיר של הקטין, משך התקופה בה הוא מצוי במשמורת, אפשרויות הרחקתו או יציאתו מישראל יחד עם המלווה שנמצא עמו, וכן אפשרויות העברתו לחלופת משמורת הולמת.

150. בהינתן התמונה המשפטית והעובדתית דלעיל, המדינה תטען כי יש לדחות את טענת העותרים, לפיה פגיעתו של סעיף 30א לחוק החדש בזכות לחירות שקולה במידתה לזו שקבע בית המשפט הנכבד בפרשת גבריסלטי. השקילות הנורמטיבית אותה עורכים העותרים מתעלמת מן ההבדל המשמעותי שהוכנס בהסדריו הפנימיים של החוק המתקן, ובפרט העמדת תקופת המשמורת המקסימלית לחדשים בחודים – 3 חודשים בלבד, 30 ימים יותר מהקבוע בחוק הכניסה לישראל. הסדרים אשר באיכותם ובכמותם מסיגים לאחור את הפגיעה בזכות לחירות למינימום ההכרחי, תוך שרטוטה מחדש של נקודת האיזון החוקתית.

בעניין זה, ולמעלה מן הנדרש, חשוב לציין כי בכל הנוגע להעמדת רף עליון בחקיקה להחזקה במשמורת מקסימלית של שלושה חודשים, הרי שזו קביעה חקיקתית שאינה חריגה ומקובלת במדינות מערביות רבות (בכל הנוגע לשוהים בלתי חוקיים), אף כאלו שאינן חשופות לאתגר הייחודי עימו מתמודדת ישראל בהיותה המדינה המערבית היחידה החולקת גבול יבשתי עם יבשת אפריקה. במדינות מערביות רבות נקבעה בחקיקה תקופת החזקה מקסימאלית במשמורת שהיא אף עולה על תקופת שלושת החודשים שנקבעה בחוק החדש (ראו והשוו: פסק דינו של כב' השופט פוגלמן בפרשת גבריסלאסי (סעיפים 78-72); פסק דינו של כב' השופט הנדל בסעיף 4)).

עוד לא למותר להזכיר בהקשר זה, את האתגרים המיוחדים איתם מתמודדת מדינת ישראל בתחום ההגירה. לעניין זה יפים דברי כב' השופט י' עמית בפרשת גבריסלאסי:

"[...] מעניין לציין כי אוסטרליה, יוון מלטה ואיטליה הן מדינות הנמצאות ב"קו הראשון" אל מול זרם המסתננים דרך הים, מה שיכול להסביר את הרגולציה הנוקשה במדינות אלה כלפי שוהים בלתי חוקיים. מצבה של ישראל מבחינה זו, אף מיוחד מזה של מדינות אלה, בהיותה המדינה המערבית היחידה הנגישה בדרך היבשה לאפריקה (להבדיל מהגבול הארוך של ישראל, ספרד מחזיקה שתי מושבות קטנות במרוקו והיא מתמודדת עם התופעה של "הסתערות" על הגדרות על מנת להיכנס לאותן מושבות). אף לא למותר להזכיר את מצבה הגיאופוליטי המיוחד של ישראל כמדינה צפופה, קטנה בשטחה ובאוכלוסייתה

ומוקפת טבעת איבה, ונזכיר כי כמעט רבע מהמסתננים מקורם בצפון סודו
שהיא מדינה עויינת לישראל. אין אף מדינה באירופה שאל שטחה מגיעים
נתינים של מדינות עויינות במובהק. אף לא למותר לציין כי מדינת ישראל -
להבדיל ממדינות האיחוד האירופי שיכולות לתאם ביניהן הסכמים והסדרים
שונים הנוגעים למסתננים - אינה יכולה לעשות כן עם שכנותיה. [פסקה 15,
ההדגשות הוספו- הח"מ].

151. אל מול צמצום הפגיעה בזכות לחירות, וככל שעוסקים אנו בכף האינטרסים הציבוריים, עומדת ריבונותה של המדינה וחובתה לשמור על גבולותיה מפני מסיגי גבול. במסגרת זו, עומדת חובתה וזכותה של המדינה למצות את הליכי זיהויים של המסתננים והצגת פתרונות פרטניים לשם מציאת אפיקי יציאה בטוחה של מי שהסתננו אל גבולה באופן בלתי חוקי.

המדינה סבורה, כי המסגרות המשפטיות שעיצב המחוקק בחוק הכניסה לישראל אינן נותנות מענה מספק לאתגרים שמציבה תופעת ההסתננות הבלתי חוקית - הסתננות הנעשית שלא דרך מעברי גבול מוכרים, לרוב ללא תיעוד, המקשה על זיהוי, ולעיתים רבות של זרים אשר לא ניתן להרחיקם ישירות למדינות מוצאם ויש למצוא בעניינם אפיקי יציאה חלופיים, דבר שיכול אף הוא לארוך זמן. המדינה טוען כי פרק זמן בן שלושה חודשים למסתננים (כרף מקסימלי) הממתינים לגירושם הוא פרק זמן מידתי העומדת במבחני המידתיות.

152. נוכח כל האמור לעיל, ובהעמידנו על כפות המאזניים את הפגיעה המצומצמת בזכות לחירות הגלומה ביישומו המינימאלי של סעיף 30א לחוק מן העבר האחד; אל מול הצורך במתן אפשרות אפקטיבית למצות את גיבוש אפיקי היציאה הבטוחה של המסתננים שנכנסו לאחר כניסת החוק המתקן לתוקף, מן העבר השני; סבורה המדינה כי סעיף 30א לחוק החדש, על הסדריו הממתינים, עומד במבחן המשנה השלישי של המידתיות.

153. עוד טוען המדינה, כאמור לעיל, כי במסגרת בחינת מבחן המידתיות יש ליתן משקל למרחב התמרון של המחוקק. ודוק: לעמדת המדינה, ככל שעוסקים אנו בקביעת מדיניותה של מדינת ישראל בתחום ההגירה - תחום שהינו ביטוי מובהק לריבונות המדינה - שמור למחוקק מתחם תמרון חקיקתי רחב, המצדיק נקיטת איפק רב בהפעלת הביקורת השיפוטית החוקתית.

במקרה שלפנינו, אין צורך להכביר מילים על השינוי המהותי שנעשה בעקבות פסיקת בית משפט נכבד זה בהעמדת תקופת המשמורת המקסימלית למסתננים המסיגים את גבולה של המדינה על תקופה מקסימלית בת שלושה חודשים בלבד. כאמור, **בפרשת אדם** פסק פה אחד בית המשפט הנכבד כי תקופה מקסימלית בת 3 שנים להחזקה במשמורת אינה חוקתית. לאחר מכן, ובעקבות קביעות שונות בפסק הדין **בפרשת אדם** (ר' סעיף 5 לפסק דינו של הנשיא גרוניס וסעיף 8 לפסק דינו של השופט הנדל) העמיד המחוקק את התקופה המקסימלית על שנה במסגרת תיקון מס' 4. כאמור, אף תקופת בת שנה זו נקבעה כלא-חוקתית על ידי בית המשפט הנכבד בהתאם לעמדת שופטי הרב **בפרשת גבריסלאסי**.

כעת, ביקש המחוקק, במסגרת מרחב התמרון הנתון לו, להעמיד את התקופה המקסימלית על שלושה חודשים בלבד. המדינה טוען, כי תקופת זמן זו אינה חורגת מגדריו של מתחם התמרון החקיקתי הנתון למחוקק במידה שמצדיקה התערבות שיפוטית בביטולה של חקיקה ראשית של הכנסת. המדינה סבורה,

כי נקודת האיזון החוקתית שבחר המחוקק עומדת בתנאי חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו, תוך צמצום משמעותי של הפגיעה בזכות החוקתית לחירות.

משכך, בבחינת היחס בין התועלת שמשגי החוק לבין הפגיעה בזכות החוקתית, הכרעת המחוקק בוודאי נופלת במרחב התמרון החוקתי ואין מקום להתערבות שיפוטית בחקיקה הראשית של הכנסת. (לעניין זה ראו סעיפים 20-12 לפסק דינו של הנשיא גרוניס בפרשת **גבריסאלסי**).

154. על רקע האמור, ובהינתן שהוראת סעיף 30א היא חלק ממארג החקיקה המגבש את מדיניות ההגירה של מדינת ישראל בנושא ההסתננות שלא כדין לישראל, המצוי בלב הפרוגטיבה של הכנסת והממשלה, עמדת המדינה היא כי העמדת תקופת המשמורת המקסימלית על שלושה חודשים אינה מצדיקה את פסילת הסעיף.

155. כאמור לעיל, מלבד התכלית עליה עמדנו לעיל של זיהוי ואיתור אפיקי הרתקה, סעיף 30א במאחד עם פרק ד' לחוק, מהווה חלק ממארג ההסדרים שתכליתיהם שלובות זו בזו. ביניהם, שינוי וצמצום מערך התמריצים של מסתננים פוטנציאליים ששוקלים להסתגל למדינת ישראל על רקע כלכלי. נעבור אפוא לבחינה החוקתית של פרק ד לחוק המתקן, במסגרתה נתייחס אף לתכלית זו, שסעיף 30א ובפרט סעיף 30א(יא) במשולב עם כלל ההסדרים שבהם נקטה המדינה מבקש להגשים.

ח. בחינת חוקתיות פרק ד' לחוק

ח.1 כללי

156. כאמור בפתח כתב התשובה, המשיבים יטענו כי הוראות פרק ד' בחוק החדש למניעת הסתננות שונות הן באופן משמעותי מהוראות פרק ד' שנקבעו בתיקון מס' 4 לחוק, וזאת בשים לב לקביעות בית המשפט הנכבד בפרשת **גבריסאלסי**. לשיטת המשיבים, שינויים אלה - עליהם נשוב ונעמוד בהמשך הדיון - מביאים את הוראות פרק ד' בחוק החדש לעמוד במסגרת תנאיה של פסקת ההגבלה.

157. ואף זאת המשיבים יוסיפו וידגישו בפתח הדיון - תכליותיו של פרק ד' לחוק החדש, כפי שאלו יפורטו להלן, משקפות את **הכרעתו הריבונית של הממשלה והכנסת באשר למדיניות ההתמודדות של מדינת ישראל עם תופעת ההסתננות רחבת ההיקף שפקדה את מדינת ישראל בשנים האחרונות**.

הכרעה ריבונית זו שעמדה ביסוד הליך חקיקתו של תיקון מס' 4, ולפיה אין להתיר את השתקעותם של עשרות אלפי מסתננים במרכזי הערים בישראל; כמו-גם את יכולתם להמשיך ולעבוד בה; נותרה בעינה אף במסגרת הליך חקיקתו של החוק החדש למניעת הסתננות. אלא, שהאמצעים הנורמטיביים להגשמת הכרעה ריבונית זו השתנו באופן משמעותי, וזאת בשים לב לסטנדרטים החוקתיים שקבע בית המשפט הנכבד במסגרת פסק דינו בפרשת **גבריסאלסי**.

158. על הכרעה ריבונית יסודית זו מבקשים העותרים לחלוק.

למעשה, העתירה שלפנינו מבקשת מבית המשפט הנכבד, באופן ברור ומפורש, להורות למדינה לזנוח את מדיניות התמודדותה עם תופעת ההסתננות, ולאמץ תחתיה מדיניות חלופית - מדיניות של הכלה והשלמה עם השתקעותם של כל עשרות האלפים שהסתננו לישראל, כאשר 95% מן המסתננים מאריתריאה ומסודן הם בגילאי עבודה (18-60) ומתוכם 86% גברים.

במלים אחרות, העתירה שלפנינו מבקשת להביא לביטולו הפולל של פרק ד' לחוק החדש, תוך הטלת חובה חוקתית על המדינה לקלוט לקרבה, להכיל ולהשלים עם השתקעותם של כל עשרות האלפים שהסתננו לגבולותיה באופן בלתי חוקי, אם וככל שישנו קושי להרחיקם למדינת מוצאם. השתקעות כאמור ודאי תגרור אחריה אף בקשות להכנסת יתר בני משפחתם של המסתננים אל ישראל.

קו טיעון זה של העותרים נשזר לאורכה ולרוחבה של העתירה - הן באשר לתכלית הלגיטימית היחידה לכאורה שיכולה להיות לחקיקה בכגון דא; הן ביחס ליישום כל אחד ממבחני המידתיות, ובפרט מבחן המידתיות השני והשלישי, ביחס להוראות פרק ד' לחוק החדש.

159. המדינה תטען, כי דין טיעון זה של העותרים להידחות, בעיקר אך לא רק, נוכח המשקל השולי, אם בכלל, שהוא מעניק לעקרון הריבונות של המדינה ולהבנת מורכבות ההתמודדות עם השתקעותם של עשרות אלפי מסתננים במרכזי הערים בישראל.

חלילה שלא יובנו הדברים אחרת - אין חולק, כי עיקרון ריבונות המדינה אינו משול לעיקרון חסינות המדינה מביקורת חוקתית. נקודת המוצא חייבת להיות זאת - על המדינה להגשים את ריבונותה, עת היא מתרגמת את הכרעותיה ואת מדיניותה לכדי דבר חקיקה, באופן שיגשים את משטרנו החוקתי, תוך קיום מלוא החובות החוקתיות המעוגנות בחוקי היסוד, ובעניינינו חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו. עם זאת, המדינה תטען, כי החוק החדש למניעת הסתננות עושה כן, תוך שהוראותיו צולחות את מבחניה של פסקת ההגבלה הקבועה בחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו.

160. מהלך הטיעון יהיה כדלקמן: ראשית, המשיבים ישובו ויעמדו מקרוב על השונות הרבה שבין הוראות פרק ד' כנוסחן בתיקון מס' 4, לבין הוראות פרק ד' בחוק החדש למניעת הסתננות. לאחר מכן, וכאשר נהיה מצוידים בהבנת השונות האמורה, נפנה לבחון את חוקתיות פרק ד' לחוק החדש ונראה שזה צולח את מבחני פסקת ההגבלה, תוך מתן דגש לצמצום הפגיעה הטמונה בהסדריו של החוק החדש בהשוואה לפגמים עליהם עמד בית המשפט הנכבד בפרשת גבריסלסי. לבסוף, המשיבים יטענו כי יש להבחין בין טענות העותרים במישור המנהלי לבין טענותיהם במישור החוקתי, וכי אף שקשה לנתק לחלוטין בין שני המישורים, הרי שעל הביקורת החוקתית להיות רגישה להבחנות אלו.

ח.2 פרק ד' לחוק החדש למניעת הסתננות

161. למקרא העתירה, עולה כי העותרים מבקשים להשתית את מרבית טענותיהם ביחס לאי-חוקתיותו הנטענת של פרק ד' על יסוד קביעותיו של בית המשפט הנכבד בפרשת גבריסלסי. מהלך זה של העותרים נועד לצייר תמונת מצב, לפיה פרק ד' לחוק החדש זהה לזה שקדם לו בתיקון מס' 4, ומכאן קצרה לכאורה הדרך להכרזת בטלותו.

המשיבים דוחים מחלף טיעון זה כבר במישור התיאורי, וכפי שיוצג להלן, פרק ד' לחוק החדש אוצר בקרבו שונות של ממש מזה שנפסל בפרשת גבריסלאסי.

162. שונות זו, שאל הצגת מופעיה אנו פונים עתה, מיישמת את עיקר ביקורתו החוקתית של בית המשפט הנכבד ביחס להוראות פרק ד' לחוק למניעת הסתננות, למעט באשר לשאלת זהות הרשות המופקדת על הפעלת המרכז. נביא, אם כן, את הפגמים עליהם עמד בית המשפט הנכבד בפרשת גבריסלאסי ביחס להוראות פרק ד', כנוסחן בתיקון מס' 4. וכך קובע כב' השופט פוגלמן בפסקה 208 לפסק-דינו:

"...לאחר מכן בחנו את חוקתיות פרק ד' לחוק, המאפשר הקמת מרכז שהייה. פרק זה (שחוקק כהוראת שעה שתוקפה שלוש שנים) מסמך את ממונה ביקורת הגבולות להוציא הוראת שהייה למסתנן המחייבת אותו לשהות במרכז השהייה לתקופה בלתי מוגבלת. בהעדר מחלוקת של ממש בין המדינה לבין העותרים לפרשת פגיעתו של פרק זה בזכות לחירות, נדרשנו לבחינתו במתווה הקבוע בפסקת ההגבלה שבסעיף 8 לחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו. תחילה סקרנו את תכליותיו השונות של מרכז השהייה – הן אלו המוצהרות, הן אלו הנטענות – ועמדנו על הקשיים שמעוררות אחדות מתכליות אלו. ציינו כי התכלית הנוגעת ל"מתן מענה לצורכי המסתננים" ראויה היא; ועמדנו על האפשרות שלפרק ד' לחוק תכלית נוספת, נסתרת, של עידוד עזיבה "מרצון" – על כל הקשיים הכרוכים בכך. לאחר מכן, בחנו חלק מהסדריו של פרק ד' לחוק לגופם. עמדנו על ההסדר הקבוע בסעיף 32(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 32 לחוק, המסמך 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 חסרונן 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 32 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 גלויות 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 כמכלול – את הבחינה החוקתית."

163. פגמים אלו, כמו-גם הביקורת החוקתית שבית המשפט הנכבד העמיד בצדס, קיבלו מענה מפורט וישיר במסגרת הוראותיו של פרק ד' בחוק החדש למניעת הסתננות. יהיה זה מועיל לבחון ולסווג את הפגמים החוקתיים ואת המענים החקיקתיים שניתנו להם במסגרת ארבע קטגוריות נפרדות: ראשונה – שינוי חובת ההתייצבות במרכז השהייה משלוש לאחת, והכפלת תקופת הפטור מחובת ההתייצבות מיומיים לארבעה; שנייה – קביעת תקופת שהייה מקסימאלית של 20 תודשים; שלישית – החרגת קבוצות אוכלוסייה ייחודיות מתחולתו של פרק ד' וקביעת עילות לביטול הוראות שהייה שכבר ניתנו; רביעית – שינוי סמכותו של ממונה ביקורת גבולות להורות על העברת שוהה למשמרות והכפפתה לאישורו היוזם של בית-דין עצמאי; לצד קיצור משמעותי של תקופת המשמורת. ונרחיב.

164. אשר לקטגוריה הראשונה, סעיף 32ח בחוק החדש קובע, כי הנוכחות במרכז השהייה תכלול רישום נוכחות אחד בלבד, בין השעות 20:00 ל-22:00 כדי להגביר את פתיחותו, תוך שנקבע כי המרכז יהיה סגור בין השעות 06:00-22:00 בלבד. שינוי משמעותי זה בא חלף שלושת מועדי ההתייצבות שנקבעו בתיקון מס' 4; וחלף שני המועדים עליהם הורה בית המשפט הנכבד במסגרת הוראת המעבר בת 90 הימים שנקבעה בפסק הדין בפרשת גבריסלאסי.

כמו-כן, נקבע בסעיף 32ח(ג) לחוק החדש, כי תקופת הפטור מחובת נוכחות במרכז השהייה תוכפל ותעמוד על עד ארבעה ימים, במקום התקופה הקודמת שהועמדה בתיקון מס' 4 על יומיים. כל זאת, לצד השמטת הדרישה לקיומם של "טעמים מיוחדים", אשר ניצבה ביסוד סעיף 32ח(ג), כנוסחו בתיקון מס' 4. הווה אומר, סעיף 32ח(ג) לחוק החדש חובק שינוי כפול - איכותי וכמותי - בהשוואה לסעיף המקביל שעמד לבחינת בית המשפט הנכבד במסגרת תיקון מס' 4.

165. אשר לקטגוריה השנייה, סעיף 32ד(א) בנוסחו החדש קובע, כי תקופת השהייה המקסימלית במרכז השהייה "חולות" תעמוד על 20 חודשים בלבד. זאת, בשונה מן ההוראה הקודמת שלא קבעה משך שהייה מקסימלי ונתחמה למעשה לתקופה של 3 שנים באמצעות תוקפה של הוראת השעה שנקבעה בתיקון 4.

166. אשר לקטגוריה השלישית, סעיף 32ד(ב) לחוק בנוסחו החדש מגדיר רשימה של קבוצות אוכלוסייה ייחודיות, שבעניינן ממונה ביקורת גבולות אינו רשאי כלל ליתן הוראות שהייה. כך, למשל, נקבע כי לא תינתנה הוראות שהייה לקטינים (סעיף 32ד(ב)(1)); לנשים (סעיף 32ד(ב)(2)); להורים לקטינים הסמוכים על שולחנם (סעיף 32ד(ב)(4)); ולמי שגילו עולה על גיל 60 (סעיף 32ד(3)).

בנוסף, נקבעה חובת שימוע סטטוטורית לפני קבלת החלטה בדבר הוצאת הוראת שהייה, כדי להבטיח שתינתן "למסתנן הזדמנות להשמיע את טענותיו לפני ממונה ביקורת גבולות" (סעיף 32ד(ד)).

עוד נקבע, כי ממונה ביקורת גבולות לא יתן הוראות שהייה, אם שוכנע כי בשל גילו או מצב בריאותו של המסתנן, לרבות בריאותו הנפשית, שהייתו במרכז השהייה "עלולה לגרום נזק לבריאותו כאמור, ואין דרך אחרת למנוע את הנזק האמור" (סעיף 32ד(ב)(5)).

והוא הדין גם ביחס למי "שמשרתת ישראל הודיעה לגביו כי יש ראיות לכאורה לכך שנעברה לגביו עבירה לפי סעיפים 375א או 377א(א) או (ב) לחוק העונשין", שעניינן בעבירות סחר בבני אדם (סעיפים 32ד(ב)(6) ו-32ד(ג)).

167. שינוי מרכזי נוסף במסגרת הקטגוריה השלישית עליה עמדנו לעיל, נוגע לעיגון סמכותו של ממונה ביקורת גבולות להורות על ביטול הוראת שהייה שכבר ניתנה.

בהקשר זה, נקבע בחוק החדש, כי ממונה ביקורת גבולות יהא מוסמך לבטל הוראת שהייה שכבר ניתנה, במסגרת שני מסלולים מקבילים: "אם מצא כי מתקיים לגביו תנאי מהתנאים המנויים בסעיף קטן 32ד(ב), ורשאי הוא לבטל הוראת שהייה כאמור אם מצא כי חל שינוי בנסיבות המצדיק את ביטולה" (סעיף 32ד(ז)).

ובכל הקשור לשמירת מצבם הרפואי של השוהים במרכז השהייה, הסמיך המחוקק את **רופא מרכז השהייה** "להורות למנהל המרכז על טיפול בשוהה בתנאים מיוחדים, **ובכלל זה על שחרור שוהה מסיבות מיוחדות**" (סעיף 32ה(ג)).

168. אשר לקטגוריה הרביעית, יש לתת את הדעת לשני שינויים מרכזיים שהוכנסו במסגרת סעיף 32כ לחוק החדש למניעת הסתננות.

תחילה, צומצמו באופן משמעותי תקופות המשמורת עליהן רשאי ממונה ביקורת להורות, אם וככל שהופרו תנאי השהייה באופן המצדיק הוצאת צו העברה למשמורת. כך, למשל, נקבע שהתקופה הראשונה תעמוד על **עד 15 ימים בלבד**, ואילו התקופה הממושכת ביותר תעמוד על עד 120 ימים; בהשוואה לתקופה בת שנה שנקבעה בתיקון מס' 4.

בהמשך, ובכך העיקר, נקבע **מנגנון ביקורת שיפוטית יזומה** על צו העברה למשמורת בפני בית הדין לביקורת משמורת של מסתננים. בהתאם להסדר החדש שנקבע, כל מסתנן שהוצא בעניינו צו העברה למשמורת יובא בפני בית הדין לביקורת משמורת בהקדם האפשרי, ולא יאוחר מ-96 שעות, כדי שזה יבחן אם לאשר את הצו, אם לאו. ככל שמצא לאשר כן, ידרש בית הדין לביקורת משמורת לשאלת משך התקופה, ויהיה רשאי לשנותה (ראו סעיפים 32כ(ז) ו-ח) לחוק החדש).

הווה אומר, סמכות ממונה ביקורת הגבולות להורות על העברת שוהה למשמורת, מכוח סעיף 32כ(ח) לחוק החדש, הוכפפה ישירות להחלטתו הפוזיטיבית של בית הדין לביקורת משמורת, המהווה ערכאה מעין-שיפוטית, במסגרת ביקורת שיפוטית יזומה.

169. בהיאסף כלל השינויים האמורים, המשיבים יטענו כי פרק ד', כנוסחו בחוק החדש, שונה באופן מהותי מהוראות פרק ד', כנוסחו בתיקון מס' 4. השקילות שעורכים העותרים בעתירה בין שני ההסדרים נעדרת כל אחיזה, ומכאן שדינה להידחות כבר במישור הדסקריפטיבי של הדיון. משאמרנו זאת, פנויה הדרך לעמוד על חוקתיותו של פרק ד' לחוק החדש.

3.ח פרק ד' לחוק - הבחינה החוקתית גופא

170. על יסוד ניתוח שלב הפגיעה בזכויות, כפי שפורט לעיל, המשיבים יטענו כי פרק ד' צולח את מבחני פסקת ההגבלה אשר בחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו. העותרים מיקדו את טענותיהם במישור התכליתי ובמישור המידתיות. לפיכך, גם טיעון המדינה יתמקד במישורים אלו.

3.ח(א) תכלית פרק ד' לחוק החדש

171. כפי שתואר בפתח הדברים, האינטרס הציבורי העומד ביסוד הוראות פרק ד' לחוק החדש למניעת הסתננות הינו, בראש וראשונה, מתן מענה לאתגרים הלאומיים, הכלכליים והחברתיים שמציבה השתקפותם של עשרות אלפי מסתננים במרכזי הערים בישראל. עוד חשוב לציין, כי הקמת מרכז השהייה

אינה עומדת לבדה, בבחינת אמצעי אחד ויחיד, אלא היא חלק ממדיניות ממשלתית כוללת וממארג של כלים אופרטיביים שגובשו על ידי הדרג המדיני, על דעת הדרג המשפטי הבכיר, כעולה מהחלטות הממשלה 960 מיום 24.11.13.

172. עם ביטולו של פרק ד' לחוק למניעת הסתננות, כנוסחו בתיקון מס' 4, נדרשה הממשלה לגיבוש מתווה חקיקתי חדש, שיהיה בו כדי להגשים את מדיניותה העקבית בדבר מניעת השתקעותם של עשרות אלפי המסתננים במרכזי הערים, מחד-גיסא; תוך כיבוד החובות והמגבלות המעוגנות בחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו, כמו-גם פסק דינו של בית המשפט הנכבד בפרשת גבריסלאסי, מאידך-גיסא.

עיון בדברי ההסבר מלמדים אותנו כדלקמן:

"הואיל וההסדר הקיים בחוק הכניסה לישראל אינו מענה מספק לתופעת ההסתננות בכללותה ולצורך להתמודד אתה באמצעים אפקטיביים שיש 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 משזה שתיקון מס' 4, והוא מהווה אמצעי מידתי יותר העומד בסטנדרטים החוקתיים שנקבעו בפסק הדין בפרשת גבריסלאסי, לשם הגשמת התכליות המשולבות כמפורט להלן.

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 המסתנן בהליכי הזיהוי והגירוש; על-פי המוצע, מסתנן ששוחרר בערובה לפי סעיף 30א לחוק, על פי החלטת ממונה ביקורת הגבולות או בית הדין לביקורת משמורת של מסתננים, ייתן לו ממונה ביקורת הגבולות הוראת שהייה בהתאם לסעיף 32ד לחוק כנוסחו המוצע, ובכפוף למגבלות הקבועות בו". [הצעת חוק הממשלה - 904, 1.12.2014; עמ' 423]

בהמשך, עומדים דברי ההסבר על השינויים המרכזיים שהוכנסו בפרק ד' לחוק החדש ועל תכליותיו:

"התיקון המוצע בסעיף 1 להצעת החוק כולל שורה של הסדרים, שתכליותיהם שלובות זו בזו. הוא נועד לשנות את מערך התמריצים של כל אותם מסתננים אשר שוקלים להסתנן למדינת ישראל, ולצמצם את התמריץ לכך. התיקון המוצע יאפשר לרשויות המדינה למצות את הליכי זיהוי של המסתנן, הסדרת מסמכי נסיעה בעבורו ומיצוי הליכי יציאתו והרחקתו מישראל, והוא נועד אף לתת מענה לזכותה ולחובתה של מדינת ישראל להגן על גבולותיה, ריבונותה ושלומו אזרחיה ותושביה, לצד חובותיה לפי חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו.

כמו-כן, נועד ההסדר המוצע בסעיף 1 להצעת החוק למנוע את המשך השתקעותם והתבססותם של מסתננים השוהים בישראל ואת המשך העסקתם בה, בדרך של הסמכת ממונה ביקורת הגבולות לתת למסתננים הוראות שהייה במרכז השהייה. בכך, מבקש החסד המוצע להתמודד עם ההשלכות הכלכליות, החברתיות, והתשתיות הגלוות להשתקעות אוכלוסיית המסתננים בערי ישראל.

קביעת תקופה של משמורת שלאחריה יקבל המסתנן הוראת שהייה במרכז השהייה (למשך התקופה הקבועה בחוק המוצע), ולכן לא יוכל להשתקע ולעבוד במרכזי הערים בישראל, נועדה בעיקרה להעמיד חסם נורמטיבי, לצד המחסום הפיזי - הגדר שהוקמה

לאורך הגבול היבשתי עם מצרים - אשר יצמצם את המוטיבציה של מסתננים פוטנציאליים להגיע לישראל.

לצד מניעת העסקתם והשתקעותם של מסתננים השוהים במרכזי הערים, תוך צמצום התמריץ הכלכלי הנלווה לכך, מבטיח החוק המוצע כי מסתננים שתינתן לגביהם הוראת שהייה, יזכו לתנאים הולמים במרכזו שהייה.

לצד הסדרים מוצעים אלה, נוקטת הממשלה צעדים נוספים שאינם טעונים חקיקה לשם הגשמת מארג התכליות, כמו למשל עידוד יציאה מרצון של מסתננים וקיום מגעים עם מדינות שלישיות במטרה להגיע להסדרים שיאפשרו יציאת מסתננים מישראל לאותן מדינות, בין כמדינות יעד ובין כיעד ביניים, בדרך למדינת מוצאם.

[עמ' 424 לדברי ההסבר, ההדגשות הוספו - הח"מ].

173. מן הדברים האמורים, עולה כי במסגרת התמודדותה הרחבה של המדינה עם הסתננותם של אלפי זרים אליה, נועד מרכזו שהייה לשלוש תכליות עיקריות.

174. **התכלית הראשונה** היא הפסקת השתקעותה של אוכלוסיית המסתננים בישראל, לרבות מניעת המשך אפשרותה לעבוד ולהשתכר בישראל, על כל המשמעויות הנלוות לכך. כל זאת, מתוך מטרה לצמצם את המוטיבציה הכלכלית של מרבית אוכלוסיית המסתננים להמשיך ולהשתקע במדינת ישראל.

175. **התכלית השנייה** היא צמצום המוטיבציה הכלכלית של מסתננים פוטנציאליים - המצויים במדינות אפריקה השכנות ואשר שוקלים לאן להגר. חשיבותה של תכלית זו מתחדדת במיוחד בחוק החדש, נוכח השינוי שהוכנס בסעיף 30א וצמצום תקופת המשמורת המקסימלית לשלושה חודשים, כפי שפרטנו לעיל. הווה אומר, תכליתו של פרק ד' לחוק החדש למניעת הסתננות היא, בין היתר, להוות חסם נורמטיבי בפני מסתננים בכוח, באמצעות העברת מסר כי עם חציית הגדר הפיזית, ובתום תקופת המשמורת הקבועה בסעיף 30א על סייגיה ותנאיה, לא יוכל המסתנן להגיע למרכזי הערים בישראל, להשתקע ולעבוד בהן. וכך מורה אותנו הוראת סעיף 30א(יא) לחוק החדש למניעת הסתננות:

"הורה ממונה ביקורת הגבולות על שחרורו בערובה של מסתנן לפי סעיף זה, ומתקיימים התנאים למתן הוראת שהייה לאותו מסתנן לפי סעיף 32ד, ייתן לו הממונה הוראת שהייה כאמור לפי הוראות אותו סעיף".

176. **התכלית השלישית** היא מתן מענה הולם לכלל צרכיה של אוכלוסיית המסתננים המופנית למרכזו שהייה, תוך צמצום המגבלות החלות עליה למינימום ההכרחי לשם הגשמת שתי התכליות הקודמות. כל זאת, בצד לקיחת אחריות מפורשת להבטחת תנאי מחייה הולמים לשוהים במרכזו. דברי ההסבר הנלווים לפרק ד' לחוק החדש למניעת הסתננות מבהירים זאת מפורשות:

"מטרת הקמתו של מרכזו שהייה היא לספק למסתנן את צרכיו מצד אחד, ולמנוע את השתקעותו ועבודתו מרכזי הערים בישראל, מצד אחר. בכך יש גם כדי להקטין את התמריץ להסתננות לישראל ולהשתקעות במרכזי הערים של מסתננים המצויים כבר בישראל.

ההסדר המוצע בהצעה זו נקבע בשים לב להערות בת המשפט העליון בפרשת גבירסלסי לגבי הוראות פרק ד' לחוק למניעת הסתננות כנוסחו בתיקון מס' 4, בעניין מרכזו שהייה

הפתוח, והוא כולל שינויים משמעותיים בהשוואה להסדר שנקבע בתיקון מס' 4. **הנוסח המוצע שם דגש על שמירת כבוד האדם של המסתנן וצמצום הפגיעה בחירותו**, בין השאר על ידי הגבלת תקופת הזמן לשהייה במרכז ל-20 חודשים; קביעת מגבלות על הוצאת הוראות שהייה לקבוצות אוכלוסייה ייחודיות ומתן סמכות לממונה ביקורת הגבולות לבטל הוראות שהייה שנתן; קביעת חובת התייצבות אחת בלבד (במקום חובה להתייצב 3 פעמים ביום בקבעה בתיקון מס' 4 שבוטל), בסמוך לשעת סגירת המרכז בלילה; הארכת פרק הזמן לפטור מחובת התייצבות מ-48 שעות ל-96 שעות, תוך ויתור על הדרישה לטעמים מיוחדים לפטור כאמור;

הפחתת תקופות ההחזקה במשמורת שניתן להשית על מסתנן בשל הפרות כמפורט בסעיף 32 המוצע; והכפפת ההעברה למשמורת לפי סעיף 32 המוצע לאישורו של בית הדין לביקורת משמורת של מסתננים". [עמ' 426-427 לדברי ההסבר, ההדגשות הוספו - הח"מ]

177. ביטוי לתכליות אלו מצוי לנו בשילובן של הוראות פרק ד' לחוק החדש עצמו.

כך, למשל, סעיף 32(א) להוראות החוק מורה את רשויות המינהל מפורשות, כי "במרכז השהייה יסופקו לשוהים תנאי מחייה הולמים, ובכלל זה שירותי בריאות ורווחה"; לצד קביעת המחוקק בסעיף 132 לחוק, לפיה "שוהה במרכז אינו רשאי לעבוד בישראל", קבע המחוקק כי יש להעניק דמי כיס לשוהים במרכז (סעיף 32 לחוק) ולהפעיל מסגרות תעסוקה במתקני מרכז השהייה בצד תשלום תגמול, כאמור בסעיף 132 ובהתאם לתקנות שהותקנו לעניין זה. כמו-כן, וכפי שראינו לעיל, שונו הוראות פרק ד' לחוק החדש למניעת הסתננות באופן המעצים את פתיחותו.

178. המדינה תטען כי שלוש התכליות שנמנו לעיל מכוונות עצמן לטובת הגשמת אינטרסים חברתיים מובהקים, הנוגעים לריבונותה של ישראל וליכולתה להתמודד עם ההשלכות הנלוות להשתקעותם של עשרות אלפי מסתננים בעריה. כל זאת, תוך רצון לאזן בין החובה החלה על המדינה להגן על שגרת החיים ועל הביטחון האישי של תושבי הערים, בהן מתרכזות מרבית אוכלוסיית המסתננים; לבין החובה למוער את הפגיעה בזכותם של המסתננים לחירות ולכבוד, כמו-גם החובה להבטיח להם תנאי מחייה הולמים.

כמוזכר לעיל, תכלית חברתית תהא ראויה, אם זו נועדה "להגשים מטרה ציבורית או חברתית חשובה, לצורך קיומה של תשתית לחיים בצוותא במסגרת חברתית המבקשת להגן על זכויות אדם ולקדמן" (בג"ץ 2605/05 בפסקה 25 לפסק דינה של כב' הנשיאה ביניש). המדינה תטען, כי כל אחת משלוש התכליות האמורות הן בגדר תכלית ראויה, כהגדרתה בפסיקת בית המשפט הנכבד. וכעת, ביתר הרחבה:

מניעת השתקעות וצמצום המוטיבציה הכלכלית שביסוד ההשתקעות

179. המדינה תבקש לטעון כי עיקרון ריבונות המדינה משמיע באופן ברור את זכותה, שלא לומר את חובתה של המדינה, למנוע את כניסתם הבלתי חוקית של זרים למדינת ישראל; לא כל שכן את חובתה למנוע את יכולתם להשתקע בה, לאתר שצלחה דרכם הבלתי חוקית.

180. בית המשפט הנכבד עמד על כך מפורשות במסגרת פסק דינו בפרשת אדם, עת נדרש לבחינת חוקתיות תיקון מס' 3 לחוק למניעת הסתננות. וכך קבעה כב' השופטת (בדימוס) ארבל, אשר כתבה את פסק הדין העיקרי בפרשת אדם:

"המדינה עומדת על כך שהחוק מבקש למנוע מהמסתננים שחדרו כבר לגבולות מדינת ישראל מלהכות בה שורש ולהשתקע בה ובכך להציב את הגירתם הבלתי חוקית כעובדה מוגמרת. כן מונע החוק את השתלבות המסתננים בשוק העבודה הישראלי, אשר השלכותיו פורטו לעיל. הרחקתם של המסתננים מערי ישראל מונעת אף את יתר ההשלכות השליליות שהוצגו על ידי המדינה ופורטו לעיל. דומני כי תכלית זו הינה תכלית ראויה.

כידוע, למדינת ישראל יש זכות לקבוע את מדיניות ההגירה לתוכה הנובעת מאופייה הריבוני של המדינה. בהתאם לכך גם נפסק כי לשר הפנים שיקול דעת רחב מאוד בכל הקשור למתן היתרי כניסה ורישיונות ישיבה בישראל, אם כי שיקול דעת זה כפוף אף הוא לביקורת שיפוטית (עניין קו לעובד השני, פסקה 24 לפסק דינה של השופטת פרוקצ'יה; עניין אספו, פסקה 13; עניין פרידה, פסקה ו(8)). מכאן נובעת אף זכותה לקבוע צעדים שיתמודדו עם מהגרים בלתי חוקיים, בהנחה שאלו לא הוכרו כפליטים. כפי שפורט, הגירה בלתי חוקית עלולה לגרור השלכות שליליות על מרקם החיים בחברה הישראלית, ובין היתר לפגוע במקומם של אזרחי ותושבי ישראל בשוק העבודה ולהשפיע על שכרם, לצמצם את המשאבים השמורים למערכות השונות, כגון מערכות הרווחה והחינוך, המטפלות באזרחים ובתושבים שהוהים באופן חוקי בישראל, להגביר את הפגיעה באזורים בהם מרוכזים מהגרים בלתי חוקיים, ועוד.

לפיכך, ניתן לראות כמטרה חברתית חשובה את רצונה של המדינה למנוע השלכות שליליות אלו ולטרפד אפשרות חופשית של המסתננים להשתקע בכל מקום במדינת ישראל, להשתלב בשוק העבודה שלה, ולאץ את החברה המקומית להתמודד עם כניסת המסתננים לתחומם על כל המשתמע מכך (ראו עניין קו לעובד השני, פסקה 58 לפסק דינה של השופטת פרוקצ'יה; עניין אורן, בעמ' 232). מובן, עם זאת, כי האמצעים להגשמת מטרה זו צריכים לעמוד במבחן המידתיות, אשר אליו אתייחס בהמשך הדברים" [ההדגשות הוספו - הח"מ].

גם כבוד השופט הנדל קבע כן בפסקה 2 לפסק דינו בפרשת אדם:

"קודם שאעמוד על הקושי החוקתי שמעורר התיקון לחוק, רצוני להבהיר את עמדותי ביחס לתכלית החוק. ביסוד התיקון לחוק עומדות, לגישת המדינה, בעיקר שתי תכליות: האחת – מניעת השתקעות המסתננים בישראל, והשנייה – בלימת תופעת ההסתננות. נדמה כי אין מחלוקת בין חברי ההרכב על כך שהתכלית הראשונה היא ראויה, במובן של פסקת ההגבלה. הדברים כתובים באופן מפורט בחוות דעתה של חברתי השופטת ארבל, ועל כן לא ארחיב עליהם את הדיוור. ברם התכלית השנייה, לשיטת חברתי השופטת ארבל, מעוררת "קשיים לא מבוטלים": היא מנצלת את המסתננים שכבר מצויים בישראל כדי להרתיע מסתננים פוטנציאליים. חרף האמור, דעתי היא כי גם תכלית זו היא ראויה" [ההדגשה הוספה - הח"מ].

עוד יצוין, כי בהמשך פסק דינו בפרשת אדם, עמד השופט הנדל על המציאות החברתית הקשה שעמה מתמודדת החברה הישראלית לנוכח השתקעותם של עשרות אלפי מסתננים במרכזי הערים. וכך מתאר זאת השופט הנדל בפסק דינו:

"בשנים האחרונות, עשרות אלפי מהגרים ניצלו פרצות בגבול על מנת להסתגל לשטח ישראל באופן בלתי-חוקי. זרם המסתננים איים להפוך לשיטפון. תופעת ההסתננות הביאה עימה תוצאות קשות במגוון תחומים: הידרדרות ביטחון הפנים ותחושת הביטחון האישי באזורים שונים; פגיעה ברמות השכר והתעסוקה של עובדים רבים; גידול בהוצאות תקציביות בגין שירותי רפואה, רווחה וחינוך; והתפתחות שווקים בלתי-מפוקחים. בית משפט זה - בתוך עמו הוא יושב: נדמה כי הנפגעים העיקריים, גם אם לא הבלעדיים, מן ההגירה הבלתי-חוקית המאסיבית והפתאומית הם בני השכבות הסוציו-אקונומיות החלשות יותר. חופש העיסוק, היכולת להשתכר שכר הוגן, שלום הציבור במובן הרחב ותחושת שלום הציבור - כל אלו ספגו פגיעה קשה. מצב זה לא היה תוצאה של מדיניות מכוונת, אלא תוצאה של זרם החיים ואולי אף של העדר מדיניות (ראו סעיף 1 לחוות דעתה של חברתי השופטת א' חיות).

זו הייתה המציאות עד לפני זמן לא רב. זוהי הקרקע שעליה צמחה אף הדרשה הציבורית לחולל שינוי במדיניות ההגירה של מדינת ישראל. מכאן הגיע התיקון לחוק, אשר ביקש להתמודד עם מציאות קשה זו. בנסיבות אלו, האם התיקון הוא לתכלית ראויה? לטעמי התשובה היא חיובית" [ההדגשה הוספה - הח"מ].

181. הנה-כי-כן, המדינה תטען כי תכליתו של מרכז השהייה הפתוח, כאמצעי למניעת השתקעותם והתבססותם של מסתננים ותיקים במרכזי הערים בישראל, לצד מניעת יכולתם לעבוד בה, הינה תכלית ראויה המשרתת אינטרסים חברתיים חשובים. שלא כפי שהעותרים טוענים, דומה כי בפסק הדין בפרשת אדם התגבשה הלכה בדבר היות התכלית של מניעת השתקעות עשרות אלפי מסתננים בישראל - תכלית ראויה.

182. יוער, כי לא נעלמה מעיני המשיבים הערתו של כב' השופט פוגלמן בסוגיה זו, עת נמנע הוא מלהכריע בפסק הדין בפרשת אדם, כמו-גם בפרשת גבריסלאסי, בשאלה האם ראויה היא התכלית של מניעת השתקעות, נוכח הקשיים שזו מעוררת, לעמדתו. יחד עם זאת, דומה כי מרבית שופטי ההרכב בפסק הדין בפרשת אדם הסכימו עם פסק דינה של השופטת (בדימוס) ארבל, אשר כתבה את פסק הדין העיקרי, ובו קבעה - כמוצג לעיל - כי תכלית של מניעת השתקעות מהווה תכלית חברתית לגיטימית.

בעניין זה, נבקש להפנות לפסק דינו של כב' השופט ג'ובראן בפרשת גבריסלאסי, המסכם נקודה זו באופן הבא:

6. תכליתו הראשונה של פרק ד' ודומה שגם העיקרית היא מניעת השתקעותם של מסתננים בריכוזי אוכלוסין והשתלבותם בשוק העבודה. השאלה אם תכלית זו היא ראויה לא הוכרעה בחוות דעתו של חברי השופט פוגלמן. על תכלית זו עמדה השופטת ארבל בעניין אדם והטעימה כי עניינה למנוע ממסתננים שחדרו כבר לגבולות מדינת ישראל מלהכות בה שורש; מלהשתלב בשוק העבודה; ומשאר השלכות שליליות אשר כרוכות בתופעת ההסתננות. על רקע זה סברה חברתי כי מדובר בתכלית ראויה והטעימה כי "כידוע, למדינת ישראל יש זכות לקבוע את מדיניות ההגירה לתוכה הנובעת מאופייה הריבוני של המדינה" (פסקה 84 לחוות דעתה בפרשת אדם).

גם חברי השופט עמית כינה את ריבונותה של המדינה "תכלית ראויה עד מאד" - אף שהדברים נאמרו בהקשר של בחינת תכלית מניעת הכניסה לישראל להבדיל מן התכלית של מניעת השתקעותם (ראו הסיפה של פסקה 10 לחוות דעתו). ברוח דומה ציין חברי הנשיא כי "יש להתחשב בעקרון הריבונות, המעניק למדינה שיקול דעת רחב לקבוע את מדיניות ההגירה וההשתקעות בה. על כל המשתמע מכך" (פסקה 18 לחוות דעתו).

7. בדומה לחברתי השופטת ארבל בפרשת אדם, אני סבור כי התכלית של מניעת השתקעות והשתלבות, כשלעצמה, אינה בלתי לגיטימית. כידוע, מבחן התכלית הראויה נותן מענה לשאלה אם תכליתה של החקיקה מעניקה צידוק מספק לפגיעה בזכות חוקתית (בג"ץ 6427/02 התנועה לאיכות השלטון בישראל נ' הכנסת, פסקה 50 לפסק דינו של הנשיא ברק (11.5.06)). במסגרת מבחן זה נהוג לבדוק האם התכלית בה כרוכה הפגיעה נועדה לשרת אינטרס חברתי ראוי ומהי מידת חשיבותו של אינטרס זה (בג"ץ 52/06 חברת אלאקסא לפיתוח נכסי ההקדש המוסלמי בא"י בע"מ נ' Simon Wiesenthal Center, פס' 222 לפסק דינה של השופטת פרוקצ'יה (29.10.08)); בג"ץ 7052/03 עדאלה המרכז המשפטי לזכויות המיעוט הערבי נ' שר הפנים, פ"ד סא(2) 202, 319 (2006); אהרן ברק מידתיות במשפט – הפגיעה בזכות החוקתית והגבלותיה 301 (2010)).

אין חולק כי הפעלת אמצעים שתכליתם מניעת השתקעות והשתלבות בערים ובשוק העבודה כרוכה בפגיעה בזכויות אדם. אך פגיעה זו כשלעצמה אינה בהכרח שוללת את לגיטימיות התכלית. "אין לומר כי תכלית היא ראויה רק אם אין בה פגיעה בזכות אדם... קביעה מראש שכל פגיעה אינה ראויה נוגדת את תכליתה של ההוראה בדבר תכלית ראויה, ואין לנקוט בה" (הנשיא ברק בעניין התנועה לאיכות השלטון, בפסקה 51). בבסיס מדיניות ההגירה עומד אינטרס חברתי ראוי ובר משקל. מדיניות הגירה מבקשת בין היתר לצמצם תמורות דמוגרפיות לא רצויות שהן תוצר בלתי נמנע של הגירה לא חוקית ושל הסתננות בפרט. תמורות אלה הביאו, במציאות הישראלית, להשלכות שליליות כגון עליה בפשיעה; הכבדה על תקציב המדינה ועל מערכות הבריאות והרווחה באזורים מסוימים; קשיי אכיפה של חובות אזרחיות כגון תשלום מס ועוד (ראו: פסקאות 6–11 לכתב תשובה מטעם המדינה מיום 11.3.2014).

8. שאיפתה של המדינה למנוע השתקעותם של מסתננים בערים היא אחד מביטויה של מדינות ההגירה. מדיניות זו כרוכה מטבעה בהגבלה של זכויות יסוד מסוימות אשר נדונו בהרחבה בחוות דעתו של חברי השופט פוגלמן. אך הגבלה זו כשלעצמה אינה שוללת את היותה של התכלית ראויה. בבסיס מדיניות זו עומדים אינטרסים חיוניים. תכליתם של אינטרסים אלה מבטאת ההגנה על החברה מפני ההשלכות השליליות שעלולות להיות תוצאתה של תופעת ההסתננות. הגנה זו היא ראויה בעיני, ולפיכך, אני סבור כי תכלית זו עומדת במבחן התכלית, וזאת ללא קשר לאמצעים שנוקטים להגשמתה, אשר מבחני פסקת ההגבלה ייעדו להם בחינה נפרדת". [ההדגשה הוספה - הח"מ]

183. טרם חתימת הדיון בנושא תכליתו הראשונה של פרק ד' לחוק החדש למניעת הסתננות, המדינה תבקש לדחות את טענת העותרים, לפיה תכלית מרכז השהייה היא שבירת רוחם של המופנים אליו.

מרכז השהייה שהוקם מכוח פרק ד' לחוק החדש נועד למנוע את המשך השתקעותם של אלפי מסתננים בישראל, ואת יכולתם להמשיך לעבוד ולחשוכר בה. בכך, מבקש פרק ד' לחוק החדש להקטין את המוטיבציה הכלכלית העומדת ביסוד השתקעותם של מרבית מעשרות אלפי המסתננים השהים בישראל. מניעת מוטיבציה כלכלית זו, אין משמעותה שבירת רוחם של המסתננים. מניעת המשך יכולתם של מסתננים לעבוד בישראל, ואגב כך לשלוח את משכורתם חזרה למדינות מוצאם, יכול שתאיין את תכלית השתקעותם של רוב רובם של המסתננים במרכזי הערים. ככל שלא תתאפשר המשך השתכרותם והשתקעותם במרכזי הערים, חלקם אכן עשוי להחליט לצאת מישראל למדינות אחרות, במטרה להשתקע ולעבוד בהן. מנגד, חלקם האחר יחליט שלא לעשות כן, תוך הישארות בישראל במסגרת מרכז השהייה, שם יסופקו לו תנאי מחיה הולמים, שמייתרים את הצורך בהשתכרות במרכזי הערים.

המדינה תבקש לשוב ולהזכיר, כי אין לאדם שהסתנן לישראל באופן בלתי חוקי כל זכות קנויה להכות בה שורש ולהשתקע בתחומיה. אכן, מתוקף עקרון אי-ההחזרה נמנעת מדינת ישראל, לעת הזו, מהחזרתם של אריתראים אל אריתריאה. עם זאת, ובניגוד לקו הטיעון שמוצג על-ידי העותרים, אין לפרש את עקרון אי-ההחזרה (המוחל בענייננו ביחס להחזרה כפויה של אריתראים לאריתריאה) כעיקרון המעניק זכות להשתקע במדינת ישראל.

דברים אלו נכונים על דרך הכלל; והם נכונים כעת, ביתר שאת, לאור יישומם הלכה למעשה של ההסדרים אליהם הגיעה מדינת ישראל עם שתי מדינות שלישיות, כמפורט לעיל (ראו והשוו את פסק הדין בבר"ם 696/06 אלקנוב נ' בית הדין לביקורת משמורת של שוהים שלא כדין (פורסם בנבו, 18.12.06), ובפרט פסקאות 17-21).

184. יתרה מזאת; פרק ד' לחוק החדש כולל שינויים משמעותיים ביחס לקודמו, במטרה להגדיל את פתיחותו ולצמצם את פגיעתו במסתננים המופנים אליו - אגב שלילת יכולתם להמשיך ולעבוד בישראל. הגדלת פתיחות זו אף היא שומטת את הקרקע תחת טיעונם של העותרים, כאילו מרכז השהייה נועד לשבור את רוחם של המופנים אליו.

185. בנסיבות אלו, המדינה תטען כי אף שתכלית מרכז השהייה היא למנוע את המשך השתקעותם של אלפי מסתננים בישראל; ואף שתכליתו היא למנוע את המשך השתכרותם בה; הרי שפרק ד' לחוק החדש לא נועד לשבור את רוחם של השוהים המופנים למרכז השהייה.

186. המשיבים יוסיפו ויטענו, כי יש לדחות את טיעונם של העותרים, המבקש לקבוע כי כל מדיניות שתאמץ ממשלת ישראל, שאינה מדיניות של הכלה וקליטה, שקולה למדיניות שתכליתה לשבור את רוחם של מי שהסתננו לישראל. עמדתם של העותרים באשר למדיניות החלופית שעל הממשלה לנקוט היא כמובן לגיטימית במסגרת השיח הציבורי, אולם היא אינה נתמכת בטיעון משפטי-חוקתי, ומכאן שאינה יכולה לבסס עילה לפסילתו של החוק החדש, בראי מבחן התכלית הראויה של פסקת ההגבלה. מכל מקום, עמדת העותרים אינה משקפת את מדיניותה הלגיטימית של הממשלה ואת האופן שבו החליטה להתמודד עם אתגרי תופעת ההסתננות.

מניעת התחדשותה של תופעת ההסתננות לישראל

187. בשונה מן התכלית הראשונה של פרק ד', המתכתבת עם השלכותיה העכשוויות של תופעת ההסתננות, אזי תכליתו השנייה של פרק ד' לחוק החדש היא למנוע את התחדשותה של תופעת ההסתננות על-ידי שינוי מערך התמריצים של כל אותם מסתננים פוטנציאליים אשר שוקלים להגיע למדינת ישראל, לרוב תוך כדי חצייתן של לפחות שתי מדינות בדרך.

תכלית זו של פרק ד' לחוק החדש נועדה בעיקרה להקים חסם נורמטיבי, לצידה של הגדר אשר הוקמה לאורכו של הגבול היבשתי עם מצרים, ועל ידי כך למנוע את הישנותה העתידית של תופעת ההסתננות רחבת ההיקף אשר פקדה את מדינת ישראל החל משנת 2006. תכלית זו מושגת באמצעות סעיף 30א(יא) שנסקר לעיל, המקשר בין צו גירוש שיוצא בעניינם של מסתננים חדשים לבין הוצאת הוראת שהייה, עם שחרורם ממשמורת.

וכך צוין בדברי ההסבר הנלווים לסעיף 30א(יא):

"על-פי המוצע, מסתגן שממונה ביקורת הגבולות הורה על שחרורו בערובה לפי סעיף 30א המוצע, ומתקיימים לגביו התנאים למתן הוראת שהייה לפי סעיף 32 המוצע (כמפורט להלן בדבר ההסבר לפסקה (3)), ייתן לו ממונה ביקורת הגבולות הוראת שהייה כאמור לפי הוראות אותו סעיף. סעיף קטן זה משלים את ההסדר שבסעיף קטן (ג) המוצע. יחד עם סעיף 10 להצעת החוק שלפיו יחול ההסדר המוצע רק על מסתגנים שייכנסו לישראל לאחר תחילתו של החוק המוצע, מגשים סעיף קטן (יא) המוצע את תכליות החוק בכך שהוא מונע ממסתגנים חדשים אשר משתחררים ממשמורת להגיע למרכזי הערים, ופוגע בתמריצים הכלכליים ובמוטיבציה של מסתגנים פוטנציאליים להגיע לישראל" [דברי ההסבר, עמ' 427; ההדגשה הוספה].

188. הנה-כי-כן, וכעולה מדברי ההסבר להצעת החוק שצוטטו לעיל, כוונת הממשלה והכנסת בחקיקת סעיף 30א(יא) לחוק החדש, לצד הוראות פרק ד' לחוק החדש, היא לבלום את הישנותו מחדש של גל ההסתגנות רחב הממדים שפקד את מדינת ישראל בשנים האחרונות, וזאת נוכח התמריץ הכלכלי המשמעותי שבהגעה לישראל.

נראה שאין לחדד, כפי שצוין לעיל במסגרת בחינת החוקתיות של סעיף 30א לחוק, כי מדינת ישראל היוותה, ועודנה מהווה, יעד אטרקטיבי, קרוב ונגיש, החובק גבול יבשתי עם יבשת אפריקה לאורכם של למעלה מ-200 קילומטרים. כמו כן, המצב הגיאופוליטי המורכב שלה לא מאפשר לה להגיע להסדרים עם מדינות המעבר להרחקה של אנשים המגיעים מתחומן. בכך נבדלת מדינת ישראל מיתר מדינות אירופה. ייחוד זה ושונותה של מדינת ישראל, בתור מדינה מערבית ומפותחת ביחס לכלל מדינות אפריקה, אוצרים בקרבם כוח משיכה אדיר עבור כל המבקשים לשפר את חייהם על ידי יציאה ממדינות מוצאם באפריקה ומצמצמים את הכלים שיש בידי מדינת ישראל להפעיל.

189. המדינה תטען בהקשר זה, כי הגדר לבדה אינה איתנה דיה על מנת לעמוד בפרץ; אם וככל שמדינת ישראל תיתפס בעיני המבקשים להגיע אליה כמדינה המאפשרת גישה לשוק העבודה שלה, למי שרק יצליח להסתגן אליה. אם וככל שציבור בלתי מסוים ורחב היקף זה יחליט לעשות דרכו לישראל, הרי שהמכשול הפיזי שהוקם לאורכו של גבול מצרים לא יעמוד בפניו. התמריץ הכלכלי האדיר, כמו-גם ההזדמנות לשיפור חיים, חוברים בעניינה של ישראל לפעילותה של תשתית הברחה מקצועית וביני"ל, החונה - פשוטו כמשמעו - בחצריה האחוריים של מדינת ישראל. פרק ד' לחוק החדש נועד לבלום תרחיש זה.

190. לעמדת המדינה, עסקינן בתכלית ציבורית וחברתית חשובה ביותר, שלה השפעות רבות, הן בטווח הזמן הקצר והן בטווח הזמן הארוך, בקשת רחבה של תחומים, ובכלל זה: בטחון פנים, כלכלה, תעסוקה, רווחה, חינוך, חוסן לאומי וביטחוני ועוד (וראו גם פסקה 10 לפסק דינו של השופט עמית בפסק הדין בפרשת גבריסלאסי).

191. המדינה תוסיף ותטען, כי נוכח קיצור תקופת המשמורת בה עוסק סעיף 30א לחוק החדש למניעת הסתגנות, והעמדתה על תקופה של שלושה חודשים בלבד לצורך השלמת הליכי זיהויו של המסתגן וקידום הליכי גירושו, נדרש המחוקק להעמיד אמצעי אפקטיבי חלופי שימש כחסם נורמטיבי בפני מסתגנים פוטנציאליים. שאם לא כן, וההיסטוריה שקדמה לתיקון מס' 3 הוכיחה זאת, ידע כל מסתגן פוטנציאלי כי בתום תקופת משמורת של עד שלושה חודשים, קונה הוא כרטיס המתיר לו להשתקע בערי

ישראל ולעבוד בהן. ככל שהשיקול הכלכלי, קרי הרצון להגדיל את כושר השתכרותם של המסתננים הפוטנציאליים, הוא אשר מושל בכיפה, מבקש פרק ד' לחוק החדש, לצד הוראת סעיף 30א(יא) לחוק החדש, לשנות את מערך התמריצים ולעודד את אותם מסתננים פוטנציאליים להימנע מלנסות ולהגיע לישראל.

192. הנה-כי-כן, תכליתו השנייה של פרק ד' לחוק החדש למניעת הסתננות, במשולב עם יתר הוראות החוק, היא לשנות את פניה של מציאות ההגירה הקשה שחוותה מדינת ישראל בשנים האחרונות בגבולה הדרומי, בטרם זו תתחדש בשנית בהיקפים משמעותיים. תכלית זו קשורה היא בקשר הדוק למדיניותה של מדינת ישראל לפעול למניעת השתקעותם העתידית של מסתננים **נוספים** בישראל. חסם נורמטיבי זה הוא צופה פני עתיד ועיקר חשיבותו טמון בעצם קיומו.

193. בהקשר זה של הטיעון, המדינה תבקש להפנות לפסק-דינו של השופט עמית בפרשת **גבריסלאסי**, במסגרתו קבע כי **שינוי מערך התמריצים ביחס למסתננים פוטנציאליים מהווה תכלית חברתית ראויה הנגזרת מעקרו ריבונותה של המדינה**. בפסק דינו, עמד כב' השופט עמית על תכליתו הראויה של סעיף 30א לחוק, כנוסחו בתיקון מס' 4, אשר העמיד את תקופת המשמורת מכוח צו גירוש על תקופה של שנה (ראו פסקאות 7-10 לפסק דינו של השופט עמית). וכך קבע השופט עמית בסוף פסקה 10 לפסק דינו:

"התכלית הראויה עד-מאוד של הגנה על ריבונותה של המדינה על כל הכרוך בכך, באמצעות שלילה מכאן ואילך של תמריץ כלכלי להגעה לישראל, המופנה אל ציבור בלתי מסוים של מסתננים בכוח, יכולה אפוא להצדיק גם את אלמנט ההרתעה הטמונה בהחזקה במשמורת של עד שנה".

והדברים נכונים הם בבחינת קל-וחומר ביחס לתכליתו של פרק ד' לחוק החדש, שעניינו במרכז שהייה פתוח, ולא במתקן משמורת.

194. על עמדה עקרונית זו, עמדו גם השופטים גובראן (פסקה 10 לפסק דינו בפרשת **אדם**), וכן השופט הנדל בפסקה 2 לפסק-דינו בפרשת **אדם**. כמו-כן, נבקש להפנות לפסק דינה של כב' השופטת חיות בבג"ץ 8091/14 **המוקד להגנת הפרט נ' שר הביטחון** (פורסם בנבו, 31.12.14), שם נטען נגד מדיניות הריסתם של בתי מחבלים. אף שברור שהמטריה המשפטית היא שונה, הרי שנכון יהיה להתעכב קמעא על הנקודה הבאה, כפי שמבחינה זאת כב' השופטת חיות בפסקה 4 לפסק דינה האמור:

"במאמרם 'עלות ללא תועלת במדיניות הריסת הבתים: בעקבות בג"ץ 9110/19 מחמד חסאן חליל עעואודה נ' המפקד הצבאי לאזור הגדה המערבית", המשפט ברשת מבזקי הארות פסיקה 31 5, 11-21 (ספטמבר 2014) **ציינו מחבריו המלומדים עמיחי כהן וטל מימון, כי שיקול ההרתעה כתכלית ראויה מעורר מחלוקת ותמכו את טענתם בעניין זה בפסק דינה של השופטת ארבל בבג"ץ 7146/12 סדג' אדם נ' הכנסת** (16.9.2013) בו ציינה כי ההרתעה של מהגרים ומבקשי מקלט היא אינטרס חברתי רצוי אך החקיקה שעמדה למבחן באותו מקרה אינה מגלה את הרגישות הנדרשת לזכויות אדם-על-מנת שתצלח את מבחן התכלית הראויה, משום שהיא אינה מתייחסת אל האדם כאל מטרה אלא כאל אמצעי ובכך יש משום פגיעה נוספת בכבודו כאדם.

תפישה זו מעוררת בעיני קושי מסוים ברמה האנליטית בהינתן נקודת המוצא לפיה ההרתעה - באותו עניין של מהגרים ומבקשי מקלט ובענייננו של מפגעי טרור ותומכיהם -

משרתת אינטרס חברתי חשוב וראוי. משזו נקודת המוצא היצי הביקורת מופנים לאמיתו של דבר אל האמצעים הננקטים ואל מבחני המידתיות שעליהם לצלוח ולא אל התכלית שהיא ראויה לעצמה, אלא אם כן אנו מוכנים לקבוע קטגורית כי הרתעה - כל הרתעה - איננה תכלית ראויה ולכך אתקשה להסכים בוודאי לא ככל שמדובר בהגנה על בטחון המדינה ועל הרתעת מפגעים פוטנציאליים מפני ביצוע פעולות טרור" [ההדגשה הוספה - הח"מ].

195. אחר כל זאת, המדינה תסכם ותטען, כי תכליתו השנייה של פרק ד' לחוק למניעת הסתננות - המשמש בתור חסם נורמטיבי למניעת התחדשותו של גל ההסתננות שפקד את מדינת ישראל בשנים האחרונות - היא תכלית ראויה.

הבטחת צרכיהם של השוהים במרכז השהייה חולות

196. דומה, כי אין חולק על העמדה לפיה הבטחת צרכיהם של השוהים במרכז השהייה חולות היא תכלית חברתית ראויה. טרוניית העותרים ביחס לתכלית זו נשענת על שני אדנים עיקריים: האחד - היות התכלית פטרנליסטית המתבססת על חובת שהייה במרכז; השניה - על היעדר פירוט מספק בחוק של התנאים להם זכאים השוהים במרכז.

197. המדינה תטען כי דין טיעון זה של העותרים להידחות.

עיון בעתירה מלמד כי העותרים מעמידים לנגד עיניהם מודל אפשרי אחד ויחיד של מרכז שהייה, כזה שהוא וולונטארי לחלוטין לאורך כל היממה. הווה אומר: ברצותו יפנה אליו המסתנן, וברצותו יישאר במרכזי הערים ויעבוד בהן. לכן, לפי קו טיעון זה של העותרים, כל מרכז שהייה פתוח אתר שלא יהיה וולונטארי לחלוטין, דינו פסלות. לשיטת העותרים, כל מדיניות הגירה שאינה חורטת על דגלה הכלה וקליטת של כל מי שהסתננו לישראל באופן בלתי חוקי היא מדיניות שיש לפסול אותה כבר בשלב מבחן התכלית.

טיעון זה מבקש להפוך את היוצרות ולהפקיע מידי הממשלה והכנסת את שמצוי בלב הפרווגטיבה המסורה להן - עיצוב מדיניות ההגירה בעניינם של עשרות אלפי המסתננים שהסתננו לישראל במטרה להשתקע בה.

198. ממשלת ישראל וכנסת ישראל אינן מוכנות לקבל השתקעות זו כעובדה מוגמרת. עם זאת, ובצד מניעת השתקעות המסתננים בערי ישראל על דרך הפנייתם למרכז שהייה פתוח, מורה חקיקתה של הכנסת, כי על המדינה להבטיח להם "תנאי מחייה הולמים, ובכלל זה שירותי בריאות ורווחה" (סעיף 32הא) לחוק החדש למניעת הסתננות).

המדינה תטען, כי בחיוב הסטטוטורי המעוגן בתביה "תנאי מחייה הולמים" יש כדי ללמד על הטלת חובה רחבת היקף, שמצא המחוקק לחייב בה את הרשויות המינהליות המפעילות את מרכז השהייה הפתוח. השימוש במונח "לרבות" הינו על דרך ההרחבה, ובחירת המחוקק להדגים את היקפה של החובה באמצעות ציון "שירותי בריאות ורווחה", תומכים בכך.

199. לפיכך, ככל שחובה זו אינה מקוימת כדבעי, הרי שעסקינן בהפרת חובה חוקית מפורשת שאין לקבלה. הופרה חובה כאמור, הרי שפתוחה בפני העותרים הדרך להעלות את טענותיהם במישור המשפט המינהלי בפני בתי המשפט המוסמכים (ראה למשל – בג"ץ 177/15 **המוקד לפליטים ומהגרים נ' נציב שב"ס**).

בחירת המחוקק לעגן את הבטחת צרכיהם של השוהים במרכז באמצעות שימוש בנורמה פתוחה מסוג סטנדרט, ולא באמצעות שורה של נורמות סגורות מסוג כלל, אינה מלמדת על פגם כלשהו בתכליתו של פרק ד' לחוק החדש למניעת הסתננות. לכל היותר, ניתן לטעון נגד אפקטיביות הטכניקה החקיקתית - אולם אפקטיביות לחוד, וחוקתיות לחוד.

200. **סיכומו של דבר**, המדינה תטען כי פרק ד' לחוק החדש מקפל בתוכו שלוש תכליות חברתיות שונות - ושלושן ראויות הן. לעמדת המדינה, לא עלה בידי העותרים להוכיח כי פרק ד' לחוק החדש, על השינויים הניכרים שהוכנסו בו, אינו מקיים את מבחן התכלית הראויה אשר בפסקת ההגבלה.

בצד טענת העותרים כי דין החוק החדש להיפסל בראי מבחן התכלית, המדינה תבקש להפנות לפסק דינו של כב' השופט הנדל בפרשת **אדם**:

"... עיצוב המדיניות מצוי בלב הפררוגטיבה של הממשלה הנבחרת ושל כנסת ישראל. סוגיה זו אף מצויה בלב הוויכוח הציבורי מזה תקופה ארוכה. בהתחשב בכל אלו, על בית המשפט לנקוט זהירות רבה בבואו לשקול את מידת החוקתיות של החוק. יתרה מכך, דעתי היא שלקביעה כי תכליתו של התיקון לחוק, ואפילו אחת מתכליותיו, איננה ראויה - יש משמעות רבה: במישור הציבורי, במישור הערכי ובמישור המשפטי" (פסקה 2 לפסק דינו של השופט הנדל).

ח.3(ב) מידתיות הוראותיו של פרק ד' לחוק החדש

201. המדינה תטען, כי הוראות פרק ד' לחוק החדש למניעת הסתננות צולחות אף את עקרון המידתיות, על שלושת מבחני המשנה הקבועים בו. תחילה, נבקש לעמוד על כך שיש לבחון את מידתיות החוק החדש המונח לביקורתו של בית המשפט הנכבד, תוך העמדת צמצום הפגיעה הטמונה בהסדריו של החוק בהשוואה לפגמים עליהם עמד בית המשפט הנכבד בפרשת **גבריסלסי**. לאחר מכן, נפנה לבחינת חוקתיות החוק גופה, תוך מתן מענה לטענות העותרים בהקשר זה. לבסוף, נעמוד על ההבחנה המתבקשת בין מישור הבחינה החוקתי לבין מישור הבחינה המינהלי, ועל השלכות הבחנה זו ביחס לסעדים המבוקשים בעתירה.

על ההשוואה שבין שני ההסדרים והמסקנה העולה ממנה

202. המדינה תבקש לטעון, כי בבוא בית המשפט הנכבד לבחון את חוקתיותו של פרק ד' לחוק החדש למניעת הסתננות, שומה עליו לתת **משקל נכבד** לעובדה כי החקיקה הראשית הניצבת בפניו, כוללת שינויים משמעותיים המבקשים ליתן מענה לפגמים חוקתיים עליהם עמד בית המשפט הנכבד בפסק-דינו הקודם באותה סוגיה.

בית המשפט הנכבד בחן את חוקתיותו של פרק ד' לתיקון מס' 4 ומצא בו פגמים מסוימים שהובילו לאי-חוקתיותו. היעדר החוקתיות מוקד במספר הוראות בפרק ד' לתיקון מס' 4, כמו-גם בהצטרפות הפגמים יחד כמכלול. או-אז, במסגרת הדיאלוג החוקתי שבין הרשויות, נתנה הכנסת דעתה לקביעות בית המשפט הנכבד באשר למהות הפגיעות ועוצמתן, תוך מתן מענה חקיקתי חדש, שיהא חוקתי, וזאת בשים לב לפגמים עליהם עמד בית המשפט בהפעלת ביקורתו החוקתית הראשונה.

לעמדת המדינה, ובשים לב לחשיבות קיומו של דיאלוג מוסדי קונסטרוקטיבי בין שתי הרשויות, יש ליתן משקל נכבד להשוואה שיש לערוך בין הפגמים שנמצאו בחוק שנפסל לבין התיקונים המהותיים שבתרה הכנסת כמענה לפגיעות עליהן הצביע בית המשפט הנכבד בפרשת **גבריסלאסי**. מהלך דברים זה אף משקף את הכיבוד ההדדי שבין הרשויות ויש בו כדי להגדיל את הוודאות של הממשלה והכנסת בבואן להדריך עצמן בחקיקתו של הסדר חדש שיהא מידתי.

203. עיגון לגישה זו מצוי לנו, גם בפסק-דינו של בית המשפט הנכבד בפרשת **גבריסלאסי**. כך, למשל, מבהיר כב' השופט פוגלמן את עמדתו ביחס לחשיבות הידרשותו של המחוקק עצמו לשאלת משך תקופת השהייה המקסימלית במרכז השהייה:

" [...] נכון הדבר גם ביחס לפרק ד' לחוק. הסדר נורמטיבי שנועד לתכליות שהתיקון נועד להגשים, המאפשר שלילת חירות של אדם לתקופה של שלוש שנים (וזאת בהינתן מועד פקיעתה של הוראת השעה) – תקופה שהיא בלתי מידתית כשלעצמה – אינו חוקתי מהטעמים שהובהרו בפירוט בחוות דעתי. אין זה תפקידו של בית המשפט "לקצר" את תקופת השהייה שנקבעה על ידי המחוקק הראשי או להוסיף לפרק ד' לחוק עילות שחרור כראות עיניו. במצב דברים זה – אין מנוס מביטולו המלא של ההסדר, באופן שיאפשר למחוקק, אם יחפוץ בכך, להביא תחתיו הסדר אחר הכולל תקופה מרבית מידתית להחזקה במרכז השהייה ועילות לשחרור ממנו. [...] [פסקה 195, ההדגשות הוספו].

עיגון נוסף לחשיבות בחינת החוק החדש בראי ההשוואה לפגיעות שנמצאו בתיקון מס' 4 כבלתי חוקתיות ולעוצמתן, מצוי לנו גם בהחלטת בית המשפט הנכבד להשעות את בטלות פרק ד' לתיקון מס' 4, על-מנת להותיר לכנסת שהות לחוקק הסדר חלופי תחת זה שנפסל. וכך נקבע בעניין זה בפסק דינו של כב' השופט פוגלמן:

"189. כידוע, הצהרה של בית המשפט על בטלות חוק או הוראה שבו אינה חייבת להיכנס לתוקף מייד. היא יכולה להיות בת תחולה עתידית (פרוספקטיבית), אם הנסיבות מצדיקות זאת, כדי לאפשר היערכות ראויה לקראת הבטלות (עניין צמח, בעמ' 284; יגאל מרזל "השעיית הכרזת הבטלות" משפט וממשל ט 39 (2006)). לכך יש להוסיף כי בפסק דינו 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. [ההדגשות הוספו - הח"מ]

204. ומן הכלל, אל הפרט.

בית המשפט הנכבד עמד בפסק דינו בפרשת גבריאלסאי על מספר פגמים מרכזיים שהצדיקו, כל אחד מהם כשלעצמו, ולעיתים בשל הצטברותם יחד, את ביטולו של פרק ד' לחוק, כנוסחו בתיקון מס' 4. כבי' השופט פוגלמן עמד על כך בפסקה 208 לפסק-דינו, שצוטטה לעיל. באופן דומה גם יתר שופטי הרוב, אשר הצטרפו לפסק דינו של כבי' השופט פוגלמן, הבהירו את מהות וטיב הפגמים החוקתיים שהביאום לפסילת פרק ד' לתיקון מס' 4. בשל חשיבות הדברים, נסקור קביעות אלו, ונקבצן בזו אחר זו.

205. וכך קובע השופט עמית בפתח פסק-דינו העוסק בחוקתיות פרק ד' לתיקון מס' 4:

"ההסדר המסמך את ממונה ביקורת הגבולות להורות על העברה למשמורת, הוא אכן הסדר נוקשה ולא מידתי, אך ניתן היה לתקנו ללא פסילה גורפת של הוראת פרק ד'. ברם, הוראת ההתייצבות שלוש פעמים ביום והיעדר אופק לתקופת השהייה, הן הוראות שמקרבות עד מאוד את מרכז השהייה "חולות" למתקן בעל מאפיינים של מתקן כליאה. על כך יש להצר, ומשום כך יש מקום לפסילתו של פרק ד' לחוק במתכונתו הנוכחית". [ההדגשות הוספו - הח"מ].

206. וכך קובעת כבי' המשנה לנשיא (כתוארה אז) נאור:

"4. אשר לפרק ד' לחוק, שעניינו הקמת מרכז שהייה: מדובר בהסדר שלא היה קיים בחוק הקודם. חברי הנשיא א' גרוניס והשופט ע' פוגלמן מסכימים כי סעיף 32 לחוק, הקובע את חובת ההתייצבות במרכז השהייה, פוגע פגיעה בלתי מידתית בזכות החוקתית לחירות, ולכן אינו חוקתי. אני מצטרפת לקביעה זו. המחלוקת בין חברי היא בשאלה אם יש לבטל את פרק ד' כולו, או רק את ההוראה הקובעת את חובת ההתייצבות. במחלוקת זו, דעתי היא כדעתו של חברי השופט ע' פוגלמן. פרט לחובת ההתייצבות, קיימים פגמים חוקתיים מרכזיים נוספים, היוורדים לשורשו של פרק ד' לחוק: הפגם האחד הוא משך הזמן הבלתי מוגבל - היכול להגיע לשלוש שנים (שזו תקופה של הוראת השעה שבמסגרתה נחקק פרק ד') - שבו ניתן להחזיק מסתנן במרכז השהייה. הפגם האחר הוא העדרן של עילות שחרור ממרכז השהייה. אני מסכימה עם חברי השופט ע' פוגלמן כי בהעדרם של הסדרים שעניינם הגבלת משך השהייה במרכז והשחרור ממנו, פרק ד' הוא בלתי חוקתי. די לי בכך כדי להצטרף לעמדתו, שלפיה יש להורות על ביטולו של פרק ד' כולו. לנוכח עמדתו זו, אין לי צורך להיכנס למחלוקת בין חברי ביחס לקיומה של ביקורת שיפוטית יזומה על החלטה להעביר מסתנן ממרכז השהייה למשמורת, או להעדרה; נושא המצוי ממילא בשולי התיקון לחוק ושאינו בו, לשיטתי, כדי להשליך על תוצאת העתירות שלפנינו". [ההדגשות הוספו - הח"מ].

207. וכך קובעת כבי' השופטת (בדימוס) ארבל:

"[...] כמו כן אני מסכימה להערותיו של חברי, השופט פוגלמן, באשר לעמדתו של הנשיא גרוניס בסוגיה. אף אני סבורה כי לא די בביטול חובת ההתייצבות בשעות הצהריים על מנת להפוך את ההסדר למידתי, וזאת בעיקר בשל העדר הגבלת זמן למעשה של שהייה במתקן, וכן בשל העדר ביקורת שיפוטית יזומה. מידתיותו של ההסדר תלויה בשילוב פרמטרים שונים ממנו הוא בנוי. כך, ככל שהפגיעה בחירות גבוהה יותר תידרש שהות קצרה יותר במתקן על מנת לשמור על מידתיות ההסדר. לטעמי, אף חובת ההתייצבות פעמיים ביום, בשעות הבוקר ובשעות הערב, ללא הצבת גבול לשהייה במתקן השהייה הפתוח, פוגעת בחירותם ובאוטונומיה של השוהים במתקן באופן שאינו מידתי.

אין להקל ראש בפגיעה בחירותו של אדם שנדרש לשהות חלק גדול משעות היממה במקום מסוים, אינו רשאי לבוא ולצאת ממנו כרצונו, אינו רשאי לגור במקום עם מי שהוא הפץ, ובחירותו בהתאם לאילוצים שנכפו עליו מצטמצמות באופן משמעותי. למרות זאת הייתי מוכנה להניח כי התועלת עולה על הנזק לו היה מדובר בשהייה מוגבלת בזמן אשר מספקת לשווהה במתקן אופק לקוות ולשאוף אליו שממנו והלאה יזכה בחירות מלאה ככלל תושבי ישראל" [פסקה 11, ההדגשות הוספו - הח"מ].

208. וכך קובע כב' השופט גיבוראן, בפסק דינו:

9". ומכאן לעניין מידתיותה של דרישת הנוכחות במתקן השהייה שלוש פעמים ביום. אני מסכים עם חברי השופט פוגלמן כי דרישה זו אינה עומדת במבחן המשנה השלישי – מבחן המידתיות "במובן הצר". מקובלת עלי עמדתו לפיה התועלת שמושגת באמצעות דרישת ההתייצבות אינה מצדיקה את הפגיעה החוקתית הקשה שהיא מסבה למסתננים. ודווקא משזו היא מסקנתי, לא אוכל לקבל את עמדתו של חברי באשר למבחן המשנה השני, לפיה אין בנמצא אמצעים שפגיעתם פחותה [...] לשיטתו, אם המסתנן יהיה רשאי להיעדר במשך שעות היום ממרכז השהייה, גוברת ההסתברות לכך שיבקש להצטרף לשוק העבודה הישראלי (פסקה 129 לחוות דעתו).

10. עמדתי שונה מעמדתו של חברי. אני סבור כי קיימים די אמצעים לשם השגת התכלית האמורה. דומה כי אם לא נאמר כן – כי יש בנמצא אמצעים שפגיעתם פחותה – משמעות הדברים היא השלמה עם פגיעה באותם אינטרסים חיוניים אשר עומדים בבסיס התכלית. כאמור, ההנחה היא שדרישת הנוכחות אינה עומדת במבחן המשנה השלישי; כלומר, שבאיזון שבין התועלת לאינטרס הציבורי לבין הנזק לזכויות היסוד של המסתננים – התועלת היא פחותה ואינה מספקת. במצב זה, לשם הגשמת תכלית מניעת ההשתקעות, דומה כי אין מנוס משימוש באמצעים אחרים אשר יבטיחו מתן משקל מספק לאינטרסים החיוניים שבבסיסה. במילים אחרות, אם קבענו כי התכלית ראויה מזה, אך כי האמצעי הקיים פוגע יתר על המידה בזכויות יסוד מזה, אין בידינו אלא להכיר בכוחם של אמצעים אחרים להגשים את התכלית המבוקשת. אשר לאמצעים הקונקרטיים שהציע חברי, ולאמצעים שהציעה חברתי המשנה לנשיא נאור, אני סבור כי אין לפסול אפשרות ששימוש מצטבר בהם יהא מענה הולם להגשמת התכלית.

11. מסקנתי היא, אם כן, שאם החוק היה נוקט באמצעים אחרים אשר מידת פגיעתם בזכויות היסוד של המסתננים פחותה במידה משמעותית, אך היה בכוחם להגשים במידה מספקת את תכלית מניעת ההשתקעות, לא היה מקום להורות על בטלותם. הבטלות היא הכרח בל יגונה בשל הפגיעה היתרה בזכויות היסוד, ולא בשל הפגיעה עצמה; אותה תוספת לנזק לזכויות היסוד אשר אינה מסבה תועלת ממשית להגשמת התכלית". [ההדגשות הוספו - הח"מ].

209. וכך קבעה כב' השופטת חיות בפסק דינה:

2". באשר לפרק ד' של החוק הנוגע להקמת מרכז השהייה וכן באשר לעתירה שבבג"ץ 7385/13 שהגישו תושבי דרום תל-אביב, אין לי אלא להצטרף להערוותיה של חברתי המשנה לנשיא מ' נאור בסעיפים 4-6 לחוות דעתה. הוא הדין באשר לדברים שכתבה חברתי בסעיף 3 לחוות דעתה לעניין החובה המוטלת עלינו במסגרת הדיאלוג החוקתי שאנו מקיימים עם הרשות המחוקקת, לשוב ולקבוע את בטלות ההוראות שבתיקון מס' 4 לחוק לאחר שתיקון זה אין בו כדי ליתן מענה לאי החוקתיות של החוק עליה הצבענו בבג"ץ 7146/12 אדם נ' הכנסת (16.9.2013).

210. מסקירת קביעות כלל שופטי הרוב, עולה כי בפרק ד' לתיקון מס' 4 ניצבו מספר פגמים מרכזיים, שהצדיקו לדעת שופטי הרוב, אף אם לא במידה זהה של חומרה, את ביטול פרק ד' לחוק כולו. נשוב, אם כן, ונציב את הפגמים האמורים לצד המענה שניתן להם בידי הממשלה והכנסת.

ראשית - שונתה חובת ההתייצבות במרכז השהייה משלוש פעמים לפעם אחת בלבד, בשעות הערב המאוחרות, ושהייה מנדטורית במרכז נקבעה רק בשעות הלילה (בין השעות 00:00-22:00). כמו-כן, הוכפלה תקופת הפטור מחובת התייצבות של עד יומיים לתקופה של עד ארבעה ימים.

שנית - נקבעה תקופת שהייה מקסימאלית ל-20 חודשים, בחוק עצמו, תחת היעדר מגבלה מפורשת על תקופת השהייה, וקיומה של מגבלה מעשית בת 36 חודשים (בהתאם לתוקפה של הוראת השעה).

שלישית - הוחרגו קבוצות אוכלוסייה ייחודיות מתחולתו של פרק ד' ונקבעו עילות לביטול הוראות שהייה שכבר ניתנו. כך, למשל, נקבע איסור קטגורי לפיו לא יינתנו הוראות שהייה לקטינים, לנשים, להורים לקטינים ולמי שגילו עולה על 60. עוד נקבע כי לא יינתנו הוראות שהייה, מקום בו ממונה ביקורת הגבולות שוכנע כי הדבר עלול לגרום לנזק בשל גילו או מצב בריאותו של המסתנן, לרבות בריאותו הנפשית. והוא הדין גם ביחס למי "שמשרתת ישראל הודיעה לגביו כי יש ראיות לכאורה לכך שנעברה לגביו עבירה לפי סעיפים 375 א או 377א(א) או (ב) לחוק העונשין", שעניינן בעבירות סחר בבני אדם (סעיפים 332(ב)(6) ו-332(ג)).

עוד נקבע בחוק החדש, כי ממונה ביקורת גבולות יהא מוסמך לבטל הוראת שהייה שכבר ניתנה, "אם מצא כי מתקיים לגביו תנאי מהתנאים המנויים בסעיף קטן [332(ב)], ורשאי הוא לבטל הוראת שהייה כאמור אם מצא כי חל שינוי בנסיבות המצדיק את ביטולה". ובכל הקשור לשמירת מצבם הרפואי של השוהים במרכז השהייה, הוסמך רופא מרכז השהייה "להורות למנהל המרכז על טיפול בשוהה בתנאים מיוחדים, ובכלל זה על שחרור שוהה מסיבות מיוחדות".

רביעית - שונתה סמכותו של ממונה ביקורת גבולות להורות על העברת שוהה למשמורת, באופן שסמכות זו הוכפפה ישירות לאישורו של בית-דין שהוא עצמאי מבחינה מוסדית. לצד זאת, קוצרו באופן משמעותי תקופות המשמורת, עליהן רשאי ממונה ביקורת הגבולות להורות במסגרת סמכות זו.

211. נוכח כל אמור לעיל, המדינה תטען, כי שינויים מקיפים אלו שנערכו במסגרת הוראות פרק ד' לחוק החדש למניעת הסתננות יוצרים הפחתתה משמעותית של הפגמים החוקתיים עליהם עמד בית המשפט הנכבד במסגרת פרשת גבריסלאסי.

כפי שראינו, שינויים משמעותיים ומקיפים אלו שערכה הכנסת בחקיקתה החדשה, מצאו את ביטויים ביחס לכל אחד מההסדרים החוקיים שעל בסיסם קבע בית המשפט הנכבד כי דין פרק ד' לתיקון מס' 4 להיפסל.

על-כן, ולאור קביעת בית המשפט הנכבד כי עומדת למדינה האפשרות להפעיל מרכז שהייה, אלא שיש לשנות את הסדריו הפנימיים, המדינה תטען כי השינויים האמורים מציבים את פרק ד' לחוק החדש בתוך מתחם התמרון החוקתי העומד למחוקק. דברים אלו נכונים ביתר שאת, לאור העובדה כי עיקר פסק דינו של בית המשפט הנכבד נסוב על הקביעה לפיה הפגיעות שמסב פרק ד', כנוסחו בתיקון מס' 4, אינן מקיימות את מבחן המידתיות השלישי. האפקט המצטבר עליו עמדה המדינה לעיל, מלמד על הפחתה משמעותית בפגיעה שמסב פרק ד' לחוק החדש, בהשוואה לקודמו שנפסל.

מצוידים בתובנה זו, נפנה לבחינת הוראות פרק ד' לחוק החדש בראי כל אחד ממבחני פסקת ההגבלה.

מידתיות פרק ד' - מבחן המשנה הראשון

212. המדינה תבקש לטעון, כי הוראות פרק ד' המכוננות את הקמתו והפעלתו של מרכז השהייה מקיימות קשר ישיר ורציונאלי בין מניעת השתקעותם והתבססותם של מסתננים בישראל ומניעת יכולתם לעבוד בה, לבין האמצעי המשפטי שנבחר - דינים מיוחדים וייעודיים של רגולציה המאפשרת הפעלת מרכז שהייה פתוח לאלפי מסתננים הנמנים על אוכלוסיית המסתננים הוותיקה יחסית.

קשר רציונאלי כאמור ודאי שמתקיים בין מידת פתיחותו של המרכז בשעות 06:00 בבוקר עד השעה 22:00 בלילה, לצד השירותים השונים המוענקים במרכז, לבין תכליתו של פרק ד' לצמצם את הפגיעה בזכות לחירות ולכבוד אך למינימום הנדרש לשם מניעת השתקעותם של המסתננים במרכזי הערים. הדבר היה נכון עת עמד למבחן פרק ד' לחוק במתכונתו הקודמת, והוא נכון בבחינת קל וחומר נוכח השינויים האמורים שהוכנסו בחוק החדש למניעת הסתננות במטרה להגדיל את פתיחותו, ובפרט ביטול החתמת הצהריים.

213. עוד תבקש המדינה לדחות את טיעון העותרים, כאילו אין ביכולת פרק ד' במתכונתו החדשה לעמוד במבחן המשנה הראשון של המידתיות, על שום מגבלותיו הפיסיות של המרכז מלהכיל את מלוא אוכלוסיית המסתננים המצויים במרכזי הערים בישראל. שלושה אדנים תומכים בדחיית טענת העותרים במישור זה של הדיון.

ראשית, החוק אינו קובע מגבלה על גודלו של מרכז השהייה, ואף לא על מספר מרכזי השהייה שיוקמו מכוחו. פרק ד' לחוק החדש למניעת הסתננות חוקק על מנת להעניק בידי הרשות המבצעת את המסגרת הנורמטיבית, מכוחה יוסמכו הגורמים הרלוונטיים בממשלה להקים מרכזי שהייה ולהפעילם. לשון אחרת, החוק מעניק בידי הממשלה את היכולת להגדיל את היקף תחולת מרכז השהייה חולות, בהתאם לנסיבות העדכניות ולכמות השוהים המצויים בו. בסוגיה זו, המדינה תבקש לציין, כי פוטנציאל הקליטה המלא של מרכז השהייה חולות כיום, מסתכם כיום ב-3,360 שוהים.

המדינה תבקש להדגיש כי אנו מצויים, בשלב זה של בירור העתירה, מרחק חודש וחצי בלבד מאז החל לפעול מרכז השהייה "חולות" במתכונתו החדשה. בשים לב לנתונים אלו, המדינה תבקש לטעון כי בעת בחינת התקיימותו של מבחן המשנה הראשון של המידתיות, יש לקחת בחשבון את העובדה שמצויים אנו

רק בראשית הפעלתו (ראו והשוו בג"ץ 6427/02 **התנועה לאיכות השלטון בישראל נ' הכנסת**, פ"ד סא(1) 619 (2006), פסקה 68 לפסק דינו של כבי השופט ברק).

שנית, הקמתו של מרכז שהייה פתוח בישראל לאוכלוסייה של מסתננים אשר נכנסו לישראל והשתקעו בה בניגוד לדין היא מהלך הטומן בחובו אי-וודאות רבה באשר לשימותו - הן ברמה המעשית והן ברמה המשפטית. על אי-הוודאות האמורה, יש להוסיף את עלויות הקמתו ואת הצורך בהסטת משאבים רבים מתקציב המדינה לטובת משימה לאומית זו, ובכלל זה הסטת תקני כוח אדם בין משרדי הממשלה השונים והסטת תקציבים של ממש.

בבוא הממשלה לממש מדיניות זו, ללא ניסיון קודם ללמוד ממנו, אין מקום לזקוף לחובתה את בחירתה לבחון כיצד המדיניות החדשה יוצאת מן הכוח אל הפועל והאם הוראות החוק החדש למניעת הסתננות יעמדו במבחן הביקורת החוקתית של בית המשפט הנכבד. נשוב ונזכיר, כי עלות הקמתו והפעלתו של מרכז השהייה לצד מארג הכלים המצוי בהחלטת הממשלה מנובמבר 2013, מסתכמת בתקציב ייעודי של כחצי מיליארד שקל. הווה אומר, החלטת הדרג המדיני לבחון את יישום המדיניות החדשה תחמה עצמה להיקף הפעלה ראשוני המסתכם בחצי מיליארד שקל לערך, בבחינת "פיילוט" עתיר משאבים.

שלישית, המדינה תטען כי אף שפרק ד' לחוק החדש למניעת הסתננות הוא נדבך משמעותי במארג האמצעים שגיבשה ממשלת ישראל להתמודדות עם השתקעותם של עשרות אלפי מסתננים במרכזי הערים, הרי שאין מדובר באמצעי אחד ויחיד. כפי שסקרנו לעיל, ממשלת ישראל גיבשה עובר למועד חקיקת החוק החדש למניעת הסתננות שורה ארוכה של אמצעים למניעת השתקעותה והתבססותה של אוכלוסיית המסתננים בערים. רוצה לומר, כי אין להשקיף על החוק שלפנינו כעל אמצעי אחד ויחיד, הנושא על גבו את מלוא היקפה של התכלית הראויה בדבר מניעת השתקעותם של כ-48,000 מסתננים בישראל.

214. קיבוצם של טעמים אלו, מלמד על קיומו של קשר רציונאלי בין האמצעים החקיקתיים שעומדים ביסוד פרק ד' לחוק לבין התכליות לשמן נחקק.

215. העותרים מוסיפים וטוענים כי נוכח תחימת תקופת השהייה במרכז השהייה ל-20 חודשים בלבד, הרי שאין קשר רציונאלי בין הפעלת מרכז השהייה לבין תכלית מניעת ההשתקעות במרכזי הערים. דין טיעון זה להידחות גם כן.

ראשית, המדינה תטען כי הקשר הרציונאלי מתקיים באופן הדוק, לאורך כל תקופת 20 חודשי השהייה במרכז. הווה אומר, האמצעי מגשים את התכלית, אלא שמשך הגשמתה של התכלית הוא שתחום בזמן, ובעניינו על-פני תקופה של 20 חודשים. במצב דברים זה, וכפי שבית המשפט הנכבד כבר קבע בפסיקתו, אין לקבל את טענת העותרים כי אין במרכז השהייה כדי למנוע את השתקעותם של המסתננים במרכזי הערים, אלא שמניעת ההשתקעות תחומה על-פני ציר הזמן.

שנית, המדינה תטען כי בכל הקשור למניעת המשך השתכרותם והעסקתם של מסתננים במרכזי הערים וצמצום המוטיבציה הכלכלית להמשך השתקעותם בישראל, הרי שהוראת סעיף 32ד(א) לחוק החדש הקובעת תקופת שהייה של 20 חודשים מגשימה באופן אפקטיבי דיו תכליות אלה. וכבר נקבע בפסיקתו של בית המשפט הנכבד, כי אין הכרח שהאמצעי החקיקתי יגשים את התכלית במלואה, ואף אין הכרח שיעשה כן בוודאות, אלא די בקיומו של פוטנציאל ממשי לכך. ראו, למשל, בג"ץ 1213/10 ניר נ' יו"ר **הכנסת** (פורסם בנבו, 23.02.12), שם סוכמה ההלכה, כדלקמן:

"ההסדר המוצע בחוק, מבקש לנקות מעברם של אלה את כתם הפליליות שדבק בהם, ובכך מבטא קשר רציונלי עם רצון המחוקק להושיט יד מפיסת לקבוצה זאת, מתוך ראייה שבכך יהיה כדי לקדם הליך של ריפוי הטראומה ופתיחת דף חדש ביחסיהם עם המדינה והחברה בישראל. שאלה אחרת, ונפרדת, נוגעת לפוטנציאל הגשמתה של התכלית עקב השימוש באמצעי שנבחר. בסוגיה זו איננו נדרשים להכריע, שכן כידוע, אין דרישה כי האמצעי הנבחר יגשים את המטרה במלואה, ודי בהגשמה חלקית שאינה שולית או זניחה על מנת לקיים את דרישת הקשר הרציונלי (ראו אהרן ברק מידתיות במשפט 377 (2010), עניין בחורי הישיבות, עמ' 706). מעבר לכך, יש לזכור כי עסקינו בסוגיות חברתיות מורכבות, שקשה להצביע על הסתברות סטטיסטית כזאת או אחרת להתממשותם. ממילא אין זה מתפקידנו לערוך הסתברויות מסוג זה. ניתן רק לקבוע כי בנסיבות העניין יש בהסדר שנקבע בחוק פוטנציאל להגשמת התכלית האמורה. פרט לכך, אין להקל ראש במשמעויותיו הדקלרטיביות של החוק, שכלל אין ניתן לאמוד את פוטנציאל מימושו. נוכח האמור, מצאנו כי החוק מקיים את מבחן המידתיות הראשון" [ההדגשה הוספה].

216. אשר על כן, המדינה תטען כי הוראות פרק ד' לחוק החדש למניעת הסתננות עומדות במבחן המשנה הראשון של עקרון המידתיות.

מבחן המשנה השני

217. המדינה תטען, כי גם אם ישנם אמצעים שפגיעתם פחותה יותר מזו שמסב פרק ד' לחוק, הרי שאמצעים אלו אינם מגשימים את תכלית החקיקה באותה מידה של אפקטיביות, **אם בכלל**. בהקשר זה של הדיון, המדינה תטען כי שמור למחוקק מרחב תמרון חקיקתי רחב ביותר, המגלם בגבולותיו את ייחודה של מדינת ישראל מבחינה גאו-פוליטית; כמו-גם את מדיניותה בתחום ההגירה אליה.

218. ברי, כי מדינות שונות ניצבות בפני אתגרים לוקאליים שונים. שונות האתגרים מכתיבה אף את שונות המדיניות בתחום ההגירה, וזו מטבע הדברים משליכה גם על שונות ההסדרים המשפטיים החולשים על הסוגיה. במלים אחרות, על השונות האמורה למצוא ביטוי ותרגום בהגדרת גבולותיו הרחבים של מתחם התמרון החקיקתי, בבוא הממשלה והכנסת לעצב את אופי הפעלתו של מרכזו שהייה הפתוח ואת מידת פתיחותו.

תכליתו של מרכזו שהייה היא מניעת יכולתם של אלפי המסתננים שהסתננו לישראל, באופן בלתי חוקי, מלהשתקע במרכזי הערים ומלהשתלב במסגרת שוק העבודה, על כלל ההשלכות השליליות הנלוות לכך. לצד זאת, מרכזו שהייה נועד ליתן מענה מידתי לאותה אוכלוסייה תוך צמצום הפגיעה בזכותה לחירות ולכבוד, והבטחת מענה לכל צרכיה. כפי שהראנו לעיל, תכליות אלו הינן תכליות לגיטימיות וראויות. לפיכך, תרגומן של התכליות לכדי הסדרים משפטיים חייב להיעשות בראי מידת האפקטיביות הנודעת

להגשמת כל אחת מן התכליות ולאיוון ביניהן. ברור למדי, כי הפיכת מרכז השהייה לווולונטארי לחלוטין או מתן האפשרות לעבוד מחוצה לו, יקטינו עד למינימום את הפגיעה בזכותם של השוהים בו לחירות. מנגד, ברור עוד יותר, כי הסדר כאמור ישמוט את הקרקע תחת הגשמת התכליות להן יועד מרכז השהייה, עד כדי עשייתן פלסטר - הן ביחס למסתננים פוטנציאליים השוקלים האם לנסות ולהגיע לישראל, הן ביחס למסתננים המצויים זה מכבר בישראל.

219. לסיכום האמור עד כה, המדינה תבקש לטעון כי אף אם ניתן היה לעצב באופן שונה את מידת פתיחותו של מרכז השהייה "חולות", חלף ההסדר שנקבע בפרק ד' לחוק, הרי שלא היה באמצעי חקיקתי זה כדי להגשים באורח אפקטיבי את תכלית פרק ד' לחוק החדש - מניעת השתקעותם והתבססותם של אלפי מסתננים בישראל ויכולתם לעבוד בה על כל ההשלכות הנובעות מכך והפחתת המוטיבציה הכלכלית של מסתננים פוטנציאליים מלהגיע לישראל. בהקשר זה, נבקש להפנות לפסק דינו של כב' השופט פוגלמן בעניין גבריסלאסי, שם נקבע כי הוראות פרק ד', כנוסחו בתיקון מס' 4, צולח את מבחן המשנה השני של המידתיות:

"כידוע, מבחן המשנה השני של המידתיות אינו בוחן אך את עצם קיומו של אמצעי הפוגע פחות בזכות החוקתית המוגנת. הוא מחייב לבחון אם אותו אמצעי פוגעני פחות מגשים את תכלית החקיקה באותה מידה או במידה דומה לאמצעי שבחר המחוקק (עניין הפרטת בתי הסוהר, בעמ' 601-602). אמצעים חלופיים אלה אינם עומדים באמת המידה האמורה, ומשכך, המסקנה היא כי ההסדר הנוכחי עולה בקנה אחד עם מבחן המידתיות השני. עם זאת, לקיומם של אמצעים נוספים שיש ביכולתם לסייע בהפחתת הפגיעה, יכולה להיוודע השפעה בכל האמור במבחן המידתיות השלישי". [פסקה 130 לפסק הדין, ההדגשה הוספה - ה"מ].

220. על יסוד האמור עד כה, המדינה תטען כי אין בחלופות המפורטות בסעיפים 326-335 בעתירה כדי להוות "אמצעי שפגיעתו פחותה", כמשמעותו בראי מבחן המשנה השני של עקרון המידתיות.

מבחן המשנה השלישי - המידתיות במובן הצר

221. המדינה תטען, כי מתכונת הפעלתו של מרכז השהייה "חולות", כפי שזו משתקפת מהוראותיו של פרק ד' לחוק החדש למניעת הסתננות, צולחת את מבחן המשנה השלישי של המידתיות.

כל זאת, שכן התועלת החברתית הגלומה במניעת השתקעותם של אלפי המסתננים בערים והמשך יכולתם לעבוד ולהשתכר בהן, עומדת ביחס סביר לעוצמת הפגיעה שהופחתה בזכויות השוהים בראי השינויים המשמעותיים שהוכנסו במתכונתו החדשה של מרכז השהייה.

222. נפנה תחילה לצד הזכויות של המשוואה החוקתית.

המדינה תטען, כי עוצמת הפגיעה בזכויות עליהן עמד בית המשפט הנכבד בעת בחינת מתכונת הפעלתו הקודמת של מרכז השהייה, רוככה ומותנה באופן משמעותי, לאור השינויים המהותיים שהוכנסו במסגרת הוראות פרק ד' לחוק.

223. **בראש וראשונה**, נתחמה בחוק תקופת השהייה במרכז השהייה לתקופה מקסימאלית של 20 חודשים בלבד; וזאת בניגוד להוראות תיקון מס' 4 שנמנעו מתחילת תקופת השהייה באופן מפורש, באופן שהעמיד למעשה את תקופת השהייה על תקופה של עד שלוש שנים, נוכח תוקפה של הוראת השעה.

בכך פוחתת הפגיעה עליה עמד בית המשפט הנכבד בכל הקשור למשך הגבלת הזכות לחירות ושליטת יכולתו של השוהה לממש את רצונותיו באופן עצמאי (ראו פסקאות 153-154 לפסק דינו של השופט פוגלמן).

בכך אף מתבטלת הפגיעה העצמאית עליה עמד בית המשפט הנכבד בכל הקשור לאי-הוודאות שיצר תיקון מס' 4 ביחס למשך תקופת השהייה (פסקאות 155-156 לפסק דינו של השופט פוגלמן). שהרי, הוראת סעיף 32ד(א) לחוק החדש למניעת הסתננות מעניקה ודאות ברורה באשר למשך תקופת השהייה, תוך שהחוק החדש אף מבהיר כי במניין תקופה זו ימנו גם תקופות קודמות של שהייה במרכז (במסגרת תיקון מס' 4), וכן תקופות בהן יועבר השוהה למשמורת, אם וככל שהדבר יקרה.

224. **שנית**, ראינו ולמדנו כי הפגמים עליהם עמד בית המשפט הנכבד באשר להיעדרן של עילות לביטול הוראת שהייה זכו למענה מפורש במסגרת הוראותיו של פרק ד' לחוק החדש למניעת הסתננות. הוראותיו החדשות של פרק ד' לחוק, קובעות איסור קטגורי לפיו לא יינתנו הוראות שהייה לקטינים, לנשים, להורים לקטינים הסמוכים על שולחנם, ולמי שגילו עולה על 60. בכך ביקש החוק במתכונתו החדשה להוציא מתחולתו אוכלוסיות ייחודיות של מסתננים, ולהסיג את מימוש תכלית החקיקה לאחור ביחס אליהן (ראו סעיף 187 לפסק דינו של השופט פוגלמן).

עוד נקבע, כי לא יינתנו הוראות שהייה, מקום בו ממונה ביקורת הגבולות שוכנע כי הדבר עלול לגרום לשוהה לנזק בשל גילו או מצב בריאותו, לרבות בריאותו הנפשית. כמו-כן, קבע כי ממונה ביקורת גבולות רשאי שלא ליתן הוראות שהייה, ביחס למי "שמשרתת ישראל הודיעה לגביו כי יש ראיות לכאורה לכך שנעברה לגביו עבירה לפי סעיפים 375א או 377א(א) או (ב) לחוק העונשין", שעניינו עבירות סחר בבני אדם (סעיפים 32ד(ב)(6) ו-32ד(ג)). תיקון חשוב זה מרכז עד מאוד את הפגיעה עליה עמד בית המשפט הנכבד בזכות לחירות ובזכות לכבוד, ומעגן מנגנון מובנה "שמכוחו מתאפשר לחלשים ביותר – לחולים, לאלה שהיו קורבנות לסחר בבני אדם, למי שעברו עינויים, אונס ושאר זוועות – שלא להיות מוחזקים במרכז השהייה" (פסקה 187 לפסק-דינו של השופט פוגלמן).

225. **לא זו אף זו**, החוק החדש קובע מפורשות, כי ממונה ביקורת גבולות יהא מוסמך לבטל הוראות שהייה שכבר ניתנו, "אם מצא כי מתקיים לגביו תנאי מהתנאים המנויים בסעיף קטן [32ד(ב)], ורשאי הוא לבטל הוראת שהייה כאמור אם מצא כי חל שינוי בנסיבות המצדיק את ביטולה".

בנוסף, ובכל הקשור לשמירת מצבם הרפואי של השוהים במרכז השהייה, הוסמך רופא מרכז השהייה **"להורות למנהל המרכז על טיפול בשוהה בתנאים מיוחדים, ובכלל זה על שחרור שוהה מסיבות מיוחדות"**.

תיקונים אלו מצמצמים עד מאוד את קשיחותן של הוראות השהייה, ובכך מעמעמים עד מאוד את הפגיעה עליה עמד בית המשפט הנכבד בפרשת **גבריסלאסי** בזכות לחירות ובזכות לכבוד של השוהים במרכז (וראו סקירת עמדות השופטים לעיל).

226. לבסוף, ולא בשולי הדברים אלא **בעיקרם**, מתכונת הפעלתו של מרכז השהייה שונתה מן היסוד, תוך שהוראות החוק החדש למניעת הסתננות קובעות חובת התייצבות אחת בלבד, בשעות הערב המאוחרות (20:00-22:00), תוך שנקבע כי מרכז השהייה יהיה פתוח לאורך מרבית שעות היממה - החל מהשעה 06:00 בבוקר ועד השעה 22:00 בלילה, כאשר בצמוד לו פועלת תחבורה ציבורית באופן שוטף וקבוע כמפורט לעיל.

המדינה תטען, כי הוראות פרק ד' לחוק החדש מקימות למעשה מרכז שהייה לילי, המאפשר לדייריו שלא להימצא בו לאורך היממה כולה. היבטיה המנדטוריים של השהייה במרכז תחומים אפוא לשעות הלילה בלבד.

שינוי קרדינלי זה במתכונת ההפעלה של מרכז השהייה מצמצם באופן משמעותי את הפגיעה עליה עמד בית המשפט הנכבד בכל הקשור לזכותם של השוהים בו לחירות, לכבוד ולאוטונומיה. וכך סיכם כבי' השופט פוגלמן את הפגיעה הנגרמת בשל החתמת הצהריים, כאמור בתיקון מס' 4:

"127. המסקנה שלפיה חובת ההתייצבות פוגעת לא רק בזכות לחירות אלא גם בזכות לכבוד מתחייבת אף במנותק מטענותיהם המינהליות של העותרים, היינו: גם לו היה ממוקם המתקן בטבורה של עיר ולא במיקומו הנוכחי. אדם זקוק לחלון זמן מתאים כדי למלא את חייו בתוכן ממשי. שעות קצרות וקצובות אינן מספיקות לשם כך. ספירת הצהריים, המתווספת לספירות הנהוגות בבוקר ובערב - משמעותה כי עזיבתו של המסתנן את מרכז השהייה היא כמעט חסרת תוחלת. וכי מה יעשה המסתנן בשעות הספורות הנתונות לו לשהייה מחוץ למרכז? האופן שבו התווה המחוקק את דרישת ההתייצבות במרכז השהייה "הפתוח" הופך את המרכז, הלכה למעשה, למתקן הקרוב במהותו למתקן סגור. בכך, להשקפתי, נפגע חלק ממינימום החיים בכבוד שלו זכאי כל אדם, שהוא שמאפשר לאדם "לבחור את בחירותיו ולממש את חירויותיו" (ברק - הזכות החוקתית ובנותיה, כרך ב, בעמ' 598-601).

227. המדינה תטען, כי הוראותיו החדשות של פרק ד' לחוק מגדילות את פתיחותו של מרכז השהייה, באופן המאפשר לשוהים בו לצאת הימנו למשך מרבית שעות היממה, ובכך לצקת תוכן ממשי בחייהם, אף אם נדרשים הם לשוב ולהימצא בו במהלך שעות הלילה. על כך, חשוב לשוב ולציין כי הוראותיו החדשות של פרק ד' מאפשרות לשוהים במרכז לבקש פטור מחובת התייצבות לתקופה של עד 96 שעות (במקום 48 שעות בתיקון מס' 4), וזאת ללא כל צורך להטעים בקשה זו ב"טעמים מיוחדים". שינוי זה, בהצטרפותו לביטול חובת הנוכחות במהלך הצהריים והבוקר, מעיד על פתיחותו הרבה של מרכז השהייה ועל יכולתם של השוהים בו להמשיך ולפתח עצמם, אף אם אין הדבר זהה כמובן לניהול מהלך חייהם בעת שהותם במרכזי הערים.

228. התמונה הנגלית לנגד עינינו מקיבוצן של הוראות החוק החדש למניעת הסתננות מלמדת על הסדר חדש, שונה מקודמו, שהפגיעה שהוא מסב לזכויות השוהים במרכזו השתייה פחותה היא באופן משמעותי ביחס לפגיעה עליה עמד בית המשפט הנכבד בפסק דינו בעניין **גבריסלאסי**.

סעיף 332 - העברה למשמורת באישור יזום של בית הדין לביקורת משמורת

229. אחר כל זאת, המדינה תטען כי גם דין טענות העותרים ביחס לפגיעה בלתי חוקתית של סעיף 332 לחוק החדש בזכות לחירות ובזכות להליך הוגן, להידחות.

הוראת סעיף 332 - "הדור הבא" כניסוח העותרים - כלל אינה דומה למקבילתה בתיקון מס' 4. שני נדבכים עיקריים שונו בה: הראשון - קיצור תקופות ההעברה למשמורת באופן משמעותי ביחס לתיקון מס' 4; השני - והחשוב מכך - הכפפת סמכותו של ממונה ביקורת גבולות ליתן צו העברה למשמורת לאישורו של בית הדין לביקורת משמורת של מסתננים.

230. בניגוד לאופן הצגת הדברים בעתירה, המדינה תטען כי סעיף 332, בנוסחו החדש, מיישם את הסטנדרטיים החוקתיים עליהם עמד בית המשפט הנכבד בעניין **גבריסלאסי**, כאמור בפסק דינו של כבי השופט פוגלמן. המעיין בסעיפים 332(ז) ו-332(ח) ייווכח כי המחוקק הראשי קבע **מנגנון ביקורת שיפוטי יזום** על עצם סמכותו של ממונה ביקורות הגבולות ליתן צו העברה למשמורת.

בהתאם להסדר החדש שנקבע, כל מסתנן שהוצא בעניינו צו העברה למשמורת **יובא בפני בית הדין לביקורת משמורת, בהקדם האפשרי, ולא יאוחר מ-96 שעות, על-מנת שבית הדין יפעיל את ביקורת השיפוטית ויבחן האם לאשר את הצו, אם לאו.**

ככל שמצא בית הדין לאשר את הצו, יידרש בית הדין לביקורת לשאלת משך התקופה, ויהיה רשאי לשנותה.

231. בית המשפט הנכבד, בפסק-דינו של כבי השופט פוגלמן, עמד על כך ש"היבט מהותי וחשוב של הזכות להליך שיפוטי הוגן - יהא זה הליך פלילי, משמעותי או אזרחי - היא זכותו של כל אדם שהליך משפטי המתנהל בעניינו יוכרע בידי גורם אובייקטיבי הנהנה מעצמאות אישית ומוסדית" (פסקה 173 לפסק הדין). בהמשך פסק הדין, עמד כבי השופט פוגלמן על כך שהזכות להליך הוגן כוללת גם "ערבויות דיוניות" שמטרתן להבטיח כי ההליך יסתיים בתוצאה נכונה, תוך שמירת ההוגנות מנקדת מבטו של הנפגע (פסקה 174 לפסק הדין).

232. שני היבטים מרכזיים אלו מתקיימים בהליך החדש להעברת שוהה למשמורת. ונסביר.

233. ראשיתו של הליך ההעברה למשמורת מצוי לנו בסעיף 332(ו) המחייב את ממונה ביקורת הגבולות ליתן לשוהה "הזדמנות להשמיע את טענותיו לפניו", בטרם יקבל את החלטתו האם להוציא בעניינו צו העברה למשמורת. במקרה בו לא ניתן לאתר את השוהה, נקבע כי ממונה ביקורת גבולות רשאי ליתן צו העברה,

אולם זאת בכפוף לכך שתינתן שוהה "הזדמנות להשמיע את טענותיו בהקדם האפשרי ולא יאוחר מ-24 שעות לאחר העברתו למשמורת".

בהנחה שמצא ממונה ביקורת גבולות ליתן צו העברה, הרי שמדובר אך בתחילתו של ההליך המנהלי. בשלב זה, מדובר - הן להלכה והן למעשה - בצו "על-תנאי", הטעון את אישורה של ערכאה מעין-שיפוטית בדמות בית הדין לביקורת משמורת של מסתננים.

בית דין זה מחויב לבחון באופן ביקורתי ויזום, האם הוצאת צו ההעברה למשמורת נעשתה כדין והאם ממונה ביקורת גבולות פעל על יסוד אחת הסמכויות שהוקנו לו בסעיף 32כ. הוזה אומר, שכלול המשפטי של צו ההעברה למשמורת מסתיים רק לאחר ביקורתו העצמאית והיזומה של בית הדין לביקורת משמורת "הרשאי, בשים לב לעילות ולתקופות ההחזקה במשמורת הקבועות בסעיפים קטנים (א) עד (ד), ובשים לב לאמור בפסקאות (1) עד (3) שבסעיף 30א(ב), לאשר את הצו שנתן ממונה ביקורת הגבולות, בשינויים או בלא שינויים, או שלא לאשרו; אישר בית הדין את הצו, ייקבע כי עניינו של המסתנן יובא לפניו לבחינה נוספת, כאמור בסעיף 30ד(א)(1)".

234. יוצא אפוא כי שוהה במרכזו שהייה לא יועבר למשמורת מכוח צו העברה שהוציא תחת ידיו ממונה ביקורת גבולות, אלא אם ערכאה מעין-שיפוטית, המהווה גורם עצמאי מבחינה אישית ומוסדית, מצאה לאשרו - ואם מצאה לאשרו, רשאית היא לשנותו.

בהקשר זה, ובכל הקשור לעצמאותו ואי-תלותו של בית הדין לביקורת משמורת של מסתננים, יש לציין כי ערכאה זו כפופה להוראותיו המפורטות של חוק בתי דין מינהליים, התשנ"ב-1992 (להלן: חוק בתי דין מנהליים), כאמור בסעיף 4 ובפרט 22 לתוספת הראשונה לחוק זה.

סעיף 2 לחוק בתי הדין המנהליים מבחיר כי "בית דין מינהלי יוקם בחוק". חשוב מכך, סעיף 3 לחוק האמור קובע מפורשות את עצמאותו המוסדית ואת אי-תלותו של בית הדין, ובלשונו של המחוקק "בעניני שפיטה אין מרות על חבר בית דין זולת מרותו של הדין".

235. לשיטת המדינה, שינוי מפורש זה במבנה ההסמכה הסטטוטורי שבסופו משתכלל צו העברה למשמורת, מעניק מענה חוקתי מלא, ולמצער הולם, לפגמים עליהם עמד כב' השופט פוגלמן ביחס לעצמאותו המוסדית והאישית של הגורם המאשר את העברתו של שוהה במרכזו שהייה למשמורת.

236. כפי שנראה להלן, הוא הדין גם ביחס לערבויות הדיוניות המובטחות בניחול התליך בפני בית הדין לביקורת משמורת של מסתננים. בהקשר זה, המדינה תבקש לעמוד על עיקרי הוראות הדין והסמכויות המוקנות לבית הדין לביקורת משמורת, בבואו לבחון האם יש מקום לאשר את צו ההעברה שהוציא תחת ידיו ממונה ביקורת גבולות.

בראש וראשונה, יצוין כי סדרי הדין ודיני הראיות על-פיהם מתנהלים הדיונים בפני בית הדין לביקורת משמורת אינם קשיחים ונוקשים, במטרה לפשט את ההתדיינות ולעשותה צודקת. וכך קובעים סעיפים 20 ו-21 לחוק בתי הדין המנהליים, שעניינם "סדרי דין" ו"דיני ראיות":

20. בכל ענין של סדרי דין שאין לגביו הוראות בחוק זה או בחיקוק אחר, ינהג בית הדין בדרך הנראית לו טובה ביותר לעשיית צדק.

21. בית דין לא יהיה קשור בדיני הראיות, פרט לדינים בדבר ראיות חסויות לפי פרק ג' לפקודת הראיות [נוסח חדש], תשל"א-1971, וזאת בכפוף להוראות בחוק זה או בכל דין" [ההדגשות הוספו - הח"מ].

בהמשך, מבהיר סעיף 5 לחוק בתי דין מינהליים כי הדיון בפני בית הדין יהיה פומבי, וכי המתדיינים יהיו רשאים להיות מיוצגים על ידי עורכי דין, להביא את ראיותיהם, ואף לבקש כי בית הדין יורה על זימון עדים או הצגת מסמכים. וכך מורות אותנו הוראות 26-28 לחוק בתי דין מנהליים:

26"

(א) בעל דין זכאי להרצות את טענותיו בעל פה, להציג את ראיותיו בפני בית הדין ולסכם את טענותיו לאחר הבאת הראיות, בסדר ובדרך שבית הדין קבע, ככל שלא נקבעו בתקנות.

(ב) בית דין רשאי לקבוע כי טענות מסוימות או ראיות מסוימות יגיש בעל דין, בכתב, בתצהיר או בדרך אחרת שיקבע.

(ג) על פי בקשת כל בעלי הדין רשאי בית הדין לדון ולהחליט בערר על פי טענות וראיות שהוגשו בכתב בלבד.

27. בעל דין רשאי להיות מיוצג בפני בית הדין על ידי עורך דין או על ידי אדם אחר, אם אין אותו אדם עושה את הייצוג בפני בית הדין דרך עיסוק או בתמורה אף שלא דרך עיסוק.

28. (א) בית דין רשאי, ביוזמתו או לבקשת בעל דין -

(1) להזמין אדם לבוא ולהעיד או להציג מסמכים או מוצגים אחרים שברשותו;

(2) לכפות התייצבותו של אדם שלא ציית להזמנה ללא הצדק שהניח את דעת בית הדין". [ההדגשות הוספו - הח"מ].

237. על יסוד האמור לעיל, המדינה תטען כי הליך הביקורת העצמאי המתקיים בפני בית הדין לביקורת משמורת, בבואו לבחון האם לאשר צו משמורת (כאמור בסעיף 32כ(ח)), מעגן במסגרתו שורה ארוכה של ערבויות דיוניות, לטובת הבטחת הוגנות ההליך ויכולתו של המסתנן לשטוח את טענותיו ולשכנע בעמדתו גורם בלתי תלוי.

238. אשר למהירות הפעלת הביקורת השיפוטית האמורה, הרי שעליה להיעשות בהקדם האפשרי, ולא יאוחר מ-96 שעות לאחר שמצא ממונה ביקורות הגבולות ליתן צו העברה למשמורת.

239. עוד חשוב להדגיש, כי בשים לב להוראת סעיף 32כ(ח) סיפא בחוק החדש, המפנה לסעיף 30ד(א)(1), הרי שבית הדין לביקורת משמורת מחויב להידרש מחדש לעניינו של שוהה שהועבר למשמורת, אם וככל שמצא לאשר את צו העברה למשמורת.

כמו-כן, ובשים לב לאמור בסעיף 32כ(ט) בחוק החדש המפנה להוראות סעיפים 30ב-30, הרי שלפי סעיף 30 רשאי שוחה שהועבר למשמורת ליזום פניה לבית הדין לביקורת משמורת על מנת שזה יידרש לבחון את עניינו מחדש, לרבות בשים לב לקיומן של עילות להפסקת המשמורת כאמור בסעיפים 30א(ב)(1) - 30א(ב)(3).

240. לא למותר לציין, כי על החלטתו של בית הדין לביקורת משמורת של מסתננים נתונה זכות ערעור בפני בית המשפט לעניינים מינהליים.

241. בהיאסף כלל הסדריו החדשים של סעיף 32כ(ו)-32כ(ט), המדינה תטען כי מנגנון ההעברה למשמורת של שוחה במרכז השהייה אינו פוגע עוד בזכות להליך הוגן, ולמצער עסקינן בפגיעה פחותה מאוד בעוצמתה, ונזכור שגם זכות זו היא יחסית.

242. היבט נוסף המשליך על היות סעיף 32כ בנוסחו החדש מידתי וחוקתי, נסוב על קיצור משמעותי של תקופות ההעברה למשמורת, והעמדתן על תקופות מתונות הרבה יותר, כאשר הקצרה שבהן עומדת על עד 15 ימים והארוכה שבהן על תקופה של עד 120 ימים, במקרה בו שוחה נעדר ממרכז השהייה במשך 90 ימים (סעיף 32כ(ב)(4)(ג) לחוק החדש למניעת הסתננות).

243. המדינה תבקש להבהיר, כי סעיף 32כ לחוק החדש אינו עוסק בסנקציות עונשיות חלף ההליך הפלילי, כטענת העותרים, אלא עניינו במתן אמצעי אכיפה מינהליים להבטחת קיום תנאי השהייה במרכז השהייה. ברי, כי ללא הפעלתם של אמצעי אכיפה, על-פי נסיבות כל מקרה ומקרה, תישמט הקרקע תחת יכולת המדינה להתמודד עם הפרה חוזרת ונשנית של תנאי מרכז השהייה הפתוח.

הפרה רציפה של תנאי השהייה במרכז תסכל את יכולתו של מרכז השהייה להגשים שתיים מתכליותיו - מניעת השתקעותם והתבססותם של מסתננים שהסתננו לישראל באופן בלתי חוקי, וכן מניעת יכולתם לעבוד ולהשתכר במרכזי הערים; כמו-גם שינוי מערך התמריצים של מסתננים פוטנציאליים השוקלים להגיע לישראל. לשון אחרת - ביטולו של סעיף 32כ בכללותו יהפוך את מרכז השהייה הפתוח ל"מתקן התנדבותי". ברצותו - ישהה בו המסתנן; וברצותו - לא. תוצאה כאמור סותרת את תכלית החקיקה.

244. יתרה מכך; המדינה תטען, כי סעיף 32כ לחוק החדש תוחם באופן מפורש ומפורט את שיקול דעתו הראשוני של ממונה ביקורת גבולות בבואו לבחון מתן צו העברה למשמורת, וזאת עוד בטרם הובא הצו לאישורו השיפוטי של בית הדין לביקורת משמורת.

בניגוד לטענות העותרים, בחינת סעיפיו הקטנים של סעיף 32כ לחוק, על התקופות הקצרות שנקבעו בהוראות החוק החדש ביחס לקודמו, מלמדת כי הכנסת ביקשה ליצור מדרג מידתי ומאוזן של סמכויות אכיפה שיבטיחו את קיום תנאי השהייה במרכז מחד-גיסא; לצד תחילת הפגיעה בזכות לחירות הכרוכה בהעברה למשמורת לממדיה ההכרחיים בלבד, מאידך גיסא.

עוד יודגש, כי בצד תחימת סמכות ההעברה בהיבטים הנוגעים למשך המשמורת האפשרית, מצא המחוקק להציב גם סייגים מהותיים להשתכללות הסמכות - סייגים שבית הדין לביקורת משמורת מופקד, מכוח הוראת סעיף 32(ז)-32(ח) לחוק החדש לבחון את התקיימותם. ונדגים:

סעיף 32(א)(1) לחוק קובע מפורשות, כי רק הפרות שנעשו "באופן חוזר ונשנה", ללא קבלת אישור, בעניין איחור לרישום נוכחות יקימו את הסמכות להורות בצו על העברת המסתן למשמורת.

סעיף 23(א)(2), שעניינו בהפרת כללי ההתנהגות במרכז השהייה, אף מוסיף על התיבה "באופן חוזר ונשנה" ומורה כי סמכות ההעברה תקום רק מקום "שיש בו כדי לפגוע פגיעה של ממש בסדר במרכז".

245. בהקשר זה, המדינה תבקש להבהיר כי פרשנותה את הוראות סעיף 32 לחוק היא על דרך הצמצום, לשם הקטנת הפגיעה בזכות לחירות הכרוכה בהעברת שוהה ממרכז השהייה אל מתקן משמורת. וזאת עוד בשלב הראשוני, עת נשקלת ההחלטה האם לזום את הפעלת הסמכות שנתונה לממונה ביקורת גבולות, במנותק מן השאלה האם בית הדין לביקורת משמורת כלל ימצא לאשר הפעלת סמכות זו. כך, למשל, המדינה דבקה במתן פרשנות לתיבה "באופן חוזר ונשנה" בסעיף 32(א)(1) לחוק, ככזאת שאינה מסתפקת בהישנות נקודתית של ההפרה, אלא בהישנות משמעותית של הפרת תנאי ההתייצבות במרכז ורישום הנוכחות בו.

246. טרם חתימת הדיון בהקשר זה, יצוין כי כל החלטה של ממונה ביקורת גבולות ליתן הוראת שהייה מכוח סעיף 32 לחוק היא "החלטה" שנתונה לביקורתו השיפוטית של בית המשפט לעניינים מינהליים; וזאת מכוח סעיף 15(1) לחוק בתי המשפט לעניינים מינהליים, התש"ס-2000, בצירוף פרט 12(8) לתוספת הראשונה לחוק זה או הגשת ערר לבית הדין לעררים בהתאם לסעיף 13כב לחוק הכניסה לישראל וצו הכניסה לישראל (תיקון מס' 22) (תחילה והחלה בהדרגה), התשע"ד-2014, וזאת בהתאם לתחום השיפוט של קבלת ההחלטה על הוראת השהייה.

אשר לטענות העותרים כי ראוי היה שהחלטה על הוצאת הוראת שהייה תהא בסמכות ערכאה שיפוטית בלבד, המדינה תבקש לדחות טענה זו, בין היתר, לנוכח אופיו הפתוח של מרכז השהייה, כמו-גם לאור המעמסה שדרישה כאמור היתה עתידה להטיל על מערכת בתי המשפט (ראו והשוו פסקה 176 לפסק דינו של השופט פוגלמן בעניין גבריסלאסי).

247. **סיכום ביניים:** בהישען על מתודולוגיית הבחינה החוקתית שנסקרה לעיל; ובהינתן השינויים המשמעותיים שהוכנסו במסגרת הוראותיו החדשות של פרק ד'; המדינה טוען כי הפגיעות החוקתיות עליהן עמד בית המשפט הנכבד במסגרת תיקון מס' 4 צומצמו באופן מהותי, ובהיבטים מסוימים הנוגעים לזכות להליך הוגן אף הופחתו לחלוטין.

248. אל מול כף הפגיעה הנטענת בזכויות, שכאמור הופחתה עד מאוד במסגרת הוראותיו החדשות של פרק ד', עומדת התועלת החברתית הבולטת בהקמתו ובהפעלתו של מרכז השהייה הפתוח - הן לשם מניעת השתקעותה והתבססותה של אוכלוסיית המסתגנים במרכזי הערים, לרבות יכולתם לעבוד ולהשתכר

בערים; הן לשם צמצום המוטיבציה הכלכלית של מסתננים פוטנציאליים השוקלים לבוא לישראל, על מנת להשתקע בערים.

בפרקים הקודמים עמדנו על מכלול התופעות הקשות הנלוות לכניסתה הבלתי חוקית והבלתי מוסדרת של אוכלוסייה, המונה עשרות אלפי בני אדם, ואשר מתרכזת במוקדים עירוניים ספציפיים. נפנה בהקשר זה לדבריו של כבוד השופט פוגלמן בעניין **אדם** (פסקה 30 לפסק דינו):

"לצד התועלת במישור בלימת תופעת ההסתננות, יש לשים על כף המאזניים את התועלות הנוספות מהתיקון שעניינו התמודדות עם השלכות התופעה. כפי שציינה חברתי, לתופעת ההגירה הבלתי מוסדרת ממדינות אפריקה במימדי השנים האחרונות היו השלכות רחבות על אזורים מסוימים בישראל במגוון תחומים. שהייתם בישראל של עשרות אלפי מהגרים שהפרוטה אינה בכיסם, במעמד ארעי ובלתי מוסדר, המתרכזים – משלא הסדירו הרשויות מסגרות אחרות לשיכונם – בשכונות מסוימות שלא היו שכונות מבוססות מלכתחילה – מציבה אתגרים רבים לפתח הרשויות ולפתחם של התושבים המקומיים. האינטרס הציבורי בהתמודדות עם תופעה זו הוא אינטרס חשוב. עבור תושבי דרום תל אביב הוא אינטרס חיוני". [ההדגשה הוספה - הח"מ]

וראו גם דבריו של כבוד השופט הנדל, בפסקה 2 לפסק דינו בעניין **אדם**:

"בשנים האחרונות, עשרות אלפי מהגרים ניצלו פרצות בגבול על מנת להסתגן לשטח ישראל באופן בלתי-חוקי. זרם המסתננים איים להפוך לשיטפון. תופעת ההסתננות הביאה עימה תוצאות קשות במגוון תחומים: הידרדרות ביטחון הפנים ותחושת הביטחון האישי באזורים שונים; פגיעה ברמות השכר והתעסוקה של עובדים רבים; גידול בהוצאות תקציביות בגין שירותי רפואה, רווחה וחינוך; והתפתחות שווקים בלתי-מפוקחים. בית משפט זה - בתוך עמו הוא יושב: נדמה כי הנפגעים העיקריים, גם אם לא הבלעדיים, מן ההגירה הבלתי-חוקית המאסיבית והפתאומית הם בני השכבות הסוציו-אקונומיות החלשות יותר. חופש העיסוק, היכולת להשתכר שכר הוגן, שלום הציבור במובן הרחב ותחושת שלום הציבור - כל אלו ספגו פגיעה קשה" [ההדגשה הוספה - הח"מ].

249. ישאל השואל ויקשה - כלום יש בתפוסה הנוכחית של מרכז השהייה כדי ליתן מענה למכלול הבעיות הנלוות להשתקעותם של אלפי המסתננים בישראל? המדינה תבקש לטעון כי על שאלה זו יש להשיב בחיוב, בפרט בנקודת הזמן הנוכחית. בהקשר זה, המדינה תבקש להפנות לדיון שנערך במסגרת התקיימותו של מבחן המשנה הראשון, ולהדגיש בתמצית כי עסקינן במרכז שהייה העתיד לקלוט בשלב זה עד 3,360 שוהים, וכי ההחלטה בדבר הרחבתו - לא כל שכן הקמת מרכזים נוספים - תישקל בשים לב למציאות המתפתחת ולנסיבות המשתנות.

250. בנוסף, וכפי שזכר לעיל, מתן הוראות השהייה למסתננים השוהים במרכזי הערים נעשה על-פי קריטריונים ברורים שפורסמו באתר רשות האוכלוסין וההגירה, הנבחנים במסגרת שימוע מסודר; כאשר כל החלטה כאמור נתונה לביקורתו האפקטיבית של בית המשפט לעניינים מינהליים, או של בית הדין לעררים, כאמור לעיל.

251. לאור כל האמור לעיל, ובהעמידנו את עוצמת הפגיעה הפחותה בזכות לחירות של השוהים המצויים במרכז השהייה ואת ההגבלה המתונה יותר על הזכות לאוטונומיה, אל מול התועלת החברתית העצומה הגלומה במניעת המשך השתקעותה והתבססותה של אוכלוסיית המסתננים בישראל על כל ההשלכות הכרוכות בכך על אזרחי מדינת ישראל ותושביה, כמו גם על אינטרסים ציבוריים חשובים; בהינתן חשיבותו של פרק ד' לחוק החדש כחסם נורמטיבי בפני מסתננים פוטנציאליים; ובהינתן הצורך להמשיך ולבחון את הרחבת השימוש במרכז השהייה הפתוח - המדינה תטען כי פרק ד' לחוק החדש למניעת הסתננות צולח אף את מבחן המידתיות השלישי. אשר על כן, המדינה תטען כי לא עלה בידי העותרים להוכיח עילה להתערבות בית המשפט הנכבד בהוראות פרק ד' לחוק החדש למניעת הסתננות.

252. עוד תטען המדינה, כי למחוקק שמור מרחב תמרון חקיקתי רחב בנוגע לאופן התמודדותה עם שאלות מתחום מדיניות ההגירה, כגון זו שלפנינו, והדבר נכון בפרט עת עוסקים אנו בחקיקה המבקשת בפעם השנייה להעניק לידי הממשלה את האמצעים המשפטיים להקמתו של מרכז שהייה, כאמצעי להתמודדות עם השתקעותם של אלפי מסתננים בישראל ועם רצונה למנוע את הישנותה והתעצמותה של תופעה זו בשנית.

ט. הערות אחרונות - פרשנות מקיימת, כלל העיפרון הכחול ומענה לטענות המנהליות

253. טרם נעילה, ולשם שלמות התמונה, המדינה תבקש לטעון כי העתירה שלפנינו שבה ומציבה את בית המשפט הנכבד אל מול צווים גורפים המבקשים להביא לביטולו הכולל של פרק ד' לחוק החדש למניעת הסתננות.

הלכה למעשה, המבוקש בצווים האמורים הוא חיוב הממשלה והכנסת לזנוח את מדיניות התמודדותן עם תופעת ההסתננות שפקדה את ישראל בשנים האחרונות, על מכלול השלכותיה והשפעותיה על החברה והמשק הישראלי.

העותרים מבקשים בעתירתם כי חלף מדיניותה הנוכחית של הממשלה, שעוגנה בחקיקה ראשית של הכנסת, תבוא מדיניות הגירה חלופית ושונה. מדיניות של הכלה וקליטה של כל עשרות אלפי המסתננים שנכנסו לישראל, דרך גבולה הדרומי, ובניגוד לדין.

254. בטיעוניה עד כה, טענה המדינה כי יש לדחות את הטענה כי הוראות פרק ד' לחוק החדש למניעת הסתננות אינן חוקתיות. אפילו ימצא בית המשפט הנכבד לדחות חלק מטיעונים אלו, מן הראוי במישור הסעד לעמוד על שלוש נקודות.

255. ראשית, המדינה תבקש לשוב ולהזכיר מושכלות יסוד במשפטנו החוקתי, לפיהן מקום בו ניתן להימנע מביטול חוק שחוקקה הכנסת, על דרך פרשנותו המקיימת, הרי שכך ראוי לעשות (בהקשר זה ראו למשל: פסקה 52 לפסק-דינו של הנשיא (בדימוס) גרוניס בעניין גבריסלאסי; פסקה 13 לפסק-דינו של השופט הנדל בעניין גבריסלאסי; ע"פ 6659/06 פלוני נ' מדינת ישראל (פורסם בנבו, 11.6.08), פסקה 7; בג"ץ 4562/92 זנדברג נ' רשות השידור, פ"ד (2) 793, 812 (1996)).

256. **שנית**, אפילו ימצא בית המשפט הנכבד כי קיימים פגמים בחלק מהוראותיו של פרק ד' לחוק החדש; ואפילו לא ימצא שניתן לפרשן באורח סביר על מנת להימנע מהכרזה על בטלותן; אזי המדינה תטען, כי אין לקבל את קו הטיעון שדבקים בו העותרים ולפיו דין פרק ד' כולו להתבטל.

כך, למשל, העותרים אינם עורכים כל הבחנה בין סעיפיו השונים של סעיף 32כ, הקובע תקופות שונות להעברה למשמורת בכל אחד מסעיפי המשנה של הסעיף. לעמדתם, שקולה השמה במשמורת למשך 15 ימים למצב בו מושם אדם במשמורת של 120 ימים. דין מהלך זה של העותרים להידחות. עומד על כך פרופ' אהרן ברק, בספרו **פרשנות במשפט**, כרך ג', 735 (1994):

"נורמה הקבועה בדבר חקיקה, הפוגעת שלא כדין בזכות אדם מוגנת, מתבטלת עם הכרזת הבטלות. אם דבר החקיקה מעגן אך את הנורמה המתבטלת, כי אז ההכרזה על בטלותה של הנורמה הפוגעת גוררת אחריה ממילא הכרזה על בטלותו של דבר החקיקה כולו. לעיתים קרובות, אלה אינם פני הדברים. הנורמה ה"נגועה" היא רק אחת מכמה גורמות הקבועות באותו דבר חקיקה, שאינן "נגועות" לכשעצמן בפגיעה שלא כדין בזכות אדם חוקתית. בטלותה של הנורמה הנגועה אינה גוררת אחריה את בטלותן של הנורמות "הבריאות", והן ממשיכות "לחיות". אכן, במצב דברים זה, השופט מפריד בין החלק הנורמטיבי הבטל לבין החלק הנורמטיבי התקף. זהו עקרון הפרדה או החלוקה הנוהג בענפי משפט שונים, לרבות המשפט החוקתי. מטרתו של עיקרון זה לשמור על דבר החקיקה של המחוקק ככל האפשר, ולהפחית את ההתערבות בו במידה המעטה האפשרית המתיישבת עם הצורך להגן על זכויות אדם. כך למשל, ביטולה של עבירה אחת בחוק עונשין רחב-היקף, מפאת היותה נוגדת זכות אדם חוקתית, אינה גוררת אחריה את ביטולו של חוק העונשין כולו. שאר ההוראות, שאינן פוגעות שלא כדין בזכות אדם חוקתית, ממשיכות לעמוד בתוקפן" [ההדגשה הוספה - הח"מ].

וראו גם בג"ץ 9098/01 ילנה גניס נ' משרד הבינוי והשיכון, נט (4) 241, פסי' 34 לפסק דינו של הנשיא ברק:

"חבריי לא יכפרו בוודאי בעקרון העיפרון הכחול, הוא עקרון הפרדה וההבדלה בין חלקו הפסול והחולה של חוק - לביטולו - לבין חלקו התקף והבריא של אותו חוק... מדוע אפוא לא נחיל עיקרון זה על ענייננו אף-הוא? אכן, המקרים נבדלים זה מזה. עקרון העיפרון הכחול (הרגיל) מניח אפשרות פיזית להקיף בקו (של "עיפרון כחול") את חלקו הפגום של החוק (או של החוזה) ולגזור אותו מגופו של הטקסט... לא כן הוא בענייננו, שסוגי הזכאים אינם מנויים בחוק בזה-אחר-זה, בשורה עורפית, אלא נכללים הם בחוק בהיעלם אחד. ואולם, כשאני לעצמי, אינני רואה כל קסם ביכולת ה"פיזית" לגזור חלקים מן החוק ולהשליכם אל הפח למען יחיה חלקו האחר של החוק. אין מניעה לדעתי לפרש את סעיף 20 כמו מנויים בו, בשורה עורפית, כל סוגי הזכאים שדיברנו בהם, ולאחר בחינה מקרוב נגזור ונרחיק את החולה ונותיר את הבריא על-כנו. ניתן אף לראות את הזכאים כמנויים בחוק זה-על-גבי-זה, ואנו נקלוף את החוק כקלוף גלדי הבצל: גלדים בריאים נותרו וגלדים חולים נשלח לאשפה. הגזירה לא תהא אנכית - כגזירת העיפרון הכחול - אלא אופקית, כקלוף הבצל... נראה לי, כי את כוח העמידה והקוהרנציה של המותר-המותר יש לבדוק לא רק מבחינת המבנה ה"תחבירי" של נוסח החוק, אלא גם - ובעיקר - מבחינת התוכן המהותי שבו. ואם חוק-העזר של איזו שהיא קורפורציה ציבורית מנסה להחיל עצמו על שני סוגי אנשים, ונמצא פסול לגבי אחד מהם, עדיין יוכר ככשר לגבי הסוג האחר - אף אם יחיל צורך למחוק או להוסיף כמה מלים - אלא אם-כן שני הסוגים כל-כך דבקים זה בזה, עד שאי-אפשר להפריד ביניהם. אכן, הבחינה ראוי לה שתהא בחינה מהותית ולא אך צורנית..." [ההדגשה הוספה - הח"מ].

257. **שלישית**, ואשר לטענות העותרים המסבות עצמן על שגרת החיים במרכז השהייה "חולות", המדינה תטען כי רבות מן הטענות מעוגנות - הן להלכה, הן למעשה - **במישור הדין המנהלי**, ולא בזה החוקתי (עמ' 43-57 לעתירה). אף שאין חולק כי הדין בשאלת שגרת החיים במרכז השהייה "חולות" טומנת בחובה הידרשות לשאלות מתחום המשפט המינהלי, לצד שאלות מתחום המשפט החוקתי, המדינה סבורה כי על הביקורת השיפוטית להיות ערה להבחנה זו, ולגזור לאורה את עילות ההתערבות והיקפן.

כך, לדוגמה, העותרים מעלים טענות שונות ביחס לשיעור "דמי הכיס" המוענקים לשהים במרכז השהייה, כמו-גם ביחס לשיעור התמורה המשולמת לשהים שעובדים במרכז השהייה. עם זאת, יושם אל לב, כי שיעורם של אלו נקבע במסגרת חקיקת משנה, שאינה עומדת לבחינת בית המשפט הנכבד (ראו, למשל: תקנות למניעת הסתננות (עבירות שיפוט) (מתן דמי כיס והטבה אחרת והתנאים לשלילתם) (הוראת שעה), תשע"ה-2015). יתרה מכך - אפילו התקנות היו נתקפות במסגרת העתירה החוקתית שלפנינו, ואפילו היה עולה בידי העותרים להוכיח כי יש מקום להתערבות בית המשפט הנכבד, אזי הסעד במקרה זה היה תחום במישור הבחינה המינהלי ביחס לקבוע בתקנות, מבלי שיהיה צורך במתן צו שיפוטי המתערב במסגרת חקיקתה הראשית של הכנסת. הריסון השיפוטי שגוזר על עצמו בית המשפט הנכבד בהפעילו את ביקורתו החוקתית על חוקים תומך בכך. עקרון הפרדת הרשויות וכיבוד מעמדה הרם של הכנסת אף הם תומכים בכך.

והוא הדין ביחס לטענות העותרים בנוגע לכללי השהייה שנקבעו על ידי מנהל המרכז, בהתאם לסעיף 32(א) לחוק, במסגרת תיקון מס' 4; כמו-גם ביחס לטענותיהם אודות המזון המוגש במרכז השהייה ואודות פעילות הפנאי והתרבות המסופקות בו.

258. כפי שהמדינה הדגישה כמפורט לעיל, הפעלתו של מרכז השהייה במישור המינהלי חייבת להיעשות לאור החובה הסטוטורית שהטיל המחוקק על הרשות המינהלית, להעניק **תנאי מחייה הולמים** לשהים במרכז, לרבות שירותי בריאות ורווחה. תנאי מחייה הולמים אינם מתמצים כמובן בהבטחת תנאי הישרדותם הפיסיים של השהים, אלא בהבטחת תנאים שיהא בהם כדי לשמור על כבודו של השוהה במרכז. ואכן, כפי שתואר בהרחבה לעיל, במסגרת הסקירה האמפירית על מרכז השהייה, ראינו כי המדינה ממלאה אחר חובתה זו.

כאמור לעיל, ככל שהעותרים סבורים כי חובה זו אינה מיושמת כדבעי, פתוחה בפניהם הדרך להגיש עתירה נפרדת לבית המשפט הנכבד, ובמסגרתה לשטוח את טענותיהם, על יסוד תשתית עובדתית קונקרטית. עקרון הפרדת הרשויות ומעמדה הרם של הכנסת מחייבים להיות ערים להבחנה בין בחינת חוקתיות הוראות פרק ד' לחוק החדש, לבין שאלת אופן הפעלתו של החוק בחיי המעשה.

עמד על כך כבי' השופט פוגלמן בפסקה 106 לפסק-דינו בעניין **גבריסלאסי** :

"העדרם של דגשים מפורטים בחקיקה הראשית ביחס לדרך הפעלת מרכז השהייה מותר לרשות המבצעת, המנהלת את המרכז הלכה למעשה, שיקול דעת נרחב באשר לאופן ניהולו. איני מבקש להכריע במשמעויות הנודעות לעובדה זו. החשוב לענייננו הוא כי דרך הפעלת שיקול הדעת המינהלי - היינו: האופן שבו יישמה ומיישמת הרשות המינהלית את החוק ומנהלת את מרכז "חולות" - תורגת מהשאלה החוקתית שעומדת להכרעתנו בעתירה זו (הגם שמובן כי כל טענות העותרים בעניין זה שמורות להם בהליכים המינהליים מתאימים)."

259. משאלו פני הדברים, המדינה תטען כי טענותיהם הכלליות של העותרים ביחס לשגרת החיים במרכז השהייה חורגות ממסגרת הדיון החוקתית מושא העתירה שלפנינו, ועליהן להיות מועלות במסגרת עתירות קונקרטיות נפרדות. מטבע הדברים, טענות הצדדים בעניין זה שמורות להם.

י. סיכום

260. סוף דבר בראשיתו - החוק החדש למניעת הסתננות מצוי בלב הפרודוגטיבה המוקנית לכנסת ולממשלה בבואן לעצב את מדיניות ההגירה של מדינת ישראל ואת אופן התמודדותה עם תופעת ההסתננות.

261. אין חולק כי היקף תופעת ההסתננות מיבשת אפריקה לשטח מדינת ישראל הגיע למימדים חסרי תקדים. תופעה זו הציבה אתגר ייחודי ומורכב בפני קובעי המדיניות במדינת ישראל, וזאת נוכח מיקומה הגיאוגרפי של ישראל; מצבה הגיאופוליטי ויחסיה המורכבים עם שכנותיה. לכך יש להוסיף גם את הפוטנציאל העצום הטמון בכך שמדינת ישראל מהווה יעד אטרקטיבי עבור מאות אלפים מיבשת אפריקה התרים אחר הזדמנות בעולם המערבי לשיפור רמת חייהם.

262. במרכז המדיניות שנקבעה על ידי הממשלה והכנסת, עומד העיקרון המנחה לפיו אין ביכולתה של המדינה להשלים עם מציאות שבה עשרות אלפי נתינים זרים, שהסתננו לשטחה של מדינת ישראל באופן בלתי חוקי, מבקשים להשתקע במרכזי הערים בישראל. הכלה של מציאות זו, בדרך של הענקת רישיונות עבודה או ישיבה בישראל, אינה עולה בקנה אחד עם מדיניותה של הממשלה, נוכח השלכותיה חסרות התקדים על המשק, הכלכלה והחברה.

עניינו של החוק החדש למניעת הסתננות הוא במתן כלים בידי הממשלה, להגשים את מדיניותה, תוך כיבוד מחויבותה לחוקי היסוד, ובשים לב לקביעות בית המשפט הנכבד בפרשות אדם וגבריסלאסי. המדינה תטען, כי החוק החדש למניעת הסתננות, כולל שינויים משמעותיים בהיקפם ובמהותם ביחס לתיקון מס' 4. חוק זה - על האיזונים המורכבים שנקבעו בו בין ריבונותה של המדינה וזכותה לעצב את מדיניות ההגירה שלה, לבין מחויבותה לשמירה על זכויות אדם - צולח את פסקת ההגבלה, נועד לתכלית ראויה, ועומד במבחני המידתיות הקבועים בה.

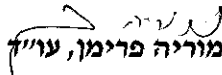
263. אשר על כן, המדינה תטען כי דין העתירה להידחות.

264. כתב תשובה זה נתמך, לפי העניין, בתצהיריהם של מר יוסי אדלשטיין, ראש מנהל אכיפה וזרים ברשות האוכלוסין וההגירה; מר שלום יעקב, מנהל מרכז שהייה למסתננים "חולות"; גב' אורלי גיל, ציר באגף אפריקה במשרד החוץ; סא"ל אהוד צור, קצין מבצעים בפיקוד דרום בצה"ל; ד"ר דור מיכאל, יועץ המשרד במשרד הבריאות; וכן מר עמיחי לוי, ממונה תחבורה ציבורית במחוז הדרום במשרד התחבורה.

היום, ז' בשבט תשע"ה
27 בינואר 2015



נועם מולה, עו"ד
עוזר לפרקליט המדינה



מוריה פרימן, עו"ד
סגנית בפרקליטות
המדינה



רון זוהר, עו"ד
סגן בפרקליטות המדינה



יופי גבסין, עו"ד
מנהלת תחום בכירה
(עניינים מינהליים)
בפרקליטות המדינה