

כשלי ביצוע ומדיניות משפטית בתחום ההגירה

דוד פטר



תמוז תשפ"א – יולי 2021
נייר מדיניות מס' 71

עו"ד דוד פטר חוקר בפורום קהלת

בעל ניסיון מקצועי בליטיגציה מסחרית ומנהלית במגזר הפרטי וכן בייעוץ משפטי במגזר הציבורי בנושאי רגולציה, מכרזים וחקיקה. בוגר תואר ראשון במשפטים ותואר שני במימון במסלול למצטיינים באוניברסיטת בר-אילן. תלמיד תואר שלישי.



המחבר מבקש להודות מעומק הלב לד"ר אביעד בקשי ועו"ד אהרן גרבר על הנחייה, הערות וחשיבה משותפת שתרמו תרומה מברעת למחקר זה.

כשלי ביצוע ומדיניות משפטית בתחום ההגירה

דוד פטר



תמוז תשפ"א - יולי 2021
נייר מדיניות מס' 71

**כשלי ביצוע ומדיניות משפטית בתחום ההגירה
עו"ד דוד פטר**

נדפס בישראל, תמוז תשפ"א - יולי 2021

מסת"ב 978-965-7674-87-1 ISBN



תוכן העניינים

1	מבוא
5	פרק א: מדיניות ההגירה של מדינת ישראל
6	1. התשתית החקיקתית
9	2. שיקול הדעת כחריג למדיניות ההגירה הכללית
15	פרק ב: זרים בישראל – נתונים ומגמות
15	1. מספר הזרים בישראל
26	2. הצפת מערכת המשפט בהליכים מתחום ההגירה
31	פרק ג: כשלי ביצוע ותמריצים משפטיים שליליים בתחום ההגירה
32	1. סעדים זמניים בתחום ההגירה
37	2. אי־גביית הוצאות שנפסקו על ידי בית הדין לעררים
39	3. ניתוב תיקים סלקטיבי
46	4. אי־ביצוע של ניכוי כספי הפיקדון לעובדים זרים לא חוקיים
51	5. איון הפרוצדורה וגל הרחבות העילות ההומניטריות בבית המשפט
61	6. השתחררות בית המשפט מן הדין
66	7. מדיניות ליטיגטורית חלשה מטעם המדינה
	8. עקרון טובת הילד כמין בשאינו מינו, ותפקידו של משרד המשפטים
73	בעיצוב מדיניות ההגירה
80	9. החלטות ממשלה עיתיות
82	10. היעדר יעדים ממשלתיים
85	סיכום

87	נספח: ריכוז הצעות המדיניות.....
91	הערות.....



תרשימים וטבלאות

תרשימים

- 13..... תרשים 1: מדיניות ההגירה של מדינת ישראל – מדיניות השבות והחריגים
- 17..... תרשים 2: מספר עובדים זרים חוקיים בישראל, 2014–2020
- 18..... תרשים 3: מספר עובדים זרים לא חוקיים בישראל, 2014–2020
- תרשים 4: היחס בין מספר עובדים זרים לא חוקיים לעובדים זרים חוקיים בישראל, 2014–2020
- 18.....
- תרשים 5: כניסת מסתננים לישראל, 2006–2014
- 20.....
- תרשים 6: מספר המסתננים מגבול מצרים השוהים בישראל, 2014–2020
- 20.....
- תרשים 7: שיעור עזיבות מרצון של מסתננים, 2014–2020
- 21.....
- תרשים 8: תיירים שאשרתם פגה השוהים בישראל, 2014–2020
- 22.....
- תרשים 9: הרחקות שוהים בלתי חוקיים מישראל, 2014–2020
- 23.....
- תרשים 10: סך הזרים השוהים בישראל, 2014–2020
- 24.....
- תרשים 11: פילוח כלל הזרים המתועדים בישראל, 2020
- 25.....
- תרשים 12: שהייה בלתי חוקית במדינות האיחוד האירופי, מכון PEW
- 25.....
- תרשים 13: הליכים בתחום ההגירה (שנתי), 2013–2018
- 26.....
- תרשים 14: הליכים לנפש בתחום ההגירה, 2013–2018
- 27.....
- תרשים 15: ניתוב הליכי בר"מ בתחום ההגירה לפי שופטים
- 42.....
- תרשים 16: תוצאות הליכי בר"מ מכלל ההליכים שנותבו לשופטים
- 42.....
- ברק־ארז ופוגלמן
- תרשים 17: זהות המערערים בהליכי בר"מ
- 42.....
- תרשים 18: שיעור העובדים הזרים שתקנות הפיקדון חלות עליהם
- 48.....

תרשים 19: שיעור העובדים הזרים החוקיים שהמעסיק הקים להם פיקדון ביחס לכלל העובדים הזרים שהתקנות חלות עליהם, ואומדן העובדים הלא־חוקיים שיש להם פיקדון בפועל, 2016–2020	48
תרשים 20: השתחררות בית המשפט מן הדין	65

טבלאות

טבלה 1: נתוני גביית הוצאות שנפסקו בבית הדין לעררים, 2014–2020	38
טבלה 2: נתוני ניכוי כספים מכלל עובדים זרים לא חוקיים שיש להם פיקדון והתקנות חלות עליהם, 2016–2020	49
טבלה 3: המשמעות הכספית של אי־ניכוי כספי הפיקדון של עובדים זרים לא חוקיים (בשקלים), 2016–2020	50

”למדינת ישראל מדיניות הגירה ברורה, והיא – חוק השבות, התש”י-1950”

למדינת ישראל מדיניות הגירה ברורה, והיא – חוק השבות, התש”י-1950. מדיניות זו קובעת כי כמדינת הלאום של העם היהודי, שעריה של מדינת ישראל יהיו פתוחים בפני יהודים וסגורים ככלל בפני אחרים. על בסיס מדיניות השבות התאפשרו גלי העלויות הגדולים מאז קום המדינה; וללא מדיניות השבות, לא הייתה מתקיימת מדינת ישראל בתצורתה כיום כמדינת לאום. לצד המדיניות הכללית האמורה, מקנה חוק הכניסה לישראל, התש”י-1952, לשר הפנים את האפשרות לחרוג באופן פרטני ממדיניות השבות, על פי שיקול דעתו, ללא השלכות רוחב, ולהעניק מעמד למבקש מעמד זה. גם ממשלת ישראל מוסמכת לקבוע החרגה קבוצתית ולהעניק מעמד למי שעומדים בתנאים הכלולים בהחלטתה. כל זאת – שוב – במקרים נקודתיים ומבלי לפגוע במדיניות השבות הכללית.

שיעור השהייה הבלתי-חוקית בישראל, בצירוף אומדן השהייה הבלתי-חוקית הפלסטינית ואומדן הילודה הכללית של קבוצות הזרים השונות השוהות בישראל שלא כחוק, עומד כיום על כ-2%. זהו שיעור הגבוה פי שניים מהמוצע האירופי. אומנם מנתוני השנים האחרונות משתקפת מגמה חיובית ובין השנים 2014-2020 חלה ירידה שנתית ממוצעת של כ-4.8% במספר כלל השוהים הבלתי-חוקיים בישראל; אולם לצד מגמת הירידה האמורה חלה עלייה ניכרת – בשיעור של 300% – במספר הליכים המשפטיים בתחום ההגירה. במסגרת הליכים אלה ניתנים סעדים זמניים שמוותרים את הזרים בישראל למשך התגלגלות התיק, ואחוזי הצלחה בהליכים הללו גבוהים ביחס לעובדה שבמישור החוקיות שהיית העותרים מנוגדת לדין.

”שיעור השהייה הבלתי־חוקית בישראל עומד כיום על כ־2%. זהו שיעור הגבוה פי שניים מהמוצע האירופי“

אם המדיניות כה ברורה והחוק כה ברור, מדוע השהייה הבלתי־חוקית בישראל עומדת על שיעור כפול מהמוצע האירופי? מדוע מוצפת מערכת המשפט בתחום ההגירה? מדוע הירידה בשיעור השהייה הבלתי־חוקית מתונה בלבד?

במסגרת נייר זה יוצגו כשלי ביצוע חמורים של הרשות המבצעת בתחום ההגירה, כשלים שטרם נסקרו מבחינה מחקרית, וכן יוצגו תופעות שונות המתרחשות במרחב המשפטי ויוצרות תמריצים שליליים המביאים להשתקעות שוהים בלתי חוקיים בישראל. כפי שנראה, המדיניות השיפוטית מעצבת בפועל תחומים נרחבים בדיני ההגירה ולמעשה יוצרת יש מאין מערכת דינים המקבילה לחוק ואף סותרת אותו. לצד זאת האחריות, האחריותיות והסמכות בסוגיית ההגירה נתונות בידי הרשות המבצעת, מכוח מנגנון ההכרעה הדמוקרטי, ויש ערך מחקרי רב בבחינת תפקודה בעניין זה. נייר זה לא יעסוק בביקורת שיפוטית ישירה של בג”ץ על חקיקה ומדיניות. יש להקדיש לכך – וכבר הוקדשה לכך על ידי רבים – תשומת לב נפרדת. כאן נבקש לבחון סוגיות מתחום המדיניות השיפוטית והביצוע הממשלתי.

בהכללה, במסגרת נייר זה יוצגו שלושה רכיבים אשר השפיעו על שחיקת מדיניות השבות ואפשרו את צמיחתה של בעיית ההגירה הבלתי־חוקית לישראל:

(א) כשלים בתפקוד הרשות המבצעת. מדיניות השבות דורשת ניהול, אכיפה, תחזוקה ויישום בידי הרשות המבצעת. כאשר הרשות המבצעת אינה עושה מלאכתה נאמנה, היכולת למגר את ההגירה הבלתי־חוקית לישראל נפגעת.

(ב) הייעוץ המשפטי לממשלה ומשרד המשפטים מפיקים מהציבור ומנבחריו את עיצוב מדיניות ההגירה לישראל – בניגוד לחוק ולעיקרון הדמוקרטי.

(ג) בית המשפט מייצר מערכת נורמות מקבילה לדין, ומנוגדת לו, באמצעות התערבות בשיקול הדעת הבלתי־מוגבל של שר הפנים. כך בית המשפט פותח עוד ועוד את שערי ההגירה לישראל בפני זרים שאינם זכאי שבות, באמצעות הכללות משפטיות של שיקול דעת פרטני של שר הפנים. הפגם כאן כפול: הכללה של מקרים פרטניים וכרסום במדיניות השבות; והעברת שיקול הדעת למשפטנים – הרחק מהישג ידו של עקרון ההכרעה הדמוקרטי.

סדר הפרקים בנייר זה יהא כדלהלן.

פרק א' יעסוק במדיניות ההגירה של מדינת ישראל, היא מדיניות השבות, בתשתית החקיקתית שלה ובמקרים החורגים הימנה.

פרק ב' יציג – במרוכז – את הנתונים העדכניים של שהיית זרים בישראל יחד עם ניתוח קווי מגמה על ציר הזמן וכן אומדנים ומדדים ייחודיים שנוצרו לשם הסקת מסקנות.

פרק ג', ליבו של נייר מדיניות זה, יעסוק בכשלי הביצוע השונים. הסוגיות השונות ייבחנו אחת אחת בראי יחסן למדיניות השבות, יחד עם ניתוח מקורותיהן והתוויית הצעות מדיניות לפתרון.

במסגרת פרק זה תיבחנה הסוגיות הבאות:

(1) מדיניות הסעדים הזמניים בתחום ההגירה והצורך לקבוע חזקות משפטיות, חובת הפקדת ערובה ומנגנון יעיל של גביית הוצאות.

(2) כשל אי־גביית ההוצאות שנפסקו לטובת המדינה בבית הדין לעררים והצורך לייצר מנגנון גבייה אפקטיבי.

(3) כשל ניתוב תיקי הערעורים בתחום ההגירה בבית המשפט העליון והצורך למנוע את ניתוב הפסיקה בתחום ההגירה כולו לשני שופטים בלבד.

(4) כשל ההימנעות מניכוי כספי הפיקדון לעובדים זרים והצורך המידי לנכות את הכספים שנמצאים כבר תחת ידי המדינה.

(5) איון הפרוצדורה והרחבת העילות ההומניטריות על ידי בית המשפט, והצורך להתחשב בכך בעת הפעלת שיקול הדעת על ידי שר הפנים בחריגה ממדיניות השבות.

(6) האופן שבו משתחרר בית המשפט מהוראות הדין. הצגת המצב המשפטי הייחודי בתחום ההגירה אשר מאפשר לבית המשפט לייצר מערכת כללים מקבילה לחוק – ובניגוד לחוק; והצורך להתחשב בכך בעת הפעלת שיקול הדעת על ידי שר הפנים בחריגה ממדיניות השבות.

(7) חולשתה של המדיניות הליטיגטורית מטעם המדינה והצורך לעצב את ייצוג מדיניות משרד הפנים בפני בית המשפט באופן שייצג את מדיניותו של השר ואת מדיניות השבות כמדיניות ההגירה של ישראל.

(8) השתלשלות פרשת "טובת הילד" בתחום ההגירה, תפקידו המרכזי של משרד המשפטי בתחום ההגירה, והצורך לזהות את הניסיון להסיט דוקטרינות משפטיות מהקשרן המקורי על מנת לכרסם בתוקף המשפטי של מדיניות השבות החוקית שעל יישומה מופקדים משרד הפנים ורשות האוכלוסין וההגירה.

(9) כשל החלטות הממשלה העיתיות, אשר מחריגות שוב ושוב קבוצות שונות ממדיניות השבות, והצורך להפקיד את ההחלטה ממדיניות השבות בידי שר הפנים במקרים נקודתיים בלבד כך שמדיניות השבות תיוותר המדיניות הכללית הנוהגת והמחייבת.

(10) כשל אי־קביעת יעדים ממשלתיים בתחום ההגירה, והצורך המיידי לקבוע יעדים ברורים ביחס לשהייה הבלתי־חוקית על סוגיה השונים.

בסוף הנייר יובא נספח עם תמצית הצעות המדיניות שהובאו ופורטו בנייר מדיניות זה.

הנתונים בנייר זה מעודכנים עד לסוף הרבעון השני של שנת 2020 ואינם כוללים את השפעות הקורונה (כגון צניחה של מספר התיירים שאשרתם פגה, בין היתר לאור סגירת נתב"ג). מטרת נייר זה היא לבחון מגמות ארוכות טווח ויהיה זה מוקדם לנתח את משקל הקורונה בהקשר זה.

נייר זה מבקש אפוא לשרטט את כשלי הביצוע בתחום ההגירה ודרכי התמודדות עימם. אציג את המגמות בפסיקת בתי המשפט המוצפים בדיונים בנושאי ההגירה, את הקושי לאכוף את דיני ההגירה, ואת הסיבות לכך שאין שיפור דרמטי בקצב ירידת השהייה הבלתי־חוקית בישראל. כפי שנראה, כלל התופעות עולות לכדי איום על האפשרות לממש בפועל את מדיניות השבות כאסטרטגיה ארוכת הטווח לניהול האוכלוסין של מדינת ישראל כמדינת הלאום של העם היהודי ודורשות התמודדות ישירה של הדרג המדיני.



א. מדיניות ההגירה של מדינת ישראל

**”למדינת ישראל
מדיניות הגירה
ברורה, והיא – חוק
השבות, התש”י–
1950. מדיניות
זו גם מתווה את
תמונת התשליל של
מדיניות ההגירה –
כלומר קובעת מי
איננו ראוי להיכנס
בשערי המדינה.
מדיניות השבות
היא חלק אינהרנטי
מן המטרות
שלשמן הוקמה
מדינת ישראל”**

למדינת ישראל מדיניות הגירה ברורה, והיא – חוק השבות, התש”י–1950. מדיניות השבות מקנה זכות עלייה ארצה ליהודים כפרטים, והיא מדיניות ההגירה הכללית הנוהגת על פי חוק במדינת ישראל. מדיניות זו גם מתווה את תמונת התשליל של מדיניות ההגירה – כלומר קובעת מי איננו ראוי להיכנס בשערי המדינה. ביסודה של מדיניות זו עומדת זכותו הקולקטיבית של העם היהודי לחיות במדינת לאום, והיא האסטרטגיה לשמירה על צביונה של מדינת ישראל כך שתשמש ביטוי לזכות הלאומית היהודית להגדרה עצמית בארץ ישראל.

מדיניות השבות היא חלק אינהרנטי מן המטרות שלשמן הוקמה מדינת ישראל. בו ביום הכרזת העצמאות, ב־14 במאי 1948, פרסמה מועצת המדינה הזמנית את ”מנשר מועצת המדינה הזמנית”, אשר כלל שלושה סעיפים שהיו ליבת הִישות המדינית החדשה. בסעיף השני נקבע כי בטלות כל הוראות החוק המנדטוריות הנובעות מ”הספר הלבן” של 1939, אשר קבע הגבלות על עלייה ורכישת קרקעות בידי יהודים.¹ כך גם במגילת העצמאות, אף שאינה מקור נורמטיבי כשלעצמה, הוצהר כי ”מדינת ישראל תהא פתוחה לעליה יהודית ולקיבוץ גלויות”. חמישה ימים לאחר מכן, ב־19 במאי 1948, פרסמה מועצת המדינה הזמנית, כדבר החקיקה הראשון במדינת ישראל, את פקודת סדרי השלטון והמשפט, התש”ח–1948. סעיף 13 לפקודה הסדיר את ביטול הספר הלבן וקבע כי ”כל יהודי שעלה בזמן מן הזמנים לארץ ישראל בניגוד לחוקי ממשלת המנדט, דינו כדין עולה חוקי למפרע מיום עלייתו, לגבי כל דבר וענין”.

”מדיניות השבות שקדמה למדינה הניחה את התשתית לעצם התכוננותה של מדינת ישראל כמדינת לאום יהודית עצמאית”

כשנה לאחר תום מלחמת העצמאות, ביולי 1950, נחקק חוק השבות, התש”י-1950, אשר קבע בסעיפו הראשון – באופן פוזיטיבי – את זכותו של כל יהודי לעלות לישראל: ”כל יהודי זכאי לעלות ארצה”².

אומנם נייר זה עוסק במצב המשפטי במדינת ישראל אך יש לציין כי מדיניות השבות מלווה את התנועה הציונית עוד קודם הקמתה של מדינת ישראל. כבר בקונגרס הציוני הראשון נוסחה ”תוכנית בזל” שהגדירה את המטרות של התנועה הציונית במילים הבאות: ”מטרת הציונות היא ליצור לעם היהודי בית ונחלה בארץ ישראל שיובטחו במשפט הפומבי”³. מאז הקמתם פעלו המוסדות הציוניים לעליית יהודים ארצה, וזו הייתה מטרתם המרכזית לצד הנחת היסודות להכרה דיפלומטית ופומבית בעצמאות ישראל. למן 1881, ראשית תקופת העלייה הראשונה, ועד לקום המדינה, בשנת 1948, גדלה האוכלוסייה היהודית בארץ ישראל מכ-28,000 נפש לכ-650,000 נפש.⁴ מדיניות השבות שקדמה למדינה הניחה את התשתית לעצם התכוננותה של מדינת ישראל כמדינת לאום יהודית עצמאית.

1. התשתית החקיקתית

חוק השבות אינו עוד חוק בספר החוקים. זהו חוק המבטא מרכיב יסוד בקיומה ויציבותה של מדינת ישראל כמדינת הלאום היהודי. כך הציג את החוק דוד בן-גוריון במליאת הכנסת:

”חוק השבות הוא מחוקי השתייה של מדינת ישראל. הוא מכיל ייעוד מרכזי של מדינתנו. הייעוד של קיבוץ גלויות. חוק זה קובע, שלא המדינה מקנה ליהודי חוץ לארץ זכות להתיישב במדינה, אלא זכות זו טבועה בו באשר הוא יהודי [...] אין המדינה מקנה ליהודי הגולה זכות לשוב. זכות זו קדמה למדינת ישראל, והיא היא שבנתה המדינה. זכות זו מקורה בקשר ההיסטורי שלא נפסק אף פעם בין המולדת, וגם משפט העמים הכיר בקשר זה הלכה למעשה. אין חוק השבות מסוגי חוקי ההגירה הקובעים באלה תנאים מקבלת המדינה מהגרים ומאלו סוגים [...] חוק השבות אין לו דבר עם חוקי הגירה. זהו חוק ההתמדה של ההיסטוריה הישראלית”⁵.

באפריל 1952 נחקק חוק האזרחות, התשי”ב-1952, אשר קובע את המסגרת הכללית לקבלת אזרחות, ומפרט את כלל אפשרויות ההתאזרחות הקיימות בישראל. סעיפים 2-4 וסעיף 8 מפרטים את הזיקות המקימות זכאות אוטומטית (למעט חריגים) להתאזרחות. החוק מפרט את קיומן של הזיקות הבאות: שבות, נתינות

”הקריטריון היחידי להכרה בזכאות חדשה ועצמאית לאזרחות בישראל הוא חוק השבות”

ארצישראלית בשנת 1948,⁶ אימוץ, הורשה ונישואין. מדובר בקריטריונים עובדתיים, והתקיימותם מקימה ברירת מחדל של זכאות לקבלת אזרחות בישראל.

מרבית הפרמטרים לזכאות אוטומטית מבוססים על קיומו של קשר למדינת ישראל כבסיס לזכאות. זכאויות אלו אינן יש מאין ואינן תולדה של תנאים כלליים, אלא הן נגזרת של זכאות אזרחית קיימת – בין אם על ידי מקום ישיבה, בין אם על ידי הורות או נישואין. הקריטריון היחידי להכרה בזכאות חדשה ועצמאית לאזרחות בישראל הוא חוק השבות. עילת השבות מעניקה אפוא זכאות אוטומטית על בסיס השתייכות לאומית שאינה מחייבת קיומו של קשר קודם למדינה או לאזרחיה.

מדיניות השבות היא ביטוי מעשי להצהרה העומדת בלב הכרזת העצמאות כי ”מדינת ישראל תהא פתוחה לעליה יהודית ולקיבוץ גלויות”. החוק מעניק עדיפות מוחלטת בחוקי ההגירה וההתאזרחות לבני הלאום היהודי ומשמש ביטוי מרכזי למימוש הזכות להגדרה עצמית לאומית של העם היהודי במדינת ישראל במסגרת מדיניות רפטריאציה (שיבה למולדת הלאומית).⁷

מדיניות השבות אינה רק זכותם הקנויה של היהודים בנכר לעלות ארצה. זוהי גם מדיניות ההגירה הכללית של מדינת ישראל. במילים אחרות: מדיניות השבות אינה אך ורק זכותם של פרטים המשתייכים ללאום היהודי אלא היא גם מדיניות ההגירה הכללית של מדינת הלאום היהודית וחלק מצביונה, בין בקביעה מי רשאי להיכנס בשעריה ובין בקביעה למי אסור להיכנס בשעריה. יתרה מזאת, היא גם האסטרטגיה לשימור מדינת ישראל כמדינת לאום במבט צופה פני עתיד.

בשנת 2018 זכה עקרון השבות לעיגון חוקתי, עם חקיקת חוק יסוד: ישראל – מדינת הלאום של העם היהודי. בסעיף 5 לחוק היסוד נקבע כי ”מדינת ישראל תהיה פתוחה לעלייה יהודית ולקיבוץ גלויות”.

חוק השבות מבטא את ליבתה הרעיונית של מדיניות ההגירה הישראלית. על בסיס מדיניות השבות התאפשרו העלויות הבולטות מקום המדינה, ובהן ”העלייה ההמונית” – שבתוך 18 חודשים בלבד מקום המדינה הכפילה את אוכלוסייתה מ־650,000 נפש ל־1,300,000 נפש. ”העלייה ההמונית” יצרה, בהסתמך על מדיניות השבות, בסיס דמוגרפי לקיומה של מדינת ישראל כמדינת הלאום היהודי. הוא הדין לגלי העלייה של שנות החמישים והשישים שבמסגרתם הגיעו ארצה כ־582,000 עולים אשר ייצבו את הרוב

**”מדיניות השבות
מקנה זכות עלייה
ליהודים כפרטים;
היא מדיניות
ההגירה הכללית
הנוהגת על פי חוק
במדינת ישראל
והיא גם מגדירה
את התשליל של
מדיניות ההגירה
(כלומר מי איננו
ראוי לבוא
בשערי המדינה);
היא הזכות
הקולקטיבית של
העם היהודי לחיות
במדינת לאום
והיא האסטרטגיה
לשימור מדינת
ישראל בצביון
שיבטא את הזכות
הלאומית היהודית
להגדרה עצמית
בארץ ישראל”**

היהודי במדינת ישראל. הוא הדין לגלי ההגירה ממדינות צפון אמריקה ואירופה לאחר הניצחון הישראלי במלחמת ששת הימים שבהם עלו ארצה כ-200,000 יהודים. כיוצא בזה לגבי גלי ההגירה מברית המועצות: הגל הראשון שהתרחש בשנות השבעים שבמסגרתו הגיעו ארצה כ-160,000 איש; והגל השני, המשמעותי יותר, שהתרחש בשנות התשעים ובו עלו ארצה כ-885,000 איש.⁸ מספר העולים לישראל על בסיס מדיניות השבות למן קום המדינה ועד לשנת 2017 עומד על 3.2 מיליון איש.⁹ ללא מדיניות השבות, מדינת ישראל לא הייתה מתקיימת בתצורתה הנוכחית כמדינת לאום.

עקרון השבות זכה גם לעיגון פסיקטי נרחב,¹⁰ והוגדר כבעל מעמד מעין חוקתי¹¹ עוד קודם לעיגונו בחוק יסוד: הלאום. מדיניות השבות באה לידי ביטוי בשני מישורים: כזכות הקנויה לפרט;¹² וכזכות של הקולקטיב היהודי להתקיים במדינת לאום ולממש את זכותו להגדרה עצמית לאומית בארץ ישראל. באופן מופשט: חוק השבות נותן ביטוי חוקי לזכות הפרטית; ואילו חוק הלאום מעגן במישור החוקתי את הזכות הקולקטיבית. שני מישורים אלו, של הפרט ושל הכלל, הם העומדים בבסיס מדיניות ההגירה הישראלית. כשם שכניסת יהודים ארצה היא מימוש זכותם הפרטית וזכותם הקולקטיבית למדינת לאום, כך מניעת כניסתם של לא יהודים ארצה היא מימוש הזכות הקולקטיבית למדינת לאום יהודית. אכן, ככל ערך בעל מעמד חוקתי ערכים אלה אינם עומדים בדד, ועליהם להתקיים באיזון עם ערכים אחרים וזכויות חוקתיות אחרות; אך משמעות הדברים היא שמדיניות השבות – כערך חוקתי אינהרנטי לצביונה של ישראל כמדינת לאום – צריכה לשמש נקודת מוצא וברירת מחדל במימוש הדין. פרשנות הדין צריכה להיעשות באופן שיהלום את מדיניות השבות.

ניתן להיווכח אפוא כי אין שחר לטענות המושמעות תדיר על כך ש”אין לישראל מדיניות ההגירה” וכי חיסרון זה מחייב (או מאלץ) את בית המשפט למלא את החלל. סקירת המצב המשפטי הנוהג בישראל מאז הקמתה חושפת תמונה של מדיניות ברורה ועקבית – היא מדיניות השבות.

אמור מעתה: מדיניות השבות מקנה זכות עלייה ליהודים כפרטים; היא מדיניות ההגירה הכללית הנוהגת על פי חוק במדינת ישראל והיא גם מגדירה את התשליל של מדיניות ההגירה (כלומר מי איננו ראוי לבוא בשערי המדינה); היא הזכות הקולקטיבית של העם היהודי לחיות במדינת לאום והיא האסטרטגיה לשימור מדינת ישראל בצביון שיבטא את הזכות הלאומית היהודית להגדרה עצמית בארץ ישראל.

2. שיקול הדעת כחריג למדיניות ההגירה הכללית

”ישראל חווה גידול
טבעי מהגבוהים
במדינות המערב.
במובן זה, אין
למדינת ישראל
צורך כלכלי או
קיומי בייבוא
אוכלוסין לשם
שימורה העצמי או
גידולה הטבעי“

ריבונות מדינתית, כפי שטען מקס ובר, היא הזכות הבלעדית להפעיל סמכות עליונה על אזור גיאוגרפי.¹³ אחד מביטויי היסוד של ריבונות מדינתית הוא השליטה על הגבולות וההכרעה ביחס לשאלה מי רשאי לבוא בשערי המדינה. הנחת המוצא של כל מדיניות הגירה היא כי מדינה ריבונית אינה מחויבת להתיר לזרים להיכנס אל תחומה.¹⁴

את אופן הפעלת הריבונות הפוטנציאלית הזו על גבולות המדינה יש לקבוע כשם שקובעים כל הסדר ראשוני – בחקיקה. החקיקה מבטאת את האיזון הנורמטיבי בתחרות תפיסות העולם והערכים בקרב האזרחים. שלטון החוק מחייב לפיכך את יישום הכרעת המחוקק בגבולות המדינה. כאמור, בישראל המחוקק הכריע – ממש עם קום המדינה – כי כיוון שמדינת ישראל היא בית לאומי לעם היהודי, אזי שערי הארץ יהיו פתוחים ככלל להגירת בני הלאום היהודי.

לצד ההצדקה הפנימית למדיניות השבות, יש לציין כי עומדת לה גם הצדקה חיצונית או כללית. הגידול הטבעי של מדינות רבות במערב הוא נמוך ולעיתים אף שלילי. בניגוד למגמה מדאיגה זו, ישראל חווה גידול טבעי מהגבוהים במדינות המערב.¹⁵ במובן זה, אין למדינת ישראל צורך כלכלי או קיומי בייבוא אוכלוסין לשם שימורה העצמי או גידולה הטבעי.

מדיניות ההגירה של ישראל מבקשת למנוע אפוא כניסת זרים שאינם זכאי שבות לצורכי השתקעות קבועה; אך לצד זאת ישנה הכרה כי לכל מדיניות כללית קיימים חריגים – והוא הדין בתחום ההגירה. הכרתה של המערכת במקרים חריגים אלה אינה מורידה ממעמדם של עקרונות מדיניות ההגירה אלא מאפשרת את קיומם של החריגים תחת מטריית המדיניות הכללית. מדיניות השבות מבטאת את מישור הכלל, את ברירת המחדל שמכווניה את יישום מדיניות ההגירה. לעומת זאת, החריגים מבטאים את מישור הפרט, נסיבות ספציפיות ופרטניות שמקימות צורך לבחינת אפשרות של חריגה מהכלל. האמצעי שמאפשר את קיומם של החריגים תחת מטריית מדיניות השבות כללית הוא רכיב שיקול הדעת המופעל על ידי גורם מוסמך אד־הוק ביחס למקרה פרטני.

רכיב שיקול הדעת, המוקנה לשר הפנים, הוא המרכיב המרכזי בבחינת החריגים המוסדרים בדין הישראלי, ובהחלטתו של השר תלויה קבלת מעמד שלא מכוח מדיניות השבות. רכיב שיקול הדעת

הוא תנאי לקבלת היתר כניסה, מעמד או רישיון ישיבה בישראל לכל מי שאינו בעל זכות קנויה. שיקול הדעת המופעל אד־הוק, באופן פרטני, מאפשר את הגמישות הנדרשת כדי להתמודד אל מול אתגרי המציאות מבלי לפרום את יריעת מדיניות השבות הכללית. באמצעות רכיב שיקול הדעת מתאפשרת בחינת הנסיבות הפרטניות בראי המדיניות הכללית, לשם קביעה אם חריגה מעקרונות המדיניות מוצדקת במקרה הפרטני ובאיזה היקף, ומבלי לקבוע מסמרות אשר ישפיעו באופן רוחבי על המדיניות הכללית.¹⁶ בנקודה זו ראוי להבהיר כי כל כניסת אדם שאינו זכאי שבות למטרת השתקעות בישראל היא פגיעה במדיניות ההגירה של המדינה, ואין למדינה כל עניין לייצר פגיעה גורפת באמצעות הכללה.

על מרכזיותו של רכיב שיקול הדעת ביישום החריגים למדיניות ההגירה ניתן ללמוד מעיון בהליך חקיקת חוק הכניסה לישראל, התשי"ב-1952, אשר מתפקד כמסגרת מרכזית לבחינת החריגים. במסגרת הדיון בחוק עלו קולות שונים שביקשו לצמצם את היקף שיקול הדעת של שר הפנים, ולחוקק במקומו תקנות אשר יסדירו באופן מפורש את המקרים החריגים שבהם תינתן זכאות כניסה או מעמד גם כשאינן למבקשים זכאות אוטומטית. הצעות אלו נדחו כולן, באופן גורף, מתוך הבנה שדווקא רכיב שיקול הדעת הוא אשר מאפשר את הגמישות הנדרשת בהחלטות אלו, וכי אין כל מקום לאפשר הליך הגירה מוסדר למי שאינו בא בגדר זכאות אוטומטית.¹⁷ אכן, כפי שיתואר בהרחבה להלן פרק ג', פסיקות בית המשפט בשנים האחרונות הובילו לעיגון אפיקי הגירה חדשים. במובן זה, פסיקות בית המשפט חרגה מכוונת המחוקק שביקש לקבוע את מדיניות השבות כמדיניות ההגירה הכללית, היחידה והבלעדית הנוהגת במדינת ישראל.

רכיב שיקול דעת של שר הפנים מונחה על פי חקיקה ונהלים שבאמצעותם סימנה המדינה את המקרים שלגביהם יש לבחון אפשרות לחריגה מעקרונות מדיניות השבות הכללית. החריגים קיימים לצד עקרונות המדיניות הכללית ונועדו להסדיר את מסגרת בחינת בקשת המעמד במקרים שאינם עומדים בתנאי הזכאות האוטומטית. ככלל, עמידה בדרישות שהוגדרו לחריגים אינה מעניקה זכאות אוטומטית למעמד אלא מניחה תשתית להפעלת שיקול הדעת הפרטני לאור נסיבות העניין, על ידי הגורם המוסמך, מבלי לקבוע הלכה רוחבית ומבלי לקבוע נורמה מחייבת שתסכן את מטריית מדיניות השבות הכללית.

החריגים המרכזיים למדיניות השבות המקימים זכאות למעמד בישראל מצויים בחוקים ובנהלים הבאים:

1. סעיפים 5, 6, 7 ו-9 לחוק האזרחות, התשי"ב-1952

סעיפים אלה מתייחסים לזכאות לאזרחות התלויה בקיומם של שני רכיבים: (א) פרמטרים עובדתיים מסוימים שנקבעו כמציבים תשתית לבחינת הזכאות לאזרחות (כגון שהייה כדין בישראל בשלוש מתוך חמש השנים האחרונות, הימצאות בישראל, זכאות לישיבת קבע בארץ, ידיעת-מה של השפה העברית, כוונת השתקעות, ניתוק הזיקה למדינה אחרת ועוד); (ב) הסכמת שר הפנים.¹⁸ פסיקות בית המשפט לאורך השנים יצרו הרחבה של החריגים למדיניות השבות אשר תלויים בשיקול דעת שר הפנים. הרחבות אלו נוצרו בפסיקה והן הפכו לאפיקי התאזרחות.¹⁹

2. חוק הכניסה לישראל, התשי"ב-1952

כפי שניתן ללמוד מדיוני הכנסת בהליך חקיקתו של חוק הכניסה לישראל, התשי"ב-1952, זהו אינו חוק הגירה אלא חוק שנועד להסדיר את אשרות הכניסה בנוגע למי שאינו זכאי אוטומטי בהתאם לחוק השבות והאזרחות.²⁰ בפועל, החוק הוא הסדר שיורי הקובע את הכלל העקרוני בדבר הכניסה לישראל של מי שאינו זכאי שבות ואינו עומד בתנאי ההתאזרחות. מכוח חוק זה מתקין שר הפנים את נהליה השונים של רשות האוכלוסין וההגירה. סעיף 2 לחוק קובע כי השר "רשאי" להעניק רישיונות שונים (אשרת תייר, סטודנט, עובד זר, כהן דת וכדומה). בסמכותו של שר הפנים אפוא להעניק, על פי שיקול דעתו, רישיונות ישיבה בארץ במקרים שבהם הוא רואה הצדקה לכך.

3. נוהל הטיפול במבקשי מקלט מדיני בישראל

נוהל רשות האוכלוסין וההגירה לטיפול במבקשי מקלט מדיני (5.2.0012)²¹ מבוסס על מחויבותה של מדינת ישראל לאמנה בדבר מעמדם של פליטים (1951),²² שעליה היא חתומה. נוהל זה מתווה את ההליך הנדרש בבחינת בקשות מקלט והענקת מעמד במקרים העונים על הגדרות האמנה.

4. נהלים המרחיבים את מדיניות השבות

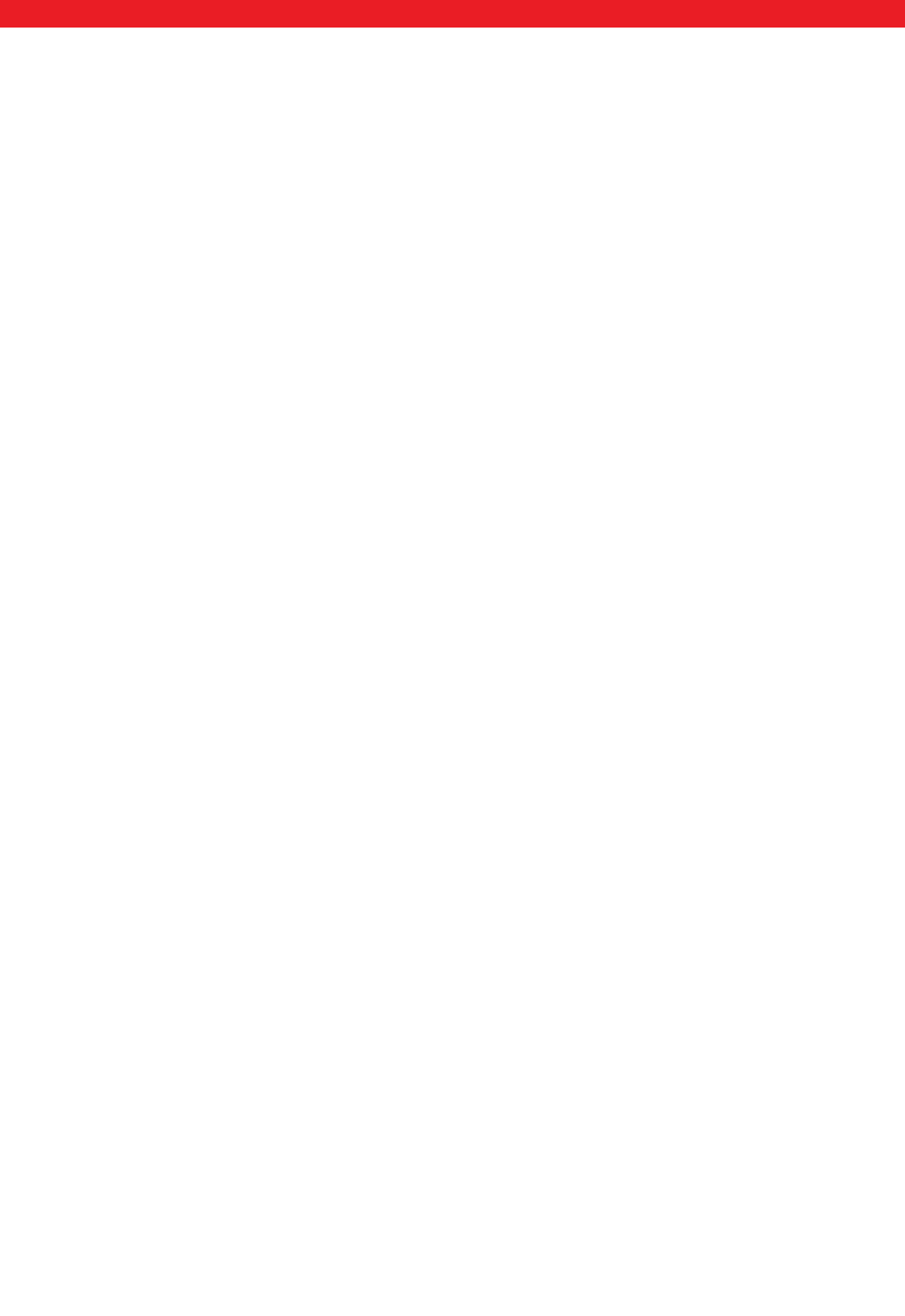
שרי הפנים לאורך השנים קבעו כמה נהלים אשר מרחיבים את היקף הזכאים כנגזרת של מדיניות השבות. כך לדוגמה נקבעו "נוהל הטיפול במתן מעמד לנין של יהודי" (נוהל מס' 5.2.0027) אשר מעניק רישיון ישיבה בארץ ואפשרות לתהליך התאזרחות לנינים של יהודים;²³ "נוהל מתן רישיון שהייה בישראל בנים ונכדים לחסידי אומות העולם" (נוהל מס' 5.2.0032) אשר מעניק רישיון ישיבה בארץ ואפשרות לתהליך התאזרחות לחסידי אומות העולם וצאצאיהם;²⁴ ו"נוהל מתן מעמד להורים לחייל" (נוהל מס' 5.2.0036) אשר מעניקים רישיון ישיבה בארץ ואפשרות לתהליך התאזרחות להורי חייל המשרת בצה"ל.²⁵ מעמדן הנורמטיבי של הנחיות אלו נמוך משל חקיקת משנה ומטרתן הבניית שיקול הדעת שמופעל של ידי השר באמצעות קביעת קריטריונים שמפורסמים באופן פומבי וחלים על הכול באופן קבוע ואחיד.²⁶

5. חריגים קבוצתיים מכוח החלטת ממשלה

תחת מטריית מדיניות השבות, ולצד החריגים הפרטניים אשר מפעיל שר הפנים מכוח חוק ולפי שיקול דעתו הפרטני, ישנן גם החרגות קבוצתיות. במקרים אלה, החלטת ממשלה מסוימת מעניקה מעמד קבע בישראל לאוכלוסייה מסוימת אף שאינה זכאית לכך בהתאם למדיניות השבות או חוק האזרחות.

החלטות ממין זה התקבלו לדוגמה בעניין קליטת הפליטים מווייטנאם בין השנים 1977–1979;²⁷ בעניין קליטת לוחמי צד"ל בעת הנסיגה מלבנון בשנת 2000;²⁸ בעניין ההחלטות השונות ביחס לילדי עובדים זרים;²⁹ ובעניין קהילת הפלשמורה מאתיופיה.³⁰ הענקת המעמד במקרים אלה חורגת מעקרונות מדיניות השבות, כיוון שאוכלוסיות אלו אינן זכאיות לאזרחות על פי חוק השבות ואינן עומדות בקריטריונים להתאזרחות על פי חוק האזרחות. בניגוד להפעלת שיקול הדעת הפרטני של שר הפנים, במקרים אלה מדובר בהחלטות שיש בהן שינוי מהמדיניות הכללית ביחס לקבוצה מסוימת. לכן אין די בהכרעה פרטנית של שר הפנים, ויש צורך בהסדרה באמצעות החלטת ממשלה או חקיקה.³¹







ב. זרים בישראל – נתונים ומגמות

כדי לנתח את כשלי הביצוע והתמריצים המשפטיים השליליים הטמונים במדיניות ההגירה הנוהגת בישראל יש לבחון תחילה את המציאות בפועל.³² נוכח הנתונים בהווה ניתן לבחון את קווי המגמה ולייצר היסק מסתבר של התפתחויות צפויות, ורק אז ניתן לנתח את האפקטיביות – או ההצדקה – של רכיבי מדיניות שונים. בפרק זה נבקש אפוא לסקור את נתוני שהיית הזרים בישראל במבט רב-שנתי ומתוך ניסיון לשרטט קווי מגמה – כדי לעמוד על משמעות הנתונים ועל השלכותיהם בעתיד הנראה לעין.

1. מספר הזרים בישראל

נכון לינואר 2021, מונה אוכלוסיית ישראל (אזרחים ותושבי קבע בעלי מעמד חוקי) כ-9.2 מיליון נפשות.³³ לצד אזרחי מדינת ישראל, שוהים בה זרים שונים – חלקם כחוק וחלקם שלא כחוק. כדי לעמוד נכוחה על מאפייניהם ועל מעמדם החוקי, נסווג אותם לחמש קבוצות שונות (מלבד תיירים ברישיון בתוקף): (1) עובדים זרים חוקיים; (2) עובדים זרים לא חוקיים; (3) מסתננים; (4) תיירים ללא רישיון בתוקף ("מסתנני נתב"ג"); (5) שוהים בלתי חוקיים פלסטיניים.

א. עובדים זרים חוקיים

עובדים זרים חוקיים הם זרים אשר מגיעים ארצה בהיתר מלא של המדינה כדי לעבוד בה – בכפוף לתנאים שמצוינים ברישיונם (לרוב: פרק זמן שהייה, אזור גיאוגרפי שבו מותר להם לעבוד, וענף תעסוקה). הם מחזיקים באשרה ורישיון לישיבת ביקור מסוג ב/1 (עובד זמני) בהתאם לתקנה 5(א) לתקנות הכניסה לישראל,

”נכון לרבעון השני של שנת 2020, ישנם במדינת ישראל 97,743 עובדים זרים השוהים בה כדין. בשנים האחרונות ישנה מגמה כללית של עלייה במספר העובדים הזרים החוקיים השוהים בישראל“

התשל”ד-1974. תקופת שהייתם במדינה לצורכי עבודה מוגבלת ל-63 חודשים כאמור בסעיפים 2(א) ו-3א(א) לחוק הכניסה לישראל, התשי”ב-1952.³⁴

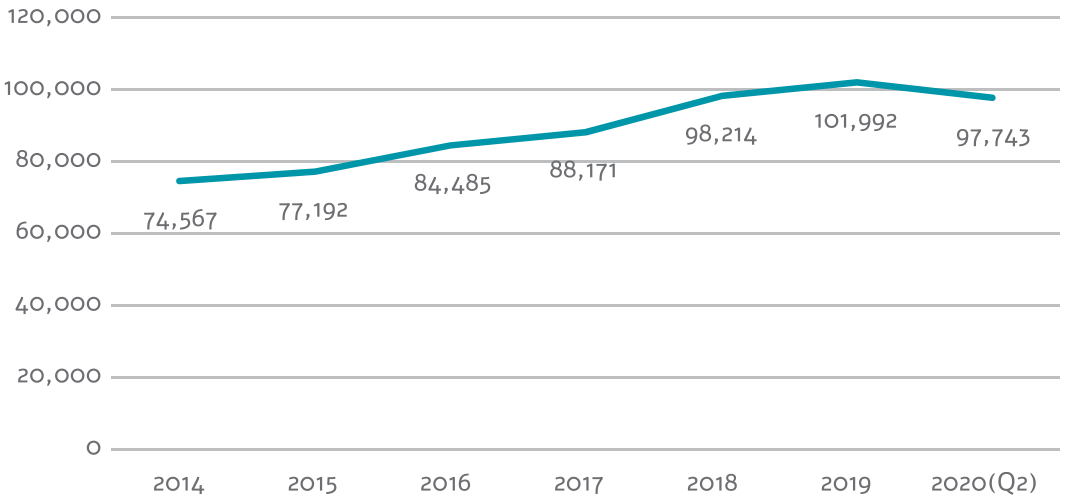
זוהי קבוצת ביניים – בין אוכלוסיית ישראל לבין שוהים בלתי חוקיים. עובדים זרים אלה הם בעלי מעמד חוקי, אך זמני ומוגבל בסייגים ותנאים שונים. חלקם בונים בישראל תאים משפחתיים ושוהים בה שנים ארוכות מאוד (במיוחד עובדים מתחום הסיעוד); וזאת בין היתר בעקבות פסיקת בג”ץ משנת 2011 אשר ביטלה את נוהל ”הטיפול בעובדת זרה בהריון ובעובדת זרה אשר ילדה בישראל” (נוהל מס’ 5.3.0023). עד אותה עת, אפשר נוהל זה להרחיק מישראל עובדות זרות שנכנסו להריון בניגוד לתנאים שנקבעו להן ברישיון;³⁵ אולם מאז פסיקת בג”ץ נמנע השימוש בנוהל זה.

בחלוף השנים, חלק מן העובדים הזרים החוקיים מבקשים להשתקע בישראל. ואכן, רבות מן ההתפתחויות המשפטיות החשובות ביותר ביחס להגירה התעצבו בתגובה לדרישת השתקעות של עובדים זרים. חלקם מקבלים מעמד חוקי באמצעות הליכים משפטיים שונים; חלקם הופכים לעובדים זרים לא חוקיים (עם פקיעת הרישיון או הפרתו); חלקם עוזבים את הארץ, בין בזמן בין לאחר הזמן; חלקם משתקעים בה באמצעות נישואים ועוד.

נכון לרבעון השני של שנת 2020, ישנם במדינת ישראל 97,743 עובדים זרים השוהים בה כדין על פי רישיונות שהוענקו להם מכוח חוק הכניסה לישראל. כפי שעולה מתרשים 2, בשנים האחרונות ישנה מגמה כללית של עלייה במספר העובדים הזרים החוקיים השוהים בישראל.

היות שמדובר בקבוצת זרים ”היולית”, שהתמריצים השונים שמציבה המדינה הם המעצבים את התגבשותה, מן הראוי להביא בחשבון בניתוח מצב הזרים בישראל, אף שכעת היא שוהה בישראל כדין. יתרה מזאת, מבחינת זהותה של מדינת ישראל כמדינת לאום, הרי שישנה חשיבות רבה לשאלות מאקרו בניהול האוכלוסין. על מנת לעצב אסטרטגיה דמוגרפית לישראל ברוח עקרונות מדיניות השבות, מן ההכרח לבחון את המפה ללא תלות במעמד החוקי בהווה אלא במבט צופה פני עתיד.

תרשים 2: מספר עובדים זרים חוקיים בישראל, 2014–2020



ב. עובדים זרים לא חוקיים

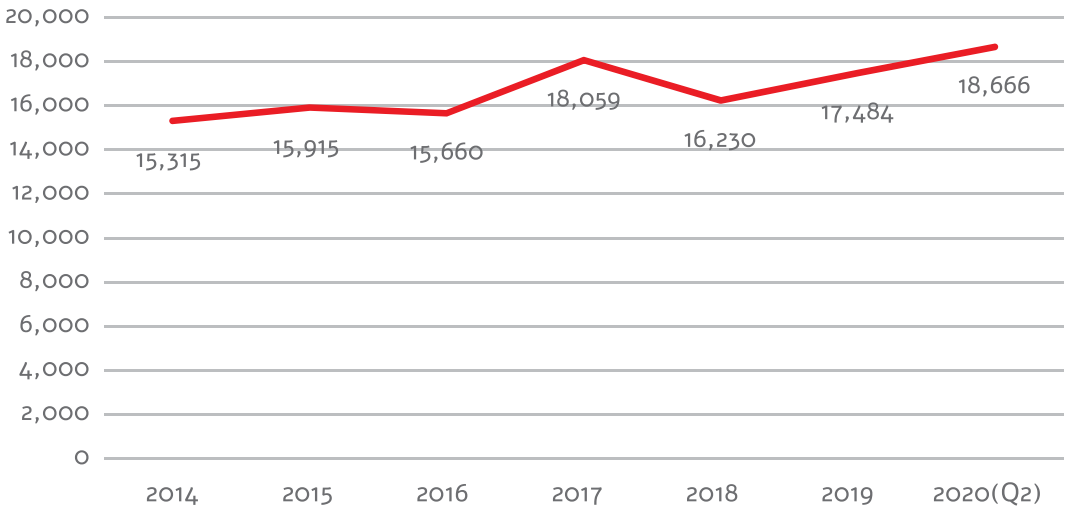
עובדים זרים לא חוקיים הם עובדים זרים שרישיונם פקע והחליטו לעבור על החוק ולהישאר בישראל, או עובדים זרים שרישיונם נשלל בידי המדינה מסיבות שונות (לדוגמה הפרת התנאים ברישיון). עובדים זרים אלה הופכים ללא חוקיים אף שהגיעו מלכתחילה לעבוד בישראל כדין. נכון לרבעון השני של 2020, שוהים בישראל 18,666 עובדים זרים ללא רישיון בתוקף. מספרם של העובדים הזרים הלא-חוקיים מצוי בעלייה מתמדת כפי שעולה מתרשים 3.

את העלייה במספרם של העובדים הזרים הלא-חוקיים ניתן להסביר נוכח עליית מספרם של העובדים הזרים החוקיים (ראו תרשים 2 לעיל בסמוך). בתרשים 4 מוצג היחס האחוזי בין הקבוצות וניתן לראות כי ישנו קו מגמה יציב ביחס זה (הכולל ירידה מתונה).

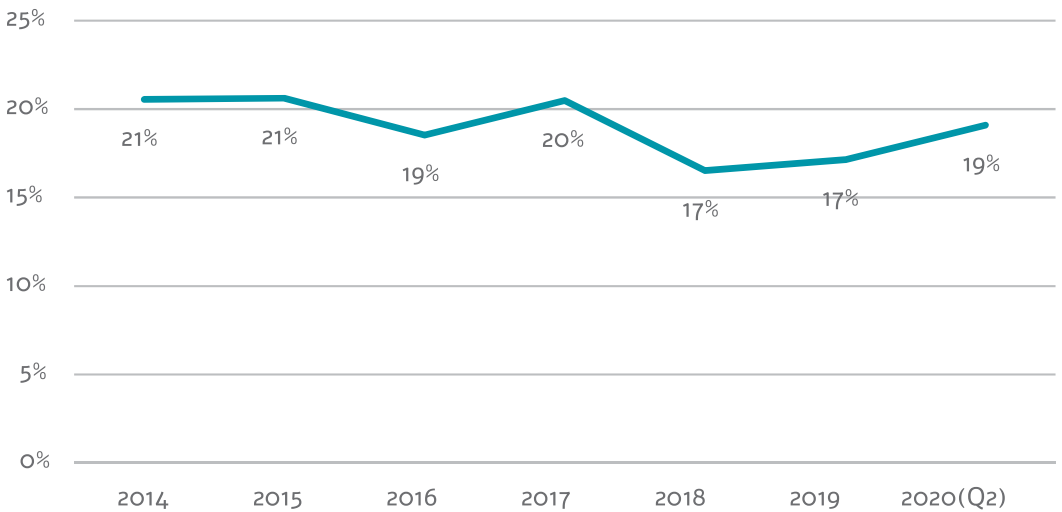
עוד יש לציין כי על פי נתוני הרבעון השני לשנת 2020, כ-70% מהעובדים הזרים הלא-חוקיים מועסקים בענף הסיעוד. ענף זה מספק תשתית משפטית ועובדתית להליכים משפטיים רבים שמטרתם לבסס טענה לעילה הומניטרית (ראו על כך בהרחבה להלן פרק ג', סעיף ה').

”נכון לרבעון השני של 2020, שוהים בישראל 18,666 זרים ללא רישיון בתוקף. מספרם של העובדים הזרים הלא-חוקיים מצוי בעלייה מתמדת. כ-70% מהעובדים הזרים הלא-חוקיים מועסקים בענף הסיעוד”

תרשים 3: מספר עובדים זרים לא חוקיים בישראל, 2014–2020



תרשים 4: היחס בין מספר עובדים זרים לא חוקיים לעובדים זרים חוקיים בישראל, 2014–2020



**”נכון לרבעון
השני של 2020,
שוהים בישראל
31,052 מסתננים
מאפריקה. כלומר
כ־51% מהמסתננים
שנכנסו ארצה
מגבול מצרים עזבו
עד הרבעון השני
של 2020 את
שטח המדינה”**

על פי ההגדרה בסעיף 1 לחוק למניעת הסתננות (עבירות ושיפוט), התשי”ד–1954, ”מסתנן” הוא ”מי שאינו תושב כמשמעותו בסעיף 1 לחוק מרשם האוכלוסין, התשכ”ה–1965, שנכנס לישראל שלא דרך תחנת גבול שקבע שר הפנים לפי סעיף 7 לחוק הכניסה לישראל”. במקורו, נחקק החוק כדי להתמודד עם הסתננות כוחות האויב הערבי מגבול הצפון והמזרח למטרות טרור (ה”פדאיון”)³⁶ אך הוא חל באופן כללי על כל מסתנן גבול. בניגוד לעובדים זרים ו”מסתנני נתב”ג” (ראו להלן) שהגיעו לישראל באופן ראשוני כדן, מסתננים אלה – שהגיעו ארצה דרך גבול מצרים – הם ”מסתננים” כהגדרתם בחוק. מוצא רובם המכריע במדינות אפריקה.

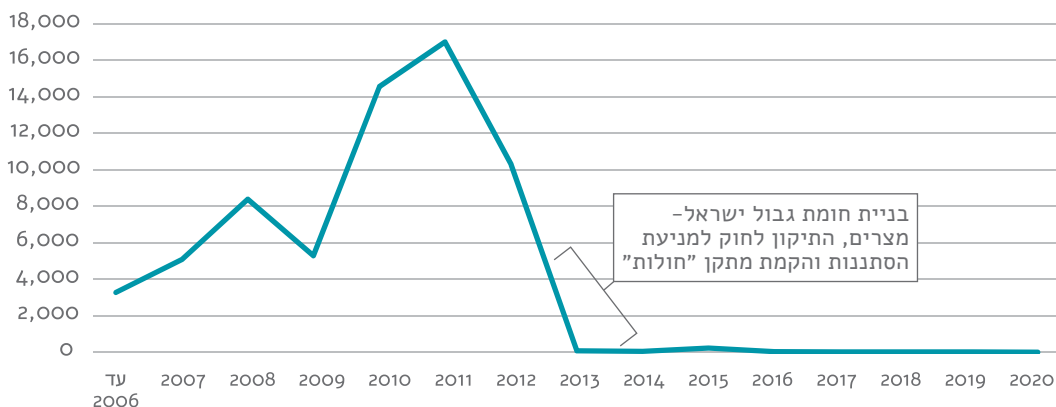
ניצניה של תופעת ההסתננות לישראל מאפריקה הופיעו בשנות התשעים אך היא הפכה לאירוע בקנה מידה של אתגר לאומי למן 2007, כפי שעולה מתרשים 5. בשיאה, בשנת 2011, חדרו לישראל מגבול מצרים יותר מ־17 אלף איש מדי שנה. סך הכול עד היום נכנסו לישראל מעל 64 אלף מסתננים, שכמחציתם עזבו את הארץ במשך השנים. שטף ההסתננות פסק במקביל להשלמת בניית הגדר בגבול ישראל–מצרים, להקמת מתקן ”חולות” ולתיקון מס’ 3 לחוק למניעת הסתננות. הללו העניקו למדיניות בלימת ההסתננות מעטפת חוקית – בדמות התיקון לחוק; מעטפת מניעתית – בדמות הגדר; ומעטפת אכיפתית – בדמות מתקן ”חולות”.

במקביל לבלימת תופעת ההסתננות מאפריקה, למן השנים 2013–2014 ניתן לראות ירידה – מתונה אך מתמדת – בכמות המסתננים השוהים בארץ. מגמה זו נובעת ברובה המוחלט מממוצע שנתי של כ־3,500 עזיבות מרצון. יש לציין ששיעור העזיבות מרצון נמצא במגמת ירידה משנת 2014. לאור הקורלציה בציר הזמן ניתן לייחס ירידה זו לשלוש פסיקות בג”ץ אשר פסלו סעיפים בחוק למניעת הסתננות ולבסוף הובילו לסגירת מתקן ”חולות”.³⁷ בשנים האחרונות צצו סנוניות של תופעת הסתננות מגבול לבנון וירדן של מסתננים שמוצאם מאפריקה. בשלב זה מדובר במספרים נמוכים, בין היתר הודות למדיניות ”החזרה החמה” שנוקט צה”ל בגבולות אלה (השבה מיידית של המסתננים אל מעבר לגבול שחצו, לאחר תשאול קצר).

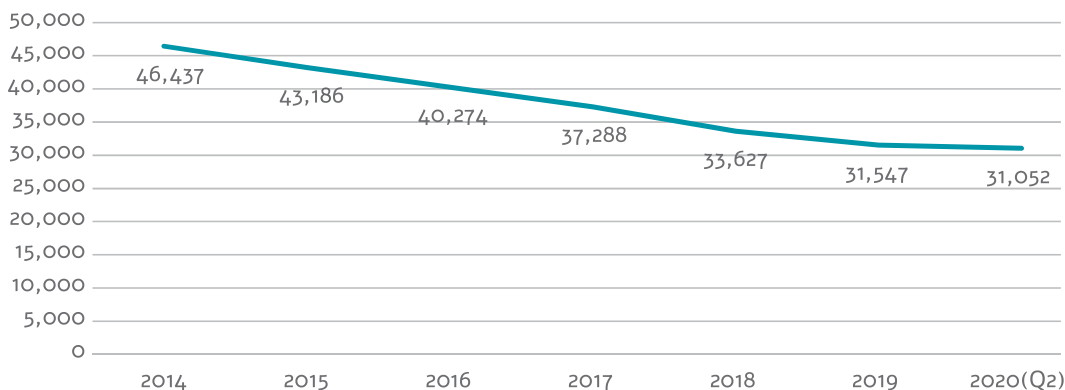
על פי הנתונים הרשמיים, נכון לרבעון השני של 2020, שוהים בישראל 31,052 מסתננים מאפריקה. כלומר כ־51% מהמסתננים שנכנסו ארצה מגבול מצרים עזבו עד הרבעון השני של 2020 את שטח המדינה.

הנתונים דלעיל אינם כוללים ילודת מסתננים המוערכת כיום בכ־6,100 ילדים שנולדו בישראל. אין נתונים רשמיים שנאספו ישירות על ילודת המסתננים. הנתונים נאגמים מכמה מקורות שונים כגון טיפת חלב, מערכת החינוך וכדומה. לאחר שנות עמימות לא מעטות, רשות האוכלוסין וההגירה פרסמה בשנה האחרונה את אומדן הילודה כחלק מדו"חותיה. לפיכך סך קהילת המסתננים מאפריקה בישראל מונה כ־37,152 נפשות כולל ילודה בארץ.

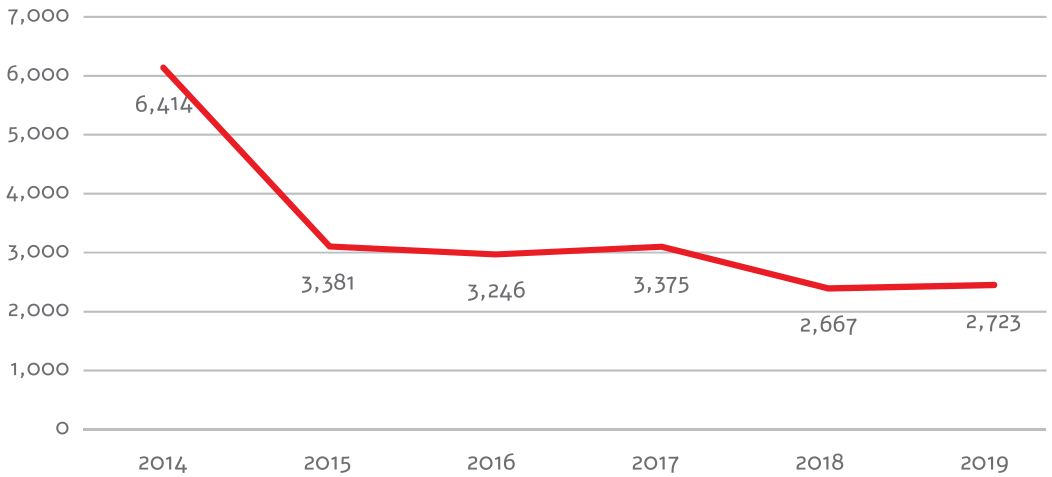
תרשים 5: כניסת מסתננים לישראל, 2006–2014



תרשים 6: מספר המסתננים מגבול מצרים השוהים בישראל, 2014–2020



תרשים 7: שיעור עזיבות מרצון של מסתננים, 2014–2020



ד. תיירים ללא רישיון בתוקף ("מסתנני נתב"ג")

תיירים השוהים בישראל ללא רישיון בתוקף, הקרויים גם "מסתנני נתב"ג", הם זרים שנכנסו לארץ כדין וקיבלו רישיון לשיבת ביקור לפי סעיף 2(א)(2), שתוקפה שלושה חודשים, אך נשארו בארץ מעבר לפרק זמן זה. חלק ניכר מתיירים אלה עובדים בישראל ללא היתר והלכה למעשה מדובר בהגירת עבודה בלתי חוקית קלאסית. רובם המכריע של מסתננים אלה – כ-77% מהם – הם אזרחי מדינות ברית המועצות לשעבר. נכון לרבעון השני של 2020 שוהים בישראל 58,200 איש אשר נכנסו לישראל באשרת תייר ונותרו בה לאחר שאשרתם פגה. נתון זה נמוך ביחס לשנים קודמות וככלל אנו עדים למגמת ירידה במספרם של מסתננים אלה (ראו תרשים 8).

את הירידה במספרם של "מסתנני נתב"ג" יש לתלות בשלושה גורמים עיקריים:

(1) עד ראשית 2017, נהגו תיירים רבים שביקשו לעבוד בישראל שלא כחוק "להרוויח זמן" ולהגיש בקשות למקלט מדיני כאשר נתפסו. בקשה שכזו עיכבה במידה משמעותית את הרחקתם ופתחה פתח להליכים משפטיים המתגלגלים מערכאה לערכאה תוך כדי צווי ביניים האוסרים על הרחקתם. ואכן, מספר בקשות המקלט שהוגשו על ידי אזרחי מדינות ברית המועצות לשעבר – מדינות המוצא של רוב מכריע מ"מסתנני נתב"ג" – זינק בחמש השנים שחלפו מאז 2015 מקרוב לאפס לאלפי בקשות מדי שנה. עוד יש לציין שמדינת ישראל פטרה את התיירים מרוב

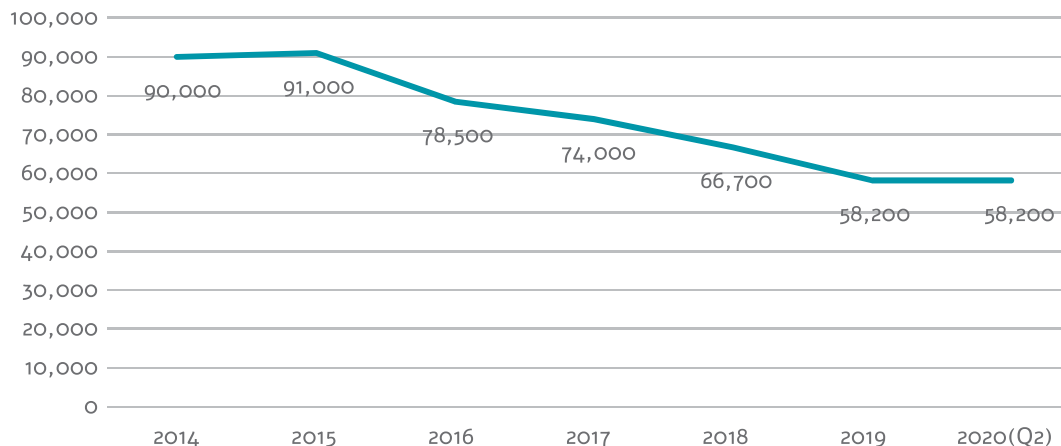
**"נכון לרבעון
השני של 2020
שוהים בישראל
58,200 איש אשר
נכנסו לישראל
באשרת תייר
ונותרו בה לאחר
שאשרתם פגה"**

מדינות ברית המועצות מהצורך לבקשת אשרת כניסה לישראל ("ויזה") – עניין שהקל במידה רבה על היווצרות התופעה. על מנת להתמודד עם התופעה, תוקן בפברואר 2017 נוהל הטיפול במבקשי מקלט מדיני בישראל (נוהל 5.2.0012) ובין היתר נוספה לו האפשרות לדחות במקרים המתאימים – בהליך מהיר – בקשות מקלט שהוגשו על ידי נתיני מדינות אשר לגביהן קיימת חוות דעת מקצועית שלפיה אין מניעה להחזיר בבטחה את נתיניה אליה ושמנהל רשות האוכלוסין וההגירה החליט כי ניתן ליישם הליך מהיר לגבי נתיני אותן מדינות (סעיף 5.1 בנוהל – בחינת בקשות בסדר דין מהיר). עם יישום ההליך המהיר על מדינות כגון גיאורגיה ואוקראינה (שזכתה לפטור מאשרת כניסה לישראל בשנת 2010) חלה ירידה בבקשות המקלט שהוגשו מלכתחילה על ידי תיירים. מדיניות בהירה זו – בירור מהיר של הטענות והרחקה מיידית לאחריו – הגדילה את כמות ההרחקות וניתן לשער שגם דיכאה בקרב מתלבטים רבים את הרצון לנסות את מזלם ולהגיע ארצה שלא כדין.

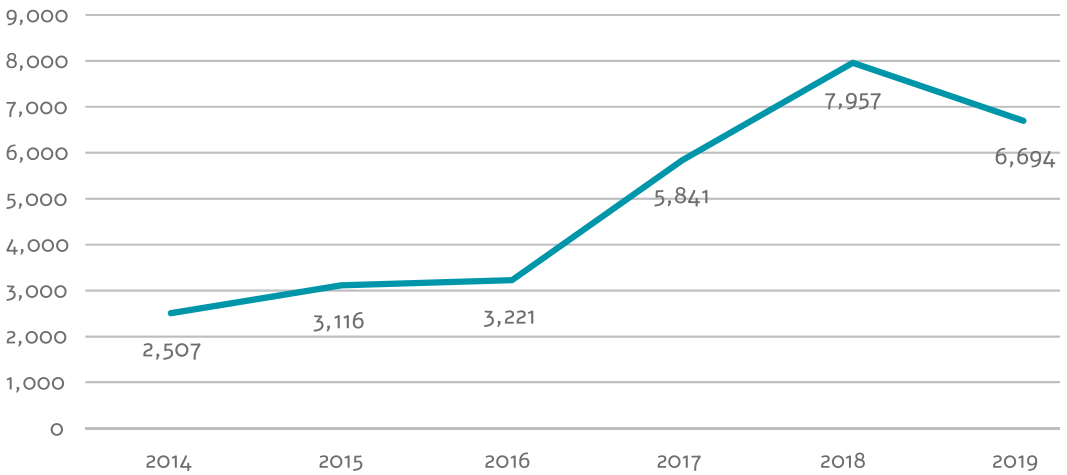
(2) מן הנתונים ניתן לראות בבירור שכמות ההרחקות בפועל מצויה במגמת עלייה. בשנת 2014 הורחקו מישראל כ-2,500 שוהים בלתי חוקיים ואילו בשנת 2019 הורחקו ממנה קרוב ל-6,700 איש.

(3) מדיניות מניעת כניסה של תיירים "חשודים". בשנים האחרונות מנעה רשות האוכלוסין וההגירה את כניסתם לארץ של תיירים ממדינות ברית המועצות לשעבר אשר נחשדו כבעלי כוונות השתקעות והגירת עבודה.³⁸

תרשים 8: תיירים שאשרתם פגה השוהים בישראל, 2014–2020



תרשים 9: הרחקות שוהים בלתי חוקיים מישראל, 2014–2020



ה. שוהים בלתי חוקיים פלסטינים

קבוצה חמישית ואחרונה של זרים השוהים בישראל שלא כדון היא קבוצת השוהים הבלתי־חוקיים הפלסטיניים. אין בנמצא נתונים רשמיים ביחס למספרם בפועל, אך מקובל להניח כי בישראל שוהים עשרות אלפי פלסטינים שמוצאם בשטחי יהודה, שומרון ורצועת עזה. חלק מאותם שוהים בלתי חוקיים פלסטינים משתקעים בפועל בשטחי המדינה ומקימים בה משפחות, ולאחר מכן מבקשים מעמד חוקי באמצעות "איחוד משפחות". ככלל, חוק האזרחות והכניסה לישראל (הוראת שעה), התשס"ג–2003, מונע מפלסטינים את האפשרות להתאזרח בישראל באמצעות נישואין לאזרחי ישראל – אך יש במסגרת החוק גם חריגים שונים. תחת מטריית החריגים אושרו בין השנים 2000–2019, 17,274 בקשות לאיחוד משפחות של פלסטינים.³⁹ חלק ניכר מהם אף שהה באופן בלתי חוקי בישראל במשך תקופה מסוימת – וחוטא יצא נשכר.

המספרים שנזכרו בסעיפים עד כה אינם כוללים ילודה. למעט האומדן הרשמי שנזכר לעיל לגבי קבוצת המסתננים, אין נתונים רשמיים אשר סוכמים את כלל הילודה של הקבוצות הנ"ל, ולפיכך יש להוסיף על המספרים אומדן ילודה.

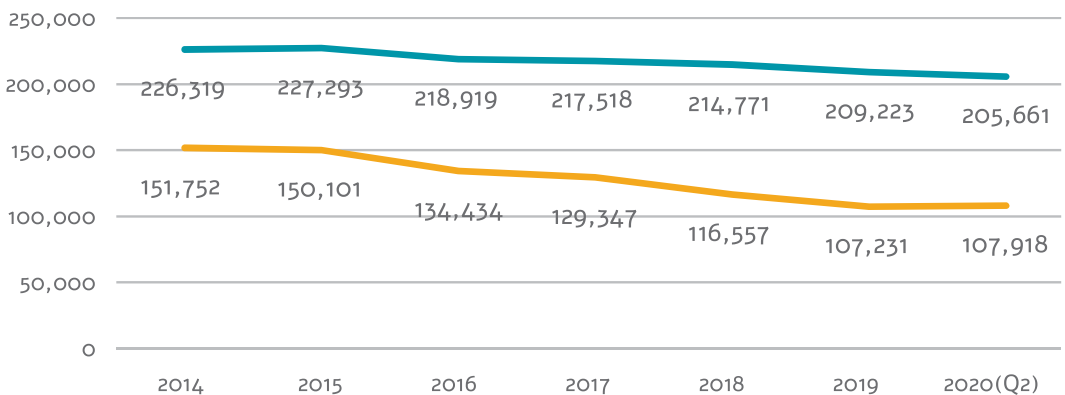
”שיעור השהייה הבלתי־חוקית בישראל עומד על כ־2%. שיעור השהייה הבלתי־ חוקית הממוצע במדינות האיחוד האירופי עומד על אחוז בודד. שיעור השהייה הבלתי־חוקית בישראל כפול אפוא מהממוצע האירופי“

שיעור השהייה הבלתי־חוקית בישראל, בהתבסס על הנתונים הרשמיים, עומד נכון לשנת 2020 על כ־1.1% מאוכלוסיית ישראל (107,918 שוהים בלתי חוקיים מתוך 9.2 מיליון איש המרכיבים את אוכלוסיית ישראל, אזרחים ובעלי תושבות קבע). מספרים אלה כוללים עובדים זרים בלתי חוקיים, מסתננים ותיירים שאשרתם פגה. מספרים אלו אינם כוללים שהייה בלתי חוקית פלסטינית הנאמדת כאמור בעשרות אלפים.⁴⁰ נוכחותם הבלתי־חוקית של הפלסטינים בשטחי ישראל מתאפיינת בעבודה לשם פרנסת המשפחה שנותרת בשטחי הרשות הפלסטינית, ובמעברים תכופים בין שטחי הרשות הפלסטינית וישראל. חלק מן השוהים הללו משתקעים בפועל במזרח ירושלים ללא מעמד חוקי וחלקם משתקעים בישראל באמצעות הליך איחוד משפחות (ואז נגרעים ממצבת השהייה הבלתי־חוקית). גם מספרים אלה אינם כוללים ילודה.

צירוף אומדן השהייה הבלתי־חוקית הפלסטינית וצירוף אומדן הילודה הכללית של הקבוצות השונות שלוהות שלא כחוק בישראל מורה כי שיעור השהייה הבלתי־חוקית בישראל עומד על כ־2%.

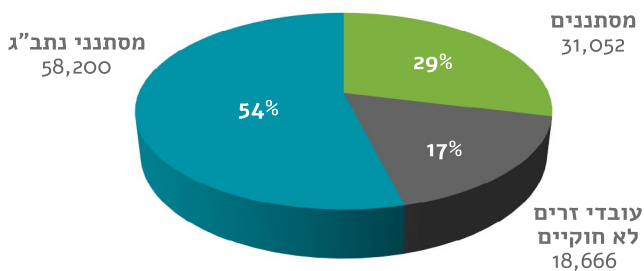
במבט השוואתי מדובר בשיעור גבוה של שהייה בלתי חוקית. על פי מחקר שנערך מטעם Pew Research Center, שיעור השהייה הבלתי־חוקית הממוצע במדינות האיחוד האירופי עומד על אחוז בודד.⁴¹ שיעור השהייה הבלתי־חוקית בישראל כפול אפוא מהממוצע האירופי.

תרשים 10: סך הזרים השוהים בישראל, 2014–2020

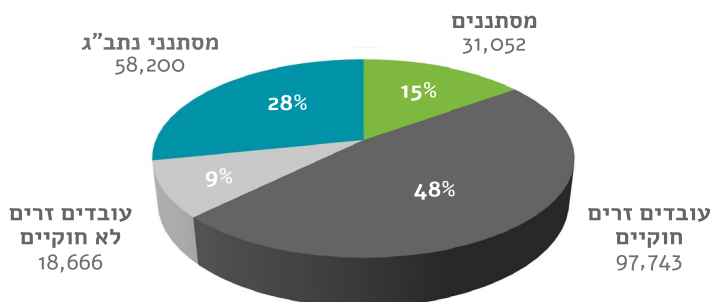


סך כלל הזרים (חוקיים ושאיןם חוקיים) — סך שוהים בלתי חוקיים (מסתננים, עובדים זרים ותיירים)

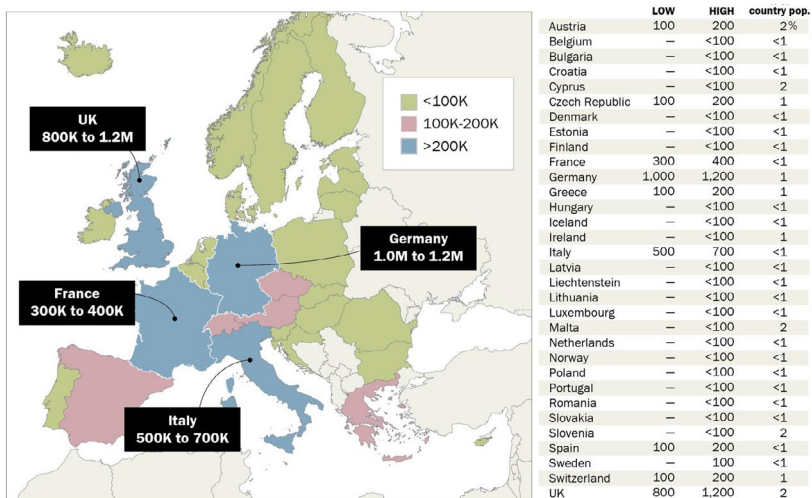
תרשים 11.1: פילוח השהייה הבלתי חוקית המתועדת בישראל, 2020



תרשים 11.2: פילוח כלל הזרים המתועדים בישראל 2020



תרשים 12: שהייה בלתי חוקית במדינות האיחוד האירופי, מכון PEW



Note: All numbers are rounded; see Methodology for rounding rules. The total number of unauthorized immigrants includes asylum seekers waiting for a decision on their case. "Low" and "High" show the range of estimates for the unauthorized immigrant population. "-" shown for "Low" estimate means below 100,000. Percentages of total population are rounded, based on midpoint estimates.

Sources: Pew Research Center estimates based on Eurostat and European labor force survey data.

"Europe's Unauthorized Immigrant Population Peaks in 2016, Then Levels Off"

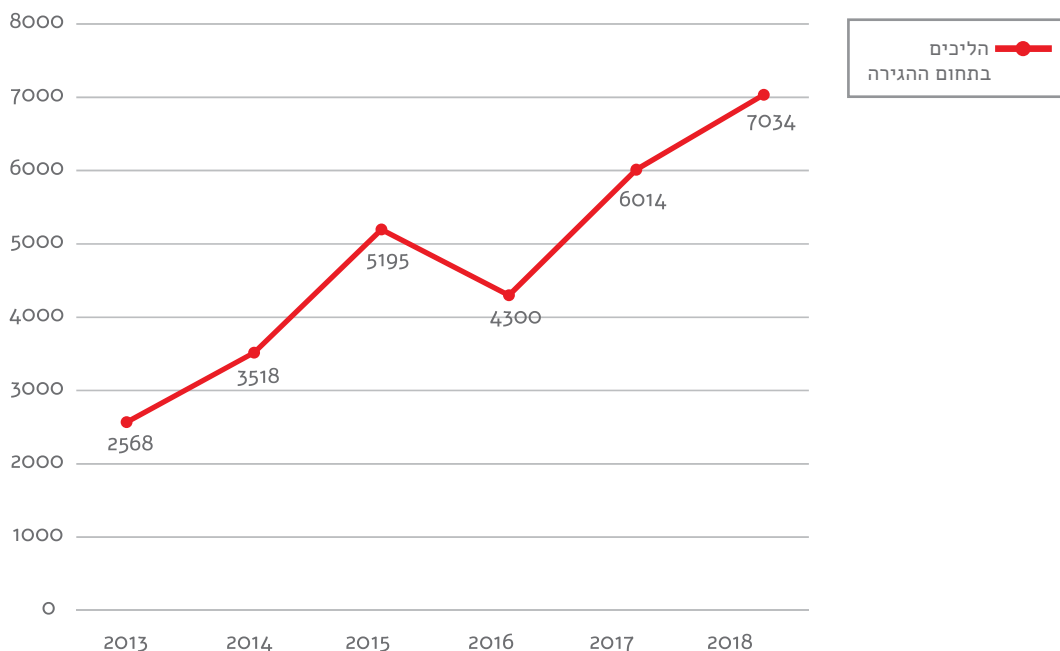
PEW RESEARCH CENTER

2. הצפת מערכת המשפט בהליכים מתחום ההגירה

”בחינת היחס בין מספר ההליכים המשפטיים לנפש מתוך סך השוהים הבלתי־חוקיים בישראל מלמדת על עלייה של 300% בשיעור ההליכים”

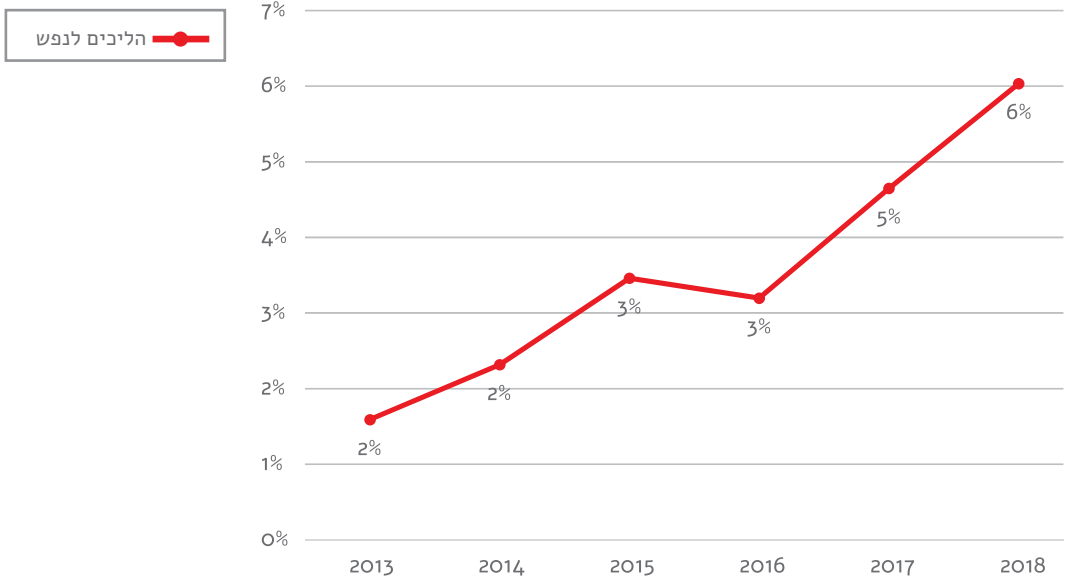
על אף שיעורה הגבוה של השהייה הבלתי־חוקית בישראל, הרי שמן הנתונים דלעיל משתקפת מגמה חיובית – בין השנים 2014–2020 חלה ירידה כוללת של כ־29% במספר כלל השוהים הבלתי חוקיים בישראל (ירידה שנתית של 4.8%). אכן, לצד הירידה המתונה־אך־מתמדת בשיעור השהייה הבלתי־חוקית בישראל, אנו עדים בשנים האחרונות לעלייה דרמטית במספר ההליכים המשפטיים בתחום ההגירה בישראל. בד בבד עם מגמת הירידה האמורה, ישנה עלייה של מאות אחוזים במספר ההליכים המשפטיים בתחום ההגירה, כפי שעולה מתרשים 13.

תרשים 13: הליכים בתחום ההגירה (שנתי), 2013–2018



בחינת היחס בין מספר ההליכים המשפטיים לנפש מתוך סך השוהים הבלתי־חוקיים בישראל מלמדת על עלייה של 300% בשיעור ההליכים⁴², כפי שניתן לראות בתרשים 14.

תרשים 14: הליכים לנפש בתחום ההגירה, 2013–2018



”לצד הירידה בשיעור השהייה הבלתי־חוקית בישראל הוצפה מערכת המשפט בהליכים משפטיים של זרים המבקשים מעמד בישראל”

במילים פשוטות: לצד הירידה בשיעור השהייה הבלתי־חוקית בישראל הוצפה מערכת המשפט בהליכים משפטיים של זרים המבקשים מעמד בישראל. בית הדין לעררים שהוקם בשנת 2014 על מנת לשמש ערכאה מנהלית ייעודית המתמחה בתחום ההגירה – בין היתר על מנת לייעל את הטיפול בהליכים שהתנהלו עד אז בבג”ץ ובוועדה פנימית של משרד הפנים – הוצף באלפי פניות.

עיון בהליכים המתנהלים בבתי הדין מגלה את השלכות ההצפה.

(1) אחוזים ניכרים מקרב הזרים שפתחו בהליכים זוכים לקבל צווי ביניים שמששים את הרחקתם עד לביורור עניינם. הליכים מעין אלה מתגלגלים תדיר לערעורים לבית המשפט המחוזי – בשבתו כבית משפט לעניינים מנהליים – ולאחר מכן לבית המשפט העליון בבקשת רשות ערעור מנהלית. לעיתים, הגלגולים השונים של ההתדיינות מתרחשים כמה פעמים ביחס לכל שלב בסדרי הדין של הרחקתם. צווי הביניים מעניקים זמן יקר לזרים. בהגיע רגע ההכרעה הסופי והחלוט בעניינם הרי שטענותיהם בדבר המחיר האנושי שתגבה הרחקתם מתחזקות (“אנחנו כבר בארץ כל כך הרבה שנים”) – בייחוד כאשר מעורבים בעניין ילדים ותא משפחתי שלם.

(2) שוהה בלתי חוקי, כשמו כן הוא: בלתי חוקי. על כן דינו, על פי חוק הכניסה לישראל, הרחקה. בשנים האחרונות בית המשפט קובע הלכות רוחביות שאינן נובעות מפרשנות החוק אלא חורגות מתחולתו באמצעות ביקורת שיפוטית על סבירות שיקול הדעת של השר. כך נוצרת דה־פקטו מערכת כללים חדשה, מחוץ לחוק ולעיתים בסתירה לו, באמצעות קביעות רוחביות של סוגי מקרים שבהם סבירות שיקול הדעת של שר הפנים מחייבת אותו לחרוג – באופן קטגורי – מהוראות חוק הכניסה לישראל. מבחינה משפטית אין נכון להחריג במסגרת הלכות שיפוטיות, באופן קטגורי, נתחים שלמים בקבוצת השוהים הבלתי־חוקיים במסלול מקביל לחוק הכניסה לישראל (על דרך התערבות בשיקול הדעת המנהלי של שר הפנים). הצפת מערכת המשפט, יחד עם ההתערבות הנרחבת בשיקול הדעת של שר הפנים, דוחקים את השופטים היושבים בדין לקבוע כללים והלכות שיפוטיות על מנת לייעל את הטיפול בהליכים השונים. התוצאה היא שקטגוריית נסיבות מסוימות או רקע מסוים זוכה להחרגה מן הדין.

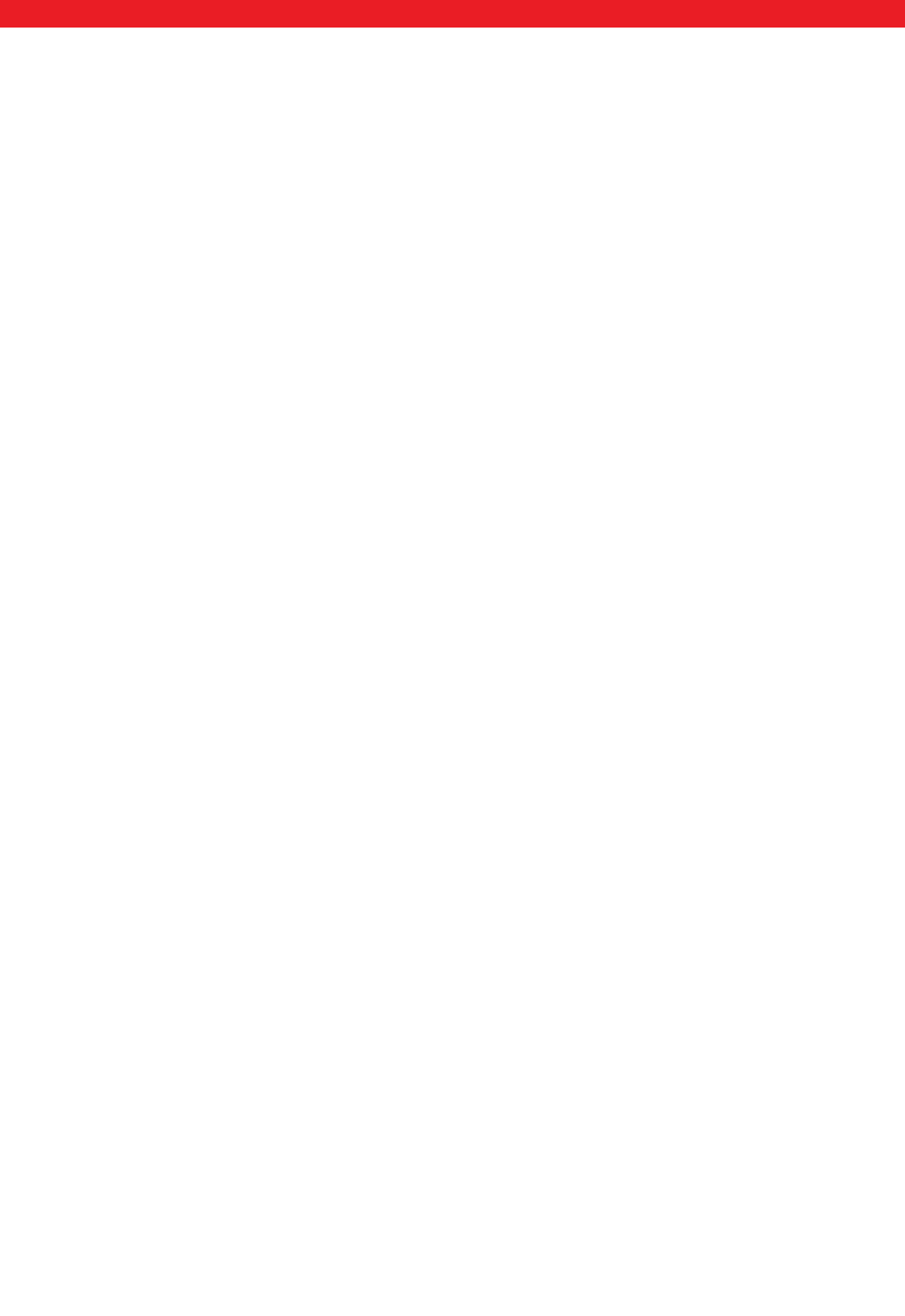
(3) העלות הגבוהה של ניהול הליך הרחקה, משלב האכיפה ועד שלב ההרחקה בפועל, לאחר הליכים משפטיים ארוכים, מובילה את המדינה לתת־אכיפה. מלחמת התשה מתנהלת על כל צו וצו; ולצד ההליכים המשפטיים מתנהל לא פעם גם קמפיין תקשורתי שמטרתו החרגה מן המדיניות הכללית של האירוע המסוקר. כל אלו יוצרים מארג של נסיבות שבתוכן האכיפה אינה אפקטיבית.

(4) העברת כובד המשקל ממדיניות הנקבעת בחקיקה, על פי עקרון ההכרעה הדמוקרטי, ומוצאת אל הפועל באמצעות נהלים, גורמי אכיפה, פקידי מנהל ולבסוף פרשנות לדין של בית המשפט – אל עבר מדיניות שמתעצבת במקביל לחוק, באמצעות השתחררות של בית המשפט מהדין מכוח התערבות בשיקול הדעת החופשי של שר הפנים. באופן זה נוצר מסלול עוקף של קבלת החלטות פרטניות, אד־הוק, ועיצוב מדיניות באמצעות הלכות שיפוטיות שאינן מתבססות על פרשנות הדין כי אם על סבירות שיקול הדעת של שר הפנים.

(5) נכונותו של שוהה בלתי חוקי לציית לחוק פוחתת באופן דרמטי. הבחירה הרציונלית של שוהה בלתי חוקי המבקש להישאר בארץ היא לחכות ללכידתו או למצב אחר של חוסר ברירה. זמן רב יחלוף עד שהדבר יתרחש. רק לאחר מכן הוא יחל בהליכים המשפטיים ויערער על כל שלב ושלב עד תום הגלגולים האפשריים בחסות מטריית צווי הביניים.

(6) בחסות ההליכים המשפטיים המרובים נוצר תמריץ שלילי ביחס לקבוצת העובדים הזרים החוקיים. הללו נוכחים לדעת עד כמה קל לקנות זמן – ולעיתים אף סעדים – באמצעות הליכים משפטיים. חשוב לציין כי בעבור שוהים בלתי חוקיים, חודש עבודה בישראל שווה ערך מבחינה כלכלית לחודשים רבים של עבודה בארץ מוצאם.

(7) גל ההגירה הכלכלית של העולם השלישי אל המערב מגיע בחלקו גם לישראל. מהגר בוחן את האפשרויות הזמינות להגירה ובוחן את האפשרות להשתקע במדינה פלוניית אם יבחר בכך. למדינת ישראל אין כאמור אינטרס בהגירה כלכלית ולפיכך יצירת תמריץ למהגרים פוטנציאליים באמצעות תקוות השתקעות היא טעות אסטרטגית.





ג. כשלי ביצוע ותמריצים משפטיים שליליים בתחום ההגירה

בפרק זה נבקש לסקור תופעות שונות המתרחשות במרחב המשפטי של תחום ההגירה ואשר מייצרות תמריצים שליליים המעודדים הגירה בלתי חוקית – הן כשהם מעודדים את השוהים הבלתי-חוקיים לנסות ולהשתקע בארץ, הן לעשות שימוש לרעה בהליכים משפטיים. לצד תופעות אלו ייסקרו כשלי ביצוע של הרשות המבצעת בתחום ההגירה. חלק מן התופעות שייסקרו בפרק זה לא נחקרו כלל עד כה; חלקן טרם נידונו כראוי בשיח המקצועי; ואחרות נידונו בהרחבה במקומות אחרים אך נדרשות כאן לשם השלמת התמונה.

יודגש כי נייר מדיניות זה איננו עוסק בביקורת שיפוטית ישירה של בג"ץ על חקיקה ומדיניות. אומנם אין כל ספק כי ביקורת שיפוטית ישירה היא אחד מן הגורמים המשפיעים ביותר על תחום ההגירה בישראל – ובכלל זאת: פסילת שלושת התיקונים לחוק למניעת הסתננות, בלימת פתרון המדינה השלישית, פסילת חוק הפיקדון וקציבת מועד לסיום הטיפול בבקשות המקלט של המסתננים מסודן – אך התמה המרכזית של נייר מדיניות זה היא כשלי הביצוע ומערכת התמריצים מנקודת מבטו של מהגר בלתי חוקי תוך הדגשת תופעות שטרם נסקרו כראוי, אם בכלל.

מבקשי מעמד בישראל – לדוגמה: שוהה בלתי חוקי; בת זוג זרה של אזרח ישראלי; עובד זר חוקי; תייר שאשרתו פגה, שוהה בלתי חוקי מיהודה ושומרון ועוד ועוד – מגיעים לערכאות רק לאחר שבקשתם סורבה על ידי הרשות המנהלית הרלבנטית: רשות האוכלוסין וההגירה או משרד הפנים.

”ככלל, במשפט המנהלי, ליבת הרציונל של הסעדים הזמניים היא שמירה על סטטוס־קוו ובלוימת ההשלכות של המעשה המנהלי כלפי העותר עד לביורר טענותיו”

גלגוליו השגרתיים של הליך משפטי בנוגע למעמד פרטני מתחילים בהחלטה מנהלית בעניינו של המבקש. החלטתה של הרשות המנהלית בעניינו יכולה להיות צו הרחקה, דחיית בקשה למעמד הומניטרי, סירוב להעניק רישיון ישיבה בארץ, סירוב להאריך אותו וכדומה. על החלטתה של הרשות המנהלית ניתן להגיש ערר לבית הדין לעררים (הליך ”ערר”) – בית דין מנהלי (כמוגדר בחוק בתי דין מינהליים, התשנ”ב–1992) שהוקם בשנת 2014. על פסק דינו של בית הדין לעררים ניתן לערער בזכות לבית משפט מחוזי, בשבתו כבית משפט לעניינים מנהליים (הליך עמ”נ). על פסק דינו של בית המשפט המחוזי ניתן לערער ברשות לבית המשפט העליון (הליך בר”מ).

1. סעדים זמניים בתחום ההגירה

ככלל, בפתח ההליך המשפטי – אשר מגיע לרוב לאחר מתן צו הרחקה או דחיית בקשה הומניטרית המותירה את השוהה ללא רישיון ישיבה בארץ – מוגשת לבית הדין לעררים, יחד עם הערר, גם בקשה למתן סעדים זמניים. על פי רוב, עניינה של הבקשה הוא איכות ביצוע ההרחקה עד לתום ההתדיינות המשפטית.

סעדים זמניים הם סעדים שבית המשפט רשאי להעניק על פי שיקול דעתו בזמן ההליך – לפרק לזמן קצוב. מטרתם יכולה להיות שמירה על זכות־לכאורה במהלך ההליך, קיום תקין ויעיל של ההליך או הבטחת אפשרות ביצועו הראוי של פסק הדין.⁴³

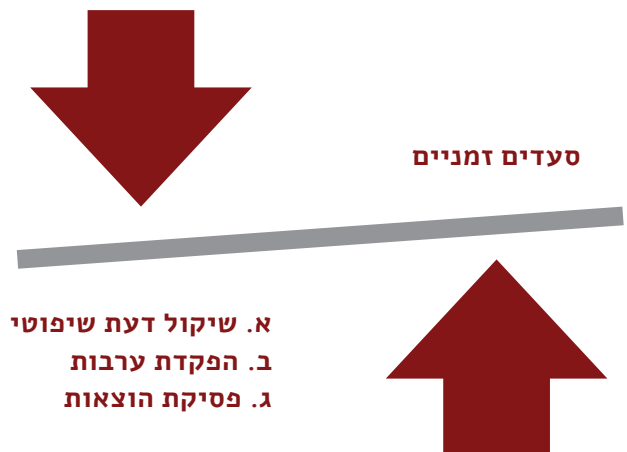
מקורם של הסעדים הזמניים ב”דיני היושר” של המשפט המקובל והם נועדו למנוע מעשים בלתי הפיכים אשר יסכלו את האפשרות לערוך משפט או לתת פסק דין אפקטיבי. כך לדוגמה צמח הסעד הזמני בדמות צו לא תעשה אשר מונע דיספוזיציה בנכסים, דהיינו מניעת העברת בעלות בנכסי מריבה. ברי כי אם בעל הדין המחזיק בפועל בנכס המריבה ימכור אותו לצד ג’, אזי הנכס גופו לא ייוותר בידי בעל הדין בתום ההליך; וכך אפילו אם יינתן פסק דין המורה לו להעביר את הנכס לבעל הדין השני – המהלך לא יתאפשר משום שהנכס הועבר זה מכבר לצד ג’. במצב כזה, כל שיתאפשר הוא מתן פיצוי כספי; כלומר לא יתאפשר להוציא לפועל את פסק הדין באופן מיטבי.

ככלל, במשפט המנהלי, ליבת הרציונל של הסעדים הזמניים היא שמירה על סטטוס־קוו ובלוימת ההשלכות של המעשה המנהלי כלפי העותר עד לביורר טענותיו;⁴⁴ וזאת על מנת למנוע מצב בלתי הפיך

או נזק מופרז לעותר. לדוגמה, עתירה כנגד החלטה מנהלית להפקיע קרקע תזכה לרוב – אם יש בסיס ראשוני לטענות – בסעד זמני אשר יִשֶׁה את ביצוע ההפקעה עד לתום ההתדיינות המשפטית.

כפועל יוצא, עותר מְנַהֵל (ובהקשר של בית הדין לעררים: עורר) יכול לעשות שימוש לרעה במנגנון הסעדים הזמניים ולנהל הליכי סרק במטרה להשהות את החלטות הרשות המנהלית בעניינו. במילים פשוטות: שווה בלתי חוקי יכול להישאר זמן ממושך בארץ גם לאחר שהוצא לו צו הרחקה – באמצעות ניהול הליכי סרק והנאה מצווי הביניים לאורך ההליכים. התמריץ לנהל הליכי סרק אדיר, וכפי שיוצג להלן – העלות נמוכה ביותר. כיוון שבמהגרי עבודה עסקינן, הרי שכל עיכוב של הרחקתם מניב להם רווח כפול: הם ממשיכים להשתכר.

כדי לאזן אפשרות מפתה זו, של ניצול ההליכים המשפטיים, קיימים שני מנגנונים עיקריים. הראשון – הפקדת ערובה על ידי בעל הדין, הן כ"דמי רצינות" הן כדי לוודא כי במידה שהעתירה או הערר יידחו, תתאפשר גביית הוצאות. עניין זה יידון בהרחבה בהמשך. המנגנון המאזן השני הוא שיקול הדעת השיפוטי בהענקת הסעדים הזמניים. סעיף 34 לחוק בתי דין מינהליים, התשנ"ב–1992, קובע כי "בית הדין רשאי לתת החלטות ביניים אם לדעתו ראוי לעשות כן בנסיבות הענין".



”בפסיקת בית המשפט העליון נקבע כי כאשר מדובר בהליכי הרחקה מן הארץ, אין לומר כי הנזק הנגרם כתוצאה מדחיית הבקשה למתן סעד זמני הוא בלתי הפיך, שכן במידה שהערעור יתקבל, יוכל המבקש לשוב לארץ, ובפסיקת בית המשפט העליון בארה”ב.⁴⁶ עוד נקבע כי הלכה זו עומדת בישראל גם בעת מגפת הקורונה – במקרה של צו הרחקה לשם הסגרה.⁴⁷

בפסיקת בית המשפט העליון נקבע כי כאשר מדובר בהליכי הרחקה מן הארץ, אין לומר כי הנזק הנגרם כתוצאה מדחיית הבקשה למתן סעד זמני הוא בלתי הפיך, שכן במידה שהערעור יתקבל, יוכל המבקש לשוב לארץ.⁴⁵ עיקרון זה נשנה ונקבע לאחרונה גם בפסיקת בית המשפט העליון בארה”ב.⁴⁶ עוד נקבע כי הלכה זו עומדת בישראל גם בעת מגפת הקורונה – במקרה של צו הרחקה לשם הסגרה.⁴⁷

אלא שבפועל מתייחד תחום ההגירה מבחינת היבט הסעדים הזמניים. ככלל, בתי המשפט רואים במקרה הקלאסי שבו עסקינן – אדם שניתן בעניינו צו הרחקה או שרישיון ישיבתו בארץ פקע – מקרה המצדיק מתן צו ביניים שימנע את הרחקת העותר. בתי המשפט נוטים לראות בהוצאה לפועל של צו ההרחקה (או במתן האפשרות להרחיק אדם שרישיון ישיבתו בארץ עומד לפוג) פגיעה בשני הרציונלים העומדים בבסיס צווי הביניים: (א) פגיעה באפשרות ניהולו האפקטיבי של ההליך המשפטי כאשר בעל הדין הרלבנטי אינו שווה בישראל; (ב) מניעת נזק בלתי הפיך או מופרז לבעל הדין בטרם התבררו טענותיו. לפיכך במרבית המקרים ”מאזן הנוחות” מכריע את הכף לטובת מבקש המעמד. הלכה למעשה, בעיני בית המשפט ישנה הצדקה כמעט קטגורית למתן צווי ביניים שימנעו את הרחקת עורר מן הארץ. כך עולה גם מבחינה אמפירית: בדיקה של כלל הליכי הבר”מ שהגיעו בגלגול שלישי לבית המשפט העליון – משנת 2012 ועד 2020 – מלמדת כי **בכל המקרים** ניתנו צווי ביניים שעיכבו את ההרחקה בפועל.⁴⁸

אלא שלצד ההצדקה העקרונית של צווי הביניים, עלינו לתת את הדעת כאמור לתמריץ האדיר הנלווה למצב משפטי זה. שווה בלתי חוקי או מבקש רישיון ישיבה בארץ יכולים להגיש ערר לבית הדין לעררים ולעכב באופן משמעותי – לעיתים למשך שנים ארוכות – את הרחקתם מהארץ.

לתופעה זו כמה השלכות מרכזיות:

- (א) הרתעתם של גורמי האכיפה נפגעת כאשר צו הרחקה אינו אלא שריקת הפתיחה של קרבות התשה אינסופיים – ולא אמצעי ממשי ומיידי המוביל להרחקת מושא הצו בפרק זמן סביר.
- (ב) במצב זה יש משום תמריץ למהגרים לפתוח בהליכי סרק ולו כדי להרוויח עוד כמה שנות עבודה בארץ.

**”הלכה למעשה,
בעיני בית המשפט
ישנה הצדקה
כמעט קטגורית
למתן צווי ביניים
שימנעו את הרחקת
עורר מן הארץ”**

(ג) השיעונים ההומניטריים מתחזקים עם השנים (בבחינת ”רגל בדלת” ו”אנחנו כבר פה”). כלומר אין מדובר אך ורק ברווח זמן שהייה בעבור הזר אלא בשינוי פוטנציאלי של ההכרעה השיפוטית באמצעות השפעה על שאלת ההצדקה להתערבות בשיקול דעתו של שר הפנים בהענקת מעמד הומניטרי.

(ד) כאשר האכיפה בפועל חלשה, נוצר תמריץ למהגרים בחו”ל שבוחנים את אפשרויותיהם השונות ובוחרים להגיע דווקא לישראל.

(ה) הנטל הכלכלי של השהייה הבלתי־חוקית עולה ברבות השנים, הן מחמת ניהול ההליכים המשפטיים, הן בגין התמשכות פרק הזמן של שהיית זרים אלה בצל רשת הביטחון הסוציאלית בישראל (לדוגמה בתחום הבריאות).

(ו) כובד המשקל של המדיניות עובר לבתי המשפט – במקום לזרועות המנהליות של הרשות המבצעת אשר מוציאות צווי הרחקה כדין לשוהים בלתי חוקיים.

כמאליה עולה השאלה: כיצד ניתן לאזן בין ההצדקה העקרונית והקטגורית למתן צווי ביניים שִׁנְשֵׁהוּ את הרחקתו של עורר לבית הדין לעררים (או מערער בגלגולים המשפטיים לאחר מכן) ובין התמריצים השליליים שצווי הביניים יוצרים?

אנו מציעים לרכך מתח משפטי זה באמצעות **הכוונת שיקול הדעת השיפוטי** וקביעת **ערבות חובה** יחד עם **מדיניות פסיקת הוצאות מוגברת**. ראשית, לעניין שיקול הדעת. מוצע לקדם תיקון לתקנות הכניסה לישראל (סדרי הדין והמינהל בבית דין לעררים), התשע”ד–2014, אשר יתווה את שיקול הדעת השיפוטי של דיני בית הדין בכל הקשור לצווי ביניים וכדלהלן. שנית, יש לפלח את הקבוצות השונות של הזרים בישראל ולזקק נסיבות שלגביהן ייקבע במפורש כי לא יינתנו צווי ביניים אלא מטעמים מיוחדים שיירשמו. הנסיבות שיימנו יהיו אינדיקציה חזקה להחלשת ההצדקה הקטגורית לצווי ביניים. להלן ההצעות המרכזיות לנסיבות שבהן ניתן להמשיך במצב המשפטי הקיים ונסיבות שבהן ככלל אין להעניק סעדים זמניים (אלא מטעמים מיוחדים שיירשמו):

(ו) עילת פליטות. בהליכי ערר הסובבים סביב עילת פליטות אכן ישנה הצדקה חזקה וקטגורית לצו ביניים – והדברים פשוטים. טענתו של עורר היא כי שהייה ולו קצרה במקום שאליו מבקשים להרחיקו יכולה לגרום לו נזק אדיר. לפיכך ”מאזן הנוחות” נוטה באופן קטגורי למתן צו ביניים – עד לביורר טענות העורר.

(2) עובדים זרים (עילה הומניטרית שאינה רפואית). בכל

הנוגע לעובדים זרים ישנם מאפיינים שמן הראוי להתייחס אליהם כנסיבות המחלישות את ההצדקה הנורמטיבית למתן צווי ביניים. זהו לדוגמה המצב כאשר עובדים זרים טוענים לעילה הומניטרית שאינה רפואית. עובדים זרים אינם מגיעים מארצות המוכרות כיוצרות עילת פליטות. לכן, בהליכים שבהם עובדים זרים טוענים לעילה הומניטרית, אך זו אינה קשורה למצבו ההומניטרי של המעסיק או למצב חירום רפואי של העובד הזר, נדמה שאין כל מניעה שהללו ינהלו את ההליך המשפטי מארץ מוצאם, אם יחפצו בכך – ממש כפי שנהוג בהליך המדורג ובהסדרת מעמדם של בני/בנות זוג זרים בישראל.

(3) תיירים שאשרתם פגה ועובדים זרים שרישיונם פג.

כאשר לפנינו עורר שנכנס ארצה באשרת תייר, שהה בה לאחר תפוגת רישיונו שלא כדין, והחל באיחור בניסיון משפטי להסדיר את מעמדו, וכן כאשר לפנינו עובד זר שרישיונו פג – הרי שההצדקה להעניק צו ביניים חלשה במיוחד. עובד זר או תייר שמגיעים לישראל כמו־כורתים חוזה עם המדינה. ישראל פותחת בפניהם את שעריה לפרק זמן קצוב ובתנאי שיצייתו לדין, ינהגו בעת שהותם בה כמצופה, וגם ישובו לביתם עם תום פרק הזמן. יש לנהוג בחשדנות יתרה בתייר או עובד זר שנשארו מעבר לפרק הזמן המותר, שהו בארץ שלא כדין ורק לאחר זמן "נזכרו" בעילות כלשהן. אלו נסיבות אשר מחלישות באופן דרמטי את ההצדקה למתן צו ביניים.

(4) מסכת עובדתית מתחלפת. עורר המציג מסכת עובדתית שונה

בשלבים שונים של ההליך גורע מאמינות טענותיו ומאבד את ההצדקה האוטומטית למתן סעדים זמניים.

(5) בקשה להליך מדורג לאחר שהייה שלא כדין. ההצדקה

לסעדים זמניים נחלשת באופן ניכר גם כאשר עורר שהה בישראל שלא כדין במשך זמן־מה, ולאחר מכן יצר קשר זוגי וביקש הליך מדורג. גם כאן – לכולי עלמא העורר היה בר־הרחקה ורק לאחר מכן ביקש להסדיר את מעמדו והרשות סירבה לבקשתו. במקרה מעין זה, אם הלה חפץ להמשיך ולנהל הליכים משפטיים אין מניעה שיעשה זאת מארץ מוצאו.

נשוב ונזכיר כי בכל המקרים הנ"ל שמגיעים לבית הדין לעררים, הרשות המנהלית המוסמכת דחתה את בקשת העוררים, ועל פי חוק הם כבר אינם מורשים לשהות בישראל.

**”מחקרנו העלה
כי מעולם – מאז
הקמת בית הדין
ועד היום – לא
נמסרו הוצאות
שנפסקו לטובת
המדינה לרשות
האכיפה והגבייה”**

הסדר נוסף אשר יסייע באיזון התמריצים המשפטיים הנוצרים מצוויה הביניים הוא תיקון לתקנות הכניסה לישראל (סדרי הדין והמינהל בבית דין לעררים), התשע”ד–2014, אשר יקבע – כחובה – **הפקדת ערובה** בעת בקשת צו ביניים יחד עם פסיקת הוצאות מוגדלות אם הערר יידחה. חובה זו תאפשר פירעון הוצאות במקרה של דחיית הערר,⁴⁹ ואף תגבה ”דמי רצינות”. הללו כשלעצמם יכולים להוסיף לאיזון הנדרש בין מניעת נזק בלתי הפיך לעורר ובין התמריץ לעשות שימוש לרעה בהליכים משפטיים (עד כדי הליכי סרק) על מנת להרוויח את מטריית ההגנה של צווי הביניים.

2. אי-גביית הוצאות שנפסקו על ידי בית הדין לעררים

כאמור, בשנת 2014 הוקם בית הדין לעררים כערכאת ביקורת שיפוטית מנהלית על החלטות רשות האוכלוסין וההגירה. בית הדין עוסק בענייני מעמד ושהייה בישראל. ממחקר וניתוח נתונים שהתקבלו במסגרת בקשת חופש מידע,⁵⁰ עולה תמונה מדאיגה ביחס לאי-גביית הוצאות שנפסקו לטובת המדינה בבית הדין לעררים.

מאז הקמת בית הדין, בשנת 2014, חויבו עוררים בבית הדין לעררים בהוצאות ב־2,806 תיקים, בסכום כולל העולה על 8.5 מיליון שקלים. אלא שמסכום זה נגבו בפועל רק כ־1.65 מיליון שקלים (ההוצאות ב־638 תיקים) שהם כ־19% מכלל ההוצאות שנפסקו בשנים 2014–2020. ב־2,168 תיקים, המשקפים חוב של למעלה מ־7 מיליון שקלים (כ־81% מכלל ההוצאות שנפסקו בבית הדין), לא נעשה דבר מעולם כדי לגבות את הכסף. כלל הגבייה בפועל, העומדת כאמור על כ־19% בלבד, מתחלקת לפירעון עצמי ללא אכיפה (לרוב בעלי דין ישראלים בהליכים הנוגעים לאזור בני זוג זרים) ופירעון על חשבון ערובה שהופקדה בקופת בית הדין בראשית ההליך.

עוד יש לציין כי על פי מחקר על נתוני שנת 2018, שביצע עו”ד יונתן יעקובוביץ’ מהמרכז למדיניות הגירה, עולה כי שיעור גביית ההוצאות מזרים, בניכוי גבייה מתיקי ישראלים המנהלים הליך מדורג וכדומה, עומד על פחות מ-3% בלבד.

יתרה מזאת. מחקרנו העלה כי מעולם – מאז הקמת בית הדין ועד היום – לא נמסרו הוצאות שנפסקו לטובת המדינה לרשות האכיפה והגבייה. מצב עניינים זה מנוגד לכל ההליכים המשפטיים האחרים שמנהלת המדינה שבהם אם נפסקו הוצאות ולא שולמו – אזי עובר החוב (תוך 30 עד 60 יום) לרשות האכיפה והגבייה. כאן לעומת

טבלה 1: נתוני גביית הוצאות שנפסקו בבית הדין לעררים, 2014–2020

שנה	סוג תיק	מספר תיקים	סכום שנפסק	תיקים ששולמו	סכום ששולם	אחוז מתיקים שנגבו	אחוז גבייה כספית בעררים
2014	ערר	74	266,750	17	56,000	22.97%	20.99%
2015	ערר	226	761,400	72	209,250	31.86%	27.48%
2016	ערר	372	1,301,750	66	183,400	17.74%	14.09%
2017	ערר	410	1,423,756	48	146,000	11.71%	10.25%
2018	ערר	389	1,168,350	73	195,650	18.77%	16.75%
2019	ערר	548	1,512,400	161	372,500	29.38%	24.63%
2020	ערר	787	2,290,050	201	488,500	25.54%	21.33%
סך עררים 2014–2020		2806	8,724,456	638	1,651,300	22.74%	18.93%
						סכום שלא נגבה מעררים:	7,073,156 ₪

זאת לא העבירה המדינה לגבייה – ולו פעם אחת – הוצאות שנפסקו בתחום ההגירה בבית הדין לעררים. בעל הדין, בדרך כלל שווה בלתי חוקי, קיבל שובר לתשלום בבנק הדואר: ברצותו שילם, וברצותו לא שילם. ברי כי בהיעדר טיפול של מנגנון האכיפה והגבייה הממשלתי לא יינקטו נגדו הליכים אם ישתמט מן התשלום.

במקביל, אירעה באותן שנים צמיחה מטאורית של מספר ההליכים המשפטיים בתחום ההגירה: בעוד בשנת 2013 הוגשו 2,568 הליכים בתחום ההגירה, הרי שבשנת 2018 הוגשו 7,034 הליכים. רבים הבינו שנדאי עד מאוד לעתור. ביחס למספר המהגרים הלא-חוקיים היקף העתירות עלה בין השנים 2013–2018 ב-300%.

אין הכוונה לטעון לסיבתיות. דומה כי את שילוש מספר ההליכים המשפטיים בתחום ההגירה לא ניתן לתלות באופן בלעדי בעובדה שהמדינה מעולם לא גבתה הוצאות משפט שנפסקו לטובתה בתחום זה; ובכל זאת ברור כי עובדה זו מרימה תרומה נכבדה לתופעה. העובדה הפשוטה היא שלניהול הליכי סרק בענייני הגירה אין כיום כל מחיר – לא כספי ולא אישי – מלבד העסקת עורך הדין. מנגד, התגמול אדיר: סעדים זמניים המותירים את העורר בארץ וסיכוי לקבלת טענותיו לגופן.

במענה לפנייתנו בעניין זה לרשות האוכלוסין וההגירה הרשות השיבה כי "המדובר על מהלך מורכב הכולל תיאום בין מערכות מחשוב שונות... מהלך זה נמשך בימים אלו, ולאחרונה הועברו לטיפולם 380 פסקי דין". אלא שממענה, מיום 11.3.2021, לבקשת חופש מידע שהוגשה על ידנו בעניין זה לרשות האכיפה והגבייה

"העובדה הפשוטה היא שלניהול הליכי סרק בענייני הגירה אין כיום כל מחיר – לא כספי ולא אישי – מלבד העסקת עורך הדין. מנגד, התגמול אדיר: סעדים זמניים המותירים את העורר בארץ וסיכוי לקבלת טענותיו לגופן"

**”במסגרת פסקי
הדין בתיקי
בר”מ נפסקו
הלכות דרמטיות
בתחום ההגירה
והללו מחייבות
את הערכאות
הנמוכות ואת
רשות האוכלוסין
וההגירה”**

התברר כי לא היו דברים מעולם והעניין טרם הוסדר: ”תיקי ההוצאות לטובת המדינה במסגרת הליכים בבית הדין לעררים עדיין לא נגבים במנהל הגבייה הממשלתי אשר ברשות האכיפה והגבייה”.

המענה, כמדיניות, למצב עניינים זה צריך להיות, ראשית לכול, שמירה על שלטון החוק – על דרך יישום החוק ואכיפתו – וגבייה אפקטיבית ומהירה של ההוצאות. בתחום ההגירה הדברים נכונים כפל כפליים משום שפעמים בעל הדין עוזב את הארץ ויש למצות את הדין הכספי ביעילות מנכסיו שנצברו כאן קודם שהם מועברים לחשבונות זרים. שנית, יש לקבוע חובת הפקדת ערובה (כאמור בסעיף הקודם), למעט מטעמים מיוחדים שיירשמו, כדי שיהיה מהיכן להיפרע בעת פסיקת ההוצאות.

3. ניתוב תיקים סלקטיבי

ערכאת הערעור המנהלית העליונה על החלטות פרטניות של רשות האוכלוסין וההגירה היא בית המשפט העליון. כערכאת ערעור, בית המשפט העליון דן בסוגיות הגירה במסגרת הליכי ”בקשת רשות ערעור מינהלית” (להלן: בר”מ). במסגרת ההליך, בית המשפט מתבקש להעניק למערער אפשרות לערעור שלישי, לפני משורת הדין, לאחר שמוצו אפשרויות הערעור שלהן הוא זכאי על פי חוק. במקרים שבהם מדינת ישראל מוציאה צו הרחקה נגד שוהה בלתי חוקי, רשאי הלה לערור על הצו בפני בית הדין לעררים. על פסק דינו של בית הדין לעררים, זכאי הלה לערער באופן אוטומטי לבית המשפט המחוזי – כערכאת ערעור שנייה. לבסוף, במסגרת הליך בר”מ, באפשרותו של בעל הדין לבקש רשות לערער בפני בית המשפט העליון – כערכאת ערעור שלישית. אם בית המשפט ייעתר לבקשתו, יוכל הלה להגיש ערעור בגלגול שלישי; הפעם לבית המשפט העליון.

בהגיעו לבית המשפט העליון, מנותב תיק בר”מ לאחד משופטי בית המשפט – אשר מכריע בעניין הבקשה ובעניין בצו הביניים המוגש בדרך כלל יחד עם הבקשה. כאשר השופט מבקש לדון בבקשה לגופה או להרחיב את הדיון ולדון בבקשה יחד עם גוף הערעור, הוא מעביר את הבקשה להרכב. דחיית הבקשה יכולה להיעשות גם בדין יחיד. למרבה ההפתעה, מתברר כי הליך ניתוב תיקי הבר”מ נעשה באורח סלקטיבי ביותר – וכי על כלל תיקי הבר”מ בשמונה השנים האחרונים חולשים שני שופטים בלבד. אולם תחילה לעניינם של הליכי בר”מ.

להליכי בר"מ נודעת חשיבות מכרעת בעיצוב דיני ההגירה בישראל, ובייחוד מאז הקמת בית הדין לעררים בשנת 2014. במסגרת פסקי הדין בתיקי בר"מ נפסקו הלכות דרמטיות בתחום ההגירה והללו מחייבות את הערכאות הנמוכות ואת רשות האוכלוסין וההגירה. במסגרת התיקים הללו עוצבה פרשנות הדין בכל הנוגע להרחקת שוהים בלתי חוקיים ועובדים זרים, בוצעה חקיקה שיפוטית, ונפסלו החלטות של שר הפנים באמצעות עילת הסבירות. להלן לקט דוגמאות מן השנים האחרונות להליכי בר"מ ששינו באופן דרמטי את המצב המשפטי בישראל בתחום ההגירה:

(א) בפברואר 2020 קבע הרכב בראשות השופטת ברק-ארז כי חשש מפני מילת נשים הוא עילת פליטות וכי ההוכחה לכך שלמבקש ישנה "חלופת מגורים" בטוחה מפני מילה בכפייה מוטלת על המדינה.⁵¹

(ב) אף שהחוק מסמיך את שר הפנים לקבוע ברישיונו של עובד זר שהגיע לארץ בהיתר אזורים גאוגרפיים שרק בהם מותר לו לעבוד,⁵² הרי שבפסק דין שניתן באוקטובר 2019 בהליך בר"מ, בהרכב בראשות השופט פוגלמן, נקבע כי שר הפנים איננו מוסמך לדחות על הסף בקשות של עובדים זרים לעבודה מחוץ לתחום הגיאוגרפי שנקבע להם ברישיון על פי חוק.⁵³

(ג) בפסק דין שפורסם בדצמבר 2019, מפי השופט פוגלמן, נקבע כי שר הפנים איננו יכול לדחות על הסף את בקשתו של עובד זר שהוגשה לאחר 90 הימים שנקבעו לשם כך בסעיף 3א(ב1) (1) לחוק הכניסה לישראל, התשי"ב-1952.⁵⁴ כמו בעניין **רביד** שהוזכר לעיל בסמוך, אף כאן קבע השופט פוגלמן כי שר הפנים איננו מוסמך לדחות על הסף בקשות אפילו אם הן חורגות מהתנאים שנקבעו בחוק. תנאי הסף שנקבעו בחוק הפכו אפוא בידי השופט פוגלמן לשיקולים שעל השר לשקול והפסיקו לשמש במשמעותם המקורית כתנאים להגבלת סמכות השר – דהיינו כתנאים שלא ניתן לחרוג מהם.

(ד) בפסק דין שפורסם בינואר 2017, מפי הרכב שכלל את השופטת ברק-ארז, נקבע כי יש לשחרר ממשמורת מסתננים שהורשעו בעבירות פליליות ונגזר עליהם עונש מאסר – עם ריצוי עונשם.⁵⁵ על פי פסק הדין, תכלית המשמורת היא החזקה כל עוד ישנם הליכי הרחקה ממשיים. אם אין הליכי הרחקה, אזי אין זה בסמכות ממונה ביקורת הגבולות לקבוע את מסופנותו של האדם ולהותירו במשמורת.

**”ממצאי המחקר
עולה כי 96%
מכלל תיקי הבר”מ
שהוגשו מיום
1.5.2012 ועד
ליום 1.2.2020
נותבו לטיפולם
של השופטת
דפנה ברק־ארז
או השופט עוזי
פוגלמן בלבד.
22% מכלל בקשות
הערעור שהוגשו
לבית המשפט
העליון התקבלו”**

(ה) בפסק דין שפורסם באפריל 2013 על ידי הרכב שכלל את השופט פוגלמן נקבע כי מצוקות וקשיים שעברו שוהים בלתי חוקיים בדרכם לישראל יכולים לשמש עילת פליטות.⁵⁶

(ו) בפסק דין שפרסם השופט פוגלמן בפברואר 2020 נקבע כי לא ניתן להוריד את מעמדו של מסתנן בעל שלוש הרשעות פליליות חמורות מרמת א/5 לרמת ב/1, שכן בעקבות זאת לא יקבל הלה ביטוח בריאות ממלכתי.⁵⁷

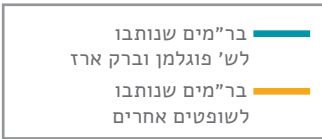
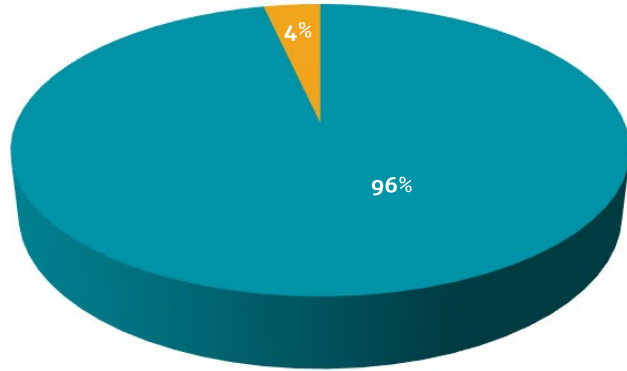
(ז) בפסק דין שניתן באוגוסט 2015 עצר השופט פוגלמן באמצעות צו ביניים את ההרחקות למדינה שלישית.⁵⁸

כפי שניתן לראות בנקל, כל ההליכים המתוארים ברשימה קצרה זו נידונו על ידי השופטים ברק־ארז ופוגלמן. בירור מעמיק מגלה כי אין זו יד המקרה. במסגרת מחקר שנערך על ידי ועל ידי עו”ד אהרן גרבר נדגמו כלל הליכי הבר”מ בתחום ההגירה – מיום 1.5.2012 ועד לפברואר 2020, כ־200 תיקים בסך הכול – על מנת לבחון את אופן ניתוב תיקי בר”מ בתחום ההגירה בבית המשפט העליון. יובהר כי אין מדובר בעתירות לבג”ץ, אשר מגיעות לבית המשפט העליון כבר בגלגול ראשון, אלא בתיקי בר”מ שהערעור בהם החל בבית הדין לעררים (כערכאת ערעור ראשונה), המשיך לבית המשפט המחוזי (כערכאת ערעור שנייה) ולבסוף הגיע אל בית המשפט העליון (כערכאת ערעור שלישית ואחרונה). ממצאי המחקר עולה כי 96% מכלל תיקי הבר”מ שהוגשו מיום 1.5.2012 ועד ליום 1.2.2020 נותבו לטיפולם של השופטת דפנה ברק־ארז או השופט עוזי פוגלמן בלבד.

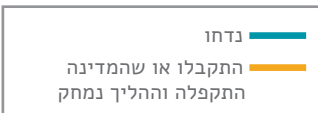
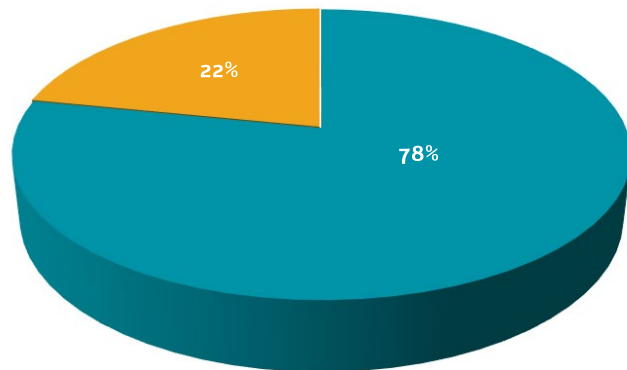
התבוננות בתוצאותיהם של כלל הליכי הבר”מ מיום 1.5.2012 ועד לפברואר 2020 מגלה כי 22% מכלל בקשות הערעור שהוגשו לבית המשפט העליון התקבלו. מדובר בשיעור עצום כיוון שזוהי כאמור ערכאת ערעור שלישית – כלומר שתי ערכאות ערעור קודמות סברו כי יש לדחות את טענות העורר. לא למותר לציין כי כלל ההליכים עוסקים בבקשת רשות ערעור ולא בערעור בזכות; וכי ברוב מוחלט של המקרים מדובר בעוררים שאין כל מחלוקת על כך שהם שוהים בישראל שלא כדין, והערעור נסוב על שאלות הומניטריות ועל סבירות שיקול הדעת של שר הפנים.

התבוננות נוספת בכלל הליכי הבר”מ הנזכרים מלמדת ש־93% מהליכי הבר”מ הוגשו על ידי זרים ואילו רק 7% מההליכים הוגשו בידי המדינה. אנו משערים שנתון זה מצביע על האפקט המצנן שחשה המדינה. כאשר ניתוב התיקים ידוע מראש כאמור, וכאשר שיעור קבלת הבר”מים עומד על 22%, מתמרצת המדינה שלא לערער לבית המשפט העליון – כדי להותיר זאת כתיק שבו הפסידה בבית המשפט המחוזי מבלי לקבע את הדברים כהלכה מחייבת בבית המשפט העליון.

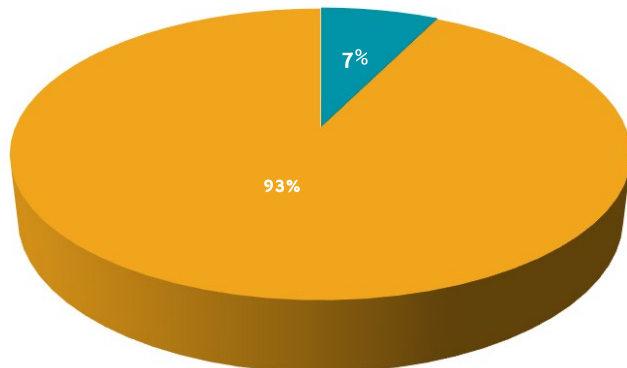
תרשים 15: ניתוב הליכי בר"מ בתחום ההגירה לפי שופטים
 96% מההליכים מנותבים לש' ברק ארז ופוגלמן



תרשים 16: תוצאות הליכי בר"מ מכלל ההליכים שנותבו לשופטים ברק-ארז ופוגלמן



תרשים 17: זהות המערערים בהליכי בר"מ
 "אפקט מצנן" - המדינה חוששת לערער וממעטת בכך



**”צמד השופטים
בחר שופט שלישי
להשלמת המותב
תלתא. הללו כלל
לא קיימו דיון,
והוציאו פסק
דין. לא זו אף זו:
לעיתים היה זה
פסק דין ששאל
לקבוע הלכה
חדשה – שוב,
בלא שהתקיים
דיון ובאמצעות
יצירת מותב
שנבחר בצורה לא
אקראית, בידי
השופטים ולא
בידי הנשיאה”**

בנקודה זו מן הראוי להבהיר כיצד מתרחש ניתוב התיקים בבית המשפט העליון. בעבר, עד נובמבר 2017, אם שופט תורן בבג”ץ ביקש לדחות על הסף עתירה שנותבה אליו, הוא בחר לו את שני השופטים הנוספים הנדרשים (“המותב”), והחתיים אותם על דחיית העתירה. כתגובה לפעילותה של “התנועה למשילות ודמוקרטיה”⁵⁹, הודיעה הנשיאה חיות ביום 13.11.2017 על נוהל חדש שלפיו השופטים לא יהיו חופשיים לבחור את הרכב המותב לצורך דחיית העתירה, והשופט התורן יידרש לצרף למותב את שני השופטים שמשובצים לתורנות אחריו. למעט מקרים של התערבות ישירה של הנשיאה, מבטיח נוהל זה כי השיבוצים יהיו, על פניהם, אקראיים. אלא שנוהל זה אינו תקף אלא בבג”ץ ולא בבית המשפט העליון בשבתו כערכאת ערעור אזרחית ומנהלית עליונה. בשבתו כערכאת ערעור מנהלית עליונה, המותב עודנו נקבע על פי בחירת השופט שקיבל את בקשת רשות הערעור ולא באופן אקראי על פי יומן התורנויות; ואין למעשה נוהל המסדיר את ניתוב התיקים בערעורים המנהליים או את אופן בניית המותב במעבר מדן יחיד למותב תלתא.

במסגרת המחקר אותרו מקרים שבהם תיקי בר”מ בתחום ההגירה נותבו לאחד מן השופטים ברק-ארז או פוגלמן והלה יצר מותב שכלל את רעהו: אם תיק נותב לפוגלמן, הוא בחר את ברק-ארז; אם התיק נותב לברק-ארז, היא בחרה את פוגלמן. צמד השופטים בחר שופט שלישי להשלמת המותב תלתא. הללו כלל לא קיימו דיון, והוציאו פסק דין. לא זו אף זו: לעיתים היה זה פסק דין ששאל לקבוע הלכה חדשה – שוב, בלא שהתקיים דיון ובאמצעות יצירת מותב שנבחר בצורה לא אקראית, בידי השופטים ולא בידי הנשיאה.⁶⁰ דוגמאות להליכי בר”מ בתחום ההגירה שבהם כלל לא התקיים דיון אך הופץ פסק דין במותב תלתא הכולל את השופטים ברק-ארז ופוגלמן יובאו להלן במסגרת ההתייחסות לתגובת הרשות השופטת למחקר.

בעקבות ממצאינו המפתיעים, שפורסמו בתקשורת,⁶¹ מסר מערך הדוברות וההסברה של הרשות השופטת את התגובה הבאה:

1. כל אחד משופטי בית המשפט העליון נדרש לטפל כדן יחיד במטלה מסוימת בנוסף לישיבה בהרכבים ולביצוע תורנות. מדובר במטלות בתחומים שונים – בקשות רשות ערעור אזרחי ובקשות רשות ערעור פלילי, משפטים חוזרים, בקשות להעברת מקום דיון, ערעורי רשם ועוד.

2. סעיף 12(א) לחוק בתי משפט לעניינים מינהליים מסמיך את נשיא בית המשפט העליון לקבוע מי השופט שידון בבקשות רשות ערעור על פסקי דין והחלטות אחרות של בית המשפט

לעניינים מינהליים. השופט עוזי פוגלמן, שהוא מומחה במשפט מינהלי ובעברו ראש מחלקת הבג"צים בפרקליטות המדינה ושופט בבית המשפט לעניינים מינהליים, הוסמך עוד בימי הנשיאה ביניש לטפל בבקשות רשות ערעור בתחום זה. השופטת דפנה ברק־ארז שהיא מומחית בעלת שם עולמי במשפט מינהלי, הוסמכה אף היא לטפל בתחום האמור וזאת עוד בימי הנשיאה גרוניס. ההסמכה מתייחסת לכלל הנושאים המינהליים כגון תכנון ובנייה וארנונה ולא רק ענייני הגירה.

3. הנחיית הנשיאה מנובמבר 2017 הנזכרת בפנייתכם, מתייחסת לדחיית עתירות לבג"ץ על ידי הרכב בלא צורך לקיים בהן דיון. עתירות אלה מוגשות לשופט תורן וזאת בשונה מבקשות רשות ערעור שאליהן התייחסתם בפנייתכם המטופלות דרך קבע על ידי השופטים שהוסמכו לכך, כאמור.

4. ההחלטות שפורטו בשאלתה ניתנו על ידי הרכבים שכללו את השופטים פוגלמן וברק־ארז כפועל יוצא של מומחיותם בתחום וכמי שמופקדים על תיקי דן יחיד בו, **השופט השלישי בהרכב היה השופט התורן באותו שבוע**. למעשה בכל אחד מהמקרים היה מוסמך כל אחד משני השופטים ליתן את אותה ההחלטה בדין יחיד – בשניים מהמקרים מאחר שהיה מדובר בדחיית הבקשה ובמקרה השלישי מכיוון שהיה מדובר בהחלטה על מתן סעד זמני. יצוין כי בבר"מ 4331/19 שעסק במתן צווים זמניים השאלה העקרונית שבה עוסקת ההחלטה תלויה ועומדת בפני הרכב (בג"ץ 4630/17; בג"ץ 7552/17). עוד יובהר כי תיקים שמעוררים שאלות מהותיות של מעמד מועברים כעניין שבשגרה לטיפול ולשמיעה בפני הרכב וזאת בשונה מדחייתם ללא צורך בדיון דוגמת התיקים שהזכרתם."

על תשובותיה של הרשות השופטת יש להשיב אחת לאחת.

באשר לסעיף 2 לחגובה יש לציין תחילה כי עד לביצוענו מחקרנו עצם מינויים של השופטים פוגלמן וברק־ארז לפי סעיף 12(א) לחוק בתי משפט לעניינים מינהליים לא היה ידוע – ובוודאי שלא פורסם כאשר נתמנו לו. מן הראוי היה להפנות את תשומת הלב הציבורית למינויים הללו שכן משמעותם היא שמספר מצומצם ביותר של שופטים מקבל משקל גבוה מאחרים בעיצוב מדיניות ההגירה. לא נטען על ידינו שהבחירה בשופטים הללו נעשתה בחוסר סמכות אלא התרענו מפני העיוות הטמון בהפקדת תחום כה רגיש בידי שופטים ספציפיים שהופכים פעם אחר פעם את החלטת הרשות המוסמכת.

יתרה מזאת, בנושאים מנהליים אחרים כגון תכנון ובנייה, שיעור ניתוב התיקים לשופטים ברק־ארז ופוגלמן אינו עומד על 96%; ולפיכך דומה כי אין מדובר בחלוקה כללית של התחום המנהלי כולו אלא בניתוב ספציפי של תיקים מתחום ההגירה. נוסף על כך יש לציין כי הסמכת השופטים לפי סעיף 12(א), אף אם נעשתה כדיון, אינה מסמיכה את השופטים ברק־ארז ופוגלמן לייצר מותב תלת על פי בחירתם האישית. עניין זה בוודאי אינו על פי דין.

באשר לסעיף 4 לתגובה, הרי לפנינו הודאה כי השופטים פוגלמן וברק־ארז שובצו (או שיבצו עצמם) כשניים מתוך שלושת השופטים במותב כחלק מהפקדתם הכללית על התחום – ובכך מועצמת השפעתם בעיצוב מדיניות ההגירה של ישראל. תגובת הרשות השופטת כי אין מדובר בקביעת הלכות חדשות איננה עולה בקנה אחד עם האופן שבו נעשה שימוש בפסיקות הללו. נבחן זאת באופן פרטני ביחס להליכים שנזכרו בהודעה:

(א) בר"מ 4331/19 – השופט פוגלמן צירף למותב את השופטים ברק־ארז וקרא והופץ פסק דין שמקבל את הערעור, מבלי שהתקיים דיון. זהו פסק דין חשוב שקבע הלכה רוחבית חדשה אשר יצרה תקדים בעניין מתן צווי ביניים למסתננים מסודן שמנהלים הליכים משפטיים בארץ.⁶²

(ב) בר"מ 1780/18 – השופטת ברק־ארז צירפה למותב את השופטים פוגלמן ועמית והופץ פסק דין שדוחה את הערעור מבלי שהתקיים דיון. פסק הדין יצר הלכה חדשה שלפיה בית הדין לביקורת משמורת אינו רשאי להורות על שחרור של שוהה ממשמורת לצורך יציאה עצמאית מישראל, מבלי לקבוע מועד מוגדר ליציאה עתידית זו.⁶³

(ג) בר"מ 6612/19 – השופט פוגלמן צירף למותב את השופטים ברק־ארז וברון והופץ פסק דין שדוחה את ערעורה של המדינה, מבלי שהתקיים דיון. בפסק דין נקבעה הלכה חדשה שלפיה שר הפנים איננו יכול לדחות על הסף את בקשתו של עובד זר שהוגשה לאחר 90 הימים שנקבעו לכך בסעיף 3א(ב)(1) לחוק הכניסה לישראל.⁶⁴

ובכן, כאשר הרשות השופטת מוסרת בתגובתה כי "למעשה בכל אחד מהמקרים היה מוסמך כל אחד משני השופטים ליתן את אותה ההחלטה בדן יחיד – בשניים מהמקרים מאחר שהיה מדובר בדחיית הבקשה, ובמקרה השלישי מכיוון שהיה מדובר בהחלטה על מתן סעד זמני" – הרי שיש להבהיר כי:

”בית המשפט העליון יצר מראית עין של הלכה שיצאה מפי מותב תלתא שהורכב מהשופטים ברק- ארז ופוגלמן, שכן אם פסק הדין היה מופץ בדין יחיד, הוא לא היה מתקבל כהלכה“

(א) הדחייה בבר”מ 6612/12 היא דחייה של ערעור שהגישה המדינה, וההלכה שנפסקה היא לטובת השוהים הבלתי־חוקיים. לכן במבט על מדיניות ההגירה, שתיים מתוך שלוש הדוגמאות מקבלות את טענות השוהים הבלתי־חוקיים.

(ב) לא בכדי ההליכים הללו לא נותרו בדין יחיד. מדובר בהלכות חדשות בעלות השפעה ניכרת על מדיניות ההגירה והן התוו מדיניות חלופית למדיניות הרשות המבצעת. הן כוללות דרישה לשנות את אופן הפרשנות והיישום של חוק מפורש, והן מתערבות בשיקול דעתו של שר הפנים על בסיס עילת הסבירות. עיקרון משפטי חשוב קובע כי הלכה נקבעת בבית המשפט העליון אך ורק במותב תלתא ולאחר דיון מהותי בסוגיה.⁶⁵ בית המשפט העליון יצר מראית עין של הלכה שיצאה מפי מותב תלתא שהורכב מהשופטים ברק־ארז ופוגלמן, שכן אם פסק הדין היה מופץ בדין יחיד, הוא לא היה מתקבל כהלכה. כאמור במקרים אלה כלל לא התקיים דיון בטרם הופץ פסק דין אשר כלל הלכה חדשה.

(ג) הסמכות לקבוע הרכבים נתונה לנשיא בית המשפט העליון ולא לשופטיו.⁶⁶ היכולת של שופט לבחור מי שיצטרף אליו לכתיבת פסק דין, לאחר שנחשף לתיק, מעוררת שאלות קשות בדבר הגינות ההליך והמניעים אשר מנחים את השופט בבחירת המותב. נדרשת אפוא הסדרה של התחום.⁶⁷

4. אי־ביצוע של ניכוי כספי הפיקדון לעובדים זרים לא חוקיים

סוגיה נוספת שבה ניתן להיווכח בכשלי ביצוע בתחום ההגירה אשר יוצרים תמריצים שליליים היא התרשלות המדינה ביישום תקנות עובדים זרים (פיקדון לעובדים זרים), התשע”ז–2016. על פי התקנות, המדינה נדרשת לנהל פיקדון שבו יופקדו ההפרשות הפנסיוניות וההפרשות לפיצויים מצד מי שמעסיק עובד זר בענפי הבניין, המלונאות וחברות הסיעוד. יודגש כי תקנות אלו עוסקות בעובדים זרים חוקיים בענפים מסוימים ולא במסתננים,⁶⁸ או שוהים בלתי חוקיים אחרים. הרציונל העומד בבסיס התקנות הללו הוא יצירת תמריץ שיבטיח עזיבה של העובד את המדינה כשרישיונו פוקע. על פי סעיף 8 לתקנות, עובד זר אשר שהה בישראל שלא כדין לאחר פקיעת רישיונו יספוג ניכוי מכספי הפיקדון בהתאם למשך השהייה הבלתי־חוקית שלו בישראל, על פי המדרג הבא:

מסך שהייה בלתי חוקית	אחוז ניכוי מהפיקדון
מעל חודש ועד חודשיים	15%
מעל חודשיים ועד שלושה חודשים	25%
מעל שלושה חודשים ועד ארבעה חודשים	35%
מעל ארבעה חודשים ועד חמישה חודשים	50%
מעל חמישה חודשים ועד שישה חודשים	65%
מעל שישה חודשים	100%

”משמעות הדברים פשוטה. במישור החוקי, לעובדים זרים המגיעים לישראל מסיבות כלכליות ישנו תמריץ כלכלי גדול מאוד לעזוב את הארץ עם תום הרישיון. אם לא יעשו כן, ינוכו סכומים לא מבוטלים מפיקדונם – עד 100% ממנו.”

סעיף 8(ב) לתקנות מאפשר לממונה על העובדים הזרים להחליט, לבקשת העובד הזר, על הפחתת התקופה הקובעת לניכוי במקרים שנבצר ממנו לעזוב את הארץ. במקרים מעין אלה, העובד הזר נותר בישראל בתום לב ובשל כך “לא יהיה זה צודק לזקוף לחובתו את השיהוי בעזיבת הארץ” (שם).

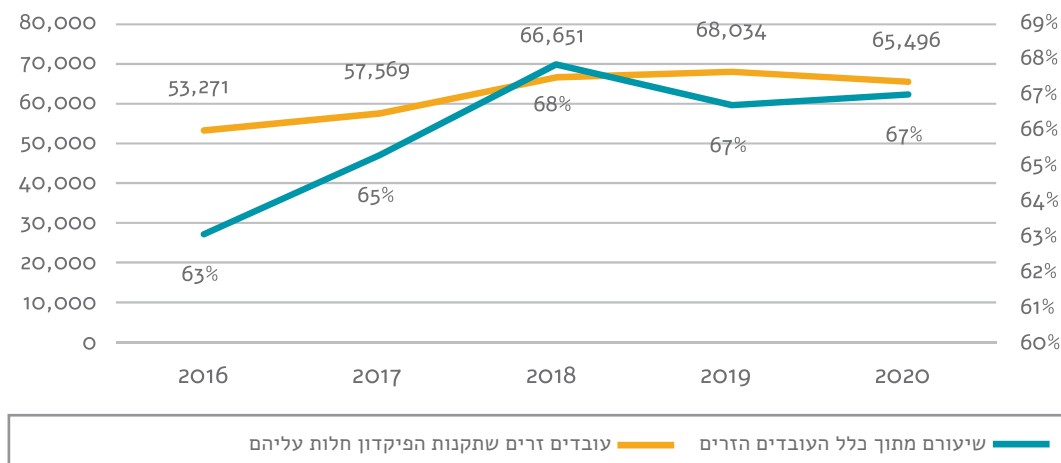
משמעות הדברים פשוטה. במישור החוקי, לעובדים זרים המגיעים לישראל מסיבות כלכליות ישנו תמריץ כלכלי גדול מאוד לעזוב את הארץ עם תום הרישיון. אם לא יעשו כן, ינוכו סכומים לא מבוטלים מפיקדונם – עד 100% ממנו.

יש לציין כי לצד הרציונל האכיפתי, לפיקדון ישנו גם רציונל נוסף: האפשרות האפקטיבית למשוך באופן מלא את הכספים שנצברו ממקום אחד מרוכז ובמשיכה מוקדמת שאינה תלויה בגיל (כאמור מדובר גם בהפרשות מעסיק פנסיוניות). ריכוז הכספים ומניעת מצב של פיזור ההפרשות בין מבטחים שונים מועילים הן לעובד הזר, אשר יכול בנוחות למשוך את כספיו כאשר הוא עוזב את המדינה, הן מבחינת יכולת האכיפה של הניכויים במקרה של שהייה בלתי חוקית.

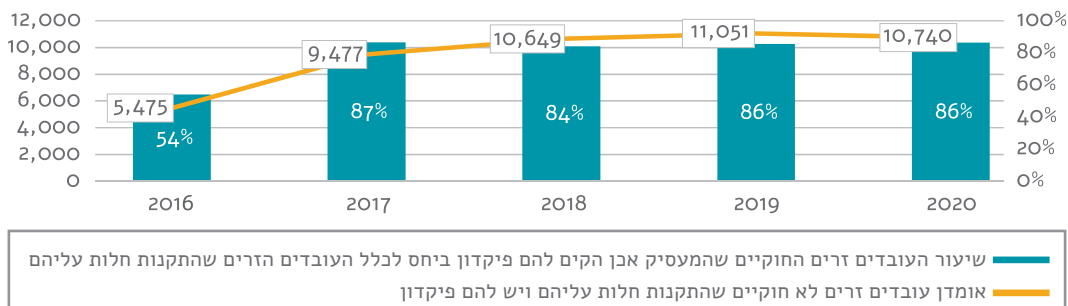
כמאליה עולה השאלה: האומנם כספי הפיקדון הללו מנוכחים מחשבונם של עובדים זרים השוהים בארץ בלא היתר? התשובה למרבה הצער: לא ולא. מנתונים שנמסרו לי במענה לבקשת חופש מידע שהגשתי,⁶⁹ עולה תמונה חדה של תת־אכיפה – ליתר דיוק: היעדר אכיפה – בכל הקשור לפיקדון העובדים הזרים. **ככלל לא מבוצעים ניכויים גם לעובדים זרים השוהים בישראל שלא כדין על אף סעיף 8 לתקנות.** להלן עיקרי הנתונים.

בין השנים 2016–2020 שיעור העובדים הזרים שהתקנות חלו עליהם עמד על 66% בממוצע (עם מגמת עלייה קלה) כפי שניתן לראות בתרשים 18. שיעור העובדים הזרים שאכן הופקד להם פיקדון על ידי המעסיק מכלל העובדים הזרים שהתקנות חלות עליהם עמד באותן שנים על כ-80% – כפי שניתן לראות בתרשים 19. אומדן של מספר העובדים הזרים הלא-חוקיים שיש להם פיקדון והתקנות חלות עליהם (כלומר הם בני ניכוי) הוא כ-10,000 בממוצע כפי שניתן לראות באותו תרשים.

תרשים 18: שיעור העובדים הזרים שתקנות הפיקדון חלות עליהם



תרשים 19: שיעור העובדים הזרים החוקיים שהמעסיק הקים להם פיקדון ביחס לכלל העובדים הזרים שהתקנות חלות עליהם, ואומדן העובדים הלא-חוקיים שיש להם פיקדון בפועל, 2016–2020



אלא שבפועל כמעט שלא התקיימה אכיפה ולא נוכו כספים מן העובדים הזרים הלא־חוקיים שיש להם פיקדון. נתוני האכיפה – שמה יש לומר היעדרה – מוצגים בטבלה הבאה:

טבלה 2: נתוני ניכוי כספים מכלל עובדים זרים לא חוקיים שיש להם פיקדון והתקנות חלות עליהם, 2020–2016

2020	2019	2018	2017	2016	
18,666	17,484	16,230	18,059	15,660	עובדים זרים לא חוקיים
10,740	11,051	10,649	9,477	5,475	אומדן עובדים זרים לא חוקיים שהתקנות חלות עליהם ויש להם פיקדון
<u>124</u>	<u>292</u>	<u>233</u>	<u>55</u>	1	מספר העובדים הזרים הלא חוקיים שנוכו כספים מפיקדונם בפועל

**”אלא שבפועל
כמעט שלא
התקיימה אכיפה
ולא נוכו כספים מן
העובדים הזרים
הלא־חוקיים שיש
להם פיקדון”**

את היעדר הניכויים לא ניתן לתלות בהפעלה תכופה של סעיף 8(ב) אשר מסמין כאמור את הממונה למחול על ניכויים. על פי המענה של רשות האוכלוסין וההגירה לבקשת חופש המידע שהגשתי, מספר הפעמים שבהם הופעל הסעיף זנית, שלא לומר אפסי (2016 – 0 פעמים; 2017 – פעם אחת; 2018 – 5 פעמים; 2019 – 11 פעמים; 2020 – 8 פעמים).

ברי כי לצד ההיבט האכיפתי, להיעדר האכיפה נודעות משמעויות כספיות. ניתוח המשמעות הכספית של מחדל האכיפה האמור, הן מבחינת עוצמת התמריץ המצרפי שאבד, הן מבחינת האובדן לקופת המדינה מוצג בטבלה 3. מניתוח הנתונים עולה כי בשנים 2016–2020 מדינת ישראל לא ניכתה מפיקדונות העובדים הזרים סכום כולל של 203,702,004 שקלים שנדרשה על פי החוק לנכות. מדובר בסכום שנתי ממוצע העולה על 40 מיליון שקלים.

טבלה 3: המשמעות הכספית של אי-ניכוי כספי הפיקדון של עובדים זרים לא חוקיים (בשקלים),

2020–2016

2020	2019	2018	2017	2016	
338,977,841	309,710,584	249,678,800	208,049,328	28,616,901	כספים שהופקדו לפיקדון עובדים זרים
64,734,665	53,092,202	41,259,769	42,612,229	5,304,381	אומדן כספים ברי ניכוי
747,383	1,402,856	902,737	247,297	969	אומדן ניכוי בפועל
63,987,282	51,689,346	40,357,032	42,364,932	5,303,413	אומדן כספים ברי ניכוי שלא נוכח

על מנת לסבר את האוזן יצוין כי תקציבה השנתי של רשות האוכלוסין וההגירה לטיפול בזרים ומעסיקים (סעיף תקציבי 68.12) עומד על כ-200 מיליון שקלים. אכיפה נאותה הייתה מגדילה אפוא את תקציב הרשות ב-20% מדי שנה. יתרה מזאת, התקציב המוקדש על ידי הרשות לכוח אדם בתחום האכיפה (סעיף תקציבי 68.12.01) עומד על כ-89 מיליון שקלים. במילים אחרות: באמצעות אכיפה נאותה של פיקדון העובדים הזרים, ניתן היה להגדיל בכ-45% את מצבת כוח האדם הזמינה לאכיפת דיני ההגירה בישראל.

כאמור, החוק מחייב את העובדים הזרים ואת המעסיקים להפריש את הכספים לקרן ייעודית על מנת שניתן יהא לנכות מהם קנסות – אם העובד הזר יפר את החוק. על רשות האוכלוסין וההגירה חלה אפוא חובה חוקית לנכות את הכספים אשר נמצאים ממילא תחת ידיה ובניהולה. המחדל המתואר והפגיעה בשלטון החוק חמורים אם כן במיוחד שכן הכספים מצויים ממילא תחת יד הרשויות ועלות האכיפה אפסית. הלכה למעשה, מדובר בכשל ביצועי מהותי שיש בו משום פגיעה קשה בשלטון החוק – הן בהפיכת החוק לאות מתה, הן באיפוס המחיר הכלכלי הישיר של הפרת החוק ורישיון הישיבה בארץ של העובדים הזרים בעוד התמריץ להשתקע בה נותר חזק ורב השפעה.

ולבסוף, לא למותר לציין כי כאשר ביקשו נציגי הרשות המחוקקת מגורמי המקצוע את הנתונים בעניין זה – הם מסרו להם מידע שגוי. ביום 28.12.2020 התקיים דיון בוועדת העבודה והרווחה של הכנסת. במסגרת הדיון בהוספת ענפים לתקנות, שאלו יו"ר הוועדה באותה עת, ח"כ חיים כץ, וחבר הוועדה דאז, ח"כ אופיר סופר, את נציגי רשות האוכלוסין על יישום החוק בתחום הפיקדון לעובדים זרים. במהלך הדיון ניסה ח"כ סופר לעמת את רשות האוכלוסין עם תת-האכיפה; אולם גב' ענבל משש, נציגת הרשות, דחתה לחלוטין את טענת תת-האכיפה. יו"ר הוועדה, ח"כ כץ, פנה שוב למשש ואמר:

”המחדל המתואר והפגיעה בשלטון החוק חמורים אם כן במיוחד שכן הכספים מצויים ממילא תחת יד הרשויות ועלות האכיפה אפסית. כאשר ביקשו נציגי הרשות המחוקקת מגורמי המקצוע את הנתונים בעניין זה – הם מסרו להם מידע שגוי”

”שואל אופיר סופר, בשביל מה אתם עושים תקנות ומשקיעים אם בפועל רוב העובדים הזרים, פג תוקפו של הרישיון שלהם בארץ והם נשארים כי הם רוצים להרוויח עוד קצת בלי אישור וכשהם יוצאים אתם נותנים להם את הפיקדון. האם נכון הדבר?”. משש הכחישה את הדברים בצורה חד־משמעית: ”זה לא נכון”. ח”כ סופר שב ושאל בנוגע לשימוש בסעיף 8(ב) המאפשר את ביטול הניכוי. משש השיבה כי ”אין לי בדיוק את הנתון כרגע, אבל אני יכולה להגיד לך שלא הרבה. הוא היה מעט יותר פעיל בתקופת הקורונה, שבאמת נבצר מאנשים לעזוב בתקופה שנקבעה להם. אבל בכלל, זה לפי התקופה, מעל חודש עד חודשיים זה 15% וכך זה עולה עד 6 חודשים. מי שמעל 6 חודשים – 100% מהפיקדון מנוכה לו והמנגנון הזה מאוד יעיל. רואים את זה בענפים שהוא קיים”.⁷⁰

ובכן, נתוניה של רשות האוכלוסין וההגירה עצמה מורים כי פני הדברים שונים בתכלית. לא די אפוא שעקרון שלטון החוק נפגע קשות, אלא שגם כאשר ועדה פרלמנטרית, שתפקידה פיקוח מטעם הכנסת, שואלת באופן נוקב על נושא זה בדיוק, למרבה התדהמה גורמי המקצוע מוסרים לוועדה מידע שאינו נכון – פשוטו כמשמעו.

5. איון הפרוצדורה וגל הרחבות העילות ההומניטריות בבית המשפט

בתחום ההגירה, באופן מיוחד, הפרוצדורה היא המהות. קו הגבול המבדיל בין שהייה חוקית לשהייה בלתי חוקית עובר בחצות לילה של התאריך ברישיון השיבה בארץ, בהפרת התנאים הטכניים המדוקדקים – וכן בסנטימטר קו הגבול של מדינת ישראל. הוא הדין למישור ההליכים המשפטיים: בחלוף המועד להגשת ערר, צו ההרחקה הופך לחלוט והתנאים שנקבעו להעסקת עובד זר הם הקובעים את גורל חוקיות השהייה בארץ.

שמירה על ודאות משפטית באמצעות פרוצדורה יציבה מאפשרת כמה עקרונות יסוד חשובים בתחום ההגירה. ראשית, צפיות: זר הנמצא בישראל יודע מה יהפוך אותו לשוהה בלתי חוקי ויודע כי לא ניתן להמציא מזור בדרכים עקלקלות למצבו ומוטב שיציית לחוק מלכתחילה. שנית, כאשר ישנה בהירות ביחס למצב המשפטי, פוחת התמריץ לנהל הליכי סרק. נוסף על כך, פרוצדורה יציבה מקילה על מערך האכיפה: אם ידוע באופן בהיר חד־משמעי מהו הסטטוס המשפטי של כל זר, ניתן להעניק לו את היחס ההולם את הנסיבות ואף לאכוף את החוק ולהרחיקו בעת הצורך. על גבי זה יש לציין את השוויון בפני החוק: מצב שבו באותן נסיבות ממש

”בפסיקות בית המשפט העליון של השנים האחרונות, בתחום המנהלי בכלל ובתחום ההגירה בפרט, ניתן לראות מגמה ברורה של היחלשות מעמדה של הפרוצדורה. למעשה, דומה שכמעט שלא ניתן להצביע עוד ולו על כלל אחד שבית המשפט העליון לא קבע בפסיקותיו שיש לראות בו ”דרך כלל” ולא של ממש.”

חלק מן הזרים מקבלים יחס שונה אך ורק משום שניהלו הליכי סרק פוגע בשלטון החוק ובשוויון בפניו. לבסוף ניתן לשער שהמוטיבציה של גורמי האכיפה לעשות מלאכתם נאמנה פוחתת כאשר מערכת המשפט מפוררת את יסודות סדרי הדין שבבסיס האכיפה. כשברור לכל הצדדים כי מתן צו הרחקה אינו אלא תחילתו של הליך שיבוא לקיצו רק בתום שנים ארוכות, וכי כלל לא ברור – באופן מהותי – אם הנסיבות יצדיקו בדיעבד את צו ההרחקה בעיני בית המשפט, הרי שמדובר בתמריץ שלילי בעבור גורמי האכיפה. בפועל, העלות הכוללת של ביצוע האכיפה מאמירה ואיננה ניתנת לחיזוי.

בפסיקות בית המשפט העליון של השנים האחרונות, בתחום המנהלי בכלל ובתחום ההגירה בפרט, ניתן לראות מגמה ברורה של היחלשות מעמדה של הפרוצדורה. למעשה, דומה שכמעט שלא ניתן להצביע עוד ולו על כלל אחד שבית המשפט העליון לא קבע בפסיקותיו שיש לראות בו ”דרך כלל” ולא של ממש.

נוסף על כך, בשנים האחרונות ישנה הרחבת עילות מופרזת בידי בית המשפט. עילות שונות שהוכרו באופן עקרוני כמקרים חריגים שניתן מכוחם לבקש ממדינת ישראל להעניק מעמד מורחבות בידי בית המשפט העליון – ומקוף של מחט הופכות לפתחו של אולם. לעיתים, כלל לא ניתן עוד לאבחן אם ישנם עוד מקרים שבהם לא ניתן לטעון לקיומן של אותן עילות מורחבות והן גובלות בטאוטולוגיה – טענות שנכונות תמיד ולכן מאבדות את משמעותן. מגמה זו בפסיקת בית המשפט תוצג להלן בכמה פסקי דין בולטים.

ככלל, במצב הדברים הנוהג כיום בישראל, בנסיבות המקרה אין די לנתח אם מבחינה משפטית מדובר באדם השווה בישראל שלא כדין וגורלו הרחקה, או שמא הפרות הדין יזכו להכשר בדיעבד בידי בית המשפט. במצב דברים זה קשה אפילו לשרטט את המצב המשפטי הנוהג בפועל. החוק בוודאי איננו מייצג עוד את המצב המשפטי הנוהג, ופסיקות בית המשפט שונות מאוד זו מזו ולעיתים בלתי צפויות מבחינת הרציונלים העומדים בבסיסן (לא למותר לציין כי עקרון השבות כלל איננו עומד בבסיס הרציונלים של פסיקות בית המשפט העליון בתחום ההגירה). מצב דברים זה יודגם להלן – על קצה המזלג – באמצעות כמה פסקי דין בולטים אשר אינו את הפרוצדורה הקבועה בחוק, וכן באמצעות פסקי דין בולטים אשר יצרו הרחבה של העילות ההומניטריות עד שקשה לתחום אותן.

”במצב הדברים

הנוהג כיום
בישראל, בנסיבות
המקרה אין די כדי
לנתח אם מבחינה
משפטית מדובר
באדם השווה
בישראל שלא כדין
וגורלו הרחקה,
או שמא הפרות
הדין יזכו להכשר
בדיעבד בידי
בית המשפט”

אף שחוק הכניסה לישראל מסמיך את שר הפנים לקבוע ברישיונו של עובד זר אזורים גיאוגרפיים שרק בהם מותר לו לעבוד,⁷¹ הרי שבפסק דין שניתן באוקטובר 2019 בהליך בר”מ בהרכב בראשות השופט פוגלמן,⁷² נקבע כי שר הפנים איננו מוסמך לדחות על הסף בקשות של עובדים זרים לעבודה מחוץ לתחום הגיאוגרפי שנקבע להם ברישיון על פי חוק. במילים אחרות: שר הפנים נדרש לבחון לגופן בקשות שהוגשו לעבודה מחוץ לתחום הגיאוגרפי, אף שהן סותרות את תנאי הרישיון שעל בסיסן הגיע עובד זר זה ארצה ועל אף ההסמכה המפורשת בחוק המעניקה לשר הפנים אפשרות לתחום את האזורים שבהם מותר לעובד הזר לעבוד.

המשמעות המעשית של פסיקה זו היא שמעתה עובד זר יכול להגיש בקשות לעבודה מחוץ לתחום הגיאוגרפי שנקבע לו – ב”שיטת מצליח” – ואף לנהל הליכי סרק בנושא. יתרה מכך, כפועל יוצא מן הפסיקה יוטל עומס חריג של בקשות חסרות בסיס חוקי הנוגדות אף את מדיניות משרד הפנים.

המטרה המרכזית של פסק הדין, על פי ההנמקה המצויה בו, היא ביטול התופעה של דחיית בקשות על הסף – שהרי ייתכן כי אף אם העובד הזר איננו עומד בתנאים הפורמליים, יש לו עילה המצדיקה הפעלת שיקול דעת חריג של שר הפנים. בפועל, מסתבר כי משרד הפנים ימשיך לדחות בקשות אלו לאחר מס שפתיים של ”בחינתן לגופן”. פסיקה המתנגשת בצורה חזיתית בלשון החוק ובמדיניות של משרד הפנים תוביל את הרשות המבצעת להציג מצג שווא – על מנת להגיע לאותה תוצאה שביקש המחוקק להשיג מלכתחילה. אולם העובד הזר יסבור שאכן יש סיכוי להשיג רישיון לעבודה מחוץ לאזור הגיאוגרפי שנקבע לו מתחילה אם רק ישלם ממיטב כספו לעורך דין. התוצאה תישאר לרוב זהה; אלא שהעובד הזר יכלה את ממונו על ייצוג, ופקידי המדינה ייאלצו לטפל במאות בקשות סרק נוספות. הרווח היחיד לעובד, ומדובר ברווח של ממש, הוא זמן שהייה נוסף: כל חודש שהייה בארץ מגלם סכומי כסף משמעותיים שבעבורם הגיע אדם זה ארצה מלכתחילה. ניתן אפוא לומר כי פסיקה ממין זה, לצד הפגיעה בשלטון החוק ובריבונות המחוקק, פוגעת בפומביות הדין שכן היא מתמרצת את הרשות המבצעת למצוא דרכים עוקפות להשגת התוצאה המבוקשת.

”כל שווה בלתי

חוקי שרוי כמו

במצב היולי

הממתין להכרעה

שיפוטית. שכן

לא דיי בהשוואת

הנסיבות לכללים

– כי הכללים

קרוסו. כל שווה

בלתי חוקי הוא

כמעין ”השווה של

שרדינגר” כביכול,

אשר ממתין

לקביעה

אד־הוק בעניינו”

ב. דחיית בקשות על הסף בידי שר הפנים

בפסק דין שנתן השופט פוגלמן בשלהי 2019,⁷³ נקבע כי שר הפנים לא יוכל לדחות על הסף את בקשתו של עובד זר שהוגשה לאחר 90 הימים שנקבעו לשם כך בסעיף 3א(ב1)(1) לחוק הכניסה. כמו בעניין רביד לעיל, גם כאן קבע פוגלמן כי שר הפנים איננו מוסמך לדחות על הסף בקשות אפילו אם הן חורגות מהתנאים שנקבעו בחוק. תנאי הסף שנקבעו בחוק הפכו אפוא בידי השופט פוגלמן ל”שיקולים” בלבד שעל השר לשקול בין יתר השיקולים.

ג. הענקת זכויות סוציאליות חלקיות לשווהים בלתי חוקיים

סעיף 324 לחוק הביטוח הלאומי [נוסח משולב], התשנ”ה–1995, קובע כי לא תשולם גמלה ל”שווה שלא כדין”. למרות זאת בפסק דין שפורסם לפני כמעט שני עשורים,⁷⁴ על ידי הרב בראשות הנשיא לשעבר אהרן ברק, נקבע – בהסכמת המדינה⁷⁵ – כי יש לפרש את הביטוי ”שווה שלא כדין” כמתייחס לזכויות הנצברות על פני משך זמן ולא לתשלומים חד־פעמיים. אלא שסעיף 324ב(א) לחוק קובע בבירור כי ”לא תשולם גמלה לשווה שלא כדין, כמשמעותו בסעיף 13 בחוק הכניסה לישראל (בסעיף זה – שווה שלא כדין) בעד תקופת שהותו כאמור”. ובכן, בניגוד בוטה ללשון החוק, בית המשפט העליון העניק לשווהים בלתי חוקיים זכאות למענק לידה מאז 2003. זוהי פגיעה קשה בשלטון החוק, בעקרון ההכרעה הדמוקרטית, בקופת הציבור ובמדיניות.

אף כאן הפרוצדורה של זכאות על פי חוק הביטוח הלאומי היא המהות. אבדה הוודאות המשפטית. שווה בלתי חוקי יכול לקוות – ומניסיון העבר לתקווה זו יש בסיס – שהמעטפת הסוציאלית תשתנה לטובה ככל שישהה זמן רב יותר בפועל אף ללא כל היתר חוקי.

הכרוסם בפרוצדורה ובהוראות סעיפי החוק יוצר מצב פלואידי שבו האפקט של החוק נחלש הן מבחינת היכולת להפעיל אכיפה מכוחו, הן מבחינת ההרתעה של עצם הסטטוס הבלתי־חוקי של השווה. כל שווה בלתי חוקי שרוי כמו במצב היולי הממתין להכרעה שיפוטית. שכן לא דיי בהשוואת הנסיבות לכללים – כי הכללים קרוסו. כל שווה בלתי חוקי הוא כמעין ”השווה של שרדינגר” כביכול, אשר ממתין לקביעה אד־הוק בעניינו. ברי כי במצב דברים זה, התמריץ לבצע ניסיונות השתקעות גבוה, ואילו התמריץ לבצע אכיפה נמוך.

”מדינת ישראל
איננה יודעת את
מי היא מאזרחת
בשטחה: מה
עברו הפלילי,
הפסיכיאטרי,
הביטחוני ועוד“

ד. פטור מהגשת מסמכי סף במסגרת הליך מדורג למסתננים מסודן ומאירתארה

הליך מדורג הוא תהליך שבמסגרתו זר מקבל מעמד באמצעות נישואים (או כ”ידועים בציבור”) עם אזרח ישראלי. על המבקש להתאזרח להמציא מסמכי סף שבלעדיהם לא תתאפשר התקדמות בהליך (דרכון, תעודת לידה, תעודת יושר). מטרתה של דרישה זו היא זיהוי ודאי של המבקש תוך סקירת עברו הפלילי והביטחוני. בפסיקות בתי המשפט בשנים האחרונות הפכה דרישה זו לנזילה עד בלתי מחייבת.

כך היה מהלך הדברים. אייזנמן, אזרחית ישראלית, נמצאה במערכת של ”ידועים בציבור” עם מסתנן מסודן בשם גויה. הלה ביקש לפתוח בהליך מדורג במשרד הפנים על מנת להתאזרח בישראל, אלא שבידיו לא היה דרכון, ויתר המסמכים לא עברו אימות. לדבריו, חוסר זה במסמכים נובע מהכאוס בסודן. רשות האוכלוסין סירבה לשלב אותו בהליך המדורג להתאזרחות. בני הזוג ערערו. בית הדין לערערים קיבל את טענות בני הזוג באופן חלקי והורה להעניק לגויה רישיון ב/1 ולאפשר לו להתחיל הליך מדורג. עם זאת, בית הדין קבע כי לא תתאפשר השלמת ההליך המדורג ללא השלמת מסמכי הסף. על החלטה זו ערערו בני הזוג לבית משפט לעניינים מנהליים.

ביום 27.2.2018, תוך כדי ההליך, תיקנה המדינה את סעיף 11.1.1 לנהל 5.2.0009 ”ידועים בציבור” וקבעה שאדם שהגיש בקשת מקלט טרם בקשתו להיכנס להליך המדורג יקבל פטור **זמני** מהמצאת מסמכי הסף – עד לבירור בקשתו. אם יוכר כפלית, יוכל להמשיך בהליך המדורג ללא צורך להמציא את המסמכים; אם לא יוכר כפלית – יהא עליו להמציאם כדי לסיים את ההליך המדורג ולהתאזרח.

בפסק דינה קבעה שופטת בית המשפט המחוזי בתל אביב, מיכל אגמון-גונן, כי מסתננים שמוצאם במדינות שקיים קושי אובייקטיבי להשיג מהן מסמכים (כסודן וכאריתריאה) פטורים מהמצאת מסמכי סף מזהים במסגרת ההליך המדורג – בשל הקושי להמציאם.⁷⁶

פסק הדין יוצר תמריץ שלילי בעבור כלל המבקשים. גם מי שיש בידו מסמכים מתומרץ מעתה לטעון כי הם אינם בידיו; אם הם אינם בידיו אך באפשרותו להשיגם – אזי הוא מתומרץ שלא לנסות להשיגם – וזאת כדי לחסוך את תהליך הנבירה בעברו ובזהותו ולזרז את ההליך המדורג. יובהר כי החיסרון במסמכים אינו עניין טכני. נובע ממנו כי מדינת ישראל איננה יודעת את מי היא מאזרחת בשטחה: מה עברו

**”בית המשפט
העליון למעשה
קבע נטל ראייתי
שלא ניתן לעמוד
בו. הלכה למעשה
לא ניתן להוכיח
שלמבקשי המקלט
אין ”סבתא מוהלח”
שמסוגלת לחצות
נהרות ויבשות
בדרך למשימתה”**

הפלילי, הפסיכיאטרי, הביטחוני ועוד. בהקשר דברים זה, החיסרון במסמכים כמעט שאינו ניתן לריפוי אלא בשיקול דעת פרטני. הפטור הגורף שניתן לכל השוהים הבלתי-יחוקיים מאריתריאה וסודן הוא קריסה מוחלטת של שלטון החוק, ושל הכללים, האיזונים והבלמים בתחום ההגירה וההתאזרחות.

ה. חשש רחוק מפני מילת נשים כעילת פליטות

פסק דין שפורסם ביולי 2020 על ידי הרכב בראשות השופטת ברק-ארז דן בעניינה של מבקשת מעמד מחוף השנהב אשר טענה לעילת פליטות מחמת חשש רחוק מפני מילת נשים – אם תושב לארץ מוצאה.⁷⁷ פסק הדין קבע כי בחשש מפני מילת נשים יש משום עילת פליטות ושחובת ההוכחה כי ישנה ”חלופת מגורים” למבקשי המעמד מוטלת על המדינה.

אלא שבחוף השנהב חל איסור פלילי על מילת נשים, ובמסגרת ההליך לא הוכח כלל כי אכן ישנה תופעה של מילה בכפייה של בנות שהוריהן מתנגדים למילתן והן אינן מתגוררות תחת חסות המשפחה המורחבת. כל שישנו הוא עדויות ספורדיות על מילת בנות ללא ידיעת ההורים בזמן מגורים תחת חסות המשפחה המורחבת. ואכן, עמדת המדינה בהליך הייתה שמבקשי המעמד יכולים לגור הרחק מהמשפחה המורחבת ובכך לצאת מכלל סכנה – ולפיכך אין הם זכאים למעמד של פליטים.

למרות כל זאת, פסק בית המשפט העליון כי כדי לבסס את טענת ”חלופת מגורים”, על המדינה להוכיח שאין באפשרותם של חברי המשפחה המורחבת להגיע למקום מגוריהם המרוחק של מבקשי המקלט. בית המשפט העליון למעשה קבע נטל ראייתי שלא ניתן לעמוד בו. הלכה למעשה לא ניתן להוכיח שלמבקשי המקלט אין ”סבתא מוהלח” שמסוגלת לחצות נהרות ויבשות בדרך למשימתה. טענתו של בית המשפט כה מופרכת עד שהיא נפרמת מתוכה: על בסיס אותו רציונל לא ניתן לשלול הגעה של בני המשפחה המורחבת אפילו לישראל.

מבחינה עקרונית, הרחיב פסק דין זה את עילת הפליטות לכל שוהה בלתי חוקי שיש לו בנות והוא מעלה טענה דומה של חשש מפני מילתן במדינת המוצא. יש לציין שברוב מדינות המוצא של המסתננים מאפריקה, שיעור מילת הנשים גבוה מאשר בחוף השנהב⁷⁸ ואין בהן איסור פלילי על מילת נשים כבחוף השנהב – והרי הדברים קל וחומר.

**”פסק דינו של
השופט פוגלמן
הינו קריסה של
מערך החוק
בתחום ההגירה
ומעבר לשאלות
פלואידיות דוגמת
”האם המקרה
מכמיר לב דיו”**

1. מצוקות וקשיים בדרך לישראל כעילת פליטות

בפסק דין שפורסם באפריל 2013, קבע השופט פוגלמן כי מצוקות וקשיים שעברו שוהים בלתי חוקיים בדרכם לישראל יכולים לשמש עילת פליטות.⁷⁹ ישנה הצדקה להענקת מעמד פליטות למי שעונה לקריטריונים של אמנת הפליטים; ולצד זאת יכול שר הפנים, על פי שיקול דעתו, להעניק מעמד הומניטרי מיוחד למי שנסיבותיו בהווה מצדיקות זאת. אכן, מן הסיפורים הקשים שמשקפים מפסק הדין לא ברור מהו הבסיס המשפטי המאפשר לכפות על שר הפנים להעניק מעמד – או לשקול להעניק מעמד – בהקשר זה.

יתרה מזאת: לפסק דין זה השלכות מרחיקות לכת. ראשית, התמריץ לספר בדותות עולה נוכח התגמול הפוטנציאלי הכרוך בהן – בדמות מעמד והשתקעות בישראל (בייחוד כאשר מדובר באירועים שקשה לאשש או להפריך, בעוד טענות על אודות פליטות ניתן לברר במדינת המוצא, ונסיבות ההווה לצרכים הומניטריים ניתנות לברור גם הן). שנית, כלל לא ברור היכן מונח קו הגבול. למרבית השוהים הבלתי-חוקיים – שמא אף לכולם – סיפור חיים קשה ומכמיר לב. פסק דינו של השופט פוגלמן הינו קריסה של מערך החוק בתחום ההגירה ומעבר לשאלות פלואידיות דוגמת ”האם המקרה מכמיר לב דיו”. בכסות החמלה נוצר נזק כפול: הן נזק אסטרטגי למדיניות ההגירה של ישראל, הן נזק אישי לזרים עצמם – אווירת אי-ודאות ותמריצים להשתקעות במדינה שבה אין להם מעמד חוקי ודינם הרחקה ממנה.

2. פסילה של החלטת שר הפנים על הורדת רמת רישיון מחמת הרשעות פליליות

בפסק דין שפורסם בפברואר 2020 פסל השופט פוגלמן את החלטתו של שר הפנים – המעוגנת בסעיף 11 לחוק הכניסה לישראל, התשי”ב-1952 – להוריד את מעמדו של מסתנן חולה איידס, מרמת רישיון א/5 (ישיבת ארעי) לרמת רישיון ב/1 (ביקור) בשל מעשיו הפליליים.⁸⁰ למסתנן זה שלוש הרשעות פליליות חמורות של תקיפה באלימות קשה של בנות זוג; אולם השופט פוגלמן ביטל את החלטתו של שר הפנים משום שכשבידו רישיון ב/1 לא יהא המסתנן זכאי לביטוח בריאות ממלכתי שיממן את טיפוליו באופן מלא אלא יהיה זכאי רק לטיפול חירום.

השלכות פסק הדין רחבות עד מאוד. מעתה, שוהה בלתי חוקי שמעמדו שודרג, מסיבות שונות, לרמת רישיון א/5 לא יונמך חזרה (הרישיון דורש ממילא הארכה מדי שנה) בשום מקרה שכן יש בכך שלילה של טיפולים רפואיים פוטנציאליים ושלילה של כיסוי ביטוחי

בריאותי – וזאת אפילו לאחר הרשעה בביצוע פשעי אלימות קשה והוכחה כי מדובר באדם מסוכן. הלכה למעשה, סמכותו של שר הפנים בעניין זה, המפורשת כאמור בחוק, נתרוקנה מתוכן.

נוסף על כך, יש להבחין כי הסיבה שבגינה זכה המסתנן לרישיון א/5 – על פי פסק הדין – היא סיבה הומניטרית. הדרישה לקבל ביטוח בריאות ממלכתי מסובסד הוכרה אפוא מבחינה קונספטואלית כמבססת עילה הומניטרית. אלא שאיש לא שלל את אפשרותו לממן בעצמו את טיפוליו. שר הפנים לא שלל את גישתו לטיפולים רפואיים אלא ביקש שלא להשית את עלויותיהם על קופת הציבור. קשה למצוא בסיס משפטי פורמלי להתערבות בית המשפט בהחלטת שר הפנים. כעת, אין כל מניעה להפוך פסיקה זו לעיקרון כללי שלפיו כל מי שהגיע לרישיון א/5 ומבקשים לגרוע ממעמדו ייפגע בצורה בלתי מידתית כביכול, שכן יאבד בכך את ביטוח הבריאות הממלכתי אף אם אינו חולה בפועל.

ח. היקשרות רגשית כעילה הומניטרית

סעיף 3א(ב) לחוק הכניסה לישראל מכיר בעילה הומניטרית של עובדים זרים בענף הסיעוד בזיקה למעסיקם. על פי סעיף זה, מעסיק נסעד אשר התרגל לעובד הזר אשר מכיר כבר את צרכיו יכול לבקש, נוכח מצבו הבריאותי הקשה (של המעסיק), הארכת רישיונו של העובד. אולם בפסק דין שניתן בינואר 2020 הורה בית המשפט כי גם היקשרות רגשית יכולה לשמש עילה הומניטרית.

כך הייתה התגלגלות האירועים. בשנת 2002, בהיותה בת 33, הגיעה רוטשל מנדל, עובדת זרה מהפיליפינים, בתחום הסיעוד, לישראל. רישיון העבודה של מנדל הוארך מעת לעת עד ליום 27.5.2015 שבו נפטר מעסיקה, ולפיכך היה עליה לצאת מישראל. ביום 24.8.2015 הגישה מנדל בקשה לקבלת מעמד בישראל מטעמים הומניטריים על בסיס הנימוקים הבאים: (א) היא שוהה בישראל שנים רבות; (ב) נוצר קשר קרוב מאוד בין משפחת המטופל המנוח לבינה; (ג) אין לה קשרים חברתיים או משפחתיים משמעותיים בפיליפינים. הוועדה ההומניטרית דחתה את בקשתה של מנדל פה אחד כיוון שאין במצבה "טעם הומניטרי".

**”בית המשפט פסל
אפוא החלטה
מיניסטרואלית
והעניק למנדל
מעמד הומניטרי
על בסיס הטענה
כי נקשרה
למשפחת המעסיק
שלה וכי אין לה
קשרים חברתיים
בפיליפינים –
תוך התעלמות
מהחוק, מהפסיקה
וממדיניותה של
ממשלת ישראל”**

בשלהי 2018 מנדל הגישה ערר (ערר 18-6041) שנדחה על ידי בית הדין משום שמצבה אינו עולה כדי ”טעם הומניטרי”. מנדל ערערה שוב – הפעם לבית המשפט לעניינים מנהליים בירושלים. עתה, קיבל בית המשפט את הערעור, נכנס בנעלי שר הפנים והכריע כי יש להעניק למנדל מעמד בישראל.⁸¹ המבחנים הכלליים שקבע בית המשפט לבחינת השאלה האם קיים ”טעם הומניטרי” הם:

”[...] משך זמן שהייה בישראל, טיב הקשר, מידת הזיקה לישראל לעומת הזיקה לארץ המוצא; קיום משפחה בארץ המוצא וטיב הקשר עמה, קיום קשרים חברתיים [...]”⁸²

פסיקתו של בית המשפט עומדת בניגוד לחוק הקובע כי לא ניתן להאריך את רישונו של עובד זר בתחום הסיעוד מעבר ל־63 חודשים – למעט מקרים הומניטריים שבהם שרוי המטופל (כלומר רק כאשר המטופל הסיעודי זקוק למטפל שלו; סעיף 3א(ב) לחוק הכניסה). בענייננו חלפו להם מעל 150 חודשים והמטופל נפטר. בית המשפט פסל אפוא החלטה מיניסטרואלית והעניק למנדל מעמד הומניטרי על בסיס הטענה כי נקשרה למשפחת המעסיק שלה וכי אין לה קשרים חברתיים בפיליפינים – תוך התעלמות מהחוק, מהפסיקה וממדיניותה של ממשלת ישראל. לא למותר לציין כי טענות מעין אלו לא הוכרו מעולם קודם לכן כעילה הומניטרית. בית המשפט קבע למעשה כי יישום החוק על ידי שר הפנים הוא חריגה ממתחם הסבירות אשר מצדיקה התערבות של בית המשפט בהחלטות השר. במקביל, המציא בית המשפט קריטריונים יש מאין (משך שהייה, טיב הקשר למשפחת המטופל, זיקה לישראל, מידת הזיקה לארץ המוצא וכו’) אשר יוצרים מעמד הומניטרי חדש להשתקעותם של עובדים זרים שרישיונם פג.

בפסק הדין הנזכר, וכן בערעור המדינה לבית המשפט העליון אשר נדחה,⁸³ הוכרה עצם ההיקשרות הרגשית של העובדת למשפחת המטופל (שכבר הלך לבית עולמו) כעילה הומניטרית. הגדרתה של העילה הומניטרית בה הורחבה בפסק הדין עד שכלל לא ברור אם עוד יש עובד זר שאיננו יכול לטעון לה.

ט. חשש רחוק לרדיפה בגין זהות מינית לא מוכחת כעילה הומניטרית

בפסק דין שניתן לאחרונה על ידי שופטת בית המשפט המחוזי בתל אביב, מיכל אגמון-גונן, ניתנו סעדים זמניים (עד להכרעה בערעור) למבקשת מקלט, אזרחית סרילנקה, שטענה כי היא חוששת לחזור לסרילנקה בשל היותה לסבית.⁸⁴ מדובר היה בעובדת זרה בענף הסיעוד, ילידת 1987, שנכנסה לישראל לראשונה בשנת 2008 ושהתה בה ברישיון שהוארך מעת לעת עד 8.8.2017. למן מועד זה שהתה המבקשת בישראל ללא רישיון, ולאחר כשנה הגישה בקשת מקלט. רשות האוכלוסין דחתה את בקשתה על הסף, בעיקר בשל השיהוי בהגשת הבקשה ובשים לב לכך שהמבקשת לא ביססה את נטייתה המינית ואף לא ביססה חשש לרדיפה בארצה⁸⁵ – אלא טענה להתנכלות בני משפחה. אף שלא התבססה כל עילה על ידי המבקשת, ואף שמשרד הפנים דחה את בקשתה לאחר בחינה מקצועית, ניתן לה צו ביניים כיוון שהמדינה לא הגישה חוות דעת מסודרת בדבר מצב הלהט"ב בסרילנקה. אלא שכאמור מבקשת המקלט כלל לא טענה לרדיפה מדינתית ואין כל בסיס עובדתי לקיומה של רדיפה מדינתית של לסביות בסרילנקה.

כמו במקרה מילת הנשים, גם כאן, העברת הנטל למדינה יוצרת הטיה חריפה לטובת העותרים – ללא כל הצדקה משפטית או נורמטיבית. במצב משפטי זה ניתן להעלות טענות בדבר זהות מינית בלא להוכיח דבר ולזכות להשתייט צו ההרחקה – ואולי לבסוף אף למעמד חוקי.

מן הדוגמאות שהובאו בסעיף זה ניתן ללמוד כי בשנים האחרונות בית המשפט מאיין למעשה את המשמעות של הפרוצדורות בתחומים רבים ובכללן: ההגבלות הגיאוגרפיות על עובדים זרים; סד הזמנים הקבוע בחוק להגשת ערר; תחולת חוק ביטוח לאומי על זרים; והמסמכים המזהים שיש להציג על מנת לפתוח בהליך המדורג. מאידך גיסא, בית המשפט מרחיב את העילות ההומניטריות עד שקשה לתחום אותן. לדוגמה "היקשרות רגשית" הופכת לעילה הומניטרית חדשה; ומילת נשים, דרישה לקבלת ביטוח בריאות ממלכתי, מצוקות וחוויות קשות שמהן סבל האדם בדרכו לישראל, ונטייה מינית – הופכות אף הן לעילת פליטות או עילה הומניטרית. אלו הן דוגמאות אחדות למגמה רחבה של ירידת קרן סדרי הדין והפרוצדורה ועלייתן של העילות ההומניטריות חסרות הגבול או ההגדרה.

**”מן הדוגמאות
שהובאו בסעיף
זה ניתן ללמוד כי
בשנים האחרונות
בית המשפט
מאיין למעשה
את המשמעות
של הפרוצדורות
בתחומים רבים
ובכללן: ההגבלות
הגיאוגרפיות על
עובדים זרים;
סד הזמנים
הקבוע בחוק
להגשת ערר;
תחולת חוק ביטוח
לאומי על זרים;
והמסמכים המזהים
שיש להציג
על מנת לפתוח
בהליך המדורג”**

התוצאה של מצב משפטי זה מרובת פנים היא. ראש לכול זוהי פגיעה בשלטון החוק. סדרי הדין והפרוצדורה נקבעו בחוק, על פי עקרון ההכרעה הדמוקרטי, ויש לאוכפו. מצב שבו אין איש יודע אם סדרי דין שנקבעו במפורש בלשון החוק ייאכפו על ידי בית המשפט הוא מצב שלילי אשר מתמרץ הפרות חוק. אי־הוודאות המשפטית שבהיעלמות הפרוצדורה יחד עם ההרחבה הבלתי־מבוקרת של העילות ההומניטריות יוצרות תמריץ אדיר בעבור זרים לנסות את מזלם בבית המשפט אף כשאינן באמתחתם טענה המתבססת על החוק או על ההלכה המשפטית הנוהגת. זהו מצב שבו אין כללים ידועים מראש וההכרעות מתקבלות במידה רבה אד־הוק – וממילא רב התמריץ בעבור זרים לנסות את מזלם בהליכים משפטיים, בכל מצב ובכל הנסיבות.

6. השתחררות בית המשפט מן הדין

מדיניותם של שרי הפנים לאורך חמישים שנותיה הראשונות של המדינה מנעה כמעט לחלוטין מעמד ממהגרים שאינם זכאי שבות. מדיניות זו נתפסה מובנת מאליה; ובהיעדר מדיניות שיפוטית של התערבות בעילת הסבירות בכל אקט מְנהלי, גם לא ניתן למצוא פסקי דין המתחבטים בשאלה אם ניתן לחייב את שר הפנים לקלוט בישראל מי שאינם יהודים. אף במצבים שבהם התבקש מתן מעמד לאזרח זר שאיננו זכאי שבות, על רקע נישואיו עם אזרח ישראלי, נמנעו בתי המשפט מלהתערב כאשר בקשתו נדחתה. למן קום המדינה ועד לשנת 1999 אין במשפט הישראלי תופעה של התערבות בשיקול דעת שר הפנים בשאלות הגירה ומעמד. בשנים האחרונות התהפכה המגמה ואנו עדים להתערבות נרחבת ביותר בשיקול דעתו של שר הפנים.

מדוע מתערבים בתי המשפט בהוצאת צו הרחקה לשוהים בלתי חוקיים אם אין כל ספק שהללו אכן שוהים שלא כחוק בתחומי המדינה? מדוע מתערבים בתי המשפט בהכרעות הוועדה ההומניטרית? מהו התזוואי המשפטי שבו פוסע בית המשפט כאשר הוא מתערב בהכרעות מנהליות שחוקיותן אינה מוטלת בספק?

כפי שראינו בפרק א', סעיף 2 לחוק הכניסה לישראל, התשי"ב-1952, נותן בידו של שר הפנים סמכויות בלתי מוגבלות ומאפשר לו להעניק רישיונות שונים לישיבה בארץ על פי שיקול דעתו – אף מחוץ למסלולים הסדורים לקבלת מעמד (כגון שבות, הליך מדורג והתאזרחות) או לצידם. הרציונל העומד בבסיס מצב חוקי זה הוא הצורך להעניק גמישות לדין. לצד עקרון השבות וכללי ההתאזרחות

**”בפסיקותיו מן
השנים האחרונות
מיישם בית המשפט
למעשה את עילת
הסבירות על רכיב
שיקול הדעת
של שר הפנים,
ובוחן אם העובדה
ששר הפנים נמנע
מלהעניק, על
פי שיקול דעתו
ובאופן חריג
ופרטני, רישיון
ישיבה בארץ
לשווה בלתי חוקי
פלוני עומדת
במבחן הסבירות“**

רצה המחוקק לתת מקום למקרים ייחודיים ופרטניים. בהתאם למדיניות של שר הפנים ולשיקוליו, יכולים מקרים אלה לזכות ברישיון ישיבה בארץ (מסוגים שונים). ברשותו של שר הפנים מעין ”קלף ג’וקר” אשר מאפשר לו לחרוג מסד הכללים שנקבעו בחקיקה לקבלת מעמד בישראל. המאפיין המרכזי של שיקול דעת שר הפנים הוא שהמחוקק לא רצה לקבוע את החלטותיו ככללים רוחביים בעלי השלכות נרחבות. אלו החלטות פרטניות, הנקבעות אדי-הוק בהתאם לנסיבות מושא ההחלטה, ורק לו, בניגוד לחקיקה ולתקדימים משפטיים אשר הופכים לכללים מחייבים. באופן זה, יכול שר הפנים לייצר את הגמישות הנדרשת ולעשות חסד לפנים משורת הדין מבלי לפגוע בשורת הדין ובכללים. במילים פשוטות: כך ניתן להעניק מעמד לזרים במקרים חריגים מבלי לפגוע בעקרון השבות ובאופייה של מדינת ישראל כמדינת הלאום של העם היהודי.

בפסיקותיו מן השנים האחרונות מיישם בית המשפט למעשה את עילת הסבירות על רכיב שיקול הדעת של שר הפנים, ובוחן אם העובדה ששר הפנים נמנע מלהעניק, על פי שיקול דעתו ובאופן חריג ופרטני, רישיון ישיבה בארץ לשווה בלתי חוקי פלוני עומדת במבחן הסבירות.

במשפט המנהלי, על דרך הכלל, אם שר מקבל החלטה המצויה בסמכותו החוקית ובית המשפט מתערב בהחלטתו במסגרת עילת הסבירות – הרי שגם פסק הדין יצעד בשבילי החוק אך יפעיל את סמכויות השר בשמו באופן אחר באותה מסגרת. לדוגמה, ההחלטה אם להעניק רישיון נשק לאדם פלוני העומד בתבחינים עשויה לעמוד לביקורת שיפוטית באמצעות עילת הסבירות, ותוצאתה יכולה להיות הענקת רישיון בהתאם לאמור בחוק ובהתאם לקיום התבחינים ותנאי הכשירות כתנאי סף.

שונה הוא מצב העניינים בתחום ההגירה. כיוון שחוק הכניסה לישראל מעניק לשר הפנים סמכויות בלתי מוגבלות ובלתי כפופות להסדרים חוקיים, הרי שכאשר בית המשפט נכנס בנעליו, באמצעות עילת הסבירות, אזי שואל הוא על סבירותה של ההימנעות משימוש ב”קלף הג’וקר” אשר מעניק מעמד במסלול מקביל לעקרון השבות, תנאי ההתאזרחות וסדרי הדין של חוק הכניסה.

שימוש זה בעילת הסבירות פגום הוא מיסודו. כאשר בית המשפט מתערב בהחלטת השר באמצעות עילת הסבירות, הוא משתחל לא לסמכויותיו הכלליות של השר אלא לסמכויותיו המיוחדות להעניק רישיון ישיבה בארץ לכל אדם כרצונו. כך, באמצעות השילוב בין עילת הסבירות ובין שיקול הדעת הכללי של שר הפנים נוצר מצב

**”כיוון שחוק
הכניסה לישראל
מעניק לשר
הפנים סמכויות
בלתי מוגבלות
ובלתי כפופות
להסדרים חוקיים,
הרי שכאשר בית
המשפט נכנס
בנעליו, באמצעות
עילת הסבירות,
אזי שואל הוא
על סבירותה של
ההימנעות משימוש
ב’קלף הג’וקר’
אשר מעניק מעמד
במסלול מקביל
לעקרון השבות,
תנאי ההתאזרחות
וסדרי הדין של
חוק הכניסה”**

משפטי חריג ומיוחד: בית המשפט משתחרר לחלוטין מהוראות החוק באמצעות ”התעברות בנשמת שר הפנים” והפעלת סמכויותיו המיוחדות שאינן כפופות להוראות הדין הכלליות.

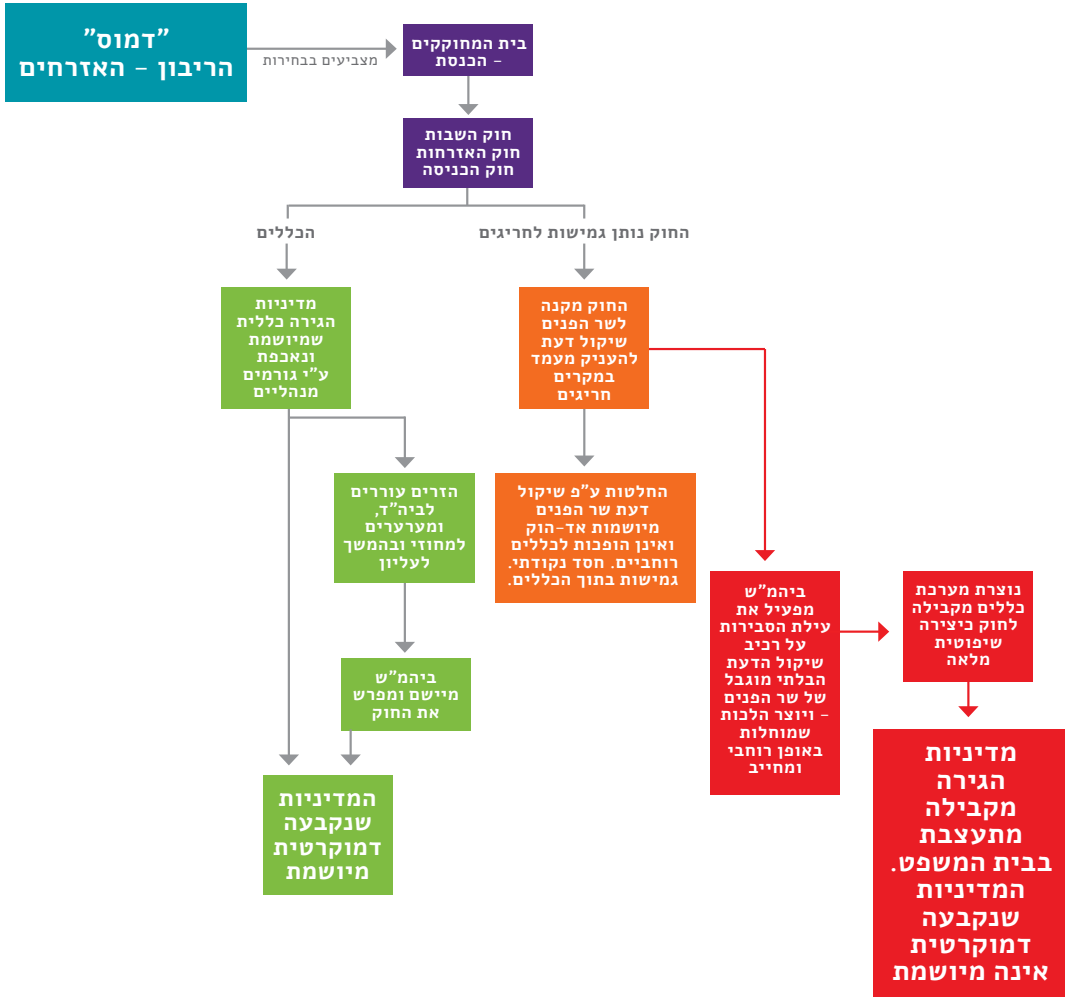
תוצאתו של מהלך זה היא שביט המשפט משוחרר מהוראות הדין באופן קטגורי. זהו מצב לקוי ביותר שכן אין בנמצא נסיבות חוקיות שבהן ניתן לקבוע – ולו בצורה קרובה לוודאית – את התוצאה המשפטית לאור החקיקה ופסיקת העבר. לעולם יוכל בית המשפט להשתכנע בצדקת הבקשה, להפעיל את עילת הסבירות על שיקול הדעת הבלתי-מוגבל של שר הפנים, ולהעניק מעמד לשוהים הבלתי-חוקיים בניגוד לכל דין פורמלי. הלכה למעשה, בית המשפט אינו מיישם את הדין אלא מקבל החלטות מְנהליות במקום הרשות המוסמכת. לפנינו הסגת גבול הרשות המבצעת ופגיעה חמורה בהפרדת הרשויות. נוסף על כך מדובר בפגיעה אקוטית בוודאות המשפטית אשר מקרינה על התמריצים לנהל הליכים משפטיים ללא תלות בסיכויים המשפטיים הפורמליים של השוהה בעל הדין. מדובר גם בתמריץ שלילי חריף הגורם למדינה להימנע מניהול הליכי אכיפת שהייה בלתי חוקית.

לצד הפשל המשפטי הנזכר, במצב המשפטי המתואר חבוי בשל המשליך גם על המדיניות והתמריצים. הרציונל העומד בבסיס שיקול הדעת הרחב של שר הפנים הוא שהיקף תחולת החלטותיו נתחם לאדם הספציפי שבעניינו התקבלה ההחלטה; הא ותו לא. בחסד לפנים משורת הדין שעשה שר הפנים עם שוהה בלתי חוקי פלוני אין כדי כלל גורף או תקדים מחייב. לעומת זאת, משעה שביט המשפט נכנס בנעליו של שר הפנים והפעיל את עילת הסבירות על שיקול דעתו – פסיקותיו הופכות לתקדימים וכך נוצרים כללים רוחביים חדשים ה”מוזרקים” לדין הישראלי באופן שעוקף לגמרי – ואף סותר – את החקיקה ואת הדין המקובל.

כדי לעמוד על המשמעות המלאה של ההבדל בין מדיניות רוחבית להחלטה נקודתית נציג משל. נתאר לעצמנו קבצן המתדפק על דלתו של איש פלוני ומקבל ממנו סכום כסף לפנים משורת הדין – שהלוא אין לו לקבצן זכות קנויה לקבלת אותו סכום כסף. הבה נניח כי זמן-מה לאחר מכן מגיע חברו של הקבצן, מתדפק אף הוא על הדלת ומבקש סכום כסף. זהה על בסיס התקדים המחייב של מתן הצדקה לחברו. ברי כי אם בעל הבית יקבל את ה”תקדים”, לא יחלוף זמן רב ובעל הבית יידרש להנפיק טופס הגשת בקשות בהתבסס על תקדים הקבצן הראשון ואיי-קבלת הצדקה בזמן תקים עילת תביעה מצד הקבצנים החדשים כנגד בעל הבית.

ההבדל בין הפעלת שיקול הדעת בידי השר גופו לבין הפעלתו בידי בית המשפט איננו מסתיים בהשלכות הרוחב של הכללים החדשים שבית המשפט יוצר. עניין נוסף חשוב לא פחות הוא האפקט המצנן. אם נשוב למשל הנזכר, כיוון שבעל הבית מבין שזהו המצב המשפטי הנוהג, הוא יימנע מלכתחילה מלהעניק צדקה, באופן גורף, מחמת החשש שמא יכפו עליו להפוך את מעשה החסד הנקודתי לכלל רוחבי. החלופה היא קריסה כלכלית והפרת הכללים.

המצב המשפטי הנוכחי, שבו מתקיים שילוב בין עילת הסבירות לרכיב שיקול דעת בלתי מוגבל שאינו כפוף למסגרת הדין, הוא אנומליה שמערכת חפצת חיים איננה יכולה לסבול. נפתח כאן פתח ליצירת נורמות משפטיות יש מאין ללא כל התכתבות עם רצון המחוקק. בית המשפט כופה על שר הפנים לעשות חסד לפנים משורת הדין עם מי שהוא איננו חפץ לעשות עימו חסד. לבסוף, הופך מעשה החסד הנקודתי לכלל רוחבי מחייב – בין היתר על בסיס טענות שוויון בפני המנהל. הפגמים החמורים שבמצב עניינים זה מומחשים היטב בתרשים 20, המבהיר את הדרך שבה משתחרר בית המשפט מן הדין וכיצד יוצר הוא מערכת נורמות עצמאית יש מאין – בלא קשר לרצון המחוקק.



**”בשנים האחרונות
ניתן להבחין
במגמה מובהקת
של מדיניות
ליטיגטורית
חלשה של המדינה
במסגרת הליכים
משפטיים
גורליים מבחינת
מדיניות ההגירה
של ישראל”**

7. מדיניות ליטיגטורית חלשה מטעם המדינה

בשנים האחרונות ניתן להבחין במגמה מובהקת של מדיניות ליטיגטורית חלשה של המדינה במסגרת הליכים משפטיים גורליים מבחינת מדיניות ההגירה של ישראל. בחירת טיעונים שאינם מגינים באופן מיטבי על יישום מדיניות שר הפנים, משרד הפנים והדין; קבלה מראש של טענות בעלי דין הטעונות הוכחה; הודאה בקיומן של עילות תקדימיות ללא שיש בעניינן קביעה שיפוטית מוקדמת המעגנת אותן; הענקת מעמד תוך כדי ניהול ההליך על מנת להימנע מפסק דין; הימנעות מהגשת ערעורים; קבלה מראש של הפעלת עילת הסבירות על שיקול דעת שר הפנים תוך חריגה מוחלטת מכל ההסדרים שבחוק – כל אלו הן דוגמאות למדיניות ליטיגטורית חלשה של המדינה בהתייבבה בפני בית המשפט.

מן הראוי לציין כי מדובר בבעיה רוחבית הקיימת בשנים האחרונות רבים ממשרדי הממשלה – סביב נושאים שונים. כדי להתמודד עם בעיה ממין זה, בתחום אחר, מינתה שרת המשפטים לשעבר, איילת שקד, יועץ חיצוני למחלקת הבג”צים שיטפל בכל הקשור לתשובות המדינה בנושאי יהודה ושומרון.⁸⁶ דברים אלה נכונים ביתר שאת בתחום ההגירה, כפי שיודגם להלן באמצעות כמה אירועים משמעותיים שהתרחשו בשנים האחרונות. אך תחילה יש להקדים דברים באשר לאופן עיצובה של ”עמדת המדינה” בהליכים בתחום ההגירה.

עמדות המדינה מעוצבות ומיוצגות בהליכים משפטיים בתחום ההגירה באופנים שונים, בשלבים שונים ובערכאות שונות. במסגרת ערר שמוגש על החלטות משרד הפנים, המייצגים הם עורכי דין פנימיים של רשות האוכלוסין וההגירה – שבה גם מעוצבת במרבית המקרים העמדה המשפטית שמציגים עורכי הדין. במקרים בעלי עניין מיוחד, תקדימיים או בעלי השלכות רוחביות תיתכן מעורבות של פרנט אוכלוסין והגירה במשרד המשפטים (כזרועו הארוכה של היועץ המשפטי לממשלה) בעיצוב עמדת משרד הפנים בערר.

במסגרת ערעור על עררים ועתירות מנהליות שונות כנגד משרד הפנים, פרקליטים מהפרקליטות מייצגים את המדינה. עמדת המדינה בהליכים אלה מעוצבת בפרקליטות, בהתייעצות עם רשות האוכלוסין וההגירה ועם רפרנט אוכלוסין והגירה במשרד המשפטים. מטבע הדברים, כיוון שהייצוג בהליכים אלה נעשה מטעם הפרקליטות, אזי עמדת היועמ"ש מוגשת לבית המשפט כעמדת המדינה. השפעת היועמ"ש יוצאת אל הפועל באופן ישיר על ידי הפרקליטות וכן באמצעות ליווי של רפרנט אוכלוסין והגירה במשרד המשפטים.

במסגרת גלגול שלישי לבית המשפט העליון (בר"מ) ובמסגרת עתירות לבג"ץ, הייצוג הוא מטעם מחלקת הבג"צים במשרד המשפטים. עמדת המדינה בהליכים אלה מעוצבת במחלקת הבג"צים תוך התייעצות עם רשות האוכלוסין וההגירה ורפרנט אוכלוסין והגירה במשרד המשפטים. גם כאן, וביתר שאת, כיוון שהייצוג הוא מטעם מחלקת הבג"צים במשרד המשפטים אזי עמדת היועמ"ש מוגשת לבית המשפט כעמדת המדינה. השפעת היועמ"ש יוצאת אל הפועל באופן ישיר על ידי מחלקת הבג"צים במשרד המשפטים וכן באמצעות הליווי של רפרנט אוכלוסין והגירה במשרד המשפטים.

בכל הנוגע לניסיונות להשפיע על התוצאה הסופית של "עמדת המדינה" בהליכים המשפטיים, ישנה מתיחות מובנית בין רשות האוכלוסין וההגירה ומשרד הפנים לבין הפרקליטות, מחלקת הבג"צים ורפרנט אוכלוסין והגירה במשרד המשפטים. מחד גיסא, ידה של רשות האוכלוסין וההגירה על העליונה בכל הקשור לבקיאות במסכת העובדתית וכן בכל הקשור למומחיות וניסיון בעלי ערך בניהול הליכים משפטיים בתחום ההגירה. נוסף על כך, המייצגים מטעם רשות האוכלוסין וההגירה הם הכוח המכריע והמוציא לפועל של עמדת המדינה בגלגול הראשון בבית הדין לעררים. העמדה המוצגת בגלגול הראשון מכריעה ומסנדלת, במידה רבה, את הטיעונים המשפטיים לכל אורך חיי התיק. מאידך גיסא, למן הגלגול השני ואילך – וכן במסגרת עתירות ישירות לבג"ץ – הפרקליטות, מחלקת הבג"צים ורפרנט אוכלוסין והגירה במשרד המשפטים הם גורמים בעלי כוח רב. הם המייצגים בפועל ועל כן ברצותם הם מקבלים את המלצות רשות האוכלוסין וההגירה ביחס לקו המשפטי שיש לנקוט וברצותם דוחים אותן.

כמה אירועים משמעותיים שהתרחשו בשנים האחרונות מדגימים את המדיניות המשפטית החלשה שמשתקפת מהליטיגציה מטעם המדינה בהליכים המשפטיים.

1. פרשת מילת נשים

כפי שראינו בהרחבה לעיל בפרק זה (סעיף ה.5), ביולי 2020 פורסם פסק דין על ידי הרכב בראשות השופטת ברק-ארז שקבע כי חשש רחוק מפני מילת נשים הוא עילת פליטות וכי ההוכחה לכך שלמבקשי המעמדה ישנה "חלופת מגורים" מוטלת על המדינה. התבוננות בעמדות המדינה לכל אורך ההליך מלמדת על חולשה ליטיגטורית מובהקת.

כבר בגלגול הראשון של ההליך, כערר בבית הדין לעררים, קיבלה המדינה באופן מלא את עצם קיומה של עילת פליטות על בסיס החשש מפני מילת נשים בכפייה. המשיבים מטעם המדינה אף לא דחו את התקיימותה של עילה זו ביחס לעוררים אלא שטענו לחריג של "חלופת מגורים" כאמור.

עמדה זו מבטאת חולשה ליטיגטורית מובהקת בשני מובנים. ראשית, אין סיבה לקבל את המסכת העובדתית הבסיסית מבלי שהוכחה. טענותיהם של העוררים נדחו בתחילה בידי הגורמים הרלבנטיים; זה הלוא היה הבסיס לערר מלכתחילה. בהליך זה, לא היה ביסוס ראיתי שגיבה את הטענה כי במשפחת העוררים קיימת מילת נשים בכפייה; לא היה בסיס ראיתי שגיבה את העובדה כי בחוף השנהב ישנה תופעה רחבה של מילת נשים בכפייה כאשר המשפחה מתנגדת לכך; ולא היה בסיס ראיתי לכך שמסיבה זו בני המשפחה אינם שבים לחוף השנהב ועוד.

שנית, מדיניות ליטיגטורית חלשה במיוחד משתקפת באימוץ עצם קיומה של עילת פליטות על בסיס החשש מפני מילת נשים. האמנה בדבר מעמדם של פליטים (1951) אינה כוללת איום במישור המשפחתי. הטענה כי ניתן לבסס עילת פליטות – במובנה המשפטי והמחייב – במקרה של חשש מפני מילת נשים היא טענה שאין לקבלה ללא דיון, ללא שיקולי מדיניות, ללא הכרעה של הרשות המבצעת ואם תוגש עתירה – גם בביקורת שיפוטית. קיצורם של דברים: עמדת המדינה ויתרה על הבירור העובדתי וויתרה על ההגנה המשפטית של מדיניות הממשלה והוראות החוק.

אפילו יובל לבנת, המנחה האקדמי של הקליניקה לזכויות פליטים בפקולטה למשפטים באוניברסיטת תל אביב, כתב ב"זמן אמת" על התיק הזה, עוד לפני פסק הדין בבית המשפט המחוזי, כדברים הבאים:

"אין ספק שעולה ספק בדבר היותם פליטים "אמתיים" על פי האמנה. התרחיש המתקבל יותר על הדעת הוא של מי שמבקשים בכל דרך להישאר בישראל, מסיבות שאין בינן לבין סכנת רדיפה ממש. נציבות האו"ם לפליטים, גוף שאינו מייצג את האינטרסים הצרים של מדינת ישראל, דחה את בקשותיהם. כשהגישו השניים בקשות לעיון מחדש הם לא אמרו מילה וחצי מילה על סכנת המילה של בתם, חרף העובדה שכבר נולדה אותו הזמן. חשד רציני עולה, שהפרקליטה היצריתית אליה פנו כשכבר לא הייתה להם כל אפשרות "למשוך עוד זמן" בישראל, העלתה את טענת סכנת המילה של הילדה".⁸⁷

אם לא די באמור עד כה, אזי המדינה העניקה למערערים רישיון ישיבה בארץ מתוך ניסיון להימלט מפסק דין שיהיה הלכה מחייבת מפי בית המשפט העליון. טקטיקה זו לא הועילה ופסק דין עקרוני ניתן גם ניתן. נדמה שלעיתים בתי המשפט מפרשים את הניסיון של המדינה להימלט מפסק דין מחייב, באמצעות הענקת מעמד, כהודאה בפועל בטענות וכניסיון להתחמק מהמדיניות הנגזרת מהודאה שבשתיקה זו. ניתן לומר שהניהול הליטיגטורי של תיק זה הוביל לאכילת הדגים הסרוחים, למלקות ואף לגירוש מן העיר; שמא יש לומר – לרישיון ישיבה בעיר.

2. פרשת הענקת זכויות סוציאליות לשוהים בלתי חוקיים

כפי שראינו לעיל בפרק זה (סעיף ה.3), לפני כמעט שני עשורים, בשנת 2003, הורה בג"ץ כי יש להעניק זכויות סוציאליות חלקיות לשוהים בלתי חוקיים – בניגוד לסעיף 324 לחוק הביטוח הלאומי [נוסח משולב], התשנ"ה-1995, הקובע כי לא תשולם גמלה ל"שוהה שלא כדין". במסגרת העתירה לבג"ץ, הסכימה המדינה כי יש לפרש את הביטוי "שוהה שלא כדין" כמתייחס לזכויות הנצברות על פני משך זמן ולא כמתייחס לתשלומים חד-פעמיים – בניגוד בוטה ללשון החוק ולמשמעותו הפשוטה. כפי שראינו, בית המשפט אף החמיא לעמדה המדינה בפסק הדין שמחק את העתירה בהסכמת הצדדים: "[...] יפה עשו המשיבים בכך שנתנו פירוש ליברלי להוראת החוק".

אף כאן משתקפת חולשה ליטיגטורית חמורה. המשיבים מטעם המדינה לא עמדו על לשון החוק ולא על מדיניות תמריצים כלכליים אחראית בתחום ההגירה. המדינה למעשה התנדבה לקבל את עמדת העותרים, העומדת כאמור בניגוד מוחלט ללשון החוק. למעשה לא נותר בר-פלוגתא של ממש ופסק הדין אשרר את הסכמת הצדדים.

3. פרשת ההחזרות החמות

סעיף 7 לחוק הכניסה לישראל, התשי"ב-1952, אוסר כניסה לשטחה של מדינת ישראל שלא דרך מעברי הגבול הרשמיים ובאמצעות רישיון מתאים. החוק מטיל על צה"ל וגורמי ביטחון ואכיפה אחרים את האחריות לשמירה על ריבונות המדינה ועל גבולותיה. הסמכות והאחריות לקיומו של שלטון החוק בגבולות מוטלות על צה"ל וגורמי הביטחון והאכיפה השונים. הענקת אישורי שהייה בישראל נתונה בסמכותו של שר הפנים.

"החזרה חמה" היא כינוי לפרקטיקה של השבה מיידית של מסתנני גבול אל מעבר לגבול שאותו חצו. החזרה חמה היא בגדר פעולה למניעת כניסתו של אדם שלא כדין למדינת ישראל ולא בגדר הרחקת שוהה בלתי חוקי אשר טעונה מתן צו הרחקה. זוהי פעולה שוטפת במסגרת ההגנה על גבולות המדינה ואכיפת סעיף 7 לחוק הכניסה לישראל, התשי"ב-1952. כך נקבע באופן ספציפי נוכח האיום הדרמטי של ההסתננות מגבול מצרים וכן במקרים של גבולותיה הנוספים: לבנון, סוריה וירדן. היועץ המשפטי לממשלה (כתוארו דאז), מני מזוז, אישר בשעתו נוהל זה במסגרת עמדתו שניתנה ביום 16.3.2006:

"מן הבחינה המשפטית אין מניעה להחזרתו למצרים של מסתנן שנתפס בסמוך לאחר ההסתננות, והחזרה כזו אינה טעונה צו הרחקה או כל הליך אחר. מבחינה משפטית בהליך של מניעת כניסה לישראל, ולא של גירוש מישראל. יודגש כי השימוש בכלי זה מותנה בסמיכות מסוימת בזמן ובמקום התפיסה".

ואכן, על פי עמדה זו, פעל צה"ל במסגרת "נוהל החזרה מתואמת מיידית" (הוראת קבע מבצעית 1/3.000, אוקטובר 2007) ולאחר מכן ב"נוהל הטיפול במסתננים לשטח ישראל מגבולות מצרים" (הוראת קבע מבצעית 1/3.000, מרץ 2009). כנגד נהלים אלו הוגשה בשנת 2011 עתירה לבג"ץ.⁸⁸

לאחר הגשת העתירה, הקפיאה המדינה את ההחזרות החמות. אומנם ההקפאה נומקה בשינויי נסיבות מדיניים במצרים, אך עמדת המדינה הייתה אי־בירה ביחס לשאלה האם עדיין עומדת היא מאחורי חוקיות הפרקטיקה. בג"ץ דחה את העתירה ולכן מבחינה משפטית צרופה, הקביעות והאמירות במסגרת פסק דינו הן בגדר אמרת אגב ("אוביטר") ואינן הלכה מחייבת. אך עד היום פסק הדין מאוזכר תכופות על ידי גורמים משפטיים שונים כאסמכתא ל"בעייתיות" כביכול הכרוכה בפרקטיקת החזרה החמה.

4. פרשת ניתוב התיקים בהליכי בר"מ

בסעיף ג' בפרק זה סקרנו בהרחבה את דרך ניתוב התיקים בהליכי בר"מ בבית המשפט העליון. כפי שראינו שם, הממצאים מורים עולה כי בבית המשפט העליון ניתנים פסקי דין דרמטיים בתחום ההגירה, ללא כל דיון; וכי פסקי דין אלה מוצגים כאילו ניתנו במוחבב תלתא אף שזה שלא נדרש מבחינת סדרי הדין ומעולם לא התכנס באורח פיזי לדון בהם.

כפי שצינו שם, לא בכדי הליכים מסוימים לא נותרו בדין יחיד כפי שראוי היה על פי סדר הדברים התקין. מדובר לעיתים בהלכות חדשות בעלות השפעה ניכרת על מדיניות ההגירה שהתוו מדיניות חלופית למדיניות המדינה. הלכות אלו כוללות דרישה לשנות את אופן הפרשנות והיישום של חוק מפורש, והן מתערבות בשיקול דעתו של שר הפנים על בסיס עילת הסבירות. לעיל ציינו כי עיקרון משפטי חשוב קובע שהלכה נקבעת בבית המשפט העליון אך ורק במוחבב תלתא ולאחר דיון מהותי בסוגיה;⁸⁹ ולכן נראה שבית המשפט העליון יצר מראית עין של הלכה שנתקבלה במוחבב תלתא, שכן אם פסק הדין היה מופץ בדין יחיד הוא לא היה מתקבל כהלכה.

התבוננות בתגובתה של המדינה להליכים אלה מעידה על חולשה ליטיגטורית. המדינה מעולם לא טענה לאי־תקינות של ההליכים הללו, מעולם לא ביקשה לבטל פסק דין שניתן באופן זה, ומעולם לא טענה שאין מדובר בהלכות.

לדוגמה, פסק הדין הדרמטי שנסקר לעיל בפרק זה (סעיף ה.2), שבו נקבע כי שר הפנים איננו יכול לדחות על הסף את בקשתו של עובד זר שהוגשה לאחר 90 הימים שנקבעו לכך בחוק, ניתן מבלי שהתקיים דיון, ואף ניתן במוחבב תלתא (השופטים פוגלמן, ברק־ארז וברון) ללא כל צורך. המערכת בהליך זה הייתה המדינה, והבר"מ נדחה. לשם דחיית בר"מ די בדין יחיד; אכן, כדי לייצר הלכה, נבנה מוחבב תלתא ויצא פסק דין מבלי שהתקיים דיון בין חברי המוחבב. למרות כל זאת, המדינה מעולם לא טענה שפסק הדין איננו הלכה או שיש לעמוד על קיום דיון במקרה כה חשוב. זהו ביטוי נוסף לחולשה הליטיגטורית של המדינה בניהול ההליכים המשפטיים.

כדי להימנע ממצבים מעין אלה בעתיד אנו סבורים כי יש להגביר את הפיקוח של משרד הפנים על ההליכים המשפטיים גם בגלגולים שיוצאים מתחת ידיהם כמייצגים; להימנע מלהודות בתשתית עובדתית שלא הוכחה; להימנע מלקבל עילות משפטיות חדשות שאינן חלק מהדין הפשוט; לערער כאשר הדבר נדרש; להימנע

מהענקת מעמד תוך כדי הליכי סרק רק כדי להימנע מפסק דין (מה שיש בו כדי תמריץ להיווצרותם של הליכי סרק נוספים); ובאופן כללי לנהוג כבעל דין סביר המגן בכל כוחו על עמדותיו, שהן במקרה זה החוק ומדיניות שר הפנים, ולא מקבל טענה אלא אם הוכחה.

על שר הפנים למנות פרויקטור שיִתְּכַלל ויכווין את ייצוג המדינה בתחום ההגירה מטעמו. יש לקבוע נוהל פנימי שיחייב להביא לאישור השר כל מקרה של הכרה בעילה חדשה (כמו מילת נשים); הסכמות מצד המדינה להעניק מעמד במסגרת הליך משפטי; התחייבויות מנהליות רוחביות; הימנעות מערעור על קביעות עם השלכות וכדומה. במקרים הדורשים זאת, יש לדרוש ייצוג עצמאי מול בית המשפט העליון.

מלבד זאת, על מייצגי המדינה להקפיד ולדרוש מבית המשפט להשיב להכרעת שר הפנים כל תיק מנהלי – אף לאחר הפעלת ביקורת שיפוטית. הגורם המוסמך הבלעדי להעניק או לשלול מעמד הוא שר הפנים.

כלומר יש לרכז את עיצוב עמדת המדינה בכלל ההליכים המשפטיים בתחום ההגירה תחת משרד הפנים – הן מבחינת הייצוג בפועל, הן מבחינת קביעת העמדה העקרונית. ריכוז התחום כולו תחת שר הפנים יאפשר פיקוח הדוק יותר על כך שהמדיניות המיניסטרילית מוצאת את ביטויה ההולם בפני בית המשפט. שינוי זה איננו דורש כל חקיקה שכן סעיף 10 לחוק לתיקון סדרי הדין האזרחי (המדינה כבעל דין), התשי"ח-1958, קובע במפורש שהיועמ"ש אינו מייצג המדינה כברירת מחדל בפני בית המשפט העליון אלא רק בערכאות נמוכות. בעת חקיקת החוק, תחום המשפט המנהלי כולו היה נתון בסמכות בית המשפט העליון ולפיכך הסעיף חלק גם על מה שכיום מוכר כבית משפט לעניינים מנהליים – שבו נידונים ערעורים על פסקי דין של בית הדין לעררים. סעיף זה מאפשר אפוא לשר הפנים למשוך חזרה לידי ארבעת ייצוג המדינה ואת עיצוב עמדתה בתחום זה, באופן מלא ומבלי שיידרש תיקון חקיקה.

עוד מוצע לקבוע – בהחלטת ממשלה – כי הכרה של המדינה במסגרת תגובותיה לבית המשפט בעילות חדשות ובסוגים חדשים של נסיבות המבקשות להיכלל בעילות קיימות תתבצע רק לאחר החלטת ממשלה מפורשת בנושא (בהתאם להחלטות הנוגעות להענקת מעמד קבוצתית הדורשת החלטת ממשלה). דוגמה לכך ניתן לראות בהתרחשות סביב הענקת המעמד לילדי עובדים הזרים בשנת 2004. שר הפנים דאז, אברהם פורז, ניסה לקדם החלטה זו באופן עצמאי, והיועץ המשפטי לממשלה סבר בחוות דעתו כי

יש בכך שינוי מדיניות ביחס לקבוצה, ולא ביחס לפרטים, ולכן שר הפנים אינו מוסמך לבצע שינוי מדיניות שכזה ללא החלטת ממשלה.⁹⁰ נרחיב על כך גם בסעיף הבא.

8. עקרון טובת הילד כמין בשאינו מינו, ותפקידו של משרד המשפטים בעיצוב מדיניות ההגירה

בשנים האחרונות למשרד המשפטים נודע תפקיד דומיננטי יותר ויותר, על חשבון משרד הפנים, בעיצוב מדיניות ההגירה של ישראל: הוא משפיע באופן דרמטי על ניסוח עמדות המדינה בפני בג"ץ בסוגיות הגירה; הוא משפיע באופן דרמטי על העמדה המשפטית של משרד הפנים ורשות האוכלוסין וההגירה; והוא מקדם יוזמות לשינוי נהלים ולעיצוב מחדש של עקרונות מדיניות. כמקרה מבחן לעוצמת המעורבות של משרד המשפטים תוצג להלן פרשת הופעת עקרון טובת הילד ביחס לשימוע לילדי שוהים בלתי חוקיים.

ביום 2.8.2019 פנתה עו"ד יהודית קרפ, לשעבר המשנה ליועמ"ש וכיום פעילת בעמותות לסיוע למבקשי מקלט, לד"ר עמרי בן-צבי, רפרנט אוכלוסין והגירה במשרד המשפטים באותה עת, בבקשה להורות לרשות האוכלוסין וההגירה לקיים שימוע גם לקטינים לפני הרחקת משפחות שוהים לא חוקיים – ולא להסתפק בשימוע שנערך להוריהם. ביום 10.10.2019 השיב בן-צבי במכתב לפנייתה של קרפ. במסגרת המכתב נאמר כי "**רצונו** של הילד כפי שעלה בשימוע, וכן **טובת הילד**, יילקח בחשבון **כשיקולים מרכזיים** במסגרת קבלת החלטת ממונה ביקורת הגבולות, בהחלטות על הרחקה מישראל או משמורת".

בפסק דינו של הדיין מ' זילברשמידט מיום 3.11.2019 בוטלו שני צווי גירוש שניתנו, ללא עוררין, כדין (ערר 19-4627 וערר 4605-19). הצווים בוטלו למעשה אך ורק בשל המכתב האמור ממשרד המשפטים – וללא כל מקור נורמטיבי.

לאחר ביקורת ציבורית,⁹¹ יצאה הודעה ממשרד המשפטים, ביום 4.12.2019, שבה חודדו הנהלים ותוקנו ניסוחים כדלהלן:

"[...] **טובתו של הילד תהווה שיקול מרכזי** בהחלטות על הרחקה מישראל או משמורת: לשם כך, לפני קבלת החלטה בדבר הרחקה של משפחה הכוללת ילדים, ילדים מגיל 12 ומעלה יעברו שימוע בפני ממונה ביקורת הגבולות. יש לבחון את טובת הילד ולשקול אותה גם כאשר מדובר בילדים שטרם מלאו להם 12 שנים (שבעניינם לא ייערך שימוע). במסגרת השימוע, תינתן לילד הזכות להביע בחופשיות דעה משלו בעניינו, תוך מתן משקל ראוי לדבריו.

עם זאת, טובת הילד איננה שיקול בלעדי: הכלל בדיני ההגירה, שקבוע בסעיף 13(א) לחוק הכניסה לישראל, הוא כי "מי שאינו אזרח ישראלי או עולה לפי חוק השבות, תש"י-1950, ונמצא בישראל בלי רישיון ישיבה (בחוק זה – שוהה שלא כדין), יורחק מישראל בהקדם האפשרי אלא אם כן יצא מרצונו קודם לכן". שיקול רלבנטי נוסף לאמור בחוק הוא **התמריץ ההגירתי** שנוצר על ידי מתן מעמד בישראל. בהתאם לכך, המבחן באיזון בין השיקולים הוא האם שיקולי טובת הילד במקרה הפרטני מחייבים חריגה מהכלל שקובע החוק, ולא באיזו מדינה יש תנאים טובים יותר עבור הילד. יישומו של המבחן הנ"ל הוא בבירור השאלה, האם מעבר לקושי המובנה, שיש לכל ילד הנעקר מהמקום שאליו הורגל למקום אחר, כרוכה העקירה במקרה פרטני בפגיעה עודפת, שהיא קשה לאותו הילד, ומשום כך מצדיקה את השארתו בישראל".

בהודעה זו הובהר כי אין כוונה להציב את טובת הילד כשיקול בלעדי וכן הושמט הביטוי "רצונו" של הילד. חלף זאת נקבע כי יש לבחון "האם שיקולי טובת הילד במקרה הפרטני מחייבים חריגה מהכלל שקובע החוק, ולא באיזו מדינה יש תנאים טובים יותר עבור הילד".

בעקבות עתירה שהוגשה על ידי המרכז למדיניות הגירה כנגד התוקף המשפטי של מכתבו של עו"ד בן-צבי ממשרד המשפטים,⁹² ביום 27.7.2020 פרסמה רשות האוכלוסין וההגירה נוהל הוצאת צווי הרחקה ומשמורת בהתאם לחוק הכניסה לישראל, התשי"ב-1952 (נוהל מס' 1.3.0001). בסעיף ד.3.4. רוכך הנוסח שוב ונקבע כי טובת הילד תילקח במכלול השיקולים בלבד:

"בתום השימוע במסגרתו התאפשרה שמיעת קטין מעל גיל 12, יתן ממונה ביקורת הגבולות החלטה בהתאם לסמכויותיו ובהתאם לסעיף 11.2.ד. החלטה לעניין הוצאת צו משמורת החלה בעניינם של קטינים, גם כאשר מדובר בקטינים שטרם מלאו להם 12, תהיה מנומקת תוך התייחסות לטענות ולמסמכים שהציגו הורי הקטין או באי כוחו במעמד השימוע, ככל שהציגו וכן **טובתו של הילד תילקח במכלול השיקולים** בהחלטה של ממונה ביקורת הגבולות".

אומנם יוזמת משרד המשפטים להמליך את עקרון טובת הילד (ואפילו רצונו) לא צלחה באופן מלא אך השפעתה דרמטית הן על פסיקת בית הדין לעררים הן על עיצוב הנוהל ביולי 2020. להלן תיפרש היריעה ביחס לעקרון טובת הילד וייטען כי מדובר בדוקטרינה שהיא בבחינת מין שאינו במינו בתחום ההגירה.

מולדתו של עקרון טובת הילד במשפט הישראלי היא במחוזות דיני המשפחה, משמורת על ילדים, אימוץ, השבת ילדים "חטופים" בהליך גירושין לארצו של ההורה המשמורן החוקי וכדומה. המקור ההלכתי-משפטי לשימוש במסגרת ביקורת שיפוטית של בית המשפט העליון על ערכאות נמוכות באמצעות "טובת הילד" הוא פרשת **גבאי**.⁹³ בפרשה זו נסוב הדיון סביב היישום הנכון של אמנת האג וסוגיית חטיפת ילדים בהליך גירושין. בפסק הדין נקבע כי אף שטובת הילד איננה מזכרת באמנת האג, אין לומר כי היא אינה רלבנטית, משום שאין כל אפשרות לעסוק בעניינם של קטינים בלא לבחון את טובתם.

הלכה יסודית זו עוסקת אפוא בניסיונות שבהן ההשלכה של החלטת בית המשפט היא הפרדת הילד מאחד מהוריו והשאלה היא רק מאיזה מהם הוא יופרד. זוהי מסגרת הדיון של "טובת הילד"; ואף היא לא נאמרה אלא בהקשר לצווים זמניים של בית המשפט העליון שלאחריהם יידרש בית המשפט לענייני משפחה לדון במשמורת הקבועה לאור הוראות הדין בעניין. בהקשר זה ראויים לציון דברי השופט נתניהו (שעליהם התבססו השופטים גם בעניין **גבאי**) בעניין **טורנה**:

"שאלת המשמורת, כשהיא במחלוקת, מתבררת בהליכים רגילים בבית המשפט המוסמך, וטובת הילד מתבררת שם בהיקפה היסודי והמלא. אך בהליך לפי החוק, כמו בהליך בבג"צ, טובת הילד רלוואנטית רק כשיקול, אם יש להימנע מלצוות על החזרת המצב לקדמותו, עד לבירור שאלת המשמורת על ידי בית משפט מוסמך".⁹⁴

”עקרון טובת הילד מעולם לא אומץ באופן גורף בתוך שדה דיני ההגירה“

העתקתה של דוקטרינת טובת הילד לתחום דיני ההגירה מתרחשת בתוך מרחב ההשקה של דיני ההגירה עם דיני המשפחה. בפרשת **דימיטרוב**,⁹⁵ נידון עניינו של הורה זר לילד שאימו ישראלית. בני הזוג נפרדו וההורה הזר ביקש מעמד מכוח בנו האזרח. נפקותה של העתירה הייתה אם האב ינותק מבנו.

ואכן בכמה פסקי דין הוזכר עקרון טובת הילד אף שלא במסגרת דיני המשפחה הקלאסיים כאשר תוצאה אפשרית של הכרעת בית המשפט הייתה הפרדת ילד מאחד מהוריו.⁹⁶ גם בפרשת **נוואה**,⁹⁷ נידון מקרה שבו אישה פיליפינית ואב ניגרי הקימו בישראל משפחה עם 3 ילדים. האם ואחד מבניה זכו במעמד מכוח החלטת ממשלה 156. האב הניגרי שב לניגריה עם בן אחר. בהמשך, שב הבן לבדו לישראל ולאחר ארבע שנים שב גם האב. עקרון טובת הילד באפוא בפסקי הדין בנושא שיש לבחון בהקשר של ניתוק בין הורים לילדיהם. מבחינה דיונית, העניין נידון במסגרת הוועדה הבין־משרדית למתן מעמד מטעמים הומניטריים.⁹⁸

מקום נוסף, בתוך שדה דיני ההגירה, שבו הוזכר עקרון טובת הילד כשיקול רלבנטי הוא דיוני הוועדה הבין־משרדית למתן מעמד מטעמים הומניטריים. כלומר במסגרת השיקולים והבחינות שיש לבצע כאשר המדינה דנה באפשרות להעניק מעמד על בסיס עילות הומניטריות, יש לבחון את טובת הילד – אך כמובן לא כשיקול בלעדי.

טובת הילד כשיקול שיש לשקול במסגרת הוועדה ההומניטרית הודגשה במקרים שבהם אין עילה חוקית להענקת מעמד למבקשים, ואף אין עילה הומניטרית קלאסית במובן של פליטות וכדומה, אך הילד חולה במחלה קשה לדוגמה והוא מטופל בישראל. זהו ההקשר בפסיקת בית המשפט העליון לקביעה כי יש לבחון גם את טובת הילד בוועדה הבין־משרדית למתן מעמד מטעמים הומניטריים.

נסכם את דברינו עד כה. עקרון טובת הילד מעולם לא אומץ באופן גורף בתוך שדה דיני ההגירה. טובת הילד הוכרה כשיקול שיש לאזן בתוך מכלול השיקולים אך ורק: (א) כאשר ההשלכות הן הפרדת ילד מאחד מהוריו; (ב) כחלק ממכלול השיקולים שיש לבחון במסגרת הוועדה ההומניטרית כאשר הרף ל”טובת הילד” שיש לקחת בחשבון הוא מעין מחלה קשה של הילד והטיפול בו אינו אפשרי ללא הורה מלווה או שאין טיפול הולם במדינת היעד (ויובהר עוד להלן שאין לקחת בחשבון מצוקה כללית המאפיינת את כל הקטינים השהים הבלתי־חוקיים); (ג) כאשר יש לברור בין שתי חלופות שהן במסגרת הדין.

”כל הגירה – קל וחומר של הגירה של קטינים, וקל וחומר בן בנו של קל וחומר הגירה בכפייה – יוצרת מצוקה אנושית קשה. עם זאת, בבואה להגדיר בכללים ובחקיקה את מדיניות ההגירה שלה, אֵל לה למדינה לתת דעתה למצוקה ה”כללית” שהיא אינהרנטית לסיטואציה”

יש לציין כי אף במקרים הללו, אין מדובר בשיקול מרכזי – או הס מלהזכיר: בלעדי – ויפים לעניין זה הדברים שנקבעו בפרשת פלוני:99

”ברם, הזהירות מתבקשת. גם בדיני משפחה טובת הילד אינה שיקול על, הגובר בכל מקרה על כל שיקול אחר. קל וחומר אין זה המצב במשפט המנהלי. לעיתים, גם אם טובת הילד עולה בקנה אחד עם השארתו או עם השארת הוריו בארץ – אין כל הכרח להיעתר לבקשה כגון דא מחמת שיקולי מדיניות וקיומן של נסיבות שונות.”

טובת הילד כאמור היא קריטריון מתחום דיני המשפחה והשימוש בו ללא אבחנה בנושאי הגירה הוא שגוי ומרחיק לכת. ”טובתם ורצונם” של מיליארדי ילדים מהעולם השלישי יכולים להיות, מבחינה פוטנציאלית, השתקעות בישראל.

כל הגירה – קל וחומר של הגירה של קטינים, וקל וחומר בן בנו של קל וחומר הגירה בכפייה – יוצרת מצוקה אנושית קשה. עם זאת, בבואה להגדיר בכללים ובחקיקה את מדיניות ההגירה שלה, אֵל לה למדינה לתת דעתה למצוקה ה”כללית” שהיא אינהרנטית לסיטואציה. עיקרון זה הוא ממושכלות היסוד של קביעת מדיניות בתחום ההגירה. אם עיקרון כה בסיסי לא יישמר, הרי שכל מקרה הוא בגדר ”חריג” ובכך התמוטטה מערכת הכללים כולה ואין לה למדינה עוד ריבונות על גבולותיה.

כבר עמדה על כך השופטת דפנה ברק־ארז בעניין פלוני באומרה:100

”בית המשפט המחוזי ציין כי אין להקל ראש בדברים שצוינו בחוות הדעת הפסיכולוגית שהגישו המבקשים, אולם הוסיף וקבע כי, כפי שהבהיר בית הדין לעררים, אין בהם כדי להצביע על נתון ייחודי כלשהו המבחין בין עניינם של המבקשים לעניינם של רבים אחרים. דברים אלה, כך צוין, משקפים תובנה כללית ומתבקשת ביחס לילדים הנעקרים ממקום הולדתם למקום אחר, ואינם מצביעים על טעמים הומניטריים מיוחדים אשר היו עשויים להצדיק את העברת העניין לוועדה הבין־משרדית. בית המשפט המחוזי הוסיף וציין כי הדרישה באשר ל”דבר מה נוסף” מתחייבת, שכן בלעדיו החריג יהפוך לכלל, באין נתון ייחודי המאפשר למשיב להבחין בין המקרים השונים המגיעים לפתחו. בית המשפט המחוזי קבע

אפוא כי לצד ההבנה כי כל אחד מן הפונים לקבלת מעמד הוא "עולם ומלואו", הרי שלמעשה טענותיהם של המבקשים במקרה זה נושאות אופי כללי.

[...] בית המשפט המחוזי אף נדרש באופן מעמיק לחוות הדעת הפסיכולוגית שהוגשה מטעם המבקשים, וקבע כי זו משקפת את **הקושי הטבעי הכרוך במעבר מהמקום שבו גדלו הקטינים כל חייהם אל ארץ שמבחינתם היא זרה, קושי המתקיים למעשה בכל מקרה דומה של קטינים אשר נולדו בישראל למהגרי עבודה**".

לכן קבע בית המשפט העליון בעניין **קרוד**,¹⁰¹ כי יש צורך במאפיינים ייחודיים שיצדיקו את הסטייה מן הכלל. ברי כי לא די בקושי להיות ילד שוהה בלתי חוקי, במצוקת ההרחקה, או בקשיי ההגירה, אלא נדרש "דבר מה נוסף" ייחודי-הומניטרי.

יפים לעניין זה שוב דבריה של השופטת דפנה ברק-ארז בעניין **פלונית הנזכר**:

"בעיקרו של דבר, טענות המבקשים מופנות כנגד יישומה של ההלכה שנקבעה בעניין אסברוק בנסיבות העניין. טענות אלה נבחנו באופן יסודי על ידי שתי ערכאות. בית המשפט המחוזי אף נדרש באופן מעמיק לחוות הדעת הפסיכולוגית שהוגשה מטעם המבקשים, וקבע כי זו **משקפת את הקושי הטבעי הכרוך במעבר מהמקום שבו גדלו הקטינים כל חייהם אל ארץ שמבחינתם היא זרה, קושי המתקיים למעשה בכל מקרה דומה של קטינים אשר נולדו בישראל למהגרי עבודה**".

על עמדה זו, שלפיה נדרש "דבר-מה נוסף" ייחודי חזר בית המשפט העליון שוב ושוב.¹⁰²

בקליפת אגוז – עקרון טובת הילד הוא דוקטרינה משפטית בתחום דיני המשפחה ובתחומים המשיקים לו כאשר בפני בית המשפט עומדות שתי חלופות חוקיות והוא צריך לבחור ביניהן (לדוגמה, בהחלטה להיכן יש לשלוח את הילד במקרה של פיצול ההורים בין מדינות שונות). עיקרון זה איננו יכול כלל ועיקר להכשיר מצב בלתי חוקי כגון שהייה בלתי חוקית.

**”לעמדת משרד
המשפטים הייתה
השפעה רבה על
קביעת עמדת
המדינה אף
ששאיפתם לא
התממשה במלואה.
מצב דברים זה שבו
משרד המשפטים,
המופקד על יישום
הדין, הוא חוד
החנית בניסיון
לשנות את הדין
הקיים שעל יישומו
אמון משרד הפנים,
יוצר כאוס שלטוני,
מכרסם בשלטון
החוק ומעורר אי-
ודאות משפטית
הפוגעת באופן
אקוטי באפשרות
לאכוף את החוק”**

אכן, על אף היעדר תשתית המשפטית או הסמכה חוקית, משרד המשפטים ביצע ניסיון להשליט את ”טובת הילד” ואף את ”רצונו” כשיקולים ”מרכזיים” בדיני ההגירה בישראל, בעיקר בהתבסס על הטענה כאילו סעיף 3 לאמנה בדבר זכויות הילד, משנת 1989, מחייב זאת:

”בכל הפעולות הנוגעות לילדים, בין אם ננקטות בידי מוסדות רווחה סוציאלית ציבוריים או פרטיים ובין בידי בתי משפט, רשויות מינהל או גופים תחקייתיים, תהא טובת הילד שיקול ראשון במעלה.”¹⁰³

אלא שמדובר בפרשנות משפטית שאין לה במה להיאחז – לא בדין הישראלי ולא בהלכה הפסוקה. זו גם איננו משמעותו של סעיף זה באמנה. המשמעות הפשוטה של הסעיף היא שכאשר נדרשת המדינה להכריע בין שתי ברירות חוקיות הנוגעות לילדים – עליה לשקול גם את טובת הילד. כוונתו של הסעיף איננה ששיקולי ”טובת הילד” גוברים על החוק או מייצרים אפשרות פעולה שאינה מעוגנת בחוק. במילים פשוטות: כאשר זוג מתגרש ובית המשפט צריך להכריע בשאלות משמורת על פי חוק, כאשר יש דיון בסוגיות אימוץ ואומנה, או כאשר בית המשפט צריך להכריע בידי מי ייוותר הילד במקרה של הורים שמורחקים למדינות שונות – אזי טובת הילד תישקל משום שכל הברירות מצויות במסגרת החוק. אך כשם שטובת הילד לא תמנע מן ההורה לשאת בעונש מאסר, כך טובת הילד לא תמנע את עצם הרחקת התא המשפחתי אם ההורים שוהים במדינה בניגוד לחוק. טובת הילד אינה דוקטרינה המחריגה מצבים מן הדין אלא מתווה את שיקול הדעת בברירה בין חלופות שבתוך מסגרת הדין.

מן האמור עד כה ניתן להיווכח כי לעמדת משרד המשפטים הייתה השפעה רבה על קביעת עמדת המדינה אף ששאיפתם לא התממשה במלואה. מצב דברים זה שבו משרד המשפטים, המופקד על יישום הדין, הוא חוד החנית בניסיון לשנות את הדין הקיים שעל יישומו אמון משרד הפנים, יוצר כאוס שלטוני, מכרסם בשלטון החוק ומעורר אי-ודאות משפטית הפוגעת באופן אקוטי באפשרות לאכוף את החוק.

ואכן, כך קרה, כאמור, כאשר דיון בית הדין לעררים ביטל צווי הרחקה שניתנו כדין אפילו לילדים שעוד לא הגיעו לגיל שנכלל ב”מכתב” של משרד המשפטים. במקביל נוצר תמריץ חד־משמעי בעבור שוהים בלתי חוקיים להמשיך ולנסות להשתקע בישראל כאשר משרד המשפטים של המדינה עצמה פועל, לעיתים, כסוכן לשינוי הדין לטובתם. אם משרד המשפטים נוטש את עמדת השמירה על החוק, אין מי שימלא חלל זה והשערים יופקרו לרווחה.

9. החלטות ממשלה עיתיות

תחת מטריית מדיניות השבות, ולצד החריגים הפרטניים אשר מפעיל שר הפנים על פי שיקול דעתו, ישנן גם החרגות קבוצתיות המתקבלות כאמור מעת לעת בהחלטות ממשלה. במקרים אלה, מחליטה הממשלה להעניק מעמד קבע בישראל לאוכלוסייה מסוימת, באופן קבוצתי, אף שהיא איננה זכאית לכך בהתאם למדיניות השבות או חוק האזרחות. החלטות ממין זה התקבלו לדוגמה בעניין קליטת הפליטים מווייטנאם בין השנים 1977–1979, בעניין קליטת לוחמי צד"ל עם הנסיגה מלבנון בשנת 2000, ובעניין קהילת הפלשמורה מאתיופיה.¹⁰⁴ כך גם אירע בשלוש החלטות ממשלה ביחס לילדי עובדים זרים.

החלטת ממשלה מס' 3807, מיום 26.6.2005, הסמיכה את שר הפנים להעניק רישיון לשיבת קבע בישראל לילדי שוהים בלתי חוקיים, אשר נולדו בישראל והתערו בחברה הישראלית ובתרבותה אם התקיימו בהם כל התנאים הבאים: (1) הילד נולד בישראל, וחי בה ברצף; (2) עד ליום 31.12.2005 יגיע הילד לגיל 10 (3) הורי הילד נכנסו לישראל כדין טרם לידת הילד; (4) הילד לומד/למדה בבית ספר בישראל, דובר את השפה העברית, והרחקתו מישראל תהא כרוכה ב"הגליה תרבותית" למדינה שאין לו אליה זיקה תרבותית. שר הפנים אף הוסמך להעניק רישיון לשיבת ארעי להורי הילד וכן לאחיו, ובלבד שאלה מתגוררים עימו במשק בית משותף בישראל ברציפות מיום לידתו. במסגרת ההחלטה נאמר כי היא "הסדר חד-פעמי לשעה".

החלטת ממשלה מס' 156, מיום 18.6.2006, תיקנה את החלטת ממשלה מס' 3807 והקלה את התנאים שנקבעו בה. בהחלטה החדשה נקבע לדוגמה כי די שהילד נמצא בישראל וחי בה ברצף לפחות 6 שנים ובלבד שנכנס לישראל בטרם מלאו לו 14 שנה. עוד נקבע בהחלטה זו כי אין צורך בשהייה ברצף באופן מלא, וכי ביציאה קצרה לביקור מחוץ לישראל אין משום שבירת רצף לעניין זה. גם בהחלטה זו נאמר כי היא "הסדר חד-פעמי לשעה הנעשה לפנים משורת הדין, ומשכך אין בה כדי לשנות את מדיניות הממשלה בתחום זה".

החלטת ממשלה מס' 2183, מיום 1.8.2010, אימצה המלצות שהגישה הוועדה הבין-משרדית לעניין מעמד ילדי השוהים שלא כחוק ובני משפחותיהם בישראל. ההחלטה הרחיבה עוד יותר את מסגרת הזכאות החריגה למעמד בישראל. שר הפנים הוסמך להעניק רישיון

**”החלטות ממשלה
עיתיות ביחס
לאוכלוסיות שכבר
נמצאות כאן יוצרת
חולשה בעצם
הגדרת השוהים
הבלתי־חוקיים
כבלתי חוקיים. הם
נתפסים כממתינים
להחלטת ממשלה
חדשה בעניינם”**

לישיבת קבע בישראל, לפי חוק הכניסה לישראל, התשי”ב-1952, לילד השווה בישראל שלא כחוק, ובלבד שיתקיימו לגביו כל התנאים הבאים (בניסוח כללי): (1) בשנת הלימודים התש”ע הילד למד במערכת החינוך; (2) הילד רשום לשנת הלימודים התשע”א; (3) במועד קבלת ההחלטה הילד מתגורר בישראל ברצף 5 שנים; (4) הילד דובר עברית; (5) הורי הילד נכנסו לישראל באשרה כלשהי, אפילו של תייר. שר הפנים אף הוסמך להעניק רישיון לישיבת ארעי להורי הילד ולאחיו אם הם מתגוררים במשק בית משותף. גם בהחלטה זו נאמר כי אין היא אלא –

”הסדר חד־פעמי לשעה הנעשה לפנים משורת הדין, ומשכך, אין בה כדי לשנות את מדיניות הממשלה בתחום זה. הממשלה מבהירה כי תנאי הסדר זה לא יחולו על זרים שיכנסו למדינת ישראל בכל דרך בעתיד, ולא על מי ששוהים בה שלא בהתאם לכללים שנקבעו בהחלטה זו”.

ההחלטות השונות ביחס לילדי עובדים זרים חרגו כמובן מעקרונות מדיניות השבות כיוון שאוכלוסיות אלו אינן זכאיות לאזרחות על פי חוק השבות ואינן עומדות בקריטריונים להתאזרחות על פי חוק האזרחות.

בנקודה זו חשוב להבחין בין שני סוגי החלטות ממשלה עיתיות: בין מקרים שבהם החלטות הממשלה מאפשרות לקבוצות בעלות מאפיינים ייחודיים מחו”ל לקבל מעמד בישראל (כגון לוחמי צד”ל והפליטים מווייטנאם) לבין מקרים שבהם החלטת הממשלה מאזרחת בדיעבד אוכלוסייה גדולה ששוהה כבר בארץ שלא כדין (או שלה רישיון זמני שעתיד לפקוע). במקרים מן הסוג מדובר באירועים נקודתיים שניתן לשלוט בהן ולתחום את היקפם כמאורעות חד־פעמיים. שונה הוא המצב, מבחינת מדיניות, בכל הנוגע למקרים מן המין השני. החלטות ממשלה עיתיות ביחס לאוכלוסיות שכבר נמצאות כאן יוצרות תמריץ בקרב אותן אוכלוסיות להשתקעות. הלוא מי יודע? שמא בהחלטת הממשלה הבאה ייכללו גם הן בנתח שיוכשר?

יתרה מזאת, החלטות ממשלה עיתיות ביחס לאוכלוסיות שכבר נמצאות כאן יוצרת חולשה בעצם הגדרת השוהים הבלתי־חוקיים כבלתי חוקיים. הם נתפסים כממתינים להחלטת ממשלה חדשה בעניינם; ולמסגור זה נודעת השפעה רבה הן מבחינת התמריצים להשתקעות, הן מבחינת היכולת האפקטיבית לבצע אכיפה. לראיה – משפחות עובדים זרים בלתי חוקיים עם ילדים כמעט שאינן מורחקות מישראל אף אם אין הן כלולות באף החלטת ממשלה מן העבר.

”ממשלת ישראל מעולם לא קבעה יעדים שנתיים או רב־שנתיים ביחס לאוכלוסיית הזרים בישראל. כאשר המטרות מוגדרות וברורות, הרשויות השונות נדחקות למצוא פתרונות יצירתיים על מנת לעמוד ביעדים”

מוצע כי תינתן החלטת ממשלה אשר תקבע כי ביחס לאוכלוסיות שנמצאות בישראל לא יינתן מעמד בהחלטת ממשלה קבוצתית אלא אך ורק בבחינה פרטנית על פי שיקול דעת שר הפנים – בעילות הומניטריות ובעילות פליטות מובהקות זאת על מנת שלא לפרום את עקרון השבות כמטריית המדיניות שמבטיחה את היותה של מדינת ישראל מדינת לאום גם בעתיד. מדיניות חד־משמעית שכזו אף תואמת את העקרונות שנקבעו בחקיקה, כפי שנסקר לעיל בהרחבה, ולא תפתח תקוות שווא ותמריצי השתקעות בקרב שוהים בלתי חוקיים. ודאות משפטית היא המפתח לשלטון החוק ולמימוש המדיניות בדמוקרטיה.

10. היעדר יעדים ממשלתיים

ממשלת ישראל מעולם לא קבעה יעדים שנתיים או רב־שנתיים ביחס לאוכלוסיית הזרים בישראל. בהיעדר יעדים, מתעורר קושי בשני מישורים: ראשית לא ברור לגורמים המנהליים, או אפילו לשר הפנים, מה מצופה מהם ומה עליהם להשיג; שנית, מתעורר קושי ניהולי אשר מכביד על היכולת לתכלל גורמים שונים ברשות המבצעת ובזרועות המנהל לשם מטרה משותפת, ברורה וממוקדת. לדוגמה, אם ממילא ישנה עזיבה מרצון של שוהים בלתי חוקיים, וניתן להציג מספרים של עזיבה מרצון, ישנו קושי משמעותי ביכולת הניהולית להניע גורמים שונים לפעול כחטיבה אחת לשם הגדלת מספר העזיבות מרצון. לעיתים כלל לא ברור לגורמי המנהל שזו אכן המטרה, שכן היא מעולם לא הוגדרה בבירור.

כאשר המטרות מוגדרות וברורות, הרשויות השונות נדחקות למצוא פתרונות יצירתיים על מנת לעמוד ביעדים. חוקים שונים שהפכו לאות מתה (כגון תקנות פיקדון עובדים זרים) יקומו כך לתחייה; זכויות יומשו (כגון בעניין גביית ההוצאות שנפסקו לטובת המדינה); עמדת המדינה במסגרת הליטיגציה תשופר בהתאם; כוח האדם יוקצה בצורה יעילה יותר לשם עמידה במטרות ועוד ועוד. יעדים ותמריצים הם מה שייצר את הפתרונות שכרגע אינם.

בהתאם, מוצע כי תיקבע תוכנית חומש ליעדים בניהול
ההגירה לישראל:

- (1) תיירים שאשרתם פגה: הפחתת מספרם הכולל (יוצאים בניכוי חדשים) ב־5,000 מדי שנה. כיום, מספרם עומד על כ־58 אלף.
- (2) מסתננים: הפחתת מספרת הכולל ב־6,000 מדי שנה. כיום, העזיבה מרצון עומדת על כ־3,000 בשנה ומספרם הכולל עומד עד 31,000 איש (ללא ילודה).
- (3) עובדים זרים בלתי חוקיים: הפחתת מספרם הכולל ב־2,250 מדי שנה. כיום, מספרם הכולל עומד על 18,600 נפש והוא מצוי במגמת עלייה שנתית.
- (4) הרחקות: ביצוע 10,000 הרחקות שנתיות לפחות. כיום, מתבצעות כ־7,000 הרחקות בלבד.
- (5) קמפיין עזיבה מרצון: יש להקים קמפיין לעידוד עזיבה מרצון; לבנות אתר אינטרנט ייעודי בשפות הרלבנטיות; ליצור פרסום ולהקים משרדי שטח; להקצות כוח אדם ולבנות מאגר מידע עם פרטי המתעניינים; ליצור תוכנית עידוד לזמן קצוב של שנה הכוללת הגדלת מענק עזיבה שלאחריה יוגדלו הסנקציות על שהייה בלתי חוקית.



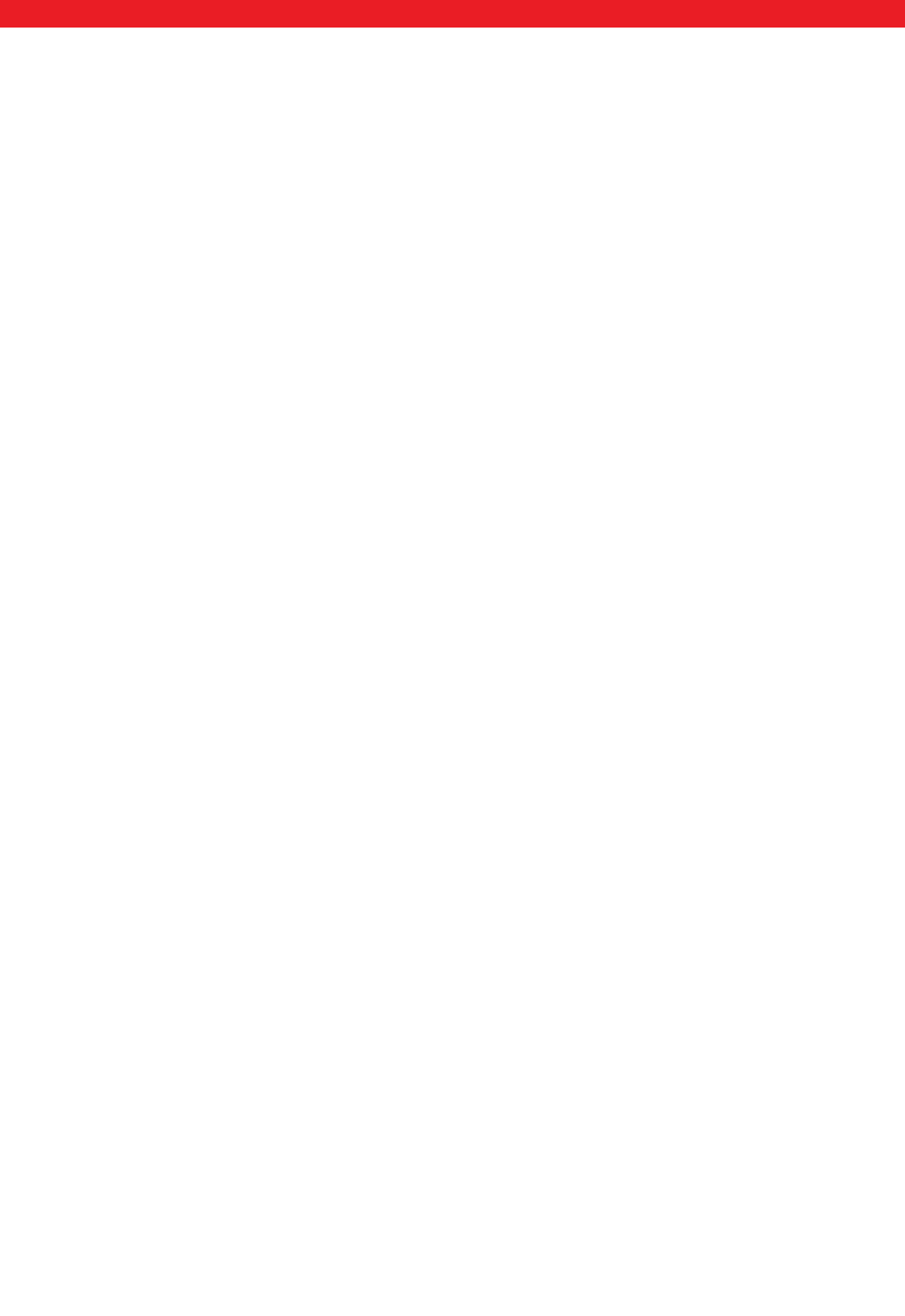


סיכום

במסגרת נייר זה נסקרו סוגיות רבות שהתנהלותה של מדינת ישראל בהן מכרסמת בתוקפה של מדיניות השבות כמדיניות ההגירה הכללית, מכוח חוק, של מדינת ישראל. המשותף לכלל הסוגיות הללו הוא היותן התפתחויות חוץ-חוקיות. מעין ממזרות דמוקרטית – בין כשמדובר בכשל של הרשות המבצעת, אשר אינה מיישמת את החוק ובכך פוגעת בעקרון שלטון החוק ובמדיניות השבות; בין כשמדובר ביצירת מערכת נורמות מקבילה וסותרת לחוק על ידי בית המשפט או במעורבות בעיצוב המדיניות מטעם הייעוץ המשפטי לממשלה ומשרד המשפטים. במדינת ישראל נוצר מצב מדאיג שבו ישנה מדיניות הגירה חוקית ברורה – חוק השבות יחד עם חריגים במקרים פרטניים על פי שיקול דעת שר הפנים – אולם בפועל נוהגת בה מדיניות כאוטית ובלתי צפויה; מדיניות השונה מהחוק ואשר מעולם לא התקבלה במנגנון הכרעה דמוקרטי.

מדיניות השבות מלווה את הרעיון הציוני למן הקונגרס הראשון, דרך הכרזת העצמאות ועד לספר החוקים של מדינת ישראל. מדיניות השבות מקנה זכות עלייה ליהודים כפרטים; היא מדיניות ההגירה הכללית הנוהגת על פי חוק במדינת ישראל; היא גם מגדירה את התשליל של מדיניות ההגירה – מי לא צריך להיכנס בשערי ישראל; היא הזכות הקולקטיבית של העם היהודי לחיות במדינת לאום; והיא האסטרטגיה לשימור והגנה על מדינת ישראל בצביון שיהיה ביטוי לזכות הלאומית היהודית להגדרה עצמית בארץ ישראל.

המידע, הצעות המדיניות, והתיאור המחקרי של התופעות שהופיעו בנייר זה נועדו להניח תשתית לקראת השבת מדיניות השבות למקומה החוקי והראוי. זהו ניסיון לקדם את שלטון החוק בישראל, את עצם העיקרון של מנגנון ההכרעה הדמוקרטי וריבונות ה"דמוס", וכן לוודא שמדינת ישראל תיוותר מדינת הלאום של העם היהודי בדורות הבאים.





נספח: ריכוז הצעות המדיניות

סעדים זמניים

בתי המשפט מעניקים באופן אוטומטי לזרים הפותחים בהליך משפטי סעדים זמניים שמוותרים אותם בישראל עד למתן פסק דין חלוט בתום הערעורים השונים. המשמעות היא תמריץ לפתיחת הליכי סרק יחד עם קביעת עובדת ההשתקעות בשטח. משך האכיפה בפועל מתארך מאוד, הילודה גוברת ונוצר ותק היטמעות בישראל – ולבסוף יש לכל אלו, לא פעם, גם השפעה על התוצאה המשפטית בשאלת המעמד ההומניטרי.

יש לפלח, בחקיקה, את הקבוצות השונות של הזרים בישראל ולזקק נסיבות אשר מצדיקות קביעה מפורשת שלפיה לא יינתנו צווי ביניים אלא מטעמים מיוחדים שיירשמו. הנסיבות שיימנו יהיו אינדיקציה חזקה להחלשת ההצדקה הקטגורית לסעדים זמניים. להלן ההצעות המרכזיות לנסיבות שבהן ניתן להמשיך במצב המשפטי הקיים ונסיבות שבהן ככלל אין להעניק סעדים זמניים אלא מטעמים מיוחדים שיירשמו:

(1) עובדים זרים (עילה הומניטרית שאינה רפואית): עובדים זרים אינם מגיעים מארצות המוכרות כיוצרות עילת פליטות. לפיכך אין כל מניעה שעובדים זרים הטוענים לעילה הומניטרית – שאינה בזיקה למצבו ההומניטרי של המעסיק ושאינה בזיקה למצב חירום רפואי של העובד הזר – ינהלו את ההליך המשפטי מארץ מוצאם אם יחפצו בכך. זאת ממש כפי שנהוג בהליך המדורג ובהסדרת מעמדם של בני/בנות זוג זרים בישראל.

(2) תיירים שאשרתם פגה ועובדים זרים שרישיונם פג: כאשר לפנינו זר שנכנס לישראל באשרת תייר, שהה בה לאחר תפוגת רישיונו שלא כדין והחל באיחור בניסיון משפטי להסדיר את מעמדו, וכן כאשר לפנינו עובד זר לא חוקי, הרי שההצדקה להעניק בעניינם

סעדים זמניים חלשה באופן מיוחד. ככלל אין להעניק במקרה מעין זה סעד זמני שיעכב את הרחקתם.

(3) מסכת עובדתית מתחלפת: מצב שבו זר הציג מסכת עובדתית שונה בשלבים שונים גורע מאמינות טענותיו ומאבד את ההצדקה למתן סעדים זמניים.

(4) בקשה להליך מדורג לאחר שהייה שלא כדיון: אין לאפשר מתן סעדים זמניים במקרה שבו עורר שהה בישראל שלא כדיון ולאחר ששהה זמן־מה שלא כדיון יצר קשר זוגי וביקש להתאזרח במסגרת הליך מדורג.

בנוסף מוצע לתקן את תקנות הכניסה לישראל (סדרי הדין והמינהל בבית דין לעררים), התשע"ד–2014, כך שתיקבע חובת הפקדת ערובה בעת בקשת סעד זמני יחד עם פסיקת הוצאות מוגדלות אם הערר יידחה.

הוצאות משפט

מדינת ישראל התרשלה ומעולם לא גבתה, עד כה, הוצאות שנפסקו לטובתה בבית הדין לעררים (בית הדין המנהלי בתחום ההגירה). על מדינת ישראל לעמוד על כך שייפסקו לטובתה הוצאות מוגדלות במקרים המצדיקים זאת ולדאוג לגבייה מלאה של ההוצאות שנפסקו לטובתה – כל זאת כדי לייצר מחיר לניהול הליכי סרק בתחום ההגירה ולייצר תמריץ שלילי במטרה למנוע אותם.

ניתוב תיקים

96% מהערעורים המנהליים בתחום ההגירה מנותבים לשופטים ברק־ארז ופוגלמן בלבד. הרכבים נוצרים כך ששני השופטים משובצים למותב ויוצרים רוב, ופסקי דין ניתנים לעיתים מבלי שהתקיים דיון.

סעיף 12(א) לחוק בתי משפט לעניינים מינהליים, התש"ס–2000, יתוקן כך שנשיא בית המשפט העליון לא יוכל לקבוע אילו שופטים ידונו בבקשות רשות ערעור על פסקי דין בתחום ההגירה בנפרד מהתחום המנהלי כולו ויידרש אישור שנתי של הכנסת למינוי מעין זה; על מייצגי המדינה לדרוש לקיים דיון בכל הליך קודם שעמדת המדינה נדחית; ויש לפעול להחלת נוהל יצירת ההרכבים בבג"ץ על בית המשפט העליון.

ניכוי כספי פיקדון עובדים זרים

מדינת ישראל התרשלה ונמנעה, עד כה, כמעט לחלוטין, מיישום תקנות עובדים זרים (פיקדון לעובדים זרים), התשע"ו-2016. בפועל, המדינה איננה מנכה מכספי פיקדון העובדים הזרים את הסכומים שעליה לנכות – על פי דין – במקרים של שהייה בלתי חוקית של עובדים זרים. מדובר בסכום העולה לסך 40 מיליון שקלים מדי שנה. עד כה אבדו למעלה מ-200 מיליון שקלים לקופת המדינה. מדובר באובדן של תמריץ כלכלי אדיר לשמירה על החוק ובחוסר שימוש בכלי להכוונת התנהגות שומרת חוק. נוסף על כך, מדובר בכספי ציבור שהיו יכולים להגדיל ב-45% – הם כשלעצמם – את כוח האדם בתחום האכיפה של שהייה בלתי חוקית. על המדינה לפעול על פי דין ולנכות את הכספים בני הניכוי. מדובר בכספים שמונחים בפיקדון בניהול המדינה, ועלות גבייתם היא אפס.

איון הפרוצדורה והרחבת העילות בידי בית המשפט; ליטיגציה חלשה מטעם המדינה בתחום ההגירה; ומעורבות משרד המשפטים בעיצוב דיני ההגירה

פסיקת בית המשפט מרוקנת את הפרוצדורה החוקית בדיני ההגירה, מרחיבה את העילות ההומניטריות הקיימות ואף יוצרת עילות הומניטריות חדשות. ייצוג המדינה בפני בית המשפט חלש: ישנה הכרה בעילות חדשות בניגוד למדיניות הממשלתית ורק מחמת הגשת עתירה; ישנה הכרה בעובדות שלא הוכחו; ישנן הימנעות מערעור והענקת מעמד יזומה ללא עילה חוקית ועוד. במקביל, מתגברת מעורבותו של משרד המשפטים בעיצוב מדיניות ההגירה ובאימוץ דוקטרינות משפטיות חדשות (כגון "טובת הילד") שמעולם לא נקבעו בהלכה בבית המשפט.

על שר הפנים למנות פרויקטור שיִתְכַלל ויכווין את ייצוג המדינה בתחום ההגירה מטעמו. יש לקבוע נוהל פנימי שיחייב להביא לאישור השר כל מקרה של הכרה בעילה חדשה (כמו מילת נשים); של הסכמות מצד המדינה להעניק מעמד במסגרת הליך משפטי; של התחייבויות מנהליות רוחביות; של הימנעות מערעור על קביעות עם השלכות וכדומה. במקרים הדורשים זאת, יש לדרוש ייצוג עצמאי מול בית המשפט העליון.

על מייצגי המדינה לטעון כי הזכות החוקתית המוגנת, של הקולקטיב, היא מדיניות השבות. עוד יש להקפיד ולדרוש מבית המשפט להשיב להכרעת שר הפנים כל תיק מנהלי – אף לאחר הפעלת ביקורת שיפוטית. וזאת שכן הגורם המוסמך הבלעדי להעניק מעמד או לשלול מעמד הוא שר הפנים.

בלימת רצף החלטות הממשלה הסודקות את מדיניות ההגירה

לאורך השנים, ממשלות ישראל קיבלו החלטות שונות שהעניקו מעמד קבוצתי באופן שחורג ממדיניות השבות. כך לדוגמה אירע בהחלטות החוזרות-ונשנות ביחס לילדי עובדים זרים. על הממשלה לקבוע בהחלטה כי מעתה והלאה לא יינתן מעמד קבוצתי לאוכלוסיות שנמצאות בישראל ולחבריהן לא יינתן מעמד אלא בבחינה פרטנית על פי שיקול דעת שר הפנים. תכליתה של החלטה זו היא להימנע מפרימת עקרון השבות כמטריית המדיניות שמבטיחה את היותה של מדינת ישראל מדינת לאום גם בעתיד. מדיניות חד־משמעית שכזו אף תואמת את העקרונות שנקבעו בחקיקה, ולא תפתח תקוות שווא ותמריצי השתקעות בקרב שוהים בלתי חוקיים. ודאות משפטית היא המפתח לשלטון החוק ולמימוש המדיניות בדמוקרטיה.

קביעת יעדים

עד כה מדינת ישראל מעולם לא קבעה יעדים בתחום שההייה הבלתי חוקית בישראל. מוצע כי תיקבע תוכנית חומש ליעדים בניהול ההגירה לישראל:

(1) תייריים שאשרתם פגה: הפחתת מספרם הכולל (יוצאים בניכוי חדשים) ב־5,000 מדי שנה. כיום מספרם עומד על כ־58,000.

(2) מסתננים: הפחתת מספרת הכולל ב־6,000 מדי שנה, כיום העזיבה מרצון עומדת על כ־3,000 איש בשנה ומספרם הכולל עומד עד 31,000 איש ללא ילודה.

(3) עובדים זרים בלתי חוקיים: הפחתת מספרם הכולל ב־2,250 מדי שנה. כיום, מספרם הכולל עומד על 18,600 והוא מצוי במגמת עלייה שנתית.

(4) הרחקות: ביצוע 10,000 הרחקות שנתיות לפחות. כיום מתבצעות כ־7,000 הרחקות בלבד.

(5) קמפיין עזיבה מרצון. יש להקים קמפיין לעידוד עזיבה מרצון; לבנות אתר אינטרנט ייעודי בשפות הרלבנטיות; ליצור פרסום ולהקים משרדי שטח; להקצות כוח אדם ולבנות מאגר מידע עם פרטי המתעניינים; וליצור תוכנית עידוד לזמן קצוב של שנה הכוללת הגדלת מענק עזיבה שלאחריה יוגדלו הסנקציות על שהייה בלתי חוקית.

- 1 בסעיף הראשון נקבע כי מועצת המדינה הזמנית היא הרשות המחוקקת, ובסעיף השלישי נקבע כי כל חוקי המדינה שהיו בחוקף ביום סיום המנדט נותרים על כנם.
- 2 קצרה יריעת נייר זה מלדון בשאלת "מיהו יהודי?" אשר משליכה במידה דרמטית על היקף תחולת זכות השבות ועל היקף תופעת ההגירה החוקית.
- 3 מאקס יצחק בודנהיימר **דרכי לציין** 116-74 (מאיר מוהר מתרגם 1953).
- 4 סטיב ישראל, "דמוגרפיה יהודית בת־זמננו: הציונות והקמתה של מדינת ישראל" (חוה בוקה מתרגמת; אתר הספרייה הווירטואלית של מט"ח).
- 5 דברי הכנסת, כרך VI וחברות לילה, מושב שני, ירושלים: 1950, בעמ' 2035.
- 6 סעיף 3 לחוק האזרחות קובע כי העומד בקריטריונים הבאים יהיה זכאי לאזרחות גם אם אינו זכאי על פי חוק שבות: מי שערב הקמת המדינה, 15.5.48, היה נתין ארצישראלי ולא נכנס לישראל שלא כדין בין התאריכים האמורים. זכאות זו הוענקה גם למי שנולד לאחר קום המדינה, ואביו או אימו זכאים לאזרחות.
- 7 אלכסנדר יעקובסון ואמנון רובינשטיין **ישראל ומשפחת העמים: מדינת לאום יהודית וזכויות האדם** 224 (2003).
- 8 יונן כהן "מארץ מקלט לארץ בחירה: שינויים בדפוסי המקלט לישראל" **סוציולוגיה ישראלית** ד(1) 39, 40 (2002).
- 9 על פי נתוני הלמ"ס: https://www.cbs.gov.il/he/publications/DocLib/isr_in_n/isr_in_n18h.pdf.
- 10 ראו למשל דברי הנשיא אגרנט בבג"ץ 442/71 **לנסקי נ' שר הפנים**, פ"ד כו (2) 337,399 (1972): "זכות־העליה, המוענקת לכל יהודי לפי חוק השבות ושמאחוריה עומדת שאיפת העם, עתיקת־הימין, של 'זשבו בנים לנבולם', היא בעלת חשיבות ראשונה במעלה. עליכן, אחריות גדולה מוטלת על מי שמחליט למנוע מיהודי פלוני את מימושה של זכות זו". ראו גם דברי השופט רובינשטיין בבג"ץ 10226/08 **זבידונסקי נ' שר הפנים** (נבו 2.8.2010), פסקה ג' לפסק דינו: "אין כחוק השבות תשי"י-1950 מבטא את ייחודה של מדינת ישראל, ובאמרו בסעיף 1 בו 'כל יהודי זכאי לעלות ארצה' הפנים המחוקק בחמש מלים, הא ותו לא, את כל תורת הציונות כולה על רגל אחת".
- 11 בג"ץ 4908/10 **בריאון נ' כנסת ישראל**, פ"ד סד(3) 275 (2011).
- 12 להרחבה בעניין הזכות למדינת לאום ראו אסף מלאך "תקפות הטיעונים בזכות מדינת הלאום במקרה הישראלי" **משפט, מיעוט וסכסוך לאומי** 123 וראיף זריק ואילן סבן עורכים 12017.
- 13 מקס ובר **הפוליטיקה בתורת מקצוע** (אפרים שמואלי מתרגם 1961).
- 14 לעניין זה ראו בג"ץ 7052/03 **עדאלה - המרכז המשפטי לזכויות המיעוט הערבי בישראל נ' שר הפנים**, פ"ד סא(2) 202 (2006); בג"ץ 466/07 **ח"כ והנה גלאון - יו"ר סיעת מר"צ ייחד נ' היעוץ המשפטי לממשלה** (נבו 11.1.2012).
- 15 https://data.worldbank.org/indicator/SP.POP.GROW?locations=IL&most_recent_value_desc=true
- 16 יגאל מרזל "על שיקול דעתו (הרחב) של שר הפנים לפי חוק הכניסה לישראל, התשי"ב-1952" **ספר אדמונד לוי** 251, 268 (אהוד גורדון עורך 2017).

- 17 ראו דיון במליאת הכנסת על חקיקת חוק הכניסה לישראל: ד"ר 27.8.1952, 3167.
- 18 יש לציין כי נדרשת גם הצהרת נאמנות לפי סעיף 5(ג) לחוק האזרחות.
- 19 הפסיקה לאורך השנים הרחיבה את גבולות סעיפים אלו. לדוגמה, בבג"ץ 2355/98 **סמקה נ' שר הפנים**, פ"ד נג(2) 728 (1999), נקבעה הלכה שלפיה משרד הפנים מחויב להעניק מעמד אזרחי לבני זוגם הזרים של אזרחים ישראלים. עד אז, חייב משרד הפנים את בני הזוג הזרים לעזוב את ישראל כתנאי לבחינת כנות הקשר, רישום הנישואים והפיכתם לתושבי ישראל. בג"ץ כפה על שר הפנים להפוך את קליטת בני המשפחה לכלל חדש עם תכנינים וזאת חלף היוצא מן הכלל על פי שיקול דעת פרטי. בכך נפגע הרציונל שבבסיס החוק ובמדיניות השבות כמדיניות ההגירה הכללית הבלעדית של מדינת ישראל.
- 20 ראו דבריו של ח"כ לשעבר ישראל בריהודה בדיוני הכנת החוק לקריאה ראשונה: ד"ר 13.5.1952, 2020.
- 21 https://www.gov.il/he/departments/policies/handling_political_asylum_seekers_in_israel
- 22 אמנה בדבר מעמדם של פליטים, כ"א 3, 5 (אשררה ב-1 באוקטובר 1954).
- 23 https://www.gov.il/he/departments/policies/provision_grandson_jewish_status_2013
- 24 נוהל מתן רישיון שהייה בישראל: בנים ונכדים לחסידי אומות העולם (מספר נוהל: 15.2.00032).
https://www.gov.il/BlobFolder/policy/procedure_for_license_to_stay_in_israel_children_and_grandchildren_righteous/he/5.2.0032.pdf
- 25 https://www.gov.il/he/departments/policies/permit_parent_of_soldier_procedure
- 26 יואב דותן "החובה לקבוע כללים מנהליים" **משפטים** כג 437, 450 (1994).
- 27 "66 הפליטים מוייטנם מוכנים לבוא לישראל: הכנות לטיסתם" **מעריב** 22.6.1977
<https://www.nli.org.il/he/newspapers/mar/1977/06/22/01/article/77/?e=-----he-20--1--img-1|txIN%7ctxTI-----1>
- 28 חוק אנשי צבא דרום לבנון ומשפחותיהם, התשס"ה 2004.
- 29 החלטה 3807 של הממשלה ה'30 "הסדר לשעה למתן מעמד לילדי שוהים בלתי-חוקיים, הוריהם ואחיהם הנמצאים בישראל" (26.6.2005); החלטה 156 של הממשלה ה'31 "הסדר לשעה למתן מעמד לילדי שוהים בלתי-חוקיים, הוריהם ואחיהם הנמצאים בישראל - תיקון החלטה" (18.6.2006); החלטה 2183 של הממשלה ה'32 "הסדר לשעה למתן מעמד לילדי שוהים שלא כחוק, הוריהם ואחיהם הנמצאים בישראל" (1.8.2010).
- 30 החלטה 2948 של הממשלה ה'29 "שארית יהודי אתיופיה" (16.2.2003) בדבר העלאת קהילת הפלשמורה. אחריה הגיעו החלטות ממשלה רבות לאורך השנים ביחס לקהילת הפלשמורה.
- 31 דוגמה לכך ניתן לראות בהתרחשות סביב הענקת המעמד לילדי עובדים הזרים בשנת 2004, במהלך שניסה לקדם שר הפנים דאז, אברהם פורז, ובהתנגדותו של היועץ המשפטי לממשלה. ראו להלן ליד ה"ש 90.
- 32 הנתונים הגולמיים מופיעים בדו"חות נתוני הזרים שמפרסמת רשות האוכלוסין וההגירה מעת לעת:
https://www.gov.il/he/departments/general/foreign_workers_stats
- 33 ראו הלשנה המרכזית לסטטיסטיקה, "הודעה לתקשורת: אוכלוסיית ישראל בפתחה של 2021", 31.12.2020.
- 34 החוק תוקן והתווספו לו סעיפים במשך השנים. סעיף 2 תוקן בשנת התשנ"ו 1966. סעיף 3א נוסף בשנת התשס"ג 2003.
- 35 בג"ץ 11437/05 **קו לעובד ואח' נ' משרד הפנים ואח'** (נבו) 13.4.2011.
- 36 ד"ר 16.12.1953 https://fs.knesset.gov.il/2/Plenum/2_ptm_250359.pdf.
- 37 בג"ץ 7146/12 **אדם נ' הכנסת**, פ"ד סו(1) 717; בג"ץ 7385/13 **גברילאסי נ' הכנסת** (נבו) 22.9.2014; בג"ץ 8665/14 **דסטה נ' הכנסת** (נבו) 11.8.2015.
- 38 לי ירון "רשות האוכלוסין: מנענו כניסת אזרחי רוסיה בשל זינוק במספר מבקשי המקלט מהמדינה" הארץ 26.12.2019.
- 39 "בקשות שהוגשו לאיחוד משפחות 2000-2019 - נכון ליום 31.8.2019", לפי בקשת חופש מידע מאת רשות האוכלוסין וההגירה, 17.3.2020. (https://foi.gov.il/he/applications_for_family_reunion)
- 40 אין נתונים רשמיים שכן מדובר בתנועה בלתי מתועדת. הערכות מערכת הביטחון מגיעות עד כדי 70 אלף פלסטינים אשר שוהים בישראל בניגוד לחוק. ראו דני רובינשטיין "הכלכלה הפלסטינית: שובם של הפועלים לישראל" **כלכליסט** 9.2.2009; ליאור אקרמן "חופעת השב"חים: ישראל מפקירה כיועין את גורלכם" **מעריב** 9.7.2016.

- 41 https://www.pewresearch.org/global/wp-content/uploads/sites/2/2019/11/PG_2019.11.13_EU-Unauthorized_FINAL.pdf; <https://www.pewresearch.org/global/2019/11/13/four-countries-account-for-the-majority-of-europes-unauthorized-immigrant-population/>
- 42 <https://www.gov.il/BlobFolder/reports/2018-annual-report/he/Annual-Report-2018.pdf>: 2018 לעררים משנת
- 43 סעיף 94 לתקנות סדר הדין האזרחי, התשע"ט:2019.
- 44 יצחק זמיר **הסמכות המינהלית** כרך ד 2932-2936 (2017); בג"ץ 345/61 אל-כאזן נ' מנהל שירות השידור, פ"ד טו 2364, 2366 (1961); עע"מ 6707/13 אפרם ממו נ' משרד הפנים - מדינת ישראל (נבו) 17.12.2013; עע"מ 7143/15 זמר נ' הוועדה המקומית לתכנון ובנייה חוף השרון (נבו) 7.1.2016.
- 45 ראו לעניין זה עע"מ 3692/08 קדאלי נ' משרד הפנים (נבו) 14.5.2008; עע"מ 4466/09 לאלי קורדילאמה לילי דאס נ' משרד הפנים (נבו) 26.5.2009; עע"מ 7094/12 דויטשוילי נ' מדינת ישראל, משרד הפנים (נבו) 13.1.2013; עע"מ 6754/13 שרסטה נ' משרד הפנים (נבו) 16.2.2014; עע"מ 641/17 פרצ'יק נ' משרד הפנים (נבו) 17.5.2017.
- 46 *Francois v. Wilkinson*, 592 U. S. ____ (2021)
- 47 בג"ץ 2933/20 גוטייר נ' היועץ המשפטי לממשלה (נבו) 18.5.2020.
- 48 כביכול ישנו חריג, בר"מ 5336/19 פלונית נ' משרד הפנים רשות האוכלוסין וההגירה (נבו) 12.8.2019, אך שם מדובר באישה ובנה מהפיליפינים שלא החלו בהסדרת מעמדם בעת שביקשו את צווי הביניים; ולפיכך לא נמצאה הצדקה לכך על ידי השופט שטיין.
- 49 על הבעיות החמורות בתחום גביית הוצאות ראו להלן בסעיף הבא.
- 50 בקשת חופש מידע הגושה על ידי ביום 10.9.2020. המענה לבקשה ניתן רק ביום 4.1.2021.
- 51 בר"מ 5040/18 פלונית נ' רשות האוכלוסין וההגירה משרד הפנים (נבו) 9.2.2020.
- 52 סעיף 3א(ג) לחוק הכניסה לישראל, התשי"ב-1952, וכן תקנות הכניסה לישראל וקביעת אזורים גאוגרפיים להעסקת עובדים זרים בענף הסיעוד, התשע"ד-2014.
- 53 בר"מ 8668/17 שרה רביד נ' רשות האוכלוסין וההגירה משרד הפנים (נבו) 30.10.2019.
- 54 בר"מ 6612/19 רשות האוכלוסין וההגירה נ' פלוני (נבו) 31.12.2019.
- 55 בר"מ 7696/16 סומגזי אריא נ' משרד הפנים - רשות האוכלוסין וההגירה (נבו) 4.1.2017.
- 56 בר"מ 1689/13 וולדו נ' משרד הפנים (נבו) 18.4.2013.
- 57 בר"מ 8557/19 פלוני נ' רשות האוכלוסין וההגירה ומעברי הגבול (נבו) 13.2.2020.
- 58 בר"מ 5061/15 צגטה נ' שר הפנים (נבו) 12.8.2015.
- 59 רויטל חובל "נשיאת העליון: שופטי בג"ץ לא יוכלו לבחור מי ישבו לצדם לדון בדחיית עתירות על הסף" **הארץ** 27.11.2018. ראו גם רשומה באתר התנועה למשילות ודמוקרטיה, "בעקבות פניית התנועה: נשיאת העליון משנה את נוהל קביעת ההרכבים בבג"ץ" (<http://meshilut.org/post/3091/>).
- 60 לפי סעיף 27 לחוק בתי המשפט (נוסח משולב), התשמ"ד-1984, הסמכות החוקית לקבוע הרכב נתונה לנשיא בית המשפט העליון לבדו.
- 61 קלמן ליבסקינד "העליון שבתוך העליון: כך הופקדו שני שופטים מהשמאל הליברלי על הטיפול במדיניות ההגירה" **מעריב** 29.2.2020.
- 62 ראו יישום לדוגמה של הלכה זו כבר"מ 4335/19 **סדאם עבאס חוסין רמאן נ' מדינת ישראל רשות האוכלוסין וההגירה** (נבו) 7.8.2019 וכן בכש"מ 5618/19 **פלוני נ' רשות האוכלוסין וההגירה** (נבו) 15.12.2019.
- 63 ראו יישום לדוגמה של הלכה זו בעניין (בי"ד למשמורת סהרונים) **קירה הבאנס נ' רשות האוכלוסין וההגירה** (נבו) 23.6.2019.
- 64 ראו יישום לדוגמה של הלכה זו בעמ"נ 19-45163-10 **סלים עראם ואח' נ' מדינת ישראל / משרד הפנים - רשות האוכלוסין וההגירה** (נבו) 9.1.2020.
- 65 רע"א 296/06 **ישראל שלום נ' מע"צ - החברה הלאומים לדרכים בישראל בע"מ** (נבו) 18.10.2006.

- 66 ראו לעיל ה"ש 60.
- 67 ראו Yehonatan Givati and Israel Rosenberg "How would Judges Compose Judicial Panels? Theory and Evidence from the Supreme Court of Israel", 17 J. EMPIRICAL LEGAL STUD. 317 (2020)
- 68 אין מדובר בפיקדון למסתננים על פי סעיף 4 לחוק למניעת הסתננות ולהבטחת יציאתם של מסתננים מישראל (תיקוני חקיקה והוראות שעה), התשע"ה-2014.
- 69 בקשת חופש מידע הוגשה ביום 4.1.2021. המענה ניתן ביום 3.3.2021.
- 70 פרוטוקול ישיבה 126 של ועדת העבודה, הרווחה והבריאות של הכנסת ה-23 (28.12.2020).
- 71 ראו סעיף 3א(ג) לחוק הכניסה לישראל, התשי"ב-1952, וכן תקנות הכניסה לישראל (קביעת אזורים גאוגרפיים להעסקת עובדים זרים בענף הטיעוד), התשע"ד-2014.
- 72 בר"מ 8668/17 שרה רביד נ' רשות האוכלוסין וההגירה משרד הפנים (נבו) 30.10.2019
- 73 בר"מ 6612/19 רשות האוכלוסין וההגירה נ' פלוני (נבו) 31.12.2019
- 74 בג"ץ 1911/03 האגודה לזכויות האזרח נ' שר האוצר ואח' (נבו) 12.11.2003.
- 75 פסק הדין אף החמיא למדינה כזו הלשון: "[...] יפה עשו המשיבים בכך שנתנו פירוש ליברלי להוראת החוק". על החולשה הליטיגטורית הגלומה בהסכמת המדינה ראו להלן סעיף ז'.
- 76 עמ"נ 4789-12-16 איזנברג נ' רשות האוכלוסין וההגירה (נבו) 11.9.2019.
- 77 בר"מ 5040/18 פלונית נ' רשות האוכלוסין וההגירה משרד הפנים (נבו) 9.2.2020; דנ"מ 1893/20 מדינת ישראל נ' פלונית ואח' (נבו) 6.7.2020.
- 78 על פי דו"ח UNICEF משנת 2013:
https://www.unicef.org/media/files/UNICEF_FGM_report_July_2013_Hi_res.pdf
- 79 בר"מ 1689/13 וולדו נ' משרד הפנים (נבו) 18.4.2013
- 80 בר"מ 8557/19 פלוני נ' רשות האוכלוסין וההגירה ומעברי הגבול (נבו) 13.2.2020.
- 81 עמ"נ 42184-07-19 מנדל נ' רשות האוכלוסין וההגירה (נבו) 27.1.2020
- 82 שם.
- 83 בר"מ 1546/20 מדינת ישראל נ' רשות האוכלוסין וההגירה נ' מנדל רוטשל (נבו) 8.6.2020.
- 84 עמ"נ (מינהליים ת"א) 54910-08-20 Welisarage נ' מדינת ישראל (נבו) 15.11.2020.
- 85 מפסק הדין עולה כי בחודש יוני 2018 הוצג פסטיבל סרטי גאווה בעיר הבירה של סרילנקה, קולומבו.
- 86 רויטל חובל "יועץ חיצוני שמינתה שקד מנתיב את עמדות המדינה לבג"ץ לגבי ההתנחלויות" הארץ 23.10.2017.
- 87 יובל לבנת "לתת מקלט ולא להרגיש פראירים" "המשפט ברשת": זכויות אדם: מבזקי הארות פסיקה 19, 3 (2013).
- 88 בג"ץ 7302/07 מוקד סיוע לעובדים זרים נ' שר הביטחון (נבו) 7.7.2011.
- 89 ראו לעיל ה"ש 65.
- 90 פרוטוקול ישיבה 115 של הכנסת ה-16 (3.3.2004); פרוטוקול מס' 46 של הוועדה המיוחדת לבחינת בעיית העובדים הזרים (7.12.2004).
- 91 ראו לדוגמה דוד פטר "כשילד מעניק חסינות בפני גירוש" ישראל היום 5.11.2019.
- 92 עת"מ 39058-01-20 איתן מדיניות הגירה ישראלית נ' שר הפנים ואח' (פורסם בנבו).
- 93 ע"א 7206/93 נבאי נ' נבאי, פ"ד נא(2) 241 (1997).
- 94 בש"א 1648/92 פנינה טורנה נ' דניאל צירלם משולם, פ"ד מו(3) 38 (1992). ראו קביעה דומה גם בבע"מ 8981/16 מדינת ישראל נ' פלוני (נבו) 22.11.2016.
- 95 דנג"ץ 8916/02 דימיטרוב נ' משרד הפנים - מינהל האוכלוסין (נבו) 6.7.2003.

- 96 ראו לעניין זה לדוגמה בג"ץ 7052/03 **עדאלה המרכז המשפטי לזכויות המיעוט הערבי בישראל נ' שר הפנים**, פ"ד סא(2) 202 (2006); בג"ץ 1905/03 **עכל נ' מדינת ישראל - שר הפנים** (נבו) 5.12.2010; בג"ץ 11437/05 **קו לעובד נ' משרד הפנים**, פ"ד סד(3) 122 (2011); עע"מ 5718/09 **מדינת ישראל נ' סרוך**, פ"ד סד(3) 319 (2011); בג"ץ 10533/04 **ויס נ' שר הפנים**, פ"ד סד(3) 807 (2011); עע"מ 9102/12 **קוזמינה נ' משרד הפנים רשות האוכלוסין ההגירה ומעברי הגבול** (נבו) 26.8.2014.
- 97 עע"מ 9890/09 **נוואה נ' משרד הפנים** (נבו) 11.7.2013.
- 98 ראו לעניין זה בג"ץ 4380/11 **פלונית נ' מדינת ישראל - שר הפנים** (נבו) 26.3.2017; עע"מ 10993/08 **פלונית נ' מדינת ישראל - משרד הפנים** (נבו) 10.3.2010; בר"מ 7938/17 **פלונית נ' רשות האוכלוסין, ההגירה ומעברי הגבול** (נבו) 13.9.2018; עע"מ 9890/09 **נוואה נ' משרד הפנים** (נבו) 11.7.2013.
- 99 עע"מ 10993/08 **פלונית נ' מדינת ישראל - משרד הפנים** (נבו) 10.3.2010.
- 100 בר"מ 1686/18 **פלונית נ' מדינת ישראל - משרד הפנים** (נבו) 13.5.2018. ההדגשות שלי.
- 101 עע"מ 1086/09 **רבי אליעזר קרוז נ' שר הפנים** (נבו) 7.7.2009.
- 102 ראו לדוגמה בר"מ 7938/17 **פלונית נ' רשות האוכלוסין, ההגירה ומעברי הגבול** (נבו) 13.9.2018; בר"מ 446/18 **פלונית נ' מדינת ישראל - משרד הפנים** (נבו) 24.7.2019; עע"מ 471/12 **מדינת ישראל נ' אנגי בוטנג** (נבו) 8.7.2012.
- 103 סעיף 3 לאמנה בדבר זכויות הילד, כ"א 31, 221 (אושררה ונכנסה לתוקף ב־1991).
- 104 ראו לעיל ה"ש 27, 28, 30.



חברות נוספות בסדרה



סיון תש"פ - יוני 2020
נייר מדיניות מס' 60



סיון תש"פ - יוני 2020
נייר מדיניות מס' 59



אדר תש"פ - מרץ 2020
נייר מדיניות מס' 58



תשרי תשפ"א - ספטמבר 2020
נייר מדיניות מס' 64



אלול תש"פ - ספטמבר 2020
נייר מדיניות מס' 62



אב תש"פ - אוגוסט 2020
נייר מדיניות מס' 61



אלול תש"פ - ספטמבר 2020
נייר מדיניות מס' 67



תשרי תשפ"א - אוקטובר 2020
נייר מדיניות מס' 66



אלול תש"פ - ספטמבר 2020
נייר מדיניות מס' 65



ניסן תשפ"א - מרץ 2021
נייר מדיניות מס' 70



ניסן תשפ"א - מרץ 2021
נייר מדיניות מס' 70



כסלו תשפ"א - נובמבר 2020
נייר מדיניות מס' 68

פורום קהלת

פורום קהלת הוא מכון מחקר השוכן בירושלים ופועל לעיגון מעמד הקבע של ישראל במדינת הלאום של העם היהודי, לחיזוק הדמוקרטיה הישראלית, קידום חירות הפרט ועידוד יישום עקרונות השוק החופשי בישראל. הפורום איננו מפלגתי ונשען על מקורות עצמאיים פרטיים ללא מימון ישיר או עקיף ממדינת ישראל או מכל ישות מדינית אחרת. כל תוצרי הפורום מוגשים למקבלי ההחלטות ולציבור ללא תמורה.



פורום קהלת (ע"ר)

רח' עם ועולמו 8
ירושלים, 9546306

טל' 02-6312720
פקס' 077-318-2028

office@kohelet.org.il
www.kohelet.org.il

ISBN 978-965-7674-87-1



9

789657674871