

## דיון בעקבות מבחן התכלית בבג"ץ המסתננים הראשון

מאת

אילנה שילה\* ונוה דייגי\*\*

**מבוא; א. פרשת בג"ץ המסתננים הראשון; 1. רקע; 2. התיקון לחוק המסתננים וביטולו; 3. הפלוגתא בין השופטים בעניין התכלית הראויה. ב. מהי תכלית ראויה?; 1. תכלית הרתעתית; 2. האם התכלית ההרתעתית בפרשת אדם היא תכלית ראויה? ג. תיקון מס' 4 לחוק למניעת הסתננות. סיכום.**

### מבוא

ב-16 בספטמבר 2013 פסק בית משפט העליון בשבתו כבית משפט גבוה לצדק כי תיקון שלוש לחוק למניעת הסתננות,<sup>1</sup> אינו חוקתי ודינו בטלות. התיקון ביקש להסדיר את תופעת ההסתננות לישראל מיבשת אפריקה. במרכזו נקבע היתר להחזיק מסתננים לתקופה בת שלוש שנים במשמורת – פרק זמן ארוך במידה ניכרת מזה שנקבע בחוק המקורי. בפסק הדין בפרשה זו (להלן – פרשת אדם) נקבע כי לחוק המתוקן שתי תכליות מרכזיות: הראשונה היא מניעת השתקעותם של המסתננים בישראל והתמודדות המדינה עם השפעותיה הרחבות של תופעת הסתננות על החברה והמשק הישראלי; השנייה היא בלימת תופעת הסתננות על ידי הרתעה.<sup>2</sup>

ברשימה זו איננו מבקשים לעמוד על התיקון בכללותו ועל כל מאפייניו, אלא בחרנו להתמקד בתכלית השנייה של התיקון – בלימת הסתננות – ולבחון אם היא תכלית ראויה.

טענתנו המרכזית היא כי תכלית הרתעת הרבים באמצעות ענישת היחיד בהליך מנהלי, להבדיל מהליך פלילי או נזיקי, אינה ראויה. ברשימה זו נסביר מדוע לדעתנו היה על השופטים בפרשת אדם לפסול את התיקון לחוק על פי מבחן התכלית הראויה.

חשיבות דיון זה כפולה. ראשית, לדעתנו יש מקום לפתח ולעבות את מבחני התכלית, בין היתר על ידי שימוש במבחן הרגישות ליזכות הנפגעת. קיימת חשיבות רבה למבחן זה כמבחן סף חוקתי וכחלק מהשיח הראוי שמתקיים בין הרשויות השונות. העברת מרכז כובד הבחינה למבחני המידתיות, כמקובל במקומותינו, עלולה לרוקן מתוכן מבחן חשוב זה ובכך לפגוע בשיח החוקתי הראוי. שיח זה מתקיים בין השאר בין בית המשפט למחוקק, וחשוב שהמחוקק יפעל בגדר תכליות ראויות.

\* סטודנטית לתואר ראשון במשפטים ולתואר שני במנהל ומדיניות ציבורית באוניברסיטת חיפה.  
\*\* סטודנט לתואר ראשון במשפטים וכלכלה באוניברסיטת חיפה. ברצוננו להודות לפרופ' אמנון רייכמן על ההנחה, לקרן חכים ובמיוחד לשי אוצרי, סגני העורך, על עבודתם המסורה והערותיהם המועילות, וכן לשאר חברי מערכת כתב העת "הארת דין".  
1 חוק למניעת הסתננות (עבירות ושיפוט) (תיקון מס' 3 והוראת שעה), התשע"ב–2012 (להלן – תיקון מס' 3 לחוק למניעת הסתננות).  
2 בג"ץ 7146/12 אדם נ' הכנסת, בפס' 85 לדברי השופט ארבל, בפס' 1 לדברי השופט פוגלמן, בפס' 2 לדברי השופט ג'ובראן, בפס' 2 לדברי השופט הנדל (פורסם בנבו, 16.9.2012) (להלן – פרשת אדם).

אילנה שילה ונוה דייגי, "דיון בעקבות מבחן התכלית בבג"ץ המסתננים הראשון", **הארץ דין** ט(1) 1 (תשע"ה)

שנית, לדעתנו תכלית קונקרטית זו מעוררת קשיים. לא ניתן להתעלם מכך שרבים מהמוחזקים במשמורת הם מבקשי מקלט, ואם הם אכן זכאים למעמד של פליטים, אזי חל עליהם עקרון "אי-החזרה" שאינו מאפשר את גירושם למולדתם.<sup>3</sup> מעצם המנהלי נועד לקדם הליך גירוש אפקטיבי או שחרור, אולם במציאות שבה בקשות מבקשי המקלט אינן נבדקות, להבחין בין מסתנן שהוא מהגר עבודה לבין מי שזכאי למקלט בשל היותו פליט. לכן גירוש אפקטיבי או שחרור אינם בני השגה. לפיכך, כפי שנבהיר בהמשך הרשימה, עולה כי תכלית התיקון היא להרתיע מסתננים, ובהם פליטים, וכי עצורים אלו משמשים כאמצעי להרתעת אחרים. לשיטתנו זוהי תכלית פסולה.

בהארה זו ארבעה פרקים:

**בפרק הראשון** נציג את הרקע שקדם לתיקון החוק ונעמוד על סעיפי תיקון החוק שנפסלו. נפרט את דעות השופטים בפרשה בנוגע לבחינה אם תכלית ההרתעה היא תכלית ראויה.

**בפרק השני** נציג את אופן בחינת התכלית הראויה במסגרת פסקת ההגבלה. זאת, תוך מתן דגש לאופן זיהוי התכלית הנבחנת ולמבחניה השונים: סוג התכלית, נחיצותה ורגישותה לזכויות אדם.

**בפרק השלישי** נדון במהותה של תכלית ההרתעה ונבהיר מדוע לדעתנו תכלית זו, בנסיבות המקרה, אינה ראויה. זאת, תוך התייחסות לפסק דינם של השופטים בפרשת **אדם**.

לבסוף, **בפרק הרביעי** נציג את תיקון ה-4 לחוק, שהתקבל בעקבות פרשת **אדם**,<sup>4</sup> ונבחן כיצד פירש המחוקק את דברי השופטים בפרשה והאם תכליתו של התיקון החדש אכן השתנתה.

## א. פרשת בג"ץ המסתננים הראשון

### 1. רקע

בשנים האחרונות, בשל בעיות פוליטיות וכלכליות ביבשת אפריקה הגובלת עמנו, כ-64,649 שמ"בים,<sup>5</sup> חצו את גבול מצרים אל עבר ישראל. מתוכם כ-54,580 שמ"בים עדיין שוהים בישראל. בפילוח גס על פי מוצאם, כ-66% באו ממדינת אריתריאה, כ-25% ממדינת סודן והיתר הגיעו לישראל ממדינות אחרות.<sup>6</sup>

הדעות חלוקות בשאלה כיצד יש להגדיר קבוצה זו.<sup>7</sup> מחד גיסא, אנו למדים מדברי ההסבר להצעת החוק לתיקון מספר שלוש לחוק למניעת הסתננות,<sup>8</sup> כי המדינה בוחרת לראות בקבוצה זו מסתננים.<sup>9</sup> לטענת המדינה,<sup>10</sup> רוב המסתננים מגיעים

3 סימן לג לאמנה בדבר מעמדם של פליטים, כ"א 65, 5 (נפתחה לחתימה ב-28.7.1954) (אושררה ב-1954). לעיון במסמך המלא של האמנה ראו: [www.unhcr.org/protect/PROTECTION/3b66c2aa10.pdf](http://www.unhcr.org/protect/PROTECTION/3b66c2aa10.pdf); סעי' 3 לאמנה נגד עינויים ונגד יחס ועונשים אכזריים, בלתי אנושיים או משפילים, כ"א 1039, 249 (אושררה ונכנסה לתוקף ב-1991).

4 חוק למניעת הסתננות (עבירות ושיפוט) (תיקון מס' 4 והוראת שעה), התשי"ד-1954 (להלן – תיקון מס' 4 לחוק למניעת הסתננות). לפני מועד פרסום הארה זו, גם תיקון זה הועמד לבחינה חוקתית בבית המשפט העליון ונמצא בלתי חוקתי, ראו: בג"ץ 8425/13 **איתן** – **מדיניות הגירה ישראלית נ' ממשלת ישראל** (פורסם בנבו, 22.9.2014) (להלן – עניין **איתן**).

5 לאור חשיבות המינוח, נכנה בהארה זו אדם אשר חצה את הגבול לישראל ומעמדו טרם נקבע, בכינוי שוהה אשר מעמדו בבירור, ולהלן בקיצור: שמ"ב.

6 ראו: רשות האוכלוסין וההגירה **זו"ח שנתי לשנת 2012, חוק חופש המידע שנת 2012** (2013) [www.piba.gov.il/PublicationAndTender/Publications/Pages/prol27062012.aspx](http://www.piba.gov.il/PublicationAndTender/Publications/Pages/prol27062012.aspx); רשות האוכלוסין וההגירה, האגף לתכנון מדיניות נתוני **זרים בישראל, מאי 2013** (2013) [www.piba.gov.il/PublicationAndTender/ForeignWorkersStat/Documents/560843nnew4.pdf](http://www.piba.gov.il/PublicationAndTender/ForeignWorkersStat/Documents/560843nnew4.pdf) (להלן – דו"חות רשות האוכלוסין וההגירה).

אילנה שילה ונוה דייגי, "דיון בעקבות מבחן התכלית בבג"ץ המסתננים הראשון", **הארץ דין ט** (1) 1 (תשע"ה)

לישראל כמהגרי עבודה כדי למצוא פרנסה. לתופעה זו יש השפעות מהותיות, לעתים קשות, על החברה הישראלית הן בהיבט ביטחון הפנים ושלוש הציבור והן בהיבט הכלכלי. גידול היצע עובדים זול מביא לדחיקת אוכלוסיות ישראליות מוחלשות אל מחוץ לשוק העבודה ולשחיקת שכרם. על כך נוספים המצוקה, האלימות והקושי שהמסתננים מעוררים באזורי הריכוז – שכונות העוני – שהם חיים בהם בישראל. לטענת המדינה, מדובר ב"תופעה שיש למנועה ולפגוע בתמריצים לקיומה, כדי לשמור ולשמר את ריבונותה של המדינה"<sup>11</sup> כמדינה יהודית ודמוקרטית.

מאידך גיסא, ארגוני זכויות אדם ורבים אחרים טוענים כי מדובר בקבוצה הכוללת פליטים מבקשי מקלט רבים שנמלטו מארץ מולדתם וחל איסור לגרשם.<sup>12</sup> מדינת ישראל מכירה בכך שאזרחי אריתריאה וסודן זכאים ל"הגנה זמנית קבוצתית" בשל המתרחש בארצותיהם ולפיכך היא מחילה מדיניות של "אי-הרחקה" לארצם.<sup>13</sup> אולם, אין המדינה בוחנת באופן פרטני את בקשות המקלט של שתי אוכלוסיות אלו, המהוות כ-91% מהאפריקנים המגיעים דרך גבול מצרים ארצה.<sup>14</sup> בכל מדינות האיחוד האירופי מוכרים רוב אזרחי אריתריאה כפליטים בשל המצב הייחודי השורר במדינה זו.<sup>15</sup> לפיכך, אף שישראל חתומה על האמנה הבין-לאומית בדבר מעמדם של פליטים משנת 1951,<sup>16</sup> היא לא הכירה, במועד העתירה, ולו באזרח אריתראי אחד, כפליט.<sup>17</sup> בשל האופן שבו המדינה מטפלת באוכלוסייה זו, נוצרה עמימות באשר לסיווגם; מחד גיסא, לא נבחן מעמדם של הבאים בשערינו כפליטים ומאידך גיסא, המדינה אינה מרחיקה אותם לארצם.<sup>18</sup>

- 7 אביעד כהן "והנה מצרים רודפים אחריהם על היחס לפליטים ומבקשי מקלט" **פרשת השבוע** 370 (2010).
- 8 הצעת חוק למניעת הסתננות (עבירות ושיפוט) (תיקון מס' 3 והוראת שעה), התשע"ב-2012, ה"ח 594.
- 9 מסתנן מוגדר בסעיף 1 לחוק למניעת הסתננות (עבירות ושיפוט), התשי"ד-1954, כמי שאינו תושב ישראל כמשמעותו בחוק מרשם האוכלוסין, התשכ"ה-1965, שנכנס לישראל שלא דרך תחנת גבול שקבע שר הפנים. מינון זה מקבל משמעות עוינת משום שבנוסחו המקורי של החוק, טרם התיקון, הוגדר מסתנן, בין השאר, כאזרח או נתין של מדינת אויב "לבנון, מצרים, סוריה, סעודיה, עבר-הירדן, עירק או תימן". נזכיר כי החוק המקורי נחקק על רקע הגידול בשיעור ההסתננות האלימה והמאורגנת ותכליתו הייתה ביטחונית. להרחבה ראו להלן: אורן ברכה "ספק מסכנים, ספק מסוכנים: המסתננים, החוק ובית המשפט העליון 1948-1954" **עיוני משפט** כא 333, 351-352 (1998). זאת ועוד, בהליך חקיקת תיקון מס' 3 לחוק למניעת הסתננות בוועדת הפנים והגנת הסביבה של הכנסת, הציע היועץ המשפטי לוועדה לשקול את חקיקת ההסדר המוצע כתיקון לחוק הכניסה לישראל, התשי"ב-1952, אך נציגת משרד המשפטים בדיון הבהירה כי הממשלה בחרה במועד להשתמש דווקא בחוק למניעת הסתננות כ"פלטפורמה" להסדר הנדון, כדי לשדר "מסר של חומרה". יתרה מזו, המטרה הייתה שהאחריות הכוללת לטיפול בנושא תופקד בידי שר הביטחון. ראו להלן: פרשת **אדם**, לעיל ה"ש 2, בפס' 13 לדברי השופט פוגלמן.
- 10 השימוש במונח "מדינה" נבחר משום שהמדינה היא שקידמה את הצעת החוק וכנגדה הוגשה העתירה.
- 11 ראו סקירה נרחבת שערך מבקר המדינה בנוגע למציאות חייהם של זרים שאינם בני הרחקה מישראל – מבקר המדינה **דו"ח שנתי 164 – זרים שאינם בני הרחקה מישראל** (2014). זהו ציטוט מדבריו של אמנון כהן, יו"ר ועדת הפנים ואיכות הסביבה דאז, ראו: ד"כ 309 (התשע"ב).
- 12 פליט הוא מבקש מקלט שהוכר, על סמך בחינה פרטנית של בקשתו, כזכאי "להגנה ולמעמד של פליט". בישראל, ההחלטה בעניין קביעת מעמדו של אדם כפליט נתונה לסמכותו של שר הפנים. סוגיית המקלט והפליטות איננה מעוגנת בחוק או בתקנות אלא בנוהל של משרד הפנים – "נוהל הטיפול במבקשי מקלט מדיני בישראל" (2.1.2011) [www.piba.gov.il/Regulations/Procedure%20for%20Handling%20Political%20Asylum%20Seekers%20in%20Israel-he.pdf](http://www.piba.gov.il/Regulations/Procedure%20for%20Handling%20Political%20Asylum%20Seekers%20in%20Israel-he.pdf) (להלן – נוהל הטיפול במבקשי מקלט מדיני בישראל). הנחיות נציבות האו"ם לפליטים בדבר הליכים ואמות מידה לקביעת מעמד פליטות, מבהירות כי הביטוי "שהגיעו ישירות" המופיע בסעיף 1(1)31 להנחיות, כולל מדינות מעבר שבהן לא היה אפשר לערוב לביטחונו של אדם, וכן מדינות שבהן לא התאפשר לו לדרוש הגנה מתוקף היותו פליט. מוסכם כי ביטוי זה נוגע גם לאדם הנמצא במעבר במדינה מתווכת לתקופה קצרה בלי שביקש או קיבל בה מקלט. אין לייחס מגבלת זמן מחמירה למושג "שהגיע ישירות" ויש **לבחון כל מקרה לגופו**, ראו: נציבות האו"ם לפליטים *Determining Refugee Status Handbook on Procedures and Criteria*.
- 13 בג"ץ 7302/07 **מוקד סיוע לעובדים זרים נ' שר הביטחון**, בפס' 8 לפסק דינה של הנשיאה ביניש (פורסם בנבו, 7.7.2011).
- 14 עע"מ 8908/11 **אספו נ' משרד הפנים**, בפס' 15 לפסק דינו של השופט פוגלמן (פורסם בנבו, 17.7.2012).
- 15 נטע משה **מדיניות כלפי מבקשי מקלט באיחוד האירופי ובמדינות מרכזיות בו** (הכנסת, מרכז מחקר ומידע, 2013, [www.knesset.gov.il/mmm/data/pdf/m03308.pdf](http://www.knesset.gov.il/mmm/data/pdf/m03308.pdf)).
- 16 אמנה בדבר מעמדם של פליטים.
- 17 נציין כי הנתונים האמורים לעיל נכונים לחודש נובמבר 2013; בפס' 56 לעתירה למתן צו על תנאי ובקשה לקיום דיון דחוף בבג"ץ 7146/12 **פלונית נ' הכנסת** (להלן – עתירה למתן צו על תנאי בעניין **פלונית**).
- 18 פרשת **אדם**, לעיל ה"ש 2, בפס' 13 לדברי השופט פוגלמן.

## 2. התיקון לחוק המסתננים וביטולו

ב-9 בינואר 2012 הגישה הממשלה את ההצעה לתיקון החוק למניעת הסתננות לקריאה שנייה ושלישית במליאת הכנסת. ההצעה ביקשה להתמודד עם תופעת כניסת האפריקנים באמצעות הוראת שעה המתקנת את החוק המקורי למניעת הסתננות (עבירות ושיפוט), התשי"ד-1954.<sup>19</sup> תוקפה של הוראת השעה נקבע לשלוש שנים, שבמהלכן הייתה אמורה להיבחן השפעתו של ההסדר המוצע על תופעת ההסתננות לישראל. עיקר ההצעה היה להתיר החזקה במשמורת למשך פרק זמן ארוך במידה ניכרת מפרק הזמן שנקבע בחוק המקורי. לצד זאת נקבעו עילות נוקשות יותר לשחרור ממשמורת.<sup>20</sup> על פי ההצעה, המדינה רשאית להחזיק במשמורת לתקופה של שלוש שנים, שמ"בים וילדיהם שנכנסו לישראל דרך גבול מצרים והוצא נגדם צו גירוש על ידי שר הביטחון.<sup>21</sup>

שחרור השמ"ב ייעשה מטעמים מיוחדים הקבועים בתיקון ונתונים לשיקול דעתו של ממונה ביקורת הגבולות.<sup>22</sup> לחלופין, השחרור ייעשה בשל השהייה בטיפול או השהייה במתן החלטה בבקשת השמ"ב לרישיון ישיבה בישראל;<sup>23</sup> ולא, ישוחרר לאחר חלוף שלוש שנים מתחילת החזקתו. השחרור יכול להתארך מעבר לשלוש שנים בהתקיים אחד משלושת הסייגים המנויים בחוק.<sup>24</sup> נראה שהסייג השלישי הוא הפוגעני ביותר מהשלושה. עניינו חוות דעת שהוגשה לממונה ביקורת הגבולות מאת גורמי הביטחון המוסמכים, המתירים את המשך החזקתו של השמ"ב. זאת, משום שבמדינת מושבו או באזור מגוריו מתבצעת פעילות העלולה לסכן את ביטחון מדינת ישראל או את אזרחיה.<sup>25</sup> כאמור, סודן מוגדרת על ידי ישראל כמדינת אויב, ולכן חלה חזקת המסוכנות גם על אזרחי סודן העצורים.<sup>26</sup>

הצעת החוק אושרה ויושמה מיוני 2012 ואילך. לאחר מעצרים של כ-2000 שמ"בים,<sup>27</sup> הוגשו שלוש עתירות בטענה לאי-חוקיות התיקון לעיל. שמיעתם אוחדה בפרשת **אדם** ונדונה בהרכב מורחב של תשעה שופטים.<sup>28</sup> פסק הדין קבע פה אחד כי ההסדר שנקבע בתיקון אינו חוקתי ועומד בסתירה לחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו. נקבע בדעת הרוב כי התיקון פוגע פגיעה בלתי מידתית בזכות לחירות של השמ"בים המוחזקים במשמורת, ועל כן יש לבטל את הוראת סעיף 30א לחוק.<sup>29</sup>

הסעד שניתן הוא בטלות, ונקבע שעד לקביעת הסדר חוקי אחר על ידי הכנסת, ייכנס לתוקפו החוק שהיה קיים ערב התיקון לחוק למניעת הסתננות והוא חוק הכניסה לישראל.<sup>30</sup> כדי לתת למדינה שהות להשלים את בחינת עניינם הפרטני של כל המוחזקים במשמורת, הוחלט להשהות את תחולת עילת השחרור הקבועה בסעיף 13(א)4 לחוק הכניסה לישראל לפרק זמן של 90 יום.<sup>31</sup>

19 דבריו של אמנון כהן, יו"ר ועדת הפנים ואיכות הסביבה דאז, ד"כ 309 (תשע"ב).

20 פרשת **אדם**, לעיל ה"ש 2, בפס' 1 לדברי השופט ארבל.

21 שם.

22 סעי' 30א(ג) לחוק למניעת הסתננות (עבירות ושיפוט) (תיקון מס' 3 והוראת שעה).

23 ראו סעי' 30א(ג) לחוק.

24 ראו סעי' 30א(ד) לחוק.

25 ראו סעי' 30א(ד) לחוק.

26 עתירה למתן צו על תנאי בעניין **פלונית**, לעיל ה"ש 17, בפס' 67.

27 פרשת **אדם**, לעיל ה"ש 2, בפס' 35 לדברי השופט ארבל ("יישומה של הוראת השעה שבתיקון לחוק למניעת הסתננות החל בחודש יוני 2012. על פי הנתונים האחרונים שמרה המדינה, מוחזקים במשמורת כ-1,630 איש במתקן סהרוני, מתוכם 1,416 גברים, 203 נשים ו-11 קטינים. 338 גברים נוספים מוחזקים במתקן קציעות. סך כל המוחזקים עומד על קרוב ל-2,000 איש, מתוכם כ-1,750 מוחזקים מכוח החוק למניעת הסתננות. עוד נמסר על ידי המדינה כי החל מתחילת חודש יוני 2012 ועד מועד העדכון שוחררו בערובה 238 מסתננים שהוחזקו במשמורת, מתוכם 88 בהוראת הממונה על ביקורת הגבולות, והיתר בהליכי ביקורת שיפוטית של בית הדין לביקורת משמורת ובתי המשפט. 51 מתוך המשוחררים היו קטינים. כן מציינת המדינה כי בעקבות התיקון לחוק הוגשו על ידי המוחזקים במשמורת כ-1,400 בקשות מקלט פרטניות").

28 שם.

29 שם, בפס' 116-118 לדברי השופט ארבל.

30 חוק הכניסה לישראל.

31 פרשת **אדם**, לעיל ה"ש 2, בפס' 116-118 לדברי השופט ארבל.

### 3. הפלוגתא בין השופטים בעניין התכלית הראויה

אחת המחלוקות בין השופטים בפרשת **אדם** נגעה לשאלה אם התיקון לחוק למניעת הסתננות צולח את מבחן התכלית הראויה.

כפי שנפרט בהמשך, ההלכה היא כי תכליתו של חוק תיחשב לראויה, אם נועדה לקדם זכויות אדם או להגשים מטרה ציבורית או חברתית העולה בקנה אחד עם ערכיה של מדינת ישראל, ואם היא מגלה רגישות למקומן של זכויות אדם במערך החברתי הכולל.<sup>32</sup>

בפסק הדין נקבע כי החוק נועד לקדם שתי תכליות מרכזיות. התכלית הראשונה והדומיננטית, בעיני השופטים, היא מניעת השתקעותם של המסתננים בישראל והתמודדות המדינה עם השפעותיה הרחבות של תופעת הסתננות על החברה והמשק הישראלי.<sup>33</sup> תכלית זו הוכרה כראויה בפסק הדין,<sup>34</sup> ואינה במוקד דיוננו, ולכן לא נידרש אליה. התכלית השנייה, הרלוונטית לענייננו, היא בלימת תופעת הסתננות.<sup>35</sup> השופטת ארבל קבעה כי מדובר בתכלית הרתעתית אשר מבקשת, על ידי החזקתם במשמורת של אותם שמ"בים ופגיעה בזכותם הבסיסית לחירות, להרתיע אחרים מלהיכנס בלא היתר בשעריה הדרומיים של מדינת ישראל. כל זאת בלא הבחנה אם הם זכאים למקלט בשל היותם פליטים או שאינם זכאים לו משום שהם מהגרי עבודה.<sup>36</sup> תכלית זו מעוררת קשיים ודעות השופטים בעניינה חלוקות.

השופטת ארבל ציינה בפסק דינה כי הקושי הטמון בתכלית הרתעתית זו הוא מעצר אדם אף על פי שהוא עצמו אינו מסוכן לציבור. הפגיעה בחירות של אותו פרט נעשית כאמצעי להשגת תכלית חיצונית של מניעת הישנות עבירות אלו בידי אחרים.<sup>37</sup> כליאתו לתכלית זו היא פגיעה אנושה בחירות, בכבוד האדם, באוטונומיה האישית של הרצון ובהיות האדם אחראי למעשיו.<sup>38</sup> את קביעתה תמכה השופטת ארבל, בין היתר, בדין הבין-לאומי המצביע על הצורך בהצדקת המעצר בעילות הקשורות למסתנן הספציפי ולנסיבות המקרה.<sup>39</sup>

השופטת ארבל הוסיפה כי אין להתעלם מכך שרבים מהמוחזקים במשמורת הם מבקשי מקלט, ועל מרביתם חל עקרון "אי-החזרה" שאינו מאפשר את גירושם למולדתם ובעיני המדינה עיקרון זה מיתר את הצורך לברר את מעמדם כפליטים.<sup>40</sup> כליאתם של אלו מפרה את הלכת בית הדין האירופי לצדק (ECJ), הקובעת כי אין להחזיקם במעצר בהיעדר הליכי גירוש.<sup>41</sup> למרות כל האמור, חתמה השופטת את הדיון בקביעה שכאשר תכלית ההרתעה היא משנית, ואילו התכלית הדומיננטית קשורה במישרין לאדם עצמו, הקשיים האמורים אינם מתעוררים.<sup>42</sup> לפיכך בסופו של דבר פסקה השופטת ארבל כי התיקון לחוק צולח את מבחן התכלית הראויה.

32 בג"ץ 6427/02 **התנועה לאיכות השלטון בישראל נ' הכנסת**, פ"ד סא(1) 619, בפס' 52 לפסק דינו של הנשיא ברק (2006) (להלן – פרשת **התנועה לאיכות השלטון בישראל**).

33 פרשת **אדם**, לעיל ה"ש 2, בפס' 84 לדברי השופטת ארבל, בפס' 1 לדברי השופט פוגלמן, בפס' 2 לדברי השופט גיבראן, בפס' 2 לדברי השופט הנדל.

34 שם, בפס' 84 לדברי השופטת ארבל.

35 שם, בפס' 85–86 לדברי השופטת ארבל.

36 שם, בפס' 85 לדברי השופטת ארבל, בפס' 1 לדברי השופט פוגלמן, בפס' 2 לדברי השופט גיבראן, בפס' 2 לדברי השופט הנדל.

37 שם, בפס' 86 לדברי השופטת ארבל.

38 שם, בפס' 87 לדברי השופטת ארבל. השופטת ארבל מחזקת דבריה על ידי תימוכין מהלכות קודמות, ובהן: דנ"פ 7048/97 **פלונים נ' שר הביטחון**, פ"ד נד(1) 721, 741 (2000) (להלן – פרשת **פלונים** 7048/97); בג"ץ 7015/02 **עג'ורי נ' מפקד כוחות צה"ל בגדה המערבית**, פ"ד נו(69) 352 (2002) (להלן – פרשת **עג'ורי**).

39 שם, בפס' 91 לדברי השופטת ארבל.

40 שם, בפס' 92 לדברי השופטת ארבל.

41 שם, בפס' 91 לדברי השופטת ארבל.

42 שם, בפס' 93 לדברי השופטת ארבל.

השופט ג'ובראן סבר שיש כשל לוגי בטיעוניה של השופטת ארבל. לטענתו, טיעוניה שגוי משום שהיא מערבת מעין מבחן מידתי עם מבחן התכלית הראויה. לטענתו, אין לערב את בחינת היחס בין האמצעי הפוגעני לבין התכלית בשלב זה, אלא "יש לבחון האם התכלית הנבדקת נמנית עם אותן תכליות, אשר בעיני החברה מצדיקות פגיעה בזכויות חוקתיות".<sup>43</sup> עושים כן על ידי בחינת סוג המטרות המצדיקות פגיעה בזכות חוקתית ומידת הצורך בהגשמתן.<sup>44</sup> השופט ג'ובראן לא הכריע בשאלה הניצבת במרכז דיונו. הוא לא שלל לחלוטין קביעה שתכלית הרתעתית היא תכלית ראויה כאשר היא מהווה "חסם נורמטיבי"<sup>45</sup> ומעצבת מדיניות הגירה כלכלית,<sup>46</sup> אולם סבר שככל שמדובר בפליטים, הופכת קושיה זו למורכבת, ובשל פסילת התיקון על פי מבחני המידתיות הוא לא נדרש להכריע בה.

השופט הנדל הציג תפיסה שונה מזו של שאר השופטים.<sup>47</sup> לטענתו, ברמה המופשטת ביותר, תכלית החוק היא עיצוב מדיניות הגירה, אשר הריבון מוסמך לקדמה. ברמה הקונקרטי, ציין השופט כי תכלית הרתעת המסתננים אינה עומדת בפני עצמה, אלא היא חלק מהתכלית המרכזית של החוק. התכלית ההרתעתית אינה אלא ניסיון למנוע מראש השפעות שליליות של תופעת ההסתננות על החברה בישראל.<sup>48</sup> לפיכך קבע שמדובר בתכלית ראויה.

השופט הנדל קבע שכל האמור כפוף להבחנה בין הרתעה עונשית להרתעה מנהלית מצומצמת. לטענתו, הרתעה עונשית כלפי המסתנן בהליך מנהלי אינה לגיטימית, אך הרתעה מנהלית מצומצמת עשויה להיות לגיטימית.<sup>49</sup> זמן המעצר, שלוש שנים, הוא שמסיט את התכלית מתכלית הרתעה מנהלית מצומצמת להרתעה עונשית. לפיכך, עצם ההחזקה כהרתעה היא לתכלית ראויה, אך האמצעי אינו מידתי וחוקתי.

הנשיא גרוניס והשופטים דנצינגר ופוגלמן ציינו כי סוגיית עמידתן של תכליות החוק במבחן התכלית הראויה מעוררת קשיים, אולם הם לא פיתחו את הדיון בסוגיה זו ובחרו לפסול את התיקון על פי מבחני המידתיות.<sup>50</sup>

בהמשך הארה זו נבקש לבחון אם התכלית הרתעתית במקרה זה היא אכן ראויה.

## ב. מהי תכלית ראויה?

בטרם ניגש לבחינת התכלית הרתעתית בפרשת **אדם**, נעמוד בקצרה על מבחן התכלית כחלק מהשלב השני של הבחינה החוקתית לפי פסקת ההגבלה.

אחד מתפקידיו העיקריים של מבחן התכלית הראויה הוא לתת מענה לשאלה אם תכלית החקיקה מעניקה צידוק מספק לפגיעה בזכות חוקתית.<sup>51</sup> מבחן זה הוא מבחן **סף חוקתי** ככל מבחני פסקת ההגבלה.<sup>52</sup> עם זאת, יש לציין כי אינו מבחן

43 שם, בפסי 4–5 לדברי השופט ג'ובראן.

44 לדיון רחב במבחן זה ופירוט סוגי התכליות הראויות, ראו להלן פרק ב להארה זו.

45 בלשון המדינה, והכוונה היא כי החקיקה יוצרת "חסם נורמטיבי" ואילו הקמת הגדר יוצרת "חסם פיזי". ראו: פרשת **אדם**, לעיל ה"ש 2, בפסי 2 לדברי השופט ג'ובראן.

46 שם, בפסי 10 לדברי השופט ג'ובראן.

47 יש לציין כי השופט הנדל קבע כי יש לבטל את סעיף 30א(ג) לחוק למניעת הסתננות (עבירות ושיפוט). זאת, בניגוד לשאר השופטים אשר הכריעו כי יש לבטל את סעיף 30א לחוק בכללותו.

48 פרשת **אדם**, לעיל ה"ש 2, בפסי 2 לדברי השופט הנדל.

49 שם, בפסי 3 לדברי השופט הנדל.

50 שם, בפסי 4 לדברי הנשיא גרוניס, בפסי 3 לדברי השופט פוגלמן, בפסי 1 לדברי השופט דנצינגר.

51 שם, בפסי 5 לדברי השופט ג'ובראן; פרשת **התנועה לאיכות השלטון בישראל**, לעיל ה"ש 32, בפסי 50–51 לדברי הנשיא ברק.

52 אהרן ברק **מידתיות במשפט – הפגיעה בזכות החוקתית והגבלותיה** 297, 301 (2010) (להלן – ברק, **מידתיות במשפט**).

אילנה שילה ונוה דייגי, "דיון בעקבות מבחן התכלית בבג"ץ המסתננים הראשון", **הארץ דין** ט(1) 1 (תשע"ה)

"נשכניי": עד כה לא נפסל אף חוק בישראל בשל אי-עמידה בתנאי מבחן זה,<sup>53</sup> למרות שבמספר מקרים הועלה ספק ביחס לתכלית החוק.<sup>54</sup> לא אחת, כבמקרה שלפנינו,<sup>55</sup> התיר בית המשפט למחוקק ליהנות מן הספק בקשר לתכלית החוק, משמצא

53 שם, בעמ' 50; אריאל בנדור וטל סלע "על המידתיות של המידתיות" **מחקרי משפט** מב 1112 (2010); כן ראו גם במאמרו של משה כהן-אליה שמצייין כי יש המכנים את מבחן "התכלית הראויה" כ"חותמת גומי" – משה כהן-אליה "לקראת נוסח הליכי של פסקת ההגבלה" **משפט וממשל** י 559 (2007).

54 ניתן לסווג את המקרים שבהם בית המשפט העלה ספקות כי תכלית החוק אינה ראויה, לשלוש קטגוריות מרכזיות: **הראשונה, תכלית עמומה**. דרישה ידועה היא כי על חוק ותכליתו להיות ברורים, ודאיים וניתנים להבנה באופן שהציבור יוכל לנהל את ענייניו (בג"ץ 2740/96 **שניסי נ' המפקח על היהלומים, משרד המסחר והתעשייה**, פ"ד נא(4) 481, בפס' 2 לפסק דינו של הנשיא ברק (1997)). בפרשת **חוף עזה** (בג"ץ 1661/05 **המועצה האזורית חוף עזה נ' כנסת ישראל**, פ"ד נט(2) 481, בפס' 37 לפסק דינו של השופט לוי (2005) (להלן – **פרשת חוף עזה**)) קבע השופט לוי בדעת מיעוט, כי תכלית החוק לא התבררה דיה וכרוכה בסכנות מרחיקות לכת אשר הופכות אותה לתכלית בלתי ראויה (ראו דוגמה נוספת לכך: בג"ץ 8300/02 **גדבאן נ' ממשלת ישראל**, בפס' 52, 33, 1 לפסק דינה של השופטת ביניש (פורסם בנבו, 22.5.2012)). בפרשה זו נדונה חוקתיות חוק יישום תכנית ההתנתקות (חוק יישום תכנית ההתנתקות, התשס"ה-2005). בית המשפט דחה ברוב דעות את העתירות ומרבית הטענות. השופט לוי, בדעת מיעוט, קבע כי לטעמו התכלית העומדת בבסיס הפגיעה בזכויות היסוד של העותרים, אינה ראויה. זאת, משום שעקירת אלפי מתיישבים ממקומם וחשיפה מחודשת של היישובים הסמוכים לטרור אינה פגיעה של מה בכך. לפיכך תכלית החוק צריכה להיות ברורה וכוזו המצדיקה סכנות מרחיקות לכת שכאלו. משלא כך הדבר, לדעתו יש לפסול את תכליתו של החוק (פרשת **חוף עזה**, בעמ' 337). הקטגוריה **השנייה** במשפחת התכליות החשודות כבלתי ראויות היא **תכלית פרסונלית**. ככלל, על דבר חקיקה להיות בעל תחולה כללית ולפנות לציבור בלתי מסוים (בג"ץ 9261/12 **איתנית מוצרי בניה בע"מ נ' המשרד להגנת הסביבה**, בפס' 35 לפסק דינו של השופט הנדל (פורסם בנבו, 13.11.2013) (להלן – **פרשת איתנית**)). זאת, משום שחקיקה פרסונלית יכולה ללמד אותנו על כוונת המחוקק להעדיף גורם מסוים או להתנכל לו (ראו בפס' 18 לדבריו של פרופ' ברק מדינה ברישמה [www.mof.gov.il/BudgetSite/Reform/](http://www.mof.gov.il/BudgetSite/Reform/)

(Lists/List9/Attachments/27/barakMedina.pdf). בפרשת **אורון** קבע השופט אור כי תכלית כזו חשודה כלא ראויה (בג"ץ 1030/99 **אורון נ' יושב ראש הכנסת**, פ"ד נו(3) 640 (2002) (להלן – **פרשת אורון**)). בפרשה זו קבע השופט אור כי בתיקון לחוק הבזק (חוק התקשורת (בזק ושידורים), התשמ"ב-1982)), קיימות שתי תכליות ברמות הפשטה שונות; הגבוהה היא קידום ייצוג פלורליסטי בערוצי תקשורת הרדיו ואילו ברמת הפשטה הנמוכה – התכלית היא הכשרת ערוץ 7 ותחנות נוספות אשר הפרו את החוק במשך פרק הזמן הקבוע בו. בית המשפט קבע כי התכלית הקונקרטית אינה ראויה, אולם היה מוכן להכיר בכך שהתכלית הדומיננטית של החוק היא ברמת הפשטה הגבוהה ביותר. טענה דומה נדונה בפרשת **איתנית** אשר עסקה בחוקתיות סעיף 74 לחוק למניעת מפגעי אסבסט ואבק מזיק (סעי' 74 לחוק למניעת מפגעי אסבסט ואבק מזיק, התשע"א-2011). חברת איתנית טענה כי החוק הוא פרסונלי ומופנה כלפיה. בית המשפט קבע שאכן החוק מופנה כלפי מפעל איתנית, אף שהדבר אינו מצוין במפורש בחוק. עם זאת, נקבע כי קיימים מצבים מיוחדים הדורשים חקיקה פרסונלית. קרי, באם קיימת סיבה מהותית ועניינית לכך שהחוק חל למעשה על פרט או על קבוצה מצומצמת. היות שמפעל איתנית הוא הגורם הישיר והדומיננטי שגרם למצבורי פסולת אסבסט בהיקף גדול ובאזור גיאוגרפי מוגדר, הרי שהתכלית ראויה (שם). כן נקבע שכאשר החוק הוא פרסונלי, בית המשפט יבחן בצורה קפדנית את מבחני פסקת ההגבלה. הקטגוריה **השלישית** במשפחת התכליות החשודות כלא ראויות היא **נוחות מנהלית**. ככלל, תכלית אשר בבסיסה שיקולי נוחות מנהליים וכלכליים יכולה להצדיק פגיעה בזכות ולהיחשב ראויה, אולם כאשר הפגיעה היא בזכות יסוד מהותית, ייטה בית המשפט להכיר בשיקולים אלו כלא ראויים לעניין התכלית. כך נקבע בקנדה בפרשת **SINGH** – *Singh v. Minister of Employment and Immigration*, [1985] 1 S.C.R. 177. בפרשה זו נדרש בית המשפט העליון הקנדי לשאלה אם שיקולי תקציב ונוחות מנהלית יכולים להוות מטרה ראויה. העניין עלה בהקשר של החלטת המדינה שלא להעניק זכות טיעון בעל-פה לכל אדם המבקש מעמד של פליט. לטענתה, הבטחת הזכות תטיל נטל קשה מדי על תקציב המדינה (ברק, **מידתיות במשפט**, לעיל ה"ש 52, בעמ' 333-334). בית המשפט הקנדי דחה את הטענה וקבע כי כשמדובר בזכויות יסוד כה מהותיות, נימוק תועלתני כנוחות מנהלית מעורר קשיים רבים ואינו משכנע. עם זאת, נקבע כי במקרי "קצה" כלכליים (למשל, משבר פיננסי עולמי) או במקרים אשר הנטל התקציבי יהיה כבד, אזי תיחשב תכלית זו כראויה בגדר מבחני פסקת ההגבלה, וכן ראו פרשה מהמשפט במדינת דרום-אפריקה, עת ביקשו להצר את זכות הבחירה של האסירים על בסיס הטענה כי הבטחת זכות זו מעוררת קשיים מנהליים רבים. טענה זו נדחתה על ידי בית המשפט ונאמר שם כי "נוחות מנהלית" אינה מצדיקה פגיעה בזכות יסוד כה מהותית. (Minister of Home Affairs v. National Institute for Crime Prevention and the Re-Integration of Offenders) (NICRO), 2005 (3) SA 280 (CC). בארץ, בפרשת **הפרטת בתי הסוהר** (בג"ץ 2605/05 **חטיבת זכויות האדם נ' שר האוצר** (פורסם בנבו, 19.11.2009) (להלן – **פרשת הפרטת בתי הסוהר**)), נדרש בית המשפט לדון בחוקתיות תיקון החוק המתיר הקמת בית סוהר שינוהל על ידי גורם פרטי לשם מטרת רווח. העותרים טענו, בין היתר, כי פגיעה בזכות יסוד כה בסיסית לשם הגשמת תכלית כלכלית אינה נעשית לתכלית ראויה (פרשת **הפרטת בתי הסוהר**, בפס' 2 לפסק דינה של הנשיאה ביניש). הנשיאה ביניש דחתה את טענתם ופסקה כי הטענה גורפת מדי. זאת, משום שישנם מצבים בהם תכלית כלכלית תצדיק פגיעה בזכויות אדם (פרשת **הפרטת בתי הסוהר**, בפס' 45 לפסק דינה של הנשיאה ביניש). יחד עם זאת, אנו מוצאים בפסק דינה של הנשיאה ביניש, כי היא מביעה אי-נוחות מכך שתכלית החקיקה המרכזית בתיקון החוק היא יעילות כלכלית, בייחוד כשמדובר בפגיעה בזכויות טבעיות ויסודיות (פרשת **הפרטת בתי הסוהר**, בפס' 52 לפסק דינה של הנשיאה ביניש). לפיכך, ייתכנו מקרים שבהם יעילות כלכלית לא תיחשב לתכלית ראויה. נדגיש כי הסיווג לעיל של "משפחת" התכליות הלא ראויות אינו ממצה, וזהו למיטב ידיעתנו הניסיון הראשון לסיווג מעין זה.

55 ראו הפלוגתא בין השופטים לעיל בפרק א.3. עוד ראו, למשל: פרשת **אדם**, לעיל ה"ש 2, בפס' 90 לדברי השופטת ארבל, בפס' 19 לדברי השופט פוגלמן ופס' 1 לדברי השופט דניציגר.

אילנה שילה ונוה דייגי, "דיון בעקבות מבחן התכלית בבג"ץ המסתננים הראשון", **הארץ דין** ט(1) 1 (תשע"ה)

כי החוק אינו מידתי.<sup>56</sup> לאור זאת ניתן לראות במבחן התכלית מעין "שסתום דרכיווני", המכיל את מבחני המידתיות, ובה במידה מושפע מאופן יישומם.

המסע לבחינת התכלית הראויה מתחיל ב**זיהוי מטרת החוק**. זיהוי המטרה אינו דבר של מה בכך.<sup>57</sup> לרוב, החוק טומן בחובו תכליות רבות.<sup>58</sup> וישנו קושי לקבוע מהי התכלית הרלוונטית ומהי הדומיננטית. אופן ניסוח החוק, והצגת התכליות על ידי המחוקק, עשויים להשפיע על ההכרעה בעניין מטרת החוק. זאת ועוד, לעתים החוק נוקט לשון ניטרלית בהסתירו תכלית לא ראויה אשר מקשה על זיהוי התכלית.<sup>59</sup> בצדק ציין השופט פוגלמן כי: "[...] אין ללכת שבי אחר ניסוח זה או אחר, ויש לבחון את מהות הדברים".<sup>60</sup>

בשלב הראשון לזיהוי מטרת החוק, בית המשפט נוקט פרשנות תכליתית בניסיון להתחקות אחר תכליות החוק.<sup>61</sup> פרשנות זו מורכבת מהעיגון הלשוני והאפשרויות הלשוניות של הביטוי המשפטי העומד לפרשנות, מבחן סובייקטיבי ומבחן אובייקטיבי לבירור תכלית הנורמה הפוגעת.<sup>62</sup> ודוקו, מטרת החוק שזוקקו, הן מהמבחן הסובייקטיבי והן מהמבחן האובייקטיבי, צריכות להיות ראויות, במובן זה שעליהן להתיישב עם אותן תכליות שלשמן קמה המדינה.<sup>63</sup> נעמוד על רכיב זה בהמשך, בנייתוח **תוכן התכלית**.

השלב השני, שהוא תת-מבחן בפרשנות החקיקה, עוסק **ברמת ההפשטה** של תכליות החוק. רמת הפשטה גבוהה קובעת מהן התכליות הכלליות של דבר החקיקה. כך, למשל, תכלית כללית יכולה להיות "ביטחון המדינה", "שמירה על הסדר הציבורי", "הגנה על המשק הישראלי" ועוד.<sup>64</sup> תכלית ברמת הפשטה נמוכה נגזרת מהתכלית ברמת ההפשטה הגבוהה ולמעשה נועדה לקדם אותה. יש הטוענים כי לפי פסקת ההגבלה, יש להתמקד בתכלית הקונקרטית המצדיקה את הפגיעה המסוימת בזכות החוקתית.<sup>65</sup> ניתן לומר כי ככל שרמת ההפשטה גבוהה יותר, כך סביר להניח שתכלית החוק תצלח את מבחן התכלית הראויה.<sup>66</sup>

מהי אפוא רמת ההפשטה המתאימה למבחן התכלית הראויה? האם יש להסתפק ברמת הפשטה רחבה או שמא יש לבחון את התכליות הקונקרטיות שנועד החוק להגשים?<sup>67</sup> וכן מהו הדין אם התכלית ברמת ההפשטה הגבוהה נמצאת ראויה ואילו הנמוכה אינה ראויה? נראה שעניין זה טרם הוכרע בפסיקה.<sup>68</sup>

---

56 ראו, למשל: פרשת **אורון**, לעיל ה"ש 54, בפסי' 35 לפסק דינו של השופט אור. בנוסף, יש לציין כי, כידוע, נוקט בית המשפט בפרשנות מקיימת. לפיו, בית המשפט יפרש את החוק באופן שמבטל את סתירתו עם החוקה הפורמלית או המטריאלית. ראו, למשל: בג"ץ 2599/00 **יתד – עמותת הורים לילדי תסמונת דאון נ' משרד החינוך**, פ"ד נו(5) 834, 846 (2002).

57 ברק, **מידתיות במשפט**, לעיל ה"ש 52, בעמ' 356.

58 יעקב בן שמש "זכויות חוקתיות, הגירה ודמוגרפיה – בעקבות בג"ץ חוק האזרחות והכניסה לישראל" **משפט וממשל** י 47–59 (2007). דוגמה נוספת לחוק בעל תכליות רבות שבו קיים קושי לקבוע מהי התכלית הדומיננטית בו, ראו: בג"ץ 7245/10 **עדאלה נ' משרד הרווחה** (פורסם בנבו, 4.6.2013).

59 בג"ץ 693/91 **אפרת נ' הממונה על מרשם האוכלוסין במשרד הפנים**, פ"ד מז(1) 764, 794 (1993) (להלן – פרשת **אפרת**).

60 פרשת **אדם**, לעיל ה"ש 2, פסי' 18 לדברי השופט פוגלמן.

61 אהרן ברק **פרשנות תכליתית במשפט** 195 (2003) (להלן – ברק, **פרשנות תכליתית במשפט**); בג"ץ 6824/07 **מנאע נ' רשות המסים**, בפסי' 19 לדברי השופט פוגלמן (פורסם בנבו, 20.12.2010).

62 גיא דוידוב, יונתן יובל, אילן סבן ואמנון רייכמן "מדינה או משפחה? חוק האזרחות והכניסה לישראל (הוראת שעה), תשס"ג-2003" **משפט וממשל** ח 643, 660 (2005); ברק, **פרשנות תכליתית במשפט**, שם, בעמ' 197; בג"ץ 7081/93 **בוזר נ' מועצה מקומית "מכבים-רעות"**, פ"ד (1) 19, 24–26 (1996) ראו גם ההרחבה בנושא: ברק, **מידתיות במשפט**, לעיל ה"ש 52, בעמ' 368–371.

63 שם; אהרן ברק "אילוץ דאונטולוגי, תרבות ההצדקה והמחוקק היורה בתותח: תשובה למבקרים" **משפט ועסקים** טו 417, 462–464 (2012).

64 ראו, לדוגמה, את הדיון לעיל בפרק ב להארה בעניין איחוד מבחן "התכלית הראויה" ומבחן "הולם את ערכי מדינת ישראל", באשר לכך שהתכלית הראויה נגזרת מעקרונות היסוד – עקרונות רחבים.

65 ראו: דוידוב ואחי, לעיל ה"ש 62, בעמ' 666–667.

66 אהרן ברק **פרשנות במשפט** כרך שלישי – **פרשנות חוקתית** 533–534 (1994) (להלן – ברק, **פרשנות חוקתית**).

67 דוידוב ואחי, לעיל ה"ש 62, בעמ' 666–667.



אילנה שילה ונוה דיגי, "דיון בעקבות מבחן התכלית בבג"ץ המסתננים הראשון", **הארץ דין** ט(1) 1 (תשע"ה)

לאחר זיהוי התכליות השונות, על בית המשפט לקבוע מהי (או מהן) תכלית החוק הדומיננטית.<sup>69</sup> לזיהוי זה חשיבות מכרעת משום שלמעשה, האיזון שייעשה בהמשך, על פי יתר מבחני פסקת ההגבלה, יתבצע אל מול המטרה שזוהתה והוכרה כתכלית הדומיננטית של החוק.<sup>70</sup> עם זאת, נקבע בעבר כי: "אין להתעלם גם מן התכליות המשניות כדי לבחון את השלכותיהן על זכויות האדם".<sup>71</sup>

לחוק יכולות להיות, כאמור, מספר **תכליות דומיננטיות** השלובות זו בזו.<sup>72</sup> הגישה המקובלת בפסיקה במקרה זה היא שיש לבחור בתכלית אשר תצלח את מבחן התכלית הראויה.<sup>73</sup> גישה זו נובעת מהנחת היסוד בדבר חזקת החוקתיות של המחוקק,<sup>74</sup> ההנחה שהחוק נועד להגשים את עקרונות הצדק המותרים מרחב תמרון חקיקתי נרחב כחלק מעקרון הפרדת הרשויות.<sup>75</sup> אולם גישה זו אינה נקייה מספקות, שכן אין בכוחה לרפא תכלית לא ראויה. יתרה מזו, לדעת מלומדים הדבר מאפשר להכשיר, הלכה למעשה, חוקים המקדמים תכליות לא ראויות לצד תכליות ראויות. ככל שתפקיד החוקה הוא לוודא שתכליות לא ראויות לא ישפיעו על הליך החקיקה, הרי שהתעלמות מנוכחותה של תכלית כזו אינה עולה בקנה אחד עם חובתו של המחוקק. נראה אפוא שבפסיקה חסרים כלים להתמודדות עם חוקים מרובי תכליות דומיננטיות, שחלקן חשודות כלא ראויות.<sup>76</sup>

משקבענו את תכלית החוק הדומיננטית, נפנה לבחינת תוכנה ונחיצותה. אלו הם מבחנים מצטברים.<sup>77</sup> הראשון הוא מבחן **תוכן** התכלית שהחוק נועד לקדם.<sup>78</sup> לפיו, תכלית תיחשב לראויה אם התכלית **הדומיננטית** נועדה לשרת מטרות העולות בקנה אחד עם ערכיה הדמוקרטיים של המדינה ובפרט המגלות רגישות לזכויות אדם.<sup>79</sup> לאחרונה ניכרת מגמה לשלב בין מבחן התכלית הראויה לבין מבחן ההלימה של ערכי מדינת ישראל. זאת, משום שיש הרואים במבחן התכלית הראויה מבחן הפורט את העקרונות הכלליים של ערכי המדינה לקטגוריות של תכליות ראויות.<sup>80</sup> עם זאת נציין כי לפי דעה אחרת, יש הבדל בין מבחן ההלימה, הקורא לבחינת החוק אל מול ערכיה הפרטיקולריים של המדינה, לבין מבחן התכלית הראויה, הקורא

- 
- 68 ראו: פרשת **אורון**, לעיל ה"ש 54, בפס' 35 לפסק דינו של השופט אור.  
69 ברק **פרשנות במשפט**, לעיל ה"ש 66, בעמ' 531; בג"ץ 390/79 **דויקאט נ' ממשלת ישראל**, פ"ד לד(1) 1, 20 (1979).  
70 בג"ץ 4769/95 **מנחם נ' שר התחבורה**, פ"ד נו(1) 235, בפס' 14 לפסק דינה של השופטת ביניש (2002).  
71 ציטוט מדבריו של הנשיא שמגר בע"מ 6821/93 **בנק המזרחי המאוחד בע"מ נ' מגדל כפר שיתופי**, פ"ד מט(4) 221, 342 (1995) (להלן – פרשת **בנק המזרחי**).  
72 פרשת **הפרטת בתי הסוהר**, לעיל ה"ש 54, בפס' 52 לדברי הנשיא ביניש.  
73 אהרן ברק "על משפט, שיפוט וצדק" **משפטים** כז 5, 6 (1996).  
74 ברק, **מידתיות במשפט**, לעיל ה"ש 52, בעמ' 543–545.  
75 בג"ץ 9333/03 **קניאל נ' ממשלת ישראל**, פ"ד ס(1) 277, בפס' 19 לפסק דינו של הנשיא ברק (2005). ראו גם: פרשת **הפרטת בתי הסוהר**, לעיל ה"ש 54, בפס' 14 לדברי הנשיא ביניש; בג"ץ 7052/03 **עדאלה – המרכז המשפטי לזכויות המיעוט הערבי נ' שר הפנים**, פ"ד סא(2) 202, בפס' 78 לפסק דינו של הנשיא ברק (פורסם בנבו, 14.5.2006) (להלן – פרשת **עדאלה 7052/03**).  
76 בג"ץ 281/11 **ראש מועצת בית איכסא נ' שר הביטחון**, בפס' 27 לפסק דינו של השופט פוגלמן (פורסם בנבו, 6.9.2011). שם בחר השופט שלא להתמודד עם השאלה איזו תכלית היא הדומיננטית. השופט פוגלמן ניסה לקשור שיקולים מהמשפט המנהלי למשפט החוקתי. כן ראו את מאמרו של סבן ומדינה התומך בסברה לעיל: אילן סבן וברק מדינה "זכויות האדם ונטילת סיכונים: על הדמוקרטיה, 'תיוג אתני' ומבחני פסקת ההגבלה (בעקבות פסק דין חוק האזרחות והכניסה לישראל)" **משפטים** לט 47 (2009); זאת ועוד, לפי דבריו של הנשיא שמגר בפרשת **בנק המזרחי**, לעיל ה"ש 71, אין להתעלם מתכליותיו השונות של דבר החקיקה – הן הדומיננטיות הן המשניות. יש לבחון כאמור את השפעותיהן על זכויות האדם.  
77 בג"ץ 52/06 **חברת אלאקסא לפיתוח נכסי ההקדש המוסלמי בא"י בע"מ נ' Simon Wiesenthal Center Museum Corp**, בפס' 22 לדברי השופטת פורקצ'יה (פורסם בנבו, 29.10.2008) (להלן – פרשת **חברת אלאקסא**).  
78 פרשת **עדאלה 7052/03**, לעיל ה"ש 75, פס' 62 לפסק דינו של הנשיא ברק.  
79 ראו: ברק, **פרשנות חוקתית**, לעיל ה"ש 66, בעמ' 521–525. תכלית היא ראויה אם היא "[...] נועדה להגשים מטרות חברתיות העולות בקנה אחד עם ערכיה של המדינה ככלל, והמגלות רגישות למקומן של זכויות האדם במערך החברתי הכוללי". ראו פרשת **אורון**, לעיל ה"ש 54, בעמ' 662.  
80 ראו: ברק, **מידתיות במשפט**, לעיל ה"ש 52, בעמ' 296; פרשת **חברת אלאקסא**, לעיל ה"ש 77, בפס' 22 לפסק דינה של השופטת פורקצ'יה. גם מלומדים הדוגלים בגישת "הביקורת השיפוטית ההליכית", רואים במבחן זה חשיבות רבה להגנה על הליכים דמוקרטיים ולמשל לקיומו של פלורליזם רעיוני. ראו: כהן-אלהי, לעיל ה"ש 53, בעמ' 559. זאת כמובן בשינויים המתבקשים מדוקטרינה זו. מנגד, ניכר כי הפסיקה טרם אימצה את הכלכה פסוקה.

לבית המשפט לוודא שהמחוקק משתמש בכוחו כדי לקדם אינטרס ציבורי שבשמו קמה מדינה באשר היא.<sup>81</sup> משסווגה התכלית כמיועדת לקדם מטרות ראויות, בית המשפט נדרש לבחון את נחיצותה.

השני הוא כאמור מבחן **נחיצות** קידום המטרה: "תכלית היא ראויה אם הצורך בהגשמתה הוא חשוב לערכיהן של החברה והמדינה".<sup>82</sup> כאן אנו שואלים עד כמה התכלית אכן נחוצה.<sup>83</sup> כך, ככל שהזכות הנפגעת חשובה יותר, ועוצמת הפגיעה בה קשה יותר, הרי שיידרשו יעדים חברתיים מהותיים, חשובים וחיוניים יותר להצדקת המטרה,<sup>84</sup> ויהיה על המדינה להראות צורך ציבורי לוחץ להגשמתם. אנו רואים אפוא את "דו־הכיווניות" שבמבחן התכלית: הזכות הנפגעת עקב הגשמת המטרות באמצעים השונים, ועוצמת הפגיעה בה, מקרינות על מבחן התכלית. נראה אפוא כי קיים מדרג נחיצות המקביל לבחינת הזכות הנפגעת ועוצמת הפגיעה בה.

גישת מדרג הנחיצות ננקטה בכמה פסקי דין,<sup>85</sup> וכן היא באה לידי ביטוי בספרו של פרופ' אהרן ברק "על המידתיות".<sup>86</sup> ברק הציע שבית המשפט יקבע אמות מידה משתנות לפי סיווג הזכות הנפגעת ועוצמת הפגיעה בה, ולא אמת מידה אחידה.<sup>87</sup>

לפי גישה זו, מידת הנחיצות הנדרשת למימוש תכלית חוק הפוגע בזכות הנכללת בקבוצת הדרג הגבוהה, היא נחיצות רבה מאוד. בית המשפט פירש רמת נחיצות זו, בהשראת המשפט האמריקני, כ־*Strict Scrutiny*.<sup>88</sup> במילים אחרות, תכלית החקיקה צריכה להיות חיונית או דחופה ביותר. לעומת זאת, פגיעה בזכויות הנמנות עם קבוצת המדרג הנמוכה דורשת שתכלית החוק תהיה חשובה או מהותית.

מבחן נוסף לקביעתה של תכלית ראויה, השנוי במחלוקת בפסיקה,<sup>89</sup> הוא מבחן איזון המטרות ומידת פגיעתו של האמצעי הנבחר.<sup>90</sup> למבחן זה שני מישורים: האחד סובייקטיבי, והוא בוחן אם המחוקק בחן את כל התכליות הרלוונטיות העומדות

81 לשיטתו של פרופ' אמנון רייכמן, יש להבחין בין מבחן התכלית הראויה לבין מבחן ההלימה באופן הזה: מבחן ההלימה מאפשר התייחסות לערכי המדינה כיהודית ודמוקרטית, ובכללה מאפשר ניתוח של המתחם המשותף לשתי מערכות ערכים אלו. מבחן התכלית הראויה הוא מבחן אוניברסלי, במובן זה שחוק מיועד לתכלית ראויה רק אם הוא מקדם זכות או אינטרס ציבורי שלשם קידום המסגרת הפוליטית-משפטית הקרויה מדינה, ולשם הענק למדינה מונופול על השימוש בכוח ריבוי (דואר אלקטרוני מפרופ' אמנון רייכמן, הפקולטה למשפטים, אוניברסיטת חיפה, עורך כתב העת **הארץ דין**, לאילנה שילה ולנוה דייגי (2014.3.24)).

82 בג"ץ 951/06 שטיין נ' **המפקח הכללי משטרת ישראל**, בפסי 18–19 לפסק דינו של הנשיא ברק (פורסם בנוב, 30.4.2006) (להלן – פרשת **שטיין**).

83 בג"ץ 7956/10 גבאי נ' **שר האוצר**, פסק דינה של השופטת דפנה ברק־ארו (פורסם בנוב, 19.11.2012).

84 פרשת **אדם**, לעיל הי"ש 2, בפסי 83 לפסק דינה של השופטת ארבל; בג"ץ 10662/04 חסן נ' **המוסד לביטוח לאומי**, בפסי 55 לפסק דינה של הנשיאה ביניש (פורסם בנוב, 28.02.2012). זאת ועוד, ככל שהזכות חזקה יותר והפגיעה עוצמתית יותר, נבקש הסמכה מפורשת בחוק לפגיעה זו. ראו: בג"ץ 10203/03 **המפקד הלאומי בע"מ נ' היועץ המשפטי לממשלה**, פ"ד (סב) 715, בפסי 12 לדברי הנשיאה ביניש (2008).

85 פרשת **חוף עזה**, לעיל הי"ש 54, בפסי 64–65 לפסק דינו של הנשיא ברק. ניתן אף לראות דוגמה לכך בפרשת **אדם**, לעיל הי"ש 2, בפסי 93 לדברי השופטת ארבל ("למרות הספקות האמורים, יתכן כי במצב קיצוני בו הופכת התכלית לחיונית ביותר עבור קיומה של המדינה ושמירתה על האינטרסים הבסיסיים ביותר שלה, ניתן יהיה להצדיק תכלית זו, וזאת על אף הפגיעה הקשה והעוצמתית בחירותו של המסתנן" (ההדגשות אינן במקור)).

86 ברק, **מידתיות במשפט**, לעיל הי"ש 52, בעמ' 352–356.

87 בפועל, פרופ' ברק מחלק את הזכויות לשתי קבוצות: מדרג גבוה ומדרג נמוך. בדרג הגבוה נמנות, בין היתר, הזכויות האלה: כבוד האדם, חירות אישית, הפרטיות (ראו: פרשת **עדאלה** 7052/03, לעיל הי"ש 75, בפסי 28 לפסק דינו של הנשיא ברק), חופש התנועה (בג"ץ 5016/96 **חורב נ' שר התחבורה**, פ"ד נא(4) 1, 53 (1997) (להלן – פרשת **חורב**)), הזכות לקניין (פרשת **חוף עזה**, לעיל הי"ש 54, בעמ' 801), הפגיעה בשוויון (פרופ' ברק מצייין שזכות זו תיכלל בקבוצה רק כאשר היא קשורה בצורה הדוקה לכבוד האדם – ברק, **מידתיות במשפט**, לעיל הי"ש 52, בעמ' 354–355; פרשת **התנועה לאיכות השלטון בישראל**, לעיל הי"ש 32, בפסי 53 לפסק דינו של הנשיא ברק) וכן פגיעות מסוימות בגרעין הזכות החוקתית (פרשת **חורב**, לעיל הי"ש 89, בעמ' 49). ואילו הדרג הנמוך הוגדר "כזכויות הפחות מרכזיות" (פרשת **עדאלה** 7052/03, לעיל הי"ש 75, בפסי 63 לפסק דינו של הנשיא ברק). ניתן למנות בקטגוריה זו פגיעות שהן בשולי הזכויות החוקתיות. לדוגמה, הפגיעה בחופש הביטוי המסחרי (פרשת **חוף עזה**, לעיל הי"ש 54, בפסי 64 לפסק דינו של הנשיא ברק; פרשת **חורב**, לעיל הי"ש 87, בעמ' 49).

88 ראו: ברק, **מידתיות במשפט**, לעיל הי"ש 52, בעמ' 355; פרשת **עדאלה** 7052/03, לעיל הי"ש 75, פסק דינה של השופטת פרוקצ'יה; דברי השופט זמיר בבג"ץ 95/6055 **צמח נ' שר הביטחון**, פ"ד נג(5) 241, 273 (1999) (להלן – פרשת **צמח**); פרשת **אדם**, לעיל הי"ש 2, בפסי 4 לפסק דינו של השופט הנדל.

89 פרשת **אדם**, לעיל הי"ש 2, בפסי 18 לפסק דינו של השופט פוגלמן. הביקורת על מבחן זה תוארה, בין היתר, גם בפסי 3–9 לפסק דינו של השופט גיורבאן. ביקורת מרכזית נוספת: ברק, **מידתיות במשפט**, לעיל הי"ש 52, בעמ' 297–300. ראו גם ביקורת נוספת אצל: בנדור וסלג, לעיל הי"ש 53, בעמ' 1118.

אילנה שילה ונוה דייגי, "דיון בעקבות מבחן התכלית בבג"ץ המסתננים הראשון", **הארץ דין ט** (1) 1 (תשע"ה)

לפניו ואיזן ביניהן;<sup>91</sup> והשני אובייקטיבי הבודק שתי שאלות: (1) האם האמצעי שננקט לשם הגשמת המטרה הוא מסוג האמצעים המותרים בחברה דמוקרטית, לנוכח פגיעתו בזכויות היסוד;<sup>92</sup> (2) האם האמצעי שננקט מקיים את הדרישה כי הסיכון הנשקף מהפרט, הוא מעבר לסף הנדרש כתנאי להצדקת הפגיעה שלו בזכות יסוד;<sup>93</sup> מבחנים אלו אומצו חלקית בפסיקה. כך, למשל, בפסיקתו של השופט לוי, אשר מכנה אותם **מבחן הרגישות לזכות**, "לאמצעי יש משקל מתוך שהוא עשוי ללמד על נאותותה של מטרת החוק. עם האמצעים הנבחנים יש להביא בחשבון, בין היתר, את מידת גורפותם של ההסדרים הפוגעניים שבחוק ואת משך תחולת הפגיעה".<sup>94</sup> כאמור, מבחן הרגישות לזכות הנפגעת שנוי במחלוקת, שכן ניתן לטעון כי מקומו במבחני פסקת ההגבלה, או כחלק ממבחן הנחיצות.

באשר לשאלת נטל הוכחתם של מבחנים אלה,<sup>95</sup> הנטייה בפסיקת בית המשפט, וכן בדעות מלומדים, היא לסבור כי הנטל מוטל על הטוען לחוקתיות הפגיעה,<sup>96</sup> קרי, על המדינה. עם זאת, קיימות דעות נוגדות.<sup>97</sup> ברם, גם אם אין הסכמה בשאלה על שכמו של מי מוטל נטל ההוכחה, ניתן להיעזר בשיקולים שהציע השופט זמיר בפרשת **צמח**,<sup>98</sup> שעשויים להשפיע על שאלה זו: שיקולים של שלטון החוק, חזקת החוקתיות של החוק, חשיבותה של הזכות הנפגעת, עוצמת הפגיעה בזכות וחשיבות האינטרסים הציבוריים.<sup>99</sup>

## 1. תכלית הרתעתית

לאחר שבחנו מהי מבחינה תיאורטית תכלית ראויה, נפנה לבחון אם תכלית הרתעתית בנסיבותיה של פרשת **אדם**, היא תכלית ראויה.<sup>100</sup>

המשפט נועד, בין היתר, לכוון את התנהגות הפרטים בחברה.<sup>101</sup> אחת הדרכים למימוש משימה זו היא באמצעות הרתעת היחיד או באמצעות הרתעת הרבים. הרתעת הרבים מבקשת להשיג דרך הגבלת זכותו של היחיד, הרתעה לכלל הציבור

90 סבן ומדינה, לעיל ה"ש 76, בעמ' 89.

91 שם, בעמ' 89-92.

92 שם, בעמ' 94 (כך למשל, מדינה וסבן מציינים "כי עונש מוות נתפס כבלתי חוקי בחברות דמוקרטיות מסוימות בהתבסס על שלילת הלגיטימיות של השימוש באמצעי זה. כלומר, של הרתעה באמצעות הריגה מכוונת של אנשים").

93 שם, בעמ' 92-94.

94 בג"ץ 466/07 גלאון נ' היועץ המשפטי לממשלה, בפס' 23 לפסק דינו של השופט לוי (פורסם בנבו, 11.1.2012) (להלן – פרשת **איחוד משפחות**). בבחינת התכלית הראויה התייחסה הפסיקה למבחן "רגישות לזכויות אדם" גם בפרשות נוספות. ראו, למשל: בג"ץ 5026/04 דיזיין 22 – שארקד **לוקס רהיטים בע"מ נ' ראש ענף היתרי העבודה בשבת, אגף הפיקוח משרד העבודה והרווחה**, פ"ד ס (1) 38, בפס' 19 לפסק דינו של הנשיא ברק (2005) (להלן – פרשת **דיזיין 22**); פרשת **שטיין**, לעיל ה"ש 82, בפס' 18-19 לפסק דינו של הנשיא ברק.

95 יש לציין כי נטל ההוכחה מכיל את נטל השכנוע ונטל הבאת הראיות. להרחבה בדבר הצידוקים לעניין הטלת נטל ההוכחה (נטל השכנוע ונטל הבאת הראיות), ראו: ברק, **מידתיות במשפט**, לעיל ה"ש 52, בעמ' 533-535, 545-550.

96 שם, בעמ' 536-537 והסימוכין המובאים שם: פרשת **עדאלה**, 7052/03, לעיל ה"ש 75, בפס' 9 לפסק דינה של השופטת פרוקצ'יה; בג"ץ 1993/03 **התנועה לאיכות השלטון בישראל נ' ראש הממשלה**, פ"ד נו(6) 817, 839 (2003).

97 הדעות השונות הובעו בפרשת **בנק המזרחי**: בפס' 84-85 לפסק דינו של הנשיא שמגר; בפס' 84 לפסק דינו של הנשיא ברק, בפס' 18-19 לפסק דינו של השופט זמיר; בפס' 140-142 לפסק דינו של השופט חשין; בפס' 8 לפסק דינו של השופט גולדברג; בפס' 12-14 לפסק דינו של השופט בך; בפס' 17-19 לפסק דינו של השופט לויין ופסק דינו של השופט מצא (שאליו הצטרף השופט טל בנוגע לשאלת נטל השכנוע). כן ראו סקירה ממצה של הדעות בנושא בתוך: ברק, **מידתיות במשפט**, לעיל ה"ש 52, בעמ' 533-537.

98 פרשת **צמח**, לעיל ה"ש 88, בפס' 24 לפסק דינו של השופט זמיר. יש לציין כי מבחני העזר שהציע השופט זמיר נאמרו כאמרת אגב, אך הנשיא ברק יישם מבחנים אלו בפרשת **התנועה לאיכות השלטון בישראל**, לעיל ה"ש 53, בפס' 22 לפסק דינו של הנשיא ברק. גם השופטת ארבל בפרשת **אדם** ציינה שיקולים אלה בלא להכריע בדבר. ראו: פרשת **אדם**, לעיל ה"ש 2, בפס' 100 לדברי השופטת ארבל.

99 פרשת **צמח**, לעיל ה"ש 88, שם.

100 נרצה להדגיש שניתן כי אנו מודעים לקיומה של תכלית נוספת אשר הוכרה כראויה, אולם כפי שנראה בהמשך ההארה, עצם קיומה של תכלית שנויה במחלוקת פוגע בתוקף החוק.

אילנה שילה ונוה דייגי, "דיון בעקבות מבחן התכלית בבג"ץ המסתננים הראשון", **הארץ דין ט** (1) 1 (תשע"ה)

שהיחיד משתייך אליו. לעומתה, הרתעת היחיד מבקשת להרתיע את הפרט, שהסנקציה מוטלת עליו, מלשוב ולבצע את המעשה.<sup>102</sup>

עקרון ההרתעה שלוב בענפי המשפט השונים. כך, למשל, לדיני הנוזיקין יש תכלית הרתעתית, שנועדה לנתב את צעדי הפרטים בצורה יעילה על ידי הפנמת העלויות מראש, כדי למנוע נזקים עתידיים ולקדם את התועלת החברתית המצרפית.<sup>103</sup> בדיני העונשין, עקרון ההרתעה שוכן לצד עקרונות הגמול והשיקום,<sup>104</sup> ונקבע שהרתעת הרבים באמצעות ענישת היחיד היא לגיטימית במצבים מסוימים, ובעיקר כאשר היא מתלווה לתכליות לגיטימיות אחרות.<sup>105</sup>

האם התכלית ההרתעתית בענייננו, אכן ראויה לפי מבחני התכלית?

## 2. האם התכלית ההרתעתית בפרשת אדם היא תכלית ראויה?

בפרשת **אדם** רשות מנהלית היא שהוציאה צו מנהלי להשמתם של השמ"בים במשמורת, וכך הוגבלה חירותם שלא בהליך פלילי.<sup>106</sup> מעצר מנהלי פוגע פגיעה קשה בחירותו ובכבודו של העצור בלי שיוכל להסתייע בהגנות הקבועות בהליך הפלילי.<sup>107</sup> לפיכך רק טעמים מיוחדים וכבדי משקל מצדיקים שימוש במעצר מנהלי.<sup>108</sup> תנאי בלעדיו אין הוא שתכלית המעצר נועדה למנוע את הסיכון הנשקף מעצור מסוים.<sup>109</sup> על פי הפסיקה, שיקולי הרתעה כשלעצמם אינם מצדיקים החזקה במעצר מנהלי,<sup>110</sup> כפי שאינם מצדיקים אמצעים דרסטיים פחות כגון תיחום אזור מגורים.<sup>111</sup>

כאמור, שופטי בית המשפט העליון אמנם קבעו כי תכלית זו מעוררת קשיים,<sup>112</sup> אך הם לא פסלו את החוק על יסוד מבחן התכלית אלא לפי מבחני המידתיות. הם מצאו תכלית נוספת, ראויה, וראו בה תכלית "פודה". לטעמנו, התכלית ההרתעתית בנסיבות המקרה אינה ראויה ואף יורדת לשורש תוקפו של החוק.

101 בג"ץ 2651/09 **האגודה לזכויות האזרח בישראל נ' שר הפנים**, בפס' 31 לפסק דינו של השופט דנצינגר (פורסם בנבו, 15.6.2011).

102 בהנחה שאדם רציונלי ישקול שיקולי תועלת בבואו להפר את החוק.

103 ע"א 140/00 **עזיבון המנוח מיכאל איטנגר ז"ל נ' החברה לשיקום ופיתוח הרובע היהודי בעיר העתיקה בירושלים בע"מ**, פ"ד נח(4) 486, בפס' 17 לדברי השופט ריבלין (2004); ע"א 44/76 **אתא חברה לטכסטיל בע"מ נ' שורץ**, פ"ד ל(3) 785 (1976); ישראל גלעד "על גבולות ההרתעה היעילה בדיני-הנוזיקין" **משפטים** כב 421 (2012).

104 הדבר הוכר במפורש בתיקון מס' 113 לדיני העונשין: חוק העונשין (תיקון מס' 113), התשע"ב-2012, ס"ח 102.

105 פרשת **אדם**, לעיל ה"ש 2, בפס' 3 לדברי השופט הנדל; בג"ץ 6996/02 **זערוב נ' מפקד כוחות צה"ל**, פ"ד נו(6) 407, בפס' 3 לפסק דינו של המשנה לנשיא ש' לוי (2002).

106 פרשת **אדם**, לעיל ה"ש 2, בפס' 90 לדברי השופט ארבל.

107 פרשת **עגורי**, לעיל ה"ש 38, בעמ' 370.

108 עמ"מ 8788/03 **פדרמן נ' שר הביטחון**, פ"ד נח(1) 176, בפס' 18 לפסק דינו של השופט עדיאל (2003).

109 פרשת **פלונים** 7048/97, לעיל ה"ש 38, בעמ' 741.

110 ע"פ 6659/06 **פלוני נ' מדינת ישראל**, בפס' 18 לפסק דינה של הנשיאה ביניש (פורסם בנבו, 11.6.2008); בג"ץ 4702/94 **קאדם אל טאיי נ' שר הפנים**, פ"ד מט(3) 843, 850 (1995). שם נקבע באופן ספציפי, לפי חוק סמכויות שעת חירום (מעצרים), התשל"ט-1979, שהרתעת מסתננים אינה יכולה לשמש הצדקה להחזקה במעצר מנהלי. בדומה לכך גם נפסק כי סמכות המעצר לפי חוק הכניסה לישראל, התשי"ב-1952, היא סמכות נלווית לסמכות הגירוש ותכליתה להבטיח את תכלית צו הגירוש. הודגש כי המעצר אינו מיועד לשרת מטרה עונשית כלשהי, ואף לא מטרת כפייה. כמו כן מטרתו של המעצר אינה יכולה להיות הרתעה של שמ"בים בכוח. "כל מטרתו היא להבטיח את הימצאותו של מי שניתן צו גירוש נגדו בהישג יד לצורך מימוש הצו, באם לא יצא מהמדינה מרצונות ועל מנת למנוע את הימלטותו מאימת גירוש, כשגירוש זה עומד להתבצע" (בג"ץ 1468/90 **בן ישראל נ' שר הפנים**, פ"ד מד(4) 149, 152 (1990)).

111 פרשת **עגורי**, לעיל ה"ש 36.

112 ראו דברי השופטים בפרשת **אדם**, לעיל ה"ש 2, בפס' 85 לפסק דינה של השופטת ארבל: "התכלית השניה העומדת בבסיס התיקון מעוררת לטעמי קשיים לא מבוססים"; בפס' 19 לפסק דינו של השופט פוגלמן: "כחברתי, אף אני סבור כי שאלת עמידתן של תכליות החוק במבחן התכלית הראויה,

אילנה שילה ונוה דייגי, "דיון בעקבות מבחן התכלית בבג"ץ המסתננים הראשון", **הארץ דין ט** (1) 1 (תשע"ה)

נדגיש כי התכלית ההרתעתית מתגלה במערומייה משום שהמדינה אינה מקדמת ביעילות את הליך בחינת מעמדם של השמ"בים. כזכור, מעצרו המנהלי נועד לקדם הליך גירוש או שחרור אפקטיבי.<sup>113</sup> כדי להשיג מטרה זו, על המדינה לערוך בדיקה פרטנית לכל עצור. אולם למעשה, כפי שצוין לעיל,<sup>114</sup> מוצא רוב השמ"בים מאריתריאה או מרפובליקת סודן (צפון סודן), מדינות אשר ישראל הכירה במדיניות "אי-הרחקה" קבוצתית כלפי תושביהן, שבמסגרתה אינה בוחנת בקשות פרטניות. משכך, אין המדינה יכולה לנקוט הליך גירוש כלפיהם ואינה יכולה להמשיך להחזיקם.<sup>115</sup> מסתברת המסקנה כי שלילת חירותם של אלו אינה יעילה לצורך גירוש, ונעשית בלא הצדקה פלילית או מנהלית, **אלא למטרת הרתעת "מסתננים פוטנציאליים" כמטרה עיקרית.**<sup>116</sup> מדובר אפוא בשימוש באדם כאמצעי להשגת הרתעת הרבים.<sup>117</sup> בהגותו הסביר הפילוסוף עמנואל קאנט, כי הציווי הקטגורי הוא להתייחס לאדם עצמו כתכלית ולא כאמצעי בידי אחרים,<sup>118</sup> והדבר נזכר גם בפסיקה כשנקבע "שאין להתייחס אל האדם כאמצעי בלבד להשגת תכליות חיצוניות, שכן בכך נעוצה פגיעה בכבודו".<sup>119</sup> לדעתנו, עוצמתה של התכלית הפסולה במקרה הנדון, ומידת שליליותה, חריפות כל כך שאף אם לצדן יש תכלית אחרת, שאינה פגומה, אין בית המשפט רשאי להתעלם מהפגם בתכלית הפסולה היורד לשורש המבנה הדמוקרטי.

פגם זה חריף אף יותר, שכן תכלית הרתעת **פליטים** פוטנציאליים מלהגיע למקום מבטחים אינה ראויה במדינה דמוקרטית. זכות זו של הפליטים היא זכות חוקתית בין-לאומית שהוכרה באמנות שונות שישראל חתומה עליהן, וכן בפסיקה ענפה במשפט הישראלי והבין-לאומי.<sup>120</sup> לדעתנו טעם זה מספיק כדי לקבוע שהחוק אינו מקיים את תנאי פסקת ההגבלה גם בשל אי-עמידתו במבחן התכלית הראויה.

מסקנתנו זו מתחזקת לנוכח נקודות החולשה כפי שבאות לידי ביטוי בדרך הילוכו של בית המשפט אשר נמנע מביטולו של החוק עקב תכליתו הבלתי ראויה.

ראשית, נראה שקיים קושי מתודולוגי בדרך זהו תכלית החוק. כל השופטים זיהו ובחנו שתי תכליות. הראשונה, וזו שנקבעה כמרכזית, הייתה מניעת השתקעות המסתננים בישראל, והשנייה הייתה בלימת תופעת ההסתננות.<sup>121</sup> איתור התכלית ייעשה כאן, כפי שצוין לעיל, על פי פרשנות תכליתית. פרשנות זו בוחנת את המרכיב הסובייקטיבי לצד המרכיב האובייקטיבי. קביעתו של בית המשפט כי התכלית המרכזית היא מניעת השתקעות המסתננים אינה מעניקה משקל ראוי

---

כפי שהותווה בפסיקה מעוררת קשיים. אך אינני נדרש לקבוע מסמרות בשאלה זו, שכן גם אם אניח כי התיקון הוא לתכלית ראויה – והנחה זו אינה נעדרת קשיים – הוא ממילא אינו צולח את מבחני המידתיות". כן ראו בפסי' 10 לפסק דינו של השופט גיבוראן. ראו גם את פסק דינו של השופט דנצינגר: "[...] ברם, בדומה לחברי אף אם הייתי מוכן להניח כי התיקון לחוק צולח את מבחן התכלית הראויה, חרף הבעייתיות הכרוכה בכך, הרי שממילא אין הוא עומד במבחני המידתיות [...]" ראו פסי' 2 לפסק דינה של השופטת חיות. ראו גם בפסי' 5 לשופט הנדל: "[...] נכון אני לקבל כי שילובו של עיקרון ההרתעה בתיקון לחוק מעורר קשיים מסוימים. אולם לטעמי בכל מקרה אין בכך כדי להפוך את תכליות החוק – מניעת השתקעות ובלימת הסתננות – לבלתי ראויות". ולבסוף, ראו בפסי' 4 לפסק דינו של הנשיא גרוניס: "[...] אני מוכן אף להרחיק לכת ולהניח כי גם השגתה של הרתעה על מסתננים פוטנציאליים הינה מטרה ראויה בנסיבות מסוימות, וניתן להצביע על יתרונות נוספים".

113 **אדם**, לעיל הי"ש 2, בפסי' 3 לפסק דינו של השופט הנדל.

114 ראו לעיל פרק א להארתנו.

115 ע"א 9656/08 **מדינת ישראל נ' קאזם חלף סעידי**, בפסי' 25–26 לפסק דינה של השופטת חיות (פורסם בנבו, 15.12.2011) (להלן – פרשת **קאזם**); פרשת **אדם**, לעיל הי"ש 2, בפסי' 5 לפסק דינו של השופט פוגלמן.

116 פרשת **אדם**, לעיל הי"ש 2, בפסי' 2 לפסק דינה של השופטת חיות. ראו גם: פרשת **קאזם**, שם.

117 שם, בפסי' 90 לפסק דינה של השופטת ארבל.

118 עמנואל קאנט **הנחת יסוד למטאפיזיקה של המידות** 95 (1933).

119 פרשת **אדם**, לעיל הי"ש 2, בפסי' 86 לפסק דינה של השופטת ארבל; פרשת **ע'גורי**, לעיל הי"ש 38, בפסי' 27 לפסק דינו של הנשיא ברק; פרשת **הפרטת בתי הסוהר**, לעיל הי"ש 54, בפסי' 3 לפסק דינה של השופטת ארבל; ברק, **פרשנות במשפט**, לעיל הי"ש 66, בעמ' 421; אהרן ברק "כבוד האדם כזכות חוקתית" **הפרקליט** מא 271, 177–280 (1994).

120 ראו לעיל פרק א.1. להארה.

121 ראו, למשל, פרשת **אדם**, לעיל הי"ש 2, בפסי' 2 לפסק דינו של השופט הנדל.

(ולמעשה אינה מעניקה משקל כלל) לתכלית הסובייקטיבית של המחוקק, אשר ציין במפורש כי כוונתו **המרכזית** בחקיקת החוק הייתה להרתיע מסתננים פוטנציאליים.<sup>122</sup>

שנית, השופט הנדל ניתח ברמת הפשטה גבוהה יותר את תכלית החוק, והגדירה כתכלית עיצוב מדיניות הגירה. משהגדירה כך, קבע השופט כי התכלית ההרתעתית, כתכלית ביניים, נועדה למנוע מראש את ההשפעות השליליות של ההסתננות לישראל, ולכן היא תכלית ראויה.<sup>123</sup> אכן, ברי שניתן לבחון כל תכלית לפי רמת הפשטה גבוהה ביותר, אך בכך נביא לפגיעה במהותו ובתפקידו של מבחן התכלית.<sup>124</sup> כתרגיל אינטלקטואלי, קשה לחשוב על תכלית פגומה שאי-אפשר לקשור, בצורה זו או אחרת, לתכלית מופשטת מאוד שהיא ראויה, כגון "הגנה על הציבור" או "קביעת מדיניות זו או אחרת". כפי שצוין לעיל, ככל שרמת ההפשטה גבוהה יותר, כך הקביעה כי התכלית ראויה קלה יותר.<sup>125</sup>

שלישית, נראה שחלק מהשופטים התעלמו מרכיב מסוים, שיש לו חלק לא מבוטל בהגדרתה של תכלית ראויה בעיני מלומדים ושופטים,<sup>126</sup> והוא רכיב "המגלה רגישות למקומן של זכויות האדם במערך החברתי הכולל".<sup>127</sup> מבין שורות פסק דינה של השופטת ארבל עולה כי היא החילה במוצנע את מבחן היחס שבין התכלית לאמצעי שנבחר, או במילים אחרות את מבחן הרגישות לזכות,<sup>128</sup> שכאמור טרם פותח דיו בפסיקה.<sup>129</sup> האמצעי שנבחר למימוש תכלית הרתעת הרבים הוא באמצעות מעצר מנהלי לשלוש שנים, שבו (כפי שהראינו לעיל) המדינה נמנעת מלבחון פרטנית את בקשת המקלט של השמ"ב. אמצעי ענישה זה, ואופן מימושו בנסיבות המקרה, מביא לפגיעה קשה וממושכת בזכות לחירות ולכבוד האדם ואינו לגיטימי במדינה דמוקרטית. במצב עניינים זה, תכלית הרתעת הרבים באמצעות ענישת היחיד אינה ראויה.<sup>130</sup>

אמנם נטען כי החלתו של מבחן זה מבלבלת בין מבחני התכלית למבחני המידתיות, וכי הוא מהווה עירוב מוטעה ושלא לצורך בין מבחנים אלו,<sup>131</sup> וזוהי כמובן ביקורת לגיטימית על מבחן הרגישות לזכות. אולם אם ביקורת זו לגיטימית, הרי היא רלוונטית גם כלפי עמדתו של השופט הנדל, אשר נמנה עם מי שקראו לדחות את מבחן הרגישות לזכות על רקע זה.<sup>132</sup> כזכור, השופט הנדל ציין בפסק דינו כי יש להבחין בין הרתעה עונשית, שאינה לגיטימית בנסיבות המקרה, לבין הרתעה מנהלית מצומצמת אשר יכולה לעמוד כתכלית ראויה.<sup>133</sup> השופט קבע כי במקרה דנן מדובר בהרתעה עונשית משום שאורך תקופת החזקת המסתננים, עד שלוש שנים, **הופך** את ההרתעה (אשר כשלעצמה היא לא בהכרח פסולה) למטרה עונשית פסולה

122 שם, בפס' 84 לפסק דינה של השופטת ארבל.

123 שם, בפס' 2 לפסק דינו של השופט הנדל ("אם נקבל כי מניעת השתקעות המסתננים בישראל היא תכלית ראויה, הרי שלדידי אין מנוס מן המסקנה כי גם הרתעת מסתננים פוטנציאליים היא תכלית ראויה").

124 ראו והשוו: ברק, **מידתיות במשפט**, לעיל ה"ש 52, בעמ' 301.

125 ראו לעיל פרק ב להארה. עוד ראו את הביקורת של השופט פוגלמן על עניין ההפשטה בפרשת **אדם**, לעיל ה"ש 2, בפס' 18 לפסק דינו של השופט פוגלמן.

126 ראו לעיל פרק ב להארה.

127 ראו; פרשת **אדם**, לעיל ה"ש 2, בפס' 83 לדברי השופטת ארבל, בפס' 15 לדברי השופט פוגלמן; פרשת **התנועה לאיכות השלטון בישראל**, לעיל ה"ש 32, בפס' 52 לפסק דינו של הנשיא ברק; פרשת **עדאלה** 7052/03, לעיל ה"ש 75, בפס' 62 לפסק דינו של הנשיא ברק; פרשת **דיזיין 22**, לעיל ה"ש 94, בעמ' 52. זהו למעשה מבחן הרגישות אשר טרם פותח דיו בפסיקה. לדעתנו, זהו המבחן שנקטה השופטת ארבל.

128 למעשה זהו מבחנם של ברק מדינה ואילן סבן. ראו: סבן ומדינה "זכויות האדם ונטילת סיכונים", לעיל ה"ש 76, בעמ' 47. ראו דיון בנושא זה לעיל בפרק ב להארה.

129 פרשת **אדם**, לעיל ה"ש 2, בפס' 83 ו-90 לפסק דינה של השופטת ארבל.

130 סבן ומדינה "זכויות האדם ונטילת סיכונים", לעיל ה"ש 76, בעמ' 93-95; ברק, **מידתיות במשפט**, לעיל ה"ש 52, בעמ' 311-312.

131 ראו לעיל ה"ש 89.

132 פרשת **אדם**, לעיל ה"ש 2, בפס' 2 לדברי השופט הנדל.

133 שם, בפס' 2-4 לפסק דינו של השופט הנדל.

אילנה שילה ונוה דייגי, "דיון בעקבות מבחן התכלית בבג"ץ המסתננים הראשון", **הארץ דין** ט(1) 1 (תשע"ה)

בנסיבות העניין.<sup>134</sup> נראה שגם ניתוח זה מערב בין מבחני התכלית למבחני המידתיות ואולי אף ניתן לסווגו כהחלה מסוימת של מבחן הרגישות לזכות.<sup>135</sup>

רביעית, נראה כי לו היה בית המשפט מקפיד על בחינה מדוקדקת של שלב התכלית, היה מגיע למסקנה כי התכלית ההרתעתית אינה צולחת אף את מבחן הנחיצות, ולפיכך היה עליו לקבוע באופן נחרץ שאינה ראויה. ציינו לעיל כי ככל שהזכות הנפגעת חשובה יותר, ועוצמת הפגיעה בה קשה יותר, הרי שיידרשו יעדים חברתיים חיוניים ונחוצים יותר כדי להצדיקה.<sup>136</sup> הוספנו כי ניכרת מגמה לסווג את אמת המידה הנדרשת לפי מדרג הזכות הנפגעת.<sup>137</sup> אין חולק כי בפרשת **אדם** נפגעות הזכות לחירות והזכות לכבוד האדם של השמ"ב.<sup>138</sup> לפיכך על בית המשפט להחיל בחינה קפדנית ומחמירה, בדומה ל"Strict Scrutiny בארה"ב,<sup>139</sup> לפי מבחן נחיצות הגשמת התכלית.<sup>140</sup> במילים אחרות, תידרש רמת הסתברות גבוהה מאוד שתמשך תופעת ההסתננות, אם לא תמומש תכלית ההרתעה הרבים באמצעות מעצר מנהלי של היחיד לשלוש שנים.

אמנם אין אחדות דעים בפסיקה בנוגע לשאלה על מי מוטל נטל ההוכחה שהתכלית ראויה או פסולה. ברם, כפי שצינו לעיל, ניכרת מגמה בפסיקה כי הנטל מונח על שכמה של המדינה.<sup>141</sup> יישום מבחני העזר שהציע השופט זמיר מחזק מסקנה זו: אין חולק שלזכות החירות ולכבוד האדם חשיבות רבה, והראינו לעיל כי עוצמת הפגיעה בזכויות אלו במקרה שלפנינו היא רבה מאוד. לפיכך, לדעתנו, נטל השכנוע שהתכלית ראויה צריך להיות מוטל על המדינה.<sup>142</sup> חיזוק נוסף לכך אנו מוצאים בדרך שנקטה השופטת ארבל באשר למבחני המידתיות, כאשר ביקשה מהמדינה להראות שאין מנוס מאימוץ האמצעי אשר אימצה.<sup>143</sup>

נתוני תופעת ההסתננות, כפי שהובאו בפסק הדין, אינם מציירים תמונה מובהקת באשר לנחיצות תכלית ההרתעה. זאת אנו למדים מהנתונים: בשנת 2013 ניכרה צניחה במספר המסתננים החודשי, לעומת עשרות ומאות שחצו את הגבול מדי שנה בעבר. בחודש ינואר הסתננו עשרה אפריקנים שאותרו בגבול, בחודש פברואר חמישה אפריקנים, בחודש מרץ שלושה ובחודש אפריל הסתננו עשרה אפריקנים בלבד שאותרו בגבול.<sup>144</sup> בחודשים ספטמבר עד דצמבר נכנסו לישראל דרך גבולה הדרומי ארבעה אפריקנים בלבד. הסיבה לירידה המשמעותית במספרים שנויה במחלוקת. יש הטוענים כי הגדר היא החיץ המרכזי שהביאה לכך.<sup>145</sup> לעומתם, המדינה טוענת שמדובר בשילוב פעולותיה נגד תופעת ההסתננות, ובהן גם תיקון השלישי לחוק אשר הרתיע מסתננים פוטנציאליים מלהגיע לגבולות מדינת ישראל.<sup>146</sup> היא האמצעי אשר יהא, שאלת נחיצות התכלית לעת הזאת נותרת בעינה. לדעתנו, המדינה לא עמדה בנטל ההוכחה של רמת הנחיצות הגבוהה הנדרשת.<sup>147</sup> המדינה לא הציגה

134 שם, בפסי' 4–5 לפסק דינו של השופט הנדל.

135 ניתן לראות בביתו של השופט הנדל יישום של מבחן הרגישות לזכות. השופט הנדל בחן את האמצעי שנקט על ידי המחוקק עוד בשלב מבחן התכלית הראויה, וכן העניק למידת היות האמצעי גורף **ולמשך** תחולת הפגיעה באדם, משקל רב המשפיע על התכלית וסיווגה. ראו לעיל פרק ב להארה, וכן לעיל ה"ש 90.

136 פרשת **אדם**, לעיל ה"ש 2, בפסי' 76 לפסק דינה של השופטת ארבל.

137 ראו הדיון במבחן הנחיצות, לעיל פרק ב להארה.

138 ראו; פרשת **אדם**, לעיל ה"ש 2, בפסי' 90 לפסק דינה של השופטת ארבל.

139 שם, בפסי' 4 לפסק דינו של השופט הנדל; ברק, **מידתיות במשפט**, לעיל ה"ש 52, בעמ' 355.

140 שם, בעמ' 352–356.

141 ראו לעיל פרק ב להארה; פרשת **אדם**, לעיל ה"ש 2, בפסי' 100 לדברי השופטת ארבל.

142 ראו לעיל פרק ב להארה, וכן לעיל ה"ש 98. ראו גם והשוו ליישום מבחנים אלה פרשת **התנועה לאיכות השלטון בישראל**, לעיל ה"ש 32, בפסי' 49 לפסק דינו של הנשיא ברק.

143 פרשת **אדם**, לעיל ה"ש 2, בפסי' 103 לדברי השופטת ארבל ("מכל מקום, במצב דברים בו הפגיעה בזכות לחירות היא כה קשה דורש מבחן המשנה השני מהמדינה למצות ולבחון אפשרות סבירה ופוגענית פחות, גם אם אין ודאות ביכולתה להשיג את המטרה במידה דומה, וזאת בטרם עולה הרשות הציבורית שלב נוסף בסולם האמצעים הפוגעניים, בייחוד כאשר כל שנדרש ממנה היה להמתין מספר חודשים על מנת לבחון את השפעתה של הגדר על תופעת ההסתננות במנותק מיישום התיקון לחוק").

144 דו"חות רשות האוכלוסין וההגירה, לעיל ה"ש 6.

145 עתירה למתן צו על תנאי בעניין **פלונית**, לעיל ה"ש 17, שם; פרשת **אדם**, לעיל ה"ש 2, בפסי' 104 לדברי השופטת ארבל.

146 ראו את דבריה של חברת הכנסת מירי רגב, ד"כ 88 (התשע"ד).

147 ברק, **מידתיות במשפט**, לעיל ה"ש 52, בעמ' 352–356.

מחקר, בדיקה סטטיסטית או כל ראייה אחרת, המחזקים את טענותיה כי במצב הדברים כפי שהיה בעת חקיקת החוק, לא כל שכן במצב הדברים כפי שהיה בעת ההכרעה בבית המשפט, תכלית ההרתעה נחוצה עד כדי כך.

אף שאנו סוברים כי התכלית ההרתעתית במקרה דנן אינה ראויה, אנו מסכימים כי לקביעה זו השפעות רבות, ועמן גם חששות לא מבוטלים, כפי שציין השופט הנדל: "דעתי היא שלקביעה כי תכליתו של התיקון לחוק, ואפילו אחת מבין תכליותיו, איננה ראויה – יש משמעות רבה: במישור הציבורי, במישור הערכי ובמישור המשפטי".<sup>148</sup> לו בית המשפט היה מפתח שיח בעניין התכליות החוקתיות הראויות, ושיח זה היה משמש מצע ועומד לנגד עיני המחוקק, אזי ייתכן שהמחוקק היה בוחר באמצעים אחרים ונמנע מחקיקת התיקון הרביעי לחוק למניעת הסתננות במתכונת אשר הביאה לפסילתו בשנית בפרשת **איתן**. פיתוחו של שיח כאמור, מכאן ולהבא, עשוי להדריך את המחוקק במלאכתו העתידית.

יתרה מזו, וכפי שצוין לעיל, קיימת חשיבות רבה לסדר הניתוח החוקתי, לנימוק ולהכרעה ברורה מצד בית המשפט. פסקת ההגבלה בנויה כמסננת חוקתית המאפשרת למחוקק, לבית המשפט ולציבור לאתר היכן כשל החוק. הדיון בתכליות תורם ולמעשה מקיים, בצורה ראויה את ההליך והשיח החוקתי בין הרשויות השונות.<sup>149</sup> כך יוכל המחוקק לתקן דברי חקיקה בצורה מיטבית.<sup>150</sup> לכן, משלא קבעו השופטים בבירור בפסק דינם, שמדובר בתכלית הרתעתית פסולה, הרי שנפגם ההליך ונפגע השיח החוקתי. אין תמה אפוא שתיקון החוק, אשר בא בעקבות הפסיקה, התקשה אף הוא לעמוד במבחן התכלית הראויה, ונפסל גם הוא על ידי בית המשפט בשנית.

ישאל השואל ויקשה: משדנו חלק מהשופטים בפסק דינם בתכלית החוק והעירו שהיא מעוררת קשיים, הרי התקיים שיח חוקתי; ומשקבע בית המשפט שתכליתו האחרת של החוק ממרקת את הפגם שבתכלית הרתעת הרבים, הרי נפסקה הלכה. להם נשיב כי הכרעה זו חסרה בפסק הדין. דיון בלא מסר חד-משמעי בסופו מותיר את הסוגיה לפרשנות המחוקק. מצופה מבית המשפט לומר אמירה חדה ובהירה, שכן הוא שאמון על פרשנות הדין ועל הקביעה אם דין זה עומד בכל אחת מאמות המידה החוקתיות.<sup>151</sup> כשנפסל דבר חקיקה, לעתים המחוקק "תולה" את תיקונו באחד מנימוקי השופטים, שניתן בדעת יחיד או במיעוט, משום ש"נוח" לו יותר להתבסס עליה.<sup>152</sup> תיקון מספר ארבע לחוק למניעת הסתננות, שחוקק לאחר ביטול תיקון מספר שלוש בפרשת **אדם**, ותכליתו אינה שונה מתכלית קודמו, הוא דוגמה טובה לכשל זה.<sup>153</sup> לו השופטים היו פוסלים את החוק בשל תכליתו השנייה, נראה כי היה על הכנסת לחוקק חוק המגשים את תכלית מניעת ההשתקעות בלבד.

## ג. תיקון מס' 4 לחוק למניעת הסתננות

משבוטל התיקון השלישי לחוק על ידי השופטים בפרשת **אדם**, תוקן החוק למניעת הסתננות מחדש בלא שינוי התכליות שבבסיסו. תכלית ההרתעה עודנה קיימת בתיקון החוק הרביעי במלוא עוצמתה. לדעתנו, לו היו השופטים פוסלים את

148 פרשת **אדם**, לעיל ה"ש 2, פס' 2 לדברי השופט הנדל.

149 ראו פרשת **איחוד משפחות**, לעיל ה"ש 94, בפס' 2 לפסק דינו של השופט לוי. היבט נוסף לחשיבות בחינת התכלית הראויה וקביעת בית המשפט אם תכלית החוק היא ראויה ראו אצל: משה כהן-אליה, לעיל ה"ש 53, בעמ' 559–561.

150 ברק, **מידתיות במשפט**, לעיל ה"ש 52, בעמ' 564–563: "פסק הדין מבטא את שלבי החשיבה של השופט. הוא מצביע על הנתונים שהביאו אותו לקבוע כי מטרת החוק הינה ראויה או לא ראויה", וכן: "ההחלטה על אי-חוקתיות החוק אינה סוף פסוק. הדיאלוג בין הרשויות – שהתחיל בחקיקה ונמשך בקביעה שהחוק אינו חוקתי – נמשך. כעת העניין חוזר למחוקק. שקיפותה של ההחלטה השיפוטית מאפשרת למחוקק לדעת מה עליו לעשות אם הוא מבקש להמשיך בהגשמת מטרת החוק".

151 בית המשפט בוחן אם פרשנות המחוקק ראויה ונכונה, זהו חלק מתפקידו בשיח החוקתי שבין הרשויות. ראו: אהרן ברק **שופט בחברה דמוקרטית** 376 (2004); ברק, **מידתיות במשפט**, לעיל ה"ש 52, בעמ' 483; בג"ץ 399/85 **כהנא נ' הוועד המנהל של רשות השידור**, פ"ד מא(3) 255, 306 (1987); פרשת **אפרת**, לעיל ה"ש 59, שם.

152 ראו המחשה לכך להלן בפרק ד להארה.

153 חוק למניעת הסתננות (עבירות ושיפוט) (תיקון מס' 4 והוראת שעה), התשע"ד–2013 (להלן: תיקון מס' 4 לחוק למניעת הסתננות). ראו דיון בנושא להלן בפרק ד להארה.



התיקון השלישי בשל תכליתו ההרתעתית, ספק אם המחוקק היה מחוקק תיקון חדש, שאחת מתכליותיו היא הרתעה ואחד מאמצעיו הוא למעשה מאסר מוסווה.

תיקון מספר ארבע לחוק למניעת הסתננות דומה ברובו לקודמו, אולם יש בו שני שינויים עיקריים. הראשון הוא שינוי סעיף 30א (הוראת שעה), שבפרשת **אדם** נפסק כי אינו מידתי. עיקר השינוי הוא קיצור הזמנים שנקבעו בתיקון הקודם. כך, לדוגמה, נקבע כי המסתנן יובא לפני הממונה על ביקורת הגבולות לא יאוחר מחמישה ימים מתחילת החזקתו, ולא שבעה ימים כבתיקון הקודם.<sup>154</sup> קוצר הזמן לשחרור מסתנן, מתשעה חודשים לשישה, כאשר ישנה השהייה במתן החלטה בנוגע לבקשת המקלט.<sup>155</sup> השינוי המהותי ביותר בהקשר זה הוא ששחרור מהחזקה במשמורת ייעשה לאחר שנה ולא שלוש שנים.<sup>156</sup> כך גם בסעיף 30ד(א)(1) לתיקון נקבע כי בית הדין לביקורת משמורת של מסתננים יאשר את החזקתו של מסתנן בחלוף 30 יום ולא 60 כבחוק המקורי. שינוי מהותי נוסף הוא בעובדה שתחולת סעיף 30א המתוקן היא פרוספקטיבית, קרי הוא חל רק על מי שהסתנן לאחר כניסתו לתוקף של תיקון מספר ארבע לחוק למניעת הסתננות.

השינוי השני הוא הקמת מרכז שהייה למסתננים מכוח התיקון.<sup>157</sup> חברי הכנסת שהביאו את התיקון לשולחן הכנסת טוענים כי מדובר במתקן פתוח המיועד למסתננים אשר מסיבות מסוימות אין לגרשם בעת הזאת, תוך אכיפת איסור העבודה המוטל עליהם וקביעת הסדרים מפורטים להפעלת המתקן.<sup>158</sup> בפועל, התיקון קובע כי כל עוד יש קושי בגירוש המסתנן, ממונה ביקורת הגבולות רשאי להורות כי המסתנן ישהה במתקן.<sup>159</sup> כלומר מדובר בשהייה בלתי מוגבלת. לפי תיקון מספר ארבע, המתקן ינוהל ויופעל על ידי סוהרים, מנהל המרכז יהיה סוהר בכיר, ועובדי המרכז יהיו סוהרים אשר עברו הכשרה מיוחדת לעניין.<sup>160</sup> לשוהים יותר לצאת מהמתקן בשעות היום בלבד,<sup>161</sup> אך הם יחויבו להתייצב בו שלוש פעמים ביום, לצורך רישום נוכחות, כדי להבטיח שלא יוכלו לעבוד בתחומי ישראל.<sup>162</sup> המיקום הדרומי (בלב שטח אש של צה"ל וסמוך לכלא "קציעות") של המתקן ומועדי ההתייצבות הצפופים, הופכים את היציאה למסורבלת ולא ברורה אם היא מעשית.

לבסוף, התיקון הרביעי קובע כי ממונה ביקורת הגבולות יכול להורות על העברת מסתנן ממרכז השהייה חזרה למשמורת, לתקופה מוגבלת, אם הפר הוראות מסוימות שנקבעו בתיקון.<sup>163</sup> כך, לדוגמה, אם איחר להתייצב לרישום הנוכחות,<sup>164</sup> יוחזר למשמורת ל-30 ימים.<sup>165</sup>

על פי התזכיר ודברי ההסבר, הממשלה הסתמכה בקביעת נוסח התיקון על דבריהם של הנשיא גרוניס והשופט הנדל. הכרעתם של שופטים אלה הייתה כהכרעת הרוב, אך בדבריהם לא ייצגו את רוח מרבית השופטים.<sup>166</sup> לא זאת אף זאת, הממשלה הסתמכה על משפטים שאותם בררה מדברי השופטים. כך, בנתקם את משפטו האחרון של הנשיא מהקשרו, קבעה

154 סעי' 30א(א) לתיקון מס' 4 לחוק למניעת הסתננות.  
155 סעי' 30א(ב)(5) לתיקון מס' 4 לחוק למניעת הסתננות.  
156 סעי' 30א(ג) לתיקון מס' 4 לחוק למניעת הסתננות.  
157 פרק ד' לתיקון מס' 4 לחוק למניעת הסתננות.  
158 לדבריה של ח"כ מירי רגב; ד"כ 88 (תשע"ד).  
159 סעי' 32ד לתיקון מס' 4 לחוק למניעת הסתננות.  
160 סעי' 32ג לתיקון מס' 4 לחוק למניעת הסתננות.  
161 סעי' 32ח(ב) לתיקון מס' 4 לחוק למניעת הסתננות.  
162 סעי' 32ח(א) לתיקון מס' 4 לחוק למניעת הסתננות.  
163 סעי' 32כ(א) לתיקון מס' 4 לחוק למניעת הסתננות.  
164 ס' 32כ(א)(1) לתיקון מס' 4 לחוק למניעת הסתננות.  
165 ס' 32כ(ב)(1) לתיקון מס' 4 לחוק למניעת הסתננות.  
166 הנשיא גרוניס ציין בפסק דינו: "אף בנסיבות הקיימות כיום אין מניעה, לגישתי, לחוקק חוק חדש שיתיר החזקה במשמורת במשך תקופה קצרה באופן משמעותי משלוש שנים". כך השופט הנדל בפסקה השישית לפסק דינו: "בנסיבות החדשות שנוצרו, אני סבור כי ניתן יהיה להסתפק באמצעי מידתי יותר: קביעת רף עליון למשמורת שאיננו מגיע או מתקרב לשיעור של 3 שנים. ויובהר: גם לאחר שייקבע רף מידתי, לא הייתי שולל קביעת תקופה אחרת – שאף היא כפופה לביקורת החוקתית – אם וכאשר המציאות תשתנה", פרשת **אדם**, לעיל ה"ש 2, בפס' 5 לפסק דינו של הנשיא גרוניס.

כי הפחתת תקופת המשמורת לשליש היא בלא ספק הפחתה ניכרת ולכן מידתית.<sup>167</sup> הממשלה לא ציינה את ההקשר הכללי ואת דבריו בפסקאות קודמות. כך גם נעשה לעניין מתקן השהייה. לטענתה, בפרשת **אדם** מצא בית המשפט העליון כי הקמת מרכז השהייה למסתננים היא אמצעי אשר יסייע בהשגת התכליות של מניעת השתקעות המסתננים, כמו גם בלימת תופעת ההסתננות בדרך אשר פגיעתה בחירותם פחותה. הממשלה קבעה זאת בהסתמך על משפט יחיד בפסיקתם של השופטת ארבל והשופט פוגלמן.<sup>168</sup> אולם בחינה מדוקדקת של דברי השופטת מעלה כי מרכזי השהייה שהציעה כאחד מהתחליפים המידתיים יותר מההסדר הקודם, שונים מהותית מאלו שהתיקון החדש מציע.<sup>169</sup> זאת ועוד, לא ציינה הממשלה כי השופט פוגלמן הבהיר מראש "שרשימת האמצעים שייסקרו להלן אינה חפה מקשיים [...] אמצעים אחרים עשויים לסייע בהתמודדות עם בעיה אחת, תוך יצירת בעיה אחרת או החמרתה. עם זאת, הצגתם של אלה וגם אלה חשובה בגדרי הכרעתנו, כדי להמחיש שקיימים אמצעים נוספים – שלא ננקטו – שמן הראוי לשקלם [...]".<sup>170</sup>

מן המקובץ עולה כי למרות הניסיון למצוא אמצעי שיוגדר פוגעני פחות ומידתי יותר, תכלית החוק לא השתנתה. בתזכיר החוק לא אחת ציינה הממשלה כי מטרתו של החוק היא להרתיע מסתננים פוטנציאליים: "[...] בכך יהיה כדי להגשים את תכליות החקיקה תוך מתן איזון הולם לקשיים אשר נדונו בפסק הדין. למנוע את כניסתם של מסתננים חדשים לתחומי מדינת ישראל ולמנוע השתקעותם של מסתננים אלה בישראל, כמו גם להוות הרתעה, שבצדה הניסיון לתת פתרון מאוזן לקושי שבתכלית זו ולפיו ההשמה במשמורת נועדה להרתיע אחרים בלבד [...]".<sup>171</sup> כמו כן נכתב: "אובדן התמריץ הכלכלי יהפוך את ההסתננות לישראל לפחות רלוונטית ותשדר למסתננים פוטנציאליים מארצות מוצאם כי לא ניתן להתפרנס בישראל וכי ההסתננות אינה כדאית".<sup>172</sup> נראה כי חברי הממשלה לא מצאו בדברי השופטים כל קביעה השוללת את כשרותה של התכלית ההרתעתית, אלא רק דרישת פתרונות מאוזנים יותר. עמימות מבחני התכלית שיישמו השופטים השאירה "פתח" בידי המחוקק לפרש את דבריהם כרצונו.<sup>173</sup> זהו כאמור כשל של ממש. לפיכך תיקון מספר ארבע לחוק למניעת הסתננות אינו אלא "אותה גברת בשינוי אדרת",<sup>174</sup> לפחות בכל האמור בתכלית הפסולה של ההסדר.

תיקון מספר ארבע הגביל קשות את החירות וחופש התנועה של השמ"בים, בלי לקיים בעניינם הליך גירוש אפקטיבי ומתוחם בזמן. קיצור המשמורת בשנתיים הוחלף בשהייה **בלתי מוגבלת בזמן** במתחם שהייה. כפי שצינו לעיל, היציאה ממתחם השהייה הוגבלה בזמן והותרה רק ביום, וכל הפרה של נוהלי המרכז לוותה בהחזרה למשמורת סגורה לפרקי זמן לא מבוטלים. לאחראים לניהול המתחם נקבעו סוהרים. יתרה מזו, אנו למדים במפורש מדברי ההסבר לחוק, כי מתקן השהייה

167 אולם הנשיא גרוניס קבע בפרשת **אדם** כי: "שנית, ובכך העיקר, האמצעים החוקיים שמזכירים חבריי, כגון חובת דיווח, הגבלת מקום המגורים, שהות במתקן פתוח וכדומה, הינם, להערכת, חסרי נפקות ממשית בנסיבות העניין. ספק רב אם אמצעים אלה יקדמו בצורה משמעותית את התכלית של מניעת השתקעות מסתננים בארץ וצמצום ניכר של הבעיות החברתיות והכלכליות שעל אזרחי המדינה ותושביה להתמודד עימן נוכח הימצאותם בישראל של עשרות אלפי מסתננים". שם, בפסי' 3 לפסק דינו של הנשיא גרוניס.

168 השופטת ארבל בפסק דינה מביאה דוגמאות מהמשפט הבין-לאומי של חלופות למעצר ובהן מרכזי שהייה פתוחים. השופט פוגלמן בפסק דינו מציין כי ניתן לחשוב על אמצעים פוגעניים פחות מהשמה במשמורת כגון חיוב המסתננים לגור במרכזי שהייה פתוחים או פתוחים למחצה, תוך הטלת הגבלות מידתיות של חופש התנועה. גם המשנה לנשיא, השופטת נאור, מציינת את המתקן הפתוח כאמצעי מידתי יותר. ראו: שם, בפסי' 105–106 לדברי השופטת ארבל, בפסי' 39 לפסק דינו של השופט פוגלמן.

169 שם, בפסי' 104 לפסק דינה של השופטת ארבל ("המתקנים ינוהלו על ידי משרד הפנים והחיוב לשהות בהם יהיה במשך הלילה בלבד"). השוני המהותי הוא כפול. ראשית, מנהלי המרכז לא יהיו סוהרים אלא אנשים שהוכשרו על ידי משרד הפנים. שנית, חובת השהייה במתקן תהיה רק בלילה. מדובר בצמצום ניכר של הפגיעה בחופש התנועה והחירות של השוהים במתקן.

170 שם, בפסי' 39 לפסק דינו של השופט פוגלמן.

171 עמ' 3 לתזכיר חוק לתיקון מס' 4 לחוק למניעת הסתננות; הצעת חוק למניעת הסתננות (עבירות ושיפוט) (תיקון מס' 4 והוראת שעה), התשע"ד-2013, ה"ח הממשלה 122.

172 תזכיר חוק לתיקון מס' 4 לחוק למניעת הסתננות, עמ' 22, 24.

173 ראו דיון בנושא לעיל בפרק ג.2. להארה.

174 ראו: ברק, **מידתיות במשפט**, לעיל ה"ש 52, בעמ' 562–563: "פסק הדין מבטא את שלבי החשיבה של השופט. הוא מצביע על הנתונים שהביאו אותו לקבוע כי מטרת החוק הינה ראויה או לא ראויה" וכן: "החלטה על אי-חוקיות החוק אינה סוף פסוק. הדיאלוג בין הרשויות – שהתחיל בחקיקה ונמשך בקביעה שהחוק אינו חוקתי – נמשך. כעת העניין חוזר למחוקק. שקיפותה של ההחלטה השיפוטית מאפשרת למחוקק לדעת מה עליו לעשות אם הוא מבקש להמשיך בהגשמת מטרת החוק".

אילנה שילה ונוה דייגי, "דיון בעקבות מבחן התכלית בבג"ץ המסתננים הראשון", **הארץ דין ט** (1) 1 (תשע"ה)

הוקם לצורך תחמתם של השמ"בים, אשר המדינה אינה יכולה בימים אלו להשיבם אל מדינת מוצאם.<sup>175</sup> לפיכך, ניתן לקבוע כי מדובר למעשה במעצר, שלצדו כמה פריבילגיות.<sup>176</sup> נדגיש: **יכולת ההכלה של עד 10,000 מסתננים בלבד**<sup>177</sup> מעידה **כי האמצעי נועד לשרת בראש ובראשונה את תכלית הרתעת הרבים**.<sup>178</sup>

שאלה קשה יותר היא משמעות העובדה שלפי תיקון מספר ארבע, תחולתו של סעיף 30א פרוספקטיבית בלבד. השאלה היא אם התכלית של הרתעת הרבים רואה באדם אמצעי בלבד כאשר החוק חל רק על מסתננים עתידיים. במצבים של תחולה פרוספקטיבית בלבד, ניתן לכאורה לטעון כי לפרט מסורה הבחירה אם לנהוג באופן שהמחוקק מבקש למנוע. במצב דברים זה, ניתן לכאורה לומר כי הטלת הסנקציה מכבדת את האוטונומיה שלו ולפיכך אינה רואה בו אמצעי בלבד.<sup>179</sup> לעומת עמדה זו, אנו סבורים שתחולה פרוספקטיבית של חוק שתכליתו הרתעת הרבים אינה שוללת מיניה וביה את היותו חוק הרואה באדם אמצעי בלבד ולא תכלית. בעניין זה עמדתנו כעמדתה של השופטת ארבל בעניין **איתן**.<sup>180</sup> שם קבעה השופטת כי חוק שהרתעת הרבים היא תכליתו היחידה או העיקרית, רואה באדם אמצעי בלבד. זאת ועוד, העובדה שמדובר בסנקציה עונשית במהותה מחייבת לטעמנו את הטלתה בהליך פלילי בלבד, או למצער בהליך המבטיח את הזכויות הדיוניות המובטחות לנאשם בהליך פלילי. דרישה זו הייתה עומדת בעינה גם לו הייתה התכלית של הרתעת הרבים אך תכלית נלווית.<sup>181</sup>

לנוכח כל האמור, טוב היה עושה בית המשפט לו בפסק דינו הראשון היה משרטט בצורה ברורה ובהירה יותר את גבולות התכלית המותרת, ובכך היה מקל על המחוקק לתור אחר האמצעים אשר יש בהם כדי להגשים את התכלית המותרת באופן מידתי. הותרת עננה באשר לתכלית לא תרמה אפוא למציאת מוצא חוקתי מן הסבך.

## סיכום

בהארה זו בחנו את אחת מתכליות התיקון לחוק ההסתננות – בלימת תופעת ההסתננות ולמען הדיוק, הרתעת מסתננים באמצעות מעצר ממושך של היחיד.

פתחנו את הדיון בהצגת הרקע לתיקון השלישי לחוק וצינו את סעיפי תיקון החוק שנפסלו. תחילה פירטנו את דעות השופטים השונות בפרשה בעניין כשרותה של תכלית ההרתעה – אם היא ראויה או פסולה. לאחר מכן שטחנו את אופן בחינת התכלית לפי פסקת ההגבלה. הדגשנו את אופן זיהוי התכלית הנבחנת ואת אמות המידה לבדיקת כשרותה: סוג התכלית, נחיצותה ורגישותה לזכויות אדם. הראינו כי במקרים מסוימים יש למעשה אי־בהירות בפסיקה בנוגע לאופן יישום מבחן התכלית הראויה, וכן באשר להיותו מבחן סף חוקתי אמיתי.

בהמשך דנו במהותה של תכלית ההרתעה והסברנו מדוע לדעתנו תכלית זו, בנסיבות המקרה, אינה ראויה. זאת, תוך התייחסות לפסק דינם של השופטים בפרשת **אדם**. טענתנו המרכזית היא כי תכלית הרתעת הרבים באמצעות ענישת היחיד

175 דבריה של ח"כ מירי רגב; ד"כ 88 (התשע"ד).

176 שם. עמדה באשר להיות מרכז השהייה מתקן כליאה באופיו, הביע גם היועץ המשפטי לכנסת ונציבות האו"ם לפליטים. ראו דבריו של חבר הכנסת דב חנין באותו פרוטוקול.

177 מספר המקומות במתקן השהייה הפתוח הוא 3,300.

178 זאת ועוד, אמצעי זה אינו מתיישב עם התכלית, תהא אשר תהא. לדעתנו, מסתמן כי החוק החדש אינו נוקט אמצעי חדש, אלא מדובר במאסר במסווה. כך עולה גם מפי השופטת ארבל בפרשת **אדם** של דברי המשנה לנשיא חשין: "אסור לנו שנטעה בלשון־הנימוסין, והרי כולנו ידענו כי בתוך כפפת־המשי טמון אגרוף". פרשת **אדם**, לעיל ה"ש 2, בפס' 87 לדברי השופטת ארבל; בג"ץ 3648/97 **סטמקה נ' שר הפנים**, פ"ד נג(2) 728, 769 (1999).

179 השו: עניין **איתן**, לעיל ה"ש 4, בפס' 10 לפסק דינו של השופט עמית.

180 שם, בפס' 5 לפסק דינה של השופטת ארבל.

181 שם.

אילנה שילה ונוה דייגי, "דיון בעקבות מבחן התכלית בבג"ץ המסתננים הראשון", **הארץ דין** ט(1) 1 (תשע"ה)

בהליך מנהלי, בלא אשמה פלילית או נזיקית, אינה ראויה. אנו גורסים ששימוש באדם כאמצעי, ואי־ראייתו כמטרה, חוטאים לעקרונות היסוד הדמוקרטיים.

לבסוף הצגנו את תיקון מספר ארבע לחוק למניעת הסתננות, שהתקבל בעקבות פסק הדין בפרשת **אדם**, והמחשנו באמצעותו כיצד ניתוח בלתי נהיר של תכלית חוק, שאינו קובע חד־משמעית כי מדובר בתכלית פסולה, עלול להביא את המחוקק לידי הותרת התכלית החשודה על כנה.

בפן המשפטי, אנו סבורים כי יש מקום לפתח ולעבות את מבחני התכלית הראויה, בין היתר על ידי שימוש במבחן הרגישות לזכות הנפגעת. קיימת חשיבות רבה למבחן זה כמבחן סף חוקתי וחלק מהשיח הראוי שמתקיים בין הרשויות השונות. לכן אין להעביר את מרכז כובד הבחינה למבחני המידתיות, כפי שבתי המשפט נוטים לעשות.

לסיום, אנו מאמינים כי בסמכות המדינה להסדיר את מדיניות ההגירה אליה. אולם אל לה להכתים תכלית ראויה זו על ידי שימוש בתכלית בלתי ראויה של הרתעת הרבים באמצעות היחיד. כפי שכבר הטעימו רבים, זו יכלה, ועודנה יכולה להיות, אחת משעותיה היפות של מדינת ישראל.

נחתום בקטע משירו של נתן אלתרמן:

"ועת נער נמלט אל גבול שודיה מציד,  
היא איננה פונה לעין במפות.  
היא פשוט מוליכה אותו פנימה לבית,  
בלי לדעת כי זו שאלה של טרנספורט.

מדינות בעולם יש גדולות שבעתיים  
ומקום בהן רב למחסה ומלון,  
אך לפני הצילן איש טובע ממים  
אוהבות הן תמיד להביט במילון.

יען שפת מילון ססגונית כפרפר היא-  
יש "קצה גבול של יכולת", או "כושר קליטה".  
רק בשודיה עוד חי המנהג הברברי להציע להלך כוס תה ומיטה.

ולכן הגדרות היא איננה בוררת  
ואיננה מרבה דקדוקי מנגנון,  
היא כותבת פשוט: "הכניסה מותרת" ...  
ויסלח לה האל על דלות הסגנון.<sup>182</sup>

182 אלתרמן "הלשון השודית" **דבר** – **הטור השביעי** 2 (8.10.1943).