

ג'בית המשפט העליון
בשבתו כבית משפט גבוח לצדק

- .1 [REDACTED]
- .2 [REDACTED]
- .3 [REDACTED]
- .4 [REDACTED]
- .5 [REDACTED]

6. א.ס.ה. – ארגון סיוע לפלייטים וمبرקשי מקלט בישראל
7. מוקד סיוע לעובדים זרים
8. האגודה לזכויות האזרח בישראל
9. קו לעובד

10. המרכז לקידום פלייטים אפריקאים

על ידי ב"כ עוזי יונתן ברמן הקליניקה לזכויות מהגרים, החטיבה לזכויות אדם, המרכז האקדמי למשפט ולעסקים; על ידי ב"כ עוזי ענת בן דור, התכנית לזכויות פלייטים, הפקולטה למשפטים, אוניברסיטת תל אביב; על ידי ב"כ עוזי עוזד פלר, האגודה לזכויות האזרח בישראל; על ידי ב"כ עוזי אסף וייצן, מוקד סיוע לעובדים

זרים

החטיבה לזכויות אדם, המרכז האקדמי למשפט ולעסקים
רחוב בן גוריון 26, רמת גן

טלפון: 03-6000300 03- שלוחה 301, פקס: 03-6000872

טלפון נייד: 054-5739180

נ ג ד

העתורים

1. הכנסות

על ידי הלשכה המשפטית של הכנסת
קרית בן גוריון ירושלים

טל: 02-6753333, פקס: 02-6753495

2. משרד הפנים

3. משרד הבטחון

4. הייעוץ המשפטי לממשלה
על ידי פרקליטות המדינה,
משרד המשפטים, ירושלים

טלפון: 02-6466590/463; פקס: 02-6467011

המשיבים

תגובה מקדמית מטעם המשיבים 2 – 4

1. בהתאם להחלטת בית המשפט הנכבד מיום 10.4.2014 ולביקשות להארכת מועד, מתכבדים המשיבים
4-2 (להלן – המשיבים) להגיש תגובה מקדמית מטעם כדלקמן.

2. עניינה של העתירה בתקיפה חוקתית של החוק למניעת הסתננות (עבירות ושיפוט) (תיקון מס' 3 והוראת שעה), התשע"ב 2012 (להלן – הוראת השעה), אשר התקבל בכנסת ביום 18.1.12, כהוראת שעה לתקופה של 3 שנים. העותרים מבקשים, כי בית המשפט הנכבד יכריז על בטלותו או לחלופין על בטלות חלק מסוipi הוראת השעה.

הסעד המבוקש בעתירה הוא, כי בית המשפט יכריז על בטלות הוראת השעה. לא מבוקש כל סعد ישיר נגד מי מן המשיבים לעתירה.

3. במסגרת תגובה מקדמית זו, וביא תחילת רקע עובדתי הנוגע לחקיקתה של הוראת השעה, שהינה אחד מני מספר עדדים שננקטו לצורך הטענות עם תפעת ההסתננות חסרת התקדים למדינת ישראל בשנים האחרונות.

4. לאחר מכן נטען, כי דין העתירה להדוחות על הסע, וזהו ממספר טעמי:

ראשית, עתירה זו אינה בשלה לדין, וזאת בהתאם לדוקטרינת הבשלות כפי שוגנה לא אחת בפסקתו של בית משפט נכבד זה. מדובר בעתירה בלתי הכרעה בשלב זה, כאשר טענות העותרים, הימן טענות כולניות ותיאוריות אשר רק החלו לעמוד בבחן המעשה ובבחן הפרשנות המשפטית. לפיכך, וכי שנספק בעבר, נדמה כי אין מקום לכך שבית המשפט הנכבד יקיים את הביקורת השיפוטית על סעיפי חוק, טרם שנDACת תוכן פרשני על ידי בית הדין ובתי המשפט המוסמכים.

בקשר זה יבקשו המשיבים לציין כבר כאן, כי לטענת העותרים, השזורה כחוט השני לאורך עתירתם, לפיה הוראת השעה נעדרת מגנונים המאפשרים שחרור ממשורת – אין על מה שתסמןך, הן מבחינת לשון הוראת השעה, הן מבחינת ראשית יישומה, מכל מקום בוודאי שבמצב דהיום, כאשר בית הדין לביקורת ממשורת ובתי המשפט לעניינים מינהליים רק החלו ליזוק תוכן פרשני להוראת השעה, אין מקום שבית משפט נכבד זה יידרש לעתירה כולנית, תיאורית ומוקדמת נגד כל סעיפי הוראת השעה. מכל מקום, כפי שיפורט בהמשך, במספר החלטות של בית הדין לביקורת ממשורת ושל בית המשפט המחזוי, שוחררו מסתננות בהתאם להוראות הוראת השעה.

שנייה, סוגיות חוקתיות של הוראת השעה תלויות ועומדות כיום בבתי המשפט לעניינים מינהליים במחוז מרכז וביר שבע (ראו עת"ם (מרכז) 2599/10/12 ; עת"ם (ביר שבע) 21060/10/12, 21097/10/12, עמ"ג (ביר שבע) 42469/10/12, 42465/10/12), ופורום זה הוא הפורום המתאים והמוסכם לבורר את כל טענות העותרים המועלות בעתירה. המשיבים יטענו, כי מוקדם של טענות העותרים להתרבר במסגרת הילכים כאמור, ואין מקום לבורר כיום במסגרת עתירה הtopicת באורת כולני את החוק, שלא אגב בירור עניינים הכספיים של מוחזקים במשפט על-פי החוק, המתנהל במקביל בפני בית הדין לביקורת ממשורת ויכול להתנהל בבית המשפט לעניינים מינהליים.

אשר על כן, לעותרים ישנו סעד חולפי, ובנסיבות אלה אין מקום שבית משפט נכבד זה יידרש לעתירותם. אכן, אם במקרה המתאים במסגרתו יDOWN בית המשפט לעניינים מינהליים בעונאות החקותיות על רקע מקרה קונקרטי, יDOWN טענות העותרים על ידי בית המשפט לעניינים מינהליים, יוכל העותרים, כאמור, לערער על ההחלטה בפני בית משפט נכבד זה. אולם כיוון, בוודאי שאין מקום LDOWN בעונאות העותרים, במסגרת תיאורטית וכולנית המוגשת לבית המשפט הגבוה哉, המבקשת כי הטענות תתרבוננה בהליך כוללני בגב'ץ, במקומות ההליכיים פרטניים בעניינים של העותרים הפרטניים, בבית המשפט לעניינים מינהליים.

לאור האמור, המשיבים אף אינם סבורים כי יש מקום לקיים DIVON דחווף בעירה, כפי שהתקבש על ידי העותרים.

למען זהירות ואף למעלה מן הצורך, בהמשך הדברים נטען בחלוקת האגוז, כי אף לגופו של עניין נושא הוראת השעה אינו מצדיק התערבות שיפוטית בדבר חקיקה ראשי. טענות אשר לכך הועל ויעלו בהרבה על ידי המשיבים, בפני בית המשפט המחזוי בשותו כבית משפט לעניינים מינהליים. במסגרת כך, יטענו המשיבים כי הוראת השעה, כפי שניתנו למדוד מרקע חקיקתה, מבטאת אינטרס ציבורי לאטימי של המדינה שאין כל ספק בחשיבותו. עוד יטענו המשיבים, כי אין בהוראת השעה כדי לפגוע בזכויות חוקתיות מסווגות, ולמצער, ככל שייקבע כי קיימת פגיעה בזכות חוקתית מסווגת, הרי שמדובר בפגיעה העומדת בתנאי פסקת ההגבלה של חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו, ולפיכך מדובר בדבר חקיקה חוקתי שאין בסיס חוקי לביטולו.

לכל זאת נוספים, כי החוק הינו כאמור הוראת שעה בלבד לעת הזון, וכי הדבר מהוות חלק אינהרנטי מההילך החקיקתי שלו; לא לモתר לציין בהקשר זה, כי בהתאם לפסיקתו של בית משפט נכבד זה, לא בקהל יתערב בדבר חקיקה ויבטלו, על אחת כמה וכמה כאשר בהוראת שעה עסוקין.

הנה כי כן, להלן תפורט תחילת התשתית העובדתית שהובילה לחקיקת הוראת השעה. לאחר מכן, יוצגו הטעמים שבשלם סבורים המשיבים כי אין מקום שבית משפט נכבד זה יידרש לעתירה DIVON, בשל חוסר בשלותה ושל סעד חולפי, וכי יש מקום לדחות את העתירה על הסף. בהקשר זה יצוינו מספר נקודות אשר לעותרים הקונקרטיים. בשלב שלישי, ולמעלה מן הצורך, יבהירו המשיבים בחלוקת האגוז את עדמותם המשפטית בדבר חוקתיותה של הוראת השעה.

טרם סיום פתח הדברים, יבקשו המשיבים לציין, כי חלק מההמנחים המופיעים בעירה לקוחים מתחומי משפט אחרים ואינם רלבנטיים לנושא אשר עומד בנקודת העתירה DIVON. כך למשל, המונח "מעצר מינהלי" אינו רלבנטי להחזקת הסתננות (עברית ושיפוט), התשי"ד-1954 (להלן - החוק למניעת הסתננות). זאת ועוד, חלק מההמנחים המזוכרים בעירה, כאילו חלים הם על כל מסתנן אשר הוא, אינם רלבנטיים לכל המסתננים, ולדבר יש נפקות גם בהקשר של הזכויות הנטענות בעירה. כך, לא ניתן לומר כי כל מסתנן הוא "مبرש מקלט" או "פליט", וביחaud כאשר עניין לנו בתופעה חסרת תקדים של הגירת עבודה. ואלה אך מספר דוגמאות לשימוש שאינו במקורו במונחים.

זאת ועוד, באשר לכל המקורות המובאים בעטירה כ"משפט הבינלאומי", בעטירה יש ערבוב בין משפט בינלאומי מנהגי (אשר מחייב כל עוד אין דין פנימי סותר), לבין משפט בינלאומי הסכמי (המחייב רק אם נקלט בחקיקה הפנימית), לבין החלטות או המלצות של ארגונים בינלאומיים כגון אונסקו או אונרף או אונדו, וכן החלטות טריבונלים במערכות משפט של מדינות אחרות, ומאמרים אקדמיים בני תוקף מחייב, וכן החלטות טריבונלים במערכות משפט של מדינות אחרות, ומאמרים אקדמיים - אשר מהווים מקור להשוואה בלבד. בהקשר זה יוער כבר כאן, כי הוראות מן הדין הבינלאומי שבהן ניתן לעשות שימוש ככלי פרשני של חקיקה ישראליות על ידי חזקת ההתאמה, הן אך ורק הוראות שאין חקיקה של הכנסת שסורתו אותה (ראו למשל, בג"ץ 10/3299 פלוני נ' *שר הבטחון* (פורסם בנבבו, 8.3.11), ע"פ 06, 6659/07, 1757, 3261/08, 8228/07). מדיינת ישראל (פורסם בנבבו, 11.6.08). לפיכך, נסיום של העותרים להוכיח את תחום החשפה של חזקת ההתאמה של פרשנות חקיקה רגילה לכלי המשפט הבינלאומי, ולפרשה כולה אף על חזקי היסוד של מדינת ישראל, אשר יפורשו לאורה, אין לו על מה שישמו, והדבר אף מרחיק לכת ואינו מתиישב עם העקרונות המנחהים של המדריך הנורמטיבי של דברי החקיקה ושל ביקורת חוקתית. מכל מקום, יודגש כי אין בסיס לטענת העותרים לפיה הוראת השעה סותרת את מתחייבותיה של ישראל בהתאם למשפט הבינלאומי.

מבוא

היקף תופעת הסתננות והצעדים להतמודדות עמה

.9. בשנים האחרונות מתמודדת מדינת ישראל עם גל של הגירה בלתי-חוקית, הן של מי שנכנסו לישראל דרך תחנת גבול (כתיירים או כעובדים זרים) ונשארו בה מעבר לתקופת האשראי שניתנה להם, הן (ובכך בלבד ענייננו) של מסתננים אשר נכנסו לישראל באופן בלתי-חוקי, במרבית המקרים, תוך חציית הגבול עם מצרים. מדובר בגבול המשתרע על-פני כ-220 קילומטרים, שעד לאחרונה היה ברובו גבול פרוץ ללא מכשול של ממש.

.10. ברקע חיקיתה של הוראת השעה עומדת תופעה חסרת תקדים של היקף בלתי נתפס של הסתננות בישראל. נכון להיום, הערכה היא שנמצאים בישראל למעלה מ-62,000 מסתננים, כאשר תחילתה של תופעת הסתננות מגבול מצרים הייתה בראשית העשור הקודם, כאשר הגיעו לישראל סודינים בודדים. התופעה התגברה, ובשנת 2006 נתפסו למעלה מ-700 מסתננים; בשנת 2007 נתפסו כ-5,000 מסתננים; בשנת 2008 נתפסו כ-100,000; בשנת 2009 נתפסו כ-5,300; בשנת 2010 נתפסו כ-14,747; בשנת 2011 נתפסו כ-17,190; מראשית שנת 2012 ועד ליום 23.12.12 נכנסו לישראל כ-10,314 מסתננים (נכון ליום 20.11.12 אריתריאה (כ-63%) וסודן (כ-26%) הן המדינות העיקריות שמהן מגיעים המסתננים וזאת לצד מדינות נוספות, רובן המכריע מיבשת אפריקה).

עיר כי נתונים אלה מתייחסים למספר המסתננים שנטפסו, ומועדן כי מספר המסתננים שנכנסו לישראל גדול אף יותר.

העתק מסמך המרכז נתוני חידרת מסתננים לישראל לפי שנים, מעודכן עד ליום 23.12.12, מצורף ומסומן מש/ג.

יוער כי מני הנתונים עולה תנודתיות מסוימת במספר המסתננים לישראל בחודשים השונים, ובכלל זה ניתן לראות ירידת יחסית בחודשים יוני-דצמבר 2012 לעומת התקופה המקבילה אשתקד. להערכת רשות ההגירה, שינויים כאמור יכולים להיות פועל יוצא של שורה ארוכה של גורמים, ובין אלה: המצב במצרים, התקדמות הקמת המכשול הפיזי בגבול מצרים, יישום הוראת השעה וכיו"ב. לפיכך, ולאחר בהתחשב בכך שבמעבר הייתה תנודתיות בהגעת מסתננים, מוקדם לקבוע האם ניתן לזהות שינוי מגמה אורך טווח.

11. מדובר בנסיבות חסרת תקדים, אשר ההטמודדות עימה מחייבת נקיות שורה של צעדים בתחוםים שונים. בין הצעדים הננקטים ניתן למנות היערכות מיידית לבניית מכשול פיזי לאורך גבול ישראל-מצרים, שהקמו נמצאת בעיצומה. נכון להיום, פרט למקטע יחיד באיזור הר חריף וחלק נוסף בעוטף אילת, העולים כדי 20 ק"מ בסך הכל, הסתיימו עבודות הקמתה, וההערכה היה כי הקמת הגדר כולה, לרבות גדר "עוטף אילת", תושלם ברבעון הראשון של שנת 2013.

12. פועלה נוספת שננקטה היה חקיקת החוק למניעת הסתננות (עבירות ושיפוט) (תיקון מס' 3 והוראת שעה), התשע"ב-2012 (לעיל ולהלן - הוראת השעה), שמטרתו למת פתרון אפקטיבי לתופעת הסתננות, אשר מדיה בישראל התרחבו בהיקף חסר תקדים. כוונת המחוקק הייתה לבолос את גל המסתננים שפקד את מדינת ישראל בשנים האחרונות בממדים משמעותיים, ולהגדיר את אופן הטיפול היהודי בעניינים. תיקון מס' 3 (המודגדר רובו ככולו בהוראת שעה, שבתוקף עד ליום 18.1.2015), הינו תולדה של הצעת חוק ממשאלית וGBT, הוצאה למעשה, תפיסת עקרונית לגבי תופעת המסתננים לישראל. על כך ניתן ללמוד גם מדברי התחבר להצעת החוק (הצע"ח הממשלה 577, כ"ב באדר ב' התשע"א, 28.3.11, עמוד 594):

"בשנים האחרונות ניצבת מדינת ישראל בפני עלייה ניכרת בהיקף ההסתננות דרך הגבול עם מצרים, שלא דרך תחנת גבול. על פי נתוני רשות ההגירה ומעברי הגבול, בשנת 2010 לבדה נטרפו כ-14,000 מסתננים כאמור. המסתננים לישראל מגעים מדיניות שונות, ובכלל זה גס מדיניות העינויים את ישראל.

קיים מושגים המסתננים במשמעות, אך הם משוחררים ממנה לאחר פרק זמן קצר יחסית, וזאת מאחר הטיפול בהם נעשה בהתאם להוראות חוק הכנסת לישראל. ... מצב דברים זה יוצר, הוצאה למעשה, תמרץ להמשך גל ההסתננות והתגברותו".

ובהמשך:

"השינויים המוצעים תואמים את הבדיקה הRELATIONAL בין מי שנכנס לישראל כדין, דרך תחנת גבול חוקית, כאשר הוא מזוהה על פי תיעוד שהוא נושא עמו, ואשר הפך להיות שווה בלתי חוקי לאחר כניסה הראשונה כדין, בתום האשורה החוקית שניתנה לו או לאחר הפרת תנאי האשורה שניתנה לו, לבין מסתנן שלכתה חדר למדינה שלא כדין, שלא דרך תחנת גבול חוקית. הבדיקה בין שווה בלתי חוקי לפי

חוק הכנסת לישראל, בין מסותן לפיה חוק זה, ובמיוחד כאשר מדובר בתופעה רחבה ממדים בשנים האחרונות, מהיבת את מידת הטיפול בתופעה, באופן שונה, אשר יותאם וייחד לאוכלוסייה המסתננות בישראל, אשר הולכת וגדלה בשנים האחרונות, במקומות חסרי תקדים, וזאת, בין השאר, עקב העדרם של כלים ייחודיים למניעת התופעה ולמניעת התמרץ להסתננות בישראל." (שם, עמוד, 600) [ההדגשות הוספה].

הנה כי כן, הוראת השעה נועדה להוות התופעה ההסתננות לישראל, אשר מימדיה הלכו וגדלו באופן ניכר יותר ויותר, ככל שהתרברר לקבוצות שונות של מסותנים, בעיקר ממדינות מסוימות, כי בחלוּ זמן קצר הם ישחררו ממשמורת, ירויחו פי כמה וכמה מהמקובל בארץותיהם, תוך שימוש שעשרות מיליון שקלים (במצטבר מדי שנה) למדינות מוצאים, בדרכים כאלו ואחרות, שנעודו לתגבר ולממן את המשך ההסתננות למדינת ישראל. למעשה, התקיון לחוק למניעת הסתננות חל על כל אוכלוסיית המסתננים. חשוב לציין כי עיקר מטרת תיקון החוק למניעת הסתננות הייתה לבلوم את המשך התופעה ההסתננות של מסותנים על רקע כלכלי, שככל שזו הולכת וגברת, וכן התמרץ הכלכלי שבו, היא עצמה הביאה לגידולה בממדים, שמדינת ישראל אינה יכולה לקבלם, ודאי שלא לאורך זמן. על כן, הוחלט על שורה של צעדים - בניית המכשול הפיזי וצעדים אופרטיביים במקביל לכך, וכן על קידוםם של הליכים, משפטיים ואחרים, לשם בלימת התופעה.

וראו בהקשר זה את דבריו ראש הממשלה, בעת שהובאה הוראת השעה בפני הממשלה:

"הדבר השלישי שאני מביא היום בפני הממשלה זו תכנית מקפת לטיפול במסתנני העובدة הבלתי חוקיים. זו מכת מדינה בכל תחום שהוא – בכלכלה, בחברה, בתשתיות, ברוחה ובביטחונו הפנים. אנחנו שומעים את הזעקות שעולות מישובי וערי ישראל, אנחנו חייבים לדאוג למدينة. אין לנו חובה לקבל מסותנים בלתי חוקיים."

אני מפריד את זה בין השאלה של הטיפול בפליטים. המרכיב של הפליטים בזרם, בשיטפון האנושי הזה, הוא קטן, הוא מזערני ואני נמשך לטפל בפליטים, בפליטי חרב וכו'."

כאן איןנו מדברים על כך, אנחנו מדברים על כך שאוכלוסיות שלמות מתחילה לנوع לכיוון מדינת-ישראל, שהיא מדינה מאוד מפותחת ומאוד הומנית, ואם לא נפעל לעצור את השיטפון הבלתי חוקי הזה, אנחנו פשוט נישטף. על כן אני רואה בזה צורך עליון: זו לא עוד החלטה, אלא החלטה ש邏輯ית באממת התגויות של כל המשרדים". [ההדגשה הוספה]. (מתוך דבריו ראש הממשלה, בנימין נתניהו, בישיבת הממשלה מיום 11.12.11).

.14

ממשלה ישראל נוקטת בצעדים נוספים כדי למש את החלטות הממשלה השונות שנעודו להביא לבליית גל ההסתננות, ובין היתר, להחזיר מסתננים למדיונות מוצאים, או למדיניות שלישיות, הכל בהתאם להוראות כל דין. דוגמא לכך ניתן לחת מהמדינה כ לפני נתיני דרום סודן וחוף השנהב. ראו לעניין זה, למשל, פסק הדין בעת"מ 53765-03 א.ס.ג ואח' נ' שר הפנים (מיום 7.6.12; פסק הדין מתיחס לנתייני דרום סודן); פסק הדין בעת"מ 58162-01-12 אבו באקיוקו ואח' נ' משרד הפנים (מיום 24.6.12; פסק הדין מתיחס לנתייני חוף השנהב) ופסק הדין בעת"מ 27790-12-02 אבוקר נ' משרד הפנים (מיום 25.3.12; פסק הדין מתיחס לנתייני חוף השנהב). על פסק דין זה הוגש ערעור שמספרו עי"ט 3231/12. בהחלטה מיום 6.6.12 נדחתה בקשה לسعد זמני לתקופת הערעור, וביום 30.7.12 נמחק הערעור.

.15

לענין האמצעים להתמודדות עם תופעת ההסתננות ניתן ללמוד גם מההחלטה ממשלה מס' 3936 מיום 11.12.11, שכותרתה "הקמת מתקן שמורת לשתייתם של המסתננים ובליתת ההסתננות הבלתי חוקת לישראל". במסגרת החלטה זו הנתה הרשות המבצעת גורמים שונים, והטילה מטלות שונות על גורמים שונים, בכדי להביא לבליותה של תופעת ההסתננות לישראל.

סעיף 1 להחלטה עניינו הקמת מכשול בגבול כדלקמן:

1. הקמת מכשול בגבול המערבי של ישראל:
 - א. להטיל על משרד הביטחון להשלים את הקמת המכשול בגבול המערבי של ישראל בגורות "עוטף אילת" כך שבסיום כל העבודות יהיה מכשול פיזי מכרם שלום ועד טאהה.
 - ב. הקמת המכשול כולו, לרבות השלמת פרצת עוטף אילת, תסתיימם לא יאוחר מיום 31.10.2012.
 - ג. המכשול ומאפייניו יהיו זהים לאלה של המקטעים שתוקצבו ובוצעו עד כה ובהתאם למפורט בהחלטה ממשלה מס' 1506 מיום 14.3.10.
 - ד. לצורך השלמת המכשול, במהלך שנת 2012 להקצות משרד הביטחון סכום של 280 מיליון יש מן המקורות המפורטים בסעיף 7 להלן."

כמו כן, סעיף 4 להחלטה עוסק בהקמת מרכז שהייה, המצויה בשלבי הקמה מתקדמים. באשר למטרתו של מתקן שהייה חדש זה, מצינת הממשלה בסעיף(4) להחלטה, כדלהלן:

"המתקן כמפורט לעיל, אפשר שהייה של מסתננים, אשר לעת הזאת לא ניתן להרחיקם למדיונות מוצאים או למدينة שלישית, ויסופקו בו צרכיהם הבסיסיים - מקומות לינה, מזון, שתייה וצרבי בריאות בסיסיים, ואם יוחזקו בו קטינים – שירותים – חיורי חינוך."

בנוספ', סעיף 6 להחלטה מטיל על המנהל הכללי של משרד ראש הממשלה לרכז את עבודות משרדיה הממשלת לקידום מגעים מול מדינות מוצא שונות לשם החזרתם הבתווחה של משתנים השווים בישראל, או להרחיקתם למדינות אחרות, לרבות עידוד יציאה מרצון..."

העתק ההחלטה ממשלה מס' 3936 מיום 11.12.2011, מצורף ומסומן מש/2.

.16. צעדים אלו נועדו אפוא לבילמת תופעה חמורה וחסרת תקדים בהיקפה ובמידה, אשר יש בה כדי להוות איום ממשי על ריבונותה של מדינת ישראל וחוסנה. ואכן, גם בית המשפט הנכבד עמד על "איןטרס המדינה למונע **'הגירות עבזה'** החורגת מכובן מקרים בהם קיים חשש מבוסס לדיפה" (בג"ץ 10/6312 קו לעובד נ' הממשלה (פורסם ב公报, 16.1.11)).

החלטות בית משפט נכבד זה בנוגע לתופעת ההסתננות

.17. על המציאות שתוארה לעיל עמד בבית המשפט הנכבד מפני כבי הנשיאה די ביני, בפסק דין בבג"ץ 7302/07 מוקד סיוע לעובדים זרים נ' שר הביטחון (פורסם ב公报, 7.7.11), אשר עסק במדינות "ההחזקה המותאמת" בה נקטה המדינה משך תקופה מסוימת ובאופן מוגבל. וכך נאמר שם:

"1. בשנים האחרונות, ולנגד עינינו, מתקיים תהליך הפיכתה של מדינת ישראל למדינה אוטקרטיבית המושכת לתחומה זרים ממוקומות שונים בעולם. רבים צובאים על שעריה - בים באוויר וביבשה - וمبוקשים כי יתאפשר להם לעبور להתגורר בתחוםה, בין אם לתקופות קצרות ובין אם לצמויות, מטעמים שונים ומגוונים, אשר דומה כי בעיקר מבטאים חלק מתנועת הגירה בינלאומי עקב תופעות של עוני וابتלה במדינות רבות. העתירה שלפנינו, אשר הוגשה לפני כארבע שנים, מתמקדת באחד מהיבטייה של תופעה נרחבת זו ועוסקת בקבוצת הזרים הנכנסים לישראל - שלא כדין - דרך גבולה עם יבשת אפריקה. כניסה של זרים אלו - מרביתם תושבי מדינות אפריקה השונות - דרך הגבול היבשתי עם מצרים הפכה בשנים האחרונות לטופעה נפוצה ורחבת היקף הנובעת בין היתר מכש שמדובר בגבול ארוך יחסית, אשר רובו ככולו נתול משללים וגדר. לטענת המדינה, היקפה של תופעה זו גדל משמעותית בשנת 2007, בה נכנסו לישראל בדרך זו 5,208 איש, 1,643 מתוכם יהודים יוני ויווני. בשנת 2007. לפי נתוני המדינה, בשנת 2008 נכנסו לישראל שלא כדין כ- 6,900 איש, עלייה של כ-30% ביחס לנתוני 2007, ואילו בשנת 2009 עמד נתון זה על 2,719 איש, נכון ליום 17.9.2009. מן הנתונים העדכניים שהגישה המדינה לאחרונה עלה כי בשנת 2010 גדל עד לפחות מספר הנכנסים לישראל שלא כדין, והוא עמד על 13,984 זרים לשנה כולה. מתחילת שנת 2011 ועד 11.4.2011 נכנסו לישראל שלא כדין 2,163 זרים.

טופעה זו מעמידה את ישראל בפני אתגרים ובעיות מורכבות המחייבות מתן מענה הולם לצורך למנוע הגירה המונית לתוכה המתנהלת שלא כדין, ובה בעט לקיים את חובהה **מדינה החברתית** בקהילה הבינלאומית ולא לפגוע בזכויותיהם של נרדפים ולהעמידם במצב של סכנה לחייהם או לחיותם מקום בו יורחקו מן הארץ. בלב מערכת איזונים זו ניצב החשש המשני מהתרחבותה של התופעה למימדים עימים קשה יהיה למדינת ישראל להתמודד, מבלי שיפגעו שני צידי המשווה - מדינת ישראל ותושביה מזו, והזריט הנכנסים לשטחה מזו.".

18. נוסף, כי באופן כללי, מדינות נוספות בעולם מתמודדות אף הן עם תופעה דומה של הגירה בלתי-חוקית. אולם, בנושא ההסתננות מצויה מדינת ישראל במצב מיוחד, בהיותה המדינה המערבית היחידה (למעט שתי מושבותיה הקטנות של ספרד בצפונה אפריקה), שיש לה גבול ישתי ארוך יחסית (כ-220 ק"מ) עם ישות אפריקנית, שרובו לא היה מוגדר בצורה אפקטיבית, עד לאחרונה, וכן יחסיה עם המדינות השכנות לה מורכבים. לעניין זה נפנה לדברים הבאים שנאמרו בפסק הדין בנג"ץ 7302/07 הנ"ל:

"13. בשולי פסק דיןנו נuir עם זאת כי הסוגיה שעוררת העתירה שלפנינו אינה ייחודית כמובן למדינת ישראל, אף כי **במציאות הביטחונית והגיאו-פוליטיות** שלנו יש לה **היבטים ייחודיים**. מדינות רבות בעולם נדרשות בעשוריהם האחרונים לקבוע הסדרים השונים הנוגעים לדרכי הטיפול הראוית בבקשת מקלט המתДЕקים על שעריהם לב לחובותיהם על-פי דין הפליטים. בסיס הסדרים אלה ניצבת מערכת איזונים סבוכה ומורכבת - שמירה על ריבונות המדינה לקבוע מי יבואו בשעריה מזו, והחובה בהגנה על זכויות האנשים של אוכלוסיה זו הנמלטה פעמים רבות מאימת רعب, מלחמות או-רדיות ובקשת ליצור עצמה אלטרנטיבה לחיים טובים יותר, מזו. נציגות האו"ם לפליטים מצאה במהלך השנים להציג עמדת באשר לחשיבות שבקביעת הסדרים פרוצדוראלים שונים שיאפשרו טיפול ראוי ואפקטיבי בבקשת מקלט מבעלי מקלט מדינות שונות, תוך קביעת קווים כליליים מוחים שיסייעו למדינות העולם בישום הוראות אמנה הפליטים בהיבטים הנוגעים, בין היתר, להגדרת המונח פליט וולכי הטיפול בבקשת מקלט מבעלי מקלט מקלט מעמד כאמור. בהתאם לכך, אף אם צו מדינות רבות הסדרים שונים הנשענים בין היתר על עקרונות אלה, ובכך אין תמה שכן אין ספק כי קביעה של נחים וודאי טיפול בזרים החוצים גבולות שלא כדין והאפשרות שיש ביניהם מבקשי מקלט מחייבת הבאה בחשבון של כללים וסטנדרטים **בינלאומיים** המתבססים על אמנה הפליטים.

כאמור, בישראל התופעה של כניסה זרים שלא כדין, ובמיוחד דרך גבולות הדרומי, מטילה משימה בבדה מיוחדת במיניה על רשות המדינה למציאת פתרון שיתיה בו כדי לצמצם את הכניסה הבלתי מבוקרת, תוך שמירה על הצורך להתמודד באופן הולם עם מעמדם של הזרים למקלט המצוים בתוכנו".

19. הנה כי כן, תופעת ההסתננות שפקדה את מדינת ישראל, הינה בעלת השפעות רבות, לטווח ארוך בתחוםים רבים וחינויים במדינה כגון: החוץ הביטחוני, החוץ הכלכלי, רמת האבטלה, ועוד.

מתקני השהייה - מתקן סהרוניים, מתקן קציעות, מרכז חולות ומרכז נחל רביב

20. מרבית המסתננים במשמרות מוחזקים במתקן סהרוניים, המופעל על ידי שירות בית הסוהר. במתקן יש, בין היתר, שירות רפואי רפואי בתחום הרפואה הכללית, רפואי שיניים ורופא ילדים. שירותי סוציאליים, מזון לכל שכבות הגיל, פעילות חינוך וחגרא וכן גן ילדים. כמו כן, במסגרת עבודות הרחבת שבוצעו במתקן, נבנה לאחוריונה אגף חדש אשר מאכלס בתוכניתם (לא באוהלים) כ-300 נשים וכ-34 קטינים (בפיולות של 15 קטינים עד גיל שנתיים וכ- 26 קטינים בגילאים 10-2). הגברים (נכון להיום כ-1487) נמצאים חלקם בתוכנית יבילים וחלקם באוהלים.

במתקן קציעות, המופעל גם הוא על ידי שב"ס, מוחזקים כ-700 מסתננים (גברים), חלקם בתוכניתם וחלקם באוהלים. גם שם מסופקים למשתננים מכלול התנאים הנדרשים, מזון ועד שירותי רפואי רפואי, שירותי סוציאליים ופעילויות חברתיות.

21. יצוין, כי בסמוך לשוט מבוצעות עבודות להקמת מרכז השהייה חולות, ולידו הוקם (באופן חלקי) מרכז השהייה נסף, נחל רביב.

טענות סף

דוחית העתירה מחייב קיומו של סעד חלופי ומהמת הייתה בלתי בשלה לzion ולהכרעה

22. בפי המשיבים שתי טענות סף שלשיות זו בזו: קיומו של סעד חלופי והעדר בשלות. העתירה שלפניו מבקשת לדון בחוקתיותה של הוראת שעה, כאשר אין עדין בשלות לדון בה, אשר אופן יישומה והחלטתה רק התחלו.

- .24 המשיבים יטענו, כי הדיון בעתירה בשלב זה, כאשר בית הדין לביקורת משמרות ובית המשפט לעניינים מינימליים רק החלו ליזוק תוכן פרשני מעשי ליישומו של החוק במקרים קונקרטיים - הינו מוקדם, כוללני ותיאורטי. זאת, על אחת כמה וכמה כאשר בעתירה דין נטען (טענה שאין המשיבים מסכימים לה), כי החוק אינו מאפשר למעשה שחרור ממשמרות.
- .25 יש להזכיר, כי על פי סעיף 30ה להוראת השעה, בשינוי כפי שנקבע בסעיף 30ה(2) להוראת השעה, חל סעיף 13ז' לחוק הכנסה לישראל, תשי"ב-1952, הקובע כי באפשרותו של מוחזק במשמרות (כעתורם דין) לפנות מיזמתו לבית הדין בכל עת בבקשת לבחינת עניינו.
- .26 זאת ועוד, בהתאם לסעיף 30ד(א)(1) להוראת השעה, יש לבחינה עיתנית של המשמרות על-ידי בית הדין לביקורת משמרות כל 60 יום. יתרה מכך, באפשרות מוחזק להגיש עתירה מינימלית וערעור מינימי בהתאם לסעיף 30ז' לחוק על החלטות שהתקבלו זה מכבר. במסגרת זו ניתן יהיה לטען טענות חוקתיות וכן אף נעשה בחילק מהתיקים התלויים וועודדים בפני בית המשפט לעניינים מינימליים במחוז מרכז, ובית המשפט לעניינים מינימליים בבא-שבע).
- .27 חזקה על ממונה ביקורת גבולות, בית הדין לביקורת משמרות ובתי המשפט לעניינים מינימיים שיעסקו בישום החוק, שייתנו דעתם לכל השאלות הרלבנטיות – לרבות אלה המשפטיות – בכל הפעלה קונקרטית שלו. אלא שבשלב זה, אין בידינו דבר מלבד הוראת שעה **שיישומה אך החל, ולפיין כל ניתוח חוקתי שיתבצע בשלב זה יהיה חייב להיות מבוסס על הנחות תיאורתיות מסוגים שונים**.
- .28 זאת ועוד, במקרים של החלטות קונקרטיות מכוח החוק, הרי שהഫורים הקבוע בדין לביקורת שיפוטית על החלטות מעין אלה הינו בית הדין לביקורת משמרות ובית המשפט לעניינים מינימיים. אגב עובדות המקרא הקונקרטי, ניתן יהיה להעלות כל טענה חוקתית נגד חוקתיות החוק. על החלטות בית המשפט לעניינים מינימיים ניתן יהיה להגיש ערעור – במידת הצורך – בבית משפט נכבד זה.
- .29 בית משפט נכבד זה כבר דחה לא פעם עתירות חוקתיות, מן הטעם כי קיים לעוטר פורום חלופי להעלות הטענות החוקתיות, בדרך שנקבעה לתקיפת ההחלטה המינימלית על פי דין. ראו לדוגמה:
- בג"ץ 2055/02 **שייח עבד אל קארים עביד נ' שר הביטחון**, תק-על 2002(4) 294 (2002).
- בג"ץ 1076/07 **קובצת מן אילת בע"מ נ' שר האוצר**, תק-על 2009(1) 601 (2009).
- .30 בדומה לקרה דין, בג"ץ 2055/02 חנ"ל התבקש בית משפט נכבד זה לבטל את חוק כליאתם של לוחמים בלתי חוקיים, התשס"ב-2002 מפאת היותו, כאמור, לא חוקתי. בית משפט נכבד זה קבע בפסק דין כי:

"סמכותו של בית משפט זה בירושבו כבית משפט גבוהה לצדק, היא סמכות שבשיקול דעת (בג"ץ 86/86 שנקר נ' ראי המועצה המקומית רמת-השרון, פ"ד מב(4) 781, 777 ; בג"ץ 170/87 אסולין נ' ראי עיריית קריית גת, פ"ד מב(1) 678, 692). "על-פי שיקול-דעתנו זה... איננו דנים בעטירה כל עוד עומד לעוטר סעד חולפיי" (בג"ץ 6163/92 איזנברג נ' שר הבינוי והשיכון, פ"ד מז(2) 240, 229 ; כן ראו ע"א 436/62 עירית רמת-גן נ' תיק, פ"ד יז 1262, 1266). לאחר שעינתי בחומר שלפני נחה דעתך כי אכן עומד לעוטרים, בנסיבות העניין, סעד חולפי נאות בבית המשפט המחויזי. בית המשפט המחויז מוסמך לבחון את חוקיות כליאתם של העוטרים מכוחו של חוק לוחמים בלתי חוקיים. מצין סעיף 5(ג) לחוק:

5. ביקורת שיפוטית

(ג) אחת לשישה חודשים מיום הוצאת הצו לפי סעיף 3(א) יובא הכלוא לפני שופט של בית המשפט המחויז; מצא בית המשפט כי אין בשחרורו כדי לפגוע בביטחון המדינה או כי קיימים טעמים מיוחדים המצדיקים את שחרורו, יבטל את צו הכליאה.

עניינים של העוטרים צפוי לבוא לפני בית המשפט המחויז בימים הקרובים. העוטרים לא השתתפו באופן ממש בהליכים הקודמים בבית המשפט המחויז. טענות העוטרים כי בית המשפט המחויז לא ידרש לטענותיהם נגד חוקות החוק בשלב זה. אין בטעה זו ממש. **uiloth habikrot ha'machot at beth hashofet ha'machoi han uiloth rachovot.** ביכולתו להידרש לטענות החוקיות של העוטרים להם לא נדרש בעבר, לאור חוסר שיתוּף הפעולה שלהם כאמור. אין דבר בלשון הסעיף או בתכליתו המונע הידרשות זו בעთ. אבן, מסגרת הדיוון בבית המשפט המחויז מהויה סעד חולפי, המצדיק את הימנענותנו מליטן סעד לעוטרים. משנמצא כי דין הטענה ומקדיית של העוטרים להתקבל, לא נדרש לטענותיהם העקרוניות של העוטרים אמות חוקיות חוק.

העטירה נדחתה. [ההדגשות הוספו].

(לשלמות התמונה יצוין כי בהמשך, לאחר שהתנהלו הליכים בבית המשפט המחויז, אכן דן בית משפט נכבד זה בחוקיות החוק האמור, אגב ערורים קונקרטיים על פסקי דין של בית המשפט המחויז, במסגרת ע"פ 3261-07 ו-1757/07, 6659/06, 8228/07, בין היתר, במסגרת נדחו, בין היתר, טענות אי חוקיותו של החוק.)

11.6.08

.29 מהפסקה האמורה ניתן ללמוד באופן ישיר לעניינו. שני המקרים מדובר בהוראת חוק, שנטען בפני בית משפט נכבד זה כי אין חוקתיות, כאשר לבית המשפט המחויזי סמכות לדון בעניין אגב מקרה קונקרטי. בית משפט נכבד זה לא שעה לעתירה כללית, כמו דא.

לא זו אף זו, כפי שנראה בהמשך, עניינים של העותרים נשוא העתירה שלפנינו, הובא בפני בית הדין לביקורת משמרות וניתנו החלטות בעניינים, כל מקרה בניסיונו. כך למשל, העותרות 1 ו-2 שוחררו זה מכבר ממשמרות, בתנאים, בהחלטה של בית הדין לביקורת ממשמרות. העותר 3, למשל, לא שוחרר ממשמרות בהחלטה של בית הדין לביקורת ממשמרות. על ההחלטה זו הוא זכאי להגיש ערעור מינהלי, שבמסגרתו הוא יכול להעלות אף טענות ממין אלו המועלות בעתירה שבפנינו.

.30 זאת ועוד, הלכה פסוקה היא מימים ימימה, כי בית משפט נכבד זה אינו דין בעתיקות חוקתיות **תיאורטיות וגורפות.**

בפסק הדין שנייתן בע"א 6821/93 **בנק המזרחי נ' מגדל כפר שיתופי**, פ"ד מט(4) 221 (1995), עמד כבוד הנשיא שmagar על הקווים המנחים להפעלת בקורה שיפוטית על חוקתיותו של החוק. וכך נאמר שם (עמודים 372-373):

"הארכנו בדברינו. הטעם לכך, בעיקרו לצורך לנשות ולהתווות קווים אשר ישמשו אותנו בעתיד בעת בדיקת חוקיותם של חוקים לפי חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו.

בקשר זה מן הנכון לשוב ולהזכיר כי בארץות בעלות מסורת חוקתית ארוכה משלנו, מקובל ונוהוג כי הטענה בדבר אי-חוקתיות נבחנת בזיהירות ותוך ריסון. עצובו כללים ייחודיים המשמשים את בית המשפט המתבקש להחליט עלبطلותה של חקיקה, מטעמים חוקתיים. השופט ברנדיס הפנה לטangiיה זו בהרחבה בפסק **ASHWANDER V. TENNESSEE VALLEY AUTHORITY**

.56 S.C.T. 466 (1936); 297 U.S. 288

...

א) בית המשפט לא יבע דעתו על חוקיותה של חקיקה בהליכים בלתי אדרסרים, כי הכרעה בנושא כאמור היא חוקית רק במקרה אחרונה וכאשר יש הכרה להכריע בחלוקת אמיתית, רצינית וחיונית (REAL ERNEST AND VITAL) בין בעלי הדין. בין היתר הזיכיר כי מי שנחלה כשלון בהצבעה בעת הדין במוסד המחוקק, אינו יכול לאחר מכן להעביר לבית המשפט את הדין בשאלת החוקיות של אקט החקיקה.

ב) בית המשפט אינו נהג לדון בשאלות בעלות אופי חוקתי אלא אם כן הדבר דרוש באופן החלטי (ABSOLUTELY NECESSSARY) לצורך הכרעה בעניין.

ג) בית המשפט לא יגבש כלל של משפט חוקתי, שהוא רחוב יותר מן הנדרש לצורך הכרעה בעובדות הקונקרטיות שבפניו, אשר עלייהן יש לישמו.

ד) בית המשפט לא יחליט בבעיה חוקתית, אף אם היא מועלתה CIAOT, אם יש גם טעם אחר אשר על יסודו ניתן להכריע בעניין נשוא הדיון. אם ניתן להכריע בחלוקת על פי שני טעמים תלופיים, האחד חוקתי והאחר המუוגן בפרשנות החוק או בעקרונות כלליים של המשפט, בית המשפט יחליט רק על יסוד נימוק מן הסוג השני.

ה) בית המשפט לא יכול להציג על כך שהוא נפגע על ידי הפעלו של צד שאינו יכול להציגו על חוק חקוק על יסוד תביעתו.

ו) בית המשפט לא יחליט על חוקתיותו של חוק על יסוד תביעתו של בעל דין שהפיק תועלת מן החוק.

ז) כאשר תוקפו של חוק של הקונגרס מועלה לדין ואפיו אם מועלה ספק קיצוני בדבר חוקתיותו, הרי כלל מנהה מרכזי הוא שביתת המשפט יבדוק תחילה אם אפשרית פרשנות סבירה אשר לאורה ניתן להימנע מן ההכרעה בשאלת.

בעניין הכלל החמישי הנ"ל הרי אצלונו והן באנגליה ובארה"ב הורחבה בתקופתנו זכות העמידה והיא חונקה בנסיבות המוגדרות גם למי שאינו נפגע במישרין מפעלה של הרשות...".

הנה כי כן, הכלל השני והשלישי לעיל מגלים את התפישה כי עתירה כללית הtotokhet את הוראות החוק באופן גורף, מופשט וכולני אינה מתאימה להכרעה חוקתית.

31. פיתוחם של קווים מנהים אלה נמשך על ידי כב' השופט (כתוארה אז) נאור ברג'ץ 7190/05 לובל נ' ממשלה ישראל נק-על 645, 638 (1) (2006) ל"זיקטרינט השאלת הבלתי בשלה" במשפט החוקתי, לפיה הכרעה שיפוטית בסוגיה חוקתית תעשה מקום בו הונחה תשתיית עובדתית "קונקרטיבית ברורה ושלמה". וכך נאמר :

"3. לדעתי קיימים טעם נוסף לדוחית העתירה על הסוף, והוא כי העתירה אף אינה בשלה להכרעה בבית משפט זה, עקב הידרדה של מערכת עובדות קונקרטיבית, ברורה ושלמה, החיונית לצורך מתן הכרעה שיפוטית עקרונית. מקובלות עלי עדמות המדינה, לפיה אין מקום בשלב זה לערכות בירור עקרוני במסגרת תקיפה חוקתית ישירה בבית המשפט הגבוה לצדק. ענייני העתירה שבפניו לא הייתה בשלה עת שהוגשה, ערבות ביצוע תכניות ההתקנות, וඅף היום היא אינה בשלה לדין, וגם מטעם זה דינה להידחות.

4. בית משפט זה פיתח, במסגרת שיקול הדעת בהפעלת סמכותו, כלים לויסות זרם הפניות והעניינים המוגשים לפניו. כלים אלה הם יצרה שיפוטית ומוקרים אינם סטטוטורי. כדי שקבע חברי השופט ברק

"[מזכיר ב]יצירה שיפוטית המונעת על-ידי רצונו של בית-המשפט לוסת את זרם הפניות המוגשות אליו. בקיוריה זו של יצירות שיפוטיות 'מוסותות' ניתן להזכיר את הדוקטרינה של הבעיה האקדמית, הבעיה הבלתי בשלה, או השאלת הבלתי שפיטה. דוקטרינות אלה מבקשות להעניק לבית-המשפט, כל אחד מזוויות ראייה אחרת, מכשירים משפטיים שבנסיבות יכול בית-המשפט לנעול שעריו במקום שהוא סבור כי אין זה ראוי לדון בעניין" (בג"ץ 217/80 סgal נ' שר הפנים, פ"ד לד (4) 429, בע' 440).

5. אכן, בין כלים מוסטומים אלה ניתן למנות גם את דוקטרינת הבעיה הבלתי בשלה (להלן: דוקטרינת הבשלות). דוקטרינה זו, המוכרת בשם *The Ripeness Doctrine*, מקורה במשפט הקונסטיטוטציוני האמריקאי, כנגורת מדרישת העניינים והסכסוכים (-Controversy Requirement), הנטועה בחוקה האמריקאית ואשר תוחמת את גדרי הפעלת סמכותו של בית המשפט.

6. כאמור, על הכרעה שיפוטית מושכלת להיות קשורה בטבורה לעובדות קונקרטיות העולות מהמקרה, וזאת אף אם המקרה מעורר שאלה חוקתית. בהתאם, דוקטרינת הבשלות נועדה לאפשר לבית המשפט להימנע מההכריע במקרים מופשטות. הרי, אירוע מאוחר עשוי לחזק את המחלוקת בין הצדדים או ליתר את הצורך בהכרעה בהיבטים מסוימים של המחלוקת, אף אם היא מעוררת שאלה חוקתית. לפיכך, גם בהקשר החוקתי, דוקטרינת הבשלות מאפשרת לבית המשפט להחליט שההכרעה בשאלת החוקתית המונחת לפני התקבל בשלב מאוחר יותר, אם בכלל. עמד על כך פרופ' טרייבן (Tribe)

"Issues of ripeness involve, at least in part, the existence of a 'live' Case or Controversy"; as such, 'ripeness is peculiarly a question of timing' - its basic rationale is to prevent the courts, through premature adjudication ,from entangling themselves in abstract disagreements...' Even when a dispute is adequately mature in a constitutional sense, however, subsequent events may sharpen the controversy or remove the need for decision of at least some aspects of the matter. Thus, ripeness doctrine also furthers the prudential policy of 'judicial restraint from unnecessary decision of constitutional issues' by allowing a determination that a resolution of the dispute should come at a later date, if at all". (L.H.Tribe,

American Constitutional Law (3rd ed. vol.I N.Y 2000 . P334-335).

7. וזוק. החלטה לדוחות את ההכרעה במקרה שהובא לפני בית המשפט, על יסוד דוקטרינת הבשלות, עשויה לעכב את ההכרעה אך לא בהכרח למנוע אותה. על כן, דוקטרינה הבשלות היא כלי שיפוטי עצמאי וგמיש הנtentן לשיקול דעתו של בית המשפט, בהתאם לנסיבות העניין, ובהתאם לבשלות העולה מהתשתייה העובדתית המונחת לפניה. נסיבות המקורה שלפנינו הולמות לדעתו את "הפעלה" של דוקטרינת הבשלות על העתירה הנוכחית.].[ההדגשה הוספה].

32. המשיב יטען, כי גם בעניינו, כאשר בתי הדין ובתי המשפט המוסמכים טרם יצקו תוכן פרשוני קונקרטי מחייב להוראות החוק הנדינות (אגב בחינתן על רקע מסכת עובדתית פרטנית) מדובר בעתירה גורפת, מופשטת, תיאורטיבית ובלתי בשלה להכרעה. במקרים אחרות – המשיב סבור, כי הדרך המתאימה לדון בחוקיות הסדרים שונים שנקבעו בהוראת השעה, היא אגב מקרה קונקרטי, על ידי בית המשפט שהוסמן לדון בכך.

33. לפסקי דין אשר יצא מלפני בית משפט נכבד זה אך לאחרונה, בהקשר של דוקטרינת העדר הבשלות, ראו גם :

- (בג"ץ 7872/78 המועצה המוסלמית ביפו נ' ממשלה ישראל (פורסם בנבו, 7.6.12))
- (בג"ץ 3429/78 בוגרי התיכון הערבי אורתויזוכסי בחיפה נ' שר האוצר (פורסם בנבו, 5.1.12))
- (בג"ץ 3803/78 איגוד הנאמנים בשוק ההון בישראל נ' מדינת ישראל (פורסם בנבו 5.2.12)).

34. בעמוד אחד מני עמודיה הרבים של העתירה התייחסו העותרים לשאלת הסעיף החלופי, וננסכו בטענותיהם על פסק הדין בג"ץ 1661/05 המועצת האזורית חוף עזה נ' בנסת ישראל (פורסם בנבו 9.6.05). אלא שבעניין חוף עזה, מדובר היה בעתרות לא מעותות שהיו תלויות בפני בית משפט נכבד זה, בעניין ההחלטה האופרטיבית שהתקבלה על תכנית התנתקות לפניו עזה והתקיקה שלילוותה החלטה זו. הפסקאות עליהם נסמכו העותרים מדברות על פן אחד של העתרות החקון, הפנו הכספי של הסדרי הפיצויים, וכי שכתב, בין היתר, בית המשפט הנכבד כאשר דזהה שם את טענתה הסף של סעיף חלופי: "בוחינה של הסדר הפיצוי היא חלק בלתי נפרד מבחן חוקתי של הפינוי... חוקתיותו של הפינוי יכולה שתאה מושפעת מחוקתיותו של הפיצוי. הפיצוי משפייע על המידותניות של הפגיעה. לבחינה חוקתיות של הסדרי הפיצוי חשובות לעניין עצם הפינוי. לא ניתן לקבוע האם הוראות הפינוי הקבועות בחוק הן חוקתיות ללא בירור השאלה האם הסדרי הפיצוי נתונים את המענה הנדרש. ההחלטה צריכה להתבצע מבעוד מועד, לפני שמהלך הפינוי מתבצע הלכה למעשה." לפיכך, מובן שלא ניתן למדו מפסק הדין שם לעניינו בהקשר זה.

35. יתרה מכך, כיום מתנהלים מספר הלि�כים בבתי המשפט לעניינים מינהליים, במסגרות נתקפה, אגב מקרה קונקרטי של הפעלת הוראת השעה, חוקתיות הסדרים שונים בהוראה (ראו פירוט ההלि�כים בסעיף 4 לעיל). משכך, בוודאי שאין כל טעם או מקום שבית המשפט העליון בשבתו

כבית משפט גבוה לצדק יידרש כיום לדין בחוקתיות הוראת השעה, כאשר היליכים מקבילים למעשה, תלויים ועומדים בבית המשפט לעניינים מינהליים, והדין בהם מתקיים אגב בירורה של תשתיית פרטנית בעניינו של מסתנן כזה או אחר (לענין אי-קיום היליכים מקבילים באותו עניין בבתי משפט שונים, ראו, למשל, בג"ץ 5961/10 פורת נ' כב' השופט ריבלין ניתן ביום 10.10.4).

.36. שחרי, כאמור, הפורום הקבוע בדיון לתקיפת החלטות קונקרטיות בהתאם להוראת השעה הינו בית הדין לביקורת ממשורת, שעל החלטותיו ניתן לערער בפני בית המשפט לעניינים מינהליים. אגב עובדות המקורה הקונקרטי, ניתן יהיה להעלות כל טענה חוקתית נגד חוקתיות החוק. על החלטת בית המשפט לעניינים מינהליים ניתן יהיה להגיש ערעור – במידת הצורך – לבית משפט נכבד זה.

.37. בעניינים של העותרים הקונקרטיים התנהלו הליכים בפני בית הדין לביקורת ממשורת, ובמידת הצורך באפשרותם להגיש לבית המשפט לעניינים מנהליים ערעור מינהלי.

מطبع הדברים, אם לעותרים יש טענה נגד חוקתיותה של הוראת השעה, כולה או חלקה, הפורום הטבעי להעלאתה הוא בית המשפט לעניינים מנהליים המוסמך לדין בעניינים הספציפי של העותרים ובעאלת הוצאה צו הגירוש, כמו גם בשאלת שחרורם ממשורת, והאם קיימת בעניין עילית שחרור ממשורת. פורום זה מוסמך לדין בכל הטענות המועלות בעירה, ואין כל סיבת מודיעין ידרש לנושא זה, בשלב זה, בית המשפט העליון בשבתו בבית משפט גבוה לצדק, בגין עתירה זו שהוגשה לו למעשה בעתירה בולנית.

.38. לכך נסיף, כי במידע, "בית המשפט אינו נהג לדון בשאלות בעלות אופי חוקתי, אלא אם כן הדבר דרוש באופן חלطي לצורך הכרעה בעניין מסוים."

בנוספ', "בית המשפט לא יחוליט בבעיה חוקתית, אף אם היא מועלתה כיאות, אם יש גם טעם אחר אשר על יסודו ניתן להכריע בעניין נושא הדיון".

לפייך נקבע, כי "אם ניתן להכריע בחלוקת על פי שני טעמים חולפיים, האחד חוקתי, ואחר המუוגע בפרשנות החוק או בעקרונות כלליים של המשפט, בית המשפט יחוליט רק על יסוד נימוק מן הסוג השני".

כללים אלה נקבעו בארץות הברית ככללים מנהיים לעניין בדיקתו של בית משפט טענות על אי חוקתיות של חוק, והם אומצו על ידי כב' הנשיא שmag, ככללים הרציפים להנחות גם את בית המשפט הישראליים, בbowם לדון בעונאות בדבר אי חוקתיות של חוק ישראלי (ראו לענין זה: ע"א 93/6821 בנק המזרחי נ. מגדל, הניל).

אם ניישם כללים אלה לענייננו, נמצא כי הפורום הטבעי להכריע בשאלת חוקתיותה של הוראת השעה, הינו בית המשפט המחויז בשבתו כבית משפט לערעורים מינהליים. בית המשפט לעניינים מנהליים יכולות להתרברר הן שאלת חוקתיות הוראת השעה, הן השאלה אם לפי החוק הייתה הצדקה להוצאה צו גירוש נגד העותרים הפרטניים והמשך החזקתם ממשורת של העותרים הפרטניים, או היעדרה של עילית שחרור ממשורת של העותרים הפרטניים. על פי הכללים שהובאו

לעיל, בית המשפט לעניינים מנהליים יידרש לשאלת חוקתיות הוראת השעה, רק אם ישתבע כי לפי הוראת השעה אכן הייתה הצדקה להוצאה צו גירוש והמשך החזקה במשמורת. אם ישתבע כי שלא הייתה הצדקה שכן, יבסס על כך את פסילת הכוונים, ולא יהיה כל צורך שיידרש לנושא החוקתיות.

מסקנה זו עולה ישירות מהכללים שאומצו כאמור על ידי כב' הנשיא שmag בע"א 6821/93, והוא מחייבת המציאות, שכן על בני המשפט לנוהג בזהירות רבה בטרם ידרשו לבחינת חוקתיותו של חוק. כיוון שם צו גירוש או הוראה על החזקה במשמורת יבוטלו מטעמים אחרים, לא יהיה כל צורך להכריע בשאלת החוקתיות המועלית בעתריה. מן הטעם האמור, נבקש לטען, כי בית המשפט לעניינים מנהליים הוא הפורום המתאים לדzon בעונות העותרים, שכן הוא המוסמך לדzon בכל טענות שמעלים העותרים, והוא שוכן להחלטת אם יש צורך להכריע בעונותיהם החוקתיות אם לאו.

.39. דברים אלה מקבלים משנה תוקף בעניינו גם מן הטעם, שיש להניח כי עם הנסיבות המקוריים, יULLו שאלות פרשניות שונות לגבי הוראת השעה. ניתן להעריך, כי הכרעות בדבר פרשנות ההסדרים שנקבעו בהוראת השעה יכולו וישיכו גם על לבחינת חוקתיותה. גם לוכת האמור לא יהיה זה נכון להכריע בשאלת החוקתיות בעת הזו.

.40. **נוכת כל האמור לעיל יתבקש בית המשפט הנכבד לדוחות את העתירה על הטס.**

הઉתרים דן

.41. נוכת האמור לעיל, המשיבים אינם סבורים שיש מקום לפרט בעניינו של כל עותר וועתר בעתריה דן. בהתאם להוראת השעה, בפני כל אחד מהઉתרים פتوחה הדרך לבקש כי בית הדין לביקורת משמרות ידzon בעניינו, ובמידת הצורך באפשרותם להגיש לאחר מכן ערעור ו/או עתירה מינימלית בעניינם.

.42. יחד עם זאת, למללה מן הצורך יציגו המשיבים בפני בית המשפט הנכבד את ענייניהם של העותרים הפרטניים בתמצית:

א. העותרות 1 ו-2, אם ובתча, הסתנו לישראל ביום 26.8.12. באותו יום הוצאו נגדן צווי גירוש בהתאם לחוק למניעת הסתננות, ונערך לעותרת 2 שימוש בפני ממונה ביקורת גבולות, אשר לא מצא טעם להורות על שחרורו של העותר בהתאם לאחד החריגים הקבועים בסעיף 30א להוראת השעה. בשימוש בפני ממונה ביקורת גבולות טענה העותרת 2, כי הגיעו לישראל כדי לעבוד ושילמה למתווך לשם כך. בהמשך טענה כי נפלה קורבן לטחיר בבני אדם.

ביום 22.11.12, לאחר שהוגשה בקשה לשחרור העותרות על ידי בא כהן, ניתנה החלטת בית הדין לביקורת משמרות לשחרורו ממשמרות בתנאים, והן שוחררו ביום 28.11.12 בערבות ובתנאים.

ב. העותר 3 הסתנן לישראל ביום 6.6.12 והוצאה נגדו צו גירוש בהתאם לחוק למניעת הסתננות. בשימושו שנערך לו על ידי ממונה ביקורת גבולות ביום 14.6.12 טען העותר הגיע לישראל לשם עבודה. לדבריו, יש לו משפחה ואחים בישראל אשר שלחו אליו כסף עבור הברחתו לישראל. העותר טען, כי עבר התעללות בסיני על ידי הרשידה. ביום 19.6.12 הובא העותר בפני בית הדין וטען בפניו כי הגיע לישראל לצורך עבודה וכי אינו מוכן לחזור לאրיתריאה. בית הדין אישר את צו המשמרות ללא שינוי.

ביום 21.11.12 הוגשה לבית הדין בקשה לשחרור העותר על ידי בא כוחו. ביום 29.11.12, לאחר שהוגשה תגבורת המשיבה, דחלה בית הדין לביקורת משמרות את בקשת השחרור. בין היתר, עולה מההחלטה כי העותר, הטוען בעת כי עבר התעללות וסבל, לא טען זאת קודם לכן במספר דיונים שהתקיימו בפני בית הדין. עוד הוסיף בית הדין, כי אין בכך העותר נימוק מודיע לא סיפר האמור, וכי הוא לא חוכר כקרובן עבירות עבדות למטרת שירותים מין או שחרר בגין אדם, ומאחר ולא טען זאת, לא הייתה בחינה של המשטרה. ביום 13.12.12 נערך דיון בעניינו של העותר בפני בית הדין, במסגרתו ביקורת משמרות תקופתית ובהתאם להחלטת בית הדין הוגשה ביום 17.12.12 תגבורת לבקשת השחרור, עליה הגביב (!!?) העותר ביום 19.12.12. ביום 20.12.12 התקבלה החלטת בית הדין במסגרתה נדחתה בקשת העותר לשחרור ממשמרות.

ג. העותר 4 הסתנן לישראל ביום 11.6.12 והוצאה נגדו צו גירוש בהתאם לחוק למניעת הסתננות. בשימושו שנערך לו על ידי ממונה ביקורת גבולות מסר העותר, כי שירות בצבא האրיתראי במשך 10 שנים, אך שוחרר לפני השנה וחצי והמשיך לעבוד בחקלאות בכפרו. לדבריו, הגיע לישראל למטרות עבודה בלבד. לדבריו, ככל שיתזר לאריתריאה ישיתו עליו קנס כספי.

בימים 28.6.12 ו- 28.8.12 הובא העותר 4 בפני בית הדין לביקורת משמרות, ובית הדין הותיר את צו המשמרות על כנו.

ביום 27.9.12 הוגשה לבית הדין בקשה לשחרור מטעם נציבות האו"ם לפליטים, ממנה עולה כי מבקש לשחרר את העותר מאחר ובת אחיו, נחטפה ממחנה פליטים בו שהתחה בסודן והוא שווה מזה חמישה חודשים בידי מבריתם בסודן, ועל כן בית הדין מתבקש להורות על שחרורו של העותר ממשמרות וזאת לצורך גיוס כספים לתשלום הקופר לחוטפי אחינינו. ביום 16.10.12 הוגשה בקשה דומה אף על ידי ב"כ העותר.

ביום 31.10.12 ניתנה החלטה של בית הדין לביקורת משמרות הדוחה את הבקשת לשחררו. דיון ביקורת משמרות נוספת נקבע ליום 31.12.12.

ד. העותרת 5 הסתננה לישראל ביום 11.6.12 והוצאה נגדה צו גירוש בהתאם לחוק למניעת הסתננות. בשימושו שנערך לה על ידי ממונה ביקורת גבולות מסרה העותרת, כי הגיע לישראל על מנת לחפש עבודה. בדיונים שנערכו בפני בית הדין לביקורת משמרות הותיר בית הדין את צו המשמרות על כנו.

לאחר שהוגשה בקשה השחרור על ידי ב"כ העותרת ותגובה מטעם המשיב, ביום 12.12.11, התקיים דיון בפני בית הדין. בהחלטה קבע בית הדין כי לא קיימת עילת שחרור לעותרת אשר תישאר במשמרות. עוד קבע בית דין, כי פנוייה ב"כ העותרת מיום 30.9.12, יש להראתה בבקשת למקלט מדיני. עוד נקבע, כי דיון ביקורת בעניינה של העותרת יתקיים ביום 13.1.21, כאשר עד אז יעדכן המשיב בהחלטתו בבקשת העותרת למקלט מדיני.

.43. המשיבים יטענו, כי כאמור כאן, יש כדי לחזק את הטענה ולפיה בדיון בעירה דן בעתיה כדי להוכיח את המאוחר, שכן נדמה על פניו כי הוראת השעה חלה על כל מקרה בנسبותיו הפרטניות, ועלילות השחרור המופיעות בהוראת השעה אין ריקות מתוכן כפי שמנסים העותרים להציג בעתרתם.

זאת ועוד, כאמור, עניינים של העותרים נדונם בפני בית הדין לביקורת משמרות, הן בבחינה עתית קבוע בחוק, הן בפנייה יוזמה של באי כוחם בעניינים. זאת ועוד, כאמור, בפני כל אחד מהעותרים פתוחה הדרך להגיש ערעור או עתירה מינימלית לבית המשפט לעניינים מינימליים.

בקליטת האגו – הוראת השעה הינה חוקתית

.44. כפי שצוין, לצורך שלמות התמונה, ולמעלה מן הנדרש, נתყח בנסיבות מסוימות נקודות בפן החוקתי. טענותיהם המפורחות של המשיבים בעניין זה, החלו להיות מוצגות וימשכו להיות מוצגות בפני בית המשפט לעניינים מינימליים, כאשר התעוררו וככל שייתעוררו טענות חוקתיות אגב ערעורים או עתירות קונקרטיות, ואם יתרברר כי קיים צורך להכריע בנושא זה במסגרת הлик זה או אחר.

.45. במסגרת זו, נעמוד תחילה על היקף הביקורת השיפוטית על חקיקה של הכנסת בכלל, ועל חקיקה של הוראת שעה, בפרט. בהמשך נעמוד על מיקום הבדיקה החוקתית וההלכה שיצאה בהקשר זה מלפני בית משפט נכבד זה. בהמשך ניגע בנקודות, על קצה המזלג, בחוקתיותו של החוק. נוכחות טענות הסוף האמורויות, לא מצאנו לנכון להרחיב בעניין זה במסגרת התגובה המקדמית.

היקף הביקורת השיפוטית – מידת התערבות בית המשפט בחוקתיות חוק של הכנסת

.46. עתירה זו מופנית לא רק נגד החלטות בעניינים הפרטניים של העותרים, אלא נגד הוראות שנקבעו בדבר חקיקה ראשית של הכנסת. בית המשפט הנכבד כבר קבע, כי התערבותו בחקיקה ראשית תהיה בשורה ורק במקום בו אין כל אפשרות אחרת. עד עתה ראה לנכון בית המשפט הנכבד להתערב במקרים ספורים בלבד בסעיפים שנקבעו בחוק של הכנסת. לטעמה של המדינה, המקרה הנדון אינו אחד מאותםקרים נדירים – החירג שבחריג – שבו יעשה בית המשפט הנכבד שימוש בסמכות הננתונה לו, ויורה על בטלותו של דבר חקיקה ראשית. נעמוד על הדברים בקצרה.

.47. נקודת המוצא לדינונו הינה, כי:

"תפקיד החקיקה הוטל על המחוקק. הוא נציגו הנאמן של הריבון - העם. האחוריות הלאומית לחקיקת חוקים אשר יגשים תכילת ראייה באמצעות מידותים מופטלת, על פי עיקרונו הפרדט הרשות, על המחוקק. בידיו הכלים לאייתור התכילת הראייה ולבחרית האמצעי המידתי. בית המשפט לא בא להחליף את שיקוליו של המחוקק בשיקוליו שלו. בית המשפט אינו נכנס לנעליו של המחוקק. הוא אינו שואל את עצמו מהם האמצעים שהוא בוחר אילו היה חבר בגוף המחוקק. בית המשפט מפעיל ביקורת שיפוטית. הוא בוחן את חוקתיות החוק, לא את תבונתו. השאלה אינה אם החוק טוב, יעיל, מוצדק. השאלה הינה אם הוא חוקתי" (מתוך בג"ץ 1715/97 לשכת מנהלי השקעות נ' שר האוצר, פ"ד נא(4) 367, בעמ' 390-389).

- .48. לעניין הרישון והאיפוק של בית המשפט לנוהג בהפעילו את הביקורת השיפוטית על חוקיותם של חוקים נאמר בע"א 6821/93 לעיל, בעמ' 598-599, כדלקמן:

"ההרמונייה בין הרשויות מחייבת... הצבת 'קו אדום' בין הפעלת סמכות הביקורת המסורה לבית המשפט על מעשה חקיקה לבין מעורבות בחקיקה. על בית המשפט להיזהר מטעטוש הגבולות ומגילישה לעבר סמכות לא לו. עליו לזכור כי בידו מסור הפיקוח המשפטי בלבד, אם החוק הוא חוקתי, ובהפעילו סמכות זו אין הוא משמש תחליף לרשות המחוקקת. אין בית המשפט ממיר את שיקוליו של המחוקק בשיקול דעתו שלו. חופש הבחירה בין אמצעים חילופיים, שכולם באים לאזן בין התכילת הראייה והפגיעה בזכותו, מסור למחוקק ולא לבית המשפט. המחוקק הוא שמוסמך לבחור, מבין האמצעים האפשריים, את האמצעי הנראה לו מתאים להגשמת תכילתיו הראייה של החוק".

תתיקון לחוק מוגדר רובו ככולו כהוראת שעה

- .49. כמוזכר לעיל, תיקון מס' 3 לחוק מוגדר רובו ככולו כהוראת שעה שתוקפה עד ליום 18.1.15.

- .50. ההלכה הפסוכה בגין היקף המצומצם ייחסת של הביקורת החוקתית על "הוראת שעה" שנקבעה בחקיקה ראשית סוכמה בפסק הדין בבג"ץ 1548/07 לשכת עורכי הדין בישראל נ' השר לביטחון פנים, תק-על 2008(3) 582 (2008), כדלקמן:

"17. בבחינות חוקתיות של חוק הכנסת, נוהג בית המשפט, מלכתחילה, ברישון שיפוטי רב בבוואר להפעיל את ביקורתו השיפוטית. לא על נקלה יכריז בית המשפט כי חוק שחוקקה הכנסת הינו בלתי חוקתי..."

עיקרונו זה נטוע בתורת הפרדת הרשותות, העומדת ביסוד המשפט הדמוקרטי בישראל.

18. יתר על כן, בהפעלת הביקורת השיפוטית על חוקתיותו של חוק, קיימת חשיבות להיבט זמניותו של החוק כשיקול העשי, במקרים מסוימים, להצהר עוד יותר את נכונותו של בית המשפט להתערב בתקיקת הכנסת".

.51 המשיבים יטענו, כי העבודה שההסדרים החדשניים נקבעו כ"הוראת שעה" בחוק למניעת הסתננות, שתוקפיה עד ליום 18.1.15, מצדיקה אף היא, כשלעצמה, ריסון הביקורת השיפוטית ביחס אליהם.

.52 המדינה טען, כי לא לחינם נקבעו ההסדרים כהוראת שעה בלבד, וכי מדובר בנסיבות העניין בעניין מהותי ביותר, שיש להביאו בחשבון במסגרת הביקורת השיפוטית על חוקתיותו של החוק.

.53. בנסיבות אלה, קביעתם של ההסדרים כהוראת שעה בלבד, לעת הזו, היא חלק אינהרנטי מהמהלך החקיקתי כולו, ובבחינת חוקתיות ההסדרים שנקבעו בהוראות השעה יש להביא אפוא בחשבון כי מדובר לעת הזו בהוראת שעה לתקופה קצרה, שנועדה להתמודד עם תופעה חריפה וחסרת תקדים, הפוגעת בריבונותה של מדינת ישראל, הוראת שעה, אותה יש לבדוק ולקראא על רקע תכליתה וההסדרים הייחודיים שנקבעו בה שנעודו להתמודד ולבלום את התופעה, שבשובה הינה תופעה של הגירת עבודה, ועל רקע יישומה, הלכה למעשה, ובבחינת ההסדרים הקבועים בה, לאורך יישומה, אל מול אוכלוסיית המסתננים – ועל רקע הנسبות הפרטניות של מסתננים אלו ואחרים.

מיקום הבדיקה החוקתית

.54. מן ראוי להבהיר כבר עתה, כי לבחינה החוקתית שני שלבים, וכי בטרם שעוברים לבחינה של הוראות דין בהתאם למבוקש פסקת ההגבלה שבסעיף 8 לחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו, יש להקדים ולבחוון האם ההוראה הנבתנית פוגעת בזכות שחוק היסוד בא להגן עליה. לפיכך, אם נמצא כי למי שהסתנן לישראל לא מוקנית זכות יסוד או, אם מוקנית, אינה נפגעת, הרי שמדובר גם לא יתעורר הצורך לבחון את חוקתיות החוק במקביל פסקת ההגבלה שבסעיף 8 לחוק היסוד. וראו אי' ברק פרשנות במשפט - פרשנות חוקתית (תשנ"ד) 473-474, ראו גם בג"ץ 1661/05 המועצת האזורית חוף עזה ואח' נ' **כנסת ישראל ואח'**, שהזוכר לעיל, וכן בג"ץ 10203/03 המפקד הלאומי בע"מ נ' **הייעץ המשפטי לממשלה** (פורסם ב"נבו" 20.8.2008).

.55. ניתה זו משקפת عمדה מהותית, לפייה מקומו של חלק עיקרי בדיון החוקתי הוא במסגרת הגדרת הזכויות, ולא במסגרת פסקת ההגבלה. عمדה זו משקפת את החשש, כי הרחבת הזכות המוגנת יתר על המידה תגרום לשחיקת ההגנה החוקתית. תכלית נוספת של عمדה זו היא למנוע מצב בו כל פגיעה תעביר מיידית את הדיון לפסקת ההגבלה, באופן שיאלץ את בית המשפט לבחון את הגיונה של כל חקיקה וחוקיקה, המשפיעה על זכויות האדם.

שאלת הזכות ותנאי פסקת ההגבלה

.56 המשיבים יטנוו, כי גם אם ננית שהוראת השעה פוגעת בזכותו חוקית מוכרת (והמדינה תטען כי אשר מדובר במסתננים אין בהכרח מקום להנitch זאת כדבר מובן מאליו), הרי שהוראת השעה עומדת בתנאי פסקת ההגבלה: היא נקבעה בחקיקה ראשית, היא נועדה לתוכלית רואיה, היא הולמת את ערכיה של מדינת ישראל, והפגיעה אינה מעבר למידה הנדרשת.

.57 עיקרי הוראת השעה חן כדלקמן:

כגンド מסתנן (מי שנכנס לישראל שלא דרך תחנת גבול), יצא צו גירוש (סעיף 30 לחוק), ובתווך לא יאוחר ששבה ימי עבודה יובא המסתנן בפני ממונה ביקורת גבולות (סעיף 30א(ב) לחוק). בהוראת השעה מפורטים מקרים בהם רשיי ממונה ביקורת גבולות לשחרר מסתנן בתנאים (סעיף 30א(ג) לחוק), בכפוף לחריגים הקבועים בסעיף 30(א)ד לחוק. מסתנן אשר שוחרר בתנאים, רואים בהחלטת שחררו אסמכתא חוקית לשתייתו בישראל לתקופה השחרור בעורבה. עוד קובעת הוראת השעה, כי במקרה שלמסתנן ניתנושרה ורישון לישיבה בישראל לפי חוק הכנסת לישראל, צו הגירוש יבוטל על ידי שר הבטחון או מי שהוסמך על ידו (סעיף 30(א2) לחוק). זאת ועוד, במסגרת הוראת השעה הוקם בית דין לביקורת משמרות של מסתננים (סעיף 30ג לחוק), בפניו יובא מסתנן המוחזק במשמרות לא יאוחר מ-14 ימים ממועד תחילת החזקתו במשמרות (סעיף 30ה(1) לחוק) לבחינה עתית (סעיף 30 ז לחוק) או לבקשות היזומה של המסתנן כי עניינו יובא בפני בית הדין (סעיף 30ה(2) לחוק). בית הדין לביקורת משמרות מוסמך לאשר את החזקה במשמרות, קבוע כי עניינו של המסתנן יובא בפנוי לתקופה קצרה יותר מ-60 יום, להורות על שחרור בתנאים ולהוראות על שינוי בתנאי שחרור בעורבה או חילוט (סעיף 30 ז לחוק). המסתנן רשאי לפנות לבית המשפט לעניינים מינהליים בערעור (על המשמרות) או בעטירה (על צו הגירוש) (סעיף 30 ז לחוק).

להלן חלק מסעיפי הוראת השעה:

"'מסתנן' – מי שאינו חושב כמשמעותו בסעיף 1 לחוק מרשם האוכלוסין, התשכ"ה-1965, שנכנס לישראל שלא דרך תחנת גבול שקבע שר הפנים לפי סעיף 7 לחוק הכנסת לישראל;

30.(א) שר הבטחון, או מי שהוסמך על ידיו, רשאי לצוות בכתב על גירושו של מסתנן בין שהו כאשם לפיקוח זה ובין שלא הואשם. האzo ישמש אסמכתה חזקית להוכיח את המסתנן במשמרות עד לגירושו.

(א1) צו גירוש לפי סעיף קטן (א) לא יבוצע אלא לאחר שר הבטחון או עובד מדינה בכיר שהוסמך על ידיו, קבוע כי ניתן לעשות כן בהתחשב בנסיבות האישיות של המסתנן ובמידנת היעד לגירושו.

(א2) ניתנו למסתנןשרה ורישון לישיבה בישראל לפי חוק הכנסת לישראל,ibtel שר הבטחון או מי שהוסמך על ידו את צו הגירוש שניתן לגביו לפי סעיף קטן (א).

...
30.(א) מסתנן הגთון במשמרות יובא לפני ממונה ביקורת הגבולות, לא יאוחר ששבה ימי עבודה מיום תחילת החזקתו במשמרות.

- (ב) ממונה ביקורת הגבולות, רשאי, במקרים חריגים, לשחרר מסתנן בעירובון כספי, בערובות בנסיבות או בערובה מתאימה אחרת או בתנאים שימצא לנכון (בחזק זה – ערובה), אם שוכנע כי מתקיים אחד מכללה:
- (1) בשל גילו או מצב בריאותו של המסתנן, החזקתו במשמרות עלולה לגרום נזק לביריאתו, ואין דרך אחרת למנוע את הנזק האמור;
 - (2) קיימים טעמים הומוגניטרים מיוחדים אחרים מהאמור בפסקה (1) המצדיקים את שחרורו של המסתנן בערובה, לרבות אם עקב החזקה במשמרות ייוותר קטן ללא השגחה;
 - (3) המסתנן הוא קטן שאינו מלאוה על ידי בן משפחה או אפוטרופוס;
 - (4) שחרורו בערובה של המסתנן יש בו כדי לסייע בהליך גירושו.
- (ג) ממונה ביקורת הגבולות רשאי לשחרר מסתנן בערובה, אם שוכנע כי מתקיים אחד מכללה:
- (1) חלפו שלושה חודשים מהמועד שבו הגיע המסתנן בקשה לקבלת אישרה ורישון ליישבה בישראל לפי חוק הכניסה לישראל, וטרם החל הטיפול בבקשתו;
 - (2) חלפו תשעה חודשים מהמועד שבו הגיע המסתנן בקשה כאמור בפסקה (1) וטרם ניתנה החלטה בבקשתו;
 - (3) חלפו שלוש שנים מאז תחילת החזקתו של המסתנן במשמרות.
- (ד) על אף הוראות סעיף קטן (ב)(2) או (4) או (ג), לא ישוחרר מסתנן בערובה אם שוכנע ממונה ביקורת הגבולות כי התקיימים תנאים מהתנאים המפורטים להלן:
- (1) גירושו לישראל נמנע או מתעכב בשל העדר שיתוף פעולה מלא מצדו, לרבות לעניין הבהרתו זהותו או הסדרת הליכי גירושו לישראל;
 - (2) יש בשחרורו כדי לס肯 את ביטחון המדינה, את שלום הציבור או את בריאות הציבור;
 - (3) הוגשה ממונה ביקורת הגבולות חוות דעת מטעם גורמי הביטחון המוסמכים שלפיה במדינה מושבו או באזרע מגוריו של המסתנן מתבצעת פעילות העוללה לס肯 את ביטחון מדינת ישראל או אזרחיה; והכל, אלא אם כן שוכנע ממונה ביקורת הגבולות כי בשל גילו או מצב בריאותו של המסתנן, החזקתו במשמרות עלולה לגרום נזק לביריאתו, ואין דרך אחרת למנוע את הנזק האמור.
- (ה) שחרור בערובה ממשמרות יותנה בתנאים שיקבע ממונה ביקורת הגבולות לשם הבטחת התיציבותו של המסתנן לצורך גירושו לישראל במועד שנקבע או לצורך הליכים אחרים לפי דין; ממונה ביקורת הגבולות רשאי, בכל עת, לעיין מחדש בתנאי הערובה, אם התגלו עבודות חדשות או אם השתנו הנסיבות ממועד מתן ההחלטה על השחרור בערובה.
- (ו) מסתנן ששוחרר בערובה ממשמרות לפי סעיף זה, יראו את ההחלטה בדבר שחרורו בערובה כאסמכתה חוקית לשתייתו בישראל, לתקופת השחרור בערובה; מוקף ההחלטה בדבר שחרור בערובה מותנה בקיים התנאים לשחרור כאמור.
 - (ז) ביקש ערבי לבטל ערובה שנתן, רשאי ממונה ביקורת הגבולות להיעתר לבקשתו או לסרב לה, ובלבבד שבהחלטתו יהיה כדי להבטיח את התיציבותו של המסתנן על ידי המצאת ערובה אחרת; לא ניתן להבטיח את התיציבותו של המסתנן בהמצאת ערובה אחרת, יוחזר המסתנן למשמרות.
 - (ח) גורש המסתנן לישראל במועד שנקבע, יופטרו הוא וערביו מערבותם ויוחזר העירובון הכספי, לפי העניין.

(ט) גוכת ממונה ביקורת הגבולות כי מסתנן שוחרר בערובה הפר או עומד להפר תנאי שהרورو בערובה, רשיי הוא להורות, בצו, על החזרתו לשומרות, וכן רשיי הוא להורות על חילוט או מימוש הערובה.

(י) לא תינתן הוראה על חילוט או מימוש הערובה כאמור בסעיף קטן (ט) אלא לאחר שניתנה הזמנות למסתנן או לערב, לפי העניין, לטעון את טענותיו, ובלבך שניתן לאטרו באופן סביר.

30ג. שר המשפטים ימנה, מבין מי שנתנו לבתי דין ל ביקורת שומרות של שוהים שלא כדין לפי סעיף 13יא לחוק הכנסה לישראל, בית דין אחד או יותר ל ביקורת שומרות של מסתננים לפי חוק זה – בית הדין ל ביקורת שומרות של מסתננים).

30ד.(א) בית הדין ל ביקורת שומרות של מסתננים רשאי –
 (1) לאשר את החזקתו של המסתנן בשמורות, ואם אישר כאמור יקבע כי עניינו של המסתנן יובא לפניו לבחינה נספთ בהתקיים תנאים שקבע או בתקף פרק זמן שקבע אשר לא עולה על 60 ימים;
 (2) להורות על שחרורו בערובה של המסתנן בתום פרק זמן שקבע, אם שוכנע כי התקיימו התנאים לשחרור בערובה לפי סעיף 30א(ב) או (ג) ובכפוף לטייגים הקבועים בסעיף 30א(ד);
 (3) להורות על שינוי תנאי ערובה שנקבעו לפי סעיף 30א(ה), וכן על חילוט ערובה עקב הפרת תנאי השחרור בערובה.
 (ב) הוראות סעיף 30א(ה) יהולו, בשינויים המחויבים, על שחרור בערובה לפי צו של בית הדין ל ביקורת שומרות של מסתננים.
 (ג) החלטת בית הדין ל ביקורת שומרות של מסתננים תכלול את עיקרי טענות הצדדים, תהיה מנומקת ובכתב, ותימסר למסתנן בו במקום, במידת האפשר; וראתה בית הדין צורך בבירור נוספת, יורה על הבאת המסתנן הנדון בשמורתו לפניו במועד שקבע.

30ה. הוראות סמן ב' בפרק רביעי לחוק הכנסה לישראל, למעט הוראות סעיפים 13ט ו-13כא לחוק האמור, יהולו לעניין בית הדין ל ביקורת שומרות של מסתננים, בשינויים המחויבים ובשינויים אלה:
 (1) בסעיף 13יד לחוק הכנסה לישראל –
 (א) בסעיף קטן (א), במקום "בקדם האפשרי ולא יאוחר מトום 96 שעות מעת תחילת החזקתו" יקראו "לא יאוחר מ-14 ימים מיום תחילת החזקתו בשמורת";

...
 30. (א) החלטת בית דין ל ביקורת שומרות של מסתננים נתונה לערעור לפני בית משפט לעניינים מינהליים."

תכלית רואיה

58. דברי ההסבר לתיקון לחוק למניעת הסתננות מבהירים, שכונת המחוקק עת נחקק התיקון לחוק הייתה להביא לבלימת גל המסתננים שפקד את מדינת ישראל בשנים האחרונות, וכן להגיד הרבה אופן הטיפול הייחודי בעניינים. מדובר במטרה ציבורית וחברתית חשובה ביותר, שהחוק נועד לאפשר את השגתה. התיקון לחוק מבטא את נקודת האיזון בה בתר המחוקק, המKENה משנה

חשיבות לשמרה על ריבונותה של מדינת ישראל ועל זכורה כמדינה ריבונית לקבוע מי יבוא בשעריה וממי ישנה בתחוםה וכייד. ראו לעניין זה דבריו הסביר להצעת החוק, כדלקמן:

"בשנים האחרונות ניצבת מדינת ישראל בפני עלייה ניכרת בהיקף הסתננות דרך הגבול עם מצרים, שלא דרך תחנות גבול. על פי נתוני רשות האוכלוסין, ההגירה ומעברי הגבול, בשנת 2010 בלבד נטרפו כ- 14,000 מסתננים כאמור. המסתננים לישראל מגיעים ממגוון שנות, ובכלל זה גם ממגוון העוינות את ישראל.

ביום, מושמים המסתננים במשמות, אך הם משוחררים ממנה לאחר פרק זמן קצר יחסית, וזאת מאחר שהטיפול בהם נעשה בהתאם להוראות חוק הכנסת לישראל, התשי"ב-1952 (להלן-חוק הכנסת לישראל). חוק זה אינו מאפשר, בעיקרו של דבר, החזקה של אדם במשמות יותר מ-60 ימים. מצב דברים זה, יוצר, הלהה למעשה, תמרץ להמשך כל הסתננות והתגברותו. לכתיה נכוון היה להפעיל בעניין זה את החוק למניעת הסתננות (עבירות ושיפוט), התשי"ד-1954 (להלן-חוק למניעת הסתננות), אלא שמדובר בחוק מישן המוננה בקיומו של מצב חירום במדינה ואשר אינו כולל מגנוני בקרה על המשמות ועל הגירוש, כמו בדרכם בחקיקה היום.

הצעת החוק נועדה, בעיקרה, לאפשר החזקה של מסתננים במשמות לפחות תקופה ארוכה באופן משמעותי מזו הקבועה בחוק הכנסת לישראל, ולהוסיף לחוק למניעת הסתננות את המגנונים הנדרשים, לשם קיום ביקורת על ביצוע צו הגירוש ועל החזקתם של מסתננים במשמות עד לגירושם. תיקונים אלה מוצעים כהזרת שעה לתקופה של שלוש שנים, שבמהלכה תיבחן השפעתו של ההסדר המוצע על תופעת הסתננות בישראל. כמו כן מוצעים תיקונים נוספים בחוק למניעת הסתננות כפי שיפורטו בהמשך, המוצעים כתיקונים של קבע". (דבריו הסביר לחוק, הצעות חוק ממשלה 577, כ"ב באדר ב' התשע"א, 28.3.11). [ההדגשות הוספה].

59. כן ראו את דבריו של ראש הממשלה בישיבת הממשלה ביום 11.12.11 כפי שצוטטו בפסקה 13 לעיל.

הולמת את ערבייה של מדינת ישראל

60. הוראת השעה הולמת את ערבי מדינת ישראל, לאור רצינול החקירה אשר הנסמך על עקרון ריבונותה הפנימית של המדינה ועקרון שלטון החוק, אשר מהווים עקרונות יסוד של מדינה יהודית וديمقרטית (השו: עי"ם 1644/05 פרידה נ' משרד הפנים, תקדים 2005 (2), 4269).

הרכיב האחרון של פסקת ההגבלה הינו שהפגיעה בזכות יסוד תיעשה "במידה שאינה עולה על הנדרש". הפסיקת קבעה כי רכיב זה של פסקת ההגבלה, מבנן מידתיות, מרכיב מסוימת מבחני-משנה מצטברים: **מבחן התאמת או הקשר הרצionario**, שעל פיו על הפעולה הפוגעת להיות מתאימה להשגת תכליתה; **מבחן הפגיעה הփחתה**, שעל פיו יש לנ��וט באמצעות שמשיג את התכליית המבוקשת באותה מידת, שפגיעה בזכות היסוד היא היפחתה ביותר האפשרית; ומבחן "המידתיות במובן הצר", שעל פיו פעולה הפוגעת בזכות יסוד תימצא חותנית רק אם היחס שבין התועלות שבפעולה לבין הפגיעה שהיא גורמת בזכות היסוד הוא סביר (ראו: בג"ץ 1715/97 **לשכת מנהלי השקעות בישראל** ו' שר האוצר, פ"ד נא(4) 367, בעמ' 384-385 ; בג"ץ 2056/04 **מועצה כפר בית סוריק נ' ממשלה ישראל**, תקדין 3035(2) 3035, עמי 3051 ; בג"ץ **המועצה האזורית חוף עזה**, שהזכיר לעיל, בפסקאות 54-71 לפסק דין של עשרה שופטי הרוב).

(א) מבחן התאמת / הקשר הרצionario: על פי מבחן זה יש לבחון האם הפגיעה מSIGGA את המטרת עברורה נועשית הפגיעה. התקיון לחוק למניעת הסתננות נועד לאפשר החזקה של מסתננים במשירות למשך תקופה ארוכה מזו הקבועה ברגיל בחוק הכנסת לישראל, **כל שהמדובר במסתננים שאין מתאפשרת בעניינים עילית שחרור בין מטעמים הומניטריים הניקובים בהוראת השעה**, (סעיף 30א(ב)); או **עלית שחרור אחרות מהגדרה בהוראת השעה**, כגון העילה המונייה בסעיף 30א(ג) ו-(2), וזאת בראש ובראשונה לשם בלימת תופעת הסתננות (של מי שהסתננותם לישראל, אינה על רקע של רדייפה על בסיס יסוד מיסודותיה של אמונה הפליטים, בעוד מי שהסתננו לישראל על רקע כאמור, רשאים להגיש בקשה מקלט העתידה להיות מטופלת בכל החקדים על ידי יחידת המ Katzutiyet הרלבנטית), בין היתר בכך של מניעת התמרץ הגובה שהיא קיימים עד לאחרונה להסתננות לישראל, כגון: הסתננות לשם עבודה בישראל וזאת בהינתן השחרור ה"כמעט אוטומטי" ממשמורת, והסתננות לשם "אחד משפחות" בישראל עם בני משפחה שהסתננו קודם לכן. הנחת המוצא היא, כי לו ידעו המסתננים הפוטנציאליים כי הם לא יכולים להתחלך חופשי בישראל לאחר שיסתננו אליה, כי לא יכולים לשתכר בישראל על שירות מונימ ממה שהם משתמשים במדיניותיהם, אלא ניתן יהיה להחזיקם במשירות לתקופה ארוכה עד לחזרתם לארצם (כל שאין המדבר בפליטים: ובאמור לעיל, **ראויות השחרור הנΚוΒות בסע' 30א(ג)(1) ו-(2) לחוק למניעת הסתננות**), יהא בכך הפחתה משמעותית ביותר של התמריצים האמורים להסתננות לישראל, וכפועל יוצא מכן גם תהיה ירידה במספר המסתננים. יש לזכור עוד כי במקרה, נקבעו בחוק מנוגני ביקורת לעניין המשך החזקה במשמורת, וזאת בהתאם לעילות השחרור שנקבעו בחוק.

noch הרצון ליצור אמצעי אפקטיבי להטמודדות עם התופעה החמורה של פגיעה בRibivoת המדינה ואיום על בטחונה וחוסנה, תוך איזון מידתי ורואי, קבוע המחוקק כנקודות מוצא, כי צו הגירוש לפיה החוק למניעת הסתננות יהיה כרוך בהזקת המסתנן במשמורת, אלא אם כן מתאפשרת בו- במסנן הקונקרטי- עילת שחרור ממשמורת חרף קיומו של צו הגירוש. נזכיר, כי נקודת מוצא זהה קבועה גם בחוק הכנסת לישראל, התשי"ב-1952, בסעיפים 31א(ב) ו-11ו.

עליות השחרור נקבעו בסעיף 30א(ב) ו-(ג) להוראת השעה כפי שהובא לעיל.

כאן המקום לציין, כי ההסדרים שנקבעו בהוראת השעה, ובכלל זה המועדים להחזקת במשמרות ולהבאת המסתנן בפני ביקורת גבולות ובפני בית הדין לביקורת משמרות, תואמים את תופעת הסתננות, את התקיפה חסרי התקדים ואת ההכרה בלילמתה. אך, חלק מן העילות הקבועות לשחרור הותאמו לתקילת החוק – חלקן מצומצמות אך גם נוסף מספר עילות שלא מצויות בחוק הכנסה לישראל. הדבר קיבל בייטוי בהסדרים שבחוק ובדברי הסבר כדלקמן:

... מוצע כי מערכת בתי הדין לביקורת משמרות ומערכת הממוניים על ביקורת הגבולות, הפועלים במסגרת רשות הגירה והאוכולוסין במשרד הפנים, יהיו בעלי הסמכות לשחרור מסתננים ממשמרות בערובה. עם זאת מוצעים שינויים לעומת חוק הכנסה לישראל בשיטם לב לשוני בין שווה שלא כדין למסתנן.

... מהטעמים שצינו קודם לכן, עילות השחרור בערובה הכלולות בהצעת החוק מצומצמות מלהה הקבועות בחוק הכנסה לישראל. עם זאת נוסף בהצעת החוק כמה עילות שחרור שאינן מצויות בחוק הכנסה לישראל והן העילות המצוינות בפסקאות (3), (5) ו-(6) המוצעות. עילת השחרור האמורה בפסקה (3) הוספה, מושםشبקרוב אוכולוסית המסתננים מצוינות קטיניות שגילם הצער וחומרם לא מלאוים על ידי קרובה שהוא בגיר, מחייבת התיקחות שונה מזו הניתנת למסתננים שהם בגירים.

הUILOT שבפסקאות (5) ו-(6) נועד להבטיח כי אם הגיע המסתנן בקשה לאשרה ורשון ישיבה בישראל, למשל בגיןוק שהוא פליט, הטיפול בבקשתו לא יעכב.

... לעניין הבאה לפני בית הדין, מקום הבאה לבית הדין בתוך 96 שעות כקבע בסעיף 13(א) לחוק הכנסה לישראל יובא מסתנן לבקרים שיפוטית לא יאוחר מ-14 ימים מיום תחילת החזקתו במשמרות. ביקורת שיפוטית זו נועדה להבטיח כי תיערך ביקורת באשר להחזקת במשמרות גם של מי שלא פנה מיזומתו לבית הדין או לבית המשפט. הטעם לשוני בין המועדים הקבועים בחוק הכנסה לישראל למועדים המוצעים בהצעת החוק נבע מה צורך בתהליכי בירור מוקדמים ומורכבים יותר לגבי זהותם ומניעי הגעתם של מסתננים. זאת, בין השאר לנוכח נתיבי הסתננותם לישראל, לרבות بلا תיעוד, رسمي או אחר, וכן בהתחשב בנסיבות הסתננות בישראל, בשנים האחרונות.

... השינויים המוצעים תואמים את הבדיקה הרלבנטית בין מי שנכנס לישראל כדין, דרך תחינת גבול חוקית, כאשר הוא מזוהה על פי תיעוד שהוא נושא עימיו, אשר הפך להיות שווה בلتוי חוקי לאחר כניסה הראשונה כדין, בתום האשارة החוקית שניתנה לו או לאחר הפרת

תנאי האשורה שניתנה לו, בין מסתנן שמלכתחילה חדר למדינה
שלא בדין, שלא דרך תנתן גבול חוקית".
(הצע"ח ממשלה 577, כ"ב באיר התשע"א 28.3.11, עמ' 600
[ההדגשות הוספו].

(ב) מבחון האמצעי שפגיעתו פחותה: על פי מבחון זה, מבין מגוון האמצעים שניתנו לנוקוט בהם להגשה המטרה באותה המידה, יש לנוקוט באותו אמצעי שפגיעתו בזכות הייסוד פחותה. לעניין מבחון זה יזכיר, כי על פי רוב, קיימת מתחם של "אמצעים שפגיעתם פחותה" שימושיים את התכליות באותה המידה, שהרשות יכולה לבחור אחד מתוכם על-פי שיקול דעתה, כאשר בחינת יעלותה של חלופה צריכה להיעשות בשיטם לב לתכליות שאותה מבקש החוק להגשים.

החזקת במשמרות בהיעדר שחרור אוטומטי כמעט, מאפשרת את צמצום הפגיעה בריבונות המדינה, הנובעת מכניותם של מסתננים דרך "גניבת" גבולות ישראל. וiodash: גל המסתננים כולל ברובו המכרי עבודה בישראל בהיקפים חסרי תקדים, ומהווה איום ממשי על ריבונתה של מדינת ישראל וחוסנה. הגירת העבודה מתאפיינת במצב בו אדם מסתנן לישראל, לא מוחזק במשמרות, מרוייח כספ' רב בהשוואה לרמת השכר במולדתו או ביבשתו, שולח כספים לחו"ל, וחבריו ומשפחותו מסתננים לישראל גם הם בעקבותיו; וכן המשפרים עולמים, ומגעים למעלת מ- 60,000 הנמצאים כיום בישראל. התיקון למניעת הסתננות נועד לבטום את התופעה ואת התמരיך הכלכלי והנוסף של מסתננים נוספים להמשך ולהגעה לישראל.

כפי שניתן לראות מהחלטת הממשלה שבמסגרתה, בין היתר הוחלטקדס את תקיקת הוראת השעה (החלטת ממשלה מס' 3936 שחילקים ממנה צוטטו לעיל), הוראת השעה, הינה חלק אחד מכלול של אמצעים שניעדו להתמודד עם התופעה כפי שהלכה, התפתחה והתגברה, במהלך השנים, עקב היעדרם של אמצעים משפטיים ואמצעים אפקטיביים נוספים שאפשרו התמודדות ראויה עימה.

lagishat medina, laor tikkilot hakikha, ameazi shenbarur ul idy hamochak - החזקה במשמרות של מסתננים שהסתנו למטרות כלכליות, מכוח חוק שהוא הוראת שעה מוגבלת בזמן, תוך קביעת כלליים ועילות לשחרור בערובה במקרים חריגים, בכלל, ובוגע לבקשת מקלט שהוכרו כפליטים, בפרט - מבטא נכוונה את האיזון המותחין ומהווה אמצעי סביר.

גם בהקשר זה, נפנה לסדרתו של ממונה ביקורת הגבולות שבפניו יובא מסתנן הנושא במשמרות לא יותר מ-7 ימי עבודה מיום תחילת החזקתו במשמרות, וראו עילות השחרור כפי שהסבירו וצוטטו לעיל, ובכל זה גילו או מצב בראותו של המסתנן, טעמים הומיניטריים מיוחדים אחרים כגון, קtin הנותר ללא השגחה ועוד. עוד נזכיר כי ממונה ביקורת הגבולות רשאי לשחרר מסתנן בערובה אם חלפו 3 חודשים מהמועד שהוגשה מטעם המסתנן בקשה לקבלת אשרה ורישויו ישיבה בישראל לפי חוק הכנסת לישראל (כמו למשל בקשה לבקשת מקלט מדיני) וטרם החל הטיפול בה, או במקרה שחלפו 9 חודשים ונינתה החלטה בבקשתו שיכזו. כל זאת, בכפוף לחריגים המנוים בסעיף 03א(ד) לחוק למניעת הסתננות, הקובלע כי גם מקום שמתקיימות עילות השחרור הקבועות בסעיפים 03א(ב) ו 03א(ג) לחוק למניעת הסתננות, לא ישוחרר בערובה מסתנן שגירשו

מיישראל נמנע או מתעכב בשל העדר שיתוף פעולה מלא מצדו, לרבות לעניין הבהיר זהותו או הסדרת הליכי גירושו מיישראל; או אם יש בשחרורו כדי לסקן את ביטחון המדינה, את שלום הציבור או את בריאות הציבור; או שהוגשה לממונה בקרות הגבולות חוות דעת מأت גורמי הביטחון המוסמכים, לפיה במדינה מושבו או באזור מגורי של המסתנן מתבצעת פעילות העוללה לסken את ביטחון מדינת ישראל או אזרחיה (יבואן, כי חריגים דומים לאפשרות לשחרור ממשמרות קבועים בסעיף 3(ב) לחוק הכניסה לישראל). זאת ועוד, מסתנן שקיבל אישרה ורשון לישיבה בישראל בהתאם לחוק הכניסה לישראל, צו הגירוש יבוטל (סעיף 30(א) לחוק).

(ג) מבחן המידתיות במובנו הצלב: מבחו זה בזוק האם הנזק הנגרם למסתנן עומד ביחס ראוי לתועלת הצומחת לציבור מהתנאים שנקבעו להחזקת משמרות ושתורר בערובה.

כعلاה מדבריו של ראש הממשלה מיום 22.11.11, כפי שצוטטו לעיל, מדובר ב"מבחן מדינה בכל תחום שהוא – בכלכלי, בחברה, בתשתיות, ברוחה ובביטחון הפנים. אנחנו שומעים את הבעיות שעולות מישובי וערי ישראל,我们知道 חייבים לדאוג למדינה. ... אני מפריד את זה בין השאלה של הטיפול בפליטים. המרכיב של הפליטים בזרם, בשיטפון האנושי הזה, הוא קטן, הוא מזער ו אנחנו נמשיך לטפל בפליטים, בפליטי חרב וכו'. כאן איןנו מדברים על כך, אנחנו מדברים על כך שאוכלוסיות שלמות מתחילות לנוע לכיוון מדינת-ישראל, שהיא מדינה מאוד מפותחת ומאוד הומנית, ואם לא נפעל לעזרה את השיטפון הבלתי חוקי הזה, אנחנו פשוט נישטף...." [ההדגשה הוספה].

יש לציין, כי אל מול רצונות של המסתננים להתהלך חופשי בישראל, עומד האינטראס הציבורי הן במובן של ריבונות המדינה והן במובן של שמירה על גבולותיה, ולצד זאת, עומדות גם זכויותיהם של אזרחי ותושבי מדינת ישראל כפרטיס, וזאת לנוכח ההשלכות והנקוויות של התופעה בהיקפה כפי שהיא, על כלכלת המדינה, מקורות התעסוקה, תקציב המדינה, תשתיות ועוד, והשלכות על מדינת ישראל. זאת ועוד, כعلاה מדברי ההסבר לחוק כפי שצוטטו לעיל, המחוקק סבר כי האמצעים לשמירה על ריבונותה של המדינה מפני מסתננים, שהיו קבועים בחוק עד לתיקון החוק למניעת הסתננות, היו לא מספקים לחלוتين, במידה שמנעה מהם להיות אפקטיביים, כאשר תופעת ההסתננות ומimidיה הלאו וგברו והפכו לחסרי תקדים. מימדי התופעה אף קיבלו ביטוי בפסקותיו של בית משפט נכבד זה כפי שצוטטו לעיל. וראו גם דברי הסבר להצעת החוק:

"**כיום מושמים המסתננים במשמרות, אך הם משוררים ממנה לאחר פרק זמן קצר יחסית, וזאת מאחר שהטיפול בהם נעשה בהתאם להוראות חוק הכניסה לישראל... חוק זה אינו אפשר, בעיקרו של דבר, החזקה של אדם במשמרות יותר מ-60 ימים. מצב דברים זה יוצר, הলכה למעשה, תמרץ להמשך גל ההסתננות והתגברותו... הצעת החוק נועדה, בעיקרה, לאפשר החזקה של מסתננים במשמרות לשם תקופה ארוכה באופן משמעותי מזו הקבועה בחוק הכניסה לישראל ולהוסיף לחוק למניעת הסתננות את המנגנון הנדרשים לשט קיום ביקורת על ביצוע צו הגירוש ועל החזקתם של מסתננים במשמרות עד לגירושם. תיקונים אלה מוצעים כהוראת שעה לתקופה**

של שלוש שנים, שבמהלכה ניבחן השפעתו של היחסדר המוצע על תופעת ההסתננות לישראל.

הבחנה בין שווה בלתי חוקי לפי חוק הכנסת לישראל לבין מסתננו לפי חוק זה, ובמיוחד כאשר מדובר בתופעה רחבה מימדים בשנים האחרונות, מחייבת את מיקוח הטיפול בתופעה, באופן שונה, אשר יותאם וייחד לאוכלוסייה המסתננת לישראל, אשר הולכת וגדלה בשנים האחרונות במימדים חסרי תקדים, וזאת, בין השאר, עקב העדרם של כלים ייחודיים למניעת התופעה ולמניעת התמרץ להסתננות לישראל. תכליתו של חוק הכנסת לישראל, אינם המצוים בו לטיפול בתופעה של שהייה בלתי חוקית בישראל, אינם מתאימים לתכליות ולכלים אשר צריכים להיות נתונים לרשותה המדינה למניעה ולבלימה של תופעה חרפת תקדים בהיקפה ובממדיה של ההסתננות לישראל, דרך גבולותיה – תופעה שיש למנעה ולפוגע בתמראיצים לקיומה, כדי לשמר ולשמור את ריבונותה של המדינה.

(הצ"ח הממשלה 577, כ"ב באיר התשע"א 28.3.11, עמ' 594, 599, 600). [ההדגשות הוספה]

ኖכח הרצון ליצור אמצעי אפקטיבי להסתננות עם הבעיה, תוך איזון מיידי וראי, קבע המחוקק, נקודת מוצא, כי צו הגירוש לפי החוק למניעת הסתננות יהיה כורך בחזקת המסתנן במשמרות. עם זאת, החוק מסדיר כאמור מקרים ועילות בגנים ניתן לשחרר ממשמרות. הנה כי כן, המחוקק קבע ככלים המאפשרים את השחרור בערובה, באופן מקרים בהם אין בשחרור כאמור לפוגע בתכליות החקיקה או במקרים המצדיקים שחרור בערובה מטעמים הומניטריים מיוחדים. וכל זאת נסיף כי מדובר בחוראת שעה.

לדעת המדינה, התועלת שצומחת לציבור ולמדינה מיישום הוראות השעה לעת הזאת, בהתאם לכללים ועלילות השחרור שנקבעו בה, ובהתאם לביקורת מעין שיפוטית ושיפוטית, כפי שהוסדרה בהוראות השעה, עומדת ביחס ראוי לחולוטין לפגיעה שנגרמת למסתננים מההוראת השעה, וזאת, בין היתר, בשיטם לב למנגנון המאזינים השונים שנקבעו בה כמפורט לעיל. בהקשר זה לא מותר לציין כי במהלך חקיקתה של הוראות השעה, הוכנסו לחוק איזונים נוספים, כפי שפורטו בתגובהה של המשיבה 2 (ראו בעיקר פסקה 26 לתגובהה מיום 13.12.12).

סוף דבר

.62. המדינה תטען, כי דינה של העטירה להידחות על הטע כמו גם לגופה.

עתירה זו אינה כולנית, תיאורטיבית וחסרת בשלות.

זאת ועוד, לעותרים קיים סעד חולפי בבית המשפט לעניינים מינהליים, וישן עתירות המונחנות בימים אלה בבית המשפט המוסמך. בית משפט נכבד זה דחה לא אחת עתירות חוקתיות כגון דא בשל חוסר בשלוות ושל סעד חולפי.

מן הטעמים האמורים, אף אין מקום לקיום דין דחווף בעטירה כפי שהຕבקש על ידי העותרים.

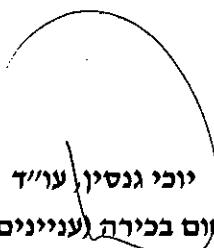
.63. למלטה מן הצורך, אף לגופם של דברים דין העטירה להדחות. הוראת השעה אינה פוגעת בזכויות חוקתיות, ואף לו הייתה פגיעה מעין זו, הרי שההוראת השעה עומדת בתנאייה של פסקת ההגבלה, ולכן הינה חוקתית.

נוכח כל האמור לעיל, בית המשפט הנכבד מתבקש בזאת לדחות את העטירה.

.64. תגובה מקדמית זו נתמכת בתצהירה של גבי ענבל משש, ר' תחום קציאות ברשות ההגירה.

היום, י"ב טבת תשע"ג
25 דצמבר 2012


מיכאל מלקין-פרידלנד, עו"ד
סגן מזכיר במשרד הפנים


יוני גנסטין, עו"ד
מנהל תחומי בכירה (עניינים מנהליים)
במשרד הפנים

תצהיר

אני חתום, גבי עינבל משש 033188376, מצהיר בזאת כלhalten:

1. אני משתמש בתפקיד ר' ותחום קצינות ברשות הagiיה משנת 2009
2. תצהيري זה ניתן לתמיכה בתגובה המקדמית מטעם המשיבים 4-2 המוגשת במסגרת העתירה בגין'ץ 7146/12.
3. העובדות המפורטות בתגובה המקדמית נכונות ל见到 ידיעתי. הטענות המשפטיות נכונות על-פי ייעוץ משפטי שקיבלת.
4. הנני מצהיר, כי זהשמי וזו תחתיתית ותוקן תצהيري אמת.

עינבל משש

אישור

אני החתום, עוזי, מאישר זה כי ביום 22/12/2012 הופיע בפניי, המוכר לי אישית, ולאחר שהזהרתי כי עליו לומר את האמת, שם לא עשה כן יהיה צפוי לעונשים הקבועים בחוק, חתום בפניי על תצהيري.

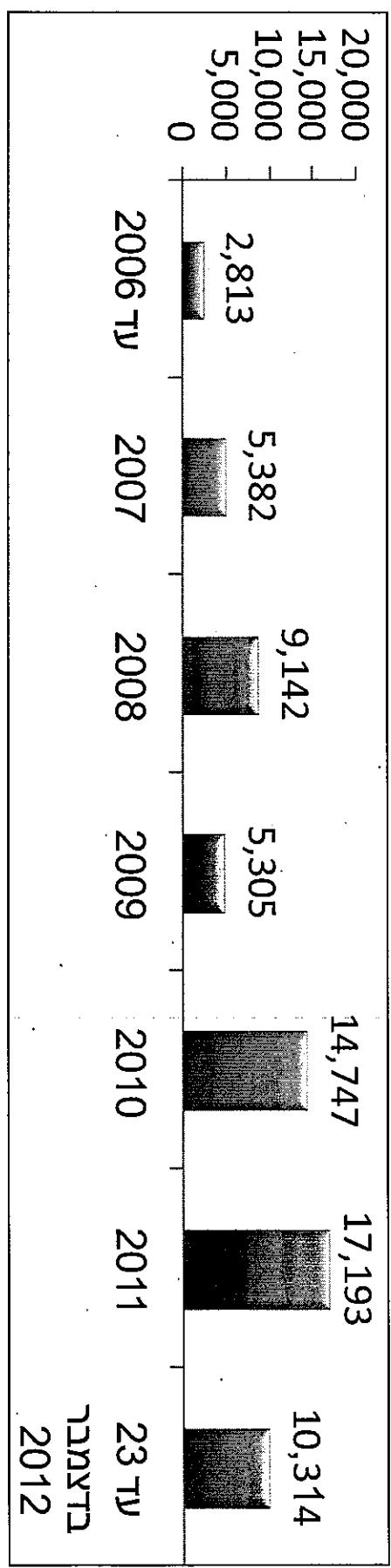
אוזי עוזי, עוזי, עוזי

מ.ג. 246658

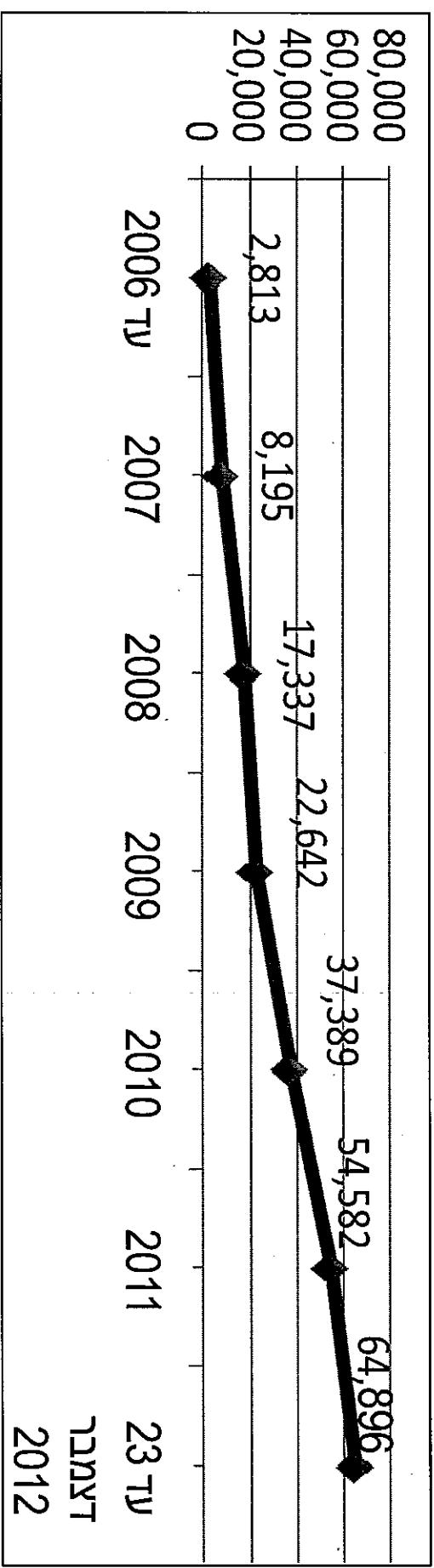
מש/1

העתק מסמך המרכז נתוני
חדרת מסתננים לישראל לפי
שנתיים, מעודכן עד ליום 23.12.12

כמות מותנים שנכנו לארץ לפי שבת כensoo



כמות מותנים מצטברת



מש/2

העתק החלטת ממשלה מס'

11.12.2011 מיום 3936

משרד ראש הממשלה

Prime Minister's Office



משרד ראש הממשלה מזכירות הממשלה החלטות הממשלה 2011

הממשלה מתקן משמרות לשתייתם של המסתננים ובלימת ההסתננות הבלתי חוקית לישראל

מזכירות הממשלה

ההחלטה מס' 3936 של ממשלה מיום 11.12.2011
הממשלה ה - 32 בינויו נתינה

נושא ההחלטה

הממשלה מתקן משמרות לשתייתם של המסתננים ובלימת ההסתננות הבלתי חוקית לישראל

מחלייטם

באישור החלטות הממשלה מס' 1506 מיום 19.7.10, מס' 2104 מיום 14.3.10, ומס' 2507 מיום 28.11.10 במושא

בלימת ההסתננות הבלתי חוקית לישראל כל קלאן:

1. הקמת מכשול בגבול הארץ של ישראל בגזרת "עוטף אילת" כר שבטים
א. להטיל על משרד הביטחון להשלים את הקמת המכשול בגבול הארץ של ישראל בגזרת "עוטף אילת" כר שבטים

כל העבادات יהיה מכשול פיזי מקרים שלום ועד טבאה.
ב. הקמת המכשול כולו, לרבות השלמת פריצת עוטף אילת, תסתיימים לא יותר מיום 31.10.2012.

ג. המכשול ומופיעיו יהיו זהים לאלה של המכשול שתווך ווצעו עד כה בהתאם למפורט בהחלטת הממשלה מס'

1506 מיום 14.3.10. ד. לזרק השלמת המכשול, במהלך שנת 2012 למשרד הביטחון סכום של 280 מיליון ש"ן מהיקורות המפורטים בסעיף 7 להלן.

ה. התקציב כאמור יזקוף בתכנית תקציבית נפרדת בתקציב ביטחון על מנת לאפשר לממשלה יכולת מעקב אחר ביצוע המשך.

ו. התקציב האמור מהווה מענה תקציבי מלא לכל פעילות הנדרשת לימוש החלטה זו, כולל התקציב פיתוח, ניסויים, הצטיידות והקמת אמצעים משלימים וכו', המשלימים את תחילת השלמת הקמת המכשול ומהווים חלק בלתי נפרד ממנו.

ז. הוצאות הביננסרייה שהוקם בהחלטת הממשלה מס' 1506 ימשיך לעקב אחר ביצוע הקמת המכשול כמפורט בהחלטת הממשלה.

2. תיקון החוק למניעת הסתננות, התשי"ד-1954:

להטיל על שר המשפטים, שר הביטחון ושר הפנים-לפעול לקידום השלמת החוקה בתוך 14 ימים.

3. מתקן "סחרונם":

א. לשום את הודעה משרד האוצר והמשרד לביטחון הפנים בעניין הסיכון התקציבי ביניהם המאפשר הרחבת מידת של מתקן "סחרונם" מ-2,000 ל- 5,400 מקומות.

ב. לקבוע כי מתקן "סחרונם" יופעל על ידי שירות בית הסוהר כמתקן משמרות סגור.

ג. לקבוע כי מסתננים יוחזקו במשמרות בהתאם לתיקון חוק למניעת הסתננות.

4. מרכז שהייה:

א. להטיל על משרד הביטחון להקים את מתקן המשמרות - מרכז שהייה בהתאם לתכנית מתאר ארץית (תמ"א) 46

המקודמת בימים אלה במוסדות התכנון, אם וככל שתאושר על ידי הממשלה.

ב. בהתאם לסעיף 260 לחוק התכנון והבנייה, התשכ"ה-1965, להורות לו"ר המועצה הארץית לתכנון ולבניה ולמנהלת

מיןיל התכנון במסדר הפנים ליתן קידימות מירבית לדינום בתמ"א 46 מותר מטרה להשלים מהר ככל הניתן.

ג. להנחות את שר הפנים להציג אתTam"א 46, אם וכאשר תאושר במועצה הארץית, לדין ולאישור הממשלה, מיד לאחר אישור המועצה הארץית כאמור.

ד. להורות לשר הפנים, בהתייעצות עם משרד המשפטים, לפעול במסגרת סמכותו להתקנת תקנות לפטור מהיתר בניה לצורך הקמת המתקן, וזאת עד טרם אישור Tam"א 46 ועד למועד שיקבע. התקנות יותקנו כך שיאפשרו תחילת ביצוע

עבודות ההקמה בתוך 21 ימים.

ה. המתקן יבנה תוך מטען מענה להפעלו בין מרכז פתוח ובין מתקן משמרות (סגור), יוכל לשימושו כולל או חלקו

כמתקן משמרות.

ו. לצורך ביצוע תשתיות ראש שטח למרכז כולל ותשתיות ובינוי- 3,000 מקומות הראשונים במרכז, להקצתו למשרד

הביטחון סכום של 250 מיליון ש"ן מן המיקורות המפורטים בסעיף 7 להלן.

ז. לצורך תפעול המרכז ותחזוקתו, להקצתו למשרד לביטחון הפנים סכום של 50 מיליון ש"ן בשנה לכל 1,000 מקומות

במרכז. על אף האמור, הקazaה לתפעול השטף בשנת 2012 תוריה בגובה של עד 100 מילש"ח, וזאת מן המיקורות

המפורטים בסעיף 7 להלן.

ח. המתקן כמפורט לעיל, יאפשר שהייה של מסתננים, אשר לעת זאת לא ניתן להרחקם למדינת מוצאים או למדינה

שלישית, ויספקו בו צרכיהם הבסיסיים - מקומות לינה, מזון, שטיה וצריכי בריאות בסיסיים, ואם יוחזקו בו קטינים –

שירותי חינוך.

ט. צוות במשרד' בראשות מנכ"ל משרד ראש הממשלה ובהתתפוקות מנכ"ל משרד הביטחון, מנכ"ל המשרד לביטחון הפנים, מנהל רשות האוכלוסין וההגירה, נציג בתי הסוהר, הממונה על התקציבים; המשנה ליעוץ המשפטים למשרד הפנים, נספים כפי שיימצא לבוכן, ימלו'ו לראש הממשלה בדבר הצורך שב汇报 על המרכז, כולל או חלקו, כ"מתן משומרת" סגור, ככל שיידרש, והעיתוי לכך.

ו. הפעלת המתן על ידי שירותם בתפקיד הסוהר תחול לא יותר מ- 6 חודשים מיום קבלת החלטה זו.

ז. אכיפה נגד מסיקים:

- א. להטיל על מנהל רשות האוכלוסין וההגירה לhiירר לפעול לתחילת אכיפה נגד מסיקי מסתננים.
- ב. מועד תחילת האכיפה יקבע על ידי ראש הממשלה, בהתאם עם שר הפנים, שר לביטחון הפנים, שר האוצר, שר המשפטים ושר התעשייה, המסחר והתעסוקה, על דעת הייעוץ המשפטי לממשלה, בשם לב לכל גיסות העניין, לרבות התchia'bot המדינה בג"ץ 6312 להודיע 30 ימים קודם לתחילת פועלות האכיפה, ובהתאם לסדרי עדיפות כפויים שיקבעו.

ג. להנחות את שר המשפטים, שר האוצר, ושר הפנים לפעול לקידום שלמת הליך החוקיקה הנוגע לתיקון חוק עבדים זרים לגבי החמרת העיטה של מעשי עונדים זרים שלא כדין, בוועדת חוקה, חוק ומשפט של הכנסת, בהקדם האפשרי.

ד. החזרת מסתננים למדינת המוצא או הרוחקתם למדינות אחרות:

- א. להטיל על המנהל הכללי של משרד ראש הממשלה לרכז את עדות משרדיה לקידום מגעים מול מדינות מוצא שנותה לשפט החזרתם הבוטיחה של מסתננים השוהים בישראל או להרחקתם למדינות אחרות, לרבות עידוד יצאה מרצון, ולדואו לקביעת הביטחוני מידי 90 ימים מיום קבלת ההחלטה זו על ההתקדמות בנושא.

ה. מקורות מימון:

- א. לבצע שינויים בסדרי העדיפויות שבתקציב המדינה לשנת הכספיים 2012 ולהפחית את בסיס תקציבי משרדיה הממשלה בשנת הכספיים 2012, בשיעור של 2.0% (כמפורט בטבלה שלהלן), ולהפחית את בסיס הרשותה להתחייב בהתאם.
- ב. ההפחתה האמורה בסעיף קטן א' תבוצע על אף האמור בהחלטות ממשלה קדומות, ולפיכך תחול גם על התקציבים שהוצעו לשימוש החלטות כאמור.

ג. על אף האמור לעיל, לא יבוצע הפחתה בסעיף תקציב שעוניים ביצוע חוקיקה, שבה מוגדרים סכומי התקציב או שיעורי התקציב שיש להקטן לשם יישומה, ובסעיפים תקציב שנעדכו למלוי מחויבות חזותית של הממשלה לביצוע הוצאה (לרבות הסכמי שכר והסכמי אחרים ולמעט התchia'bot להוצאה הוצאה לפי תעריפים הקבועים בחוק).

ד. בהתאם לאמור בסעיף קטן א', להטיל על שר הרווחה והשירותים החברתיים ושר האוצר להוציא לפועל לביטוח לאומי, מתוקף סמכותם לפי סעיף 24(א) בחוק יסודות התקציב, התשמ"ה-1985, להפחית 5.2 מיליון ש"ח מבסיס התקציב המינימלי של המוסף לביטוח לאומי לשנת הכספיים 2012.

ה. להטיל על שר האוצר לפנות לושב ראש הכנסת ולמזכיר המדינה בבקשת לפעול לצמצום הוצאות משרדיהם בסיס התקציב של שנת הכספיים 2012, וזאת בהתייחס לשיעור ההפחחת האמור בסעיף קטן א', ולהפחית את תקציב הכנסת, ואת תקציב משרד מקרקעין המדינה לשנת הכספיים 2012 בהתאם להחלטות שיתקבלו על ידם כאמור.

המסה המכיב של החלטות הממשלה היא הנוסח הנוכחי המשמר במצוות הממשלה. הנוסח המכיב של הצעות חוק ודרכי חוקיקה הנזכרים בהחלטות הינו הנוסח המתפרנס ברשומות. החלטות מקציביות כפופות לחוק התקציב השנה. הנוסח המכיב של הצעות חוק ודרכי חוקיקה הנזכרים בהחלטות הינו הנוסח המתפרנס ברשומות.

החלטות מקציביות כפופות לחוק התקציב השנה.