

קבוע ליום: 3.2.2015

המבקש:

מרכז קונקורד לחקר קליטת המשפט הבינלאומי בישראל

בעניין:

ע"י ב"כ עוה"ד פרופ' פרנסס רדאי ואבינעם כהן

הקליניקה למשפט בינלאומי, בית-הספר למשפטים,

המסלול האקדמי, המכללה למנהל

שד' יצחק רבין 7, ראשון לציון 75190

טל': 03-9634041; פקס': 03-9634315

טל' נייד: 050-7271513

העותרים:

1. טשומה דסטה

2. אנואר סולימאן ארבאב איסמעיל

3. המוקד לפליטים ומהגרים

4. האגודה לזכויות האזרח בישראל

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

6. רופאים לזכויות אדם - ישראל

7. המרכז לקידום פליטים אפריקאיים

כולם ע"י עוה"ד עודד פלר, יונתן ברמן, ענת בן דור, אלעד כהנא, אסף וייצן,
רחל פרידמן ואסנת כהן ליפשיץ

שכתובתם להמצאת כתבי בית-דין:

האגודה לזכויות האזרח בישראל

מרר' נחלת בנימין 75 תל אביב

טלפון: 03-5608185; פקס': 03-5608165

נ ג ד

המשיבים:

1. הכנסת

באמצעות הלשכה המשפטית של הכנסת

קריית בן-גוריון, ירושלים 91950

טל': 02-6408636, פקס': 02-6753495

2. שר הפנים

3. שר הביטחון

4. השר לביטחון פנים

5. היועץ המשפטי לממשלה

באמצעות ב"כ פרקליטות המדינה

רחוב צלאח-א-דין 29, ירושלים 91010

טל': 02-6466712, פקס': 02-6467011

בקשה להצטרף כידיד בית המשפט

בית המשפט הנכבד מתבקש בזאת להתיר למבקש להצטרף לעתירה שבכותרת כידיד בית המשפט ולהגיש לפניו טיעון בכתב, המפרט את הנורמות מן המשפט הבינלאומי החלות בסוגיה העקרונית המתעוררת בעתירה.

ואלה נימוקי הבקשה:

1. עניינה של העתירה בהגבלות על החירות אשר נקבעו בחוק למניעת הסתננות ולהבטחת יציאתם של מסתננים מישראל (תיקוני חקיקה והוראת שעה), התשע"ה-2014 (**התיקון או החוק המתקן**), אשר תיקן (בשלישית) את החוק למניעת הסתננות (עבירות ושיפוט), התשי"ד-1954 (**החוק למניעת הסתננות או החוק**), בעקבות פסקי דינו של בית המשפט הנכבד בעניין בג"ץ 7146/12 **אדם נ' הכנסת** (פסק הדין מיום 16.9.2013) (עניין **אדם**) ובעניין בג"ץ 7385/13 **איתן - מדיניות הגירה ישראלי נ' הכנסת** (פסק הדין מיום 22.9.2014) (עניין **איתן**).
 2. בעניין **אדם** ובעניין **איתן** עתר המבקש לבית המשפט הנכבד כי יתיר לצרפו כידיד בית המשפט, מאחר שסבר כי לטובת ההכרעה בעתירות אלו יש חשיבות בהצגת טיעון שיטתי וסדור אשר יבהיר את כללי המינימום המקובלים במשפט הבינלאומי בעניין מעצר זרים לשם אכיפת דיני ההגירה.

בבקשות שהגיש בעניין **אדם** ובעניין **איתן**, עמד המבקש על כך שכללי המינימום הקבועים במשפט הבינלאומי מציבים עקרונות מנחים לחקיקה ולמדיניות בתפר שבין הסמכות הריבונית למנוע כניסת זרים למדינה, לבין החובה להבטיח את זכויותיהם לאחר שבאו תחת שיפוט ושליטתה. המבקש טען, כי דווקא משום שהמשפט הבינלאומי מציב גבולות מעטים בלבד לחקיקה, למדיניות וליישומה בתחום ההגירה, יש חשיבות מיוחדת לבחינת כללי המינימום שאף מדינת ישראל נטלה על עצמה לקיים. תמצית עמדתו של המבקש צוינה בפסקי הדין בעניין **אדם** (פיסקה 60 לחוות דעתה של כב' השופטת ארבל) ובעניין **איתן** (פיסקה 22 לחוות דעתו של כב' השופט פוגלמן).
 3. ביסודו של דבר מעורר התיקון האחרון לחוק למניעת הסתננות שאלות אליהן כבר נדרש בית המשפט הנכבד. יחד עם זאת, בעוד חלק ניכר מן הדיון בעניינים **אדם** ו**איתן** נסב על מידתיות ההגבלות על החירות הכרוכות בהסדרי המשמורת והשהיה, מצד משכן ועצמתן, העתירה הנוכחית מעוררת ביתר שאת את הגרעין שביסוד הזכות לחירות, מצד האיסור על פגיעה בחירות שיש בה משום שרירות.

העיקר הוא בכך, שבעוד החוק המתקן צמצם את תקופות ההגבלה על חירות, בין במשמורת ובין בהוראת שהיה, וגרע מעצמתן באמצעות ביטול שתי חתימות יומיות, החוק למניעת הסתננות עדיין איננו קובע אמות מידה פרטניות לשימוש בסמכות כלפי מי שבאים בגדרו. התבחינים להוצאת הוראות שהיה נוגעים אך למועד הגעתו של אדם לישראל. מי שאינם מנויים על הקבוצות הפגיעות ששחררו מתחולתם של ההסדרים הקבועים בחוק (בהתאם להוראות סעיפים 30א(ב)-(1)-(3) (לעניין משמורת) ולסעיף 32ד(ב) (לעניין חובת שהיה)), חשופים לפגיעה בחירות הכרוכה בהוראות המשמורת והשהיה, ללא קשר לאפשרות המעשית של גירושם מישראל. הסמכות להורות על חובת שהיה אדישה היא במוצהר לטעם בגינו "יש קושי... בביצוע גירושו של מסתנן למדינת מוצאו" (סעיף 32ד(א) לחוק).
- המבקש סבור, כי בכך **שקציבת תקופת המשמורת** (לפי סעיף 30א(ג)) ו**חובת שהיה** (לפי סעיף 32כא) נעשית ללא זיקה לאפשרות לממש את הוראת הגירוש מישראל ולסיבות העומדות ביסוד הקושי

במימוש ההוראה, מאפשר ההסדר פגיעה שרירותית בחירות, האסורה הן על פי המשפט המדינתי והן על פי המשפט הבינלאומי שמדינת ישראל התחייבה לקיימו.

4. בחודשים האחרונים אומצו שני מסמכים מרכזיים על ידי שניים מן האורגנים המקצועיים והמובילים בפרשנות הוראות המשפט הבינלאומי. שני מסמכים אלה מוקדים לפרשנות היקף חובת המדינות להבטיח את רכיבי היסוד של הזכות לחירות:

א. טיוטת ההוראות בעניין הרחקה של זרים - Draft Articles on the Expulsion of Aliens - אומצה על ידי הוועדה למשפט בינלאומי, לאחר תהליך יסודי וממושך שארך למעלה מעשור. נציגי מדינת ישראל נטלו חלק בתהליך גיבושה של טיוטת הוראות זו, שיש בה התייחסות ממוקדת לכללים הרלוונטיים במשפט הבינלאומי הנוגעים למעצר לפני הרחקה.

ב. הוועדה לזכויות אדם, אשר מפקחת על האמנה בדבר זכויות אזרחיות ומדיניות משנת 1966 (האמנה), שמדינת ישראל היא צד לה, אימצה בחודש אוקטובר את ההערה הכללית מס' 35. הערה פרשנית זו בוחנת את היקפה של הזכות לחירות הקבועה בסעיף 9 לאמנה. נוסחה הסופי של ההערה הכללית כולל התייחסות מפורשת הן לרכיבי הזכות והן להגבלות הנובעות ממנה על קיומו של מעצר לשם אכיפת דיני ההגירה.

5. לאימוץ מסמכים אלה נודעת חשיבות במסגרת ההכרעה בעתירה הנוכחית. זאת, לאור ההתייחסות האחידה לפירושה של הזכות לחירות, בנסיבות של הגבלות אשר נובעות מן הצורך באכיפת דיני ההגירה. אשר על כן, ועל רקע החשש כי יישומו של החוק למניעת הסתננות במסגרת החוק המתקן יוביל להפרת הוראות מחייבות במישור הבינלאומי, מצא לנכון המבקש לעתור לבית המשפט הנכבד זו הפעם השלישית בבקשה להציג לפניו את עיקרי עמדתו בעניין, כפי שיפורט בתמצית להלן.

ב. המבקש

6. מרכז קונקורד (המבקש), הינו מכון מחקרי אקדמי עצמאי, הבוחן את קליטתן של נורמות מן המשפט הבינלאומי בדין הישראלי. בראש המרכז עומדת פרופ' פרנסס רדאי, העומדת בראש קבוצת העבודה לבדיקת הפליה נגד נשים מטעם המועצה לזכויות אדם של האו"ם, ולשעבר חברת הוועדה לפיקוח על האמנה לביטול הפליה נגד נשים לצורותיה. על מייסדיו וחברי הנהלתו הישראלית של המבקש נמנים חוקרים בכירים בישראל העוסקים בחקר המשפט הבינלאומי, בהם כלת פרס ישראל פרופ' רות לפידות, פרופ' ארנה בן נפתלי, פרופ' יובל שני החבר בוועדה לזכויות אדם המפקחת על יישום האמנה לזכויות אזרחיות ומדיניות, פרופ' איריס קנאור, פרופ' אייל גרוס ואחרים. עוד חברים במבקש מבכירי מלומדי המשפט הבינלאומי בארצות העולם, בהם שופט בית הדין הבינלאומי (בדימוס) תומס בורגנטל (Burgenthal), פרופ' יוסף ווילר מאוניברסיטת ניו-יורק (NYU) ואחרים.

7. המבקש ביקש להצטרף כידיד בית המשפט לעתירות בשני הגלגולים הקודמים של הדיון בתוקפו של החוק למניעת הסתננות, בעניין אדם ובעניין איתן. זאת, מתוך הערכת חשיבותם של הכללים המחייבים מן המשפט הבינלאומי לבירור העתירה ותרומתם לדיון בה. על רקע זה ובשים לב לדברים האמורים בפתחה של בקשה זו, פונה המבקש להציג את עמדתו לפני בית המשפט הנכבד אף עתה.

8. תמצית עמדתו של המבקש לגופו של עניין, היא כדלקמן:

א. המשפט הבינלאומי מקנה למדינות זכות וסמכות לאכוף את דיני ההגירה שלהן באמצעות הרחקת זרים המצויים בשטחן ללא היתר. לשם כך, מכיר המשפט הבינלאומי בצורך לנקוט במעצר על מנת להבטיח את אכיפתן של החלטות בעניין גירוש והרחקה. יחד עם זאת, המשפט הבינלאומי קובע גם כללי מינימום, המבחינים בין מעצר המיועד לאפשר את מימוש ההחלטות הריבוניות בענייני הגירה, לבין מעצר שההיבט הדומיננטי בו חורג מתפקיד זה.

ב. הפגיעה בחירות מותרת, כל עוד היא נעשית לפי חוק ולא באופן שרירותי. מובנו של האיסור על פעולה מתוך שרירות כולל הן את משמעותו היסודית המחייבת כי הפעלת הסמכות תהיה הוגנת, צודקת, ניתנת לצפייה ומעוגנת בהליכים משפטיים ראויים, והן כי הגבלת חירות תהא מודרכת על ידי עקרונות של מידתיות, צורך וסבירות.

ג. על רקע זה יטען המבקש, כי ניתוק הזיקה בין הסמכות להורות על משמורת וחובת שהייה לבין האפשרות לממש את הוראות הגירוש מישראל, ולא כל שכן מן הטעמים העומדים ביסוד הקושי במימוש הוראת הגירוש, מאפשר החוק למניעת הסתננות פגיעה שרירותית בחירות. פגיעה כזו אסורה הן על פי המשפט המדינתי והן על פי המשפט הבינלאומי.

בקשה זו תעמוד על עיקרי דברים אלה, כסדרם. למען הסדר הטוב, נקדים לפירוט עמדת המבקש התייחסות תמציתית לבסיס המשפטי לצירופו של המבקש כידיד בית המשפט לעתירות שבכותרת.

ד. צירוף המבקש כידיד בית המשפט לשם הגשת עמדתו בעניין הכללים המחייבים במשפט הבינלאומי

ההלכה - צירוף גוף מומחה כידיד בית משפט על מנת להעניק ייצוג להיבטים עקרוניים של העניין הנדון

9. צירופם של ידידי בית המשפט במקרים המתאימים מוכר מאז פסק הדין מ"ח 7929/96 **אחמד כוזלי נ' מדינת ישראל**, פ"ד נג(1) 529. העיקרון המנחה הוא, כי הידע והמומחיות של המבקש להצטרף כידיד בית משפט יעניקו ייצוג וביטוי הולם להיבטים העקרוניים של הסכסוך הפרטני, וכדברי הנשיא ברק (שם, עמ' 553):

באותם המקרים בהם קיים גורם שלישי - שאינו מעורב בסכסוך עצמו - ניתן יהיה לצרפו כ"ידיד בית המשפט", **אם יהא בנוכחותו בהליך בכדי לתרום לגיבושה של ההלכה בעניין מסויים, זאת על יסוד הצגת מלוא העמדות הרלבאנטיות בעניין הנדון ותוך מתן ייצוג ופתרון פה ודעת לגופים מייצגים ומקצועיים.**

10. בעקבות הלכת **כוזלי**, התירו בתי המשפט צירוף של ידידי בית משפט להליכים מסוגים שונים, המתנהלים בערכאות השונות. במקרים שנודעת להם חשיבות עקרונית, נודעת תרומתם של מי שיכולים לייצג נאמנה היבטים עקרוניים של המקרה הנדון. זאת, על מנת להתייחס להיבטים כוללים של הסוגיה שעל הפרק ולהכריע בסכסוך באופן יעיל ושלם. הלכת **כוזלי** יושמה בקשת של מקרים והליכים, ובתוכם כאלו בהם פנה המבקש להצטרף להליכים במעמד של ידיד בית המשפט.

11. החוק למניעת הסתננות מעורר שאלות עקרוניות בעניין פעולתה של מדינת ישראל בהתאם למחויבויות שנטלה על עצמה במישור הבינלאומי. כך בייחוד, נוכח הפעלת הסמכות מכוחו כלפי זרים חסרי מעמד בישראל, שרבים מהם מבקשים מקלט או הגנה מפני גירוש; נוכח היעדרן של הוראות בחקיקה הישראלית המדריכות באופן מפורש כיצד יש לבחון וליישם את המחויבויות ההומניטאריות כלפי פליטים ומבקשי הגנה; ונוכח הפער הקיים בין הוראות בחוק למניעת הסתננות ואופני יישומו לבין אמות המידה הזהירות שנקבעו במשפט הבינלאומי בתחום זה.

המבקש סבור כי גם לעת הכרעה בעתירה הנוכחית יש להביא בחשבון הוראות מחייבות מן המשפט הבינלאומי, המהוות חלק בלתי נפרד מהנחות המוצא שבגדרן יש לערוך בירור זה. על מנת לחדד את מסגרת הדיון במשפט הבינלאומי, מבלי להאדירו או ליתרו, מבקש מרכז קונקורד להצטרף לעתירה במעמד של ידיד בית המשפט. עיקרי עמדתו של המבקש מוגשים בזאת, על מנת להבהיר את תרומתה לדיון העקרוני.

ה. הוראות המשפט הבינלאומי הנוגעות לעניין

12. מדינת ישראל ריבונית לקבוע מי ייכנס לתחומה ומי יזכה בה למעמד. בה בעת, מחובתה של המדינה - אשר נהנית מהכרה בריבונותה במישור הבינלאומי - לכבד את זכויות היסוד של זרים הנמצאים בתחומה.

נקודת המבט של המשפט הבינלאומי מסייעת להבהיר, כי ריבונות המדינה על גבולה, זכויותיה כלפי מדינות אחרות וחובתה להבטיח את זכויותיו של כל אדם המצוי תחת שליטתה ובתחומי סמכותה, אינם עקרונית הזרים זה לזה. תכליותיהם שלובות זו בזו ומתקיים ביניהם איזון המשוקע בכללי המשפט הבינלאומי בעניין אכיפת דיני ההגירה.

13. כיוון שהמבקש עמד על המסגרת הנורמטיבית הכללית בעניין **אדם** ובעניין **איתן**, ולנוכח התייחסותו המפורשת של בית המשפט הנכבד למסגרת הנורמטיבית ובתוכה להוראות המשפט הבינלאומי ופירושן בשני פסקי דינו, יובאו הדברים בתמצית ותוך הדגשת ההיבטים הרלוונטיים במשפט הבינלאומי העולים במסגרת הדיון בעתירה הנוכחית.

1. נקודת המוצא: למדינה זכות להרחיק זרים, במסגרת הוראות המשפט הבינלאומי

14. זכותן של מדינות להרחיק זרים מתחומן היא אינהרנטית. היא נובעת מן הריבונות המדינתית עצמה וזוכה להכרה ללא עוררין במשפט הבינלאומי. טיוטת ההוראות בעניין הרחקה של זרים (**טיוטת הוראות בעניין הרחקת זרים**), אשר גיבשה הוועדה למשפט בינלאומי, כוללת הכרה מפורשת בזכות זו (סעיף 3):

A State has the right to expel an alien from its territory. Expulsion shall be in accordance with the present draft articles, without prejudice to other applicable rules of international law, in particular those relating to human rights.

15. האיזון היסודי עליו חוזרת הוראה זו הוא, כי בעת מימוש הזכות להרחיק זרים מתחומן, על המדינות לכבד את המסגרת החוקית המתווה את דרכן לעשות זאת. עקרון זה נשזר הן בהוראות המהותיות בעניין הרחיקת זרים והן בדברי ההסבר אשר צורפו לטיוטה שגיבשה הוועדה למשפט בינלאומי בעניין זה (**דברי ההסבר להוראות בעניין הרחיקת זרים**):¹

International Law Commission, Draft articles on the expulsion of aliens, with commentaries (2014) (http://legal.un.org/ilc/texts/instruments/english/commentaries/9_12_2014.pdf).

16. הוראת החוק למניעת הסתננות בעניין הרחקה היא כללית, דלה ונעדרת פירוט ותנאים למימושה (סעיף 30(א) לחוק). עם זאת, על ההוראה זו מושתתת כל האסדרה המפורטת בעניין ההגבלות המוטלות על מי שהוצא נגדם צו גירוש, ובראשן ההוראות בעניין שלילת חירות והגבלתה, בהן עוסקת עתירה זו. באופן טכני, החוק למניעת הסתננות מאמץ את הנוסחה הקבועה בטיטוט ההוראות בעניין הרחיקת זרים, שלפיה המעצר אינו עומד לעצמו. שכן, משמורת והוראות שהייה נסמכות לפעולת ההרחקה ויונקות את תוקפן ממנה.

17. אולם כפי שנראה מייד, קיומו של צו גירוש אינו מכשיר כל פעולה הנעשית תחת אצלתו. למדינה מותר להגביל את חירותם של זרים במעצר, כיוון שלמדינה זכות וסמכות להרחיקם מתחומה. **אולם דרושה זיקה תכליתית בין הסמכות העיקרית** (למנוע כניסה מזרים ולהרחיקם משטחי המדינה) **לבין הסמכות המשנית הנלווית לה** (ובכלל זה, מעצר זרים והגבלות אחרות על חירות). ללא זיקה זו, אין הסמכות המשנית לשלול ולהגביל חירות נהנית מן המעמד המיוחד השמור לשיקול הדעת הריבוני בענייני מעמד והרחקה.

ה2. הכלל בעניין שלילת חירות של זרים לשם אכיפת דיני ההגירה

18. הוראת היסוד במשפט הבינלאומי הנוגעת לשלילת חירות היא זו של סעיף 9 לאמנה בדבר זכויות אזרחיות ומדיניות, הקובע כי "לא יהיה נתון אדם במעצר או מאסר שרירותיים". מיישמו השגור של כלל זה בענייני הגירה אנו למדים, כי הפגיעה בחירות מותרת, כל עוד היא נעשית לפי חוק ולא באופן שרירותי.

מובנו של האיסור על פעולה מתוך שרירות כולל הן את משמעותו המקורית של האיסור על שרירות, המחייב כי הפעלת הסמכות תהיה הוגנת, צודקת, ניתנת לצפייה ומעוגנת בהליכים משפטיים ראויים, והן כי הגבלת חירות תהא מודרכת על ידי עקרונות של מידתיות, צורך וסבירות.

19. בחוות דעתו הקודמות של המבקש בעניין **אדם** ובעניין **איתן**, נסקרו בפירוט אמות המידה בעניין מעצר זרים אשר נלמדות מן הכלל המחייב במשפט הבינלאומי. כן הצבענו על קשת רחבה של גופים שיפוטיים ומפקחים, האמונים על פרשנות הוראות דומות במשפט הבינלאומי ובמערכות דיני זכויות האדם האזוריים, המשמיעים בעניין זה שפה אחת ודברים אחדים.² מבלי לחזור על הדברים נדגיש את תמציתם:

¹ המסמך הממצה שנתקבל בשנת 2014, גובש בתהליך ממושך שהחל עוד בשנת 2000 ומושתת על הוראות המצויות בכלל חטיבות הדין השונות של המשפט הבינלאומי. נוסחו הסופי נסמך על מחקרים מקיפים אשר בחנו את ההוראות במשפט הבינלאומי ואת פירושו ויישומן, ועל התדיינות עם נציגי המדינות - **בהן נציגי מדינת ישראל** - ולמידה מניסיון. מדובר בתהליך ממושך ויסודי, המונחה על ידי אמות המידה המקצועיות המחמירות ביותר בתחום.

² הוראות האמנות האירופאית, האפריקאית והבין-אמריקאית לזכויות אדם נשנות, בדומה לאמנות זכויות האדם הבינלאומיות שישראל צד להן, על ההכרזה לכל באי עולם בדבר זכויות אדם משנת 1948. מלבד ההחלטות הנזכרות, ראו גם:

(א) יש להבטיח את אופיו האזרחי של המעצר, המשרת את דיני ההגירה, ולהבחינו באופן מהותי ממעצר המשרת הליכים פליליים שנועדו להעניש ולהרתיע עבריינים;

(ב) יש להבטיח את מידתיות, נחיצות וסבירות המעצר;

(ג) יש להבטיח הליכים הוגנים וביקורת שיפוטית במהלך המעצר; וכן

(ד) יש להבטיח התייחסות מיוחדת לפגיעות של זרים שאינם בעלי מעמד בתחומי המדינה, כגון ילדים, קרבנות סחר בבני אדם ופליטים.

20. טיטת ההוראות בעניין הרחקת זרים, חוזרת על אמות מידה אלו בסעיף 19, שיש בו מעין קודיפיקציה של כללי המשפט הבינלאומי המתווים את מתכונת המעצר הנסמך להרחקה. מעבר לדרישות הפרטניות עליהן הצבענו למעלה, חשובה הוראה זו בכך שהיא מעמידה את המעצר בהקשרו. הוראת משנה 19(2) מבהירה, כי משך המעצר כרוך לבלי הפרד באפשרות ההרחקה:

2(a) The duration of the detention **shall be limited to such period of time as is reasonably necessary for the expulsion to be carried out.** All detention of excessive duration is prohibited.

(b) The extension of the duration of the detention may be decided upon only by a court or, subject to judicial review, by another competent authority.

הוראת משנה 19(3) אף מוסיפה ומטעימה, כי ללא זיקה להליכי הרחקה, ההצדקה להחזקה במעצר בטלה מעיקרה:

3(a) The detention of an alien subject to expulsion shall be reviewed at regular intervals on the basis of specific criteria established by law.

(b) Subject to paragraph 2, **detention for the purpose of expulsion shall end when the expulsion cannot be carried out,** except where the reasons are attributable to the alien concerned.

21. עמדה דומה מצויה בהערה הכללית מס' 35 שיצאה לפני חודשים אחדים תחת ידה של הוועדה לזכויות אדם, המפקחת על האמנה בדבר זכויות אזרחיות ומדיניות. הנחיותיה בעניין סעיף 9 לאמנה, הנסמכות בין היתר על מספר רק של מקרים פרטניים אשר הגיעו לבחינתה, מסכמות את הגישה המקובלת לפרשנות האמנה שישראל היא צד לה, בכל הנוגע למעצר במסגרת אכיפת דיני ההגירה. והנה, כחוט השני עובר

Velez Loor v. Panama, Preliminary Objections, Merits, Reparations, and Costs, Judgment, Inter-Am. Ct. H.R. (ser. C) No. 218, (23 November 2010), para. 171; *Van Alphen v. The Netherlands*, Human Rights Committee, Communication No. 305/1988 (23 July 1990), para. 5.8; *Ying Fong v. Australia*, Comm No. 1442/2005, U.N. Doc. CCPR/C/97/D/1442/2005 (2009), para. 9.3; *A & Ors. v. Australia*, Comm. No. 1429/2005, U.N. Doc. CCPR/C/92/D/1429/2005 (2008), para. 6.4.

בדברי הוועדה לזכויות אדם העיקרון, כי החלטה על שלילת חירות צריכה להיות פרטנית, מתוך התאמה לתכלית העיקרית של הרחקה ובשים לב לנסיבות האישיות של כל אדם ואדם:

[...] Asylum-seekers who unlawfully enter a State party's territory may be detained for a brief initial period in order to document their entry, record their claims, and determine their identity if it is in doubt. To detain them further while their claims are being resolved would be arbitrary absent particular reasons specific to the individual, such as an individualized likelihood of absconding, danger of crimes against others, or risk of acts against national security.

נדגיש, כי עמדתה של הוועדה בעניין הצורך בבדיקה אישית של כל מקרה ומקרה אינה משתמעת לשני פנים. לשונה, הנוטה בדרך כלל לצד הזהירות, היא חד משמעית בכל הנוגע לצורך ביישום דווקני ופרטני של הכלל האוסר פגיעה שרירותית בחירות:

The decision must consider relevant factors case-by-case, and not be based on a mandatory rule for a broad category; must take into account less invasive means of achieving the same ends, such as reporting obligations, sureties, or other conditions to prevent absconding; and must be subject to periodic reevaluation and judicial review...

Human Rights Committee, *General Comment No. 35: Article 9: Liberty and Security of Person*, (28 October 2014), para 18.

22. על דרך הכלל, המשפט הבינלאומי מבטא גישה שקולה וזהירה, אשר מקנה מרחב תמרון רחב במיוחד למדינות ריבוניות, המחליטות מי יבואו בשעריהן ונוקטות באמצעי אכיפה שונים כדי לממש את ריבונותן בעניין. אך דווקא משום כך, יש חשיבות יתרה לעמדה הברורה המושמעת בו ביחס למעצר זרים, ולתהליך העקבי של התייצבות סביב אמות מידה משותפות גם בבתי המשפט האזוריים לזכויות אדם ואף בבתי משפט מדינתיים אשר בעבר דחו את המאמץ להביא את מעצר הזרים בגדרי הכללים המקובלים במשפט הבינלאומי.

ה. מן הכלל אל הפרט (א): משמורת לפי החוק למניעת הסתננות לאור כללי המשפט הבינלאומי

23. בשונה מן ההסדרים שנפסלו, החוק המתקן צמצם עוד את תקופת המשמורת הראשונית, והרחיב מעט את הסדרי הביקורת על המשמורת ועילות השחרור ממנה. אולם שני היבטים מרכזיים עודם מעיבים על טיב הסדרי המעצר שנקבעו בחוק המתקן, עד כי דומה שיישומו עשוי לעלות כדי שלילת חירות שרירותית: (א) המשמורת נותרה כלל של ברירת מחדל, ללא זיקה הכרחית לאפשרות לבירור זהותו של אדם, תביעתו למעמד ואפשרות הרחקתו, וכן (ב) האפשרות לקיים משמורת ללא הגבלת זמן, בין היתר על רקע של חוות דעת ביטחונית אשר איננה נוגעת לפרט, לא בוטלה. נעמוד על פגמים אלה בקצרה.

(א) אודות המשמורת ככלל של ברירת מחדל, והתכלית הלגיטימית של מעצר לשם אכיפת דיני הגירה

24. נקודת המוצא בבחינת מעצר לשם אכיפת דיני ההגירה היא, כי נדרשת הצדקה אינדיבידואלית, דוגמת החשש מפני הימלטות והימנעות משיתוף פעולה, כדי להצדיק את המעצר. ראו בהחלטתה של הוועדה לזכויות אדם: *A v. Australia*, Comm. No. 560/1993, U.N. Doc. CCPR/C/59/D/560/1993 (1997), para. 9.4. זאת ועוד, העקרונות עליהם עמדנו זה עתה מכוונים לכך שסמכות המעצר מוגבלת על פי תכליתה לשלילת חירות שתכליתה הפכה הינה למנוע כניסה שלא כדין לתוך המדינה או הרחקה של זר השוהה בה בניגוד למדיניות ההגירה הנוהגת. הבהיר זאת בית הדין האירופי לזכויות אדם בעניין *Saadi*³, עת בחן והתיר בדעת רוב מעצר של מבקשי מקלט לתקופה של 7 ימים, בקבעו כי הזכות ריבונית לפקח על כניסתם של זרים לתחומי המדינה ושיבתם בה אינה שנויה במחלוקת:

To avoid being branded as arbitrary, therefore, such detention must be carried out in good faith; it must be closely connected to the purpose of preventing unauthorised entry of the person to the country; ...

Saadi v. United Kingdom, application no. 13229/03 (29 January 2008), para. 74.

25. החלטת בית הדין האירופי לזכויות אדם בעניין *Saadi*, וכמוה החלטת בית הדין הבין אמריקאי בעניין *Velez Looz* (לעיל, פסקה 19 (הערה 2)) והחלטות הוועדה לזכויות אדם, מדגישה כי הבדלים של מידה עשויים לשקף הבדלים קטגוריים: בין מעצר מותר שניכר בו כי הוא נועד להוביל להרחקה או למניעת כניסה (בהתאם לעקרון הריבונות), ובין מעצר שרירותי שנשתלבו בו טעמים אחרים המרחיקים אותו מן התכלית המקורית.

כיוון שהזכות לחירות נתונה לכל אדם, מכוון אותנו המשפט הבינלאומי לזהות את **ההיבט הדומיננטי של הפעולה המדינתית**, לפי תכליתה. כללי המינימום למעצר אשר נתקבלו במשפט הבינלאומי נועדו להבחין בין פעולות מדינתיות שהן סמכויות נלוות למימוש ריבונות המדינה בתחום ההגירה באופן ישיר, לבין **פעולות שמתמקדות בשלילת החירות כשלעצמה - עליהן חלות זכויות האדם וזכויות היסוד הרלוונטיות** והמבחנים המקובלים להגבלתן.

גישה זו, המצויה במשפט הבינלאומי אומצה גם על ידי בתי משפט מדינתיים, עת פירשו את היקף הזכות לחירות מזה, ואת גבולותיה של הסמכות הריבונית לפקח על הגירה מזה. היתה זו, כידוע, גם גישתו של בית המשפט הנכבד עת דן בתיקונים הקודמים לחוק למניעת הסתננות בעניין **אדם** ובעניין **איתן**.

26. הקושי במעצר הנעשה ככלל של ברירת מחדל הוא בכך שברירת המחדל חושפת תכליות של הרתעה וענישה שאינן נמנות על התכלית המותרת של "הרחקת המגורש מן החברה הישראלית." (עניין **אדם**,

³ בית הדין פירש את הזכות לחירות הקבועה בסעיף 5(1) לאמנה האירופית לזכויות אדם, המקביל לסעיף 9(1) לאמנה בדבר זכויות אזרחיות ומדיניות. האמנה האירופית מכירה במעצר זרים ורואה בו פגיעה מותרת בחירות כאשר הוא מתקיים בהתאם לכללי האמנה. סעיף 5(1)(f) לאמנה מתיר באופן מפורש מעצר שנערך כחוק על מנת למנוע כניסתו של אדם שלא כדין למדינה או על מנת לאפשר הרחקה או הסגרה.

פיסקה 19 לפסק-דינה של כבי' השופטת ארבל). כך בייחוד, מקום בו מספרם של הנכנסים שלא כדין קטן בצורה חדה עם בניית המכשול הפיזי בגבול הדרומי.

המפרשים את הוראות המשפט הבינלאומי המחייבות את ישראל קובעים בעקביות, כי מעצר יהיה לגיטימי כל עוד הוא נושא אופי אישי, נקבע לפרק זמן המינימאלי הנדרש ונקשר באופן ברור לתכליתו המותרת: מניעת כניסה או הרחקה של מי שלא הורשו לכך. עמדה זו מתיישבת עם פסיקתו העקבית של בית המשפט הנכבד בעניין שלילת חירות במעצר (ראו גם: עניין אדם, פסקאות 1 - 3 לפסק-דינה של המשנה לנשיא נאור (כתוארה דאז), וכן בחוות דעתה בעניין איתן, פסקה 2). חריגה מכלל זה מצביעה על תכלית החורגת מגדרי סמכות המעצר הנלווית.

27. בהקשר זה לא למותר לציין את פסק דינו של בית המשפט העליון באוסטרליה, אשר ניתן ימים אחדים לפני פסק הדין בעניין איתן והוזכר בחוות הדעת של כבי' השופט פוגלמן (פיסקה 76) ושל כבי' השופט הנדל (פיסקה 4). בעניין *Plaintiff S4-2014 v Minister for Immigration and Border Protection* [2014] HCA (11.9.2014) 34, סטה בית המשפט באוסטרליה מן הפרשנות הטכנית לחוק ההגירה המדינתי אשר אימץ בעבר, וקבע במפורש, כי חוקיות מעצר החובה הקבועה בחוק תלויה באפשרות לסיימו בין אם במתן מעמד, בין אם במימוש צו הרחקה. וכך קבע בית המשפט שם (פיסקה 34):

[T]he requirement to remove unlawful non-citizens as soon as reasonably practicable is to be treated as the leading provision, to which provisions allowing consideration of whether to permit the application for, or the grant of, a visa to an unlawful non-citizen who is being held in detention are to be understood as subordinate.

תוך שהוא דן באופי המנהלי של המעצר ובסמכות הרחבה להורות עליו, **הכפיף בית המשפט באוסטרליה את סמכות המעצר וחוקיותו לתכליתו המותרת ולאופן מימושה**. וכך הוסיף וקבע (פיסקאות 33 - 34):

[T]he authority to detain the plaintiff is an incident of the power of the Executive to remove the plaintiff or to permit him to enter and remain in Australia, and the plaintiff's detention is limited to what is reasonably capable of being seen as necessary to effect those purposes. The purpose for his detention had to be carried into effect as soon as reasonably practicable. ...

[34].... That is, the decision to exercise the power ... any necessary inquiry, and the decision itself, must all be made as soon as reasonably practicable.

Otherwise, the plaintiff's detention would be unlawful.

28. המשמורת הקבועה בסעיף 30א לחוק למניעת הסתננות, כל עוד היא נוהגת ככלל של ברירת מחדל, צפויה להיחשב כשלילת חירות שרירותית לפי סעיף 9 לאמנה בדבר זכויות אזרחיות ומדיניות, אף שתקופתה

המקסימאלית קוצרה באופן משמעותי. משך המעצר הינו רכיב חשוב, אך לא יחידי בבחינת התכלית והמידה של שלילת החירות. דבריו של בית המשפט הנכבד בעניין **אדם ואיתן** מתייבשים ומשתלבים היטב עם הגישה הנוהגת במשפט הבינלאומי לבחינת מעצר לשם אכיפת מדיניות הגירה על רקע הזכות לחירות. למעשה, הם משקפים את הגרעין היסודי והקדום של הזכות לחירות ממעצר שווא, המצוי בליבה של ההוראה שקיבלה ברבות הימים גם הכרה במשפט הבינלאומי.

(ב) אודות המעצר ללא הגבלת זמן ותוצאותיה המפלות של שלילת החירות בנסיבות בהן חל סעיף 30א(ד)

29. ככלל, נמנע המשפט הבינלאומי מקביעת כללים נוקשים למדיניות האכיפה של מדינות, במסגרת הגישה הכללית המבכרת לקיים ככל הניתן את ההעדפות הריבוניות בתחום זה. המעיינת בדקדוק בהחלטות של בתי המשפט האזוריים לזכויות אדם והגופים המפקחים על אמנות בינלאומיות תמצא, כי אין אחידות מלאה בין הגישות ולעתים קיימת מחלוקת על היקף ההתערבות הראוי בחקיקה ובמדיניות בתחום ההגירה, כפי שמעיד עניין *Saadi*. אולם דווקא לאור זאת, יש חשיבות בזיהוי התחום הרחב של הסדרים אשר נחשבים למקיימים את מבחני המידתיות.

30. הוראתו של סעיף 30א(ד) המאפשרת מעצר ללא הגבלת זמן חלה בנסיבות ייחודיות בלבד, ואף חל בה שינוי מסוים אשר מקנה שיקול דעת לבית הדין לביקורת משמורת בבוחנו חוות דעת מאת גורמי הביטחון המוסמכים אשר איננה מעידה על מסוכנות אינדיבידואלית. בה בעת, היא קובעת הסדר חריג אשר בנסיבות המנויות בו מאפשר מעצר ללא הגבלת זמן.

אין במשטר המשפטי של מדינת ישראל הסדר חוקי אשר חל על אזרחים ומאפשר שלילת חירות ללא הגבלת זמן בנסיבות בהן יש בשחרור "כדי לסכן את ביטחון המדינה, את שלום הציבור או את בריאות הציבור" (סעיף 30א(ד)2 לחוק). אף הנסיבות החריגות ביותר המאפשרות מעצר מנהלי, מחייבות בחינה אישית ותקופתית ומחייבות ביקורת שיפוטית ברמה הגבוהה ביותר כתנאי להמשכו של המעצר. הוראה מקבילה קבועה, אמנם, בסעיף 13(ב) לחוק הכניסה לישראל, אולם לא ידוע למבקש על שימוש שיטתי בהוראת סעיף זה שלא כלפי מי שהחוק למניעת הסתננות חל עליהם (ראו והשוו הנהלים שנקבעו עוד במסגרת התיקון שנפסל בעניין אדם, ואלו המשמשים כיום, וכן בדברי בית המשפט הנכבד בעניין עע"ם 4469/13 **הבטום נ' משרד הפנים** (פסק-הדין מיום 12.11.2013)).

31. האם ישנה הצדקה לדין ייחודי זה, החל על מי שנחשבים "מסתננים" לפי הוראות החוק הנדון? כאן המקום לחזור ולהזכיר את פסק דינו של בית הלורדים, אשר הורה על בטלותה של הוראה אשר אפשרה מעצר ללא הגבלת זמן של זרים החשודים בפעולות טרור, בעיצומו של המאבק הגלובאלי בטרור, מן הטעם שהיא יוחדה לזרים ובשל כך טמונה בה הפליה חריגה ביחס לאזרחים החשודים בפעילות דומה.

למרות הצורך הביטחוני הדוחק, ולמרות טענות המדינה כי הסיכון שנשקף ממי שאינם אזרחים גדול יותר, חזר בית הלורדים על תקדימיו בעניין התכלית הייעודית והמוגבלת של מעצר לשם אכיפת דיני ההגירה. בית הלורדים בחן את הוראות המשפט הבינלאומי והמשפט האירופי לזכויות אדם, לצד הדרישות המעשיות שנבעו מן המציאות הביטחונית באותם הימים ואמר מפי הלורד בירקנהד

(Birkenhead) (שם, פסקה 79), כי:

All courts are very much aware of the heavy burden, resting on the elected government and not the judiciary, to protect the security of this country and all who live here. [...] the government alone is able to evaluate and decide what counter-terrorism steps are needed and what steps will suffice. Courts are not equipped to make such decisions, nor are they charged with that responsibility.

דברים אלה יפים לענייננו, כיוון שהם משלבים הכרה מפורשת ביתרונותיה של הרשות המבצעת ובשיקול דעתה, עם נכונות לבחון גם טענות מתחום הריבונות ונסיבות החירום לגופו של עניין. באותו עניין הכריעה את הכף ההבחנה בין אזרחים לזרים בנסיבות זהות, כדבריו של הלורד בירקנהד (שם, פסקה 84), אשר שיקפו את דעת הרוב המכריע מבין שופטי בית הלורדים בעניין (ההדגשות הוספו):

[T]he government has misconceived the human rights of non-nationals in this situation. A prominent part of the submissions of the Attorney General was to the effect that as a matter of international law (1) states may intern non nationals who present a threat to national security and (2) states may accord different treatment to nationals and non-nationals. This line of argument suggests that [...] the government may have regarded the human rights of non-nationals in this field as less weighty than the corresponding human rights of nationals. If that was the government's understanding, it was [...] mistaken.

A (FC) and others (FC) (Appellants) v. Secretary of State for the Home Department [2004] UKHL 56.

32. משמעו של סעיף 30א(ד)(2) לחוק הוא, שזר אשר קיים יסוד מנהלי להניח כי עבר עבירה - בין אם הוכחה אשמתו בדין פלילי ובין אם לאו - חשוף לשלילת חירות ללא הגבלת זמן אם אך נכנס לישראל שלא כדין (בנסיבות בהן לא ניתן להרחיקו מישראל). החוק המתקן, אשר קבע לפרטי פרטים את כללי הסנקציות המותרות במסגרת הפרות חובת השהייה בפרק ד', לא קבע ביקורת שיפוטית סדורה ותבחינים כלשהם למיתון המעצר לפי סעיף 30א(ד) שאיננו מוגבל בזמן.

33. שלילת חירות ללא הגבלת זמן, הפונה רק כלפי מי שנכנסו לישראל שלא כדין, חורגת בכך מכללי היסוד של מידתיות, נחיצות וסבירות לא רק מנקודת המבט הפנימית של תכליות המעצר לשם אכיפת דיני ההגירה, אלא גם מנקודת מבט חוקתית יסודית (ונקודת המבט המקבילה של כללי המשפט הבינלאומי שישראל מחויבת בהם) **המחייבת להחיל את עקרונות שלטון החוק ללא הפליה** (ראו: סעיפים 2, 26 לאמנה בדבר זכויות אזרחיות ומדיניות).

אי עמידה בכללי המידתיות בעניין זה לא נובעת רק ממשך המעצר - שלו תקדימים בנסיבות חריגות במיוחד ובעיתות חירום בפרט, וכן בנסיבות אישיות וספציפיות שונות - אלא גם מן ההפליה העומדת ביסוד הכלל המתיר את קיומו של מעצר ללא הגבלת זמן (לפי סעיף 30א(ד)) רק כלפי מי שהחוק למניעת הסתננות חל עליהם.

4. מן הכלל אל הפרט (ב): חובת השהייה לאור כללי המשפט הבינלאומי

34. רגלו השנייה - והעיקרית - של ההסדר הקבוע בחוק המתקן היא חובת השהייה. חובה זו, מכוח פרק ד' לחוק למניעת הסתננות בנוסחו כיום, הובילה לריכוזם של כמה אלפים מבין כלל מי שניתן להחיל את החוק למניעת הסתננות בעניינם במרכז השהייה "חולות" הסמוך לגבול ישראל-מצרים ולמתקני המשמורת "סהרונים" ו"קציעות".
35. המשפט הבינלאומי אינו אוסר על הקמת מרכזי שהייה לזרים שמעמדם במדינה לא התברר, או שהם עומדים לפני הרחקה. המשפט הבינלאומי אף אינו אוסר על הקמת מחנות פליטים כאשר מתקיימים משברים הומניטאריים, שכמותם מתרחשים בעצם הימים האלו. אולם כפי שדנו בעניין המעצר לצורך אכיפת מדיניות ההגירה, אף מרכזי שהייה אינם יונקים את תוקפם משמם אלא מכללי הייסוד והניהול שלהם. מרכזי שהייה אשר כוללים הגבלות כלשהן על חירות ותנועה צריכים לעמוד אף הם בכללים הנוגעים בשלילת חירות ותנועה, לפי העניין.
36. על פניה, הפגיעה בחירות ובחופש התנועה הגלומה בחובת השהייה, מרוככת לעומת שלילת החירות וחופש התנועה הכרוכה במשמורת. עם זאת, כמה מרכיבים מרכזיים בכללים החלים על השוהים במרכז מעלים ספק כבד בדבר טיב ההגבלות על חירות ותנועה, ובדבר כוחן להתגבר על הביקורת החוקתית בה כשל ההסדרים הקודמים שנפסלו בעניין **אדם** ובדעת רוב גם בעניין **איתן**. מיקומו הגיאוגרפי של מרכז השהייה; ניהולו בידי שירות בתי הסוהר והסמכויות הנתונות בידי האחראים על המרכז; קיומו של המפקד היומי; והסמכות המנהלית הנרחבת לנקוט באמצעי ענישה מנהליים על הפרות של חובה השהייה ולהורות על העברה למשמורת (סעיף 32 לחוק) לתקופות הנעות בין 15 ל - 120 ימים, בהתאם לטיב הפרות והישנותן; כל אלה מבהירים כי בעוד מעצר במובנו המסורתי אין כאן, הגבלת חירות בוודאי יש כאן.
37. מבחינה מעשית, מעוררת אכיפתו של הסדר חובת השהייה מכלול של קשיים, אשר מקרינים על מידת עמידתו במגבלות חוקתיות מזה, ובהוראות המחייבות במישור הבינלאומי מזה. הסיכוי הגבוה לאכיפה סלקטיבית מקום בו מרכז השהייה יכול לקלוט רק מקצת מן האוכלוסייה עליה חל החוק; היעדר תבחינים פרטניים לביטול אשרות שהייה אחרות ולמתן הוראות שהיה; והחשש כי שהייה ממושכת תוביל פליטים וזרים הזכאים להגנה מפני הרחקה לעקה נפשית נמשכת שתוביל בסופו של דבר לחזרה למדינות מוצאם ותחשוף אותם לרדיפה או ליחס אכזרי ומשפיל ולעינויים. כל אלה מציבים סימני שאלה כבדי משקל בדבר אופן אכיפתו של ההסדר.
- אך בראש ובראשונה, הקושי הטמון בהסדר השהייה זהה לבעיה עליה הצבענו ביחס לתכלית המשמורת. היעדר זיקה ישירה בין ההגבלות על החירות לבין התכלית ביסוד הסמכות לאכיפת דיני ההגירה – באמצעות מתן מעמד או מימוש הוראות הרחקה – היא שמאפשרת פגיעה שרירותית בחירות, אף לאחר שחובת השהייה נקצבה בזמן.
38. במישור העקרוני, אם נניח כי יימנעו המשיבים מעידוד עזיבה מרצון, יקבעו תבחינים פרטניים למתן היתרי שהייה ויימנעו מאכיפה סלקטיבית, האם יכול ההסדר לעמוד בתוקפו? המבקש סבור כי בעניין זה יש ליתן את הדעת לשני מרכיבים מרכזיים של פרק ד', הקובע את גדרי מרכז השהייה וחובות השהייה,

אשר מצביעים על כך שההסדר מאפשר פגיעה שרירותית בחירות ובכך אין הוא עולה בקנה אחד עם ההוראות המחייבות מן המשפט הבינלאומי:

(א) השהייה הממושכת במרכז נעשית ללא תבחינים אישיים הבוחנים את חובת השהייה באופן תקופתי ואין היא נעשית בזיקה ברורה לאפשרות לגרש אדם מתחומי המדינה או לטעמים בגינם נמנע גירוש כאמור; וכן (ב) התכלית המוצהרת של חובת השהייה, לפיה יש הכרח להפריד את מי שחובת השהייה תחול עליו מן החברה והציבור בישראל.

(א) שהייה ממושכת, הליכים הוגנים וביקורת תקופתית – במסגרת האיסור על פעולה שרירותית

39. קיומם של הליכים הוגנים הוא אחד האמצעים המרכזיים שמשמשים להבטיח כי שלילת חירות לא תיעשה באופן שרירותי. סעיף 9(4) לאמנה בדבר זכויות אזרחיות ומדיניות מדגיש זאת, בקובעו:

אדם אשר נשללה חירותו באמצעות מאסר או מעצר יהיה זכאי לנקוט הליכים בבית משפט, כדי שבית משפט זה יוכל ללא דיחוי, להחליט, בדבר חוקיות מעצרו, ולצוות על שחרורו, אם המעצר אינו חוקי.

הכלל המנחה בעניין זה הוא, כי נוכח ייחודו של מעצר זרים והכללים המתירניים הנהוגים בו, **הביקורת השיפוטית תהיה ממשית**, ולא תעסוק בבירור חוקיות פורמאלית גרידא:

While domestic legal systems may establish differing methods for ensuring court review of administrative detention, what is decisive for the purposes of article 9, paragraph 4, is that such review is, in its effect, real and not purely formal.

Shams v. Australia, Comm. No. 1255/2004 U.N. Doc. CCPR/C/90/D/1255, (2007) para.7.3.

40. היעדרה של ביקורת שיפוטית או מעין שיפוטית סדורה כלשהי, אשר תאפשר גם עיון תקופתי בחובת השהייה, בולט בהוראותיו של פרק ד' לחוק למניעת הסתננות. מאליו יובן, כי מי שחב בשהייה במרכז לא ישוחרר מחובה זו כל עוד הוא מצוי בישראל. נוכח עוצמתה של חובת השהייה, המגבלות הנלוות לה והסנקציות על הפרתה מזה, ונוכח המגבלות המוטלות על השוהים אשר יקשו כעניין מעשי על נגישות לערוץ המשפטי מזה, קיים חשש ממשי כי מרבית החבים בשהייה לא יזכו ליהנות מזכויות יסוד שהן אבן הפינה של כל שלטון חוק. ישנה תלות ההדדית בין הזכות לחירות לבין האפשרות לממש את הזכות להליך הוגן, כדברי בית המשפט הנכבד בעניין בג"ץ 3239/02 **מרעב נ' מפקד כוחות צה"ל באזור יהודה ושומרון**, פ"ד נו (2) **(עניין מרעב)**, שם נפסק (פיסקה 26), כי -

המעורבות השיפוטית היא המחסום בפני השרירות; היא מתבקשת מעקרון שלטון החוק. היא מבטיחה כי האיזון העדין בין חירותו של הפרט לבין ביטחונו של הכלל – איזון המונח ביסוד דיני המעצר – יישמר.

41. במקרה של מעצר, ביקורת שיפוטית צריכה להיערך ללא דיחוי ולהימשך באופן תקופתי כדי להבטיח שהמעצר עדיין הולם את התכלית לה הוא נועד ואינו חורג מתנאי המידתיות. הבהירה זו הוועדה לזכויות אדם בעניין *A v. Australia* (1993) הנזכר:

[E]very decision to keep a person in detention should be open to review periodically so that the grounds justifying the detention can be assessed.

במקרה *Shams v. Australia* שבה והדגישה הוועדה, כי ביקורת שיפוטית צריכה לקחת בחשבון גם את חלוף הזמן ולהבטיח כי המעצר יוותר בתחום המותר (שם, פסקה 7.3):

[T]he inability of the judiciary to challenge a detention that was, or had become, contrary to article 9(1) constitutes a violation of article 9(4).

42. הנה כי כן, לשופטים צריך להיות שיקול דעת של ממש, הכולל בחינה של ההצדקות הפרטניות למעצר בכל מקרה ומקרה, ואפשרות לקבוע שחרור, על מנת שההליך ייחשב להוגן והמעצר לא ייחשב לשרירותי (ראו גם (2003) *Bakhtiyari v. Australia*, Comm. No. 1069/2002 U.N. Doc. CCPR/C/79/D/1069/2002). הגבלת שיקול הדעת כליל או הגבלתו לעילות פורמאליות אשר על פי רוב אינן מאפשרות שחרור, תיחשב לחריגה מכלל זה.

43. אף שחובת השהייה אינה מעצר, היא חולקת עמו היבטים משותפים רבים. והנה, למרות שהוראת השהייה כמוה כחלופת מעצר (או חלופת משמורת), הרי שלהבדיל מחלופות מעצר (וחלופות מאסר) בתחום הפלילי, הכללים על ההחלטות בעניין אינם זהים. אדם המצוי בהליך פלילי ונמצא בחלופת מעצר, או אדם אשר הושת עליו עונש מאסר לריצוי בעבודות שירות, מצוי בגדרי הדין הפלילי ככל שהדברים אמורים בערבויות הפרוצדוראליות הבסיסיות ובזכויות הניתנות להבטחת תקינות והוגנות ההליכים. אדם החב חובת שהייה במסגרת החוק למניעת הסתננות לא יהיה זכאי לכל אלה במקרה השכיח.

44. הגבלה ממושכת על חירות ללא משפט וללא שהיא כרוכה בתכלית ראשית ומותרת, מערערת עקרונות יסוד במשטר הדמוקרטי. בנסיבות אלה אין לראות את הוראות חובת השהייה ככאלו המשוחררת מכללי זכויות האדם החלים על כל אדם.

(ב) האמצעים המותרים באכיפת האינטרס המדינתי "למנוע השתקעות"

45. מטרתו המוצהרת של החוק המתקן היא להפריד את קבוצת הזרים אשר נכנסה שלא כדין מעל החברה הישראלית, על מנת למנוע את השתלבותם הכלכלית והחברתית בישראל. בלשון דברי ההסבר לחוק, "מטרתו לספק למסתננים את צרכיהם הבסיסיים מחד גיסא, ולמנוע את אפשרות העסקתם וכן את השתקעותם במרכז הערים בתוככי מדינת ישראל, מאידך גיסא" (הצעת החוק, עמ' 126)

46. מטרה זו מייחדת את ההסדר שנקבע בחוק המתקן מן המשמורת על פי הפרק הרביעי של חוק הכניסה לישראל, ומכל צורת מעצר אחרת המוכרת במשפט הישראלי, בעניינים פליליים וביטחוניים. זאת, כיוון שהמשמורת וחובת השהייה במרכז לפי החוק למניעת הסתננות אינם אמצעים זמניים ומשניים.

המשמורת (שהיא כמעצר) וחובת השהייה לא נועדו למנוע הימלטות מדין או שיבוש החלטה מנהלית, כגון צו הרחקה מישראל. חובת השהייה במרכז ואמצעי האכיפה המנהליים המשרתים אותה לא נקצבו בזמן ולא נקבעו בחוק דרכי שחרור מחובה זו. מטרתה לצמצם את נוכחותה של קבוצת זרים זו במרחב, בחברה ובמשק העבודה בישראל, באמצעות ריכוזם באזור המרוחק מיישוב ומשירותים חברתיים בסיסיים ובאמצעות הטלת מגבלות חמורות על תנועתם ממנו.

47. במישור המעשי, ההסדר שנקבע בחוק המתקן מבהיר את מה שיש במערך הרגולטורי, כמו גם את מה שאין בו. פעולה לפי החוק המתקן מאפשרת שימוש רחב מאוד, אם לא בררני, בסמכויות אכיפה. היא גם מהווה תמריץ גלוי למבקשי מקלט "לעזוב מרצון" חלף הרחקתם בכפייה. מנגד, הוראותיו הדקדקניות של החוק המתקן, בייחוד פרק ד' בו, מדגישות את היעדרן של הוראות כלשהן אשר יסדירו בצורה ברורה את הכללים החלים על מתן מעמד בישראל מטעמים הומניטאריים, ובכלל זה מעמד בהתאם לאמנת הפליטים והגנה משלימה לצורותיה.

48. לצד זאת, במישור העקרוני, השאלה היסודית שמעורר החוק המתקן היא, האם מן העקרונות המתירים למשיבים אפשרות בלתי מוגבלת, כמעט, לקבוע כללים שעל פיהם נכנסים זרים לישראל, נובעת גם סמכות דומה לצמצם למינימום את זכויותיהם של מי שנכנסו לישראל שלא על פי כללים אלה. לכן, אף אם יחדלו המשיבים לעודד "עזיבה מרצון" מתוך מתקני השהייה והמשמורת או בצילם, יעמדו בעינם יתר האמצעים שנועדו לרכז את מי שהחוק למניעת הסתננות חל עליהם כל עוד הם חיים בישראל, ולהחיל עליהם משטר משפטי אשר מספק צרכים בסיסיים ביותר, שעה שהוא שולל את כל יתר זכויותיהם החוקתיות.

49. מנקודת מבטם של המשיבים, הקובעים ומיישמים את מדיניות ההגירה בישראל, משתלבת תכלית ההפרדה עליה מורה החוק המתקן עם מדיניות ההגירה הכללית. הסדרי המשמורת והשהייה נועדו לתמוך במדיניות הגירה אשר אינה מקנה לזרים זכות להגר לישראל שלא במסגרת חוק השבות, התשי"א-1950, ומבקשת לצמצם למינימום האפשרי את האפשרות לרכוש מעמד של קבע בישראל, שלא במסגרת זכותם של אזרחי ישראל למשפחה. אם ייושם כלשונו, עשוי ההסדר שנקבע עתה בחוק למניעת הסתננות לסייע במימושו של האינטרס הציבורי למנוע שהייה בלתי חוקית והשתקעותם של זרים בישראל, אשר זכה להכרה חוזרת ונשנית בפסיקתו של בית המשפט הנכבד.

50. מדיניות מניעת השתקעות כשלעצמה אינה מנוגדת למשפט הבינלאומי. ראינו לעיל, כי האינטרס המדינתי הריבוני להחליט מי ייכנסו לתחומה ויזכו למעמד של קבע בה מוכר באופן רחב ואין עליו עוררין. יתר על כן, אף דיני זכויות האדם הבינלאומיים מזה, ואמנת הפליטים מזה אינם מחייבים פתרון אחד למעמדם של זרים המבקשים הגנה בתחומי המדינה. כך למשל, אמנת הפליטים מציבה קשת של פתרונות ארוכי טווח, הכוללים לא רק השתלבות במדינה המעניקה מקלט אלא גם יישוב מחדש במדינה שלישית ובמקרים המתאימים חזרה מרצון למדינת המוצא. הניסיון הבינלאומי אף מלמד, כי יישוב מוצלח של משברי פליטים מערב, לא אחת, שילוב של כל הרכיבים הללו - בתנאי שהוא נעשה במסגרת ההוראות המחייבות של המשפט הבינלאומי ובראשן האיסור על החזרה (non refoulement).

51. אולם כעניין משפטי נורמטיבי, מניעת השתקעות בישראל - שלא נלווה לה מעמד חוקי ואין היא מחסום מפני שינוי מעמד והרחקה כאשר אלו ניתנים לביצוע - אינה שקולה למניעת מעמד בישראל. הפיקוח על המעמד והכניסה הוא חלק בלתי נפרד מן הסמכות הריבונית ומן האחריות של הממשלה לממש את

מדיניות ההגירה שלה. מטעם זה, מעטות הן המגבלות על החקיקה ופעולות הממשלה בתחום, כשההגנה על פליטים ואיסור ההרחקה הם היוצאים מן הכלל המעידים על הכלל בעניין. לעומת זאת, **מניעת ההשתקעות בישראל כשלעצמה, גם אם משתלבת היא במדיניות ההגירה, אינה בעלת מעמד דומה. לא די בכך שהסדר חוקי כלשהו יקדם את מדיניות ההגירה הישראלית על מנת להכשיר כל אמצעי שלטוני וכל פגיעה בפרט הנובעת מן האינטרס הריבוני להגביל ולמנוע הגירה לישראל.** ישנה מטרייה של "עקרונות המשפט הבסיסיים החלים בישראל על כל אדם" ובלבד שהוא "[נמצא בתוך שטחי המדינה ונתון למרות המדינה" (בג"ץ 11437/05 קו לעובד נ' משרד הפנים (פסק הדין מיום 13.4.2011, פסקה 36 לפסק-דין של כב' השופטת פרוקצ'יה ופיסקה 2 לפסק-דין של כב' השופט ג'ובראן, בהתאמה.))

52. מאז עלה מספרם של הזרים החיים בישראל, התעצבו הסדרים חוקיים אשר אמורים לשקף איזון בין ריבונות המדינה היוצרת תחום פעולה רחב במיוחד בענייני כניסה ומעמד, ובין זכויותיהם של זרים בישראל. כך הוקמה מערכת של ביקורת שיפוטית ומעין שיפוטית וצומצמו באופן ניכר תקופת המשמורת של זרים השוהים שלא כדין בישראל; בוטלו הוראות מן חוק למניעת הסתננות בעניין **אדם** ובעניין **איתן**; בוטל הנוהל אשר חייב עובדות להחזיר את ילדיהן שנולדו להן בישראל למדינת מוצאן על מנת שיוכלו להמשיך לעבוד בישראל. העיקרון המשותף לתיקוני החקיקה ולפסקי דין אלה כולם הוא, כי יש להימנע מהסדרים החותרים תחת התחולה הכללית של יסודות המשפט החוקתי בישראל, גם אם נובעות מכך הגבלות על אופני מימוש מדיניות ההגירה בישראל.

יפים לעניין זה גם דבריו של בית המשפט החוקתי בגרמניה, אשר דן לאחרונה בפגיעה בקצבאות להן זכו פליטים ומבקשי מקלט, אשר נועדה להקטין את התמריץ להיכנס למדינה שלא כחוק. וכך פסק בית המשפט שם (בתרגומו הרשמי לאנגלית):

Migration-policy considerations to keep benefits for asylum seekers and refugees low in order to avoid incentives for migration, which may be set by relatively high benefits compared to international standards, may generally not justify any reduction of benefits below the physical and sociocultural minimum existence [...] **Human dignity, guaranteed in Article 1.1 of the Basic Law, may not be modified in light of migration-policy considerations.**

BVerfG, 1 BvL 10/10 vom 18.7.2012, Absatz-Nr. (1 - 110), Section II.2.c.⁴

53. הנה כי כן, ככל שמטרתה ותכליתה של חובת השהייה היא למנוע השתקעות, הכללים החלים על ההגבלות מכוחה אינם נסוגים מפני מדיניות ההגירה הממשלתית כפי שהם נסוגים כאשר היא ניגשת לאכוף את דיני ההגירה שלה באופן ישיר (באמצעות מניעה כניסה או הרחקה). עיקרי המשפט החוקתי, בהם זכויות היסוד הנתונות לכל אדם, מגנות גם על מי שמצויים בישראל תחת צו ההרחקה. בעיני המבקש, ספק רב כיצד זה ניתן לקשוט זכויות יסוד אלה עם הגבלות על חירות לתקופה ממושכת, במסגרת הוראות השהייה, כאשר תכליתן הגבלות אלה אינה מקיימת זיקה ברורה כלשהי עם האפשרות לממש את הוראות הגירוש שמכוחן הוצאו.

⁴ יישומן של הוראות החוק בגרמניה על רוב האוכלוסיה עליה חל החוק למניעת הסתננות, שהם גם מבקשי מקלט, היתה מקנה להם מעמד אשר עמו הזכות לרמת חיים נאותה, בה דן בית המשפט החוקתי בעניין הנזכר.

ה. משקלן של הוראות המשפט הבינלאומי בביקורת החוק למניעת הסתננות

54. על המדינה להדריך את עצמה דרך קבע לאור מחויבותה לקיים בתום לב את כללי המשפט הבינלאומי אשר נטלה על עצמה. חובה זו נובעת מריבונות המדינה, המחייבת ציות לכללי המשפט הבינלאומי. אף היעדרה של חקיקה אינו פוטר את המדינה מפעולה בהתאם לנורמות שנקבעו באמנות שהיא התחייבה לקיימן, וקיומה של חקיקה חלקית אינו מהווה הסדר שלילי.
55. המשפט הישראלי בעניין הנדון אינו מנוגד באופן יישומו למשפט הבינלאומי. פסקי דינו של בית המשפט הנכבד בעניין **אדם** ובעניין **איתן** אף פוסעים ומעמיקים באותם שבילים אותם מניח גם המשפט הבינלאומי, ששורשי הזכות לחירות הקבועה בו יסודם באותו המשפט המקובל שהניח את שורשי שיטתו המשפטית. אם חזרנו על הדברים, לא היה זאת אלא כדי להבהיר כי אף לאור רף המינימום הקבוע במשפט הבינלאומי – אשר נמוך הוא במובנים אחדים מן הרף שהציב בית המשפט הנכבד – שלילת חירות והגבלתה ללא זיקה למתן מעמד בישראל או לאפשרות ההרחקה ממנה אינה יכולה לעמוד.
56. בקשה זו התמקדה במשפט הבינלאומי המחייב את מדינת ישראל מכוח ריבונותה, ומתוקף התחייבויותיה במישור הבינלאומי. זאת, לא על מנת להבהיר את משקלן וטיבן של ההוראות הפרטניות במסגרת הביקורת החוקתית, עליהן עמדו הצדדים בטענותיהם, אלא כדי לעמוד על הנחות המוצא ועקרונות היסוד בתחום זה מצד המשפט הבינלאומי, שלו נגיעה ישירה לעניין ושלטת בו גישה שהיא זהירה במיוחד בריבונותן של המדינות.

ה. צירופו של המבקש לעתירה שבכותרת כידיד בית המשפט

57. עמדת המבקש אינה מרחיבה את יריעת המחלוקת בין הצדדים. תכליתה לפרוש לפני בית המשפט הנכבד טיעון בעניין מלוא המשמעות של המחויבויות שנטלה על עצמה מדינת ישראל במישור הבינלאומי. זאת בייחוד, על רקע העתירות הקודמות ובקשות ההצטרפות הנוספות שהונחו לפני בית המשפט הנכבד. המבקש סבור כי צירופו כידיד בית משפט לא יכביד באופן כלשהו על הדיון בעתירה (כוזלי, עמ' 555).
58. בקשה זו הועברה במלואה לעיונם ולתגובתם של כל ב"כ הצדדים ביום 27.1.2015.
59. העותרים מותירים את הבקשה לשיקול דעת בית המשפט הנכבד.
60. המשיבה 1 מבקשת להותיר את ההכרעה בבקשה לשיקול דעת בית המשפט הנכבד.
61. עמדת ב"כ המשיבים 2 – 4 לבקשה לא התקבלה עד למועד ההגשה.
62. אשר על כן מתבקש בית המשפט הנכבד לצרף את המבקש לעתירה במעמד של ידיד בית המשפט.