

**1-8. זרי גבריסלאסי ואח'
באמצעות ב"כ, עו"ד עודד פלר ואח'
האגודה לזכויות האזרח בישראל**

**עו"ד ענת בן-דור ואח'
התכנית לזכויות פליטים, הפקולטה למשפטים, אוניברסיטת תל-אביב**

**עו"ד אסף וייצן ואח'
המוקד לפליטים ולמהגרים**

**עו"ד אסנת כהן-ליפשיץ
הקליניקה לזכויות מהגרים, החטיבה לזכויות אדם,
המרכז האקדמי למשפט ועסקים**

**כולם באמצעות האגודה לזכויות האזרח בישראל
רח' נחלת בנימין 75, תל-אביב
טלפון: 03-5608185; נייד: 052-2547163;
פקס: 03-5608165; מייל: oded@acri.org.il**

העותרים

נ ג ד

**1. כנסת ישראל
באמצעות היועץ המשפטי לכנסת
הכנסת, ירושלים**

2. שר הפנים

3. שר הביטחון

4. השר לביטחון פנים

5. היועץ המשפטי לממשלה

**באמצעות פרקליטות המדינה
רח' צלחת א-דין 29, ת"ד 49029, ירושלים
טלפון: 02-6466194; פקס: 02-6467011**

המשיבים

תוכן עניינים

1	פתח דבר
1	שער ראשון: הרקע לחקיקת החוק המתקן
3	א. תופעת ההסתננות לישראל
12	ב. המענה המשולב שניתן לתופעת המסתננים עובר לחוק הקודם
13	ג. פסק הדין בעתירה הקודמת
	שער שני: הכלים המשולבים להתמודדות מקיפה עם תופעת ההסתננות
17	א. עיקרי פרק ג' לחוק
19	ב. עיקרי פרק ד' לחוק
22	ג. העברה למשמורת
24	ד. הפעילות אל מול מדינות זרות
25	ה. חקיקה לעניין איסור הוצאת רכוש מישראל
	שער שלישי: מענה לטענותיהם החוקתיות של העותרים
27	א. היקף הביקורת השיפוטית – חקיקה ראשית של הכנסת
28	ב. הזכויות העומדות על הפרק
29	ב.1. הזכות לחופש תנועה
30	ב.2. הזכות לחירות
31	ג. סעיף 30א – הבחינה החוקתית
32	ג.1. תכלית סעיף 30א לחוק למניעת הסתננות
32	ג.2. מניעת הישנותה של הסתננות בלתי חוקית ורחבת ההיקף לתוככי ישראל
38	ג.3. מיצוי אפיקי יציאה מישראל
40	ג.4. מידתיות סעיף 30א כנוסחו בחוק המתקן
41	ג.5. מבחן המשנה הראשון של המידתיות: "מבחן ההתאמה", או "מבחן הקשר הרציונאלי"
43	ג.6. מבחן המשנה השני של המידתיות: "מבחן הפגיעה הפחותה" – "מבחן הצורך"
47	ג.7. מבחן המשנה השלישי של המידתיות: "מידתיות במובן הצר"
	ד. בחינת חוקתיות פרק ד' לחוק
53	ד.1. כללי
55	ד.2. מבט אמפירי על הפעלתו של מרכז השהייה
56	(א) הליך הקליטה במרכז השהייה
57	(ב) המתקנים והשירותים במרכז השהייה
58	(ג) שירותי בריאות ורווחה
59	(ד) כניסה ויציאה ממרכז השהייה
60	(ה) העסקת שוהים במרכז
61	ה. פרק ד' לחוק – הבחינה החוקתית גופא
62	ה.1. הפגיעה הנטענת בזכויות
63	ה.2. תכלית פרק ד' לחוק
66	ה.3. מידתיות הוראותיו של פרק ד' לחוק
67	(א) מבחן המשנה הראשון
68	(ב) מבחן המשנה השני
72	(ג) מבחן המשנה השלישי – המידתיות במובן הצר
81	סיכום

כתב תשובה מטעם המדינה

בהתאם להחלטות בית המשפט הנכבד, ובהתאם להודעת המדינה מיום 21.1.14, בדבר הסכמה לדון בעתירה כאילו הוצא בה צו על-תנאי, תוך שמירת זכותה להשלים טיעונים בכתב לאחר הדיון ביחס לשאלות או לסוגיות שיעלו במהלכו, כמו גם תוך שמירת זכותה להגיב לטענות שיעלו בעלי הדין האחרים במהלך בירור העתירה, מתכבדים המשיבים 2-5 להגיש כתב תשובה מטעמם.

1. עניינה של העתירה בבג"ץ 8425/13, בבקשת העותרים להורות על בטלותו של החוק למניעת הסתננות (עבירות ושיפוט) (תיקון מס' 4 והוראת שעה), התשע"ד-2014 (להלן: **החוק המתקן**). לחילופין, מבקשים העותרים להורות על בטלותו של סעיף 30א לחוק למניעת הסתננות (עבירות ושיפוט), התשי"ד-1954 (להלן: **החוק**), וכן על בטלותו של פרק ד' לחוק.

העותר 1 הסתנן לישראל מאריתריאה ביום 1.8.12 והוצא בעניינו צו גירוש מכוח סעיף 30א לתיקון מס' 3 לחוק למניעת הסתננות. במהלך שהותו במשמורת הגיש העותר 1 בקשת מקלט. ביום 11.7.13 בית הדין לביקורת משמורת הורה על שחרורו של העותר 1 בתנאים, בשים לב לעיכוב שחל במתן ההכרעה בבקשתו למקלט. בין לבין, ועקב אי-עמידה בתנאי השחרור שקבע בית הדין, ולצד בקשות שהוגשו לשם עיכוב ביצוע שחרורו של העותר 1, הוכרעה בקשת המקלט, ונמצא כי דינה להידחות. החלטה זו נמסרה לעותר 1 ביום 28.7.13. עוד יצוין, כי העותר 1 הגיש בקשה לעיון חוזר בהחלטה הדוחה את בקשת המקלט שהגיש. על-פי הנמסר מרשות האוכלוסין וההגירה, בקשה זו עתידה להיות מוכרעת בעת הקרובה. ביום 10.12.13 ניתנה הוראת שהייה בעניינו של העותר 1, ומאז מצוי הוא במרכז השהייה חולות.

העותר 2 הסתנן לישראל מאריתריאה ביום 26.6.12, ומיד פונה לבקשתו לבית החולים "סורוקה" לצורכי טיפול רפואי. בתום 24 שעות אשפוז, שוחרר העותר 2 מבית החולים אל תל אביב. ביום 5.9.12 הגיע העותר לשימוע בפני ממונה ביקורת גבולות, בסופו הוצא לו צו גירוש שמכוחו הוחזק - תחילה ב"גבעון" ומאוחר יותר במתקן "סהרונים". ביום 13.11.12, בעת הדיון בפני בית הדין לביקורת משמורת טען העותר 2 לראשונה כי הוא מבקש מקלט מדיני. בעקבות הוראת בית הדין, ומאוחר יותר בעקבות פניית מוקד סיוע לעובדים זרים בעניין בקשה זו, נערכה בדיקה מקדמית בעניין בקשתו של העותר 2. עם זאת, רק ביום 25.2.13 הגיש העותר 2 טפסי בקשת מקלט מדיני. ביום 15.9.13 הורה בית הדין לביקורת משמורת על שחרורו של העותר 2, בשים לב לעיכוב הנטען בהכרעת בקשתו למקלט. בשים לב לעיכוב הביצוע שניתן להחלטה זו, ולעובדה כי ביום 17.9.13 ניתנה החלטה הדוחה את בקשת המקלט של העותר 2, בוטלה החלטת שחרורו. ביום 13.12.13 ניתנה בעניינו של העותר 2 הוראת שהייה והוא שוחרר ממתקן "סהרונים" והועבר למרכז השהייה "חולות". לשם השלמת התמונה, יצוין כי העותר 2 יצא ביום 17.12.13 את מרכז

השהייה ונמנע מלהתייצב בשעת הצהריים, ורק בשעות הערב הוחזר למרכז. בעקבות זאת, הוזהר העותר 2 שלא לשוב על הפרת הוראת השהייה. ביום 19.12.13 יצא העותר 2 את מרכז השהייה פעם נוספת, מבלי להתייצב בשעת הצהריים. משהוחזר העותר 2 למרכז השהייה נערך לו שימוע ובעקבות זאת הוחלט על העברתו למשמורת למשך 30 ימים. ביום 16.1.14 הוחזר העותר 2 למרכז השהייה. מיד בסמוך לאחר מכן, ביום 17.1.14 עזב העותר 2 את המרכז ושב אליו בחלוף כ-48 שעות, ללא קבלת אישור לכך. בעקבות זאת, ולאחר עריכת שימוע, הוחלט על העברתו למשמורת לתקופה של 90 יום, החלטה אשר אושרה בהחלטותיו העתיות של בית הדין לביקורת משמורת. ביום 25.2.14 נערך לעותר 2 ראיון על ידי ממונה ביקורת גבולות, שבסופו הוחלט על קיצור משמעותי של משך המשמורת ועל השבתו של העותר למרכז השהייה, בו הוא מצוי כעת.

העתקי המסמכים הנוגעים לעניינם של העותרים 1-2 מצורפים בסוף כרך הנספחים הנלווה לכתב התשובה, ומסומנים **נספחים א' ו-ב'**, בהתאמה.

2. המדינה סבורה כי דין העתירה, על כל הסעדים המבוקשים בה, להידחות.

כפי שיפורט להלן, החוק המתקן הוא חוקתי, והוא נדבך חשוב במערך נורמטיבי וביצועי מורכב המעניק מענה מידתי, סביר ומאוזן לתופעה המורכבת שמדינת ישראל נאלצת להתמודד עמה בשנים האחרונות - היא תופעת הסתננותם לישראל של עשרות-אלפים מתושבי אפריקה, דרך גבולה המערבי עם מצרים, והשתקעותם במדינת ישראל. בניגוד לרושם שמנסים העותרים ליצור, וכפי שיפורט להלן, הרוב המכריע של המסתננים לישראל אינם בגדר פליטים ואף לא בגדר מבקשי מקלט, הגם שמזה תקופה משמעותית קיימת אפשרות להגיש בקשות למקלט מדיני בישראל ביחידת מבקשי המקלט של רשות האוכלוסין וההגירה.

כפי שנפרט בהמשך, החוק מאזן היטב בין האינטרסים התיוניים של מדינת ישראל, ובין זכויותיהם של אזרחיה ותושביה, לבין האינטרסים והזכויות של עשרות-האלפים שהסתננו למדינת ישראל בשנים האחרונות. החוק המתקן שונה באופן מהותי מהחוק למניעת הסתננות (עבירות ושיפוט) (תיקון מס' 3 והוראת שעה), התשע"ב-2012 (להלן: **החוק הקודם**), שבית המשפט הנכבד קבע כי סעיף 30א בנוסחו דאז איננו חוקתי; והוא נחקק בשים לב לפסק דינו של בית המשפט הנכבד בבג"ץ 7146/12 **אדם נ' הכנסת** (פסק דין מיום 16.9.13; להלן: **העתירה הקודמת**, או: **עניין אדם**).

זאת ועוד - מכוח החוק המתקן מופעל לראשונה מרכז שהייה פתוח, שבאמצעותו מספקת המדינה את מכלול צרכי השהייה בו, ובכלל זה: מדור, מזון, שירותי רפואה, שירותי חינוך, רווחה ועוד, למי שהסתננו לישראל ושקיים קושי להרחיקם.

3. דרך הילוכנו תהיה כדלקמן –

תחילה, בשער הראשון לכתב התשובה, נעמוד על הרקע ועל התפתחותה של תופעת ההסתננות לישראל, כמו-גם על ההשלכות הנלוות לה. כמו כן, נעמוד על המענה המשולב שניתן לתופעת ההסתננות עובר לחוק הקודם. לאחר מכן, נתאר את עבודת המטה שהתבצעה וכן את המהלכים עליהם הוחלט לשם התמודדות עם תופעת ההסתננות לאחר מתן פסק הדין בעניין אדם.

בשער השני לכתב התשובה, נתאר את הכלים המשולבים הקיימים היום להתמודדות עם תופעת ההסתננות. תחילה, נפרט על אודות עיקרי הוראות החוק למניעת הסתננות לאחר חקיקת החוק המתקן, וכן את חקיקת המשנה שהותקנה מכוחו – זאת, בין ביחס להסדרים המשפטיים החדשים באשר למתקן המשמורת, ובין ביחס להקמתו לראשונה של מרכז השהייה הפתוח. לאחר מכן, נפרט על ההתקדמות שחלה באפיקים המאפשרים את יציאתם של מסתננים מישראל, ובכלל זה שני הסדרים המיושמים הלכה למעשה מול מדיניות שלישיות. כמו כן, נסקור בקצרה את ההסדרים החוקיים המטילים הגבלות על הוצאת כספי מסתננים מישראל, שהינם כלי נוסף ליישום המדיניות כאמור.

לבסוף, בשער השלישי לכתב התשובה, נביא בפני בית המשפט הנכבד את עמדת המדינה ביחס לחוקתיות ההסדרים שנקבעו בחוק המתקן. ראשית, נעמוד על טענות המדינה באשר לבחינה החוקתית של סעיף 30א במסגרת פרק ג' לחוק המתקן. לאחר מכן, נביא את עמדת המדינה באשר לחוקתיות ההסדרים שנקבעו בחוק המתקן בעניין מרכז השהייה הפתוח, קרי הוראות פרק ד' לחוק.

שער ראשון: הרקע לחקיקת החוק המתקן

א. תופעת ההסתננות לישראל

4. בשנים האחרונות מתמודדת מדינת ישראל עם גל של הגירה בלתי-חוקית, הן של מי שנכנסו לישראל כדין דרך תחנת גבול (כתיירים או כעובדים זרים) ונשארו בה מעבר לתקופת האשרה שניתנה להם או בניגוד לתנאים שנקבעו בה; והן של מסתננים שנכנסו לישראל באופן בלתי-חוקי ושלא דרך מעבר גבול, וחלקם אף ללא תיעוד. במרבית המקרים, המסתננים הגיעו ארצה דרך גבולה המערבי של המדינה, תוך חציית הגבול עם מצרים - גבול המשתרע על-פני כ-220 ק"מ, שעד לפני מספר שנים היה ברובו פרוץ.

5. מדינת ישראל, כמו כל מדינות העולם, מפקחת על הנכנסים לתחומה ואינה מקבלת בהבנה מצב בו שוהים בתוך גבולותיה עשרות-אלפי אנשים מסתננים בלא תיעוד, ללא שניתנה להם אשרה מראש ובניגוד לדין. בכך, דומה מדינת ישראל לשאר מדינות העולם, המשמרות בידיהן סמכויות נרחבות הנוגעות להתרת כניסתם של נתינים זרים לתחומיהן. זוהי הליכה של עקרון ריבונות המדינה, המוכר במשפט הבינלאומי.
6. מעבר לאובדן השליטה על התופעה בהתהוותה, והיעדר היכולת לשלוט על המצויים בתוך גבולותיה, נודעות לתופעת ההסתננות השלכות קשות גם בתחומים חברתיים, כלכליים וביטחוניים. מסתננים רבים קבעו את מקומם במרכזי הערים (בעיקר בדרום תל-אביב ובאילת), בשכונות שלא היו שכונות מבוססות-מלכתחילה. דווקא אזרחי מדינת ישראל שאינם מתגוררים בשכונות אמידות, ושחלקם שייך ממילא לאוכלוסיות בלתי חזקות, מצאו עצמם נפגעים בעקבות יצירת מרכזי מגורים של אוכלוסיית המסתננים בסמוך למקומות מגוריהם. בית המשפט הנכבד עמד, במסגרת פסק דינו בעתירה הקודמת, על כך ש"לא ניתן להמעיט מתחושתם הקשה של תושבי דרום תל-אביב לפיה רמת הביטחון בסביבת מגוריהם ירדה באופן משמעותי". היבטים אלו קיבלו ביטוי רחב בכתב העתירה בבג"ץ 7358/13, ובתצהירים הרבים של תושבי דרום תל-אביב שצורפו לה (כמו גם לעתירה הקודמת). בין השאר, עולה כי תושבי אזורים שבהם התרכזה אוכלוסייה גדולה של מסתננים חשים פגיעה בבטחון האישי שלהם, והם מוצאים עצמם כלואים מאונס בבתיים וחוששים להלך ברחובות. בתצהירים אלו נזכרות עדויות לפעילות פלילית מגוונת, החל מפשיעת רחוב, דרך פגיעת ברכוש ופגיעה בסדר הציבורי, וכלה בפשיעה חמורה - הן בתוך אוכלוסיית המסתננים עצמם, הן כנגד תושבי השכונה הישראלים.
7. מובן שלהשלכות הקשות שנמנו לעיל יש גם משמעות כלכליות נכבדות. עלות הטיפול הרפואי במסתננים מוערכת בכ-55 מיליוני שקלים מדי שנה (כיוון שאין אפשרות לרוב לגבות מבני אוכלוסייה זו תשלום עבור שירותים רפואיים, וככלל הם גם אינם רוכשים ביטוח רפואי פרטי); ואף שירותי הרווחה הממלכתיים נדרשו ליתן מענה לחלק מאוכלוסיית המסתננים ולחלק את תקציבם המוגבל בין יותר ויותר נזקקים.
8. לשם המחשה נציין כי על פי מידע שנמסר מבית החולים לילודות "ליס", שבמרכז הרפואי ת"א-יפו (איכילוב), בין 7% ל-10% מהלידות שהתקיימו בו בשנת 2012 היו של אמהות שהסתננו לישראל - כ-100 לידות בחודש שאין להן כיסוי ביטוחי רפואי כלשהו.
9. השלכה תקציבית נוספת של תופעת המסתננים נוגעת לצרכים הנוגעים לילדיהם. העלות הממשלתית של שילוב ילדי המסתננים במסגרות החינוך במדינת ישראל מוערכת בכ-25 מיליוני ש"ח מדי שנה, ומעבר לכך ישנה הוצאה נוספת משמעותית של הרשויות המקומיות. לעלות זו יש להוסיף עלויות הקשורות לשירותי הרווחה הניתנים למסתננים המצויים במרכזי הערים, ככל שהם זקוקים לכך.

10. נוסף על כל האמור, תופעת המסתננים הובילה גם לגידול בשיעורי הפשיעה. כך למשל, מנתונים שהוצגו ביום 10.9.12 וביום 15.10.12 בפני ועדת הפנים והגנת הסביבה של הכנסת, עולה כי היקף העברת כספי שכר העבודה של המסתננים מישראל לאפריקה, נאמד בהערכה זהירה במאות מיליוני שקלים בשנה. חלק ניכר מהסכום הזה מועבר בדרכים לא-חוקיות, וכך התפתח שוק בלתי חוקי, בלתי רשמי ובלתי מפקח של העברת כספים לאפריקה, שאף מעורבים בו גורמים עברייניים, על כל ההשלכות השליליות הנלוות לכך (ראו: דברי ההסבר להצעת חוק איסור הלבנת הון (הוצאת כספים מישראל בעבור מסתגן - עבירת מקור) (הוראת שעה), התשע"ב-2012).

11. כאמור, ההשלכות השליליות של תופעת ההסתננות הובילו להערכה כי מדובר בתופעה תמורה וחסרת תקדים, אשר יש בהיקפיה ובממדיה כדי להוות איום ממשי על ריבונותה של מדינת ישראל ועל חוסנה הלאומי, החברתי והכלכלי. גם בית המשפט הנכבד עמד על "אינטרס המדינה למנוע 'הגירת עבודה' החורגת כמובן מאותם מקרים בהם קיים חשש מבוסס לרדיפה" (בג"ץ 6312/10 קו לעובד נ' הממשלה, פסק דין מיום 16.1.11), וכן על האתגרים העומדים בפני המדינה ועל מורכבות הבעיות הכרוכות במניעת הגירה המונית באמצעות הסתננות למדינה דרך סיני. בית המשפט הנכבד עמד על כך בפסק דינו בבג"ץ 7302/07 מוקד סיוע לעובדים זרים נ' שר הבטחון, מיום 7.7.11 (להלן: עניין מוקד סיוע לעובדים זרים), כדלהלן:

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

תופעה זו מעמידה את ישראל בפני אתגרים ובעיות מורכבות המחייבות מתן מענה הולם לצורך למנוע הגירה המונית לתוכה

המתנהלת שלא כדין, ובה בעת לקיים את חובותיה כמדינה החברה בקהילה הבינלאומית ולא לפגוע בזכויותיהם של נרדפים ולהעמידם במצב של סכנה לחייהם או לחירותם מקום בו יורחקו מן הארץ. בלב מערכת איזונים זו ניצב החשש הממשי מהתרחבותה של התופעה למימדים עימם קשה יהיה למדינת ישראל להתמודד, מבלי שיפגעו שני צידי המשוואה - מדינת ישראל ותושביה מזה, והזרים הנכנסים לשטחה מזה..."

12. התגברות תופעת ההסתננות (כאמור, עד לשנת 2012), וההשלכות הקשות הנלוות לה, הובילו למסקנה שיש צורך בנקיטת מכלול של צעדים כדי לבלום תופעה זו.

13. הפתרון הפשוט שניתן היה לתת לבעיה זו - קרי, הרחקת המסתננים למדינת מוצאם, תושבותם או נתינותם (כאשר לא הוכח כי נשקפת להם שם סכנת חיים) - ישים רק בחלקו. הדברים אמורים בעיקר ביחס למסתננים שהם נתיני אריתריאה מחד, והרפובליקה של סודן מאידך, כפי שנסביר מיד. בנוסף, הרחקת אנשים אלו למדינות המעבר - כדוגמת מצרים - כפי שנעשה על ידי מדינות רבות בעולם, התבררה בענייננו כמורכבת בשעתו ובלתי-אפשרית כמעט כיום, בשל מורכבות היחסים שבין ישראל ומצרים ובשל המצב השורר בה (ראו, בין היתר, סעיף 11 לפסק הדין בעניין מוקד סיוע לעובדים זרים).

14. כפי שפורט בכתב התשובה שהוגש בעתירה הקודמת, לעיתים מקבלת מדינת ישראל החלטה כללית שלא להרחיק נתיני מדינות מסוימות, בתקופה מסוימת, ובהתקיים נסיבות מסוימות, למדינת מוצאם, וזאת בהתאם לעקרון אי-ההרחקה. מדיניות זו היא תלויה נסיבות, ומדינת ישראל סוברנית לשנותה בכל עת בהתאם לשינויי הנסיבות. מעת לעת נערכת בחינה של המדיניות האמורה, בשים לב לכלל הנסיבות הרלבנטיות ובאמצעות הגורמים המוסמכים לכך (ראו והשוו: עע"ם 8908/11 אספו נ' משרד הפנים (פסק דין מיום 17.7.12)). יודגש, כי עצם השתייכותו של מסתנן לקבוצה זו, שכלפיה נקטת מדיניות אי-הרחקה זמנית, אינה משולה להכרה בו כפליט לפי אמנת הפליטים.

15. כ-65% מהמסתננים השוהים בישראל כיום הם נתיני אריתריאה. נכון לעת הזו, מדינת ישראל נוקטת מדיניות אי-הרחקה זמנית של נתינים אריתראים לאריתריאה. במאמר מוסגר יוער, כי בשנים האחרונות, עם התגברות תופעת ההסתננות, גוברת אף התופעה של התחזות או הזדהות של מסתננים כבעלי נתינות אריתריאית, על מנת למנוע את הרחקתם מישראל.

נציין, כי ליחידת מבקשי המקלט של רשות האוכלוסין וההגירה הוגשו עד כה 1,468 בקשות למקלט מדיני בישראל על ידי נתיני אריתריאה, ומתוכן רואיינו (נכון ליום 3.3.14) 980 מבקשים. 444 בקשות כבר הוכרעו, ומתוכן 2 בקשות אושרו.

16. כ-25% מהמסתננים השוהים בישראל כיום הגיעו מהרפובליקה של סודן (צפון סודן). באשר למדינה זו מצב הדברים שונה: נתינים של הרפובליקה של סודן שהסתננו לישראל אכן אינם מורחקים ישירות למדינת מוצאם לעת הזו, אולם הדבר אינו נובע מהכרה במדינה זו כמדינת משבר. הימנעותה של מדינת ישראל בשנים האחרונות מלבצע החזרות ישירות לצפון סודן נובעת בעיקרה מהקושי המעשי לבצע החזרות שכאלה, בשל היעדר יחסים דיפלומטיים בין מדינת ישראל לרפובליקה של סודן, וממילא בשל היעדר תקשורת עם הרשויות במדינה זו. משכך, מטבע הדברים, לא קיים מסלול ישיר לביצוען של החזרות מסתננים לרפובליקה של סודן, אך הדבר אינו מונע פעולות שנועדו להסדרת חזרתם של נתיני מדינה זו למדינת מוצאם דרך מדינה שלישית כמדינת מעבר.

ליחידת מבקשי המקלט של רשות האוכלוסין וההגירה הוגשו עד כה 1,373 בקשות למקלט מדיני בישראל על ידי נתיני הרפובליקה של סודן, ומתוכן רואיינו (נכון ליום 3.3.14) 505 מבקשים. תשע בקשות אלו כבר הוכרעו, וכולן נדחו.

17. נעיר, כי בהתאם לפסק הדין בעת"מ 53765-03-12 א.ס.ף ואח' נ' שר הפנים (להלן: עניין א.ס.ף), לאחר שישראל כוננה יחסים דיפלומטיים עם מדינת דרום סודן, החלה מדינת ישראל להחזיר מסתננים לדרום סודן. עוד נעיר, כי בהתאם לפסק הדין בעת"מ 58162-01-12 אבו באקאיוקו ואח' נ' משרד הפנים (מיום 24.6.12) ולפסק הדין בעת"מ 27790-02-12 אבובקר נ' משרד הפנים (מיום 25.3.12), מסתננים שהם תושבי מדינת חוף השנהב מוחזרים למדינת מוצאם. נציין, כי בשנים האחרונות נקטה מדינת ישראל כלפי נתיני שתי המדינות הללו במדיניות של אי-הרחקה זמנית.

18. כמובן, מדינת ישראל אינה המדינה המפותחת היחידה המתמודדת עם תופעת ההסתננות. מדינות נוספות בעולם מתמודדות עם בעיה דומה. אולם מצבה של ישראל שונה לחלוטין ממצבן של יתר המדינות המפותחות בהקשר זה, ומכאן גם ההבנה כי נדרשת התמודדות שונה וייחודית. ישראל היא המדינה המפותחת היחידה שיש לה גבול יבשתי ארוך יחסית עם יבשת אפריקה (למעט שתי מושבות קטנות של ספרד במרוקו המתמודדות אף הן עם תופעת ההסתננות לשטחם).¹ בנוסף, עקב מיקומה של ישראל ויחסיה עם שכנותיה, המסתננים לישראל אינם ממשיכים ממנה למדינות אחרות, אלא ישראל מהווה את יעדם הסופי, וזאת בניגוד למסתננים למדינות אירופה. יתירה מזאת, יש לזכור שבשל מצבה הגיאופוליטי של מדינת ישראל, ובשל יחסיה המורכבים עם המדינות השכנות לה, יש קושי בשיתוף פעולה אתן בהתמודדות עם תופעת ההגירה כפי שעושות מדינות אחרות (לדוגמא: מדינות האיחוד האירופי עם מדינות צפון אפריקה).

19. רוב בני אוכלוסיית המסתננים הינם גברים המגיעים בגפם ממדינות נחשלות, שרמת החיים בהן נמוכה ביותר, והם מצאו במדינת ישראל הזדמנות להרוויח כסף רב (במונחים

¹ <http://news.bbc.co.uk/2/hi/europe/4316702.stm>

של מדינות מוצאם), לשלוח חלק ניכר ממנו לבני משפחותיהם, ולשפר את רמת חייהם. הכסף שנשלח ממדינת ישראל לארצות מוצאם של מסתננים אלו שימש, בין השאר, למימון הגעתם של מסתננים נוספים לישראל, וכך הלכה התופעה והתגברה.

20. ננקוט במספרים כדי להמחיש את היקפה העצום של תופעת ההסתננות, את שיעורי הגידול שלה ואת הסכנות הנשקפות ממנה למארג החברתי-כלכלי במדינת ישראל. עד לשנת 2006 נתפסו רק 2,813 מסתננים שנכנסו לישראל. בשנת 2007 נתפסו כ-5,382 אנשים שהסתננו לישראל מגבול מצרים; בשנת 2008 נתפסו כ-9,142 מסתננים; ובשנת 2009 נתפסו כ-5,305 מסתננים. בשנת 2010 תופעת ההסתננות לישראל כמעט ששילשה את גודלה, כאשר נתפסו כ-14,747 מסתננים. בשנת 2011 המשיך היקף התופעה לגדול, ונתפסו כ-16,851 מסתננים לישראל. בסוף שנת 2011 שהו אפוא בישראל כ-50,000 מסתננים. אין צורך להרחיב עוד את הדיבור על ההשלכות החברתיות, הכלכליות, הביטחוניות והתשתיות של מצב שבו קבוצה שגודלה למעלה מכ-0.5% מאוכלוסיית המדינה מסתננת אליה ממדינות אפריקה בהיקף גובר והולך, תוך חמש שנים בלבד, כאשר חלק מהם גם נתיני מדינת אויב.

21. האתגר שניצב בפני מדינת ישראל, אל מול תופעת ההסתננות מאפריקה, ובפרט מסודן ואריתריאה, ייחודי הוא. יחוד זה נובע מהגבול היבשתי שחולקת ישראל עם יבשת אפריקה, לצד כוח המשיכה של מדינת ישראל במרחב גיאוגרפי זה; בשל מורכבות היחסים עם המדינות הגובלות; בשל המצב הגיאופוליטי; וכן בשל גודל אוכלוסייתה ושטחה הגיאוגרפי. עיון בנתונים המפורסמים באתר נציבות האו"ם לפליטים באשר למספר האריתריאים והסודנים המצויים בכל אחת ממדינות אירופה, מציג את התמונה הבאה (בכל עניין נפנה להעתק הטבלה הרלוונטית מתוך ריכוז נתונים של דו"חות נציבות האו"ם לפליטים המצורף ומסומן מש/1):

א. מהטבלה המסומנת א' עולה, כי בכל 28 מדינות האיחוד האירופי, הוגשו בשנת 2011 כולה 5,536 בקשות מקלט של אזרחי אריתריאה ו-3,000 בקשות של אזרחי סודן. זאת כאמור לעומת 16,851 מסתננים שנכנסו לישראל בשנה זו. בהתאם, בשנת 2012 כולה הוגשו בכל מדינות האיחוד האירופי 6,248 בקשות מקלט של אזרחי אריתריאה ו-2,404 בקשות מקלט של אזרחי סודן. זאת, לעומת 10,322 מסתננים שנכנסו לישראל בשנה זו.

לשם ההשוואה, סיכום נתוני הטבלה המסומנת א' כאמור לעיל, מעלה כי נכון למחצית שנת 2013, בכל 28 מדינות האיחוד האירופי הוגשו 21,907 בקשות מקלט של נתיני אריתריאה וסודן – יחס מזערי ביותר בהשוואה לכ-505 מיליון תושבי 28 מדינות האיחוד, ופחות מחצי ממספר המסתננים שחדרו למדינת ישראל ממדינות אלה.

² חלק מהטבלאות צומצמו כך שיוצגו בהם רק הנתונים הרלוונטיים ליוצאי סודן ואריתריאה. לדו"חות המלאים והנתונים ראו <http://www.unhcr.org/pages/49c3646c4d6.html>

ב. לעניין זה ראו גם הטבלה המסומנת ב', הלקוחה מאתר נציבות האו"ם לפליטים. טבלה זו מתייחסת למדינות בהן ישנם מעל 5,000 אנשים אשר סווגו על ידי הנציבות, לצורך הסטטיסטיקה, כמי שקיבלו מעמד של פליט או סווגו כבעלי מעמד דומה אחר. מטבלה זו עולה כי נכון לאמצע שנת 2013, לשיטת הנציבות, בישראל מצויים 10,743 נתיני סודן במצב זה, כאשר ישראל הינה המדינה המערבית היחידה שיש בה מעל 5,000 נתיני סודן במצב זה. לפי אותה טבלה, בישראל מצויים 37,347 אריתראים במצב דומה, כאשר אחריה ניצבת איטליה עם 11,345.

ג. הטבלה המסומנת ג' מתייחסת אף היא לנתונים הנוגעים לאנשים אשר סווגו על ידי הנציבות כאמור לעיל בטבלה ב'. נכון לאמצע שנת 2013, ממוקמת מדינת ישראל במקום החמישי בעולם (אחרי לבנון, ירדן, מלטה ורואנדה) ביחס שבין מספר האנשים במצב זה לבין תא שטח גיאוגרפי. על-פי ממצאי הטבלה, עולה כי ישנם 2,319.08 אנשים במצב זה בכל 1,000 קמ"ר במדינת ישראל. מכאן, עולה בבירור השפעתה הניכרת של תופעת ההסתננות על החברה הישראלית, וכיצד משליכה השתקעותם של עשרות אלפי מסתננים על מרקם החיים האורבאני בישראל. הדברים נכונים אף שבעתיים, כאשר לוקחים בחשבון את העובדה כי עשרות אלפי המסתננים שנכנסו לישראל השתקעו במרכזי הערים, בהם צפיפות האוכלוסין גדולה יותר.

22. אחר שהתבהרה התמונה העובדתית, ובטרם נידרש לאופן ההתמודדות של מדינת ישראל עם תופעת המסתננים, נתייחס מעט למדיניות הכללית של ממשלות ישראל לדורותיהן בתחום ההגירה.

23. מדיניות הגירה היא נושא הקשור בטבורו לריבונות המדינה ולזכותה לקבוע מי יבוא בשעריה. חוקי המדינה מכירים בשיקול הדעת הרחב ביותר הנתון לממשלת ישראל לקבוע את מדיניות ההגירה לישראל, ואף המשפט הבינלאומי מכיר בחשיבותה של ריבונות המדינה בכל הקשור לתחום ההגירה ומעניק למדינות מרחב בלתי מוגבל כמעט של שיקול דעת בנושא.

24. בחוקי מדינת ישראל עולות שלוש קטגוריות עיקריות של אנשים שזכאים לקבל מעמד במדינת ישראל.

25. הקטגוריה הראשונה מעוצבת בדמותו של חוק השבות, התשי"ג-1950 (להלן: חוק השבות). חוק זה - שבית המשפט הנכבד הכיר במעמדו החוקתי וה"מלכותי" - קובע את אופייה של המדינה כמדינת הלאום של העם היהודי. כלל גדול הוא: מדינת ישראל היא מדינת שבות, ולא מדינת הגירה; מדינה שנועדה לתת מענה היסטורי לבעיית העם היהודי, ולא מדינה ששעריה פתוחים לכול. חוקי היסוד שעניינם זכויות אדם - חוק-יסוד: חופש העיסוק וחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו - העניקו מעמד חוקתי להיותה של מדינת

ישראל מדינה יהודית ודמוקרטית. אף מבלי להעמיק חקר בשאלת מהות יהדותה של המדינה, ברור שעיקר העיקרים הוא הקביעה המעוגנת בסעיף 1 לחוק השבות: "כל יהודי זכאי לעלות לישראל". סעיף 2 לחוק האזרחות, התשי"ב-1952 (להלן: **חוק האזרחות**) העניק אף הוא גושפנקה למעמדו העליון של חוק השבות, וקבע כי כל עולה לפי חוק השבות יהיה לאזרח ישראלי.

26. **הקטגוריה השנייה** כוללת אנשים הזכאים לאזרחות ישראלית מכוח חוק האזרחות, התשי"ב-1952 (להלן: **חוק האזרחות**), ולא מכוח שבות. על קטגוריה זו נמנים אנשים הזכאים לאזרחות מכוח ישיבה בישראל, מכוח לידה, מכוח אימוץ או בשל היותם קטינים בעת התאזרחות הוריהם, לפי סעיפים 3 - 4 ו-8 לחוק האזרחות. אנשים אלו זכאים לאזרחות ישראלית באופן אוטומטי, על אף שאינם זכאי שבות.

27. **הקטגוריה השלישית** היא קטגוריה כללית, המכילה אנשים רבים נוספים, שהינם נתינים זרים, המבקשים אשרות ורישיונות ישיבה בישראל, וזאת בהתאם לנהלי רשות האוכלוסין וההגירה. המשותף לכולם הינו שמתן האשרות והרישיונות בישראל נתון לשיקול דעתו של שר הפנים. כך - לחלק מאנשים אלו ניתנת אזרחות בישראל בחלופת תקופה, בשל היותם בני זוג של אזרחים ישראלים (ראו: סעיף 7 לחוק האזרחות); לחלקם ניתנים רישיונות ישיבה מסוגים שונים מטעמים הומניטריים מיוחדים; ועוד. בהתאם לסעיף 2 לחוק הכניסה לישראל, התשי"ב-1952 (להלן: **חוק הכניסה לישראל**), שר הפנים רשאי ליתן אשרות שונות ורישיונות ישיבה מגוונים, והוא עושה שימוש בסמכותו זו בהתאם למדיניות הממשלה ותוך הפעלת שיקול דעת מינהלי.

28. **מקום מיוחד** במסגרת הקטגוריה השלישית מוקדש לנתינים זרים שנשקפת להם סכנת רדיפה במולדתם, על בסיס יסוד מיסודות האמנה הבינלאומית בדבר מעמדם של פליטים משנת 1951 (להלן: **אמנת הפליטים**). כידוע, מדינת ישראל אשררה בשנת 1954 את אמנת הפליטים. בהתאם למחויבויותיה לפי אמנה זו, מדינת ישראל בוחנת בקשות למקלט מדיני המוגשות על בסיס יסוד מיסודות אמנת הפליטים, ומעניקה מעמד בתחומה לאנשים שמתקיימים בהם התנאים המנויים באמנה זו. בנוסף, מדינת ישראל מתויבת לעקרון אי ההרחקה, המעוגן בין היתר באמנת הפליטים, ומהווה כלל של משפט בינלאומי מינהגי, והיא אינה מרחיקה אנשים שוהים בתחומה - אף אם נכנסו אליה שלא כדין או שהם שוהים בה שלא כדין - למקום שנשקפת להם בו סכנת חיים. זהו עיקרון אי-ההרחקה (*non-refoulement*), שזכה לעיגון בין השאר בפסיקת בית המשפט הנכבד בבג"ץ 4702/94 אל טאיי נ' שר הפנים, פד"י מט(3) 843 (1995) (להלן: **עניין אל טאיי**). עיקרון זה עומד אף בבסיסו של סעיף 30(א1) לחוק. מדינת ישראל נאמנה לחלוטין לעקרונות אלה, ורשות האוכלוסין וההגירה פועלת בעניינים אלו בהתאם ל"נוהל הטיפול במבקשי מקלט מדיני בישראלי".

29. ויובהר; מדינת ישראל אינה מתנערת ממחויבותיה לפי אמנת הפליטים. אדם שהסתנן לישראל, הגיש בקשה למקלט מדיני והוכיח כי הוא נרדף על בסיס יסוד מיסודות אמנת הפליטים - יוכר כפליט ויקבל את מלוא הזכויות הנלוות למעמד זה בהתאם לחוק, לתקנות ולנהלים. ואולם - כפי שנראה עוד להלן, חלק גדול מהמסתננים לשטחה בשנים האחרונות, לא באו למדינת ישראל מטעמים של פחד מבוסס היטב לרדיפה על בסיס יסוד מיסודות האמנה. אלפים מהם הם נתינים של מדינת אויב; חלקם הגיעו ממחנות בניהול האו"ם או בפיקוחו ושבהם ניתנה להם הגנה; ורובם המוחלט עברו בדרכם לישראל במדינה אחת לפחות החתומה על אמנת הפליטים ומחויבת על פיה. בהקשר זה, יש גם ליתן את הדעת על מיקומה הגאוגרפי המיוחד של ישראל, כמדינה המערבית היחידה שיש לה גבול יבשתי עם יבשת אפריקה, ועל האטרקטיביות של מדינת ישראל עבור נתוני מדינות אפריקה.

יש לזכור כי מדינת ישראל היא מדינת שבות - מדינת לאום, ולא מדינת הגירה. מחויבותה של מדינת ישראל לבחון בקשות למקלט מדיני שהוגשו לפי אמנת הפליטים אינה כפופה לפרשנות משפטית מקלה כזו או אחרת, שבה נוקטות מדינות אחרות, שהינן מדינות הגירה.

30. החוק המתקן - וממילא גם העתירה - נוגע אך ורק לנתינים זרים שהסתננו לישראל שלא דרך תחנת גבול, בלא שקיבלו אשרת כניסה לישראל, לעיתים אף ללא תיעוד. כאמור לעיל, עד כה הוגשו ליחידת מבקשי המקלט של רשות האוכלוסין וההגירה 2,841 בקשות למקלט מדיני בישראל, מתוכן 1,468 של תושבי אריתריאה ו-1,373 של תושבי הרפובליקה של סודן; כאשר 453 מהבקשות כבר הוכרעו, 2 מתוכן אף אושרו.

עוד נעדיכן, כי בהתאם להנחיית שר הפנים, ובשים לב לעדיפות הראשונה שניתנת לבחינת בקשות מקלט של מסתננים המוחזקים במשמורת, הרי שניתנת עדיפות גם לבדיקת בקשות מקלט שהוגשו על ידי שוהים המצויים במרכזו השחייה על-פני שאר מבקשי המקלט.

31. מהראיונות שנערכו למסתננים לאחר כניסתם לישראל ומהנתונים הקיימים בידי רשות האוכלוסין וההגירה, עולה שהרוב המכריע של מי שהסתננו לישראל במסגרת גלי ההסתננות אליה, עובר ליולי 2012, הינם אנשים שמוצאם מאריתריאה או מהרפובליקה של סודן, שבחרו לעזוב את מולדתם בשל קשיי החיים שם, שאינם ייחודיים דווקא להם; עברו בדרך לישראל במדינות אפריקאיות אחרות, חלקם אף הגיעו ממחנות בפיקוח האו"ם שבהם כבר ניתנה להם הגנה; ובחרו להסתנן לישראל בשל היותה מדינה מערבית יחידה במרחב הגיאוגרפי היבשתי.

ב. המענה המשולב שניתן לתופעת המסתננים עובר לחוק הקודם

32. לאחר תקופה שבה גברה תופעת ההסתננות כאמור, והנסיונות השונים לבלום אותה לא צלחו, החליטה הממשלה על נקיטת שורה של צעדים משולבים להתמודדות עם בעיה זו. מסקנה זו קיבלה את ביטוייה בהחלטת הממשלה מס' 3936, מיום 11.12.11, שעניינה "הקמת מתקן משמורת לשהייתם של המסתננים ובלימת ההסתננות הבלתי חוקית לישראל". בהחלטה זו נקבעה המדיניות המשולבת שתפורט להלן.

33. **צעד אחד** שננקט, לפי החלטת הממשלה מס' 1506 מיום 14.3.10 הינו **הקמת מכשול פיסי על גבולה המערבי של מדינת ישראל**, בעלות של למעלה מ-1.5 מיליארד ש"ח. מכשול זה, שהקמתו הושלמה, מערים קשיים על מסתננים המבקשים לחדור מתחומי סיני לישראל דרך גבולה המערבי. צעד זה הוא ללא ספק חשוב וחיוני, אך אין בו די, וזאת משתי סיבות: ראשית - הוא אינו נותן מענה להשלכות חברתיות והכלכליות שנוצרו כתוצאה מהשתקעותם של עשרות-אלפי המסתננים המצויים כבר בתוך מדינת ישראל במרכזי עריה; ושנית - בידי גורמי הביטחון קיים מידע עליו נפרט בהמשך, ולפיו פעילותן הקיימת של רשתות ההברחה, בצפון ובקרון אפריקה, לרבות בתחום הברחת אנשים, עלולה לחדש פעילות לכיוון ישראל, אם וככל שתתחדש המוטיבציה להסתנן לישראל דווקא. המכשול הפיסי הוא אפוא צעד חשוב והכרחי, אך מורכבותה של הבעיה דורשת הזדקקות לצעדים נוספים משלימים. מעבר לכך, כפי שנרחיב בהמשך, המכשול הפיסי אינו מחסום בלתי-עביר.

34. **צעד שני** שננקט לשם מתן מענה לתופעת ההסתננות הינו **חקיקת החוק למניעת הסתננות (עבירות ושיפוט) (תיקון מס' 3 והוראת שעה), התשע"ב-2012** (להלן: **החוק הקודם**). החוק הקודם כלל בין השאר הוראת שעה המסמיכה את רשויות המדינה להורות על החזקתם של מסתננים במשמורת, ובמסגרת יישומו הוקם מתקן משמורת סגור - מתקן "סהרונים". מתקן זה נועד לאפשר שהייה של מסתננים אשר באותה עת לא ניתן היה להרחיקם, תוך סיפוק צרכיהם הבסיסיים - לינה, מזון, שתייה, צורכי בריאות בסיסיים וכן שירותי חינוך לקטינים. כאמור, מתקן זה היה מתקן סגור, והמסתננים שהוחזקו בו לא הורשו לצאת ממנו.

35. **צעד שלישי** שננקט כדי להתמודד עם תופעת ההסתננות היה מינוי פרויקטור שינהל מגעים עם מדינות שלישיות במטרה להגיע להסדרים שיאפשרו יציאת מסתננים מישראל, דרכן למדינת מוצאם, או אליהן כמדינת יעד.

36. **צעד נוסף** שננקט הינו **חקיקת חקיקה המגבילה את המסתננים מהוצאת כספים מישראל**, הכול כפי שיפורט בהמשך. מטרתה של חקיקה זו הינה להפחית את התמריץ הכספי המניע חלק גדול מהמסתננים להיכנס לישראל ולעבוד בה.

37. נזכיר, כי החוק הקודם נכנס לתוקף בראשית שנת 2012, אולם הוא החל להיות מיושם רק בחודש יוני 2012. בחינת מימדי תופעת ההסתננות בשנים 2012-2013 מלמדת כי המענה המשולב שניתן לתופעה זו הוביל לירידה חדה ביותר במספר המסתננים לישראל.

38. במהלך שנת 2012 כולה נתפסו כ-10,322 מסתננים - ירידה של כמעט 40% במספרם של המסתננים. מעקב אחר השתנות שיעור ההסתננות לאורך שנה זו מלמד כי אין לייחס את הירידה החדה הזו לאמצעי אחד בלבד, דוגמת המכשול הפיסי, אלא למכלול האמצעים שנקטו כדי להתמודד עם תופעת המסתננים, לרבות קבלת החוק הקודם. כך נציין, כי ניתן להבחין בירידה חדה במספר המסתננים לישראל בדיוק בחודש יולי 2012 - חודש לאחר החודש שבו החל יישומו של החוק הקודם. בחודש מאי 2012 הסתננו לישראל 2,031 מסתננים, בחודש יוני 2012 הסתננו 928 מסתננים, בחודש יולי הסתננו לישראל 282 אנשים בלבד (ירידה של כ-75%), וירידה זו המשיכה גם בחודשים שלאחר מכן. לא ניתן להצביע על התפתחות דרמטית כלשהי בהקמת המכשול הפיסי דווקא במהלך חודש זה, המצדיקה את הירידה החדה בכמות המסתננים. בחודש יוני 2012 הושלמה הקמת 75% מהמכשול הפיסי, ובחודש יולי נוספו 7% בלבד למכשול זה. נעיר גם, כי המכשול הפיסי הוקם בתחילה בנתיבי החדירה העיקריים למדינת ישראל, וגם מסיבה זו קשה לייחס את הירידה החדה בשיעור ההסתננות דווקא בחודש יולי 2012 להתקדמות בבניית המכשול הפיסי. לשיטת המדינה, אין אלא לייחס ירידה זו לתחילת יישומו של החוק. הקמת מתקן המשמורת ותחילת יישום החוק איינו את התמריץ הקיים להגירת עבודה למדינת ישראל, והובילו - ביחד עם האמצעים הנוספים - להקטנה משמעותית במספר המסתננים. הנה כי כן; לתחילת יישומו של החוק הקודם הייתה השפעה משמעותית ביותר על מספר המסתננים, והירידה החדה בשיעורם צריכה להיות מיוחסת למענה המשולב שניתן - המורכב בעיקר מהקמת המכשול הפיסי ומחקיקת החוק הקודם.

39. מענה משולב זה - המורכב מהקמת המכשול הפיסי, נסיונות לאיתור מדינה שלישית והקמת מתקן המשמורת - הוביל לירידה חדה ביותר במספר המסתננים לישראל. בשנת 2013 הסתננו לישראל כ-45 אנשים בלבד - ירידה של יותר מ-99.5% לעומת מספרם בשנת 2012.

ג. פסק הדין בעתירה הקודמת

40. נגד חוקתיותו של סעיף 30א לחוק הקודם, שקבע כלל של השמה במשמורת של עד 3 שנים למסתננים לישראל, למעט חריגים שנקבעו בחוק, הוגשה העתירה הקודמת לבית משפט נכבד זה. ביום 16.9.13 ניתן צו מוחלט בעתירה הקודמת, שבמסגרתו בוטל סעיף זה בשל פגיעתו הבלתי-מידתית בזכות לחירות המעוגנת בחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו. מבחינה אופרטיבית, יחד עם ביטולו של סעיף 30א לחוק הקודם, קבע בית המשפט הנכבד כי יראו את צווי הגירוש והמשמורת שהוצאו מכוח החוק הקודם, כאילו ניתנו מכוח סעיפים 13(ב) ו-13א(ג) לחוק הכניסה לישראל. עוד נקבע, כי עלילת השחרור ממשמורת

הקבועה בסעיף 13(א)4 לחוק הכניסה לישראל (שהייה במשמורת יותר מ-60 ימים ברציפות) לא תחול לפרק זמן של 90 ימים מיום מתן פסק הדין לצורך התארגנות של הרשויות לקבלת החלטות פרטניות בעניינם של המסתננים השוהים במשמורת, וזאת בהתאם לחוק הכניסה לישראל. כך, אכן נעשה.

41. בעקבות פסק הדין בעתירה הקודמת, החלו משרדי הממשלה הנוגעים בדבר בעבודת מטה יסודית למציאת אמצעים חלופיים ויעילים להשלכות החמורות שהביאה עמה תופעת ההסתננות, שפגיעתם במסתננים תהיה פחותה, ושיעמדו בעקרונות שנקבעו בפסק הדין. נציין כי עמדת קובעי המדיניות הייתה, כי אין להשתהות עם גיבוש המדיניות החדשה, וזאת מחמת השלכותיה החמורות של תופעת ההסתננות והחשש מפני התחדשותה במלוא עוצמתה.

42. נקודת המוצא של עבודת המטה הייתה שאין די בחוק הכניסה לישראל לבדו כדי ליתן מענה לתופעת המסתננים. חוק זה מאפשר להטיל הגבלות מועטות בלבד על שוהים בלתי-חוקיים (דוגמת הפקדת ערובה, חיוב התייצבות וכד'), לאחר שחלפו למעלה מ-60 ימים מאז שהושמו במשמורת, בכפוף לתנאים הקבועים בחוק. המנגנונים הנקובים בחוק הכניסה לישראל - כוחם יפה כאשר מדובר באוכלוסייה מצומצמת של שוהים שלא-כדין בישראל, שככלל אין קושי לזהותם ולהרחיקם למדינות מוצאם ושכניסתם נעשתה דרך מעבר גבול רשמי-אוכלוסיית-המסתננים, לעומת זאת, היא אוכלוסייה גדולה ביותר, שלעיתים מזומנות קיים קושי לזהותם בהיעדר תיעוד או מחמת הסתרתו המכוונת. יש קושי מעשי להרחיק את חלקם הגדול למדינות מוצאם - בין אם בשל היעדר יחסים דיפלומטיים עם הרפובליקה של סודן, בין אם בשל מדיניות אי-החזרה הזמנית לאריתריאה הננקטת לעת הזו כלפי אריתריאים. אין בחוק הכניסה לישראל כלים המאפשרים מתן מענה לשלל השלכות שנוצרו כתוצאה מהשתקעות עשרות-אלפי מסתננים אלו במרכזי ערים שונות בישראל.

43. כפי שהוצג לעיל, תופעת המסתננים היא תופעה ייחודית, שההתמודדות איתה צריכה להיעשות בכלים ייחודיים, ולא בכלים המתאימים לאוכלוסיות בעלות מאפיינים אחרים לחלוטין.

44. לעיל כבר כתבנו שההתמודדות עם תופעת ההסתננות והשלכותיה החמורות צריכה להיעשות בצורה משולבת, תוך מתן מענה אינטגרטיבי המורכב מכמה נדבכים. אין פתרון קסם לתופעת ההסתננות ואין אמצעי אחד בלבד שנקיטתו תביא לפתרון הבעיות המורכבות שתופעה זו גרמה. זהו העיקרון שהנחה את ממשלת ישראל בעבר, והוא שמנחה אותה גם כיום.

45. כזכור, הצעד הראשון שנקט על ידי הממשלה בטרם מתן פסק הדין היה הקמת מכשול פיסי על גבולה הדרום-המערבי של מדינת ישראל, בעלות של למעלה מ-1.5 מיליארד ש"ח. הקמת המכשול הפיסי ארכה למעלה משנתיים ימים, וכיום הקמתו הושלמה. כבר צוין

לעיל כי אין די בצעד זה לבדו, שכן הוא אינו מתמודד כלל עם הבעיה שנוצרה כתוצאה משהותם של המסתננים שכבר מצויים בתחום מדינת ישראל, וכן מכשול פיסי איננו פתרון קסם ואינו פתרון הרמטי; ודאי לא אל מול פעילותן של רשתות הברחה מקצועיות, ממוסדות ומאורגנות של אנשים, אמל"ח וסמים, מסיני למדינות יעד, אשר התמריץ להגעה אליהן הוא רב. די במעט חומר נפץ, שעלותו יחסית נמוכה וזמינותו יחסית גבוהה, כדי לפעור פתח במכשול פיסי - ויהיה יציב ומתוחכם ככל שיהיה. אך לאחרונה דווח בתקשורת הבינלאומית על קבוצה בת מאות רבות של מהגרים שהצליחו לחצות את המכשול הפיסי הניצב על גבולות המובלעות הספרדיות במרוקו, ולהיכנס אליהן³. בנוסף, מסתננים יכולים להיכנס לישראל גם דרך גבולותיה האחרים, שלא הוקם בהם מכשול פיסי. המכשול הפיסי הוא אפוא צעד חשוב והכרחי, אך מורכבותה של הבעיה דורשת גם הזדקקות לצעדים נוספים משלימים.

46. כזכור, דרך נוספת שננקטה כדי להתמודד עם תופעת ההסתננות הייתה מגעים עם מדינות שלישיות במטרה להביא להסדרים שיאפשרו יציאת מסתננים שיש קושי בהרחקתם. לאחרונה נשאו המגעים פרי, ואותרו מספר מדינות שניתן להפנות אליהן מסתננים, ושלא נשקפת להם סכנת חיים במדינות אלה, בין כמדינות יעד, בין כמדינות מעבר. על כך נפרט בהמשך.

47. דרך נוספת שנקטה בה הממשלה הינה התוויית תכנית משולבת ומתואמת לטיפול בתופעת ההסתננות הבלתי חוקית. כך, ביום 24.11.13 התקבלה החלטת הממשלה מס' 960. החלטה זו מורה על יישומו של מהלך כולל, משולב ומתואם לטיפול בתופעת ההסתננות, בעלות של מאות מיליוני שקלים, הכולל את הפרטים הבאים:

א. הקמת צוות היגוי לצורך מעקב ובקרה אחר ביצועה של התכנית, בראשות מנכ"ל משרד ראש-הממשלה.

ב. הטלת תפקידים והקצאת תקציבים לצורך יישום החוק המתקן (שעוד נדבר בו להלן), לרבות: הקמת מרכז שהייה פתוח למסתננים, על כל הכרוך בכך.

ג. גיבוש תכנית אכיפה אקטיבית ואפקטיבית על מנת להבטיח קיומן של הוראות כל דין, לרבות דיני עבודה, דיני רישוי עסקים, דיני תכנון ובנייה ודיני המס. הממשלה קבעה כי רשות האוכלוסין וההגירה, משרד הכלכלה, משרד הבריאות, רשות המסים, המוסד לביטוח לאומי, הרשות הארצית לכבאות והצלה והרשויות המקומיות הנוגעות בדבר, יאכפו את הוראות הדין שבתחום סמכותם, בהתאם להנחיות היועץ המשפטי לממשלה ולתכנית עבודה, שתתואם עם רשות האוכלוסין וההגירה.

ד. הקצאת משאבים מיוחדים למשטרת ישראל לצורך שיפור הביטחון האישי של האזרחים המתגוררים בריכוזי מסתננים בדרום תל-אביב.

העתק החלטת הממשלה מס' 960 מצורף ומסומן מש/2.

48. בנוסף, הוקצו משאבים כספיים לעידוד יציאתם של מסתננים מישראל מרצון. כיום, מסתנן היוצא מישראל מרצון מקבל מענק הסתגלות בן \$3,500, וזאת כדי לעודד מסתננים המעוניינים לעשות כן, וכדי להקל על התארגנותם במדינה זו.

49. עוד לפני הצעדים שפורטו, הוחלט לפעול לתיקון החוק, כדי לספק את הנדבך הנורמטיבי למערך המשולב שתואר. במסגרת זו, נבחנו כמה חלופות על מנת להתמודד באופן אפקטיבי עם תופעת ההסתננות והשלכותיה, תוך חיפוש אחר חלופה מידתית יותר.

50. נדגיש כי עמדת הממשלה הייתה כי אין מקום לנקוט בפיתרון של הענקת רישיונות ישיבה ועבודה בישראל לכל המסתננים השוהים במדינת ישראל, תוך מניעת כניסתם של מסתננים נוספים. פיתרון זה נמצא על ידי קובעי המדיניות כבלתי-מתאים, שכן נקיטה בדרך זו תהווה - במידה קרובה לוודאות - תמריץ למסתננים רבים נוספים, שאת שיעורם לא ניתן לאמוד, להגיע למדינת ישראל.

51. מאותה סיבה נדחת גם הרעיון להחליף חלק מהעובדים הזרים שאמורים להגיע לישראל במסתננים שכבר שוהים בתחומה. החלטה כזו תהווה איתות למסתננים נוספים השוהים כיום במרחבי אפריקה השונים, שאם רק יצליחו לעבור את הגבול - יזכו באפשרות לעבוד בישראל באופן חוקי, להשתכר עשרות מונים מהשכר המשתלם באפריקה, ולהעבירו למדינת המוצא, לשם מימון גל ההסתננות הבא. בנוסף, עובדים זרים מקצועיים הנכנסים כיום לישראל, עושים זאת במסגרת הסכמים בין-מדינתיים, המיועדים לעובדים מקצועיים והמבטיחים את יציאתם מישראל למדינת המוצא בחלוף תקופת עבודתם. מובן שבאשר למסתננים, אין כל ערובה ליציאתם מישראל בחלוף תקופה. כיוון שהחלטה כזו, לו הייתה מתקבלת, הייתה פוגעת במדיניות הממשלה ובאינטרסים החיוניים של המדינה, הוחלט כאמור שלא לנקוט בה.

52. החלופה שנבחרה לבסוף, והיא שעוגנה בחוק המתקן, היא חלופה משולבת, המשקפת מדיניות מאוזנת, שלמה ומידתית של מדינת ישראל בהתמודדות עם תופעת ההסתננות. חלופה זו כוללת הקמת מרכז שהייה פתוח שבו יכולים מסתננים לשהות, ושבו יסופקו מכלול צרכיהם. במרכז זה יינתנו להם שירותי בריאות, רווחה, תעסוקה, פעילויות פנאי וחינוך בלתי פורמלי, תוך מניעת השתקעותם במרכזי הערים בישראל ותוך מניעת אפשרותם לעבוד בתחומי ישראל, שהיא להבנת המשיבים התמריץ העיקרי להסתננותם לישראל של רובם הגדול. במקביל, כוללת חלופה זו הפעלת מתקן משמורת, המיועד לאנשים שישתנו לישראל מכאן והלאה, שטרם שוהים בישראל, ושהשהייה בו מוגבלת לפרק זמן בן שנה לכל היותר. לתיאור פרטני של סעיפי החוק המתקן נפנה כעת.

שער שני: הכלים המשולבים להתמודדות מקיפה עם תופעת

ההסתננות

53. עד כה פרשנו את הרקע של תופעת ההסתננות ואת ההשלכות שלה, ותיארנו את התפתחות הכלים שהעמידה מדינת ישראל להתמודדות עמה בתקופות שונות. בחלק זה נבקש לפרוש את הכלים הנורמטיביים המשולבים המשמשים כיום למימוש מדיניות הממשלה בהקשר זה, לשם מימוש ריבונותה של המדינה ולמניעת השתקעותם של המסתננים במרכזי הערים בישראל.

54. דרך הילוכנו תהיה כדלהלן: תחילה נפרט על אודות עיקרי הוראות החוק לאחר חקיקת החוק המתקן, ונזכיר גם את חקיקת המשנה שהותקנה מכוחו, אשר לפיהם פועלים כיום מתקן המשמורת ומרכז השהייה הפתוח. לאחר מכן נפרט על ההתקדמות המשמעותית והיישום של הפתרונות המאפשרים כבר היום את יציאתם של מסתננים רבים ביותר מישראל, ובכלל זה שני הסדרים מול מדינות שליטות שהוחל ביישומם. כמו כן, נסקור חקיקה המטילה הגבלות על הוצאת כספי מסתננים מישראל, המשמשת אף היא ככלי ליישום המדיניות כאמור.

55. למען הנוחות, מצורף החוק הקודם (כלומר, החוק בנוסחו לאחר תיקון מס' 3). בנוסף, מצורף מסמך שבו סומנו השינויים שבין החוק הקודם לחוק המתקן. כן מצורף החוק המתקן, כפי שפורסם ברשומות ביום 11.12.13.

העתק הנוסחים האמורים מצורף ומסומן מש/3.

א. עיקרי פרק ג' לחוק

56. עניינו של פרק ג' לחוק הוא בהסדרת הסמכויות להורות על גירושו של מסתנן ובקביעת התנאים להחזקתו במשמורת. נדגיש כבר כעת, כי בהתאם לסעיף 14 לחוק המתקן, תוקפו של סעיף 30 לחוק הוא כהוראת שעה למשך שלוש שנים. בנוסף, בהתאם לסעיף 15 לחוק המתקן, ובשונה מתחולתו האקטיבית של החוק הקודם, תחולת סעיף 30 לחוק הינה פרוספקטיבית בלבד, כך שלמעשה תחולתו היא רק על מסתנן שנכנס לישראל לאחר כניסתו לתוקף של החוק המתקן.

57. "מסתנן" הינו מי שנכנס לישראל שלא דרך תחנת גבול. צו גירוש שיוצא בעניינו של מסתנן משמש אסמכתא חוקית להחזקתו במשמורת (סעיף 30א(א) לחוק). מנגד, במקרה שלמסתנן ניתנו אשרה ורישיון לישיבה בישראל לפי חוק הכניסה לישראל, צו הגירוש יבוטל על ידי שר הביטחון או מי שהוסמך על ידו (סעיף 30א(2) לחוק).
58. לא יאוחר מ-5 ימים לאחר שמוצא למסתנן צו גירוש והוא מושם במשמורת, יובא המסתנן בפני ממונה ביקורת גבולות (סעיף 30א(א) לחוק). נדגיש כי בחוק הקודם הוקצבו לעניין זה 7 ימי עבודה.
59. בסעיף 30א(ב) לחוק מפורטים חריגים, לפיהם בהתקיים עליות חלופיות מסוגיות רשאי ממונה ביקורת הגבולות לשחרר מסתנן בתנאים. בין העילות החלופיות ישנם טעמים הקשורים בגילו או במצב בריאותו של המסתנן, או טעמים הומניטריים אחרים; היותו של המסתנן קטין בלתי מלווה; מסתנן ששחררו בתנאים יסייע לקידום הליכי הגירוש. עילות נוספות שנקבעו קשורות בהתקדמות הטיפול בבקשת המסתנן לקבלת אשרה ורישיון ישיבה בישראל, כך שעילת שחרור יכולה להיות היעדר תחילת טיפול בבקשה בחלוף שלושה חודשים מיום שהוגשה, או היעדר החלטה בבקשה בחלוף שישה חודשים מיום שהוגשה. בהקשר זה נזכיר כי בחוק הקודם הוקצב פרק זמן של תשעה חודשים לקבלת החלטה בבקשה לקבלת רישיון ישיבה בישראל.
60. בסעיף 30א(ג) לחוק נקבע רף עליון לתקופת החזקת מסתנן במשמורת, לפיו ממונה ביקורת הגבולות ישחרר מסתנן ממשמורת אם חלפה שנה מיום השמתו במשמורת. זאת, בניגוד לחוק הקודם, שקבע עילת שחרור של מסתנן ממשמורת בהקשר זה, לאחר תקופת החזקה במשמורת בת שלוש שנים.
61. כמו כן, כפי שקובע סעיף 30א(ד) לחוק, האמור לעיל כפוף לחריגים שאפשר שימנעו את שחרורו של מסתנן ממשמורת מטעמים הקשורים בחוסר שיתוף פעולה מצד המסתנן ומטעמים של ביטחון המדינה, שלום הציבור ובריאות הציבור. עם זאת, לעומת החוק הקודם, בחוק המתקן נקבע כי חוות דעת של גורם ביטחוני מוסמך, לעניין הסיכון ממדינת מושבו או אזור מגוריו של המסתנן, אינה עילה עצמאית למניעת שחרורם של מסתננים ממשמורת, אלא ניתן להסתמך עליה רק במסגרת בחינה פרטנית של עניינו של מסתנן מסוים, ואף זאת בכפוף לשיקול דעתו של ממונה ביקורת הגבולות ולא כעניין שבחובה.
62. עוד נציין, כי החלטה על שחרור מסתנן בתנאים, הינה אסמכתא חוקית לשהייתו בישראל לתקופת השחרור בערובה (סעיף 30א(ז) לחוק).
63. באשר למתקן המשמורת - תנאי החזקתם של המסתננים במשמורת עוגנו במפורש בהוראות החוק המתקן, המחייבות את המדינה לספק תנאים הולמים שלא יפגעו בבריאותם של השוהים במתקני המשמורת ובכבודם (סעיף 30ב(ב)).

64. זאת ועוד, במסגרת החוק הקודם הוקם בית דין לביקורת משמורת של מסתננים (להלן: בית הדין) (סעיף 30 לחוק), כאשר לפי החוק המתקן, מסתנן המוחזק במשמורת יובא בפני בית הדין לא יאוחר מ-10 ימים (לעומת 14 ימים בחוק הקודם) ממועד תחילת החזקתו במשמורת (סעיף 30ה(1) לחוק). לאחר מכן, יובא המסתנן בפני בית הדין לבחינה עתית של עניינו בכל 30 ימים (לעומת 60 ימים בחוק הקודם) (סעיף 30ד לחוק). כמו כן, יובא המסתנן בפני בית הדין אם ביקש זאת (סעיף 30ה לחוק). בית הדין מוסמך לאשר את ההחזקה במשמורת, לקבוע כי עניינו של המסתנן יובא בפניו תוך תקופה קצרה מ-30 ימים, להורות על שחרור בתנאים ולהורות על שינוי בתנאי השחרור בערובה או על חילוט הערובה (סעיף 30ד לחוק).

65. המסתנן רשאי לערער על החלטת בית הדין בפני בית המשפט לעניינים מנהליים, בדרך של ערעור מינהלי, או בעתירה מנהלית כנגד החלטת הרשות המוסמכת על הוצאת צו גירוש (סעיף 130 לחוק).

ב. עיקרי פרק ד' לחוק

66. בשונה מפרק ג' לחוק, שאת עיקריו סקרנו לעיל, העוסק בהחזקת מסתנן במשמורת ותחולתו הינה פרוספקטיבית כאמור, הוראות פרק ד' לחוק עוסקות בהקמת מרכז שהייה למסתננים ומסדירות את מאפייניו, הפעלתו ותכליותיו.

67. חשוב לציין בהקשר זה, כי בהתאם לסעיף 32כב לחוק, בעלי משפחות, נשים וילדים לא ישוהו במרכז השהייה עד לקביעת הוראות מיוחדות לעניין זה. הוראות אלה ייקבעו על ידי השר לביטחון פנים תחת פיקוח פרלמנטרי באמצעות אישור ועדת הפנים והגנת הסביבה של הכנסת. נכון לעת הזו טרם נקבעו הוראות בעניין זה, ועל כן לעת הזו לא מזומנות למרכז השהייה אוכלוסיות כאמור לעיל.

68. גם כאן נדגיש, כי בהתאם לסעיף 14 לחוק המתקן, תוקפן של הוראות פרק זה נקבע כהוראת שעה לתקופה בת שלוש שנים.

69. כפי שיפורט להלן, פרק ד' לחוק קובע הסדר מפורט ביותר, בחקיקה ראשית, לרבות הסמכויות הנדרשות להתקנת חקיקת משנה ונהלים בנושא זה. בין השאר, כולל החוק הוראות לעניין הסמכויות להורות על שהייתו של מסתנן במרכז שהייה, וקובע את החובה להכשיר את עובדי המרכז. בנוסף, מסדיר החוק את התנאים שלפיהם יתנהל מרכז השהייה, את זכויות המסתננים וחובותיהם, את דרך ניהולו היומיומית ואת אופן השמירה על הביטחון, הבטיחות, הסדר והמשמעת. עוד נקבע בסעיף 32ג לחוק, כי השר לבטחון פנים ימנה את מנהל מרכז השהייה, וכן ימונו עובדי מרכז השהייה שיעברו הכשרה מתאימה.

70. ביום 11.12.13 פורסם ברשומות צו למניעת הסתננות (עבירות ושיפוט) (הכרזה על מרכז שהייה למסתננים) (הוראת שעה), התשע"ד-2013 (להלן: **צו ההכרזה**). צו זה הוצא בהתאם לסעיף 32 לחוק, ובו הכריז השר לביטחון פנים על מתקן חולות כעל מרכז שהייה למסתננים לעניין פרק ד' לחוק.

העתק צו ההכרזה של מרכז השהייה מצורף ומסומן **מש/4**.

71. סעיף 32 לחוק קובע כי כאשר יש קושי בביצוע גירושו של מסתנן, רשאי ממונה ביקורת הגבולות ליתן הוראת שהייה, אשר מכוחה ישהה המסתנן במרכז השהייה. זאת, בין אם המסתנן מצוי באותה עת במשמורת בין אם לאו (סעיף 32(ב) לחוק). עוד נקבע, כי מסתנן שגתנה לגביו הוראת שהייה, לא יקבל אשרה ורישיון לישיבה בישראל לפי חוק הכניסה לישראל (סעיף 32(ד) לחוק).

72. באשר לתנאים השוררים במרכז השהייה - סעיף 32 לחוק קובע את החובה לספק למסתננים השוהים במרכז השהייה תנאי מחייה הולמים, לרבות שירותי רווחה ובריאות.

73. בנוסף, נקבע כי מסתנן השוהה במרכז השהייה אינו רשאי לעבוד בישראל (סעיף 32 לחוק). נציין, ביום 11.12.13 פרסמה רשות האוכלוסין וההגירה באתר האינטרנט שלה ובעיתונים "ידיעות אחרונות", "מעריב", "ישראל היום", "דה-מרקר", "כלכליסט", "סופהשבווע", "וסטי" ובעיתונות המקומית את כוונתה של המדינה, בין היתר, לאכוף את איסור העבודה וההעסקה של מסתננים שקבלו הוראת שהייה במרכז השהייה, וזאת בהתאם להתתיבות המדינה בבג"ץ 6312/10 קו לעובד נ' הממשלה (פסק דין מיום 16.1.11).

העתק הפרסום על איסור העבודה והעסקה של מסתננים השוהים במרכז השהייה מצורף ומסומן **מש/5**.

74. במקביל, הוסדרו בחוק המתקן התנאים שלפיהם ניתן להעסיק באופן וולונטרי מסתנן השוהה במרכז השהייה בעבודות תחזוקה ובשירותים שוטפים בתחום המרכז, בעד גמול סביר (סעיף 32). נציין, כי בהתאם לסעיף 32(ב), ביום 26.2.14 פורסמו ברשומות תקנות למניעת הסתננות (עבירות ושיפוט) (העסקת שוהים בעבודות תחזוקה ושירותים שוטפים) (הוראת שעה), תשע"ד-2014 (להלן: **תקנות העסקת שוהים**). במסגרת תקנות אלה הוסדרו תנאי העסקת השוהים במרכז השהייה, ונקבעו סוגי העבודות שבהם ניתן להעסיקם והגמול לשעת עבודה על כל עבודה. עוד נקבעו מועדי התשלום, פיקוח ובקרה על ההעסקה, זכויות השוהה לעניין שעות העבודה, המנוחה וההפסקות וחובת בדיקה רפואית לכשירות טרם תחילת ההעסקה. תוקפן של תקנות אלה נקבע לשנה. מובן שלהעסקתם מבחירה של שוהים במרכז השהייה הכרוכות בפעילות המרכז, אין את ההשלכות שיש להעסקתם ולהשתקעותם במרכזי הערים בישראל.

העתק תקנות העסקת שוהים מצורף ומסומן **מש/6**.

75. עוד יצוין בהקשר זה, כי בנוסף לכך נקבעה בסעיף 32א סמכות השר לביטחון פנים, בהסכמת שר האוצר, לקבוע הוראות בעניין תשלום "דמי כיס" למסתננים השוהים במרכז השהייה, או מתן הטבה אחרת. בהתאם לכך, ביום 26.2.14 פורסמו ברשומות תקנות למניעת הסתננות (עבירות ושיפוט) (מתן דמי כיס והטבה אחרת והתנאים לשלילתם) (הוראת שעה), תשע"ד-2014 (להלן: **תקנות דמי כיס**). בתקנות אלה נקבעה זכאות השוהים במרכז השהייה לקבלת דמי כיס (או הטבה הניתנת למימוש במרכז השהייה) בעד כל יום שהייה במרכז. כמו כן, נקבעו הגבלות לעניין גובה דמי הכיס ולעניין האופן שבו יועברו לשהיה, וכן נקבעה האפשרות למתן מקדמה במקרים מסוימים למסתנן המועבר ממתקן המשמורת למרכז השהייה. בצד זאת, נקבעו הוראות לעניין מקרים שבהם ניתן להפחית מדמי הכיס, הקשורים בהפרת הוראות שונות של תנאי השהייה שנקבעו בחוק. גם תוקפן של תקנות אלה נקבע לשנה.

העתק תקנות דמי כיס מצורף ומסומן מ/ש7.

76. עוד הוסדר בפרק ד' לחוק, האופן שבו יפעל מרכז השהייה בכל הקשור לכניסה וליציאה ממנו (סעיף 32ח). נקבע כי בשעות 22:00 בלילה עד 6:00 בבוקר למחרת תל איסור על שהייה מחוץ למרכז. מרכז השהייה יהיה סגור בשעות אלה בלבד, קרי - במשך שלוש מהיממה, אל מול שני שלישים מהיממה שבו הוא פתוח. בצד זאת, נקבעה חובת התייצבות של השוהים במרכז שלוש פעמים ביום לצרכי רישום. התייצבות זו נועדה להבטיח הן את מניעת העסקתם בישראל של מי שקיבלו הוראת שהייה במרכז השהייה, הן את מניעת השתקעותם במרכזי הערים בישראל של שוהים כאמור. בנוסף, ביום 11.12.13 פורסמו ברשומות תקנות למניעת הסתננות (עבירות ושיפוט) (נוכחות שוהה במרכז ויציאה ממנו) (הוראת שעה), התשע"ד-2013 (להלן: **תקנות הנוכחות במרכז שהייה**), אשר נקבעו על ידי שר הפנים בהסכמת השר לביטחון פנים לפי סעיף 32ח(ד) לחוק.

העתק תקנות הנוכחות במרכז השהייה מצורף ומסומן מ/ש8.

77. כפי שעולה מתקנות הנוכחות במרכז השהייה, מסתנן רשאי לצאת מהמתקן ולהיכנס אליו באופן חופשי בכל יום במהלך כל 16 השעות ביממה שבהן המתקן פתוח (בין 6:00 ל-22:00). אכן, עליו להתייצב שלוש פעמים ביום במתקן השהייה, בכל זמן שבין טווח השעות 6:00-7:30; 13:00-14:30; 20:00-22:00. עוד נקבעה בתקנות חובת פרסום של מועדי ההתייצבות בשפות העיקריות של השוהים במרכז, לרבות בשפה האנגלית.

78. בנוסף, בסעיף 32ח(ג) לחוק נקבע חריג לעניין הנוכחות במרכז השהייה, לפיו במקרים מסוימים, על פי בקשת מסתנן, רשאי ממונה ביקורת הגבולות ליתן פטור מחובת ההתייצבות למשך עד 48 שעות. כמו כן, במקרים של אשפוז רפואי של השוהה או של בן משפחתו מקרבה ראשונה, מוסמך ממונה ביקורת הגבולות לפטור מהתייצבות לתקופה

ארוכה יותר. עוד נקבעה באותו סעיף סמכותו של בית הדין, לביקורת שיפוטית על החלטות אלה של ממונה ביקורת הגבולות.

79. לעניין ההתנהלות במרכז השהייה עצמו נקבעו הוראות שתכליתן שמירה על הסדר, על הביטחון ועל הבטיחות במקום. באשר לניהול היומיומי של מרכז השהייה, נקבע כי מנהל המרכז יקבע הוראות בנוגע להיבטים מסוימים בהקשר זה (סעיף 32(א) לחוק), כמו גם אופן פרסוםם לשהים במרכז (סעיף 32(ג) לחוק). עוד נקבעו, הסמכויות הדרושות לשוטרי לביצוע חיפוש, לדרישת הזדהות ולתפיסת חפצים (סעיפים 32 ו-33(ד)). כל זאת, בהתקיים התנאים המאפשרים שימוש בסמכויות אלה לפי החוק. בנוסף, נקבעו בחוק המתקן הוראות למניעת כניסת מבקרים, החזקה והפקדה של חפצים במרכז השהייה, ביצוע חיפוש וסמכויות עיכוב במקרים של חשד לשימוש שלא כדין בנשק או לנשיאת חפץ אסור (סעיף 32טו - יח לחוק).

80. מלבד הסמכויות לצורך ביצוע הפעולות הדרושות לשם שמירה על הביטחון, הבטיחות והשמירה על הסדר במרכז השהייה, נקבעו סמכויות מוגבלות לשימוש באמצעי משמעת מנהליים (נוזיפה, אזהרה והגבלת יציאה מהמרכז) כלפי מסתנן שאינו מקיים את חובותיו לפי הוראות פרק ד' לחוק (סעיף 32יט לחוק). בהקשר זה נקבע, כי הגבלת היציאה מהמרכז לא תהיה לפרק זמן מצטבר שעולה על 48 שעות במהלך שבעה ימים.

81. סעיף 32כא לחוק קובע את מינויו של הממונה לבחינת פניות השהים במרכז השהייה לעניין תנאי שהייתם במרכז, שימונה על ידי שר הפנים בהסכמת השר לביטחון פנים. ממונה זה צריך להיות כשיר לכהן כשופט בבית משפט השלום. מכוח סעיף זה, ביום 11.12.13 פורסמו ברשומות תקנות למניעת הסתננות (עבירות ושיפוט) (בירור פניות השהים במרכז שהייה) (הוראת שעה), התשע"ד-2013, ובמסגרתן נקבעו הוראות לעניין אופן הפנייה לממונה, פרסום לשהים במרכז על דרכי הפנייה, משך הטיפול בה ויידוע על מתן החלטה בפנייה. בחוק נקבעה גם חובת דיווח חצי-שנתית לשר הפנים ולוועדת הפנים והגנת הסביבה של הכנסת על הפעולות שבוצעו על ידי הממונה.

ג. העברה למשמורת

82. פרק ד' לחוק, שאת עיקריו פירטנו לעיל, קובע את סמכויות ממונה ביקורת הגבולות להורות במקרים מסוימים, שעליהם נרחיב להלן, על העברה למשמורת. לעניין זה נבהיר כבר עתה, כי תכלית סמכויות אכיפה אלה הינה הבטחת קיום תנאי השהייה במרכז תוך שמירה על הביטחון, הבטיחות, הסדר והמשמעת, וכן הגשמת תכליתו של מרכז השהייה. הכל, כמובן, על פי נסיבותיו של כל מקרה ומקרה ובהתאם למתווה המפורט וההגבלות המפורשות שנקבעו בסעיף 32כ לעניין זה.

83. חלקו הראשון של המתווה הינו בסעיף 32כ(א), המפרט את המקרים שבהם רשאי ממונה ביקורת הגבולות להפעיל את הסמכויות כדלקמן:

- הסוג הראשון של המקרים שבהם תיתכן הפעלת הסמכות הינו כאשר מתקיימות הפרות חוזרות ונשנות (ולעיתים אף שיטתיות) של תנאי השהייה במרכז, ובכלל זאת איחור למועדי ההתייצבות לצרכי רישום והפרת כללי ההתנהגות שנקבעו באופן המוביל לפגיעה של ממש בסדר במרכז השהייה. מקרה נוסף הוא יציאה ממרכז השהייה (ללא אישור) מבלי לשוב ולהתייצב לרישום במשך פרק זמן של 48 שעות, כאשר למעשה מדובר בהפרה מצטברת של חובת ההתייצבות מספר פעמים ברצף ויציאה מהמתקן בשעות סגירתו.

- הסוג השני של המקרים שבהם תיתכן הפעלת הסמכות הינו הפרות חמורות ביותר שנמנו בחוק, ובכלל זאת גרימת חבלה לגוף, גרימת נזק של ממש לרכוש והפרת האיסור לעבוד מחוץ למרכז השהייה.

84. חלקו השני של המתווה הינו בסעיף 32כ(ב), המגביל את התקופה לפיה ניתן להחזיק מסתנן במשמורת מכוח סמכויות אלו של ממונה ביקורת הגבולות לפי סעיף 32כ(א). במסגרת סעיף זה, נקבע הסדר פרטני והדרגתי המציב רף עליון לתקופות ההחזקה במשמורת. ניתן להבחין בבירור כי ההסדר יוצר הבחנות בין סוגים שונים של הפרות (העילה שבגינה הופעלה סמכות הממונה), וקובע מדרג נוסף לעניין חזרה על הפרות על ידי אותו שוהה לאחר שכבר הוצא צו המורה על העברתו למשמורת.

85. חלקו השלישי של המתווה הקבוע בסעיף 32כ(ג) נועד להסדיר את סמכות הממונה ביחס למסתננים שהיה ברשותם רישיון זמני לשיבת ביקור לפי סעיף 2(א)(5) לחוק הכניסה לישראל, ואשר לא פעלו לחידוש רישיון זה במועד. גם כאן נקבע מתווה הדרגתי להפעלת סמכות הממונה, בהתאם למשך התקופה שבה לא הסדיר המסתנן את חידוש רישיונו.

86. הוראות נוספות המגבילות את שיקול הדעת של ממונה ביקורת הגבולות בהפעלת הסמכויות המנויות בחוק, קובעות את החובה לבצע שימוע בטרם הפעלת סמכויות אלו (סעיף 32כ(ד) לחוק). עוד נקבע, בסעיף 32כ(ז) לחוק, כי לא יוצאו מספר צווים במקביל ובמצטבר על העברת מסתנן למשמורת בגין מעשה אחד היוצר עילות שונות להעברתו למשמורת (כך לדוגמא, שוהה שגרם נזק של ממש לרכוש וחבלה לגוף באותה פעולה, ניתן להוציא לגביו צו אחד להעברתו למשמורת בגין אחת מהפרות אלו - עד 30 ימים בלבד). עוד נקבע, כי צו העברה למשמורת לא יינתן כנגד מי שחלפה שנה מאז שביצע את המעשה שהקים עילה להוצאת צו כאמור (סעיף 32כ(ו) לחוק).

87. גם לאחר שהועבר מסתנן למשמורת, במסגרת הסמכויות שהוקנו לממונה ביקורת הגבולות, קובע סעיף 32כ(ה) לחוק כי יש אפשרות להורות על שחרורו מהמשמורת אם

מתקיימים התריגים המנויים בסעיף 32א(ב) לחוק. כמו כן, על מסתנן המועבר למשמורת לפי צו של ממונה ביקורת הגבולות, יחולו גם יתר ההוראות לעניין החזקתו של מסתנן במשמורת לפי פרק ג' לחוק, תוך קיצור פרק הזמן עד להבאתו לראשונה בפני בית הדין לביקורת משמורת, מעשרה ימים לשבעה ימים (סעיף 32כ(ח) לחוק).

88. **לסיכום פרק זה**, וכפי שעוד נרחיב בהמשך, בחוק המתקן נקבעו הסדרים שונים המכוונים להשיג את תכליותיו השונות של החוק בהתמודדות עם תופעת ההסתננות. פרק ג' לחוק, אשר נקבע כהוראת שעה שתחולתה פרוספקטיבית בלבד, קובע את ההסדרים להחזקתו של מסתנן במשמורת, אשר תקופתה כאמור לא תהיה מעבר לרף העליון של שנה.

פרק ד' לחוק, מכיל הסדר מפורט ומקיף לעניין הקמתו של מרכז שהייה למסתננים שהינו פתוח מרבית שעות היממה, ובתוך כך כולל היבטים שונים העוסקים בהסדרת תנאי השהייה במרכז, המפורטים הן בחקיקה הראשית, הן בחקיקת משנה שנקבעה מכוחה.

ד. הפעילות אל מול מדינות זרות

89. כמתואר לעיל, ובהתאם להחלטת הממשלה מסי' 3936 מיום 11.12.11, נקבע מארג משולב של דרכים ואמצעים להתמודדות כוללת עם תופעת ההסתננות לישראל. חלק בלתי נפרד מהמארג המשולב הינו קידום מגעים מול מדינות שונות לשם יציאתם הבטוחה של מסתננים השוהים בישראל למדינות מוצאם, או ליציאתם הבטוחה דרך מדינות אחרות, או למדינות אחרות כמדינת יעד, לרבות עידוד יציאה מרצון.

בהקשר זה נזכיר כי בעקבות הדיון בפני הרכב מורחב של בית המשפט הנכבד בעתירה הקודמת, הוגשה על ידי המדינה תשובה משלימה בענין זה, אליה צורף תצהירו של מר חגי הדס, שמונה כשליחו המיוחד של ראש הממשלה, באשר למגעים ולמשאים ומתנים שקוימו על ידו עובר ליום 8.6.13.

90. נבקש לעדכן, כי המגעים שנוהלו עד כה מול מדינות שלישיות הבשילו לכדי שני הסדרים עם שתי מדינות שונות. שליחו המיוחד של ראש הממשלה ניהל מגעים עם מדינות שונות, בתיאום מלא עם משרד החוץ. חשוב להדגיש, שמלכתחילה נעשתה פנייה על ידי השליח המיוחד רק למדינות אשר המצב בהן מאפשר יציאה בטוחה אליהן. היועץ המשפטי לממשלה עודכן באשר להסדרים האמורים ואישר כל אחד מההסדרים בהיבט המשפטי.

ככל שבית המשפט הנכבד יורה על כך, נכוניי המשיבים להציג בפניו את ההסדרים במעמד צד אחד ובדלתיים סגורות. כאמור בתצהיר שצורף לתשובה המשלימה בעתירה הקודמת, על-פי בקשת המדינות המעורבות, בשל הרגישות המדינית והפוליטית הגבוהה, התחייבו הצדדים להימנע מפרסום זהות המדינות, נכונותן לסייע בנושא וממילא פרטים נוספים הנוגעים לכך.

ה. חקיקה לעניין איסור הוצאת רכוש מישראל

91. נדבך נוסף במסגרת הכלים הנורמטיביים שנועדו למימוש מדיניות הממשלה להתמודדות עם תופעת ההסתננות על מאפייניה הכלכליים, הינו החקיקה בעניין איסור הוצאת רכוש של מסתנן מישראל. תחילה נבחר, כי נושא זה אינו חלק מהעתירה דנן וכי מטרת הדברים שלהלן היא אך להביא בפי בית המשפט הנכבד את התמונה הכוללת של הכלים המשולבים שבהם פועלת המדינה להתמודדות עם תופעת ההסתננות והשלכותיה.

92. ביום 13.6.13 פורסמו ברשומות חוק למניעת הסתננות (עבירות ושיפוט) (הוראת שעה), התשע"ג-2013 וחוק איסור הלבנת הון (הוראת שעה), התשע"ג-2013 (להלן יחד - החקיקה לאיסור הוצאת רכוש מסתנן). חוקים אלה כוללים הן הוראות עצמאיות והן הוראות המהוות תיקון לחוק למניעת הסתננות ולחוק איסור הלבנת הון, התש"ס-2000.

העתק החקיקה לאיסור הוצאת רכוש מסתנן כפי שפורסמה ברשומות מצורף ומסומן מש/9.

93. במסגרת החקיקה לאיסור הוצאת רכוש מסתנן, תוקנו הוראות החוק למניעת הסתננות, תוך שהוספו לו למשך תוקפה של הוראת השעה סעיפים 7א-7ג. נדגיש, כי בהגדרת מסתנן לעניין זה, לא נכלל מסתנן אשר קיבל אשרה לפי חוק הכניסה לישראל, במקרים שבהם הטעם לקבלת האשרה הינו לצרכי שיקום בשל היותו קרוב לעבירות של החוקה בתנאי עבדות או של סחר בבני אדם. זאת, משום שתכלית ההסדר אינה מתקיימת במקרים אלה.

94. סעיף 7א(ב)(1) לחוק קובע את העיקרון לפיו מסתנן לא יוכל להוציא רכוש מישראל, אלא בעת יציאתו מישראל. עוד נקבעה הגבלה על שווי הרכוש שיוכל מסתנן לצאת עמו מישראל, הקשור במשך שהייתו בישראל. בהמשך, קובע סעיף 7א(ג) את הסמכויות לעניין תפיסת רכוש בשווי העולה על הסכום שניתן להוציא מישראל ואשר לא ניתן אישור להוצאתו.

95. בהקשר זה, ביום 12.9.13 פורסמו ברשומות תקנות למניעת הסתננות (עבירות ושיפוט) (הוצאת רכוש מישראל) (הוראת שעה), התשע"ד-2013. התקנות מסדירות את האופן שבו מסתנן רשאי לדרוש את האישור להוצאת רכוש מישראל, וקובעות כי למסתנן השוהה במשמורת, יציע ממונה ביקורת הגבולות את האפשרות לקבל אישור כאמור. עוד נקבע בתקנות אלה כי יש לפרסם את זכות המסתננים להוצאת רכוש בהתאם לחוק ולתקנות בלשכות רשות האוכלוסין ובמקומות המשמורת. כמו כן, בתקנות הוסדרו דרך הטיפול ברכוש שנתפס ושמירתו, והתנאים לחילוט הרכוש או השבתו.

96. כחריג לכלל לפיו מסתנן אינו רשאי להוציא רכוש מישראל כל עוד לא יצא מהמדינה, קובע סעיף 7א(ד) לחוק כי ממונה ביקורת הגבולות רשאי, באופן חריג, לאפשר לו לעשות

כן בהתקיים שני תנאים מצטברים - האחד, כאשר למסתנן אין אפשרות לצאת מישראל למדינה אחרת; והשני, כאשר הוכחה סכנת חיים לקרוב משפחה מדרגה ראשונה של המסתנן, שאינה קשורה בתנאי המחייבה בארץ מוצאו.

97. הסדר נוסף שנקבע בחוק למניעת הסתננות בהקשר זה הינו בסעיף 7ב, הקובע את האיסור על כל אדם להוציא רכוש מישראל עבור מסתנן. זאת, אלא אם ניתן היתר להוצאת רכוש המסתנן לפי סעיף 7א(ד) כאמור, או שהאישור להוצאת רכוש המסתנן ניתן לאחר יציאתו מישראל.

98. בהיבט של הפרת הוראות החקיקה לאיסור הוצאת רכוש מסתנן, נקבעו הוראות עונשין בסעיף 7ג לחוק, כלפי המסתנן וכלפי אדם המוציא רכוש עבורו. לצורך ייעול האכיפה כלפי אדם המוציא רכוש עבור מסתנן בניגוד להוראות החוק, נקבעה עבירה זו גם כעבירת מקור בחוק איסור הלבנת הון, התשי"ס-2000, על דרך הוספתה לרשימת העבירות שבתוספת הראשונה. עוד נציין, כי במסגרת ההוראות העצמאיות שנקבעו בחקיקה לאיסור הוצאת רכוש מסתנן, נכללו הוראות המחייבות דיווחים חצי-שנתיים של שר הפנים ושר המשפטים לוועדת הפנים והגנת הסביבה של הכנסת, הן בהיבטים של בקשות ואישורים להוצאת רכוש של מסתננים מישראל, הן בהיבטים של האכיפה והענישה (ראו לעניין זה סעיף 3 בחוק למניעת הסתננות (עבירות ושיפוט) (הוראת שעה), התשע"ג-2013 וסעיף 2 בחוק איסור הלבנת הון (הוראת שעה), התשע"ג-2013).

99. לשם השלמת התמונה, נציין כי מכלול הסדרים אלו העוסק באכיפה כלכלית מציב, מטבע הדברים, אתגרי אכיפה משמעותיים אשר ההתמודדות עימם נמצאת בראשיתה.

100. **לסיכום שער זה**, נעדכן כי עם התקדמות יישום האמצעים המשולבים להתמודדות עם תופעת ההסתננות, כאמור בהחלטת ממשלה מס' 960 מיום 24.11.13 ואשר פורטו לעיל, יצאו את מדינת ישראל, החל מחודש דצמבר 2013 ועד סוף חודש פברואר, 2,989 מסתננים - מתוכם 2,650 סודנים, 189 אריתריאים ו-150 מסתננים משאר מדינות אפריקה. בהקשר זה נעיר, כי 72 מתוכם יצאו מישראל במסגרת יישום שני ההסדרים עם מדינות שלישיות כאמור לעיל.

השער השלישי: מענה לטענותיהם החוקתיות של העותרים

א. היקף הביקורת השיפוטית - חקיקה ראשית של הכנסת

101. העותרים בבג"ץ 8425/13 שטחו בפני בית המשפט הנכבד טענות למכביר, במסגרתן מתבקש בית המשפט להורות על ביטול הוראותיו של החוק המתקן. הוראות אלו, אשר נסקרו בהרחבה דלעיל, מבטאות - הן להלכה והן למעשה - את הכרעתן הריבונית של ממשלת ישראל וכנסת ישראל באשר לאופן התמודדותה הרצוי של המדינה עם תופעת ההסתננות הבלתי חוקית שפקדה אותה בשנים האחרונות, על השלכותיה השונות.
102. כפי שיוצג עוד בהרחבה להלן, המשיבים יטענו כי הוראות החוק המתקן מבטאות איזון חוקתי עדין בין משטר זכויות האדם הקבוע בחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו לבין האינטרסים הציבוריים כבדי המשקל המונחים על הכף. בהקשר זה, ועוד טרם שנפנה לבחינה החוקתית גופה, המשיבים יטענו כי מלאכת עיצוב פניה השונים של מדיניות הכניסה לישראל - ובענייננו, הסתננות בלתי חוקית למדינה וניסיונות להשתקע בה - נטועים הם בלב לבנה של סמכות הביצוע המסורה לרשות המבצעת.
103. נושאים אלו, על שום חשיבותם ועקרוניותם הרבה לתברה ולמשק בישראל, לובשים תדיר לבוש נורמטיבי בדמותה של חקיקה ראשית. לבוש נורמטיבי זה מקרין במישרין על המשקל שיש ליתן לעקרון הפרדת הרשויות בעת יישום הבחינה החוקתית. מהותו של ההסדר ותוכנו מקרינים אף הם על אופן יישומה של הבחינה החוקתית ועל מידת מרחב התמרון החוקתי השמור למחוקק ולקובעי המדיניות.
104. עמד על כך בית המשפט הנכבד בפסק דינו בבג"ץ 6304/09 לה"ב נ' היועץ המשפטי לממשלה (פורסם בנבו, 2.9.10) (להלן: עניין להב), שם נקבע כדלקמן:

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

[ההדגשות בציטוט זה ובציטוטים להלן הוספו- הח"מ].

וראו גם את דבריו של כבוד השופט הנדל בעתירה הקודמת בפסקה 2 לפסק דינו:

"ברמה המופשטת יותר, תכלית החוק היא עיצוב מדיניות הגירה. מדיניות זו היא בסמכות הריבון. האחרון רשאי לקבוע, ונדמה כי אף מוטלת עליו החובה לקבוע, מדיניות כלפי אנשים החפצים להיכנס בשערי ארצו. עיצוב המדיניות מצוי בלב הפרדוגטיבה של הממשלה הנבחרת ושל כנסת ישראל. סוגיה זו אף מצויה בלב הויכוח הציבורי מזה תקופה ארוכה. בהתחשב בכל אלו, על בית המשפט לנקוט זהירות רבה בבואו לשקול את מידת החוקתיות של החוק. יתירה מכך, דעתי היא שלקביעה כי תכליתו של התיקון לחוק, ואפילו אחת מבין תכליותיו, איננה ראויה – יש משמעות רבה: במישור הציבורי, במישור הערכי ובמישור המשפטי."

105. אתר שאמרנו זאת, נוסיף ונחדד כי **עיקרו** של ההסדר החוקי החדש בחוק המתקן הינו בהקמת מרכז השהייה הפתוח, כאמור בפרק ד' לחוק. מרכז השהייה הינו ראשון מסוגו בישראל, וההסדרים החוקיים הנוגעים להקמתו ולהפעלתו הינם חדשים בנוף החקיקתי. תכליתו של הסדר זה ופניו הינם למתן מענים ופתרונות לאתגרים שמציבה ההתמודדות עם אוכלוסיית המסתננים המצויה זה מכבר בערי ישראל.

הסדר זה הינו כאמור מעיקרו של החוק המתקן והוא עומד לראשונה לבחינתו החוקתית של בית המשפט הנכבד, וזאת בסמיכות רבה לאחר חקיקתו ועוד בטרם החל יישומו. העותרים ערכו את הסעד המבוקש על ידם תוך שהם מבקשים להביא לביטולה המלא של הכרעת כנסת ישראל בדבר הקמתו של מרכז השהייה הפתוח והפעלתו. העותרים גם עורכים את הצו-על-תנאי המבוקש על ידם באופן כוללני ורחב ביותר, וזאת כאמור עוד קודם ליישום החוק. גם בכך יש כדי להשליך על מלאכת הבחינה החוקתית, באופן המוביל, לעמדת המדינה, לדחיית העתירה.

106. נפנה, אפוא, למלאכת הבחינה החוקתית.

ב. הזכויות העומדות על הפרק

107. על-פי מודל הביקורת השיפוטית החוקתית המקובל בשיטתנו, נדרש הטוען לאי-חוקתיות הוראת חוק להצביע על פגיעתו באחת מן הזכויות החוקתיות הקבועות בחוק-יסוד: כבוד האדם חירותו או בחוק-יסוד: חופש העיסוק. העותרים טוענים, כי הוראות החוק המתקן מובילות לפגיעה בזכות החוקתית לחירות, וזאת על יסוד קביעותיו של בית המשפט הנכבד בפסק דינו בעתירה הקודמת. ודוק: יש להקדים ולעמוד על עצם קיומה של הזכות החוקתית הנפגעת ועל עוצמתה, בטרם המעבר לבחינת עמידתה של הפגיעה בדרישות

פסקת ההגבלה (ראו למשל: בג"ץ 4128/02 אדם טבע ודין – אגודה ישראלית להגנת הסביבה נ' ראש ממשלת ישראל, פ"ד נח(3) 503; בג"צ 7052/03, עדאלה המרכז המשפטי לזכויות המיעוט הערבי בישראל נ' שר הפנים, פ"ד סא(2) 202 (14.5.2006)).

108. בהקשר זה, ניכר כי העותרים מיקדו טענותיהם בפגיעת החוק המתקן בזכות לחירות, תוך הצגת מכלול ההסדרים כמובילים לטענתם לשלילתה המוחלטת של הזכות לחירות. בצד זאת, נראה כי העותרים לא השתינו את עתירתם החוקתית על פגיעה בלתי חוקתית בזכות לחופש התנועה. יחד עם זאת, לשם שלמות התמונה, ובשל קיומן האפשרי של נקודות השקה בין היקפן של הזכות לחירות והזכות לחופש תנועה, המדינה תבקש לטעון כי ההסדרים האמורים בחוק המתקן אינם מצדיקים את התערבותו של בית המשפט הנכבד גם בכל הקשור לחופש התנועה. נעמוד על הדברים - תחילה ביחס לזכות לחופש תנועה ולאחר מכן על הזכות לחירות.

ב.1 הזכות לחופש תנועה

109. המדינה תטען, כי החוק המתקן אינו פוגע בזכות החוקתית של המערערים לחופש תנועה, כפי שזו עוגנה בסעיף 6 לחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו, שכן זכות כאמור אינה נתונה בידי מי שנכנס לישראל שלא כדין. כלל נקוט וידוע הוא, הן במשפט הבינלאומי והן במשפט הישראלי, כי זכותה של המדינה לקבוע אילו זרים יכנסו בשעריה ולאילו זרים יינתן לשהות בישראל. בית המשפט הנכבד קבע זאת לפני שנות דור והוא שב ושנה הלכה זו פעמים רבות (ראו למשל: בג"ץ 482/71 קלרק נ' שר הפנים, פ"ד כז(1) 113; בג"ץ 758/88 קנדל נ' שר הפנים, פ"ד מו(4) 505; בג"ץ 1689/94 הרדי נ' שר הפנים, פ"ד נא(1) 115; 3648/97 סטמקה נ' שר הפנים, פ"ד נג(2) 728 (להלן: עניין סטמקה); בג"ץ 4156/01 דימיטרוב נ' משרד הפנים, פ"ד נו(6) 289; בג"ץ 8093/03 ארטמייב נ' משרד הפנים, תקדין 2004(4) 2470; עע"ם 1644/05 פרידה נ' משרד הפנים, תקדין 2005(2) 4269)).

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

"6. יציאה מישראל וכניסה אליה

(א) כל אדם חופשי לצאת מישראל.

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

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

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

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

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

J. Nafziger, "The General Admission of Aliens Under International Law" (1983) 77 AJIL 804, 816.

113. מן המקובץ עולה, כי אף במשפט הבינלאומי, אין לאדם זר זכות קנויה כלשהי להיכנס לשטחה של מדינה, שאינה מדינת אזרחותו. בהקשר זה, נפנה אף לעמדתה של כבוד השופטת ארבל, בפסקה 79 לפסק-דינה בעתירה הקודמת, שם ציינה כדלקמן:

"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."

114. בצד הדברים האמורים, ברי כי עומדת לכל אדם הזכות לחירות אישית, כהוראת סעיף 2 לחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו, ולפיה "אין נוטלים ואין מגבילים את חירותו של אדם במאסר, במעצר, בהסגרה או בכל דרך אחרת".

2.ב הזכות לחירות

115. בכל הקשור לטענת העותרים, כי החוק המתקן פוגע בזכות לחירות, הרי שאין לכתד כי השמת אדם במשמורת סגורה, מכוח סעיף 30 לחוק, יש בה כדי לשלול את חירותו האישית של השוהה במשמורת.

116. עם זאת, כבר כאן המקום לציין, כי עת עוסקים אנו בהסדר שמכוחו ניתנת לאדם הוראה לשהות במרכז שהייה פתוח או במרכז שהייה פתוח למחצה, איננו עוסקים בשלילת חירות כי אם בהטלת מגבלות מסויימות עליה. הפגיעה בזכות לחירות הולכת ופוחתת באופן משמעותי, ככל שמתאפשר לאדם לממש את חירותו האישית. מימוש חירות אישית זו במסגרת מרכז שהייה "תולות" מאפשר לשוהים בו אף את מימושה המעשי של

הזכות לחופש תנועה, במנותק מן השאלה המושגית האם זכות כאמור קנויה לאדם שהסתגן באופן בלתי חוקי לישראל. על נקודה זו עוד יורחב בהמשך.

117. כידוע, הזכות לחירות, ככל הזכויות החוקתיות המנויות בחוקי היסוד, אינה זכות מוחלטת, כי אם זכות יחסית בלבד. יחסיותה של הזכות החוקתית מנביעה, מיניה וביה, את היכולת להסיגה מפני אינטרסים ציבוריים אחרים המצדיקים את הגבלת מימושה. מיקומה הגיאומטרי של מלאכת איזון זו, בין היקף מימושה של הזכות לחירות אישית לבין האינטרסים הנוגדים המצדיקים את הגבלתה, מצוי לנו בדליית אמותיה של פסקת ההגבלה (ראו: העתירה הקודמת, פסקה 68 לפסק דינה של כבוד השופטת ארבל; בג"ץ 450/97 תנופה נ' שר העבודה והרווחה פ"ד (2) 433 בפסקה 7 לפסק הדין). פסקאות ההגבלה מאפשרות פגיעה בזכויות החוקתיות בקיומם המצטבר של ארבעה תנאים: הפגיעה נעשית בחוק או לפי חוק מכוח הסמכה מפורשת שבו; החוק הפוגע הולם את ערכיה של מדינת ישראל; החוק הפוגע נועד לתכלית ראויה; הפגיעה אינה במידה העולה על הנדרש.

118. המדינה תטען, על רקע האמור לעיל, ולאור התכליות העומדות בבסיס החוק המתקן, כי התיקון עולה בקנה אחד עם דרישות פיסקת ההגבלה ואינו מקים עילה להתערבותו של בית המשפט הנכבד. נפנה, אם כך, לבחינת תנאים אלו – ראשון ראשון, ואחרון אחרון. תחילה נעשה כן ביחס להוראות סעיף 30א לחוק, בנוסחו החדש (משמורת), ומשם נפנה לבחינת חוקתיות הוראות פרק ד' לחוק, (מרכזו שהייה).

ג. סעיף 30א לחוק - הבחינה החוקתית

119. העותרים ממקדים את טענותיהם בעתירה בשאלת תכליתו ומידתיותו של סעיף 30א לחוק למניעת הסתננות. לטענתם, ובתמצית, סעיף 30א לחוק, כפי נוסחו בחוק המתקן, אינו חוקתי על שום פגיעתו הבלתי מידתית בזכות לחירות; פגיעה שלשיטתם אף אינה לתכלית ראויה. את טיעונם סומכים העותרים, במרבית טיעוניהם, על יסוד יישום קביעותיו של בית המשפט הנכבד בדבר אי-חוקתיותו של סעיף 30א לחוק למניעת הסתננות, כפי שנוסח בחוק הקודם.

120. המדינה תטען, כי דין הגזירה השווה שעורכים העותרים בין שני נוסחיה של הוראת סעיף 30א לחוק למניעת הסתננות, להידחות. כפי שהוצג לעיל, סעיף 30א בנוסחו לפי החוק המתקן, שונה שוני רב מן ההוראה המקבילה לו בחוק הקודם. שינויים אלו, שעם העיקריים שבהם נמנים תחולתה הצופת-פני עתיד בלבד של ההוראה בדבר מתקן המשמורת - דהיינו, שינוי תחולת ההסדר בזמן; קיצור הרף העליון לשהייה במשמורת הסגורה; קיצור משך בדיקת בקשות המקלט למסתננים השוהים במשמורת; וקיומו של אפיק בטוח ליציאה מישראל, משליכים באופן ישיר על בחינת חוקתיותו של סעיף 30א בנוסחו בחוק המתקן, ומחייבים להעמיד בחינה חוקתית זו על רגליה העצמאיות שלה.

1.ג תכלית סעיף 30א לחוק למניעת הסתננות

121. בבואנו לעמוד על תכליתו של החוק המתקן, נבקש להבחין בין שני נמענים שונים אליהם מופנה חוק זה. הנמען הראשון לחקיקה, עמו מתכתב סעיף 30א לחוק, הינו ציבור בלתי מסוים של אנשים המצויים מחוץ לגבולות המדינה ואשר שוקל האם להסתגל אליה, אם לאו. להבדיל, הנמען השני לחקיקה, עמו מתכתב פרק ד' לחוק, הינו ציבור המסתננים אשר נכנסו לישראל באופן בלתי חוקי והשתקעו זה מכבר בערים. אף שישנם קשרי גומלין בין שתי הקבוצות האמורות, הרי שאלו קבוצות נפרדות המובחנות זו מזו - הן במספרן והן בדילמות הכרוכות בהתמודדות עמן.

122. חלק עיקרי ומרכזי במתן הביטוי לנפרדות זו מצוי לנו בתכליתו של סעיף 30א, המופנה כאמור לציבור בלתי מסוים של מסתננים פוטנציאליים, השוקלים לעשות דרכם לישראל או שכבר מצויים בדרכם לישראל. אל מול ציבור זה מעמיד סעיף 30א שתי תכליות עיקריות.

2.ג מניעת הישנותה של הסתננות בלתי חוקית ורחבת ההיקף לתוככי ישראל

123. תכליתו הראשונה של סעיף 30א לחוק הינה לשנות את מערך התמריצים של כל אותם מסתננים בכוח אשר שוקלים להגיע למדינת ישראל, לרוב תוך כדי חצייתן של לפחות שתי מדינות בדרך. תכלית זו של הסעיף נועדה בעיקרה להקים חסם נורמטיבי, לצידה של הגדר אשר הוקמה לאורכו של הגבול היבשתי עם מצרים, ועל ידי כך למנוע את הישנותה העתידית של תופעת ההסתננות רחבת ההיקף אשר פקדה את מדינת ישראל החל משנת 2006. וכך צוין בדברי ההסבר הנלווים להצעת החוק:

"[...] הטעם שעמד בבסיס קביעתו של בית המשפט העליון כי ההסדר אינו חוקתי היה שאותו הסדר כרוך בפגיעה לא מידתית 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 לבדיקת בקשות מקלט של המצויים במשמורת, מהווה הסדר מידתי ומאוזן יותר.

ההסדר המוצע יקטין את התמריץ הכלכלי שבהסתננות לישראל, שכן מסתנן פוטנציאלי השווה כעת במדינת המוצא ידע כי היה ויבחר להגיע למדינת ישראל שלא דרך תחנת גבול, הוא יחזק במשמורת, לפי ההסדר המוצע, במשך שנה, ולא תתאפשר השתקעותו במרכזי הערים בישראל והעסקתו בישראל, והדבר יקשה עליו להחזיר את העלות הגבוהה הכרוכה בהגעתו לישראל."

124. הנה-כי-כן, וכעולה מדברי ההסבר להצעת החוק שצוטטו לעיל, כוונת הממשלה והכנסת בחקיקת סעיף 30א' לחוק היתה לבלום את הישנותו מחדש של גל ההסתננות רחב הממדים שפקד את מדינת ישראל בשנים האחרונות, וזאת נוכח התמריץ הכלכלי המשמעותי שבהגעה לישראל. נראה שאין לכתד, כי מדינת ישראל היוותה, ועודנה מהווה, יעד מערבי אטרקטיבי, קרוב ונגיש, החובק גבול יבשתי עם יבשת אפריקה לאורכם של למעלה מ-200 קילומטרים. בכך נבדלת מדינת ישראל מיתר מדינות אירופה. ייחוד זה ושונוותה של מדינת ישראל, בתור מדינה מערבית ומפותחת ביחס לכלל מדינות אפריקה, אוצרים בקרבם כוח משיכה אדיר עבור כל המבקשים לשפר את חייהם על ידי יציאה ממדינות מוצאם באפריקה.

יאמר מיד, כי במסגרת המנגנונים הקבועים בסעיף 30א נקבעו הוראות ייחודיות, על מנת לבחון ולבדל בין מי שבפיו טענת מקלט פרטנית ואותנטית לבין מי שאינו כזה. לא זו אף זו, צומצמו פרקי הזמן בהם חויבה הרשות המינהלית להכריע בבקשות מקלט שיוגשו על ידי מסתנן שהושם במשמורת, תוך העמדת תקופה זו על חצי שנה בלבד.

125. בצד הדברים האמורים, המדינה תטען בהקשר זה, כי על-פי הערכת גורמי המודיעין, הגדר לבדה אינה איתנה דיה על מנת לעמוד בפרץ; אם וככל שמדינת ישראל תיתפס בעיני המבקשים להגיע אליה כמדינה המאפשרת גישה לשוק העבודה, למי שיצליח להסתנן אליה. עוד יצוין, כי ישנם עשרות אלפי אפריקאים המצויים כיום ברחבי מצרים ומאות אלפים אחרים העושים דרכם אליה, או שהם מצויים בסמוך אליה, ואשר שוקלים לאן פניהם ובכלל זה - האם לנסות ולהגיע לישראל. אם וככל שציבור בלתי מסוים ורחב היקף זה יחליט לעשות דרכו לישראל, הרי שהמכשול הפיזי שהוקם לאורכו של גבול מצרים לא יעמוד בפניו.

והעיקר לענינו - התמריץ הכלכלי האדיר, כמו-גם ההזדמנות לשיפור חיים, חוברים בעניינה של ישראל לפעילותה של תשתית הברחה מקצועית ובינ"ל, החונה - פשוטו כמשמעו - בחצריה האחוריים של מדינת ישראל. להלן נביא, פרפרזה גלויה מתוך הדוחות המודיעיניים אודות היקף פעילותן ויכולותיהן של רשתות ההברחה, כפי שזו עולה מתצהירו של מר תגי הדס המצורף לכתב התשובה:

"3. במרחב צפון וקרן אפריקה פועלות רשתות הברחה מאורגנות בעלות אופי ממוסד, כאשר הגורם המוביל הינו שבט הרשאידה על כל סניפיו במרחב וכן שבטים בדואיים אחרים (להלן: רשתות ההברחה). רשתות ההברחה פועלות על פני כל המרחב האמור לשם הברחת סחורות, לרבות סמים ואמצעי לחימה; ולשם הברחת בני אדם ובכלל זה מהגרי עבודה, ממדינות מוצאם ועד למדינות היעד המבוקשות על ידם או הנקבעות על ידי המבריחים. רשתות אלה, מפעילות לעיתים כוח תוך ביצוע חטיפות, איומים ועד כדי פגיעה גופנית לשם סחיטה.

4. פעילותן של רשתות ההברחה מושתתות על תשתיות עצמאיות עתירות משאבים. יכולותיהן בתחום הצבאי ובהברחת בני אדם כוללות מערך מאורגן של אמצעי תחבורה, ובכלל זה משאיות, ג'פים וכן כלי שייט. אמצעי תחבורה אלו מופעלים בנתיבי הברחה "מוסדרים" (הכוללים שוחד לגורמי הממשל המקומי), הנתמכים באמצעים מתקדמים לתקשורת ובאמצעי לחימה והגנה שונים, לרבות כלי נשק אישיים ואמצעי חבלה.

פעילותן של רשתות ההברחה מבוצעת בכל חלקי סיני עד לגבולנו המשותף עם מצרים.

5. קיימת תנועה בלתי פוסקת של אפריקאים ממדינות מוצא שונות באמצעות רשתות ההברחה למספר מדינות יעד, בהתאם למידת האטרקטיביות הכלכלית של כל יעד. עם זאת, חרף היקפה הנרחב של פעילות הרשתות, לא מבוצעת כל פעילות אפקטיבית נגד אנשיהן הפרוסים באריתריאה, בסודן, באתיופיה, במצרים, בסעודיה ובלוב.

6. עוד יצוין, כי גם כיום קיים נתיב פעיל להברחת סחורות וסמים דרך ים סוף לירדן. לפי שעה, טרם נעשה שימוש בנתיב זה לצרכי הברחת אפריקאים ממרחב סיני.

7. בידנו מידע אודות המשך פעילותן הענפה של רשתות ההברחה, בתחום העברת אפריקאיים ממדינות מוצאם לכיוון מערב וצפון אפריקה אל עבר אירופה. בידנו מידע, כי מתקיימת זרימה בלתי פוסקת של אפריקאיים צעירים, כפי שעולה בדיווחי הכניסות למדינות המעבר (אתיופיה, מצרים, קניה, דרום סודן) ולמדינות היעד (אירופה).

8. הגדר שפרוסה לאורך גבול מצרים מקשה על כניסתם של פרטים בודדים. יחד עם זאת, וככל שתתחדש המוטיבציה של אפריקאיים לעבור מזרחה ולהיכנס לישראל מגבול מצרים, הרי שרשתות ההברחה לא ימנעו מחבלה בגדר, בין אם על ידי שימוש בחומרי חבלה ובין אם באמצעים הנדסיים שונים אחרים. עוד יצוין, כי בידנו מידע אודות פעילות מכוונת בעלת מאפיינים מעין צבאיים של רשתות ההברחה, במרחבי סיני, נגד כוחות שיטור וצבא מצריים.

9. נוסף על האמור לעיל, אבקש לציין כי בידי מערכת הביטחון נתונים המלמדים על פעילות פלילית מתמדת של אירועי הברחה המבוצעים בגבול המערבי עם מצרים, אל מול המכשול הפיזי שהוקם בגבול זה. כך, מאז

תחילת שנת 2014 תועדו במערכת הביטחון 38 אירועי הברחה ובכל שנת 2013, 322 אירועים מסוג זה."

126. אל מול שילוב הכוחות שתואר זה עתה, הנבנה ממזיגתם יחד של מוטיבציות מובהקות להגיע ולהסתנן לישראל, לצד תשתית הברחה ממוסדת המונעת משיקולי רווח, ביקשו הממשלה והכנסת להקים חסם נורמטיבי בצידה של הגדר הפיזית. חסם נורמטיבי זה נועד לשנות את מערך התמריצים שתואר לעיל, באופן הצופה פני עתיד, ולהסיט את צירי הברחה מישראל אל יעדים אחרים.

127. לעמדת המדינה, עסקינן בתכלית ציבורית ותברתית חשובה ביותר, שלה השפעות רבות, הן בטווח הזמן הקצר והן בטווח הזמן הארוך, בקשת רחבה של תחומים, ובכלל זה: בטחון פנים, כלכלה, תעסוקה, רווחה, חינוך, חוסן לאומי וביטחוני ועוד.

128. אל מול תכלית זו, העותרים טוענים בעתירתם כי המדובר בתכלית בלתי לגיטימית, תוך שהם נשענים על חלק מעמדות השופטים בפסק הדין בעניין אדם. כך, למשל, מפנים העותרים לפסקאות 85-86 לפסק דינה של כבוד השופטת ארבל. קיבוצם של הדברים, כך לפי שיטת העותרים, מלמד שסעיף 30א נועד לשם הרתעה פסולה, המציבה את האדם כאמצעי ולא כמטרה בפני עצמה.

129. המדינה תבקש לדחות את טענות העותרים, בהישען על מספר טעמים.

בראש ובראשונה, טענות העותרים במישור זה מתעלמות משינוי קרדינלי שנערך בהוראת סעיף 30א לחוק מבחינת תחולתה בזמן, ובדברים אלו תבקש המדינה להדגיש כי סעיף 30א לחוק הינו **בעל תחולה פרוספקטיבית בלבד**, להבדיל מהחוק הקודם, שנפסל, אשר היה בעל תחולה אקטיבית. הווה אומר, החוק המתקן, המתיר להחזיק מסתנן במשמורת, מכוח צו גירוש, למשך תקופה שלא תעלה על שנה, חל רק על מסתננים שחדרו את גבולה של המדינה **לאחר חקיקתו של החוק**. הוראת זו שונה היא באופן משמעותי מן ההסדר הקודם שבוטל, ושהחיל עצמו - מבחינה נורמטיבית - על כל עשרות אלפי המסתננים שהסתננו לישראל עובר לחקיקתו.

נמקד, אפוא, מבטנו בקבוצת הנמענים הראשונה של החוק המתקן על מנת להבין את פועלו התכליתי. כאמור, מדובר במסתננים פוטנציאליים, ממדינות אפריקה השונות, השוקלים בדעתם האם לנסות ולהגיע לישראל. ככל שהשיקול הכלכלי, קרי הרצון להגדיל את כושר השתכרותם, הוא אשר מושל בכיפה, מבקשת הוראת סעיף 30א לחוק למניעת הסתננות לשנות את מערך התמריצים ולעודד את אותם מסתננים פוטנציאליים להימנע מלנסות ולהגיע לישראל.

חסם נורמטיבי זה צופה פני עתיד ועיקר חשיבותו טמון בעצם קיומו. תכליתו של סעיף זה הינה לשנות את פניה של מציאות ההגירה הקשה שחוותה מדינת ישראל בשנים האחרונות בגבולה הדרומי, בטרם זו תתחדש בשנית בהיקפים משמעותיים. תכלית זו אינה עומדת כמטרה בפני עצמה, אלא קשורה היא בקשר הדוק למדיניותה של מדינת ישראל לפעול למניעת השתקעותם העתידית של מסתננים נוספים בישראל.

130. עמד על כך כבוד השופט הנדל בפסק דינו בעניין אדם, בקובעו בזו הלשון:

"הרתעת מסתננים פוטנציאליים איננה תכלית העומדת כשלעצמה. היא מהווה מעין תכלית-ביניים, בדרך להגשמת תכליתו המרכזית של החוק. נשאל את עצמנו: מדוע יש צורך בהרתעת מסתננים פוטנציאליים? מדוע יש לנקוט באמצעים שיצמצמו את היקף ההסתננות? התשובה היא שלהסתננות יש השלכות לא מבוטלות על מרקם החיים בישראל, על שוק העבודה ועל ניתוב תקציבי הרווחה והחינוך. כך בארץ, וכך בכל מדינה. תפקידו של החוק בו עסקינן הוא לנסות לנווט השלכות אלו. בכל מקרה, תכלית לגיטימית היא לצמצם את ההשלכות השליליות של אותן תופעות, כפי שנקבע בעבר בפסיקה (ראו סעיף 84 לחוות דעתה של חברתי השופטת ארבל).

להשקפתי, דברים אלו – כוחם יפה אף ביחס לעיקרון ההרתעה: ההרתעה במקרה דנא נועדה למנוע מראש את ההשלכות השליליות שיש להסתננות על החברה בישראל. אם נקבל כי מניעת השתקעות המסתננים בישראל היא תכלית ראויה, הרי שלדידי אין מנוס מן המסקנה כי גם הרתעת מסתננים פוטנציאליים היא תכלית ראויה. זאת בכפוף להסתייגות שתוצג בהמשך, ושעיקרה משך התקופה בה ניתן להחזיק מסתנן במשמורת".

אף השופט גובראן הביע עמדה דומה, בפסקה 10 לפסק דינו, מבלי שנדרש להכריע בדבר:

"[...] איני נדרש להכריע, בנסיבות המקרה, בשאלה אם התכלית השניה – בלימת ההסתננות – היא ראויה. אסתפק בדברים קצרים. המשיבים סבורים כי מודעותם של מסתננים פוטנציאליים לכלים המשפטיים של מדינת ישראל להתמודדות עם תופעת הגירת העבודה, משפיעה על החלטתם אם להגר אל תחומה. מתקבל על הדעת שמצב נורמטיבי השורר במדינה פלונית, עשוי להיות חלק ממכלול שיקולים, שבכוחם להשפיע על החלטה של מהגרי עבודה אם "להסתנן" 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 הפררוגטיבה של מדינה לקבוע מי יבוא בשעריה, ועולה בקנה אחד עם ריבונותה (השוו: עמדתי בעניין עדאלה, בעמ' 485; ראו גם הבהרת הוועדה לזכויות אדם: Human Rights Committee, General Comment No. 15: The

Position of Aliens under the Covenant, U.N. Doc. HRI/GEN/1/Rev.1 at 18 (11 Liav Orgad & Theodore Ruthizer, Race, Religion : גמ; ראו גם; April 1986), para 5 and Nationality in Immigration Selection: 120 Years After The Chinese (Exclusion Case, 26 Constitutional Commentary 237, 242-243 (2010)).

131. בשים לב לעובדה שתחולת סעיף 30א בזמן הינה פרוספקטיבית בלבד, הרי שהיא מוחלת באופן אישי, צופה פני עתיד, לשם שינוי מערך התמריצים של כל אותם מסתננים פוטנציאליים השוקלים האם להגיע לישראל. משכך הם פני הדברים, המדינה תטען כי אין לקבל את הטענה, לפיה סעיף 30א לחוק, בנוסחו החדש, רואה את האדם שלפניו משום אמצעי בלבד, משל היה "קלף-מיקוח" להרתעת מסתננים אחרים.

נשווה לנגד עינינו, עת עוסקים אנו בשאלת התכלית, את מצב הדברים הבא. סעיף 30א לחוק מצליח להגשים את תכליתו באופן מלא, כך שלא קם כלל הצורך ליישמו ואיש אינו מנסה להסתנן לישראל, כהגדרת "מסתנן" בחוק. חשיבותו של סעיף 30א לחוק מתמצית בעצם קיומו כביטוי למדיניות ממשלת ישראל, לפיה ישראל אינה מדינת הגירה - ודאי לא מדינה המזמינה אנשים המבקשים להגר לתחומה באופן בלתי חוקי. כל זאת, תוך התרגת מצבם של מי שהגישו בקשה פרטנית למקלט בהתאם לאמנת הפליטים, ושיש חובה לבחון את בקשתם לא יאוחר מחצי שנה מעת הגשתה. תכלית זו הינה תכלית ראויה ולגיטימית ומצויה בלב ליבת הפררוגטיבה המסורה לממשלה ולכנסת.

132. יקשת השואל וישאל - כלום אין ללמוד מהפעלת הוראת סעיף 30א לחוק בעניינם של מי שהחליטו לנסות את מזלם ולהיכנס לישראל, חרף קיומו של החוק המתקן וחרף מודעותם להוראותיו, משום מימוש תכלית הרתעתית פסולה? אף על כך המדינה תבקש להשיב בשלילה.

ברי, כי אי-יישום הוראת סעיף 30א בעניינם של מי שהסתננו לישראל לאחר חקיקתו של החוק ירוקן את הסעיף מתוכנו ויעשהו לכלי ריק. יישומו של סעיף 30א הינו אישי וממוקד, והוא מוחל רק בענייניו של מי שהסתנן לאחר חקיקתו, תוך שהוא מחליט לתדור לישראל באופן בלתי חוקי. אכן, אין לכחד, כי הפעלת סעיף 30א לחוק ביחס למי שנתפסו בעודם מסתננים לאחר חקיקתו, מלמדת על כך שמדינת ישראל מיישמת ברצינות את מדיניותה בדבר סגירת גבולותיה, בפני מי שהינם מסתננים כהגדרתם בחוק למניעת הסתננות. אלא, שעסקינן רק בתוצר לוואי משני של יישום סעיף 30א לחוק, ואין לומר כי הפעלתו הפרוספקטיבית של סעיף 30א משמעה השמת אדם במשמורת רק לשם העברת מסר מרתיע עבור אחרים. ההשמה במשמורת הינה תוצר של יישום החוק רק על מי שבחר, באופן מודע, להסתנן לישראל לאחר חקיקתו, והחוק מיושם עליו במישרין. משהסתנן אדם לישראל והושם במשמורת, נכנסת לפועלה התכלית השנייה הנודעת לסעיף 30א והיא מיצוי אפיקי יציאה בטוחה מישראל. נפנה, כעת, לתכלית זו.

ג. מיצוי אפיקי יציאה מישראל

133. תכליתו השנייה של סעיף 30 לחוק הינה מיצוי הליכי זיהויו של המסתנן והעמדת פרק זמן הכרחי למדינה לשם גיבוש אפיקי יציאה מרצון מישראל. השמתו במשמורת של המסתנן שנכנס לישראל לאחר כניסת החוק המתקן לתוקף, נועדה לאפשר למדינה להתמודד עם איתור חלופות ליציאה מישראל עבור מי שהסתננו לתוכה, שלא דרך נקודת מעבר גבול רשמית, ועל-פי רוב ללא כל תיעוד רשמי.

134. הניסיון מלמד כי מדובר בהליכים מורכבים האורכים זמן רב יותר מן התקופה הקבועה בחוק הכניסה לישראל, בין-היתר – אך לא רק – בשל ניסיונם של חלק מן המסתננים להזדהות כבעלי נתינות אחרת ממדינת נתינותם, או כבעלי זהות בדויה או שאולה. על-פי רוב, הניסיון להידמות וללבוש זהות שונה נועד במטרה להקשות על יכולתה של המדינה לנקוט בהליכי הרחקה או בהליכי יציאה אחרים.

סעיף 30 לחוק נועד להעניק למדינה פרק-זמן נוסף והכרחי, העולה על התקופה הקבועה בחוק הכניסה לישראל, כדי לאפשר בידה למצות את הליכי זיהויו של המסתנן, לרבות מוצאו; בחינת הטענות שבפיו ואימותן; ונקיטת האמצעים הנדרשים לשם איתור וגיבוש אפיקי יציאה בטוחה מישראל, ובכלל זה דרך מדינות שלישיות או אליהן. וראו בהקשר זה את דברי ההסבר הנלווים להצעת החוק:

“יצוין כי ההסדר המוצע נותן בידי הרשויות פרק זמן סביר ונאות בנסיבות העניין לברר את זהותם ואת מדינת אזרחותם או תושבותם של המסתננים, וזאת בשים לב למאפייניה הייחודיים של האוכלוסייה שהסתננה לישראל בשנים האחרונות בהיקף נרחב, בלא מסמך רשמי של מדינת חוץ ובאופן בלתי מתועד. פרק זמן זה הכרחי לשם קיום הליך הבירור, שבנסיבות הייחודיות לאותה אוכלוסייה הוא הליך מקיף ומורכב. בהעדר אפשרות לקיים בירור כאמור, נוצר קושי לבחון את אפשרויות הרחקתם של מסתננים ממדינת ישראל ולהרחיקם בפועל”.

135. בנקודה זו חשוב להדגיש, כפי שאף צוין בחלקו הקודם של כתב התשובה, כי מדינת ישראל הגיעה להסדרים עם שתי מדינות אפריקאיות שונות, המאפשרות לקלוט לתחומן מסתננים אשר הסתננו לישראל באופן בלתי חוקי. הסדרים אלו מעניקים בידי המדינה את האפשרות להעמיד בפני המסתנן את האפיק הדרוש לו לשם יציאתו הבטוחה מישראל אל אותה מדינה שלישית. עוד יודגש, כי מדינת ישראל שוקדת כל העת, לשם מציאת אפיקים נוספים שיאפשרו יציאה בטוחה של מסתננים מישראל.

136. נוכח התקדמות משמעותית זו, שעיקרה בקיומם ובהפעלתם של אפיקי יציאה שונים ומגוונים, ובשקידה על איתור מדינות נוספות, המדינה תטען כי דין טענות העותרים לפיה תכלית סעיף 30 הינה הרתעה עונשית גרידא להידחות. לעמדת המדינה, נחיצותו של סעיף 30 לשם מניעת הישנותה של תופעת ההסתננות חסרת התקדים לישראל הינה

הכרחית. בשים לב לכך שסעיף זה חל באופן צופה פני עתיד בלבד, תכליתו מוגשמת הלכה למעשה בעצם קיומו, ולא בהכרח בעצם הפעלתו.

בצד זאת, ובמקרה בו הוצא צו גירוש בעניינו של מסתנן שחדר לישראל לאחר החוק המתקן, הרי שסעיף 30א מעניק למדינה פרק זמן ארוך יותר, והולם בנסיבות העניין, למצות את יכולותיה להעמיד בידיו חלופה בטוחה לשם יציאתו את הארץ, לרבות לעבר מדינה שלישית - על כל המורכבות הכרוכה בכך.

חלופות אלו מיושמות בחודשים האחרונים הלכה למעשה, ותכליתן הינה קיצור משך החזקתו של המסתנן במשמורת, תוך מיצוי אפיקי יציאתו, לרבות (אך לא רק) לעבר מדינה שלישית.

137. אשר על כן, עמדת המדינה הינה כי תכליתו של התיקון מקיימת את מבחן ה"תכלית הראויה" שנקבע בפסיקה ועל-פיו "תכליתו של חוק תיחשב לתכלית ראויה, כאשר הוא נועד להגן על זכויות אדם או להגשים מטרה ציבורית או חברתית חשובה, לצורך קיומה של תשתית לחיים בצוותא במסגרת חברתית המבקשת להגן על זכויות אדם ולקדמן" (בג"ץ 2605/05 המרכז האקדמי למשפט ולעסקים, חטיבת זכויות האדם ואח' נ' שר האוצר, תק-על 2009(4) (2009), בפסקה 25 לפסק דינה של כב' הנשיאה ביניש). לעניין היותה של התכלית החקיקתית האמורה תכלית ראויה, השוו גם לדברי כב' השופט חשין (כתוארו אז) בעניין סטמקה:

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

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

"1. בשנים האחרונות, ולנגד עינינו, מתקיים תהליך הפיכתה של מדינת ישראל למדינה אטרקטיבית המושכת לתחומה זרים ממקומות שונים בעולם. רבים צובאים על שעריה - בים באוויר וביבשה - ומבקשים כי יתאפשר להם לעבור להתגורר בתחומה, בין אם לתקופות קצרות ובין אם לצמיתות, מטעמים שונים ומגוונים, אשר דומה כי בעיקרם מבטאים חלק מתנועת הגירה בינלאומית עקב תופעות של עוני ואבטלה במדינות רבות. העתירה שלפנינו, אשר הוגשה לפני כארבע שנים, מתמקדת באחד מהיבטיה של תופעה נרחבת זו ועוסקת בקבוצת הזרים הנכנסים לישראל - שלא כדין - דרך גבולה עם יבשת אפריקה.

...

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

138. לא למותר לציין, כי הוראת סעיף 30א לחוק אף הולמת את ערכי מדינת ישראל כמדינה יהודית ודמוקרטית, לאור רציונל החקיקה הנסמך על עקרון ריבונותה הפנימית של המדינה, אשר מהווה אחד מעקרונות היסוד של שיטתנו המשפטית. סעיף זה נועד לשמור על חוסנה הלאומי, הכלכלי והחברתי של המדינה, תוך שהוא מבקש להציב חסם נורמטיבי מידתי בפני המבקשים להסתגל אליה באופן בלתי חוקי.

4.2 מידתיות סעיף 30א בנוסחו בחוק המתקן

139. המדינה תטען, כי סעיף 30א בנוסחו בחוק המתקן עולה בקנה אחד עם עקרון המידתיות, על שלושת מבחני המשנה המרכיבים אותו, ומכאן שלא עלה בידי העותרים להוכיח עילה להתערבות חוקתית בו.

כאמור, העותרים תוקפים את חוקתיות סעיף 30א כמכלול, כאשר הילוך טענתם - בתמצית - הינו גזירה שווה בין ביקורתו החוקתית של בית המשפט הנכבד בעניין אדם לבין דינו של החוק המתקן. הילוך טענה זה מבקש ליצור האחדה של ההסדרים הנורמטיביים שנקבעו בחוק הקודם עם אלו שנקבעו בחוק המתקן, באופן המטשטש את ההבדלים המהותיים שביניהם. משאלו פני הדברים, נבקש תחילה לעמוד על עיקרי ההבדלים שהוכנסו בסעיף 30א במסגרת החוק המתקן, ולאחר מכן נעמוד על עמידתו בעקרון המידתיות.

140. **בראש וראשונה**, וכפי שצוין לעיל, נבדל סעיף 30א בנוסחו המתוקן בהוראת תחולתו הפרוספקטיבית, קרי בהיותו צופה פני עתיד. שינוי זה מלמד בראש וראשונה על שינוי התכלית, כמכשיר נורמטיבי שאינו נועד להתמודד עם אוכלוסיית המסתננים המצויה בישראל. צמצום היקף התפרשותו על פני מישור הזמן, ולמעשה על פני מישור הנמענים, משליך אף על מידתיותו.

שנית, משך תקופת המשמורת שנקבעה בהוראת סעיף 30א(ג) לחוק צומצמה באופן משמעותי משלוש שנים לשנה אחת. כמו-כן, נקבע מפורשות כי תקופה זו הינה מקסימאלית, בסופה ישוחרר המסתגן, ובמילותיו של הסעיף "ממונה ביקורת **ישחרר** מסתגן בערובה **אם חלפה שנה** מיום תחילת החזקתו של המסתגן במשמורת".

שלישית, קוצרה באופן משמעותי התקופה במסגרתה על רשות האוכלוסין וההגירה להכריע בבקשות מקלט המוגשות על-ידי מסתננים המוחזקים במשמורת מתשעה

חודשים לשישה חודשים. ככל שלא הוכרעה בקשת המקלט בפרק זמן זה, הרי שהדבר מהווה עילה עצמאית לשחרורו של המסתנן (סעיף 30א(ב)(6) לחוק למניעת הסתננות).

רביעית, בוטלה אחת העילות העצמאיות למניעת שחרורו של מסתנן, שעניינה בקבלת חוות דעת ביטחונית הנוגעת לפעילות הנעשית במדינת מוצאו של המסתנן או באזור מגוריו, ושהיא עלולה לסכן את ביטחון המדינה או אזרחיה. עילה זו בוטלה כעילה עצמאית, והוכפפה למבחן פרטני הבודק את המסוכנות האינדיבידואלית הנשקפת מהמסתנן הקונקרטי, כך שבמסגרת בחינת עניינו הפרטני, **רשאי** ממונה ביקורת גבולות להיזקק לחוות דעת ביטחונית כאמור, ומסור לו שיקול הדעת האם להיזקק לה, ומה המשקל שיש ליתן לה.

חמישית, פרקי הזמן להבאה בפני ממונה ביקורת הגבולות ובית הדין קוצרו גם הם, כפי שתואר בפירוט בשער הקודם הסוקר באופן השוואתי את הוראות החוק המתקן.

141. קיבוצם של השינויים האמורים מלמדנו על הסדר שונה באופן משמעותי מן ההסדר שנקבע בסעיף 30א במסגרת החוק הקודם, וכל זאת במטרה ליתן מענה לאינטרסים הציבוריים לשמם חוקק התיקון, מחד גיסא, תוך הטמעת ביקורתו החוקתית של בית המשפט הנכבד ביחס לחוק הקודם, מאידך-גיסא. נעמוד, כעת, באופן מסודר על שלבי הבחינה החוקתית במסגרת עקרון המידתיות.

142. כידוע, שלושה הם מבחני המשנה המרכיבים את התנאי בדבר היות הפגיעה שמסב החוק ב"מידה שאינה עולה על הנדרש": מבחן ההתאמה או הקשר הרציונאלי, שלפיו על הפעולה הפוגעת להיות מתאימה להשגת תכליתה; מבחן הפגיעה הפחותה, שעל פיו יש לנקוט באמצעי שמשגי את התכלית המבוקשת באותה המידה, ושפגיעתו בזכות היסוד תהא הפחותה ביותר האפשרית; ומבחן "המידתיות במובן הצר", שעל פיו פעולה הפוגעת בזכות חוקתית תימצא מידתית רק אם היחס שבין התועלת שבפעולה לבין הפגיעה שהיא גורמת בזכות הוא ראוי וסביר (ראו: בג"ץ 1715/97 לשכת מנהלי ההשקעות בישראל נ' שר האוצר, פ"ד נא(4) 367, בעמ' 384-385; בג"ץ 1661/05 המועצה האזורית חוף עזה נ' כנסת ישראל (פסק דין מיום 9.6.05), בפסקאות 54-71 לפסק דינם של עשרת שופטי הרוב).

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

143. במסגרת בדיקת מבחן המשנה הראשון של המידתיות ניצבת השאלה האם הפגיעה שמסב החוק משיגה את המטרה עברה נעשית הפגיעה. המדינה תטען, כי התשובה לשאלה זו הינה ברורה, ובחיוב.

בשונה מהחוק הקודם, במסגרתו נועדה הוראת סעיף 30א ליתן מענה כפול לשני קהלי יעד שונים - הן למסתננים הפוטנציאליים השוקלים האם להגיע לישראל והן ביחס לאלו שכבר הסתננו לישראל, נועד סעיף 30א במסגרת החוק המתקן להתמודד אך עם אוכלוסיית המסתננים הפוטנציאליים, שעודם מצויים במדינות המוצא באפריקה. ברוח תכלית זו עוצבה תחולתו של הסדר חדש זה, ושונה הוראותיו גופא באופן המקטין את הפגיעה בזכות לחירות אל עבר נקודת האיזון החוקתית.

בחינת יישום הוראת סעיף 30א לחוק המתקן מלמדת כי מייד בסמוך לאחר חקיקתה, הסתננו אל ישראל 18 מסתננים, תוך שהם עוברים מעל הגדר באמצעות סולמות. העותרים נסמכים על נתון זה על מנת ללמוד על היעדר נחיצותו של סעיף 30א לחוק. המדינה תבקש לדחות טיעון זה מן היסוד. כפי שתואר לעיל, סעיף 30א לחוק החדש הינו צופה פני עתיד ותכליתו הראשונה הינה למנוע את הישנותה של תופעת ההסתננות לישראל, וזאת בעודה באיבה. העובדה כי 18 מסתננים הצליחו לעבור, זה מכבר, את הגדר שנפרסה לאורכו של הגבול מלמדת את הברור מאליו - כל גדר גבול, מתוחכמת ככל שתהא, אינה בלתי עבירה. אולם נתון זה אוצר תובנה מהותית נוספת - לאחר חקיקת החוק המתקן, רק 18 מסתננים גמרו בלבם לנסות ולחדור לישראל.

144. בשים לב למוטיבציות הרבות להגיע לישראל; לצד קיומה של תשתית הברחה מאורגנת התומכת בכך; ובהינתן העובדה כי הוכח שהגדר אינה מחסום בלתי עביר; הרי שמספר המסתננים הנמוך לעיל שהצליח לחדור לישראל מלמד כי סעיף 30א מגשים את תכליתו הראשונה - מניעת הישנותה של תופעת ההסתננות בממדים אותם ידעה מדינת ישראל. יתרה מכך - ככל שלא יהיה צורך ביישום סעיף 30א הלכה למעשה, ונדגיש כי תחולתו הנה פרוספקטיבית בלבד - כך יגשים הוא את תכליתו בצורה הטובה ביותר.

145. אשר לתכליתו השנייה של הסעיף, המדינה תבקש לעדכן כי הינה פועלת בשקידה ראויה לשם העמדת אפיקי יציאה בטוחים מישראל לכל אותם מסתננים שהסתננו לאחר חקיקת החוק המתקן. שלושה מתוך קבוצה זו כבר יצאו את ישראל דרך מדינה שלישית אל עבר מדינת מוצאם.

עוד יצוין, כי העובדה שעל-פי רוב אין באמתחתם של רוב המסתננים מסמכי זיהוי, או שכך נטען על ידם, הופכת היתכנות יציאתם מישראל למורכבת הרבה יותר. אל מול מורכבות זו, נועד סעיף 30א ליתן מענה ולהותיר בידי המדינה פרק זמן מקסימאלי ממושך יותר לשם מיצוי פוטנציאל היציאה מן הכוח אל הפועל.

כנזכר מעלה, ובשונה מהנסיבות שעמדו בפני בית המשפט הנכבד בעתירה הקודמת, הרי שמזה מספר שבועות מדינת ישראל מיישמת הסדרים המאפשרים למסתננים לצאת בבטחה למדינה שלישית. היקף היישום של הסדרים אלו, כמפורט לעיל, עולה על מספר המסתננים המוחזקים במשמורת סגורה מכוח סעיף 30א לחוק המתקן, כך שאין לקבל

את טענת העותרים לפיה המשמורת הסגורה הינה משמורת הנמשכת - בהכרח - עד למלוא תקופתה והיקפה.

146. בצד הדברים האמורים, המדינה תבקש לטעון כי לשם הגשמת התכלית השנייה, קרי מיצוי האפשרויות לזיהויו של המסתנן ולגיבוש אפיק יציאה בטוח עבורו למדינה שלישית, או למדינתו שלו - הכול בהתאם לנסיבות העניין, דרוש לרשות האוכלוסין וההגירה משך זמן ארוך מזה הקבוע בחוק הכניסה לישראל.

המדינה תבקש לטעון, כי בשלב קריטי זה של גיבוש אפיק יציאה מתאים מישראל, טבוע ניגוד מובנה בין המוטיבציה של המסתנן להיקלט ולהשתקע בישראל, לבין האינטרס של המדינה לממש את ריבונותה ולמנוע כניסה בלתי חוקית של נתינים זרים לשטחה. סיטואציה מורכבת זו מצדיקה משך זמן ארוך יותר לשם בחינת היתכנות יציאתו של המסתנן ומימוש אפיק זה אגב הותרת המסתנן במשמורת, בכפוף להתקיימותן של עילות השחרור הקבועות בסעיף 30א(ב) לחוק.

147. נוכח כל האמור לעיל, המדינה תבקש לטעון כי סעיף 30א לחוק מקיים קשר רציונאלי בין שתי תכליותיו – מניעת הישנותה של תופעת ההסתננות לישראל ומתן כלים מתאימים למציאת אפיקים ליציאה בטוחה מישראל - לבין האמצעי שהמחוקק בחר בו. לשון אחר: כעת יודעים המסתננים שבכות, כי הם אינם רשאים להתהלך חופשי בישראל לאחר שישתנו אליה; כי לא יוכלו להשתכר בישראל עשרות מונים ממה שהם משתכרים במדינותיהם; וכך ניתן יהיה להחזיקם במשמורת לתקופה הנדרשת, מטבע הדברים, לשם זיהויים, השגת תיעוד עבורם, איתור מדינת מוצאם, ומיצוי אפיקים ליציאתם הבטוחה מישראל (ככל שאין המדובר בפליטים). בכך יהא כדי להפחית באופן משמעותי את התמריץ האמור להסתננות לישראל, וכפועל יוצא מכך למנוע הגעה אל גבולה הדרומי של ישראל.

במרחק כשלושה חודשים מאז נחקק החוק, נראה כי תכלית זו מוגשמת הלכה למעשה.

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

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

כפי שהודגש בפסיקה, מבחן זה אין משמעותו כי על הרשות להעדיף תמיד את אותו אמצעי שפגיעתו בפרט פחותה במושגים מוחלטים. לפיכך אין די להראות לעניין זה, כי קיים אמצעי אחר שפגיעתו פחותה כאמור; "משמעות תנאי זה היא כי האמצעי שנבחר צריך להיות כזה שפגיעתו בזכות האדם היא מתונה, אך לא דווקא הפחותה ביותר

האפשרית במסגרת קשת האפשרויות הקיימות" (בג"ץ 6304/09 הנ"ל, בפסקה 115 לפסק-הדין).

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

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

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

150. המדינה תבקש לטעון, כי מתחם התמרון החוקתי משתנה הוא בהתאם לנושא הטעון הסדרה. כאמור, החוק המתקן עניינו בעיצוב מדיניות בתחום רגיש מאין כמוהו בכל מדינה בכלל, ובמדינת ישראל בפרט - הגירה והשתקעות במדינת ישראל.

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

151. המדינה תבקש לטעון, כי לנוכח השינויים שחלו בהוראת סעיף 30א בחוק המתקן, הרי שתיקון זה מצוי במסגרת מתחם התמרון החוקתי ולא נמצא אמצעי מידתי יותר, המגשים את התכליות החברתיות עליהן עמדנו לעיל באותה מידה של אפקטיביות.

152. יקשה השואל ויטען - כלום אין מקום להעביר כל מסתנן חדש שנתפס בחציית הגבול אל מרכז השהייה הפתוח? כלום אין בכך משום אמצעי שפגיעתו פתוחה? על כך המדינה תבקש להשיב בשלילה.

טעם הדבר נעוץ בעובדה כי מרכז השהייה הפתוח, כשמו כן הוא. אף אם אינו פתוח גם בשעות הלילה, הרי שיציאה ממנו הינה אפשרית החל מן השעה 06:00 בבוקר ועד השעה 22:00. כאשר הליכים לזיהויו של המסתנן ובכלל זה בירור מדינת מוצאו נערכים, וזאת במטרה לגבש אפיק ליציאתו הבטוחה מישראל, הרי שהמוטיבציה להפך את תנאי השהייה ולהיטמע בקרב אוכלוסיית ישראל הינם משמעותיים ביותר. ולראיה, נתוני עזיבת שוהים את מרכז השהייה בלא קבלת אישור מתאים, בניגוד להוראות דין, אשר יצאו ממרכז השהייה ללא שוב, ואין כל תיעוד אודות מקום הימצאם. מאז פתיחתו של מרכז השהייה ועד למועד כתיבת שורות אלה, 105 מסתננים יצאו ממרכז השהייה ולא שבו אליו – מתוכם אותרו 7 שוהים והועברו למשמורת, כאשר 98 מסתננים טרם אותרו.

מן הטעם האמור, המדינה תבקש לטעון כי קליטת מסתננים שחדרו לישראל, לאחר חקיקת החוק המתקן, במרכז השהייה הפתוח אינה מעמידה אמצעי אפקטיבי דיו להשגת תכליות החוק, לרבות מיצוי ההליכים הדרושים לשם איתור ומיצוי אפיקי יציאה ממדינת ישראל.

המדינה תוסיף ותטען, כי יש לבחון את מידת האפקטיביות של הכלים שמעמיד סעיף 30 לחוק, בראי שתי תכליותיו, כל אחת לחוד ויחדיו. האמצעים אשר נקבעו בסעיף 30 לחוק נדרשים על מנת להביא לביטול אפקטיבי דיו של מערך התמריצים והמוטיבציות העומד ביסוד תופעת ההסתננות לישראל וכן על מנת למנוע את התחדשותה.

כמו כן, ככל שהתכלית הראשונה לא תוגשם במלואה, קרי - ימשיכו המקרים בהם יחדרו מסתננים לישראל, עדיין עומדת בעינה התכלית השנייה והצורך בהענקת השהות הנדרשת לשם איתור וגיבוש אפיקי יציאה בטוחה מישראל, אגב הותרת המסתנן במשמורת אפקטיבית דיה. זאת ועוד, שילובן של שתי התכליות - זו בצד זו - מלמד ככל שלא תמומש במלואה התכלית הראשונה ותישנה, במידה כזו או אחרת, תופעת ההסתננות לישראל, כך יתעצם אף הקושי במימוש התכלית השנייה.

153. ויובהר, כי הנחת המוצא של המחוקק הינה שיש להבדיל הבדל היטב בין מי שבפיו טענה ממשית למקלט מדיני (ראו עילות השחרור הנקובות בסעי' 30א(ג) ו-5) ו-6 לחוק למניעת הסתננות) לבין מי שהגעתם לישראל נועדה למטרות אחרות – שעיקרן הגירת עבודה והגירה מטעמים כלכליים. חקיקת התיקון לחוק במתכונתו הנוכחית ובהתאם לעילות השחרור ממשמורת שעוגנו בו, על תנאיו וסייגיו, נועדה להפחית את התמריצים האמורים להגירת עבודה לישראל ולאפשר מיצוי אפקטיבי של גיבוש אפיקי יציאה מישראל מחד

גיסא; תוך צמצום משמעותי של משך בחינת בקשות המקלט הפרטניות שיוגשו, מאידך גיסא.

כאן המקום לציין, כי מתוך 18 המסתננים שנכנסו לישראל לאחר כניסתו לתוקף של החוק המתקן, שניים בלבד הגישו בקשת מקלט. ביום 17.2.14, לאחר הגשת בקשת המקלט, נערך לכל אחד מהם ראיון בסיסי בהתאם לנוהל הטיפול במבקשי מקלט מדיני בישראל.

154. בהקשר זה, המדינה תבקש להדגיש כי קיצור משך המשמורת המקסימאלי משלוש שנים לשנה; תוך העמדת אפיקים חדשים ליציאה בטוחה מישראל למדינות שלישיות; ממרכזים את סעיף 30 לחוק המתקן בטבורו של מתחם המידתיות (וראו לעניין זה בפסק הדין בעניין אדם את האמור בפסקה 5 לפסק דינו של כבוד הנשיא, השופט א' גרוניס ופסקאות 5 - 7 לפסק דינו של השופט נ' הנדל). ושוב - יודגש כי אמצעי זה מוכיח את מידת האפקטיביות שלו הלכה למעשה, במניעת הישנותה והתגברותה של תופעת ההסתננות לישראל, וזאת תרף העובדה שמציאות החיים מלמדת כי הגדרה שהוקמה אינה מחסום בלתי עביר.

לסיכום עניין, זה מתאימים דברי הנשיא ברק בספרו "מידתיות במשפט", כדלקמן:

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

[אהרון ברק, מידתיות במשפט הפגיעה בזכות החוקתית והגבלותיה (2010) בעמוד 399; ההדגשות הוספו - הח"מ].

155. אשר על כן, ולאור מידת האפקטיביות הנדרשת להגשמת התכלית החברתית שביסוד החוק המתקן, ובשים לב למרחב התמרון החוקתי ממנו נהנה המחוקק בעת עיצוב מדיניות בתחום ההגירה לישראל; תטען המדינה כי הפגיעה לה טוענים העותרים בזכותם לחירות מקיימת אף את מבחן המשנה השני של המידתיות.

7. מבחן המשנה השלישי של המידתיות: "מידתיות במובן הצר"

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

157. בבחינת הערה מקדמית, המדינה תבקש לטעון, כי את יישומו של מבחן זה יש לעשות, בין היתר ובעיקר, אל מול היקף הפעלתו המצומצם של סעיף 30א לחוק המתקן, הצופה פני עתיד.

158. כפי שניווכח להלן, החוק המתקן כולל בתוכו מארג של איזונים ובלמים שתכליתם לצמצם את הפגיעה בזכות לחירות ולהביאה לנקודה בה הינה מקיימת יחס ראוי ומידתי אל מול התועלת הרבה הגלומה ביישומו של התיקון לחוק. בהבינו זאת, נפנה להצגת שני צדיה של משוואת האיזון החוקתית – הפגיעה בזכות תחילה, ולאחר מכן התועלת והאינטרס הציבורי שעומדים מנגד.

159. בקליפת אגוז, **החוק המתקן קיצר משמעותית את תקופת המשמורת המקסימאלית**

לשנה, תוך שהוא מעגן במסגרתו מספר תחנות סטטוטוריות להפעלת ביקורת שיפוטית יזומה והדוקה לבחינת הליך השמתו של מסתנן במשמורת; ואף מעניק בידי המסתנן זכות קנוניה בדין לשוב ולהעלות את טענותיו בפני בית הדין לביקורת משמורת של מסתננים, כל אימת שיבקש זאת. בהקשר זה, נפנה בתמצית לתיאור הליך השמתו של מסתנן במשמורת, על התחנות ועילות השחרור הקבועות בו.

הוראת סעיף 30א(א) מחייבת כי מסתנן הנתון במשמורת יובא לפני ממונה ביקורת הגבולות, לא יאוחר מתמישה ימים מיום תחילת החזקתו במשמורת (**במקום שבעה ימי עבודה כאמור בחוק הקודם**). ממונה ביקורת הגבולות רשאי לשחרר מסתנן שבא בפניו, בתנאים שמצא לנכון, אם שוכנע כי החזקתו של המסתנן במשמורת תסכן את בריאותו בשל גילו או מצב בריאותו; או אם קיימים טעמים הומניטאריים מיוחדים אחרים, לרבות אם עקב החזקתו במשמורת של המסתנן יוותר קטין חסר השגחה; או אם המסתנן הינו קטין שאינו מלווה על ידי בן משפחה או אפוטרופוס; או אם שחרורו בערובה יסייע בהליכי גירוש.

עוד נזכיר, כי ממונה ביקורת הגבולות רשאי לשחרר מסתנן בערובה אם תלפו 3 חודשים מהמועד שהוגשה מטעם המסתנן בקשה לקבלת אשרה ורישיון ישיבה בישראל לפי חוק הכניסה לישראל (כמו למשל בקשה למקלט מדיני) וטרם החל הטיפול בה; או במקרה שחלפו שישה חודשים וטרם ניתנה החלטה בבקשה שכזו (**במקום תשעה חודשים כאמור בחוק הקודם**). כל זאת, בכפוף לחריגים המנויים בסעיף 30א(ד) לחוק למניעת הסתננות.

זאת ועוד, מסתנן שקיבל אשרה ורישיון לישיבה בישראל בהתאם לחוק הכניסה לישראל, צו הגירוש שהוצא נגדו יבוטל (סעיף 30(א2) לחוק).

160. כמו-כן, נקבע כי מסתנן יובא בפני בית הדין לביקורת משמורת של מסתננים, לא יאוחר מעשרה ימים ממועד תחילת החזקתו במשמורת (במקום 14 ימים כאמור בחוק הקודם) (סעיף 30(א1) לחוק); וכן לבחינה עתית כל 30 ימים (סעיף 30(א1) לחוק); או לבקשתו היזומה של המסתנן כי עניינו יובא בפני בית הדין (סעיף 30(ה)). בית הדין לביקורת משמורת מוסמך לאשר את ההחזקה במשמורת, לקבוע כי עניינו של המסתנן יובא בפניו לתקופה קצרה יותר מ-30 יום (במקום 60 ימים כאמור בחוק הקודם), להורות על שחרור בתנאים ולהורות על שינוי בתנאי שחרור בערובה או חילוטם (סעיף 30(ד) לחוק). עוד נקבע, כי מסתנן רשאי לפנות לבית המשפט לעניינים מינהליים בערעור (על המשמורת) או בעתירה מנהלית נגד צו הגירוש (לפי סעיף 130 לחוק).

הנה-כי-כן, ועל סמך קיבוץ של ההוראות הנ"ל לכדי מארג של ביקורת שיפוטית הדוקה ותכופה, המדינה תטען כי אין לראות בהחזקתו של מסתנן במשמורת כשלילת חירות מנדטורית למשך מלוא התקופה הקבועה בסעיף 30(ג) לחוק - שאף היא מהווה קיצור משמעותי ביחס לתקופת שלוש השנים שנקבעה בחוק הקודם. נשוב ונציין כי בשונה מההסיבות שעמדו בפני בית המשפט הנכבד בעתירה הקודמת, הרי שכעת יש בידי המדינה להעמיד בידי מסתננים המצויים במשמורת, אפיקי יציאה בטוחים מישראל, המתקיימים הלכה למעשה.

161. בנקודה זו של הטיעון, המדינה תבקש לעמוד על המתווה הפרשני ליישום עילות השחרור המנויות בסעיף 30(ב) לחוק, וזאת כחלק ממחויבותה לצמצם הפגיעה בזכות לחירות למינימום ההכרחי. בהקשר זה יצוין, כי כלל נקוט הוא במשפטנו החוקתי, כי מקום בו ניתן להימנע מביטול חוק שחוקקה הכנסת, על דרך פרשנותו המקיימת, הרי שכך ראוי לעשות (בהקשר זה ראו למשל: ע"פ 6659/06 פלוני נ' מדינת ישראל (פורסם בנבו, 11.6.08), פסקה 7; בג"ץ 4562/92 זנדברג נ' רשות השידור, פ"ד נ(2) 793, 812 (1996)).

162. ראשונה לדיון הנה העילה המנויה בסעיף 30(ב) לחוק, שעניינה "טעמים הומניטאריים מיוחדים אחרים" לשחרורו של מסתנן. שלא כמו עילות השחרור האחרות הקבועות בסעיף 30(ב), הנוקטות בנורמה סגורה מסוג "כללי", מצא המחוקק לעגן בסעיף 30(ב) לחוק עילת שחרור מיוחדת ולנסחה כ"סטנדרט" דינמי שתוכנו "טעמים הומניטאריים מיוחדים אחרים". דרך ניסוחו של הסעיף מלמדת, אפוא, על הבנת המחוקק כי ייתכנו מצבים הומניטאריים מיוחדים, שלא ניתן יהיה למנותם או לחזותם מראש כרשימה סגורה, ואשר יכול שיצדיקו את שחרורו של המסתנן ממשמורת, בהתאם לנסיבותיו הפרטניות של כל מקרה ומקרה.

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

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

164. עוד יצוין, כי המדינה אף הצהירה בפני בית המשפט הנכבד במסגרת הליכים קודמים, והיא עודנה מחזיקה בפרשנות זו, כי ייתכנו מקרים חריגים בהם חשיפתם של מסתננים למעשים פוגעניים בדרך לישראל, שבוצעו בסמוך להשמתם במשמורת, יעלו כדי טעמים הומניטאריים מיוחדים, אפילו המסתננים לא הוכרו כקורבנות סחר ועבדות (ראו לדוגמה: בר"מ 1689/13 וולדו נ' שר הפנים (פורסם בנבו, 18.4.13)).

בהקשר זה, המדינה תבקש לעדכן כי מאז חוקק החוק המתקן, הסתננו לישראל שתי נשים בלבד שמוצאן מאריתריאה. שתי נשים אלו שוחררו ממשמורת ביום 5.3.14 והועברו למקלט לנשים, וזאת בשם לב לפרשנות שתוארה לעיל.

165. מן האמור עד כה עולה, כי לאור פרשנותה המקיימת של המדינה את התיבה "טעמים הומניטאריים מיוחדים" תהא זו טעות לומר כי עילות השחרור הקבועות בסעיף 30א(ב) מהוות רשימה סגורה של מקרים חריגים, אשר רק מכוחם רשאים הממונה על ביקורת גבולות ובית הדין לביקורת משמורת של מסתננים להורות על שחרור של מסתננים השהים במשמורת.

166. כפי שעוד יוצג להלן, נכון הדבר גם ביחס למסתננים קטינים. טרם שנפנה לעילות השחרור הנוגעות לקטינים, יצוין כי נכון למועד הגשת תגובה זו, לא מוחזקים במשמורת קטינים מכוח סעיף 30א לחוק. יצוין, כי לאחרונה העלה אחד המוחזקים טענה בדבר קטינותו והוא מצוי בהליכים לקביעת גיל. כמו כן, יודגש כי אין קטינים השהים או מוזמנים למרכז השהייה הפתוח.

באשר לעילות השחרור המנויות בחוק, נקודת המוצא הינה כי מסתנן שהינו קטין שאינו מלווה על ידי בן משפחה או אפוטרופוס ישוחרר ממשמורת (ראו סעיף 30א(ב)(3) לחוק). יצוין, כי שחרור כאמור יעשה תוך מציאת חלופה הולמת מתאימה לקטין, אשר יהא בה כדי לקיים את צרכיו הפיזיים והנפשיים.

באשר לקטינים שישתננו לישראל כשהם מלווים על ידי בן משפחה או אפוטרופוס, הרי שכאן חשוב להעיר כי הכנסת אכן לא מצאה לקבוע עילת שחרור קטגורית. יחד עם זאת,

וכפי שאף הוצהר בכתב התשובה שהוגש בעניין אדם, הרי שלפרשנות המדינה, בהחלט ייתכנו מקרים בהם הצטרפותן של מספר נסיבות עשויה לגבש את עילת השחרור הקבועה בסעיף 30א(ב)(2), ואשר מכוחה יהיו רשאים הממונה על ביקורת הגבולות או בית הדין לביקורת משמורת להורות על שחרורו של הקטין. נסיבות אלו צריכות לעלות כדי טעם המוניטארי, בשים לב לשקלול הקריטריונים הבאים: גילו הצעיר של הקטין, משך התקופה בה הוא מצוי במשמורת, אפשרויות הרחקתו או יציאתו מישראל יחד עם המלווה שנמצא עמו, וכן אפשרויות העברתו לחלופת משמורת הולמת.

167. אשר לטענות העותרים ביחס לנזקים הנפשיים העלולים להיגרם לילדים השוהים במשמורת. המדינה תטען כי סעיף 30א(ב)(1), שעניינו שחרור מחמת גרימת נזק לבריאותו של המסתכן עקב המשך השמתו במשמורת, אוצר בפרשנותו גם נזקים שעלולים להיגרם לבריאותו הנפשית של המוחזק, לרבות בשל גילו הצעיר. הווה אומר, המחוקק ראה לנגד עיניו את החשש עליו עומדים העותרים, מפני נזק שעלול להיגרם לבריאות השוהים במשמורת, עקב המשך החזקתם במשמורת, בשל גילם.

כפי שזכר לעיל, הואיל ולא מוחזקים קטינים במתקן המשמורת ואף לא במרכז השהייה הפתוח ממילא טענות העותרים בהקשר הנדון הינן תיאורטיות.

168. מן המקובץ עד כה, מצטיירת התמונה הבאה:

ראשית, משך תקופת המשמורת קוצר באופן משמעותי משלוש שנים (כרף עליון) לשנה בלבד, תוך קביעה מפורשת כי מדובר בתקופה מקסימאלית.

שנית, סעיף זה מוחל באופן פרוספקטיבי בלבד, קרי על מי שהסתנן לישראל לאחר חקיקתו - ורק עליו.

שלישית, קוצרה באופן משמעותי התקופה במסגרתה יש להכריע בבקשת מקלט, ככל שהוגשה, תוך הצבתה על פרק זמן של שישה חודשים. לאחר פרק זה, הימנעות מהכרעתה של בקשת המקלט תקים עילת שחרור ממשמורת.

רביעית, סעיף 30א(ב)(3) עיגן עילת שחרור קטגורית כמעט בעניינם של קטינים בלתי מלווים.

חמישית, בנסיבות מסוימות, עליהן עמדה המדינה לעיל, סעיף 30א(ב)(2) לחוק למניעת הסתננות יכול להקים עילת שחרור גם בעניינם של קטינים מלווים, וזאת מכוח "טעמים הומניטאריים מיוחדים" שיצדיקו כן.

שישית, ככל שיאובחן נזק לבריאותו של קטין, בשל המשך החזקתו במשמורת ושאינן דרך אחרת למניעתו, ישוחרר הקטין יחד עם מלווהו; ובכלל זה, אבחון נזק לבריאותו הנפשית. **ומכל מקום, לעת הזו לא מושמים קטינים לא במשמורת ולא במרכז השהייה.**

שביעית, השיפתם של מסתננים למעשים פוגעניים בדרכם לישראל יכול שתהווה עילה לשחרור ממשמורת, על יסוד עילה של טעמים הומניטריים - והוא הדין ביחס לכל מי שהוכרו על ידי משטרת ישראל כקורבנות סחר.

169. בהינתן התמונה המשפטית והעובדתית דלעיל, המדינה תטען כי יש לדחות את טענת העותרים, לפיה פגיעתו של סעיף 30א לתיקון מס' 4 בזכות לחירות שקולה במידתה לזו שקבע בית המשפט הנכבד בעניין אדם. השקילות הנורמטיבית אותה עורכים העותרים מתעלמת מן ההבדלים המשמעותיים שהוכנסו בהסדריו הפנימיים של החוק המתקן. הסדרים אשר באיכותם ובכמותם מסיגים לאחור את הפגיעה בזכות לחירות למינימום ההכרחי, תוך שרטוטה מחדש של נקודת האיזון החוקתית.

170. אל מול צמצום הפגיעה בזכות לחירות, וככל שעוסקים אנו בכף האינטרסים הציבוריים, עומדת ריבונותה של המדינה וחובתה לשמור על גבולותיה. מניעת הישנותה של תופעת ההסתננות והתעצמותה לממדי הענק הפוטנציאליים הטמונים בה, עומדים בלב ליבו של האינטרס הציבורי בשמו מדבר סעיף 30א לחוק. הלכה למעשה, החוק המתקן מוכיח לעת הזו את יעילותו ואת חסם נורמטיבי המשנה את מערך התמריצים והמוטיבציות העומד ביסוד תופעת ההסתננות לישראל.

כפי שתואר לעיל, גדר הגבול אינה בלתי עבירה. הסתננותם של 18 מסתננים וחצייתם את הגדר מוכיחה כן. ואם כך הדבר ביחס ל-18 מסתננים שחפצו לאתגר את החסם הפיזי שהציבה מדינת ישראל בגבולה הדרומי, הרי שברי כי הגדר לבדה לא תוכל לעמוד בפני עשרות מסתננים שיבקשו לחצותה מדי יום (ודאי בסיוען של רשתות ההברחה הקיימות). לא זו אף זו, הגדר אינה מציבה פתרון לגבולותיה הימיים של ישראל בדרומה של הארץ.

העובדה כי 18 מסתננים הצליחו להסתנן לישראל לאחר כניסתו לתוקף של החוק המתקן מלמדת דבר חשוב נוסף. יש בה כדי להעיד כי לצד חסם פיזי, יש צורך בהצבת חסם נורמטיבי, אשר יופעל באופן צופה פני עתיד בלבד, כלפי אלו המבקשים לאתגר את ריבונותה של מדינת ישראל. חסם נורמטיבי זה, על איזונו החדשים בחוק המתקן, משלים את הגדר ומעבה אותה. הוא מגשים את תכליותיו בעצם מניעת הישנותה של תופעת ההסתננות רחבת ההיקף שפקדה את מדינת ישראל בשנים האחרונות - תופעה המצריכה הסטת משאבים אדירה לשם התמודדות עם כל אותם עשרות האלפים אשר הסתננו זה מכבר לישראל והשתקעו במרכזי הערים בישראל, על כל ההשלכות מרחיקות הלכת הכרוכות בכך. במובן זה סעיף 30א בנוסחו החדש מקיים יחס הפוך בין מידת

הפעלתו לבין מידת הגשמת תכליתו - ככל שתוגשם תכליתו ותקטן תופעת ההסתננות, כך אף לא יהיה צורך בהפעלתו ותקטן פגיעתו בזכות לחירות למינימום, אם בכלל.

171. יתרה מזאת, חשוב להדגיש כי סעיף 30א לחוק נועד להגשים תכלית נוספת והיא מתן שהות מספקת למדינה למצות את הליכי זיהויים של המסתננים והצגת פתרונות פרטניים לשם מציאת אפיקי יציאה בטוחה של מי שהסתננו אל גבולה באופן בלתי חוקי.

כפי שתואר לעיל, המסגרות המשפטיות שעיצב המחוקק בחוק הכניסה לישראל אינן נותנות מענה מספק לאתגרים שמציבה תופעת ההסתננות הבלתי חוקית - הסתננות הנעשית שלא דרך מעברי גבול מוכרים, לרוב ללא תיעוד, המקשה על זיהוי, ולעיתים רבות של זרים אשר לא ניתן להרחיקם ישירות למדינות מוצאם ויש למצוא בעניינם אפיקי יציאה חלופיים, דבר שיכול אף הוא לארוך זמן. כל זאת, לצד העמדת מנגנונים להגשה ולטיפול בבקשות מקלט פרטניות וחוב רשות האוכלוסין וההגירה בהכרעתן המהירה תוך חצי שנה.

172. נוכח כל האמור לעיל, ובהעמידנו על כפות המאזניים את הפגיעה המצומצמת בזכות לחירות הגלומה ביישומו המינימאלי של סעיף 30א לחוק מן העבר האחד; אל מול התועלת החברתית העצומה הגלומה במניעת הישנותה של תופעת ההסתננות שפקדה את מדינת ישראל, כמו-גם הצורך במתן אפשרות אפקטיבית למצות את גיבוש אפיקי היציאה הבטוחה של המסתננים שנכנסו לאחר כניסת החוק המתקן לתוקף, מן העבר השני; סבורה המדינה כי סעיף 30א לחוק על הסדריו החדשים עומד במבחן המשנה השלישי של המידתיות.

על כך יש להוסיף, כי החוק המתקן מוגדר רובו ככולו כהוראת שעה, התקפה למשך שלוש שנים, פרק זמן שיאפשר למדינה לבחון את מידת השגת יעדיו ותכליותיו של ההסדר הכולל שגובש על ידה, ואף לכך חשיבות בכל הנוגע להיקף המצומצם יחסית של הביקורת החוקתית בכגון דא.

173. טרם חתימת הדיון בבחינת חוקתיות סעיף 30א לחוק, המדינה תבקש לטעון כי בשים לב לאתגרים הגאופוליטיים המורכבים עמם מתמודדת מדינת ישראל, שהינם שונים מהותית מהאתגרים העומדים בפני מדינות מפותחות אחרות, ניכר כי השינויים שחולל החוק המתקן מלמדים על מידתיותו.

ד. בחינת חוקתיות פרק ד' לחוק

1.ד כללי

174. פרק ד' בחוק המתקן מוסב על הקמתו לראשונה של מרכז שהייה פתוח עבור מסתננים, אשר הסתננו זה מכבר באופן בלתי חוקי למדינת ישראל. זו תכליתו וזהו טבעו, ולצורך הקמתו (במסגרת התכנית הכוללת של הממשלה להתמודדות עם השלכותיה של תופעת ההסתננות בעקבות ולאחר פסק הדין בענין אדם) נדרשה ממשלת ישראל להסיט מאות מיליוני שקלים – קרוב לחצי מיליארד שקל – מתקציבה השוטף לשנתיים הקרובות. במלים אחרות, הוראות פרק ד', שאל בחינת חוקתיותן נפנה מיד, מבקשות ליתן בידי ממשלת ישראל עוגנים משפטיים חדשים, על מנת לאפשר בידה להתמודד באופן מערכתי וכולל עם האתגרים המורכבים הרובצים לפתחה מול אוכלוסיית המסתננים המצויה במרכזי הערים.

175. מדיניות הממשלה שמה לעצמה בהקשר זה שני יעדים מרכזיים - האחד, למנוע את השתקעותם והתבססותם במרכזי הערים בישראל של מי שהסתננו לגבולה באופן בלתי חוקי ואת יכולתם לעבוד ולהשתכר בה; השני, ליתן מענה הולם לצרכיה של אותה אוכלוסיית מסתננים ותיקה יחסית, תוך צמצום ההגבלות על זכותם לחירות למינימום ההכרחי, בעת שהותם בישראל, במסגרת מרכזי השהייה.

176. עתירה זו, ככל שהיא מופנית לתקיפת פרק ד' לחוק, חובקת במסגרתה היבטים חוקתיים ומנהליים כאחד. עתירה זו אינה מופנית לתקיפת הוראה פרטנית, כזו או אחרת, בפרק ד' לחוק למניעת הסתננות. היא מופנית לביטולו המלא של פרק זה. משמעות הסעד המבוקש מבית המשפט הנכבד הוא לפסול, מן המסד ועד הטפחות, את מדיניות ממשלת ישראל באשר לאופן התמודדותה עם אוכלוסיית המסתננים המבקשת להכות שורשים במדינת ישראל ולהשתלב בשוק העבודה הישראלי (על כל המשתמע מכך). המדינה תטען כי דין מהלך זה של העותרים להידחות בשל כלליותו ובשל הגזירה השגויה שעורכים העותרים בין מרכזי השהייה הפתוח לבין המשמורת.

177. עוד קודם שנפנה לתיאור מתכונת הפעלתו של מרכזי השהייה הפתוח, תבקש המדינה לעמוד על השתלשלות העניינים שקדמה להחלטה על הקמתו. כפי שתואר לעיל, עם מתן פסק הדין בענין אדם, נדרשו משרדי הממשלה הרלוונטיים ללמידת קביעות בית המשפט הנכבד ולהפנמת פסיקתו, מתד-גיסא; לצד גיבוש חלופות שונות בתחום המדיניות הנדרשת, להתמודדות עם האתגרים הלאומיים שמציבה אוכלוסיית המסתננים הותיקה, מאידך גיסא.

כמפורט לעיל, חלק מרכזי בהליך זה הוקדש לבחינת אפשרות הקמתו של מרכז שהייה פתוח, תוך שמשרדי הממשלה הרלוונטיים - ובכלל זה גם הדרג המדיני והמשפטי הבכיר ביותר - מעמידים לנגד עיניהם את הערות השופטים בפסק דין אדם: האם מרכז שהייה יהיה פתוח למחצה? או שמא פתוח לגמרי? ואולי וולונטרי לחלוטין?

178. בסוף הליך בחינה זה, שכלל אף לימוד השוואתי של הנעשה בתחום בעולם, הכריע הדרג המדיני, על דעת הדרג המשפטי, בדבר נחיצות הקמתו של מרכז שהייה פתוח לאוכלוסיית המסתננים המצויה במרכזי הערים בישראל. בבואו להנחות את גורמי המקצוע, הנחה הדרג המדיני כי על מרכז שהייה הפתוח להיות מופעל בשים לב לשני עקרונות משמעותיים, שקולים במרכזיותם:

הראשון – הפסקת השתקעותה והתבססותה במרכזי הערים בישראל של אוכלוסיית המסתננים, וכן את יכולתה להשתלב בשוק העבודה בישראל, על כל המשמעותיות הנלוות לכך, לרבות הוצאת כספים מישראל.

השני - מתן מענה הולם לצרכיה של אותה אוכלוסיית מסתננים, תוך הטלת מגבלה מסוימת על החירות והגבלת תופש התנועה שלהם, בעת שהותם בישראל, במסגרת מרכז שהייה, ומתן כלל המענים לצרכי חייהם.

179. ואכן, לאור שתי תכליות חשובות אלו עוצבו הסדריו של פרק ד' לחוק, כאשר המדינה רותמת משאבים רבים ביותר לטובת קידום מהלך מורכב זה. עוד יצוין, כי כבר למן ראשית הדברים היה ברור שעסקינן במהלך ראשון מסוגו, הטומן בחובו אתגרים, סיכונים וסיכויים, ובכלל זה השקעת מאות מילוני שקלים מתקציב המדינה במרכז שהייה, שייתכן וייוותר ריק בשל חוסר שיתוף פעולה מצד אלו לגביהם ניתנה הוראת שהיה בו. ואכן, בימי הפעלתו הראשונים נדמה היה כי התחזיות הפסימיות להפעלת המרכז התממשו. נכון ליום 23.12.13 (כעשרה ימים לאחר פתיחת מרכז שהייה), למעלה מ-360 שוהים הפרו את תנאי הוראת שהייה שלהם, כאשר 213 מתוכם לא התייצבו במרכז שהייה במשך תקופה העולה על 48 שעות.

ברם, ככל שהתמידה רשות האוכלוסין וההגירה במדיניותה, גדל גם היקף השוהים המתייצבים להיקלט בו וקטנו הפרות תנאיו (ר' מש/10 לעיל לעניין פילוח הוראות שהייה לעומת התייצבות לפי ימים).

2.4 מבט אמפירי על הפעלתו של מרכז השהייה

180. בטרם נעמוד על אופן הפעלתו של מרכז השהייה, נבקש להדגיש כבר עתה כי מרכז השהייה פעיל כשלושה חודשים בלבד, ובהקמתו כמו-גם בתפיסת ההפעלה שלו, הוקדשה מחשבה רבה והושקעו משאבים רבים.

כפי שיתואר להלן, המרכז פועל במתכונת שונה לחלוטין ממתקן משמורת או מכל אשר מנסים העותרים לשוות לו, הן בהיבטי התשתית והשירותים המסופקים בו והן בהיבטים הנוגעים לתפיסת הפעלתו.

כמו כן, בכוונת המדינה להמשיך ולהטמיע שירותים נוספים, על אלו הקיימים, לטובת מימוש תכליות המרכז בצורה מיטבית, תוך הקפדה על שיפור וטיוב מגוון השירותים הניתנים בו לטובת השוהים בו, וזאת בין היתר, גם ביתס להתקדמות האכלוס.

181. מרכז השהייה החל את פעילותו ביום 12.12.13. מאז החל את פעילותו ועד היום נהגת רשות האוכלוסין וההגירה להוציא הוראות שהייה למסתננים המצויים בערים, וזאת בבואם לחדש את רישיון הביקור והישיבה הזמניים (לתקופות קצובות) הניתנים להם מכוח סעיף 2(א)(5) לחוק הכניסה לישראל.

הקריטריונים העומדים ביסוד הוצאת הוראות שהייה למסתננים הבאים לחדש את רישיונם האמור כוללים את **מועד ההסתננות**, את **מצבו המשפחתי** של המסתנן וכן את **עברו הפלילי**. כמו-כן, בעלי משפחות, נשים וילדים לא יקבלו הוראות שהייה לעת הזאת.

בבוא מסתנן העומד בקריטריונים שפורסמו להאריך את הרישיון הזמני האמור, נערך לו תשאול במטרה לבחון אם הינו עומד בקריטריונים להוצאת הוראת שהייה, ובכלל זה שאלות נוספות הנוגעות לנסיבות פרטניות אחרות. בסופו של הליך זה, מחליט ממונה ביקורת גבולות, האם ליתן הוראת שהייה - אם לאו. ככל שהוחלט על מתן הוראת שהייה, ככלל מוארך רישיון הישיבה הזמני מכוח חוק הכניסה לישראל ב-30 ימים נוספים, לצורך מתן תקופת התארגנות, ובצדו ניתנת הוראת שהייה לתאריך התואם את תאריך תום תקופת רישיון הישיבה הזמני.

החלטה בדבר מתן הוראת שהייה ניתנת לתקיפה ישירה באמצעות הגשת עתירה מינהלית לבית המשפט לעניינים מינהליים. בהקשר זה, יצוין כי תלויים ועומדים מספר הליכים התוקפים היבטים שונים הנוגעים לאופן הוצאת הוראות שהייה על ידי ממונה ביקורת הגבולות, ובכלל זה עת"מ 40239-02-14 **מוטסים ואח' נ' רשות האוכלוסין וההגירה**, במסגרתו אף מבוקש סעד כללי וכוללני לביטול כל הוראות שהייה שיצאו מאז החוק המתקן.

182. אחר מתן הוראת השהייה מעמידה רשות האוכלוסין וההגירה מערך הסעות מסודר ממרכזי הערים, ולפי שעה מתל-אביב בלבד, ועד למרכז השהייה בחולות. לצד מערך זה, רשאים השוהים להגיע באופן עצמאי למרכז.

נכון ליום 3.3.2014, זומנו למרכז השהייה כ-3,172 מסתננים. מתוך כלל אוכלוסייה זו, 1,514 מסתננים נדרשו להתייצב עד ליום 2.3.2014, כאשר מתוכם התייצבו עד לאותו מועד 708, היינו כ-46% מן המסתננים שזומנו. לפיכך, יחד עם המסתננים שהועברו ממתקן סהרונים, נכון ליום 2.3.2014, שוהים במרכז השהייה 918 אנשים. יצוין, כי בצד השוהים במרכז, מאז פתיחתו ונכון ליום 9.3.2014, כ-105 מסתננים שקבלו הוראת שהיה ואשר נקלטו במרכז, יצאו ממנו לבלי שוב. בכך הפרו הם את הוראת השהייה שניתנה בעניינם. הווה אומר, כ-11 אחוזים מכלל אוכלוסיית השוהים במרכז, נכון למועד כתיבת שורות אלו, יצאה הימנו, שלא על מנת לשוב.

183. בהקשר זה, המדינה תבקש לעדכן, כי בכוונתה לפתוח מתחם/פלח נוסף במרכז השהייה, לצד אלו שכבר פועלים, באופן שיאפשר לקלוט שוהים נוספים ולהעניק להם את השירותים להם הינם זכאים. כבר כאן המקום לציין, כי בכוונת ממשלת ישראל להמשיך ולהרחיב את מתכונת הפעלת מרכז השהייה, בשים לב להיקף ההתייצבות בו.

(א) הליך הקליטה במרכז השהייה

184. מסתנן שמופנה למרכז השהייה מקבל לידינו יחד עם הוראת השהייה דף מידע כללי, שתורגם לערבית וטיגרינית, ביחס לתנאים, הזכויות והאופן בו מתנהל מרכז השהייה הפתוח ודף מידע כללי אודות כללי המרכז.

העתק נוסח של דף המידע בשפה העברית מצורף ומסומן מ/ש-11.

185. עם הגעתו של מסתנן למרכז השהייה, מתבצע התהליך הבא:

א. ראשית, נערך הליך לבירור זהותו בשער הכניסה. לאחר מכן, אם יש בידיו הוראת שהייה בתוקף, מועבר השוהה לראיון ראשוני המבוצע על ידי רשות האוכלוסין וההגירה, במסגרתו מתבצע אשרור של הוראת השהייה. כמו כן, בתום הריאיון נמסרים לשוהה טפסים שונים בהם כלול מידע הנוגע לזכויות, כללים וחובות.

ב. עם סיום הריאיון, מועבר השוהה לקליטה על ידי מערך עובדי המרכז, במסגרתו הוא מצולם ונלקחת הימנו טביעת אצבע, בין היתר לצורך ניפוק כרטיס זיהוי. בנוסף, מתקיימת שיחה פרטנית עם נציג המרכז ולאחר מכן מתבצע הליך הפקדת ציוד באפסנאות וכסף בגזברות. בהקשר זה נציין, כי כל שוהה אשר הביא עמו יותר מ-2,000 ₪ במזומן (או שווה ערך במטבע זר) רשאי להפקיד את הכסף הנוטר

בגזברות לצורך מניעת גניבות. עוד נציין, כי בכל עת רשאי שוהה לפנות ולבקש לקבל לידיו כספים שהפקיד כאמור.

העתק מסמך המפרט הפקדות שהתבצעו מצורף ומסומן מש/12.

ג. במסגרת תהליך הקליטה של המתייצבים במרכז השהייה מוצעת האפשרות לבדיקת רופא. בנוסף, ניתנים לשוהים במרכז השהייה ביגוד, מגבות, שמיכות, כלי גילוח והיגיינה, מוצרי סדקית ועוד. כאשר יש צורך בציוד נוסף במהלך השהייה, באפשרות השוהים לפנות למנהל המרכז לשם הספקת הציוד הנדרש.

(ב) המתקנים והשירותים במרכז השהייה

186. בכל רחבי המרכז הותקנו שלטים ונתלו דפי מידע רבים, המתורגמים גם לשפות הערבית והטיגרינית, המאפשרים לשוהים התמצאות במרכז, מידע על זכויותיהם ותנאי השהייה, עדכון על פעילויות המתקיימות במרכז ולוחות הזמנים של התחבורה הציבורית מן המרכז ואלינו.

187. במרכז השהייה מופעלת מכבסה, הפתוחה בין השעות 6:00 ל- 22:00. ישנו שוהה אחד שנבחר על ידי יתר השוהים לתפקיד הממונה על המכבסה, וככלל מועסקים במכבסה כשלושה שוהים מדי יום. יצוין כי במכבסה ישנם גם מכונת ייבוש ומתלה וכי אבקת כביסה מסופקת ללא עלות. באופן דומה, מופעלת במרכז השהייה מספרה על ידי שוהה האחראי על הנושא.

188. ה"צרכנייה" במרכז השהייה מופעלת על ידי זכיין פרטי, כאשר המוצרים בה נמכרים במחירים מפוקחים. העתק מחירון המוצרים ב"צרכנייה" מצורף ומסומן מש/13.

189. בכל תת-מתחם במרכז (המאכלס עד 140 שוהים) ישנו מועדון אשר פתוח 24 שעות ביממה והינו מרוהט בציוד חדיש, ובכלל זאת טלוויזיות מתקדמות, פינת קפה, פינות ישיבה ועוד. עוד הוקמו במרכז השהייה מגרשי ספורט, נרכשו שולחנות טניס וציוד ספורט נוסף, לשימוש השוהים. כמו כן, הוזמן "קרר" שהינו כלי נגינה מסורתי לשימוש השוהים. בנוסף, קיימת ספריה ובה ספרים בשפות טיגרינית, צרפתית, אנגלית וערבית. ככלל, קצין החינוך בסיפוח העובד במרכז השהייה אחראי על חלוקת משחקי חשיבה, דמקה, שש-בש, דומינו, כדורגל, כדור-יד, כדורסל, חומרי הסברה בשפות שונות על בריאות, הפסקת עישון, שמירה מהשמש ועוד.

190. מלבד האמור לעיל, מבחינת פעילות פנאי יזומה, ככלל, מתוכננים שמונה חוגים שיפעלו במרכז השהייה - הנושא מקודם ומתואם מול חברת אנקורי האחראית על המדריכים והפעלת החוגים. כיום, מתקיימים בכל יום חמישי שני חוגי ציור ורישום עם מדריכה המגיעה למרכז בין השעות 9:00-13:00 ומקיימת פעילות אומנות ורישום בכיתת חינוך -

בכל אחד מהחוגים משתתפים כ-10 שוהים. כמו כן, בכל יום רביעי מתקיימים שני חוגי ספורט עם מדריך אשר מגיע למתקן בין השעות 9:00-15:00 ומקיים פעילויות ברחבה מרכזית – בכל אחד מהחוגים משתתפים כ-15 שוהים.

כל הפעילויות מפורסמות לשוהים במרכז בעלוני מידע הנתלים בלוחות המודעות בשפות עברית, ערבית וטיגרינית. כאמור, הכוונה הינה להגדיל בעתיד את היקף התכנים והחוגים המסופקים לשוהים.

עוד חשוב לציין, כי בימים אלו נבחנת האפשרות כי משרד הכלכלה יספק במרכז השהייה מגוון פעילויות, הקשורות בהכשרה תעסוקתית של השוהים ופיתוח יכולותיהם בתחומים שונים. כמו כן, בימים אלה נבחנת האפשרות לשיתוף פעולה עם הסניף בישראל של ארגון הגיוניט העולמי, במסגרתו יועברו לשוהים חוגים ופעילויות על ידי מתנדבים מטעם הארגון.

191. אשר לתחום החינוך, המדינה תבקש לעדכן כי במסגרת שיתופי הפעולה הבין-משרדיים, עתידות להיפתח במרכז השהייה "חולות" כיתות לימודים למבוגרים, במקצועות המתמטיקה והאנגלית. לטובת עניין זה, יקצה משרד החינוך חמש משרות הוראה מטעם האגף לחינוך מבוגרים, בעלות כללית של 800,000 ₪. במקביל, החל מיום 9.3.14 מתקיימת פעילות הוראה, המתבצעת על ידי שני שוהים אשר אותרו כמתאימים לכך, ומעבירים בימים ב' ו-ה' שיעורי אנגלית בין השעות 9:00 – 12:00.

(ג) שירותי בריאות ורווחה

192. משרד הרווחה מממן את פעילות כוח האדם הטיפולי במרכז השהייה, במסגרתו מועסקים שלושה עובדים סוציאליים בכל "פלח" (בו ניתן לאכלס עד 1,120 שוהים) ועובדת סוציאלית המנהלת תחום זה. יצוין, כי עבור כל פלח נוסף שיפתח, יתווספו עוד שלושה עובדים סוציאליים. המענה הטיפולי ניתן בדרך של "קבלת קהל" בשעות קבועות (9:00-11:00, 13:00-15:00) כמקובל בקהילה. בכל אחד מהמתחמים ישנו עו"ס שמקבל את השוהים במשרדו בשעות קבלה קבועות (9:00-11:00, 13:00-15:00) בימים א'-ה'.

193. מלבד קבלת הקהל והשיחות הפרטניות, פועלות כעת 2 קבוצות טיפוליות, אשר בכל אחת מהן משתתפים כ-15 שוהים. ניתן לציין כי ישנה היענות מצד השוהים לשימוש בשירותים הסוציאליים המוצעים. הצוות הטיפולי נמצא בקשר תמידי עם בעלי תפקידים נוספים במרכז על מנת להיות מעורב בכל ההיבטים הנוגעים לרווחה במרכז השהייה.

194. נציין, כי מדי יום רביעי מגיעים אל מרכז השהייה נציגי נציבות האו"ם לפליטים בישראל ונכנסים אל המרכז, תוך שניתנת להם גישה חופשית ומלאה.

195. שירותי הבריאות במרכז השהייה ניתנים כיום על ידי מגן דוד אדום, בפיקות והנחיית משרד הבריאות. במרכז מצויה מרפאה הפתוחה כל יום משעות הבוקר ועד השעה 17:00, ובה מועסק רופא קבוע לצד שני פרמדיקים. לאחר שעות פתיחת המרפאה, ישנו פרמדיק תורן לצורך מתן מענה רפואי מיידית 24 שעות ביממה.

196. עוד יצוין, כי ניידת עם מרפאת שיניים מגיעה פעם בשבוע למרכז השהייה ונותנת שירות טיפולי שיניים ועזרה ראשונה ללא כל תשלום. עם הגדלת מספר השוהים ולאחר הערכת הצרכים, ייבדק הצורך בהגדלת מספר הביקורים של הניידת.

שוהים הזקוקים להמשך ברור רפואי כולל בדיקות מעבדת, הדמייה מכל סוג, יעוץ מרפאות מומחים ואשפוז, מופנים לבית החולים סורוקה. בית החולים הפסיכיאטרי הממשלתי בבאר שבע, ערוך לקבל שוהים לטיפולים אמבולטוריים ולאשפוז בתחום בריאות הנפש. נהלי הפניה וטיפול תואמו והוגדרו מול הנהלת בית החולים. כמו-כן, מטופלים הזקוקים לבדיקות בנושא מניעת שחפת, מופנים למרכז ייעודי של משרד הבריאות ללא כל תשלום.

197. ההפניה לכל סוגי השירות מבוצעת על ידי צוות המרפאה בטופס ייעודי המהווה אישור לספקי השירות לצרכי חיוב. פנייה לשירותי בריאות בבאר שבע נעשית באופן עצמאי, אישי וללא ליווי. צוות המרפאה עוזר בתאום תורים והדרכה לשוהים. עוד יוער, כי בית החולים מגיש את תשבון ההוצאות לטיפול לבדיקה ותשלום משרד הבריאות.

הנסיעה למרפאת באר שבע מבוצעת בתחבורה הציבורית העומדת לרשות השוהים. ישנו הסדר עם הנהלת המרכז ששוהה הפונה לקבלת טיפול רפואי, ישוחרר מחובת הנוכחות במסדר הנוכחות בצהריים, ככל שיש צורך בכך.

(ד) כניסה ויציאה ממרכז השהייה

198. כאמור, מרכז השהייה מופעל באופן שמאפשר כניסה ויציאה חופשית ממנו לשוהים בו החל מהשעה 6:00 ועד השעה 22:00, כאשר שעות ההתייצבות במתקן במהלך היום נקבעו בתקנות הנוכחות במרכז השהייה כמתואר לעיל. כניסתם ויציאתם של השוהים מחוץ למרכז בשעות האמורות מתאפשרות באופן חופשי.

199. לצורך הניידות מהמרכז ואליו, מופעלים קווי תחבורה ציבורית בתדירות המאפשרת כניסה ויציאה מהמרכז בסמוך לשעות ההתייצבות שנקבעו בתקנות כאמור, כך שמובטח כי ניתן יהיה להתנייד באופן אפקטיבי גם לאזורים מרוחקים יותר ממרכז השהייה.

העתק פירוט שעות התחבורה הציבורית ותחנות הקווים הרלוונטיים מצורף ומסומן מש/14.

בהקשר זה נציין, כי בישיבת הממשלה מיום 24.11.13, התקבלה החלטה מס' 960 כמתואר לעיל, העוסקת בין היתר בהקצאת תקציב ייעודי בסך של 6 מלש"ח לשנה, לתגבור התחבורה מהמרכז ואליו. למעשה, קו 144 מהווה תגבור ייעודי נוסף למרכז השהייה, כאשר יוקצו נסיעות נוספות עם גידול באכלוס מרכז השהייה.

200. ביחס לנתוני כניסה ויציאה ממרכז השהייה, ניכר כי ישנו שימוש יומיומי של שוהים רבים באפשרות זו. כפי שעולה מרישומי תנועות הכניסה והיציאה של השוהים במרכז, במשך חודש פברואר נרשמו כ-13,625 תנועות של כניסת ויציאת שוהים וניכר כי ישנה עלייה מתמדת בכמות התנועות (ר' השבוע האחרון בדו"ח ריכוז התנועות המצ"ב בו מספר התנועות נע בין 406 ל-890), כאשר הממוצע עומד על כ-440 תנועות (יציאה של למעלה מ-200 שוהים מחוץ למרכז בשעות פתיחתו).

העתק דו"ח ריכוז תנועות כניסה ויציאה מצורף ומסומן מש/15.

201. כאמור, סעיף 32(ג) לחוק, מאפשר לממונה ביקורת הגבולות ליתן לשוהה המבקש זאת פטור מהתייצבות במרכז השהייה למשך 48 שעות. מריכוז הנתונים בדבר בקשות המוגשות על ידי השוהים במרכז, עולה כי מספר זעום ביותר של בקשות לא אושרו. אל נתון זה עוד נדרש בהמשך.

העתק דו"ח ריכוז בקשות החופשה וההחלטות בהן מצורף ומסומן מש/16.

(ה) העסקת שוהים במרכז

202. כפי שתואר לעיל, סעיף 32 לחוק ותקנות העסקת שוהים מסדירים את האפשרות והתנאים להעסקתם של שוהים במרכז השהייה. יישום הוראות אלה מתבצע כך ששוהה המעוניין להיות מועסק, נרשם במשרד התעסוקה במרכז השהייה. לאחר מכן, השוהה נדרש לעבור בדיקת כשירות על ידי רופא, מוסברות לו הוראות בטיחות כלליות, ניתנת הדרכה על תנאי העסקה ולאחר מכן מתבקש לחתום על טופס הסכמה לתעסוקה. עוד יצוין, כי כל שוהה המשתלב בתעסוקה מקבל נעלי עבודה מתאימות.

203. התעסוקה המוצעת לשוהים כוללת עבודות ניקיון ותחזוקה של שטחים ציבוריים במרכז השהייה, תעסוקה באפסנאות המרכז, המספרה, המכבסה, מרפאה ועבודות משרדיות. כמו כן, במקרים בהם התאפשר והיה צורך בכך, שוהים שאותרו כבעלי ידע מקצועי בתחום הבנייה הועסקו בעבודות לטובת תחזוקת המרכז.

204. בפועל, נכון לתחילת חודש מרץ, כ-179 מהשוהים במרכז נרשמו למאגר המועסקים בו. לאחר שבחודש דצמבר הועסקו 34 שוהים ובחודש ינואר 59 שוהים, בחודש פברואר הועסקו כ-78 שוהים אשר קיבלו בעד העסקתם את התגמול שנקבע בתקנות.

ה. פרק ד' לחוק - הבחינה החוקתית גופא

205. בפתח פרק זה, יוער כי עיון בטענות העותרים מגלה כי מתודולוגיית הבחינה החוקתית המוצעת על ידם בענייננו של פרק ד' לחוק, כוללת תיאור כללי של מתכונת הפעלתו, תוך השוואתה למתכונות אחרות במדינות העולם. על יסוד השוואה זו עורכים העותרים את בחינתם החוקתית ב"מבט על", תוך שהם נמנעים מבחינה חוקתית פרטנית של הוראות פרק ד' לגופו (ראו פסקה 193 לעתירה).

206. המשיבים יטענו, כבר למן ראשית הדברים, כי מהלך טיעון זה אינו עולה בקנה אחד עם עקרון הפרדת הרשויות, שהינו מעקרונות היסוד של שיטתנו המשפטית. מהלך טיעון זה אף מתעלם - הן להלכה והן למעשה - מחזקת החוקתיות העומדת לחקיקתה הראשית של הכנסת.

כפי שהובהר לעיל, פרק ד' לחוק מעגן מדיניות חדשה באשר לאופן התמודדותה של מדינת ישראל עם היקפיה של הסתננות חסרת תקדים ועם השתקעותם והתבססותם של עשרות אלפי מסתננים במרכזי הערים. מדיניות זו שהובילה להקמתו של מרכז שהייה פתוח כלל לא עמדה לביקורתו החוקתית של בית המשפט הנכבד בעניין אדם.

במצב דברים זה, המשיבים יטענו כי על הטוען לבטלותה של חקיקה ראשית בשל פגם מסוג אי-חוקתיות, מוטלת החובה למקד את טיעונו באופן פרטני במטרה להוכיח כי הוראת חוק - כזאת או אחרת - פוגעת באופן בלתי חוקתי באלו מן הזכויות המעוגנות בחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו (על חשיבות מתודולוגיית הניתוח החוקתי, ראו לדוגמה: בג"ץ 2442/11 שטנגר נ' יו"ר הכנסת (פורסם בנבו, 26.6.13), בפסקה 24 לפסק דינו של הנשיא א' גרוניס). מעמדה הרם של הכנסת במשטרנו החוקתי מחייב כי התערבות בחקיקה ראשית, תעשה אך במשורה, אגב עתירות המניחות בפני בית המשפט הנכבד יריעה חוקתית ממוקדת ומפורטת באשר לאי-החוקתיות הנטענת ביחס להוראת החוק הנתקפת. כזאת, לא עשו העותרים בבג"ץ 8425/13.

1.4 הפגיעה הנטענת בזכויות

207. מקריאת העתירה עולה כי העותרים ממקדים את טענתם בדבר פגיעת הוראות פרק ד' לחוק בזכות לחירות. לשיטתם, פגיעת הוראות פרק ד' לתיקון מס' 4 שקולה לפגיעה המוסבת בזכות לחירות בשל השמת אדם בכלא. טיעון זה - אשר נשען על אנלוגיה מלאה בין מתכונת הפעלתו של מרכז השהייה הפתוח למתקן כליאה - דינו להידחות. הוא אינו נכונה במישור הדיון החוקתי, ואף לא מתכתב עם מציאות החיים במרכז השהייה, הלכה למעשה, כפי שעולה גם מן הנתונים שהוצגו לעיל.

208. ויודגש, המשיבים אינם טוענים כי חיוב אדם להימצא במרכז שהייה, שהינו סגור בין השעות 22:00 לשעה 06:00, אינו מגביל את זכותו של אדם לחירות. יחד עם זאת, המשיבים דוחים את טענת העותרים כי יש בתנאי השהייה הקבועים בפרק ד' ובתקנות שהותקנו מכוחו, כדי לשלול מאדם את זכותו לחירות; ובוודאי שאין המדובר בפגיעה העולה עד כדי שלילה מלאה של הזכות לחירות הנגרמת בשל השמת אדם בבית האסורים.

209. לא זו אף זו, המשיבים יטענו כי חלק בלתי מבוטל מטיעוניהם של העותרים בדבר הפגיעה בזכות לחירות, הינו למעשה טענות הנוגעת לפגיעה הנטענת בזכותם של השוהים לחופש התנועה, ולעיתים בצורה ממוקדת יותר באופן מימוש חופש התנועה. זאת ועוד - המדינה תטען כי טיעונם של העותרים אינו רגיש דיו לקשר האינהרנטי בין הזכות לחופש התנועה לבין הזכות לחירות.

כפי שניווכח מיד, הבחנה זו משליכה על הליך בחינת חוקתיות הוראותיו של פרק ד' לחוק, בשני מובנים עיקריים הקשורים זה לזה: הראשון - מידת ההגבלה על הזכות לחירות; השני - מידתיותה של הגבלה זו בראי מבחני פסקת-ההגבלה.

בהקשר זה, המדינה תטען כי הימנעות כלשהי מהגבלת חירותו האישית של מסתנן השוהה במרכז השהייה - תוצאה אליה מכוון הסעד לביטול פרק ד' - משמעותה בפועל הינה מתן חופש תנועה מלא וקולקטיבי בישראל לעשרות אלפי המסתננים המבקשים להשתקע בה, לעבוד בה ולהתבסס בה לאחר שנכנסו אליה באופן בלתי חוקי.

210. לעמדת המדינה, דין טיעון זה של העותרים להידחות, בין היתר ובעיקר, בשל הפגיעה המוגבלת והתחומה הנגרמת לזכות לחירות בשל שהייתו של מסתנן במרכז השהייה, אשר פתוח לשוהים בו מרבית שעות היממה. בהקשר זה, יש לזכור כי פרק ד' לחוק למניעת הסתננות עוסק במי שנכנסו לישראל באופן בלתי חוקי. עמדה על כך כבוד השופטת ארבל בעניין אדם:

"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 ייתכן כי מידת ההגנה על זכותו לחירות תהיה פחותה ממידת ההגנה הניתנת לאזרח חוקי במדינה (ראו והשווה עניין צמח, בעמ' 272)".

ה. תכלית פרק ד' לחוק

211. כפי שתואר בפתח הדברים, האינטרס הציבורי העומד ביסוד הוראות פרק ד' לחוק למניעת הסתננות הינו, בראש וראשונה, מתן מענה לאתגרים הלאומיים, הכלכליים והחברתיים שמציבה השתקעותם של עשרות אלפי מסתננים במרכזי הערים בישראל.

בצד הדברים האמורים, חשוב לציין כי הקמת מרכז השהייה אינה עומדת לבדה, בבחינת אמצעי אחד ויחיד, אלא הינה חלק ממדיניות ממשלתית כוללת וממארג של כלים אופרטיביים שגובשה על ידי הדרג המדיני, על דעת הדרג המשפטי הבכיר, כעולה מהחלטות הממשלה 960 מיום 24.11.13.

212. במסגרת התמודדותה הרחבה של המדינה עם הסתננותם של אלפי זרים אליה, נועד מרכז השהייה המוקם מכוח סעיף 32 לחוק למניעת הסתננות לשתי תכליות עיקריות.

התכלית הראשונה הינה – הפסקת השתקעותם והתבססותם במרכזי הערים בישראל של אוכלוסיית המסתננים, כולל אפשרות לעבוד ולהשתכר, על כל המשמעויות הנלוות לכך.

התכלית השנייה הינה - מתן מענה הולם לצרכיה של אותה אוכלוסיית מסתננים, תוך הטלת מגבלה מסוימת על החירות והגבלת חופש התנועה שלהם, בעת שהותם במרכז השהייה, ומתן כלל המענים לצרכי חייהם.

213. ביטוי מדויק לתכליות אלו מצוי לנו בשילובן של הוראות פרק ד' לחוק עצמו. כך, למשל, סעיף 32(א) להוראות החוק מורה את רשויות המינהל מפורשות, כי "במרכז השהייה יסופקו לשוהים תנאי מחייה הולמים, ובכלל זה שירותי בריאות ורווחה" שעל פעילותם עמדנו לעיל; לצד קביעת המחוקק בסעיף 32 לחוק, לפיה "שוהה במרכז אינו רשאי לעבוד בישראל".

עוד מבהיר המחוקק, בבואו להסמיך את מחוקק המשנה לעצב את כללי הנוכחות במרכז, כי "מועדי ההתייצבות כאמור ייקבעו באופן שלא יאפשר לשוהה לעבוד בישראל". מנגד, ובצד האיסור בדבר עבודה בישראל, קבע המחוקק כי יש להעניק דמי כיס לשוהים במרכז (סעיף 32 לחוק) ולאפשר מסגרות תעסוקה במתקני מרכז השהייה בצד תשלום תגמול, כאמור בסעיף 32, ובהתאם לתקנות שהותקנו לענין זה.

214. עיון בדברי ההסבר הנלווים להצעת החוק הממשלתית מעיד אף הוא על תכליותיו של מרכז השהייה, כדלקמן:

"מוצע להוסיף לחוק את פרק ד' שעניינו הקמת מרכז שהייה למסתננים. הפרק המוצע נועד להסדיר את הקמתו ופעולתו של מרכז השהייה, שיופעל במתכונת כפי שיפורט להלן, ושאליו יועברו, לפי החלטת ממונה ביקורת הגבולות, מסתננים שנמצא קושי בביצוע גירושם. על פי ההסדר המוצע, תתאפשר כניסה ויציאה של השוהים במרכז במרבית שעות היממה, והמרכז יספק לשוהים בו תנאי מחייה הולמים ובכלל זה שירותי בריאות ורווחה, הכול כמפורט להלן.

[...]

ההסדר המוצע מטרתו לספק למסתננים את צרכיהם הבסיסיים מחד גיסא, ולמנוע את אפשרות העסקתם וכן את השתקעותם במרכזי הערים בתוככי מדינת ישראל, מאידך גיסא. בכל אלה יש כדי להפחית את התמריץ הכלכלי שבהסתננות לישראל, שכן מסתנן פוטנציאלי השוהה במדינת המוצא ידע כי היה ויבחר להגיע למדינת ישראל במצב החוקי החדש, לא תתאפשר השתקעותו במרכזי הערים בישראל ותיאסר העסקתו בישראל, באופן שיקשה עליו להחזיר את העלות הגבוהה הכרוכה בהגעתו לישראל.

מוצע לקבוע הסדר זה כהוראת שעה למשך תקופה של שלוש שנים מיום פרסומו של החוק המוצע, וזאת בכדי לבחון את מידת הגשמת התכלית של מניעת השתקעותם של מסתננים בישראל והתמודדות המדינה עם השלכותיה הרחבות של תופעת ההסתננות, אשר הוכרה על ידי בית המשפט כתכלית ראויה בבג"צ אדם".

215. על יסוד המקובץ עד כה, המדינה תטען כי תכלית פרק ד' לחוק הינה תכלית ראויה. התכליות שנמנו לעיל מכוונות עצמן לטובת הגשמת אינטרסים חברתיים מובהקים, הנוגעים לריבונותה של ישראל וליכולתה להתמודד עם השלכות הנלוות להשתקעותם של עשרות אלפי המסתננים שנכנסו באופן בלתי חוקי למדינת ישראל. כל זאת, תוך רצון לאזן בין החובה להגן על שגרת החיים ועל הביטחון האישי של תושבי הערים, בהן מתרכזת מרבית מאוכלוסיית המסתננים מן העבר האחד; לבין החובה למזער את הפגיעה בזכותם של המסתננים לחירות ומתן מענה הולם לצרכיה של אוכלוסייה זו.

216. אף בית המשפט הנכבד הכיר בתכלית זו כתכלית ראויה במסגרת ניתוח ראויות התכליות שעמדו ביסוד החוק הקודם. כך, למשל, קבעה כבוד השופטת ארבל בפסקה 84 לפסק דינה:

"המדינה עומדת על כך שהחוק מבקש למנוע מהמסתננים שחדרו כבר לגבולות מדינת ישראל מלהכות בה שורש ולהשתקע בה ובכך להציב את הגירתם הבלתי חוקית כעובדה מוגמרת. כן מונע החוק את השתלבות המסתננים בשוק העבודה הישראלי, אשר השלכותיו פורטו לעיל. הרחקתם של המסתננים מערי ישראל מונעת אף את יתרו השלכות השליליות שהוצגו על ידי המדינה ופורטו לעיל. דומני כי תכלית זו הינה תכלית

ראויה. כידוע, למדינת ישראל יש זכות לקבוע את מדיניות ההגירה לתוכה הנובעת מאופייה הריבוני של המדינה. בהתאם לכך גם נפסק כי לשר הפנים שיקול דעת רחב מאוד בכל הקשור למתן היתרי כניסה ורישיונות ישיבה בישראל, אם כי שיקול דעת זה כפוף אף הוא לביקורת שיפוטית (עניין קו לעובד השני, פסקה 24 לפסק דינה של השופטת פרוקצ'יה; עניין אספן, פסקה 13; עניין פרידה, פסקה ו(8)). מכאן נובעת אף זכותה לקבוע צעדים שיתמודדו עם מהגרים בלתי חוקיים, בהנחה שאלו לא הוכרו כפליטים. כפי שפורט, הגירה בלתי חוקית עלולה לגרור השלכות שליליות על מרקם החיים בחברה הישראלית, ובין היתר לפגוע במקומם של אזרחי ותושבי ישראל בשוק העבודה ולהשפיע על שכרם, לצמצם את המשאבים השמורים למערכות השונות, כגון מערכות הרווחה והחינוך, המטפלות באזרחים ובתושבים השוהים באופן חוקי בישראל, להגביר את הפשיעה באזורים בהם מרוכזים מהגרים בלתי חוקיים, ועוד. לפיכך, ניתן לראות כמטרה חברתית חשובה את רצונה של המדינה למנוע השלכות שליליות אלו ולטרפד אפשרות חופשית של המסתננים להשתקע בכל מקום במדינת ישראל, להשתלב בשוק העבודה שלה, ולא לפגוע את החברה המקומית להתמודד עם כניסת המסתננים לתחומם על כל המשתמע מכך (ראו עניין קו לעובד השני, פסקה 58 לפסק דינה של השופטת פרוקצ'יה; עניין אורן, בעמ' 232). מובן, עם זאת, כי האמצעים להגשמת מטרה זו צריכים לעמוד במבחן המידתיות, אשר אליו אתייחס בהמשך הדברים”.

וראו גם קביעתו של כבוד השופט הנדל בפסקה 2 לפסק דינו, באשר להשלכותיה של תופעת ההסתננות על החברה בישראל, כדלקמן:

”בשנים האחרונות, עשרות אלפי מהגרים ניצלו פרצות בגבול על מנת להסתנן לשטח ישראל באופן בלתי-חוקי. זרם המסתננים איים להפוך לשיטפון. תופעת ההסתננות הביאה עימה תוצאות קשות במגוון תחומים: הידרדרות ביטחון הפנים ותחושת הביטחון האישי באזורים שונים; פגיעה ברמות השכר והתעסוקה של עובדים רבים; גידול בהוצאות תקציביות בגין שירותי רפואה, רווחה וחינוך; והתפתחות שווקים בלתי-מפוקחים. בית משפט זה - בתוך עמו הוא יושב: נדמה כי הנפגעים העיקריים, גם אם לא הבלעדיים, מן ההגירה הבלתי-חוקית המאסיבית והפתאומית הם בני השכבות הסוציו-אקונומיות החלשות יותר. חופש העיסוק, היכולת להשתכר שכר הוגן, שלום הציבור במובן הרחב ותחושת שלום הציבור - כל אלו ספגו פגיעה קשה. מצב זה לא היה תוצאה של מדיניות מכוונת, אלא תוצאה של זרם החיים ואולי אף של העדר מדיניות (ראו סעיף 1 לחוות דעתה של חברתי השופטת א' חיות)”.

217. הנה-כי-כן, המדינה תטען כי תכליתו של מרכז השהייה הפתוח, כאמצעי למניעת השתקעותם והתבססותם של מסתננים ותיקים במרכזי הערים בישראל, לצד מניעת יכולתם לעבוד בה, הינה תכלית ראויה המשרתת אינטרסים חברתיים חשובים. התכלית הנוספת העומדת ביסוד פרק ד' לחוק כוללת את צמצום ההגבלה על זכותם של המסתננים לחירות אל המינימום הנדרש לשם הגשמת התכלית הראשונה, בצד לקיחת אחריות מפורשת להבטחת תנאי מחייה הולמים לשוהים במרכז.

218. טרם חתימת הדין בנושא תכליתו של פרק ד' לחוק, המדינה תטען כי דין טענת העותרים ביחס לתכליתו של מרכז השהייה, ככזאת שנועדה לשבור את רוחם של השהים, להידחות מכל וכל. לא רק שאין עיגון לכך בהוראות החוק או בדברי ההסבר, אלא שמציאות החיים במרכז השהייה - כפי שתוארה בהרחבה לעיל - שומטת את הקרקע תחת טיעון העותרים.

לשם המחשה, בהתאם לסעיף 32(ג) לחוק, נכון ליום 5.3.14, הוגשו 284 בקשות שונות למתן פטור מנוכחות במרכז השהייה, רובן המוחלט בקשות לפטור למשך למעלה מ-24 שעות. מתוך כלל הבקשות האמורות רק 11 בקשות לא אושרו. הוזה אומר, **96% מן הבקשות שהוגשו אושרו על ידי ממונה ביקורת גבולות**. עוד יצוין, כי בקשות אלו הוגשו

על יסוד מגוון טעמים: החל מרצון להשתתף בחתונת מכר או השתתפות בטקסי אבלות, דרך ביקור מכרים חולים בבתי חולים, וכלה באיסוף שכר ממעבידיו הקודמים, מיצוי הליכים משפטיים ואף קיום סיור דתי קבוצתי בירושלים (ראו לעניין זה **מש/16** לעיל). בעניין אחרון זה, נצרף גם מכתב תודה מאת קבוצת שוהים אשר התארגנה לצאת יחדיו לסיור דתי בירושלים. לאותו מכתב צורפה גם בקשה לאישור התארגנות לסיור נוסף מסוג זה בהסעה מאורגנת – הכול ביוזמתם של השהים ובאישור ממונה ביקורת הגבולות.

העתק המכתב בעניין סיור קבוצתי של שוהים בירושלים מצורף ומסומן **מש/17**.

יצוין, כי אישור בקשות אלו נעשה במהלך שגרת העבודה היומיומית של עובדי מרכז השהייה, כעניין טריוויאלי ממש. כלום כך נוהגים עובדים המבקשים "לעשות שימוש בשלילת חירות כדי לאנוס את מי שזכאים להגנה לותר על ההגנה וללכת"? (ציטוט מפסקה 149 לעתירה)

ה.3 מידתיות הוראותיו של פרק ד' לחוק

219. המדינה תטען, כי הוראות פרק ד' לחוק צולחות אף את עקרון המידתיות, על שלושת מבחני המשנה הקבועים בו. הילוך הטענה יהא אפוא כדלקמן. תחילה, המדינה תטען כי מתכונת הפעלתו של מרכז השהייה, כפי שזו נלמדת מהוראות החוק ומן התקנות שהותקנו מכוחו, אין בה משום פגיעה בלתי מידתית בזכות לחירות.

לאחר מכן, ואף שהעותרים לא מיקדו טענותיהם בהוראות חוק ספציפיות, המדינה תטען כי דין טענות העותרים להידחות, גם בראי מישור הפעלתו המעשית של מרכז השהייה - כפי שפורט בהרחבה לעיל.

(א) מבחן המשנה הראשון

220. המדינה תבקש לטעון, כי הוראות פרק ד' המכוננות את הקמתו והפעלתו של מרכז
השהייה מקיימות קשר ישיר ורציונאלי בין מניעת השתקעותם והתבססותם של
מסתננים בישראל ומניעת יכולתם לעבוד בה, לבין האמצעי המשפטי שנבחר - דינים
מיוחדים וייעודיים של רגולציה המאפשרת הפעלת מרכז שהיה פתוח לאוכלוסיית
המסתננים הוותיקה יחסית.

קשר רציונאלי כאמור ודאי שמתקיים בין מידת פתיחותו של המרכז בשעות 06:00 בבוקר
לשעה 22:00 בלילה (ראו למשל הוראת סעיף 32ח(ב)), לצד השירותים השונים המוענקים
במרכז, לבין תכליתו של פרק ד' לצמצם את ההגבלה על הזכות לחירות אך למינימום
הנדרש.

221. עוד תבקש המדינה לדחות את טיעון העותרים, כאילו אין ביכולת פרק ד' לעמוד במבחן
המשנה הראשון של המידתיות, על שום מגבלותיו הפיסיות מלהכיל את מלוא אוכלוסיית
המסתננים המצויים במרכזי הערים בישראל. שלושה אדנים תומכים בדחיית טענת
העותרים במישור זה של הדיון.

ראשית, הקמתו של מרכז שהייה פתוח בישראל לאוכלוסייה של מסתננים אשר נכנסו
לישראל והשתקעו בה בניגוד לדין הינה מהלך ראשוני הטומן בחובו אי-וודאות רבה
באשר לישימותו. על אי-הוודאות האמורה, יש להוסיף את עלויות הקמתו ואת הצורך
בהסטת משאבים רבים מתקציב המדינה לטובת משימה לאומית זו, ובכלל זה הסטת
תקני כוח אדם בין משרדי הממשלה השונים והסטת תקציבים של ממש.

בבוא הממשלה לממש מדיניות זו, ללא ניסיון קודם ללמוד ממנו, אין מקום לזקוף
לחובתה את בחירתה האחראית לבחון כיצד המדיניות החדשה יוצאת מן הכוח אל הפועל
ומהי מידת האפקטיביות שבה. נשוב ונזכיר, כי עלות הקמתו והפעלתו של מרכז השהייה
לצד מארג הכלים המצוי בהחלטת הממשלה מנובמבר 2013, מסתכמת בתקציב ייעודי של
כחצי מיליארד שקל. הווה אומר, החלטת הדרג המדיני לבחון את יישום המדיניות
החדשה תחמה עצמה להיקף הפעלה ראשוני המסתכם בחצי מיליארד שקל לערך. נשווה
לנגד עינינו מצב דברים בו היה מושקע סכום כפול מזה שהושקע בפועל, לשם הקמת מרכז
השהייה "חולות" במלוא תפוסתו, וזאת למן הרגע הראשון להפעלתו. נשווה לנגד עינינו
מצב בו איש אינו מתייצב במרכז, כנדרש ממנו; או מצב שבו בתום שבוע ימים של הפעלה
נותר המרכז ריק, משום שתשוהים בו מסרבים לשוב אליו. ברי, כי אם כך היה נעשה, הרי
שהחלטת הממשלה היתה מוחזקת כבלתי סבירה באופן קיצוני, על שום הורדתם לטמיון
של מאות מיליוני שקלים מקופת המדינה.

שנית, החוק אינו קובע מגבלה על גודלו של מרכז השהייה, ואף לא על מספר מרכזי השהייה שיוקמו מכוחו. תיקון מס' 4 חוקק על מנת להעניק בידי הרשות המבצעת את המסגרת הנורמטיבית, מכוחה יוסמכו הגורמים הרלוונטיים בממשלה להקים מרכזי שהייה ולהפעילם. לשון אחרת, החוק מעניק בידי הממשלה את היכולת להגדיל את היקף תחולת מרכז השהייה חולות, בהתאם לנסיבות העדכניות ולכמות השוהים המצויים בו. בסוגיה זו, המדינה תבקש לציין, כי פוטנציאל הקליטה המלא של מרכז השהייה חולות כיום, מסתכם ב-3,360 שוהים.

בהקשר זה, המדינה תבקש להדגיש כי אנו מצויים, בשלב זה של בירור העתירה, מרחק שלושה חודשים בלבד מאז החל לפעול מרכז השהייה חולות. על אף שחל גידול מסוים בשיעור המסתננים המתייצבים במרכז השהייה, הרי ששיעור זה נאמד כעת בפחות מ-50%. בשים לב לנתונים אלו, המדינה תבקש לטעון כי בעת בחינת התקיימותו של מבחן המשנה הראשון של המידתיות, יש לקחת בחשבון את עובדת ראשית יישומו של אמצעי חקיקתי זה ואת מגמת הגידול עליה עמדנו זה עתה. לעניין התחשבות בשאלת היקף יישום החוק במסגרת בחינת מבחן המשנה הראשון של המידתיות, ראו והשוו בג"ץ 6427/02 **התנועה לאיכות השלטון בישראל נ' הכנסת**, פ"ד סא(1) 619 (2006), פסקה 68 לפסק דינו של ברק).

שלישית, המדינה תטען כי אף שפרק ד' לחוק למניעת הסתננות הינו נדבך משמעותי במארג האמצעים שגיבשה ממשלת ישראל להתמודדות עם השתקעותם של עשרות אלפי מסתננים במרכזי הערים, הרי שאין מדובר באמצעי אחד ויחיד. כפי שסקרנו לעיל, ממשלת ישראל גיבשה עובר למועד חקיקת החוק המתקן שורה ארוכה של אמצעים למניעת השתקעותם והתבססותם של אוכלוסיית המסתננים בערים. רוצה לומר, כי אין להשקיף על החוק המתקן כעל אמצעי אחד ויחיד, הנושא על גבו את מלוא היקפה של התכלית הראויה בדבר מניעת השתקעותם של למעלה מ-50,000 מסתננים בישראל.

222. קיבוצם של טעמים אלו, מלמד על קיומו של קשר רציונאלי בין האמצעים החקיקתיים שעומדים ביסוד פרק ד' לחוק לבין התכליות לשמן נתקן.

(ב) מבחן המשנה השני

223. כזכור, עניינו של מבחן המשנה השני של עיקרון המידתיות מצוי בשאלה האם קיים אמצעי חקיקתי שפגיעתו בזכות העומדת על הפרק הינה פחותה, ובה בעת מצליח אמצעי חקיקתי זה להגשים את התכליות החברתיות במידה זהה של אפקטיביות.

224. המדינה תטען, כי אף שישנם אמצעים שפגיעתם בזכות לחירות פחותה יותר מזו שמסב פרק ד' לחוק, הרי שאמצעים אלו אינם מגשימים את תכלית החקיקה באותה מידה של אפקטיביות, אם בכלל. בהקשר זה של הדיון, המדינה תטען כי שמור למחוקק מרחב

תמרון חקיקתי רחב ביותר, המגלם בגבולותיו את ייחודה של מדינת ישראל מבחינה גאו-פוליטית; כמו-גם את מדיניותה בתחום ההגירה אליה.

במה דברים אמורים?

נשווה לנגד עינינו שתי מדינות. המדינה הראשונה רואה עצמה כמדינה הקולטת לתחומה הגירת עבודה, בין היתר אך לא רק, בשל מחסור בכוח אדם בענפי משק שונים. מדינה זו אינה חולקת גבול משותף עם יבשת אפריקה, שטחה ואוכלוסייתה רבים ולה קשרים בינלאומיים, כלכליים ואחרים, עם רבות משכנותיה, אשר חלקן מדינות מפותחות כמוה ויתכן אף יותר ממנה.

מנגד, ניצבת המדינה השנייה. המדובר במדינה שמבקשת למנוע קליטת הגירת עבודה לתחומה, וודאי כזו שאינה מוסדרת. מדינה זו חולקת גבול יבשתי משותף עם יבשת אפריקה ומהווה עבור רבים יעד אטרקטיבי לשיפור רמת החיים. מדינה זו קטנה בשטחה הגיאוגרפי, כמו-גם באוכלוסייתה. בנוסף, מצבה הגיאוגרפי-פוליטי של המדינה השנייה שולל ממנה את היכולת לקיים שיתופי פעולה פוריים עם שכנותיה כדי להתמודד עם תופעת ההגירה לתוכה, ועל כן מהווה יעד סופי להגירה עבור כל אדם המהגר לתחומה ושקיים קושי להרחיקו.

225. ברי, כי מדינות אלו ניצבות בפני אתגרים לוקאליים שונים זה מזה. שונות האתגרים מכתובה אף את שונות המדיניות בתחום ההגירה, וזו מטבע הדברים משליכה גם על שונות ההסדרים המשפטיים החולשים על הסוגיה. במלים אחרות, על השונות האמורה למצוא ביטוי ותרגום בהגדרת גבולותיו הרחבים של מתחם התמרון החקיקתי, בבוא הממשלה והכנסת לעצב את אופי הפעלתו של מרכז השהייה הפתוח ואת מידת פתיחותו.

כך, למשל, בעוד חלק ניכר מן הדוגמאות המשוות עליהן נסמכים העותרים סוקרות מרכזי שהייה המאפשרים לשהים בהם יכולת לעבוד מחוץ למרכז, וכנגזרת מכך גם מידה רבה יותר של חופש תנועה; הרי שתכליתו של מרכז השהייה "חולות" נועדה מלכתחילה להגשים מדיניות ממשלתית שונה לחלוטין מזו שנוהגת באותן מדינות אירופה.

תכליתו של מרכז השהייה "חולות" הינה מניעת יכולתם של עשרות אלפי המסתננים שהסתננו לישראל, באופן בלתי חוקי, מלהשתקע במרכזי הערים ומלהשתלב במסגרת שוק העבודה, על כלל ההשלכות השליליות הנלוות לכך. לצד זאת, מרכז השהייה נועד ליתן מענה מידתי לאותה אוכלוסייה תוך צמצום הפגיעה בזכותה לחירות, והבטחת מענה לכל צרכיה.

כפי שהראנו לעיל, תכליות אלו הינן תכליות לגיטימיות וראויות. לפיכך, תרגומן של התכליות לכדי הסדרים משפטיים חייב להיעשות בראי מידת האפקטיביות הנודעת להגשמת כל אחת מן התכליות ולאיוון ביניהן. ברור למדי, כי הפיכת מרכזו השהייה לוולונטארי או מתן האפשרות לעבוד מחוצה לו, יקטינו עד למינימום את הפגיעה בזכותם של השהים בו לחירות. מנגד, ברור עוד יותר, כי הסדר כאמור ישמוט את הקרקע תחת הגשמתה של התכלית הראשונה לה יועד מרכזו השהייה, עד כדי עשייתה פלסטר.

226. הוא הדין אף ביחס למשך השהייה במרכז. יתרה מכך, המדינה תבקש להבהיר כי אוכלוסיית המסתננים המצויה בישראל אינה עשויה מקשה אחת, וכי אין לקבל את נקודת המוצא עליה מושתתת העתירה לפיה כלל המסתננים בישראל הינם בגדר מבקשי מקלט. מבקשי מקלט הינם כל אותם אנשים אשר הגישו בקשת מקלט פרטנית על יסוד אחת העילות המנויות באמנת הפליטים. הבחנה זו אינה מסבה עצמה על דיוקי שפה ורטוריקה, אלא על המשטרים המשפטיים החולשים על כל אחת מן הקבוצות (ראו למשל פסקה 3 לפסק דינו של כבוד השופט הנדל בעניין אדם).

227. עיון בסקירה המשווה שעורכים העותרים מלמד על ההבחנה המוכרת בדבר אוכלוסיית היעד של כל אחד מסוגי המרכזים הפועלים בעולם (פסקה 211 לעתירה). לשיטת העותרים, ניתן להבחין בשלושה סוגים שונים של מתקנים: (א) "מתקנים לתקופת הקליטה הראשונה"; (ב) "מתקנים המיועדים למי שבקשתם להסדרת מעמד סורבה-והם נדרשו לעזוב את הארץ"; (ג) "מתקן פתוח (או פתוח למחצה) למבקשי מקלט שעניינם לא נדחה באופן סופי". לטענת העותרים, הסוג השלישי בלבד הוא שרלוונטי לעניינו - ולא היא.

228. מרכזו השהייה "חולות" נועד ליתן מענה בשלבים ובאופן הדרגתי, בראש וראשונה לרוב המוחלט של אוכלוסיית המסתננים הוותיקה השהיה בישראל (מתוך ראייה הלוקחת בחשבון אפשרויות של הרחבתו ההדרגתית של המרכז). כפי שתואר בפתח כתב התשובה, פתוחה בפני אותה קבוצה האפשרות להגיש בקשת מקלט פרטנית, וככל שזו תוגש - היא תיבדק בהתאם לעילות הקבועות באמנת הפליטים.

229. לא זו אף זו, ואפילו נקבל לצרכי הדיון את הטענה שיש להשקיף על כלל המסתננים מסודן ומאריטריאה המצויים בישראל כעל מבקשי מקלט; הרי הקווים המנחים שפירסמה נציבות האו"ם לפליטים בשנת 2012 בדבר קריטריונים וסטנדרטים ביחס למעצרים של מבקשי מקלט ואלטרנטיבות למעצר (*UNHCR Guidelines on the Applicable Criteria and Standards relating to the Detention of Asylum – Seekers and Alternatives to Detention*) הינם בבחינת Soft Law שאינו מחייב את מדינת ישראל במישור המשפט הפנימי. ויודגש, בדברים אלו אין המדינה טוענת חלילה שיש להתעלם מן האמור בהנחיות אלו, או מהדוגמאות הקיימות באיחוד האירופי, באשר

לאופיים של מרכזי השהייה. דוגמאות אלו נלמדו על ידי גורמי המקצוע במשרדי הממשלה הרלוונטיים והותאמו לצרכיה ומאפייניה הייחודיים של מדינת ישראל.

כך, למשל, בכל הקשור להיקף השירותים הניתנים במרכז השהייה "חולות", מעמידה המדינה לנגד עיניה את הנעשה במדינות האיחוד האירופי במטרה להעניק מענה הולם לצרכי השוהים בו. מנגד, בכל הקשור לפתיחותו של מרכז השהייה, במובן הקשור ליכולתם של השוהים בו להשתלב בשוק התעסוקה הישראלי, הרי שרכיבים אלו ניצבים במתח פנימי מול תכליתו של המרכז עצמו ומול הוראות החוק המפורשות שנקבעו בו בהקשר זה.

230. למען שלמות התמונה, נשוב ונדגיש את תשיבות ההבחנה בין נורמות מן המשפט הבינלאומי המנהגי (אשר מחייב כל עוד אין דין פנימי סותר), לבין הוראות המשפט הבינלאומי ההסכמי (אשר אלא אם נקלטו בחקיקה, אינן מקימות חובה במישור המשפט הפנימי עליה ניתן לבסס עילת תביעה) לבין החלטות או המלצות ללא תוקף מחייב של ארגונים בינלאומיים (Soft Law), לבין החלטות של טריבונלים במערכות משפט של מדינות אחרות, ומאמרים אקדמיים - אשר מהווים מקור להשראה בלבד.

231. זאת ועוד, ההוראות מן הדין הבינלאומי, שבהן ניתן לעשות שימוש ככלי פרשני לחקיקה הישראלית על ידי חזקת ההתאמה, הן אך ורק אותן הוראות שאין חקיקה של הכנסת שסותרת אותן (ראו למשל, בג"צ 9329/10 פלוני נ' שר הבטחון (פורסם בנבו, 8.3.11) ע"פ 6659/06, 8228/07, 1757, 3261/08 פלוני נ. מדינת ישראל (פורסם בנבו, 11.6.08)). לפיכך, ניסיונם של העותרים להרחיב את תחום ההשפעה של חזקת ההתאמה של פרשנות חקיקה רגילה לכללי המשפט הבינלאומי, ולפרשה כחלה אף על האופן בו ניתן להורות על בטלות חקיקה פנימית, אין לו על מה שיסמוך. המהלך אף מרחיק לכת ואינו מתיישב עם העקרונות המנחים של המדרג הנורמטיבי של דברי החקיקה ושל ביקורת חוקתית.

לעניין ההתייחסות למשפט המשווה, ראו את האמור בספרו של אהרן ברק פרשנות במשפט כרך שלישי פרשנות חוקתית 667 - 668 (1994):

"אכן, המשפט השוואתי הוא מדריך במציאת הפיתרון הראוי. הוא מעניק ביטחון לשופט ונוסך בו תחושה כי הוא צועד על קרקע בטוחה, והוא גם מעניק לגיטימציה לפיתרון הנסחר.

עם זאת, יש להיזהר מהסתמכות יתר על משפט משווה. ראשית, הפנייה למשפט משווה היא אך רשות ואין בה כל יסוד של חובה. שנית, השוואה ראויה אפשרית רק אם המוסד המשפטי הזר או ההסדר המשפטי הזר שאליו פונה הפרשן ממלא פונקציה דומה לזו שממלא המוסד או ההסדר המקביל במשפט המקומי...

שלישית, ההשוואה נועדה להפרות את המחשבה. אסור לה שתיהפך מקור לחיקוי והתבטלות. ההכרעה הסופית היא לעולם "מקומית", והמשפט המשווה מעצם טיבו יכול למלא תפקיד משני בלבד.

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

233. לסיכום האמור עד כה, המדינה תבקש לטעון כי אף אם ניתן היה לעצב באופן שונה את מידת פתיחותו של מרכז השהייה "חולות", תחת ההסדר שנקבע בפרק ד' לחוק, הרי שלא היה באמצעי חקיקתי זה כדי להגשים את תכלית פרק ד' לחוק - מניעת השתקעותם והתבססותם של המסתננים בישראל ויכולתם לעבוד בה על כל ההשלכות הנובעות מכך - באותה מידה של אפקטיביות.

לפיכך, המדינה תטען כי אין בהסדרים המשווים אשר הביאו העותרים ביחס למרכזי שהייה אחרים בעולם, כדי ללמד על קיומו של הסדר חקיקתי שפגיעתו פחותה, כהגדרת מונח זה במסגרת מבחן המשנה השני של המידתיות.

כאן המקום לשוב ולהעיר, כי האתגרים העומדים בפני מדינת ישראל בתחום זה הינם ייחודיים בהשוואה למדינות מפותחות אחרות.

ג) מבחן המשנה השלישי - המידתיות במובן הצר

234. המדינה תטען, כי מתכונתו של מרכז השהייה "חולות", כפי שזו משתקפת מהוראות פרק ד' לחוק, מקיימת אף את מבחן המשנה השלישי של המידתיות, שכן התועלת החברתית הגלומה במניעת השתקעותם של המסתננים בערים, עומדת ביחס סביר להגבלה על זכותם לחירות, וזאת בשים לב לשירותים הניתנים במרכז ולמידת פתיחותו.

הילוך הטענה יהיה כדלקמן. תחילה, נעמוד על עוצמת הפגיעה לה טוענים העותרים בזכות לחירות. לאחר מכן, נעמוד על התועלת החברתית הגלומה בפרק ד' לחוק, מכוחו הוקם מרכז השהייה "חולות" ושמוכוו ניתן להמשיך ולהרחיבו בעתיד. ולבסוף, נעמוד על האיזון בין שני צדי המשוואה החוקתית.

235. טיעונם של העותרים, בתמצית, הינו כי מרכז השהייה "חולות" אינו אלא עוד מתקן כליאה, ככל יתר מתקני הכליאה המופעלים על ידי שירות בתי הסוהר. לתמיכת טענה זו, עומדים העותרים על שורה של מאפיינים - החל משעות הפתיחה של מרכז השהייה ומיקומו הגיאוגרפי, דרך העובדה כי הינו מנוהל על ידי שירות בתי הסוהר, וכלה באמצעי האכיפה והפיקוח שנמסרו בפרק ד' לעובדי המרכז. שילובם של כל אלה מלמד, לדעת העותרים, על שלילת זכותם של השהים לחירות.

236. המדינה תטען, כי דין טיעונם זה של העותרים להידחות. אף שישנה הגבלה על זכותם לחירות - הגבלה הטעונה בחינה חוקתית במסגרת פסקת ההגבלה - הרי שאין לומר כי הגבלה זו עולה כדי שלילה מלאה ואף לא קרובה לכך של הזכות לחירות; וודאי לא כזו הנלווית להשמת אדם במשמורת.

ראשית, ואשר לטענה בדבר היקף פתיחותו של מרכז השהייה. כאמור בסעיף 32(ב) לחוק "מרכז השהייה יהיה סגור בין השעות 22:00 לשעה 06:00; שוהה לא ישהה מחוץ לתחומי המרכז בשעות האמורות". מן הלאו, נשמע ההן - ובכל יתר שעות היממה, קרי בין השעה 06:00 לשעה 22:00, מרכז השהייה הינו פתוח, קרי במשך שני שליש משעות היממה. על הוראה זו יש להוסיף את האמור בסעיף 32(א) ובתקנות הנוכחות במרכז השהייה שהותקנו מכוחו, ולפיהן נדרש השוהה להתייבב שלוש פעמים במהלך היממה במרכז, בכל זמן שבין טווח השעות 6:00-7:30; 13:00-14:30; 20:00-22:30. יושם אל לב, כי התקנות מאפשרות טווח זמנים בין שעה וחצי לשם התייבבות, מתוך מטרה להקל על השהים ולהימנע מיישום דווקני של הדין.

יתרה מזאת, מרשות האוכלוסין וההגירה נמסר כי בדיקת מועדי ההתייבבות נעשית באופן מקל. כמו-כן, משירות בתי הסוהר נמסר כי הוחלט לאפשר לשוהה המעוניין בכך לקבל את ארוחת הבוקר שלו לפני השעה 06:00 בבוקר, על מנת לאפשר את מיצוי שעות פתיחת המרכז ולצאת כבר בשעה 06:00 בבוקר.

ואכן, כנזכר לעיל, במהלך חודש פברואר נרשמו כ-13,625 תנועות של כניסת ויציאת שוהים, וניכר כי ישנה עלייה מתמדת בכמות התנועות. כך, למשל, ניתן לראות כי בשבוע שבין יום 16.2.14 ליום 22.2.14, עמד מספר התנועות בין 406 ל-890, כשהמוצע הינו על כ-440 תנועות. נתון זה מלמד על כך שלמעלה מ-200 שוהים, בממוצע, יצאו מדי יום מחוץ למרכז בשעות פתיחתו.

237. המדינה תטען, כי נתונים אלו, בצד התחבורה הציבורית המגיעה למרכז וממנו לבאר-שבע (למשל), מלמדים - הן להלכה והן למעשה - על פתיחותו ומידת הנגישות ממנו ואליו. פתיחות זו מקטינה באופן משמעותי את הפגיעה בזכות לחירות ומציבה אותה על ההגבלה המינימאלית ההכרחית לשם מימוש תכלית איסור עבודתם של השוהים מחוץ למרכז. בהקשר אחרון זה, ואם נחזור לאנלוגיה שעורכים העותרים בין מרכז השהייה

לבין מתקן כליאה, נדמה שהנתונים האמורים שומטים את המסד תחת התזה
ההשוואתית כולה.

עוד נטען, כי יש בנתונים האמורים כדי להדוף את טענות העותרים ביחס למיקומו של
מרכז השהייה "חולות" בנגב. מעבר לעובדה, כי העותרים לא הניחו תשתית משפטית
לביסוס הטענה, כאילו חלה על המדינה חובה (שבצידה זכות) להקים את מרכזי השהייה
בסמוך למרכזי הערים בישראל, הרי שהחובה שתלה על המדינה הינה מכוח חוק יסוד:
כבוד האדם וחירותו; וזו מקרינה על מכלול פעולותיה, ובכלל זה הבטחת צמצום הפגיעה
בזכויות המנויות בחוק היסוד אל המינימום המידתי הנדרש. מערך התחבורה הציבורית
המחבר בין מרכז השהייה לבין העיר באר-שבע (למשל), מקהה את עוקצה של הטענה
בדבר מיקום מרכז השהייה.

לבסוף, וכפי שאף הוזכר קודם לכן, נראה כי מיקומן החוקתי המדויק של טענות
העותרים ביחס למיקומו הגיאוגרפי של מרכז השהייה מצוי ביחס העדין שבין הזכות
לחירות לבין חופש התנועה, ובאמצעים הקיימים למימוש אינטרס משפטי זה.

238. באשר לטענות העותרים ביחס למיהות הגוף השלטוני המפעיל את מרכז השהייה ולאורח
החיים המתקיים בו, תפנה המדינה לסקירה המפורטת שהובאה מעלה ביחס לשירותים
השונים שניתנים במרכז. כמו-כן, המדינה תבקש לטעון כי אף בפני גורמי המקצוע
שנדרשו להקמתו של מרכז השהייה עמדה שאלת זהות הגורם שיפעילו.

בסופו של יום, ולנוכח המורכבות המעשית הכרוכה בהקמתו לראשונה של מרכז כאמור
והיכולת לנהלו באופן יעיל, הוחלט כי המלאכה תוטל על שירות בתי הסוהר. בצד בחירה
זו, היה ברור כי עסקינן במרכז שהייה פתוח, שנועד לתכליות אזרחיות, ולא מתקן כליאה
שנועד למטרות עונשיות. ביטוי להלך חשיבה זה מצוי לנו כבר במסגרת דברי ההסבר
הנלווים להוראת סעיף 32 לחוק המורה כי "הנציב ימנה סוהרים שיהיו עובדי המרכז,
ובלבד שעברו הכשרה מתאימה כפי שהורה". וכך מוסבר סעיף זה:

"[...] בשל האופי השונה של מרכז השהייה לעומת מתקני המשמורת
שמפעיל שירות בתי הסוהר, הפעלת המרכז בידי השירות מצריכה
היערכות מתאימה של הארגון. לפיכך, מוצע לקבוע כי הסוהרים
שיעבדו במרכז יהיו כאלה שעברו הכשרה מתאימה, בשים לב
למאפייניו הייחודיים".

239. המדינה תבקש לעדכן, כי משירות בתי הסוהר נמסר כי אכן עובדי מרכז השהייה עברו
הכשרה מרוכזת בטרם שובצו במרכז, וכי אחת למספר חודשים תערכנה הכשרות
מרוכזות נוספות. עוד יצוין בהקשר זה, כי משירות בתי הסוהר נמסר כי הוזמנו פרטי
לבוש ייעודיים לעובדי מרכז השהייה עליו הורה הנציב. עוד יצוין, כי על-פי הנמסר

משירות בתי הסוהר, התבצעה רכישה של מערכת זיהוי אוטומטית שתאפשר רישום תנועות שוהים במהירות וללא הזדקקות בהתייצבות בפני עובד המרכז.

240. בצד האמור עד כה, מצא המחוקק להקים מערך ביקורת פנימי על התנהלותו של מרכז השהייה, והסמיק את שר הפנים, בהסכמת השר לביטחון פנים, למנות מקרב עובדי משרד הפנים או מקרב הציבור ממונה על בירור פניות השוהים (סעיף 32כא לחוק). עובד זה, חייב להיות בעל כשירות לכהונת שופט שלום, ועליו יהיה לברר את פניות השוהים, לדווח על כך לשר הפנים אחת לחצי שנה, תוך הטלת חובה על שר הפנים למסור את דיווחו לוועדת הפנים והגנת הסביבה של הכנסת. באופן האמור, יצר המחוקק מערך ביקורת פנימי, זמין ונגיש לשוהים, תוך עיגון חובת דיווח סטטוטורית של הרשות המבצעת בפני הכנסת אודות השירותים הניתנים במרכז ותלונות השוהים.

בימים אלו, ועל-פי הנמסר מלשכת שר הפנים, עתיד להתמנות ממונה על בירור פניות השוהים.

241. מן המקובץ עולה כי מרכז השהייה "חולות" הינו מרכז פתוח במרבית שעות היממה. עוד ראינו, כי היות המרכז פתוח באה לידי ביטוי בשגרת חייהם של השוהים, הלכה למעשה, כעניין של יום ביומו. מתכונת הפעלתו הנוכחית, לא כל שכן זו העתידית, אינה דומה כלל ועיקר למתכונת הפעלה של מתקן כלאה.

אף בהינתן קיומה של פגיעה בזכות לחירות, אין לומר כי פגיעה זו עולה כדי שלילת הזכות לחירות. חלף זאת, המדינה סבורה כי הוראות פרק ד' מטילות מגבלות מסוימות על הזכות לחירות, תוך הותרת מרחב רב למימושה.

242. אחר שאמרנו זאת, המדינה תבקש לדחות אף את טענות העותרים לפיהן החוק מעניק סמכויות שיפוט וענישה בידי של ממונה ביקורת גבולות, המובילות לפגיעה בלתי מידתית בחירותם של השוהים.

243. טרם שנדרש לטעמים המשפטיים המובילים לדחיית טענת העותרים, המשיבים יבקשו לציין כי על-פי נתונים שהועברו על-ידי רשות האוכלוסין וההגירה, הפעלתו של מרכז השהייה לוותה בראשיתה בהפרות חוזרות ומשמעותיות של חובת ההתייצבות במרכז, עד כי נדמה היה שיותר כאבן שאין לה הופכין. כך, למשל, נכון ליום 23.12.13 (כעשרה ימים לאחר פתיחת מרכז השהייה), למעלה מ-360 שוהים הפרו את תנאי הוראת השהייה שלהם, כאשר 213 מתוכם לא התייצבו במרכז השהייה במשך תקופה העולה על 48 שעות. נתונים אלו ממחישים, כי שוהים רבים אשר ניתנו בידיהם הוראות שהייה הפרו את תנאיו באופן בולט ובמפגיע. על כך, יש להוסיף ולציין כי מאז פתיחתו ונכון ליום 9.3.14 כ-105 שוהים שיצאו ממרכז השהייה ולא שבו אליו. אל מול מציאות צפויה זו נחקקה הוראת סעיף 32כא לחוק.

244. מן הבחינה המשפטית, המדינה תבקש להבהיר, כי סעיף 32 לחוק אינו מעניק לממונה ביקורת גבולות סמכות. ליתן סנקציות עונשיות, כטענת העותרים, אלא עניינו במתן אמצעי אכיפה מינהליים להבטחת קיום תנאי השהייה במרכז השהייה. ברי כי ללא הפעלתם של אמצעי אכיפה, על-פי נסיבות כל מקרה ומקרה, תישמט הקרקע תחת יכולת המשיבים להתמודד עם הפרה של תנאי מרכז השהייה הפתוח.

הפרה רציפה של תנאי השהייה במרכז תסכל את יכולתו של מרכז השהייה להגשים את תכליותיו - מניעת השתקעותם והתבססותם של מסתננים שהסתננו לישראל באופן בלתי חוקי, וכן מניעת יכולתם לעבוד במרכזי הערים. לשון אחרת - ביטולו של סעיף 32 בכללותו יהפוך את מרכז השהייה הפתוח ל"מתקן התנדבותי". ברצותו - ישהה בו המסתנן; וברצותו - לא.

תוצאה כאמור סותרת את תכלית החקיקה ויש בה כדי לסכל לחלוטין את היתכנותה של חלופת משמורת פתוחה.

245. יתרה מכך; המדינה תטען, כי סעיף 32 לחוק תוחם באופן מפורש ומפורט את שיקול דעתו של ממונה ביקורת גבולות בבואו להפעיל את סמכויות האכיפה המצויות בידיו. בניגוד לטענות העותרים, בחינת סעיף 32 לחוק, מלמדת כי הכנסת ביקשה ליצור מדרג מידתי ומאוזן של סמכויות אכיפה שיבטיחו את קיום תנאי השהייה במרכז מחד-גיסא; לצד תחימת הפגיעה בזכות לחירות הכרוכה בהעברה למשמורת לממדיה ההכרחיים בלבד, מאידך גיסא.

כך, למשל, מצא המחוקק לתחום את סמכויות האכיפה השונות שנמסרו לממונה ביקורת גבולות ולהגבילן על ידי הצבת סייגים מוגדרים להשתכללותן. ונדגים:

סעיף 32(א)(1) לחוק קובע מפורשות, כי רק הפרות שנעשו "באופן חוזר ונשנה", ללא קבלת אישור, בעניין איחור לרישום נוכחות יקימו את הסמכות להורות בצו על העברת המסתנן למשמורת.

סעיף 23(א)(2), שעניינו בהפרת כללי ההתנהגות במרכז השהייה, אף מוסיף על התיבה "באופן חוזר ונשנה" ומורה כי סמכות ההעברה תקום רק מקום "שיש בו כדי לפגוע פגיעה של ממש בסדר במרכז".

לא זו אף זו, המחוקק הראשי אף מצא לקבוע רף עליון בצד כל אחד מאמצעי האכיפה אשר מסר בידי ממונה ביקורת גבולות. רף עליון זה, שנקבע בחקיקה הראשית, הינו דרך נוספת וחשובה לתחימת שיקול דעתו של ממונה ביקורת גבולות ולשמירת אפקטיביות אמצעי האכיפה מזה, והיות האמצעי מידתי מזה.

246. בהקשר זה, המדינה תבקש לבהיר כי פרשנותה את הוראות סעיף 32כ(א) לחוק הינה על דרך הצמצום, לשם הקטנת הפגיעה בזכות לחירות הכרוכה בהעברת שוהה ממרכז השהייה אל מתקן משמורת. פרשנות מצמצמת זו מוצאת את ביטויה בשני רבדים עיקריים.

ראשית, פרשנות התיבה "באופן חוזר ונשנה" בסעיף 32כ(א)(1) לחוק ככזאת שאינה מסתפקת בהישנות נקודתית של ההפרה, אלא בהישנות משמעותית של הפרת תנאי ההתייצבות במרכז ורישום הנוכחות בו. לפי הנתונים שנמסרו על ידי רשות האוכלוסין וההגירה, להוציא השבועות הראשונים הסמוכים למועד פתיחת המרכז, השימוש בסמכות זו נעשה באופן מצומצם יחסית. למעשה, עד כה נעשה שימוש בסמכות זו ב-265 מקרים. אולם, כ-232 מהמקרים נובעים מהפרה חוזרת ונשנית של רישום נוכחות במועדים שנקבעו לחובת ההתייצבות במסגרת המחאות המאורגנות שהתקיימו ביום 17.12.13 וביום 19.12.13, ימים ספורים לאחר פתיחת המרכז. הוא הדין ביחס לפרשנות המצמצמת אותה מאמצת המדינה לתיבה "פגיעה של ממש". ולראיה, מרשות האוכלוסין וההגירה נמסר כי עד כה **טרם** נעשה שימוש בסמכות לפי סעיף 32כ(א)(2).

שנית, ובמסגרת שיקול הדעת שתתם המחוקק לממונה ביקורת גבולות בהפעילו את סמכותו מכוח סעיף 32כ(ב) לחוק, הרי שסמכות זו מופעלת בשים לב לנסיבותיו הקונקרטיות של כל מקרה ומקרה - תוך הדגשת העובדה כי הרף העליון שהתיר המחוקק נועד להפרות הקיצוניות ביותר. מתוך 265 המקרים בהם הוחלט על העברתו של שוהה ממרכז השהייה למתקן המשמורת במסגרת סמכות ממונה ביקורת הגבולות לפי סעיף 32כ לחוק, ב-170 מקרים הוחלט כי השוהה יועבר למשמורת של 90 ימים, אולם ב-65 מקרים החליט ממונה ביקורת הגבולות לקצר תקופה זו. לא זו אף זו, החלטת ממונה כאמור אינה בבחינת מעשה עשוי, שאינו ניתן לשינוי, והכל בהתאם לנסיבות כל מקרה ומקרה.

247. בצד הדברים האמורים עד כה, המדינה תבקש להדגיש כי כל החלטה של ממונה ביקורת גבולות שעניינה בהעברת שוהה ממרכז השהייה למשמורת כפופה לביקורתו של בית הדין לביקורת משמורת מסתננים, בהתאם להוראות הרלוונטיות הקבועות בפרק ג'. במסגרת הוראת סעיפים 32כ(ד)-32כ(ח) עיגן המחוקק את החובה לערוך לשוהה שימוע, בשפה המובנת לו, בטרם תתקבל החלטה לעניין הפעלת סמכות העברתו למשמורת. עוד נקבע מפורשות, כי כל החלטה על העברה ממרכז השהייה הפתוח למשמורת כפופה לביקורתו ההדוקה של בית הדין לביקורת משמורת. וכך מורה אותנו סעיף 32כ(ח) לחוק:

"(ח) הוראות סעיפים 330 עד 130 יחול על מי שהועבר למשמורת לפי סעיף זה, בשינויים המחויבים ושינוי זה: בסעיף 30ה(1)(א), במקום "לא יאוחר מעשרה ימים" יקראו "לא יאוחר משבעה ימים".

(ט) עם תום תקופת המשמורת לפי סעיף זה ישוב השוהה למרכז השהייה".

חשובות לעניינו בעיקר הוראת סעיפים 32ד ו-32ה המעגנות את מנגנון הביקורת העתית והיזומה של בית הדין לביקורת משמורת; כמו-גם הוראת סעיף 132 הקובעת כי החלטת בית הדין לביקורת משמורת נתונה לערעור בפני בית המשפט המחוזי, בשבתו כבית משפט לעניינים מינהליים. בהקשר זה, המדינה תבקש להפנות לדברי ההסבר הנלווים לכינון הביקורת השיפוטית והמעין שיפוטית ההדוקה על החלטות בדבר העברה ממרכז השחייה הפתוח למשמורת. וכך נכתב שם:

"סעיף קטן (ד) המוצע מטרתו להבטיח את זכות הטיעון של השוהה במרכז או של המסתנן, לפי העניין, בטרם יורה הממונה על העברתו למשמורת. זכות טיעון דומה קיימת לשוהה שלא כדין בטרם הוצאת צו משמורת לפי חוק הכניסה לישראל (ר' סעיף 13א(ד) לחוק האמור). ויובהר כי בכדי להבטיח את זכות הטיעון כאמור, יתקיים הדיון בהעברה למשמורת בשפה המובנת לשוהה או למסתנן, לפי העניין, כנהוג בהוצאת צו משמורת לפי חוק הכניסה לישראל.

בסעיף קטן (ה) מוצע לקבוע, בדומה לקבוע בסעיף 30א(א) לחוק בנוסחו המוצע, כי שוהה או מסתנן שהועבר למשמורת לפי הסעיף המוצע יובא לפני ממונה ביקורת הגבולות בתוך שבעה ימי עבודה מיום תחילת החזקתו במשמורת. על פי המוצע ממונה ביקורת הגבולות יהיה רשאי, בהתקיים האמור בסעיף 30א(ב) או (ג)(1) או (2) לחוק להורות על שחרורו של השוהה או המסתנן, לפי העניין, ממקום המשמורת, ועל העברתו למרכז שהייה. סמכות זו כפופה לסייגים המנויים בסעיף 30א(ד) לחוק.

עוד מוצע לקבוע, בסעיף קטן (ו), כי הוראות סעיפים 30ב עד 130 לחוק, שעניינם תנאי ההחזקה במשמורת וביקורת בית הדין לביקורת משמורת של מסתננים, יחולו על מי שהועבר למשמורת לפי הסעיף המוצע".

248. עוד יודגש, כי כל החלטה של ממונה ביקורת גבולות ליתן הוראת שהייה מכוח סעיף 32ד לחוק הינה "החלטה" הנתונה לביקורתו השיפוטית של בית המשפט לעניינים מינהליים, וזאת מכוח סעיף 15(1) לחוק בתי המשפט לעניינים מינהליים, התש"ס-2000, בצירוף פרט 12(8) לתוספת הראשונה לחוק זה.

249. לשם השלמת התמונה, המדינה תבקש לטעון כי בקיומה של ביקורת שיפוטית ומעין-שיפוטית אפקטיבית על החלטות ממונה ביקורת גבולות, יש כדי להקטין באופן משמעותי את עוצמת הפגיעה של סעיף 32כ בזכות לחירות.

250. עוד יוער, כי במאטריה בה עסקינן, מסמך אפילו חוק הכניסה לישראל את ממונה ביקורת הגבולות להורות על מתן צו משמורת כלפי מי שהינו שוהה בלתי חוקי בהתאם לסעיף 13א(ג). יתירה מכך, אפילו התקיימה עילת שחרור, הוסמך ממונה ביקורת הגבולות לקבוע כי מתקיים סייג לשחרור ממשמורת בהתאם לקבוע בסעיף 13א(ב).

כך למשל, מצא מחוקק חוק הכניסה לישראל, להפקיד בידי ממונה ביקורת הגבולות את הסמכות לבחון האם שחרורו של אדם ממשמורת, יש בו כדי לסכן את ביטחון המדינה,

שלום הציבור או בריאות הציבור; כמו גם לקבוע לעניין אי שחרורו ממשמורת את מידת שיתוף הפעולה מצידו לעניין הבהרת זהותו או להסדרת הליכי הרחקתו מישראל. מצא ממונה ביקורת הגבולות כי התקיימו אחד מסייגים אלו לעילת השחרור, יורה על החזקתו במשמורת.

כמו כן, ניתנה בידי ממונה ביקורת הגבולות הסמכות להורות על החזרה למשמורת של שוהה שלא כדין אם "נוכח ממונה ביקורת הגבולות כי שוהה שלא כדין ששוחרר בערובה הפר או עומד להפר תנאי מתנאי שחרורו בערובה...". ואחרון לענייננו בהקשר האמור, סעיף 13ט לחוק הכניסה לישראל, קובע סייג לתחולת חוק סדר הדין הפלילי.

251. אל מול כף הפגיעה בזכות לחירות, אשר כאמור לעיל אינה עולה כדי שלילת הזכות, אלא

אך כדי הגבלתה המידתית, עומדת התועלת החברתית הבולטת בהקמתו ובהפעלתו של מרכזו שההייה הפתוח לשם מניעת השתקעותה והתבססותה של אוכלוסיית המסתננים במרכזי הערים. בפרקים הקודמים עמדנו על מכלול התופעות הקשות הנלוות לכניסתה הבלתי חוקית והבלתי מוסדרת של אוכלוסייה, המונה עשרות אלפי בני אדם, ואשר מתרכזות במוקדים עירוניים ספציפיים. נפנה בהקשר זה לדבריו של כבוד השופט פוגלמן בעניין אדם (פסקה 30 לפסק דינו):

"לצד התועלת במישור בלימת תופעת ההסתננות, יש לשים על כף המאזניים את התועלות הנוספות מהתיקון שעניינן התמודדות עם השלכות התופעה. כפי שציינה חברתי, לתופעת ההגירה הבלתי-מוסדרת ממדינות אפריקה במימדי השנים האחרונות היו השלכות רחבות על אזורים מסוימים בישראל במגוון תחומים. שהייתם בישראל של עשרות אלפי מהגרים שהפרוטה אינה בכיסם, במעמד ארעי ובלתי מוסדר, המתרכזים - משלא הסדירו הרשויות מסגרות אחרות לשיכונם - בשכונות מסוימות שלא היו שכונות מבוססות מלכתחילה - מציבה אתגרים רבים לפתח הרשויות ולפתחם של התושבים המקומיים. האינטרס הציבורי בהתמודדות עם תופעה זו הוא אינטרס חשוב. עבור תושבי דרום תל אביב הוא אינטרס חיוני."

וראו גם דבריו של כבוד השופט הנדל, בפסקה 2 לפסק דינו:

"בשנים האחרונות, עשרות אלפי מהגרים ניצלו פרצות בגבול על מנת להסתנן לשטח ישראל באופן בלתי-חוקי. זרם המסתננים איים להפוך לשיטפון. תופעת ההסתננות הביאה עימה תוצאות קשות במגוון תחומים: הידרדרות ביטחון הפנים ותחושת הביטחון האישי באזורים שונים; פגיעה ברמות השכר והתעסוקה של עובדים רבים; גידול בהוצאות תקציביות בגין שירותי רפואה, רווחה וחינוך; והתפתחות שווקים בלתי-מפוקחים. בית משפט זה - בתוך עמו הוא יושב: נדמה כי הנפגעים העיקריים, גם אם לא הבלעדיים, מן ההגירה הבלתי-חוקית המאסיבית והפתאומית הם בני השכבות הסוציו-אקונומיות החלשות יותר. חופש העיסוק, היכולת להשתכר שכר הוגן, שלום הציבור במובן הרחב ותחושת שלום הציבור - כל אלו ספגו פגיעה קשה."

252. ישאל השואל ויקשה - כלום יש בתפוסה הנוכחית של מרכז השהייה כדי ליתן מענה למכלול הבעיות הנלוות להשתקעותם של אלפי המסתננים בישראל? המדינה תבקש לטעון כי על שאלה זו יש להשיב בחיוב, בפרט בנקודת הזמן הנוכחית. בהקשר זה, המדינה תבקש להפנות לדיון שנערך במסגרת התקיימותו של מבחן המשנה הראשון, ולהדגיש בתמצית כי עסקינן במרכז שהייה העתיד לקלוט בשלב זה עד 3,360 שוהים, וכי ההחלטה בדבר הרחבתו - לא כל שכן הקמת מרכזים נוספים - תישקל בשים לב למציאות המתפתחת ולנסיבות המשתנות.

253. בנוסף, וכפי שנזכר לעיל, מתן הוראות השהייה למסתננים השוהים במרכזי הערים נעשה על-פי קריטריונים ברורים שפורסמו באתר רשות האוכלוסין וההגירה, וכל החלטה כאמור נתונה לביקורתו האפקטיבית של בית המשפט לעניינים מינהליים.

עוד תבקש המדינה לציין, כי בימים אלו ממש תלויים ועומדים שורה של הליכים הנוגעים ליישומן של הוראות החוק. הליכים אלו הנוגעים ליישום פרטני של הוראות החוק מתבררים כל העת בתי המשפט לעניינים מינהליים, בעוד שעתירה זו כנגד חוקתיותו של ההסדר בכלליותו, הוגשה, ימים ספורים לאחר חקיקתו.

מטבע הדברים תוצאות ההליכים המתבררים כעת בפני בתי המשפט לעניינים מינהליים השונים נתונים לערעור בפני בית המשפט הנכבד. באופן האמור, תובאנה לפתחו של בית המשפט הנכבד סוגיות כאלו ואחרות הנוגעות להיבט יישומי קונקרטי של אחת או יותר מהוראותיו של פרק ד' לחוק.

254. לאור כל האמור לעיל, ובהעמידנו את עוצמת הפגיעה הפחותה בזכות לחירות של השוהים המצויים במרכז השהייה, אל מול התועלת החברתית העצומה הגלומה במניעת המשך השתקעותה והתבססותה של אוכלוסיית המסתננים בישראל על כל ההשלכות הכרוכות בהכרח על אזרחי מדינת ישראל ותושביה, כמו גם על אינטרסים ציבוריים חשובים; ובהינתן הצורך להמשיך ולבחון את הרחבת השימוש במרכז השהייה הפתוח, המדינה תטען כי פרק ד' לחוק צולח את מבחן המידתיות השלישי - ומכאן שלא עלה בידי העותרים להוכיח עילה להתערבות בית המשפט הנכבד בפרק ד' לחוק.

סיכום

255. לאור כל האמור לעיל, המדינה תטען כי דין העתירות להדחות. החוק המתקן הוא נדבך חשוב במערך נורמטיבי וביצועי מורכב, הוא חוקתי, ויש בו איזון מיטבי בין האינטרסים החיוניים של מדינת ישראל ובין זכויותיהם של אזרחיה ותושביה, לבין האינטרסים והזכויות של עשרות אלפים מתושבי אפריקה אשר הסתננו למדינת ישראל בשנים האחרונות.

בתמצית היריעה הרחבה שפרשנו בפני בית המשפט, ביקשנו לומר בעיקר שלושה אלה:

ראשית, האתגר הניצב בפני מדינת ישראל בהתמודדותה עם תופעת ההסתננות לשטחה, אתגר ייחודי הוא, שאין דומה לו בשום מדינה מערבית אחרת. אתגר זה אינו אך גדול ומורכב יותר באופן יחסי, נוכח מיקומה הגיאוגרפי של ישראל, מצבה הגיאופוליטי ויחסיה המורכבים עם שכנותיה, אלא גם נוכח שטחה הקטן של המדינה ומספר תושביה המצומצם יחסית, אל מול מאות אלפי מהגרי העבודה ביבשת אפריקה התרים אחר הזדמנות הגירה כלכלית במהותה. אין לטעות בזרם הדל יחסית של מסתננים שהגיעו לישראל בחודשים האחרונים, עקב פעילותיה הנחושות של הממשלה. על-פי הערכות גורמי המקצוע והמודיעין, איום זה – עדיין איום ממשי הוא, ובכוחו לשנות באופן מהותי את צביונה ואופיה של המדינה, ולהמשיך את הפגיעה בחוסנה התברתי והכלכלי.

שנית, כדי להתגונן בפני השלכותיה הקשות של תופעת ההסתננות, התליטה הממשלה על יצירת תכנית משולבת לטיפול בתופעה. בעקבות פסק הדין בבג"ץ אדם, ולאחר לימוד קביעות בית המשפט הנכבד, נערכה עבודת מטה למציאת אמצעים חלופיים. התכנית והאמצעים נותנים בידי המדינה מספר רב של כלים, ממבחר תחומים, לשם מיגור התופעה ולשם מתן פתרון ראוי ומידתי לאלה שכבר עלה בידם להסתנן לשטחה. כלים אלה "כלים שלובים" הם. אין האחד יכול בלי משנהו. כולם חוברים יחד לכדי מארג שלם אשר נועד לטפל בהיבטיה השונים של התופעה, ולתת בידי המדינה פתרון אשר יהיה יעיל ואפקטיבי להשגת תכליותיו מחד גיסא, ויהיה רגיש ומכבד זכויות אדם, מאידך גיסא. האיזונים הקיימים בתוך ההסדר כמכלול, שלובים וארוגים בין הכלים הספציפיים שנבחרו לשמש בו.

שלישית, הכלים שנבחרו לטיפול בתופעה, שבעתירה זו נתקפו רק שניים מהם, מהווים הסדר מאוזן ראוי ומידתי כל אחד בנפרד – וכך בוודאי כאשר חוברים להם כולם יחדיו לכדי מארג שלם. אין לכתחילה – פגיעה מסוימת יש בהם. אך מדובר בפגיעה הכרחית ומידתית אל מול האינטרסים החשובים והמרכזיים העומדים על הפרק, אשר עומדים תדיר על סדר יומם של מקבלי ההחלטות, אשר מקדישים לטיפול בתופעה זמן ומשאבים רבים. איזוניה ומידתיותה של התכנית המשולבת לטיפול בתופעת ההסתננות, מתחדדים

ומתעצמים נוכח האבחנה הברורה שהיא מבקשת לערוך בין "מהגרי העבודה" לבין מי שבפיהם טענת מקלט פרטנית מבוססת על יסוד מיסודותיה של אמנת הפליטים. מדינת ישראל אינה מתכחשת – ואף לא תתכחש בעתיד – למחויבויותיה על פי אמנת הפליטים. לשם כך הוכפל מספר העובדים המופקדים במשרד הפנים על בירור בקשות המקלט, קוצרו זמני בירור הבקשות במסגרת התיקון החדש, ומוקדש מאמץ מיוחד לטיפול בבקשות. יחד עם זאת, לא אל מול אלה אשר יהיו זכאים בסוף הדרך להיחשב כפליטים יש לבחון את חוקיות הכלים אשר בחרה המדינה לאמץ. זאת יש לעשות אל מול רובה המכריע של אוכלוסיית המסתננים, אשר הגיעה לכאן כדי לשפר את מצבה הכלכלי, שלה ושל משפחתה שנשארה מאחור, ואל מול מאות האלפים שעלולים לבוא אחריהם.

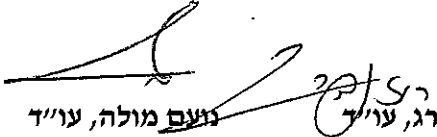
256. טרם חתימה נזכיר, כי עניינה של העתירה הינו בגרעין הקשה של עקרון הריבונות.


ההסדרים המשפטיים אשר עומדים במרכז העתירה דנו, הינם הלכה למעשה, הכרעתן הריבונית של ממשלת ישראל וכנסת ישראל באשר לאופן התמודדותה הרצוי של המדינה עם תופעת ההסתננות הבלתי חוקית שפקדה אותה בשנים האחרונות, על השלכותיה השונות. נקודת מוצא זו, שבחשיבותה לא ניתן להפריז, מהווה את הבסיס לכל אחד מההיבטים הקשורים בבחינה החוקתית של הסדרים אלו – החל בתכליות אותן הסדרים אלו מבקשים להשיג, דרך מרחב התמרון ושיקול הדעת הנתון לריבון בבחינת מידתיות ההסדרים וכלה בהיקף הביקורת השיפוטית ביתס אליהם.

257. כתב תשובה זה נתמך, לפי העניין, בתצהיריהם של מר חגי הדס, מר אמנון בן עמי, ראש

רשות האוכלוסין וההגירה; גנ"מ יהושוע וייס, קצין ניהול אסירים מחוזי מחוז דרום בשירות בתי הסוהר; וד"ר מיכאל דור, לשעבר סגן ראש מינהל רפואה במשרד הבריאות (עד ליום 1.1.14) וכעת בתפקיד יועץ במשרד הבריאות.

היום, ט' אדר ב תשע"ד
11 מרץ 2014


רון רוזנברג, עו"ד
סגן בפרקליטות המדינה
עוזר לפרקליט המדינה
נעם מולה, עו"ד


יצחק ברט, עו"ד
סגן בכיר בפרקליטות
המדינה


יוכי גבסין, עו"ד
מנהלת תחום בכירה
(עניינים מינהליים)
בפרקליטות המדינה