

**בבית משפט העליון  
בשבתו כבית משפט גבוה לצדק**

בג"ץ 7385/13  
בג"ץ 8425/13  
קבוע לדיון ביום 1.4.14 בפני כבוד  
הנשיא א' גרוניס, כבוד המשנה  
לנשיא מ' נאור, כבוד השופטת ע'  
ארבל, כבוד השופט ס' ג'ובראן,  
כבוד השופטת א' חיות, כבוד  
השופט י' דנציגר, כבוד השופט נ'  
הנדל, כבוד השופט ע' פוגלמן,  
כבוד השופט י' עמית

**העותרים בבג"ץ 7385/13: איתן – מדיניות הגירה ישראלית ואח'**

באמצעות עוה"ד דורון טאובמן ו/או ירון קוכמן ואח'  
כספי ושות', משרד עורכי דין  
רחוב יעבץ 33, תל-אביב 6525832  
טל: 03-7961000; פקס: 03-7961001.

- העותרים בבג"ץ 8425/13:**
1. זרי גבויסלאסי
  2. טדרוס הבטהמרים
  3. המוקד לפליטים ולמהגרים
  4. האגודה לזכויות האזרח בישראל
  5. א.ס.ף. ארגון סיוע לפליטים ומבקשי מקלט בישראל
  6. קו לעובד
  7. רופאים לזכויות אדם – ישראל
  8. המרכז לקידום פליטים אפריקאים

- נ ג ד -

- המשיבים בבג"ץ 7385/13:**
1. ממשלת ישראל
  2. ראש הממשלה
  3. שר הביטחון
  4. שר הפנים
  5. השר לביטחון פנים
  6. שר האוצר
  7. שרת המשפטים
  8. שר הכלכלה
  9. מנהל רשות האוכלוסין וההגירה
  10. היועץ המשפטי לממשלה
  11. הממונה על ביקורת הגבולות במשרד הפנים

- המשיבים בבג"ץ 8425/13:**
1. הכנסת
  2. שר הפנים
  3. שר הביטחון
  4. השר לביטחון פנים
  5. היועץ המשפטי לממשלה

**בשם העותרים בבג"ץ** עו"ד דורון טאובמן; עו"ד ירון קוכמן  
**:7385/13**

בשם העותרים בבג"ץ עו"ד 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  
8425/13:

בשם המשיבים בבג"ץ עו"ד יוכי גנסי; עו"ד רן רוזנברג  
7385/13:

בשם המשיבה 1 בבג"ץ עו"ד ד"ר גור בליי  
8425/13:

בשם המשיבים 2-5 בבג"ץ עו"ד יוכי גנסי; עו"ד מיכל מיכלין-פרידלנדר; עו"ד רן רוזנברג  
8425/13:

## תשובה מטעם איתן ותושבי דרום תל-אביב (העותרים בבג"צ

### 8425/13) לעתירה בבג"צ 7385/13

בהתאם להחלטת כבוד הנשיא מיום 16.2.14, מתכבדים בזאת העותרים בבג"צ 7385/13 (לשם הנוחות) וכונו בכתב תשובה זה ולצרכיו "תושבי דרום ת"א" או "המשיבים" להגיש את תשובתם לעתירה שהוגשה בבג"צ 8425/13 ("העתירה המחודשת").

איתן - מדיניות הגירה ישראלית, ע.ר. ("איתן") ותושבי דרום ת"א סבורים כי יש לדחות את העתירה המחודשת ולקבל את עתירת איתן ותושבי דרום ת"א שהוגשה בבג"צ 7385/13. סעד זה ותוצאה זו מתחייבים, מתבקשים והינם הכרחיים ממש הן מכוח ובהתאם להוראות פסק-הדין שניתן על-ידי בית המשפט הנכבד בבג"צ 7146/12 נג'ט סרג' אדם נ' הכנסת<sup>1</sup>, הן מכוח הלכות הביקורת השיפוטית ובחינת חוקיות דבר חקיקה ראשית, הן מכוח כל איזון בין זכויות היסוד של כל הגורמים המושפעים מהסוגיה דנן, הן מכוח צו ההיגיון והן מכוח התחשבות במצוקתם הממשית וסבלם המוחשי של המשיבים.

### הקדמה - על העתירה המחודשת, מנקודת מבטם של המשיבים

1. הח"מ מבינים כי העותרים פועלים למען מטרה חברתית-סוציאלית, כפי שהם מוצאים לנכון, ועושים כל אשר לאל ידם לשם קידומה. האמור בהמשך אינו ולא נועד לגרוע ולו כמלוא הנימה מכך.
2. העתירה המחודשת - ממוחזרת יש לומר - הינה תד-צדדית וחד-מימדית באורת חריג.
3. בגדר זאת, ובמסגרת חתירתם של העותרים למטרתם, העתירה המחודשת קוראת אל תוך פסק-הדין הקודם קביעות ואו מסקנות שלא הופיעו בו, מאמצת פרשנות "יצירתית" שלו, מנסה

<sup>1</sup> בג"ץ 7146/12 נג'ט סרג' אדם נ' הכנסת, פורסם בנבו, 16.09.2013, "פסק-הדין הקודם" או "עניין סרג'".

לשכתבו, וטוענת על-בסיסו כביכול טענות שפשוט אין להן זכר במסגרת פסק-הדין הקודם, וזאת למיטב הבנת המשיבים.

4. יתר על כן, העתירה המחודשת אינה מזכירה ואינה מציינת ולו בבדל תג או אות את צידה השני של ה"משוואה", קרי את אלה הסובלים (לשון עדינה) מתופעת ההסתננות, ובעיקר – תושבי דרום ת"א.

5. העותרים מבקשים כביכול להציע תוואי לביצוע ביקורת שיפוטית על תיקון מספר 4 ("התיקון" או "התיקון החדש")<sup>2</sup> של החוק למניעת הסתננות (עבירות ושיפוט), תשי"ד-1954 ("החוק" או "החוק למניעת הסתננות").

6. אין ולא יכול להיות ספק כי כל דיון רציני בסוגיה דנן, לא כל שכן דיון בשיקולים השונים העומדים על המדוכה במסגרת של ביקורת שיפוטית ואיזון בין הזכויות של הצדדים השונים, חייב לקחת בחשבון, לשקלל, לאזן ולהתחשב במצוקתם וסבלם של תושבי דרום ת"א והפגיעה הקשה והיום-יומית הנגרמת להם.

7. במסגרת פסק-הדין הקודם, בית המשפט הנכבד דן בהוראות פסקא 30א(ג)(3) שנוספו לחוק במסגרת התיקון הקודם שלו (תיקון מספר 3, "התיקון הקודם")<sup>3</sup>, וקבע כי תקופת הזמן הארוכה של שלוש השנים שנקבעה בגדרו היא שמביאה לתוצאת ביטול סעיף 30א של החוק.

8. בית המשפט הנכבד הבהיר כי הוא מניח שתוצאת פסק-הדין לא תהיה קלה לציבור הישראלי, ובמיוחד לתושבי דרום ת"א, אך ציין כי הוא מאמין שהמדינה תמצא דרך באמצעים חלופיים כדי לנסות ולהקל עליהם<sup>4</sup>. בית המשפט הכיר בכך שהאינטרס הציבורי בהתמודדות עם תופעת ההסתננות הוא אינטרס חשוב, שעבור התושבים מדובר באינטרס חיוני, ושעל הרשויות מוטלת חובה לפעול כדי לסייע להם<sup>5</sup>.

9. בית המשפט הנכבד ציין, בהקשרן של ההשלכות על האוכלוסייה המקומית והקשיים עימם היא מתמודדת, כי קיימים אמצעים חלופיים רבים בהם יכולה המדינה לנקוט כדי להתמודד עם אותן השלכות<sup>6</sup>; כי אין חולק בדבר הצורך לנקוט צעדים אופרטיביים כדי להתמודד עם השלכותיה של תופעת ההסתננות ויפה שעת אחת קודם, אך קיימות אפשרויות פוגעניות פחות שלא נעשה ניסיון

---

<sup>2</sup> ס"ח תשע"ד מסי 2419 מיום 11.12.2013 עמ' 85 (ה"ח הממשלה תשע"ד מסי 817 עמ' 122) - הוראת שעה (תיקון) תשע"ד-2013.

<sup>3</sup> החוק למניעת הסתננות (עבירות ושיפוט) (תיקון מס' 3 והוראת שעה), התשע"ב-2012.

<sup>4</sup> בסעיף 120 של חוות-דעת כבוד השופטת ע' ארבל.

<sup>5</sup> בסעיף 30 של חוות-דעת כבוד השופט ע' פוגלמן.

<sup>6</sup> בסעיף 114 של חוות-דעת כבוד השופטת ע' ארבל.

למצותן<sup>7</sup>; כי לא ניתן להתעלם מהמציאות שהולידה את התיקון הקודם, לרבות תוצאות קשות במגוון תחומים, ובהם - הידרדרות ביטחון הפנים ותחושת הביטחון האישי באזורים שונים; פגיעה ברמות השכר והתעסוקה של עובדים רבים; גידול בהוצאות תקציביות בגין שירותי רפואה, רווחה וחינוך; התפתחות שווקים בלתי-מפוקחים; ומכך שהנפגעים העיקריים מן ההגירה הבלתי-חוקית המאסיבית הם בני השכבות הסוציו-אקונומיות החלשות יותר, אשר חופש העיסוק, יכולתם להשתכר שגר הוגן, שלום הציבור במובן הרחב ותחושת שלום הציבור - ספגו פגיעה קשה<sup>8</sup>.

10. ודוק: המשיבים, במצוקתם וסבלם כי רבים הם, סבורים בכל הכבוד ומנקודת ראותם כי התיקון הקודם היה נדרש, ראוי ומתבקש (ואף בו לא היה די).

11. משבוטלו הוראותיו של התיקון הקודם, סבורים המשיבים כי המחוקק הראשי פעל בהתאם למצוותו והוראותיו של בית המשפט הנכבד, שקל היטב את האמור בפסק-הדין הקודם וערך איוון נאות בין השיקולים השונים.

12. המחוקק הראשי נשמע להנחיית בית המשפט הנכבד ולדבריו, כי **ההתמודדות עם תופעת ההסתננות היא אינטרס חיוני ומוטלת על המדינה חובה כדי לסייע לתושבי דרום ת"א**; המחוקק הראשי בחר במסגרת התיקון החדש באמצעים חלופיים שפגיעתם פחותה; המחוקק הראשי הקשיב היטב להערות בית המשפט הנכבד לפיהן יש לנקוט בצעדים אופרטיביים כדי להתמודד עם השלכות תופעת ההסתננות בהקדם האפשרי ויש לנסות ולמצות אמצעים נוספים.

13. והנה, לא רק שהעותרים מבקשים בהגשת עתירתם לעיצומה ובטיעוניהם במסגרתה, להתעלם כליל מהמשיבים, מזכויותיהם ומהפגיעה האקוטית בהן, אלא שהם גם מבקשים להתעלם מפסק-הדין הקודם.

13.1 כך, ובשים לב לקביעות שבפסק-הדין הקודם אודות אורך תקופת המשמורת שנקבעה מכוח התיקון הקודם, נקבעה במסגרת התיקון תקופה קצרה באופן מהותי של התזקה במשמורת;

13.2 כך, התהיות וההערות בכל הקשור לתועלת שבהחזקת כ-2,000 מסתננים במשמורת מקום שמצויים בישראל עשרות אלפים, נפתרו גם הן, שכן מנגנון ההחזקה במשמורת הינו "צופה פני עתיד" ולא נועד לחול על מסתננים המצויים בישראל; סעיף 30א(ג) של החוק ואו ההחזקה במשמורת אינם רלבנטיים ולא יחולו לגבי אותם 2,000 מסתננים שהוחזקו במשמורת קודם לכן ושאליהם התייחס בית המשפט הנכבד, כך שאותם ספקות ותהיות

<sup>7</sup> בפסקא האחרונה של חוות-דעת כבוד השופט י' דנציגר.

<sup>8</sup> בסעיף 2 של חוות-דעת כבוד השופט נ' הנדל.

באשר לתועלת בהחזקת כמות קטנה באופן יחסי של מסתננים במשמורת לעומת מספרם של אלה מבין המסתננים שאינם מצויים במשמורת – כבר אינם חלים ואינם רלבנטיים ;

13.3 כך, בשים לב לקביעות שבפסק-הדין, נחקקו הוראות המסדירות את פעולתו של מרכז שהייה למסתננים, כשעיקרון יסוד שעוגן במסגרת הוראות סעיף 32ה הינו כי: "במרכז שהייה יסופקו לשוהים תנאי מחיה הולמים, ובכלל זה שירותי בריאות ורווחה". הפעלת מרכז שהייה למסתננים צוינה במסגרת פסק-הדין כאמצעי חלופי שניתן לנקוט בו ושיסייע להשיג את התכלית המתבקשת באופן פוגעני פחות, קרי: כאמצעי שיצלח ויעמוד במבחן המידתיות.

14. העותרים מודעים למצב דברים זה, וזה גם הטעם שהמשיבים כינו את העתירה כ"מחודשת", שכן למעשה היא מביאה מחדש את אותם הטענות שהובאו בעתירה הקודמת ומבקשת להתעמת עם פסק הדין הקודם.

14.1 בכל הקשור לתקופת השהייה במשמורת, העותרים מבקשים להתעלם ו"לשכתב" את פסק-הדין הקודם.

14.2 העותרים מודעים גם לכך שבית משפט נכבד זה בפסק דינו הקודם הציג את מתקן השהייה הפתוח כחלופה ראויה ומיידתית. בצר להם, מלינים העותרים על עניינים טכניים שנמצאים בליבת שיקול הדעת של הרשות המחוקקת, ולמעשה של מחוקק המשנה ואו הרשות המבצעת, לרבות מיקום מתקן השהייה, מיהות המעסיק של הסגל העובד בו, נהלים שנקבעו בעניינו, תפוסת המתקן ועוד ועוד.

העותרים מבקשים מבית המשפט הנכבד להתערב בפרטי הפרטים של אמצעי שהוכר כלגיטימי במסגרת פסק-הדין הקודם. האם בית המשפט הנכבד הוא שאמור לדון ולקבוע היכן ימוקם המתקן הפתוח – שמא יקורב לעיר באר-שבע או יורחק מדימונה? האם בית-המשפט הנכבד הוא שאמור להיכנס לפרטי הפרטים ולקבוע איזה גוף יעסיק את העובדים במתקן, ואולי גם האם ואילו מדים ילבשו ובאילו אמצעים ולפי אילו נהלים יותר להם לפעול?

עם כל הכבוד, ככל וסוברים העותרים כי יישום החוק על ידי הרשות המבצעת אינו תקין בעיניהם, הרי שפתוחה הדרך בפניהם להגיש עתירה מינהלית מתאימה, ולערער לבית משפט נכבד זה במידת הצורך.

15. עד כאן באשר לעותרים ולטענותיהם כנגד החוק המתוקן.

16. המשיבים בדעה כי התיקון החדש מהווה צעד, חשוב יש לומר, ב"כיוון הנכון". מדובר בהתפתחות מבורכת, גם אם לא שלמה או אידיאלית, בהתמודדות עם תופעת ההסתננות.

17. המשיבים בדעה כי יש להמשיך בתוואי זה, בו החל לפעול המחוקק אך על משרדי הממשלה להוסיף ולנקוט בצעדים נוספים, חלקם גם כאלה שצוינו כאמצעים חלופיים במסגרת פסק-הדין

הקודם ואו נוספים, וביניהם נקיטת פעולות אכיפה כנגד מעסיקים, קביעת ערבויות והקמת קרן בה יופקדו חלק משכר העבודה, אשר יועבר למסתננים עם יציאתם מהארץ. לכך (גם לכך) נועדה עתירת המשיבים.

18. באותה נשימה מבקשים המשיבים להבהיר בכל לשון, כי כל איזון, בחינה חוקתית וחוקית, יישום של מבחני המידתיות צריכים לקחת בחשבון את שעובר על תושבי דרום ת"א, ותוצאתם חד היא – דחיית העתירה המחודשת וקבלת עתירת תושבי דרום ת"א.

19. וגם זאת חשוב להדגיש במסגרת כל דיון בסוגיה זהכא: תופעת ההסתננות והנזקים העצומים הנלווים לה אינם מנת חלקם של תושבי דרום ת"א בלבד. כפי שיובא בהמשך, מדובר בתופעה רחבת היקף שגורמת לנזקים רבים כלליים ושומה על המדינה לנקוט כלפיה במדיניות ברורה וחד משמעית, על מנת לצמצם ככל שניתן ואף לאיין, את השפעותיה ההרסניות על מדינת ישראל.

20. המשיבים מבקשים, מפצירים ועותרים לבית המשפט הנכבד כי ישמע את זעקתם ואת מצוקתם, שכן הגיעו מים עד נפש; יש להתיר לרשויות השונות - המחוקקת והמבצעת - לעשות מלאכתן ולנקוט בצעדים לצורך התמודדות עם תופעת ההסתננות.

21. המשיבים גם עותרים לבית המשפט הנכבד בבקשה (הלא שגרתית) הבאה: אם וככל שישקול בית המשפט הנכבד להיעתר (משום מה) לעתירה, הרי שקודם לכן הוא מתבקש להתרשם באופן בלתי אמצעי מהמצב בשטח ולבקר בשעות הערב בשכונות הדרומיות של תל-אביב לצורך מתן פסק דינו; להבין את מצוקתם וכאבם של התושבים; לראות את הקולות "ללא מתווכים". המשיבים סבורים כי הדבר הכרחי ונדרש לצורך ביצוע איזונים באופן ראוי במסגרת בחינת דבר החקיקה דנן.

22. עוד נוסף ונציין, ובכך נחתום פרולוג זה, כי בכתב תשובה זה נבקש גם להתמודד עם מספר סוגיות הנטענות על ידי העותרים אשר בעניינן נדרש להעמיד דברים על דיוקם ועובדות על מכוון.

### השער הראשון - דרום ת"א, מדינת ישראל והמסתננים

א. מעט על היקף התופעה – הכמות עושה את האיכות; ההיקף מחייב דחיית העתירה מכוח איזון ובחינה חוקתית

23. בפרק זה, יבקשו המשיבים להציג בפני בית המשפט הנכבד נתונים מספריים, אשר ימחישו, יותר מכל את המציאות התמורה אליה התדרדרו תושבי דרום ת"א.

23.1 נכון לסוף שנת 2012, התגוררו בתל-אביב על-פי ההערכות הגסות מעל ל- 50,000 (חמישים אלף) מסתננים.

23.2 נכון לסוף שנת 2012 (על-פי שנתון 2013 של עיריית תל-אביב יפו), בתל-אביב חיים כ- 414,600 תושבים<sup>9</sup>.

23.3 התוצאה הפשוטה הינה כי המסתננים מהווים למעלה מ-12% (שנים עשר ממאה) ממספר המתגוררים בעיר!!

24. נתונים "יבשים" אלה אינם ממחישים את חומרת המצב במלואה. כידוע, ואת זאת איש לא יכחיש, אוכלוסיית המסתננים בעיר תל-אביב, שיש מבין אלה המסיירים בקרבה ובאזורי מגוריה בתל-אביב המתארים אותה כ"מדינה בתוך מדינה" או "עיר בתוך עיר", מתמקדת במספר מצומצם של שכונות בעלות חתך סוציו-אקונומי שאינו גבוה מלכתחילה בדרום העיר, ובעיקר בשכונות התחנה המרכזית הישנה, שפירא, יד אליהו ושכונת התקווה, שכונת עזרא והארגזים וקריית שלום.

25. התוצאה הינה כי מספר גבוה (לשון עדינה) של המסתננים אינו "מתפרש" על שטח העיר כולו, קרי: על כלל השטח בו מתגוררת אוכלוסיית העיר. כלומר: אוכלוסיית המסתננים מהווה, בכוח ובפועל, שיעור גבוה של 40% ואפילו למעלה מ-50% של האוכלוסייה באותן שכונות בהן היא מתרכזת.

26. עדכון של ד"ר נחמה, מנהל האגף לבריאות הציבור, מינהל השירותים החברתיים בעיריית תל-אביב יפו מלמד על שיעור המסתננים בשכונות בהן הם מתגוררים:

26.1 93% (תשעים ושלושה אחוזים) ממשפחות המסתננים מטופלות בנקודות טיפות חלב ב-4 (ארבעה) אזורים בלבד בעיר, עובדה המצביעה וממחישה את ריכוזם בשכונות ספציפיות, כשלמעלה ממחציתם מטופלים באזור התחנה המרכזית הישנה.

26.2 באזור התחנה המרכזית הישנה ילדי המסתננים ומהגרי העבודה מהווים כ-93% (תשעים ושלושה אחוזים) (!!) מסך התינוקות המטופלים בטיפת החלב (וכ-91% מסך הילדים).

26.3 בשכונת עזרא והארגזים הם מהווים כ-47% מסך התינוקות (וכ-31% מהילדים).

26.4 ביד אליהו הם מהווים כ-25% מהתינוקות (וכ-19% מהילדים).

26.5 נכון ליום 8.1.14 ולפי דיווח מינהל השירותים החברתיים של עיריית תל-אביב יפו, בשנה האחרונה והחל מינואר 2013 חלה עלייה של כ-15% במשפחות המסתננים ושל כ-19% בילדים. בשנה האחרונה חלה עלייה של כ-44% במשפחות ושל כ-45% בילדים המטופלים במרפאות טיפות החלב. החל מיולי 2013 חלה עלייה של 18% במשפחות ושל 13% בילדים המטופלים במרפאות טיפת חלב.

<sup>9</sup> בקישורית: <http://www.tel-aviv.gov.il/TheCity/Pages/StatisticalReview2013.aspx>

העתק מכתב מנהל האגף לבריאות הציבור, מינהל השירותים החברתיים בעיריית תל-אביב יפו מיום 8.1.2014 מצורף כנספח 1 של כתב תשובה זה.

27. יפים לענייננו בהשאלה דבריו של כבוד השופט א' ברק (כתוארו דאז) בעניין רסלר<sup>10</sup> (אליהם הפנה כבוד השופט עמית בעניין סרג'): :

**"על-כן יש חשיבות, בסופו של חשבון, למספרם של בחורי הישיבה שגיוסם נדחה. קיים גבול, שאותו אין שר ביטחון סביר רשאי לעבור. הכמות עושה איכות".**

28. הגבול הרלוונטי נחצה זה מכבר (לשון עדינה), בבתים, בשכונות ובכיכרות העיר. הכמות הפכה לאיכות. ה"קו האדום" המספרי נחצה. לא חשש של ממש יש כאן, כי אם פגיעה של ממש יש כאן, מוחשית וקשה מנשוא, בריבונות, בזהות, בצביון התרבותי-חברתי, במבנה האוכלוסייה, בצפיפות, ברווחה, בכלכלה, בביטחון הפנים והסדר הציבורי בשכונות דרום תל-אביב הרלבנטיות, באופן המביא לפגיעה (ולא חשש, אלא פגיעה של ממש) בחוסן ו"לשבירת מפרקתם" של תושבי דרום תל-אביב.

29. חלק מהעותרים, היו גם העותרים בעתירה קודמת שתקפו בזמנו (בג"צ 5616/09 המרכז לקידום פליטים אפריקאיים ואח' נ' משרד הפנים ואח') את נוהל "גדרה חדרה" של משרד הפנים. באותה עתירה טענו העותרים בכל תוקף, כי לא ניתן להגביל את תנועתם של המסתננים, שכן בתל אביב הם מקבלים את השירותים הרפואיים ושירותים נוספים, ארגוני זכויות האדם נמצאים בתל אביב, שירותי החינוך מסופקים להם בתל אביב, וכן "איזור גוש דן מספק, באופן יחסי, אפשרויות עבודה רבות יותר למבקשי המקלט .... "השוק" ,,, הוא זה אשר "הביא" את מבקשי המקלט לתל אביב, בחלק גדול מן המקרים".

כתב העתירה בבג"צ 5616/09 מצורף כנספח 2 של כתב תשובה זה.

30. נמצא, כי העותרים עצמם מודעים לכך שאוכלוסיית המסתננים מתרכזת באזור המרכז וכי הגורם המכריע לכך הוא ה"שוק החופשי" ואפשרויות התעסוקה שמוצעים באזור זה למסתננים. על אף שאין "לפטור" ו"לפתור" את המדינה על כך ששחררה אלפי מסתננים לרחובות דרום תל אביב, בהעדר מתקני שהייה, ברי לכל כי המסתננים יגיעו בכל מקרה לאזור בו יש אפשרויות תעסוקה וקהילה קולטת. התרכזות קהילות מהגרים והתופעות השליליות שגלוות לכך הם תופעה מוכרת ברחבי העולם המערבי ואין לשער כי במדינת ישראל המצב יהיה שונה, במקרה שישתקעו בשטחה עשרות אלפי מהגרים לא חוקיים ממדינות לא מפותחות.

<sup>10</sup> בג"ץ 910/86 רסלר נ' שר הביטחון, פ"ד מב(2) 441, 505.



31. בעיית הריכוז הגבוה בדרום תל אביב איננו מסתכם רק במגורים בפועל, שכן האזור הפך דה פקטו למרכז בילוי חברתי ותרבותי של המהגרים, המגיעים בסופי שבוע וחגים לדרום תל אביב בעשרות אלפים מכל רחבי הארץ, תוך פגיעה ממשית ובלתי נסבלת בחייהם של התושבים.
32. המשיבים מבקשים להדגיש אפוא, כי ההסתכלות ו"קבוצת המבחן" בכל הקשור לסוגייה נשוא העתירה המחודשת, לרבות למספר המסתננים שיעורם באוכלוסייה והשפעתם על ה"מדינה" או "החברה", צריכה להיות החברה והתושבים שאכן מושפעים - הם תושבי דרום תל-אביב.
33. קבוצת המבחן, ההסתכלות ובחינת "שיעור" המסתננים, השפעתם והנטל להתמודדות אינה צריכה או אמורה להיות "המדינה" או "החברה" כולה, אלא אלה שאכן נושאים בנטל - והם (בעיקר) תושבי דרום תל-אביב.
34. כל בחינה חוקתית, כל איזון וכל יישום של מבחני המידתיות צריכים לקחת בחשבון את האמור, ותוצאתם חד היא לשיטת המשיבים: דחיית העתירה המחודשת וקבלת עתירת תושבי דרום ת"א.
- ב. הפגיעה המהותית בתושבים - לא תחושה או רגש - אלא סבל ומצוקה אמיתיים ומוחשיים**
35. היבט מהותי נוסף אותו מבקשים תושבי דרום ת"א להדגיש הוא כי שוועתם וזעקתם כאבם ומצוקתם אינם נשענים או מבוססים על תחושות או רגשות, אלא על מצב דברים אמיתי וממשי שכל המסייר באזורים הרלבנטיים יכול להתרשם ממנו על נקלה ובאופן בלתי אמצעי.
36. חשוב להדגיש: השכונות הדרום תל אביביות היו אולי מוחלשות ביחס לרעותן אשר בצפון העיר, אך כשלעצמן, היתה בהן הווייה ישראלית תוססת, הן הכילו ציבור ותיק של כל גוויי האוכלוסייה, של העדות השונות ושל המרקמים התרבותיים השורשיים השונים, כמו גם אוכלוסייה של מהגרי עבודה. יתר על כן, וכפי שעולה גם מהתצהירים שצורפו לעתירת המשיבים, חל שיפור מהותי במצב רוב רובן של אותן שכונות עובר לתחילת תופעת המסתננים.
37. דא עקא, המסתננים יצרו תופעה ייחודית, שלילית ומסוכנת. ואין מדובר רק בתחושות או רגשות של חוסר ביטחון עקב שינוי ב"נוף האנושי", אלא במצוקה קשה עמוקה וכואבת, פגיעות ממשיות ומוחשיות, הפרה דרסטית ופגיעה באופי, בזהות הלאומית, בצביון התרבותי והחברתי, במבנה האוכלוסייה והמאפיינים של שכונות דרום תל-אביב, לרבות במישורים של צפיפות, רווחה וכלכלה, בטחון הפנים והסדר הציבורי.
38. מצבם-מצוקתם של תושבי דרום ת"א עולים ומשקפים באופן חד ברור וצלול בין היתר מהתצהירים שצורפו לעתירת המשיבים, ומצ"ב למען הסדר הטוב פעם נוספת כנספח 3 של כתב תשובה זה.

39. התושבים מסבירים כיצד הם חשים "על בשרם" כי שהות עשרות אלפי המסתננים באזור דרום תל-אביב פוגעת בהם וכיצד שחרור מסתננים נוספים ירעו עוד יותר את מצבם; כי קיימת בדרום תל-אביב "מדינה נוספת"; צפיפות נוראית, בתי עסק רבים הינם בבעלות המסתננים ומודעות ברחובות אינן כלל בשפה העברית; הפשיעה מתרחבת ומתרבה; נשים חוות תקיפה והטרדות על בסיס יום-יומי; בית כנסת ותיק הפך להיות בית עסק לממכר אלכוהול; מוסיקה רועשת מושמעת ברחובות ומתוך הזירות בכל שעות היממה ומדירה שינה מעיני התושבים. הצפיפות וריבוי האוכלוסין הביאו להצפת פסולת, לצחנה ולעשיית צרכים ברחובות, בחצרות ובחדרי המדרגות. הדבר גורם לסיכונים תברואתיים, לריבוי חולדות ועוד. בנוסף לעוני, הזנחה ועליבות מצב דברים זה מרחיק ומרתיע ישראלים מלהגיע לאזור.

40. קיימת פגיעה קשה והתדרדרות בביטחון התושבים, פגיעה בבתי העסק וברמות השכר והתעסוקה של תושבי דרום ת"א, פגיעה בשירותים הניתנים להם בתחום הרפואה, הרווחה והחינוך והתפתחות של עסקים ושווקים שאינם חוקיים. עם רדת החשכה חצרות רבות בשכונה הופכות לבתי עסק מאולתרים לממכר אלכוהול, בהם מושמעת מוסיקה רמה ושותרים לשוכרה. הדבר משבש מטבע הדברים את שנת התושבים ומשנה מהיסוד את אופייה וצביונה של השכונה. דירות רבות הופכות ל"הוסטלים" ומאכלסות עשרות מסתננים.

41. כך לדוגמא תושב שכונת שפירא מבהיר כיצד הגעת המסתננים באלפיהם פגעה באורח מהותי בהתאוששותה של השכונה, שהצליחה לפני כן לשפר פניה והפכה למאוכלסת בציבור דתי-מסורתי כך שהפשיעה שפשתה בה בעבר כמעט ונעלמה; הגעת המסתננים שינתה את מצב השכונה "מן הקצה אל הקצה"; ילדי התושבים אינם יכולים ורשאים להסתובב בשכונה לבדם והם חשופים להטרדות והצקות; החיים מלווים בפחד יום-יומי הפוגע באופן אנוש ביכולת לקיים אורח חיים רגיל; תופעת חטיפות הטלפונים, בעיקר מנשים, גואה ומביאה לפגיעה אנושה בביטחון התושבים. לא ניתן ולא רצוי לשוח ולשוחח בטלפון פן ייחטף וזאת מחמת תפוצת התופעה. נשים רבות סובלות מהטרדות; צריכת האלכוהול מביאה לתופעות שכרות כגון קטטות באישון לילה. המטרדים הקשים מחריפים בסופי-השבוע. הדבר גורר לכלוך וזוהמה, עשיית צרכים בחצרות הבתים. אופי וצביון השכונה השתנו בצורה מהותית; מדובר בשכונה עם אוכלוסייה דתית-מסורתית, ואולם, המסתננים פותחים את עסקיהם וחנויותיהם בשבתות ובמועדים.

42. כך גם העומס על התשתיות והשירותים החברתיים והרפואיים הניתנים לתושבים הפך בלתי נסבל, כך לדוגמא הם נאלצים להמתין שבועיים לתור אצל רופא משפחה.

43. אלה הן רק דוגמאות (שאינן ממצות) לסבלם של התושבים, הפונים מדם ליבם לבית המשפט הנכבד בתחינה כי יתאפשר למחוקק להתמודד עם תופעת ההסתננות ואף כי תצא קריאה ברורה וצלולה למחוקק ולרשות המבצעת כי עליהם לשנס מותניים ולהמשיך ביתר שאת בכך.

**ג. המסתננים בערים השונות ונתוני פשיעה**

44. כבר אמרנו, כי תופעת ההסתננות אינה מנת חלקם אך ורק של תושבי דרום ת"א. מדינת ישראל בכללותה סובלת מתופעת ההסתננות, והדבר בה לידי ביטוי, בין היתר, **בנתוני הפשיעה הרלבנטית**.
45. אוכלוסיית המסתננים איננה אוכלוסייה בעלת פילוח דמוגרפי נורמלי. על פי נתוני נציבות האו"ם לפליטים לשנת 2012, 85 אחוז מהמסתננים הם גברים, ומתוך אוכלוסיית הגברים 99% הם צעירים בגילאים 17-59.<sup>11</sup> נמצא שבניגוד לחברה או אוכלוסייה בעלת פילוח דמוגרפי נורמלי הכולל גברים ונשים, ילדים, צעירים וזקנים, כאן מדובר באוכלוסייה שברובה המוחלט היא גברית וצעירה, על הקשיים הנלווים לכך, כגון פשיעה גבוהה ופגיעה חמורה במרקם החברתי של השכונות הקולטות.
46. נתוני המינהל לשירותים חברתיים בתל אביב שהוצגו לעיל מתחדדים עוד יותר את חומרת הבעיה. מסתבר כי המסתננים שרובם גברים משתקעים במדינה השתקעות של קבע, כל זאת שעה שמדינת ישראל ובפרט משרד הפנים מתקשים להתמודד כדבעי עם הרחקה של משפחות (ככל שנקבע כי יש להרחיקן) וזאת בניגוד למדיניות אותה מתווה המחוקק על מנת להתמודד עם תופעת ההסתננות.
47. כבוד השופט עמית בחוות דעתו בפסק הדין הקודם התייחס לכך **שאחוז אחד (1%) של מסתננים מאוכלוסיית בישראל, הינו שיעור מתקבל על הדעת**.<sup>12</sup> בתל אביב, כבר אמרנו, מדובר באחוזים ניכרים הרבה יותר. מכל מקום, גם בהסתכלות רחבה, יש לומר כי להרכב הדמוגרפי המיוחד של אוכלוסיית המסתננים, שמורכב רובו מגברים, יש **השפעות מרחיקות לכת** במבט הצופה פני עתיד. המסתננים השאירו מאחור משפחות, בחלקם רק הורים ואחים ובמקרים רבים גם נשים וילדים. השתקעות בישראל של מספר גבוה כל כך של מסתננים, תביא באופן בלתי נמנע לתופעה זוחלת של איחוד משפחות. **כך אוכלוסיית המסתננים עלולה להכפיל או אף להשליש את עצמה תוך זמן קצר יחסית, אף אם הכניסה לישראל תיעצר לחלוטין**.
48. ויודגש: הדעת נותנת כי המצב המתואר להלן ושיעורי הפשיעה החריגים בקרב המסתננים מושפעים **בין היתר** בשל הפילוח המגדרי. חשוב להדגיש בכל לשון של בקשה כי האמור להלן אינו בא ונועד להפחית או לגרוע מכך.
49. עמותת איתן שוקדת כל העת על קיבוץ, איסוף וניתוח הנתונים הרלבנטיים - מלאכה שאינה פשוטה - לרבות באמצעות בקשות לקבלת מידע ממשטרת ישראל ומהמשרד לביטחון פנים. מנתונים חלקיים שהתקבלו זה לא מכבר, ולאחר עיבודם וניתוחם, עולה התמונה הקודרת הבאה בכל הקשור **לשיעור מעורבותם של מסתננים בפשיעה ביחס לכלל האוכלוסייה**, לשם הדוגמא:

<sup>11</sup> <http://www.unhcr.org/52a723f89.html>, UNHCR Statistical yearbook, 2012 Table 14

<sup>12</sup> בסעיף 2 של חוות-דעת כבוד השופט יי עמית.

- 49.1 תקיפה: שיעור השתתפות המסתננים בעבירה זו גבוה פי 1.7 משיעור עבירות אלה בקרב כלל האוכלוסייה (לפי שיעורם מכלל האוכלוסייה).
- 49.2 עבירות רכוש: שיעור השתתפות המסתננים בעבירה זו גדול פי 2.4 משיעור עבירות אלה בקרב כלל האוכלוסייה (לפי שיעורם מכלל האוכלוסייה).
- 49.3 עבירת שוד: שיעור השתתפות המסתננים בעבירה זו גבוה פי 12.5 משיעור עבירות אלה בקרב כלל האוכלוסייה (לפי שיעורם מכלל האוכלוסייה).
- 49.4 עבירות מין: שיעור השתתפות המסתננים בעבירה זו גבוה פי 3.4 משיעור עבירה זו בקרב כלל האוכלוסייה (לפי שיעורם מכלל האוכלוסייה).
- 49.5 אינוס בכוח או באיומים: שיעור השתתפות המסתננים בעבירה זו גבוה פי 4.3 משיעור עבירה זו בקרב כלל האוכלוסייה (לפי שיעורם מכלל האוכלוסייה).
- 49.6 מעשה מגונה בפומבי: שיעור השתתפות המסתננים בעבירה זו גבוה פי 5.4 משיעור עבירה זו בקרב האוכלוסייה (לפי שיעורם מכלל האוכלוסייה).
50. **שעורי הפשיעה בקרב אוכלוסיית המסתננים בהשוואה לשעורי הפשיעה בקרב כלל הזרים:** שיעור התיקים שנפתחו לאוכלוסיית המסתננים עומד על 29.7 תיקים לאלף איש, בעוד שבקרב אוכלוסיית הזרים שיעור התיקים לאלף איש עומד על 4.5 בלבד. נמצא כי שיעור השתתפותם של מסתננים בפשיעה גדול פי 6.5 לעומת כלל אוכלוסיית הזרים בישראל.
51. **התוצאה מהנתונים שנתקבלו אצל איתן הינה** כי מספר התיקים הפליליים שנפתחים בקרב מסתננים גבוה באופן משמעותי ואף דרמטי לעומת כלל האוכלוסייה. הפער גדול אף יותר כאשר משווים זאת לשאר הזרים בישראל.
52. יצוין בהקשר זה כי כ-60% מתוך אוכלוסיית הזרים השוהים בישראל שוהים בישראל בניגוד לחוק, ללא אשרת עבודה וללא התחייבות מצד המדינה כי לא תאכוף את איסור העסקתם.<sup>13</sup> העובדה כי מסתננים מעורבים בעבירות בשיעור גבוה בהרבה מעבר לשיעורם באוכלוסייה, מצביעה על כך כי אין מדובר בפשיעה שמקורה בקשיים כלכליים ואו העדר אשרות עבודה חוקיות; אלא שככל הנראה, הסיבה העיקרית לפער הזה ברמות הפשיעה הינו העובדה כי על פי נתוני נציבות האו"ם לפליטים בשנת 2012, 85% מהמסתננים היו גברים, רובם צעירים<sup>14</sup>. ניתן לשער כי לו ההשוואה הייתה נעשית ביחס לכלל אוכלוסיית הגברים הצעירים במדינה, הנתונים

<sup>13</sup> נתוני זרים בישראל - אוקטובר 2013; אתר רשות האוכלוסין

<http://www.piba.gov.il/PublicationAndTender/ForeignWorkersStat/Pages/default.aspx>

<sup>14</sup> טבלה 14, UNHCR Statistical Yearbook, 2012. <http://www.unhcr.org/52a723f89.html>

היו מאוזנים יותר, אך בכך בוודאי שאין נחמה לתושבי מדינת ישראל שנפגעים מהתופעה, או בכדי להפחית מחומרתה.

53. **פשיעה בתל אביב ובמרחב יפתח בהשוואה לכלל המדינה:** איתן בדקה וניתחה את נתוני הפשיעה בתל-אביב ובמרחב "יפתח" שאחראי על שכונות דרום תל-אביב, בכפוף למגבלות איסוף המידע המפורטות בדוח מטעמה. כך בעבירות מעשה מגונה בכוח, שיעור העבירות לאלף איש במרחב יפתח גבוה ב 80% משאר מחוז תל אביב וב- 60% מיתר מדינת ישראל. בעבירות אינוס בכוח או באיומים, שיעור העבירות לאלף איש במרחב יפתח גדול פי 2.6, או גבוה ב- 160% משאר מחוז תל אביב וביעור כמעט זהה מיתר מדינת ישראל. בעבירות שוד, שיעור העבירות לאלף איש במרחב יפתח גבוה פי 3.3 משאר מחוז תל אביב ופי 6.2, או גבוה ב- 520% מיתר מדינת ישראל. **מדובר אם כן בפערים עצומים בין מרחב יפתח, הנאלץ להתמודד עם שיעורי פשיעה גבוהים הרבה מעבר לחלקו ובוודאי מעבר למספר תושביו.**

בין שנת 2011 לשנת 2012, נרשמה עלייה של 46% בעבירות שוד במרחב יפתח, מ- 91 תיקים בשנת 2011 ל- 133 תיקים בשנת 2012. בעבירות שוד בנסיבות מחמירות, חלה עלייה של 60%, מ- 48 תיקים בשנת 2011 ל- 77 תיקים בשנת 2012.

העתק הניתוח שערכה עמותת איתן לרבות נתונים שהתקבלו ממשטרת ישראל מצורף כנספח 4 של כתב תשובה זה.

54. מצבה של דרום תל אביב יכולה אפוא לשמש כבניין אב לנוקיה העצומים של תופעת ההסתננות.

55. כך גם עיריות בהן יש ריכוזים קטנים יחסית של מסתננים, כמו אשקלון וחזרה, מעידות כי הן מתמודדות עם קשיים מרובים. באשקלון יש כ- 800 מסתננים. נציג עיריית אשקלון מתאר<sup>15</sup> את זעם התושבים נוכח התקיפות המניות המתגברות, כיוסים, פתיחת "חצי קיוסקים" בעיקר לשתייה חריפה ופתיחת בתי בושת. בחזרה יש כ- 1,000 מסתננים וגם שם מתאר נציג העירייה כי יש לא מעט אירועים של תקיפות מיניות, כייסות ותופעת שכרות.

#### ד. פרק ביניים - על מהות וסמנטיקה

56. על מדינת ישראל להעניק לפליטים מוכרים יחס ראוי בהתאם לדין הבינלאומי כמו גם לערכי המוסר והצדק.

57. המשיבים בדעה כי על מדינת ישראל לבדוק את בקשות המקלט, המוגשות על ידי המסתננים, ואם אכן נמצאו כאלה ומגישיהן נמצאו כזכאים למעמד של פליטות, יש ליתן לפליטים את הזכויות המתאימות.

<sup>15</sup> התמודדות הרשויות המקומיות עם אוכלוסיית העובדים הזרים והמהגרים מאפריקה. פרוטוקול מס' 11 משיבת הוועדה לבחינת בעיית העובדים הזרים, 2 ביולי 2013

58. זו המהות ואין בילתה.
59. אך העותרים - סמנטית - מגדירים את המסתננים כמבקשי מקלט ומכאן גם דרך התייתוסותם וטיעוניהם.
60. על פי נתונים שנאספו על-ידי איתן:
- 60.1 האריתראים יוצאים מארצם לסודן וכמעט כל אדם אשר מגיע ונרשם במחנה הפליטים Shagrab שבמזרח סודן, מקבל מעמד פליטות. כלומר, הליך ההכרה של אדם כ"פליט" בסודן הינו כמעט "אוטומטי".
- 60.2 מרבית האריתראים רואים בסודן כ"מדינת מעבר" ולא כמדינת היעד הסופית ולאחר שקיבלו מעמד של פליטות בסודן, הם ממשיכים צפונה לישראל.<sup>16</sup> כך, הפכה מדינת ישראל, בשנת 2011, למדינה שקלטה את מספר האריתראים הגבוה בעולם.<sup>17</sup>
- 60.3 מספר האריתראים והסודנים אשר מקבלים מעמד פליטות במדינות האיחוד האירופי הינו נמוך: בשנת 2012 קיבלו רק 1,350 אריתראים, בערכאה ראשונה, מעמד פליטות על פי האמנה, בכל מדינות האיחוד האירופי.
- 60.4 אין נוסחה קבועה או שיעור קבוע של הכרה במדינות השונות, שכן מדובר בפררוגטיבה של כל מדינה ומדינה בהתאם לשיקול דעתה ומדיניותה הרלבנטית בעניין: ממוצע שיעורי ההכרה של אזרחי אריתריאה וסודן הינו ככלל נמוך וקיימים פערים ניכרים בין מדינות האיחוד האירופי, כאשר יש מדינות מתקדמות עם אחוזי הכרה נמוכים מאוד, כך למשל בשנת 2012 הולנד הכירה רק 2.6% מהאריתראים כפליטים על פי אמנת האו"ם וגרמניה הכירה ב- 0% מהסודנים כפליטים על פי אמנת האו"ם.
- 60.5 בשנת 2011 מדינת ישראל קלטה יותר אריתראים מכל מדינה אחרת בעולם! ישראל גם הייתה המדינה המערבית שקלטה את המספר הגבוה ביותר של סודנים בשנה זו.
- 60.6 בשנת 2012, מדינת ישראל נתנה הגנה ליותר מפי 2.3 אריתראים וסודנים לעומת 27 מדינות האיחוד האירופי גם יחד שנתנו הגנה מכל סוג שהוא בערכאה ראשונה.
- 60.7 בשנים האחרונות מדינת ישראל הפכה למובילה לא רק בנוגע לאריתראים וסודנים, אלא גם ביחס לכלל האוכלוסיות המהגרים שקיבלו הגנה במדינות המערב: מספר מקבלי

<sup>16</sup> Gaim Kibreab (2013) The national service/Warsai-Yikealo Development Campaign and forced migration in post-independence Eritrea, Journal of Eastern African Studies,7:4,p.638; 640

<sup>17</sup> UNHCR Statistical yearbook, 2011, table 18. <http://www.unhcr.org/51628f589.html>

הגנה קבוצתית בישראל בשנת 2011, גבוה ממספר האנשים שקיבלו מקלט מתוקף אמנת האו"ם או מתוקף הגנה משלימה, בכל מדינה אחרת באיחוד האירופי, במספרים מוחלטים.

כך יוצא למשל שמדינת ישראל קלטה בשנה זו פי יותר מ-95 ביחס לגודל האוכלוסייה בספרד ופי 370 ביחס לשטח ספרד. יש לציין גם מסתננים אלה הגיעו ברובם המכריע לדרום תל אביב.

60.8 מדינת ישראל נתנה הגנה ליותר אנשים בשנת 2011 מכל מדינה מערבית אחרת בעולם, למעט קנדה וארצות הברית;<sup>18</sup> שגם בעניין, הרי שבפרופורציה וביחס לאוכלוסייתן ושטחן, מדינת ישראל קלטה מספר גבוה בהרבה.

60.9 בשנת 2012, מספר מקבלי מעמד פליטות והגנה משלימה (בערכאה ראשונה) בכלל האיחוד האירופי עמד על כ-7 פי ממדינת ישראל, בעוד שהאוכלוסייה באיחוד עומדת על כ-60 מאוכלוסיית המדינה ושטחו עומד על כפי 200 משטח המדינה.

61. על פי נתוני איתן, כל המסתננים, ללא יוצא מן הכלל עברו דרך מדינות נוספות בדרכם לישראל. כולם עברו דרך מצרים, חלק מהסודנים עברו גם דרך לוב וצ'אד והאריתראים עברו כולם גם דרך סודן, כאשר חלקם הגדול עברו גם דרך אתיופיה. הרבה מן המסתננים עלו על טיסה מחרטום לקהיר וכולם שילמו אלפי דולרים למבריחים על מנת להגיע לגבול.

62. מן הראוי להזכיר גם את דבריה של כבוד השופטת ארבל בפסק הדין הקודם כי:

**"יצוין כי על פי הדין הבינלאומי, ככלל פליטים ומבקשי מקלט שמצאו מקלט במדינה מסוימת לא יעברו ממנה למדינה אחרת".<sup>19</sup>**

63. מדינת ישראל ניצבת בפני קשיים ייחודיים, בין היתר בשל מיקומה הגאוגרפי והגאו-פוליטי כמדינה היחידה לה גבול יבשתי עם אפריקה ובשל כך שאין לישראל שיתוף פעולה עם שכנותיה, כפי שיש למדינות באיחוד האירופי. דרכה של המדינה אינה סוגה בשושנים ומדיניות ההגירה שעליה לגבש מורכבת ומושפעת ממאפייניה המיוחדים של המדינה, הקשיים והאתגרים העומדים לפתחה.

64. מכל מקום, האמצעים שהמדינה נוקטת בהם **מתיישבים עם תכליות החקיקה**, אשר הוכרו ואושרו על ידי בית המשפט הנכבד בפסק הדין הקודם.

---

<sup>18</sup> טבלה מס' 3 בדו"ח נציבות האום לפליטים לשנת 2011 (חשנתון הסטטיסטי-נציבות האו"ם לפליטים).  
<http://www.unhcr.org/51628f589.html>

<sup>19</sup> פרשת סרגי, סעיף 7.

## השער השני - תיקון מס' 4

### א. תיקון מס' 4 - צעד ב"כיוון הנכון"

65. כאמור בכתב תשובה זה, וכפי שיובא להלן, לא רק שהתיקון החדש והאמצעים לטיפול בסוגיית ההסתננות שנקבעו בו הם דרושים, ראויים, מידתיים ונחוצים ביותר, הרי שמדובר אך בצעד ב"כיוון הנכון" - מבורך ונדרש מאין כמוהו, אך אין די בו (לשון עדינה).

66. המדינה הצהירה לא פעם ולא פעמיים כי היא שוקדת על יצירת הסכמים מול מדינות שלישיות לשם יציאתם מרצון של מסתננים אליהן, ואף מינתה לשם כך שליח מיוחד, מר חגי הדס. והנה, עד לכתבת שורות אלה לא דווח על כל התקדמות של המדינה בכיוון חיובי זה. ניתן היה לצפות שבמהלך התקופה הארוכה, המדינה תיישם את המדיניות עליה הצהירה בפני כל. יש להצר על כך שלא עשתה כן.

67. זאת ועוד, להווי ידוע כי הפחתת התמריצים הכלכליים, הן "אקס-אנטה", קרי: של מסתננים פוטנציאליים השוקלים להסתכן לישראל, והן של מסתננים **השוהים** בישראל, הינה אמצעי יעיל מידתי וראוי לצורך התמודדות עם התופעה, ואף הוכרה ככזו במסגרת פסק-הדין.

68. לעניין זה נפנה לדוגמא לדברים הבאים מפסק-הדין הקודם:

"דומני כי ניתן לגבש מגוון אמצעים חליפיים שניתן לנקוט בהם ואשר ישיגו את התכלית המתבקשת באופן פוגעני פחות. כך למשל ניתן ליצור חובות דיווח וערבבויות שונות... בנוסף, ניתן להגביר את הפיקוח המשטורתי באזורי הריכוז של המסתננים על מנת לטפל בתופעות פשיעה, ובעיקר על מנת להגביר את תחושת הביטחון האישי של התושבים המקומיים; ניתן לאכוף באופן הדוק את חוקי העבודה כך שלא תהיה העדפה לכוח עבודה זול יותר של מסתננים; ועוד. אמצעים מסוג זה יכולים להיות מיושמים לצד אמצעי פיקוח וענישה למי שלא יעמוד בתנאיהם, וזאת כמובן לצד הפעולות שממשיכה מדינת ישראל לנקוט בהן על מנת לאפשר את גירושם של מסתננים שניתן לגרשם מחוץ לגבולות מדינת ישראל"<sup>20</sup>.

69. בכלל זאת, המשיבים סבורים כי יש לנקוט בהקדם האפשרי באמצעים הבאים:

69.1 פעולות אכיפה נגד מעסיקים המעסיקים מסתננים, הן כאלה השוהים במתקן השהייה והן כאלה שאינם שוהים בו.

<sup>20</sup> בסעיף 104 של חוות-דעת כבוד השופטת ע' ארבל.



- 69.2 **קביעת ערבויות** אותן יחויבו המסתננים להפקיד אצל רשויות המדינה, ושאותן הם יהיו זכאים לקבל עם צאתם את גבולות המדינה.
- 69.3 הקמת קרן בה יופקד שיעור משמעותי משכרם של מסתננים המשתכרים בישראל; המסתנן יהא זכאי לקבל את הסכומים שיצטברו בקרן על פירותיהם עם צאתו את גבולות המדינה.
- המסתננים שולחים שיעור ניכר משכרם לבתיהם בארצות המוצא. הפקדת כספים אלו בקרן ייעודית תפחית את התמריץ של המסתננים להמשיך ולעבוד בארץ, ותביא אותם לחזור לארץ מוצאם.
- 69.4 **המעבידים, המעסיקים או המשלמים למסתננים הם שיחויבו בנקיטה באמצעים האמורים, והאכיפה תוחל עליהם.**
70. להבנת המשיבים, אמצעים כגון דא עולים בקנה אחד וחלקם אף צוינו כאמצעים חליפיים שניתן לנקוט בהם ואשר ישיגו את התכלית המתבקשת לטובת התמודדות עם תופעת ההסתננות.
71. לדאבון הלב, המחוקק הלך את "חצי הדרך" ואילו משרד הפנים שיכול לפעול (אך לא פועל) לא מגבש נהלים ראויים, כפי שהוא מגבש, למשל לגבי עובדים זרים חוקיים, לגביהם גובשו נהלים כספיים כאלה ואחרים.
72. על המדינה להטיל על המסתננים "הגבלות שונות", כללים ונהלים שיחייבו אותם בעת שהותם בארץ המארחת"<sup>21</sup> ועל משרד הפנים לפעול ללא דיחוי על מנת לגבש נהלים מתאימים, כפי שהוצעו בפסק הדין ונוספים, על מנת לנסות ולהתמודד עם תופעת ההסתננות.
- ב. תכליות החקיקה, אשר הוכרו ואושרו על ידי בית המשפט הנכבד בפסק הדין**
- הקודם**
73. בעתירה המחודשת נטען כאילו התכליות שביסוד התיקון, קרי: "מניעת השתקעות ה"מסתננים" בישראל והרתעתם מלבוא לישראל", אינן תכליות ראויות כביכול, וזאת כביכול בהתאם לפסק-הדין בעניין סרגי. טענה זו איננה נכונה.
74. בפסק-הדין הקודם, בית המשפט הנכבד הכיר בכך כי תכלית דבר החקיקה שעניינה מניעת השתקעותם של המסתננים בישראל והתמודדות המדינה עם השלכותיה הרחבות של תופעת ההסתננות - הינה תכלית שאינה מעוררת קושי, והינה תכלית ראויה<sup>22</sup>.

<sup>21</sup> בסעיף 114 של חוות-דעת כבוד השופטת ע' ארבל.

<sup>22</sup> ראו לדוגמא בסעיף 84 של חוות-דעת כבוד השופטת ע' ארבל.

75. כבוד השופט ע' פוגלמן מציין כי הוא מוכן להניח:

"כי הפגיעה בתמריץ הכלכלי, כמו גם הפגיעה בזכויות יסוד הנלוות להשמה במשמורת, היא רכיב שאין להתעלם ממנו במערך השיקולים של אדם השוקל אם לצאת למסע קשה ומורכב דווקא לכיוון מדינת ישראל, על הסיכונים והעלויות הכרוכים בכך. זאת גם אם מדובר במי שנשקפת לו סכנה בארץ מוצאו"<sup>23</sup>;

עוד הוא מציין כי התכלית של בלימת תופעת ההסתננות, מניעת כניסה בלתי מוסדרת של זרים לשטח ישראל דרך הגבול המצרי, מהווה אינטרס של המדינה – מניעת כניסה בלתי מוסדרת לשטחה וקביעת מדיניות הגירה הינן אינטרס חשוב ומשמעותי. אין מדובר רק פרוגרטיבה של המדינה, אלא בחובתה כלפי אזרחיה ותושביה<sup>24</sup>.

76. כבוד השופט ג'ובראן מבהיר כי:

"מתקבל על הדעת שמצב נורמטיבי השורר במדינה פלונית, עשוי להיות חלק ממכלול שיקולים, שבכוחם להשפיע על החלטה של מהגרי עבודה אם "להסתגן" אליה. דומה כי אין מניעה עקרונית מנקיטת אמצעים המהווים "חסם נורמטיבי" בפני מהגרי עבודה אלה. הרצון לעצב חקיקה שאינה מעודדת הגירת עבודה אינו בלתי לגיטימי. הוא אינו חורג מן הפרוגטיבה של מדינה לקבוע מי יבוא בשעריה, ועולה בקנה אחד עם ריבונותה"<sup>25</sup>.

77. כבוד השופט נ' הנדל מבהיר כי לשיטתו שתי תכליות התיקון לחוק הקודם הינן ראויות:

"ביסוד התיקון לחוק עומדות, לגישת המדינה, בעיקר שתי תכליות: האחת – מניעת השתקעות המסתננים בישראל, והשנייה – בלימת תופעת ההסתננות. נדמה כי אין מחלוקת בין חברי ההרכב על כך שהתכלית הראשונה היא ראויה, במונח של פסקת ההגבלה. הדברים כתובים באופן מפורט בחוות דעתה של חברתי השופטת ארבל, ועל כן לא ארחיב עליהם את הדיבור. ברם התכלית השנייה, לשיטת חברתי השופטת ארבל, מעוררת "קשיים לא מבוטלים": היא מנצלת את

<sup>23</sup> בסעיף 22 של חוות-דעת כבוד השופט ע' פוגלמן.

<sup>24</sup> בסעיף 28 של חוות-דעת ע' פוגלמן.

<sup>25</sup> בסעיף 10 של חוות-דעת כבוד השופט ס' ג'ובראן.

המסתננים שכבר מצויים בישראל כדי להרתיע מסתננים פוטנציאליים.  
חרף האמור, דעתי היא כי גם תכלית זו היא ראויה<sup>26</sup>.

78. הנשיא כבוד השופט א' גרוניס מבהיר כי הוא מוכן להניח שקיימים יתרונות בהחזקת המסתננים במשמורת בנסיבות מסוימות (בכפוף לכך שהתיקון הקודם לא צלח את מבחן המשנה השלישי של המידתיות בשל החזקה במשמורת במשך 3 שנים):

"מוכן אני לקבל שקיימים יתרונות לא מעטים בהחזקתם במשמורת של מסתננים. כך, בבוא השעה, ומשניתן יהיה לגרשם מישראל, יוכלו הרשויות לעשות כן בקלות יתירה; כל עוד הם במשמורת אין הם מתחרים בשוק העבודה מול עובדים ישראלים; אין באפשרותם לבצע עבירות הפוגעות באזרחי ישראל ותושביה ועוד. אני מוכן אף להרחיק לכת ולהניח כי גם השגתה של הרתעה של מסתננים פוטנציאליים הינה מטרה ראויה בנסיבות מסוימות, וניתן להצביע על יתרונות נוספים. מכל מקום, אף בהתחשב ביתרונותיה של ההחזקה במשמורת, דעתי היא, כאמור, שהחוק אינו צולח את מבחן המשנה השלישי. אחזור ואומר, כי בנתונים הקיימים החזקה במשמורת במשך שלוש שנים, כפי שמאפשר החוק, פסולה היא מבחינה חוקתית"<sup>27</sup>.

79. כפי שיובא, המחוקק פעל בהתאם להמלצותיו של בית המשפט הנכבד בפסק הדין הקודם וחוקק את הוראות החוק המתוקן, הוראות המתיישבות עם המטרות והתכליות הראויות, שנועדו להתמודד עם תופעת ההסתננות.

### ג. ההחזקה במשמורת הינה מידתית

80. קריאה של פסק-הדין הקודם מלמדת כי הסוגייה המרכזית, המהותית והאקוטית שעמדה בליבו של פסק-הדין, בליבה של הבחינה החוקתית ובלב הביקורת השיפוטית של בית המשפט הנכבד היתה הוראת סעיף 30א(ג)(3) שקבעה כי הממונה יהא רשאי לשחרר מסתנן בערובה אם חלפו שלוש (3) שנים. למעשה, הוראה זו, קרי: תקופת הזמן הארוכה של שלוש השנים, היא שהביאה לתוצאה שהיתה ביטול סעיף 30א של החוק.

81. כך לדוגמא ציינה כבוד השופטת ע' ארבל כי הסעיף שעניינו עילת שחרור כעבור שלוש שנים במשמורת, הוא "הסעיף המרכזי והפוגעני ביותר במסגרת התיקון לחוק"<sup>28</sup>. יחד עם זאת, ציינה כבוד השופטת כי "אין משמעות הדבר שלא ניתן בשלב זה להטיל עליהם הגבלות שונות, כללים

<sup>26</sup> בסעיף 2 של חוות-דעת כבוד השופט נ' הנדל.

<sup>27</sup> בסעיף 4 של חוות-דעת כבוד הנשיא השופט א' גרוניס.

<sup>28</sup> בסעיף 94 של חוות-דעת כבוד השופטת ע' ארבל.

ונהלים שיחייבו אותם בעת שהותם בארץ המארכת, ובכלל זה אף לשימם במשמורת לתקופת זמן מידתית"<sup>29</sup>. כבוד השופט ע' פוגלמן אף הוא בחוות דעתו מתייחס לכך לא ניתן להחזיק מסתננים במשמורת לתקופה כה ארוכה<sup>30</sup>. וכן, כבוד המשנה לנשיא השופטת מ' נאור בחוות דעתה עומדת על כך כי "במונחים חוקתיים ניתן לומר, כפי שצינו חבריי, כי האמצעי שנקט, אמצעי המעצר הממושך, אינו מידתי"<sup>31</sup>. כבוד השופט נ' הנדל הסתייג אף הוא מהתיקון הקודם בשל "משך התקופה בה ניתן להחזיק מסתנן במשמורת"<sup>32</sup> והעיר כי "מימד הזמן של החזקה. זוהי ליבת העניין בעתירה"<sup>33</sup> והדגיש כי "המחוקק הוא זה שיבחר, בתוך מתחם התמרון החוקתי הנתון לו, את הרף העליון המתאים"<sup>34</sup>. ולבסוף, כבוד הנשיא א' גרוניס מבהיר היטב כי הפגם שנפל בהוראת סעיף 30א בנוסחה הקודם היה תקופת שלוש השנים, וכי הוא סבור כי ניתן לחוקק הוראה שתתיר החזקה במשמורת במשך תקופה קצרה באופן משמעותי:

"לגישתי, הפגם שבחוק נובע מכך שאין הוא עומד במבחן המשנה השלישי של המידתיות, היינו מה שמכונה מבחן המידתיות הצר. על פיו, נדרש יחס סביר בין הפגיעה החוקתית לבין היתרונות שמביאה עימה הפגיעה. הפגיעה במקרה זה הינה ברורה: החזקה במשמורת תקופה של שלוש שנים... מכל מקום, אף בהתחשב ביתרונותיה של החזקה במשמורת, דעתי היא, כאמור, שהחוק אינו צולה את מבחן המשנה השלישי. אחזור ואומר, כי בנתונים הקיימים החזקה במשמורת במשך שלוש שנים, כפי שמאפשר החוק, פסולה היא מבחינה חוקתית"<sup>35</sup>.

"יתירה מזו, פסק-דינו מתייחס לחוק שקבע תקופה של שלוש שנים של החזקה במשמורת. אף בנסיבות הקיימות כיום אין מניעה, לגישתי, לחוקק חוק חדש שיתיר החזקה במשמורת במשך תקופה קצרה באופן משמעותי משלוש שנים"<sup>36</sup>.

---

<sup>29</sup> בסעיף 114 של חוות-דעת כבוד השופטת ע' ארבל.

<sup>30</sup> בסעיפים 31 ו-32 של חוות-דעת כבוד השופט ע' פוגלמן.

<sup>31</sup> בסעיף 3 של חוות-דעת כבוד המשנה לנשיא השופטת מ' נאור.

<sup>32</sup> בסעיף 2 של חוות-דעת כבוד השופט נ' הנדל.

<sup>33</sup> בסעיפים 4 ו-8 של חוות-דעת כבוד השופט נ' הנדל.

<sup>34</sup> בסעיפים 6 ו-7 של חוות-דעת כבוד השופט נ' הנדל.

<sup>35</sup> בסעיף 4 של חוות-דעת כבוד הנשיא השופט א' גרוניס.

<sup>36</sup> בסעיף 5 של חוות-דעת כבוד הנשיא השופט א' גרוניס.

82. הוראת סעיף 30א(ג)3 לחוק, הקובעת תקופת משמורת של 3 שנים, היא אפוא שעמדה **במוקד פסק-הדין הקודם ובמוקד בחינתו של בית המשפט הנכבד**, והיא ההוראה שבוטלה, דבר אשר יצר חלל ביתר הוראות סעיף 30 של החוק והביא לביטול ההסדר שבו כולו<sup>37</sup>.
83. ואכן, כפי שעולה מהליכי חקיקת התיקון, לרבות מדברי ההסבר שלו, התיקון נחקק בהמשך לפסק-הדין הקודם, בשים לב להוראותיו הברורות של פסק-הדין, תוך יישום האיזונים שנקבעו בפסק-הדין ויישום התכליות שהוכרו כלגיטימיות על-ידי בית המשפט הנכבד.
84. במובן זה, קריאת העתירה המחודשת עשויה ליצור את האשליה השגויה כאילו ניתן פסק-דין שונה בעניין סרג', ונדמה כי מדובר בקריאה (וציטוט) "סלקטיביים" (לשון עדינה) של דברי בית המשפט הנכבד בעניין סרג'.
85. סעיף 30א של החוק בנוסחו **הקודם** שנוסף במסגרת התיקון הקודם (הנוסח שבית המשפט הנכבד קבע כי הוא בטל) קבע כדלקמן:

"30א. הבאה לפני ממונה ביקורת הגבולות וסמכויותיו

(א) מסתנן הנתון במשמורת יובא לפני ממונה ביקורת הגבולות, לא יאוחר משבעה ימי עבודה מיום תחילת החזקתו במשמורת.

...

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

...

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

86. סעיף 30א של החוק בנוסחו **דהיום** כפי שתוקן בתיקון מספר 4, לאור פסיקת והערות בית המשפט הנכבד בעניין סרג', קובע כדלקמן:

"30א. הבאה לפני ממונה ביקורת הגבולות וסמכויותיו (הוראת שעה) תשע"ד-2013

(א) מסתנן הנתון במשמורת יובא לפני ממונה ביקורת הגבולות, לא יאוחר מתמישה ימים מיום תחילת החזקתו במשמורת.

---

<sup>37</sup> בסעיף 116 של חוות-דעת כבוד השופטת ע' ארבל.

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

...

(ג) ממונה ביקורת הגבולות ישחרר מסתנן בערובה אם חלפה שנה מיום תחילת החזקתו של המסתנן במשמורת".

סעיף 13 של התיקון החדש קובע כי:

"הוראות סעיף 30 לחוק העיקרי, כנוסחו בסעיף 5 לחוק זה, יחולו על מסתנן שנכנס לישראל לאחר תחילתו של חוק זה".

87. לשון אחר: ההבדלים בכל הקשור לסוגיה המרכזית שעמדה על הפרק בין נוסח סעיף 30 א של החוק הקודם לבין נוסחו דהיום הינם ברורים, בולטים ומהותיים:

87.1 הוראות התיקון החדש בכל הקשור להחזקה במשמורת לא יחולו על מסתננים שכבר שוהים בישראל.

87.2 חלף סמכות הן שות לשחרר מסתנן בתנאים אליהם מתייחסת הפסקא הרלבנטית נקבעה סמכות חובה, קרי: חלף "רשאי לשחרר מסתנן בערובה" נקבע "ישחרר מסתנן בערובה";

87.3 חלף התקופה של שלוש (3) שנים שנקבעה בנוסח הקודם, נקבעה תקופה של שנה אחת מיום תחילת ההחזקה במשמורת, כשמעת שחלפה על הממונה לשחרר את המסתנן כאמור בסעיף החוק.

88. הנה כי כן, המחוקק הראשי, שאמון על חקיקת החוק וקביעת תקופת המשמורת, לקח לתשומת ליבו ויישם את האמור בפסק-הדין הקודם במסגרת תיקון מספר 4. הדברים גם עולים במובהק מלשון דברי ההסבר להצעת החוק של תיקון מספר <sup>38</sup> ("דברי ההסבר"):

"כאמור לעיל, הטעם שעמד בבסיס קביעתו של בית המשפט העליון כי ההסדר אינו חוקתי היה שאותו הסדר כרוך בפגיעה לא מיידית בזכות לחירות הקבועה בחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו. ההסדר המוצע בסעיף זה, שעיקרו בקיצור משך תקופת המשמורת בת שלוש השנים שנפסלה בפסק הדין, והחלת תקופת משמורת בת שנה אחת, על מסתננים שטרם נכנסו לישראל, כמו גם קיצור התקופה המרבית

<sup>38</sup> הי"ח הממשלה תשע"ד מס' 817 עמ' 122.

לבדיקת בקשות מקלט של המצויים במשמורת, מהווה הסדר מידתי ומאוזן יותר...

ההסדר המוצע, בסעיף 30 א לחוק, המקצר באופן משמעותי את תקופת המשמורת, משלוש שנים לשנה אחת, לצד ההצעה, בסעיף 13 לחוק המוצע, לקבוע כי סעיף 30 א לחוק יחול רק על מסתנן שנכנס לישראל לאחר תחילתו של החוק המוצע ולא על עשרות אלפי המסתננים שכבר מצויים בישראל, יש בהם כדי להגשים את תכליות החקיקה - למנוע את כניסתם של מסתננים חדשים לתחומי מדינת ישראל ואת השתקעותם במרכזי הערים בישראל, וכן להשפיע על התנהגותם של מסתננים פוטנציאליים במדינות המוצא ולבטל את התמריץ לכניסתם לתחומי המדינה - והכול תוך מתן משקל הולם לקשיים שנדונו בפסק הדין".

89. יתר על כן, כפי שעולה מפסק-הדין, במדינות שונות ברחבי העולם נקבעו תקופות החזקה במשמורת הזמניות ואף ארוכות מהתקופה המידתית בה בחר המחוקק הראשי כאמור בתיקון החדש<sup>39</sup>: באוסטרליה – אין מגבלת זמן סטטוטורית להחזקה במשמורת; באיטליה – תקופת ההחזקה ניתנת להארכה עד ל-18 חודשים; במלטה – 18 חודשים; בארצות-הברית – בית המשפט נמנע מלקבוע רף עליון סופי להחזקה במשמורת.
90. עיינו הרואות אפוא כי בנסיבות אלה פעל המחוקק כמצוות בית המשפט הנכבד תוך יישום הערותיו וביקורתו, וברור כי התיקון חוקי, חוקתי, נדרש, הולם ומתבקש ואין כל עילה, סיבה או נימוק לבטלו.
91. ודוק היטב: הוראות התיקון החדש שהפנימו את האמור בפסק-הדין הקודם, מיישמות את התכליות שהוכרו בפסק-הדין כמו את הביקורת בכל הקשור לספקות בקשר עם העדר הקשר הרציונאלי בין האמצעי לבין המטרה, בקשר עם הרתעת מסתננים פוטנציאליים באמצעות החזקה במשמורת של מסתננים חדשים ובקשר עם התהיות ה"מספריות" – החזקת כ-2,000 מסתננים במשמורת לעומת עשרות אלפים שאינם נתונים בה.
92. בהתאם, נקבע במסגרת הוראות סעיף 13 של התיקון החדש כי "הוראות סעיף 30 א לחוק העיקרי, כנוסחו בסעיף 5 לחוק זה, יחולו על מסתנן שנכנס לישראל לאחר תחילתו של חוק זה".
93. לשון אחר: המחוקק קבע כי הוראות התיקון החדש בכל הקשור להחזקה במשמורת (שתקופתה קוצרה באופן משמעותי) לא יחולו על מסתננים שכבר שוהים בישראל. המחוקק מבהיר במסגרת דברי ההסבר את התכלית והרקע שהביאו לקבלת סעיף זה:

<sup>39</sup> בסעיף 7 של חוות-דעת כבוד השופט נ' הנדל.

"כפי שצוין בהרחבה בחלק הכללי של דברי ההסבר מוצע לקבוע כי סעיף 30 א לחוק, בנוסחו המוצע, יחול על מסתנן שנכנס לישראל לאחר תחילתו של החוק המוצע ולא יחול על עשרות אלפי המסתננים שכבר מצויים בישראל. בכך יהיה כדי להגשים את תכליות החקיקה - למנוע את כניסתם של מסתננים חדשים לתחומי מדינת ישראל ולמנוע את השתקעותם של מסתננים אלה בישראל, וכן להשפיע על התנהגותם של מסתננים פוטנציאליים במדינות המוצא ולבטל את התמריץ לכניסתם לתחומי המדינה - והכול תוך מתן איזון הולם לקשיים אשר נדונו בבג"צ אדם".

94. בכך (גם בכך) "הופנמו" הביקורות שהשמיע בית המשפט הנכבד בפסק-הדין הקודם, ובכלל זאת לא מתקיים עוד הרכיב של הרתעת מסתננים "פוטנציאליים" באמצעות או "על גב" מסתננים השוהים בישראל היום.

95. הנה כי כן, סעיף 30א עומד במלואו בתכליות שהוכרו ואושרו על-ידי בית המשפט הנכבד במסגרת פסק-הדין הקודם, ותהליך גיבושו וחקיקתו נערכו בהתאם להוראות פסק-הדין. פשיטא כי אין כל בסיס או שחר לטענות כאילו יש לבטלו בנסיבות אלה.

96. לנוכח האמור בפרק זה והציטטות הברורות של דברי חברי ההרכב השונים שנתנו את פסק-הדין הקודם, מוטב היה לו העותרים היו נמנעים מלטעון כאילו "המשיבים לא הפנימו את שנקבע בפסק הדין בעניין אדם". מי שלא עסק בהפנמה, אינו המדינה המנסה לקיים את חובתה ולסייע, ולו בצורה מוגבלת, למצוקתם של תושבי דרום ת"א.

#### ד. פרק ד' לחוק - הקמת מרכז שהייה למסתננים כהוראת שעה

97. אין מחלוקת כלשהי כי המסתננים נכנסו שלא כדין לישראל. בהתאם, אין ולא יכולה להיות מחלוקת (לפחות לא מחלוקת כנה) כי המסתננים, כמי שנכנסו שלא כדין לישראל, אינם זכאים לחופש התנועה כמו גם לבחירת מקום מגוריהם, ולעניין זה נפנה לאמור בפסק-הדין הקודם:

"אעיר כי ישנו בסיס לטענת המדינה לפיה למי שנכנס שלא כדין בישראל לא נתון חופש התנועה, כמו גם החופש לבחור מקום מגורים הנלווה לרוב לזכות התנועה הפנים-מדינתית. כך, באמנה הבינלאומית בדבר זכויות אזרחיות ופוליטיות, 1966 מותנית זכות התנועה בכניסה כדין למדינה:

Everyone lawfully within the territory of a state shall, within that territory, have the right to liberty of movement and freedom to choose his residence.



מנגד, שוהים שהוכרו כפליטים על פי אמנת הפליטים זוכים לחופש תנועה "בכפוף לתקנות שיחולו על זרים בכלל באופן נסיבות" (סימן כו לאמנת הפליטים. לעניין מחוסרי אזרחות ועובדים זרים ראו זילברשץ, בעמ' 815-816)<sup>40</sup>.

98. ממושכלות היסוד הוא כי בית המשפט אינו ממיר את שיקול דעתו בשיקול דעת הרשות הרלבנטית במסגרת ביקורתו את החלטותיה. הכרעתו של המחוקק מבטאת את רצון העם, ולפיכך בית המשפט הנכבד לא ישים עצמו בנעליו של המחוקק בבחירת ובעיצוב מדיניות. למחוקק נתון מרחב תמרון בבחירת האמצעים החקיקתיים לצורך הגשמת התכלית הרצויה. המחוקק הוא זה שאמון על קביעת ההסדר, והוא זה שאמור לעשות כן גם במקרה דנן בו בוטל ההסדר החקיקתי הקודם.
99. המחוקק (או מחוקק המשנה, לפי העניין והמקרה) הוא זה שאמור לקבוע את ההסדרים המפורטים, ובית המשפט במקרה דנן ציין באופן כללי במסגרת פסק-הדין הקודם מספר אמצעים חליפיים שניתן לנקוט בהם ושישיגו את התכלית המתבקשת באופן פוגעני פחות. יתר על כן, בית המשפט הנכבד אף מציין כי רצוי לשקול אותם ולנקוט בהם.
100. והנה, כמובהר בהמשך, המחוקק, לאחר שקלא וטריא, בחר לאמץ וליישם כמה מאותם אמצעים חלופיים שצוינו בפסק-הדין.
101. כך, במסגרת התיקון החדש נחקקו הוראות המסדירות את פעולתו של מרכז שהייה למסתננים (בסעיף 32 של החוק). עיקרון יסוד בכל הקשור למרכז שההייה עוגן במסגרת הוראות סעיף 32ה שלו ופורט במסגרת דברי ההסבר, ולפיו: "במרכז שההייה יסופקו לשוהים תנאי מחיה הולמים, ובכלל זה שירותי בריאות ורווחה".
102. הפעלת מרכז שהייה למסתננים צוינה במסגרת פסק-הדין כאמצעי חלופי שניתן לנקוט בו ושיסייע להשיג את התכלית המתבקשת באופן פוגעני פחות, קרי: כאמצעי שיצלה ויעמוד במבחן המידתיות.
103. וראו את דברי כבוד השופטת ע' ארבל:

"דומני כי ניתן לגבש מגוון אמצעים חליפיים שניתן לנקוט בהם ואשר ישיגו את התכלית המתבקשת באופן פוגעני פחות. כך למשל ניתן ליצור חובות דיווח וערבויות שונות ... ניתן לשקול לחייב מסתננים לשהות בלילות במתקן שהייה שהוכן עבורם ואשר יספק את צרכיהם, ולצד זאת ימנע מהם קשיים אחרים. יוער כי במקביל להליכי החקיקה של התיקון לחוק למניעת הסתננות הכין הייעוץ

<sup>40</sup> בסעיף 79 של חוות-דעת כבוד השופטת ע' ארבל.

המשפטי של וועדת הפנים והגנת הסביבה של הכנסת טיוטת הצעת חוק חלופית (הצעת חוק המאבק בתופעת ההסתננות בגבול הדרום (הוראת שעה), התשע"ב-2011). על פי הצעה זו יוקם מרכז שהייה פתוח לשהיית מסתננים אשר ינוהל ויופעל על ידי משרד הפנים ואשר יספק לשהייה בו תנאים הולמים, לרבות מגורים, מזון, שירותים רפואיים, ביגוד וצרכים בסיסיים אחרים. באופן כללי קובעת הצעת החוק כי מסתנן שלא ניתן לו רישיון ישיבה בישראל אך קיימת מניעה לגרשו יועבר למרכז השהייה הפתוח<sup>41</sup>.

וראו את דברי כבוד השופט ע' פוגלמן:

"כפי שמציינת חברתי השופטת ע' ארבל קיים ארסנל של אמצעים שיש בהם כדי לסייע בהשגת התכליות שעליהן עומדת המדינה, אשר פגיעתם בחירות האישית היא פחותה באופן משמעותי. הקביעה שמדובר באמצעי שאינו מידתי מתחזקת על רקע קיומם של אמצעים חלופיים שלא ננקטו, ושיש בהם כדי להשיג – גם אם לא באופן מלא – חלק מתכליות התיקון, וזאת תוך פגיעה פחותה במידה ניכרת בזכות לחירות אישית. כאמור, יישום יחסי של מבחן המידתיות במובן הצר דורש השוואה לחלופה מעשית וממשית, שתקדם את מטרות החוק תוך פגיעה פחותה בזכות החוקתית. בהרחבת המבט אל מדינות העולם, כמו גם אל הסדרים הקיימים בישראל בהקשרים אחרים, ניתן לחשוב על אמצעים נוספים, פוגעניים פחות, שניתן היה לנקוט בהם כדי להתמודד עם ההשלכות של שהיית אזרחים זרים שנכנסו שלא כדין ושלא ניתן להרחיקם מישראל בנקודת הזמן הנוכחית. חלקם גם עשויים להפחית את התמריצים הכלכליים העומדים לעתים ברקעה של הגירה בלתי מוסדרת. אבהירו כי רשימת האמצעים שייסקרו להלן אינה חפה מקשיים. אמצעים מסוימים כרוכים בעלויות כספיות משמעותיות ובשינוי סדרי עדיפויות תקציביים, אך בל נשכח כי גם להחזקה במשמורת יש עלויות כספיות לא מבוטלות. אמצעים אחרים עשויים לסייע בהתמודדות עם בעיה אחת, תוך יצירת בעיה אחרת או החמרתה. עם זאת, הצגתם של אלה וגם אלה חשובה בגדרי הכרעתנו, כדל להמחיש שקיימים אמצעים נוספים – שלא ננקטו – שמון הראוי לשקלם ואף לנסותם לפני נקיטת אמצעי פוגעני כמו זה שננקט בענייננו.

<sup>41</sup> סעיף 104 של חוות-דעת כבוד השופטת ע' ארבל.

חברתי סוקרת מקצת מן האמצעים האפשריים בפסקאות 104-107 לפסק-דינה. ניתן לשקול להטיל מגבלות גיאוגרפיות על מקום מגוריהם של המסתננים כדי שלא רק רשויות מקומיות ספציפיות ותושביהן יידרשו להתמודד עם האתגרים שתופעה זו מציבה לפתחנו (ראו: הנחיות נציבות האו"ם בנושא מעצר וחלופותיו, נספח A(iii)); ניתן לחייב את המסתננים לגור במרכזי שהייה פתוחים או פתוחים למחצה, תוך הטלת מגבלות מיידתיות על חופש התנועה (שם, נספח A(iv)); ניתן לחשוב על שילובם בשוק העבודה באופן שיעלה בקנה אחד עם צרכי המשק...<sup>42</sup>.

104. וראו את דברי המשנה לנשיא כבוד השופטת מרים נאור:

"אין ספק: למדינה זכות להחזיק במפתחות הבית ולקבוע מי יבואו בשעריה... בשל מצבה הגיאופוליטי מדינת ישראל מצאה עצמה מתמודדת עם מספר רב מאוד של מסתננים, מעל ומעבר לחלקה היחסי של המדינה בין המדינות שוחרות החירות. המסתננים הם אורחים לשעה, אף שהשעה מתארכת. המסתננים אינם זכאי שבות. מותר למדינה לחפש דרכים חוקיות להרחקתם; דרכים התואמות את פסיקתו של בית משפט זה ואת המקובל במשפט הבינלאומי. כפי שצינו חבריי, ישנם הרבה סוגי התמודדות אפשריים (ראו פסקאות 10-7104 לחוות דעתה של חברתי השופטת ארבל; פסקאות 41-40 לחוות דעתו של חברי השופט פוגלמן). המדינה תוכל לשקול להפוך את המבנה הקיים למחנה פתוח, שהשהייה בו היא רצונית; ניתן לשקול הטלת מגבלות על היכולת לקבל היתרי עבודה כגון הכשרה לתפקידים שונים, ובכך לרתום את המסתננים לצרכי המשק; ואין הדברים בגדר רשימה ממצה"<sup>43</sup>.

105. וראו את דברי כבוד השופט נ' הנדל, המציין כי לשיטתו גם כלי החזקה במשמורת יכול לעמוד, לרבות לצורך השלמת הבדיקה וגירושו לפי תוצאותיה:

"תרומתה של הגדר, למשל, היא גם בכך שעם הזמן - פחות אנשים ינסו להסתנן למדינה. ואולם משכנס המסתנן למדינה, ונתפס, רשאות הרשויות להחזיק אותו במשמורת. שחרורו האוטומטי בכל מצב לא רק שאיננו מרתייע אלא אף מעודד את ניסיון ההסתננות הבא. זהו שיקול

<sup>42</sup> בסעיפים 39 – 40 של חוות-דעת כבוד השי' עי' פוגלמן.

<sup>43</sup> בסעיף 4 של חוות-דעת המשנה לנשיא כבוד השופטת מרים נאור.

לגיטימי. כלי החזקה במשמורת אף מוכר בשיטות משפט אחרות, כפי שיובהר. הצידוקים לכך הם שהמסתנן נכנס לארץ בלא רשות, תוך הפרה ברורה של החוק, והמדינה רשאית לערוך בדיקה – למשל: האם הוא פליט או מהגר עבודה, ולמצוא לכך פיתרון. המציאות מורכבת, משום שלעיתים יש קבוצות ביניים - למשל, מהגרי עבודה שעל ארץ מוצאם חל עיקרון ה-Non-refoulement (ראו בעניין זה סעיף 8 לחוות דעתו של חברי השופט פוגלמן).

עולה, אם כן, כי ניתן להחזיק מסתנן במשמורת חוקית. תוצאה זו אפשרית, ועל פי התיקון לחוק אף הינה מחויבת. סעיף 30א מסמיך את הממונה על ביקורת הגבולות לשחרר מסתנן בערובה, ולתת את דעתו לנסיבות אישיות שונות כגון מצב בריאותי, שיקולים הומניטאריים וקטינות. ברם, אף במקרה בו מסתנן מוחזק במשמורת, הארכת התקופה לא צריכה להיגזר משיקולי ענישה או הרתעה (ראו והשוו חוות דעתה של חברתי השופטת חיות בעניין טויד"י, פסקה 26). המטרה היא כאמור להשלים את הבדיקה ולהורות על שחרורו או גירושו למדינה אחרת<sup>44</sup>.

106. המחוקק הראשי לקח לתשומת ליבו את פסק הדין הקודם והוא מיישם אותו. במסגרת זו הסדיר המחוקק את פעילות מרכז שהייה במסגרת התיקון לחוק. כפי שעולה מדברי ההסבר, הדברים נעשו על רקע הבעיות שזוהו במסגרת פסק-הדין הקודם, לרבות הביקורת על העדר אמצעים פוגעניים ומידתיים פחות, ומדובר באמצעי המגשים באופן מידתי את התכליות הראויות שהוכרו גם בפסק-הדין הקודם:

"הקמת מרכז שהייה פתוח לצד מיתקן משמורת סגור שבו יוחזקו, בין השאר, שוהים שיפרו את תנאי השהייה במרכז, היא אמצעי מידתי להגשמת התכלית של מניעת העסקתם של המסתננים בתוככי ישראל והשתקעותם במרכזי הערים, תוך צמצום השלכותיה השליליות של תופעת ההסתננות בישראל. יחד עם סעיף 30 א כנוסחו המוצע בסעיף 5 להצעה זו, ההסדר המוצע בסעיף זה, ושמוצע כאמור לקבעו כהוראת שעה לצורך בחינת יעילותו, מהווה אמצעי שפגיעתו פחותה לצורך התמודדות עם תופעת ההסתננות, תוך שמירה על התחייבויותיה של מדינת ישראל על פי המשפט הבין-לאומי, והכול במטרה להגשים את התכליות הנזכרות לעיל, אשר בית המשפט העליון, בבג"צ אדם, הכיר בהן כתכליות ראויות".

<sup>44</sup> בסעיף 3 של חוות-דעת כבוד השופט נ' הנדל.

107. כאמור בסעיף 32ד של החוק כמו גם בדברי ההסבר שלו, השהייה במרכז נועדה גם למצב בו נוכח הממונה כי יש קושי בביצוע גירוש של מסתנן, שאז ניתן להורות כי הוא ישהה במרכז עד לגירוש או יציאתו ממנה.
108. ויודגש: במסגרת האמצעים החלופיים שפגיעתם פחותה ואשר ישיגו את התכלית המתבקשת, אשר צוינו בפסק הדין הקודם, מצויה גם ההצעה להקים מרכז שהייה למסתננים לפי הצעת חוק, כאשר "מסתנן שלא ניתן לו רישיון ישיבה בישראל אך קיימת מניעה לגרשו יועבר למרכז השהייה הפתוח" (כאמור בפסק-הדין הקודם).
109. לשון אחר: גם הוראות 32 של החוק שנוספו במסגרת סעיף 6 של התיקון החדש הינן ראויות, מידתיות, חוקיות וחוקתיות, מאוזנות ונעשו בהתאם לאמור בפסק-הדין הקודם ולמצוות בית המשפט הנכבד; ואין כל יסוד לטענה כי יש לבטלן.
110. ומה טוענים העותרים בהקשר זה?
111. הם מלינים, בלשון חריפה וקשה, על הסדרים ופרטים הנמצאים ושאמורים להימצא **במתחם שיקול זעתו והחלטתו של המחוקק, מחוקק המשנה או הרשות המבצעת**, לרבות מיקום מתקן השהייה, מיהות המעסיק של הסגל העובד בו, נהלים שנקבעו בעניין הפעלת המתקן, תפוסת המתקן ועוד ועוד. העותרים מבקשים מבית המשפט הנכבד **להתערב בפרטי הפרטים של אמצעי שהוכר כלגיטימי במסגרת פסק-הדין הקודם**.
112. כלום אמור בית המשפט הנכבד להיכנס לפרטי פרטים ולקבוע היכן ימוקם המתקן הפתוח – שמא יקורב לעיר באר-שבע או יורחק מדימונה?
113. כלום אמור בית-המשפט הנכבד להיכנס לפרטי הפרטים ולקבוע איזה גוף יעסיק את העובדים במתקן, ואולי גם האם ואילו מדים ילבשו ובאילו אמצעים ולפי אילו נהלים יותר להם לפעול?
114. פשיטא כי שאלות אלה נענות **בלאו מהדהד**, ויש לדחות על פניהן ולגופן את טענות העותרים (גם) בהקשר זה.
115. ככל והעותרים סבורים כי יישום החוק לא נעשה כחוק, הרי שפתוחה הדרך בפניהם במקרה המתאים לתקוף את היישום בעתירה מינהלית פרטנית שתידון בפני **הערכאה המוסמכת** וככל שדעתם לא תתיישב להגיש ערעור לבית משפט נכבד זה. הגשת עתירה לבג"צ ותקיפת החוק אינה הדרך המתאימה.

## השער השלישי - יעילותו של ההסדר החוקי הקיים

### א. ביטול התיקון החדש יביא לפגיעה חמורה במשיבים

116. בכל דיון בסוגיה דהכא חשוב לזכור להתחשב ולאזן את "צידו השני של המטבע", האוכלוסייה שמושפעת באופן המהותי ביותר ושסובלת מתופעת המסתננים – ובעיקר תושבי דרום ת"א; זאת

מבלי לגרוע מכך שתושבי ערים נוספות סובלים אף הם מתופעת ההסתננות, כאמור בין היתר בכתב תשובה זה.

117. בגדרי זאת, המשיבים מבקשים להבהיר פעם נוספת כי אין מדובר בתחושות, רחשי לב או רגשות, אלא בפגיעות ממשיות, כואבות ומוחשיות ביותר, וכך גם יש להתייחס אליהן בכל בדיקה חוקית וחוקתית של התיקון לתוק ובכל איזון בין שיקולים ואינטרסים שונים.

118. המשיבים יבקשו להדגיש עוד מספר נקודות בהקשר לסוגיה שעלתה במסגרת פסק-הדין הקודם, ושעניינה התהייה כיצד החזקה במשמורת של כ-2,000 מסתננים (לא) אמורה לסייע למצבם של תושבי דרום ת"א, שכן מדובר בשיעור קטן בלבד מתוך כלל המסתננים.

119. ובכן, מתקן שההייה מהווה חוליה מרכזית, אבן בריח, בטיפול במסתננים השוהים בישראל, ועשוי לשמש כמעין "תחנת מעבר" במסגרת הקטנת מימדי התופעה. מדובר באמצעי מידתי, שעולה בקנה אחד עם האמור בפסק-הדין הקודם, שתכליתו ראויה ושהשפעתו יכולה להיות ממשית ויעילה עד למאוד.

120. ראשית, נראה כי מדובר בעניין שאינו רלבנטי עוד, שכן בהתאם להוראות התיקון החדש, מנגנון ההחזקה במשמורת הינו "צופה פני עתיד" ולא נועד לחול על מסתננים המצויים בישראל. סעיף 30א(ג) ואו ההחזקה במשמורת אינם רלבנטיים ולא יחולו לגבי אותם 2,000 מסתננים שהוחזקו במשמורת קודם לכן ושאליהם התייחס בית המשפט הנכבד, כך שאותם ספקות ותהיות באשר לתועלת בהחזקת כמות קטנה באופן יחסי של מסתננים במשמורת לעומת מספרם של המסתננים שאינם מצויים במשמורת – כבר אינם חלים ואינם רלבנטיים.

121. שנית, אין לזלזל בכל מספר של מסתננים, דווקא בשים לב לרחובותיה המלאים עד להתפקע של תושבי דרום ת"א. עלייה של שלושה, ארבעה או חמישה אחוזים בהיקף האוכלוסייה באבחה אחת הינה עניין מהותי ביותר שנושא עימו השלכות ניכרות.

122. שלישית, המנגנונים שנקבעו במסגרת התיקון הם ועשויים להיות בעלי השפעה מכרעת בכל הקשור לטיפול במסתננים השוהים כבר בישראל. כאמור במסגרת הוראות סעיף 32ד של החוק, השהייה במתקן הינה גם במקרה בו יש קושי בביצוע גירוש, ובהתאם המסתנן ישהה במתקן עד לגירושו מישראל או עד ליציאתו ממנה.

## ב. הגדר ה"נורמטיבית" ועידוד היציאה מרצון

123. לכל גדר ימצא סולם, ואף חסם פיזי איננו הרמטי.

124. מן הבחינה העובדתית עולה, כי הילידה במספר המסתננים במהלך שנת 2012 החלה עוד בטרם הושלמה הגדר על גבול מצרים בתחילת שנת 2013, זאת מעת שהוחל ביישומו של תיקון מס' 3 לחוק באמצע חודש יוני 2012.

125. על פי נתוני רשות האוכלוסין,<sup>45</sup> בחודש מאי (החודש האחרון המלא בטרם הוחל יישומו של החוק) הסתננו לישראל 1837 מסתננים. בחודש יוני (במהלכו הוחל יישום החוק) הסתננו 877 מסתננים. במהלך החודשים יולי ועד דצמבר 2012 (באתר רשות האוכלוסין אין פילוח חודשי לחודשים אלו) הסתננו לישראל בסך הכל 1,294 מסתננים, הרבה פחות מחודש מאי לבדו!
126. **אין די אפוא בגדר פיסית ויש צורך אקוטי ב"גדר נורמטיבית"**, לרבות בדרך של החזקה במשמורת ובדרך של הקמת המתקן הפתוח. למיטב ידיעתה של איתן, אין ולו מקום אחד בעולם, בו הוכחה יעילותה של גדר בעצירה מוחלטת של מהגרים. על אף שגדר יכולה לסייע ולצמצם את ממדי התופעה, היא בוודאי לא יכולה למנוע אותה לחלוטין ואף לא למנוע ממספרים משמעותיים של מסתננים לנסות ולבוא בגבולות המדינה.
127. המדינה החלה לגבש מדיניות מסודרת הכוללת אמצעים של החזקה במשמורת והקמת מתקן פתוח. אמצעים אלו יחד עם אמצעים נוספים שהמדינה צריכה להמשיך ולנקוט בהם, יימנעו את השתקעותם של המסתננים בישראל, ויפגעו בתמריץ של אותם מסתננים להישאר במדינה.
128. ישנה דוגמא מובהקת שממחישה יותר מכל את ההכרח בגדר "נורמטיבית" ובמדיניות חוקית ברורה של טיפול במסתננים וכוונתנו היא למובלעות הספרדיות מלייה (Melilla) וסאוטה (Ceuta), הממוקמות בחופה הצפוני של מרוקו.
129. מובלעות ספרדיות אלה הם הגבול היבשתי היחיד שיש לאיחוד האירופי עם יבשת אפריקה, ומדובר בגבול של כמה עשרות קילומטרים. בדומה לכך, מדינת ישראל היא המדינה המערבית היחידה לה גבול יבשתי עם אפריקה, אך בשונה מהמובלעות הספרדיות, הגבול הישראלי הינו באורך מאות קילומטרים.
130. בעקבות גלי הגירה גדולים מתת יבשת אפריקה, הקימה ספרד גדר שעם השנים הלכה והוגבהה. כיום מדובר בשלוש שכבות של גדרות בגובה שישה מטרים עם כביש סיור, מגדלי פיקוח ושומרים חמושים. ואולם, גדרות אלה אינן מרתיעות ואינן מונעות כניסה של מסתננים בהיקפים לא מבוטלים, ובהעדר גדר "נורמטיבית" מספקת, מדי חודש מסתערים על הגדרות הפיסיות מאות מהגרים מתת היבשת ובעזרת סולמות מטפסים מעל לגדרות<sup>46</sup>.
131. הגדר הנורמטיבית היא אפוא הכלי המשמעותי שנותר בידיה של המדינה. יש לזכור שגם הגבול עם ירדן פרוץ ומי יתקע לידינו כף שמסתננים לא ינסו להיכנס לישראל דרך ירדן.

---

<sup>45</sup> מתוך אתר האינטרנט של רשות האוכלוסין.

<sup>46</sup> <http://www.spiegel.de/international/world/ceuta-and-melilla-europe-s-high-tech-african-fortress-a->

<http://www.bbc.com/news/world-europe-26382589;779226.html>

[http://www.liveleak.com/view?i=be4\\_1379458003](http://www.liveleak.com/view?i=be4_1379458003)

132. נראה כי גם העותרים מסכימים כי הגדר לא באמת תמנע ממסתננים לנסות ולהסתנן לישראל, שכן כך נכתב במסמך שאלות ותשובות באתר האינטרנט של הארגון "רופאים לזכויות אדם", שנכתב בעזרת אחד מעורכי הדין החתומים על העתירה, עו"ד עודד פלר<sup>47</sup>.
133. יתרה מכך, לא רק שהעותרים סוברים כי הגדר לא תעצור את זרם מבקשי המקלט, אלא שלדידם אסור לישראל למנוע הגעה של מבקשי מקלט מלכתחילה ויש לאפשר להם להגיש בקשות מקלט בישראל בכל מקרה ועל אף קיום הגדר. זאת בעוד הם מתעלמים לחלוטין מהמציאות איתה מדינת ישראל מתמודדת בה לא ניתן להחזיר בכפייה מסתנן, גם אם בקשת המקלט שלו נדחתה. העותרים דואגים גם לציין זאת במפורש כמה פעמים במהלך עתירתם כדוגמה בסעיף 4 לעתירתם: "נקודת המוצא הינה שבין שהעותרים 1 ו-2, ואנשים אחרים במצבם, הם פליטים ובין שאינם פליטים- אי אפשר לגרשם כיום מישראל".
134. נמצא שהעותרים מבקשים לקבע מציאות אבסורדית, בה לדידם, יש להכניס אנשים המגיעים לגבול ישראל ולאפשר להם הגשת בקשות מקלט, בעוד שלא ניתן להרחיקם גם במקרה שהם אינם פליטים ואין להם כל עילה חוקית או מוסרית לשהות בישראל.
135. ההסדר הנורמטיבי החל כבר הביא לידי כך שחלק מהמסתננים החל לצאת משטח המדינה בתקופה האחרונה. על פי נתוני רשות האוכלוסין וההגירה, בחודש ינואר 2014 יצאו 765 מסתננים ובחודש פברואר 2014 יצאו מרצון 1,705 מסתננים, כאשר 96 אחוז מתוכם עשו זאת ממרכזי הערים ומבלי שנאלצו לשהות ולו יום אחד במתקנים.<sup>48</sup>
136. אחת מנציגות העותרים הדגישה בפני ועדה בכנסת<sup>49</sup> כי רק באותם מקרים שאנשים הם באמת מהגרי עבודה, "אז הם באמת ייקחו את הכסף שמציעים להם ויחזרו".<sup>50</sup> ואילו היה מדובר בפליטים, אשר נשקפת להם סכנה, הרי שהם היו מעדיפים לישוב בכלא הישראלי (שם).<sup>51</sup> יש צדק בטענה וכך גם מורה ההיגיון. רק לאחרונה (אוקטובר 2013) יצאו העותרים כנגד ההחלטה להגדיל

---

<sup>47</sup> <http://www.phr.org.il/default.asp?PageID=52&ItemID=1502> - "האם הגדר תמנע מהם להגיע לכאן? איננו יכולים לחזות זאת. גם מאות קילומטרים של ים סוער אינם מצליחים למנוע ממבקשי מקלט להגיע לאירופה. לכן, יש להכיר בכך שמבקשי מקלט ימשיכו להגיע לישראל ויש להבטיח הליך הוגן לבחינת טענותיהם והגנה ראויה כל עוד בקשתם נבחנת. הגנה כזו תהא לטובת הפליטים כמו גם לטובת הציבור כולו. בנוסף, יש להביא בחשבון, שגדר לא תחסוך מישראל את חובתה לקבל לשטחה את מי שנשקפת להם סכנה".

<sup>48</sup> <http://www.haaretz.co.il/news/education/1.2255769>

<sup>49</sup> הגב' סיגל רוזן, רכזת הפעילות הציבורית של ה"פורום לזכויות פליטים" ארגון גג המאחד את הארגונים העותרים, בישיבה בכנסת בפני "הוועדה לבעיית העובדים הזרים" ביוני 2012.

<sup>50</sup> פרוטוקול מספר 99 מישיבת הוועדה לבחינת בעיות העובדים הזרים, 11 ביוני 2012.

<sup>51</sup> שם. כמו כן ראו: פרוטוקול מס' 106 מישיבת ועדת הפנים והגנת הסביבה. 30 ינואר 2007. <http://www.knesset.gov.il/protocols/data/html/pnim/2007-01-30.html>; "וואלה", 30 באוקטובר 2013,

<http://news.walla.co.il/?w=9/2690357>



את מענק היציאה מרצון וטענו כי מענק זה לא יעודד את יציאתם של המסתננים מישראל, שהרי (לטענת העותרים) בפליטים עסקין ומדובר בסכנת חיים.

137. העותרים מבקשים להיתלות בפסק דין של שופט בקניה, אשר ביטל דירקטיבה של ממשלת קניה בדבר העברתם של 18,000 פליטים מוכרים שחיו במרכזי הערים למחנות פליטים. דא עקא, אין הנידון דומה לראיה: על פי נתוני נציבות האו"ם לפליטים, בסוף שנת 2012 חיו בקניה 553,504 איש במחנות פליטים מאורגנים,<sup>52</sup> כך שפסק הדין עוסק בקבוצה קטנה מאוד של אנשים מתוך כלל אוכלוסיית היעד של האו"ם במדינה שברובה חיה במחנות פליטים בהם התנאים קשים לאין שיעור מהתנאים במתקן חולות. מעבר לכך, פסק הדין הקנייתי עוסק בדירקטיבה ממשלתית בלבד ולא בחקיקה ראשית שעברה ברוב גדול על ידי המחוקק בפעם השלישית. למותר לציין באופן כללי כי הדעת נותנת שהמשיבים (כמו גם הח"מ) היו מעדיפים לקבל "השראה" משפטית (ובכלל) בכל הקשור לנורמות הראויות שאחריהן רצוי ללכת ממחוזות אחרים (ולשם הדוגמא אוסטרליה).

## אחרית דבר

138. גם במסגרת פסק-הדין הקודם חזר בית המשפט הנכבד על מושכלות היסוד לפיהן **האינטרסים של החברה הישראלית הם בעלי עדיפות ראשונה ועליונה**<sup>53</sup>, וכי מקובל על הכול כי הזכויות המוענקות על ידי המדינה לזר, ובוודאי לזר שנכנס באופן בלתי חוקי למדינה, אינן משתוות לאלו הניתנות לאזרחי המדינה ואף חובותיה של המדינה כלפי הזר אינן זהות כמובן<sup>54</sup>.
139. המשיבים סבורים כי התיקון החדש מגלם איזון ראוי מתבקש ונדרש בין הזכויות של הגורמים השונים שעומדות על המדוכה, לרבות זכויות המשיבים. כך היה גם מצב הדברים בעניין התיקון הקודם, ובבחינת קל וחומר זהו מצב הדברים בכל הקשור לתיקון החדש.
140. תושבי דרום ת"א מפצירים ומבקשים אפוא מבית המשפט הנכבד כי יותיר על כנו את התיקון החדש. כך נדרש ראוי מתבקש ובהכרחי, בשים לב גם לזכויות המשיבים, לפגיעה בהם ולמצוקתם.
141. יחד עם זאת, כבר אמרנו כי אין בכך די. על הרשויות להוסיף ולפעול ללא לאות על מנת לגבש שורה נוספת של אמצעים מידתיים כדי להקטין ואף לאיין את תופעת ההסתננות.
142. אשר על כן מתבקש בית המשפט הנכבד לדחות את העתירה המחודשת ולקבל את עתירת המשיבים.

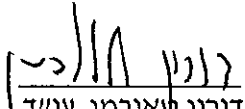
---

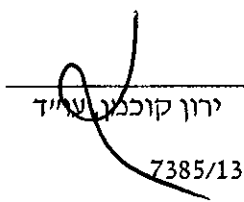
<sup>52</sup> UNHCR Statistical yearbook, 2012, table 15. <http://www.unhcr.org/52a723f89.html>

<sup>53</sup> בסעיף 112 של חוות-דעת כבוד השופטת ע' ארבל.

<sup>54</sup> בסעיף 113 של חוות-דעת כבוד השופטת ע' ארבל.

143. עובדות ככל שמופיעות בכתב תשובה זה נתמכות בתצהירים שצורפו לעתירת המשיבים, מנספחי כתב תשובה ומהקישוריות אליהן הוא מפנה. כמו כן מצורף תצהירו של מר יונתן יעקובוביץ', ראש מערך הסברה באיתן.

  
דורון שאובמן, עו"ד  
כספי ושות'  
ב"כ העותרים בבג"צ 7385/13

  
ירון קובוביץ, עו"ד

תל אביב, ט' אדר ב תשע"ד ; 11 מרץ, 2014