

בג"ץ 7146/12

בר"ם 1192/13

עע"ם 1247/13

קבוע 2.6.13

בבית המשפט העליון

בשבתו כבית משפט גבוה לצדק

1. [REDACTED]

2. [REDACTED]

3. [REDACTED]

4. [REDACTED]

5. [REDACTED]

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

7. מוקד סיוע לעובדים זרים

8. האגודה לזכויות האזרח בישראל

9. קו לעובד

10. המרכז לקידום פליטים אמריקאיים

על ידי ב"כ עוה"ד יונתן ברמן הקליניקה לזכויות מהגרים, החטיבה לזכויות אדם, המרכז האקדמי למשפט ולעסקים; על ידי ב"כ עו"ד ענת בן דור, התכנית לזכויות פליטים, הפקולטה למשפטים, אוניברסיטת תל אביב; על ידי ב"כ עו"ד עודד פלר, האגודה לזכויות האזרח בישראל; על ידי ב"כ עו"ד אסף וייצן, מוקד סיוע לעובדים זרים.

החטיבה לזכויות אדם, המרכז האקדמי למשפט ולעסקים

רחוב בן גוריון 26, רמת גן

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

העותרים בבג"ץ 7146/12

1. מאטסון סאבה

2. גנת תהיר טספאי

על ידי ב"כ עוה"ד עמר שץ ואח'

בית לזרום, רחוב תובל 11, רמת גן 52522

טלפון: 03-5186642; פקס: 03-5189663

המערערים בבר"ם 1192/13

1. טעמי (טאבי) טהנגס

2. פלונית

3. פלוני

על ידי ב"כ עוה"ד תומר ורשה ואח'

מרחבי קרליבך 3, תל אביב

טלפון: 03-5615845; פקס: 03-5617679

המערערים בעע"ם 1247/13

נ ג ז

1. הכנסת

על ידי הלשכה המשפטית של הכנסת

קרית בן גוריון ירושלים

טל: 02-6753333, פקס: 02-6753495

2. שר הפנים

3. שר הבטחון

4. היועץ המשפטי לממשלה

על ידי פרקליטות המדינה,

משרד המשפטים, ירושלים

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

המשיבים בג"ץ 7146/12

1. משרד הפנים

על ידי פרקליטות המדינה,

משרד המשפטים, ירושלים

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

המשיב בעע"ם 1247/13

1. משרד הפנים

על ידי פרקליטות המדינה,

משרד המשפטים, ירושלים

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

2. טעמי (טאבי) טהנגס

3. פלונית

4. פלוני

5. פלוני

6. פלונית

על ידי ב"כ עוה"ד תומר ורשה ואח'

מרחב' קרליבך 3, תל אביב

טלפון: 03-5615845; פקס': 03-5617679

המשיבים בג"ץ 1192/13

תוכן עניינים לכתב תשובה מטעם המדינה

2 פתח דבר.....

שער I - כללי

4 א. הצדדים לעתירה ולערעורים.....

4 1. א. העותרים בבג"ץ 7146/12.....

8 2. א. המערערות בבר"ם 1192/13.....

9 3. א. המערערות בעע"ם 1247/13.....

11 ב. הרקע הכללי לחקיקת תיקון מס' 3 לחוק למניעת הסתננות (הוראת שעה).....

11 1. ב. התפתחות והיקף תופעת ההסתננות לישראל.....

15 2. ב. השלכותיה של תופעת ההסתננות.....

15 2. א. השפעת תופעת ההסתננות על ביטחון הפנים ושלוש הציבור.....

15 2. ב. השפעת תופעת ההסתננות על הכלכלה והמשק.....

17 3. החלטת הממשלה מיום 11.12.11.....

20 4. הפעילות והמאמצים אל מול מדינות זרות.....

22 ג. תכליות תיקון מס' 3 לחוק למניעת הסתננות (הוראת שעה).....

1. ג. בלימת תופעת

22 ההסתננות.....

2. ג. מניעת השתקעותם של המסתננים והתמודדות המדינה עם השלכותיה הרחבות של תופעת

24 ההסתננות על החברה והמשק הישראלי.....

ד. הוראות תיקון מספר 3 לחוק למניעת

25 הסתננות.....

25 1. ד. עיקרי תיקון מספר 3.....

26 2. ד. יישומה של הוראת השעה – מבט אמפירי.....

27 3. ד. מתקני המשמורת.....

שער II - הבחינה החוקתית

29 ה. על הרטוריקה.....

30 ו. בחינת חוקתיות החוק למניעת הסתננות כמכלול.....

31 1. ו. היקף הביקורת השיפוטית - חקיקה ראשית של הכנסת.....

31 1. א. כללי.....

- 1.1. ב. התיקון לחוק מוגדר רובו ככולו כהוראת שעה 33.
- 2.1. הזכויות העומדות על הפרק 34.
- 2.2. א. הזכות לחופש תנועה 34.
- 2.2. ב. הזכות לחירות 36.
- 3.1. בחינת הפגיעה בזכות לחירות בראי פסקת ההגבלה 36.
- 3.3. א. "חוק לתכלית ראויה" 37.
- 3.3. ב. במידה שאינה עולה על הנדרש" 38.
- 1.3.3.1. מבחן המשנה הראשון של המידתיות: "מבחן ההתאמה", או "מבחן הקשר הרציונאלי" 39.
- 2.3.3.1. מבחן המשנה השני של המידתיות: מבחן הפגיעה הפחותה" - "מבחן הצורך" 39.
- 3.3.3.1. מבחן המשנה השלישי של המידתיות: "מידתיות במובן הצר" 43.
- 4.1. מקומו של המשפט הבינלאומי בבחינה החוקתית 46.

שער III – מענה לסעדים בצו על תנאי

- ז. צו על תנאי מס' 1 50.
- ח. צו על תנאי מס' 2 53.
- ט. צו על תנאי מס' 3 56.
- י. צו על תנאי מס' 4 60.
- י.1. הרחבת הסדר – גבולותיה הדוקטרינריים של התרופה החוקתית 61.
- י.1.א. הרחבת הסדר - מן הכלל אל הפרט 65.
- י.2. סעיף 30א(ג) לחוק – בחינת חוקתיותו 68.
- יא. צו-על-תנאי מס' 5 77.
- יב. צווים-על-תנאי מספר 6-8 86.
- יב.1. סעיף 30א(א): מועד השימוע בפני ממונה ביקורת הגבולות 87.
- יב.2. סעיף 30ה(1)(א) – הבאה ראשונה בפני בית הדין לביקורת משמורת 88.
- יב.3. סעיף 30ד(א)(1) – ביקורת עתית בפני בית הדין לביקורת משמורת של מסתננים 89.

שער IV - הערעורים 92.

- סיכומם של דברים 93.

כתב תשובה מטעם המדינה

בהתאם להחלטת כבוד השופטים, הנשיא א' גרוניס, המשנה לנשיא מ' נאור וע' ארבל מיום 12.3.13, וההחלטות בבקשות להארכת מועד, מתכבדת המדינה להגיש כתב תשובה מטעם המשיבים 2 – 4 בבג"ץ 7146/12 (להלן – **העתירה**) וכן מטעם המשיב 1 בעע"ם 1247/13 ובר"ם 1192/13 (להלן – **הערעורים**), כדלקמן.

פתח דבר

1. עניינם של ההליכים בעתירה בבג"ץ 7146/12 ושל הערעור בעע"מ 1247/13 וכן של ההליך בבר"מ 1192/13 הינו בתקיפת חוקתיות החוק למניעת הסתננות (עבירות ושיפוט) (תיקון מס' 3 והוראת השעה), התשע"ב-2012 (להלן: **הוראת השעה** או **התיקון** או **החוק** לפי העניין).
2. בעתירה בבג"ץ 7146/12 ביקשו העותרים מספר סעדים. בפתח עתירתם ציינו העותרים, כי "מוגשת בזאת עתירה למן צו על-תנאי, המורה למשיבים לבוא וליתן טעם מדוע לא ייקבע כי חוק למניעת הסתננות(עבירות ושיפוט) (תיקון מס' 3 והוראת שעה), התשע"ב-2012 בטל". בצד זאת, ביקשו העותרים "לחלופין" כי בית המשפט הנכבד יתן צו על תנאי בשמונה ראשים שונים המפורטים בעמוד השני לעתירה.
- ביום 12.3.13 ניתן צו על תנאי על ידי בית המשפט הנכבד כדלקמן: "ניתן בזה צו על תנאי לעניין שמונה העתירות החלופיות שבעתירה".
3. עניינם של הערעור ובקשת רשות הערעור בפסק דינו של בית המשפט לעניינים מנהליים בבאר שבע (כבוד הנשיא י' אלון), מיום 17.1.13, בעת"מ 21001-10-12 ובעת"מ 21097-10-12 (להלן: **בית המשפט קמא** ו-**פסק הדין** בהתאמה). בפסק דינו המנומק קבע בית המשפט קמא, כי הוראת השעה הינה חוקתית וכי לא נפל כל פגם בהוצאת צווי הגירוש נגד המערערים, בהתאם להוראת השעה. עוד נקבע בפסק הדין, כי לא מתקיימת כל עילת שחרור בעניינם של המערערים, בהתאם לעילות המנויות בסעיף 30א(ב) להוראת השעה, ולפיכך יש לדחות את עתירותיהם.
4. המדינה תטען, כי דין העתירה בבג"ץ 7146/12 להידחות, תוך ביטול שמונת הצווים-על-תנאי שהוצאו ביום 12.3.13. עמדת המדינה היא, כי חוק הוראת השעה אותו בחר המחוקק לקדם ביחס למסתננים – חוק המבטא את מדיניותה בתחום ההגירה – הינו חוק חוקתי; וכי הפגיעה בזכות לחירות, הנובעת מהחזקתו של מסתנן במשמורת, עומדת במבחני פסקת ההגבלה שנקבעו בחוק

יסוד: כבוד האדם וחירותו. כאמור, עמדתה זו של המדינה אף עולה בקנה אחד עם פסק-דינו של בית המשפט קמא.

5. עוד תטען המדינה, כי לא עלה בידי המערערים להראות טעם לשינוי מקביעותיו של בית המשפט קמא, לא באשר לחוקתיותה של הוראת השעה ולא באשר לטענותיהם הפרטניות של המערערים.

6. כתב תשובה זה מחולק לארבעה שערים.

תחילה, ובמסגרת **השער הראשון**, תבקש המדינה להביא בפני בית המשפט הנכבד את תיאור מצבם הפרטני והעדכני של כל אחד מן העותרים והמערערים הניצבים בפניו. עוד יתוארו הליכי הביקורת השיפוטית שהתקיימו בעניינם. מן הראוי לציין, כבר בשלב זה, כי העותרים 1-4 אף שוחררו זה מכבר ממשמורת. בהמשך שערו הראשון של תצהיר התשובה, יוצג הרקע לחקיקת תיקון מס' 3 לחוק למניעת הסתננות, עיקר הוראותיו והתכליות העומדות ביסודן. לקראת סיום השער הראשון נראה כי בסמוך לאחר תחילת יישום הוראת השעה נצפתה ירידה דרסטית שהובילה להיפוך מגמה בכל הקשור למספר המסתננים אשר חדרו לישראל.

השער השני של כתב תשובה זה יוקדש לבחינת חוקתיות תיקון מס' 3 כמכלול. כאן המקום לציין, כי לשיטת המדינה, בית המשפט הנכבד לא מצא להיעתר לבקשת העותרים ליתן צו על תנאי המורה על בטלותו של תיקון מס' 3 בכללותו. ברם, המדינה מצאה להביא בפני בית המשפט הנכבד את עמדתה בדבר חוקתיות תיקון מס' 3 לחוק למניעת הסתננות כמכלול, בהתאם למודל הבחינה החוקתית המקובל בשיטתנו.

לאחר מכן, **במסגרת השער השלישי**, ועל יסוד האמור בשער השני לכתב התשובה, תייחד המדינה דיון נרחב בכל אחד מן הצווים על תנאי שניתנו על ידי בית משפט נכבד זה.

לבסוף, ובמסגרת **השער הרביעי**, תתייחס המדינה לטענות נוספות שהועלו בעניינם הפרטני של המערערים.

עמדת המדינה תפורט להלן.

שער I – כללי

א. הצדדים לעתירה ולערעורים

7. בפתח הדברים נבקש להביא בפני בית המשפט הנכבד את עיקרי העובדות הנוגעות לעניינם הפרטני של העותרים בעתירה והמערערים בערעורים. נעיר כבר עתה, כי מהאופן בו התפתח עניינם של העותרים והמערערים הפרטניים בהליכים דנן, ניתן ללמוד על ההסדר המקיף והדינמי שיוצר החוק למניעת הסתננות, לרבות האיזונים הקבועים בו.

א.1. העותרים בבג"ץ 7146/12

8. **העותרות 2 ו-1 בבג"ץ 7146/12**, אם ובתה (בהתאמה), הסתננו לישראל ביום 26.8.12. בהתאם לסעיף 30א(א), עוד באותו יום, הובאו העותרות 2 ו-1 בפני הממונה לביקורת על הגבולות וטענו כי:

"ביום 1.5.12 יצאתי מאריתראה והגעתי לסודן לעיר "חפיר" [שם] שהיתי יום אחד. פגשתי מתווך בשם "רשאידה", סיכמתי איתו תשלום 25,000 דולר בעבור הברחתי לישראל, אני לא יודעת מי שלם את הכסף בעבור הברחתי, אני יודעת שאני התקשרתי [ל]משפחתי אבל אין לי מושג מי שלם את מלוא הסכום. הדרך לסיני ארכה 7 ימים, והשהייה בסיני ארכה 3 חודשים ושבועיים. את הגבול לישראל חצינו 3 מסתננים לישראל. הגעתי לישראל על מנת לעבוד."

ביום 26.8.12 הוצא נגד העותרות 2 ו-1 צו גירוש בהתאם לסעיף 30א(א) לחוק למניעת הסתננות, המהווה אסמכתא חוקית להחזקה במשמורת. בהתאם לסעיף 30ה(1)א(א) לחוק, עוד ביום 3.9.12 הובאו העותרות 2 ו-1 בפני בית הדין לביקורת משמורת שם טענה העותרת 2 כדלקמן:

"אני מאריתראה, נמצאת איתי הבת שלי נגיאט, אני יודעת שנכנסנו לישראל שלא כחוק, לא באתי מרצון לישראל, חטפו אותי בסודן הביאו אותי לסיני ומשם הביאו אותי לישראל, בדרך לישראל סבלתי ממכות פיסיות אך לא מתקיפה מינית, אני לא רוצה לחזור לאריתראה אני שילמתי כסף לחוטפים, שילמתי 25,000 דולר אני רוצה להחזיר את הכסף, הבת שלי נולדה באריתראה היא בת שנה ושלושה חודשים, בעלי נשאר בסודן, אין לי קרובי משפחה בישראל, אני מבקשת בדיקת רופא לבת יש חום בלשון וכואב לה ולי יש דלקת גרון, עו"ס של המתקן פגש אותנו."

בית הדין לא מצא עילה להורות על שחרורן של העותרות בהתאם לאחד החריגים הקבועים בסעיף 30א(ב) לחוק, אישר את צו המשמורת והורה כי רופא יבדוק את העותרות ויעניק להן טיפול לפי הצורך.

ביום 15.10.12 נערך לעותרת 2 ראיון בסיסי בהתאם לסעיף 3 לנוהל מבקשי מקלט מדיני מס' 5.2.0012 (להלן – **נוהל מבקשי מקלט מדיני**).

בהתאם להוראות החוק למניעת הסתננות, "מוחזק במשמורת רשאי לפנות לבית הדין בכל עת בבקשה לבחינת עניינו..." (סעיף 30ה). בחוק למניעת הסתננות המחיל את הוראות סעיף 13יז. בחוק הכניסה לישראל). בעקבות בקשת ב"כ העותרות 2 ו-1 לקיים דיון בפני בית הדין ולהורות על שחרורן ממשמורת, ביום 22.11.12 התקיים דיון כאשר בסיומו, ניתנה החלטת בית הדין ולפיה העותרות 2 ו-1 הובאו לישראל בניגוד לרצונן ומתקיים בעניינן החריג של טעם הומניטרי מיוחד. לפיכך, הורה בית הדין על שחרורן של העותרות 2 ו-1 לחלופת משמורת במקלט המנוהל על ידי העמותה לקידום פליטים אפריקאיים (ARDC). **ביום 28.11.12 שוחררו העותרות 2 ו-1 לחלופת משמורת בערבות ובתנאים.**

ביום 12.5.13 נשלח אל ב"כ העותרות 2 ו-1 זימון לראיון עומק שיערך לעותרת ביום 26.5.13 על ידי יחידת הטיפול במבקשי מקלט.

העתק המסמכים הבאים בעניין של העותרות 2 ו-1 מצורף ומסומן **מש/1**: שימוע בפני הממונה על ביקורת הגבולות מיום 26.8.12; פרוטוקול הדיון והחלטת בית הדין לביקורת משמורת מיום 3.9.12; החלטת בית הדין לביקורת משמורת מיום 22.11.12; הזימון לראיון מיום 12.5.13.

9. **העותר 3 בבג"ץ 7146/12**, הסתגן לישראל ביום 6.6.12. בהתאם לסעיף 30א(א) לחוק למניעת הסתננות, ביום 14.6.12 הובא העותר 3 בפני הממונה לביקורת הגבולות וטען כדלקמן:

"בתאריך 11.12.2011 יצאתי מאריתראה והגעתי לאתיופיה למחנה פליטים עדי חריש ושהיתי שלושה חודשים. לאחר מכן יצאתי לסודן ונכנסתי למחנה פליטים שגרבר ושהיתי שבוע ימים. לאחר מכן יצאתי לסיני יחד עם קבוצה של 64 איש. בסיני שהיתי חודשיים. בדרכי לישראל פגשתי מתווך בשם: אבו עבדאלל, סוכם 33,400 אלף דולר, ששולמו ע"י משפחתי המתגוררת באריתראה ואחים שלי בישראל. הכסף שולם עבור הברחתי לישראל. לישראל נכנסתי בתאריך 6.6.2012 יחד עם קבוצה של 8 איש."

עוד טען העותר, כי עבר התעללות בסיני על ידי ה"ראשידה". בהתאם לסעיף 30ה(1)(א) לחוק, ביום 19.6.12 הובא העותר בפני בית הדין וטען בפניו כי הגיע לישראל לצורך עבודה וכי אינו מוכן לחזור לאריתראה. בית הדין אישר את צו המשמורת ללא שינויים.

ביום 15.10.12 הגיש העותר 3 בקשת מקלט באמצעות העותרת 7, מוקד סיוע לעובדים זרים. ביום 18.10.12 נערך לעותר 3 ראיון בהתאם לסעיף 3 לנוהל מבקשי מקלט מדיני. לאחר שנדחו מספר בקשות שהגישו ב"כ של העותר 3 לבית הדין להורות על שחרורו ממשמורת, הגיש העותר 3 ערעור לבית המשפט לעניינים מנהליים בבאר שבע (עמ"נ 13-01-37378), אשר ביום 20.2.13 פסק כי יש להביא את עניינו של העותר לעיון מחדש בפני בית הדין וזאת בעקבות חוות דעת פסיכיאטרית בעניינו של העותר 3 שהוצגה לראשונה על ידי ב"כ במסגרת ההליך בפני בית המשפט. ביום 7.3.13 התקיים בפני בית הדין דיון נוסף בבקשתו, במסגרתו הועלו טענות לשחרורו מטעמים הומניטאריים ובריאותיים בהתאם לחריגים הקבועים בסעיפים 30א(ב) ו-1(2) לחוק.

ביום 12.3.13, התקבלה החלטת בית הדין אשר הורתה על שחרורו של העותר 3 מטעמים הומניטאריים מיוחדים המצדיקים שחרורו לחלופת משמורת, בתנאים אשר נקבעו בהמשך בהחלטת בית הדין ביום 9.4.13. לאחר שהפקיד העותר 3 את הערבויות שנקבעו בהחלטת בית הדין, שחרר העותר 3 ממשמורת ביום 21.4.13.

העתק המסמכים הבאים בעניינו של העותר 3 מצורף ומסומן מש/2: שימוע בפני הממונה על ביקורת הגבולות מיום 14.6.12, פרוטוקול הדיון והחלטת בית הדין לביקורת משמורת מיום 19.6.12, פסק הדין בעמ"נ 13-01-37378, החלטת בית הדין לביקורת משמורת מיום 12.3.13 ומיום 9.4.13.

10. **העותר 4 בבג"ץ 7146/12** הסתנן לישראל ביום 11.6.12 והוצא נגדו צו גירוש המהווה אסמכתא להחזקה במשמורת מכוח סעיף 30א(א) לחוק למניעת הסתננות. ביום 20.6.12 הובא העותר בפני הממונה לביקורת הגבולות וטען, כדלקמן:

"שירתתי בצבא משנת 1990 עד 2010 מפקד פלוגה ברחבי אריתראה, לפני שנה וחצי שוחררתי מהצבא והמשכתי בחקלאות בכפר שלי. בתאריך 4.2.2012 יצאתי מאריתראה והגעתי לסודן לעיר "חרטום" שהיתי 7 ימים. פגשתי מתווך בשם "גיון", סיכמתי איתו תשלום 3,300 דולר בעבור הברחתי לישראל, את הכסף קיבלתי מבן דודה שנמצא בישראל. הדרך לסיני ארכה 30 ימים והשהייה בסיני 11 ימים. את הגבול לישראל חצינו 102 מסתננים לישראל. הגעתי לישראל על מנת לעבוד בלבד."

ביום 28.6.12 הובא העותר 4 בפני בית הדין לביקורת משמורת. זאת, לאחר שהממונה על ביקורת הגבולות האריך ב-72 שעות נוספות את הבאתו בפני בית הדין בהתאם לסעיף 30 לחוק למניעת הסתננות. בית הדין אישר את צו הגירוש ואת החזקתו במשמורת של העותר 4 ללא שינויים.

ביום 15.8.12 הוגשה על ידי העותר 4 בקשה למקלט באמצעות מוקד סיוע לעובדים זרים. ביום 7.1.13 הורה בית הדין לשחרר את העותר 4 ממשמורת בערובה, מן הטעם שחלפו 3 חודשים מאז

הוגשה בקשתו למקלט וטרם החל הטיפול בה בהתאם לסעיף 30א(ג)(1) לחוק למניעת הסתננות.
ביום 10.1.13 מולאו תנאי השחרור והעותר 4 שוחרר ממשמורת.

ביום 20.3.2013 התייצב העותר 4 במשרדי יחידת הטיפול במבקשי מקלט, מילא טפסים לצורך המשך טיפול בבקשתו למקלט מדיני וזומן לראיון ביחידת הטיפול במבקשי מקלט ליום 21.5.13.

העתק המסמכים הבאים בעניינו של העותר 4 מצורף ומסומן **מש/3**:
 שימוע בפני הממונה על ביקורת הגבולות מיום 20.6.12, פרוטוקול הדיון והחלטות בית הדין לביקורת משמורת מיום 28.6.12 ומיום 7.1.13.

11. **העותרת 5 בבג"ץ 7146/12**, הסתננה לישראל ביום 11.6.12 והוצא נגדה צו גירוש המהווה אסמכתא להחזקתה במשמורת בהתאם לסעיף 30א(א) לחוק למניעת הסתננות. ביום 19.6.12 הובאה העותרת 5 בפני הממונה על ביקורת הגבולות, אשר החליט להשאירה במשמורת וביום 28.6.12 הובאה בפני בית הדין לביקורת משמורת, שם טענה כדלקמן:

"אני בת 24 רווקה. נכנסתי לישראל דרך גבול מצרים. אני שילמתי כסף עבור ההברחה לישראל. אני בריאה ואין לי בעיות רפואיות. אני מבינה שהגעתי לישראל שלא כחוק וכי שהייתי בישראל היא בניגוד לדין. הגעתי לישראל כדי לחיות כאן ולעבוד. אני לא מעוניינת לחזור לאריתראה."

בית הדין החליט לאשר את החזקתה של העותרת 5 במשמורת, ללא שינויים. ביום 1.8.12 הובאה העותרת 5 שוב בפני הממונה על ביקורת הגבולות וחזרה פעם נוספת על דבריה כי הגיעה לישראל על מנת לחפש עבודה.

ביום 23.8.12 נערכה לעותרת 5 ביקורת תקופתית של המשמורת בפני בית הדין, בהתאם לסעיף 30ד(א)(1) לחוק, במסגרתו העלתה העותרת 5 טענה למקלט. בדיון זה הורה בית הדין לממונה על ביקורת הגבולות להודיע על החלטתו בבקשה למקלט של העותרת 5, ככל שתוגש. ביום 11.12.12 התקיים דיון בפני בית הדין בבקשה שהוגשה מטעם העותרת 5 לשחרורה ממשמורת בהתאם לסעיף 30א(ג)(1) לחוק, מן הטעם שבחלוף שלושה חודשים מיום 23.8.12, "טרם החל הטיפול בבקשה".

בהחלטתו מיום 11.12.12 קיבל בית הדין את עמדת המשיב וקבע כי החלטתו מיום 23.8.12 אינה יכולה להיחשב כמועד הגשת בקשת מקלט מטעם העותרת 5, אלא הגשת בקשה בהתאם לסעיף 1 לנוהל מבקשי מקלט מדיני. בית הדין קבע, כי יש לראות בפניית ב"כ העותרת 5 אל המשיב מיום 30.9.12, כבקשת מקלט מכיוון שפנייה זו לא נענתה. עוד קבע בית הדין, כי הראיון אשר נערך לעותרת 5 ביום 10.12.12 מהווה התחלת הטיפול בבקשתה למקלט מדיני ולפיכך אין עילה לשחרורה ממשמורת בהתאם לסעיף 30א(ג)(1). בהמשך, ביום 17.1.13 דחה בית הדין בקשה לעיון מחדש בהחלטה זו.

על החלטת בית הדין מיום 17.1.13 הוגש ערעור לבית משפט לעניינים מנהליים בבאר שבע (עמ"נ 39458-01-13) במהלכו טען ב"כ העותרת 5, בין היתר, על קיום ראיון בחינה מקדמית בהיעדרו. בית המשפט דחה את הערעור וקבע כי לא מתקיים טעם הומניטרי מיוחד לעניין שחרורה של העותרת 5 ממשמורת. עוד נקבע, כי אף שהיה פגם באי זימון ב"כ העותרת לראיון, הרי שניתן לרפא פגם זה באמצעות ראיון חוזר שיערך לעותרת 5 בנוכחות בא כוחה. יצוין, כי ביום 6.5.13 זומן ב"כ של העותרת 5 לראיון חוזר שנקבע ליום 8.5.13 אולם לא התייצב.

ביום 31.1.13 וביום 21.3.13 התקיימו ביקורות תקופתיות נוספות בעניין החזקתה של העותרת 5 במשמורת ובית הדין לביקורת משמורת אישר את החזקתה במשמורת ללא שינויים. דיון ביקורת תקופתי נוסף בעניינה של העותרת קבוע ליום 20.5.13.

העתק המסמכים הבאים בעניינה של העותרת 5 מצורף ומסומן מ/ש/4:
שימוע בפני הממונה על ביקורת הגבולות מיום 19.6.12 ומיום 1.8.12, פרוטוקול הדיון והחלטות בית הדין לביקורת משמורת מיום 17.1.13, פסק הדין בעמ"נ 39458-01-13, הזימון לראיון מיום 6.5.13.

א.2. המערעות בבר"ם 1192/13

12. המערעות 1 ו-2 בבר"ם 1192/13 הגיעו בסמוך לגדר הגבול בין ישראל למצרים בתחילת ספטמבר 2012, יחד עם 19 נתינים זרים אחרים אשר בקשו להסתגל לישראל (ראו ההחלטות בבג"ץ 6582/12). למעט המערעות, שבו יתר המסתננים על עקבותיהם והמדינה הסכימה, לפני משורת הדין, בנסיבות הייחודיות של המערעות 1 ו-2, לאפשר כניסתן לישראל. ביום 6.9.12 נתפסו המערעות 1 ו-2 על ידי כוחות הביטחון והובאו למתקן משמורת סהרונים.

ביום 9.9.12 הובאו הן המערעות 1 והן המערעות 2 (כל אחת בנפרד) בפני הממונה על ביקורת הגבולות והוצא נגדן צו גירוש, המהווה אסמכתא להחזקתן במשמורת בהתאם לסעיף 30(א) לחוק למניעת הסתננות. כבר ביום 12.9.12 התקיימו דיונים בעניינן של המערעות 1 ו-2 בפני בית הדין לביקורת משמורת. בהחלטותיו, אישר בית הדין את צו הגירוש ואת החזקתן במשמורת של המערעות 1 ו-2 ללא שינויים.

ביום 28.10.12 וביום 29.10.12 הוגשו לבית המשפט לעניינים מנהליים במחוז דרום ערעורים מנהליים נפרדים מטעמן של המערעות 1 ו-2 (בהתאמה), אשר פסק הדין שניתן על ידי כבוד נשיא בית המשפט המחוזי, השופט י" אלון, הוא נשוא הערעור דנן.

ביום 18.3.13 הוגשה על ידי המערעות 1 בקשה למקלט ובאותו יום הוגשה בקשה למקלט גם מטעמה של המערעות 2. ביום 24.4.13 נערכו דיוני ביקורת תקופתיים הן בעניינה של המערעות 1 והן בעניינה של המערעות 2, אשר בסופם אישר בית הדין את צו הגירוש והמשמורת ללא שינויים.

העתק המסמכים הבאים בעניינה של המערערת 1 בבר"ם 1192/13 מצורף ומסומן **מש/5**: שימוע בפני הממונה על ביקורת הגבולות מיום 11.9.12, פרוטוקול הדיון והחלטות בית הדין לביקורת משמורת מיום 9.9.12 ומיום 24.4.13.

העתק המסמכים הבאים בעניינה של המערערת 2 בבר"ם 1192/13 מצורף ומסומן **מש/6**: שימוע בפני הממונה על ביקורת הגבולות מיום 11.9.12, פרוטוקול הדיון והחלטות בית הדין לביקורת משמורת מיום 9.9.12 ומיום 24.4.13.

3.א. המערערות בעע"ם 1247/13

13. **המערערת 1 בעע"ם 1247/13** הסתננה לישראל ביום 5.5.12 והוכנסה למשמורת זמנית בהתאם לצו אלוף מאותו יום. ביום 14.5.12 נערך למוחזקת שימוע בפני ממונה ביקורת גבולות, במהלכו טענה כי הנה בת 17 נתינת אריתריאה, כי יש לה אח ומכרים בישראל, וכי הגיעה לישראל כדי לעבוד ולעזור למשפחתה. באותו יום הוצא צו להחזקתה של המערערת 1 במשמורת בהתאם לחוק הכניסה לישראל.

ביום 16.5.12 הובאה המערערת 1 בפני בית הדין ובמסגרת הדיון טענה כי הנה בת 20. בית הדין הורה למנות למערערת 1 סניגור מטעם הסיוע המשפטי וזאת על מנת להבטיח את טובת המוחזקת ולבחון את האפשרות האם אכן המדובר בקטינה. בהמשך לכך, ביום 21.5.12 הורה בית הדין על קיום בדיקה רפואית לצורך קביעת גילה של המערערת 1.

ביום 10.6.12 קבעה חוות הדעת הרפואית כי "על פי הבדיקה הגופנית וגיל עצמות ניתן לקבוע בוודאות של מעל 75% שמדובר בבוגרת" וביום 20.6.12 קבע בית הדין כי המערערת בגירה. ביום 6.8.12 התקיים שימוע בפני הממונה על ביקורת הגבולות בהתאם לסעיף 30א(א) לחוק למניעת הסתננות, במהלכו טענה כי הנה בת 20 והגיעה לישראל כדי לעבוד וכי במידה ותשוב לארצה, תיעצר בגלל שיצאה באופן לא חוקי. לאחר השימוע הוצא צו גירוש המהווה אסמכתא חוקית להמשך החזקתה במשמורת של המערערת 1.

למחרת, ביום 7.8.12, הובאה המערערת 1 בפני בית הדין לביקורת משמורת אשר אישר את צו הגירוש והמשמורת ללא שינויים. לאחר שנדחתה בקשתה של המערערת 1 מיום 14.8.12 לשחרור ממשמורת, הוגש ערעור לבית המשפט לעניינים מנהליים במחוז דרום, אשר פסק הדין שניתן על ידי כבוד נשיא בית המשפט המחוזי, השופט י' אלון, הוא נשוא הערעור דנן.

במסגרת דיון ביקורת משמורת תקופתי מיום 21.2.13, אישר בית הדין את המשך החזקתה של המערערת 1 במשמורת. ביום 4.3.13 הגישה המערערת 1 בקשה למקלט מדיני בהתאם לנוהל מבקשי מקלט מדיני בישראל. דיון ביקורת תקופתי נוסף התקיים ביום 22.4.13 ובית הדין אישר את המשך החזקתה של המערערת 1 במשמורת.

העתק המסמכים הבאים בעניינה של המערערת 1 בעע"ם 1247/13 מצורף ומסומן מש/7:
שימוע בפני הממונה על ביקורת הגבולות מיום 14.5.12, פרוטוקול הדיון והחלטת בית הדין
לביקורת משמורת מיום 16.5.12, חוות הדעת הרפואית מיום 10.6.12, החלטות בית הדין לביקורת
משמורת מיום 20.6.12, מיום 21.2.13 ומיום 22.4.13.

14. **המערערת 2 בעע"ם 1247/13** הסתננה לישראל ביום 9.7.12. ביום 12.7.12 נערך למערערת 2 שימוע
בפני ממונה ביקורת הגבולות, במהלכו מסרה, בין היתר, כי הגיעה לישראל כדי לעבוד ועל מנת
לחיות עם בעלה (המערער 3 בעע"ם 1247/13), עמו נישאה טלפונית בשנת 2011, מספר שנים
לאחר ש הוא הסתנן לישראל, ועל ידי כך להקים עמו תא משפחתי בישראל. עוד טענה כי בסודן
אין עבודה.

ביום 15.7.12 הוצא למוחזקת צו גירוש, אשר בהתאם לסעיף 30(א) לחוק למניעת הסתננות מהווה
אסמכתא להחזקתה במשמורת. למחרת, ביום 16.7.12, הובאה המוחזקת בפני בית הדין לביקורת
משמורת וטענה כי אינה מוכנה לחזור לסודן. בית הדין אישר את צו הגירוש והמשמורת ללא
שינויים.

ביום 9.9.12 הוגשה בקשה דחופה לשחרורה של המערערת 2 ממשמורת וביום 11.9.12 דחה בית
הדין את בקשת השחרור בהחלטה מנומקת. בהמשך, הוגש על החלטה זו ערעור לבית המשפט
לעניינים מנהליים במחוז דרום, אשר פסק הדין שניתן על ידי כבוד נשיא בית המשפט המחוזי,
השופט יי אלון, הוא נשוא הערעור דן.

ביום 21.2.2013 התקבלה פנייה מב"כ של המערערת 2 לפיה הוא מבקש לפתוח בהליך של בקשה
למקלט מדיני. בהקשר זה נבקש להפנות את בית המשפט הנכבד למכתב אשר נשלח לב"כ של
המערערת ביום 7.5.13 בעניין מועד הגשת בקשת המקלט מטעמה וביחס לאמור בסיכומים מיום
10.3.13 בעניין זה. ביום 8.5.13 נשלח לב"כ המערערת 2 זימון לראיון בהתאם לסעיף 3 לנוהל
מבקשי מקלט מדיני, אשר נקבע ליום 13.5.13.

העתק המסמכים הבאים בעניינה של המערערת 2 בעע"ם 1247/13 מצורף ומסומן מש/8:
שימוע בפני הממונה על ביקורת הגבולות מיום 12.7.12, פרוטוקול הדיון והחלטת בית הדין
לביקורת משמורת מיום 16.7.12, החלטת בית הדין לביקורת משמורת מיום 11.9.12, מכתב ב"כ
המערערת מיום 18.3.13, המכתב לב"כ של המערערת מיום 7.5.13 (ללא הנספח שצורף לו), הזימון
לראיון שנשלח לב"כ המערערת מיום 8.5.13.

15. **המערער 3 בעע"ם 1247/13** הסתנן לישראל ביום 27.5.08 והוחזק במשמורת בהתאם לצו אלוף.
ביום 12.6.08 נערך למערער 3 שימוע בפני הממונה על ביקורת הגבולות. ביום 15.6.08 הוצא
למערער 3 צו הרחקה לפי חוק הכניסה לישראל (שכפי שיוסבר להלן יושם בעת ההיא על
המסתננים). ביום 30.6.08 שוחרר המערער 3 ממשמורת בתנאים. כיום למערער 3 רשיון זמני לפי
סעיף 2(א)(5) לחוק הכניסה לישראל, בתוקף עד ליום 21.6.13.

העתק מהמסמכים הבאים בעניינו של המערער 3 בעע"ם 1247/13 מצורף ומסומן מש/9:
שימוע בפני הממונה על ביקורת הגבולות מיום 12.6.12, צו ההרחקה מיום 15.6.08.

ב. הרקע הכללי לחקיקת תיקון מס' 3 לחוק למניעת הסתננות (הוראת שעה)

1. ב. התפתחות והיקף תופעת ההסתננות לישראל

16. בשנים האחרונות מתמודדת מדינת ישראל עם גל של הגירה בלתי-חוקית, הן של מי שנכנסו לישראל כדין **דרך תחנת גבול (כתיירים או כעובדים זרים)** ונשארו בה מעבר לתקופת האשרה שניתנה להם או בניגוד לתנאים שנקבעו בה, והן של **מסתננים** (ובכך העיקר לעניינו) אשר **נכנסו לישראל באופן בלתי-חוקי ושלא דרך מעבר גבול**. במרבית המקרים המסתננים הגיעו ארצה, תוך חציית הגבול עם מצרים. מדובר בגבול המשתרע על-פני כ-220 קילומטרים, שעד לאחרונה היה ברובו גבול פרוץ ללא מכשול של ממש.

17. כפי שנראה להלן, תופעת ההסתננות הינה תופעה שהלכה והתגברה בשנים האחרונות, כאשר אל מול שטף המסתננים, ניסתה המדינה לאמוד את הדרכים הראויות והאפקטיביות להתמודד עם התופעה ועם ההשלכות הרבות שבצידה. כאשר כלים שונים שהיו בידי המדינה לא הועילו, וכאשר החלו להתבהר עיקרי המניעים של תופעת ההסתננות והשלכותיה, החלה להתגבש ההבנה **שרק שילוב של מספר צעדים, כמכלול**, יביא לעצירתו של גל המסתננים על רקע הגירת עבודה, בעיקר. זאת ועוד, התחוורה ההבנה שמדובר בתופעה כללית של הגירה המונית לצרכי עבודה, המחייבת התמודדות כללית במספר אמצעים.

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 ולכן הטיפול בנושא הצריך כלים מיוחדים. זאת, בהיותה המדינה המערבית היחידה (למעט שתי מושבותיה הקטנות של ספרד בצפון אפריקה), שיש לה גבול יבשתי ארוך יחסית (כ-220 ק"מ) עם יבשת אפריקה, שרובו לא היה מגודר בצורה אפקטיבית, עד לאחרונה, וכן נוכח המצב הגאופוליטי ויחסיה המורכבים עם המדינות השכנות לה.

בגדר כך, ועם התגברות התופעה ככל שחלף הזמן, הובן כי הוראותיו של חוק הכניסה לישראל אינן מתאימות לטיפול באוכלוסיית המסתננים, ואלו אף מובילות ליצירת תמריץ להמשך גל ההסתננות והתגברותו. ככל שהתברר לקבוצות שונות של מסתננים, בעיקר ממדינות מסוימות, כי בחלוף זמן קצר הם ישוחררו ממשמורת, וירוויחו פי כמה וכמה מהמקובל בארצותיהם, תוך שילוחם של עשרות מיליוני שקלים (במצטבר מדי שנה בשנה) למדינות מוצאם, כאשר כספים אלו משמשים, בין היתר, למימון הגעתם של מסתננים נוספים לישראל - כך התופעה הלכה והתגברה. לפיכך, התחוורה ההבנה כי יש לנקוט בצעדים נוספים לאור המצב המיוחד של ישראל, וכי יש להחיל על המסתננים את החוק למניעת הסתננות, תוך תיקונו.

ודוק: החוק למניעת הסתננות היה כל העת בתוקף ובר תחולה על אוכלוסיית המסתננים, אך מאחר שבחוק למניעת הסתננות היו חסרים כלים לאיזון מול השמה במשמורת, הוחלט בעבר ועד לאחרונה, להחיל את חוק הכניסה לישראל, אשר תוקן תיקון מקיף בשנת 2001, ולפיכך היה עדכני יותר. כאמור, לימים התברר כי הכלים של חוק הכניסה לישראל אינם מתאימים להתמודדות עם התופעה ואף תורמים להתגברותה, ולכן תוקן גם החוק למניעת הסתננות.

על האמור ניתן ללמוד אף מדברי ההסבר להצעת החוק:

"בשנים האחרונות ניצבת מדינת ישראל בפני עלייה ניכרת בהיקף ההסתננות דרך הגבול עם מצרים, שלא דרך תחנות גבול. על פי נתוני רשות האוכלוסין, ההגירה ומעברי הגבול, בשנת 2010 לבדה נתפסו כ-14,000 מסתננים כאמור. המסתננים לישראל מגיעים ממדינות שונות, ובכלל זה גם ממדינות העוינות את ישראל כיום, מושמים המסתננים במשמורת, אך הם משוחררים ממנה לאחר פרק זמן קצר יחסית, וזאת מאחר שהטיפול בהם נעשה בהתאם להוראות חוק הכניסה לישראל, התשי"ב-1952 (להלן - חוק הכניסה לישראל). חוק זה אינו מאפשר, בעיקרו של דבר, החזקה של אדם במשמורת יותר מ-60 ימים. מצב דברים זה יוצר, הלכה למעשה, תמריץ להמשך גל ההסתננות והתגברותו. לכתחילה, נכון היה להפעיל בעניין זה את החוק למניעת הסתננות (עבירות ושיפוט), התשי"ד-1954 (להלן - חוק למניעת הסתננות), אלא שמדובר בחוק מיושן המותנה בקיומו של מצב חירום במדינה ואשר אינו כולל מנגנוני בקרה על המשמורת ועל הגירוש, כמקובל בחקיקה היום.

... מוצע להוסיף לחוק הקיים, כהוראת שעה לתקופה של שלוש שנים, הוראות בדבר הטיפול במישור המינהלי במסתננים, להבדיל מהטיפול בהם במישור הפלילי. בהתאם לכך מוצע כי מערכת בתי הדין לביקורת משמורת ומערכת הממונים על ביקורת הגבולות, הפועלים במסגרת רשות ההגירה והאוכלוסין במשרד הפנים, יהיו בעלי הסמכות לשחרור מסתננים ממשמורת בערובה. עם זאת מוצעים שינויים לעומת הוראות חוק הכניסה לישראל בשים לב לשוני בין שוהה שלא כדין למסתנן. " [ההדגשה הוספה]

(ה"ח הממשלה תשע"א מס' 577 עמ' 594)

18. על פי נתוני רשות האוכלוסין, ההערכה היא שעד לשנת 2012 הסתננו למדינת ישראל למעלה מ-64,000 מסתננים. כיום ההערכה הינה שנמצאים בישראל כ-56,000 מסתננים (וזאת בעקבות עידוד יציאתם של מסתננים מרצון וכן פעולות אכיפה והרחקת מסתננים אל מחוץ לישראל).

תחילתה של תופעת ההסתננות מגבול מצרים הייתה בראשית העשור הקודם, כאשר הגיעו לישראל אזרחים סודנים בודדים. התופעה התגברה, כאשר על-פי נתוני רשות האוכלוסין, עד לשנת 2006 נתפסו כ-2,813 מסתננים. הרוב המוחלט של המסתננים שהסתננו שלא כדין לישראל נתפסו בעת חדירתם לישראל. באותה העת, עוד לפני תיקון מס' 3 לחוק למניעת הסתננות, עם תפיסתם של המסתננים, הוצא נגדם צו גירוש בהתאם לסעיף 30(א) בחוק למניעת הסתננות ולאחר בירור ראשוני, הועברו למתקן משמורת, שם הוצא נגדם צו הרחקה וצו משמורת לפי חוק הכניסה לישראל, התשי"ב-1952 (לעיל ולהלן – **חוק הכניסה לישראל**). מסתננים אשר לא נתפסו עם חדירתם לישראל ונתפסו מאוחר יותר, בשטח ישראל, ללא רישיון ישיבה, הוצא נגדם גם כן, צו הרחקה ולעיתים אף צו משמורת, לפי חוק הכניסה לישראל.

19. תופעת ההסתננות המשיכה להתגבר כך שבשנת 2007 נתפסו כ-5,382 מסתננים מגבול מצרים; בשנת 2008 נתפסו 9,142; בשנת 2009 נתפסו כ-5,305. לגבי השנים 2010 2011 2012 נתייחס בהמשך דברינו.

20. באותה עת, כאשר שוחרר מסתנן אשר הוחזק במשמורת, בין אם משום ששהה במשמורת יותר מ-60 ימים ברציפות (בהתאם לסעיף 13(א)4 לחוק הכניסה לישראל) ובין אם מכל טעם אחר, ניתן לו רישיון ישיבה זמני מכוח סעיף 2(א)5 לחוק הכניסה לישראל. (למעט בתקופה שבין שלהי דצמבר 2007 ועד ראשית ינואר 2008 בה ניתנו לכ-2,000 מסתננים מאריתריאה רישיונות ישיבה ועבודה מכוח חוק הכניסה לישראל).

בהקשר זה נזכיר כי סעיף 13(א)ב לחוק הכניסה לישראל, קובע כי "שוהה שלא כדין יוחזק במשמורת עד ליציאתו מישראל או עד להרחקתו ממנה... חזקה כי אדם שוהה בישראל שלא כדין אם אין בידו להציג רישיון ישיבה בלא הסבר סביר."

עוד יצוין, כי סעיף 2(א)5 לחוק הכניסה לישראל נחקק במסגרת התיקון המקיף לחוק בשנת 2001 ונועד לתכלית ברורה, של מתן רישיון ישיבה זמני, למי ששוחרר ממשמורת, בשל היותו שוהה שלא כחוק, בהיעדר רישיון ישיבה כדין בישראל, וניתן כלפיו צו הרחקה. זאת, כאשר תכליתו של רישיון הישיבה הזמני לישיבת ביקור, הינה לאפשר את ישיבתו בישראל, וזאת – עד למימוש של צו ההרחקה שיצא נגדו (או יציאתו מרצון), כפי שאף עולה מדברי ההסבר ביחס לסעיף 2(א)5 בהצעת החוק לתיקון חוק הכניסה לישראל, כדלקמן:

"כיום שוהים שלא כדין בישראל, שהוצא נגדם צו גירוש ואינם מוחזקים במשמורת ממשיכים לשהות בישראל עד לגירושם או יציאתם מן הארץ שלא על פי רישיון ישיבה כדין. מוצע, לפיכך, לייחד במסגרת רישיונות הישיבה האמורים בסעיף 2 לחוק הכניסה

לישראל, התשי"ב-1952 (להלן החוק או חוק הכניסה לישראל), רישיון ישיבה מיוחד למי שהוצא נגדו צו הרחקה. הרישיון יהיה זמני מטבעו, וינתן למי שישוחרר בערובה לפי החוק המוצע, ולתקופת השחרור בערובה. "רישיון גישור" (Bridging Visa) מקובל במדינות שונות, ונועד להגשים את לשון החוק ותכליתו, שכל שהייה בישראל תהיה על סמך רישיון ישיבה כדין. [ההדגשה הוספה]

21. בשנת 2010 תופעת ההסתננות לישראל כמעט ושילשה את גודלה לעומת השנה הקודמת, כאשר נתפסו כ-14,747 מסתננים; בשנת 2011 המשיך לגדול היקף התופעה, כאשר נתפסו כ-16,851 מסתננים לישראל.

מציאות חסרת תקדים זו הובילה את הממשלה לקבל מספר החלטות במטרה להתמודד עם תופעת ההסתננות: ביום 14.3.10 התקבלה החלטת ממשלה מס' 1506 שעניינה הקמת מכשול בגבול המערבי; החלטת הממשלה מס' 2104 מיום 19:7.10 עסקה בתיקון החוק למניעת הסתננות, בהקמת צוות בין-משרדי לקידום צעדים אופרטיביים לטיפול בתופעת ההסתננות, ובהקמת צוות מצומצם שיציג לממשלה תוכנית לצעדים אופרטיביים שיינקטו נגד מעסיקי מסתננים; וכן החלטת ממשלה מס' 2507 מיום 28.11.10 שעסקה בהקמת מתקן משמורת למסתננים.

העתק החלטות ממשלה מס' 1506, 2104 ו-2507 מצורף ומסומן מש/10.

22. ההתפתחות הדינאמית של הניסיונות להתמודד עם תופעת ההסתננות, יחד עם תהליך התעצמותה לממדים חסרי תקדים אלה, הובילו למסקנה כי נדרשת מדיניות כוללת ומקיפה לבלמת תופעת ההסתננות, אשר המשיכה גם בשנת 2012, במהלכה נתפסו כ-10,322 מסתננים.

נכון להיום, ועל-פי הערכת רשות האוכלוסין, שוהים בישראל כ-56,000 מסתננים, וזאת בעקבות עידוד יציאתם של מסתננים מרצון וכן פעולות אכיפה והרחקת מסתננים מחוץ לישראל. נכון להיום, אריתריאה (כ-66%) וסודן (כ-25%) הן המדינות העיקריות שמהן מגיעים המסתננים לישראל, וזאת לצד מדינות נוספות, רובן המכריע מיבשת אפריקה (נעיר כי הנתונים המובאים לעיל מתייחסים למספר המסתננים שנתפסו, וסביר להניח שמספר המסתננים שנכנסו לישראל גדול אף יותר).

העתק מסמך המרכז נתוני חדירת מסתננים לישראל לפי שנים, מעודכן עד לסוף חודש אפריל 2013 מצורף ומסומן מש/11.

2.ב. השלכותיה של תופעת ההסתננות

23. תופעת ההסתננות שפקדה את מדינת ישראל, הינה בעלת השפעות רבות וארוכות טווח על תחומים רבים במדינה, כגון: החוסן הביטחוני, החוסן הכלכלי, ביטחון הציבור והסדר הציבורי, רמת האבטלה, ועוד. בטרם נעמוד על הליך חקיקת תיקון מס' 3 לחוק למניעת הסתננות עצמו, יחד עם שורה של צעדים עליהם הוחלט במקביל לו, נבקש להביא בפני בית המשפט הנכבד חלק מן ההשלכות הקשורות בהיקפה של תופעת ההסתננות לישראל במגוון תחומים.

2.א. השפעת תופעת ההסתננות על ביטחון הפנים ושלום הציבור

24. בהיבט ביטחון הפנים, על פי נתונים שנמסרו ממשטרת ישראל, בין השנים 2007 ל-2012 חלה עליה עקבית במספר התיקים הפליליים שנפתחו כנגד מסתננים. כך, בשנת 2010 נפתחו 869 תיקים פליליים, בעוד שבשנת 2011 נפתחו כ-1,398 תיקים פליליים ובשנת 2012 נפתחו 2,065 תיקים פליליים למסתננים. בצד זאת יוער, כאמור לעיל, בשנים אלה ועד למחצית שנת 2012, עלה באופן עקבי מספר המסתננים.

בין העבירות הבולטות בתיקים הפליליים שנפתחו כנגד מסתננים ניתן למנות: עבירות רכוש (גניבה / שוד); סדר ציבורי (איומים / תקיפת שוטרים); גוף (תקיפה); מוסר (שימוש בסמים), ועבירות מין. ברי, כי לדבר השפעה על בטחון הפנים ושלום הציבור, ולשינוי עמוק במרקם החיים במרחב האורבני.

חלק הארי של אוכלוסיית המסתננים נמצא במספר שכונות בדרום תל אביב – כ-30,000 מסתננים. ריכוז גדול נוסף של מסתננים נמצא באילת (על פי הערכות המשטרה מדובר בכ-7,000 מסתננים). כך גם באשדוד – כ-2,000 מסתננים, ובערד כ-500 מסתננים.

עקב השתקעותם של מרבית המסתננים בדרום תל אביב, נדרשה משטרת ישראל להפעיל תחנת משטרה באזור התחנה המרכזית בתל אביב, המיועדת רובה ככולה להתמודדות עם מימדי הפשיעה שתוארו לעיל.

2.ב. השפעת תופעת ההסתננות על הכלכלה והמשק

25. לתופעת ההסתננות ישנן גם השלכות כלכליות משמעותיות ביותר על המשק הישראלי. כניסתם של המסתננים מגבול מצרים בשנים האחרונות, באין מפריע, יצרה למעשה הגדלה מאסיבית של היצע עובדים לא מקומיים באופן לא מבוקר ולא מוכוון, שהגיע בהיקפיו, בתוך זמן שיא, להיקפים דומים לאלו שמאשרת ממשלת ישראל לכניסה של עובדים זרים באופן חוקי, מבוקר ומוסדר. ההשפעות של כניסת עובדים זרים בהיקפים כאלה הינן משמעותיות ביותר על שוק העבודה, כאשר עובדים ישראלים בעלי מיומנויות נמוכות המשתכרים שכר נמוך, מרביתם מן השכבות החלשות של החברה הישראלית, מצאו עצמם הראשונים להיפגע.

היצע רב של עובדים המוכנים לעבוד בשכר נמוך, מביא לדחיקה כלפי מטה של השכר המשולם בעבודות בהם הם מועסקים, וכן לדחיקתם מחוץ לשוק העבודה של עובדים ישראלים המועסקים בעבודות מסוג זה. יוער, כי יציאתם של עובדים ישראלים ממעגל העבודה מביא לעיתים קרובות ומטבע הדברים להזדקקותם לרשת הביטחון הסוציאלי של המדינה ולהסתמכותם עליהם לשם מחייתם, על כל המשתמע מכך.

26. בנוסף, ישנן השלכות תקציביות ומשאביות ישירות הנובעות משהותם הממושכת של מסתננים בישראל. כך, לדוגמא, לפי נתוני משרד הבריאות מוערכות עלויות הטיפול במסתננים בכ-55 מיליוני שקלים מדי שנה עבור הוצאות רפואיות של המסתננים אשר נדרשים לכך, וזאת בהיעדר רכישת ביטוח רפואי על ידם או חוסר יכולת לגבות כספים אלו מאוכלוסיית המסתננים באופן יעיל לשם כיסוי ההוצאות הרפואיות. כמו כן, המדינה והרשויות המקומיות נדרשות להוציא סכומים גבוהים לצרכי שירותי רווחה לאוכלוסיית המסתננים. לפיכך, מקומות בהם התקציב מוגבל, הרי שמשאב שירותי הרווחה נחלק בחסר, בין יותר ויותר נזקקים.

27. על פי נתוני רשות האוכלוסין וההגירה, סך הילודה בקרב אוכלוסיית המסתננים בשנים 2006 – 2013 הינה כ-2,297. המשמעות התקציבית של כניסתם של ילדים אלה למסגרות החינוך מוערכת בהוצאה ממשלתית של כ-25 מיליוני ש"ח מדי שנה, ומעבר לכך ישנה הוצאה נוספת משמעותית של הרשויות המקומיות. בנוסף, העלויות המושטות על משרד החינוך עבור טיפול במסתננים שהם קטינים בלתי מלווים במסגרת של פנימיות מוערכות בכ-3 מיליוני ש"ח מדי שנה.

28. הריכוז העיקרי והבולט של אוכלוסיית המסתננים בישראל הינו בעיר תל-אביב, אשר על פי הערכות מונה למעלה מ-30,000 בגירים. באשר לאוכלוסיית הילדים, ניתן לציין כי בשנת 2012 לבדה, טופלו בתחנות לבריאות המשפחה (טיפת חלב) ברחבי העיר תל אביב כ-2,808 בני הגיל הרך (עד גיל 5) – 94% מהם בתחנות המצויות בשכונות דרום העיר (התחנה המרכזית הישנה, יד אליהו, שכונת התקווה, שכונת עזרא ארגזים וקרית שלום). על פי מידע שנמסר מבית החולים לילדות "ליס" אשר במרכז הרפואי ת"א-יפו, במהלך שנת 2012 בין 10%-7% מהלידות בו הינן של אמהות שהסתננו לישראל, כ-100 לידות בחודש, וזאת, כאמור, בהעדר כיסוי ביטוחי או תקציבי לכך.

29. בנוסף, בשל יציאתם לעבודה של מסתננים הורי ילדים בגיל הרך, רווחת תופעה של שהיית ילדי מסתננים במסגרות מאולתרות בתנאי היגינה לא ראויים וללא פיקוח הולם (עשרות רבות של ילדים בהשגחת מטפלת אחת) – חלקם אף נסגרו במסגרת פעילות אכיפה של משטרת ישראל. מסגרות מאולתרות אלו מובילות להזנחה פיזית ורגשית ועיכוב התפתחותי. כך, בכניסת ילדי מסתננים למערכת החינוך העירונית ישנו פער גדול עוד יותר בקרב ילדי המסתננים, הן בהיבטים רגשיים והן במיומנויות היסוד כדוגמת יכולות מוטוריות. כמו כן, בקרב החינוך המיוחד ישנם 11% מקרב ילדי המסתננים – למעלה מפי 2 מהשיעור של 5% מקרב כלל תלמידי העיר, בדומה לממוצע הארצי והעולמי.

30. כמו כן, מנתונים אשר הוצגו ביום 10.9.12 וביום 15.10.12 בפני ועדת הפנים והגנת הסביבה, במסגרת דיונים בהצעת החוק למניעת הסתננות (עבירות ושיפוט) (איסור הוצאה מישראל של כספי מסתנן) (הוראת שעה), התשע"ב-2012 ובהצעת חוק איסור הלבנת הון (הוצאת כספים מישראל בעבור מסתנן – עבירת מקור (הוראת שעה), התשע"ב-2012, עולה כי היקף העברה מישראל לאפריקה של כספי שכר עבודה של המסתננים נאמד בהערכה זהירה של **מאות מיליוני שקלים בשנה**. עוד עולה מהדיונים כאמור כי חלק ניכר מהסכומים האמורים מועברים בדרכים שאינן חוקיות, וכי התפתח שוק בלתי חוקי וכמובן לא רשמי ולא מפוקח של העברת כספים באופן בלתי חוקי, על כל השלכות השליליות הנלוות לכך [פרוטוקול ישיבה מס' 605 של ועדת הפנים והגנת הסביבה, הכנסת ה-18 (10.9.12); פרוטוקול ישיבה מס' 609 של ועדת הפנים והגנת הסביבה, הכנסת ה-18 (15.10.12)]

בהקשר זה יצוין כי ובדברי ההסבר להצעת חוק איסור הלבנת הון (הוצאת כספים מישראל בעבור מסתנן – עבירת מקור (הוראת שעה), התשע"ב-2012 נכתב כדלקמן:

"מהנתונים שבידי המשטרה והשב"כ עולה, כי כבר היום נוטלים גורמים עבריינים חלק בתהליך העברת כספי המסתננים לחו"ל. במקרים רבים, לאחר שמוצאים כספים מידיהם של המסתנן עצמו, הם מועברים לבלדרים אשר מגלגלים אותם הלאה כדי להסוות את מקורם, עד שיצאו מישראל."

31. האמור לעיל מהווה תמונה חלקית בלבד, אם כי ברור מכך כי לתופעת ההסתננות, הן באופייה והן בממדיה, ישנן השלכות מרחיקות לכת בטווח הקצר והארוך על החברה הישראלית במגוון רחב של תחומים. דברים אלה מובאים בתמצית, כדי להציג בפני כבוד בית המשפט את הצורך הדחוף והטיפול המקיף המתחייב בנסיבות העניין, במספר תחומים, לשם התמודדות עם תופעת ההסתננות הלא חוקית לישראל, אשר הלכה ותפחה לממדים חסרי תקדים, על כלל השלכותיה רחבות ההיקף.

3. ב. החלטת הממשלה מיום 11.12.11

32. כאמור, התפתחות תופעת ההסתננות לישראל הביאה לכלל מסקנה כי ההתמודדות עמה מחייבת נקיטת שורה של צעדים **באופן משולב**, בתחומים שונים. ביום 11.12.11 התקבלה החלטת ממשלה 3936 שהינה החלטה "מתכללת", שכותרתה "הקמת מתקן משמורת לשהייתם של המסתננים ובלימת ההסתננות הבלתי חוקית לישראל" (להלן: **החלטת הממשלה**). במסגרת החלטה זו קבעה הממשלה שורה של צעדים **מקבילים ומקיפים** להתמודדות ולבלימת תופעת ההסתננות, ולשם כך הנחתה הממשלה שורה ארוכה של גורמים ביצוע שונים כיצד עליהם לפעול כדי להביא לבלימתה של תופעת ההסתננות לישראל. וראו בהקשר זה את דברי ראש הממשלה, בעת שהובאה החלטת הממשלה לדיון בפני הממשלה:

"הדבר השלישי שאני מביא היום בפני הממשלה זו תכנית מקפת לטיפול במסתנני העבודה הבלתי חוקיים. זו מכת מדינה. זו מכת מדינה בכל תחום שהוא – בכלכלה, בחברה, בתשתיות, ברווחה ובביטחון הפנים. אנחנו שומעים את הזעקות שעולות מיישובי וערי ישראל, ואנחנו חייבים לדאוג למדינה. אין לנו חובה לקבל מסתננים בלתי חוקיים.

אני מפריד את זה בין השאלה של הטיפול בפליטים. המרכיב של הפליטים בזרם, בשיטפון האנושי הזה, הוא קטנטן, הוא מזערי ואנחנו נמשיך לטפל בפליטים, בפליטי חרב וכו'.

כאן איננו מדברים על כך, אנחנו מדברים על כך שאוכלוסיות שלמות מתחילות לנוע 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 שמחייבת באמת התגייסות של כל המשרדים." [ההדגשה הוספה]. (מתוך דברי ראש הממשלה, בנימין נתניהו, בישיבת הממשלה מיום 11.12.11)

33. בהתאם לכך, נקבע סעיף 1 להחלטת הממשלה האמורה, שעניינו **הקמת מכשול בגבול ואופן חלוקת האחריות**, כמו גם הקצאת התקציבים להקמתו. בעקבות זאת, נערכה ממשלת ישראל מיידית לבניית מכשול פיזי לאורך גבול ישראל-מצרים והוקצו התקציבים (בבניית הגדר על מרכיביה הושקעו למעלה ממיליארד ושש מאות מיליון שקלים) לשם כך. נכון להיום, ועל-פי הנמסר ממשרד הביטחון, פרט למקטע יחיד ב"עוטף אילת" העולה לכדי 2 קילומטר מתוך כ-245 קילומטר הסתיימו עבודות ההקמה, וההערכה הינה כי הקמת הגדר כולה, לרבות גדר "עוטף אילת", תושלם בקרוב.

34. סעיף 3 להחלטת הממשלה עוסק בהפעלתו של מתקן המשמורת "סהרונים" וסעיף 4 עוסק בהקמת מרכז שהייה בנוי, המצוי בשלבי הקמה מתקדמים. באשר למטרתו של מתקן שהייה חדש זה, מציינת הממשלה, בין היתר, בסעיף 4(ח) להחלטתה, כדלהלן:

"המתקן כמפורט לעיל, יאפשר שהייה של מסתננים, אשר לעת הזאת לא ניתן להרחיקם למדינת מוצאם או למדינה שלישית, ויספקו בו צרכיהם הבסיסיים - מקומות לינה, מזון, שתייה וצרכי בריאות בסיסיים, ואם יוחזקו בו קטינים - שירותי חינוך."

למען שלמות התמונה יצוין, כי עתירה בעניין הליכי הקמת מרכזי שהייה בהתאם להחלטת הממשלה תלויה ועומדת בפני בית משפט נכבד זה (בג"ץ 973/12 עמותת במקום - מתכננים למען זכויות אדם נ' שר הפנים ואח').

35. בנוסף, סעיף 6 להחלטת הממשלה מטיל "...על המנהל הכללי של משרד ראש הממשלה לרכז את עבודת משרדי הממשלה לקידום מגעים מול מדינות מוצא שונות לשם החזרתם הבטוחה של מסתננים השוהים בישראל, או להרחקתם למדינות אחרות, לרבות עידוד יציאה מרצון..."

36. חלק מרכזי ובלתי נפרד מכלל הצעדים עליהם הוחלט בהחלטת הממשלה הנוכרת לעיל, הינו סעיף 2 להחלטת הממשלה, העוסק בביצוע תיקון לחוק למניעת הסתננות, התשי"ד-1954. ואכן, בעקבות האמור בסעיף 2 להחלטת הממשלה, נחקקה לפני למעלה משנה הוראת השעה המתקנת (החוק למניעת הסתננות (עבירות ושיפוט)(תיקון מס' 3 והוראת שעה), תשע"ב-2012, ס"ח תשע"ב מס' 2332 מיום 18.1.12, עמ' 119). תיקון זה נועד לתת פתרון אפקטיבי במישור ההתמודדות הנורמטיבי עם תופעת ההסתננות, אשר מימדיה בישראל התרחבו בהיקף חסר תקדים, כפי שתואר לעיל.

מן המקובץ עולה, כי תיקון מס' 3 (המוגדר רובו ככולו כהוראת שעה, שבתוקף עד ליום 18.1.2015), הינו תולדה של הצעת חוק ממשלתית ומבטא, הלכה למעשה, תפיסה עקרונית לגבי דרכי ההתמודדות עם תופעת המסתננים לישראל. על כך ניתן ללמוד גם מדברי ההסבר 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 נתפסו כ-14,000 מסתננים כאמור. המסתננים לישראל מגיעים ממדינות שונות, ובכלל זה גם ממדינות העוינות את ישראל.

כיום מושמים המסתננים במשמורת, אך הם משוחררים ממנה לאחר פרק זמן קצר יחסית, וזאת מאחר והטיפול בהם נעשה בהתאם להוראות חוק הכניסה לישראל. ... מצב דברים זה יוצר, הלכה למעשה, תמריץ להמשך גל ההסתננות והתגברותו."

ובהמשך:

"השינויים המוצעים תואמים את ההבחנה הרלוונטית בין מי שנכנס לישראל כדין, דרך תחנת גבול חוקית, כאשר הוא מזוהה על פי תיעוד שהוא נושא עמו, ואשר הפך להיות שוהה בלתי חוקי לאחר כניסתו לראשונה כדין, בתום האשרה החוקית שניתנה לו או לאחר הפרת תנאי האשרה שניתנה לו, לבין מסתנן שלכתחילה חדר למדינה שלא כדין, שלא דרך תחנת גבול חוקית. ההבחנה בין שוהה בלתי חוקי לפי חוק הכניסה לישראל, לבין מסתנן לפי חוק זה, ובמיוחד כאשר מדובר בתופעה רחבת ממדים בשנים האחרונות, מחייבת את מיקוד הטיפול בתופעה, באופן שונה, אשר יותאם וייוחד לאוכלוסיית המסתננים לישראל, אשר הולכת וגדלה בשנים האחרונות, בממדים

חסרי תקדים, וזאת, בין השאר, עקב העדרם של כלים ייחודיים למניעת התופעה ולמניעת התמריץ להסתננות לישראל. (שם, עמוד 600) [ההדגשות הוספו].

37. הנה כי כן, הוראת השעה נועדה להוות חלק בלתי נפרד מהמענה הכולל לתופעת ההסתננות לישראל, אשר ממדיה גדלו באופן ניכר, ככל שהתברר לקבוצות שונות של מסתננים, בעיקר ממדינות מסוימות, כי בחלוף זמן קצר הם ישוחררו ממשמורת, ירוויחו פי כמה וכמה מהמקובל בארצותיהם, תוך שילוחם של עשרות מיליוני שקלים (במצטבר מדי שנה בשנה) למדינות מוצאם, בדרכים כאלו ואחרות, שנועדו לתגבר ולממן את המשך ההסתננות למדינת ישראל. למעשה, הוראת השעה חלה על כל אוכלוסיית המסתננים.

יובהר, כי דווקא מסתננים המבקשים להגיע לישראל מטעמים כלכליים, ככל מהגר עבודה, על אף שיכולים היו להישאר במצרים או במדינות אחרות בהן עברו בדרכם לישראל ובכל זאת בוחרים להגיע הנה מטעמים של הגירת עבודה, או מטעמים דומים אחרים, מהווים את הקבוצה המרכזית אליה מבקש התיקון לחוק למניעת הסתננות (הוראת השעה) להתייחס.

4. ב. הפעילות והמאמצים אל מול מדינות זרות

38. כמתואר לעיל ביחס לסעיף 6 להחלטת הממשלה, חלק בלתי נפרד מההתמודדות עם תופעת ההסתננות עליה החליטה הממשלה במדיניות הכוללת שנקבעה, הינו קידום מגעים מול מדינות מוצא שונות לשם החזרתם הבטוחה של מסתננים השוהים בישראל, או להרחקתם למדינות אחרות, לרבות עידוד יציאה מרצון.

39. בהקשר זה יוער כבר כאן, כי לעיתים מקבלת מדינת ישראל החלטה כללית שלא להרחיק נתיני מדינות מסוימות, בתקופה מסוימת, ובהתקיים נסיבות מסוימות, למדינה מסוימת, **וזאת בהתאם לעקרון אי-החזרה**. מדיניות זו היא תלוית נסיבות ואין הכרח שתישאר על כנה, ומכל מקום יודגש כי מדינת ישראל הינה סוברנית לקבלה, אם לאו. יובהר, כי מדובר בבחינה שצריכה להיעשות מעת לעת, בשים לב לכלל הנסיבות הרלבנטיות ובאמצעות הגורמים המוסמכים לכך (ראו והשוו: ע"מ 8908/11 אספו נ' **משרד הפנים** (פורסם בנבו, 17.7.12) (להלן: עניין אספו)). בהתאם לכך, ונכון לעת הזו, מדינת ישראל נוקטת מדיניות אי-הרחקה זמנית של אריתראים לאריתריאה. (במאמר מוסגר יוער, כי בשנים האחרונות, עם התגברות תופעת ההסתננות, גוברת אף התופעה של התחזות ו/או הזדהות של מסתננים כבעלי נתינות אריתריאית, על מנת להימנע מחזרה או מהרחקה למדינת המוצא הנטענת- היא אריתריאה).

40. שונים הם פני הדברים בכל הנוגע לרפובליקה של סודן. כאמור, ובהתאם לפסק הדין בעת"ם 53765-03-12 א.ס.ף ואח' נ' **שר הפנים** (להלן – עניין א.ס.ף), לאחר שישראל כוננה יחסים דיפלומטיים עם מדינת דרום סודאן, החלה מדינת ישראל להחזיר מסתננים לדרום סודאן. באשר לרפובליקה של סודן (צפון סודן), יובהר ויודגש, כי ההימנעות מהרחקה למדינה זו אינה נובעת

מהכרה בסודאן כמדינת משבר. הימנעותה של מדינת ישראל בשנים האחרונות מלבצע החזרות ישירות לצפון סודאן הינה בעיקרה בשל הקושי המעשי לבצען, הנובע מהעדרם של יחסים דיפלומטיים בין המדינות, וממילא מהיעדר תקשורת עם הרשויות בצפון סודאן. משכך, מטבע הדברים, לא קיים מסלול ישיד לביצוען של החזרות מסתננים למדינה זו, אך הדבר אינו מונע פעולות שנועדו לשם מציאת מדינה/ות שלישית/יות להסדרת חזרה דרכן (למדינת המוצא) כמדינת מעבר.

41. בהתאם, נוקטת ממשלת ישראל בצעדים נוספים כדי לממש את החלטות הממשלה השונות שנועדו להביא לבלימת גל ההסתננות, ובין היתר, להחזיר מסתננים למדינות מוצאם, ו/או למדינות שלישיות, כמדינת מעבר, הכל בהתאם להוראות כל דין. דוגמא לכך ניתן לקחת מהמדיניות כלפי נתיני דרום סודן וחוף השנהב. ראו לעניין זה, למשל, פסק הדין בעניין א.ס.ף (מיום 7.6.12; פסק הדין מתייחס לנתיני דרום סודן); פסק הדין בעת"מ 58162-01-12 אבו באקאיקו ואח' נ' משרד הפנים (מיום 24.6.12; פסק הדין מתייחס לנתיני חוף השנהב) ופסק הדין בעת"מ 27790-02-12 אבובקר נ' משרד הפנים (מיום 25.3.12; פסק הדין מתייחס לנתיני חוף השנהב). יצוין, כי על פסק דין זה הוגש ערעור שמספרו עע"ם 3231/12. בהחלטה מיום 6.6.12 נדחתה בקשה לסעד זמני לתקופת הערעור, וביום 30.7.12 נמחק הערעור.

42. כל העת נעשית פעילות על ידי הגורם הממונה מטעם ממשלת ישראל למציאת אפיקים מדיניים, גלויים ושאינם גלויים, שיאפשרו את יציאתם ו/או הרחקתם של מסתננים מישראל. מטבע הדברים, ניסיונות אלו מצריכים מאמצים מגוונים ומשמעותיים אל מול גורמים שונים במספר מדינות, והמדינה אינה שוקטת על שמריה בעניין זה.

זה המקום לציין, כי הגורם הממונה מטעם ראש ממשלת ישראל על מגעים עם מדינות שונות בהקשר זה, יוכל לפרט על כך בפני בית המשפט הנכבד, במעמד צד אחד, ככל שבית המשפט הנכבד יהיה סבור כי יש צורך בכך.

ג. תכליות תיקון מס' 3 לחוק למניעת הסתננות (הוראת שעה)

43. כאשר באמתחתנו דברי הרקע האמורים, נפרט להלן את התכליות העומדות בבסיס הוראת השעה. כבר כאן יצוין כי תכליותיו של החוק עומדות כל אחת בפני עצמה, אולם נוכח מורכבות הסוגיה, ברי כי התכליות מקיימות ביניהן קשרי גומלין. הניסיון של השנים האחרונות מלמד כי מתן מענה להיבט אחד של תופעת ההסתננות, אין בו כדי ליתן את המענה הדרוש לתופעה בכללותה.

1.ג. בלימת תופעת ההסתננות

44. כעולה מדברי ההסבר להצעת החוק שצוטטו לעיל, כוונת המחוקק הייתה לבלום את גל המסתננים שפקד את מדינת ישראל בשנים האחרונות בממדים משמעותיים, שהינו בעיקרו גל הגירה כלכלי, ולהגדיר את אופן הטיפול הייחודי לו. ככל שהיקפי הגירת העבודה הלכו וגברו, ונוכח התמריץ הכלכלי שבהגעה לישראל, מצאה עצמה המדינה ניצבת בפני מימדי הגירה הולכים וגוברים, שאין היא יכולה להשלים עמם, ודאי שלא לאורך זמן.

כשם שהגדר שנפרסה לאורכו של הגבול הדרומי עם מצרים ביקשה להקים **חסם פיזי** בפני המסתננים החפצים בגניבת גבולה של מדינת ישראל, כך מבקש התיקון לחוק לשמש **חסם נורמטיבי** בפני אותם מסתננים, ולא פחות חשוב, בפני המסתננים אשר נכנסו זה מכבר מבעד לגבול ומצויים כיום במרכזי הערים בישראל.

45. לעמדת המדינה, מדובר בתכלית ציבורית וחברתית חשובה ביותר, שלה השפעות רבות, הן בטווח הזמן הקצר והן בטווח הזמן הארוך, בקשת רחבה של תחומים, ובכלל זה: בטחון פנים, תעסוקה, רווחה, חינוך, חוסן ביטחוני ועוד.

46. כאמור, מדובר בתופעה חמורה וחסרת תקדים, אשר יש בהיקפיה ובממדיה כדי להוות איום ממשי על ריבונותה של מדינת ישראל וחוסנה. ואכן, גם בית המשפט הנכבד עמד על "אינטרס המדינה למנוע 'הגירת עבודה' החורגת כמובן מאותם מקרים בהם קיים חשש מבוסס לרדיפה" (בג"ץ 6312/10 קו לעובד נ' הממשלה (פורסם בנבו, 16.1.11)). עוד עמד בית המשפט הנכבד על האתגרים העומדים בפני המדינה ועל מורכבות הבעיות הכרוכות במניעת הגירה המונית המתאפיינת בכניסה שלא כדין למדינה דרך סיני (בג"ץ 7302/07 מוקד סיוע לעובדים זרים נ' שר הבטחון (פורסם בנבו, 7.7.11)).

התיקון לחוק מבטא למעשה את נקודת האיזון בה בחר המחוקק הישראלי בין האינטרסים הנוגדים, תוך הענקת משקל של ממש לשמירה על ריבונותה של מדינת ישראל ועל זכותה כמדינה ריבונית לקבוע מי יבוא בשעריה ומי ישהה בתחומה וכיצד.

47. המדינה תטען, אם כן, כי הוראת השעה מבקשת להתמודד עם תופעת ההסתננות, על מלוא שלביה ומועדיה השונים: תחילה, רואה הוראת השעה לנגד עיניה את מניעת הגעתם של מסתננים, המצויים בארץ מוצאם, ואשר שוקלים האם כדאי לנסות ולהסתכן לישראל.

לאחר מכן, וככל שהסתננות צלחה ויצאה מן הכוח אל הפועל, מבקשת הוראת השעה לבלום ולמנוע את השתקעותם של המסתננים בחברה ובמשק הישראלי. אל הצגת תכלית עצמאית זו נפנה להלן, אולם נציין כבר עתה, כי זו כוללת הן את השמתם של המסתננים במשמורת, (ואספקת כלל צרכי מחייתם בתחום המזון, מדור רפואה וחינוך); והן את שקידתה של המדינה להביא להרחקתם ו/או לחזרתם של המסתננים מישראל למדינות מוצאם או למדינות שליטות (בין כמדנית מעבר ובין כמדנית יעד).

כאן נבקש לחדד, כי הגשמת התכלית הראשונה (מניעת הגעתם של מסתננים חדשים) מושגת מעצם מודעותם של המסתננים הפוטנציאליים, בעודם שוהים מחוץ למדינת ישראל, לכלים המשפטיים שמעמידה הוראת השעה להתמודדות עם תופעת הגירת העבודה אל תחומיה.

48. ביטוי לתכלית מפורשת זו מצוי לנו בדברי ההסבר (שכאמור צוטטו לעיל), בהם נכתב כדלקמן:

..."
ההבחנה בין שוהה בלתי חוקי לפי חוק הכניסה לישראל, לבין מסתנן לפי חוק זה, ובמיוחד כאשר מדובר בתופעה רחבת ממדים בשנים האחרונות, מחייבת את מיקוד הטיפול בתופעה, באופן שונה, אשר יותאם וייחוד לאוכלוסיית המסתננים לישראל, אשר הולכת וגדלה בשנים האחרונות, בממדים חסרי תקדים, וזאת, בין השאר, עקב העדרם של כלים ייחודיים למניעת התופעה ולמניעת התמריץ להסתננות לישראל. תכליתו של חוק הכניסה לישראל והכלים המצויים בו לטיפול בתופעה של שהייה בלתי חוקית בישראל, אינם מתאימים לתכלית ולכלים אשר צריכים להיות נתונים לרשויות המדינה למניעה ולבלימה של תופעה חסרת תקדים בהיקפה ובממדיה של הסתננות לישראל, דרך גבולותיה - תופעה שיש למנעה ולפגוע בתמריצים לקיומה, כדי לשמור ולשמר את ריבונותה של המדינה." (ה"ח הממשלה תשע"א מס' 577).

49. נשוב ונחדד את שכבר הוזכר, כי התמודדותה של מדינת ישראל עם תופעת ההסתננות המתגברת, שהינה בעיקרה תופעה של הגירה לצרכים כלכליים, נעשתה באמצעות מערך כולל של אמצעים המשלימים זה את זה – החל מהקמת הגדר על גבולה הדרומי של המדינה עם מצרים כמחסום פיזי, דרך תיקון החוק למניעת הסתננות המשמש כמחסום נורמטיבי, וכלה בהקמת מתקני משמורת להחזקתם של המסתננים במשמורת לשם אפשרור הרחקתם, מזה, ולשם הבטחת תנאי מחייתם עד למימוש הרחקתם, מזה. כל אלו יחדיו מכוננים את תכלית בלימתה של תופעת

ההסתננות, על דרך שינוי תפיסתם של המסתננים באשר למדיניותה של ישראל בתחום ההגירה וההשתקעות בה, לצד איון התמריץ להסתננות לצורכי עבודה. כל זאת, כאמור, על רקע מצבה הגיאופוליטי המיוחד של מדינת ישראל.

2.ג. מניעת השתקעותם של המסתננים והתמודדות המדינה עם השלכותיה הרחבות של תופעת

ההסתננות על החברה והמשק הישראלי

50. אל תופעת ההסתננות הפוקדת את ישראל ולהיקפיה חסרי התקדים נילוות, כאמור לעיל, השלכות מרחיקות לכת, בשורה של תחומים.

עמדנו לעיל על חלק מן ההשלכות של תופעת ההסתננות על מרקם החיים, בעיקר במקומות בהם מתרכזות אוכלוסיית מסתננים במספרים רבים. כך למשל, עמדנו על העליה בפשיעה, הנטל הכבד על מערכות הרווחה, הבריאות, החינוך, האכיפה וכיו"ב. עוד ראינו, כי תופעת ההסתננות על רקע כלכלי, היא למעשה הגירת עבודה בלתי חוקית ובלתי מבוקרת לתוך שטחי מדינת ישראל, לתוך אוכלוסייתה, לתוך משקה ולתוך יישוביה. עוד עמדנו על אופיה של ההסתננות ההמונית כמצב מתמשך של השתקעות בחברה ובמשק הישראלי. אל מול היקפיה חסרי התקדים של התופעה האמורה, נדרש המחוקק להעמיד בידי המדינה אמצעים להפסקתו של מצב דברים מתמשך זה.

נוכח כל האמור, עולה כי תכליתו המרכזית של תיקון מספר 3 לחוק למניעת הסתננות הינה מניעת ההשפעות השליליות הנלוות להשתקעותם הנמשכת של מסתננים בלתי חוקיים בחלק מערי ישראל, וזאת בהינתן זכויותיהם של אזרחי ותושבי מדינת ישראל לשלמות הגוף ולקניין; בצד חובתה של המדינה להגן על זכויות אלה. במסגרת תכלית זו, מבקש התיקון לחוק לצמצם את האטרקטיביות שדבקה בערי ישראל כמוקד להגירת עבודה בלתי חוקית, על כל ההשפעות השליליות שתוארו לעיל.

51. בהקשר זה של הדברים, המדינה תבקש עוד לדחות את טענת העותרים והמערערים, לפיה השמתם במשמורת של מסתננים נועדה אך כדי להרתיע אחרים, למען יראו וייראו. כפי שראינו עד כה, לחוק מספר תכליות והוא מתכתב עם מספר קהלי יעד של מסתננים:

אשר למסתננים הפוטנציאליים, אלו המצויים במדינות מוצאם, הרי שהחוק מבקש להעמיד לנגד עיניהם דיני הגירה מחמירים המאיינים את התמריץ הכלכלי שביסוד הגירתם הבלתי חוקית. בהקשר זה, נתוני חדירת מסתננים לישראל מרגע הפעלתו של התיקון לחוק (יוני 2012), מדברים בעד עצמם.

אשר למסתננים שחדרו זה מכבר לישראל, מבקש החוק למנוע מבעדם לממש את רצונם להכות שורש בחברה או במשק הישראלי, ובכך להציב את הגירתם הבלתי חוקית לישראל כעובדה מוגמרת בפני רשויותיה. כאמור, בכך אף קטנה יכולתם של המסתננים להשתקע בישראל, לעבוד בה, ומתוך כך, בין היתר, לממן את הגעתם של מסתננים נוספים לישראל.

החוק נועד, אפוא, להבטיח את יכולת המדינה לממש את ריבונותה כלפי כל אותם מסתננים, אשר אינם זכאים למקלט מדיני בישראל, לאחר שנתפסו על גבולה הדרומי בעת ניסיון ההסתננות, כמו-גם לממש את ריבונותה ביחס למי שניסיונם זה צלח, אך נתפסו מאוחר יותר, וזאת, בכפוף לעקרון אי ההחזרה.

יחד עם זאת, ובצד ההבנה כי תופעה כללית של הגירה בלתי חוקית המונית לצרכים כלכליים מחייבת התמודדות באמצעים מגוונים, המשלימים זה את זה; עיגן התיקון לחוק, **לראשונה**, מנגנון מינהלי המאפשר לערוך הבחנה בין מהגרי עבודה לבין מי שבפיו טענה פרטנית לרדיפה על בסיס עילה מעילות אמנת הפליטים.

ההבחנה האמורה הינה אך חלק אחד מתוך מארג הוראותיו הכולל של תיקון מס' 3 לחוק למניעת הסתננות, המבקש ליצור מענה מאוזן לבעיה מורכבת. בתוך כך, קבע התיקון רשימה של עילות שחרור, לצד עיגון מנגנוני ביקורת שיפוטית ומעין שיפוטית, האמונים על יישומן של עילות שחרור אלו. האיזונים הפנימיים האמורים, שהעמיד כאמור המחוקק בתיקון מס' 3 לחוק למניעת הסתננות, הינם חלק בלתי נפרד מתכליותיה של הוראת השעה.

ד. הוראות תיקון מספר 3 לחוק למניעת הסתננות

לאחר שעמדנו על הרקע לחקיקת התיקון ותכליותיו, להלן נפרט בקצרה את עיקרי הוראותיו.

1.1. עיקרי תיקון מספר 3

52. למען הנוחות, מצורף החוק למניעת הסתננות בנוסחו דהיום, החוק למניעת הסתננות בנוסחו טרם תיקון מספר 3, ומסמך המאחד את שני הנוסחים האמורים כאשר עליו מסומנים התיקונים במסגרת תיקון מספר 3. העתק הנוסחים האמורים מצורף ומסומן **מש/12**.

53. כנגד מסתנן (מי שנכנס לישראל שלא דרך תחנת גבול), יוצא צו גירוש (סעיף 30(א) לחוק), ובתוך לא יאוחר משבעה ימי עבודה יובא המסתנן בפני ממונה ביקורת גבולות (סעיף 30(ב) לחוק).

בהוראת השעה מפורטות העילות בהן רשאי ממונה ביקורת גבולות לשחרר מסתנן בתנאים (סעיף 30(ב) וסעיף 30(ג) לחוק), בכפוף לחריגים הקבועים בסעיף 30(א)ד לחוק. מסתנן אשר שוחרר בתנאים, רואים בהחלטת שחרורו אסמכתא חוקית לשהייתו בישראל לתקופת השחרור בערובה.

עוד קובעת הוראת השעה, כי במקרה שלמסתנן ניתנו אשרה ורישיון לשיבה בישראל לפי חוק הכניסה לישראל, צו הגירוש יבוטל על ידי שר הביטחון או מי שהוסמך על ידו (סעיף 30(א)2 לחוק).

זאת ועוד, **במסגרת הוראת השעה הוקם בית דין לביקורת משמורת של מסתננים** (סעיף 30 לחוק), בפניו יובא מסתנן המוחזק במשמורת לא יאוחר מ-14 יום ממועד תחילת החזקתו

במשמורת (סעיף 30ה(1) לחוק) לבחינה עתית (סעיף 30 לחוק) או לבקשתו היזומה של המסתנן כי עניינו יובא בפני בית הדין (סעיף 30 לחוק). בית הדין לביקורת משמורת מוסמך לאשר את ההחזקה במשמורת, לקבוע כי עניינו של המסתנן יובא בפניו לתקופה קצרה יותר מ-60 יום, להורות על שחרור בתנאים ולהורות על שינוי בתנאי שחרור בערובה או חילוט (סעיף 30 לחוק).

המסתנן רשאי לערער על החלטת בית הדין לביקורת משמורת של מסתננים בפני בית המשפט לעניינים מינהליים או בעתירה מינהלית כנגד החלטת הרשות המוסמכת בדבר הוצאת צו גירוש (סעיף 30 לחוק).

2.ד. יישומה של הוראת השעה – מבט אמפירי

54. על אף כניסתה של הוראת השעה לתוקף בתחילת שנת 2012, יישומה, הלכה למעשה, החל בחודש יוני 2012 (מבלי שיהיה בכך להשפיע על המועד הקובע לפקיעת תוקפה של הוראת השעה נכון לעת הזו).

מנתוני רשות האוכלוסין וההגירה כפי שהובאו במסמך המרכז את נתוני כניסת המסתננים לישראל עד לחודש אפריל 2013, ניתן לראות ירידה חדה בכמות המסתננים משעה שהחל יישומה של הוראת השעה. כך למשל:

בעוד שברבעון האחרון (חודשים אוקטובר עד דצמבר) של שנת 2011, מספר המסתננים בחודש עמד על כ-2,500 בממוצע; ברבעון הראשון (חודשים ינואר עד מרץ) של שנת 2012 מספר המסתננים בחודש עמד על כ-1,840 בממוצע; ברבעון השני (חודשים אפריל עד יוני) של שנת 2012 מספר המסתננים בחודש עמד על כ-1340 בממוצע; הרי שבחודש יולי 2012 (לאחר חודש אחד בלבד של יישום הוראת השעה) צנח מספר המסתננים באופן דרסטי ל-288 מסתננים, בחודש אוגוסט 2012 ל-199, בחודש ספטמבר 2012 ל-138 וכך המשיכה מגמת הירידה עד שבחודש מרץ 2013, למשל, הסתננו 3 מסתננים בלבד. לצורך ההשוואה, נציין כי בשנת 2011, בחודש יולי לבדו הסתננו 1659 מסתננים, בחודש אוגוסט הסתננו 1922 מסתננים – מספרים שהלכו וגדלו עד לכדי כ-2,500 בממוצע ברבעון האחרון של אותה שנה.

הנה כי כן, החל מחודש יולי 2012, כחודש בלבד לאחר תחילת יישום הוראת השעה, ניתן לראות היפוך מגמה וירידה משמעותית במספרי המסתננים אשר חדרו לישראל. בחודשים יולי 2012 עד אפריל 2013, הנתונים מצביעים על ירידה ממאות מסתננים בחודש לעשרות מסתננים בחודש ועד למסתננים בודדים בלבד בחודש.

עוד עולה מהנתונים, כי בין החודשים ינואר 2012 ועד חודש יוני 2012 (כולל), מספר המסתננים בחודש עמד על אלפים (כ-1,600 בממוצע לחודש). כל זאת, על אף שכבר בחודש אפריל 2012 כ-59% אחוז מהגדר הושלמה; בחודש מאי 2012 כ-67% מהגדר הושלמה; בחודש יוני 2012 כ-שלושה רבעים מהגדר (כ-75%) הושלמה; ובחודש יולי הושלמה כ-82% ובאוגוסט כ-84%.

כפי שעולה מהנתונים, למרות השלמת בניית אחוזים ניכרים מהגדר עוד לפני חודש יולי 2012, רק לאחר יישום הוראת השעה, במהלך חודש יוני 2012, נצפתה ירידה חדה במספר המסתננים לישראל. למשל, אם בחודש יוני 2012, עת הושלמה בניית כ-75% מהגדר, עדיין עמד מספר המסתננים על 928 לחודש, הרי שבחודש יולי 2012, לאחר יישום הוראת השעה במשך כחודש בלבד, צנח מספר המסתננים באחת לכדי 282 לחודש (ירידה של כ-70% במספר המסתננים לעומת תוספת של כ-7% בלבד בבניית הגדר), עד שהגיע לבודדים בחודש, בראשית שנת 2013. יצוין כי עד סוף שנת 2012 הושלמה בניית כ-94% מהגדר. עם זאת, ניתן לראות שהתקדמות בניית הגדר באחוזים בודדים מדי חודש בחודשו, החל מחודש יוני 2012 (75% בתום חודש יוני 2012 ל-94% בתום שנת 2012), אינם אלו שהטו את הכף והביאו לירידה החדה במספר המסתננים החודרים לישראל, כי אם יישומה של הוראת השעה.

כיום, מוחזקים במשמורת כ-1,630 איש במתקן "סהרונים". מתוכם 1,416 גברים, 203 נשים ו-11 קטינים. בנוסף, מוחזקים כ-338 גברים במתקן "קציעות". סך כל המוחזקים עומד על כ-1,968; מתוכם כ-1,750 מוחזקים מכוח החוק למניעת הסתננות.

55. נעדכן, כי החל מתחילת חודש יוני 2012 ועד היום שוחררו בתנאים כ-238 מסתננים שהוחזקו במשמורת, מתוכם 88 בהוראת הממונה על ביקורת הגבולות, בהתאם לסמכויותיו, והיתר בהליכי ביקורת שיפוטית של בית הדין לביקורת משמורת ובתי המשפט. עוד יצוין, כי מבין כלל המשוחררים, 51 מתוכם הינם קטינים.

כפי שיובהר בהמשך ביתר הרחבה, כיום מאפשר החוק למניעת הסתננות – בעקבות תיקון מס' 3 – להגיש בקשות פרטניות למקלט מדיני בישראל. נכון להיום, הוגשו על ידי המוחזקים במשמורת כ-1,400 בקשות.

3.4. מתקני המשמורת

56. התנאים המוענקים לשהים במתקני המשמורת שונים בתכלית השינוי מתנאי הכליאה עליהם נרמז בעתירה ובערעור.

57. תנאי החזקתם של המסתננים במשמורת עוגנו במפורש בהוראות התיקון לחוק למניעת הסתננות, המחייבות את המדינה לספק תנאים הולמים שלא יפגעו בבריאותם ובכבודם של השהים במתקני המשמורת (סעיף 330(ב)). כפי שנראה להלן, כך נעשה בפועל, ואף מעבר לזאת.

מתקן המשמורת סהרונים, בנוי כיום משלושה מתחמים וניתן לנוע בחופשיות בתוך המתחם. עוד יצוין, כי במתקן מופעלים שירותים טיפוליים ורפואיים, ובכלל זה ניתנים במסגרתו שירותי רפואה כללית, רפואת שיניים רפואת ילדים. כמו כן, במתקן סהרונים פועל מערך טיפול סוציאלי, הכולל 6 עובדות ועובדים סוציאליים ומתורגמנית, שחלקם דובר את השפה הטיגרית. עובדים סוציאליים

אלה נמצאים באגפים בהם שוהים המוחזקים במשמורת והנגישות אליהם הינה חופשית. במקרים המתאימים, ניתן להוציא (בליווי) מוחזק במשמורת גם לבדיקה ולטיפול פסיכיאטרים.

יודגש, כי כל מסתנן שמובא למשמורת נבדק על ידי חובש ולאחר מכן אף על ידי רופא; הוא מקבל חיסונים; עובר בדיקות שיקוף ריאות בבית החולים סורוקה על מנת לשלול שחפת (מי שמאובחן בתור נשא נגיף שחפת מקבל טיפול מונע למשך חודשים ארוכים); ואילו נשים עוברות בדיקות הריון טרם קליטתן וכן מרואיינות על ידי עובדת סוציאלית.

בעת הקליטה מקבל כל שוהה "סל סידקית" הכולל: בגדים (אימונית בחורף), נעליים, מגבת, כלי רחצה ועוד. השוהים במתקן מקבלים שלוש ארוחות ומסופק מזון מותאם לכל שכבות הגיל.

בנוסף לכך, ובאשר למתקן סהרונים, המדינה תציין כי ניתנים במסגרתו שירותי חינוך שונים, הכוללים הפעלות לשוהים בו וכן הפעלת גן ילדים על ידי גננת מטעם משרד החינוך. בנוסף, מגיעים למתקן מתנדבים שעורכים הפעלות לשוהים באגפים.

כמו-כן, בכל אגף ישנם טלפונים ציבוריים ומכשירי טלוויזיה המחוברים לערוצים ממדינות המוצא העיקריות של המסתננים (ובסה"כ ל-11 ערוצים). בכל אגף ישנן מקלחות, שירותי כביסה עצמאיים ועוד.

מתקן קציעות כולל בתוכו מבנים קשיחים ואוהלים. יצוין כי גם שם מסופקים למוחזקים מכלול התנאים הנדרשים, ממזון ועד שירותי רפואה, שירותים סוציאליים ופעילויות חברתיות.

שער II – הבחינה החוקתית

ה. על הרטוריקה

58. לא ניתן שלא לומר מספר מלים אודות הקשר שבין רטוריקה שגויה לבין מסגור מחדש (reframing) של החשיבה המשפטית. בדברים אלו המדינה תבקש לציין, כי חלק גדול מהמונחים המופיעים בעתירה ובערעורים לקוחים מתחומי משפט אחרים ואינם רלבנטיים לנושא אשר עומד במוקד הדיון. במקרים אחרים, נעשה שימוש במונחים משפטיים כוללניים המעמעמים ומטשטשים הבחנות משפטיות רלוונטיות. נעמוד, אפוא, על העיקרים שבדברים.

(א) כאמור בפסקאות 39-41 לעיל, מדיניות רשות האוכלוסין וההגירה בעניינם של מסתננים מאריתריאה ומצפון סודן הינה שונה בתכלית השינוי. נזכיר, אם כן, אך את עיקרו של ההבדל.

נכון לעת הזו, מדינת ישראל נוקטת במדיניות אי-הרחקה זמנית של אריתראים לאריתריאה, וזאת בהתאם לעקרון אי-החזרה.

שונים הם פני הדברים בכל הנוגע לרפובליקה של סודן. באשר לרפובליקה של סודן (צפון סודן), ההימנעות מהרחקה למדינה זו אינה נובעת מהכרה בסודאן כמדינת משבר. הימנעותה של מדינת ישראל מלבצע החזרות ישירות לצפון סודאן הינה בעיקרה בשל הקושי המעשי לבצע, הנובע מהעדרם של יחסים דיפלומטיים בין המדינות, וממילא מהיעדר תקשורת עם הרשויות בצפון סודאן.

אשר למדינת דרום סודן, אשר הוכרה כמדינה עצמאית בשנת 2011, הרי שלאחר כינון יחסים דיפלומטיים עמה, החלה מדינת ישראל להחזיר מסתננים אל שטחה – מדיניות אשר אושרה כאמור על ידי בית המשפט לעניינים מינהליים בירושלים (כבוד השופט י' מרזל) בעניין א.ס.ף.

(ב) מדיניותה הזמנית של ישראל בדבר אי-החזרה של אריתראים לאריתריאה אינה מהווה מדיניות של הענקת "הגנה קולקטיבית". בית המשפט הנכבד נדרש לסוגיה זו בפסק דינו בעניין אספו, שם הבהיר:

"הגם שבמישור העקרוני אין מניעה שמדינה תחליט להעניק מעמד של פליט מוכר לפי אמנת הפליטים לקבוצת פרטים על בסיס קולקטיבי, נדרשת לשם כך – כפי שעולה גם מהנחיות נציבות האו"ם לפליטים – קביעה פוזיטיבית של המדינה. למותר לציין כי הרשות המוסמכת במדינת ישראל לא קיבלה החלטה שלפיה

קבוצת אזרחי אריתריאה זכאים למעמד של פליט מוכר לפי אמנת הפליטים" (שם, בפסקה 17).

(ג) המדינה תבקש לטעון, כי חלק מהמונחים המוזכרים בעתירה ובערעורים, מוצגים כאילו חלים הם על כל מסתנן באשר הוא, בעוד שאינם רלבנטיים לכל המסתננים, ולדבר יש נפקות גם בהקשר של הזכויות הנטענות בערעור. כפי שנקבע בעניין אספו, לא ניתן לומר כי כל מסתנן הוא "מבקש מקלט" או "פליט", וכונים הדברים במיוחד כאשר עניין לנו בתופעה חסרת תקדים של הגירת עבודה. זאת ועוד, המונח "מעצר מינהלי" אינו רלבנטי להחזקה במשמורת של מי שהסתנן למדינה, מתוקף צו גירוש שהוצא מכוחו של החוק למניעת הסתננות, ועל כך עוד יורחב בהמשך. ואלה אך מספר דוגמאות לשימוש שעושים המערערים במונחים שונים בערבוביה – שימוש שאינו במקומו. המדינה תטען כי עמידה על דיוקם של הדברים הינה הכרחית להבנה נכונה יותר של תמונת המציאות על רבדיה השונים.

1. בחירת חוקתיות החוק למניעת הסתננות כמכלול

59. בפתח פרק זה נציין, כי הכלל המחייב בהתאם לסדרי הדין הנוהגים בבית המשפט הגבוה לצדק הינו, כי השאלות שלגביהן ניתן צו על-תנאי תוחמות את גדר הדיון, כדלקמן:

"בית המשפט עשוי להעניק לעותר כל אחד מהצווים על-תנאי שאותם ביקש, או חלק מהם. לחלופין, עשוי בית המשפט לנסח את הצווים על-תנאי בעצמו (צו אחד או יותר). בדרך זו מגביל בית המשפט את המחלוקות בין בעלי הדין. בין שביית המשפט ניסח בעצמו את הצווים, ובין שהעניק את הצווים המבוקשים בגוף העתירה, הרי שמרגע שהוצאו הצווים על-תנאי יתנהל הדיון בגדרם של אותם צווים" (אליעד שרגא ורועי שחר המשפט המינהלי – סדרי הדין והראיות בבג"צ 148-149 (טובה אולשטיין עורכת, 2010); [ההדגשה הוספה- הח"מ])

ראו והשוו: עמדת כב' השופטת מ' נאור (בדעת מיעוט באותו עניין) בבג"ץ 7311/02 האגודה לסיוע ולהגנה על זכויות הבדואים בישראל ואח' נ' עיריית באר שבע (פורסם בנבו, 22.6.11).

בענייננו, במסגרת העתירה בבג"ץ 7146/12 התבקשו מספר סעדים. בפתח העתירה ציינו העותרים כי "מוגשת בזאת עתירה למן צו על-תנאי, המורה למשיבים לבוא וליתן טעם מדוע לא ייקבע כי חוק למניעת הסתננות (עבירות ושיפוט) (תיקון מס' 3 והוראת שעה), התשע"ב-2012 בטל". בצד זאת, ביקשו העותרים "לחלופין" כי בית המשפט הנכבד יתן צו על תנאי בשמונה ראשים שונים המפורטים בעמוד השני לעתירה.

ביום 12.3.13 ניתן צו על תנאי על ידי בית המשפט הנכבד כדלקמן: "ניתן בזה צו על תנאי לעניין שמונה העתירות החלופיות שבעתירה. נמצא אפוא, על פניו, כי הצו על תנאי שהוצא על ידי בית

משפט נכבד הינו צו הגודר את הדיון לשמונה הראשים השונים המבוקשים בעתירה. משכך, על פניו, בקשת העותרים לעניין הסעד הראשון שהתבקש בעתירה - קרי ביטולו של כל התיקון לחוק למניעת הסתננות - למעשה נדחתה על ידי בית המשפט הנכבד.

בצד האמור, ובטרם נפנה להתייחסות פרטנית ביחס לצווים על תנאי שניתנו ביחס לשמונת הראשים המבוקשים בסעיף 2 לעתירה, תקדים המדינה ותציג את עמדתה הכללית ביחס לתכליות ולאיוזונים העומדים ביסוד התיקון לחוק מניעת הסתננות כמכלול.

1.1. היקף הביקורת השיפוטית - חקיקה ראשית של הכנסת

1.1.א. כללי

60. בפני בית המשפט קמא ובפני בית משפט נכבד זה, הועלו מטעם המערערים ומטעם העותרים טענות במסגרתן מתבקש בית המשפט להורות על ביטול הוראות שנקבעו בדבר חקיקה ראשית של הכנסת. בית המשפט הנכבד כבר קבע, כי התערבותו בחקיקה ראשית תהיה במשורה ורק במקום בו אין כל אפשרות אחרת. עד עתה ראה לנכון בית המשפט הנכבד להורות אך במקרים ספורים על בטלותן של הוראות שנקבעו בחקיקה ראשית של הכנסת. לטעמה של המדינה, המקרה דנן אינו אחד מאותם מקרים נדירים - החרג שבחריג - שבו יעשה בית המשפט הנכבד שימוש בסמכות הנתונה לו, ויורה על בטלותו של דבר חקיקה ראשי. נעמוד על הדברים בקצרה.

61. נקודת המוצא לדיונו הינה, כי:

"תפקיד החקיקה הוטל על המחוקק. הוא נציגו הנאמן של הריבון - העם. האחריות הלאומית לחקיקת חוקים אשר יגשימו תכלית ראויה באמצעים מידתיים מוטלת, על פי עיקרון הפרדת הרשויות, על המחוקק. בידיו הכלים לאיתור התכלית הראויה ולבחירת 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 היה 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"צ 1715/97 לשכת מנהלי ההשקעות נ' שר האוצר, פ"ד נא(4) 367, בעמ' 389-390).

62. לעניין הריסון והאיפוק שעל בית המשפט לנהוג בהפעילו את הביקורת השיפוטית על חוקיותם של חוקים נאמר בע"א 6821/93 בנק המזרחי נ' מגדל כפר שיתופי, פ"ד מט(4) 221 (1995), בעמ' 599-598, כדלקמן:

"ההרמוניה בין הרשויות מחייבת... הצבת 'קו אדום' בין הפעלת סמכות הביקורת המסורה לבית המשפט על מעשה חקיקה לבין מעורבות בחקיקה. על בית המשפט להיזהר מטשטוש הגבולות ומגלישה 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 התכלית הראויה והפגיעה בזכות, מסור למחוקק ולא לבית המשפט. המחוקק הוא שמוסמך לבחור, מבין האמצעים האפשריים, את האמצעי הנראה לו מתאים להגשמת תכליתו הראויה של החוק".

63. כן ראו בג"ץ 6304/09 לה"ב נ' היועץ המשפטי לממשלה (פורסם בנבו, 2.9.10), כדלקמן:

"בחינת חוקתיות חקיקה ראשית של הכנסת נעשית על-ידי בית המשפט בזהירות ובריסון רב, תוך הקפדה על האיזון העדין הנדרש בין עקרונות שלטון הרוב והפרדת הרשויות, לבין ההגנה החוקתית על זכויות האדם ועל ערכי היסוד העומדים בבסיס שיטת המשטר בישראל (ענין המרכז האקדמי, שם). במסגרת איזון זה, אפילו יימצא כי מעשה החקיקה אינו מתיישב עם עקרון חוקתי, נדרשת רמת עוצמה ניכרת לפגיעה החוקתית כדי שתצדיק התערבות שיפוטית במעשיה של הרשות המחוקקת (בג"צ 366/03 עמותת מחויבות לשלום וצדק חברתי נ' שר האוצר, פ"ד ס(3) 464, 518-519 (2005), להלן: ענין עמותת מחויבות לשלום וצדק חברתי).

ככל שהתערבות שיפוטית במעשה חקיקה של הכנסת הינה צרה ומוגבלת, כך מצומצמת היא פי כמה בנושאי חקיקה העוסקים בתחומי משק וכלכלה, הכרוכים בהיבטים חברתיים וכלכליים רחבי-היקף. קביעת מדיניות בנושאי חברה וכלכלה נתונה לרשות המבצעת, ובתחומים מסוימים נדרשת חקיקת הכנסת כדי לעגן מדיניות זו בתשתית חקיקתית מחייבת. תחומים אלה נתונים במובהק לקובעי המדיניות, שלהם הראייה הכוללת, בצד המידע הנדרש לענין, המומחיות בקביעת סדרי העדיפות הלאומיים והאיזונים הפנימיים הנדרשים ביניהם." [ההדגשות הוספו- הח"מ].

ו.1.ב. התיקון לחוק מוגדר רובו ככולו כהוראת שעה

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

בהקשר זה נעיר, כי בחירתו של המחוקק לקצוב את תוקפו של תיקון מספר 3 כהוראת שעה לשלוש שנים לא באה בחלל ריק. היותו של התיקון הוראת שעה, בא על רקע ההבנה כי יש ליתן בידי הרשות המבצעת כלים ייעודיים - ובאופן דחוף - על מנת להתמודד עם סוגיה מורכבת של הגירת עבודה המונית, חסרת תקדים בהיקפה ובהשלכותיה - תופעה שרק הלכה והתעצמה במהלך השנים בהיעדר מסגרות משפטיות מתאימות להתמודדות עמה. וכל זאת, תוך מתן אפשרות למסתנן להוכיח כי הוא אינו מהגר עבודה במסגרת בחינת בקשת מקלט פרטנית, ככל שהוגשה כזו על ידו בעודו במשמורת.

הכלי שנתן המחוקק בידי הרשות המבצעת בא לידי ביטוי, בין היתר, בהסמכות הרשות המבצעת להחזיק מסתנן במשמורת לתקופה היכולה להגיע עד שלוש שנים, בכפוף לעילות שחרור שהוגדרו בהוראת השעה ולבקורת שיפוטית יזומה באשר להתקיימותן של אותן עילות. בצד הסמכויות שהעמיד המחוקק בידי הרשות המבצעת, בהקשר זה של הדברים, מצא הוא לתחום את חלקן במסגרת התיקון על דרך עיגון כהוראת שעה לפרק זמן של שלוש שנים. לקראת תום תקופת תוקפה של הוראת השעה, יהיה על המחוקק לשוב ולהידרש לתיקון מס' 3 על מכלול הוראותיו ואיזוניו.

ניתן ללמוד על כך אף מדברי ההסבר להצעת החוק, כדלקמן:

"הצעת החוק נועדה, בעיקרה, לאפשר החזקה של מסתננים במשמורת למשך תקופה ארוכה באופן משמעותי מזו הקבועה בחוק הכניסה לישראל, ולהוסיף לחוק למניעת הסתננות את המנגנונים הנדרשים, לשם קיום ביקורת על ביצוע צו גירוש ועל החזקתם של מסתננים במשמורת עד לגירושם. תיקונים אלה מוצעים כהוראת שעה לתקופה של שלוש שנים, שבמהלכה תיבחן השפעתו של ההסדר המוצע על תופעת ההסתננות לישראל." [הצעת חוק]

65. ההלכה הפסוקה בנוגע להיקף המצומצם יחסית 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. בבחינת חוקתיות של חוק הכנסת, נוהג בית המשפט, מלכתחילה, בריסון שיפוטי רב בבואו להפעיל את ביקורתו השיפוטית. לא על נקלה

יכריזו בית המשפט כי חוק שחוקקה הכנסת הינו בלתי חוקתי... עיקרון זה נטוע בתורת הפרדת הרשויות, העומדת ביסוד המשטר הדמוקרטי בישראל.

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

66. המדינה תטען, כי העובדה שההסדרים החדשים וקבעו כ"הוראת שעה" בחוק למניעת הסתננות, שתוקפה עד ליום 18.1.15, מצדיקה אף היא, כשלעצמה, ריסון הביקורת השיפוטית ביחס אליהם; כמו-גם שקלולה של עובדה זו במסגרת בחינת החוקתיות באמצעות מבחני המידתיות עצמם (אליהם נדרש בהמשך).

67. לסיכום עניין זה, המדינה תטען, כי בעת מלאכת בחינת חוקתיות ההסדרים שנקבעו בהוראת השעה, יש להביא בחשבון כי מדובר לעת הזו בהוראת שעה לתקופה קצובה, שנועדה להתמודד עם תופעה חמורה וחסרת תקדים, הפוגעת בריבונותה של מדינת ישראל. יש לבחון ולקרוא את הוראת השעה על רקע תכליתה וההסדרים הייחודיים שנקבעו בה – הסדרים שנועדו להתמודד ולבלום תופעה שהינה ברובה הגירת עבודה בלתי חוקית ובלתי מבוקרת.

2.1. הזכויות העומדות על הפרק

68. על-פי מודל הביקורת השיפוטית החוקתית המקובל בשיטתנו, נדרש הטוען לאי-חוקתיות הוראת החוק להצביע על פגיעתו של החוק באחת מן הזכויות החוקתיות הקבועות בחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו או בחוק יסוד: חופש העיסוק. המערערים והעותרים טוענים כי הוראות החוק למניעת הסתננות מובילות לפגיעה בזכותם החוקתית לחופש תנועה ולחירות.

ודוק: יש להקדים ולעמוד על עצם קיומה ועוצמתה של הזכות החוקתית הנפגעת, בטרם המעבר לבחינת עמידתה של הפגיעה בדרישות פסקת ההגבלה (ראו למשל: בג"ץ 4128/02 אדם טבע ודין – אגודה ישראלית להגנת הסביבה נ' ראש ממשלת ישראל, פ"ד נח(3) 503; בג"ץ 7052/03, עדאלה המרכז המשפטי לזכויות המיעוט הערבי בישראל נ' שר הפנים, פ"ד סא(2) 202 (14.5.2006)).

2.1.א. הזכות לחופש תנועה

69. המדינה תטען, כי החוק למניעת הסתננות אינו פוגע בזכות החוקתית של המערערים לחופש תנועה, כפי שזו עוגנה בסעיף 6 לחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו, שכן זכות כאמור אינה נתונה בידי מי שנכנס לישראל, שלא כדין.

70. כלל נקוט וידוע הוא, הן במשפט הבינלאומי והן במשפט הישראלי, כי זכותה של המדינה לקבוע אילו זרים יכנסו בשעריה ולאילו זרים יינתן לשהות בישראל. בית המשפט הנכבד כבר קבע זאת

לפני שנות דור והוא שב ושנה הלכה זו פעמים רבות (ראו למשל: בג"ץ 482/71 קלרק נ' שר הפנים, פ"ד כז(1) 113; בג"ץ 758/88 קנדל נ' שר הפנים, פ"ד מו(4) 505; בג"ץ 1689/94 הררי נ' שר הפנים, פ"ד נא(1) 115; 3648/97 סטמקה נ' שר הפנים, פ"ד נג(2) 728 (להלן: עניין סטמקה); בג"ץ 4156/01 דימיטרוב נ' משרד הפנים, פ"ד נו(6) 289; בג"ץ 8093/03 ארטמייב נ' משרד הפנים, תקדין 2004(4) 2470; ע"מ 1644/05 פרידה נ' משרד הפנים, תקדין 2005(2) 4269).

71. עיגון מפורש לתפיסת יסוד זו מצוי לנו בסעיף 6 לחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו עצמו, המורה כי כל אדם חופשי לצאת מישראל; אולם רק לאזרח ישראלי מסורה הזכות החוקתית להיכנס למדינה. וכך מורה אותנו הוראת סעיף 6 לחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו:

6. יציאה מישראל וכניסה אליה

(א) כל אדם חופשי לצאת מישראל.

(ב) כל אזרח ישראלי הנמצא בחוץ לארץ זכאי להיכנס לישראל."

72. על רקע הנראה חוקתית זו, כמו-גם על רקע חוק הכניסה לישראל והתיקון לחוק למניעת הסתננות, המדינה תבקש לטעון, כי נקודת המוצא המשפטית היא שאין לאדם הזר שנכנס לישראל, ללא רשות (ובעניין מסתנן גם שלא דרך תחנת גבול), זכות כלשהי להמשיך ולשהות בתחומיה. עמדתה העקרונית של המדינה הינה, אפוא, כי למסתנן אין זכות יסוד קנויה לחופש תנועה בתחומי המדינה.

73. מצב משפטי זה אף עולה בקנה אחד עם כללי המשפט הבינלאומי, כמו גם עם המשפט הנוהג במדינות העולם, לפיו כל מדינה שומרת לעצמה זכות מוחלטת לקבוע אלו זרים יכנסו לתחומה, כחלק מעקרון הריבונות הפנימית [לעניין הוראות המשפט הבינלאומי המנהגי לפיהן קיימת למדינה הזכות שלא להכניס זרים לשטחה ראו, בין היתר, את פסק-דינו של המשנה לנשיא (בדימי') חשין בבג"ץ 7052/03 עדאלה ואח' נ' שר הפנים ואח', סא(2) 202 (2006) (להלן: פרשת איחוד משפחות), בפסקאות 50-52; וכן פסקה 100 לפסק-דינו של הנשיא (בדימי') ברק. כמו-כן, ראו:

Halsbury's Laws of England (4th Ed., 1977), Vol. 18, paragraph 1726

I. Brownlie, Principles of Public International Law (6th Ed. 2003), p. 519.

J. Nafziger, "The General Admission of Aliens Under International Law"

(1983) 77 AJIL 804, 816.

74. מן המקובץ עולה, כי אף במשפט הבינלאומי, אין לאדם זר זכות קנויה כלשהי להיכנס לשטחה של מדינה, שאינה מדינת אזרחותו.

ו.2.ב. הזכות לחירות

75. בכל הקשור לטענת העותרים והמערערים כי החוק למניעת הסתננות פוגע בזכותם לחירות, הרי שאין לכחד כי השמה במשמורת יש בה כדי להגביל את חירותו של השוהה במשמורת, וכי השמה במשמורת פוגעת בזכות לחירות אישית.

76. עם זאת יודגש, כי הזכות לחירות, ככל הזכויות החוקתיות המנויות בחוק היסוד, אינה זכות מוחלטת, כי אם זכות יחסית בלבד. יחסיותה של הזכות החוקתית מנביעה, מניה וביה, את היכולת להסיגה מפני אינטרסים ציבוריים אחרים המצדיקים את הגבלת מימושה. מיקומה הגיאומטרי של מלאכת איזון זו, בין היקף מימושה של הזכות לחירות אישית לבין האינטרסים הנוגדים המצדיקים את הגבלתה, מצוי לנו בדלת אמותיה של פסקת ההגבלה.

טרם שנפנה לבחינה זו, המדינה תבקש לדחות מכל וכל את טענות העותרים והמערערים, לפיו החוק למניעת הסתננות קבע הליך חדש של "מעצר מנהלי" המביא לכליאתם השרירותית של פליטים, (משל היו כלל המסתננים לישראל, פליטים) כך שחירותם של פליטים כביכול, נשללת מהם לתקופה של שלוש שנים. תחת זאת, וכפי שיוצג להלן, המדינה תטען, כי פגיעת החוק למניעת הסתננות בזכותם לחירות מקיימת את תנאי פסקת ההגבלה במלואם, בין היתר, אך לא רק, בשים לב לקביעתן של ערבויות דיוניות משמעותיות להבטחת הליך הוגן, כמו-גם עילות לשחרור ממשמורת וביקורת שיפוטית ומעין שיפוטית יזומה, עיתית ועניינית.

עוד יוער, ועל כך נרחיב בהמשך, כי שאלת היקף ההגנה על הזכות לחירות בהקשרנו שלנו, הינה שאלה מורכבת המעוררת את היחס ההדוק בין מימוש הזכות לחופש התנועה לבין מידת שלילתה של הזכות לחירות.

3.1. בחינת הפגיעה בזכות לחירות בראי פסקת ההגבלה

77. כידוע, וכפי שצוין לעיל, הזכויות החוקתיות אינן זכויות מוחלטות, וכבר נפסק כי:

"אכן, זכויות האדם אינן מוחלטות. ניתן לפגוע בהן כדי לקדם יעדים לאומיים. ראוי לפגוע בהן כדי לקיים מסגרת חברתית השומרת על זכויות האדם." (בג"צ 450/97 תנופה נ' שר העבודה והרווחה פ"ד נב(2) 433 בפסקה 7 לפסק הדין).

78. פסקאות ההגבלה מאפשרות פגיעה בזכויות החוקתיות בקיומם המצטבר של ארבעה תנאים: הפגיעה נעשית בחוק או לפי חוק מכוח הסמכה מפורשת שבו; החוק הפוגע הולם את ערכיה של מדינת ישראל; החוק הפוגע נועד לתכלית ראויה; הפגיעה אינה במידה העולה על הנדרש.

79. המדינה תטען, על רקע האמור לעיל והתכליות העומדת בבסיס התיקון לחוק למניעת הסתננות, כי התיקון עולה בקנה אחד עם תנאיה של פסקת ההגבלה. נפנה, אם כך, לבחינת תנאים אלו – ראשון ראשון, ואחרון אחרון.

ו.3.א. "חוק לתכלית ראויה"

80. פירטנו לעיל בהרחבה את התכליות העומדות בבסיס הוראת השעה, ונפנה לכל האמור לעיל בפרק ג.

81. עמדת המדינה הינה, כי תכליתו של התיקון מקיימת את מבחן ה"תכלית הראויה" הפסיקטי, על-פיו "תכליתו של חוק תיחשב לתכלית ראויה, כאשר הוא נועד להגן על זכויות אדם או להגשים מטרה ציבורית או חברתית חשובה, לצורך קיומה של תשתית לחיים בצוותא במסגרת חברתית המבקשת להגן על זכויות אדם ולקדמן" (בג"ץ 2605/05 המרכז האקדמי למשפט ולעסקים, חטיבת זכויות האדם ואח' נ' שר האוצר, תק-על 2009(4) (2009), בפסקה 25 לפסק דינה של כב' הנשיאה ביניש).

לעניין היותה של התכלית החקיקתית האמורה תכלית ראויה, השוו גם לדברי כב' השופט חשין (כתוארו אז) בעניין סטמקה:

"ולענייננו-שלנו: הנחת-המוצא היא, כי מלחמת-החורמה שמשרד הפנים אסר על הנישואין הפיקטיביים הינה "תכלית ראויה", וכי כוונתו של המשרד לשרש עשב-שוטה זה עד היעלמו הינה כוונה רצויה. הכל מסכימים כי כוונתו של משרד הפנים הולמת את ערכיה של מדינת ישראל וכי נועדה היא לתכלית ראויה. מדינת ישראל מנסה להתמודד - ורשאית היא להתמודד - עם הגירה בלתי-חוקית לתחומיה, ובוודאי ראויה היא כי תוכר זכותה ללחום באנשים ובגופים המנצלים את מיגבלות מנגנוני-האכיפה לשהיה ולהמשך שהיה בלתי-חוקית בישראל." [ההדגשה הוספה- הח"מ].

כן ראו דברי כב' הנשיאה ביניש בבג"ץ 7302/07 מוקד סיוע לעובדים זרים נ' שר הבטחון (פורסם בנבו, 7.7.11), כדלקמן:

"1. בשנים האחרונות, ולנגד עינינו, מתקיים תהליך הפיכתה של מדינת ישראל למדינה אטרקטיבית המושכת לתחומה זרים ממקומות שונים בעולם. רבים צובאים על שעריה - בים באוויר וביבשה - ומבקשים כי יתאפשר להם לעבור להתגורר בתחומה, בין אם לתקופות קצרות ובין אם לצמיתות, מטעמים שונים ומגוונים,

אשר דומה כי בעיקרם מבטאים חלק מתנועת הגירה בינלאומית עקב תופעות של עוני ואבטלה במדינות רבות. העתירה שלפנינו, אשר הוגשה לפני כארבע שנים, מתמקדת באחד מהיבטיה של תופעה נרחבת זו ועוסקת בקבוצת הזרים הנכנסים לישראל - שלא כדין - דרך גבולה עם יבשת אפריקה.

13. .. כאמור, בישראל התופעה של כניסת זרים שלא כדין, ובמיוחד דרך גבולה הדרומי, מטילה משימה כבדה במיוחד על רשויות המדינה למציאת פתרון שיהיה בו כדי לצמצם את הכניסה הבלתי מבוקרת, תוך שמירה על הצורך להתמודד באופן הולם עם מעמדם של הזכאים למקלט המצויים בתוכנו."

82. לא למותר לציין, כי הוראת החוק אף הולמת את ערכי מדינת ישראל כמדינה יהודית ודמוקרטית, לאור רציונל החקיקה הנסמך על עקרון ריבונותה הפנימית של המדינה ועקרון שלטון החוק, אשר מהווים עקרונות יסוד של המדינה.

לתופעת הסתננות השלכות מרחיקות לכת, בתחומים שונים כגון: סדר ציבורי, כלכלה, חינוך, רווחה ועוד. תופעת ההסתננות, גורמת לפגיעות רבות ומגוונות באוכלוסייה הישראלית ובזכויותיה, כפי שפורט לעיל. ברי, כי הגנה של המדינה על אזרחי מדינת ישראל ותושביה, בהתאם לחובתה, בין היתר, להגן על זכויותיהם, באמצעות בלימת ההסתננות ומניעת השתקעות של אלפי מסתננים בערי ישראל – היא תכלית ראויה. ברי, אם כן, כי בלימתה של תופעה זו היא תכלית ראויה ההולמת את ערכיה של המדינה כמדינה יהודית ודמוקרטית.

מאחר שהמערערים והעותרים לא טענו במישור זה, אין המדינה רואה להרחיב מעבר לכך. נעבור עתה לבחינת שאלת מידתיותה של הוראת השעה.

ו.3.ב. במידה שאינה עולה על הנדרש

83. כידוע, שלושה הם מבחני המשנה המרכיבים את התנאי בדבר היות הפגיעה שמסב החוק ב"מידה שאינה עולה על הנדרש": מבחן ההתאמה או הקשר הרציונאלי, שלפיו על הפעולה הפוגעת להיות מתאימה להשגת תכליתה; מבחן הפגיעה הפחותה, שעל פיו יש לנקוט באמצעי שמשיג את התכלית המבוקשת באותה המידה, ושפגיעתו בזכות היסוד תהא הפחותה ביותר האפשרית; ומבחן "המידתיות במובן הצר", שעל פיו פעולה הפוגעת בזכות חוקתית תימצא מידתית רק אם היחס שבין התועלת שבפעולה לבין הפגיעה שהיא גורמת בזכות הוא ראוי וסביר (ראו: בג"ץ 1715/97 לשכת מנהלי ההשקעות בישראל נ' שר האוצר, פ"ד נא(4) 367, בעמ' 384-385; פרשת המועצה האזורית חוף עזה, בפסקאות 54-71 לפסק דינם של עשרת שופטי הרוב).

1.3.3.1. מבחן המשנה הראשון של המידתיות: "מבחן ההתאמה", או "מבחן הקשר

הרציונאלי"

84. במסגרת בדיקת מבחן המשנה הראשון של המידתיות ניצבת השאלה האם הפגיעה שמסב החוק משיגה את המטרה עבורה נעשית הפגיעה. המדינה תטען כי התשובה לשאלה זו הינה החלטית, ובחוב. התיקון לחוק נועד כאמור לאפשר למדינה לממש את ריבונותה כלפי המסתננים אשר אינם זכאים למקלט מדיני בישראל, קרי למנוע את הסתננותם לישראל, ואגב כך להחזיקם במשמורת למשך תקופה ארוכה מזו הקבועה ברגיל בחוק הכניסה לישראל. בצד זאת נועד התיקון לחוק לבלום את תופעת ההסתננות של מי שאינם פליטי חרב עוד בהיותם מצויים במדינות מוצאם. החוק עושה כן, בין היתר, בדרך של מניעת התמריץ הגבוה שהיה קיים להסתננות לישראל עובר לחקיקתו, ובכלל זה: הסתננות לשם עבודה בישראל וכן הסתננות לשם "איחוד משפחות" בישראל עם בני משפחה שהסתננו קודם לכן.

הנחת המוצא ביסוד עיצוב הוראות התיקון לחוק למניעת הסתננות היתה שיש ליצור חסם וחיץ נורמטיביים שיהא בכוחם להקטין ולהדוף את מערך התמריצים המלבה והמתגבר את תופעת ההסתננות. לשון אחר: לו ידעו המסתננים כי הם אינם רשאים להתהלך חופשי בישראל לאחר שישתננו אליה; כי לא יוכלו להשתכר בישראל עשרות מונים ממה שהם משתכרים במדינותיהם; וכי ניתן יהיה להחזיקם במשמורת לתקופה ממושכת יותר עד להחזרתם לארצם (ככל שאין המדובר בפליטי חרב); אזי יהא בכך כדי להפחית באופן משמעותי את התמריץ האמור להסתננות לישראל, וכפועל יצא מכך תירשם ירידה במספר המסתננים. בצד כל האמור, נקבעו בחוק מנגנוני ביקורת לעניין המשך ההחזקה במשמורת, וזאת בהתאם לעילות שחרור, כפי שיפורטו בהמשך.

על חשיבות ויעילות החסם הנורמטיבי ניתן ללמוד מהנתונים שהובאו בפסקה 54 לעיל. מהנתונים עולה בבירור, כי חלה ירידה חדה בכמות המסתננים בחודשים שלאחר תחילת יישום הוראת השעה בחודש יוני 2012, כך שממוצע של כ-1,600 מסתננים בחודש, במחצית הראשונה של שנת 2012 (על אף השלמת כ-75% מהגדר בעת ההיא), הרי שבמחצית השניה של שנת 2012 (כאשר קצב בניית הגדר מתקדם באחוזים מעטים מדי חודש) ותחילת 2013, יורד מספר המסתננים לכדי בודדים בלבד בחודש. לאור האמור, המדינה תטען כי מבחן המשנה הראשון של המידתיות מתקיים, באשר התיקון לחוק מגשים היטב את התכליות ועומד בקשר ישיר עימן.

1.3.3.2. מבחן המשנה השני של המידתיות: מבחן הפגיעה הפחותה" - "מבחן הצורך"

85. במסגרת בדיקת מבחן המשנה השני של המידתיות, ניצבת השאלה האם קיים אמצעי חקייתי חלופי, שפגיעתו בזכות החוקתית פחותה, אך שיהיה בכוחו להגשים את התכלית החברתית באותה המידה כפי שמגשימה הוראת החוק העומדת למבחן.

כפי שהודגש בפסיקה, מבחן זה אין משמעותו כי על הרשות להעדיף תמיד את אותו אמצעי שפגיעתו בפרט פחותה במושגים מוחלטים. לפיכך אין די להראות לעניין זה, כי קיים אמצעי אחר שפגיעתו פחותה כאמור; "משמעות תנאי זה היא כי האמצעי שנבחר צריך להיות כזה שפגיעתו בזכות האדם היא מתונה, אך לא דווקא הפחותה ביותר האפשרית במסגרת קשת האפשרויות הקיימות" (בג"ץ 6304/09 הנ"ל, בפסקה 115 לפסק-הדין).

86. לעניין יישום מבחן זה יצוין, כי בית המשפט הנכבד כבר הכיר בפסיקתו, בכך שלמחוקק נתון **"מתחם תמרון חוקתי" רחב**, במסגרתו הוא רשאי לבחור ולברור את האמצעי שמגשים את התכלית בצורה הראויה הנדרשת מבין מגוון האמצעים העומדים לרשותו, ובלבד שהפגיעה בזכות לא תהיה מעבר לנדרש. מתחם תמרון חוקתי זה הומשל לא אחת בפסיקה לטיפולו של המחוקק על סולם רב שלבים:

"האמצעי החקיקתי משול לסולם, שעליו מטפס המחוקק להשגת התכלית החקיקתית. על המחוקק לעצור באותו שלב משלבי הסולם, שבאמצעותו מושגת התכלית החקיקתית, ואשר פגיעתו בזכות האדם היא הפחותה. "על המחוקק להתחיל ב'מדרגה' הפוגעת פחות, ולעלות אט אט בגרם המדרגות, עד שהוא מגיע לאותה מדרגה אשר במסגרתה התכלית הראויה מושגת בלא לפגוע מעבר לדרוש בזכות האדם" (ע"א 6821/93, רע"א 1908/94, 3363 הנ"ל [10], בעמ' 444).
 "אם בנסיבות העניין התנאי המתון, הגורם פחות נזק, אינו מספיק כדי להשיג את המטרה, תוכל הרשות לקבוע תנאי מכביד יותר, ככל הנדרש להשגת המטרה" (זמיר במאמרו הנ"ל [51], בעמ' 131) "בג"ץ 1715/97 לשכת מנהלי ההשקעות בישראל נ' שר האוצר, פ"ד נא(4) 385, 367 (1997)).

עוד על מהותו של מבחן המשנה השני של המידתיות ראו גם: אהרון ברק, **מידתיות במשפט הפגיעה בזכות החוקתית והגבלותיה** (2010) עמוד 415-395; ע"מ 4436/02 **תשעים כדורים- מסעדה, מועדון חברים נ' עיריית חיפה**, פ"ד נ"ח(3) 808, 782 (2004) (השופט (כתוארו אז) גרוניס); בג"ץ 316/03 **בכרי נ' המועצה לביקורת סרטים**, פ"ד נח(1) 249, 268 (2003) (השופט דורנר).

לעניין מתחם המידתיות בבחירת האמצעי על-ידי המחוקק ראו גם בג"ץ 2605/05 **המרכז האקדמי למשפט ולעסקים (ע"ר)**, חטיבת זכויות האדם נ' שר האוצר, תק-על(4)2009, 2405, 2436 (2009), והאסמכתאות שם).

87. המדינה תבקש לטעון, כי מתחם התמרון החוקתי משתנה הוא בהתאם לנושא הטעון הסדרה. כאמור, התיקון לחוק למניעת הסתננות עניינו בעיצוב מדיניות בתחום רגיש מאין כמוהו בכל מדינה בכלל, ובמדינת ישראל בפרט - הגירה והשתקעות במדינת ישראל. קביעת מדיניות זו ועיצובה - היא סמכות המצויה בראש ובראשונה בידי הרשות המחוקקת ולאחר מכן בידי הרשות המבצעת המוציאה אותה מן הכוח אל הפועל. לפיכך, וככל שעוסקים אנו בקביעת מדיניותה של

מדינת ישראל בתחום ההגירה, - תחום שהינו ביטוי מובהק לריבונות המדינה - נטען כי שמור למחוקק מתחם תמרון חוקתי רחב, המצדיק נקיטת ריסון רב בהפעלת הביקורת השיפוטית החוקתית.

88. ויובהר, כי הנחת המוצא של המחוקק הינה שיש להבדיל הבדל היטב בין מי שבפיו טענה ממשית למקלט מדיני (ראו עילות השחרור הנקובות בסעי' 30א(ג)(1) ו-(2) לחוק למניעת הסתננות - עליהן עוד יורחב בהמשך) לבין יתר המסתננים, שהגעתם לישראל נועדה למטרות אחרות - שעיקרן הגירת עבודה והגירה מטעמים כלכליים. חקיקת התיקון לחוק במתכונתו הנוכחית ובהתאם לעילות השחרור ממשמורת שעוגנו בו, על תנאיו וסייגיו, נועדה להפחית את התמריצים האמורים להגירת עבודה לישראל או לשם "איחוד משפחות" בישראל עם בני משפחה שהסתננו קודם לכן למטרות דומות.

89. **כאמור, גם בשלב זה של הבחינה החוקתית, יש משקל מכריע לתכליתו של החוק, עליו עמדנו בהרחבה לעיל, שכן השאלה במוקד מבחן המשנה השני של המידתיות אינה רק מהו האמצעי שפגיעתו פחותה; אלא השאלה היא גם מהו האמצעי המגשים את תכלית החקיקה, שפגיעתו פחותה.** הווה אומר, לא די בהצבעה על אמצעים פוגעניים אפשריים אילו או אחרים שפגיעתם פחותה, אלא יש לשאול - האם ניתן למצוא אמצעים פוגעניים פחות שיגשימו את תכליתו של החוק **באותה מידה של אפקטיביות**, בשים לב למצבה הגיאופוליטי המיוחד של ישראל עליו עמדנו לעיל.

90. בהעמידנו את תכליות החוק לנגד עינינו - שעיקרן בלימה והתמודדות עם הגירת כלכלית רחבת היקף - המדינה תבקש לטעון, כי אף שאפשר כי ישנם אמצעים שפגיעתם בזכות לחירות פחותה יותר, **הרי שאין הם מגשימים את התכלית החברתית באותה מידה של אפקטיביות.**

הגירת העבודה עמה נאלצת מדינת ישראל להתמודד מתאפיינת במצב בו אדם מסתנן לישראל, לא מוחזק במשמורת, יוצא למרכזים העירוניים ובעיקר בתל אביב רבתי; מרוויח כסף רב בהשוואה לרמת השכר במולדתו או ביבשתו; שולח את החלק הארי של כספי פרי עמלו לחו"ל; ובכך מאפשר ומזמין את חבריו ומשפחתו להגר גם כן, ובאופן לא חוקי, לתחומי מדינת ישראל. **כרוניקה זו חייבה את המחוקק הישראלי להקים חסם נורמטיבי, לצד החסמים הפיסיים, כדי להדוף ולבלום את ממדיה של הגירת העבודה שהלכה והתעצמה בשל הפיכתה של ישראל למוקד משיכה מערבי, כמפורט לעיל.**

כפי שניתן לראות באמור בהחלטת הממשלה מס' 3936, שבמסגרתה הוחלט, בין היתר, לקדם את חקיקת הוראת השעה, התפתחותה של הגירת העבודה והתעצמותה במרוצת השנים נבעו בשל היעדרם של אמצעים משפטיים ואמצעים אפקטיביים נוספים שאפשרו התמודדות ראויה עימה.

91. המדינה טענה, אפוא, כי כדי להגשים את התכליות בדבר בלימת תופעת הסתננות, לצד מניעת השתקעותם של המסתננים בערי ישראל, על כלל ההשלכות שנלוות להשתקעותם, לא די היה בהקמת הגדר לבדה לאורכו של הגבול, אלא נדרש היה להעמיד בצידה אמצעים נוספים - ובמרכזם תיקון החוק למניעת הסתננות.

92. עוד תטען המדינה, כי במסגרת המבחן השני של המידתיות יש לתת את הדעת לקשר ההדוק שבין מימוש הזכות לחופש התנועה לבין היקף ההגנה לזכות לחירות. ונסביר.

93. העותרים טוענים לקיומו של אמצעי שפגיעתו פחותה בזכות לחירות של המסתננים. הווה אומר, כי על התיקון היה להעניק הגנה רחבה יותר לזכות לחירות. ברם, טיעון זה אינו רגיש דיו לקשר האינהרנטי בין הזכות לחופש התנועה לבין הזכות לחירות.

94. עמדת המדינה הינה, כי יש לאמוד את היקף ההגנה על הזכות לחירות המעוגנת בסעיף 5 לחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו על רקע הוראת סעיף 6 לחוק היסוד, המעגנת את זכותה הריבונית של המדינה להגביל את הכניסה אליה למי שהינם אזרחיה בלבד.

95. כפי שנאמר לעיל, אין לחדד כי השמה במשמורת יש בה כדי להגביל את חירותו של השוהה במשמורת. ואולם, בד בבד, יש לזכור כי הפגיעה בחירות הנוצרת עקב ההשמה במשמורת היא של מי שאין לו מלכתחילה זכות משפטית לחופש תנועה במדינת ישראל. נהפוך הוא – באופן כללי פניהם של המסתננים הוא להרחקה מן המדינה ולא לתנועה בה.

מכאן, שבחינת קיומו של "אמצעי שפגיעתו פחותה" צריכה להיעשות בראי נקודת המוצא בדבר היעדר זכותו של השוהה במשמורת לחופש תנועה בישראל; וכן בראי ההשלכות השליליות של ההסתננות כתופעה חברתית רחבת היקף; ועל רקע ההבנה כי הימנעות מהגבלת חירותו האישית של מסתנן משמעותה בפועל היא מתן חופש תנועה קולקטיבי בישראל לעשרות אלפי מסתננים.

96. ברי, כי שלילת האפשרות להשמתם במשמורת של מסתננים אכן תאיין לחלוטין את הפגיעה בחירותם. ברם אולם, נקיטה באמצעי כאמור משמעותה הענקת חופש תנועה מלא למסתננים ומתן האפשרות בידם לנוע בחופשיות ולהשתקע בישראל. תוצאה כאמור מסכלת לחלוטין את תכליות התיקון לחוק.

לשון אחרת; בחירה באמצעי אחר כמוצע על ידי העותרים, לא יהא בה כדי להעמיד אמצעי אפקטיבי להתמודדות עם תופעת ההסתננות והשלכותיה השליליות, כפי שאלו פורטו בהרחבה לעיל. לעניין זה מתאימים דברי הנשיא ברק בספרו "מידתיות במשפט", כדלקמן:

"היסוד הראשון של מבחן הצורך בוחן את השאלה אם קיימת חלופה שבכוחה להגשים את מטרת החוק באותה מידת אינטנסיביות ובאותה יעילות כמו האמצעים שנקבעו בחוק הפוגע. אם חלופה כזו אינה קיימת, ממילא יש צורך בחוק, ומבחן הצורך מתקיים. חלופה קיימת רק אם האמצעים (ההיפותטיים) על פיה יקדמו את מטרת החוק באותה מידה של אינטנסיביות(או יותר) כמו אלה שנקבעו בחוק הפוגע. על כן נדרש כי האמצעים החלופיים יגשימו את מטרת החוק מבחינת הכמות, האיכות וההסתברות כמו האמצעים של החוק הפוגע או במידה העולה על זו

שנקבעה בחוק. " [אהרון ברק, **מידתיות במשפט הפגיעה בזכות החוקתית והגבולותיה** (2010) בעמוד 399].

97. אשר על כן, **ולאור מידת האפקטיביות הנדרשת להגשמת התכלית החברתית שביסוד התיקון לחוק למניעת הסתננות**, ובשים לב למרחב התמרון החוקתי ממנו נהנה המחוקק בעת עיצובו את מדיניות ההגירה של ישראל, תטען המדינה כי הפגיעה לה טוענים העותרים בזכותם לחירות מקיימת אף את מבחן המשנה השני של המידתיות.

ו.3.3.3. מבחן המשנה השלישי של המידתיות: "מידתיות במונח הצר"

98. מבחן המשנה השלישי של המידתיות מעמיד בפני בית המשפט הנכבד את השאלה האם הנזק הנגרם למסתנן המוחזק במשמורת מכוח החוק למניעת הסתננות עומד ביחס ראוי לתועלת הצומחת לציבור מהתנאים שנקבעו להחזקה במשמורת והעילות לשחרור בערובה.

99. בבחינת הערה מקדמית, המדינה תבקש לטעון, כי את יישומו של מבחן זה יש לעשות, בין היתר ובעיקר, בראי מצבם של כל אחד מן המערערים והעותרים ומשך הזמן בו נתון הוא במשמורת. בהקשר זה, המדינה תטען כי דין טענתם של המערערים, לפיה הוחלט על השמתם במעין "מעצר מנהלי" למשך שלוש שנים, להידחות מכל וכל. השימוש בטרמינולוגיה האמורה בכלל – ובהקשרה הישראלי בפרט – אינו ממין העניין.

וידגש, כי אף שהתיקון לחוק מתיר לכאורה את החזקתו של מסתנן במשמורת למשך תקופת תוקפה של הוראת השעה – קרי, עד לינואר 2015, הרי שאין מדובר בתקופה מנדטורית, שאין בלתה. כפי שניווכח להלן, התיקון לחוק למניעת הסתננות כולל בתוכו מארג של איזונים ובלמים שתכליתם לצמצם את הפגיעה בזכות לחירות ולהביאה לנקודה בה הינה מקיימת יחס ראוי ומידתי אל מול התועלת הרבה הגלומה ביישומו של התיקון לחוק. בהבינו זאת, נפנה להצגת שני צידיה של משוואת האיזון החוקתית – הפגיעה בזכות תחילה, ולאחר מכן התועלת והאינטרס הציבורי שעומד מנגד.

100. בקליפת אגוז, התיקון לחוק למניעת הסתננות מעגן במסגרתו מספר תחנות סטטוטוריות להפעלת ביקורת שיפוטית יזומה והדוקה לבחינת הליך השמתו של מסתנן במשמורת; ואף מעניק בידי המסתנן זכות קנויה בדין לשוב ולהעלות את טענותיו בפני בית הדין לביקורת משמורת של מסתננים, כל אימת שיבקש זאת.

101. בהקשר זה, נפנה בתמצית לתיאור הליך השמתו של מסתנן במשמורת, על התחנות ועילות השחרור הקבועות בו. הוראת סעיף 30א(א) מחייבת כי מסתנן הנתון במשמורת יובא לפני ממונה ביקורת הגבולות, לא יאוחר משבעה ימי עבודה מיום תחילת החזקתו במשמורת. ממונה ביקורת הגבולות רשאי לשחרר מסתנן שבא בפניו, בתנאים שמצא לנכון, אם שוכנע כי החזקתו של המסתנן במשמורת תסכן את בריאותו בשל גילו או מצב בריאותו; או אם קיימים טעמים הומניטאריים מיוחדים אחרים, לרבות אם עקב החזקתו במשמורת של המסתנן יוותר קטין חסר השגחה; או

אם המסתנן הינו קטין שאינו מלווה על ידי בן משפחה או אפוטרופוס; או אם שחרורו בערובה יסייע בהליכי גירוש.

עוד נזכיר, כי ממונה ביקורת הגבולות רשאי לשחרר מסתנן בערובה אם חלפו 3 חודשים מהמועד שהוגשה מטעם המסתנן בקשה לקבלת אשרה ורישיון ישיבה בישראל לפי חוק הכניסה לישראל (כמו למשל בקשה למקלט מדיני) וטרם החל הטיפול בה; או במקרה שחלפו 9 חודשים וטרם ניתנה החלטה בבקשה שכזו. כל זאת, בכפוף לחריגים המנויים בסעיף 30א(ד) לחוק למניעת הסתננות. זאת ועוד, מסתנן שקיבל אשרה ורישיון ישיבה בישראל בהתאם לחוק הכניסה לישראל, צו הגירוש שהוצא נגדו יבוטל (סעיף 30א(2) לחוק).

102. כמו-כן, במסגרת הוראת השעה הוקם בית הדין לביקורת משמורת של מסתננים (סעיף 30ג לחוק), בפניו יובא מסתנן המוחזק במשמורת, לא יאוחר מ-14 יום ממועד תחילת החזקתו במשמורת (סעיף 30ה(1) לחוק) לבחינה עתית (סעיף 30ד לחוק), או לבקשתו היזומה של המסתנן כי עניינו יובא בפני בית הדין (סעיף 30ה). בית הדין לביקורת משמורת מוסמך לאשר את ההחזקה במשמורת, לקבוע כי עניינו של המסתנן יובא בפניו לתקופה קצרה יותר מ-60 יום, להורות על שחרור בתנאים ולהורות על שינוי בתנאי שחרור בערובה או חילוט (סעיף 30ד לחוק). עוד נקבע, כי מסתנן רשאי לפנות לבית המשפט לעניינים מינהליים בערעור (על המשמורת) או בעתירה מנהלית על צו הגירוש (לפי סעיף 30 לחוק).

103. הנה-כי-כן, ועל סמך קיבוצן של ההוראות הנ"ל לכדי מארג של ביקורת שיפוטית הדוקה ותכופה, המדינה תטען כי אין לראות בהחזקתו של מסתנן במשמורת כשלילת חירות מנדטורית למשך מלוא תוקפה של הוראת השעה. היבט נוסף המביא לשיטת המדינה לצמצום הפגיעה בזכות לחירות מצוי בקביעת מעין "סנקציה מנהלית" סטטוטורית למקרה בו תוגש בקשת מקלט, וזו לא תיבחן תוך 3 חודשים או שלא תינתן בה החלטה בתוך 9 חודשים.

104. תנאי החזקתם של המסתננים במשמורת, עוגנו במפורש בהוראות התיקון לחוק למניעת הסתננות, המחייבות את המדינה לספק תנאים הולמים שלא יפגעו בבריאותם ובכבודם של השוהים במתקני המשמורת (סעיף 30ב(ב)) – וכך אכן נעשה בפועל. כפי שפורט בהרחבה לעיל, במתקני המשמורת בהם שוהים המסתננים מסופקים למוחזקים מכלול התנאים הנדרשים, ממזון ועד שירותי רפואה, שירותים סוציאליים, שירותי חינוך שונים פעילויות חברתיות.

105. בשים לב לכל האמור לעיל, המדינה תטען כי הפגיעה בזכותם של העותרים והמערערים לחירות, ושל אחרים כמותם, אינה כפי שהמערערים מבקשים להציגה: אין מדובר ב"מעצר מנהלי אוטומטי לשלוש שנים", אלא בהשמה במשמורת הכפופה לעילות שחרור ממשמורת; אין מדובר במעצר שירותי, אלא בהשמה במשמורת הנתונה לפיקוח שיפוטי הדוק ותכוף; ואין מדובר בהחזקה בתנאי מאסר, אלא השמה במשמורת בתנאים השומרים על בריאותם וכבודם של המסתננים, בהתאם לתנאים שנקבעו בהוראת השעה.

106. מנגד, וככל שעוסקים אנו בכף האינטרסים הציבוריים, עומדת ריבונותה של המדינה וחובתה לשמור על גבולותיה, כמו-גם על זכויותיהם של אזרחי ותושבי מדינת ישראל כפרטים אל מול השלכותיה ונפקויותיה של הגירת העבודה המאסיבית על מירקם החיים והסדר הציבורי, כלכלת המדינה, מקורות התעסוקה בה, תקציב המדינה, תשתיותיה ועוד.

כעולה מדברי ההסבר לחוק כפי שצוטטו לעיל, המחוקק סבר כי האמצעים לשמירה על ריבונותה של המדינה מפני מסתננים, שהיו קבועים בדין עד לתיקון החוק למניעת הסתננות, היו **בלתי מספקים בעליל ובלתי אפקטיביים**. ולראייה – ההיקף הכולל של המסתננים שהסתננו לישראל בשנים האחרונות, ובעיקר - היקף הגידול משנה לשנה ומגמות ההסתננות בשנים האחרונות; והעובדה כי הגידול בהיקף המסתננים משנה לשנה ומחודש לחודש באותה שנה, נבע בעיקרו - מהשילוב שבין היעדרו של גבול פיזי, מזה, ושחרור אוטומטי ממשמורת והגדלת התמריץ להסתננות, מזה. וכך קיבלו הדברים את ביטויים בדברי ההסבר להצעת החוק:

"כיום מושמים המסתננים במשמורת, אך הם משוחררים ממנה לאחר פרק זמן קצר יחסית, וזאת מאחר שהטיפול בהם נעשה בהתאם להוראות חוק הכניסה לישראל... חוק זה אינו מאפשר, בעיקרו של דבר, החזקה של אדם במשמורת יותר מ-60 ימים. מצב דברים זה יוצר, הלכה למעשה, תמריץ להמשך גל ההסתננות והתגברות... הצעת החוק נועדה, בעיקרה, לאפשר החזקה של מסתננים במשמורת למשך תקופה ארוכה באופן משמעותי מזו הקבועה בחוק הכניסה לישראל ולהוסיף לחוק למניעת הסתננות את המנגנונים הנדרשים לשם קיום ביקורת על ביצוע צו הגירוש ועל החזקתם של מסתננים במשמורת עד לגירושם. תיקונים אלה מוצעים כהוראת שעה לתקופה של שלוש שנים, שבמהלכה תיבחן השפעתו של ההסדר המוצע על תופעת ההסתננות לישראל.

...
ההבחנה בין שוהה בלתי חוקי לפי חוק הכניסה לישראל לבין מסתנן לפי חוק זה, ובמיוחד כאשר מדובר בתופעה רחבת מימדים בשנים האחרונות, מחייבת את מיקוד הטיפול בתופעה, באופן שונה, אשר יותאם וייחוד לאוכלוסיית המסתננים לישראל, אשר הולכת וגדלה בשנים האחרונות במימדים חסרי תקדים, וזאת, בין השאר, עקב העדרם של כלים ייחודיים למניעת התופעה ולמניעת התמריץ להסתננות לישראל. תכליתו של חוק הכניסה לישראל והכלים המצויים בו לטיפול בתופעה של שהייה בלתי חוקית בישראל, אינם מתאימים לתכלית ולכלים אשר צריכים להיות נתונים לרשויות המדינה למניעה ולבלימה של תופעה חסרת תקדים בהיקפה ובממדיה של ההסתננות לישראל, דרך גבולותיה – תופעה שיש למנעה ולפגוע בתמריצים לקיומה, כדי לשמור ולשמר את ריבונותה של המדינה."

(הצע"ח הממשלה 577, כ"ב באייר התשע"א 28.3.11, עמ' 594, 599, 600). [ההדגשות הוספו – הח"מ].

107. לעמדת המדינה, התועלת החברתית שצומחת לציבור ולמדינה מיישום הוראת השעה, לעת הזאת, בהתאם לכללים ולעילות השחרור שנקבעו בה, ובהתאם לביקורת של בתי הדין לביקורת משמורת ושל בתי המשפט לעניינים מינהליים, כפי שהוסדרה בהוראת השעה, עומדת ביחס ראוי ומידתי לפגיעה שנגרמת למסתננים מהוראת השעה; וזאת, בין היתר, בשים לב למנגנונים המאזנים השונים שנקבעו בה.

על כך, יש להוסיף, כי תיקון מס' 3 לחוק מוגדר רובו ככולו כהוראת שעה, עד ליום 18.1.2015, ולכך חשיבות בכל הנוגע להיקף המצומצם יחסית של הביקורת החוקתית בכגון דא - כפי שפורט בהרחבה לעיל.

108. בהתחשב בכל האמור לעיל, המדינה תטען כי פגיעתו של החוק למניעת הסתננות בזכות לחירות, מעצם השמתם במתקן משמורת, תוך קיומה של ביקורת שיפוטית תכופה ועילות שחרור ממשמורת במקרים המתאימים, ותוך אספקת שירותים בסיסיים ויותר מכך במתקני המשמורת, עומדת היא במבחני פסקת ההגבלה ועל כן הינה פגיעה חוקתית, שאינה מקימה עילה להתערבות של בית המשפט הנכבד בה.

4.1. מקומו של המשפט הבינלאומי בבחינה החוקתית

109. חלקים נרחבים מהטיעונים בעתירה ובערעורים, מוקדשים לטענות שונות ולהשוואות המבוססות, לכאורה, על מקורות שונים מהמשפט הבינלאומי. בראשית הדברים יוער, כי באשר לכל המקורות המובאים בערעור כ"משפט הבינלאומי", הרי שניכר 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 בינ"ל אשר אינם בני תוקף מחייב, וכן החלטות של טריבונלים במערכות משפט של מדינות אחרות, ומאמרים אקדמיים - אשר מהווים מקור להשוואה בלבד.

110. זאת ועוד, ההוראות מן הדין הבינלאומי, שבהן ניתן לעשות שימוש ככלי פרשני של חקיקה ישראלית על ידי חזקת ההתאמה, הן אך ורק אותן הוראות שאין חקיקה של הכנסת שסותרת אותן (ראו למשל, בג"צ 9329/10 פלוני נ' שר הבטחון (פורסם בנבו, 8.3.11) ע"פ 6659/06, 8228/07, 1757, 3261/08 פלוני נ. מדינת ישראל (פורסם בנבו, 11.6.08)). לפיכך, ניסיונם של המערערים להרחיב את תחום ההשפעה של חזקת ההתאמה של פרשנות חקיקה רגילה לכללי המשפט הבינלאומי, ולפרשה כחלה אף על חוקי היסוד של מדינת ישראל אשר יפורשו לאורה, אין לו על מה שישמוך. המהלך אף מרחיק לכת ואינו מתיישב עם העקרונות המנחים של המדרג הנורמטיבי של דברי החקיקה ושל ביקורת חוקתית. מכל מקום, יודגש כי אין בסיס לטענת המערערים לפיה הוראת השעה סותרת את מחויבותיה של ישראל בהתאם למשפט הבינלאומי.

111. על מעמדו של המשפט הבינלאומי והמשפט המשווה בהיבטים חוקתיים ופרשניים, ניתן ללמוד מספרו של נשיא בית המשפט העליון (בדימו') פרופ' אהרן ברק, **מידתיות במשפט היקפן של הזכויות החוקתיות והפגיעה בהן**, 91 - 93 (2010):

"למדינות דמוקרטיות ערכי יסוד משותפים. ניתן ללמוד מהאחת לשנייה. באמצעות המשפט המשווה ניתן להרחיב את האופקים החוקתיים. ודאי כך כשהטקסט החוקתי של מדינה אחת הושפע מהטקסט החוקתי של מדינה אחרת או מאמנה בינלאומית. אך גם בהיעדר השפעה (ישירה או עקיפה) יש מקום להשראה ולו פחותה. ודאי כך כשהחוקה מפנה לערכים דמוקרטיים או לחברות דמוקרטיות. אך גם בהיעדר הפניה כזו השפעה פרשנית מהמשפט המשווה היא ראויה. נזכיר כי השראה כזו אפשרית רק כשיש לשתי שיטות המשפט בסיס אידיאולוגי משותף ונאמנות משותפת לערכי היסוד. זאת ועוד: יש לבחון אם אין דבר בהיסטוריה ובנסיבות החברתיות המבחיין בין השיטות ומקשה על ההשראה הפרשנית. כאשר מגבלות ייחודיות אלה אינן בנמצא, ויש בסיס משותף, השראה פרשנית מהמשפט המשווה היא רצויה – הן ממשפטה של מדינה דמוקרטית אחרת והן מהמשפט הבינלאומי. כידוע, אמנות בינלאומיות שונות מעגנות ערכים חוקתיים ומשפיעות בכך על עיצוב ההבנה של הטקסט החוקתי. פסיקתם של בתי משפט בינלאומיים ולאומיים המפרשת את האמנות האלה ראוי כי תשמש השראה לפרשנות של החוקה הלאומית. לעתים נכללת בחוקה הוראה מיוחדת המאפשרת או אף מחייבת פנייה למשפט הבינלאומי. למותר לציין כי הפסיקה ההשוואתית אינה מחייבת. המשפט המשווה גם אינו מקור משפטי "משכנע". דינו כדין פסק דין של בית המשפט העליון אשר בית המשפט העליון אינו מחוייב בו. אכן מעמדו של המשפט המשווה אינו שונה מספר טוב או מאמר טוב. משפטו נקבע על פי טיב שיקוליו." [ההדגשות הוספו]

ראו לעניין זה גם את האמור בספרו של אהרן ברק **פרשנות במשפט** כרך שלישי פרשנות חוקתית 667 - 668 (1994):

"אכן, המשפט ההשוואתי הוא מדריך במציאת הפיתרון הראוי. הוא מעניק ביטחון לשופט ונוסך בו תחושה כי הוא צועד על קרקע בטוחה, והוא גם מעניק לגיטימציה לפיתרון הנסחר. עם זאת, יש להיזהר מהסתמכות יתר על משפט משווה. ראשית, הפנייה למשפט משווה היא אך רשות ואין בה כל יסוד של חובה. שנית,

השוואה ראויה אפשרית רק אם המוסד המשפטי הזר או ההסדר המשפטי הזר שאליו פונה הפרשן ממלא פונקציה דומה לזו שממלא המוסד או ההסדר המקביל במשפט המקומי... שלישית, ההשוואה נועדה להפרות את המחשבה. אסור לה שתיהפך מקור לחיקוי והתבטלות. ההכרעה הסופית היא לעולם "מקומית", והמשפט המשווה מעצם טיבו יכול למלא תפקיד משני בלבד."

אם כן, בעת בחינת התאמתו של המשפט הבינלאומי והמשפט המשווה כאמצעי לפרשנות במשפטנו, ודאי כאשר מדובר בבחינה חוקתית הנסמכת על הוראות חוקי היסוד, יש ליתן את הדעת על ההיבטים הייחודיים והנסיבות החברתיות הפרטניות ביחס למאטריה המשפטית והעובדתית הרלוונטית - זאת, לעומת כלים משפטיים חיצוניים למשפטנו החוקתי ולסביבתנו הייחודית. זאת ועוד, שימת לב מיוחדת יש ליתן לתכליות שנועדו להגשים הוראות החוק במשפטנו, לעומת התכליות אליהן מכוון המשפט הזר.

112. בנוסף על האמור לעיל, יש להבהיר כי עסקינן במאטריה הנוגעת בסוגיות הליבה של עקרון הריבונות בכל הנוגע לזכותה המוחלטת של המדינה לקבוע מי יבוא בגבולותיה - כך גם קובע המשפט הבינלאומי באופן מובהק (ראו להלן). ודוק, אין לראות את הפגיעה של תופעת ההסתננות בעקרון הריבונות על רקע עצם חדירתם הבלתי חוקית של המסתננים לישראל בלבד, אלא שבייחוד לאור היקף תופעת ההסתננות לישראל, יש לראות את עקרון הריבונות במובנו הרחב, גם ביחס להשלכות החברתיות והלאומיות ומרקם החיים שיש לכניסה של מהגרים זרים לשטחי המדינה - כפי שעולה מהמתואר לעיל.

לכך יש להוסיף את ייחודה של תופעת ההסתננות לישראל כעניין מקומי, חסר תקדים הן בהיקפו והן בהשלכותיו הרחבות, כפי שתואר לעיל. היותה של מדינת ישראל מפותחת, בעלת גבול יבשתי ארוך ומשמעותי עם יבשת אפריקה יוצר תמריץ משמעותי לניסיונות של מהגרים רבים לחדור לישראל ובכך להביא לשיפור חייהם בהיבט הכלכלי. לכך יש להוסיף את המציאות הביטחונית והגיאוגרפית הייחודית של ישראל, והעובדה של ישראל יחסים מורכבים עם שכנותיה. התמודדות עם סוגיית ההגירה הבלתי חוקית נעשית על פי רוב באמצעות שיתוף פעולה בין המדינות השונות, ואילו במציאות הגיאוגרפית של ישראל, שיתוף פעולה זה טומן בחובו קושי ייחודי שאינו נחלתן של מדינות אחרות.

היבטים אלה הינם ייחודיים למדינת ישראל, בשונה ממדינות מפותחות אחרות, אף מאלה המתמודדות עם היקפים גדולים יחסית של הגירה בלתי חוקית. אשר על כן, יש לצמצם עוד יותר את מקומו של משפט בינלאומי או משפט השוואתי בנסיבות אלה, היוצרות ממילא הבחנות משמעותיות המקשות לקיים כל השוואה או השראה אובייקטיבית ורלוונטית בעניין זה.

113. עוד יצוין בהקשר של המשפט הבינלאומי, כי בכל הנוגע להבחנה בין מהגר עבודה לבין פליט, הרי שהחוק נותן את הכלים לערוך את ההבחנה החשובה האמורה, על מנת שמי שמגיש בקשה פרטנית ומבסס טענת רדיפה פרטנית, יוכר כפליט ויקבל סעד. וכך אף נכתב בדברי ההסבר להצעת החוק:

"יודגש, כי הוראות התיקון המוצע ייושמו באופן העולה בקנה אחד עם מחויבויותיה של מדינת ישראל על פי אמנות בין-לאומיות ובכלל זה - עיקרון אי-החזרה (refoulement-non), המעוגן באמנה הבין-לאומית בדבר מעמדם של פליטים משנת 1951 (refugees of status the relating convention) (להלן - אמנת הפליטים). סעיף 33 לאמנת הפליטים קובע כי אין לגרש פליט כהגדרתו שם למקום שבו יועמדו חייו או חירותו בסכנה על רקע גזעו, דתו, לאומיותו, השתייכותו לקבוצה חברתית מסוימת או השקפתו הפוליטית." [הצעה"ח הממשלה 577, כ"ב באדר ב' התשע"א, 28.3.11].

שער III – מענה לסעדים בצו על תנאי

114. כעת, ולאחר שעמדנו על חוקתיות התיקון כמכלול, נבקש לטעון כי דין כל שמונת הצווים-על-תנאי שהוצאו במסגרת ראשה השני של העתירה להידחות. נעשה כן, באופן פרטני ביחס לכל אחד מן הצווים – דבר דבור על אופניו. כפי שניווכח להלן, במענה המדינה לכל אחד מן הצווים שהוצאו, יש כדי לתמוך ולחזק את עמדת המדינה כי האיזון החוקתי המורכב שנעשה בגדרי התיקון לחוק למניעת הסתננות צולח את מבחני פסקת ההגבלה.

ז. צו על תנאי מס' 1

115. עניינו של הצו-על-תנאי הראשון בעתירה הינו בדרישה, כי המדינה תבוא ותיתן טעם מדוע לא יבוטל סעיף 30א(ב) לחוק למניעת הסתננות, "במובן זה שאין לקרוא בו את המילים 'במקרים חריגים'".

116. המדינה תטען, כי דין הצו-על-תנאי הראשון שהוצא בעתירה להידחות, וזאת בשים לב לפרשנות המקיימת שתוצע על ידי המדינה לתיבה "במקרים חריגים". המדינה תוסיף ותטען, כי מקום בו ניתן לפרש את החוק באופן שמונע את ביטולו, הרי שכך ראוי לעשות, ולפיכך יש לפרש את התיבה "במקרים חריגים" כשקולה ל-"במקרים המפורטים".

כך בתמצית, וכעת בהרחבה.

117. סעיף 30א(ב) לחוק למניעת הסתננות, במסגרתו מופיעה התיבה "במקרים חריגים", מגדיר את **עילות השחרור הנוגעות להחזקתם של מסתננים במשמורת; וכך מורה הסעיף:**

"30א.

(ב) ממונה ביקורת הגבולות, רשאי, **במקרים חריגים**, לשחרר מסתנן בעירבון כספי, בערבות בנקאית או בערובה מתאימה אחרת או בתנאים שימצא לנכון (בחוק זה – ערובה), אם שוכנע כי מתקיים אחד מאלה:

(1) בשל גילו או מצב בריאותו של המסתנן, החזקתו במשמורת עלולה לגרום נזק לבריאותו, ואין דרך אחרת למנוע את הנזק האמור;

(2) קיימים טעמים הומניטריים מיוחדים אחרים מהאמור בפסקה (1) המצדיקים את שחרורו של המסתנן בערובה, לרבות אם עקב החזקה במשמורת ייוותר קטין בלא השגחה;

- (3) המסתנן הוא קטין שאינו מלווה על ידי בן משפחה או אפוטרופוס ;
- (4) שחרורו בערובה של המסתנן יש בו כדי לסייע בהליכי גירושו. " [ההדגשה הוספה]

118. עינינו הרואות, כנזכר בחלקו הראשון של תצהיר התשובה, כי סעיפיו הקטנים של 30א(ב) מורים על מספר עילות שחרור, המפורטות בסעיפי המשנה שלו והנוגעות – בין היתר – לגילו או למצב בריאותו של המסתנן, ולהשלכות שיש לאלה על מצב בריאותו בשל המשך החזקתו במשמורת.

119. העותרים טוענים, כי תכליתה של התיבה "במקרים חריגים" הינה צמצום תחום פרישתן הנורמטיבי של עילות השחרור, כך שהנסיבות המצוינות בהן יביאו לשחרורו של מסתנן השוהה במשמורת במקרים חריגים בלבד. פרשנות זו, אף שהיא אפשרית מבחינה לשונית, אינה הפרשנות בה מחזיקה המדינה לשם יישומו והפעלתו של תיקון מס' 3 לחוק למניעת הסתננות.

120. המדינה תטען, כי פרשנות התיבה "במקרים חריגים", המופיעה ברישא של סעיף 30א(ב) לחוק, שקולה לתיבה המורה "במקרים המפורטים". על-פי פרשנות המדינה, תכליתה של הוראה חוקית זו, הינה לחייב את הממונה לביקורת הגבולות או את בית הדין לביקורת משמורת של מסתננים לבחון באופן פרטני את שאלת החזקתו במשמורת של המסתנן הבא בפניהם, בהתאם לעילות המנויות בסעיפי המשנה של סעיף 30א(ב).

121. לשון אחרת: תכליתה ופועלה של התיבה "במקרים חריגים" אינן להצר או לצמצם את תחום פרישתן של עילות השחרור הקבועות בסעיפים 30א(ב)(1)-30א(ב)(4); ואין לראות בתיבה זו משום דרישה להחמרת או הגבחת הרף הנדרש להתגבשותן של עילות השחרור.

כך, למשל, מקום בו מצב בריאותו של מסתנן יצדיק את שחרורו ממשמורת, שאם לא כן בריאותו תינזק, בהתאם לעילה המפורטת בסעיף קטן (1), הרי שהמסתנן ישוחרר; וזאת – גם אם אין מדובר בנסיבות רפואיות חריגות. הוא הדין לעניין גילו של המסתנן או לעניין שאלת היותו קטין שאינו מלווה על ידי בן משפחה או אפוטרופוס.

הוזה אומר, על-פי פרשנותה של המדינה, כמבואר בתצהיר תשובה זה, אין לדרוש נסיבות חריגות, מקום שמתקיימות במסתנן העילות המפורטות בסעיפיו הקטנים של סעיף 30א(ב)(1), (3) ו-(4).

122. כידוע, כלל נקוט הוא במשפטנו החוקתי, כי מקום בו ניתן להימנע מביטול חוק שחוקקה הכנסת, על דרך פרשנותו המקיימת, הרי שכך ראוי לעשות (בהקשר זה ראו למשל: ע"פ 6659/06 פלוני נ' מדינת ישראל (פורסם בנבו, 11.6.08), פסקה 7; בג"ץ 4562/92 זנדברג נ' רשות השידור, פ"ד (2) 793, 812 (1996)).

123. לפיכך, ובהעמידנו לנגד עינינו את פרשנות התיבה - "במקרים חריגים" - ככזאת השקולה ל-"במקרים המפורטים"; ובהינתן שאין משמעותה צמצום היקפן של עילות השחרור, אלא רק על

הצבעתן כרשימה מפורטת וגודרת את שיקול הדעת; המדינה תטען כי אין בתיבה "במקרים חריגים" שברישת סעיף 30א(ב) משום פגיעה עצמאית כלשהי בזכות לחירות. לפיכך, ובהתאם לניתוח החוקתי שנערך לעיל ביחס לחוקתיות תיקון מס' 3 כמכלול, המדינה תטען כי דין הסעד הראשון המבוקש בעתירה להידחות.

124. בטרם נפנה לעסוק בשאר הסעדים המבוקשים בעתירה, מן הראוי לעצור ולהתעכב קמעא על מהותה של עילת השחרור הקבועה בסעיף 30א(ב)(2) לחוק, שעניינה "טעמים הומניטאריים מיוחדים אחרים" לשחרורו של מסתנן. כפי שיוצג להלן, יש בעילה זו ובאופן יישומה כדי להשליך על בחינת חוקתיות תיקון מס' 3 בכללותו, ועל בחינת חוקתיות סעיף 30א(ב) בפרט.

125. שלא כמו עילות השחרור האחרות הקבועות בסעיף 30א(ב), הנוקטות בנורמה סגורה מסוג "כלל", מצא המחוקק לעגן בסעיף 30א(ב)(2) לחוק עילת שחרור נוספת ולנסחה כ"סטנדרט" דינמי שתוכנו "טעמים הומניטאריים מיוחדים אחרים" (להבחנה בין נורמה מסוג כלל לנורמה מסוג סטנדרט, ראו: מנחם מאוטנר "כללים וסטנדרטים בחקיקה האזרחית החדשה: לשאלת תורת-המשפט של החקיקה" משפטים יז 321 (1988)).

126. דרך ניסוחו של הסעיף מלמדת, אפוא, על הבנת המחוקק כי ייתכנו מצבים הומניטאריים מיוחדים, שלא ניתן יהיה למנותם או לחזותם מראש כרשימה סגורה, ואשר יכול שיצדיקו את שחרורו של המסתנן ממשמורת, בהתאם לנסיבותיו הפרטניות של כל מקרה ומקרה.

127. עילת סל זו, הנוקטת במושג שסתום דינמי, מאפשרת לגורמים האמונים על יישומה לגלות את הרגישות הנדרשת לשם צמצום הפגיעה בזכות לחירות, כל אימת שנסיבותיו הקונקרטיים של השוהה במשמורת מצדיקות כן.

כך, למשל, קבעה רשות האוכלוסין וההגירה, כעניין שבמדיניות, כי מסתננים שהוכרו על-ידי משטרת ישראל כקורבנות סחר ועבדות נופלים בגדר "טעמים הומניטאריים מיוחדים" המצדיקים את שחרורם ממשמורת. יצוין עוד, כי אותם מסתננים משוחררים ממשמורת ומועברים למקלטים ייעודיים, לשם המשך מתן מענה הולם למצבם.

128. לאחרונה, המדינה אף הצהירה בפני בית המשפט הנכבד, כי ייתכנו מקרים חריגים בהם חשיפתם של מסתננים למעשים פוגעניים בדרך לישראל, שבוצעו בסמוך להשמתם במשמורת, יעלו כדי טעמים הומניטאריים מיוחדים, אפילו המסתננים לא הוכרו כקורבנות סחר ועבדות (ראו: בר"מ 1689/13 וולדו נ' שר הפנים (פורסם בנבו, 18.4.13)).

129. מן האמור עד כה עולה, כי לאור פרשנותה המקיימת של המדינה את התיבה "במקרים חריגים"; ובהינתן אופייה הדינמי והפתוח של העילה בדבר קיומם של "טעמים הומניטאריים מיוחדים"; תהא זו טעות אופטית לומר כי עילות השחרור הקבועות בסעיף 30א(ב) מהוות רשימה סגורה של מקרים חריגים, בני חריגים, אשר רק מכוחם רשאים הממונה על ביקורת גבולות ובית הדין

לביקורת משמורת של מסתננים להורות על שחרור של מסתננים השוהים במשמורת. כפי שעוד יוצג להלן, נכון הדבר גם ביחס למסתננים קטינים.

130. בצד הדברים האמורים, ולמען הסר ספק, המדינה תבקש להבהיר כי על הטעמים ההומניטאריים המיוחדים להיות כאלו הנוגעים למצבו של המסתנן במשמורת ולתנאי החזקתו בה; או כאלו הנוגעים להיבטים הומניטאריים אחרים הנוגעים לחיינו של המסתנן בארץ. בהקשר זה ראו את עמדת המדינה בבר"מ 9398/12 מדינת ישראל נ' בישראל, הקבוע לדיון ביום 1.1.14, בו טענה המדינה כי אין די במוצאו של המסתנן, כשלעצמו, כדי להוות עילת שחרור.

131. עיגון פרשני לעמדה זו של המדינה ניתן למצוא בסביבה הנורמטיבית בה נטוע סעיף 30א(ב)(2) לחוק למניעת הסתננות, ובעובדה כי הסעיף מתכתב באופן מפורש עם עילת השחרור הקבועה בסעיף 30א(ב)(1) לחוק – "קיימים טעמים הומניטאריים מיוחדים אחרים מהאמור בפסקה (1) המצדיקים את שחרורו של המסתנן בערובה." כאמור לעיל, סעיף 30א(ב)(1) לחוק עוסק בהשפעת משך השהות במשמורת על בריאותו של המסתנן.

הסיפא של סעיף 30א(ב)(2) מעידה על כך גם היא, בהביאה – על דרך ההמחשה – דוגמה לנסיבה הומניטארית קונקרטיית, הנוגעת למצב בו המשמורת עלולה לגרום לכך שקטין ייותר חסר השגחה. השימוש במילה "לרבות" בסיפא הסעיף מלמד, כי זו אך נסיבה אחת מני אחרות, היכולה להוות טעם הומניטארי מיוחד לשחרור המסתנן. ברם, תוכנה של הדוגמה והעובדה כי המחוקק מצא להביא דווקא אותה, מלמדים על אופיין הכללי של הנסיבות ההומניטאריות המיוחדות – נסיבות הנוגעות לתנאי החזקתו של המסתנן במשמורת ולהשפעתם עליו או לזיקות הומניטאריות אחרות הנוגעות לחייו בישראל, ככל שישנן כאלו.

ח. צו על תנאי מס' 2

132. עניינו של הצו-על-תנאי השני שהוצא בעתירה הינו בדרישה, כי המדינה תבוא ותיתן טעם מדוע לא יבוטל סעיף 30א(ב)(1) לחוק למניעת הסתננות, "במובן זה שאין לקרוא בו את המילים 'ואין דרך אחרת למנוע את הנזק האמור'".

133. המדינה תטען, כי דין הצו-על-תנאי השני להידחות, שכן התיבה "ואין דרך אחרת למנוע את הנזק האמור" צולחת את תנאי פסקת ההגבלה, מאחר שאין בה משום צמצום עילת השחרור הקבועה בסעיף 30א(ב)(1) לחוק, אלא רק הבהרה שלה.

134. נקרב, אפוא, את מבטנו לסעיף 30א(ב)(1) לחוק למניעת הסתננות הקובע, כדלקמן:

"30א.

(ב) ממונה ביקורת הגבולות, רשאי, **במקרים חריגים**, לשחרר מסתנן בעירבון כספי, בערבות בנקאית או בערובה מתאימה אחרת או בתנאים שימצא לנכון (בחוק זה – ערובה), אם שוכנע כי מתקיים אחד מאלה:
 (1) בשל גילו או מצב בריאותו של המסתנן, החזקתו במשמורת עלולה לגרום נזק לבריאותו, ואין דרך אחרת למנוע את הנזק האמור.”

135. כאמור לעיל, תכליתו של סעיף 30א(ב) הינה צמצום הפגיעה במסתננים המושמרים במשמורת, בהתקיים אחד מן המצבים המוגדרים בסעיף כמצדיקים כן. במסגרת זו, סעיף 30א(ב)(1) לחוק למניעת הסתננות מעמיד לנגד עיניו מצב בו **עצם השמתו של מסתנן במשמורת או המשך החזקתו בה גורמים נזק למצבו הבריאותי**, וזאת בשים לב לגילו או בשל מצב בריאותו של המסתנן.

136. על כן, מקום בו ניתן להעניק טיפול רפואי במסגרת מתקן המשמורת או לשנות את תנאי המשמורת, כך שהמענה הרפואי הדרוש יינתן ותימנע הפגיעה בבריאותו של המסתנן; אזי האינטרס שעמד ביסוד עילת השחרור, מלכתחילה, אינו מתקיים עוד.

לצורך הדוגמה, נשווה לנגד עינינו מצב בו מסתנן לוקה במחלה הניתנת לריפוי באמצעות טיפול רפואי במסגרת מתקן המשמורת. במצב דברים מסוג זה, הענקת הטיפול הרפואי במסגרת הישארותו של המסתנן במשמורת אינה מקימה חשש ליצירת נזק לבריאותו, והיא אינה מוסיפה פגיעה עצמאית נוספת בזכותו של המסתנן לחירות או לבריאות, מעבר לשהות עצמה במשמורת. שונים הם פני הדברים, מקום בו מוכח בפני ממונה ביקורת הגבולות, כי עצם ההחזקה במשמורת או משכה היא שגורמת נזק לבריאותו של המסתנן. או-אז, וככל שזהו המצב, יכול שתגבש עילת השחרור הקבועה בסעיף 30א(ב)(1) לחוק.

בהקשר זה של הדברים, נשוב ונפנה לתיאור שהובא לעיל בדבר מערך הטיפול הרפואי והסוציאלי המוענק למסתננים השוהים במשמורת.

137. בהינתן האמור עד כה, המדינה תטען, כי סעיף 30א(ב)(1) לחוק אינו פוגע בזכותם של המסתננים לחירות. ברם, אפילו ימצא בית המשפט כי הוראת הסעיף אכן פוגעת בזכות לחירות, הרי שפגיעה זו תימצא כתואמת את מבחני פסקת ההגבלה.

138. ראשית, ואשר למבחן ה"תכלית הראויה", המדינה תטען כי תכליתו הפרטיקולרית של סעיף 30א(ב)(1) הינה למנוע גרימת נזק לבריאותו של מסתנן, בשים לב לגילו או למצבו הבריאותי, **בשל המשך החזקתו במשמורת**. תכלית זו הינה תכלית חברתית ראויה המבקשת למזער את הפגיעה בבריאותו של המסתנן מעצם החזקתו במשמורת. על מנת להגשימה, נקבע כי ככל שאין דרך אחרת לאיין את הפגיעה הנשקפת לבריאותו של המסתנן, מעצם השמתו במשמורת, הרי שיש לשחררו. מנגד, אם ניתן למנוע את הפגיעה בבריאותו של המסתנן, תוך המשך החזקתו במשמורת, הרי

שעילת השחרור כלל אינה מתגבשת. המסתנן ייוותר במשמורת, תוך שהוא יזכה לקבל טיפול רפואי הולם, מהיר ומקצועי.

139. סעיף 30א(ב)(1) סיפא עומד גם בעקרון המידתיות.

ראשית, ברי כי מתקיים קשר ישיר ורציונאלי בין התכלית בדבר מניעת החמרת מצבו הרפואי של מסתנן בשל המשך החזקתו במשמורת, לבין האמצעי שנבחר – קביעת עילת שחרור מטעמים רפואיים הכרוכים בעצם המשך תקופת המשמורת. הווה אומר, מקום בו ניתן להותיר את המשמורת על כנה, תוך שלילת הנזק לבריאותו של המסתנן, הרי שהוגשמה תכלית הסעיף. כאמור לעיל, הסיפא של סעיף 30א(ב)(1) נועדה אך ורק כדי להבהיר את עילת השחרור הקבועה ברישא של הסעיף האמור, ואין לראות בה משום צמצום של העילה (כפי שטוענים לכך העותרים).

שנית, סעיף 30א(ב)(1) סיפא לחוק מקיים אף את מבחן המשנה השני של המידתיות. כידוע וכמוזכר לעיל, מבחן המשנה השני של המידתיות מעמיד לנגד עיניו את שאלת קיומו של אמצעי מידתי יותר, המגשים את תכלית החקיקה באותה המידה או לפחות במידה קרובה מאוד. האמצעי שהעותרים עומדים עליו הוא הותרת סעיף 30א(ב)(1) לחוק על כנו, ללא הסיפא בדבר "ואין דרך אחרת למנוע את הנזק".

המדינה דוחה מהלך טיעון זה, שכן הוא אינו מעניק ביטוי לאיזון התכליתי הגלום ביסוד הוראת סעיף 30א(ב)(1) לחוק, ולפיכך אין בו כדי להגשים את תכלית החקיקה באותה המידה, ואף לא במידה קרובה. כמוסבר לעיל, סעיף 30א(ב)(1) מבקש לחרוג מן הכלל בדבר השמתו של מסתנן במשמורת, אולם הוא מגביל עצמו רק למקום בו המשך החזקה הוא שגורם את הנזק הבריאותי, אם בשל גילו של המסתנן ואם בשל מצבו הבריאותי. כרסום הכלל מעבר לנקודת איזון זו, כך שכל בעיה רפואית באשר היא תצדיק את שחרור המסתנן – אפילו הבעיה ניתנת לטיפול במסגרת המשמורת או שהינה ברת חלוף – תפגע בתכלית הכללית של החוק ותרחיב יתר על המידה את החריגים המצדיקים שחרור של מסתנן ממשמורת. הרחבת יתר של עילת השחרור תשנה את המרקם החקיקתי של תיקון מס' 3 ותהפוך את החריג לכלל.

140. המדינה תטען, אם כן, כי האמצעי שנקט בסעיף 30א(ב)(1) עומד גם במבחן המשנה השני של המידתיות, הואיל ואין אמצעי אחר, המגשים את התכלית הכללית של תיקון מס' 3 לחוק באותה מידה, ואשר בכוחו להפחית את הפגיעה הנטענת לכאורה בחירותו של המסתנן.

141. מבחן המשנה השלישי מתקיים גם הוא בעניינו של סעיף 30א(ב)(1) סיפא. התועלת בהגשמת התכליות הכלליות של החוק, תוך מזעור הפגיעה בבריאותו של המסתנן על-ידי הענקת טיפול רפואי מקצועי במסגרת המשמורת, עולה על הנזק לו טוענים העותרים. הטעם לכך פשוט – כל אימת, שאין בידי המדינה להעניק את הטיפול הרפואי הדרוש למסתנן במסגרת המשמורת או מחוצה לה במסגרת רפואית חיצונית זמנית או אם הוחמר מצבו הרפואי עקב התמשכותה של המשמורת באופן שאינו ניתן עוד לטיפול; אזי עילת השחרור הקבועה משתכללת והמסתנן יוכל להשתחרר ממשמורת.

142. אשר על כן, המדינה תשוב ותטען כי דין הצו-על-תנאי השני להידחות. ויודגש, מסתננים השוהים במתקני משמורת נגישים לשירותי רפואה מקצועיים ביותר, לרבות שירותי רפואה הנוגעים לבריאות הנפש.

ט. צו על תנאי מס' 3

143. עניינו של הצו-על-תנאי השלישי שהוצא בעתירה הינו בדרישה, כי המדינה תבוא ותיתן טעם מדוע לא יבוטל סעיף 30א(ב)(3) לחוק למניעת הסתננות, "במובן זה שאין לקרוא בו את המילים 'שאינו מלווה על ידי בן משפחה או אפוטרופוס'".

144. המדינה תטען, כי אין מקום להיעתר לסעד האמור, הואיל והוא סוטה מנקודת המוצא שכבר התקבלה בפסיקתו של בית המשפט הנכבד, בהרכב מורחב, ולפיה אין מניעה קטגורית מהשמתם של קטינים זרים במשמורת (ראו עע"מ 4878/05 פלונית נ' שר הפנים (פורסם בנבו, 6.11.08), להלן: פרשת פלונית).

145. הסעד המבוקש על ידי העותרים הינו מחיקת הסיפא של סעיף 30א(ב)(3) ושכתובו של הסעיף מחדש, כך שעילת השחרור המוצעת תהא שחרורו של כל מסתנן אם הוא קטין. סעד זה הינו גורף יתר על המידה, אין הוא מבחין בין קטינים הקרובים לבגירותם לבין קטינים-קטנים, ובמקרים מסוימים ספק אם הוא אף עולה בקנה אחד עם עקרון טובת הילד, ככל שהשחרור נעשה באין חלופה הולמת אחרת למשמורת.

146. יושם אל לב, כי בפרשת פלונית, נדון עניינם של קטינים זרים בלתי מלווים, אשר הושמו במשמורת על פי חוק הכניסה לישראל. העותרים באותה פרשה טענו, כי עצם השמתם של הקטינים הבלתי מלווים במשמורת אינה חוקית. עמדה גורפת זו לא נתקבלה על ידי בית המשפט הנכבד, בין היתר, לאור הנוהל שגיבשה המדינה בעניין זה – "נוהל הטיפול בקטינים זרים בלתי מלווים".

147. וכך סיכם בית המשפט הנכבד את התייחסותו לחוקיות הנוהל, מכוחו ניתן להותיר קטינים זרים בלתי מלווים במשמורת, בשים לב לגילם:

"בנסיבות אלה הנוהל שגובש על ידי המדינה הוא סביר, אינו סותר את הוראות הדין ויש בו כדי ליתן מענה מעשי לסוגיות העקרוניות שביקש בא-כוח המערערות להעלות בערעורים שלפנינו, ולפיכך נראה כי הערעורים שלפנינו מוצו."

148. המדינה תטען, כי על יסוד נקודת מוצא נורמטיבית זו עוצבה עילת השחרור המנויה בסעיף 30א(ב)(3) לחוק. לא זו אף זו, גדריה של העילה אף הורחבו ביחס להוראותיו של הנוהל האמור,

במובן זה שלשון סעיף 30א(ב)(3) אינה מבחינה – בכל הקשור לקטינים בלתי מלווים – בין קטינים הקרובים לבגירותם לבין קטינים קטנים יותר. העילה בסעיף 30א(ב)(3) מאפשרת, אפוא, את שחרורו של כל קטין בלתי מלווה, באשר הוא. עם זאת, ברי כי אף כאן שחרור ממשמורת כאמור יהא תלוי הנסיבות, ולעיתים שחרור ממשמורת של קטין בלתי מלווה בהיעדר חלופת משמורת הולמת, יהא בלתי ראוי כשלעצמו.

149. הסעד השלישי בעתירה מבקש לחרוג אף מן ההרחבה דלעיל בה נקט המחוקק, תוך קביעת כלל קטגורי לפיו כל קטין, אפילו היה בן 17.5 והוא מלווה על ידי אביו, ישוחרר ממשמורת.

150. כאן המקום לשוב ולהדגיש, כי את גדרי עילות השחרור יש לבחון בראי תכליותיו הכלליות של החוק. כאמור לעיל, תיקון מס' 3 לחוק למניעת הסתננות נועד למנוע ולבלום את הגירת העבודה חסרת התקדים שפקדה את מדינת ישראל, עת הסתננו אל תוכה, שלא כדין, מאות ואלפי מסתננים מדי חודש.

151. כפי שראינו לעיל, תכלית זו תקפה כלפי שתי קבוצות יעד שונות: הראשונה - מניעת הגעתם של מהגרי עבודה, המצויים בארץ מוצאם, ואשר שוקלים האם כדאי לנסות ולהסתנן לישראל. השנייה – בלימת השתקעותם של מי שהצליחו להסתנן לישראל ושכבר עלה בידם להגיע למרכזי הערים – תחילה באמצעות השמתם במשמורת, ובהמשך על-ידי הרחקתם מישראל למדינות מוצאם או למדינות שלישיות.

152. בהעמידנו תכליות אלו לנגד עינינו, נבקש לטעון, כי קביעה קטגורית לפיה כל קטין ישוחרר ממשמורת, אפילו היה קרוב לבגירותו ותכלית הגעתו הינה לעבודה בישראל לצד אביו או אמו, פוגעת בתכליות החברתיות והכלכליות לשמן חוקק תיקון מס' 3 לחוק למניעת הסתננות. קביעה קטגורית כאמור מקטינה עד מאוד את יעילותו של התיקון. במובן זה, אין לומר, כי הסעד המבוקש על-ידי העותרים הינו בגדר "אמצעי שפגיעתו פחותה", לפי מבחן המשנה השני של המידתיות. לפיכך, גם אין לומר, שהיתה חובה על מדינה לאמצו בעת חקיקת תיקון מס' 3 לחוק למניעת הסתננות.

153. המדינה תבקש לטעון, כי תחת קביעת כלל קטגורי, לפיו כל קטין באשר הוא יקים בעניינו עילת שחרור, יש להעדיף כלל גמיש, המאפשר במקרים המתאימים לכך, לשחרר גם מסתננים קטינים – אפילו היו אלה מלווים. בדברים אלו, מכוונת המדינה לעילת השחרור הקבועה דווקא בסעיף 30א(ב)(2) לחוק, שעניינה "טעמים הומניטאריים מיוחדים אחרים".

154. לעמדת המדינה, בהחלט ייתכנו מקרים בהם הצטרפותן של מספר נסיבות עשויה לגבש את עילת השחרור הקבועה בסעיף 30א(ב)(2), ואשר מכוחה יהיו רשאים הממונה על ביקורת הגבולות או בית הדין לביקורת משמורת להורות על שחרורו של הקטין. נסיבות אלו חייבות לכלול הן את גילו הצעיר של הקטין, הן את משך התקופה בה הוא מצוי במשמורת, הן את אפשרויות הרחקתו יחד עם המלווה שנמצא עמו, והן את אפשרויות העברתו לחלופת משמורת הולמת (ולעניין זה ראו

פסק דינו של כבוד נשיא בית המשפט המחוזי בבאר שבע, השופט אילון, בעמ"נ 44920-03-13
טדסה נ' משרד הפנים, מיום 30.4.13).

155. בהקשר זה, המדינה תבקש לשוב ולהפנות את בית המשפט הנכבד, לעובדה כי העותרת 2 ובתה הקטינה, העותרת 1, שוחררו ממשמורת כבר ביום 28.11.12. יתרה מזאת; המדינה תבקש לעדכן כי אך לאחרונה, בראשית חודש מאי, החליט ממונה ביקורת הגבולות, על דעתו של שר הפנים, להורות על שחרורן של 9 אימהות יחד עם 10 ילדיהן הקטינים, אשר היו מצויים במשמורת החל מחודש ספטמבר 2012.

העתק החלטה לדוגמה של הממונה על ביקורת המשמורת מצורף ומסומן **מש/13**.

156. המדינה תציין עוד, כי בניגוד לאופן בו מוצגים הדברים בעתירה, המשמורת בסהרונים הותאמה במיוחד גם לשהייתם של קטינים. מתקן המשמורת בנוי משלושה מתחמים נפרדים לגברים, לנשים ולילדים, אשר התנועה בהם נעשית באופן חופשי. כפי שהוזכר לעיל, במתקן מופעלים שירותים טיפוליים ורפואיים, ובכלל זה פועלות בו עובדות סוציאליות, ניתנים במסגרתו שירותי רפואה כללית, רפואת שיניים ורפואת ילדים. יודגש, כי כל מסתנן שמובא למשמורת נבדק על ידי חובש ולאחר מכן אף על ידי רופא; הוא מקבל חיסונים; עובר בדיקת שיקוף ריאות בבית החולים סורוקה על מנת לשלול שחפת (מי שמאובחן בתור נשא נגיף שחפת מקבל טיפול מונע למשך חודשים ארוכים); ואילו נשים עוברות בדיקות הריון טרם קליטתן וכן מרואיינות על ידי עובדת סוציאלית.

כמוזכר לעיל, בעת הקליטה מקבל כל שוהה "סל סידקית" הכולל: בגדים, נעליים, מגבת, כלי רחצה ועוד. השוהים במתקן מקבלים שלוש ארוחות עשירות, ומסופק מזון מותאם לכל שכבות הגיל, לרבות מזון לתינוקות.

בנוסף לאמור עד כה, יצוין כי במתקן סהרונים ניתנים שירותי חינוך שוטפים לקטינים, הכוללים הפעלות לשוהים בו וכן הפעלת גן ילדים על ידי גננת מטעם משרד החינוך. כמו-כן, בכל אגף ישנם מכשירי טלוויזיה המחברים לערוצים ממדינות המוצא העיקריות של המסתננים, שירותי כביסה עצמאיים ועוד.

157. אשר לטענות העותרים ביחס לנזקים הנפשיים העלולים להיגרם לילדים השוהים במשמורת. המדינה תטען, כי סעיף 30א(ב)(1), שעניינו שחרור מחמת גרימת נזק לבריאותו של המסתנן, עקב המשך השמתו במשמורת, כולל גם נזק לבריאותו הנפשית – לרבות בשל גילו.

הווה אומר, המחוקק ראה לנגד עיניו את החשש עליו עומדים העותרים, מפני נזק שעלול להיגרם לבריאות השוהים במשמורת, **עקב** המשך החזקתם במשמורת, בשל **גילם**, לרבות קטינותם. לפיכך, קטין שיגלה סימני מצוקה נפשית בשל החזקתו במשמורת יכול שתגבש בעניינו אף עילת השחרור הקבועה בסעיף 30א(ב)(1) לחוק. בהקשר זה, יוער עוד, כי בהתאם לנוהלי שירותי בתי הסוהר האחראי על הפעלת מתקן המשמורת סהרונים, נשים וקטינים מרואיינים על ידי עובדות

סוציאליות מיד עם קליטתם. בהמשך, ולאחר הקליטה, ממשיכות העובדות הסוציאליות לעמוד לרשות השוהים במשמורת, והנגישות אליהן נעשית באופן חופשי ובלתי אמצעי.

158. מן המקובץ עד כה, מצטיירת התמונה הבאה: ראשית, סעיף 30א(ב)(3) עיגן עילת שחרור קטגורית כמעט בעניינם של קטינים בלתי מלווים; שנית, בנסיבות מסוימות, עליהן עמדה המדינה לעיל, סעיף 30א(ב)(2) לחוק למניעת הסתננות יכול להקים עילת שחרור גם בעניינם של קטינים מלווים, וזאת מכוח "טעמים הומניטאריים מיוחדים" שיצדיקו כן. לפי שעה, נותרו במשמורת 5 נשים ו-11 קטינים מלווים; שלישית, תנאי המשמורת בסהרונים הותאמו לשהייתם של קטינים והם כוללים מתן שירותי בריאות, רווחה, חינוך ומזון; רביעית, ככל שיאובחן נזק לבריאותו של קטין, בשל המשך החזקתו במשמורת ושאינן דרך אחרת למניעתו, ישוחרר הקטין יחד עם מלווהו; ובכלל זה, אבחון נזק לבריאותו הנפשית.

159. בהינתן התמונה המשפטית והעובדתית דלעיל, המדינה תטען כי אין מקום לטענה, לפיה סעיף 30א(ב)(3) פוגע באופן בלתי חוקתי בזכותם לחירות של הקטינים המלווים.

אשר לדרישת התכלית הראויה, המדינה תטען כי ההבחנה בין קטינים בלתי מלווים לבין קטינים מלווים הינה הבחנה רלוונטית, המבקשת להעניק את מירב ההגנה הניתנת לקטינים המצויים במשמורת לבדם, ומנגד - להגשים את תכליתו המניעתית של החוק ביחס למסתננים המגיעים לישראל עם ילדיהם. תכלית זו הינה תכלית ראויה, וכאמור, כבר בפרשת פלונית (בה נדון חוק הכניסה לישראל בהקשר זה) התקבלה עמדת המדינה לפיה אין איסור קטגורי על השמתם של קטינים זרים במשמורת.

אשר למבחני המידתיות, וכפי שכבר עמדנו לעיל, תיקון מס' 3 לחוק למניעת הסתננות מבקש למנוע את הגעתם לישראל של מהגרי עבודה בלתי חוקיים, ובכלל זה קטינים הקרובים לבגירותם, המגיעים לישראל כשהם מלווים עם אחד מהוריהם או עם שניהם. מכאן, שההבחנה שעורך תיקון מס' 3 בין מסתנן קטין בלתי מלווה (שבעניינו ישנה עילת שחרור נפרדת), לבין מסתנן קטין מלווה (שיכול להיות גם פסע מבגירותו), הינה הבחנה העומדת בקשר ישיר לתכלית החקיקה, כדרישתו של מבחן המשנה הראשון של המידתיות.

אשר למבחן המשנה השני של המידתיות, וכנטען לעיל, יצירת כלל קטגורי המורה על שחרורו של כל קטין, אפילו הוא מלווה ואפילו הוא קרוב לבגירותו ושכל תכלית הגעתו לישראל הינה כלכלית, הינה אמצעי המכרסם בתכליותיו הכלליות של תיקון מס' 3 לחוק ופוגם ביכולתו המניעתית. כרסום זה מלמד, כי הסעד המבוקש על ידי העותרים אינו בא בקהלם של "האמצעים שפגיעתם פחותה", במובנו של מושג זה במודל הניתוח החוקתי של עקרון המידתיות.

תחת כלל קטגורי זה, בחר המחוקק לקבוע שתי עילות אחרות היכולות להיות רלוונטיות לקטינים מלווים: הראשונה – עילה גמישה בדבר קיומם של "טעמים הומניטאריים מיוחדים"; השנייה – עילה קטגורית כמעט, המתגבשת מקום בו המשך ההחזקה במשמורת, גורם נזק לבריאותו של המסתנן, בשים לב לגילו.

אשר למבחן המשנה השלישי של המידתיות, הרי שהפגיעה לה טוענים העותרים אינה כמתואר בעתירה, ולראייה העותרות 1-2, ואחרות כמותן, שוחררו ממשמורת. מנגד, שינוי סעיף 30א(ב)(3), כך שכל נער בן 17 המגיע עם אביו לישראל מטעמים כלכליים, ישוחרר ממשמורת הינו שינוי הפוגע במערך התמריצים שמבקש תיקון מס' 3 להשיג. המדינה סבורה כי שינוי הכלל, באופן המוצע על-ידי העותרים, עלול לעודד את המשך גל ההסתננות לישראל, המאופיין ברובו בהגירת עבודה. הוא אף עלול לעודד הורים, או אחד מבני הזוג, לנסות ולהסתנן לישראל דווקא עם ילדיהם – ביודעם כי קיים כלל קטגורי לפיו הם ישוחררו ממשמורת. כאשר שוקלים את שני צידי המשוואה, ובפרט כאשר נותנים את הדעת לחלופות הקיימות לשחרורם של קטינים, סבורה המדינה כי התועלת בנוסחו הנוכחי של סעיף 30א(ב) בכל הקשור לקטינים עולה על הפגיעה הנטענת על ידי העותרים.

160. מכל האמור עד כה, סבורה המדינה כי גם דינו של הסעד השלישי המבוקש בעתירה להידחות.

י. צו על תנאי מס' 4

161. עניינו של הצו-על-תנאי הרביעי שהוצא בעתירה הינו בדרישה, כי המדינה תבוא ותיתן טעם מדוע לא יבוטל סעיף 30א(ג) לחוק למניעת הסתננות, "ותחתיו יקבע על דרך של 'קריאה לתוך ההסדר' (reading in), כי ממונה ביקורת הגבולות ישחרר שוהה שלא כדין שאין מתקיימים בעניינו הליכי הרחקה ואין מתקיימים בו הסייגים לשחרור שבסעיפים 30א(ד)-1(2)".

המדינה תטען, כי הסעד האמור חורג בברור מגבולותיה של דוקטרינת ה-reading in, **שכן מטרתו להרחיב את גבולותיה של עילת השחרור, תוך שינוי המרקם והאיזון החקיקתי שנקט בתיקון מס' 3. מכאן שדינו של סעד זה להידחות.**

162. הילוך הטענה יהיה, אפוא, כדלקמן: תחילה, המדינה תעמוד על יסודותיה של דוקטרינת ה-reading in, כפי שזו נקלטה במשפט הישראלי במסגרת בג"ץ 8300/02 נאסר נ' ממשלת ישראל (פורסם בנבו, 22.5.12) (להלן: פרשת הטבות המס). לאחר מכן, ועל יסוד מסד נורמטיבי זה, תטען המדינה כי הסעד המבוקש חורג מתחום פרישתה הטבעי של דוקטרינת ה-reading-in, בין היתר, בשל העובדה שאיננו עוסקים במתן תרופה חוקתית שתכליתה לרפא הפליה בין קבוצות שוות; כמו-גם בשל הפגיעה במרקם החקיקתי ובעיוות תכלית החקיקה. לבסוף, המדינה תטען כי גם דין חלקו הראשון של הצו-על-תנאי הרביעי, אשר מכוון לביטול הוראת סעיף 30א(ג) לחוק למניעת הסתננות, להידחות.

נציג את הטענה – דבר דבור על אופניו.

1.1. הרחבת הסדר – גבולותיה הדוקטרינריים של התרופה החוקתית

163. בית המשפט הנכבד התייחס לראשונה לתרופת הרחבת ההסדר בפסק-דינו בבג"ץ 721/94 אל-על נתיבי אוויר לישראל בע"מ נ' יונתן דנילוביץ', פ"ד מח(5) 749, 765-767 (1994), (להלן: פרשת דנילוביץ'). כידוע, בפרשה זו מצא בית המשפט הנכבד, כי חברת אל-על הפלתה לרעה עובדים החיים עם בן זוג כידועים בציבור. לנוכח הפליה זו קבע בית המשפט, כי יש להרחיב את טובות ההנאה שמעניקה חברת אל-על, מכוח הסכם קיבוצי, לזוגות נשואים ולהחילו גם על מי שאינם נשואים אך חיים עם בני זוגם כידועים בציבור. אף שלא נדרש לכך לצורך הכרעת דינו, מצא בית המשפט הנכבד להתייחס למשמעותה האופרטיבית של דוקטרינת ההרחבה ולתחולתה בתחום המשפט החוקתי, ובלשונו של הנשיא ברק:

"כל עוד הטקסט הקיים עומד בעינו - וכאמור, השופט אינו "נוגע בו" כלל - מתבקש מתן טובות הנאה דומות לקבוצה נוספת, המצויה מחוץ לטקסט. הענקתה של טובת הנאה זו נגזרת במישרין מתוך עקרון השוויון, שהוא עיקרון נורמטיבי אשר הטקסט כפוף לו וחייב לציית לו. הנה כי כן, בית המשפט אינו שותל איבר נוסף לגוף הטקסט הנגוע בהפליה פסולה. בית המשפט קובע, עם זאת, כי מכוח העיקרון של השוויון - וכל עוד ההסדר החוזי המפלה עומד בעינו - מתבקש סעד של מתן טובת הנאה גם לסוג המופלה, באופן שההפליה תוסר" (שם, עמוד 765).
[ההדגשה הוספה – הח"מ]

ובהמשך הבהיר הנשיא ברק:

"תרופות אלה, ראויות הן במישור החוקתי. הן מקדמות את התכלית המונחת ביסוד ההסדר החוקתי. הן מונעות את הצורך לבטל את דבר החקיקה".

164. עינינו הרואות, אם כן, כי מקור לידתה של דוקטרינת הרחבת ההסדר במשפטנו הישראלי מצוי בדיני השוויון ובתרופות הראויות להסרתה של הפליה בלתי חוקית. כפי שעוד יוצג להלן, אין זה מקרה כי בית המשפט הנכבד בחר לעסוק בדוקטרינה זו אגב פיתוח דיני השוויון. הדבר נעוץ אף באופן פיתוחה של דוקטרינה זו במשפט המשווה, ובפרט בדין האמריקאי ובדין הקנדי.

165. אם בפרשת דנילוביץ' הוצגה לראשונה דוקטרינת הרחבת ההסדר במשפט הישראלי, אזי קליטתה והפעלתה – הלכה למעשה – נעשתה לראשונה בפסק דינה התקדימי של הנשיאה (בדימ') ד' ביניש בפרשת **הטבות המס**. באותה פרשה, נדונה, בין היתר, שאלת הפלייתם של תושבי יישובים דרוזיים וערביים מצפון הארץ ביחס אל שכניהם היהודיים – בכל

הקשור לזכאותם לקבל הטבות במס הכנסה. באותה פרשה, קבע בית המשפט הנכבד, כי הרחבת ההסדר הקבוע בסעיף 11(ב) לפקודת מס הכנסה, כך ששלושת היישובים הערביים והדרוזיים ייהנו מאותה הטבת המס ממנה נהנים שכניהם היהודיים, מגשימה את עקרון השוויון ונגזרת הימנו באופן ישיר. ובמילותיו של בית המשפט הנכבד:

"57. אין חולק כי הפתרון הראוי לקושי המתגלה בקבוצת העתירות השנייה (כמו גם בסעיף 11(ב) בכללותו) הוא בקביעה של קריטריון קשיח וברור על ידי המחוקק. אלא, שניסיונות קודמים של בית המשפט להניע את הממשלה והכנסת לעשות כן לא צלחו. גם מהלכים בתוך הרשות המבצעת והמחוקקת – ובכללם פניית יו"ר הכנסת לשר האוצר – לא הובילו לשינוי. בנסיבות אלה, ונוכח התמשכות התוצאה המפלה, שוכנענו כי אין מנוס אלא לקבוע כי התרופה החוקתית המתאימה הינה קביעה כי יש להעניק את הטבות המס לשלושת היישובים הערביים והדרוזיים, אשר הופלו לרעה ביחס ליישובים היהודיים השכנים להם."

ובהמשך הדברים מסכם בית המשפט הנכבד, כדלקמן:

"60. בעניין שלפנינו, הסעד המבוקש – מתן הטבות מס לשלושת היישובים שבצפון הארץ – נגזר באופן ישיר מהזכות לשוויון וממעמדה החוקתי בשיטתנו המשפטית. הרחבת היקף הטבות המס הקבועות בסעיף 11(ב) לפקודה כך שיחולו בעניינם של בית-ג'אן, מזרעה וכיסרא-סמיע מגשימה את הזכות לשוויון מבלי לבטל את הסעיף – ובכך לשלול את הטבות המס מהיישובים אשר לא נטען לפנינו – ואין לנו כלים לקבוע – כי הם אינם זכאים לכך."

166. עינינו הרואות, כי דוקטרינת הרחבת ההסדר נקלטה, התפתחה, שוכללה והופעלה במשפט הישראלי, אך ורק במסגרת דיני ההפליה והשוויון: תחילה בפרשת **דנילוביץ'**, ולאחר מכן בפרשת **הטבות המס**.

167. תמונה זו של הדברים אינה צריכה להפתיענו כלל וכלל, שכן זהו אף המכניזם המשפטי שאפיין את התפתחותה של דוקטרינת הרחבת ההסדר במשפט ההשוואתי האנגלו-אמריקאי. עומדת על כך הנשיאה (בדימו') ביניש בפסק דינה בעניין **הטבות המס**:

"59. עיון בפסיקה המשווה בשיטות משפט הקרובות לשיטתנו – במשפט הקנדי והאמריקאי – מעלה כי בתי המשפט העליונים במדינות אלו רואים בתרופה זו כטבעית וכראויה לתפיסתם החוקתית (David M. Bizar, Remediating Underinclusive)

Entitlement Statues: Lessons from A Contrast of the Canadian and U.S. Doctrines, 24 U. Miami Inter-Am. L. Rev. 121, 122 (1992). ראו גם פרשת דנילוביץ, עמודים 766-765. עוד עולה, כי עיקר השימוש בתרופה זו נעשה בעתירות חוקתיות שעסקו בהפליה קבוצתית על רקע הענקת הטבות שונות מטעם המדינה. בתי המשפט נימקו את בחירתם לעשות שימוש בתרופת ההרחבה ברצונם להימנע מביטול החוק ומסיכול תכליותיו הסובייקטיביות והאובייקטיביות שנמצאו כראויות." [ההדגשה הוספה – הח"מ].

168. ואכן, גם בית המשפט העליון הקנדי נדרש לראשונה להפעלתה של דוקטרינת ה-reading in, אגב עיסוק בעתירה שעניינה הפלייתם של הורים ביולוגיים אל מול הורים מאמצים (Schachter v. Canada, 93 D.L.R.4th 1 (1992) (להלן: **פרשת Schachter**)). בפרשה זו עמדה למבחן הוראת חוק ב-Unemployment Insurance Act of 1971, מכוחה ניתנה הטבה כספית להורים מאמצים משני המינים, בעוד שלהורים ביולוגיים ניתנה ההטבה באופן חלקי – אימהות ביולוגיות זכו להטבה זהה לאימהות מאמצות ואילו אבות ביולוגיים זכו לכך רק אם התאלמנו מהאם הביולוגית או שהאם הביולוגית סבלה מנכות. בית המשפט העליון הקנדי מצא הוראה זו כבלתי חוקתית בשל פגיעתה בזכות לשוויון. על אף העובדה כי החוק תוקן עד מועד הגשת הערעור, מצא בית המשפט העליון הקנדי לדון בפרשת Schachter לגופה. בין יתר הכרעותיו, בחן בית המשפט העליון בקנדה מהי התרופה החוקתית הראויה לנסיבות המקרה – האם ביטול הוראת החוק המפלה (nullification) או קריאת תוכן לתוך ההסדר (reading in), כך שההטבה תחול גם בעניינם של אבות ביולוגיים. בשאלה זו קבע בית המשפט כי השימוש ב-reading in ראוי ומתאים בנסיבות שלפניו, שכן הרחבת היקף החוק תגשים את תכלית החוק באופן שוויוני, מבלי שיהיה צורך חוקתי אחר בביטולו.

169. בדומה לבית המשפט העליון הקנדי, גם בית המשפט העליון האמריקאי אימץ תרופה חוקתית זו. אחת הפרשות הראשונות שעסקו בכך הינה פסק הדין בעניין Welsh v. United States, 398 U.S. 333 (1970); בעקבותיו הלך בית המשפט העליון האמריקאי והשתמש בתרופת ההרחבה פעמים נוספות (ראו לדוגמה דעת הרוב ב-Califano v. Westcott, 443 U.S. 76, 89 (1979) וכן עניין Davis v. Michigan Dept. of Treasury, 489 U.S. 803 (1989) (להלן: **פרשת Davis**)).

יוער, כי בפרשת Davis קבע בית המשפט העליון האמריקאי כי חוק המס של מדינת מישיגן (The Income Tax Law) פוגע בזכות החוקתית לשוויון, מאחר שהוא מעניק הטבות מס לעובדי מדינה שפרשו, מבלי להעניק הטבות כאמור לעובדים פדראליים שפרשו (שם, עמ' 803). בפסק הדין בחן בית המשפט העליון האמריקאי האם ראוי לשלול את הטבת המס מעובדי המדינה או שמא

להרחיבה (extending) גם לעובדים פדראליים שפרשו. בסופו של יום, ובשל מגבלות הקשורות לסמכות בית המשפט העליון האמריקאי, הועבר התיק לדיון בפני בית המשפט לערעורים של מדינת מישיגן (Davis v. Dep't of Treasury, 179 Mich. App. 683, 688, 446 N.W.2d 531,) (Mich. Ct. App. 1989) 533); והאחרון הורה על הרחבת היקף החוק, תוך שהוא מציין כי נראה שזו היתה כוונת המחוקק וכי קבוצת העובדים הפדראליים הינה קבוצה קטנה באופן משמעותי מקבוצת עובדי המדינה (שם, עמ' 689).

170. מן המקובץ עולה, כי סעד ייחודי זה אומץ במשפטנו החוקתי על יסוד פסיקתם החוקתית של בתי המשפט העליונים בקנדה ובארצות הברית, במטרה לרפא הפליות בלתי חוקתיות. לצד יתרונותיה של תרופה חוקתית זו, הכירה הפסיקה הקנדית והאמריקאית גם בסייגים להפעלתה, בשים לב למידת האקטיביות המאפיינת אותה אל מול פועלו של המחוקק.

171. בית המשפט הנכבד נתן על כך את דעתו באופן מפורש במסגרת פסק דינו התקדימי בפרשת הטבות המס, תוך שהוא מציין בפסקה 59 כדלקמן:

"חשוב לציין כי בצד נכונות בתי המשפט בקנדה ובארצות הברית לעשות שימוש בדוקטרינת ההרחבה, הוצבו בצידה מספר סייגים להפעלתה. כך, למשל, נקבע כי בטרם יבחר בית המשפט בתרופה זו, עליו לתת דעתו לשאלות הבאות: מה מידת ההרחבה הנדרשת; האם הרחבת ההסדר פשוטה לביצוע (פרשת Schachter, עמ' 20-19); מה תהא עלותה (שם, עמ' 21); והאם ההרחבה מגשימה את כוונת המחוקק מבלי שתהא בה התערבות יתירה במרקם החקיקה (שם, 20-21). בית המשפט העליון בקנדה אף הבהיר בפרשת Schachter כי אין לעשות שימוש בדוקטרינה של reading-in, אם משמעות הדבר הינה הענקת הטבות הניתנות מלכתחילה לקבוצה שולית לטובת קבוצה רחבה וגדולה (ראו גם Davis v. Dep't of Treasury, 179 Mich. App. 683, 689, 446 N.W.2d 531, 533 (Mich. Ct. App. 1989))." [ההדגשות הוספו].

ובהמשך, קבע בית המשפט הנכבד בפסקה 60 לפסק הדין, כי:

"הרחבת סעיף 11(ב) לפקודה אף אינה חורגת מן הסייגים שהוצבו בצידה בדין המשווה. לפיכך, אנו מורים לרשות המסים ולמשרדי הממשלה הרלוונטיים להרחיב את הטבות המס הקבועות בסעיף 11(ב) לפקודה, כך שתושבי היישובים בית-גיאן, כיסרא-סמיע ומזרעה יהיו זכאים להטבות המס המוענקות ליישובים היהודיים

הסמוכים להם, בין אם לפי סעיף 11(ב)1 ובין אם לפי סעיף 11(ב)3(ד) לפקודה."

י.1.א. הרחבת הסדר - מן הכלל אל הפרט

172. על יסוד התשתית הנורמטיבית שנפרשה לעיל, ובהעמידנו לנגד עינינו את הסייגים שהציב בית המשפט הנכבד להפעלתה של דוקטרינת הרחבת ההסדר; כמו-גם את הרציונאלים העומדים ביסודה; המדינה תבקש לטעון כי דין הסעד המבוקש בצו-על-תנאי הרביעי – להידחות.

למען הסדר הטוב נשוב ונביא את לשון הסעד הרביעי המבוקש:

"מדוע לא ייקבע כי סעיף 30א(ג) בטל, ותחתיו ייקבע על דרך של "קריאה לתוך ההסדר" (reading in), כי ממונה ביקורת הגבולות ישחרר שוהה שלא כדין שאין מתקיימים בעניינו הליכי הרחקה ואין מתקיימים בו הסייגים לשחרור שבסעיפים 30א(ד)1-2).

173. ראשית, המדינה תטען, כי למקרא הסעד המבוקש, ובשים לב לטענות המשפטיות המועלות בעתירה, ברי שאין ענייננו דכאן בטענות מתחום דיני השוויון, ולמעשה מבוקשם של העותרים חורג מתחום פרישתה הטבעי של דוקטרינת הרחבת ההסדר הישראלית. העותרים נמנעו מלהניח כל תשתית עיונית ומשפטית שהיא, התומכת בהרחבת השימוש בדוקטרינה זו מעבר לתחום חיותה הנורמטיבי הטבעי, ולפיכך דין הטענה להידחות – אך מטעם זה.

הולמים לענייננו זה, דבריה של הנשיאה (בדימי) ביניש בפסק הדין בעניין חוקתיותו של חוק סדר הדין הפלילי (סמכויות אכיפה - נתוני תקשורת), התשס"ח-2007 (בג"ץ 3809/08 האגודה לזכויות האזרח בישראל ואח' נ' משטרת ישראל ואח' (פורסם בנבו, 28.5.12) (להלן: פרשת "האח הגדול"). באותן עתירות, אשר נדונו בפני הרכב מורחב, ביקשו העותרות לקרוא לתוך סעיפי חוק סדר הדין הפלילי (סמכויות אכיפה – נתוני תקשורת) הוראות שונות שיצמצמו את הסמכויות שהוענקו בו לרשויות החקירה. טענות אלו נדחו על-ידי בית המשפט, בזו הלשון:

15. לשיטת העותרות, ניתן לקרוא לתוך החוק דרישה מצמצמת

כאמור באמצעות הדוקטרינה המוכרת (בעיקר במשפט הקנדי) כ-

Reading in ("קריאה לתוך החוק"). דוקטרינה זו מבקשת לקרוא לתוך החוק העומד לביקורת שיפוטית הוראות אשר ישללו את אי-החוקתיות שבו (לעניין Reading in ראו: אהרון ברק פרשנות במשפט חלק שלישי - פרשנות חוקתית 763 (תשנ"ד), להלן: פרשנות במשפט, בג"ץ 8300/02 גדבאן נסר נ' ממשלת ישראל (פורסם בנבו), 22.5.2012) (להלן: עניין נסר) בפסקאות 60-

55 לפסק הדין). יאמר תחילה, כי השימוש בכלי זה אינו הדרג
המתאימה לצמצום ההסדרים בחוק כמבוקש על-ידי העותרות.
השימוש שנעשה בדרך כלל בדוקטרינה זו ביקש להחיל, בשם
עקרון השוויון, את דבר החקיקה נשוא הביקורת גם על קבוצות
שהמחוקק השמיט ממנו, תוך קריאת קבוצות חדשות לתוך החוק,
והכל במסגרת התכלית החקיקתית. כך נעשה, למשל, בבג"ץ
721/94 אל-על נתיבי אויר לישראל בע"מ נ' יונתן דנילוביץ פ"ד
מח(5) 749 (1994) (להלן: עניין דנילוביץ), כאשר הוכנסה בגדרי
ההסדר הקיבוצי המיטיב קבוצה נוספת - זוגות חד מיניים (וראו,
עניין דנילוביץ, בעמ' 764-767 והאסמכתאות שם; פרשנות במשפט,
שם; כן ראו עניין נסר, בפסקה 60 לפסק הדין). המקרה שלפנינו
שונה. בנסיבותיו של החוק, אין עומדת בפנינו שאלה של העדפת
קבוצות מסוימות על-פני קבוצות שהחוק אינו חל עליהן על פי
לשונו, ואין לנו עניין בפגיעה בשוויון. אף העותרות לא מצביעות
על פגיעה כאמור. איננו רואים, אפוא, כי בנסיבות העניין יש לעשות
שימוש בדוקטרינת ה-Reading in, על כל משמעויותיה. בשלב
הנוכחי, כשהחוק בא לראשונה לפנינו, עלינו לעשות שימוש בכלי
העבודה האינהרנטי שבידי בית המשפט – פרשנות החוק מתוכו
ומלשונו."

174. שנית, המדינה תטען, כי העותרים מבקשים את שילובן של שתי תרופות חוקתיות שונות – ביטול
סעיף 30א(ג) לחוק למניעת הסתננות בשלב הראשון, וחקיקת סעיף חלופי תחתיו בשלב השני.
מהלך זה מוקשה ביותר, וזאת במספר מובנים שונים המצדיקים את דחייתו.

כך, למשל, מניחה התרופה החוקתית בדבר קריאה לתוך ההסדר או הרחבתו – ואל הבחנה חשובה
זו נפנה מיד – כי המסגרת החקיקתית הקיימת אינה ראויה לביטול, אלא להרחבה. לשון אחרת –
נכונותו של בית המשפט הנכבד, כפי שהדבר הובהר מפורשות בפרשת הטבות המס, לעשות שימוש
בדוקטרינת הרחבת ההסדר נשענת על הרצון להימנע מביטול הוראת חוק. לפיכך, לא ברור כיצד
מבקשים העותרים – מבחינה מושגית ואנליטית – לכרוך יחד שני סעדים חוקתיים שתכליתם
שונה: האחד – ביטול הוראת חוק, והשניה – קריאה לתוך הוראת החוק שבוטלה. באופן
מטאפורי, ניתן להמחיש את נפסדותה האנליטית של טענת העותרים באופן הבא: שימוש
בדוקטרינת ה-reading in חייב להניח, באופן הכרחי, קיומו של הסדר משפטי, בבחינת שלד או
תבנית נורמטיביים, אשר לתוכו ניתן לקרוא או לצקת את התוכן הנורמטיבי החדש. משבוטלו
השלד או התבנית הנורמטיביים, בוטל מאליו גם כלי הקיבול המשפטי, אשר אמור היה לשאת את
התוכן הנורמטיבי החדש.

זאת ועוד, ובכך העיקר. המדינה תטען, כי שילובם של הסעדים החוקתיים המבוקשים על ידי
העותרים, קרי: ביטול סעיף 30א(ג) מחד-גיסא, וקריאה לתוך ההסדר מאידך-גיסא, חורג באופן

קיצוני ממידת הריסון השיפוטי שגוזר על עצמו בית המשפט הנכבד בשדה המשפט החוקתי. במה דברים אמורים? על דרך הכלל, מקום בו בית המשפט הנכבד הורה על ביטול הוראת חוק, הרי שבכך היתה מתמצית הביקורת השיפוטית החוקתית. או-אז, היתה הכנסת רשאית לחוקק הוראת חוק חלופית, תחת זאת שבית המשפט הנכבד הורה על ביטולה, תוך כיבוד פסק הדין ומבנה הנמקתו. אלא שהסעד המבוקש דכאן, אינו עוצר במתן הוראה על ביטול סעיף 30א(ג), אלא מתבקש כאן כי בית המשפט הנכבד יחליף את המחוקק, יכנס בנעליו, ויחוקק את ההסדר החוקי החלופי, תחת זה שבוטל. מהלך כאמור לא בא זכרו במשפט החוקתי הישראלי – ולא בכדי.

175. בהקשר זה, אף ראוי לעמוד על הבדל עיוני חשוב בין הגישה האמריקאית לבין המקבילה לה הקנדית, באשר לאופן פעולתה של התרופה החוקתית בה עסקינן. הבדל זה מתמצה בשאלה הבאה - האם בית המשפט קורא טקסט לתוך ההסדר החוקתי - reading in (כנעשה בקנדה) או רק מרחיב את תחולתו - extension (כנעשה במשפט האמריקאי)?

המדינה תבקש לטעון, כי הגישה הנכונה והראויה יותר היא זו של המשפט החוקתי האמריקאי. מתייחס לכך גם הנשיא ברק בספרו "פרשנות במשפט – פרשנות חוקתית" (1994), (להלן: **ברק ופרשנות חוקתית**):

"מבחינה אנליטית, אין השופט משנה את לשון החוק. אין הוא מוסיף לחוק דבר שחסר בו, ואין הוא משלים חסר בחוק. השופט מעניק תרופה המבוססת על ההוראה החוקתית שנפגעה. [...]

אכן, אם חוק לא היה מעניק כל הטבה לקבוצה א לא היה מקום להורות, משיקולים חוקתיים של שוויון, על מתן הטבות לקבוצה ב. אך מקום בו המחוקק מעניק טובת הנאה לקבוצה א, ובכך מפלה את קבוצה ב, הענקת טובת-הנאה לקבוצה ב מהווה סעד חוקתי הנגזר מעקרון השוויון. [...] ביטול טובת-ההנאה אינה תרופה ראויה, שכן מתן הטבות-ההנאה לקבוצה א אינו כשלעצמו פגיעה שלא כדין בקבוצה זו או בקבוצה ב. [...] הסעד החוקתי הראוי צריך לשלול את ההפליה, כלומר את אי-מתן טובת-ההנאה לקבוצה ב. כדי להשיג זאת, יש להעניק טובת-הנאה לקבוצה ב" (שם, עמ' 766-767). " [ההדגשות הוספו].

הבדל עיוני זה, עליו עומד הנשיא ברק בספרו, מקבל משנה תוקף וחשיבות בבואנו לבחון את הסעד המבוקש על-ידי העותרים. הן להלכה והן למעשה, העותרים מבקשים – מבחינה אנליטית – כי בית המשפט הנכבד ישנה את לשון החוק באופן ברור ומכוון. תחילה ימחק את הוראותיו, ולאחר מכן יוסיף עליהן. לשיטתה של המדינה, ובשים למעמדו הרם של עקרון הפרדת הרשויות, ראוי להשקיף על תרופה חוקתית זו כעל תרופה המבקשת להרחיב הסדר חוקי קיים באמצעות פרשנותו, ולא לראות בה דוקרטינה המאפשרת לקרוא לתוך ההסדר תוכן נורמטיבי חיצוני חדש, יש מאין.

176. **שלישית**, ועל סמך האמור עד כה, המדינה תטען כי הרחבת ההסדר המבוקשת על ידי העותרים חורגת מן הסייגים שהוגדרו להפעלת דוקטרינה זו בפסק-דינו המנחה של בית המשפט הנכבד בפרשת **הטבות המס**. בראש ובראשונה, יש בסעד המבוקש כדי לשנות את מרקם החקיקה של החוק למניעת הסתננות באופן בוטה. על כך יש להוסיף, כי הסעד המבוקש אינו עולה בקנה אחד עם כוונת המחוקק או תכלית החקיקה, אלא חותר תחתיה ומעקר אותה מתוכן. ולבסוף, הסעד המבוקש עתיד להרחיב את עילות השחרור, כך שיתהפכו היוצרות החקיקתיים ויהפוך החריג לכלל, ואילו הכלל לחריג.

177. ממכלול טעמים אלו, המדינה תטען כי אין להיעתר לצו-על-תנאי המבוקש בראש הרביעי של העתירה, בכל הקשור להפעלתה של דוקטרינת הרחבת ההסדר ביחס לסעיף 30א(ג) לחוק למניעת הסתננות.

משאמרנו את שאמרנו, המדינה תפנה להצגת טענותיה ביחס לדחיית חלקו הראשון של הסעד הרביעי, המכוון כאמור לביטול הוראת סעיף 30א(ג) לחוק למניעת הסתננות.

י. 2. סעיף 30א(ג) לחוק – בחינת חוקתיות

178. לשם נוחות הדיון, נשוב ונביא את סעיף 30א(ג) לחוק למניעת הסתננות כלשונו:

"30א. הבאה לפני ממונה ביקורת הגבולות וסמכויותיו

[...]

(ג) ממונה ביקורת הגבולות רשאי לשחרר מסתנן בערובה, אם שוכנע כי מתקיים אחד מאלה:

(1) חלפו שלושה חודשים מהמועד שבו הגיש המסתנן בקשה לקבלת אשרה ורישיון לישיבה בישראל לפי חוק הכניסה לישראל, וטרם החל הטיפול בבקשה;

(2) חלפו תשעה חודשים מהמועד שבו הגיש המסתנן בקשה כאמור בפסקה (1) וטרם ניתנה החלטה בבקשה;

(3) חלפו שלוש שנים מיום תחילת החזקתו של המסתנן במשמורת."

179. בחינת סעיפים 30א(ג)(1) ו-(2) לחוק למניעת הסתננות, שאת ביטולם מבקשים העותרים בראשית הצו-על-תנאי הרביעי, מלמדת – באופן ברור ומפורש – כי עסקינן בהוראות חוק המבקשות להיטיב את מצבם של מסתננים המושמים במשמורת. הטבת מצבם של המסתננים מתבטאת בעצם עיגונו – בפעם הראשונה בחקיקה הישראלית – של מנגנון משפטי ייחודי, המעניק הן להלכה והן למעשה, את היכולת להבחין בין מסתננים שבפיהם בקשת מקלט ראויה שניתן לבססה באופן פרטני על-פי אמנת הפליטים לבין מסתננים שאין בפיהם כל בקשה כאמור.

י"אמר מיד, כי סעיף 30א(ג)(1) אומנם אינו נוקט מפורשות בשם "בקשת מקלט", אלא מפנה להוראות חוק הכניסה לישראל באשר לקבלת רשיון ישיבה, מכוחו של חוק זה. עיון בדברי ההסבר מלמד מפורשות כי המחוקק ראה לנגד עיניו את האפשרות להגיש בקשות מקלט בהתאם לסעיף 30א(ג)(1), בציינו כי: "העילות שבפסקאות (5) ו-(6) נועדו להבטיח כי אם הגיש המסתנן בקשה לאשרה ולרשיון ישיבה בישראל, למשל בנימוק שהוא פליט, הטיפול בבקשתו לא יעוכב" (הצעות חוק הממשלה 577, 28.3.11, עמ' 597).

180. לא זו אף זו, ועל מנת להבטיח את יעילותו של מנגנון הבחינה האמור, מצא המחוקק הראשי להטיל מגבלות על הרשות המנהלית האחראית על הפעלתו של החוק למניעת הסתננות ועל הפעלתו של חוק הכניסה לישראל. מגבלות אלו מושמות על שני שלביו העיקריים של הליך הטיפול בבקשת מקלט: על השלב הראשון – שלב הגשת הבקשה והטיפול בה; ועל השלב השני – שלב בחינת הבקשה וקבלת החלטה בה.

מגבלות אלו נקבעו בסעיפים 30א(ג)(1) ו-(2) לחוק, ומשמעותן הינה הבטחת יעילות בחינת בקשות המקלט המועלות על ידי המושמים במשמורת, בין היתר ובעיקר, לאור מחויבותה של המדינה לדיני הפליטות ולמען תצומצם הפגיעה בחירותם של מי שהינם מבקשי מקלט של ממש. על יסוד טעמים אלו, מחויבת רשות האוכלוסין לבחון את בקשות המקלט בתוך שלושה חודשים מן המועד בו הוגשה הבקשה על-פי חוק הכניסה לישראל, במובן של מילוי טפסי בקשות לקבלת מקלט מדיני. ככל שבקשה כאמור לא טופלה בתוך שלושה חודשים ממועד מילוי טפסי בקשת המקלט, קרי מגיש בקשת המקלט לא זומן לראיון הבסיסי על סמך טפסי הבקשה שמלאו, הרי שהדבר מהווה עילה מכוחה רשאי הממונה על ביקורת הגבולות להורות על שחרורו של המסתנן המושם במשמורת.

וידגש, בשלב זה של ההליך, כלל לא ברור האם טענותיו של מבקש המקלט אכן מצדיקות הכרה בו כפליט מכח העילות הנקובות באמנת הפליטים. תרף זאת, מצא המחוקק הראשי להעניק לממונה על ביקורת הגבולות את הסמכות להורות על שחרורו של אותו אדם השוהה במשמורת.

כאמור, זוהי אך המגבלה הראשונה שמצא המחוקק להטיל על הרשות המנהלית, באמצעות סעיף 30א(ג)(1) לחוק למניעת הסתננות. המגבלה השנייה הינה חיוב הרשות המנהלית ליתן את החלטתה בבקשת המקלט, בתוך תשעה חודשים מיום הגשת בקשת המקלט. וידגש בשנית – ככל שלא ניתנה החלטה בבקשה כאמור בתוך תשעה חודשים מיום הגשתה, הרי שהמחוקק הראשי מצא לראות בכך עילה לשחרורו של השוהה במשמורת, תוך שהוא מסמיך את הממונה על ביקורת הגבולות להורות על שחרורו, בהתאם לשיקול הדעת המסור לו. לעניין פירוש המילה "רשאי", כמעניקה שיקול דעת, בהקשר שלפנינו, אגב פרשנות סמכויות ממונה בקורת גבולות לפי חוק הכניסה לישראל, ראו בר"מ 173/03 מדינת ישראל נ' פאדי סלאמה (פורסם בנבו, 9.5.05); אהרן ברק פרשנות במשפט – פרשנות חקיקה (כרך שני), (120-121 (1994)).

181. מן המקובץ עד כה עולה, כי המחוקק הראשי עיגן לראשונה בישראל, באמצעות סעיפים 30א(ג)(1) ו-(2) לחוק, מנגנון מנהלי מכוחו עורכת המדינה את ההבחנה ההכרחית בין מסתננים החוצים את

גבולה של ישראל מטעמים כלכליים, כאלה או אחרים, לבין מסתננים המגיעים לישראל, כאשר בפיהם טענת פליטות פרטנית מבוססת על-פי אמנת הפליטים. עוד ראינו, כי המחוקק ביקש להקטין את הפגיעה בשוהים במשמורת המגישים בקשות מקלט פרטניות, וזאת על-ידי הבטחת מהירות הטיפול בעניינם; טיפול שאם התמשך מעבר לקבוע בחוק – שלושה חודשים לטיפול בבקשה ותשעה חודשים למתן החלטה בבקשה – מקים עילת שחרור עצמאית, מכוחה רשאים הממונה על ביקורת הגבולות ובית הדין לביקורת משמורת של מסתננים להורות על שחרורו של מגיש בקשת המקלט.

182. עוד קבע המחוקק בסעיף 30א(ג)(3) לחוק, כי בחלוף שלוש שנים מיום תחילת החזקתו של המסתנן במשמורת, הרי שקמה בעניינו עילת שחרור.

עם זאת, המדינה תבקש להדגיש, כי התהוותה של עילת שחרור זו, בחלוף שלוש שנים מיום החזקת המסתנן במשמורת, אינה מנביעה, מניה וביה, את העמדה בה אווזים העותרים לפיה משמעותו ההכרחית של צו גירוש הינה השמתו של מסתנן במשמורת לתקופת חובה מנדטורית של שלוש שנים. המדינה תטען, כפי שיפורט להלן, כי הסעיף אינו מחייב השמה במשמורת לתקופה מינימאלית של שלוש שנים, אלא מציב רק את הרף העליון על תקופה זו (ולראיה, כפי שהוזכר כבר לעיל, העותרים 1-4 שוחררו ממשמורת בחלוף מספר חודשים מאז הושמו במשמורת, וזאת על יסוד התגבשותן של חלק מעילות השחרור).

183. ביטולו של סעיף 30א(ג), כמבוקש ברישא של הצו-על-תנאי הרביעי, יביא לשמיטת המנגנון המנהלי שקבע המחוקק להבחנה בין שוהים במשמורת שבפיהם בקשת מקלט המצדיקה בירור, לבין כל יתר השוהים במשמורת שהיגרו למדינת ישראל מטעמים כלכליים או מטעמי "איחוד משפחות".

יתרה מכך, ביטול סעיף 30א(ג)(3) לחוק יפר את האיזון החוקתי המתקן שנערך בתיקון מס' 3 לחוק למניעת הסתננות, במובן זה שהוא יותיר על כנו את סעיף 30א(א) לחוק למניעת הסתננות, שחוקק כמקשה אחת עם חקיקת החוק בשנת 1954 (ולפיכך נהנה מסעיף שמירת הדינים הקבוע בחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו). סעיף 30א(א) לחוק למניעת הסתננות קובע, כי צו הגירוש ישמש אסמכתא חוקית להחזיק את המסתנן במשמורת עד לגירוש, בין שהואשם לפי החוק למניעת הסתננות ובין אם לאו. משכך, חזרה לאחור לנוסחו של סעיף 30א(א) לחוק למניעת הסתננות ללא סעיף 30א, ובכלל זה ללא סעיף 30א(ג)(3), תביא להחמרת הפגיעה במסתננים ולא להקלה עמם.

184. יוצא, אפוא, כי ביטול סעיף 30א(ג) לחוק הנ"ל, לא רק שאינו מתיישב עם החובה אותה נטלה על עצמה מדינת ישראל לבחון באופן פרטני כל בקשת מקלט, המוגשת לרשות האוכלוסין וההגירה בעת תקופת החזקתו של מסתנן במשמורת; אלא שהביטול יביא גם לטשטוש ההבחנה המשפטית היסודית בין מהגרי עבודה, לבין מבקשי מקלט שנרדפו על נפשם כפליטים, באופן שעלול להרע את מצבם של כל אותם מבקשי מקלט, שבפיהם טענות מקלט פרטניות אותנטיות. הביטול האמור אף יעמיק את הפגיעה בזכותם של המסתננים לחירות, שכן הוא יפר את האיזון המתקן שנערך עם חקיקת תיקון מס' 3 ביחס להוראותיו המפורשות של סעיף 30א(א), כמוסבר לעיל.

185. על יסוד נקודת מוצא זו, המדינה תטען כי הינה ערה לפסיקתו המפורשת של בית המשפט הנכבד, לפיה גם תיקון חקיקה מיטיב צריך לעמוד במבחנים החוקתיים הקבועים בפסקת ההגבלה (בג"ץ 6055/95 **צמח נ' שר הביטחון**, פ"ד נג(5) 241 (1999)). משכך הם פני הדברים, תבקש המדינה לטעון, כי סעיף 30א(ג) עומד בתנאיה של פסקת ההגבלה הקבועה בסעיף 8 לחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו, באופן שאינו מקים עילה להתערבותו של בית המשפט הנכבד.

186. **תכלית סעיף 30א(ג) לחוק למניעת הסתננות**: כאמור לעיל, תכלית חקיקתו של סעיף 30א(ג) הינה מרובעת: הראשונה – הקמת מנגנון סטטוטורי להבחנה בין שוהים במשמורת, המגישים בקשת מקלט פרטנית ומבוססת, לבין כל יתר המסתננים המגיעים לישראל כמהגרי עבודה; השנייה – הקמת מערך תמריצים ליעול פעולותיה של הרשות המנהלית המטפלת בבקשות המקלט, וזאת תוך קציבת זמני הטיפול וקביעה כי חריגה מהם מהווה עילה, שבשיקול דעת, לשחרור ממשמורת; השלישית – צמצום הפגיעה בחירותם של מסתננים השוהים במשמורת, על ידי יצירת דין ייחודי לכל אלה מהם המגישים בקשת מקלט פרטנית; הרביעית – קביעת מגבלה מקסימלית להשמתו של מסתנן במשמורת, ותחימתה לגבול עליון לשלוש שנים.

תכליות חברתיות אלו הן בוודאי תכליות ראויות, המבקשות – כאמור לעיל – להביא לשיפור מערך הבחינה המנהלי, בכל אותם מקרים בהם שוהים במשמורת מגישים בקשות מקלט פרטניות. יש לזכור כי החוק למניעת הסתננות נועד להתמודד עם שתי קבוצות אוכלוסייה עיקריות בקרב המסתננים: הראשונה, מסתננים שהגיעו לישראל ונתפסו מיד עם חצייתם את גבולות המדינה; השנייה, מסתננים אשר השלימו את הסתננותם לישראל והשתקעו בעריה ובשכנותיה.

187. הנחת היסוד ביחס לשתי קבוצות אלו היא שהמסתננים הנמנים עמן אינם עשויים מקשה אחת, ולצד מרביתם הגדולה של מהגרי עבודה שהסתננו לישראל, ישנם גם מסתננים שבפיהם טענה פרטנית לרדיפה על בסיס עילה מעילות אמנת הפליטים, דהיינו- יש ביכולתם לבסס התקיימותן של נסיבות פרטניות המקימות, לשיטתם, עילת פליטות בהתאם לאמנת הפליטים. לאור הבנה זו, כמו-גם בשל היקפה האדיר של תופעת ההסתננות לישראל מבחינה מספרית, מצא המחוקק לעגן את מנגנון הבחינה הקבוע בסעיף 30א(ג) (1) ו- (2) לחוק, תוך קביעת סד הזמנים המקסימאלי במסגרתו על בקשות המקלט הפרטניות להיות מטופלות ומוכרעות. מנגנון זה מניח ביסודו גם את התבונה הבסיסית כי על בחינת בקשות מקלט להיעשות בתוך פרק זמן סביר, תוך הקצאת משאבי כוח האדם, התקציב והמחקר הדרושים לטובת מלאכה זו. במלים אחרות, ביטול מנגנון ההבחנה הקבוע בסעיף 30א(ג) לחוק למניעת הסתננות עלול להביא להסטה לא יעילה של משאבים מאותה קבוצת מסתננים, שראוי לייחד את הטיפול בה, לכלל המסתננים שנכנסו או שניסו להיכנס על ישראל – על רבבותיהם.

188. "הולם את ערכיה...": המדינה תטען, כי התכליות החברתיות שפורטו לעיל, עולות בקנה אחד עם ערכיה של מדינת ישראל, כמדינה יהודית ודמוקרטית. הן מכוונות ליצירת הבחנה ראויה בין מסתנן המגיש בקשת מקלט פרטנית ומבוססת לבין מסתנן שאינו עושה כן, תוך שהיא מאפשרת בחינה פרטנית ויעילה של הבקשה אל מול דיניה של אמנת הפליטים ובהתאם לנהלי רשות האוכלוסין בנושא זה. בחינה כאמור מבקשת לצמצם את הפגיעה במי שראוי לכך, ולהקים בעניינו

עילת שחרור, אותה רשאי הממונה על ביקורת גבולות לשקול, במנותק מעילות השחרור הנוגעות למצב החזקתו של המסתנן במשמורת.

189. **מידתיות ההסדר הקבוע בסעיף 30א(ג) לחוק:** המדינה תטען, כי סעיף 30א(ג) לחוק למניעת הסתננות מקיים את שלושת מבחני המידתיות, ומשכך לא קמה עילה להתערבות בית המשפט הנכבד, על דרך ביטולו.

190. ברי, כי בין האמצעים הקבועים בסעיפים 30א(ג)(1) ו-2 לבין תכלית החקיקה – הבחנה בין מסתננים מגישי בקשת מקלט פרטנית לבין מסתננים שאינם אלא מהגרי עבודה – מתקיים קשר רציונאלי ישיר.

אשר לסעיף 30א(ג)(3) לחוק, הקובע רף עליון למשך שהייתו של מסתנן במשמורת, מתקיים קשר רציונאלי ישיר בינו לבין תכלית הכללית של החוק שהינה בלימתה ומניעתה של תופעת ההסתננות לישראל מחד-גיסא, תוך תחימת משך הזמן בו ניתן להחזיק אדם במשמורת לשם הגשמת תכלית זו, מאידך-גיסא.

191. אחר שמצאנו, כי מבחן המשנה הראשון של המידתיות מתקיים בענייננו, נפנה לבחון את התקיימותו של מבחן המשנה השני של המידתיות. המדינה תבקש לטעון, כי אף שניתן אולי להציג באופן עיוני הסדרים חלופיים שפגיעתם בזכות לחירות של המסתננים הינה פחותה, הרי שהסדרים אלו אינם מגשימים את תכליתו של תיקון מס' 3 לחוק למניעת הסתננות באותה מידה של אפקטיביות, כלל ועיקר. משכך, אין לראות בהסדרים המוצעים על ידי העותרים משום "אמצעים חקיקתיים שפגיעתם פחותה", ואשר הרשות המחוקקת מחויבת בהם. **נבאר עמדתנו.**

העותרים הרחיבו בטיעוניהם בדבר ההכרח לשחרר כל מסתנן השוהה במשמורת, מכוח החוק למניעת הסתננות, ברגע בו יגיש בקשת מקלט. המדינה תטען, כי אף שאימוץ הסדר כאמור יביא לביטול מוחלט של הפגיעה בחירות של אותם מסתננים, הרי שאמצעי כאמור יוביל להגשה **אוטומטית וגורפת** של בקשות מקלט (נטולות עילת מקלט פרטנית), מטעמים אינסטרומנטליים בלבד, על מנת לברוא עילות שחרור ממשמורת, יש מאין.

תוצאה כאמור הינה תוצאה החוטאת, הן לתכליתו הכללית של תיקון 3 לחוק והן לתכליתו הפרטיקולרית של סעיף 30א(ג) לחוק, כמו גם לאמנת הפליטים עצמה.

ראשית, היא חוטאת לתכלית הכללית, משום שהיא מעניקה לכל מסתנן, בין אם הוא מבקש מקלט כן ובין אם לאו, את הכוח להשתחרר ממשמורת ולהשתקע בחברה הישראלית, גם מקום שבו אין כל צידוק שבדין להתיר זאת. אם כך יהיה, אין להתעלם מן העובדה, כי הנטל לאיתור אותו מסתנן, שהגיש בקשת מקלט רק לשם שחרורו, יוטל על המדינה וספק רב אם יהיה בידי המדינה את המשאבים או היכולת לממש את ריבונותה ולאתר את המסתנן האמור (תחת ההנחה כי הגשת המקלט היתה מלכתחילה בלתי כנה).

שנית, היא חוטאת לתכליות הפרטיקולריות של סעיפים 30א(ג)(1) ו-2 לחוק, משום שהיא מעצימה את התמריץ להגשת בקשות סרק לקבלת מעמד פליט, ועל ידי כך מטשטשת את ההבחנה בין מי שהינם מהגרי עבודה לבין מי שהינם מבקשי מקלט כנים. בהקשר זה, ראוי לעמוד, ולו בקצרה, על הקשיים האינהרנטיים הטמונים בבחינת בקשות מקלט – הן במישור דיות הראיות והן במישור אמינותו הלכאורית של סיפור החיים שמעמיד המסתנן לתמיכת בקשת פליטותו. בקשות כאמור מחייבות עריכת ראיונות אישיים, לפחות אחד ולעיתים יותר מכך; עריכת מחקר אודות אמינות סיפורו של מבקש המקלט; בחינת המצב הנורמטיבי והעובדתי במדינת המוצא ביחס לטענות המקלט ועוד. כל אלה, מחייבים השקעת תשומות רבות מצד משרד הפנים ורשות האוכלוסין וההגירה, ועל כן חשוב להקצותם ביעילות (לעניין מורכבות מלאכת בחינת בקשות מלקט ראו גם: עע"מ 8870/11 גונזלס נ' משרד הפנים (פורסם בנבו, 25.4.13))

בהקשר זה, המדינה תשוב ותדגיש, כי בעתירה דן אין אנו עוסקים בשאלת האופן בו שר הפנים, לרבות הוועדה המייעצת לו, מפרשים את אמנת הפליטים, ואף לא באופן בו הוראות האמנה מיושמות על-ידם בנסיבותיו הקונקרטיות של מבקש מקלט זה או אחר. פרשנותה של אמנת הפליטים ויישומה הינן שאלות מורכבות, **התחומות לנסיבותיה הקונקרטיות של כל בקשה ובקשה**, ומשכך השגה עליהן צריכה להתברר באופן פרטני וממוקד על דרך הגשת עתירה מנהלית לבית המשפט לעניינים מנהליים.

192. על יסוד מכלול טעמים אלו, המדינה תטען, כי אימוץ האמצעי עליו עמדו העותרים – בדבר שחרורו ממשמורת של כל מסתנן המגיש בקשת המקלט – הינו אמצעי הנכשל באופן ברור, הן מבחינה כמותית והן מבחינה איכותנית, בהגשמת תכליותיו הכלליות של תיקון מס' 3, כמו-גם תכליותיהם הפרטיקולריות של סעיפים 30א(ג)(1) ו-2 לחוק למניעת הסתננות. משכך, אין לראות באמצעי מוצע זה משום "אמצעי שפגיעתו פחותה", בו מחויבות הכנסת והממשלה.

193. להשלמת התמונה, המדינה תציין, כי אין לכתד שניתן היה לחשוב על פרקי זמן שונים מאלו שנקבעו בסעיפים 30א(ג)(1) ו-2, על מנת למתן את הפגיעה במבקשי המקלט השוהים במשמורת. יחד עם זאת, בשים לב להיקפיה האדירים של תופעת ההסתננות; בהינתן הקשיים האובייקטיביים הכרוכים בבחינת בקשות המקלט; ובשים לב לעובדה כי בקשות אלו מצריכות עריכת ראיונות אישיים לכל אחד ממבקשי המקלט; אזי פרק הזמן שנקבע לטיפול בבקשות המקלט עד להכרעתן אינו חורג ממתחם המידתיות העומד לרשותו של המחוקק, באופן המצדיק את ביטול הסעיפים.

194. אשר ליישום מבחן המשנה השני של המידתיות בעניינו של סעיף 30א(ג)(3), המדינה תטען כי בניגוד לאופן פירושו של הסעיף על-ידי העותרים, המדינה אינה רואה בו כסעיף **המחייב** את השמתו במשמורת של כל מסתנן **לתקופת חובה מנדטורית בת שלוש שנים**.

נהפוך הוא – פרשנותה של המדינה את הסעיף האמור הינה, כי סעיף 30א(ג)(3) קובע רף עליון בלבד של השמה במשמורת, שלאחריו קמה למסתנן עילת שחרור עצמאית, העומדת על רגליה היא – **במנותק** מעילות שחרור הנוגעות לנסיבותיו הפרטניות של השוהה במשמורת. ויודגש בשנית,

סעיף 30א(ב) לחוק למניעת הסתננות מונה שורה של עילות לשחרורו של מסתנן ממשמורת, היה ונמצא שהוא מקיים את מערך הנסיבות הקבוע בעילות השחרור.

195. משזו פרשנותה הנכונה של הוראת סעיף 30א(ג)(3) לחוק למניעת הסתננות, ובשים לב לתכליות הכלליות של תיקון מס' 3 לחוק – כמפורט לעיל, סבורה המדינה כי הוראת סעיף 30א(ג)(3) לחוק עומדת אף במבחן המשנה השני של המידתיות. הנמכת הרף בדבר משך התקופה המקסימאלית לשהות במשמורת, והצבתו על תקופה קצרה יותר, אינן מגשימות את תכליותיו המניעתיות של תיקון מס' 3 לחוק למניעת הסתננות באותה מידה, ואין בהן כדי לאיין די הצורך את התמריץ החזק המושך מסתננים להגר לישראל לשם עבודה והשתקעות בה.

לא זו אף זו, הלכה למעשה, המדינה באה לכלל החלטה כי יישומו של החוק יחל רק בחודש יוני 2012, כחצי שנה לאחר כניסתה לתוקף של הוראת השעה בת שלוש השנים. במצב דברים משפטי זה, עולה כי ככל שלא יוארך תוקפה של הוראת השעה, הרי שמשך הזמן המקסימאלי הפוטנציאלי של השמת מסתנן במשמורת הינו כשנתיים וחצי, ולא שלוש שנים כטענת העותרים. והוא הדין אף ביחס למסתננים שהושמו במשמורת אך לאחרונה – לאמור ככל שחלף פרק זמן גדול יותר מיום חקיקת הוראת השעה ועד למועד השמתו של המסתנן במשמורת, כך פוחת באופן ישיר משכה המקסימאלי של תקופת המשמורת. גם בכך, יש כמובן כדי להשליך על בחינת מידתיותה של פגיעת סעיף 30א(ג)(3) בזכות לחירות.

196. הגענו, אפוא, לבחינת הוראות סעיף 30א(ג) לחוק למניעת הסתננות בראי המבחן השלישי של המידתיות. המדינה תטען, כי התועלת החברתית הצומחת מהפעלת המנגנון הקבוע בסעיפים 30א(ג)(1) ו-(2) עולה ללא ספק על הפגיעה הנטענת במסתננים.

197. כפי שפורט לעיל, היקפיה של תופעת ההסתננות והשפעתה על המשק הישראלי ברמה הלאומית; כמו-גם ברמה הלוקאלית ביחס לערים בהן מצויים אלפים רבים מאד מהמסתננים; חייבו את קביעתה של נקודת איזון, המאפשרת את בחינתה הפרטנית של כל בקשת מקלט המוגשת על-ידי מסתנן המצוי במשמורת מחד-גיסא; תוך שהיא אינה מאפשרת למהגרי עבודה לעשות שימוש לרעה במנגנון זה על מנת להשלים את הסתננותם לישראל, להשתקע בה ולהיטמע במרכזי הערים, מאידך-גיסא.

וידגש, סעיפים 30א(ג)(1) ו-(2) עיגנו לראשונה, ובחקיקה ראשית, את ההכרח לערוך הבחנה בין מהגרי עבודה שכפו עצמם על המשק הישראלי, ושלא כדין, לבין מי שהסתננו לישראל והגישו בקשת מקלט פרטנית. בחינת בקשות המקלט של כל אותם מסתננים, המצויים במשמורת, נתחמה על ידי המחוקק לפרק זמן סטטוטורי של שלושה חודשים בלבד לשם הטיפול בבקשה, ובסך הכל תשעה חודשים עד להכרעתה. בכל אותו הזמן, זוכים המסתננים ליחס מכבד בעת שהותם במתקני המשמורת; ניתנים להם שירותי רפואה; שירותי בריאות נפש; שירותי חינוך; מזון, ביגוד ועוד.

אכן, אין להתעלם מכך כי השמה במשמורת מגבילה את חירותם של המסתננים, אולם בה בעת היא מבטיחה כי מי מבין המסתננים שהגיש בקשת מקלט פרטנית יזכה לבחינה מהירה ויעילה של

בקשתו. שאם לא כן, יתאפשר בידו לפנות לבית הדין לביקורת משמורת ולהגיש בקשה לשם שחרורו מטעם זה בלבד.

198. המדינה תטען עוד, כי בחינת מדיניותה של נקודת האיזון הקבועה בסעיף 30א(ג) לחוק חייבת להיעשות בשים לב לממדי התופעה ולהשפעותיה השליליות כבדות המשקל על החברה והמשק בישראל. יש לזכור, כי תיקון מס' 3 לחוק למניעת הסתננות לא נחקק על רקע הסתננותם לישראל של יחידים בודדים; אף לא על רקע הסתננותם של עשרות או מאות בודדות; כי אם על רקע הסתננותם של עשרות אלפים – רובם אף הצליח לחצות את גבולה הדרומי של ישראל ולהגיע אל מרכזי הערים בתל-אביב, באילת, באשדוד ובערד.

היקף תופעת הגירה (mass influx), לצד המגבלות והתשומות הנדרשות לשם בחינת כל בקשת מקלט באופן פרטני, הם ששרטטו את גבולות ההסדר שנקבע בסעיף 30א(ג)(1) ו-(2). המדינה תטען, כי בהינתן הסדר מיטיב זה, גדלה תועלתו הציבורית במניעתה ובלמתה של תופעת ההסתננות, תוך ייעוד טיפול מיוחד במבקשי מקלט אמיתיים, על-פני פגיעתו במסתננים מעצם השמתם במשמורת.

199. אשר לסעיף 30א(ג)(3) העוסק בהגבלת משך התקופה המקסימאלית להשמה במשמורת; המדינה תטען, כי התועלת הציבורית הגלומה בהקטנת התמריץ להסתנן לישראל, ואגב כך התועלת הגלומה בביצור גבולותיה וחיזוקם אל מול תופעת ההסתננות הכלכלית, עולים על הפגיעה הפוטנציאלית הגלומה בהוראת סעיף זה. על שום מה "פוטנציאלית"? על שום קציבת סעיף זה את משך המשמורת המקסימלי המותר, אך בשום אופן הסעיף לא קובע חובה להחזיק מסתנן במשמורת למשך שלוש שנים.

במקביל, יש לזכור כי תיקון מס' 3 עיגן במסגרת החוק למניעת הסתננות שורה של עילות שחרור – מכוחן רשאים השוהים במשמורת לפנות, בכל עת, לבית הדין לביקורת משמורת של מסתננים ולבקש את שחרורם. יתרה מזאת, רשות האוכלוסין מורה אף היא על שחרורם של חלק מן המסתננים המושמים במשמורת, כפי שהוצג לעיל בעניינם של קטינים-קטנים מלווים, קורבנות עבדות וסחר בבני אדם, ועוד.

200. כפי שצוין לעיל, וראוי לשוב ולהדגיש זאת אף כאן, המדינה שוקדת כל העת על מציאת נתיבים ואפיקים שיאפשרו את הרחקתם של המסתננים אליה, שלא על רקע רדיפה פרטנית כמשמעותה באמנת הפליטים, מתוך רצון לבלום ולמנוע את תופעת ההסתננות; כמו-גם מתוך רצון כן לצמצם את משך שהייתם של המסתננים במשמורת. מטבע הדברים, מגעים אלו הינם חשאיים באופיים ואף יש ליתן את הדעת, בהקשר זה, למצבה הגיאוגרפית המיוחד של מדינת ישראל. ככל שבית המשפט הנכבד ימצא להורות כן, הפרויקטור שמונה לתפקיד מטעם ראש הממשלה, יוכל לפרט, במעמד צד אחד, אודות מאמציה של המדינה והתקדמות פועלה במישור זה.

201. שקידתה ופועלה של המדינה, לשם מציאת נתיבים ואפיקים כאמור, אף שאינם מכוונים להרחקתו של מסתנן קונקרטי, מציבים אופק הרחקה פוטנציאלי ביחס לקבוצות האוכלוסייה העיקריות של

המסתננים השוהים במשמורת. בשלב זה טרם מוצו המגעים למציאת חלופות בענין זה, ומן הראוי להעניק לפרויקטור שמונה מטעם ראש הממשלה עצמו, להשלים ולמצות את מלאכתו. **לשיטת המדינה, כל עוד נמשכים המגעים ליצירתם של אפיקים ונתיבים כאמור, יש לראות בשקידתה הכנה של המדינה בעניין זה שלב הכרחי בדרך לקידום של הליכי הרחקה.**

202. המדינה תבהיר, כי קביעת משך השהייה המקסימאלי במשמורת על שלוש שנים (בהיעדר עילת שחרור אחרת הנקובה בהוראת השעה) נועד, בין היתר, ליתן מענה לחוסר התאמתם של הכלים המשפטיים, שעמדו לרשות המדינה עובר לתיקון מס' 3, ובפרט - חוק הכניסה לישראל, להתמודד עם מורכבותה של תופעת ההסתננות לישראל. מורכבות תופעת ההסתננות באה לידי ביטוי, בין היתר, בכניסתם של מסתננים שלא דרך תחנת גבול מוכרת, ללא תיעוד, או לעתים אף בתיעוד מזויף.

היבט מרכזי נוסף במורכבות התופעה נעוץ במאמצים הרבים הנדרשים לשם הרחקתם מישראל של מסתננים למטרות כלכליות, הן בשל המצב הגיאוגרפי-פוליטי הייחודי לה, הן בשל מחויבותה לעקרון אי-החזרה (בנסיבות כאלו ואחרות). ככל שגברה תופעת ההסתננות, כך התעצמה ההבנה כי חוק הכניסה לישראל אינו מהווה כלי מתאים למניעת השתקעותם של המסתננים בישראל; כמו-גם למניעת התמריץ הכלכלי להמשך ההסתננות.

אל מול התועלת החברתית הרבה הגלומה ביעילותו של תיקון מס' 3 ובאפקטיביות המוכחת שלו בבלימת תופעת ההסתננות ובהגשמת תכליותיו של החוק כמפורט לעיל, ובכלל זה תרומתו של סעיף 30א(ג)(3) לחוק בהארכת משך הזמן המקסימלי למשמורת; אין המדינה מתעלמת מן הפגיעה בזכות לחירות הנובעת מהחזקתו של המסתנן במשמורת.

יחד עם זאת, המדינה תטען כי התועלת החברתית הרבה על כלל היבטיה (הכלכליות, הסדר הציבורי, התעסוקתיות ועוד), כמו גם השפעת יישום התיקון על בלימת התופעה באופן אפקטיבי, עומדת ביחס מידתי לפגיעה בזכות לחירות, וזאת בשים לב: למאמצי הנמשכים והבלתי פוסקים של המדינה לגבש אפיקי ונתיבי הרחקה או יציאה ממנה ביחס לכל השוהים במשמורת; לעילות השחרור שעוגנו בתיקון; לביקורת השיפוטית והמעין שיפוטית ההדוקה שנקבעה בתיקון; ובהיות התיקון בגדר הוראת שעה התחומה לשלוש שנים העתידות להסתיים בעוד כשנה וחצי.

203. לנוכח כל האמור עד כה, המדינה סבורה כי סעיף 30א(ג) – על שלושת סעיפי המשנה שלו – צולח את מבחני פסקת ההגבלה, כך שאף אם נקבל כי הוא פוגע בזכות לחירות של המסתננים, הרי שהפגיעה הינה חוקתית.

יא. צו-על-תנאי מס' 5

204. עניינו של הצו-על-תנאי החמישי בעתירה הינו בדרישה, כי סעיף 30א(ד)(3) לחוק יבוטל. המדינה תטען, כפי שיבואר להלן, כי דין סעד זה להידחות.
205. תחילה, ועוד טרם נמקד מבטנו בסעיף 30א(ד)(3) לחוק ובבחינת חוקתיותו, מן הראוי להרחיב קמעא את המבט ולעמוד על הסביבה הנורמטיבית במסגרתה עוגן הסעיף האמור.
- עניינו של סעיף 30א(ד) לחוק למניעת הסתננות הינו בהכרח לקבוע נקודת איזון חוקתית בין מי שנמצא שאכן מתקיימת בעניינו אחת מעילות השחרור הקבועות בסעיפים 30א(ב)(2), 30א(ב)(4) ו-30א(ג) לחוק, לבין אינטרסים ציבוריים מובהקים אחרים, ובכלל זה ביטחון הציבור, בריאותו ושלומו, המצדיקים למנוע את שחרורו של המסתנן ממשמורת.
206. וכך מורה סעיף 30א(ד) לחוק למניעת הסתננות:

"30א.

(ד) על אף הוראות סעיף קטן (ב)(2) או (4) או (ג), לא ישוחרר מסתנן בערובה אם שוכנע ממונה ביקורת הגבולות כי התקיים תנאי מהתנאים המפורטים להלן:

(1) גירושו מישראל נמנע או מתעכב בשל העדר שיתוף פעולה מלא מצדו, לרבות לעניין הבהרת זהותו או הסדרת הליכי גירושו מישראל;

(2) יש בשחרורו כדי לסכן את ביטחון המדינה, את שלום הציבור או את בריאות הציבור;

(3) הוגשה לממונה ביקורת הגבולות חוות דעת מאת גורמי הביטחון המוסמכים שלפיה במדינת מושבו או באזור מגוריו של המסתנן מתבצעת פעילות העלולה לסכן את ביטחון מדינת ישראל או אזרחיה;

והכל, אלא אם כן שוכנע ממונה ביקורת הגבולות כי בשל גילו או מצב בריאותו של המסתנן, החזקתו במשמורת עלולה לגרום נזק לבריאותו, ואין דרך אחרת למנוע את הנזק האמור. [ההדגשות

הוספו]

207. העותרים אינם טוענים לאי-חוקתיותו ולבטלותו של סעיף 30א(ד) בכללותו, אלא ממקדים את טענותיהם אך בסעיף 30א(ד)(3) לחוק. עניינו של סעיף זה בהסמכתם של גורמי הביטחון הרלוונטיים להגיש לידי הממונה על ביקורת הגבולות חוות דעת ביטחונית, לפיה במדינת מושבו או

באזור מגוריו של המסתנן מתבצעת פעילות העלולה לסכן את ביטחון מדינת ישראל או אזרחיה. הגשת חוות דעת כאמור מובילה, על דרך הכלל, לאי-שחרורו של המסתנן.

יחד עם זאת, וכפי שיפורט להלן, המחוקק קבע בצד סעיף 30א(ד)(3) מספר חריגים אשר בהתקיימותם, ישוחרר המסתנן – אפילו הוגשה חוות הדעת האמורה בסעיף 30א(ד)(3) לחוק. הוזה אומר, המחוקק מצא להגדיר מספר חריגים, אשר בהתקיימותם ייסוג האינטרס הביטחוני ויפנה את מקומו לטובת שחרורו של המסתנן.

208. עוד טרם שנעמוד על חריגים אלו, המדינה תבקש להקדים ולהבהיר, כי הפעלת סעיף 30א(ד)(3) שמורה היא לנסיבות ביטחוניות מיוחדות, בהן שיקולי ביטחון מוצקים יצדיקו את הפעלתו לשם שמירת ביטחון המדינה ואזרחיה.

יודגש עוד, כי בניגוד לטענות העותרים, סעיף 30א(ד)(3) לחוק לא נועד על מנת לסגור בפני מסתננים מסודן או ממדינות אחרות, באופן אפריורי, את יכולתם לבוא בדלת אמותיהן של עילות השחרור הקבועות בסעיפים 30א(ב)(2), (4) ו-30א(ג). ולראייה - עד למועד הגשת תצהיר תשובה זה, סעיף 30א(ד)(3) טרם הופעל.

209. המדינה תטען, כי תכליתו של סעיף 30א(ד)(3) לחוק ונחיצותו נובעות, בראש ובראשונה, מן ההכרח ליתן מענה לסכנות הביטחוניות הנלוות לתופעת ההסתננות הפוקדת את ישראל ולהיקפיה חסרי התקדים – היקפים הכוללים גם את חדירתם של מסתננים רבים המגיעים לישראל ממדינות אויב רחוקות, ובכלל זה סודאן. כאמור לעיל, 26% מן המסתננים השוהים בישראל הגיעו מסודאן.

בשים לב לעובדה זו, ובהינתן המרחק הגיאוגרפי הרב בין ישראל לבין מדינות כגון סודאן; ובהתחשב בהשלכותיו של ריחוק זה על היכולות להשיג מודיעין קונקרטי בעניינו של מסתנן זה או אחר; עלה הצורך הביטחוני בהסמכת גורמי הביטחון הרלוונטיים להביא בפני הממונה על ביקורת הגבולות חוות דעת, באשר לפעילות הנעשית במדינת מושבו או באזור מגוריו של המסתנן, ובאשר לאופן בו היא מסכנת את ביטחון מדינת ישראל ואזרחיה.

210. עיון מדוקדק בנוסח הסעיף מלמד, כי על חוות הדעת הביטחונית לבטא את הסכנה הנשקפת לביטחון המדינה ואזרחיה על סמך הפעילות הנערכת במדינת מושבו של המסתנן או באזור מגוריו. מן האמור נגזרות מספר מסקנות באשר לפרשנותו ולאופן הפעלתו של הסעיף; ונפרט.

ראשית, לא כל פעילות עוינת הינה פעילות העולה כדי סיכון ביטחון המדינה ואזרחיה, כמשמעות מונח זה בסעיף 30א(ד)(3) לחוק. תעיד על כך העובדה, כמצוין לעיל, כי עד כה – ובחלוף כשנה מאז יושם תיקון מס' 3 לחוק – טרם הופעל סעיף זה. הפעלתו שמורה לנסיבות ביטחוניות שעניינן בסכנה משמעותית לביטחונה של מדינת ישראל ואזרחיה בשל הנעשה במדינות מושבם או באזור מגוריהם של המסתננים.

שנית, המדינה מוצאת לנכון לציין בפני בית המשפט הנכבד, כי גם אם ייעלה צורך לעשות שימוש בסעיף זה, בשל התקיימותן של נסיבות ביטחוניות ייחודיות שיצדיקו כן, **הרי שיעשה כל מאמץ, בכפוף למגבלות מבצעיות, לתחום את חוות הדעת הביטחונית לאזור מגוריו של המסתנן. מכל מקום, לעת הזאת, המדובר בענין בלתי בשל במובהק.**

שלישית, המדינה תבקש להפנות את תשומת ליבו של בית המשפט הנכבד לנוסחו של סעיף 30א(ד)(2) שעניינו בבחינת הסכנה הנשקפת ממסתנן קונקרטי לביטחון המדינה, לבריאות הציבור או לשלמו. מקום בו יהיה בידי המדינה מידע קונקרטי הנוגע לסכנה הנשקפת ממסתנן פלוני, הרי שסעיף 30א(ד)(3) מטבע הדברים לא יופעל.

ודוק: אין משמעות הדבר, כי קיומו של סעיף 30א(ד)(2) הנוקט בבחינה פרטנית, מייתר את הצורך בקיומו של סעיף 30א(ד)(3). עסקינן בשני מצבי עולם שונים, המחייבים מתן מענה חקיקתי שונה. נשווה לנגד עינינו מציאות בה המצב הכלכלי באיראן הולך ומחמיר, ובעקבות זאת מתחילה הגירה כלכלית מאיראן לישראל. ברי, כי במצב הדברים המתואר בדוגמה, לא יהיה ביכולת המדינה להעמיד מודיעין קונקרטי בעניינו של כל אחד מאותם איראנים שיפקדו את גבולות המדינה או כאלו שיצליחו להסתנן לתחומיה. האם היעדרו של מידע קונקרטי מחייב את מסקנתם של העותרים, כי דינם של כל אותם מסתננים מאיראן יהיה שחרור ממשמורת? לשיטת המדינה, התשובה לכך הינה בשלילה.

211. לא זו אף זו, אלא שהעותרים נמנעו מלפרט בפני בית המשפט הנכבד אודות **שני החריגים שמצא המחוקק לקבוע לסעיף 30א(ד)(3) לחוק.**

החריג הראשון – עניינו בעילת שחרור הנוגעת למצב בריאותו של המסתנן ולנזק הבריאותי שעלול להיגרם לו בעקבות המשך החזקתו במשמורת, וזאת בין בשל גילו ובין בשל בריאותו. עדות ברורה למהותו ופועלו של חריג זה ניתן למצוא הן בסעיף 30א(ד)(3) רישא, תוך שהובהר כי סעיף זה אינו עוסק במסתנן שנקבע כי דינו להשתחרר מכוח העילה הקבועה בסעיף 30א(ב)(1); והן בסיפא המפורשת של סעיף 30א(ד) הקובעת, כדלקמן:

”והכל, אלא אם כן שוכנע ממונה ביקורת הגבולות כי בשל גילו או מצב בריאותו של המסתנן, החזקתו במשמורת עלולה לגרום נזק לבריאותו, ואין דרך אחרת למנוע את הנזק האמור.”

הנה-כי-כן, אפילו תוגש חוות דעת מטעם גורמי הביטחון המלמדת על הסכנה הנשקפת מאזור מגוריו של המסתנן לביטחונה של המדינה ואזרחיה, אזי יהיה לממונה ביקורת הגבולות שיקול הדעת להורות על שחרורו מכוח ”מצב בריאותי”, כקבוע בסעיפים 30א(ב)(1) ו-30א(ד) סיפא.

החריג שני – עניינו במסתנן המקיים את עילת השחרור הקבועה בסעיף 30א(ב)(3), המורה כי הממונה על ביקורת הגבולות רשאי לשחרר מסתנן ש”הוא קטין שאינו מלווה על ידי בן משפחה או אפוטרופוס”. במלים פשוטות, סעיף 30א(ד)(3) אף אינו חל על עניינם של קטינים שאינם מלווים על

ידי בן משפחה או אפוטרופוס. בהקשר זה, חשוב לציין כי הסעיף מבטא פשרה ביחס לשמירה על האינטרס בדבר ביטחון המדינה, הואיל וקטין הוא כל מי שטרם מלאו לו 18 שנים, גם אם גילו סמוך מאוד לבגירותו.

212. תמונת המצב המשפטית ביחס להפעלתו של סעיף 30א(ד)(3) לחוק, אליבא דמדינה, היא אפוא זו: ראשית, מדובר בסעיף שנועד ליתן מענה לנסיבות ביטחוניות מיוחדות, המתאפיינות בקיומה של סכנה לביטחון המדינה ואזרחיה, לצד חוסר יכולת להשיג מידע קונקרטי ביחס למסתננים המגיעים מן המקום ממנו נשקפת הסכנה. כאמור, עד למועד כתיבת שורות אלו לא הופעל סעיף 30א(ד)(3). שנית, וככל שיעלה צורך ביטחוני בהפעלת סעיף 30א(ד)(3) לחוק, גורמי הביטחון יעשו כל מאמץ, בכפוף למגבלות מבצעיות, לתחום את חוות הדעת הביטחונית לאזור מגוריו של המסתנן. שלישית, סעיף 30א(ד)(3) לא חל בעניינם של מסתננים אשר ממונה ביקורת הגבולות סבר שיש לשחררם על פי העילות הקבועות בסעיף 30א(ב)(1) ו-30א(ב)(3). רביעית, מקום בו קיים מידע קונקרטי ביחס לסכנה הנשקפת מהמסתנן, יופעל סעיף 30א(ד)(2) לחוק.

213. אחר שעמדנו על פרשנותו ואופן הפעלתו של סעיף 30א(ד)(3), המדינה תטען כי סעיף זה צולח את מבחני פסקת ההגבלה ואין מקום להורות על בטלותו.

214. אשר לשאלה המקדמית בדבר טענת העותרים לפגיעת הסעיף בזכות לחירות, הרי שהמדינה תטען, כי עד כה הפגיעה הינה להלכה בלבד, בשים לב לעובדה שסעיף 30א(ד)(3) טרם הופעל.

215. ברם, ואף אם נהיה נכונים לקבל את הטענה, כי סעיף 30א(ד)(3) אכן פוגע (פוטנציאלית) בזכות לחירות, מעצם חקיקתו, הרי שפגיעתו הלכאורית הינה חוקתית. בהקשר זה, יצוין כי טענות העותרים בדבר "השמתו של אדם בי'מעצר עולם' אך בגלל מקום מגוריו או מדינת מוצאו" (פסקה 210 לעתירה) הינה טענה חסר כל שחר. טענה זו רק ממחישה את חשיבות בחינת חוקתיות החוק בשים לאופן יישומו, וביתר דיוק לאופן אי-יישומו.

נקודה נוספת, שמן הראוי לעמוד עליה, נוגעת להיעדר חובתה של מדינת ישראל לקלוט אליה נתיני מדינות אויב. עיגון לעמדה זו מצוי בסעיף 10 לנוהל הטיפול במבקשי מקלט מדיני בישראל משנת 2010 (שהיה קבוע עוד בסעיף 6 לנוהל הטיפול במבקשי מקלט מדיני משנת 2002), ולפיו "מדינת ישראל שומרת לעצמה את הזכות שלא לקלוט ולא להעניק אשרת שהיה בישראל לנתיני מדינות אויב או מדינות עוינות". עוד נכתב בסעיף 10 לנוהל, כי "ישראל מעריכה את הודעת נציבות האו"ם לפליטים כי עד הסדר פוליטי כולל באזורנו ייעשה על ידה כל מאמץ למצוא לפליטים ארץ מקלט במדינה אחרת" (בהקשר זה, ראו גם את סעיף 12(3) לאמנה הבינלאומית בדבר זכויות אזרחיות ופוליטיות (1966), במסגרתו הובהר כי הזכויות מכוח האמנה יהיו כפופות להגבלות הנחוצות לשמירת "הביטחון הלאומי" או "הסדר הציבורי").

משכך, ומכוח גזירת קל וחומר – אם המדינה הינה סוברנית לשקול שיקולי ביטחון בעניינם של מבקשי מקלט, כאמור בסעיף 10 לנוהל הטיפול במבקשי מקלט, הרי שברור כי הינה סוברנית לעשות כן גם בעניינם של מסתננים שאינם מבקשי מקלט.

זאת ועוד – אחרת. עניינם של מהגרי העבודה המסתננים לישראל מסודן (ובדברים אלו אנו מחריגים את עניינם של ניצולי רצח העם בדרפור) חושף קושי משמעותי נוסף בעמדתם של העותרים - עמדה המבקשת לסווג את כלל המסתננים מסודן כפליטים. הקושי טמון בעובדה, כי מרבית המסתננים המגיעים לישראל מסודן עושים כן מטעמים כלכליים, תוך שהם יוצאים את סודן לכיוון מצרים, וממצרים לישראל. בשלב זה של נדידתם אין הם נרדפים והם אף יכולים להגיש בקשה למקלט במדינות המעבר. הגירתם הינה – רובה ככולה – הגירת עבודה. אלא, שבהגיעם לישראל, כופים המסתננים הסודנים את עצמם על המדינה, וזאת על יסוד הטענה כי כעת, משהגיעו לישראל הנחשבת בעיני סודן כמדינת אויב, הרי שאין בידם לשוב לארצם. מכניזם זה הופך את מדינת ישראל, הלכה למעשה, לשבויה בידי מי שכפו עצמם עליה. ברי, כי אין במכניזם זה כדי להקים טענת מקלט כללית וגורפת בעניינם של המסתננים הסודנים.

216. **“תכלית ראויה”**: על תכליתו הביטחונית של הסעיף עמדנו לעיל. המדינה תטען, כי בשים לב לתמורות הגאו-פוליטיות שנודעו באזורנו ולתמורות שעודן מתחוללות; כמו-גם בהתחשב באיומים הביטחוניים הנשקפים למדינת ישראל ולאזרחיה, חלקם ממדינות מרוחקות שאינן גובלות עם ישראל; הרי שהאמצעי שעוגן בסעיף 30א(ד)(3) נועד לתכלית ציבורית וחברתית ראויה שהינה שמירה על ביטחון המדינה ואזרחיה. תכליתו, אינה כנרמז בעתירה, לשם הקמת חסם גורף בפני יכולתם של מסתננים לצאת ממשמורת – והמציאות מוכיחה כן. משהעותרים לא נדרשו לשאלת התאמת הסעיף לערכיה היהודיים והדמוקרטיים של מדינת ישראל, נפנה ישירות לבחינת מידתיותו של הסעיף על פי שלושת מבחני המשנה של עקרון זה.

217. העותרים ממקדים את טיעוניהם בהיות סעיף 30א(ד)(3) לחוק בלתי מידתי. המדינה, תטען כי דין הטענה להידחות, בין היתר אך לא רק, לאור האמור ביחס לקווים המנחים את הפעלתו ולאופן פרשנותו על ידי המדינה (בהקשר זה, ראו למשל, פרשת “האח הגדול”, פסקה 15 לפסק-דינה של הנשיאה (בדימי) ביניש).

218. אשר למבחן המידתיות הראשון, שנועד להבטיח קיומו של קשר רציונאלי בין האמצעי לתכלית. ברי, כי קשר כאמור מתקיים בין חוות הדעת הביטחונית, ככל שזו תוגש, לבין התכלית החברתית הראויה בדבר שמירה על ביטחון המדינה ואזרחיה, בהתאם לאמור בחוות הדעת, מפני מי ששחרורם ממשמורת מסכן את ביטחון המדינה ואזרחיה.

219. אשר למבחן המשנה השני של המידתיות – המדינה תטען, כי בשים לב למגבלות האובייקטיביות הנלוות לבחינת הסכנה הפרטנית הנשקפת ממסתננים המגיעים ממדינות מרוחקות בכלל, וממדינות שהכריזו על עצמם כי הן מדינות אויב לישראל בפרט; ובהתחשב בהיקפי תופעת ההסתננות שפקדה את מדינת ישראל בשנים האחרונות; ובהינתן פוטנציאל הסיכון הכרוך בשילובן של שתי מגמות אלו; הרי שנוצר ההכרח להקים את המנגנון הייחודי הקבוע בסעיף 30א(ד)(3) לשם שמירת ביטחון המדינה ואזרחיה.

חיוב גורמי הביטחון, כעניין מנדטורי, לערוך בכל מקרה ומקרה בדיקה ביטחונית פרטנית בעניינו של כל מסתנן הינו אמצעי שאינו מגשים את התכלית הביטחונית באותה המידה שמגשים האמצעי שאומץ בסעיף 30א(ד)(3) לחוק, ואף לא במידה קרובה לכך (ראו לדוגמה, פסקה 88 לפסק דינו של כב' הנשיא (בדימי') ברק בפרשת **איחוד המשפחות**). ספק גדול עוד יותר האם בכלל אמצעי כאמור הינו ישים בחיי המעשה. די, בכך כדי להביא לדחיית טענות העותרים כי קיימים אמצעים ביטחוניים שפגיעתם בעותרים פחותה. היטיבה לתאר זאת כבוד השופטת ע' ארבל בפסק דינה בעניין חוקתיות חוק האזרחות והכניסה לישראל (הוראת שעה), התשס"ג-2003, במסגרת בג"ץ 466/07 ח"כ זהבה גלאון נ' היועץ המשפטי לממשלה (פורסם בנבו, 11.1.12):

"17. מידת האפקטיביות של הבידוק הביטחוני הפרטני תלויה בראש ובראשונה בהיקף המידע הרלוונטי שניתן לקבל אודות בן הזוג הזר, ובאיכותו. בהקשר זה מעורר הבידוק הביטחוני הפרטני שני קשיים.

הקושי האחד הינו כי בהיקף בו ככל הנראה מדובר, של בני זוג זרים מהאזור או ממדינות סיכון, שעבורם מתבקש איחוד משפחות, הבידוק הביטחוני הפרטני נראה בעייתי. הגם שלא הוצגו לנו נתונים מספיקים בעניין זה, דומה כי הנתונים שסיפקה המדינה מאפשרים מושג כלשהו באשר לסדרי הגודל בהם מדובר. כך, המדינה מפרטת כי מאז אוגוסט 2005 (וככל הנראה עד למועד הגשת התגובה ביום 13.4.10), אישר משרד הפנים מעמד בישראל ל- 4,118 נתיני הרשות הפלסטינית על יסוד בקשות לאיחוד משפחות, וזאת בהתאם לחריגים לפי החוק. כ- 1,000 איש נכנסו אפוא בממוצע משטחי הרשות הפלסטינית לישראל מדי שנה לצורכי איחוד משפחות מכוח החריגים לחוק בלבד. ניתן להניח על-כן, כי אם ההגבלה לפי החוק לא תעמוד עוד, יהיה מספר נתיני הרשות הפלסטינית שיתבקש עבורם מעמד בישראל מכוח איחוד משפחות גדול בהרבה. בהיקפים שבהם ככל הנראה מדובר, קשה להניח כי המשיבים יוכלו לקיים הליכי בדיקה יעילים לכל מי שמתבקש עבורו איחוד משפחות. לטעמי, אין מדובר בקושי תקציבי או לוגיסטי, אלא ביכולתה של מערכת – כל מערכת – לערוך בידוק של ממש, שהרכיב המודיעיני בו הוא משמעותי, למספר כה רב של אנשים.

הקושי השני שרואה אני בבידוק הפרטני, עניינו **בעצם היכולת לערוך בדיקה של ממש ביחס למסוכנותו של אדם, על בסיס איסוף מידע, במקומות שהעוינות בהם לישראל קשה. דומני שגם בלא שתהא בפנינו חוות דעת מקצועית בעניין, ניתן להבחין בין היכולת לעמוד על הסיכון הנשקף מתושבי יהודה והשומרון, לבין**

היכולת לעמוד על הסיכון הנשקף מנתיני מדינות הסיכון, כמו-גם מתושבי רצועת עזה. רצועת עזה ומדינות הסיכון הן ישות ומדינות עוינות שאין לישראל קשרים עימן. קשה להניח על כן כי לישראל יכולת לבצע בידוק עובדתי-ביטחוני ממשי בעניינו של בן הזוג הזר מול הרשויות במדינות אלה. במצב זה, קשה יהיה לקבל מידע מהימן על אודות בן הזוג הזר או לבדוק את המידע שסיפק. לפיכך, נראה כי במקרים אלה, יקשה על גורמי הביטחון לעמוד מבחינה מעשית, ובאופן מספק, על הסיכון הנשקף מבן זוג זר עבורו מתבקש המעמד בישראל. קושי זה רלוונטי כאמור, גם ביחס לבני זוג שהם תושבי רצועת עזה, שבה אין לישראל עוד שליטה אפקטיבית (ראו למשל: בג"ץ 5268/08 הנ"ל, בפסקה 6), והיא נשלטת על-ידי ארגון טרור שמטרתו פגיעה בביטחון המדינה. לאור האמור, אני סבורה כי ככלל, ביחס לבני זוג שהם נתיני מדינות סיכון ורצועת עזה, יקשה לקיים בידוק פרטני של מסוכנותם."

והדברים נכונים ביתר שאת, כאשר עוסקים אנו במסתננים המגיעים ממדינות אויב או ממדינות עוינות המרוחקות מרחק רב ממדינת ישראל – רב הרבה יותר מרצועת עזה.

220. עוד בעניין מבחן המשנה השני, המדינה תטען כי קיים הבדל מהותי בין הנסיבות עליהן חל סעיף 30א(ד)(3) לחוק למניעת הסתננות לבין הנסיבות מושא סעיף 30א(ד)(2) לחוק. כפי שצוין לעיל, עניינו של סעיף 30א(ד)(2) לחוק, בהקשר דיוננו זה, הוא בקיומו של מידע קונקרטי המעיד על הסכנה הנשקפת ממסתנן פלוני או אלמוני לביטחון המדינה. אולם, בכך אין כל רבותא.

עניינו של סעיף 30א(ד)(3) הוא במצב דברים שונה לחלוטין, במסגרתו מצוי בידי גורמי הביטחון המוסמכים מידע הנוגע לסכנה שנשקפת למדינת ישראל מקרב פעילות עוינת שמכוונת כלפיה ומקורה באזור מגורים כלשהו, לרוב מרוחק מגבולותיה. מידע זה, בשל המגבלות האובייקטיביות עליהן עמדנו לעיל, אינו ניתן לקונקרטיזציה הפרסונאלית הנדרשת במסגרת סעיף 30א(ד)(2).

לפיכך, אם נאמץ את טענת העותרים, לפיה יש לבטל את הוראת סעיף 30א(ד)(3) ולהישען אך על הבחינה הפרטנית הקבועה בסעיף 30א(ד)(2), אזי כל אותם מסתננים, שאין בידי מדינת ישראל להכין בעיניהם חוות דעת קונקרטיבית כלשהיא, ישוחררו מכוח עילות השחרור. נפקותו הפשוטה של המהלך, אם כך יעשה, היא כי התכלית הביטחונית תיסוג במלואה מפני עילות השחרור. הוזה אומר – מסתננים שכפו עצמם על מדינת ישראל, ישוחררו לחופשי, ללא פיקוח אפקטיבי, אפילו שגורמי הביטחון מצאום כמי שהגיעו מאזור "שמייצא" פעולות טרור וחבלה נגד מדינת ישראל.

221. מן האמור עד כה, עולה כי לא רק שסעיפים 30א(ד)(2) ו-30א(ד)(3) עוסקים בקטגוריות שונות של סיכון לביטחון המדינה, אלא שאין בנמצא אמצעי שפגיעתו בעותרים הינה אכן פחותה, אך בה בעת בכוחו להגשים את התכלית הביטחונית במידה זהה, או אפילו במידה קרובה, לזו שמגשים סעיף 30א(ד)(3) – ככל שיעלה הצורך ויחלט על הפעלתו. עוד ראוי להעיר, כי חוות הדעת הביטחונית –

ככל שתוכן – אינה בבחינת קביעה כללית, סטטוטורית וגורפת אודות "מסוכנותם של מסתננים", בתור שכאלו, אלא היא תחומה לנסיבות של מקום וזמן.

222. נותר, כעת, לבחון את עמידתו של סעיף 30א(ד)(3) בראי מבחן המשנה השלישי של המידתיות, המעמיד על כפות המאזניים את התועלת הביטחונית המגולמת בסעיף על הכף האחת, אל מול הפגיעה הנטענת בעותרים על הכף השנייה.

223. ראשית, המדינה תשוב ותטען, כי על בחינת מידתיותו של סעיף 30א(ד)(3) לחוק להיעשות בראי העובדה שהסעיף טרם הופעל, ובהתחשב שהפעלתו מיועדת למצב דברים בו נסיבות ביטחוניות יחייבו כן. משאמרנו זאת, ניכר כי טענות העותרים ביחס לעוצמת פגיעתו של סעיף 30א(ד)(3) לחוק בעותרים, נטועה בעיקרה – אם לא במלואה – במישור פוטנציאל הפגיעה הנורמטיבית, ואין בצידה תרגום לפגיעה ממשית בעולם המעשה.

נתון חוקתי זה נפקד מטענות העותרים, ויש להצר על כך. יתרה מזאת, ניסיונה של העתירה לשוות לתכלית הסעיף כוונה להקים מנגנון של "מעצר עולם מנהלי", בלתי מוגבל בזמן, אינה ממן העניין. כפי שעיינונו ראוות, ניסיון זה אף לא מתיישב עם המציאות.

224. שנית, ובבוא בית המשפט הנכבד לאמוד את עוצמת הפגיעה הפוטנציאלית לה טוענים העותרים, יש לתת את הדעת לחריגים שקבע המחוקק ביחס לתחולת סעיף 30א(ד)(3) לחוק על עילות שחרור הנוגעות למצב בריאותם של המסתננים או להיותם קטינים בלתי מלווים. כפי שצוין לעיל, המחוקק מצא לנכון להסיג את התכליות הביטחוניות מקום בו השמתו של המסתנן במשמורת תגרום נזק לבריאותו, או אם מדובר בקטין בלתי מלווה. נקודת איזון זו בין התועלת הביטחונית שבהפעלת הסעיף לבין איונה המוחלט של הפגיעה הפוטנציאלית בעניינם של המסתננים שהוחרגו, כמפורט לעיל, מבטא נקודת איזון ראויה ומידתית.

225. היבט נוסף המביא לצמצום הפגיעה הפוטנציאלית לה טוענים העותרים, יסודו בכך, כי ככל שהדבר יהא אפשרי בנסיבות העניין, תיערך חוות הדעת הביטחונית בהתאם לחלופה המנויה בסעיף 30א(ד)(3) בדבר "אזור מגוריו". באופן האמור, מצטמצמת הפגיעה בשני מובנים עיקריים: כמותי ואיכותני. אשר למובן הראשון, זה הכמותי, ברי כי היקף תחולתה של חוות דעת ביטחונית המכוונת לאזור מגורים הוא מצומצם יותר ביחס לחלופה בדבר מדינת מושבו. אשר למובן השני, זה האיכותני, חוות דעת הממקדת עצמה באזור מגורים מגדילה את רמת הקונקרטיזציה של הסכנה הנשקפת מן המסתננים, שבעניינם נדרשה הכנת חוות הדעת הביטחונית.

226. לא זו אף זו, החלטתו של הממונה לביקורת הגבולות, שלא לשחרר מסתנן לאור חוות דעת ביטחונית שהוגשה מכוח סעיף 30א(ד)(3), נתונה לביקורת שיפוטית בפני בית המשפט המחוזי, בשבתו כבית משפט לעניינים מינהליים, בהתאם לסעיף 130(א) לחוק למניעת הסתננות. קביעת מנגנון ביקורת שיפוטי על החלטת הממונה, אפילו היתה זו החלטה לפי סעיף 30א(ד)(3), מקהה את עוקצה של טענת העותרים, בדבר סופיות חוות הדעת וכאילו ניתנה בידי גורמי הביטחון "זכות וטו", שאין אחריה ולא כלום. בית המשפט לעניינים מינהליים הוסמך לבחון את חוות הדעת

הביטחוניות ואת השימוש שנעשה בה, במסגרת דיון בשאלת שחרורו של מסתנן לפי אחת מעילות השחרור המנויות. בעשותו כן, יוכל בית המשפט לעניינים מינהליים לבחון האם השימוש בחוות הדעת מבטא את האיזון הנכון בין זכותו של המסתנן לחירות לבין האינטרס בדבר ביטחון המדינה ואזרחיה.

227. אל מול הפגיעה הפוטנציאלית התחומה בהיקפה ובעוצמתה בזכות המסתננים לחירות – פגיעה הנתונה לביקורת שיפוטית – עומדת התועלת הביטחונית הרבה הגלומה בסעיף זה, אם וככל שיהיה צורך ביטחוני בהפעלתו.

שלא כמו טענות העותרים, סעיף 30א(ד)(3) נועד לתת מענה לגל ההסתננות חסר התקדים שפקד את מדינת ישראל, מתוך הבנה כי במסגרת עשרות אלפי המסתננים שגנבו את גבולה של ישראל, עלולים להימצא גם מסתננים רבים שהגיעו לישראל בשליחותם או מטעמם של גורמים עוינים, במטרה לפגוע באזרחי מדינת ישראל ותושביה, לכשידרשו לכך.

כמו-כן, הסעיף נועד ליתן מענה למסתננים שהסתננו או יסתננו לישראל ממניעים תמימים, אולם יהיו נתונים לסחיטה ולאיומים מצד גורמי טרור עוינים, המצויים במדינת מושבם או באזור מגוריהם, ושכוחם להניע את המסתננים לבצע פעולות נגד ביטחונה של מדינת ישראל ואזרחיה.

228. אתגר ביטחוני זה מתעצם, הן בשל הריחוק הגאוגרפי שבין ישראל לבין מדינות המוצא של המסתננים; הן בשל היקפי ההסתננות שכללו לעתים קבוצות בנות עשרות או מאות מסתננים בכל קבוצה; והן בשל טיב היחסים המדיניים בין ישראל למדינות המוצא, או היעדרם של יחסים כאלו.

נתונים אלו מגדילים משמעותית את תוחלת הנזק הפוטנציאלי לביטחון המדינה ואזרחיה, קרי את עוצמת הנזק בצד ההסתברות להתממשותו. אל מול תוחלת הנזק הפוטנציאלית קם הצורך, ואף החובה, להעמיד בידי גורמי הביטחון המוסמכים את הכלים למניעתו – אם וככל שהמצב יצריך זאת. **וידגש, העמדת האמצעי בידי גורמי הביטחון, אין פירושה הפעלתו – וכך המדינה נהגה עד כה.**

229. לפיכך, ובהתחשב בכל האמור לעיל, המדינה תטען כי התועלת הביטחונית הגלומה בסעיף 30א(ד)(3), ככל שיהיה צורך בהפעלתו, עולה על הפגיעה הפוטנציאלית לה טוענים העותרים, אם וככל שיופעל הסעיף.

מכל מקום, ובשים לב לעובדה שהסעיף האמור טרם הופעל, ובהתחשב בתורת הפעלתו ובחריגים שנקבעו בצדו, המדינה תטען, כי הוא מקיים את מבחן המשנה השלישי של המידתיות.

230. אשר על כן, המדינה תטען כי לא קמה עילה להתערבותו של בית המשפט הנכבד, על דרך מתן צו מוחלט לביטולו של סעיף 30א(ד)(3).

יב. צווים-על-תנאי מספר 8-6

231. עניינם של הצווים-על-תנאי מספר 8-6 הוא במועדים שנקבעו לעריכתו של שימוע בפני ממונה ביקורת הגבולות ובמועדיה של הביקורת המעין-שיפוטית הראשונית והתקופתית – כקבוע בהוראות סעיפים 30א(א), 30ד(א)(1) ו-30ה(1)(א) לחוק למניעת הסתננות.
232. במסגרת צווים אלו, העותרים מבקשים להביא לביטולם של הסעיפים שזה עתה נמנו, ובעניינם של סעיפים 30א(א) ו-30ד(א)(1) לחוק, מתבקשת אף הפעלתה של דוקטרינת ה-reading in על מנת לקבוע תחת ההסדרים שיבוטלו הסדרים חדשים שיבטאו תקופות קצרות יותר, כמפורט להלן: 24 שעות עד הבאת מסתנן לשימוע בפני ממונה ביקורת הגבולות, במקום 7 ימי עבודה כקבוע בחוק; קביעה לפיה בית הדין לביקורת משמורת של מסתננים יבחן בכל 30 ימים את צו המשמורת בעניינו של מסתנן, במקום 60 ימים כקבוע בחוק.
233. המדינה תטען, כי דין צווים אלו להידחות, בשים לב לשלושה אדנים מרכזיים.
- האדן הראשון – המועדים הקבועים בתיקון מס' 3 לחוק למניעת הסתננות נקבעו בשים לב למאפייניה הייחודיים של אוכלוסיית נמעניו והיקפי תופעת ההסתננות; וזאת בשונה מאוכלוסיית היעד עמה מבקש חוק הכניסה לישראל להתמודד.
- האדן השני – המדינה רואה במועדים שנקבעו בסעיפים האמורים מועדים מקסימאליים בלבד, ורשויותיה רואות עצמן מחויבות לפעול **בהקדם האפשרי** לשם הבאתו של מסתנן בפני ממונה לביקורת הגבולות לשם עריכת שימוע; כמו-גם להביאו בפני בית הדין לביקורת משמורת לעריכתה של הביקורת המעין-שיפוטית הראשונה. ברי, כי לאחר מכן, רשאי בית הדין לביקורת משמורת של מסתננים לקבוע מועדים קצרים מ-60 ימים לשם קיומה של ביקורת תקופתית.
- האדן השלישי – סעיף 30 מאפשר למסתנן המוחזק במשמורת להגיש בקשה כי עניינו יובא בפני בית הדין לביקורת משמורת של מסתננים, על-פי יוזמתו, ובכל מועד. עיגונן של הוראות אלו בתיקון מס' 3 שומט במובנים רבים את טענות העותרים ביחס לפגיעה הנטענת שמסבות הוראות סעיפים 30ד(א)(1) ו-30ה(1)(א).
234. כך בתמצית, וכעת ביתר הרחבה.

יב.1. סעיף 30א(א): מועד השימוע בפני ממונה ביקורת הגבולות

235. סעיף 30א(א) לחוק קובע כדלקמן:

"30א.א(א) מסתגן הנתון במשמורת יובא לפני ממונה ביקורת הגבולות, לא יאוחר משבעה ימי עבודה מיום תחילת החזקתו במשמורת." [ההדגשה הוספה]

236. המדינה תטען, כי אין מקום להורות על ביטולו של סעיף 30א(א) הנ"ל, הואיל ופרשנותה את התיבה "לא יאוחר" הינה כזו האוצרת בקרבה את החובה לפעול להבאתו של המסתגן "בהקדם האפשרי". המדינה תבהיר עוד, כי פרשנותה את המונח "ימי עבודה" הינו **שבוע ימים קלנדרי**.

237. שלא כמו טענות העותרים, הסיבה בעטיה מצא המחוקק לקבוע רף מקסימאלי של שבעה ימים, עד להבאתו של המסתגן בפני ממונה ביקורת המשמורת, ולא 24 שעות, נעוצה בהבחנות הרלוונטיות בין החוק למניעת הסתננות לבין חוק הכניסה לישראל.

הבחנות אלו עניינן, בראש וראשונה, בהבנת היקף תופעת ההסתננות ובידיעה כי המסתננים שנכנסו עד למועד חקיקת תיקון מס' 3 עשו כן במסגרתן של קבוצות בנות עשרות מסתננים, כל אחת. יתרה מכך – מסתננים הנתפסים על גבולותיה של מדינת ישראל מגיעים שלא דרך מעברי גבול מוכרים, ועל-פי רוב ללא מסמכים מזהים. ברי, כי היקפי המסתננים והיותם, על דרך הכלל, חסרי תיעוד מזהה מקשים עד מאוד את מלאכת זיהויים ותיעוד פרטיהם האישיים. מלאכה זו הינה הכרחית, כעניין מקדמי, בטרם הבאתו של המסתגן בפני הממונה על ביקורת הגבולות.

238. עיון בדברי ההסבר שנלוו להצעת החוק מעיד על הקשיים שראה המחוקק לנגד עיניו, באימוץ התקופות הקבועות בחוק הכניסה לישראל, כמות שהן, ללא התאמתן למציאות המיוחדות בעניינם של מסתננים. וכך צוין בדברי ההסבר:

"מוצע כי הוראות סימן ב' בפרק רביעי בחוק הכניסה לישראל יחולו לעניין בית הדין לביקורת משמורת של מסתננים, בשינויים המחויבים ובשינויים המפורטים בסעיפים אלה.
כך, לעניין הבאה לפני בית הדין, במקום הבאה לבית הדין בתוך 96 שעות כקבוע בסעיף 13ד(א) לחוק הכניסה לישראל יובא מסתגן לביקורת שיפוטית לא יאוחר מ-14 ימים מיום תחילת החזקתו במשמורת. ביקורת שיפוטית יזומה זו נועדה להבטיח כי תיערך ביקורת באשר להחזקה במשמורת שם של מי שלא פנה מיוזמתו לבית הדין או לבית המשפט. **הטעם לשוני בין המועדים הקבועים**

בחוק הכניסה לישראל למועדים המוצעים בהצעת החוק נובע מהצורך בתהליכי בירור מוקדמים ומורכבים יותר לגבי זהותם ומניעי הגעתם של מסתננים. זאת, בין השאר לנוכח נתיבי הסתננותם לישראל, לרבות בלא תיעוד, רשמי או אחר, וכן בהתחשב בנתוני ההסתננות לישראל, בשנים האחרונות. " (הצעת חוק הממשלה – 577, כ"ב באדר ב' התשע"א, 28.3.13; ההדגשות הוספו - הח"מ).

239. המדינה תטען, כי את שעמד לנגד עיני המחוקק, הוכיחה המציאות הלכה למעשה, שעה שנתפסו קבוצות גדולות של מסתננים על גבולה הדרומי של ישראל. ברם, ובצד הקשיים הנובעים ממספרם הרב של המסתננים ומהקושי לזהותם, פעלו הרשויות, וכך הן מונחות לפעול גם עתה, להביא את המסתננים בפני הממונה על ביקורת הגבולות, בהקדם האפשרי.

240. על יסוד מכלול טעמים אלו, המדינה סבורה כי אין מקום להורות על ביטול הוראת סעיף 30א(א) לחוק למניעת הסתננות, שכן הסעיף אינו מסב פגיעה בלתי חוקתית במסתננים. הסעיף הנ"ל נועד לתכלית ראויה, והתקופה המקסימאלית שנקבעה בו, הוגדרה תוך איזון מידתי בהתחשב בייחודה הרלוונטי של קבוצת המסתננים בהשוואה לזרים הבאים בשעריה של מדינת ישראל, לרוב כשהם בגפם, דרך תחנות גבול מוכרות, וכשבידם מסמכים מזהים.

המדינה תוסיף ותטען, כפי שפורט בהרחבה לעיל, כי הסעד המבוקש בצו-על-תנאי השישי אינו ממן הסעדים הנכללים בגדרה של דוקטרינת ה-reading in כפי שנקלטה במשפט החוקתי הישראלי. זאת, בפרט כאשר המדינה מפרשת את התיבה "לא יאוחר", אשר בסעיף 30א(א) לחוק, כהוראה הכוללת בחובה גם את החיוב לפעול "בהקדם האפשרי". הלכה למעשה, כאשר מסתננים נתפסים בגפם, ולא במסגרת קבוצות גדולות, וכאשר זיהויים אינו מורכב, מובאים המסתננים במועדים קצרים ביותר. כך, לדוגמה, היה בעניינן של העותרות 1-2, אשר חצו את הגבול יחד עם מסתנן אחד בלבד, והובאו עוד באותו היום (26.8.12) בפני ממונה ביקורת גבולות.

יב.2. סעיף 30ה(1)א) – הבאה ראשונה בפני בית הדין לביקורת משמורת

241. סעיף 30ה(1)א) קובע כדלקמן:

"30ה. הוראות סימן ב' בפרק רביעי לחוק הכניסה לישראל, למעט הוראות סעיפים 13טו ו-13כא לחוק האמור, יחולו לעניין בית הדין לביקורת משמורת של מסתננים, בשינויים המחויבים ובשינויים אלה:

(1) בסעיף 13 ייד לחוק הכניסה לישראל –

(א) בסעיף קטן (א), במקום "בהקדם האפשרי ולא יאוחר מתום 96 שעות מעת תחילת החזקתו" יקראו "לא יאוחר מ-14 ימים מיום תחילת החזקתו במשמורת";".

242. בהמשך לאמור בתגובת המדינה לעניין הסעד המבוקש ביחס לסעיף 30א(א) לחוק, המדינה תטען כי ההבחנה בין התקופות הקבועות בחוק הכניסה לישראל לתקופות שנקבעו בסעיף 30ה(1)(א), הינה הבחנה רלוונטית הנותנת ביטוי לתכליותיהם השונות של דברי החקיקה ולשונות שבין נמעני החקיקה.

243. המדינה תבקש להבהיר, כי כפי שנקבע בסעיף 13ד לחוק הכניסה לישראל כי מוחזק במשמורת יובא "בהקדם האפשרי", כך המדינה מפרשת ופועלת על-פי סעיף 30ה(1)(א) לחוק, כאילו נכתב בו "בהקדם האפשרי ולא יאוחר מ-14 ימים מיום תחילת החזקתו במשמורת".

כפי שניתן לראות מהשוואת עניינם של העותרות 1-2 לעניינו של העותר 4, השונות בזמן הבאתם של המסתננים בפני בית הדין לביקורת משמורת מושפעת, במידה רבה, מגודלה של קבוצת המסתננים הנתפסת עם חציית הגבול. ככל שקטנה הקבוצה, כך מתקצר משך הזמן הדרוש להשלמת הבדיקה שהכרח לעשותה, בטרם יובא המסתנן בפני בית הדין לביקורת משמורת. כך, למשל, העותרות 1-2 אשר הסתננו לישראל עם אדם נוסף אחד ביום 26.8.12, הובאו בפני בית הדין לביקורת משמורת כבר ביום 3.9.12. מנגד, העותר 4 הסתנן לישראל בקבוצה בת 102 מסתננים ביום 11.6.12, והובא בפני בית הדין לביקורת משמורת רק ביום 28.6.12, וזאת לאחר הגשת בקשת אורכה בת 72 שעות.

244. מן המקובץ עולה, כי בשים לב לאופן פירושה והפעלתה של הוראת סעיף 30ה(1)(א) לחוק למניעת הסתננות על ידי המדינה, הן להלכה והן למעשה, יש לדחות את הטענה כי גישתם של מסתננים לבית הדין לביקורת משמורת נפגעת באופן בלתי מידתי.

י.ב.3. סעיף 30ד(א)(1) – ביקורת עתית בפני בית הדין לביקורת משמורת של מסתננים

245. סעיף 30ד(א)(1) לחוק מגדיר את סמכותו של בית הדין לביקורת משמורת של מסתננים לאשר את החזקתו של מסתנן במשמורת. בצד הענקת הסמכות, הסעיף מוסיף וקובע, כי אישור ההחזקה מחייב עריכתה של ביקורת עתית, במהלך תקופה שלא תעלה על 60 ימים. ובלשון הסעיף עצמו:

"30ד. (א) בית הדין לביקורת משמורת של מסתננים רשאי –

(1) לאשר את החזקתו של המסתנן במשמורת, ואם אישר כאמור יקבע כי עניינו של המסתנן יובא לפניו לבחינה נוספת בהתקיים תנאים שקבע או בתוך פרק זמן שקבע אשר לא יעלה על 60 ימים;"

246. כפי שעיינו רואות, סעיף 30ד(א)1 לחוק למניעת הסתננות מתווה את שיקול דעתו של בית הדין לביקורת משמורת, בכל הקשור לתקופה המקסימאלית במסגרתה על מסתנן, שהחזקתו במשמורת אושרה על-ידו, לשוב ולבוא בפניו.

פשיטא, כי בית הדין לביקורת משמורת של מסתננים רשאי לקבוע כי המסתנן יובא בפניו בתוך 30 ימים, ואף קודם לכן, הכול לפי נסיבות העניין. הסעיף קובע רף עליון בלבד, וזה הועמד על 60 ימים, בשים לב להיקפי ההסתננות חסרי התקדים ובצורך להתאים את עיצוב מערך הביקורת המעין-שיפוטית להתמודדות ייחודית עם כמות המסתננים המושמים במשמורת, ואשר נדרשת בעניינם ביקורת עתית.

247. לשם המחשת מורכבות הדברים, נשווה לנגד עינינו מצב בו מצויים במשמורת 1,800 מסתננים. אפילו אם נניח, כי בית הדין לביקורת משמורת פועל במשך 30 ימים בחודש, משמעות הדברים הינה כי בית הדין יידרש לדון, **מדי יום**, בעניינם של **60** מסתננים. ככל שבית הדין לביקורת משמורת פועל במשך כ-20 ימים בחודש, הרי שהמספר המסתננים הבאים בפני בית הדין, מדי יום, עומד על **כ-90**. די בדוגמה מספרית זו על מנת להמחיש את ההבדל בין האתגר עמו מבקש להתמודד תיקון מס' 3 לחוק למניעת הסתננות לבין היקפיו המוגבלים של האתגר עמו מתמודדים חוק הכניסה לישראל ובית הדין הפועל מכוחו.

248. עוד ראוי להדגיש, כי במסגרת תיקון מס' 3 לחוק למניעת הסתננות, הוחלו הוראות מפורשות, המאפשרות לכל מסתנן לבוא בפני בית הדין לביקורת משמורת של מסתננים, באופן יזום, בכל עת, על-פי בקשה. כפי שכבר צוין לעיל, סעיף 30 לחוק למניעת הסתננות קובע, כי:

"30ה. הוראות סימן ב' בפרק רביעי לחוק הכניסה לישראל, למעט הוראות סעיפים 13טו ו-13כא לחוק האמור, יחולו לעניין בית הדין לביקורת משמורת של מסתננים, בשינויים המחויבים ובשינויים אלה:....."

ואילו סעיף 13ז(א) לחוק הכניסה לישראל, המצוי בסימן ב' לפרק הרביעי של חוק זה, קובע כדלקמן:

"פניה לבית הדין בכל עת

13ז. (א) מוחזק במשמורת רשאי לפנות מיוזמתו לבית הדין בכל עת בבקשה לבחינת ענינו, וכן רשאי הוא לפנות לבית הדין בבקשה לעיון חוזר אם התגלו עובדות חדשות או השתנו הנסיבות ממועד ההחלטה הקודמת של בית הדין."

249. המדינה תטען, כי עיגון זכאותו הסטטוטורית של המסתנן לפנות מיוזמתו, בכל עת, לבית הדין לביקורת משמורת של מסתננים מקהה עד מאוד את טענת העותרים ביחס לאי-חוקיותו הנטענת

של סעיף 30ד(א)1). למעשה, היא כמעט ושומטת את הקרקע תחת הטענה בדבר פגיעתו הבלתי חוקתית של הוראת סעיף 30ד(א)1) ביכולתם של המסתננים לבוא בפני בית הדין לביקורת משמורת.

250. בהתחשב באמור עד כה, ועל יסוד התשתית הנורמטיבית שהונחה לעיל ביחס לסייגים שנקבעו להפעלתה של דוקטרינת ה-reading in במשפט הישראלי; המדינה תטען, כי העותרים לא הוכיחו פגיעה בזכות חוקתית המצדיקה להורות על ביטולו של סעיף 30ד(א)1), ובוודאי שלא על חקיקתו של הסדר חלופי תחתיו, הקוצב את תקופת הביקורת העתית על 30 ימים.

שער IV - הערעורים

251. ביום 17.1.13 ניתן פסק דינו של נשיא בית המשפט המחוזי באר שבע, בשבתו כבית משפט לעניינים מינהליים, במסגרתו נדונו במאוחד מספר תיקים.
252. המדינה תטען כי לאור האמור בכתב תשובה זה, לא עלה בידי המערערים להציג כל עילה להתערבות בפסק דינו של בית המשפט קמא, במסגרתו נדחו טענות המערערים הן בדבר אי חוקתיות הוראת השעה.
- זאת ועוד, גם במישור הפרטני לא עלה בידי המערערים להראות עילה המצדיקה התערבות בפסק דינו של בית המשפט קמא. **באשר למענה לטענות הפרטניות שנטענו בערעורים תבקש המדינה להפנות לסיכומים אשר הוגשו מטעמה ביום 10.3.13, ובפרט לפסקאות 71 עד 78.**
253. בקליפת האגוז נזכיר שבית המשפט קמא קבע בפסק דינו כי טענת המערערים, לפיה הוראת השעה לא נועדה לחול על המסתננים לישראל שהינם יוצאי אריתריאה וסודן, הינה פרשנות ה"מובילה למעשה לריקון החוק המתקן [הוראת השעה – הח"מ] מתכלית חקיקתו כפי שזו באה לידי ביטוי בדברי ההסבר לחוק ומההיקף הקשה ביותר של תופעת ההסתננות דרך הגבול המצרי שהחוק המתקן ביקש להתמודד עמה." (ראו פסקה 4 לפסק הדין).
- בית המשפט קמא בחן את חוקתיות הוראת השעה בראי עניינם הפרטני של המערערים כפי שהובא בפניו. בפסק הדין צוין כי מהתחקורים בפני הגורמים המוסמכים, עולה כי כל המערערים הסתננו לישראל במטרה לשיפור חייהם בהיבט הכלכלי, כי עברו בדרכם לישראל דרך מספר מדינות וכי לא נטען על ידם כי פנו בבקשה לקבלת מעמד של "פליט" – ולפיכך על פני הדברים מדובר לכאורה במהגרי עבודה (ראו פסקה 9 לפסק הדין).
254. בית המשפט קמא בחן את האיזון שקובעת הוראת השעה, בין תכליותיה, מזה, לבין החזקת המסתנן במשמורת, מזה - זאת בשים לב להיקף תופעת ההסתננות הבלתי חוקית; הסיכונים הנשקפים ממנה; העובדה שההוראות החוקיות נקבעו כהוראת שעה. במסגרת בחינת כלל השיקולים, קבע כבוד הנשיא בבית המשפט קמא, כי ההחזקה במשמורת "הינה מידתית ומאזנת ואני דוחה הטענה בדבר אי חוקתיותו של החוק המתקן." (ראו פסקה 10 לפסק הדין).
255. בשולי הדברים, באשר לטענת המערערות בבר"ם 1192/13 כי הן אינן עונות על "הגדרת מסתנן" בהוראת השעה בשל נסיבות כניסתן (בג"ץ 6582/12), הרי שאין כל יסוד לטענה זו, והיא אף נדחתה על ידי כבוד בית המשפט קמא בפסקה 14 לפסק דינו, כדלקמן:

"טענתן זו של העותרות 4 ו-5 נוגד את הפרשנות הקונטקסטואלית והתכליתית של הגדרת ה"מסתנן" שבחוק המתקן. שתי העותרות **נכנסו לישראל שלא דרך תחנת גבול שקבע שר הפנים...**" תוך

חציית גדר ראשונה מגדרות הגבול ורותקו "בין שתי גדרות ישראליות" (כמצוטט מהעתירה הני"ל שהוגשה לבג"ץ). הכנסתן על ידי כוחות הבטחון אל מעבר לגדר השנייה נעשתה מטעמים הומניטריים נוכח המצוקה הקשה שנקלעו אליה בשהייתן בין הגדרות. **העותרות אינן טוענות כי נכנסו באשרה או באישור שהיה כלשהו עפ"י חוק הכניסה לישראל.** המחווה ההומניטרית לגביהן התבטאה בהשוואת מצבן למצב המסתננים שצלחה להן הסתננותם ועברו את מערכת גדרות הגבול כולן לתוך שטח ישראל. על כן, הטענה כי אין הן "מסתננות" כהגדרתן בחוק המתקן אינה מקובלת עלי ודינה להדחות.

256. המדינה טוען, כי לא עלה בידי המערערים בעע"מ 1247/13 להראות כל טעם לשינוי מקביעותיו של בית המשפט קמא, ולעניין זה תפנה המדינה לאמור בסיכומים שהוגשו על ידה ביום 10.3.13.

סיכומם של דברים

257. בשנים האחרונות הפכה מדינת ישראל למוקד משיכה עבור רבים מתושבי מדינות אפריקה, אשר ביקשו לצאת את ארצותיהם ולהעתיק את חייהם לישראל. תחילה היו אלה מסתננים בודדים, בהמשך עשרות בודדות, ובשלוש השנים האחרונות מאות ואלפים מדי חודש בחודשו. רובם הגדול של המסתננים עברו בדרכם לישראל דרך מדינות שונות, מתוך כוונה להגיע לישראל בהיותה מדינת עולם מערבי מפותחת ומשגשגת.

258. אל מול תופעה רחבת ממדים זו, שהינה ברובה תופעה של הגירה מטעמים כלכליים, מצאה עצמה מדינת ישראל ניצבת בפני אתגר מורכב מעין כמותו, וזאת כשאינן באמתחתה הכלים המשפטיים המתאימים לאתגר זה. היעדרם של אמצעים הולמים להתמודדות עם רבדיה השונים והמורכבים של תופעת ההסתננות, ובכלל זה השתקעותם של עשרות אלפי מסתננים במרכזי הערים בישראל, חייב את הממשלה והכנסת להצטייד בארגז כלים משפטי ייעודי לכך.

259. זהו, אפוא, הרקע לתיקון מס' 3 לחוק למניעת הסתננות ואלו תכליותיו. זהו גם הרקע לבחירת המחוקק לעצב את ההסדר המשפטי המתקן כהוראת שעה מוגבלת בזמן. בבואו לבחור את הכלים המשפטיים לתיקון מס' 3, העמיד המחוקק לנגד עיניו משוואה מורכבת – מן העבר האחד את הצורך לבלום את תופעת ההסתננות ולמנוע את השתקעותם של אלפי המסתננים בחברה ובמשק הישראלי, תוך יצירת מנגנון משמורת שיהיה הולם בתנאיו, מאוזן ונתון לביקורת שיפוטית יזומה והדוקה; ומן העבר השני את ההכרח ליתן מענה הולם לבחינת בקשותיהם של פליטי חרב, בהתאם למחויבותה של המדינה לאמנת הפליטים.

260. המדינה תטען, כפי שפורט בהרחבה לעיל, כי תיקון מס' 3 לחוק למניעת הסתננות על מארג הוראותיו הינו חוקתי – פגיעתו בזכות לחירות עליה עמדנו לעיל הינה לתכלית ראויה, הולמת את ערכיה של מדינת ישראל כמדינה יהודית ודמוקרטית, ועומדת היא בעקרון המידתיות, על שלושת מבחני המשנה שלו.

261. אשר על כן, דין העתירה להידחות תוך ביטולם של הצווים-על-תנאי שהוצאו במסגרתה. כמו-כן, דין הערעורים להידחות בהיעדר עילה להתערבות בית המשפט הנכבד בפסק דינו של בית המשפט קמא.

262. כתב תשובה זה, למעט פסקה 24, נתמך בתצהירו של מר יוסי אדלשטיין, ראש מינהל אכיפה לזרים ברשות האוכלוסין וההגירה. פסקה 24 לכתב תשובה זה נתמכת בתצהירה של רפ"ק טל אלימלך, קצינה בחוליית מחקר פשיעה בחטיבת המודיעין של משטרת ישראל.

היום, ד' סיון תשע"ג
13 מאי 2013

<p>רן הוזנברג, עו"ד עוזר ראשי לפרקליט המדינה</p>	<p>מוריה פרימן, עו"ד עוזרת ראשית לפרקליט המדינה</p>	<p>מיכל מיכלין-פרידלנדר, עו"ד סגנית בכירה בפרקליטות המדינה</p>	<p>יוכי גנסין, עו"ד מנהלת תחום בכירה (עניינים מינהליים) בפרקליטות המדינה</p>
--	---	--	--