

## בבית המשפט העליון

בר"ם 696/06

בפני :  
כבוד השופטת א' פרוקצ'יה  
כבוד השופטת מ' נאור  
כבוד השופטת ע' ארבל

המבקשים :  
1. זורב אלקנוב  
2. פניה אלקנוב

נגד

המשיבים :  
1. בית הדין לביקורת המשמורת של שוהים שלא  
כדין  
2. משרד הפנים

בקשת רשות ערעור על פסק דינו של בית המשפט לעניינים  
מינהליים בתל אביב מיום 20/12/2005 בתיק עמנ 243/05  
שניתן על ידי כבוד השופטת רובינשטיין מיכל

בשם המבקשים : עו"ד רומן בריק

בשם המשיבים : עו"ד איתי רביד, פרקליטות המדינה

### פסק-דין

השופטת א' פרוקצ'יה:

1. זוהי בקשה לרשות ערעור על פסק דינו של בית המשפט לעניינים מינהליים בת"א-יפו (כב' השופטת מיכל רובינשטיין) בו הוחלט לדחות ערעור על החלטות בית הדין למשמורת שוהים שלא כדין מיום 26.9.05 ו-27.9.05, ולהשאירן על כנן. החלטות בית הדין אישרו צווי משמורת שהוצאו למבקשים בידי הממונה על ביקורת הגבולות.

2. המבקשים הם אם ובנה, במקורם בעלי אזרחות גרוזינית. הם הגיעו לישראל בשנת 1993 כיהודים, וקבלו תעודת עלייה ואזרחות ישראלית. בשנת 1998 אזרחותם

בוטלה על פי החלטת משרד הפנים בעילה של מרמה. מאז ביטול אזרחותם ועד למעצרים ביום 25.9.05 שהו המבקשים שלא כדין בישראל. עם מעצרים בגין שהייה שלא כחוק בישראל, נערך למבקשים שימוע בפני הממונה על ביקורת הגבולות, ובעקבותיו הוצאו בעניינם צווי הרחקה ומשמורת.

ביום 26.9.05 הובאה המבקשת בפני בית הדין למשמורת וטענה כי היא מבינה שמתכוונים להרחיקה למדינת גרוזיה, בה נולדה, אולם היא אינה מעוניינת בכך ורוצה להמשיך לחיות בישראל. בית הדין אישר את צו המשמורת בעניינה.

ביום 27.9.05 הובא המבקש בפני בית הדין למשמורת, ובתום הדיון בעניינו אישר בית הדין את צו המשמורת שהוצא בעניינו.

3. המבקשים ערערו על החלטות בית הדין למשמורת בעניינם, וערעורם נדחה. בית המשפט קמא פסק, כי על פי חוק הכניסה לישראל, אדם השוהה ללא רשיון ישיבה בישראל דינו הרחקה מהארץ על פי צו הרחקה, ועד לביצוע ההרחקה יש להחזיקו במשמורת, בכפוף לשחרורו בערובה בהתקיים עילות מסוימות. עם זאת, על פי סעיף 13(ב)(1) לחוק הכניסה לישראל, תשי"ב-1952 (להלן – החוק) אין לשחרר בערובה שוהה שלא כדין אם הרחקתו מישראל מתעכבת או נמנעת בשל העדר שיתוף פעולה מלא מצדו. על פי קביעות פסק הדין, המבקשים מסרבים לשותף פעולה עם מינהלת ההגירה בענין הרחקתם מישראל, ומסכלים בכך את האפשרות להוציא תעודות מעבר בעניינם. ממשיך בית המשפט וקובע:

“נמצאים אנו בסיטואציה בה “מפתחות השחרור” ממשמורת נתונים בידי המערערים... המערערים אינם מחוייבים לשבת במשמורת. עליהם לשתף פעולה עם מינהלת ההגירה, האמונה על ביצוע הרחקתם בהתאם לצו ההרחקה התקף שהוצא (ואשר לא נתקף על ידם בהליכים אחרים). במידה וישתפו פעולה באופן מלא מצידם, וההרחקה תמשיך להתעכב בשל נסיבות חיצוניות אשר אינן תלויות בהם, יהיה מקום לשוב ולשקול את המשך שהייתם במשמורת...”

ערעור המבקשים נדחה, איפוא.

#### טענות המבקשים

4. בבקשת רשות הערעור לבית משפט זה מעלים המבקשים מספר טענות:

ראשית, נטען, כי הוראת סעיף 13(ב)1 (1) לחוק הקובעת כי אין לשחרר בערובה שוהה שלא כדין הנתון במשמורת מקום שהרחקתו נמנעת או מתעכבת בשל העדר שיתוף פעולה מצדו, אינה עומדת במבחן החוקתיות. הוראה זו פוגעת בזכות אדם לחירות אישית ומאפשרת המשך מעצרו בעילה של אי שיתוף פעולה עם המדינה לצורך הרחקתו. פגיעה זו, על פי הטענה, אינה עומדת בתנאי פיסקת ההגבלה שבחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו, ולכן דינה להתבטל. לחילופין, גם אם אין דין הוראה זו להתבטל כאמור, יש לפרשה באופן שיעלה בקנה אחד עם העקרונות החוקתיים של השיטה, ולפיה אין לכפות על אדם לשתף פעולה עם הליכים בהם נוקטת המדינה במטרה לפגוע בגופו, רכושו וכבודו. המבקשים מתבססים בטיעונם על ההלכה שנפסקה בבג"צ 1468/90 גדעון בן ישראל נ' שר הפנים, פד"י מד(4) 149 (להלן – פרשת בן ישראל), וטוענים כי בהלכה זו טמון האיזון הראוי בין הערכים המתנגשים, מקום בו הרחקתו של אדם מישראל נמנעת בשל התנהגותו. לטענתם, פסיקת בית משפט קמא אינה מתיישבת עם הלכה זו, ולכן יש להתערב בקביעותו, אף שהם ערים לעובדה כי ההלכה נפסקה בטרם תוקן החוק ושולב בו ההסדר בענין משמורת ושחרור בערובה ממשמורת (חוק הכניסה לישראל (תיקון מס' 9) התשס"א-2001) (להלן – תיקון מס' 9).

5. המבקשים מוסיפים וטוענים כי הסדרי החוק החדשים בענין משמורת ושחרור ממשמורת בגדרי תיקון מס' 9 לחוק לא שינו במאומה בסוגיה שבה הכריע בית המשפט בעניין בן ישראל. הסדרים אלה אינם מצדיקים סטייה מהילכת בן ישראל, בה נפסק כי סמכות המעצר של שוהים שלא כדין לא נועדה לתכלית עונשית וגם לא למטרת כפייה אלא כדי להשיג את תכלית ההרחקה; החזקה ממושכת במשמורת אינה משיגה תכלית זו מקום שהמוחזק אינו משתף פעולה עם מעשה הרחקה. עוד טוענים המבקשים, כי אפילו היה עולה ספק באשר למשמעות הוראות החוק העומדות לדיון בענייננו, גם אז יש לפרשן בדרך מצמצמת בשל הפגיעה הטמונה בהן לזכויות יסוד של האדם, ובהנחה שהמשמורת לא נועדה לצרכי כפייה או ענישה. המבקשים השיגו גם על ההוצאות שנפסקו נגדם בערכאה קמא.

### טענות המדינה

6. עמדתה של המדינה הינה כי דין בקשת הערעור להידחות על הסף, ולו בשל חוסר תום ליבם של המבקשים אשר שהו בישראל שלא כדין במשך שבע שנים, ולאחר שנעצרו הצהירו שאין בכוונתם לעזוב את הארץ. הם הגדילו לעשות בכך שסרכו לשתף פעולה עם המהלכים הנדרשים להרחקתם, ובכל אלה יש די כדי לדחות את הבקשה לרשות ערעור על הסף.

לגוף הענין, טוענת המדינה כי על רקע המציאות הנורמטיבית שעוגנה במסגרת תיקון מס' 9 לחוק, מקום בו מסרב המוחזק במשמורת לשתף פעולה עם המהלכים הננקטים להרחקתו, ובכך, הוא עצמו, גורם לעיכוב או לסיכול הרחקתו מישראל, אין להורות על שחרורו ממשמורת. שחרור ממשמורת של שוהה בלתי חוקי, חרף פעולתו למניעת הרחקתו, פוגע בתכלית החקיקה שנועדה להגן על כוחה הריבוני של המדינה, ועל חובתה לפקח על הנכנסים והשוהים בתחומה. עוד נטען כי מאז ניתן פסק הדין בעניין בן ישראל בראשית שנות ה-90, חלו תמורות משמעותיות במציאות הקיימת במדינה בכל הנוגע לשוהים הבלתי חוקיים הנכנסים בשעריה. לנוכח התעצמות התופעה, ומכלול הקשיים שהיא מולידה, השתנתה הנורמה בענין זה, וכיום על פי תיקון 9 נדרשת המדינה לפעול להרחקת שוהה בלתי חוקי בהקדם ככל הניתן. בצד חובה זו, הובטח הליך שימוע ראוי לכל אדם, והתייחסות פרטנית של הרשות המוסמכת לכל מקרה לגופו. באופן זה, נשמרים זכויותיו וכבודו של האדם שנעצר בגין ישיבה שלא כדין. לעמדת המדינה, הטענות שהעלו המבקשים באשר לאי חוקיות הוראת החוק, המורה על המשך החזקת אדם במשמורת מקום שהוא מעכב או מונע בכוונה את הליך הרחקתו, אינה מעלה שאלה חוקתית של ממש.

לענין פסיקת ההוצאות נטען כי אין מקום להתערב בהחלטת בית משפט קמא.

7. במהלך הדיונים בבקשה, הודיעה המדינה מעת לעת על אופי המגעים שהיא מנהלת עם ממשלת גרוזיה כדי לאפשר את הרחקת המבקשים לשם. היא הסבירה כי קיימה מגעים אינטנסיביים עם הקונסוליה הגרוזינית לצורך הנפקת תעודות מעבר למבקשים. בדיון ביום 26.4.06 הודיעה כי ניתנה הסכמת ממשלת גרוזיה לתת למבקשים ויזה שתאפשר להם כניסה לגרוזיה, וכן כי קיימת הסתברות גבוהה כי אם יגיעו לגרוזיה, ויבקשו שם הכרה באזרחותם, בקשתם תישקל בחיוב.

8. בהודעה משלימה מטעם המדינה מיום 10.5.06, נמסר כי ביום 9.5.06 נערכה ישיבה בהשתתפות קונסול גרוזיה בישראל, נציגי משרד החוץ, מנהלת ההגירה, משרד הפנים וב"כ המדינה, בנסיון למצוא פתרון מוסכם לעניינם של המבקשים. במסגרת הישיבה, חזר קונסול גרוזיה והודיע כי, בכפוף לשיתוף פעולה מצד המבקשים, נכונה גרוזיה להנפיק להם אשרת תייר לצורך כניסתם לגרוזיה, באופן שיאפשר להם לפעול להחזרת אזרחותם הגרוזינית, ובזמן שישו המבקשים בגרוזיה, הם יוכלו לפנות לרשויות הגרוזיניות בבקשה לקבל מעמד ארעי בגרוזיה, וזו תיבחן על פי הנהלים המקובלים.

9. ביום 19.11.06 הגישה המדינה הודעה מעדכנת נוספת מטעמה, בה הודיעה כי חרף אי שיתוף הפעולה מצד המבקשים, ביום 17.10.06 שלחה שגרירות גרוזיה בישראל איגרת רישמית למשרד החוץ בה הודיעה כי המבקש מוכר על ידי גרוזיה כאזרח גרוזיני (מ/ש/19), ומשמעות הדבר היא כי ניתן להרחיקו מישראל לגרוזיה אף ללא הסכמתו. כמו כן, המדינה חזרה ובקשה ממדינת גרוזיה להמשיך ולקדם את ענין החזרת אזרחותה הגרוזינית של המבקשת (מ/ש/20). בהודעה זו ציינה המדינה כי המבקשים ממשיכים לסרב לשתף פעולה עם הרשויות במאמצייהן לפעול להחזרת אזרחותם הגרוזינית, ולאור כל אלה היא מבקשת לדחות את בקשת רשות הערעור.

### הכרעה

10. חוק הכניסה לישראל, תשי"ב-1952 קובע, בין היתר, כי "מי שאינו אזרח ישראלי או בעל אשרת עולה או תעודת עולה, תהיה ישיבתו בישראל על פי רשיון ישיבה לפי חוק זה" (סעיף 1(ב) לחוק); תיקון מס' 9 לחוק מתשס"א עוסק בהרחקה ומשמורת של שוהים שלא כדין בישראל, וקובע, בין היתר, כי מי שנמצא בישראל שלא כדין "יורחק מישראל בהקדם האפשרי, אלא אם כן יצא מרצונו קודם לכן" (סעיף 13(א) לחוק). הרחקה מישראל של שוהה בלתי חוקי נעשית באמצעות צו הרחקה (סעיף 13(ב) לחוק). עוד הוסדר בחוק כי מי ששוהה שלא כדין בישראל יוחזק במשמורת עד ליציאתו או להרחקתו מישראל, אלא אם כן שוחרר בערובה (סעיף 13(ב) לחוק). סעיף 113 לחוק קובע כי הממונה רשאי לשחרר בערובה (סעיף 13(ב) לחוק). סעיף 113 לחוק המנויים באותה הוראה. בין תנאים אלה, מצוי גם התנאי כי השוהה מוחזק במשמורת למעלה מ-60 ימים רצופים (סעיף 113(א)(4)). סק ב(1) לסעיף 113 קובע:

"על אף הוראות סעיף קטן(א), לא ישוחרר בערובה שוהה שלא כדין אם התקיים אחד מאלה:

(1) הרחקתו מישראל נמנעת או מתעכבת בשל העדר שיתוף פעולה מלא מצידו, לרבות לענין הבהרת זהותו או להסדרת הליכי הרחקתו מישראל".

הוראה זו היא המשמשת כיום עילה להמשך החזקתם של המבקשים במשמורת, הנמשכת, למרבית הצער, זה זמן רב עקב חוסר שיתוף הפעולה מצידם במימוש הליכי הרחקתם מישראל, ועמדתם הנחרצת להשאר בישראל בכל מחיר חרף העובדה שאין בידם היתר שהייה, ולאחר ששבע שנים שהו שלא כדין בתחומי הארץ.

11. טוענים המבקשים כי הוראת החוק הקובעת את המשך החזקתו במשמורת של שוהה בלתי חוקי מטעמי אי שיתוף פעולה בהליכי הרחקתו אינה עומדת בתנאי פיסקת

ההגבלה החוקתית שבסעיף 8 לחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו, ולכן היא בטלה. וגם אם אינה בטלה, יש לפרשה בצמצום באופן שלא ייכפה על אדם לקיים שיתוף פעולה בהליכי הרחקתו, בדרך שתפגע בגופו, ברכושו או בכבודו.

12. בקו הטיעון הראשון, תוקפים המבקשים הסדר חקיקה ראשי השולל שחרור בערובה של שוהה שלא כדין גם לאחר שהוחזק במשמורת מעל 60 יום ברציפות, מקום שהרחקתו נמנעת או מתעכבת בשל העדר שיתוף פעולה מלא מצידו. הטיעון החוקתי שהעלו המבקשים, אשר נטען לראשונה בבית משפט זה, לא זכה בפיהם לפיתוח משפטי נרחב, והוא הועלה כטענת מסגרת כללית בלבד. אתייחס גם אני, בתמצית בלבד, לטענה כפי שהועלתה:

13. החזקתם של המבקשים במשמורת כרוכה מעצם טבעה בפגיעה בזכות אדם, כמשמעותו בחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו. על פי סעיף 2 לחוק היסוד –

“אין פוגעים בחייו, בגופו, או בכבודו של אדם באשר הוא אדם”.

על פי סעיף 5 לחוק היסוד –

“אין נוטלים ואין מגבילים את חירותו של אדם במאסר, במעצר, בהסגרה או בכל דרך אחרת”.

הוראות סעיף 13א(ב) לחוק הכניסה לישראל, הקובעות כי שוהה שלא כדין יוחזק במשמורת עד ליציאתו מישראל או עד להרחקתו ממנה מהוות פגיעה בזכות יסוד של אדם לחירות אישית. לפיכך, נדרש לבחון האם פגיעה זו עומדת במבחן פיסקת ההגבלה שבסעיף 8 לחוק היסוד.

המבקשים אינם טוענים כי עצם ההחזקה במשמורת על יסוד צו הרחקה מהווה פגיעה חוקתית שאינה עומדת בפיסקת ההגבלה. הם מצמצמים טיעוניהם לעילה להמשך ההחזקה במשמורת מעל 60 ימים רצופים הקשורה באי שיתוף פעולה עם הרשויות בביצוע ההרחקה. יש לבחון, איפוא, האם תנאי זה במשמעותו האמורה עומד במבחן פיסקת ההגבלה.

14. בטרם נבחן את שאלת התקיימות תנאי פיסקת ההגבלה, יש להדגיש כי, משעומדת לפנינו שאלת חוקתיות הוראת חוק של הכנסת, חייבים אנו בגישה של איפוק וריסון מיוחדים בביקורת שיפוטית חוקתית בענין זה; אכן,

”ביישמו את המבחנים החוקתיים הקבועים בפסקת ההגבלה על חקיקת הכנסת, יפעל בית המשפט באיפוק שיפוטי, בזהירות ובריסון”.

(דברי השופטת ביניש, בבג”צ 4769/95 רון מנחם נ’ שר התחבורה, פד”י נז(1) 235, 263).

לא הרי ביטול חוק בשל אי חוקתיות כהרי ביטול חקיקת מישנה בשל אי חוקתיות, שהרי ביטול חוק שקול כביטול

”דבר חקיקה שנחקק על ידי גוף שנבחר על ידי העם. מכאן הגישה, כי נדרשת פגיעה בולטת ומשמעותית בזכות אדם חוקתית כדי להביא לאי חוקתיות החוק”.

(בג”צ 1661/05 מועצה איזורית חוף עזה נ’ כנסת ישראל, פד”י נט(2) עמ’ 481, פסקה 70; כן ראו בג”צ 7111/95 מרכז השלטון המקומי נ’ הכנסת, פד”י נ(3) 485, 496; בג”צ 3434/96 הפנונג נ’ יו”ר הכנסת, פד”י נ(3) 57, 68).

על רקע חובת הריסון השיפוטי בהתערבות בחקיקה ראשית של הכנסת, יש לבחון את ההיבט החוקתי של הוראת החוק הנדונה בענייננו.

15. פיסקת ההגבלה מצריכה את התקיימותם של התנאים המצטברים הבאים: הלימה לערכי מדינת ישראל; קיומה של תכלית ראויה; ומידתיות. נבחן בקצרה את מידת התקיימותם של התנאים הבאים:

#### הלימה לערכי המדינה ותכלית ראויה

16. למדינה כח כריבון להסדיר בחוק מיהם הרשאים להימצא בשטחה, ולפקח על ביצוע הסדרים אלה בדרך יעילה. על פי חוק הכניסה לישראל, מי שאינו אזרח ישראלי ואינו עולה חייב בהיתר כניסה וישיבה בישראל. לשר הפנים נתון שיקול דעת רחב בהפעלת סמכויותיו על פי חוק הכניסה לישראל (בג”צ 758/88 קנדל נ’ שר הפנים, פד”י מו(4) 505, 520; עע”ם 4614/05 מדינת ישראל נ’ אבנר אורן תק-על 2006(1) 3756).

למדינה שיקול דעת רחב למנוע מזרים להיכנס לתחומי הארץ, או להרחיקם כאשר הם שוהים בישראל בלא אשרת ישיבה (בג"צ 1031/93 פסדו (גולדשטיין) נ' שר הפנים, פד"י מט(4) 661, 705; בג"צ 4370/01 לפקה נ' שר הפנים, פד"י נז(4) 920, 930). חוק הכניסה לישראל מסמיך את שר הפנים להורות על הרחקתם של זרים מן הארץ. בתשס"א התקבל תיקון 9 לחוק אשר נועד להסדיר באופן מקיף את סוגיית השוהים הבלתי חוקיים במדינה לנוכח התרחבותה של התופעה וצורך חיוני בהסדרתה.

במסגרת תיקון 9, נקבע בסעיף 13א כי שוהה שלא כדין יוחזק במשמורת עד להרחקתו, אלא אם כן שוחרר בערבות. סעיף 13 מסדיר את העילות לשחרור בערבות של מי שמוחזק במשמורת, ובהן כלולה עילה של מי שהוחזק כאמור יותר מ-60 ימים רצופים. אולם לעילות השחרור ישנם סייגים, וביניהם הסייג הנוגע למצב שבו המוחזק במשמורת אינו משתף פעולה בכל הנוגע למהלכים הנדרשים להרחקתו, ולפיכך הרחקתו נמנעת או מתעכבת. משמעות סייג זה צריכה להתפרש על רקע מהותה ותכליתה של המשמורת לצורך הרחקת השוהה שלא כדין מהמדינה.

מטרת משמורת לצורך הרחקה נועדה לא למטרת כפייה, ולא למטרה עונשית; היא מכוונת, כל כולה, להגשים את תכלית המדיניות לפקח על הנכנסים והשוהים בישראל שלא כדין, ולתת בידי הרשות אמצעים יעילים להגשים מדיניות זו, תוך שמירה על עקרונות חוקתיים והגנה על זכויות האדם.

בהצעת החוק (הצעת חוק הכניסה לישראל (תיקון מס' 8) התשס"א-2000) הוסברה מטרת החזקתו של שוהה בלתי חוקי במשמורת:

"המעצר המיועד לגירוש הוא מעצר מינהלי ולא פלילי. למעצר זה מטרה כפולה: הראשונה, היא הבטחת ביצועו של צו הגרוש, ואילו המטרה השנייה היא הפסקה מיידית של השהייה הבלתי חוקית. מטרת המעצר עד לגירוש אינה, לפיכך, עונשית אלא הגשמת האיסור על שהייה במדינה שלא כדין"

(ראו גם בר"מ 173/03 מדינת ישראל נ' סלאמה, תק-על 2005(2) 1153 פסקה 8 (השופט ריבלין)).

17. הגשמת מדיניות הפיקוח המדינתית על הנכנסים והשוהים בישראל במסגרת מערכת היתרים ופעולה לאכיפת מדיניות זו, בין היתר, באמצעות הרחקת שוהים בלתי חוקיים והחזקתם במשמורת לצורך כך, הולמת את ערכיה של המדינה. היא מסימני



ההיכר של ריבונות המדינה, שבידה נתונה הסמכות לפקח על הבאים בשעריה, כדי לקדם בכך את האינטרס הציבורי של כלל אזרחי ותושבי המדינה. שימוש באמצעים שתכליתם ליישם, הלכה למעשה, את מדיניות הפיקוח האמורה, נועד למטרה ראויה שעיקרה קידום אינטרס חברתי כללי.

### מידתיות

18. עניינו של מבחן המידתיות בשאלה האם האמצעי שננקט על פי החוק לצורך הגשמת התכלית הראויה הוא מידתי. מבחן המידתיות מורכב משלושה מבחני מישנה: מבחן האמצעי המתאים והרציונלי; מבחן האמצעי שפגיעתו פחותה; ומבחן האמצעי המידתי ( המידתיות במובן הצר) (פרשת אבנר אורן, פסקה 27, שם; פרשת המונעצה האזורית חוף עזה, פסקה 66; בג"צ 4644/00 יפאורה תבורי בע"מ נ' הרשות השנייה לטלוויזיה ולרדיו, פד"י נד(4) 178, 182; בג"צ 3477/95 בן עטייה נ' שר החינוך, פד"י מט(5), 12-13).

בבחינת היבט המידתיות החוקתית, יש לחזור ולהצביע על תכליתה של המשמורת, שלה שתי פנים: האחת – הבטחת ביצועו של צו הגירוש; והשנייה – הפסקה מיידית של השהייה הבלתי חוקית. על רקע תכלית זו, יש לבחון את שאלת המידתיות בהקשר לקביעה לפיה אין לשחרר אדם המוחזק במשמורת אם הרחקתו מישראל נמנעת או מתעכבת בשל העדר שיתוף פעולה מצדו.

19. ההסדר האמור בחקיקה עונה למבחן ההתאמה הרציונלי. יש קשר של התאמה בין האמצעי של החזקת שוהה שלא כדין במשמורת לבין הבטחת היכולת לבצע צו הרחקה. כן קיים קשר רציונלי בין החזקה במשמורת לבין הפסקה מיידית של השהייה הבלתי חוקית, במיוחד כך מקום שהמוחזק במעצר מונע במזיד את הרחקתו או מעכב אותה בדרך של אי שיתוף פעולה מכוון כלפי הרשות. הארכת תנאי המשמורת של המוחזק בנסיבות מעין אלה נועדה להגשים את יעד ההרחקה בהקדם ככל הניתן, ובמובן זה מתקיים כאן קשר ההתאמה הנדרש.

20. על פי מבחן המשנה השני של המידתיות – האמצעי שפגיעתו פחותה, נראה כי שוהה בלתי חוקי המונע או מעכב בהתנהגותו את הרחקתו אינו מותיר בידי המדינה חלופה ממשית אחרת המאפשרת הגשמת תכלית ההרחקה, מלבד המשך החזקתו במשמורת. שחרורו מן המשמורת בתנאים אלה, פירושו הפקדת מפתחות הכניסה והיציאה מן הארץ בידי השוהה שלא כדין, במקום שמפתחות אלה יהיו בידיה של המדינה, וזאת קשה לקבל. שחרור ממשמורת בנסיבות כאלה יסכל את מטרת המשמורת

על שתי פניה – הן להביא להרחקת השוהה מן הארץ בהקדם ככל הניתן, והן להפסיק באופן מיידי את מצב השהייה הבלתי חוקית. מבחינות אלה, המשך ההחזקה במשמורת הוא האמצעי הנדרש בנסיבות הענין כדי להגשים את מטרת החוק.

21. ואשר למבחן המישנה השלישית – עניינו בבחינת היחס בין התועלת הצומחת מנקיטת האמצעי על פי החוק אל מול מידת הפגיעה אותה הוא מסב לזכויותיו של הפרט. מבחן זה משקלל את התועלת אל מול הנזק, באופן שאם עוצמת הנזק לזכות האדם גוברת על התועלת הנצמחת מן הפגיעה בה לשם השגת התכלית הראויה, כי אז מבחן המידתיות אינו מתקיים.

נראה לי כי גם מבחן המידתיות כמובנה הצר מתקיים בנסיבות ענין זה. ההנחה לצורך ענייננו היא כי המוחזק במשמורת הוא הכח המניע לכך שהרחקתו מן הארץ אינה מתגשמת, והוא הגורם לכך שהחזקתו במעצר מתארכת. מן הצד האחד, התועלת שבמשמורת נועדה להגשים במהירות את מדיניות ההרחקה של השוהה שלא כדין, וכן להפסיק לאלתר את פועלה של השהייה שלא כדין. מצד שני, הפגיעה הנגרמת למוחזק במשמורת עקב הארכתה מקורה במוחזק עצמו עקב התנהגותו, והוא בלבד האחראי לה, בבחינת קרבן הניזוק מפגיעתו שלו עצמו. בהתנהגותו, הוא מסכל את מאמצי המדינה לבצע את הרחקתו, וגורם במו ידיו לצורך בהארכת מעצרו. בנסיבות אלה, אחריות המוחזק עצמו לפגיעה הנגרמת לו בהארכת מעצרו מביאה לכך שבאיזון בין התועלת מהארכת המשמורת ליישום מדיניות ההרחקה, לבין עוצמת הפגיעה הנגרמת למוחזק מהארכת המעצר, גובר בבירור הערך הראשון. לפיכך, הוראת החוק עומדת גם במבחן המידתיות הצרה.

המסקנה העולה מדברים אלה היא כי הוראת החוק בסעיף 113(ב)(1) לחוק הכניסה לישראל עומדת במבחן החוקתי. עם זאת, מסקנה זו אינה מייתרת את הצורך להקפיד הקפדה יתירה על אופן השימוש בסמכות הארכת המעצר מטעמים של התנהגות המוחזק במשמורת, ולבחון בחינה מתמדת, מעת לעת, האם עדיין מתקיימים התנאים המצדיקים את המשך המעצר.

### **ביקורת מינהלית על המשך החזקת השוהה שלא כדין במשמורת**

22. בצד בחינת חוקתיותו של הסדר הארכת המשמורת לגבי מוחזק המונע את הרחקתו מן הארץ, נדרשת ביקורת מינהלית קפדנית, רצופה ועיקבית על אופן הפעלת הסמכות האמורה. מאחר שהארכת המישמורת של מי שמונע את הרחקתו משמעותה פגיעה מתמשכת בחירותו של אדם, נדרש פיקוח ומעקב מתמידים על מידת ההצדקה

שבהמשך משמורת זו בנתונים הפרטניים של המקרה. אחריות זו מוטלת בעיקרה על הממונה על ביקורת הגבולות, ועל בית הדין למשמורת. במסגרת ביקורת זו יש לבחון מעת לעת האם אמנם התנהגותו של המוחזק במשמורת עדיין מונעת או מעכבת את הרחקתו; ומצד השני – האם המדינה עושה מצידה את כל הנדרש והניתן כדי לבצע את ההרחקה, והאם ניתן לבצעה גם בלא שיתוף הפעולה של המוחזק במשמורת. מקום שלא מתקיים אחד מתנאים אלה, על הגורם המוסמך לשקול את שחרור המוחזק בערובה, תוך התניית השחרור בתנאים ראויים שיגשימו את מטרת השחרור תוך פגיעה פחותה ככל הניתן בחירותו האישית, ותוך התחשבות במדיניות העומדת ברקע הסדר המשמורת - להביא להרחקת השוהה שלא כדין מגבולות הארץ בהקדם ככל הניתן. בענין עמ"נ 179/04 לרבי נ' משטרת ההגירה, משרד הפנים הצביע בית המשפט המחוזי בת"א (כב' השופט מודריק) בנסיבות הדומות לענייננו, על הצורך בקיום עיון מחודש מעת לעת בבית הדין למשמורת בדבר המשך ההצדקה למעצר המוחזק, כדי למנוע, חלילה, מצב שבו אדם ישהה במשמורת תקופה ארוכה בלי שעניינו ייבחן מדי זמן, ומחשש שהוא עצמו אינו ערוך להביא את עניינו בפני הרשויות. גישה זו, ביסודה, ראוי לאמץ. ראוי גם לשקול את הסדרת נושא זה במפורש בחקיקה, כדי להבטיח קיום מנגנון בקרה שיפוטי אוטומטי, שאינו תלוי בהכרח ביוזמתו של המוחזק עצמו, שאינו מסוגל בכל מקרה לפעול להגנה על זכויותיו.

### מן הכלל אל הפרט

23. במקרה שלפנינו, אין מחלוקת על כך שהמבקשים שוהים בישראל שלא כחוק במשך כ-7 שנים. כן אין חולק כי הם מוחזקים במשמורת כבר זמן רב, מאז ספטמבר 2005. עוד הובהר כי, נכון לעת זו, המבקשים אינם משתפים פעולה עם מאמצייה של המדינה להרחיקם למדינת אזרחותם המקורית – גרוזיה. כן נראה, כי המדינה פעלה ופועלת כל העת במסגרות הדיפלומטיות כדי להסדיר את העברת המבקשים לגרוזיה, ולדאוג לקליטתם שם, אף שנושא אזרחותם, ובמיוחד אזרחותה של המבקשת, טעון עדיין, ככל הנראה, הליך מיוחד בגרוזיה.

לאור המגעים האמורים שנתקיימו עם מדינת גרוזיה, והיענותה לקבל לתחומה את המבקשים, למצער, בסטטוס של בעלי תעודת מעבר, אין זה ברור כלל ועיקר מדוע, חרף אי שיתוף הפעולה של המבקשים, אין המדינה מבצעת את פעולת ההרחקה הלכה למעשה. אין זה גם ברור, באיזו מידה קיימת מניעה אמיתית לבצע את ההרחקה, נוכח הסכמתה של גרוזיה לקלוט את המבקשים בשטחה, ובאיזו מידה אי שיתוף הפעולה של המבקשים עם הרשות המוסמכת מהווה אבן נגף אמיתית בפני הרחקתם. בצד שאלות

אלה, משך מעצרים של המבקשים מתארך מעבר לכל מידה סבירה בנסיבות ענין זה (השוו בג"צ 1468/90 בן ישראל נ' שר הפנים פד"י מד(4) 149).

בנסיבות אלה, ונוכח החובה ליישם את דרישת המידתיות גם במישור המינהלי ביישום בפועל של אמצעי המשמורת להשגת התכלית הראויה של הסדרי החוק, על המדינה להפעיל את מירב מאמציה על מנת לבצע את הרחקת המבקשים מהארץ מוקדם ככל האפשר, וככל הניתן, גם בהעדר שיתוף פעולה מטעמם. מהודעותיה של המדינה עולה כי המגעים עם מדינת גרוזיה בענין זה הבשילו להסדר על פיו תקלוט מדינה זו את המבקשים, ותאפשר במידת הצורך, קיום הליכים להקניית אזרחות למבקשים לצורך השתקעות קבע.

24. כדי לפעול במידת הניתן ליישום תכלית ההרחקה בהקדם האפשרי, או, לחלופין, לבחון את מידת ההצדקה להמשך ההחזקה במשמורת של המבקשים על פי אמות המידה שהובהרו לעיל, אני מציעה להחזיר את הענין לבית הדין למשמורת, אשר במסגרת סמכותו יבחן את מכלול הנסיבות הפרטניות נכון לעת זו, ובמיוחד את השאלה האם ניתן לממש לאלתר את פעולת ההרחקה בפועל, ולחלופין, האם אי שיתוף הפעולה של המבקשים עודנו קיים, והאם הוא המונע את הרחקתם.

אציע, כי הדיון בפני בית הדין יתקיים לכל המאוחר בתוך 15 יום מהיום, וזאת אם ובמידה שהמבקשים לא יורחקו מישראל על פי צווי ההרחקה עד לאותו מועד.

אינני רואה מקום להתערב בפסיקת ההוצאות בערכאה קמא, משלא מצאתי כי נפלה טעות מהותית בקביעה זו (ע"א 1064/03 אליהו, חב' לביטוח בע"מ נ' עזבון המנוחה פיאמנטה, תק-על 2006(1) 1806, פסקה 39 לפסק דינה של השופטת ארבל).

25. בכפוף לאמור לעיל, בקשת רשות הערעור נדחית.

אין צו להוצאות בערכאה זו.

השופטת מ' נאור

אני מסכימה.

שופטת

השופטת ע' ארבל

אני מסכימה.

שופטת

לפיכך הוחלט כאמור בפסק דינה של השופטת פרוקצ'יה.

ניתן היום, כ"ז בכסלו תשס"ז (18.12.06).

שופטת

שופטת

שופטת