

**העותרים:**

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

אזרחית אריתריאה, אסירה מס' -----

2. ז' א'

אזרחית אריתריאה, אסירה מס' -----

3. א' מ'

אזרח אריתריאה, אסיר מס' -----

4. ג' מ'

אזרח אריתריאה, אסיר מס' -----

5. א' ט'

אזרחית אריתריאה, אסירה מס' -----

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

7. מוקד סיוע לעובדים זרים

8. האגודה לזכויות האזרח בישראל

9. קו לעובד

10. המרכז לקידום פליטים אפריקאיים

כולם ע"י עו"ד יונתן ברמן מהקליניקה לזכויות מהגרים, החטיבה לזכויות אדם, המרכז האקדמי למשפט ולעסקים וכן ע"י עו"ד ענת בן דור מהתכנית לזכויות פליטים, הפקולטה למשפטים, אוניברסיטת תל-אביב וכן ע"י עו"ד עודד פלר מהאגודה לזכויות האזרח בישראל וכן ע"י עו"ד אסף וייצן ממוקד סיוע לעובדים זרים

שכתובתם להמצאת כתבי בי דין הינה:

החטיבה לזכויות אדם, המרכז האקדמי למשפט ולעסקים

רח' בן גוריון 26, רמת גן

טלפון 03-6000800, שלוחה 301, פקס: 03-6000872

**נ ג ד**

**המשיבים:**

1. הכנסת

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

2-4. שר הפנים ואח'

ע"י פרקליטות המדינה

משרד המשפטים, רח' צלאח א-דין 29, ירושלים

**תגובה מטעם העותרים לכתב התשובה**

בהתאם להחלטת בית המשפט הנכבד מיום 12.3.2013, בהתאם להסכמות הדיוניות, אליהן הגיעו הצדדים, שבאו לידי ביטוי בבקשות המשיבים 2-4 להארכות מועד מימים 26.4.2013 ו-12.5.2013, ובהתאם להחלטת כב' הנשיא מיום 29.4.2013, מתכבדים העותרים להגיש תגובתם לכתב התשובה מטעם המשיבים 2-4 (להלן – המשיבים או המדינה).

## תוכן עניינים

	<b>פרטים נוספים ועדכון</b> .....	3
	א. הנחיית היועץ המשפטי לממשלה - גירוש אזרחי סודן ואריתריאה אינו עומד על הפרק לעת הזו	3
	ב. פרטים נוספים שסיפקו המשיבים לפי דרישת העותרים	3
	<b>תגובת העותרים לכתב התשובה</b> .....	4
	הקדמה ומספר מלים על השלכות המנגנון ה"דינמי" שבתיקון מס' 3	4
	1. הנרטיב	6
	1. א. הנרטיב – "בנושא ההסתננות מצויה ישראל במצב מיוחד"	7
	1. ב. הנרטיב – "ירידה חדה בכמות המסתננים משעה שהחל יישומה של הוראת השעה"	7
	1. ג. הנרטיב – "השלכותיה של תופעת ההסתננות"	9
	1. ד. הנרטיב – "הם לא פליטים"	11
	1. ה. הנרטיב – "תכלית החוק אינה הרתעתית"	15
	1. ו. הנרטיב – "תנאים הולמים שלא יפגעו בבריאותם ובכבודם של השוהים במשמורת"	16
	1. ז. הנרטיב – "החוק הוא הוראת שעה"	19
	2. תגובת העותרים לתשובת המדינה לצווים על-תנאי	19
	2. א. מקרים חריגים	19
	2. ב. קטינים המלווים על ידי בן משפחה או אפוטרופוס	22
	2. ד. "הסדר מיטיב" ה"מעגן לראשונה מנגנון מינהלי לבחינת בקשות מקלט"?	28
	2. ו. יישום סעיף 30א(ג)(1)	32
	2. ז. שלוש שנים - תקופת המעצר הקבועה בסעיף 30א(ג)(3) לחוק	33
	2. ח. הטיפול ב"מסתננים" החשודים בעבירות פליליות בהתאם לחוק למניעת הסתננות	35
	2. ט. זמני ההבאה לשימוע בפני ממונה ביקורת הגבולות ובפני בית הדין למשמורת	36
	2. י. הסעד החוקתי	38

## פרטים נוספים ועדכון

בפתח הדברים, ובטרם יגיבו לכתב התשובה, יבקשו העותרים לעדכן את בית המשפט ביחס להנחיית היועץ המשפטי לממשלה בעניין אזרחי סודן ואריתריאה ובעניין הפרטים הנוספים שמסרו המשיבים לעותרים.

### א. הנחיית היועץ המשפטי לממשלה - גירוש אזרחי סודן ואריתריאה אינו עומד על הפרק

#### לעת הזו

1. מתשובה שמסרה ביום 19.5.2013 שרת המשפטים לשאלתא שהוגשה על ידי חה"כ דב חנין, עולה כי קיימת הנחייה, לפיה אין לגרש את אזרחי סודן ואריתריאה וכי גירושם אינו עומד על הפרק בעת הזו. לעת הזו אף נמנעת "יציאתם מרצון" מישראל ישירות ממתקן המשמורת. לשון תשובת שרת המשפטים:

"על שולחנו של היועץ המשפטי לממשלה ניצבות מספר סוגיות הנוגעות להחזקתם במשמורת ויציאתם מהארץ של קבוצות מסתננים שונות - לרבות המסתננים מאריתריאה ומן הרפובליקה של סודאן (המכונה "צפון סודאן"). נכון לעת הזו, וכל עוד לא הוכרעו השאלות שעל הפרק, נמנעת יציאתם מרצון של חברי שתי הקבוצות הללו מן המשמורת אל מחוץ לגבולות הארץ. הרחקתם של שתי הקבוצות בכפייה - אינה עומדת על הפרק לעת הזו, וכל עוד לא נמצא יעד ספציפי וקונקרטי להרחקתם אלין. הממשלה שוקדת על חיפוש יעדים אפשריים אליהם ניתן יהיה להרחיק את המסתננים משתי המדינות האמורות." (ההדגשות הוספו).

העתק השאלתא מיום 1.5.2013 מצ"ב ומסומן א'.

העתק תשובת שרת המשפטים מיום 19.5.2013 מצ"ב ומסומן ב'.

2. נזכיר, כי העותרים, המבקשות והמערערות הם כולם אזרחי סודן או אריתריאה. כך גם 90% מן העצורים לפי החוק למניעת הסתננות. החוק מאפשר החזקתם לפרק זמן של שלוש שנים לפחות בהעדר הליכי גירוש. כפי שנראה מיד, מתוך קרוב ל-2,000 עצורים, משרד הפנים, בית הדין לביקורת משמורת ובתי המשפט מצאו כי בעניינם של פחות מ-7% מן העצורים (כמעט כולם מיוצגים) מתקיימת עילת שחרור. בעניינם של 93% לא מתקיימת עילת שחרור ממשמורת, והם יוחזקו במעצר פרק זמן מינימלי של שלוש שנים, אלא אם יבוטל החוק.

### ב. פרטים נוספים שסיפקו המשיבים לפי דרישת העותרים

3. כמו כן, יעדכנו העותרים את בית המשפט, כי ביום 16.5.2013 נשלחה למשיבים דרישה לפרטים נוספים בהתאם לתקנה 11 לתקנות סדר הדין בבית המשפט הגבוה לצדק, תשמ"ד-1984. בהתאם ללוחות הזמנים שהוסכמו בין הצדדים, מסרו המשיבים ביום 22.5.2013 את (רוב) הפרטים שנתבקשו.

העתק הדרישה לפרטים נוספים מיום 16.5.2013 מצ"ב ומסומן ג'.  
העתק תשובת המשיבים מיום 22.5.2013 מצ"ב ומסומן ד'.

4. תשומת לב בית המשפט תופנה כבר עתה לעניין מרכזי שהמשיבים הבהירו, בהגינותם, במענה לדרישה לפרטים נוספים. בסעיף 55 לכתב התשובה ציינו המשיבים כי החל מחודש יוני 2012 שוחררו ממעצר 238 "מסתננים". במענה לשאלת העותרים הובהר, כי **רק 136 מתוך מי ששוחררו הם עצורים שהוחזקו מכוח החוק למניעת הסתננות**. יתר המשוחררים הוחזקו מכוח חוק הכניסה לישראל (סעיף ו' לתשובה לפרטים נוספים).

5. כן עולה מן התשובה, כי נוסף על 1,750 העצורים מכוח החוק למניעת הסתננות, שמוחזקים במתקני הכליאה ב"סהרונים" וב"קציעות" (הסיפא לסעיף 54 לכתב התשובה), מוחזקים בבתי כלא שונים ברחבי הארץ 68 עצורים נוספים מכוח החוק (סעיף ד' לתשובה לדרישה לפרטים נוספים), ובסך הכל 1,818 עצורים. אלה בתוספת 136 העצורים ששוחררו מעמידים את **מספר האנשים עליהם מוחל החוק בעת הזו על 1,954**.

**136 מתוך 1,954 עצורים שוחררו, או במילים אחרות – נמצא כי רק 6.96% מן העצורים מקיימים את אחת מעילות השחרור הקבועות החוק. יתר העצורים, 93%, יוחזקו במשמורת פרק זמן של שלוש שנים לפחות, אלא אם יחול שינוי משמעותי בנסיבותיהם.**

6. כן הובהר, כי (חרף יישום החוק פרק זמן של שנה, וחרף העובדה ש-90% מן העצורים הם אזרחי סודן ואריתריאה), **לא הסתיים הטיפול ולו בבקשת מקלט אחת של אדם שעצור על פי החוק** (ראו סעיף ה(1,2,3) וסעיף ה(4) לתשובה לפרטים נוספים). ואולם, עוד בטרם נדחתה אפילו בקשת מקלט אחת של אזרח סודן או אריתריאה, לא היססה המדינה להכריז בכתב התשובה כי כמעט כל ה"מסתננים" הם "מהגרי עבודה" ולא פליטים.

## **תגובת העותרים לכתב התשובה**

### **הקדמה ומספר מלים על השלכות המנגנון ה"דינמי" שבתיקון מס' 3**

המענה לרוב טענות המשיבים מצוי בעתירה, ואין טעם לחזור ולפרט. בתגובה זו נתייחס באופן ממוקד לחלק מן הטענות העולות בתשובת המדינה.

בפתח הדברים יצוין, כי בשלב זה הכניסה לישראל שלא כדין דרך גבולה הדרומי היא תופעה שכמעט אינה מתקיימת עוד, והדברים עולים מן הנתונים שהביאה המדינה בתשובתה. כפי שהוסבר בעתירה, העותרים סבורים כי גם אלמלא הירידה הדרמטית במספר הנכנסים, מנגנון מעצר מינהלי לפרקי זמן ממושכים של מי שלא מתקיימים בעניינם הליכי הרחקה אפקטיביים, ושמטרתו להרתיע, אינו עומד

בדרישות החוקתיות שבדין. אולם בשלב זה, הגדר שנבנתה בגבול הדרום חוסמת בצורה כמעט הרמטית את הכניסה לישראל. כפי שנפרט בהמשך, המשיבים ניסו בכתב תשובתם להצביע על כך שמגמת הירידה החלה לפני השלמת הגדר, ובאופן זה הם מנסים להוכיח כי הכליאה מכוח החוק למניעת הסתננות היא שהביאה לירידה במספרים ולא הגדר. העותרים אינם שותפים להערכה זו, כפי שיוסבר בהמשך, ואולם תהיינה אשר תהיינה הסיבות הראשוניות לצמצום היקפי הכניסה לישראל, המצב היום שונה – הגדר מונעת כניסה לארץ באופן כמעט מוחלט. כאשר צומצמה עד למאוד האפשרות להיכנס לישראל דרך גבולה הדרומי, כליאה של 2,000 אנשים, שנכנסו לישראל, אינה יכולה להתיע מסה של "מסתננים" עתידיים, שכן אלה ממילא אינם יכולים להגיע לישראל.

עוד נציין בפתח הדברים, כי טיעוניהם המפורטים של המשיבים בדבר מנגנון "משמורת" "דינמי" הממתן את הפגיעה בזכות לחירות באמצעות קביעת עילות שחרור מסוגים שונים אינם יכולים להסתיר את העובדות הבסיסיות העומדות מאחורי עתירה זו – קרוב ל-2,000 גברים, נשים וילדים עצורים במעצר מינהלי (ביטוי הצורם באוזני המשיבים אך מתאר את המציאות – כליאה מכוח צו מינהלי של ממונה ביקורת הגבולות). לגבי רובם המוחלט – 93% – כבר נקבע, כי אין עילה לשחרורם לפי הוראות החוק, ואף לא תקום עילה לשחרורם עד לחלוף שלוש שנים ממועד מעצרו. כאמור בתשובה לבקשה לפרטים נוספים, עד כה רק 136 ממי שנעצרו מכוח החוק שוחררו. אף שקיימת מחלוקת בשאלת היותם של רוב העצורים פליטים, המדינה עצמה מודה כי בין שהם פליטים ובין שאינם, על רוב העצורים חל עקרון ה-*non-refoulement* (איסור ההחזרה) בשל סכנה הנשקפת להם במדינות מוצאם, ולא ניתן להצביע על מועד בו יגורשו.

בשבועות האחרונים ניכרת תכונה רבה במתקן הכליאה "סהרונים". חמישה ימים לפני המועד להגשת כתב התשובה שוחררו ממעצר בבהילות רבה 10 ילדים אריתראים עם אמהותיהם, לאחר שבילו במעצר פרקי זמן של תשעה חודשים עד שנה. בנוסף, לאחר שנה תמימה של גרירת רגליים בבחינת בקשותיהם של מבקשי המקלט במתקן הכליאה "סהרונים" (וראו תשובת המדינה לבקשה לפרטים נוספים ממנה עולה כי טרם התקבלה ולו החלטה אחת בבקשות למקלט), בשבוע האחרון החל "בליץ" של קיום ראיונות מקלט. לאחר חודשים ארוכים בהם גם לא נעשה דבר בעניינם, זומנו לפתע בסמוך למועד הדיון העותרים לראיונות. העותרים מברכים על שחרור ילדים ממעצר וגם על קידום הליכי המקלט של העצורים, אך דומה שהדבר נעשה בעיקר לכבוד הדיון המתקרב.

ואולם גם פעלתנות פתאומית זו אינה מכסה על המציאות – המשיבים הכריזו כבר מראש בכתב תשובתם, **עוד לפני שהסתיימה בדיקתה של בקשת מקלט אחת**, כי כמעט כל הכלואים הם "מהגרים כלכליים" ולא "פליטים". בל נתפלא אם ערב הדיון יכריזו, בחיפזון ובהלה, כי במשך שבוע דחו מאות בקשות מקלט. אך גם אם ידחו המשיבים את בקשות המקלט של כל העצורים במתקן, עדיין, יחול עקרון איסור ההחזרה על 90% מן הכלואים – אזרחי סודן ואריתריאה. עדיין אי אפשר יהיה לגרשם למדינות מוצאם עד להודעה חדשה. עדיין, כפי שעולה מתשובת שרת המשפטים (נספח ב') גירושם אינו עומד על הפרק לעת הזו. **הם עדיין יימקו במעצר לפרק זמן של שלוש שנים לפחות.**

המשיבים ניסו בכתב התשובה להראות כי מנגנון המעצר שבתיקון מס' 3 הוא מנגנון מתון ו"דינמי" ומאפשר שחרור במקרים רבים. הם מצביעים על כך שהעותרים 1-4 שוחררו. ואולם, נסיבותיהם של העותרים 1-4 זהות לאלה של מאות רבות של אנשים שלא שוחררו. הבדל אחד ויחיד יש בין העותרים 1-4 ליתר העצורים – העותרים 1-4 מיוצגים על ידי עורכי דין, להבדיל מן הרוב המוחלט של העצורים במתקן הכליאה. אלמלא היו מיוצגים – לא היו משוחררים.

על המנגנון ה"דינמי" וה"מתון" שבחוק ניתן ללמוד מגורלם של הצדדים האחרים להליך זה. **העותרת 5, אזרחית אריתריאה, חוגגת בימים אלה שנה במעצר מינהלי.** גם אם לא תוכר כפליטה, הרי שלעת הזו לא תגורש לאריתריאה בשל המדיניות החלה על אזרחי מדינה זו. עמדת המשיבים 2-4 היא שאין מתקיימת בעניינה עילת שחרור לפי החוק למניעת הסתננות. לכן, **אלא אם יחול שינוי משמעותי בנסיבות, היא צפויה להיות מוחזקת במעצר מינהלי שנתיים נוספות, לכל הפחות.**

כך גם לגבי המבקשות בבר"ם 1192/13 והמערערות בעע"מ 1247/13, העצורות מזה חודשים רבים. לגבי ארבעתן נפסק על ידי בית המשפט המחוזי, כי לא מתקיימת עילת שחרור לפי החוק למניעת הסתננות. בהיותן אזרחיות אריתריאה וסודן הן אינן צפויות להיות מגורשות מישראל במועד ידוע. בהעדר שינוי משמעותי בנסיבות, גם הן תוחזקנה עוד שנתיים לפחות. כך גם קרוב ל-2,000 אנשים נוספים. משילוב נתוני המדינה במענה לדרישה לפרטים נוספים ובכתב התשובה עולה, כי בעניינם של 6.96% בלבד מן העצורים סבור משרד הפנים כי מתקיימת עילה לשחרור (136 מתוך 1,954; לאופן החישוב ראו עמ' 4 לתגובה זו). היתר נדונו להיות מוחזקים במשמורת פרק זמן של שלוש שנים לפחות.

תגובתנו לכתב התשובה תחולק לשניים – בחלק הראשון נגיב לנרטיב העולה מתשובת המדינה. בחלק השני – לטענותיהם בעניין הצווים על-תנאי.

## 1. הנרטיב

1. וזהו הנרטיב העולה מכתב התשובה – מדינת ישראל מצויה במצב ייחודי בשל מיקומה הגיאוגרפי. לתופעת "ההסתננות" השלכות שליליות, שהדרך היחידה למונען היא מעצר מינהלי של "מסתננים". רוב ה"מסתננים" כלל אינם פליטים, אלא מהגרים כלכליים, לרבות אזרחי סודן ואריתריאה. אזרחי סודן ואריתריאה הם ברובם מהגרים כלכליים אך אין מחזירים אותם למדינות מוצאם – את אזרחי אריתריאה משום הסכנה הנשקפת להם במדינה זו; את אזרחי סודן מטעמים "טכניים". החוק למניעת הסתננות הביא לירידה במספר הנכנסים לישראל דרך גבולה הדרומי, וזאת ללא קשר לבניית הגדר. תכלית החוק אינה הרתעה אלא פגיעה בתמריץ להיכנס לישראל. מתקן "סהרונים" אינו מתקן כליאה אלא מתקן "משמורת" השונה מהותית מבית סוהר, בית קיט של ממש.
2. בהליכים משפטיים מסוג זה, למדינה יתרון מובנה בעיצוב הנרטיב שמאמץ בית המשפט. תצהיר של בכיר במשרד הפנים שווה מבחינה ראייתית, כך דומה, יותר מתצהיריהם של מבקשי מקלט, דו"חות של נציבות האו"ם לפליטים, נתונים בדבר המצב במדינות מוצאם של העצורים וסטטיסטיקות בדבר

שיעורי ההכרה בפליטים בעולם בנסיבות דומות לאלו של רוב העצורים. אף על פי כן, יש לקוות כי יעלה בידי בית המשפט לבחון באופן ביקורתי את הנרטיב שבתשובת המדינה.

### 1. א. הנרטיב – "בנושא ההסתננות מצויה ישראל במצב מיוחד"

3. בתשובתה מבקשת המדינה לצייר את תופעת ההגירה לישראל כתופעה ייחודית. אמנם, המדינה מקבלת שמדינות נוספות בעולם מתמודדות עם תופעה דומה של "הגירה בלתי-חוקית" (סעיף 17 לכתב התשובה), ואולם ישראל, כך נטען, היא המדינה המערבית היחידה, למעט שתי מושבות קטנות של ספרד בצפון אפריקה, שלה גבול יבשתי עם אפריקה.

4. אכן, ישראל אינה המדינה היחידה המתמודדת עם הגירה בלתי מתועדת (הגירה של אזרחי מדינות אחרות, שאינם נכנסים באישור המדינה, או בהזמנתה, או דרך מעברי גבול מוסדרים, או אזרחי מדינות אחרות, שנשארים במדינות שאליהן כניסתם הותרה ללא היתר). מבחינה זו, רבות הן המדינות המערביות שבשטחן שוהים כיום עשרות אלפי מהגרים ללא היתר, ובחלקן אף מאות אלפים. ואולם, ישראל אינה במצב ייחודי אף מבחינת הקרבה למדינות העולם השלישי ונתיבי ההגירה.

5. לארצות הברית גבול יבשתי בן 3,326 ק"מ עם אמריקה הלטינית. ליוון גבול יבשתי עם אסיה ועם מדינות מזרח אירופה, שאינן חברות באיחוד האירופאי. איטליה, מלטה, ספרד והאיים הקנריים מצויות במרחק שייט סירות דייגים מצפון אפריקה. כולן מתמודדות עם מהגרים במספרים משמעותיים, ונתיבי הברחת המהגרים ידועים. לארצות הברית נכנסים, בעיקר, דרך היבשה מטקסס, מניו מקסיקו, מאריזונה ומקליפורניה. ליוון מגיעים, בעיקר, דרך היבשה מאלבניה, ודרך הים והיבשה מטורקיה. למדינות צפון הים התיכון מגיעים מהגרים אפריקאים דרך הים. לאיטליה מגיעים בסירות דרך לוב. למלטה דרך תוניס. לספרד דרך מרוקו ואלג'יריה. לאיים הקנריים דרך מדינות החוף בצפון מערב אפריקה. מהגרים נוספים מגיעים למדינות אירופה מאסיה וממזרח אירופה דרך מדינות הבלקן.

6. כאמור, הדרכים היבשתיות או הימיות לארצות הברית ולאירופה ידועות. הן משמשות עשרות אלפי מהגרים, מפרנסות מבריחי גבול, מצריכות מעבר במדינות שלישיות ורצופות סכנות נוראות. ממש כמו הדרך לישראל. אף על פי כן, אין ולו מדינה אחת, הגובלת ביבשה או בים במדינות העולם השלישי, אשר בחרה להתמודד עם ההגירה לתחומה באמצעות חוק כחוק נשוא עתירה זו.

### 1.ב. הנרטיב – "ירידה חדה בכמות המסתננים משעה שהחל יישומה של הוראת השעה"

7. מספרת המדינה, כי יישום החוק נשוא העתירה מאז חודש יוני 2012 הוא ורק הוא שהביא לירידה חדה בכמות הכניסות לישראל דרך גבול מצרים (סעיף 54 לכתב התשובה). אלא שבד בבד עם התחלת יישום החוק ארעו עוד מספר אירועים מקומיים ובינלאומיים, שיש בהם להסביר את שארע.

8. ראשית, וכאמור בתשובת המדינה (סעיף 33 לכתב התשובה), ישראל השלימה את בניית הגדר בינה לבין מצרים לאורך 245 ק"מ, וזאת להוציא 2 ק"מ באזור אילת. כפי שהתברר כבר בפני בית המשפט הנכבד, הגדר וסירובה העיקש של ישראל להכניס לשטחה אף אנשים המבקשים על חייהם, מונעת כניסה (ר' בג"ץ 6582/12 עמותת "אנו פליטים" נ' מדינת ישראל – שר הביטחון (9.9.2012)).

9. שנית, באזור שבו טרם הושלמה הגדר פועל צה"ל מאז חודש יוני 2012 כמידת יכולתו למסור לידי הכוחות המצרים את הבאים מסיני. הפרקליטות הצבאית אישרה בחודש יולי 2012, כי צה"ל "מנע בהצלחה" כניסתם של "מסתננים" טרם הגעתם לישראל. הפרקליטות הצבאית אינה רואה בכך החזרה, משום שהדברים אינם מתבצעים על אדמת ישראל. חייל צה"ל ששירת במילואים בחודש יוני 2012 העיד על המדיניות, הקרויה "נוהל זיכוי". על פי עדותו, כוחות הצבא חודרים לשטח מצרים, מרחק שבין כמה עשרות מטרים למאות מטרים מן הגבול, וממתיינים למתעתדים לבוא לישראל. הם מונחים לטעת אצל הבאים את התחושה שהגיעו לישראל, להפגין יחס ידידותי, לשאול אותם למטרת בואם (אך לא לתעד דבר באשר לבאים), לספק אוכל ומים ובדיקה רפואית, ולהבטיח שאוטובוס יבוא לקחתם. בעוד הבאים ממתיינים תחת השגחת כוחות צה"ל, מוזעקים הכוחות המצרים על מנת להעבירם לידיהם. לעתים מצעידים את הבאים לעבר הכוחות המצרים. לחיילים הובהר, שכשהמוחזרים מבינים מה עומד לקרות, הם מתנגדים בכוח, משתוללים ומנסים לברוח. משום כך, הומלץ לחיילים להבטיח כי בשלב זה יהיו בשטח כוחות רבים. החייל ששירת במילואים מעיד על שלושה אירועים בהם השתתף, באחד מהם היו בין הבאים גם נערות, ילדות ותינוק. הם הוחזקו משך 48 שעות בהמתנה בשטח מדברי חם ולא מוצל.

העתק מכתבו של רס"ן שגיב ליכטמן מהפרקליטות הצבאית מיום 25.7.2012 מצ"ב ומסומן ה'.  
העתק מכתבה של עו"ד בן-דור, הח"מ, לו צורף תצהירו של חייל המילואים מיום 30.7.2012 מצ"ב ומסומן ו'.

10. שלישית, בסוף חודש ינואר 2011 פרצו הפגנות המוניים במצרים. בתוך 18 ימים אולץ הנשיא חוסני מובארק להתפטר מתפקידו. מצרים עברה מהפכה, שלא הושלמה עד למחצית שנת 2012, עם סיום הבחירות לנשיאות. משך שנה וחצי – מתחילת המהפכה בראשית שנת 2011 ועד לסיומה באמצע שנת 2012 – שררה בחצי האי סיני אנרכיה. כוחות הצבא המצרי לא שלטו בסיני, וגורמי טרור, גורמים עברייניים ומבריחי הגבול עשו באזור ככל העולה על רוחם. תקופה זו היא תקופת השיא של הכניסה לישראל דרך גבולה הדרומי. בחודש מאי 2012 הזהיר שר הביטחון של ישראל דאז, אהוד ברק, את שלטונות מצרים, כי עליהם להשתלט על האנרכיה בסיני. מצרים החלה לנקוט בפעולות. במחצית חודש יוני נבחר הנשיא החדש, מוחמד מורסי. הנשיא הנבחר הדיח את ראשי הצבא ואת מושל צפון סיני. עד למחצית חודש אוגוסט 2012 נכנסו לסיני כוחות צבא מצרים בהיקף גדול – ככל הנראה גדול משהסוכם בין ישראל לבין מצרים בהסכמי קמפ דייוויד. אחיזת כוחות הביטחון המצרים בסיני השפיעה אף היא על האפשרות להבריח אנשים לישראל.

11. רביעית, בסוף חודש פברואר 2012 פסל בית הדין האירופאי לזכויות אדם את הסכם החזרה בין איטליה ללוב, שאיפשר לאיטליה לגרש מהגרים, ובהם מבקשי מקלט, בחזרה ללוב מייד עם תפיסתם בסירות, בסמוך לפני כניסתם למים הטריטוריאליים של איטליה ( *Hirsi v. Italy*, application no. 27765/09, 23 February 2012). בית הדין קבע כי החזרה ללוב מהווה הפרה של עקרון ה-*non-refoulement* (איסור החזרה). נתיב הגירה ממזרח אפריקה לאירופה, שנחסם משך מספר שנים, נפרץ שוב, וחזר בחודשים שלאחר מכן לפעול.



12. החוק נשוא העתירה, נזכיר, נחקק בחודש ינואר 2012. המדינה החלה להפעילו בחודש יוני 2012. בתקופה בה הוחל בהפעלת החוק הושלמה בניית רוב גדר הגבול, תוגברו הפעולות הצבאיות למניעת כניסה, כוחות הצבא המצרים החלו לפעול בסיני ונתיב הגירה לאירופה ממזרח אפריקה שב לפעול. למדינה אין כל דרך לדעת, אם כן, בביטחון, כי יישום החוק דווקא הוא שהביא לירידה במספר הנכנסים לישראל.

### 1.1. הנרטיב – "השלכותיה של תופעת ההסתננות"

13. "תופעת ההסתננות", מספרת המדינה, השלכות שליליות רבות (סעיפים 23-29 לכתב התשובה). היא מאיימת על ביטחון הפנים ועל שלום הציבור. היא משפיעה לרעה על הכלכלה ועל המשק. המדינה מדגישה בתשובתה את המצוקה באזורים שבהם מתגוררים מבקשי המקלט, ומצביעה על כך שמבקשי המקלט הם שאחראים למצב הקשה. הפתרון, לשיטת המדינה, הוא לכלוא את "המסתננים" על פי החוק נשוא העתירה.

14. איש אינו חולק על כך שהמצב באזורים שבהם מתגוררים מבקשי המקלט קשה, ואולם האחריות לכך רובצת לפתחה של המדינה.

15. מדינת ישראל דוחקת את מבקשי המקלט לאזור הדמדומים של החוק. צווי גירוש שאינם בני ביצוע תלויים ועומדים נגדם. העסקתם בישראל מיוסדת על הסדר "אי-אכיפה" נגד מעסיקיהם ועל איסור לנהל עסקים. כלומר, הם מחזיקים ברישיונות ישיבה, שעליהם כתוב במפורש שחל עליהם איסור לעבוד ומי שיעסיקם צפוי לסנקציות. לצד זה ניתנה בפני בית המשפט הנכבד התחייבות, שלא לאכוף את החוק על מעסיקים (ר' בג"ץ 6312/10 קו לעובד נ' הממשלה (16.1.2011)). התחייבות זו מוצנעת מן הציבור, ובמקרים רבים אף נמסר לציבור מידע הפוך, ולפיו חל איסור להעסיק "מסתננים". משום כך, מבקשי המקלט מסוגלים, לכל היותר, למצוא עבודות דחק, חלקן מזדמנות, רבות מהן אצל מעסיקים פוגעניים, המנצלים את היעדר היתר העבודה וחולשתם של מבקשי המקלט על מנת לעשוק אותם. מבקשי המקלט אינם זכאים לכל סיוע, ועתידם לוט בערפל.

16. מדיניות ממשלתית זו, המונעת ממבקשי המקלט אפשרויות תעסוקה סבירות, כמו גם נגישות לדיוור, לשירותי בריאות, לשירותי רווחה ולהשכלה, דוחקת אותם לעוני ולמצוקה. כתוצאה מכך, נוצרו ריכוזים של מבקשי מקלט בדירות צפופות באזורים מוחלשים כלכלית וחברתית, שבהם הם יכולים להרשות לעצמם למצוא מחסה. כאשר אין להם יכולת להתקיים, יש בהם שמידרדרים לפשיעה, רובה "פשיעת הישרדות", ויש שמסתובבים חסרי מעש ברחובות. הצטופפותם במקומות אלה מוסיפה על המצוקה השוררת בהם ממילא.

17. לא למותר להזכיר בהקשר זה את דבריה של השופטת א' חיות:

"[...] אף שעם השנים צוברת תופעה זו ממדים של "הצפה", טרם הותקנו על ידי הגורמים המוסמכים לכך כללים מתאימים אשר יבהירו מהו אגד הזכויות שהמדינה מוכנה להכיר בו לגבי אנשים אלה.

המשיבה בטיעוניה נמנעת מלאשר כי מדובר אכן ב"הגנה זמנית" על המשמעויות (הלא-אחידות, יש לומר) שנושא מושג זה במדינות השונות, והיא מדגישה כי מדובר במדיניות המצטמצמת ל"אי-הרחקה זמנית". זאת ותו לא, מבלי שנקבעו בצידה כללים ונהלים ברורים הנוגעים לזכויותיהם של אותם "בלתי-מורחקים" בעת שהותם בישראל.

זהו מצב בלתי רצוי בעליל. הערפל הנורמטיבי יוצר אי-וודאות מכבידה ביותר מבחינת האנשים עצמם אשר לעיתים שוהים בישראל מכח המדיניות האמורה פרקי זמן בלתי-מבוטלים. בתי המשפט נאלצים אף הם להתמודד בשל כך חדשות לבקרים עם שאלות ומצבים שונים ומגוונים שמייצרת, מטבע הדברים, מציאות החיים והנוגעים לזכויותיהם של אנשים אלה. ויעיד על כך המקרה דנן.

בהינתן ממדי התופעה טוב היה אילו הנושא היה זוכה להסדרה כלשהי ולו על דרך של נהלים והנחיות שיכללו, בין היתר, התייחסות לזכויותיהם הבסיסיות של אותם אנשים בעת שהותם בישראל.

ויפה שעה אחת קודם."

ע"מ 8908/11 אספו נ' משרד הפנים (17.7.2012) (להלן עניין אספו).

18. עמדה זו הובעה אף על ידי המשטרה בעת דיון בפשיעה של מבקשי מקלט. בדיון שהתקיים בוועדת העובדים הזרים של הכנסת ביום 21.5.2012, סמוך להתחלת הפעלתו של החוק למניעת הסתננות, אמר מפקד מחוז תל-אביב במשטרה, ניצב אהרון אקסול, על דעתו של מפכ"ל המשטרה, רב-ניצב יוחנן דנינו, כי הפשיעה הינה "פשיעת הישרדות" בהעדר אמצעי קיום, וכי המשטרה סבורה שמתן אפשרויות תעסוקה יקל על המצב ועל המתח בשכונות דרום תל-אביב.
19. כלומר, עמדתה המקצועית של משטרת ישראל הינה שמיצוי המדיניות בעניינם של מבקשי המקלט בהסדר "אי האכיפה" ותו לא, אינו מאפשר תעסוקה ראויה, ואף מוביל לפשיעת הישרדות ולהתגברות המתח בדרום תל-אביב.
20. אכן, את מחיר ההדרה של מבקשי המקלט משלמות גם אוכלוסיות אחרות. תחת לשסות את תושבי דרום תל-אביב במבקשי המקלט היה על המדינה לספק פתרונות משולבים שיקלו על מצוקתן של שתי האוכלוסיות, ויבטיחו שמבקשי המקלט לא יתרכזו דווקא באזורים המוחלשים ביותר.
21. אף מבקשי המקלט אינם רוצים לחיות בתנאים קשים של עוני, צפיפות ודוחק. רבים מהם אנשים פרודוקטיביים ומשכילים. התערבות ממשלתית שתבטיח את זכויותיהם ותסייע בדיוור, בעבודה, בבריאות, ברווחה ובחינוך תוכל להבטיח היחלצותם ממעגל המצוקה, פיזור של האוכלוסיה, והפחתת הנטל על אזורים מוחלשים. נוסף על כך, אין ספק כי לו המשאבים העצומים שהממשלה מוציאה על מעצר חסר תוחלת של מבקשי המקלט היו מושקעים בשיפור התשתיות באזורים המוחלשים, בהם מתגוררים מבקשי המקלט, היה בכך להקל על כל תושביהם. הדאגה למבקשי המקלט אינה צריכה ליפול על כתפיהם של תושבי שכונות דרום תל-אביב. ממשלת ישראל יכולה לפעול על מנת להסדיר קליטה מסודרת של מבקשי המקלט באזורים נוספים.

22. תחת זאת, מבקשת המדינה לצייר, כי כליאה של אלפים, ובהם נשים, גברים, ילדים – רבים מהם פליטים, רבים מהם קורבנות עינויים, עבירות מין קשות וסחר בבני אדם – הינה הפתרון, ואין בלתו.

#### ד.1. הנרטיב – "הם לא פליטים"

23. בסיפורה של המדינה, כל מי שנכנסים לישראל הם "מהגרים כלכליים". כל כך למה? משום שמבקשי מקלט שנשאלו על ידי משרד הפנים "למה באתם?", השיבו שבאו לעבוד. ואולם, כך אין מבררים האם אנשים זכאים למקלט. השאלה "למה באתם?" אינה רלוונטית לעניין זה. השאלות הרלוונטיות למבקשי מקלט הן: "מדוע עזבתם את ארצותיכם, ומה יארע לכם אם תוחזרו לשם?". אם שואלים שאלות אלה, מגלים שרבים זכאים להגנה. כלומר, אפילו המוטיבציה של רבים ממבקשי המקלט להגיע לישראל דווקא נובעת מכך, שהם מעריכים שכאן יזכו להגנה וחייהם יהיו טובים יותר, אין משמעה שהם אינם פליטים.

24. המשיבים יכולים, אם כן, להוסיף ולהתעקש, כי כל מי שנכנסים לישראל הם "מהגרים כלכליים" (או "מסתנני עבודה", כפי שהם נוהגים לקרוא להם לעתים). ואולם גם המשיבים יודעים, שנכון להיום טרם הוכרעה בקשת המקלט ולו של אריתראי או סודני אחד, ואיש מהם לא הוכר עד כה בישראל כפליט.

25. לא למותר יהיה להזכיר: נתוני נציבות האו"ם מלמדים כי שיעורי ההכרה באזרחי אריתראיה כפליטים ברחבי העולם הם גבוהים ביותר: 74% ממבקשי המקלט האריתראים ברחבי העולם הוכרו באופן אינדיבידואלי כפליטים לפי האמנה בדבר מעמדם של פליטים. לאלה את מי שהוכרו לזכאים אינדיבידואלית ל"הגנה משלימה" אף שאינם זכאים להגנה לפי אמנת הפליטים, עומדים שיעורי ההכרה העולמיים על 84.5%. שיעורי ההכרה באזרחי סודן כפליטים לפי אמנת הפליטים הם 71.3%. כאשר מצרפים לאלה את מי שהוכרו לזכאים אינדיבידואלית ל"הגנה משלימה" אף שאינם זכאים להגנה לפי אמנת הפליטים, עומדים שיעורי ההכרה העולמיים בסודנים על 74.4% (ראו סעיפים 48-49 לעתירה). אף על פי שלרוב מדינות העולם, כמו לישראל, אין גבול משותף עם אריתראיה וסודן, הן מכירות בכך שרובם המוחלט של אזרחי מדינות אלה המגיעים לשטחם זכאים להיות מוכרים כפליטים לפי האמנה בדבר מעמדם של פליטים, ולמצער ל"הגנה משלימה" אף אם אינם עומדים בתנאי האמנה.

26. ובישראל? כאמור בנתוני נציבות האו"ם לפליטים שהובאו בעתירה (סעיף 63 לעתירה), מאז נטל על עצמו משרד הפנים את בחינת בקשות המקלט בישראל בשנת 2009, **נתנה יחידת ה-RSD במשרד הפנים רק שתי המלצות להכרה במבקשי מקלט כלשהם כפליטים**. בשני מקרים אלה לא דובר באריתראים או בסודנים. שיעור ההכרה הנמוך כל כך, קובעת הנציבות, הוא ככל הנראה הנמוך ביותר בקרב מדינות המערב.

27. ובכל זאת, כך מציגה המדינה את מדיניותה ביחס לאזרחי אריתראיה וסודן, המהווים 90% מן הכלואים לפי החוק – כל "הפליטים האמיתיים" האריתראים הצליחו להגיע למדינות אחרות ונמנעו להגיע לישראל. רק השקרנים ומהגרי העבודה האריתראים הצליחו להגיע לישראל. אזרחי אריתראיה, אף על פי שהם כולם "מהגרים כלכליים" ולא פליטים, אינם מגורשים מישראל משום שמדינת ישראל

מחילה עליהם מדיניות של "אי הרחקה" הנובעת מעקרון "אי ההחזרה" (*non-refoulement*). לעומת זאת, אזרחי סודן (גם הם, כמובן, "מהגרים כלכליים" ולא פליטים), אינם מגורשים מטעמים "טכניים" – העדר יחסים דיפלומטיים עם סודן (סעיפים 39-40 לכתב התשובה).

28. ראשית, יובהר כי כך או כך, ברור כי לעת הזו אין מתקיימים הליכי גירוש בעניינן של שתי האוכלוסיות הללו. באופן לא מפתיע, גם לא נמצאה מדינה שלישית המשתוקקת לקלוט לשטחה את כל מי שמדינת ישראל משווקת כ"מהגרים כלכליים", "מסתננים" הגורמים נזק נורא לכלכלה ועוסקים באופן שגרתי בפשיעה. אף אם מתקיימים ניסיונות לאתר מדינה כזו, הרי שלעת הזו לא ניתן להצביע על מועד בו ניתן יהיה לגרשם, ולכן, כאמור בעתירה, הכליאה כשלעצמה אינה מקדמת את גירושם מן המדינה.

29. נשוב ונזכיר את תשובת שרת המשפטים מיום 19.5.2013 לשאלתא שהוגשה בעניין הנחיות היועץ המשפטי לממשלה באשר לשתי אוכלוסיות אלה (נספח ב'):

"על שולחנו של היועץ המשפטי לממשלה ניצבות מספר סוגיות הנוגעות להחזקתם במשמורת ויציאתם מהארץ של קבוצות מסתננים שונות - לרבות המסתננים מאריתריאה ומן הרפובליקה של סודאן (המכונה "צפון סודאן"). נכון לעת הזו, וכל עוד לא הוכרעו השאלות שעל הפרק, נמנעת יציאתם מרצון של חברי שתי הקבוצות הללו מן המשמורת אל מחוץ לגבולות הארץ. הרחקתם של שתי הקבוצות בכפייה - אינה עומדת על הפרק לעת הזו, וכל עוד לא נמצא יעד ספציפי וקונקרטי להרחקתם אליו. הממשלה שוקדת על חיפוש יעדים אפשריים אליהם ניתן יהיה להרחיק את המסתננים משתי המדינות האמורות." (ההדגשות הוספו).

30. כך עולה גם מנספח מש/13 לכתב התשובה של המשיבים 4-2. מסמך זה הוא החלטת שחרור של אזרחית אריתריאה ובנה הקטין, בה נכתב:

"... אין בשלב הנוכחי היתכנות קרובה להרחקתם מישראל או ליציאתם למדינה שלישית..."

31. כפי שעולה מתגובת המדינה לבקשה לפרטים נוספים (נספח ד' הנ"ל), עד היום לא גורש ולו אזרח סודן או אזרח אריתריאה אחד שנעצר מכוח החוק (ראו סעיף א' לתגובת המדינה לבקשה הנ"ל). כמה מאות סודנים "עזבו מרצון". אולם שעה שלמבקש מקלט מובהר, כי עליו לבחור בין גירוש לבין פרק זמן מינימאלי של 3 שנות מעצר בלב המדבר, ספק אם ניתן לדבר על "רצון חופשי". מטעם זה, ככל הנראה, ניתנה הנחיית היועץ המשפטי הנ"ל, לפיה לעת הזו אף אין מקום ל"גירוש מרצון" שעה שמדובר במי שכלוא.

32. לאחרונה, בראשית חודש מרץ 2013, נעשה "ניסוי" לשליחת אזרח אריתריאה, שנעצר לפי החוק למניעת הסתננות, למדינה שלישית – אוגנדה. הוא הוטס לקהיר ומשם לאוגנדה, אך רשויות אוגנדה סירבו לאפשר את כניסתו וניסו לגרשו לאריתריאה. אותו אדם התנגד בכוח ולבסוף גורש מאוגנדה למצרים, ומשם בסופו של דבר לאריתריאה. בעקבות אותו מקרה ולאחר פנייה של עו"ד ברמן הח"מ אל עו"ד דינה זילבר, המשנה ליועץ המשפטי לממשלה, השיבה עו"ד זילבר ביום 4.3.2013:

"על מנת למנוע, חלילה, הישנות של מקרים מסוג זה, אחזור ואדגיש כי אני מצפה שרשות האוכלוסין תעמוד בהנחיית היועץ המשפטי לממשלה לפיה עד להכרעה בשאלות המשפטיות העומדות על הפרק – **לא תתאפשר יציאתם של אזרחי אריתריאה ממתקני המשמורת של רשות האוכלוסין אל כל יעד שהוא מחוץ לגבולות ישראל**". (ההדגשה הוספה).

העתק מכתבה של המשנה ליועץ המשפטי לממשלה מיום 4.3.2013 מצ"ב ומסומן ז'.

33. בסעיפים 32-65 לעתירה הובא פירוט נרחב אודות מדיניות המשיבים לאורך השנים כלפי אזרחי אריתריאה ואת הסיבות בגינן חל עליהם עקרון ה-*non-refoulement*, בין שהם פליטים ובין שאינם.
34. באשר לאזרחי סודן, כאמור, הנרטיב שמציגה המדינה הוא כי הם אינם מגורשים מטעמים "טכניים".
35. ראשית, עמדה זו עומדת בסתירה גמורה לעמדת נציבות האו"ם לפליטים, שצורפה כנספחים ע/29 ו-ע/30 לעתירה. הנציבות עומדת על כך שאזרחי סודן ששהו בישראל צפויים לסכנה בשל שהותם בה. הנציבות עומדת על כך שהוועדה המייעצת לענייני פליטים המליצה לפני שנת 2006 להכיר בעשרה אזרחי סודן כפליטים מן הטעם היחיד שעובדת שהייתם בישראל תביא לרדיפתם בסודן בשל ייחוס דעה פוליטית. כעולה ממכתבה של הנציבות, אף אם אזרחי סודן המצויים בישראל אינם "פליטים" כהגדרתו של מונח זה באמנה, הרי שחל עליהם עקרון ה-*non-refoulement* נוכח הסכנות הנשקפות להן במדינת מוצאם. נציבות האו"ם לפליטים אף כותבת:

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

...

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

36. למומחיות שמייחס בית משפט זה לנציבות האו"ם לפליטים בעניינים אלה ראו פסק דינו של השופט ס' גיוראן בעע"מ 5107/08 פלוני נ' שר הפנים (5.5.2009). לשיטת המדינה – כולם מהגרים כלכליים, שקיים קושי "טכני" להחזירם. לפי עמדת הנציבות – רבים מהם פליטים, וגם על מי שאינו פליט חל עקרון "אי ההחזרה" (*non-refoulement*).

37. יש לשים לב, כי בהתאם לסעיף 30(א1) לחוק למניעת הסתננות, צו גירוש "לא יבוצע אלא לאחר ששר הביטחון או עובד מדינה בכיר שהוסמך על ידיו, קבע כי ניתן לעשות כן בהתחשב בנסיבותיו האישיות של המסתנן ובמדינת היעד לגירושו". בהתאם לדברי ההסבר של הצעת החוק למניעת הסתננות, מטרתו של סעיף זה היא לקיים את עקרון ה-*non-refoulement* (הצעת חוק למניעת הסתננות (עבירות

ושיפוט) (תיקון מס' 3 והוראת שעה), התשע"א-2011 (ה"ח ממשלה 577, 28.3.2011), שצורפה כנספח ע/40 לעתירה).

38. מתשובת המדינה לדרישה לפרטים נוספים (נספח ד' הנ"ל), עולה כי המדינה לא קבעה, כי ניתן לגרש ולו אזרח סודן או אריתריאה אחד מאז תחילת יישומו של החוק בהתאם לסעיף 30(א1).

39. הצהרות המדינה אודות המדיניות כלפי אזרחי אריתריאה וסודן משתנות תדיר. במשך שנים כונתה המדיניות כלפי שתי הקבוצות "הגנה זמנית". הדבר נעשה במאות כתבי בי-דין שהוגשו לבתי המשפט ובמסמכים עליהם חתמו בכירים ברשויות שונות. בהמשך, החלה המדינה להתכחש לשימוש במונח זה, ועברה לעשות שימוש במונח "מדיניות אי הרחקה". כעת נולדה גרסה חדשה, לפיה מדיניות זו חלה רק על אזרחי אריתריאה, ואילו אזרחי סודן אינם מגורשים מטעמים "טכניים".

40. חרף ההבחנה שמנסים המשיבים להוסיף כעת בין אזרחי אריתריאה וסודן, במשך שנים התייחס משרד הפנים אל המדיניות כלפי שתי האוכלוסיות כאל מקשה אחת. כך, למשל, עניינן של שתי הקבוצות הוסדר בנוהל רשות האוכלוסין מס' 5.2.0013, העוסק ברישיונות הישיבה הניתנים ל"אוכלוסיית המסתננים מאריתריאה וסודן אשר טרם הוכרה כפליטים", בלשון הנוהל.

העתק נוהל מס' 5.2.0013 מצ"ב ומסומן ח'.

41. כפי שפירטנו בסעיף 45 בעתירה, המדינה הצהירה על קיומה של מדיניות זו ביחס לאזרחי סודן ואריתריאה כאחד מאות פעמים, לרבות באמצעות גורמים בכירים. כך, במסגרת בג"ץ 7302/07 הודיעה מנהלת תחום עניינים מינהליים במחלקת הבג"צים, עו"ד יוכי גנסי, כי על אזרחי סודן ואריתריאה חלה מדיניות של "הגנה זמנית" (נספח ע/21 לעתירה); מנכ"ל רשות האוכלוסין, אמנון בן עמי, מסר במכתב לח"מ כי חלה על שתי קבוצות אלה מדיניות "הגנה זמנית" (נספח ע/22); מנהל יחידת ה-RSD והכפופים לו סירבו לטפל בבקשות מקלט של אזרחי סודן ואריתריאה בנימוק שממילא חלה עליהם מדיניות "הגנה זמנית" (נספחים ע/23 ו-ע/24). סגן שר החוץ ומנכ"ל משרד ראש הממשלה אף הם הסבירו כי אזרחי סודן ואריתריאה אינם מגורשים בגלל החשש לשלומם (ראו סעיפים 43-44 לעתירה).

42. בעוד שבכתב התשובה נטען, כי אין כל מכשול מלבד המניעה "טכנית" להחזיר אזרחי סודן למדינתם, במאות הליכים בבתי המשפט המחוזיים הצהיר משרד הפנים, כי הסיבה לאי החזרתם היא הסכנה הנשקפת להם בשל שהותם בישראל (ראו, למשל, סעיף 41 לתגובת המדינה, בעת"מ (מרכז) 31808-03-10, שהיא תגובה סטנדרטית שעשרות כמוה, הנוקטות באותה הלשון, הוגשו לבתי המשפט המחוזיים, ושצורפה כנספח ע/25 לעתירה).

43. ואולם, אין צורך של ממש להחליט איזו תווית להדביק למדיניות זו. כפי שציין השופט ע' פוגלמן בעע"מ 8908/11 אספו נ' משרד הפנים (17.7.2012), לשאלה אם ניתן לכנות מדיניות זו "הגנה זמנית" יש פנים לכאן ולכאן, ו"אין צורך לקבוע מסמרות בשאלת מיקומה המדויק של המדיניות הננקטת בישראל במפת ההסדרים ההשוואתיים" (סעיף 30 לפסק הדין).

44. התווית שנדביק לפרקטיקה החלה על קבוצה זו ואף הסיבות למדיניות הנוהגת כלפיה אינה לב העניין. "הגנה זמנית", "אי הרחקה" או "טעמים טכניים" – היום אין מתקיימים הליכי גירוש של אזרחי סודן ואריתריאה. אין אפשרות לדעת האם ומתי ניתן יהיה לגרשם למדינת מוצאם או למדינה שלישית. כדברי השופט ע' פוגלמן בעניין **אספו הנ"ל**, "המדיניות הנוהגת ביחס לאזרחי אריתריאה קיימת כבר מספר שנים וסיומה אינו נראה באופק" (**שם** סעיף 30). החזקתם של כ-2,000 אזרחי סודן ואריתריאה מתוך כ-50,000 השוהים בישראל, אינה מקדמת כהוא זה את גירושם.

### 1.ה. הנרטיב – "תכלית החוק אינה הרתעתית"

45. המשיבים טוענים, כי תכלית הכליאה הממושכת אינה הרתעה. בסעיף 46 לסיכומיהם מיום 10.3.2013 בעע"מ 1247/13 נכתב: **"המדינה עוד תבקש לדחות את טענת המערערים, לפיה תכלית הוצאת צווי הגירוש, מכוחם הושמו המערערים במשמורת הינה הרתעתית"**. התכלית היא, לשיטת המשיבים, **"להקטין את מערך התמריצים המלבה והמתגבר את תופעת ההסתננות"** (ראו, למשל, סעיף 85 לכתב התשובה וכן במקומות רבים נוספים בשלושת ההליכים המאוחדים, הן בבית משפט זה והן בבית המשפט המחוזי).
46. בכל הכבוד, מדובר בלא יותר מתרגיל רטורי. כליאה של פלוני, שנכנס לישראל, במטרה "לצמצם את מערך התמריצים" של אלמוני, שלא נכנס לישראל, היא הגדרתו של המונח "הרתעה".
47. מעבר לכך, שזורות לאורך כתבי הטענות של המדינה אמירות, לפיהן תכלית החוק היא "מימוש ריבונות המדינה", "בלימת ההסתננות" וכדומה. ואולם, תיאור כזה של התכלית לוקה ברמת הפשטה גבוהה. באותה המידה ניתן לטעון כי תכלית החוק היא "להפוך את החיים במדינת ישראל ליפים יותר", ולהכריז כי מדובר בתכלית ראויה. בחינה של האמצעים שנבחרו בחוק, של דברי ההסבר להצעת החוק ושל דברי נציגי הממשלה לאורך הליך החקיקה מעלים כי תכליתו של האמצעי המרכזי שנוקט החוק – מעצר מינהלי למשך פרק זמן של שלוש שנים לפחות של רוב מי שלא ניתן לגרשם – הינה הרתעה של "מסתננים" פוטנציאליים על מנת "לבלום את התופעה".
48. בעניין זה נפנה לדברי ההסבר להצעת החוק למניעת הסתננות, לדבריהם של נציגי הממשלה בוועדת הפנים של הכנסת ולדבריו של מי ששימש בתקופה הרלוונטית שר הפנים, המפורטים בסעיפים 99-102 לעתירה. ואולם דומה, שאין צורך של ממש לחפור באתרים הארכיאולוגיים בהם נולד החוק, היות שהכרזת המשיבים בכתבי טענותיהם, כי תכלית הכליאה היא "צמצום התמריץ" של אחרים להיכנס ללא היתר לישראל היא הודאה בכך שמדובר במעצר מינהלי הרתעתי.
49. כאמור בעתירה, נפסק זה מכבר ביחס למעצר מכוח צו גירוש, כי "סמכות המעצר לא נועדה להעניש את המגורש, ואף לא להרתיע מסתננים בכוח" (בג"ץ 5190/94 אל טאיי נ' שר הפנים, פ"ד מט(3) 843, 850, ההדגשה הוספה). החוק למניעת הסתננות רומס עקרון זה.

## 1.1 הנרטיב – "תנאים הולמים שלא יפגעו בבריאותם ובכבודם של השהים במשמורת"

50. "סהרונים" כך מתברר מתגובת המדינה (סעיפים 56-57, 105 ו-156), הוא מחנה קייט ונופש. אין מדובר בתנאי מאסר כלל, כי אם במכלול של מתחמי שהייה, שם תנאים הולמים ואף מותאמים לילדים, ושם התנועה חופשית.

51. המדינה מתעלמת בתשובתה מתנאי ההחזקה ב"קציעות", שם מוחזקים מאות עצורים מכוח החוק, בתנאים הקיצוניים מאלה הקיימים ב"סהרונים", ומתייחסת אך ל"סהרונים". העותרים תיארו את התנאים הקיצוניים במתקני הכליאה "סהרונים" ו"קציעות" בעתירתם (ראו סעיפים 89-92 לעתירה). לא נשוב על הדברים. תחת זאת נביא דברים מפי שתיים, שעד לאחרונה ממש בילו חודשים ארוכים מאוד במתקן הכליאה "סהרונים".

52. א' ב', אזרחית אריתריאה, נכלאה ב"סהרונים" עם בתה ו' ט', כיום בת שנה ושמונה חודשים, מחודש מאי 2012 ועד לחודש מאי 2013. היא נמלטה מאריתריאה והגיעה לישראל בעקבות בן זוגה ואבי בתה, ט' ט'. אלה דבריה:

"עם הגיעי לישראל מצאו אותי חיילים ולקחו אותי לבית הסוהר "סהרונים". מאותו מועד, ובמשך קרוב לשנה, היינו בתי ואני כלואות. שומרים וסוהרים לבושי מדים שמרו עלינו ונדרשנו לציית לכל ההוראות של הקצינים והסוהרים. בכל אותו זמן היינו מוקפות בגדרות ותיל. יש בבית הסוהר נשים, גברים וילדים. כל המוחזקים הם אפריקאים, שמוחזקים בתוך אגפים סגורים מהם אין יוצא. שלוש פעמים ביום נערכות ספירות באגפים: בשעה חמש לפנות בוקר, באמצע היום ושוב בערב. האגפים מנוקים על-ידנו בתורנות.

בפעמים הנדירות בהן נדרשנו לצאת מהאגף למקום אחר בכלא, תמיד נעשה הדבר תחת פיקוח וליווי של סוהרים. אסור היה ללכת לבד. גם לדיונים בבית הדין לביקורת משמורת, נלקחנו מהאגף בבוקר תחת ליווי, כשעד לדיון הוחזקנו בתוך כלוב גדול, שנקרא "כלובה".

כשהדיונים נגמרים, מחזירים הסוהרים את האנשים מהכלובה לאגפים. יש כלובות גם בסמוך למקומות נוספים, למשל ליד המקום בו פוגשים את האנשים של מוקד סיוע לעובדים זרים, ליד המשרדים של משרד הפנים, וגם במרפאה. יש כלובות לנשים וכלובות לגברים. אם היינו צריכות להמתין למישהו שלא באגף (למשל למרפאה או למשרד הפנים), היינו ממתנות בכלובה עד שיקראו לנו.

אני ובתי נאלצנו לשהות פעמים רבות בכלובה. משך הזמן בו הוחזקנו שם נע בין כשעה לארבע שעות. החוויה של המתנה בכלובה המחישה את מצבי כאסירה וגרמה לי לחוש מושפלת. לא כך צריך להתייחס לבן-אדם. גם בתי, ו', סבלה ממצוקה רבה כשהינה בכלובה. לא היה לה שם מה לעשות ולי לא היה איך לעזור לה. באופן שכתי, היא החלה לבכות ללא הפסקה, עד שהייתה נרדמת תוך בכי משתנק.

נמסר לי שהמדינה טוענת בתגובה לעתירה כי ל"מסתננים" (כלומר, לבתי ולי) סופקו "תנאים הולמים שלא יפגעו בבריאותם ובכבודם... ואף מעבר לכך". לכך אני יכולה להשיב רק מתוך החוויה האישית שלי. אחרי קרוב לשנה בה הייתי כלואה במתקן "סהרונים", ואחרי, במצטבר, ימים של שהיה בכלובה: לעולם לא אשתכנע שמי שאיפשר את החזקתי בכלא על לא עוול בכפי במשך כשנה ומי שבנה את הכלובה והורה על החזקתי בה כשאני ממתינה לרופא, לדיין או לאיש משרד הפנים, הכירו בכך שגם לנו יש זכות לכבוד.



בכל התקופה בה הוחזקתי בסהרונים נלקחתי רק פעם אחת מחוץ לכלא. זה היה לצורך בדיקות בבית חולים בבאר-שבע. לקחו אותנו לשם באוטובוס גדול. היו בערך 50 אנשים באוטובוס וכולם, חוץ מהאמהות המטופלות בילדים, נאזקו בידיהם וברגליהם מרגע שעלו לאוטובוס.

בזמן שהותי בכלא הגיע בן-זוגי ואב בתי לבקר אותי. זו הייתה הפגישה הראשונה שלנו לאחר שנה ושלושה חודשים (בעצם, מאז שילדתי את ו' לא התראינו). הפגישה התקיימה כשבינינו חוצץ חלון זכוכית והתקשורת מתבצעת רק באמצעות טלפון פנימי.

אחרי חצי שעה בערך ניתקו הסוהרים את הטלפון והורו לט' לצאת כיוון שהביקור הסתיים. לא התאפשר לנו אפילו להיפרד כראוי כיוון שהניתוק היה פתאומי.

הכי פגע בי שלא אפשרו לט' לגעת בבתי, אותה לא ראה מאז לידתה. כאב לי שנאסר עליו לחבק ולנשק אותה. לא הבנתי למה יש צורך באכזריות כזאת אבל פחדתי להגיד משהו.

הוחזקתי עם בתי באגף שבו מחזיקים נשים וילדים רבים. בחודשים הראשונים הוחזקנו באגף 6 ולאחר מכן הועברנו לאגף 3. שני האגפים דומים והם בנויים מאוהלים נמוכים שבכל אחד מהם עשר מיטות. ו' ישנה איתי במיטה ולא היתה לה מיטה משלה. בקיץ היה שם חם מאוד והיינו צריכות להרטיב את השמיכות כדי לצנן את עצמנו. המקלחות והשירותים היו בקראוונים בתוך האגף, מתקן אחד של שירותים ומתקן אחד של מקלחות. היינו עומדות בתורות של כחצי שעה כדי להתקלח ולעיתים, גם כדי לעשות צרכים היינו צריכות לעמוד בתור שארך דקות ארוכות. כך, פעם אחת נאלצתי לחכות קרוב לעשרים דקות רק כדי לעשות צרכים. בנוסף, את השירותים והמקלחות היינו מנקות בעצמנו בתורות ואוכל חילקו לנו באוהלים.

לאחר מספר חודשים הועברנו לאגף חדש – אגף 9, ומאז, ועד שחרורנו, הוחזקנו שם. מבחינת מזג האוויר זה היה מעט עדיף, אבל המבנה של אגף 9 כבר לא הסווה את העובדה שאנחנו כלואות בבית סוהר של ממש. בגלל שמדובר במבנה, אז בכל פעם שמישהי עשתה משהו לא בסדר נעלו אותה בחדר. זה היה דבר די שכיח.

אגף 9 הוא מבנה אבן גדול מאוד. נכנסים אליו דרך שתי דלתות פלדה גדולות. בפנים יש חלל גדול מאוד, בנוי בצורת מלבן סגור. בצד אחד של האגף יש שתי קומות של תאי כליאה. לתאים יש דלתות פלדה. בכל תא יש עד עשר נשים במיטות קומותיים. בצד השני של האגף יש קיר. בין שני הצדדים יש רחבה גדולה – זוהי החצר. מעל חלק מהאגף יש תקרה ומעל חלק אחר יש רשת.

היה לי קשה מאוד למצוא לעצמי תעסוקה באגף. הייתי מעבירה את היום בטיפול בוי ולא מצאתי שום דבר אחר שאני יכולה לעשות כדי להעביר את הזמן. בבוקר הגיעה גננת אבל היא לא הסכימה לקחת את ו' כיוון שהיא צעירה מדי. גם פעילויות אחרות שהיו בכלא לא התאימו לגילה של ו', ולכן כמעט אף פעם לא התאפשר לה ליטול בהן חלק.

בגלל שהאגף מלא ילדים והוא סגור לגמרי יש רעש בלתי נסבל, במיוחד כי הילדים היו חסרי שקט ועשו הרבה רעש ומהומה.

ו' ממש סבלה בכלא. היא הייתה עושה צרכים רק פעם בשלושה ימים בערך והיא לא אכלה כמעט בכלל בגלל שלא הסתדרה עם האוכל שסופק לנו. בנוסף, התפתחה לה בעיית עור בראש שחזרה מעת לעת. בכל תקופתנו בכלא היא בכתה המון. בהינתן שהיא הייתה כלואה עמי מאז היותה בת שמונה חודשים, לא ידעתי איך היא תתנהג מחוץ לכלא. מכאן קל להבין מדוע במשך כל תקופת שהותי בבית הסוהר, הטרידה אותי יותר מכל בריאותה ורווחתה של ו'. הדבר ממש הדיר שינה מעיני. חששתי מנזקים לטווח ארוך שעלולים להיגרם לה ופחדתי שיקרה לה משהו.

כיום, אני יכולה להגיד לשמחתי הרבה שמאז שחרורנו, לפני שבועיים בלבד, חל שיפור דרסטי במצבה. אנחנו חיות יחד עם ט' בפתח-תקווה ואנחנו מכינים לה אוכל אריתראי שהיא אוהבת ואוכלת היטב. מאז שחרורנו יש לה יציאה סדירה פעם ביום היא שותה מיצים, מבלה עם אביה ואיתי וכמעט שאינה בוכה. בקיצור, הבדל של שמים וארץ בכל הקשור לבריאותה ורווחתה של ו'.

עוד נמסר לי, כי המדינה טוענת בפני בית המשפט שניתן לנוע בחופשיות בכל אחד משלושת המתחמים הקיימים ב"סהרונים". כפי שעולה מתצהירי, הדבר אינו נכון כלל.

בנוסף, לא ידעתי איך אפשר להגיש בקשת מקלט בבית הסוהר. רק בחודשים האחרונים יש טפסים להגיש בקשות לויזה בישראל, אבל הם ארוכים ורק בשפה האנגלית, אשר כמעט אף אחת באגף לא דוברת אותה. הטופס שלי הוגש באמצעות מוחזקת כמוני, אף היא מבקשת מקלט, שמילאה עבורי את הטפסים כיוון שהיא דוברת אנגלית.

בזמן שהייתי בכלא אמרו לי גם נציגי משרד הפנים וגם הדיין בבית הדין, שאשאר בכלא שלוש שנים ואחר כך אגורש לאריתריאה."

תצהירה של א' ב' מצ"ב ומסומן ט'.

53. דברים דומים מספרת ג' ג', אשר נכלאה ב"סהרונים" עם בנה, ס' ט', כיום בן שנתיים וארבעה חודשים, מחודש יוני 2012 ועד לחודש מאי 2013. גם היא נמלטה מאריתריאה והגיעה לישראל בעקבות בן זוגה ואבי בנה, ט' ה'. מפאת הדימיון בדברים לא נצטט מתוך תצהירה. אף היא מספרת בתצהירה על אופיו של "סהרונים" כבית סוהר נעול, בו סוהרים, גדרות, אגפים נעולים, ספירות שלוש פעמים ביום ואיזוק בעת יציאה מהכלא; על החזקתם של הכלואים ב"כלובות" משפילות כל אימת שהם מוצאים מן האגפים לכל צורך שהוא בתוך המתקן; על אי השקט של בנה הפעוט שנכלא עימה ב"כלובה"; על ביקורים שנערכים מאחורי חלון זכוכית, ללא מגע ורק עם קרובים מדרגה ראשונה; על התנאים באוהלים, בהם הוחזקו נשים וילדיהן, ולאחר מכן באגף האבן הנעול; על תנאי מזג האוויר הקיצוניים; על חוסר המעש ועל העדר התעסוקה; על העדר מסגרת לילדים קטנים; על מצוקתם של הילדים בכלא; על מצוקתן של האימהות; על התחושה כי אין מבינים את המצוקה; על הקושי להגיש בקשות מקלט; ועל המסר שמועבר לכלואים – אתם צפויים לבלות כאן שלוש שנים.

תצהירה של ג' ג' מצ"ב ומסומן י'.

54. "סהרונים" הוא בית סוהר לכל דבר. בתגובה לבקשת העותרים לפרטים נוספים (נספח ד' הנ"ל) מתייחסים המשיבים לאגף 14, בו מוחזקים 160 איש. כלומר, מתוך 1,818 אנשים המוחזקים כיום במעצר על פי הוראות החוק, כמעט 9% מוחזקים באגף 14, המיועד, כך על פי התגובה, ל"מסתננים עם בעיות משמעת". בעיית משמעת, כך עוד על פי התגובה, שהביאה לכליאתם של כ-100 אנשים באגף 14 בחודש האחרון בלבד, היא "הפרת סדר" – סירובם לעמוד לספירה. שירות בתי הסוהר ראה בכך הצדקה מספיקה להעבירם לאגף 14, בו, על פי התגובה לבקשה לפרטים נוספים, **העצורים נעולים בתאיהם רוב שעות היממה, וזכאים לצאת מהם לשעתיים בשעות הבוקר ולשעתיים אחר הצהריים.**

55. עוד על פי התגובה לבקשה לפרטים נוספים, 27 אנשים מוחזקים מכוח החוק למניעת הסתננות בבתי סוהר פליליים: אשל, אוהלי קידר, דקל ואלה. רובם מוחזקים שם בשל מה שהוגדר "אירועים שליליים" (הפרות סדר, התפרעויות וכו'), ואחרים בשל בעיות פסיכיאטריות. כלומר, עוד כ-1.5% מן המוחזקים "הוענשו" על התנהגותם או על מצבם הנפשי, והם מוחזקים עם אסירים פליליים, אף שמעולם לא נשפטו. נדגיש בהקשר זה, כי מ"סהרונים", שם אמורים להיות על פי טענת המשיבים כל האמצעים להבטחת כבודם ובריאותם של המוחזקים, שולחים גם מוחזקים עם בעיות נפשיות לבתי סוהר פליליים, על מנת שיבלו בחברתם של אסירים פליליים.

56. יוצא שבאגף 14 ב"סהרונים" ובבתי הסוהר הפליליים כלואים כיום למעלה מ-10% מן המוחזקים מכוח החוק למניעת הסתננות, כשהם נעולים רוב שעות היום בתאיהם. זאת, משום שהתנהגותם אינה מתיישבת עם זו הנדרשת על ידי שב"ס בבתי הכלא שבניהולו, כמו סירוב לעמוד לספירה.
57. עד כאן, בקליפת אגוז, לעניין התנאים ההולמים.

### 1.1. הנרטיב – "החוק הוא הוראת שעה"

58. לשיטת המדינה, עובדת היותו של תיקון מס' 3 הוראת שעה התקפה לשלוש שנים מחזקת את טענתה בדבר חוקתיות ההסדרים שנקבעו בו. ואולם, בכל הנוגע לעותרת 5, המערערות בעע"מ 1247/13 והמבקשות בבר"ס 1192/13 ולאחרים הכלואים מכוחו, זמניותו של החוק אינה ממתנת כהוא זה את עוצמת הפגיעה בזכות לחירות.
59. קביעת הסדר הפוגע בזכויות אדם כהוראת שעה עשויה, במקרים מסוימים בלבד, לצמצם את מידת הפגיעה בזכות או את עוצמתה, ולהביא הסדר חקיקתי, בדוחק, אל תוך מתחם המידתיות. לא כך כשמדובר בפגיעה בעלת עוצמה בזכות לחירות באמצעות מעצר מינהלי, ולא כך כשתקופת המעצר המינימאלית קרובה ממילא למשך תוקפו של החוק – 3 שנים. כאמור, עילת שחרור נמצאה רק ל-6.96% מן העצורים לפי החוק (ראו הנתונים בעמ' 4 לתגובה זו). קרוב ל-2,000 אנשים מוחזקים כעת במעצר מינהלי, ויוחזקו פרק זמן של שלוש שנים לפחות, אלא אם יחול שינוי דרמטי בנסיבות. העובדה שהוראות החוק תפקענה בתום שלוש שנים (אם תפקענה, שכן מן המפורסמות הוא כי במדינת ישראל רוב "הוראות השעה" מוארכות עוד ועוד), אינה מקהה ולו במעט את הפגיעה בזכותם לחירות, הנשללת בהווה.

### 2. תגובת העותרים לתשובת המדינה לצווים על-תנאי

#### 2.א. מקרים חריגים

60. סעיף 30א(ב) לחוק קובע ארבע עילות שחרור, שבהתקיימן רשאי ממונה ביקורת הגבולות להורות על שחרור עצורים "במקרים חריגים". בצו על-תנאי מס' 1 טענו העותרים כי התיבה "במקרים חריגים" מביאה לפגיעה בלתי מידתית בזכות לחירות, ומתנגשת עם העקרון החוקתי, לפיו "החירות היא הכלל והמעצר ללא משפט הוא החריג" (דנ"פ 2316/95 גנימאת נ' מדינת ישראל, פ"ד מט(4) 589, 651).
61. בכתב התשובה טוענת המדינה, כי "הפרשנות בה מחזיקה המדינה" היא כי התיבה "מקרים חריגים" שקולה לתיבה "המקרים המפורטים". עוד מוסיפה המדינה כי משמעות התיבה היא כי יש לבחון כל מקרה בצורה פרטנית (סעיפים 119-121 לכתב התשובה).
62. ואולם, הצהרת המדינה בכתב התשובה לחוד, ויישומה של הוראה זו על ידי משרד הפנים בעניינם של עצורים לחוד. כפי שנראה, בפועל מפרשת המדינה את הסעיף כדורש בחינה דו-שלבית של קיום עילת שחרור: בשלב הראשון, בוחן משרד הפנים האם מתקיימת עילת שחרור מבין ארבע העילות המנויות

בסעיפים 30א(ב)(1)-(4). אם מתקיימת אחת מן העילות, יש לבחון, לשיטת המדינה, בשלב השני האם מדובר "במקרה חריג".

63. מתגובות שונות שהגיש משרד הפנים לבית הדין לביקורת משמורת עולה, כי לא רק שכך מפרש משרד הפנים את התיבה "נסיבות חריגות", אלא שבניגוד לדברי המדינה בכתב התשובה, משרד הפנים אינו מפרש את התיבה "בנסיבות חריגות" כמחייב בחינה פרטנית.

64. כך, למשל, ממש לאחרונה, ולאחר הגשת כתב התשובה מטעם המדינה, כתב נציג משרד הפנים בתגובה לבקשת שחרור של מבקשת מקלט אזרחית אריתריאה, שעברה אונס קבוצתי ברוטאלי בידי מבריחים, כי "אין בעניינה של המוחזקת כל ממצא חריג" (סעיף 18). בהערת אגב יוסף, כי נציג משרד הפנים הפנה לפסק דינו של בית המשפט המחוזי בעמ"נ (ב"ש) 48309-01-13, אף על פי שפסק דין זה בוטל על ידי בית המשפט העליון במסגרת בר"ם 1689/13 וולדו נ' שר הפנים (18.4.2013).

העתק תגובת משרד הפנים לבקשת השחרור מיום 19.5.2013 מצ"ב ומסומן י"א.

65. למעלה מכך, בתגובה שהגיש משרד הפנים לבית הדין לביקורת משמורת ביום 4.3.2013 נכתב, במסגרת הטעמים להתנגדות לשחרור:

"סעיף 30א(ב)(2) לחוק למניעת הסתננות קובע כי ממונה ביקורת גבולות רשאי **במקרים חריגים** [ההדגשה במקור] לשחרר מסתנן בערובה אם שוכנע שקיימים **טעמים הומניטריים מיוחדים** [ההדגשה במקור] המצדיקים זאת. 14. המשיבה תטען, כי מעבר מסתננים לישראל כרוך בייסורי דרך ובניצול מצד גורמים עבריינים, וכי מטרת הסעיף הנ"ל היא לאפשר לגורמים המוסמכים 'במקרים חריגים' בהם מתקיימים טעמים הומניטריים מיוחדים, לשחרר מסתנן בערובה. לדאבון הלב התנכלויות ועינויים, כאמור, אינם חריגים ובדרך כלל אינם עולים כדי טעמים הומניטריים מיוחדים".

העתק תגובת משרד הפנים לבית הדין מיום 4.3.2013 מצ"ב ומסומן י"ב.

66. על האופן בו משרד הפנים טוען טענה זו ביחס לפירוש התיבה "מקרים חריגים" ניתן ללמוד ממספר רב של תגובות זהות שהגיש משרד הפנים. הזהות המוחלטת בין התגובות מלמדת, כי הטענה שהביטוי "מקרים חריגים" משמעו שיש לבחון את עניינם של העצורים באופן פרטני, היא מן השפה אל החוץ. תוכןן של התגובות מלמד, כי הפרשנות שהציגו המשיבים בפני בית משפט זה אינה הפרשנות בה הם אווזים ואינה הפרשנות שהם מיישמים. להלן שתי דוגמאות נוספות מתוך פס ייצור סיטונאי של תגובות זהות שהגיש משרד הפנים לבית הדין.

העתקה של שתי דוגמאות נוספות מצ"ב ומסומנים י"ג וי"ד.

67. פרשנות זו היא גם הפרשנות שאומצה על ידי בית הדין לביקורת משמורת. כך, למשל, בהחלטה מיום 19.3.2013, בסעיף 7 להחלטה, קבע בית הדין:

"נראה לי, כי אם כל הצער שבדבר, המקרה הנדון אינו נופל לגדר אותם מקרים חריגים ובודדים שבהם מתקיימים טעמים הומניטריים מיוחדים המצדיקים

לשקול בחיוב שאלת השחרור. הרי יש לזכור, כי בשונה מחוק הכניסה לישראל, בחוק למניעת הסתננות טעמים הומניטריים שמורים למקרים חריגים בלבד [ההדגשה במקור]."

העתק החלטת בית הדין לביקורת משמורת מיום 19.3.2013 מצ"ב ומסומן ט"ו.

68. יש לציין, כי חלק מן ההחלטות הנ"ל עניינן בקורבנות עינויים. פסק הדין בעניין **וולדו** הנ"ל הביא (או אמור היה להביא, אלמלא משרד הפנים היה מוסיף ומצטט את פסק דינו של בית המשפט המחוזי שבוטל), אמנם, להבהרת העובדה כי בעניינם של קורבנות עינויים יש לבחון כל מקרה לגופו, וכי הדבר עשוי להוות עילה לשחרור. ואולם, עדיין אין בכך כדי לרפא את הפגם בהליך הדו-שלבי של בחינת ההצדקה לשחרור (קיום העילה, בשלב ראשון, והיותו של המקרה "חריג", בשלב השני) הנקט על ידי משרד הפנים ובית הדין.
69. כמו כן, הסביבה הנורמטיבית, הקרובה והרחוקה, של סעיף 30א(ב) מעלה תהיות ביחס לפרשנות שהמשיבים טוענים כי הם אוחזים בה.
70. באשר לסביבה הנורמטיבית הקרובה – כפי שניתן לראות, החוק למניעת הסתננות מונה 7 עילות לשחרור. בהתקיים אחת מ-4 העילות הקבועות בסעיף 30א(ב) ממונה ביקורת הגבולות "רשאי, במקרים חריגים" להורות על שחרור. בהתקיים אחת מ-3 עילות השחרור הקבועות בסעיף 30א(ג) ממונה ביקורת הגבולות "רשאי" להורות על שחרור.
71. בהצעת חוק למניעת הסתננות (עבירות ושיפוט) (תיקון מס' 3 והוראת שעה), תשע"א-2011 (נספח ע/40 לעתירה) קובצו כל 7 עילות השחרור תחת אותו סעיף, סעיף 30א(ב), כשלגבי כולן נקבע כי ממונה ביקורת הגבולות "רשאי [להורות על שחרור] במקרים חריגים". כפי שעולה מדברי היועץ המשפטי של הכנסת, פיצול 7 עילות השחרור לשני סעיפים נפרדים, נבע מדרישת היעוץ המשפטי של הכנסת לאפשר שחרור של עצורים לאחר שלוש שנות מעצר מינהלי גם כאשר אין מדובר "במקרים חריגים" (ראו דברי עו"ד אייל יינן בפרוטוקול ועדת הפנים של הכנסת מיום 13.12.2011 בעמ' 3).
72. כך ניתן ללמוד גם מן הסביבה הנורמטיבית הרחוקה יותר של החוק למניעת הסתננות. השוואת תיקון מס' 3 לחוק למניעת הסתננות עם הוראות חוק הכניסה לישראל מלמדת כי התיקון "נבנה" על בסיס השלד של חוק הכניסה לישראל, תוך החמרה משמעותית של הוראותיו. סעיף 13ו(א) לחוק הכניסה לישראל קובע עילות לשחרור ממעצר, שבהתקיימן "רשאי" ממונה ביקורת הגבולות להורות על שחרור. רשאי, ולא רק "במקרים חריגים". אם תכליתה של ההוראה "במקרים חריגים" היא "לחייב את הממונה... או את בית הדין... לבחון באופן פרטני את שאלת החזקתו במשמורת של המסתנן", כלשון המדינה בתשובתה, האם טענת משרד הפנים היא כי בשל העדרה של התיבה "מקרים חריגים" בסעיף 13ו(א) לחוק הכניסה לישראל, הוא נוהג לשחרר עצורים מכוח חוק זה ללא בחינה פרטנית של עניינם?
73. כך או כך, כפי שהראינו, המדינה אינה מקיימת בפועל את הפרשנות עליה הצהירה בתשובתה.

74. עוד יצוין, כי פרשנות המשיבים, גם אם היו מיישמים בתום לב את הפרשנות שהם מציעים, אינה מחייבת את בית הדין לביקורת משמורת ואת הרשות השופטת.
75. ככל שבית משפט ייתן תוקף של פסק דין להצהרה, לפיה פרשנות התיבה "במקרים חריגים" היא "במקרים המפורטים", הרי שלא יהיה הכרח לבטל תיבה זו, וניתן יהיה לוותר על סעד חוקתי ביחס לסעיף זה. ואולם, ככל שתאומץ הרגל השנייה של טענת המדינה, המיישמת בפועל את התיבה "במקרים חריגים" כצורך להוכיח דבר מה ייחודי במקרה הפרטני, "דבר מה נוסף" שאינו מתקיים בעצורים אחרים, הרי שלא יהיה בכך כדי לרפא את הפגם החוקתי, והעותרים יעמדו על הסעד בעניין זה.

## **2.ב. קטינים המלווים על ידי בן משפחה או אפוטרופוס**

76. סעיף 30א(ב)(3) לחוק קובע עילת שחרור בעניינם של קטינים שאינם מלווים על ידי בן משפחה או אפוטרופוס. העותרים טענו בעתירה, כי אין הצדקה בעניין זה להבחנה בין קטינים מלווים ובין קטינים שאינם מלווים.
77. בפתח הדברים נשוב ונציין את שצינו בפרק שעניינו מתקן הכליאה – הילדים המוחזקים מכוח החוק למניעת הסתננות נמצאים בבית סוהר. לא במחנה קיץ, כפי שעלול לסבור בטעות מי שיקרא את כתב התשובה. הם מוחזקים באגפים סגורים, שמהם הם אינם רשאים לצאת. הם לנים בתאים מסורגים. אנשי שב"ס הם האחראים עליהם. לכל אחד מהם מספר אסיר שבאמצעותו הוא מזוהה. חלקם לא יצאו ממתקן הכליאה במשך תקופה של שנה ולא צפויים לצאת ממנו בשנתיים הקרובות.
78. ביחס לעניין זה יש להוסיף, כי הפרקטיקה הננקטת כלפי ילדים היא זו – **ילד המוחזק עם אמו מופרד ממנה בהגיעו לגיל 12 ועובר לאגף בו מוחזקים בגירים, שם הוא מוחזק ללא אפוטרופוס**. כך, למשל, החל מיום 3.2.2013 מוחזקת במעצר גבי אנג'לינה דינג קוויל יחד עם שלושת ילדיה – קור (בן 14), רינג (בן 9) ופונדה (בת שמונה חודשים). קור, בהיותו בן למעלה מ-12 שנים, מוחזק באגף הגברים המבוגרים, בנפרד מאמו, אחיו ואחותו, המוחזקים באגף הנשים. קור בן ה-14 אינו מסוגל לתקשר עם איש באגף בו הוא כלוא, שכן הכלואים האחרים אינם דוברים את שפתו. הוא מסוגר ומעורער. רק אחת לשבוע מתאפשר לו לפגוש את אמו. כך הם פני הדברים מזה כארבעה חודשים. משרד הפנים לא סבר, עד כה, כי עניינה של המשפחה מקים טעם לשחרור (ראו סעיף 4) לתשובת המדינה לדרישה לפרטים נוספים, נספח ד' הנ"ל). איום ההפרדה בין אמהות לילדיהן בהגיעם לגיל 12 אף משמש מנוף ללחץ על אמהות לתת את הסכמתן לגירוש. זהו אחד האמצעים להשגת הסכמה ל"הרחקה מרצון".
79. קריאת תשובת המשיבים ביחס להבחנה בין קטינים מלווים ובלתי מלווים מעלה את הסברה כי המשיבים עצמם מחזיקים בכמה עתירות בקנה נגד עצם קיומה של עילת השחרור ביחס לקטינים לא מלווים. שכן, כל הטענות שהם מעלים בהתנגדותם להכללתם של קטינים מלווים בעילת השחרור תקפות גם בעניינם של קטינים לא מלווים.

80. כך, למשל, כותבים המשיבים כי הסעד של הרחבת עילת השחרור בעניינם של קטינים לא מלווים גם לקטינים מלווים "הינו גורף, אין הוא מבחין בין קטינים הקרובים לבגירותם לבין קטינים-קטנים" (סעיף 145 לכתב התשובה), וכי משמעותו היא "קביעת כלל קטיגורי לפיו כל קטין, אפילו היה בן 17.5 והוא מלווה על ידי אביו ישוחרר ממשמורת" (סעיף 149 לכתב התשובה). ואולם, כיום החוק אינו מבחין בין קטינים לא מלווים הקרובים לבגירותם לקטינים-קטנים. מדוע, אם כן, קביעת כלל כזה בעניינם של קטינים מלווים היא כה אבסורדית?
81. עוד יצוין, כי טיעון ה"כלל הקטיגורי" של המשיבים לוקה בכשל לוגי. בסעיף 148 טוענים המשיבים, לגבי קטינים לא מלווים, כי החוק כלל אינו קובע כלל קטיגורי של שחרור, וכי "ברי, כי אף כאן שחרור ממשמורת כאמור יהא תלוי נסיבות". אף על פי כן, לשיטתם קביעת עילת שחרור שתחול גם על קטינים מלווים תיצור "כלל קטיגורי" של שחרור. ואולם, אם פרשנותם של המשיבים היא כי החוק בנוסחו הנוכחי אינו מחייב שחרורו של כל קטין לא מלווה ומאפשר בחינה פרטנית של הנסיבות, מדוע הם סבורים כי הוספת עילת שחרור העוסקת בקטינים מלווים תוביל לשחרור "אוטומטי"?
82. כך גם לעניין טענותיהם האחרות של המשיבים. המשיבים סבורים כי "במקרים מסוימים ספק אם [הסעד המתבקש] אף עולה בקנה אחד עם עקרון טובת הילד, ככל שהשחרור נעשה באין חלופה הולמת אחרת למשמורת" (סעיף 145 לכתב התשובה). אמירה זו תקפה הן לעניין קטינים מלווים והן לעניין קטינים לא מלווים, ולכן קשה לקבל אותה כטעם להבחנה בין שתי הקבוצות. ממש כשם שפרשנות המשיבים היא שעילת השחרור הנוגעת לקטינים לא מלווים מאפשרת למשרד הפנים לשחררם לחלופה ראויה, כך גם לעניין קטינים מלווים.
83. מיקומה הגיאומטרי של השאלה האם קיימת חלופת מעצר ראויה או לא אינו מצוי בבחינת השאלה האם מתקיימת עילת שחרור. הוא מצוי בשאלה מה הם התנאים שיקבע ממנה ביקורת הגבולות. ממנה ביקורת הגבולות רשאי לקבוע שחרור לחלופה מכוח סמכותו לפי סעיף 30א(ה) להתנות את השחרור "בתנאים שיקבע". כך נעשה היום ביחס לעילת השחרור הנוגעת לקטינים לא מלווים, ואין יסוד לטענה כי קבלת הסעד המבוקש תחייב את ממנה ביקורת הגבולות לשחרר קטינים מלווים ללא אפשרות להורות על חלופה ראויה.
84. המשיבים טוענים בכתב תשובתם, כי שחרור קטינים מלווים מתאפשר לפי עילות השחרור "הגמישות" שבסעיפים 30א(ב)(1) ו-30א(ב)(2), שעניינן טעמים בריאותיים וטעמים הומניטאריים מיוחדים. אולם יש לשים לב לדברים כפי שהם בפרקטיקה וכפי שהם באים לידי ביטוי בפרשנות המשיבים.
85. מבחינה פרקטית – במשך שנה לא שחרר משרד הפנים ילדים מלווים שהוחזקו במעצר מינהלי ב"סהרונים". במשך שנה לא סברה המדינה כי מתקיימים טעמים הומניטאריים בעניינם של רוב הילדים הכלואים. במקרים בודדים שוחררו ילדים מלווים על ידי בית המשפט או בית הדין. ביום 7.5.2012, חמישה ימים בלבד לפני הגשת כתב התשובה, בהחלטה רבה, שוחררו לפתע 10 ילדים מלווים יחד עם אמהותיהם (וראו גם סעיף 155 לכתב התשובה). הדבר נעשה בשעה 18:00, כשבניגוד להצהרות המדינה בכתב התשובה, לפיהן בעניינם של ילדים יש להבטיח חלופות מעצר הולמות, כלל לא נבחנו חלופות. השחרור, לאחר חודשי מעצר רבים, נעשה בהחלטה כה רבה עד שלילדים והאמהות ששוחררו במועד זה כלל לא נמסרו החלטות משרד הפנים בדבר התנאים לשחרורם, ועד היום כלל לא ידועים

להם תנאי השחרור, חרף פניות חוזרות ונשנות של באת כוחם בבקשה לקבל את העתקי החלטות השחרור.

86. בדומה, ביום 7.3.2013, חמישה ימים לפני הדיון הראשון בעתירה, נמצא לפתע, באותו היום, כי בעניינם של שלושה ילדים מתקיימים טעמים הומניטאריים המצדיקים שחרור, לאחר שלא נמצאו טעמים כאלה במשך תקופה ארוכה ביותר בה הוחזקו במעצר.

87. מלבד שני מקרים אלה – שניהם מספר ימים לפני קיומו של דיון בעתירה – לא מצא ממונה ביקורת הגבולות אף לא פעם אחת, כי מתקיימים טעמים הומניטאריים בעניינם של ילדים ולא שחרר אף ילד (יש לציין, כי בין לבין ילד נוסף שוחרר לפי החלטת בית הדין וזאת **חרף התנגדות משרד הפנים**, וגם העותרות 1 ו-2, פעוטה בת כשנה וחצי ואמה, שוחררו על ידי בית הדין **חרף התנגדות משרד הפנים**). דומה אם כן, כי בין הנסיבות שהצטברותן מביאה את המשיבים למסקנה כי קיימים טעמים הומניטאריים לשחרור ילדים מלווים, הנסיבה המרכזית היא מועד דיון בעתירה זו באופק הקרוב. ניכר שככל שירבו הדיונים בעתירה זו, כך יגדל מספר הילדים שישוחררו ממעצר.

88. על גישתו של משרד הפנים למעצר קטינים מלווים ועל האופן המצמצם בו הוא מחיל עליהם את עילת "הטעמים ההומניטאריים" ניתן ללמוד מתגובות שהגיש משרד הפנים לבקשות לשחרור ממשמורת. כך, למשל, בחודש מרץ 2013 במענה לבקשה לשחרור אם ופעוט אריתראים, שהוחזקו במעצר החל מחודש אוגוסט 2013 (כלומר 7 חודשים באותו מועד), כתבה נציגת משרד הפנים:

"המשיבה תטען, כי קטין מלווה הנמצא במשמורת לא מהווה טעמים הומניטאריים לשחרור ממשמורת. ... כוונתו הברורה של המחוקק בחוק זה הייתה לאפשר להחזיק ילדים במשמורת עם הוריהם."

העתק תגובת משרד הפנים מיום 24.3.2013 מצ"ב ומסומן ט"ז.

89. בית הדין לביקורת משמורת קיבל את עמדת המדינה וכתב בהחלטתו מיום 7.4.2013 (בסעיף 16):

"אני מודע לעקרון טובת הילד **וער לעובדה כי מתקן משמורת אינו מקום ראוי להחזיק בו קטין**, עם זאת בשונה ממקרה בו הקטין אינו נלווה, נסיבות המקימות עילת שחרור לפי הוראות סעיף 30א(ב)(3) לחוק למניעת הסתננות, אין הוא הדין לגבי מקרה שהקטין מלווה ע"י הורה או אפוטרופוס, כך למדים מלשון הוראות החוק, אשר מבחינות בין מקרה בו הקטין מלווה למקרה שאינו מלווה". (ההדגשה הוספה).

העתק החלטת בית הדין מיום 7.4.2013 מצ"ב ומסומן י"ז.

90. בדומה, בתגובה שהגיש משרד הפנים לבקשת שחרור של אם ובנה הקטין, הגיבה נציגת משרד הפנים בכתב כדלקמן:

"יתירה מכך, הטעמים ההומניטאריים הקבועים בחוק הינם במקרים חריגים, **ובלבד שהשחרור בערובה יש בו כיד לסייע בהליכי הגירוש עצמו. ראה לעניין זה סעיף 30א(ב)4.**" (ההדגשות במקור).



העתק תגובת משרד הפנים מיום 19.12.2012 מצ"ב ומסומן י"ח.

91. ניכר, אפוא, שההישענות על עילת "הטעמים ההומניטריים" אין בה כדי לרפא את ההבחנה בין קטינים מלווים לקטינים לא מלווים שבסעיף 30א(ב)(3) לחוק, וכך מוכיחה גם המציאות – **11 ילדים מלווים לא שוחררו ועודם מוחזקים במעצר עם הוריהם לפי הנתונים שהובאו בכתב התשובה**. חלק מן הילדים שעודם מוחזקים במעצר עם הוריהם הם פעוטות, חלקם צעירים ביותר, חלקם מעט יותר מבוגרים. כולם מוחזקים חודשים רבים במעצר. מבחינת גילם, אין כל שוני בין קבוצת הילדים ששוחררה לבין קבוצת הילדים שלא שוחררה. העותרים אינם יודעים מהו הבסיס להבחנה בין אלה לאלה.

92. מעבר לפרקטיקה, הרי שקיים הבדל מהותי בין ביטול ההבחנה בין קטינים מלווים לקטינים בלתי מלווים לבין השימוש בעילת השחרור שעניינה "טעמים הומניטריים", והמשיבים עצמם מודים בכך. בשעה שמדובר בקטין **לא מלווה**, עצם היותו כזה מקים עילת שחרור, שבהתקיימה על ממונה ביקורת הגבולות לשקול את עניינו, לקבוע חלופה ראויה ולשחררו בתנאים. כאשר מדובר בקטינים **מלווים**, הרי שלעמדת המשיבים, על מנת שיתקיימו "טעמים הומניטריים" לפי סעיף 30א(ב)(2) יש צורך ב"דבר מה נוסף".

93. לשיטת המדינה, על מנת שקטין יעמוד בדרישת קיומם של "תנאים הומניטריים" נדרשת "הצטרפות של מספר נסיבות" (סעיף 154 לכתב התשובה). הכלל הוא, אפוא, מעצרו של קטינים. החריג, המתקיים לשיטת המדינה רק בהצטרפות נסיבות נוספות, הוא שחרור.

94. כלל זה אינו עולה בקנה אחד עם עקרון טובת הילד. הוא אף אינו עולה בקנה אחד עם הדין הבינלאומי. כאמור בעתירה, בהתאם לסעיף 37(2) לאמנה בדבר זכויות הילד: "מעצרו, חבישתו או מאסרו של ילד יהיו בהתאם לחוק וישמשו רק **כאמצעי אחרון ולפרק זמן מתאים הקצר ביותר**" (ההדגשה הוספה).

95. עקרון זה הודגש על ידי העצרת הכללית של האו"ם, אשר אימצה בהחלטה מס' 45/113 מיום 14.12.1990 את **כללי האו"ם להגנה על קטינים שחירותם נשללה** (United Nations Rules for the Protection of Juveniles Deprived of their Liberty). כללים אלה חלים על כל סוגי שלילת חירותם של ילדים (סעיף 15). כלל 2 לכללים אלה קובע כי:

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

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

Volume hope: parents and children in immigration detention *Australasian Psychiatry*  
 .(pp. 91–9610, Issue 2,

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

98. הספרות המקצועית עומדת על כך שנוכחותם של אנשי מקצוע בכלא לא מנעה, ברוב המקרים, את אותן השלכות הרסניות. ואולם המשיבים טוענים בביטחון, כי הימצאותן של עובדות סוציאליות בכלא מאיינת את הנזקים הנפשיים הנגרמים לילדים בשל הכליאה ארוכת השנים.

99. דבר חקיקה, הקובע ברירת מחדל של מעצר מינהלי של קטינים, הקובע כי היותו של עצור קטין אינו מהווה טעם עצמאי לשחרור ודורש הצטברות של נסיבות נוספות כתנאי לשחרורו, פוגע בזכות לחירות באופן בלתי מידתי ובעקרון טובת הילד באופן שאינו עומד בתנאי פסקת ההגבלה. דבר חקיקה המבחין לעניין מעצר בין קטינים מלווים לקטינים בלתי מלווים אינו יכול לעמוד.

100. שיקול הדעת לשחרר ילדים במקרים מסוימים אין בו די כדי לרפא את הפגם כפי שמבהירות תוצאות החוק – **11 ילדים כלואים חודשים על גבי חודשים ומשרד הפנים לא מצא לשחררם; 10 ילדים נוספים הוחזקו בכלא פרק זמן של תשעה חודשים עד שנה עד שמשרד הפנים החליט כי הם מוחזקים די זמן כדי להקים "טעמים הומניטריים"; וילדים בני 12 מוחזקים לבדם באגפי הבגירים, בנפרד מאמהותיהם.**

101. סעיף 30א(ג)(1) קובע, כי ממונה ביקורת הגבולות רשאי לשחרר את מי שחלפו שלושה חודשים מאז הגיש בקשה למעמד בישראל ו"טרם החל הטיפול בבקשה". סעיף 30א(ג)(2) קובע כי הממונה רשאי לשחרר את מי שחלפו תשעה חודשים מאז הגיש בקשה למעמד בישראל וטרם ניתנה החלטה בבקשתו.
102. בפתח הדברים יצוין, כי במשך שנה תמימה גררו המשיבים רגליים בכל הנוגע לבחינת בקשות מקלט של מי שמוחזקים במעצר מכוח החוק למניעת הסתננות. כפי שעולה מתשובת המדינה לבקשה לפרטים נוספים (נספח ד' הנ"ל), **עד היום לא הסתיים הטיפול בבקשתו למקלט ולו של אזרח סודן או אריתריאה אחד**. איש מהם לא הוכר כפליט. בקשתו של איש למקלט גם לא נדחתה (ראו סעיף ה(1,2,3) לתשובה הנ"ל). זאת אף על פי שבהתאם לנתוני המדינה הוגשו 1,404 בקשות למקלט, ואף על פי שכ-90% מן העצורים הם אזרחי סודן ואריתריאה. אולם כאמור, לא נתפלא אם ערב הדיון יכריזו, בחיפזון ובהלה, כי במשך שבוע דחו מאות בקשות מקלט.
103. נוכח העובדה שבחודשים האחרונים נכנסו בודדים למדינת ישראל דרך גבולה הדרומי, כפי שמלמדים נתוני המדינה, הרי שרוב מבקשי המקלט ממתניים במעצר תקופות ארוכות.
104. בתחילה לא הייתה באגפי הכליאה נגישות לטפסים הדרושים להגשת בקשת מקלט. רוב הכלואים כלל לא ידעו על האפשרות להגיש בקשה למקלט. רק בהמשך, בחודש ינואר 2013, כחצי שנה לאחר תחילת יישום החוק, נתלו באגפים דפי הסבר וחולקו טפסים המאפשרים הגשת בקשה למקלט בשפה האנגלית, אותה לא דוברים רוב העצורים.
105. נציבות האו"ם לפליטים, שנציגיה פוגשים בכלואים במתקן "סהרונים" באופן שגרתי עמדה על העדר הנגישות להליכי המקלט עד ינואר 2013 במכתבה מיום 5.2.2013.
- מכתב נציבות האו"ם לפליטים מיום 5.2.2013 מצ"ב ומסומן י"ט.
106. לא למותר יהיה להזכיר, כי הגם שיש בכלא טפסים להגשת בקשות מקלט, רבים אינם יודעים כיצד למלאם. יתרה מזו, רבים אחרים סבורים, כי הם בכל מקרה יישארו בכלא לתקופה של שלוש שנים (ראו תצהיריהן של א' ב' וגי' המצורפים ומסומנים ט' וי'). הם אינם מודעים לכך שהגשת בקשת מקלט עשויה לקדם את שחרורם, ואיש מטעם הרשויות אינו מיידע אותם בכך. יש ששומעים מנציגי הרשויות אף להפך – שהגשת בקשת המקלט תגרום לכך שיכלאו לתקופה ממושכת. כאמור בעתירה, מזה זמן לארבעה זכויות אדם – ובהם, בעיקר, מוקד סיוע לעובדים זרים, האמון על ביקורי מוחזקים בבתי המשמורת – אין עוד אפשרות לבקר את המוחזקים באגפי הכלא באופן חופשי, אלא לפגוש בודדים על פי תיאום מראש. ערב יישום החוק למניעת הסתננות בחודש יוני 2012, דומה שמתוך מטרה להקשות על הגשת בקשות מקלט ולהקשות על שחרור המוחזקים, שירות בתי הסוהר אף מנע את הכניסה ל"סהרונים" של עובדי ומתנדבי מוקד סיוע לעובדים זרים, ובהמשך איפשר מפגשים עם מוחזקים בתנאים מגבילים ומחמירים משהיו קודם לכן (בעניין זה תלויה ועומדת עתירה: בג"ץ 6180/12 מוקד סיוע לעובדים זרים נ' שירות בתי הסוהר).
107. גם נתונים, שהביאה המדינה, מלמדים על העדר נגישות להליכי מקלט בחודשים הראשונים להפעלת החוק. החוק למניעת הסתננות מיושם מזה כשנה, מאז ראשית חודש יוני 2012. טרם התקבלה ולו

החלטה אחת לדחות או לאשר בקשה למקלט. אף על פי כן, מן האמור בתשובת המדינה לסעיף 8.1 לבקשה לפרטים נוספים (נספח ד' הנ"ל), עולה כי איש לא שוחרר בהתאם לעילה הקבועה בסעיף 30א(ג)(2), כלומר בגין אי מתן החלטה בחלוף 9 חודשים ממועד הגשת הבקשה. היות שטרם התקבלה ולו החלטה אחת בבקשות מקלט של אזרחי אריתריאה וסודן, משמעות הדבר היא שהבקשה הראשונה למקלט הוגשה לפני 9 חודשים לכל היותר, אף על פי שאנשים רבים עצורים מכוח החוק במשך שנה. כיצד ניתן להסביר שבמשך 3 חודשים לפחות לא הוגשה אף לא בקשת מקלט אחת ולאחר מכן הוגשו 1,400 בקשות, אלא אם היו קשיי נגישות כלשהם למנגנון המקלט?

108. בחודש ינואר 2013 תוקן באופן חלקי עניין זה, ומאז הגיש מספר גדול של מבקשי מקלט בקשות. ואולם, במשך חודשים ארוכים גרר משרד הפנים את הטיפול בבקשות. כאמור, טרם התקבלה ולו החלטה אחת בבקשות המקלט. רק בשבוע האחרון החל, כאמור בפתח הדברים, "בליץ" של בחינת בקשות מקלט, ככל הנראה לרגל הדיון הצפוי להתקיים בעתירה. לאחר חודשים ארוכים של חוסר תזווה, בשבוע האחרון מתקיים מרתון של ראיונות במתקן הכליאה "סהרוניס", וחלק מכוח האדם של יחידת הטיפול במבקשי מקלט, שמקום מושבה בתל-אביב, גויס כדי לסייע ליחידת הטיפול במבקשי מקלט שמקום מושבה במתקן "סהרוניס". גם העותרים כולם זומנו בבהילות לראיונות מקלט מספר ימים בסמוך למועד הדיון בעתירה. יש לתהות מדוע היה על המשיבים להמתין עד למועד הדיון בעתירה כדי להתחיל בטיפול רציני בבקשות המקלט.

109. העותרים פירטו בעתירתם את הטעמים לאי חוקתיותו של הסדר זה, המאפשר החזקת מבקשי מקלט במעצר לכל אורך הליך המקלט בעניינם. אין מדינה מערבית אחרת (למעט אוסטרליה), בה מוחזקים מבקשי מקלט פרקי זמן כה ארוכים במהלך בחינת בקשותיהם למקלט, וברוב המדינות לאחר ראיון ראשוני משוחררים מבקשי מקלט ממעצר לקיום המשך ההליכים שלא במעצר. העותרים עמדו על הוראות הדין הבינלאומי, החלטת EXCOM בעניין זה והנחיות נציבות האו"ם לפליטים בדבר מעצר (סעיפים 171-191 לעתירה), וכך עשתה גם נציבות האו"ם לפליטים בבקשתה להצטרף במעמד "ידידת בית המשפט". העותרים אף עמדו על השלכותיו הקשות של מעצר מבקשי מקלט (סעיפים 192-193 לעתירה). לעניין אי חוקתיות ההסדר האמור, די להפנות לעתירה.

## **ד.2. "הסדר מיטיב" ה"מעגן לראשונה מנגנון מינהלי לבחינת בקשות מקלט"?**

110. המשיבים טוענים, כי ההסדר הקבוע בסעיפים 30א(ג)(1) ו-2) הוא הסדר המיטיב עם מבקשי מקלט ופליטים לעומת המצב המשפטי שקדם לו, וכי הוא מעגן "מנגנון מינהלי סטטוטורי" להבחנה בין פליטים לבין מי שאינם פליטים (ראו סעיף 179 לכתב התשובה). טענה זו של המשיבים היא מטעה, אך מצביעה על הומור בריא.

111. הסעיפים האמורים חלים על כל בקשה למעמד בישראל ולא רק על בקשות למקלט. באותה מידה של רצינות ניתן היה לטעון שסעיפים אלה מעגנים מנגנון מינהלי של בחינת בקשות למעמד מכוח איחוד משפחות, מטעמים הומניטאריים או מטעמים רפואיים. המנגנון המינהלי לבחינת בקשות למקלט מעוגן בנהלי משרד הפנים, שהוצאו מכוח חוק הכניסה לישראל, ממש כמו יתר סוגי הבקשות למעמד בישראל, שעליהן חלים הסעיפים האמורים. כל שנקבע בסעיפים 30א(ג)(1) ו-2) הוא כי שעה שמדובר

באדם המצוי במעצר מכוח החוק, ככל שלא תסתיים בחינת בקשתו בתוך פרק זמן מסוים – יש לשחררו על מנת שבחינת הבקשה תסתיים מחוץ למשמורת. הא ותו לא.

112. ביטול סעיפים אלה לא "יטשטש את היכולת להבחין" בין מי שמבקש מקלט לבין מי שאינו (חשש העולה בסעיף 184 לכתב התשובה). **המנגנון הקיים היום לבחינת בקשות מקלט הוא מכוח נוהל הטיפול בבקשות מקלט, והוא מנגנון זה לזה שהתקיים לפני שנה, טרם תחילת יישום החוק למניעת הסתננות. המנגנון יוסיף ויתקיים גם לאחר הכרזה על אי חוקתיותו של הסדר המעצר ביחס למבקשי מקלט.**

113. בהקשר זה חשוב להזכיר, כי בין מבקשי המקלט בישראל יש גם מי שנכנסו לישראל כדין, והם אינם מוחזקים מכוח החוק למניעת הסתננות. בקשותיהם למקלט של חלקם נבחנות מחוץ למתקני הכליאה ואחרים מוחזקים מכוח חוק הכניסה לישראל. האם המשיבים טוענים ברצינות, כי מערכת המקלט בישראל אפקטיבית פחות או פגומה ביחס למי שנכנס לישראל כדין, משום שלא חל עליו החוק למניעת הסתננות?

114. האבסורד שבטענה, לפיה ההסדרים הקבועים בסעיפים אלה הם למעשה "עיגון סטטוטורי של מנגנון בחינת בקשות למקלט מדיני", בולט נוכח עמדת המדינה במסגרת הליכי החקיקה של החוק. במסגרת הדיונים בהצעת החוק בוועדת הפנים בכנסת ביקשו חברי כנסת אחדים להוסיף הסתייגויות המגדירות מהו פליט ולקבוע מנגנון לבחינת בקשות למקלט. נציגי הממשלה סירבו לכך בתוקף. בדיון שהתקיים בוועדה ביום 10.8.2011 ציינה בעניין זה נציגת משרד המשפטים, אביטל שטרנברג, במענה לדרישה לעגן בחוק מנגנון סטטוטורי להבחנה בין פליטים לאחרים (עמ' 11 לפרוטוקול):

"הצעת החוק הזאת נועדה לטפל במסתננים, היא לא נועדה לטפל בפליטים. אנחנו לא מתכוונים לחוקק בתוכה את אמנת הפליטים. השאלה אם להפנים בתוך משפט הארץ על ידי חקיקה את אמנת הפליטים חזרה ונדונה בממשלה והממשלה החליטה שהיא לא רוצה לעשות את זה. מבחינתה זאת הצעת חוק. את ההצעות שהיו פה לתוספת של הגדרות שהמשמעות שלהן היא שאיבה והפנמה של אמנת הפליטים הממשלה החליטה שהיא לא רוצה לעשות. יחד עם זאת, כפי שצינתי וגם הפניתי לסעיפים הקונקרטיים, יש כוונה שמתוך התהליך הזה, אחרי שנעשה בדיקה, פליט אמיתי לא יהיה במסגרת הזאת, הוא לא יהיה במשמורת."

לפרוטוקול הדיון בוועדת הפנים ביום 10.8.2011 ראו:

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

115. לסיכום נקודה זו: **המנגנון הקבוע בסעיפים 30א(ג)(1) ו-2) אינו מעגן סטטוטורי "מנגנון מנהלי לבחינת בקשות מקלט". מנגנון זה מעוגן בנהלי משרד הפנים ובחוק הכניסה לישראל. הוא התקיים לפני חקיקת תיקון מס' 3 וימשיך להתקיים אחריו.** כל שקובע ההסדר הוא פרקי זמן שבסיומם יש לשחרר את מי שהגיש בקשה כלשהי למעמד בישראל, לרבות בקשה למעמד מכוח היותו פליט, אם הבקשה עודנה תלויה ועומדת.

116. ומכאן לטענה כי פרקי הזמן לסיום ההליכים הם מיטיבים ביחס למצב המשפטי שקדם קודם לכן. טענה זו גם היא מטעה.

117. עד ליישום תיקון מס' 3, מעצרים של כלל מבקשי המקלט, שהמדינה החזיקה במעצר, נעשה מכוח צו משמורת לפי חוק הכניסה לישראל. בסעיף 13(א) (4) לחוק הכניסה לישראל נקבע, כי החזקה במעצר **פרק זמן של 60 ימים** ויותר מהווה עילה לשחרור. בהתאם לפסיקתו של בית משפט זה, בחלוף 60 ימים ממועד המעצר, וכאשר אין מתקיימים הסייגים לשחרור, **ככלל יש לשחרר את העצור**, אלא אם קיים בעניינו אינטרס ציבורי בעל משקל של ממש המצדיק את המשך החזקתו לפרק זמן סביר, כשהנטל להוכיח אינטרס כזה רובץ על כתפי המדינה (ראו בר"ם 173/03 **מדינת ישראל נ' סלמה** (9.5.2005), סעיף 9 לפסק הדין; בר"ם 7267/09 **עבדואלי נ' משרד הפנים** (21.12.2009), סעיף 10 לפסק הדין).
118. **בתי המשפט פסקו כי סעיף 13(א) (4) לחוק הכניסה לישראל קובע עילת שחרור כעבור 60 ימים גם בעניינם של מי שהגישו בקשת מקלט והטיפול בה לא הסתיים** (ראו: פסק דינו של השופט ע' פוגלמן בעת"מ (ת"א) 1268/09 **הרדס נ' בית הדין למשמורת שוהים שלא כדין** (22.2.2009); פסק דינו של השופט ר' שפירא בעמ"נ (חיפה) 222/08 **פלוני נ' משרד הפנים**, (20.6.2008); פסק דינה של השופטת ח' סלוטקי בעמ"נ (בי"ש) 8797-04-12 **משרד הפנים נ' הירווי**, (10.6.2012)).
119. מן האמור עולה, כי **עובר לתיקון מס' 3 ההסדר המשפטי שהוחל על מבקשי מקלט היה זה הקבוע בחוק הכניסה לישראל, ומכוחו קמה עילת שחרור בעניינו של מבקש מקלט שהטיפול בבקשתו לא הסתיים בתוך 60 ימים. כעת חל ההסדר הקבוע בחוק למניעת הסתננות, מכוח קמה עילת שחרור דומה רק לאחר 9 חודשים, אם בסופם הטיפול בבקשת המקלט לא הסתיים**. אין יסוד, אפוא, לטענת המדינה כי ההסדר הקבוע בחוק למניעת הסתננות משפר את מצבם של מבקשי מקלט.
120. המשיבים מוסיפים וטוענים, כי ביטול ההסדר הקבוע בסעיף 30א(ג), הן לעניין עילות השחרור שעניינן מעצר לאורך הליך בחינת בקשה למעמד בישראל והן ביחס לעילת 3 השנים, יביא להשבת ההסדר הסטטוטורי הקודם על כנו ולהחמרת מצבם של העצורים. לשיטתם, משמעות ביטול עילות שחרור אלה תהיה החזקה במעצר עד לגירוש במהלך תקופה בלתי מוגבלת. טענה זו מטעה משני טעמים.
121. ראשית, **בהתאם למצב המשפטי שקדם לתיקון מס' 3, המשיבים לא היו רשאים להחזיק איש במעצר מכוח החוק למניעת הסתננות פרק זמן העולה על 10 ימים**. זאת נוכח פסק דינו של בית המשפט בבג"ץ 3208/06 **פלונים נ' שר הביטחון** (7.10.2008).
122. העתירות בבג"ץ 3208/06 הוגשו נוכח החלטת המשיבים להחזיק לפרקי זמן בלתי מוגבלים את כלל אזרחי סודן בשנים 2006-2008 מכוח החוק למניעת הסתננות כנוסחו אז. במסגרת העתירות נטען כי בהינתן המנגנון הקבוע בחוק הכניסה לישראל, החזקה מכוח החוק למניעת הסתננות אינה מידתית. במהלך הדיונים בעתירה ניתן ביום 21.3.2007 צו על-תנאי, שהורה למשיבים לנמק מדוע לא יחדלו ממעצר לפי סעיף 30(א) לחוק למניעת הסתננות (נספח ע/31 לעתירה).
123. **בעקבות הצו על-תנאי הודיעה המדינה, כי לא תחזיק אנשים במעצר מכוח חוק זה פרק זמן העולה על 10 ימים, אלא תעבירם למסלול שמתווה חוק הכניסה לישראל. הודעה זו של המדינה עוגנה בפסק דינו של בית משפט זה (נספח ע/32 לעתירה)**. נוכח עיגון הודעה זו בפסק דין, הרי שבהתאם למצב

המשפטי שקדם לתיקון מס' 3, לא היה ביכולתה של המדינה להחזיק איש במעצר לפי סעיף 30(א) לחוק למניעת הסתננות לפרק זמן העולה על 10 ימים.

124. שנית, אף אלמלא אותה הגבלה בת 10 ימים, החוק למניעת הסתננות בנוסחו הקודם לא יכול היה להוות בסיס להחזקה בלתי מוגבלת בזמן במעצר. נוסחו של סעיף 30(א) לחוק למניעת הסתננות לפני תיקון מס' 3 זהה במהותו לנוסחו של סעיף 13 לחוק הכניסה לישראל כפי שהיה לפני תיקון מס' 9 בשנת 2001. עד למועד זה חוק הכניסה לישראל קבע סמכות מעצר עד לגירוש ולא קבע עילת שחרור כלשהי. אף על פי כן, בית המשפט קבע כי יש לפרש את הסעיף כך שלא יותר מעצר לפרק זמן בלתי סביר של מי שלא מתקיימים בעניינו הליכי גירוש אפקטיביים.

125. השופטת א' חיות עמדה על כך שגם בתקופה בה לא נקבעו פרקי זמן כלשהם כעילות לשחרור ממעצר לפי חוק הכניסה לישראל והצו בדבר מניעת הסתננות, ההלכה הפסוקה הגבילה אפשרות זו, בע"א 9656/08 **מדינת ישראל נ' סעידי** (15.12.2011):

"בתקופה הרלוונטית לענייננו קבע חוק הכניסה לישראל סמכות כללית המסורה לשר הפנים, להוציא צו גירוש למי שנמצא בישראל ללא רישיון ישיבה והוא אינו אזרח ישראלי או עולה לפי חוק השבות. **עוד נקבע באותו הסעיף כי ניתן לעצור ולהחזיק אדם שניתן נגדו צו גירוש במקום ובאופן שקבע שר הפנים, וזאת עד ליציאתו מישראל או עד לגירושו ממנה.** הסדר ברוח זו קבוע גם בצו בדבר מניעת הסתננות. **שני ההסדרים הסטוטוריים הללו לא כללו בתקופה הרלוונטית לענייננו הוראה המגבילה את משך המעצר וההחזקה של מי שניתן עליו צו גירוש כאמור, ולכאורה יש בהם הסמכה להמשיך ולהחזיקו במעצר ללא הגבלת זמן, עד למימוש צו הגירוש.** הסדר סטוטורי כזה אינו קשוב דיו לזכות לחירות של מי שהוצא נגדו צו גירוש כאמור, הגם שהינו שווה שלא כדין בישראל. ...

**אולם, את שהחסירו ההסדרים הסטוטוריים הנ"ל, השלימה פסיקתו של בית המשפט הגבוה לצדק בקביעת עקרונות וסטנדרטים שעל-פיהם ראוי לרשות לפעול בהקשר זה ... תמציתם של עקרונות אלה היא כי המעצר טרם גירוש נועד להבטיח את האפקטיביות של צו הגירוש ואינו בא לשרת כל מטרה עונשית או הרתעתית, וכי בהפעלת סמכות המעצר, כבהפעלתה של כל סמכות שלטונית, על המדינה לנהוג במידתיות, במובן זה שאם הגירוש אינו מתבצע תוך זמן סביר, ניתן להצדיק את המשך המעצר רק אם קיים חשש כי תכלית הגירוש לא תוגשם, למשל משום שהמגורש יימלט או משום שבהיותו משוחרר קיים חשש כי הוא יפגע בביטחון הציבור ובשלומו. עוד נקבע כי החזקתו של המיועד לגירוש אינה חייבת להיות בתנאי מעצר ויש לשקול לגביו דרכי החזקה התואמות את מטרת החזקתו. **הנה כי כן, למרות ההסדר החסר שהיה קבוע בחוק הכניסה לישראל טרם תיקון מס' 9, לא איפשר בית המשפט הגבוה לצדק מעצר "לנצח" ללא הגבלת זמן של השוהים בישראל שלא כדין.**"**

שם, סעיפים 24-26 לפסק הדין, ההדגשות הוספו.

126. גם הנשיא א' ברק קבע בעניין אותה החקיקה, כי כאשר הסדר סטוטורי מאפשר מעצר מכוח צו גירוש "עד לגירוש", אין לעצור אדם לתקופה העולה על הנדרש, ויש לשחררו אם המעצר אינו מתקיים בתוך פרק זמן סביר "**שאינו נמדד בשנים או בחודשים ארוכים**" (בג"ץ 5190/94 אל טאיי נ' שר הפנים, פ"ד מט(3) 843, 850). ראו גם: בג"ץ 1468/90 בן ישראל נ' שר הפנים, פ"ד מד(4) 149, 151-152).

127. מכל האמור עולה, כי אין כל יסוד לטענת המשיבים, כי ההסדר הקבוע בחוק למניעת הסתננות מיטיב, בכל הנוגע לתקופות מעצר, ביחס להסדרים שקדמו לו, בין שמדובר במבקשי מקלט ובין שלא. **ראשית**, עובר לתיקון מס' 3 המשיבים היו מנועים מלהחזיק אדם במעצר מכוח החוק למניעת הסתננות פרק זמן העולה על 10 ימים בעקבות בג"ץ 3208/06 הנ"ל; **שנית**, עובר לתיקון מס' 3 המעצר נעשה מכוח חוק הכניסה לישראל, המקים עילת שחרור כעבור 60 ימים, בין שמדובר במבקשי מקלט ובין שלא; **שלישית**, גם אם ניתן היה לעצור אדם מכוח סעיף 30(א) לחוק למניעת הסתננות, הרי שבהעדר פרקי זמן לשחרור היה חל הכלל הפסיקתי, לפיו בהעדר הליך גירוש אפקטיבי אין להחזיק אדם במעצר "שנים או חודשים ארוכים".

128. לא ברור באיזה עולם הפוך תיקון מס' 3, שמכוחו מוחזקים במעצר מינהלי קרוב ל-2,000 איש תקופות מעצר ארוכות ללא אפשרות ריאלית לשחרור (כזכור – רק 6.96% מן העצורים שוחררו), הוא חוק מיטיב. אך אפילו ניתן היה להתייחס ברצינות לטענת המדינה בדבר היותו של ההסדר מיטיב בהשוואה למצב המשפטי הקודם ששרר, הרי שלא היה בכך כדי להציל את הוראות החוק מביקורת שיפוטית:

"אני מוכן להסכים כי בית-המשפט, שעה שהוא בודק את החוקיות של חוק לאור חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו, ייחס משקל לעובדה שמדובר, אם מדובר, בחוק מיטיב. אך כאמור, העובדה שמדובר בחוק מיטיב אינה מחסנת את החוק מפני ביקורת שיפוטית בהתאם לחוק היסוד."

בג"ץ 6055/95 צמח נ' שר הביטחון, פ"ד נג(5) 241, 261.

## 1.2. יישום סעיף 30א(ג)(1)

129. מעבר לפגמים החוקתיים שבהסדר המאפשר לכלוא מבקשי מקלט לאורך הליך הטיפול בבקשתם, הרי שאופן יישום סעיף 30א(ג)(1) על ידי משרד הפנים מעקר אותו מתוכן.

130. הסעיף מאפשר לשחרר אדם שבתום 3 חודשים לא "החל" הטיפול בבקשתו. החוק אינו מגדיר מהי "התחלת טיפול". מן הפרקטיקה שמיישם משרד הפנים עולה כי כל הזזת נייר מצד לצד על ידי פקיד נחשבת לתחילת הטיפול בבקשה. מסעיף 180 לכתב התשובה עולה, לכאורה, כי לשיטת המדינה "תחילת טיפול" היא "זימון לראיון בסיסי". אלא שלא זה האופן בו פועלת המדינה ולא זו העמדה שהיא מציגה בבית הדין לביקורת משמורת ובבתי המשפט המחוזיים.

131. כך למשל במסגרת השלמת טיעון מיום 20.2.2013 שהגישה המדינה בעמ"נ (ב"ש) 39458-01-13, בו טענה המערערת כי מתקיימת בה עילת השחרור האמורה מן הטעם שהטיפול בבקשתה לא החל כדין בתוך שלושה חודשים, טענה המדינה (בסעיף 5):

"יצויין כי הממונה אינו חייב גם על פי החוק לשחרר את המוחזק. אך כאן, אין אנו דנים כלל בכך שכן, הטיפול בבקשה אינו מתחיל עם הראיון אלא הרבה זמן קודם לראיון כמו הכנות לקראת הראיון וכד'."

העתק השלמת הטיעון מיום 20.2.2013 בעמ"נ (ב"ש) 39458-01-13 מצ"ב ומסומן כ'.



132. במקרים אחרים הגדילו המשיבים לעשות וטענו כי "קליטת" הבקשה היא תחילת הטיפול בה. כך למשל, בדיון שהתקיים ביום 3.4.2013 בעמ"נ (ב"ש) 34557-03-13 טענה באת כוח משרד הפנים (עמ' 8 לפרוטוקול הדיון, שורות 15-20):

"לשאלה האם היה ראיון, אני אומרת שלא היה ראיון, התחלת הטיפול הוא לא ראיון. התחלת הטיפול היה סמוך לאחר שנקלטה הבקשה.  
לשאלה איזו התחלת טיפול הייתה ומתי, אני אומרת שעד היום אני לא יודעת, אני צריכה לברר.  
**התחלת טיפול זה המועד בו קולטים את הבקשה ועוברים עליה, אני צריכה לבדוק מתי זה נעשה. הראיון למיטב הבנתי כרוך בהכנה, ולכן בהכרח מועד הראיון הוא לא תחילת טיפול.**"

העתק פרוטוקול הדיון מיום 3.4.2013 בעמ"נ (ב"ש) 34557-03-13 מצ"ב ומסומן כ"א.

133. הדברים באו לידי ביטוי באופן דומה בהליכים משפטיים נוספים בבית הדין לביקורת משמורת ובבית המשפט המחוזי.

134. לסיכום, כפי שטענו העותרים, עצם ההוראה שבסעיף 30א(ג)(1) אינה חוקתית. אולם במנותק מכך, האופן בו הצהירה המדינה בכתב התשובה כי היא מפרשת את ההוראה עומד בסתירה לאופן שבו היא מיישמת סעיף זה בפועל ולפרשנות שהציגה במספר גדול של הליכים. האופן בו היא מפרשת ומיישמת סעיף זה, לפיו תחילת הטיפול הוא "קליטת" הבקשה, הופך את הסעיף לעילת שחרור ריקה מתוכן.

## 2.ז. שלוש שנים - תקופת המעצר הקבועה בסעיף 30א(ג)(3) לחוק

135. סעיף 30א(ג)(3), הקובע את מעצרו של אדם במשך 3 שנים ומעלה כעילת שחרור, הוא היהלום בכתר הקוצים של תיקון מס' 3 לחוק למניעת הסתננות. לאחר מלוא הטיעונים שנערמו על ידי הצדדים, בסופו של דבר השאלה המרכזית העולה בעתירה זו היא פשוטה - האם ניתן להסכין עם מעצר מכוח צו גירוש לפרק זמן של 3 שנים לפחות של מי שאין מתקיימים בעניינו הליכי גירוש?

136. המשיבים מוחים בכתב התשובה וטוענים כי העותרים מבססים את עתירתם על היותו של המעצר "מעצר אוטומטי" ל-3 שנים. אך העותרים לא טענו כי מדובר במעצר "אוטומטי". טענת העותרים היא כי ברירת המחדל שקובע החוק ביחס למי שאינם מתקיימים הליכי גירוש אפקטיביים בעניינם היא מעצר ל-3 שנים לפחות, אלא אם מתקיימת בו אחת מעילות השחרור הצרות והחריגות. כאמור, צרות עד כדי כך שרק 6.96% שוחררו מכוח העילות האחרות, בעוד 93% מן העצורים ממתינים לחלוף 3 שנים (ראו עמ' 4 לנתונים המספריים העומדים בבסיס אחוזים אלה).

137. אופן זה של הצגת החוק אינו המצאה מקורית של העותרים. כך הוצגה גם הצעת החוק בדברי ההסבר שלה (שצורפו כנספח ע/40 לעתירה), בהם נכתב:

"ככל שלא מתקיימת במסתנן עילה המצדיקה את שחרורו, המגמה היא להחזיקו במשמורת עד לגירושו או עד למיצוי התקופה המרבית להחזקתו, האמורה בפסקה (7) [סעיף 30א(ג)(3) בחוק בנוסחו הסופי] לפי המוקדם מביניהם." הצעת חוק למניעת הסתננות (עבירות ושיפוט) (תיקון מס' 3 והוראת שעה), התשע"א-2011 (ה"ח ממשלה 577, 28.3.2011).

138. המספרים אף הם מוכיחים, כי הכלל הוא החזקה במשמורת פרק זמן של שלוש שנים. נשוב ונזכיר - בהתאם לנתונים בכתב התשובה ובתגובה לבקשה לפרטים נוספים שוחררו 136 עצורים מתוך 1,954. ליתר אין אלא להתאזר בסבלנות לחלוף 3 שנים. אלה הן תוצאות המנגנון המכונה "דינמי" על ידי המשיבים.

139. בין אלה מצויה, למשל, העותרת 5, החוגגת שנה במעצר בימים אלה. בין שתוכר כפליטה ובין שלא (והסטטיסטיקה מלמדת כי לא תוכר כפליטה חרף עילת המקלט החזקה שלה), המדינה מוסיפה ומחילה עליה את עקרון ה-*non-refoulement* ואינה מגרשת אותה. המשיבים קבעו כי אין מתקיימת בה עילת שחרור לפי החוק. לפיכך, היא צפויה להיות מוחזקת במעצר לפחות שלוש שנים. כך גם המבקשות בבר"ם 1192/13 והעותרות בעע"מ 1247/13. עבורן אין כל נחמה ב"דינאמיות" של החוק, ועבורן אין כל מידתיות בהוראותיו. בבוחננו את הסדרי המעצר בחוק כפי שהם מוחלים עליהן (as applied) אין כל דרך לומר שקיומן של עילות שחרור אחרות ממתנות את הפגיעה בהן.

140. כאמור, בניגוד לטענת המשיבים, ביטול ההסדר ביחס למעצר לפרק זמן של שלוש שנים לא יביא לכך שניתן יהיה לעצור אדם לפרק זמן בלתי מוגבל, ולעניין זה נשוב ונפנה לאמור בסעיפים 117-127 הנ"ל.

141. כאמור בעתירה, ולא נחזור על הדברים בהרחבה, ההסדר בעניין זה ממוטט במחי יד את כל ההלכות שנקבעו על ידי בית משפט זה. בית המשפט קבע שוב ושוב, כי מעצר מכוח צו גירוש הוא סביר רק כל עוד מתקיימים הליכי גירוש אפקטיביים בתוך פרק זמן מוגדר וקצר יחסית, "שאינו נמדד בשנים או חודשים ארוכים" (בג"ץ 5190/94 אל טאיי נ' שר הפנים, פ"ד מט(3) 843, 850). בית המשפט חזר על עקרון זה בשורה של פסקי דין, החל מפסק דינו של השופט צ' ברנזון בעניין פלוני בראשית שנות ה-50 של המאה ה-20 ועד פסק דינה של השופטת א' חיות בעניין סעידי משנת 2011. ראו:

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

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

עניין אל-טאיי הנ"ל, 150;

ע"א 9656/08 מדינת ישראל נ' סעידי (15.12.2011) סעיפים 24-26.

142. פסיקה זו התבססה כולה על הקביעה כי מעצר של מי ששוהה בישראל ללא היתר מכוח צו גירוש לאורך זמן בהעדר הליכי גירוש אפקטיביים מהווה פגיעה בלתי מידתית בזכות היסוד לחירות. המדינה לא התמודדה, ואף לא ניסתה להתמודד, עם האמור בפסיקה זו בכתב תשובתה. לשיטתה, פסיקה זו לא הייתה מעולם.

להרחבה בעניין העקרונות שנקבעו בפסיקה בישראל בעניין זה ראו סעיפים 127-137 לעתירה.

143. כאמור בעתירה, וגם על כך לא נרחיב כאן, עמדתו זו של בית המשפט העליון מתיישבת היטב עם הדין הבינלאומי ועם המשפט המשווה. סעיף 9 לאמנה בדבר זכויות אזרחיות ופוליטיות פורש פעמים רבות כאוסר על החזקה במעצר מכוח גירוש בשעה שאין מתקיים הליך גירוש אפקטיבי תוך פרק זמן קצר (ראו סעיפים 138-145 לעתירה). כך גם במשפט המשווה (סעיפים 146-157 לעתירה).

144. האפשרות לעצור "מסתננים" במעצר מינהלי לפרק זמן מינימאלי של 3 שנים חורגת באופן קיצוני ממתחם החוקתיות. אף על פי שקיימות עילות שחרור אחרות, בפועל, כפי שמלמדים המספרים עצמם, רובם המוחלט של העצורים מכוח החוק אינו משוחרר מכוחן. לגבי מרבית העצורים, ההסדר הרלוונטי היחיד בחוק הוא ההסדר שעניינו מעצר לפרק זמן מינימאלי של 3 שנים.

## **2.ח. הטיפול ב"מסתננים" החשודים בעבירות פליליות בהתאם לחוק למניעת הסתננות**

145. במסגרת העתירה עמדו העותרים על כך שהמשיבים אימצו פרקטיקה פוגענית המשמשת מסלול עוקף לדין הפלילי, שעוגנה בהמשך גם בנוהל (ראו סעיפים 97-93). בהתאם לנוהל, מי ששוחררו שנמצאים זה מכבר בישראל ואוחזים ברישיון ישיבה, אך חשודים בעבירה פלילית, ואין בעניינם די ראיות להעמידם לדין או שאין עניין ציבורי בהעמדתם לדין, יושמו במעצר לפי החוק למניעת הסתננות.

146. למיטב ידיעת העותרים, מאות אנשים נעצרו מכוח נוהל זה. השימוש בנוהל מפשיט מן העצורים מכוחו את ההגנות שמקנה המשפט הפלילי, בהן חזקת החפות, חובת ייצוג, החובה להוכיח את האשמה מעבר לספק סביר וענישה באמצעות מאסר לפרק זמן מוגדר מראש.

147. במסגרת הדרישה לפרטים נוספים נתבקשו המשיבים לפרט כמה אנשים נעצרו מכוח פרקטיקה זו וכמה מהם שוחררו בהמשך (נספח ג' הנ"ל). המשיבים סירבו להשיב על שאלות אלה מן הטעם שלשיטתם, השאלות חורגות מן הצווים על תנאי שהוצאו על ידי בית המשפט (נספח ד' הנ"ל, סעיפים ב' ו-ו(9)).

148. עמדתם של המשיבים אינה ברורה. הצווים על-תנאי מתייחסים לרבים מן ההיבטים הפרוצדוראליים והמהותיים החלים על כלל העצורים לפי החוק למניעת הסתננות, לרבות מי שנעצרו לפי הנוהל האמור בשל חשד לביצוע עבירה פלילית. אופן יישום הנוהל יש בו כדי להשליך על מידת הפגיעה בזכות לחירות ולהקרין על חוקתיות החוק למניעת הסתננות. זאת במיוחד נוכח האפשרות לעצור במעצר מינהלי ללא משפט לפרק זמן של שלוש שנים לפחות את מי שהנוהל חל עליו.

149. עוד יצוין, כי בהליך אחר שהתקיים בבית משפט זה נמנע בית המשפט מלהכריע בשאלת חוקיות הפרקטיקה האמורה, וקבע כי היא תידון במסגרת ההליך הנוכחי. במסגרת פסק הדין בע"מ 8642/12 **טספהונה נ' משרד הפנים** (4.2.2013), ציין השופט י' דנציגר בסעיף 3 לפסק דינו:

"נוהל זה קובע 'מסלול מינהלי' לטיפול במסתננים שנחשדו בפלילים ותיקם נסגר בשל היעדר ראיות מספיקות, או בשל חוסר עניין לציבור, וכן עבור מסתננים שהורשעו בפלילים וסיימו לרצות את עונשם. על פי הנוהל, בתנאים מסוימים,

יבוטל רישיון ישיבתם של מסתננים אלו והם יוחזקו בתנאי משמורת עד לגירושם מן הארץ. בעניין שלפנינו, נטען כי הנוהל אינו חוקתי משום שהוא יוצר מערכת ענישה נפרדת למסתננים, שלא על פי כללי המשפט הפלילי. טענה זו מעלה אמנם שאלות חוקתיות נכבדות. עם זאת, לאור העובדה כי בעניין שלפנינו ננקטו ההליכים בעניינה של המערערת בטרם נכנס הנוהל לתוקף, אף אני סבור כי אין צורך להידרש לשאלות אלה במסגרת הערעור דנו וכי מוטב לברון במסגרת העתירה שהוגשה בנושא זה (בג"ץ 7146/12)." (ההדגשה הוספה).

150. השופט נ' הנדל אף הוא ציין בסעיף 7 לפסק דינו בעניין **טספהונה** :

"אכן, שאלות לא מבוטלות עולות בסוגיה זו. סבורני כי ראוי שסוגיות אלה תתבררנה בהליך העיקרי אותו הגישו המבקשים להצטרף ואשר יידון בבית משפט זה בשבתו כבית המשפט הגבוה לצדק בבג"ץ 7146/12, בתקופה הקרובה". (ההדגשה הוספה).

## **2.ט. זמני ההבאה לשימוע בפני ממונה ביקורת הגבולות ובפני בית הדין למשמורת**

151. כאמור בעתירה, בהתאם לסעיפים 30א(א), 30ה(1)א-ו(א)30ד(א)1, עצור לפי החוק למניעת הסתננות יובא בתוך "שבעה ימי עבודה" לשימוע בפני ממונה ביקורת הגבולות; בתוך 14 ימים בפני בית הדין לביקורת משמורת; ולביקורת חוזרת אחת ל-60 ימים. זאת כאשר בחוק הכניסה לישראל המועדים המקבילים הם שימוע בתוך 24 שעות; ביקורת בית הדין בתוך 4 ימים; וביקורת חוזרת אחת ל-30 ימים.

152. טיעוניהם המשפטיים של העותרים לעניין זה פורטו בסעיפים 238-245 לעתירה ולא נחזור עליהם. נסתפק בהתייחסות קצרה לטענות המשיבים בעניין זה.

153. טענתם העיקרית של המשיבים מבוססת על כך שבעבר נכנסו לישראל עשרות אנשים ביום דרך גבולה הדרומי של מדינת ישראל, ועל כן הוטל עומס רב על המערכת המקיימת שימועים וביקורת מעין-שיפוטית.

154. טענה זו לאו טענה היא מכמה סיבות. ראשית, מבחינה מתמטית פשוטה - אם מדי יום נכנסו לישראל, נאמר, 30 אנשים (או כל מספר אחר), הרי שבממוצע על ממונה ביקורת הגבולות לקיים 30 שימועים ביום, בין שהוא מחויב לעשות זאת בתוך 24 שעות ובין שהוא מחויב לעשות זאת בתוך 7 ימי עבודה. כך גם לעניין ההבאה הראשונית בפני בית הדין. שנית, כפי שפורט בעתירה, בהתאם לפסיקה הפתרון החוקתי להתמודדות עם מספר גדול של עצורים אינו הארכת המועדים לבחינת עניינם, אלא הקצאת משאבים נוספים (ראו, למשל, בג"ץ 3239/02 **מרעב נ' כוחות צה"ל ביהודה ושומרון**, פ"ד נז(2) 349, 376; בג"ץ 6055/95 **צמח נ' שר הביטחון**, פ"ד נג(5) 241, 282).

155. טענה נוספת, הנשמעת מפיהם של המשיבים, היא כי פרק הזמן הארוך יותר בהשוואה לחוק הכניסה לישראל נדרש בשל הצורך לקיים הליכי זיהוי מורכבים למי שנכנסו שלא כדין. טענה זו אינה נכונה. המשיבים לא פירטו אלו הליכי זיהוי הם מקיימים למי שנכנס דרך גבולה הדרומי של ישראל. בפועל, לרבים מן הנכנסים דרכונים או תעודות זהות ממדינות מוצאם המצביעים על זהותם. מכל מקום,

שימוע בסיסי שישמש יסוד לקביעה אם מתקיימים טעמים הומניטאריים, אם יש טעמים רפואיים לשחרור אדם וכדומה, ניתן לקיים גם במקרים בהם לא הסתיים הליך הזיהוי. במידת הצורך ניתן להביא את האדם פעם נוספת בפני ממונה ביקורת הגבולות לאחר סיום הליכי הזיהוי שהמשיבים מקיימים לכאורה לפני השימועים.

156. טענת העותרים מתחזקת גם נוכח הפרשנות התמוהה שמעניקים המשיבים לתוכן השימוע בפני ממונה ביקורת הגבולות. בסעיף ד' לבקשה לפרטים נוספים התבקשו המשיבים לפרט כמה עצורים שוחררו בשעה שהובאו בפני ממונה ביקורת הגבולות "בתוך שבעה ימי עבודה" וכמה מהם רק במועד מאוחר יותר (נספח ג' הנ"ל). המשיבים לא סיפקו את הנתון לגביו נשאלו, ותחת זאת השיבו, כי סעיף 30א(א) לחוק קובע חובה **להביא** את המוחזק בפני הממונה בתוך שבעה ימי עבודה, אך אינו קובע חובה לשחררו בתוך מועד זה. ייתכן שמטעם זה 10 הילדים שהמשיבים מדווחים כי שוחררו בתחילת חודש מאי 2013 שוחררו מטעמים הומניטאריים רק שנה לאחר שהובאו בפני ממונה ביקורת הגבולות.

157. כמו כן, המשיבים טוענים כי העובדה שבהתאם להוראות החוק עצור יכול לפנות "בכל עת" אל בית הדין מרפאת את הפגם שבמרווחים גדולים במועדים לקיום ביקורת תקופתית. ואולם, היכולת לפנות אל בית הדין היא כלי ריק מתוכן כאשר מדובר במי שאינו מיוצג. כלל לא ברור כיצד אדם הכלוא באגף ממנו עליו נאסר לצאת אמור לפנות אל בית הדין. גם אם תיאורטית הדבר אפשרי, בפועל הוא אינו מתרחש. ביחס למאות העצורים המוחזקים בבתי הסוהר "קציעות", "אשלי", "דקל" ו"אלה", אפשרות זו אינה קיימת אף תיאורטית, משום שבית הדין אינו יושב דרך קבע בבתי סוהר אלה, להבדיל מבתי הסוהר "סהרונים" ו"גבעון".

158. כך גם לעניין סמכות בית הדין לקבוע כי תתקיים ביקורת חוזרת בתוך פרק זמן קצר מ-60 ימים. גם אם ישנם מקרים בודדים בהם בית הדין פועל כך, ברירת המחדל היא הבאה לביקורת שיפוטית אחת ל-60 ימים. אין מחלוקת עובדתית כי רוב העצורים מובאים לביקורת תקופתית אחת ל-60 ימים ולא בתדירות גבוהה יותר. קיומה של סמכות לקבוע פרק זמן קצר יותר אינה מאיינת את הפגיעה בזכות, שמקורה בפרק זמן מקסימלי בלתי מידתי לקיום ביקורת עתית.

159. לבסוף, נעמוד על האופן בו המדינה, גם כאן, טוענת בפני בית המשפט לפרשנות של החוק שאינה מתיישבת עם הצהרותיה במקומות אחרים. בסעיף 236 לכתב התשובה טוענת המדינה כי פרשנותה למונח "שבעה ימי עבודה" הינה "שבוע קלנדרי". הצהרות אלה אינן מתיישבות עם הצהרותיו של מר יוסי אדלשטיין, ראש מינהל זרים במשרד הפנים, החתום על התצהיר התומך בכתב התשובה.

160. בנוסחה המקורי של הצעת החוק הועמד פרק הזמן להבאה לשימוע בפני הממונה על "שבעה ימים" (הצעת חוק למניעת הסתננות (עבירות ושיפוט) (תיקון מס' 3 והוראת שעה), התשע"א-2011 (ה"ח ממשלה 577, 28.3.2011), עמ' 596, נספח ע/40 לעתירה). במסגרת הדיונים בוועדת הפנים של הכנסת תוקנה התיבה "שבעה ימים" ל"שבעה ימי עבודה", בעקבות דרישתו של מר אדלשטיין. נביא את הדברים מתוך פרוטוקול הדיון בוועדת הפנים מיום 13.12.2011:

יעקב אדרי:  
אולי צריך להוסיף זמן?

היו"ר אמנון כהן:  
לא, לא.

יוסי אדלשטיין:  
זה מה שאני מבקש.

אביטל שטרנברג:  
זה בדיוק מה שהוא מבקש.

אחז בן ארי:  
זה מה שביקשנו.

...

יוסי אדלשטיין:  
אם מדברים, אז זה יהיה שבעה ימי עבודה לא כולל שבת - - -

היו"ר אמנון כהן:  
אז אנחנו בוועדה רצינו לצמצם את הזמן כמה שיותר.

יוסי אדלשטיין:  
אני גם רוצה, כבוד היושב-ראש.

היו"ר אמנון כהן:  
סליחה, אדוני. נשאר את זה כמו שהיה "לא יאוחר משבעה ימים", לא ימי עבודה, שבעה ימים.

יוסי אדלשטיין:  
שבעה ימים זה שום דבר, אדוני, אם נופל לי סוף שבוע, אם מגיעים לי 500 או 400 מסתננים ביום חמישי, מראש אני אומר לך - - -

אביטל שטרנברג:  
שבעה יכולים לכלול ימי מנוחה ושבתות, לא מספיק.

היו"ר אמנון כהן:  
קח את כל המשרד שלך, רד לדרום, תתחיל לעבוד.

יוסי אדלשטיין:  
לא, זה לא רלוונטי, אדוני.

...

היו"ר אמנון כהן:  
ימי עבודה זה מה שהם מבקשים לתקן, היה "לא יאוחר משבעה ימים", הם מבקשים "משבעה ימי עבודה".

אביטל שטרנברג:  
אוקיי.

161. והדברים מדברים בעד עצמם - זה בדיוק מה שביקש המצהיר.

## 2.1. הסעד החוקתי

162. המשיבים 2-4 הקדישו מילים רבות לסעד החוקתי אותו ביקשו העותרים ביחס לחלק מן העתירות. לטענת המשיבים, סעד של reading-in אפשרי, "מבחינה דוקטרינרית", רק כשמדובר בסעד הנדרש

לריפוי פגיעה בעקרון השוויון. טענה זו של המשיבים, לא רק שאין לה אחיזה משפטית במציאות, אלא שקבלתה משמעה הותרת סוגים רבים של פגיעות חוקתיות, לעתים החמורות ביותר, ללא סעד אפקטיבי.

163. בטרם נתייחס לטענותיהם ה"דוקטרינריות" של המשיבים, נפתח בדוגמה היפותטית. במדינת רוריטניה נחקק "החוק להרתעת גנבים" בו סעיף אחד בלבד, ולשונו – "העובר עבירת גניבה – דינו מוות". בית המשפט העליון במדינת רוריטניה פסק כי החוק פוגע באופן בלתי מידתי בזכות היסוד לחיים. מהו הסעד החוקתי הראוי?

164. סעד של בטלות בלתי מושעית של החוק אינו הולם, שכן משמעותו היא כי עד לחקיקתו של הסדר חלופי שיעמוד בדרישות החוקתיות שקבע בית המשפט, הדין לא יטיל סנקציה פלילית כלשהי בגין גניבה, תוך פגיעה באינטרס הציבורי. סעד של בטלות החוק תוך השעיית הבטלות לפרק זמן של, נאמר, שלושה חודשים, אף הוא אינו סעד ראוי, שכן, במקרה זה, השעיית הבטלות אינה מידתית בעצמה – משמעותה כי בתקופת ההשעיה, משך שלושה חודשים, יוצאו להורג אנשים בגין עבירת הגניבה.

165. הסעד החוקתי היחיד המתקבל על הדעת במקרה זה הוא סעד של reading-in, שבמסגרתו יקבע בית המשפט מהו המינימום החוקתי הנדרש, ומינימום זה יחול עד לחקיקתו של הסדר חדש וחוקתי על ידי הרשות המחוקקת, ככל שתבחר הרשות המחוקקת לעשות כן. סעד נוסף, לכאורה אחר, הוא הכרזה על בטלות החוק, השעיית הבטלות על מנת לאפשר למחוקק לקבוע הסדר המקיים את דרישת החוקתיות, **וקביעת הסדר ביניים על ידי בית המשפט שיעמוד במינימום החוקתי עד תום תקופת ההשעיה** (לקביעת הסדר ביניים על ידי בית המשפט במקרה של בטלות תקנות ראו: בג"ץ 2651/09 **האגודה לזכויות האזרח בישראל נ' שר הפנים** (15.6.2011), סעיף 28 לפסק דינו של השופט י' דנציגר). אולם בפועל, שתי תרופות חוקתיות אלה זהות מבחינת תוצאתן – בשני המקרים יחול הסדר שנקבע על ידי בית המשפט עד שיבחר המחוקק לשנות מן ההסדר באמצעות חקיקה חדשה.

166. נביא דוגמה היפותטית נוספת – בית המחוקקים של רוריטניה קבע בחקיקה ראשית, כי "הנוטל את חייו של אחר במתכוון – דינו מאסר עולם", אך לא קבע סייג של הגנה עצמית. בית המשפט העליון קבע כי העדרו של סייג של הגנה עצמית אינו חוקתי. במקרה זה, בטלות מיידית של החוק תביא לפגיעה באינטרס הציבורי, שכן עד לחקיקת הסדר חדש נטילת חיים במתכוון לא תישא בצידה סנקציה פלילית. בטלות מושעית משמעה כי בתקופת ההשעיה יורשעו בעבירה פלילית חמורה גם מי שפעלו מתוך הגנה עצמית. הסעד החוקתי היחיד שיאפשר הגנה הן על האינטרס הציבורי והן על זכויות אדם חוקתיות בסיסיות הוא סעד של reading in – קריאה לתוך ההסדר של סייג ההגנה העצמית עד לתיקון החוק על ידי המחוקק, אם יבחר לעשות כן.

167. שלא כטענת המשיבים, בהעניקו סעד של reading-in בעניינים שאינם נוגעים לזכות לשוויון בית המשפט אינו פועל בצורה קרובה לפעולת המחוקק. כידוע, למחוקק נתון מרחב תמרון בתוך "מתחם המידתיות". הוא רשאי לאמץ פתרונות שונים, ובלבד שיעמדו במבחני פסקת ההגבלה. לעומת זאת, בית המשפט, בהעניקו סעד של reading-in, קובע כי ההסדר החוקתי הבלתי חוקתי חורג ממתחם המידתיות; מאתר את הגבול העליון של מתחם המידתיות, או את המינימום החוקתי שקובעים חוקי

היסוד ; וקובע כי עד שיבחר המחוקק לקבוע הסדר חלופי (אם יבחר לעשות כן), יש לקרוא את החוק כמקיים את אותו מינימום חוקתי.

168. המשיבים, בהתייחסם לסעדים אחרים בהם מתבקש סעד של סימון "בעיפרון כחול", לא טענו כי קיימת בעיה דוקטרינרית במתן סעד מסוג זה (ראו, למשל, סעיפים 115 ואילך בעניין צו על תנאי מס' 1, בו מתבקש סימון "בעיפרון כחול" של התיבה "במקרים חריגים"). ואולם, מבחינה עיונית אין הבדל בין הכרזה על בטלותם של חלקים מן ההסדר החקיקתי (סימון ב"עיפרון כחול" או severance) לבין סעד של reading-in. הסעד האחרון הוא רק לכאורה מתערב או "אגרסיבי" יותר. השאלה האם תיקון הפגם החוקתי דורש סעד של severance או reading-in תלויה באופן שרירותי לחלוטין בצורת הניסוח של החוק. עמד על כך בית-המשפט העליון של קנדה, בפרשת 1<sup>st</sup> 93 D.L.R. 4<sup>th</sup> Schachter v. Canada, (1992) (הנוכרת גם בסעיף 168 לכתב התשובה מטעם המדינה), בכותבו :

"It would be an arbitrary distinction to treat inclusively and exclusively worded statutes differently. To do so would create a situation where the style of drafting would be the single critical factor in the determination of a remedy, an approach which is entirely inappropriate."

להרחבה ראו, גם : Danielle Pinard, "A Plea for Conceptual Consistency in Constitutional Remedies", 18 NAT'L J. CONST. L. 105 (2006) at 152 : שם נכתב :

"An analysis centered upon drafting style, concerned with the effects of the judicial decision upon the wording of the rule and which at times will require either the addition or deletion of words, will only be superficial and deceptive. This level of analysis creates its own scale of values, which gives the impression that the removal of words is less serious than adding words. The removal of words in the first case is formally constrained by the parameters of the initial legislative drafting, while the second case of adding words leaves the matter to the unlimited arbitrariness of the imagination. Yet, when one focuses on the content of the legal rule expressed, the very fact of adding or removing terms is not necessarily a reliable indicator of the relative importance of the modification being made. Furthermore, the addition and removal of terms are often two sides of the same coin. Thus, the removal of terms specifying certain applications and the addition of terms limiting certain applications may have the same effect of limiting the original reach of a rule."

169. נדגים – במדינה פלונית נחקק חוק הקובע כי "כל אדם יהא רשאי להתפלל בכל יום למעט יום שלישי". בית משפט שיקבע כי החוק פוגע באופן בלתי חוקתי בחופש הפולחן והדת ובזכות לפרטיות ייתן סעד של מחיקת המילים "למעט יום שלישי". לעומת זאת במדינה אלמונית חוקק חוק הקובע, כי "ימי התפילה המותרים הם ימי ראשון, שני, רביעי, חמישי, שישי ושבת". במקרה זה סעד חוקתי



אפשרי לריפוי פגיעה לא מידתית בחופש הפולחן והדת יהיה סעד של reading-in באמצעות "הוספת" המילה "ושלישי". בשני המקרים משמעות החוק המקורי ומשמעות החוק לאחר מתן הסעד החוקתי הן זהות. בשני המקרים מידת ההתערבות של בית המשפט זהה.

170. כפי שמראה הדוגמה הנ"ל, סעד של reading-in אינו סעד "מתערב" יותר בהסדר החקיקתי מסעד של קטיעת איבר מן החוק. השאלה איזה מבין שני הסעדים נדרש תלויה אך ורק באופן בו בחר המחוקק לנסח את ההסדר המשפטי, ותוצאותיו הן זהות – הבאת ההסדר המשפטי אל תוך המינימום החוקתי הנדרש.

171. נחזור כעת לענייננו – נאמר שבית משפט זה יקבל את טענת העותרים, לפיה החזקה ממושכת במעצר מכוח צו גירוש, כפי שנעשה לפי תיקון מס' 3, כאשר אין מתקיימים הליכי גירוש בתוך פרק זמן מתוחם ומוגדר, אינה חוקתית בהיותה פוגעת בזכות לחירות באופן בלתי מידתי. במקרה כזה, סעד חוקתי של ביטול ההסדר והשעיית בטלותו, משמעו כי בתקופת ההשעיה יוסיפו ויוחזקו במעצר אנשים שכבר עתה ידוע, כי תחת כל הסדר חלופי שיקבע המחוקק אסור יהיה להחזיקם במעצר. במקרה כזה, עוצמת הפגיעה של השעיית הבטלות בזכות לחירות היא עצמה תהא בלתי מידתית.

172. במקרה כזה הסעד האפקטיבי למניעת פגיעה בלתי מידתית יהא קביעה כי יש לקרוא את ההסדר כך שאין לעצור מכוחו את מי שאין מתקיימים בעניינו הליכי גירוש אפקטיביים, דוגמת אזרחי סודן ואריתריאה או מבקשי מקלט, וזאת עד לקביעתו של הסדר משפטי אחר על ידי המחוקק שיעמוד בדרישות החוקתיות, אם יבחר לעשות כן. זאת בין שייקרא הדבר reading-in, ובין שייקרא הדבר השעיית בטלות עם הסדרי ביניים שייקבעו על ידי בית המשפט (כשם שנעשה בבג"ץ 2651/09 הנ"ל).

173. ומכאן לטענותיהם ה"דוקטרינריות" של המשיבים. לשיטת המשיבים, "דוקטרינת הרחבת ההסדר **נקלטה, התפתחה, שוכללה** והופעלה", לא פחות, "אך ורק במסגרת דיני ההפליה והשוויון" (סעיף 166 לכתב התשובה). אולם, דומה שהשמועות אודות "קליטתה, התפתחותה ושכלולה" של הדוקטרינה היו מוקדמות. כפי שמודים גם המשיבים, עד היום נדונה הדוקטרינה בשני מקרים בלבד – בבג"ץ 721/94 **אל על נ' דנילוביץ**, פ"ד מח(5) 749 ובבג"ץ 8300/02 **נאסר נ' ממשלת ישראל** (22.5.2012).

174. גם בפסיקה האמורה, לא נקבע על ידי בית המשפט כי תרופת ה-reading-in מוגבלת למקרים של הפליה. כל שנאמר על ידי בית משפט זה הוא כי **בפועל עיקר השימוש** בקנדה ובארה"ב בתרופה זו נעשה כדי לרפא פגיעה בשוויון. בית המשפט העליון בישראל, כמו בתי המשפט בקנדה ובארה"ב, מעולם לא קבע כי תרופה חוקתית זו מוגבלת למקרים של פגיעה בשוויון. אין גם כל צידוק להגביל את היקפה של תרופה זו למקרים של הפרת עקרון השוויון דווקא. עמד על כך המלומד פרופסור ע' גרוס, אשר כתב:

"התרופה של הרחבת היקפו של החוק [reading in] אינה תרופה שמקורה בהכרח בעקרון השוויון; זוהי תרופה כללית, הניתנת ליישום בקשר לכל פגיעה בזכות חוקתית."

עמנואל גרוס, "תרופות חוקתיות", **משפט וממשל** ד 433, בע' 467.

175. בפרשת Schachter הנזכרת לעיל פסק בית המשפט העליון של קנדה שסעד ה-reading in הוא מהסעדים החוקתיים הכלולים בסעיף 52 ל- Constitution Act הקנדי משנת 1982 (למרות שאין לסעד זה כל אזכור מפורש בסעיף 52). סעיף 52 הנ"ל מתייחס לסעדים החוקתיים העומדים לרשות בית המשפט הפוסק שהופרה זכות חוקתית **בלשהי**, המוגנת על-ידי הצ'רטר הקנדי – לאו דווקא הזכות החוקתית לשוויון. כדברי בית-המשפט באותה פרשה:

"Just as reading in is sometimes required in order to respect the purposes of the legislature, it is also sometimes required in order to respect the purposes of the *Charter*. **Reading in therefore is a legitimate remedy akin to severance and should be available under s. 52 in cases where it is an appropriate technique to fulfil the purposes of the Charter** and at the same time minimize the interference of the court with the parts of legislation that do not themselves violate the *Charter*." (ההדגשה הוספה)

176. ואמנם, עיון בפסיקה האמריקאית והקנדית מלמד שהיו בהחלט מקרים בהם עשו בתי המשפט שימוש בדוקטרינת ה-reading in כסעד חוקתי נדרש במקרים שהפגם החוקתי לא היה נעוץ בהפרת עקרון השוויון החוקתי דווקא.

177. הנה, לדוגמה, עניין 647 (4<sup>th</sup>) 170 D.L.R. (1999), *Figueroa v. Canada*. באותו עניין קבע בית המשפט הקנדי שחוק המתנה רישום מפלגה בכך שתהיה לה רשימה של 50 מועמדים אינו חוקתי, ו"קרא לתוך החוק" הסדר לפיו די בכך שמפלגה מציגה שני מועמדים כדי לאפשר רישומה. בנוסף, בית המשפט "קרא לתוך החוק", אשר קבע שמועמד יפקיד ערבון של \$1,000 כתנאי לרישומו כמועמד למפלגה, הסדר לפיו הערבון יוחזר למועמד ברגע שעמד בכל דרישות הרישום הפרוצדורליות. אמנם פסק דין זה נהפך מאוחר יותר על-ידי ערכאה גבוהה יותר, אך הנימוק לכך לא היה שתרופת ה-reading in מוגבלת רק להפרות חוקתיות בתחום השוויון.

178. באופן דומה, בפסק-דין 993 1 S.C.R. (1991), *R. v. Swain* דן בית המשפט העליון של קנדה בתרופה של reading in ביחס לחוק שהסמיך את סגן המושל לעצור אדם אשר זוכה במשפט פלילי מחמת אי-שפיות. בית-המשפט דן באפשרות להוסיף לחוק הגנות פרודצורליות שונות, שיתווספו לסמכות המעצר, על דרך של "קריאה לתוך החוק". בסופו של דבר הוחלט שלא לנקוט באפשרות זו, אך בית המשפט דן באפשרות זו ולא פסל אותה באופן עקרוני, חרף העובדה שלא היה מדובר כלל ועיקר בנושא שהעלה שאלות בדבר הפרת הזכות החוקתית לשוויון.

179. פרשת 333 398 U.S. (1970), *Welsh v. United States* האמריקאית, שאף היא הוזכרה בכתב התשובה, עסקה בסוגיית סרבנות המצפון, ולא בזכות לשוויון באופן ישיר. באותו עניין דן בית המשפט העליון הפדראלי בשאלת חוקתיותו של סעיף חוק שפטר משירות צבאי אנשים המתנגדים למלחמה מטעמים דתיים. הטענה שנטענה בפני בית המשפט הייתה, שהחוק אינו חוקתי, שכן אינו כולל פטור דומה לסרבנות מטעמים מצפוניים. שופטי הרוב קבעו, שיש לפרש את הביטוי "דתי" ככולל אף "מצפוני", ובכך פטרו את עצמם מדיון בתרופת ה-reading in. השופט Harlan טען, עם זאת, שמדובר,

הלכה למעשה, ב-reading in. הוא כתב בדעתו הנפרדת (בה תמך בתוצאה, תוך הודאה שמדובר בהפעלת ביקורת שיפוטית חוקתית), שתרופת ה-reading in היא תרופה לגיטימית, והשימוש בה נדרש באותו המקרה. חשוב לציין, כי תרופה זו אומצה על ידו לשם תיקון הפגיעה הבלתי חוקתית באיסור על מיסוד הדת (Establishment Clause), הקבוע בתיקון הראשון לחוקת ארה"ב, וללא זיקה לזכות לשוויון (שם, עמ' 356 ואילך). אמנם, השופט Harlan המשיך וקבע כי הדרך לנתח את הפגיעה החוקתית יעשה באופן זהה לזה של ניתוח מבחני השוויון של ה-Equal Protection Clause, ואולם הפגיעה החוקתית אינה בזכות לשוויון, כי אם בתיקון הראשון לחוקה. עמדתו זו של השופט הרלן אומצה מאוחר יותר על ידי רוב השופטים בפרשת (1979) 443 U.S. 76, Califano v. Westcoff.

180. גם בישראל, מלומדים הזכירו את האפשרות לעשות שימוש בתרופת ה-reading in לריפוי אי-חוקתיות אשר אין מקורה כלל ועיקר בהפרת עקרון השוויון דווקא. כך כתב פרופסור עמנואל גרוס במאמרו "תרופות חוקתיות", הנזכר לעיל:

"מכיוון שהמשפט הפלילי מתווה את גבולות ההתנהגות האפשריים של הפרט ומונע ממנו מלממש את זכויותיו, הרי ההשקפה הדמוקרטית – הראויה לטעמנו – גורסת כי כל שאינו אסור על פי דיני העונשין, מותר. מכאן, שאם המחוקק הותיר בדבר-חקיקה פלילי מקום לפרשנות, הרי שכאשר החוק פוגע בזכויות-יסוד של הפרט, מן הראוי שבית-המשפט יפרש את החוק לטובת הנאשם. פיתוחם הפסיקטי של סייגים לאחריותו הפלילית של הנאשם, בדרך של קריאה לתוך החוק, עולה בקנה אחד עם גישה זו.

לשם המחשה נצביע על כמה טענות אפשריות בעניין זה, בלי להביע עמדה לגופן. כך, למשל, עשויה להישמע טענה מפיו של נאשם בעבירת רצח, כי הדרישות החוקתיות מחייבות הרחבתה של רשימת העילות להפחתתו של עונש החובה המנויות בסעיף 300א לחוק העונשין... טענה אחרת עשויה להיות בהקשר של עבירה שנקבע לגביה בהלכה הפסוקה כי היא אינה טעונה הוכחת מחשבה פלילית או רשלנות. על פי הוראת סעיף 22 לחוק העונשין... עבירה זו היא עבירה של אחריות קפידה. יכול להנאשם לטעון, כי בשל המהפכה החוקתית, חומרת העבירה והסנקציה שבצדה אין היא ראויה עוד להיחשב כעבירה של אחריות קפידה. והיה וצדק הנאשם, ניתן לקרוא לתוך החוק את היסוד הנפשי. דוגמה אחרונה זו ממחישה, כי התרופה של הרחבת היקפו של החוק אינה תרופה שמקורה בהכרח בעקרון השוויון; זוהי תרופה כללית, הניתנת ליישום בקשר לעל פגיעה בזכות חוקתית" (ההדגשות הוספו).

181. לסיכום: טענת המדינה לפיה סעד ה-reading in מוגבל למקרים בהם הופרה הזכות החוקתית לשוויון דווקא – מבין שלל הזכויות החוקתיות המוגנות – אינה נתמכת בפסיקת בית-המשפט העליון הישראלי, אינה נתמכת בפסיקת בית-המשפט העליון הקנדי או האמריקאי, אינה נתמכת בכתיבת

מלומדים, ואינה נתמכת בשכל בריא, בהגיון או בנימוקים ערכיים כלשהם. אין לה עוגן דוקטרינרי ואין לה עוגן תיאורטי. על כן, יש לדחותה.

182. יצוין, כי אף על פי שהעותרים סבורים כי הסעד החוקתי הראוי בענייננו הוא סעד של reading in, עומדות לרשות בית המשפט אפשרויות אחרות אם ימצא כי ההסדרים שנתקפים אינם חוקתיים. כאמור, אפשרות אחרת, הוזה מבחינה תוצאתית, היא כי בית המשפט יפסוק כי ההסדרים האמורים אינם חוקתיים, יקצוב למחוקק פרק זמן קצר לתקנם, אך על מנת שלא להותיר במעצר מינהלי את מי שכלל אין מתקיימים בעניינם הליכי גירוש אפקטיביים, יקבע הסדרי ביניים שיחולו עד לתיקון החוק (כאמור, סעד זה נבחר על ידי השופט י' דנציגר בבג"ץ 2651/09 הנ"ל בשעה שהוכרז על בטלותן של תקנות). אפשרות אחרת, שהועלתה בעתירה, היא הכרזה מיידית על בטלות. במקרה זה לא ייווצר חלל נורמטיבי, שכן סמכויות המעצר והגירוש נתונות למשרד הפנים גם מכוח חוק הכניסה לישראל, בו נעשה שימוש עד לפני כשנה.

26 במאי 2013

ענת בן דור, עו"ד

יונתן ברמן, עו"ד

אסף וייצן, עו"ד

עודד פלר, עו"ד

באי כוח העותרים