

הסגת גבול: מעצר של מבקשי מקלט בשוליים המתרחבים של המשפט הפלילי

המאמר מתחקה אחר ההבניה המשפטית של מדיניות השיטור והגבלת החירות הנוהגת כלפי מבקשי מקלט בישראל ומראה כיצד הפעולות הננקטות כלפי מהגרים ללא מעמד עומדות בזיקה הדוקה עם השיטור הפלילי. עיון בהצדקות להטלת הגבלות ואמצעי פיקוח על מהגרים מצביע על חפיפה גוברת בין אופני השיטור והגבלת החירות בתחום הפלילי לבין אלו שבתחום המנהלי. מצב זה עומד בניגוד לסיווגים שנוקטים דיני ההגירה והמשפט הפלילי ובניגוד לרציונלים המוצהרים של ענפי משפט אלו. ההבנה שהפעולות השלטוניות כלפי מבקשי מקלט מבטאות תמורות במדיניות השיטור והענישה בישראל מאפשרת להעריך מחדש את ההצדקות המקובלות להגבלת חירותם של מבקשי מקלט בישראל; בה במידה היא מחייבת אימוץ חלקי של ההגנות ההליכיות הנוהגות במשפט הפלילי.

If the law is evidently partial and unjust, then it will mask nothing, legitimize nothing, contribute nothing to any class's hegemony. The essential precondition for the effectiveness of law, in its function as ideology, is that it shall display an independence from gross manipulation and shall seem to be just. It cannot seem to be so without upholding its own logic and criteria of equity; indeed, on occasion, by actually *being* just.¹

א. מבוא

מאמר זה בוחן את מיסוד מדיניות השיטור והגבלת החירות כלפי מבקשי מקלט בישראל ואת הבנייתה באמצעות המשפט. אטען, כי מדיניות זו היא מקרה גבול של מדיניות השיטור והענישה הכללית הנוהגת בישראל, וכי מתרחשת התקרבות בין אופני השיטור והגבלת החירות בתחום הפלילי לאלה שבתחום המנהלי. התקרבות זו מנוגדת להגיונות הפעולה המוצהרים של ענפי המשפט הללו. נוכח הקשר ההדוק בין שיטור ופיקוח על זרים חסרי מעמד לבין אכיפתו של המשפט הפלילי הכללי ולאור הרצף בין תחומי פעולה אלה, נדרש עיון מחדש בהצדקות שביסוד ההגבלות ואמצעי הפיקוח המוטלים על מהגרים, משום שהושתתו על

* מרצה ומנחה קליני בביה"ס למשפטים ע"ש שטריקס, המכללה למנהל. אני מודה לחברי מערכת משפט חברה ותרבות על הערותיהם המועילות.

1 EDWARD PALMER THOMPSON, WHIGS AND HUNTERS: THE ORIGIN OF THE BLACK ACT 263 (1975). ההרגשה במקור.

הבחנה שאינה עומדת במבחן המעשה. למסקנה זו נודעות השלכות נורמטיביות, הכוללות אימוץ חלקי של הגנות הליכיות הנוהגות במשפט הפלילי. עצם השימוש הנרחב בכוח כופה ובסמכות שיטור גורפת כלפי מהגרים וזרים בישראל הוא נושא מוכר. מאז שנות התשעים, עת החלו תמורות משמעותיות במגמות ההגירה לישראל, נעשים מעת לעת מאמצים ממוסדים ניכרים להגבלת ההגירה לישראל שמחוץ למסגרת חוק השבות.² כבר יותר מעשור שפעולות האכיפה הללו מתמקדות במבקשי מקלט שהגיעו לישראל ממדינות אפריקה, בעיקר מאריתריאה ומסודן. מדיניות ההגירה המגבילה מסתייעת באמצעים מגוונים לפיקוח ולהטלת מגבלות על מבקשי מקלט השוהים בישראל, מתוך כוונה להקשות על השתקעותם במדינה ולמנוע כניסה של מהגרים לא קרואים נוספים לשטחה, כל עוד יש הגבלה חוקית על הרחקתם מגבול המדינה. המדיניות המגבילה מבוססת על תפיסה שלפיה מדינת ישראל היא "מדינת שבות ולא מדינת הגירה".³ לעומת מהגרי העבודה, שהמאמץ לגרש רבים מהם צלח וקיבל תמיכה ועידוד מצד מערכת המשפט,⁴ נסיבות הגירתם של מבקשי המקלט ודרישתם להגנה מפני הרחקה הקשו על היישום של מדיניות ההגירה האמורה. על רקע תביעות הפליטות, החשש מפני הגירה גוברת והיעדר מדיניות סדורה כלפי מבקשי המקלט שהגיעו למדינה, ניטש פולמוס ציבורי ומשפטי נוקב בנושא המדיניות הראויה והאמצעים ליישומה. באחד משיאיו של פולמוס זה בוטלו או צומצמו שלושה תיקונים עוקבים לחוק למניעת הסתננות, משום שהורו על מעצר לתקופות ממושכות של "מסתננים" שרובם מבקשי מקלט, ללא זיקה לאפשרות המעשית להרחקתם למדינת מוצאם.⁵

2. לתיאור מסכת הפעולות שנעשו כדי להגביל הגירת עבודה לישראל ולראשיתה של מדיניות הגירוש של עובדים זרים ראו אדריאנה קמפ ורבקה רייכמן עובדים זרים: הכלכלה הפוליטית של הגירת עבודה בישראל 117-163 (2008); שרון אסיסקוביץ "הכלכלה הפוליטית של הגירת עבודה לישראל ומדיניות ההגירה כלפי עובדים זרים בשנות התשעים" עבודה, חברה ומשפט י' 79, 94-101 (2004).
3. עמדה זו נטענת במפורש ובעקביות על ידי המדינה בבתי המשפט בעתירות העוסקות במתן מעמד בישראל, והיא מקבלת הכרה ואישוש חד-משמעיים מצד בית המשפט. ראו, למשל, בדיון בעתירה להקנות מעמד קבע לפליטים, עת"ם (מינהליים י-ס) 10-03-35344 גלאן נ' משרד הפנים, את הדברים שכתב השופט נועם בפס' 16 ו-24 לפסק דינו (פורסם בנבו, 15.4.2012) שדחה את העתירה. דברים דומים תועדו מפני בכירים במשרד הפנים. ראו זאב רוזנהק "מהגרי עבודה במדינת הרווחה הישראלית: מגמות הדרה והכלה" ביטחון סוציאלי 56, 97, 107 (1999). כן ראו: יובל לבנת "פליטות ותושבות קבע במדינת המקלט" בתוך: לוינסקי פינת אסמרה: היבטים חברתיים ומשפטיים של מדיניות המקלט בישראל 343, 375 (בעריכת קריצמן אמיר, 2015) והאסמכתאות שם.
4. בעקבות החלטות ממשלה ומאמץ מתואם להגברת פעולות האכיפה, גורשו בין 2002 ל-2004 יותר מארבעים אלף עובדים ששהו במדינה ללא היתר; ככל הנראה מספר דומה של עובדים עזב מרצון. רוני בר צורי "עובדים זרים ללא היתר שנעצרו וגורשו מישראל בשנים 2003 - 2004" (משרד התעשייה, המסחר והתעסוקה, 2005).
5. חוק למניעת הסתננות (עבירות ושיפוט), התשי"ד-1954, ס"ח 161 (להלן: החוק למניעת הסתננות), כפי שתוקן בחוק למניעת הסתננות (עבירות ושיפוט) (תיקון מס' 3 והוראת שעה), התשע"ב-2012, ס"ח 119 (להלן: תיקון מס' 3); ולאחר ביטולו של התיקון, בחוק למניעת

במוקד המאמר עומד השימוש המקיף בהגבלת חירותם של מי שנכנסו למדינת ישראל ללא רשות. הביטוי הכולל לכך טמון בחידוש ובתיקונים החוזרים של החוק למניעת הסתננות. חוק זה מסדיר את מעצרו (המכונה "משמורת") וריתוקם של אלה למרכז השהייה חולת הסמוך לגבול בין ישראל למצרים, ומאפשר את הרחקת השוהים בו ממרכזי אוכלוסייה ותעסוקה בישראל. בימים אלה מחויבים לשהות בו אלפים מספר מיוצאי מדינות אפריקה,⁶ הנחשבים "מסתננים" לפי החוק המסדיר את הגבלת חירותם גם אם בעת ובעונה אחת הם "מבקשי מקלט" הזוכים ל"הגנה זמנית מפני הרחקה" על רקע סכנות הנשקפות להם במדינות אזרחותם.⁷ האנשים המרותקים ל"חולת" למשך שנה תמימה מחויבים להתייבב בו לעת ערב, ואסור להם לעבוד בישראל.⁸ עצם השהייה במתקן אינה נחשבת לכליאה או למעצר, ומתכונת פעולתו הנוכחית מרוככת במידה ניכרת בהשוואה לכוונות המקוריות.⁹

הסתננות (עבירות ושיפוט) (תיקון מס' 4 והוראת שעה), התשע"ד-2013, ס"ח 74 (להלן: תיקון מס' 4). עם ביטולו של סימן ד' שמכוחו הוקם מרכז חולות נחקק החוק למניעת הסתננות (עבירות ושיפוט) (תיקוני חקיקה והוראת שעה), התשע"ה-2014, ס"ח 84 (להלן: תיקון מס' 5). התיקון השישי, העומד בתוקפו, הוא החוק למניעת הסתננות (עבירות ושיפוט) (הוראת שעה), התשע"ו-2016, ס"ח 544 (להלן: תיקון מס' 6).

6 "חולות" נבנה כדי להכיל יותר מ-3,300 איש. בעת כתיבת שורות אלו התפוסה בו ירדה משיאה בשנת 2015, אז הייתה כמעט מלאה. הנתונים אינם מפורסמים רשמית אך הם מובאים מעת לעת בדיונים משפטיים ובהצהרות של פקידים בכירים במשרד הפנים וברשות האוכלוסין וההגירה. כך, למשל, בתשובת המשיבים מיום 17.11.2016 לבג"ץ 4386/16 מדין נ' צביבת בתי הסוהר (פורסם בנבו, 30.6.2017) צוין מספר של "מעל 2,200 שוהים" במתקן (התשובה בידי המחבר). שיא התפוסה היה כשנה לפני כן, לאחר הצהרת שר הפנים דאז, סילבן שלום, על כך שבמתקן שוהים "2495 מסתננים ובימים הקרובים יצטרפו אליהם מאות נוספים" בהורעת דוברות רשות האוכלוסין וההגירה 1.11.2015 www.gov.il/he/departments/news/dover_01_12_2015.

7 לביקורת על הערפל הנורמטיבי המלווה את המעמד של מבקשי המקלט בישראל, ועל ההימנעות מכירור בקשות מקלט, ראו ע"מ 8908/11 אספו נ' משרד הפנים (פורסם בנבו, 17.7.2012); גם לאחר שהחל בירור בקשות המקלט של יוצאי סודן ואריתריאה ביכרה המדינה לדחות את רובן על הסף. לביקורת על גישתה זו ראו בהחלטת בית הדין לעררים ערר (י-14-1010 מסגנה נ' משרד הפנים – רשות האוכלוסין וההגירה (פורסם בנבו, 4.9.2016). בית המשפט המחוזי קיבל את ערעור המדינה על פסק הדין וקבע שהביקורת לא עוגנה כהלכה בפרשנות אמנת הפליטים, אם כי גם הוא מתח ביקורת על המצב שבו יש "מדיניות מצמצמת מוצהרת, של פרשנות האמנה [...] ומנגד אין הסדרה אחרת ובצידה אגד זכויות [...] הסכת המבט הצידה מבעיה חברתית מורכבת לא תפתור אותה"; עמ"נ 16-10-32641 מדינת ישראל – רשות האוכלוסין וההגירה נ' פלוני (פורסם בנבו, 26.1.2017). הדיון הוחזר לבית הדין לעררים והפרשה עורנה תלויה ועומדת.

8 ס' 132 לחוק למניעת הסתננות קובע את איסור העבודה, וס' 32 מורה על סגירת המתקן לעת ערב ועל חובת התייצבות בין השעות 20:00 ל-22:00.

9 ס' 5 לתיקון מס' 3 לחוק למניעת הסתננות הורה על מעצר של שלוש שנים כבירת מחדל גורפת (ס' 30א(ג)(3)) לחוק בגרסת תיקון מס' 3), וס' 8 לתיקון מס' 4 הוסיף לחוק את סימן ד', שמכוחו הוקם מרכז השהייה, לא הגביל בזמן את הוראות השהייה (ס' 32 לחוק בגרסת תיקון

בצד השימוש הידוע בהגבלת חירות באפיק המנהלי, נעשה שימוש גם במשפט הפלילי ובסמכויות האכיפה שבו כדי לקדם את היעדים של מדיניות ההגירה ולפקח על מהגרים לא רצויים. שימוש זה במשפט הפלילי טרם זכה לתייעוד סדור בישראל, אף שהתופעה מוכרת ומתועדת היטב והיא חוצה מדינות, שיטות משפט ומשטרי הגירה. עברות הקשורות להגירה לא מתועדת נוספו לספרי חוקים רבים; מעצר של מהגרים נעשה תכוף יותר והיקפו גדל; וסמכויות השיטור הורחבו כדי לאפשר אכיפה מוגברת של חוקי ההגירה. החפיפה הגוברת והולכת של דיני ההגירה עם המשפט הפלילי שתועדה בשנים האחרונות עוררה גם ביקורת נוקבת על יישומו של המשפט הפלילי ועל עצם השימוש בו ככלי של מדיניות הגירה מגבילה. כך, למשל, נמתחה ביקורת על הפללת יתר של זרים, כמו גם על הנכונות הפוליטית והמוסדית לסגת מעקרונותיו של המשפט הפלילי ביישומו על מי שאינם אזרחים.¹⁰ כאמור, מאבק בהגירה לא רצויה באמצעות סימון המהגרים שלא כחוק ושימוש במשפט הפלילי כדי לפקח עליהם לא פסחו על ישראל. אף שהפרדה קטגורית בין המשפט הפלילי לבין אכיפת דיני ההגירה מושרשת בדין הישראלי, הפעולה כלפי מהגרים ללא מעמד מוסדר מקיימת זיקה הדוקה עם השיטור הפלילי.

כיצד התאפשרה ההתקרבות בין מוסדות האכיפה הפליליים והמנהליים בתחום ההגירה, אף על פי שהגיונות הפעולה של מוסדות אלו מנוגדים זה לזה במוצהר? אפשר להשיב על שאלה זו תוך התמקדות בהקשרים המעצבים את מדיניות ההגירה, שלעולם נתונה בתווך שבין תהליכים שלטוניים, פוליטיים וכלכליים, עולמיים ומקומיים, ואינה עומדת בפני עצמה.¹¹ הסברים חיצוניים למשפט, הרואים בו רק תווך לפעולתם של כוחות ואינטרסים עצמאיים, מקשים על זיהוי תמורות בהגיונות הפעולה של המשפט עצמו. על סמך התחקות אחרי ההבניה המשפטית של מדיניות השיטור והגבלת החירות הנוהגת כלפי מבקשי מקלט בישראל אטען, כי לא פחות מכך שמדיניות זו מבטאת ומאפשרת שיטור וענישה מפלים, היא נותנת ביטוי לתמורות יסודיות בהגיון הפעולה המדינתית ובהתרחבותו של המשפט הפלילי בישראל. ההשפעה של תמורות אלו אינה מוגבלת לזרים ולמהגרים הנוכחים בשולי המשפט המנהלי והפלילי.

מס' 4, חייב את השוהים להתייצב לחתימה שלוש פעמים ביום (שחרית, מנחה וערבית, ס' 32ח(א)) והורה על סגירת המתקן בשעות הלילה (ס' 32ח(ב)).

10 ראו, למשל, בהקשר האמריקני, David Alan Sklansky, *Crime, Immigration, and Ad Hoc Instrumentalism*, 15 NEW CRIM. L. REV 157 (2012) ראו: Lucia Zedner, *Is the Criminal Law Only for Citizens? A Problem at the Borders of Punishment*, in THE BORDERS OF PUNISHMENT: MIGRATION, CITIZENSHIP, AND SOCIAL EXCLUSION 40 (Katja Maartje A. H. Franko Aas & Mary Bosworth eds., 2013). לביקורת בהקשר ההולנדי ראו van der Woude, Joanne P. van der Leun & Jo-Anne A. Nijland, *Crimmigration in the Netherlands*, 39 LAW & SOC. INQ. 560 (2014). כן ראו בהרחבה להלן בפרק 3.3.

11 לניתוח מופתי של השדרה ראו קמפ ורייכמן, לעיל ה"ש 2, בעמ' 22-40. גיל ודהאן הסבירו את גירוש המהגרים עם מפנה המילניום בישראל בשילוב של כמה גורמים, ובהם הצורך הקפיטליסטי בוויסות העבודה, פרקטיקה לאומית של הדרה, הצורך בשליטה חברתית וחלק מקבלת החלטות בדמוקרטיה ליברליות. עמירם גיל ויוסי דהאן "בין ניאו-ליברליזם לאתנו-לאומיות: תיאוריה, מדיניות ומשפט ביחס לגירוש מהגרי-עבודה בישראל" משפט וממשל י' 347 (2006).

פרק ב' ניח את התשתית לדיון באמצעות הצגת ההגיונות הנפרדים של דיני ההגירה ושל המשפט הפלילי, בצד תובנות מרכזיות העולות מן המחקר הבוחן את ההתקרבות בין דיני ההגירה למשפט הפלילי, ומתוך הדגשת המשמעויות הנובעות מכך למקרה הישראלי. על רקע זה אבחן בפרק ג' התפתחויות מרכזיות בתחום השימוש באמצעי אכיפה ושיטור כלפי מהגרים חסרי מעמד בישראל, ובמרכזן – מעצר של מבקשי מקלט ואמצעי אכיפה נוספים הנהוגים בשוליים המתרחבים של המשפט הפלילי. אראה כי בפועל חל טשטוש בהגיונות הפעולה הנפרדים; בפרק ד' אדון במשמעויות החפיפה הגוברת בין הגיונות הפעולה המשתנים של דיני ההגירה והמשפט הפלילי ובהרחבתו של המשפט הפלילי בתחום ההגירה ומעבר לו – ואסכם.

ב. ההתקרבות בין דיני ההגירה לבין המשפט הפלילי ומשמעויותיה

1. מהגרים ומבקשי מקלט בישראל

צבעו העז של הוויכוח על יחס המדינה כלפי פליטים ומבקשי מקלט מאפיל לעתים על היותה של הסוגיה בעיית קצה מיוחדת של מדיניות ההגירה הכללית שיש לבחון בהקשרה. פתיחת המשק הישראלי להגירת עבודה אירעה בראשית שנות התשעים, וכללה שילוב זרים בתחתית שוק העבודה השניוני בתנאים מגבילים ולפרקי זמן קצובים.¹² התפתחות זו החלה בזמן שבו לקחי ההשתקעות הלא רצויה של מהגרי עבודה הובילו מדינות רבות לסגור את שעריהן. מאז שנות השמונים של המאה העשרים, וביתר שאת מאז מפנה המאה, הוקשחו משטרי ההגירה ברחבי העולם והתרבו ההגבלות והפיקוח על מהגרים.¹³ ההגירה בין מדינות בימינו מתקיימת בצל שתי מגמות רחבות ומנוגדות: התהדקות התלות וקשרי הגומלין בין כלכלות מדינתיות ואזוריות, המלווה בפתיחה ובהגמשה של שוקי עבודה מקומיים, בצד הסגירות האופיינית למדינות ושאיפתן לשימור הריבונות והזהות הלאומית. ההיגיון הפוליטי המדיר של מדינת הלאום וההיגיון הכלכלי הליברלי של המדינה הקפיטליסטית מעמיקים מציאות רוויית סתירות ביחס של החברה והמדינה לזרים.¹⁴ סגירת הגבולות במדינות בעלות כלכלות מפותחות, בעיקר כלפי הגירה ממדינות מתפתחות, תרמה לעלייה בהיקפן ובנחיצותן של הבקשות למקלט. במדינות רבות בקשות

12 לתאוריה של שוק העבודה הדרואלי ולהבחנה בין שוק עבודה ראשוני לשוק עבודה שניוני, הרווי בעבודה זולה וזמנית ונסמך לעתים מזומנות על מהגרי עבודה כדי לשמר את מאפייניו אלה, ראו בהקשר הישראלי אצל קמפ ורייכמן, לעיל ה"ש 2, בעמ' 28-29, ובניתוח הקלאסי של פיורה Michael J. Piore, *The Shifting Grounds for Immigration*, 485 ANNALS AM. ACAD. (1986) POL. & SOC. SCI. 23. כמה כותבים ביקורתיים עכשוויים מתייחסים לאי-החוקיות של ההגירה כנרדף נוסף בהבטחת זמינות העבודה. ראו, למשל, Alessandro de Giorgi, *Immigration Control, Post-Fordism and Less Eligibility: A Materialist Critique of the Criminalization of Immigration across Europe*, 12 PUNISHMENT & SOC. 147 (2010).

13 בעשור האחרון התפתחה בסוגיה זו כתיבה נרחבת שביססה מוסכמות מקובלות בספרות המחקר. ראו, למשל, CATHERIN DAUVERGNE, *MAKING PEOPLE ILLEGAL: WHAT GLOBALIZATION MEANS FOR MIGRATION AND LAW* 9-19 (2008).

14 קמפ ורייכמן, לעיל ה"ש 2, בעמ' 30-36.

אלה הן האפיק היחיד לקבלת מעמד שאינו תלוי באינטרסים של האזרחים בני המקום.¹⁵ בהתקיים נסיבות המקנות לאדם הגנה של פליט, הוא זכאי לחופש תנועה במדינת המקלט, וממילא כניסתו למדינה והשהות בה שלא כדין לא ייחשבו לעברה ואין להעניש בגינן.¹⁶ בישראל, הופעתן של תביעות מקלט בהיקף גדול הייתה בראשיתה תולדה של הפעולות הנמרצות לגירוש מהגרי עבודה ששהו ללא היתר סביב מפנה המאה. האפשרות לתבוע מקלט והסדרים של הגנה קבוצתית זמנית מפני הרחקה החלו כחריגים הומניטריים למדיניות זו.¹⁷ העלייה החדה במספר המגיעים לישראל ממדינות אפריקה דרך הגבול הארוך עם מצרים הובילה לתפנית במדיניות המתירנית שנהגה עד אז כלפי מבקשי המקלט. הגעתם של אזרחי אריתריאה וסודן לישראל מאז שלהי 2005 עימתה את מדינת ישראל לראשונה עם מספר רב יחסית של מהגרים שביקשו מקלט מיד עם הגיעם לגבולה.¹⁸ הכרה בכך שהמעשים בדרפור נחשבים רצח-עם, ובפעולות השלטון האריתראי ככוללות הפרות קשות של זכויות אדם,¹⁹ הובילה את ישראל להחיל על אזרחי מדינות אלו הגנה קבוצתית זמנית, בהתאם לכלל המנהגי בדבר איסור ההחזרה (non-refoulement).²⁰ באמצעות הגנה קבוצתית זו עמדה

15 זאת, להבדיל ממתן מעמד על בסיס קשרי משפחה או עבודה, שאז מתן אשרת הגירה או מעמד לזר נעשית למימוש צרכיו של האזרח (המכונה "ספונסר"). תלות זו יוצרת חשיפה והזדמנויות מרובות לפגיעה ולניצול, בתחום העבודה או בתוך המשפחה. בעיה זו מבוארת היטב בספרות ולעתים גם בפסיקה. ראו, למשל, ביקורת על כבילת עובדים למעסיקיהם בכג"ץ 4542/02 קו לעובד נ' ממשלת ישראל, פ"ד סא(1) 346.

16 ס' 31 לאמנה בדבר מעמדם של פליטים, כ"א 3, 5 (נפתחה לחתימה ב־1951) (אושררה ב־1951, נכנסה לתוקף ב־1954) (להלן: אמנה בדבר מעמדם של פליטים).

17 ענת בן דור ורמי אדוט מדינת ישראל, מקלט בטוח? בעיות בטיפולה של מדינת ישראל בפליטים ובמבקשי מקלט: דו"ח ונייר עמדה (2003); טלי קריצמן-אמיר "מבוא לספר" בתוך: לוינסקי פינת אסמרה: היבטים חברתיים ומשפטיים של מדיניות המקלט בישראל, 1, 28 – 30 (בעריכת קריצמן אמיר, 2015).

18 שם, בעמ' 30-36.

19 שם, בעמ' 22; בג"ץ 7146/12 אדם נ' הכנסת, פס" 6 לפסק דינה של השופטת ארבל (פורסם בנבו, 16.09.2013). על רקע זה, שיעורי ההכרה ביוצאי מדינות אלו כפליטים הינם גבוהים במיוחד, כפי שתועד בהרחבה הן במחלוקת הנמשכת על החוק למניעת הסתננות והן במסגרת המחלוקת התלויה ועומדת על טיב ההגנה על יוצאי אריתריאה: עמ"נ (מינהליים י-16) 32641-10-16 רשות האוכלוסין וההגירה נ' מסגנה (תלוי ועומד). ראו לשם השוואה את נתוני האיחוד האירופי לרבעון השלישי של שנת 2016. שיעור הכרה ביוצאי אריתריאה כפליטים או מתן הגנה אחרת מפני הרחקה עמד על 89 אחוז מכלל המבקשים. שיעור היוצאים מסודן שניתן להם מעמד דומה היה 47 אחוז. ראו Eurostat, First instance decisions by outcome and recognition rates, 30 main citizenships of asylum applicants granted decisions in the EU-28, 3rd quarter 2016. <https://tinyurl.com/zbs43nw>

20 על השינויים במשטר האשרות ראו עניין מסגנה, לעיל ה"ש 7. איסור ההחזרה עמד ברקע לבג"ץ 7302/07 מוקד סיוע לעובדים זרים נ' שר הביטחון (פורסם בנבו, 7.7.2011) בעניין נוהל החזרה מיידית מתואמת, שגובש בשעתו עם הרשויות במצרים. ככל הידוע היו החזרות מעטות למצרים גם לאחר פסק הדין, שהזכיר את הצהרת המדינה על הפסקת הפעולה על פי הנוהל, אך אין זה הכלל.

ישראל במחויבותיה המשפטיות המינימליות כלפי מבקשי המקלט ולא הפרה עקרונות הומניטריים יסודיים. עם זאת, במשך שנים רבות נמנעה המדינה מכירור אינדיבידואלי של תוקף הטענות למעמד פליט בישראל, היכולות להקנות מעמד מבוסס וקבוע יותר במדינה.²¹ עיקרי העובדות מוכרים היטב וקיבלו תיעוד רב ומגוון.²² תחילה נעצרו מבקשי המקלט לתקופות ממושכות במתקני מעצר צבאיים מכוח החוק למניעת הסתננות, ללא ביקורת שיפוטית וללא אפשרות שחרור. בהדרגה שוחררו מבקשי המקלט מהמעצר הצבאי ונשלחו ללא הכוונה לשולי הערים הגדולות. עם התעצמות ההגירה הוחמר משטר האשרות, נשללו אשרות התושבות הארעית ואשרות העבודה שקיבלו הנכנסים בשנים הראשונות, וניתנו אשרות זמניות המגבילות העסקה ושהייה בישראל.²³ בשנים האחרונות פחת מאוד מספר הנכנסים לישראל,²⁴ בוטלה ההגנה למי שהגיעו מדרום סודן²⁵ וגבר מספר היוצאים בהסדרים שונים עם מדינות שליטות.²⁶ בפועל, מיעוט ממבקשי המקלט השוהים בישראל הגישו בקשות מקלט מאז הואילו הרשויות לאפשר את הגשתן, ורק יחידים קיבלו מעמד של פליטים מוכרים.²⁷

21 הגנה קבוצתית ניתנה בראשית שנות האלפיים לאזרחים של כמה מדינות באפריקה ובהן קונגו, חוף השנהב וסיריה לראון. אוכלוסיית היעד העיקרית לשימוש המחודש בחוק למניעת הסתננות בעשור האחרון היא אזרחי סודן ואריתריאה, הנחשבים "מסתננים" מבחינת החוק אך בה בעת אינם מגורשים למדינות מוצאם משום שמדינת ישראל מכירה בפועל באיסור על החזרתם למדינת מוצאם. ראו קריצמן-אמיר, לעיל ה"ש 17. על אי-כירור בקשות המקלט של יוצאי אריתריאה ראו עניין אספו, לעיל ה"ש 7 ועניין מסגנה, לעיל ה"ש 7.

22 ראו במאמרים המובאים אצל טלי קריצמן-אמיר, לוינסקי פינת אסמרה, לעיל ה"ש 17.

23 בעבר החזיקו חלק ממבקשי המקלט אשרות הדומות לאלו של מהגרי עבודה (ב). מאז בוטלו האשרות ניתנות להם אשרות המכונות 2(א)5, על סמך הסעיף הרלוונטי בחוק הכניסה לישראל, התשי"ב-1952, ס"ח 354. מבקשי המקלט מחזיקים באשרות שחרור זמניות ממעצר: אלה מתחדשות מדי שלושה חודשים והן כוללות כיתוב מפורש כי אין הן אשרות עבודה, למרות הצהרה מפורשת של המדינה בבית המשפט העליון כי איסור העבודה לא ייאכף. בג"ץ 6312/10 קו לעובד ואח' נ' הממשלה (פורסם בנבו, 16.1.2011). לדיון ראו יובל לבנת "פליטים, מעסיקים, ופתרונות מעשיים" בבג"ץ: בעקבות בג"ץ 6312/10 קו לעובד נ' הממשלה "משפטים על אתר ג (2011).

24 נכון לסוף הרבעון השלישי של שנת 2016 שהו בישראל כארבעים אלף איש הנחשבים "מסתננים", מתוך יותר מ-64 אלף שהיו בסטטוס זה מאז 2006. רשות האוכלוסין וההגירה "נתוני זרים בישראל" (אוקטובר 2016). www.gov.il/BlobFolder/generalpage/foreign_workers_stats/.he/foreign_workers_STATS_Q3_0.pdf.

25 עת"מ (מינהליים י-י) 53765-03-12 א.ס.ף ארגון סיוע לפליטים ולמבקשי מקלט בישראל נ' שר הפנים (פורסם בנבו, 7.6.2012).

26 "נתוני זרים בישראל", לעיל ה"ש 24, בעמ' 5 (להלן: "נתוני עזיבה מרצון").

27 בשונה ממספר "מסתננים", ה"עובדים הזרים" והזרים השוהים שלא כדון בישראל, שבעניינם מפורסמים נתונים רבעוניים, רשות האוכלוסין וההגירה אינה מפרסמת נתונים באשר למספר בקשות המקלט שהוגשו ושנדחו ולמספר הפליטים המוכרים. המספרים המוכרים העדכניים ביותר הידועים למחבר נמסרו במסגרת דיונים בחוק למניעת הסתננות בחודש פברואר 2015, ולפיהם הוכרו שלושה יוצאי אריתריאה וארבעה יוצאי סודן. מאז הוכרו עוד כמה יחידים מיוצאי מדינות אלו, שנסכיבותיהם האישיות חריגות ואינן מאפיינות את תביעות המקלט הטיפוסיות.

בד בבד הטילה המדינה את עיקר יהבה על הקמת מכשולים בגבול והטלת הגבלות על חיי היומיום, מתוך מטרה להרתיע מבקשי מקלט ומהגרים נוספים מלהגיע לישראל, ולעודד את אלו שהגיעו אל המדינה לעזוב.²⁸ הגבלת רחבת היקף על החירות, הגבלת על אפשרויות ההעסקה, הגבלות כלכליות ותמריצים כספיים משמשים כולם כדי לעודד את הנמצאים לעזוב וכדי לאותת למהגרים בכוח על מדיניות ההגירה המגבילה. עם זאת, עקרון איסור ההחזרה עודנו נשמר במתכונתו הבסיסית ביותר.²⁹

בוויכוח הנוקב על יחס המדינה כלפי מבקשי המקלט הסתמנו שני מחנות עיקריים, המחזיקים בעמדות מוצא שקשה לגשר ביניהן. המצדדים בהגנה על מבקשי המקלט רואים בהם פליטים בכוח, ואילו המצדדים בהרחקתם רואים בהם מהגרי עבודה שנכנסו למדינה שלא כדין שנשקף מהם סיכון ממשי לריבונות המדינה, המצדיק את תיוגם כ"מסתננים". המחלוקת מבטאת הערכות מנוגדות בעניין נסיבות ההגירה וגישות סותרות על אודות חובתה העקרונית של המדינה כלפיהם. במישור המשפטי התגבשה הסכמת תשתית בין הצדדים למחלוקת אודות המסגרת הנורמטיבית החולשת על המדיניות ועל יישומה. הסכמה זו מציבה את הדיון בשדה המשפט הציבורי וממקדת את המחלוקת בטיב האיזון בין זכויות המהגרים לבין אינטרס המדינה לקבוע וליישם מדיניות הגירה ריבונית. כך, למרות הבדלים ברורים בעמדות המוצא הנורמטיביות, בטרמינולוגיה ("מבקשי מקלט" ו"פליטים" לעומת "מסתננים" ולפעמים גם "מסתנני עבודה"), כדי להבליט את הטענה שנסיונות הגירתם אינן מזכות בהגנה³⁰ ובקדימות המובהקת שכל מחנה מייחס לעקרונותיו, המחלוקת המשפטיות מעוצבות על ידי גישה משותפת כלפי המתווה הנורמטיבי העקרוני: למדינה יש סמכות

28 הגדר והמעצר במסגרת תיקון מס' 3 לחוק למניעת הסתננות נועדו כאחד להוות "חסם פיזי וחסם נורמטיבי" שיממש את ה"תכלית ההרתעתית" המוצהרת של "בלימת תופעת ההסתננות שמבוססת [כך עמדת הרשויות] ברובה על הגירה כלכלית". ראו עניין אדם, לעיל ה"ש 19, פס' 50 לפסק דינה של השופטת ארבל.

29 פעולות אלו נמצאות ברקע המחלוקת הנוכחית על הפעולות שנוקטות הרשויות לעידוד "עזיבה מרצון" ולהרחקה למדינות שלישיות של מי שבקשתם למקלט נדחתה. בעת כתיבת שורות אלה תלוי ועומד דיון על מתכונת ההסדרים שגיבשה מדינת ישראל בעניין הרחקה של מבקשי מקלט למדינות שלישיות, מרצון או שלא מרצון. לעת עתה יש תעודת חיסיון לטובת המדינה על הפרטים שביסוד "נוהל יציאה למדינות השלישיות ממרכזו השהייה חולות", אף שרבים מהם ידועים והושמעו בגלוי. עתירות לגילוי הראיות נדחו; ראו בש"מ 5164/15 צגטה נ' מדינת ישראל (פורסם בנבו, 8.9.2015). ערעור עתירה מנהלית על יישום הנוהל עודנו תלוי ועומד ובמסגרתו צפויים להיערך שינויים נוספים במתכונת פעולות המדינה, כדי להלוך את מחויבותה העקרונית למנוע החזרה למדינת המוצא – גם על ידי מדינות שלישיות שעמן ישראל קשורה בהסכם החזרה; ראו ע"מ 8101/15 צגטה נ' מדינת ישראל (פורסם בנבו, 28.8.2017).

30 כך טענה המדינה במפורש במסגרת הדיון בחוקתיות של תיקון מס' 3 לחוק למניעת הסתננות. ראו עניין אדם, לעיל ה"ש 19, פס' 7 לפסק דינו של השופט פוגלמן. נציגי המדינה שילבו טיעונים מטיעונים שונים בהצביעם על המניעים הכלכליים של רבים מהמהגרים לישראל; אולם שיקולים כלכליים כשלעצמם אינם טעם מוציא, ופליטים כמהגרים מבקשים את דרכם למדינות שבהן יוכלו להתקיים בכבוד. על רקע דומה ניכרה בשנים האחרונות התקבצות של מהגרים ופליטים במדינות יעד מסוימות באיחוד האירופי.

ריבונית בתחום ההגירה, המוגבלת על ידי זכויות יסוד ומחויבויות של מדינת ישראל המעוגנות באמנת הפליטים.³¹ דומה, כי אפילו על תחולתן העקרונית של זכויות האדם האוניברסליות אין חולק, גם כשהעמדות מקוטבות בנוגע למשקל היחסי שיש להעניק לעקרונות השונים ולהיקף החובה כלפי מבקשי המקלט בנסיבות העניין. בדומה לדיון הציבורי, גם הדיון העיוני נסב בעיקרו על צירי מחלוקת והסכמה אלו, שלפיהם נדונו גם המדיניות הממשלתית ופסיקת בתי המשפט – מעט לחסד ובעיקר לשבט.³²

במציאות, הבינאריות של המחלוקת על הזיהוי של מבקשי המקלט כפליטים טעוני הגנה או כמהגרים משוללי כל זכות לשהות במדינה, הוחלפה במדיניות "הגנה זמנית מפני הרחקה". מעין-מעמד זה, שאינו קבוע ואינו מוסדר בחוק, הוביל לכך שעשרות אלפי אנשים בעלי מעמד חוקי לימינלי התמקמו בישראל בשולי הערים שסיפקו להם ולמשפחותיהם רווחה בסיסית, מגורים ותעסוקה בשכר נמוך בתחתית שוק העבודה השניוני. מציאות זו הובילה כצפוי לסכסוך עם מקצת האוכלוסיות המקומיות הנאבקות אף הן על קיום בשוליים החברתיים והתעסוקתיים בישראל, אפשרה ליבוי של פוליטיקה שמרנית המבוססת על הדרת זרים, ולהפיכתם של מבקשי המקלט לאוכלוסיית יעד מרכזית עבור מוסדות השיטור ואכיפת החוק בישראל.³³

2. דיני ההגירה והמשפט הפלילי: הנחות המוצא והגיונות הפעולה הנפרדים

המשפט מייחד מחיצות נפרדות לדיני ההגירה ולמשפט הפלילי. דיני ההגירה מושתתים על הפררוגטיבה הריבונית של המדינה לפקח על גבולה, והם פועלים על פי עקרונות המשפט המנהלי. הנחת המוצא היא שאין לאדם זכות להיכנס למדינה שאינה מדינת אזרחותו, ושהבחנה בין אזרחים לבין זרים היא לגיטימית ונחוצה. השימוש בכוח כופה במסגרת דיני ההגירה, שנועד להבטיח יישום של מדיניות ההגירה, ממוקד באופן פיזי או סמלי באתרי הגבול המאפשרים את ההפרדה בין אזרחים לבין מהגרים זרים. מעצר מכוח דיני ההגירה נחשב לסמכות עזר לצורך מימוש של סמכות ההרחקה, הוא מוגבל לפרק זמן קצוב ואמור להיות מותנה בצו הרחקה ובהליכי הרחקה מעשיים. הגדרתו כ"משמורת" נועדה לשקף "קביעה נורמטיבית שתבחין בין מעצר פלילי לבין מעצר לצרכי גירוש".³⁴

31 בנקודה זו אפשר לראות כיצד השיח הליברלי המקדם הגירה והשיח השמרני המתנגד להגירה מתכנסים סביב סוגיות ספציפיות שהמחלוקת בהן מצומצמת ועוברתית. כך היה גם בהקשר של אזרחות הילדים של מהגרי העבודה בישראל.

32 ראו, למשל, Reuven (Ruvi) Ziegler, *No Asylum for 'Infiltrators': The Legal Predicament of Eritrean and Sudanese Nationals in Israel*, 29 J. IMMIGR., ASYLUM & NAT'LITY L. (2015) 172; טלי קריצמן-אמיר, ענת בן דור ונורית וורגפס "בין ניטרליות להזנחה: מבקשות מקלט ופליטות בישראל" *משפט וממשל* טו 329 (2013).

33 ראו והשוו לניתוחה מאיר העיניים של דנציגר, המשווה בין סכסוכים הנובעים מהגירה בבריטניה ובגרמניה ומציעה מודל להבנתם: RAFAELA M. DANCYGIER, *IMMIGRATION AND CONFLICT IN EUROPE* 21-58 (2010).

34 עקרונות אלו עוגנו בתיקון מס' 9 לחוק הכניסה לישראל, התשי"ב-1952. בעקבות עתירות על מצב הדברים שקדם לתיקון הסדיר התיקון את פעולתו של בית הדין לביקורת משמורת, וקצב את המשמורת לשישים יום. בדברי ההסבר לתיקון נאמר במפורש כי "מעצר מיועד

כך, באמצעים מוסדיים ומושגיים, המשפט משמר את הגבול הסמלי גם כשארם נמצא בתחומי שיפוטה של המדינה – כדי לשמר את הסמכות הריבונית המדירה המאפשרת להבחין בין אזרחים לבין זרים וכדי להטיל אמצעי פיקוח ושיטור מיוחדים כלפי האחרונים. על הגבול יכולה המדינה הריבונית לנקוט אמצעי אכיפה גורפים וקולקטיביים, ואינה מחויבת לנקוט אמות-מידה שוויוניות כלפי הבאים בשעריה או כלפי המעוניינים בכך. בהתאמה, הביקורת השיפוטית על מדיניות ההגירה מצומצמת למינימום,³⁵ וההליכים בתחום ההגירה כוללים רק הגנות הליכיות בסיסיות.³⁶ ההגבלות החוקיות על פעולת הרשויות כלפי מבקשי מקלט הן מעטות אף יותר, משום ששהות לא חוקית במדינה נחשבת לנתון רלוונטי בקביעת מדיניות וביישומה,³⁷ ומבקשי המקלט מאופיינים כ"מסתננים" השוהים במדינה שלא כחוק. מסגרת משפטית זו היא שהתוותה את הקמתו והפעלתו של "חולות" כמתקן אזרחי, המהווה – עם מתקן המעצר הסמוך – נדבך מרכזי במערך מגוון של אמצעי שיטור והגבלת חירות, המכוונים להגביל הגירה ולעודד עזיבה של מהגרים שאינם רצויים במדינה. מאחר שהסמכות בתחום ההגירה נחשבת לאזרחית או למנהלית, היא מכתיבה נטלי הוכחה ודרישות ראייתיות ברף תואם, וכך גם בנוגע לעילות הביקורת על הסמכות ולמתכונת ההליכים המתאימים. גישה זו משותפת למדינות בעלות מסורות משפטיות שונות והיא

- לגירוש הוא מעצר מינהלי ולא פלילי. למעצר זה מטרה כפולה: הראשונה, היא הבטחת ביצועו של צו הגירוש, ואילו המטרה השנייה היא הפסקה מיידית של השהייה הבלתי חוקית. מטרת המעצר עד לגירוש אינה, לפיכך, עונשית אלא הגשמת האיסור על שהייה במדינה שלא כדין [...]". הצעת חוק הכניסה לישראל (תיקון מס' 8) התשס"א-2000, ס"ח 108. ראו גם את דברי השופטת פרוקצ'יה בעניין בר"ם 696/06 אלקנוב נ' בית הדין לביקורת המשמורת (פורסם בנבו, 18.12.2006): "מטרת משמורת לצורך הרחקה נועדה לא למטרת כפייה, ולא למטרה עונשית; היא מכוונת, כל כולה, להגשים את תכלית המדיניות לפקח על הנכנסים והשוהים בישראל שלא עדין, ולתת בידי הרשות אמצעים יעילים להגשים מדיניות זו, תוך שמירה על עקרונות חוקתיים והגנה על זכויות האדם". שם, בפס' 16.
- 35 אי-התערבות במדיניות הגירה היא כלל המשותף לכל משטרי ההגירה, גם במדינות הפתוחות להגירה. בישראל ראו בהחלטות שנתקבלו בעת צמצום מדיניות ההגירה: בג"ץ 9722/04 פולגת ג'ינס בע"מ ואח' נ' ממשלת ישראל ואח' (פורסם בנבו, 7.12.2006); בג"ץ 2587/04 יצחק בוכריס ואח' נ' פקיד שומה חדרה ואח' (פורסם בנבו, 23.6.2005).
- 36 ראו, למשל, יובל לבנת "מעצרו ושחרורו לחופשי של הזר שסירב להזדהות" המשפט טו 225, 229-237 (2010); עם זאת, לטענה שהפרדיגמה של המשפט המנהלי הכללי היא עוגן להתערבות אפשרית של בתי המשפט, ראו טלי קריצמן-אמיר "תפקידו של בית המשפט בעיצוב מדיניות המקלט של מדינת ישראל" מעשי משפט ה 175 (2013).
- 37 בג"ץ 11437/05 קו לעובד נ' ממשלת ישראל (פורסם בנבו, 13.4.2011) (פסק הדין הבחין בין עובדות הנמצאות בישראל כדין לעובדות הנמצאות בה שלא כדין לעניין ביטולו של הנהלה המחייב עובדות זרות לצאת מישראל עם ילדים שנולדו להן במדינה). כן ראו את פסק דינו של בית המשפט החוקתי הפדרלי בגרמניה בעניין זכאותם של זרים הנמצאים כחוק במדינה לזכויות ביטחון סוציאלי: 1 BvL 10/10 BVerfG, Judgement of the First Senate (18.7.2012); ראו גם את פסק הדין הקאנוני של בית המשפט העליון בארצות-הברית לעניין הזכות השווה לחינוך של ילדי מהגרים, אף שאי-החוקיות של שהייתם בה נחשבה לנתון חוקתי רלוונטי: Plyler v. Doe, 457 U.S. 202 (1982).

קנתה שביתה גם באמנות בינלאומיות ואזוריות לזכויות אדם. אמנות אלה רואות הליכים בתחום ההגירה כאזרחיים או כמנהליים, ובכך הן משחררות את המדינות מהכללים הדינוניים המחמירים שהן מחויבות להם במסגרת הליכים פליליים.³⁸

הנחות המוצא של המשפט הפלילי שונות מאוד. אמצעי שיטור וענישה שנועדו להבטיח את שלטון החוק באמצעות הגבלות על חירות הפרט כפופים לאמות-מידה מחמירות יותר. המשפט הפלילי נשען על ייחוס אשם אינדיבידואלי לאדם בגין מעשים ומחשבה פלילית מתאימה, ועל אוניברסליות בתחום השיפוט של המדינה מבחינת תחולת החוק ויישומו. גם אם מערכת המשפט הפלילי אינה מקפידה לעתים על אוניברסליות ואינדיבידואליות למעשה, אי-שוויון באכיפת החוק ייחשב בעיה החותרת תחת יסודות המשפט הפלילי ומחייבת תיקון, בין היתר משום שענישה פלילית נחשבת לתוצאה קשה הכרוכה בקלון חברתי. העקרונות בדבר שוויון, אחידות בענישה ואינדיבידואליות (כלומר: התחשבות בנסיבותיו של כל אדם ואדם) נמנים על עקרונות היסוד של תורת הענישה. נובע מהם, כי מדיניות ענישה שתתחשב במוצא או מעמד תיחשב לשיקול זר ולסטנדרט ענישה כפול אשר "בחברה מתקנת לא ניתן להשלים עם קיומו."³⁹ כן מתחייבות מהם, כידוע, הגנות הליכיות מחמירות, המקנות חשיבות יתרה לייצוג משפטי, ופרשנות ספק לטובת הנאשם.⁴⁰

אלא שההפרדה הקטגורית בין התחומים, עד כמה שהיא מושרשת במשפט, אינה טבעית או מובנת מאליה.⁴¹ למעשה, דווקא משום שהדמיון המעשי בין מעשי מדינה המכוונים לאכיפת דיני הגירה ובין המשפט הפלילי עולה על ההבדלים ביניהם – מתקן חולות יעיד – דרושה פעילות מוסדית והמשגה שיטתית שתבחין בין הפעולות הנקוטות בשני התחומים. במישור המוסדי, אכיפת דיני ההגירה נתונה על פי רוב לסמכותם של משרדי הפנים ולא משרדי המשפטים האמונים על התביעה הפלילית, ועל פי רוב היא מבוצעת על ידי סוכנויות ממשל הנחשבות אזרחיות ולא על ידי שוטרים לובשי מדים.⁴² מעצר וכליאה של מהגרים

38 סעיפי האמנות לזכויות אדם שעייגנו את הזכות להליך הוגן אינם חלים על הליכי הגירה. באמנה הבינלאומית בדבר זכויות אזרחיות ומדיניות, כ"א 31, 269 (נחתמה ב-1966) נקבע סעיף מיוחד ובו תנאים מינימליים טרם גירוש של מי שנמצא במדינה כחוק. ס' 14, הקובע את הזכות להליך הוגן בעניינים פליליים, אינו חלות על הליכי הגירה. כך נקבע באירופה גם לגבי ס' 6 לאמנה האירופית לזכויות אדם (אושרה ב-1950).

39 ע"פ 5535/12 **כאברי נ' מדינת ישראל**, פס' 16-17 לפסק דינו של השופט הנציג (פורסם בנבו, 1.5.2013).

40 גם בתוך התנועה הקבועה של המשפט הפלילי – בין הקטבים של הקפדה על הליכים לבין הקוטב המתירני (מבחינת המדינה) של מיגור פשיעה – ההקפדה על תקינות ההליכים שונה קטגורית מהגישה הפרדיגמטית של דיני ההגירה וההליך המנהלי.

41 עמדה דומה מבססת את הדיון של פישר ורוזן-צבי, המראים את חולשת ההבחנה בין הקטגוריה הפלילית לאזרחית, וטוענים כי יש לקבוע את הערובות ההליכיות לפי חומרת הענישה ואופייה ולא לפי הבחנות מושגיות. ראו Issachar Rosen-Zvi and Talia Fisher, *Overcoming Procedural Boundaries*, 94 Va. L. Rev. 79 (2008).

42 בהקשר האמריקני שבו התפתח הדיון ב-crimmigration יש לכך היבט מוסדי חשוב נוסף: המשפט הפלילי נמצא בתחום האזרחיות של המדינות ואילו דיני ההגירה הם בסמכותן של הרשויות הפרלטריות.

נעשים תוך הפרדתם מעבריינים שהורשעו בפלילים, ולעתים קרובות – כדי להוסיף ממד מוסדי להפרדה הפורמלית – מופקדות על כך רשויות עצמאיות. אולם, גם כשלהלכה יש הפרדה מוסדית, קשה מאוד לקיימה למעשה. הרשויות האמונות על האכיפה של דיני ההגירה מבוססות באופן טבעי על גופי האכיפה של החוק הפלילי. אף כשננקטים שינויים ארגוניים חיצוניים, יש להם השפעה מוגבלת על פעולתם של גופים שנוצקו בתבנית האכיפה של החוק הפלילי.⁴³ ממילא, אכיפה של דיני ההגירה מחייבת בדרך כלל תיאום ושיתוף פעולה עם המשטרה, ולעתים קרובות היא נעשית באמצעותה.⁴⁴

מאחר שתוצאותיו של המשפט הפלילי נחשבות לחמורות יותר – בשל אמצעי הענישה הכופים ובשל הקלון החברתי – נמתחה בשנים האחרונות ביקורת רבה על תיוגם של מהגרים לא רצויים כפורעי חוק. טענה זו נשמעת בספרה הציבורית מצד ארגוני מהגרים ומצד ארגונים ופרטים התומכים במהגרים, והיא מהדהדת בבירור בספרות המחקר, כפי שיודגם בהמשך.⁴⁵ בד בבד, החשש מפני תיוג מהגרים כעבריינים ומהחמרת היחס של המדינה כלפיהם השתלב בשאיפתן של מדינות להבטיח מרחב תמרון רחב ככל האפשר לשיטור ולהפעלת כוח כופה כלפי אוכלוסיות שוליים שאינם נמנות על אזרחיהן. שיקולים אלו נראים סותרים מבחינת האינטרסים הנשקפים מהם, אך שניהם יחד משמשים הצדקה להמשך קיומה של הבחנה מושגית ברורה בין המשפט הפלילי לבין דיני ההגירה. כמו כן, ההפרדה העקרונית בין דיני ההגירה לבין המשפט הפלילי מאפשרת לתווך בין ההיגיון המדיר של מדינת הלאום הריבונית, המאפיין את דיני ההגירה, לבין ההיגיון המכיל של הריבונות הטריטוריאלית, השואפת לתחולה אוניברסלית של המשפט המאפיין את המשפט הפלילי, ולשמר את ההיגיונות סותרים באמצעות מחיצות קטגוריות נפרדות.⁴⁶ כך, טעמים עקרוניים שונים משתלבים זה בזה באופן התומך בבירור בהפרדה מושגית קטגורית בין דיני ההגירה לבין המשפט הפלילי. על פני הדברים, הגבלת השימוש בכוח הכופה של המדינה כלפי מי שאינם אזרחיה נעשית באמצעות המשפט הפלילי בתחום ההגירה ואמצעי הענישה המנויים בו כלפי זרים.

Mary Bosworth & Emma Kaufman, *Foreigners in a Carceral Age: Immigration and Imprisonment in the United States*, 22 STAN. L. & POL'Y REV. 429, 440 (2011) 43

דוגמה מובהקת לכך בהקשר האמריקני היא הסכמי שיתוף פעולה בין הרשויות הפדרליות לרשויות המדינתיות. ראו Hiroshi Motomura, *Immigration Outside the Law*, 108 COLUM. L. REV. 2037, 2065 (2008) 44
שנמתחה עליו בעשורים האחרונים. ראו, למשל, Kevin J. Fandl, *Putting States Out of the Immigration Law Enforcement Business*, 9 HARV. L. & POL'Y REV. 529 (2015) 45

ראו בהרחבה בפרק ב.3. להלן. 45
דברים אלו מבוססים על גישתה של לינדה בוסניאק, שפיתחה אותה על יסוד שיטתו של מייקל וולצר בספרו מעגלים של צדק. MICHAEL WALZER: SPHERES OF JUSTICE (1983). בוסניאק מצרדת במה שהיא מכנה "טריטוריאליות אתי", המבחין בחדות בין תחום ההגירה הנתון לפרווגטיבה הריבונית לבין המרחב שבו יש עדיפות לזכויות מהגרים. ראו Linda Bosniak, *Being Here: Ethical Territoriality and the Rights of Immigrants*, 8 THEORETICAL INQ. L. 389 (2007) 46
וכן בספרה LINDA BOSNIAK, *THE CITIZEN AND THE ALIEN: DILEMMAS OF CONTEMPORARY MEMBERSHIP* 53-68 (2006).

הגיונות הפעולה הנפרדים, הנובעים מהנחות המוצא המנוגדות של ענפי משפט אלו ומהכללים שעליהם הם מיוסדים, עומדים ביסוד הסכמת התשתית הנזכרת, הקובעת את תבנית הדיון במדיניות כלפי מבקשי מקלט בישראל. כאמור, גם הסברים חיצוניים למדיניות האכיפה כחתכים שונים של משטר ההגירה, הבוחנים את היחס למהגרים בתוך הקשרים רחבים יותר של פעילות שלטונית וכלכלית, ונוהגים לבקרו,⁴⁷ אינם נוטים לערער על ההבניה המשפטית של מסגרת הדיון.

לכאורה, מיקוד הדיון בתחום ההגירה הפועל בצל ההיגיון המדיר מעניק פשר לנכונות להמשיך ולהטיל אמצעי פיקוח ושיטור על זרים לא קרואים, גם כשהם מבקשי מקלט. היגיון פעולה זה מסביר את שיווי המשקל המעשי שהתגבש כלפי ההפעלה של מתקן חלול; יש בו גם הסבר לכך שבמישור הפוליטי המדינה ממשיכה להימנע במכוון מהכרה מלאה בתביעות המקלט, דוחה באופן גורף את מרבית התביעות האופייניות ומבקשת למצוא את פתרונות הקבע למבקשי המקלט מחוץ לגבולות המדינה. כפי שאראה בהמשך, לצד הפעולה בערוץ המנהלי קיים שימוש ניכר גם במשפט הפלילי, ואף השימוש בהגבלות החירות אינו מנותק מן השיטור הפלילי. השאלה המתעוררת אפוא היא, כיצד קיבלו ההתפתחויות הללו לא רק גיבוי ציבורי ופוליטי אלא גם לגיטימציה משפטית המנוגדת לעקרונות התומכים בהפרדה קטגורית בין התחומים.

3. הביקורת על ההתקרבות בין התחומים

לשימוש בסמכויות שיטור ובמשפט פלילי כדי לפקח על מהגרים ולהטיל הגבלות על תנועה בגבולות יש היסטוריה ארוכה, המגיעה עד לגרסאות מוקדמות של המשפט הפלילי המודרני.⁴⁸ עם התפתחות דיני ההגירה כביטוי מובהק של סמכות המדינה הריבונית לפקח על גבולה, נעשו דיני ההגירה לחטיבת כללים נפרדת, תחת המחיצה המושגית של המשפט האזרחי או המנהלי. סיווג זה מאפשר לשלטון חופש פעולה רב במיוחד בקביעת מדיניות הגירה וכיישומה באמצעות קביעת קטגוריות של מעמד ושל הזכויות הנלוות לו, מניעת כניסה למדינה של מי שאינם אזרחים והרחקתם ממנה. במאה השנים האחרונות, מאז התהדק משטר הגבולות העולמי וגברו ההגבלות על הגירה, הפררוגטיבה הריבונית לקבוע וליישם מדיניות הגירה כמעט באין מפריע אפשרה תוצאות מפליגות בחומרתן ובתוצאותיהן

47 ראו והשוו קמפ ורייכמן, לעיל ה"ש 2, וכן גיל ודהאן, לעיל ה"ש 11, המתבססים על הסברים חיצוניים למשפט ולא על הבנייתו מתוכו.

48 חוקי העניים והגבלת השוטטות מתועדים כבר בשלהי ימי הביניים, עת שימשו בתי הכליאה המוסדות המתקנים לשניהם. ראו Nicholas Rogers, *Policing the Poor in Eighteenth-Century* (1991) *London: The Vagrancy Laws and Their Administration*, 24 SOCIAL HISTORY 127. דובר מעגן בהתפתחות מוקדמת זו את ההבחנות המשמשות אותו לביקורת המשפט הפלילי המודרני: Markus D. Dubber, *Policing Possession: The War on Crime and the End of* (2001) *Criminal Law*, 91 J. CRIM. L. & CRIMINOLOGY 829. ובר ובאולינג קושרים את חוקי השוטטות ההיסטוריים להגירה של ימינו: Leanne Weber & Benjamin Bowling, *Valiant Beggars and Global Vagabonds: Select, Eject, Immobilize*, 12 THEO. CRIMINOLOGY 355 (2008). כן ראו את הפרק הראשון בספרה של אנדרסן: BRIDGET ANDERSON, *US AND THEM? THE DANGEROUS POLITICS OF IMMIGRATION CONTROL* (2013).

עבור מהגרים לא רצויים.⁴⁹ כך יכול היה בית המשפט העליון של ארצות-הברית לפסוק כי חקיקה המתירה מעצר ללא הגבלת זמן במתקן הממוקם בשערי המדינה יכולה להיחשב אכזרית, אולם אינה עניין לבית המשפט להתערב בו.⁵⁰ עמדה דומה נקט בית המשפט הגבוה באוסטרליה,⁵¹ למרות ביקורת חריפה שנמתחה על חוק ההגירה האוסטרלי מבית ומבחוץ.⁵² מדיניות הגירה עשויה להוביל להפרדה בין בני משפחה, לעזיבה של ילדים שנולדו וגדלו במדינה עם הוריהם חסרי המעמד, לשלילת מעמדם ולהרחקתם של מי שחיו במדינה כדין במשך רוב חייהם ועוד. בצד זאת, תמורות באופי ההגירה אל מדינות מפותחות ושינויים בפוליטיקה של מדיניות ההגירה החלו להוביל להגבלות מעשיות על מימוש נטול עכבות של מדיניות הגירה מגבילה.⁵³ מותנו ההוראות המסמיכות מעצר ללא הגבלת זמן,⁵⁴ גברה

- 49 המשפט הבינלאומי מכיר בזכותו של אדם לצאת מכל מדינה ובכלל זה מדינת אזרחותו (ס' 12(2) לאמנה בדבר זכויות אזרחיות ומדיניות, לעיל ה"ש 38); אולם אין הכרה בזכותו של אדם להיכנס למדינה שאיננה מדינת אזרחותו. Human Rights Committee, CCPR General Comment No. 15: The position of aliens under the Covenant, para 5, U.N. Doc. HRI/GEN/1/Rev.1 (11 April 1986) at <http://www.refworld.org/docid/45139acf.html>
- 50 ביטוי מובהק ביותר לעמדה זו נשמע מפי השופט פרנקפורטר בחוות דעתו משנת 1952, שהצטרפה לדעת הרוב שאישרה מעצר של מהגרים בשערי המדינה ללא הגבלת זמן. *Harisiades v. Shaughnessy*, 342 U.S. 580 (1952) ("It is not for this Court to reshape a world order based on politically sovereign States [...] whether immigration laws have been crude and cruel, whether they may have reflected xenophobia in general or anti-Semitism or anti-Catholicism, the responsibility belongs to Congress. Courts do enforce the requirements imposed by Congress upon officials in administering immigration laws") גישה זו עדיין משקפת את עיקר הדין גם בימינו.
- 51 בדעת הרוב בעניין *Al Kateb*, שדחתה את הטענה שלפיה יש להתחשב בשיקולים של זכויות אדם המבוססים על אמנות בינלאומיות שאוסטרליה היא צד להן: *Al-Kateb v Godwin*, [2004] HCA 37 (Austl.).
- 52 ראו בעניין זה את החלטות הוועדה לזכויות אדם, המפקחת על האמנה בדבר זכויות אזרחיות ומדיניות, על כך שמדיניות אוסטרליה עולה כדי מעצר שרירותי האסור לפי ס' 19(1) לאמנה: United Nations Human Rights Committee, *A v. Australia*, Comm. No. 560/1993, para. 9.3., U.N. Doc. CCPR/C/59/D/560/1993 (1997); United Nations Human Rights Committee, *Shams v. Australia*, Comm. No. 1255/2004, para. 7.3., U.N. Doc. CCPR/C/90/D/1255 (2007); United Nations Human Rights Committee, *A and Ors. v. Australia*, Comm. No. 1429/2005, para. 6.4., U.N. Doc. CCPR/C/92/D/1429/2005 (2008)
- 53 ראו בניתוח פסקי הדין של בתי משפט מדינתיים, בית הדין האירופי לזכויות אדם ובית הדין האירופי לצדק, על רקע השימוש הגובר במשפט הפלילי להשגת יעדים של מדיניות הגירה באירופה: VALSAMIS MITSILEGAS, *THE CRIMINALISATION OF MIGRATION IN EUROPE: CHALLENGES FOR HUMAN RIGHTS AND THE RULE OF LAW* 47-106 (2015)
- 54 ראו, למשל, שינוי המגמה בארצות-הברית, בפסקי דין שהחלו להטיל ספק במעצר שאינו מוגבל בזמן. ראו, למשל, בעניין *Zadvydas v. Davis*, 533 U.S. 678, 701 (2001), ולאחר מכן בדיון על אודות צווי הביאס קורפוס בעניינם של כלואים ללא הגבלת זמן בגוואנטמו: *Hamdi v. Rumsfeld*, 542 U.S. 507, 554-555 (2004). ראו גם בהחלטת הוועדה לזכויות אדם: United

הביקורת השיפוטית על מדיניות הגירה,⁵⁵ נוצרו קטגוריות המאפשרות הגנה מפני הרחקה⁵⁶ ולעתים אף נקבעו בדין מסלולים המקנים למהגרים לפי חוק זכות למעמד של קבע.⁵⁷ בד בבד הובילו הגבלות שונות על מימוש ישיר של מדיניות הגירה מצומצמת לעליית השימוש במשפט הפלילי כאמצעי וכתחליף ליישום של דיני ההגירה. מגמה זו בולטת בארצות-הברית מאז אמצע שנות השמונים.⁵⁸ מצד הממשל הפדרלי, האמון על יישום של

Nations Human Rights Committee, *Ying Fong v. Australia*, Comm No. 1442/2005, para. 9.3., U.N. Doc. CCPR/C/97/D/1442/2005 (2009) וכן בהחלטת בית המשפט האירופי לזכויות אדם בעניין Saadi, שקבע (בדעת רוב) כי מעצר של מבקש מקלט לתקופה של שבעה ימים לא הפר את הזכות לחירות, משום שהוא אמצעי נחוץ למימוש הריבונות על הגבול. החלטה זו כפפה במפורש את הסמכות הריבונית בענייני הגירה לאמות-המידה של האמנה האירופית לזכויות אדם. Saadi v. United Kingdom, application no. 13229/03, para. 74. (“To avoid being branded as arbitrary, therefore, such detention must be carried out in good faith; it must be closely connected to the purpose of preventing unauthorised entry of the person to the country”)

55 ראו את ניתוחו ההשוואתי של סיטבון, הבוחר את ההשפעה של בתי המשפט בצרפת על מדיניות ההגירה במדינה. עופר סיטבון “מקומם של בתי-המשפט בישראל ובצרפת בעיצובה של המדיניות כלפי מהגרי-עבודה” *משפט וממשל* י 273 (2006). כן ראו את מחקרה ההשוואתי של קוואר: LEILA KAWAR, *CONTESTING IMMIGRATION POLICY IN COURT: LEGAL ACTIVISM AND ITS RADIATING EFFECTS IN THE UNITED STATES AND FRANCE* 159 (2015)

56 בצד מגוון ההגנות ההומניטריות הפחותות ממעמד של פליט לפי האמנה, לעתים ניתן מעמד למי שסבלו אלימות במשפחה, כדי שמהגרים לא יחששו מפנייה למשטרה ומתלונה על תושבי קבע או אזרחים, שהם תלויים בהם להבטחת מעמדם. במדינות שונות מוקנה מעמד דומה לקרבנות סחר בכני אדם. כזו היא, למשל, T-Visa בארצות-הברית (הניתנת לפי מכסה שנתית קבועה) או אשרת הקבע הניתנת באוסטרליה לקרבנות סחר ששיתפו פעולה עם רשויות אכיפת החוק ונודעת להם סכנה במדינת מוצאם.

57 כך, למשל, החקיקה בספרד מקנה זכות למעמד של קבע למהגרים הנמצאים במדינה כחוק במשך שנים מספר: ראו L.O.E. 8/2000, 32. בתנאים מסוימים גם חוק האזרחות הגרמני נותן זכות לקבל מעמד של קבע: StAG July 22, 1913, RGBI at 583, Art. 10.

58 להצבעה מוקדמת על מגמה זו ראו Cecilia Renn, *State and the Local Enforcement of the Criminal Immigration Statutes and the Preemption Doctrine*, 41 U. MIAMI L. REV. 999 (1987). רק עם מפנה המילניום והתעצמות השימוש במשפט פלילי להשגת יעדים של מדיניות הגירה גברה תשומת הלב לתופעה זו ולמקורה. לניתוח היסטורי ערכני ראו César Cuauhtémoc García Hernández, *Creating Crimmigration*, 2013 BYU L. Rev. 1457, 1468-1471. ערנות המחקר המשפטי לתופעה התחדרה בהדרגה. לאחר מתקפת הטרור של 9/11 וחקיקת החוק שנודע בשם PATRIOT Act ניכרה החרפה בשימוש בדיני ההגירה לשם פיקוח על אוכלוסיות ספציפיות של זרים; ראו Teresa A. Miller, *Citizenship & Severity: Recent Immigration Reforms and the New Penology*, 17 GEO. IMMIGR. L. J. 611 (2003). החפיפה הגוברת בין תחומי המשפט הודגשה אף יותר בכמה מאמרים פורצי דרך שהתפרסמו בשנים 2006-2007. במאמר פרוגרמטי טבעה ג'ולייט שטומפף את הביטוי crimmigration (אותו שאלה מכותרת של תחקיר עיתונאי), המבטא את הקשר ההדוק והחפיפה בין התחומים. Juliet Stumpf, *The Crimmigration Crisis: Immigrants, Crime, and Sovereign Power*, 56

דיני ההגירה, מדיניות האכיפה כלפי מהגרים ללא מעמד החלה מתמקדת במהגרים המעורבים בפלילים,⁵⁹ והמאבק בהגירה הלא-חוקית עצמה נהפך לחלק מהמאבק בפעילות עבריינית החוצה גבולות.⁶⁰ המאבק בטרור הוסיף והאיץ מגמה זו, משום שהשילוב בין דיני ההגירה לבין המשפט הפלילי העניק למדינה כלים רכי-עוצמה לפעול כלפי זרים ומהגרים שנתפסו כמשקפים סיכון מוגבר לביטחון המדינה.⁶¹ מצד המדינות – שבמערך האיזונים הפדרלי הן מנועות מלפעול במישרין לפיקוח על הגירה – המשפט והשיטור הפליליים משמשים מעקפים המאפשרים לנקוט יוזמה להגבלת הגירה לא רצויה.⁶² התפתחויות דומות חלו גם במדינות אחרות, בעלות פתיחות משתנה להגירה ומסורות נבדלות של משפט פלילי. גם כשהשימוש במשפט הפלילי לא היה ישיר, נמצא כי האכיפה של דיני ההגירה, הצמצום של אפיקי ההגירה המותרים והשיטור בגבול ובתוך תחומי המדינות נושאים לעתים קרובות סממנים אופייניים לאכיפה פלילית.⁶³

- Stephen H. Legomsky, *The New Path of Immigration* כן ראו .AM. U. L. REV. 367 (2006)
Law: Asymmetric Incorporation of Criminal Justice Norms, 64 WASH. & LEE L. REV.
 469 (2007); Jennifer M. Chacón, *Unsecured Borders: Immigration Restrictions, Crime*
Control and National Security, 39(5) CONN. L. REV. 1827 (2007)
- 59 קשר זה אינו חדש. הגבלות על הגירה של מהגרים המעורבים בפלילים נהגו גם כשהגירה הייתה חופשית ברובה. ראו, GERALD L. NEUMAN, STRANGERS TO THE CONSTITUTION: IMMIGRANTS, BORDERS, AND FUNDAMENTAL LAW (1996). הנטייה לייחס למהגרים קשר לעבריינות ופשעה אף היא עניין נחקר ומוכר. עם התגברות המאמץ לשיטור בגבולות יש התמקדות ספציפית במהגרים שהורשעו בפלילים כיעד להפעלת הסמכות בתחום ההגירה והמעמד. Eleanor Marie, *Outsourcing Criminal Deportees*, 80 U. CHI. L. REV. 59 (2013); Lawrence Brown, הרואים בכך את העיקרון המנחה של מדיניות ההגירה האמריקנית: Adam B. Cox & Eric A. Posner, *The Second-Order Structure of Immigration Law*, 59 STAN. L. REV. 809 (2007).
- 60 Daniel Kanstroom, *Criminalizing the Undocumented: Ironic Boundaries of the Post-September 11th "Pale of Law"*, 29 N.C. J. INT'L L. & COM. REG. 639 (2004); Jennifer M. Chacón, *Managing Migration through Crime*, 109 COLUM. L. REV. SIDEBAR 135 (2009).
- 61 ראו, למשל, David E. Spiro, *Criminalizing Immigration: The Social Construction of Borders and National Security* (2009). Available at: <http://ssrn.com/abstract=1515466>
- 62 עדות לכך אפשר לראות, בין היתר, באופני הפעולה של המדינות ובהברלים ביניהן. ראו Arjen Leerkes, James D. Bachmeier & Mark A. Leach, *When the Border Is "Everywhere": State-level Variation in Migration Control and Changing Settlement Patterns of the Unauthorized Immigrant Population in the United States*, 47 INTL. MIGRATION REV. 910, 936 (2013); Ingrid V. Eagly, *Criminal Justice for Noncitizens: An Analysis of Variations in Local Enforcement*, 88 N.Y.U.L. REV. 1126 (2013).
- 63 מגמה זו בולטת הן במדינות המשפט המקובל והן במדינות אירופיות בעלות מסורות קונטיננטליות. על ההתפתחויות בבריטניה עמדה בוסורת': Mary Bosworth, *Deportation, Detention and Foreign National Prisoners in England and Wales*, 15 CITIZENSHIP STUD. 583 (2011). לבחינת ההקשר במדינות היבשת ראו Valsamis Mitsilegas, *The Changing Landscape of the Criminalisation of Migration in Europe: The Protective Function of European*

ספרות המחקר, על גוניה וענפיה, נוטה לראות בשלילה את ההתקרבות בין אכיפת דיני ההגירה לבין המשפט הפלילי. טעמי הביקורת נחלקים לשני סוגים עיקריים. חוקרים רבים הדגישו את החשש מפני תוצאותיו של שיטור מוגבר הממוקד במהגרים ובזרים חסרי מעמד מוסדר, העשוי להוביל להפלת יתר. ביקורת זו רווחת בקרב העוסקים במדיניות האכיפה כלפי מהגרים בארצות הברית, ולעתים קרובות היא שלובה בביקורת על שיטור המבוסס על אפיון אתני ועל מדיניות מאסר גורפת הפוגעת במיוחד בקבוצות אתניות ספציפיות.⁶⁴ שיטור מוגבר עשוי להוביל גם להרחבה של סמכויות השיטור, העשויה כשלעצמה להעצים שימוש במשפט הפלילי.⁶⁵

מופעים דומים של אכיפת דיני ההגירה באמצעות הרחבת השימוש במשפט פלילי מתועדים גם באיחוד האירופי ובמדינות החברות בו.⁶⁶ חוקרי מדיניות הגירה וקרימינולוגים הצביעו בשנים האחרונות על עליית שיעורם של זרים בכתי מאסר, על עלייה בשימוש במעצר מהגרים ועל הגברת מאמצי השיטור המתמקדים במהגרים לא רצויים בגבול, אך גם בתוככי מדינות האיחוד האירופי.⁶⁷ רבים מהחוקרים שותפים להערכה שזרותם של המהגרים היא המובילה ליישום של מדיניות אכיפה מוגברת, החורגת מאמות המידה המקובלות.⁶⁸ בהתאם לכך, החפיפה הגוברת בין הגירה לדין הפלילי מוסכרת כתולדה של זיהוי גורף ולא הכרחי של מהגרים וזרים כמקור לסיכון ביטחוני וחברתי.⁶⁹ ההדגשה של (אי) חוקיות ההגירה מקשרת בין זרות לבין עבריינות ומשמשת הצדקה לנקיטה של אמצעי אכיפה חריגים שאינם מקובלים ביחס לאזרחים. מנקודת מבט זו, הבעייתיות בהפללה של הגירה

- Union Law, in SOCIAL CONTROL AND JUSTICE: CRIMMIGRATION IN THE AGE OF FEAR* 87 (João Guia, van der Woude & van der Leun eds., 2013); Dario Melossi, *The Processes of Criminalization of Migrants at the Borders of 'Fortress Europe'*, in *BORDERS AND CRIME: PRE-CRIME, MOBILITY AND SERIOUS HARM IN AN AGE OF GLOBALIZATION* 17 (McCulloch & Pickering eds., 2012). לריכוז ההתפתחויות בהפללת הגירה לא חוקית באירופה, ולרכיכתן במגמות העולמיות המזוהות בספרות, ראו בצמד מחקרי המדיניות: MARK PROVERA, *THE CRIMINALISATION OF IRREGULAR MIGRATION IN THE EUROPEAN UNION* (CEPS Paper No. 80, 2015); JOANNA PARKIN, *THE CRIMINALISATION OF MIGRATION IN EUROPE: A STATE-OF-THE-ART .OF THE ACADEMIC LITERATURE AND RESEARCH*, (CEPS Paper No. 61, 2013)
- García Hernández, לעיל ה"ש 58, בעמ' 1462. 64
- Maartje van der Woude et al, לעיל ה"ש 10. 65
- Izabella Majcher, "Crimmigration" in the European Union through the Lens of Immigration Detention, (Global Detention Project, Working Paper No. 6, 2013) 66
- Ana Aliverti, *Enlisting the Public in Policing of Immigration*, 55 BRIT. J. CRIMINOL. 67 (2015) 215.
- Ana Aliverti, Making People Criminal: The Role of the Criminal Law in Immigration Enforcement, 16 THEO. CRIMINOL. 417 (2012) 68
- שזרו מצביעה על האפקט החופף והמצטבר של המשפט הפלילי ושל דיני ההגירה בארצות הברית, בעיקר בעברות קלות, ומצביעה על החפיפה הגוברת של בסיס המידע ואמצעי השיטור של גופי אכיפת החוק ככזו שמעצימה את מגמת השיטור הנוטה לרעת המהגרים: Angélica Cházaro, *Challenging the "Criminal Alien" Paradigm*, 63 UCLA L. REV. 594, 608-612 (2015).

ושל מהגרים כרוכה בתיוג המהגרים כזרים לא קרואים, הנהפכים מושא למדיניות אכיפה לא שוויונית, הנענית מצדה לפוליטיקה של סגירות והדרה ולדעת קהל המתנגדת להגירה ודוחה שילוב של זרים בחברה.⁷⁰

סוג הביקורת השני מבוסס על השינויים החלים בקטגוריות המשפטיות עצמן. עמדה זו אופיינית לקרימינולוגים וחוקרי משפט פלילי מזה ולחוקרי משפט ההגירה מזה: אלה ואלה עומדים על הקשיים הנובעים מהעברת מונחים בין תחומי המשפט ובמיוחד מהתקה של דפוסים פעולה האופייניים לתחום הפלילי אל תחום ההגירה.⁷¹ ביקורת מסוג זה נוטה לאמץ עמדת מוצא פנימית הבוחנת את הקוהרנטיות של הדין על פי עקרונותיו המוסכמים והגיגות הפעולה על פיו. ביקורת מסוג זה על ההתקרבות בין דיני ההגירה לבין המשפט הפלילי הובילה חוקרים למסקנה שחל שיבוש באיזונים הפנימיים בין הקטגוריות המשפטיות הנבדלות. לעתים קרובות השיבוש מוסבר בכך שמושאי הדין הם מהגרים זרים. כפי שאראה בבחינת המצב הונהג בדין הישראלי, שיקולים מתחום ההגירה משפיעים בפועל על יישומו של המשפט הפלילי, למשל כשמופסקים הליכים פליליים נוכח זמינותו של מעצר ממושך שהתנאים להפעלתו – מבחינת רמת ההוכחה, נטל הראיות, משך הגבלת החירות ועוד – נוחים לרשות הרבה יותר מאלו הנהוגים במשפט הפלילי. ממצאים אלו, המהווים אישוש מקומי לתופעות שנצפו במדינות אחרות, מערערים על הנחות המוצא שביסוד ההבחנה הקטגורית בין תחומי המשפט, ובראשן עקרון האוניברסליות של המשפט הפלילי. בשונה מדיני ההגירה, דיני העונשין וכללי אכיפתם אינם אמורים לעצור בגבולות האזרחות.⁷²

עיון בספרות המחקר הבוחנת את הקשרים המתהדקים בין דיני ההגירה לבין המשפט הפלילי, ובביקורת השכיחה על המגמות הנצפות, מאפשר להסיק כי התקרבות זו היא שלילית מטבעה וכי מוטב לשמור על מערכות דין אלו במדורים נפרדים. אחד המאפיינים הבולטים של הספרות שנסקרה עד כה הוא עניינה הממוקד בפיקוח על גבולות ובשיטור כלפי זרים ומהגרים. מההתמקדות בשאלת הגבול עולה לכאורה כי מדובר בכעיה ייחודית הדורשת פתרון נקודתי כדי להקטין את החשש מפני הפלת יתר ושיטור מפלה. בחסות הפעולה

70 השימוש במשפט הפלילי כדי לפתור מתח בין אוכלוסיות אינו ייחודי להקשר של הגירה, והוא נדון לא מעט בנוגע לאי-שוויון בהקשר הגזעי בארצות-הברית. קורן קראה לאורו את השימוש במשפט הפלילי כלפי אזרחים ערבים בישראל בתקופת הממשל הצבאי, במיוחד בעברות מצב האופייניות כמוכן גם להתמודדות עם הגירה. אלינה קורן "קרימינולוגיה של קונפליקט פוליטי: פשיעה בקרב האזרחים הערבים בשנות החמישים" פלילים ח 715 (1999).

71 לניתוח מנקודת המבט של חוקר הגירה ראו Legomsky, לעיל ה"ש 58; לנקודת המבט של חוקרי המשפט הפלילי ראו בעיקר בכתובה העכשווית בבריטניה: Ana Aliverti, *Exploring the Function of Criminal Law in the Policing of Foreigners: The Decision to Prosecute Immigration-related Offences*, 21 Soc. & L. Stud. 511 (2012).

72 על פי דף, המשפט הפלילי מחייב הוכחה ציבורית של פגיעה בערך מוגן לפני שלילת החירות, וכל פגיעה במסגרתו בחירות הפרט צריכה להיות אינדיבידואלית ולעמוד במבחני המידתיות. ראו Antony Duff, *A Criminal Law for Citizens*, 14 THEO. CRIMINOL. 293, 295 (2010).

הריבונית להגנה על גבולות הלאום הפיזיים והקהילתיים, המדינה נוקטת פעולות המאיימות לערער על העקביות ועל כלליות עקרונותיו של המשפט המדינתי ועל תוקפו המוסרי.⁷³ אולם, מנקודת המוצא הפנימית של הדוקטרינה המשפטית, אפשר לזהות מגמה נוספת של ביקורת, המשקיפה אל שורשי פעולתו של הדין הפלילי.⁷⁴ יש קשר בין מגמות בהתפתחות המשפט הפלילי – ובכללן תמורות בליבה של מתכונת הענישה והשיטור הפלילי – לבין תופעות בתחום הפיקוח על הגירה. הפללה של חציית גבול שלא כדין ואכיפה של דיני ההגירה באמצעות פעולות של שיטור וענישה פליליים הן תופעות המלמדות על אופני הפעלת הכוח ועל גבולות הלגיטימיות שלו – ולא רק בנוגע לקבוצה הספציפית של מהגרים נטולי מעמד. מנקודת מבט זו, טשטוש ההבחנה בין דיני ההגירה שבתחום האזרחי והמנהלי לבין המשפט הפלילי קשור קשר הדוק לתמורות במשפט הפלילי בכלל. מדובר בתמורות פנימיות שאינן מתרחשות רק באזורי החפיפה בין השיטור הפלילי לפיקוח על גבולות המדינה והאזרחות. שינויים בדפוסי השימוש במשפט הפלילי כגון הרחבת השימוש בסנקציות לשם מניעה ולא רק לשם ענישה, שיטור הממוקד באוכלוסיות יעד ספציפיות והפללה של עברות קלות יחסית הנקשרות בעוני הם דוגמאות בולטות לכך;⁷⁵ יתר על כן: הן מוסיפות ומעידות על שינויים המאפשרים ומתאפשרים באמצעות תמורה ביסודות המשפט הפלילי בחלק מהעבירות המסוימות, כגון ריכוך הדרישה ליסוד נפשי וצמצום בדרישות היסוד העובדתי. מנקודת מבט זו אפשר לראות את הרציפות בדפוסי פעולתה של המדינה ובהרחבה עקבית של כוחה וסמכותה להעניש.⁷⁶ בכך כובד המשקל עובר מהזהות של נמעני החוק אל סוכניו, הפועלים באמצעותו, ואל הגיונם ודפוסי פעולתם.

- 73 כך, למשל, ג'ניפר צ'קון טוענת כי החפיפה בין משפט פלילי לבין דיני הגירה היא חלק מהפללת-היתר הבולטת במשפט הפלילי בארצות-הברית: Jennifer M. Chacón, *Overcriminalizing Immigration*, 102 J. CRIM. L. & CRIMINOL. 613 (2012).
- 74 אליוורטי הציגה לאחרונה דיון יסודי בנקודת מבט זו מתוך ניתוח של יסודות המשפט הפלילי האנגלי ויישומם בהקשר של עברות בתחום ההגירה. ראו Ana Aliverti, *CRIMES OF MOBILITY: CRIMINAL LAW AND THE REGULATION OF IMMIGRATION* (2013); Ana Aliverti, *The Wrongs of Unlawful Immigration*, *Crim. L. & Phil.* (2015). בשינויי הדגשים, ג'ניפר צ'קון טוענת כי החפיפה בין המשפט הפלילי לבין דיני ההגירה היא חלק מהפללת-היתר הבולטת במשפט הפלילי בארצות-הברית; Jennifer Chacón, לעיל ה"ש 73.
- 75 דובר העניק לעמדה זו פיתוח חשוב, הכרוך גם בהבחנה שיטתית בין פעולה במסגרת סמכות השיטור לבין פעולה במסגרת החוק; ראו Markus D. Dubber, *Preventive Justice: The Quest for Principle*, in PREVENTION AND THE LIMITS OF THE CRIMINAL LAW 47 (Ashworth, Zedner & Tomlin eds., 2013). בהקשר זה אף להזכיר גם כי המעמד של ההכרעה הפרטנית נשחק אף הוא. גזירת הדין נעשית מובנית יותר ולעתים קרובות ההרשעה נשענת על הסכמות המחליפות משפט פלילי מלא, על הערובות ההליכיות המעוגנות בו.
- 76 לוסיה זדנר עומדת על העמימות שביסוד הענישה הפלילית ועל הקושי לזהות את תחומיה המותרים, ורואה בקרימינליזציה של דיני ההגירה חלק מהמגמה הכללית להרחבת כוחה המעניש של המדינה. ראו Lucia Zedner, *Penal Subversions: When is a Punishment not a Punishment, Who Decides and on What Grounds?*, 20(1) THEO. CRIMINOL. 3, 8 (2016).

ביקורת הדין הפלילי מצביעה על תמורות במבנה הבסיסי של המשפט הפלילי המדינתי, ובעקיפין מסייעת לערער על ההבחנה המושרשת בין אכיפת דיני ההגירה לבין המשפט הפלילי. ההפרדה הקטגורית ממשיכה לשמש נקודת מוצא מועילה לדיון, אך רק משום שסטייה ממנה מאפשרת לבחון מחדש את ההצדקות שבבסיסה ואת המשמעויות הנורמטיביות והמעשיות של השינויים בדפוסי הפעולה של המדינה. זיהוי תמורות פנימיות בהגיונו הפנימי של הדין מאפשר לראות אפיקים רבים, שבהם הפרדה בין התחומים יכולה להיחשב הבחנה שרירותית שיש להתגבר עליה כדי להגיע לתוצאה רצויה. כך, למשל, בשל הקרבה העניינית בין סנקציות פליליות לבין סנקציות "אזרחיות" בתחום ההגירה, עורכי־דין מייצגים בארצות־הברית חויבו להביא בחשבון תוצאות בתחום ההגירה בעת שהם מייצגים ללקוחות העומדים לדין פלילי.⁷⁷ בדומה, בכמה מקרים אימצו בתי משפט לזכויות אדם הגנות הליכיות מהדין הפלילי במסגרת ביקורת שיפוטית על הליכים בענייני הגירה, בכוונה למתן תוצאות שלא נפלו בחומרת השפעתן על הפרטים החשופים להן מאלו של הליכים פליליים.⁷⁸ טשטוש ההבחנה העקרונית במקרים הנזכרים נעשה אמנם על סמך שיקולי תועלת ספציפיים, אך האפשרות להתגבר על ההפרדה מעידה בסופו של דבר על כרסום ההצדקות שביסודה.⁷⁹ תנועת ההתקרבות היא כפולה: בצד אכיפה של דיני ההגירה באמצעות המשפט הפלילי, אנו עדים גם לכך שאכיפת המשפט הפלילי מאמצת טכניקות לשליטה, לפיקוח ולענישה שעד לא מכבר יוחדו רק לזרים וסווגו תחת דיני ההגירה. דוגמה בולטת לכך היא השימוש הנרחב בסנקציות מניעתיות, המחייב הערכה מחודשת של מטרות המשפט הפלילי ושל דפוסי הפעלתו.⁸⁰ ביטוי לכך ניכר בחזרה לסנקציות של תיחום מגורים במסגרת הדין הפלילי.

77 פסק הדין העקרוני בעניין זה בארצות־הברית הוא *Padilla v. Kentucky*, 130 S. Ct. 1473 (2010), שם נפסק על משפט חוזר משום שעורך־הדין במשפט הפלילי לא כלל ביעוצו ללקוחו את השיקולים מתחום ההגירה. באותו עניין נחלקו שופטי הרוב והמיעוט בבית המשפט העליון בשאלה אם יש לראות הרחקה הנלווית להרשעה כסנקציה פלילית (המעוררת טענות במסגרת התיקון השישי). פסק הדין נעשה לציר מרכזי בדיון על החפיפה הגוברת בין הגירה למשפט פלילי. בעיה זו מובהקת במדינות שבהן החקיקה הפדרלית קושרת בין הרשעה פלילית למעמד בדיני ההגירה. הנחה דומה אפשר למצוא בבתי המשפט בקנדה; ראו, למשל, את ההחלטות של בית המשפט לערעורים באונטריו: *R. v. Quick* (2015) ONCA 577; *R. v. Shiwprashad* (2015) ONCA 95 (2016). בית המשפט העליון בקנדה הנחה את בתי המשפט להתחשב בהשלכות של הענישה הפלילית על תחום ההגירה, ובמקרים המתאימים להקל ברכיב הפלילי של הענישה, מתוך הבנה שתוצאות בתחום ההגירה הן חלק בלתי־נפרד מהעונש. ראו *R. v. Pham* (2013) SCC 15 [2013] 1 S.C.R. 739.

78 ראו *Zedner*, לעיל ה"ש 76, בעמ' 12–15 והמובאות שם.

79 *Padilla*, לעיל ה"ש 77, בדעת הרוב של השופט *Stevens*, הסוקר את הצמצום ההדרגתי בשיקול הדעת השיפוטי בעניין הפעלת סמכות ההרחקה עד לאיונו, ובעקבות זאת – הגברת החפיפה בין התחומים והגברת משקלן של סנקציות בתחום ההגירה בהשוואה לענישה הפלילית. ראו גם בפסיקת בית העליון בקנדה, *R. v. Pham*, לעיל ה"ש 77.

80 *ANDREW ASHWORTH & LUCIA ZEDNER, PREVENTIVE JUSTICE* (2014)

בעבר הרחוק היו הרחקה והגליה חלק בלתי־נפרד מארסנל הענישה של המשפט הפלילי,⁸¹ אולם מאז נטענו במשמעות של הגירה כבר אי־אפשר להפעיל סנקציות אלו במישורין כלפי אזרחים – משמע: להוציאם מן המדינה – למעט במקרים חריגים מאוד, המעידים על הכלל ונלווים לשלילת האזרחות עצמה.⁸² כיום, מדינות חוזרות ומסתייעות בהרחקה חלקית של אזרחים בתוך תחומי המדינה,⁸³ או בהרחקה מלאה של זרים מחוץ לתחומה, כחלק בלתי־נפרד ממערך הענישה הפלילית.⁸⁴ שכלול אופני ההפעלה של הכוח הכופה, המתרחש בשוליים המתרחבים של המשפט הפלילי, אינו נקי מספקות גם בנוגע לאזרחים. הדין מבחין בין סנקציות עונשיות המוטלות במסגרת הליכים פליליים לבין אכיפה של דיני ההגירה, אולם דומה כי בפעולתו של המשפט – כפי שהיא מתממשת למעשה – יש מזיגה חלקית בין ענפי המשפט, על רקע תכליות הפעולה המדינתית ומניעה. אלה אינן נבדלות זו מזו אלא בעוצמתן ובמעמד האזרחי של הסובייקטים שלהם.⁸⁵ אמנם, דיני ההגירה המכוונים כלפי זרים עדיין מגנים על אזרחים מפני כוחו הלא מרוסן של הריבון, אך שינויים בטכניקות הענישה והפיקוח החברתי מצביעים כעת על האפשרות ששחיקת ההפרדה בין התחומים, והרציונליזם המחמירים החלים על הפעולה בתחום הפלילי, יובילו לזליגה בכיוון ההפוך: אמצעי שיטור שהופעלו בהצלחה כלפי זרים עשויים לפנות פנימה ולא לעצור בגבולות האזרחות.⁸⁶

ניתוח ביקורתי של קשרי הגומלין ההדוקים בין דיני ההגירה למשפט הפלילי אינו מבטל כליל את יתרונות ההפרדה הקטגורית בין התחומים ואת חשיבותה. גם אם הועם תוקף ההצדקות העקרוניות שביסוד ההבחנה, קשה לאמור את השפעות ביטולה. בהיעדרה, התוצאות שהובילו לביקורת רחבה על מגמת ההתקרבות בין הדינים עשויות להחריף אף יותר. אף אם ההפרדה יוצרת לעתים תוצאות קשות, והיא משרתת בראש ובראשונה אינטרס מדינתי של פיקוח ושליטה, עדיין טמון בה איוון המטיב במידה מסוימת עם אזרחים וזרים

81 Katherine Beckett & Steve Herbert, *Penal Boundaries: Banishment and the Expansion of Punishment*, 35 L. & Soc. INQ. 1, 3 (2010); Javier Bleichmar, *Deportation as Punishment: A Historical Analysis of the British Practice of Banishment and Its Impact on Modern Constitutional Law*, 14 GEO. IMMIGR. L. J. 115 (1999)

82 Shai Lavi, *Citizenship Revocation as Punishment: On the Modern Duties of Citizens and their Criminal Breach*, 61 U. TORONTO L. J. 783 (2011)

83 אחד ההקשרים הבולטים לשימוש בהרחקה חלקית הוא תיחום מגורים של עברייני מין, שהחל נוהג גם בישראל. לדיון ביקורתי הקרוב לענייננו בתוכנו ובמסקנותיו ראו חגית לרנאו ואיילת עוז "למה אסור להתאהב בחוק הגנה על הציבור מפני עברייני מין – מבט ביקורתי" הפרקליט נא 205 (2011).

84 Becket & Herbert, לעיל ה"ש 81, בעמ' 3.

85 Becket & Herbert, לעיל ה"ש 81, בעמ' 15 (banishment is defended as a means to "improve the quality of life of orderly urban residents").

86 לרנאו ועוז רואות את הקשר בין דיון לבין הדיון הביקורתי בפסקי הדין שנמנעו מהתערבות בחוק האזרחות והכניסה לישראל (הוראת שעה), התשס"ג-2003 (לרנאו ועוז, לעיל ה"ש 83, בעמ' 218). אף כי תחומי הפעולה משתנים ממקרה למקרה, נקודת המבט המוסדית מאחדת ביניהם ונותנת בסיס לסברה שהקשר איננו עיוני בלבד.

כאחד.⁸⁷ כך, מצבם של מהגרים לא רצויים עשוי להחמיר אם תקופות מעצר קצובות יוחלפו בענישה פלילית ממושכת בהיקף נרחב. עם זאת, אי-אפשר לחמוק מעיון מחדש בטיבן ובהיקפן של קטגוריות משפטיות כשהשתית שביסודן מתערערת. הפעלת סמכות מדינתית כלפי פרטים מחייבת הערכה סדורה של היסודות שעליהם אפשר להשתית, במקרים המתאימים, גם הגבלת חירות.

כל עוד הפעולה בתחום ההגירה נמצאת בתחום המשוחרר מאמות-המידה האינדיבידואליות של המשפט הפלילי, היא מושתתת בעיקר על שיקולי מדיניות כלליים. עד כה, השימוש באמות-המידה האינדיבידואליות נעשה באמצעות התמקדות במשמעויות של שיטור פלילי מפלה או בתוצאות הקשות בתחום המעמד וההרחקה. כל זאת, במסגרת ניסיונות להקנות לפרטים את הערובות ההליכיות המקובלות במסגרת הליכים פליליים, כמו גם הגנה בסיסית מפני פעולות שיטור נטולות עכבות. אולם, לעקרונות הפעולה של המשפט הפלילי יש ממד נוסף, שעל פי רוב נעלם מהדיון בפעולה בתחום ההגירה: קיומה של זיקה ברורה בין סמכות הענישה לבין הפגיעה בערכים מוגנים והיסוד הנפשי הכרוך בכך. כדי להטיל הגבלות במסגרת דיני ההגירה, הקרובות במהותן לסנקציות פליליות, יש לשאול מהי ההתנהגות האסורה המעוררת את התגובה המדינתית ומהו היסוד הנפשי שצריך להתלוות לה.

לכאורה התשובה לשאלה זו פשוטה: שהייה לא חוקית של אדם במדינה מצמיחה למדינה סמכות ריבונית טבעה להרחיקו מגבולה. אולם, המציאות של אכיפת דיני ההגירה, שבה מדינות מקבלות במוצהר (או בעצימת עיניים ברורה) נוכחות מתמשכת של מהגרים השוהים בתחומן ללא היתר, מקשה לקבל תשובה זו כפשוטה. אמנם הניסיון שנצבר במדינות רבות כבר הראה כיצד הגיונות פעולה שונים יכולים להתלכד ברגעי משבר כלכלי או פוליטי ולהוביל לעלייה (ולהצלחה) תקופתית במאמצי השלטונות להרחיק זרים מתחומי המדינה.⁸⁸ הסבר זה נחלש כשהקרבה בין אכיפת דיני ההגירה לשיטור פלילי מתקיימת גם בתקופות שגרה:⁸⁹ הוא לא נותן פשר והצדקה להשפעה על המשפט הפלילי עצמו; ובעיקר אין בו תשובה לשאלה כיצד המשפט עצמו – על הצדקותיו הפנימיות, מושגיו ומבני ההנמקה שלו – מתיר להטיל מעין ענישה ללא בירור היסודות המצדיקים זאת.

87 ת'ומפסון, באפילוג לספרו על ההקשר המעמדי של החוק למאבק בציידים שהשחירו את פניהם בעת ציד לא חוקי באדמות האצילים, עמד על התפקיד הפרדוקסלי של המשפט: בעודו משרת את כוחה של המדינה, מעמיק אותו ומעניק לו לגיטימציה – הוא גם מציב אותו תחת הגבלות וביקורת שיפוטית. ראו Thompson, לעיל ה"ש 1, בעמ' 265 (There were even occasions [...] when the Government itself retired from the courts defeated. Such occasions served, paradoxically, to consolidate power, to enhance its legitimacy, and to inhibit revolutionary movements. But, to turn the paradox around, these same occasions served (to bring power even further within constitutional controls").

88 גיל ודהאן, לעיל ה"ש 11.

89 זו, למשל, התוצאה של שיתוף מאגרי המידע של רשויות אכיפת החוק ורשויות ההגירה הנפוץ במדינות רבות. כך, הסכמי שיתוף הפעולה בארצות-הברית בין הרשויות לגורמי האכיפה, בתכנית "הקהילות הבטוחות", הם אחד הביטויים הבולטים לכך. ראו, למשל, Cházaro, לעיל ה"ש 69. פרקטיקה דומה מתועדת גם אצל Maartje van der Woude et al, לעיל ה"ש 10.

מגמת ההתקרבות בין תחומי הפעולה המדינתיים לבין הדינים המסדירים אותם מציעה נקודת מבט המאפשרת לגשר על חסר זה בספרות ובפסיקה, ולסייע בהערכה מחודשת של נוהגי אכיפה ומגמות בפסיקה שיש קושי להסבירם במסגרת הניתוח המקובלת. במקום להגביל את הדיון לכללים המשפטיים על פי תיחומם המקובל, נקודת מבט זו ממקדת את העיון בנוהגי הפעלת הסמכות בפועל ובנימוקים המשמשים לתיחומה ולהמשגתה. יש קשר בין ההצדקות לפיקוח ולהטלת הגבלות מיוחדות כלפי קבוצות מובחנות של זרים ללא מעמד מוסדר, לבין השימוש הדומיננטי בסמכויות שיטור המאפשרות פיקוח הדוק על אוכלוסייה הנחשבת – ומיועדת להיות – אוכלוסיית שוליים. הפעלת סמכות בעלת מאפיינים של ענישה, הנמצאת על התפר בין אכיפת דיני ההגירה למשפט פלילי – כרוכה בדרך כלל הן בזיהוי נוכחות שאינה מוסדרת ככזו המערערת על קיומו של מרחב חברתי מוגן; והן בזיהוי הגירה שלא באפיק מוסדר ובניגוד להעדפות שעוגנו במדיניות ההגירה המעשית, כמעשה רצוני שיסודו בבחירה ולא בכורח.

הוקעה של הגירה לא מבוקרת מתעלמת בדרך כלל לא רק מהנסיבות האישיות היכולות לעתים להצמיח הגנה מיוחדת (בעיקר דרך דיני הפליטים), אלא גם מהנסיבות המבניות המחוללות ומשמרות את התהליכים המובילים להגירה. בדומה לעוני ולעבריינות הצומחת על רקעו, הגירה מובנת על ידי מתנגדיה כערעור פעיל על הסדר החברתי, הנובע מבחירה אישית הניתנת לגינוי ומצדיקה ענישה.⁹⁰ אף את פעולת ההוקעה עצמה⁹¹ – באמצעות ענישה פלילית ישירה או באמצעות הגבלות על חירות במסגרת דיני ההגירה – אין לנתק מהקשרה המבני. עיקרו של הקשר זה הוא שינוי בדפוסי השיטור והרחבתם כלפי אוכלוסיות יעד מסוימות הנתפסות כגורם צפוי לסיכון ולהפרת סדר. ההתקרבות הנצפית בין התחומים חוזרת במובן זה אל שורשי השיטור הפלילי ומערכת הכליאה המודרנית – בחוקי עניים ושוטטות, שהורחבו ולאחר מכן תורגמו לפיקוח על הגירה.⁹²

ג. מעצר של מבקשי מקלט ומגמות השיטור כלפי זרים בישראל

1. עקרון ההפרדה בין תחומי המשפט ועקבות ההתקרבות ביניהם

להלכה, ההפרדה בין המשפט הפלילי לדיני ההגירה בישראל שרירה וקיימת. ההלכות העקרוניות הנוגעות לעניינים פליליים שזרים מעורבים בהם בישראל מזה, ולעניינים מנהליים הנוגעים לאכיפת דיני ההגירה מזה, אינן מבטאות התקרבות מוכרות של תחומי המשפט והפעלת הסמכות המדינתית. מצד בתי המשפט אף ניכרת הקפדה על הבחנה מוצהרת בין התחומים, הבולטת מיוחדת במסגרת הליכים פליליים. כך, למשל, בעניין כאברי נדונה החמרה במדיניות ענישה בגין עברות שוד שביצע מבקש מקלט. על רקע דברים שהשתמעו לשני

90 Ashworth & Zedner, לעיל ה"ש 80, בעמ' 14.

91 על הקשר בין אסדרה של הגירה לבין כוח השיטור המדינתי ראו Markus Dirk Dubber, The Police Power: Patriarchy and the Foundations of American Government 141 (2005).

92 שם, בעמ' 131-139.

פנים בפסיקת הערכאה הדיונית,⁹³ הדגיש בית המשפט העליון כי גזירת עונש שתתחשב במוצא ובמעמד של העושים תיחשב לסטנדרט כפול בענישה ולשיקול זר העומד בניגוד לעקרונות היסוד של שיטת המשפט הפלילית בישראל.⁹⁴

עם זאת, עיון בהצהרות השיפוטיות ובהקשרן מגלה דווקא סימנים ברורים לכך ששאלות של משפט פלילי ושל מעמד לפי דיני ההגירה נכרכות זו בזו באופן שגרתי – בפעולות האכיפה והשיטור, בשיקול הדעת המנחה את התביעה ואת בתי המשפט בהליכים פליליים שמעורבים בהם מבקשי מקלט, ובשיקול הדעת המנחה את גורמי האכיפה, את הערכאות המנהליות ואת בתי המשפט הדנים בהליכים בערוץ המנהלי. הרשות המבצעת, על המערכים הממונים על אכיפת החוק, הובילה את קביעת המדיניות כלפי מבקשי המקלט ויזמה התאמות במערך החוקי שיאפשרו לממש מדיניות אכיפה מנהלית הנושאת מאפיינים בולטים של שיטור פלילי. הדוגמה הבולטת ביותר לכך היא האפשרות להעביר מבקשי מקלט מההליך הפלילי למסלול של שלילת חירות באפיק המנהלי; נעמוד על כך בפירוט בהמשך. למרות ההנמקות העקרוניות התומכות בהפרדה הקטגורית בין התחומים ומדיניות את חשיבותה, בתי המשפט עצמם מתקשים לשמר את ההבחנה בפסיקתם. מגמה זו בולטת ביתר שאת בתחום המסווג כמנהלי, שנפקדת ממנו היומרה של תחולה אוניברסלית המקובלת כעיקרון יסוד של השיטה בתחום הפלילי.

גם בדין הפלילי אפשר לזהות את עקבות העירוב בין התחומים. דוגמה חשובה לכך נמצאת בפסיקה העוסקת בחומרת העונש בגין עברות שמאפייניהן השכיחים משויכים לזרים נטולי מעמד. אמנם, במישור העקרוני נקבע במפורש כי יש לקיים בענישה אמות-מידה אחדות, ללא הבחנה בין אזרחים לזרים; אולם למרות ההצהרה העקרונית על "עיוורון צבעים" נורמטיבי, התמונה מורכבת יותר. העמדה הרשמית והגורפת בעניין השוויון בענישה שביטא בית המשפט בעניין כאברי לא הקהתה את הקשרה המסוים ואת הקושי לבחון את שיקולי הענישה במנותק משאלת הזהות והמעמד. זהות העבריינים ומעמדם בישראל עמדו ביסוד הדיון גם בבית המשפט המחוזי וגם בבית המשפט העליון,⁹⁵ שתבע מהערכאה הדיונית

93 ת"פ (מחוזי ת"א) 12-03-26657 מדינת ישראל נ' בשיר (פורסם בנבו, 19.6.2012) ("כאשר מתגלית בפני בימ"ש תופעה שהופכת למכת מדינה, ותופעה זו מיוחדת לסוג מסוים של אוכלוסייה, חובתו של ביהמ"ש להגן על הציבור מפני תופעה זו וכל טענה שמדובר בהפליה או בגזענות דינה להידחות בתוקף". שם, מדברי השופט גורפינקל).

94 עניין כאברי, לעיל ה"ש 39, פס' 17 לפסק דינו של השופט דנציגר: "בחברה מתוקנת לא ניתן להשלים עם קיומו של סטנדרט ענישה כפול שכן זה אינו עולה בקנה אחד עם עקרון השוויון – ממנו נגזרים עקרונות משנה אחרים בתורת הענישה כגון עקרון אחדות הענישה והאיסור בדבר אכיפה בדרנית – המהווה נדבך מרכזי במאפייניה החוקתיים של שיטת המשפט הישראלית. יתר על כן, גזירת עונש בהתאם למוצאו של אדם, מינו, עדתו או דתו כמוה כשקילת שיקולים זרים. לא זאת אף זאת, מדיניות ענישה המביאה בחשבון את מוצאו האתני של אדם או השתייכותו החברתית עלולה לגרור השלכות חברתיות קשות כגון תיוג שלילי והכתמה של הקבוצה הרלבנטית" (ההדגשות במקור).

95 פס' 1 לפסק דינו של השופט דנציגר ("שוב ניצבת לפתחנו סוגיית מדיניות הענישה ביחס לעבירות שוד המבוצעות על ידי מבקשי מקלט השוהים בישראל"). הדברים מובהקים במיוחד בפסק הדין שניתן בבית המשפט המחוזי, ת"פ 12-01-37941 מדינת ישראל נ' כאברי (פורסם

להיזהר בלשונה – גם כשקבע כי שיקוליה לא נבעו מהתייחסות מפלה.⁹⁶ דפוס זה חזר בכמה וכמה מקרים שבהם התייחסה הערכאה הדיונית במפורש למאפייני העברה הטיפוסיים. פסקי הדין כרכו את הצורך בהחמרת הענישה עם זהות העבריינים, עם זירת העברות בשוליים העניים של העיר ועם זהות הקרבנות האופייניים שהיו אזרחים פגיעים או קשי יום. לעתים התייחסו בתי המשפט במפורש להגנה מפני הרחקה שניתנה למבקשי מקלט ולכך שהחמרה בענישה נועדה להבהיר כי יש חובות בצד הגנה זו. מבקשי מקלט שאינם "אסירי תודה למדינה" ואף "מעלו באמון שניתן בהם" כשפגעו בחלשים בחברה – דינם מאסר ממושך.⁹⁷ רף הענישה המחמיר הוצדק בכך שענישה זו היא חלקו של בית המשפט "ובהענקת] בטחון לאזרחים" באמצעות "הטלת עונשים חמורים, שיהיה בכוחם להרתיע אוכלוסייה מסויימת מביצוע עבירות מסויימות".⁹⁸

לכאורה אפשר ליישב את מגמת ההחמרה בענישה עם שיקולים שהם פנימיים למשפט הפלילי. הביטחון האישי הוא ערך מוגן. הגנה על הכלל, ועל קבוצות אוכלוסייה חלשות בפרט, יכולה להצדיק החמרה בענישה ללא קשר למעמדם האזרחי של העומדים לדין.⁹⁹ על רקע זה הדגישה לעתים הערכאה הדיונית כי "כל טענה שמדובר בהפליה או בגזענות, יש לדחות בתוקף";¹⁰⁰ ערכאת הערעור נמנעה בדרך כלל מלהצביע על שיקולים פסולים גם כשהמתיקה ענישה שחומרתה נשענה "במידה רבה על הכללות שלא היה להן מקום".¹⁰¹

נבנו, 30.5.2012 (להלן: "עניין כאברי במחוזי") ("לאור ריבוי המקרים, והצורך להרתיע את ציבור האזרחים הזרים השוהים בישראל, נראה כי יש להעלות את טווח הענישה, ולהעמידה בין 3 ל-6 שנות מאסר". שם, מדברי השופט גורפינקל).

96 עניין כאברי, לעיל ה"ש 39. דברי ההסכמה של השופט רובינשטיין מדגישים את העניין. כידוע, מימושו של עקרון השוויון בהליך הפלילי אינו פשוט. בישראל יש ממצאים לא מעטים באשר להבדלים בין הסיכויים של ערבים לאלה של יהודים בהליך הפלילי, הבדלים המתחילים קרוב לוודאי כבר בשלבים המוקדמים של ההליך. כך, למשל, ראו את מחקרם של אורן גול-אייל ורענן סוליציאנו-קינן, גל עינב ועטאללה שובאש "ערבים ויהודים בהליכי הארכת מעצר ראשוני" משפטים לח(3) 627 (2008). אולם, דומה כי במקרה שלפנינו ההנחה המוקדמת שביסוד המחקרים על יחס לקבוצות שונות בענישה – באשר לחשיבות של עקרון השוויון בהליך – אינה מובנת מאליה.

97 ת"פ (מחוזי ת"א) 11-03-18537 מדינת ישראל נ' כריסטיאן (גזר הדין פורסם בנבו, 14.3.2012). בית המשפט העליון קיבל חלקית את הערעור על חומרת העונש, אך דחה את הטענה שחומרת העונש הושפעה ממוצאם או ממעמדם של המורשעים. ע"פ 3160/12 כריסטיאן נ' מדינת ישראל (פורסם בנבו, 21.4.2013).

98 עניין בשיר, לעיל ה"ש 93 (ההדגשות הוספו). כן ראו עניין כאברי במחוזי, לעיל ה"ש 95.

99 על רקע זה הוחמרה במקרים שונים הענישה בגין עברות הנחשבות ל"מכת מדינה" או קרוב לכך, גם אם לרוב מבציעהן יש מאפיינים דומים. ראו והשוו את פסקי הדין שעסקו, בהתאמה, בגנבות חקלאיות ובעברות של נהיגה פרועה, ע"פ 2943/06 חילו נ' מדינת ישראל (פורסם בנבו, 11.9.2006); ע"פ 10340/07 מדינת ישראל נ' חובלשילי (פורסם בנבו, 6.2.2008).

100 עניין בשיר, לעיל ה"ש 93.

101 ע"פ 3683/12 צגוקי נ' מדינת ישראל, פסק דינה של השופטת חיות (פורסם בנבו, 20.12.2012) ("המערער, נתין ניגרי, שוהה בארץ ברשות כמבקש מקלט, בשל המצב השורר בארצו [...]. בהינתן מכלול הנסיבות הנוגעות לעניין ובהינתן העובדה כי פסק דינו של בית משפט קמא

למעשה, גם בית המשפט העליון עצמו לא נמנע מקביעת מסגרת הדיון באמצעות אפיון העברות ככאלו שבוצעו על ידי זרים כלפי אזרחים ומערערות את ביטחונם של האזרחים החולקים עמם מרחב משותף.¹⁰² ההתייחסות החוזרת למאפיין זה היא עדות לכך שהשופטים אינם אדישים לקיומו של עימות בין אזרחים לבין "אוכלוסייה מסוימת" של זרים החולקת עמה את השוליים החברתיים, הכלכליים והגאוגרפיים של המרחב העירוני. בתי המשפט מנמקים את הכרעותיהם על רקע תוצאות חברתיות קונקרטיות הנובעות מנוכחותם של מבקשי מקלט נטולי מעמד מוסדר בשוליים העניים של העיר. לאמתו של דבר, יתרונותיה ומחירה של הגירה אינם מתחלקים באופן שווה: אוכלוסיות עניות ומודרות מושפעות ממנה לרעה גם כשהמשמעות עבור כלל האוכלוסייה היא חיובית או ניטרלית.¹⁰³ מציאות זו מהדהדת בדיונים בענישה פלילית האמורים להיות עיוורים לשאלת המעמד. עבור ערכאות דיוניות שהחמירו בעונשים בגין עברות שוד, ההקשרים של הגירה, עוני, עבריינות וענישה שלובים זה בזה.¹⁰⁴ הדיון על אודות רף הענישה חושף את העימות המתמשך בין שני ציוויים פנימיים סותרים הפועלים על מערכת המשפט ומערכת אכיפת החוק: המשפט הפלילי חותר לאוניברסליות, לשוויון לפני החוק ולאכיפתו – ואילו דיני ההגירה שואפים להתייחסות מובחנת כלפי זרים ולהתחשבות בהשלכות ההגירה על אזרחים. בכך ישראל אינה שונה ממדינות דמוקרטיות אחרות המהוות יעד להגירה ומתמודדות עם מתח זה, הפועל בהדרגה לקירוב בין המשפט הפלילי לדיני ההגירה. להלן אצביע על הביטויים העיקריים של מגמה זו בישראל.

2. שיקולי הגירה והשפעתם על המשפט הפלילי בהקשר של מבקשי מקלט

כפי שהדגים הדיון בשיקולי הענישה, המשפט הפלילי מחויב לשוויון גמור בין נמעניו. אמנם הדיון הצביע על הקושי לשמור על ארשת של שוויון למעשה, אך הראה את הדחייה השיטתית של טענות המייחסות תוצאות חמורות להפליה או לגזענות.¹⁰⁵ במובן זה המשפט מצביע על חשיבותה של הפרדה קטגורית בין התחומים, ברוח הדיון לעיל בפרק ב'; אולם

מבוסס במידה רבה על הכללות שלא היה להן מקום וכן על התייחסות לרף הענישה המקובל [...] ראינו להפחית במידת מה את עונש המאסר בפועל שנגזר".

102 שם, השופט דנציגר בפתח פסק הדין: "מהו העונש ההולם למעשה שוד שבוצע בקרבת גינת לוינסקי בתל-אביב על ידי שני מבקשי מקלט מאריתריאה".

103 Gary P. Freeman, *National Models, Policy Types, and the Politics of Immigration in Liberal Democracies*, 29 WEST EUR. POL. 227 (2006)

104 עניין בשיר, לעיל ה"ש 93. "נכון הדבר שמצבם של הפליטים שהגיעו לישראל אינו קל, אולם יש לזכור כי הם הגיעו לכאן מרצונם ולא בכפייה, וגם הגעתם לא נעשתה במישרין לישראל, אלא קודם הגיעו למצרים, ורק כאשר מצאו שרמת החיים שם אינה מתאימה להם, ואינה מספקת את צרכיהם, החליטו להגיע לישראל. אפשר אולי להבין, גם אם לא להצדיק, אדם הגונב לחם מסופר מרקט כדי לשבור את רעבונו, אולם לא ניתן בשום אופן להשלים עם עבירות רכוש שמבוצעות באלימות". הדיון במישור הפלילי מתמקד באופן טבעי באחריות האישית ונעדרים ממנו ההקשרים המבניים. על פער זה ראו עוד להלן בפרק ד.

105 בהקשר של מהגרי עבודה, מחקרם של אייזשטדט ושפירא מראה כי אף שזרות אמורה להיות לא רלוונטית, יש לה תפקיד בהעמדה לדיון של מהגרי עבודה בישראל: Mimi Ajzenstadt & Assaf Shapira, *The Socio-legal Construction of Otherness under a Neo-Liberal Regime*:

בחינה זהירה יותר של אכיפת הדין הפלילי כלפי מבקשי מקלט מגלה כי למרות ההכרזות העקרוניות, יישום החוק באופן שיהיה אדיש למעמד עלול להוביל לתוצאות מفلות. על רקע עוצמתה הדוקטרינרית של ההפרדה הקטגורית והמשגתו של התחום הפלילי כעצמאי משיקולים של מעמד, דומה כי ברוב המקרים בתי המשפט אינם ערים דיים למשמעויות המפלגות של פסיקתם ולהיעדר השוויון הנפוץ במסגרת ההליכים המתקיימים בהם.¹⁰⁶ עיון בכמה דוגמאות בולטות – שאותן יש לקרוא על רקע ההתפתחויות במדינות המכירות בקשר בין הגירה לבין משפט פלילי – מצביע על נקודות עיוורון בתפיסת הדין הפלילי, המתעלמת מהמשפט כפי שהוא למעשה.

(א) תוצאות נלוות בתחום ההגירה

פורמלית, להרשעה ולענישה פלילית בישראל אין תוצאות הכרחיות בתחום המעמד וההגירה. אמנם, בעת בחינה סמכות שבשיקול לדעת אם לתת מעמד מכוח חוק האזרחות או מכוח חוק הכניסה לישראל, שר הפנים מוסמך לזקוף הרשעה בפלילים לרעתו של מבקש המעמד,¹⁰⁷ ועברות פליליות הן חריג לסמכות החובה להעניק לזכאי שבות תעודת עולה המקנה אזרחות. אולם, במקרה השכיח מדובר בהרשעות פליליות שקדמו לזיקות המצמיחות מעמד או לבקשות המעמד, ומכל מקום לא מדובר בהליכים שבהם שיקולים מתחום המשפט הפלילי מעורבים ישירות עם שיקולים מתחום המעמד. אין בישראל הוראות מקבילות לחקיקה במדינות אחרות, המורה במפורש על הפקעת מעמד פחות מאזרחות בעקבות הרשעה פלילית בעברות מסוימות כגון עבירות אלימות חמורות או עברות הקשורות בסמים.

The Case of Foreign Workers in the Israeli Criminal Courts, 52 BRIT. J. CRIMINOL. (2012) 685.

106 חריג בולט לכך הוא פסק דינה של השופטת ברק-ארז שניתן לאחרונה, בעניינו של אדם שריצה 14 חודשי מאסר (לאחר הפחתת עונשו בערכאת הערעור) בגין מעשה מגונה תוך שימוש בכוח, ולאחר מכן הועבר למשמורת שבה שהה יותר למעלה משנה נוספת. המדינה טענה כי יש להעדיף את החזקתו במשמורת על פי דיני ההגירה ("לאדם שאינו אזרח ישראל אין זכות קנויה להיכנס לישראל או להישאר בה"), אך בית המשפט ביכר פעולה במישור המניעתי הספציפי לפי חוק הגנה על הציבור מפני ביצוע עבירות מין, התשס"ו-2006 ("ההליך הפלילי, אשר נותן מענה לעבירות שכבר בוצעו במישור העונשי, וההליך הקבוע בחוק הגנה על הציבור, המשלים את המישור המניעתי, הם המסלול שיעד המחוקק לטיפול בעברייני מין המהווים סיכון לשלום הציבור, והם מכילים את האמצעים המתאימים להתמודדות עם מקרים אלה. במובן זה, השימוש בהם – כשהוא אפשרי למניעת מסוכנותו של שוהה בישראל שלא דין – יהיה עדיף על פניה להסדרים המצויים בחוק הכניסה לישראל"). בר"ם 7696/16 אריא נ' משרד הפנים, פס' 40 (פורסם בנבו, 4.1.2017).

107 כך נקבע בשורה עקבית של הלכות בעניין, הן במסגרת חוק השבות – דוגמת לנסקי וכעבור שני עשורים מלבסקי – ולא כל שכן בעניין זרים שנכנסו למדינה שלא כדין. ראו בהתאמה בג"ץ 442/71 מאיר לנסקי נ' שר הפנים, פ"ד כו(2) 337 (1972); בג"ץ 1227/98 אנטון מלבסקי נ' שר הפנים, פ"ד נב(4) 690 (1998); בג"ץ 4702/94 אל טאיי נ' שר הפנים, פ"ד מט(3) 843 (1995).

כך להלכה; למעשה יש קבוצות אוכלוסייה שסיכון ההרשעה בפלילים יחשוף אותן לתוצאות בתחום המעמד וההגירה. זה המצב בנוגע לתושבי הקבע במזרח ירושלים, שמעמדם הפחות-מאזרחות עשוי להיפגע עקב הרשעה בפעילות עבריינית מסוימת.¹⁰⁸ זה גם המצב בנוגע למבקשי מקלט בישראל, שבעקבות החוק למניעת הסתננות החל עליהם, הם עשויים לעבור למעצר ללא הגבלת זמן עם תום ריצוי עונשם הפלילי.¹⁰⁹ זאת, על סמך הוראות החוק המאפשרות בנסיבות אלה להחזיק במעצר מי שנמצא בישראל בלא מעמד מוסדר, עד שיצא מגבולות המדינה. מאחר שסמכות זו אינה מוגבלת בזמן, ומאחר שמבקשי מקלט המוגנים מפני הרחקה אינם צפויים לצאת מן המדינה, התוצאות של הרשעה בתחום ההגירה עשויות להיות קשות יותר מתוצאותיה במישור הפלילי. אף על פי כן, בחסות ההפרדה הקטגורית דחה בית המשפט העליון טענות על חומרת העונש בנסיבות אלה: "לא נוכל להביא שיקול זה במניין שיקולי הענישה. למקרא הוראות החוק, כלל לא בטוח שהמערער אכן ימצא במעצר מינהלי לכשיסיים לרצות את עונשו. ישנן עוד כמה אפשרויות [...] כל החלטה תהא נתונה גם לביקורת שיפוטית. ההליך הפלילי לחוד וההליך המינהלי לחוד; כל אחד קובע פרק לעצמו".¹¹⁰

(ב) אישוויון בסיכוני ההעמדה לדין

עם החייאת השימוש בחוק למניעת הסתננות כדי להחיל משטר מחמיר של הגבלת חירות על מבקשי מקלט שנכנסו לישראל דרך הגבול הדרומי עם מצרים, נוצרה מציאות משפטית מיוחדת שאפשרה לרשויות האכיפה לכרוך הליכים פליליים עם מדיניות הגירה מגבילה. על סמך הוראות החוק המתוקן, שאפשרו לעצור ללא הגבלת זמן מי שעבר עברה פלילית והוצא נגדו צו הרחקה מישראל אך אי־אפשר לממשו, קבעה רשות האוכלוסין וההגירה – על דעת

108 העניין נוגע במיוחד למי שאינם יכולים לקבל מעמד בישראל בשל ההארכות הנמשכות של חוק האזרחות והכניסה ישראל (הוראת שעה), התשע"ג-2013, והם קרובי משפחה של אזרחים או של תושבי קבע. בכמה פסקי דין נקבעו חריגים למדיניות המגבילה, המנחים לתת מעמד במקרים מצומצמים (בג"ץ 5315/02 חתו נ' שר הפנים (פורסם בנבו, 4.12.2002); עע"ם 8849/03 דופש נ' מנהל מינהל האוכלוסין במזרח ירושלים (פורסם בנבו, 2.6.2008)). על רקע הבריקה הפרטנית, כל הרשעה פלילית יכולה לעמוד לרועץ למבקש המעמד ולעתים אף לבני משפחתו.

109 זה היה מצבם של העותרים בעניין אל טאיי, לעיל ה"ש 107, ששהו במעצר מנהלי במשך שנים לאחר תום תקופת מאסרם בגין כניסה ושהייה שלא כדין. תביעות נזיקיות שהגישו בעקבות המעצר התקבלו בבית המשפט המחוזי אך נדחו בערעור. ראו ע"א 9656/08 מדינת ישראל נ' סעירי (פורסם בנבו, 15.12.2011).

110 ע"פ 954/13 פלוני נ' מדינת ישראל, פסק דינו של השופט סולברג (פורסם בנבו, 19.6.2013 (ההרגשות הוספו). באותו עניין נפסק למערער עונש חמור יחסית בגין מעשה מגונה, ונטען בשמו כי בעקבות הרשעתו הוא צפוי להיות מוחזק במעצר בגמר ריצוי עונשו וכי לפיכך יהיה עונשו חמור הרבה יותר מ־24 חודשי המאסר שנגזרו עליו.

היועץ המשפטי לממשלה – נוהל חדש. לפי הנוהל, מי שהחוק למניעת הסתננות חל עליו והוא מסיים לרצות את מאסרו מועבר ישירות למעצר שאינו מוגבל בזמן.¹¹¹ למצב דברים זה נודעה השפעה קריטית על השיקולים בייצוג משפטי של מבקשי מקלט. הסיכון המרכזי של העמדה לדין אינו תקופת המאסר אלא המאסר עצמו, הצפוי לגרור מעצר השקול לכליאה ללא הגבלת זמן.¹¹² במקרה שבו סנגור עשוי לייצג לאזרח העומד לדין להודות באישום כדי להגיע להסדר טיעון שבעקבותיו יוטל עליו עונש מאסר קצר, הסדר כזה עשוי להוביל לתוצאות קשות עבור מבקש מקלט, החשוף להפעלת החוק למניעת הסתננות ולאפשרות ההעברה למשמורת הקבועה בו. גם להימנעות ממעצר עד תום ההליכים יש חשיבות מיוחדת, משיקולים דומים. אי-השוויון בסיכונים הכרוכים בהעמדה לדין מתחדד אף יותר בשל ההצטרפות של כמה גורמים העשויים להוביל הליכים זהים לתוצאות שונות, גם כשכל שאר התנאים זהים. למבקש מקלט החשוד בעברה או מועמד לדין יש אינטרס מיוחד להימנע ככל האפשר ממאסר או אף ממעצר שיובילו למשמורת במסלול המנהלי. בה בעת, הנגישות לחלופות להרשעה ולמאסר בפועל היא מוגבלת במיוחד, משום שבתי המשפט אינם נוטים להורות על הגשת תסקירי מבחן שיאפשרו להימנע מהרשעה בשלב הכרעת הדין או מהטלת עונש מאסר בפועל בשלב גזירת הדין. בשונה ממרחב התמרון המצומצם של מבקש המקלט ומייצגיו, המסלול המנהלי מעניק לתביעה כלי רב כוח: ביכולתה לסגת מכתבי אישום או אף להימנע מגיבושם לאחר תקופת מעצר ראשונה, משנמצאה לה חלופה זמינה להותרת חשודים במשמורת בלי לעמוד בנטל ההוכחה הנדרש במשפט פלילי.¹¹³ לכך מצטרפות טענות בדבר חשש משחרור בערובה לחלופות מעצר לפני הכרעת הדין, העולה כדבר שבשגרה בדיונים על חלופות מעצר ומאסר. הממשלה אף פרסמה פעמיים תזכיר חוק שהציע לקבוע "חזקת הימלטות" מן הדין בנוגע למבקשי מקלט, שתאפשר להותירם במעצר

111 החוק למניעת הסתננות; נוהל רשות האוכלוסין וההגירה 10.1.0010. "נוהל הטיפול במסתננים המעורבים בהליך פלילי" (24.9.2012); נוהל רשות האוכלוסין וההגירה 10.1.0010 "נוהל הטיפול במסתננים המעורבים בהליך פלילי" (4.4.2013); נוהל רשות האוכלוסין וההגירה 10.1.0010 "נוהל הטיפול במסתננים המעורבים בהליך פלילי" (6.7.2013).

112 מעצר בעקבות כליאה יכול להגיע לביקורת מעין-שיפוטית של בית הדין לעררים, והכרעתו נתונה לערעור לבית המשפט לעניינים מנהליים. הדיינים, הממונים על ידי משרד המשפטים לתקופות קצרות ומתחדשות, מורים לעתים על שחרור ממעצר לאחר תקופת ממושכות, אולם נוהגים לפסוק על יסוד מקרים קונקרטיים ולא להתוות אמות-מידה כלליות לבחינה של חוקיות המעצר. זאת, אף שבסמכותם לדון אפילו בחוקתיות החקיקה והנהלים שמכוחם סמכות המעצר מופעלת. ראו לעניין זה בר"ם 2132/16 משרד הפנים נ' Brhane, פ"ס 5 (פורסם כנבו, 10.5.2016). לביקורת על הגישה השיפוטית המתחמקת מדין בשאלות עקרוניות ראו אסף וייצן "בסופו של יום, גם אם יימחקו 400 עתירות זה מה שצריך להיות: עע"ם 1884/16 דבסאי נ' משרד הפנים" מבזקי הארות פסיקה 56 (2016).

113 הדברים נסמכים על שיחה עם ד"ר איילת עוז מהסנגוריה הציבורית מיום 30.5.2014. באוניברסיטת תל-אביב, הפקולטה למשפטים, במסגרת שיעור בדיני הגירה (בהנחיית המחבר) (להלן: "הרצאתה של איילת עוז").

עד תום ההליכים גם בנסיבות שבהן אזרחים לא יהיו חשופים לכך.¹¹⁴ כל זאת – על סמך טענות בעלמא בדבר שיעורי הימלטות גבוהים, בזמן שבפועל לא היו בידיהן של רשויות האכיפה נתונים שיצדיקו את שינוי החזקה.¹¹⁵

איי-השוויין בסיכוני ההעמדה לדין ניכר בכירור בעברות קלות, כשלעיתים קרובות העובדות אינן שנויות במחלוקת וההעמדה לדין צפויה להוביל, במקרה של אזרחים, להסדרי טיעון מקלים.¹¹⁶ כאשר מבצע העבירה הוא זר חסר מעמד, עצם ההעמדה לדין מעוררת את החשש שגורמי האכיפה ישתמשו בהעמדה לדין כאמצעי להקמת סמכות כמישור המנהלי. דוגמאות בולטות הן עברות רכוש מזדמנות ועברות של נהיגה ללא רישיונות וזיוף מסמכים – עברות אופייניות לניסיון של מבקשי מקלט לקיים את עצמם בשוליים של המרחב העירוני ושל שוק העבודה בישראל. בהיעדרן של אשרות שהייה והיתרי העסקה ברורים, מבקשי מקלט רבים מתקשים לנהל חיי יומיום תקינים אין הם יכולים לקבל רישיונות נהיגה ומעסיקים רבים חוששים מהעסקתם. כך היה בייחוד בשנים הראשונות להגעתם של אלפים מאזרחי מדינות סודן ואריתריאה לישראל.¹¹⁷ בתקופה מסוימת מיקרו גורמי האכיפה את פעולותיהם באיתור מבקשי מקלט הנוהגים ללא רישיון ובהעמדתם לדין, ובמקרה בולט אחר העמידו לדין מבקשת מקלט אשר עשתה שימוש באשרה בה נמחקו המלים המדגישות כי אין זה היתר עבודה, על מנת להקל על העסקתה. בשני המקרים, מעצר עד תום הליכים ותקופות

114 חזקת ההימלטות משקפת את ההנחה שמי שעומד לדין פלילי צפוי להימלט ממנו אלא אם כן יוחזק במעצר. ראו תזכיר חוק סדר הדין הפלילי (סמכויות אכיפה – מעצרים) (תיקון – חזקת המלטות מן הדין), התשע"ו-2015.

115 שם ("מדי שנה נמחקים או מותלים כתבי אישום רבים המוגשים בגין ביצוע עבירות כנגד חשודים שאינם תושבי המדינה או אזרחיה ולאחר שהם משוחררים ממעצר בתנאים הם מתחמקים מהדין ואינם מתייצבים למשפטם. בעיקר הדברים אמורים ביחס לנאשמים מסתננים וכן ביחס לתושבי הרשות הפלסטינית"). בתשובה לבקשת חופש מידע, שבה התבקש פילוח מהסוג שעל אודותיו נמסר בתזכיר הצעת החוק, כתבו נציגי משרד המשפטים למחבר כי אין פילוח של העברות לפי מעמד החשודים. לנימוקי הצעת ההסבר לא היה אפוא על מה לסמוך (העתקים מההתכתבות אצל המחבר).

116 ראו, למשל, בתיאור נסיבותיו של אדם שנעצר במעצר ימים בגין חשד להחזקת סמים שלא לצריכה עצמית, בגין הפרעה לשוטר למילוי תפקידו ובגין שהייה שלא כדין – והועבר מיד למשמורת לפי החוק למניעת הסתננות: בר"ם 298/14 משרד הפנים נ' אסמעיל, פס' 7-10 (פורסם בנבו, 17.3.2014). באותו עניין, שראשיתו לפני הביטול הראשון של התיקון לחוק למניעת הסתננות, הרגיש בית המשפט העליון את תמיהתו על כך שהמשמורת הוערפה על פני העמדה לדין (ע"ם 398/13 מוחמד נ' משרד הפנים (פורסם בנבו, 27.2.2013)). עם זאת, אף שביטול המשפט ציין את העדפתו הברורה לכך שבמקרים של חשד לעברות תופעל אכיפה במסלול הפלילי (ע"ם 398/13 מוחמד נ' משרד הפנים (פורסם בנבו, 26.6.2013), הוא נמנע מלהורות על שחרור הנאשם מהמשמורת המנהלית (ע"ם 398/13 מוחמד נ' משרד הפנים (פורסם בנבו, 9.10.2013). קבוצה אחרת של מקרים נוגעת לעברות אלימות קלות בתוך המשפחה; ראו, למשל, עמ"נ (מינהליים ב"ש) 13-01-28474 טאקליי נ' משרד הפנים (פורסם בנבו, 18.2.2013).

117 בשנת 2007 עוד קיבלו אלפי יוצאי אריתריאה ויוצאי דרפור אשרת ב/1 המאפשרת לעבוד. רבות הימים הוחלפו האשרות בהיתרי שהייה מוגבלים המתחדשים מדי שלושה חודשים.

מאסר קצרות שמשו כמעין מבוא להעברת הנאשמים למשמורת במסגרת החוק למניעת הסתננות ללא הגבלת זמן.¹¹⁸ במקרים אחרים הורשעו מבקשי מקלט בעברות רכוש קלות-ערך, ובסופה של תקופת מאסר – שלעתים לא עלתה על ימים אחדים – נשלחו לתקופות מעצר ממושכות במסגרת הליכים מנהליים. כך גם בחלק מעברות המין, כשהמעצר ללא הגבלת זמן מכוח החוק למניעת הסתננות אפשר לרשויות להטיל על מי שסיימו לרצות את עונשם אמצעי הגבלה חמורים וממושכים יותר מכפי שאפשר היה להטיל עליהם במסגרת החקיקה הרגילה.¹¹⁹ אף פסק דינו של בית המשפט העליון בעניין אריא, שמתח ביקורת על העדפת המסלול המנהלי, לא השווה לחלוטין בין מעמדם של אזרחים לבין מעמדם של אלה שאפשר להחזיקם במשמורת. הכרעתו העקרונית נוסחה בלשון זהירה, וצומצמה לנסיבות הפרטניות של המקרה ולהקשר שבו כבר ניתן צו פיקוח מניעתי על מי שעבר עברת מין, המהווה הסדר ספציפי.¹²⁰

למרות השינויים בנוהגי התביעה וביעדי האכיפה, בהשוואה למדינות שיש בהן קשר פורמלי והדוק יותר בין הרשעה בעברות מסוימות לבין אבדן מעמד והרחקה לצמיתות מתחומי המדינה,¹²¹ אי־השוויון בסיכוני ההעמדה לדין ובניהול ההליך הפלילי בישראל עדיין מצומצם. עקרון האוניברסליות בענישה ובכללי הכרעת הדין נשמר במישור הפורמלי, וההבדלים בין חשודים אזרחים לזרים עדיין אינם חריפים מאוד מבחינת התמריצים להודות ולהגיע להסדרי טיעון או לעמוד על קיומו של הליך פלילי מלא. ערנותה הגוברת של הסגורה הציבורית לתוצאות בתחום המעמד וההגירה, בצד נוכחותה הרחבה בהליכים פליליים מלאים ובייצוג במעצרי ימים, מצמצמת את ההשלכות הנבדלות של ההליך הפלילי. סגורית המודעת למשמעות הקריטית של כניסה למעצר או למאסר – הצפויים להוביל

118 ע"ע 8642/12 טספהונה נ' משרד הפנים (פורסם בנבו, 4.2.2013). (בעת הסכמתו לפסק הדין העיר השופט דניצ'גר: "בנסיבות אלה, כך נטען, אין כל תכלית לגיטימית המצדיקה את המעצר. טענה זו הגיונה בצידה, אולם איני סבור כי יש בכך כדי לסייע במקרה הפרטני של המערערת. המשיבים טענו בדיון שלפנינו כי נעשים מאמצים בלתי פוסקים כדי לאפשר גירוש של מסתננים דוגמת המערערת, למשל על ידי הרחקה למדינה שלישית, ולא ניתן לשלול שכך ייעשה גם בעניינה. עם זאת, אוסיף כי סמכותם של המשיבים להחזיק את המערערת במשמורת כפופה לעיקרון המידתיות. לפיכך, ככל שיחלוף הזמן, ולא ימצא כל פתרון שיאפשר את הרחקתה של המערערת מן הארץ, הרי שיהיה מקום לשוב ולשקול את הצורך בהמשך מעצרה").

119 עניין אריא, לעיל ה"ש 106. באותו עניין טענה המדינה ללא כחל ושרק כי יש לאפשר את ההחזקה במשמורת משום ש"הטלת צו פיקוח לפי חוק הגנה על הציבור אינה מספיקה כדי לאיין את המסוכנות הנשקפת מן המערער, וכי מכל מקום הטלת צו פיקוח מכוח חוק זה נעשית בהתאם למערכת שיקולים ייחודית שאינה זהה באופייה ובמהותה למערכת השיקולים הרלוונטיים לחוק הכניסה לישראל" (שם, פס' 19). נמצאנו למדים כי לשיטת המדינה דיני ההגירה מאפשרים לשנות את האיוון הקבוע בחקיקה המתירה לנקוט אמצעים מניעתיים כלפי מי שהורשעו בעברות מין, ולהטיל הגבלות חמורות יותר על חירותם של חסרי מעמד מוסדר. שם, פס' 35-45.

121 כך באופן בולט בארצות-הברית ובקנדה, ופחות מכך בבריטניה. ראו לעיל, ה"ש 77-79 והדרוגמאות הנזכרות שם.

למעצר ממושך בערוץ המנהלי – תנהל את הסיכונים של לקוחותיה לכיוון של הימנעות מתוצאה זו במישור הפלילי.¹²²

המודעות של הסגוריה הציבורית להשלכות האפשריות של ההליכים הפליליים על הליכים מנהליים שתוצאתם חריפה אף יותר מדריכה את הסגורים להכיר את עיקרי הדין והפרקטיקה בכל הנוגע להליך המשמורת, ולהביאם בחשבון בניהול ההליך הפלילי על כל שלביו. נוכחותם של סגורים מייצגים המודעים למשמעויות האפשריות בתחום ההגירה והמעמד מסייעת לשימור העקרונות שביסוד ההפרדה הקטגורית במסגרת ההליך הפלילי. בה בעת, היא מדגישה את התוצאות הנלוות להפרדה מנקודת המבט של ההליך המנהלי, משום שסגורים ציבוריים יכולים לייעץ ללקוחותיהם כל עוד פעולות בתחום ההגירה נעשות בעיצומו של ההליך הפלילי. כך, למשל, סגורית יכולה להבהיר ללקוחה כי חתימה על "חזרה מרצון" המוצעת לו במסגרת הסדר טיעון בהליך הפלילי עשויה להוביל להרחקתו למדינה שנסקפת בה סכנה לחייו. ככל הידוע, התנגדות של סגורים לכריכה מובהקת זו של מדיניות ההרחקה עם מדיניות ההעמדה לדין פלילי הובילה להפסקת השימוש בה. אולם, שעה שאדם יוצא מתחום המשפט הפלילי ונכנס תחת הסמכות המנהלית, הוא כבר לא יכול ליהנות מייצוג משפטי ציבורי.¹²³ מחוץ להגנתם של סגורים ציבוריים ושל עקרונות ההליך הפלילי המפרשים ספק לטובת הנאשם, הרשויות משוחררות לפעול באופן תקיף יותר למימוש מדיניותן. אין תמה אפוא שיש לרשויות העדפה מובהקת להטיל הגבלות על חירות במסגרת המנהלית דווקא.¹²⁴

(ג) "נוהל הטיפול במסתננים המעורבים בהליך פלילי"

הפרדה קטגורית המאפשרת מעבר מושגי מהשדה הפלילי לשדה המנהלי צריכה לעורר אי נחת כשסמכויות השיטור וההעמדה לדין – המיועדות לאכיפת הדין הפלילי – משמשות עוגן להפעלת סמכות במישור המנהלי שהתנאים להפעלתה מקלים, שנסכיבות הפעלתה נוחות לרשויות, שרוב נמעניה אינם מיוצגים ושהביקורת על הפעלתה נשענת על אמות-המידה הנהוגות במשפט המנהלי. ההצדקות שביסוד הסיווג של סמכות בתחום ההגירה כעניין מנהלי או אזרחי המובחן מהענישה הפלילית מחייבות לבדוק מחדש אם הסיווג מכסה על טשטוש מעשי בין הגיונות הפעולה המדינתיים בכל אחד מהתחומים.

122 הרצאתה של איילת עוז, לעיל ה"ש 113. על רקע זה, למשל, סגורים נדרשים לתקוף עילות לסגירת תיקים שאינן חוסר אשמה (היעדר ראיות או חוסר עניין לציבור), משום שרף ראייתי נמוך בפלילים עשוי להספיק לשם העברה למשמורת מנהלית. הסגוריה הציבורית אף ממליצה להעדיף ניהול הליכים מלא כדי להוביל לזיכוי, גם כשמצועעים ללקוח מבקש המקלט הסדר טיעון וענישה מקלה.

123 המעורבות של סגורים ציבוריים בהליכי מעצר והעמדה לדין אף מאפשרת למבקשי מקלט העומדים לדין קשר עם מייצגים שלא עומדים לרשותם בהליכים מנהליים המובילים להגבלת חירות. בימים אלה תלויה ועומדת עתירה בעניין הרחבת הזכאות לסיוע משפטי אזרחי, העשויה בתנאים מסוימים לאפשר גם סיוע משפטי בענייני הגירה (בג"ץ 5262/16 האגודה לזכויות האזרח נ' האגף לסיוע משפטי).

124 ראו והשוו לרנאו ועוז, לעיל ה"ש 83, בעמ' 216.

לכאורה יש במישור הפלילי פתרון פשוט להוקעת כניסה לא רצויה אל תחומי המדינה: העמדה לדין על שהייה בלתי-חוקית לפי חוק הכניסה לישראל. אמנם נעשה שימוש רחב בעברה זו כלפי פלסטינים תושבי השטחים, במיוחד בעבירות חוזרות; אולם הלכה למעשה – למרות שימוש רחב היקף בעברה זו כאמצעי פיקוח על תנועת פלסטינים – דומה כי בתי המשפט מכירים בנסיבותיה, והענישה בגינה זו נוטה להיות מקלה במיוחד.¹²⁵ על רקע זה, העמדה לדין של מבקשי מקלט בגינה נראית אמצעי לא כדאי מצד הרשויות למאבק בכניסה שלא כדין למדינה ולפיקוח על מבקשי המקלט. קשה להצדיק מאסר ממושך של מי שאי-אפשר להרחיקו מהמדינה, מה גם שבעקבותיו אי-אפשר יהיה לחזור ולהעמיד לדין בגין שהייה לא חוקית. עצם ההפלה מנוגדת גם לאמנת הפליטים, המורה מפורשות כי אין להפיל כניסה לא חוקית של פליטים למדינה.¹²⁶ בפועל, לא ידוע על מקרים שבהם התביעה העמידה לדין מבקשי מקלט בגין שהייה חוקית כעברה יחידה. אם הורשעו מבקשי מקלט בגין שהייה שלא כדין, היה זה משום צירופה בכתבי אישום כעברה נספחת ללאישום בעברות אחרות. על רקע זה הגיע לעולם "נוהל המסתננים המעורבים בהליך פלילי", שעיקרו העברה למעצר ללא הגבלת זמן של "מסתננים" שסיימו לרצות את עונשם בדין פלילי, או של חשודים בעברות פליליות, ובלבד שיש ראיות לכך העומדות ברף המנהלי.¹²⁷ במסורת החקיקה הישראלית העוסקת בפיקוח על מהגרים לא רצויים יש תקדים ועדות לכך שהפרדה בין הערוץ הפלילי לערוץ המנהלי נועדה להקל על הפעלת סמכות ריבונית ללא מעצורים משמעותיים. כבר בעת חקיקתו כיוון החוק המקורי למניעת הסתננות להחליף את חוק הכניסה לישראל, כדי להמיר את בתי המשפט האזרחיים ("שמהירות תגובתם אינה מספקת את צרכי המלחמה בהסתננות") בדין צבאיים. במקורו יועד החוק לחול על פלסטינים – מהם שנכנסו לישראל כדי לבצע פעולות איבה ומהם שביקשו לחזור למקומות שבהם גרו טרם מלחמת העצמאות.¹²⁸ החוק אפשר להטיל עונשים כבדים, להפוך את נטלי ההוכחה ("...") כל מי שנכנס לישראל שלא כדין הוא מסתנן אלא אם כן הוכח ההפך", וכן להחליף את הכללים של משפט המדינה במשפט צבאי – כזה שמנוהל על ידי חיילים, נקוטים בו סדרי דין מהירים והוא משוחרר מכללי הראיות.¹²⁹ ארבעה עשורים מאוחר יותר צמחה ההבחנה בין "מעצר" לבין "משמורת" כדי לשקף הבחנה בין התחום הפלילי לתחום המנהלי. הפעם

125 מתחם הענישה – הנמוך במיוחד על עברות מסוג זה, שלא נלוותה להן עברה נוספת כלשהי – נקבע בעניין רע"פ 3677/13 אלהרוש נ' מדינת ישראל (פורסם בנבו, 8.12.2014). באותו עניין הסתפק בית המשפט במעצר על תנאי וקבע, מפי כב' השופט ג'ובראן: "אף כי אין לכחד שבטחון המדינה והפררוגטיבה שלה לקבוע את הבאים בשעריה הם ערכים חשובים, הפגיעה בהם במסגרת עבירת שב"ח לצרכי פרנסה היא פגיעה קטנה". שם, פס" 18. ראו גם רע"פ 3242/13 ג'ראדאת נ' מדינת ישראל (פורסם בנבו, 9.12.2014).

126 ס' 31 לאמנה בדבר מעמדם של פליטים, לעיל ה"ש 16.
127 נוהל רשות האוכלוסין וההגירה 10.1.0010 "נוהל הטיפול במסתננים המעורבים בהליך פלילי" (4.4.2013).

128 לדיון ברקע לחקיקת החוק ראו אורן ברכה "ספק מסכנים, ספק מסוכנים: המסתננים, החוק ובית המשפט העליון 1948 – 1954" עיוני משפט כא 333, 369-345 (1998).

129 ראו בדברי ההסבר להצעת חוק בטחון הגבולות (עבירות ושיפוט), התשי"ג-1953, ה"ח תשי"ג 172, 161.

נעשתה ההסדרה של כללי המעצר לא רק כדי לשרת את מדיניות ההרחקה של שוהים שלא כדין, אלא גם תוך התייחסות למידת הפגיעה בזכויותיהם.¹³⁰ המונח "משמורת", ששולב מאוחר יותר גם בתיקונים לחוק למניעת הסתננות, משמש כדי לייחד את טיבו הנורמטיבי של המעצר בערוץ המנהלי, משום שמצד המאפיינים של הגבלת החירות עצמה אין כל הבדל בין משמורת לבין מעצר.¹³¹

"נוהל הטיפול במסתננים המעורבים בהליך פלילי" ביטא הגיון פעולה דומה של רשויות האכיפה. הוא נתן לכוש פורמלי ומוסדר לסיווג קטגורי של מדיניות האכיפה והפיקוח בתחום המנהלי, שנהוגים בו עקרונות ודפוסים אחרים של ביקורת שיפוטית. התנאי הראשון להפעלתו של הנוהל כולל כמה וכמה רכיבים מובהקים המצביעים על יתרונותיה של מעין-ענישה מנהלית: "המסתנן מצוי עדיין בידי משטרת ישראל לאחר שנתפס ונעצר מיד בסמוך למועד ביצוע העבירה, וישנה כוונה לסגור את תיקו מכיוון שאין די ראיות להעמידו לדין פלילי או מחוסר עניין לציבור בהעמדתו לדין, ובתנאי שעניינו יועבר למסלול המנהלי."¹³² בכך הבהיר הנוהל כי המסלול המנהלי הוא לא רק מצטבר אלא גם חליפי להעמדה לדין פלילי, בין היתר כשאין עניין ציבורי בעצם ההעמדה לדין וכשאין די ראיות במישור הפלילי. הנוהל איפשר להעביר למסלול המנהלי כל מי שנחשד בביצוע עברה שאיננה חטא (שהעונש המרבי בגינו אינו עולה על שנה), ובלבד שיש די ראיות מנהליות ושיש בעברה משום פגיעה ממשית בסדר הציבורי.¹³³ למען הסר ספק הבהיר הנוהל כי פגיעה ממשית כזו כוללת עברות אופייניות למהגרים נטולי מעמד: "לרבות עבירות רכוש במדרג הנמוך (דוגמת גניבת מכשירי טלפון ניידים וגניבת אופניים), עבירות זיוף (לרבות ובפרט זיוף אשרות ורישיונות) וכן עבירות אלימות (אימים במדרג הנמוך ועבירות תקיפה סתם)".¹³⁴ לצורך זה, "היקף התופעה העבריינית בה מעורב המסתנן" וכן "השלכות התנהגות העבריינית של המסתנן על תחושת הביטחון

130 תיקון מס' 9 לחוק הכניסה לישראל, התשי"ב-1952. לדברי ההסבר ראו לעיל, ה"ש 34.
 131 בדברי המבוא להצעת חוק הכניסה לישראל (תיקון מס' 8), התשס"א-2000, ה"ח 2931 תשס"א 108, נאמר במפורש כי דרושה "קביעה נורמטיבית שתבחין בין מעצר פלילי לבין מעצר לצורכי גירוש", שכן "מעצר מיועד לגירוש הוא מעצר מינהלי ולא פלילי" ומטרתו אינה עונשית. בסופו של דבר התיקון עבר במסגרת תיקון מס' 9 לחוק הכניסה לישראל, התשי"ב-1952. עוד נאמר בדברי ההסבר (בעמ' 111) ל"ס' 6 לחוק המתקן (ס' 13 לחוק הכניסה לישראל), המגדיר את המשמורת, כי "התיקון המוצע יוצר מונח חדש 'משמורת', השונה ממעצר. יצירת המונח 'משמורת' אינה משרתת רק מטרה סמנטית, אלא נועדה להדגיש את העובדה שאכן לא מדובר במעצר פלילי, אלא במשמורת מינהלית של שוהה שלא כדין, ובכל האפשר במיתקן מיוחד שהוכשר למטרה זו". מעניין לציין כי אף שהצעת החוק נסמכת על נוהגן של דמוקרטיה קולטות הגירה אחרות, הרי שבמשונון לא נהוג הבדל סמנטי בין משמורת לבין מעצר כפי שטבע חוק הכניסה לישראל. ראו גם יובל לבנת "מעצרו ושחרורו לחופשי של הזר שסירב להזדהות" המשפט טו 227, 229-237 (2010).

132 ס' 1 לנוהל רשות האוכלוסין וההגירה 10.1.0010 "נוהל הטיפול במסתננים המעורבים בהליך פלילי" (4.4.2013).

133 שם, ס' 1.3 ו-4.

134 שם, ס' 5.

של הציבור" הם תבחינים שאפשר היה לשקול כדי להפעיל את הסמכות לפי הנוהל.¹³⁵ גם מי ששוחררו אך תיקם טרם נסגר ומי שסיימו לרצות את עונשם היו חשופים להפעלת הנוהל.¹³⁶ להלכה הוכפפה הפעלת הנוהל לשימוע; אולם מהאופן שבו הופעלה הסמכות ניכר היה כי השימוש בו היה שגרתי וקבוע.¹³⁷ מהותית, הואיל והתוצאה המנהלית אינה חלק אינטגרלי מהענישה הפלילית והגבלת החירות נקבעת ונבחנת באופן עצמאי – נראה כי מדובר בענישה כפולה.¹³⁸ ההפרדה הדוקטרינרית המנחה את הסיווג של הגבלת החירות כמעשה מנהלי מאפשרת להתגבר על בעיית הענישה הכפולה במישור הפורמלי.

כך פסח הנוהל על שתי הסעיפים: הפעלת הסמכויות הראשונית במסגרת הדין הפלילי אפשרה לזהות את מי שהנוהל חל עליו כסכנה ממשית לשלום הציבור ובכך להתגבר על הגבלות שהוטלו על מעין-ענישה בערוץ המנהלי שלא קדם לה מעשה פלילי עצמאי; בד בבד התגבר הנוהל על ההגבלות הנובעות מהאוניברסליות של המשפט הפלילי, התובע רף ראיות גבוה ושוויון ביחס, שבצדו צפויה גם ענישה מינורית כלפי עברות "במדרג הנמוך". זה ככל הנראה הרקע לכך שבתקופה מסוימת, שנבדקה, מחצית מהמיוצגים על ידי הסגוריה הציבורית במעצרי ימים לא נשארו במערכת הפלילית.¹³⁹ כדברי המשנה ליועץ המשפטי לממשלה, במכתב לראש אגף החקירות ברשות האוכלוסין וההגירה: "במהלך יישומו עלו וצפו קשיים בלתי מבוטלים באשר ליישומו, בייחוד במקרים בהם הועברו מסתננים למשמורת לאחר שביצעו עבירות פליליות קלות באופן יחסי".¹⁴⁰

בעקבות ההתערבויות החוזרות ונשנות בתיקונים לחוק למניעת הסתננות התעורר אפוא "קושי נורמטיבי"¹⁴¹ בהמשך יישומו של הנוהל, שהתבסס על החוק שבוטל. אולם, כבר

135 ש.ם.

136 ש.ם, חלקים ב' ו-ג'.

137 ע"ם 5296/15 סספברה נ' משרד הפנים (פורסם בנבו, 21.2.2016) (שם צוינה הארכה בת ימים מספר של תקופת ההודעה המוקדמת הניתנת לאסירים ערב שחרורם, כדי שיוכלו להיערך לשימוע לפני העברתם למעצר במסגרת הנוהל).

138 זאת, להבדיל מענישה חוזרת בגין כניסה חוזרת שלא כדין למדינה, שבגינה בתי המשפט נוהגים להעניש ואף להטיל ענישה מחמירה יחסית לעברה ראשונה. בעניין זה ראו והשוו בשורת פסקי הדין של בית הדין האירופי לצדק, שפירשו את דירקטיבת ההחזרה האירופית כמתירה להעניש בגין כניסה מחודשת של אזרחי מדינות שאינן באיחוד שגורשו לארצותיהם: Case C-61/11, El Dridi (PPU) (2011); Case C-329/11, Achughbabian (2011); Case C-290/14, Skerdjan Celaj (2015).

139 מהנתונים שהגישה הסגוריה הארצית לבית המשפט העליון ביום 10.7.2013, במסגרת בקשת הצטרפות כידירת בית משפט בתיק ע"ם 4496/13 הבטום נ' משרד הפנים (פורסם בנבו, 12.11.2013), עלה כי בשנה שקדמה לאותו מועד, כמחצית מאזרחי סורן ואריתריאה שיוצגו על ידי סגורים במעצר ימים (לפני הגשת כתב אישום) לא יוצגו על ידם בהמשך – ככל הנראה משום שעברו למסלול המנהלי במסגרת הנוהל הפלילי.

140 מכתב מאת המשנה ליועץ המשפטי לממשלה לראש אגף חקירות ברשות האוכלוסין וההגירה, "בעקבות פס"ד 7146/12 – העברת מסתנן המעורב בפלילים לרשות ההגירה והאוכלוסין" מיום 28.10.2013 (בידי המחבר).

141 ש.ם.

לאחר פסק הדין בעניין אדם – שביטל כליל את הראשון בסדרת התיקונים לחוק למניעת הסתננות – הוקפא הנוהל אך רק לשיעורין. הותר להעביר למעצר מי שנעצר או עומד לפני שחרור לאחר הרשעה, ויש בשחרורו "כדי לסכן את ביטחון המדינה, את שלום הציבור או את בריאות הציבור". זאת, על סמך הוראות חוק הכניסה לישראל ובהתאם לראיות המנהליות שבידי רשות ההגירה.¹⁴² אף בתי המשפט הביעו הסתייגות מפורשת מהנוהג של העדפת הערוץ המנהלי, והדגישו כי אם נשקפת מאדם מסוכנות ספציפית בשל מעשים שעשה – עליו לתת עליהם את הדין במסגרת המשפט הפלילי: "על רשויות האכיפה, המשטרה והתביעה הכללית, לשאת באחריותן לאכיפת החוק, וגישה שהתבטאה בנוהל [...] של העברה למשמורת מינהלית היא אולי נוחה לרשויות האכיפה, אך כמדיניות משפטית (בדומה למעצרים מינהליים) דרך המלך ככל האפשר היא העמדה לדין הפלילי".¹⁴³

כפועל, בצד הצהרות בעניין מדיניות האכיפה הראויה החושפת את אופיו של ההליך המנהלי כחליף להליך הפלילי, בתי המשפט נמנעו מלפסול את הנוהג קטגורית. כיום, גם לאחר צמצום הסמכות להגבלת חירות הקבועה בחוק למניעת הסתננות, המדיניות עומדת על כנה. תחילה הגן בית המשפט על הנוהל גם כשחזר והדגיש כי מטרת ההחזקה במשמורת היא "הבטחת ביצועו של גירוש, והפסקה מיידית של השהיה הבלתי חוקית" ולפיכך "אין המדובר בסנקציה עונשית".¹⁴⁴ כך נדחו הטענות בדבר חוקיות הנוהל, ונקבע כי בצד הזכות לחירות בית המשפט והרשויות מחויבים גם לשלום הציבור וביטחונו, ולכן אין [...] להניח לאותם שוהים בלתי חוקיים המהוים סכנה לשלום הציבור – וכמובן לא כולם כאלה – אשר קיימת מניעה עכשווית להרחיקם מישראל, להתהלך חופשיים ברחובות".¹⁴⁵ עם השינויים בחוק למניעת ההסתננות שינה הנוהל את תוארו ונעשה ל"מתווה" שכונה עתה "מתווה לתאום הטיפול במסתננים המעורבים בפלילים בין משטרת ישראל לרשות ההגירה והאוכלוסין".¹⁴⁶ עיקרי המתווה זהים לנוהל המקורי, וגם עתירה לביטולו נדחתה.¹⁴⁷ לדעת השופטים, קיומה

142 שם. המכתב נכתב בתקופת הביניים לאחר ביטולו של התיקון השלישי לחוק למניעת הסתננות, ובשל כך עיגן את יישומו של הנוהל בהוראות ס' 113 לחוק הכניסה לישראל, שאף הן מאפשרות להותיר אדם במשמורת בתנאים אלו.

143 עניין **הבטום**, לעיל ה"ש 139, פס' י"ד לפסק דינו של השופט רובינשטיין (ההדגשה במקור); ראו גם עע"ם 4326/13 להלו נ' **משרד הפנים**, פס' י' לפסק דינו של השופט (כתוארו דאז) רובינשטיין (פורסם בנבו, 3.11.2013), שעניינו שימוש בס' 113(ב)(2) לחוק הכניסה לישראל כבסיס חוקי להטלת משמורת ללא הגבלת זמן על מי שהוצא נגדו צו גירוש ויש בשחרורו "כדי לסכן את ביטחון המדינה, את שלום הציבור ואת בריאות הציבור". כן ראו את הערתה של השופטת בריק-ארז: "ראוי כי סמכות זו תופעל במידתיות הנדרשת [...] אולם, אין לראות בהוראה זו בגדר תחליף לנקיטת הליכים פליליים במקרים המתאימים לכך".

144 עניין **הבטום**, לעיל ה"ש 139, פס' ט"ז לפסק דינו של השופט (כתוארו דאז) רובינשטיין.

145 שם (ההדגשה במקור).

146 מתווה לתיאום הטיפול במסתננים המעורבים בפלילים בין משטרת ישראל לרשות ההגירה והאוכלוסין (29.1.2014) (בידי המחבר).

147 בג"ץ 8662/15 **המוקד לפליטים ומהגרים נ' היועץ המשפטי לממשלה** (פורסם בנבו, 5.1.2016) (בית המשפט העליון, מפי השופט פוגלמן, החליט לדחות את העתירה בנימוק שיש סעד חלופי

הפוטנציאלי של ביקורת שיפוטית אינדיבידואלית – גם אם היא שונה במהותה בהתחשב בהליך המנהלי שבו היא מעוגנת – סיפקה את הדרישה הבסיסית להליכים הוגנים.¹⁴⁸ הביקורת השיפוטית בערוץ המנהלי אינה תאורטית בלבד. בצל התערבותם האפשרית של בתי המשפט מותן במידת-מה השימוש בנוהל וחודרו ההליכים שיש לנקוט כדי לפעול על פיו. הפעלת ה"מתווה" מותנית בהוצאת צו גירוש ובחוות דעת בעניין מסוכנות המצדיקה את ההעברה למשמורת שאינה מוגבלת בזמן. המדינה נדרשת לתת שהות הוגנת להיערך לשימוע לפני העברה למשמורת, ובמסגרת אחד ההליכים אף הצהירה כי תיתן הודעה מוקדמת של חודש ימים, למעט במקרים שבהם עונשי המעצר קצרים עד כדי כך שאין הם מאפשרים זאת.¹⁴⁹ עם זאת, ההתערבויות המעטות בשיקול הדעת של משרד הפנים במסגרת הליכים מנהליים מדגישות כי הביקורת השיפוטית המנהלית אינה מבטלת את הקשיים הנובעים מטשטוש התחומים. הרשויות, מצדן, עושות שימוש במסלול המנהלי באופן חליפי ומשלים לפעולה במישור הפלילי, למשל כשחשדות לפלילים שנזנחו בהליך הפלילי – במסגרת עסקת טיעון או בשל קשיי הוכחה – משמשות תשתית לשלילת חירות ממושכת במסגרת המנהלית. כך, למשל, אישום בגין עברת אונס הומר לאישום בניסיון לאונס, ואילו העובדות שהוצאו מכתב האישום המתוקן שימשו יסוד להערכת מסוכנות מחמירה שבעקבותיה הורה בית המשפט על החזקה מתמשכת במשמורת.¹⁵⁰ פסיקת בתי המשפט, בתורה, משקפת ברוב המקרים את הקושי ביצירת חיץ נורמטיבי ברור בין הגבלת החירות במסגרת חוקי ההגירה לבין ענישה פלילית.¹⁵¹ השאלה המחדדת את טשטוש התחומים הכרוך בשלילת החירות בערוץ המנהלי היא התכלית של הפעלת הסמכות ושל בחינת המסוכנות. החזקה במשמורת ללא הגבלת זמן, המותרת לפי החוק למניעת הסתגנות וחוק הכניסה לישראל, מבוססת על הסיכון הנשקף מהמוחזק לביטחון המדינה, לשלום הציבור או לבריאות הציבור. זו תכלית אשר "אינה עונשית או הרעתית, כי אם מניעתית גרידא", כפי שקבע בית המשפט באחד המקרים, שבו הורה על שחרור אדם ששהה שנה במשמורת לאחר ריצוי עונש קצר בעקבות הרשעה פלילית.¹⁵² כיצד יש לאמוד את המסוכנות המחייבת פעולה מניעתית של שלילת חירות – ואימתי תפוג? שלילת חירות מטעמים מניעתיים הושוותה למעצר פלילי ולמעצר

בערוץ המנהלי – פנייה לבית הדין לעררים); קודם לכן כבר נדחתה תקיפת הנוהל בעניין **סספהונה**, לעיל ה"ש 118, ולאחר מכן שוב בעניין **הבטום**, לעיל ה"ש 139.

148 עניין **סספהונה**, לעיל ה"ש 118, ברברי השופט דנציגר; כן ראו Juliet Stumpf, *The Process is the Punishment in Crimmigration Law, in THE BORDERS OF PUNISHMENT: MIGRATION, CITIZENSHIP AND SOCIAL EXCLUSION* 58 (Franko-Aas & Bosworth eds., 2013).

149 עניין **סספברהם**, לעיל ה"ש 137.

150 עמ"נ (מינהליים ב"ש) 4254-12-13 **מדינת ישראל נ' גבהרנה** (פורסם בנוב, 25.12.2013).

151 פסק הדין בעניין **אריא**, לעיל ה"ש 106, פס' 38 ו-42, מצביע על נכונות לשינוי מגמה. ניכר בו כי חוות הדעת המובילה נכתבה לפני שגובשה הסכמת ההרכב (פסקה 42), ומידת הזהירות שננקטה בו בשאלות הכלליות מרמזת כי עמדתה של השופטת ברק-ארוז היא כללית יותר מההכרעה בעניין הנדון.

152 עת"ם (מינהליים ב"ש) 10278-08-13 **אבראהים נ' משרד הפנים**, פס' 34 (פורסם בנוב, 10.10.2013)

מנהלי¹⁵³, אולם בשונה ממקרים אלו, שבהם שלילת החירות קצובה מראש ומבוססת על סיכון קונקרטי ומוחשי הנשקף מאדם, הרי במקרה של זרים נטולי מעמד מוסדר, עצם ההרשעה בפלילים – או אף חשד לפלילים המגובה בראיות מנהליות – מקים סמכות להורות על מעצר שאינו מוגבל בזמן.¹⁵⁴ על רקע זה, חומרת העברה והעונש נהפכים לאמת-המידה לבחינת סבירות המשמורת ומשכה. בכמה מקרים שוחררו מבקשי מקלט שעברו עברות קלות וריצו עונשי מאסר קצרים במיוחד, ולאחר מכן שהו שנה ויותר במשמורת לפי החוק למניעת הסתננות.¹⁵⁵ עצם הניסיון המתבקש – ללמוד מהענישה הפלילית על סבירות התקופה לשלילה מניעתית של חירות – מצביע על הזיקה המעשית בין שלילת החירות המנהלית לבין המאסר הפלילי.¹⁵⁶

הרציפות שמתקיימת בין שלילת חירות פלילית לבין שלילת חירות מנהלית לא נעלמת מעיני השופטים המקיימים ביקורת על הליכים מנהליים: "קיימת אי נוחות מסוימת מכך שאזרח ישראל המורשע בעבירה פלילית יצא לחופשי בתום ריצוי עונשו, על אף הסכנה האפשרית הנשקפת ממנו, בעוד ששוהה זר, שסיים לרצות את מאסרו מועבר, לעיתים, למשמורת" ציין בית המשפט המחוזי בעניין גבהרנה.¹⁵⁷ גישה דומה נקט בית המשפט העליון בעניין אריא, כשהצביע על האפשרות לבחון מסוכנות באופן אינדיבידואלי ובכך לצמצם במידה ניכרת את מרחב התמרון שיש היום לרשות.¹⁵⁸ עם זאת, למעט מקרים יחידים שבהם היה פער ניכר משמעותי בין חומרת העברות והענישה הפלילית לבין תקופת המעצר

153 ש.ם.

154 עת"מ (מינהליים ב"ש) 13-02-33423 אברה נ' משרד הפנים (פורסם בנבו, 12.5.2013) ("הסמכות לבטל את אשרת השהייה של העותר קמה לא רק מכוח ההליך המנהלי אלא מעצם הרשעתו בפלילים").

155 עת"מ (מינהליים ת"א) 13-05-633 טהה נ' משרד הפנים (פורסם בנבו, 8.7.2013).

156 עמ"נ (מינהליים ב"ש) 13-12-12597 גבריזוגה נ' משרד הפנים (פורסם בנבו, 1.1.2014); עניין גבהרנה, לעיל ה"ש 150, פס' 11 ("יש קושי בהמשך החזקתו של המשיב במשמורת בהתחשב בכך שהמשיב שוהה, לעת הזו, במשמורת מזה כשבעה חודשים, וזאת בנוסף לעשרה חודשי מאסרו. כן יש ליתן משקל משמעותי לכך שהמשיב אינו יכול, נכון להיום, לשוב למדינת מוצאו, ולא ניתן להלום את האפשרות לפיה המשיב ימשיך לשהות במשמורת עד אין קץ").

157 ש.ם, פס' 12. בעניין עמ"נ (מינהליים ב"ש) 16-02-49420 מדינת ישראל נ' G W, פס' 17 (פורסם בנבו, 20.4.2016), שגם הוא עסק בעצור שהורשע קודם לכן בעברות מין, נפסק: "התביעה לא הצביעה על טיפול כלשהו שניתן למשיב כיום על מנת להביא לכך שמסוכנותו תפחת וניתן יהיה לשחררו. בנסיבות אלה, לא ניתן להתעלם מהקושי בהותרת [העצור] במשמורת לתקופה כה ארוכה, אשר סופה אינו נראה באופק". על פסק דין זה הוגשה בקשת רשות ערעור שהובילה להנחיית המדינה לעיין מחדש במשמורת, בפסק דין שניתן על אתר ונושא אופי של החלטה, ובלי שבית המשפט היה נכון לדון בשאלות העקרוניות; בר"ם 4334/16 Gerges נ' מדינת ישראל (פורסם בנבו, 6.10.2016).

158 עניין אריא, לעיל ה"ש 106, פס' 38 ("מבלי לקבוע מסמרות, דומה כי יהיה זה ראוי לבחון פתרונות שיאפשרו בחינה מבוססת יותר ומקצועית של המסוכנות הנשקפת מן השהייה במשמורת, אף מחוץ לחוק הגנה על הציבור").

המנהלי, הסכנה לפגיעה ב"שלום הציבור" עדיין מתפרשת באופן רחב למדי, המאפשר את המשך המעצר המניעתי.¹⁵⁹

התמונה העולה מבין השיטין היא שהתכלית המניעית אינה מנותקת מהכוונה לגנות את מי שכפה את נוכחותו על המדינה ואין בידה להרחיקו מתחומה. "המערער איננו אזרח ישראלי ואיננו עולה לפי חוק השבות, הוא נמצא בישראל בלי רישיון ישיבה והוצא נגדו צו גירוש מישראל. ולצורך הליך זה אין חולק כי הוא 'שוהה שלא כדין' בישראל", נכתב בפתח אחד מפסקי הדין המעטים שהובילו דווקא לשחרור ממשמורת.¹⁶⁰ הכניסה שלא כדין לתחומי המדינה והשהות הנמשכת בה אינם מובילים להעמדה לדין ישירה, אולם הם תנאי רקע להוקעה של מי שאינו "אמכבד" את חוקי הארץ בה הוא שוהה (ומסכן) את שלום הציבור בה", אף שקיבל היתר לשהות במדינה שאליה "הסתנן שלא כדין".¹⁶¹ מניעה כשלעצמה אינה זרה למשפט הפלילי ולאופני פעולתה של מדינה המבקשת להבטיח את ביטחונם ושלומם של תושביה; אולם, לאמתו של דבר, לא מדובר במניעה כפשוטה, המיוסדת על סכנה הנשקפת מהפרט (בדומה למעצר פלילי או למעצר מנהלי). כאשר רשויות האכיפה טוענות בבית המשפט כי "בחינתו [של הנהוג] ב'משקפיים פליליים' תרוקן אותו מתוכן", משום שמטרתו "אינה ענישה פלילית, אלא תכליתו להרחיב את החלת החוק על מי שנכנס למדינה ובחר שלא לציית לחוקיה"¹⁶² – המניעה מקבלת גוון אחר. משולבים בה בכירור שיקולים של ענישה, והיא מכוונת למניעת השתקעות של מהגרים לא רצויים ולהרתעת אחרים מלכת בדרכם. הנה כי כן, המדיניות המעבירה מבקשי מקלט מורשעים וחשודים בכיוע עברות פליליות למעצר שאינו מוגבל בזמן ממחישה כיצד מציאות חייהם של מהגרים ושיקולים של מדיניות הגירה הם חלק בלתי נפרד מיישומו של המשפט הפלילי בעניינם. בה בעת, המדיניות ממחישה גם כי טשטוש ההבחנה הקטגורית בין התחומים הוא דר-כיווני. פעולה במישור המנהלי מאפשרת לעקוף את המגבלות הקיימות לכאורה במסגרת המשפט הפלילי ולהקנות לרשויות האכיפה סמכויות למניעה של פגיעה בשלום הציבור, שלא היו ניתנות בידה אילו דובר באזרחים.¹⁶³

3. השפעות המשפט הפלילי על אכיפת דיני ההגירה

העיון בשימוש במשפט הפלילי ובאמצעי אכיפתו כלפי מבקשי מקלט בישראל הצביע על קשר אמיץ בין המשפט הפלילי לבין מדיניות ההגירה ואופני אכיפתה, למרות המאמץ לקיים חייך נורמטיבי בין מעצר וכליאה פליליים לבין מעצר (המכונה "משמורת") במסגרת

159 עניין טהה, לעיל ה"ש 155, פס' 23 ("הרשעתו של העותר בעבירה שיוחסה לו, אין די בה כדי להביא לקביעה לפיה שחרורו של העותר עלול 'לסכן את שלום הציבור'. פרשנות אחרת תביא לכך שגם מי שהואשם בעבירה קלה יחסית, נגד הרכוש ולא נגד הגוף, שסיים לרצות את העונש הקל מאוד שהוטל עליו בהסכמתה של המאשימה, עלול למצוא עצמו כלוא לתקופה ממושכת מאוד, שאיננה מוגבלת בזמן").

160 עניין גבריזגה, לעיל ה"ש 156, פס' 1.

161 עניין גבהרנה, לעיל ה"ש 150, פס' 12.

162 עניין טהה, לעיל ה"ש 155, פס' 10.

163 עניין גבהרנה, לעיל ה"ש 150.

דיני ההגירה. מכאן פתוחה הדרך לראות את השפעותיו של המשפט הפלילי על אכיפת דיני ההגירה. גם בהקשר זה, ישנו הבדל בין השיח הציבורי שבו נעשה שימוש תכוף במונח "כליאה" – המבטא לאשורן את הכוונות שבשליטת חירותם של מבקשי המקלט ה"מסתננים" – לבין השיח המשפטי המתמיד בהיצמדות למונח "משמורת". הדבר בולט במיוחד במסגרת הדיון המשפטי וההכרעה בעתירות נגד התיקונים לחוק למניעת הסתננות. הצדדים שטחו את טענותיהם בדבר הפגיעה בזכות לחירות והחובה ליתן מקלט מדיני מזה, ובדבר ריבונות המדינה וחירותה שלה בקביעת מדיניות הגירה ומימושה מזה.¹⁶⁴ פסקי הדין של בית המשפט העליון הושתתו אף הם על בחינה חוקתית שאיזנה בין הטענות הללו; כפי שתואר, גם צווים לגירוש, למשמורת ולשהייה מכוח החוק למניעת הסתננות או מכוח חוק הכניסה לישראל ניתנים ונבחנים במסגרת המשפט המנהלי, כלליו ועילותיו.

בשלב מוקדם של המאבק המשפטי בהגבלות החירות שהוטלו על מבקשי המקלט עוצב המעצר במסגרת הפרדיגמטית של דיני ההגירה והמשפט המנהלי. בראשית כניסתם של אזרחי סודן ואריתריאה לישראל, בשלהי שנת 2005, הוחזקו רבים מהם במעצר במתקנים צבאיים לפי הוראות החוק למניעת הסתננות טרם תיקונו, ללא פיקוח משפטי וללא אופק שחרור. משנתגלה הדבר שונתה המדיניות: העצורים שוחררו בהדרגה; אחרים כלל לא נעצרו אלא הועברו היישר לשוליהן של ערים מרכזיות שבהן החלו להתמקם קודמיהם.¹⁶⁵ בד בבד החלה המדינה לפעול לגיבוש מדיניות אכיפה מקיפה, שגולת הכותרת שלה הייתה תיקון מקיף שחידש את החוק למניעת הסתננות והתאימו לנסיבות המאבק בהגירה של מבקשי המקלט ובהשתקעותם במדינה. במסגרת התיקון נועדו כל מי שנכנסו לישראל שלא כדין, ואין אפשרות להרחיקם למדינות מוצאם, להיות מוחזקים במעצר לפרק זמן של שלוש שנים. המעצר הממושך, שנקבע כברירת מחדל ויועד להיות מיושם באופן גורף כלפי מי שנכנסו שלא כדין לתחומי המדינה וללא קשר לאפשרות ההרחקה מגבולה, ערער במודגש על ההפרדה הקטגורית בין דיני ההגירה לבין המשפט הפלילי.

הסממנים העונשיים של שליטת החירות הממושכת, שאייאפשר היה ליישבה עם התכליות המקובלות של מעצר במסגרת דיני ההגירה הרגילים, הובילו לביטול התיקון השלישי לחוק למניעת הסתננות בפסק הדין בעניין אדם, שניתן פה אחד על ידי הרכב של תשעה שופטים.¹⁶⁶ ביטול התיקון השלישי הוביל לתיקון רביעי לחוק, שצמצם את תקופת המעצר כברירת המחדל לשנה, והורה על ההקמה של מרכז שהייה חולות. הקמת המרכז נעשתה ברוח הצעות מעשיות שנכתבו בשולי פסק הדין בעניין אדם בעניין הקמתו של מרכז שהייה פתוח.¹⁶⁷ אולם בניגוד לרוח הפסיקה בעניין אדם (מרכז פתוח), הכללים שנקבעו לשהייה במרכז הבחינו אותו אך במעט ממתקן כליאה ומעצר סגור. מתכונת זו עמדה במוקד עתירה

164 הדברים מופיעים בהרחבה בעתירות ובכתבי הטענות שהגישו הצדדים, והם נמצאים בידי המחבר ונגישים כולם בקישורים באתר האגודה לזכויות האזרח; ראו מסמכי העתירה בעניין אדם, לעיל ה"ש 19, בכתובת www.acri.org.il/he/24969; מסמכי העתירה בעניין בג"ץ 8425/13 איתן מדיניות הגירה ישראלית אח' נ' ממשלת ישראל (פורסם בנבו, 22.09.2014) בכתובת www.acri.org.il/he/29963.

165 קריצמן-אמיר, לעיל ה"ש 17.

166 עניין אדם, לעיל ה"ש 19.

167 שם, בחוות דעתה של השופטת נאור ובסיכום חוות דעתה של השופטת ארבל.

עוקבת בעניין איתן, שהובילה לפסק דין נוסף.¹⁶⁸ בדעת רוב ביטל הרכב מורחב של בית המשפט העליון את הוראות החוק שאפשרו תקופת מעצר ראשונית של שנה, כמו גם את הפרק החדש בחוק שמכוחו הוקם מרכז השהייה. כך נולד התיקון החמישי לחוק, שצמצם אף יותר את תקופת המעצר הראשונית (היא המשמורת) וכן העמיד את תקופת השהייה על עשרים חודשים. התיקון החמישי הוביל להתערבות שיפוטית נוספת – מינורית הפעם – בעניין דסטה, שאף הוא הוכרע בדעת רוב.¹⁶⁹

בעקבות עניין דסטה תוקן החוק בשישית. תקופת המעצר הראשונית ("משמורת") הועמדה על שלושה חודשים ותקופה השהייה – על 12 חודש. בשלב זה עמד מלכת הוויכוח על החוקיות של הגבלת החירות. משהובטח כי מרכז השהייה חולות לא יפורק – הוא אכלוסו. התיקון השישי לחוק טרם הובא לביקורת שיפוטית. "חולות" התמלא, ומאמצי הרשויות הופנו גם להגברת קצב היציאה של ה"מסתננים" למדינות שלישיות המוכנות לקבלם. בשלושה פסקי דין אלה הסתמנו בבית המשפט העליון שתי שיטות בניתוח התכלית של התנהלות המדינה. שיטה אחת – שקיבלה את הבכורה בעניין אדם – מצדדת בהפרדה קפדנית בין התחומים. שיטה זו מדגישה את התכלית הצרה של המעצר במסגרת המנהלית, שלפיה אין להעניש "מסתננים" על עצם הכניסה שלא כדין משום "אש" לשם כך קיימים הכלים הפליליים.¹⁷⁰ על עמדה עקרונית זו, שעליה הסכים כל ההרכב בעניין אדם,¹⁷¹ חזר גם השופט הנדל בחוות דעת המיעוט בעניין איתן, שם צידד במתכונת המקורית והמחמירה של "חולות" והסביר כי "ניתן להצדיק את ההחזקה במישור המנהלי אך לא במישור הפלילי, כיוון שאין מדובר בעונש"¹⁷² גישה זו נובעת מפסיקה מושרשת בעניין תכליתיו של המעצר לצורך אכיפת חוקי ההגירה.¹⁷³ אולם עם התמשכות המחלוקת המשפטית וההכרעות בעתירות כנגד

168 עניין איתן, לעיל ה"ש 164.

169 בג"ץ 8665/14 דסטה נ' הכנסת (פורסם בנבו, 11.8.2015). על הפער בין ההנחיות הכלליות של בית המשפט בעניין אדם, לעיל ה"ש 19, לבין מימושו באמצעות מתקן חולות, כתבה הנשיאה נאור בעניין טרסה, שם, בפס' 57: "לא אכחד: לא מרכז השהייה כפי שהוקם לימים ב"חולות" עמד מול עיני כאשר כתבתי דברים אלה והצעתה להפוך את מתקן המשמורת למרכז שהייה פתוח שהשהייה בו רצונית. כאזרחית, הייתי שמחה לראות את מדינת-ישראל עם יותר חמלה, גם כלפי מי שחשוד בכך שהסתנן לישראל לשבור שבר" (ההדגשה במקור).

170 עניין אדם, לעיל ה"ש 19, פס' 110 לפסק דינה של השופטת ארבל. גישה דומה נקט השופט פוגלמן בפסק הדין העוקב בעניין איתן, לעיל ה"ש 164, פס' 52 ("הליך ההחזקה במשמורת אינו הליך עונשי. אין הוא נועד להעניש פרטים על כך שנכנסו לישראל שלא כדין. זהו הליך מינהלי, בעל תכלית נקודתית ומעשית – בירור זהותו של מי שנכנס לישראל בצורה בלתי מוסדרת ומימוש הליכי גירושו מן הארץ" (ההדגשה במקור)).

171 כך השופט פוגלמן בעניין איתן, לעיל ה"ש 164, פס' 72 ("החזקה במשמורת [...] מותרת אך ורק כדי להגן על ריבונות המדינה, במטרה להרחיק מהארץ את אלה ששוהים בתחומיה שלא כדין. היא אינה יכולה להתבצע כאקט עונשי, שלא במסגרת הליך פלילי").

172 שם, פס' 4 לפסק דינו של השופט הנדל.

173 עניין אדם, לעיל ה"ש 19, פסק דינה של המשנה לנשיא נאור. כן ראו בג"ץ 199/53 פלוני נ' שר הפנים, פ"ד ח 243 (1954); בג"ץ 1468/90 בן ישראל נ' שר הפנים, פ"ד מר(4) 149 (1990); עניין סעדי, לעיל ה"ש 109.

התיקונים הבאים לחוק, הסתמנה גישה נוספת, אשר הכירה למעשה בחפיפה בין התחומים והתירה את הפעולה במישור המנהלי גם אם הממד העונשי שלה ניכר, ובלבד שאינו מובהק. גישה כזו בולטת אמנם במיוחד בעמדות שופטי המיעוט בענייני איתן ודסטה, אשר דחו את עמדת הרוב לפיה "המסתננים אינם עבריינים 'במובן המקובל של המשפט הפלילי'".¹⁷⁴ אולם גם מנימוקי הרוב ניתן ללמוד כי ההבדל בין התחומים הוא הבדל של מידה ולא הבדל קטגורי. כך ציינה השופט חיות, כי "התוצאה של החזקת מסתנן במשמורת לתקופה של עד 3 שנים – הופכת את העניין לעונשי. תקופה ארוכה כזו מסיטה את המבט למצבו של המסתנן המוחזק במשמורת. מבחינה אובייקטיבית, אין מנוס מלהגדיר תקופה זו כעונש".¹⁷⁵ למעשה, למרות סיווגן של הוראות המשמורת והשהייה כפעולות במישור המנהלי, ההכרה בתכלית מניעת ההשתקעות מעניקה לגיטימציה עקרונית לתכלית של מניעה, שאינה נגזרת ישירות מן הסמכות לפקח על הגבול הפיזי של המדינה ולהבטיח הרחקה בטווח הזמן הקרוב. הסמכות לפקח על אוכלוסיית שוליים שנלווית לה סמכות להגביל חירות ללא בסיס אישי אינה שונה לפי טיבה ומהותה מסמכויות שתכליתן מניעה, אשר מוכרות מארגז הכלים המתרחב של המשפט והשיטור הפלילי.

מששכך העימות המשפטי והעימות הקשה בין הרשויות אשר נלווה להתערבויות החוזרות של בית המשפט העליון בחקיקה, נמצא כי למרות הביקורת הנוקבת, הוכשרו עיקרי מדיניות האכיפה במתכונת מרוככת. כיום מוסמכות הרשויות לעצור לתקופה קצובה מי שהם "מסתננים" לפי חוק, לחייבם לשהייה במרכז חולות לתקופה של שנה ובאותה עת לאסור על העסקתם.¹⁷⁶ המדיניות הממשלתית מכוונת למניעת היטמעותם של המסתננים בחברה ובשוק העבודה, ורואה את פתרון הקבע בהעברתם אל מחוץ לגבולות המדינה, בצד

174 ראו, למשל, את דברי השופט הנדל בעניין איתן, לעיל ה"ש 164, פס' 7 לפסק דינו, בהשיבו לשופט פוגלמן (פס' 124 לפסק דינו של האחרון) ("חברי עמד על כך שהמסתננים אינם עבריינים 'במובן המקובל של המשפט הפלילי'. יושם לב אל הזהירות הראויה בלשון הכתוב. קשה להתעלם מכך שעסקינן במי שאינם מכבדים את ריבונותה של המדינה, ובמקום זאת בחרו להסיג את הגבול תוך הפרת החוק").

175 אחרי שציטטה את דבריה בעניין סעדי, לעיל ה"ש 109, הוסיפה השופטת חיות בעניין אדם, לעיל ה"ש 19, פס' 4 לפסק דינה, וקבעה כי "התוצאה של החזקת מסתנן במשמורת לתקופה של עד 3 שנים – הופכת את העניין לעונשי. תקופה ארוכה כזו מסיטה את המבט למצבו של המסתנן המוחזק במשמורת. מבחינה אובייקטיבית, אין מנוס מלהגדיר תקופה זו כעונש. אוסיף לכך כי גם אם – כפי שטענה המדינה – יש באורך התקופה כדי להרתיע מסתננים פוטנציאליים, הרי שהרתעה מעין זו פסולה היא. עסקינן לא בעצם ההחזקה, אלא בתקופתה. בתקופה ארוכה מעין זו, החשש מפני הכנסת המימד העונשי להחזקה – גובר" (ההדגשות הוספו). ראו גם את דברי השופט עמית בעניין אדם, פס' 1 לפסק דינו ("לאחר שהאבק שקע והתיקון לחוק הופשט ממחלצותיו, עומדת בבדידותה, שמא בקלונה, הוראה מרכזית אחת שזו נפקתה המעשית: ניתן להחזיק אדם בתנאי מעצר למשך 3 שנים מבלי שנקבע כי חטא, מבלי שיועמד לדין פלילי ומבלי שניתן להרחיקו לארץ אחרת. תוצאה זו, העומרת בליבת דיונונו, היא פגיעה עוצמתית ובלתי מידתית בזכות לחירות" (ההדגשה הוספה)). השופט עמית הצטרף חלקית לדעות המיעוט בעתירות המאוחרות.

176 ס' 132 לחוק למניעת הסתננות.

פיקוח מוגבר על הגבול ומניעת כניסתם של אזרחי מדינות זרות בנסיבות דומות. למרות הצמצום בהגבלת החירות שתוכננה לכתחילה, מרכז השהייה ומתקן המשמורת נותרו רכיבים מרכזיים במדיניות הטיפול במבקשי המקלט. בהקשר זה יש להוסיף כי אף תנאי הגבלת החירות במרכז השהייה מצביעים על פעפוע של נורמות ודפוסי פעולה מן התחום הפלילי אל התחום המנהלי: מרכז השהייה אמור לשאת "אופי 'אזרחי' מובהק",¹⁷⁷ אולם מתכונת הפעלתו על ידי שירות בתי הסוהר מקשה על הבחנה קטגורית בין השהייה במרכז לבין כליאה, אף לאחר התיקון השישי לחוק.¹⁷⁸

ההבנה המקובלת של שיווי המשקל שאליו הגיעה האסדרה בישראל, מבחינת עוצמתה והיקפה של הפגיעה המותרת בחירותם של מבקשי המקלט, היא שאמות-המידה המתירניות יחסית הנוהגות בשלילת החירות הן ביטוי לשיטור ריבוני כלפי זרים.¹⁷⁹ בעוד חוק השבות מדריך בגלוי את מדיניות ההגירה המגבילה, העכבות המעטות הנגזרות על מדיניות המעצרים והאכיפה נובעות משמירה על עקרונות בסיסיים של שלטון החוק ומיישומו בנסיבות של חוקי-יסוד: כבוד האדם וחירותו. המחלוקת הציבורית על הגבלת החירות – הניטשת בין המצדדים במדיניות ההגירה המגבילה ובהעדפה הלאומית/אתנית הכרוכה בה, לבין מי שמייחסים קדימות לזכויות אדם אוניברסליות – מסבירה את שיווי המשקל הציבורי והפוליטי ומספקת טעם חיצוני לגבולות נכונותו המעשית של בית המשפט להתערב בחקיקה.¹⁸⁰ עם זאת, קצרה ידו של טעם זה להסביר את המבנה המשפטי של ההנמקה שאפשרה להכשיר את הפעלת "חולות". בית המשפט התיר להגביל את חירותם של מבקשי מקלט שאי-אפשר להחזירם למדינות מוצאם בקובעו כי התכלית של "מניעת השתקעות במרכזי הערים" מותרת אף ללא זיקה בין החובה לשהות במרכז לבין אכיפת דיני ההגירה במובן של פיקוח על הגבול והבטחת אפשרות הרחקתם של שוהים שלא כדוין. העיון בהתקרבות בין דיני ההגירה למשפט הפלילי מציע נקודת השקפה המאפשרת לראות עמדה משפטית זו בהקשרה הפנימי, הנוגע לקבלת שינויים רחבים יותר בדפוסי פעולתה של המדינה.

177 עניין איתן, לעיל ה"ש 164, פס' 141 לפסק דינו של השופט פוגלמן.
178 שם, בפס' 142. שורת העתירות התלויה ועומדת בעת כתיבת שורות אלו בעניין מתכונת הפעלתו של מתקן חולות ובעניין ההגבלות הרבות הכרוכות בו, מבהירה כי מצד הרשות האופי המגביל של המתקן ה"פתוח" עומד בעינו – גם אם תחול הטבה מסוימת בתנאיו. ראו בג"ץ 4388/16 אלנעים נ' נציבות בתי הסוהר; בג"ץ 4389/16 טספאיסיוס נ' נציבות בתי הסוהר; בג"ץ 4386/16 מדי נ' נציבות בתי הסוהר; בג"ץ 4602/16 חגוס נ' שירות בתי הסוהר (פורסם בנבו, 13.6.2017); בג"ץ 4391/16 עוסמאן נ' נציבת בתי הסוהר (פורסם בנבו, 25.6.2017).
179 ראו והשוו לפסיקת בית הלורדים בעניין מעצר מהגרים על רקע של חשד לעברות ביטחון: A and ors v. Secretary of State for the Home Department [2004] UKHL 56, para. 84.
180 ראו את כתבי הטענות בעניין איתן, לעיל ה"ש 164, וכן את בקשת ההצטרפות של עמותת קהלת לעניין זה, שדרשו להחמיר את מדיניות הכליאה (בידי המחבר). כן ראו יובל לבנת "פליטים, מעסיקים, ופתרונות מעשיים" בבג"ץ: בעקבות בג"ץ 6312/10 קו לעובד נ' הממשלה "משפטים על אתר ג (2011). בית המשפט העליון התייחס בפסקי דינו במפורש למתח שבין הרשות המחוקקת לרשות המבצעת.

(ד) מעצר לפי החוק למניעת הסתננות לשם מניעת השתקעות במרכזי הערים

נקודת המוצא בהערכת חוקיותו של מעצר לשם אכיפת דיני ההגירה היא שתכליתו למנוע כניסה שלא כדין לתוך המדינה, או לאפשר את הרחקתו של זר השוהה בה בניגוד למדיניות ההגירה הנוהגת.¹⁸¹ משום כך, כעיקרון, שלילת חירות והגבלתה מותרות בהוצאה של צו הרחקה מן הארץ ונלוות אליו, בדומה ליחס בין מעצר פלילי לכתב אישום. פסקי הדין בעניין חוקתיות החוק למניעת הסתננות עקבו בהקשר זה אחרי פסיקה מבוססת, המשתלבת היטב גם במשפט הבינלאומי ובמשפט החוקתי ההשוואתי, הנותנת סימנים לפגיעה מותרת בחירות.¹⁸² בהיעדר אופק מידי למימוש ההרחקה, דרושה הצדקה פרטנית כגון סכנה הנשקפת מהזר חסר המעמד, חשש מפני הימלטותו או מפני הימנעותו משיתוף פעולה עם הרשויות.¹⁸³ מעצר ללא הגבלת זמן של זרים ללא מעמד, שאי-אפשר להרחיקם למדינת מוצאם, נהוג בלא מעט מדינות אף שהוא נחשב לפסול מבחינת המשפט הבינלאומי; בפועל, בתי משפט גבוהים במדינות שבהן הוא נהוג החלו להגבילו.¹⁸⁴ עקרון ההפרדה בין התחומים, הבא לידי ביטוי בהבטחת אופיו האזרחי של המעצר, נמנה אף באמצעים הדוקטרינריים לבחינת תקינותו של מעצר שנועד לאכיפה של חוקי הגירה.¹⁸⁵ מנקודת המבט של הזכות לחירות – בגרסתה המוגנת בחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו, בהוראות חוקתיות דומות ובמשפט זכויות האדם הבינלאומי – מעצר מהגרים צפוי להיחשב לא מידתי (במונחי המשפט החוקתי) או שרירותי

181 לבחינה שיטתית של הדין ראו יונתן ברמן "מעצר פליטים ומבקשי מקלט בישראל" בתוך: לוינסקי פינת אסמרה, לעיל ה"ש 17.

182 ראו, למשל, את החלטת הוועדה לזכויות אדם המפקחת על האמנה בדבר זכויות אזרחיות ומדיניות: United Nations Human Rights Committee, Bakhtiyari v. Australia, Comm. No. 1069/2002 U.N. Doc. CCPR/C/79/D/1069/2002 (2003).

183 ראו את החלטת הוועדה לזכויות אדם: United Nations Human Rights Committee, A v. Australia, para. 9.4., Comm. No. 560/1993, U.N. Doc. CCPR/C/59/D/560/1993 (1997) וכן בהחלטת בית הדין האירופי לזכויות אדם בעניין: Saadi v. United Kingdom, app. no. 13229/03, para. 74 (2008).

184 כך, למשל, בעניין Plaintiff S4-2014 v. Minister for Immigration and Border Protection, HCA 34 [2014], סטה בית המשפט באוסטרליה מהפרשנות הטכנית לחוק ההגירה המדינתי שאימץ בעבר, וקבע במפורש כי החוקיות של מעצר החובה הקבועה בחוק תלויה באפשרות לסיימו, בין במתן מעמד ובין במימוש של צו הרחקה. ראו גם Ashworth & Zedner, לעיל ה"ש 80, בעמ' 236.

185 קבוצת העבודה של המועצה לזכויות אדם בעניין מעצרים שרירותיים, הבוחנת סוגיה זו בשיטתיות, הרגישה כי הפללה של כניסה שלא כדין חורגת מהאינטרס הלגיטימי של מדינות למנוע הגירה: Commission on Human Rights, Working Group on Arbitrary Detention, Promotion and Protection of all Human Rights, Civil, Political, Economic, Social and Cultural Rights, including the Right to Development, para. 53, U.N. Doc. A/HRC/7/4 (10.1.2008). בית הדין הבינ-אמריקני קבע אף הוא כי מעצר שאינו בעל אופי אינדיבידואלי ואינו לפרק הזמן המינימלי הנדרש ייחשב כמעצר לצורכי ענישה גרדא ולכן שרירותי ופסול. ראו Velez Loo v. Panama, Preliminary Objections, Merits, Reparations, and Costs, Judgment, Case 218, Inter-Am. Ct. H.R. (ser. C), para. 171 (23.11.2010).

(במונחי המשפט הבינלאומי) אם אין בו כדי להוביל במישרין למימוש הסמכות לפיקוח על הגבול, כשאינו אינדיבידואלי וכשמשתלבים בו טעמים כגון הרתעה כללית או ענישה המרוחקים מהתכלית המותרת.

התיקונים החדשים לחוק למניעת הסתננות נעשו במוצהר כדי לממש מדיניות הגירה מגבילה ולמנוע השתקעות בישראל של מי שהחוק חל עליהם, באמצעות מדיניות מגבילה חירות נוקשה וגורפת. עמדה זו נשמעה ללא כחל ושרק מפי נציגי הממשלה וחבריה, בשלטי חוצות¹⁸⁶ ובפולמוס הציבורי,¹⁸⁷ ובעקבותיהם, כפי שכבר נזכר, גם בדיון המשפטי. אולם, שלילת החירות החרیגה שעליה הורו התיקונים השלישי והרביעי לחוק אפשרו לשופטי הרוב בבית המשפט העליון להורות על ביטול החקיקה בלי להכריע אם מניעת השתקעות היא תכלית מותרת.¹⁸⁸ מתכונת מרכז השהייה המצומצמת יותר של התיקון החמישי, שקצב את תקופת השהייה המרבית והעמידה על עשרים חודשים, חייבה הכרעה בסוגיה זו.

פסק הדין בעניין דסטא אישר לחייב "מסתננים" – רובם מבקשי מקלט החוסים תחת הגנה מפני הרחקה – לשהות תקופה בת שנה במרכז השהייה חולות כדי להגשים את התכלית של מניעת השתקעות.¹⁸⁹ על טיבה המניעתי של שהייה זו עמדה נשיאת בית המשפט לקראת תום ההנמקה בחוות דעתה המובילה, כשחזרה "אל התכלית העיקרית של החוק [...] – מניעת השתקעות במרכזי הערים".¹⁹⁰ כך ניסחה הנשיאה נאור את טיב המניעה:

תכלית זו אינה מתמקדת במסתנן האינדיבידואלי או בסיכון הנשקף ממנו לחברה; עניינה הוא בצורך להקל על הנטל המוטל באופן כללי על מרכזי הערים ובפרט על תושביהם. אני סבורה כי על מנת להגשים את תכלית זו אין צורך להחזיק במרכז השהייה מסתנן מסוים דווקא [...] די בהחזקת קבוצה של מסתננים שונים [...] עם שחרורו של מסתנן פלוני ממרכז השהייה יתפוס מסתנן אחר את מקומו [...] די בכך שבכל רגע נתון חלק מאוכלוסיית המסתננים – כפי יכולת הקליטה של מתקני חולות ושל מתקנים נוספים שבכוונת המדינה להקים – יורחק ממרכזי הערים.¹⁹¹

מאחר שממילא יש "דלת מסתובבת" שבית המשפט מכיר ומתיר, אפשר לקצר את התקופה ולממש את תכלית החוק. אמנם, העדפת תכלית המתייחסת לכלל על פני התייחסות לנסיבותיו

186 לקראת הבחירות לכנסת ה-19, שהתקיימו בראשית שנת 2013, התנוססו בחוצות הערים שלטי חוצות של מפלגת ש"ס ושל מפלגת הליכוד שהתפארו ב"עצירת גל המסתננים מסיני".

187 כך אמר אלי ישי, שר הפנים בשיא התקופה של כניסת מבקשי המקלט: "מתקני השהייה הכרחיים וחייבים להעביר אליהם את המסתננים. הם יועברו אליהם ברגע שהמתקנים יהיו מוכנים, ומשם הם יעדיפו לחזור הביתה [...] יש מאות מצפון סודן ומאיריריאה שכבר רוצים לחזור לביתם לאחר שהייה בבית המעצר שאין הם רשאים לצאת משם [...] אילו לא היינו בולמים היום באמצעות הגדר, מתקני השהייה והחקיקה, הייתה המדינה מוצפת במאות אלפי מסתננים". מרכז מציל"ה והמכון למחקרי ביטחון לאומי "התמודדות עם הגירה בלתי מוסדרת: סיכום כנס" מזכר 128 53 (בעריכת רות גביוון ומאיר אלרן, 2013).

188 עניין דסטא, לעיל ה"ש 169, פס' 64-65 לפסק דינה של הנשיאה נאור.

189 שם. השווו לפס' 19 לפסק דינו של השופט פוגלמן.

190 שם, פס' 111 לפסק דינה של הנשיאה נאור.

191 שם (ההדגשות במקור).

של הפרט היא יסוד מוכר בדיני ההגירה, והיא מוגנת גם כשהיא נבחנת אל מול זכויותיהם של אזרחים;¹⁹² אולם התרה של הגבלת חירות המושגת באופן מעין-סטטיסטי – ומנקודת מבטו של הפרט היא אקראית ושרירותית – מסמנת מתן לגיטימציה לעמדה תוצאתנית המוותרת על מגבלות סף דאונטולוגיות בהפעלת כוח כופה, השונה מענישה בעיקר בצורתו החיצונית. אמנם, השאיפה למנוע השתקעות של זרים לא קרואים בישראל היא ודאי חלק אינטגרלי ממדיניות ההגירה במובן הרחב, הנתמכת בדרך כלל בביקורת שיפוטית מתירנית למדי. הכוונה לצמצם את נוכחותם של מבקשי המקלט בחברה ובמשק העבודה בישראל, באמצעות ריכוזם באזור המרוחק מיישוב והטלת מגבלות חמורות על תנועתם ממנו, עולה בקנה אחד עם מדיניות ההגירה הכללית. דיני ההגירה אינם מקנים לזרים זכות להגר לישראל שלא במסגרת חוק השבות, והם מצמצמים למינימום את האפשרות לרכוש מעמד של קבע בישראל שלא במסגרת זכותם של אזרחי ישראל למשפחה. החוק למניעת הסתננות נועד למנוע את השתלבותם הכלכלית והחברתית של מבקשי המקלט בישראל. בלשון דברי ההסבר לתיקון החמישי, "מטרתו לספק למסתננים את צרכיהם הבסיסיים מחד גיסא, ולמנוע את אפשרות העסקתם וכן את השתקעותם במרכז הערים בתוככי מדינת ישראל, מאידך גיסא".¹⁹³ אף כשעומדת לרוב המכריע של קבוצת הזרים הגנה מיוחדת מפני הרחקה, הגוברת על ההעדפות המדיניות ויכולה להצמיח גם טענות כבודות משקל בעניין מעמד הקבע – עצם האינטרס למנוע השתקעות נחשב ללגיטימי. אלא, שבגלגוליו של החוק למניעת הסתננות אירעה תפנית בניסוח התכלית. התיקון השלישי עסק במניעת השתקעות בישראל וכך נבחן, אך מאז התיקון הרביעי עבר הדיון לעסוק במניעת השתקעות במרכזי הערים.

מבחינה ציבורית ומשפטית, הקמתו של מרכז השהייה והתפנית בניסוח מובנת על רקע דיון ציבורי סוער באשר לנטל הגדול שנושאים תושבי שכונות מסוימות, בעיקר בדרום תל-אביב.¹⁹⁴ באופן צפוי, השתקעות זו אינה מתרחשת כלל ועיקר "במרכזי הערים" כי אם בשוליהן העניים והמודרים.¹⁹⁵ המתנגדים למדיניות הממשלה מתחו ביקורת חריפה על

192 גישה זו עמדה ביסוד פסקי הדין שדחו ברעת רוב את העתירות נגד חוק האזרחות והכניסה לישראל, לעיל ה"ש 108, בג"ץ 7052/03 עדאלה המרכז המשפטי לזכויות האדם בישראל נ' שר הפנים, פ"ד סא(2) (2006) ובג"ץ 466/07 זהבה גלאון נ' היועץ המשפטי לממשלה, פ"ד סה(2) 44 (2012).

193 עמ' 126 להצעת החוק למניעת הסתננות (עבירות ושיפוט) (תיקוני חקיקה והוראת שעה), התשע"ה-2014, ס"ח 84.

194 ההכרעה הנזכרת בעניין איתן, לעיל ה"ש 169, עסקה למעשה בשתי עתירות נוגדות. זו שנתנה להתדיינות את שמה דרשה להחמיר את מדיניות האכיפה כלפי מי שהחוק למניעת הסתננות חל עליו.

195 התיישבות של מהגרים בשוליים העניים של תל-אביב קדמה להגעתם של מבקשי המקלט לישראל והיא עובדה ידועה זה שני עשורים. היא כוללת התיישבות נרחבת בשכונות בדרום העיר וסביב התחנה המרכזית, התגוררות בדירות מפוצלות ונעדרות תשתית ועוד. מהגרי עבודה ומבקשי מקלט מונים יותר מעשירית מהמתגוררים בעיר, והעירייה מפנה משאבים רבים לטיפול באוכלוסיה ענייה וקשת יום זו, בעיקר בתחום הרווחה והחינוך. ראו, למשל, "סיוע לקהילה הזרה – מסיל"ה" באתר האינטרנט של עיריית תל אביב-יפו, המשקף נאמנה את המציאות: "בכל קהילה, קיימים ילדים בסיכון הנתונים להזנחה או לפגיעה פיזית ו/או רגשית.

השימוש בנימוק זה,¹⁹⁶ שנבע משילוב של רשלנות ופעולות ממשלתיות מכוננות,¹⁹⁷ ולא לווה בתמיכה חלופית באזרחים הפגיעים החיים בשכונות לאוכלוסיית המהגרים החדשה. במובן זה נראה כי ראוי היה לנמק את הגבלת החירות והמגורים בכך שריכוז של אוכלוסיית מהגרים פוגע דווקא בשכונות החלשות והעניות של הערים.¹⁹⁸

מנקודת המבט של ההתקרבות בין דיני ההגירה למשפט הפלילי, דומה כי ההנמקה של פעולות השיטור במניעת השתקעות במרכזי הערים אינה לשון נקייה או ביטוי מקרי. המניעה הכללית נבנית על הרפרטואר השלטוני של שיטור פלילי מניעתי, שניהול אוכלוסיות שוליים במרחב הציבורי אינו זר לו. קישור זה נעשה על ידי נציגי הרשויות עצמן, המבססות את מדיניותן על טענות בדבר חלקם היחסי של מבקשי המקלט בעברות פליליות בקרב האוכלוסייה הכללית. כך, החזקה של מספר מסוים של זרים לא מסוימים מחוץ למרכזי הערים מהדהדת באופן בולט את המוסדות המתקנים שבהם, בראשית העת החדשה, החזיקו עניים משוטטים שגדשו את הערים המתהוות בחיפוש אחר עבודה ואמצעי מחיה.¹⁹⁹ אי-החוקיות של הכניסה למדינה היא תנאי המאפשר פעולת שיטור המתמקדת בשמירה על גבולות מקומיים בתוככי המדינה ומתבצעת במישור המנהלי שאינו אוסר על ענישה בגין עברות מצב. דומה כי דווקא הגיונו המשתנה של השיטור הפלילי, המרחיב את תחומי סמכותו כדי לשמר את מרכזי הערים כאזורים מוגנים מפני דלות ואי-סדר, הוא שמאפשר להרחיב את תכלית הפעולה השלטונית ואת הסמכויות לביצועה כלפי זרים.

ד. אכיפת דיני ההגירה בשוליים המתרחבים של המשפט הפלילי

ההתייחסות אל הגבלת החירות והשיטור כלפי מהגרים במסגרת הבלעדית של דיני ההגירה הקשתה על צמיחתו של דיון שיטתי ביסודות המשפטיים של הפעילות המדינית על התפר

תופעות אלו מחריפות בקרב הקהילה הזרה, על רקע המצוקה, התפרקות המשפחות והידלדלות המשאבים המשפחתיים והקהילתיים. המשפחות מהקהילה הזרה הן לרוב הורים במצב הישרדותי וסוציאקונומי נמוך, אימהות רבות חד הוריות, קשות יום, העובדות בעבודה פיזית קשה מעל 10 שעות ביום, שעל כתפיהן רובץ נטל כבד של פרנסה. כל אלה מגבירים מצבי דחק, עייפות ומצוקות נפשיות". ראו www.tel-aviv.gov.il/Residents/HealthAndSocial/Pages/Mesila.aspx.

196 הארגונים הפועלים לטובת פליטים ומבקשי מקלט פרסמו לעתים קרובות התייחסות לכך שהמצוקה של תושבי המקום נובעת מאוזלת היד של הממשלה, אם לא מפעילותה המכוונת. ראו, למשל, את הפרסום של מוקד הסיוע לעובדים זרים (כשם הארגון דאז) א.ס.ף. (ארגון סיוע לפליטים) ואמנסטי אינטרנשיונל, "מדיניות ישראל כלפי מבקשי מקלט פוגעת גם בהם וגם בנו" (2013).

197 שיאו בהפניית אוטובוסים שיצאו ממתקני המעצר ישירות אל השכונות הסובבות את התחנה המרכזית בתל-אביב, וכעבור זמן – בהותרת הרשויות המקומיות להתמודד בעצמן עם ההשלכות של הגירה לא מוסדרת זו בהיבטים של חינוך, בריאות ורווחה.

198 עניין דסטה, ה"ש 169, פס' 19 לפסק דינו של השופט פוגלמן: "בסופו של יום באתי למסקנה שלפיה במובן אחד ניתן להניח, הגם שאין הדבר נטול קושי, כי מדובר בתכלית ראויה. כוונתי היא לפרשנותה של תכלית זו כ"הפחתת הנטל" מן הערים שבהן מרוכזים מרבית המסתננים – והדברים אמורים במיוחד בדרום תל-אביב" (ההרגשה הוספה).

199 ראו Leanne Weber & Benjamin Bowling, לעיל ה"ש 48.

שבין הגירה למשפט פלילי. לעומת הפעולות הנעשות בגבול הפיזי, שאפשר לסווגן בקלות בתחום הפיקוח הריבוני על ההגירה, יש מנעד רחב של מעשי מדינה כלפי זרים הנושאים סממני גבול בתוככי התחום הריבוני. על פי רוב, די בסיווג של פעולה שלטונית ככזו שתכליתה לממש את מדיניות ההגירה המדינתית כדי לראותה כפעולה בתחום ההגירה שחל עליה המשפט המנהלי. החשש מפני החמרת מצבם של זרים ומהגרים – עקב פעולה חופפת של דיני ההגירה ושל המשפט הפלילי – השתלב עם שאיפת המדינה לצמצם את ההגבלות על פעילותה, והוביל להקפדה מוצהרת על הפרדה עקרונית בין התחומים, גם כשהצהרה זו אינה משקפת את דפוסי הפעולה של המשפט.

בתיאור ההתקרבות בין הפעילות בתחום ההגירה לבין המשפט הפלילי אפשר לזהות הד ברור למגמות רוחב שעליהן הצביעו קרימינולוגים וחוקרי המשפט הפלילי בישראל: קידום מדיניות של החמרה בענישה על יסוד שיח ציבורי שאינו מעוגן בביורר עובדתי תקף ומוסמך וחשש מפני העדפה של מדיניות ענישה על פני מדיניות רווחה.²⁰⁰ על רקע זה, דומה כי מגמות חופפות באכיפה של דיני ההגירה משמשות דוגמה מקומית לתופעה רחבה של הפללת-יתר והרחבה של המשפט הפלילי גם בשדה הפיקוח על הגירה.²⁰¹ מנקודת מבט זו, העיסוק הדומיננטי בשאלות של זהות וזרות – כהסבר מרכזי לנוהגי האכיפה הנוקשים כלפי מבקשי מקלט המגיעים ממדינות אפריקה – מבטא רק פן אחד של מאבק מורכב יותר, החוצה את גבולות האזרחות. הרחבת השיטור הפלילי אל תחום ההגירה משקפת פרקטיקה של שליטה, שהיגיון לאומי וריבוני מדי יכול לדור בה בכפיפה אחת עם הגיון פעולה חברתי-כלכלי ומעמדי.²⁰² הזיקה ההדוקה בין הפעולה בתחום ההגירה לבין השיטור הפלילי מצריכה מחקר משלים שיוכל לעמוד על השווה והשונה בנוהגי השיטור, באכיפה ובכליאה היומיומיים של מהגרים, בהשוואה לשיטור הממוקד בקבוצות שוליים אחרות בתחומי האזרחות. על סמך הניתוח המוסדי והמבני שהוצע במאמר זה אפשר לשער כי הממצאים

200 ראו והשוו חגית לרנאו עבריינות ואכיפת חוק – תיאוריה, מדיניות, ביקורת 279–280 (מהדורה ראשונה, 2016).

201 Chacón, לעיל ה"ש 73.

202 קמפ ורייכמן, לעיל ה"ש 2, הראו באופן משכנע כיצד יועד למהגרי עבודה תפקיד מפתח בעיצוב של שני תהליכים ארוכי-טווח ובו-זמניים, שהגיעו להבשלה בראשית שנות התשעים של המאה העשרים: היפרדות מרחבית וכלכלית מהפלסטינים תושבי השטחים וארגון מחדש של מערכות הרווחה ושוק העבודה בישראל. בכך קשרו המחברות בין הממד הפוליטי של הסכסוך עם התהליכים המבניים המתרחשים בדמוקרטיה המאמצת גישה כלכלית נאו-ליברלית; לתיאור עיקרי הטענות בספרן ראו גם אבינעם כהן "עובדים וזרים: ביקורת ספרים" מגמות מח 726 (2012). למסקנה דומה בעניין הקשר ההדדי בין המניעים לפעולת המדינה הגיעו גם גיל ודהאן, לעיל ה"ש 2, שחקרו את (אי)התערבות בתי המשפט בהרחקה ההמונית של מהגרי עבודה בראשית שנות האלפיים. האם מיועד לפליטים ולמבקשי מקלט תפקיד דומה בעיצוב התמורות בהגיון הפעולה של המשפט הפלילי, הנוגעות הן ליסודות הענישה ולתכליתה והן לשימוש אפשרי במשפט הפלילי ככלי שיורי בניהול הכשלים של מערכת הרווחה המצטמצמת באמצעות כליאה? בעת כתיבתן של שורות אלו, המגמות הנצפות במשפט הפלילי וביחסי מדינה-חברה בישראל אינן מובהקות דיו; יש מקום להעריך כי זהו כיוון התפתחות אפשרי ולא רצוי. תשומת-הלב שהחלו לקבל לאחרונה "עברות עוני" מדגישה את היתכנותו.

הנצפים במדינות אחרות ימצאו הד גם בישראל.²⁰³ התבוננות קרובה ביעדי האכיפה ומדיניות השיטור השגרתית, כפי שהיא באה לידי ביטוי בעבודת השוטרים וביחסי הגומלין ביניהם לבין רשות ההגירה והאוכלוסין; בשירות בתי הסוהר המפקח על מתקני מעצר, כליאה, משמורת ושהייה; בתובעים, בפרקליטים ובדייני בתי הדין למשמורת ולעררים – התבוננות בכל אלה תוסיף הן להבנה של מציאות השיטור למעשה והן להערכת הפעופע ההדדי של דפוסי פעולה, שליטה ופיקוח בין שדה ההגירה לבין השדה הפלילי.²⁰⁴

מן העיון המושגי הנוכחי אפשר ללמוד על הצורך לאמץ כללים שיציבו הגבלות על הרחבת אופני השיטור, גם אם תוענק בכך לגיטימציה לביסוס של כוחו ושל הגיון פעולתו המוסדי. הפתרון המעשי המיידית להתקרבות בין המשפט הפלילי לדיני ההגירה בישראל כרוך בהכרה בה – אבל גם בייבוא של נורמות הליכיות מהמשפט הפלילי במקרים שבהם ברור כי חומרתן של הפעולות השלטוניות בתחום ההגירה לא נופלת מזו של הפעולות במישור הפלילי.²⁰⁵ מעת לעת ניבטים ניצנים של גישה כזו בכתי משפט מנהליים המקיימים ביקורת

203 נקודת השוואה מרכזית מופיעה במחקרים הנזכרים של בוסוורת'; ראו בספרה, MARY BOSWORTH, INSIDE IMMIGRATION DETENTION (2014). עם זאת, בוסוורת' אינה מתבוננת בעבודתה על ההשפעות הדרכיוניות של פעולה בתחום הפיקוח על הגירה ובמשפט הפלילי. ראו גם את מחקריו של ווקנט, הכורכים בין שוליות, אתניות, עוני, הגירה וענישה במרחב העירוני המודרני: Loïc Wacquant, *Marginality, Ethnicity and Penalty in the Neoliberal City: An Analytic Cartography*, 37 ETHNIC & RACIAL STUD. 1687 (2014).

204 ראו, למשל, בשנתונים הסטטיסטיים שמשטרת ישראל מפרסמת, ובהם התייחסות לא רק ל"פשיעה זרה" אלא גם ל"חשש מהיפגעות" מפני זרים. כך, בעוד השנתון המתייחס לשנת 2015 מדווח על ירידה במספר התיקים שהחשודים בהם זרים (שאינם ישראלים או תושבי הרשות הפלסטינית), הוא מוסיף וכולל את ממצאיו של "סקר תושבי דרום תל אביב" שנעשה במפורש על רקע "תופעת ההסתננות מאפריקה לשטחי המדינה". בסקר זה התבקשו תושבי דרום תל-אביב לדווח על "תחושת הביטחון האישי", והוא בוחן פרמטרים כגון "אחוז המוטרדים מנוכחות העובדים הזרים בקרב תושבי דרום תל-אביב" ואת יחסם למשטרה ואמונם בה. הסקר נערך על רקע תגבור יחידות המשטרה, ש"הביא לצורך לבחון בקרב אזרחי דרום תל-אביב את התחושות כלפי תופעת ההסתננות וכלפי המשטרה ונוכחותה באזור מגוריהם". משטרת ישראל השנתון הסטטיסטי מס' 43, 44, 35, 85-91 (מאי 2016). נתונים אלו מצביעים על המיקוד של המשטרה במדדים העשויים להבליט שינוי, על רקע עקביות יחסית במדדים ארציים בתחום תחושת הביטחון והדיווח על פשיעה, הנצפית לאורך זמן וקודמת להגירה של מבקשי המקלט מאפריקה. ראו והשוו לנתוני הלשכה המרכזית לסטטיסטיקה שנתון סטטיסטי לישראל פרק 8 (פשיעה ומשפט) (2015). התמקדות זו בקבוצה של זרים חסרי מעמד, הקלים לתיג על רקע מוצאם האתני, מצביעה בכיור על האפשרות שהגברת השיטור קשורה לשינויים בשיטות ובטכניקות של השיטור כמו גם לתפקידו החברתי. ראו והשוו BERNARD E. HARCOURT, AGAINST PREDICTION: PROFILING, POLICING, AND PUNISHING IN AN ACTUARIAL AGE (2006).

205 ASHWORTH & ZEDNER, לעיל ה"ש 80, בעמ' 248-249, 261. לפי אשוורת' וזנדר, למדינה יש סמכות וחובה להבטיח את גבולה וכן להגן מפני ביצוע עברות חמורות בתחומה, אולם הגבלת חירות מטעמי מניעה צריכה לקיים זיקה הדוקה בין תכליתה לבין מימוש חוקי ההגירה. כמו כן עליה לקיים את כללי המשפט החוקתי ובהם שימוש באמצעי שפגיעתו פחותה, נחיצות ומידתיות; להקפיד על שימוש מוגבל ככל האפשר במשפט פלילי ולהימנע ממעצר שמטרתו

על הוראות מעצר ושהייה, ומסמנים את האפשרות שגם בישראל תתפתחנה זכויות הליכיות בנות-משקל שימתנו את תוצאות פעולתן של הרשויות ויאפשרו להחיל עקרונות בסיסיים של שלטון חוק אפילו בתחום ההגירה.²⁰⁶ זכויות הליכיות מסוג זה יכולות לכלול, בין היתר: (א) חזקה של היעדר סיכון והגברת הרף הראייתי הדרוש להטלת הגבלות על חירות, בהתאם לעוצמה של הגבלת החירות; (ב) העדפה מובנית של בחירה באמצעי המתאים המגביל חירות במידה המינימלית הדרושה; (ג) הדגשת עקרונות המידתיות והנחיצות גם מבחינת המשך של הגבלת החירות וגם מבחינת אופייה; (ד) הבטחת זכויות הנוגעות להליך ההוגן, דוגמת עיון בחומר חקירה וראיות; וכן (ה) הבטחת ייצוג משפטי בהליכים המובילים להגבלת חירות, בין במשמורת ובין בריתוק למרכז שהייה.²⁰⁷

בדומה לרוב הפתרונות שהוצעו בספרות המשפטית העוסקת בהיעדרן של ערבויות הליכיות מתאימות בהליכי הגירה, פתרון מסוג זה מוגבל במהותו. המשפט הפלילי הוא בעיה (בשל ההפלה) או פתרון (נוכח הערכויות ההליכיות המשוקעות בו) עבור המצב החריג שההגירה יוצרת. בכך ניתן מענה מסוים במישור האינדיבידואלי לשיטור-יתר, להפליה באכיפה ולשלילת חירות המנוגדת לתפיסה הליברלית שביסוד המשפט הפלילי ולהפרדה הקטגורית בין התחומים. אין בפתרון זה מענה לבעיות המבניות.

במאמר זה ביקשתי להצביע על כך שאין לבודד התפתחויות בתחום הפיקוח על הגירה ולראותן כביטוי ייחודי להעדפות הריבוניות כלפי זרים ובכך להתעלם מההקשר הרחב יותר של הרחבת סמכות האכיפה והשיטור בתחום הפלילי. הפיקוח על קבוצות מסוימות של מהגרים מאפשר לסגת מהאוניברסליות של שלטון החוק בתנאים שבהם יש מערך משפטי מוסדי ונורמטיבי, המקל על השרשת שינויים יסודיים בהגיונות הפעולה המדינתיים.²⁰⁸ ההתקרבות בין רפואי המעשים השלטוניים בתחומי ההגירה והמשפט הפלילי בישראל נמצאת על רצף של מגמות רחבות יותר באופני השיטור והפעולה המדינתית. חלק גדל מפעולות השיטור מכוונות למניעת עברות, מתוך מאמץ להפחית סיכונים להתנהגויות מפרות סדר ולפגיעה בערכים מוגנים גם על חשבון פגיעה בזכויות של פרטים שלא עברו על

ענישה; להבטיח ביקורת שיפוטית; לאפשר הגנות הליכיות המתקרבות לאלו הנהוגות בהליכים פליליים; להבטיח שוויון ואיסור הפליה; ולקיים את עקרון איסור ההחזרה.

206 ראו, למשל, בביקורתו של מרקוביץ על כך שהליכי הרחקה בארצות-הברית מסווגים כאזרחיים ולכן נעדרות מהם הגנות חוקתיות החלות על הליכים פליליים. עם זאת, המחבר מבחין בין exclusion (מניעת מעמד לכתחילה, הנחשבת לאזרחית) לבין expulsion (אותה הוא מציע להחשיב ככזו המזכה בהגנות המקובלות המשפט הפלילי); ראו Peter L. Markowitz, *Straddling the Civil-Criminal Divide: A Bifurcated Approach to Understanding the Nature of Immigration Removal Proceedings*, 43 HARV. C.R.-C.L. L REV. 289 (2008).

207 ביסוס של כללים אלה יכול להיעשות גם בפסיקה, כהרחבה של העקרונות המפורטים בפסק דינה של השופטת ברק-ארז בעניין אריא, לעיל ה"ש 106.

208 על המשמעות של אימוץ טרוריקה חריפה כלפי זרים מבחינת החירויות המעוגנות בהליך הפלילי, ראו Mary Bosworth, *Border Control and the Limits of the Sovereign State*, 17 Soc. & L. Stud. 199 (2008).

החוק.²⁰⁹ אף אם נדמה כי הענישה מאבדת מכוחה, הדגש עובר להרחבת הסמכויות ולהעצמת כוחן של רשויות אכיפת החוק לפקח ביתר שאת על אוכלוסייה מסוימת ולהשתמש בקשת מתרחבת של אמצעים כדי להבטיח סדר ציבורי וביטחון.²¹⁰ עברות ההגירה – שקשה להצביע בכירור על נזקן ושעל פי רוב אינן נענשות באופן עצמאי וישיר – ממחישות כיצד השיטור מגן על אינטרס ריבוני כללי,²¹¹ שאינו קשור רק בשמירה על הגבולות החיצוניים אלא גם בשמירה על הסדר הפנימי ועל ניטור התנועה החוצה גבולות מקומיים. שיווי המשקל של "חולות" מאמץ מודל מעין-אקטוארי של הגבלת חירות ומלמד על הבניה מחודשת של כוחה הכופה של המדינה. זאת, מתוך דחייה של הגיון הפעולה האוניברסלי והאינדיבידואלי של המשפט הפלילי והעדפת הגיון הפעולה של דיני ההגירה, המאפשר להימנע מהערכת סיכונים אישית ולהעדיף תוצאות קולקטיביות. הקשר הפעולה – כלפי מבקשי מקלט נטולי מעמד מוסדר – מאפשר לפעול כאמור כניסוי מבוקר בהסגת ההנחות הליברליות של המשפט הפלילי, ולהתיר את התרחבותו על רקע הגמשת הכללים והרציונלים שגידרו אותו.

*

בחודש ינואר 2014 התקבצו בכיכר רבין בתל-אביב אלפי מהגרים ללא מעמד, בתהלוכות שיצאו ממקומות מגוריהם בשוליה הדרומיים של העיר. מחאתם כוונה נגד התיקון הרביעי לחוק למניעת הסתננות, שמכוחו הוקם מרכז שהיה חולות. עם תום העצרת המסודרת והשקטה נותרו רבים בכיכר, מפגינים הנאה ניכרת לעין מההזדמנות להתכנסות קבוצתית שאפשרה את הנוכחות הגלויה בעיבורה של העיר. עם ערב התרוקנה הכיכר. רבים מהמפגינים חיובו כעבור זמן קצר להתייצב ב"חולות", שגם ממנו יצאו כעבור זמן קצר לצעדות מחאה נוספות. ראשית פנו לכיוון ירושלים ולאחר מכן לכיוון הגבול עם מצרים, במחאה על חיובם לשהות במרכז. לאחר תקופת מאבק נוספת שככה המחאה, וברבות הימים – לאחר תקופת המחאה הראשונה – המשיך מרכז חולות להתאכלס. כעבור פרק זמן נוסף בוטל התיקון הרביעי לחוק למניעת הסתננות ונחקקו התיקון החמישי ואחריו השישי, שבעקבותיהם הותרה הפעלת "חולות" לאחר שנוקצב וצומצם זמן השהיה בו. בעת פרוסום פסק הדין בעניין דסטה שוחררו שוכניו ואחרים באו במקומם.

מחאתם הפומבית של מבקשי המקלט, שהם גם "מסתננים", לא חזרה עוד לרחובות העיר וכיכרותיה ולא הותירה רישום גלוי במשפט. ההסבר המוצע במאמר זה – למתכונת השימוש באמצעי שיטור ואכיפה לשם פיקוח על קבוצה זו של מהגרים – שב וקושר בין הופעתם של הזרים יוצאי סודן ואריתריאה במרכז העיר תל-אביב לבין הפעולות שנקטו למניעת השתקעותם בה. ההתקרבות בין תחומי המשפט, המוצאת ביטוי בנוהגי האכיפה אך גם בהצדקות הפנימיות של הדין, מלמדת כי משטר האכיפה המיוחד המוחל על מבקשי מקלט

209 כך, למשל, ראו את הפעולה לאיזוק אלקטרוני של עברייני מין; את הפעולה לשיבוש הפגנות כמו גם מעצר ופיקוח על פעילים המארגנים הפגנות; ואת הפעולה להגבלת השימוש במקום לשם מניעה של ביצוע עברות.

210 בהקשר זה אפשר להזכיר את החזרה לשימוש נרחב בהריסה של בתי מחבלים, המנומק בשיקולי מניעה גם אם הפעולה מכוונת למשפחת המפגע, עד שנדמה שמדובר ברצון להעניש.

211 ראו Dubber, לעיל ה"ש 75, בעמ' 63, הפותר את המתח בין השאיפה להבטיח ביטחון לבין הפרת זכויות באמצעות ההבחנה בין מדינת חוק לבין מדינת משטרה.

אינו מבטא סטייה מהגיונו הפנימי של השיטור הפלילי, וכי יש בו דווקא ביטוי להתרחבותו. מנקודת מבט זו, נדמה כי היחס לזרים חושף ומשקף תמורה כללית יותר באופני השיטור והפיקוח על האוכלוסייה, הכוללת הרחבה של סמכויות השיטור והאכיפה והסתמכות על אמצעי מניעה גורפים המוטלים על אוכלוסייה כללית ואינם מותנים בהוכחת סיכון מסוים הנשקף מאדם מסוים. הרחבת סמכויות זו מאפשרת להפוך את הקשרי ההגירה והעוני לבעיות אינדיבידואליות ולהטיל מעין ענישה על מצבים המקיימים זיקה עם עוני לא מבוקר ואי־סדר, ולנטרל את הממד המבני והמוסדי של מציאות זו. הרחבת סמכויות זו מצביעה אפוא על האפשרות שהבשורה הטמונה במעצר של מבקשי המקלט בישראל אינה קשורה רק למצבם החרגי, אלא היא עדות לשינויים באופני הפעולה השלטוניים הנהנים מלגיטימציה משפטית, ומכשירים את הקרקע לפרק הבא בהרחבת המשפט הפלילי ולהעצמת סמכויות השיטור מכוחו – על פני טיפול בבעיות חברתיות ופוליטיות מבניות המתעצמות בצלו.