

העותרים:

1. ט. נ., מבקש מקלט מאריתריאה, מס' אסיר 14****
2. א. א. א., מבקש מקלט מסודן, מס' אסיר 14****
3. המוקד לפליטים ולמהגרים
4. האגודה לזכויות האזרח בישראל
5. א.ס.ף. - ארגון סיוע לפליטים ומבקשי מקלט בישראל
6. קו לעובד
7. רופאים לזכויות אדם - ישראל
8. המרכז לקידום פליטים אפריקאים

כולם ע"י עו"ד עודד פלר ו/או יונתן ברמן
מהאגודה לזכויות האזרח בישראל
וכן ע"י עו"ד ענת בן-דור ו/או אלעד כהנא
מהתכנית לזכויות פליטים, הפקולטה למשפטים, אוניברסיטת תל-אביב
וכן ע"י עו"ד אסף וייצן ו/או רחל פרידמן
מהמוקד לפליטים ולמהגרים
וכן ע"י עו"ד אסנת כהן ליפשיץ
מהקליניקה לזכויות מהגרים, החטיבה לזכויות אדם, המרכז האקדמי למשפט
ולעסקים

שכתובתם להמצאת כתבי בי-דין הינה:

האגודה לזכויות האזרח בישראל
רח' נחלת בנימין 75, תל אביב
טל': 03-5608185; טל' נייד: 052-2547163; פקס: 03-5608165
דוא"ל: oded@acri.org.il

נ ג ד

המשיבים:

1. הכנסת

ע"י הייעוץ המשפטי
הכנסת, ירושלים

2. שר הפנים

3. שר הביטחון

4. השר לביטחון פנים

5. היועץ המשפטי לממשלה

ע"י פרקליטות המדינה
משרד המשפטים, ירושלים

עתירה למתן צו על תנאי

"המצב בחולות קשה מאוד. זה כלא. אין פה שום דבר. [...] אנחנו אוכלים אורז ישן וביצים. אם אנחנו לא רוצים, מסלקים אותנו בקלות. מתנהגים אלינו לא יפה. למשל, אומרים לנו 'לך מפה יא חתיכת שחור', 'לך לאפריקה'. אם המצב בארץ שלי לא היה כל כך קשה ולא הייתי מפחד שיהרגו אותי, בחיים לא הייתי נשאר פה. בן אדם לא צריך להיות בכלא." (עבדאללה קהטיר, בן 22, מבקש מקלט מחבל דארפור שבסודן, מוחזק ב"חולות". תצהירו מצורף לעתירה)

מוגשת בזאת עתירה למתן צו על תנאי, המורה למשיבים לבוא וליתן טעם כדלקמן :

1. מדוע לא יבוטל סעיף 30 לחוק למניעת הסתננות (עבירות ושיפוט), התשי"ד-1954, כפי שתוקן בחוק למניעת הסתננות ולהבטחת יציאתם של מסתננים מישראל (תיקוני חקיקה והוראת שעה), התשע"ה-2014 ;

2. מדוע לא יבוטל פרק ד' לחוק למניעת הסתננות (עבירות ושיפוט), התשי"ד-1954, ובהתאמה מדוע לא יבוטלו גם סעיפים 30א(יא) ו-30ד(ד) לחוק האמור, כפי שתוקנו בחוק למניעת הסתננות ולהבטחת יציאתם של מסתננים מישראל (תיקוני חקיקה והוראת שעה), התשע"ה-2014.

החוק למניעת הסתננות ולהבטחת יציאתם של מסתננים מישראל (תיקוני חקיקה והוראת שעה), התשע"ה-2014 (ס"ח 2483, בעמ' 84) פורסם ביום 17.12.2014 : <http://bit.ly/1wFVzvm>

עם עתירה זו מוגשת, בנפרד, בקשה לצו ביניים, וזאת בשל היקפה.

תוכן העניינים

4	א. מבוא ובקשה להדין וחוק
7	ב. בשוליה מבוא: על "הדיאלוג" החוקתי
	ג. הרקע לעתירה 11
11	(1) על העותרים 1 ו-2
16	(2) על תיקון מס' 3 ועל פסקה הדין בענין אדם
25	(3) על תיקון מס' 4 ועל פסקה הדין בענין איתן
37	(4) על החוק מושאה העתירה והעלה הליך הבזק לאישורו
37	החוק ורכיביו
39	הליך החקיקה הבהול
39	פניות הארגונים העותרים
40	עמדת היועץ המשפטי לממשלה
40	עמדת היועץ המשפטי לכנסת
41	עמדת נציבות האו"ם לפליטים
42	אישור החקיקה
42	(5) ההשפעה הדרמטית שלה חוקו של "חולות"

43(6) על "מרכז השהייה חולות"
43 מבוא
48 "חולות" והמוחזקים בו
49 חייה דלות שלה מוחזקים
49 הקושי להתרחק מ"חולות"
50 האיסור לארחב "חולות"
50 חייסבאגפים, נעולים בבילות
51 ציוד בסיסי וציוד אסור
51 "מועדון", "ספריה", "חוגים", "עבודה", ו"קנטינה"
52 העדרת עסוקה
53 ארוחות על פיתפריט שב"ס והאיסור להכניס מזון
53 שירותי הבריאות הבסיסיים והקושי לקבל טיפול מחוץ ל"חולות"
55 שירותי רווחה מעטים והעדרם של שירותי בריאות הנפש
55 הקושי לקבל חופשות
56 משטר ומשמעת
57 כליאה בסהרונים
57 סיכום
58 (7) על הקורות את המשוחררים מ"חולות"
60 (8) על השפעת החוק "חולות" על מבקשי המקלט בישראל
60 התורים בלשכות ומדיניות חדושרישיונות השיבה
62 יחס מפילבלשכות ודרישות למסמכים שאי אפשר להשיגם
63 מטרות התורים, היחס המשפילולה דרישות הבלתי אפשריות
64 מחאת מבקשי המקלט ודיכוייה
67 סיכום: המשבר הקשה אליו נקלעו הקהילה האריתראית והסודנית
69 ד. המסגרת הנורמטיבית
 (1) מבוא 69
71 (2) סעיף 30 אינו חוקתי
76 (3) על הפגיעות החמורות בזכויות האדם שלה שהיב"ח חולות"
79 (4) על סמכויות השיפוט הענישה שהוענקו לפקידים שרדהפנים
80 הנימוקים לפסילת סעיף 32 כבענין איתן
81 סעיף 32 – הדורהבא
82 תכלית ההמשכה שלה כליאה המינהלית
84 הפגיעה בזכות הליך הוגן
86 סמכותו של בית הדין לביקורת משמורת של מסתננים
88 (5) תכליות החקיקה האיןראויות
 עידוד "יציאה מרצון" של מבקשי מקלט שבקשתם לא הוכרעה ושלמישחלעליהם עקרון non-
89 refoulement
100 מניעת השתקעות

102.....	מענה לצרכיה "מסתננים"
103.....	הרתעת "מסתננים" פוטנציאליים
104.....	(6) החקיקה אינה מיידת
105.....	מבחן המשנה הראשון – קשר רציונלי
109.....	מבחן המשנה השני – האמצעי שפגיעתו פחותה
111.....	מבחן המשנה השלישי – מידתיות במובן הצר

א. מבוא ובקשה לדיון דחוף

1. מדי שנה אנו שבים ומתכנסים בבית המשפט העליון כדי לשמוע מנציגי המשיבים כיצד התיקון האחרון לחוק למניעת הסתננות נחוץ, ממש הכרחי, כדי להציל את החברה הישראלית מהרעה שנחתה עליה. אנו שבים ושומעים מהם כיצד התיקון האחרון הכרחי כ"חסם נורמטיבי" המרתיע מבקשי מקלט מלהגיע לישראל, אף על פי שמזה קרוב לשלוש שנים זרם הנכנסים לישראל דרך גבולה הדרומי הפך לטפטוף דקיק בעקבות בניית המכשול הפיזי בין ישראל למצרים.
2. מדי שנה אנו שבים ומתכנסים בבית המשפט העליון כדי לשמוע מנציגי המשיבים כיצד התיקון האחרון נחוץ כדי להרחיק את הפגע הרע של ה"מסתננים" מאזורים מוחלשים בישראל, אזורים בהם חיה אוכלוסיה ישראלית הסובלת ממצוקה בת עשרות שנים בשל התעלמותם של המשיבים עצמם מצרכיה. בית המשפט, משטרת ישראל, מבקר המדינה, כולם מסבירים למשיבים שוב ושוב כי מתן זכויות בסיסיות למבקשי מקלט ופיזור הערפל הנורמטיבי ביחס ליכולתם להתקיים בכבוד הם שיובילו לשינוי, שיועיל גם לאוכלוסיות המוחלשות בישראל, ולא החזקה חסרת פשרבלב המדבר של אחוזים בודדים – כיום כ-2,000 מתוך אוכלוסיה של כ-47,000.
3. מדי שנה המשיבים מופתעים מחדש, מוכים בתדהמה, כאשר בית המשפט חוזר ואומר, כי עניין לנו בבני אדם, וכי "עלינו להרים את המסך מעל אותו 'גוש' מסתננים ולהישיר מבטנו אל כל אחד ואחד מהם" (בג"ץ 7385/13 איתן - מדיניות הגירה ישראלית נ' ממשלת ישראל (פורסם בנבו, 22.9.2014), פסקה 3 לפסק דינו של השופט עמית). אך המשיבים עומדים על שלהם – עוד ועוד ועוד מאותו הדבר. מדי שנה המשיבים אינם יודעים את נפשם מרוב תדהמה ומקדמים חקיקת בזק היסטורית, פוגענית ודורסנית אך בלתי יעילה, כדי לשדר עשייה. לפי עמדתם, המצוקה בדרום תל-אביב הנובעת מהזנחה רבת שנים (הרובצת לפתחם של המשיבים עצמם) תיעלם אם רק יוחזקו ב"מתקן שהייה" כמה אלפי "מסתננים". סברתם היא כי אם רק יחליפו אחת לשנה את האדרת שלראשה של הגברת וימתנו במעט את הפגיעה שהם משיתים על "מסתננים", יהפכו ההסדרים הפסולים מיסודם לחוקתיים.
4. ואכן, האוכלוסייה שבה עוסקת עתירה זו, אוכלוסיית אנשים שאינם מגורשים למדינות מוצאם בשל הסכנה הנשקפת להם שם, בין אם נאמר כי הם "פליטים" ובין אם לאו, היא אחת האוכלוסיות השנואות והחלשות ביותר בישראל. ההסתה כלפיה שוברת שיאים חדשים מדי יום. פוליטיקאים משתמשים בה כשעיר לעזאזל, בו הם תולים את מצוקותיהם האמיתיות של חלקים מוחלשים אחרים בחברה הישראלית. השיסוי שהוא מנת חלקה של קבוצה זו הוא מבזה, מתועב ואף מסוכן. אחרי שנים של שיסוי והסתה נגד אוכלוסיה זו, נגד ה"סרטן בגוף שלנו", לא פלא שהמשיבים סבורים כי נקיטת עוד ועוד

אמצעים שמטרתם הפיכת חייה של אוכלוסייה זו לאומללים, הרתעה, ענישה, כליאה ופגיעה בכל זכות אדם שניתן להעלות על הדעת, הן לגיטימיות, וכל שנותר לעשות הוא למצוא את "האמצעי המידתי" במסגרתו תשרוד התעללות זו ביקורת חוקתית.

5. מדובר בקבוצה שלא רק שהיא קבוצת מיעוט חלשה, אלא קבוצה שאין לה דריסת רגל ברשות המחוקקת וברשות המבצעת מעצם היותה אוכלוסייה של לא-אזרחים. הביקורת החוקתית נועדה, בראש ובראשונה, להגן על קבוצות מיעוט כאלה. כדברי הנשיא גרוניס זמן קצר לאחר פסק הדין בעניין **אדם** (בג"ץ 7146/12 **אדם נ' הכנסת** (פורסם בנבו, 16.9.2013)), "בשיטתנו המשפטית נתונה לבית המשפט הסמכות לבטל, במקרים מסוימים, את רצונו של הבורח או את רצונם של נציגיו הנבחרים. ... ההצדקה העיונית להתערבות מעין זו קיימת, לגישתי, מקום שהמחוקק הראשי פוגע בזכות יסוד, בזכותו של מיעוט או בכללי המשחק הדמוקרטי ... דוגמה יפה להתערבות שיפוטית מעין זו נמצאת ב...בג"ץ 7146/12 **אדם נ' הכנסת**" (בג"ץ 4912/13 **אומ"ץ נ' ראש עיריית רמת השרון**, פסקה 13 לפסק דינו של הנשיא (פורסם בנבו, 14.10.2013)).

6. העובדה שהכנסת והממשלה שבות ובוחרות בקבוצה חלשה ונטולת כוח פוליטי כשעיר לעזאזל, שיש לתלות בו את כל צרות החברה ושיש להכות בו באמצעות חקיקה, אינה צריכה להרתיע את בית המשפט מפני קיום ביקורת חוקתית. נהפוך הוא. הגנה על קבוצה חלשה שחיצונית השנאה של הרוב הפרלמנטרי מופנים כלפיה שוב ושוב, לקול צהלות ההמון, היא תמצית תכליתה של הביקורת החוקתית. זאת ביחס לכל קבוצת מיעוט, וזאת ביתר שאת כאשר מדובר בקבוצה שמעצם הגדרתה אין לה יכולת השפעה ישירה על בית המחוקקים.

7. פעם אחר פעם חוזרים המשיבים לבית המשפט ומנסים להציג את האוכלוסייה הרלוונטית כאוכלוסייה של "מסתננים", "מהגרי עבודה" וכן הלאה. "בדקנו", הם אומרים, "ובודדים מהם הם פליטים". ברחבי העולם שעורי ההכרה באזרחי סודן ואריתריאה כפליטים מרקיעים שחקים. למעלה מ-80% מאזרחי אריתריאה ולמעלה מ-70% מאזרחי סודן מוכרים כפליטים בהתאם לאמנה בדבר מעמדם של פליטים. בישראל, לעומת זאת, שיעור ההכרה במבקשי מקלט מאריתריאה עומד על כמאת האחוז ושיעור ההכרה בפליטים מסודן עומד על אפס אחוזים. אף על פי כן מדינת ישראל מכירה בכך שעל אוכלוסיות אלה חל עקרון ה-*non-refoulement*, איסור הגירוש, החורג מגדרי אמנת הפליטים. עקרון זה אוסר על גירוש מי שנשקפת סכנה לחייו, לחירותו או לזכויות האדם הבסיסיות שלו אף אם אינו עומד בתנאי אמנת הפליטים.

8. חרף הכרה זו, זוהי התפישה המנחה את המשיבים – מי שנשקפת סכנה לחייו או לזכויותיו הבסיסיות אסור לגרשו, אך מותר לעודדו "לצאת מרצון". אסור לגרשו, אך מותר להסית נגדו ולתלות בו את צרותיהן של אוכלוסיות מוחלשות בישראל. אסור לגרשו, אך מותר לכולאו. מותר לאמלל את חייו ולעקור אותו מביתו מזה שנים, לא כדי לגרשו מישראל, שהרי אסור לגרשו, אלא כדי להרחיקו מהחברה, ולשלוח אותו למתקן בלב המדבר המנוהל על ידי שירות בתי הסוהר, בו תופרנה זכויותיו לכבוד, לחירות, לפרטיות, לחופש תנועה ולאוטונומיה של הרצון החופשי. אסור לגרשו, אך מותר להוציאו מגדר הסדר

המשפטי הכללי ולהטיל עליו ללא משפט סנקציות של מאסר בן ארבעה חודשים בגין "הפרות משמעת" או סוגי התנהגות אחרים.

9. העיקרון המנחה האמור לעמוד לנגד עיני המשיבים הוא פשוט מעין כמותו. מי שחל עליו עקרון ה-*non-refoulement*, מי שזכאי להגנה משלימה בשל הצפוי לו, אף אם אינו "פליט", אין לשלול את חירותו. מי שקיימת מניעה נורמטיבית לשליחתו למדינת מוצאו אינו צריך להיות חשוף לסנקציות. המדינה אינה יכולה להכיר, מצד אחד, בסכנה לחייו של אדם, המונעת את שליחתו למדינת מוצאו, ובו בזמן לכנותו "מסתנן", לטעון שהוא אינו אלא "מהגר עבודה" ולאמץ אמצעים השוללים את זכויותיו הבסיסיות.

10. לאחר פעמיים, בהן פסל בית המשפט העליון תיקונים לחוק למניעת הסתננות, חוזרים המשיבים ומציגים דבר חקיקה בעל מבנה, תכליות, אמצעים ורעיונות מארגנים כמעט זהים לאלה שבתיקון האחרון שנפסל. המשיבים אינם מנהלים "דיאלוג" עם הרשות השופטת, אלא קרב אגרופים, בו הכל הפך כשר. בחודשים האחרונים נציגי הרשות המחוקקת והרשות המבצעת הלעיגו את פסק דינו של בית משפט זה ואת שופטיו, הסבירו כי הם מקבלים רק חלק מ"הערותיו" ואף שלחו איום ברור כלפי בית משפט זה – אם ישוב ויקבע בפעם השלישית כי התיקון לחוק אינו חוקתי, תהא זו שירת הברבור של הביקורת החוקתית, ותיחקק פסקת התגברות שתעקר מתוכן את מוסד הביקורת השיפוטית.

11. עתירה זו עוסקת, גם הפעם, בהוראותיו המרכזיות של התיקון החדש לחוק למניעת הסתננות, אלה העוסקות בהחזקה במשמורת, ואלה העוסקות בהחזקה ב"מתקן שהייה". סעיף 30א לחוק, הקובע תקופת משמורת מנדטורית של שלושה חודשים גם במקרים בהם מדובר במי שאי אפשר לגרשם, מהווה, פעם נוספת, התעלמות בוטה משני פסקי דינו של בית משפט זה. בעניין **אדם** חזר בית המשפט על העיקרון המורש בפסיקתו, לפיו בהעדר הליך גירוש אפקטיבי, אין החזקה במשמורת. המחוקק התעלם מדבריו. בעניין **איתן** חזר בית משפט זה ביתר תקיפות על עיקרון זה והבהיר בלשון שאין מפורשת ממנה, כי שאלת חוקתיות ההחזקה במשמורת אינה כמותית אלא איכותית – כל תקופת החזקה במשמורת עשויה להימצא בלתי חוקתית אם אין זיקה בינה לבין הליכי הרחקה אפקטיביים. גם הפעם התעלמו המשיבים מעקרון זה. דברי ההסבר להצעת החוק, כמו גם דברי נציגי הרשות המחוקקת והרשות המבצעת בהליך החקיקה מבהירים כי פעם נוספת תכלית הוראות המשמורת הקבועות בחוק היא הרתעה ("שינוי מערך התמריצים של השוקלים להסתנן", בלשונם המכובסת של המשיבים), תכלית שבית משפט זה עמד על הפסול שבה.

12. פרק ד' לחוק, שגם ביטולו מתבקש בעתירה זו, מקים מחדש את ההוראות הנוגעות ל"מתקן שהייה" שנפסלו בעניין **איתן**. בסעיפים 30א(יא) ו-30ד(ד), שגם הם אינם חוקתיים ושביטולם מתבקש בעתירה, מטילים חובה להעביר את מי שהוחלט לשחררו ממשמורת אל "מתקן שהייה".

13. פגיעתו של פרק ד' לחוק בזכויות היסוד של מבקשי מקלט היא קשה. היא עוקרת אנשים מחייהם לתקופה של 20 חודשים, בהם הם נזרקים אל מתקן בלב המדבר, בהם לא מסופקים להם צרכים בסיסיים של בני תרבות, 20 חודשים שלא ישובו עוד. כל זאת רק משום שהם נמנים על אוכלוסיה שלא ניתן לגרשה משטח המדינה. צמצום פרק הזמן בו יוחזק אדם ב"מתקן שהייה" – 20 חודשים לפי

התיקון הנוכחי לעומת 3 שנים בתיקון מס' 4 – אינו מצמצם באופן משמעותי את הפגיעה בזכויות היסוד של מי שמזומנים למתקן "חולות". שלילת החירות, האוטונומיה והפרטיות שהן מנת חלקו של מי שמזומן למקום פוצעים אנושות בזכויות היסוד של כל אחד ואחד ממי שנאלצים לבלות את זמנם באותו מחנה שבלב המדבר. צמצום תקופת ההחזקה ב"מתקן השהייה" של מי שלא חטאו במאום אינו מביא לתיקון הפגמים החוקתיים שבהחזקה במקום.

14. מזה קרוב לשלוש שנים מוחזקים אלפי אנשים במעצר או ב"מתקן שהייה" מכוח הסדרים בלתי-חוקתיים, קודם מכוח תיקון מס' 3 לחוק למניעת הסתננות; לאחר מכן בתקופת הביניים שבין פסק הדין בעניין **אדם** לתיקון מס' 4; לאחר מכן מכוח תיקון מס' 4; בהמשך מכוח הוראת השהיית הבטלות שבפסק הדין בעניין **איתן**; וכעת מכוח התיקון החדש. קרוב לשלוש שנים רצופות בהן נשללת מדי יום חירותם של אלפי אנשים מכוח הסדרים שנקבע שאינם חוקתיים. נוכח הימשכותו של מצב בלתי חוקתי זה, יש צורך לברר במהירות האפשרית את השאלות החוקתיות שמעלה התיקון הנוכחי לחוק למניעת הסתננות. לפיכך יתבקש בית המשפט הנכבד ליתן צו על-תנאי ולקיים דיון בעתירה זו בדחיפות.

ב. בשולי המבוא: על "הדיאלוג" החוקתי

15. בפסק הדין בעניין **איתן**, אחדים משופטי ההרכב התייחסו לפסילתו של התיקון לחוק למניעת הסתננות וחקיקתו מחדש כאל "דיאלוג" שמנהלת הרשות השופטת עם הרשות המחוקקת ועם הרשות המבצעת (ר' פסקה 1 לפסק דינו של השופט עמית; פסקה 3 לפסק דינה של המשנה לנשיא נאור; פסקה 2 לפסק דינה של השופטת חיות). אף המשנה ליועץ המשפטי לממשלה (ייעוץ), עו"ד דינה זילבר, דיברה בישיבת ועדת הפנים והגנת הסביבה של הכנסת ביום 6.10.2014, לאחר מתן פסק הדין, בשבח "הדיאלוג הקונסטיטוציוני החוקתי הלגיטימי" בין הרשויות.

16. אלא שכל מי שעקב אחר ההתפתחויות בחודשים שחלפו מאז ניתן פסק הדין בעניין **איתן** מבין עתה שאין מדובר ב"דיאלוג". מדובר במונולוג אלים וכוחני של הרשות המחוקקת והרשות המבצעת. מונולוג, שבו קביעות מחייבות של בית המשפט הן "הערות", שניתן לבחור לאלה מהן להתייחס ומאלה מהן להתעלם. מונולוג שבו מחוקקים מלעיגים את נימוקיו של בית המשפט. מונולוג שבו מחוקקים מבהירים לבית המשפט כי אם יעז לפסול את התיקון הנוכחי, תוסף פסקת התגברות לחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו ויילקחו ממנו סמכויותיו.

17. המשיבים מקווים, כי זו הפעם לא תעמוד לבית המשפט התעוזה לבטל דבר חקיקה לא חוקתי נוכח האיומים שהופנו כלפי סמכויותיו בשלושת החודשים האחרונים. הם מקווים שאף על פי שהתיקון אינו חוקתי, בית המשפט יאלץ לומר שהוא חוקתי כדי למנוע את קיצוץ כנפיו. הם מקווים שאף על פי שלא ניתן ליישב את התיקון הנוכחי עם קביעות בית המשפט בעניין **איתן** ובעניין **אדם**, בית המשפט יאלץ לבצע אקרובטיקה מילולית ולאשר את החוק כדי להימלט מאימת המחוקק.

18. בישיבה שהתקיימה ביום 3.12.2014 בוועדת הפנים והגנת הסביבה של הכנסת אמרה יו"ר הוועדה, ח"כ מירי רגב, דברים הממצים את ה"דיאלוג" כולו:

"בסוף תהיה פסקת התגברות. זה ברור. בינתיים זה רק קרב הורדות ידיים אבל בסוף תהיה פסקת התגברות וברור מי ינצח."

19. בישיבה שהתקיימה בוועדת הפנים והגנת הסביבה ביום 6.10.2014 הבהיר שר הפנים, גדעון סער, כיצד מתנהל "דיאלוג":

"אנחנו בהחלט מוכנים לקחת בחשבון חלק מההערות של בית המשפט לגבי המתקן אבל לא את כולן ויש הערות שאני לא חושב שהן נכונות."

פרוטוקול ישיבת ועדת הפנים והגנת הסביבה מיום 6.10.2014:

http://fs.knesset.gov.il/19/Committees/19_ptv_302237.doc

ובישיבת הוועדה ביום 27.10.2014 אמר:

"בחוק שגיבשנו ריככנו בכמה מקומות שאפשר [...] אבל לא את כל הנקודות שהיו בפסיקה אנחנו יכולים לאמץ. נקודות שיכולנו לאמץ – אימצנו."

פרוטוקול ישיבת ועדת הפנים והגנת הסביבה מיום 27.10.2014:

http://fs.knesset.gov.il/19/Committees/19_ptv_302828.doc

20. אם כך, כבר מלכתחילה הובהר כי הליך החקיקה יתייחס אל פסק דין מחייב של בית המשפט כאל "הערות", ושחלק מן ה"הערות" לא יתקבלו על ידי המחוקק.

21. באותה ישיבה יו"ר ועדת הפנים והגנת הסביבה הקפידה, במסגרת ה"דיאלוג" עם הרשות השופטת, להלעיג את הנימוקים שעל בסיסם נקבע בעניין איתן כי פרק ד' לתיקון מס' 4 אינו חוקתי:

"היו"ר מירי רגב:

הגדיל לכתוב השופט פוגלמן - פשוט הייתי בשוק עת קראתי את הדברים ודרך אגב, אברמוביץ' כתב את זה - וכתב: איך יהיה למסתנן חלון למלא חייו בתוכן? כיצד המסתנן יכיר בן זוג או בת זוג? עובד, לך יש בן זוג? אם לא, תפנה לשופט פוגלמן והוא יעזור לך למצוא בת זוג.

עובד חוגי:

גם חוגים. חוגים ותחביבים.

היו"ר מירי רגב:

שופט בבית המשפט העליון במדינת ישראל כותב כיצד הוא ימצא בן או בת זוג. חשבתי שהוא דואג לחיי אלה שנמצאים בבעיה. אז איך הוא יכיר בן או בת זוג? כל תושבי דרום תל אביב ואחרים, אם יש לכם בעיה בזיווג, תפנו לשופט שבוודאי הוא דואג היום להכיר בני ובנות זוג. זה תפקידם של שופטי בג"ץ. כיצד הוא יכיר בן או בת זוג והוא כותב אילו תחביבים הוא יוכל לאמץ לעצמו. הוא לא שאל איזה תחביבים יוכל לאמץ לעצמו אזרח המדינה שחי כאן ומשלם מסים, הולך לצבא

ועושה מילואים. לא יאומן. בית המשפט העליון הפך להיות שדכן. אם מישהו רוצה שדכנים, הנה, יש לו כבר את השדכן הראשי, השופט פוגלמן."

ובהמשך :

"אומר היועץ המשפטי של הוועדה שזה עד ה-22 בדצמבר. חודש וחצי זה הרבה זמן ואנחנו נביא הצעת חוק שתיתן מענה גם לסוגיית השידוכים אבל העיקר הוא שתיתן מענה לכך שאותם מסתננים יחזרו לארץ מוצאם ונמשיך עם אותה מגמה חיובית וטובה, שתכף יציג אותה השר, של החזרה מרצון של אלפי מסתננים שהגיעו לארץ רק כדי לעבוד."

22. הלעגת נימוקי פסק הדין בעניין **איתן** נמשכה לכל אורך הליך החקיקה. כך, למשל, בישיבת ועדת הפנים והגנת הסביבה מיום 27.10.2014 אמרה יו"ר הוועדה :

"אנחנו נדאג בחוק הזה למשרד שידוכין. חד וחלק. למסתננים ולתחביבים."

וכן :

"ורצינו, כמוכן, להקים משרד שידוכים, איך לא? הרי השופט פוגלמן אמר: איך מסתנן לא ימצא בן או בת-זוג? כדי שדעתנו של פוגלמן תנוח, נקים משרד שידוכים ב"חולות". נכון, פרי: העיקר שדרום תל-אביב יהיו בודדים, אבל העיקר שהמסתנן והמסתננת ימצאו בן או בת-זוג. זה תפקידו של בית-המשפט העליון: לדאוג לתחביבים, לדאוג לבן או בת-זוג. זאת התשובה של בית-המשפט העליון לאזרחי המדינה הזו."

ובישיבת המליאה מיום 8.12.2014 אמרה :

"ויש השופט פוגלמן, שדואג לבן או בת זוג למסתנן, מה יקרה אם לא יהיה לו בן או בת זוג. אז סורי, לא הצלחנו להקים משרד שידוכים בחוק הזה. מאוד רציתי שדעתנו של השופט תהיה נוחה, ושבבג"ץ הבא הוא יגיד: אני שמח שהממשלה והכנסת הביאו חוק, שיש שם משרד שידוכים, אבל לא הצלחנו."

פרוטוקול ישיבת מליאת הכנסת מיום 8.12.2014 :

http://fs.knesset.gov.il//19/Plenum/19_ptm_304484.doc

והדוגמאות עוד רבות רבות.

23. אך לא רק הלעגה והתייחסות אל פסיקה כאל "הערות" לא מחייבות. מאז ניתן פסק הדין, במסגרת ה"דיאלוג" שמקיימות הרשות המחוקקת והרשות המבצעת עם הרשות השופטת, קודמו הליכי חקיקה של פסקת התגברות לחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו. שר הפנים, יו"ר ועדת הכנסת וחברי כנסת אחרים קידמו את הצעת התיקון והיא אף אושרה בוועדת השרים לחקיקה ביום 26.10.2014. הליכי החקיקה לא קודמו בשל ערר שהוגש למליאת הממשלה על ידי שרת המשפטים לשעבר, אולם פסקת התגברות

שתעקר את יכולתו של בית המשפט העליון לקיים ביקורת חוקתית תלויה מעל ראשו של בית המשפט העליון כאיום, לבל יעז להכריז על בטלותו של התיקון הנוכחי.

24. בישיבה שהתקיימה בוועדת הפנים והגנת הסביבה של הכנסת ביום 6.10.2014 הכריז שר הפנים:

"אני אמרתי את דעתי כי צריך לחוקק פסקת התגברות בחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו. אני הגעתי לכלל מסקנה בעקבות פסק הדין השני שהדבר הזה חיוני. לא ניתן להתמודד עם תופעות מהסוג הזה כשלא רק לך אין את הוודאות אלא גם המסתנן כל פעם מחכה לסיבוב הבא בבית המשפט."

25. באותה ישיבה אמרה גם ח"כ איילת שקד, שנטלה חלק מרכזי בחקיקת התיקון הנוכחי:

"לכן אני לא רואה מנוס מלחוקק את פסקת ההתגברות. מה שהיה נכון לראש הממשלה יצחק רבין זיכרו לברכה, נכון גם לראש הממשלה בנימין נתניהו."

26. בישיבת מליאת הכנסת ביום 8.12.2014 הבהירה יו"ר ועדת הפנים, ח"כ מירי רגב, כי התיקון הנוכחי אינו סוף פסוק, וכי קידום חקיקתה של פסקת התגברות יימשך:

"לכן, על הממשלה הבאה, שאני מאמינה שתורכב מגוש הימין, בהובלתו של נתניהו – נצטרך להביא את פסיקת ההתגברות בעניין מדיניות ההגירה. מה שהיה טוב לרבין, זיכרונו לברכה, כדי להשאיר את החרדים בכנסת ובממשלה, עם חוק הבשר, חוק הכשרות, ודאי טוב לממשלה כדי להגן על מדיניות ההגירה. ועם כל הכבוד לבית-המשפט העליון, הוא לא יקבע כללים, הוא לא יקבע מדיניות. הוא יקבע מה צודק ומה לא צודק, ואין דבר יותר צודק מלשמור על הגבול של המדינה שלנו, ולשמור על המדינה שלנו כמדינה יהודית ודמוקרטית. [...] ואם בית-המשפט לא מבין שיש חלוקת סמכויות בין הרשות המחוקקת למבצעת ולשופטת, הרשות המחוקקת תצטרך להביא את פסיקת ההתגברות, שבית-המשפט לא יתערב בסוגיה הזאת."

27. בתשובתם לעתירה זו יעטפו פרקליטות המדינה והייעוץ המשפטי של הכנסת את ההתלהמות ברשות המבצעת וברשות המחוקקת בעטיפה מתונה של "דיאלוג". אך זהו אינו דיאלוג. זוהי בירונוות. שר הפנים הבהיר כי לא יקבל את כל "הערות" בית המשפט, ואכן התיקון הנוכחי אינו מפנים את שנפסק בהליך הקודם. חברי כנסת מרכזיים קידמו פסקת התגברות שתרוקן מתוכן את היכולת לקיים ביקורת חוקתית, וועדת השרים לחקיקה אישרה את ההצעה. הרשות המחוקקת והרשות המבצעת מניפים מעל הרשות השופטת חרב מאיימת, ומבהירים כי מוטב לו לבית המשפט העליון שיכריז כי התיקון הנוכחי הוא חוקתי, אחרת, תהא זהו הפעם האחרונה בה הוא מכריז על אי-חוקתיותו של חוק.

28. הרשות המחוקקת והרשות המבצעת סבורות כי על מנת לעקר את הביקורת החוקתית אין צורך, בהכרח, לחוקק פסקת התגברות. ישנן גם דרכים אחרות לשלול את היכולת לקיים ביקורת חוקתית. הן סבורות שדי באיום בחקיקת פסקת התגברות כדי שבית המשפט יבחר לאשר חקיקה בלתי חוקתית וימצא דרך להצדיק חקיקה העומדת בניגוד בוטה לפסקי דינו. בל נטעה בדברים שיושמעו כאן על ידי נציגי הרשות המחוקקת והמבצעת. הם יתייצבו ויאמרו כי הם מתנגדים, כמובן לפסקת התגברות וכי הם סבורים שעל

בית המשפט להכריז על בטלותו של התיקון אם ימצא שהוא אינו חוקתי (אף שיטענו כי הוא חוקתי). דברים אלה ייאמרו על ידם בניגוד לדעת שולחיהם, המקיימים "דיאלוג" עם הרשות השופטת באגרופים שלופים ובאיומים.

ג. הרקע לעתירה

(1) על העותרים 1 ו-2

29. העותרים 1 ו-2 הם מבקשי מקלט מאריתריאה ומסודן. אי אפשר לגרשם מישראל. הם מוחזקים מזה חודשים ארוכים במתקן "חולות".

30. העותר 1, בן 34, הוא אזרח אריתריאה. אחרי שנים בצבא וב"שירות לאומי", ולאחר שבמשך למעלה משנה הוחזק בארצו במאסר ללא משפט, נמלט מאריתריאה והגיע לישראל בשנת 2008. באותה שנה הגיש בירושלים בקשה למקלט ורואיין, ככל הנראה על ידי נציבות האו"ם לפליטים, ואולם בקשתו לא נענתה עד כה. אחיו, שנמלט מאריתריאה לשווייץ, הוכר זה מכבר כפליט. העותר 1 הגיע לבאר-שבע, ממנה עבר לתל-אביב, וכעבור מספר חודשים עבר לאילת. במשך שש שנים גר באילת ועבד במלון. בסוף שנת 2013 עבר לתל-אביב, התגורר בה משך שלושה חודשים ועבד גם בה במלון. בחודש ינואר 2014 ניתנה על העותר 1 הוראת שהייה ב"חולות". טרם מתן ההוראה לא נערך לו כל שימוע והוא לא נשאל לדבר. כל שנאמר לו הוא שביכולתו לחזור לארצו. העותר 1 סירב לחזור לארצו, ומאז חודש פברואר 2014 הוא מוחזק ב"חולות". גם עם הגיעו ל"חולות" נאמר לו שהוא יכול לחזור לארצו, או להיוותר במתקן. בהיותו ב"חולות" הגיש שוב בקשת מקלט. ב-27 ביוני 2014 צעד העותר 1 עם עוד כמה מאות מוחזקים ב"חולות" לעבר גבול ישראל-מצרים בניצנה. הם הפגינו ושהו שם משך יומיים. ב-29 ביוני דוכאה המחאה באלימות קשה. העותר 1, עם מאות המוחזקים האחרים, נלקח בכוח לכלא "סהרונים". משך שלושה חודשים הוחזק ב"סהרונים". כשהובא בפני בית הדין לביקורת משמורת של מסתננים נשאל פעם אחר פעם האם הוא מוכן לחזור לאריתריאה, והשיב בשלילה. החזקתו במשמורת אושרה בכל פעם. בתום שלושה חודשים הוחזר ל"חולות". הוא עודנו מוחזק ב"חולות". כך הוא מעיד בתצהירו:

"אנחנו ישנים 10 אנשים בחדר. אין פרטיות, אין שקט, לפעמים אי אפשר לישון. אסור להכניס לכאן חפצים שונים או אוכל. אני הכנסתי קומקום והשומרים החרימו אותו. לפעמים הם עורכים חיפושים בחדר ומבקשים מאחרים בחדרים להלשין אחד על השני. בהתחלה גם אסור היה לי לפטופ.

אני עצמי לא הייתי חולה, אבל חברים שלי שהלכו לרופא לא קיבלו טיפול הולם. אין במרפאה מיטות, אין איפה לאשפז אנשים עד שהם מועברים לבית החולים. אנשים פה חלו מהאוכל בקנטינה, וגם מה שיש בחדר אוכל לא מספיק – צריך להגיע מוקדם כדי לאכול, מי שמאחר אין לו הרבה. אסור להכניס אוכל מבחוץ, אסור להביא אוכל מחדר אוכל. רק אסור ואסור ואסור. אנשים חולים גם צריכים לקנות תרופות לבד, וזה לא שיש הרבה כסף.

מקבלים פה קצבה של 160 שקל ל-10 ימים. אם לא מתייצבים מפסידים 16 שקל. זה לא מספיק כסף לכלום, וממנו עוד צריך לקנות דברים פה בפנים או ללכת לבאר

שבע לקנות – סבון, תרופות, משחת שיניים. אסור לעבוד אז אין משכורת, והכסף לא מספיק, עד כדי כך שאני צריך לנסוע למשוך כסף מהקצת שהיה לי לפני שבאתי.

בגלל זה גם אין מה לנסוע מפה לאנשהו, ונסיעה זה סתם בזבוז של זמן וכסף. נסיעה אחת לתל-אביב וחזרה זה בערך חצי מהסכום הזה. הכסף הזה לא נותן לי אפשרות ללמוד, למצוא עורך דין, לקנות בגדים, אפילו לשבת עם חברים ולאכול משהו. בגלל זה אפילו שכבר לא צריך כבר חודשים לחתום התייצבות 3 פעמים ביום, אין לזה משמעות – איך ולאן אני אצא ומה אני אעשה? וזה עוד כשצריך לחזור עד 10, השער נעול אז עד 6 בבוקר.

אפשר לבקש פטור מחזרה – רק זה לוקח 3 שעות בערך לשבת בריאיון עם ההגירה וזה לא כולל המתנה לראיון. סה"כ זה יום שלם, ואולי לא תקבל בכלל. בראיון שואלים שאלות אישיות ממש, מה אתה הולך לעשות, איפה, עם מי, דברים שלא תמיד נעים לספר למישהו זר. ולפעמים בסוף אומרים פשוט 'לא'.

פה בחולות, אין מה לעשות גם. כל היום ישנים, מסתובבים מסביב למקום או בפנים, אני משחק קלפים או רואה סרטים במחשב כשהוא עבד, כדי לא לחשוב כל הזמן. כשאני חושב הרבה קשה לי. עברתי דברים קשים, אין לי בטחון ויציבות, מה יהיה בעתיד שלי. אין לי במה להעסיק פה את עצמי כמעט. יש פה רק מגרש כדורסל, וקצת ספרים בארון שקוראים לו 'ספריה'. אין חוגים, אין הכשרה, אין השכלה – יש כיתה לאנגלית, אף אחד לא הולך לשם יותר. כשהלכתי המורה נתן לנו ספר עם תמונות של מדינות ואנשים משנת 1986 וביקש שנספר מה אנחנו רואים.

לחברים שלי שבחוץ קשה לבוא לפה כי זה רחוק, וכשהם באים אסור להיכנס. צריך לשבת בחוץ, ואחר כך הם קוראים לזה פתוח. אני בקשר איתם רק בטלפון. קשה לי ככה להכיר אנשים חדשים מחוץ למקום הזה, להתאהב, כאילו כל החיים שלי בהקפאה.

לפני כחצי שנה יצאתי עם חברים מפה והלכנו לניצנה, רצינו לברוח מפה, לא נתנו לנו לצאת ואף אחד לא בא לדבר אתנו. לא רצינו לחזור, ידעתי שאני אלך לכלא אבל לא היה אכפת לי כבר כי זה לא כזה הבדל. לקחו אותי בכוח לכלא, לא היה לי שימוע לפני. 3 חודשים הייתי בסהרונים – פעם בחודש ראיתי דיין, הוא לא עשה כלום, רק אמר לי כמה זמן נשאר לי. למרות ששמחתי לצאת משם, הרפואה שם טובה יותר.

אני כבר 10 חודשים כאן. היו כמה שינויים אחרי הפסק דין והחוק החדש אבל זה לא משמעותי. כשאני אצא מפה הבוס שלי מוכן לתת לי עבודה, אבל שמעתי שבחוק החדש רוצים שהוא ישלם יותר כסף, אז אני כבר לא יודע. אני גם לא מאמין להם שישחררו אותי עוד 10 חודשים שגם ככה מרגישים פה כמו נצח. זה לא נראה לי הגיוני שיביאו אותי לפה כדי להוציא אותי, וגם אז, אני לא יודע מה אעשה ומה יהיה איתי."

העתק תצהירו של העותר 1 ותדפיסו מצ"ב ומסומן ע/1.

העתקי פרוטוקולים והחלטות בית הדין לביקורת משמורת בעניינו של העותר 1 מצ"ב ומסומנים ע/2.

31. העותר 2, בן 35, הוא אזרח סודן מחבל דארפור, שם מתחוללים מלחמה ורצח עם. במהלך לימודיו באוניברסיטה החל בפעילות פוליטית במסגרת ההתארגנות "בני דארפור". משום כך נעצר פעמיים והוחזק בכלא בתנאים לא אנושיים ללא משפט. במהלך תקופת המעצר אף הוכה. משום פעילותו הפוליטית וסירובו להתגייס לצבא לא קיבל תואר, אף שסיים את לימודיו. הוא חזר לדארפור על רקע התעצמות המלחמה ומעשי רצח העם כדי לסייע לבני משפחתו, ומעורבותו בפעילות פוליטית גברה. כשהבין את גודל הסיכון שנשקף לו נמלט מסודן. בשנת 2004 הגיע ללוב, שם שהה כחמש שנים בהן החל לפעול בתנועה לשחרור סודן. בשנת 2008 הרשויות בלוב החלו להסגיר את פעילי התנועה לסודן, והוא נמלט מלוב. בחודש נובמבר 2008 הגיע לישראל משום שקיווה שישראל לא תסגיר אותו לרשויות הסודניות. הוא הוחזק חמישה חודשים בכלא "סהרונים". לאחר שחרורו חי חמש שנים בישראל ועבד בבתי מלון. תחילה עבד משך שנה במלון בירושלים, ולאחר מכן משך ארבע שנים במלון בתל-אביב. במהלך תקופה זו הקים עמותה, שפעלה לחבר בין מבקשי מקלט מאזורים שונים בסודן ולקירוב לבבות בין מבקשי מקלט מדארפור לבין אזרחי ישראל. פעילותו בישראל הגיעה לידיעת השלטון בסודן, וישומו פורסם בעיתונות המקומית שם כמי שמארגן בישראל פעילות נגד הרשויות בסודן. בחודש מאי 2009 פנה למשרד הפנים על מנת להגיש בקשת מקלט, ואולם משרד הפנים סרב לקבל את בקשתו, בתואנה שממילא אזרחי סודן ואריתריאה חוסים תחת הגנה זמנית, ולכן אינו יכול ואינו צריך להגיש בקשה. רק בעקבות מעורבותו בקהילה והקשר עם ארגוני זכויות אדם, למד לימים שהמדיניות השתנתה ואפשר להגיש בקשה למקלט (הרשויות לא פרסמו את דבר שינוי המדיניות בעניין מעולם). בחודש נובמבר 2013 הגיש בקשה למקלט. עד כה לא הוכרעה בקשתו. בחודש פברואר 2014, כשהתייצב בלשכת משרד הפנים בתל-אביב כדי להאריך את תוקף רישונו, ניסה הפקיד לשכנע אותו לטוס לאוגנדה, ומשסרב ניתן לו צו להתייצב ב"חולות" בתוך חודש ימים. מאז חודש מרץ 2014 הוא ב"חולות". במקום מופעל לחץ תמידי לעזוב את ישראל. בחודש יוני 2014 לקח חלק במחאה של מבקשי מקלט ב"חולות" בגין ההחזקה שם ובגלל התנאים במקום. המחאה הבלתי אלימה כללה שביתה, סירוב לעבוד וסירוב לחתום בשעות ההתייצבות. הוא זוהה על ידי הרשויות כאחד ממנהיגי המחאה, ומשום כך החליטו להענישו בגין אי חתימה. הוא נכלא למשך חודש ימים ב"סהרונים". לאחר מכן הוחזר ל"חולות". הוא עודנו מוחזק שם. כך הוא מעיד בתצהירו:

"כתשעה חודשים אני מוחזק במתקן 'חולות'. עברתי דברים קשים בחיי ולכן אני מסוגל לשרוד גם את ה'שהייה' שם, אבל אלו אינם חיים. 9 חודשים שאיני עושה דבר. אני לא יכול ללמוד שם, נאסר עלי לעבוד אלא בעבודות אסיר ובשכר שאינו ידוע לי [...] ואני צריך לחלוק חדר ושירותים עם עוד תשעה אנשים שנבחרו עבורי על ידי סוהרי שירות בתי הסוהר. בלילה ננעל האגף בו אני שוהה עד לשעות הבוקר, וגם במהלך היום, כדי לצאת מהאגף ולשוב אליו אני צריך למסור טביעה ביומטרית וכל תנועה שלי ממושטרת ומתועדת על-ידי סוהרי שירות בתי הסוהר ופקידי משרד הפנים.

אני מקבל 'דמי כיסי' בסך של 160 ש"ח אחת לעשרה ימים. בסכום הזה אני קונה תה, סוכר, קפה וסבון. בכך מתמצים חיי. בלי כסף, גם אם מבחינה תיאורטית אני יכול לצאת מהמתקן, הרי שמבחינה מעשית אני יכול לצאת רק לשממון המדברי הסובב את 'חולות'. זאת שכן, הגעה לעיר תל-אביב, למשל, דורשת נסיעה בתחבורה ציבורית שעלותה (הלוך חזור) 72 ש"ח ומשכה כשעתיים וחצי לכל כיוון.

בחודש יוני 2014 התקיימה מחאה של מבקשי המקלט ב"חולות" בגלל ההחזקה שם ובגלל התנאים במקום. זו היתה מחאה לא אלימה שכללה שביתה, סירוב לעבוד וסירוב לחתום בשעות ההתייצבות. זוהיתי על ידי הרשויות כאחד ממנהיגי המחאה, ומשום כך החליטו להעניש אותי בגין אי חתימה. נכלאתי למשך חודש ימים ב'סהרוניס'. כעבור כמה ימים נכלאו עוד מאות מהמוחזקים ב'חולות' ב'סהרוניס' לתקופות ממושכות בגלל שהשתתפו במחאה בגבול ישראל-מצרים (באותם ימים הייתי ב'סהרוניס'). לאחר חודש ימים הוחזרתי ל'חולות'.

הבנתי שמבחינת הממשלה, שהייתי ב'חולות' נועדה למנוע את 'השתקעותי' בישראל. אני מודה שאני ממש מתקשה להבין מה הכוונה באמירה הזו ואיך ההחזקה שלי ב'חולות' תורמת למישהו דבר מה. בכל השנים שחייתי בישראל עם רישיון ישיבה השתכרתי למחייתי ולא הייתי נטל על איש. ניסיתי כמיטב יכולתי לתרום לקהילת מבקשי המקלט ולסובבים אותי ומעולם לא עברתי על החוק ולא הואשמת בדבר. כיום אני מוחזק, כמו ילד קטן, ללא פרטיות ותוך שאני מקבל 'דמי כיס'. כאילו אני בוגר אוניברסיטה בן 35 אלא נער שזקוק להשגחה של סוהרים ופקידים.

ב'חולות' בשביל כל דבר פעוט צריך לעמוד בתור. יש תור כדי לקבל 'דמי כיס'; יש תור בשביל לבקש אישור לחופשה קצרה; יש תור כדי לאכול; תור בכניסה וביציאה מהמתקן; תור בקנטינה; תור במרפאה; אפילו בבוקר, כשאני קם, יש תור ארוך לשירותים ולמקלחת.

כל מפגש עם סוהרים ופקידים, ואפילו עם צוות המרפאה, מלווה תמיד בשאלה אחת מצדם: 'למה אתם לא עוזבים?'. העובדה שבקשת המקלט שלי לא נבחנת במשך למעלה משנה לא מעניינת איש. כל מה שמעניין את האנשים ב'חולות' זה שאעזוב והלחץ בעניין זה בלתי נסבל ממש.

נדמה לי שמכל האמור קל להבין למה אני סובל. למה אני סבור שמגיע לי – כמו לכל בן-אדם – חיים אחרים. חיים כאלה נדמו לרגע כאפשריים לאחר פסק דינו של בית המשפט העליון [...]. זו הייתה גם הפעם הראשונה שבה, אפילו ב'חולות', הייתה תחושה של תקווה והקלה מסויימת והלחץ הבלתי פוסק בעניין ה'עזיבה מרצון' נחלש מעט.

לצערי, חקיקתו של התיקון לחוק הביאה אותי, ורבים במצבי, לסף ייאוש. בסודן כלאו אותי ללא משפט ופה כולאים אותי ללא משפט. כך גם אחרי שבית המשפט העליון הבהיר שזהו דבר שלא ייעשה. הבחירה שלי היא בין תנאי כליאה אכזריים ולא אנושיים בסודן לבין 'כליאה סתם' כאן בישראל בזמן שבקשת המקלט שלי מעלה אבק. ואדגיש שהיומיום ב'חולות' כפי שנקבע בתיקון מס' 4 והשהייה ב'חולות' מכוח התיקון הנוכחי דומות בצורה קיצונית. הפחתת כמות החתימות מדי יום משלוש התייצבויות לאחת משנה מעט מאוד, אם בכלל, בהינתן חוסר יכולת כלכלית לנסוע בתחבורה ציבורית וריחוקו של המתקן מכל מקום יישוב וביחס לשאר ההיבטים של היומיום של ההחזקה ב'חולות', הרי שמדובר, למיטב הבנתי, בחקיקה זהה כמעט לחלוטין.

לפני שאסיים את דברי חשוב לי לומר לכם שמזה 11 שנים לא ראיתי את משפחתי. אני מתגעגע אליהם מאוד ואילו הייתי יכול – הייתי מתאחד איתם. יש לי תקווה

להקים משפחה משלי, לחיות בכבוד, ולפגוש אותם כאדם גאה ברגע שהמצב בסודן יאפשר זאת. אלא שהחזקה המשפילה והמבזה ב'חולות' אינה מאפשרת זאת."

העתק תצהירו של העותר 2 על נספחיו מצ"ב ומסומן ע/3.

32. להשלמת התמונה נציין, כי משרד הפנים ניסח חוות דעת משפטית, ולפיה עריקים מצבא אריתריאה אינם פליטים. על יסוד חוות הדעת דחה בשנתיים האחרונות בקשות למקלט של אזרחים אריתריאים – בעיקר של אלה שמצויים במשמורת או ב"חולות". לצד זאת, דחה בקשות מקלט של אזרחים סודנים, ואולם לא נתן עד כה החלטות בעניינם של מבקשי מקלט סודנים מדארפור. למעשה, בניגוד לשיעורי ההכרה הגבוהים מאוד ברחבי העולם במבקשי מקלט אריתריאים וסודנים כפליטים, משרד הפנים הכיר עד כה רק בשלושה אריתריאים כפליטים ואף לא בסודני אחד. בתי המשפט ודאי ידרשו לעתיד לבוא לביקורת על החלטותיו של משרד הפנים, ואולם, וזאת חשוב להדגיש, עתירה זו אינה עוסקת בכך. נקודת המוצא הינה שבין שהעותרים 1 ו-2, ואנשים אחרים במצבם, הם פליטים ובין שאינם פליטים – אי אפשר לגרשם כיום מישראל והם זכאים להגנה. גם המשיבים מכירים בכך, ועל כן אף שעה שנדחות בקשות מקלט של אזרחי אריתריאה וסודן מקפיד משרד הפנים שלא לדרוש את יציאתם, ובהחלטות הנוגעות למבקשי מקלט אריתריאים אף מציין במפורש שמדיניות "אי החזרה זמנית" מוסיפה לחול עליהם (ר' פסקאות 8 ו-9 לפסק דינו של השופט פוגלמן בעניין אדם).

33. עוד יש לציין, כי בין מבקשי המקלט מאריתריאה ומסודן, שהחוק מושא העתירה חל עליהם, יש משהו חזקו כבני ערובה על ידי מבריחים במחנות זוועה בסיני במטרה לסחוט דמי כופר מבני משפחותיהם. יש ביניהם אף כאלה שמעולם לא תכננו להגיע לישראל, אלא נחטפו בסודן על ידי מבריחים והוחזקו בחצי האי סיני במטרה לסחוט כספים מבני משפחותיהם. המוחזקים במחנות הם קורבנות לכליאה, לעבדות, לעינויים, להרעבה, לאלומות קיצונית, לאונס ולתקיפות מיניות, לקצירת איברים, לעושק ולסחיטה. יש שאינם שורדים, ויש שנרצחים על ידי המבריחים. כל זאת, במשך שבועות ואף חודשים בהמתנה להעברת כספים נוספים שדורשים המבריחים מתמורת 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 לאלומות, לאונס, לירי ולהרג מצד הכוחות המצרים.

ר' בעניין זה:

סיכום רופאים לזכויות אדם (23.2.2011):

<http://phr.org.il/uploaded/Phr-israel-Sinai-Report-Hebrew-23.2.2011.pdf>

"מתי מדבר" (מוקד סיוע לעובדים זרים, פברואר 2011):

http://www.hotline.org.il/hebrew/pdf/Testimonies_from_sinay_122010_heb.pdf

סיכום רופאים לזכויות אדם, מוקד סיוע לעובדים זרים ושורה של ארגונים בינלאומיים (30.11.2011):

http://www.hotline.org.il/hebrew/pdf/Hundreds_of_Refugees_Held_Hostage_in_Sinai_November_2011_Heb.pdf

"עונו במדבר, נכלאו בישראל" (רופאים לזכויות אדם ומוקד סיוע לעובדים זרים, אוקטובר 2012):

<http://www.hotline.org.il/hebrew/pdf/TorturedInSinaiJailedInIsraelHEB.pdf>

(2) על תיקון מס' 3 ועל פסק הדין בענין אדם

34. החוק למניעת הסתננות (עבירות ושיפוט) (תיקון מס' 3 והוראת שעה), התשע"ב-2012, שנבחן על ידי בית המשפט בפרשת **אדם** (בג"ץ 7146/12 **אדם נ' הכנסת** (פסק דין מיום 16.9.2013), נחקק בחודש ינואר 2012 כהוראת שעה לשלוש שנים. סעיף 30א עמד בליבה של החקיקה, וקבע הסדרים לכליאה ממושכת של הנכנסים דרך גבולה הדרומי של ישראל. בין היתר, נקבעה תקופת כליאה מינימלית של שלוש שנים.

35. כל תשעת שופטי ההרכב קבעו, פה אחד, כי הסדר זה אינו חוקתי, שכן הוא פוגע באופן שאינו מידתי בזכות החוקתית לחירות, הקבועה בחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו. ברוב דעות של הנשיא גרוניס, המשנה לנשיא נאור והשופטים ארבל, ג'ובראן, חיות, דנציגר, פוגלמן ועמית נקבע, כי יש לבטל את כל ההסדרים שנקבעו בהוראות השונות שבסעיף 30א לחוק למניעת הסתננות. זאת, בניגוד לעמדתו החולקת של השופט הנדל אשר סבר, כי יש לבטל רק את הוראות סעיף 30א(ג) לחוק למניעת הסתננות, שבו עוגנה תקופת הכליאה המינימלית. בית המשפט קבע עוד, כי עם ביטול החוק ייכנסו לתוקף ההוראות של חוק הכניסה לישראל, התשי"ב-1952, באופן שצווי הגירוש שהוצאו (המשמשים גם אסמכתא למשמורת) ייראו כאילו ניתנו לפי חוק זה. כמו כן נקבע, כי יש להתחיל בהליך הבחינה הפרטנית והשחרור של כל המוחזקים במשמורת לאלתר. תהליך הבחינה של כלל המוחזקים נתחם לפרק זמן של 90 ימים מיום פסק הדין.

36. שתי חוות הדעת המרכזיות בעניין **אדם**, אליהן הצטרפו רוב שופטי ההרכב, ניתנו על ידי השופטת ארבל והשופט פוגלמן.

37. השופטת ארבל הצביעה על כך, שבמועד מתן פסק הדין שהו בישראל, על פי נתוני רשות האוכלוסין וההגירה, למעלה מ-54 אלף מהגרים שנכנסו דרך הגבול הדרומי ללא היתר (ר' פסקה 4 לפסק דינה של השופטת ארבל). עם זאת, תופעת הכניסה נבלמה (שם, פסקה 5). רובם המכריע של הנכנסים לישראל הם אריתריאים (כ-66%) וסודנים (כ-25%). "המשמעות של נתון זה היא רבה", הדגישה בפסק דינה (שם, פסקה 6):

"אריתריאה וסודן הן שתי מדינות המצויות במזרח אפריקה אשר חוו בשנים האחרונות משברים קשים, מלחמות וסכסוכים פנימיים מרים.

כרקע לדברים חשוב להביא מעט אינפורמציה הנוגעת לשתי מדינות אלו. אריתריאה היא מדינה שהוכרה כעצמאית בשנת 1993 לאחר שלושים שנות מאבק עם אתיופיה. מאז הוכרה כעצמאית לא נערכו בחירות דמוקרטיות באריתריאה ונשיא המדינה, המכהן גם כראש הממשלה וכמפקד העליון של הצבא, עודנו בתפקידו החל משנה זו. האסיפה הלאומית של אריתריאה מורכבת ממפלגה אחת בלבד (PDFJ). באריתריאה, על פי דו"חות של האו"ם, קיימת הפרה עקבית ונרחבת של זכויות אדם על ידי הממשל. הפרות אלו כוללות הוצאות להורג ללא משפט; מדיניות של ירי על מנת להרוג המכוונת למי שמנסה לצאת מגבולות המדינה; היעלמויות של אזרחים ומעצרים שלא נמסרים למשפחות; מאסרים ומעצרים

שרירותיים; שימוש נרחב בעינויים פיזיים ופסיכולוגיים במהלך חקירות של המשטרה, הצבא וכוחות הביטחון; תנאי מאסר לא אנושיים; שירות חובה צבאי לתקופה ארוכה ובלתי מוגבלת שבמהלכו נעשה שימוש בעונשים אכזריים המובילים אף להתאבדויות; אי כיבוד זכויות אזרח כגון חופש הביטוי, האסיפה, ההתאגדות, חופש הדת והתנועה; אפליית נשים ואלמות מינית; הפרת זכויות ילדים, כולל גיוסם של ילדים; ועוד (ראו דו"ח שהוכן עבור מועצת זכויות האדם של האו"ם מחודש מאי 2013 – Report of the Special – Sheila B. Keetharuth "Rapporteur on the situation of human rights in Eritrea").

סודן היא מדינה מוכת בצורת ורעב שבמשך שנים רבות סבלה מהפיכות צבאיות וממלחמת אזרחים קשה וממושכת. בעקבות המלחמה נאלצו מיליוני אנשים לעזוב את בתיהם, סבלו מרעב ומתת-תזונה, ומשירותי חינוך ובריאות לקויים ביותר. מלבד מלחמת האזרחים בין הצפון לדרום פרץ בשנת 2003 מרד נוסף בחבל דארפור שבמערב המדינה. על מנת לדכא את המרד חימשה הממשלה מיליציות אשר נלחמו במורדים. מאבק זה, שהפך למאבק אתני, אופייני באונס ובטבח המוני ויש הרואים בו רצח עם. בשנת 2011 הכריזה דרום סודן על עצמאותה מהרפובליקה של סודן. באמצע שנת 2011 עוד דווח על הפצצות שאינן מבחינות בין אזרחים ללוחמים; על התקפות נגד אזרחים מטעם כל הצדדים לסכסוך, כולל על ידי הצבא הסודני; ועל העדר הגנה ממשלתית על האזרחים. ישנם דיווחים נרחבים על אלימות פיזית ומינית כלפי נשים, אם כי דווח גם על שיפור מסוים בטיפול הממשלתי והמשטרה בסוגיה. גיוס וחימוש ילדים אף הם תופעה נפוצה בסודן, אשר יש מאמץ כיום למגרה. הפרת זכויות האדם בסודן כוללת אף מאסרים ומעצרים שרירותיים, עינוי עצירים והחזקתם בתנאים גרועים (ראו דו"ח שהוכן עבור מועצת זכויות האדם של האו"ם בשנת 2011 – "Report of the independent expert on the situation of human rights in the Sudan on the status of implementation of the recommendations complied by the Group of Experts to the Government of the Sudan for the implementation of Human Rights Council resolution 4/8, pursuant to Council resolutions 6/34, 6/35, 7/16, 11/10 and 15/27"). (שם).

38. השופטת ארבל עמדה על האמנה בדבר מעמדם של פליטים משנת 1951, ועל חובותיה של ישראל על פי האמנה (שם, פסקה 7), והוסיפה על כך:

"8. מעבר להגנה הרחבה הניתנת למי שמוכר כפליט, מוכרת בדין הבינלאומי הגנה נוספת משלימה מפני הרחקה לארץ המוצא מכוח העיקרון הכללי של 'אי החזרה' (Non-Refoulement) שמשמעותו כי מדינת ישראל לא תרחיק אדם למקום שבו נשקפת סכנה לחייו או לחירותו (ראו ע"מ 8908/11 אספו נ' משרד הפנים, פסקה 19 (17.7.12) (להלן: עניין אספו); סעיף 33 לאמנת הפליטים). עיקרון זה נובע אף מהדין הישראלי הפנימי המכיר בערך האדם ובקדושת חייו (ראו סעיף 1 לחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו; בג"ץ 4702/94 אל טאיי נ' שר הפנים, פ"ד מט(3) 843, 848 (1995) (להלן: עניין אל טאיי)). לפיכך, גם מי שלא מוכר באופן פרטני כפליט בהתאם לאמנה יתכן ולא יתאפשר להחזירו למדינת מוצאו בשל עיקרון 'אי החזרה'.

9. נכון להיום נוקטת מדינת ישראל במדיניות 'אי-הרחקה זמנית' של אריתראים לארץ מוצאם וזאת בהתאם לעיקרון אי-החזרה, ועל רקע הכרה באריתריאה כמדינת משבר. הגנת אי-ההרחקה ניתנה, טרם התיקון לחוק למניעת הסתננות, על בסיס השתייכות קבוצתית בלי שנבדקה זכאות פרטנית למקלט לפי אמנת הפליטים. יש להדגיש ולהבחין כי אין מדובר בהגנה קולקטיבית שמשמעותה כי כל אחד מחברי הקבוצה נהנה ממעמד פליט בהיעדר ראיות לסתור, שכן לשם כך נדרשת קביעה פוזיטיבית של המדינה, קביעה שלא נעשתה על ידי מדינת ישראל (עניין **אספו**, פסקאות 17, 22). לרוב, הנהנים מהגנה זמנית אינם זוכים לזכויות מלאות הניתנות למי שהוכר כפליט. מטרתה של ההגנה, כשמה כן היא, זמנית, ואין מטרתה לאפשר השתקעות במדינה הקולטת. עם זאת, נראה כי ישנו קושי להחזיק במדיניות של הגנה זמנית לאורך זמן, ונדרש לאחר חלוף הזמן לבחון באופן פרטני את הזכאות של חברי הקבוצה למעמד פליט (ראו סקירתו של השופט פוגלמן בעניין **אספו**). משמעותה של המדיניות של ישראל כלפי אזרחי אריתריאה מעולם לא הובהרה כל צרכה על ידי המדינה. כך, מלבד עיקרון אי-החזרה הנובע מהגנה זו, לא נחקק כל הסדר מפורט באשר למשמעותו של הסדר זה ולזכויות הניתנות מכוחו, ועל כך כבר העירה השופטת חיות בקובעה שמדובר במצב 'בלתי רצוי בעליל. הערפל הנורמטיבי יוצר אי-וודאות מכבידה ביותר מבחינת האנשים עצמם... בתי המשפט נאלצים אף הם להתמודד בשל כך חדשות לבקרים עם שאלות ומצבים שונים ומגוונים שמייצרת, מטבע הדברים, מציאות החיים והנוגעים לזכויותיהם של אנשים אלה' (ראו הערתה של השופטת חיות בעניין **אספו**). מכל מקום, לענייננו חשובה העובדה כי לאחר הגעתם של נתינים אריתראים לישראל לא ניתן לעת הזו להרחיקם חזרה לארץ מוצאם, מצב המחייב את מדינת ישראל להתמודד עם הישארותם בגבולותיה בשלב זה.

10. נתיני סודן- המצב לגביהם שונה, אך השלכותיו דומות במובן מסוים. בעבר הוכרו אף נתיני סודן שהגיעו לישראל כזכאים להגנה זמנית ולפיכך עוכבה הרחקתם מישראל והם קיבלו רישיונות ישיבה בישראל. נכון להיום אין מדינת ישראל מחילה כל הגנה על נתיני צפון ודרום סודן, ומבחינתה לכאורה ניתן להשיב את נתיני ארצות אלו למדינת מוצאם. מדובר במדיניות המוצהרת של ישראל, ואיני נוקטת כל עמדה באשר למדיניות זו, שכן אין אנו נדרשים לכך במסגרתה של עתירה זו. באשר לרפובליקה של סודן (צפון סודן) לא מתאפשרת החזרה של אזרחיה בשל קשיים מעשיים הנובעים מהעדר קשרים דיפלומטיים של ישראל עם מדינה זו. (שם, פסקאות 8-10).

39. השופטת ארבל קבעה בהקשר זה במפורש: "לא ניתן להתעלם מכך שרבים מהמסתננים הם מבקשי מקלט" (שם, בפסקה 92), וכן: "אין חולק כי מרבית המסתננים מגיעים מארצות אשר תנאי החיים שם קשים ביותר, פעמים רבות נשקפת סכנת חיים לתושביהם, ומצב זכויות האדם שם בכי רע. חלקם עבר חוויות קשות ביותר, כגון חטיפה, עינויים, אונס וכו' לפני הגיעם לישראל. [...] אין חולק כי על מרבית המסתננים חל עיקרון אי-החזרה הבינלאומי [...] דהיינו, נקודת המוצא של מדינות העולם, וישראל בתוכן, היא כי מסתננים אלו באו ממדינה שאין לאפשר את החזרתם אליה בשל הסכנות הנשקפות להם שם." (שם, בפסקה 112). אף השופט פוגלמן הדגיש: "הנתונים שהוצגו הנוגעים למדינות המוצא שממן הם מגיעים, כמו גם המדיניות הננקטת כלפיהם הלכה למעשה על ידי מדינת ישראל ומדינות אחרות, אינם מאפשרים לבטל בהינף יד את טענותיהם להגנה בינלאומית, כפי שמנסה המדינה לעשות בטיעוניה לפנינו. [...] חשוב להדגיש כי גם ביחס לאריתראים שבקשתם הפרטנית למקלט נדחתה, אין המדינה נוקטת צעדי הרחקה. [...] בנקודת הזמן הנוכחית המדינה אינה מרחיקה את אזרחי שתי מדינות אלה

לארצות מוצאם, וזאת אף אם בקשתם הפרטנית למקלט נדחית. זו נקודת המוצא לדיונו [...]". (פסקה 9 לפסק דינו של השופט פוגלמן). וכן: "במילה 'מסתנן' טמונים אפוא נרטיב פנימי וסיפור שאותו היא מספרת. היא מבליטה היבטים מסוימים הנוגעים למי שנכנס שלא כדין לישראל, ומעמעמת אחרים. [...] הבחירות הרטוריות של המחוקק אינן עומדות לביקורתנו. מכל מקום, חשוב שבחירה רטורית לא תעמעם את המהות. שומה עלינו לזכור בכל שלב של הדיון את אפיונם המורכב של ה'מסתננים' החדשים, שחלק ניכר מהם מגדיר עצמו כמבקש מקלט." (שם, פסקאות 12 ו-13).

40. באשר להסדר שנקבע בחוק פסקה השופטת ארבל, כי הפגיעה בזכות החוקתית לחירות, המעוגנת בסעיף 5 לחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו היא חד משמעית (פסקה 71 לפסק דינה של השופטת ארבל). השופטת ארבל עמדה על היותה של הזכות לחירות "עקרון על" ו"זכות עליונה", על היקפה הרחב של הזכות, על התפרשותה על כל אדם בישראל, ועל חומרת הפגיעה הפיזית, הנפשית והערכית בכל תחומי החיים כתוצאה משלילתה (שם, פסקאות 72-76).

41. נפסק, כי חל איסור לנהוג בבני אדם כאמצעי להרתיע אחרים: "הקושי בתכלית ההרתעתית הוא ברור. אדם מושם במעצר לא מפני שהוא מהווה באופן אישי סיכון כלשהו, אלא על מנת להרתיע אחרים. ההתייחסות אליו אינה כאל מטרר אלא כאל אמצעי. התייחסות זו ללא ספק הינה פגיעה נוספת בכבודו כאדם." (שם, בפסקה 86). בית המשפט עמד על כך שהתכלית ההרתעתית עומדת בניגוד לדין הבינלאומי. השופטת ארבל מפנה לפרשנותו הרחבה של סעיף 9(1) לאמנה בדבר זכויות אזרחיות ומדיניות, הקובע, כי "לכל אדם שמורה הזכות לחירות אישית ולביטחון אישי. לא יהא אדם נתון במעצר או במאסר שרירותיים. לא תשלל חירותו של אדם אלא מטעמים ובהתאם להליכים שנקבעו בחוק". "בהתאם לפרשנות זו", מציינת השופטת ארבל, "הסעיף חל על כל סוגי שלילת החירות, כולל שלילת חירות במסגרת מדיניות ההגירה של המדינה. [...] הדין הבינלאומי מכיל אף עמדה העוסקת באופן ישיר במסתננים אשר עיקרון 'אי החזרה' חל עליהם. במקרה כזה נאמר כי מאחר שהמכשול העומד בפני גירושו של המסתנן אינו נעוץ בו, יש לשחררו ממעצר, שאם לא כן יחשב המעצר לשרירותי בהתאם לאמנה האמורה. [...] באופן כללי נקבע כי מעצרו המינהלי של שוהה בלתי חוקי ללא שמתנהל תהליך גירוש אפקטיבי הינו מעצר שרירותי." (שם, בפסקה 91). זאת ועוד, "תמונת המצב היא כי מרבית המסתננים השוהים במשמורת הינם מבקשי מקלט, וזאת ללא תלות בשאלה האם בקשותיהם יאושרו בסופו של דבר אם לאו. מכל מקום, על רובם חל עיקרון 'אי החזרה' (*non-refoulement*) שאינו מאפשר את גירושם בשלב זה לארץ מוצאם. כפי שצוין, הדין הבינלאומי בנוגע למבקשי מקלט הוא מחמיר יותר עם המדינות בשטחיהן הם שוהים." (שם, בפסקה 92). השופטת ארבל מפנה להנחיות נציבות האו"ם לפליטים באשר למעצרים של מבקשי מקלט, וקובעת בהקשר זה: "המסקנה היא, אם כן, כי ספק רב אם הדין הבינלאומי מאפשר את מעצרים של מבקשי מקלט לצורך של הרתעת מבקשי מקלט נוספים מלהגיע למדינה." (שם).

42. על רקע דברים אלה, השופטת ארבל סברה, כי המעצר אינו עומד בשניים מתנאי המידתיות: מבחן האמצעי שפגיעתו פחותה ומבחן המידתיות הצר, הלא הוא מבחן התועלת למול נזק. באשר לנזק הנגרם פסקה השופטת ארבל:

110. כליאת המסתננים ושליחת חירותם לתקופה ארוכה הינה פגיעה אנושה ולא מידתית בזכויותיהם, בגופם ובנפשם. הפגיעה בזכותם לחירות של המסתננים שניתן להחזיקם במשמורת עד שלוש שנים הינה פגיעה קשה ביותר בעלת עוצמה גבוהה ורבה. עמדתו בתחילת הדברים על חשיבותה ובסיסיותה של הזכות לחירות פיזית במדינה דמוקרטית, ועל הפגיעה הקשה שמסבה שליחת חירותו של אדם לו ולמשפחתו. עמדתו על כך שהפגיעה היא נרחבת וקשה. לשליחת החירות עשויה להיות השפעה על בריאותו הפיזית והנפשית של הפרט. בנוסף היא משפיעה על כל תחומי חייו. היא משפיעה על חיי המשפחה שהוא יוכל לנהל, על חיי חברה ופנאי, על יכולתו לעבוד ולעסוק במשלח יד שהוא חפץ. שליחת החירות של הפרט משפיעה אף על זכות הקניין שלו, על זכותו לפרטיות, על זכותו לעשות בחירות שונות ומגוונות בכל רגע ורגע מחייו. להשלכות אלו נלווית אף הפגיעה הקשה בכבודו של המסתנן כאדם. הפרט שנשללת ממנו חירותו נפגע אף כבודו כאדם. הפגיעה הנרחבת באוטונומיה שלו, ומסירת רוב ההחלטות בשגרת יומו, שלא מרצון, לידי רשויות המדינה והכלא, גורמת לפגיעה מהקשות ביותר בכבוד האדם. זאת לצד הפגיעות בכבוד האדם הנובעות מהיעדר פרטיות, מהיעדר יכולת לנהל חיי משפחה וחברה ועוד. שליחת החירות יוצרת השפלה לפרט ופוגעת בשמו הטוב. הפגיעה בכבוד האדם מתעצמת בחוק למניעת הסתננות מאחר שהכליאה אינה נוגעת למאפייניו או התנהגותו הספציפית של כל מסתנן ומסתנן. כזכור, אין החוק בא להעניש את המסתנן על עצם עובדת הסתננותו. לשם כך קיימים הכלים הפליליים. ההשמה במשמורת נועדה בעיקרה על מנת להרתיע אחרים מלבוא ולהסתנן לישראל, וכן על מנת למנוע השלכות שליליות שיתכן ולפרט עצמו אין כל קשר אליהן. מפתחות הכלא לא נמצאים בידיו של המסתנן. אין הוא יכול להפסיק את פעילותו העוינת כלפי מדינת ישראל, לשלם את חובו, לציית להוראת בית המשפט או לתת גט לאשתו על מנת להשתחרר מהמשמורת בה הוא נתון.

111. עוצמת הפגיעה בזכות אף היא מצויה ברמה הגבוהה ביותר במדרג הפגיעות. שליחת החירות היא כפויה ומוחלטת, בדומה לאסיר פלילי המרצה את עונשו. המסתנן נתון תחת כללי המתקן ונהליו ואינו רשאי לצאת מגבולות המתקן כלל. כפי שראינו בדיון שבפנינו, כאשר יוצאים המסתננים ממתקן המשמורת, לצורך דיון משפטי לדוגמא, הם מובלים מלווים בסוהרים ויושבים בתא האסירים בבית המשפט בדומה לעבריינים פליליים, דבר המגביר את עוצמת ההשפלה, הכאב והפגיעה בכבודם. תקופת המשמורת העומדת על שלוש שנים, בהנחה שלא מתקיימת עילת שחרור מוקדמת יותר, היא תקופה ארוכה ומשמעותית ביותר. מצב זה צריך לשנות ויפה שעה אחת קודם.

112. לכך יש להוסיף את מיהות האנשים שעומדים לפנינו. גם אם ישנה מחלוקת על מניעי ההסתננות, אין חולק כי מרבית המסתננים מגיעים מארצות אשר תנאי החיים שם קשים ביותר, פעמים רבות נשקפת סכנת חיים לתושביהם, ומצב זכויות האדם שם בכי רע. חלקם עבר חוויות קשות ביותר, כגון חטיפה, עינויים, אונס וכו' לפני הגיעם לישראל (ראו למשל בר"ם 1689/13 וולדו נ' שר הפנים (18.4.13)). גם אם מטרת המסתננים לשפר את רמת חייהם שלהם עצמם ושל משפחותיהם לא ניתן שלא לחוש אמפתיה למטרות אלו. מובן כי אין המשמעות היא שמדינת ישראל מחויבת להכניסם לשטחה וליתן להם את מבוקשם, וברור כי האינטרסים של החברה הישראלית הם בעלי עדיפות ראשונה ועליונה, אך היחס למסתננים והטיפול בהם צריך להיות על רקע הבנת מצבם וקשייהם. יתרה מכך, אין חולק כי על מרבית המסתננים חל עיקרון אי-החזרה הבינלאומי, עליו עמדנו לעיל. דהיינו, נקודת המוצא של מדינות העולם, וישראל בתוכן, היא כי מסתננים אלו באו ממדינה שאין לאפשר את החזרתם אליה בשל הסכנות הנשקפות להם שם. גם נתון זה יש להביא

בחשבון במסגרת עוצמת הפגיעה הנגרמת לאנשים אלו כתוצאה משלילת חירותם שלוש שנים. לא ניתן שלא להיזכר בתוכחתו של המשנה לנשיא מ' חשין בפרשת הסדר הכבילה של עובדים זרים, אשר ניתן ללמוד ממנה אף מקל וחומר לענייננו: 'עיון בהסדר הכבילה שיצרה המדינה והשליטה אותו על עובדים זרים - עלובי-נפש שנפרדו ממשפחותיהם לחודשים, אף לשנים - מעלה תמיהה מהולה ברוגז, כיצד זה שבעלי-סמכות בארצנו כך רואים לנהוג בנשים ובגברים שכל רצונם אינו אלא להביא פת-לחם למשפחתם. לא נכחד כי נגד עיניהם של בעלי הסמכות ניצבו שיקולי-נגד כיבדי-מישקל - שיקולים של סדר טוב ושל הצורך למנוע ניצול לרעה של ההיתר לשהות בארץ - ואולם כיצד זה שנעלם מעיניהם כי בהסדר שהם קובעים חורצים הם עמוקות בכבודם של העובדים הזרים כבני-אנוש? והרי כל אדם - גם אם זר הוא בקהלו - זכאי לכבודו כאדם. כסף ניתן לחלוקה. כבוד אינו ניתן לחלוקה בגרעינו. כך הוא בכבודם וכך הוא בחירותם של העובדים' (עניין קו לעובד הראשון, פסקה 4 לפסק דינו של המשנה לנשיא מ' חשין).

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

לא ניתן לחלוק, אם כן, על הפגיעה הקשה והעוצמתית בזכויותיהם החוקתיות הבסיסיות ביותר של המסתננים. " (שם, פסקאות 110-113).

43. ובאשר לאיזון בין הנזק לבין התועלת נפסק:

"לגבי השלכות על האוכלוסייה המקומית, יש להזכיר כי אוכלוסיה זו ממשיכה להתמודד עם הקשיים גם בימים אלו, שכן רוב רובם של המסתננים אינם מצויים במשמורת, אלא בקרבה או בצידה של האוכלוסייה המקומית. בהתחשב בנתון זה; ובהתחשב בכך שקיימים אמצעים חלופיים רבים בהם יכולה המדינה לנקוט על מנת להתמודד עם השלכות אלו; ובהתחשב בגדר הגבול עם מצרים שבנייתה הושלמה לאחרונה כמעט במלואה וביכולת לשפר את יעילותה; הרי שלא ניתן לומר כי התועלת מהמשמורת עולה על הפגיעה הקשה בזכויותיהם החוקתיות של המסתננים. ההתמודדות עם תופעת ההסתננות אינה פשוטה. היא דורשת מחשבה רבה, השקעת משאבים וטיפול אינטנסיבי לאורך זמן. קשייהם של התושבים המקומיים בריכוזי ההתיישבות של המסתננים, הנאלצים לספוג את תוצאותיה והשלכותיה של תופעת ההסתננות, מחייבים טיפול והתייחסות של הרשויות. עם זאת, הפתרון הפשוט לכאורה של השמת מסתננים במשמורת הוא פתרון שאינו מידתי ואינו מתיישב עם ערכי החברה, המשפט והמוסר של מדינת ישראל. זהו

פתרון המכתים "בכתם ערכי את מערך הערכים האנושיים שהחברה הישראלית דוגלת בהם" (עניין **קו לעובד השני**, פסקה 64 לפסק דינה של השופטת פרוקציה). עם ישראל, שידע לאורך ההיסטוריה סבל ותלאות רבות ונאלץ לעיתים לנדוד ממקום למקום, חייב לעמוד בהתמודדות הקשה, האמיצה והמוסרית אל מול הזרים הרבים שנודדים כיום אל מדינת ישראל למציאת מזור למצוקותיהם, כל עוד אין הם יכולים לשוב לארצותיהם, עד שימצא מקום אחר הולם שיוכל לקלוט אותם. אין משמעות הדבר שלא ניתן בשלב זה להטיל עליהם הגבלות שונות, כללים ונהלים שיחייבו אותם בעת שהותם בארץ המארחת, ובכלל זה אף לשימם במשמורת לתקופת זמן מידתית (ראו **עניין טספהונה**, פסקה 5 לפסק דינו של השופט דנציגר). אלא שהגבלות אלו אינן יכולות, למצער בעת הנוכחית, להגיע עד כדי שלילת חירותם המלאה לתקופת זמן כה משמעותית.

אוסף כי לא ניתן לקבל עמדה לפיה עילות השחרור הקבועות בתיקון לחוק מסייעות במידה מספקת לרפא את אי המידתיות של התיקון. ראשית, נוצר מצב בו הכלל הוא פגיעה בזכויות החוקתיות והחריג הוא המכבד זכויות אלו.

משטר משפטי המעניק הגנה חוקתית לזכויות-האדם אינו יכול להשלים עם נקודת מוצא נורמטיבית המניחה שלילתן של זכויות-יסוד ככלל מנחה. לא ניתן לקבל, כי בשיטה שקבעה את כבוד האדם כערך חוקתי מוגן יורשה היחיד לקיים את זכויותו היסודיות במקרים 'חריגים' בלבד' (עניין **קו לעובד הראשון**, בעמ' 391; כן ראו עניין **קו לעובד השני**, פסקה 65 לפסק דינה של השופטת פרוקציה).

שנית, כפי שהראינו, אף הנתונים בשטח מלמדים על כך שעילות השחרור נוגעות אך למיעוט שבמיעוט מתוך המסתננים המוחזקים במשמורת. העובדה שהתיקון חוקק במסגרת הוראת שעה אינה יכולה אף היא לסייע במקרה זה, וזאת לאור עוצמתה של הפגיעה והתמשכותה [...]. " (שם, פסקה 114).

44. אף השופט פוגלמן עמד על כך, ש"עניין לנו בשלילת חירות לתקופה ארוכה ללא משפט" (פסקה 31 לפסק דינו של השופט פוגלמן), והזכיר, כי הכלל שנקבע בחוק, "סוטה גם מהעקרונות המקובלים בישראל ובעולם לעניין שלילת חירותם של שוהים שלא כדין במסגרת דיני ההגירה, וזאת בשני היבטים מרכזיים: ראשית, התיקון קובע כלל בדבר החזקה במשמורת של שוהים שלא כדין לתקופה ארוכה בהיעדר הליך הרחקה אפקטיבי. שנית, התיקון מאפשר החזקה במשמורת של מבקשי מקלט לפרק זמן משמעותי." (שם, פסקה 32; ור' עוד פסקאות 2 ו-3 לפסק דינה של השופטת נאור).

45. עוד נקבע, כי הסעיפים בחוק, המאפשרים לשחרר מבקשי מקלט, שלושה חודשים לאחר שהגישו את בקשותיהם, אם אלה לא נבחנו, או תשעה חודשים לאחר שהחל הליך הטיפול בבקשותיהם, אם טרם התקבלה החלטה, אינם מרפאים את הפגם שבחוק. נהפוך הוא – משתמע מהם, שמבקשי מקלט מוחזקים במעצר בעת בחינת בקשותיהם, חרף האיסור לנהוג כך (פסקה 37 לפסק דינו של השופט פוגלמן).

46. על יסוד דברים אלה סבר השופט פוגלמן כי הנוק הנגרם עולה על התועלת: "השאלה שניצבת לפתחנו היא אם תועלת זו היא מידתית ביחס לפגיעה בחירות האישית. [...] סבורני כי התשובה לכך היא לא, באל"ף רבתי." (שם, פסקה 30).

47. על בסיס חוות דעתם של השופטת ארבל והשופט פוגלמן בוטלו כלל ההסדרים שבסעיף 30א, ונקבע כי לפסיקה תחולה מיידית. עוד נפסק, כי צווי הגירוש שהוצאו מכוח החוק יראו אותם כאילו הוצאו מכוח חוק הכניסה לישראל, התשי"ב-1952, והעילות לשחרור ממשמורת יהיו על פיו. נפסק עוד, כי כדי לאפשר למדינה להיערך לבחינת עניינם הפרטני של המוחזקים במשמורת, שמספרם אינו מבוטל, עילת השחרור הקבועה בסעיף 13(א)(4) לחוק הכניסה לישראל ("הוא שוהה במשמורת יותר מ-60 ימים ברציפות") לא תחול לפרק זמן של 90 ימים מיום מתן פסק הדין, וזאת "על מנת לתחום פרק זמן זה" (פסקה 118 לפסק דינה של השופטת ארבל). תכלית הוראת מעבר זו לא היתה החזקה של כלואים עד היום האחרון האפשרי, אלא מתן פרק זמן שלאורכו תתפרס הבדיקה האינדיבידואלית של קיומם של סייגים לשחרורם של מי שכלואים למעלה מתשעים ימים. בית המשפט הדגיש בפסק דינו: "יש להתחיל בהליך הבחינה הפרטנית והשחרור בערובה **לא לתור**. ככל שממונה ביקורת גבולות קובע כי ניתן לשחרר מוחזק פלוני בערובה בהתאם לעילות השחרור הקבועות בחוק הכניסה לישראל והסייגים להן – יש לשחררו באופן מידי." (פסקה 118 לפסק דינה של השופטת ארבל. ההדגשה במקור). עוד נפסק בהקשר זה: "נוכח הפגיעה האנושה בזכות לחירות אישית, החלטנו כי אין מקום להשהות את ההכרזה על בטלות התיקון. על הרשויות לבחון את עניינם של המוחזקים במשמורת במהירות הראויה, ומי שניתן לשחררו – יש לשחררו **לא לתור**. נוכח מספרם הרב של המוחזקים במשמורת, ראינו לקבוע פרק זמן של תשעים ימים לשם מיצוי ההליך המינהלי לבחינת עילות השחרור הקבועות בחוק הכניסה לישראל והסייגים להן, ביחס לכל אחד מהמוחזקים במשמורת. אולם אדגיש כי פרק זמן זה הינו רף עליון לבחינת עניינם של כלל המוחזקים, וכאמור, מי שהסתיימה הבחינה בעניינו, ואין מניעה לשחררו – ישוחרר **ללא דיחוי**." (פסקה 44 לפסק דינו של השופט פוגלמן. ההדגשה במקור).

48. השופטת ארבל חתמה את פסק דינה בהזכירה:

"כחוט השני בחוות דעת זו עובר הניסיון להבהיר ולשכנע שלא נכון לבחור בפתרון שנראה לכאורה פשוט - כליאה לתקופה ארוכה - בהיותו האמצעי הפוגע ביותר כלפי כל אדם, ובוודאי פוגעני ביותר כלפי המסתננים הכלואים במשמורת למשך תקופה ארוכה. אשוב ואומר כי אחת מזכויות היסוד החשובות של האדם, זו הנמצאת בקצה העליון של פירמידת הזכויות, היא הזכות לחירות. מאז ומעולם, מקדמת דנא, לחמו אנשים לחופש. פגיעה בזכות לחירות היא מהפגיעות הקשות שניתן לחשוב עליהן. שלילת חירותם של המסתננים על ידי כליאתם לתקופה ארוכה הינה פגיעה אנושה ולא מידתית בזכויותיהם, בגופם ובנפשם. אל לנו לפתור עוול אחד ביצירת עוול אחר. לא נוכל לשלול זכויות יסוד בסיסיות ובה בעת לפגוע ביד גסה בכבוד האדם ובחירותו במסגרת פתרון לבעיה הדורשת פתרון מערכתי-מדיני הולם. כבר ציינתי בעבר בהקשר אחר כי 'צרכיה החשובים ככל שיהיו של אוכלוסיה אחת אינם יכולים להיות מסופקים על ידי פגיעה בצרכים ובזכויות של קבוצת אוכלוסיה אחרת' (דנג"ץ 10007/09 **גלוטן נ' בית הדין הארצי לעבודה**, פסקה 29 לפסק דיני (18.3.13)). אסור לנו לשכוח את ערכינו הבסיסיים, הנשאבים מהכרזת העצמאות, ואת חובתנו המוסרית כלפי כל אדם באשר הוא, כפי שהם חרוטים על תבניות הבסיס של המדינה כמדינה יהודית ודמוקרטית.

מדינת ישראל מאז הקמתה התנסתה בהתמודדויות קשות ומורכבות בתחומים שונים. בראש ובראשונה התמודדות עם מציאות ביטחונית קשה המחייבת את המדינה לאזן בין האינטרס הביטחוני וזכותם של תושביה לחיים ולשלמות הגוף אל

מול זכויות האדם הבסיסיות הניצבות מנגד. מדינת ישראל קיבלה לא אחת הכרעות קשות ביותר בסוגיות שמשמעותן היתה נטילת סיכונים הגדולים מאלו העולים בעתירה זו. הדברים שנאמרו עשויים להאיר את הסוגיה איתה מתמודדים אנו היום בעתירה זו, וראוי שיהיו אבן שואבת למקרים מקבילים ודומים היום ובעתיד. [...]

באופן דומה אין מנוס מהתמודדות מורכבת גם בסוגיית המסתננים. כאשר בסוגיה זו עלינו לזכור כי ניצבים אנו לא בפני מפגעים הבאים לחבל בתושבי מדינת ישראל, כי אם באוכלוסיה קשת יום, המגיעה אלינו מאזור מוכה גורל ואדם, אוכלוסייה אשר מקיימת גם בישראל חיי מצוקה ועוני. ונדגיש כי איננו מתעלמים מאינטרס הציבור ומהשינוי הנטען לגבי ביטחונם האישי של חלק מהתושבים, כמו גם ההשלכות על הכלכלה והמשק. עם זאת, משוכנעים אנו שמדינה וחברה לא תוכל להגן על אזרחיה ועל אינטרסים ערכיים שבבסיסה, כאשר באותה העת היא פוגעת ביד גסה בחירותם ובכבודם של הזרים הנמצאים בקרבה. חשוב לתת את הדעת לכך שקיימות אלטרנטיבות אחרות. יש להניח שהדרך אליהן קשה יותר, מורכבת יותר ודורשת אורך רוח רב יותר. [...]

גם אם הדברים האמורים לא יניחו דעתם של רבים, חשוב לראות, ולא לעצום עיניים, בפני התמונה העובדתית הנגזרת כתוצאה מפסק דין זה. כאמור, כ-55,000 מסתננים שוהים כיום במדינת ישראל. מתוכם, כ-1,750 איש מוחזקים במשמורת מכוח החוק למניעת הסתננות. דהיינו, ההתמודדות המתחיבת של החברה הישראלית עם המסתננים החיים בתוכה היא עובדה קיימת שלא פחתה ולא השתנתה באופן משמעותי מאז החלה השמתם של מסתננים במשמורת. ככל הנראה היא גם לא תשתנה משמעותית לאחר יישומו של פסק דין זה. מנגד, חייהם של כ-1,750 איש עשויים להשתנות מכליאה חסרת פתרון ליציאה לחירות ותקווה לעתיד. " (שם, פסקאות 120-121).

49. השופט פוגלמן ציין :

"האתגר שעמו נאלצה ונאלצת מדינת ישראל להתמודד על רקע הגירה בלתי-מוסדרת של עשרות אלפים מאפריקה אל גבולותיה – אתגר מורכב הוא. בפסק-דינו נפרשה יריעה רחבה המתייחסת לקשיים החברתיים, הכלכליים והאחרים הטמונים בכך. לא יימצא חולק על כך שהמדינה אינה יכולה לשקוט על שמריה, ושעליה להתמודד עם תופעה מורכבת זו. זו אינה אך סמכות רשות המסורה למדינה; זוהי חובה המוטלת עליה כלפי אזרחיה ותושביה. פתרונות קסם אינם בנמצא. במוקד דיונו זה עמדה חוקתיותו של האמצעי שנבחר לצורך כך. בחברה דמוקרטית – לא כל האמצעים כשרים. זה הדין גם בהתייחס להסדר שחוקתיותו ניצבה כאן לבחינתנו. קשה ככל שתהא המשימה שעמה נאלצת מדינת ישראל להתמודד על כורחה, עלינו לזכור כי אלה שכבר באו בשערינו – מצויים עמנו. הם זכאים לזכות לחירות ולזכות לכבוד המוקנות בחוק היסוד לכל אדם, באשר הוא אדם. פגיעה בזכויות אלה תיתכן רק לתכלית ראויה ובמידה שאינה עולה על הנדרש. האמצעי שנבחר על ידי המדינה אינו עומד באמת מידה זו, והוא אינו צולח את הביקורת החוקתית. ההסדר הקבוע בתיקון, שעל בטלותו אנו מכריזים כאן, פוגע פגיעה אנושה ולא מידתית בזכות לחירות אישית, שהיא זכות יסוד של כל אדם באשר הוא אדם, תוך סטייה מהעקרונות המקובלים בישראל ובמדינות העולם המתוקן. בשל כך, דינו של הסדר המשמורת הקבוע בתיקון – בטלות. " (פסקה 45 לפסק דינו של השופט פוגלמן).

(3) על תיקון מס' 4 ועל פסק הדין בעניין איתן

50. פחות משלושה חודשים לאחר שניתן פסק הדין, שכלל דברי ביקורת חריפים, התקבל בהליך בזק החוק למניעת הסתננות (עבירות ושיפוט) (תיקון מס' 4 והוראת שעה), התשע"ד-2013. מה נשתנה בתקופה זו? דבר לא. האם החלה כניסה משמעותית של מבקשי מקלט לישראל שהצריכה תגובה שכזו? לא. התופעה, כפי שעמד על כך בית המשפט נכבד בפסק דינו, נבלמה. על פי פרסומי רשות האוכלוסין וההגירה, בשלושת החודשים מאז ניתן פסק הדין ועד לחקיקת החוק נכנסו לישראל 4 גברים סודנים בלבד.

51. אם כך, שמא הגיעה "שעתה היפה של המדינה, שבמציאות שנכפתה עליה תשכיל למצוא פתרונות הומאניים" (פסקה 5 לפסק דינה של המשנה לנשיא נאור בעניין אדם)?

52. שמא קיבלה על עצמה הממשלה "לגבי אותם מבקשי מקלט שכבר הגיעו למקומותינו, לאחר שחצו ארצות ואלפי קילומטרים במדבריות ובדרך לא דרך, עברו מאות קילומטרים במדבר סיני, שם נפלו חלקם קרבן לבני עוולה שעינו אותם, התעללו בהם, אנסו את נשותיהם ובנותיהם, ולעיתים אף הרגו מהם במיתות שונות משונות, ואין פוצה פה ומצפצף בקהילה הבינלאומית. משהגיעו הללו אל גבולנו, חבולים בנפשם ובגופם, צריכים היינו לקבלם, לומר להם "קח נא מעט מים ורחצו רגליכם והשענו פחת העץ" (בראשית י"ח, ד), לחבוש את פצעיהם בגוף ובנפש, להתייחס אליהם ברוחב לב ובמידת החמלה בכל הקשור לעבודה, רווחה בריאות וחינוך" (פסקה 2 לפסק דינו של השופט עמית)?

53. שמא הבינה הממשלה סוף סוף ש"פתרונות אד הוק אינם תחליף למדיניות סדורה" (ר' פסקה 1 לפסק דינה של השופטת חיות), וש"מדיניות אי-ההרחקה הזמנית אשר בה נוקטת המדינה כלפי חלק מאותם מסתננים הופכת ברבות השנים לפחות ופחות זמנית, [ו]יש הכרח למלאה בתוכן נורמטיבי" (שם, בפסקה 3)?

54. ש"החזקה במשמורת של כ-2,000 מסתננים מתוך כ-55,000 מסתננים בסך הכל – ספק רב אם יש בה מזור של ממש למצוקה" (פסק דינו של השופט דנציגר)?

55. ש"השמתם של כ-1,750 איש במשמורת יש לה השפעה מזערית על מכלול ההשפעות של תופעת ההסתננות, בהתחשב בעשרות אלפי המסתננים שאינם נתונים במשמורת" (פסקה 97 לפסק דינה של השופטת ארבל)?

56. לא ולא ולאולאולא. הממשלה, כפי שהוכיח החוק וההליכים שקדמו לחקיקתו, התקשתה להשתחרר מהקונספציה הבינארית שהנחתה אותה, עליה עמד השופט פוגלמן בפסק דינו בעניין אדם:

"מאופן הצגת הדברים על-ידי המדינה עולה כי קיימות שתי אפשרויות ואין בלתן: האחת, יישום ההסדר שנקבע בתיקון והשמת המסתננים במשמורת לפרק זמן ממושך עד שניתן יהיה – אם בכלל – להרחיקם; והשנייה, המשך שהייתם של מסתננים רבים בדרום תל אביב ובאזורים נוספים בארץ ללא הסדרה, פיקוח או טיפול. הצגה בינארית זו מעוררת קשיים בעיניים, כאשר היא באה מצד המדינה. עמדנו על האתגרים המשמעותיים שהתופעה נושא הדיון מציבה לפני הרשויות, ואין

להקל בהם ראש. עם זאת, לא ניתן שלא לשאול אם ההשלכות השליליות של תופעה זו – שעליהן עמדו המדינה ותושבי דרום תל אביב בהרחבה – אינן מועצמות על רקע הימנעותן של הרשויות מנקיטת חלופות אחרות להסדרת שהות המסתננים והטיפול בהם. האם יכולה המדינה להיתלות בהשלכותיה השליליות של תופעת ההסתננות בשנים האחרונות, כצידוק לנקיטת אמצעים פוגעניים, וזאת מבלי שנעשה ניסיון להתמודד עם השלכות אלה באמצעים חלופיים שפגיעתם פחותה? (פסקה 41 לפסק דינו של השופט פוגלמן).

57. "הנחתי היא שסימן השאלה שאותו אני מציב, יחד עם תוצאת הליך זה, יביאו לחשיבה מחודשת מצידן של הרשויות המוסמכות", הוסיף השופט פוגלמן (שם), ואולם הממשלה בשלה. היא יזמה את תיקון מס' 4 והובילה בהליך בזק לחקיקתו.

במה עסק תיקון מספר 4?

58. ראשית, החוק עסק בהקמתו לתחייה של סעיף 30א לחוק למניעת הסתננות – סעיף החוק הבלתי חוקתי שבוטל על ידי בית המשפט הנכבד פחות משלושה חודשים קודם לכן. במסגרת סעיף זה עמדה תקופת הכליאה של "מסתננים חדשים" על שנה, תחת שלוש שנים. תיקון מס' 4 החייה את סעיף 30א לשלוש שנים נוספות, שנתיים מעבר לתוקף שקבע תיקון מס' 3, ללא בחינה מעמיקה ומחודשת של שינויים בשטח, כמו גם יתרונות וחסרונות של מה שאמור היה להיות הוראת שעה זמנית בלבד.

59. שנית, פרק ד' לחוק עסק בהקמתו הנורמטיבית בהליך בזק של מתקן כליאה "פתוח" – "מרכז שהייה" בניהול שירות בתי הסוהר, שבו יכלאו "מסתננים" ללא הגבלת זמן וללא ביקורת שיפוטית יזומה ועתית, תוך מתן סמכויות שיפוט וענישה דרקוניות לפקידי משרד הפנים. ב"מרכז שהייה" זה לא היה כל חדש. הוחלט לבחון את הקמתו ואת הפעלתו כבר בהחלטת הממשלה 2507 מיום 28.11.2010; הוחלט על הקמתו בהחלטת הממשלה 3936 מיום 11.12.2011; הרשויות דיברו בו בההליכי התכנון של תמ"א 46 ("תוכנית מתאר ארצית להקמת מרכז שהייה למסתננים מגבול מצרים"); הן דיברו עליו אף בדיונים על חקיקת תיקון מס' 3 לחוק למניעת הסתננות; ועוד ועוד. הוא הוקם זה מכבר, ועמד שומם, שכן לא נמצא בו צורך, אף שמעת לעת הרשויות הודיעו, כי הן שוקלות להשמישו. כמו סעיף 30א לחוק שזכה לקום לתחייה במסגרת תיקון 4, נפחה ההצעה רוח חיים נורמטיבית גם בפיל הלבן של אזור קציעות: מתקן "חולות".

60. מתקן "חולות" הוא מתקן נוסף בניהול שירות בתי הסוהר, במתחם בתי הסוהר בקציעות. על פי תיקון מס' 4, ממונה ביקורת הגבולות יכול להכניס למתקן באופן שרירותי מבקשי מקלט שאין אפשרות לגרשם מישראל. זהו מתקן המצוי במדבר, באזור שבו מזג האוויר קיצוני בחורף, בקיץ ובלילות, בתוך שטח אש, רחוק מרחק רב ממקומות יישוב. המתקן סגור ומסוגר בין השעות 22:00 ל-06:00, ועל המוחזקים בו להתייצב שלוש פעמים ביום לספירות. השירותים במקום מינימליים ונוגעים לבריאות ולרווחה. למוחזקים אסור לעבוד מחוצה למתקן, ואין להם פרנסה, אלא דמי כיס. מעטים מהם יכולים לעבוד כדרך שאסירים עובדים בבתי סוהר. החוק לא קבע כל חובה לתת במקום שירותי חינוך, שירות דת, פעילות ספורט, תרבות, פנאי וייעוץ משפטי. התפישה המעוותת העומדת ביסוד הפעלת המתקן היא כי "כל צרכיהם" של בני אדם הם מיטה, קורת גג, מזון וטיפול רפואי. בני אנוש, לפי תפישה זו, אינם

צריכים להיות אדונים לגורלם, אינם צריכים לפתח את עצמם, אינם צריכים להיות מסוגלים לעצב את סיפור חייהם, אינם זקוקים לפרטיות מחד גיסא ולחיי קהילה ומשפחה מאידך גיסא. די בשימור חייהם הביולוגיים, ותו לא. לשירות בתי הסוהר ניתנה סמכות להשליט את מרותו על השוהים במתקן ולקבוע כללים להפעלת המקום, למגורים בו, למה שמותר להחזיק בו ולמה שאסור, לתעסוקה, לניקיון, לסגירת המתקן ולפתיחתו, להחליט מי יכנס אליו ומי יבקר בו – ומי לא, לעריכת חיפושים בכניסה, ביציאה ובתוכו, להפעלת כוח, לריתוק, להטלת קנסות ועוד ועוד. לממונה ביקורת הגבולות – פקיד של משרד הפנים – הוקנו סמכויות שיפוט וענישה דרקוניות שלא ניתנו מעולם לאף פקיד בישראל. הותר לו לגזור עונשי מאסר חוזרים ונשנים שבין חודש לבין שנה בגין איחור לרישום, אי התייצבות לרישום, הפרת כללי ההתנהגות שקבע שב"ס למתקן, בגין גרימת נזק, בגין חבלה, בגין עבודה, בגין "נפקדות" ובגין אי התייצבות לחידוש רישיון ישיבה. המוחזקים במתקן – אנשים שאי אפשר לגרשם שוהים בו ללא תוחלת וללא הגבלת זמן, בחוסר כל ובחוסר מעש בהמתנה ממושכת לשום דבר. המקום נועד לשבור את רוחם, על מנת לאנוס אותם לומר כי הם "מסכימים" ללכת לכל מקום שיוגד להם, גם אם נשקפת להם שם סכנה.

61. ולמי יועד כל זה? בראש ובראשונה לכלואים באותה עת במתקני המשמורת. בדיונים שהתקיימו בוועדת הפנים והגנת הסביבה של הכנסת בשלושת החודשים שעד לחקיקת תיקון מס' 4 הבהירו נציגי הממשלה, כי המוטיבציה לחקיקה חפוזה זו היא המשך מעצרים של מי שמוחזקים מזה תקופה ממושכת, ובית המשפט הנכבד הורה לפעול לשחרורם לאלתר וללא דיחוי בפסק הדין בעניין **אדם**, ועוד כ-2,000 אנשים שיבחרו באופן שרירותי.

62. בדיונים שהתקיימו בכנסת עובר לחקיקת תיקון מס' 4 הדגישו נציגי הרשויות, כי מטרתה של שלילת החירות היא לחלץ מן המוחזקים – אנשים שאי אפשר לגרשם מישראל – "הסכמה" לעזוב. כבר ביום 22.9.2013, יממה לאחר מתן פסק הדין בעניין **אדם**, הביע מר אמנון בו עמי, מנכ"ל רשות האוכלוסין וההגירה, בדיון בוועדת הפנים והגנה הסביבה של הכנסת דאגה מתוצאות הפסיקה בהקשר זה: "המסלול שבו עבדנו, של יציאה מרצון, התחיל לתת את אותותיו... והיינו במומנטום מאוד חשוב של המסלול הזה, שאנחנו חוששים שפסק הדין עכשיו יכול להשפיע גם עליו." כשדובר בישיבה בהקלת העומס על שכונות דרום תל-אביב והאפשרות של פיזור אוכלוסיית מבקשי המקלט ברחבי הארץ התנגד לכך מר בן עמי, ואמר כי ריכוז המאמץ הממשלתי אינו צריך להיות בכיוון זה, אלא "צריך להיות יציאה מרצון והחזרה למדינה שלישית. זה צריך להיות הכיוון." בדיון נוסף בוועדה ביום 11.11.2013, בו הוצגו תזכיר החוק ומתקן "חולות" שאמור לקום עם חקיקתו, מסר מר יוסי אדלשטיין, מנהל מינהל אכיפה וזרים ברשות האוכלוסין וההגירה, שהמתקן מיועד לעודד את יציאתם של מי שיוחזקו בו מישראל, וכי בדרך זו יתפנה בו מעת לעת מקום, שיאפשר הכנסתם של נוספים: "בעיקרון, לכל המסתננים שנמצאים במדינת ישראל יש פוטנציאל להיכנס למתקן. ברגע שהוא מתייצב אצלנו הוא יקבל הזמנה להתייצב במתקן השהייה. מי שיוחלט לגביו שהוא נכנס למתקן השהייה יקבל הפניה ובאותו רגע, רישיון השהייה שהוא מחזיק היום ביד יבוטל והעסקתו תיאכף בצורה מאסיבית. ברגע שייכנס למתקן, נמשיך בכל התהליכים של עידוד היציאה מרצון. גם שר הפנים העלה אפשרות להגדיל את התמריץ ליציאה שלהם. יהיו מספר פעולות שאנחנו מכוונים אליהם, אנחנו מקווים שנושא המדינה השלישית יקבל תאוצה גדולה יותר. לכן, יהיה תהליך של כניסה למתקן וכנראה הוצאת הנתינים למדינה שלישית ואז הכנסה של

חדשים." בעת הצגת הצעת החוק במליאת הכנסת לקריאה ראשונה ביום 25.11.2013 אמר שר הפנים, גדעון סער: "אני אומר שהמדיניות שלנו היא לעודד יציאה מרצון. גם השבוע יוצאים מסתננים בלתי חוקיים מרצון. עמדנו, כל השנה, כל חודש בחודשו, הייתה יציאה מרצון. היינו יכולים להגיע למספרים יותר גדולים. גם 3,300 זה לא חזות הכול וגם מתקן סגור אפשר להפוך בהמשך למתקן פתוח. יש שם עוד למעלה מ-5,000 מקומות. בכלל, אם נצליח במדיניות של עידוד יציאה מרצון בשפע של האמצעים שאנחנו נוקטים, גם הנוקשים וגם הרכים, במירכאות, אז בסופו של דבר יהיה פה תהליך דינמי. אבל אנחנו חייבים לנסות, אנחנו חייבים להתמודד." דברים אלה חזרו גם בישיבות ועדת הפנים והגנת הסביבה של הכנסת בעת הכנת הצעת החוק לקריאה שניה ושלישית.

63. בליל 10.12.2013 התקבל תיקון מס' 4 בקריאה שנייה ושלישית במליאת הכנסת. למחרת, ביום 11.12.2013 פורסם החוק ברשומות (ס"ח 2419, בעמ' 74). עוד באותו היום פורסמו ברשומות (ק"ת 7313, בעמ' 306 - 308) שתי תקנות וצו לעניין הפעלת "מרכז השהייה". צו למניעת הסתננות (עבירות ושיפוט) (הכרזה על מרכז שהייה למסתננים) (הוראת שעה), התשע"ד-2013 הותקן על ידי השר לבטחון פנים, והוא מכריז על מתקן "סהרונים" – בית הסוהר שבו הוחזקו רבים ממבקשי המקלט עד חקיקת התיקון – ועל מתקן "חולות" הצמוד לו, שעמד עד אותה עת שומם, כעל "מרכז השהייה". המפה שצורפה לצו הינה מתוך תמ"א 46, שעל פיה הוקם מתקן "חולות", והיא מגלה את יעודה האמיתי. המתקן קרוי במפה "משמורת". תקנות למניעת הסתננות (עבירות ושיפוט) (נוכחות שוהה במרכז ויציאה ממנו) (הוראת שעה), התשע"ד-2013 הותקנו על ידי שר הפנים. הן קובעות ששוהה במרכז רשאי לצאת ממנו בכל עת שהמרכז פתוח, וכי עליו להתייצב שלוש פעמים ביום: בין השעות 06:00 ל-07:30; בין השעות 13:00 ל-14:30; ובין השעות 20:30 ל-22:00. בעת התייצבותו עליו להזדהות באופן שישביע את רצונו של עובד המרכז או ממונה ביקורת הגבולות. תקנות למניעת הסתננות (עבירות ושיפוט) (בירור פניות השוהים במרכז שהייה) (הוראת שעה), התשע"ד-2013 הותקנו אף הן על ידי שר הפנים, והן קובעות את דרכי הפנייה לממונה על בירור פניות; את הטעמים שלא לטפל בפנייה; את משך הטיפול בפנייה ואת היידוע בדבר החלטה.

64. ביום חמישי 12.12.2013, בעיצומו של מזג אוויר חורפי וסוער שפקד את ישראל, החלה רשות האוכלוסין וההגירה להעביר את הכלואים ממתקן "סהרונים" אל מתקן "חולות". סמוך לאחר מכן החלה באכיפה דורסנית של החוק גם על אריתראים וסודנים השוהים מזה זמן בישראל. אלפים נשלחו ל"חולות" (ומשם מאות ל"סהרונים", וחוזר חלילה).

65. ביום 15.12.2013 הוגשה העתירה נגד תיקון מס' 4 (בג"ץ 8425/13 גבריסלאסי נ' הכנסת). ההליך אוחד עם עתירה שהוגשה קודם לתיקון מס' 4, ובה טענו העותרים כי המדינה אינה עושה די כדי להבטיח את זכויותיהם ושלומם של תושבי דרום תל-אביב (בג"ץ 7385/13 איתן – מדיניות הגירה ישראלית נ' ממשלת ישראל).

66. פסק הדין ניתן ביום 22.9.2014 על ידי תשעת שופטי ההרכב שדנו בעתירה בעניין אדם. על דעתם של המשנה לנשיא נאור והשופטים ארבל, גובראן, חיות, דנציגרופוגלמן, נגד דעתם החולקת של הנשיא גרוניס והשופטים הנדל ועמית, נקבע כי סעיף 3א בטל. על דעתם של המשנה לנשיא נאור והשופטים

ארבל, גיזבראן, חיות, דנציגר, פוגלמן ועמית, נגד דעתם החולקת של הנשיא גרוניס והשופט הנדל, נקבע עוד, כי פרק ד' לחוק, שהסדיר את הקמתו ואת הפעלתו של "מתקן חולות", בטל גם הוא. הכרזת הבטלות של פרק ד' לחוק הושעתה לתקופה של 90 יום. הנשיא גרוניס והשופט הנדל סברו כי אין מקום לבטל את פרק ד' כולו, אלא רק את ההוראה המחייבת את המוחזקים ב"חולות" להתייצב לרישום נוכחות בשעות הצהריים.

67. השופט פוגלמן כתב את חוות הדעת המרכזית בפסק הדין. בפתח הניתוח החוקתי ציין כי :

"אין חולק כי זהירות מיוחדת נדרשת שעה שמדובר בחוק שנחקק פרק זמן קצר לאחר שנוסחו הקודם בוטל על ידי בית משפט זה (בפסק הדין בפרשת **אדם**). עם זאת, זהירות זו אין משמעה כי בית משפט זה פטור ממילוי התפקיד המוטל עליו במשטרנו החוקתי. חובה עלינו לוודא כי תיקון מס' 4 לא פוגע שלא כדין בזכויות אדם המעוגנות בחוקי יסוד. אופייה הזהיר של הבחינה נגזר מהאיזון בין עקרון שלטון הרוב ועקרון הפרדת הרשויות, לבין חובתו של בית המשפט להגן על זכויות האדם ועל ערכי היסוד העומדים בבסיס משטרנו." (פסקה 23 לפסק דינו של השופט פוגלמן).

ולקראת סיום חוות דעתו שב והדגיש :

"לא נעלם מעינינו כי תוצאת פסק דינו זה היא שאנו שבים ומבטלים חקיקה ראשית של הכנסת. ערים אנו לכובד משקלה של דוקטרינת הפרדת הרשויות. איננו מבקשים 'לחרוש שלא בהיתר בשדה של הרשות המחוקקת', ו'זהיר-זהיר נהלך עד שנורה על פסלותה של הוראה שבחוק הכנסת' (עניין **עמותת מחויבות**, בעמ' 518). אלא שהסדרים שקבע התיקון החדש לחוק למניעת הסתננות פוגעים בצורה מהותית, עמוקה ויסודית בזכויות אדם. אין הם עומדים בתנאי פסקת ההגבלה, ואין הם צולחים את הביקורת החוקתית. משכך, לא ניתן אלא להכריז על בטלותם. לא ברצון עשינו זאת; מכוח חובתנו עשינו זאת." (שם, פסקה 212).

68. השופט פוגלמן סקר ראשית את תופעת ההגירה וכניסת מבקשי המקלט לישראל, עד למועד פסק הדין. נכון ליום 30.6.2014 שהו בישראל 48,212 "מסתננים" (פסקה 28 לפסק דינו). כ-73% מהם מאריתריאה, כ-19% מסודן, ו"לא ניתן לדחות כלאחר יד את הטענות בדבר הימלטות מן הסכנות שמשקפו להם בארצם" (פסקה 31 לפסק הדין). "נתיני אריתריאה אינם מורחקים מישראל במסגרת מדיניות זמנית של אי הרחקה, זאת, בהתאם לעקרון "אי ההחזרה" (*non-refoulement*) שלפיו אין להרחיק אדם למקום שבו נשקפת סכנה לחייו או לחירותו." כמו כן, "המדינה אינה מחזירה מסתננים שהם נתיני סודן (היא 'הרפובליקה של סודן') לארץ מוצאם בשל קשיים מעשיים הנובעים מהעדר יחסים דיפלומטיים עם מדינה זו." (שם, פסקה 32).

69. בהפנותו לדוח מבקר המדינה "זרים שאינם בני הרחקה מישראל" (**דוח שנתי 64** (2014)), ציין השופט פוגלמן, כי עד לסוף שנת 2013 לא החל משרד הפנים בבירור בקשות מקלט שהגישו יוצאי אריתריאה וסודן שהיו מצויים מחוץ למתקני משמורת, למעט במקרים חריגים (שם, פסקה 34). עוד עמד על שיעורי ההכרה בפליטים אריתריאים וסודנים :

"מבט השוואתי מלמד כי שיעורי ההכרה העולמיים בבקשות למקלט שהגישו נתיני אריתריאה וסודן – מדינות המוצא של מרבית המסתננים המצויים בישראל – גבוהים בהרבה משיעורם בישראל. בשנת 2012 (שהיא השנה האחרונה שיש לגביה נתונים עדכניים) עמד שיעור ההכרה העולמי ביוצאי אריתריאה כפליטים על 81.9%; ובמי שמוצאם בסודן – על 68.2% (ראוהדו"ח הסטטיסטי העדכני של נציבות האו"ם לפליטים, בעמ' 102, 104). מהנתונים שמסרה המדינה, המעודכנים ליום 3.3.2014, עולה כי בישראל התקבלו עד כה פחות מ-1% מהבקשות למקלט שהגישו נתיני אריתריאה, ואף לא אחת מהבקשות של נתיני סודן (ובמספרים: 1,468 בקשות למקלט הוגשו על ידי מסתננים שמוצאם באריתריאה; מתוך אלו רואיינו עד כה כ-980 מבקשים, ו-444 בקשות הוכרעו – 442 נדחו ושתיים אושרו. עוד הוגשו 1,373 בקשות למקלט על ידי מסתננים שמוצאם בסודן; מתוכן רואיינו 505 מבקשים; ו-9 בקשות הוכרעו – כולן נדחו). (שם, פסקה 36).

70. באשר ל"מימדי תופעת ההסתננות" בישראל סיכם השופט פוגלמן:

"דומה כי כיום אנו ניצבים בפני שינוי של ממש בכל הנוגע למימדי תופעת ההסתננות. כפי שתואר לעיל, החל מאמצע שנת 2012, ובמידה מוגברת בשנת 2013 וכן בשנה זו, פחת באופן משמעותי מספר המסתננים שנכנסו לישראל (מ-17,298 מסתננים שנכנסו בשנת 2011 ל-45 מסתננים בשנת 2013 ול-17 מסתננים שנכנסו לארץ מתחילת שנת 2014 ועד לחודש יוני שנה זו). היינו: גל ההסתננות הגדול שהיה מנת חלקה של המדינה עד לשנת 2012 נעצר במידה רבה. במקביל, עלה באופן משמעותי שיעור היוצאים מישראל (במהלך המחצית הראשונה של שנת 2014 יצאו מישראל קרוב לחמשת אלפים מסתננים). אף שבין הצדדים ניטשת מחלוקת בדבר הסיבה לשינוי המגמה האמור, לא ניתן להתעלם מכך שאט-אט פוחת מספר המסתננים הנמצאים בגבולותינו.

עם זאת, מדינת ישראל עודנה נדרשת להתמודד עם עשרות אלפי מסתננים הנמצאים בשטחה, מבלי שקיימת אפשרות ממשית להרחיק את אלה שאינם מעוניינים לצאת מן הארץ. הסדרים שנחתמו עם מדינות שלישיות (שיישומם החל בפועל), אשר באמצעותם מתאפשרת הרחקת מסתננים ממדינת ישראל לעבר מה שהוגדר כאפיקי יציאה "בטוחים" – אינם משנים את פני הדברים בצורה ניכרת. כאמור לעיל, מדובר בהסדרים שהפעלתם תלויה בקבלת **הסכמתו** של המסתנן; ויציאת מסתננים בדרך זו צפויה להיעשות בדרך **מתונה והדרגתית**, הן בשל דרישת המדינות השלישיות להימנע מהגעה מסיבית של מסתננים לשטחן, הן בשל רצון המדינה לוודא שאפיקי יציאה אלה אכן "בטוחים" (ולראיה – עד ליום 25.3.2014 יצאו בדרך זו מן הארץ 112 בלבד מסתננים נתיני אריתריאה וסודן). מטעמים אלה, אני סבור כי אף בשים לב לכך שמדובר באפיק פעולה חדש יחסית שטרם נבחן כל צורכו, ההסדרים האמורים אינם מציעים – לעת הזו – אופק הרחקה קרוב ומוחשי ביחס למרבית אוכלוסיית המסתננים, באופן שיש בו כדי להשפיע על הבחינה החוקתית. (שם, פסקה 40).

על רקע דברים אלה פנה השופט פוגלמן לבחון את חוקתיות סעיף 30א ואת פרק ד' לחוק.

71. באשר לסעיף 30א נפסק, שוב, כי אין להורות על החזקה במשמורת של מי שאין צפי להרחקתו:

78" [...] השמתם במשמורת של מסתננים שאין בעניינם אופק הרחקה נראה לעין לפרק זמן של שנה תמימה – שלא כעונש על מעשיהם, ומבלי שיש ביכולתם לעשות דבר כדי לקדם את שחרורם – מקימה פגיעה קשה בזכויותיהם (מקל וחומר נכונים הדברים בהתייחס לאלה מביניהם שהם מבקשי מקלט; וראו פרשתאדם, בפסקה 37 לחוות דעתי).

79. החזקה במשמורת גובה מחיר כבד מן המוחזק. אין לך כמעט זכות שאינה נפגעת כתוצאה ממנה. היא שוללת את הזכות לחירות, ופוגעת בזכות לכבוד; היא גורעת מן הזכות לפרטיות, מאיינת את היכולת לנהל חיי משפחה ומגבילה את האוטונומיה של הפרט במובנה הבסיסי ביותר. שלילת הזכות לחירות פיזית, אם כן, מובילה בתורה לפגיעה בזכויות חוקתיות נוספות, ומשפיעה על כלל תחומי החיים של הפרט. החזקת אדם במשמורת למשך שנה תמימה מסיטה את חיייו ממסלולם. היא 'מקפיאה' – למשך פרק זמן בלתי-מבוטל כלל ועיקר – את יכולתו לנהל את חיייו ולממש את האוטונומיה שלו. לא לחינם קבעו מדינות מערביות רבות בעולם הגבלה על פרקי הזמן המרביים להחזקה במשמורת הנאמדים בשבועות עד חודשים בודדים.

התוצאה היא כי פגיעתו הגרעינית והעמוקה של סעיף 30א לחוק בזכויות החוקתיות שרירה וקיימת גם בגרסתו הנוכחית של החוק. להשקפתי, פגיעה זו אינה עומדת – ולו בקירוב – ביחס ישר לתועלת המופקת ממנה. ככזו, היא אינה מידתית ואינה חוקתית.

ועוד:

"השאלה אפוא אינה כמותית בלבד – מהו משך הזמן החוקתי המרבי להחזקה במשמורת – אלא גם (ואולי בעיקר) איכותית: האם מותרת החזקה במשמורת של מי שלא מתקיים בעניינו הליך גירוש אפקטיבי. לשאלה זו אני משיב – כפי שהשיב לפניי בית משפט זה בפסיקה ענפה – בשלילה מוחלטת." (שם, פסקה 193).

72. באשר ל"מרכז השהייה", שהוקם על פי הוראות פרק ד' לחוק נקבע, כי הוא "קרוב יותר במאפייניו למתקן "סגור" מאשר למרכז אזרחי "פתוח" (שם, פסקה 98). השופט פוגלמן עמד על חלק מהסדריו הפוגעניים של פרק ד' לחוק: חובת ההתייצבות שלוש פעמים ביום; ניהול "מרכז השהייה" על ידי שירות בתי הסוהר וסמכויות הסוהרים בו; משך השהייה ב"מרכז"; והסמכתו של ממונה ביקורת הגבולות להעביר מוחזק במתקן למשמורת בגין הפרות משמעת שונות. לסיכום מצא, כי פרק ד' כולו אינו צולח את הבחינה החוקתית, בשל הפגיעות הקשות בזכויות לחירות ולכבוד של המוחזקים במרכז:

123" מסתננים אף הם בני אדם. עניין לנו – אם לשאול ממקום אחר – ב'אנשים בשר-ודם, באנשים כואבים, בבני-אדם חיים ונושמים' (ע"א 1165/01 פלונית נ' היועץ המשפטי לממשלה, פ"ד נז(1) 69, 80 (2003); ראו גם עניין עמותת מחויבות, בעמ' 501). ואם הדברים דורשים ביאור, נאמר במפורש: מסתננים אינם מאבדים מזכותם לכבוד כמלוא הנימה אך בשל כך שהגיעו למדינה בדרך לא דרך. אין הם משילים את כבודם בהיכנסם למשמורת או למרכז השהייה, והזכות לכבוד עומדת להם במלוא עוזה גם אם הגעתם למדינה נעשתה בדרך של הגירה בלתי מוסדרת. כבודם אסור בפגיעה והם זכאים להגנה עליו. יתרה מזו – דווקא בעניינם אנו מחויבים לדקדק ולהקפיד בקלה כבחמורה. והלא, כפי שציין ח' כהן, ההגנה על

הכבוד מגיעה לא רק למי שכבודו כיצור אנוש גלוי ואינו מוטל בספק, אלא באופן מיוחד למי שכבודו כיצור אנוש נראה כאילו מוטל בספק או מטושטש. [...]

124. צא ולמד על דרך המשל: הלכה מושרשת היטב בפסיקתנו היא כי שלילת החירות האישית וחופש התנועה של האסיר, הכרוכה בעצם המאסר, אינה מצדיקה פגיעה נוספת ביתר זכויות האדם של האסיר מעבר למידה המתחייבת מהמאסר עצמו או לשם הגשמת אינטרס ציבורי חיוני המוכר בדין. [...] ואם כך ביחס לאסירים אשר הושמו מאחורי סורג ובריח מחמת ביצוע עבירה פלילית ובתום הליך משפטי שנוהל בעניינם, קל וחומר לעניין מסתננים שהושמו במשמורת או במרכז שהייה, שאינם אסירים ושאינם 'עבריינים' במובן המקובל עלינו בדין הפלילי; ואשר רבים מהם מגדירים עצמם 'מבקשי מקלט'.

125. כיצד באים הדברים לידי ביטוי בענייננו? חובת ההתייצבות הנקובה בחוק ובתקנות הנוכחות באופן אפקטיבי את היכולת לשהות מחוץ לגדרות מרכז השהייה. כך נמנעת מן המסתנן האפשרות לפתח את אישיותו. בכך נפגעת זכותו לכבוד. כשהוא נדרש להתייצב שלוש פעמים ביממה במרכז שהייה המרוחק מכל מקום ישוב מרכזי, כיצד יכיר השוהה בן או בת זוג? אילו תחביבים יוכל לאמץ לעצמו? מתי יזדמן לו לפגוש בחבריו שטרם קיבלו הוראת שהייה? האם יוכל לנסות לרכוש השכלה ודעת במקום שיבחר? נהיר, אם כן, כי מבנה הנוכחי של פרק ד' לחוק אינו מאפשר למסתנן להגשים את זכותו לאוטונומיה באופן שעולה בקנה אחד עם חובת רשויות המדינה – והרשות המחוקקת בכלל זה – לשמור על כבודו.

126. דברים אלה מועצמים בענייננו על רקע מאפייניו המיוחדים של מתקן 'חולות', שהצדדים עמדו עליהם בהרחבה. פגיעה בחירות ובכבוד יכולה להיות חמורה יותר או פחות – הכל כנגזר מדרישות ההתייצבות במתקן וממיקומו הגיאוגרפי. 'חולות', כשמו כן הוא – סביבו חול וחול. הוא מרוחק מכל מקום יישוב. הערים הקרובות לו (באר שבע וירוחם) מצויות במרחק של כ-60 ק"מ ממנו. עובדה זו מעלה בצורה ניכרת את הסבירות כי המסתנן יבחר – ככל שניתן לכנות זאת 'בחירה' – להיוותר בשערי המרכז משך כל שעות היממה. הבה לא נרשה לכותרת – 'מתקן פתוח' – להוליכנו שולל: חובת ההתייצבות לשלוש הספירות היומיות, לצד המרחק הרב של המרכז מיישובי האזור, שוללת כמעט כל אפשרות ליציאה שגרתית ממרכז השהייה. האמנם מדובר, אפוא, במרכז 'פתוח'?

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

על רקע האמור עד כה, מסקנתי היא כי הדרישה שהמסתנן יתייצב שלוש פעמים ביממה במרכז השהייה משמעותה פגיעה חריפה בחירותם ובכבודם של המסתננים.

אין היא עולה בקנה אחד עם הזכות לחירות; אין בה כדי לספק למסתננים קיום אנושי בכבוד. [...]"

ובהמשך :

144. לגורם המתפעל ומנהל את מרכז השהייה הפתוח ממשק יום-יומי עם השוהים במתקן. שליטתו על המסתנן השוהה במרכז גדולה, ומקיפה את כל תחומי החיים. שליטה זו מתבטאת, בין היתר, בסמכויות הרבות שהעניק פרק ד' לחוק לסוהרים (ולגורמים אחרים המפורטים שם) לצורך פיקוח על הנעשה במרכז, ובכללן: סמכות לבצע חיפוש בלא צו שיפוטי על גופו של אדם השוהה במרכז (סעיף 32 לחוק); סמכות לערוך חיפוש בשטח המרכז (סעיף 32 לחוק); סמכות למנוע כניסה או להוציא אדם שסירב להזדהות או לאפשר חיפוש (סעיף 32 לחוק); סמכות לתפוס חפצים שאסורים בהחזקה בשטח המתקן (סעיף 32 לחוק); סמכות עיכוב (סעיף 32 לחוק); וסמכות לשמור על הסדר והמשמעת במרכז. מנהל המרכז וסגנו אף מוסמכים לעשות שימוש באמצעי משמעת כגון נזיפה, אזהרה והגבלה על יציאה מהמרכז (סעיף 32 ט). חלק מהסעיפים אף מקנים לגורם המפעיל סמכות להשתמש בכוח לשם כך. התוצאה היא כי המסתנן אינו בא במגע עם סוהר ב"נקודות מגע" ספורדיות במהלך יומו; הוא כפוף לו משך כל השעות שבהן הוא שוהה במרכז. לזהותו של הגורם המנהל את המרכז נודעת אפוא השפעה על סדר יומם של המסתננים ועל תחושותיהם. הוא רכיב מכריע בשאלת האופן שבו המתקן נתפס בקרב השוהים בו: מתקן פתוח בעל אופי אזרחי, או מתקן כליאה או מעצר בעל אופי פלילי. אמרנו כי אוכלוסיית המסתננים היא 'אזרחית' באופייה. מדוע, אם כך, שגרת חייה תנוהל בידי סוהרים, על המטען הסימבולי הנלווה לכך? המדינה עמדה על כך שהסוהרים אינם לובשים את מדי השירות בזמן עבודתם במרכז השהייה, וכי הם עברו הכשרה קצרה לצורך העניין. ואולם, אף אם יש בכך כדי לצמצם, במידת מה, את הפגיעה הנגרמת למסתננים עקב כך, ברי כי פשיטת המדים אינה מפשיטה את שירות בתי הסוהר משנים ארוכות של התמודדות עם כליאת עבריינים. זהו ה-DNA של השירות, ומספר ימי הכשרה אינם יכולים לשנות מכך.

[...]

146. [...] מסקנתי שעוד תבואר להלן שלפיה דינו של פרק ד' בטלות אינה נשענת אפוא על הפקדת סמכויות ניהול המתקן בידי שירות בתי הסוהר. ייתכן שמתווה נורמטיבי אחר שיסדיר את פעולתו של מתקן כאמור יצלח את הבחינה החוקתית גם אם הגוף שיופקד על ניהולו יהא שירות בתי הסוהר. ברם, אין בכך כדי לגרוע מן העובדה שבבחירה בשירות בתי הסוהר כגוף מנהל יש כדילהעצים את הפגיעה בכבודם ובחירותם של המסתננים, הנגרמת מהחזקתם במתקן השהייה. על כן, אף שהוראת סעיף 32 לחוק אינה מקימה פגיעה עצמאית בזכויות החוקתיות (באופן שדורש מאיתנו לבחון אם עומדת היא בתנאי פסקת ההגבלה), הרי שהיא מעצימה ומחריפה את הפגיעה הן בזכות לחירות, הן בזכות לכבוד, ומשליכה על מידתיות ההסדר כולו.

ועוד :

150. [...] מצב הדברים הנוכחי מאפשר להחזיק מסתנן במרכז שהייה לתקופה בת שלוש שנים לפחות. בתקופה ארוכה זו יידרש המסתנן להימצא במקום שבו חירותו

נשללת. מהלך חייו ייקטע. לא יוכל הוא להוסיף ולעבוד בעבודה שעבד בה; לא יוכל הוא עוד לראות את חבריו שלא נקראו למרכז השהייה; לא יוכל הוא לבחור איך לבלות את שעותיו; לא יוכל הוא עוד לנהל את יומו כרצונו. וכל זאת, לא כעונש על עצם הסתגנותו, או במטרה לקדם את גירושו – אלא אך לשם 'מניעת השתקעותו במרכזי הערים והשתלבותו בשוק העבודה'.

[...]

152. נתחיל את הדיון בזכות לחירות, שעליה עמדנו קודם לכן (ראו פסקה 46 לעיל). אף שהמדינה מצהירה כי אחת מתכליותיו של מרכז השהייה היא מתן מענה לצורכי המסתגנים (ואיני קובע בשלב זה מסמרות בשאלה אם אמנם מרכז השהייה מספק מענה כאמור), נהיר כי מסתגן שנקרא למרכז אינו יכול להשתחרר ממנו כפי רצונו. מדובר, אפוא, בדגם של מרכז שהנוכחות בו היא כפויה, ועל כן הוא פוגע בזכות לחירות. בפרשת **אדם** ציינתי כי החזקת אדם במשמורת לתקופה **כלשהי**, לא כל שכן לתקופה של שלוש שנים, היא פגיעה קשה בזכותו לחירות אישית (פסקה 15 לחוות דעתי). דברים אלה נכונים גם ביחס למרכז השהייה. הטלת חובה על אדם לשהות **שלא מבחירתו** במקום מסוים – ולו ליום אחד – פוגעת בחירותו. ציווי על אדם להתנתק מסביבתו – ולו ליום אחד – שבמהלכו אין הוא יכול לבחור היכן ועם מי לבלות את לילותיו; שבגדרו מופקעת ממנו השליטה על חייו, ואין הוא חופשי לעשות בזמנו כרצונו – פוגע בחירותו.

153. אם כך ביחס ליום אחד – הדברים יפים מקל וחומר ביחס לתקופה ארוכה יותר. מושכלות יסוד הן כי חלוף הזמן מעמיק ומחריף את הפגיעה בחירות, וכי ככל שמתארכת שלילתה של החירות – כך גוברת עוצמת הפגיעה בה. [...] אין צריך אפוא לומר כי הסדר המגביל חירות לתקופה בת **שלוש שנים** לפחות – מגלם פגיעה חריפה בזכות לחירות, פגיעה אשר תלך ותעמיק אם יוארך תוקפה של הוראת השעה.

154. שהות בת שלוש שנים במרכז שהייה פוגעת לא רק בחירותם של המסתגנים אלא גם בזכותם לכבוד. למימד הזמן השפעה של ממש על הפגיעה בכבודו של אדם שחירותו נשללת. שלילת חירות לתקופה קצרה מאפשרת לאדם להשיב את חייו למסלולם תוך זמן קצר. ככל שמתארכת שלילת החירות, כך נדרש אדם לוותר עוד ועוד על רצונותיו ומאווייו. זהותו האישית וקולו הייחודי טובעים בשגרת יום-יום ממושטרת ושוחקת. מי שנכנס למרכז השהייה ומשחרר ממנו **בחלוף שלוש שנים** תמימות לא יוצא ממנו כשהיה. שלוש שנים – תקופת זמן שבמהלכה יכול היה אדם להינשא ולהקים משפחה, להתקדם בעבודתו ולרכוש השכלה. פרק חיים שלא שב עוד.

155. יתרה מכך: כפי שכבר הבהרנו, בהינתן שהוראת השעה נתונה להארכה אפשרית, מסתגן שנשלח למרכז השהייה מצוי בחוסר ודאות מובנה בדבר מועד השחרור ממנו. חוסר ודאות זה אינו חלק מן הפגיעה בכבוד המובנית בכל שהייה במתקן-שולל-חירות: זוהי פגיעה ייחודית ועצמאית בזכות לכבוד, הנובעת מן האופן שבו מעצים חוסר הודאות את הסבל הכרוך ממילא בשלילת החירות. ואמנם, מחקרים פסיכולוגיים העלו כי חוסר ודאות הוא גורם לחץ משמעותי בחייו של אדם, והוא נקשר תכופות לחרדה ולדיכאון [...]. כאשר עסקינן בשלילת חירות, נודעות לחוסר הודאות השלכות קשות במיוחד [...].

156. דברים אלה נכונים מקל וחומר לגבי זרים ומבקשי מקלט, שהם אוכלוסייה פגיעה במיוחד לתופעות פוסט-טראומטיות הקשורות בשלילת החירות [...]. מחקר שערך הפרלמנט האירופי, שבו נבחנו חייהם של זרים במתקני שהייה (לרבות מתקנים פתוחים וכאלה שהכניסה אליהם היא וולונטרית), העלה כי שהות לא מוגבלת במרכזי שהייה, ללא מעמד ברור ובחוסר ודאות באשר למועד סיומה, מעלה את שיעורי ניסיונות ההתאבדות וההפרעות הנפשיות בקרב השוהים [...]. דומה אפוא שלא בכדי קובעת דירקטיבת הקליטה האירופית כי על תנאי החזקה לכלול הגנה על בריאות הנפש של המוחזקים [...]. על ההשלכות הקשות של חוסר הוודאות בדבר משך שלילת החירות עמדה גם נציבות האו"ם לפליטים [...].

157. הנה כי כן, הסדר נורמטיבי השולל חירותו של אדם לתקופה בת שלוש שנים (לכל הפחות), וזאת אף מבלי לקצוב מראש באופן ודאי את משכה של תקופה זו – הוא הסדר הפוגע פגיעה שעוצמתה גבוהה בזכות לחירות ובזכות לכבוד.

ולעניין סמכות הענישה של ממונה ביקורת הגבולות:

165. הסדר אחרון שיעמוד לבחינתנו הוא זה שמסמך את ממונה ביקורת הגבולות להורות בצו על העברת שוהה או מסתנן למשמורת בגין הפרות משמעותיות שונות.

[...]

169. סעיף 32 לחוק פוגע בשתי זכויות נפרדות. ראש וראשון, הוא פוגע בזכותם החוקתית של המסתננים לחירות. על מקומה וחשיבותה של הזכות לחירות והפגיעה שמשמורת מסבה לה עמדתי לעיל (בפסקה 46) ואין צריך לחזור על הדברים. אלא שהדיון בה כעת נעשה מזווית שונה. עמדנו על כך שהזכות לחירות של מסתנן נפגעת במידה משמעותית כתוצאה מעצם השמתו במרכז שהייה. נשאלת אפוא השאלה: האם העברתו למשמורת מקימה פגיעה עצמאית בזכות החוקתית לחירות? תשובתי לכך היא בחיוב. המעבר ממרכז שהייה למתקן המשמורת מלווה בצמצום היבטים שונים של הזכות לחירות שאינם מתמצים בהגברת הפגיעה בחירות הפיזית גרידא. פגיעה בחירות האישית פוגעת, כתוצר לוואי, בזכויות יסוד נוספות [...]. העברה למשמורת מונעת את האפשרות שנתונה למסתנן במרכז שהייה לצאת את גבולותיו במועדים המותרים; היא מגבילה את האפשרות ליצור קשרים חברתיים; היא קוטעת את שגרת החיים שסיגל לעצמו המסתנן במהלך שהותו במרכז (וראו עוד ביחס לפגיעות הכרוכות בהסדר המשמורת הקבוע בסעיף 30 לחוק בפסקאות 46-47 לעיל). העברה למשמורת מחריפה אפוא את הפגיעה שמקימה השהות במרכז שהייה באופן שעולה כדי פגיעה עצמאית בזכות לחירות. יתר על כן, סעיף 32(ג) לחוק מסמך את ממונה ביקורת הגבולות להעביר למשמורת גם מסתנן שאינו שוהה במרכז שהייה (שכן אי חידוש רישיון זמני לשיבת ביקור לפי סעיף 2(א)(5) לחוק הכניסה לישראל בתוך 30 ימים ממועד תפוגתו מקים אף הוא עילה להעברה למשמורת). סיכומו של דבר: העברה למשמורת – בין ישראל, בין ישראל – פוגעת בזכות החוקתית לחירות. זוהי אפוא נקודת המוצא לדיונו.

169. נוסף לפגיעה בזכות לחירות, סעיף 32 פוגע פגיעה קשה בזכות החוקתית של המסתננים לכבוד, בשל פגיעתו ב"זכות-הבת" החוקתית להליך הוגן. [...]

179. [...] היקפה של הזכות החוקתית להליך הוגן – ובכלל זה אופיין והיקפן של הערובות הדיוניות הנכללות בו – מושפע, בין היתר, מדרגתה הנורמטיבית של הזכות העומדת על הכף וממידת הפגיעה הפוטנציאלית בה. [...] סעיף 32 לחוק מסמך את הממונה על ביקורת הגבולות לפגוע בזכות החוקתית לחירות – אחת מזכויות האדם החוקתיות והחשובות של כל אדם באשר הוא אדם – לפרק זמן ממושך שיכול להגיע לכדי **שנה תמימה**. דרגתה הנורמטיבית של הזכות לחירות, שעמדנו עליה לעיל (בפסקה 46), ומידת הפגיעה הפוטנציאלית בה, מחייבות יחדיו הקפדה על קיומן של ערובות דיוניות הולמות כתנאי לקיומה של הזכות החוקתית להליך הוגן [...]. ערובות אלו אינן קיימות בענייננו. **בראש ובראשונה**, הסמכות הפוגענית הקבועה בסעיף 32 לחוק מוקנית לגורם מינהלי, הנמנה עם הרשות המבצעת, בלא שנלווית לה ביקורת שיפוטית (או מעין שיפוטית) יזומה. סמכות זו פוגעת באופן חריף בזכות להליך הוגן. הסמכות להגביל חירות ולפקח עליה נמצאת בליבת התפקיד של הרשות השופטת, ועל כן – ככלל ובהעדר שיקולים כבדי משקל לסתור – ביקורת שיפוטית יזומה היא תנאי-בלעדיו-אין לשלילת חירות. [...] בענייננו, כל שניתן לעשות כדי להימנע מהעברה למשמורת הוא להגיש עתירה לבית המשפט לעניינים מינהליים. כלומר, על המסתנן ליזום הליך משפטי (ולשאת במימונו), ואין הוא זכאי לכך שתערך בעניינו ביקורת שיפוטית יזומה (למעט בעילות החריגות המנויות בסעיף 30א(ב) לחוק, כמפורט בפסקה 167 שלעיל). עניין זה מעורר קושי. הגישה לבתי המשפט מחייבת ידע, אמצעים ועל פי רוב ייצוג משפטי. מובן כי כל אלה אינם בהכרח מנת חלקם של השוהים במרכז השהייה – אנשים שממילא גורלם לא שפר עליהם ושממון רב אינו מצוי בכיסם; שרבים מהם אינם דוברים את השפה או מעורים בפרטי ההסדרים הנורמטיביים החלים עליהם; ושאינם מכירים היטב את הכלים המשפטיים העומדים לרשותם. אוכלוסייה זו נתקלת אפוא בקושי מובנה ליזום הליך שיפוטי, לנהלו ולהצליח בו [...]. זאת ועוד: ללא ביקורת שיפוטית יזומה, המסתנן אינו נשמע בידי גורם אובייקטיבי הנהנה מעצמאות מוסדית. תוצאה זו מנוגדת לעקרון הפרדת הרשויות. היא עלולה ליצור בקרב המסתנן תחושה של "משחק מכור" באופן שמבזה אותו ופוגע בכבודו [...]. **שנית**, סעיף 32 לחוק אינו מסדיר ערובות דיוניות נוספות. כך, למשל, לא נזכרת זכות עיון בחומר הראיות; ולא כלולה הזכות לייצוג על ידי עורך דין. העדרן של ערובות דיוניות המבטיחות את הגינותו של הליך-שולל-חירות מעצימה את מידת הפגיעה בזכות החוקתית להליך הוגן."

אחתום בדבריי בעניין אדם, שאליהם מפנה חברי, שלפיהם אין פסול עקרוני בעצם הקמת מרכז שהייה (וראו פסקה 40 לחוות דעתי שם). אמרתי דברים אלה, ואני חוזר עליהם גם היום. אך שטר ושובר בצידו: בחוות דעתי בעניין אדם הפנתי לאמות מידה מקובלות הנזכרות בהנחיות נציבות האו"ם לעניין מתקני שהייה פתוחים או פתוחים למחצה. המחוקק לא ראה להנחות עצמו בהסדרים בינלאומיים מקובלים, ובכך פעל כמובן בגדרי הפררוגטיבה הנתונה לו. אלא שאין משמעות הדבר כי המחוקק רשאי לקבוע הסדרים שאינם עולים בקנה אחד עם הוראות חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו, כפי שעשה להשקפתי בענייננו. (פסקה 205).

ולסיכום:

187. [...] התמונה המשתקפת מן ההסדר החקיקתי שבפרק ד' לחוק – תמונה עגומה היא. ניבטת ממנה דמותו של מסתנן שאינו שולט בסדר יומו; ששגרת חייו מוכתבת בידי סוהרים, שלהם הוענקו סמכויות חיפוש ומשמעת; מסתנן החשוף להעברה

למשמורת, בהחלטת גורם מינהלי שלא באה עליה ביקורת שיפוטית יזומה בהיקף הדרוש; ששעותיו עוברות בחוסר מעש, שכן לא עומדת לו אפשרות של ממש לעזוב את המרכז בשעות היום; ושלושהייתו במרכז יש התחלה – אך אין לה סוף נראה לעין. כל אלה מצטברים לכדי פגיעה קשה מנשוא בזכויות היסוד שלו, ובראשן בזכות לחירות ובזכות לכבוד.”

73. בחתימת פסק דינו הוסיף השופט פוגלמן:

”משהגיעה עת סיכום, אבקש להגיד גם זאת: בקרבנו מצויים עתה רבים שבאו כאורחים לא קרואים. חלקם של המסתננים נמצאים בישראל כבר שנים ארוכות. הם יצרו קשרים חברתיים והקימו משפחות, אימצו תחביבים ורכשו שפה. בשלב זה, הרחקתם מישראל אינה נראית באופק. אכן, שהייתם היא עול כלכלי וחברתי על תושבי המדינה. איננו עיוורים לקשיים שעמם מתמודדים תושבי דרום תל-אביב וערים אחרות. עם זאת, נתונים עדכניים מלמדים כי תופעת ההסתננות אינה כשהייתה. אף שגבולה הדרומי של ישראל אינו חסין מפני חצייה בלתי מבוקרת, ואף שמסתננים 'חדשים' עודם עוברים בו ונכנסים בשערי המדינה – חלה ירידה ניכרת במספר המסתננים הנכנסים לישראל. 45 מסתננים בלבד עשו את דרכם ארצה בשנת 2013. מאז חקיקת תיקון מס' 4 לחוק ועד לחודש יוני 2014 נכנסו לישראל רק 19 מסתננים. שינוי נסיבות זה מחייב חשיבה מחודשת. הוא מציע הזדמנות לגבש פתרון מקיף בראייה רוחבית.

אכן, אין חולק כי הגעתם של עשרות אלפי מסתננים לשטחה של ישראל היא סוגיה סבוכה; סוגיה סבוכה – אך גם סוגיה אנושית. בידי המדינה נתונים כלים רבים המאפשרים לה להתמודד עם תופעת ההסתננות, והמחוקק הוא הריבון לבחור בפתרון החוקי המתאים. פתרונות חוקיים רבים באים בחשבון – אך עליהם להיות חוקתיים. על פתרון חוקתי לשקף את האיזון בין טובת הכלל לבין טובת הפרט. עליו לצמצם את הפגיעה בתושבי מרכזי הערים מזה, ובמסתננים מזה. על המחוקק לבחור באמצעי שפגיעתו בזכויות אדם היא מידתית. הלב מבין את הקשיים, אך הדעת אינה סובלת את הפתרון שנבחר. סעיף 30א ופרק ד' לחוק למניעת הסתננות אינם חוקתיים. הם אינם יכולים לעמוד.” (שם, פסקה 213).

74. בית המשפט הורה על ביטולו של סעיף 30א לחוק. במקומו יבוא ההסדר הקבוע בחוק הכניסה לישראל. הכרזת הבטלות לגבי פרק ד' הושעתה לתקופה של 90 ימים. נקבע, שעד לכניסתה לתוקף של הכרזת הבטלות מבוטלת ספירת הצהריים ב"חולות" וסמכותו של ממונה ביקורת הגבולות להעניש את המוחזקים בהעברה למשמורת הוגבלה ל-30 ימים. מי שהוענשו זה מכבר ישוחררו בתום 30 ימים לכל המאוחר.

(4) על החוק מושא העתירה ועל הליך הבזקלאישורו

החוק ורכיביו

75. החוק למניעת הסתננות ולהבטחת יציאתם של מסתננים מישראל (תיקוני חקיקה והוראות שעה), התשע"ה-2014 הוא "הוראת שעה" לעוד שלוש שנים, שאין ארוכות, נמשכות ונצחיות מהן. החוק כולל ארבעה ראשים.

76. ראשית, החוק מקים שוב – בשלישית – לתחיה את סעיף 30א לחוק למניעת הסתננות, על תת סעיפיו. זו הפעם קובע סעיף 30א ש"מסתננים" חדשים ייעצרו ויכלאו לתקופה של שלושה חודשים. לאחר מכן יועברו ל"מרכז השהייה". מי שלא יועברו משום שאינם עומדים במגבלות שנקבעו למתן "הוראת שהייה" ישוחררו, אבל לא יינתן להם רישיון ישיבה בישראל.
77. שנית, מוכשר מחדש פרק ד' לחוק למניעת הסתננות והפעלתו של "מרכז השהייה חולות" על ידי שירות בתי הסוהר, באותו מתווה תפעולי שחל במקום עד כה, ואשר כולל סמכויות מיטור קיצוניות. "המסתננים" יישלחו למתקן לתקופה ממושכת בת 20 חודשים, שלאחריה ישוחררו. הוראות המעבר קובעות שתקופות שבהן הוחזקו "מסתננים" במשמורת קודם לכן על פי תיקון מס' 3 ותיקון מס' 4 (תיקונים שבית המשפט מצא שאינם חוקתיים) – לא יבואו במניין תקופת 20 החודשים. המתקן נותר סגור בלילות, ועל המוחזקים בו להתייצב פעם ביום בשעות הערב. פטור מהתייצבות יכול להינתן עד לפרק זמן של 96 שעות. נקבעו מגבלות על הוצאת "הוראות שהייה" (שהנחו במידה רבה את רשות האוכלוסין וההגירה אף קודם לכן). תקופת החזקה במשמורת כענישה נקצבה לתקופה מקסימאלית של 120 יום, ונקבע שבית הדין לביקורת משמורת יכול לבקר את הכליאה (כפי שארע ממילא בחודשים האחרונים).
78. שלישית, החוק כולל סנקציות מוגדלות – הן פליליות והן מינהליות – למעסיקי "מסתננים" המוחזקים ב"חולות" או שאין בידם רישיון ישיבה.
79. רביעית, החוק כולל רפורמה בחוק עובדים זרים, התשנ"א-1991 – הקמת קרן להפקדת כספים הקשורים בעבודת "מסתננים" (הצעת החוק, כפי שהונחה, כללה רפורמה גם ביחס לעובדים זרים, ואולם על מנת להתקדם בהליך החקיקה במהירות ועדת הפנים והגנת הסביבה מחקה סעיפים אלה). מטרתה של הרפורמה להחמיר את מצבם התעסוקתי של מבקשי מקלט – לייקר עד מאוד את העסקתם (על ידי הטלת חובה להפקיד 16% מעלות שכרם של העובדים על חשבון המעסיקים), ולהקטין במאוד את הכנסתם הדלה (על ידי הפקדת 20% נוספים משכרם של העובדים). מן הכספים מנוכים שיעורים ניכרים, ככל ש"המסתנן" אינו יוצא את ישראל במועד שנקבע. יישום הרפורמה יחל מעת שיפורסם צו על ידי שר האוצר. העתירה, נדגיש, אינה עוסקת ברפורמה בלתי חוקתית זו, והיא תחייב עתירה נפרדת בבוא העת. יחד עם זאת, חשוב להדגיש כי הכללת התיקון לחוק עובדים זרים במסגרת החוק היא חלק מהתמונה הכוללת, ומשקפת כיצד לא הסתפק המחוקק בשלילת חירותם של מבקשי המקלט, אלא דאג להפוך גם את פרקי חירותם לכאלה שלא יאפשרו להם לעבוד ולהתקיים בכבוד. הרפורמה הסדירה מנגנון של הפרשות מהשכר ותשלומי מעסיק, אשר ביחד יהיה היקפם שווה ערך ליותר משליש משכרם של מבקשי המקלט. על פי המנגנון שהוסדר ברשלנות ובחיפזון שאין להם תקדים, סכומי עתק – 36% מהשכר החודשי – יופקדו מדי חודש בחודשו לקרן שתנוהל בידי המדינה לאחר ניכוי המס המחויבים. קרן זו תינתן לעובדים רק עם יציאתם מישראל, יציאה שמועדה אינו ידוע, וגם אז – יועבר הכסף שנצבר בה במלואו רק לזריזים מבין מבקשי המקלט: אלה שיארזו את כל חפציהם מיד עם החלטת שר הפנים על גירושם, יבצעו את כל הפעולות המינהלתיות הרבות שנקבעו בחוק כתנאי לקבלת הכספים שנצברו בשנות העבודה בישראל, ויקומו ויצאו מהארץ תוך חודש ימים. כל מי שישתהה מעט למעלה מכך, יאבד שיעור

הולך וגדל מהזכאות לחלק המעסיק בהפרשות לקרן הפיקדון. הותרת מבקשי המקלט עם שכר שיהיה, עקב ההפרשות הגבוהות, נמוך משכר המינימום; קניסת מעסיקים באמצעות הפרשות גבוהות מהמחויב בענפים הרלוונטיים; מיסוי למפרע שנים לפני קבלת הכסף; מנגנון קנסות דרקוני על השתהות ביציאה מהארץ חרף אי-צפיות ההחלטה על יציאה; היעדר שקיפות ודיווח ביחס לניהול הכספים או העברתם לקרן; והכל לצד הערמת כשלים ביורקרטיים על קבלת כספים שנצברו בגין שכר וזכויות סוציאליות – כל אלה צפויים, על פי ההסדר שבחוק, לאותם מבקשי מקלט שישחק להם מזלם, ולמרות הכל יזכו לחירות ולתעסוקה בישראל.

הליך החקיקה הבהול

80. החקיקה קודמה ואושרה בהליך בזק. תזכיר הצעת חוק למניעת הסתננות ולהבטחת יציאת מסתננים ועובדים זרים מישראל (תיקוני חקיקה והוראת שעה), התשע"ה-2014פורסם ביום ד', 19.11.2014, בשעות הערב. לציבור ניתנו שבעה ימים בלבד – עד לערב יום ד', 26.11.2014, להגיב לו. יום עבודה אחד הוקצב ללימוד ההערות. ביום א', 30.11.2014, הובאה טיוטת החוק לדיון בממשלה (כשהיא כוללת, אמנם, את אותם היבטים שבתזכיר אך ערוכה באופן שונה, וחלק מפרקי התזכיר נוסחו מחדש). זאת, על מנת שהממשלה תחליט לאשר את הטיוטה, ותסמיך את ועדת השרים לענייני חקיקה לאשר את נוסח הצעת החוק. ועדת השרים התכנסה מיד לאחר ישיבת הממשלה ואישרה את הנוסח. למחרת, יום ב', 1.12.2014, הונחה הצעת החוק על שולחן הכנסת. עוד באותו הערב עברה בקריאה ראשונה. למחרת וביום שלאחר מכן, ימים ג' ו-ד', 2-3.12.2014, קיימה וועדת הפנים והגנת הסביבה של הכנסת "מרתון" ישיבות רצופות, וסיימה עד למוצאי יום ד' את הדיון בהצעת החוק ובהסתייגויות לה. ביום ב', 8.12.2014, אישרה הוועדה את נוסח החוק ודחתה את ההסתייגויות, ועוד באותו הערב התקבלה הצעת החוק במליאה בקריאה שנייה ושלישית.

לתזכיר החוק מיום 19.11.2014 : <http://bit.ly/1uTx74q>

לנוסח טיוטת החוק שהובאה לדיון בממשלה ביום 30.11.2014 : <http://bit.ly/13bux3y>

לנוסח הצעת החוק מיום 1.12.2014 : <http://bit.ly/16tzDKr>

פניות הארגונים העותרים

81. הארגונים העותרים עשו כמיטב יכולתם להצביע על הפגמים בהליך ועל אי החוקתיות הגלומה בהצעת החוק בסד הזמנים.

82. הם פנו ביום 20.11.2014 לעו"ד דינה זילבר, המשנה ליועץ המשפטי לממשלה (ייעוץ), ולמר דניאל סלומון, היועץ המשפטי של רשות האוכלוסין וההגירה, התריעו על חוסר החוקיות שבדרך פרסום זו של תזכיר החוק וביקשו להאריך את המועד לקבלת הערות הציבור לתזכיר החוק, ולקבוע לוח זמנים סביר לאחר קבלת הערות הציבור ללימוד ההערות על ידי הגורמים האמונים על ניסוח הצעת החוק. הארגונים הזכירו כי בפסק הדין בעניין **איתן** עמדה המשנה לנשיא נאור על כך, שזו הפעם, בניגוד להליך החקיקה המזורז הקודם, מן הראוי לקיים דיון מושכל בחקיקה, שבו יבואו לידי ביטוי מחשבה מחודשת

ויצירתית, ואשר במסגרתו יתאפשר לכלל הגורמים הרלוונטיים להשמיע את עמדתם (ר' פסקה 6 לפסק דינה של המשנה לנשיא נאור). ביום 23.11.2014 דחה עו"ד סלומון את בקשתם של הארגונים.

העתק פניית הארגונים מיום 20.11.2014 מצ"ב ומסומן ע/4.

העתק תשובתו של עו"ד סלומון מיום 23.11.2014 מצ"ב ומסומן ע/5.

83. ביום 26.11.2014 שלחו הארגונים העותרים את הערותיהם לתזכיר בציננס כי בשל לוח הזמנים הקצר והבלתי סביר התייחסותם תמציתית ואינה יכולה להקיף את מכלול ההיבטים העולים ממנו. ביום 1.12.2014, עם הנחת הצעת החוק ולקראת ההצבעה עלה בקריאה ראשונה, שלחו הארגונים את הערותיהם לחברי הכנסת.

העתק הערות הארגונים לתזכיר החוק מיום 26.11.2014 מצ"ב ומסומן ע/6.

העתק הערות הארגונים להצעת החוק מיום 1.12.2014 מצ"ב ומסומן ע/7.

84. נציגי הארגונים השתתפו ב"מרתון" הישיבות בוועדת הפנים והגנת הסביבה של הכנסת לכל אורכו. על מנת לסיים במהירות הבזק הוקראו בישיבות סעיפים על גבי סעיפים, לעתים פרקים שלמים, ובהם הוראות רבות, שונות, מורכבות ובלתי חוקתיות. אחרי כל הקראה רצופה שכזו הוקצבו לכל דובר שלוש דקות לדבר על המכלול שהוקרא.

עמדת היועץ המשפטי לממשלה

85. בראשית הדיונים ביום 2.12.2014 הבהירה המשנה ליועץ המשפטי לממשלה (ייעוץ), עו"ד זילבר, כי כל הפרה משמעותית של "האיזון" שנקבע בחוק, יכול שתהפוך את החוק לבלתי חוקתי ובלתי ניתן להגנה. הדברים נמסרובד בבד על ידי משרד המשפטים לתקשורת. כלומר, לעמדת היועץ המשפטי לממשלה הצעת החוק "הולכת על הקצה".

העתק הודעת משרד המשפטים מיום 2.12.2014 מצ"ב ומסומן ע/8.

עמדת היועץ המשפטי לכנסת

86. בישיבת הוועדה ביום 2.12.2014 הציג היועץ המשפטי לכנסת, עו"ד איל ינון, את חוות דעתו בעניין הצעת החוק. אף שעו"ד ינון סבר, כפי שסבר גם ביחס לתיקון מס' 4, שההסדרים הנוגעים למשמורת ולמרכזו שהייה מאוזנים ומידתיים מן ההסדרים הקודמים שנפסלו על ידי בית המשפט, הרי שיש לערוך גם בהם תיקונים.

87. ראשית, עו"ד ינון סבר שבקיצור תקופת המשמורת על פי סעיף 30א לא די, שכן על פי הפסיקה, אין להותיר מוחזקים במשמורת רק לצורכי ענישה והרתיעה. האפשרות להחזקה מוגבלת במשמורת צריכה להיות קשורה לבירור זהותם של המוחזקים ולבחינת האפשרות האפקטיבית להרחקתם מישראל.

בישיבות ועדת הפנים והגנת הסביבה הציע הייעוץ המשפטי לקבוע במפורש בחוק, שהחזקה מיועדת לתכליות אלה, ויכולה להימשך רק כל עוד הן מתקיימות. עצתו זו נדחתה.

88. שנית, לעניין החזקה ב"חולות" סבר עו"ד ינון כי יש לשמור על יחס בין מידת הגבלת הזכויות שבמתקן לבין משך השהייה המרבי בו. עו"ד ינון הצביע על כך שלמתן סמכות לכלוא כענישה מינהלית לתקופה המגיעה עד ל-120 ימים אין מקבילה בדין הישראלי; על הבעייתיות שבהמשך ניהול המתקן על פי החוק ידי שירות בתי הסוהר על סמכויות החיפוש והתפיסה, החלת כללי משמעת, עבודת אסירים וכו'; ועל הוראות המעבר, ולפיהן לא תובא במניין הימים לעניין השהות ב"חולות" התקופה בה שהה אדם במשמורת. גם עצותיו אלה של הייעוץ המשפטי נדחו על ידי הוועדה בעת דיוניה.

89. שלישית, עו"ד ינון סבר שהכללת התיקון בחוק עובדים זרים חורג מעניינו של החוק, מעורר קשיים שונים "לרבות במישור החוקתי": "על הוועדה לבחון היטב האם אין חשש כי יש בשילוב של הוראות אלה כדי להביא מסתגן העובד כדין אל מתחת למינימום הנדרש לקיום בכבוד בהתאם לפסיקתו של בית המשפט העליון, ובכך להביא לפסילתו של הסדר זה." עו"ד ינון סבר שיש לפצל פרק זה מהצעת החוק. גם עצתו זו נדחתה על ידי הוועדה, והפרק בכל הנוגע ל"מסתננים" חוקק.

העתק חוות הדעת של היועץ המשפטי לכנסתמיום 2.12.2014 מצ"ב ומסומן/ע/9.

עמדת נציבות האו"ם לפליטים

90. בחוות הדעת של נציבות האו"ם לפליטים שנמסרה לוועדה, הצביעה הנציבות על כך שהצעת החוק אינה מבחינה בין מי שזכאים להגנה בינלאומית לבין אחרים שאינם זכאים לה. הנציבות הבהירה, כי צרכי ההגנה של האריתראים והסודנים בישראל לא נבחנו, וכי אף אם ייתכן שחלק מהם אינם נופלים בגדר ההגדרה של פליט לפי אמנת הפליטים, הרי –

"לאור המצב במדינות מוצאם, רוב האריתראים והסודנים בישראל הם ברי הגנה בינלאומית ולא ניתן להחזירם למדינות מוצאם. כפי שנציבות האו"ם העלתה בהערות קודמות, הדרישה שאריתראים וסודנים, השוהים בישראל זמן ממושך, ישהו בחולות למשך עשרים חודשים אינה מהווה פתרון הולם."

91. באשר לסעיף 30א לחוק וכליאת "מסתננים" לתקופה של שלושה חודשים עמדה הנציבות על כך שהרתעה אינה מהווה אמצעי לגיטימי, ושמעצר אוטומטי לתקופה קצובה מראש מנוגד למשפט הבינלאומי.

92. באשר להחזקת "מסתננים" ב"מרכז השהייה" על פי פרק ד' לחוק מדגישה הנציבות, כי קשה ליישב מטרה של "מניעת השתקעות של מבקשי מקלט בישראל" עם רוחה ותכליתה של אמנת הפליטים. הנציבות מדגישה עוד, כי ככל שהשהייה בחולות נועדה לאלץ החזרתם של מבקשי מקלט, כפי שהצהיר שר הפנים לשעבר, גדעון סער בישיבת ועדת הפנים והגנת הסביבה של הכנסת ביום 6.10.2014, הרי –

"צעדים שמטרתם לדחוף אנשים לחזור למדינה שבה חייהם וחירותם עלולים להיות בסיכון יכולה להוות לא רק פגיעה בחופש התנועה אלא הפרה של עקרון אי-החזרה אם ההפרה מנתקת הוולנטאריות מן ההחלטה לצאת. הדבר נכון לא רק ביחס ליציאה לארץ מוצאם, אלא גם למעבר למדינות שלישיות שאין בהן בטחונות להבטיח גישה להליכי מקלט, שירותים בסיסיים, הגנה מפני מעצר וגירוש על ידי מדינת היעד."

93. באשר למשך השהייה במתקן "חולות" ולתנאיה מדגישה הנציבות:

"יתר עלכן, השילוב של חובת השהיה; תנאי דיווח בערב ושהייה לילית במרכז המרוחק (אשר היווה שיקול מרכזי במספר דעות של השופטים בעניין גבריסלאסי); העדר פרטיות; האיסור על עבודה; והעונשים של העברה למעצר בגין הפרות של כללי המרכז ודרישות הדיווח, מעצימים את הפגיעה בזכויות מבקש המקלט ובאוטונומיה האישית 'לשלוט על מעשיו ומאווייו בהתאם לבחירותיו, ולפעול בהתאם להן'. כמכלול, בנסיבות האלו, שהיית חובה ממושכת, דהיינו שהייה מעל מספר חודשים, אינה מתיישבת עם דרישת המידתיות, ואף עלול[ה] לעלות כדי שלילת חירות על פי המשפט הבינלאומי ולפי עניין גבריסלאסי."

94. הנציבות המליצה לקבוע כי השהות במתקן תהיה על בסיס התנדבותי בלבד ותוגבל למבקשי מקלט הזקוקים לסיוע מהמדינה. על מנת להפחית את הנטל מתושבי דרום תל אביב הציעה הנציבות ליזום תוכניות פיזור בשיתוף עם הקהילות הרלוונטיות ובנוסף הומלץ לספק לכל מבקש מקלט המשוחרר ממתקן השהייה אשרת שהייה המאפשרת לו לעבוד. מיותר לציין, כי אף לא אחת מהערותיה של נציבות האו"ם לפליטים הוטמעה בחוק. המלצותיה נפלו על אזניים ערלות.

העתק חוות הדעת של נציבות האו"ם לפליטים מצ"ב ע/10.

אישור החקיקה

95. כאמור, בערב יום 8.12.2014, זמן קצר לפני הצבעה על פיזור הכנסת, התכנסה המליאה לאישור הצעת החוק בקריאה שניה ושלישית. משום פיזור הכנסת הסכימה הממשלה לאמץ הסתייגות אחת של סיעות האופוזיציה – הוספת סעיף 32ה(ג) לפרק ד' לחוק, ולפיו "רופא במרכז רשאי להורות למנהל המרכז על טיפול בשוהה בתנאים מיוחדים, ובכלל זה על שחרור שוהה מהמרכז מסיבות רפואיות." בתמורה, ויתרה האופוזיציה על נאומים ארוכים והצבעות ממושכות.

(5) ההשפעה הדרמטית של החוק של "חולות"

96. החוק מושא העתירה הוא המשכו של תיקון מס' 4. מתקן "חולות" על מכונו עומד ועימו מדיניות הרשויות, כפי שהוחלה מאז נחקק תיקון מס' 4. בפסקאות הבאות נבקש להציג את משמעות ההחזקה ב"חולות" ואת ההשפעה של החוק על מבקשי המקלט האריתראים והסודניים בישראל. נלווה את דברינו בפרק זה ובפרק הבא בתמונות. התמונות צולמו על ידי צלמי "אקטיבסטיילס", נציגי הארגונים העותרים ומבקשי מקלט.

על "מרכז השהייה חולות"**מבוא**

97. בפסק הדין בעניין **איתן** קבע בית המשפט, כי חקיקה המאפשרת החזקת אנשים – כולם זכאים להגנות בינלאומיות – במתקן "חולות", עומדת בניגוד לחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו, ודינה להתבטל. השופט פוגלמן עמד על העמימות האופפת את הקריטריונים לשילוח ל"חולות" ועל שיקול הדעת הרחב עד מאד של ממונה ביקורת הגבולות לפגוע בזכויות יסוד; על דלות הזכויות והשירותים המובטחים בחוק לשהים ב"חולות", במיוחד בהשוואה לאלו שניתנות לאסירים ועצירים; על הפגיעה בחירותם ובכבודם של המוחזקים ב"חולות", נוכח אופיו של המקום שחייב התייבבות שלוש פעמים ביום, והעצמתה של הפגיעה בשל תקופת ההחזקה הממושכת ב"חולות" ונוכח ניהול המקום בידי שירות בתי הסוהר; ועל הפגיעה בזכויותיהם של המוחזקים ב"חולות" נוכח ההסדר המאפשר להעבירם למשמורת בהחלטת פקיד ממונה ביקורת הגבולות. נפסק, כי אי אפשר להפריד בין מרכיביו השונים של מתקן "חולות", ומשכך דינו של תיקון מס' 4 כולו להתבטל.
98. עם זאת, בית המשפט השהה את ביטול החוק – ועמו את סגירת מתקן "חולות" – וזאת למשך שלושה חודשים. במהלך תקופה זו, קבע בית המשפט כי "חולות" ימשיך לפעול – באופן **זמני** – תוך הגמשת שניים מהכללים שעיצבו את החיים בו: חובת ההתייבבות הופחתה משלוש התייבבויות יומיות לשתי התייבבויות (סמוך לפתיחת המקום בבוקר ולסגירתו בערב); והפחתת תקופת הענישה ב"משמורת" עבור מי שהפרו את כללי המקום, לתקופות של עד 30 ימים. יודגש: הסדר ביניים זה, שבו פעל מתקן "חולות" מאז מתן פסק הדין ועד לחקיקת החוק מושא העתירה, נמצא כהסדר שאינו עומד בתנאי החוקתיות. בית המשפט הנכבד לא קבע, כי די בביטול חובת ההתייבבות בצהרים ובקיצור תקופת המשמורת-העונשית, כדי להכשיר את תיקון מס' 4 ואת מתקן "חולות". בית המשפט מצא, כי גם במתכונת זו, על תיקון מס' 4 להתבטל תוך פרק זמן קצר שהועמד על שלושה חודשים. ההסדרים הזמניים נקבעו באופן זמני ומוגבל, עד ליצירת הסדר חדש בהתאם לעקרונות שהציב בית המשפט בפסקדינו.
99. הסדר הביניים שנקבע בפסיקה אומץ בחקיקה כהסדר להפעלתו של המתקן, ולצידו שינויים המחמירים אותו. השינויים היחידים שהוכנסו הם אלה: ביטול חובת התייבבות הבוקר, שהייתה בין 6:00 ל-7:30 (בנוסף להתייבבות הצהרים שבוטלה זה מכבר); קביעת סמכות לאשר היעדרות מהמתקן ל-96 שעות בלבד, במקום 48 שעות, וזאת בכפוף להגשת בקשה ולקיום שימוע; והעמדת תקופת השהיה ב"חולות" על 20 חודשים. לצד אלו, עוגנו בחוק הנחיות שממילא הרשויות פעלו לפיהן במהלך חלותו של תיקון מס' 4: הקריטריונים המינהליים והמצומצמים הקובעים את הנסיבות שבהתקיימן לא יישלח אדם ל"חולות" (ושחרורו של מי שנשלח ל"חולות" אף שאינו עומד בקריטריונים); חובת עריכת השימוע לפני שילוח ל"חולות"; ופיקוח בית הדין לביקורת משמורת על תקופת הענישה המנהלית. לבסוף, אף שביטול המשפט העמיד את תקופת הענישה המשמעתית על 30 ימים בהסדר הביניים, הוארכה התקופה בחוק עד ל-120 ימים.

100. מעבר לכך – דבר לא השתנה. המתקן הוא אותו מתקן, הסדריו הם אותם הסדרים וסל הזכויות הדל שמובטח למוחזקים בו נותר כשהיה. סעיף 32 לחוק למניעת הסתננות, שחוקק בתיקון מס' 4 והועתק לחוק מושא העתירה, כולל את ההוראה היחידה בחוק שמבטיחה את זכויותיהם וצרכיהם של המוחזקים במקום: "במרכז השהייה יסופקו לשהים תנאי מחיה הולמים, ובכלל זה שירותי בריאות ורווחה". סעיף זה לא "קובע חובה לספק שירותי חינוך, דת, ספורט, תרבות, פנאי או ייעוץ משפטי" (פסקה 105 לפסק דינו של השופט פוגלמן). "לשם השוואה, הסדרים אחרים הנוגעים לשלילת חירות כוללים הוראות רבות ומגוונות שעניינן שלום של הכלואים והעצורים" (שם). דבריו של בית המשפט, ולפיהם "לא די בסיפוק צרכיו המיידיים ביותר של אסיר, עציר או מסתנן, והרשות אינה יוצאת ידי חובתה בכך שהיא מספקת לאלה שחירותם נשללה תנאי מחייה המאפשרים את המשך הישרדותם בלבד" (שם, בפסקה 106) – נפלו על אוזניים ערלות.

101. נעמוד להלן בפירוט על הפגיעות הרבות של השהות במתקן "חולות" בחייהם של המוחזקים בו. לעתירה מצורפים תצהיריהם של אחד עשר מוחזקים ב"חולות", המתארים את שגרת חייהם במקום, את קשייהם ואת מצוקתם, קודם לפסק הדין בעניין **איתן**. כן מצורפים תצהיריהם של שישה מוחזקים ב"חולות", נוסף על תצהיריהם של שני העותרים, המתארים כיצד נותרו כל אלה כשהיו חודשיים לאחר פסק הדין בעניין **איתן** (מאז בוטלה חובת ההתייצבות בשעות הצהריים). עוד מצורפים תצהיריהם של שלושה שהוחזקו ב"חולות" ושחררו. כפי שאפשר להתרשם – מבחינתם של המוחזקים אין כל שוני מהותי בין התקופה שטרם פסק הדין והתקופה שלאחריה. תשעה עשר תצהירים שונים המתארים כולם פגיעה קשה בזכויות אדם, ייאוש קשה, תסכול, דכאון והעדר תקווה. המצהירים מתארים את הפגיעה בחירות, בכבוד, באוטונומיה, בפרטיות, בזכות לחיי משפחה ואת העדר השליטה המוחלט על ההיבטים הבסיסיים ביותר של חייהם. החולים הכרוניים מתארים את הפגיעה בבריאותם. אלה מהם שנלקחו מרחבי ישראל מתארים כיצד נקטעו חייהם האנושיים, העצמאיים, הפרודוקטיביים והמועילים באחת. אלה ששחררו מתארים את הנזק הנורא שנגרם להם בעקבות כליאתם ב"חולות", את הדרדרותם המנטלית והכלכלית, את עוניי המרוד עם שחרורם ואת המאמצים האדירים הדרושים לשיקומם לאחר השחרור.

העתקי התצהירים שנגבו קודם לפסק הדין בעניין **איתן** ותדפיסיהם מצ"ב ומסומנים **ע/11**.

העתקי התצהירים שנגבו לאחר פסק הדין בעניין **איתן** ותדפיסיהם מצ"ב ומסומנים **ע/12**.

העתקי תצהיריהם של המוחזקים ששהו ב"חולות" ושחררו מצ"ב ומסומנים **ע/13**.

כן ר':

העתק הדוח "מכלא לכלא" (המוקד לפליטים ולמהגרים, מרץ 2014), המתאר את התנאים ב"חולות" המצ"ב ומסומן **ע/14**;

העתק הדוח "לנהל את הייאוש – דוח מעקב: מבקשי המקלט במתקן חולות, אפריל – ספטמבר 2014" (המוקד לפליטים ולמהגרים ורופאים לזכויות אדם, ספטמבר 2014) המצ"ב ומסומן **ע/15**.

102. בהמשך דברינו נסכם את האמור בתצהירים העדכניים ובדוחות ונתאר את משמעות השהייה ב"חולות".
ואולם, קודם שנפנה לכך נקדים עוד עדות אחת בגוף ראשון. להלן עדותו של מר קסטה
זרסאניאלמסגאד, המוחזק ב"חולות" מאז חודש פברואר 2014:

"אני בן 35, אזרח אריתריאה, הגעתי לישראל כדי למצוא בה הגנה בחודש נובמבר
2008.

בארצי שירתתי זמן רב בצבא וכן נכלאתי בתנאים קשים מאוד לתקופה של 6
חודשים כי ניסיתי לברוח מן השירות. בכלא התעללו בי, החזיקו אותי בתא קטן
וצפוף, ללא מיטות, ללא אפשרות לצאת ואפילו מבלי שהיה די מקום לכל הכלואים
לשכב על הרצפה.

גם בדרך לישראל סבלתי מאוד. הוחזקתי עלידי מבריחים בסיני שניסו לסחוט עוד
כסף ממשפחתי ולצורך זה עינו אותי.

עם כניסתי לישראל נכלאתי בכלא סהרוניים בגין כניסה שלא כדין למשך כחודש.

כשחררו אותי מן הכלא השאירו אותי באזור התחנה המרכזית בבאר-שבע. לא
ידעתי את השפה, לא היה לי כסף, לא ידעתי לאן ללכת, בעזרת חבר הגעתי בסוף
לתל-אביב.

לא נשארתי לגור בתל-אביב אלא עברתי לתל-מונד. אחר כך לנתיבות ובסוף מצאתי
עבודה כאיש תחזוקה בפנימיה בירושלים.

היה לי קשה להסתדר – על הרישיון היה כתוב שזה לא רישיון עבודה, אי-אפשר
היה לפתוח חשבון בנק, אפילו לא יכולתי לרכוש כרטיס רב-קו לאוטובוס.

למרות כל הקשיים, הצלחתי לבנות לי חיים בירושלים, למדתי עברית מקבוצה של
מתנדבים ישראלים. מצאתי כנסיה שבה יכולתי, פעם ראשונה בחיי, להתפלל באופן
חופשי (אני נוצרי פנטקוסטלי). אפילו הייתי שותף לכתיבה של ספר ילדים 'מולו
וצגאי' שמתאר את החיים שלנו באפריקה.

בחודש ינואר 2014 קיבלתי לפתע זימון לבוא למתקן חולות, זה היה כשבאתי לחדש
את הויזה שלי. לא נתנו לי שום הזדמנות לדבר, לא שאלו אותי שום דבר, רק צעקו
עלי ודיברו לא יפה – אמרו 'יש לך מזל', אמרו שיש חוק ואני חייב ללכת לחולות.

כמה ימים לפני שהייתי צריך להתייצב בחולות, הגשתי בקשת מקלט ביח' לטיפול
במבקשי מקלט בתל אביב. אני רוצה לציין שלפני זה לא ידעתי שאני צריך להגיש
בקשה, חשבתי שמעצם זה שהגעתי לישראל ושקיבלו אותי הסתיים ההליך. לאחר
קבלת הזימון לחולות אמרו לי בארגוני זכויות האדם שאני צריך להגיש בקשה
פרטנית.

ביום 5.2.14 נערך איתי ריאיון מקלט. מאז לא קיבלתי שום החלטה ואיני יודע מה
עלה בגורל הבקשה שהגשתי.

ביום 9.2.2014 התייצבתי במתן חולות ומאז אני כאן.

השהיה במתקן קשה לי מאוד. אני ישן בחדר עם עוד 9 אנשים, אנחנו ישנים במיטות קומותיים. יש מקום מאוד מצומצם להחזקה של ציוד אישי. באגף שבו אני שוהה כעת יש ארון אחד לכל שני אנשים.

אין בחדר חימום, בחורף קר כאן מאוד. קיבלנו שמיכות מאוד דקות ולא מספיקות. למזלי אחת המתנדבות נתנה לי שק שינה ומאז חם לי קצת יותר.

יש מקלחות אבל לעתים קרובות המים החמים נגמרים עד שכולם מתקלחים.

אין מה לעשות פה כל היום וזה מעיק עלי מאוד כי כשאין מה לעשות אני מתחיל לחשוב על המצב ועל חוסר התקווה לעתיד. יש פה כיתות ריקות אבל מהמתקן לא מארגנים עבורנו כלום, לפעמים יש כמה שיושבים ומנסים ללמוד ביחד אבל אין לנו ספרים. כשיש מקום בכתה אנחנו גם מתפללים שם אבל בשבת ובימי שישי לא פותחים לנו את הכיתות.

המזון במתקן דל ביותר. למשל ארוחת הבוקר היום כללה עגבניה, כף ממרח שוקולד, כף גבינה וארבע פרוסות לחם. השומרים אומרים שאין מספיק אוכל לכולם ולכן מוזגים לכל אחד במשורה. אתמול קיבלנו לארוחת הערב מרק מיימי, אורז לבן וביצה אחת. בגלל שאנחנו אוכלים כל הזמן אורז ולחם יש בעיות בבטן.

יש קנטינה אבל אין שם אוכל שניתן לקנות אלא רק מוצרים בסיסיים כמו טונה, ביסקויטים, תה, קפה וכו'. את כל מוצרי ההגינה כמו סבון לגוף, שמפו לשיער, משחת שיניים, סבון כביסה אני צריך לקנות מן הכסף שלי.

אם אני רוצה לשתות תה יש מיחם אחד באגף שלי שמשרת 280 אנשים. האספקה של התה והסוכר מטעם המתקן לא מספיקה ולכן מי שרוצה לשתות תה צריך לקנות בכסף.

יש רופא במתקן אבל הוא רק נותן עזרה ראשונה. אם יש משהו קצת יותר רציני אז הוא שולח לסורוקה. אנחנו צריכים לממן את הנסיעה לסורוקה מכספנו ואם צריך תרופות אז גם אותן.

קשה לי להסתדר עם מעט דמי הכיס שאני מקבל (160 ש"ח ל-10 ימים) וזאת כי אני צריך מהכסף הזה לקנות מוצרי הגינה, בגדים, מעט מזון וכן להשתמש בכסף ליציאה מן המתקן.

בגלל חסרון הכיס אני יכול לצאת רק כשיש לי משהו חשוב מאוד. למשל בחודש שעבר היה ארוע לציון הוצאת הספר שכתבנו בתל אביב. אני קיבלתי אישור לצאת כי חבריי הישראלים שלחו בקשה בכתב אל המתקן. אני יודע שחברים שמוחזקים איתי במתקן ואין מי שיגיש עבורם בקשה לא מקבלים אישור לצאת.

בסוף חודש יוני יצאתי מן המתקן בהפגנת מחאה בה השתתפו שוהים רבים במתקן. יצאנו ביום שישי והלכנו לכיוון ניצנה (גבול ישראל-מצרים). היינו בחורשה ליד

ניצנה עד ליום ראשון בערב. קיווינו שמישהו יבוא לדבר איתנו – אולי מהכנסת, אולי מהממשלה. ביום ראשון בבוקר ביקרה אותנו ח"כ מיכל רוזין.

ביום ראשון לקראת הערב באו הסוהרים והסתערו עלינו בכוחות גדולים עם פרשים. אני רק ישבתי ולא זזתי. הם התחילו לגרור אותנו בכח לאוטובוסים. ארבעה אנשים סחבו אותי – שנים ברגלי ושנים בידי אל האוטובוס. זרקו אותי על הרצפה ואחד מהם אחז בכח באצבע המורה של יד שמאל שלי וכופף אותה לאחור בכח רב. היד התנפחה וכאב לי מאוד (עד היום היא כואבת).

לקחו אותי לכלא סהרונים. אחרי יומיים בכלא הביאו אותי בפני אישה ממשד הפנים. היה תור של הרבה אנשים והיא עבדה מהר-מהר. היא שאלה למה הלכתי. אמרתי שרציתי להפגין. האישה אמרה שעשיתי משהו לא חוקי כי הייתי מחוץ למתקן יותר מ-48 שעות ובגלל זה אני הולך עכשיו לכלא ל-3 חודשים.

אחרי כמה ימים לקחו אותי לבית משפט בכלא. לא חשבתי שהוא יעזור לי כי כל האנשים שנכנסו אליו לפני נשארו בדיוק עם אותו העונש שנתנה להם האישה ממשד הפנים. אז רק התלוננתי שלא טיפלו באצבע שלי.

עברו כמעט 3 שבועות עד שלקחו אותי לסורוקה לצלם את הנזק שנגרם לאצבע שלי. הובילו אותי כמו פושע כשאני אזוק בידי וברגלי. האצבע לא נשברה אבל נזקקתי לפיזיותרפיה כי היא היתה נפוחה ולא יכולתי לכופף אותה. בכלא לא נתנו לי פיזיותרפיה.

בכלא היה לי קשה מאוד. כל הזמן מוקף סורגים, אפילו לא רואים את השמים, ארבע ספירות ביום, הרעש של טריקות הדלת מאוד חזק, הרגשתי שאני צריך לשמור על עצמי כדי לא להשתגע.

ביום 22.9.14 הוחזרתי לחולות. חיפשתי את הציוד שהיה לי אבל הכל הלך לאיבוד. הסוהרים לקחו את כל החפצים של מי שיצא להפגנה וזרקו אותנו בתוך מכולה גדולה. כשחזרתי הכל היה מפוזר, המזוודה נקרעה, לא מצאתי את הנעליים שהיו לי, את הספרים שלי ואת הבגדים – הכל הלך לאיבוד. הנעלים שאני נועל עכשיו ניתנו לי על ידי מתנדבת.

מאז שהוחזרתי לחולות מצבי קשה. אחרי שבית המשפט פסק שהמתקן הזה פוגע בזכויות שלנו – אני עוד כאן. גם את בקשת המקלט שלי אף אחד עוד לא בדק. אני מנסה לחשוב מה מדינת ישראל רוצה ממני ואני שואל את עצמי אם הם לא יודעים עד כמה המצב באריתראה קשה ומסוכן.

אני לא רגוע, אני לא ישן, אני כל הזמן חושב מה יהיה העתיד ועד מתי אני אהיה כאן. יש אנשים שאני מכיר שבזמן שהיינו בכלא נשברו והסכימו לנסוע לכל מיני מקומות כמו רואנדה ואוגנדה. זו לא אפשרות מבחינתי, אני צריך הגנה ובטחון.

אני הייתי רוצה ללמוד ולקרוא אבל המצב שלי קשה, כל הספרים שלי אבדו, אין פה ספרים, אין פה תכנית, אני פשוט יושב ומחכה שהזמן יעבור.

אני שומע איך מדברים עלי ועל חבריי בחדשות וזה מאוד כואב לי. אני לא אדם רע ואני לא עבריין ובכל זאת שמו אותי בכלא ומחזיקים אותי כאן ומפחדים ממני, אני

חושב שאם היו מכירים אותי ויודעים את המציאות ממנה ברחתי, היו מקבלים אותי ומכבדים אותי."

"חולות" והמוחזקים בו



103. "חולות" מצוי במדבר, באזור שבו מזג האוויר קיצוני בחורף, בקיץ ובליחות, בתוך שטח אש, רחוק מרחק רב ממקומות יישוב.

104. הוא ממוקם מעבר לכביש לביתהסוהר "סהרונים" ולבית הסוהר "קציעות". גם הוא, כמו בתי הסוהר האחרים, מנוהל על ידי שירות בתי הסוהר. הסגל הוא זה ששירת ב"סהרונים". מזון מסופק על ידי בית הסוהר "קציעות". הוא מוקף גדרות ותיל, ואין אליו כניסה חופשית אלא למשרתים ולמוחזקים בו.

105. "אחד השיקולים הדומיננטים בהכנסת אנשים למתקן הוא אופק הרחקה", כדברי שר הפנים, מר גדעון סער, ביום 2.12.2013 בישיבת ועדת הפנים והגנת הסביבה של הכנסת להכנת תיקון מס' 4 לקריאה שנייה ושלישית. כיוון שהמשיבים מעריכים שיש סיכוי טוב יותר לשבור את רוחם של אזרחי סודן, ולאונסם "להסכים" לעזוב את הארץ, הרי שאף שרוב מבקשי המקלט בישראל (כ-71%) הם אריתראים ומיעוטם (כ-20%) הם סודנים, רוב "המוזמנים" ל"חולות" הם סודנים.

106. בסוף חודש אוגוסט, ערב מתן פסק הדין בעניין **איתן**, הוחזקו ב"חולות" 1,658 איש: 288 אריתראים ו- 1,370 סודנים. כפי שתארנו, באותה תקופה נכלאו ב"סהרונים" 756 איש נוספים, שהוחזקו קודם לכן

ב"חולות", בגין המחאה שקיימו סמוך למעבר "ניצנה". כליאתה של קבוצה גדולה כל כך – למעלה מ-30% מן המוחזקים במתקן – "שיפרה" לזמן מה את התנאים בו עבור הנותרים: הצפיפות ירדה, התורים לשירותים התקצרו וכמות המזון נראתה גדולה יותר. לאחר מתן פסק הדין בעניין **איתן**, בו נפסק, בין היתר, כי תקופת הענישה המקסימאלית תעמוד על 30 ימים, הוחזרו מאות חזרה למתקן. בהמשך, בעקבות הליך משפטי ופניות המוקד לפליטים ולמהגרים לרשות האוכלוסין וההגירה, שוחררו מן המתקן מוחזקים ששהו ברצף ב"סהרוניס" (על פי תיקון מס' 3) וב"חולות" (על פי תיקון מס' 4) משך חודשים ארוכים.

107. כיוון שרשות האוכלוסין וההגירה החליטה לזמן ל"חולות" את מבקשי מקלט הוותיקים בישראל, מוחזקים ב"חולות" מבקשי מקלט רבים שדוברים עברית רהוטה, שהזימון הפתאומי לחולות אילץ אותם לעזוב מקומות עבודה בהם עבדו שנים, דירות ששכרו במשך שנים, חברים ישראלים רבים, ולעיתים אף מקומות לימוד עבורם שילמו סכומי כסף נכבדים מראש. כעולה מן התצהירים, יש אף מי שנאלצו להיפרד ממשפחה ומילדים, ומאז הגיעו ל"חולות" אין ביכולתם הכלכלית לבקרם לעתים תכופות.

חיי הדלות של המוחזקים

108. נאסר על המוחזקים ב"חולות" לעבוד מחוץ למתקן, ועומדים לרשותם "דמי כיס" בסך 16 ש"ח ליום, המחולקים פעם בעשרה ימים. את "דמי הכיס" ניתן לשלול או להפחית אם "אינם מתנהגים יפה". מעטים עובדים בעבודות תחזוקה במתקן תמורת שכר נמוך (12 ש"ח לשעה). הכסף אינו מספיק לדבר. עלות כרטיס נסיעה לבאר-שבע באוטובוס בכיוון אחד היא 19.30 ש"ח – יותר מהכנסה ליום אחד. לנסוע לבדיקה אצל רופא, לבקר בני משפחה וילדים שנותרו בחוץ, ללמוד, לשכור עורך דין, לטפל בבעיה משפטית, לקנות בגדים, לרכוש ספר, לבלות עם חברים, לאכול דבר מה בעיר, ליהנות מפחית שתיה – כל אלה ב-16 ש"ח ליום. יש לשקול כל הוצאה ולתכנן אותה בקפידה. מר ברהה קנגה סולימאן מעיד: "אני נוסע לבקר את משפחתי רק שלוש פעמים בחודש. את הנסיעות אני מממן באמצעות דמי הכיס הניתנים לי. בשל כך, את רוב דמי הכיס אני נאלץ להוציא על נסיעות לתל-אביב, ולכן אין לי אפשרות לממן ולקנות צרכים בסיסיים אחרים כמו מוצרי היגיינה, מזון וביגוד. כדי לרכוש מוצרים אלה אני נאלץ לבקש עזרה מחבריי השוהים במתקן." מר טוולדברהןקסאיימעיד: "ביקרתי את אחי פעם אחת מאז שאני פה, אין לי מספיק כסף לנסוע לבקר אותו."

109. רבים מהמוחזקים חיים בדלות, שהשפעתה הנפשית והפיזית ניכרת. אנשים, שנמלטו מרדיפות ועינויים וזכאים להגנה בינלאומית, ושעד להחזקתם ב"חולות" היו רבים מהם עצמאיים, והצליחו – הגם בקושי רב – לכלכל את עצמם ולקיים חיים אנושיים, מוצאים עצמם חיים קיום דל ועלוב, תלויים בחסדיהם של מתנדבים ופעילים הבאים לבקר אותם, ומעניקים להם ציוד.

הקושי להתרחק מ"חולות"

110. על המוחזקים לשהות במקום בלילה, בין השעות 22:00 ל-06:00. לאחר תיקון מס' 4 היה עליהם להתייצב שלוש פעמים ביום – בבוקר, בצהריים ובערב. מאז פסק הדין בעניין **איתן** בוטלה ההתייצבות

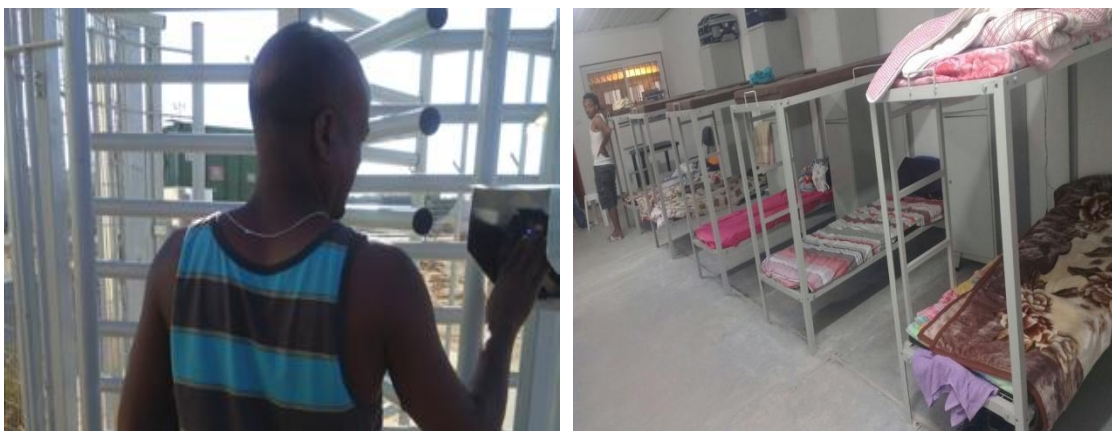
בצהריים. מי שאינו מתייצב – עלול להיענש. מהתצהירים עולה, כי אין בביטול חובת ההתייצבות בצהריים, כפי שהונהגה בעקבות פסק הדין בעניין **איתן**, שינוי משמעותי. חובת השהייה במקום המבודד, מדי ערב, מסכלת אפשרות מעשית לפגוש חברים ובני משפחה. היעדר מקור הכנסה אינו מאפשר נסיעות מרובות מחוץ למקום, וממילא אינו מאפשר לעשות דבר מה מחוץ לו. כפי שנתאר בהמשך, הניסיון לקבל פטור מחזרה בערב כרוך בחדירה לפרטיות, בהמתנה ארוכה, ובסופו ממילא פעמים רבות מסורבות בקשות המבוססות על צרכים האלמנטאריים ביותר של המוחזקים במקום. המתקן נותר מבחינה מעשית מקום שאי אפשר להתרחק ממנו ליותר ממספר פעמים ספור בחודש, אם בכלל, ואשר אינו מאפשר מבחינה נורמטיבית ניהול חיים אנושיים חופשיים מחוצה לו.

האיסור לארח ב"חולות"

111. המוחזקים אינם רשאים לארח במתקן, אף לא בני משפחה או עורכי דין. יש מספר מועט של ספסלים מוצלים מחוץ למתקן, ועל כן רוב המפגשים עם הבאים מבחוץ נערכים סמוך למתקן בתנאי המדבר. לבני משפחה, ודאי לאלה העובדים, קשה להגיע למתקן המרוחק, וכל זאת על מנת להיפגש מחוצה לו, במדבר. ככל שהיו יכולים לבוא בסופי שבוע, הרי שאין תחבורה ציבורית. התערבותה של המשנה ליועץ המשפטי לממשלה (ייעוץ) מאפשרת כניסה מעת לעת של ארגוני זכויות אדם, בתיאום מראש. לא אחת גם התיאום אינו מועיל והביקור אינו מאושר או מבוטל. כך, למשל, התצהירים המצורפים לעתירה מיום 10.12.2014 נגבו מחוץ למתקן, במדבר.

חיים באגפים, נעולים בלילות

112. "חולות" מחולק ל"פלחים", וכל "פלח" מחולק לאגפים. כיום יש במקום שני פלחים פעילים. הכניסה למתקן ולאגפים והיציאה מהם היא באמצעות שערים ("קרוסלות") ביומטריים: כדי לעבור בקרוסלה יש צורך בטביעת אצבע והנחת "כרטיס שוהה". על אדם שאינו מוחזק במתקן ומבקש להיכנס לקרוא לשומר. האגפים ננעלים בלילה, בין השעות 22:00 ל-06:00. אין למי לקרוא לעזרה, אם יקרה דבר מה, חלילה. המוחזקים יודעים שבמקרה חירום עליהם להתקשר למשטרה, על מנת שזו תזעיק את שבי"ס.



113. בתוך כל אגף – 28 חדרים. בכל חדר מוחזקים עשרה אנשים יחד. שבי"ס קובע את זהותם של השותפים לחדר. אין פרטיות. אין בחדרים שקט. כל חדר מכיל 5 מיטות קומותיים, עשרה תאי אחסון קטנים

(לוקרים) ללא אפשרות נעילה. יש מעט מאוד מקום, ואין אפשרות לשמור דברים בפרטיות. בכל חדר תא קטן למקלחת ולשירותים. התור ארוך, ולעתים קרובות המים החמים נגמרים לפני שכולם מתקלחים.

ציוד בסיסי וציוד אסור

114. בעת ההגעה למתקן מקבל כל "שוהה" שמיכה, גליל נייר טואלט ולעתים גם מגבת. מוצרי הגיינה, כמו סבון, שמפו לשיער, משחת שיניים וסבון כביסה על המוחזקים לרכוש בעצמם. החדרים נטולים אמצעי קירור או חימום, כך שגם בימים קרים – ובחורף ובלילות קר מאוד – נאלצים המוחזקים להסתפק בשמיכות הדקות שקיבלו ביומם הראשון, אלא אם הם רוכשים שמיכות נוספות בכספם או מקבלים שמיכות, שקי שינה או מעילים כנדבות ממבקרים. על המוחזקים לנקות את חדריהם בכוחותיהם. בחדרים שאין בהם חומרי ניקוי שולט ריח רע.

115. לא גובשה רשימה של ציוד מותר ואסור, ולכן שב"ס אסר בפועל משך תקופה ממושכת על החזקת מכשירים אלקטרוניים כמו מחשבים ניידים, מצלמות או מכשירי גילוח חשמליים. בהמשך התיר מכשירים שכאלה, ואולם גם כיום אינו מתיר החזקת מגהצים, תנורי חימום ומיחמי מים. מכשירים שהובאו – הוחרמו.

"מועדון", "ספריה", "חוגים", "עבודה", ו"קנטינה"

116. בנוסף לחדרי המגורים, ישנו בכל אגף "מועדון" – חדר המיועד לפעילויות חברתיות, אך בפועל מכיל רק מכשירי טלוויזיה ומספר כסאות. לפני מספר חודשים הושמו במועדונים מקררים.

117. "הספריה" במתקן היא לא יותר ממספר כונניות עם מספר מועט של ספרים.

118. הפעילויות החברתיות והחינוכיות היוזמות במקום דלות, וזכות לביקורת מצד מבקשי המקלט על כך שהן ילדותיות ואינן מתאימות להם.

119. מעטים עובדים בעבודות תחזוקה במתקן תמורת שכר נמוך (12 ש"ח לשעה) באמצעות "לשכת תעסוקה חולות – תעסוקה למען החברה".

120. כמו ב"סהרונים" גם ב"חולות" פועלת קנטינה ובה מספר כונניות ספור, בה נמכרים מצרכי יסוד, חומרי ניקוי, מוצרי טיפוח ומספר מצומצם ביותר של חטיפים.

121. למעשה, "השירותים" שניתנים במתקן ניתנים גם במתקן "סהרונים". אף ספקי השירותים החיצוניים – חברת "ביסטופ" המפעילה את הקנטינה וחברת "אנקורי" האחראית לחוגים – מספקים את אותם שירותים דלים במתקן "סהרונים".



העדר תעסוקה

122. מלבד המתואר לעיל, המתקן שומם ולא מספק אפשרויות תעסוקה לשעות הפנאי האינסופיות שנכפו על "השוהים". אפשר לישון, לצפות בטלוויזיה, לשחק בכדור, או לצאת לטיול חסר תוחלת במדבר השומם עד לשעת ההתייצבות. אין עיתונים, אין מחשבים, אין חיבור לאינטרנט. כפי שמתאר זאת מר גזרגיאר בארה: "בחולות אין מה לעשות. רק ישנים כל היום או הולכים פה מסביב. זה כמו כלא ואני לא פושע אז לא מבין למה אני בכלא. [...] השעמום פה רק עושה את זה קשה יותר כי אין מה לעשות חוץ מלהיזכר [בבני המשפחה] ולחשוב מחשבות רעות. בחוץ הייתי נורמלי, אבל כאן אני מרגיש באפיסת כוחות ורק חושב דברים לא טובים".

ארוחות על פי תפריט שב"ס והאיסור להכניס מזון

123. הארוחות מוגשות שלוש פעמים ביום. זהו אותו המזון שמוגש גם ב"סהרונים", על פי תפריט שירות בתי הסוהר. המוחזקים מתלוננים על כמות המזון, על דלותו, על איכותו, על כך שאינו מגוון ועל כך שאינו מוכן כהלכה. אורז ולחם הם מרכיבים דומיננטיים בתפריט. יש מוחזקים המלינים על התורים לאוכל. יש המלינים על כך, שיש להגיע מוקדם כדי שישאר די אוכל. יש מוחזקים המתלוננים שאין מספיק אוכל והם רעבים. בכל אגף מיחס אחד, שאמור לשרת כ-280 אנשים השוהים בו. האספקה של תה וסוכר אינה מספיקה. אסור להוציא מזון מחדרי האוכל על מנת לאוכלו בין הארוחות.



124. המוחזקים אינם רשאים להכין את מזונם בעצמם ואינם רשאים להכניס מזון שנרכש בחוץ ל"חולות" (וממילא אין היכן לרכוש מזון, שהרי המתקן מצוי רחוק מכל מקום יישוב). בין המוחזקים ב"חולות" גם אנשים הסובלים מבעיות בריאות הדורשות מזון מותאם או הימנעות ממזונות מסוימים (כמו חולים בסוכרת או בצליאק), ואולם המתקן אינו ערוך לטפל בכך. בחודש יולי 2014 הוצבו במועדונים מקררים לשימוש המוחזקים, וזאת, ככל הנראה, עקב השלמת שב"ס עם כך שהמוחזקים מגיבים מזון מבחוץ חרף האיסור. מבקשי מקלט המבשלים לעצמם במהלך היום ב"תנאי שדה", על גבי מנגלים וגזיות מחוץ לגדרות המתקן, הוא מחזה שכיח.

שירותי הבריאות הבסיסיים והקושי לקבל טיפול מחוץ ל"חולות"

125. שירותי הבריאות במקום ניתנו מעת הפעלת המתקן ועד חודש מאי על ידי מגן דוד אדום שהפעיל "מרפאה הומניטארית", ובהמשך על ידי חברת "ביקורופא". המרפאה פתוחה משעות הבוקר ועד שעות אחר הצהריים, ומספקת שירותי בריאות בסיסיים. אין במרפאה מיטות אשפוז. ככל שיש צורך בטיפול במרפאה בשכיבה, נעשה שימוש באלונקות המוצבות על הרצפה.



126. על מבקשי מקלט שאינם דוברים עברית או אנגלית לשקול האם לפנות לרופא, שכן יהיה עליהם להיעזר לצורך תרגום בחבריהם, על המבוכה הכרוכה בכך. המוחזקים, בעיקר הסובלים ממחלות כרוניות, מתלוננים על כך שאינם זוכים למענה רפואי הולם. מר ברהה קנגה סולימאן מעיד בתצהירו: "יש לי בעיה בכליות שאובחנה במרפאה בתחנה המרכזית בת"א שגורמת לי לכאבים בבטן. בפניותי החוזרות ונשנות לרופא במתקן חולות הוא מסרב להפנות לבדיקה וטיפול מקיפים בביה"ח, ורק נותן לי משככי כאבים. המשככים עוזרים לזמן קצר. אך הכאבים חוזרים והבעיה לא נפתרת". מר טספמיכאלדסטה מתאר בתצהירו כיצד פנה מספר פעמים לרופא ב"חולות" לאחר כאבים עזים ברגליו. בכל פעם נאמר לו שיתקשרו אליו מן המרפאה, אולם מעולם לא חזרו אליו. "אין לי דרך לקבל טיפול רפואי. מעט הכסף שנותנים לי פה לא מספיק לכל הצרכים וודאי לא לנסיעות לבאר-שבע לראות רופא ולקנות לעצמי תרופות. הדאגה נוכח מצבי הבריאותי מאד מטרידה אותי", הוא מעיד. מר גזרגיאיר בארה מספר בתצהירו: "במהלך שהותי בחולות נשלחתי לבי"ח בב"ש, שם עשו לי סיטי ואמרו לי שאני צריך לעשות ניתוח. הלכתי למרפאה בחולות והם אמרו שידברו עם המרפאה בב"ש ועדיין אף אחד לא יצר עימי קשר".

127. אחת לשבוע נערך ביקור של רופא שיניים (בבית הסוהר "סהרונים", לעומת זאת, יש מרפאת שיניים קבועה). מוחזקים שמתלוננים על כאבי שיניים מופנים לצאת ולחפש רופא שיניים על חשבונם בבאר-שבע. במקרים המצריכים טיפול רפואי רחב יש לקבל הפנייה מרופא המתקן. מוחזקים רבים מתלוננים שאינם מופנים חרף תלונות חוזרות ונשנות. מר טוולדברהקחסאיי, שעבר תאונת עבודה קשה בישראל שהותירה אותו עם 59% נכות ועם מספר ברגים בגופו, מתאר בתצהירו כיצד המיטה אינה מותאמת לצרכיו ומכאיבה לו, ומלין על העדר טיפול רפואי ושיקומי במתקן אשר מדרדר את מצבו: "בניסיונותיי להיעזר ברופא המתקן קיבלתי רק משככי כאבים אליהם כבר פיתחתי סיבולת ועל כן אני ממשיך לסבול מאותם כאבים. בנוסף, לא קיבלתי שום הפניה לבדיקה בבית-חולים. [...] לפני השהייה במתקן נעזרתי בטיפולי פיזיותרפיה בהמלצת רופא אשר עזרו לי להפחית בכאבים. כעת, בשהותי במתקן חולות, לא ניתנה לי האפשרות לקבל טיפולים אלה, וכן טיפולי המשך בידי ובגבי. צריך להוציא את הבורג מידי אבל אף אחד לא עושה [זאת]". עוד הוא מספר בתצהירו, כי מאז החלה שהייתו במתקן הופסקה קצבת הנכות שהוא זכאי לה. ניסיונותיו לפנות לנציגי רשות האוכלוסין וההגירה במתקן כדי לברר מדוע הופסקה הקצבה לא הועילו, והם אף לא כיוונו אותו למישהו שיכול לסייע לו.

128. ככל שניתנות הפניות לטיפול רפואי, על המוחזקים לממן את הנסיעה לבית החולים ובחזרה בעצמם (עלות נסיעה הלוך ושוב, כולל שימוש בקווים עירוניים פנימיים, שווה לדמי כיס של שלושה ימים). מוחזקים מדווחים שהם מתקשים בקביעת תורים למעקב ובקבלת אישורי יציאה לבדיקות ולטיפולים ממושכים מחוץ למתקן. יש בין המוחזקים גם כאלו שנאלצים לדחות את התור לבית החולים, רק משום שטרם קיבלו את דמי הכיס ואינם יכולים להרשות לעצמם את דמי הנסיעה. מלאי התרופות ב"חולות" מוגבל, ויש מוחזקים שנשלחים על ידי הרופא לרכוש תרופות בעצמם ועל חשבונם. במקרים מסוימים נדרשה פנייה של עמותת רופאים לזכויות אדם למשרד הבריאות על מנת להנגיש תרופות למוחזקים הזקוקים להן.

שירותי רווחה מעטים והעדרם של שירותי בריאות הנפש

129. מצוקתם של המוחזקים במתקן אינה נעוצה בעיקר בתנאים הפיזיים במתקן ובאיכות השירותים שניתנים או לא ניתנים בו. החוויות הקשות שחוו המוחזקים קודם לבואם לישראל, המשטר במתקן, הקושי לקבל חופשות, היעדר התעסוקה, השעמום, חוסר המעש, חוסר האונים, הלחץ לעזוב, הדאגה לעוזבים, הדאגה לבני משפחה ולקרובים מהם נאלצו להיפרד, העדר החלטות משך חודשים בבקשות מקלט או דחייה סיטונית של בקשות, חוסר התחלת, חוסר ההבנה במה חטאו שנשלחו לשם, חוסר התקווה, הדיכאון והייאוש הם הגורמים המרכזיים למצוקתם הקשה של המוחזקים. כדברי טספמיכאלדסטה: "מה שהכי קשה לי זו התחושה של חוסר האונים. אני לא יכול לעזור לעצמי, לא יכול לטפל בעצמי, הבריאות שלי מדרדרת. אני לא רואה סיכוי שהמצב ישתנה. אני שונא את חיי כרגע ומרגיש בין הפטיש לסדן – אני לא יכול לחזור לארצי אבל מדינת ישראל לא נותנת לי הגנה."

130. אין במתקן פסיכולוג או פסיכיאטר. השירותים הסוציאליים שניתנים במקום מבוססים על סדנאות, בהן נערכות שיחות, ואשר ההשתתפות בהן היא וולונטרית. מעטים יודעים על כך, מעטים מבינים כיצד, אם בכלל, יכול סגל העובדים הסוציאליים לסייע בטיפול במצוקה, ומעטים עוד יותר מוצאים בסדנאות תמיכה ומשתפים איתן פעולה.

הקושי לקבל חופשות

131. אישורי "החופשה" הם מהסוגיות המטרידות ביותר את המוחזקים. יש שמרגישים שרשות האוכלוסין וההגירה מנסה לבלבל אותם באשר לכללים לקבלת "חופשה" על מנת שאפשר יהיה לעצור אותם לאחר מכן. המפגשים עם אנשי רשות האוכלוסין וההגירה לצורך הגשת בקשה ל"חופשה" מנוצלים כדי להפעיל על המוחזקים לחץ "לעזוב מרצון". הלחץ מופעל כל העת. השלט שתלוי בכניסה למתחם משרד הפנים במתקן אינו מסביר כיצד לבקש "חופשה" או "מקלט", אלא כיצד אפשר לבקש "לצאת מרצון". מוחזקים מתלוננים על כך שהם ממתנינים שעות ארוכות מחוץ למשרדי רשות האוכלוסין וההגירה עד שיתקבלו או עד שיקבלו תשובה לבקשתם. רבים מאוד מוותרים על האפשרות להגיש בקשה ל"חופשה", או שבקשותיהם "מתייתרות" משום שלא הצליחו להגישן במועד נוכח הקשיים. יש המתלוננים על החקירות הפולשניות והממושכות בכל פעם שמבקשים חופשה. יש המתלוננים על החלטות שרירותיות. הנתונים שנוהג משרד הפנים להציג בדבר מספר "החופשות" שאושרו אינם משקפים באופן אמיתי את הצורך של המוחזקים. כשניתנות "חופשות" הן ניתנות לזמן קצר, ולא פעם מי שיוצאים אינם מספיקים

להסדיר את ענייניהם. "חופשות" רבות שלשיטת המשיבים "אושרו", קצרות באופן משמעותי ממה שנתבקש. כיוון שהקרובים והמכרים עובדים במהלך השבוע, ובסוף השבוע אין תחבורה ציבורית, הם מוגבלים ביכולתם לבקר את המוחזקים מחוץ למתקן. מר גרוזיאר בארה מספר: "אחי עובד מבוקר עד ערב, יש לו ילדה בת שנה שכבר 7 חודשים לא ראיתי, ואישה. הוא עובד כל יום עד הערב, אז אם אני אבוא לתל-אביב ואצטרך לחזור לספירה, אני צריך לצאת מוקדם מתל-אביב ככה שאני לא אראה אותו ולכן אין טעם. [...] הוא יכול ביום רק בשבת אבל אז אין אוטובוסים ואין לו איך לבוא לפה או לי איך לבוא לשם."



משטר ומשמעת

132. שב"ס אחראי למשטר שגרת חייהם היומיומיים של המוחזקים ב"חולות", ומחזיק לצורך כך בסמכויות רבות עוצמה, שנתונות לו ברגיל לגבי עצירים ואסירים, היוצרות כר נרחב לפגיעה במגוון של זכויות – לחירות אישית, לכבוד, לפרטיות, לחיי משפחה, לקניין, לשלמות הגוף ולחופש תנועה. שב"ס הוא זה הקובע, כאמור, באיזה אגף ובאיזה חדר "ישוּבץ" מוחזק, כך שהלה אינו מי שמחליט עם מי והיכן ילון. הוא זה הקובע, גם זאת כאמור, מהם החפצים שאסור למוחזק להחזיק עמו ומה אסור. שב"ס עורך, הלכה למעשה, חיפושים בחדריהם של המוחזקים. הוא מוסמך לעכב כל אדם, לנקוט בכוח נגד מוחזק במתקן אם קיים חשד לגרימת נזק לגוף או לרכוש, לבצע חיפוש על גופו של אדם בלא צו. הוא מוסמך למנוע כניסה למתקן ולהוציא ממנו אנשים. וזאת בעיקר – הוא מוסמך לנקוט אמצעי משמעת, לרבות שלילת יכולת לצאת מהמתקן או הפחתת הקצבה המשולמת למוחזקים בו.

133. יש מי שנכלאים ב"סהרונים" בגין "עבירות" על כללי המקום ויש מי שנקנסים ב"דמי הכיס". חוסר הוודאות בנוגע לנהלים ולגבולות המותר והאסור הוא מקור לפחד ולתסכול מתמיד בקרב המוחזקים. על גובה הקנסות נודע למוחזקים עם חלוקת "דמי הכיס", לעיתים מבלי שיידעו בגין איזו "עבירת משמעת" נקנסו. לעתים מחליטים "לשפוט" אותם באופן שרירותי בפני פקידי רשות האוכלוסין וההגירה בגין "עבירות" משמעת או הפרת הכללים, והם נשלחים לשבועות או חודשים ל"סהרונים". מוחזקים שונים מלינים על כך, ששב"ס פועל לגייס אותם כ"מודיעים" ו"משתפי פעולה". יש שמלינים על יחסם של הסוהרים. כפי שמעידים המצהירים, "יש פה שומרים טובים ושומרים רעים". כפי שמעיד אחד המוחזקים (המצוטט בראשית העתירה) "לך מפה, יא חתיכת שחור", "לך לאפריקה", הם ביטויים שנשמעו במתקן מפי הסוהרים.

כליאה בסהרונים

134. כל שאמרנו לעניין הקשיים ב"חולות" נכון ביתר שאת ל"סהרונים", שם מוחזקים מי שנעצרו משום שהפרו את כללי המתקן על פי סעיף 32 לחוק למניעת הסתננות. "סהרונים" הוא בית סוהר נעולמוקף חומות, גדרות, תיל ושערי מתכת נעולים. האגפים בו נעולים משך כל שעות היממה וספירות נערכות שלוש פעמים ביום. יש שם תאי כליאה, ואין פרטיות, אין תעסוקה, אין פעילות, אין חינוך ראוי, אין סעד נפשי, אין שירותי דת, אין שירותי בריאות מספקים ודרושים, למשל, בתחומי הפסיכיאטריה והשיקום. ביקורים קצובים מדי כמה שבועות נערכים מאחורי חלון זכוכית, ללא מגע ורק עם קרובים מדרגה ראשונה. הכלואים מוחזקים ב"כלובות" – כלובים משפילים – כל אימת שהם מוצאים מן האגפים לכל צורך שהוא בתוך המתקן – דיון בבית הדין לביקורת משמורת, ביקור במרפאה, או ריאיון מקלט במשרד הפנים. לדיון בבית המשפט לבדיקה רפואית בבית חולים מובלים הכלואים ב"זינזאנה", כשהאזוקים בידיהם וסורגליהם. "הפרות סדר", כמו סירוב לעמוד לספירה, נענות בהחזקה בצינוקות ובאגף בו נעולים הכלואים בתאיהם רוב שעות היממה. "בעיות משמעת", בעיות פסיכיאטריות או מצב נפשי קשה עשויים להצדיק, לשיטת שב"ס, העברה לבתי סוהר פליליים – "אשל", אוהלי קידר", "דקל" ו"אלה" – והחזקת הכלואים שם בין אסירים פליליים, אף שמעולם לא נשפטו.

סיכום

135. עתירה זו אינה עוסקת בתנאים ב"חולות" (או ב"סהרונים") ולא בשיפורם. תיארונו את הדברים על מנת להבהיר כיצד נראים החיים ב"מרכז השהייה הפתוח", וכדי להצביע על האופן בו הפגיעה בחירות ובכבוד יוצרת מעגל מתרחב של פגיעה גם במכלול זכויות, ובהן באוטונומיה, בפרטיות, בזכות לחיי משפחה וביכולתם של המוחזקים לקיים חיים אנושיים מלאים. תנאים אלו נובעים מהוראות מפורשות בחוק: החזקה ממושכת בכפייה במקום שנבחר בצו להיות מבודד ומרוחק; זהות הגורם המנהל את המקום והסמכויות הדרקוניות והפולשניות שהוקנו לו; חובת נוכחות במשך שליש מהיממה לצד חובה להתייצב עוד קודם לכן במקום; שימוש ב"משמורת" ככלי ענישתי ללא כל הליך שיפוטי; היעדר הוראות חוק המגינות על המוחזקים בו וסל זכויות דל מאד; ואיסור על הכנסה מעבודה לצד היעדר כל הוראה בדבר הכנסה חלופית זמינה.

(7) על הקורות את המשוחררים מ"חולות"

136. החוק מושא העתירה מאפשר את החזקתו של אדם ב"חולות" למשך 20 חודשים. אין מדובר רק במי שזה עתה נכנס לישראל, אלא באנשים שחיים בישראל שנים ארוכות, שנקטפו מחייהם (בשל תיקון מס' 4) וייקטפו מחייהם (בשל התיקון האחרון) ויבלו במקום אך על מנת לשוב ממנו, חסרי כל, אל החיים שלאחר מכן.

137. מה יהיה על מי שישוחררו מ"חולות"? על פי מדיניות המשיבים הם לא יקבלו רישיון עבודה, שיאפשר להם לחפש באופן מסודר אחר מקום פרנסה אחר, תחת זה שאיבדו עת נשלחו ל"חולות". לא יינתן להם ביטוח בריאות, תחת זה שהיה להם מטעם מעסיקיהם ובוטל עם הזימון ל"חולות". הם לא יהיו זכאים לסיוע בדיור, לשירותי רווחה, או לביטוח לאומי. הם יחזרו לחיות כשחיו – אומללים יותר, עניים יותר ומצולקים. כך מתוארים הדברים בתצהיריהם של שלושה שהוחזקו ב"חולות", ושוחררו מהמקום עוד לפני פסק הדין בפרשת **איתן**.

138. מר יואל לגסה מאשו, אזרח אריתריאה, נשלח ל"חולות" והותיר מאחוריו בת זוג בהיריון. רשות האוכלוסין וההגירה לא האמינה לו שהוא בעל משפחה, שכן השניים לא נישאו. בחודש ינואר 2014 נמסר לו, כי עליו להתייצב ב"חולות", ובליט ברירה הוא עשה כן בחודש פברואר 2014. הוא פוטר מעבודתו, בה החזיק תשעה חודשים. מר מאשו שהה ב"חולות" פחות מחודש – בחודש מרץ 2014 הצליח לשכנע את רשות האוכלוסין וההגירה, בסיוע המוקד לפליטים ומהגרים, כי זוגתו הרה, והספיק להגיע ללידה. כך הוא מתאר את חזרתו מ"חולות" לחיק משפחתו:

"למרות שהרגשתי הכי טוב בעולם כשיצאתי מחולות, היה לי קשה לבנות את החיים שלי מחדש. הרגשתי עצוב מאד על כל החברים שנשארו בחולות, ולמרות שניסיתי למצוא עבודה חדשה, לא הצלחתי. הרגשתי נורא – אחרי שמצאתי עבודה טובה, הייתי צריך לאבד אותה כדי ללכת לחולות, בלי שום סיבה. חודש אחד בחולות עלה לי בארבעה חודשים של אבטלה אחרי שיצאתי ממנו. בתקופה הזו, מאז שאיבדתי את העבודה שלי ועד שמצאתי חדשה, במשך חצי שנה, נאלצתי לקחת כסף מחברים כדי שאני, בת זוגי והתינוקות שלנו נוכל לחיות, לשלם על אוכל, על שכר דירה ועוד. היום תודה לאל אני עובד, אבל אני עדיין חייב המון כסף לאנשים בגלל החצי שנה הזו. עד היום אני חייב אלפי שקלים לחברים וצריך לעבוד קשה מאד כדי להחזיר.

אני מרגיש שחולות היה כמו פצע בחיים שלי, שאפילו שהיה רק לחודש אחד אני עדיין מרגיש אותו. אני עדיין חי עם כל הבעיות שהוא יצר לי, גם כלכלית וגם רגשית. החיים שלי ושל בת זוגי לא חזרו מאז להיות כמו שהם, בגלל כל הכסף שאנחנו חייבים והדברים שראיתי שם, וכל זה בלי שום סיבה."

139. מר מיכאל וולדו, אזרח אריתריאה בן 69, נשלח ל"חולות" בחודש פברואר 2014. לפני שילוחו, עבד בניקיון באופן קבוע ויציב במשך 3 שנים בעיר אלעד. במסגרת עבודתו זו ניתן לו ביטוח רפואי. בתצהירו הוא מתאר את החיים הקשים ב"חולות", וכיצד שוחרר בחודש יוני 2014 הודות לפעילות המוקד לפליטים ומהגרים. כך הוא מתאר את חזרתו מ"חולות":

"אחרי ששחררתי הצלחתי למצוא עבודה ודירה חדשים, אבל זה לא מה שהיה. אני עובד בעבודה חלקית בניקיון, שמדי פעם מזמינים אותי, זו לא עבודה יציבה ומסודרת. אני חושש להמשך ההעסקה שלי ומצוי במתח רב בשל כך, אני מרגיש שאיבדתי את הביטחון שהיה לי בעבודה הקודמת. [...] בעבודה הקודמת המעסיק שילם לי ביטוח רפואי עם תלוש, ועכשיו אין לי יותר ביטוח רפואי. איבדתי את הביטוח הרפואי שלי עם ההגעה שלי לחולות, ולפי מה שהבנתי גם אם יהיה לי עכשיו ביטוח רפואי, הוא לא יכסה בעיות רפואיות שהיו לי קודם. מצאתי גם דירה חדשה, אבל זה לא מרגיש כמו הבית שהיה לי לפני חולות. אני גר עכשיו בדירה קטנה וצפופה וישנה, ואני מרגיש שאלו לא תנאי מחיה שאני צריך לחיות בהם, אבל אין לי אפשרות אחרת.

אני מרגיש בר מזל שיצאתי מחולות, אבל החיים שלי הם לא כמו שהיו. אני סובל מבעיית לב מזה כשנה, והיא החריפה מאד מאז שיצאתי מחולות. לפני חולות חייתי במידה מסוימת של בטחון ויציבות. היום אני מרגיש בלחץ ובחרדה, אני מרגיש שעדיין לא התאוששתי ממה שקרה לי שם ושעדיין לא הצלחתי להחזיר לעצמי את החיים שהיו לי לפני חולות, למרות שעברה כבר חצי שנה שאני שוב אדם חופשי".

140. מר אחמד איסחאק יחיא, אזרח סודן מחבל דארפור, נשלח ל"חולות" בתחילת אפריל 2014. מר יחיא אינו אדם בריא – הוא החל לסבול מכאבים עוד בזמן המסע בסיני, ובבדיקות שנעשו לו בכלא "סהרונים" עם כניסתו לישראל נמצא כי הוא חולה במחלת כבד. מר יחיא נאלץ לרכוש ביטוח בריאות על חשבוננו, בהיעדר תלוש משכורת ממעבידו ובהיעדר ביטוח בריאות ממלכתי. מצבו הדרדר ב"חולות", ומספר רופאים שבדקו אותו המליצו לשחררו נוכח התנאים במקום, אך לשווא. בחודש מאי 2014 שוחרר, וגם זאת רק עקב התערבות המוקד לפליטים ומהגרים. כך הוא מתאר את חייו לאחר "חולות":

"[...] לא יכולתי לחזור לעבודה שהייתי בה קודם – מי שהעסיק אותי לפני שנכנסתי לחולות לא ענה לטלפון כשהתקשרתי. לבסוף מצאתי עבודה אחרת דרך משרד לכוח אדם. אני מרוויח פחות מאשר הרווחתי לפני שנכנסתי לחולות. לקח לי המון זמן להתארגן מחדש באופן כלכלי ובריאותי. סבלתי מאד בזמן שהייתי בחולות ואני ממשיך לסבול גם אחרי שיצאתי משם. אני מתמודד כיום עם בעיה מתמשכת בגלל התקופה בחולות. כאמור, לפני שהייתי בחולות היה לי ביטוח רפואי שהסדרתי לעצמי בתשלום של 900 ₪ לכל שלושה חודשים, וקיבלתי את כל הטיפול שהייתי צריך. כשהייתי בחולות רציתי ללכת לשלם על הביטוח אבל כשביקשתי יום חופש, לא נתנו לי. חוץ מזה, אמרו לי שיטפלו בבעיות שלי בזמן שאהיה שם.

בגלל שלא שילמתי עבור הביטוח שלי בזמן שהייתי בחולות, הביטוח נפסק. כשיצאתי מחולות נאלצתי לשלם במזומן לכל בדיקה ומעקב רפואי. המעסיק החדש שלי אמנם עשה לי ביטוח רפואי דרך חברה אחרת אבל כשהלכתי לאיכילוב אמרו לי שהביטוח לא מכסה את מצבי הרפואי."

141. זהו גורלם של המוחזקים ב"חולות" לאחר שחרורם. העדויות מעלות שאלות קשות בנוגע לתכליות העומדות מאחורי זימונם למקום. הן מלמדות על עוצמת הפגיעה שמותיר מתקן "חולות", לא רק במהלך השעות בו, אלא גם לאחריה.

(8) על השפעת החוק "חולות" על מבקשי המקלט בישראל

142. הפעלתו של מתקן "חולות" ומתן צווים למשלוח אלפי בני אדם אליו; מבצעי ציד שניהלופקחי רשות האוכלוסין וההגירה מיד עם כניסתו של תיקון מס' 4 לתוקף אחרי מי שרישיונותיהם לא חודשו; וההחמרה הדרסטית בתנאי קבלת הקהל בלשכות רשות האוכלוסין לצורך חידוש הרשיונות, באופן שלא איפשר לרבים לקבלם, השפיעו באופן דרמטי על חייהם של מבקשי המקלט האריתראים והסודנים בישראל.

התורים בלשכות ומדיניות חידוש רישיונות הישיבה

143. מבקשי המקלט זקוקים לרישיונות ישיבה בני תוקף, משום שרישיונות אלה (שהם ברובם רישיונות שחרור ממשמורת בתנאים לפי סעיף 2(א)(5) לחוק הכניסה לישראל, התשי"ב-1952), מבטיחים שלא יעצרו (ר' סעיף 32 לחוק למניעת הסתננות, כפי שתוקן בתיקון מס' 4 ובחוק מושא העתירה). רישיונות אלה אף נחוצים על מנת שיתאפשר להם לנסות ולמצוא עבודה תחת מדיניות "אי האכיפה", ולפיה התחיבה המדינה שמעסיקים לא יקנסו בגין העסקתם אף שאין בידיהם רישיונות עבודה פורמאליים ולא ניתנים היתרים להעסיקם (ר' בג"ץ 6312/10 קו לעובד נ' הממשלה (פורסם בנבו, 16.1.2011). טרם חקיקת תיקון מס' 4 לחוק למניעת הסתננות נהוג היה לחדש למבקשי המקלט את רישיונות הישיבה שלהם בכל לשכה של רשות האוכלוסין וההגירה ברחבי הארץ. עם חקיקתו, המדיניות השתנתה באחת.

144. בימים הראשונים לאחר כניסתו של תיקון מס' 4 לתוקף, ובעוד פקחי רשות האוכלוסין וההגירה מנהלים ברחובות ציד אדם אחרי מי שרישיונותיהם לא חודשו, שררה בלשכות הרשות אנרכיה. רבות מהן סרבו לחדש את רישיונות הישיבה של מבקשי המקלט, והפונים הרבים נשלחו בלך ושוב בין הלשכות השונות ברחבי הארץ. עוד קודם לכך היה קשה מאוד לקבל שירות עבור מבקשי מקלט בלשכות משרד הפנים, ואולם עתה הוחמרו עד מאוד תנאי הקבלה בלשכות באופן המקשה על חידוש הרישיונות.

145. הוחלט להפסיק לחדש את הרישיונות בלשכות בכל רחבי הארץ ולהקצות לצורך כך את הלשכות בתל-אביב, בפתח-תקוה, בראשון-לציון, בחיפה, בבאר-שבע ובאילת. מועדי קבלת הקהל פורסמו באתר הרשות, והם מוגבלים משהיו: בימים א', ג' ו-ה' בלבד בין השעות 16:00 – 18:30 (בלשכה באילת ביום ג' בין השעות 16:00 – 18:30 וביום ד' בין השעות 08:00 – 12:30). בהמשך לכך נפתחה גם הלשכה בנצרת עילית למתן שירות זה בשעות קצובות ואז נסגרה לשירות, ובהמשך נסגרה הלשכה בתל אביב לשירות ונפתחה לשכה מיוחדת, ייעודית ונפרדת, ברחוב תובל בעיר, שנפתחה מן הבוקר ועד הערב.



העתק הדוח "לייעל את התהליך" (המוקד לפליטים ולמהגרים, מרץ 2014), המתאר את השירות הניתן למבקשי מקלט בלשכות רשות האוכלוסין וההגירה עד חודש מרץ 2014 מצ"ב ומסומן ע/16.

146. בחודש נובמבר 2014, ללא הודעה מוקדמת וללא כל פרסום, נסגרה הלשכה הייעודית והנפרדת ברח' תובל בתל-אביב, ובהמשך, גם זאת ללא פרסום, נפתחה תחתיה לשכה ייעודית בבני ברק. זו פתוחה בין הימים אי-ה'. פרט לכך מחודשים הרישיונות מספר שעות מדי שבוע גם בלשכות בבאר-שבע ואילת בלבד. על מנת להאריך את רישיונות הישיבה מופנים מבקשי המקלט בכל רחבי הארץ, עשרות אלפים שבהם, מדי חודש, חודשיים או שלושה לשלוש לשכות ייעודיות אלה – יהיה הרישיון שניתן להם אשר יהיה. שלוש לשכות בכל רחבי הארץ, והתורים בהן עצומים.



העתק הדוח "מדיניות ההכשלה" (המוקד לפליטים ולמהגרים, דצמבר 2014), המתאר את השירות הניתן למבקשי מקלט בלשכות רשות האוכלוסין וההגירה נכון לעת הזו מצ"ב ומסומן ע/17.

147. הסדרי חידוש רישיונות וקבלת קהל אלה גורמים לעומס אדיר באותן לשכות ייעודיות. מבקשי המקלט מתגודדים מחוץ ללשכות שעות לפני שהתחילה קבלת הקהל, לפעמים אף בלילה שלפני, ובכל מזג אוויר. יש בהם אנשים מבוגרים, אנשים עם מוגבלויות, נשים ותינוקות. נוכחותם של ההמונים "פוקקת" את הגישה אליהן. הדוחק נורא. יותר מאלף אנשים מתייצבים מחוץ ללשכה בבני ברק מידי יום. מאות אינם מצליחים להיכנס במועד שבו הגיעו, נותרים ללא רישיונות בני תוקף, ושבים יום אחר יום, או מתרוצצים ברחבי הארץ, מלשכה ללשכה, על מנת לנסות ולחדש את רישויותיהם, אך ללא הועיל. אחרים ישנים מחוץ ללשכה בבני ברק רק בשל חוסר יכולת לממן עוד נסיעה מעיררחוקה בתחבורה ציבורית. המצוקה רק מתעצמת בהינתן שמדובר בהפסד ימי עבודה של אנשים שמשתייכים לאוכלוסייה מוחלשת. חלק לא מבוטל מהפונים לחידוש רישיונותיהם אף מסתכנים בפיטורין בעקבות כפיית ההיעדרות ממקום העבודה לצורך הליכי חידוש הרישיון או בהיעדר רישיון. חיכוכים עם סגל המשרתים בלשכות שכחים, ולעתים הדברים גולשים לאלימות.

148. ברישומי משרד הפנים אין כל תיעוד על כך שאדם פנה שוב ושוב בבקשה לחדש את רישיונו, נדחק שעות על גבי שעות עם ההמון, ולא הצליח לקבל שירות (ר', למשל, פסק הדין מיום 16.2.2014 בעת"ס 16785-14-01 באב"ק נ' משרד הפנים (פורסם בנבו)). מי שרישיונו לא חודש עלול לאבד את עבודתו, וכמובן – להיעצר לפי סעיף 32כ(ג) לחוק למניעת הסתננות. לאחר תקופת מעצר הוא נשלח לתקופה בלתי מוגבלת ל"חולות". לפי מידע שמסרו המשיבים במסגרת ההליך בעניין **איתן**, 191 אנשים נעצרו ונשלחו לכלא בנסיבות אלה עד לחודש מרץ 2014.

העתק תצהיריהם של מר אזיזאס אברהם ושל מר איברהים עומר אל-דין איברהים, אשר הוחזקו חודשים במעצר לפי סעיף 32כ(ג) לחוק משום שלא הצליחו לחדש את רישיונותיהם, מצ"ב ומסומנים ע/18.

יחס משפיל בלשכות ודרישות למסמכים שאי אפשר להשיגם

149. לאחר החלת תיקון מס' 4, ועקב הערות בתי המשפט על היעדר קריטריונים ברורים לשילוח ל"חולות" (במיוחד נוכח מספר המקומות המוגבל), פרסמה רשות האוכלוסין וההגירה "קריטריונים" שקבעו כי כל גבר אריתראי או סודני יישלח ל"חולות" בכפוף לתאריכי כניסתו לישראל. בעלי משפחות ובעלי בעיות רפואיות, במקרים מסוימים, יקבלו פטור, אם יוכיחו את "זכאותם" בפני ממונה ביקורת הגבולות (ר' פסקה 91 לפסק דינו של השופט פוגלמן בעניין **איתן**). בתחילה, לרבים ממי שניתנו בעניינם "הוראות שהייה" לא נערך כל תשאול טרם נתינתן (ר' עת"ס 14-02-140613ג'עפר נ' משרד הפנים (פורסם בנבו, החלטה מיום 27.3.2014)). בהמשך, ורק בעקבות הליכים משפטיים, נאותה רשות האוכלוסין וההגירה להתחיל לערוך שימועים (ר' ע"ס 2863/14 עלי נ' משרד הפנים – רשות האוכלוסין וההגירה (פורסם בנבו, פסק דין חלקי מיום 10.8.2014)). ואולם, מעתהמארג המכשולים שמציבה רשות האוכלוסין וההגירה בדרך לחידוש רישיונות הישיבה אינו מתמצא אך בתורים העצומים בלשכות. הוא כולל אף את

היחס המשפיל בפנים הלשכות ואת הדרישות השונות המוצבות כתנאים לחידוש רישיונות הישיבה, כמו מסמכים שאי אפשר להשיגם ומענה לשאלות פולשניות, מקנטרות ומכשילות. כך, בין היתר, מעדויותיהם הרבות של מבקשי המקלט שהצליחוחרף התורים להיכנס ללשכות (למלווים הכניסה אינה מותרת, אלא אם הם עורכי דין), עולה שעל פי ההנחיות (שלא פורסמו, כמובן, מעולם) על הפקידים לדרוש מהם בכל ביקור וכתנאי לחידוש הרישיונות חוזי שכירות ותלושי שכר. אם מבקש המקלט נשוי או יש לו ילדים, עליו להציג בכל ביקור את מסמכי הנישואין ותיעוד על לידת הילדים. בני זוג נחקרים בנפרד ונשאלים שאלות פולשניות על מנת לוודא שהם אכן בני זוג וחיים יחדיו.

150. לרבים מהפונים לחדש את רישיונותיהם אין חוזי שכירות. רבים גם מתקשים להציג תלושי שכר, לרוב משום שלא קיבלו כאלה שמסיבות שונות – או בשל נסיבות שאינן בשליטתם או בשל מדיניות העסקתם המפוקפקת (מדיניות "אי אכיפה" הכוללת אי מתן רישיונות עבודה, ותחתיהם מתן רישיונות עליהם רשום שאינם רשאים לעבוד, אשר מקשים עליהם למצוא עבודה מסודרת). בעקבות פניות המוקד לפליטים ולמהגרים ניתנה הנחיה לדרוש ממבקשי המקלט את המסמכים האמורים "ככל שאלה בידם". ואולם, כאשר מבקשי מקלט מציגים את העתק תשובת הרשות שנמסרה להם מאת המוקד בפני הפקידים, הללו לא פעם קורעים את המכתב מול פניהם ועומדים על הצגת המסמכים שאינם בנמצא. עוד דורשות הלשכות תרגומים נוטריונים של תעודות נשואין גם כאשר המקור הוא באנגלית או בערבית, וזאת כתנאי לחידוש הרישיונות. זאת אף שאין כל צורך לתרגם מסמכים באנגלית או בערבית עבור רשות האוכלוסין וההגירה לצורך כל הליך אחר, וגם בעניין זה הרשות התחייבה בפני המוקד לפליטים ולמהגרים שתנחה את לשכות לחדול מכך. לפונים אחרים ללשכות הרשות אין מסמכים רשמיים מבתי החולים על לידת ילדיהם, משום שיש בין בתי החולים כאלה, שבניגוד לחוק ולהנחיות משרד הבריאות, מסרבים להנפיק תיעוד על לידה עד שההורים יסדירו את חובותיהם לבית החולים (חובות אלה נצברים, לעתים, בשל עיכוב בהעברת התשלום מהמוסד לביטוח לאומי). פקידי רשות האוכלוסין וההגירה בהמשך לכך דורשים מן הפונים להציג הוכחות לכך שהסדירו את כל חובותיהם לבית החולים כתנאי לחידוש רישיונות הישיבה. הנה כי כן, כך עובדים הדברים: הנהלים והדרישות אינם מפורסמים; בעת פנייה לרשות היא מתחייבת כי תנחה את הפקידים; בפועל – הפקידים מוסיפים לנהוג כפי שנהגו קודם לכן.

151. בני זוג נחקרים, כאמור, על אודות זוגיותם, וזאת בגסות ובאופן משפיל ופוגעני. מבקשי מקלט העידו כי נשאלו על צבע התחתונים שבת הזוג לובשת ופרטים על יחסי מין שקיימו. כפי שמתועד בדו"ח "מדיניות ההכשלה" של המוקד לפליטים ולמהגרים, מבקשת מקלט העידה שכשנשאלה על כך בנוכחות פקיד ומתורגמן – שני גברים – חשה מאוימת ופרצה בבכי. בני זוג אחרים, אנשים דתיים שהגיעו עם ילדיהם ללשכה, נשאלו על חיי המין שלהם. לאחר התשאול אמרה האישה לבעלה, שהם חייבים לעזוב את ישראל, משום שאינה מוכנה לשוב ולבקש רישיון ישיבה כשזה מה שנדרש מהם.

מטרות התורים, היחס המשפיל והדרישות הבלתי אפשריות

152. ייעודן של לשכות לחידוש רישיונות הישיבה בתנאים מחפירים אלה, היחס המשפיל בלשכות והדרישות הבלתי אפשריות נועדו להשיג מספר תכליות: ראשית, זהו אמצעי נוסף ומאוד אפקטיבי למרר את חייהם של מבקשי המקלט, על מנת להמאיס עליהם את שהותם בישראל. לא בכדי בהודעות שפרסמה

רשות האוכלוסין וההגירה בראשית שנת 2014 אודות שינוי שעות הקבלה טרחה לשוב ולהדגיש את האפשרות ל"יציאה מרצון". שנית, נאמנה לתפיסתה, כי מדובר במי שמותר לנהוג בהם בדרך זו, מבקשת הרשות להפריד את מבקשי המקלט מעל מקבלי שירותים אחרים בלשכות. שלישית, בדרך זו יכולה הרשות להציב בלשכות הייעודיות את אנשיה הייעודיים, שהוסמכו "לזמן" מבקשי מקלט ל"חולות".



רשות האוכלוסין וההגירה

לתשומת לב

מחזיקי אשרת שהייה מסוג 2 (א) 5

קבלת הקהל לצורך הארכת אשרת שהייה מסוג 2 (א) 5 תינתן בימים א', ג', ה' בין השעות 16:00-18:30 בלשכת רשות האוכלוסין וההגירה בבאר שבע בלבד, בכתובת: קריית הממשלה רחוב התקווה 4. רשות האוכלוסין וההגירה מזכירה כי מי שמעוניין לצאת מישראל, מתבקש לפנות ליחידה לסייע ליציאה מרצון הנמצאת ברחוב סלמה 53 בתל אביב או ליצור קשר בטלפון 03-6227915 או 03-6227923

(מתוך פרסום רשות האוכלוסין וההגירה על שינוי שעות הקבלה ועל השינוי בלשכות)

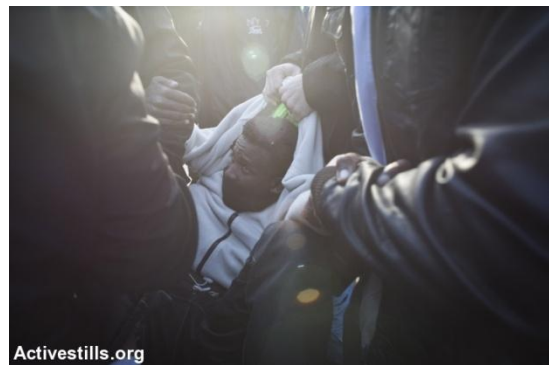
מחאת מבקשי המקלט ודיכוייה

153. תיקון מס' 4 ויחסה של רשות האוכלוסין וההגירה למבקשי המקלט הובילו לכך, שלראשונה מאז הגיעו מבקשי המקלט לישראל הם החלו למחות באופן המוני נגד האופן בו מדינת ישראל נוהגת בהם. החודשים הראשונים לאחר חקיקת תיקון מס' 4 לוו באירועי מחאה של קהילת מבקשי המקלט בישראל. רבבות שבתו ויצאו לצעדות ולהפגנות בתל-אביב, בירושלים ומול "חולות", כשהם תובעים: חירות. נציגי הרשויות לא חדלו לאיים, כי ההפגנות עתידות לגלוש לאלמות, ואולם ההפגנות התנהלו בשקט ובסדר מופתי.





154. גם המוחזקים ב"חולות" מחו. בימים הראשונים להפעלתו שבתו רעב, וכמה מאות יצאו ב-15 בדצמבר 2013 מ"חולות" לצעדה. רבים מהם סודנים, ניצולי רצח העם בדארפור, וכולם בני אדם שהוחזקו קודם לכן ב"משמורת" על פי הוראות תיקון מס' 3 ולא שוחררו חרף פסק דינו של בית המשפט הנכבד בעניין **אדם**. ב-17 בדצמבר הגיעו עד לכביש המשקיף על משכן הכנסת בירושלים והפגינו שם שבשקט. כשחלפו 48 שעות מאז יצאו מן המתקן, הם נעצרו בעודם מפגינים על ידי פקחי רשות האוכלוסין וההגירה. רבים מהם נגררו על הכביש, ונשלחו לחודשים ב"סהרוניים".



155. מחאה של קבוצה נוספת שיצאה לצעדה מ"חולות" ב-19 בדצמבר 2013 דוכאה על ידי הפקחים באלימות עוד במדבר. הללו דלקו אחר היוצאים, רדפו אחריהם במדבר, כפתו אותם והחזירו אותם חזרה – ל"חולות" או ל"סהרוניים" – אף שלא התקיימה כל עילה לכך. זו המשמעות של יציאת "השוהים" מ"מרכז השחייה" "כאוות נפשם".



156. במחצית חודש יוני 2014 פרצה מחאה של המוחזקים ב"חולות" בגין ההחזקה הממושכת במתקן ובגין הרעה בתנאים בו. ב-16 ביוני הפסיקו להשתתף בספירות היומיות ואלה מהם שעובדים במתקן (תמורת שכר של 12 ש"ח לשעה) חדלו לעשות זאת. לאחר ארבעה ימים של שביתה החלו לקיים במתקן הפגנות לא אלימות. רשות האוכלוסין וההגירה עצרה ב-23 ביוני כ-50 מבקשי מקלט, בהם מי שזיהתה כמנהיגי המחאה, וכלאה אותם ב"סהרונים". ביום שישי, 27 ביוני, יצאו כאלף מבקשי מקלט את המתקן והחלו בצעדה לעבר מעבר "ניצנה" בגבול ישראל-מצרים. הם הודיעו, כי בכוונתם לעבור את הגבול, ולבקש מהקהילה הבינלאומית להיחלץ לעזרתם. כ-300 מטרים מהגבול נבלמו על ידי חיילים, וצה"ל הכריז על האזור שטח צבאי סגור. מבקשי המקלט נשמעו לחיילים, נסוגו לחורשה ליד מעבר הגבול, התכנסו שם וסירבו לשוב למתקן. ביום ראשון, 29 ביוני, כוחות גדולים של רשות האוכלוסין וההגירה, משטרת ישראל והצבא פשטו על המאהל בחורשה. במהלך שעה וחצי נהגו הפקחים, השוטרים והחיילים באלימות קשה, שהביאה לפציעתם של מבקשי מקלט רבים. 756 מבקשי המקלט שהיו בחורשה באותה עת נעצרו והובלו ל"סהרונים". מבקשי המקלט שנעצרו הוחזקו בכלובים, ו"נשפטו" על ידי ממוני ביקורת הגבולות במהלך השבוע שלאחר מכן לתקופות כליאה שבין שלושה לשישה חודשי מאסר.





סיכום: המשבר הקשה אליו נקלעו הקהילה האריתראית והסודנית

157. גב' טלי אהרנטל, עובדת סוציאלית המתמחה בטרואומה, המסייעת מזה שבע שנים לפליטים ולמבקשי מקלט בישראל, ומנהלת מאז חודש יוני 2013 את המחלקה הפסיכוסוציאלית בעמותת א.ס.ף (העותרת 5), מסכמת בתצהיר המצורף את המשבר הקשה שאליה נקלעו הקהילה האריתראית והקהילה הסודנית מאז נחקק תיקון מס' 4 והחל יישומו:

"תצהירי זה ניתן על-סמך עבודתי היום-יומית עם הפליטים ומבקשי המקלט המסתייעים בעמותת א.ס.ף ומטרתו להאיר את השפעת פתיחת מתקן חולות, וההליכים שננקטים מאז סוף שנת 2013 באשר לחידוש רישיונות הישיבה ומתן הוראות השהייה, על קהילת מבקשי המקלט. זאת מאחר שלמתקן חולות השפעה מכרעת על הקהילה כולה (מעבר לאנשים שנשלחים אל המתקן).

פתיחתו של מתקן חולות וזימונם של למעלה משלושת אלפים מבקשי מקלט למקום יצרו תחושה אצל כל אחד ואחת מאנשי הקהילה שהוא עלולבמפתיע, ומבלי שתהיה לו שליטה על כך, להיתלש מחייו ולהישלח למעצר ללא מגבלת זמן. די בכך שכמעט כל אחד מכיר אדם אחד אשר הועבר למתקן השהייה על מנת ליצור אפקט מאיים בקרב כל חברי הקהילה.

למרות שבעת זו לא נשלחות משפחות למתקן, מבקשי המקלט התרגלו בשנים האחרונות לשינויים תדירים בנהלים. בשל כך, איש אינו מרגיש בטוח. אבות ואימהות חוששים שהם וילדיהם יהיו הבאים לקבל זימון לשהות במתקן. מפלס החרדה הגבוה בא לידי ביטוי בשיחות טלפון רבות של מבקשי מקלט לעמותה, ביניהן שיחות רבות מבעלי משפחות.

בניגוד למדיניות הרשמית לפיה רק גברים רווקים מוכנסים למתקן, הורים ומבקשי מקלט נשואים קיבלוהוראות שהייה. ביטול הוראות אלה כרוך בדרישות בירוקרטיות רבות, והתאפשר בחלק מהמקרים, למיטב ידיעתי, רק בסיוע עורכי-דין. ידוע לי גם על אבות שהגיעו לחולות משום שלא ידעו כיצד לבטל את הזימון, או שלא הצליחו להתגבר על הדרישות להוכחת אבהותם או על מקרה בו גבר נשלח לחולות למרות שבת-זוגו היתה בחודש התשיעי להריונה בטענה שמשרד הפנים אינו מכיר ביחסי זוגיות ללא נישואין.

אוסף שמבקשי מקלט רבים פוטרו מעבודתם בעקבות פתיחת מתקן השהייה למרות שכלל לא זומנו אליו וזאת מאחר שמעסיקים רבים סברו כי פתיחת מתקן

השהייה פירושה שלא ניתן עוד להעסיק מבקשי מקלט. בנוסף לכך, חוסר היכולת של רבים לחדש את רישיונות הישיבה שלהם בחודשים האחרונים (כפי שאפרט מיד) גרם לכך שרבים פוטר מעבודתם.

החל מדצמבר 2013, משרד הפנים צמצם את מספר הלשכות של משרד הפנים שבהן יכולים מבקשי מקלט לחדש רישיונות ישיבה ואת מספר השעות בהן מונפקים הרישיונות. כתוצאה מכך, מאות ואלפי מבקשי מקלט המתונו בחודשים האחרונים מחוץ ללשכות כדי לחדש את רישיונות הישיבה שלהם, ללא הצלחה. מבקשי מקלט, בהם אימהות עם תינוקות, העבירו ימים רבים בנסיעות ברחבי ישראל ובעמידה בתורים מחוץ ללשכות משרד הפנים בבאר-שבע, בחיפה, בפתח תקווה, בתל אביב ואף בנתב"ג. למרות שלאחרונה נפתחה לשכה נוספת (ברח' תובל בתל-אביב) טרם מסתמנת הקלה בתורים.

קהילת מבקשי המקלט אינה זכאית לקבלשירותים סוציאליים ממלכתיים. בהעדר תמיכה מרשויות המדינה, פיתחה הקהילה רשת תמיכה הדדית בפרטים החלשים שבה. רבים שורדים, לא רק מן הבחינה הכלכלית אלא גם ברמה הנפשית והחברתית, רק בזכות התמיכה הקהילתית שהם מקבלים.

שילוחם של רבים למתקן חולות, באופן כמעט אקראי, גרם לפירוק מנגנונים של תמיכה הדדית וסיוע. כך לדוגמה, מרכז קהילתי של הקהילה הסודנית אשר פעל בדרום תל אביב נסגר לאחר שמי שהפעילו אותו נשלחו לחולות. גן הילדים שפעל במסגרת המרכז נסגר. אנשים רבים נותרו ללא קרוביהם שתמכו בהם - כך למשל אדם שהתעוור בישראלונמצא בטיפול עמותת א.ס.ף התגורר עד לאחרונה אצל חבריו שטיפלו בכל מחסורו. עם שליחתם למתקן חולות הוא נותר ללא תמיכה, הדבר הוביל להידרדרות במצבו הנפשי שהצריכה התערבות פסיכיאטרית. בסיוע העמותה נמצא לו מקום מגורים זמני, אך כעת הוא נאלץ לעבור, לעיתים תכופות, ממקום למקום. באותו אופן נותרו רבים מקורבנות העינויים שהגיעו מסיני ללא כל תמיכה, למרות שחלקם סובלים מפוסט-טראומה ואינם יכולים לכלכל עצמם באופן עצמאי.

חלק גדול ממבקשי המקלט הנמצאים בישראלסבלו מנסיבות חייסקותוטראומטיותב מדינותהמוצא. כמו כן, רבים הם קורבנות עינויים וסחר שנשבו בדרכם לישראל. תלישהמסביבהמוכרת, שלילתחופש, הגבלתתנועהוהאימתןאפשרותלעבודאו לעסוקבפעילותמובנתאחרת, והכללמשך תקופתזמןבלתימוגבלתמהווה חוויה טראומטית ואיום על כל הקהילה. החשש גדול במיוחד מבחינת מי שמצויים באמצעותהליךשיקוםנפשיובעיצומושלטיפול. אנשים במצב הנ"ל חשופים ופגיעים באופן קיצוני לשינויים ועל כן, די בחשש מפני כליאה בכדי לערער את עולמם ונפשם ולפגוע בתהליך השיקום שלהם. אנו מזהים בקרב הפונים לעמותת א.ס.ף עליה במספר האנשים המצויים במצב דחק וחרדה והמתמודדים עם ירידה בתפקוד בעקבות התמודדות עם תסמינים פוסט טראומטיים הנקשרים להיעדר היציבות בחייהם בעקבות החשש מקבלת הזימון לחולות או מפרידה מבני משפחה וחברים.

אנשים השוהים במתקן חולות ואשר לכאורה צרכיהם אמורים להיות מסופקים במתקן, הגיעו למשרדי העמותה לבקש עזרה. כך למשל פנה אלינו אדם שנזקקלטיפולים רפואיים, אך קיבל חופשה של יממה אחת בלבד לבצעם. לא ניתן היה לקבוע את כל הבדיקות לאותו היום ולכן הוא נאלץ להסתפק רק בבדיקה אחת בטרם שהיה חייב לחזור למתקן.

לסיכום, ההשפעות השליליות של המדיניות החדשה ובראשה הפעלת מתקן חולות מתרחבות ונוגעות לכל קהילת הסודנים והאריתראים השוהים בישראל. מאז הפעלת המתקן ניתן לזהות מגמה של ייאוש קיצוני ותחושת חוסר אונים בקרב הקהילה. רבים מבטאים חוסר בטחון וחרדה מפני העתיד ותחושה של חוסר יכולת לשלוט ולהשפיע על מהלך חייהם. אני עובדת ומתנדבת מעל לשבע שנים עם מבקשי מקלט בישראל, ומעולם לא ראיתי את הקהילה במצב כה קיצוני של מצוקה וחוסר תקווה."

העתק תצהירה של גב' אהרנטל מצ"ב ומסומן ע/19.

ד. המסגרת הנורמטיבית

(1) מבוא

158. החוק למניעת הסתננות ולהבטחת יציאתם של מסתננים מישראל (תיקוני חקיקה והוראות שעה), התשע"ה-2014 מחוקק מחדש – כעוד "הוראת שעה" לעוד שלוש שנים, שכאמור אין ארוכות, נמשכות ונצחיות מהן – הסדרים שבית המשפט הגדירם בפרשת **אדם** ובפרשת **איתן** כהסדרים פוגעניים, המפרים את זכויות האדם הבסיסיות ביותר לחירות ולכבוד. החוק אינו מטמיע את העקרונות שהציב בית המשפט ביחס לזכותם של מהגרים ומבקשי מקלט לחירות, לאוטונומיה אישית ולכבוד. במקום לאמץ עקרונות אלה, ביקשו מנסחי החקיקה להתמקח עם פסקי הדין, לחתור תחתיהם ולבחון עד כמה יכולה הממשלה להמשיך ולפגוע בזכויות אדם.

159. החוק ממשיך ופוגע בבני אדם הזכאים להגנות בינלאומיות (בין מכם האמנה בדבר מעמד של פליטים ובין מכם עקרון אי-ההחזרה), שמדינת ישראל החליטה שאין לגרשם מתחומה. הם מוסיפים להיקרא בשם המבזה "מסתננים", ובמקום לדאוג לזכויותיהם בהתאם לחוקי היסוד של מדינת ישראל ולמחויבויותיה הבינלאומיות, בהתאם לפסיקות בית המשפט ובהתאם לדו"ח מבקר המדינה 64 מחודש מאי 2014, מתמקדת החקיקה, כמו החוקים שנפסלו לפנייה, בשבירת רוחם – מטרה שעליה עמד השופט פוגלמן בפרשת **איתן** כתכלית בלתי ראויה (ר' פסקאות 107-113 לפסק דינו). תכלית זו מכתיבה את ההסדרים שנקבעו: אין בהם לא בשורה לתושבי דרום תל אביב ולא הגנה על זכויותיהם של אנשים שנמלטו מעיניו ומרדיפות. החקיקה חוזרת ומאמצת את הכליאה והגבלת החירות כאמצעי להפעלת לחץ, ומוסיפה על כך פגיעה ביכולת ההשתכרות של מי שכבר היוו משתכרים שכר זעום ונאלצים להתקיים ללא כל סיוע מהמדינה.

160. הליך החקיקה החפוז, היעדר התייעצות עם גורמים שמחוץ לממשלה ובעיקר נקיטת אותם האמצעים שנפסלו כבר על ידי בית המשפט מבלי לבחון חלופות אחרות, חמורים במיוחד נוכח העובדה שזה למעלה משנתיים ימים נבלמה כמעט לחלוטין הכניסה לישראל דרך גבולה הדרומי. נתון זה צריך לשנות את המאזן החוקתי והוא מחייב לנקוט באמצעים שפגיעתם בזכויות אדם פחותה.

161. בשני פסקי הדין עמד בית המשפט על העובדה שרוב האנשים, המבוזים על ידי הממשלה כ"מסתננים", מוצאם מאריתריאה ומסודן – שתי מדינות המתאפיינות בהפרות זכויות אדם חמורות ושיטתיות. עד לאחרונה נמנעה רשות האוכלוסין וההגירה מלברר בקשות למקלט שהוגשו על-ידי אזרחי סודן ואריתריאה, ומשהחלה בבירור, ללא כל פרסום נלווה, החלה אף בדחייתן השיטתית כב"סרט-נע". שיעורי ההכרה בפליטים במערכת המקלט הישראלית נופלים מאחוז אחד והדבר מעיד על מערכת מקלט שאינה הוגנת. כך או כך, המדינה קיבלה את העובדה שלא ניתן להשיבם לארצותיהם, גם אם נדחתה בקשתם, ורובם זכאים להגנה משלימה מכח המשפט הישראלי והבינלאומי. לפיכך, התכלית המוצהרת בכותרת ההצעה "להבטיח יציאת מסתננים" היא תכלית פסולה. הפעלת לחץ על מי שזכאי להגנה בדרך של כליאה, הגבלת חירות, שלילת היכולת להתקיים או אמצעים דומים אחרים, כדי לגרום לו "לגרש את עצמו" למקום בו צפוייה לו סכנה, שקולה לגירושו ומהווה הפרה של עקרון ה-*non-refoulement*.
162. נוכח ביקורתנו של בית המשפט העליון בפרשת אדם ובפרשת איתן על ניסיונה של הממשלה להרתיע מבקשי מקלט פוטנציאליים מלהגיע לישראל, נוקטים כעת דברי ההסבר בלשון סגיי נהור בהצהירם שתכלית החקיקה היא "לשנות את מערך התמריצים של כל אותם מסתננים אשר שוקלים להסתנן למדינת ישראל". זוהי אותה גברת בשינוי אדרת. תכלית ההרתעה פסולה גם כשהיא מוצגת בשם אחר.
163. דברי ההסבר מצהירים, כי תכלית נוספת של ההצעה היא מניעת השתקעותם של "מסתננים" בישראל. תכלית זו, ככל שנועדה להרחיקם מעל הציבור הישראלי, גזענית ופסולה מכל וכל. ואולם, אפילו היתה זו תכלית כשרה (ולא היא!) לא מובהר כיצד שהייה של מספר מוגבל של "מסתננים" ב"מרכז שהייה" למשך 20 חודשים תביא לתוצאה זו. במציאות בה רבים מקרב מי שנכנסו לישראל דרך גבולה הדרומי שוהים בישראל כבר משנת 2005 והרחקתם אינה נראית באופק, השמתם ב"מרכז שהייה" לפרק זמן של 20 חודשים, שלאחריו ישובו להתערות בערי ישראל, לא תתרום לתכלית המוצהרת. אנשים אלו ישובו אל הערים עם שחרורם מ"מרכז שהייה", לאחר שנתלשו מהחיים שחיו במשך שנים, ממקור פרנסתם ומקורת הגג שלהם, ויצטרכו להתחיל את חייהם מחדש, הכל ללא נגישות לשירותי בריאות ורווחה. הוראות החוק לא ימנעו את השתקעותם של מבקשי המקלט בערים; לא יקלו על תושביהן; ובוודאי שלא יבטיחו את זכויותיהם של מבקשי המקלט.
164. תוצאה זו מתחזקת במיוחד על רקע הוראות החוק (שאינן נתקפות בעתירה זו) המבקשות לפגוע בהשתכרותם של מבקשי המקלט, אשר רובם ייוותרו מחוץ ל"מרכז שהייה", או שמלכתחילה לא ניתן לשלחם אליו, ויאלצו לפרנס את עצמם בכוחות עצמם. החוק מורה למנוע תשלום של חמישית משכרם של מבקשי המקלט (יחד עם פיצויי הפיטורין שלהם) עד עזיבתם את הארץ, דבר שנכון להיום אינו אפשרי. מדובר בפגיעה ממשית ביכולתם של רוב מבקשי המקלט לחיות בכבוד. פגיעה זו אך תחריף נוכח ההוראות בחוק, אשר נועדו לייקר העסקת "מסתננים" ולהרתיע מעסיקים פוטנציאליים מהעסקתם, ושצפויות להביא לפיטורים המוניים, אם תיכנסנה לתוקף.
165. הן בית המשפט והן מבקר המדינה עמדו על כך, שהזנחת זכויותיה של קבוצה זו בידי המדינה מרעה אף את תנאי חייהם של אזרחי ישראל בקרבה היא מתגוררת. הפסיקה ודוח המבקר קראו לממשלה לגבש

בהקדם מדיניות שתבטיח טיפול הולם בקבוצה זו, והמבקר אף הדגיש את הצורך הדחוף בכל הנוגע לאלה הנמנים על הנזקקים והחלשים ביותר בקרבה.

166. החקיקה חותרת תחת קביעות אלה, ובמקום לתקן את הטעון תיקון מבקשת לעגן את הפגיעות הקשות ולהופכן קשות עוד יותר. ככל שכל הוראותיה תיושמה, העוני והמצוקה בקרב בני קבוצה זו יועמקו, ויש חשש שיגיעו כדי משבר הומניטארי. כתוצאה מכך, הם יתגוררו בצפיפות רבה יותר, ויזדקקו עוד יותר לתמיכתם של מנגנונים קהילתיים. בהתאמה, המצוקה באזורים בהם הם מתגוררים, ובדרום תל-אביב במיוחד, תיגבר.

167. עם זאת, ולצורך מיקודה, העתירה הינה מוגבלת להוראות החוק העוסקות בהחזקה במשמורת ובהחזקה במתקן "חולות". משכך, אף הניתוח החוקתי ייוחד לסעיפי החוק הנתקפים בעתירה ונוגעים להחזקה במשמורת, למתקן "חולות" ולמשלוח מבקשי מקלט אליו. תחילה נפנה לסעיף 30א, ונבהיר מדוע אינו חוקתי על יסוד פסיקתו העקבית של בית משפט נכבד זה. לאחר מכן נפנה לפרק ד' לחוק (ולסעיפים 30א(יא) ו-30ד(ד)) ונבהיר, בשלבים, את אי-חוקתיות: הפגיעות האנושות נגרמות בעטיו לזכויות אדם; תכליותיו שאינן ראויות; ולמעלה מן הצורך – אי המידתיות הגלומה בו.

(2) סעיף 30א אינו חוקתי

168. פעמיים נקבעו על ידי המחוקק תקופות מעצר מינהלי של מי ש"הסתננו" לישראל, אשר אין דבר בינו לבין היתכנותו של הליך ההרחקה. בתיקון מס' 3 העמיד המחוקק את תקופת ההחזקה במשמורת על שלוש שנים. בתיקון מס' 4 העמיד המחוקק את תקופת המשמורת על שנה. פעמיים קבע בית המשפט, כי החזקה במעצר מינהלי של מי שלא מתקיים בעניינו הליך הרחקה אפקטיבי אינה חוקתית. כעת, בפעם השלישית, מחוקקת הכנסת הסדר שעקרונותיו זהים.

169. תקופת שלושה חודשים היא אמנם קצרה מן התקופות שנקבעו בתיקון מס' 3 ובתיקון מס' 4, שנפסלו על ידי בית המשפט. אולם גם היא מתעלמת מקביעת בית המשפט, כי אי-חוקתיותם של ההסדרים שנפסלו אינה רק תוצאה של אורך תקופת ההחזקה במעצר, אלא של הכלל המאפשר גם החזקה של מי שלא צפויים להתקיים בעניינו הליכי גירוש:

"בעניין זה סבור חברי כי נתון למחוקק 'מרחב תמרון' חקיקתי נרחב, וברוח זו הוא שואלני: מה נאמר בדבר חקיקה המתירה החזקה במשמורת לתקופה של חצי שנה; ומה נאמר על חקיקה המאפשרת החזקה במשמורת למשך שמונה חודשים. האם חוקתית היא? (פסקה 20 לחוות דעתנו). ואני משיב: זו גם **זו עלולה להימצא בלתי חוקתית** – **הכל כתלות בשאלת קיומו של הליך הרחקה אפקטיבי בעניינו של המוחזק**. להשקפתי, אין להורות על החזקה במשמורת של מי שאין צפי להרחקתו, ומקל וחומר לתקופה ארוכה של שנה. **השאלה אפוא אינה כמותית בלבד – מהו משך הזמן החוקתי המרבי להחזקה במשמורת – אלא גם (ואולי בעיקר) איכותית: האם מותרת החזקה במשמורת של מי שלא מתקיים בעניינו הליך גירוש אפקטיבי. לשאלה זו אני משיב – כפי שהשיב לפניי בית משפט זה בפסיקה ענפה – בשלילה מוחלטת**. אכן, ער אני לכך שהמשיבים טוענים כי אחת מתכליותיו של סעיף 30א לחוק היא זיהוי ומיצוי אפיקי יציאה לגירוש. בחוות דעתי ציינתי כי אין

פגם במישור התכלית בחוק שמטרתו לאפשר הליכי גירוש אפקטיביים (פסקה 51 לחוות דעת). אלא שעיון בחוק למניעת הסתננות מגלה פער בין תכליתו המוצהרת של החוק לבין נוסחו. בענייננו, ספק אם המתווה החוקי שנוצר – שאינו כולל כל התייחסות לשאלת קיומו של הליך הרחקה אפקטיבי – אמנם מגשים את תכלית החקיקה האמורה (פסקה 55 לחוות דעת). במיוחד נכון הדבר שעה שבעניינם של מרבית המסתננים ממילא לא יכול להתקיים לעת הזו הליך הרחקה אפקטיבי בהינתן מדיניות אי ההרחקה הזמנית החלה עליהם (פסקה 56 לחוות דעת). קושי זה עומד לצד הקושי הכמותי שמתעורר בהקשר זה, שעניינו משך ההחזקה המרבי במשמורת. "עניין איתן", פסקה 193 לחוות דעתו של השופט פוגלמן, ההדגשות הוספו).

170. פעם נוספת מתעלמים המשיבים מדברים שנאמרו באופן צלול וברור על ידי שופטי הרוב. בדיוק כמו בתיקון מס' 4, גם הפעם המתווה המוצג "אינו כולל כל התייחסות לשאלת קיומו של הליך הרחקה אפקטיבי", בלשון בית המשפט. הוראת חוק שתעמוד בתנאים שהציב בית המשפט לא יכולה להישען על אותו מתווה שנקבע בתיקון מס' 4 תוך קיצור לוחות הזמנים. אי החוקתיות בה נגוע סעיף 30א אותרה פעמיים על ידי בית המשפט כממוקמת לא באורך התקופה אלא במתווה עצמו, המאפשר מעצר גם של מי שלא מתקיים הליך הרחקה אפקטיבי בעניינו. קריאת המשיבים את פסק הדין מתעלמת ממה שנאמר בו במפורש לגבי פסלותו של מתווה שאינו כולל זיקה איכותית ישירה בין ההחזקה במעצר לבין הליך הגירוש.

171. זו הפעם התואנה לקביעתה של תקופת החזקה במעצר מינהלי של מי שלא מתנהל בעניינו הליך גירוש אפקטיבי היא, בלשון הצעת החוק, "למצות את הליכי הזיהוי והגירוש של מסתנן. בכלל זה מיצוי הליכי זיהוי של המסתנן, לרבות מוצאו, הסדרת מסמכי נסיעה עבורו ומיצוי אפיקי יציאתו או הרחקתו מישראל" (שם, עמ' 425), וזאת בטענה כי כאשר מדובר במי ש"הסתנן" הדבר עשוי לדרוש פרק זמן ארוך יותר. אלא שנימוק זה מתעלם, שוב, מן ההיבט האיכותי שכל חוק העוסק במשמורת אמור להביא בחשבון. מה יהא, למשל, במקרה בו נתפס אזרח אריתריאה בגבול וברשותו מסמכי זיהוי, שלאחר שימוע בפני ממונה ביקורת הגבולות והבאתו בפני בית הדין לביקורת משמורת אינם מותירים עוד מקום לספק בדבר זהותו ואזרחותו? מדוע עליו לבלות שלושה חודשים במעצר, כאשר זהותו ידועה וברור שלא ניתן להרחיקו למדינת מוצאו? כיצד החזקתו במעצר במשך שלושה חודשים מתיישבת עם העקרונות ה"איכותיים" שנקבעו בפסיקה?

172. ככל שהמדינה מבקשת לאפשר מעצר של מי שקיים קושי בזיהוי או במיצוי הליכי הרחקתו היא יכולה לעשות כן באמצעות חריג לשחרור לפרק זמן מוגבל. ניתן, למשל, לקבוע כי רק מי שקיים קושי בזיהוי יוחזק במעצר לפרק זמן של עד שלושה חודשים. אולם אמירה כללית וגורפת לפיה לעתים יש קושי בזיהוי "מסתננים", אינה יכולה להצדיק החזקה במעצר של מי שאין קושי בזיהויים ואינה עומדת בסטנדרטים החוקתיים שהציב בית המשפט.

173. בהקשר זה יש לציין, כי ממילא החוק בנוסחו הנוכחי מונע את שחרורו של מי ש"גירשו נמנע או מתעכב בשל העדר שיתוף פעולה מלא מצידו, לרבות לעניין הבהרת זהותו או הסדרת הליכי גירוש מישראל" (סעיף 30א(ד)(1)). הוראה זוהי מצויה גם בחוק הכניסה לישראל, התשי"ב-1952 (סעיף 13(ב)(1)). שני

ההסדרים ממילא מונעים את שחרורו של אדם שזיהויו ומיצוי הליכי הרכתו אינם מתקדמים בשל אשם הנעוץ בו. במובן זה, ההוראה המאפשרת מעצר של שלושה חודשים מיותרת ביחס למי שלא עלה בידי המדינה לברר את זהותו או לגרשו בשל חוסר קשיים שהוא עצמו מערים על הרשויות. אדם כזה ממילא לא ישתחרר גם בחלוף שלושה חודשים. ההוראה היא בעלת משמעות רק ביחס לאותם אנשים אשר אין קושי לזהותם ואין אפשרות להרחיקם. לגבי אנשים אלה, שבתוך חלוף פרק זמן קצר משלושה חודשים ניתן לזהותם וידוע שלא ניתן לגרשם בשל מדיניות "אי ההחזרה" (*non-refoulement*), המשך המעצר מהווה הפרה של העיקרון שנקבע באופן שאינו משתמע לשתי פנים בעניין **אדם** ובעניין **איתן** – בהעדר הליך גירוש אפקטיבי, אין מעצר.

174. גם הייעוץ המשפטי של הכנסת עמד על אי חוקתיותו של ההסדר שאומץ לבסוף. בהערות הייעוץ המשפטי ביחס להצעת החוק הממשלתית נכתב ביחס לסעיף 30א, כי "על פי פסיקת רוב שופטי ההרכב, לא ניתן כלל להחזיק מסתננים במשמורת ללא שמתרחש בעניינם הליך גירוש אפקטיבי". לפיכך הציע הייעוץ המשפטי של הכנסת לנסח את הסעיף באופן הבא:

"(ג) ממונה ביקורת הגבולות ישחרר מסתנן בערובה אם התקיים אחד מאלה:
 (1) חלפו שלושה חודשים מיום תחילת החזקתו של המסתנן במשמורת.
 (2) הסתיים הליך בירור זהותו של המסתנן ואין אפשרות מעשית קרובה להרחיקו מישראל."

175. הצעת הייעוץ המשפטי של הכנסת, אילו התקבלה, הייתה עולה בקנה אחד עם פסקי דינו של בית משפט זה. היא הייתה מונעת המשך החזקה במעצר של מי שלא מתקיים בעניינו הליך גירוש אפקטיבי אם זוהה לפני חלוף שלושה חודשים. ואולם היא נדחתה על ידי הממשלה ומשום כך גם על ידי הוועדה. דחייה זו של ההצעה מלמדת, כי בניגוד לאמור בדברי ההסבר להצעת החוק, תכלית ההחזקה במעצר אינה זיהוי. תכליתה היא, פעם נוספת, הרתעתית. בהמשך, עת נדון בתכליות החקיקה, נשוב ונזכיר כי תכלית זו נמצאה בלתי ראויה על ידי בית המשפט.

176. יש להוסיף כי בדברי ההסבר להצעת החוק מתגנבת פעם נוספת התכלית האמיתית של סעיף זה:

"התיקון המוצע בסעיף 1 להצעת החוק כולל שורה של הסדרים שתכליותיהם שלובות זו בזו. הוא נועד לשנות את מערך התמריצים של כל אותם מסתננים אשר שוקלים להסתנן למדינת ישראל, ולצמצם את התמריץ לכך." (עמ' 424).

177. בית המשפט עמד על כך שמעצר לתכלית של "שינוי מערך התמריצים" הוא דרך אחרת לומר "מעצר הרתעתי" (עניין **איתן**), פסקה 52 לפסק דינו של השופט פוגלמן. ראו גם עניין **אדם**, פסקאות 86-87 לפסק דינה של השופטת ארבל). מעצר כזה, כאמור, הוא פסול.

178. יש לציין כי, לכאורה, ההבדל היחיד בין התקופה שנקבעה בסעיף 30א לחוק למניעת הסתננות – שלושה חודשים – הוא שזו ארוכה בחודש אחד בלבד מזו שנקבעה בסעיף 13 לחוק הכניסה לישראל – 60 ימים (בהקשר זה יצוין, כי אף על פי שבהתאם לחוק הכניסה לישראל ממונה ביקורת הגבולות "רשאי" לשחרר

אדם ממשמורת לאחר 60 ימים, בפסיקה נקבע כי ככלל, ובהעדר אינטרס ציבורי בעל משקל של ממש שהנטל להוכיחו מוטל על המדינה, ממונה ביקורת הגבולות **ישחרר** אדם המוחזק במשמורת כעבור 60 ימים. ר' בר"ם 173/03 **מדינת ישראל נ' סלאמה** (פורסם בנבו, 9.5.2005).

179. ואולם, הפער בין חוק הכניסה לישראל לבין החוק למניעת הסתננות אינו כמותי בלבד אלא מהותי. שכן בחוק הכניסה לישראל קבועות עילות שחרור המביאות לשחרורו של אדם גם בטרם חלוף 60 ימים אם לא מתנהל בעניינו גירוש אפקטיבי, או אם ניתן להגשים את תכלית הגירוש באמצעים פוגעניים פחות.

180. סעיף 13טו(א)(3) לחוק הכניסה לישראל מקנה לבית הדין לביקורת משמורת את הסמכות לשחרר אדם מממשמורת אם שוכנע שהרחקתו מתעכבת ללא הצדק סביר ושלא בגין חוסר שיתוף פעולה מצידו. זאת אף אם טרם חלפו 60 ימים ממועד מעצרו. אדם שזוהה ונמצא כי לא ניתן לגרשו ישוחרר לפי סעיף זה גם אם לא חלפו 60 ימים. כמו כן, סעיף 13ו(א)(2) לחוק הכניסה לישראל מסמיך את ממונה ביקורת הגבולות לשחרר אדם אם שוכנע שייצא בעצמו מישראל בתוך המועד שנקבע לו וכי לא יהיה קושי באיתורו אם לא ייצא את ישראל. שני סעיפים אלה בחוק הכניסה לישראל מבטיחים את קיום העיקרון, לפיו מעצר נועד להגשים את תכלית הגירוש, בהעדר גירוש אפקטיבי אין מעצר, ובהינתן אמצעים אחרים, פוגעניים פחות, להבטיח את היציאה מישראל, יש להימנע ממעצר.

181. כל אלה אינם קיימים בחוק למניעת הסתננות. אף על פי ששלושת התיקונים האחרונים לחוק למניעת הסתננות נבנו על גבי ה"שלד" של חוק הכניסה לישראל ומורכבים על מבנהו של חוק זה, המחוקק בחר במועד להשמיט את אותם סעיפים המבטיחים, כי חרף קביעתה של תקופת מעצר מקסימלית, מי שלא ניתן לגרשו או מי שניתן לגרשו ללא מעצר, לא יוחזק במעצר שאינו מקדם את הגירוש, וישוחרר עוד בטרם חלפה תקופת המעצר הקבועה בחוק.

182. לסיכום נקודה זו, למרות הפער הקטן, לכאורה, בין תקופות המעצר שבשני החוקים, חוק הכניסה לישראל כולל מנגנונים אחרים המבטיחים שחרור של מי שלא מתקיימים הליכי גירוש אפקטיביים בעניינו גם לפני חלוף 60 ימים. החוק למניעת הסתננות אינו קובע מנגנונים כאלה, ומכאן שהוא אינו עומד בכלל האיכותי שנקבע על ידי בית המשפט – בהעדר הליך גירוש אפקטיבי אין מעצר.

183. בהקשרים שונים, המדינה ביקשה להסתמך על תקופת חצי השנה הקבועה בסעיף 15(5) לדירקטיבה האירופית העוסקת במעצר שוהים ללא היתר (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). אלא שהסתמכות זו היא שגויה.

184. חרף קביעתה של תקופת חצי שנה, הדירקטיבה קובעת במפורש בסעיף 15(4), כי גם בטרם חלפה תקופה זו, מרגע שברור כי אין אפשרות להרחיק את העצור, יש לשחררו באופן מיידי ולא להמתין עד לחלוף תקופת חצי השנה:

“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.**” (Emphasis added).

185. 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)).

186. 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".

187. בית הדין האירופי לצדק פירש את סעיף 15 לדירקטיבה בפסק הדין בעניין Case C-357/09 SaïdShamilovichKadzoev v. Direktsia ‘Migratsia’ priMinisterstvonavatreshniteraboti, 30 (November 2009 [CJEU]). בית משפט זה הזכיר את פסק הדין האמור של בית הדין האירופי בעניין **איתן** וציין כי “בית הדין האירופי לצדק קבע כי ניתן להאריך את תקופת המשמורת בחלוף שישה חודשים רק אם מתקיים הליך הרחקה אפקטיבי” (עניין **איתן**, פסקה 77 לפסק דינו של השופט פוגלמן). אולם, יש לשים לב כי פסק הדין האירופי קובע יותר מכך. פסק דינו של בית הדין האירופי לצדק מוסיף וקובע, כי גם אם טרם חלפו שישה חודשים ממועד המעצר והתברר כי לא ניתן לגרש את האדם המוחזק במעצר, יש לשחררו מיד. בית הדין קבע כי סעיף 15(4) לדירקטיבה, שצוטט למעלה, חל במקרים בהם טרם חלפה תקופת חצי השנה ומסתבר כי אין הליך הרחקה אפקטיבי. במקרים אלה יש לשחרר **באופן מיידי** את העצור. בלשון בית הדין 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."

188. במובן זה מבנה הדירקטיבה דומה להצעת הייעוץ המשפטי של הכנסת, שצוטטה למעלה, ושנדחתה על ידי הוועדה – אדם המוחזק במעצר ישוחרר כעבור חצי שנה או כאשר מסתבר כי קיים קושי בגירוש, לפי המוקדם.

189. מכאן שאין מקום להשוואה בין ההסדרים שנקבעו בתיקון הנוכחי לתקופת חצי השנה הקבועה בדירקטיבה האירופית. בדירקטיבה האירופית נשמר העיקרון, לפיו אין מעצר ללא הליך גירוש אפקטיבי. סעיף 30 לחוק למניעת הסתננות, כמו גרסאותיו הקודמות, מפר עיקרון זה. לא ניתן להישען על הדירקטיבה האירופית כדי לשכנע בדבר מידתיותה של תקופת שלושת החודשים הקבועה בחוק למניעת הסתננות.

190. מן הטעמים האלה, ובהתאם למתווה הניתוח החוקתי של בית המשפט בעניין אדם ובעניין איתן, דינו של סעיף 30 להתבטל.

(3) על הפגיעות החמורות בזכויות האדם של השהים ב"חולות"

191. בפסק הדין בעניין איתן הורה, כאמור, בית המשפט על ביטול פרק ד' לחוק למניעת הסתננות, אשר במסגרת תיקון מס' 4 הקים והכשיר את פעולתו של "מרכז השהייה חולות" בניהול שירות בתי הסוהר. בית המשפט לא הכניס תיקונים בהסדר, אלא ביטל את ההסדר כולו בקובעו, כי כפיית השהייה במתקן פוגעת אנושות בחירות ובכבוד: "התמונה המשתקפת מן ההסדר החקיקתי שבפרק ד' לחוק – תמונה עגומה היא. ניבטת ממנה דמותו של מסתנן שאינו שולט בסדר יומו; ששגרת חייו מוכתבת בידי סוהרים, שלהם הוענקו סמכויות חיפוש ומשמעת; מסתנן החשוף להעברה למשמורת, בהחלטת גורם מינהלי שלא באה עליה ביקורת שיפוטית יזומה בהיקף הדרוש; ששעותיו עוברות בחוסר מעש, שכן לא עומדת לו אפשרות של ממש לעזוב את המרכז בשעות היום; ושלשהייתו במרכז יש התחלה – אך אין לה סוף נראה לעין. כל אלה מצטברים לכדי פגיעה קשה מנשוא בזכויות היסוד שלו, ובראשן בזכות לחירות ובזכות לכבוד." (פסקה 187 לפסק דינו של השופט פוגלמן).

192. דברים אלה של בית המשפט, שנכתבו ביחס לכפיית השהייה במתקן לתקופה של שלוש שנים, כל שכן ביחס להחזקה של מהגרים ומבקשי מקלט "שהם אוכלוסייה פגיעה במיוחד לתופעות פוסט-טראומטיות הקשורות בשלילת החירות" (שם, פסקה 156) תקפים גם לתקופה בת עשרים חודשים – שהיא ארוכה באופן קיצוני מהמקובל בעולם ביחס למתקני שהייה (והאוכלוסיה בה עוסק החוק, על מאפייניה, ממילא לא היתה מוחזקת בהם) (ר' פסקאות 162-163 לפסק דינו של השופט פוגלמן). בית המשפט עמד בפרשת

איתן על כך, ש"למיד הזמן השפעה של ממש על הפגיעה בכבודו של אדם שחירותו נשללת. שלילת חירות לתקופה קצרה מאפשרת לאדם להשיב את חייו למסלולם תוך זמן קצר. ככל שמתארכת שלילת החירות, כך נדרש אדם לוותר עוד ועוד על רצונותיו ומאווייו. זהותו האישית וקולו הייחודי טובעים בשגרת יום-יום ממושטרת ושוחקת. מי שנכנס למרכז השהייה ומשחרר ממנו בחלוף שלוש שנים תמימות לא יוצא ממנו כשהיה. שלוש שנים – תקופת זמן שבמהלכה יכול היה אדם להינשא ולהקים משפחה, להתקדם בעבודתו ולרכוש השכלה. פרק חיים שלא שב עוד." (שם, בפסקה 154).

193. ההסדר שאושר כעת מאפשר לשוב ולשלוח אדם, השוהה בישראל תקופה ממושכת ואשר אין כל כוונה לגרשו מישראל, על כורחו למתקן חולות. כל זאת ללא ביקורת שיפוטית יזומה. בית המשפט התייחס לכך בעניין **איתן**: "שאלה היא אם לא נדרשת ביקורת שיפוטית יזומה גם ביחס לעצם הוראת השהייה שמכוחה נדרש מסתכן להתייצב במרכז השהייה, וזאת בגדרי הזכות החוקתית להליך הוגן." (פסקה 179 לפסק דינו של השופט פוגלמן). מה עשו המשיבים עם רמיזה עבה זו של בית משפט זה? דבר לא. לא ביקורת שיפוטית יזומה, ואף לא ביקורת מעין שיפוטית שכזו. החלטה בדבר מתן "הוראת שהייה" היא החלטה מינהלית, שאין עליה אפילו הליך של השגה פנימית או ביקורת יזומה של גורם ממונה. ניתן לתקוף אותה רק באמצעות פנייה לערכאות, המצריכה ידע, ממון (לרבות תשלום שכרטרחה ואגרות משפטיות) והשגה של ייצוג משפטי הולם בתוך פרק זמן קצר יחסית. לאחר תיקון מס' 4 הוגשו מאות עתירות ועררים לערכאות המתאימות וניתנו עשרות, ואולי אף מאות, צווים ארעיים וצווי ביניים לפיהן הוקפאו "הוראות שהייה" שונות. נוצר מצב לפיו מי שהצליח לגייס את הממון הנדרש וידע למצוא ייצוג משפטי הולם – עוכבה השמתו ב"חולות". מאידך, המוחלשים יותר מבין המוזמנים נשלחו ל"חולות" והם שוהים שם גם כיום (ר', למשל, עת"ס 4436-04-14 **האגוס נ' משרד הפנים**) (פסק דין מאוחד שניתן ביום 26.11.2014 ביחס ל-21 עתירות שונות)).

194. אם כן, מי שידו אינה משגת לשכור שירותים משפטיים ולעכב את שילוחו ל"חולות" צפוי למצוא עצמו שם. במתקן ימושטרו חייו לתקופה בת עשרים חודשים על ידי שירות בתי הסוהר ורשות האוכלוסין וההגירה. כך, מבלי שנקבע כי חטא, מבלי שיועמד לדין פלילי ומבלי שניתן להרחיקו לארץ אחרת, הוא יוחזק במתקן בו נשללת זכותו לחירות, נשללת זכותו לחופש תנועה ונשללת כתוצאה מכך כל הזכויות הבסיסיות שכל בן אנוש זכאי ליהנות מהן כדי להתקיים כיצור אוטונומי. אין זכות אדם שאינה נשללת מן ה"מסתנן" שהצטווה להתגורר ב"מתקן השהייה". נשללת הזכות לפרטיות. נשללת הזכות לקבל החלטות בסיסיות ביחס לאלמנטים מרכזיים של חייו של האדם – כיצד יתנהל סדר-יומו, מה יאכל ומה ישתה, היכן יישן, עם מי יחלוק את החלל בו הוא ישן. נפגעת הזכות לחיי משפחה. אותו אדם שלא נקבע שחטא כפוף לסנקציות של שירות בתי הסוהר ושל רשות האוכלוסין וההגירה, לסמכויות חיפוש ומשמעת תמידיות, לפיקוח על החפצים שהוא נושא עליו ולמזון שהוא מבקש לצרוך. אותו אדם שלא חטא כפוף לסנקציות של שלילת חירות מוחלטת במשמורת מתוקף החלטת פקיד, וזאת אם הפר את כללי המשמעת להם הוא כפוף. אותו אדם, שלא נקבע שחטא, עובר אינפנטיליזציה מוחלטת. נוהגים בו כבילד – הוא נדרש לשהות בחדרו במשך שליש מן היממה, הוא אינו בוחר את מזונו, הוא אינו בוחר את מקום שהותו והוא מקבל "דמי כיס".

195. בפרשת **איתן** עמד השופט פוגלמן על דלות ההסדרים שנועדו להבטיח את זכויות המוחזקים במתקן (סעיף 105-106 לפסק דינו). השופט פוגלמן הדגיש, כי "הרשות אינה יוצאת ידי חובתה בכך שהיא מספקת לאלה שחירותם נשללה תנאי מחייה המאפשרים את המשך הישרדותם בלבד", וכי "לשם השוואה, הסדרים אחרים הנוגעים לשלילת חירות כוללים הוראות רבות ומגוונות שעניינן שלומם של הכלואים והעצורים – הרבה מעבר לאלו הקבועות בפרק ד' לחוק למניעת הסתננות". דלותן של הוראות החוק בכל הנוגע לזכויות המוחזקים מלמדת, כי תכליתו אינה "להבטיח את טובת השוהים במתקן".
196. מי שמוחזק במתקן המרוחק עשרות קילומטרים מבאר-שבע, העיר הקרובה ביותר, אינו רשאי לעבוד. משום כך, אין לו הכנסה זולת אותם "דמי כיס" (ובמקרים בודדים גם "שכר אסירים", ככל שמתאפשר לו להיות מועסק בתחומי המתקן). כתוצאה מכך, אין משמעות של ממש לעובדה שעליו לשהות במתקן רק בלילה, ולהתייצב בין השעות שמונה לעשר בלילה. התייצבות אחת ביום אינה הופכת את המתקן "פתוח". בהעדר הכנסה אין לאדם המוחזק אפשרות לצאת את המתקן מדי יום ולהתרחק ממנו. אין לו אפשרות לעמוד בעלות הנסיעה מדי יום בתחבורה ציבורית מן המתקן המרוחק ובחזרה אליו (אפשרות שאינה קיימת כלל בסופי שבוע). אין לו אפשרות לכלכל את עצמו במהלך היום מחוץ למתקן. אין לו מה לעשות בלי כסף ובלי אפשרות לעבוד מחוץ למתקן מדי יום. וכי מה יעשה? יעזוב את המתקן מדי בוקר, ייסע למקום כלשהו וירבוץ בבטלה עד לשעות הערב? לשם מה? כיצד תשתפר איכות חייו בדרך זו? החודשיים האחרונים, מאז ניתן פסק הדין בעניין **איתן** ובוטלה חובת ההתייצבות בשעות הצהריים, מלמדים כי רוב המוחזקים במתקן לא עזבו אותו או את סביבתו הקרובה במהלך רוב שעות היום, משום שלא היתה להם אפשרות כלכלית או עניינית לעשות זאת. שלילת החירות נותרה במידה רבה כשהיתה.
197. ומה יארע בתום עשרים חודשים של החזקה ב"מתקן שהייה"? אותו אדם למוד סבל ותלאות, שייתכן שהצליח קודם שנשלח לשם על כורחו לשקם את חייו מן הקורות אותו טרם בואו לישראל, ישתחרר מן המקום והוא "לא יוצא ממנו כשהייה". נפשו מצולקת, רוחו שבורה והוא שוב נטול כל פגיעה חמורה בזכויותיו וברוחו של המוחזק ודאי תושג, אולם בינה לבין התכלית המוצהרת של "מניעת השתקעות" אין כל קשר. הדבר מעיד על תכליתה האמיתית והפסולה של החזקה ב"מתקן שהייה" – שבירת רוחם של המוחזקים בתקווה שיוותרו על ההגנה שהם זכאים לה ויעזבו "מרצון".
198. החקיקה פוגעת, אם כן, אנושות בקשת רחבה מאוד של זכויות אדם – בחירות, בכבוד, באוטונומיה, בחופש התנועה, בפרטיות, בזכות לחיי משפחה – המעוגנות כולן בסעיפים 2, 4, 5 ו-7 לחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו. הבחינה החוקתית מצריכה לבחון כעת האם פגיעות אלה הן לתכלית ראויה, וככל שאכן כך – האם מידת הפגיעות אינה עולה על הנדרש.
199. ואולם, בטרם נעשה זאת, נבקש להתמקד בפגיעתו הקשה והקונקרטי בזכויות אדם של סעיף אחד במסגרת פרק ד', והיא זו שבסעיף 32 לחוק למניעת הסתננות – "העברה למשמורת". נדגיש, כי פגיעה זו אינה בהכרח הפגיעה הקשה ביותר בהסדר המגולם בפרק ד', אלא עוד אחת מן הפגיעות המצטרפת למכלול הפגיעות החריפות בקשת זכויות האדם. התייחסנו לפגיעות אלה לעיל, ובהרחבה רבה בעתירה בליווי תצהירים ודוחות מפורטים. אין זאת אלא, שההסדר שבסעיף 32 מצריך התייחסות עצמאית

ומפורטת אך משום השלכותיו שחורגות מהענשתם של המוחזקים ב"חולות", ונוגעות גם למי שאינם מצויים במתקן, על רקע התיקונים שהוכנסו בו, ועל רקע הסוגיות המשפטיות הייחודיות שהוא מעורר.

(4) על סמכויות השיפוט והענישה שהוענקו לפקידי משרד הפנים

"הנה כי כן, היבט מהותי וחשוב של הזכות להליך שיפוטי הוגן – יהא זה הליך פלילי, משמעתי, מינהלי או אזרחי – היא זכותו של כל אדם שהליך משפטי המתנהל בעניינו יוכרע בידי גורם אובייקטיבי הנהנה מעצמאות אישית ומוסדית." (עניין **איתן**, פסקה 173 לפסק דינו של השופט פוגלמן).

200. בספרה "יסודות הטוטליטריות" כתבה חנה ארנדט: "משפטנים רגילים כל כך לחשוב על החוק במונחים של ענישה – זו שבאמת שוללת מאיתנו תמיד זכויות מסוימות – עד שקשה להם, יותר מאשר לאדם רגיל, להכיר בכך ששלילת החוקיות, כלומר, כל הזכויות, שוב אין לה קשר עם פשעים מסוימים. [...] לא ביטחון פיסי – סמוך אל שולחנה של סוכנות סעד ממשלתית או פרטית – ולא חופש הדעה משנים כהוא זה את העדר הזכויות הבסיסי של מי שנדחקו אל מחוץ לטווח החוק". הפננו לדברים בעניין **איתן** ואין לנו אלא לשוב ולהפנות אליהם, שכן סעיף 32 מגלם, גם הפעם, בדיוק הסדר מעוות שכזה.

201. סעיף 32 אמור להבטיח את קיומו ותפעולו של "מתקן חולות" ותכליותיו דומות באופן חשוך לתכליות המשפט הפלילי. על מנת למשמע ולמשטר את המוחזקים שם, מקנה החוק לממונה ביקורת הגבולות – פקיד של משרד הפנים שאינו משפטן ו"הנמנה עם הרשות המבצעת ואמון על הגשמת מדיניותה המוצהרת והידועה לכל בנושא ההסתננות" (עניין **איתן**, פסקה 182 לפסק דינו של השופט פוגלמן) – סמכויות שיפוט וענישה דרקוניות. ממונה ביקורת הגבולות מוסמך לגזור בהחלטה מינהלית השמה במשמורת – "סוג של מעצר מינהלי במינוח מכובס קמעא" (ע"מ 4496/13 **הבטום נ' משרד הפנים** (פורסם בנבו, 12.11.2013)) – באופן חוזר ונשנה בגין איחור לרישום במתקן, אי התייצבות לרישום, הפרת כללי ההתנהגות שקבע שב"ס למתקן, בגין גרימת נזק, בגין חבלה, בגין עבודה, בגין "נפקדות", בגין אי התייצבות לחידוש רישיון ישיבה ובגין הפרה של מגבלה גאוגרפית שנקבעה. החוק קובע את מדרג "העבירות", את מדרג "החומרה" ואת מדרג "הענישה".

202. לוז הדברים הוא זה: סעיף קטן (א) קובע מעשים או מחדלים מסויימים כ"עבירות", סעיף קטן (ב) קובע לאותן עבירות תגי מחיר אשר הפחות שבהם הוא מאסר למשך 15 ימים והעליון הוא 120 ימי מאסר. להוראות אלו מתווספים סעיפים קטנים (ג) ו-(ד), אשר אינם עוסקים כלל בשוהים במתקן, אלא גוזרים, בהתאמה, עונשי מאסר ממושכים על מי שקיבל רישיון זמני לישיבת ביקור לפי סעיף 2(א)(5) לחוק הכניסה לישראל ולא התייצב, מכל סיבה שהיא, לחידושו בתוך חודש מהמועד בו פג הרישיון ועל מי "שהפר מגבלה לעניין האזור הגאוגרפי לשהייתו שנקבעה לפי סעיף 6(2) לחוק הכניסה לישראל...". "האיזונים" הקבועים ביחס לסנקציות עונשיות אלו קבועים בסעיפים קטנים (ה) עד (יא) והם רחוקים מלהניח את הדעת. סעיפים אלו קבועים, בהתאמה, כך: שבמקרים החריגים המנויים בסעיף 30א(ב)(1)-(3) לחוק – ואשר עוסקים באנשים שממילא לא אמורים לשהות ב"חולות" (בשל בעיות בריאות, טעמים הומניטאריים מובהרים וכן קטינים שאינם מלווים) – לא יוצא צו משמורת; שתתאפשר שמיעת טענות לפני הוצאת הצו או בתוך 24 שעות לאחר תחילת ריצוי העונש; שעניינו של מי שיועבר

למשמורת ייבחר על ידי בית הדין לביקורת משמורת של מסתננים "בהקדם האפשרי ולא יאוחר מתום 96 שעות מתחילת ההחזקה במשמורת"; שבית הדין יוסמך לאשר את צו המשמורת, "בשינויים או בלא שינויים, או שלא לאשרו" וכן לקיים ביקורת עיתית על התמשכות המאסר; שתהיה "תקופת התיישנות" של שנה לגבי ה"עבירות" המנויות בהסדר זה; שהעונש על "מעשה אחד" המהווה הפרה של יותר מאחת מה"עבירות" לא יעלה על התקופה הארוכה ביותר מבין התקופות שניתן להורותעליהן בשל כל הפרה; ושעם תום התקופה יוחזר השוהה, כלאחר כבוד, למתקן "חולות". שם הוא, כמובן, עשוי להישפט על ידי הממונה שוב ושוב, וחוזר חלילה. "איזונים" אלה וקביעת פרקי זמן המאסר, המוכרים לנו מן המשפט הפלילי, מבהירים את אופייה העונשי של הסמכות ואת האופן בו ניתנו בידיו של פקיד סמכויות להעניש "עבריינים" במאסר.

203. מבחינת המשיבים, מה שהיה ונפסל כלא-חוקתי – הוא שיהיה. גם בענין זה המחוקק לא הפנים את פסיקת בית המשפט, לא כלשונה וודאי שלא כרוחה. הן בפרשת **אדם** והן בפרשת **איתן** נפסק, כי אין להחזיק במשמורת מי שלא ניתן להרחיקו, כי משמורת אינה עונש ולא נועדה לשם הרתעה. ועם זאת, שוב מאפשר החוק כליאה ללא משפט לתקופות ממושכות על ידי פקידים. שוב נעשה הדבר ללא ערובות דיוניות מינימליות להבטחתו של הליך הוגן. שוב אין ביקורת שיפוטית אפקטיבית כלשהי **לפני** שתשלל החירות. שוב יוצר החוק תקדים מסוכן, כאילו בישראל של שנת 2014 ניתן, שלא בנסיבות קיצון, לשלול חירות לתקופות ממושכות, בהליך מינהלי חפוז וללא מעורבות יזומה כלשהי של הרשות השופטת. כעולה מהסקירה המשווה של בית המשפט בפרשת **איתן**, אין מדינה בה נעשה שימוש במשמורת כאמצעי ענישה (שם, בפסקה 134 לפסק דינו של השופט פוגלמן).

204. כשכל הרעות הללו מופנות נגד אוכלוסייה שהיא מוחלשת באופן קיצוני וחסרת נגישות לייצוג משפטי – אי-החוקתיות שטמון בדברים ברור על פניו. לאור הדמיון הרב בין ההסדר שנפסל להסדר הנוכחי, נצעד בשדה חרוש ונתחיל בהצגת עיקרי קביעותיו של בית משפט זה בנדון. לאחר מכן נעיין בהבדלים בין ההסדר שנפסל להסדר שעומד לבחינה חוקתית כעת ונוכיח שגם הוא – כמו התיקון לחוק בכללותו – שקוע עמוק בתוך מרחב של אי-צדק ואי-חוקתיות.

הנימוקים לפסילת סעיף 32 בענין איתן

205. בית המשפט עמד, כאמור, על הפגמים החוקתיים הקשים שבהסדר שהיה קבוע בנוסח הקודם של סעיף 32 בפסקאות 165-184 לפסק דינו של השופט פוגלמן בעניין **איתן**. נקבע ש"סעיף 32 לחוק פוגע בשתי זכויות נפרדות. ראש וראשון, הוא פוגע בזכותם החוקתית של המסתננים לחירות" (פסקה 168 לפסק דינו של השופט פוגלמן) ו"נוסף לפגיעה בזכות לחירות, סעיף 32 פוגע פגיעה קשה בזכות החוקתית של המסתננים לכבוד, בשל פגיעתו בזכות-הבת' החוקתית להליך הוגן". (שם, פסקה 169).

206. וזו "השורה התחתונה" לפסק הדין בעניין זה :

"...אינטרס ציבורי מובהק הוא כי נקפיד שלא תישלל חירות **לפני** שהופעלו מנגנוני הגנה מינימאליים שמטרתם להפחית את הסיכון לטעות, המובילה לפגיעה כה קשה; וכי תינתן לנפגע תחושה שהתנהל בעניינו הליך הוגן. היוצא מן האמור הוא

שהתועלת העולה מן ההסדר הקבוע בסעיף 32 לחוק אינה עומדת ביחס ראוי למידת הפגיעה בזכות.

קביעתי כי ההסדר הקבוע בסעיף 32 לחוק אינו חוקתי משום פגיעתו הבלתי-מידתית בזכות להליך הוגן מייתרת את הצורך לבחון אם הסעיף צולח את מבחני פסקת ההגבלה עקב פגיעתו בזכות החוקתית לחירות. כאמור, בנסיבות דנן, פגיעה בזכות להליך הוגן כרוכה מעצם טבעה בפגיעה בזכות החוקתית לחירות. אלא שכאמור, **ההסדר פוגע בזכות לחירות פגיעה עצמאית הראויה לבחינה נפרדת**, בעיקר על רקע תקופות המשמורת הקבועות בסעיף 32 לחוק כנגזרת מאופי ההפרה (הנעות בין 30 ימים לשנה תמימה). בהקשר זה טוענת המדינה כי אופייה של הסמכות הוא הרתעתי-משמעותי, וכי משך התקופה הוא מידתי. ואולם, להשקפתי, **השמה במשמורת לתקופות ארוכות (עד לשנה) חוצה את הגבול שבין סנקציה "משמעותית" שהיא בעיקרה הרתעתי, לבין סנקציה "עונשית" שהיא גמולית במהותה. משאין מחלוקת כי סמכות להעניש אינה אמורה להיות מוקנית לממונה ביקורת הגבולות, סנקציה מסוג זה לא תוכל לעמוד – וזאת בלא תלות בשאלה אם באה אחריה ביקורת שיפוטית אם לאו.** נוכח מסקנתי האמורה בדבר פגיעתו הבלתי-מידתית של ההסדר החקיקתי בזכות להליך הוגן וביטולו של ההסדר כולו (כפי שיבואר להלן), אין אני נדרש לקבוע מסמרות בשאלה זו בשלב הנוכחי; אולם אדגיש כי בהתוויית הסדר חקיקתי חדש, ככל שיוחלט על כך, יש לבחון – בקפידה רבה – גם את תקופת ההחזקה במשמורת. **תקופת משמורת ארוכה מדי עלולה אף היא להיות לא מידתית (כשלעצמה) נוכח פגיעתה החריפה בזכות לחירות – וזאת אף אם החלטת הממונה תלווה בביקורת שיפוטית יזומה.** מובן כי אין בכך כדי לגרוע מזכותה של המדינה לנהל במקרים המתאימים הליכים פליליים, המאפשרים, מטבע הדברים, גם השתת עונשים מחמירים. (עניין איתן, פסקאות 183-184 לפסק דינו של השופט פוגלמן).

207. אם כך, נקודת המוצא לדיון בעניינינו היא זו: מתכונתו הקודמת של סעיף 32 עברה תחת שבט ביקורת של בית משפט זה ונפסלה בהיותה פוגעת באופן לא מידתי בזכות להליך הוגן. בה בעת, הובהר, "כי בהתוויית הסדר חקיקתי חדש, ככל שיוחלט על כך, יש לבחון – בקפידה רבה – גם את תקופת ההחזקה במשמורת", שכן "סמכות להעניש אינה אמורה להיות מוקנית לממונה ביקורת הגבולות [...] וזאת בלא תלות בשאלה אם באה אחריה ביקורת שיפוטית אם לאו".

סעיף 32 – הדור הבא

208. גם נוסחו המעודכן של סעיף 32 לוקה בשימוש שהוא מבקש לשוב ולעשות ב"משמורת" למטרה זרה – עונשית. בנוסף, שוב פרטי ההסדר אינם נותנים בידי ממונה ביקורת הגבולות ובית הדין לביקורת משמורת ארגז כלים שמאפשר להגיע לחקר האמת, טרם ייגזר דינו של אדם לארבעה חודשי מאסר בגין "עבירות" שביצע בשנה שקדמה לענישתו: לא סמכות לזמן עדים, לא סמכות לדרוש הצגת מסמכים ומוציגים, לא סמכות לחייב אדם במתן עדות ואף לא סמכות להוציא צו חיפוש. לממונה אין כלים לנהל הליך הולם והוגן, ומן הצד השני – ל"נאשם" אין אפשרות מינימלית לבסס את הגנתו בטרם ייגזר דינו. כמו כן, בניגוד לאדם שיועמד לדין פלילי והמדינה תדרוש להטיל עליו עונש ארבעה חודשי מאסר, ל"מסתנן" הנשפט לפי סעיף 32 לא ימונה סניגור שייצגו. הוא לא יוכל לעיין בחומר המבסס את "אשמתו" ולא יוכל להביא עדים ולחקור עדים אחרים בחקירה נגדית בטרם יישלח לארבעה חודשי כליאה. ואכן, ניסיון החיים מלמד שההעברה למשמורת מכוח סעיף זה, כפי שבוצעה במסגרת תיקון מס'

4, נעשתה ללא מתן אפשרות לייצוג ובהליך מזורז ומחפיר (ר' למשל, עת"ם 16785-01-14 באב"ק (עציר) נ' משרד הפנים (פורסם בנבו, 16.2.2014)).

209. ההבדלים בין ההסדר הנוכחי לזה שנפסל בעניין איתן, מצויים בארבעת העניינים הבאים: הוספת "עבירה" חדשה מסוג "הפרת מגבלה גאוגרפית" וקביעת רף ענישה של עד 60 ימי כליאה בגינה (סעיף 32כ(ד)); הבהרת סמכותו של בית הדין לביקורת משמורת לאשר את צו המשמורת, "בשינויים או בלא שינויים, או שלא לאשרו" (סעיף 32כ(ח)); קביעה שהעניין יובא בפני בית הדין לכל המאוחר בתוך 96 שעות במקום בתוך 7 ימים (סעיף 32כ(ז)); וקיצור מסוים של תקופות המשמורת ביחס ל"עבירות" השונות, כך שהתקופה המרבית תעמוד על 120 ימים במקום 365 הימים שנקבעו בחוק שנפסל.

210. אלא שגם הביקורת המעין-שיפוטית המופיעה בחוק, כמו גם קיצור תקופות המעצר המקסימליות, אינם מסייעים להסדר האמור לצלוח את הבחינה החוקתית. ראשית נתייחס לפגיעה בזכות לחירות – אשר על הפגיעה בה עמד בית משפט זה בעניין איתן – ולאחר מכן נבחר שגם הזכות להליך הוגן לא הופנמה בחוק ועל כל פנים היא לא הופנמה באופן שצולח את הבחינה החוקתית.

תכליתה ומשכה של הכליאה המינהלית

211. לראשונה בשיטתנו המשפטית הוסמך פקיד משרד הפנים שאינו משפטן לגזור על אדם לא מיוצג 120 ימי כליאה כעונש מינהלי. ודוק, הכליאה אינה בשל סכנה לבטחון הציבור או לבריאותו והיא אף לא נועדה לאפשר את הרחקתו של פלוני לפי דין. במקום זאת, כל מוחזק ב"חולות", כל מי שלא חידש את רשיון הישיבה שלו תוך 30 יום ממועד פקיעתו וכל מי שהפר "מגבלה גאוגרפית" מסויימת שנקבעה עבורו חשופים לעונשי מאסר מינהלי כבדים, "עוקפי הליך פלילי". הכל מעצם היותם "מסתננים".

212. בכך מתעלם החוק מאמירות מפורשות בעניין איתן, שכבר קבעו שהשמה במשמורת נועדה לשרת תכלית של הרחקה ושהשמה במשמורת לתקופה ארוכה היא, הלכה למעשה, סמכות להטיל סנקציה עונשית. החוק אף מתעלם מתמרור אזהרה בזהק שהציג לו בית המשפט כשקבע כך:

"משאין מחלוקת כי סמכות להעניש אינה אמורה להיות מוקנית לממונה ביקורת הגבולות, סנקציה מסוג זה לא תוכל לעמוד – וזאת בלא תלות בשאלה אם באה אחריה ביקורת שיפוטית אם לאו." (עניין איתן, סעיף 184 לפסק דינו של השופט פוגלמן).

213. 120 ימי מעצר הם תקופה ממושכת מאוד. עם ההכרזה על בטלות תיקון מס' 4 העמיד בית המשפט את תקופת המעצר המקסימלית על 30 ימים, וזאת במסגרת השעיית בטלות בת 90 יום וללא תלות ב"חומרת העבירה" (ודוק, עמדת העותרים היא כי גם היכולת לגזור 30 ימי מחבוש אינה צריכה להימסר בידי ממונה ביקורת הגבולות).

214. נזכיר שבית משפט זה כבר עמד על כך ש"הגורם שמחליט מלכתחילה, לפני השימוע, שקמה עילה להעביר את המסתנן למשמורת; הוא גם הגורם שמחליט אם לקבל את הטענות שהציג המסתנן בשימוע; ולבסוף, הוא הגורם הקובע את הסנקציה שתוטל על המסתנן..." (עניין איתן, פסקה 182 לפסק דינו של

השופט פוגלמן). סמכויות שכאלה לא ניתנו מעולם לאף פקיד בישראל, ולא בכדי. בחברה דמוקרטית החרדה לזכויות אדם, שיפוט וענישה – ודאי גזירת עונשי מאסר – עניינים הם לבית המשפט, וודאי לא לפקידים. נזכיר ש"הבחינה הספציפית מיהו בעל התפקיד שקיבל את ההחלטה אינה עניין פורמלי" (דפנה ברק ארז **משפט מינהלי** כרך א' (2010), עמ' 125).

215. מהטעם הזה, כבר במסגרת הדיונים ביחס לתיקון מס' 4, הזהיר עו"ד תומר רוזנר, היועץ המשפטי של וועדת הפנים והגנת הסביבה, את הוועדה מפני חקיקת ההסדר שנפסל. בדיון מיום 2.12.2013 אמר עו"ד רוזנר כך:

"מדובר למעשה בסנקציות משמעתיות שמוטלות על ידי גורם מינהלי ואנחנו לא מכירים בחקיקה מקרה אחר או דומה שבו ניתן לגורם מינהלי אפשרות להטיל סנקציות מהסוג הזה. המקרים שאנחנו מכירים שבהם ניתן להטיל עונש של משמורת במסגרת כזו הם המקרים של שרותי הביטחון שבהם ניתנים לקציני שיפוט מקומיים – לקצין הממונה – להטיל עונש של משמורת כאשר שם העונש המקסימלי הוא עונש של 35 ימים בכל המקרים. לכן הוועדה צריכה לשקול היטב האם תגי המחיר שנקבעו פה להפרות השונות הם לדעתה עומדים במידתיות סבירה אל מול ההפרות הנטענות."

לפרוטקול הדיון:

http://fs.knesset.gov.il/19/Committees/19_ptv_268322.doc

216. דברים אלו, שנאמרו ביחס לנוסחו הקודם, של סעיף 32 יפים גם לעניינו. אכן, גם הפעם בהערות הייעוץ המשפטי לכנסת ביחס לחוק מיום 2.12.2014, הובהר, כאמור, כי:

"בישראל לא נהוג להטיל ענישה משמעתית הכרוכה במשמורת לתקופות כה ארוכות."

217. נקודה נוספת עליה מן הראוי לתת את הדעת היא ההפליה הזועקת וחסרת ההצדקה בכל הנוגע להטלת סנקציות בגין האיסור על העסקתם של השוהים במתקן. על מנת להפר את האיסור על העסקת נחוצים שניים – מעסיק ועובד. אלא שבעוד העובד "יורשע" בהליך המינהלי שתואר לעיל, וייגזר עליו מאסר, ייתכן שאף ממושך, נגד המעסיק, שהוא דווקא הצד החזק, ייפתח, ככל שייפתח, הליך מינהלי או פלילי, במסגרתו יוכל להציג ראיות, ולנסות להוכיח את חפותו. ככל שהמעסיק ימצא אשם, הרי שהאפשרות שיוטל עליו מאסר בפועל אינה קיימת. סביר כי יוטל עליו קנס. המדובר באכיפה בררנית ובסטנדרט ענישה כפול.

218. אין תימה שבחקיקה הישראלית אין סמכות מינהלית לשלול את חירותם של אנשים כסנקציה עונשית. זאת, למעט החריג האחד הקבוע בחוק השיפוט הצבאי, התשט"ו-1955 (להלן – **חוק השיפוט הצבאי**). אלא שחוק השיפוט הצבאי מאפשר לקצין שיפוט צבאי להטיל על חייל עונש שמתחיל באתראה וריתוק, עובר דרך נזיפה וקנס וכלה במחבוש (לתקופה מקסימלית של 7 ימים, כאשר מדובר בקצין שיפוט זוטר, ולתקופה מירבית של 35 ימים במקרה בו מדובר בקצין שיפוט בכיר שהנו לכל הפחות בדרגת סגן אלוף) (ר' סעיפים 153-154 לחוק השיפוט הצבאי). סעיף 32 לחוק, להבדיל, מקנה בידי ממונה ביקורת

הגבולות, פקיד של משרד הפנים שמעולם לא הוכשר לכך, אך ורק סמכות לגזור עונשי מאסר והללו כבדים עד פי 17 מהעונש אותו מוסמך להטיל קצין שיפוט זוטר ולמעלה מפי 3 מהעונש שמוסמך קצין שיפוט בכיר בצה"ל לגזור על עבירת משמעת צבאית.

הפגיעה בזכות להליך הוגן

219. הסמכות המינהלית אשר מוקנית לממונה מכוח סעיף 32כ הינה סמכות שיפוטית. על הממונה לברר אם בוצע מעשה או מחדל מאלו המנויים בחוק וככל שמצא שאכן כך הדבר ושלא חלה "תקופת ההתיישנות", בסמכותו לעשות רק אחד משניים: לגזור על שוהה עונש מאסר או לא להענישו כלל. אלא שהסמכתן של רשויות מינהליות לקבל החלטות שיפוטיות היא חריג אשר מחייב, למצער, הקפדה יתרה ביישומם של כללי הצדק הטבעי וכללי פרוצדורה נוספים (ר', למשל, בג"ץ 266/05 פילנט נ' סגן הפרקליט הצבאי, פ"ד נט(4) 707, 715 (2005)).

220. והנה, גם במסגרת התיקון הנוכחי מוסמכים ממוני ביקורת הגבולות, פקידי רשות האוכלוסין וההגירה שאינם משפטיים, "לשלול את חירותם של המסתננים [...] בלא ערובות דיוניות ההולמות את מעמדה של הזכות הנפגעת ואת עוצמת הפגיעה בה. [...] ממונה ביקורת הגבולות, הנמנה עם הרשות המבצעת ואמון על הגשמת מדיניותה המוצהרת והידועה לכל בנושא ההסתננות, הוא אפוא הגורם שמחליט מלכתחילה, לפני השימוע, שקמה עילה להעביר את המסתנן למשמורת; הוא גם הגורם שמחליט אם לקבל את הטענות שהציג המסתנן בשימוע; ולבסוף, הוא גורם הקובע את הסנקציה שתוטל על המסתנן [...]". (עניין **איתן**, פסקה 182 לפסק דינו של השופט פוגלמן).

221. ודוק, בכל הנוגע להליך בפני הממונה, הרי שחוץ מלהוסיף עבירה נוספת ולשנות את תקופות המשמורת המרביות, לא נעשה שינוי כלשהו בחוק. המשמעות היא שכל אמירות בית משפט זה ביחס להיעדר הערובות הדיוניות, זהות מקבל החלטה וכן הלאה – עומדות בעינן.

222. על כל פנים, אם נשווה את הדברים לחוק השיפוט הצבאי, נגלה שקציני שיפוט שעברו הסמכה מתאימה והוכשרו לכך, קנו סמכות לדון בעבירות משמעת צבאיות מסוימות, ולהטיל עונשים. ומהם הכשרתו וכישוריו של ממונה ביקורת הגבולות? הוא פקיד בשירות המדינה. אין בנמצא כל מסמך הקובע את תנאי הכשירות לתפקיד. המציאות מלמדת שהוא ודאי אינו נדרש להשכלה משפטית. עוד מלמדת המציאות, שהוא לא עבר כל הכשרה או הסמכה שתאפשר לו להכריע בשאלות עובדתיות ומשפטיות, לעיתים מורכבות ביותר, בטרם יגזור את דינו של אדם וישלול את חירותו לתקופה בת ארבעה חודשים.

223. עוד להבדיל, הליך השיפוט הצבאי מקנה שורה של ערובות להליך המשמעתי: (א) סעיפים 148-151 לחוק השיפוט מקנים לנאשם זכות לבקש את העברת הדיון לערכאה בכירה יותר – למפקדו של קצין השיפוט או לבית דין צבאי (ובמקרה האחרון, על פרקליט צבאי לברר את הבקשה לאחר שהנאשם זכאי לטעון לגביה בכתב לפניו); (ב) סעיף 159 לחוק השיפוט הצבאי קובע, כי "קצין שיפוט לא ידון נאשם ולא יגבה עדויות אלא בפניו וכן לא יעיין בעדויות בכתב אלא אם כן ניתנה לנאשם הזדמנות לעיין בהם; בתחילת הדיון יקרא בפניו את דברי התלונה, ולפני מתן פסק הדין המשמעתי יתן לו הזדמנות להשמיע את

דברוי"; (ג) סעיף 163 מקנה לנאשם זכות להגיש ערר על כל עונש שהוטל עליו; (ד) סעיפים 171-172 קובעים שלא ניתן להעמיד לדין משמעותי אדם שהובא בפני בית דין, ואם נפסק נגדו בהליך משמעותי טרם הבאתו לדין, הרי שהפסק בדין המשמעותי בטל; (ה) פקודת מטכ"ל מס' 33.0302 מרחיבה וקובעת שורה של חובות פרוצדוראליות ומהותיות ביחס לאופיו של ההליך המשמעותי ולזכויות הנאשם. בין היתר נקבעו שם זכויותיו לחקור עדים, לזמן עדים ועוד. בענייננו, האדם שחוקר, שופט ומרשיע את המוחזק, לא רק נעדר כשירויות מינימליות לעשות זאת, אף אין בידו אמצעים להגיע לחקר האמת ולאזן את מכלול השיקולים הנדרשים, ואין כל ערובה פרוצדוראלית לזכויותיו של המוחזק, והכל כשהעונש שהממונה מוסמך להטיל גדול פי כמה וכמה מהעונש שמוסמך להטיל קצין השיפוט.

224. נותר רק להשתומם על כך שהמחוקק לא העניק לממונה ביקורת הגבולות ארגז כלים להגיע לחקר האמת, טרם יגזור דינו של אדם לחודשי מאסר בפועל: לא סמכות לזמן עדים, לא סמכות לדרוש הצגת מסמכים ומוצגים, לא סמכות לחייב אדם במתן עדות, ואף לא סמכות להוציא צו חיפוש. לממונה אין כלים לנהל הליך הולם והוגן, ומן הצד השני – ל"נאשם" אין אפשרות לבסס את הגנתו בטרם יגזר עליו הדין.

225. ניטול מצב בו מבקש המקלט סבור שפקיד פלוני מתנכל לו, למשל משום שסירב לתתם על "עזיבה מרצון", וכעת אותו פקיד פלוני מבקש לשפוט אותו, נניח בטענה שעבד מחוץ למתקן. האם יש למבקש המקלט זכות לבקש "להישפט" שלא בפניו? האם יש לו זכות להביא ראיות לכך שלא עבד? האם הוא רשאי לערער בפני גורם כלשהו לפני שייכלא?

226. והממונה – שודאי מעוניין להגיע לחקר האמת – האם יש באמתחתו כלים לברר אם אכן עבד המוחזק בשנה החולפת אם לאו? הוא הרי חסר סמכות לחלוטין ביחס לאזרחי ותושבי ישראל. הוא אינו יכול לזמן את המעביד הנטען להליך בירורי כלשהו, אינו יכול לגבות עדויות וממילא אינו יכול להגיע לחקר האמת.

227. לא רק "ארגז כלים" חסר לממונה. אפילו כלל לעניין הפרוצדורה הדיונית אין בחוק. כל שנקבע הוא כי אם "מצא" הממונה שנעברה "עבירה", יוכל לגזור את עונשו של האדם. ומה פירוש "מצא"? לא בכדי העירה על כך חה"כ מירי רגב, יו"ר ועדת הפנים והגנת הסביבה בישיבת הוועדה ביום 2.12.2014, בה נדון נוסחו הקודם של ההסדר (שבעניין זה לא שונה), ליועץ המשפטי של רשות האוכלוסין וההגירה: "מה זה מצא? למה אתה כותב מצא? למה אתה לא יכול לכתוב משהו יותר ברור? [...] מי זה מצא, איך הוא מצא, הרי הוא לא ישב בלילה ועשה רייקי על הדברים." והלא בעוד שממונה ביקורת הגבולות אמור להיות בעל כישורים לקבוע האם אדם שוהה בישראל כדין, אם לאו, סעיף 32 מעניק לו סמכויות להכריע בשאלות אחרות לגמרי, שלא פעם בתי המשפט מתלבטים בהן, כגון האם נגרם נזק של ממש לרכוש, האם היתה פגיעה בסדר, האם אדם עבד, וכן הלאה. לדידו של החוק, די בכך שהממונה "מצא".

228. בהקשר זה יוטעם שניסיון רב שהצטבר במוקד לפליטים ולמהגרים מעלה שההליך בפני הממונה הוא הליך עקר. ברוב המוחלט של המקרים לא נתאפשר ייצוג של המוחזקים (למעשה, למעט במקרים ספורים ביותר, גם במקום בו היו מיוצגים, באי כוחם לא קיבלו הודעה כלשהי על קיום ההליך בפני הממונה)

והעונשים שהוטלו היו העונשים המרביים שהממונה הוסמך להטיל (או קרובים מאוד אליהם). למוקד פליטים ולמהגרים לא ידוע אפילו לא על מקרה אחד בו אדם "נחשד" בביצוע איזו מ"העבירות" הנקובות בהסדר ובתום "שמיעת טענות" אצל הממונה הוחלט שהוא "זכאי".

229. ההעברה העונשית למשמורת אף מאפשרת למדינה לשלול חירות של אנשים ללא שיהיו מיוצגים. בהיותם של מבקשי המקלט בישראל אוכלוסיה מוחלשת באופן קיצוני ואשר, מניה וביה בהיותם מוחזקים במתקן "חולות", ככלל, אין להם אפשרות מעשית להשיג ייצוג משפטי ללא שהמדינה תספק להם אותו. מדינת ישראל הכירה כבר לפני שנים בכך שלא ניתן להעניש אדם בעונש מאסר בפועל מבלי שיהיה זכאי לייצוג משפטי על חשבון המדינה (סעיף 15א לחוק סדר הדין הפלילי [נוסח משולב], התשמ"ב-1982). סעיף 32כ, לעומת זאת, מאפשר להעניש "מסתננים" בשלילת חירותם לפרק זמן של ארבעה חודשים מבלי שיהיו זכאים לייצוג.

230. לא למותר לציין שבמסגרת הליכים פלילים, בנוסף להיותם של הנאשמים מיוצגים, עומדת להם חזקת החפות; ומנגד, כשמדובר בשלילת חירות מינהלית, שם שולטת בחייהם דווקא חזקת החוקיות והתקינות המינהלית.

סמכותו של בית הדין לביקורת משמורת של מסתננים

231. סעיף 32כ(ז) לחוק קובע, שמי שהוצא נגדו צו משמורת יובא בפני בית הדין לביקורת משמורת של מסתננים "בהקדם האפשרי, ולא יאוחר מתום 96 שעות מתחילת החזקתו במשמורת, לשם אישור הצו בידי בית הדין". סעיף 32כ(ח) קובע שבית הדין מוסמך "לאשראת הצו שנתן ממונה ביקורת הגבולות לפי סעיף זה, בשינויים או בלא שינויים, או שלא לאשרו" (בפועל, בית הדין נדרש לא אחת להעברה עונשית למשמורת עוד קודם לפסק הדין בעניין **איתן** על מידת האפקטיביות של ביקורת זו ניתן ללמוד מהתצהירים המצורפים לעתירה זו).

232. כלומר, מדובר בביקורת מעין שיפוטית שמבוצעת **מספר ימים לאחר** ששלילת החירות החלה. אם לדייק, מדובר **בביקורת ראשונה** שמבוצעת בתוך פרק זמן שכבר נפסל על-ידי בית משפט זה כלא חוקתי בשנות ה-90 של המאה הקודמת (ר' בג"ץ 6055/95 **צמח נ' שר הביטחון**, פ"ד נג(5) 241 (1999)). לא ניתן שלא לתמוה על הבחירה של המחוקק לקבוע דווקא פרק זמן שכבר נפסל על ידי בית משפט זה.

233. זאת ועוד, הניסיון מלמד שהביקורת בתוך 96 שעות כלל אינה אפקטיבית, שכן בית הדין אינו ערוך ליתן החלטה בתוך 96 שעות; הפרקטיקה היא שככל שהעצור הובא כלל בפני בית הדין במועד (והחוק ממילא אינו קובע מה משמעות אי-הבאה במועד), הרי שבית הדין בוחן תחילה אם האדם מיוצג, לאחר מכן מבקש לברר אם ניתן להשיג לו ייצוג או מהי עמדת באי-כוחו ביחס למעצר (ולשם כך כמובן מוקצבים מספר ימים) לאחר מכן מתבקשת תגובת משרד הפנים, שכדרכו בקודש מבקש – ומקבל – ארכות למכביר, וכיו"ב. תקופת המעצר מתמשכת הלכה למעשה ללא שלמחדלי בית הדין והרשות יהיו השלכות כלשהן על פי החוק וללא שבחינה לגוף הדברים תתקיים, לעיתים גם שבועות לאחר ההשמה במשמורת.

234. יתרה מכך, גם אם הכלל היה שביט הדין היה פוגש את הכלוא בתוך 96 שעות ונותן החלטה מנומקת על אתר, הרי שבמקרים בהם נגזרות תקופות מאסר שאינן משמעותיות, עדיין לא הייתה ביקורת שיפוטית כלשהי אפשרית. נניח לצורך הדוגמה שאדם מעד ושבר עציץ מהודר שהוצב במתקן "חולות". אין חולק כי בכך הוא "גרם נזק של ממש לרכוש" (סעיף 32כ(א)(3)) ועל כן ניתן "לשפוט" אותו למאסר של 15 ימים. נניח שהממונה מכיר בכך שהנזק נגרם בתום לב וללא כוונת זדון ולכן העמיד את עונש המאסר על תקופה של 4 ימי מחבוש. במקרה כזה אין כל יכולת לקיים ביקורת מעין שיפוטית אפקטיבית על החלטת הממונה.
235. מעבר למימד הזמן עד למפגש הראשוני עם בית הדין – שלכשעצמו מבהיר שיש לפסול את ההסדר הקבוע כיום בחוק – גם היכולת של בית הדין לברר את סבירות ההחלטה המינהלית (שהרי זה תפקידו של בית דין מינהלי) מוטלת בספק, שכן בהמשך ישיר להיעדר ארגז כלים או כלל פרוצדוראלי לממונה, אף לבית הדין, לא ניתן ארגז הכלים הנדרש לקיומו של בירור ענייני ביחס לשלילת חירותו של אדם ובהינתן "חזקת התקינות המינהלית" ובהיעדר אמצעים לסתור את טענות הממונה – נפקותה של הביקורת שיכול בית הדין לערוך מוטלת בספק ממשי.
236. כך, נניח שהממונה "מצא" שאדם עבד מחוץ למתקן השהייה, ולכן החליט לגזור עליו 30 ימי מאסר. בהתאם להוראות סעיף 32כ(ז) לחוק, והעניין מגיע (לאחר אי אילו ימי מאסר) לבית הדין, ונניח שהכלוא טוען שלא עבד והממונה, מנגד, טוען שדווקא עבד ושנמסר לרשות על כך על-ידי פלוני אשר "הלשיך" על המוחזק והדברים אף תועדו בפרוטוקול כזה או אחר, מה אמור בית הדין לעשות כעת? מה יכול בית הדין לעשות בנדון? מעט מאוד, אם בכלל.
237. יתרה מכך, על החלטת בית הדין ניתן להגיש ערעור מינהלי לבית המשפט המוסמך, אלא שכדי להגיש ערעור מינהלי כאמור יש צורך בידע, אמצעים וייצוג משפטי (ר' והשווה: עמ"נ 14016-04-13 **אקלילו נ' שר הפנים** (פורסם בנבו, 2.5.2013), פסקה 27 לפסק הדין). למוחזקים ולכלואים במתקני שירות בתי הסוהר אין גישה לכל אלה, ובהיעדר אפשרות לפרנס את עצמם ממילא לא יהיו להם אמצעים לעשות זאת. מכאן זכות זו תישאר – עבור רובם המוחלט של האנשים בהם מדובר – זכות שהיא עלי ספר בלבד.
238. סיכומם של דברים: מטרתו העונשית המוצהרת של סעיף 32כ לחוק; חוסר האיזון בין עוצמת הפגיעה בזכויות חוקתיות ובראשן הזכות לחירות, לכבוד ולשוויון, אל מול היעדר אפשרות לקיים הליך דינוני לבירור טענות ועובדות; היעדר ערובות מינימליות להבטחת זכויותיו של המוחזק במתקן; כמו גם היעדר ביקורת שיפוטית אפקטיבית על החלטות ממונה ביקורת הגבולות לפני הפגיעה בזכויות – וכל זאת מתוך מטרה לקיים את משטר "המתקן הפתוח" – מבהירים, מעצמם, כי פגיעתו של הסדר הכליאה בזכויות אדם היא קשה ביותר.
239. משאמרנו דברים ייחודיים אלה בעניין סעיף 32כ, המצטרפים אל מכלול הפגיעות שבפרק ד' לחוק, נפנה להמשכה של הבחינה החוקתית: תכליות החקיקה ומבחני המידתיות.

(5) תכליות החקיקה אינן ראויות

240. פעמיים הובא החוק למניעת הסתננות לביקורת שיפוטית ופעמיים נקבע, כי הוראותיו המרכזיות אינן חוקתיות. בשתי הפעמים ביקר בית המשפט את התכליות העומדות בבסיס החקיקה אולם העדיף שלא להכריע בשאלה האם הן ראויות שכן, כך נקבע, ממילא החוקים אינם צולחים את משוכת המידתיות. אלא שהותרת שאלות אלה בצריך עיון הביאו לניסיונות התמקחות של הממשלה והכנסת עם בית המשפט: אם בפסק הדין בעניין **אדם** נקבע, כי שלוש שנות מעצר (בתיקון מס' 3) אינן מידתיות – הבה נקבע בחקיקה כי ניתן להחזיק במעצר את מי שלא ניתן לגרשם במשך שנה (בתיקון מס' 4) ולהחזיק "מסתננים" ב"מתקן שהייה" למשך שלוש שנים; אם בפסק הדין בעניין **איתן** נקבע כי שלוש שנות החזקה ב"מתקן שהייה" (בתיקון מס' 4) אינן חוקתיות – הבה נקבע בחקיקה כי ניתן להחזיק במעצר את מי שלא ניתן לגרשם לתקופה של 20 חודשים (בתיקון הנוכחי).

241. המשיבים העדיפו להתעלם פעמיים מקביעות בית המשפט ביחס לתכליות ההסדרים החוקיים שנקבעו ותחת זאת לבחור אמצעים חדשים-ישנים, מתונים אך במעט מקודמיהם, בתקווה כי ב"סיבוב" הבא ייקבע כי הפעם מדובר באמצעים מידתיים. אלא שקודם שייקבע כי מדובר באמצעים מידתיים, על המשיבים לצלוח את משוכת התכלית הראויה, משוכה אותה הם טועים לחשוב שצלחו ב"סיבובים" הקודמים. על מנת לשים קץ לנסיונות המשיבים להגשים שוב ושוב את אותן תכליות בלתי ראויות, העותרים סבורים כי הגיעה השעה שבית המשפט יקבע את שהיה על המשיבים להבין מפסקי הדין הקודמים ביחס לתכליות החקיקה.

242. ביסוד הקביעה כי התכליות העומדות בבסיס התיקון הנוכחי אינן ראויות עומד עיקרון בסיסי פשוט – **מדינה אינה יכולה להכיר בכך שקבוצת אנשים זכאים ל"הגנה משלימה" ובו בזמן לשלול את חירות חברי הקבוצה; מדינה אינה יכולה להכיר בכך שעל קבוצת אנשים חל עקרון ה-*non-refoulement* ובו בזמן להפעיל נגדה סנקציות שנועדו לעודד את חבריה לעזוב את ישראל; מדינה אינה יכולה להכיר בכך שקבוצת אנשים מוגנת מפני גירוש ובו בזמן למרר את חייה. זוהי האמת הפשוטה העומדת בבסיס כל דיון בתיקון הנוכחי ובתיקונים הקודמים. הכרה באמת זו מביאה למסקנה הפשוטה שהתכליות, המוצהרות והמוכחות, של החוק אינן ראויות משום שהן מכוונות כלפי מי שישראל מכירה באיסור לפי המשפט הבינלאומי והישראלי לגרשם. עידוד עזיבה באמצעות שבירת רוחם, הרתעה והפרדה בין אוכלוסיות אינן תכליות ראויות כאשר מדובר בקבוצה שחל עליה עקרון איסור הגירוש. זאת ללא צורך להגיע לבחינת מידתיות הפגיעה בהן.**

243. תכליותיו המוצהרות של התיקון הנוכחי הן ברורות. יוזמי החוק ברשות המחוקקת וברשות המבצעת הצהירו עליהן פעם אחר פעם בפומבי והדברים מתועדים במסמכים רשמיים. אלא שכמו בשני ה"סיבובים" הקודמים של התדיינות זו, גם הפעם יעצבו המשיבים את המציאות מחדש. הסיציגו תכליות מסוימות ויכחישו חלק מן התכליות האמיתיות של התיקון הנוכחי. כך עשו המשיבים ביחס לתכלית ההרתעתית של תיקון מס' 3 במסגרת ההליכים בבג"ץ **אדם**. כך עשו ביחס לתכלית "עידוד היציאה" של מי שחל עליהם עקרון ה-*non-refoulement* במסגרת ההליכים בבג"ץ **איתן**.

244. בספרו הקאנוני של ארנסט קנטרוביץ' הוא דן בפיקציה הימי-ביינימית, לפיה למלך שני גופים – גופו הטבעי וגופו הפוליטי (ERNST H. KANTROWICZ, THE KING'S TWO BODIES (1957)). כאשר הפרקליטות והייעוץ המשפטי לכנסת מתייצבים בבית המשפט ומכחישים את התכליות, עליהן הצהירו השרים וחברי הכנסת שניסחו את החוק וקידמו אותו, ומכחישים את התכליות, שלשמן עוצבו ההסדרים בחוק כפי שהם עוצבו, הם מתייחסים אל הכנסת ואל הממשלה כאל מלך כזה. השאלה מה הפיק פיהם של מי שעיצבו את ההסדרים בחוק הופכת לפתע לבלתי רלוונטית. לשיטת באי כוח המשיבים, גופם הפרטי של המחוקקים הוא שהציג את התכליות הללו, ולכן, לשיטתם, הן אינן רלוונטיות. זאת אף כאשר הדברים נאמרו לאורך ולרוחב הליך החקיקה, במסגרות רשמיות, וכאשר ההסדרים בחוק עוצבו באופן שנועד להגשים תכליות אלה. גופם הפוליטי של המחוקקים, לעומת זאת, בדמותם כ"משיבים" לעתירה, הוא הרלוונטי, ולתוכו יוצקים המייצגים אותם בבית המשפט תוכן המכחיש את התכליות שעיצבו את ההסדר החקיקתי.

245. אלא שלבעלי תפקידים רשמיים אין שני גופים – פיזי ופוליטי – בשעה שהם ממלאים את תפקידם. להבדיל, אולי, ממה שאומרים שר הפנים או יו"ר ועדת הפנים של הכנסת בשיחת סלון עם חבריהם, דברים הנאמרים על ידם בוועדות הכנסת או במליאת הכנסת במסגרת תפקידיהם הרשמיים מייצגים את תכליות החוק, ואינם ניתנים להכחשה לאחר מכן בבית המשפט. אכן, נהוג לחלק את תכליותיו של דבר חקיקה לתכליות אובייקטיביות וסובייקטיביות, אולם התכלית הסובייקטיבית היא חלק בלתי נפרד מדבר החקיקה. "לתכליתה של הוראת דין שני פנים: סובייקטיבי ואובייקטיבי, ועלינו להתחקות אחר שניהם" (ע"א 975/07 המועצה המקומית עלבון נ' מקורות חברת מים בע"מ, פ"ד נד(2) 433 (2000)). ר' גם בג"ץ 6824/07 מנאע נ' רשות המסים, סעיף 22 לפסק דינו של השופט פוגלמן(פורסם בנבו, 20.2.2010).

246. הבה נתחקה, אם כן, אחר התכליות האובייקטיביות והסובייקטיביות של התיקון הנוכחי.

עידוד "יציאה מרצון" של מבקשי מקלט שבקשתם לא הוכרעה ושל מי שחל עליהם עקרון ה-*non-refoulement*

247. בהליכים בעניין איתן עמדו העותרים על כך שאחת התכליות המרכזיות של תיקון מס' 4 הוא עידוד יציאתם של מבקשי מקלט שבקשתם לא הוכרעה ושל אנשים שחל עליהם עקרון ה-*non-refoulement*. זאת באמצעות הפיכת חייהם לכה קשים עד שיעדיפו לקחת על עצמם סיכון של זניחת בקשותיהם למקלט, או חזרה למקום בו עלולה להישקף להם סכנה, או עקירה למדינה שאינה מדינתם ובה לא ברור אם יקבלו הגנה.

248. בית המשפט התייחס בעניין איתן לתכלית זו ועמד על הקשיים שהיא מעוררת, אך לא הכריע בשאלה האם זוהי אכן תכלית החוק. אף על פי שהדברים נאמרו בבירור בהליכי החקיקה של תיקון מס' 4, "המשיבים, מצידם, טענו בתוקף, כי זו אינה תכלית החוק" (עניין איתן, פסקה 27 לפסק דינו של הנשיא גרוניס). בית המשפט בחר שלא להכריע במחלוקת זו משום שממילא נקבע, כי החוק אינו עומד במבחן המידתיות (שם, פסקה 113 לפסק דינו של השופט פוגלמן).

249. אלא שזו הפעם לא ניתן להתכחש לכך שזוהי תכלית החוק. כותרת החוק מצהירה על תכליותיו – "מניעת הסתננות והבטחת יציאתם של מסתננים מישראל". היות שהחזקה ב"מתקן השהייה" אינה מונעת הסתננות (אלא בדרך של הרתעה, תכלית פסולה כשלעצמה), עולה כי תכליתה הוא הבטחת יציאת "מסתננים", מי שחל איסור נורמטיבי לגרשם מן הארץ.

250. הדברים נאמרו שוב ושוב באופן מפורש במסגרת הליכי החקיקה. אף על פי שהפרקליטות, בייצגה את שר הפנים, הכחישה בתוקף כי זוהי תכליתו של תיקון מס' 4, כבר ביום בו ניתן פסק הדין בעניין **איתן** מיהר שר הפנים להוציא הודעה לעיתונות בה נכתב:

"התיקון השני בחוק תרם תרומה ניכרת לתהליך של יציאה מרצון. לא סביר שדווקא החוקים אשר הוכיחו את עצמם כאפקטיביים בהתמודדות עם תופעת המסתננים, תופעה אשר מדינות רבות בעולם המערבי נכשלות בהתמודדות איתה, ייפסלו על-ידי בית המשפט. [...] ראו לציין כי מאז נחקק חוק המסתננים חדש, גדלה יציאת המסתננים מישראל בקצב של פי שלושה מקצב היציאה בשנת 2013."

העתק הודעת שר הפנים מיום 22.9.2014 מצ"ב ומסומן ע/20.

251. ביום 6.10.2014 התכנסה ועדת הפנים והגנת הסביבה של הכנסת לשיבה בהשתתפות שר הפנים על מנת לדון ב"כיווני פעולה אפשריים של מדינת ישראל בנוגע לסוגיית המסתננים בעקבות פסיקת בג"ץ". יו"ר הוועדה ושר הפנים הקפידו להבהיר כי החוק נועד לעודד יציאה של "מסתננים" מן הארץ, והדגישו כיצד ההליך בפני בית המשפט ופסק דינו חיבלובכך. יו"ר הוועדה אמרה:

"[...] באמצעות החוק הצלחנו להחזיר מרצונם – אני מניחה שהשר יציג את זה – הרבה מאוד מסתננים לארץ מוצאם או למדינה שלישית. החוק הזה בעצם היווה תקווה לאלפי תושבי מדינת ישראל שהנה אותם מהגרי עבודה יחזרו לארץ מוצאם."

ושר הפנים הרחיב בעניין:

"אני הצבתי יעד של הוצאת מסתננים - האחד ממרכזי הערים והשני יציאה מרצון מישראל בהתחשב בכך שיש שתי מדינות שלא ניתן להרחיק באופן כפוי ואחת מהן היא מדינת אויב והדברים ידועים. בתקופה הראשונה, בחודשים הראשונים לכהונתי היו לנו קשיים עד לניסוח אליו הגענו – או שהיועץ המשפטי לממשלה הגיע אליו – של נוהל יציאה מרצון. מיד עת התגברנו על הקושי הזה, הגיע פסק הדין של בג"ץ ערב חג הסוכות הקודם שפסל את החוק שחוקקה הכנסת הקודמת בנושא הזה. בנובמבר הבאתי לכנסת - ואחר כך לוועדה הזאת - את החוק החדש שאושר על ידי מליאת הכנסת באופן סופי ב-10 בדצמבר. אחרי ה-10 בדצמבר, במשך קצת יותר משלושה חודשים, שלושה וחצי חודשים, הייתה לנו תנופה אדירה ביציאה מרצון של מסתננים כאשר בשלושה חודשים יצאו 4,000 מסתננים.

[...]

זה הביא ליציאה גדולה ואני אומר לכם – אפשר לבדוק עובדתית את מה שאני אומר – שהמגמה נבלמה ב-1 באפריל, בדיוק במועד הדיון בבג"ץ ועוד לפני פסק הדין, אז המספרים ירדו. היו גם מי שדאגו ללחוש למסתננים שאו-טו-טו בג"ץ פוסק ולכן כדאי להישאר כי אולי הוא יפסוק כמו בפעם הקודמת ואני אומר שאם הקצב היה נמשך - עד לנקודת הזמן בה אנחנו נמצאים היום – כפי שהיה בשלושת החודשים הראשונים, היינו עם מספרים גדולים מאוד בשנת 2014. אגב, גם הקצב היום הוא יותר גדול מכפי שהיה ב-2013 אבל הוא לא מספק.

[...]

אם אתה לוקח את המספרים בקצב שנתי, אתה עובר בהרבה את הקצב של שנת 2013 גם על פי החודשים האלה אבל זה לא דומה למה שהיה וזה לא דומה למספר אליו אנחנו רואים שאנחנו צריכים להגיע ואני גם אסביר למה חשובים מאוד המספרים של היציאה מרצון.

היום עיקר היציאה היא יציאה לשתי המדינות השלישיות שמדינת ישראל חתמה אתן על הסכמים והנפח של היציאה לשם גדל.

[...]

פסק הדין של בג"ץ לא מאפשר לנו - אם הכנסת תחליט שהיא מותירה אותו על כנו ואם נקבל אותו כמילה האחרונה, אבל אני מציע חלופה אחרת - ולא מאפשר למדינה להתמודד עם התופעה של הסתננות."

252. אליבא דשר הפנים, אם כן, החוק עודד "יציאה מרצון". פסק דינו של בית המשפט חיבל בשבירת רוחם של ה"מסתננים" ובעידוד "יציאתם מרצון". יש לחוקק מחדש את החוק ולהחזיק אנשים במתקן "חולות" כדי לשוב ולעודד אנשים "לצאת מרצון". זוהי תכליתו העיקרית של התיקון הנוכחי.

253. דובר משרד ראש הממשלה פרסם הודעה לתקשורת ביום 7.10.2014 בעניין דיון בראשות ראש הממשלה לגיבוש החקיקה, שגם בה נאמרו הדברים באופן מפורש:

"בסיכום הדיון הנחה ראש הממשלה להביא הצעת חוק חדשה שתבטא את נחישותה של ממשלת ישראל להמשיך ולפעול נגד ההסתננות הבלתי חוקית, נחישות שבלמה את ההסתננות לישראל והביאה ליציאתם של כ-6,000 מסתננים בלתי חוקיים עד כה. [...] ראש הממשלה בנימין נתניהו אמר: 'יש אינטרס לאומי עליון למנוע כניסה של מסתננים חדשים לישראל ולעודד את יציאתם של מסתננים חדשים לישראל ולעודד את יציאתם של המסתננים שנמצאים בישראל וכך נפעל.' (ההדגשות הוספו).

העתק הודעת דובר משרד ראש הממשלה מיום 7.10.2014 מצ"ב ומסומן ע/21.

254. באותו דיון אמר שר הפנים:

"היו לנו הישגים מאוד משמעותיים של הגדלה דרמטית ביציאת המסתננים בעקבות אותו החוק. ההליך המשפטי בלם את המגמה הזאת, ופסק הדין, אם יוותר על כנו, ייקח מהמדינה בפועל את הכלים שיש לה כדי להתמודד עם תופעת ההסתננות."

הדברים צולמו והוקלטו על ידי לשכת ראש הממשלה והועלו לרשת, וניתן למוצאם ב :

<https://www.youtube.com/watch?v=TmgH0-JZf6k>

255. במסגרת הדיון במליאת הכנסת ביום 1.12.2014, לפני ההצבעה על התיקון הנוכחי בקריאה ראשונה, הבהיר שר הפנים, גלעד ארדן, ביחס לתיקון מס' 4 :

"אבל לא פחות, ואולי יותר חשוב מכך, זה שהחוק נתן את תוצאותיו גם בעידוד כלפי המסתננים הקיימים, ואלפי מסתננים החלו בעצם לחזור לארצות מוצאם, וכך בעצם הוקל גם סבלם, אם כי במידה מועטה, של תושבי דרום תל-אביב."

256. באותו דיון, ח"כ אלי ישי, שר הפנים לשעבר, עמד על כך גם הוא :

"אגב, גם אז הייתי אומר גדר, אמרו לי שאני קיצוני. אמרתי: חוק, אמרו שאני קיצוני. אמרתי: מתקני שהייה, אמרו לי מחנות – בסוף, מתקני שהייה הם אחד הגורמים המשמעותיים."

שילוב של ארבעה דברים: הראשון, גדר; השני, חקיקה אמיצה; השלישי, מתקני שהייה, שיעזבו מרצון – כי עזבו כ-6,000 איש מרצון. למה עזבו מרצון? כי הם יודעים שלא יהיו להם מקומות עבודה, והם יישארו ב"חולות" שנה, שנתיים, שלוש וארבע, והם יעזבו מרצון. מה זה הדבר הרביעי? זו חקיקה, שלא ייתנו להם מקומות עבודה."

257. בהציגה את הצעת החוק לקריאה שנייה ושלישית לפני מליאת הכנסת ביום 8.12.2014 עמדה יו"ר ועדת הפנים ואיכות הסביבה של הכנסת על תכלית הצעת החוק :

"פסילת החוק עצרה את המגמה שנוצרה לאחר חקיקת החוק, של יציאת אלפי מסתננים חזרה לארצות מוצאם או למדינה שלישית. כך, במחצית הראשונה של שנת 2014, מייד לאחר חקיקת החוק הקודם, יצאו מישראל קרוב ל-5,000 מסתננים."

258. ההיסטוריה החקיקתית של התיקון הנוכחי נמצאת על אותו רצף חקיקתי בו נמצא תיקון מס' 4. גם תיקון מס' 4 נולד מתוך רצון לעודד "יציאה מרצון". אמנון בן עמי, מנכ"ל רשות האוכלוסין, עמד על כך בוועדת הפנים ביום 17.9.2013, יום לאחר פסק הדין בעניין אדם :

"אמנובוועמי :

[...] אני רוצה לומר שפסק הדין התעלם מהנושא של יציאה מרצון, שהוא מסלול מועדף. התעלם לחלוטין. אני חושב שהמסלול שבו עבדנו, של יציאה מרצון, התחיל לתת את אותותיו - - -

היו"רמיררגב :

רק תסביר שיציאה מרצון מחייבת העברה של אותם מהגרי עבודה מהרחובות לכיוון מתקני השהייה, שם הם חותמים על הטפסים כפי שהורה לנו היועץ המשפטי לממשלה, ומקבלים את הכספים שהם אמורים לקבל ולצאת מרצון לארץ שלישית. בזה שבג"צ כרגע מנע מלהביא אותם למתקן השהייה, אנחנו לא יכולים להמשיך עם אותה מדיניות של הוצאה לארץ שלישית, של יציאה מרצון, המצב הזה ש-55,000 מהגרי עבודה ימשיכו להסתובב ברחובות.

אמנובוועמי :

כמו שאמרת, למעשה ביציאה מרצון יש היום שני מסלולים עיקריים. אחד הוא מה שנקרא מתוך הרחובות והשני מתוך המשמורת. לאחר שקיבלנו את אישור היועץ המשפטי לממשלה להפעיל מסלול יציאה מרצון גם ממשמורת למעשה אנחנו מציעים למסתננים מענק של 1,500 דולר, הם חותמים על הסכמה לצאת מרצון, הם חוזרים ל - - - [...] הם בוחרים לחזור למדינותיהם."

פרוטוקול ישיבת ועדת הפנים והגנת הסביבה של הכנסת מיום 17.9.2013 :

http://fs.knesset.gov.il/19/Committees/19_ptv_258405.doc

259. עוד נזכיר, כי בדיון נוסף ביום 11.11.2013, לאחר פרסום תזכיר החוק של תיקון מס' 4, הסביר מר יוסי אדלשטיין, מנהל מינהל אכיפה וזרים ברשות האוכלוסין וההגירה, כי "מתקן השהייה" מיועד לעודד את יציאתם של מי שיוחזקו בו מישראל, וכי בדרך זו יתפנה בו מעת לעת מקום, שיאפשר הכנסתם של נוספים :

"בעיקרון, לכל המסתננים שנמצאים במדינת ישראל יש פוטנציאל להיכנס למתקן. ברגע שהוא מתייצב אצלנו הוא יקבל הזמנה להתייצב במתקן השהייה. מי שיוחלט לגביו שהוא נכנס למתקן השהייה יקבל הפניה ובאותו רגע, רישיון השהייה שהוא מחזיק היום ביד יבוטל והעסקתו תיאכף בצורה מאסיבית. **ברגע שייכנס למתקן, נמשיך בכל התהליכים של עידוד היציאה מרצון.** גם שר הפנים העלה אפשרות להגדיל את התמריץ ליציאה שלהם. יהיו מספר פעולות שאנחנו מכוונים אליהם, אנחנו מקווים שנושא המדינה השלישית יקבל תאוצה גדולה יותר. לכן, יהיה תהליך של כניסה למתקן וכנראה הוצאת הנתינים למדינה שלישית ואז הכנסה של חדשים." (ההדגשה הוספה).

פרוטוקול ישיבת ועדת הפנים והגנת הסביבה של הכנסת מיום 11.11.2013 :

http://fs.knesset.gov.il/19/Committees/19_ptv_261580.doc

260. ועוד נזכיר, כי דברים דומים אמר גם שר הפנים, גדעון סער, ביום 25.11.2013 בעת הצגת תיקון מס' 4 למליאה לקריאת הצבעה עליה בקריאה ראשונה:

"אני אומר שהמדיניות שלנו היא לעודד יציאה מרצון. גם השבוע יוצאים מסתננים בלתי חוקיים מרצון. עמדנו, כל השנה, כל חודש בחודשו, הייתה יציאה מרצון. היינו יכולים להגיע למספרים יותר גדולים. גם 3,300 זה לא חזות הכול וגם מתקן סגור אפשר להפוך בהמשך למתקן פתוח. יש שם עוד למעלה מ-5,000 מקומות. בכלל, אם נצליח במדיניות של עידוד יציאה מרצון בשפע של האמצעים שאנחנו נוקטים, גם הנוקשים וגם הרכים, במירכאות, אז בסופו של דבר יהיה פה תהליך דינמי. אבל אנחנו חייבים לנסות, אנחנו חייבים להתמודד."

פרוטוקול מליאת הכנסת מיום 25.11.2013:

http://online.knesset.gov.il/PDF/32564/PDF_32564.PDF

261. עוד לפני פסילתו של תיקון מס' 4 הבהירו המשיבים שוב ושוב כי תכליתו המרכזית של החוק היא שבירת רוחם של מבקשי מקלט כדי לעודדם "לצאת מרצון" מישראל. כך, למשל, בישיבה שהתקיימה בוועדת הפנים והגנת הסביבה של הכנסת ביום 26.3.2014 לסיכום 100 הימים הראשונים ליישום תיקון מס' 4 (במה שנראה כמפגן כוח לקראת הדיון בעניין **איתן**, שהתקיים מספר ימים לאחר מכן, ביום 1.4.2014) אמר שר הפנים:

"אם אשווה את זה לתקופה שלפני החקיקה, לרבעון האחרון של שנת 2013, כי אנחנו חוקקנו ב-10 בדצמבר 2013, היו 825 יוצאים ועכשיו קרוב ל-4,000. כלומר היקף היציאה הוא כמעט פי חמש."

[...]

זה הגרף שבדיוק התייחסתי אליו עכשיו, בו רואים כמה יצאו ברבעון האחרון. צריך לזכור שבחודש האחרון של שנת 2013, בדצמבר כבר התחילה עלייה בהיקף העוזבים מרצון. בגלל שהחוק נחקק ב-10 בדצמבר זה כבר קיבל איזה ביטוי, אבל לא ביטוי מלא. הקפיצה החלה למעשה בחודש ינואר."

פרוטוקול ישיבת ועדת הפנים והגנת הסביבה של הכנסת מיום 26.3.2014:

http://fs.knesset.gov.il/19/Committees/19_ptv_277596.doc

262. יש להניח, כי המשיבים ישובו ויכחישו גם בהליך זה כי תכליתו של החוק היא שבירת רוחם של מבקשי מקלט ושל מי שזכאים ל"הגנה המשלימה" מכוח עקרון ה-*non-refoulement* החורג מגדרי אמנת הפליטים (ר' עניין **אדם**, פסקאות 6 ו-92 לפסק דינה של השופטת ארבל ופסקה 8 לפסק דינו של השופט פוגלמן) תוך דחיקתם לידי ויתור על בקשותיהם למקלט או דחיקתם לויתור על אותה "הגנה משלימה" לה הם זכאים. ואולם הדברים שהיו ברורים אף ביחס לתיקון מס' 4 ולא הוכרעו בפסק הדין בעניין **איתן** הונחו כעת על השולחן בצורה הברורה ביותר. תכלית זו של החוק הוצהרה שוב ושוב באופן מפורש, ההסדרים בחוק עוצבו במטרה להגשימה ואף שמו של החוק מצהיר על מטרה זו.

263. גם אם חרף האמירות המפורשות בעניין זה יטענו המשיבים, כי שבירת רוחם ועידוד יציאתם של אותם אנשים אינה תכליתו של החוק אלא תוצאת לוואי שלו, אין בכך כדי להציל את החוק מביקורת חוקתית. בית משפט זה פסק לא פעם ביחס להפליה, למשל, כי היא נבחנת בהתאם למבחן התוצאה (ר' למשל, בג"ץ 6698/95 קעדאן נ' מינהל מקרקעי ישראל, פ"ד נד(1) 258, פסקה 30 לפסק דינו של הנשיא ברק (2000); בג"ץ 2671/98 שדולת הנשים בישראל נ' שר העבודה והרווחה, פ"ד נב(3) 630, פסקה 34 לפסק דינו של השופט חשין (1998)). כך גם ביחס לשבירת רוחם ועידוד יציאתם של מבקשי מקלט ושל מי שחל עליהם עקרון איסור הגירוש. אף אלמלא הייתה כוונה סובייקטיבית לעשות כן (וכוונה שכזו הייתה גם הייתה), נוכח העובדה שזו היא תוצאתה של ההחזקה הממושכת ב"מרכז השהייה" לא ניתן להתעלם מתכלית זו.

264. הניסיון מלמד כי ההחזקה במתקן "חולות", כמו גם ההתעמרות במבקשי המקלט ששוהים מחוץ למתקן וה"פוטנציאל" להישלח אליו, אכן הביאה לשבירת רוחם של חלק מהמוחזקים בו ושל חלק מן האנשים שזומנו אליו. לפי הצהרות שר הפנים וראש הממשלה שהובאו למעלה, בעקבות הקמת מתקן "חולות" עזבו את ישראל כמה אלפי מבקשי מקלט ואנשים שחל עליהם עקרון "ההגנה המשלימה".

265. גם המוחזקים במתקן מעידים על כך, והדברים עולים מן התצהירים הרבים שצורפו לעתירה. כך, למשל, בתצהירו של מר אחמד איסחאק יחיא, אזרח סודן שהוחזק במתקן "חולות", נכתב:

"אני רוצה להוסיף ולומר שהרשויות בחולות מפעילות לחץ נפשי כבד מאד לחתום על 'עזיבה מרצון' והלחץ הזה הוא במיוחד קשה לאנשים חולים שלא מקבלים את הטיפול שהם צריכים. אלה שמאבדים כל תקווה הם הכי חלשים ואפשר להפעיל עליהם הכי הרבה לחץ. יש לי חבר מסודן שגם היה חולה עם בעיות קיבה. הוא ביקש לצאת כמה פעמים וכשקיבל חופש, הוא לא חזר לחולות. לאחר שתפסו אותו ורצו לשים אותו בסהרונים הוא נשבר ועזב מרצון. הוא אמר שהוא מעדיף למות במדינה שלו. אינני יודע מה עלה בגורלו."

266. מר טוולדברהן קחסאיי, אזרח אריתריאה המוחזק במתקן "חולות", מצהיר:

"במתקן חולות גורמי משרד הפנים לוחצים עלי לעזוב את ישראל, ולשוב לארצי או לרואנדה. איני יכול לשאת את המחשבה על חזרה לאריתריאה לאחר החוויות הקשות אשר חוויתי שם, וכן איני סומך על השלטונות ברואנדה שיספקו לי הגנה."

267. גם בתצהירו של העותר 1, אזרח אריתריאה המוחזק במתקן "חולות", נכתב:

"בינואר 2014 קיבלתי זימון לחולות. לא שאלו אותי כלום לפני, אבל כן אמרו לי שאני יכול לחזור לארצי. סירבתי, ובפברואר 2014 באתי לחולות. כשהגעתי, שוב אמרו לי שאני יכול לחזור לארצי, או שאשאר כאן."

268. עקירתו של אדם מסביבתו המוכרת ומחיייו ושליחתו למחנה בלב המדבר עשויה לשבור אף את רוחו של מי שנשקפת לו סכנה במדינת מוצאו. יהיו מי שיעדיפו לקחת סיכון מחושב ולחזור למקום בו קיים **סיכוי** כי יאונה להם רע על פני הישארות בישראל, בה קיימת **ודאות** שחירותם תישלל לאחר שקיבלו זימון ל"מתקן חולות". יהיו מי שהמגורים במתקן יסבו להם סבל כה רב ויביאו אותם לכדי יאוש ומצוקה כה קשים, עד שלא יהיו מסוגלים לקבל החלטה המשקללת באופן רציונלי את הסכנה הצפויה להם בעתיד לעומת שלילת חירותם הבלתי נסבלת בהווה בישראל. כך, למשל, מצהיר מר מיכאל וולדו, אזרח אריתריאה בן 69 שהגיע לישראל בשנת 2008, ולאחר כשש שנות שהייה במדינה נדרש, לפתע, לעקור מביתו אל "מרכז השהייה":

"בפברואר 2014 קיבלתי הוראה להתייצב בחולות תוך חודש. הרגשתי איום ונורא, ידעתי שזה כמו כלא, לא יכולתי לחיות עם המחשבה שאצטרך לחיות שם את שארית חיי, אני אדם מבוגר והלחץ מהכלא בגילי השפיע עליי מאד. לא הייתי עצמי ולא הצלחתי לחשוב בסדר. הייתי כל כך מפוחד ומיואש שהלכתי ליחידת הטיפול במבקשי מקלט ואמרתי שאני מוכן לחתום על מה שהם רוצים כדי שאצא מישראל. בדיעבד ועכשיו שאני יכול לחשוב צלול אני יודע שזה טוב שלא נשברתי ולא חזרתי לארצי כי אני מניח שלא הייתי בחיים יותר."

269. בית המשפט עמד בעניין **איתן** על כך שישנם מקרים בהם לחץ המופעל על ידי המדינה על מבקשי מקלט או על מי שזכאים ל"הגנה משלימה" עשוי לשלול את "חופשיות" רצונם בהחלטתם לעזוב את המדינה ולהפוך את עזיבתם לגירוש קונסטרוקטיבי:

"שאלה היא מתי החלטה לצאת מן הארץ למדינה שבה נשקפת סכנה לחייו או לחירותו של אדם תחשב להחלטה שנתקבלה מ"רצון חופשי". [...] בין נקודות הקיצוץ האמורות משתרע מנעד רחב של מקרים שבהם השאלה אם החלטתו של פרט לצאת למדינה שבה נשקפת סכנה לחייו או לחירותו היא פרי בחירה חופשית או שמא תוצר של כפייה אסורה – הופכת סבוכה ומורכבת [...]. להשקפתי, אבן הבוחן להכרעה בשאלה זו קשורה בקיומם – או בהעדרם – של אמצעים הדוחקים באדם לחזור למדינה שבה נשקפת לו סכנה. יציאה מן הארץ יכולה אפוא להיחשב לגירוש אסור (ולא כיציאה מ'רצון חופשי') לא רק במצבים שבהם המדינה מורה באופן רשמי על גירושו של אדם, אלא גם כאשר המדינה נוקטת אמצעים חריפים ופוגעניים במיוחד שנועדו להפעיל לחץ שיוביל ליציאה "רצונית" מהארץ. ואסביר.

בחירה חופשית תיתכן רק במקום שבו אדם סובריני לקבל החלטה מודעת ומושכלת מתוך מספר אפשרויות בנות-בחירה, שאינן מציבות אותו בפני מציאות חיים בלתי אפשרית.

[...]

כבתחומי המשפט האחרים, כוחו של עקרון הבחירה החופשית – ובאומרנו כן כוונתנו לבחירה המשוחררת מלחצים בלתי סבירים – יפה גם ביחס להחלטת אדם לצאת את הארץ למדינה שבה נשקפת סכנה לחייו או לחירותו, וזאת אף ביתר שאת על רקע רגישות המאטריה שבה עסקינן. ואמנם, במדינות רבות בעולם רווחת הדעה כי לא כל החלטה עצמאית של אדם לצאת מן הארץ שאליה עשה את דרכו תחשב ליציאה 'מרצון'. [...] אחד ההיבטים החשובים בהתחקות אחר קיומה של בחירה 'חופשית' הוא מעמדם המשפטי של הפרטים הזכאים להגנה במדינה המארחת. אם

לא מכירים בזכויותיהם של המסתננים, ואם נתונים הם ללחצים ולהגבלות ומוחזקים במחנות סגורים, הרי שלשיטת נציבות האו"ם לפליטים, לא ניתן לראות בהחלטתם לחזור לארצם כבחירה שנתקבלה מתוך 'רצון חופשי' [...]. הנה כי כן, מציאות נורמטיבית מסוימת עלולה להיחשב, בנסיבות חריגות, לימכבש לחצים המסכל את קיומה של בחירה חופשית לעניין יציאה מן הארץ." (פסקאות 110-112 לפסק דינו של השופט פוגלמן).

270. הפעלת לחץ על מבקשי מקלט ועל מי שזכאים ל"הגנה משלימה" מכוח עקרון איסור הגירוש (*non-refoulement*) היא פסולה. חוק שזוהי מטרתו הוא חוק שנועד לתכלית בלתי ראויה.

271. הסכנות הצפויות לאדם בעקבות החזרה לאריתריאה או לסודן ידועות היטב (ר', למשל, פסקה 6 לפסק דינה של השופטת ארבל בעניין **אדם**), ומהוות את הבסיס למדיניותה של מדינת ישראל שלא להחזיר את אזרחי המדינות הללו לארצותיהם, אף אם בקשותיהם למקלט נדחו. בית משפט זה עמד בעניין **אדם** על כך שעל רוב מי שתיקון מס' 3 חל עליהם (כמו גם תיקון מס' 4 והתיקון הנוכחי) חל עקרון ה-*non-refoulement*, בין שהם פליטים ובין שאינם פליטים (ר' פסקה 8 לפסק דינו של השופט פוגלמן בעניין **אדם**). "עידודם" של אנשים לחזור "מרצון" למדינות אלה, ודאי כאשר הוא נעשה בדרך של שלילת החירות והאוטונומיה האישית, אינו אלא ניסיון לכוף עליהם בכוח, "לגרש את עצמם" למקום אליו הכריזה מדינת ישראל שמסוכן להחזירם. את שאסור למדינה להשיג באמצעות כפייה פיזית של אדם לעלות על מטוס, אסור לה להשיג באמצעות שבירת רוחו וכפיית רצונו כדי ש"יסיים" לעלות על מטוס. בשני המקרים מדובר בכפייה לחזור למקום, שאליו מכירה ישראל, לפחות מן השפה אל החוץ, כי אין לחייב אנשים לחזור אליו.

272. עקרון איסור הגירוש או ההחזרה (*non-refoulement*) מעוגן בסעיף 33 לאמנה הבינלאומית בדבר מעמדם של פליטים משנת 1951 ובסעיף 3 לאמנה נגד עינויים ונגד יחס ועונשים אכזריים, בלתי אנושיים או משפילים משנת 1984, וכן מהווה חלק מן המשפט הבינלאומי המנהגי הנוהג גם בישראל (בג"ץ 5190/94 **אל טאיי נ' שר הפנים**, פ"ד מט(3) 843, 848 (1994)). הוא אף נגזר מסעיפים 6 ו-7 לאמנה בדבר זכויות אזרחיות ומדיניות משנת 1966.

273. החובה המוטלת על המדינה מתוקף עקרון איסור הגירוש או ההחזרה אינה מתמצה בהמנעות מהחזרה באופן ישיר של מבקשי מקלט לארצותיהם. סעיף 133(1) לאמנת הפליטים אוסר על החזרה שמתבצעת בכל דרך שהיא, ובלשון הסעיף: "in any manner whatsoever". עקרון איהחזרה הוא עקרון בעל אופי תוצאתי, ואינו מוגבל, כאמור, להתנהגות מסוימת:

"[...] the duty under Art. 33 is to avoid certain **consequences** (namely, return to the risk of being persecuted), whatever the nature of the actions which lead to that result." (JAMES HATHAWAY, THE RIGHTS OF REFUGEES UNDER INTERNATIONAL LAW 318(2005)).

274. מומחים שפטבינלאומי וגופים רשמיים הפועלים במאטריה זו, כבר עמדו על כך שגירוש הפקטו (שנקרא לעיתים "הרחקה קונסטרוקטיבית") יכול להתבצע גם בהיעדר צו גירוש רשמי מטעם המדינה המגרשת, ואף במסווה של "תכנית עזיבה מרצון". כך, למשל קבעה הוועדה האו"ם למשפטבינלאומי:

"The compulsory departure of an alien may also be achieved by a State by means of coercive acts or threats that are attributable to the State rather than a formal decision or order. In some cases, aliens have been compelled to leave a country under the guise of a "voluntary departure program" which was in fact compulsory. These coercive measures which deprive an alien of any real choice other than to leave the country are sometimes referred to as "constructive expulsion." (International Law Commission, *Expulsion of Aliens: Memorandum by the Secretariat* (Fifty-eighth session, 2006), Geneva, 1 May – 9 June and 3 July – 11 August 2006, UN General Assembly document A/CN.4/565, paragraph 68 (p.62). available at:

http://legal.un.org/ilc/documentation/english/a_cn4_565.pdf

275. בית המשפט בקניה התייחס לסוגיה בשנה שעברה, במצב דומה לזה שנדון בעניינינו עת פסל דירקטיבה ממשלתית אשר הורתה למבקשי מקלט השוהים בעריה של קניה להעתיק את מקום מגוריהם למחנות הפליטים באזורי הספר של המדינה. בשטחה של קניה נמצאים כ-600,000 מבקשי מקלט. בסוף שנת 2012 ממשלת קניה הודיעה, כי מבקשי מקלט לא יוכלו להתגורר עוד בערים, וכי עליהם לעבור למחנות פליטים. בתחילת שנת 2013 הממשלה הודיעה עוד, שרשויות הביטחון ירכזו 18 אלף מבקשי מקלט באצטדיון, בו יוחזקו פרק זמן של עד יומיים, ואז יועברו למחנות הפליטים. בית המשפט קבע שהדירקטיבה הממשלתית, לפיה על כל הפליטים ומבקשי המקלט לעזוב את הערים, עלולה להביא להפרת חובותיה הבינלאומיות של קניה, וזאת נוכח האפשרות שהיא תביא בפועל להחזרה של פליטים למקומות מהם ברחו:

"In my view, the implementation of the overall policy of relocation and encampment as evidenced in the letters particularly in regard to the imposition of conditions created by the implementation of Government Directive may violate the State international refugee protection obligations. Furthermore, aggressive pursuit of such a policy may have the effect of constructively repatriating urban refugees back to the countries from which they had fled." (*Kituo Cha Sheria and others v. The Attorney General*, Kenya: High Court, 26 July 2013, para. 72, available at: <http://www.refworld.org/docid/51f622294.html>).

276. יצויין שאף שממשלת קניה הבהירה לבית המשפט שאין בכוונתה לגרש את הפליטים בעת זו, קבע בית המשפט שהפרת עקרון אי-החזרה יכולה להתרחש גם אם הממשלה לא התכוונה לכך (אולם זו תוצאת מדיניותה):

"[...] violation of the principle may be indirect and may be the unintended consequence of a policy that does not, on its face, violate the principle."(para. 74).

277. תוצאת פסק הדין היתה ביטול הדירקטיבה הממשלתית (אשר הודות לצו הביניים של בית המשפט לא הופעלה כלל). בית המשפט קבע (בפסקה 100 לפסק דינו) שהדירקטיבה פוגעת בזכויות היסוד של הפליטים המתגוררים בערים בקניה, מפירה את זכותם לחופש תנועה, לכבוד, שלא להיות חשופים לפעולה מינהלית לא הוגנת וכן משום שהיא יוצרת איום להפרת עקרון ה- *non-refoulement*.

278. נציבות האו"ם לפליטים הזהירה בהנחיותיה שכליאה לצורך "עידוד" עזיבה מ"רצון" שוללת את הרצון החופשי ועלולה לגרום לחזרתם של אנשים הזקוקים והזכאים להגנה במקום סכנה:

"If refugees are legally recognized as such, their rights are protected and if they are allowed to settle, their choice to repatriate is likely to be truly free and voluntary. **If, however, their rights are not recognized, if they are subjected to pressures and restrictions and confined to closed camps, they may choose to return, but this is not an act of free will.**"

UN High Commissioner for Refugees (UNHCR), **Handbook - Voluntary Repatriation: International Protection**, January 1996, page 10, para. 2.3, available at:

<http://www.refworld.org/docid/3ae6b3510.html>(emphasis added).

279. הנציבות התייחסה לכך אף בנוגע להחזרתם של האזרחים הסודנים והאריתראים שבישראל. בחודש אוקטובר 2012 כתב מר ויליאם טול, נציג נציבות האו"ם לפליטים בישראל דאז, בתגובה לבקשה לחוות דעתה של הנציבות אודות כוונתו של שר הפנים לעצור את אזרחי הרפובליקה של סודן: "חזרה מרצון של מבקשי מקלט מסודן הינה אפשרית אם תתבצע בדיסקרטיות ובתנאים המבטיחים כי ההחלטה היתה לגמרי וולנטרית, והתקבלה ללא הפעלת לחץ, ללא איומים בגירוש ושלא בכפייה."

העתק מכתבו של מר טול ותרגומו מיום 2.10.2012 מצ"ב ומסומנים ע/22.

280. מר טול אף הבהיר, שאי אפשר לראות בהחזרתם של אריתראים שנכלאו חזרה מרצון: "הסכמה לשוב לאריתריאה תחת אולטימטום של 'כלא או הביתה' לא יכולה להיחשב התנדבותית בשום קריטריון, זו בפירוש לא חזרה מרצון." (הארץ, "נציב האו"ם לפליטים: ישראל מחזירה אריתראים בניגוד לחוק", 25.02.2013 : <http://www.haaretz.co.il/news/education/1.1937142>).

281. על הדברים עמדה בפני בית המשפט הנכבד מחליפתו של מר טול, הנציגה דהיום של נציבות האו"ם לפליטים, גבי וולפורגהאנגלברכט, בעת הדיון בעתירה בעניין אדם ביום 2.6.2013 :

"Voluntary return from detention: There have been hundreds of cases of so-called "voluntary returns" of mainly Sudanese citizens, 500 from detention as mentioned this morning. However, the "voluntariness of return" from detention is questionable when the person concerned is given the choice between three years of detention or departure but without proper and thorough examination of his request for international protection and full determination of the potential danger facing him upon return."

העתק תמליל דבריה של גבי אנגלברכט, כפי שהוצגו לבית המשפט והוגשו אף בכתב, מצ"ב ומסומן ע/23.

282. הדברים נמסרו, כאמור, גם בחוות דעתה של הנציבות שהוצגה בפני ועדת הפנים והגנת הסביבה של הכנסת במסגרת הליך חקיקת החוק מושא עתירה זו :

"צעדים שמטרתם לדחוף אנשים לחזור למדינה שבה חייהם וחירותם עלולים להיות בסיכון יכולה להוות לא רק פגיעה בחופש התנועה אלא הפרה של עקרון אי-ההחזרה אם ההפרה מנתקת הוולנטאריות מן ההחלטה לצאת. הדבר נכון לא רק ביחס ליציאה לארץ מוצאם, אלא גם למעבר למדינות שלישיות שאין בהן בטחונות להבטיח גישה להליכי מקלט, שירותים בסיסיים, הגנה מפני מעצר וגירוש על ידי מדינת היעד."

מניעת השתקעות

283. אף על פי שבהליכי החקיקה הנימוק בדבר "מניעת השתקעותם של מסתננים" כלל לא עלה, בהליכים בעניין אדם ובעניין איתן טענו המשיבים כי מדובר בתכלית מרכזית ש"מרכזו השהייה" נועד להגשים.

284. בהליכים הקודמים נציגי המדינה לא הבהירו מה פירושה של אותה "מניעת השתקעות". הדברים נותרו בגדר סיסמה. אך מהו פירושה של אותה "מניעת השתקעות"?

285. כאמור בחוות דעתו של השופט פוגלמן בעניין אדם (בפסקה 18 לפסק דינו), ניתן לנסח כל תכלית ברמת הפשטה גבוהה שתאפשר לכאורה לקבוע כי מדובר בתכלית ראויה. הצבת התכלית כ"מניעת השתקעות" אינה שונה במהותה מהצהרה שמטרת החוק היא "להגן על דיני הכניסה לישראל". גם ניסוח זה מונע, לכאורה, כל הרהור אודות כשרותה של התכלית המוצהרת ולכן אין להסתפק בו אלא לבחון, כדברי השופט פוגלמן, את מהות הדברים. בחינת תכלית זו במבחני הנחיצות והרגישות לזכות מובילה למסקנה, לפיה התכלית המוצהרת בעייתית עד מאד: הזכויות הנפגעות – הזכות לחירות ולחופש התנועה הן מן הזכויות הבסיסיות ביותר; הפגיעה היא עמוקה – שלילת חירות לפרק זמן ארוך והחוק אינו מגלה לה רגישות, אלא במסשפתיים. המונח "מניעת השתקעות" מסתיר מאחוריו הקפאת חייהם של אלפי

אנשים, ושליטת זכויות האדם הבסיסיות שלהם. לא רק בזכות לחירות ולחופש תנועה מדובר, אלא גם בזכות לאוטונומיה אישית, למימוש עצמי, לפרטיות, לחיים חברתיים ויצרניים, ובקצרה – לחיים אנושיים נורמאליים. הסובלים מכך הם אנשים ששוהים בישראל מזה שנים, והצליחו במהלך תקופה זו לשקם את חייהם. סיפור חייהם נקטע שוב לצורך שלילת חירות חסרת תוחלת, ללא שיש אופק ליציאתם מישראל.

286. מעבר לכך, המשיבים לא הסבירו בהליכים בעניין **אדם** ובעניין **איתן** מה משמעותה של אותה "השתקעות" שהם מנסים למנוע. ככל שבדברם על השתקעות מכוונים המשיבים לשהייה ארוכת טווח במדינת ישראל, הרי שאין בשליטת חירות כדי להגשים תכלית זו. נזכור, כי ממילא עוסקים אנו בקבוצה שאת רובה אי אפשר להרחיק מישראל. ממילא עוסקים אנו במי ששוהים שנים רבות בישראל. ממילא, ההנחה העומדת מאחורי שלושת התיקונים האחרונים לחוק למניעת הסתננות היא כי הם יחולו על אנשים הצפויים להישאר בישראל עוד שנים, שאם לא כן לא היה צורך לקבוע הוראות מיוחדות לעניינם וניתן היה להסתפק באמצעים הקבועים בחוק הכניסה לישראל, שנועדו להתמודד עם מי שצפויים להיות מורחקים בתוך זמן קצר (ר' פסקה 6 והסיפא לפסקה 36 לפסק דינו של השופט פוגלמן בעניין **אדם**). לפיכך, ככל שכוונת המשיבים היא כי "מניעת השתקעות" היא מניעת שהייה ארוכת טווח בישראל, הרי שהחוק אינו מגשים תכלית זו ביחס לרוב מי שהוא יחול עליו.

287. ככל ש"מניעת השתקעות" משמעה הרחקה מן החברה של אנשים הנמצאים בישראל שנים וששלב זה גירושם מישראל אינו נראה באופק, מדובר בתכלית בלתי ראויה באופן קיצוני. השופט פוגלמן ציין בעניין **איתן**, כי הוא אינו מכריע בשאלה האם מדובר בתכלית ראויה "על רקע הקושי שמעוררת תכלית שעניינה הפרדת אוכלוסייה אחת מאוכלוסייה אחרת" (פסקה 103 לפסק דינו). ככל שהתפישה העומדת מאחורי "מניעת ההשתקעות" היא כי יש לכפות על מי שלא ניתן לגרשם מישראל הפרדה ובידוד ולדאוג כי לא יקיימו אינטראקציה כלשהי עם החברה הישראלית, מדובר בתכלית שלא רק שהיא בלתי ראויה ופסולה, אלא אף אינה עולה בקנה אחד עם ערכיה של מדינת ישראל, כמתחייב מחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו.

288. העותרים סמוכים ובטוחים שגם המשיבים יודעים שהשמת כמה אלפים במתקן "פתוח" כלל לא תקדם את המטרה עליה הצהירו. בעניין **אדם** עמדו הנשיא גרוניס (בפסקה 3 לפסק דינו), השופטת ארבל (בפסקה 97 לפסק דינה), השופטת חיות (בפסקה 2 לפסק דינה) והשופט דנציגר (בחוות דעתו) על כך שלהשמתם של אלפי אנשים מתוך עשרות אלפים במשמורת השפעה מבוטלת על מכלול היבטי התופעה, והיא אינה משרתת כל תכלית. גם בפרשת **איתן** הדגישו זאת משנה לנשיא נאור (בפסקה 5 לפסק דינה), השופטת ארבל (בפסקאות 11-12 לפסק דינה), השופטת חיות (בפסקה 2 לפסק דינה) והשופט עמית (בפסקה 5 לפסק דינו).

289. לכך מתווספת העובדה שבתיקון הנוכחי נקבע, כי תקופת ההחזקה ב"מתקן השהייה" תעמוד על 20 חודשים. כאשר מדובר באוכלוסייה השוהה בישראל שנים בשל מדיניות ה"הגנה המשלימה" המוחלת עליה, אוכלוסייה שהמדיניות ביחס אליה "קיימת כבר מספר שנים וסיומה אינו נראה באופק" (עע"ם 8908/11 **אספו נ' משרד הפנים** (פסק דין מיום 17.7.2012), פסקה 30 לפסק דינו של השופט פוגלמן), מה

משמעותה של "מניעת השתקעות"? מה משמעות עקירתו של אדם המתגורר מספר שנים בישראל מביתו, העברתו למתקן בלב המדבר לתקופה של 20 חודשים ושחרורו לאחר מכן כדי שישוב למקום בו התגורר, כשהוא שבור ומרושש? כיצד המשך החזקתם של מי שנמצאים במועד הגשת העתירה מזה שנה תמימה ב"מתקן השהייה" למשך שמונה חודשים נוספים ימנע את השתקעותם? לכך נשוב בדוננו במבחן המשנה הראשון של המידתיות (קשר ראציונלי).

מענה לצרכי ה"מסתננים"

290. במסגרת ההליכים בבג"ץ **איתן** טענו המשיבים כי אחת מתכליות "מתקן השהייה" היא "מענה לצרכי המסתננים". השופט פוגלמן עמד על כך, ש"מרכז השהייה" במתכונתו הנוכחית אינו עונה למעשה על צרכיהם של המוחזקים בו (עניין **איתן**, פסקאות 104-105). קביעתו זו של השופט פוגלמן תקפה גם ביחס לתיקון הנוכחי, המשמר את המבנה הבסיסי של תיקון מס' 4, ומכשיר מחדש את "מתקן חולות" בשינויים מינוריים בהסדרים החלים בו. הפגמים עליהם עמד השופט פוגלמן, פגמים אותם ביקשה יו"ר ועדת הפנים והגנת הסביבה של הכנסת להגחך שוב ושוב, לא נעלמו.

291. ספק אם זוהי אכן תכליתו של החוק. הדאגה לצרכי ה"מסתננים" לא נזכרה ולו פעם אחת בהליכי החקיקה של תיקונים מס' 3 ו-4 ובהליך החקיקה הנוכחי. נהפוך הוא. דאגה לצרכי ה"מסתננים" אינה מתיישבת עם התכלית המרכזית המוצהרת של החוק – שבירת רוחם ועידוד יציאתם של מבקשי מקלט ושל מי שחל עליהם עקרון ה-*non-refoulement*. לא כך מצהירים מי שדואגים למתן מענה לצרכי "מסתננים".

292. יש להבחין בין דבר חקיקה שתכליתו מתן מענה מרצון לצרכי "מסתננים" לבין דבר חקיקה שתכליתו מתן מענה בכפייה לצרכי "מסתננים". גם אם ניתן היה לקבל את טענות המשיבים בעניין **איתן** כי זוהי תכלית החקיקה, הרי שמדובר היה בחקיקה שתכליתה הוא כפיית מענה לצרכי "מסתננים". מדובר בתכלית פטרנליסטית שאינה תכלית ראויה.

293. לו תכלית החוק הייתה מענה מרצון לצרכי "מסתננים" הפונים אל הרשות ומבקשים כי צרכיהם ייענו, מדובר היה בתכלית ראויה. אלא שכאמור, זו אינה התכלית. אילו היה מוקם מתקן המיועד למי שמצוי במצוקה כלכלית ובוחר להתגורר במתקן המנוהל על ידי שירות בתי הסוהר כדי לקבל פת לחם ומיטה, מדובר היה בתכלית ראויה. אלא שכפיית מענה ל"צרכיו" של אדם כלשהו, אשר כלל אינו סבור שיש לו צרכים הצריכים להיענות באמצעות טיפול של רשויות המדינה, באמצעות שליחתו למתקן בניהול שב"ס בלב המדבר, היא תכלית בלתי ראויה בעליל.

294. בית המשפט עמד על הקושי שבפטרנליזם כזה :

"סוגיית ההתנגשות בין פטרנליזם לחירות זכתה לדיון יוריספרודנטי נרחב. ככלל, תפיסתו הגורפת של ג' ס' מיל, המותחת עד לקצה את גבולות החירות ומצמצמת עד למאוד את ההיתר לפטרנליזם, אינה מקובלת על מרבית העוסקים בדבר וגם אינה משתקפת בדין הקיים; יחד עם זאת, מקובל עלינו, במיוחד בעידן כבוד האדם, כי יש

לנקוט יחס של חשדנות כלפי כפיית הפרט לעשות דבר-מה או להימנע מעשייה, וזאת אך ורק משום טובתו-שלו, או מה שנראה בעיני החברה כטובתו-שלו. אכן, ככל שיוצאים אנו מד' אמותיו של הפרט, וככל שנגלה לעין נזק שנגרם לאחר או לחברה – כך ניטה לקבל ביתר הבנה הגבלה על חירותו של הפרט. ואילו ככל שמתכנסים אנו לטובתו האישית של הפרט, לאוטונומיית הרצון שלו ולבחירותיו לגבי האופן בו הוא מבקש לנהל את חייו – כך נמעט לשמש 'אפוטרופסים' עליו." (רע"א 9475/02 "המגן" חברה לביטוח בע"מ נ' המוסד לביטוח לאומי, פסקה 19 לפסק דינו של השופט (כתוארו אז) ריבלין (פורסם בנבו, 27.12.2004); ור' גם: בג"ץ 7245/10 עדאלה נ' משרד הרווחה, פסקה 35 לפסק דינה של השופטת ברק-ארז (פורסם בנבו, 4.6.2013).

295. עתירה זו עוסקת בבגירים העוברים איפנטיליזציה על ידי המדינה. היא מורה להם היכן לגור, קובעת עבורם "כיבוי אורות" משך שמונה שעות ביממה בהן אסור להם לצאת מחדריהם, קובעת עם מי יחלקו חדר, היכן יתקלחו ומתי יורשו לדלג על שעות העוצר, ואף מחלקת להם "דמי כיס". היא לוקחת אנשים בגירים, שרבים מהם שוהים בישראל שנים, עובדים וחיים חיים אנושיים, וקובעת (אם נקבל את הטענה כי זו אכן תכלית החקיקה) כי לטובתם שלהם עליהם להיעקר מחייהם ולעבור למקום בו יקבלו מיטה וארוחה. לו היינו מקבלים את הטענה, לפיה מטרת המתקן היא אכן לדאוג לצרכיהם, לא היה מנוס מלקבוע כי תכלית החקיקה היא כפיית מענה לצרכיהם של "מסתננים", וכי מדובר בתכלית בלתי ראויה ופטרנליסטית. אלא שדומה שאיש אינו חושד במשיבים שבמסגרת הליך החקיקה מה שעמד לנגד עיניהם הם לספק צרכים של "מסתננים" אשר אינם זוכים למענה מחוץ למתקן.

הרתעת "מסתננים" פוטנציאליים

296. פעמיים עמד בית המשפט העליון על הקושי שבשלילת חירותם של "מסתננים" הנמצאים בישראל על מנת להרתיע "מסתננים" פוטנציאליים. בפעם הראשונה התעלמו המשיבים מקביעתו זו בעניין אדם בשעה שחוקקו את תיקון מס' 4. לטענתם, כפי שהובאה בכתב התשובה לעתירה לביטול תיקון מס' 4, התיקון התיישב עם פסק הדין בעניין אדם משום שהוחל רק על מסתננים שנכנסו לישראל לאחר התיקון. בית המשפט דחה בעניין איתן גם את הניסיון המלאכותי ליצור הבחנה מסוג זה והבהיר – הרתעה היא הרתעה, ומקומה לא יכירו במסגרת של אמצעים מינהליים לשלילת חירות.

297. אלא שזו הפעם המשיבים לא ניסו אפילו ליצור מצג כאילו קיבלו את דברי בית המשפט. פעם נוספת, בדברי ההסבר להצעת החוק, מובהר כי תכלית התיקון היא הרתעה:

"התיקון המוצע בסעיף 1 להצעת החוק כולל שורה של הסדרים שתכליותיהם שלובות זו בזו. הוא נועד לשנות את מערך התמריצים של כל אותם מסתננים אשר שוקלים להסתגל למדינת ישראל, ולצמצם את התמריץ לכך." (הצעת חוק, בעמ' 424).

298. יש לשים לב כי תכלית זו מתייחסת לסעיף 1 לתיקון, הכולל הן את הוראות סעיף 30 לחוק המקורי, שעניינן החזקה במשמורת, והן את הוראות פרק ד', שעניינן החזקה ב"מרכז השהייה". כל אחד משני ההסדרים נועד "לצמצם את התמריץ" של מי ששוקלים "להסתגל" לישראל.

299. בית המשפט עמד על כך שתכלית של "שינוי מערך התמריצים" היא תכלית הרתעתית המעוררת קשיים :

"לעומת התכלית הראשונה שעליה עמדנו, תכליתו השנייה של סעיף 30 לחוק – מניעת הישנותה של תופעת ההסתננות – אינה חפה מקשיים. על פי דברי ההסבר לחוק, ההסדר שבסעיף 30 נועד להקטין [...] את התמריץ הכלכלי שבהסתננות לישראל, שכן מסתנן פוטנציאלי השווה כעת במדינת המוצא ידע כי היה ויבחר להגיע למדינת ישראל שלא דרך תחנת גבול, הוא יוחזק במשמורת, לפי ההסדר המוצע, במשך שנה, ולא תתאפשר השתקעותו במרכזי הערים בישראל והעסקתו בישראל, והדבר יקשה עליו להחזיר את העלות הגבוהה הכרוכה בהגעתו לישראל (דברי ההסבר לתיקון מס' 4, בעמ' 126). לטענת המדינה, סעיף 30 לחוק נועד לשמש 'חסם נורמטיבי' שישנה את מערך התמריצים של מסתננים פוטנציאליים ששוקלים להגיע למדינת ישראל, ובכך ימנע את הישנות תופעת ההסתננות. המדינה סבורה כי העובדה שתכלית זו היא פרוספקטיבית ומכוונת כעת למסתננים 'פוטנציאליים' בלבד מבטיחה כי מדובר בתכלית ראויה. כשלעצמי, איני משוכנע בכך. דומה בעיני כי מובנה הפשוט של תכלית זו הוא הרתעתי. חברתי, השופט (בדימוי) ע' ארבל, עמדה על הקושי שבתכלית הרתעתי בהקשר שבו עסקינן בהרחבה בפרשת אדם (שם, בפסקאות 85-93), ואומר בעניין זה רק דברים קצרים אלה: הליך ההחזקה במשמורת אינו הליך עונשי. אין הוא נועד להעניש פרטים על כך שנכנסו לישראל שלא כדין. זהו הליך מינהלי, בעל תכלית נקודתית ומעשית – בירור זהותו של מי שנכנס לישראל בצורה בלתי מוסדרת ומימוש הליכי גירוש מן הארץ. אין ספק: תוצאת הליך זה עלולה להיות מרתיעה עבור אחרים, השוקלים אם לעשות את דרכם לישראל. אין פגם בכך שלמעצר מסתנן, שנועד לקדם את הליכי גירוש, נלווה אפקט הרתעתי (עניין אל טאיי, בעמ' 851). ואולם, אין להסיק מכך כי ניתן להחזיק מסתנן במעצר לשם הרתעת אחרים, גם לאחר שזהותו התבררה, וגם לאחר שנמצא כי אין אפשרות אפקטיבית להרחיקו מהארץ (פרשת אדם, בפסקה 86). עם זאת, מוכן אני להימנע מקביעת מסמרות לעניין תכלית זו, מן הטעם שלהשקפתי סעיף 30 לחוק אינו עומד במבחני המידתיות, שעליהם אעמוד עתה." (עניין איתן, פסקה 52 לפסק דינו של השופט פוגלמן; ראו גם עניין אדם, פסקאות 86-87 לפסק דינה של השופטת ארבל).

300. פעמיים התעלמו המשיבים מקביעות בית המשפט בעניין זה. הם ניצלו את העובדה שבית המשפט פסל את ההסדרים הקודמים על בסיס מבחן המידתיות ונמנע מלקבוע מסמרות בעניין תכליות החקיקה. הם מתנהלים כמי שמנהלים מקח וממכר עם בית המשפט ובוחרים בכל פעם אמצעי שהוא (לכאורה) יותר מתון מקודמו ויעמוד, לשיטתם, במבחן המידתיות, תוך התעלמות מקביעות בית המשפט ביחס לבעייתיות הטמונה בתכליות העומדות בבסיס החוק. זה אינו "דיאלוג". זוהי ביריונות. זהו זלזול בקביעות בית המשפט. ועולה הרושם כי אלה יימשכו אלא אם יקבע כי התכליות העומדות בבסיס החוק – המוצהרות, האמיתיות והנסתרות – אינן ראויות.

(6) החקיקה אינה מידתית

301. נוכח העובדה שהחוק אינו צולח את מבחן התכלית הראויה (ואף שלא הרחבנו בדבר – הרי שהוא אף אינו הולם את ערכיה של מדינת ישראל), כלל אין צורך להתייחס לשאלת מידתיותו של החוק. אך

למעלה מן הנדרש נעמוד על כך שאף אם נניח כי התכליות עליהן עמדנו הן ראויות, התיקון הנוכחי אינו צולח את מבחני המידתיות.

302. בטרם נעמוד בפירוט על שלושת מבחני המשנה של מבחן המידתיות נשוב ונזכיר את שעומד ברקע הדברים – העיקרון האמור להנחותנו בכל אחד משלבי הבחינה החוקתית הוא היחס הראוי הן למבקשי מקלט שבקשתם לא הוכרעה והן למי שזכאים ל"הגנה משלימה" אף אם (לשיטת המדינה) הם אינם עומדים בתנאי אמנת הפליטים (למשמעותה של אותה "הגנה משלימה" ר' עניין **אדם**, פסקה 92 לפסק דינה של השופטת ארבל ופסקה 8 לפסק דינו של השופט פוגלמן; עניין **איתן**, פסקה 32 לפסק דינו של השופט פוגלמן ופסק דינה של השופטת חיות). הקבוצה האחרונה היא הקבוצה העיקרית שעליה חל פרק ד' לחוק. אלפי אנשים שחל עליהם עקרון איסור הגירוש, ה-*non-refoulement*, מוחזקים ויוחזקו מכוח החוק.

303. העיקרון המנחה כל מדינה מפותחת הוא כי מי שחל עליו עקרון ה-*non-refoulement* אינו אמור להיות חשוף לסנקציות או לאמצעים פוגעניים. מי שהמדינה מכירה בכך שקיימת מניעה משפטית לגירושו לא אמור להיות יעד לאמצעים שנועדו לעודד את יציאתו. מי שהמדינה מכירה בתחולת עקרון "ההגנה המשלימה" במשך שנים ארוכות אינו אמור להיתפש כמי שגורם נזק למדינה בעצם נוכחותו, אינו אמור להיעקר מחייו ולהישלח ללב המדבר ואינו אמור לחיות תחת משטר פיקוח של שירות בתי הסוהר, להינעל בחדרו שמונה שעות ביממה, להיות נתון למשטר של חיפוש וענישה של שירות בתי הסוהר.

304. על רקע דברים אלה נעבור לבחון את שלושת מבחני המשנה של מבחן המידתיות.

מבחן המשנה הראשון – קשר רציונלי

305. מבחן המשנה הראשון של מבחן המידתיות הוא מבחן הקשר הרציונלי או מבחן ההתאמה. בהתאם לפסיקתו של בית משפט זה, תרומתו של האמצעי שנקט למימוש התכלית צריכה להיות ממשית, ולא די בקשר ספקולטיבי או קלוש. כמו כן, ככל שהפגיעה בזכות גדולה יותר וככל שמדובר בזכות חשובה יותר במדרג זכויות האדם, כך נדרש הקשר בין האמצעי למטרה להיות הדוק יותר. מבחן זה אינו מתקיים ביחס לאף אחת מתכליות התיקון הנוכחי.

306. ראשית, ביחס לעידוד יציאתם של מבקשי מקלט ושל מי שחל עליהם עקרון ה-*non-refoulement* – כפי שעולה מדברי הגורמים השונים שצוטטו לעיל, כמה אלפי אנשים יצאו את ישראל "מרצון" בעקבות תיקון מס' 4 לחוק למניעת הסתננות, אך מגמה זו נבלמה. המגמה נבלמה לא בעקבות פסק הדין בעניין **איתן** אלא כבר מספר חודשים לפני כן, כך לפי דברי נציגי משרד הפנים שצוטטו לעיל. ניכר כי פוטנציאל האנשים שניתן לעודדם לעזוב את ישראל מוצה, וכי התיקון הנוכחי, אף על פי שהוא מאמלל את חיי מבקשי המקלט והזכאים ל"הגנה משלימה" הנמצאים בישראל, אינו יכול עוד להרים תרומה ממשית לעניין זה.

307. למעלה מכך, נוכח היותה של תכלית זו בלתי ראויה בעליל, תכלית המעמידה בסכנת חיים את מי שהיא נועדה לחול עליו (וניכר כי אף המשיבים מכירים בכך ולכן במסגרת ההליכים בעניין **איתן** הכחישו בתוקף כי זוהי תכלית "מתקן השהייה"), דווקא הוכחת קשר רציונלי בין האמצעי שנקט לתכלית תביא לפסילה של החוק. תכלית של שבירת רוחם של מבקשי מקלט עד שיאמרו "רוצה אני" היא כה פסולה, עד שדווקא אם יוכח כי החזקה ב"מתקן השהייה" מקדמת אותה בצורה ממשית, תגבר הנטייה לפסול את ההסדר.

308. שנית, ביחס לתכלית שעניינה "**מניעת השתקעות**" – ככל שהכוונה במניעת השתקעות היא מניעת הימצאותם בישראל של מי שחלה עליהם "הגנה משלימה", ההחזקה ב"מתקן השהייה" אינה מקדמת במאום את התכלית. מדובר במי שישראל מכירה בכך שלא ניתן לגרשם מישראל. הם מצויים בישראל כבר שנים, ואלא אם יוחלפו המשטרים באריתריאה ובסודן (דבר שאי אפשר לדעת אם ומתי יתרחש) הם יישארו כאן עוד שנים (ואם ישתנו התנאים במדינות אלה, ממילא ניתן יהיה לדרוש את יציאתם מן המדינה או לגרשם וזאת ללא צורך בהוראות התיקון הנוכחי לחוק למניעת הסתננות). העברתם ל"מתקן חולות" אינה מונעת את הישארותם ארוכת השנים בישראל (אלא אם היא נועדה לשבור את רוחם ולעודדם לצאת מרצונם, דבר, שכאמור, הוכחש על ידי המשיבים במסגרת ההליך בעניין **איתן**).

309. לכך נוסיף את תקופת החזקה ב"מתקן השהייה". בהתאם לתיקון הנוכחי יוחזקו "מסתננים" במתקן לתקופה של 20 חודשים. לפיכך, זהו, אם כן, התסריט הטיפוסי – אדם נכנס לישראל לפני מספר שנים; הוא מזומן ל"מתקן השהייה"; עליו לעזוב את בית מגוריו, את עבודתו, את חבריו, את סביבתו הקרובה ואת חייו ולעבור לחיות במקום בלב המדבר, במתקן המנוהל על ידי שירות בתי הסוהר, בו אין לו פרטיות, אין לו שליטה בסדר יומו וכו'; כעבור 20 חודשים הוא משוחרר וחוזר להתגורר באחת מערי ישראל (כשעליו למצוא כעת מקום מגורים ומקום עבודה חדש, כשהוא עני משהיה, וכשהוא עלול ליפול כעת לנטל על החברה). כיצד עקירתו מחייו למשך 20 חודשים תמנע את השתקעותו?

310. לכך יש להוסיף, לפי נתוני משרד הפנים שוהים בישראל היום 47,137 "מסתננים". "מתקן חולות" יכול להכיל היום כ-3,360 מוחזקים. גם אם תוכפל הקיבולת של המתקן, אי אפשר יהיה להחזיק בו אלא מיעוט קטן מבין ה"מסתננים" בישראל. בנסיבות אלה, כלל לא מתקיים קשר רציונלי בין התכלית האמורה לבין האמצעי הפוגעני שנקט.

ר' אתר רשות האוכלוסין וההגירה, נתוני זרים בישראל (אוקטובר 2014):

<http://piba.gov.il/PublicationAndTender/ForeignWorkersStat/Documents/564899cce.pdf>

311. בית המשפט עמד על כך בפסק הדין בעניין **אדם** בהתייחסו למבחן הקשר הרציונלי:

"על פי נתוני המדינה שוהים כיום בישראל כ-55,000 מסתננים. מתוכם, כ-1,750 מסתננים מוחזקים מכוח החוק למניעת הסתננות, כלומר אחוז קטן מכלל המסתננים, כאשר ככל הנראה כיום מדובר בקיבולת המקסימאלית של המתקן. [...] משמעות נתונים אלו היא ברורה. השמתם של כ-1,750 איש במשמורת יש לה השפעה מזערית על מכלול ההשפעות של תופעת ההסתננות, בהתחשב בעשרות אלפי

המסתננים שאינם נתונים במשמורת, כך שספק רב אם בפועל מושגת התכלית האמורה מהשמתם של אותם מסתננים שהמקום מכיל כיום במשמורת." (פסקה 97 לפסק דינה של השופטת ארבל).

312. בית המשפט חזר על הדברים גם בפסק הדין בעניין **איתן** :

"על רקע מיעוט המוחזקים במרכזו השהייה בהשוואה למספרם באוכלוסייה הכללית, איני משוכנע כי להשמתם במרכזו השהייה ולחובתם להתייצב בו שלוש פעמים ביום נודעת השפעה אפקטיבית על השתקעות המסתננים כקבוצה במרכזי הערים, ואם היא מסייעת באופן ממשי למנוע השתלבותם בשוק העבודה." (פסקה 24 לפסק דינו של השופט פוגלמן).

313. מכל האמור עולה שהחזקה ב"מתקן השהייה" אינה מקדמת את תכלית "מניעת ההשתקעות", הן משום שמדובר באוכלוסייה הצפויה להישאר בישראל שנים (אלא אם ניתן יהיה לגרשה, ואז ממילא לא יהיה צורך ב"מתקן השהייה"); הן משום ש"שליפת" מבקשי מקלט מחייהם, החזקתם במשך 20 חודשים במתקן ושחרורם לא יכולים למנוע השתקעות; והן משום שהקיבולת הקיימת היום והצפויה בעתיד של "מתקן השהייה" אין לה אלא השפעה מזערית על "הוצאת המסתננים ממרכזי הערים".

314. שלישית, באשר לתכלית שעניינה "**מתן מענה בכפייה לצרכי המסתננים**" – כפי שכבר כתבנו לא רק שמדובר בתכלית פטרנליסטית, אלא שאין ספק שתכלית זו כלל לא עמדה לנגד עיני הרשויות המבצעת והמחוקקת. זאת ניתן ללמוד הן מהדברים שנאמרו בהליך החקיקה והן מתוכנו של החוק. אולם נוכח העלאת טענה זו על ידי המשיבים בהליך בעניין **איתן** נתייחס גם אליה.

315. הסמכות לזמן בכפייה כל אחד מן ה"מסתננים" הנמצאים בישראל ללא קשר למצבו ולצרכיו נעדרת קשר רציונלי לתכלית של מענה לצרכי ה"מסתננים". לרבים ממבקשי המקלט שזומנו אין צרכים עליהם יש לתת מענה, וגם אם יש להם צרכים כאלה, אין מדובר בצרכים של מקום לינה וארוחה. כפי שעולה מן התצהירים שצורפו לעתירה זו, רבים ממי שזומנו למתקן "חולות" הועסקו במשך שנים, היה להם מקום מגורים ולא היו להם צרכים פיזיים שהצריכו מענה דוגמת "חולות" והשירותים שבו. החוק אינו מתנה את הזימון ל"מרכז השהייה" בכך שלאדם יש צרכים מסוימים. הוא אינו קובע, למשל, כי רק מי שאין לו מקום מגורים או רק מי שאין לו אמצעים לכלכל את עצמו יוזמן למתקן (על מנת לשהות בו באופן וולונטרי, אם רצונו בכך). לכן הוא נעדר קשר רציונלי לתכלית של "סיפוק צרכי המסתננים".

316. גם האופן בו מיושם החוק מצביע על העדרו של קשר רציונלי כזה. כפי שעולה מפסק הדין בעניין **איתן**, המשיבים קבעו קריטריונים לזימון לחולות. לפי קריטריונים אלה, דווקא מבקשי המקלט המצויים בישראל פרקי זמן ארוכים יותר הם המזומנים ל"מרכז השהייה" (ר' פסקאות 90-91 לפסק דינו של השופט פוגלמן). השכל הישר, כמו גם התצהירים שצורפו לעתירה זו, מלמדים כי דווקא אלה שנמצאים בישראל פרק זמן ארוך יותר יהיו המבוססים יותר ואלה שיש להם פחות "צרכים" שיש לתת להם מענה. גם עובדה זו מעידה על העדרו של קשר רציונלי בין התכלית של כפיית סיפוק צרכים לבין האמצעי של זימון ל"מתקן חולות".

317. עוד לעניין תכלית זו, עיון בחוק מלמד כי האוכלוסיות הפגיעות ביותר, אלה שיש להניח כי יש דווקא להן צרכים מיוחדים, אינן מזומנות למתקן. בהתאם לסעיף 32ד(ב) לחוק, לא יזומנו, למשל, נשים, קטינים, מי שגילם עולה על 60, מי שיש להם צרכים רפואיים מסוימים וקורבנות עבירת סחר בבני אדם. טוב עשו המשיבים שפטרו, לפחות, אוכלוסיות רגישות אלה מעונשה של ההחזקה ב"מרכז השהייה", אולם הפטור שניתן לאוכלוסיות אלה, שדווקא הן בעלות הצרכים המשמעותיים ביותר, מלמד כי המתקן לא נועד לספק ואינו מספק את צרכיהם של "מסתננים", וכי אין קשר רציונלי בין ההחזקה במתקן לבין כפיית מענה לצרכי ה"מסתננים".
318. בנוסף, לא מתקיים קשר רציונלי בין התכלית של כפיית מענה לצרכי ה"מסתננים" לבין האמצעי של החזקתם ב"מתקן שהייה", היות ש"מתקן השהייה" כפי שעוצב בתיקון מס' 4 ובתיקון הנוכחי אינו מספק את המענה הדרוש לבני אנוש לאורך זמן (ר' עניין **איתן**, פסקאות 104-106 לפסק דינו של השופט פוגלמן).
319. לבסוף, נתייחס למבחן הקשר הרציונלי ביחס לתכלית ההרתעתית. לאחר שבית המשפט כבר עמד על הקשיים שבתכלית ההרתעתית של תיקונים מס' 3 ו-4 דומה שכלל אין צורך לבחון את הגשמתה של תכלית זו במשקפי המידתיות, אולם לא נימנע מכך.
320. בית המשפט עמד בפסקי הדין בעניין **אדם** ובעניין **איתן** על כך שמספרם של מי שנכנסו לשטח המדינה דרך גבול מצרים-ישראל ירד דרמטית משנת 2012 בעקבות בניית גדר הגבול. עוד עמד בית המשפט על כך שנוכח סיום בניית הגדר במקביל להפעלתו של תיקון מס' 3 עולים סימני שאלה ביחס לתרומת החקיקה לצמצום מספר הנכנסים לישראל. בנסיבות אלה, כך נקבע בשני פסקי הדין, קיים קושי לייחס קשר רציונלי הדוק בין האמצעים שנקטו בתיקונים מס' 3 ו-4 לבין הירידה המשמעותית במספר הנכנסים לישראל (עניין **אדם**, פסקה 99 לפסק דינה של השופטת ארבל; עניין **איתן**, פסקה 57 לפסק דינו של השופט פוגלמן).
321. בהתאם לנתוני משרד הפנים שלעיל, מאז תחילת שנת 2014 נתפסו בגבול 21 "מסתננים". רובם (12 מהם) נכנסו לישראל בחודש ינואר 2014. כלומר במהלך תשעת החודשים האחרונים שלפני הפרסום, נכנסו לישראל 9 "מסתננים" – ממוצע של אחד בחודש. המשיבים שוללים את חירותם של אלפי אנשים על מנת להרתיע בודדים, וזאת אף על פי שלא ניתן להצביע על קשר מובהק בין הנקיטה באמצעי זה לבין הרתעה.
322. במסגרת ההליכים בעניין **איתן** טענו המשיבים כי טפוף הנכנסים לישראל מלמד כי גדר אינה יכולה לחסום באופן הרמטי את הגבול, ולכן נדרשים אמצעים מרתיעים. דומה שהמשיבים לא ינוחו עד שיגיע מספר הנכנסים לישראל לאפס. אלא שאין אמצעי מרתיע, אין חסם נורמטיבי, שיכול לעשות עבודה זו. המשיבים אינם מרוצים מממוצע כניסות לישראל של אחד לחודש, אולם אין אמצעי בעולם במקום כלשהו בעולם שיכול להבטיח אפס כניסות. החוק הפלילי, אף שהוא נושא בצידו עונשי מאסר כבדים בחלק מן המקרים, לא הצליח עד היום להוריד את שיעורי הפשיעה לאפס אחוזים. אנו מכירים בכך שהחוק הפלילי נועד לצמצם את מספר העבריינים ולא למגר באופן מוחלט את הפשיעה. אנשים מבצעים

עבירות של רצח, אונס ושווד אף על פי שהם יודעים שיבלו שנים ארוכות במאסר אם ייתפסו. גם אמצעים של שלילת חירות של "מסתננים" לא יביאו לעולם לירידת שיעור החוצים את הגבול לאפס. למעשה אין אמצעי כזה. הגם שהמשיבים שואפים לצמצם את מספר הנכנסים לישראל, לעולם לא יעלה בידם למגר לחלוטין תופעה זו, ועם כך יש להשלים. בהינתן המספר הזעום של מי שנכנסים לישראל בשלוש השנים האחרונות, ספק אם האמצעים הננקטים בחוק בתיקון הנוכחי יכולים להוסיף ולקדם תכלית הרתעתית שתביא לצמצום נוסף של מספר החוצים את הגבול (ואף אם כן, מדובר בתוספת תועלת מזערית). בהינתן המכשול הפיזי, ספק אם אלמלא החוק תישנה תופעת הכניסה לישראל ללא היתר. מכל מקום, קשר רציונלי כזה הוא ספקולטיבי, ובהיותו כזה אינו יכול להצדיק שלילת חירות.

323. חשוב לומר כי המשיבים עצמם מודים כי לא מתקיים קשר רציונלי בין האמצעים הננקטים בחוק לבין תכליותיו. בהציגה את החוק לקריאה שנייה ושלישית במליאת הכנסת ביום 8.12.2014 אמרה יו"ר ועדת הפנים והגנת הסביבה, ח"כ מירי רגב:

"אני רוצה להבהיר כי החוק שעליו אנו מצביעים היום הוא חוק עקר, הוא חוק שלא הייתה לי ברירה אלא להסכים להביאו להצעה בגלל המצב של הכנסת ופיזור הכנסת.

[...]

רצינו להאריך את תקופת השהייה במתקן 'חולות' מ-20 חודשים ל-24 חודשים. גם לזה הם התנגדו. ורצינו, כמובן, להקים משרד שידוכים, איך לא? הרי השופט פוגלמן אמר: איך מסתנן לא ימצא בן או בת-זוג? כדי שדעתו של פוגלמן תנוח, נקים משרד שידוכים ב'חולות'. נכון, פריז?"

324. יו"ר ועדת הפנים והגנת הסביבה עמדה על כך שהחוק לא משיג את התכליות שהוא נועד להשיג גם בישיבת הוועדה ביום 8.12.2014:

"אני אצביע על חוק, שהוא לא חוק אידיאלי, הוא חוק עקר, הוא לא נותן שיניים להתמודדות בצורה רצינית עם מדיניות של כניסה של אלפי מסתננים לשטח מדינת ישראל, אבל פירוק חולות לא יהיה על מצפוני. לכן אני אאשר חוק עקר."

325. הכל יודעים, אם כן, כי לא מתקיים קשר רציונלי בין האמצעים שנוקט החוק לבין תכליותיו.

מבחן המשנה השני – האמצעי שפגיעתו פחותה

326. מבחן המשנה השני של המידתיות דורש כי המחוקק יבחר באמצעי שפגיעתו פחותה כדי להגשים את תכליות החוק. אלא שבמקרה זה, בו מצאנו כי לא מתקיים קשר רציונלי בין האמצעים הננקטים לבין התכליות, קיים קושי להציע מבחנים שיגשימו את מבחן המשנה השני של המידתיות. כאשר ממילא לא מתקיים קשר רציונלי בין האמצעי לתכליות, מה הטעם להציע אמצעים אחרים (שלא) יגשימו את תכלית החוק במידה זהה לאמצעי הקיים?

327. לפיכך, נצמצם כאן את הדיון לשתיים מן התכליות. התכלית האחת היא התכלית שעניינה "מענה לצרכי המסתננים". ככל שזוהי אכן תכליתו של דבר החקיקה, אין צורך לומר כי ניתן למצוא אמצעים רבים שפגיעתם בזכויות מבקשי המקלט פחותה, פחותה בהרבה. כך, למשל, השהייה ב"מתקן השהייה" יכולה להיות וולונטרית. מבקש מקלט הסבור כי אין לו אמצעים אחרים להשיג מדור ומזון יוכל לפנות אל הרשויות ולבקש להתגורר ב"מתקן השהייה". אמצעי כזה יוציא את האלמנט הפטרנליסטי, עליו עמדנו למעלה, מתוך התכלית האמורה, ויהפוך אותה מתכלית של מתן מענה בכפייה ל"מסתננים" לתכלית של מתן מענה מרצון ל"מסתננים", ויהפוך את התכלית לראויה. אמצעי כזה גם יחזק את קיומו של קשר רציונלי, משום שרק מבקשי מקלט הזקוקים ל"מענה" יקבלו "מענה" כזה.

328. באשר לתכלית "מניעת ההשתקעות" (שכאמור, האמצעים שבחוק כלל אינם מביאים להגשמתה) – מכתב התשובה שהגישו המשיבים לעתירה בעניין ביטול תיקון מס' 4 עולה כי לשיטתם "מניעת השתקעות" מטרתה, בין השאר "להגן על שגרת החיים ועל הביטחון האישי של תושבי הערים, בהן מתרכזת מרבית מאוכלוסיית המסתננים" (כתב תשובה מיום 11.3.2014, סעיף 215). בכתב התשובה בעניין **אדם** הובאו נתוני הפגיעה של מבקשי מקלט בישראל, ונטען כי מניעת ההשתקעות נועדה, בין השאר, כדי להילחם בפגיעה (כתב תשובה מיום 13.5.2013).

329. האמצעים החלופיים שפגיעתם פחותה נפרשו בפני המשיבים בדוח מבקר המדינה 64 שפורסם ביום 13.5.2014 (עמ' 59-130), אך המשיבים העדיפו להתעלם ממנו.

לדוח המבקר:

<http://www.mevaker.gov.il/he/Reports/Pages/248.aspx>

330. בדוח מבקר המדינה נכתב, כי כלל לא ברור שנתוני הפגיעה בקרב "מסתננים" גבוהים יותר משיעורי הפגיעה בקרב כלל האוכלוסייה (שם, עמ' 85. ר' גם עניין **אדם**, פסקה 13 לפסק דינה של השופטת ארבל). אולם בכל מקרה דוח מבקר המדינה מבהיר כי "מאפייני הפגיעה בקרב זרים [...] מובילים למסקנה כי רק טיפול מערכתי וכלל ממשלתי, שיתמודד גם עם הגורמים לפגיעה בקרב הזרים, יכול להוביל לשינוי." (שם, עמ' 88). מבקר המדינה עמד על כך שבין הגורמים לפגיעה ניתן למצוא את הסדר אי האכיפה של איסור ההעסקה של "מסתננים", שמכוחו לא ניתנים להם, מצד אחד, רישיונות עבודה, ומצד שני אין אוכפים את האיסור על העסקתם. המבקר עמד על כך שהסדר זה, שהוצג תחילה על ידי המדינה כהסדר זמני אך מיושם זה מספר שנים, מביא לפגיעה ביכולתם של מבקשי המקלט בישראל להתקיים בכבוד, וזו, בתורה, מביאה לריכוז מבקשי המקלט באיזורים מסוימים, הפיכתם לנטל על המערכות באיזורים אלה, ובמקרים מסוימים אף לפגיעה (שם, עמ' 95-101).

331. אמצעי חלופי, אם כן, הוא אימוץ הסדר אחר תחת "מדיניות אי האכיפה", הסדר שיאפשר קיום בכבוד של מבקשי המקלט, יביא לפיזורם ויצמצם את ממדי הפגיעה.

332. כאמור, אין כל אינדיקציה שנתוני הפגיעה בקרב "מסתננים" הם גבוהים יותר משעורם בקרב כלל האוכלוסייה. אולם גם אם נניח לרגע כי נתוני הפגיעה בקרבם גבוהים יותר, אין בכך כדי להצדיק את

האמצעים הננקטים וניתן למצוא אמצעים חלופיים שמידת פגיעתם פחותה. אפילו היינו מניחים כי נתוני הפשיעה גבוהים יותר בקרב ה"מסתננים", דומה שלא יימצא חולק שרובם של ה"מסתננים" אינם עבריינים. אסור להטיל כתם על אוכלוסיה שלמה ולנקוט באמצעים של שלילת חירות כלפי אוכלוסיה שלמה רק בשל טענה ששיעורי הפשיעה בקרבה גבוהים יותר.

333. כיצד היינו מגיבים לו נתוני המשטרה היו מצביעים על קורלציה בין מצב סוציו-אקונומי לשיעורי פשיעה, ובתגובה הייתה מחוקקת הכנסת חוק המורה על סגירתם של כל המצויים בעשירון התחתון במחנות? כיצד היינו מגיבים אילו נתוני המשטרה היו מצביעים על כך ששיעורי הפשיעה בקרב קבוצה אתנית מסוימת גבוהים יותר, ובתגובה הכנסת הייתה קובעת בחקיקה כי יש לסגור במחנות את כל בני אותה קבוצה אתנית?

334. בכל אותם מקרים היינו משיבים, כי עם פשיעה יש להתמודד באופן אינדיבידואלי. היינו משיבים כי האמצעי שפגיעתו פחותה אינו שלילת חירותה של אוכלוסיה שלמה אלא הקצאת משאבים רבים יותר למלחמה בפשיעה והעמדה אינדיבידואלית לדין של מי שמעורבים בפשיעה. זהו האמצעי שפגיעתו פחותה להתמודדות עם תופעה של פשיעה. האמצעי שקובע החוק – שליחתם של אלפי אנשים למחנה בלב המדבר גם אם לא פשעו – במטרה להגשים תכלית שעניינה ביטחון אישי של תושבי ישראל המתגוררים באזורים בהם מתרכזים מבקשי המקלט הוא רחב מדי וצר מדי בו בזמן. הוא רחב מדי משום שרובם המוחלט של האנשים שזומנו ל"מרכזו" מעולם לא היו מעורבים בפשיעה. הוא צר מדי משום שהוא אינו מבטיח כי מי שמעורבים בפשיעה יזומנו למתקן. אם אלפים אחדים מתוך אוכלוסיה בת 47 אלף מבקשי מקלט שוהה ב"חולות", ואלה נבחרו בהתאם למשך שהייתם בארץ, אין בכך כדי להוציא ממרכזי הערים את רוב מבקשי המקלט, ורבים מאלה שייתכן שמעורבים בפשיעה יישארו במרכזי הערים.

335. כאמצעי חלופי ראוי יצר המחוקק את הדין הפלילי, שהוא אינדיבידואלי מטבעו. כל שימוש באמצעי מינהלי אחר על בסיס קבוצתי כדי להתמודד עם תופעות של ביטחון אישי פוגע בזכויות יסוד בצורה אנושה, אינו עומד בתנאי מבחן המשנה השני של המידתיות ומסכן את היסודות המשפטיים עליהם בנויה החברה שלנו (ר' והשוו פרשת *Korematsu v. United States* 323 US 214 (1944), בה נדון צו נשיאותי שהורה על מעצר במחנות של כל האזרחים והלא-אזרחים ממוצא יפני ששהו בארה"ב על מנת להתמודד עם החשש שחלקם יפעלו נגד ביטחון המדינה).

מבחן המשנה השלישי – מידתיות במובן הצר

336. בבוחנו את עמידת התיקון הנוכחי בתנאי מבחן המשנה השלישי של מבחן המידתיות יש להביא בחשבון את התועלת לאינטרסים הציבוריים שהחוק נועד לקדם אל מול הפגיעה בזכויות האדם של מי שהחוק חל עליהם.

337. במסגרת מבחן זה נודעת חשיבות למספר עניינים בהקשר הנוכחי. ראשית, במסגרת מבחן זה חשוב לשים, פעם נוספת, במרכז הדיון את העובדה שהאוכלוסיה בה אנו עוסקים היא אוכלוסייה שחל עליה

עקרון ה-*non-refoulement* וזכאית ל"הגנה משלימה" ולכן אין מקום לדחוק אותה לצאת את הארץ, אין מקום לנקוט נגדה אמצעים פוגעניים, ואין להתייחס אליה כאל גורם שלילי ולא רצוי בחברה הישראלית. עניין לנו באנשים שבהתאם למשפט הישראלי ולדין הבינלאומי חלה חובה לאפשר להם, לעת הזו, להישאר בגבולות המדינה. אין מקום לומר, שחל איסור על גירושם של חברי קבוצה זו בשל המצב הקשה במדינות מוצאם, ובו בזמן לתייג אותם כ"מסתננים" שיש לאמלל אותם.

338. עקרון זה משליך על בחינת התקיימות מבחן המשנה השלישי. בעניין **איתן** התייחס השופט פוגלמן לעקרון יסוד דומה – אין מחזיקים אדם במשמורת כאשר לא מתקיים בעניינו הליך גירוש אפקטיבי ובתוך פרק זמן סביר. עקרון זה השליך על ניתוח מבחן המשנה השלישי של המידתיות והוביל למסקנה, כי הפגיעה בזכויות "מסתננים" אינה מקיימת יחס ראוי למידת התועלת העולה ממנה (ר' עניין **איתן**, פסקאות 71 ו-78 לפסק דינו של השופט פוגלמן; ר' גם פסקאות 89, 95 ו-97 לפסק דינו).

339. גם ביחס להחזקה ב"מרכזתהשהייה" יש להביא בחשבון, במסגרת מבחן המשנה השלישי, את המצב העובדתי והנורמטיבי של המיועדים להישלח אליו. בעניינו מדובר לא רק במי שאין אפשרות לגרשם כעת. מדובר במי שמדינת ישראל חבה להם חובת הגנה לפי המשפט הבינלאומי. אפילו אם נניח שכדברי המדינה אין מדובר ב"פליטים" כמשמעם באמנה בדבר מעמדם של פליטים (ואין אנו מניחים כך), מדובר במי שחל עליהם עקרון ה-*non-refoulement*, מי שזכאים ל"הגנה משלימה" (ר' עניין **אדם**, פסקה 92 לפסק דינה של השופטת ארבל ופסקה 8 לפסק דינו של השופט פוגלמן; עניין **איתן**, פסקה 32 לפסק דינו של השופט פוגלמן ופסק דינה של השופטת חיות).

340. בספרות האקדמית הועלתה הטענה, כי אין להפלות בין הזכאים ל"הגנה משלימה" למי שזכאים להכרה בהיותם פליטים (ר' JANE McADAM, COMPLEMENTARY PROTECTION IN INTERNATIONAL REFUGEE LAW 219-223 (2007)). אף אם לא נקבל דעה זו, עושה רושם שאין עוד מדינה מפותחת היום הסבורה, כמדינת ישראל, כי מי שזכאים ל"הגנה משלימה" צריכים לחיות בלימבו משפטי. אין עוד מדינה מפותחת הסבורה כי מי שזכאים ל"הגנה משלימה" הם מי שיש להילחם בנוכחותם במדינה, לשלול את זכויותיהם, לכנותם "מסתננים", להתייחס אליהם כאויבים, לבזות אותם ולשבור את רוחם. יש לזכור כי מי שזכאים ל"הגנה משלימה" הם מי שנשקפת סכנה לחייהם או חירותם. ההבדל היחיד בינם לבין פליטים נוגע לשאלה מה היא העילה בגינה נשקפת להם סכנה. כך, למשל, אף המשיבים מסכימים כי הסיבה בגינה אין להחזיר את אזרחי אריתריאה למדינת מוצאם נוגעת לסכנה הנשקפת למי שיצא מן המדינה בהיותו בגיל גיוס חובה. הם אינם מוכרים כפליטים רק בשל עמדת המשיבים, לפיה נסיבות אלה אינן יוצרות עילה לפי אמנת הפליטים (להבדיל מכל המדינות המפותחות האחרות, המכירות בכך שרוב האריתראים הנרדפים בשל יציאה מן המדינה בגיל גיוס נרדפים על רקע שייכות לקבוצה חברתית מסוימת או דעה פוליטית מיוחסת, ולכן זכאים להיות מוכרים כפליטים).

341. כך או כך, מדובר במי שאינם מוחזרים בשל הכרת המדינה בסכנה הנשקפת להם. המניעה להחזרתם היא נורמטיבית. זאת יש להביא בחשבון במסגרת מבחן המשנה השלישי של המידתיות, בשעה שנמדדת

מידת הפגיעה בהם (על השלכת נתון זה במסגרת מבחן המידתיות במובן הצר ר' עניין **אדם**, פסקה 112 לפסק דינה של השופטת ארבל).

342. שנית, יש להביא בחשבון במסגרת מבחן המשנה השלישי של המידתיות את התועלת הספקולטיבית והמעטה, אם בכלל, של ההסדר החקיקתי לתכליות המוצהרות והבלתי מוצהרות. כפי שצינו בבוחנו את מבחן המשנה הראשון של המידתיות, בית המשפט כבר עמד על כך שתועלתן של החזקה במשמורת ושל החזקה ב"מתקן שהייה" הן מועטות. נוכח התועלת המוגבלת של אמצעים אלה להשגת תכליות החקיקה, הפגיעה בזכויותיהם של מבקשי המקלט אינה עומדת בפרופורציה לתועלת (ר' עניין **איתן** פסקאות 67-69 לפסק דינו של השופט פוגלמן; עניין **אדם**, פסקה 29 לפסק דינו של השופט פוגלמן).

343. אל מול התועלת המועטה, אם בכלל, של ההסדר החוקי החדש, עומדת פגיעה חריפה בזכויותיהם של מבקשי המקלט המזומנים ל"מתקן שהייה". אנשים שיש מניעה משפטית לגרשם, חלקם ניצולי רצח העם בדארפור, חלקם עברו עינויים קשים בדרכם לישראל, וכולם אזרחי מדינות בהן הפרות זכויות אדם נרחבות, נאלצים, לעתים לאחר שנים במהלכן התגוררו בישראל, שיקמו ולו במעט את חייהם, מצאו דיור וכן הלאה, לעקור בהתרעה של חודש מבתיהם ולהתייצב במתקן בלב המדבר. במתקן זה חייהם מנוהלים על ידי שירות בתי הסוהר, האוחז בסמכויות ענישה וחיפוש ביחס אליהם. במשך שליש מן היממה הם נעולים באגפיהם. נשללת מהם הזכות לפרטיות, נשללת הזכות לאוטונומיה, נשללת הזכות להיות אדונים לגורלם. הם חשופים במהלך שהותם ל"שיפוט משמעותי" קלוקל בפני פקידים חסרי הכשרה וכלים, המוסמכים לשלוח אותם לחודשים של מחבוש. כל זאת מבלי שהורשעו בעבירה ומבלי שנמצא בהליך משפטי כי דבק בהם אשם כלשהו. כך למשך 20 חודשים, שבסיומם, לאחר שיסיימו לרצות את מנת "מניעת ההשתקעות" שלהם, יותר להם לשוב ולחזור לחייהם הרגילים.

344. תיארונו למעלה בפירוט את החיים במתקן ולא נשוב על תיאור זה כאן. גם בית המשפט תיאר בעניין **איתן** את הפגיעה בזכויותיהם של "מסתננים" המוחזקים ב"מתקן שהייה" ואין צורך לחזור על הדברים כאן.

345. יטענו המשיבים, כי התיקון הנוכחי קובע הסדרים אחרים מאלה אליהם התייחס בית המשפט העליון בפסק דינו. אלא שאלה אינם פני הדברים. השופטת ארבל כינתה את תיקון מס' 4 כ"אותה הגברת בשינוי אדרת" בהשוואה לתיקון מס' 3. על דרך הפראפראזה ניתן לומר שהפעם מדובר באותה הגברת בקיצור אדרת, ולא בשינוי מהותי של ההסדרים שנקבעו.

346. המתקן אותו מתקן, ניהולו מופקד בידי שירות בתי הסוהר, נעילתם של מבקשי המקלט על מנעול ועל בריח במשך שליש מן היממה עומד על כנו. רק שני שינויים מרכזיים הכניס התיקון הנוכחי לחוק, ושניהם אינם בעלי השלכה ממשית על מבחן המידתיות במובן הצר – הפחתת מספר ההתייצבויות ביממה משלוש לאחת, והפחתת פרק הזמן המקסימלי להחזקה ב"מתקן שהייה" משלוש שנים לשנה ושמונה חודשים.

347. נפתח בהפחתת מספר ההתייצבויות. בעניין **איתן** שופטי המיעוט, הנשיא גרוניס והשופט הנדל, סברו, כי על מנת שהחוק יהיה חוקתי די להפחית את מספר ההתייצבויות משלוש לשתיים. שופטי הרוב סברו אחרת, וקבעו כי גם הפחתת מספר ההתייצבויות לא יהפוך את החוק לחוקתי.
348. לכאורה, בהפחתת מספר ההתייצבויות במתקן משלוש לאחת ביום הלך המחוקק מעבר למה שנדרש על ידי שופטי המיעוט, אולם בחינת הדברים מלמדת כי לא כך הוא. כאשר בוחנים את מספר הפעמים שנדרשים המוחזקים במתקן להתייצב לא ניתן לעשות זאת בהתעלם מן הנתונים האחרים שבשני החוקים. בהתאם למצב ששרר **עובר לביטול תיקון מס' 4**, מי שמוחזק במתקן צריך היה לשהות בו (נעול באגף בו הוא משוכן) משעה 10 בערב עד 6 בבוקר; היה עליו להתייצב בבוקר בפעם הראשונה, החל משש בבוקר; להתייצב פעם שנייה בשעות הצהריים; להתייצב בשלישית בין השעות 8 ל-10 בערב; ואז להינעל באגף בו שוכן עד 6 בבוקר.
349. לו הייתה מתקבלת עמדת המיעוט בעניין **איתן**, מי שמוחזק במתקן היה צריך לשהות בו (נעול באגף בו הוא משוכן) משעה 10 בערב עד 6 בבוקר; להתייצב בסמוך לשעה 6 בבוקר; להתייצב פעם נוספת בין השעות 8 ל-10 בערב; ואז להינעל באגף בו שוכן עד 6 בבוקר. כך לפי דעת המיעוט, שנדחתה על ידי שופטי הרוב, בקובעם כי אין בכל כדי לרפא את הפגם החוקתי.
350. בהתאם לתיקון הנוכחי, מי שמוחזק במתקן צריך לשהות בו (נעול באגף בו הוא משוכן) עד 6 בבוקר; הוא אמנם לא צריך להתייצב בשעה 6 בבוקר, אך ממילא לא יוכל לצאת לפני שעה זו מהאגף בו הוא נעול; עליו להתייצב שוב בין השעות 8 ל-10 בערב; ושוב להינעל באגפו עד הבוקר.
351. החובה להתייצב פעם אחת בלבד בערב תוך "ויתור" על התייצבות הבוקר אינו מפחית כהוא זה את הפגיעה בחירותו של המוחזק במתקן, שכן ממילא הוא אינו יכול לצאת לפני השעה שש בבוקר. אם כן, אף על פי שלכאורה נבחרה נוסחה "רכה" יותר מזו שהציגו שופטי המיעוט, בפועל מידת הפגיעה בזכות לחירות של הסדר ההתייצבויות שנקבע בחוק זהה לעמדת שופטי המיעוט, שנדחתה על ידי שופטי הרוב.
352. בפועל, חובת ההתייצבות בצהריים בוטלה עם מתן פסק הדין. אלא כפי שהבהרנו, אין משמעות של ממש לעובדה שעל "המוחזק" לשהות במתקן רק בלילה, ולהתייצב בין השעות שמונה לעשר בלילה. החודשיים האחרונים, מאז ניתן פסק הדין בעניין **איתן** ובוטלה חובת ההתייצבות בשעות הצהריים, מלמדים כי רוב המוחזקים במתקן לא עזבו אותו או את סביבתו הקרובה במהלך רוב שעות היום, משום שלא היתה להם אפשרות כלכלית או עניינית לעשות זאת. שלילת החירות נותרה במידה רבה כשהיתה. בהעדר הכנסה אין לאדם המוחזק "חולות" אפשרות לצאת את המתקן מדי יום ולהתרחק ממנו. אין לו אפשרות לעמוד בעלות הנסיעה מדי יום בתחבורה ציבורית מן המתקן ובחזרה אליו (אפשרות שאינה קיימת כלל בסופי שבוע). אין לו אפשרות לכלכל את עצמו במהלך היום מחוץ למתקן. אין לו מה לעשות בלי כסף ובלי אפשרות לעבוד מחוץ למתקן מדי יום.
353. השינוי המרכזי השני הוא הפחתת משך החזקה ב"מתקן השהייה" משלוש שנים ל-20 חודשים. כזכור, תיקון מס' 4 לא קבע במפורש תקופת החזקה מקסימלית ב"מתקן השהייה", אך נוכח העובדה שמדובר

היה בהוראת שהייה לפרק זמן של שלוש שנים, הוראות שהייה שהוצאו מכוח התיקון היו תקפות עד למועד פקיעת תוקפו של החוק, כלומר עד לשלוש שנים, לכל היותר (ר' עניין **איתן**, פסקאות 44-45 לפסק דינו של השופט פוגלמן ופסקה 32 לפסק דינו של הנשיא גרוניס ("לא נקבעה תקופת שהייה מרבית במרכז. עם זאת, חברי מדגיש, ובצדק, כי מבחינה מעשית אין מדובר בתקופת שהייה שאינה מוגבלת בזמן, שכן פרק ד' לחוק נחקק כהוראת שעה שתוקפה שלוש שנים")). כעת קוצר משך הזמן שניתן להחזיק בו אדם ב"מתקן שהייה" משלוש שנים לשנה ו-8 חודשים.

354. בסופו של דבר אין מדובר בהפחתה דרמטית במשך שהייה במקום. ראוי להזכיר כי בפסק הדין בעניין **אדם** נפסלה החזקת "מסתננים" במשמורת לפרק זמן של שלוש שנים לפי תיקון מס' 3, ונקבע כי תקופה זו אינה מידתית. המחוקק סבר כי די בהפחתת תקופת המעצר לשנה אחת בתיקון מס' 4, כדי להפוך את החוק לחוקתי. בעניין **איתן** הובהר, כי הפחתת תקופת המשמורת משלוש שנים לשנה אינה מביאה את החוק לגדרי החוקתיות.

355. כך גם בענייננו. כמו ביחס לקיצור תקופת ההחזקה במשמורת בשנתיים, כך גם קיצור ההחזקה ב"מתקן חולות" בשנה וארבעה חודשים בלבד אינו יוצר הבדל מהותי. הוא אינו יוצר את ההבדל האיכותי הנדרש כדי להביא את החוק לגדרי החוקתיות. הוא אינו מרפא את הפגיעה בעיקרון, לפיו מי שחל עליו עקרון ה-*non-refoulement* וחל איסור לגרשו, אינו אמור להיות כפוף לסנקציה של שלילת חירות.

356. בית המשפט עמד על הנזק הבלתי הפיך הנגרם לאדם המוחזק שלוש שנים ב"מתקן שהייה":

"שהות בת שלוש שנים במרכז שהייה פוגעת לא רק בחירותם של המסתננים אלא גם בזכותם לכבוד. למימד הזמן השפעה של ממש על הפגיעה בכבודו של אדם שחירותו נשללת. שלילת חירות לתקופה קצרה מאפשרת לאדם להשיב את חייו למסלולם תוך זמן קצר. ככל שמתארכת שלילת החירות, כך נדרש אדם לוותר עוד ועוד על רצונותיו ומאווייו. זהותו האישית וקולו הייחודי טובעים בשגרת יום-יום ממושטרת ושוחקת. מי שנכנס למרכז שהייה ומשחרר ממנו בחלוף שלוש שנים תמימות לא יוצא ממנו כשהיה. שלוש שנים – תקופת זמן שבמהלכה יכול היה אדם להינשא ולהקים משפחה, להתקדם בעבודתו ולרכוש השכלה. פרק חיים שלא שב עוד." (עניין **איתן**, פסקה 154 לפסק דינו של השופט פוגלמן).

357. האמנם הפחתה של תקופת ההחזקה במתקן משלוש השנים לשנה ושמונה חודשים מאיינת את הפגיעה בכבוד הטמונה בהחזקתו של אדם ב"מתקן שהייה"? האם מי שנכנס ל"מתקן שהייה" לתקופה בת שלוש שנים "לא יוצא ממנו כשהיה", ואילו מי שנכנס אליו ויוצא ממנו כעבור 20 חודשים יוצא ממנו כשהיה? האם שגרת יום-יום ממושטרת ושוחקת משך 20 חודשים מאיינת את אי החוקתיות שבשגרה כזו משך שלוש שנים?

358. חשוב לזכור כי פסק הדין בעניין **איתן** לא פסל את תיקון מס' 4 אך בשל אורך תקופת ההחזקה ב"מתקן שהייה" ואף לא רק בשל מספר ההתייבבויות. בית המשפט עמד בעניין **איתן** על כך שעצם שגרת החיים במתקן כזה, המנוהל על ידי שירות בתי הסוהר, שבו נשללת הזכות לפרטיות ואנשים נמצאים בו חסרי

מעש ללא תנאים מעבר לאלה הדרושים להישרדותם הפיזית, היא שאינה חוקתית. התיקון הנוכחי אינו פותר את אותו כשל חוקתי ולכן גם הוא מביא לפגיעה בזכויות יסוד באופן שאינו צולח את מבחן המשנה השלישי של המידתיות.

359. יש לציין, כי תיקון נוסף שהוכנס נוגע לחובת בית הדין לביקורת משמורת לאשר העברה של "מסתנן" מ"מתקן השהייה" למעצר כעונש על אי התייצבות, הפרה של כללי המתקן וכן הלאה. זאת בעקבות קביעתו של בית המשפט כי גם הסדר זה נגוע באי חוקתיות. אלא שגם בכך אין כדי לרפא את אי חוקתיותו של פרק ד' לחוק. בדעת הרוב בעניין **איתן** נקבע, כי הוספת "ביקורת שיפוטית יזומה" על העברה מ"מתקן השהייה" אל מתקן המשמורת לא הייתה מרפאת את הפגמים החוקתיים שבפרק ד' לחוק:

"עניין נוסף שאליו מבקש אני להתייחס הוא זה המתואר על ידי הנשיא כ'קושי המרכזי' שמצאתי בהסדרים שנסקרו לעיל (ולא הוא): ההסדר המאפשר העברת מסתנן ממרכז השהייה למשמורת הקבוע בסעיף 32 לחוק. ראשית אבהיר כי כפי שעולה מדבריי עד כה, **מסקנתי בדבר אי חוקתיותו של פרק ד' לחוק עומדת בעינה גם ללא כל זיקה להסדר אחרון זה**". (עניין **איתן**, פסקה 93 לפסק דינו של השופט פוגלמן, ההדגשה הוספה).

360. הנה כי כן, גם בתוספת ביקורת יזומה על ההעברה מ"מתקן השהייה" אל מתקן המשמורת, אין כדי לרפא את אי חוקתיותו של פרק ד'. לכן יש לבודד את השאלות האם הפחתת מספר ההתייצבויות היומיות והאם קיצור משך ההחזקה במתקן משלוש שנים לשנה ושמונה חודשים מפחיתה את הפגיעה בזכות לחירות, בזכות לפרטיות, בזכות לאוטונומיה ובזכות לכבוד באופן שמביא לידי כך שהתועלת לתכליות שנקבעו בחוק עולה על הפגיעה בזכויות. התשובה לכך, כאמור, היא בשלילה.

מכל הטעמים האלה מתבקש בית המשפט הנכבד להורות למשיבים כמבוקש בראשית העתירה.

18 בדצמבר 2014

אסף וייצן, עו"ד

ענת בן-דור, עו"ד

עודד פלר, עו"ד

רחל פרידמן, עו"ד

אלעד כהנא, עו"ד

אסנת כהן ליפשיץ, עו"ד

יונתן ברמן, עו"ד

באי כוח העותרים