

העותרים:

1. נ' א' (קטינה, ילידת שנת 2011 - באמצעות אמה, העותרת 2)
אזרחית אריתריאה, אסירה מס' -----

2. ז' א'
אזרחית אריתריאה, אסירה מס' -----

3. א' מ'
אזרח אריתריאה, אסיר מס' -----

4. ג' מ'
אזרח אריתריאה, אסיר מס' -----

5. א' ט'
אזרחית אריתריאה, אסירה מס' -----

6. א.ס.ף. - ארגון סיוע לפליטים ומבקשי מקלט בישראל

7. מוקד סיוע לעובדים זרים

8. האגודה לזכויות האזרח בישראל

9. קו לעובד

10. המרכז לקידום פליטים אפריקאיים

כולם ע"י עו"ד יונתן ברמן
מהקליניקה לזכויות מהגרים, החטיבה לזכויות אדם, המרכז האקדמי למשפט
ולעסקים

וכן ע"י עו"ד ענת בן דור
מהתכנית לזכויות פליטים, הפקולטה למשפטים, אוניברסיטת תל-אביב
וכן ע"י עו"ד עודד פלר
מהאגודה לזכויות האזרח בישראל
וכן ע"י עו"ד אסף וייצן
ממוקד סיוע לעובדים זרים

שכתובתם להמצאת כתבי בי דין הינה:
החטיבה לזכויות אדם, המרכז האקדמי למשפט ולעסקים
רח' בן גוריון 26, רמת גן
טלפון 03-6000300, שלוחה 301, פקס: 03-6000872
טל' נייד: 054-4739180

נ ג ד

המשיבים:

1. הכנסת

ע"י הייעוץ המשפטי, הכנסת, קריית בן-גוריון, ירושלים

2. שר הפנים

3. שר הביטחון

4. היועץ המשפטי לממשלה

ע"י פרקליטות המדינה
משרד המשפטים, רח' צלאח א-דין 29, ירושלים

"האיום של המסתננים כאן הוא לא פחות חמור מהאיום האיראני. [...] עד שתהיה לי אפשרות לגרש אותם אני אכלא אותם ואמאיס עליהם את חייהם."

דברי שר הפנים אלי ישי ל-"ynet", 16.8.2012.

עתירה למתן צו על-תנאי ובקשה לקיום דיון דחוף

מוגשת בזאת עתירה למתן צו על-תנאי, המורה למשיבים לבוא וליתן טעם מדוע לא ייקבע כי חוק למניעת הסתננות (עבירות ושיפוט) (תיקון מס' 3 והוראת שעה), התשע"ב-2012 בטל.

לחלופין, יתבקש בית המשפט הנכבד ליתן צו על תנאי המורה למשיבים לבוא וליתן טעם כדלקמן:

1. מדוע לא ייקבע, כי סעיף 30א(ב) לחוק למניעת הסתננות (עבירות ושיפוט), התשי"ד-1954 (להלן - החוק) בטל במובן זה שאין לקרוא בו את המילים "במקרים חריגים";
 2. מדוע לא ייקבע, כי סעיף 30א(ב)(1) לחוק בטל במובן זה שאין לקרוא בו את המילים "ואין דרך אחרת למנוע את הנזק האמור";
 3. מדוע לא ייקבע, כי סעיף 30א(ב)(3) לחוק בטל במובן זה שאין לקרוא בו את המילים "שאינו מלווה על ידי בן משפחה או אפוטרופוס";
 4. מדוע לא ייקבע כי סעיף 30א(ג) לחוק בטל, ותחתיו ייקבע על דרך של "קריאה לתוך ההסדר" (reading in), כי ממונה ביקורת הגבולות ישחרר שוהה שלא כדין שאין מתקיימים בעניינו הליכי הרחקה ואין מתקיימים בו הסייגים לשחרור שבסעיפים 30א(ד)(1)-(2);
 5. מדוע לא ייקבע כי סעיף 30א(ד)(3) לחוק בטל;
 6. מדוע לא ייקבע כי סעיף 30א(א) לחוק בטל, ותחתיו ייקבע על דרך של "קריאה לתוך ההסדר" (reading in), כי ממונה ביקורת הגבולות יקיים שימוע לעצור לפי החוק בתוך 24 שעות מתחילת החזקתו במעצר;
 7. מדוע לא ייקבע כי סעיף 30ה(1)(א) לחוק בטל;
 8. מדוע לא ייקבע כי סעיף 30ד(א)(1) לחוק בטל, ותחתיו ייקבע על דרך של "קריאה לתוך ההסדר" (reading in), כי בית הדין לביקורת משמורת יקיים בחינה חוזרת של עניינו של עצור שאישר את צו המשמורת בעניינו בתוך פרק זמן שלא יעלה על 30 ימים.
- חלקיה העובדתיים של העתירה שאינם נוגעים לקורות העותרים 1-5 נתמכים בתצהיר של מנכ"לית מוקד סיוע לעובדים זרים, רעות מיכאלי, המצ"ב ומסומן ע/1.

תוכן עניינים

4	בקשה לקביעת מועד לדיון דחוף.....
4	מבוא.....
6	החלק העובדתי
6	I. העותרים.....
11	II. רקע כללי על מבקשי מקלט ("מסתננים" בלשון המשיבים) בישראל.....
18	III. הליכי חקיקת תיקון מס' 3.....
23	IV. יישום תיקון מס' 3.....
26	V. תכלית תיקון מס' 3.....
27	הטיעון המשפטי
27	I. העדר סעד חלופי.....
28	II. על משמעות המשפט הבינלאומי בביקורת שיפוטית חוקתית.....
30	III. עילות השחרור הקבועות בסעיף 30א לחוק.....
31	IV. סעיף 30א(ג)(3) - מעצר מי שאינם בני גירוש לפרק זמן של 3 שנים לפחות.....
	1. הזכות החוקתית לחירות מגנה מפני מעצר מינהלי של שוהים ללא היתר מכוח צו גירוש שלא לצורך הרחקה.....
33	2. איסור על מעצר מינהלי שלא לצורך הליכי גירוש במשפט הבינלאומי והמשווה והשפעתו על פרשנות זכות היסוד לחירות בחוק היסוד.....
36	V. סעיפים 30א(ג)(1) ו-30א(ג)(2) – מעצר מבקשי מקלט לכל אורך הליך המקלט.....
41	1. משמעות הוראות סעיפים 30א(ג)(1) ו-(2).....
41	2. הוראות הדין הבינלאומי בעניין מעצר מבקשי מקלט במהלך בחינת טענותיהם.....
43	3. השלכותיו של מעצר מבקשי מקלט.....
48	VI. סעיף 30א(ד)(3) : מעצר ללא הגבלת זמן של מי שהוגשה חוות דעת לגבי פעילות המתקיימת במדינת או אזור מגוריו.....
49	VII. סעיף 30א(ב) (שחרור "במקרים חריגים") וסעיף 30א(ב)(1) (שחרור במקרים בהם "אין דרך אחרת למנוע את הנזק").....
54	VIII. סעיף 30א(ב)(3) - שחרור "קטין שאינו מלווה על ידי בן משפחה או אפוטרופוס".....
55	IX. המועדים לקיום שימוע, ביקורת מעין-שיפוטית ראשונית וביקורת מעין-שיפוטית תקופתית - סעיפים 30א(א), 30ה(1)(א) ו-30ד(א)(1).....
57	X. תנאי פסקת ההגבלה.....
58	1. מעצר מינהלי של שוהים ללא היתר לצורך הרתעת אחרים – תכלית ראויה?.....
58	2. חוסר מידתיות.....
60	XI. הסעד החוקתי.....
65	1. בטלות תיקון מס' 3 בכללותו.....
65	2. לחלופין - סעד חוקתי של בטלות באמצעות "העברת עפרון כחול" ו"קריאה לתוך ההסדר".....
66	(reading in).....
67	סיכום

בקשה לקביעת מועד לדיון דחוף

בית המשפט הנכבד יתבקש לקבוע מועד לדיון דחוף בעתירה.

עניינה של עתירה זו הוא בחוקתיות הוראות תיקון מס' 3 לחוק למניעת הסתננות, שיישומם בפועל החל בחודש יוני 2012, ושמכוחו עצורים העותרים 1-5. מכוח התיקון עצורים במעצר מינהלי קרוב ל-2,000 גברים, נשים וילדים, שלא מתנהלים כל הליכי הרחקה בעניינם. החוק אינו מבחין בין מבוגרים לילדים (למעט במקרים חריגים בהם מדובר בקטינים שאינם מלווים על ידי אפוטרופוס), וכך עצורים מכוחו ילדים רבים, דוגמת **העותרת 1, פעוטה בת שנה ושלושה חודשים, העצורה יחד עם אמה במחנה כליאה בלב המדבר**.

תכליתו של תיקון מס' 3 היא הרתעת מבקשי מקלט מכניסה לישראל וזאת באמצעות מעצר מינהלי בלתי מוגבל בזמן של מי שאין כל אפשרות לגרשם בשל הסכנה הנשקפת להם במדינת מוצאם. הוראות החוק קובעות, כי למעט במקרים חריגים ביותר המפורטים בו, לא ישוחרר אדם אלא בחלוף **לפחות** 3 שנים ממועד מעצרו. בהעדר נסיבות חריגות, בית הדין לביקורת משמורת, האמור לקיים ביקורת מעין-שיפוטית על מעצר מכוח החוק, כלל אינו מוסמך לשחרר אדם, ועל כן לעותרים כאן, כמו גם ליתר העצורים מכוח החוק, אין כל סעד חלופי מלבד תקיפה של חוקתיות הוראות תיקון מס' 3 (ראו סעיפים 103-106 להלן לעניין העדר סעד חלופי).

נוכח פגיעתו הקשה של החוק בזכות היסוד לחירות והעדר מנגנונים בו המאפשרים שחרור ממעצר מינהלי אלא בחלוף שלוש שנים, וזאת אלא אם מתקיימים תנאים חריגים; נוכח העובדה שבמועד זה קרוב ל-2,000 איש שלא מתקיים כל הליך גירוש בעניינם מוחזקים במעצר מינהלי מכוחו; ונוכח העובדה שמכוח החוק מוחזקים אף ילדים רבים במעצר מינהלי, לרבות העותרת 1, יתבקש בית המשפט הנכבד לקבוע את העתירה לדיון דחוף.

מבוא

עניינה של עתירה זו בחוקתיות הוראות חוק למניעת הסתננות (עבירות ושיפוט) (תיקון מס' 3 והוראת שעה), התשע"ב-2012 (להלן – **החוק למניעת הסתננות, תיקון מס' 3 או החוק**) ובמעצרים המינהלי הבלתי מוגבל בזמן של העותרים מכוח חוק זה. ספק אם אי פעם נצרר בספר החוקים של מדינת ישראל חוק שפגיעתו בזכות לחירות באמצעות מעצר מינהלי היא כה אנושה.

השאלה שמציבה עתירה זו היא פשוטה – מהו המחיר שמוכנה חברה דמוקרטית לשלם בעבור המטרה המוצהרת של "הרתעת מסתננים"? התשובה שנתנו המשיבים לשאלה זו פשוטה גם היא – "כל מחיר", לרבות, כדברי שר הפנים, פעולות שימאסו עליהם את חייהם. כל מחיר, לרבות הפקעת שלטון החוק כלפי זרים במסווה של החלתו ומעצר מינהלי בלתי מוגבל בזמן של גברים, נשים וילדים, חלקם קורבנות עינויים קשים, שלא ניתן לגרשם בשל הסכנה הנשקפת להם במדינות מוצאם. תשובתם של העותרים היא אחרת – בחברה דמוקרטית המחוקק מוגבל על ידי עקרונות יסוד חוקתיים. כליאה מינהלית של שוהים ללא היתר שאין כל אפשרות לגרשם בשל הסכנה הנשקפת להם מהווה חריגה

קיצונית מן הגבולות המוסריים והחוקתיים הללו. כליאה המונית של מבקשי מקלט בשעה שהם ממתניים לבחינת בקשותיהם למקלט גם היא חריגה קיצונית כזו.

החל מחודש יוני 2012 מוחזקים קרוב ל-2,000 גברים, נשים וילדים במעצר מינהלי מכוח תיקון מס' 3. התיקון נחקק במטרה מוצהרת להרתיע מבקשי מקלט ומהגרי עבודה מלהיכנס לישראל ללא היתר, ולצורך כך הוא סוטה באופן משמעותי מן העקרונות החוקתיים בדין הישראלי ומעקרונות הדין הבינלאומי. בהתאם לעקרונות חוקתיים ובינלאומיים אלה, מעצר מינהלי מכוח צו גירוש תכליתו לאפשר מימוש של הגירוש, ובהעדר הליך גירוש, אין להחזיק אדם במעצר מינהלי בלתי מוגבל בזמן. אלא שתיקון מס' 3 קובע, כי בהעדר נסיבות חריגות ביותר, הכלל הוא כי מי שנכנס לישראל ללא היתר יוחזק במעצר מינהלי פרק זמן של 3 שנים לפחות.

האוכלוסייה לגביה רלוונטיות ביותר הוראות תיקון מס' 3, כפי שיוסבר בהמשך, היא אוכלוסיית אזרחי אריתריאה ואזרחי סודן, שתי מדינות שביחס אליהן מחילים המשיבים מדיניות של "אי הרחקה" או "הגנה זמנית קבוצתית", וזאת מתוך הכרה בסיכון שבו יעמוד אדם שיגורש לאחת משתי מדינות אלה (ראו סעיפים 32-65 להלן). מנתוני המשיבים עצמם, שעליהם נעמוד בהמשך, עולה כי מתוך אוכלוסיית ה"מסתננים" הנכנסים לישראל, קרוב ל-90% משתייכים לקבוצות אלה. **מדינת ישראל מכירה בכך שאין לגרש שתי אוכלוסיות אלה לעת עתה, בין שמדובר בפליטים כמשמעותם באמנה בדבר מעמדם של פליטים בין שלא, אך חרף קריאתו של בית משפט זה למשיבים להסדיר את זכויותיהם של אנשים אלה לאור העובדה שמדובר במדיניות הנמשכת שנים, בחרו המשיבים להסדיר בחקיקה דווקא את מעצרו המינהלי הבלתי מוגבל בזמן של מי שאינו בר גירוש.**

החוק מאפשר החזקה במעצר כמעט ללא הבחנות, וכך, למשל, מוחזקת במעצר מינהלי בלתי מוגבל בזמן **העותרת 1, פעוטה אריתראית בת שנה ושלושה חודשים**, יחד עם ילדים רבים נוספים.

בין פגמיו הרבים של החוק ניתן למצוא את העדרו של סעד יעיל בעניין שחרור ממעצר. כפי שיוסבר בהמשך, עילות השחרור ביחס למי שמוחזקים במעצר פחות משלוש שנים הן כה צרות וחריגות, עד שבפועל איש אינו משוחרר מכוחן. בהקשר זה יש לציין, כי בית הדין לביקורת משמורת של מסתננים קבע ביחס לכל העותרים כאן, כי אף על פי שאין אפשרות לגרשם (בין שיוכרו כפליטים ובין שלא) לא מתקיימת עילת שחרור בעניינם. ואכן, עילת שחרור כזו אינה מצויה בחוק למניעת הסתננות, ועל כן הסעד היחיד שנותר לעותרים, הסבורים כי מקומם אינו במחנה כליאה, הוא תקיפת חוקתיות הוראות החוק.

נוסף על הוראת החוק הקובעת כלל של מעצר מינהלי לפרק זמן של שלוש שנים אף בהעדר הליך גירוש, תיקון מס' 3 זרוע "מוקשים חוקתיים" נוספים – בהתאם להוראותיו, מבקשי מקלט מדיני יוחזקו ככלל במשמורת לאורך הליך בחינת בקשתם; היותו של אדם קטין אינו מהווה עילה לשחרורו אלא אם הוא אינו מלווה על ידי אפוטרופוס; טעמים רפואיים אינם מהווים בהכרח עילה לשחרור; היותו של אדם תושב מדינות מסוימות או אזורים מסוימים עשוי להביא למעצרו לנצח; ולוחות הזמנים לקיום שימוע, ביקורת מעין-שיפוטית ראשונית וביקורת חוזרת חורגים באופן משמעותי מן הסטנדרטים החוקתיים, שנקבעו על ידי בית משפט זה.

החלק העובדתי

I. העותרים

1. העותרים 1-5 הם אזרחי אריתריאה המוחזקים כולם במעצר מינהלי מכוח החוק למניעת הסתננות במתקן הכליאה "סהרונים". עניינו של כל אחד מחמשת העותרים מדגים את פגיעתו הבלתי חוקתית של תיקון מס' 3 בזכות החוקתית לחירות.
 2. העותרים 1-5 הם כולם אזרחי אריתריאה. בהמשך נפרט את משמעות היותם אזרחי אריתריאה לעניין העדר האפשרות לגרשם, עניין שממנו נובע כי מעצרו המינהלי של עותרים אלה אינו משרת בצורה כלשהי את התכלית של מימוש צווי הגירוש שהוצאו נגדם. יצוין כבר עתה, כי העותרים 1-4 הוחזקו כבני ערובה במשך חודשים ארוכים בסיני על ידי מבריחים במטרה לסחוט דמי כופר מבני משפחותיהם ועברו חוויות של אלימות ועינויים. עדויותיהם של העותרים מתיישבות עם מאות עדויות נוספות, שנגבו ממבקשי מקלט בדבר קורותיהם בסיני. כפי שעולה מעדויותיהם של מבקשי מקלט רבים, חלקם (בדומה לעותרות 1-2) מעולם לא תכננו להגיע לישראל, אלא נחטפו בסודן על ידי מבריחים והוחזקו בחצי האי סיני במטרה לסחוט כספים מבני משפחותיהם. רבים מהם מוחזקים בדרכם לישראל במחנות זווה בסיני כבני ערובה. הם קורבנות לכליאה, לעינויים, להרעבה, לאלימות קיצונית, לאונס ולתקיפות מיניות, לקצירת איברים, לעושיק ולסחיטה. יש בהם שאינם שורדים, ויש שנרצחים על ידי המבריחים. כל זאת, במשך שבועות ואף חודשים בהמתנה להעברת כספים נוספים שדורשים המבריחים תמורת העברתם לישראל. לא זו בלבד שכוחות הביטחון המצרים אינם פועלים למגר את התופעה, אלא רבים ממבקשי המקלט נופלים לאחר שחרורם מן המחנות ובדרכם האחרונה לישראל קורבנות לאלימות, לאונס, לירי ולהרג מצד הכוחות המצרים.
 3. תופעה זו מתוארת בדיווחי נציבות האו"ם לפליטים ובדו"חות שנכתבו על ידי מוקד סיוע לעובדים זרים ורופאים לזכויות אדם.
- העתק סיכום רופאים לזכויות אדם מיום 23.2.2011 בעניין זה מצ"ב ומסומן ע/2.
- העתק דו"ח מוקד סיוע לעובדים זרים מחודש פברואר 2011 מצ"ב ומסומן ע/3.
- העתק סיכום רופאים לזכויות אדם, מוקד סיוע לעובדים זרים ושורה של ארגונים בינלאומיים מיום 30.11.2011 מצ"ב ומסומן ע/4.

העותרות 1 ו-2 - אם וביתה בת השנה

4. **העותרת 1**, אזרחית אריתריאה, היא ילידת שנת 2011, בת שנה ושלושה חודשים. יחד עם אמה, **העותרת 2**, ילידת שנת 1985, גם היא אזרחית אריתריאה, היא מוחזקת במעצר מינהלי מכוח החוק למניעת הסתננות במתקן הכליאה "סהרונים" מאז יום 28.8.2012. העותרות 1 ו-2 מוחזקות באוהל גדול, אותו הן חולקות עם עוד 14 נשים וילדיהן. האוהל חשוף לפגעי מזג האוויר הקיצוניים שבאזור בו מצוי מתקן הכליאה – חום כבד בקיץ וקור מצמית בחורף.
- העתק תצהירה של **העותרת 2** מצ"ב ומסומן ע/5.

5. העותרת 2 מעולם לא התכוונה להגיע לישראל, אלא נחטפה לסיני במטרה לסחוט כופר ממשפחתה.
6. בן זוגה של העותרת 2 (שהוא אביה של העותרת 1) היה חייל בצבא אריתריאה, אך נמלט מן המדינה, והוא שוהה היום בקסלה שבסודן. בחודש מרץ 2012 עזבו העותרות 1 ו-2 את אריתריאה ללא היתר על מנת להצטרף אל בן זוגה של העותרת 2 בסודן. כשהגיעו העותרות 1 ו-2 לסודן, ועוד לפני שפגשו בבן זוגה של העותרת 2, נחטפו על ידי מבריחים. הן "נמכרו" למבריחים אחרים, ואלה העבירו אותן לסיני, כשחלק מן הדרך נעשתה בכלי רכב וחלקה בסירות.
7. בסיני נאזקה העותרת 2 ברגליה יחד עם אחרים, ונאמר לה שלאחר שקרובי משפחתה ישלמו סכום של \$25,000 היא תשוחרר ותועבר לישראל. העותרת 2 עברה התעללות על ידי החוטפים והוכתה לעתים קרובות. החוטפים גם הכו את העותרת 1, תינוקת בת כשנה, על מנת להשתיקה כאשר בכתה, ואף איימו לא פעם להשליכה מן החלון.
8. המבריחים נהגו לאנוס באופן שגרתי לכל אורך התקופה את הנשים האחרות, שהוחזקו יחד עם העותרות. את העותרת 2 לא אנסו המבריחים משום שהייתה אם לתינוקת והם ראו בה "זקנה" מטעם זה, וכך גם נהגו לכנותה.
9. במשך כ-5 חודשים הוחזקו העותרות 1-2 בידי המבריחים בסיני. רק לאחר פרק זמן זה עלה בידי משפחתה של העותרת 2 לשלם למבריחים את הסכום שנדרש, וזאת לאחר שאמה, הנמצאת באריתריאה, מכרה את בית המשפחה ופנתה לעזרת ידידים וקרובים. לאחר מכן הובאו העותרות על ידי המבריחים אל הגבול, שם נעצרו על ידי כוחות צה"ל.
10. מצבה של העותרת 1 היה בכי רע לאחר חודשי השבי הארוכים, והעותרות נלקחו לבית החולים "סורוקה" בבאר שבע. לאחר מספר ימים הועברו שתי העותרות אל מתקן הכליאה "סהרונים", שם הן מוחזקות עד היום.
11. ביום 3.9.2012 הובאו העותרות 1 ו-2 בפני בית הדין לביקורת משמורת. העותרת 2 סיפרה כי כלל לא התכוונה להגיע לישראל אלא נחטפה מסודן, שם נמצא בעלה, ונאלצה לשלם כופר כדי להשתחרר מידי החוטפים. בית הדין עמד על כך שכלפי אזרחי אריתריאה חלה מדיניות של אי הרחקה מישראל, המכונה גם "הגנה קבוצתית" (ראו פירוט אודות מדיניות זו בסעיפים 32-65 שלהלן), אך ציין בסעיף 7 להחלטתו:

"לא נעלמה מעיני ההגנה הקבוצתית אשר נטלה על עצמה מדינת ישראל כלפי אזרחי אריתריאה, מדינת אזרחותם של המוחזקים-המסתננים, עם זאת לאור העובדה כי ההגנה הינה זמנית, ובהתחשב בתקופת הצו ותכליתו שנועדה להבטיח גירוש המוחזק לא מצאתי מקום לשחרור המוחזקים."

העתק צו הגירוש לפי החוק למניעת הסתננות שהוצא נגד העותרות 1 ו-2 מצ"ב ומסומן ע/6.

העתק החלטת בית הדין בעניין העותרות 1 ו-2 מיום 3.9.2012 מצ"ב ומסומן ע/7.

העותר 3

12. **העותר 3**, גם הוא אזרח אריתריאה, בן 23 שנים, מוחזק במעצר מינהלי מכוח החוק למניעת הסתננות כ-4 חודשים, מאז יום 6.6.2012.

העתק תצהירו של העותר 3 מצ"ב ומסומן ע/8.

13. העותר 3 גויס בשנת 2006, בהיותו בן 17 שנים, לצבא אריתריאה. במשך שנתיים לא יצא העותר 3 ולו פעם אחת מן הצבא לחופשה. לאחר שנתיים ניתנה לו חופשה של חודש, ממנה לא חזר. בשנת 2009 ניסה העותר 3 לצאת את אריתריאה, אך נתפס בגבול, נשפט בפני קצין צבאי, ונעצר לתקופה בלתי שלא הוגדרה מראש. העותר 3 הוחזק שנתיים במעצר, שלאורכן סבל מאלימות קשה. בשנה הראשונה הוחזק מתחת לפני האדמה, במרתף חשוך, ללא אויר צח וללא אפשרות לצאת מן המרתף לכל אורך אותה השנה. בשנת המאסר השנייה הוחזק בכלא מעל לפני האדמה. במהלך כל אותו הזמן ישן על הארץ, ללא מיטה ומזרן.

14. בשנת 2011, לאחר שתי שנות מאסר, שוחרר העותר מן הכלא, אך הועבר מייד לצבא. לאחר כשלושה חודשים נמלט ועזב את מדינתו. העותר 3 חושש, כי אם יוחזר לאריתריאה יהיה חשוף למעצר ללא משפט, לעינויים ואולי אף לעונש מוות ללא משפט.

15. יצוין כבר עתה, כי אף שעניינו של העותר 3 עשוי להישמע לקורא שאינו בקיא במצב באריתריאה כמקרה פשוט של ביצוע עבירה של עריקות שבצידה סנקציה פלילית, הרי שזהו אינו המצב. בהמשך נרחיב אודות המצב באריתריאה, משמעות הגיוס הצבאי במדינה זו והאופן בו נציבות האו"ם לפליטים וכל מדינות העולם המערבי מכירות באזרחי אריתריאה, שנמלטו מגיוס צבאי, כפליטים (ראו סעיפים 48-56 שלהלן).

16. העותר 3 שילם סכום של \$3,400 תמורת הברחתו, אולם כאשר הובא לסיני קבוצת המבריחים, שהביאה אותו לשם, מכרה אותו לקבוצת מבריחים אחרת. הקבוצה השנייה מסרה לו כי רק אם ישלם סכום של \$30,000 ישוחרר.

17. העותר 3 הוחזק על ידי המבריחים בסיני במשך כחודשיים. לצורך סחיטת קרובי משפחתו וקבלת הסכומים שדרשו, נהגו המבריחים לענות את העותר 3. הוא הוחזק כשהוא אזוק ברגליו לכל אורך התקופה. הוא הורעב, הוכה על ידי המבריחים, קיבל מכות חשמל, והמבריחים נהגו לשפוך עליו נוזלים רותחים. הנשים שהוחזקו יחד עמו נאנסו באופן קבוע על ידי המבריחים.

18. לאחר כחודשיים הצליחו קרובי משפחתו של העותר 3 לגייס את הסכום הנדרש, והמבריחים שחררו אותו והביאו אותו לגבול ישראל-מצרים, שם נעצר על ידי כוחות צה"ל והובא למתקן הכליאה "סהרונים".

19. כבר בסמוך למעצרו, שעה שנערך לעותר 3 שימוע בפני ממונה ביקורת הגבולות, הוא מסר כי הוא חושש כי ייעצר ויעונה אם יוחזר לאריתריאה. אף על פי כן, איש לא מסר לו כי באפשרותו לבקש מקלט בישראל וכיצד עליו לפעול כדי לעשות זאת.

20. ביום 19.6.2012 הובא העותר 3 בפני בית הדין לביקורת משמורת. בית הדין ציין, כי היום אין כל אפשרות להרחיק את אזרחי אריתריאה, אולם אישר את מעצרו של העותר:

"אכן, לא נעלם מעיני, כי נכון להיום אין כל יכולת אופרטיבית להרחיק מסתננים מאריתריאה בחזרה, הואיל ואזרחי מדינה זו זוכים להגנה קבוצתית בישראל בשל החשש לחייהם במדינת מוצאם. אך חוק למניעת הסתננות אינו מבדיל בין מסתנן שזוכה להגנה קבוצתית לבין מסתנן שאינו זוכה להגנה כזו, ולכן, סבורני, כי הפירוש התכליתי של חוק למניעת הסתננות אינו מאפשר לעשות הבדלה בין קבוצות שונות של מסתננים, ואין כל הוראה בחוק הקובעת, כי הגנה קבוצתית זמנית מהווה עילה לשחרור." (ההדגשה הוספה).

21. ביום 14.8.2012 הובא העותר 3 שנית בפני בית הדין. בית הדין שב וקבע כי אין עילה לשחרורו של העותר ממעצר. כמו כן, ביום 15.8.2012 פנה בשם העותר 3 מוקד סיוע לעובדים זרים, ומסר כי העותר מבקש להיות מוכר כפליט בישראל בהתאם לאמנה בדבר מעמדם של פליטים.

העתק צו הגירוש שהוצא לעותר 3 לפי החוק למניעת הסתננות מצ"ב ומסומן ע/9.
העתקי החלטות בית הדין בעניינו של העותר 3 מימים 19.6.2012 ו-14.8.2012 מצ"ב ומסומנים בהתאמה ע/10 וע/11.
העתק פניית מוקד סיוע לעובדים זרים מיום 15.8.2012 מצ"ב ומסומן ע/12.

העותר 4

22. **העותר 4** הוא אזרח אריתריאה בן כ-50 שנים. הוא מוחזק במעצר מינהלי במתקן "סהרונים" מאז חודש יוני 2012. בעבר גויס העותר בכפייה לצבא אריתריאה – פעם אחת לתקופה של 3 שנים ופעם אחרת לתקופה של 10 שנים. לפני כחצי שנה קיבל העותר 4 פעם נוספת זימון לגיוס כפוי, ונמלט מאריתריאה. העותר חושש, כי אם ישוב למדינתו יהיה חשוף למעצר, למאסר ללא משפט ולעינויים.

העתק תצהירו של **העותר 4** מצ"ב ומסומן ע/13.

23. העותר 4 הועבר על ידי מבריחים לסיני, שם הוחזק במשך כחודשיים תוך דרישת כופר. כעבור חודשיים הצליח חברו לגייס את הסכום הנדרש והוא שוחרר והובא על ידי המבריחים אל גבול מצרים-ישראל, שם נעצר על ידי כוחות צה"ל.

24. אחייניתו של העותר 4 גם היא עזבה את אריתריאה והגיעה לסודן. כמו העותרות 1 ו-2, גם אחייניתו של העותר נחטפה על ידי מבריחים בסודן, המחזיקים בה כעת ודורשים כופר של \$35,000 בתמורה לשחרורה.

25. נגד העותר הוצא צו גירוש לפי החוק למניעת הסתננות, אשר מכוחו הוא מוחזק במעצר מינהלי מזה כ- 4 חודשים. העותר הובא בפני בית הדין לביקורת משמורת, שאישר את מעצרו, אולם אין בידו העתק של החלטת בית הדין, ובמענה לבקשה שנשלחה על ידי מוקד סיוע לעובדים זרים אל מזכירות בית הדין, התקבלו רק מסמכי משרד הפנים, אך לא החלטות בית הדין. כמו כן, ביום 15.8.2012 פנה בשם העותר 3 מוקד סיוע לעובדים זרים, ומסר כי העותר מבקש להיות מוכר כפליט בישראל בהתאם לאמנה בדבר מעמדם של פליטים.

העתק צו הגירוש שהוצא לעותר 4 לפי החוק למניעת הסתננות מצ"ב ומסומן ע/14.
העתק פניית מוקד סיוע לעובדים זרים מיום 15.8.2012 מצ"ב ומסומן ע/15.

העותרת 5

26. **העותרת 5** גם היא אזרחית אריתריאה המוחזקת במעצר מינהלי מכוח החוק למניעת הסתננות מאז יום 11.6.2012. גם היא מוחזקת באוהל במתקן הכליאה "סהרונים".

העתק תצהירה של **העותרת 5** מצ"ב ומסומן ע/16.

27. העותרת 5 נולדה בשנת 1989, ובשנת 2007 נקראה לשירות צבאי. היא עברה טירונות ולאחר מכן נשלחה על ידי הצבא ללימודי חקלאות, ללא כל אפשרות לבחור מה תלמד. לימודיה נועדו להכשירה לעבודה כפוייה בשירות המדינה לפרק זמן בלתי מוגבל.

28. לאחר תום לימודי החקלאות מטעם הצבא, שבה העותרת 5 לביתה עד שנקראה להתייצב לפרק זמן בלתי מוגבל בעבודה חקלאית. לפיכך, עזבה העותרת את אריתריאה ללא היתר. העותרת חוששת שאם תוחזר לאריתריאה תהיה חשופה למעצר ללא משפט בתנאים קשים ולעינויים (לעניין אופן הטיפול באזרחי אריתריאה העוזבים את המדינה שלא כדין ראו סעיפים 51-55 להלן).

29. העותרת 5 נכנסה לישראל ללא היתר בחודש יוני 2012, והוצא נגדה צו גירוש לפי החוק למניעת הסתננות. העותרת אינה יודעת האם הובאה בפני בית הדין לביקורת משמורת במועד שמחייב החוק (כלומר בתוך 14 ימים ממועד מעצרה), שכן תושאלה על ידי מספר גורמים והיא אינה יודעת אם אחד מהם היה בית הדין. מכל מקום, ביום 23.8.2012 הובאה בפני בית הדין, שם מסרה כי היא חוששת לחזור משום שהייתה חיילת בטרם עזבה, וכי היא רוצה להגיש בקשה למקלט בישראל. כמו בהחלטה הנ"ל, גם בהחלטה זו עמד בית הדין על כך שאזרחי אריתריאה זוכים ל"הגנה קבוצתית" מפני גירוש, אך קבע, כי אין עילה לשחרר את העותרת 5.

30. כמו כן קבע בית הדין, כי "ממונה ביקורת הגבולות יודיע החלטתו בבקשת המוחזקת למקלט מדיני ככל שתוגש על ידה". עם זאת, איש לא מסר לעותרת 5 כיצד עליה לפעול על מנת להגיש בקשה למקלט.

העתק צו הגירוש שהוצא לעותרת 5 לפי החוק למניעת הסתננות מצ"ב ומסומן ע/17.
העתק החלטת בית הדין בעניינה של העותרת 5 מיום 23.8.2012 מצ"ב ומסומן ע/18.

העותרים 6-10

31. העותרים 6-10 הם ארגוני זכויות אדם, הפועלים להגנה, בין השאר, על זכויותיהם של פליטים, מבקשי מקלט, מהגרי עבודה, קורבנות סחר בבני אדם וקורבנות עינויים.

II. רקע כללי על מבקשי מקלט ("מסתננים" בלשון המשיבים) בישראל

32. בשנים האחרונות גדלה באופן משמעותי תופעת כניסתם של מבקשי מקלט לישראל ללא היתר דרך גבול מצרים-ישראל (ועל כך אין ספק שהמשיבים ירחיבו בתגובתם). דא עקא, שמדינת ישראל חוסמת את הגישה למערכת המקלט של רוב מי שנכנסים אליה ללא היתר, בכך שבחירה שלא לבחון באופן פרטני את בקשות המקלט של שתי האוכלוסיות העיקריות המגיעות לישראל – אזרחי סודן ואריתריאה. כך, מצד אחד נמנעת המדינה מקיום הליכי מקלט אינדיבידואליים לבנות ובני שתי קבוצות אלה, ומצד שני מכריזה שוב ושוב, כי אין מדובר בפליטים אלא במהגרים כלכליים.

33. בפתח הדברים יודגש – **המניעה המשפטית והפרקטית לגרש את אזרחי שתי מדינות אלה קיימת גם כאשר בהתקבל החלטה אינדיבידואלית כי אדם אינו פליט כמשמעו באמנה בדבר מעמדם של פליטים**. בית משפט זה, כפי שיודגש בהמשך, עמד על כך שגם מי שאינו עומד בתנאי האמנה בדבר מעמדם של פליטים, תוסיף ותחול עליו מדיניות "אי ההרחקה" וזאת מכוח עקרון "ההגנה המשלימה", שמכוחו עקרון ה-*non-refoulement* חל גם על מי שאינם עומדים בתנאי האמנה.

34. מנתוני רשות האוכלוסין וההגירה המתפרסמים באתר האינטרנט של הרשות, עולה כי מבין ה"מסתננים" **63% הם אזרחי אריתריאה, 26% הם אזרחי סודן** ו-11% הם אזרחי מדינות אחרות.

העתק העמודים הרלוונטיים מתוך "דו"ח נתוני זרים בישראל" של רשות האוכלוסין, שפורסם בחודש אוגוסט 2012, מצ"ב ומסומן ע/19.

35. אף על פי שמשרד הפנים מתעקש שלא להגדיר את אזרחי סודן ואריתריאה כמבקשי מקלט ונמנע מבדיקה אינדיבידואלית של עמידתם בתנאי האמנה בדבר מעמדם של פליטים, תוך שהוא מקפיד לכנותם "מסתננים" או "מהגרים כלכליים", מדינת ישראל עצמה מכירה בכך שאין היום אפשרות לגרשם למדינות מוצאם, **במנותק משאלת היותם פליטים**.

36. חוסר היכולת המשפטית של ישראל לפעול להרחקתם של מבקשי המקלט הסודנים משטחה נובע, בראש ובראשונה, מעקרון ה-*non-refoulement*, הקבוע בסעיף 33 לאמנה בדבר מעמדם של פליטים (כ"א 65) ובסעיף 3 לאמנה נגד עינויים ונגד יחס ועוונשים אכזריים, בלתי אנושיים או משפילים (כ"א 1039). הכלל היסודי העומד בלב אמנות אלה הוא עקרון איסור הגירוש או ההחזרה. על פי עקרון זה, שום מדינה מבעלות האמנה לא תגרש ולא תחזיר ("refouler") פליט באיזו צורה שהיא אל גבולות הארצות שבהן יהיו חייו או חירותו בסכנה מטעמי גזע, דת, אזרחות, השתייכות לקיבוץ חברתי מסוים או להשקפה מדינית מסוימת. עקרון זה אומץ בהמשך גם בסעיף 3 לאמנה נגד עינויים ביחס למי שקיים יסוד מהותי להאמין, כי הוא נתון בסכנת העמדה בפני עינויים. חשיבותו של עקרון ה-*non-*

refoulement חרזה כבר מזמן מתחום אמנת הפליטים ואמנת העינויים, והוא מוכר כיום כחלק מן המשפט הבינלאומי המנהגי. עקרון זה מוכר גם כחלק מן המשפט החוקתי הישראלי, ובפסיקה נקבע כי הוא חל לא רק על מי שעומד בתנאי האמנה בדבר מעמדם של פליטים (בג"ץ 4702/94 אל טאיי נגד שר הפנים, פ"ד מט(3) 846, 848).

37. המדיניות החלה על אזרחי סודן ואריתריאה מכונה לעיתים "הגנה זמנית" או "הגנה קבוצתית" ולעיתים "מדיניות אי החרקה". לאחרונה מתעקש משרד הפנים שלא לכנות מדיניות זו "הגנה זמנית" או "קבוצתית", לאחר שבמשך שנים גורמים בכירים במשרד הפנים ומשרד המשפטים דווקא השתמשו במונח זה. אולם דומה ששאלת הכותרת, בה מוכתרת מדיניות זו, אינה רלוונטית לענייננו. השורה התחתונה היא כי מזה לפחות שבע שנים, מדינת ישראל אינה מגרשת איש לסודן או לאריתריאה. זאת בין שתכנה את אזרחי מדינה זו "מבקשי מקלט", "מסתננים" או "מהגרים כלכליים" ובין שתכנה את המדיניות החלה עליהם כמדיניות "אי החזרה", "הגנה זמנית" או "הגנה קבוצתית".

38. בית משפט זה עמד על קיומה של המדיניות האמורה, וציין כי

"בשנתיים האחרונות מרבית הנכנסים הינם מאריתריאה, אשר קיימת לגביהם מדיניות אי-החרקה זמנית, בשל המצב השורר שם".
בג"ץ 7302/07 מוקד סיוע לעובדים זרים נ' שר הביטחון, פסק דין מיום 7.7.2011, סעיף 8 לפסק דינה של הנשיאה ד' ביניש.

39. לאחרונה עמד בית משפט זה על כך שהמשיבים אינם בוחנים בקשות מקלט של אזרחי אריתריאה:

"אין חולק שהמערער שלפנינו לא הוכר כפליט על-ידי המשיב... עם זאת, בהתאם למדיניות הנוהגת ביחס לאזרחי אריתריאה, אפילו היה המערער מגיש בקשת מקלט פרטנית ... זו לא הייתה נבחנת".
ע"מ 8908/11 אספו נ' משרד הפנים, פסק דין מיום 17.7.2012, סעיף 15 לפסק דינו של השופט ע' פוגלמן.

40. מפעם לפעם טוענים המשיבים, כי רוב אזרחי סודן ואריתריאה כלל לא הגישו בקשות להכיר בהם כפליטים. אולם חשוב להדגיש, כי עד היום משרד הפנים כלל לא איפשר לאזרחי מדינות אלה להגיש בקשות פרטניות להכיר בהם כפליטים. עמד על כך בית המשפט המחוזי בצינו:

"בהשלמת הטיעון שבקשתי מן הצדדים, ציינה ב"כ המשיב כי אין כל מניעה שהנהנים ממדיניות אי-ההרחקה יגישו בקשות פרטניות למקלט מדיני מכח אמנת הפליטים. אלא שהפרקטיקה מלמדת אחרת: כאשר יוצאי מדינות אלה מגיעים לגבולות ישראל הם נחקרים קצרות ומוסרים את שם מדינת נתינותם. אם מדובר בנתיני המדינות האמורות לעיל, מופסק הטיפול בהם כפליטים וניתן להם מעמד של מי שנהנים ממדיניות אי-ההרחקה. למעשה, המשיב אינו מאפשר לאותם אנשים לטעון את טענותיהם ומפנה אותם למסלול המיוחד של מדיניות אי-ההרחקה. עניין זה עלה לא פעם בדיונים שנערכו לפני והמשיב הסכים אז שזה אכן המצב לאשורו. לפיכך, הטענה שעלתה בהשלמת הטיעון של ב"כ המשיב הינה בלתי נכונה עובדתית ואני סבור שלא מן הראוי היה להעלותה כאשר המשיב הצהיר בעבר לא אחת כי המצב הוא הפוך".
עת"מ (מרכז) 57162-01-11 אספו נ' משרד הפנים, פסק דין מיום 2.11.2011, סעיף 4 לפסק הדין.

41. בית המשפט אף עמד בעניין אספו על כך, שאפילו הייתה נערכת בחינה אינדיבידואלית לגבי השאלה האם אזרחי אריתריאה וסודן שבישראל עומדים בתנאי האמנה בדבר מעמדם של פליטים, ואפילו היו נדחות בקשותיהם למקלט, לא היה בכך בהכרח כדי להביא לקיומה של אפשרות משפטית לגרשם:

"חשוב לציין בהקשר זה, כי דחיית בקשה פרטנית של המערער להכרה כפליט לפי אמנת הפליטים (אם כך יוחלט), אין משמעה בהכרח שלילת ההגנה שמוענקת לו והרחקתו מישראל. ההגנה שמקנה אמנת הפליטים איננה ההגנה היחידה מפני הרחקה למדינת המוצא, שכן מכוח העיקרון הכללי של Non-Refoulement, מדינת ישראל איננה מרחיקה אדם למקום שבו נשקפת סכנה לחייו או לחירותו."

שם, סעיף 19 לפסק דינו של השופט ע' פוגלמן.

ראו גם הערת השופט ח' מלצר בעניין זה, שם:

"ברצוני להוסיף שלגבי ידי – אין בדחיית בקשה פרטנית להכרה במעמד של פליט לפי אמנת הפליטים כדי למנוע ממי שנהנה מ'מדיניות אי-ההרחקה הזמנית' להמשיך וליהנות ממדיניות זו, כל עוד היא קיימת וחלה לגביו. זאת בצד האמור בפסקה 19 לפסק דינו של חברי, השופט ע' פוגלמן ביחס לתחולתן האפשרית של הגנות משלימות נוספות מכוח העיקרון של Non-Refoulement."

42. בית המשפט הוסיף וציין שעל המדינה להגדיר מה הוא אגד הזכויות הנובע מאותה מדיניות כלפי אזרחי אריתריאה וסודן (שם, פסק דינה של השופטת א' חיות).

43. בדיון שהתקיים בוועדת העובדים הזרים בכנסת ביום 31.10.2011 הסביר סגן שר החוץ, כי מדיניות אי ההרחקה כלפי אזרחי אריתריאה וסודן נובעת מהסיכון הנשקף לזכויות האדם הבסיסיות שלהם ואף לחייהם אם יגורשו למדינות מוצאם, ושוב – במנותק מן השאלה אם הם עומדים בתנאי אמנת הפליטים. בלשונו של סגן שר החוץ:

"אריתריאה – כרגע אי-אפשר לעשות, כי אנחנו מוגבלים, כי באריתריאה יש שם שלטון שמוגדר על-ידי כל הקהילה הבין-לאומית כשלטון שלא שומר על זכויות אדם, ומי שחוזר לשם, נתון בסכנה, כולל סכנת מוות, ולכן אנחנו פה הרבה יותר זהירים."

ראו פרוטוקול הוועדה מיום 31.10.2011, עמ' 7, זמין ב:

<http://knesset.gov.il/protocols/data/rtf/zarim/2011-10-31-01.rtf>

44. גם מנכ"ל משרד ראש הממשלה, הראל לוקר, הבהיר את הדברים ביחס לגירושם של אזרחי סודן ואריתריאה מישראל וזאת ביום 28.5.2012 בריאיון ברשת ב' (המראיינת היא קרן נויבך):

קרן נויבך: "שר הפנים אלי ישי שבסמכות משרדו לכאורה לקבוע מי יכנס מי לא יכנס לישראל, ותקן אותי אם אני טועה גם מי יגורש, קורא פעם אחר פעם בשבועות האחרונים לגרש את מבקשי המקלט או המסתננים מאפריקה. אם זאת אכן עמדת משרדו, למה בעצם ישראל לא מגרשת אותם?"

הראל לוקר: "מתוך 62 אלף מסתננים קודם כל מרביתם מצפון סודן ואריתריאה. למדינות האלה אי אפשר להרחיק מסתננים לגרש, מכיוון שצפויה להם שם סכנת חיים, וישראל חתומה על אמנות בינלאומיות, ושני תנאים מצטברים כדי להרחיק מסתננים, אחד שהמדינה תסכים לקלוט אותם, ושתיים שאין שם סכנת חיים. ככה

שלגבי שתי המדינות האלה אנחנו לא יכולים יום בהיר אחד לנחות שם עם מטוסים ולהפך את הריבונות שלהם. צפון סודן זה גם מדינת אויב, ולהוציא מסתננים שם חזרה."

קרן נויבך: "כלומר בעצם מה שאתה אומר לנו, שכל מי שבא וקורא לגרש כולל שרים בממשלה עם ידע אני מניחה סביר לגבי החוק מאחז עיניים באיזה שהוא מקום זה לא ישים בכלל."

הראל לוקר: "אני."

קרן נויבך: "אתה לא תשתמש במילה מאחז עיניים."

הראל לוקר: "אני עובד ציבור ואני לא רוצה להתייחס לפוליטיקאים."
(ההדגשות הוספו).

בהמשך הריאיון חזר מר לוקר על הדברים:

הראל לוקר: "[...] הגרעין הקשה זה צפון סודנים ואריתראים, משהו כמו יש עשרות אלפים, אבל איתם זה יותר בעיה, כי אל"ף כמו שאמרתי... צריך מדינה שתסכים לקלוט אותם, ואותה מדינה צריכה לערוב לביטחונם. זה לא המצב לצערי כיום בדרום [צ"ל: צפון] סודן שהיא מוגדרת מדינת אויב של ישראל וגם לא באריתריאה."

העתק תמליל הריאיון עם מר הראל לוקר מיום 28.5.2012 מצ"ב ומסומן ע/20.

45. כאמור, לאחרונה מתכחשים המשיבים לכך שמדובר במדיניות של "הגנה זמנית" או "הגנה קבוצתית", אולם עד לאחרונה הצהירו שוב ושוב גורמים בכירים, כמו גם פקידי משרד הפנים, כי זוהי המדיניות החלה על אזרחי סודן ואריתריאה:

- א. תגובת המדינה בבג"ץ 7302/07 מיום 17.9.2009 (סעיפים 62 ו-65), בחתימת מנהלת תחום עניינים מינהליים בפרקליטות המדינה, גב' יוכי גנסי. העתקי העמודים הרלוונטיים מתוך התגובה מצ"ב ומסומנים ע/21.
- ב. מכתבו של מר אמנון בן עמי, מנכ"ל רשות האוכלוסין וההגירה מיום 2.1.2011 (פסקה רביעית ופסקה חמישית). העתק המכתב מצ"ב ומסומן ע/22.
- ג. מכתבו של מר חיים אפרים, מנהל יחידת ה-RSD מיום 10.12.2009 (סעיף 2). העתק המכתב מצ"ב ומסומן ע/23.
- ד. מכתבה של הדר וייס מיחידת ה-RSD מיום 10.6.2010. העתק המכתב מצ"ב ומסומן ע/24.
- ה. תגובת המדינה בעת"מ (מרכז) 31808-03-10 מיום 18.4.2010 (סעיף 41). העתק העמודים הרלוונטיים מתוך התגובה מצ"ב ומסומנים ע/25.

46. ואולם, כאמור, לא שמה של המדיניות הוא הרלוונטי, אלא משמעותה – אין אפשרות משפטית ומעשית לגרש את אזרחי סודן ואריתריאה, **בין שהם עומדים בתנאי אמנת הפליטים ובין שלא**.

47. העותרים 1-5, המוחזקים במעצר מינהלי חרף העובדה שאין מתנהלים הליכי גירוש בעניינם, הם כולם אזרחי אריתריאה. לפיכך, נסביר במספר שורות את הרציונל שמסתתר מאחורי מדיניות זו.

48. בניגוד לישראל, שאינה בוחנת באופן אינדיבידואלי האם אזרחי אריתריאה עומדים בתנאי האמנה בדבר מעמדם של פליטים, מדינות מערביות אחרות מקיימות הליכים כאלה. נתוני נציבות האו"ם לפליטים לשנת 2011, שפורסמו בחודש מאי 2012, מלמדים כי שעורי ההכרה באזרחי אריתריאה כפליטים ברחבי העולם הם גבוהים ביותר. טבלה 10 לדו"ח הסטטיסטי של נציבות האו"ם לפליטים מלמדת, כי **74% ממבקשי המקלט האריתראים ברחבי העולם הוכרו באופן אינדיבידואלי כפליטים לפי האמנה בדבר מעמדם של פליטים**. מהטבלה עולה, כי כאשר מצרפים לאלה את מי שהוכרו לזכאים אינדיבידואלית ל"הגנה משלימה" אף שאינם זכאים להגנה לפי אמנת הפליטים, עומדים שיעורי ההכרה העולמיים על **84.5%**.

49. עוד עולה כי בשנת 2011 הוכרו ברחבי העולם **באופן אינדיבידואלי כפליטים לפי אמנת הפליטים 71.3% ממבקשי המקלט מסודן**. מהטבלה עולה, כי כאשר מצרפים לאלה את מי שהוכרו לזכאים אינדיבידואלית ל"הגנה משלימה" אף שאינם זכאים להגנה לפי אמנת הפליטים, עומדים שיעורי ההכרה העולמיים על **74.4%**.

לטבלאות המלאות ראו :

<http://www.unhcr.org/globaltrends/2011-GlobalTrends-annex-tables.zip>

50. אף על פי שלרוב מדינות העולם, כמו לישראל, אין גבול משותף עם אריתריאה וסודן, הן מכירות בכך שרובם המוחלט של אזרחי מדינות אלה המגיעים לשטחם זכאים להיות מוכרים כפליטים לפי האמנה בדבר מעמדם של פליטים, ולמצער ל"הגנה משלימה" אף אם אינם עומדים בתנאי האמנה.

51. על מנת לקבל תמונה מקיפה אודות המצב באריתריאה, העומד בבסיס ההגנה שניתנת לאזרחי אריתריאה בישראל ובעולם, די לעיין בהנחיות נציבות האו"ם לפליטים בעניין אריתריאה, שפורסמו באפריל 2011 – UNHCR Eligibility Guidelines for Assessing the International Protection – needs of Asylum Seekers from Eritrea, 20 April 2011. להנחיות הנציבות בעניין אריתריאה ראו : <http://www.unhcr.org/refworld/pdfid/4d4fe0ec2.pdf>

52. מדובר במדינה טוטאליטרית, שבה הבחירות "נדחות" פעם אחר פעם, ומערכת המשפט כפופה לרשות המבצעת. הממשלה שולטת באופן מוחלט באמצעי התקשורת, ופעילותם של ארגוני זכויות אדם וארגונים לא ממשלתיים הופסקה. באשר לשירות בצבא האריתראי, עולה מן ההנחיות שאין מדובר בדבר הדומה באופן כלשהו לשירות החובה בישראל. נציבות האו"ם לפליטים עומדת על כך ש"גורם הסיכון" הראשון במעלה הוא שירות צבאי או שירות לאומי. גברים ונשים חייבים בגיוס חובה ובשירות לאומי כמעט כל שנות חייהם (עמ' 9 להנחיות). השירות הלאומי אמור להימשך, על פי חוק, 18 חודשים, אולם בתקופות "חירום" הוא מוארך, ומן ההנחיות עולה, כי לאמיתו של דבר הוא בלתי מוגבל בזמן (עמ' 9, הערת שוליים 51). השירות הצבאי והשירות הלאומי נושאים למעשה אופי של עבודת כפייה בלתי מוגבלת בזמן, ורבים מגדירים אותה כסוג של עבדות (ראו עמ' 12 להנחיות, הערת שוליים 82).

53. ההנחיות מפרטות את העונשים הקבועים בחוק בגין הימנעות מגיוס ובגין יציאה מן המדינה לצורך הימנעות מגיוס, ומוסיפות כי בפועל הענישה נעשית שלא באמצעות מערכת בתי המשפט, והיא

כוללת הריגה בירי, מעצר לפרקי זמן ממושכים בתנאים בלתי אנושיים, עינויים ועבודות כפייה. ההנחיות עומדות על כך שאף על פי שהעמדה לדין וענישה בגין עריקות מהצבא אינן מהוות בהכרח, כשלעצמן, "רדיפה", הרי שענישה לא פרופורציונית בצורה קיצונית, כמו באריתריאה, מהווה "רדיפה" כמשמעה באמנת הפליטים (עמ' 11). ואולם בכל מקרה, אף אם לא מקבלים קביעה זו, ברור שמי שצפוי למעצר או מאסר בתנאים לא אנושיים, עינויים ואולי אף עונש מוות, חל איסור על גירושו מכוח עקרון ה-*non-refoulement* במובנו הרחב, אף אם אינם "פליטים".

54. כפי שעולה מן ההנחיות, מי שאינו בשירות צבאי פעיל מגויס בכפייה לפרק זמן בלתי מוגבל לשירות לאומי כמעט ללא שכר, ומועסק בעבודות כפייה, לרבות עבודות בבניין, חקלאות וכרייה במחצבות. עבודת הבניין בכפייה נעשית, פעמים רבות, לצורך בניית בתים פרטיים של אנשי צבא. עבודות בניין וחקלאות נעשות לטובת חברות בבעלות המפלגה השלטת, קציני צבא בכירים או משקיעים פרטיים. קיימות עדויות של ענישה באמצעות עינויים של עובדים שעזבו את משמרתם (עמ' 12-13 להנחיות).

55. ביום 27.5.2011, בפסק דין מקיף שניתן על ידי טריבונל ההגירה העליון בבריטניה, נבחנו לעומקם התנאים באריתריאה ונשמעו עדויות מומחים. בפסק הדין נקבע שכלל, אזרחי אריתריאה בגיל גיוס חובה, שיצאו את המדינה ללא היתר, יהיו חשופים למעצר בתנאים לא אנושיים, עינויים ואף הוצאה להורג על רקע ייחוס דעה פוליטית, ולכן יהיו זכאים להכרה בהם כפליטים.

MO (illegal exit – risk on return) Eritrea CG [2011] UKUT 00190 (IAC).

לפסק הדין ראו: <http://www.unhcr.org/refworld/pdfid/4e0214652.pdf>

56. **בכל העולם מוכרים רוב אזרחי אריתריאה כפליטים בשל המצב הייחודי השורר במדינה זו. רק בישראל לא הוכר ולו אזרח אריתריאי אחד כפליט, וכל אזרחי מדינה זו מכונים כולם "מהגרים כלכליים" או "מסתננים".**

57. כך או כך, מדינת ישראל מכירה היום בכך שהעותרים 1-5, כמו יתר אזרחי אריתריאה וסודן, אינם בני גירוש למדינת מוצאם בשל הסכנה הנשקפת להם במדינות אלה, בין שהם "פליטים" ובין שאינם.

58. באשר לאזרחי הרפובליקה של סודן, שגם עליהם חלה מדיניות "אי ההחזרה", הרי שגם רבים מהם עומדים בתנאי האמנה בדבר מעמדם של פליטים, ולמצער חל עליהם עקרון ה"הגנה המשלימה", שנדון בפסיקת בית המשפט העליון שהוזכרה לעיל. רבים ממבקשי המקלט הסודנים אשר נכנסו לישראל בשנים האחרונות הינם תושבים לשעבר של חבל דארפור, אשר נרדפו על ידי השלטון הסודני ומשתפי הפעולה מטעמו (כנופיות הג'ינג'ויד) בגין השתייכותם האתנית. אנשים אלה הינם קרובות רצח עם, אשר עברו את הנוראות שבחוויות. בגין רדיפה זו הוציא בית הדין הפלילי הבינלאומי (ה-ICC) צו מעצר בינלאומי נגד נשיא סודן, עומר אל-בשיר, באשמת רצח עם (ג'נוסייד), וזאת בנוסף להוצאת צווי מעצר נגד בכירים בממשל הסודני. קבוצות נוספות של מבקשי מקלט מגיעות מאזורים אחרים בסודן (למשל, מאזור הרי הנובה או מחבל קורדופן). אזורים אלה מותקפים על ידי השלטון הסודני, הפועל בעשורים האחרונים לדכא באלימות – בין היתר בירי פגזים מן האוויר, בהרס כפרים ובמעצר מאות

אלפים – כל מה שנדמה בעיניו כאפשרות למרי. אחרים נמלטים מסודן בשל רדיפתם על רקע דתם או השתייכותם לקבוצות אתניות מסוימות.

59. הנשיאה ד' ביניש ציינה בסעיף 5 לפסק דינה בבג"ץ 7302/07 **מוקד סיוע לעובדים זרים נ' שר הביטחון** (פסק דין מיום 7.7.2011), כי

"במועד הגשת העתירה הבעיה שהועלתה במסגרתה העצימה והחריפה נוכח העובדה כי באותה העת היו רבים מבין הבאים דרך הגבול הדרומי אזרחים סודנים, חלקם מפליטי דרפור. לגבי האחרונים לא היה חולק כי הם זכאים למקלט". (ההדגשה הוספה).

60. נציבות הפליטים של האו"ם הדגישה בפני רשויות המדינה, כי גירוש סודנים לסודן אסור מכל וכל. כאשר מפקד משטרת ההגירה הודיע ביום 27.2.2008 על מבצע למעצר ולהרחקה של "מסתננים", כתב לו מר מיכאל בבלי מן הנציבות בבהילות עוד באותו היום – ויידע בדברים גם את משרד ראש הממשלה, משרד החוץ, משרד הפנים והמשרד לבטחון פנים – כדלקמן:

"הרחקת סודנים לסודן תהווה את הפגיעה החמורה ביותר באמנה עליה חתומה ישראל – פשע שמעולם לא בוצע."

העתק מכתבה של נציבות הפליטים של האו"ם מיום 27.2.2008 מצ"ב ומסומן ע/26.

61. להשלמת התמונה ביחס לאזרחי סודן יצוין, כי ביום 29.8.2012 פרסמה לשכת שר הפנים הודעה, לפיה על אזרחי סודן, שנעצרו בעבר מכוח חוק הכניסה לישראל, שוחררו, וזכו עד כה ל"הגנה זמנית קבוצתית", לצאת את ישראל עד יום 15.10.2012, שאם לא יעשו כן ייעצרו מכוח החוק למניעת הסתננות. נגד החלטה זו הגישו העותרים 6-10 יחד עם חמישה מבקשי מקלט מסודן עתירה ביום 3.10.2012 (עת"מ (י-ם) 1726-10-12). יודגש, כי העתירה האמורה אינה עוסקת בשאלת חוקתיות החוק, ובמרכזה הטענה, כי החלטת שר הפנים אינה כדין, אף אם נניח שהחוק למניעת הסתננות הוא חוקתי.

העתק הודעת שר הפנים מיום 29.8.2012 מצ"ב ומסומן ע/27.

62. בעקבות הודעתו האמורה של שר הפנים פנה ביום 23.9.2012 ב"כ העותרים, עו"ד יונתן ברמן, אל נציבות האו"ם לפליטים בבקשה כי תמסור את עמדתה ביחס להודעה זו. נציבות האו"ם לפליטים השיבה לב"כ העותרים ביום 2.10.2012, ופירטה את עמדתה בעניין זה.

העתק הפנייה לנציבות האו"ם לפליטים מיום 23.9.2012 מצ"ב ומסומן ע/28.

העתק תשובת נציבות האו"ם לפליטים מיום 2.10.2012 בשפה האנגלית מצ"ב ומסומן ע/29.

העתק תשובת נציבות האו"ם לפליטים בתרגום בלתי רשמי לשפה העברית מצ"ב ומסומן ע/30.

63. המכתב ככל שהוא מתאר את מצבם העובדתי של אזרחי סודן רלוונטי גם לדיון בשאלת חוקתיות החוק למניעת הסתננות, שמכוחו עצורים היום מאות מבקשי מקלט סודנים, שנתפסו בחודשים האחרונים בגבול. בין השאר נכתב במכתב הנציבות:

"יש לציין כי מספר ניכר של מבקשי מקלט סודאנים בישראל מגיע מאזורים בהם מתרחשת הפרה ידועה ומתמשכת של זכויות אדם, כגון דרפור והאזורים הדרומיים הגובלים בדרום סודן, בהם הקונפליקט הנוכחי אילץ מאות אלפים לברוח לדרום סודן ולאתיופיה.

להצהרות בהן נטען כי אזרחי סודאן החיים בישראל אינם פליטים אין בסיס עובדתי או

חוקי. מאזרחי סודאן בישראל נמנעה הגישה להליך ה-RSD (Refugee Status Determination), שכיום נערך על ידי רשות האוכלוסין, ההגירה ומעברי הגבול, אשר כפופה למשרד הפנים. עד לאחרונה, נהג משרד הפנים להנפיק אשרת "שחרור בתנאים" לאזרחי סודאן לאחר ראיון זיהוי. אזרחי סודאן אשר נכנסו למדינה, נעצרו עם הגעתם, ולאחר שהשלימו את ההליך הזיהוי המתואר, הם שוחררו וקיבלו מעמד זמני בישראל. מדיניות זו מכירה באופן מלא את הסיכונים האפשריים העשויים לעמוד בפני אזרחי סודאן עם שובם לאחר שהגישו בקשת מקלט בישראל, והיא באה לידי ביטוי בפועל בהענקת הגנה זמנית.

...
יתרה מזאת, בין השנים 2002-2006, לפני זרם ההגירה המעורב שהחל ב-2007, המליצה הוועדה המייעצת לענייני פליטים על הענקת מעמד פליט ל-10 אזרחי סודאן בהתבסס על עקרון היסוד באמנה המצביע על דעה פוליטית מיוחסת בשל עובדת היותם אזרחיה של מדינה הנחשבת כמדינת אויב.

...
אף על פי שהאחריות על ביצוע RSD הועברה למשרד הפנים ב-2009, נציבות האו"ם לפליטים מביעה דאגה בנוגע ליכולתיו הנוכחיות של משרד הפנים, שעבודתו, במספר הבטים, עודה מצוייה בשלבי התפתחות מוקדמים.

...
בנוסף לכך, חשוב לציין כי למיטב ידעתינו, יחידת ה-RSD של משרד הפנים הגישה מאז הקמתה ב-2009 רק שתי המלצות למתן מעמד פליט, עובדה המצביעה ככל הנראה על שיעור ההכרה הנמוך ביותר בקרב מדינות המערב. החזרתם של אזרחי סודאן איננה מעלה רק אתגר לוגיסטי (בהתחשב בכך שבין ישראל לסודאן אין יחסים דיפלומטיים), אלא גם מעוררת דאגות בנוגע לסיכונים האפשריים שיעמדו בפני החוזרים לאחר ששהו ב"מדינת אויב".

64. לסיכום, המשיבים יכולים להוסיף ולהתעקש, כי כל מי שנכנסים לישראל הם "מהגרים כלכליים" (או "מסתנני עבודה", כפי שהם נוהגים לקרוא להם לעתים). ואולם גם המשיבים יודעים, שנכון להיום 89% מן ה"מסתננים" הם אזרחי סודן ואריתריאה. איש מבינם לא הוכר בישראל כפליט פשוט משום שמשרד הפנים מונע מהם גישה למערכת המקלט. אף על פי כן הכיר המשיבים במפורש, כי לא ניתן לגרש אוכלוסיה זו, מאחר שמדובר במי שנשקפת להם סכנה במדינות מוצאם. **בין שאזרחי סודן ואריתריאה עומדים בתנאי האמנה בדבר מעמדם של פליטים ובין שלא, חל איסור על גירושם.**

65. כאמור, בע"מ 8908/11 הנ"ל (עניין אספו) עמד בית המשפט העליון על כך שעל המשיבים להסדיר את זכויותיהם של מי שחלה עליהם מדיניות אי ההרחקה. תחת זאת בחרו המשיבים לקבוע, כי אין להם זכויות כלשהן, מלבד הזכות להיות מוחזקים במעצר בלתי מוגבל בזמן.

III. הליכי חקיקת תיקון מס' 3

66. חוק למניעת הסתננות (עבירות ושיפוט), התשי"ד-1954 נחקק בראשית ימיה של מדינת ישראל כשבבסיסו מונחת תכלית ביטחונית. בהתאם להוראות החוק כנוסחו אז, מעצרו המינהלי של "מסתנן" יכול היה, לכאורה, להתקיים ללא הליך כלשהו וללא הגבלת זמן בהתאם לסעיף 30(א) לחוק.

67. לאחר עשרות שנים בהן לא נעשה שימוש במנגנון המעצר המינהלי לפי סעיף 30(א) לחוק למניעת הסתננות, בחודש ינואר 2006 החל משרד הביטחון ליתן צווי גירוש ומעצר לפי סעיף זה. צווי המעצר והגירוש לפי סעיף זה הוצאו רק נגד אזרחי סודן באותה עת, כשיתר ה"מסתננים" הוסיפו להיות מוחזקים מכוח צווי משמורת לפי חוק הכניסה לישראל. הנימוק שעמד ביסוד הבחנה זו היה "חזקת המסוכנות" שייחסה המדינה לאזרחי סודן. נוכח השימוש בחוק למניעת הסתננות הוחזקו אזרחי סודן במעצר במשך חודשים ארוכים ללא ביקורת שיפוטית וללא הגבלת זמן.

68. בעקבות פרקטיקה זו הוגשו ארבע עתירות לבג"ץ שנדונו במאוחד (בג"ץ 3208/06, בג"ץ 3270/06, בג"ץ 3271/05 ובג"ץ 3272/06). בעקבות הוראתו של בית משפט זה לקיים ביקורת שיפוטית על מעצרים מכוח חוק זה (בג"ץ 3208/06, החלטה מיום 8.5.2006), הוקם בחודש יולי 2006 מנגנון של ביקורת מינהלית על מעצרים לפי סעיף 30 לחוק למניעת הסתננות כנוסחו אז. בית המשפט לא הסתפק בהקמת המנגנון, וביום 21.3.2007 ניתן צו על-תנאי בעתירות, שהורה כדלקמן:

"ניתן בזאת צו-על-תנאי המכוון אל המשיבים והמורה להם ליתן טעם מדוע לא ימנעו ממעצר שוהים שלא כדין מכוח צוים לפי סעיף 30(א) לחוק למניעת הסתננות (עבירות ושיפוט), תשי"ד-1954, ומדוע לא ימנעו מהחזקתם במעצר של שוהים בלתי חוקיים בהיעדר מנגנון ביקורת שיפוטית כפי שנקבע בחוק הכניסה לישראל, תשי"ב-1952."

העתק הצו על-תנאי בבג"ץ 3208/06 מיום 21.3.2007 מצ"ב ומסומן ע/31.

69. בעקבות זאת הודיעו המשיבים, כי לא יעשה עוד שימוש במעצר לפי סעיף 30(א) לחוק למניעת הסתננות, וזאת למעט לתקופות קצרות בסמוך לאחר כניסתו של אדם לישראל, כשמייד לאחר מכן, ככל שיוחלט על המשך החזקתו במשמורת, יעשה שימוש במסלול שמתווה חוק הכניסה לישראל. התחייבות המדינה קיבלה תוקף של פסק דין ביום 7.10.2008. בפסק הדין נקבע:

"רשמנו לפנינו את הודעתה של הגב' גנסיין, באת כוח המדינה, אשר זה נוסחה: מעת תפיסתו של 'מסתנן' על ידי כוחות הביטחון של ישראל, שהוחלט להשאירו מוחזק בישראל, יועבר אותו אדם תוך 48 שעות ולא יאוחר מתום 72 שעות להחזקה ומשמורת במתקן ביקורת גבולות. לא יאוחר מתום 14 ימים מאז כניסתו למתקן יובא אותו אדם בפני דיון של בית הדין למשמורת על פי חוק הכניסה לישראל, אלא אם כן שוחרר קודם לכן על ידי ממונה ביקורת הגבולות שבחן את עניינו בשלב הראשון של העברתו מידי כוחות הביטחון למסלול של חוק הכניסה לישראל. החריג היחיד להליכים האמורים הוא כאשר על פי נסיבותיו של האדם שנכנס לישראל יש בסיס להחיל עליו הליכים על פי דין אחר עקב עובדות שנתבררו ביחס אליו.

על יסוד הודעת המדינה ומתוך הבנה שעד ל-10 ימים ממועד הגעתו למתקן יובא אדם שנעצר בפני ממונה ביקורת הגבולות, ולאחר מכן כאמור בהודעת המדינה יובא בפני הדיין בלוח הזמנים עליו הודיעה; בהתחשב בכך שהמצב העובדתי והמשפטי עליו הצהירה המדינה שונה מהמצב שהיה בעת הגשת העתירות, משכו העותרים את עתירותיהם תוך שמירת טענותיהם המשפטיות.

לפיכך, הודעת המדינה כפי שנוסחה ונרשמה מהווה את פסק דיננו בעתירות, ובכפיפות לאמור בצו על תנאי מבוטל. (ההדגשות הוספו).

העתק פסק הדין בבג"ץ 2608/06 מיום 7.10.2008 מצ"ב ומסומן ע/32.

70. מאותו מועד ועד לתיקון מס' 3 לחוק, לא נעשה עוד שימוש במנגנון המעצר המינהלי שבחוק למניעת הסתננות, למעט מעצר שנמשך ימים ספורים עד להעברה למסלול שמתווה חוק הכניסה לישראל, בהתאם לפסק הדין בבג"ץ 3208/06.

71. ביום 3.4.2006 הפיצה עו"ד צביה גרוס, היועצת המשפטית למערכת הביטחון דאז, את תזכיר חוק למניעת הסתננות, התשס"ו-2006 להערות גורמים שונים. החוק המוצע, כך על פי התזכיר, היה חלק מן ההערכות לצמצום החקיקה התלויה במצב חירום, והוא נועד להחליף את החוק למניעת הסתננות (עבירות ושיפוט), התשי"ד-1954. תכליתו של התזכיר הייתה ביטחונית. על פי דברי ההסבר: "בשונה מההסדר הקיים היום לגבי שוהים בלתי חוקיים שהגיעו לישראל למטרת עבודה ושיפור חייהם, בהצעת החוק מוצע הסדר המותאם לאופי הביטחוני של ההסתננות והמסתנן".

העתק תזכיר חוק למניעת הסתננות, התשס"ו-2006 מצ"ב ומסומן ע/33.

72. ביום 20.1.2008 החליטה ועדת השרים לענייני חקיקה לתמוך בהצעת החוק, ובהמשך לכך, ביום 1.4.2008, הניחה הממשלה את הצעת חוק למניעת הסתננות, התשס"ח-2008.

העתק הצעת חוק למניעת הסתננות, התשס"ח-2008 מצ"ב ומסומן ע/34.

73. ביום 19.5.2008 עברה הצעת החוק בקריאה ראשונה במליאת הכנסת. בהמשך לכך, ביום 4.6.2008 פנו חלק מן הארגונים העותרים אל חברי הכנסת ולשרי הממשלה, הציגו את עיקר הסתייגויותיהם מהצעת החוק, וקראו להם להתנגד להצעת החוק. ביום 9.9.2008 השיב יועץ שר המשפטים לפנייה, כשהוא מצטט את עמדתה של מחלקת ייעוץ וחקיקה במשרד המשפטים, ולפיה יש מקום לפעול לקידום החקיקה בכנסת.

העתק מכתבם של הארגונים מיום 4.6.2008 מצ"ב ומסומן ע/35.

העתק תשובת לשכת שר המשפטים מיום 9.9.2008 מצ"ב ומסומן ע/36.

74. ביום 10.2.2009 התקיימו בחירות. הארגונים פנו ביום 7.5.2009 לשרים חברי הוועדה, ולשר המשפטים בראשם, בבקשה להתנגד להחלת דין רציפות על הצעת החוק. ועדת השרים החליטה ביום 10.5.2009 לבקש להחיל דין רציפות, וביום 3.6.2009 אישרה זאת מליאת הכנסת.

העתק מכתבם של הארגונים מיום 7.5.2009 מצ"ב ומסומן ע/37.

75. ביום 3.2.2010 התכנסה ועדת הפנים והגנת הסביבה של הכנסת לדיון ראשון בהכנתה של הצעת החוק לקריאה שנייה ושלישית. עו"ד מלכיאל בלס, המשנה ליועץ המשפטי לממשלה (חקיקה), הציג את הצעת החוק על רקע תופעת הכניסה לישראל דרך גבול מצרים מאז שנת 2005, ולצד זאת הדגיש, כי יחול רק על מי שלכניסתו לישראל רקע בטחוני.

לפרוטוקול הדיון בוועדת הפנים מיום 3.2.2010 ראו :

<http://www.knesset.gov.il/protocols/data/rtf/pnim/2010-02-03.rtf>

76. במהלך חודש פברואר 2010 פנו שורה של ארגונים אל וועדת הפנים והגנת הסביבה של הכנסת במסמך מפורט, בו פרשו את הסתייגויותיהם מהצעת החוק.

העתק המסמך מטעם ארגוני זכויות האדם מחודש פברואר 2010 מצ"ב ומסומן ע/38.

77. בחודש 19.7.2010 החליטה הממשלה למשוך את הצעת החוק, ולקדם תחתייה הצעה אחרת (החלטה מס' 2014). ביום 5.12.2010 הפיץ עו"ד אחז בן-ארי, היועץ המשפטי למערכת הביטחון, את תזכיר חוק למניעת הסתננות (עבירות ושיפוט) (תיקון), התשע"א-2010. זו הפעם לא התכנסה עוד ההצעה בטעמים ביטחוניים, ועמדה על כך שתכלית מעצרים המינהלי של "מסתננים" היא הרתעה של אחרים מלבוא לישראל.

העתק תזכיר חוק למניעת הסתננות (עבירות ושיפוט) (תיקון), התשע"א-2010 מצ"ב ומסומן ע/39.

78. תזכיר החוק הפך להצעת חוק ממשלתית – הצעת חוק למניעת הסתננות (עבירות ושיפוט) (תיקון מס' 3 והוראת שעה), התשע"א-2011 (ה"ח ממשלה 577, 28.3.2011, עמ' 593) – אשר הונחה על שולחן הכנסת ביום 28.3.2011. על פי ההצעה, "מסתננים" וילדיהם שייכנסו לישראל דרך גבול מצרים יוכלו להיעצר לתקופה של שלוש שנים לפחות (ולא ל-60 ימים, כפי שקובע חוק הכניסה לישראל), וזאת אפילו אין כל אפשרות או כוונה לגרשם. בניגוד לעצורים לפי חוק הכניסה לישראל, הזכאים לבוא לפני דיין שיבחן את מעצרים בתוך 96 שעות, ביקורת על מעצרים של מבקשי המקלט תיערך רק לאחר 14 ימים. ביקורת תקופתית על המעצר לא תתקיים מדי חודש, כפי שקובע חוק הכניסה לישראל, אלא מדי חודשיים. עוד קובעת הצעת החוק, כי אם "מסתנן" מגיע לישראל ממקום שבו לפי חוות דעתם של גורמי הביטחון מתבצעת פעילות העלולה לסכן את בטחון ישראל (למשל, מחבל דארפור שבסודן), אי אפשר יהיה לשחרר אותו ואת ילדיו ממעצר. זאת, אפילו ישנן נסיבות הומניטאריות המצדיקות את השחרור, ואין כל עדות לכך ש"המסתנן" עצמו היה מעורב אי פעם בפעילות ביטחונית. ההצעה אינה כוללת מנגנונים מיוחדים המתאימים לקטינים הנלווים להוריהם; אינה קובעת את עקרון טובת הילד הנלווה להוריו כעילת שחרור; אינה מחייבת מעורבות גורמי הרווחה בהליך המעצר; ולמעשה מפקירה את הילדים לשירותיות הוראות המעצר הדרכוניות של הצעת החוק.

העתק הצעת חוק למניעת הסתננות (עבירות ושיפוט) (תיקון מס' 3 והוראת שעה), התשע"א-2011 מצ"ב ומסומן ע/40.

79. ביום 30.3.2011, יום הדיונים האחרון של מושב החורף של הכנסת ורגע לפני יציאתה לפגרה, הובאה הצעת החוק להצבעה בקריאה ראשונה. חלק מן הארגונים העותרים פנו לחברות ולחברי הכנסת במכתב דחוף, וביקשו להתנגד להצעת החוק. ההצעה אושרה בקריאה ראשונה.

העתק מכתבם של הארגונים העותרים מיום 30.3.2011 מצ"ב ומסומן ע/41.

80. ביום 25.7.2011 התכנסה ועדת הפנים והגנת הסביבה של הכנסת לדיון ראשון בהכנתה של הצעת החוק לקריאה שנייה ושלישית.

לפרוטוקול הדיון בוועדת הפנים מיום 25.7.2011 ראו :

<http://www.knesset.gov.il/protocols/data/rtf/pnim/2011-07-25-01.rtf>

81. הדיון השני בהצעת החוק בוועדת הפנים והגנת הסביבה נקבע ליום 10.8.2011, בעיצומה של פגרת הקיץ של הכנסת. לקראת הדיון שלחו חלק מן הארגונים העותרים ביום 9.8.2011 ליו"ר הוועדה ולחברות ולחברי הוועדה את הסתייגויותיהם מהצעת החוק.

העתק מכתבם של הארגונים העותרים מיום 9.8.2011 מצ"ב ומסומן ע/42.

לפרוטוקול הדיון בוועדת הפנים מיום 10.8.2011 ראו :

<http://www.knesset.gov.il/protocols/data/rtf/pnim/2011-08-10.rtf>

82. הדיון בהצעת החוק התחדש לאחר הפגרה ביום 14.11.2011. בדיון התברר, כי הייעוץ המשפטי לוועדה ניסח טיוטת הצעת חוק חלופית – הצעת חוק המאבק בתופעת ההסתננות בגבול הדרום (הוראת שעה), התשע"ב-2011.

לפרוטוקול הדיון בוועדת הפנים מיום 14.11.2011 ראו :

<http://www.knesset.gov.il/protocols/data/rtf/pnim/2011-11-14.rtf>

העתק הצעת חוק המאבק בתופעת ההסתננות בגבול הדרום (הוראת שעה), התשע"ב-2011 מצ"ב ומסומן ע/43.

83. הממשלה התנגדה להצעת החוק של הייעוץ המשפטי לכנסת, ואת התנגדותה הביעה בדרך זו: ביום 11.12.2011 קיבלה הממשלה החלטה בעניין "הקמת מתקן משמורת לשהייתם של מסתננים ובלימת ההסתננות הבלתי חוקית לישראל" (החלטה 3936), ובמסגרתה הטילה על שר המשפטים, על שר הביטחון ועל שר הפנים לפעול לקידום השלמת התיקון לחוק למניעת הסתננות בתוך 14 ימים. לקראת הדיון בממשלה פנתה העותרת 8 לשרים והציגה את עמדתה בעניין.

העתק נייר העמדה של העותרת 8 מיום 10.12.2011 מצ"ב ומסומן ע/44.

84. ביום 13.12.2011 התכנסה וועדת הפנים של הכנסת להמשך הדיון בהצעת החוק הממשלתית. בדיון השתתף עו"ד איל ינון, היועץ המשפטי לכנסת, ועמד על הבעיות החוקתיות שמעלה הצעת החוק :

"על סדר יומה של הוועדה מונחת היום הצעת חוק חריגה, על-פי כל קנה מידה, שנועדה לטפל בתופעת ההסתננות רחבת-ההיקף מגבולה הדרומי של ישראל, אף היא חריגה על-פי כל קנה מידה – על השלכותיה החברתיות, הכלכליות והביטחוניות. בשל חריגותה של ההצעה, מצאתי לנכון להופיע בפני הוועדה ולהסביר לחברי הכנסת את עיקרי ההסדר המוצע, והקשיים המשפטיים שלדעתי טמונים בו בנוסחו הנוכחי.

...

עיקרו של ההסדר בקביעת הוראת שעה שתוקפה לשלוש שנים, ולפיה תינתן סמכות לרשויות המדינה להחזיק מסתנן במשמורת לתקופה ארוכה שאינה קצובה במפורש בחוק, וזאת במסגרת הליך מינהלי, ומבלי שהמסתנן הורשע בדיון ונגזר עליו עונש מאסר. הוראת כזו הינה חריגה ביותר, שכן במדינת ישראל אין כיום אפשרות משפטית להחזיק אדם

לאורך שנים במשמורת, ולשלול את חירותו, מבלי שהועמד לדין והוכחה אשמתו בהליך שיפוטי. זאת למעט במקרים חריגים המכונים 'מעצרים מנהליים', המוגבלים בזמן, שבהם יש צורך בראיות הנוגעות למסוכנותו של אותו אדם ושעליהם יש פיקוח שיפוטי הדוק.

...

בהקשר זה על חברי הכנסת להיות מודעים לכך שעד היום פסיקתו של בית המשפט העליון נטתה להגביל מאוד את החזקתו במשמורת של מסתנן שלא נקבע לגביו באופן ספציפי שהוא מהווה סיכון ביטחוני. **בפסיקה אף הובהר כי אם גירושו של המסתנן אינו מתבצע תוך זמן סביר, שאינו נמדד בשנים או בחודשים ארוכים, ניתן להצדיק את המשך המעצר רק אם אין תחליף מידתי יותר שיבטיח שניתן יהיה בעתיד לגרשו מ ישראל.**

...

אכן, המצב עמו באה הצעת החוק להתמודד מצדיק, לדעתי, נקודות איזון שונות ביחס לעקרונות ולכללים המנחים אותנו בשגרה. ואולם אין מקום ואף אין כל טעם בהחלת הסדרים בעייתיים אם אין בהם כדי תרומה ממשית להגשמת תכלית החקיקה **ושנוקם עולה על תועלתם, הן במישור הפנימי והן במישור הבינלאומי.** " (ההדגשות הוספו).

לפרוטוקול הדיון בוועדת הפנים מיום 13.12.2011 ראו :

<http://www.knesset.gov.il/protocols/data/rtf/pnim/2011-12-13.rtf>

85. בעקבות הדיון פנו העותרים 7 ו-8 ביום 18.12.2011 ליועץ המשפטי לממשלה וליועץ המשפטי לכנסת בבקשה לשוב ולשקול את עמדתם. היועץ המשפטי לכנסת הגיב בפנייה מוטעמו ליועץ המשפטי לממשלה, לה צירף את הדברים שנשא בוועדה, ו הוסיף :

"סברתי, ועודני סבור, כי מן הראוי לשקול מספר תיקונים להצעת החוק, עליהם עמדתי בדבריי. לדעתי, תיקונים אלה, מחד, לא יפגעו ביכולת להתמודד עם תופעת ההסתננות, ומאידך יחזקו את עמידתה של הצעת החוק בעקרונות חוקתיים מקובלים."

העתק מכתבם של העותרים 7 ו-8 מיום 18.12.2011 מצ"ב ומסומן ע/45.
העתק מכתבו של היועץ המשפטי לכנסת מיום 18.12.2011 מצ"ב ומסומן ע/46.

86. ביום 19.12.2011 התכנסה ועדת הפנים והגנת הסביבה לדיון מסכם.

לפרוטוקול הדיון בוועדת הפנים מיום 19.12.2011 ראו :

<http://www.knesset.gov.il/protocols/data/rtf/pnim/2011-12-19.rtf>

87. בלילה שבין 9.1.2012 לבין 10.1.2012 התקיים דיון במליאת הכנסת. בשעות הלילה המאוחרות אושרה הצעת החוק במליאה בקריאה שנייה ושלישית. החוק פורסם ביום 18.1.2012 (ס"ח 2332, בעמ' 119).

IV. יישום תיקון מס' 3

88. תיקון מס' 3 לא יושם עד לחודש יוני 2012. ביום 24.5.2012 פנה אמנון בן עמי, מנכ"ל רשות האוכלוסין וההגירה, אל מנכ"ל משרד המשפטים ואל מנכ"ל משרד הביטחון, הודיעם כי מיום 3.6.2012 לא יוצאו עוד אנשי הרשות צווים לפי חוק הכניסה לישראל, וביקשם להיערך ליישום החוק למניעת הסתננות.

העתק מכתבו של מנכ"ל רשות האוכלוסין וההגירה מיום 24.5.2012 מצ"ב ומסומן ע/47.

89. במועד זה עצורים, למיטב ידיעת ב"כ העותרים, כ-2,000 גברים, נשים וילדים מכוח החוק למניעת הסתננות. רובם הם אזרחי אריתריאה, ועל כן, כפי שהוסבר לעיל, לא מתקיימים הליכי גירוש כלשהם בעניינם. העצורים מוחזקים ברובם במתקן הכליאה "סהרונים" ובכלא "קציעות". התנאים בהם הם מוחזקים הם תנאי כליאה לכל דבר במתקנים המנוהלים על ידי שירות בתי הסוהר. רבים מבין העצורים (למשל, העותרות 1, 2 ו-5) מוחזקים באגפי אוהלים, חשופים לפגעי מזג האוויר הקיצוני השוררים באזור בחורף בקיץ.

90. המשיבים עמלים על הקמת מכלול כליאה שיאפשר גם את מעצרם של מבקשי מקלט ו"מוגנים זמנית" ששוחררו זה מכבר, ושיאפשר החזקה של למעלה מ-10,000 עצורים, רובם באוהלים. כבר עתה הוכשר שטח במתחם הצבאי "נחל רביב", שבו הוקמו אוהלים המיועדים להחזקת 2,000 עצורים, ולאלה עתידים להיווסף עוד אלפי אוהלים.

הנה, כך נראים "מתקני השהייה":



91. מכלול הכליאה מנוהל על ידי שירות בתי הסוהר, שספק רב האם יש לו הכישורים להפעיל מכלול כליאה בסדר גודל שכזה, המיועד להחזקת אוכלוסיה עצומה, שאינה עבריינית. מדובר במכלול הכליאה הגדול ביותר למהגרים בעולם המערבי.

92. חרף גודלו העצום של מכלול הכליאה, וחרף העובדה כי הוא מתוכנן להחזיק כלואים עם ילדיהם לתקופות בלתי מוגבלות, שטח המחיה בו מצומצם, והתנאים בו קיצוניים בחומרתם. זו משמעות הכליאה, בהתבסס על הקורה בבית הסוהר "סהרונים" ובבית הסוהר "קציעות" כיום: אלפי מבקשי מקלט, בהם קורבנות סחר ועיניים, יחד עם ילדיהם, ביניהם פעוטות בני יומם, מוחזקים בצפיפות, רבים מהם באוהלים, חשופים לפגעי מזג האוויר ולתנאים הקיצוניים – חום כבד מנשוא בקיץ וקור מצמית בחורף ובלילות המדבריים. אלפי גברים, נשים וטף מצטופפים בתורים לחלוקת מעט מדי מזון, למעט מדי מקלחות ולמעט מדי תאי שירותים. אלפים ללא פרטיות, ללא מקום לאפסן בו חפצים, ללא תעסוקה, ללא פעילות, ללא חינוך ראוי, ללא סעד נפשי, ללא סעד סוציאלי, ללא שירותי בריאות מספקים ודרושים, למשל, בתחומי הגניקולוגיה, הפסיכיאטריה, השיקום ורפואת הילדים. "אקמול" הוא הטיפול המקובל והשכיח לכל מכאוב. אין די טלפונים, אין די כרטיסי חיוג, אין די ביקורים. מפגשים בבית הסוהר "קציעות" נערכים מאחורי חלון זכוכית. לדיון בבית המשפט מובלים הכלואים ב"זינזאנה", כשהם אזוקים בידיהם וברגליהם, ומוחזקים בתאי העצורים עד לשמיעת עניינם. נשים בכלא מופרדות מבני זוגן, ילדים מעל אבותיהם. סגורים למשך שנים, מוקפים חומות, גדרות, תיל ושערי מתכת נעולים. מובלים מעת לעת אל "בית הדין לביקורת משמורת" שבכלא, שאינו יכול עוד לשחררם, ומוחזקים עד לדיון בתוככי ה"כלובה" – כלוב גדול, בו הם דחוסים על ספסלים או על הארץ. והארץ שבין הגדרות נטולת צמחיה, והכל דהוי ובצבעי אפור, חום, לבן וחאקי.

93. בתחילה הוחזקו במעצר מינהלי לפי תיקון מס' 3 רק מי שנעצרו מאז חודש יוני 2012 בגבול ישראל-מצרים. לאחרונה החלה פרקטיקה של מעצרים של אנשים ששחררו זה מכבר ממשמורת לפי חוק הכניסה לישראל ואוחזים ברישיון ישיבה לפי סעיף 2(א)(5) לחוק זה.

94. באופן ספציפי נעשה שימוש בהוראות המעצר המינהלי שבתיקון מס' 3 כדי לכלוא לפרק זמן בלתי מוגבל מי ששחררו זה מכבר ממשמורת, נהנים ממדיניות "אי ההרחקה", אוחזים ברישיונות ישיבה מן הסוג האמור, ושנחשדו בעבירות פליליות אך הוחלט שלא להעמידם לדין בשל העדר ראיות מספיקות או חוסר עניין לציבור. כך, למשל, היום מוחזקים במעצר מינהלי מספר מבקשי מקלט, אשר אחזו במשך שנים ברישיונות ישיבה מן הסוג האמור, שאינם מהווים רישיונות עבודה, לא הצליחו למצוא עבודה במשך פרק זמן ניכר, ורכשו רישיונות ישיבה מזויפים מסוג ב/1, לפי החשד. אף על פי שהוחלט שלא להגיש נגדם כתבי אישום, הם מוחזקים במעצר מינהלי בשל החשד לזיוף מסמך.

ראו, למשל, העתק החלטת בית הדין לביקורת משמורת מיום 4.9.2012 המצ"ב ומסומן ע/48.

95. ביום 24.9.2012 עוגנה פרקטיקה זו בנוהל משרד הפנים. בנוהל נקבע שכאשר נעצר "מסתנן" האוחז ברישיון ישיבה לפי סעיף 2(א)(5) לחוק הכניסה לישראל והוחלט שלא להעמידו לדין בשל העדר ראיות או חוסר עניין לציבור, הוא יועבר למעצר מינהלי לפי החוק למניעת הסתננות.

העתק נוהל רשות האוכלוסין מס' 10.1.0010 מיום 24.9.2012 מצ"ב ומסומן ע/49.

96. הנוהל אמנם קובע כי הוא יחול במקרים, בהם מדובר במי שעבר עבירה המסכנת את ביטחון המדינה או שלום הציבור, אולם, כאמור, בפועל רוב העצורים מכוחו הם אנשים החשודים בזיוף מסמך.

97. פרקטיקה זו, על פי לשונו של הנוהל, מיושמת על מי שיש כוונה לסגור את תיקו הפלילי "מחוסר עניין לציבור ככל שעניינו יועבר למסלול המינהלי". במילים אחרות, הפרקטיקה מיושמת גם על מי שייטכן שהיה מקום להעמידו לדין פלילי, אולם נוח יותר להחזיקו במעצר מינהלי. פרקטיקה זו מדגימה את העיוותים הקשים שיוצר תיקון מס' 3. כאשר אין ראיות להעמיד אדם לדין – הוא יוחזק במעצר מינהלי. אם יש ראיות להעמידו לדין – הוא יוחזק במעצר מינהלי וייקבע שאין עניין לציבור בהעמדתו לדין, שכן ממילא הוא יוחזק במעצר בלתי קצוב בזמן. הנוהל מדגים כיצד תיקון מס' 3 מפקיע ביחס למי שהוא חל עליו את הזכויות הבסיסיות ביותר, כמו הזכות להתגונן במשפט פלילי נגד הכוונה לשלול את חירותו. הוא מדגים את הקלות הבלתי נסבלת של הכליאה, ויותר מכל את האופן בו חירותם של "מסתננים" שווה בעיני המשיבים כקליפת השום.

V. תכלית תיקון מס' 3

98. בבסיס כלל הוראותיו של תיקון מס' 3 עומדת תכלית אחת – הרתעת "מסתננים" עתידיים.
99. הדברים עולים בבירור מדברי ההסבר של הצעת חוק למניעת הסתננות (עבירות ושיפוט) (תיקון מס' 3 והוראת שעה), התשע"א-2011 (נספח ע/40 הנ"ל):

"כיום, מושמים המסתננים במשמורת, אך הם משוחררים ממנה לאחר פרק זמן קצר יחסית, וזאת מאחר שהטיפול בהם נעשה בהתאם להוראות חוק הכניסה לישראל, התשי"ב-1952 (להלן - חוק הכניסה לישראל). חוק זה אינו מאפשר, בעיקרו של דבר, החזקה של אדם במשמורת יותר מ-60 ימים. מצב דברים זה יוצר, הלכה למעשה, תמריץ להמשך גל ההסתננות והתגברותו." (שם, עמ' 594).

"הציפייה היא, כי משך ההחזקה במשמורת יביא לבלימת תופעת ההסתננות, או למצער יצמצם את ממדיה." (שם, עמ' 597).

"תכליתו של חוק הכניסה לישראל והכלים המצויים בו לטיפול בתופעה של שהייה בלתי חוקית בישראל, אינם מתאימים לתכלית ולכלים אשר צריכים להיות נתונים לרשויות המדינה למניעה ולבלימה של תופעה חסרת תקדים בהיקפה ובממדיה של ההסתננות לישראל, דרך גבולותיה – תופעה שיש למנעה ולפגוע בתמריצים לקיומה, כדי לשמור ולשמר את ריבונותה של המדינה." (שם, עמ' 600).

100. התכלית ההרתעתית של תיקון מס' 3 עולה גם מדברי היועץ המשפטי של משרד הביטחון, אחז בן ארי, שהציג את הצעת החוק בישיבת ועדת הפנים והגנת הסביבה ביום 25.7.2011:

"אבל אנחנו מאמינים ומעריכים שאם יונהג כלי די דרסטי – אני לא אומר שלא – כדי שאנשים יבינו שהדרך לתל-אביב חסומה, ושלא מגיעים מאפריקה, עוברים דרך מצרים, דרך סיני ונמצאים פה שבועיים-שלושה בסהרונים, ואחר כך יוצאים לשוק העבודה בישראל – אם יביאו את הדבר הזה, יכול להיות שהתופעה הזאת תיבלם. רק את הבלימה אנחנו מחפשים, אנחנו לא מחפשים ענישה, אנחנו לא מחפשים שום דבר אחר." עמ' 4 לפרוטוקול.

101. בדומה, נציגת משרד המשפטים, אביטל שטרנברג, הסבירה בישיבה הוועדה מיום 10.8.2011:

"במסגרת הצעת החוק אנחנו גם משנים את אחת מהתכליות של המשמורת. הדברים נאמרים במפורש בדברי ההסבר. הציפייה היא כי משך ההחזקה במשמורת יביא לבלימת תופעת ההסתננות, יצמצם את מימדיה." עמ' 27 לפרוטוקול.

102. כפי שעולה מדברי שר הפנים, תכלית נוספת של המעצר המינהלי הבלתי מוגבל בזמן היא המאסת חייהם של מבקשי מקלט. כדברי שר הפנים בהסבירו את רציונל הכליאה:

"דרשתי מהאוצר תוספת תקציב להגדלת מתקני השהייה ועד שתהיה לי אפשרות לגרש אותם אני אכלא אותם כדי להמאס עליהם את חייהם."
דברי שר הפנים ל- YNET, 16.8.2012.

העתק הכתבה מיום 16.8.2012 מצ"ב ומסומן ע/50.

<http://www.ynet.co.il/articles/0,7340,L-4269522,00.html>

הטיעון המשפטי

I. העדר סעד חלופי

103. בפתח הדברים יובהר, כי לרשות העותרים לא עומד סעד חלופי בדמות פנייה אל בית הדין לביקורת משמורת של מסתננים ובקשת שחרור בהתאם להוראות תיקון מס' 3.

104. כמפורט בחלק העובדתי, בית הדין לביקורת משמורת דן בעניינם של כל העותרים זה מכבר וקבע, כי חרף העובדה שאין מתקיימים הליכי הרחקה בעניינם, לא עומדת להם עילת שחרור כלשהי לפי החוק. ואכן, בית הדין יונק את סמכותו מהוראות החוק למניעת הסתננות, ומוגבל לשאלת החזקתם של העותרים במשמורת בהתאם לעילות הקבועות בו.

105. טענת העותרים היא כי תיקון מס' 3 אינו חוקתי. תיקון מס' 3 הוא שעומד בבסיס פעולתו של בית הדין. משאין בידי העותרים עילת שחרור בהתאם לסמכויות שניתנו בידי בית הדין וערכאת הערעור עליו, ושמטענתם של העותרים היא כי **עצם מעצרו לפי מסלול המעצר שבחוק זה אינו חוקתי וכי עילות השחרור על פיהן פועל בית הדין אינן חוקתיות**, ההליכים בבית הדין אינם יכולים לשמש סעד חלופי יעיל. עילות הביקורת של בית הדין שונות משל בית משפט זה ומוגבלות לשאלת קיומה של עילת שחרור לפי החוק, בהנחה שהוא חוקתי. כמו כן, בחינת חוקתיות עילות השחרור היא חלק בלתי נפרד מבחינת חוקתיות הוראות תיקון מס' 3 לחוק למניעת הסתננות ועשויות להשפיע על מכלול הטענות בדבר חוקתיות ההסדרים שנקבעו בו במבט כולל.

106. עמדו על כך שופטי הרוב ב**פרשת חוף עזה**, שם נדחתה טענת המדינה, כי לעותרים באותה פרשה, שתקפו את חוקתיות הסדרי הפיצוי שנקבעו בחוק למפוני גוש קטיף, סעד חלופי בדמות פנייה ל"ועדות הזכאות" שהוקמו לפיצוי המפונים:

"שנית, הפניית העותרים למסלול של ועדות הזכאות לא תספק סעד חלופי יעיל. העתירות תוקפות, בין היתר, את עצם החוקתיות של המסלולים המשפטיים שהחוק מתווה, שאליהם המדינה מפנה את העותרים בבחינת סעד חלופי ... לגבי סוגיות אלה, קשה לראות בוועדות הזכאות משום סעד חלופי. ... המסגרת הנורמטיבית לפעולתן של ועדות הזכאות והוועדה המיוחדת שונה מהמסגרת הנורמטיבית להפעלת ביקורת שיפוטית של בית-משפט זה. מטרותיהן ותפקידיהן של הוועדות שונים מתפקידו של בית-משפט זה, לכן עילות הביקורת שאליהן תוכלנה להידרש ועדת הזכאות וערכאות הערעור מצומצמות מהעילות המנחות בית-משפט זה. אין הוועדות מהוות אפוא תחליף ראוי לביקורת שיפוטית של חוקתיות החוק בבית-משפט זה."

בג"ץ 1661/05 **המועצה האזורית חוף עזה נ' כנסת ישראל**, פ"ד נט(2) 481, סעיפים 124-125 לפסק דינם של שופטי הרוב.

II. על משמעות המשפט הבינלאומי בביקורת שיפוטית חוקתית

107. בטרם נתייחס באופן ממוקד להוראותיו הבלתי חוקתיות של תיקון מס' 3, נבקש להתייחס בקצרה לנפקות התחייבויותיה הבינלאומיות של מדינת ישראל בביקורת חוקתית על חקיקה ראשית.
108. כפי שנראה בהמשך, הוראות תיקון מס' 3 עומדות בסתירה להוראות האמנה הבינלאומית בדבר זכויות אזרחיות ומדיניות, להוראות האמנה בדבר מעמדם של פליטים ולהוראות האמנה בדבר זכויות הילד, שלושן אמנות שנחתמו ואושרו על ידי מדינת ישראל.
109. אכן, בהתקיים סתירה מפורשת בין הוראת חוק בישראל לבין המשפט הבינלאומי, אין בסתירה זו **כשלעצמה** כדי להביא לבטלות הוראת חוק ישראלית. עם זאת, בהתאם ל"חזקת ההתאמה" יש לפרש את הזכות לחירות הקבועה בחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו לאור מחויבויותיה הבינלאומיות של מדינת ישראל, בהעדר סתירה מפורשת בין חוק היסוד להוראות המשפט הבינלאומי. ככל שיימצא שתוכנה של הזכות לחירות בחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו חופף את תוכנה של זכות יסוד זו בדן הבינלאומי, הרי שהכלל במשפט הבינלאומי, לפיו הזכות לחירות משמיעה אותנו, כי באין הליך גירוש אפקטיבי אין מעצר מינהלי מכוח צו הגירוש, יאיר גם את הזכות החוקתית לחירות בשיטת המשפט הישראלית.
110. המסמך הבינלאומי המרכזי, בו מעוגנת הזכות היסוד לחירות הוא האמנה בדבר זכויות אזרחיות ומדיניות (ICCPR – International Covenant on Civil and Political Rights). מדינת ישראל חתמה על אמנה זו ואישררה אותה. מכוח חזקת ההתאמה יש לפרש חקיקה ישראלית, לרבות חקיקת יסוד, בהתאם למחויבויות, שנקבעו בה (ראו, למשל, בג"ץ 2599/00 **יתד – עמותת הורים לילדי תסמונת דאון נ' משרד החינוך**, פ"ד נו(5) 834, 846, בג"ץ 4542/02 **עמותת קו לעובד נ' ממשלת ישראל**, פ"ד סא(1) 346, סעיף 37).
111. בית משפט זה גזר לא אחת את **היקף ותוכן הזכויות החוקתיות במשפט הישראלי** מן האמנה בדבר זכויות אזרחיות ופוליטיות. ראו, למשל: בג"ץ 3992/04 **מימון-כהן נ' שר החוץ**, פ"ד נט(1) 49, 65-66; בג"ץ 3239/02 **מרעב נ' מפקד כוחות צה"ל באזור יהודה ושומרון**, פ"ד נו(2) 349, סעיפים 19-20 ו-27.

לפסק הדין; בג"ץ 5373/08 לבדה נ' שרת החינוך, פסק דין מיום 6.2.2011, סעיף 52; בג"ץ 5592/02 יאסין נ' מפקד מחנה צבאי קציעות, פ"ד נז(1) 403, סעיף 11.

112. פרופ' אייל בנבנישתי עמד על כך שיש מקום לפרש את חוקי היסוד לאור מחויבויותיה הבינלאומיות של מדינת ישראל, ובאופן ספציפי לאור האמנה בדבר זכויות אזרחיות ומדיניות, הן לאור "חזקת ההתאמה" והן לאור הטענה האפשרית, כי שני חוקי היסוד משנת 1992 אומצו מתוך מטרה לקיים את הוראות האמנה:

"More specifically, the international standards on human rights can help in interpreting Israel's two Basic Laws concerning human rights. In addition to the general arguments for compatibility described above, one could argue that the Basic laws have been enacted in fulfillment of the duty under Article 2(2) of the 1966 Covenant "to adopt such legislative or other measures that may be necessary to give effect to the rights recognized in the [1966 Covenant]". ...

Therefore, in interpreting the rights under the Basic Laws, as well as the limitations on those rights, international standards, first and foremost those enunciated in the 1966 Covenant, are of particular significances. **Note that this claim not only imports international standards to Israeli human rights law, but also elevates these standards to the level of entrenched law, thereby possibly restricting the competence of the Knesset to derogate from them**, and influencing the interpretation of other laws that impinge on human rights."

Eyal Benvenisti, *The Influence of International Human Rights Law on the Israeli Legal System: Present and Future*, 28 ISRAEL LAW REVIEW 136, 148-150 (1994), emphasis added.

113. בספרו בעניין פרשנות חוקתית עומד גם פרופ' אהרן ברק על העיקרון לפיו יש לפרש את הוראות חוקי היסוד (ולא רק את הוראותיה של חקיקה) בהתאם ל"חזקת ההתאמה". להבדיל מן המשפט המשווה, המשמש כ"השראה" בפרשנות חוקי היסוד, המשפט הבינלאומי זוכה ל"מעמד פרשני מיוחד", הנגזר מן ההנחה שחוקי היסוד אינם עומדים בסתירה למחויבויותיה הבינלאומיות של ישראל:

"מעמד פרשני מיוחד [בפרשנות חוקי היסוד, י.ב.] יש להעניק לאמנות בינלאומיות בדבר זכויות האדם אשר ישראל חברה להן. אמנות אלה משקפות את השאיפות של הקהילייה הבינלאומית, והן השפיעו על עיצובו של הדין המקומי. ההתחשבות באמנות אלה מתבקשת מתוך רצוננו להיות חברים שווי זכויות בקהילייה הבינלאומית, ומהחזקה, כי הדין המקומי אינו נוגד את המשפט הבינלאומי."

אהרן ברק, *פרשנות במשפט, כרך שלישי – פרשנות חוקתית* (1994), עמ' 237.

114. לסיכום, אף שסתירה בין הוראות הדין הבינלאומי להוראות חקיקה ראשית היא כשלעצמה לא תביא לבטלותה של הוראת חוק ישראלית, הרי שאת חוקי היסוד יש לפרש בהתאם לדין הבינלאומי. מכאן, שאחד המקורות המשמשים ליציקת תוכן אל תוך זכות היסוד לכבוד וזכות היסוד לחירות הוא הדין הבינלאומי, ומכאן חשיבותו בביקורת שיפוטית על חקיקה.

115. יש לציין, כי אף התעלמות מהוראות הדין הבינלאומי במקרה זה הייתה מביאה לאותה התוצאה, שכן גם פרשנות של הזכות לכבוד ושל הזכות לחירות, המנותקת מהוראות המשפט הבינלאומי, הייתה מוליכה למסקנה, כי חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו אינו מתיישב עם מעצר מינהלי של שוהים ללא היתר שלא מתקיימים הליכי גירוש בעניינם מתוך מטרה להרתיע אחרים. ואולם הוראות המשפט הבינלאומי, שעליהן נעמוד בעת בחינת ההסדרים בתיקון מס' 3, מחזקות מסקנה זו.

III. עילות השחרור הקבועות בסעיף 30א לחוק

116. סעיף 30א לחוק למניעת הסתננות קובע את עילות המעצר והשחרור המהותיות והוא שעומד בלב ליבה של הפגיעה הבלתי חוקתית בזכות לחירות. בפרקים הבאים נתייחס בנפרד לאי החוקתיות הגלומה בכל אחד מתתי הסעיפים בנפרד, אך בטרם נבחן בנפרד את גורמי הוראות אלה, יש להביט בהם ממעוף הציפור על מנת להבין את הפגיעה החוקתית החריפה שהם מסבים.

117. בכל הנוגע להחזקת אדם במעצר מינהלי מכוח החוק, סעיפים 30 ו-30א לחוק קובעים כדלקמן:

30	(א)	שר הבטחון, או מי שהוסמך על ידיו, רשאי לצוות בכתב על גירושו של מסתנן בין שהואשם לפי חוק זה ובין שלא הואשם. <u>הצו ישמש אסמכתה חוקית להחזיק את המסתנן במשמורת עד לגירושו.</u>
...		
30א	(א)	מסתנן הנתון במשמורת יובא לפני ממונה ביקורת הגבולות, לא יאוחר <u>משבעה ימי עבודה</u> מיום תחילת החזקתו במשמורת.
	(ב)	ממונה ביקורת הגבולות, <u>רשאי, במקרים חריגים</u> , לשחרר מסתנן בעירבון כספי, בערבות בנקאית או בערובה מתאימה אחרת או בתנאים שימצא לנכון (בחוק זה – ערובה), אם שוכנע כי מתקיים אחד מאלה:
	(1)	בשל גילו או מצב בריאותו של המסתנן, החזקתו במשמורת עלולה לגרום נזק לבריאותו, <u>ואין דרך אחרת למנוע את הנזק האמור</u> ;
	(2)	קיימים טעמים הומניטריים מיוחדים אחרים מהאמור בפסקה (1) המצדיקים את שחרורו של המסתנן בערובה, לרבות אם עקב החזקה במשמורת ייוותר קטין בלא השגחה;
	(3)	המסתנן הוא <u>קטין שאינו מלווה על ידי בן משפחה או אפוטרופוס</u> ;
	(4)	שחרורו בערובה של המסתנן יש בו כדי לסייע בהליכי גירושו.
	(ג)	ממונה ביקורת הגבולות <u>רשאי</u> לשחרר מסתנן בערובה, אם שוכנע כי מתקיים אחד מאלה:
	(1)	חלפו <u>שלושה חודשים</u> מהמועד שבו הגיש המסתנן בקשה לקבלת אשרה ורישיון לישיבה בישראל לפי חוק הכניסה לישראל, וטרם החל הטיפול בבקשה;
	(2)	חלפו <u>תשעה חודשים</u> מהמועד שבו הגיש המסתנן בקשה כאמור בפסקה (1) וטרם ניתנה החלטה בבקשה;
	(3)	חלפו <u>שלוש שנים</u> מיום תחילת החזקתו של המסתנן במשמורת.
	(ד)	על אף הוראות סעיף קטן (ב)(2) או (4) או (ג), לא ישוחרר מסתנן בערובה אם שוכנע ממונה ביקורת הגבולות כי התקיים תנאי מהתנאים המפורטים להלן:
	(1)	גירושו מישראל נמנע או מתעכב בשל העדר שיתוף פעולה מלא מצדו,

מ		לרבות לעניין הבהרת זהותו או הסדרת הליכי גירושו מישראל;
	(2)	יש בשחרורו כדי לסכן את ביטחון המדינה, את שלום הציבור או את בריאות הציבור;
	(3)	<u>הוגשה לממונה ביקורת הגבולות חוות דעת מאת גורמי הביטחון המוסמכים שלפיה במדינת מושבו או באזור מגוריו של המסתנן מתבצעת פעילות העלולה לסכן את ביטחון מדינת ישראל או אזרחיה;</u>
		והכל, אלא אם כן שוכנע ממונה ביקורת הגבולות כי בשל גילו או מצב בריאותו של המסתנן, החזקתו במשמורת עלולה לגרום נזק לבריאותו, ואין דרך אחרת למנוע את הנזק האמור.

118. ניתן לתאר את עילות השחרור והמעצר בקצרה כך:

א. **הכלל** הוא שמי שהוצא נגדו צו גירוש יוחזק במעצר עד הרכקו מישראל, שכן הצו משמש אסמכתא להחזקה כזו במעצר (סעיף 30א(א));

ב. קיימות **4 עילות** שבהתקיימן **רשאי** ממונה ביקורת הגבולות **במקרים חריגים** לשחרר את העצור: נזק לבריאות המוחזק שלא ניתן למונעו אלא על ידי שחרור; קיומם של טעמים הומניטאריים מיוחדים; היותו של העצור קטין לא מלווה; או תרומתו של השחרור לקידום הליכי הגירוש (סעיף 30א(ב));

ג. לצד אלה קיימות **3 עילות** שחרור נוספות שעניינן משך זמן המעצר, שבהתקיימן **רשאי** ממונה ביקורת הגבולות לשחרר אדם ממשמורת: חלוף 3 חודשים ממועד הגשת בקשה לרישיון ישיבה בישראל מבלי שהטיפול בבקשה החל; חלוף 9 חודשים ממועד הגשת בקשה לרישיון ישיבה מבלי שניתנה בה החלטה; או חלוף 3 שנים ממועד המעצר (סעיף 30א(ג));

ד. אף אם מתקיימת אחת מעילות השחרור הנ"ל, ממונה ביקורת הגבולות **אינו רשאי** לשחרר אדם ממשמורת אם מתקיים אחד מ-3 סייגים לשחרור: הגירוש נמנע או מתעכב בשל חוסר שיתוף פעולה של העצור; יש בשחרור כדי לסכן את בטחון המדינה, שלום הציבור או בריאותו; או שהוגשה חוות דעת לפיה במדינת מגוריו או מקום מושבו של העצור מתבצעת פעילות העלולה לסכן את ביטחון המדינה או אזרחיה. סייגים אלה אינם חלים כאשר עילת השחרור עניינה במצבו הבריאותי של העצור או בהיותו קטין לא מלווה (סעיף 30א(ד)).

IV. סעיף 30א(ג)(3) - מעצר מי שאינם בני גירוש לפרק זמן של 3 שנים לפחות

119. סעיף 30א(ג)(3) לחוק למניעת הסתננות הוא לב ליבו של תיקון מס' 3. הוא סוטה מן העיקרון, המעוגן במשפט הישראלי והבינלאומי, לפיו בהעדר הליך גירוש אפקטיבי אין להחזיק אדם במעצר מינהלי מכוח צו גירוש. בהעדר עילות שחרור חריגות אחרות, ואף כאשר לא מתקיימים הסייגים לשחרור, לא רשאי ממונה ביקורת הגבולות לשחרר אדם אלא אם הוא עצור פרק זמן העולה על 3 שנים.

120. סעיף זה רלוונטי אך ורק לאנשים שאין אפשרות לגרשם. זאת היות שבמקרים בהם קיימת אפשרות לגרש אדם, הוא יגורש פרק זמן ניכר לפני חלוף מועד זה. במקביל, אם מדובר באדם שניתן, באופן תיאורטי, לגרשו, אך הוא מסכל את הגירוש, ממילא אין לשחררו בהתאם לסייג הקבוע בסעיף 30א(ד)(1), ולפיו לא ישוחרר אדם שאינו משתף פעולה עם הרכקו. במקרה של אדם שאינו מגורש

מטעמים הנעוצים בו עצמו, ממילא אין כל משמעות לחלוף פרק הזמן של שלוש שנים, וגם לו הייתה נקבעת בסעיף תקופה קצרה משמעותית, אדם כזה לא היה משוחרר.

121. במלים אחרות, סעיף 30(ג) לחוק למניעת הסתננות קובע כלל, לפיו אדם שאין אפשרות לגרשו מישראל ולא מתקיים הליך גירוש אפקטיבי בעניינו מטעמים שהוא אינו יכול לשלוט בהם, אדם שישראל מכירה בכך שלא ניתן להרחיקו, יוחזק במעצר פרק זמן מינימלי של שלוש שנים.

122. כך, למשל, העותרים 1-5. העותרים כולם הם אזרחי אריתריאה. לא מתקיים בעניינם הליך גירוש, נוכח ההכרה בכך שהחזרתם למדינת מוצאם עלולה לסכן את חייהם. מצד שני, מדינת ישראל אינה מכירה בכך שהם זכאים להיות מוכרים כפליטים, ולכן אינה מכירה בזכאותם לקבל מעמד בישראל (למדיניות כלפי אזרחי אריתריאה וסודן ראו סעיפים 32-65 הנ"ל). אך אפילו היו בוחנים המשיבים את שאלת עמידתם של העותרים בתנאי האמנה, ואפילו היו קובעים שהם אינם עומדים בתנאיה, הרי שלא היה מתקיים הליך גירוש בעניינם נוכח היותם אזרחי אריתריאה (ראו החלטות בית הדין בעניינם של העותרים 1-5 וכן הערות השופטים ע' פוגלמן וח' מלצר בעניין אספו (סעיף 41 הנ"ל)).

123. לפיכך, ובהעדר עילת שחרור אחרת, יוחזקו העותרים כולם, לרבות העותרת 1, תינוקת בת שנה, במעצר מינהלי לפרק זמן של שלוש שנים לפחות, ללא קיומם של הליכי גירוש. רק אז יהיו רשאים ממונה ביקורת הגבולות ובית הדין לביקורת משמורת לשקול את שחרורם. כל זאת מתוך מטרה ספקולטיבית של הרתעת מבקשי מקלט נוספים מלהגיע לישראל.

124. כך גם מחוסרי אזרחות, שאין מקום אליו ניתן לגרשם, או אנשים שאין אפשרות לגרשם בשל העדר יחסים דיפלומטיים עם מדינותיהם, וזאת אף אם הם משתפים פעולה באופן מלא עם הליכי גירושם (ראו, למשל, פסק דינו של השופט ח' מלצר בבר"ם 7267/09 עבדולאי נ' משרד הפנים, פסק דין מיום 21.12.2009, בו הוחלט על שחרורו של אזרח ניז'ר, משום שבהעדר יחסים דיפלומטיים ובהעדר אפשרות להנפיק מסמכי נסיעה, הליכי הגירוש לא היו אפשריים. לו היה באותו מועד תיקון מס' 3 היה מוחזק אדם זה במעצר מינהלי לפחות שלוש שנים, ולא הייתה סמכות לשחררו לפני כן).

125. במובן זה סוטה תיקון מס' 3 באופן משמעותי מן ההלכות שנקבעו בעניין מעצר שוהים ללא היתר. הפסיקה בישראל, כמו גם ברחבי העולם, עמדה שוב ושוב על כך שמעצר מינהלי של אדם מעצם היותו שוהה ללא היתר נועד למטרה אחת בלבד – לממש את הגירוש. מעצר מינהלי של שוהה ללא היתר שאינו בר גירוש, שיש מניעה אובייקטיבית לגרשו או שלא מתקיים בעניינו הליך גירוש אפקטיבי מטעם שאינו נעוץ בהתנהגותו בהווה, הוא מעצר שלא כדין.

126. כפי שעולה מדברי ההסבר ומן ההיסטוריה החקיקתית של תיקון מס' 3 לחוק למניעת הסתננות, התכלית המונחת בבסיס המעצר המינהלי הממושך היא תכלית שהיא חיצונית לעצור עצמו – לא גירוש מן הארץ, אלא הרתעתם של אחרים (ראו בהרחבה סעיפים 98-102 הנ"ל בעניין תכלית תיקון מס' 3).

1.IV. הזכות החוקתית לחירות מגנה מפני מעצר מינהלי של שוהים ללא היתר מכוח צו

גירוש שלא לצורך הרחקה

127. כאמור, העיקרון לפיו אין מעצר מינהלי של שוהה ללא היתר, כאשר אין מתקיים הליך הרחקה, הוא עקרון המושרש בשיטתנו המשפטית. כבר בשנת 1954, עוד בטרם חקיקת חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו ועוד בשעה שחוק הכניסה לישראל, התשי"ב-1952 לא קבע מגבלות זמן כלשהן על מעצרו של שוהים ללא היתר, קבע בית המשפט העליון, כי מעצר מכוח צו גירוש מאבד מתוקפו אם לא מתקיים הליך גירוש אפקטיבי:

"אין אנו מהססים לומר כי צו גירוש ומעצר כזה, אשר נראה על פניו כשורה מבחינה חוקית ביום הוצאתו, נעשה פסול ומאבד את תקפו אם לאמיתו של דבר מוחזק העציר במעצר לא לשם גירוש כי אם למטרה אחרת, או אם וכאשר מוכח שהשלטונות הממונים על ביצוע הגירוש אינם נוקטים בכנות, ביעילות ובזריזות, תוך זמן מתקבל על הדעת במסיבות המיוחדות של כל מקרה ומקרה בצעדים ובאמצעים הדרושים לביצוע הגירוש, שאם לא נאמר כן, עלולה חירותם של אנשים בארץ להיות בסכנה מוחשית, משום שתחת מסווה של צו גירוש, שהוא כשלעצמו חוקי ובר תוקף, יוכלו אזי השלטונות להחזיק אדם בלי סוף במעצר זמני עד לגירוש..."

בג"ץ 199/53 פלוני נ' שר הפנים, פ"ד ח 243, 247-248.

128. בשנת 1990 חזר בית המשפט העליון על עקרון זה באשר למעצר מכוח צו גירוש:

"הסמכות למעצר בנסיבות אלה הינה סמכות נלווית, הבאה להבטיח את תכלית צו הגירוש, דהיינו יציאתו או גירושו של העצור מישראל. אין המעצר בא לשרת מטרה עונשית. לצורך כך קיימת הוראה עונשית בסעיף 12(1) של החוק. הוא גם לא בא לשרת מטרת כפייה. כל מטרתו היא להבטיח את הימצאותו של מי שניתן צו גירוש נגדו בהישג יד לצורך מימוש הצו, באם לא יצא את המדינה מרצונו ועל-מנת למנוע את הימלטותו מאימת הגירוש, כשגירוש זה עומד להתבצע."

בג"ץ 1468/90 בן ישראל נ' שר הפנים, פ"ד מד(4) 149, 151-152.

129. בית המשפט העליון עמד על כך שעקרון זה חל גם לעניין מי שנכנסו לישראל ללא היתר, וכי חל איסור על מעצר מינהלי של שוהים ללא היתר שכל מטרתו היא הרתעת אחרים:

"עם זאת, סמכות המעצר לא נועדה להעניש את המגורש, ואף לא להרתיע מסתננים בכוח. בהפעלת סמכות המעצר והחזקה יש לנהוג במידתיות (ראה בג"ץ 3477/95 בן-עטיה נ' שר החינוך, התרבות והספורט). אין לעצור אדם שנגדו הוצא צו גירוש לתקופה העולה על הנדרש להגשמת התכלית המונחת ביסוד המעצר. אם הגירוש אינו מתבצע תוך זמן סביר (שאינו נמדד בשנים או בחודשים ארוכים), ניתן להצדיק את המשך המעצר אך בחשש כי תכלית הגירוש לא תוגשם – אם משום שהמגורש יימלט מאימת הגירוש, אם משום שבהיותו משוחרר הוא יפגע בביטחון הציבור ובשלומו (ובשל כך יחשוש להתייצב לביצוע הגירוש), ואם מטעם אחר. לעניין זה יש לבחון תחליפים שונים, כגון החזקה שלא במעצר או התייצבות תקופתית במשטרה, וכיוצא באלה אמצעים אשר ישיגו את מטרת ההחזקה (אפקטיביות ביום הגשמת הגירוש) בלא צורך בהחזקה פיסית."

בג"ץ 5190/94 אל טאיי נ' שר הפנים, פ"ד מט(3) 843, 850, הדגשות הוספו.

130. בדומה, פסק בית המשפט המחוזי בחיפה בעמ"נ (חיפה) 379/06 פלוני נ' משרד הפנים (פסק דין מיום 24.1.2007) כי :

"הליך ההחזקה במשמורת בהתאם להוראות חוק הכניסה לישראל הוא במטרה להבטיח את הרחקתו של שוהה בלתי חוקי מישראל. ההחזקה במשמורת מותנית בקיומו של הליך הרחקה. כאשר אין כלל הליך להרחקתו של אדם, ולא ניתן להרחיקו מטעמים שאינם תלויים בו, ממילא נשמט הבסיס לחוקיות החזקתו במשמורת. ... במסגרת שבפניי אין הליך ואין עילה להמשך החזקתו של העורר במעצר וסבור אני כי פירוש הוראות חוק הכניסה לישראל באופן המאפשר להחזיק בפועל אדם במעצר לתקופה בלתי מוגבלת, בלא שמתנהל הליך להרחקתו מהארץ וללא עילה, הוא פירוש שאינו מתיישב עם משטר חוקי בשיטת משפט דמוקרטית."

131. לאחרונה עמד בית המשפט העליון על כך שההלכה, לפיה לא ניתן לעצור אדם מכוח צו גירוש אם לא מתקיים הליך גירוש אפקטיבי, קדמה לעיגון עקרון זה בחקיקה :

"העקרונות אשר לאורם על רשויות המדינה להפעיל את סמכות המעצר מכוח חוק הכניסה לישראל ומכוח הצו למניעת הסתננות נטבעו אם כן בתקופה הרלוונטית לענייננו – טרם תיקון מס' 9 לחוק הכניסה לישראל והתיקונים בצו בדבר מניעת הסתננות – בפסיקתו של בית המשפט הגבוה לצדק. תמציתם של עקרונות אלה היא כי המעצר טרם גירוש נועד להבטיח את האפקטיביות של צו הגירוש ואינו בא לשרת כל מטרה עונשית או הרתעתית, וכי בהפעלת סמכות המעצר, כבהפעלתה של כל סמכות שלטונית, על המדינה לנהוג במידתיות, במובן זה שאם הגירוש אינו מתבצע תוך זמן סביר, ניתן להצדיק את המשך המעצר רק אם קיים חשש כי תכלית הגירוש לא תוגשם, למשל משום שהמגורש יימלט או משום שבהיותו משוחרר קיים חשש כי הוא יפגע בביטחון הציבור ובשלומו. עוד נקבע כי החזקתו של המיועד לגירוש אינה חייבת להיות בתנאי מעצר ויש לשקול לגביו דרכי החזקה התואמות את מטרת החזקתו. הנה כי כן, למרות ההסדר החסר שהיה קבוע בחוק הכניסה לישראל טרם תיקון מס' 9, לא איפשר בית המשפט הגבוה לצדק מעצר 'לנצח' ללא הגבלת זמן של השוהים בישראל שלא כדין."

ע"א 9656/08 מדינת ישראל נ' סעידי, פסק דין מיום 15.12.2011, סעיף 26 לפסק דינה של השופטת א' חיות, ההדגשות הוספו.

132. השופטת א' חיות הוסיפה ועמדה בעניין סעידי הנ"ל זה על פסלותם של הסדרים סטטוטוריים המאפשרים החזקה במעצר מכוח צו גירוש ללא הגבלת זמן :

"שני ההסדרים הסטטוטוריים הללו לא כללו בתקופה הרלוונטית לענייננו הוראה המגבילה את משך המעצר וההחזקה של מי שניתן עליו צו גירוש כאמור, ולכאורה יש בהם הסמכה להמשיך ולהחזיקו במעצר ללא הגבלת זמן, עד למימוש צו הגירוש. הסדר סטטוטורי כזה אינו קשוב דיו לזכות לחירות של מי שהוצא נגדו צו גירוש כאמור, הגם שהינו שוהה שלא כדין בישראל. הסדר סטטוטורי כזה אינו נותן את הדעת לאיזון הנדרש בין חובתה של המדינה לוודא כי ניתן יהיה לממש את צו הגירוש שהוצא וכי בתקופת הביניים לא ייפגע שלום הציבור וביטחונו (בייחוד כאשר אותו שוהה שלא כדין הינו אזרח של מדינה עוינת), לבין זכותו של השוהה שלא כדין כי חירותו לא תיפגע מעבר למידה הנדרשת לצורך הגנה על האינטרסים של המדינה והציבור בישראל המפורטים לעיל."

שם, סעיף 24 לפסק הדין, ההדגשה הוספה.

133. כאמור בפסק הדין בעניין סעידי, האיזון האמור מצא את מקומו בתיקון מס' 9 לחוק הכניסה לישראל. העיקרון, לפיו תכליתו של המעצר היא הרחקת האדם מישראל באה לידי ביטוי בסעיף 13(א)(2) לחוק

הכניסה לישראל, המאפשר שחרורו של מי שממונה ביקורת הגבולות השתכנע שייצא את הארץ בעצמו, ובסעיף 13(א)(4), בו נקבע, כי ממונה ביקורת הגבולות רשאי לשחרר ממשמורת אדם, שגירשו לא יצא אל הפועל בתוך 60 ימים ממועד מעצרו. סעיף 13 לחוק הכניסה לישראל קובע כדלקמן:

13. (א) ממונה ביקורת הגבולות רשאי לשחרר בערובה שוהה שלא כדין בהתאם להוראות בסעיף זה; לא ישוחרר בערובה שוהה שלא כדין אלא אם כן התקיים בו אחד מאלה:

(1) השתכנע ממונה ביקורת הגבולות כי שהייתו הבלתי חוקית יסודה בטעות או בתקלה שבתום לב, וכי יצא מישראל במועד שקבע לו;

(2) השתכנע ממונה ביקורת הגבולות כי יצא מישראל בעצמו בתוך מועד שקבע לו, וכי לא יהיה קושי באיתורו אם לא יצא בעצמו במועד שנקבע;

(3) השתכנע ממונה ביקורת הגבולות כי מחמת גילו או מצב בריאותו החזקתו במשמורת עלולה לגרום נזק לבריאותו, או שקיימים טעמים הומניטריים מיוחדים אחרים המצדיקים את שחרורו בערובה, לרבות מקום שעקב החזקה במשמורת ייוותר קטין בלא השגחה;

(4) הוא שוהה במשמורת יותר מ-60 ימים ברציפות.

134. יש להדגיש, כי האיזון בין הזכות לחירות לבין אינטרסים אחרים בא לידי ביטוי בסעיף 13(ב) לחוק הכניסה לישראל, הקובע כי גם בהתקיים אחת מ-4 עילות השחרור, לא ישוחרר מי שהרחקתו נמנעת או מתעכבת בשל חוסר שיתוף פעולה מצדו או אם יש בשחרורו כדי להוות סכנה (ראו הסייגים לשחרור בסעיף 13(ב) לחוק הכניסה לישראל).

135. בהתאם לפרשנות שנתן בית המשפט לסעיף 13(א)(4), שעניינו שחרור ממעצר לאחר 60 ימים, ככלל, ובהעדר אינטרס ממשי בעל משקל של ממש "יורה הממונה, כל אימת שמתקיימת החלופה הקבועה בסעיף 13(א)(4) לחוק ואין מתקיימים התנאים הקבועים בסעיף 13(ב) לחוק, על שחרור המוחזק" (בר"ם 173/03 מדינת ישראל נ' סלאמה, פסק דין מיום 9.5.2005, השופט (כתוארו אז) א' ריבלין, סעיף 9). אף כאשר מתקיים אינטרס ציבורי בעל משקל של ממש המצדיק את התמשכות המעצר לפרק זמן העולה על 60 ימים, הרי שבהעדר הליך גירוש אפקטיבי ניתן להוסיף ולהחזיק את העצור רק "לתקופה שאינה חורגת מהסביר" (שם). בית משפט זה הוסיף וקבע, כי הנטל להצביע על קיומו של אינטרס ציבורי בעל משקל של ממש להחזקה במעצר לפרק זמן סביר העולה על 60 ימים מוטל על כתפי המדינה (בר"ם 7267/09 עבדולאי נ' משרד הפנים, פסק דין מיום 21.12.2009, השופט ח' מלצר, סעיף 10), וכי החזקה במשמורת בהעדר הליך הרחקה אפקטיבי "תפגע בתכלית המשמורת המכוונת לצורך זה, ודינה להידחות" (שם, סעיף 11). בפרשה אחרת הוסיף וקבע השופט ע' פוגלמן כי בחלוף 60 ימים ממועד המעצר ובהעדר הליך הרחקה, משתנה נקודת האיזון, והכלל הוא שחרור ממשמורת (עת"מ (ת"א) 1268/09 הרדס נ' בית הדין למשמורת שוהים שלא כדין, פסק דין מיום 22.2.2009, סעיף 8).

136. כאמור, וכפי שהדגימה השופטת א' חיות בפסק הדין בעניין סעידי הנ"ל, האיסור על מעצר שוהים ללא היתר מכוח צו גירוש, וזאת כאשר אין מתקיים בעניינם הליך גירוש אפקטיבי, קדם לעיגונו הסטטוטורי בחוק הכניסה לישראל במסגרת תיקון מס' 9. הוא נובע לא רק מהוראות החוק החרות, אלא מזכות היסוד לחירות.

137. זכות היסוד לחירות, אין צורך לומר, הפכה לזכות יסוד חוקתית עם חקיקת חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו. לפיכך, הכנסת אינה חופשית עוד לקבוע חקיקה הפוגעת בזכות זו שלא לפי הוראות פסקת ההגבלה. ההגנה החוקתית שמעניק חוק היסוד "אינה מוגבלת לאזרח ולתושב, אלא היא מוענקת לכל אדם, לרבות למי שנכנס לישראל שלא כדין" (בג"ץ 11437/05 קו לעובד נ' משרד הפנים, פסק דין מיום 13.4.2012, סעיף 36 לפסק דינה של השופטת א' פרוקצ'יה). חקיקה הקובעת, כי אדם יוחזק במעצר מינהלי מכוח צו גירוש, וזאת מבלי שמתקיים בעניינו הליך גירוש אפקטיבי, וכי בהעדר עילה אחרת לשחרור ניתן להחזיק אדם כזה במשך פרק זמן של שלוש שנים, במקרה הטוב, ובמעצר בלתי מוגבל בזמן, במקרה הרע, לא רק פוגעת אלא שוללת את זכות היסוד לחירות.

2.IV. איסור על מעצר מינהלי שלא לצורך הליכי גירוש במשפט הבינלאומי והמשווה והשפעתו על פרשנות זכות היסוד לחירות בחוק היסוד

138. הוראות המשפט הבינלאומי אף הן אוסרות על מעצר מינהלי מכוח צו גירוש, כאשר לא מתקיים הליך גירוש אפקטיבי. כאמור, את זכות היסוד לחירות בחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו, יש לפרש לאור הוראות הדין הבינלאומי, ובפרט לאור הוראות האמנה בדבר זכויות אזרחיות ומדיניות (ראו סעיפים 107-115 הנ"ל).

139. סעיף 9(1) לאמנה בדבר זכויות אזרחיות ומדיניות מעגן את זכות היסוד לחירות, וקובע, כי:

"לכל אדם שמורה הזכות לחירות אישית ולביטחון אישי. לא יהא אדם נתון במאסר או במעצר שרירותיים. לא תישלל חירותו של אדם אלא מטעמים ובהתאם להליכים שנקבעו בחוק."

140. חשוב לציין, כי בהתאם לפרשנות המקובלת של האמנה, העובדה כי קיימת חקיקה המאפשרת מעצר, וכי מכוח חקיקה זו הוצא בהתאם לדין הפנימי של המדינה צו מעצר או מאסר אינדיבידואלי, אין משמעה בהכרח, כי המעצר אינו "שרירותי" וכי הוא נעשה "כחוק", כפי שנדרש באמנה.

141. באופן ספציפי לעניין מעצר שוהים ללא היתר, נקבע כי מעצר מינהלי של מי שאין מתקיימים בעניינו הליכי הרחקה הוא מעצר שרירותי, המהווה הפרה של האמנה, גם אם הוא מעוגן בחקיקה.

142. בשנת 2003 פסקה הוועדה לזכויות אזרחיות ומדיניות (להלן – הוועדה) בתלונה נגד אוסטרליה בעניינם של אב ובנו, אזרחי עיראק, שבקשתם למקלט נדחתה. באותה תקופה אוסטרליה נמנעה מגירושם של אזרחי עיראק לארצם, גם אם לא הוכרו כפליטים (בדומה להימנעות מגירוש אזרחי אריתריאה דוגמת העותרים), ועל כן האב ובנו הוחזקו פרק זמן של כשנתיים במעצר, מבלי שהתקיימו הליכים לגירושם. הוועדה קבעה כי במצב דברים זה, בהעדר הליכי גירוש, המשך המעצר הוא שרירותי ונוגד את סעיף 9 לאמנה:

"[T]he Committee recalls its jurisprudence that, in order to avoid a characterization of arbitrariness, detention should not continue beyond the period for which the State party can provide appropriate justification. ...

While the State party advances particular reasons to justify the individual detention (para. 4.15 et seq.), the Committee observes that the **State party has failed to demonstrate that those reasons justified the author's continued detention in the light of the passage of time and intervening circumstances such as the hardship of prolonged detention for his son or the fact that during the period under review the State Party apparently did not remove Iraqis from Australia.**"

Baban v. Australia, UN Doc. CCPR/C/78/D/1014/2001, 18 September 2003, para. 7.2.

143. בדומה, בשנת 2006 ניתנה החלטת הוועדה בתלונה שהגישו נגד אוסטרליה ארבעה אזרחי איראן (שני הורים ושני ילדיהם הקטינים), שנכנסו ללא היתר לאוסטרליה לאחר שעברו במספר מדינות בדרכם. בקשתם של בני המשפחה להיות מוכרים כפליטים באוסטרליה נדחתה, ובני המשפחה הוחזקו במעצר תקופה של שלוש שנים וחודשיים מבלי שגורשו. הוועדה קבעה, כי אף אם ניתן היה להצדיק את המעצר בתחילתו על מנת לזהות את בני המשפחה ולבצע פעולות אחרות, הרי שמעצר כזה מכוח חקיקת הגירה, גם אם נועד להגשים את מדיניות ההגירה של אוסטרליה, עומד בניגוד לחובותיה הבינלאומיות. ראו:

D & E v. Australia, UN Doc. CCPR/C/87/D/1050/2002, 9 August 2006, para. 7.2.

144. הוועדה חזרה על עיקרון זה בסדרה של החלטות נוספות, וקבעה שוב ושוב, כי מעצר מינהלי של שוהים ללא היתר בהעדר הליך הרחקה אפקטיבי הוא מעצר שרירותי הפוגע שלא כדין בזכות לחירות המעוגנת בסעיף 9. ראו, למשל:

Shams et al v. Australia, UN Doc. CCPR/C/90/D/1255/2004, 11 September 2007, para. 7.2;

Shafiq v. Australia, UN Doc. CCPR/C/88/D/1324/2004, 13 November 2006, para. 7.2-7.3;

Bakhtiyari v. Australia, UN Doc. CCPR/C/79/D/1069/2002, 29 October 2003, para. 9.3;

A v. Australia, UN Doc. CCPR/C/59/D/560/1993, 30 April 1997, para. 9.2-9.4.

145. כך יש לפרש אף את הזכות לחירות הקבועה בחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו – מעצר מינהלי של שוהים ללא היתר, שאין בו כדי לקדם את הרחקתם מן המדינה, מהווה מעצר שרירותי, שאינו מתיישב עם הוראות חוק היסוד, והפוגע פגיעה בלתי מידתית בזכות לחירות. חקיקה שמאפשרת מעצר כזה אינה חוקתית.

146. יש לציין, כי גם במשפט המשווה הוכר עקרון זה באופן רחב. למעשה, למעט ישראל ואוסטרליה, אין מדינה מערבית שבה קיימת אפשרות משפטית להחזיק שוהים ללא היתר שלא מתנהל בעניינם הליך הרחקה אפקטיבי. בנוסף, אין מדינה מערבית המכריזה כי תכליתו של מעצר מינהלי ממושך של שוהים ללא היתר אינה כלי עזר להרחקה אלא אמצעי להרתעת אחרים.

147. בשנת 2008 עוגן עקרון זה בדירקטיבה של האיחוד האירופי. במסגרת הדירקטיבה נקבע, כי כאשר גירושו של עצור המוחזק במשמורת בשל שהייה ללא היתר אינו צפוי בתוך פרק זמן סביר, יש לשחרר את העצור באופן מיידי:

“When it appears that a reasonable prospect of removal no longer exists for legal or other considerations or the conditions laid down in paragraph 1 no longer exist, detention ceases to be justified and the person concerned shall be released immediately.”

Directive 2008/115/EC of 16 December 2008 on common standards and procedures in Member States for returning illegally staying third-country nationals, O.J. L 348/98, art. 15(4).

148. עוד קובעת הדירקטיבה, בסיפא לסעיף 15(1), כי מעצר של שוהים ללא היתר ייעשה לפרק הזמן הקצר ביותר האפשרי, ויימשך רק כל עוד נעשות פעולות אפקטיביות לגירושם :

“Any detention shall be for as short a period as possible and only maintained as long as removal arrangements are in progress and executed with due diligence” (art. 15(1)).

149. הרישא לסעיף 15(1) אף קובעת, כי השימוש במעצר ייעשה רק אם לא ניתן לעשות שימוש באמצעים אפקטיביים פחות פוגעניים ("Unless other sufficient but less coercive measures can be applied effectively in a specific case").

150. יש לשים לב, כי סעיף 15(5) לדירקטיבה מגביל בכל מקרה את המעצר לפרק זמן של 6 חודשים, וסעיף 15(6) מגביל אותה לפרק זמן של 18 חודשים במקרים, בהם נדרש פרק זמן נוסף למימוש הגירוש, וגם זאת רק כאשר העיכוב בגירוש נובע מחוסר שיתוף פעולה של העצור או מקושי בהשגת מסמכים ממדינות אחרות.

151. ואולם, יש לשים לב כי ההבדל בין תקופות אלה לבין תקופת שלוש השנים הקבועה בתיקון מס' 3 הוא לא רק כמותי, אלא גם איכותי. ראשית, המטרה המוצהרת של מעצר לפי דירקטיבה זו הוא מימוש ההרחקה. בהתאם לסעיפים 15(1) ו-15(4) שצוטטו לעיל, גם אם טרם חלף פרק הזמן האמור, הרי שאם ניכר כי אין צפי ממשי של אפשרות לגרש אדם בתוך תקופה זו או שלא מתקיימים הליכי הרחקה אפקטיביים, הוא ישוחרר באופן מיידי. עמד על כך בית הדין לצדק של האיחוד האירופי :

60. It is clear that, where the maximum duration of detention provided for in Article 15(6) of Directive 2008/115 has been reached, the question whether there is no longer a 'reasonable prospect of removal' within the meaning of Article 15(4) does not arise. In such a case the person concerned must in any event be released immediately.
61. **Article 15(4) of Directive 2008/115 can thus only apply if the maximum periods of detention laid down in Article 15(5) and (6) of the directive have not expired.**

...

67. Consequently, the answer to Question 3(a) and (b) is that Article 15(4) of Directive 2008/115 must be interpreted as meaning that only a real prospect that removal can be carried out successfully, having regard to the periods laid down in Article 15(5) and (6), corresponds to a reasonable prospect of removal, and that **that reasonable prospect does not exist where it appears unlikely that the person concerned will be admitted to a third country, having regard to those periods.**

Said Shamilovich Kadzoev v. Direktsia 'Migratsia' pri Ministerstvo na vatreshnite raboti, Case C-357/09, EU: European Court of Justice, 30 November 2009, emphases added.

152. כמו כן, להבדיל מן החוק למניעת הסתננות, אשר בהעדר "מקרים חריגים" כאמור בסעיף 30א(ב), קובע תקופת מעצר **מינימאלית** של שלוש שנים, הדירקטיבה עוסקת בתקופות מעצר **מקסימאליות**, אשר, כאמור, אף במהלכן אין להחזיק אדם במעצר בהעדר הליכי הרחקה אפקטיביים וצפי להרחקה בתוך פרקי הזמן הללו. בעוד שבתום אותן שלוש שנים ממונה ביקורת הגבולות "רשאי" לשחרר את העצור לפי החוק למניעת הסתננות, הרי שבתום פרקי הזמן הקבועים בדירקטיבה קיימת חובה לשחרר את העצור, יהיו אשר יהיו הנסיבות ויהיו אשר יהיו הסיבות לכך שלא גורש:

71. Consequently, the answer to Question 4 is that Article 15(4) and (6) of Directive 2008/115 must be interpreted as not allowing, where the maximum period of detention laid down by that directive has expired, the person concerned not to be released immediately on the grounds that he is not in possession of valid documents, his conduct is aggressive, and he has no means of supporting himself and no accommodation or means supplied by the Member State for that purpose.

Id.

153. החובה לשחרר בחלוף פרק זמן זה, כפי שעולה מפסק הדין בעניין *Kadzoev* הנ"ל ומסעיף 15(6) לדירקטיבה קיימת אף אם מדובר במי שאינו משתף פעולה עם הרחקתו. לעומת זאת, בהתאם לחוק למניעת הסתננות, מי שאינו משתף פעולה עם הרחקתו לא ישוחרר גם בחלוף פרק הזמן המינימאלי של שלוש שנים, ולמעשה לא ישוחרר לעולם (סעיף 20א(ד)(1)).

154. פסיקת בית הדין האירופי לזכויות אדם גם היא קבעה, כי מעצר מינהלי של שוהים ללא היתר, שאין מתקיימים בעניינם הליכי הרחקה אפקטיביים, מהווה הפרה של הזכות לחירות הקבועה בסעיף 5 לאמנה האירופית לזכויות אדם:

"The Court recalls, however, that any deprivation of liberty under Article 5 para. 1 (f) (art. 5-1-f) will be justified only for as long as deportation proceedings are in progress. If such proceedings are not prosecuted with due diligence, the detention will cease to be permissible under Article 5 para. 1(f)."

Chahal v. United Kingdom (1996) 23 EHRR 413, para. 113.

155. בית הדין האירופי לזכויות אדם חזר על עיקרון זה לא פעם, וקבע (בדומה לוועדה לזכויות אזרחיות ומדיניות), כי מעצר מינהלי של שוהים ללא היתר שלא מתקיים הליך הרחקה אפקטיבי בעניינם מהווה שלילת חירות שרירותית, אף אם הוא נעשה בהתאם לדין המדינה. ראו:

A & others v. the United Kingdom, application no. 3455/05, 19 February 2009, para. 162-164.

156. קביעה זו עוגנה גם בפסיקתו של בית הלורדים הבריטי. בראשית העשור הקודם, לאחר אירועי 11 בספטמבר 2001, הסתייגה בריטניה מחלק מהוראות האמנה האירופית לזכויות אדם, וזאת על מנת לעקוף את הוראות פסק דין *Chahal* ולאפשר מעצר לפרק זמן בלתי מוגבל של שוהים ללא היתר שלא ניתן לגרשם במקרים, בהם מתעוררים חשדות ביטחוניים. בית הלורדים פסל את החקיקה שעייגנה אפשרות זו, תוך שהוא חוזר על העיקרון, לפיו מעצר מינהלי מכוח חקיקת הגירה אינו יכול לשמש למעצרים של שוהים ללא היתר שאין מתקיימים הליכי גירוש בעניינם (תוך שהוא קובע כי ככל שיש צורך בנקיטת אמצעים נגד אנשים ספציפיים בשל סיכון ביטחוני הנשקף מהם, יש לעשות שימוש בחקיקה הביטחונית החלה גם על אזרחי בריטניה ולא במעצר מכוח חקיקת הגירה). ראו:

A (FC) v. Secretary of State for the Home Department [2004] UKHL 56.

157. כך נקבע גם בפסיקת בית המשפט הפדרלי העליון של ארה"ב. בפרשה שנדונה בשנת 2001 עסק בית המשפט העליון בארה"ב בעניינו של אדם חסר אזרחות, יליד גרמניה ובן להורים אזרחי ליטא, ששתי המדינות האמורות סירבו לקבלו לשטחן, ובעניינו של יליד קמבודיה, שלא ניתן היה לגרשו למדינה זו בהעדר הסכם החזרה בין שתי המדינות. השניים, בעלי עבר פלילי עשיר, הוחזקו במעצר על ידי רשויות ההגירה בארה"ב חרף העדרה של אפשרות לגרשם. בית המשפט העליון עמד על כך, שהסמכות המוענקת בדיון האמריקאי להוסיף ולעצור אדם ששחרורו עלול להוות סכנה לציבור או שעלול שלא לקיים את צו הגירוש, אינה יכולה להתפרש כהסמכה לעצור לפרק זמן בלתי מוגבל את מי שלא ניתן להוציא אל הפועל את גירושו בעתיד הקרוב. זאת חרף העובדה שלשון החוק הרלוונטי אינה קובעת מגבלה מפורשת על משך המעצר במקרים אלה. בית המשפט אף הוסיף, כי אילו פרשנות נכונה של החקיקה הייתה קובעת, כי ניתן להחזיק שוהה ללא היתר במעצר כאשר לא מתקיימים הליכי הרחקה, הייתה מתעוררת שאלה חוקתית רצינית בדבר תוקפו של החוק:

"A statute permitting indefinite detention of an alien would raise a serious constitutional problem. ...

Consequently, interpreting the statute to avoid a serious constitutional threat, we conclude that, once removal is no longer reasonably foreseeable, continued detention is no longer authorized by statute."

Zadvydas v. Davis, 533 US 678, 690, 699 (2001).

V. סעיפים 30א(ג)(1) ו-30א(ג)(2) – מעצר מבקשי מקלט לכל אורך הליך המקלט

1.V. משמעות הוראות סעיפים 30א(ג)(1) ו-30א(ג)(2)

158. כאמור, ממונה ביקורת הגבולות רשאי לשחרר ממעצר אדם אם "חלפו שלושה חודשים מהמועד שבו הגיש המסתנן בקשה לקבלת אשרה ורישיון לישיבה בישראל לפי חוק הכניסה לישראל, וטרם החל הטיפול בבקשה" (סעיף 30א(ג)(1)) או אם "חלפו תשעה חודשים מהמועד שבו הגיש המסתנן בקשה כאמור בפסקה (1) וטרם ניתנה החלטה בבקשה" (סעיף 30א(ג)(2)).

159. הוראות החוק עצמן אינן מבהירות באיזה סוג של בקשות למעמד בישראל עוסקים סעיפים. אולם מדברי נציגי הממשלה במסגרת הליכי החקיקה ברור כי מדובר בעיקר במי שהגישו בקשה להיות מוכרים כפליטים בישראל, והטיפול בבקשתם למקלט מתארך.

160. נציגת משרד המשפטים, אביטל שטרנברג, אמרה בדיון בוועדת הפנים ביום 25.7.2011 ביחס לסעיפים אלה (שסומנו כסעיפים 30א(ב)(5)-(6) בנוסח הצעת החוק המקורי שהובא לדיון בוועדה):

"אני ממחלקת ייעוץ וחקיקה, ורציתי להגיד כאן בצורה הכי ברורה שכשהכנו את הצעת החוק היה לנו ברור שחלק מהאוכלוסייה היא אוכלוסייה של מבקשי מקלט, וחלק היא אוכלוסייה של מהגרי עבודה. אחד החריגים שמנוי בסעיף 30א המוצע, סעיף קטן (ב)(5), (6) נועד בדיוק להבחנה הזאת. יכול להיות שתחשבו שפרקי הזמן שאמורים באותם סעיפים הם פרקי זמן ארוכים מדי או קצרים מדי, אבל הם נועדו להוציא מהמשמורת את מי שהוא פליט אמיתי. דהיינו, על משרד הפנים להתחיל לטפל בבקשה למקלט בתוך שלושה חודשים ולסיים את הטיפול בתוך תשעה חודשים. יכול להיות שפרקי הזמן האלה לא נראים לכם, אבל על זה בדיוק הדיון כאן, כדי למצוא את האיזון הנכון."

שם, עמ' 30.

161. העובדה שסעיפים אלה מכוונים אל מי שהגישו בקשות למקלט באה לידי ביטוי גם בדבריו של אחז בן ארי, היועץ המשפטי למשרד הביטחון, בדיון בוועדה ביום 13.12.2011:

"חוץ מזה יש גם הוראות שמבטיחות שרשויות המדינה הנוגעות בדבר יטפלו בעניין הזה, בבירור מעמד הפליטות במהירות הראויה. לכן יש מין סוג של סנקציה שאומרת שאם תוך שלושה חודשים מיום שאדם הגיש בקשה לקבל אשרה ורישיון לישיבה בישראל, הבקשה הזאת לא תופלה או לא תחלו בטיפול – אדם יכול להשתחרר או עשוי להשתחרר. אם עברו תשעה חודשים מיום שהוא הגיש את זה ולא סיימו את הטיפול – הוא עשוי להשתחרר."

שם, עמ' 23.

162. למותר לציין, כי בעניינם של מבקשי מקלט לא מתנהלים הליכי הרחקה בפועל, שכן בהתאם לעקרון ה-*non-refoulement* חל איסור על גירוש מבקש מקלט עד לסיום הסופי של הליכי המקלט בעניינו.

163. לכך יש להוסיף, כי גם מי שבקשתו למקלט תידחה לא בהכרח יכולים להתקיים הליכי הרחקה בעניינו. ראשית, כפי שציינו, מדינת ישראל מכירה בכך שבשלב זה לא ניתן לגרש אזרחי אריתריאה למדינת

מוצאם, בין שהם מוכרים כפליטים ובין שלא (ראו סעיפים 32-65 הנ"ל). שנית, גם מי על מי שלא הוכר כפליט עשוי לחול עקרון ה-*non-refoulement* מכוח "הגנה משלימה" (ראו **עניין אספו**, סעיפים 40-41 הנ"ל).

164. מדבריו של היועץ המשפטי למשרד הביטחון שצוטטו לעיל, עולה כי הכוונה היא לסיים את בחינת בקשת המקלט במלואה בתוך פרק זמן של תשעה חודשים. משמעותם של סעיפים 30א(ג)-(1)-(2) היא כי מבקשי מקלט ימתנו במעצר לאורך כל תקופת בחינת בקשתם למקלט, אלא אם זו תתארך מעבר לתשעה חודשים.

165. מבקש מקלט שבקשתו למקלט תידחה אך לא ניתן יהיה לגרשו (למשל, אזרחי אריתריאה, שהם רוב רובה של "אוכלוסיית היעד" של החוק, ובהם העותרים כאן) – עליו תחול ההוראה, לפיה אין לשחררו אלא בחלוף שלוש שנים.

166. החזקתם של מבקשי מקלט במעצר במשך פרקי זמן של חודשים במהלך בחינת בקשותיהם למקלט אף היא פוגעת בזכות היסוד לחירות באופן בלתי חוקתי. זאת שעה שאין כל מניעה לקיים את הליכי המקלט כשהם מצויים מחוץ למשמורת. בהקשר זה יש לציין, כי אדם שהגיש בקשה למקלט, אין לו כל אינטרס "להיעלם" לאחר שחרורו. נהפוך הוא – יש לו אינטרס של ממש להתייצב להליכי המקלט, היות שרק התייצבות אליהם תאפשר הכרה בו כפליט ומתן מעמד בישראל ותוסוף ותגן עליו מפני מעצר וגירוש. זאת בעוד שאי התייצבות להליכי המקלט עשויה להוות עילה לסגירת תיק המקלט ולאי מתן מעמד בישראל, הפרה של תנאי השחרור ועילה למעצר מחדש.

167. לכך יש להוסיף, כי הביטוי "טרם החל הטיפול בבקשה" שבסעיף 30א(ג)(1) הוא ביטוי חסר משמעות, שעה שאין כל הגדרה ל"תחילת הטיפול", וכל פעולה יכולה להיחשב כתחילתו של טיפול כזה. כמו כן, כפי שעולה גם מעניינם של העותרים, אין כל הליך של פנייה מסודרת בבקשה למקלט במתקן הכליאה "סהרונים", ועצורים כלל אינם מיודעים על ידי איש בכך שיש להם אפשרות להגיש בקשת מקלט. אפילו עצורים המוסרים לממונה ביקורת הגבולות או לבית הדין, כי הם חוששים לחזור למדינת מוצאם אינם מקבלים מידע אודות האפשרות להגיש בקשה למקלט ואופן מימושה.

168. מן הזכות לחירות נגזר, כי אין מקום להחזיק אדם, שהגיש בקשה למקלט, במעצר מינהלי לכל אורך הליך בדיקת בקשתו. בפסיקת בתי המשפט המחוזיים, שעסקה במעצר מבקשי מקלט לפי חוק הכניסה לישראל עובר ליישום הוראות תיקון מס' 3 לחוק למניעת הסתננות, עמדו בתי המשפט לא פעם על כך שהגשת בקשה למקלט היא אקט לגיטימי, שהמדינה עצמה מכירה בו כהליך שמצדיק עיכוב של הרחקה, ומשום כך קיומם של הליכי מקלט שבגינם מתעכבת ההרחקה מישראל אינו צריך למנוע שחרור ממשמורת (ראו, למשל, פסק דינו של השופט ע' פוגלמן בעת"מ (ת"א) 1268/09 **הרדס נ' בית הדין למשמורת שוהים שלא כדיון**, פסק דין מיום 22.2.2009; פסק דינו של השופט ר' שפירא בעמ"נ (חיפה) 222/08 **פלוני נ' משרד הפנים**, פסק דין מיום 20.6.2008; פסק דינה של השופטת ח' סלוטקי בעמ"נ (ב"ש) 8797-04-12 **משרד הפנים נ' הירוי**, פסק דין מיום 10.6.2012).

169. פסיקה מסוג זה, המכירה בכך שמעצרים המינהלי של מבקשי מקלט אינו מחויב המציאות, ושניתן לבחון בקשות למקלט כשהאדם אינו כלוא מאחורי סורג וברית, היא בדיוק סוג הפסיקה שתיקון מס' 3 עוקף. מעתה, הכלל הוא כי הליכי מקלט יתקיימו במעצר.

2.V. הוראות הדין הבינלאומי בעניין מעצר מבקשי מקלט במהלך בחינת טענותיהם

170. סעיף 26 לאמנה הבינלאומית בדבר מעמדם של פליטים קובע כי פליט הנמצא בהיתר בתחומה של מדינה זכאי לחופש תנועה:

"כל מדינה מבעלות האמנה תעניק לפליטים הנמצאים בהיתר בשטח ארצה את הזכות לבחור להם את מקום מגוריהם ולנוע חפשי בתחומי שטח ארצה, בכפוף לתקנות שיחולו על זרים בכלל באותן נסיבות."

171. יטען הטוען, כי סעיף זה חל רק על מי שהוכר כפליט על ידי המדינה וקיבל בה מעמד מכוח הכרה זו, וכי מבקשי מקלט, שבקשתם עדיין נבדקת, אינם "פליטים הנמצאים בהיתר".

172. ואולם, קיימת הסכמה רחבה, כי סעיף 26 לאמנה, כמו סעיפים אחרים, חל לא רק על פליטים מוכרים, אלא גם על מי שנמצאים בשלבים שונים של בחינת בקשת המקלט. הנחת המוצא לכל דיון במשמעות המונח "פליט" באמנה היא כי הכרתה של מדינה כלשהי באדם כפליט היא דקלרטיבית באופייה, ולא קונסטיטוטטיבית. במילים אחרות, אדם הוא פליט מרגע שמתקיימים בו יסודות הגדרת המונח "פליט" שבאמנה, ולא מרגע שהוא מוכר על ידי מדינה כפליט (ראו: UNHCR Handbook on Procedures and Criteria for Determining Refugee Status under the 1951 Convention and the 1967 Protocol relating to the Status of Refugees (HCR/IP/4/Eng/REV.1, reedited 1992), para. 28). מדינות, אם כן, אינן "מעניקות" לאדם "מעמד פליט", אלא מכירות בהיותו פליט ומעניקות לו מעמד משום שהוא פליט (כפי שמדינת ישראל אינה מעניקה למבקש אזרחות "מעמד יהודי", אלא מכירה בו כיהודי ומעניקה לו אזרחות משום שהוא יהודי).

173. כך, למשל, אף שסעיף 33(1) לאמנה, העוסק בעקרון ה-*non-refoulement*, כלומר באיסור להחזיר פליט למקום רדיפה, ברור שהוא חל גם על מי שמבקש מקלט ובקשתו טרם הוכרעה, שכן מתן אפשרות למדינה לגרש מבקשי מקלט שטרם הוכרו כפליטים, משום שטרם הסתיימה בחינת בקשתם, הייתה הופכת את האמנה כולה לחסרת משמעות.

174. הזכאויות, שהאמנה בדבר מעמדם של פליטים קובעת, מחולקות לחמש קבוצות, בהתאם לדרגת הזיקה (level of attachment) של הפליט למדינה בה הוא מבקש מקלט. הדרגה הנמוכה ביותר עוסקת בפליטים, המצויים תחת שיפוט של מדינת המקלט (subject to a state's jurisdiction). הרמות הבאות עוסקות במי שנמצאים פיזית בשטח המדינה, אף אם הם שוהים ללא היתר (physically present within a state's territory); במי שנמצאים בשטח המדינה כדין (legally present); במי

ששוהים בה כדין (legally staying); ולבסוף, ברמה הגבוהה ביותר, במי ששיבתם במדינת המקלט היא ישיבה ממושכת (durable residence).

ראו:

GUY S. GOODWIN-GILL & JANE McADAM, THE REFUGEE IN INTERNATIONAL LAW (3rd edition, 2007) 524-528;

JAMES C. HATHAWAY, THE RIGHTS OF REFUGEES UNDER INTERNATIONAL LAW (2005) 156, 388-390.

175. הזכויות הנתונות באמנה לפליטים הנמצאים בה כדין, ובהן חופש התנועה בסעיף 26 לאמנה, נתונות למבקשי מקלט ברמת הזיקה השלישית – מי שנמצאים בה כדין. הפרשנות המקובלת של מונח זה אינה מי שהמדינה נתנה להם מעמד, אלא מי שהגישו בקשה למקלט ושבקשתם טרם הוכרעה. ראו ספרו הנ"ל של Hathaway בעמ' 175-178.

176. פרופ' האתיווי מתאר בספרו (עמ' 704 ואילך) את "ההיסטוריה החקיקתית" של סעיף 26 לאמנה. לדבריו, בנוסח המקורי של האמנה לא הייתה התייחסות לחופש התנועה של הפליט. שתי סיבות היוו את הרקע לאי-הכללת הזכות הזו בנוסח המקורי של האמנה: ראשית, החשש של נציגי מדינות מסוימות כי סעיף כאמור יגביל את כוחה של מדינה להגביל באופן זמני את חופש התנועה של מבקשי המקלט אשר נכנסים למדינת המקלט במספרים גדולים (mass influx). שנית, נציגי חלק מהמדינות חששו כי סעיף האוסר על הגבלת חופש התנועה של פליט יגביל את כוחה של מדינה להגביל את חופש התנועה של מי שקיים ביחס אליו "חשש בטחוני". בסופו של דבר, מבאר פרופ' הת'אוו, שני החששות הללו "נוטרלו" באמצעות סעיף 31(2), שהוסף לאמנה, ולצד אותו סעיף נוסח סעיף 26 במתכונתו הנוכחית:

"סעיף 31(2) מתיר את המעצר הארעי של פליטים בהקשר של זרם המוני (mass influx) לתקופה של ימים ספורים על מנת לאפשר למדינה הקולטת לארגן את הלוגיסטיקה של קליטת החירום ואת הפיזור באופן שיצמצם את הפגיעה בסדר הציבורי. באופן כללי יותר, הדבר מאפשר למדינות המארחות להגביל את חופש התנועה למשך הזמן הנדרש כדי לוודא שהפרט המבקש להיכנס כפליט אינו מהווה איום לבטחון הלאומי, לדוגמה בזמן שזהותו ונסיבות הגעתו נבדקים.

חשוב, עם זאת, לציין, שזכותה של מדינה להגביל את חופש התנועה בהתבסס על אחת משתי העילות הללו מגיעה לקיצה כאשר מעמדו של הפליט 'מוסדר'... הסדרה אינה הכרה במעמד של פליט. נהפוך הוא, 'כל אדם שיש בידו אישור שהיה הוא במצב מוסדר. למעשה, אותו הדבר נכון גם ביחס לאדם שעדיין אין לו אישור שהיה, אבל הוא הגיש בקשה לאישור כזה ויש בידו קבלה על הגשת הבקשה. רק אנשים שלא הגישו בקשה, או שבקשתם סורבה, אינם במצב מוסדר' [ציטוט מדבריו של הנציג הצרפתי; ההדגשה הוספה ע"י הת'אוו]. כאשר הסטטוס מוסדר, לרבות על דרך של הגשת בקשה להכרה כפליט והשלמה, מצד הפליט, של הצעדים הנדרשים על מנת שהמדינה תוכל לבדוק את בקשתו, כל המגבלות המוטלות על פליטים ביחס לחופש התנועה שלהם והחופש שלהם לבחור היכן להתגורר חייבות להיות מוסרות בהתאם לסעיף 26. " (עמ' 706-708, ההדגשות הוספו; תרגום חופשי מאנגלית).

"Art. 31(2) authorizes the provisional detention of refugees arriving in the context of a mass influx **for a period of days** to enable the receiving state to organize the logistics of emergency reception and dispersal in a way that minimizes disruptions to public order. More generally, it allows host states to limit freedom of movement during the time needed to ensure that an individual seeking entry as a refugee does not pose a threat to national security, for example while investigating his or her identity and circumstances of arrival.

Importantly, however, **the right of a state to limit freedom of movement on either ground comes to an end when a refugee status is "regularized"...** **[R]egularization is not synonymous with recognition of refugee status. To the contrary, "[a]ny person in possession of a residence permit was in a regular position. In fact, the same was true of a person who was not yet in possession of a residence permit but who had applied for it and had the receipt for the application. Only those persons who had not applied, or whose application had been refused, were in an irregular position"** [quote of the French representative's statement; emphasis added by Hathaway]. **Once status is regularized, including by the lodging of an application for recognition of refugee status and completion by the individual concerned of the necessary steps to enable a state to assess his or her claim, all refugee-specific restrictions on the right to move freely and to choose one's residence must end in accordance with Art. 26.**" (pp.706-708, emphases added).

177. עינינו הרואות: סעיף 26 לאמנה אוסר על הגבלת חופש התנועה של מי שהזדהה בפני רשויות המדינה המארחת, הגיש בקשת מקלט, ו"מעמיד את עצמו" לרשות בדיקת המדינה. מבקש מקלט שעומד בתנאים אלה הוא בבחינת "פליט הנמצא בהיתר" במשמעות סעיף 26 לאמנת הפליטים.

178. לפיכך, האפשרות להחזיק מבקש מקלט במעצר מינהלי במשך תשעה חודשים מיום שהגיש את בקשתו למקלט במהלך הליך בדיקת בקשתו עומדת בניגוד להוראות האמנה.

179. העקרון, לפיו אין לראות במי שהגיש בקשה למקלט שוהה שלא כדין עד להכרעה בבקשתו, אומץ על ידי האיחוד האירופי בסעיף 9 למבוא לדירקטיבה משנת 2008 :

"a third-country national who has applied for asylum in a Member State should not be regarded as staying illegally on the territory of that Member State until a negative decision on the application, or a decision ending his or her right of stay as asylum seeker has entered into force."

Directive 2008/115/EC of 16 December 2008 on common standards and procedures in Member States for returning illegally staying third-country nationals, O.J. L 348/98, Preamble, Recital 9.

180. העיקרון, לפיו ככלל אין להחזיק במעצר מבקשי מקלט במשך הליכי בדיקת בקשותיהם, אומץ על ידי הוועדה האקזקוטיבית (Executive Committee) של נציבות האו"ם לפליטים, המכונה בקיצור EXCOM. ועדה זו מורכבת מנציגיהן של 87 מדינות, ובהן מדינת ישראל. החלטות הוועדה מתקבלות רק פה אחד על ידי כלל המדינות החברות בה, לרבות ישראל, ועל כן החלטותיה מייצגות הסכמה מפורשת של מדינת ישראל.

181. החלטת EXCOM מס' 44, שהתקבלה בשנת 1986 עוסקת במעצר מבקשי מקלט. EXCOM Conclusion no. 44 (XXXVII) Detention of Refugees and Asylum Seekers (1986).

העתק החלטה 44 של EXCOM מצ"ב ומסומן ע/51.

182. בהחלטה מס' 44, הוועדה פתחה בהבעת דאגה נוכח מספרם הגדול של מבקשי מקלט ופליטים המוחזקים במעצר או נתונים להגבלות אחרות רק בשל כניסתם למדינה או שהייה בה שלא כדין (סעיף (a)), ועמדה על כך שככלל, יש להימנע ממעצרם אלא אם הדבר נחוץ לצורך הגשמת ארבע תכליות מסוימות שהוועדה מונה: וידוא זהות מבקש המקלט; זיהוי היסודות העומדים בבסיס בקשת המקלט; התמודדות עם מצבים, בהם מבקשי מקלט השמידו את מסמכי הזיהוי שלהם או השתמשו במסמכים מזויפים כדי להונות את רשויות מדינת המקלט; או כדי להגן על הביטחון הלאומי או הסדר הציבורי (סעיף (b)).

183. העקרונות שנקבעו בהחלטת הוועדה המנהלת זכו לקונקרטיזציה בקווים המנחים של נציבות האו"ם לפליטים בעניין מעצרם של מבקשי מקלט. קווים מנחים אלה פורסמו בשנת 1999, וממש בימים האחרונים יצאו הנחיות מתוקנות. להנחיות משנת 1999 ראו:

UNHCR Guidelines on Applicable Criteria and Standards Relating to the Detention of Asylum Seekers, 24 February 1999, available at:
<http://www.unhcr.org/refworld/pdfid/3c2b3f844.pdf>

להנחיות החדשות משנת 2012 ראו:

UNHCR Guidelines on Applicable Criteria and Standards Relating to the Detention of Asylum Seekers and Alternatives to Detention, 21 September 2012, available at:
<http://www.unhcr.org/505b10ee9.html>

184. סעיף 1 להנחיות משנת 2012 מבהיר, כי ההנחיות משקפות את הדין הבינלאומי העדכני. סעיף 2 מבהיר, שבהתאם לדין הבינלאומי, ככלל יש להימנע ממעצר מבקשי מקלט, ויש לנקוט בו רק כאמצעי אחרון:

"In view of the hardship which it entails, and consistent with international refugee and human rights law and standards, detention of asylum-seekers should normally be avoided and be a measure of last resort."

185. סעיף 3 למבוא להנחיות קובע, כי אין כל ראייה לכך שמעצר מבקשי מקלט מרתיע כניסה ללא היתר, אך בכל מקרה, מעצר מבקשי מקלט למטרת הרתעה הוא מעצר שלא כדין :

"In view of the hardship which it entails, and consistent with international refugee and human rights law and standards, detention of asylum-seekers should normally be avoided and be a measure of last resort."

186. סעיף 11 להנחיות מוסיף וקובע, כי הזכות לבקש מקלט היא זכות יסוד (קביעה המופיעה גם בסעיף 14 להכרזת זכויות האדם משנת 1948), וכי מטעם זה יש להתייחס באופן שונה אל מבקשי מקלט שנכנסו למדינה ללא היתר, בהשוואה למהגרים אחרים שנכנסו ללא היתר.

187. סעיפים 21-30 להנחיות קובעים את התכליות יוצאות הדופן שלשמן מותר להחזיק מבקשי מקלט במעצר. שלוש המטרות האפשריות למעצר, שעליהן עומדות ההנחיות, הן הגנה על הסדר הציבורי, בריאות הציבור או הביטחון הלאומי.

188. במסגרת תכלית ההגנה על הסדר הציבורי, מונות ההנחיות מספר מטרות. מטרה אחת היא מניעת "בריחה" של אדם שישוחרר, במקרים בהם קיימת סבירות גבוהה לאי שיתוף פעולה מצדו (סעיף 23). מטרה נוספת היא זיהוי ראשוני ובדיקה ביטחונית של מבקש המקלט (סעיפים 24-27). תכליות אלה מאפשרות מעצר של מבקש המקלט לפרק זמן מינימאלי (סעיף 24 ו-27).

189. מטרה שלישית במסגרת תכלית "הסדר הציבורי" היא תיעוד של יסודות בקשת המקלט של מבקש המקלט במסגרת ראיון ראשוני (סעיף 28 להנחיות). עם זאת, ההנחיות קובעות כי החזקה במעצר לצורך זה צריכה להיעשות כאמצעי אחרון, ורק במקרים בהם לא ניתן לקיים ראיון ראשוני זה שלא במעצר. כמו כן הן מדגישות, כי מטרה זו אינה יכולה להצדיק החזקה של מבקש מקלט במעצר לאורך כל הליך בחינת בקשתו למקלט :

"It is permissible to detain an asylum-seeker for a limited initial period for the purpose of recording, within the context of a preliminary interview, the elements of their claim to international protection. However, **such detention can only be justified where that information could not be obtained in the absence of detention**. This would involve obtaining essential facts from the asylum-seeker as to why asylum is being sought but would not ordinarily extend to a determination of the full merits of the claim. This exception to the general principle – that detention of asylum-seekers is a measure of last resort – **cannot be used to justify detention for the entire status determination procedure, or for an unlimited period of time.**

190. ההנחיות קובעות עוד, כי מעצר של מבקש מקלט אינו יכול לשמש כאמצעי לענישתו בגין כניסה או שהייה במדינה ללא היתר או כאמצעי הרתעה (סעיף 32), וכי אין לעצור מבקשי מקלט למטרת גירוש, משום שכל עוד בקשתם למקלט לא הוכרעה אין לגרשם (סעיף 33). סעיפים 35-42 מבטאים את העיקרון שגם לצורך הגשמת המטרות הנ"ל מעצר אמור להיות האמצעי האחרון, ודנים בחובה לאפשר שחרור לחלופות למעצר.

191. אין צורך לציין, כי תיקון מס' 3 לחוק למניעת הסתננות אינו עומד בסטנדרטים הקבועים בהנחיות אלה. מבקש מקלט יוחזק מכוח החוק במעצר מינהלי (ככלל, ואלא אם כן מתקיימות נסיבות חריגות) לאורך כל הליך המקלט, אלא אם משכו עולה על תשעה חודשים. גם מבקש מקלט, שלא נשקפת ממנו סכנה ביטחונית או רפואית, שהוכיח כי לא יברח אם ישוחרר ושהאלמנטים של בקשתו נגבו ממנו בראיון ראשוני או שאין מניעה כלשהי לגבות אותם מחוץ למעצר, יוחזק במעצר במשך תשעה חודשים לפחות. גם במקרים בהם יוכח, כי אין כל מניעה לקיים את הליך המקלט מחוץ למעצר וכי קיימת אלטרנטיבה למעצר שתגשים את כל תכליותיו (למעט תכלית הרתעת הרבים, שאינה תכלית לגיטימית של מעצר מינהלי), יוחזק במעצר.

3.V. השלכותיו של מעצר מבקשי מקלט

192. האיסור על כליאתם של מבקשי מקלט אינו נעוץ אך בטעמים מוסריים. כמעט כל עצור סובל ממצב של עקה (stress), ועלול לפתח חרדה, דיכאון, הפרעה פוסט טראומתית ואף פסיכוזה בשל כליאתו. הסיכון לכך לגבי מבקשי מקלט גבוה במיוחד. מחקרים רבים, שנערכו במדינות שונות בעולם, מצאו שיעורים גבוהים באופן משמעותי של הפרעות פסיכו-פתולוגיות בקרב פליטים ומבקשי מקלט (ראו: Porter M., Haslam N. (2005) **Predisplacement and postdisplacement factors associated with mental health of refugees and internally displaced persons** *The Journal of the American Medical Association*, 294(5), pp. 602-12). חוקרים מצאו, כי מבקשי מקלט אשר חוו טראומות קשות במדינות מוצאם פגיעים במיוחד להשפעותיהם של גורמי דחק שליליים במדינות הקולטות (ראו: Watters C. (2001) **Emerging paradigms in the mental Health care of refugees** *Social Science & Medicine*, 52(11), 1709-1718). כליאה היא גורם פוטנציאלי לזירוז והחמרה של תגובות לטראומות קודמות (Herman J.L. (1992) **Trauma and Recovery** (BasicBooks: New York). מחקרים מלמדים, שלחומרת התחלואה הנפשית של פליטים קשר ישיר לאורכה של תקופת הכליאה (ראו, למשל: Eagar, K., Green, J., Innes, K., Jones, L., Cheney-Fielding, C., Samsa, P., et al. (2007) **The health of people in Australian detention centers - Health profile and ongoing information requirements** Wollongong, NSW: Centre for Health Service Development, University of Wollongong).

193. בנוסף לגורמי הדחק שלאחר ההגירה (Post-migration), המאפיינים את חייהם של כלל המהגרים, הפליטים ומבקשי המקלט במדינות הקולטות, הכליאה עלולה להוות גורם הטומן בחובו מגוון נוסף של

גורמי דחק ספציפיים המאיימים על בריאותם הנפשית. השכיחים ביותר מבין גורמי דחק אלו הינם: אי בהירות לגבי העתיד; אי ודאות לגבי זמן המעצר; שהות ארוכה במתקן הכליאה; אובדן החופש לזמן בלתי מוגבל; ועוד. חווית הכליאה שוללת מהכלואים את היכולת להפעיל את מנגנוני ההתמודדות הנורמטיביים שלהם ויוצרת תחושה של חוסר משמעות. הם חווים שעמום קיצוני, תסכול רב והרגשה כי אין להם עתיד (Robjant K., Hassan R., Katona C. (2009) **Mental Health Implications of Detaining Asylum Seekers: Systematic Review** *The British Journal of Psychiatry*, 194, pp. 306-12). על רקע זה במתקני כליאה בהם מוחזקים פליטים דווח על פגיעה של הכלואים בעצמם ועל תופעות אובדניות בהיקפים חריגים ביחס למתקני כליאה אחרים (Dudley M. (2003) **Contradictory Australian national policies on self-harm & suicide: The case of asylum seekers in mandatory detention**, *Australasian Psychiatry*, 11 sup. 9, s102-s108).

VI. סעיף 30א(ד)(3): מעצר ללא הגבלת זמן של מי שהוגשה חוות דעת לגבי פעילות המתקיימת במדינת או אזור מגוריו

194. סעיף 30א(ד)(3) שולל את שיקול הדעת לשחרר אדם, אם הוגשה חוות דעת, לפיה במדינת או אזור מגוריו מתבצעת פעילות העלולה לסכן את ביטחון מדינת ישראל או אזרחיה. זאת אף אם מתקיימת בו אחת מעילות השחרור החריגות שבסעיפים 30א(ב) או (ג).

195. סעיף זה מהווה חידוש מסוכן בשיטה המשפטית הישראלית, באשר הוא מאפשר להחזיק במעצר מינהלי ללא כל הגבלת זמן, אדם אשר אין לגביו כל ראיה בדבר מעורבות אישית בפעילות ביטחונית עוינת.

196. יודגש, כי סעיף 30א(ד)(2) לחוק למניעת הסתננות (כמו סעיף 13(ב)(2) לחוק הכניסה לישראל) מונע את שחרורו של מי שיש ראיות, לפיהן נשקף ממנו סיכון אינדיבידואלי. סעיף 30א(ד)(3) עוסק במעצר על בסיס קבוצתי של מי שאין בעניינו ראיות כאלה.

197. העיקרון לפיו אין לפקוד על אדם את מעשיהם של אחרים נזכר כבר במקרא (ראו: ספר דברים כ"ד 16; ירמיהו ל"א, 28-29). עקרון זה נקלט במשפטנו בהקשרים שונים (ר' לדוגמה: בג"ץ 3477/95 **בן עטייה נ' שר החינוך התרבות והספורט**, פ"ד מט (5) 1), וכוחו יפה במיוחד עת מבקשת המדינה לשלול חירותו של אדם. בבג"ץ 3239/02 **מרעב נ' מפקד כוחות צה"ל באזור יהודה ושומרון**, פ"ד נו (2) 349, בדונו באיסור על מעצר "שרירותי" הקבוע בסעיף 9(1) לאמנה הבינלאומית בדבר זכויות אזרחיות ומדיניות, קבע הנשיא א' ברק כי "נדרש כי בידי הרשות העוצרת תהא תשתית ראייתית המבססת חשד אינדיבידואלי כלפי העצור" (עמ' 364, ההדגשה הוספה). ובהמשך נקבע:

"אין אפוא לעצור אדם רק משום שהוא נעצר במהלך הלחימה; אין לעצור אדם רק משום שהוא מצוי בבית, או בכפר, שמצויים בו עצורים אחרים. נדרש כי נסיבות המעצר הן כאלה שיש בהן כדי לעורר לגביו - לגבי אינדיבידואלית ולא לגבי זולתו - חשש לסיכון הביטחון, אם משום שהוא נעצר באזור הלחימה כשהוא לוחם בפועל או מבצע פעולות טרור, ואם משום שקיים לגביו חשש כי הוא מעורב בלחימה או בטרור."
שם, עמ' 367, ההדגשה הוספה.

198. קל לראות עד כמה מרחיקת לכת הוראת סעיף 30א(ד)(3) כאשר משווים אותה לסיטואציה שנדונה בפרשת מרעב. שם הצדיקו המשיבים מעצר לפרק זמן קצר בצורך לסנן ולהבחין בעיצומה של תקופת לחימה ממי מבין העצורים אכן נשקף סיכון בטחוני אינדיבידואלי. בענייננו מדובר במעצר מינהלי ללא אפשרות שחרור וללא כל כוונה לקיים בדיקה אינדיבידואלית.

199. על אותו העקרון של מסוכנות אישית כתנאי לחוקיות המעצר חזר בית משפט זה בפרשה ידועה כפרשת "קלפי המיקוח":

"... איש בעונו ייעצר ואיש בחטאו יוחזק במעצר מינהלי. אין עוצרים במעצר מינהלי אלא את מי שעצמו, במעשיו שלו, מהווה סכנה לביטחון המדינה. כך במצב הדברים שקדם לחקיקתו של חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו. כך בוודאי לאחר שחוק יסוד זה נחקק והעלה את חירותו של אדם ואת כבודו לרמה חוקתית-על-חוקית."

דנ"פ 7048/97 פלונים נ' שר הביטחון, פ"ד נד (1) 721, 742, ההדגשה הוספה.

200. הדרישה למסוכנות אינדיבידואלית כתנאי למעצר מינהלי היא בעלת אופי חוקתי:

"מושכלות יסוד הן בשיטתנו המשפטית כי מעצר מינהלי מותנה בקיומה של עילת מעצר הנובעת ממסוכנותו האינדיבידואלית של העצור לביטחון המדינה. ... הדרישה למסוכנות אינדיבידואלית לצורך מעצרו המנהלי של אדם, מתחייבת כחלק מההגנה על הזכות החוקתית לכבוד ולחירות אישית."

ע"פ 6659/06 פלוני נ' מדינת ישראל, פ"ד סב(4) 329, סעיף 18 לפסק דינה של הנשיאה ד' ביניש.

201. בית משפט זה קבע בעבר שנוכח היותו של המעצר המינהלי אמצעי חריג וקיצוני, ובהתחשב בפגיעתו בזכות החוקתית לחירות אישית, נדרשות ראיות ברורות ומשכנעות על-מנת להוכיח סיכון בטחוני המקים עילה למעצר מינהלי (ראו: ע"פ 6659/06 הנ"ל, סעיף 22 לפסק הדין; עמ"מ 8607/04 פחימה נגד מדינת ישראל, פ"ד נט (3) 258, 264).

202. נראה איפוא שעיקר "תרומתו" של סעיף 30א(ד)(3) מבחינת המשיבים הוא שחרורם מן החובה הבסיסית להוכיח את מסוכנותו האינדיבידואלית של האדם אותו הם מבקשים לעצור ללא הגבלת זמן. על פי סעיף זה, די בחוות דעת אחת שתעמוד על העובדה, למשל, שקיימות תשתיות טרור בסודן, כדי להוות צידוק למעצר בלתי מוגבל בזמן של מאות ואף אלפי אנשים, ללא כל צורך להתייחס לנסיבותיהם האישיות.

203. מעצרו של אדם רק בשל מדינת מוצאו או מקום מושבו מהווה הפליה פסולה, אשר נאסרה באופן מפורש בשורה של אמנות בינלאומיות בהן מדינת ישראל חברה (ראו לעניין זה סעיף 2 לאמנה בדבר זכויות אזרחיות ומדיניות; סעיף 1(3) לאמנה הבינלאומית בדבר ביעורן של כל הצורות של אפליה גזעית (כ"א 861); סעיף 3 לאמנה בדבר מעמדם של פליטים).

204. יישומו של הסעיף אינו פשוט וברור כפי שאולי נראה בקריאה ראשונה. כך, מתנהלת כיום, למרבה הצער, פעילות עוינת נגד מדינת ישראל או אזרחיה בכל רחבי העולם כמעט, לרבות במדינות מערביות

ידידותיות. אם נתבונן, למשל, באזהרות מסע שפרסם משרד החוץ בשנה האחרונה, נגלה שניתנה עצה למבקרים ישראלים להימנע מביקור בחבל קשמיר שבהודו, אזרביג'אן ותאילנד בשל פעילות עוינת המתנהלת שם. האם כל אדם מאחת משלוש מדינות אלה יהא חשוף כעת למעצר ללא הגבלת זמן משום שבארצו מתנהלת פעילות עוינת נגד ישראל או אזרחיה? האם כל אזרח בולגרי יהא חשוף למעצר כזה בעטיו של הפיגוע שהתרחש בבורגוס שבבולגריה בחודש יולי 2012 וכוון כנגד אזרחים ישראלים?

205. כפי שכבר צוין, 26% ממי שנכנסו עד היום לישראל ללא היתר הם אזרחי סודן (ראו סעיף 34 הנ"ל). סודן מוגדרת על ידי ישראל כמדינת אויב, ומטעם זה במהלך השנים 2006-2007 הוחזקו אזרחי סודן במעצר מינהלי לפי הוראות החוק למניעת הסתננות כנוסחו אז (ראו ההליכים שהתנהלו בבג"ץ 3208/06 הנ"ל, סעיפים 67-70 הנ"ל). "חזקת המסוכנות" שהוחלה באותה עת על אזרחי סודן, התבססה על חוות דעת שהציג השב"כ בדבר פעילות המתנהלת בסודן בפני משרד הפנים.

העתק חוות הדעת של השב"כ משנת 2006 לגבי הפעילות העוינת המתנהלת בסודן מצ"ב ומסומן ע/52.

206. מבקר המדינה עמד על כך שבין שירות הביטחון הכללי לצה"ל התקיימה מחלוקת בשאלה האם יש מקום להחיל "חזקת מסוכנות", שתצדיק את מעצרו של כלל מבקשי המקלט מסודן, או שמא יש מקום לבחינה אינדיבידואלית של מסוכנותם. בסופו של דבר הכריע משרד ראש הממשלה לטובת בחינה פרטנית, חרף חוות הדעת, לפיה מתנהלת בסודן פעילות מן הסוג אליו מתייחס היום סעיף 30א(ד)(3). וכך נכתב בדו"ח מבקר המדינה משנת 2008 :

"בקרב גופי הביטחון הייתה מחלוקת בסוגיית חזקת המסוכנות של האזרחים הסודניים: עמדת שירות הביטחון הכללי (להלן - שב"כ) הייתה שצריך להחיל את חזקת המסוכנות על כלל האזרחים הסודניים שהסתננו לישראל, היות שסודן היא מדינה התומכת בטרור אסלאמי והיות שאי-אפשר לבדוק מה היו המניעים להסתננותו של כל אזרח סודני. לעומת זאת, צה"ל סבר כי אין הצדקה להחיל על כלל האזרחים הסודניים את חזקת המסוכנות, כי לעניין מסתננים אלה יש לבדוק כל מקרה לגופו, וכי ראוי להבחין בין ילדים, זקנים, בעלי משפחות ומבקשי מקלט שנציבות הפליטים במצרים הכירה בהם כפליטים. בשל כך לא יישם צה"ל את הנחיית היועמ"ש.

...

לנוכח חזקת המסוכנות שחלה על כלל המסתננים תושבי סודן לא חקר צה"ל את האזרחים הסודניים כדי לברר אם יש בהם סיכון ביטחוני והמשיך לטפל בהם על פי הוראות החוק למניעת הסתננות. בפועל, לאחר שהוציא צה"ל צווי גירוש נגד האזרחים הסודניים שהסתננו, הוא שיכן במתקני כליאה את הגברים שבקרבם, מרביתם במתקן הכליאה בקציעות.

עקב החזקת הגברים שבקרב האזרחים הסודניים במעצר לפי החוק למניעת הסתננות נפגעו זכויותיהם: לא הייתה ביקורת שיפוטית על מעצרו ועל החזקתם במשמורת ולא נשקלו לגביהם חלופות משמורת ושחרור בערובה. אילו הוסרה חזקת המסוכנות הם היו מטופלים לפי חוק הכניסה לישראל והיו מוקנות להם הזכויות האמורות.

...

רק באפריל 2007 קבעו ראש הממשלה ושר הביטחון כי ההחלטה אם יש סיכון ביטחוני בהסתננות של האזרחים הסודניים תיקבע להבא בכל מקרה לגופו, וכי אם חקירת צה"ל בעניין אזרח סודני שהסתנן לישראל תעלה שהדבר לא נעשה מטעמים ביטחוניים, הרי הטיפול בו יתבסס על חוק הכניסה לישראל וייעשה בידי הגופים האזרחיים."

דו"ח מבקר המדינה 58 לשנת 2007 ולחשבוניות שנת הכספים 2006 (פורסם ב-2008), עמ' 110-112, ההדגשות במקור).

לדו"ח מבקר המדינה 58 ראו :

<http://www.mevaker.gov.il/serve/contentTree.asp?bookid=514&id=57&contentid=&parentid=undefined&sw=1600&hw=830>

207. כעת מבקשים המשיבים להחזיר את הגלגל לאחור, ולשוב לכלוא במעצר מינהלי בלתי מוגבל בזמן מבקשי מקלט ואחרים אך בשל "חזקת מסוכנות", הנובעת לשיטתם ממקום מוצאם.

208. המשיבים ערים לכך שתופעת הכניסה לישראל ללא היתר אינה תופעה ביטחונית במהותה גם כאשר מדובר באזרחי מדינות כמו סודן, ואף ציינו זאת מפורשות בדברי ההסבר להצעת החוק למניעת הסתננות, תשס"ח-2008 (נספח ע/34 הנ"ל), בה נכתב :

"יצוין כי לגבי מרבית המסתננים לישראל בשנים האחרונות נמצא, לאחר בחינת נסיבות הסתננותם, כי לא היה רקע בטחוני להסתננותם. עם זאת בשל נסיבות כניסתם לישראל שלא דרך תחנת גבול, הטיפול בהם נעשה תחילה בידי רשויות הבטחון, עד להעברתם למסלול שעל פי חוק הכניסה לישראל."

שם, עמ' 548.

209. דברים אלה נכתבו בשנים בהן היו רוב ה"מסתננים" אזרחי סודן, אותה מדינה, שלגביה מסר שירות הביטחון הכללי חוות דעת בדבר פעילות המתנהלת בה והפוגעת בביטחון מדינת ישראל.

210. השמתו של אדם ב"מעצר עולם" אך בגלל מקום מגוריו או מדינת מוצאו מבוססת על הנחה מופרכת על פניה, לפיה יש זהות בין מדינת אזרחותו של אדם לבין העמדות, הערכים והאמונות שהוא מחזיק בהן. לפי הנחה זו, למשל, העובדה שמנהיגה של איראן השמיע איומים על ישראל מחייבת להניח שכל אזרח איראני שגיגע לישראל, בלי קשר לנסיבותיו האישיות (למשל, הומו שנמלט מרדיפה באיראן על רקע נטייתו המינית או מתנגד משטר שנמלט מחשש לרדיפה פוליטית), הוא אויב.

211. לא למותר להזכיר בהקשר זה שמדינת ישראל, אשר במהלך השנים טענה לקיומה של "חזקת מסוכנות" מצד מבקשי מקלט מסודן, העניקה בכל זאת, בשנת 2008, לכמה מאות פליטים מדרפור תושבות ארעית. משמע – המציאות מורכבת מזו המוצגת בסעיף 30א(ד)(3), ואנשים החוצים את הגבול אינם בהכרח מייצגים את השלטונות בארצם או ארגונים עוינים הפועלים באזורים אלה.

212. יש לשים לב, כי לפנינו **מעצר שאינו קצוב בזמן** (indefinite detention). זאת היות שסעיף 30א(ד)(3) מפקיע מידי משרד הפנים ובית הדין את הסמכות לשחרר אדם במקרים, בהם הוגשה חוות דעת כזו. הוא נותן למעשה בידי רשויות הביטחון זכות וטו על שחרורו של אדם, ומונע ביקורת מינהלית וביקורת מעין-שיפוטית על ההחלטה בעניין המשך מעצרו.

213. יצוין כי חוקים המכתיבים מעצר שאינו קצוב בזמן בשל איומי טרור נחקקו במספר מדינות. כך למשל החלק הרביעי לחוק שנחקק בבריטניה בשנת 2001: Anti-Terrorism, Crime and Security Act (ATCSA) 2001. חוק זה, אשר נפסל הן על ידי בית הלורדים הבריטי והן על ידי בית המשפט

האירופאי לזכויות אדם, היה פחות דרקוני בהשוואה לסעיף 30א(ד)(3) לחוק למניעת הסתננות (ראו פסיקת בית הלורדים ופסיקת בית הדין האירופי לזכויות אדם, שעסקו בחוק זה, בסעיפים 155-156 הנ"ל).

214. בהתאם לחוק האמור הוסמך מזכיר המדינה לקבוע שאדם מסוים, שאינו אזרח בריטניה, חשוד בפעילות טרור בהיותו קשור אינדיבידואלית לביצוע מעשי טרור, או בהיותו חבר בארגון טרור או קשור אליו. נקבע בחוק, שניתן לעצור אדם כזה גם אם לא ניתן להרחיקו מבריטניה (בניגוד לכלל הרגיל לפיו מעצר מינהלי לצורך צו גירוש נעשה לצורך הרחקה). עוד נקבע בחוק, כי מי שהוחלט לגביו שהוא טרוריסט יכול לפנות לטריבונל מעין שיפוטי ולהשיג הן על סיווגו כטרוריסט והן על ההחלטה לעצרו.

215. נקל לראות שהמנגנון שקבע החוק הבריטי זהיר הרבה יותר מהוראת המחוקק הישראלי בסעיף 30א(ד)(3): החוק מחייב התייחסות פרטנית ואינו מתיר קביעה גורפת לפיה אזרחי מדינה מסוימת חשודים כפעילי טרור; החוק לא הסתפק בקיומה של פעילות עוינת במדינת מוצאו של האדם אלא דרש קשר אישי של העצור לאותה פעילות; החוק גם יצר מנגנון מעין שיפוטי באמצעותו ניתן להשיג על הקביעה שפלוני מסוכן ולהשתחרר ממעצר.

216. על אף כל אלה פסל בית הלורדים את תוקפו של החוק וקבע שהחוק אינו מידתי. בין היתר ביקר בית המשפט את החוק בכך שהשימוש בחוק הגירה אינו תואם את המטרה של המלחמה בטרור, וכי נגד אזרחים זרים החשודים בפעילות טרור ניתן להפעיל את אותם אמצעים מינהליים המופעלים נגד אזרחי בריטניה כאמצעי שפגיעתו פחותה:

A (FC) v. Secretary of State for the Home Department [2004] UKHL 56.

217. בשנת 2009 הכריע גם בית הדין האירופי לזכויות אדם בעניין התאמתו של החוק הבריטי לאמנה האירופית בדבר זכויות האדם. בית הדין אישר את מסקנת בית הלורדים הבריטי וקבע שהאמצעי בו נקטה בריטניה היה בלתי מידתי והפר את הזכות הקבועה בסעיף 5 לאמנה האירופאית שלא להיות נתון למעצר שרירותי.

A and others v. the United Kingdom, application no. 3455/05, 19 February 2009, para. 162-164.

218. כפי שכבר ציינו בדוננו בסעיף 30א(ג)(3), בית הדין האירופי קבע בפרשה זו שנוכח העובדה שלגבי רוב העותרים לא היו כל הליכי גירוש, אלא הם הוחזקו במעצר מטעמים ביטחוניים, תוך ידיעה שלא ניתן, לפחות באותה העת, לגרשם, הרי שמעצרים מכוח צווי גירוש מהווה הפרה של סעיף 5 לאמנה האירופית לזכויות אדם (ראו סעיף 155-156 הנ"ל). בית הדין האירופי קיבל את עמדת בית הלורדים, לפיה אמנם התקיים מצב חירום שהצדיק את הודעת ה-derogation של בריטניה לפי סעיף 15 לאמנה, אך האמצעים בהם נקטה בריטניה היו בלתי מידתיים ומפלים ביחס למצב החירום שעמד בפניה (בסעיף 185). בית המשפט, כמו בית הלורדים, ביקר את השימוש במנגנון של חוק הגירתי כדי לטפל באיום של טרור ובלשון בית המשפט:

"The choice by the Government and Parliament of an immigration measure to address what was essentially a security issue had the result of failing adequately to address the problem, while imposing a disproportionate and discriminatory burden of indefinite detention on one group of suspected terrorists." (para. 186).

219. פסיקה זו של בית הלורדים הבריטי ושל בית הדין האירופי לזכויות האדם האירופאי יפה גם לענייננו. ככל שמבקשים המשיבים לטפל בסיכון בטחוני או בסיכון לשלום הציבור, יתכבדו ויעשו כן באמצעות שפע הכלים החוקיים העומדים לרשותם. ניצול המעצר בגין כניסה ללא היתר כדי לעצור ללא הגבלת זמן אנשים, שאין כל ראיה הקושרת אותם אינדיבידואלית לביצוע פעולות עוינות, תוך הפשטתם מכל ההגנות שמעניקה הן החקיקה העוסקת במעצר פלילי והן החקיקה העוסקת במעצר מינהלי-ביטחוני, מהווה פעולה קיצונית ובלתי מידתית.

220. כאמור, אמצעים חלופיים להוראה זו מצויים הן בחקיקה הביטחונית של מדינת ישראל והן בסעיף 30א(ד)(2) לחוק מניעת הסתננות ובסעיף 13ו(א)(2) לחוק הכניסה לישראל, הקובעים שלא ישוחרר שוהה שלא כדין בערובה אם "יש בשחרורו כדי לסכן את ביטחון המדינה, את שלום הציבור או את בריאות הציבור". מנגנון זה, המחזיר את הדיון למקומו הראוי – בסיכון הפרטני הנשקף מן העצור – יש בו כדי לענות על הצורך הביטחוני (כפי שקבעו מערכת הביטחון וראש הממשלה על פי דו"ח מבקר המדינה שנזכר לעיל).

VII. סעיף 30א(ב) (שחרור "במקרים חריגים") וסעיף 30א(ב)(1) (שחרור במקרים בהם "אין דרך אחרת למנוע את הנזק")

221. סעיף 30א(ב) מונה ארבע עילות שבהתקיימן רשאי ממונה ביקורת הגבולות לשחרר עצורים, אך בהתאם לרישא, הוא יעשה שימוש בסמכות זו רק "במקרים חריגים".

222. שלוש העילות הראשונות נוגעות לנזק העלול להיגרם לעצור בשל מצבו הבריאותי או גילו, טעמים הומניטריים מיוחדים או היותו של העצור קטין בלתי מלווה. אף אם מתקיימת העילה הראשונה, "עלול להיגרם נזק לבריאותו", השחרור יתאפשר רק אם לא ניתן למנוע את הנזק במעצר.

223. בדנ"פ גנימאת עמד הנשיא א' ברק על כך שמחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו נגזר, כי "החירות היא הכלל והמעצר ללא משפט הוא החריג" (דנ"פ 2316/95 גנימאת נ' מדינת ישראל, פ"ד מט(4) 589, 651).

224. תיקון מס' 3 לחוק למניעת הסתננות קובע קונספציה הפוכה ובלתי חוקתית, לפיה הכלל הוא המעצר והשחרור הוא חריג שבחריג. סעיף 30א(ב) קובע מקרים צרים שבצרים, שבהם עצור, שבקשת המקלט שלו נבחנה בתוך פחות מתשעה חודשים ושאינן אפשרות לגרש אותו, בין משום שהוא אזרח אריתריאה, שחלה עליו "מדיניות אי ההרחקה", כבעניינם של העותרים, ובין מטעמים אחרים, לא ייאלץ להמתין במעצר שלוש שנים עד שניתן יהיה לשקול את שחרורו.

225. והנה באים הסייגים, "במקרים חריגים" ו"אין דרך אחרת למנוע את הנזק", וקובעים כי אפילו במקרים בהם מתקיימים נסיבות הומניטריות דוגמת אלה המתוארות בסעיף 30א(ב), הכלל יהא מעצר, והחריג יהיה שחרור.

226. מדובר, אם כן, בפגיעה בזכות החוקתית לחירות, שכל תכליתה להרתיע אחרים מלהיכנס לישראל ללא היתר.

VIII. סעיף 30א(ב)(3) - שחרור "קטין שאינו מלווה על ידי בן משפחה או אפוטרופוס"

227. סעיף 30א(ב)(3) קובע כאחת העילות לשחרור "במקרים חריגים", את היותו של העצור "קטין שאינו מלווה על ידי בן משפחה או אפוטרופוס" (להלן – קטין לא מלווה).

228. ההבחנה שעושה הסעיף בין קטינים מלווים לקטינים שאינם מלווים פוגעת באופן בלתי חוקתי בזכותם לחירות של ילדים. אם מעצר מינהלי אמור להיות חריג גם כאשר מדובר במבוגרים, הרי שכאשר שמדובר במעצרים המינהלי של ילדים כלל זה יפה אף ביתר זאת, וזאת בין שהם מלווים ובין שאינם.

229. אין צורך לציין, כי עקרון טובת הילד "הוא שיקול-על, והוא שיכריע" (בג"ץ 5227/97 **דויד נ' בית הדין הרבני הגדול**, פ"ד נה(1) 453, 460; דנ"א 7015/94 **היועמ"ש נ' פלונית**, פ"ד נ(1) 48, 119). כאשר אנו עוסקים בעקרון טובת הילד ביחס להגנה על זכויות המעוגנות בחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו, מקבל עקרון זה מימד חוקתי.

230. כשם שיש לפרש את תוכנה של הזכות החוקתית לחירות בדין הישראלי בהתאם להוראות האמנה הבינלאומית בדבר זכויות אזרחיות ומדיניות, כך יש ליצוק לתוכה תוכן גם בהתאם לאמנה בדבר זכויות הילד (כ"א 1038, כרך 31, התשנ"ג, עמ' 221).

231. עקרון טובת הילד המעוגן באמנה הבינלאומית בדבר זכויות הילד, מובטח לכל ילד. המדינות החברות לאמנה, ובהן מדינת ישראל, מחויבות לכבד את זכויותיהם של ילדים ולהבטיחן "לכל ילד שבתחום שיפוטן, ללא הפליה משום סוג שהוא, ללא קשר עם גזע, צבע, מין, שפה, דת, השקפה פוליטית או אחרת, מוצא לאומי, אתני או חברתי, רכוש, נכות, לידה או מעמד אחר, בין אם של הילד, בין אם של הוריו או אפוטרופסו החוקי" (סעיף 2 לאמנה).

232. כמו כן, בהתאם לסעיף 37(2) לאמנה בדבר זכויות הילד: "מעצרו, חבישתו או מאסרו של ילד יהיו בהתאם לחוק וישמשו רק **כאמצעי אחרון ולפרק זמן מתאים הקצר ביותר**" (ההדגשה הוספה).

233. עקרון זה הודגש על ידי העצרת הכללית של האו"ם, אשר אימצה בהחלטה מס' 45/113 מיום 14.12.1990 את **כללי האו"ם להגנה על קטינים שחירותם נשללה** (United Nations Rules for the

(Protection of Juveniles Deprived of their Liberty). כללים אלה חלים על כל סוגי שלילת חירותם של ילדים (סעיף 15). כלל 2 לכללים אלה קובע כי :

“Deprivation of the liberty of a juvenile should be a disposition of last resort and for the minimum necessary period and should be limited to exceptional cases.”

234. לעניין מעצר ילדים מבקשי מקלט ראו גם הנחיות נציבות האו"ם לפליטים בעניין מעצר משנת 2012 (פסקה 183 הנ"ל), סעיפים 51-57.

235. ההשלכות של מעצר על ילדים עלולות להיות הרסניות. ילדים אינם מבינים מדוע נעצרו ומדוע נשללה חירותם, והמעצר מייצר חרדה קשה, היכולה לעורר תגובה טראומטית קשה. ילדים שנעצרו מצויים בסיכון גבוה לסבול מדיכאון, בלבול, שינויים בהתנהגות, ירידה במשקל, חוסר שינה, ומחלות נשימה. יתרה מזו – ילד שנוכח בהליך מעצר עם הוריו רואה אותם מבוהלים וחסרי אונים מול הרשויות. יש בכך פגיעה חמורה בתשתית תחושת הביטחון הקיומי שמעניקים הורים לילדיהם (ר': Mares S., Newman L., Dudley M., Gale F. (2002) **Seeking refuge, losing hope: parents and children in immigration detention** *Australasian Psychiatry* Volume 10, Issue 2, pp. 91-96).

236. מחקרים מלמדים, כי כליאתם של ילדים גורמת לגידול של פי עשרה בהופעת סימני דיכאון והפרעות דחק פוסט-טראומטיות. במתקני כליאה נמצאו בקרב ילדים סימפטומים שכללו חרדת נטישה, בעיות התנהגות, הרטבת לילה וקשיים בשינה, כגון : סיוטים, חלומות בלהה והליכה בשינה. השפעות נוספות היו ליקויים בהתפתחות קוגניטיבית אצל ילדים, מוטיזם (אובדן כושר הדיבור על רקע נפשי), סירוב לשתות ולאכול והתנהגות סטריאוטיפית (תנועות או דיבור שחוזרים על עצמם). מחקרים מצאו עוד, עיכובים בהתפתחות השפה וההתנהגות החברתית, ובעיות בקשר רגשי. במחקר שנערך באוסטרליה, דיווחו כל הילדים שחשבו על התאבדות. 80% ניסו לפגוע בעצמם פיזית, 70% לקו בהפרעות חרדה ו-50% סבלו מבעיות בריאות פיזית. רבים הביעו חוויות שעמום, קשיים בשינה, חרדות עקב עיכוב בחינוך ובהשכלה ותחושת בוש. אפקט משני על ילדים כלאים היה דרך השפעות ההורים שדיווחו על ירידה במסוגלות ההורית שלהם כלפי ילדיהם בעת הכליאה. יחד עם אובדן החירות של כל המשפחה וחוסר היכולת לנהל חיי משפחה נורמאליים, יכולת ההורים להעניק סביבה מטפלת ומטפחת הלכה והתערערה עד לדרגת סיכון של הזנחה והתעללות פיזית בילדים לאורך כל השנות במעצר (ר': Sultan A., O'sullivan K., (2001) **Psychological disturbance in asylum seekers held in long term detention: a participant-observer account** *The Medical Journal of Australia*, 175, pp. 593-596).

237. ואולם, כאמור, החוק למניעת הסתננות קובע כלל, לפיו ילדים יזכו לאותו הטיפול לו זוכים מבוגרים. ילד המבקש מקלט יוחזק, ממש כמו מבוגר, לכל אורך הליך בדיקת בקשתו למקלט במעצר מינהלי, אלא אם ההליך יימשך למעלה מתשעה חודשים. ילד, שלא ניתן להרחיקו מישראל מטעם כלשהו

(למשל העותרת 1, אזרחית אריתריאה), יוחזק במעצר מינהלי פרק זמן מינימאלי של שלוש שנים. כל זאת על מנת להרתיע מבקשי מקלט אחרים מלהגיע לישראל.

IX. המועדים לקיום שימוע, ביקורת מעין-שיפוטית ראשונית וביקורת מעין-שיפוטית תקופתית - סעיפים 30א(א), 30ה(1)(א) ו-30ד(א)(1)

238. תיקון מס' 3 קובע מועדים ארוכים משמעותית מאלה שנקבעו בחוק הכניסה לישראל בשלושה עניינים: (1) קיום שימוע בו מתקבלת ההחלטה על מעצר מינהלי בלתי מוגבל בזמן; (2) קיום ביקורת מעין-שיפוטית ראשונית על המעצר; (3) וקיום ביקורת מעין-שיפוטית תקופתית.

239. **מועד השימוע:** בעוד שחוק הכניסה לישראל קובע, כי שימוע בפני ממונה ביקורת הגבולות יתקיים בתוך **24 שעות** ממועד המעצר (סעיף 14א(ד) לחוק הכניסה לישראל), שימוע בפני ממונה ביקורת הגבולות בהתאם לחוק למניעת הסתננות ייערך לא יאוחר מ"**שבעה ימי עבודה**" מתחילת המעצר (סעיף 30א(א) לחוק למניעת הסתננות). החוק אינו מגדיר מהו "יום עבודה", ולא ברור, למשל, האם ימי שישי, ערבי חג וימי חול המועד פסח וחול המועד סוכות הם "ימי עבודה" לעניין זה.

240. **ביקורת מעין שיפוטית ראשונית:** בעוד חוק הכניסה לישראל קובע, כי עצור יובא בפני בית הדין לביקורת משמורת "בהקדם האפשרי ולא יאוחר מתום **96 שעות** מעת תחילת החזקתו" (סעיף 13יד(א) לחוק הכניסה לישראל), החוק למניעת הסתננות קובע כי עצור יובא בפני בית הדין "לא יאוחר מ-**14 ימים** מיום תחילת החזקתו במשמורת" (סעיף 30ה(1)(א) לחוק למניעת הסתננות).

241. **ביקורת מעין-שיפוטית תקופתית:** חוק הכניסה לישראל קובע כי ביקורת תקופתית תתקיים אחת ל-**30 ימים** לכל היותר (סעיף 13טו(א)(1) לחוק הכניסה לישראל). יש לציין, כי אף על פי שסעיף זה עושה שימוש במילה "רשאי" ביחס לסמכות בית הדין לקיים ביקורת תקופתית אחת ל-30 ימים לכל היותר, הרי בהתאם להנחיות היועץ המשפטי לממשלה יש לפרש סמכות זו כסמכות חובה (ראו הנחיית היועץ המשפטי לממשלה מס' 1.2400 מיום 5.1.2005). לעומת זאת ביקורת תקופתית בהתאם לחוק למניעת הסתננות מתקיימת אחת ל-**60 ימים** (סעיף 30ד(א)(1)).

העתק הנחיית היועץ המשפטי לממשלה מס' 1.2400 מצ"ב ומסומן ע/53.

242. התקופות הארוכות משמעותית שנקבעו בחוק למניעת הסתננות חורגות באופן ניכר מן הסטנדרטים החוקתיים המינימאליים שנקבעו בפסיקה בישראל. כך, למשל, נפסק, כי הוראת חוק המאפשרת מעצר חייל במשך 96 שעות בטרם הבאתו לביקורת שיפוטית אינה חוקתית (בג"ץ 6055/95 **צמח נ' שר הביטחון**, פ"ד נג(5) 241). בדומה פסל בית משפט זה צו צבאי, שהתיר החזקה של אדם במעצר פרק זמן של 12 ימים לפני הבאתו לביקורת שיפוטית (בג"ץ 3239/02 **מרעב נ' כוחות צה"ל ביהודה ושומרון**, פ"ד נז(2) 349).

243. כפי שעולה מעמדת נציגי משרד הפנים ומשרד המשפטים בוועדת הפנים והגנת הסביבה של הכנסת, פרקי הזמן שנחקקו בתיקון מס' 3 נקבעו נוכח טענת משרד הפנים כי מספרם הגדול של ה"מסתננים" מקשה על קיום הליכים בלוחות הזמנים הקבועים בחוק הכניסה לישראל. ואולם, בכל הכבוד, טיעון זה אינו יכול להתקבל. אם המשיבים אינם מסוגלים לעמוד בלוחות זמנים העומדים באמות מידה חוקתיות מינימאליות, הפתרון הוא העסקת ממונים נוספים על ביקורת הגבולות ודיינים נוספים, שיאפשרו עמידה בלוחות זמנים חוקתיים. המשיבים השקיעו מאות מיליוני שקלים, אם לא למעלה מכך, בבניית גדר גבול ובהקמת מתקני כליאה. האיזון הכולל מחייב כי יוקדשו גם המשאבים הדרושים להבטחת זכויות האדם החוקתיות של העצורים, גם אם משמעות הדבר היא שינוי חלקי של חלוקת המשאבים בין האמצעים השונים הננקטים למניעת כניסה ללא היתר לישראל.

244. בעניין **צמח** הנ"ל העלו המשיבים טענה דומה, ולפיה הבאת חיילים לביקורת שיפוטית בתוך פחות מ-96 שעות תצריך השקעת משאבים נוספים. אף על פי כן, בית המשפט פסל את הוראת החוק, וקבע כי:

"נראה כי המחיר הנדרש במשאבים של אדם ושל כסף כדי לקצר את תקופת המעצר הקיימת, בהתחשב במשקל המיוחד הנודע לצמצום הפגיעה בחירות האישית של חיילים, הינו מחיר סביר. קל וחומר אם ייבדק ויימצא כי ניתן (והדעת נותנת שניתן) לשנות את ההיערכות ואת הנהלים בכל הנוגע למעצר חיילים, באופן שיפחית את המחיר. מכל מקום, מחיר זה אינו יכול לשמש טעם טוב לפגיעה בחירות האישית של חיילים כה רבים מעבר למידה הנדרשת ממהותו ומאופיו של השירות הצבאי".

עניין **צמח**, עמ' 282.

245. גם בעניין **מרעב** הנ"ל פסק בית משפט זה בדומה בקובעו:

"יש להניח כי משמעות הדבר הינה כי יהא צורך להגדיל בצורה משמעותית את צוות השופטים-המשפטיים אשר יעסקו במעורבות שיפוטית בענייני המעצר. לא נטען בפנינו כי יש מחסור בשופטים אלה. על-כל-פנים, גם אם הטענה הייתה מועלית בפנינו, היינו דוחים אותה..."

שם, עמ' 376.

X. תנאי פסקת ההגבלה

1.IX. מעצר מינהלי של שוהים ללא היתר לצורך הרתעת אחרים – תכלית ראויה?

246. כאמור, בבסיס כלל הוראותיו של תיקון מס' 3 עומדות שתי מטרות – הרתעת "מסתננים" בכוח ו"המאסת חייהם" של "מסתננים" (ראו סעיפים 98-102 הנ"ל).

247. המאסת חיים, המטרה העולה מדברי שר הפנים, אינה תכלית ראויה, ועל כך נדמה שלא יימצא חולק. למעשה, לא ברור אם המשיב 2 רואה בהמאסת חייהם של "מסתננים" תכלית כשלעצמה או אמצעי להשגת תכלית ההרתעה, אולם דומה שאין צורך להאריך בעניין זה.

248. באשר לתכלית האחרת – הרתעה – הרי שעצם הטענה שהרתעת כניסה ללא היתר לישראל היא מטרה חברתית רצויה, לא די בה על מנת שניתן יהיה לראות בחוק חוק "שנועד לתכלית ראויה". שכן מבחן "התכלית הראויה" מורכב משלושה מבחני משנה:

"שלוש משוכות, בזו אחר זו, נדרש חוק לצלוח כדי שמטרתו הקונקרטית תיחשב ראויה: [א] עליו להיות מכוון להשגתם של יעדים חברתיים, היינו, לשרת אינטרס ציבורי ממשי. ניתן לכנות דרישה זו בשם מבחן האינטרס; [ב] אינטרס זה צריך להיות חשוב דיו כדי שיצדיק פגיעה בזכות יסוד מוגנת, וזאת בהתחשב במהותה של הזכות ובעומק הפגיעה בה. ... זהו מבחן הנחיצות. ... [ג] על החוק להלוך משטר חוקתי המגן על זכויות אדם. מדברים אנו במבחן הרגישות לזכות."

בג"ץ 466/07 ח"כ גלאון נ' היועץ המשפטי לממשלה, פסק דין מיום 11.1.2012, סעיף 22 לפסק דינו של השופט א' א' לוי, ההדגשות הוספו.

249. על מקומו של מבחן המשנה בדבר הרגישות לזכויות אדם במסגרת מבחן "התכלית הראויה", עמד גם הנשיא א' ברק:

"נראה לנו כי תכליתו של חוק הפוגע בזכויות אדם היא ראויה אם היא נועדה להגשים מטרת חברתית העולות בקנה אחד עם ערכיה של המדינה בכלל, והמגלות רגישות למקומן של זכויות האדם במערך החברתי הכולל."

בג"ץ 6427/02 התנועה לאיכות השלטון בישראל נ' הכנסת, פ"ד סא(1) 619, סעיף 52 לפסק דינו של הנשיא א' ברק.

250. אם כן, לא די בכך שהחוק מצהיר כי הוא מקדם אינטרס חברתי רצוי על מנת שייחשב כ"חוק שנועד לתכלית ראויה". חוק המקדם אינטרס חברתי כזה, אך אדיש לחלוטין לזכות יסוד, אינו חוק "שנועד לתכלית ראויה":

"יתרה הקורא: כיצד זה יכול חוק, שכל מהותו היא גריעה מן הזכות, לבטא רגישות לאותה זכות? התשובה על כך פשוטה. כדי שייחשב ראוי מבחינת מטרתו, על החוק הפוגע לגלות דעתו כי אין הוא מבקש לפגוע בזכות המוגנת באורח כה אנוש, עד כי הוא נעשה אדיש לחלוטין למשקלה ולחשיבות ההגנה עליה. חוק, שאינו מכיר כל ועיקר בחשיבותה של זכות היסוד הנפגעת, הוא חוק שתכליתו אינה ראויה. לא ניתן להולמו בגדרו של סדר חברתי ששיח הזכויות הוא מאושייתו. ... כדי לצלוח את מבחן הרגישות לזכות יש להראות, אפוא, כי החוק מותיר – ככל שהדבר ניתן – מרווח אמיתי לקיומה, ולו הגרעיני, של הזכות – רחב יותר או פחות, כעת או לעתיד לבוא, במגבלות כאלו או אחרות – ובלבד שקריאתו מובילה למסקנה כי אין הוא מתכחש לזכות זו. ... ראוי להטעים, כי אין ענין לנו כאן במאזן תועלות או בהיבטים אחרים של מידתיות, סוגיות שמקומן יכירן בשלב הבא של הביקורת החוקתית, ומתמקדות בכשרותו של האמצעי המשמש ביישום החוק, ביחס בינו לבין מטרת החוק וביחס בין זו לבין הערך המוגן (ראו גם ברק, מידתיות במשפט, בעמ' 297; 425). בשלב בדיקתה של התכלית, לאמצעי יש משקל מתוך שהוא עשוי ללמד על נאותותה של מטרת החוק."

עניין גלאון, סעיף 23 לפסק דינו של השופט א' א' לוי, ההדגשות הוספו

251. אם כן, ההנחה כי הרתעת כניסה ללא היתר לישראל היא אינטרס ציבורי רצוי אין בה די כדי שתיוקן מס' 3 יצלח את מבחן "התכלית הראויה". החוק, כפי שכבר הראינו, פוגע בגרעין הזכות לחירות, במידה כה אנושה עד שלא ניתן לומר עוד כי הוא מגלה ולו רגישות מינימאלית לזכות יסוד זו. הכלל הגורף שנקבע בו, משמעו כי רוב מי שנכנסו לישראל ללא היתר יוחזקו במעצר מינהלי פרק זמן של

שלוש שנים **לפחות**. משמעו, כי רוב הנכנסים לישראל, אזרחי אריתריאה שמדינת ישראל הכירה בכך שאין לגרשם בשל הסכנה הנשקפת להם במדינת מוצאם, ייכלאו ללא משפט לפרק זמן של שלוש שנים לפחות. משמעו, כי גם במקרים בהם לא מתקיימים הליכי גירוש משום שלא ניתן לקיימם, תישלל חירותם של אנשים, לא על מנת להטיל עליהם סנקציה פלילית ואף לא על מנת להוציא לפועל את גירושם (שכן לא מתקיים כלל הליך גירוש), אלא כדי להרתיע אחרים. הוא קובע כלל של מעצר ללא הבחנה של מבוגרים, ילדים ופעוטות לתקופה של שלוש שנים לפחות, כמו בעניינם של העותרים 1-5.

252. תיקון מס' 3 מגלה אדישות מוחלטת לזכות לחירות. הוא קובע, אמנם, מספר חריגים מצומצמים להחזקה במעצר, אולם הכלל החל כמעט על כל מי שנכלאו מכוחו הוא זהה – אם לא ניתן לגרשם, ייכלאו במהלך שלוש שנים לפחות.

253. ההסדרים הגורפים של תיקון מס' 3 פוגעים בזכות לחירות פגיעה אנושה, ולמעשה מאיינים לחלוטין את זכות זו. בפועל, הם אינם מאפשרים שחרור ממעצר אלא במקרים נדירים. החוק, על פי מטרות המוצהרות, בא להיות חוק גורף. הוא אינו מביא בחשבון כלל ועיקר את הזכות החוקתית לחירות, ועל כן, כבר בשלב זה ועוד בטרם הגענו לשאלת המידתיות, לא ניתן לומר כי הוא "חוק שנועד לתכלית ראויה".

254. יש להוסיף כי הרתעה אינה יכולה לשמש "תכלית ראויה" למעצר מינהלי. הרתעה, כידוע, היא אחת מתכליות הענישה במשפט הפלילי (לצד גמול ושיקום). ברגע שנקבע כי התכלית היא הרתעתית, הדבר שקול לענישה. באופן זה, החוק מאפשר ייתור של המשפט הפלילי ושל ההגנות הנגזרות ממנו, אשר אינן מתקיימות בהליך של מעצר מינהלי כמו זה שבחוק למניעת הסתננות.

255. מובן, למשל, שהעובדה שהרתעת רוצחים או אנסים (וזאת מבלי להשוות את חומרתן של עבירות אלה לאקט של כניסה ללא היתר לישראל) היא אינטרס ציבורי רצוי, אינה יכולה להצדיק חקיקה שתאפשר מעצר מינהלי בלתי מוגבל בזמן של רוצחים ואנסים. חקיקה כזו, כמו תיקון מס' 3 לחוק למניעת הסתננות, הייתה בלתי חוקתית אף היא, בין השאר, בשל אי עמידה במבחן "התכלית הראויה". זאת, לא משום שמטרתה אינה קידום אינטרס חברתי רצוי, אלא משום שהיא אינה מגלה את הרגישות לזכויות אדם, הנדרשת על מנת שחקיקה תצלח את מבחן "התכלית הראויה".

256. כך גם לעניין מעצר מינהלי ללא כל אפשרות שחרור של מי שכל חטאם הוא שמדינת מוצאם היא מדינה שבה מתקיימת פעילות עוינת לישראל. האינטרס של שמירה על ביטחון המדינה, אף בהיותו אינטרס ראשון במעלה, אינו יכול לשמש בסיס למעצר מינהלי אלא על רקע בסיס אינדיבידואלי. ברגע שהוא משמש בסיס למעצר מינהלי על בסיס קבוצתי, הרי שהוא אינו עומד עוד במבחן הרגישות לזכויות אדם.

2.X. חוסר מידתיות

257. אף אם ייקבע שתיקון מס' 3 נועד לתכלית ראויה, הרי שהוא אינו צולח את מבחני המידתיות.

258. בענייננו יש לזכור, כי החוק נוקט באמצעי חריף ביותר של שלילת חירות, ופוגע בזכות זו בעוצמה שספק אם יש כדוגמתה בדן הישראלי. יש לזכור כי "בהחילנו את עילת המידתיות נזכור עוד זאת, כי כעוצמת הזכות הנפגעת או כעוצמתה הפגיעה בזכות כן תהא עוצמת הקפדתנו עם הרשות בעילת המידתיות" (בג"ץ 2355/98 **סטמקה נ' שר הפנים**, פ"ד נג(2) 728, סעיף 52 לפסק הדין).

259. דרישת המידתיות בבחינת חוקתיותו של דבר חקיקה מורכבת משלושה מבחני משנה: מבחן הקשר הרציונלי, מבחן האמצעי שפגיעתו פחותה ומבחן המידתיות במובן הצר (ראו, למשל: בג"ץ 2605/05 **המרכז האקדמי למשפט ולעסקים נ' שר האוצר**, פסק דין מיום 19.11.2009, סעיף 47 לפסק הדין).

260. **מבחן המשנה הראשון – מבחן הקשר הרציונלי – אינו מתקיים כאשר התועלת שתושג מן האמצעי הפוגע בזכויות אדם היא ספקולטיבית.**

261. ככל שהפגיעה בזכות היסוד קשה יותר, כך על הקשר הרציונלי בין האמצעי למטרה להיות הדוק יותר, ובמקרים בהם מדובר בזכות כבדת משקל במיוחד, נדרשת "ודאות קרובה", לכל הפחות, להגשמת התכלית העומדת בבסיס החוק. כך, למשל, נפסק **בפרשת לשכת מנהלי ההשקעות** כי:

"באשר למבחן בדבר התאמת האמצעי לתכלית, מידת הוודאות שתידרש להתאמת האמצעי וליעילותו מושפעת ממידת החשיבות של הזכות והטעמים שביסודה. **כשמדובר בזכות כבדת משקל, עשויה להידרש 'ודאות קרובה', ואולי אף כמעט מוחלטת, לכך שהאמצעי הפוגע בה יגשים ביעילות ובאופן מושלם את תכליתו.** לעומת זאת, כשמדובר בזכות קלת משקל יותר, ייתכן כי ניתן יהיה להסתפק ב'אפשרות סבירה' לקידומה של התכלית." בג"ץ 1715/97 **לשכת מנהלי ההשקעות נ' שר האוצר**, פ"ד נא(4) 367, 423.

262. בענייננו, בו מדובר בפגיעה אנושה בזכות לחירות, נדרש קשר הדוק בין האמצעי לבין המטרה על מנת לקיים את מבחן המשנה הראשון, ונדרשת הסתברות גבוהה במיוחד שהאמצעי יגשים את המטרה.

263. לכך יש להוסיף, כי "נטל ההוכחה מוטל על הטוען לקיומו של קשר רציונלי" (א' ברק, **מידתיות במשפט** (2010), עמ' 383) וכי במסגרת בחינתו החוקתית של חוק, לאחר שנמצא כי הוא פוגע בזכות יסוד חוקתית, "על המדינה יוטל לשכנע כי הפגיעה היא לתכלית ראויה, וכן שהאמצעי אשר נבחר מתאים להשגת התכלית" (ע"א 6821/93 **בנק המזרחי המאוחד בע"מ נ' מגדל כפר שיתופי**, פ"ד מט(4) 221, 578).

264. ואולם, המשיבים לא רק שלא עמדו בנטל זה, אלא שבמסגרת הליכי החקיקה הודו בפה מלא, כי הקשר הרציונלי בין כליאה לפי הוראות החוק להרתעת מבקשי מקלט הוא ספקולטיבי בלבד. כך, ביום 25.7.2011, בדיון ועדת הפנים והגנת הסביבה של הכנסת בהכנתה של הצעת החוק לקריאה שנייה ושלישית, היועץ המשפטי למערכת הביטחון, הציג את הצעת החוק ומסר כי:

"היא אמורה להיות ניסוי. יכול להיות שיתברר לנו שזה לא כלי מספיק טוב, ואז אולי אין טעם לקיים אותו."
שם, עמ' 4.

265. דברים אלה מבהירים, כי גם המשיבים אינם יודעים האם קיים קשר רציונלי בין מעצרים המינהלי של מי שנכנסו לישראל ללא היתר לבין התוצאה לה הם מקווים – הרתעה. הקשר הרציונלי הוא ספקולטיבי בלבד.
266. יש לציין, כי בחודשים האחרונים פחת משמעותית מספר הנכנסים לישראל ללא היתר דרך גבול ישראל-מצרים, אולם ספק אם די בכך כדי להצביע על קשר רציונלי ברמת ההסתברות הנדרשת לפגיעה כה אנושה בזכות לחירות. התפתחות כרונולוגית אינה בהכרח שוות ערך לסיבתיות. הירידה במספר הנכנסים לישראל נובעת מטעמים שונים, ולא ניתן להצביע דווקא על קשר לחוק למניעת הסתננות או תרומה כלשהי של חוק זה.
267. בחודשים האחרונים נמנעת כניסתם של מבקשי מקלט המגיעים לגבול מצרים-ישראל באמצעות גדר הגבול החדשה, כשהמדינה מסרבת לאפשר כניסה גם של מי שהגיעו אל הגדר ומבקשים להיכנס לשטחה כדי לבקש מקלט (ראו: בג"ץ 6582/12 עמותת "אנו פליטים נ' שר הביטחון, פסק דין מיום 9.9.2012). זהו אחד הטעמים לירידה במספר הנכנסים לישראל.
268. כמו כן, נובעת הירידה במספר הנכנסים לישראל דרך גבולה הדרומי משינויים גיאוגרפיים-פוליטיים, שלהם השלכה משמעותית יותר מחקיקתה הפנימית של מדינת ישראל והפרקטיקות שהיא נוקטת כלפי מבקשי מקלט. כידוע, בחודשים האחרונים גדלה משמעותית כמות כוחות הצבא המצרי הפועלים בחצי האי סיני. למיטב ידיעתנו, מספרם של אנשי כוחות הבטחון המצרים הנמצאים בסיני מאז חודש יוני 2012 הוא הגבוה ביותר שהיה בחצי האי מאז 1967, ואלו מקשים על מבריחים, אשר עד לחודשים האחרונים פעלו בחופשיות בסיני.
269. בנוסף, אחת הסיבות המשוערות לגידול בשנים האחרונות במספר מבקשי המקלט הנכנסים לישראל היא חסימת נתיבי הכניסה לאירופה בשל הסכם החזרה שנחתם לפני שנים אחדות בין לוב לאיטליה, ולפיו מבקשי מקלט שנתפסו בים בדרכם לאיטליה יוחזרו ללוב. חסימת נתיב זה הביאה לכך שמבקשי מקלט רבים חיפשו מקום אחר להגיע אליו, ובין השאר גדל מספר הנכנסים לישראל. לפני מספר חודשים קבע בית הדין האירופי לזכויות אדם, כי הסכם החזרה בין לוב לאיטליה עומד בסתירה לעקרון ה-*non-refoulement*, וקבע כי איטליה אינה רשאית להחזיר מהגרים למדינה זו (*Hirsi v. Italy*, application no. 27765/09, 23 February 2012). פסילתו של ההסכם הביאה לפתיחה מחדש של נתיב הברחה מרכזי זה, ואף לה יש השפעה משמעותית על מספר הנכנסים לישראל.
270. מלכתחילה, כפי שעולה מדברי היועץ המשפטי של משרד הביטחון, חוקק תיקון מס' 3 מבלי שהיה בידי המשיבים לעמוד בנטל להראות קיומו של קשר רציונלי בין מעצר מינהלי ממושך להרתעה מפני כניסה לישראל, וגם היום אין בידם להצביע ברמת ההסתברות הנדרשת על קיומו של קשר רציונלי כזה.
271. כך גם לעניין מעצרים של מי שניתנה חוות דעת כללית לגבי פעילות עוינת באזור מגוריהם וללא צורך במסוכנות אינדיבידואלית – גם בעניינם לא מקיימים המעצר המינהלי והפקעת סמכות השחרור מידי משרד הפנים ובית הדין את מבחן הקשר הרציונאלי לתכלית של הרתעה או לתכלית ביטחונית, כפי שהוסבר לעיל.

272. מבחן המשנה השני – מבחן האמצעי שפגיעתו פחותה – אינו מתקיים, שעה שהמשיבים נוקטים באמצעים נוספים לצמצום תופעת כניסתם של מבקשי מקלט.

273. המשיבים נוקטים שורה של צעדים לצמצום מספר מבקשי המקלט הנכנסים לישראל. מכשול המגביל כניסת מבקשי מקלט נבנה על הגבול. הקמת מנגנון חדש לבדיקת בקשות מקלט מביא ל"זירוז הליך הטיפול בבקשות האינדיבידואליות" (בג"ץ 6312/10 קו לעובד נ' הממשלה, פסק דין מיום 16.1.2011) באופן שמונע שהייה ממושכת בישראל של מי שבקשתו למקלט נבדקה ונדחתה, וזאת אם אין מניעה אחרת להרחקתו מישראל.

274. פעולות שונות ננקטות על ידי המשיבים להתמודדות עם תופעת הכניסה ללא היתר לישראל. חלקן לגיטימיות בעיני העותרים וחלקן אינן לגיטימיות, אולם לא ניתן להתכחש לכך שאף אחת מהן אינה פוגענית כמו מעצרים המינהלי של מבקשי מקלט לפרק זמן של שלוש שנים לפחות.

275. עוד יש לזכור, כי שיטתנו המשפטית מעדיפה תמיד מעצר או מאסר פלילי על פני מעצר מינהלי, ורואה בו אמצעי שפגיעתו בזכויות היסוד של העצור פחותה. בנסיבות בהן ניתן להעמיד לדין פלילי, שנה בית משפט זה בהקשר הביטחוני, כלל אין מקום לנקיטה באמצעי דרסטי של מעצר מינהלי:

"אמצעי חריג זה, של מעצר מינהלי, מוצדק רק כאשר אמצעים 'רגילים', של פתיחת הליך פלילי, או אמצעים אחרים שפגיעתם פחותה, אינם נותנים מענה מספיק לחשש לביטחון המדינה ולביטחון הציבור."
עמ"מ 4794/05 אופן נ' שר הביטחון, פסק דין מיום 12.6.2005, סעיף 18.

ראו גם: עמ"מ 8788/03 פדרמן נ' שר הביטחון, פ"ד נח(1) 176, סעיף 16 לפסק הדין.

276. יודגש, כי העותרים אינם סבורים שיש מקום לשלילת חירותם של פליטים, מבקשי מקלט ואחרים שאין אפשרות להרחיקם מישראל למטרת הרתעה, ואף סבורים כי במקרים רבים עשויות לעלות טענות הגנה טובות בהליכים פליליים בעניין זה. ואולם, ככל שהמשיבים מבקשים להגשים את תכלית ההרתעה באמצעות שלילת חירות, הרי שהדרך לעשות זאת היא לנסות להעמיד לדין פלילי את מי שנכנסים לישראל ללא היתר.

277. כפי שהוסבר בשעה שנדונה שאלת "התכלית הראויה", ישנן עבירות חמורות, שיש אינטרס חברתי דחוף למגר אותן, בהן אונס, רצח, סחר בבני אדם ועוד. יחד עם זאת, בהינתן אפשרות ההעמדה לדין פלילי, איש לא היה מעלה על דעתו לעגן בחוק מעצר מינהלי של עבריינים כאלה לצורך הרתעת הרבים.

278. כאמור, הרתעה היא אחת התכליות המקובלות (אם גם שנויות במחלוקת) של ענישה פלילית. לו מדובר היה במעצר מינהלי קצר מועד לצורך הגשמת תכלית ההרחקה מישראל (כפי שמתחייב מן הפסיקה בישראל, וראו עניין בן ישראל, עניין אל-טאיי ועניין סעידי הנ"ל), הרי שהפסיקה הכירה באפשרות לקיומו של מעצר מינהלי כזה. ואולם שעה שמדובר בכליאה שמטרתה היא הרתעתית ובלתי מוגבלת בזמן, לא ניתן עוד לעשות שימוש בכלי המעצר המינהלי.

279. באשר למעצרים של מי שניתנה חוות דעת כללית לגבי פעילות עוינת באזור מגוריהם וללא צורך במסוכנות אינדיבידואלית, הרי שגם כאן קיים אמצעי חלופי שפגיעתו פחותה, והוא צמצום הסמכות למקרים בהם נשקפת סכנה אינדיבידואלית.

280. נוכח קיומם של אמצעים שפגיעתם פחותה, תיקון מס' 3 אף אינו מקיים את מבחן המשנה השני של עקרון המידתיות.

281. **מבחן המשנה השלישי – מבחן המידתיות במובן הצר – אינו מתקיים נוכח מהות הזכות הנפגעת ועוצמת הפגיעה בהשוואה להסתברות הספקולטיבית של השגת התכלית.**

282. מבחן המידתיות במובן הצר "בוחן את היחס הראוי בין התועלת הצומחת מהשגת התכליות הראויה לבין הפגיעה בזכות החוקתית" (בג"ץ 7052/03 **עדאלה נ' שר הפנים**, פ"ד סא(2) 202, סעיף 74 לפסק דינו של הנשיא א' ברק) ועניינו "בתועלת הצומחת מן המדיניות לעומת הנזק שהיא מביאה בעקבותיה" (בג"ץ 2355/98 **סטמקה נ' שר הפנים**, פ"ד נג(2) 728, סעיף 60 לפסק הדין).

283. יש לזכור, כי אף אם המשיבים רואים בהרתעת כניסה ללא היתר אינטרס חיוני והכרחי, הרי שהשאלה הנבחנת במסגרת מבחן משנה זה אינה עוסקת בשאלת משקלו הכללי של האינטרס למנוע כניסה ללא היתר אל מול הנזק לזכות לחירות. אל מול הפגיעה בזכות לחירות יש לשקול במסגרת מבחן זה את "התועלת השולית" של החוק להגשמת תכלית הרתעה:

"השאלה הניצבת לפנינו לעניין האיזון אינה בהשוואת המטרה החברתית הכללית (ביטחון, שלום ציבור, הגנה על הקניין) מזה וזכות האדם החוקתית (שוויון, חופש ביטוי) מזה. השאלה שבפנינו מצומצמת בהרבה. היא מתייחסת להשוואה בין מצב המטרה הראויה לפני חקיקת החוק ולאחריו. על כן ניתן לומר כי ההשוואה נעשית בין משקלה את התוספת השולית של המטרה הראויה לבין משקלה של התוספת השולית לפגיעה בזכות החוקתית."

א' ברק, **מידתיות במשפט** (2010), עמ' 433.

284. בדוננו בשאלת הקשר הרציונלי, כבר עמדנו על כך שתועלת האמצעי של מעצר מינהלי ביחס למטרה של הרתעת מפני כניסה ללא היתר לישראל היא ספקולטיבית (ראו סעיפים 263-270 הנ"ל). לפיכך, גם התוספת השולית לתכלית ההרתעתית היא ספקולטיבית, במקרה הטוב. בעניין **סטמקה** הנ"ל נפסק, כי כאשר "התועלת היא ספקולטיבית ובלתי מוכחת" (**שם**, סעיף 60 לפסק הדין), האמצעי השלטוני אינו מקיים את מבחן המידתיות במובן הצר.

285. אל מול התועלת השולית למטרה ההרתעתית יש להציב את הפגיעה בזכות היסוד החוקתית. הנתונים שיש להביא בחשבון בעניין זה הם **מהותה וחשיבותה** של הזכות הנפגעת; **עוצמתה** של הפגיעה בזכות; ו**ההסתברות** לפגיעה בזכות (א' ברק, **מידתיות במשפט** (2010), עמ' 441-445).

286. שלושת הפרמטרים האמורים מבהירים, כי תיקון מס' 3 אינו צולח את מבחן המידתיות במובן הצר. אל מול התועלת הספקולטיבית והבלתי ניתנת להערכה של השגת תכלית החוק, עומדת פגיעה באחת מזכויות היסוד החשובות ביותר (הזכות לחירות). **עוצמתה** של הפגיעה בזכות היא החזקה ביותר שניתן

להעלות על הדעת (מעצר מינהלי לפרק זמן בלתי מוגבל למשך שלוש שנים לפחות, בהעדר נסיבות חריגות). וההסתברות לפגיעה בזכות היא ודאית. מהות הזכות ועצמת הפגיעה של מעצר מינהלי בלתי מוגבל בזמן מסוג זה, מביאים לכך שהאמצעי מוביל ללא פחות מ"המאסת החיים", כפי שהיטיב לבטא המשיב 2.

287. נוכח האמור, תיקון מס' 3 אינו צולח אף את מבחן המידתיות במובן הצר.

XI. הסעד החוקתי

1.XI. בטלות תיקון מס' 3 בכללותו

288. תיקון מס' 3 לחוק למניעת הסתננות קובע הסדר חקיקתי כולל, שבו היחס בין האמצעי למטרה הוא פסול מיסודו ובלתי חוקתי. הוא עושה שימוש בכלי של מעצר מינהלי לאורך זמן של מי שלא ניתן להרחיקם מישראל על מנת להרתיע אחרים. זהו ההיגיון העומד מאחורי כל אחת ואחת מהוראותיו, והיגיון זה הופך את ההסדר בכללותו להסדר בלתי חוקתי.

289. בנסיבות אלה, סבורים העותרים, כי אין מקום שבית משפט זה יעשה שימוש בסמכותו לבטל חלקים מחוק זה. הפגמים החוקתיים בחוק הם מקיפים ועמוקים במידה שבה הוראות החוק בכללותו אינן יכולות לצלוח ביקורת שיפוטית. לפיכך, הסעד המתבקש הוא הצהרה על בטלות תיקון מס' 3 בכללותו:

"תיקון 28 יוצר הסדר שלם בנוגע להפרטתו של בית סוהר אחד שינוהל ויופעל על ידי תאגיד פרטי. ... **אכן, לא כל הוראותיו של תיקון 28 נוגעות במישרין להפעלת סמכויות פוגעניות כלפי האסירים בבית הסוהר בניהול פרטי; ומשכך מתעוררת, לכאורה, השאלה האם יש מקום להכריז על בטלותו של תיקון 28 בכללותו. איננו רואים מנוס מתוצאה זו. זאת, משום שההסדר שנקבע בתיקון 28 הוא הסדר מקיף על-פי מבנהו ותוכנו, שהקניית הסמכויות הקשורות להפעלת כוח כלפי האסירים היא חלק בלתי נפרד ממנו; ובנסיבות אלה אילו היינו מבטלים אך את ההוראות הנוגעות להקניית הסמכויות הפוגעניות לא היה קיום עצמאי להוראות הנותרות ותכליתו של תיקון 28 לא הייתה מוגשמת.**"

בג"ץ 2605/05 המרכז האקדמי למשפט ולעסקים נ' שר האוצר, פסק דין מיום 19.11.2009, סעיף 65 לפסק דינה של הנשיאה ד' ביניש.

290. יש לציין, כי הצהרה על בטלות תיקון מס' 3 בכללותו לא תביא ליצירת חלל נורמטיבי. עד לפני כארבעה חודשים חלשו על מעצרים של מבקשי מקלט הוראות ההרחקה והמשמורת שבחוק הכניסה לישראל, התשי"ב-1952. אין כל מניעה להוסיף להחיל את הוראות חוק הכניסה לישראל על אוכלוסיית מבקשי המקלט. בטלות החוק תאפשר לשוב ולעשות שימוש בהוראות חוק הכניסה לישראל, המאפשרות מעצר וגירוש של שוהים ללא היתר, אך אינן מאפשרות מעצר בלתי מוגבל בזמן של מי שאין מתקיים הליך הרחקה בעניינו.

291. בנסיבות אלה, בהן קיים הסדר חקיקתי מלא אלטרנטיבי בו נעשה שימוש עד כה, אף לא נדרשת השעיית בטלותו של תיקון מס' 3.

2.XI. לחלופין - סעד חוקתי של בטלות באמצעות "העברת עפרון כחול" ו"קריאה לתוך

ההסדר" (reading in)

292. לחלופין, וככל שיסבור בית המשפט הנכבד, כי אין מקום לפסול את תיקון מס' 3 בכללותו, הסעד החוקתי הרלוונטי משלב בין "העברת עפרון כחול" על מנת לבדוד את הוראות החוק שאינן חוקתיות, ו"קריאה לתוך ההסדר" (reading in) או "שחזור הטקסט" (reconstruction) על מנת שהחוק יעמוד באמות מידה חוקתיות מינימאליות.

על השימוש בסעד ה"קריאה לתוך ההסדר" במסגרת ביקורת שיפוטית על חוקתיות הוראות חקיקה ראשית ראו בהרחבה: בג"ץ 8300/02 נסר נ' ממשלת ישראל, פסק דין מיום 22.5.2012, סעיפים 57-59 לפסק דינה של הנשיאה ד' ביניש.

293. בכל הנוגע לשלוש עילות השחרור הקבועות בסעיפים 30א(ג)(1), (2) ו-(3) – שחרור מי שהגיש בקשה להסדרת מעמדו בתוך 3 חודשים אם טרם החל הטיפול בבקשה; שחרור מי שהגיש בקשה להסדרת מעמדו בתוך 9 חודשים אם טרם התקבלה החלטה; ושחרור מי שלא ניתן לגרשו לאחר שחלף פרק זמן מינימאלי של 3 שנים – הרי שבטלות סעיפים אלה, מבלי שיתלווה לכך סעד חוקתי של "קריאה לתוך ההסדר", תשאיר את ההסדר חסר ולא תגשים את העיקרון החוקתי המצדיק פסילתם של סעיפים אלה. נוכח העובדה שאי חוקתיות סעיפים אלה נובעת מכך שהם מאפשרים את מעצרו המינהלי של מי שלא מתקיימים הליכי גירוש בעניינו, הרי שבטלותם מחייבת קריאה לתוך הטקסט של התנאי לפיו עצור, שלא מתקיימים בעניינו הליכי הרחקה אפקטיביים בעניינו, ישוחרר. זאת בדומה לכלל הקבוע בחוק הכניסה לישראל ובפסיקה בעניינו.

294. בסעיף 30א(ב), נוכח העובדה שהגבלת סמכות השחרור ל"מקרים חריגים" פוגעת שלא לתכלית ראויה ובאופן בלתי מידתי בזכות היסוד החוקתית לחירות, יש ליתן סעד של קריאת הטקסט ללא הגבלת סמכות השחרור ל"מקרים חריגים".

295. בסעיף 30א(ב)(1), נוכח העובדה שהגבלת סמכות השחרור במקרים בהם "בשל גילו או מצב בריאותו של המסתנן, החזקתו במשמורת עלולה לגרום נזק לבריאותו" רק לאותם מקרים, אשר בהם "אין דרך אחרת למנוע את הנזק", פוגעת שלא לתכלית ראויה ובאופן בלתי מידתי בזכות היסוד החוקתית לחירות, יש ליתן סעד של קריאת הטקסט ללא הגבלת סמכות השחרור למקרים בהם "אין דרך אחרת למנוע את הנזק האמור".

296. בסעיף 30א(ב)(3), נוכח העובדה שהגבלת סמכות שחרורם של קטינים רק לאותם מקרים בהם מדובר בקטינים לא מלווים פוגעת שלא לתכלית ראויה ובאופן בלתי מידתי בזכות היסוד החוקתית לחירות, יש ליתן סעד של קריאת הטקסט ללא הגבלת סמכות השחרור של קטינים למקרים בהם הקטין "אינו מלווה על ידי בן משפחה או אפוטרופוס".

297. נוכח העובדה שמעצרו של אדם רק על בסיס חוות דעת, לפיה "במדינת מושבו או באזור מגוריו של המסתנן מתבצעת פעילות העלולה לסכן את ביטחון מדינת ישראל או אזרחיה" וללא דרישה למסוכנות

אינדיבידואלית פוגעת שלא לתכלית ראויה ובאופן בלתי מידתי בזכות היסוד החוקתית לחירות, ונוכח העובדה שהמשך מעצרו של אדם שנשקף ממנו סיכון אינדיבידואלי לביטחון המדינה או שלום הציבור מוסדר בסעיף 30א(ד)(2) ממילא, יש להכריז על בטלות **סעיף 30א(ד)(3)**.

298. **בסעיף 30א(א)**, נוכח הפגיעה הבלתי חוקתית בזכות לחירות הנובעת מהחזקת אדם במעצר במשך "שבעה ימי עבודה" ללא שימוע, יש ליתן סעד של קריאה לתוך ההסדר, לפיה יש לקיים שימוע בתוך בתוך 24 שעות מתחילת החזקתו במעצר (בהתאם לסטנדרט הקבוע בחוק הכניסה לישראל).

299. נוכח הפגיעה הבלתי חוקתית בזכות לחירות, הנובעת מהחזקתו של אדם במשך 14 ימים ללא קיום ביקורת מעין-שיפוטית, יש לקבוע כי **סעיף 30ה(1)(א)** בטל. בטלותו של סעיף זה, משמעה כי בהתאם לרישא של סעיף 30 יחולו הוראות חוק הכניסה לישראל, והעצור יובא בפני בית הדין בתוך 96 שעות ממועד מעצרו.

300. **בסעיף 30א(א)**, נוכח הפגיעה הבלתי חוקתית בזכות לחירות הנובעת מהחזקת אדם במעצר מינהלי תוך קיום ביקורת מעין-שיפוטית תקופתית אחת ל-60 ימים, יש ליתן סעד של קריאה לתוך ההסדר, לפיה יש לקיים ביקורת תקופתית אחת ל-30 ימים לכל היותר (בהתאם לסטנדרט שבחוק הכניסה לישראל).

301. כאמור לעיל, עמדת העותרים היא כי את תיקון מס' 3 יש לראות כמקשה אחת, ועל כן היות רבים מסעיפיו נגועים בוורוס אי החוקתיות מצדיקה הכרזה על בטלותו של התיקון כולו. אולם ככל שבית המשפט יסבור אחרת, סבורים העותרים כי אין מנוס מפסילתם של הסעיפים הנגועים בוורוס זה, במלואם או בחלקם כמפורט לעיל, וקריאה אל תוך הטקסט על מנת שהתיקון יעמוד בסטנדרטים החוקתיים המינימאליים.

סיכום

הוראות תיקון מס' 3 אינן עומדות בסטנדרטים חוקתיים מינימאליים, ועל כן דינו של התיקון להתבטל. הוראות החוק מעקרות מתוכן את הזכות לחירות ושוללות אותה שלילה מוחלטת, ולמצער פוגעות בה באופן שאינו עומד בתנאי פסקת ההגבלה. הן הופכות מבקשי מקלט, כמו גם אחרים שאין אפשרות מעשית או משפטית לגרשם, לאמצעים להרתעתם של אחרים. לשם כך הוראות החוק מפשיטות את מי שמכונה בחוק "מסתנן" מכל ההגנות המשפטיות המוכרות במשפט החוקתי, המינהלי והפלילי. הן יוצרות מתחמים משפטיים ופיזיים, בהם מושעים כל העקרונות המקובלים של שלטון החוק.

תיקון מס' 3 יוצר יצור שאינו מוכר, לא בדין הישראלי ולא בדין הבינלאומי והמשווה – מעצר מינהלי מכוח צו גירוש שתכליתו אינה גירוש אלא הרתעה. המאנטרה עליה חוזרים נציגי המשיבים שוב ושוב היא כי ישראל נמצאת במצב ייחודי בהשוואה ליתר מדינות העולם, ועל כן עליה לסטות מן הסטנדרטים המקובלים. המאנטרה עליה חוזרים נציגי המשיבים שוב ושוב היא כי "ישראל היא המדינה המערבית היחידה בעלת גבול יבשתי עם אפריקה".

אכן, אין לזלזל בקשיים שעמם מתמודדת ישראל נוכח מיקומה הגיאוגרפי. אולם החרגה שלה ביחס למדינות העולם המערבי היא הגזמה פרועה. ארה"ב מתמודדת עם הגירה לא מתועדת לאורך גבול של אלפי קילומטרים עם מקסיקו, דרכו מגיעים מהגרים כלכליים ופליטים מאמריקה הלטינית ומאזורים אחרים בעולם. מדינות אירופה, לאחר שהוסרו הגבלות התנועה בין החתומות על אמנת שנגן, מתמודדות עם מיליוני מהגרים כלכליים ופליטים – הן ממדינות המפרץ, המזרח התיכון והמזרח הרחוק, הנכנסים דרך הגבול היבשתי הארוך של המדינות הממוקמות במזרח האיחוד האירופי, והן ממדינות אפריקה, הנכנסים דרך גבולן הימי של יוון, איטליה וספרד עם מדינות אפריקה. מדינות כמו אוסטרליה מתמודדות עם מהגרים כלכליים ופליטים רבים המגיעים אליהן בדרך הים.

מדינת ישראל אינה ייחודית מבחינת התמודדותה עם תופעת הכניסה לשטחה ללא היתר. אף על פי כן, ולמרות מגמות ההקשחה ברחבי העולם, מצליחות מדינות העולם המערבי לשמור על סטנדרטים מינימאליים ביחס למעצר מי שנכנסו לשטחן ללא היתר, וכפי שהראינו, כאשר הן סוטות מסטנדרטים אלה, בתי המשפט אינם מהססים לפסול פרקטיקות פוגעניות יתר על המידה, ובמיוחד כשבמעצר עסקינן. חרף הקשיים העצומים עמם מתמודדות רבות ממדינות העולם המערבי, מדינות אלה אינן מאמצות מדיניות של מעצר מינהלי למשך שנים לשם הרתעה. כפי שראינו, מדינות המערב ובתי המשפט בהן דבקים בעקרון, לפיו מעצר מינהלי מכוח צו גירוש מטרתו היא אחת ויחידה – מימוש הגירוש – ובהעדר הליך גירוש, אין מעצר מינהלי. לצורך בלימה והרתעה, בכך הן מכירות, יש לאמץ אמצעים אחרים.

נוכח כל האמור, יתבקש בית המשפט הנכבד להורות כמבוקש בראש עתירה זו.

4 באוקטובר 2012.

ענת בן דור, עו"ד

יונתן ברמן, עו"ד

אסף וייצן, עו"ד

עודד פלר, עו"ד

באי כוח העותרים