

א. בעבודה זו אדון על טענת עמותת "לב אחר" על חוקיות תיקון מס' 4 לחוק למניעת הסתננות¹ (להלן החוק). ראשית נראה כי בפס"ד מזרחי² פסק ביהמ"ש העליון ברוב דעות כי לכנסת סמכות מכוונת, הסמכות לכוון חוקה ולהגביל את עצמה, מתוקף כך היא רשאית לחוקק ח"י. ח"י נמצאים במעמד נורמטיבי עליון, חלקם כוללים הוראות המשריינות את מעמדם. ח"י כבוד האדם וחירותו³ (להלן ח"י) הוא בעל עליונות נורמטיבית הנובעת משריון מהותי, מס' 8 שדן בפס' ההגבלה. ברק בפס"ד מזרחי בחר במבחן הזיהוי הצורני לפיו כותרתו של החוק קובעת את מעמדו כח"י. ישנם שני סוגי סתירות לח"י- פגיעה ושינוי. כל פגיעה בח"י חייבת להיעשות בהתאם לתנאים המהותיים הקבועים בפס' ההגבלה, פגיעה משמעה הגבלה נקודתית על הזכות והיקפה. כל שינוי וביטול לחוק ח"י או הוראה בח"י צריך להיעשות ע"י ח"י, שינוי משמעו הרחבה או צמצום של הנאמר בחוק. כפי שנראה אין החוק נהנה משמירת הדינים ע"פ ס' 10 לח"י שכן נקבע שכל תיקון לחוק ישן פותח את החוק לביקורת חוקתית. תיקון מס' 4 לחוק עוסק בשני עניינים מרכזיים, האחד ס' 30א העוסק בהשמת מסתננים חדשים במשמרות, והשני פרק ד' העוסק במרכזו השהייה. ראשית, נתחיל עם בחינת חוקיותו של ס' 30א(ג), העותרים יטענו ע"פ השופטת ארבל בבגץ אדם⁴ (להלן בגץ אדם) כי נפגעה הזכות לחירות האדם כפי שמנויה בסעיף 5 בח"י זה, עקב כך שתיקון מס' 4 מאפשר להחזיק במשמורת עד שנה מסתנן שנכנס לישראל לאחר תחילתו של החוק. כעת אבחן האם הפגיעה בזכות היסוד היא כדין ומקיימת את דרישותיה של פס' ההגבלה, כפי שנראה בפס"ד מזרחי אשר קבע את שלבי הבחינה החוקתית שנחלקת לארבעה מבחנים מצטברים לבחינת חוקיותה של נורמה הפוגעת בזכות אדם המוגנת בחוק. המבחן הראשון מתקיים, תיקון זה נעשה ע"י חקיקה בכנסת ישראל. העותרים יטענו כי המבחן השני לא מתקיים, החוק איננו הולם את הערכים הדמוקרטיים עקב שלילת חירותם של המסתננים בעצם השמתם המידית בבית-הסוהר, והרי כל אדם באשר הוא זכאי לחירות ע"פ ס' 5 לח"י, חוק זה לא הולם משטר חוקתי המתיימר להגן על זכויות אדם. מנגד תטען המדינה כי החוק הולם את ערכיה של מדינת ישראל כדמוקרטיה ויהודית לאור ההגיון העומד מאחורי החקיקה. עניין זה נסמך על עיקרון ריבונותה הפנימית של המדינה ועיקרון שלטון החוק, כל אלו הם מעקרונות היסוד של מדינתנו כיהודית ודמוקרטית. המבחן השלישי-המדינה גורסת כי תכליותיו של חוק זה הם ראויות⁵, הינם במניעת השתקעותם של מסתננים חדשים בישראל ובמרכזי עריה, בהתמודדות המדינה עם השלכותיה הרחבות של תופעת הסתננות. כמו כן להשפיע על התנהגותם ורצונם של מסתננים פוטנציאליים וביטול התמריץ

¹ חוק למניעת הסתננות (עבירות ושיפוט), תשי"ד-1954

² ע"א 6821/93 בנק המזרחי נ' מגדל, פ"ד מט(4) 221 (1995).

³ חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו, התשנ"ב-1992

⁴ בג"ץ 7146/12 אדם נ' הכנסת (16.9.13). ע"מ: 72.

⁵ הצעת חוק למניעת הסתננות (עבירות ושיפוט) (תיקון מס' 4 והוראת שעה), התשע"ד-2013, ע"מ: 122.

בכניסתם למדינה. אלו נועדו במטרה לצמצם את השפעותיה השליליות של תופעת ההסתננות רחבת ההיקף שידעה ארצנו בשנים האחרונות. השפעות אלו באות לידי ביטוי בפגיעה בשוק העבודה ע"י כך שרוב המסתננים באים הנה על רקע כלכלי והינם "מהגרי עבודה"⁶, המחפשים אפשרויות תעסוקה במדינה מערבית. ע"פ אמנת הפליטים שמדינת ישראל חתומה עליה, ברגע שפליט עבר במדינה אחרת, כדוגמת מצרים או במדינות אחרות בדרך לישראל, איננו מוגדר יותר כפליט עקב העובדה שהייתה לו אפשרות לבקש מקלט במדינות אלו. אך מסתננים אלו בחרו בכל זאת להמשיך ולהגיע לישראל מטעמים כלכליים. (פוגלמן, בגץ אדם, ע"מ 83). המסתננים תופסים את מקומות העבודה של אזרחי ישראל ומבריחים את הכסף שמרוויחים ובכך זהו הון שחור אשר לא מושקע במדינה. כמו כן ישנה פגיעה במרקם חייהם של אזרחי ישראל(ארבל, בגץ אדם, ע"מ 72) ובפרט תושבי דרום תל אביב וסביבתם אשר רמת חייהם ירידה באופן משמעותי עקב התגברות הפשיעה מצד המסתננים, זה יוצר חשש ופחד בקרב האזרחים המתגוררים במקומות אלו.⁷ כמו כן זה מתבטא בפגיעה בתקציב המדינה שבאה לידי ביטוי בהשקעת משאבים של מערכות הבריאות והרווחה במסתננים לא חוקיים. מנגד יטענו העותרים שמטרת החוק היא אינה להעניש אותם על היותם מסתננים כיוון שלמטרה זו קיים ההליך הפלילי. מטרתו העיקרית הוא הרתעת מסתננים פוטנציאלים ולמנוע השלכות שליליות שיתכן ולפרט עצמו אין כל קשר אליהן. אין הוא יכול להפסיק את פעילותו העוינת כלפי מדינת ישראל, לציית להוראת ביהמ"ש ע"מ להשתחרר מהמשמורת. המסתנן משמש אמצעי בידי המדינה להשגת מטרותיה. תכלית ההרתעה מהווה קושי אמיתי ופגיעה קשה בחירותו והיא אינה מוצדקת גם אם היא נעשית במשך שנה בלבד. זאת ועוד כאשר הליך זה מבוצע במסגרת הליך מנהלי ובידי רשות מנהלית(ארבל, בגץ אדם, ע"מ 70). בנוסף אין מבחינים בין מהגרי עבודה לבין מבקשי מקלט. עניין זה הופך את תכליות אלו לבלתי ראויות אף מעבר לכך, מכיוון שהחוק יחול ללא אבחנה על מבקשי מקלט, הם אינם מסתננים ויש להבהיר כך בחוק⁸. המבחן הרביעי הינו מבחן המידתיות אשר נחלק לשלושה מבחני משנה. מבחן הקשר הרציונלי- העותרים יטענו כי ככל שמדובר במבקשי מקלט אשר נשקפת להם סכנה בארץ מוצאם, ספק אם יורתעו מהידיעה כי יושמו במשמורת לאחר כניסתם לישראל למשך שנה. מנגד המדינה תטען כי ככל שמדובר במהגרי עבודה, התמריץ הכלכלי להיכנס לישראל שלא כדין פוחת כאשר עם הכניסה לישראל מוגבלת חירותם בדרך של השמתם במשמורת. (פוגלמן, בגץ אדם, ע"מ 90). המבחן שאמצעי פגיעתו פחותה- העותרים יטענו כי מימדי הכניסה לארץ מאז בוטל החוק הצטמצמו לכך שהסתננו ארצה רק 4 אנשים, משמע לא ניתן להיכנס למדינה. לא יהיה נכון להטיל מגבלות ענישה והרתעה שכזו על קבוצה שתיכנס

⁶ פרוטוקול מס' 140 (26.11.13) ועדת הפנים והגנת הסביבה, גדעון סער, ע"מ: 87

⁷ ראה הי"ש מס' 5 לעיל, עובד חוגי, ע"מ: 65

⁸ ראה הי"ש מס' 6 לעיל, נציבות האום, ע"מ: 28

עתה לארץ, מכיוון שהמטרה הושגה באמצעות בניית הגדר. בנוסף לכך הטיפול צריך להיות בכך שהמדינה תאתר ארצות אליהם ניתן יהיה לשלחם ותיתן להם פיצוי כספי ע"מ לעודד את אי השתקעותם. אלו הם אמצעים שפגיעתם תהיה פחותה יותר ביחס לכליאת המסתננים על כל המשתמע מכך⁹. מנגד תטען המדינה כי הגדר לבדה לא תמלא את תכליותיו של החוק. לא ניתן להתמודד עם הסתננות בתמריצים בלבד, מכיוון שאנו חשופים לסכנה קבועה של הסתננות ואת זה יש לעצור באמצעות חוק זה¹⁰. ובנוסף תטען המדינה כי גם אם התיקון לחוק מניעת הסתננות אינו חוקתי, עדיין תוכל המדינה להחזיק במסתנן מכוח חוק הכניסה לישראל במשמורת למשך 60 יום. מכאן שהשאלה החוקתית היא לא אם ניתן להחזיק מסתננים במשמורת אלא האם פרק הזמן של שנה הוא חוקתי. ביחס למדינות אחרות ניתן לראות כי השמת מסתנן במשמורת למשך שנה היא תקופה סבירה, אך אין במבט המשווה כדי לתחום בהכרח את שיקול דעתו של המחוקק לזמן השמת המסתנן במשמורת. לכל מדינה יש את נסיבותיה המיוחדות המשפיעות על החלטתה. (הנדל, בגץ אדם, ע"מ 122). המבחן השלישי הינו מבחן המידתיות במובן הצר, העותרים יטענו כי כליאת המסתננים ושלילת חירותם הינה פגיעה אנושה ולא מידתית בזכויותיהם. בהתחשב ביעילות הגדר לא ניתן לומר כי התועלת המושגת מהשמתם במשמורת גדולה מהפגיעה הקשה בזכויותיהם. ואם ובמקרה והמסתננים ימשיכו לנהור למדינתנו על אף כל האמצעים והמדינה תהיה תחת חשש לפגיעה אנושה באינטרסים שלה רק אז ניתן יהיה לומר כי התועלת משתווה לנזק. (ארבל, בגץ אדם, ע"מ 69) מנגד תטען המדינה כי התועלת שתצמח לאזרחי מדינת ישראל בהתמודדות עם ההשלכות על כלל תחומי חייהם בין אם בביטחון ובין אם בכלכלה תוך כדי שמירת צביונה היהודי, יש בכך איזון ראוי בין הנזק הנגרם למסתננים וזאת כיוון שהחוק מסדיר מקרים שבעקבותיהם ניתן לשחרר מסתנן ממשמורת¹¹. כעת אבחן את חוקיותם של סעיפים 32ד(א), 32ה(א), 32ו(א), 32ז(א), 32ח(א), 32ט(א), שהינם חלקים עיקריים בפרק ד' לחוק ועוסקים במרכזו השהייה העותרים יטענו כי נפגעת הזכות לחירות והנגזרת ממנה חופש התנועה, מפני שהעבודה שהמרכז שהייה אשר מוגדר פתוח איננו עונה על הגדרה זו בפועל, והרי לכל אדם בישראל קיימת זכות יסוד להתנועע בחופשיות במדינה. (ארבל, בגץ אדם ע"מ 49). מנגד תטען המדינה כי לא נפגעת חירותם וחופש תנועתם מכיוון שלמסתנן אין זכות קנויה לחופש התנועה בתחומי המדינה וזאת על רקע זכותה של המדינה לקבוע אילו זרים יכנסו לתחומה כחלק מעיקרון הריבונות הפנימית. (ארבל, בגץ אדם, ע"מ 49). כעת נבחן האם הפגיעה היא כדין ועומדת בדרישותיה של פסי ההגבלה. המבחן הראשון מתקיים כפי שנאמר לעיל. העותרים יטענו כי גם פה המבחן השני איננו מתקיים, נשללת חירותם של המסתננים כפי שנטען

⁹ ראה הי"ש מסי' 6 לעיל, נחמן שי, ע"מ: 68-70

¹⁰ ראה הי"ש מסי' 6 לעיל, גדעון סער, ע"מ: 87

¹¹ ראה הי"ש מסי' 5, ע"מ: 123

לעיל, המתקן הפתוח הוא למעשה סגור וחוק זה אינו הולם משטר חוקתי המתיימר להגן על זכויות אדם. מנגד תטען המדינה כי החוק מבוסס על איזון ראוי בין זכותה של המדינה להגן על גבולותיה, ריבונותה ושלוש אזרחיה, לבין חובתה לכבד זכויות אדם¹². המבחן השלישי – לטענת המדינה התכלית הינה הרחקה של מסתננים ממרכזי הערים ומניעת העסקתם בארצנו, וזאת ע"מ למזער את הפגיעה בארצנו במישורים השונים, שבאה בעקבות תופעה זו¹³. מנגד יטענו העותרים כי לשתי התכליות המוצהרות מצטרפת תכלית שלישית בלתי ראויה. השימוש בשלילת חירותם והגבלת חופש התנועה ע"י החזקתם במתקן "פתוח" ככלי לעידוד יציאתם של המסתננים כביכול כיציאה מרצון למקום שהמדינה הכירה כמקום מסוכן לחזור אליו, תוך כדי שימוש בלחץ פיזי ופסיכולוגי עליהם¹⁴. המבחן הרביעי – התנאי הקשר הרציונלי – העותרים יטענו כי אין האמצעי שבחרה המדינה מוביל באופן רציונלי להגשמת המטרה שהציבו, מכיוון ששוהים בישראל קרוב ל-55 אלף מסתננים. מרכז שהייה נותן מענה רק לשלוש וחצי אלף מהם. זהו אחוז מאוד קטן מתוכם, בכך הם לא משיגים תכליות החוק מכיוון שרובם המוחלט עדיין חופשי¹⁵. מנגד תטען המדינה כי מטרת מרכז שהייה היא לספק למסתננים את צרכיהם הבסיסיים מצד אחד ולמנוע את אפשרות העסקתם והשתקעותם במרכזי הערים מצד שני. המתקן נועד להפחית את התמריץ הכלכלי שבהסתננות לישראל שכן מסתנן פוטנציאלי שיבחר להגיע ידע כי לא תתאפשר השתקעותו והעסקתו. עם זאת חוק זה איננו בא להרתיע פליטים אשר סובלים בארץ מוצאם, הוא נותן להם מענה הולם לבעייתם¹⁶. העותרים יטענו שזהו לא האמצעי שפגיעתו פחותה, כי המדינה החמירה את תנאי כליאתם והחזקתם במתקן הפתוח לעומת המעצר המלא. אולי הופחת משך המעצר המלא אך ההחזקה במרכז שהייה היא ללא מגבלת זמן. המסתננים מוחזקים במתקן שהוא כליאה לכל דבר, הם ינוהלו ע"י גורמים האמונים על ניהול בית סוהר. השוהים מחויבים להתייצב שלוש פעמים ביום לרישום נוכחותם מה שמגביל אותם להישאר בסביבת המתקן ברוב שעות היום. הם מחויבים ללון בו והוא סגור בשעות הלילה. בנוסף ניתן לערוך על מסתנן חיפוש ללא צו ביהמ"ש כאשר הוא יוצא ונכנס מהמתקן. הם אינם מורשים לעבוד מחוץ לגבולות המתקן, ואי לכך להתפרנס בכבוד למחייתם. כל אלו הם סממנים מובהקים של בית סוהר. לכן העותרים מציעים שהמרכז שהייה ישמש להשמת מסתנן עד אשר יוסדר מעמדו כפליט¹⁷ מנגד תטען המדינה כי מרכז שהייה הוא כלי מתוך מגוון כלים, והינו מהווה אמצעי שפגיעתו פחותה לצורך התמודדות עם תופעת ההסתננות רחבת ההיקף. למרכז שהייה אופי שונה ממשמורת, הוא נועד לספק לשוהים בו את תנאי החיים הבסיסיים וזאת על מנת לשמור על כבוד

¹² ראה הי"ש מס' 5 לעיל, ע"מ 123

¹³ פרוטוקול מס' 141 (26.11.13) ועדת הפנים והגנת הסביבה, גדעון סער, ע"מ: 36

¹⁴ ראה הי"ש מס' 12, נציבת האום לפליטים, ע"מ: 17

¹⁵ ראה הי"ש מס' 5 לעיל, דב חנין, ע"מ: 32

¹⁶ ראה הי"ש מס' 5 לעיל, ע"מ: 126

¹⁷ ראה הי"ש מס' 13 לעיל, דב חנין, ע"מ: 14-13, נציבת האום ע"מ: 17

האדם, תוך שמירת צביונה היהודי של המדינה. תפקידו הוא למנוע את הצורך של המסתננים לעבוד. המרכז פתוח רוב היום, השוהים ומבקריהם יכולים לצאת ולהיכנס ממנו באופן חופשי. בשעות הלילה הוא סגור ע"מ לאפשר את ניהולו התקין, ובכך לסייע למדינה להגשים את תכלית המדיניות שלה¹⁸. מטרת רישום הנוכחות היא להבטיח את חופש התנועה של השוהה במרכז ומחוץ לו וגם למנוע מהשוהה את האפשרות לעבוד מחוץ למרכז. בנוסף סמכויות החיפוש שנתונות בידי הסוהרים נועדו לשמירה על ביטחון השוהים במרכז¹⁹. העותרים יטענו כי החוק איננו עומד במבחן "במובן הצר" מכיוון שמרכז השהייה הוא שם יפה לבית-סוהר, בו השהייה איננה מוגבלת בזמן. זוהי פגיעה קשה ולא מידתית בזכותם לחירות ולחופש תנועה. אין יחס ראוי בין התועלת למדינה לעומת הנזק שנגרם למסתננים, ישנם אמצעים חלופיים כפי שנטען לעיל. (ארבל, בגץ אדם, ע"מ 69). מנגד טען המדינה כי זכויות האדם הם לא רק מנת חלקם של המסתננים אלא גם של אזרחי ישראל, להם זכויות לא מועטות מאשר אלו שנכנסו למדינה לא כחוק. יש בכך איזון ראוי בין הנזק הנגרם למסתננים בעצם השמתם במרכז שהייה הדואג לכל צרכיהם מול הנזק הנמנע מאזרחי ישראל²⁰. סעד - במידה ויוחלט שהחוק לא עומד במבחן של פסי' ההגבלה ואינו חוקתי, ביהמ"ש רשאי להכריז על ביטול מוחלט של תיקון החוק, או לבחור להפעיל את כלל "העיפרון הכחול" ולפסול סעיפים מסוימים מהתיקון שאינם חוקתיים, ואילו הוראות גבוליות הוא ינסה להשאיר בתוקפן. לעניות דעתי בג"ץ יפסוק להשאיר את תיקון החוק במלואו. **(ב.1)** במידה ומדובר בשינוי ח"י, הרי שלפי פסי' מזרחי קבלת החוק כח"י מקיימת את התנאי שח"י ישונה בח"י. בנוסף היות וח"י זה שווה מעמד לח"י אחרים הרי שעבור אותו המדרג הנורמטיבי חוק ספציפי גובר על חוק כללי וחוק מאוחר גובר על חוק מוקדם (שמגר, פסי' בנק המזרחי)²¹ במידה ומדובר בפגיעה יש מלומדים שטוענים כי יש להעמיד את החוק בפסי' הגבלה שיפוטית, אולם אז ניוותר במצב לא רציונלי בו ח"י יאלץ לעבור מבחן זהה לזה שעובר חוק רגיל בבואו לפגוע בהוראת ח"י. **(2)** במידה והחוק יתקבל בין אם בשינוי ובין אם בפגיעה, ע"פ עניות דעתי פסיקת בג"ץ לא תשתנה לאור עקרונות היסוד של השיטה הדמוקרטית. בבג"ץ המרכז האקדמי נאמר ע"י השופטת חיות²² כי קיים תחום צר שבמסגרתו ניתן לבחון את חוקיותו של חוק שלא במסגרת חוקי היסוד. במקרים של חוק או ח"י אשר ישללו את אופייה של מדינת ישראל כמדינה יהודית ודמוקרטית וכי ביהמ"ש יכריז במקרה כזה על בטלותו של החוק הפוגע בעקרונות היסוד של השיטה. מדובר במקרים חריגים בהם פוגע החוק בליבת הדמוקרטיה ושולל את תכונות המינימום הדרושות למשטר דמוקרטי.

¹⁸ ראה הי"ש מסי' 13 לעיל, דינה זילבר, ע"מ: 26

¹⁹ ראה הי"ש מסי' 5 לעיל, ע"מ: 129-132

²⁰ ראה הי"ש מסי' 13 לעיל, ארנון גלעדי, ע"מ: 48

²¹ ראה הי"ש מסי' 2 לעיל, ע"מ: 265

²² בג"ץ 2605/05 המרכז האקדמי למשפט ועסקים נ' שר האוצר (2009), ע"מ: 105

דמוקרטי.