



מעצר עולם

יונתן ברמן*

פסק דינו של בית המשפט העליון בעניין **טספהונה נ' משרד הפנים**¹ הוא ביטוי קיצוני להפשטת מבקשי מקלט מזכויותיהם הבסיסיות. הוא מייצג את האופן שבו המשפט מתנער מעקרונות יסוד בשעה שהוא עוסק במי שהוא מכונן כ"זרים" או "מסתננים". פסק הדין מפקיע בנוגע ל"מסתננים" את ההגנות שהמשפט בישראל מתיימר להעניק לכל אדם מפני רמיסת חירותו וזכותו להליך הוגן, ומקבע את "זרותם" בנוגע לעקרונות הבסיסיים של שלטון החוק.

עד לאחרונה ניתן היה לסבור כי במשפט הישראלי דמות ה"הומו סאקר" (Homo Sacer) הקלאסית, מי שמצוי באזור אי ההיבחנות בין תחום חלותו של הסדר המשפטי לבין התחום שבו הוא אינו חל, מי שנכלל בסדר המשפטי באמצעות הדרה שלו מתוכו,² משתקפת בפלסטיני תושב השטחים הכבושים. פסק הדין בעניין **טספהונה**, כשהוא מצטרף לשורה של פרקטיקות הננקטות על ידי משרד הפנים, מבהיר כי ה"מסתנן" הוא היום ה"הומו סאקר" הטיפוסי, מי שהוסרה ממנו הגנת שלטון החוק תוך חשיפתו לאלמות הריבון. הוא מבהיר, כי העיקרון, המוחל דרך קבע "אפילו" על פלסטינים תושבי השטחים, לפיו כאשר בידי המדינה הבחירה בין מעצר מנהלי לבין הליך פלילי יש לבחור באחרון, אינו חל על "מסתננים". הוא מלמד, כי העיקרון החל "אפילו" על פלסטינים תושבי השטחים, לפיו לצורך מעצר מנהלי נדרשת מידה ניכרת של "מסוכנות" עתידית, אינו חל על "מסתננים", שהלכה למעשה כל עברה שיבצעו הופכת אותם ל"מסוכנים".

סנאיט טספהונה היא אזרחית אריתריאה, הנמצאת בישראל שנים אחדות. בשנים האחרונות מדיניות משרד הפנים, שעליה אתעכב בהמשך, היא שלא לגרש את אזרחי אריתריאה למדינת מוצאם, וזאת נוכח ההכרה בסכנה הנשקפת להם מידי השלטון הטוטליטארי במדינה זו, אם יוחזרו אליה.³ כמו כל אזרחי אריתריאה, שנכנסו לישראל

* ראש הקליניקה לזכויות מהגרים, המרכז האקדמי למשפט ולעסקים ברמת גן. הכותב ייצג את מוקד סיוע לעובדים זרים והאגודה לזכויות האזרח בישראל בבקשתם להצטרף במעמד "ידידי בית המשפט" להליך בו עוסקת רשימה זו.

1 ע"מ 8642/12 סנאיט טספהונה נ' משרד הפנים (פורסם בנבו, 4.2.2013).

2 AGAMBEN GIORGIO, **HOMO SACER: SOVEREIGN POWER AND BARE LIFE** (Trans. Daniel Heller-Roazen, (1995).

3 למצב באריתריאה, שבגינו נשקפת סכנה למוחזרים אליה, ראו, למשל: הנחיות נציבות האו"ם לפליטים: UNHCR Eligibility Guidelines for Assessing the International Protection needs of Asylum Seekers from Eritrea, 20 April 2011, זמין ב: <http://www.unhcr.org/refworld/pdfid/4d4afe0ec2.pdf>.

לנסיבות בהן יש להכיר ברוב אזרחי אריתריאה שיצאו ממדינת מוצאם כפליטים בהתאם לאמנה בדבר מעמדם של פליטים, ראו פסק דינו של טריבונל ההגירה העליון בבריטניה:

MO (illegal exit – risk on return) Eritrea CG [2011] UKUT 00190 (IAC), זמין ב: <http://www.unhcr.org/refworld/pdfid/4e0214652.pdf>.



לפני חודש יוני 2012 ונתפסו בסמוך לגבול,⁴ סנאיט טספהונה שוחררה ממעצר בראשית שנת 2010, וקיבלה רישיון ישיבה זמני בישראל, שאינו מהווה רישיון עבודה.⁵ לאחר שכמעט הגיעה לפת לחם, רכשה סנאיט טספהונה, באמצעות הלוואה שנטלה, רישיון ישיבה מזויף, הנחזה להיות מסמך המתיר לה לעבוד כדין.⁶ מצוידת ברישיון המזויף הצליחה סנאיט טספהונה למצוא עבודת ניקיון במלון באמצעות קבלן כוח אדם, בה השתכרה שכר מינימום. רישיונות הישיבה המזויפים (בדומה לרישיונות ישיבה אותנטיים) נשאו תאריך פקיעה, ועל כן אחת לכמה חודשים היא רכשה רישיון מזויף חדש, על מנת שלא לאבד את מקום עבודתה.

בחודש אוגוסט 2012 סנאיט טספהונה נחקרה על ידי המשטרה בחשד לשימוש במסמך מזויף. המשטרה קבעה כי אין עניין לציבור להעמידה לדין פלילי, והודיעה זאת למשרד הפנים. משרד הפנים ביטל את רישיון הישיבה שבו אחזה, קבע כי היא מסוכנת לשלום הציבור, ועצר אותה במעצר מנהלי בהתאם להוראות החוק למניעת הסתננות. מעצר מכוח חוק זה, לאחר שנקבע כי אדם מסוכן לשלום הציבור, הוא מעצר שאינו מוגבל בזמן, ולמעשה לא קיימת בחוק סמכות לשחרר אדם שנשקף ממנו סיכון כזה גם בחלוף שנים.⁷ בית המשפט המחוזי דחה עתירה מנהלית שהוגשה נגד המעצר וביטול רישיון הישיבה,⁸ ובמסגרת ערעור על פסק הדין בית המשפט העליון אף הוא אישר את מעצרה.

לא ניתן להבין את פסק הדין ללא הבנת מדיניות משרד הפנים ביחסם לאזרחי אריתריאה. בשנת 2009 הוקמה במסגרת משרד הפנים יחידה, שתפקידה לבחון בקשות למקלט של מי שטוענים כי הם עומדים בתנאי האמנה בדבר מעמדם של פליטים משנת 1951, שעליה חתומה מדינת ישראל. "פליטי", בהתאם להוראות האמנה, הוא אדם "הנמצא מחוץ למדינת אזרחותו [...] ובגלל פחד מבוסס להיות נרדף מטעמי גזע, דת, אזרחות, השתייכות לקיבוץ חברתי מסוים או להשקפה מדינית מסוימת ואיננו יכול להיזקק להגנתה של אותה ארץ או אינו רוצה בכך בגלל הפחד האמור".⁹ אף על פי שמחויבותה של ישראל מכוח האמנה אינה מעוגנת בחקיקה ראשית, הרי שבהתאם לנהלי משרד הפנים, על אדם הטוען כי הוא פליט לפנות בבקשה אל משרד הפנים, וזה מקיים סדרה של ראיונות,

⁴ החל מחודש יוני 2012 נעצרים מי שמוגדרים כ"מסתננים", לרבות אזרחי אריתריאה, בהתאם להוראות חוק למניעת הסתננות, תשי"ד-1954, מכוחו מוחזקים רובם במעצר מנהלי לפרק זמן מינימאלי של שלוש שנים. עד למועד זה הוחזקו מי שהוגדרו כ"מסתננים" מכוח הוראות חוק הכניסה לישראל, תשי"ב-1952. בתקופה שקדמה לחודש יוני 2012, "מסתננים" שזוהו כאזרחי אריתריאה שוחררו ממעצר תוך פרק זמן קצר.

⁵ רישיון ישיבה לפי סעי' 2(א)(5) לחוק הכניסה לישראל, תשי"ב-1952.
⁶ רישיון ישיבה מסוג ב/1 בהתאם לסעי' 2(א)(3) לחוק הכניסה לישראל, תשי"ב-1952.
⁷ ס' 30א(ד)(2) לחוק למניעת הסתננות קובע סייג, לפיו גם בהתקיים אחת מעילות השחרור שקובע החוק, אדם שנשקף ממנו סיכון לשלום הציבור לא ישוחרר.

⁸ עת"מ (מרכז) 26229-09-12 **טספהונה נ' משרד הפנים** (פורסם בנבו, 20.10.2012).
⁹ ס' 1.A(2) לאמנה בדבר מעמדם של פליטים משנת 1951, כפי שתורגם לעברית בכתבי אמנה 65, עמ' 5 ובהתאם לתיקונו בסעי' 1.2 לפרוטוקול בדבר מעמדם של פליטים משנת 1967, כפי שתורגם לעברית בכתבי אמנה 690, עמ' 23. התרגום הרשמי לעברית הובא לנוחיות הקוראות, חרף העובדה שנפלו בו אי דיוקים אחדים וחרף העובדה שהנוסחים המחייבים של הפרוטוקול ושל האמנה הם נוסחם בשפות האנגלית והצרפתית.



שבעקבותיהם הוא מכריע אם המבקש עומד בתנאי האמנה. אדם המוכר כפליט זכאי לרישיון לישיבת ארעי בישראל, המקנה לו את הזכות לשהות בישראל ולעבוד בה, וכן את הזכויות המוקנות לכל תושב ישראלי מכוח חוק ביטוח בריאות ממלכתי¹⁰ וחוק הביטוח הלאומי.¹¹

ואולם בפועל, מערכת המקלט של מדינת ישראל היא מערכת שעננה של חוסר אמינות וחוסר מקצועיות מרחפת מעליה. להבדיל ממדינות "מפותחות" אחרות, בהן שיעורי ההכרה בפליטים נעים בין אחוזים אחדים לכמה עשרות אחוזים, שיעור ההכרה בפליטים בישראל נמוך מעשירית האחוז.¹² למעשה, אף על פי שחלפו קרוב לארבע שנים מאז הוקמה יחידת הטיפול במבקשי מקלט במשרד הפנים, עד היום רק במקרה אחד הוכר כפליט שהליך בדיקת זכאותו למקלט נעשה על ידי היחידה (ילדה לבקנית מחוף השנהב, שמכוח ההכרה בה זכו גם הוריה למעמד בישראל).¹³ בנוסף, נשמעת ביקורת חריפה אודות כשלים חמורים בהליכי בחינת בקשות למקלט בישראל.¹⁴

אם לא די בכך, הרי שבפועל אזרחי סודן ואריתריאה מודרים ממערכת המקלט. יחידת הטיפול במבקשי מקלט אינה בוחנת באופן אינדיבידואלי אם הם מקיימים את תנאי האמנה בדבר מעמדם של פליטים. בסדרה של הליכים משפטיים משרד הפנים טען, אמנם, כי רוב אזרחי אריתריאה מעולם לא הגישו בקשה למקלט וכלל אינם טוענים כי הם פליטים. אולם לפחות בחלק מן ההליכים עמדו בתי המשפט על כך שבפועל, משרד הפנים אינו מאפשר לאזרחי אריתריאה להגיש בקשות למקלט בישראל, ומרגע שהוא אדם כאזרח אריתריאה הוא מנתב אותו להליך מסוג אחר.¹⁵ בית המשפט העליון אף הוא עמד על כך שבהתאם למדיניות משרד הפנים בקשות מקלט של אזרחי מדינה זו אינן נבחנות.¹⁶ חשוב לציין כי לאחרונה, מאז החל משרד הפנים לכלוא את אזרחי אריתריאה לפרק זמן בלתי מוגבל מכוח החוק למניעת הסתננות, הוא מאפשר לאזרחי מדינה זו המוחזקים במעצר להגיש בקשות למקלט, אך במועד פרסום רשימה זו טרם הסתיים הטיפול בבחינת בקשת המקלט ולו של אזרחית

10 חוק ביטוח בריאות ממלכתי, תשנ"ד-1994.

11 חוק הביטוח הלאומי, [נוסח משולב], תשנ"ה-1995.

12 UNHCR, Statistical Yearbook 2011 (June 2012), annexes, table 10, זמין ב:

<http://www.unhcr.org/globaltrends/2011-GlobalTrends-annex-tables.zip>

13 בהתאם לנתונים שפרסמה רשות האוכלוסין וההגירה לאחרונה, מאז הקמת יחידת הטיפול במבקשי מקלט בשנת 2009 הכירה ישראל ב-22 אנשים כפליטים. נתון זה הוא מטעה, משום שהוא יוצר את הרושם, לפיו 22 אנשים הוכרו כפליטים לאחר שעניינם נבחן על ידי יחידת הטיפול במבקשי מקלט במשרד הפנים. כדי להבין את הנתון האמור חשוב להבין כי עד שנת 2009 הגוף שהיה אחראי על קבלת ובחינת בקשות למקלט בישראל ובחינתן היה נציבות האו"ם לפליטים. מתוך 22 המקרים בהם הוכרו מבקשי מקלט כפליטים מאז שנת 2009, ב-21 מקרים מדובר במי שהטיפול בבקשתם החל לפני שנת 2009, שהטיפול בעניינם התעכב, ושהוכרו כפליטים בעקבות בחינה והמלצה חיובית של משרד הפנים. רק מקרה אחד מתוך אותם 22 מקרים של מתן מקלט בישראל ניתן לייחס להמלצה חיובית של משרד הפנים בעקבות בדיקה עצמאית שקיים.

לנתוני רשות האוכלוסין וההגירה ראו: סיכום פעילות רשות האוכלוסין וההגירה 2012 (ינואר 2013), זמין ב:

piba.gov.il/About/Documents/559844-HOVERET-FINAL.PDF

14 מוקד סיוע לעובדים זרים, עד שייאטם ליבנו: הליכי מקלט בישראל (מרץ 2012), זמין ב:

www.hotline.org.il/hebrew/pdf/asylum_procedures_2012_heb.pdf

15 עת"מ (מרכז) 57162-01-11 אספו נ' משרד הפנים, פס' 4 לפסק הדין (פורסם בנבו, 2.11.2011).

16 עת"מ 8908/11 אספו נ' משרד הפנים, פס' 15 לפסק הדין (פורסם בנבו, 17.7.2012).



אריתריאה אחת. בעוד שברחבי העולם עמדו שיעורי ההכרה באזרחי אריתריאה כפליטים על 74% בשנת 2011,¹⁷ בישראל לא הוכר עד היום ולו אזרח אריתריאה אחד פליט, ומשרד הפנים מתייג את כל מבקשי המקלט האריתריאים כ"מסתננים" וכ"מהגרים כלכליים".

במקביל להדרתם של אזרחי אריתריאה ממערכת המקלט ולהימנעות מבחינה אינדיבידואלית של השאלה אם הם עומדים בתנאי האמנה בדבר מעמדם של פליטים, חלה עליהם מדיניות, הזוכה לכינויים שונים (לעתים מדיניות "אי הרחקה", לעתים מדיניות "הגנה זמנית" ולעתים "הגנה קבוצתית"),¹⁸ שמשמעה הוא כי לעת הזו הם אינם מגורשים למדינת מוצאם.¹⁹ משרד הפנים נוהג, אמנם, לטעון כי אין כל מניעה לגרש את אזרחי אריתריאה וסודן ל"מדינה שלישית", בה לא נשקפת להם סכנה, ובית המשפט העליון קיבל עמדה משפטית זו.²⁰ בית המשפט העליון אף קבע כי אין לשלול את הפרקטיקה של גירוש מי שחוסים תחת מדיניות "אי הרחקה" או "ההגנה הזמנית" למדינות שאינן בהכרח מדינות אזרחותם, אך שמתקיים ביחס אליהן מבחן "מירב הזיקות".²¹ אולם עמדות אלה אינן תואמת את הוראות הדין הבינלאומי, הקובעות מגבלות משמעותיות על האפשרות לגרש מבקש מקלט גם למדינה שאינה מדינת מוצאו.²²

17 טבלה 11 לנתוני רשות האוכלוסין, לעיל ה"ש 12.
18 לאורך תקופה ארוכה עשו רשויות מדינה שימוש בכינוי "הגנה זמנית" בנוגע למדיניות החלה על אזרחי אריתריאה. ראו, למשל: תגובת המדינה בבג"ץ 7302/07 מיום 17.9.2009; מכתבו של מנכ"ל רשות האוכלוסין וההגירה, אמנון בן עמי, מיום 2.1.2011; ומכתבו של מנהל יחידת הטיפול במבקשי מקלט במשרד הפנים, מר חיים אפרים, מיום 10.12.2009 (העתקי מסמכים אלה מצויים בידי הכותב). מזה כשנה מתעקשת רשות האוכלוסין כי אין לכנות את ההסדר החל על אוכלוסייה זו "הגנה זמנית" אלא "מדיניות אי הרחקה". ראו, למשל: עניין **אספו**, לעיל ה"ש 16.

19 לאחרונה שינה משרד הפנים את טעמו וטען לראשונה, למיטב ידיעת הכותב, בבית המשפט העליון כי על אזרחי ודן כלל לא חלה מדיניות כזו, וכי הם אינם מגורשים למדינות מוצאם אך בשל קושי טכני לעשות כן (ע"מ 1247/13, **טהנגס נ' משרד הפנים**, סיכומים מטעם המשיב מיום 11.3.2013, סע' 24–25 (העתק המסמך מצוי בידי הכותב)). טענה זו אינה מתיישבת עם הצהרות גורמים שונים מטעם המדינה, כפי שתוארו בהערה 19 הנ"ל. היא אף אינה מתיישבת עם הצהרות נוספות של משרד הפנים בבתי המשפט לאורך השנים האחרונות, לפיהן נמנע גירושם של אזרחי סודן בשל סכנה הנטענת לשלומם נוכח העובדה ששהו בישראל (ראו, למשל: ע"מ (מרכז) 31808-03-10, תגובה מקדמית לעתירה מיום 18.4.2010, סע' 41 (העתק מצוי בידי הכותב)) ואינה מתיישבת עם עמדת נציבות האו"ם לפליטים בעניין זה (מכתבו של ויליאם טול, נציג נציבות האו"ם לפליטים בישראל, 2.10.2012 (העתק מצוי בידי הכותב)).

20 ע"מ 7079/12 **מדינת ישראל נ' גרמאיי** (פורסם בנבו, 10.12.2012). בפסק דין זה בית המשפט העליון קבע, שכאשר מדובר בגירוש של אדם ל"מדינה שלישית", הנטל מוטל עליו להראות כי נשקפת לו סכנה ב"מדינה השלישית" אם הוא מתנגד לגירושו לשם. השופט סולברג ציין בפסק הדין, כי כלל זה בעניין הנטל תואם את "המקובל בכללי המשפט הבין-לאומי", אך אינו מפנה ולו לאסמכתא אחת לשם ביסוסה של טענה זו. לאמיתו של דבר, קביעה זו אינה מתיישבת עם כללי המשפט הבין-לאומי, המטילים מגבלות על גירוש מבקשי מקלט ל"מדינות שלישיות" (ראו הערה 23 להלן).

21 בר"מ 1662/11 **בירה נ' משרד הפנים**, פס' 36 לפסק הדין (פורסם בנבו, 1.9.2011).
22 במסגרת מצומצמת זו אין באפשרותי לעמוד בהרחבה על הטענה, לפיה פרקטיקות אלה מהוות הפרה של הדין הבין-לאומי. הדברים הובאו בהרחבה על ידי חברי, ד"ר יובל לבנת, במסגרת נייר שהוצג ב:

Israeli Law and Society 2012 Annual Conference, The Role and Place of Courts in the Formation of Immigration Policy, December 20, 2012



אזרחי סודן ואריתריאה, שנכנסו לישראל ונתפסו באזור גבול ישראל-מצרים לפני חודש יוני 2012, מועד תחילת החלתו של מנגנון המעצר החדש הקבוע בחוק למניעת הסתננות,²³ שוחררו, ככלל, תוך הכרה בהעדר האפשרות לגרשם במועד זה, וניתנו בידיהם רישיונות ישיבה לפי סעיף 2(א)(5) לחוק הכניסה לישראל.²⁴ מדיניות זו מציבה את אזרחי סודן ואריתריאה בריק משפטי – מצד אחד רישיונות ישיבה אלה, אינם מהווים רישיונות עבודה, והדבר אף מצוין על גביהם במפורש, אך מן הצד השני המדינה מסרה התחייבות, שעוגנה בפסק דין של בית המשפט העליון, כי עד להודעה חדשה לא תאכוף את איסור ההעסקה על אזרחי שתי מדינות אלה, ולא תקנוס או תעמיד לדין מעסיקים שיעסיקו אותם.²⁵ הסדר זה מבטיח כי אזרחי שתי מדינות אלה יחיו בשולי החוק. הם מועסקים שלא כדין, מבלי שהאיסור ייאכף. הם מתקשים למצוא תעסוקה, אך מציאתה אינה בלתי אפשרית. הם נדחקים לעבוד בעבודות זמניות, שבהן הם משתכרים שכר הנופל משכר המינימום, ובשל המצב שבו מציבה אותם המדינה, הם נאלצים להצטופף דווקא בשכונות החלשות ביותר.

סנאיט טספהונה, המערערת בפסק הדין נשוא רשימה זו, נמנתה על בנות קבוצה זו – אזרחי אריתריאה שחלה עליהם מדיניות "אי ההרחקה", אותו לימבו משפטי, שבו מיטשטשת ההבחנה בין תחום חלותו ואי חלותו של המשפט. רצונה לשרוד במציאות זו הוא שגרר אותה לרכוש רישיון ישיבה מזויף, ובהמשך – למעצר מנהלי בלתי מוגבל בזמן.

כאמור, פסק דינו של בית המשפט העליון, שאישר את מעצרה המנהלי, מפקיע מ"מסתננים" את כל ההגנות המשפטיות המוכרות לנו. אחד העקרונות הבסיסיים החלים על מעצרים מכוח צו מנהלי, הינו שמעצר כזה מהווה אמצעי אחרון, שניתן לנקוט בו רק בהעדר אפשרות לקיים הליך פלילי. גם בשעה שמדובר בחשדות המוגדרים על ידי המדינה כבעלי רקע "ביטחוני", בית המשפט העליון ציין לא פעם כי מעצר מכוח צו מנהלי הוא אמצעי קיצוני, וכי במקרים בהם ניתן להעמיד אדם לדין פלילי, אין מקום לשימוש באמצעי זה.²⁶ בעוד שבהליך הפלילי נאשם זכאי להיות מיוצג על חשבון המדינה, לעיין בחומר הראיות נגדו, לחקור עדים וליהנות מחזקת החפות, כל אותן ההגנות אינן קיימות בנוגע למעצר המנהלי. בעוד שאילו הייתה סנאיט טספהונה עומדת לדין פלילי ומורשעת, היה מוטל עליה עונש מאסר לפרק זמן קצוב (ולא מן הנמנע שהיה מוטל עליה רק עונש של מאסר על-תנאי), המעצר מכוח החוק למניעת הסתננות, שאושר על ידי בית המשפט העליון, הוא בלתי מוגבל בזמן.

²³ מנגנון זה הוסף לחוק בחודש ינואר 2012 במסגרת חוק למניעת הסתננות (עברות ושיפוט) (תיקון מס' 3 והוראת שעה), התשע"ב-2012, ס"ח תשע"ב מס' 2332 מיום 18.1.2012, עמ' 119.

²⁴ נוהל הארכת אישורי שהייה למסתננים (רשות האוכלוסין, נוהל מס' 5.2.0013, 16.11.2008), זמין ב: piba.gov.il/Regulations/76.pdf.

²⁵ בג"ץ 6312/10 קו לעובד נ' הממשלה (פורסם בנבו, 16.1.2011). לביקורת על הסדר זה ראו: יובל לבנת "פליטים, מעסיקים ופתרונות מעשיים" בבג"ץ: בעקבות בג"ץ 6312/10 קו לעובד נ' הממשלה "משפטים על אתר ג 23 (2011).

²⁶ ראו, למשל: עמ"מ 4794/05 אופן נ' שר הביטחון, פס' 18 לפסק הדין (פורסם בנבו, 12.6.2005); עמ"מ 8788/03 פדרמן נ' שר הביטחון, פ"ד נח(1) 176, פס' 16 לפסק הדין (2003).



פסק דינו של השופט ניל הנדל בעניין **טספהונה**, בוחן את השאלה אם אכן נשקפת מסנאיט טספהונה "סכנה לשלום הציבור". הסטנדרט שהוא מחיל בעניין זה, אף הוא אינו מתיישב עם העקרונות הבסיסיים של מעצרים מנהליים שמטרתם למנוע סיכון עתידי. בעיסוקו במעצרים מנהליים מטעמים המוגדרים כביטחוניים, בית המשפט העליון הקפיד על קיומם של שני יסודות: הסתברות גבוהה לפגיעה בביטחון המדינה והיותה של הפגיעה הפוטנציאלית בעלת עצמה גבוהה.²⁷ שני עקרונות אלה אינם מיושמים בבחינת עניינה של סנאיט טספהונה, כאשר השופט הנדל קובע כי נשקפת ממנה "סכנה לשלום הציבור". בנוגע להסתברות הפגיעה בשלום הציבור, הרף שמציב השופט הנדל הוא נמוך ביותר. הוא מסתפק בקביעה כי "אין לדחות עמדה", לפיה העברות שביצעה סנאיט טספהונה מסכנות את ביטחון שלום הציבור, וזאת "מבלי לטעת מסמרות".²⁸ כך גם לעניין חומרת הפגיעה העשויה, לשיטת בית המשפט, להיגרם משחרורה. בעניין זה השופט הנדל מאמץ את עמדת המדינה, לפיה "השימוש באשרות מזויפות מאפשר לאדם המשתמש בהן לעבוד באופן לא חוקי תוך הונאה הן של המעסיק והן של רשויות המדינה. השימוש בתיעוד מזויף פוגע באמינות מסמכי הזיהוי ומונע מרשויות המדינה השונות לבקר את השוהים בתחום המדינה".²⁹

ניתוח זה מנותק מן ההקשר העובדתי בו הדברים נאמרו. ראשית, כאמור לעיל, המדינה הכריזה על אי אכיפת איסור העסקתם של אזרחי אריתריאה, נוכח מדיניות "אי ההרחקה" החלה עליהם. סנאיט טספהונה, אילו מצאה מעסיק שיסכים להעסיקה, יכולה הייתה לעבוד גם ללא רכישת רישיון הישיבה המזויף. שנית, המסמך המזויף לא שימש לזיהויה השגוי של סנאיט טספהונה. כל הפרטים שהופיעו על גביו היו זהים לרישיון הישיבה האוטנטי שהוענק לה על ידי המדינה. הפרט היחיד ששונה הוא סוג רישיון הישיבה. אולם, כך או כך, וגם אם נקבל את הרציונלים העומדים בבסיס ניתוחו של השופט הנדל, דומה שאף מידת ה"מסוכנות" העתידית הנשקפת מסנאיט טספהונה, אם תשחרר, סוטה במידה ניכרת מן הראוי. ניתוח ההצדקות לאיסור הפלילי על זיוף מסמכים, המופיע בפסק דינו של השופט הנדל, אינו שווה ערך לקביעה כי היא מסוכנת לציבור. לכל עברה פלילית קיימת הצדקה חברתית מסוימת וביצועה של כל עברה פלילית פוגע באינטרס חברתי כלשהו. אימוץ אופן הניתוח של השופט הנדל - עמידה על קיומו של רציונל לאיסור הפלילי וגזירה אוטומטית של "סכנה לשלום הציבור" של מי שעבר על איסור כזה או אחר, ללא שלבי ניתוח נוספים - מאפשר לקבוע, כי שחרורו של כל אדם שעבר עברה פלילית כלשהי יעמיד בסכנה את "שלום הציבור". יש לציין, כי בתי המשפט המחוזיים, שפסקו בעניינם של אזרחי אריתריאה וסודן שננקטו בעניינם הליכים דומים קודם לפסק הדין בעניין **טספהונה**, הלכו בדרך שונה מזו שבה בחר השופט הנדל, ובחנו באופן הולם יותר את שאלת הסכנה לשלום הציבור. בתי המשפט המחוזיים קבעו, כי שחרור מי שזייף

²⁷ ראו, למשל: עמ"ס 4/94 **בן חורין נ' מדינת ישראל**, פ"ד מח(5) 329, פס' 9-10 לפסק הדין (1994).

²⁸ עניין **טספהונה**, לעיל ה"ש 1, פס' 6 לפסק דינו של השופט הנדל.

²⁹ שם.



רישיונות ישיבה אינו מהווה סכנה לשלום הציבור,³⁰ וכך גם שחרור מי שהשתמשו ברישיונות ישיבה מזויפים³¹ או ביצעו עברתגניבה.³²

את הסכנה לציבור הנשקפת מידי סנאית טספהונה לומד השופט הנדל, בין השאר, מן העובדה ש"העברה נעברה באופן רצידיביסטי", כלשונו.³³ מדובר בשימוש שגוי בביטוי "רצידיביזם", המרמז למי שעבר עברה, ריצה את עונשו ולאחר מכן חזר לבצע עברות פליליות. אולם מעבר לשימוש השגוי במונח זה, כאשר בוחנים את ה"סדרתיות" במעשיה של סנאית טספהונה, מגלים שמדובר בשרשרת מעשים אחת שנועדו להשיג מטרה אחת ונמשכת. ה"סדרתיות" באה לידי ביטוי בכך, שסנאית טספהונה רכשה בכל פעם רישיון ישיבה מזויף שעליו צוין תאריך פקיעה, ובהגיע תאריך הפקיעה רכשה רישיון מזויף חדש על מנת שלא לאבד את מקום עבודתה.

השופט יורם דנציגר, שהצטרף לפסק דינו של השופט הנדל, עמד על כך שקביעה כי נשקפת מאדם סכנה לשלום הציבור משמעה שניתן יהיה להחזיקו במעצר גם לפרק זמן העולה על שלוש שנים בהתאם להוראות החוק למניעת הסתגנות.³⁴ מובן שאמירה זו אינה מתיישבת עם קביעתו של השופט דנציגר בהמשך פסק הדין, לפיה ככל שהמעצר ימשך מבלי שיתקיים הליך גירוש, יש לשקול אם הצורך בהמשך מעצרה.³⁵ השופט דנציגר אף נמנע מלציין כי בהתאם להוראות החוק, משנקבע כי אדם מסוכן לשלום הציבור, ניתן להחזיקו במעצר לנצח אם לא מתקיים הליך גירוש בעניינו.

פסק הדין מהווה סטייה קיצונית מן העקרונות בנוגע לשלילת חירות גם בכך שהוא מאשר מעצר בלתי מוגבל בזמן מכוח צו גירוש של מי שאין מתנהל בעניינו הליך גירוש כלשהו. בית המשפט העליון קבע בסדרה של פסקי דין, שכאשר אין מתבצעים הליכי גירוש בפועל ולא ניתן לצפות את מועד הגירוש, אין מקום אף להחזיק אדם במעצר מכוח צו הגירוש, וזאת היות שהמעצר לא נועד לממש תכלית של אכיפה, ענישה או הרתעה, אלא נועד להבטיח הוצאה לפועל של הליך ההרחקה מישראל.³⁶ עיקרון זה אינו ייחודי למשפט הישראלי, והוא מעוגן גם בדין

30 עת"מ (מרכז) 43912-10-12 גברהמדין נ' משרד הפנים (פורסם בנבו, 17.1.2013).

31 עת"מ (מרכז) 21676-10-12 מספן נ' מדינת ישראל – רשות האוכלוסין וההגירה (פורסם בנבו, 15.1.2013); עת"מ (מרכז)

11-12 Mebrahtu 52702-11-12 משרד הפנים/מינהל האוכלוסין (לא פורסם, 8.1.2013); עמ"נ (ב"ש) 40042-12-12 מדינת ישראל נ' אסבה, (לא פורסם, 2.1.2013). (העתק פסק הדין מצוי בידי הכותב).

32 עמ"נ (ב"ש) 58564-12-12 אדם נ' משרד הפנים (פורסם בנבו, 27.1.2013).

33 עניין טספהונה, לעיל ה"ש 1, פס' 6 לפסק דינו של השופט הנדל.

34 שם, פס' 4 לפסק דינו של השופט דנציגר.

35 שם, פס' 5 לפסק דינו של השופט דנציגר.

36 בג"ץ 199/53 פלוני נ' שר הפנים, פ"ד ח 243, 247–248 (1954); בג"ץ 1468/90 בן ישראל נ' שר הפנים, פ"ד מד(4)

149, 151–152 (1990); בג"ץ 4702/94 אל טאיי נ' שר הפנים, פ"ד מט(3) 850, 843 (1995); ע"א 9656/08 מדינת

ישראל נ' סעידי, פס' 24–26 לפסק דינה של השופטת חיות (פורסם בנבו, 15.12.2011).



הבין-לאומי³⁷ ובמשפט המשווה.³⁸ כאמור, בעניינם של אזרחי אריתריאה, ובהם סנאיט טספהונה, כלל לא מתנהלים הליכי גירוש נוכח מדיניות "אי ההרחקה" החלה עליהם.

בעוד שהשופט הנדל התעלם בפסק דינו מעניין זה, השופט דנציגר אישר, כי הטענה לפיה אין להחזיק אדם במעצר אם לא מתקיימים הליכי הרחקה אפקטיביים בעניינו "הגיונה בצידה", אולם, לדבריו, טענה זו אינה רלוונטית לעניינה של סנאיט טספהונה: "שכן המשיבים טענו בדיון שלפנינו כי נעשים מאמצים בלתי פוסקים כדי לאפשר גירוש של מסתננים דוגמת המערערת, למשל: על ידי הרחקה למדינה שלישית, ולא ניתן לשלול שכך ייעשה גם בעניינה".³⁹

קביעת השופט דנציגר בהקשר זה מעוררת בעיות בהקשר המשפטי והעובדתי כאחד. בית המשפט העליון פסק כבר בשנות התשעים של המאה הקודמת, כי בהעדר הליך גירוש המתבצע תוך פרק זמן סביר, "שאינו נמדד בשנים או בחודשים ארוכים", אין מקום להחזיק אדם במעצר מכוח צו גירוש שהוצא נגדו.⁴⁰ במועד מתן פסק הדין, הוחזקה סנאיט טספהונה כשישה חודשים במעצר, כשבסופם למשרד הפנים לא הייתה אפשרות להצביע על מועד או יעד לגירושה מישראל. קביעת השופט דנציגר, כי "לא ניתן לשלול" את האפשרות שתימצא "מדינה שלישית" שתסכים לקבלה לשטחה במועד לא ידוע בעתיד, וכי די בכך כדי לאשר את המשך המעצר, היא הורדה משמעותית של הרף שנקבע בפסיקה בנוגע למעצר מנהלי מכוח צו גירוש. עוד בפן העובדתי, יש להוסיף כי מזה כשבע שנים מנסה מדינת ישראל למצוא "מדינות שלישיות" שיסכימו לקבל לשטחן את מי שמצויים בישראל. שלא במפתיע, "מדינות שלישיות" אינן עומדות בתור כדי לקלוט את מי שישראל מתייחסת אליהם כאל "מסתננים" בלתי רצויים, ממש כשם שקשה להניח שמדינת ישראל הייתה ממהרת לקבל לשטחה "זרים", שאינם רצויים במדינות אחרות. עד כה הניסיונות לאתר "מדינות שלישיות" לקליטת אזרחי אריתריאה לא צלחו, ובפני בית המשפט לא הוצגו נתונים כלשהם, שיש בהם משום אינדיקציה לאפשרות שמדינה כזו תימצא במועד קרוב.

37 ראו, למשל: HRC, *Shams et al v. Australia*, U.N. Doc. CCPR/C/87/D/1050/2002 (2006) ¶7.2; HRC, *Shafiq v. Australia*, U.N. Doc. CCPR/C/88/D/1324/2004 (2006) ¶7.2-7.3; HRC, *Bakhtiyari v. Australia*, U.N. Doc. CCPR/C/79/D/1069/2002 (2003) ¶9.3; HRC, *A v. Australia*, U.N. Doc. CCPR/C/59/D/560/1993 (1997) ¶9.2-9.4.

38 ראו, למשל: Case C-357/09, *Kadzoev v. Direktsia 'Migratsia' pri Ministerstvo na vatrešnite raboti*, 2009 Chahal v. United Kingdom, App. No. 22414/93, 23 Eur. Comm'n H.R. Dec. 413, ;P.P.U. I-11189 para. 113 (1996); *A & others v. the United Kingdom*, application no. 3455/05, 19 February 2009, para. 162-164; *A (FC) v. Secretary of State for the Home Department* [2004] UKHL 56; *Zadvydas v. Davis*, 533 US 678, 690, 699 (2001).

39 עניין טספהונה, הערה 1 הנ"ל, פס' 5 לפסק דינו של השופט דנציגר.
40 עניין אל-טאיי, הערה 36 הנ"ל, בעמ' 850.



כדי להבין עד כמה בלתי ריאלית האפשרות לגירוש בעתיד הנראה לעין, חשוב לעמוד על כך שבחודש מרץ 2013, לאחר שניתן פסק הדין בעניין **טספהונה**, נעשה ניסיון לגרש לאוגנדה אזרח אריתריאי שהוחזק במעצר, מתוך הנחה כי זו תסכים לקבלו. אולם שלטונות אוגנדה ניסו לגרשו לאריתריאה ולאחר שנכשלו בכך ניסו לגרשו למצרים, שבתורה ניסתה אף היא לגרשו לאריתריאה. בעקבות אותה פרשה הנחה היועץ המשפטי לממשלה את משרד הפנים כי לעת הזו "לא תתאפשר יציאתם של אזרחי אריתריאה ממתקני המשמורת של רשות האוכלוסין אל כל יעד שהוא מחוץ לגבולות ישראל".⁴¹

השופט דנציגר הוסיף ועמד בעניין **טספהונה** על כך שלאחר מעצרה נפתחה בפניה הדרך להגיש בקשה למקלט בישראל.⁴² השופט דנציגר אינו מבהיר כיצד יש בעניין זה כדי להשליך על שאלת המעצר הבלתי מוגבל בזמן ואכן, ספק אם יש לו השלכות כלשהן. ראשית, מרגע שלשיטת המדינה ולשיטת בית המשפט סנאיט טספהונה מהווה "סכנה לשלום הציבור", הרי שגם אם תוכר כפליטה לא יהיה בכך כדי להביא לשחרורה בהתאם להוראות החוק למניעת הסתננות. שנית, על אזרחי אריתריאה חלה, כאמור, מדיניות "אי ההרחקה" וזאת ללא קשר לשאלה אם הם עומדים בתנאי האמנה בדבר פליטים. גם אם תגיש סנאיט טספהונה בקשה למקלט שתידחה, תוסיף ההגנה מפני הרחקה לחול עליה והיא תוסיף להיות זכאית ל"הגנה משלימה" מפני גירוש מכוח עקרון ה-*non-refoulement* (איסור ההחזרה), כפי שפסק בית המשפט העליון בהזדמנות אחרת,⁴³ וזאת נוכח תחולתו של העיקרון על כל מי שנשקפת סכנה לחייו או לזכויות האדם הבסיסיות שלו, אף אם אינו "פליט" כהגדרתו של מונח זה באמנה.

השופטים דנציגר והנדל התייחסו, כל אחד בנפרד, לעתירה תלויה ועומדת בבג"ץ, וציינו כי במסגרתה נדונה גם שאלת חוקיות הפרקטיקה, שיושמה בעניינה של סנאיט טספהונה ושעוגנה בהמשך בנוהל משרד הפנים. משכך, ציינו השופטים דנציגר והנדל, השאלות העקרוניות הנוגעות לחוקיות הנוהל בעניין מעצר מינהלי של "מסתננים" החשודים בעברות פליליות יידונו באותו הליך, ואין לדון בהן במסגרת הערעור בעניינה של סנאיט טספהונה.⁴⁴ ואולם קביעה זו היא שגויה מבחינה עובדתית. העתירה בבג"ץ 7146/12, אליה התייחסו שני השופטים, היא עתירה התוקפת את חוקתיותו של תיקון מס' 3 לחוק למניעת הסתננות, ולא את הפרקטיקה והנוהל שיושמו על סנאיט טספהונה.⁴⁵ למעשה, טענתה של סנאיט טספהונה הייתה כי אף אם תיקון מס' 3 לחוק עומד

41 מכתבה של דינה זילבר, המשנה ליועץ המשפטי לממשלה (ייעוץ), אל אמנון בן עמי, מנכ"ל רשות האוכלוסין וההגירה, מיום 04.3.2013 העתק המסמך מצוי בידי הכותב).

42 עניין **טספהונה**, לעיל ה"ש 1, פס' 2 לפסק דינו של השופט דנציגר.

43 עניין **אספור**, לעיל ה"ש 16, פס' 19 לפסק דינו של השופט פוגלמן ופסק דינו של השופט מלצר.

44 עניין **טספהונה**, לעיל ה"ש 1, פס' 3 לפסק דינו של השופט דנציגר ופס' 3 לפסק דינו של השופט הנדל.

45 בג"ץ 7146/12 **אדם נ' הכנסת**, עתירה מיום 4.10.2012. ביום 12.3.2013 ניתן צו על-תנאי בעתירה והוחלט כי היא תידון בפני הרכב שופטים מורחב. הכותב הוא אחד המייצגים בעתירה זו.



באמות המידה החוקתיות הקבועות בדין הישראלי ואף אם הוא אינו בטל, הפרקטיקה שיושמה בעניינה – מעצר מנהלי לפרק זמן בלתי מוגבל בשל חשד לעברה פלילית – אינה חוקית.

במועד כתיבתה של רשימה זו סנאיט טספהונה מוסיפה להיות מוחזקת במעצר מנהלי בלתי קצוב בזמן בשל ה"סכנה לשלום הציבור" הנשקפת ממנה, לשיטת בית המשפט העליון ומשרד הפנים. לא נקבע מועד כלשהו לשחרורה. היא אינה יודעת אם תשוחרר ומתי, ואינה יודעת אם תגורש, מתי ולאן. האישה, שכל שביקשה הוא להיות מועסקת בעבודת ניקיון בשכר הנופל משכר מינימום ולא יכלה לעשות כן בשל הריק המשפטי בו מציב משרד הפנים את אזרחי אריתריאה, האישה שהוגדרה על ידי משרד הפנים ובית המשפט העליון כ"סכנה לשלום הציבור", הופשטה על ידי בית המשפט מכל ההגנות שמעניק הדין הישראלי למי שחטא בביצוע עברה פלילית.