

העותרים:

1. ..., אזרח אריתריאה, מס' אסיר ...
2. ..., אזרח אריתריאה, מס' אסיר ...
3. **המוקד לפליטים ולמהגרים** (לשעבר: מוקד סיוע לעובדים זרים)
4. **האגודה לזכויות האזרח בישראל**
5. **א.ס.ף. - ארגון סיוע לפליטים ומבקשי מקלט בישראל**
6. **קו לעובד**
7. **רופאים לזכויות אדם - ישראל**
8. **המרכז לקידום פליטים אפריקאים**

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

שכתובתם להמצאת כתבי בי-דין הינה:

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

נ ג ד

המשיבים:

1. **הכנסת**
ע"י הייעוץ המשפטי
הכנסת, ירושלים
2. **שר הפנים**
3. **שר הביטחון**
4. **השר לביטחון פנים**
5. **היועץ המשפטי לממשלה**
ע"י פרקליטות המדינה
משרד המשפטים, ירושלים

עתירה למתן צו על תנאי

מוגשת בזאת עתירה למתן צו על תנאי, המורה למשיבים לבוא וליתן טעם מדוע לא ייקבע כי חוק למניעת הסתננות (עבירות ושיפוט) (תיקון מס' 4 והוראת שעה), התשע"ד-2013 בטל.

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

1. מדוע לא ייקבע, כי סעיף 30א לחוק למניעת הסתננות (עבירות ושיפוט), התש"ד-1954 (להלן - החוק) בטל;

2. מדוע לא ייקבע, כי "פרק ד': מרכז שהייה למסתננים – הוראת שעה" (סעיפים 32א – 32כב) לחוק בטל.

העתק החוק מצ"ב ומסומן ע/1.

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

מבוא ובקשה לקביעת מועד לדיון דחוף

עניינה של עתירה זו בחוקתיות הוראות חוק למניעת הסתננות (עבירות ושיפוט) (תיקון מס' 4 והוראת שעה), התשע"ד-2013 (להלן – **תיקון מס' 4**), שעבר בקריאה שנייה ושלישית בכנסת ביום 10.12.2013, יום זכויות האדם הבינלאומי.

תיקון מס' 4 נחקק בחופזה ובפזיזות זמן קצר לאחר שבית משפט נכבד זה ביטל את סעיף 30א לחוק למניעת הסתננות (עבירות ושיפוט), תש"ד-1954 (להלן - **החוק למניעת הסתננות**) בבג"ץ 7146/12 **אדם נ' הכנסת** (פורסם בנבו, 16.9.2013) (להלן - עניין **אדם**).

פסק הדין בעניין **אדם** נסב על הוראה שנוספה לחוק במסגרת חוק למניעת הסתננות (עבירות ושיפוט) (תיקון מס' 3 והוראת שעה), תשע"ב-2012 (להלן – **תיקון מס' 3**), ושעיקרה הסמכות להחזיק במעצר מינהלי את מי שהוגדר בחוק כ"מסתנן" לפרק זמן של שלוש שנים, ללא משפט, מבלי שהוכח כי עבר עבירה פלילית וגם אם אין אפשרות לגרשו.

פסק דינו של בית המשפט הנכבד בעניין **אדם** חזר על הלכה שהשתרשה בפסיקתו מאז שנות ה-50: בהעדר הליך גירוש אפקטיבי ומתחם בזמן, אין מקום להחזקה במעצר הנלווה לצו גירוש. מעצר לצורך גירוש, כך חזר ושנה בית המשפט הנכבד, אינו יכול להימשך "שנים או חודשים ארוכים" אם הגירוש אינו יוצא אל הפועל. מעצר כזה אינו יכול לשמש כאמצעי להרתעת אחרים. מעצר כזה פוגע בזכות החוקתית לחירות במידה העולה על הנדרש ולכן אינו מקיים את תנאי חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו.

פסק הדין בעניין **אדם** הורה למשיבים לבחון בתוך 90 ימים את עניינם של כלל הכלואים לפי החוק למניעת הסתננות, ולשחרר את מי שמתקיימת בו עילת שחרור לפי חוק הכניסה לישראל, תשי"ב-1952 (להלן - **חוק הכניסה לישראל**). נקבע, כי נוכח הפגיעה החריפה בזכות לחירות אין מקום להשהות את בטלות סעיף 30 לחוק, כי יש להתחיל מיד בבחינה אינדיבידואלית של עניינם של העצורים, וכי יש לשחרר לאלתר את מי שאין עילה להחזיקו במעצר.

בית המשפט עמד על כך שרוב האנשים שהחוק חל עליהם – אזרחי אריתריאה וסודן המונים יחדיו למעלה מ-90% מהאנשים הבאים בגדריו של החוק – אינם בני גירוש לעת הזו. הוא עמד על כך שלא ניתן לבטל בהינף יד את טענותיהם של רוב העצורים מכוח החוק למניעת הסתננות להגנה בינלאומית, וכי על רובם חל עקרון "איסור הגירוש" (*non-refoulement*), בין שיוכרו כפליטים ובין אם לאו. חלק משופטי ההרכב קראו למציאת פתרונות אנושיים והולמים. חלקם סברו שזו עשויה להיות שעתה היפה של המדינה שתשכיל למצוא פתרונות הומאניים למבקשי המקלט. חלקם סברו, כי יש "לחבוש את פצעייהם בגוף ובנפש, להתייחס אליהם ברוחב לב ובמידת החמלה בכל הקשור לעבודה, רווחה בריאות וחינוך".

ומה בחרו המשיבים לעשות? מיום שניתן פסק הדין חזר והצהיר המשיב 2, שר הפנים, כי הוא סבור שבית המשפט הנכבד שגה בפסק דינו, אך כי "יכבד את פסק הדין". הדרך בה בחרו המשיבים לכבד את פסק הדין הייתה לעכב ככל שיעלה בידם את שחרורם של מי שאמורים היו להשתחרר בהתאם לפסק הדין, ולהעביר חקיקת בזק שתעקר את פסק הדין בעניין **אדם** מתוכן. לא פתרונות הומאניים, לא פתרונות יצירתיים ולא שעתה היפה של המדינה. עוד מאותו הדבר, ואף גרוע מכך.

תיקון מס' 4 עוסק בשני עניינים מרכזיים: הוא נופח חיים מחודשים בסעיף 30 שבוטל על ידי בית המשפט הנכבד וקובע הוראות בדבר הקמת "מרכז שהייה".

ראשית, תחת ההסדר שאיפשר להחזיק אנשים במעצר מינהלי לשלוש שנים לפי סעיף 30 הוא קובע כי ניתן יהיה להחזיק "מסתנן" במעצר לפרק זמן של שנה. נציגי הממשלה ודברי ההסבר של הצעת החוק נשענים על דעת המיעוט של השופט הנדל ודעת היחיד של הנשיא גרוניס בעניין **אדם**, לפיהם אין מניעה לחוקק חוק שיקבע תקופת מעצר מינהלי קצרה יותר. דברי שבעת שופטי ההרכב, שדבקו בעיקרון המושרש בפסיקות של בית משפט זה, ולפיו שאלת המעצר נבחנת לפי קריטריון איכותי ולא כמותי – אין מקום למעצר מכוח צו גירוש כאשר לא מתקיים הליך גירוש אפקטיבי – נעלמו כלא היו.

שנית, תיקון מס' 4 מקנה סמכות להחזיק את מי שלא ניתן לגרשם ב"מרכז שהייה" ללא הגבלת זמן, ללא עילות שחרור וללא ביקורת שיפוטית יזומה. "מרכז שהייה" מנוהל על ידי שירות בתי הסוהר, ואת ההבדלים בינו לבין כלא קשה למצוא. הוא אינו דומה במאום לאמצעים המידתיים שהציעו חלק משופטי ההרכב בעניין **אדם**. חלק מן השופטים הצביעו על פתרונות אפשריים בדמות מתקנים פתוחים, בהם קיימת חובת נוכחות רק בלילות, מתקנים בהם השהייה רצונית ומתקנים שיבטיחו את חופש התנועה של המתגוררים בהם. לא זה המודל שבחרו המשיבים.

תיקון מס' 4 הביא להקמתו של "מרכז שהייה" המנוהל על ידי שירות בתי הסוהר בלב המדבר, בסמוך למתקן "סהרונים" ולכלא "קציעות", בהם הוחזקו עצורים לפי תיקון מס' 3. המתקן מבודד מכל מקום יישוב ומצוי בלב שטח אש של צה"ל. החוק מחייב את המוחזקים במתקן להתייצב שלוש פעמים ביום, ומשמעו כי לא יוכלו להתרחק מן המתקן. לשירות בתי הסוהר הסמכויות האופייניות לבתי כלא גם במתקן זה – סמכויות חיפוש, סמכויות ענישה, סמכות לקבוע מה הם החפצים המותרים להחזקה, סמכות להורות למוחזקים בו לציית להם, וסמכות להורות על פתיחתו וסגירתו של המתקן.

נוסף על כך, מעניק החוק לממונה ביקורת הגבולות – פקיד משרד הפנים – סמכות חסרת תקדים בדין הישראלי, ולמיטב הידיעה אף בעולם. לממונה סמכות להטיל עונשי מאסר מינהליים. מי שלא התייצב במועד במתקן, מי שהפר את כללי המשמעת ומי שנמצא מחוץ למתקן ולא חידש במועד את רישיון הישיבה שלו, רשאי ממונה ביקורת הגבולות להטיל עליו עונש בדמות העברה למתקן משמורת לפרק זמן שנקבע בחוק. לכל "הפרה" תג מחיר בצידה – בין חודש לשנה של מאסר מינהלי.

אף על פי שבית המשפט הנכבד הטיל ספק בעניין **אדם** בהיותה של מטרת ההרתעה תכלית ראויה, לא היססו המשיבים לשוב ולחוקק חוק שנועד להרתיע אנשים נוספים מלחצות את הגבול. המשיבים אף הגדילו ועשו, והבהירו כי להחזקה ב"מרכז שהייה" מטרה פסולה נוספת. לכל אורך הליך החקיקה הובהר, כי מטרת ההחזקה במתקן היא להביא את המוחזקים בו "להסכים" לגירושם. בכך מרוקנים המשיבים מתוכן עולם מושגים שלם. לשיטתם, פגיעה בחירותו של האדם, שבירת רוחו וכיפוף רצונותיו עד שיאמר "רוצה אני" הם "הסכמה חופשית". כאמור, מדובר ב"הסכמה חופשית" של מי שבית המשפט קבע בעניין **אדם** שחל עליו עקרון ה-*non-refoulement* לוותר על הזכות שלא להיות מוחזר למקום אליו אסור להחזירו בכפייה. תכלית סחיטתה של "הסכמה" לחזרה למקום אליו אסור להחזיר אדם בכפייה חושפת את הרציונאל המסתתר מאחורי החוק וההחזקה ב"מרכז שהייה" – פגיעה כה קשה באדם עד שיעדיף לוותר על זכותו שלא להיות מגורש.

המשיבים לא הפנימו את שנקבע בפסק הדין בעניין **אדם**. הם לא הפנימו כי האדם הוא תכלית בפני עצמה. הם לא הפנימו כי מי שהחוק עוסק בעניינם – אותם אלה שהם מתעקשים להדביק בהם את הכינוי הפוגעני "מסתננים" – הם בני אנוש וכי יש להתייחס אליהם ככאלה.

תיקון מס' 4, כמו תיקון מס' 3 לפניו, מצוי מחוץ לגבולות החוקתיות ואינו מתיישב עם העקרונות שנקבעו בעניין **אדם**, עד שאין מנוס מלהורות על בטלותו.

משום הפעלתו המיידית של תיקון מס' 4, והעברתם במהלך סוף השבוע האחרון אל "מרכז שהייה" של מאות כלואים – אותם אלה שבית המשפט הנכבד הורה לשחררם לאלתר וללא דיחוי בפרשת **אדם**, ושהמתניו בחודשים האחרונים לשינוי שהובטח בפסק הדין "מכליאה חסרת פתרון ליציאה לחירות ותקווה לעתיד" – יתבקש בית המשפט הנכבד לקבוע את העתירה לשמיעה בדחיפות.

תוכן העניינים

6.....	העובדות הצריכות לעניין
6	העותרים 1 ו-2
8	על תיקון מס' 3 ועל פסק הדין בענין אדם
19	על תיקון מס' 4
24	רשומון : על שארע בשלושת החודשים האחרונים עד לאימוצו של תיקון מספר 4
40.....	הבחינה החוקתית
40	מבוא
40	תכליותיו הפסולות של תיקון מס' 4 : הרתעה, "מניעת השתקעות" ועידוד עזיבה "מרצון"
41	הרתעת מסתננים בכוח
42	מניעת השתקעות בישראל
43	עידוד "עזיבה מרצון"
46	הפסול בתכלית השימוש בכליאה לצורך עידוד עזיבה "מרצון"
51	סיכום לעניין תכליות החוק
51	סעיף 30א לחוק – כליאתם של נכנסים "חדשים" למשך שנה
52	הוראת המעצר המנדטורי
58	הפגמים החוקתיים הנוספים בסעיף 30א
59	סעיף 30(ב)(1) לחוק – כליאתם של אנשים חולים
60	סעיף 30א(ב)(3) לחוק – כליאתם של ילדים
61	סעיפים 30א(א) ו-30ה(1)(א) – מועדי הביקורת על הכליאה
	סעיף 30א(ד)(2) – האפשרות לכלוא ללא הגבלה מי שהוגשה חוות דעת לגבי פעילות במדינתו או
62	באזור מגוריו
64	פרק ד' לחוק – כליאה ללא הגבלה ב"מרכז שהייה"
65	"מרכז שהייה" – בית סוהר בשם אחר
72	סמכויות השיפוט והענישה שהוענקו לפקידי משרד הפנים
76	אכיפה בררנית ושליטת חירות שרירותית ללא ביקורת שיפוטית יזומה
78.....	הסעד החוקתי

העובדות הצריכות לעניין

העותרים 1 ו-2

1. העותרים 1 ו-2 הם מבקשי מקלט אזרחי אריתריאה. אי אפשר לגרשם מישראל. הם הוחזקו עד לאחרונה במתקן הכליאה "סהרונים". בסוף השבוע האחרון הועברו ל"מרכז השהייה חולות" הסמוך לו.

2. העותר 1 נכנס לישראל בחודש אוגוסט 2012. הוא ברח מאריתריאה לאחר שאולץ לשרת בה שירות לאומי כפוי משך 16 שנים. העותר 1 נעצר פעמיים באריתריאה והוחזק על ידי הרשויות פעם אחת משך שמונה חודשים ופעם שנייה משך שישה חודשים, והכל ללא שהתקיים הליך כלשהו או משפט. הוא הבין שלא ישוחרר משירות, ושלא יזכה לזכויות כלשהן באריתריאה, וברח מן המדינה. מאז שהגיע לישראל, משך כשנה וארבעה חודשים, הוא הוחזק במתקן הכליאה "סהרונים" בשל הוראות תיקון מס' 3 לחוק למניעת הסתננות. לא נעשה כל ניסיון לגרשו מישראל. ביום 11.7.2013 הורה בית הדין לביקורת משמורת על שחרורו משום שחרף חלוף הזמן טרם ניתנה החלטה בבקשתו למקלט. ואולם הוא לא שוחרר, שכן לא הצליח להשיג את הערבות הכספית שנקבעה לשחרורו. ביום 28.7.2013 דחה משרד הפנים את בקשתו למקלט, ועל יסוד זאת ביום 6.8.2013 ביטל בית הדין את ההחלטה על שחרורו. העותר 1 הגיש בקשה לעיון מחדש בהחלטה לדחות את בקשתו למקלט. בחודשים האחרונים למד, שאנשים משוחררים מן הכלא בעקבות פסק דינו של בית משפט נכבד זה בעניין **אדם**. ואולם, הוא לא שוחרר. ביום 19.11.2013, למעלה מחודשיים לאחר פסק הדין בעניין **אדם**, הובא העותר 1 בפני בית הדין לביקורת משמורת. בית הדין ציין בהחלטתו שהחוק למניעת הסתננות בוטל בפסק הדין בעניין **אדם**, ואולם אישר את המשך החזקתו, משום שלשיתתו, על פי פסק הדין, משרד הפנים הוא שצריך להחליט האם לשחרר בתוך 90 ימים ממועד פסק הדין, ולא בית הדין. ביום 10.12.2013 נלקח העותר 1 לראיון במשרד הפנים. הוא סבר שישתחרר, אך פשר הראיון לא הוסבר לו, ולא נמסרה לו כל החלטה. הוא נשאל בראיון כמה שנים יסכים לבלות בכלא, לפני שיבקש לחזור לאריתריאה.

העתקי תצהירו של העותר 1 ותדפיסו מצ"ב ומסומנים **ע/2**.

העתק החלטת בית הדין לביקורת משמורת מיום 19.11.2013 מצ"ב ומסומן **ע/3**.

3. העותר 2 נכנס לישראל בחודש יוני 2012. הוא נמלט מאריתריאה והותיר מאחוריו את אשתו וארבעה ילדים בגילאים עשר, שבע, ארבע ושנתיים. העותר 2 סירב להתגייס לשירות בצבא אריתריאה משום שהוא כומר אורתודוקסי, ואמונתו אוסרת זאת. משך שנים ברח והסתתר משלטונות אריתריאה, תוך שהוא מנסה לקדם את זכותם של כמרים שלא להתגייס בניגוד לאמונתם. הרשויות עצרו את אשתו וילדיו על מנת שישגיר עצמו לידיהן. לאחר הגיעו לישראל אושפז בבית החולים סורוקה, ולאחר שחרורו מבית החולים הגיע לתל-אביב. בסמוך לאחר מכן, בחודש יולי 2012, פנה ליחידת הטיפול במבקשי מקלט במשרד הפנים כדי להגיש בקשה. הוא הוזמן להגיע בראשית חודש ספטמבר 2012 לראיון במתקני היחידה בחולון. כשהתיצב, נעצר ונשלח תחילה למתקן הכליאה "גבעון" ולאחר מכן

למתקן הכליאה "סהרונים". מאז, משך למעלה משנה ושלושה חודשים, הוחזק בכלא בשל הוראות תיקון מס' 3 לחוק למניעת הסתננות. ביום 15.9.2013, יום לפני שניתן פסק הדין בעניין אדם, ניתנה החלטה של בית הדין לביקורת משמורת לשחררו, משום שחרף חלוף הזמן טרם ניתנה החלטה בבקשתו למקלט. ואולם, הוא לא שוחרר. משרד הפנים מיהר לדחות ביום 17.9.2013 את בקשת המקלט שלו, ושב ופנה לבית הדין. ביום 29.9.2013 נעתר בית הדין לבקשת משרד הפנים וביטל את החלטת השחרור, מן הטעם שבקשתו למקלט נדחתה, ומן הטעם שלשיטת בית הדין, על פי פסק הדין בעניין אדם, משרד הפנים הוא שצריך להחליט האם לשחרר בתוך 90 ימים ממועד פסק הדין, ולא בית הדין. בית הדין שב ואישר את החלטתו זו ביום 20.10.2013 וביום 1.12.2013. העותר 2 נותר בכלא. הוא הבין שישוחרר בתוך 90 ימים ממועד פסק הדין, ואולם הדבר לא קרה.

העתקי תצהירו של העותר 2 ותדפיסו מצ"ב ומסומן 4/ע.

העתקי החלטות בית הדין לביקורת משמורת בעניינו מצ"ב ומסומנים 5/ע.

4. להשלמת התמונה נציין, כי משרד הפנים ניסח במהלך השנה האחרונה חוות דעת משפטית, שלא פורסמה עד כה, ולפיה עריקים מצבא אריתריאה אינם פליטים. על יסוד חוות הדעת דחה בחודשים האחרונים בקשות למקלט של אזרחים אריתריאים שמצויים במשמורת. למעשה, בניגוד לשיעורי ההכרה הגבוהים מאוד ברחבי העולם במבקשי מקלט אריתריאים כפליטים, משרד הפנים לא הכיר עד כה ולו באריתריאי אחד כפליט. כך היה גם בעניינם של העותרים 1 ו-2. בתי המשפט ודאי ידרשו לעתיד לבוא לביקורת על עמדתו המשפטית של משרד הפנים בסוגיה, ואולם, וזאת חשוב להדגיש, עתירה זו אינה עוסקת בכך. נקודת המוצא הינה שבין שהעותרים 1 ו-2, ואנשים אחרים במצבם, הם פליטים ובין שאינם פליטים – אי אפשר לגרשם כיום מישראל. עמד על כך בפירוט השופט פוגלמן בפסק דינו בעניין אדם:

"לתגובת העותרים מיום 16.6.2013 צורפה הודעה בדבר דחיית בקשת מקלט פרטנית של מר רמדאן, אזרח אריתריאי, לאחר שנקבע כי הוא לא הוכיח זכאות למעמד פליט בהתאם לתנאים המנויים באמנת הפליטים. בהודעה נכתב כי לפי החלטת שר הפנים, אין בהתחמקות משירות צבאי או בעריקה, כשלעצמם, כדי להקים זכאות למעמד פליט לפי הוראות אמנת הפליטים. גם בנקודת הזמן הנוכחית, אין מחלוקת כי מספר הבקשות הפרטניות שניתנה בהן החלטה הוא זעום ביחס למספר האריתריאים הנמצאים בישראל. מכל מקום, חשוב להדגיש כי גם ביחס לאריתריאים שבקשתם הפרטנית למקלט נדחתה, אין המדינה נוקטת צעדי הרחקה. כך למשל, בהודעת הדחייה שצורפה לתגובת העותרים, נמסר למר רמדאן כי נוכח מדיניות אי-ההרחקה הזמנית ("temporary non-refoulement"), כלשון המכתב) המוענקת לאריתריאים בישראל על רקע המצב הנוכחי באריתריאה, הוא לא יורחק לארצו כל עוד עומדת המדיניות בעינה (השוו גם לעניין אספן, בפסקה 19 לפסק-דיני, כמו גם להערת השופט ח' מלצר באותו עניין). [...] לצורך ההכרעה בענייננו, איננו נדרשים לקבוע מסמרות בשאלת מחויבותיה של מדינת ישראל כלפי אזרחי אריתריאה וצפון סודאן או לגבי מקורן הנורמטיבי. זאת, מכיוון שבנקודת הזמן הנוכחית המדינה אינה מרחיקה את אזרחי שתי מדינות אלה לארצות מוצאם, וזאת אף אם בקשתם הפרטנית למקלט נדחתה." (פסקאות 8 ו-9 לפסק דינו של השופט פוגלמן).

5. עוד יש לציין, כי יש בין מבקשי המקלט מאריתריאה ומסודן, שהחוק מושא העתירה חל עליהם, מי שהחזקו כבני ערובה על ידי מבריחים במחנות זוועה בסיני במטרה לסחוט דמי כופר מבני משפחותיהם. יש ביניהם אף כאלה שמעולם לא תכננו להגיע לישראל, אלא נחטפו בסודן על ידי מבריחים והוחזקו בחצי האי סיני במטרה לסחוט כספים מבני משפחותיהם. המוחזקים במחנות הם קורבנות לכליאה, לעינויים, להרעה, לאלימות קיצונית, לאונס ולתקיפות מיניות, לקצירת איברים, לעושק ולסחיטה. יש שאינם שורדים, ויש שנרצחים על ידי המבריחים. כל זאת, במשך שבועות ואף חודשים בהמתנה להעברת כספים נוספים שדורשים המבריחים תמורת העברתם לישראל. לא זו בלבד שכוחות הביטחון המצרים אינם פועלים למגר את התופעה, אלא רבים ממבקשי המקלט נופלים לאחר שחרורם מן המחנות ובדרכם האחרונה לישראל קורבנות לאלימות, לאונס, לירי ולהרג מצד הכוחות המצרים.

ר' בעניין זה:

סיכום רופאים לזכויות אדם מיום 23.2.2011:

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

"מתי מדבר", דו"ח מוקד סיוע לעובדים זרים מחודש פברואר 2011:

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

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

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

"עונו במדבר, נכלאו בישראל", דו"ח רופאים לזכויות אדם ומוקד סיוע לעובדים זרים מחודש

אוקטובר 2012: <http://www.hotline.org.il/hebrew/pdf/TorturedInSinaiJailedInIsraelHEB.pdf>

על תיקון מס' 3 ועל פסק הדין בעניין אדם

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

7. כל תשעת שופטי ההרכב קבעו, פה אחד, כי הסדר זה אינו חוקתי, שכן הוא פוגע באופן שאינו מידתי בזכות החוקתית לחירות, הקבועה בחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו. ברוב דעות של הנשיא גרוניס, המשנה לנשיא נאור והשופטים ארבל, גיזבראן, חיות, דנציגר, פוגלמן ועמית נקבע, כי יש לבטל את כל ההסדרים שנקבעו בהוראות השונות שבסעיף 30א לחוק למניעת הסתננות. זאת, בניגוד לעמדתו החולקת של השופט הנדל אשר סבר, כי יש לבטל רק את הוראות סעיף 30א(ג) לחוק למניעת הסתננות. בית המשפט קבע עוד, כי עם ביטול החוק ייכנסו לתוקף ההוראות של חוק הכניסה לישראל, התש"ב-1952, באופן שצווי הגירוש שהוצאו (המשמשים גם אסמכתא למשמורת) ייראו כאילו ניתנו לפי חוק

זה. כמו כן נקבע, כי יש להתחיל בהליך הבחינה הפרטנית והשחרור של כל המוחזקים כיום במשמורת לאלתר. תהליך הבחינה של כלל המוחזקים נתחם לפרק זמן של 90 ימים מיום פסק הדין.

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

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

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

כרקע לדברים חשוב להביא מעט אינפורמציה הנוגעת לשתי מדינות אלו. אריתריאה היא מדינה שהוכרה כעצמאית בשנת 1993 לאחר שלושים שנות מאבק עם אתיופיה. מאז הוכרה כעצמאית לא נערכו בחירות דמוקרטיות באריתריאה ונשיא המדינה, המכהן גם כראש הממשלה וכמפקד העליון של הצבא, עודנו בתפקידו החל משנה זו. האסיפה הלאומית של אריתריאה מורכבת ממפלגה אחת בלבד (PDFJ). באריתריאה, על פי דו"חות של האו"ם, קיימת הפרה עקבית ונרחבת של זכויות אדם על ידי הממשל. הפרות אלו כוללות הוצאות להורג ללא משפט; מדיניות של ירי על מנת להרוג המכוונת למי שמנסה לצאת מגבולות המדינה; היעלמויות של אזרחים ומעצרים שלא נמסרים למשפחות; מאסרים ומעצרים שרירותיים; שימוש נרחב בעינויים פיזיים ופסיכולוגיים במהלך חקירות של המשטרה, הצבא וכוחות הביטחון; תנאי מאסר לא אנושיים; שירות חובה צבאי לתקופה ארוכה ובלתי מוגבלת שבמהלכו נעשה שימוש בעונשים אכזריים המובילים אף להתאבדות; אי כיבוד זכויות אזרח כגון חופש הביטוי, האסיפה, ההתאגדות, חופש הדת והתנועה; אפליית נשים ואלימות מינית; הפרת זכויות ילדים, כולל גיוסם של ילדים; ועוד (ראו דו"ח שהוכן עבור מועצת זכויות האדם של האו"ם מחודש מאי 2013 – Sheila B. Keetharuth "Report of the Special Rapporteur on the situation of (human rights in Eritrea").

סודן היא מדינה מוכת בצורת ורעב שבמשך שנים רבות סבלה מהפיכות צבאיות וממלחמת אזרחים קשה וממושכת. בעקבות המלחמה נאלצו מיליוני אנשים לעזוב את בתיהם, סבלו מרעב ומתת-תזונה, ומשירותי חינוך ובריאות לקויים ביותר. מלבד מלחמת האזרחים בין הצפון לדרום פרץ בשנת 2003 מרד נוסף בחבל דארפור שבמערב המדינה. על מנת לדכא את המרד חימשה הממשלה מיליציות אשר נלחמו במורדים. מאבק זה, שהפך למאבק אתני, אופיין באונס ובטבח המוני ויש הרואים בו רצח עם. בשנת 2011 הכריזה דרום סודן על עצמאותה מהרפובליקה של סודן. באמצע שנת 2011 עוד דווח על הפצצות שאינן מבחינות בין אזרחים ללוחמים; על התקפות נגד אזרחים מטעם כל הצדדים לסכסוך, כולל על ידי הצבא הסודני; ועל העדר הגנה ממשלתית על האזרחים. ישנם דיווחים נרחבים על אלימות פיזית ומינית כלפי נשים, אם כי דווח גם על שיפור מסוים בטיפול הממשלתי והמשטרתית

בסוגיה. גיוס וחימוש ילדים אף הם תופעה נפוצה בסודן, אשר יש מאמץ כיום למגרה. הפרת זכויות האדם בסודן כוללת אף מאסרים ומעצרים שרירותיים, עינוי עצירים והחזקתם בתנאים גרועים (ראו דו"ח שהוכן עבור מועצת זכויות האדם של האו"ם בשנת 2011 – "Report of the independent expert on the situation of human rights in the Sudan on the status of implementation of the recommendations complied by the Group of Experts to the Government of the Sudan for the implementation of Human Rights Council resolution 4/8", pursuant to Council resolutions 6/34, 6/35, 7/16, 11/10 and 15/27 (שם)).

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

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

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

לארץ מוצאם, מצב המחייב את מדינת ישראל להתמודד עם הישארותם בגבולותיה בשלב זה.

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

11. השופטת ארבל קבעה בהקשר זה במפורש: "לא ניתן להתעלם מכך שרבים מהמסתננים הם מבקשי מקלט" (שם, בפסקה 92), וכן: "אין חולק כי מרבית המסתננים מגיעים מארצות אשר תנאי החיים שם קשים ביותר, פעמים רבות נשקפת סכנת חיים לתושביהם, ומצב זכויות האדם שם בכי רע. חלקם עבר חוויות קשות ביותר, כגון חטיפה, עינויים, אונס וכו' לפני הגיעם לישראל. [...] אין חולק כי על מרבית המסתננים חל עיקרון אי-החזרה הבינלאומי [...]. דהיינו, נקודת המוצא של מדינות העולם, וישראל בתוכן, היא כי מסתננים אלו באו ממדינה שאין לאפשר את החזרתם אליה בשל הסכנות הנשקפות להם שם." (שם, בפסקה 112). אף השופט פוגלמן הדגיש: "הנתונים שהוצגו הנוגעים למדינות המוצא שמהן הם מגיעים, כמו גם המדיניות הננקטת כלפיהם הלכה למעשה על ידי מדינת ישראל ומדינות אחרות, אינם מאפשרים לבטל בהינף יד את טענותיהם להגנה בינלאומית, כפי שמנסה המדינה לעשות בטיעוניה לפנינו. [...] חשוב להדגיש כי גם ביחס לאריתריאים שבקשתם הפרטנית למקלט נדחתה, אין המדינה נוקטת צעדי הרחקה. [...] בנקודת הזמן הנוכחית המדינה אינה מרחיקה את אזרחי שתי מדינות אלה לארצות מוצאם, וזאת אף אם בקשתם הפרטנית למקלט נדחתה. זו נקודת המוצא לדיונונו [...]". (פסקה 9 לפסק דינו של השופט פוגלמן). וכן: "במילה 'מסתנן' טמונים אפוא נרטיב פנימי וסיפור שאותו היא מספרת. היא מבליטה היבטים מסוימים הנוגעים למי שנכנס שלא כדין לישראל, ומעמעמת אחרים. [...] הבחירות הרטוריות של המחוקק אינן עומדות לביקורתנו. מכל מקום, חשוב שבחירה רטורית לא תעמעם את המהות. שומה עלינו לזכור בכל שלב של הדיון את אפיונם המורכב של 'המסתננים' החדשים, שחלק ניכר מהם מגדיר עצמו כמבקש מקלט." (שם, פסקאות 12 ו-13).

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

13. נפסק, כי חל איסור לנהוג בבני אדם כאמצעי להרתיע אחרים: "הקושי בתכלית ההרתעתית הוא ברור. אדם מושם במעצר לא מפני שהוא מהווה באופן אישי סיכון כלשהו, אלא על מנת להרתיע אחרים. ההתייחסות אליו אינה כאל מטרה אלא כאל אמצעי. התייחסות זו ללא ספק הינה פגיעה נוספת

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

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

"110. כלילת המסתננים ושליטת חירותם לתקופה ארוכה הינה פגיעה אנושה ולא מידתית בזכויותיהם, בגופם ובנפשם. הפגיעה בזכותם לחירות של המסתננים שניתן להחזיקם במשמורת עד שלוש שנים הינה פגיעה קשה ביותר בעלת עוצמה גבוהה ורבה. עמדת בתחילת הדברים על חשיבותה ובסיסיותה של הזכות לחירות פיזית במדינה דמוקרטית, ועל הפגיעה הקשה שמסבה שלילת חירותו של אדם לו ולמשפחתו. עמדתי על כך שהפגיעה היא נרחבת וקשה. לשלילת החירות עשויה להיות השפעה על בריאותו הפיזית והנפשית של הפרט. בנוסף היא משפיעה על כל תחומי חייו. היא משפיעה על חיי המשפחה שהוא יוכל לנהל, על חיי חברה ופנאי, על יכולתו לעבוד ולעסוק במשלח יד שהוא חפץ. שלילת החירות של הפרט משפיעה אף על זכות הקניין שלו, על זכותו לפרטיות, על זכותו לעשות בחירות שונות ומגוונות בכל רגע ורגע מחייו. להשלכות אלו נלווית אף הפגיעה הקשה בכבודו של המסתנן כאדם. הפרט שנשללת ממנו חירותו נפגע אף כבודו כאדם. הפגיעה הנרחבת באוטונומיה שלו, ומסירת רוב ההחלטות בשגרת יומו, שלא מרצון, לידי רשויות המדינה והכלא, גורמת לפגיעה מהקשות ביותר בכבוד האדם. זאת לצד הפגיעות בכבוד האדם הנובעות מהיעדר פרטיות, מהיעדר יכולת לנהל חיי משפחה וחברה ועוד. שלילת החירות יוצרת השפלה לפרט ופוגעת בשמו הטוב. הפגיעה בכבוד האדם מתעצמת בחוק למניעת הסתננות מאחר שהכליאה אינה נוגעת למאפייניו או התנהגותו הספציפית של כל מסתנן ומסתנן. כזכור, אין החוק בא להעניש את המסתנן על עצם עובדת הסתננותו. לשם כך קיימים הכלים הפליליים. ההשמה במשמורת נועדה בעיקרה על מנת להרתיע אחרים מלבוא ולהסתנן לישראל, וכן על

מנת למנוע השלכות שליליות שיתכן ולפרט עצמו אין כל קשר אליהן. מפתחות הכלא לא נמצאים בידיו של המסתנן. אין הוא יכול להפסיק את פעילותו העוינת כלפי מדינת ישראל, לשלם את חובו, לציית להוראת בית המשפט או לתת גט לאשתו על מנת להשתחרר מהמשמורת בה הוא נתון.

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

112. לכך יש להוסיף את מיהות האנשים שעומדים לפנינו. גם אם ישנה מחלוקת על מניעי ההסתננות, אין חולק כי מרבית המסתננים מגיעים מארצות אשר תנאי החיים שם קשים ביותר, פעמים רבות נשקפת סכנת חיים לתושביהם, ומצב זכויות האדם שם בכי רע. חלקם עבר חוויות קשות ביותר, כגון חטיפה, עינויים, אונס וכו' לפני הגיעם לישראל (ראו למשל בר"ם 1689/13 וולדו נ' שר הפנים (18.4.13)). גם אם מטרת המסתננים לשפר את רמת חייהם שלהם עצמם ושל משפחותיהם לא ניתן שלא לחוש אמפתיה למטרות אלו. מובן כי אין המשמעות היא שמדינת ישראל מחויבת להכניסם לשטחה וליתן להם את מבוקשם, וברור כי האינטרסים של החברה הישראלית הם בעלי עדיפות ראשונה ועליונה, אך היחס למסתננים והטיפול בהם צריך להיות על רקע הבנת מצבם וקשייהם. יתרה מכך, אין חולק כי על מרבית המסתננים חל עיקרון אי-החזרה הבינלאומי, עליו עמדנו לעיל. דהיינו, נקודת המוצא של מדינות העולם, וישראל בתוכן, היא כי מסתננים אלו באו ממדינה שאין לאפשר את החזרתם אליה בשל הסכנות הנשקפות להם שם. גם נתון זה יש להביא בחשבון במסגרת עוצמת הפגיעה הנגרמת לאנשים אלו כתוצאה משלילת חירותם לשלוש שנים. לא ניתן שלא להיזכר בתוכחתו של המשנה לנשיא מ' חשין בפרשת הסדר הכבילה של עובדים זרים, אשר ניתן ללמוד ממנה אף מקל וחומר לענייננו: 'עיון בהסדר הכבילה שיצרה המדינה והשליטה אותו על עובדים זרים - עלובי-נפש שנפרדו ממשפחותיהם לחודשים, אף לשנים - מעלה תמיהה מהולה ברוגז, כיצד זה שבעלי-סמכות בארצנו כך רואים לנהוג בנשים ובגברים שכל רצונם אינו אלא להביא פת-לחם למשפחתם. לא נכחד כי נגד עיניהם של בעלי הסמכות ניצבו שיקולי-נגד כיבדי-מישקל - שיקולים של סדר טוב ושל הצורך למנוע ניצול לרעה של ההיתר לשהות בארץ - ואולם כיצד זה שנעלם מעיניהם כי בהסדר שהם קובעים חורצים הם עמוקות בכבודם של העובדים הזרים כבני-אנוש? והרי כל אדם - גם אם זר הוא בקהלנו - זכאי לכבודו כאדם. כסף ניתן לחלוקה. כבוד אינו ניתן לחלוקה בגרעינו. כך הוא בכבודם וכך הוא בחירותם של העובדים' (עניין קו לעובד הראשון, פסקה 4 לפסק דינו של המשנה לנשיא מ' חשין).

113. מקובל על הכל כי הזכויות המוענקות על ידי המדינה לזר, ובוודאי לזר שנכנס באופן בלתי חוקי למדינה, אינן משתוות לאלו הניתנות לאזרחי המדינה, ואף חובותיה של המדינה כלפיו אינן זהות כמובן. כך יתכן גם כי מידת ההגנה על זכותו לחירות תהיה פחותה ממידת ההגנה הניתנת לאזרח חוקי במדינה. [...] עם זאת, אין משמעות הדבר כי המסתנן מופשט מכל זכויותיו ברגע שנכנס למדינה, ואף אם באופן לא חוקי. כהשאלה מדברי השופט לוי, המסתנן "אינו נכנס בשערי המדינה

ומשיל מעליו את אנושיותו וזכויותיו היסודיות" (עניין קו לעובד הראשון, בעמ' 397). היקפה של הזכות החוקתית לחירות ולכבוד האדם חלה על כל אזרח ישראלי, כמו גם על הגר, מסתגן או פליט שנכנס לישראל בנסיבות אשר תהיינה. חירותו של אדם היא זכות הנלווית אליו לכל מקום שילך, בין אם במדינתו ובין אם במדינה אחרת; בין אם שוהה הוא במקום שהותר לו לשהות בו, ובין אם נכנס למקום שנאסר עליו. אמנם, במקרים מסוימים ניתן יהיה לשלול ממנו חירות זו, אך תמיד תחייב שלילה זו בחינה זהירה ומבוקרת של מבחני המידתיות. חירותו של אדם וכבודו מהווים נורמות תשתית לחיים יחדיו במדינה לאזרחים ולתושבים, ותחומי פרישתן גם לזרים החיים בקרבם.

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

15. ובאשר לאיזון בין הנזק לבין התועלת נפסק:

"לגבי ההשלכות על האוכלוסייה המקומית, יש להזכיר כי אוכלוסייה זו ממשיכה להתמודד עם הקשיים גם בימים אלו, שכן רוב רובם של המסתננים אינם מצויים במשמורת, אלא בקרבה או בצידה של האוכלוסייה המקומית. בהתחשב בנתון זה; ובהתחשב בכך שקיימים אמצעים חלופיים רבים בהם יכולה המדינה לנקוט על מנת להתמודד עם השלכות אלו; ובהתחשב בגדר הגבול עם מצרים שבנייתה הושלמה לאחרונה כמעט במלואה וביכולת לשפר את יעילותה; הרי שלא ניתן לומר כי התועלת מהמשמורת עולה על הפגיעה הקשה בזכויותיהם החוקתיות של המסתננים. ההתמודדות עם תופעת ההסתננות אינה פשוטה. היא דורשת מחשבה רבה, השקעת משאבים וטיפול אינטנסיבי לאורך זמן. קשייהם של התושבים המקומיים בריכוזי ההתיישבות של המסתננים, הנאלצים לספוג את תוצאותיה והשלכותיה של תופעת ההסתננות, מחייבים טיפול והתייחסות של הרשויות. עם זאת, הפתרון הפשוט לכאורה של השמת מסתננים במשמורת הוא פתרון שאינו מידתי ואינו מתיישב עם ערכי החברה, המשפט והמוסר של מדינת ישראל. זהו פתרון המכתיב "בכתם ערכי את מערך הערכים האנושיים שהחברה הישראלית דוגלת בהם" (עניין קו לעובד השני, פסקה 64 לפסק דינה של השופטת פרוקצ'יה). עם ישראל, שידע לאורך ההיסטוריה סבל ותלאות רבות ונאלץ לעיתים לנדוד ממקום למקום, חייב לעמוד בהתמודדות הקשה, האמיצה והמוסרית אל מול הזרים הרבים שנודדים כיום אל מדינת ישראל למציאת מזור למצוקותיהם, כל עוד אין הם יכולים לשוב לארצותיהם, עד שימצא מקום אחר הולם שיוכל לקלוט אותם. אין משמעות הדבר שלא ניתן בשלב זה להטיל עליהם הגבלות שונות, כללים ונהלים שיחייבו אותם בעת שהותם בארץ המארחת, ובכלל זה אף לשימם במשמורת לתקופת זמן מידתית (ראו עניין טספהונה, פסקה 5 לפסק דינו של השופט דנציגר). אלא שהגבלות אלו אינן יכולות, למצער בעת הנוכחית, להגיע עד כדי שלילת חירותם המלאה לתקופת זמן כה משמעותית.

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

'משטר משפטי המעניק הגנה חוקתית לזכויות-האדם אינו יכול להשלים עם נקודת מוצא נורמטיבית המניחה שלילתן של זכויות-יסוד ככלל מנחה. לא ניתן לקבל, כי בשיטה שקבעה את כבוד האדם כערך חוקתי מוגן יורשה היחיד לקיים את זכויותו

היסודיות במקרים 'חריגים' בלבד' (עניין קו לעובד הראשון, בעמ' 391; כן ראו עניין קו לעובד השני, פסקה 65 לפסק דינה של השופטת פרוקצ'יה).

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

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

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

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

19. על בסיס חוות דעתם של השופטת ארבל והשופט פוגלמן בוטלו כלל ההסדרים שבסעיף 30א, ונקבע כי לפסיקה תחולה מיידית. עוד נפסק, כי צווי הגירוש שהוצאו מכוח החוק יראו אותם כאילו הוצאו מכוח חוק הכניסה לישראל, התשי"ב-1952, והעילות לשחרור ממשמורת יהיו על פיו. נפסק עוד, כי כדי לאפשר למדינה להיערך לבחינת עניינם הפרטני של המוחזקים במשמורת, שמספרם אינו מבוטל, עילת השחרור הקבועה בסעיף 13(א) (4) לחוק הכניסה לישראל ("הוא שוהה במשמורת יותר מ-60 ימים ברציפות") לא תחול לפרק זמן של 90 ימים מיום מתן פסק הדין, וזאת "על מנת לתחום פרק זמן זה" (פסקה 118 לפסק דינה של השופטת ארבל).

20. תכלית הוראת מעבר זו לא היתה החזקה של כלואים עד היום האחרון האפשרי, אלא מתן פרק זמן שלאורכו תתפרס הבדיקה האינדיבידואלית של קיומם של סייגים לשחרורם של מי שכלואים למעלה מתשעים ימים. בית המשפט הדגיש בפסק דינו: "יש להתחיל בהליך הבחינה הפרטנית והשחרור בערובה **לאלתר**. ככל שממונה ביקורת גבולות קובע כי ניתן לשחרר מוחזק פלוני בערובה בהתאם לעילות השחרור הקבועות בחוק הכניסה לישראל והסייגים להן – יש לשחררו באופן מיידית." (פסקה 118 לפסק דינה של השופטת ארבל. ההדגשה במקור). עוד נפסק בהקשר זה: "נוכח הפגיעה האנושה

בזכות לחירות אישית, החלטנו כי אין מקום להשהות את ההכרזה על בטלות התיקון. על הרשויות לבחון את עניינם של המוחזקים במשמורת במהירות הראויה, ומי שניתן לשחררו – יש לשחררו לאלתר. נוכח מספרם הרב של המוחזקים במשמורת, ראינו לקבוע פרק זמן של תשעים ימים לשם מיצוי ההליך המינהלי לבחינת עילות השחרור הקבועות בחוק הכניסה לישראל והסייגים להן, ביחס לכל אחד מהמוחזקים במשמורת. אולם אדגיש כי פרק זמן זה הינו רף עליון לבחינת עניינם של כלל המוחזקים, וכאמור, מי שהסתיימה הבחינה בעניינו, ואין מניעה לשחררו – ישחרר **ללא דיחוי**." (פסקה 44 לפסק דינו של השופט פוגלמן. ההדגשה במקור).

21. השופט ארבל חתמה את פסק דינה בהזכירה :

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

מדינת ישראל מאז הקמתה התנסתה בהתמודדויות קשות ומורכבות בתחומים שונים. בראש ובראשונה התמודדות עם מציאות ביטחונית קשה המחייבת את המדינה לאזן בין האינטרס הביטחוני וזכותם של תושביה לחיים ולשלמות הגוף אל מול זכויות האדם הבסיסיות הניצבות מנגד. מדינת ישראל קיבלה לא אחת הכרעות קשות ביותר בסוגיות שמשמעותן היתה נטילת סיכונים הגדולים מאלו העולים בעתירה זו. הדברים שנאמרו עשויים להאיר את הסוגיה איתה מתמודדים אנו היום בעתירה זו, וראוי שיהיו אבן שואבת למקרים מקבילים ודומים היום ובעתיד. [...]

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

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

22. השופט פוגלמן ציין:

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

23. המשנה לנשיא נאור הצטרפה לחוות הדעת של השופטים ארבל ופוגלמן, וציינה כי בעת חקיקת התיקון לחוק כבר היה עקרון מושרש בפסיקת בית המשפט, לפיו לא ניתן להחזיק אדם במעצר אם לא ניתן לגרשו תוך זמן מסויים. האמצעי של מעצר ממושך אינו אמצעי מידתי.

24. השופט עמית צירף דעתו לדעותיהם של השופטת ארבל והשופט פוגלמן, ולפיהן ההסדר החוקי המדובר סותר את חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו, ולפיכך דינו בטלות. השופט עמית קבע, כי בכל האמור במבקשי המקלט שכבר נכנסו בשערי המדינה, על המדינה להתייחס אליהם ברוחב לב ובמידת החמלה בכל הקשור לעבודה, רווחה, בריאות וחינוך, בפרט על רקע מסע התלאות שעברו בדרכם לישראל.

25. השופט גיבראן קבע, כי הואיל והרחקתם של המוחזקים במשמורת אינה אפשרית, נפגעת זכותם לחירות, פגיעה שלעת הזו אינה יכולה לסכון. לפיכך, הסכים השופט גיבראן הוא כי דינו של התיקון בטלות.

26. השופט דנציגר הצטרף בהסכמה לחוות דעתם של השופטים ארבל ופוגלמן. בפסק דינו הוסיף, כי אף אם ניתן להניח שקיים אלמנט כלכלי בבחירתם של אלפי נתיני סודן ואריתריאה להגיע למדינת ישראל, לא ניתן לתייגם כמהגרי עבודה בלתי חוקיים ותו לא. יש להניח שבחלק מן המקרים מדובר בפליטים הזכאים למקלט מדיני. אף על פי כן, בחרה מדינת ישראל שלא לבחון בקשות מקלט פרטניות שהגישו חלק מנתיני סודן ואריתריאה, אך בו זמנית גם נמנעה מלגרשם חזרה לארצותיהם, בין בשל מדיניות 'אי ההרחקה הזמנית' ובין בשל אילוצים אחרים. השופט דנציגר ציין עוד, כי הפיתרון למצוקתם של תושבי דרום תל אביב אינו החזקתם במשמורת של אלפים במתקני כליאה, לתקופת זמן בלתי מוגבלת, וזאת מבלי שהואשמו או הועמדו לדין, וללא אפשרות נראית לעין לגירושם. יתרה מכך, התיקון לחוק כפי שהוא מיושם כיום – החזקה במשמורת של כ-2,000 מסתננים מתוך כ-55,000 מסתננים בסך הכל – ספק רב אם יש בו מזור של ממש למצוקה זו. על המדינה מוטלת החובה להתמודד עם בעיה מורכבת זו בדרכים שתתיישבנה עם נורמות חוקתיות המקובלות בישראל ובמדינות העולם המתוקן.

27. גם השופטת חיות הצטרפה לפסק הדין של השופטת ארבל ולפסק דינו של השופט פוגלמן. היא הוסיפה והעירה כי מדינת ישראל נותרה הדמוקרטיה המערבית היחידה בעולם ללא מדיניות הגירה סדורה, וכי פתרונות אד-הוק אינם תחליף למדיניות הנדרשת. תיקון החוק אינו הסדר מקיף שכזה, שכן כליאת מי שזה מקרוב באו היא אמצעי חסר כל אפקטיביות בהתמודדות עם הבעיות שנוצרו עם הגעתם של עשרות אלפים לערי ישראל. בנוסף, החוק פוגע בזכות לחירות החוקתית לחירות ופגיעה בעוצמה כזו עולה על הנדרש.

28. אף השופט הנדל סבר, כי הפגיעה בזכות לחירות אינה חוקתית, אך בדעת מיעוט סבר, שיש לבטל אך את ההסדר שמאפשר כליאה לשלוש שנים, ולהשהות את הבטלות לשלושה חודשים, וזאת על מנת לאפשר לממשלה ולכנסת לגבש בפרק זמן זה הסדר חקיקתי חלופי לעניין המעצר. ואולם, השופט הנדל הבהיר עוד בפסק דינו, כי "מלאכת החקיקה בנושא הטיפול במסתננים היא רגישה", וכי במהלך שלושת החודשים יעשה אך "שינוי מצומצם". השופט הנדל הוסיף וציין, כי כיוון שזולת תקופת המעצר שבחוק, ימשיך החוק לעמוד בתוקפו למשך חמישה עשר חודשים, הרי שיש בכך כדי להעניק למחוקק "זמן למחשבה, להתבוננות ביישום הוראת השעה בשטח, ומכאן לקביעת חלופה ראויה" (פסקה 8 לפסק דינו של השופט הנדל). כלומר, אף השופט הנדל, שסבר בדעת מיעוט שיש לאפשר גיבוש הסדר חקיקתי בתוך תשעים ימים, דיבר בשינוי מצומצם, ולא במהלך חקיקתי מקיף.

29. הנשיא גרוניס צירף את דעתו לזו של השופטת ארבל ושל השופט פוגלמן, לפיה החוק סותר את חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו, ולפיכך דינו בטלות. לשיטתו, החוק אינו עומד במבחן המשנה השלישי של המידתיות, "מבחן המידתיות הצר", משום שלא קיים יחס סביר בין תקופת ההחזקה במשמורת ליתרונות שבחוק. זאת, בפרט לאור העובדה שלא ניתן, לעת הזו, לגרש מישראל את מרביתם של אלה שבמשמורת, אזרחי אריתריאה וסודן. בדעת יחיד הוסיף, כי גם בנסיבות הקיימות אין מניעה לחוקק חוק חדש שיאפשר החזקה במשמורת תקופה קצרה באופן משמעותי משלוש שנים.

על תיקון מס' 4

30. פחות משלושה חודשים לאחר שניתן פסק הדין, שכלל דברי ביקורת חריפים, התקבלה החקיקה מושא העתירה בהליך בזק. מה נשתנה בתקופה זו? דבר לא. האם החלה כניסה משמעותית של מבקשי מקלט לישראל שהצריכה תגובה שכזו? לא. התופעה, כפי שעמד על כך בית המשפט נכבד בפסק דינו, נבלמה. על פי פרסומי רשות האוכלוסין וההגירה, בשלושת החודשים האחרונים מאז ניתן פסק הדין נכנסו לישראל 4 גברים סודנים בלבד.

ר': <http://www.piba.gov.il/SpokesmanshipMessages/Pages/01122013.aspx>

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

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

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

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

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

36. לא ולא ולא ולא. הממשלה מתקשה להשתחרר מהקונספציה הבינארית המנחה אותה, עליה עמד השופט פוגלמן בפסק דינו :

"מאופן הצגת הדברים על-ידי המדינה עולה כי קיימות שתי אפשרויות ואין בלתן : האחת, יישום ההסדר שנקבע בתיקון והשמת המסתננים במשמורת לפרק זמן

ממושך עד שניתן יהיה – אם בכלל – להרחיקם; והשנייה, המשך שהייתם של מסתננים רבים בדרום תל אביב ובאזורים נוספים בארץ ללא הסדרה, פיקוח או טיפול. הצגה בינארית זו מעוררת קשיים בעיניי, כאשר היא באה מצד המדינה. עמדנו על האתגרים המשמעותיים שהתופעה נושא הדיון מציבה לפני הרשויות, ואין להקל בהם ראש. עם זאת, לא ניתן שלא לשאול אם ההשלכות השליליות של תופעה זו – שעליהן עמדו המדינה ותושבי דרום תל אביב בהרחבה – אינן מועצמות על רקע הימנעותן של הרשויות מנקיטת חלופות אחרות להסדרת שהות המסתננים והטיפול בהם. האם יכולה המדינה להיתלות בהשלכותיה השליליות של תופעת ההסתננות בשנים האחרונות, כצידוק לנקיטת אמצעים פוגעניים, וזאת מבלי שנעשה ניסיון להתמודד עם השלכות אלה באמצעים חלופיים שפגיעתם פחותה?" (פסקה 41 לפסק דינו של השופט פוגלמן).

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

במה עוסק החוק?

38. ראשית, החוק עוסק בהקמתו לתחייה של סעיף 30א לחוק למניעת הסתננות – סעיף החוק הבלתי חוקתי שבוטל על ידי בית המשפט הנכבד לפני פחות משלושה חודשים. במסגרת סעיף זה תעמוד תקופת הכליאה של "מסתננים חדשים" על שנה, תחת שלוש שנים.

39. להצדקת קיומו של סעיף 30א הפנו מנסחיו (בתזכיר החוק) לדבריהם הכלליים של הנשיא גרוניס ושל השופט הנדל, שהעירו כי אפשר לחוקק חוק שיתיר החזקה במשמורת "במשך תקופה קצרה באופן משמעותי משלוש שנים" (פסקה 5 לפסק דינו של השופט גרוניס), או לקבוע "רף עליון למשמורת שאינו מגיע או מתקרב לשיעור של 3 שנים" (פסקה 6 לפסק דינו של השופט הנדל). אלא, כאמור, הנשיא גרוניס היה בדעת יחיד בעניין זה, מבין שמונת שופטי ההרכב שסברו שיש לבטל את סעיף 30א, והשופט הנדל היה בדעת מיעוט. יתר שבעת שופטי ההרכב, שנתנו את פסק הדין בעניין **אדם**, סברו שההסדר שבסעיף 30א בלתי חוקתי משום פגיעתו האנושה בחירות. הראציונל המרכזי של שבעת שופטי ההרכב היה איכותי ולא כמותי – אין מקום למעצר מינהלי של מי שלא מתנהלים בעניינו הליכי גירוש אפקטיביים ותחומים בזמן. הכליאה בנסיבות אלה, בין אם מדובר בשלוש שנים או בשנה, היא אסורה. מדובר בשלילת חירות אסורה לצורך הרתעת אחרים של מי שאין מתנהל בעניינם הליך גירוש אפקטיבי, כמו גם של מבקשי מקלט. לעניין זה, כאמור, אפשרות השחרור של מי שהטיפול בבקשת המקלט שלו לא החל או לא הסתיים (כעבור שלושה חודשים ושישה חודשים, בהתאמה), אינה מרפאה את הפגיעה, אלא מעצימה.

40. זאת ועוד, החוק משיב את סעיף 30א על תתי סעיפיו, ואלה רצופים הוראות בלתי חוקתיות. הסעיפים הללו מאפשרים כליאה של אנשים חולים, כליאה של ילדים, כליאה ללא הגבלה של מי שעל פי חוות דעת גורמי הבטחון, באזור בו הוא התגורר מתבצעת פעילות העלולה לסכן את בטחון המדינה, אף אם ממנו עצמו לא נשקפת כל סכנה, ועוד. בית המשפט הנכבד, נזכיר, ביטל את כל הוראות סעיף 30א, וקבע, כי די בהסדרי המעצר והשחרור שבחוק הכניסה לישראל, על האיזונים הקבועים בו.

41. נזכיר, כי תיקון מס' 3 קבע את סעיף 30א כהוראת שעה למשך שלוש שנים. החוק חוקק בחודש ינואר 2012, כך שכמעט שנתיים מתוך שלוש השנים חלפו. תיקון מס' 4 החייה את סעיף 30א לשלוש שנים נוספות, שנתיים מעבר לתוקף שקבע תיקון מס' 3, ללא בחינה מעמיקה ומחודשת של שינויים בשטח, כמו גם יתרונות וחסרונות של מה שאמור היה להיות הוראת שעה זמנית בלבד.
42. שנית, פרק ד' לחוק עוסק בהקמתו הנורמטיבית בהליך בזק של מתקן כליאה "פתוח" בניהול שירות בתי הסוהר, שבו יכלאו "מסתננים" ללא הגבלת זמן וללא ביקורת שיפוטית יזומה ועתית, תוך מתן סמכויות שיפוט וענישה דרקוניות לפקידי משרד הפנים.
43. ייאמר כבר כעת: מבחינה זו תיקון מס' 4 גרוע, מבחינת היקף וחומרת הפגיעה בזכויות אדם, מתיקון מס' 3, ואי החוקתיות הטמונה בו עמוקה מזו שהיתה טמונה בקודמו. בעוד שעל פי תיקון מס' 3 אפשר היה לשלול את חירותו של אדם לשלוש שנים, הרי שתיקון מס' 4 קובע שאפשר לשלול את חירותו של אדם **ללא הגבלת זמן**. אם על פי תיקון מס' 3 היה זכאי העצור להיות מובא באופן יזום ועיתי בפני בית דין לביקורת משמורת, הרי שהשוהים ב"מתקן הפתוח" אינם זכאים אף לכך.
44. אכן, במסגרת בחינת אמצעים חלופיים לכליאה, השופטת ארבל הזכירה בפסק דינה, כי "ניתן לשקול לחייב מסתננים לשהות **בלילות** במתקן שהייה שהוכן עבורם ואשר יספק את צרכיהם, ולצד זאת ימנע מהם קשיים אחרים". (פסקה 104 לפסק דינה של השופטת ארבל. ההדגשה הוספה). המשנה לנשיא נאור ציינה בהקשר זה: "המדינה תוכל לשקול להפוך את המבנה הקיים למחנה פתוח, שהשהייה בו היא **רצונית**" (פסקה 4 לפסק דינה של המשנה לנשיא נאור. ההדגשה הוספה). השופטים פוגלמן הפנה למסמך "קווים מנחים בנוגע לקריטריונים והסטנדרטים הישימים בנוגע למעצרים של מבקשי מקלט וחלופות למעצר" של נציבות האו"ם לפליטים (פסקה 40 לפסק דינו של השופט פוגלמן). במסמך זה, בין יתר חלופות המעצר שמצוינות בנספח לו, נדונים מגורים במרכזים פתוחים או פתוחים למחצה. המסמך מבהיר בהקשר זה, כי יש להגן על חירותם של מי ששוהים במרכזים אלה, ועל חירות תנועת בתוך המרכזים ומחוצה להם, ולהבטיח שהם אינם הופכים למעצר בצורה אחרת. כלומר, בית המשפט הנכבד דיבר בחלופות מוגבלות, או וולנטריות, ומכל מקום לא בכאלה שידמו למתקן כליאה.
45. הנשיא גרוניס, מאידך, הסתייג מפתרון זה: "האמצעים החוקיים שמזכירים חבריי, כגון חובת דיווח, הגבלת מקום המגורים, שהות במתקן פתוח וכדומה, הינם, להערכתני, חסרי נפקות ממשית בנסיבות העניין. ספק רב אם אמצעים אלה יקדמו בצורה משמעותית את התכלית של מניעת השתקעות מסתננים בארץ וצמצום ניכר של הבעיות החברתיות והכלכליות שעל אזרחי המדינה ותושביה להתמודד עימן נוכח הימצאותם בישראל של עשרות אלפי מסתננים." (פסקה 3 לפסק דינו של הנשיא גרוניס).
46. ומה עשו מנסחי החוק? עטו על אמירותיהם של המשנה לנשיא נאור, השופטת ארבל והשופט פוגלמן כמוצאי שלל רב, והחליטו, כי אם יחנכו את מתקן הכליאה, שנבנה זה מכבר בקציעות, ויכנו אותו

"מרכז שהייה" – נמצא המזור לאיסור על כליאה שקבע בג"ץ. אלא שב"מרכז שהייה" אין כל חדש. הוחלט לבחון את הקמתו ואת הפעלתו כבר בהחלטת הממשלה 2507 מיום 28.11.2010; הוחלט על הקמתו בהחלטת הממשלה 3936 מיום 11.12.2011; הרשויות דיברו בו בההליכי התכנון של תמ"א 46 ("תוכנית מתאר ארצית להקמת מרכז שהייה למסתננים מגבול מצרים"); הן דיברו עליו אף בדיונים על חקיקת תיקון מס' 3 לחוק למניעת הסתננות, שבוטל על ידי בית המשפט הנכבד; ועוד ועוד. הוא הוקם זה מכבר, ועומד שומם, שכן לא נמצא בו צורך, אף שמעת לעת הרשויות הודיעו, כי הן שוקלות להשמישו. עתה, כמו סעיף 30א לחוק שזכה לקום לתחייה בהצעת החוק, נפחה ההצעה רוח חיים נורמטיבית גם בפיל הלבן של אזור קציעות: מתקן "חולות". בית סוהר.

47. זהו בית סוהר, שאליו יכניס ממונה ביקורת הגבולות באופן שרירותי את הכלואים – מבקשי מקלט שאין אפשרות לגרשם מישראל – ללא ביקורת שיפוטית וללא כל הגבלת זמן. בית סוהר ששר הפנים יוכל לקבוע תנאים למי שהוכנס אליו, וממונה ביקורת הגבולות יוכל להוסיף עליהם תנאים נוספים.

48. זהו בית סוהר במתחם בתי הסוהר בקציעות – בתוך שטח אש, רחוק מרחק רב ממקומות יישוב, שאין לאן ללכת ממנו ברגל. בית סוהר במדבר, באזור שבו מזג האוויר קיצוני בחורף, בקיץ ובלילות. בית סוהר שבו על הכלואים להתייבב שלוש פעמים ביום לספירות, כך שממילא לא יוכלו ללכת או לנסוע לשום מקום. בית סוהר שיהיה סגור ומסוגר בין השעות 22:00 ל-06:00. בית סוהר שאפשר לקבל אישור מיוחד להעדר ממנו ללא יותר מ-48 שעות. בית סוהר שאם אלה התנאים בו – אין שום משמעות להיותו "פתוח".

49. זהו בית סוהר שינוהל על ידי הרשות שמנהלת בתי סוהר, ואינה יודעת אלא לנהל בתי סוהר – שירות בתי הסוהר. בית סוהר שבו יסתובבו סוהרים לובשי מדים, וישליטו את מרותם. בית סוהר שבו שירות בתי הסוהר ייקבע את כל הכללים הנוגעים להפעלתו, למגורים בו, למה שמותר להחזיק ולמה שאסור, לתעסוקה, לניקיון, לסגירתו ולפתיחתו ועוד, כמו בכל בית סוהר אחר. בית סוהר שבו שירות בתי הסוהר יוכל להחליט, כמו בכל בית סוהר, מי יכנס אליו ומי יבקר בו. בית סוהר שבו יערכו חיפושים בכניסה, ביציאה ובתוכו, וייתנו בו סמכויות חיפוש גם ל"מאבטחים" – הכל ללא צורך בצווים, ותוך פגיעה בפרטיות. בית סוהר שבו אפשר להפעיל כוח נגד המוחזקים.

50. זהו בית סוהר שבו אפשר "לרתק" את מי שלא מילא את חובתו. בית סוהר שבו אפשר לקנוס את מי שגרם נזק (סמכות שלא נתונה כיום לשירות בתי הסוהר ביחס לנתונים במשמורת). זהו בית סוהר, שבו לממונה ביקורת הגבולות – פקיד של משרד הפנים – יוקנו סמכויות שיפוט וענישה דרקוניות. הוא יוכל לגזור עונשי מאסר חוזרים ונשנים שבין חודש לבין שנה בגין איחור לרישום, אי התייצבות לרישום, הפרת כללי ההתנהגות שקבע שב"ס למתקן, בגין גרימת נזק, בגין חבלה, בגין עבודה, בגין "נפקדות" ובגין אי התייצבות לחידוש רישיון ישיבה. החוק קובע את מדרג "העבירות", את מדרג "החומרה" ואת מדרג "הענישה". סמכויות שכאלה לא ניתנו מעולם לאף פקיד בישראל, ולא בכדי. בחברה דמוקרטית החרדה לזכויות אדם, שיפוט וענישה – ודאי גזירת עונשי מאסר – עניינים הם לבית המשפט, ולא לפקידים.

51. זהו בית סוהר שבו יסופקו שירותים מינימליים בענייני בריאות ורווחה שניתנים בבתי סוהר, ואולי אף פחות מכך. בית סוהר שלכלואים בו אסור לעבוד מחוצה לו, ולא תהיה להם פרנסה. בית סוהר שבו יעבדו הכלואים כדרך שאסירים עובדים בבתי סוהר. בית סוהר שאין חובה לתת בו שירותי חינוך, שירות דת, פעילות ספורט, תרבות, פנאי וייעוץ משפטי. זהו בית סוהר, המשקף תפישה מעוותת לפיה "כל צרכיהם" של בני אדם הם מיטה, קורת גג, מזון וטיפול רפואי. בני אנוש, לפי תפישה זו, אינם צריכים להיות אדונים לגורלם, אינם צריכים לפתח את עצמם, אינם צריכים להיות מסוגלים לעצב את סיפור חייהם, אינם זקוקים לפרטיות מחד גיסא ולחיי קהילה ומשפחה מאידך גיסא. די בשימור חייהם הביולוגיים, ותו לא.
52. זהו בית סוהר שמבקשי מקלט, קורבנות אונס עינויים – ובעתיד אולי אף נשים, משפחות, ילדים וטף – ישהו בו ללא תוחלת וללא הגבלת זמן, בחוסר כל ובחוסר מעש בהמתנה ממושכת לשום דבר. בית סוהר שנועד לשבור את רוחם, על מנת לאנוס אותם לומר כי הם "מסכימים" ללכת לכל מקום שיוגד להם, גם אם נשקפת להם שם סכנה.
53. ולמי מיועד כל זה? בראש ובראשונה לכלואים כיום במתקני המשמורת – אותם אלה שבית המשפט קבע שחל איסור להוסיף ולכלואם, והורה לשחררם לאלתר וללא דיחוי. הם יועברו לשם יחד עם סוהרי בית הסוהר "סהרונים", שמי אם לא הם נבחרו להפעיל את המתקן. אל הכלואים יצטרפו עוד כ-2,000 אומללים, שייבחרו באופן שרירותי ברחבי הארץ. כשרוחם תישבר, והם יולכו מכאן לארצותיהם, יובלו לשם אחרים תחתיהם.
54. אכן, בדיונים שהתקיימו בוועדת הפנים והגנת הסביבה של הכנסת בשלושת החודשים האחרונים הבהירו נציגי הממשלה, כי המוטיבציה לחקיקה חפוזה זו היא המשך מעצרם של מי שמוחזקים מזה תקופה ממושכת, ובית משפט נכבד זה הורה לפעול לשחרורם לאלתר וללא דיחוי, ועוד כ-2,000 אנשים שיבחרו באופן שרירותי. למעשה, "התמודדות המדינה עם השלכותיה הרחבות של תופעת ההסתננות", שהיא היסוד להצעת החוק, על פי דברי ההסבר לה, נוגעת למתי מעט שאולי יגיעו, ולעוד כ-3,300 נפש שיוחזקו במתקן הכליאה "הפתוח".
55. לא מדובר, אם כן, בטיפול בכחמישים ושלושה אלף מבקשי מקלט שמצויים כיום בישראל. על אלה תוסיף לחול המדיניות הממשלתית, המונעת מהם אפשרויות תעסוקה סבירות, כמו גם נגישות לדוור, לשירותי בריאות, לשירותי רווחה ולהשכלה, ודוחקת אותם לעוני ולמצוקה. יוותרו על מכונם ריכוזים של מבקשי מקלט בדירות צפופות באזורים מוחלשים כלכלית וחברתית, שבהם הם יכולים להרשות לעצמם למצוא מחסה. הצטופפותם במקומות אלה תמשיך להוסיף על המצוקה השוררת בהם ממילא.
56. אדריכליו של החוק למניעת הסתננות, שנפסל על ידי תשעה משופטי בית משפט נכבד זה, לא למדו דבר. מתוך היסטוריה פוליטית הם שבו וגיבשו בחופזה הסדר לכליאה, שהוא חמור ודרקוני מזה שקדם לו, ושוב "בהוראת שעה", שכמסתבר – אין קבוע ממנה.

רשומון: על שארע בשלושת החודשים האחרונים עד לאימוצו של תיקון מספר 4

57. בספרה "בשם החוק – היועץ המשפטי לממשלה והפרשות שטלטלו את המדינה" (דביר, 2012) מספרת דינה זילבר: "על אחד הקירות במשרד המשפטים תלויה שורה של פורטרטים. אלו הם אחד עשר היועצים המשפטיים של הממשלה שכיהנו בתפקיד מאז הקמת המדינה. [...] אין לטעות בהם באנשים האלה: כל אחד מהם, ברגע נתון, קם על רגליו ואמר לראשי השלטון: עד כאן! הרגעים האלה שבהם התרחש העימות, בין היועצים המשפטיים לממשלה ובין הדרגים הפוליטיים שמינו אותם לתפקיד, היו רגעים מכוננים בתולדות המדינה. האחד עשר שתלויים כך על הקיר, חנוטים בחליפותיהם וחנוקים בעניבותיהם, כל אחד מהם אחראי באופן ישיר לכך שהזרוע המבצעת ערכה היכרות עם מגבלות כוחה. מכך נגזר שמדינת ישראל היא מדינת חוק." (עמ' 11).

58. בעמודים הבאים נבקש לספר על שלושת החודשים האחרונים, בהם כשלו היועץ המשפטי לממשלה וצוות משרדו כשלוך חרוץ בהגבלת כוחם של פוליטיקאים דורסנים; על רגעים רבים מספור, בהם צריכים היו לומר: "עד כאן!", ולא עשו זאת; ועל שלטון החוק שהיה למרמס. אכן, "הבירוקרטיה היא מבנה, היא תהליך, היא תורת חיים. בידיים הנכונות של טהורי הלב יכולה היא להביא רווחה וקדמה לעולם, אך בידיים הלא נכונות היא עלולה לשמש גם נשק בלתי קונבנציונלי שבכוחו להיות מקור ראשון במעלה לדיכוי ולחוסר שוויון." (דינה זילבר "בירוקרטיה כפוליטיקה" (נבו, 2006), עמ' 294).

כך קרה גם בעניינו. הנה הרשומון.

59. ביום 17.9.2013, כבר למחרת מתן פסק הדין, פנתה רשות האוכלוסין וההגירה בדחיפות אל דייני בית הדין לביקורת משמורת, ומסרה את התייחסותה לפסק הדין. הרשות הבהירה לדיינים, כי לשיטתה אין מקום כי בית הדין ידון בהחלטות שחרור על יסוד פסק הדין. "פסק הדין קובע מפורשות כי אופרטיבית יחלו רשויות המדינה המוסמכות – דהיינו רשות האוכלוסין וההגירה – בבחינת עניינם הפרטני של המוחזקים, ולכך הוקנו לרשות 90 ימים. אשר על כן, לעמדתנו, אין מקום בשלב זה כי ביה"ד למשמורת ידון בהחלטות שחרור על בסיס זה." (ההדגשות במקור). רוב דייני בית הדין לביקורת משמורת החליטו לאמץ את עמדת רשות האוכלוסין וההגירה, גזרו על עצמם פגרה בת 90 ימים, ומיאנו מאותה עת לדון בבקשות לשחרור ממשמורת, מכל עילה שהיא, במהלך תקופה זו.

העתק מכתבה של גב' ורד אמסלם, ממונה ביקורת הגבולות, אל דייני בית הדין לביקורת משמורת מיום 17.9.2013 מצ"ב ומסומן ע/6.

60. עוד למחרת מתן פסק הדין, בבוקר יום 17.9.2013, כונסה ועדת הפנים והגנת הסביבה של הכנסת לישיבה דחופה שכותרתה "החלטת בג"צ לבטל את הצ"ח למניעת הסתננות בעניין כליאתם של מסתנני עבודה בלתי חוקיים במתקני שהייה". בישיבה השתתף מר אמנון בן עמי, מנכ"ל רשות האוכלוסין וההגירה. מר בן עמי מסר לוועדה, כי הנחה עוד באותו בוקר להתחיל למפות את המוחזקים במשמורת לקטגוריות – "סודנים, אריתראים, מי כן אפשר להחזיר, מי אי אפשר להחזיר" – ולסיים את המיפוי עד ליום 29.9.2013. **כשתיאר את השלכותיה של הפסיקה הבהיר מר בן עמי לוועדה, כי כליאה על פי**

החוק שבוטל שימשה את הרשות לצורך חילוץ "הסכמה" מן הכלואים – נזכיר: אנשים שעיקרון אי ההחזרה חל עליהם – לעזוב את ישראל. מר בן עמי הביע דאגה מתוצאות הפסיקה בעניין זה: "המסלול שבו עבדנו, של יציאה מרצון, התחיל לתת את אותותיו... והיינו במומנטום מאוד חשוב של המסלול הזה, שאנחנו חוששים שפסק הדין עכשיו יכול להשפיע גם עליו." כשדובר בישיבה בהקלת העומס על שכונות דרום תל-אביב והאפשרות של פיזור אוכלוסיית מבקשי המקלט ברחבי הארץ התנגד לכך מר בן עמי, ואמר כי ריכוז המאמץ הממשלתי אינו צריך להיות בכיוון זה, אלא "צריך להיות יציאה מרצון והחזרה למדינה שלישית. זה צריך להיות הכיוון."

לפרוטוקול הדיון ר': <http://www.knesset.gov.il/protocols/data/rtf/pnim/2013-09-17.rtf>

61. ארבעה שבועות לאחר מתן פסק הדין, התברר כי הכלואים אינם משוחררים. ב"כ העותרים פנו בעניין בדחיפות למר יהודה ויינשטיין, היועץ המשפטי לממשלה, ביום 13.10.2013, והתריעו בפניו כי משרד הפנים ומשרד המשפטים מבזים את פסק הדין. ביום 21.10.2013 השיבה עו"ד דינה זילבר, המשנה ליועץ המשפטי לממשלה (ייעוץ) לפנייה, ואף שכתבה כי היועץ המשפטי לממשלה הדגיש בפני השרים הממונים את חובת קיום פסק הדין, הרי שהודתה במכתבה כי עד למועד שליחתו, **למעלה מחודש לאחר מתן פסק הדין, שוחררו 9 נשים בלבד**. עו"ד זילבר הוסיפה וציינה, כי השחרור יימשך באופן מדורג. עו"ד זילבר ציינה עוד, כי היועץ המשפטי לממשלה יעמוד על כך, שהבחינה הפרטנית בעניינם של כל המוחזקים תסתיים בתוך 90 ימים, ואולם בהמשך לכך ציינה, כי אם בתוך 90 ימים תושלם הקמת "מתקן שהייה פתוח למסתננים", אזי המוחזקים יועברו אליו. התברר, כי הרשויות עושות כל אשר לאל ידן לעכב את השחרור, על מנת לאפשר העברתם של הכלואים למתקן אחר, שאותו הן שואפות להקים.

העתק פניית ב"כ העותרים מיום 13.10.2013 מצ"ב ומסומן ע/7.

העתק תשובתה של עו"ד זילבר מיום 21.10.2013 מצ"ב ומסומן ע/8.

62. הדברים התבררו גם בישיבה נוספת שהתקיימה ביום 14.10.2013 בוועדת הפנים והגנת הסביבה של הכנסת, שעניינה "היערכות משרד הפנים לתוצאות ביטול החוק למניעת הסתננות (הוראת שעה)". עו"ד דניאל סלומון, היועץ המשפטי של רשות האוכלוסין וההגירה, מסר לוועדה, כי הממשלה עומדת ליזום חקיקה, שתתייחס לכל היבטי התופעה, ובכלל זה "למי שנמצאים היום במתקן ופסק הדין התייחס אליהם". עו"ד סלומון מסר עוד, כי שוקלים הקמתו של מתקן פתוח, שעל אופיו טרם הוסכם, והוא ייועד ל"אוכלוסייה שמגיעה ממדינות שלעת הזאת ישראל איננה יכולה להרחיק אליהן, או שהם אינם יכולים לצאת מסיבות כאלה או אחרות. הדוגמה האריתריאית, הדוגמה הסודנית בעיקר – אלה הדברים שעל השולחן היום." חה"כ מירי רגב, יו"ר וועדת הפנים והגנת הסביבה, הביעה חשש משחרורם של הכלואים עד למחצית חודש דצמבר, על פי הפסיקה, וביקשה מעו"ד סלומון לאשר שמשרד הפנים יפעל להביא בהקדם הצעת חוק שתבטיח שהכלואים לא ישוחררו. עו"ד סלומון השיב בחיוב.

לפרוטוקול הדיון ר': <http://www.knesset.gov.il/protocols/data/rtf/pnim/2013-10-14.rtf>

63. עו"ד סלומון שפך אור על יוזמת החקיקה הממשלתית בישיבה נוספת של וועדת העובדים הזרים של הכנסת ביום 30.10.2013 שעניינה "דיווח רשות ההגירה על הטיפול בבקשות המקלט כמתחייב מהחוק וההיערכות ליישום פסיקת בג"ץ". מר סלומון מסר, כי החקיקה אמורה לכלול שני מרכיבים מרכזיים: חזרה לכליאה לתקופה קצרה משהיתה בחוק שבוטל, ופתיחת "מתקן שהייה פתוח למסתננים" ובו כ- 3,500 מקומות, שמטרתו "לטפל במסתננים שקיים קושי בגירושם למדינות המוצא, מה שאנחנו מכירים כיום בעיקר עם סודנים ואריתראים." עו"ד סלומון הוסיף, כי ככל שהחקיקה והמתקן יושלמו, בשלב הראשון יועברו אל המתקן אנשים שעודם מוחזקים ולא ישוחררו עד אז על פי הפסיקה.

לפרוטוקול הדיון ר': <http://knesset.gov.il/protocols/data/rtf/zarim/2013-10-30.rtf>

64. בין לבין, ביום 28.10.2013, הגישו באי כוח העותרים בקשה לפי פקודת בזיון בית המשפט, וביקשו לכוף את שר הפנים ואת היועץ המשפטי לממשלה לצוית לפסק הדין לאלתר. ביום 3.11.2013 הוגשה תגובת המשיבים לבקשה, וביום 4.11.2013 הוגשה תגובת העותרים לתגובת המשיבים.

העתק הבקשה לפי פקודת בזיון בית המשפט מיום 28.10.2013 מצ"ב ומסומן ע/9.

העתק תגובת המשיבים לבקשה מיום 3.11.2013 מצ"ב ומסומן ע/10.

העתק תגובת העותרים לתגובת המשיבים מיום 4.11.2013 מצ"ב ומסומן ע/11.

65. על פי הנתונים שמסרו המשיבים, במועד מתן פסק הדין היו מצויים במשמורת מכוח החוק למניעת הסתננות 1,708 כלואים. התשובה לבקשה מטעם המשיבים לימדה, כי עיקר עיסוקם הוא בבחינת חקיקה חלופית שתאפשר להם להמשיך ולהחזיק בכלואים. זולת 143 כלואות וכלואים – 103 נשים ו- 40 גברים במצבים פגיעים או כאלה ששוחררו בעקבות הליכים משפטיים – שאותם המשיבים העידו ששחררו, הם בחנו עד לאותה עת את עניינם של מי שלשיטתם אפשר שלא לשחרר: מי שיש אפשרות להרחיקם, ומי שחשודים בפלילים. הם דחו את בחינת עניינם של רוב הכלואים – גברים אריתריאים וסודנים שאין אפשרות להרחיקם ואינם חשודים בפלילים, ועל כן אין כל עילה להוסיף ולהחזיקם במשמורת. כלומר, התברר כי המשיבים עושים כל אשר לאל ידם כדי להמשיך ולהחזיק ברוב הכלואים על מנת להשלים את הליך חקיקה ולהעביר את הכלואים למתקן, שעל הקמתו המתוכננת בחקיקה הודיעו.

66. בדיון בבקשה, שהתקיים ביום 7.11.2013 בפני המשנה לנשיא נאור, השופטת ארבל והשופט גובראן, דיווחו נציגי המדינה, כי עד לאותו מועד שוחררו 228 כלואות וכלואים. המשנה לנשיא נאור הבהירה למשיבים, כי בטלות החוק היא מיידית, וכי פסק הדין אינו משהה אותה. לנציגי המדינה אמרה: "פסק הדין נותן לכם 90 יום כדי לשחרר אותם בהדרגה, כדי לא להפיל עליכם בבת אחת את הצורך לבחון עניין של כ-1,700 איש. פסק הדין איננו אומר שאתם יכולים לחכות עד סוף התקופה." השופט גובראן התייחס להיערכות המשיבים לחקיקה והוסיף: "חשבתי שאפשר במקביל שצוות אחד יבצע את הישיבות האלה וצוות אחד יבדוק פרטנית כל אדם ואדם. חשבתי שלפעמים מקובל גם לעבוד שעות נוספות. אדם שיודע שהוא צריך להיות בחוץ, אז צריך לפעול למען זאת גם אם צריך לעבוד 15 שעות

ביום כדי להגביר את הקצב. "הבקשה נמחקה, תוך שעוגנה הצעת המדינה "לפרסם באתר האינטרנט של רשות האוכלוסין פרוט הנתונים ולהעביר דיווח שבועי לבאי כוח העותרים באשר לשחרור העצורים."

העתק החלטת בית המשפט הנכבד מיום 7.11.2013 מצ"ב ומסומן ע/12.

67. עוד באותו הערב, יום חמישי 7.11.2013, פורסם תזכיר לתיקון חוק למניעת הסתננות (עבירות ושיפוט) (תיקון מס' ...) (הוראת שעה), התשע"ד-2013. לציבור ניתנו שבעה ימים בלבד להגיב לתזכיר, כלומר עד ליום שישי, 15.11.2013. זאת, אף שמדובר בהצעת חוק שגובשה בעקבות פסק הדין הארוך והמקיף בעניין אדם.

העתק תזכיר החוק מצ"ב ומסומן ע/13.

68. ביום 11.11.2013 הציגו נציגי הממשלה את תזכיר החוק בפני וועדת הפנים והגנת הסביבה של הכנסת בישיבה שעניינה "הצגת מענה הממשלה להנחיית בג"צ בעניין החוק למניעת הסתננות". כאמור, שני ראשיה של החקיקה הם אלה: הקמתו לתחייה של סעיף 30א לחוק למניעת הסתננות – סעיף החוק הבלתי חוקתי שבוטל על ידי בית משפט נכבד זה אך חודשיים לפני כן (במסגרת סעיף זה תעמוד תקופת הכליאה של "מסתננים חדשים" על שנה, תחת שלוש שנים), ובהקמתו הנורמטיבית בהליך בזק של מתקן כליאה "פתוח" בניהול שירות בתי הסוהר, שבו יוחזקו "מסתננים" שאין אפשרות לגרשם ללא הגבלת זמן. עו"ד דניאל סלומון, היועץ המשפטי של רשות האוכלוסין וההגירה, מסר בדיון כי מדובר במתקן "חולות", הצמוד למתקן "סהרונים", וכי הוא מיועד ל"מסתננים שקיים קושי בגירושם... המניעה היא מניעה מעשית. היא יכולה לנבוע מסיבות שונות, היא יכולה להיות דומה למקרה האריתראי, ששם אנחנו לא מרחיקים בגלל זכויות האדם באריתראיה והיא יכולה להיות דומה למקרה הסודני." עו"ד דינה זילבר, המשנה ליועץ המשפטי לממשלה (ייעוץ), האיצה בוועדה לפעול לקידומה של החקיקה בדחיפות, וזאת משום שככל שהחקיקה תושלם עד ליום 15.12.2013, המועד בו יחלפו 90 ימים מעת שניתן פסק הדין, הכלואים שלא ישוחררו יהיו הראשונים שיועברו למתקן "הפתוח". עו"ד זילבר הבהירה לוועדה עוד, שככל שהחקיקה תקודם מהר יותר – יותר כלואים יועברו למתקן. בדיון נקבו נציגי רשות האוכלוסין וההגירה בהערכה לגבי מספר הכלואים שיועברו למתקן מבין הכלואים המצויים שטרם שוחררו – כ- 1,200 איש, ואולם עו"ד זילבר הוסיפה שמספר זה עלול לקטון ככל שהליך החקיקה יתמשך, שכן יש לשחרר את הכלואים על פי פסיקתו של בית משפט נכבד זה. יו"ר הוועדה, חה"כ מירי רגב, השיבה: "אל תדאגי, הכנסת תחוקק את החוק, אבל המתקן צריך להיות מוכן". גם מר יוסי אדלשטיין, מנהל מינהל אכיפה וזרים ברשות האוכלוסין וההגירה, מסר לוועדה, כי הראשונים לעבור למתקן יהיו מי שיימצאו במתקן "סהרונים". אליהם, אמר, יתווספו אחרים שנמצאים בישראל, לפי קריטריונים שטרם נקבעו. **מר אדלשטיין מסר לוועדה עוד, שהמתקן מיועד לעודד את יציאתם של מי שיוחזקו בו מישראל, וכי בדרך זו יתפנה בו מעת לעת מקום, שיאפשר הכנסתם של נוספים:** "בעיקרון, לכל המסתננים שנמצאים במדינת ישראל יש פוטנציאל להיכנס למתקן. ברגע שהוא מתייצב אצלנו הוא יקבל הזמנה להתייצב במתקן שהייה. מי שיוחלט לגביו שהוא נכנס למתקן שהייה יקבל הפניה ובאותו רגע, רישיון שהייה שהוא מחזיק היום ביד יבוטל

והעסקתו תיאכף בצורה מאסיבית. ברגע שייכנס למתקן, נמשיך בכל התהליכים של עידוד היציאה מרצון. גם שר הפנים העלה אפשרות להגדיל את התמריץ ליציאה שלהם. יהיו מספר פעולות שאנחנו מכוונים אליהם, אנחנו מקווים שנושא המדינה השלישית יקבל תאוצה גדולה יותר. לכן, יהיה תהליך של כניסה למתקן וכנראה הוצאת הנתונים למדינה שלישית ואז הכנסה של חדשים."

לפרוטוקול הדיון ר': <http://www.knesset.gov.il/protocols/data/r/f/pnim/2013-11-11.rtf>

69. ביום חמישי 14.11.2013 התברר, כי הדיון בהצעת החוק בממשלה נקבע כבר ליום ראשון שלאחר מכן, 17.11.2013, אף שהערות הציבור אמורות היו להתקבל עד ליום שישי, 15.11.2013. על רקע זה פנו חלק מן הארגונים העותרים ביום 14.11.2013 בדחיפות למר יהודה ויינשטיין, היועץ המשפטי לממשלה, בבקשה להורות לממשלה לדחות את הדיון שאמור להתקיים ביום ראשון הקרוב, 17.11.2013, בהצעת החוק; להאריך בארבעה עשר ימים לפחות את המועד לקבלת הערות הציבור לתזכיר החוק; ולקבוע פרק זמן סביר לאחר קבלת הערות הציבור ללימוד ההערות על ידי הגורמים האמונים על ניסוח הצעת החוק. העתק הפנייה נשלח גם אל ראש הממשלה, מר בנימין נתניהו, ואל שר הפנים, מר גדעון סער. בפנייתם עמדו הארגונים על כך, שהליך חפוז זה מלמד מעצמו, כי לדידה של הממשלה, פרסום תזכיר החוק אינו אלא הליך טכני, בלתי מחייב, ולמעשה – חסר חשיבות, שכן אין כל סיכוי שבלוח זמנים זה הערות שתתקבלנה לתזכיר תיבחנה ותינתן עליהן הדעת. עוד עמדו העותרים על כך שהליך חפוז שכזה, שאינו נותן לציבור אפשרות אמיתית להגיב, וממילא אינו מביא בחשבון את הערותיהם, עומד בניגוד לדיון; שחרף הנטען על ידי גורמים שונים, הליך חפוז זה אינו תולדה של הוראת שופטי בית משפט נכבד זה בפסק דינם, ואף נהפוך הוא; שאין כל הצדקה להליך מזוהז לטיפול בהצעת חוק שעוסקת בהסדרים שבית המשפט מצא בהרכב של תשעה אך לפני חודשיים שאינם חוקתיים, וזאת במיוחד בשעה שהטעם היחיד לחיפזון אינו אלא האמוק שאחז במשרד הפנים ובמשרד המשפטים להוסיף ולהחזיק בעצורים שבית המשפט הורה לשחררם. הארגונים עמדו על כך שפרק הזמן הבלתי סביר שניתן לקבלת הערות הציבור בנושא זה, והבאת הדיון לממשלה טרם לימוד ההערות, פגומים מיסודם, ועומדים בניגוד לדיון (ר' בג"ץ 1658/10 אדם טבע ודין נ' ממשלת ישראל (פסק דין מיום 12.3.2010) פסקאות 11 – 15 לפסק הדין).

העתק פניות הארגונים ליועץ המשפטי לממשלה, לראש הממשלה ולשר הפנים מיום 14.11.2013 מצ"ב ומסומן ע/14.

70. עוד באותו הלילה השיבה עו"ד דינה זילבר, המשנה ליועץ המשפטי לממשלה (ייעוץ) לפניה. עו"ד זילבר השיבה, כי "מעט שבוטל סעיף 30 לחוק, נותרה הממשלה ללא כלי חקיקתי מספק הנוגע למסתננים. הממשלה סבורה כי יש צורך דחוף לקדם פתרון חקיקתי חלופי, הכולל, בין היתר, קביעת תקופת משמורת קצרה יותר למסתננים שיגיעו לאחר חקיקת החוק, והקמת מתקן שהייה פתוח למסתננים. [...] לוח הזמנים לקידום הצעת החוק נקבע בהתאם, מתוך רצון של הממשלה לספק פתרון חקיקתי דחוף לסוגיה. מובן, כי הבאת הצעת החוק לדיון בממשלה היא אך צעד ראשון בהליך החקיקה, המאפשר מעצם טיבו כר נרחב לציבור להשמע גם בהמשך, הן באופן ישיר והן באמצעות נציגיו בכנסת."

העתק תשובתה של עו"ד זילבר מיום 14.11.2013 מצ"ב ומסומן ע/15.

71. ביום 15.11.2013 בשעות הערב שלחו הארגונים את הערותיהם לתזכיר החוק לעו"ד זילבר ולעו"ד סלומון. במסמך התייחסו הארגונים בקצרה לתזכיר החוק, ולא לכל ההיבטים העולים ממנו, וזאת בשל לוח הזמנים הבלתי סביר, שנקבע על ידי הממשלה, בניגוד לדין, למשלוח התייחסויות לתזכיר החוק. הארגונים ציינו, כי לא ברור כיצד הציבור יוכל להישמע באופן ישיר בהליך החקיקה. אף ברי, כי שמיעתו "באמצעות נציגיו בכנסת", אינה מתן הזדמנות בלתי אמצעית לציבור להגיב ליוזמת החקיקה ולהישמע, כמתחייב מן הפסיקה. החוק, הבהירו הארגונים, אינו "כלי חקיקתי מספק הנוגע למסתננים" שלממשלה יש בו צורך דחוף. הוא אינו מטפל בתופעה, ואף אינו מתיימר לעשות זאת. הארגונים עמדו על כך, שבדיונים שהתקיימו בוועדת הפנים והגנת הסביבה של הכנסת בשבועות האחרונים הבהירו נציגי הממשלה, כי המוטיבציה לחקיקה חפוזה זו היא המשך מעצרים של מי שמוחזקים מזה תקופה ממושכת, ובית משפט נכבד זה הורה לפעול לשחרורם לאלתר וללא דיחוי, ועוד כ-2,000 אנשים שיבחרו באופן שרירותי. הארגונים קראו לממשלה לחזור בה מן היוזמה הדרקונית, החותרת תחת פסק דינו של בית משפט נכבד זה, ומבקשת לעגן הסדר חמור מזה שנפסל על ידי בית המשפט.

העתק התייחסות הארגונים לתזכיר החוק מצ"ב ומסומן ע/16.

72. ביום ראשון 17.11.2013 אישרה הממשלה את טיוטת החוק, הסמיכה את ועדת השרים לענייני חקיקה לאשר את הנוסח הסופי ולהגישה מיד לכנסת, והחליטה לבקש מוועדת הכנסת להקדים את הדיון בהצעת החוק. שרת המשפטים, גבי ציפי לבני, והשר להגנת הסביבה, מר עמיר פרץ, נמנעו בהצבעה. ביום שני 18.11.2013 אישרה ועדת השרים לענייני חקיקה את נוסח החוק. שרת המשפטים ויו"ר הוועדה, גבי לבני, ושרת הבריאות, גבי יעל גרמן, נמנעו בהצבעה.

העתק החלטת הממשלה 917 מיום 17.11.2013 מצ"ב ומסומן ע/17.

73. ביום חמישי 21.11.2013 פנו חלק מהארגונים העותרים ליו"ר הכנסת, חה"כ יולי אדלשטיין, בבקשה להתערב בהליכי החקיקה, לאפשר קיומו של דיון מעמיק ואמיתי – ולא למראית עין – ולמנוע הליך בזק לאישור החוק. נציין כבר עתה, כי הפנייה נענתה רק ביום 4.12.2013, לאחר שהסתיימו הדיונים בוועדת הפנים והגנת הסביבה של הכנסת, והצעת החוק אושרה על ידי הוועדה לקריאה שנייה ושלישית.

העתק פניית הארגונים מיום 21.11.2013 מצ"ב ומסומן ע/18.

העתק תשובת עו"ד דן מרזוק, עוזר ליועמ"ש הכנסת, מיום 4.12.2013 מצ"ב ומסומן ע/19.

74. עוד באותו הערב הונחה על שולחן הכנסת הצעת החוק (הצעת חוק למניעת הסתננות (עבירות ושיפוט) (תיקון מס' 4 והוראת שעה), התשע"ד-2013).

העתק הצעת החוק מצ"ב ומסומן ע/20.

75. ביום ראשון 24.11.2013 קיבלה הממשלה החלטה שעניינה "תכנית משולבת ומתואמת לטיפול בתופעת ההסתננות הבלתי חוקית". הממשלה הורתה, ביו היתר, להשלים את הקמתו של "מרכז השהייה הפתוח למסתננים" ב"חולות" עד ליום 12.12.2013, והורתה למשרדים השונים להיערך לכך ולקבוע את האופן בו יפעלו במתקן או בסביבתו, ולמשרד האוצר – להקצות לכך תקציבים. עוד החליטה הממשלה על קיצוץ תקציבים מן המשרדים השונים כדי לממן את הפעלת המתקן.

העתק החלטת הממשלה 960 מיום 24.11.2013 מצ"ב ומסומן ע/21.

76. ביום ראשון 24.11.2013 פנו הארגונים העותרים לחברות ולחברי הכנסת, ופרסו את הסתייגויותיהם מהצעת החוק. הארגונים עמדו על הליך החקיקה הבהול; על פסק הדין בעניין אדם, ועל שנקבע בו; על כך שהצעת החוק אינה פותרת דבר; על המעצר האסור על פי סעיף 30 לחוק; על מרכז השהייה, שאינו אלא המשך הכליאה; ועל סמכויות השיפוט והענישה שמעניקה הצעת החוק לפקידי משרד הפנים.

העתק פניית הארגונים מיום 24.11.2013 מצ"ב ומסומן ע/22.

77. ביום שני 25.11.2013 עברה הצעת החוק בקריאה ראשונה. את הצעת החוק הציג בפני המליאה שר הפנים, מר גדעון סער. להלן עיקרים מדבריו:

"חברי הכנסת, פסיקת בג"ץ מיום 16 בספטמבר חייבה אותנו לקבוע, ומהר, כלים חיוניים הנדרשים למאבק בתופעת ההסתננות הבלתי חוקית לשטחה של מדינת ישראל. [...]"

הצעת החוק קובעת את ההסדרים כהוראת שעה לשלוש שנים. היא מכילה שני הסדרים עיקריים, כאשר כל הסדר נותן מענה לקטגוריה אחרת של מסתננים בלתי חוקיים. הסדר ראשון: קביעת תקופת החזקה של שנה במתקן סגור. העיקרון הזה מתייחס לאוכלוסיית המסתננים הפוטנציאליים. אני רוצה לציין שבסוף השבוע האחרון, אחרי ארבעה חודשים לערך שלא היה ניסיון חדירה של מסתננים למדינת ישראל, היה ניסיון כזה על ידי מסתננים מסודאן שנתפסו על הגבול. אנחנו חייבים לייצר הרתעה. המיקום של מדינת ישראל, כמדינה מערבית יחידה שיש לה גבול יבשתי עם יבשת אפריקה, מחייב את זה. גדר לבדה לא מספיקה ולא תספיק לעצור אדם שהלך אלפי קילומטרים, כפי שראינו, ושילם ממיטב כספו על מנת להגיע למדינת ישראל. על פי אומדנים רשמיים של האו"ם קיימים באפריקה כיום למעלה מ-30 מיליון אפריקנים שמסתובבים ברחבי היבשת, לא במדינות מוצאם, ומחפשים מדינה להגר אליה. [...] כל פעולה שלנו שתאותת להם שישראל מוכנה להשלים עם הסתננות אליה, תביא לפה גלי ענק של מסתננים. [...] אם ישראל תחליט להיות הסמן הליברלי במערב ביחס למסתננים בלתי חוקיים, המשוואה היא פשוטה ואכזרית. [...]"

ההסדר השני הוא הקמת מתקן שהייה פתוח, והעיקרון הזה מתייחס לאותה אוכלוסיית מסתננים אשר כבר שוהה בארץ. אנחנו פעם ראשונה מתייחסים לאוכלוסייה הזאת, ואנחנו נתחיל בהוצאה של מסתננים ממרכזי הערים למתקן הפתוח. אנחנו לא רק נקל בזה על אזרחי ישראל, שהם יושבים בתוך אותם ריכוזי מסתננים. [...] אני אומר – לא רק יקל על אזרחי ישראל, כל מי שילך ויראה באיזה תנאים חיים המסתננים הבלתי חוקיים בדרום תל אביב, כמה אנשים גרים בחדר [...] כל ההתייפיות הזאת על זכויות אדם, היא פשוט דבר ציני. כי אני יכול להגיד לכם שבאותו מתקן [...] יסופקו הצרכים שלהם [...] לינה ואוכל וצרכי בריאות ורווחה בסיסיים. [...] בשלב הראשון המתקן יכיל 3,300 מקומות. אנחנו, על-פי פסק-הדין היום משחררים מדי יום מסתננים מהמתקן בסהרונים. אלה שיוותרו במתקן הסמוך במועד ההקמה של המתקן הפתוח ולא ישוחררו עד אז – כי כאמור, כל יום אנחנו משחררים [...] – ישוחררו למתקן הפתוח על מנת לא להציף [...].

אנחנו מתכוונים לראשונה להתחיל לאכוף את איסור ההעסקה על המסתננים שיועברו למתקן הפתוח. אלה שיקבלו את כרטיס הכניסה למתקן הפתוח לא יורשו לעבוד, והממשלה תפעל לאכוף בנחישות – גם כלפי המסתננים וגם כלפי המעסיקים – את החוק. אני מאמין שאכיפת איסור העסקה תביא להגברה משמעותית של העוזבים מרצון, מכיוון שזו הגירה כלכלית. למרות התעמולה, למרות כל התעמולה, זו הגירה כלכלית. [...] אני רוצה לציין שמיעוט קטן של המסתננים הבלתי-חוקיים – קצת למעלה מ-1,000 מתוך קרוב ל-60,000 בכלל הגישו בקשות למעמד של פליט [...] ואני דן בבקשות האלה אחת אחת על פי המלצות של הוועדה המייעצת. אני מודה שמרבית המקרים, על פי המלצות – הבקשות נדחו. [...]

ואני רוצה להגיד מה אמר כבוד הנשיא גרוניס בפסק הדין: 'אף בנסיבות הקיימות כיום, אין מניעה לגישתי לחוקק חוק חדש, שיתיר החזקה במשמורת במשך תקופה קצרה באופן משמעותי משלוש שנים'. אני חושב ששנה זו תקופה קצרה באופן משמעותי משלוש שנים, ולפי דעתי, קשה לחלוק על כך. זאת ועוד, בהמשך פסק הדין אומר השופט הנדל, אני מצטט: 'בנסיבות החדשות שנוצרו אני סבור כי ניתן יהיה להסתפק באמצעי מידתי יותר – קביעת רף עליון למשמורת שאיננו מגיע או מתקרב לשיעור של שלוש שנים'. אני סבור ששנה זה לא מגיע וגם לא מתקרב לשלוש שנים. ואני חושב שלהשאיר את מדינת ישראל עירומה בלי שום כלים מול הסתננות מאפריקה, זה דבר בלתי אחראי, ואנחנו לא נעשה את זה. גם לגבי הקמת מתקן פתוח או חצי פתוח ישנן לא מעט התייחסויות של השופטים המצדדות בקיום אמצעי זה. [...] בית המשפט העליון ברציו של פסק הדין, וזאת ורק זאת ההלכה שמחייבת אותנו, קבע כי סעיף 30 לחוק הקודם הינו בלתי חוקתי בהיותו בלתי מידתי – שלוש השנים. לכן, אין יסוד לטענה שהפחתה משלוש שנים לשנה אחת, לדעתי, לא רק שלא עוקפת את בג"ץ, היא מכבדת את הפסיקה והיא נותנת מענה מידתי ונכון לסוגיה שכולנו – לפי דעתי גם השופטים – מבינים שהיא סוגיה קשה ומורכבת.

אני מזכיר, בסוף האחריות היא עלינו. האחריות היא לא על ארגוני זכויות האדם. [...] האחריות היא גם לא על בית המשפט. [...] האחריות לשמור על גבולות המדינה, לשמור על דמותה של מדינת ישראל ולהבטיח את עתידה, מוטלת על הממשלה הנבחרת. היא לא מוטלת על אף אחד אחר. היא מוטלת על הממשלה הנבחרת. [...] מאחר שאני מאמין שאם אני, שאם אנחנו כמדינה לא ננקוט בשום אמצעי הגנה, אופייה של מדינת ישראל ישתנה ללא הכר. [...] האחריות היא לא על בג"ץ. אם הייתי רוצה להעביר את ההכרעה, הייתי הולך, הייתי אומר, בוא נדמיין את ההרכב, הולך לנשיא: תגיד לי מי ההרכב, והייתי מעביר את ההחלטה לשם [...]. ההכרעה היא שלנו. ההכרעה היא של הכנסת. [...] אנחנו נחויים להתמודד עם התופעה הזאת

ולקצות לכך את המשאבים ואת האמצעים הנדרשים. אנחנו מבינים שאם אנחנו נגלה חולשה בנושא הזה, הדורות הבאים ישלמו את המחיר של הדבר הזה, ולזה אנחנו בשום אופן לא מוכנים."

בסיום דבריו, טרם ההצבעה הוסיף :

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

78. עוד באותו הערב, 25.11.2013, לאחר אישור הצעת החוק במליאה, שלח היועץ המשפטי לכנסת, עו"ד איל ינון, לחה"כ מירי רגב, יו"ר ועדת הפנים והגנת הסביבה, את חוות דעתו בעניין הצעת החוק. אף שעו"ד ינון סבר שהצעת החוק מאוזנת ומידתית מן ההסדר שנחקק ובוטל, הוא הצביע בחוות דעתו על "מספר קשיים", הקיימים לשיטתו בהצעה.

העתק חוות דעתו של עו"ד ינון מיום 25.11.2013 מצ"ב ומסומן ע/23.

79. כליאתם של "מסתננים חדשים" למשך שנה, כתב עו"ד ינון, עולה בקנה אחד עם עמדתם של הנשיא גרוניס והשופט הנדל בפסק הדין בעניין אדם, אולם אינה מתיישבת עם חוות דעתם של שבעת חברות וחברי ההרכב האחרים :

"7. [...] יש להביא בחשבון כי שבעה שופטים נמנעו מלהתייחס לאפשרות של קיצור תקופת המשמורת כאמצעי חלופי מידתי יותר, והתייחסו לאפשרויות אחרות דווקא, כגון הקמת מתקן שהייה פתוח, הגבלות מגורים וכיוצא באלה (ראו, למשל, פס' 104 לפסק דינה של השופטת ארבל; פס' 40 לפסק דינו של השופט פוגלמן). יתר על כן, חלק מהשופטים חזרו והתייחסו להלכות שנקבעו בעבר על-ידי בית המשפט העליון, שלפיהן החזקה במשמורת של שוהים שלא כדין נועדה רק לצורך מימוש הליכי הרחקה מישראל ואינה יכולה להתמשך על חודשים רבים' (פס' 36 לפסק דינו של השופט פוגלמן; פס' 2 לפסק דינה של המשנה לנשיא נאור; פס' 2 לפסק דינה של השופטת חיות). בנוסף, חלק משופטי ההרכב העלו במפורש ספקות ביחס למידת הלגיטימיות של התכלית ההרתעתית העומדת בבסיס הסדר הכליאה של המסתננים.

8. אמירות אלה של רוב שופטי ההרכב מעוררות ספק האם פסילת ההסדר הקודם נבעה רק מאורך תקופת המשמורת או שמא במישור העקרוני וללא קשר לאורך התקופה, עמדתם היא כי בהיעדר אפשרות מעשית להרחיק את המסתננים מישראל, עצם כליאתם ללא משפט אינה חוקתית.

[...]

12. [...] יש להביא בחשבון כי מפסק הדין עולה שחלק מן השופטים סבורים כי בהיעדרו של הליך הרחקה אפקטיבי, אין מקום לכלוא מסתננים ללא משפט, וזאת ללא קשר לאורך התקופה, וכי הסדר המשמורת המוצע עומד במתח עם עמדה זו.

80. עו"ד ינון הוסיף שהחלת המשמורת רק על "מסתננים חדשים" מרככת את ההסדר, ואולם -

"9. [...] מאידך, נוכח נתוני רשות האוכלוסין וההגירה לפיהם בעת הזו מעטים הם המסתננים 'החדשים' לישראל, ונוכח העובדה שבית המשפט בפסק הדין התייחס לשיעור הגעת מסתננים חדשים כמרכיב רלבנטי בבחינת מידתיות ההסדרים בתחום זה, עלולה להישאל על ידו השאלה האם אין כאן שימוש בכלי רב עוצמה של כליאה כמענה לתופעה קטנת היקף של מסתננים חדשים."

81. עוד באשר לכליאתם של "מסתננים חדשים" עו"ד ינון הצביע על כך שעל פי ההסדר שהוצע ממונה ביקורת הגבולות רשאי לשחרר בחלוף שנה, אך אינו חייב לעשות כן; כי מועדי הביקורת העתית על המשמורת שונים וארוכים מאלה הקבועים בחוק הכניסה לישראל; כי עילות השחרור ממשמורת יוחזו ל"מקרים חריגים"; וכי ההצעה חוזרת על החזקה החלוטה שנכללה בחוק שנפסל, ולפיה אדם שבמקום מושבו מתקיימת פעילות המסכנת את בטחון ישראל בהכרח מהווה בעצמו סכנה, וזאת אף אם ברור כי לא נשקפת ממנו סכנה.

82. באשר להקמת "מתקן שהייה פתוח למסתננים שלא ניתן להרחיקם מישראל" כתב עו"ד ינון, כי אף שלשיטתו מדובר ב"חלופה מידתית בהרבה", הרי ש"היות שמדובר במתקן מסוג שאינו מוכר בישראל, והואיל והשהייה בו אינה מוגבלת בזמן, יש לבחון בקפידה את ההסדרים הפרטניים הנוגעים אליו, וזאת כדי להבטיח שהמתקן לא יהיה דומה מדי באופיו למתקן 'סגור'". עוד הוסיף, כי על פי פסק הדין, המידה שבה ההסדר נותן מענה ל"בעיית המסתננים בהשטחים בישראל" היא בעלת רלבנטיות בהערכת מידתיות ההסדר. משום שקיבלת המתקן עומדת על כ-3,500 מקומות, בשעה שיש בישראל עשרות אלפי "מסתננים" עלולה להיטען טענה כי אין הצדקה לפגיעה בזכויותיהם של בודדים שאינה נותנת מענה לבעיה בכללותה. עו"ד ינון הוסיף, כי אם רואים את ההסדר כחלק ממכלול רחב של צעדים, ייתכן שיש בכך משום תשובה. ואולם, הצעת החוק אינה נותנת מענה לשאלה מיהם אלה שיועברו למתקן מבין עשרות האלפים ומה יהיו הקריטריונים לכך. "בהיעדר קריטריונים כלשהם עלולה להיטען טענה בדבר הפליה ואכיפה סלקטיבית בין המסתננים השונים", כתב.

83. עו"ד ינון סקר מספר היבטים הנוגעים להפעלתו של המתקן, שמצריכים בחינה וליבון:

15. [...] א. על פי ההצעה, שוהה במתקן השהייה יתייצב במתקן שלוש פעמים ביום לצורך רישום נוכחות, ולא ניתן יהיה לצאת ממנו בשעות הלילה. מכיוון שהמתקן המדובר ממוקם בנגב, בריחוק ממקום ישוב, מגבלות אלה עלולות למנוע כמעט כל יציאה אפקטיבית של המסתננים ממתקן השהייה כך שבפועל הוא עלול להיחפז למתקן סגור.

ב. הצעת החוק מאפשרת סמכויות חיפוש רחבות מהמקובל על גופו של אדם במתקן ובסביבתו הקרובה, עניין שאף הוא מקטין את הפער בין מתקן זה לבין מתקן סגור.

ג. על פי ההצעה, המתקן ינוהל על ידי שירות בתי הסוהר, המורגל בניהול מתקנים סוגרים ובטיפול באוכלוסיה של אסירים. יש לוודא כי בידיו הכלים וההכשרה לטיפול באוכלוסיה שאינה מורכבת מאסירים כלואים.

ד. בנוסף, ההסדר המוצע להעסקת השוהים במתקן השהייה דומה מאוד לנהוג לגבי אסירים (ראו סימן ד' לפרק ב' בפקודת בתי הסוהר וסעיף 48 לחוק העונשין), ויש לבחון האם ראוי להחיל מודל העסקה של אסירים על אוכלוסיה שאינה מוגדרת ככזו.

ה. ההצעה מפרטת אמצעי משמעת כנגד מסתננים אשר חרגו מן ההוראות, לרבות אמצעי משמעת חריפים כגון איסור על יציאה מהמתקן לתקופות מסוימות והעברה למשמורת סגורה לתקופות העשויות להגיע אף לשנה. על הוועדה לבחון את היחס שבין האמצעים המוצעים לבין הפרת ההוראות ולוודא כי מדובר בענישה מיידית, וכי הפעלת אמצעים אלה תעשה תוך מתן זכויות דינויות הולמות.

ו. בעוד שלגבי החזקה במשמורת נקבעו מקרים שבהם ישוחרר המוחזק מן המשמורת, כגון מצבים בהם יוותר קטין ללא השגחה או מסיבה רפואית, הרי שלגבי השהייה במתקן הפתוח חסרה כל התייחסות למקרים מעין אלה.

ז. גם לגבי החלטות שונות של מנהל מתקן השהייה ועובדיו המשפיעות באורח ישיר על חירותו של השוהה, זכויותיו ומעמדו, לא נקבע כל הסדר ביקורת שיפוטית או מינהלית שיבטיח שמירה ראויה על זכויות השוהה. זאת אף במקרים שבהם ננקטים אמצעים משמעותיים כגון הגבלת יציאה מהמתקן או חיוב בפיצויים. אמנם, מוצע בהצעת החוק כי שר הפנים ימנה 'ממונה בירור פניות שוהים במתקן', אך הצעת החוק אינה מקנה לו סמכויות כלשהן."

84. עו"ד ינון סיכם את עמדתו בעניין זה, בקובעו ש"מובן כי לא ניתן להסתפק בכינוי המתקן כ'פתוח' על מנת שיעמוד במבחן החוקתיות, ויש לוודא כי נשמר פער משמעותי בינו לבין מתקן כליאה רגיל. אנו סוברים כי כדי לשמר פער זה יש לתת את הדעת להערות הפרטניות שהוזכרו לעיל ביחס להסדרים השונים הקבועים בהצעת החוק." (ההדגשה במקור).

85. נקדים כבר עתה את המאוחר ונציין, כי הערותיו של היועץ המשפטי לכנסת ברובן, ודאי אלה אותן בחר להדגיש ואשר נוגעות לעצם המעצר לשנה ולאופיו של "המתקן הפתוח" והחזקה בו, נפלו על אוזניים ערלות. נציגי הממשלה שהופיעו בפני ועדת הפנים והגנת הסביבה של הכנסת, מונהגים על ידי שר הפנים, מר גדעון סער, והמשנה ליועץ המשפטי לממשלה (ייעוץ), עו"ד דינה זילבר, לא ניאותו לקבלן. בסופו של דבר, עיקר השינויים שהוכנסו בהצעת החוק הם כאלה שהייעוץ המשפטי לכנסת הצביע בפני נציגי הממשלה עליהם כעל שינויים שבמסגרת ההליך בעניין אדם הם נאותו ממילא לקבלם. השינויים בכל הנוגע להחזקה במשמורת (להבדיל מהחזקה ב"מתקן הפתוח") הם הקביעה כי, ככלל, החזקה המקסימאלית במשמורת תהיה לשנה; קיצור תקופות הביקורת על החזקה במשמורת; עילות השחרור ממשמורת אינן מוגבלות למקרים חריגים (כפי שהסכימה המדינה במפורש במסגרת ההליך בעניין אדם); ולעניין שחרור, ממונה ביקורת הגבולות יהיה רשאי להסתמך על חוות דעת של גורמי הבטחון, אך לא חייב. באשר ל"מתקן הפתוח" כל שנאותו נציגי הממשלה לקבל הם שממונה ביקורת הגבולות

לא יוכל להטיל עונשים בחלוף שנה מביצוע המעשה, ולא יוכל להטיל עונש שעולה על שנה בגין מעשה אחד, אשר כולל כמה "עבירות". כן הסכימו לקבוע, כי לא רק משפחות לא יוחזקו במתקן, אלא אם יותקנו תקנות בעניין באישור ועדת הפנים והגנת הסביבה של הכנסת, אלא גם נשים וילדים. נציגי הממשלה הודיעו, כי ממילא לא תכננו להחזיק במתקן בשלב הראשון נשים וילדים. יתר הוראות החוק נותרו בעיקרן כמות שהן, ובעיות הליבה של החוק נותרו בעינן.

86. נשוב בזמן לאחור. למחרת קבלתה של הצעת החוק בקריאה ראשונה ומשלוח הערותיו של היועץ המשפטי לכנסת, ביום שלישי, 26.11.2013, בשעה 18:00, התכנסה ועדת הפנים והגנת הסביבה של הכנסת כדי להתחיל בהכנתה של הצעת החוק לקריאה שנייה ושלישית. יש להדגיש בעניין זה, כי וועדות הכנסת מתכנסות בשעות הבוקר והצהריים, וכי כינוסה של וועדה מוועדות הכנסת על מנת לדון בחקיקה בשעה זו, הינה אירוע חריג, השמור לנסיבות יוצאות דופן. הוועדה קיימה ישיבות נוספות למחרת בבוקר, יום רביעי 27.11.2013, וביום שני, 2.12.2013. בתוך שלוש ישיבות, שבכולן השתתף שר הפנים, מר גדעון סער, ושתיים מהן ליוותה המשנה ליועץ המשפטי לממשלה (ייעוץ), עו"ד דינה זילבר, סיימה הוועדה לדון בהצעת החוק. ביום רביעי, 4.12.2013, התקיימה ישיבה נוספת שבה נערכו הצבעות על נוסח הסעיפים, והצעת החוק אושרה לקריאה שנייה ושלישית.

87. הפרוטוקולים של ישיבות ועדת הפנים והגנת הסביבה להכנתה של הצעת החוק לקריאה שנייה ושלישית טרם פורסמו. לכשיפורסמו אפשר יהיה להתרשם, כי אחד הביטויים השכיחים שנשמע בישיבות הוא "שלוש דקות". יו"ר הוועדה, חה"כ מירי רגב, הורתה על הקראתם של סעיפים על גבי סעיפים מהצעת החוק ברצף, ולאחר כל קבוצת סעיפים שנקראה – חלקם עוסקים בסוגיות רבות, שונות ומורכבות – איפשרה לכל אחד מן המשתתפים להתייחס למכלול בשלוש דקות בלבד.

88. בישיבות חזר שר הפנים, מר סער, על עיקרי דבריו במליאה. בהתייחס לפסק הדין אמר השר, שהוא סבור שפסק הדין שגוי בתוצאתו ובמסד העובדתי שהוביל לתוצאה. עוד אמר ש"הרציו" של פסק הדין הוא שמאסר של שלוש שנים אינו מידתי, ותו לא. השר דיבר על התופעה הייחודית שמאיימת על ישראל, שניצבת מול מליוני אפריקאים שעלולים לבוא. בישיבה הראשונה הדגיש, שאין מדובר בפליטים, שכן משרדו בודק בקשות למקלט, וחזר על טענה זו גם בישיבה השלישית, אף לאחר שהוצגו נתונים על כך שרשות האוכלוסין וההגירה סרבה לקבל בקשות למקלט מרוב האריתריאים והסודנים שמצויים בישראל, והיא מצהירה בפה מלא שממילא אינה בודקת אותן. **השר סער אמר שמדובר ב"ניסוי", והודה ש"המתקן הפתוח" נועד לצורכי "עידוד יציאה מרצון"**. בישיבה השנייה הדגיש השר, שלא יסכים להגביל או להתוות את שיקול הדעת בשאלה מי יוכנסו למתקן, וזאת, בין היתר, מן הטעם שאחד השיקולים הדומיננטים בהכנסת אנשים למתקן הוא אופק הרחקה (כלומר, מי שיש אפשרות ש"יתרצו" לעזוב בעקבות העברתם למתקן).

העתק המסמך שערכו הארגונים העותרים ביום 29.11.2013 בדבר אי הטיפול בבקשות המקלט של אזרחי אריתריאה וסודן, ושהוצג בפני הוועדה מצ"ב ומסומן ע/24.

89. במהלך הישיבה השלישית התברר, כי היועץ המשפטי של המשרד לבטחון פנים, עו"ד יואל הדר, חיווה דעתו בשלבי גיבוש הצעת החוק, כי זו אינה חוקתית, ולא תעמוד במבחן הביקורת. השר סער ונציגי משרד המשפטים הבהירו כי העמדה המחייבת היא עמדת היועץ המשפטי לממשלה. השר סער אמר בהקשר זה, שאמנם הרשות המבצעת כפופה לפסקי דין, ואמורה לשנות את מדיניותה בהתאם, ואולם יש לה אחריות, ואם לא לוקחים שום סיכון, אי אפשר להתמודד עם תופעות חריגות. יו"ר הוועדה, חה"כ רגב, אמרה שיש יועצים משפטיים שמסתכלים ל"כאן", ויש שפוזלים ל"ג'נבה".
90. נציגי שירות בתי הסוהר מסרו בישיבות, כי הסגל שאמור לאייש את "המתקן הפתוח" הוא אותו סגל הסוהרים שמשרת אותה עת במתקן הכליאה "סהרונים". הסגל עבר הכשרה בת יומיים, שאמורה, לשיטתם, להעבירו את "שינוי החשיבה" הנחוץ, ולסייע בידו לזנוח את הכלים שרכש, ולהפוך מסוהרים לעובדי המתקן. נציגי שב"ס הודו, עם זאת, כי שב"ס לא קיבל כל תקציב לפעילויות פנאי, אף שאלה נחוצות.
91. נציג משרד הבריאות מסר, שהטיפול הרפואי ב"מתקן הפתוח" יינתן על ידי שב"ס בהנחיית משרד הבריאות. הוחלט על מתן שירותי רפואה ראשונית בדגם של "מרפאה כפרית". כלומר, לכל המוחזקים במתקן הוקצו רופא ושתי אחיות בלבד. לצוות המצומצם אפשרות לחלק תרופות, ולפנות את מי שזקוקים לכך לבית החולים סורוקה.
92. נציג משרד הרווחה מסר, כי גם שירותי הרווחה ב"מתקן הפתוח" יינתנו על ידי שב"ס בהנחיית משרד הרווחה. מדובר בטיפול תרפי בפונים בלבד, ללא מערך יזום לאיתור בעיות, אלא אם צוות המתקן יאתר אנשים שזקוקים לסיוע, ויפנה את תשומת לב צוות הרווחה. הוקצו למתקן עשרה עובדים סוציאליים, שאחד מהם ישמש ראש הצוות, ואחד בקי בטיפול במוגבלויות.
93. נציג משרד התחבורה מסר, שיוקצו שמונה אוטובסים למתקן, ובכל יום יצאו מהמקום לבאר שבע שש עשרה נסיעות. כלומר, בהנחה שהמוחזקים במתקן יכולים, בטווח הזמנים שבין שלוש התייצבויות ביום ועם חובת נוכחות בלילה, לצאת באוטובוס לבאר שבע ולחזור, הרי שבהינתן שבכל אוטובוס חמישים מקומות, יכולת השינוע לבאר שבע היא של 800 איש ביום, עבור מתקן בו, לא כולל אנשי סגל, אמורים להיות 3,300 נפש.
94. נציגת נציבות האו"ם לפליטים הצביעה על כך, שההצעה אינה מבחינה בין מהגרי עבודה לבין מבקשי מקלט, ומשום כך החוק צפוי לחול ללא אבחנה על מספר משמעותי של אנשים הזכאים להגנה בינלאומית. בנוסחו זה, הבהירה נציגת הנציבות, החוק אינו עומד בקנה אחד עם רוחה של אמנת הפליטים. נציגת הנציבות הצביעה על כך שאין התייחסות בחוק שאלו המבקשים לקבל הגנה יזכו ליחס התואם את דרישות אמנת הפליטים; להעדרה של הוראה המבטיחה כי תתאפשר גישה להליך ראוי של הכרה בפליטות, ובכלל זה למי שאינם בני גירוש, כמו האריתראים והסודנים שלא התאפשר להם להגיש בקשות מקלט; להחלת המונח "מסתנן" אף על מבקשי מקלט ועל אנשים הזכאים להגנה בינלאומית; לאפשרות ההחזקה במעצר של מבקשי מקלט ומי שזכאים להגנה בינלאומית חרף הקביעה בדין הבינלאומי כי מעצר הוא בגדר אמצעי אחרון; לאפשרות מעצרם של מי ששוהים בשטחה של

המדינה וזקוקים להגנה בינלאומית, כפי שמאפשר החוק, שהינה לחלוטין בלתי מקובלת; להוראות המעצר שאינן תואמות את משפט הפליטים ואת הסדטנדרטים הבינלאומיים; לאיסור הגורף על גישה לעבודה, שיוחל על מי שאינם צפויים לחזור למדינותיהם בשנים הקרובות, שעלול להוביל למצוקה ותלות ולפגיעה בתחשות הערך העצמי וביכולותיהם של מי שיוחזקו במתקן; ולהעדרו של מנגנון ביקורת עצמאי ב"מרכז השהייה". באשר ל"מרכז השהייה" ציינה הנציבה בנייר שהוגש לוועדה (בתרגומו לעברית על ידי הנציבות):

"נציבות האו"ם לפליטים תומכת בעקרון ברעיון של הקמת מרכז שהייה. יחד עם זאת, ישנם ספקות רבים ביחס למטרת המרכז; החל ממשך השהייה ואופיה המנדטורי, האוכלוסיה המיועדת לשהות במרכז, וכלה בתנאי המחיייה ומיקום המרכז, כמו גם המגבלות השונות שתוטלנה על השהים במרכז – כולם דומים במהותם למשמורת.

במדינות מערביות אחרות, מרכזי שהייה משמשים בדרך כלל לשהייה של מבקשי מקלט לתקופה מוגבלת, כל עוד מתבררים צרכיהם בהגנה בינלאומית. לאחר תקופה ראשונית זו, ואם מתברר כי אדם אינו 'בר הרחקה', הוא זכאי בעקרון לבחור את מקום מגוריו ולנוע באופן חופשי במדינה. בניגוד לפרקטיקה זו, הצעת החוק צופה שהייה מנדטורית ארוכת טווח, ייתכן למשך שנים רבות, בתנאים מגבילים ביותר, לרבות של קבוצות מוגנות שלא ניתן להרחיקן בעתיד הנראה לעין.

נציבות האו"ם לפליטים חושש שמא מרכז השהייה, במתכונתו הנוכחית, יופעל כמתקן משמורת, בכסות שם אחר."

העתקי מסמך הערות נציבות האו"ם לפליטים ותרגומו מצ"ב ומסומנים ע/25.

95. ביום 4.12.2013 דחתה הוועדה את כל ההסתייגויות להצעת החוק, ואישרה אותה לקריאה שנייה ושלישית. הדיון במליאה נקבע ליום 9.12.2013. ואולם, הצעת החוק לא הונחה כנדרש בפני המליאה 24 שעות לפני מועד הדיון, על מנת שיהיה סיפק בידי חברי הכנסת ללמוד את ההצעה ואת ההסתייגויות הרבות עליהן יתבקשו להצביע. משום כך, התכנסה וועדת הכנסת בבוקר יום 9.12.2013, וחרף חוות דעתה של היועצת המשפטית לוועדה שסברה שאין זה ראוי בנסיבות העניין, אישרה "פטור מחובת הנחה", על מנת שההצעה תידון במליאה עוד באותו היום.

96. בטרם נעבור להצבעה במליאה נבקש לשוב לאחור, להליך נוסף שהתנהל בבית המשפט הנכבד בד בבד עם הליך החקיקה.

97. בערב יום חמישי 21.11.2013, עוד קודם לפרסום הצעת החוק, פנו באי כוח העותרים לעו"ד דינה זילבר, המשנה ליועץ המשפטי לממשלה (ייעוץ), ולעו"ד יוכי גנסיך, באת כוח המשיבים, בעניין המשך ביזוי פסק הדין. באי כוח העותרים עמדו על כך, שאף שלמעלה מחודשיים חלפו מאז ניתן פסק הדין, כחמישית מן הכלואים בלבד שוחררו, והדגישו, כי הכלואים אינם משוחררים בכוונת מכוון, על מנת שאפשר יהיה להעבירם מ"סהרונים" ומ"קציעות" למתקן "הפתוח" שמעבר לכביש.

העתק פניית באי כוח העותרים מיום 21.11.2013 מצ"ב ומסומן ע/26.

98. ביום שלישי 26.11.2013, הגישו ב"כ העותרים לבית המשפט הנכבד בקשה נוספת לפי פקודת בזיון בית המשפט, וביקשו כי בית המשפט יכוף את שר הפנים ואת היועץ המשפטי לממשלה לציית לאלתר לפסק הדין. ב"כ העותרים עמדו על כך, שעל פי נתוני רשות האוכלוסין וההגירה, שפורסמו עד לאותה עת באתר האינטרנט של הרשות, 69 ימים לאחר שניתן פסק הדין, 439 מתוך 1,708 כלואים, כרבע בלבד, שוחררו. ב"כ העותרים ציינו כי הטעם לעיכוב בשחרור נעוץ בכך, שהממשלה, בגיבוי היועץ המשפטי לממשלה וצוותו, מקדמת הליך מהיר לחקיקת תיקון החוק למניעת הסתננות. הכלואים, כך נכתב בבקשה, הם קבוצה אקראית מתוך עשרות אלפי מבקשי מקלט בישראל, שאותם המשיבים מחזיקים כבני ערובה על מנת להאיץ בכנסת לחוקק, תוך "איום" שאם הכנסת לא תשלים את הליך החקיקה, "יאלצו" המשיבים לשחררם. זאת, בעוד שהיה על המשיבים לשחררם מזה זמן על פי פסיקתו של בית המשפט הנכבד.

העתק הבקשה לפי פקודת בזיון בית המשפט מיום 26.11.2013 מצ"ב ומסומן ע/27.

99. לאחר הגשת הבקשה נשלחה אל העותרים התייחסות המשיבים, והעותרים השיבו לה. ביום 1.12.2013 הוגשה תגובת המשיבים לבקשה, וביום 2.12.2013 הוגשה תגובת העותרים לתגובת המשיבים.

העתק תגובת המשיבים לבקשה מיום 1.12.2013 מצ"ב ומסומן ע/28.

העתק תגובת העותרים לתגובת המשיבים מיום 2.12.2013 מצ"ב ומסומן ע/29.

100. תגובת המשיבים שבה והבהירה שהרשויות משרכות רגליהן, ועסוקות, בעיקר, במי שהן סבורות שאין עילה לשחררם. על פי הנתונים שנמסרו בתגובה, נבדק עניינם של כ-59% מהכלואים בלבד (כ-1,000), וכ-33% בלבד (561 כלואים) שוחררו. קצב השחרור עומד על כ-100 אנשים מדי שבוע.

101. בדיון בבקשה, שהתקיים ביום 9.11.2013 בפני המשנה לנשיא נאור, השופטת ארבל והשופטת חיות, דיווחה נציגת המדינה, כי עד לאותו מועד שוחררו 707 כלואות וכלואים ונבחן עניינם של כ-1,200. בית המשפט ביקש לברר מיהם 500 הכלואים שעניינם טרם נבחן. התברר, כי מדובר בגברים אריתריאים וסודנים, שאין מניעה לשחררם. בסיום הדיון החליט בית המשפט הנכבד כדלקמן:

"רשמנו לפנינו הצהרות המדינה לפיהן עד כה נבדקו כ-1,200 איש ואישה מתוך כ-1,700 הכלואים, ומתוכם שוחררו 707 כלואים. עוד רשמנו לפנינו כי עד תום שלושת החודשים שנקצבו בפסק הדין לביצועו, תינתן החלטה פרטנית לגבי כל אחד ואחת מן הכלואים שטרם נבדקו והבדיקות לגביהם יימשכו. כן רשמנו לפנינו את הצהרת המדינה כי גם אם ייכנס לתוקפו חוק חדש לפני חלוף שלושת החודשים שנקצבו בפסק הדין לביצועו, יימשכו הבדיקות הפרטניות והמדינה אינה שוללת אפשרות שחרור של מי מאותם כלואים אם יימצא כי ראוי לשחררם, גם בהינתן החוק החדש.

משכך, והגם שדעתנו אינה נוחה מקצב קיום הבדיקות וקבלת ההחלטות לביצוע פסק הדין עד כה, לא מצאנו מקום להיעתר לבקשה."

העתק החלטת בית המשפט הנכבד מיום 9.12.2013 מצ"ב ומסומן ע/30.

102. נשוב אל הכנסת. סמוך לאחר הדיון בבית המשפט הנכבד התכנסה מליאת הכנסת לדון באישור הצעת החוק בקריאה שנייה ושלישית. הישיבה נמשכה אל תוך הלילה. בשעה שלוש לפנות בוקר, יום שלישי 10.12.2013, בו מצויין בישראל וברחבי העולם יום זכויות האדם הבינלאומי, התקבל החוק בקריאה שנייה ושלישית במליאת הכנסת.

103. ביום רביעי 11.12.2013 פורסם החוק ברשומות (ס"ח 2419, בעמ' 74). עוד באותו היום פורסמו ברשומות (ק"ת 7313, בעמ' 306 - 308) שתי תקנות וצו לעניין הפעלת "מרכז השהייה".

העתק ק"ת 7313 מיום 11.12.2013 מצ"ב ומסומן ע/31.

104. צו למניעת הסתננות (עבירות ושיפוט) (הכרזה על מרכז שהייה למסתננים (הוראת שעה), התשע"ד-2013 הותקן על ידי השר לבטחון פנים, והוא מכריז על מתקן "סהרונים" – בית הסוהר שבו הוחזקו רבים ממבקשי המקלט עד כה – ועל מתקן "חולות" הצמוד לו, שעמד עד כה שומם, כעל "מרכז השהייה". המפה שצורפה לצו הינה מתוך תמ"א 46, שעל פיה הוקם מתקן "חולות", והיא מגלה את יעודו האמיתי. המתקן קרוי במפה "משמורת".

105. תקנות למניעת הסתננות (עבירות ושיפוט) (נוכחות שוהה במרכז ויציאה ממנו) (הוראת שעה) (נוכחות שוהה במרכז ויציאה ממנו) (הוראת שעה), התשע"ד-2013 הותקנו על ידי שר הפנים. הן קובעות ששוהה במרכז רשאי לצאת ממנו בכל עת שהמרכז פתוח, וכי עליו להתייצב שלוש פעמים ביום: בין השעות 06:00 ל-07:30; בין השעות 13:00 ל-14:30; ובין השעות 20:30 ל-22:00. בעת התייצבותו עליו להזדהות באופן שישיביע את רצונו של עובד המרכז או ממונה ביקורת הגבולות.

106. תקנות למניעת הסתננות (עבירות ושיפוט) (בירור פניות השוהים במרכז שהייה) (הוראת שעה), התשע"ד-2013 הותקנו אף הן על ידי שר הפנים, והן קובעות את דרכי הפנייה לממונה על בירור פניות; את הטעמים שלא לטפל בפנייה; את משך הטיפול בפנייה ואת היידוע בדבר החלטה.

107. נוסף על אלה, באותו היום, 11.12.2013, פרסמה רשות האוכלוסין וההגירה באתר האינטרנט שלה, ולמחרת, 12.12.2013, גם בעיתונות יומית, "הודעה על הקמת מרכז שהייה למסתננים ותחילת אכיפה על מעסיקי מסתננים". על פי ההודעה, מי ששוהה במרכז יקבל הוראת שהייה, שעליה יצויין כי הוא אינו רשאי לעבוד, ותבצע פעילות אכיפה נגד מעסיקים. באתר האינטרנט פורסמה דוגמה של הוראת שהייה. ואולם, ללא הסבר צורפו לה גם דוגמאות של רישיונות ישיבה זמניים של מי שאינם מצויים במרכז. הרשות הבליטה ברישיונות אלה את הכיתוב "רישיון זמני זה אינו מהווה רישיון עבודה" ו"אינו רשאי לעבוד", וזאת באופן שעלול להטעות מעסיקים. בהתאם להתחייבות המדינה שעוגנה בפסק הדין בבג"ץ 6312/10 קו לעובד נ' הממשלה (פורסם בנבו, 16.1.2011), לא ינקטו אמצעי אכיפה נגד מבקשי מקלט, ובהם מי שמחזיקים ברישיונות אלה. ב"כ העותרים פנה בעניין זה אל הרשות ביום 12.12.2013.

העתקי ההודעה מאתר הרשות והמסמכים שצורפו לה מצ"ב ומסומנים ע/32.
העתק פניית ב"כ העותרים מיום 12.12.2013 מצ"ב ומסומן ע/33.

108. ביום חמישי 12.12.2013 החלה רשות האוכלוסין וההגירה להעביר את הכלואים ממתקן "סהרונים" אל מתקן "חולות", והם התעתדו להמשיך ולעשות זאת במזג האוויר החורפי והסוער במהלך סוף השבוע.

הבחינה החוקתית

מבוא

109. החוק מושא עתירה זו, כמו קודמו, פוגעת בזכות לחירות, המעוגנת בסעיף 5 לחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו. בית משפט נכבד זה פסק בעניין **אדם**, כי הפגיעה בזכות לחירות של מי שאין אפשרות לגרשם, כמו גם של מבקשי מקלט ופליטים, אינה מידתית. סקרנו בראשית דברינו באריכות את פסק הדין בעניין **אדם**. לא נשוב על הדברים. נקודת המוצא לבחינה החוקתית היא כי תכליותיו של החוק מושא עתירה זו הן אותן תכליות של קודמו (ולכן נוספה עוד תכלית פסולה: עידוד עזיבה "מרצון"), והאמצעים שנבחרו לשרתן הם אותם אמצעים: שלילת חירות לתקופה ממושכת (על פי סעיף 30א לחוק), או שלילת חירות לתקופה בלתי מוגבלת (על פי הוראות פרק ד' לחוק). באשר מדובר בשלילת חירות לתכליות אלה של מי שאין אפשרות לגרשם מישראל, ובהם אף מבקשי מקלט ופליטים, הרי שהחוק אינו מידתי, ולכן לא חוקתי ובטל.

תכליותיו הפסולות של תיקון מס' 4: הרתעה, "מניעת השתקעות" ועידוד עזיבה "מרצון"

110. על פי עדות מנסחיו, התכליות העומדות בבסיס תיקון מספר 4 זהות לתכליות שעמדו בבסיס תיקון מס' 3: מניעת השתקעות ה"מסתננים" בישראל והרתעתם מלבוא לישראל. הממשלה הצהירה, הן בתזכיר להצעת החוק והן בדברי ההסבר להצעת החוק, שכוונתה היא לממש את אותן המטרות, אך בדרך מידתית יותר, וזאת לאור ביקורתו של בית משפט נכבד זה בפרשת **אדם**.

111. כך, למשל, נכתב בתזכיר החוק:

"[...] בכך יהיה כדי להגשים את תכליות החקיקה תוך מתן איזון הולם לקשיים אשר נדונו בפסק הדין: למנוע את כניסתם של מסתננים חדשים לתחומי מדינת ישראל ולמנוע השתקעותם של מסתננים אלה בישראל, כמו גם להוות הרתעה, אך יחד עמה, לנסות ולתת פתרון מאוזן לקושי שבתכלית זו [...]" (עמ' 3 לתזכיר החוק).

112. על דברים אלה חזרה הצעת החוק:

"בכך יהיה כדי להגשים את תכליות החקיקה – למנוע את כניסתם של מסתננים חדשים לתחומי ישראל ולמנוע את השתקעותם של מסתננים אלה בישראל, וכן להשפיע על התנהגותם של מסתננים פוטנציאליים במדינות המוצא ולבטל את התמריץ לכניסתם לתחומי המדינה – והכל תוך מתן איזון הולם לקשיים אשר נדונו בבג"צ אדם." (עמ' 122 להצעת החוק).

113. לשתי התכליות המוצהרות של מניעת השתקעות בישראל והרתעתם של "מסתננים" נוספים מלהגיע לישראל – שתיהן אינן ראויות – מצטרפת תכלית שלישית בלתי ראויה, אשר הלכה ונחשפה בישיבות מליאת הכנסת ובישיבות וועדת הפנים והגנת הסביבה: השימוש בכליאה והגבלת חופש התנועה על ידי החזקה במתקן ה"פתוח" ככלי לעידוד יציאתם של מבקשי מקלט מישראל (כביכול, יציאתם "מרצון"). תכלית זו היא תכלית דומיננטית מאחורי תיקון מס' 4, או לכל הפחות, היא תכלית המקרינה על משקלן ועוצמתן של התכליות האחרות (ר' לעניין זה: בג"ץ 7052/03 **עדאלה** – **המרכז המשפטי לזכויות המיעוט הערבי בישראל נ' שר הפנים**, פ"ד סא(2) 202 (2006), פסקה 14 לפסק דינה של השופטת פרוקצ'יה).

114. בדברי ההסבר להצעת החוק ביקשו המשיבים, כך נראה, לחסן את התיקון החדש מביקורת בקבעם שהחוק נועד להגשים "את התכלית שאותה קבע בית המשפט כתכלית ראויה" (בעמ' 122). לאור ביקורתם החד משמעית של חלק משופטי ההרכב בפרשת **אדם** על התכלית ההרתעתית שעמדה ביסוד תיקון מס' 3 אין אלא להתפלא על הצהרה זו. כאשר מצרפים לכך את התכלית של "עידוד" הכלואים במעצר והמוחזקים במתקן ה"פתוח" להודיע על עזיבתם "מרצון", ברי שתכליתו של החוק אינה עומדת בתנאים שקבעה הפסיקה כדי להכריע האם תכליתו של החוק היא תכלית ראויה:

"שלוש משוכות, בזו אחר זו, נדרש חוק לצלוח כדי שמטרתו הקונקרטית תיחשב ראויה: [א] עליו להיות מכוון להשגתם של יעדים חברתיים, היינו, לשרת אינטרס ציבורי ממשי. ניתן לכנות דרישה זו בשם מבחן האינטרס; [ב] אינטרס זה צריך להיות חשוב דיו כדי שיצדיק פגיעה בזכות יסוד מוגנת, וזאת בהתחשב במהותה של הזכות ובעומק הפגיעה בה. [...] זהו מבחן הנחיצות. [...] [ג] **על החוק להלום משטר חוקתי המגן על זכויות אדם. מדברים אנו במבחן הרגישות לזכות.** (בג"ץ 466/07 **גלאון נ' היועץ המשפטי לממשלה** (פורסם בנבו, 11.1.2012), פסקה 22 לפסק דינו של השופט לוי. ההדגשות הוספו).

כן ר': בג"ץ 6427/02 **התנועה לאיכות השלטון בישראל נ' הכנסת**, פ"ד סא(1) 619 (2006), פסקה 52 לפסק דינו של הנשיא ברק.

115. נעמוד להלן על תכליותיו של החוק אחת לאחת.

הרתעת מסתננים בכוח

116. כאמור, בפרשת **אדם** מתחה השופטת ארבל ביקורת חמורה על תכלית ההרתעה וקבעה שהיא מעוררת קשיים לא מבוטלים (פסקה 85 לפסק דינה). השופטת ארבל קבעה שהשמת אדם במעצר כדי להרתיע אחרים מלבוא לישראל היא פגיעה בכבוד האדם שכן היא עושה שימוש באדם כאמצעי ואינה

מתייחסת אליו כאל מטרה (פסקה 86 לפסק-דינה). בין היתר ציינה השופטת ארבל לעניין זה את פסקי-דינו של בית משפט נכבד זה ב-דני"פ 7048/97 **פלונים נגד שר הבטחון**, פ"ד נד(1) 721 (2000), ב-בג"ץ 7015/02 **עג'ורי נגד מפקד כוחות צה"ל בגדה המערבית**, פ"ד נו(6) 352 (2002) ובפרשות נוספות שעמדו על עקרון זה. לביקורתה של השופטת ארבל היו שותפים גם השופט פוגלמן (בפסקה 19 לפסק דינו) והשופט ג'ובראן (בפסקה 4 לפסק-דינו, שציין, עם זאת, כי מקומה של הבחינה של היחס בין האמצעי הפוגעי לבין התכלית הוא במבחני המידתיות). השופטים האחרים, זולת השופט הנדל, הצטרפו לחוות דעתם של השופטים ארבל וג'ובראן. עם זאת, נוכח הקביעה, כי החוק אינו עומד במבחני המידתיות, לא בוטל החוק בשל כך.

מניעת השתקעות בישראל

117. בפסק דינה בפרשת **אדם** קבעה כב' השופטת ארבל, שמניעת השתקעותם של המסתננים בישראל והתמודדות המדינה עם השלכותיה הרחבות של תופעת ההסתננות היא תכלית שאינה מעוררת קושי (פסקה 84 לפסק הדין). ואולם, יש ליתן את הדעת להערתו של כב' השופט פוגלמן (בפסקה 18 לפסק דינו), לפיה ניתן לנסח כל תכלית ברמת הפשטה גבוהה שתאפשר לכאורה לקבוע כי מדובר בתכלית ראויה. הצבת התכלית כ"מניעת השתקעות" אינה שונה במהותה מהצהרה שמטרת החוק היא "להגן על דיני הכניסה לישראל". גם ניסוח זה מונע, לכאורה, כל הרהור אודות כשרותה של התכלית המוצהרת ולכן אין להסתפק בו אלא לבחון, כדברי השופט פוגלמן, את מהות הדברים. בחינת תכלית זו במבחני הנחיצות והרגישות לזכות מובילה למסקנה, לפיה התכלית המוצהרת בעייתית עד מאד: הזכויות הנפגעות – הזכות לחירות ולחופש התנועה הן מן הזכויות הבסיסיות ביותר; הפגיעה היא עמוקה – כליאה לפרק זמן ארוך – אם במעצר ממש או על ידי השמה במתקן ה"פתוח" שהוא בפועל, כפי שנכתב וכפי שיפורט בהמשך, כלא שקירותיו וגדרותיו הורחבו מעט. הפגיעה בזכות הינה עמוקה, והחוק אינו מגלה לה רגישות, אלא במס שפתיים. המונח "מניעת השתקעות" מסתיר מאחוריו הקפאת חייהם של אלפי אנשים, ושליטת זכויות האדם הבסיסיות שלהם לתקופה בלתי מוגבלת. לא רק בזכות לחירות ולחופש תנועה מדובר, אלא גם בזכות לאוטונומיה אישית, למימוש עצמי, לפרטיות, לחיים חברתיים ויצרניים, ובקצרה - לחיים אנושיים נורמאליים. חלק מן האנשים שיסבלו מכך הם מי שנכלאו בשנים האחרונות מכוח תיקון מס' 3 לחוק למניעת הסתננות, והמשיבים עשו כל אשר לאל ידם כדי לא לשחררם בעקבות פסק דינו של בית משפט נכבד זה בעניין **אדם**. אחרים שיסבלו מכך הם אנשים ששוהים בישראל מזה שנים, והצליחו במהלך תקופה זו לשקם את חייהם. סיפור חייהם ייקטע שוב לצורך כליאה חסרת תוחלת, ללא שיש אופק ליציאתם מישראל.

118. מעבר לכך, המשיבים לא הסבירו מה משמעותה של אותה "השתקעות" שהם מנסים למנוע. ככל שבדברם על השתקעות מכוונים המשיבים לשהייה ארוכת טווח במדינת ישראל, הרי שאין בכליאה (או בהחזקה ב"במתקן פתוח") כדי להגשים תכלית זו. נזכור, כי ממילא עוסקים אנו בקבוצה שאת רובה לא ניתן להרחיק מישראל. ממילא עוסקים אנו במי ששוהים שנים רבות בישראל. ממילא, ההנחה העומדת מאחורי תיקון מס' 3 ותיקון מס' 4 היא כי הוא יחול על אנשים הצפויים להישאר בישראל עוד שנים, שאם לא כן לא היה צורך לקבוע הוראות מיוחדות לעניינם וניתן היה להסתפק באמצעים הקבועים בחוק הכניסה לישראל, שנועדו להתמודד עם מי שצפויים להיות מורחקים בתוך זמן קצר (ר'

פסקה 6 והסיפא לפסקה 36 לפסק דינו של השופט פוגלמן בעניין **אדם**). לפיכך, ככל שכוונת המשיבים היא כי "מניעת השתקעות" היא מניעת שהייה ארוכת טווח בישראל, הרי שהחוק אינו מגשים תכלית זו ביחס לרוב מי שהוא יחול עליו.

119. ככל ש"מניעת השתקעות" משמעה הרחקה מן החברה של אנשים הנמצאים בישראל שנים ושבלב זה גירושם מישראל אינו נראה באופן, מדובר בתכלית בלתי ראויה באופן קיצוני. ככל שהתפישה העומדת מאחורי "מניעת ההשתקעות" היא כי יש לכפות על מי שלא ניתן לגרשם מישראל הפרדה ובידוד ולדאוג כי לא יקיימו אינטראקציה כלשהי עם החברה הישראלית, מדובר בתכלית שלא רק שהיא בלתי ראויה ופסולה, אלא אף אינה עולה בקנה אחד עם ערכיה של מדינת ישראל, כמתחייב מחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו.

120. העותרים סמוכים ובטוחים שגם המשיבים יודעים שהשמת כמה אלפים בכלא או במתקן "פתוח" כלל לא תקדם את המטרה עליה הצהירו. הנשיא גרוניס (בפסקה 3 לפסק דינו), השופט ארבל (בפסקה 97 לפסק דינה), השופט חיות (בפסקה 2 לפסק דינה) והשופט דנציגר (בחוות דעתו) עמדו במפורש על כך שלהשמתם של אלפי אנשים מתוך עשרות אלפים במשמורת השפעה מבוטלת על מכלול היבטי התופעה, והיא אינה משרתת כל תכלית.

עידוד "עזיבה מרצון"

121. האיסור להשתמש בבני אנוש כדי להרתיע, והעובדה כי "מניעת השתקעות" אין כל תוחלת, מלמדים כי אלה אינן התכליות היחידות שאדרכיליו של החוק ביקשו להשיג. הללו משמשות אך רקע לתכלית אחרת, והיא השימוש בכליאה – במעצר ממש או בהחזקה במתקן ה"פתוח" – כמנוף לאילוצם של הכלואים להצהיר, כי הם מסכימים "לחזור מרצון" לארצותיהם. נשוב ונזכיר כבר עתה – עניין לנו בהפעלת לחץ לקבלת "הסכמה" לעזיבה של מי שעקרון ה-*non-refoulement* חל עליהם בשל סכנות הנקפות להם במדינות מוצאם, בין שהם פליטים ובין שאינם פליטים (ר' פסקה 8 לפסק דינו של השופט פוגלמן בעניין **אדם**).

122. על פי הנתונים המפורסמים באתר האינטרנט של רשות האוכלוסין וההגירה (המעודכנים ליום 30.9.2013), שוהים כיום בישראל 53,636 "מסתננים". במתקן ה"פתוח" אמורים להיות מוחזקים כ-3,300 אנשים. אף אם נניח שבנוסף להם ייכלאו כמה מאות "מסתננים" על פי סעיף 30 לחוק, ברי לכל – למשיבים כמו גם לשופטים בעניין **אדם** – שאף אחת משתי התכליות שעליהן עמדנו (מניעת השתקעות והרתעה) לא תושג כתוצאה מן התיקון לחוק. מהו איפוא פשרם של הליכי החקיקה המואצים כל כך שקיימו המשיבים במטרה למנוע את שחרורם של הכלואים במתקן "סהרונים" לצורך העברתם למתקן ה"פתוח"?

123. התשובה נמצאת בדבריהם של שר הפנים, של יו"ר ועדת הפנים והגנת הסביבה ושל בכירי רשות האוכלוסין וההגירה בדיונים שהתקיימו בחודשים האחרונים בכנסת. במהלך החודשים הארוכים בהם היו מסתננים כלואים מכוח תיקון מס' 3 לחוק למניעת הסתננות גילו המשיבים שהכליאה הארוכה

וחסרת התוחלת שוברת את רוחם של הכלואים, כך שאפשר להחתימם שהם מבקשים לצאת את ישראל "מרצונם". הלחץ שהופעל על הכלואים מכוח תיקון מס' 3 לעזוב את ישראל תועד על-ידי מספר ארגוני זכויות אדם.

ר' לעניין זה למשל:

: Human Rights Watch, "ישראל: על מבקשי מקלט המוחזקים במעצר מופעל לחץ לעזוב", מרץ 2013:

<http://www.hrw.org/es/node/114181>

: Human Rights Watch, "ישראל: לחץ חדש לעזוב מופעל על מבקשי מקלט", יולי 2013:

<http://www.hrw.org/he/news/2013/07/16>

מוקד סיוע לעובדים זרים, "הדרך היחידה החוצה היא הביתה: דו"ח על אודות חיי מבקשי המקלט הכלואים תחת החוק למניעת הסתננות", נובמבר 2013:

http://www.hotline.org.il/hebrew/pdf/Life_under_the_Anti_Infiltration_Law_111513_He_b.pdf

124. הלחץ על הכלואים לצאת את ישראל תועד גם בתקשורת הישראלית.

125. בחודש מרץ 2013 צוטטו דבריו של שר הפנים, מר אלי ישי, ממסיבת עיתונים שערך ובה דיווח, שמדיניות משרדו היא "להחזיר את כולם ממתקני השהייה. על פי הנחיית היועמ"ש, מהכלא אי אפשר להחזיר כרגע ולכן נעשה מאמצים אדירים שיהיה אפשר... אני מניח שמתוך מתקני השהייה הם ירצו לעזוב, כשלא יהיו מקומות עבודה". (הארץ, "אלי ישי מודה: למעלה מ-2,000 צפון סודאנים "עזבו מרצון", 5.3.2013, <http://www.haaretz.co.il/news/education/1.1949138>).

126. בחודש יוני אישר היועץ המשפטי לממשלה נוהל ל"החזרה מרצון" מהכלא (הארץ, "וינשטיין אישר נוהל 'חזרה מרצון' למהגרים כלואים, הנוגד את עמדת האו"ם", 26.7.2003: <http://www.haaretz.co.il/news/education/1.2057550>).

127. בהמשך לכך דווח, על כך שלוחצים על כלואים לחתום, כי הם מבקשים לעזוב מרצונם (הארץ, "117 אפריקאים עזבו את ישראל ביולי; כלוא בסהרונים: לוחצים עלינו לחתום", 6.8.2013: <http://www.haaretz.co.il/news/education/1.2090810>).

128. כפי שציינו, למחרת מתן פסק הדין כונסה ועדת הפנים והגנת הסביבה של הכנסת. כשתיאר מר אמנון בן עמי, מנכ"ל רשות האוכלוסין וההגירה, את השלכותיה של הפסיקה הבהיר לוועדה, כי כליאה על פי החוק שבוטל שימשה את הרשות לצורך חילוץ "הסכמה" מן הכלואים לעזוב את ישראל. מר בן עמי הביע דאגה מתוצאות הפסיקה בעניין זה:

אמנון בן עמי :

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

היו"ר מירי רגב :

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

אמנון בן עמי :

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

[...]

אני רוצה לומר, לגבי פיזור האוכלוסייה, באמת הלב כואב על מה שקורה בדרום תל אביב, אבל עמדתנו היא שפיזור אוכלוסייה הוא לא התשובה למסתננים. אני לא אומר שצריך לפזר, צריך את המסתננים להוציא מישראל באמצעות - - -

היו"ר מירי רגב :

בסדר, אבל עד שתוציאו את המסתננים מישראל, אז תושבי דרום תל אביב, מה, הם שבויים של המדינה?

אמנון בן עמי :

את יודעת שריכוז מאמץ כדאי לעשות במסלולים של יציאה מרצון והחזרה למדינה שלישית. אני לא אומר שלא צריך לשקול כל הצעה, ובכלל זאת פיזור אוכלוסין, אבל המאמץ הממשלתי, אני חושב שבכלל המאמץ הישראלי, צריך להיות יציאה מרצון והחזרה למדינה שלישית. זה צריך להיות הכיוון.

[...]

דב חנין :

[...] הנקודה המשמעותית שצריך להבין זה שלא פסק הדין הזה מייצר את הבעיה. אמר פה, בצדק, אמנון, 1,800 איש נמצאים היום במעצר, ניח שלא היה נפסל

המעצר הזה, 1,800 איש היו נשארים במעצר, מה קורה עם ה-55,000 איש שבחופץ?
לא פסק הדין יוצר את הבעיה. [...]

היו"ר מירי רגב:

כנראה לא שמעת מה אמר אמנון, הוא אמר בפירוש שהחוק הזה יוצר בעיה ל-55,000 שנמצאים ברחובות, שאפשר להביא אותם למתקן ולהעביר אותם בנוהל מעצר בחזרה למדינה שלישית. אבל אתה כרגיל מסנן את השמיעה שלך ושומע רק מה שאתה רוצה לשמוע.

129. עוד נזכיר, כי בדיון נוסף ביום 11.11.2013, לאחר פרסום תזכיר החוק, הסביר מר יוסי אדלשטיין, מנהל מינהל אכיפה וזרים ברשות האוכלוסין וההגירה, כי המתקן "הפתוח" מיועד לעודד את יציאתם של מי שיוחזקו בו מישראל, וכי בדרך זו יתפנה בו מעת לעת מקום, שיאפשר הכנסתם של נוספים: "בעיקרון, לכל המסתננים שנמצאים במדינת ישראל יש פוטנציאל להיכנס למתקן. ברגע שהוא מתייצב אצלנו הוא יקבל הזמנה להתייצב במתקן השהייה. מי שיוחלט לגביו שהוא נכנס למתקן השהייה יקבל הפניה ובאותו רגע, רישיון השהייה שהוא מחזיק היום ביד יבוטל והעסקתו תיאכף בצורה מאסיבית. ברגע שייכנס למתקן, נמשיך בכל התהליכים של עידוד היציאה מרצון. גם שר הפנים העלה אפשרות להגדיל את התמריץ ליציאה שלהם. יהיו מספר פעולות שאנחנו מכוונים אליהם, אנחנו מקווים שנושא המדינה השלישית יקבל תאוצה גדולה יותר. לכן, יהיה תהליך של כניסה למתקן וכנראה הוצאת הנתונים למדינה שלישית ואז הכנסה של חדשים."

130. ועוד נזכיר, כי דברים דומים אמר גם שר הפנים, מר גדעון סער, ביום 25.11.2013 בעת הצגת הצעת החוק למליאה לקריאת הצבעה עליה בקריאה ראשונה: "אני אומר שהמדיניות שלנו היא לעודד יציאה מרצון. גם השבוע יוצאים מסתננים בלתי חוקיים מרצון. עמדנו, כל השנה, כל חודש בחודשו, הייתה יציאה מרצון. היינו יכולים להגיע למספרים יותר גדולים. גם 3,300 זה לא חזות הכול וגם מתקן סגור אפשר להפוך בהמשך למתקן פתוח. יש שם עוד למעלה מ-5,000 מקומות. בכלל, אם נצליח במדיניות של עידוד יציאה מרצון בשפע של האמצעים שאנחנו נוקטים, גם הנוקשים וגם הרכים, במירכאות, אז בסופו של דבר יהיה פה תהליך דינמי. אבל אנחנו חייבים לנסות, אנחנו חייבים להתמודד."

131. אמירות דומות נשמעו גם בדיונים מאוחרים יותר של ועדת הפנים והגנת הסביבה, אולם כדי שלא להאריך בשלב זה, ומשום שטרם פורסמו הפרוטוקולים של ישיבות אלה, נסתפק בדברים שהובאו להלן.

הפסול בתכלית השימוש בכליאה לצורך עידוד עזיבה "מרצון"

132. הסכנות הצפויות לאדם בעקבות החזרה לאריתריאה או לסודן ידועות היטב (ר', למשל, פסקה 6 לפסק דינה של השופטת ארבל בעניין אדם), ומהוות את הבסיס למדיניותה של מדינת ישראל שלא להחזיר את אזרחי המדינות הללו לארצותיהם, אף אם בקשותיהם למקלט נדחו (עוד על מדיניות אי ההרחקה ר' עע"ם 8908/11 אספו נגד משרד הפנים (פורסם בנבו, 17.7.2012). בית משפט זה עמד בעניין אדם על כך שעל רוב מי שתיקון מס' 3 חל עליהם (כמו גם תיקון מס' 4) חל עקרון ה-*non-refoulement*, בין שהם פליטים ובין שאינם פליטים (ר' פסקה 8 לפסק דינו של השופט פוגלמן בעניין אדם). "עידודם" של

אנשים לחזור "מרצון" למדינות אלה, ודאי כאשר הוא נעשה בדרך של שלילת החירות והאוטונומיה האישית, אינו אלא ניסיון לכוף עליהם בכוח, "לגרש את עצמם" למקום אליו הכריזה מדינת ישראל שמסוכן להחזירם. את שאסור למדינה להשיג באמצעות כפייה פיזית של אדם לעלות על מטוס, אסור לה להשיג באמצעות שבירת רוחו וכפיית רצונו כדי ש"יסכים" לעלות על מטוס. בשני המקרים מדובר בכפייה לחזור למקום, שאליו מכירה ישראל, לפחות מן השפה אל החוץ, כי אין לחייב אנשים לחזור אליו.

133. עתירה זו אינה תוקפת את פרטיו של "נוהל החזרה מרצון", ושבו נוקטת רשות האוכלוסין וההגירה כדי "לעודד" אנשים הנמצאים במעצר לחתום על הסכמתם לצאת את ישראל. עניינה של העתירה בשאלה האם חוק, שתכליתו היא להפעיל לחץ על אנשים, שרבים מהם הם מבקשי מקלט, או למצער מי שמוצאם ממדינה שידוע שהחזרה אליה תסכנם, הוא חוק העומד בקנה אחד עם מחוייבותיה של מדינת ישראל להגנה על זכויות אדם בסיסיות.

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

135. החובה המוטלת על המדינה מתוקף עקרון איסור הגירוש או ההחזרה אינה מתמצה בהמנעות מהחזרה באופן ישיר של מבקשי מקלט לארצותיהם. סעיף 33(1) לאמנת הפליטים אוסר על החזרה שמתבצעת בכל דרך שהיא, ובלשון הסעיף: "in any manner whatsoever". עקרון אי ההחזרה הוא עקרון בעל אופי תוצאתי, ואינו מוגבל, כאמור, להתנהגות מסוימת:

"[...] the duty under Art. 33 is to avoid certain **consequences** (namely, return to the risk of being persecuted), whatever the nature of the actions which lead to that result." (Hathaway, J., **The Rights of Refugees under International Law** (2005), p. 318).

136. מומחי משפט בינלאומי וגופים רשמיים הפועלים במאטריה זו, כבר עמדו על כך שגירוש דה פקטו (שנקרא לעיתים "הרחקה קונסטרוקטיבית") יכול להתבצע גם בהיעדר צו גירוש רשמי מטעם המדינה המגרשת, ואף במסווה של "תכנית עזיבה מרצון". כך, למשל קבעה ועדת האו"ם למשפט בינלאומי:

"The compulsory departure of an alien may also be achieved by a State by means of coercive acts or threats that are attributable to the State rather than a formal decision or order. In some cases, aliens have been compelled to leave a country under the guise of a "voluntary departure program" which was in fact compulsory. These coercive measures which deprive an

alien of any real choice other than to leave the country are sometimes referred to as "constructive expulsion." (International Law Commission, *Expulsion of Aliens: Memorandum by the Secretariat* (Fifty-eighth session, 2006), Geneva, 1 May – 9 June and 3 July – 11 August 2006, UN General Assembly document A/CN.4/565, paragraph 68 (p.62). available at: http://legal.un.org/ilc/documentation/english/a_cn4_565.pdf)

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

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

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

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

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

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

"If refugees are legally recognized as such, their rights are protected and if they are allowed to settle, their choice to repatriate is likely to be truly free and voluntary. **If, however, their rights are not recognized, if they are subjected to pressures and restrictions and confined to closed camps, they may choose to return, but this is not an act of free will.**"
UN High Commissioner for Refugees (UNHCR), **Handbook - Voluntary Repatriation: International Protection**, January 1996, page 10, para. 2.3, available at: <http://www.refworld.org/docid/3ae6b3510.html> (emphasis added).

141. הנציבות התייחסה לכך אף בנוגע להחזרתם של האזרחים הסודנים והאריתראים שבישראל.

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

העתק מכתבו של מר טול ותרגומו מיום 2.10.2012 מצ"ב ומסומנים ע/34.

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

144. על הדברים עמדה בפני בית המשפט הנכבד מחליפתו של מר טול, הנציגה דהיום של נציבות האו"ם לפליטים, גב' וולפורגה אנגלברכט, בעת הדיון בעתירה בעניין אדם ביום 2.6.2013:

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

העתק תמליל דבריה של גבי אנגלברכט, כפי שהוצגו לבית המשפט והוגשו אף בכתב, מצ"ב ומסומן ע/35.

לעניין האופן בו מופעל על הכלואים לחץ "להסכים" לציאתם ר' פניית מוקד סיוע לעובדים זרים מיום 26.8.2013 אל המשנה ליועץ המשפטי לממשלה (ייעוץ), עו"ד דינה זילבר. העתק הפנייה מצ"ב ומסומן ע/36.

145. בית משפט נכבד זה התייחס לאחרונה לשאלת קיומו של רצון חופשי נוכח איום של כליאה וגירוש, בהקשר דומה:

"באותם ימים החלה הממשלה לאכוף בנמרצות את מדיניות ההרחקה של השוהים הבלתי חוקיים מן הארץ. בנסיבות שכאלה, קשה לייחס 'בחירה מודעת' – **חופשית ומרצון** – למי מאותם אנשים, אשר לאחר שהייה (בלתי חוקית) ארוכה בישראל, שבמהלכה אף הקימו בארץ משפחה, העדיפו לצאת ממנה, מבלי שיינקטו נגדם הליכי משמורת והרחקה קשים, תוך שהם מותירים בני משפחה אחרים מאחור. המציאות הנורמטיבית ששררה בישראל במועד יציאת האב ובנו מן הארץ שוללת לכאורה את המסקנה בדבר **עזיבת הארץ מרצון**". (עע"ם 9890/09 **נאוה נ' משרד הפנים** (פורסם בנבו, 11.7.2013), פסקה 19 לפסק דינו של השופט מלצר. ההדגשות במקור).

146. "אסור לנו שנטעה בלשון הנימוסין, והרי כולנו ידענו כי בתוך כפפת המשי טמון אגרוף." (בג"ץ 3648/97 **סטמקה נ' שר הפנים**, פ"ד נג(2) 769, 728 (1999)). בעניינו, הרשות אינה רשאית לנצל פערי כוחות, גלויים וסמויים, על מנת לקבל הסכמת אדם לסכן את חייו. בהקשר זה ראוי להפנות לפסיקת בית המשפט הנכבד בפרשת "נוהל שכך", בה נדון נוהל השימוש במוגנים פלסטינים, לכאורה מרצונם וללא שייגרם להם סיכון, לשם מסירת "אזהרה מוקדמת". בית המשפט פסק מפי הנשיא ברק:

"אך מה דין ההסתייעות בתושב מקומי, לשם מסירת 'אזהרה מוקדמת' על פי הנוהל בעניין זה, שעה שאותו תושב מסכים לכך ולא ייגרם לו נזק ממסירת האזהרה? [...] חובתו של הצבא התופס להגן על חייו וכבודו של התושב המקומי אשר נשלח למסור את האזהרה. בוודאי כך במקום שהוא אינו מסכים ליטול על עצמו את התפקיד שהוטל עליו ואשר ביצעו עשוי לגרום לו נזק. אך כך גם במקום שהוא מסכים לכך וביצוע התפקיד לא יסב לו כל נזק. זאת, לא רק משום שככלל אין הוא רשאי לוותר על זכויותיו על פי הדין ההומניטרי [...], אלא גם משום שהלכה למעשה קשה לאמוד מתי הסכמתו ניתנת מתוך רצון חופשי ומתי היא פרי לחץ גלוי או סמוי. [...] אין לבסס נוהל על הסכמה, כאשר ברבים מהמקרים זו לא תהא אמיתית [...]. יש להימנע מכניסה למצב בו תתבקש הסכמה זו. [...] היכולת להעריך נכונה קיומה של סכנה בתנאי הלחימה היא קשה, ואין לבנות נוהל המבוסס על הצורך להניח היעדר סכנה כאשר הנחה זו לעתים אינה מבוססת." (בג"ץ 3799/02 **עדאלה – המרכז המשפטי לזכויות המיעוט הערבי בישראל נ' אלוף פיקוד מרכז בצה"ל** (פורסם בנבו, 6.10.2005), פסקאות 23-24 לפסק דינו של הנשיא ברק).

147. ניצול מצב מצוקה ולחץ של אדם לצורך קבלת הסכמתו הוא מעשה החותר תחת קיומו של רצון חופשי (ר', למשל, והשווה סעיף 18 לחוק החוזים (חלק כללי), התשל"ג-1973; סעיף 431 לחוק העונשין, התשל"ז-1977). "אכן, היחיד הניצב לפני הרשות אין ברירה של ממש בידו אם ייעתר לדרישת הרשות, אם לאו, שבידי הרשות הכוח לכפות עליו את רצונה אף אם אין לדרישתה כל עיגון בדין." (ע"א 2299/99 שפייר נ' חברת דיור לעולה, פ"ד מה(4) 213, 232-233 (2001)). ודאי נכונים הדברים לגבי הפעלת כוח ושליטת זכויות כה בסיסיות כמו הזכות לחירות, הזכות לחופש תנועה ובזכות לאוטונומיה אישית.

148. תיקון מס' 4 יוצר אמצעי של לחץ ושליטה שנועד להעצים את מצוקתם של מי שזכאים להגנה, וזאת על מנת לגרום להם לוותר "מרצונם" על זכותם זו. תכלית זו פסולה ובלתי ראויה.

סיכום לעניין תכליות החוק

149. כפי שהראינו, תכליותיו של החוק אינן ראויות. המשיבים אינם רשאים לעשות שימוש בכליאתם של בני אדם כדי להרתיע אחרים מלבוא. הם אינם רשאים לגזול מבני אדם, שאין כל אפשרות לגרשם מישראל ושאיש אינו יודע מתי תסתיים ההגנה המוענקת להם, את האפשרות לנהל חיים מלאים ונורמאליים ללא הגבלת זמן. הם אינם רשאים לעשות שימוש בשליטת חירות כדי לאנוס את מי שזכאים להגנה לוותר על ההגנה וללכת. די בכך כדי לקבוע שהחוק אינו חוקתי, ואולם לא נסתפק בכך. נפנה כעת אל ההסדרים שוללי החירות, שנועדו לשרת תכליות אלה, ונצביע בפירוט על הפגמים הטמונים בהם.

סעיף 30א לחוק – כליאתם של נכנסים "חדשים" למשך שנה

150. "לאחר שהאבק שקע והתיקון לחוק הופשט ממחלצותיו, עומדת בבדידותה, שמא בקלונה, הוראה מרכזית אחת שזו נפקותה המעשית: ניתן להחזיק אדם בתנאי מעצר למשך 3 שנים מבלי שנקבע כי חטא, מבלי שיועמד לדין פלילי ומבלי שניתן להרחיקו לארץ אחרת. תוצאה זו, העומדת בליבת דיונו, היא פגיעה עוצמתית ובלתי מידתית בזכות לחירות." (פסקה 1 לפסק דינו של השופט עמית בעניין אדם). המשיבים סבורים, משום מה, שהחלפת התיבה "3 שנים" ב"שנה" מוחה את הקלון. ולא היא.

151. בשלושת החודשים האחרונים מאז בוטל סעיף 30א לחוק למניעת הסתננות על ידי בית המשפט הנכבד נכנסו לישראל 4 גברים סודנים. יוזמי החוק, ככל הנראה, סברו כי תופעה זו היא כה קיצונית ומאיימת בחומרתה על אושיותיה של מדינת ישראל, שהחליטו להשיב לחיים את הוראת המעצר המנדטורי, בה דבק קלון, שבסעיף 30א. כפי שציינו, היועץ המשפטי לכנסת סבר אחרת: "נוכח נתוני רשות האוכלוסין וההגירה לפיהם בעת הזו מעטים הם המסתננים 'החדשים' לישראל, ונוכח העובדה שבית המשפט בפסק הדין התייחס לשיעור הגעת מסתננים חדשים כמרכיב רלבנטי בבחינת מידתיות ההסדרים בתחום זה, עלולה להישאל על ידו השאלה האם אין כאן שימוש בכלי רב עוצמה של כליאה כמענה לתופעה קטנת היקף של מסתננים חדשים."

152. אף על פי כן, תיקון מס' 4 מקים לתחייה את סעיף 30א לחוק למניעת הסתננות – סעיף החוק הבלתי חוקתי שבוטל על ידי בית המשפט הנכבד לפני כשלושה חודשים. במסגרת סעיף 30א(ג) תעמוד תקופת הכליאה של "מסתננים חדשים" על שנה, תחת שלוש שנים. בהעדר עילות שחרור חריגות אחרות, ואף כאשר לא מתקיימים הסייגים לשחרור, לא רשאי ממונה ביקורת הגבולות לשחרר אדם אלא אם הוא עצור פרק זמן העולה על שנה. זהו לב ליבו של סעיף 30א. הוא סוטה מן העיקרון, המעוגן במשפט הישראלי והבינלאומי, לפיו בהעדר הליך גירוש אפקטיבי אין להחזיק אדם במעצר מינהלי מכוח צו גירוש.

153. יש לציין, כי זו הפעם, בהתאם לנוסחו של החוק, בחלוף שנה ממונה ביקורת הגבולות "ישחרר" ממעצר את ה"מסתנן". זאת להבדיל מתיקון מס' 3, בו נקבע כי בחלוף שלוש שנים ממונה ביקורת הגבולות "רשאי" לשחרר את העצור. אולם בכך אין כל רבותא. ראשית, משום שגם תחת ניסוח זה, הכלל הוא החזקה במשמורת במשך שנה, אם לא מתקיימת אחת מעילות השחרור האחרות. שנית, כבר בהליך בעניין **אדם**, הבהירה המדינה כי היא מפרשת את תיקון מס' 3 כך ששלוש שנים הן התקופה המקסימלית בה יוכל אדם להיות מוחזק במשמורת (אלא אם מתקיימים בו אחד הסייגים לשחרור). הבהרה זו לא מנעה את פסילתו של ההסדר על ידי בית המשפט. ושלישית, בין שבתום פרק הזמן האמור חלה חובה לשחרר ובין שקיים שיקול דעת, תוצאתו היא החזקה במעצר של מי שלא מתנהלים בעניינו הליכי גירוש אפקטיביים.

154. סעיף 30א רלוונטי אך ורק לאנשים שאין אפשרות לגרשם. זאת היות שבמקרים בהם קיימת אפשרות לגרש אדם, הוא יגורש פרק זמן ניכר לפני חלוף מועד זה. במקביל, אם מדובר באדם שניתן, באופן תיאורטי, לגרשו, אך הוא מסכל את הגירוש, ממילא אין לשחררו בהתאם לסייג הקבוע בסעיף 30א(ד)(1), ולפיו לא ישוחרר אדם שאינו משתף פעולה עם הרחקתו (ואף אין לשחררו לו היה מוחזק מכוח חוק הכניסה לישראל, בשל קיומו של סייג זהה לשחרור בסעיף 13(ב)(1) לחוק זה). במקרה של אדם שאינו מגורש מטעמים הנוצצים בו עצמו, ממילא אין כל משמעות לחלוף פרק הזמן של שנה, וגם לו הייתה נקבעת בסעיף תקופה קצרה משמעותית, אדם כזה לא היה משוחרר. כך גם מחוסרי אזרחות, שאין מקום אליו ניתן לגרשם, או אנשים שאין אפשרות לגרשם בשל העדר יחסים דיפלומטיים עם מדינותיהם, וזאת אף אם הם משתפים פעולה באופן מלא עם הליכי גירושם.

155. במלים אחרות, סעיף 30א(ג) לחוק למניעת הסתננות קובע כלל, לפיו אדם שאין אפשרות לגרשו מישראל ולא מתקיים הליך גירוש אפקטיבי בעניינו מטעמים שהוא אינו יכול לשלוט בהם, אדם שישראל מכירה בכך שלא ניתן להרחיקו, יוחזק במעצר פרק זמן מינימלי של שנה. רק בחלוף שנה ישוחרר, בהעדר עילה לסרב לכך. כל זאת מתוך מטרה ספקולטיבית של הרתעת מבקשי מקלט נוספים מלהגיע לישראל. אם נתאים את דברי בית המשפט בעניין **אדם** לענייננו, "הכלל הוא ברור ופשוט. מסתנן 'רגיל' יוכל להשתחרר רק בחלוף שלוש שנים [כעת שנה אחת] מיום השמתו במשמורת" (פסקה 34 לפסק דינו של השופט פוגלמן בעניין **אדם**).

156. במובן זה סוטה סעיף 30א(ג) באופן משמעותי מן ההלכות שנקבעו בעניין מעצר שוהים ללא היתר. הפסיקה בישראל, כמו גם ברחבי העולם, עמדה שוב ושוב על כך שמעצר מינהלי של אדם מעצם היותו שוהה ללא היתר נועד למטרה אחת בלבד – לממש את הגירוש. מעצר מינהלי של שוהה ללא היתר שאינו בר גירוש, שיש מניעה אובייקטיבית לגרשו או שלא מתקיים בעניינו הליך גירוש אפקטיבי מטעם שאינו נעוץ בהתנהגותו בהווה, הוא מעצר שלא כדין.

157. סעיף 30א מוסיף וקובע בסעיפים קטנים (ב)(5) ו-(ב)(6) כי ממונה ביקורת הגבולות יהיה רשאי לשחרר בערובה "מסתנן" שהגיש בקשה לקבל אשרה ורישיון לישיבה בישראל לפי חוק הכניסה לישראל, וחלפו שלושה חודשים וטרם התחיל הטיפול בבקשה, או חלפו שישה חודשים וטרם ניתנה בה החלטה (בסעיף 30א בנוסחו לפי תיקון מס' 3 עמדה התקופה האחרונה על תשעה חודשים. כך או כך, ראוי לדעת שממונה ביקורת הגבולות מעולם לא עשה שימוש בסמכות זו, ולא שחרר איש על פיה מיוזמתו). המדובר במי שהגישו בקשות למקלט. החזקתם של מבקשי מקלט במעצר במשך פרקי זמן של חודשים במהלך בחינת בקשותיהם למקלט אסורה אף היא על פי סטנדרטים בינלאומיים ועל פי משפטנו. עניין זה הובהר בפסק הדין בעניין **אדם**, בו נקבע כי –

"סד הזמנים שנקצב בחוק נועד לתמרץ את הרשויות ליתן החלטה במהירות הראויה בבקשות המקלט הפרטניות, ועל כך יש לברך, אך מכך משתמע שברירת המחדל היא שמבקשי מקלט יוחזקו במשמורת לכל אורך תהליך בחינת בקשתם. כפי שמציינת חברתי בפסק-דינה, ספק אם הסדר זה עולה בקנה אחד עם הסטנדרטים המקובלים במשפט הבינלאומי ובמדינות העולם המתוקן (ראו: נציב האו"ם לפליטים קוונים מנחים בנוגע לקריטריונים והסטנדרטים הישימים בנוגע למעצרים של מבקשי מקלט וחלופות למעצר (2012))." (פסקה 37 לפסק דינו של השופט פוגלמן בעניין **אדם**).

158. המשיבים בחרו להתעלם מקביעה משפטית זו. הפחתת פרק הזמן למעצר עד לסיום בחינת בקשת המקלט מתשעה חודשים לשישה חודשים אינה מפנימה את קביעת בית המשפט כי עניין לנו בהפרה של האיסור המהותי, לא הכמותי, על מעצר מבקשי מקלט לכל אורך הליכי המקלט.

159. כאמור, להצדקת קימומו של סעיף 30א הפנו מנסחיו (בתזכיר החוק) לדבריהם הכלליים של הנשיא גרוניס ושל השופט הנדל, שהעירו כי אפשר לחוקק חוק שיתיר החזקה במשמורת "במשך תקופה קצרה באופן משמעותי משלוש שנים" (פסקה 5 לפסק דינו של השופט גרוניס), או לקבוע "רף עליון למשמורת שאינו מגיע או מתקרב לשיעור של 3 שנים" (פסקה 6 לפסק דינו של השופט הנדל). אלא, כאמור, הנשיא גרוניס היה בדעת יחיד בעניין זה, מבין שמונת שופטי ההרכב שסברו שיש לבטל את סעיף 30א, והשופט הנדל היה בדעת מיעוט. יתר שבעת שופטי ההרכב, שנתנו את פסק הדין בעניין **אדם**, סברו שההסדר שבסעיף 30א בלתי חוקתי משום פגיעתו האנושה בחירות. לא רק אורך תקופת המעצר הוא שהביא לפסילת החוק, אלא גם עצם מעצרו של מי שלא מתנהלים בעניינם הליכי הרחקה. הכליאה בנסיבות אלה, בין אם מדובר בשלוש שנים או בשנה, היא אסורה. מדובר בשלילת חירות אסורה לצורך הרתעת אחרים של מי שאין מתנהל בעניינם הליך גירוש אפקטיבי, כמו גם של של מבקשי מקלט. לעניין זה, כאמור, שחרור של מי שהטיפול בבקשת המקלט שלו לא החל או לא הסתיים (כעבור שלושה חודשים ושישה חודשים, בהתאמה), אינו מרפא את הפגיעה, אלא מעצימה.

160. האיסור על כליאתם של מבקשי מקלט אינו נעוץ אך בטעמים משפטיים ומוסריים. כמעט כל עצור סובל ממצב של עקה (stress), ועלול לפתח חרדה, דיכאון, הפרעה פוסט טראומתית ואף פסיכזזה בשל כליאתו. הסיכון לכך לגבי מבקשי מקלט גבוה במיוחד. מחקרים רבים, שנערכו במדינות שונות בעולם, מצאו שיעורים גבוהים באופן משמעותי של הפרעות פסיכו-פתולוגיות בקרב פליטים ומבקשי מקלט (ראו: Porter M., Haslam N. (2005) **Predisplacement and postdisplacement factors associated with mental health of refugees and internally displaced persons** *The Journal of the American Medical Association*, 294(5), pp. 602-12). חוקרים מצאו, כי מבקשי מקלט אשר חוו טראומות קשות במדינות מוצאם פגיעים במיוחד להשפעותיהם של גורמי דחק שליליים במדינות הקולטות (ראו: Watters C. (2001) **Emerging paradigms in the mental health care of refugees** *Social Science & Medicine*, 52(11), 1709-1718). כליאה היא גורם פוטנציאלי לזירוז והחמרה של תגובות לטראומות קודמות (Herman J.L. (1992) **Trauma and Recovery** BasicBooks : New York). מחקרים מלמדים, שלחומרת התחלואה הנפשית של פליטים קשר ישיר לאורכה של תקופת הכליאה (ראו, למשל: Eagar, K., Green, J., Innes, K., Jones, L., Cheney-Fielding, C., Samsa, P., et al. (2007) **The health of people in Australian detention centers - Health profile and ongoing information requirements** Wollongong, NSW: Centre for Health Service Development, University of Wollongong).
161. בנוסף לגורמי הדחק שלאחר ההגירה (post-migration), המאפיינים את חייהם של כלל המהגרים, הפליטים ומבקשי המקלט במדינות הקולטות, הכליאה עלולה להוות גורם הטומן בחובו מגוון נוסף של גורמי דחק ספציפיים המאיימים על בריאותם הנפשית. השכיחים ביותר מבין גורמי דחק אלו הינם: אי בהירות לגבי העתיד; אי ודאות לגבי משך המעצר; שהות ארוכה במתקן הכליאה; אובדן החופש לזמן בלתי מוגבל; ועוד. חווית הכליאה שוללת מהכלואים את היכולת להפעיל את מנגנוני ההתמודדות הנורמטיביים שלהם ויוצרת תחושה של חוסר משמעות. הם חווים שעמום קיצוני, תסכול רב והרגשה כי אין להם עתיד (Robjant K., Hassan R., Katona C. (2009) **Mental Health Implications of Detaining Asylum Seekers: Systematic Review** *The British Journal of Psychiatry*, 194, pp. 306-12). על רקע זה במתקני כליאה בהם מוחזקים פליטים דווח על פגיעה של הכלואים בעצמם ועל תופעות אובדניות בהיקפים חריגים ביחס למתקני כליאה אחרים (Dudley M. (2003) **Contradictory Australian national policies on self-harm & suicide: The case of asylum seekers in mandatory detention**, *Australasian Psychiatry*, 11 sup. 9, s102-s108).
162. במסגרת ההליך בעניין אדם הגישו העותרים את תצהיריהן של שתי נשים שהוחזקו **משך שנה** כל אחת עם ילדיהן במתקן הכליאה "סהרונים". לא למותר לחזור על הדברים על מנת להתרשם מעוצמתה של הפגיעה במי שהוחזקו שנה אחת "בלבד" בכלא לפי החוק למניעת הסתננות.

163., אזרחית אריתריאה, נכלאה ב"סהרונים" עם בתה, בת שנה ושמונה חודשים בעת שחרורה, מחודש מאי 2012 ועד לחודש מאי 2013. היא נמלטה מאריתריאה והגיעה לישראל בעקבות בן זוגה ואבי בתה, 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,, סבלה ממצוקה רבה כשהיינו בכלובה. לא היה לה שם מה לעשות ולי לא היה איך לעזור לה. באופן שכיח, היא החלה לבכות ללא הפסקה, עד שהייתה נרדמת תוך ככי משתנק.

נמסר לי שהמדינה טוענת בתגובה לעתירה כי '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 ממתנה לרופא, לדין או לאיש משרד הפנים, הכירו בכך שגם לנו יש זכות לכבוד.

בכל התקופה בה הוחזקתי ב'סהרונים' 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 וואדב לא התראינו). הפגישה התקיימה כשבינינו חוצץ חלון זכוכית והתקשורת מתבצעת רק באמצעות טלפון פנימי.

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

הכי פגע בי שלא אפשרו ל... לגעת בבתו, 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. ... 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 שכוח.

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 ב... ולא מצאתי שום דבר אחר שאני יכולה לעשות כדי להעביר את הזמן. בבוקר הגיעה גננת אבל היא לא הסכימה לקחת את ... כיון שהיא צעירה מדי. גם פעילויות אחרות שהיו בכלא לא התאימו לגילה של ... , 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.

... 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 וואדב. 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 ... 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 ...

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 ... מצ"ב ומסומן ע/37.

164. דברים דומים מספרת ... אשר נכלאה ב"סהרונים" עם בנה, ... בן שנתיים וארבעה חודשים בעת שחרורו, מחודש יוני 2012 ועד לחודש מאי 2013. גם היא נמלטה מאריתריאה והגיעה לישראל בעקבות בן זוגה ואבי בנה, ... 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 ... מצ"ב ומסומן ע/38.

165. אם כן, גורלם של הנכנסים דרך הגבול הוא להיכלא במתקן הכליאה "סהרונים" או במתקן הכליאה "קציעות". גברים, נשים וטף, בהם מבקשי מקלט ופליטים, קורבנות סחר ועינויים, יוחזקו, חלקם באוהלים, חשופים לפגעי מזג האוויר ולתנאיו הקיצוניים – חום כבד מנשוא בקיץ וקור מצמית בחורף ובלילות המדבריים. הם יוחזקו במקומות אלה ללא פרטיות, ללא תעסוקה, ללא פעילות, ללא חינוך ראוי, ללא סעד נפשי, ללא שירותי דת, ללא שירותי בריאות מספקים ודרושים, למשל, בתחומי הגניקולוגיה, הפסיכיאטריה, השיקום ורפואת הילדים. אין די כרטיסי חיוג, אין די ביקורים. מפגשים נערכים רק עם בני משפחה מקרבה ראשונה מאחורי חלון זכוכית. לדיון בבית המשפט מובלים הכלואים ב"זינזאנה", כשהם אזוקים בידיהם וברגליהם, ומוחזקים בתאי העצורים עד לשמיעת עניינם. נשים

בכלא מופרדות מבני זוגן, ילדים מעל אבותיהם. סגורים כשהם מוקפים חומות, גדרות, תיל ושערי מתכת נעולים. מובלים מעת לעת אל "בית הדין לביקורת משמורת" שבכלא, שאינו יכול לשחררם, ומוחזקים עד לדיון בתוככי ה"כלובה" – כלוב גדול, בו הם דחוסים על ספסלים או על הארץ. והארץ שבין הגדרות נטולת צמחיה, והכל דהוי ובצבעי אפור, חום, לבן וחאקי.

166. "סהרונים" הוא בית סוהר לכל דבר. בתגובה לבקשת העותרים לפרטים נוספים, שהוגשה במסגרת ההליך בעניין אדם, התייחסו המשיבים לאגף 14, שבו הוחזקו באותה עת 160 "מסתננים עם בעיות משמעת". העצורים באגף 14 נעולים בתאיהם רוב שעות היממה, וזכאים לצאת מהם לשעתיים בשעות הבוקר ולשעתיים אחר הצהריים. בעיית משמעת שעשויה להצדיק העברה לאגף 14, כך נמסר עוד, היא, למשל, "הפרת סדר" – סירוב לעמוד לספירה. עוד על פי התגובה, כמה עשרות "מסתננים" הועברו לבתי סוהר פליליים: "אשלי", "אוהלי קידר", "דקל" ו"אלה". רובם מוחזקים שם בשל מה שהוגדר "אירועים שליליים" (הפרות סדר, התפרעויות וכו'), ואחרים בשל בעיות פסיכיאטריות. כלומר, בין המוחזקים היו "הוענשו" על התנהגותם או על מצבם הנפשי, והם הוחזקו 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. מן התגובה עלה שבאותה עת למעלה מ-10% מן הכלואים על פי החוק למניעת הסתננות הוחזקו באגף 14 ב"סהרונים" או בבתי סוהר פליליים, כשהם נעולים רוב היום בתאיהם. זאת, משום שהתנהגותם אינה מתיישבת עם זו הנדרשת על ידי שבי"ס שבבתי הכלא שבניהולו, כמו סירוב לעמוד לספירה.

העתקי הבקשה לפרטים נוספים מיום 16.5.2013 והתשובה לבקשה מיום 22.5.2013 מצ"ב ומסומן ע/39.

הפגמים החוקתיים הנוספים בסעיף 30א

167. החוק משיב לחיים את סעיף 30א על תתי סעיפיו, ואלה רצופים הוראות בלתי חוקתיות. הסעיפים הללו מאפשרים כליאה של אנשים חולים, כליאה של ילדים, כליאה ללא הגבלה – הפעם בשיקול דעת – של מי שעל פי חוות דעת גורמי הבטחון, באזור בו הוא התגורר מתבצעת פעילות העלולה לסכן את בטחון המדינה, אך אם ממנו עצמו לא נשקפת כל סכנה, ועוד. בית המשפט הנכבד, נזכיר, ביטל את כל הוראות סעיף 30א, וקבע, כי די בהסדרי המעצר והשחרור שבחוק הכניסה לישראל, על האיזונים הקבועים בו.

168. נעמוד בקצרה ובתמצית בלבד על ארבעה פגמים חוקתיים נוספים.

סעיף 30(ב)(1) לחוק – כליאתם של אנשים חולים

169. סעיף 30א(ב)(1) קובע עילת שחרור הנוגעת לנזק העלול להיגרם לעצור בשל מצבו הבריאותי או גילו, אולם הסיפא מחריגה מקרים כאלה אך למקרים בהם "אין דרך אחרת למנוע את הנזק האמור". בניגוד לכלל הנגזר מחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו, ולפיו "החירות היא הכלל והמעצר ללא משפט הוא החריג" (דנ"פ 2316/95 גנימאת נ' מדינת ישראל, פ"ד מט(4) 589, 651 (1995)), תיקון מס' 4 לחוק למניעת הסתננות קובע, כפי שקבע תיקון מס' 3 לפניו, קונספציה הפוכה, לפיה הכלל הוא המעצר והשחרור הוא חריג שבחריג. סעיף 30א(ב)(1) מוסיף וקובע, כי אף כאשר בשל מצבו הבריאותי של המוחזק כליאתו עלולה לפגוע בשלומו - הכלל יהא מעצר, והחריג יהיה שחרור. בהתייחסם לסעיף זה, שנוסח באותו אופן בתיקון מס' 3 לחוק, הבהירו המשיבים (ר' פסקה 136 לתשובת המשיבים מיום 13.5.2013 בבג"ץ 7146/12), כי: "מקום בו ניתן להעניק טיפול רפואי במסגרת מתקן המשמורת... אזי האינטרס שעמד ביסוד עילת השחרור, מלכתחילה, אינו מתקיים עוד".

170. כך, בפועל, מאז נכנס לתוקפו תיקון מס' 3 לחוק הוחזקו בכלא משך תקופה ארוכה אנשים שסבלו מקשיים רפואיים של ממש, אשר החיים בכלא היו להם לגיהנום, ואף על פי כן ממונה ביקורת הגבולות ובית הדין לביקורת משמורת נמנעו מלהורות על שחרורם, בקובעם כי הם מקבלים טיפול רפואי בכלא.

171. כך, לדוגמה, במשך שנה וחצי הוחזק ב"סהרונים" מבקש מקלט מסודן, אשר סבל מכאבים עזים בשל אבנים בכליות. חרף תיאוריו הקשים בפני בית הדין לביקורת משמורת – כיצד הוא אינו מסוגל ללכת בשל הכאבים ונושאים אותו באלונקה; כיצד הוא אינו אוכל; וכיצד כאביו אינם מטופלים – מיאן בית הדין להורות על שחרורו, תוך שהמשיב עמד על כך שאין מניעה רפואית לכליאתו.

העתק החלטת בית הדין לביקורת משמורת בעניינו של מוחזק 1449911 מצ"ב ומסומנים ע/40.

172. לצד כלואים הסובלים מבריאותם הגופנית, מצויים רבים הסובלים ממצוקה נפשית, בהם מבקשי מקלט שנכלאו ועונו בארצם, ומבקשי מקלט שהוחזקו בתנאי שבי במחנות העינויים בסיני. מצוקתם של אלה אך מחריפה בעת שהותם בכלא. בעקבות בקשות רבות שהופנו לבית הדין לביקורת משמורת בשנה האחרונה, פגשו כמה מהכלואים במתקן "סהרונים" בפסיכיאטר שבחן את עניינם. בחלק מאותם מקרים קבע הפסיכיאטר, כי המוחזקים סובלים מתסמונת פוסט טראומטית ואף ממחשבות אובדניות. לעומת אלה, במקרים רבים אחרים נמנע בית הדין מלהורות על פגישה עם פסיכיאטר, ואך הפנה לפגישה עם עובד סוציאלי במתקן. מוקד סיוע לעובדים זרים הלך על התנהלות השב"ס ובית הדין בטיפול במצוקתם הנפשית של הכלואים, אולם פניותיו נותרו ללא כל מענה.

העתקי מכתביו של מוקד סיוע לעובדים זרים מיום 10.9.2013 ומיום 21.10.2013 מצ"ב ומסומנים ע/41.

ר' גם העתקי החלטת בית הדין לביקורת משמורת בעניינו של מוחזק 1459284 ועמדת משרד הפנים ביחס לשחרורו המצ"ב ומסומנים ע/42.

סעיף 30א(ב)(3) לחוק – כליאתם של ילדים

173. סעיף 30א(ב)(3) קובע כאחת העילות לשחרור בשקול דעת את היותו של העצור "קטין שאינו מלווה על ידי בן משפחה או אפוטרופוס". ההבחנה שעושה הסעיף בין קטינים מלווים לקטינים שאינם מלווים הינה שרירותית, ופוגעת באופן בלתי חוקתי בזכותם של ילדים לחירות. אם מעצר מינהלי אמור להיות חריג גם כאשר מדובר במבוגרים, הרי שכאשר מדובר במעצרים המינהלי של ילדים כלל זה יפה אף ביתר שאת, וזאת בין שהם מלווים ובין שאינם.
174. עקרון טובת הילד הוא עקרון על במשפטנו, וכאשר עוסקים אנו בעקרון טובת הילד ביחס להגנה על זכויות המעוגנות בחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו, מקבל עקרון זה מימד חוקתי. כשם שיש לפרש את תוכנה של הזכות החוקתית לחירות בדין הישראלי בהתאם להוראות האמנה הבינלאומית בדבר זכויות אזרחיות ומדיניות, כך יש ליצוק לתוכה תוכן גם בהתאם לאמנה בדבר זכויות הילד משנת 1989.
175. עקרון טובת הילד המעוגן באמנה הבינלאומית בדבר זכויות הילד, מובטח לכל ילד. המדינות החברות לאמנה, ובהן מדינת ישראל, מחויבות לכבד את זכויותיהם של ילדים ולהבטיחן "לכל ילד שבתחום שיפוטו, ללא הפליה משום סוג שהוא, ללא קשר עם גזע, צבע, מין, שפה, דת, השקפה פוליטית או אחרת, מוצא לאומי, אתני או חברתי, רכוש, נכות, לידה או מעמד אחר, בין אם של הילד, בין אם של הוריו או אפוטרופסו החוקי" (סעיף 2 לאמנה).
176. בין זכויות הילד שיש להבטיחן ללא הפליה מצויה הזכות לחירות המעוגנת בסעיף 37(2) לאמנה בדבר זכויות הילד: "מעצרו, חבישתו או מאסרו של ילד יהיו בהתאם לחוק וישמשו רק כאמצעי אחרון ולפרק זמן מתאים הקצר ביותר". עקרון זה מודדש במסמכים בינלאומיים אינספור, ובהם העוסקים במעצרים של פליטים ושל מבקשי מקלט.
177. ההשלכות של מעצר על ילדים עלולות להיות הרסניות. ילדים אינם מבינים מדוע נעצרו ומדוע נשללה חירותם, והמעצר מייצר חרדה קשה, היכולה לעורר תגובה טראומטית קשה. ילדים שנעצרו מצויים בסיכון גבוה לסבול מדיכאון, בלבול, שינויים בהתנהגות, ירידה במשקל, חוסר שינה, ומחלות נשימה. יתרה מזו – ילד שנוכח בהליך מעצר עם הוריו רואה אותם מבוהלים וחסרי אונים מול הרשויות. יש בכך פגיעה חמורה בתשתית תחושת הביטחון הקיומי שמעניקים הורים לילדיהם (ר': Mares S., Newman L., Dudley M., Gale F. (2002) **Seeking refuge, losing hope: parents and children in immigration detention** *Australasian Psychiatry* Volume 10, Issue 2, pp. 91–96). מחקרים מלמדים, כי כליאתם של ילדים גורמת לגידול של פי עשרה בהופעת סימני דיכאון והפרעות דחק פוסט טראומטיות. במתקני כליאה נמצאו בקרב ילדים סימפטומים שכללו חרדת נטישה, בעיות התנהגות, הרטבת לילה וקשיים בשינה, כגון: סיוטים, חלומות בלהה והליכה בשינה. השפעות נוספות היו ליקויים בהתפתחות קוגניטיבית אצל ילדים, מוטיזם (אובדן כושר הדיבור על רקע נפשי), סירוב לשתות ולאכול והתנהגות סטריאוטיפית (תנועות או דיבור שחוזרים על עצמם). מחקרים

מצאו עוד, עיכובים בהתפתחות השפה וההתנהגות החברתית, ובעיות בקשר רגשי. במחקר שנערך באוסטרליה, דיווחו כל הילדים שחשבו על התאבדות. 80% ניסו לפגוע בעצמם פיזית, 70% לקו בהפרעות חרדה ו-50% סבלו מבעיות בריאות פיזית. רבים הביעו חוויות שעמום, קשיים בשינה, חרדות עקב עיכוב בחינוך ובהשכלה ותחושת 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 השעות 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).

178. בתשובתם לבג"ץ 7146/12 הבהירו המשיבים, כי עניינם של קטינים ייבחן במסגרת עילת השחרור מטעמים הומניטאריים כלליים הנקובה בסעיף 30א(ב)(2) לחוק, וכי "בהחלט ייתכנו מקרים בהם הצטרפותן של מספר נסיבות עשויה לגבש את עילת השחרור [...]". נסיבות אלו חייבות לכלול הן את גילו הצעיר של הקטין, הן את משך התקופה בה הוא מצוי במשמורת, הן את אפשרות הרחקתו יחד עם המלווה שנמצא עמו, והן את אפשרויות העברתו לחלופת משמורת הולמת. " (ר' פסקה 154 לתשובת המשיבים מיום 13.5.2013 בבג"ץ 7146/12). עמדת המשיבים אך הבהירה, כי התיקון לחוק קובע כלל, לפיו ילדים יזכו לאותו הטיפול לו זוכים מבוגרים, וכי הכלל יהיה החזקתם במשמורת.

179. בהתאם לכך, משך תוקפו של התיקון לחוק למניעת הסתננות נכלאו עשרות תינוקות, פעוטות, ילדים ונערים, לתקופות ממושכות. ילדים עד גיל 12 הוחזקו באגף הנשים עם אמותיהן, מנותקים מהאב, וילדים מעל לגיל 12 הופרדו מאימהותיהם והועברו לאגף בו מוחזקים בגירים. במקרים בהם אבותיהם לא היו בכלא הם הוחזקו שם לבד, ללא אפוטרופוס, וזכו לראות את אמם אחת לשבוע.

180. אך במקרים בודדים שוחררו ילדים מלווים על ידי בית המשפט או בית הדין. ביום 7.5.2012, חמישה ימים בלבד לפני הגשת כתב התשובה בבג"ץ 7146/12, בבהילות רבה, שוחררו לפתע 10 ילדים מלווים יחד עם אמהותיהם (ראו 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.

סעיפים 30א(א) ו-30ה(1)(א) – מועדי הביקורת על הכליאה

181. בעוד שסעיף 14א(ד) לחוק הכניסה לישראל קובע, כי שימוע בפני ממונה ביקורת הגבולות יתקיים בתוך 24 שעות ממועד המעצר, שימוע בפני ממונה ביקורת הגבולות בהתאם לסעיף 30א(א) לחוק למניעת הסתננות ייערך לא יאוחר מחמישה ימים מתחילת המעצר (סעיף 30א(א) לחוק למניעת הסתננות בנוסחו לפי תיקון מס' 3 קבע, כי המוחזק יובא בפני הממונה בתוך שבעה ימי עבודה).

182. סעיף 30ה(1)א לחוק קובע הוראה משלימה לעניין הבאה בפני בית הדין לביקורת משמורת. בעוד סעיף 13יד(א) לחוק הכניסה לישראל קובע, כי עצור יובא בפני בית הדין לביקורת משמורת "בהקדם האפשרי ולא יאוחר מתום 96 שעות מעת תחילת החזקתו", בסעיף 30ה(1)א לחוק למניעת הסתננות נקבע כי המוחזק יובא בפני בית הדין "לא יאוחר מעשרה ימים מיום תחילת החזקתו במשמורת" (וזאת לעומת 14 ימים, שנקבעו בתיקון מס' 3 לחוק).

183. התקופות שקבע התיקון לחוק, שקצרות אך במעט מאלה שנקבעו בתיקון הקודם שנפסל על ידי בית משפט נכבד זה, יוצרות אך תיקון קל וקוסמטי לפגיעה קשה בזכות המוחזקים לשימוע. תקופות אלה עדיין חורגות באופן ניכר מן הסטנדרטים החוקתיים המינימאליים שנקבעו בפסיקה בישראל. כך, למשל, נפסק, כי הוראת חוק המאפשרת מעצר חייל במשך 96 שעות בטרם הבאתו לביקורת שיפוטית אינה חוקתית (בג"ץ 6055/95 צמח נ' שר הביטחון, פ"ד נג(5) 241 (1999) (להלן – עניין צמח)). בדומה פסל בית משפט נכבד זה צו צבאי, שהתיר החזקה של אדם במעצר פרק זמן של 12 ימים לפני הבאתו לביקורת שיפוטית (בג"ץ 3239/02 מרעב נ' כוחות צה"ל ביהודה ושומרון, פ"ד נו(2) 349 (2003) (להלן – עניין מרעב)).

184. כפי שעלה כבר מתשובת המשיבים לבג"ץ 7146/12, קביעת מועדים אלה 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. טענה זו אינה יכולה לעמוד, ודאי בנסיבות הקיימות. ראשית, אותו עומס אינו קיים עוד. שנית, אם המשיבים אינם מסוגלים לעמוד בלוחות זמנים העומדים באמות מידה חוקתיות מינימאליות, הפתרון הוא העסקת ממונים נוספים על ביקורת הגבולות ודיינים נוספים, שיאפשרו עמידה בלוחות זמנים חוקתיים (ר' והשווה: עניין צמח, בעמ' 282; עניין מרעב, בעמ' 376). המשיבים השקיעו מאות מיליוני שקלים, אם לא למעלה מכך, בבניית גדר גבול ובהקמת מתקני כליאה. האיזון הכולל מחייב כי יוקדשו גם המשאבים הדרושים להבטחת זכויות האדם החוקתיות של העצורים, גם אם משמעות הדבר היא שינוי חלקי של חלוקת המשאבים בין האמצעים השונים הננקטים למניעת כניסה ללא היתר לישראל.

סעיף 30א(ד)(2) – האפשרות לכלוא ללא הגבלה מי שהוגשה חוות דעת לגבי פעילות במדינתו או באזור מגוריו

185. סעיף 30א(ד)(2) קובע, כי כלוא לא ישוחרר בערובה אם יש בשחרורו כדי לסכן את ביטחון המדינה, את שלום הציבור או את בריאות הציבור. לכך נוספה הקביעה, כי "לענין זה רשאי ממונה ביקורת הגבולות להסתמך על חוות דעת מאת גורמי הביטחון המוסמכים ולפיה במדינת מושבו או באזור מגוריו של המסתתן מתבצעת פעילות העלולה לסכן את ביטחון מדינת ישראל או אזרחיה". עיינו בסיפא.

186. במסגרת תיקון מס' 3 הופיעה הסיפא כהוראה עצמאית בסעיף 30א(ד)(3) לחוק, ושלה את שיקול הדעת לשחרר אדם, אם הוגשה חוות דעת כאמור. במסגרת התיקון בו עסקינן הפכה הוראה זו לאפשרות שבשיקול דעת. בכך, יש לצמצם מעוצמת הפגיעה, ואולם לא לאינה. הוראה זו, גם אם בשיקול דעת, עודנה מהווה חידוש מסוכן בשיטה המשפטית הישראלית, באשר הוא מאפשרת להחזיק

במעצר מינהלי ללא כל הגבלת זמן, אדם אשר אין לגביו כל ראייה בדבר מעורבות אישית בפעילות ביטחונית עוינת.

187. העיקרון לפיו אין לפקוד על אדם את מעשיהם של אחרים נזכר כבר במקרא (דברים כ"ד, 16; ירמיהו ל"א, 28-29). עקרון זה נקלט במשפטנו בהקשרים שונים (ר' לדוגמה: בג"ץ 3477/95 **בן עטייה נ' שר החינוך התרבות והספורט**, פ"ד מט(5) 1 (1996)), וכוחו יפה במיוחד עת מבקשת המדינה לשלול חירותו של אדם. בעניין **מרעב** בדונו באיסור על מעצר "שרירותי" הקבוע בסעיף 9(1) לאמנה הבינלאומית בדבר זכויות אזרחיות ומדיניות, קבע הנשיא ברק: "נדרש כי בידי הרשות העוצרת תהא תשתית ראייתית המבססת חשד אינדיווידואלי כלפי העצור" (עמ' 364). בהמשך נקבע:

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

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

"[...] איש בעונו ייעצר ואיש בחטאו יוחזק במעצר מינהלי. אין עוצרים במעצר מינהלי אלא את מי שעצמו, במעשיו שלו, מהווה סכנה לביטחון המדינה. כך במצב הדברים שקדם לחקיקתו של חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו. כך בוודאי לאחר שחוק יסוד זה נחקק והעלה את חירותו של אדם ואת כבודו לרמה חוקתית-על-חוקית." (דנ"פ 7048/97 **פלוניס נ' שר הביטחון**, פ"ד נד(1) 721, 742 (2000)).

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

"מושכלות יסוד הן בשיטתנו המשפטית כי מעצר מינהלי מותנה בקיומה של עילת מעצר הנובעת ממסוכנותו האינדיבידואלית של העצור לביטחון המדינה. [...] הדרישה למסוכנות אינדיבידואלית לצורך מעצרו המנהלי של אדם, מתחייבת כחלק מההגנה על הזכות החוקתית לכבוד ולחירות אישית." ע"פ 6659/06 **פלוני נ' מדינת ישראל**, פ"ד סב(4) 329 (2008), פסקה 18 לפסק דינה של הנשיאה ביניש).

190. האפשרות כי אדם יוחזק במעצר, ודאי מעצר לא מוגבל בזמן, רק בשל מדינת מוצאו או מקום מושבו מהווה הפלייה פסולה, אשר נאסרה באופן מפורש בשורה של אמנות בינלאומיות בהן מדינת ישראל חברה (ר' לעניין זה: סעיף 2 לאמנה בדבר זכויות אזרחיות ומדיניות; סעיף 3(1) לאמנה הבינלאומית בדבר ביעורן של כל הצורות של אפליה גזעית; סעיף 3 לאמנה בדבר מעמדם של פליטים). השמתו של אדם ב"מעצר עולם" אך בגלל מקום מגוריו או מדינת מוצאו מבוססת על הנחה מופרכת על פניה, לפיה יש זהות בין מדינת אזרחותו של אדם לבין העמדות, הערכים והאמונות שהוא מחזיק בהן.

191. ככל שמבקשים המשיבים לטפל בסיכון ביטחוני או בסיכון לשלום הציבור, יתכבדו ויעשו כן באמצעות שפע הכלים החוקיים העומדים לרשותם. ניצול המעצר בגין כניסה ללא היתר כדי לעצור ללא הגבלת זמן אנשים, שאין כל ראייה הקושרת אותם אינדיבידואלית לביצוע פעולות עוינות, תוך הפשטות מההגנות שמעניקה הן החקיקה העוסקת במעצר פלילי (ואפילו החקיקה העוסקת במעצר מינהלי-ביטחוני), מהווה הסדר קיצוני ובלתי מידתי (ר' והשווה: *A (FC) v. Secretary of State for the Home Department* [2004] UKHL 56; וכן פסק הדין של בית הדין האירופאי לזכויות אדם: *A and others v. the United Kingdom*, application no. 3455/05, 19 February 2009).

192. אמצעי חלופי ממילא מצוי בסעיף 13(א) לחוק הכניסה לישראל, הקובע כי לא ישוחרר שוהה שלא כדין בערובה, אם "יש בשחרורו כדי לסכן את ביטחון המדינה, את שלום הציבור או את בריאות הציבור". מנגנון זה, המחזיר את הדיון למקומו הראוי – בסיכון הפרטני הנשקף מן העצור – יש בו כדי לענות על הצורך הביטחוני. לא בכדי לא ראה בית משפט נכבד זה כל קושי לבטל את סעיף 30א, כפי שתוקן בתיקון מס' 3, בכללותו, ולקבוע כי די בהסדרים שבחוק הכניסה לישראל, על האיזונים הקבועים בו.

פרק ד' לחוק – כליאה ללא הגבלה ב"מרכז שהייה"

פתוח סגור פתוח. לפני שאדם נולד

הכל פתוח ביקום בלעדיו. כשהוא חי הכל סגור

בו בחייו. וכשהוא מת הכל שוב פתוח.

פתוח סגור פתוח. זה כל האדם.

(יהודה עמיחי)

193. פרק ד' לחוק מקים "מרכז שהייה למסתננים", שאליו יוכל ממונה ביקורת הגבולות לשלוח את מי שאי אפשר לגרשם מישראל. עיון בפרטיו של ההסדר מלמדים, כי זולת הבדלים מסוימים, מדובר בשלילת חירות קשה ולמעשה בהמשכה של הכליאה בדרכים אחרות, ואף חמורות יותר. ההפנייה ל"מרכז שהייה" היא שרירותית ומפלה, והשהות בו אינה מוגבלת בזמן ואינה כפופה לביקורת שיפוטית יזומה. יתרה מזו, החוק אינו מזכיר ולו עילה אחת, שמכוחה יוכל אדם להשתחרר מן המתקן.

194. הוראות פרק ד' לחוק הן רבות, והן מרכיבות יחדיו את ההסדר הנורמטיבי שהופך את המרכז לבית סוהר. רבות מן ההוראות אינן חוקתיות כל אחת כשלעצמה, ואולם במסגרת פרק זה לא נתקוף אותן אחת לאחת, אלא כמכלול. נתמקד להלן בשלושה היבטים: במאפייניו של המרכז, ההופכים אותו לבית סוהר דה-פקטו, השולל את חירותם של המוחזקים בו בניגוד לאיסור שנקבע בעניין אדם; ובמיוחד את סמכויות השיפוט והענישה הדרקוניות, החריגות ויוצאות הדופן שהוענקו לפקדי משרד הפנים, על מנת לתמוך בהפעלתו של המרכז; ובהפנייה השרירותית והמפלה אל המרכז ללא ביקורת שיפוטית יזומה.

195. בפסק הדין בעניין **אדם**, ציינו חלק מחברי ההרכב, כי אף אם התכליות העומדות בבסיס החוק שנבחן הינן ראויות, הרי שקיימות חלופות אחרות בהן יכולים המשיבים לנקוט, על מנת לקדם מטרות אלה. בין היתר, הוזכרה החלופה של הקמת מתקן שהייה פתוח או פתוח למחצה. ואולם, בין המודל שבחרו המשיבים לבין המודל שעמד לנגד עיני שופטי ההרכב, אין כמעט מאומה. השופטת ארבל הזכירה בפסק דינה, כי "ניתן לשקול לחייב מסתננים לשהות **בלילות** במתקן שהייה שהוכן עבורם ואשר יספק את צרכיהם, ולצד זאת ימנע מהם קשיים אחרים". (פסקה 104 לפסק דינה של השופטת ארבל. ההדגשה הוספה). המשנה לנשיא נאור ציינה בהקשר זה: "המדינה תוכל לשקול להפוך את המבנה הקיים למחנה פתוח, שהשהייה בו היא **רצונית**" (פסקה 4 לפסק דינה של המשנה לנשיא נאור. ההדגשה הוספה). השופט פוגלמן הפנה עוד למסמך "קווים מנחים בנוגע לקריטריונים והסטנדרטים הישימים בנוגע למעצרים של מבקשי מקלט וחלופות למעצר" של נציבות האו"ם לפליטים משנת 2011 (פסקה 40 לפסק דינו של השופט פוגלמן). במסמך זה, בין יתר חלופות המעצר שמצוינות בנספח לו, נדונים מגורים במרכזים פתוחים או פתוחים למחצה. המסמך מבהיר בהקשר זה, כי יש להגן על חירותם של מי ששוהים במרכזים אלה, ועל חירות תנועת בתוך המרכזים ומחוצה להם, ולהבטיח שהם אינם הופכים למעצר בצורה אחרת: "General freedom of movement within and outside the center should, however, be observed to ensure that it does not become a form of detention." כלומר, בית המשפט הנכבד דיבר בחלופות מוגבלות, או וולנטריות, ומכל מקום לא בכאלה שידמו למתקן כליאה.

196. הנשיא גרוניס, מאידך, הסתייג מפתרון זה: "האמצעים החוקיים שמזכירים חבריי, כגון חובת דיווח, הגבלת מקום המגורים, שהות במתקן פתוח וכדומה, הינם, להערכתני, חסרי נפקות ממשית בנסיבות העניין. ספק רב אם אמצעים אלה יקדמו בצורה משמעותית את התכלית של מניעת השתקעות מסתננים בארץ וצמצום ניכר של הבעיות החברתיות והכלכליות שעל אזרחי המדינה ותושביה להתמודד עימן נוכח הימצאותם בישראל של עשרות אלפי מסתננים." (פסקה 3 לפסק דינו של הנשיא גרוניס).

197. המשיבים הדביקו למרכז את הכינוי "מתקן פתוח", ואולם הכינוי אינו מעלה ואינו מוריד. על פי הדין יבחן בית המשפט את טיבו ואת מהותו של המוסד לאשורם, ולא יסתפק בכינוי שנתנו המשיבים ליצר כפיהם:

"בית משפט זה בודק, כרגיל, הן את הצורה החיצונית והן את המהות הפנימית של מעשי השלטונות, את הקליפה והתוך גם יחד, ולא ישאיר על מכונם מעשים העטופים אמנם בלבוש חיצוני כשר אלא שתוכם אינו כברם". (בג"ץ 98/54 **לזרוביץ נ' המפקח על המזונות, ירושלים**, פ"ד י 40, 47 (1956)).

198. כפי שפירטנו, המשיבים לא הסתירו את התכליות של הקמת המתקן, המתמקדות בהרתעה, ב"מניעת השתקעות" ובעידוד עזיבה "מרצון". תכליות אלה, ולא הדאגה לשלומם ולרווחתם של המוחזקים

במתקן, הן המכתיבות את אופיו ואת הסדריו של המתקן. התבוננות מקרוב במתקן ובכל מאפייניו מובילה בהכרח למסקנה שהמתקן אינו אלא מתקן כליאה. לעניין זה יש לתת את הדעת למכלול כולו :

199. **האמנם פתוח?** כאמור, המשיבים הדביקו למרכז את הכינוי "מתקן פתוח", ואולם יושם אל לב, כי בחוק אין כל התייחסות לכך, והביטוי "פתוח" אינו נזכר בו כלל. סעיף 32(ד) לחוק קובע, כי שר הפנים, בהסכמת השר לבטחון פנים, יקבע הוראות לעניין נוכחות השהים במרכז, ובכלל זה לעניין יציאתם מהמרכז וחזרתם אליו. כלומר עניין היציאה מהמרכז נמסר לשיקול דעתו של שר הפנים. כפי שתיארנו, ביום פרסום החוק, 11.12.2013, פורסמו תקנות למניעת הסתננות (עבירות ושיפוט) (נוכחות שוהה במרכז ויציאה ממנו) (הוראת שעה) (נוכחות שוהה במרכז ויציאה ממנו) (הוראת שעה), התשע"ד-2013, שהתקין שר הפנים. תקנה 1 קובעת: "שוהה רשאי לצאת ממרכז שהייה בכל עת שבה המרכז פתוח". ומתי המרכז פתוח? החוק נוקט בהסדר שלילי. כשהוא אינו סגור. סעיף 32(ב) לחוק קובע, שהמרכז יהיה סגור בין השעות 22:00 ל-06:00. סעיף 32(6) מסמיך את מנהל המרכז לקבוע הוראות לעניין סגירת המרכז בלילה, וכן לסגירתו "לצורך שמירה על הביטחון, הבטיחות, הסדר והמשמעת במרכז". מילים אחרות: בפועל פתיחתו של המרכז במהלך היום נתונה לשיקול דעתו המאוד רחב של מי שמנהל אותו מטעם שירות בתי הסוהר. די בטעמים כלליים וסתומים של "סדר ומשמעת" כדי לסגור אותו.

200. **מיקומו של המתקן:** המיקום המבודד שנבחר למתקן, בתוך שטח אש ובין בסיסי צה"ל, בצירוף ההסדרים המחמירים שנועדו לוודא נוכחות המוחזקים במתקן לא רק בשעות הלילה אלא גם במהלך היום, מבטיחים כי המוחזקים במתקן לא יוכלו להגיע אל שתי הערים הקרובות למתקן (באר שבע במרחק של כ-65 ק"מ וירוחם במרחק של כ-60 ק"מ). אם יצעדו המוחזקים צעידה נמרצת יתכן שיוכלו לבקר במושב כמהין המרוחק כארבעה קילומטרים מן המתקן או בכפר הנוער ניצנה שנמצא במרחק דומה. ניסיון לבקר בחנות המכולת הקרובה ביותר אל המתקן (שנמצאת ביישוב קדש ברנע, מרחק כ-10 קילומטר מן המתקן) עלול להסתיים באיחור להתייצבות התלת יומית ולסבך את המוחזק במעצר.

201. **החיוב לשהות במתקן בלילות ולהתייצב בו שלוש פעמים במהלך היום:** הוראות סעיפים 32(א) ו-32(ב) לחוק יוצרות משטר פיקוח הדומה למשטר הקיים בכל בתי הסוהר, במסגרתו נערכת ספירה של כל הכלואים במתקן מספר פעמים ביום. בנוסף על המטרה המוצהרת של מניעת האפשרות של המוחזקים במתקן לעבוד (ר' סעיף 32(ד) לחוק), נוצר בכך פיקוח ומישטור של נוכחות המוחזקים במתקן לאורך שעות היום. החיוב להתייצב שלוש פעמים ביום (בנוסף לשמונה שעות בלילה, במהלכן חובה לשהות במתקן) מגביל באופן מעשי את היכולת של המוחזק להתרחק מן המתקן, שכן בתוך מספר שעות, לכל היותר, עליו לשוב ולהימצא במקום לצורך ההתייצבות הבאה.

202. **ניהול המתקן על ידי שירות בתי הסוהר כחלק ממכלול בתי הסוהר בקציעות:** סעיף 32 לחוק קובע שניהול המרכז ייעשה על ידי סוהר בכיר ועובדיו יהיו סוהרי שב"ס שעברו הדרכה. הגם שאין לזלזל בחשיבותה של ההדרכה בת היומיים שניתנה לסוהרים, אין היא יכולה לשנות מאופי הצוות שניהל את המרכז: סוהרים לובשי מדים שהוכשרו לנהל ולתפעל מתקני כליאה. בעניין זה ראוי אף להתעכב על הסוהרים שנבחרו לביצוע המשימה: חברות וחברי הסגל של מתקן הכליאה "סהרונים". זאת ועוד,

המתקן מצוי במתחם בתי הסוהר באזור קציעות. צמוד לבית הסוהר "סהרונים" ולבית הסוהר "קציעות". למעשה, תמ"א 46, מכוחה הוקם המתקן, משותפת לו ולבית הסוהר "סהרונים", והם נתפסים כמכלול אחד. בדיוני ועדת הפנים והגנת הסביבה של הכנסת, כשנשמעה ביקורת על כך שאין במתקן שירותי רפואת שיניים, נטען בתגובה, שאין בעיה, משום שיש שירותי רפואת שיניים במתקן הכליאה "סהרונים". כלומר, "השוהים החופשיים" במתקן יוכלו לקבל שירותים כ"גיבוי" מבית הסוהר הסמוך.

203. **ניהול שגרת החיים ומערך זכויותיהם של השוהים במתקן:** שירות בתי הסוהר הוסמך לקבוע את כל הכללים הנוגעים להפעלתו, למגורים בו, למה שמותר להחזיק ולמה שאסור, לתעסוקה, לניקיון, לסגירתו ולפתיחתו ועוד, כמו בכל בית סוהר אחר, והשוהים במקום מחוייבים לציית להם (ר' סעיף 132). השוהים אינם מורשים לעבוד (ר' סעיף 132 לחוק), אלא כדרך שאסירים עובדים בבתי סוהר בעבודות תחזוקה ושירותים שוטפים, וזאת בלי שתחול החובה לשלם להם שכר מינימום עבור עבודתם (ר' סעיף 132). לעומת הסדרי הפיקוח, המשמעת והענישה הנרחבים הפרושים בחקיקה, עליהם נעמוד מיד, "סל הזכויות" שמקנה החוק לשוהים במתקן הינו דל ביותר, וייתכן שאף פחות מזה שלו זכאים אסירים בבתי סוהר. כל שנקבע בסעיף 32ה(א) הוא כי "במרכז השהייה יסופקו לשוהים תנאי מחייה הולמים, ובכלל זה שירותי בריאות ורווחה". לא נקבעה כל חובה לתת בו שירותי חינוך, שירות דת, פעילות ספורט, תרבות, פנאי וייעוץ משפטי. כפי שאמרנו, המדובר בבית סוהר, המשקף תפישה מעוותת לפיה כל "כל צרכיהם" של בני אדם הם מיטה, קורת גג, מזון וטיפול רפואי. בני אנוש, לפי תפישה זו, אינם צריכים להיות אדונים לגורלם, אינם צריכים לפתח את עצמם, אינם צריכים להיות מסוגלים לעצב את סיפור חייהם. די בשימור חייהם הביולוגיים, ותו לא.

204. **אמצעי פיקוח, משמעת וענישה:** התיקון לחוק מונה שורה ארוכה של אמצעי פיקוח, החל מחיפוש גופני על גופו של המוחזק (בסעיף 32 לחוק), המשך בכניסה לכל מקום במרכז ועריכת חיפוש בו (סעיף 32 לחוק), תפיסת חפצים (סעיף 32 לחוק), מניעת כניסה וסמכות הוצאה (סעיף 32טו), סמכות עיכוב (סעיף 32טז), ועוד. החוק מאפשר להפעיל כוח (ר' סעיפים 32טו, 32טז ו-32טז לחוק). החוק יוצר שלל "עבירות" או הפרות משמעת שבגינן אפשר "לרתק" למתקן את מי שלא מילא את חובתו, או לקנוס את מי שגרם נזק (ר' סעיף 32טז לחוק). הסמכות לקנוס אינה נתונה כיום לשב"ס ביחס לנתונים במשמורת. נוסף על כך לממונה ביקורת הגבולות – פקיד של משרד הפנים – הוקנו סמכויות שיפוט וענישה דרקוניות. הוא יוכל לגזור עונשי מאסר חוזרים ונשנים שבין חודש לבין שנה בגין איחור לרישום, אי התייצבות לרישום, הפרת כללי ההתנהגות שקבע שב"ס למתקן, בגין גרימת נזק, בגין חבלה, בגין עבודה, בגין "נפקדות" ובגין אי התייצבות לחידוש רישיון ישיבה. החוק קובע את מדרג "העבירות", את מדרג "החומרה" ואת מדרג "הענישה" (ר' סעיף 32כ לחוק). כפי שנרחיב בהמשך, סמכויות שכאלה לא ניתנו מעולם לאף פקיד בישראל, ולא בכדי.

205. סקירת משווה של האופן בו בחרו מדינות שונות להפעיל מתקני שהיה פתוחים או פתוחים למחצה למבקשי מקלט מגלה, כי בין המתקן שהקימו המשיבים לבין המתקנים האחרים אין ולא כלום. הסקירה שלהלן מתבססת על סקירה משווה של נציבות האו"ם לפליטים משנת 2006 בדבר הסדרי חלופות מעצר שננקטו אז בידי מדינות שונות, שכותרתו "Legal and Protection Policy Research

Series – Alternatives to Detention of Asylum Seekers and Refugees", מעמ' 30 ואילך (הסקירה הנזכרת גם בפסקה 107 לפסק דינה של השופטת ארבל בפסק הדין בעניין אדם), ועל מחקר של מרכז המחקר והמידע של הכנסת, מיום 21.11.13, שכותרתו "מדיניות כלפי מבקשי מקלט באיחוד האירופי ובמדינות מרכזיות בו": <http://www.knesset.gov.il/mmm/data/pdf/m03308.pdf>.

206. מדינות שונות יצרו תמהילים שונים בין מאפיינים שונים של המתקן: זהות הגורם המנהל את המתקן; מספר השוהים במתקן; מיקום המתקן; הזכויות המוקנות לשוהים במתקן; קיומה של ביקורת שיפוטית על השהות במתקן; השאלה האם מדובר בשהות רצונית או כפויה (ואם כפויה, משך השהות); והגבלות תנועה המוטלות על השוהים במתקן. כפי שנראה, ההסדר שבחרו המשיבים הינו הקיצוני ביותר והמחמיר ביותר בכל אחד מן המדדים הנבחנו, קל וחומר כשבוחנים את השילוב ביניהם. מאחר שמטרתו המוצהרת של המתקן היא בין היתר "הרתעה", "מניעת השתקעות" ועידוד עזיבה מ"רצון", אין להתפלא כלל מכך שזהו אופיו של המתקן; שבמהותו הוא כמעט זהה למתקן כליאה סגור; ושההסדרים שבו נועדו להקשות על מי שיוחזקו בו, ולא לאפשר להם לחיות את חייהם ככל האדם. להלן נעמוד על ההבדלים.

207. **זהות הגורם המנהל את המתקן:** על אף השוני בין ההסדרים שגיבשו מדינות שונות, זהות הגורם המנהל את המתקן נעה בין רשויות מוניציפאליות; רשויות ההגירה; סוכנויות מיוחדות שהוקמו לקליטת מבקשי מקלט; וארגונים לא ממשלתיים, דוגמת הצלב האדום ואחרים. כך המצב באיטליה, בלגיה, בריטניה, גרמניה, דנמרק, הולנד, יוון, פינלנד, צרפת ושוודיה. בכל ההסדרים שנבחנו, לא נמצא מתקן אחד שמנוהל בידי רשויות הכליאה וסוהרי בתי הסוהר.

208. **תפוסת המתקן:** בכל המדינות שנבחנו, הנחת המוצא הייתה שיש להקים כמה מתקנים שונים, בין היתר על מנת ליצור "שוויון בנטל" בין היישובים השונים במדינה. על אף שתפוסתם המצטברת של כלל המתקנים במדינות השונות יכולה להגיע לכדי עשרות אלפים בני אדם, כל אחד מהמתקנים השונים יכול לאכלס עשרות אנשים בלבד, ובמקרים מסוימים מאות אנשים (ר', למשל, המצב בבלגיה, יוון ופינלנד). במקומות מסוימים, כלל לא מדובר ב"מתקנים", אלא בהסדרי דיור שונים בתוך הקהילה (ר', למשל, בצרפת). בכל המידע המפורט בהקשר זה, לא נמצא הסדר דומה להסדר שבתיקון לחוק, המקים מתקן ענק, אחד ויחיד, שאמור לאכלס אלפי בני אדם בתוכו.

209. **זכויות השוהים במתקן:** ההסדרים השונים במדינות בחו"ל שמים דגש על רווחת השוהים במתקן, במטרה לאפשר להם חיים נורמאליים למשך השהות במקום – הן במתקן עצמו והן מחוצה לו. כך, למשל, ביטוח בריאות הינו חיוני על מנת לאפשר קבלת שירותי בריאות גם מחוץ למתקן כחלק מן העובדה שמדובר במתקן פתוח (ר', למשל, המצב באיטליה, בריטניה, גרמניה, דנמרק, הולנד, נורווגיה, ספרד, צ'כיה וצרפת). מדינות שונות יצרו הסדרים בדבר חינוך לילדים בקהילה, וכן אפשרויות חינוך למבוגרים (ר', למשל, המצב בבלגיה, בריטניה, דנמרק, הולנד, נורווגיה, ספרד וצרפת). מדינות שונות אף מקנות למבקשי מקלט שירותים שונים כמו תרגום ויעוץ וסיוע משפטי (ר', למשל, בלגיה, ספרד, צ'כיה ושוודיה). שירותים אלה ניתנים לצד מתן קצבאות, ואף לצד **האפשרות לעבוד**, שקיימת למבקשי

מקלט בכל המדינות הנזכרות במסמכים האמורים (לרבות מדינות לא אירופאיות, כגון ניו זילנד), לכל הפחות בחלוף תקופה מסוימת ובמגבלות מסוימות.

210. ההסדר שעוגן בחקיקה בישראל אינו כולל דבר מאלה. על אף שההסדר מרחיב בדבר סמכויות ענישת השהים במתקן, הוא כולל סעיף אחד בלבד בדבר זכויותיהם, וכל שנאמר בו הוא שבתוך המתקן יינתנו שירותי בריאות ורווחה. מעבר לכך שמדובר בשירותים דלים וחלקיים ביותר הניתנים בתוך המתקן, מבחינה מעשית לא קיימת אפשרות לממש זכויות שונות כמו בריאות או חינוך מחוץ למתקן, כפי שניתן היה לצפות ממתקן פתוח כמקובל בעולם. כך למשל, ללא ביטוח בריאות וללא היכולת להתפרנס, השהים במתקן מוגבלים לשירותים הניתנים במתקן, בדומה לאסירים, ואינם יכולים לבחור רופא, לקבל חוות דעת נוספת, ועוד (זכויות שקיימות לאסירים). הדברים נכונים במיוחד לגבי סיוע משפטי (ונציגת נציבות האו"ם לפליטים בישראל עמדה על כך במפורש בישיבת ועדת הפנים והגנת הסביבה של הכנסת ביום 27.11.2013). יוצא כי במבט השוואתי, ההסדר החקיקתי בישראל קיצוני בדלותו, ודומה על פניו להסדר הניתן לאסירים בבתי הסוהר. רווחת השהים במקום כלל לא עמדה לנגד המשיבים: מצד אחד קיים בחקיקה איסור על תעסוקה (לצד אכיפה של האיסור), ומצד שני החוק אינו מספק לשהים במקום שירותים נדרשים חלופיים או יכולת כלכלית אמיתית לממש את החירות שלכאורה מובטחת להם, מחוץ למתקן.

211. **מגבלות על חופש התנועה:** מדינות שונות מטילות מגבלות שונות על תנועת השהים במתקנים. בבואנו לבחון את עוצמת המגבלות, יש לבחון מספר רכיבים: מיקום המתקן; אופן ההגבלה על התנועה מחוצה לו (מבחינת מועדים או תחולה גיאוגרפית); השאלה האם השהיה במתקן היא חובה, לצד הסנקציה על הפרת המגבלה; משך השהות הכפויה במתקן, ככל שהיא אכן כזו; ואוכלוסיית היעד של המתקן. בחינה של ההסדרים שונים מגלה, כי ניתן לחלק את סוגי המתקנים לשלושה. שני הסוגים הראשונים אינם רלוונטיים לענייננו, לאור הגדרת אוכלוסיית היעד שתשהה בהם, ובהם מוטלות מגבלות משמעותיות יחסית על תנועת השהים בהם: (א) מתקנים לתקופת הקליטה הראשונה, שבהם השהות היא כפויה, אך זאת לתקופה קצרה (ר', למשל, בריטניה, גרמניה, דנמרק, הולנד, הונגריה, יוון, נורווגיה, ניו זילנד, ספרד, צ'כיה); (ב) מתקנים המיועדים למי שבקשתם להסדרת מעמד סורבה והם נדרשו לעזוב את המדינה, כשעל תנועת השהים בהם מוטלות מגבלות יחסית משמעותיות (ר', למשל, המצב בבלגיה, בריטניה, הולנד, נורווגיה וצרפת). הסוג השלישי, הרלוונטי לענייננו, הוא מתקן פתוח (או פתוח למחצה) למבקשי מקלט שעניינם לא נדחה באופן סופי.

212. על פי המידע המופיע במסמכים האמורים, למבקשי מקלט שבקשתם לא נדחתה, יש חופש תנועה נרחב יחסית. ביכולתם לצאת מן המתקן בלי שיחששו שעליהם לשוב אליו בסמוך לאחר מכן, פן יישלחו למעצר. כך, למשל, במדינות שונות הסנקציות על הפרת ההתייצבות במתקן הינה שלילת זכאות לסעד בלבד, ולא מעצר. במדינות רבות השהייה במתקן הפתוח מהווה הסדר וולונטרי ולא כפוי: או הסדר המוצע למי שלא מסוגל לכלכל עצמו, או הסדר שניתן בו פטור משהייה במתקן למי שמוכיח יכולת לקיים את עצמו מחוצה לו (ר', למשל, אוסטריה, בולגריה, גרמניה, דנמרק, הונגריה, יוון, ליטא, פולין, פינלנד, צרפת, רומניה, שוודיה, שוויץ). בחלק מהמדינות, השהות במתקנים הפתוחים היא כפויה, אך מוגבלת בזמן (כך, למשל, בבלגיה, למשך 4 חודשים; בניו זילנד, לפרק זמן ממוצע של שישה שבועות,

לאחריהם האדם משולב בקהילה; ובספרד, למשך חצי שנה ובמקרים מסוימים שנה). במדינות מסוימות מוטלות מגבלות גיאוגרפיות המגבילות את התנועה לאזורים מסוימים בלבד, כאשר לפחות חלק מהאזורים המותרים בכל מדינה הם אזורים עירוניים, ולעיתים נרחבים מאד מבחינת פרישתם הגיאוגרפית (כך, למשל ברומניה, בגרמניה (שם), עם השנים, מדינות רבות בפדרציה הרחיבו את גבולות התנועה המותרת לכל שטח המדינה (state), כשכאמור, מי שהוכיח יכולת קיום, רשאי לעבור לגור מחוץ למתקן) ושוויץ (מגבלת תנועה לקנטון הרלוונטי)). מדינות אחרות בחרו בחובת התייצבות במתקן בנקודות זמן מסוימות (באוסטריה אחת לשלושה ימים. הסנקציה על אי התייצבות היא אבדן הזכאות לסעד בלבד; באיטליה יש חובת התייצבות בשעות הלילה בלבד; בבולגריה, מי שאינו יכול לכלכל עצמו, חייב להתייצב אחת ליום; בבליה יש חובת התייצבות אחת לחמישה ימים; בדנמרק התייצבות אחת לשבועיים; בהולנד קיימת חובת התייצבות יומית עבור מי שבקשתו נדחתה, אולם על פניו לא קיימת חובת התייצבות כלשהי למי שעניינו עדיין נבחן; בליטא מי שאינו יכול לכלכל עצמו צריך להודיע לממונה על היעדרות מהמתקן שעולה על 3 ימים; בניו זילנד, מי שמוחזק בתנאי מעצר, שוהה במתקן כ-6 שבועות בלבד, במהלכם עליו לישון במתקן ולבקש אישור על עזיבתו; בפולין, בה השהות במתקן ניתנת למי שאינו יכול לכלכל עצמו, מותר להעדר מהמתקן לתקופה של עד יומיים (שלושה, במקרים בהם ניתן אישור); בשוויץ עזיבת המתקן ללא מתן כתובת חלופית, נחזית כאי שיתוף פעולה). יש להדגיש, כי במדינות אלה, לפחות חלק מהמתקנים ממוקמים בתוך הערים, מה שמאפשר, על אף חובת הדיווח, לקיים חיי שגרה, לצרוך שירותים ולחיות ככל האדם.

213. גם בהקשר זה, ניתן לראות, שההסדר שבחרו המשיבים הינו קיצוני ביותר, ומהווה שילוב של הרע מכל ההסדרים האמורים: שהות כפויה ולא מוגבלת בזמן, הרחק ממקומות יישוב, ללא יכולת מעשית לעזוב את המתקן מעבר לשעות ספורות בכל פעם במהלך היום (נוכח חובת שהייה במשך 8 שעות בלילה ובנוסף שלוש התייצבות במשך היום), תוך איום במעצר מלא ללא משפט.

214. **לסיכומה של סקירה זו:** אפשר לראות כי המודל שבחרו המשיבים אינו דומה במאומה לזה הנהוג במדינות העולם. באף אחת מהמדינות הנסקרות, אי אפשר למצוא מתקן שאמור לאכלס לבדו אלפי בני אדם, הרחק ממקום יישוב, תחת ניהול רשויות הכליאה, בכפייה וללא הגבלת זמן, ללא מתן שירותים בסיסיים רבים ותוך הטלת חסמים כלכליים בפני השגת שירותים אלה באופן עצמאי, כשעזיבת המתקן בשעות הלילה או ליותר ממספר שעות במהלך היום תגרור מעצר מלא ללא משפט.

215. נראה, כי המודל שעמד לנגד עיני המשיבים הוא דווקא מודל המעצר שחל במתקנים השכנים, "סהרונים" ו"קציעות", ושנפסל בידי בית המשפט הנכבד בפרשת **אדם**. ההבדל היחיד הוא, שהפעם התירו המשיבים למוחזקים במתקן להגיח למדבר למספר שעות בכל פעם, ובמשך היום בלבד, ולעמוד בקשר עם מי שיבוא לבקרם בשעות אלה.

216. למעשה, במובנים מסוימים המשיבים אף החמירו את תנאי החזקה במתקן "הפתוח" לעומת תנאי המעצר המלא: בעוד שהמעצר המלא מוגבל לשנה (ועמד על שלוש שנים בהסדר שנפסל), החזקה במתקן "הפתוח" אינה מוגבלת בזמן; ובעוד שהחזקה במעצר המלא מיועדת ל"מגיעים טריים" (ובזמן הדיונים בפרשת **אדם** עמדה על כ-1,750 איש ואישה), המתקן החדש מיועד לאכלס כמות כפולה

של אנשים, לרבות מי שכבר חיים שנים רבות בישראל ורקמו קשרים חברתיים, כלכליים, תרבותיים ומשפחתיים. בנוסף, השוהים במתקן "הפתוח" אינם מובאים באופן יזום ועיתי בפני גורם שיפוטי כדוגמת בית הדין לביקורת משמורת.

217. מזווית הראייה של המוחזקים במתקן, הם צפויים לחוות את השהייה בו כשהייה במתקן כליאה לכל דבר: חיים בצוותא עם מספר רב של מוחזקים אחרים, לאורך זמן, בשטח מוגבל; העדר פרטיות; בטלה כפויה; ללא נגישות מעשית לייעוץ או סיוע משפטי; ללא יכולת מעשית לקבל שירותים או לרכוש חינוך או השכלה מחוץ למתקן; בבידוד חברתי ובחוסר יכולת ליצור קשר עם אנשים מחוץ למתקן, לרקום קשרי זוגיות או לגבש חיי קהילה מחוץ למתקן; תחת השגחה מתמדת של הסוהרים ומישטור ההתנהגות כשעונשי מעצר מינהלי בצידם. תופעות אלה תוארו על-ידי הפסיכולוג החברתי פרופ' קרייג האני (Craig Haney) בביקורתו על הנעשה בבתי הכלא בארצות הברית בספרו **Reforming Punishment: Psychological Limits to the Pains of Imprisonment** (Washington D.C. American Psychological Association Books, 2006). האני עומד על הפגיעות והחסכים הנוספים שנגרמים לאדם כלוא, בנוסף על שלילת החירות, העומדות בלב חווית הכליאה. פגיעות אלה, המכוננות בספרות המקצועית "מכאובי מאסר" ("Pains of imprisonment"), כוללות, בין היתר, אובדן אוטונומיה אישית, שלילת פרטיות, הימצאות תחת הסדרה, הגבלה והשגחה מתמדת, הגבלת היכולת ליצור קשרים חברתיים, ועוד (שם, בעמ' 10). לפגיעות אלה השלכה שלילית ארוכת טווח על נפשו של הכלוא: הסתגרות וחוסר יכולת ליצור קשרים אנושיים; קשיים בהשתלבות בסביבה החיצונית ובמציאת עבודה, תופעות של דיכאון ופוסט טראומה, ועוד (שם, בעמ' 13).

218. נדגיש – כליאה אינה רק נעילת אדם בתא. המתקן שיצר התיקון לחוק אינו אלא בית סוהר שגבולותיו מעט רחבים יותר. הגבלות על חופש התנועה ועל חירותו של אדם עשויות, בשים לב לחומרתן ולעוצמתן, לעלות כדי כליאה. כך פסק בית הדין האירופאי לזכויות אדם בפרשת *Guzzardi v. Italy* (application no. 7367/76, 6.11.1981). בשל דימיון הנסיבות שנדונו שם למקרה שלפנינו, נתארן בפירוט מה. התובע בפרשת *Guzzardi* הלך על שורה של "אמצעי פיקוח מיוחדים", אשר הטילה עליו ממשלת איטליה לאחר שהורשע בחטיפת איש עסקים. במסגרת אמצעים אלה הוגבל מקום מגוריו לאי קטן ליד סרדיניה. על פי הצו שהוצא כנגדו, היה עליו להתגורר באתר שהוקצה לכך באי, נאסר עליו לצאת ממבנה המגורים בין 22:00 בלילה לשעה 07:00 בבוקר. במהלך היום היה עליו להתייצב פעמיים. עוד נקבע בצו, שעליו למצוא עבודה במקום, ולנהל אורח חיים של אזרח שומר חוק. התקשורת שלו עם אנשים מחוץ לאתר הוגבלה. כל יציאה מן האתר הייתה נאסרה עליו להגיע (אלא בעת שיושבי האתר עימו לתקופות מסויימות. באי היתה עיר אחת אשר אליה נאסר עליו להגיע) (אלא בעת שיושבי האתר נשלחו להצטייד באספקה). הגם שהאתר שבו היה אמור להימצא לא הוקף בגדר, מדובר היה בשטח לא גדול. בתביעתו טען *Guzzardi* כי בפועל, בהינתן ההשפעה המצטברת של אמצעים אלה עליו – הן מן הבחינה הפיזית והן מן הבחינה המנטלית – הוא מצוי במעצר וכי מדובר בשלילת חירות המנוגדת לסעיף 5 לאמנה האירופאית בדבר זכויות אדם. בית הדין, ברוב דעות, קיבל את התביעה וקבע, כי איטליה אכן הפרה את סעיף 5 לאמנה. נפסק, כי התנאים המצטברים שהושתו על *Guzzardi* היו אכן

כליאה, ולא הגבלת חירות גרידא. בית הדין קבע שההבחנה בין כליאה לבין הגבלת חירות היא כזו של אינטנסיביות ושל מידה:

"The difference between deprivation of and restriction upon liberty is nonetheless merely one of degree or intensity, and not one of nature or substance." (para. 93).

219. בית הדין האירופאי לזכויות אדם חזר על עקרון זה בפסק דין מאוחר יותר בפרשת *Austin v. United Kingdom* (Applications nos. 41008/09 and 40713/09, 39692/09, 15.3.2012), נפסק, שכדי לבחון את השאלה האם מדובר בכליאה יש להתבונן בסוג האמצעים הננקטים ובאופן היישום שלהם ומשום כך יש להתבונן גם מעבר לפרדיגמה של כליאה בתא כלא (בפיסקה 59).

220. התבוננות במכלול מלמדת, כי המשיבים הקימו מתקן כליאה לכל דבר שמאפייניו מאפיינים בתי סוהר: המתקן מגודר ומבודד מן העולם החיצון, ויכולתם של המוחזקים בו להגיע למקומות יישוב מחוצה לו או לעשות פעולות של יום יום, דוגמת רכישת מזון המועדף עליהם ובישולו, מפגשים עם אנשים שמחוץ למתקן, או השתתפות באירועים חברתיים, אינה קיימת. חלק ניכר מהוראות החוק מוקדש לאמצעי פיקוח, משמעת וענישה, וזאת בעוד שצרכי חיים חיוניים כלל אינם מוסדרים (הספקת שירותי חינוך, שירות דת, פעילות ספורט, תרבות, פנאי וייעוץ משפטי וכיו"ב). אופיו של המתקן כמתקן כליאה בולט נוכח מישטור התנהגותם ונוכחותם של המוחזקים לכל אורך היום, נוכח אמצעי הפיקוח, המשמעת והענישה וכמובן מעצם ניהולו על ידי סוהרי שירות בתי הסוהר.

סמכויות השיפוט והענישה שהוענקו לפקידי משרד הפנים

221. בספרה "יסודות הטוטליטריות" (הקיבוץ המאוחד, 2010) כתבה חנה ארנדט: "משפטנים רגילים כל כך לחשוב על החוק במונחים של ענישה – זו שבאמת שוללת מאיתנו תמיד זכויות מסוימות – עד שקשה להם, יותר מאשר לאדם רגיל, להכיר בכך ששלילת החוקיות, כלומר, כל הזכויות, שוב אין לה קשר עם פשעים מסוימים. [...] לא ביטחון פיסי – סמוך אל שולחנה של סוכנות סעד ממשלתית או פרטית – ולא חופש הדעה משנים כהוא זה את העדר הזכויות הבסיסי של מי שנדחקו אל מחוץ לטווח החוק."

222. סעיף 32 מגלם הסדר שכזה. סעיף 32 הוא השוט, שאמור להבטיח את קיומו ותפעולו של הסדר "המתקן הפתוח". על מנת לפקח על השהים במתקן, למשמע אותם ולמנוע את בריחתם, מקנה החוק לממונה ביקורת הגבולות – פקיד של משרד הפנים – סמכויות שיפוט וענישה דרקוניות. ממונה ביקורת הגבולות יוכל לגזור בהחלטה מינהלית עונשי מאסר חוזרים ונשנים שבין חודש לבין שנה בגין איחור לרישום במתקן, אי התייצבות לרישום, הפרת כללי ההתנהגות שקבע שב"ס למתקן, בגין גרימת נזק, בגין חבלה, בגין עבודה, בגין "נפקדות" ובגין אי התייצבות לחידוש רישיון ישיבה. החוק קובע את מדרג "העבירות", את מדרג "החומרה" ואת מדרג "הענישה". אין על הפעלת סמכויות אלה כל ביקורת שיפוטית יזומה.

223. סמכויות שכאלה לא ניתנו מעולם לאף פקיד בישראל, ולא בכדי. בחברה דמוקרטית החרדה לזכויות אדם, שיפוט וענישה – ודאי גזירת עונשי מאסר – עניינים הם לבית המשפט, ולא לפקידים. עו"ד תומר רוזנר, היועץ המשפטי של וועדת הפנים והגנת הסביבה, הבהיר את הדברים לוועדה בעת שנדון הסעיף ביום 2.12.2012:

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

224. ישאל השואל, אם החזקה ב"מתקן הפתוח" היא כליאה, כפי שנטען בהרחבה, אזי על מה נלין שניתנו סמכויות לשלוח את המוחזקים למשמורת, שאף היא כליאה? ראשית, לעניין ההבדל בין המתקנים יש לדעת, שבעוד במתקן "הפתוח" יכולתו של המוחזק לבוא במגע עם הזולת מוגבלת, יכולתו לעשות כן במתקן "הסגור" פחותה עוד יותר, שכן שם יש לשב"ס אפשרות לנעול אותו באגף ולצמצם את מפגשיו. שנית, לעניין מתן הסמכויות, הרי שאין מדובר רק באפשרות לווסת את מידת החירות הפיזית. במתן סמכויות השיפוט והענישה לממונה ביקורת הגבולות מתאפשרת ההשפלה שבהעמדתו המפלה של המוחזק "לדין" בהליך פגום בגין אירועים יומיומיים; מתאפשרים העברתו בכפייה ממקום למקום, וטלטולו של בין המתקנים – מפה, לשם ובחזרה; ומתאפשרים קטיעת שגרת היום יום שסיגל לעצמו וניתוקו ממעגל התמיכה החברתי שרכש במתקן. למעשה, מתן הסמכויות הללו משליט משטר דכאני. הפרט אינו שולט בחייו, אלא נשלט על ידי פקידים שיכולים להענישו ולעצב את מציאות חייו. לכך יש להוסיף, כי הסמכות שניתנה בידי ממונה ביקורת גבולות לגזור עונש של מאסר מינהלי אינה מוגבלת למי שחירותו כבר נשללה בהחלטה להחזיקו ב"מרכז השהייה". סמכות זו משתרעת גם על אנשים חופשיים, הנמצאים מחוץ למתקן, שאיחרו בחידוש רישיונות הישיבה שבידיהם.

225. סעיף 32 מקנה בידי הממונה סמכויות שיפוט וענישה חסרות תקדים ביחס לשוהים במתקן, ואף ביחס למי שעלולים להישלח אליו. לראשונה מצהירה המדינה בפה מלא ובגלוי כי "השמה במשמורת", על פי דיני ההגירה, היא סנקציה עונשית למטרות גמול והרתעה. לוז הדברים הוא כזה: סעיף קטן (א) קובע מעשים או מחדלים מסויימים כ"עבירות", ואילו סעיף קטן (ב) קובע לאותן עבירות תגי מחיר אשר הפחות שבהם הוא מאסר למשך חודש ימים והעליון הוא שנת מאסר. להוראות אלו מתווסף סעיף קטן (ג), אשר אינו עוסק כלל בשוהים במתקן, אלא גוזר עונשי מאסר ממושכים על כל מי שקיבלו רישיון זמני לישיבת ביקור לפי סעיף 2(א)(5) לחוק הכניסה לישראל ולא התייצבו, מכל סיבה שהיא, לחידושו בתוך חודש מהמועד בו פג הרישיון. "האיזונים" הקבועים ביחס לסנקציות עונשיות אלו קבועים בסעיפים קטנים (ד)-(ט) והם רחוקים מלהניח את הדעת. סעיפים אלו קבועים, בהתאמה, כך: שעניינו של מי שיועבר למשמורת יבחן פעם נוספת על-ידי ממונה ביקורת הגבולות (אשר מלכתחילה השיים אותו בה); שתהיה "תקופת התיישנות" של שנה על המעשים והמחדלים המפורטים בסעיף קטן (א); שהעונש על "מעשה אחד" המהווה הפרה של יותר מאחת מה"עבירות" המנויות בסעיף (א) לא יחרוג

משנת מאסר אחת; שבית הדין לביקורת משמורת יוכל לקיים ביקורת שיפוטית על עצם ההחזקה במשמורת (אך לא על חוקיות או סבירות ההחלטה להעביר למשמורת); ושעם תום התקופה יוחזר השהה, כלאחר כבוד, למתקן. שם הוא, כמובן, עשוי להישפט על ידי הממונה שוב ושוב, וחוזר חלילה. דווקא "איזונים" אלה וקביעת פרקי זמן המאסר, המוכרים לנו מן המשפט הפלילי, מבהירים את אופיה העונשי של הסמכות ואת האופן בו ניתנו בידיו של פקיד סמכויות להעניש "עבריינים" במאסר.

226. כפי שציין עו"ד רוזנר, אין בחקיקה הישראלית סמכות מינהלית לשלול את חירותם של אנשים כסנקציה עונשית. זאת, למעט חריג אחד אשר קבוע בחוק השיפוט הצבאי, התשט"ו-1955 (להלן – **חוק השיפוט הצבאי**). נעמוד על ההבדלים.

227. **הכשרה וכישורים**: חוק השיפוט הצבאי מקנה לקציני שיפוט, שעברו הסמכה מתאימה והוכשרו לכך, סמכות לדון בעבירות משמעת צבאיות מסוימות, ולהטיל עונשים. ומהם הכשרתו וכישוריו של ממונה ביקורת הגבולות? הוא פקיד בשירות המדינה. אין בנמצא כל מסמך הקובע את תנאי הכשירות לתפקיד. המציאות מלמדת שהוא ודאי אינו נדרש להשכלה משפטית. עוד מלמדת המציאות, שהוא לא עבר כל הכשרה או הסכמה שתאפשר לו להכריע בשאלות עובדתיות ומשפטיות בטרם יגזור את דינו של אדם. וכך, אפילו בתום לב גמור, עלול ממונה ביקורת הגבולות לגזור שנת מאסר, ללא שתהיה עילה מבוררת לכך. לא הממונה חסר הכשירות ולא הנידון חסר הידע והאמצעים ידעו שחירותו של האדם נשללה בניגוד לדין. הדבר ייתכן גם בשיפוט צבאי, ואולם שם, לפחות, נקבעו מנגנוני ביקורת (ר': בג"ץ 324/80 **מדז'ינסקי נ' בית הדין הצבאי לערעורים**, פ"ד לה(1) 67, 74 (1980)), ובעניינו אין כל מנגנון ביקורת על החלטות הממונה חסר הכשירות.

228. **סמכויות הענישה**: חוק השיפוט הצבאי מאפשר לקצין שיפוט צבאי להטיל על חייל עונש שמתחיל באתראה וריתוק, עובר דרך נזיפה וקנס וכלה במחבוש (לתקופה מקסימלית של 7 ימים, כאשר מדובר בקצין שיפוט זוט, ולתקופה מירבית של 35 ימים במקרה בו מדובר בקצין שיפוט בכיר שהנו לכל הפחות בדרגת סגן אלוף) (ר' סעיפים 153-154 לחוק השיפוט הצבאי). סעיף 32 לחוק, להבדיל, מקנה בידי ממונה ביקורת הגבולות, פקיד של משרד הפנים שמעולם לא הוכשר לכך, סמכות לגזור עונש כבד פי עשרה מהעונש אותו מוסמך להטיל קצין שיפוט בכיר בצה"ל על עבירת משמעת צבאית.

229. **זכויותיו של הנאשם**: עוד להבדיל, הליך השיפוט הצבאי מקנה שורה של ערובות להליך המשמעתי: (א) סעיפים 148-151 לחוק השיפוט מקנים לנאשם זכות לבקש את העברת הדיון לערכאה בכירה יותר – למפקדו של קצין השיפוט או לבית דין צבאי (ובמקרה האחרון, על פרקליט צבאי לברר את הבקשה לאחר שהנאשם זכאי לטעון לגביה בכתב לפניו); (ב) סעיף 159 לחוק השיפוט הצבאי קובע, כי "קצין שיפוט לא ידון נאשם ולא יגבה עדויות אלא בפניו וכן לא יעיין בעדויות בכתב אלא אם כן ניתנה לנאשם הזדמנות לעיין בהם; בתחילת הדיון יקרא בפניו את דברי התלונה, ולפני מתן הפסק יתן לו הזדמנות להשמיע את דברו"; (ג) סעיף 163 מקנה לנאשם זכות להגיש ערר על כל עונש שהוטל עליו; (ד) סעיפים 171-172 קובעים שלא ניתן להעמיד לדין משמעתי אדם שהובא בפני בית דין, ואם נפסק נגדו בהליך משמעתי טרם הבאתו לדין, הרי שהפסק בדין המשמעתי בטל; (ה) פקודת מטכ"ל מס' 33.0302 מרחיבה וקובעת שורה של חובות פרוצדוראליות ומהותיות ביחס לאופיו של ההליך המשמעתי

ולזכויות הנאשם. בין היתר נקבעו שם זכויותיו לחקור עדים, לזמן עדים ועוד. בענייננו, האדם שחוקר, שופט ומרשיע את המוחזק, לא רק נעדר כשירויות מינימליות לעשות זאת, אף אין בידי אמצעים להגיע לחקר האמת ולאזן את מכלול השיקולים הנדרשים, ואין כל ערובה פרוצדוראלית לזכויותיו של המוחזק.

230. הסמכות המינהלית אשר מוקנית לממונה מכוח סעיף 32כ3 הנה סמכות שיפוטית. על הממונה לברר אם בוצע מעשה או מחדל מאלו המנויים בסעיף 32כ3א) לחוק וככל שמצא שאכן כך הדבר ושלא חלה "תקופת ההתיישנות", בסמכותו לעשות רק אחד משניים: לגזור על שוהה עונש מאסר או לא להענישו כלל. אלא שהסמכתן של רשויות מינהליות לקבל החלטות שיפוטיות היא חריג אשר מחייב, למצער, הקפדה יתרה ביישומם של כללי הצדק הטבעי וכללי פרוצדורה נוספים (ר', למשל, בג"ץ 266/05 פילנט נ' סגן הפרקליט הצבאי, פ"ד נט(4) 707, 715 (2005)).

231. המחוקק לא קבע כלל לעניין הפרוצדורה הדיונית. כל שנקבע הוא כי אם "מצא" הממונה שנעברה "עבירה", יוכל לגזור את עונשו של האדם. ומה פירוש "מצא"? לא בכדי העירה על כך חה"כ מירי רגב, יו"ר ועדת הפנים והגנת הסביבה בישיבת הוועדה ביום 2.12.2013, בה נדון הסעיף, ליועץ המשפטי של רשות האוכלוסין וההגירה: "מה זה מצא? למה אתה כותב מצא? למה אתה לא יכול לכתוב משהו יותר ברור? [...] מי זה מצא, איך הוא מצא, הרי הוא לא ישב בלילה ועשה רייקי על הדברים." והלא בעוד שממונה ביקורת הגבולות אמור להיות בעל כישורים לקבוע האם אדם שוהה בישראל כדין, אם לאו, סעיף 32 מעניק לו סמכויות להכריע בשאלות אחרות לגמרי, שלא פעם בתי המשפט מתלבטים בהן, כגון האם נגרם נזק של ממש לרכוש, האם היתה פגיעה בסדר, האם אדם עבד, וכיו"ב. לדידו של החוק, די בכך שהממונה "מצא".

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

233. הפגיעה בזכות הליך הוגן נובעת לא רק מהעדר יכולת לקיים שימוע משמעותי ובירור יסודי של עובדות וטענות, אלא גם מניגוד עניינים מובנה. הממונה הוא הגוף החוקר, אוסף הראיות, המאשים והשופט. כאילו לא די בכך, לאחר שהוא מורה על גזירת דינו של המוחזק, הוא גם זה שלפניו יובא המוחזק, על מנת שיבחן האם קיימת עילה לשחררו.

234. כאמור עוד, על החלטת ממונה ביקורת הגבולות לא מתקיימת כל ביקורת שיפוטית יזומה, ולגורם היחיד אשר עשוי היה לקיים ביקורת מעין שיפוטית שכזאת, בית הדין לביקורת משמורת, לא הוקנתה בחוק סמכות. ממילא לעמדת המשיבים סמכותו של בית הדין, ואף סמכותו של בית המשפט לעניינים מינהליים ביושבו כערכאת ערעור על החלטות בית הדין, מוגבלות לדיון בעילות השחרור הקבועות בחוק ובסייגים להן (ר' עת"ס 1445-02-13 הלהלו נ' מדינת ישראל (פורסם בנבו, 16.5.2013)).

235. כלומר, על מי שנפגע מהחלטת הממונה להגיש מיוזמתו עתירה מינהלית. אלא שיוזמה זו מחייבת ידע, אמצעים וייצוג משפטי (ר': עמ"נ 14016-04-13 **אקלילו נ' שר הפנים** (פורסם בנבו, 2.5.2013), פסקה 27 לפסק הדין). לשוהים במתקן אין גישה לכל אלה, ובהעדר אפשרות לפרנס את עצמם ממילא לא יהיו להם אמצעים לעשות זאת. בהעדרה של ביקורת שיפוטית יזומה, תופעל ביקורת שיפוטית אך במיעוט זניח מן המקרים.

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

"ברי לכל כי בחברה מתוקנת לא ניתן להשלים עם קיומו של סטנדרט ענישה כפול שכן זה אינו עולה בקנה אחד עם עקרון השוויון – ממנו נגזרים עקרונות משנה אחרים בתורת הענישה כגון עקרון אחידות הענישה והאיסור בדבר אכיפה בררנית – המהווה נדבך מרכזי במאפייניה החוקתיים של שיטת המשפט הישראלית. יתר על כן, **גזירת עונש בהתאם למוצאו של אדם, מינו, עדתו או דתו כמוה כשקילת שיקולים זרים**. לא זאת אף זאת, מדיניות ענישה המביאה בחשבון את מוצאו האתני של אדם או השתייכותו החברתית עלולה לגרור השלכות חברתיות קשות כגון תיוג שלילי והכתמה של הקבוצה הרלבנטית." (ע"פ 5535/12 **כברי נ' מדינת ישראל** (פורסם בנבו, 1.5.2013) ההדגשה במקור).

237. סיכומם של דברים: מטרתו העונשית המוצהרת של סעיף 32 לחוק; חוסר האיזון בין עוצמת הפגיעה בזכויות חוקתיות ובראשן הזכות לחירות, לכבוד ולשוויון, אל מול היעדר אפשרות לקיים הליך דינוני לבירור טענות ועובדות; היעדר ערובות מינימליות להבטחת זכויותיו של המוחזק במתקן; כמו גם היעדר ביקורת שיפוטית אפקטיבית על החלטות ממונה ביקורת הגבולות – וכל זאת מתוך מטרה לקיים את משטר "המתקן הפתוח" – מבהירים, מעצמם, כי הסדר הכליאה ב"מתקן הפתוח" בכללותו אינו עומד במבחני המידתיות.

אכיפה בררנית ושלילת חירות שרירותית ללא ביקורת שיפוטית יזומה

238. מן הראוי לתת את הדעת עוד, לאכיפה הסלקטיבית ולשלילת החירות השרירותית הנוגעת אליו. למרכז יוכנס מי שיש קושי בגירושו וממונה ביקורת הגבולות החליט להשימו שם, "עד לגירושו מישראל, עד ליציאתו ממנה או עד למועד אחר שייקבע" (סעיף 32ד(א) לחוק). כלומר, אדם יכול למצוא עצמו במתקן ללא הגבלת זמן, על פי שיקול דעתו של פקיד. זאת אף אם הוא מחזיק ברישיון ישיבה כדון, ושוהה בישראל תקופה ממושכת (סעיף 32ד(ב)). הוא יכול למצוא עצמו שם, אף אם לא התאפשר לו מעולם להגיש בקשה למקלט (כפי שלא התאפשר לרוב האריתריאים והסודנים בישראל), או אפילו אם

הגיש בקשה ולא ניתנה בה מעולם החלטה (כפי שלא ניתנה החלטה באף אחת מן הבקשות של האריתריאים והסודנים, שהוגשו מחוץ לכלא).

239. במתקן "חולות" – הוא "מרכז השהייה" – יש 3,300 מקומות, שעל פי תכניות המשיבים יאוכלסו עד חודש פברואר 2014. מיהם, אם כן, בני המזל שיזכו לשהות במרכז ללא הגבלה ולקבל בו את "כל צרכם"? החוק שותק בעניין זה. כפי שציינו, הרשויות קידמו את הליך החקיקה כאחוזות אמוק, על מנת להקדים את המועד האחרון שנקבע בפסק הדין בעניין **אדם**, ולהעביר כמה שיותר כלואים, שהוחזקו על פי הוראות החוק שנפסל, אל המרכז. בתוך כך עיכבו עד כמה שיכלו את השחרורים. במה חטאו מי שמוחזקים מזה תקופה ממושכת מאוד בכלא, כמו העותרים 1 ו-2, שלא שוחררו עד כה בכוונת מכוון, שדווקא המשך כליאתם מתחייב עתה? במה הם נבדלים מאחרים ששוחררו בחודשים האחרונים או שוחררו בעבר? בדבר לא. ואחרים שיתרע מזלם ויישאלו לשם מ"מרכזי הערים", מבין עשרות אלפים שמצויים כיום בישראל? גם הם אינם שונים בדבר, זולת במזלם הרע. בחוק, כאמור, לא נקבעו קריטריונים על פיהם יוכרע מי לשבט ומי לחסד, מי יותר בן חורין ועל מי יגזר מעצר מינהלי ללא הגבלת זמן. החלטה זו, שיש בה פגיעה אנושה בזכויות אדם בסיסיות ובראשן הזכות לחירות, הותר המחוקק לשיקול דעתם של פקידי משרד הפנים.

240. השהים בישראל שאינם בני גירוש מהווים קבוצה הומוגנית, והם זכאים ליחס שווה ולזכויות פרטיקולאריות הנובעות ממעמד המיוחד. לא ניתן להבחין בין חברי הקבוצה לצורך שלילת חירותם ופגיעה במכלול זכויותיהם בהעדר קריטריונים רלוונטיים לעניין. הבחנה כזו תהווה בהכרח אפליה האסורה על פי דין. משכך, השמה במעצר מינהלי של כמה מאות בשלב ראשון, ולכל היותר 3,300 בסוף התהליך, המהווים אחוז מבוטל מבין עשרות האלפים השהים כיום בישראל הינה אכיפה סלקטיבית שתוצאתה מעצר שרירותי תוך פגיעה עמוקה בזכות לשוויון. הסדר שכזה פוגע פגיעה אנושה בזכות לחירות ובזכות לשוויון של מבקשי המקלט בישראל, ועומד בניגוד לעקרונות יסוד של המשפט הישראלי והבינלאומי (נשוב ונפנה בעניין זה לסעיף 9(1) לאמנה בדבר זכויות אזרחיות ומדיניות, וכן להוראות המיוחדות בעניינם של מבקשי מקלט ופליטים. ר': סעיפים 91 ו-92 לפסק דינה של השופטת ארבל בעניין **אדם**).

241. אכיפה בררנית היא "אכיפה הפוגעת בשוויון במונח זה שהיא מבדילה לצורך אכיפה בין בני אדם דומים או בין מצבים דומים לשם השגת מטרה פסולה, או על יסוד שיקול זר, או על יסוד שרירות גרידא." (בג"ץ 6396/96 **זקין נ' עיריית באר שבע**, פ"ד נג(3) 289, 305 (1999)). הלכה היא כי אכיפה בררנית היא פסולה ואסורה ואף מהווה טעם מרכזי להגנה מן הצדק (שם). טענת האכיפה הבררנית נבחנת תוך התייחסות לשאלות מהי קבוצת השוויון שבתוכה מתבצעת האכיפה וכיצד יש לאבחן מקרים של אכיפה בררנית פסולה ממצבים רגילים של אכיפה חלקית מטעמים לגיטימיים.

242. לענייננו, ברי כי קבוצת השווים מורכבת מכלל אזרחי אריתריאה וסודן אשר לא ניתן לגרשם מישראל, ועימם מי שעוד נכנסו דרך גבולה של ישראל, ואי אפשר לגרשם לעת הזו. נראה כי המפתח לשאלה האם אכן מדובר באכיפה בררנית או שמא מדובר בפעולה מוצדקת של אכיפה חלקית מטעמים לגיטימיים טמון בחוק החדש. המשיבים יצרו בחוק מנגנון אשר מאפשר כליאת אנשים לזמן בלתי מוגבל, מבלי

שטרחו לקבוע באופן מפורש מהם הקריטריונים לאכיפה, או למצער להתוות את שיקול דעתה של הרשות באשר למאפייניהם של אותם האנשים שיש לשלול את חירותם. במצב דברים זה, סלקטיביות האכיפה ושרירות ההחלטה ברורים מאליהם: שיקול הדעת של פקידי רשות האוכלוסין מוגבל אך ורק על ידי התכולה המקסימאלית שיכול מתקן הכליאה לאכלס. החוק מאפשר, להוסיף ולכלוא אנשים כל עוד נותרו מקומות פנויים במרכז.

243. האיסור על הגבלת חירות באופן שרירותי אינו תחום רק לשלילת חירות קיצונית בדמות מעצר, אלא גם למקרים שבהם ננקטים אמצעים אחרים להגבלת חירותו של אדם (ר' והשווה: בג"ץ 7015/02 עג'ורי נ' מפקד כוחות צה"ל בגדה המערבית, פ"ד נו(6) 352 (2002)). זאת ועוד, "על פי רוב, כאשר מועלית טענה של אכיפה בררנית, הדבר נעשה בנסיבות שבהן הטוען מצביע על מקרים רבים שבהם לא נעשתה אכיפה כלפי אחרים. במקרים מסוג זה, שבהם הטוען הוא במעמד של 'שעיר לעזאזל' לכאורה יש בסיס איתן לטענת האכיפה הבררנית." (ע"פ 8551/11 כהן סלכגי נ' מדינת ישראל (פורסם בנבו, 12.8.2012)). נדמה כי אין דרך מדויקת יותר מ"שעיר לעזאזל" כדי לתאר את מעמדם של מי שיורו אותם להיכנס למרכז באחת ולזמן בלתי מוגבל. כיצד ניתן להצדיק את העברתם למרכז של מיעוט מבוטל ואקראי של אנשים, אשר אין כל הבדל ביניהם לבין יתר חבריהם לקבוצת השווים, אלא בהיותם שעירים לעזאזל? תוצאתה של אכיפה בררנית זו היא בהכרח הגבלת חירות שרירותית, ולכך אין סמכות (ר': עניין **מרעב**, בעמ' 349).

244. לסיכום הדברים הללו: סעיף 32ד חושף כל אחד ואחד מן השוהים בישראל בני גירוש בכל עת ובאופן אקראי לשלילה של רישיונות הישיבה שלהם ולהעברה מיידית ל"מרכז השחייה". לא נדרש שום טעם מיוחד לשלילת החירות. עצם היותו של אדם מי שאינו בר גירוש הוא עילה מספקת לנהוג בו כך. החוק אף אינו מזכיר ולו עילה אחת, שמכוחה יוכל אדם להשתחרר מן המתקן.

245. כל זאת, ללא שתהיה כל דרך להתגונן בפני אירוע שכזה. החוק אינו קובע כל מנגנון לביקורת שיפוטית עתית ויזומה על ההחלטה. בית הדין לביקורת משמורת אינו מוסמך לדון בהחלטות הממונה, והמשמעות היא שהדרך היחידה להביא את החלטת הממונה לביקורת שיפוטית היא הגשת עתירה מינהלית. כפי שצינו, יוזמה לפעילות משפטית מצד המוחזקים מחייבת ידע, אמצעים וייצוג משפטי, ולשוהים במתקן אין גישה לכל אלה.

הסעד החוקתי

246. תיקון מס' 4 לחוק למניעת הסתננות קובע הסדר חקיקתי כולל, הפוגע בצורה אנושה בזכויות יסוד חוקתיות המוגנות בחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו. בפסק הדין בעניין **אדם** קיים בית המשפט ניתוח מקיף של הפגיעה בזכויותיהם החוקתיות של מי שהחוק חלק עליהם ושל הקבוצה המרכזית – גברים, נשים וילדים המוגנים משפטית מפני גירוש לעת הזו, ולא מתקיימים בעניינם הליכי גירוש אפקטיביים.

247. תיקון מס' 4 חל על אותה קבוצת אנשים, וההכרעות שהתקבלו בעניין **אדם** ביחס למבחני המידתיות יפים גם לענייננו ואין צורך לחזור עליהן בפירוט. גם כאן לא ניתן להצביע על קשר רציונאלי בין האמצעים שננקטו לתכליות (הפסולות) של התיקון, וודאי שלא במידה הנדרשת בשעה שמדובר באמצעים בעלי השלכה כה קשה על חירות הפרט; גם כאן ניתן להצביע על אמצעים חלופיים, דוגמת אלה שהוצגו בפסק הדין בעניין **אדם**; גם כאן לא מתקיים יחס ראוי בין התועלת (הספקולטיבית) של החוק לבין הפגיעה האנושה (והוודאית) בזכויות יסוד מוגנות.

248. תיקון מס' 4 עושה שימוש בכלי של מעצר מינהלי לאורך זמן ושל החזקה בכלא המכונה "מרכז שהייה" של מי שלא ניתן להרחיקם מישראל על מנת להרתיע אחרים. הוא מבקש להרחיק אותם מהחברה ולהושיב אותם במושבת עונשין, המכונה "מרכז שהייה", תחת הכותרת המקושטת "מניעת השתקעות". הוא מבקש באופן מוצהר לשבור את רוחם, לכופף את רצונם ולעוות את מאווייהם של מבקשי מקלט ושל מי שזכאים להגנה משלימה עד שיגידו "רוצה אני לשוב למקום בו נשקפת לי סכנה". שלוש תכליות פסולות אלה מלמדות על הגיונו הבלתי ראוי של התיקון כולו ועל הצורך לבטלו מן המסד ועד לטפחות.

249. דברי בית המשפט ביחס לתיקון מס' 3 בפרשת **אדם** יפים אף ביתר שאת לענייננו של תיקון מס' 4 :

"לא ניתן להפריד בין חלקי התיקון לחוק למניעת הסתננות כאשר הוראתו המרכזית בטלה. מכך נובע כי לא ניתן יהיה ליישם את הסדרי התיקון באופן כללי לאחר בטלות הוראת סעיף 30א(ג)(3) לחוק, ולכן יש לקבוע כי ההסדר בטל בכללותו, ויש לקבוע תחת הסדר זה הסדר חוקי אחר. מסקנה זו מייצרת, מן הסתם, את הצורך לבחון את חוקתיות יתר הוראות התיקון שנתקפו על ידי העותרים." (שם, פסקה 116 לפסק דינה של השופטת ארבל).

וכן :

"בנסיבות העניין, אינני סבור כי יש מנוס מהכרזה על ביטול האפשרות להפעיל את הסדרי המשמורת הקבועים בסעיף 30א לחוק. הגם שלא ניתן בעתירה שלפנינו צו על תנאי המכוון להוראות התיקון בכללותו, הרי שצירוף הוראות התיקון שבעניינן ניתן צו על תנאי מכסה למעשה את חלק הארי של הסדר המשמורת, ומותיר את שארית התיקון כאוסף הוראות שאין להן משמעות בפני עצמן." (שם, פסקה 43 לפסק דינו של השופט פוגלמן).

ור' גם : בג"ץ 2605/05 **המרכז האקדמי למשפט ולעסקים נ' שר האוצר** (פורסם בנבו, 19.11.2009), פסקה 65 לפסק דינה של הנשיאה ד' ביניש.

250. הצהרה מלאה ומיידיית על בטלות הוראות תיקון מס' 4 לא תותיר חלל נורמטיבי ריק, שכן עם ביטול הוראותיו לא תהיה מניעה ליישם את הוראות חוק הכניסה לישראל, כפי שנעשה בעניין **אדם**.

251. לחלופין, הסעד החוקתי הראוי הוא ביטול הוראות סעיף 30א, שעניין חוקתיותו כבר הוכרע בפרשת **אדם**, וביטול הוראות פרק ד' לחוק, המאפשר שלילת חירות בלתי מוגבלת בזמן וללא ביקורת שיפוטית תחת מסווה של "מרכז שהייה", המנוהל על ידי שירות בתי הסוהר, ובו סמכויות מרחיקות לכת לשליטה בכל היבט בחייהם של הכלואים ולענישה מינהלית באמצעות מאסר ללא משפט.

מכל הטעמים האלה יתבקש בית המשפט הנכבד ליתן צו על תנאי כמבוקש, ולאחר קבלת תשובת המשיבים להופכו למוחלט.

15 בדצמבר 2013

עודד פלר, עו"ד

ענת בן-דור, עו"ד

אסף וייצן, עו"ד

אסנת כהן ליפשיץ, עו"ד

אלעד כהנא, עו"ד

נמרוד אביגאל, עו"ד

יונתן ברמן, עו"ד

באי כוח העותרים