



בבית המשפט העליון בשבתו כבית משפט לערעורים אזרחיים

ע"א 9656/08

וערעור שכנגד

כבוד השופטת א' חיות
כבוד השופט ח' מלצר
כבוד השופט י' עמית

בפני :

המערערת והמשיבה בערעור
שכנגד :

מדינת ישראל

נ ג ד

המשיבים והמערערים בערעור
שכנגד :

1. ג'מאל עמיר קאזם חלף סעידי
2. סאבר ג'אבר סאלח שייכאני
3. זאכי ג'אבר אשור תמימי
4. קאזם נעים עטייה אפראווי
5. סעיד חמיד סעיד חוסיין עזאווי
6. אחמד חוסיין עריבי אל סעידי
7. מופיד סאליס אל באחר
8. עאדל חאסן נאצר אל עסדי
9. פאלח קאזם עודה אל רבי
10. איסמאיל חנטוש אל קזאלי
11. סאלח קאטע אל סודני
12. באסם ואחיס טהאר אל סעידי
13. עבד אלקרים ג'אפר ג'בורי

ערעור וערעור שכנגד על פסק דינו של בית המשפט המחוזי
בתל אביב-יפו בת"א 1467/95 שניתן ביום 21.9.2008 על ידי
כבוד השופטת ר' רונן

י"ט באייר התש"ע (03.05.10)

תאריך הישיבה :

עו"ד ד"ר חיה זנדברג ; עו"ד מיכל שרביט

בשם המערערת והמשיבה
בערעור שכנגד :

עו"ד צבי ריש

בשם המשיבים והמערערים
בערעור שכנגד :

פסק-דין

השופטת א' חיות:

זהו ערעור וערעור שכנגד על פסק דינו של בית המשפט המחוזי בתל-אביב-יפו (כב' השופטת ר' רונן), בו התקבלה באופן חלקי תביעתם של המשיבים (המערערים שכנגד) ונקבע כי על המערערת לפצות את המשיבים 1-7 בשל מעצרים לתקופה בלתי סבירה, אך תביעתם של המשיבים 8-13 לפיצוי נדחתה. למען הנוחות, תכונה המערערת בע"א 9656/08 "המדינה"; המשיבים כולם ייקראו להלן "המשיבים"; ואילו המשיבים 13-8 יכוננו "ששת המשיבים".

תמצית העובדות הצריכה לעניין

1. המשיבים שבפנינו הם כולם אזרחי עיראק, אשר בתקופות שונות בין החודשים נובמבר 1993 למאי 1994 נכנסו לישראל שלא כדין לאחר שעזבו את עיראק וחצו את הגבול לירדן, שם שהו תקופות כאלה ואחרות. סמוך לפני כן, בתקופה שתחילתה בחודש אוקטובר 1992, נכנסו לישראל ולאזור יהודה ושומרון אזרחים עיראקיים נוספים וכן אזרח איראני אחד, ובסך הכל מדובר ב-31 אנשים. עם כניסת המשיבים והאזרחים הזרים הנוספים לישראל הם נעצרו ונחקרו, ולאחר מספר ימים הוצאו נגדם צווי גירוש. נגד האזרחים הזרים, ובכללם המשיבים, אשר נכנסו לשטח מדינת ישראל הוצאו צווי גירוש מכוח סעיף 13(א) לחוק הכניסה לישראל, תשי"ב-1952 (להלן: חוק הכניסה לישראל) כנוסחו בעת הרלוונטית, ואילו נגד האזרחים הזרים שנכנסו לשטח האזור הוצאו צווי גירוש לפי סעיף 3(א) לצו בדבר מניעת הסתננות (יהודה והשומרון) (מס' 329), תשכ"ט-1969 (להלן: הצו בדבר מניעת הסתננות).

סעיף 13 לחוק הכניסה לישראל, כנוסחו בעת הרלוונטית, קבע כך:

גירוש

13. (א) מי שאיננו אזרח ישראלי או עולה לפי חוק השבות, תש"י-1950, רשאי שר הפנים לתת עליו צו גירוש אם נמצא בישראל בלי רשיון ישיבה.

(ב) מי שניתן עליו צו גירוש, חייב לצאת מישראל ולא לשוב אליה כל עוד לא בוטל צו הגירוש.

(ג) מי שניתן עליו צו גירוש, רשאי קצין בקורת הגבולות או שוטר לעצרו ולהחזיקו במקום ובאופן שקבע שר הפנים, עד ליציאתו מישראל או עד לגירושו ממנה.

(ד) שר הפנים רשאי להורות שצו הגירוש יבוצע על חשבון האדם שעליו ניתן או על חשבון מעביד שהעסיק אותו בישראל בלי ששר הפנים נתן היתר לאותה העסקה או לאחר שפג תקפו של ההיתר.

וסעיף 3 לצו בדבר מניעת הסתננות קבע:

גירוש

"3. (א) מפקד צבאי רשאי לצוות בכתב על גירושו של מסתנן מן האזור, בין שהואשם בעבירה לפי צו זה ובין שלא הואשם, וצו הגירוש ישמש אסמכתא חוקית להחזיק מסתנן כאמור במשמורת עד לגירושו.
(ב) ניתן צו גירוש לפי סעיף קטן (א) והאדם שנגדו הוצא צו גירוש נמצא מסיבה כלשהיא במעצר או מאסר, ישוחרר אותו אדם ממעצרו או ממאסרו לשם ביצוע הגירוש, אף אם לא תמה תקופת המעצר או המאסר, אלא אם נקבע אחרת בצו הגירוש".

טרם שהגיעו לישראל ובמהלך שהותם בירדן פנו חלק מן המשיבים אל משרדי הנציב העליון של האו"ם לענייני פליטים וביקשו להכיר בהם כפליטים על-פי האמנה בדבר מעמדם של פליטים משנת 1951 (להלן: האמנה או אמנת הפליטים), אך בקשתם נדחתה.

המשיבים ואזרחים עיראקיים נוספים שנכנסו לישראל שלא כדין הגישו בשנת 1994 עתירה לבג"ץ לאחר שבקשתם להשתחרר מן המעצר לא נענתה, ובה עתרו לשחרורם מן המעצר (בג"ץ 4702/94). בעקבות פסק הדין שניתן באותה עתירה שוחררו ביום 5.11.1995 מרבית העותרים מן המעצר (24 אנשים), ובכללם המשיבים 1-7. ששת המשיבים, לעומת זאת, נותרו במעצר, ואלה הגישו בשנת 1996 עתירה נוספת בעניין מעצרים (בג"ץ 7616/96). בפסק הדין שניתן בעתירה זו אישר בג"ץ את המשך החזקתם של השישה במעצר, והם שוחררו לבסוף בתנאים מגבילים בשנת 1999 בעקבות עתירה נוספת שהגישו (בג"ץ 7174/98). לאחר שחרורם מן המעצר שהו כל המשיבים בישראל בתנאים מגבילים במשך פרקי זמן שונים, עד שגורשו בסופו של דבר למדינות שהביעו נכונות לקלוט אותם.

ניתן אפוא לחלק את תקופת שהותם של המשיבים בישראל לשני פרקי זמן - האחד מיום כניסתם ארצה והשתתפותם במעצר עד יום שחרורם; והשני מיום שחרורם מן המעצר ועד גירושם למדינות שבהן נקלטו. ריכוז הנתונים לגבי יום המעצר ויום השחרור של כל אחד מן המשיבים על-פי כתב התביעה המתוקן, מפורט בטבלה המובאת להלן:

יום המעצר	יום השחרור ממעצר	
28.5.1994	5.11.1995	המשיב 1
20.4.1994	5.11.1995	המשיב 2
28.5.1994	5.11.1995	המשיב 3
2.11.1993	5.11.1995	המשיב 4
20.4.1994	5.11.1995	המשיב 5
28.5.1994	5.11.1995	המשיב 6
8.4.1994	5.11.1995	המשיב 7
15.1.1994	26.11.1999	המשיב 8
15.1.1994	26.11.1999	המשיב 9
18.1.1994	26.11.1999	המשיב 10
18.1.1994	26.11.1999	המשיב 11
18.1.1994	26.11.1999	המשיב 12
20.4.1994	26.11.1999	המשיב 13

הנתונים באשר ליום יציאתו של כל אחד מהם את הארץ אל המדינה שאליה גורש לא הוצגו, אך אין מחלוקת כי אחרון המשיבים עזב את הארץ בחודש מאי 2002.

2. פסקי הדין שניתנו בעניינם של המשיבים בשלוש העתירות שהזכרנו יש להם חשיבות לענייננו, ועל כן מן הראוי לפרט בתמצית את ההליך בכל אחת מאותן עתירות ואת תוצאותיו.

(א) העתירה בבג"ץ 4702/94 אל טאיי נ' שר הפנים, פ"ד מט(3) 843 (1995) (להלן: העתירה הראשונה) הוגשה כאמור בשנת 1994 על-ידי המשיבים ואחרים, והם עתרו בה למתן צו "הביאס קורפוס" ולשחרורם באופן מיידי מן המעצר תוך מתן מקלט מדיני זמני (התיק נדון בצוותא חדא עם שתי עתירות נוספות שאינן מענייננו). העותרים טענו כי יש להם מעמד של פליטים כמשמעות מונח זה באמנת הפליטים ובפרוטוקול המשלים אותה משנת 1967. המדינה הביעה ספק אם אכן כך הדבר, אך הייתה מוכנה כי טענותיהם תתבררנה בהנחה שהם זכאים למעמד זה. בפסק דינו מיום 11.9.1995 קבע בית המשפט הגבוה לצדק (מפי כב' הנשיא א' ברק) כי העותרים נכנסו לישראל שלא כדין ועל כן, כך הוסיף וקבע "דומה שאין מחלוקת בין הצדדים כי המשיבים מוסמכים לגרש את העותרים מישראל" על-פי חוק הכניסה לישראל והצו בדבר מניעת הסתננות, וכי "לעניין זה, אין נפקא מינה, אם העותרים הם 'פליטים' אם לא". עוד קבע בית

המשפט כי "אין מחלוקת בין הצדדים כי המשיבים מוסמכים לעצור את העותרים, ולהחזיק בהם לצורכי גירוש. סמכות זו קבועה בסעיף 13(ג) לחוק הכניסה לישראל". יחד עם זאת, בכל הנוגע לסמכות הגירוש הודגש כי אין לגרש אדם מישראל למדינה שבה נשקפת סכנה לחייו או לחירותו או למדינה שתגרשו למדינה אחרת העלולה לפגוע בו, וזאת מכוח העיקרון המכונה Non-Refoulement המעוגן בסעיף 33 לאמנה שהינו "עקרון כללי, שאינו מוגבל אך ל'פליטים'" ואשר "חל בישראל על כל סמכות שלטונית שעניינה גירוש אדם מישראל". אשר לסמכות המעצר קבע בית המשפט כי יש לנהוג מידתיות בהפעלתה וכי אין לעצור אדם שהוצא נגדו צו גירוש לתקופה העולה על הנדרש לצורך הגשמת התכלית המונחת ביסוד המעצר. עוד נקבע כי "אם הגירוש אינו מתבצע תוך זמן סביר (שאינו נמדד בשנים או בחודשים ארוכים), ניתן להצדיק את המשך המעצר אך בחשש כי תכלית הגירוש לא תוגשם - אם משום שהמגורש יימלט מאימת הגירוש, אם משום שבהיותו משוחרר הוא יפגע בביטחון הציבור ובשלומו (ובשל כך יחשוש להתייצב לביצוע הגירוש), ואם מטעם אחר".

על רקע עקרונות אלה בחן בית המשפט את עניינם של העותרים בבג"ץ 4702/94, בצינו כי באותה עת שהה "הוותיק" מביניהם במעצר קרוב לשלוש שנים ואילו העצורים "הטריים" היו נתונים במעצר למעלה משנה. עוד צוין בפסק הדין כי באשר לששת המשיבים עמדת המדינה היא שעליהם להמשיך לשהות במעצר עד לגירושם נוכח ראיות מהן עולה כי ביצעו פעילות עוינת נגד ישראל. ואילו ביחס ליתר המשיבים צוין כי עמדת המדינה הייתה שהם ימשיכו להיות מוחזקים במעצר למשך תקופה נוספת, שלא תעלה על מספר חודשים, במהלכם ייעשה מאמץ לאתר ארץ יעד לגירוש, ובמקביל הם ייחקרו באשר לסיכון הנשקף משחרורם. בעשותו את הצו על תנאי שהוצא לצו מוחלט, קבע בית המשפט כי העותרים, ובכללם המשיבים, "מצויים במעצר תקופה ארוכה מאוד, ארוכה הרבה מדי", וכי על המדינה לחזור ולשקול, במהירות הראויה, את אפשרות גירושם של העותרים מישראל. עוד נקבע כי אם הגירוש לא יתממש, על המדינה לקבל במהירות הראויה החלטה באשר להמשך מעצרום לפי העקרונות שנקבעו בפסק הדין.

לאחר מתן פסק הדין בעתירה הראשונה הגישו המשיבים בקשה להבהרתו וכן עתירה לדין נוסף, שנדחתה (דנג"ץ 5974/95). מכל מקום, לאחר בדיקה שארכה מספר שבועות התברר למדינה כי אין אפשרות קרובה לגירוש המשיבים, ומשכך שוחררו ביום 5.11.1995 בתנאים מגבילים עשרים וארבעה עותרים, ובהם המשיבים 1-7.

(ב) העתירה השנייה (בג"ץ 7616/96, להלן: העתירה השנייה) הוגשה, כאמור, על-ידי ששת המשיבים שלא שוחררו מן המעצר, ובה עתרו בשנית למתן צו "הביאס קורפוס" לשחרורם המידי. בהחלטה מיום 26.2.1997 קבע בית המשפט הגבוה לצדק כי אין מקום לשחרר את ששת המשיבים מן המעצר, בציינו כי מחומר החקירה שהוצג לו בין היתר במעמד צד אחד עולה כי שחרורם טומן בחובו סיכון לביטחון המדינה. על כן קבע בית המשפט כי נותרו באותו שלב שתי דרכי פעולה אפשריות: המשך המאמץ למציאת מדינה שתסכים לקבל את ששת המשיבים ותבטיח שלא לגרשם לעיראק, תוך שצוין כי נעשים מאמצים ניכרים לשם כך; או גירושם למדינה פלונית ללא הסכמתם, ובלבד שמדינה זו לא תפגע בהם ולא תעבירם לעיראק, אפשרות שהמשיבים התנגדו לה. בהמשך לאותה החלטה ולעדכון נוסף שנמסר, ניתן ביום 28.5.1997 פסק דין בעתירה השנייה ובו נקבע:

"מהחלטתנו (מיום 26.2.97) עולה כי בנסיבות העניין אין מקום לשחרור העותרים ממעצרם. הטעם לכך נעוץ בסיכון לביטחון המדינה הנובע משחרורם. על יסוד זה הודיעה לנו גב' גנסין, כי העותרים יישארו במעצר, ולא יגורשו למדינה שלישית שאינה מוכנה לקבלם, אלא אם תימסר הודעה מוקדמת לבא-כוח העותרים... רשמנו הודעת גב' גנסין כי לטענת המשיב, אין לעותרים זכות וטו בעניין. כמובן, יימשכו המאמצים למצוא מדינה אשר תסכים לקבלם. בנסיבות אלה, דין העתירה להידחות".

(ג) כשנתיים לאחר מכן הובא עניינם של ששת המשיבים פעם נוספת להכרעת בית המשפט הגבוה לצדק (בג"ץ 7174/98, להלן: העתירה השלישית, שנדונה יחד עם בג"ץ 7334/98) ובפסק דינו משנת 1999 קבע בית המשפט בהסכמת בעלי הדין כי:

"... ששת העותרים ישוחררו מן המעצר בתנאים שפורטו בהודעות מטעם המדינה... הסכמת המדינה לשחרור העותרים מן המעצר כפופה, נוסף לקיום תנאי השחרור, לכל התפתחות עתידית שיש בה כדי להשליך על מידת הסיכון משחרורם בתנאים האמורים... בא-כוח העותרים יהיה רשאי לאחר זמן, אם יראה טעם לכך, לפנות לבית משפט זה בבקשה לשנות מתנאי השחרור של העצורים".

על יסוד זה נמחקו העתירות, וששת המשיבים שוחררו ממעצרם לקיבוצים יחיעם וגעתון, שם שהו כשנה עד שגורשו למדינות שונות. המשיבים 1-7 עזבו את ישראל אף הם וכמפורט בריכוז הנתונים לעיל, עזב אחרון המשיבים את ישראל במאי 2002.

3. בשנת 1995, זמן קצר לאחר שניתן פסק הדין בעתירה הראשונה, הגישו המשיבים ואזרחים נוספים שנעצרו כאמור, תביעה לבית משפט קמא (בעת שהיו עדיין במעצר). תחילה דובר בשלושים ואחד תובעים אך בסופו של דבר נותרו שלושה עשר תובעים - הם המשיבים שבפנינו. בתביעתם טענו התובעים כי הם הוחזקו במעצר שלא כדין במשך פרק זמן בלתי סביר ובאופן המנוגד לאמנת הפליטים, ומשכך תבעו פיצוי כספי בגין כליאתם הממושכת. ששת המשיבים הוסיפו ועתרו לקבלת פיצוי כספי גם בשל כך שעונו במהלך חקירותיהם ואילו המשיבים 1-7 הוסיפו וטענו כי הם זכאים לפיצוי בגין אי הסדרת מעמדם בישראל במהלך התקופה שלאחר שחרורם מן המעצר ועד גירושם מן הארץ. עמדת המדינה הייתה כי התובעים כולם הינם אזרחי מדינת אויב אשר נכנסו לישראל באופן בלתי חוקי; כי היא סברה מלכתחילה שנשקפת מהם סכנה ביטחונית; וכי דינם מעצר ממושך. המדינה טענה עוד כי פסקי הדין שניתנו בעניינם של התובעים בשלוש העתירות הכשירו את מעצרים וכי הם אינם "פליטים" ואינם חוסים תחת הגנתה של אמנת הפליטים. יצוין כי במהלך הדיון בתביעה הגיעו הצדדים לפשרה בכל הנוגע לטענות בדבר עינויים בחקירה (לאחר שמיעת ראיות בעניין זה), ובמסגרת אותה פשרה פיצתה המדינה את ששת המשיבים בגין עילה זו. המשיבים עזבו את הארץ לפני שניתן פסק-דין של בית משפט קמא (בשנת 2008) וחלקם העידו עדות מוקדמת טרם עזיבתם.

פסק דינו של בית משפט קמא

4. בפסק דינו מיום 21.9.2008 קיבל בית המשפט את התביעה באופן חלקי, בקובעו כי לצורך הכרעה בשאלת זכאותם של המשיבים לפיצוי בגין הכליאה הממושכת ותנאי השחרור, אין צורך להכריע בשאלה האם הם היו זכאים למעמד של פליטים. בית המשפט ציין בהקשר זה כי על-פי אמנת הפליטים מחויבת המדינה שלא לגרש פליט ולא לכפות עליו לחזור לארץ בה חיו או חירותו יהיו בסכנה ואילו מדינת ישראל ממילא לא התכוונה מעולם להחזיר את המשיבים למולדתם או למדינה אחרת העלולה להחזירם למולדתם, והם גורשו למדינות שהסכימו לקבלם ובהן לא אונה להם כל רע. בית המשפט הוסיף וציין בהקשר זה כי מ"נוהל הסדרת הטיפול במבקשי מקלט בישראל" שהוצא בינתיים על-ידי משרד המשפטים עולה כי גם אם המשיבים היו זכאים לקבל מעמד של פליטים, המדינה רשאית שלא לקלוט אותם ולא להעניק להם אשרות שהייה בהיותם נתיני מדינת אויב. בנסיבות אלה, כך נקבע, "ההתחייבות המרבית שהמדינה יכולה לקבל על עצמה ביחס לתובעים, היתה התחייבות להימנע מ-refoulement שלהם - וכאמור, כך פעלה המדינה בפועל". מכל מקום, בית המשפט הדגיש כי השאלה העיקרית בענייננו אינה שאלת ההכרה במשיבים כפליטים אלא

השאלה אם המדינה הייתה רשאית לעצור עד גירושם למדינה ידידותית, ומתי היה עליה לשחררם מן המעצר.

5. בכל הנוגע לשאלת המעצר קבע בית המשפט כי נראה שאין חולק על כך שעל-פי חוק הכניסה לישראל מוסמכת המדינה להרחיק נתין של מדינת אויב שנכנס לשטחה ולהחזיקו במשמורת עד להרחקתו, אך יש להקפיד על כך שהמעצר לא יפגע בזכויותיו מעבר לנדרש. בית המשפט סבר כי "לאור הרציונאל של החזקה במשמורת של מי שהוא מועמד לגירוש, ולאור קביעות של בית המשפט העליון במסגרת פסקי הדין בבג"צים... המחייבות כ'מעשה בית דין', ניתן לקבוע כי [המשיבים] (למעט ששת [המשיבים]) הוחזקו במעצר למשך תקופות העולות על הסביר". בית המשפט סקר את פסקי-הדין שניתנו בשלוש העתירות וציין כי הלכה היא שהכלל בדבר "מעשה בית דין" חל גם על פסקי-הדין הניתנים על-ידי בית המשפט העליון בשבתו כבית המשפט הגבוה לצדק. על כן, כך קבע, ניתן להסתמך על הקביעות שבפסק הדין בעתירה הראשונה כ"מעשה בית דין" הן מבחינת סמכות המעצר והן מבחינת משך המעצר. עוד קבע בית המשפט לגבי פסק הדין בעתירה הראשונה כי העובדה שבג"ץ לא הורה על שחרור המשיבים לאלתר אינה שוללת את המסקנה שמעצרו היה ארוך מדי ובית משפט קמא הדגיש בהקשר זה כי בג"ץ הקצה פרק זמן מוגבל לסיום החקירות רק משום שלא היה ברור אם הן הסתיימו, אך העיר שהיה מקום לסיימן זה מכבר. מסקנה זו, כך נקבע, עולה בקנה אחד עם הרציונל שביסוד מעצר אדם המועמד לגירוש, וכלשון בית משפט קמא:

"אני סבורה כי מסקנות אלה עולות בקנה אחד עם הרציונאל של מעצר של מי שהוא מועמד לגירוש - קרי הבטחת הגירוש. כאשר החשש היחיד שבגינו יש מקום להחזיק את המועמדים לשחרור במשמורת, הוא חשש מפני אי ביצוע הגירוש, אני סבורה כי ניתן בדרך כלל להפיג חשש זה באמצעות הפקדת ביטחונות או באמצעים אחרים שיבטיחו כי כאשר יבוצע הגירוש, ניתן יהיה לאתר את המגורש לצורך גירושו. כאשר לתובעים דנן, לא היה מקום להניח כי יהיה קושי לאתר אותם, ועל כל פנים לא הועלתה טענה כזו. בפועל הם שוחררו בסופו של דבר, אותרו ועזבו את הארץ. יתרה מזאת, התובעים הסגירו עצמם לידי המדינה ברגע שהגיעו ארצה. הם לא ניסו מעולם להתחמק מגירוש. לכן, ניתן היה לשחררם תוך התנאת תנאים שיבטיחו את איתורם לצורך גירושם - כפי שאכן נעשה בסופו של דבר".

בהתבסס על הדברים הללו הגיע בית משפט קמא למסקנה כי:

"... התובעים הוכיחו כי הם היו עצורים במשך תקופה שלא היתה מידתית.
 כאמור - לטעמי היה מקום לבצע חקירות של התובעים כנתיני מדינת אויב שחדרו ארצה. חקירות כאלה היו צריכות לארוך תקופה מינימאלית של 6 חודשים. מאחר שאין כל טענה לפיה נוצר צורך לחקור את התובעים במשך תקופה ממושכת יותר, הרי המעצר שלהם בתקופה שלאחר תום ששת החודשים, לא היה מידתי, והם זכאים לפיצוי בגינו בסכום אותו תבעו בגין כל יום של מעצר מיותר" (פסקאות 53-55 לפסק הדין).

6. אשר לפסק-הדין שניתן בעתירה השנייה דחה בית המשפט את טענת המשיבים לפיה אין לראות בו "מעשה בית דין" כיוון שהוא התבסס על ראיות שהוצגו במעמד צד אחד ועל הודאות שהוצאו מהם בעינויים ולא הוצגו בבית משפט קמא. בהקשר זה קבע בית המשפט כי בג"ץ היה בעל הסמכות העניינית לדון בשאלת חוקיות המעצר בתקיפה ישירה, ובג"ץ אכן בחן את החומר שהובא בפניו והשתכנע שיש לקבל את עמדת גורמי הביטחון. על כן נקבע כי "... תהא אשר תהא הפרוצדורה בה נקט בית המשפט העליון, קביעתו לפיה מעצרים של ששת התובעים היה מעצר חוקי, נותנת את הגושפנקא החוקית למעצר. לאורה של קביעה זו - לא יכול עוד בית משפט זה לבחון, בדרך של תקיפה עקיפה - את חוקיותו של מעצרו, ולקבוע כי הוא לא היה חוקי". בית המשפט הוסיף וקבע כי משעלה האינטרס המוגן של ששת המשיבים לדין, נבחן לגופו וניתן ביחס אליו פסק דין סופי של הערכאה המוסמכת, אין הם יכולים לפנות כיום לבית משפט אחר ולהעלות טענות ביחס לאותו "סיפור מעשה" וביחס לאותו אינטרס מוגן, ולעתור לכך שהוא ידון שוב בעניינם ויקבע ממצאים שונים מאלה שכבר נקבעו. עוד קבע בית המשפט כי אף שששת המשיבים לא קיבלו הזדמנות להתמודד בבג"ץ עם הטענות שהועלו נגדם ביחס לסכנה הנובעת מהם לביטחון המדינה, התנהל בעניינם הליך בהתאם לסדרי הדין הנוהגים בהליכים מסוג זה ומשכך, ההליך ופסק הדין שניתן במסגרתו מיצו את ההזדמנות שהייתה להם לתקוף את מעצרו. נוכח קביעות אלה קבע בית משפט קמא כי אין לקבל את הטענה לפיה החומר שהוצג במסגרת העתירה השנייה כלל הודאות שהוצאו בעינויים, והוסיף כי הטענות לגבי העינויים הועלו גם בפני בג"ץ וכי מכל מקום לא ניתן לקבוע שההודאות היו הראיות היחידות שעמדו בפני בג"ץ. עוד קבע בית המשפט כי משקיבל בג"ץ את עמדת גורמי הביטחון כעמדה סבירה לא ניתן לקבוע עתה כי מדובר במעצר לא סביר, בציינו בין היתר כי הקביעה בפסק הדין בעתירה השנייה לפיה נשקפת סכנה משחרורם של ששת המשיבים המצדיקה את המשך מעצרו, היא קביעה מחייבת. בצד הדברים הללו ציין בית משפט קמא כי סעיף 80(א) לחוק העונשין, תשל"ז-1977 (להלן: חוק העונשין) וסעיף 38 לחוק סדר הדין הפלילי (סמכויות אכיפה-מעצרים), תשנ"ו-1996 (להלן: חוק המעצרים) אינם מהווים מקור

לפיצוי אדם שנעצר במעצר מינהלי, וכי למעשה "ב"כ התובעים לא הבהיר מהו המקור לסמכות לפסיקת הפיצוי". כמו כן דחה בית המשפט את טענת ששת המשיבים לפיה ככל שהמדינה סברה שנשקף מהם סיכון ביטחוני היה עליה לעצור במעצר פלילי או מינהלי.

אשר לפסק הדין בעתירה השלישית דחה בית המשפט את טענת המשיבים לפיה בחינת עניינם מחדש באותו שלב משמעה שפסק הדין בעתירה השנייה אינו מהווה מעשה בית דין, בקובעו כי פסק הדין בעתירה השנייה מחייב ביחס לתקופה שעד הינתנו, אך הדבר אינו שולל אפשרות לבחון את המעצר בעתיד בהתקיים שינוי נסיבות. כמו כן קבע בית המשפט כי לא ניתן לומר שמעצרו של ששת המשיבים מאז פסק הדין בעתירה השנייה ועד למתן פסק הדין בעתירה השלישית היה בלתי חוקי, נוכח העובדה שפסק הדין בעתירה השנייה הכשיר את מעצרו וכן נוכח ההודעות שהגישה המדינה במסגרת הדיון בעתירה השלישית, מהן עולה כי נעשו על-ידה ניסיונות רציניים וממשיים למציאת פתרון בעניינם.

לבסוף דחה בית המשפט את תביעת המשיבים 1-7 לפיצוי בגין אי הסדרת מעמדם במהלך התקופה בה שהו בישראל מאז ששוחררו מן המעצר ועד לגירושם. בהקשר זה קבע בית המשפט כי המשיבים 1-7 לא תבעו פיצוי בראש נזק זה בסכום מוגדר, וכי מכל מקום המדינה דאגה להם עם השחרור והטענה לפיה הם עבדו בתנאים מחפירים לא הוכחה. כן נקבע כי לא ניתן לקבוע שהמדינה התרשלה או הפרה חובה כלשהי כאשר שחררה אותם לעבוד דווקא אצל מעסיקים אלה.

8. בית משפט קמא דחה אפוא את תביעתם של ששת המשיבים לפיצוי אך חייב את המדינה לשלם למשיבים 1-7 פיצוי בסך של 300 ש"ח עבור כל יום מעבר לתקופה של שישה חודשים בו היו עצורים, וזאת כשיעור הפיצוי שנתבע על-ידם ובתוספת הפרשי הצמדה וריבית כחוק מיום הגשת התביעה (12.10.1995). סך כל הפיצוי שנפסק כאמור עומד על 2,722,642 ש"ח. כמו כן חויבה המדינה בתשלום הוצאותיהם של המשיבים 1-7 ובשכר טרחת עורך דינם בסך של 50,000 ש"ח בתוספת מע"מ. מנגד, חויבו ששת המשיבים ביחד ולחוד בתשלום הוצאות המדינה בסך של 50,000 ש"ח.

מכאן הערעור שהגישה המדינה על פסק הדין, והערעור שכנגד שהגישו המשיבים.

9. המדינה טוענת כי שגה בית משפט קמא בקובעו שהמשיבים 1-7 זכאים לפיצוי בגין התמשכות מעצרו. לטענתה, הוצאת צווי הגירוש והשמתם של המשיבים במעצר נעשו על-פי סמכות שבדין, מה גם שטרם תיקונו בשנת תשס"א לא הגביל חוק הכניסה לישראל את משך המעצר לאחר הוצאת צו גירוש. אדם שבחר במודע להסתנן לישראל באורח בלתי חוקי, כך מוסיפה המדינה וטוענת, לא יכול שתהא לו ציפייה סבירה לשלוט במשך המעצר ומדינת ישראל, ככל מדינה ריבונית, מחויבת לחקור ביסודיות את אופי ההסתננות ומניעיה ואת האפשרות כי המסתננים יסכנו את בטחונה. דברים אלה נכונים שבעתיים, כך נטען, מקום שבו מדובר במי שהסתנן מעיראק שהיא מדינת אויב, במיוחד בסמוך לאחר מלחמת המפרץ הראשונה. המדינה סבורה כי מתן פיצוי לנתיני מדינות אויב החודרים את גבולות המדינה עלול לעודד תופעה זו שאינה נדירה לאחרונה ולמצער לפגוע ביכולת ההרתעה מפניה. המדינה מוסיפה וטוענת כי שאלת משך המעצר של המשיבים נבחנה בזמן אמת בבג"ץ, על רקע הניסיונות הרבים לאתר מדינה אליה יגורשו בלא שיאונה להם כל רע, וכי בשום שלב לא הורה בג"ץ על שחרורם מן המעצר שכן סבר כי מן הראוי למצות תחילה את אפשרות הגירוש בעודם במעצר והוא אך הנחה את המדינה כיצד עליה להמשיך ולנהוג בהקשר זה. המדינה אכן פעלה לפי הנחיית בג"ץ, ומשראתה שלא מסתמנת אפשרות קרובה לגירוש המשיבים 1-7 שיחררה אותם בתנאים מגבילים לאחר מתן פסק הדין בעתירה הראשונה. לטענת המדינה פסיקת בג"ץ אישרה הלכה למעשה את המשך החזקתם של המשיבים 1-7 במשמורת ובג"ץ לא סבר כי נפל פגם של חוסר סבירות בהמשך מעצרו באופן המצדיק את שחרורם לאלתר. משכך טוענת המדינה כי קשה להבין את פשר חוסר הסבירות שמצא בית משפט קמא בהתנהלותה בגינו ראה לפסוק למשיבים 1-7 פיצוי.

10. המדינה מוסיפה וטוענת כי שגה בית המשפט בקובעו, באופן קטגורי, כי משך הזמן המותר למעצר לצורך חקירה והבטחת הגירוש מוגבל לשישה חודשים. בהקשר זה נטען כי חוק הכניסה לישראל קודם לתיקון תשס"א לא הגביל את משך תקופת המעצר וגם בפסק הדין בעתירה הראשונה לא נקבעה תקופת מעצר מרבית. נהפוך הוא, הודגש שם כי את ההחלטה בדבר שחרור יש לקבל באופן פרטני לגבי כל עותר ועותר, על-פי מידת הסיכון הצפויה ממנו אם ימתין לגירושו כשהוא משוחרר. כמו כן סבורה המדינה כי שגה בית המשפט בסברו ש"כאשר מדובר במי שנכנס לישראל שלא כדין, אין מדובר בדרך כלל במקרה של עבריין בעבר או בעתיד...", בהדגישה כי אדם החוצה את גבולות המדינה שלא כדין מבצע בכך עבירה פלילית, ובמיוחד כשמדובר בנתיני של מדינת אויב. עוד טוענת המדינה כי קביעתו של בית משפט קמא לפיה המשיבים הסגירו עצמם

עם הגיעם ארצה היא קביעה שגויה והנכון הוא שבעקבות נוכחות כוחות הביטחון לא גילו המשיבים התנגדות למעצרים. כמו כן סבורה המדינה כי שגה בית המשפט בקובעו שבדרך כלל ניתן להפיג את החשש מפני אי ביצוע הגירוש באמצעות הפקדת בטחונות או באמצעים אחרים שיבטיחו את איתור המועמד לגירוש, שכן מדובר באנשים שאין להם כתובת, מכרים, הכנסה או מעמד בישראל והעיקר - לא ניתן לצאת מן ההנחה שהם נאמנים למדינה ולמוסדותיה וחלק מן המשיבים, כך נטען, אף הפרו את תנאי השחרור שלהם. עוד טוענת המדינה כי המעצר עד לגירוש לא נועד רק להבטיח את ההתייצבות לגירוש אלא גם את שלום אזרחי המדינה. לכן מוטל על המדינה לברר עד כמה שהדבר ניתן את כל הטעון בירור לגבי כל אחד מהם, קודם שחרורו. בהקשר זה טוענת המדינה כי אף שחוק הכניסה לישראל כנוסחו לאחר תיקון תשס"א אינו חל בענייננו, מתקיימות במקרה דנן הנסיבות הקבועות בסעיפים 13 ו(ב)(1) ו-(2) לאותו חוק, המצדיקות את אי-שחרורו בערובה של שוהה שלא כדין.

המדינה מוצאת חיזוק לעמדתה בהסדרים החלים בהקשר זה בארה"ב ובאנגליה, והיא מוסיפה וטוענת כי בסרובם להצעתה להיות מגורשים ללבנון, סיכלו המשיבים את האפשרות לגרשם בשלב מוקדם יותר. המדינה אף סבורה כי בדין קבע בית משפט קמא שלא היה מקום להכריע בטענה שעניינה הצורך להכיר במשיבים כפליטים ומכל מקום, היא גורסת כי המשיבים אינם פליטים כהגדרת האמנה והפרוטוקול בדבר מעמדם של פליטים משנת 1967 (להלן: הפרוטוקול). עוד טוענת המדינה כי שגה בית משפט קמא בכך שפסק פיצויים לטובת המשיבים 7-1 "בהעדר מקור חוקי לפסיקתם של אלה", והיא סבורה כי פסק הדין לוקה בסתירה פנימית משום שלגבי ששת המשיבים נקבע כי לא הובהר מהו מקור הסמכות לפסיקת הפיצוי וצוין כי סעיפי הפיצוי בחוק העונשין ובחוק המעצרים אינם המקור לפיצוי של אדם שנעצר במעצר מינהלי, ואילו לגבי המשיבים 7-1 פסק בית המשפט פיצוי מבלי שהצביע על מקור חוקי לכך. בהקשר זה טוענת המדינה כי "אמירות בית המשפט הגבוה לצדק, במסגרת העברת פעולה מינהלית בשבט הביקורת השיפוטית, אינן יכולות, כשלעצמן, להקים עילה לפסיקת פיצויים". לבסוף מלינה המדינה על כך שבית משפט קמא לא נדרש לצרכי החקירה הפרטניים של כל אחד מן המשיבים 7-1.

טענות המשיבים בתשובה לערעור המדינה ובערעור שכנגד מטעמם

11. בערעור שכנגד טוענים המשיבים כי שגה בית משפט קמא בקובעו שאין צורך להכריע בשאלת ההכרה בהם כפליטים, שכן להוראות האמנה ישנה השלכה ישירה על סמכות הגירוש והמעצר ועל חובת המדינה להעניק לפליט תנאים בסיסיים ולהסדיר את

שהייתו בשטחה, למצער עד שיימצא לו מקלט מדיני. בנוסף, כך נטען, אוסרת האמנה בין היתר על אפליית פליט בשל ארץ מוצאו גם אם הוא ממדינת אויב וכן היא אוסרת על הענשת אדם שהתייצב בפני כוחות הביטחון מייד עם כניסתו למדינה בשל כניסתו הבלתי חוקית. עוד טוענים המשיבים כי האיסור על גירוש פליט למדינה שבה יימצא בסכנה פירושה המעשי הוא שעד למציאת מקלט מדיני היה על המדינה ליתן להם רישיון ישיבה זמני בישראל, היתר עבודה וזכויות סוציאליות כמפורט באמנה. על כן, כך נטען, האמנה אמורה הייתה להוות אכסניה משפטית לבירור התובענה ולהפרת הוראותיה יש חשיבות הן לצורך קביעת האחריות לנזק והן לעניין שיעור הפיצוי והמשיבים סבורים כי מן הראוי היה להכריע בשאלת היחס שבין חוק הכניסה לישראל והצו בדבר מניעת הסתננות לבין האמנה, ולקבוע כי הוראות האמנה גוברות. לגופם של דברים טוענים המשיבים כי היה מקום להכיר בהם כפליטים, בציינם בין היתר כי הנציב העליון של האו"ם לענייני פליטים הכיר בחברי הקבוצה שנכנסה לישראל כפליטים, לאחר שבחן פרטנית את ענייניו של כל אחד מהם, על רקע העובדה שמעצם כניסתם לישראל גזרו על עצמם דין מוות במולדתם, אך המדינה התעלמה מהכרת האו"ם; כי עד להגשת העתירה הראשונה לא נעשה דבר על מנת למצוא מדינה שתקלוט את המשיבים; וכי בניגוד להוראות האמנה ואמנות נוספות לא התקיימה ביקורת שיפוטית יוזמה לגבי המעצר. לטענת המשיבים, המדינה נמנעה מלהכיר בהם כפליטים בשל היותם אזרחי מדינת אויב שאינם יהודים, בניגוד לאיסור האפליה הקבוע באמנה. המשיבים טוענים כי רובם ככולם ברחו מעיראק בשל הסכנה הממשית לחייהם עקב התנגדותם למשטרו של סדאם חוסיין, וכי המדינה מנועה מלטעון שהם אינם זכאים למעמד של פליטים שכן בקשותיהם כלל לא נדונו על-ידה. המשיבים מציינים כי גם אם ייקבע שהם עזבו את עיראק מסיבות כלכליות, כטענת המדינה, ישנם משטרים שבהם אדם העושה כן נחשב לעריק או לבוגד ובשלושים השנים האחרונות מסתמנת בקהילה הבינלאומית נכונות לכלול במושג "פליט" גם אדם שנמנעה ממנו בארצו היכולת להשתכר, לקבל חינוך או לקיים חיי משפחה תקינים. מכל מקום, גם המדינה מודה בכך שספק האם המניע הכלכלי הוא שהוביל לעזיבת המשיבים את עיראק.

12. המשיבים 1-7 מוסיפים וטוענים כי מן הראוי היה לפצותם בגין מלוא תקופת מעצרם, למעט התקופה הקצרה שעד לסיום חקירתם, שכן המסקנה לפיה ניתן לעצור אדם שנכנס לישראל שלא כדין על מנת לבדוק את מסוכנותו או את זכאותו למעמד פליט למשך שישה חודשים בלא ביקורת שיפוטית, אינו עולה בקנה אחד עם הוראות חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו ועם האופן שבו יש לפרש את סמכות המעצר הנלווית לחוק הכניסה לישראל. עוד נטען כי גם אם היה מקום לעצור את המשיבים לצורך בירור זהותם ומטרת כניסתם לישראל, כמפורט בסעיף 9 לאמנה, המעצר חייב היה

להסתיים עם סיום חקירתם וככל שהמסקנה הייתה כי אין להעמידם לדין או לעצור במעצר מינהלי, היה מקום ליתן להם, למצער, מקלט מדיני זמני. חקירתם הראשונית של המשיבים 1-7, כך נטען, הייתה קצרה ביותר ולאחר שהסתיימו חקירתם שלהם וחקירת ששת המשיבים (שארכה כשלושה חודשים וחצי), הושמו המשיבים במעצר ללא כל הגבלת זמן ומבלי שהמדינה בחנה חלופות מעצר או עשתה דבר עד להגשת העתירה הראשונה, כדי למצוא מדינת יעד לגירוש. המשיבים מוסיפים וטוענים כי לבנון לא יכולה הייתה לערוך לשלומם והאפשרות לגרשם אליה נדחתה בפסק הדין בעתירה הראשונה. עוד הם טוענים כי המדינה לא באמת ראתה במי מהם סיכון לביטחונה, שכן בהודעתה הראשונית במסגרת הדיון בעתירה הראשונה ציינה המדינה כי אזרחים זרים ובכללם המשיבים המסתננים לישראל שלא כדין עושים זאת מתוך כוונה למצוא בה עבודה וכי שחרורם עלול לעודד אחרים ללכת בעקבותיהם. רק בתצהיר התשובה לעתירה נטען לפתע כי ששת המשיבים ביצעו פעילות עוינת נגד ישראל ועוד צוין בתצהיר התשובה כי חלק גדול של חברי הקבוצה מסרו בחקירתם שעזבו את עיראק מסיבות כלכליות ולגבי חלקם ידוע שהנימוקים שנמסרו לגבי מניעי הגעתם לישראל אינם נכונים.

כמו כן מציינים המשיבים כי המדינה עצמה מודה שלאחר פסק הדין בעתירה הראשונה לא נבדקה מידת הסיכון הצפויה מכל משיב אם ישוחרר, כפי שהורה בג"ץ, וכל שנבדק הוא אפשרות הגירוש. המשיבים 1-7 טוענים אפוא כי לא נחקרו מעבר לחקירה ראשונית שארכה מספר שעות סמוך לאחר כניסתם לישראל, ולא נבחנה זכאותם למעמד של פליטים. על כן הם זכאים לפיצוי בגין כל תקופת המעצר (למעט שבוע שלאחריו הסתיימו החקירות ואמורה הייתה להסתיים בדיקת הזכאות למעמד של פליטים). אשר למשיב 3 שלא נחקר כלל נטען כי יש לפצותו בגין התקופה שתחילתה ביום מעצרו הראשון. ביחס לטענת המדינה לפיה לא ברור מהו הבסיס לפסיקת הפיצוי טוענים המשיבים כי די בהעדר המידתיות שבהפעלת סמכות המעצר כדי להוות מקור לפיצוי על-פי חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו, וכי מקור נוסף לפיצוי הוא האמנה בדבר זכויות אזרחיות ומדיניות משנת 1966.

13. המשיבים 1-7 מוסיפים וטוענים כי שגה בית משפט קמא בכך שלא פיצה אותם בגין אי הסדרת מעמדם בישראל לאחר שחרורם מן המעצר, בצינם כי לאחר שהוגש כתב התביעה המתוקן כומת הסכום הנתבע בגין ראש נזק זה והועמד על סך של 50,000 ש"ח לכל אחד מהם. המשיבים 1-7 טוענים כי הם שוכנו באתרי הבניה בהם הועסקו בתנאים מחפירים תוך פגיעה בזכויותיהם וכי המדינה נמנעה, בניגוד להתחייבותה, מלבדוק את תנאי העסקה והדיור שלהם. אין תמה, כך נטען, כי לאחר קבלת המשכורת

הראשונה נטשו חלק מן המשיבים את מקומות העבודה וחלקם פוטרו בשל כך שההינו להביע את מחאתם על התנאים שבהם הועסקו. המשיבים סבורים כי הטענה לפיה הפרת תנאי השחרור היא הסיבה לאי הסדרת מעמדם אינה ראויה והם מדגישים כי מרבית המשיבים, לרבות אלה שהפסיקו לעבוד במקומות אליהם יועדו, התייצבו בתחנות המשטרה כנדרש. לאחר יום 1.10.1996 ומשפג תוקף האשרות שניתנו למשיבים 1-7, התעלמה המדינה במכוון מכך שמעמדם אינו מוסדר חרף הפניות הרבות בעניין זה וחרף זכאותם לקבל מעמד וזכויות סוציאליות לאחר שחרורם מן המעצר על-פי הוראות האמנה. משכך הם נאלצו לעבוד בתנאים קשים ובשכר עבדות ואף נעצרו בהעדר מעמד. כמו כן, עד לגירושם מישראל התייצבו רבים מן המשיבים לדיונים בבית המשפט, איש מהם לא נעצר בגין הפרת תנאי השחרור וכאשר נמצאה מדינת יעד לגירוש אף ניתן היה למצוא כל אחד מן המשיבים בקלות.

14. בערעור שכנגד נטען עוד כי יש לפצות את ששת המשיבים בגין מעצרים שארך כשש שנים. לטענתם, הקביעה כי פסק הדין בעתירה השנייה מהווה מעשה בית דין בטעות יסודה, שכן המדינה לא טענה זאת במסגרת העתירה השלישית; ההחלטה בעתירה השנייה ניתנה על סמך ראיות חסויות; וגם נאשם שהורשע בהליך פלילי עשוי לזכות בפיצוי אם זוכה בערעור או במשפט חוזר. ששת המשיבים סבורים עוד כי משנתגלה לראשונה בעת הדיון בתביעה שלא הייתה בידי המדינה כל ראיה אמיתית המפלילה אותם ומשהוכח כי הם עונו, הוכו והושפלו עד שאולצו לחתום על הודאותיהם, אין מקום לטענת המדינה לפיה פסק הדין בבג"ץ - הנסמך על הודאות כזב שנגבו באמצעים פסולים - מונע את הפיצוי. לטענת ששת המשיבים עלתה מחקירותיהם הנגדיות של החוקרים מסכת עגומה של שקרים בנוגע ל"נינוחות" החקירות ולא בכדי הסכימה המדינה לפצותם בגין העינויים. כמו כן טוענים ששת המשיבים כי אין כל בסיס לטענה לפיה הגיעו לישראל כדי לפגוע בביטחונה או כדי לרגל בה. זאת, נוכח נסיבות הגעתם לישראל והעובדה שהסגירו עצמם; העינויים שעברו; אי העמדתם לדין או השמתם במעצר מינהלי; תנאי כליאתם; הסתירה שבין הטענה המוקדמת בדבר היותם בגדר "בעיה חברתית" גרידא לבין הטענה המאוחרת לפיה הם מהווים סיכון בטחוני; נכונות המדינה לגרשם מן הארץ למרות המעשים החמורים המיוחסים להם; סירובם העיקש שלא לחזור לעיראק או לכל מדינה ערבית אחרת גם במחיר של הישארותם במעצר; התנהגותם המופתית במשך השנה בה שהו בארץ לאחר ששחררו ממעצרים; וכן אי-חזרתם לעיראק גם לאחר שגורשו מישראל.

המשיבים 1-7 עותרים אפוא בערעור שכנגד להוסיף על הפיצוי שנפסק להם גם פיצוי לכל אחד מהם בסך של 300 ש"ח ליום בגין כליאתו, החל מהשבוע הראשון

למעצרו. כמו כן עותרים המשיבים 1-7 לקבלת פיצוי בסך 50,000 ₪ עבור כל אחד מהם בגין אי הסדרת מעמדם בישראל החל מיום 1.10.1996 ועד למועד גירוש האחרון שבהם מישראל (בסוף חודש מאי 2002). כמו כן עותרים ששת המשיבים לקבלת פיצוי בסך של 300 ₪ ליום עבור כל אחד מהם בגין כליאתו, החל מיום המעצר ועד יום השחרור (26.11.1999). המשיבים עותרים כי אל סכומי הפיצוי הנתבעים בגין ימי הכליאה יתווספו הפרשי הצמדה וריבית ממועד הגשת התביעה בשנת 1995 ועד יום התשלום בפועל, ואילו לגבי הפיצוי בגין אי הסדרת המעמד של המשיבים 1-7 עותרים המשיבים להפרשי הצמדה וריבית משנת 1999 ועד יום התשלום בפועל.

טענות המדינה בערעור שכנגד ותשובתה לטענות המשיבים

15. המדינה משיבה כי בדין נדחתה תביעתם של ששת המשיבים, וכי פסק הדין בעתירה השנייה שאישר את הותרתם במעצר בשל הסיכון הביטחוני הנשקף מהם, מאיין את עילת התביעה בנזיקין לפיצוי בגין מעצרו. פסק הדין בעתירה השנייה, כך נטען, התבסס על חומר חסוי ממנו עלה כי ששת המשיבים נשלחו על-ידי גורמי מודיעין זר. חומר זה לא כלל את הודאותיהם של ששת המשיבים אשר לגביהן נטען מאוחר יותר כי הושגו באמצעים פסולים. לטענת המדינה, משקבע בג"ץ בזמן אמת כי מדובר בהתנהלות ראויה של מדינה אחראית לא ניתן לקבוע כי היא התרשלה בהחזיקה את ששת המשיבים במעצר והוא הדין, לטענתה, ביחס למשיבים 1-7 שגם לגביהם לא הורה בג"ץ בשום שלב על שחרורם מן המעצר. המדינה מוסיפה וטוענת כי כבר בהודעתה הראשונה לבג"ץ עמדה היא על הסיכון הנשקף מן המשיבים לביטחון המדינה ועוד היא מדגישה כי דברי החקיקה מכוחם הוצאו צווי המעצר לא הטילו חובת ביקורת שיפוטית יזומה, אך המשיבים יכולים היו לפנות אל שר הפנים לפי סעיף 16(ב) לחוק הכניסה לישראל וכן לפנות בעתירה לבג"ץ, כפי שאכן עשו.

16. אשר לטענת הפליטות טוענת המדינה כי האמנה אינה חלק מן הדין הפנימי בישראל, ומשכך לגבי מסתנן ושוהה שלא כדין (גם אם מדובר בפליט) יחול הדין הישראלי ולפיו הוא יורחק מישראל בהקדם, ובלבד שלא יורחק לארץ בה חייו או חירותו יהיו נתונים בסכנה, כאמור בסעיף 33 לאמנה שהפך לכלל של המשפט המנהגי. בענייננו, למיטב ידיעת המדינה, המשיבים מעולם לא הגישו לנציבות האו"ם לפליטים או לרשויות המדינה בקשה להכרה פרטנית בהם כפליטים על בסיס העילות הקבועות באמנה ובפרוטוקול ולכן, לא נערכה בדיקה פרטנית לגבי כל אחד מהם. מכל מקום, עמדת המדינה היא כי המשיבים אינם פליטים כהגדרת האמנה והפרוטוקול; כי אדם שעזב את ארצו על רקע של מצב כלכלי אינו יכול להיות מוכר כפליט על-פי האמנה

והפרוטוקול; כי ההכרה במשיבים כפליטים על-ידי הנציב העליון לפליטים של האו"ם נעשתה רק בשל עצם כניסתם למדינת ישראל; וכי מכל מקום סמכות ההכרה בהם כפליטים נתונה למדינה, המוסמכת להורות גם על גירוש ומעצר של פליטים. אשר לפיצוי המשיבים 1-7 בגין מלוא תקופת מעצרם טוענת המדינה כי בסרבם להיות מגורשים לכל מדינה ערבית קיבלו הם החלטה שלא לעשות שימוש במפתחות בית האסורים שהיו נתונים בידיהם, וכי גם לגביהם קיים היה חשד, ברמות ודאות שונות, לקשר עם גורמי מודיעין עוינים. בכל הנוגע לאי-הסדרת מעמדם של המשיבים 1-7 לאחר שחרורם מן המעצר טוענת המדינה כי תמוה מדוע הטענה לעניין תנאי העסקתם לא הופנתה כלפי המעסיקים, מה גם שטענה זו לא הוכחה והיא עומדת בסתירה לאמור במכתבו של אחד המעסיקים למשרד הפנים לפיו המשיבים 1-7 ניסו להתחמק מעבודה והמתינו ליום המשכורת ואז הודיעו שאין בכוונתם להמשיך לעבוד. עוד נטען כי לא נעשתה בזמן אמת פנייה אל מאן דהוא בטענה לתנאים בלתי הולמים ובבקשה להחלפת המעסיק, וכי אף שעו"ד ריש טיפל אותה עת בבקשות המשיבים לקבלת אשרות שהייה והיתרי עבודה לא נטען בפניותיו לרשויות הרלוונטיות כי הם מועסקים או מוחזקים בתנאים בלתי הולמים.

ד"ר

מבוא

17. בערעור ובערעור שכנגד שהונחו בפנינו פורשים הצדדים טיעונים וטיעונים שכנגד בסוגיות משפטיות עקרוניות המשולבות בהיבטים ביטחוניים, חברתיים והומניטאריים. על-מנת לדון ולהכריע בסוגיות אלה דומני כי מוטב ראשית לנסות לתחום ולהגדיר את השדה המשפטי אשר בו נטועה תביעת המשיבים, כדי שניתן יהיה להניח את התשתית הנורמטיבית הנדרשת לניתוח הסוגיות הצריכות הכרעה.

עיון בכתב התביעה שהגישו המשיבים, על כל תיקוניהם, ילמדנו כי המשיבים הגדירו את תביעתם כתביעה נזיקית וכי תיעלו את העילות שעליה נסמכה התביעה אל שורה של עוולות הקבועות בפקודת הנזיקין ובהן: עוולת הרשלנות, עוולת היפר חובה חקוקה והעוולה של כליאת שווא. עוד עולה מכתב התביעה על תיקוניהם כי חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו וכן אמנת הפליטים והאמנה הבינלאומית בדבר זכויות אזרחיות ופוליטיות משנת 1966 (להלן: אמנת הזכויות האזרחיות), שימשו למשיבים נקודת משען בתביעתם לצורך ביסוס העוולות הנזיקיות במובן זה שהם ראו בחוק היסוד ובאמנות "חובות חקוקות" אשר הפרתן עולה כדי עוולה של היפר חובה חקוקה, או

למצער הסדרים נורמטיביים אשר יש בהם כדי להתוות סטנדרט התנהגות סביר וראוי מצד הרשות לעניין עוולת הרשלנות. ראוי לציין כבר עתה כי בסיכומיהם בפני בית משפט קמא זנחו המשיבים את עילות התביעה הנסמכות על עוולת היפר חובה חקוקה וכליאת שווא, ומיקדו את טיעוניהם בעוולת הרשלנות תוך שהם מבססים את עמדתם לעניין התרשלנות המדינה, בין היתר, על הפרת הסטנדרטים הקבועים באמנת הפליטים ובאמנת הזכויות האזרחיות שמדינת ישראל צד להן ואמורה לכבדן.

אף כי פקודת הנזיקין והעוולות שצוינו היוו את בריח התיכון של תביעת המשיבים, אין בפסק דינו של בית משפט קמא התייחסות מפורשת לאותן עוולות ולמצער לעוולת הרשלנות, ליסודות המרכיבים אותה ולהתקיימותם של יסודות אלה במקרה דנן כנדרש לצורך סלילת הדרך לפסיקת הפיצוי הנתבע. נראה כי בית משפט קמא ראה עצמו פטור מהתייחסות מפורשת כזו לעוולת הנזיקית משום שמצא כי קביעותיו של בית המשפט הגבוה לצדק בעתירות שהגישו המשיבים ואחרים ואשר הוכרעו טרם הינתן פסק הדין בהליך האזרחי דנן, מהוות מעשה בית דין. על כן סבר כי ניתן לגזור מאותן קביעות את המסקנות שאליהן הגיע בדבר דחיית תביעתם של ששת המשיבים וקבלה חלקית של תביעת המשיבים 1-7.

כך קבע בית משפט קמא בהחילו את הרציונאל שביסוד הכלל של מעשה בית דין להשתקת תביעת ששת המשיבים כי:

”... תהא אשר תהא הפרוצדורה בה נקט בית המשפט העליון, קביעתו לפיה מעצרו של ששת התובעים היה מעצר חוקי, נותנת את הגושפנקא החוקית למעצר. לאורה של קביעה זו - לא יכול עוד בית משפט זה לבחון, בדרך של תקיפה עקיפה - את חוקיותו של מעצרו, ולקבוע כי הוא לא היה חוקי. הדבר דומה לפסק דין המקום 'מעשה בית דין' במובן של השתק עילה. פסק דין כזה שולל מבעל דין את האפשרות לחזור ולתבוע את הצד שכנגד בגין אותה עילה, ו'סוגר' את המחלוקת בין [ה]צדדים בהתייחס לעילה זו. עילת התביעה מתמצית בפסק הדין, ו'נעלמת', ופסק הדין מקים 'מחסום דיוני לפני תביעה נוספת שמגיש התובע נגד הנתבע בגין אותה עילה' (ר' זלצמן, מעשה בית דין בהליך אזרחי, הוצאת רמות, 1991, עמ' 46) (פיסקה 35 לפסק הדין).

ואילו באשר למשיבים 1-7 עשה בית משפט קמא שימוש בכלל של מעשה בית דין להשתקת טענות המדינה בדבר העדר התרשלנות מצידה בקובעו כי:

"... לאור הרציונאל של החזקה במשמורת של מי שהוא מועמד לגירוש, ולאור קביעות של בית המשפט העליון במסגרת פסקי הדין בבג"צים שהוגשו על ידי התובעים השונים, המחייבות כ'מעשה בית דין', ניתן לקבוע כי התובעים (למעט ששת התובעים) הוחזקו במעצר למשך תקופות העולות על הסביר" (פיסקה 22 לפסק הדין).

האם היה מקום לבסס את הממצאים והמסקנות בתביעה הנזיקית שהונחה בפני בית המשפט על קביעותיו של בית המשפט העליון בפסקי הדין שניתנו בעתירות שהגישו המשיבים ולאמצם כקביעות מחייבות מתוקף הכלל של מעשה בית דין?

שאלה זו היא אחת השאלות המרכזיות שאליהן יש להידרש בערעורים שבפנינו.

פסקי דין הניתנים בבג"ץ והכלל של מעשה בית דין

18. בצדק ציין בית משפט קמא כי פסק דין הניתן על-ידי בית המשפט הגבוה לצדק בעתירה הנדונה בפניו עשוי להוות מעשה בית דין בהתדיינות מאוחרת. זאת משום שהרציונאלים העומדים ביסוד הכלל בדבר מעשה בית דין שעיקרם ברצון למנוע כפל התדיינות ופסיקות סותרות וכן ברצון למנוע הטרדתם של בעלי דין בעניין שכבר הוכרע - ראויים ליישום במידה רבה גם ככל שמדובר בפסק דין הניתן בבג"ץ (ראו: ע"א 81/62 כהן נ' היועץ המשפטי לממשלה, פ"ד יח(1) 46, 41 (1964); ע"א 457/87 ט. קרטין ושות' (1981) בע"מ נ' מדינת ישראל, פ"ד מד(4) 643 (1990) (להלן: עניין קרטין); ראו והשוו: בג"ץ 578/82 נעים נ' בית הדין הרבני האזורי, ירושלים, פ"ד לז(2) 701, 707-706 (1983); בג"ץ 3731/95 סעדיה נ' לשכת עורכי הדין, פיסקה 5 (לא פורסם, 19.6.1995); בג"ץ 4842/06 פלוני נ' משרד הפנים, פיסקה 9 (טרם פורסם, 11.4.2007); בג"ץ 1443/08 בנק יהב לעובדי מדינה בע"מ נ' שר האוצר, פיסקה 25 (טרם פורסם, 22.5.2008); ע"א 1835/11 אבני נ' מדינת ישראל (טרם פורסם, 17.11.2011); יעקב קדמי על הראיות חלק רביעי 1602 (תש"ע)). יחד עם זאת, בהינתן ייחודו של ההליך המתקיים בפני בית המשפט הגבוה לצדק הן מבחינת העניינים שבהם הוא דן והן מבחינת סדרי הדין ודיני הראיות החלים בהליך זה, נראה כי בבואנו להחיל את הכלל של מעשה בית דין לגבי פסקי דין אשר ניתנו בעתירות לבג"ץ, יהא זה ראוי לבחון בקפידה איזה מבין שני ענפיו של הכלל - השתק עילה או השתק פלוגתא - אם בכלל, ניתן ליישום במקרה הנתון. דומה כי בדרך כלל המסלול המשותף בעל דין מלשוב ולהתדיין לגבי פלוגתא מסוימת שכבר הוכרעה בהליך אחר, אינו צריך לעורר קשיים מיוחדים בהקשר זה. לעומת זאת, השתק עילה חוסם את הדרך בפני ניהול תביעה

נוספת בין אותם בעלי דין או חליפיהם, ככל שזו מבוססת על אותה עילת תביעה ובהקשר זה קיים קושי לא מבוטל ביישומו של הכלל, גם על-פי המבחן הרחב הנוהג לצורך בחינת זהות העילה. קושי זה נובע מכך שהחלת הכלל בדבר השתק עילה תוביל אל התוצאה לפיה פסק דין אשר ניתן בעתירה לבג"ץ בקשר עם פעולה או מחדל של רשות, ימצה גם את ההליכים האזרחיים ובכלל זה תביעות נזיקין הנוגעים לאותה פעולה או מחדל. בהקשר זה יש לזכור כי "כללי מעשה-בית-דין מבוססים על הרעיון כי מסגרת סדרי הדין ששיטת המשפט מספקת לבעלי-הדין מאפשרת להם בדרך-כלל למצות את מלוא טענותיהם ומלוא סעדיהם בהליך דיוני אחד" (ע"א 1650/00 זיסר נ' משרד הבינוי והשיכון, פ"ד נז(5) 166, 183 (2003) (להלן: עניין זיסר)). על כן, כאשר לא היה בידי התובע לרכז בתובענה הראשונה ובאותה ערכאה את כל טענותיו הנוגעות לעניין, לא תיחשבנה שתי התובענות כבעלות עילות זהות. כזה הוא המצב כאשר קיימת מניעה אובייקטיבית, הנובעת מן הדין, לריכוז התביעות באותה הערכאה (למשל בשל העדר סמכות עניינית). מניעה כזו מקימה חריג מיוחד לכלל ההשתק (ראו נינה זלצמן מעשה-בית-דין בהליך אזרחי 49-50, 54 (תשנ"א) (להלן: זלצמן); וראו והשוו: שם, 117-114; עניין זיסר, 191; ע"א 823/08 חזן נ' רשות המסים - פקיד שומה נתניה, פסקה 7 (טרם פורסם, 4.1.2009)), וזאת גם באותם המקרים אשר בהם קיים דמיון בתשתית העובדתית ובאינטרס המוגן שביסוד שני ההליכים. כזה הוא המקרה ככל שההליך הראשון הוא עתירה לבג"ץ, ואילו ההליך המאוחר יותר הוא תביעה בנזיקין ודומה כי בענייננו איש לא יחלוק על כך שאת טענותיהם במישור הנזיקי לא היו המשיבים יכולים או צריכים להעלות במסגרת העתירות שהגישו לבג"ץ וממילא לא יכולה או צריכה הייתה גם המדינה לפרוש במסגרת עתירות אלו את מלוא טענות ההגנה שיש בפיה במישור הנזיקי (על המקרים הנדירים אשר בהם פוסק בג"ץ פיצוי כללי בעל אופי סמלי ועל כך שבג"ץ איננו הערכאה המתאימה לבירור עובדתי הנדרש לצורך הערכת נזקים בכלים הדיוניים העומדים לרשותו ראו: דפנה ברק-ארז "עוולות חוקתיות בעידן חוקי היסוד" משפט וממשל ט 103, 108 (תשס"ו); בג"ץ 688/81 מיגדה בע"מ נ' שר הבריאות, פ"ד לו(4) 85, 100 (1982)). בעניין קרטין עמד בית משפט זה על הקושי הקיים בהחלת הכלל בדבר השתק עילה ככל שפסק הדין שמכוחו מבקשים להקים השתק זה הוא פסק דין שניתן בבג"ץ, באומרו:

"בענייננו המדובר הוא בשתי עילות ראשיות שונות זו מזו. במשפט הראשון - הבג"צ - לא הייתה ולא יכולה הייתה להיות עילת נזיקין, גם משום שאין היא בסמכותו של בג"צ וגם, ובעיקר, משום שעוד לא באה לעולם. בענייננו לא ניתן היה כלל, כמו בדוגמה שהובאה, לרכז את שתי העילות בהליך אחד, ובודאי שלא ניתן היה להשיג רשות לתקן את כתב-התביעה ולתקנו" [שם].

בענייננו, אנו עוסקים בשתי עילות ראשיות נפרדות שבשום פנים אינן יכולות להיחשב כמבוססות על עילה זהה כלשון ההגדרה בע"א 167/63 [4] הנ"ל" (שם, 650).

נוכח השוני שבין העילות המשמשות בסיס לעתירות המוגשות לבג"ץ ובין העילות שעליהן מבססים בעלי הדין הליכים בפני הערכאות האזרחיות ובכלל זה תביעות נזיקין, מציין בג"ץ עצמו לא אחת בפסק דינו כי בפני העותר פתוחה הדרך להגיש נגד הרשות (במקום העתירה לבג"ץ או בנוסף אליה) תביעה אזרחית מתאימה בערכאה המוסמכת בה יוכל לעתור לסעדים כספיים ואחרים (ראו למשל: בג"ץ 266/69 פרמן נ' המועצה המקומית באר יעקב, פ"ד כג(2) 310 (1969); בג"ץ 340/79 רבינוביץ נ' שר התעשייה, המסחר והתיירות, פ"ד לד(2) 747 (1980); בג"ץ 985/89 מרציאנו נ' מדינת ישראל (לא פורסם, 3.12.1989); בג"ץ 3212/93 אלברט בנין נ' הוועדה המחוזית לתכנון ולבנייה, ירושלים, פ"ד מח(5) 309, 319 (1994); בג"ץ 7171/06 שוטיכין נ' מדינת ישראל (לא פורסם, 11.12.2006); בג"ץ 413/85 חץ אלקטרוניקה (1984) בע"מ נ' שר התקשורת, פ"ד מא(3) 235, 250 (1987); דפנה ברק-ארז עוולות חוקתיות 194-195 (תשנ"ד) (להלן: ברק-ארז, עוולות חוקתיות)).

כמו כן ראוי לזכור כי גם לצורך החלת הכלל בדבר השתק פלוגתא נדרשת התקיימותם של ארבעה תנאים שגובשו לעניין זה בפסיקה, ואלה הם: הפלוגתא העולה בכל התדיינות היא אותה פלוגתא, על רכיביה המשפטיים והעובדתיים; בהליך הראשון קיימו הצדדים התדיינות בכל הנוגע לאותה פלוגתא; ההתדיינות הסתיימה בהכרעה מפורשת או משתמעת ונקבע לגביה ממצא פוזיטיבי; ההכרעה בפלוגתא הייתה חיונית לצורך פסק הדין בתובענה הראשונה (ראו: ע"א 1545/08 מוסקונה נ' סולל בונה בע"מ, פסקה 9 (טרם פורסם, 4.3.2010); ע"א 1041/97 סדרו נ' נעלי תומרס בע"מ, פ"ד נד(1) 642, 650 (2000) (להלן: עניין סדרו); רע"א 5071/10 עיריית תל-אביב-יפו נ' ש.א.י. מועדונים בע"מ, פסקה 4 (טרם פורסם, 18.10.2010)).

השתק פלוגתא ודחיית תביעתם של ששת המשיבים

19. בניגוד לעמדת המדינה אשר סברה כי "קביעת פסק הדין בבג"ץ השני... מאינת [אפוא] את עילת התביעה בנזיקין שהוגשה על-ידי ששת המשיבים לפצותם בגין מעצרם", נראה לי כי מבחינה עיונית לא היה מקום להשתיק את תביעתם של ששת המשיבים בהתבסס על הכלל של השתק עילה וזאת בשל כך שאין זהות בין העילות אשר נדונו בשני ההליכים. אולם, מסקנה זו אין בה כדי להועיל לששת המשיבים משום

שניתן להגיע אל התוצאה הדוחה את תביעתם בהתבסס על הכלל בדבר השתק פלוגתא. כזכור, דחה בית המשפט הגבוה לצדק את העתירה השנייה שהגישו ששת המשיבים בשנת 1996 לשחרורם המידי מן המעצר באמצע את עמדת המדינה לפיה אין מקום לשחרר את העותרים ממעצר בשל הסיכון לביטחון המדינה הכרוך בשחרורם כאמור. פסק דין זה ניתן לאחר שבית המשפט הגבוה לצדק קרא ושמע את טענות הצדדים בעתירה ולאחר שבנוסף לכך הוצגו בפניו במעמד צד אחד חומרי חקירה חסויים על-ידי גורמי הביטחון. משקבע בית המשפט הגבוה לצדק בעקבות כך ממצא פוזיטיבי לפיו מהווים ששת המשיבים סיכון לביטחון המדינה אשר בגינו אין להיעתר לבקשתם להשתחרר מן המעצר, אישר למעשה בית המשפט הגבוה לצדק את חוקיותו של המעצר ככל שהוא נוגע לששת המשיבים ואת ההצדקה הקיימת להמשיך ולעצורם באותו שלב. ממצא פוזיטיבי זה והמסקנה הנובעת ממנו, אשר הולכה לדחיית עתירתם השנייה של ששת המשיבים לשחרורם מן המעצר, מקימים השתק פלוגתא באחת הפלוגתאות המרכזיות שעלו בין בעלי הדין בתביעה הנזיקית. פלוגתא זו נוגעת למועד הסביר אשר בו היה על המדינה לשחרר את ששת המשיבים מן המעצר שהיו נתונים בו. אכן, משקבע בית המשפט בעתירה השנייה ממצא בדבר חוקיות המעצר ובדבר הצידוק להמשיכו בכל הנוגע לששת המשיבים בשל הסיכון הביטחוני הנשקף מהם, קם בעניין זה השתק פלוגתא ונחסמת דרכם של ששת המשיבים לטעון בפני בית משפט אזרחי הדין בתביעת הנזיקין שלהם לגבי אותה תקופה עצמה, כי המדינה התרשלה בכך שהמשיכה להחזיק את ששת המשיבים במעצר ולא שחררה אותם.

המשיבים העלו בהקשר זה, בין היתר, את הטענה כי בהינתן העובדה שבית המשפט הגבוה לצדק קיבל את החלטתו בעתירה השנייה בהתבסס על חומר חסוי שהוצג לו במעמד צד אחד, לא היה להם יומם בבית המשפט ועל כן אין מתקיים במקרה דנן התנאי המחייב קיומה של התדיינות לצורך החלת הכלל של השתק פלוגתא. המשיבים הוסיפו וצינו כי מסקנה זו מקבלת משנה תוקף נוכח העובדה שההודאות אשר נגבו מששת המשיבים ואשר נכללו בחומר החסוי שהוצג כאמור, הוצאו מהם באמצעים פסולים ובעינויים שבגינם פוצו ששת המשיבים על-ידי המדינה לפי הסדר פשרה שהושג לעניין זה בין הצדדים במסגרת ההליך האזרחי דנן. אכן, אחד התנאים להחלת הכלל בדבר השתק פלוגתא הוא כי היה לבעל הדין יומו בבית המשפט. לשם כך יש לבחון בכל מקרה ומקרה האם קיים דמיון בין סדרי הדין ודיני הראיות החלים בהליך הראשון לאלה החלים בהליך השני והאם נוכח סדרי הדין ודיני הראיות בהליך הראשון יכול היה בעל הדין למצות את ההזדמנות להתדיין לגבי אותה הפלוגתא שמא כתוצאה מכללי הראיות וסדרי הדין בהליך הראשון נפגעה זכותו של בעל הדין אשר נגדו מועלית טענת ההשתק (ראו: רע"א 7675/06 נשר מפעלי מלט ישראל יי"מ בע"מ נ' נגדו מועלית טענת ההשתק).

חברת החשמל לישראל בע"מ, פסקה 7 (טרם פורסם, 10.4.2007); זלצמן, 175-177). כך למשל נקבע כי בשל מתכונתו המיוחדת והמקוצרת של הליך לתביעת פיצוי בגין מאסר לפי סעיף 80 לחוק העונשין, ככלל אין בקיומו של הליך כזה, כשלעצמו, כדי להקים השתק פלוגתא בהליך של תביעת נזיקין ביחס לטענות שהוכרעו במסגרתו (ראו: רע"א 7652/99 מדינת ישראל נ' יוסף, פ"ד נו(5) 493, 496 (2002); כמו כן ראו והשוו: רע"א 4528/06 ברנס נ' סנ"צ (בדימוס) שאול מרכוס, פסקאות 19-20, 27 (טרם פורסם, 18.5.2009); עניין סדרו, 656-657).

בענייננו, יש ליתן את הדעת לסדרי הדין והראיות הייחודיים הנוהגים בבית המשפט הגבוה לצדק ככלל (לעניין זה ראו: יצחק זמיר "ראיות בבית-המשפט הגבוה לצדק" משפט וממשל א 295 (תשנ"ג); אליעד שרגא, רועי שחר המשפט המינהלי-כרך חמישי, סדר הדין והראיות בבג"צ (תשע"א)), ובפרט בעתירות בעלות היבט ביטחוני אשר בהן מוצג בדרך כלל בפני בית המשפט חומר חסוי במעמד צד אחד על-ידי גורמי הביטחון. אכן, ניתן להעלות על הדעת מנגנונים אחרים לצורך הצגת חומר ביטחוני חסוי בפני בית המשפט, אשר יאפשרו לצד שכנגד הזדמנות טובה יותר להתדיין באותו הליך לגבי החומר החסוי (לבחינה השוואתית של המנגנונים השונים הנוהגים לעניין הצגת ראיות חסויות בפני בתי משפט בארץ ובעולם וליתרונות והחסרונות שבכל שיטה ראו: Daphne Barak-Erez, Matthew C. Waxman "Secret Evidence and the Due Process of Terrorist Detentions" 48 Colum. J. Transnat'l L. 3 (2009) (להלן: Barak-Erez, Waxman); כן ראו דפנה ברק-ארז משפט מינהלי כרך א 460 (תש"ע); לעניין המנגנון הנוהג בעניין זה בישראל ראו רע"ב 4393/11 מוסלי נ' מדינת ישראל (טרם פורסם, 8.11.2011), והאסמכתאות הנזכרות שם). אולם, דומה כי במקרה שלפנינו אין מקום לשלול את תחולתו של הכלל בדבר השתק פלוגתא מטעם זה. ראשית, עולה מן ההחלטה ומפסק הדין שניתנו בעתירה השנייה כי הדיון בעתירה לא התמצה בהצגת חומר חסוי במעמד צד אחד וכי בית המשפט שמע טיעונים ובחן ראיות אשר רק חלקן הוצגו במעמד צד אחד ולא למותר לציין כי בגדר אותן הראיות נכללו גם תצהירים מאת ששת המשיבים בהם הועלו, בין היתר, הטענות בדבר ההודאות שנגבו מהם, לדבריהם באמצעים פסולים ובעינויים (ראו סעיף 38 לתצהירו של המשיב 10, נספח עש/4 וכן נספח עש/4/ב לערעור שכנגד - המתייחסים לעתירה הראשונה לבג"ץ; סעיף 23(ד) לעתירה השנייה; וכן תצהירי העותרים בעתירה השנייה). המדינה, מצידה, מדגישה בהקשר זה כי הקביעה בדבר קיומן של ראיות לפיהן ששת המשיבים הגיעו ארצה במטרה לפגוע בביטחון המדינה וכי יש יסוד לומר שבאו לרגל בה, נסמכה על חומר חסוי שהוצג בפני בית המשפט הגבוה לצדק שלא כלל את הודאות ששת המשיבים, וממנו עלה כי ששת המשיבים נשלחו בידי גורמי מודיעין זר (ראו פסקה 10 לסיכומי

הטענות של המדינה בערעור שכנגד). הנה כי כן, בית המשפט הגבוה לצדק נתן את החלטתו בעתירה השנייה לאחר שבחן את מכלול הטיעונים והחומר שהוצגו בפניו. שנית, אף שלא נתאפשר לששת המשיבים לעיין בחומר החסוי שהוצג ולהתמודד עם האמור בו, חומר זה הוצג לעיניו הבוחנות של בית המשפט אשר נוהג לבחון אותו בקפידה ובדקדקנות תוך מודעות לכובד האחריות המוטל עליו בהקשר זה, לרבות בכל הנוגע לטענה בדבר הוצאת ההודאות באמצעים פסולים, ככל שהודאות אלה נכללו בחומר החסוי (לגישה הנקוטה על-ידי בית המשפט העליון ביחס לבחינת חומר חסוי ראו Barak-Erez, Waxman, 20-24). על כן, נראה לי כי העובדה שממצאיו של בית המשפט הגבוה לצדק בעתירה השנייה לעניין הסיכון הביטחוני הנשקף מששת המשיבים התבססו, בין היתר, על בחינת חומר חסוי אין בה כדי לשלול במקרה דנן את המסקנה לפיה התקיימה בהליך הראשון התדיינות העונה לתנאי הנדרש לעניין זה לצורך קיומו של השתק פלוגתא.

20. אשר לשנתיים שחלפו מיום מתן פסק הדין בעתירה השנייה ועד שניתן בהסכמת בעלי הדין פסק הדין בעתירה השלישית שהגישו ששת המשיבים ועל-פיו שוחררו בשנת 1999 בתנאים מגבילים לקיבוצים יחיעם וגעתון. לעניין זה מקובלת עלי גישתו של בית משפט קמא הנסמכת על דבריה של המלומדת נ' זלצמן, לפיה יש בכוחו של פסק דין שביצועו הולך ונמשך גם לעתיד ליצור מניעות דיונית כל עוד לא בוטל או שונה על-ידי בית המשפט שנתן אותו (ראו זלצמן, 279-280). כמו כן מקובלת עלי מסקנתו של בית משפט קמא כי מכל מקום לא ניתן לקבוע שמשך השהייה של ששת התובעים במעצר לאחר מתן פסק הדין בעתירה השנייה ועד למועד בו נדונה העתירה השלישית - היה בלתי סביר, נוכח התנהלות המדינה במהלך תקופה זו כפי שהיא עולה מן המסמכים שהוצגו בפני בית המשפט הגבוה לצדק.

השתק פלוגתא וקבלתה (החלקית) של תביעת המשיבים 7-1

21. בפסק הדין אשר ניתן בעתירה הראשונה קבע בית המשפט הגבוה לצדק, בין היתר, כי:

"העותרים כולם מצויים במעצר תקופה ארוכה מאוד, ארוכה הרבה מדי. את הבדיקות השונות - הן לעניין יעדי הגירוש והן לעניין הסיכון הביטחוני הנשקף מהם - היה צריך לסיים מזמן. לגבי העתיד, על המשיבים לגבש עמדתם לעניין גירוש העותרים, וזאת על רקע דין הגירוש שעליו עמדנו בפסק-דיננו זה. אם יתברר - כאמור, לוח הזמנים אינו יכול להתמשך על חודשים רבים - כי אין אפשרות קרובה לגרש את העותרים, יש

לבחון את שחרור העותרים (כולם או מקצתם) ממעצרם, תוך קביעת חלופות מתאימות אשר יבטיחו את מטרת המעצר. ההחלטה בעניין זה - כמו בדבר הגירוש עצמו - צריכה להיות כמובן אינדיוידואלית לכל עותר ועותר, על-פי מידת הסיכון הצפויה אם ישוחרר ממעצרו וימתיך כשהוא חופשי לגירוש. כשלעצמנו, איננו נוקטים בשלב זה כל עמדה בעניין זה. למותר לציין, כי העותרים אשר לא יבואו על סיפוקם מהחלטת המשיבים יוכלו לחזור ולפנות לבית-משפט זה לבחינת ההחלטה האינדיוידואלית שנפלה בעניינם.

התוצאה היא כי אנו עושים את הצו-על-תנאי למוחלט, במובן זה שעל המשיבים לחזור ולשקול, במהירות הראויה, באשר לאפשרות גירושם של העותרים מהארץ. אם הגירוש לא יתמש, על המשיבים לקבל במהירות הראויה החלטה באשר להמשך מעצרם של העותרים - הכול על-פי העקרונות שנקבעו בפסק-דיננו" (שם, 852).

במצאיו ובקביעותיו אלה של בית המשפט הגבוה לצדק מצא בית משפט קמא עוגן לביסוס מסקנתו לפיה יש לפצות את המשיבים 1-7 בגין היותם עצורים לאורך תקופה שלא הייתה מידתית, ובמילותיו של בית משפט קמא:

"מפסק הדין בבג"ץ הראשון עולה כי משך המעצר של התובעים דנן היה ארוך מדי, מעבר למידה הסבירה. זאת, לאור קביעת בית המשפט לפיה 'העותרים כולם מצויים במעצר תקופה ארוכה מאוד, ארוכה הרבה מדי'. עוד נקבע כי את הבדיקות צריך היה לסיים כבר מזמן. כן נקבע כי אם הגירוש איננו מתבצע תוך זמן סביר, שאינו נמדד בחודשים ארוכים, אין מקום למעצר, אם ניתן לשחרר את הנתינים הזר בתנאים שיבטיחו את תכלית המעצר" (ההדגשות במקור; פסקה 52 לפסק דינו של בית משפט קמא).

22. כפי העולה מן הקטע שצוטט לעיל מתוך פסק הדין בעתירה הראשונה, לא נעתר בית המשפט לבקשת המשיבים לשחררם באופן מיידי והתווה את המשך הטיפול על-ידי המדינה בעניינם - בעודם במעצר - במסלול שתחילתו חיפוש אחר מדינה שאליה ניתן יהיה לגרשם והמשכו - אם לא יתמש הגירוש - בקבלת החלטה לעניין המשך מעצרם של המשיבים על-פי העקרונות שפורטו בפסק הדין. בית משפט קמא סבר כי אין בכך כדי לשלול את מסקנתו לפיה ניתן לייחס למדינה התרשלות בכל הנוגע להמשך החזקתם של המשיבים במעצר, וזאת בחלוף שישה חודשים מיום מעצרם שהינו, לגישתו, פרק הזמן שהיה נחוץ לצורך חקירתם. וכך אמר:

"העובדה שבית המשפט העליון לא הורה על שחרור התובעים על אתר - איננה שוללת את המסקנה כי מעצרים היה ארוך מדי. כאמור, מסקנה זו עולה מדבריו של בית המשפט העליון עצמו. בית המשפט העליון הקצה פרק זמן מוגבל לסיום החקירות בעניינם של התובעים, רק משום שלא היה ברור אם חקירות אלה הסתיימו. יחד עם זאת - אין ספק כי בית המשפט העליון היה סבור כי היה מקום וצורך לסיים את החקירות זה מכבר, וכי העובדה שהדבר לא נעשה, משמעה כי התובעים מצויים במעצר למשך תקופה ארוכה מדי" (פיסקה 52 לפסק דינו של בית משפט קמא).

מסקנותיו אלה של בית משפט קמא והאופן שבו ראה לפרש את קביעותיו של בית המשפט הגבוה לצדק במסגרת העתירה הראשונה ולהסתמך עליהן, שגויים בעיני. ראשית, המסקנה כאילו "בית המשפט העליון הקצה פרק זמן מוגבל לסיום החקירות בעניינם של התובעים, רק משום שלא היה ברור אם חקירות אלה הסתיימו" אין לה תימוכין בפסק הדין ומכל מקום היא אינה מתיישבת עם העובדה כי פסק הדין בעתירה הראשונה ניתן ביום 11.9.1995, דהיינו בחלוף כשנה וחצי מן המועדים שבהם נעצרו המשיבים 1-7 (לעניין מועדי מעצרים ראו הטבלה שבסעיף 1 לפסק דינו), ואילו בית משפט קמא ראה לקבוע בפסק דינו כי פרק הזמן הסביר להשלמת החקירה תם בחלוף שישה חודשים מיום מעצרים של המשיבים 1-7. אילו ניתן היה להסיק מפסק דינו של בית המשפט בעתירה הראשונה מסקנה כזו, כי אז חזקה על בית המשפט הגבוה לצדק כי הוא עצמו היה קובע את הדבר בפסק דינו ומורה על שחרורם של המשיבים כפי שעתרו, וכזאת לא עשה. יתרה מכך, מפסק הדין עולה כי לא לצרכי השלמת החקירה נמנע בית המשפט הגבוה לצדק מלהיענות לבקשת המשיבים בעתירה הראשונה ולשחררם מן המעצר. מן הדברים שצוטטו עולה בבירור כי בית המשפט סבר שראוי להשלים באותו שלב ובמהירות את הליך הגירוש. על כן הורה למדינה לפעול ללא דיחוי לקידום מימושו של צו הגירוש, אך הותיר את המשיבים במעצר. נראה אפוא כי את הביקורת שמתח בית המשפט הגבוה לצדק בפסק הדין על התנהלות המדינה יש לייחס לכך שעד אותו שלב לא נמצא פתרון שיאפשר את מימוש הגירוש ולא לכך שהמשיבים לא שוחררו קודם לכן ממעצר. בית המשפט הוסיף וציין עוד כי ככל שלא יימצא פתרון כזה במהירות הראויה, כי אז על המדינה "לקבל במהירות הראויה החלטה באשר להמשך מעצרים של העותרים - הכול לפי העקרונות שנקבעו בפסק דינו". עוד הנחה בית המשפט את המדינה כי במצב דברים כזה עליה "לבחון את שחרור העותרים (כולם או מקצתם) ממעצרים, תוך קביעת חלופות מתאימות אשר יבטיחו את מטרת המעצר. ההחלטה בעניין זה - כמו בדבר הגירוש עצמו - צריכה להיות כמובן אינדיוידואלית לכל עותר ועותר, על-פי מידת הסיכון הצפויה אם ישוחרר ממעצרו

וימתין כשהוא חופשי לגירושו". הנה כי כן, מדובר בהוראות הצופות פני עתיד שניתנו על-ידי בית המשפט בהתייחס למצב דברים אשר בו לא ניתן יהיה לממש את הגירוש במהירות הראויה לאחר הינתן פסק הדין. עוד עולה בבירור מן האמור בפסק הדין כי בית המשפט אינו מורה קטגורית באותו שלב על שחרור המשיבים והוא מותיר את סוגיית המשך המעצר לשיקול דעת הגורמים המוסמכים על-מנת שיבחנו באופן אינדיבידואלי את החלופות שתוצענה ואת מידת הסיכון הנשקפת מכל אחד ואחד מהם אם ישוחרר. הוראות אלה תואמות את העקרונות שנקבעו אף הם בפסק הדין בעתירה הראשונה ולפיהם "אין לעצור אדם שנגדו הוצא צו גירוש לתקופה העולה על הנדרש להגשמת התכלית המונחת ביסוד המעצר" (שם, 851). עוד קבע בית המשפט שם כי הזמן הסביר לביצוע הגירוש אינו נמדד בשנים או בחודשים ארוכים וכי ניתן להצדיק את המשך המעצר שבוצע לשם גירוש רק בשל החשש כי תכלית הגירוש לא תוגשם "אם משום שהמגורש יימלט מאימת הגירוש, אם משום שבהיותו משוחרר הוא יפגע בביטחון הציבור ובשלומו (ובשל כך יחשוש להתייצב לביצוע הגירוש), ואם מטעם אחר" (שם, שם). הנה כי כן, בית המשפט הגבוה לצדק קבע כי מן הראוי לממש את צו הגירוש בתוך תקופה סבירה שאינה נמדדת בשנים או בחודשים ארוכים, והביע את דעתו כי התקופה שחלפה מאז מעצרו של המשיבים בלא שצו הגירוש מומש היא ארוכה מדי. אולם, מכאן אין להסיק את שביקש בית משפט קמא להסיק והוא כי אם לא מומש צו הגירוש בתוך זמן סביר כאמור (ובאשר לסיבות שכך אירע אתיחס להלן), היה על המדינה לפעול לשחרורם האוטומטי של כל המשיבים ממעצרם, בלא בדיקה אינדיבידואלית ובלא שתובטח בתקופת הביניים היכולת להגשים את התכלית המונחת ביסוד המעצר.

23. על כן, אני סבורה כי לא ניתן היה לסמוך על קביעותיו של בית המשפט הגבוה לצדק בעתירה הראשונה את המסקנה אליה הגיע בית משפט קמא ולפיה בחלוף שישה חודשים מיום המעצר הפך המעצר בלתי מידתי ובגינו זכאים המשיבים 1-7 לפיצוי בסך של 300 ש"ח לכל יום מעצר מאותו המועד ועד יום שחרורם. מנגד, העובדה שבית המשפט הגבוה לצדק לא ראה להורות על שחרורם של המשיבים 1-7 כפי שנתבקש להורות בעתירה הראשונה אין משמעה, ככל שהדבר נוגע למשיבים אלה (להבדיל מששת המשיבים אשר לגביהם היה ממצא פוזיטיבי כי אין לשחררם בשל הסיכון הביטחוני הנשקף מהם), כי התנהלות המדינה בכל הנוגע למשך מעצרו הייתה סבירה על-פי אמות המידה שבהן נבחנת התנהלות זו לעניין עוולת הרשלנות. כך למשל יש צורך לבחון האם נעשה מצד המדינה באופן סביר כל הניתן על-מנת לממש את צווי הגירוש שהוצאו בעניינם של המשיבים 1-7, שמא ניתן היה לגרשם במועד מוקדם מזה שבו שוחררו בתנאים מגבילים (5.11.1995), וכן יש לבחון האם ניתן היה לשחררם

בתנאים כאלה קודם למועד שבו שוחררו בפועל. בהקשר זה ראוי לציין כי על אף נקודות ההשקה הקיימות בין אמות המידה הקבועות בדין המינהלי לעניין סבירות התנהלותה של הרשות ובין סטנדרט ההתנהגות הסביר הנדרש מן הרשות לעניין עוולת הרשלנות, אין בהכרח חפיפה ואין זהות בין השניים נוכח התכליות השונות והרציונאלים השונים שביסוד הדין המינהלי מזה ודיני הנזיקין מזה (ראו: ע"א 2906/01 עיריית חיפה נ' מנורה חברה לביטוח בע"מ, פסקה 42 (לא פורסם, 25.5.2006) (להלן: עניין עיריית חיפה); ע"א 862/80 עיריית חדרה נ' זוהר, פ"ד לז(3) 757, 770 (1983) (להלן: עניין עיריית חדרה); ע"א 1617/04 כים ניר שירותי תעופה בע"מ נ' הבורסה לניירות ערך בתל אביב בע"מ, פסקה 24 (טרם פורסם, 29.6.2008); פסק-דין של כב' השופט י' עמית ב-ת"א (מחוזי חי') 653/02 ח. יעקבי בניה והשקעות נ' עיריית חדרה, פסקאות 26, 30 (לא פורסם, 31.10.2005) - הערעור נדחה (ע"א 11662/05); ראו והשוו: ע"א 1081/00 אבנעל חברה להפצה בע"מ נ' מדינת ישראל, פ"ד נט(5) 193, 203-204 (2005); ע"א 9313/08 אופנברג נ' הוועדה המקומית לתכנון ולבניה תל אביב-יפו, פסקה 42 (טרם פורסם, 7.9.2011). ולעמדות מלומדים בעניין זה ראו: אריאל פורת "דיני הנזיקין" ספר השנה של המשפט בישראל-תשנ"א 222, 264 (אריאל רוזן צבי עורך, תשנ"ב); ישראל גלעד "האחריות בנזיקין של רשויות ציבור ועובדי ציבור" (חלק ראשון) משפט וממשל ב 339, 346-350 (תשנ"ה); יואב דותן "האחריות הנזיקית של עובד-הציבור המפעיל סמכויות של שיקול-דעת" משפטים טו 245, 279-281 (תשמ"ו); מיכל שקד "הערות על ביקורת הסבירות במשפט המינהלי" משפטים יב 102, 110-111 (תשמ"ב)).

על כן, העובדה כי בג"ץ ציין בפסק הדין בעתירה הראשונה שהמשיבים מצויים במעצר לצורך גירוש תקופה ארוכה מדי, אינה מובילה בהכרח אל המסקנה כי הדבר נובע מהתנהלות רשלנית של המדינה. על-מנת להגיע למסקנה זו יש לבחון את כל העובדות הצריכות לעניין על-פי אמות המידה הנוהגות בדין הנזיקין. מנגד, וככל שבעוולת הרשלנות עסקינן, אין המדינה יכולה לסמוך את טענתה כי נהגה בסבירות ולא התרשלה בטיפול בעניין גירוש המשיבים 1-7 רק על כך שבג"ץ לא נעתר לבקשתם של המשיבים בעתירה הראשונה ולא הורה על שחרורם אלא קבע מתווה להמשך הטיפול בעניינם שעיקרו - מימוש צווי הגירוש וככל שהדבר לא יסתייע, קבלת החלטות פרטניות לגבי כל משיב באשר לאפשרות שחרורו בתנאים מגבילים עד הגירוש.

24. נותרנו אפוא עם תביעתם הנזיקית של המשיבים 1-7 ועם הטענות שהועלו על-ידם בדבר התרשלות המדינה בכל הנוגע להתמשכות מעצרים וכן בכל הנוגע לטיפול

בהם ולתנאי העסקתם לאחר השחרור ממעצר ועד לגירושם. טענות אלו יש לבחון לגופן תוך התייחסות לתשתית הנורמטיבית שבמסגרתה פעלה המדינה בתקופה הרלוונטית. בהקשר זה לא למותר לחזור ולציין את עיקרון השוואת המעמד עליו עמדנו בעניין עיריית חיפה. עיקרון זה, לפיו דין המדינה כדין כל גוף מאוגד לעניין האחריות בנזיקין, אומץ במשפט הישראלי מאז שנת 1952 והוא צומח מעיקרון היסוד הדוגל בשוויון בפני החוק. על כן מקום שבו המדינה, באמצעות מי משלוחיה או מבצעי סמכויותיה גורמת ברשלנות נזק לפלוגי, יהא עליה לפצותו בגין נזק זה, להוציא מקרים חריגים הקבועים בחוק הנזיקים האזרחיים (אחריות המדינה), תשי"ב-1952 (ראו: שם, פסקה 18; ע"א 243/83 עיריית ירושלים נ' גורדון, פ"ד לט(1) 113, 131 (1985); ע"א 915/91 מדינת ישראל נ' לוי, פ"ד מח(3) 45, 71 (1994)). בבואנו לבחון את רמת ההתנהגות הנדרשת מן הרשות כרשות סבירה, ניתן לעשות שימוש בסטנדרט ההתנהגות שנקבע בהוראת החוק המסמיכה את הרשות לפעול והמסדירה את אופן פעולתה ואת החובות המוטלות עליה. במלים אחרות, ההוראה הסטטוטורית שמכוחה פועלת הרשות יש בה כדי להוות אמת מידה להתנהגות המצופה ממנה והיא משמשת מקור המקרין על קיומה ועל היקפה של חובת הזהירות המוטלת עליה לצורך עוולת הרשלנות (ראו: עניין עיריית חיפה, פסקה 23; רע"א 11419/04 אסור נ' רשות הניקוז קישון, פסקה 7 (טרם פורסם, 13.3.2008); ע"א 3580/06 עזבון המנוח חגי יוסף ז"ל נ' מדינת ישראל, פסקאות 84-85 (טרם פורסם, 21.3.2011) (להלן: עניין עזבון המנוח חגי יוסף ז"ל)).

בדרך כלל יתקיים יחס ישיר בין היקף הסמכויות המוקנות לרשות על-פי דין לצורך ביצוע תפקידה ובין סטנדרט ההתנהגות הנדרש ממנה כרשות סבירה: "... ככל שהסמכויות הנתונות לרשות לצורך ביצוע תפקידה רחבות יותר וככל שהכלים שמעמיד הדין לרשותה רבים יותר, כך גבוה יותר סטנדרט ההתנהגות הנדרש ממנה על מנת שתיחשב כמי שפעלה כרשות סבירה" (עניין עיריית חיפה, פסקה 23). יחד עם זאת וכפי שהודגש בפסיקה לא אחת, הגם שקיומה של הסמכות הוא שיקול רב ערך בגיבושה של המדיניות המשפטית העומדת ביסוד חובת הזהירות, אין כמובן שוויון מתמטי בין סמכות סטטוטורית לבין חובת זהירות ברשלנות (ראו: עניין עיריית חדרה, 765; ע"א 8526/96 מדינת ישראל נ' פלוגי, פסקה 32 (לא פורסם, 23.6.2005)).

25. מעצם של המשיבים וצווי הגירוש שהוצאו נגדם התבססו כאמור על חוק הכניסה לישראל ועל הצו בדבר מניעת הסתננות, לפי העניין. על כן לא למותר לשוב ולהביא את נוסחן של ההוראות הרלוונטיות בהקשר זה כלשונו. וכך קבעה הוראת סעיף 13 לחוק הכניסה לישראל, כנוסחה במועד הרלוונטי:

גירוש

13. (א) מי שאיננו אזרח ישראלי או עולה לפי חוק השבות, תש"י-1950, רשאי שר הפנים לתת עליו צו גירוש אם נמצא בישראל בלי רשיון ישיבה.
 (ב) מי שניתן עליו צו גירוש, חייב לצאת מישראל ולא לשוב אליה כל עוד לא בוטל צו הגירוש.
 (ג) מי שניתן עליו צו גירוש, רשאי קצין בקורת הגבולות או שוטר לעצרו ולהחזיקו במקום ובאופן שקבע שר הפנים, עד ליציאתו מישראל או עד לגירושו ממנה.
 (ד) שר הפנים רשאי להורות שצו הגירוש יבוצע על חשבון האדם שעליו ניתן או על חשבון מעביד שהעסיק אותו בישראל בלי ששר הפנים נתן היתר לאותה העסקה או לאחר שפג תקפו של ההיתר."

וסעיף 3 לצו בדבר מניעת הסתננות קבע כך:

גירוש

3. (א) מפקד צבאי רשאי לצוות בכתב על גירושו של מסתנן מן האזור, בין שהואשם בעבירה לפי צו זה ובין שלא הואשם, וצו הגירוש ישמש אסמכתא חוקית להחזיק מסתנן כאמור במשמורת עד לגירושו.
 (ב) ניתן צו גירוש לפי סעיף קטן (א) והאדם שנגדו הוצא צו גירוש נמצא מסיבה כלשהיא במעצר או מאסר, ישוחרר אותו אדם ממעצרו או ממאסרו לשם ביצוע הגירוש, אף אם לא תמה תקופת המעצר או המאסר, אלא אם נקבע אחרת בצו הגירוש."

כפי שניתן לראות, בתקופה הרלוונטית לענייננו קבע חוק הכניסה לישראל סמכות כללית המסורה לשר הפנים, להוציא צו גירוש למי שנמצא בישראל ללא רישיון ישיבה והוא אינו אזרח ישראלי או עולה לפי חוק השבות. עוד נקבע באותו הסעיף כי ניתן לעצור ולהחזיק אדם שניתן נגדו צו גירוש במקום ובאופן שקבע שר הפנים, וזאת עד ליציאתו מישראל או עד לגירושו ממנה. הסדר ברוח זו קבוע גם בצו בדבר מניעת הסתננות. שני ההסדרים הסטטוטוריים הללו לא כללו בתקופה הרלוונטית לענייננו הוראה המגבילה את משך המעצר וההחזקה של מי שניתן עליו צו גירוש כאמור, ולכאורה יש בהם הסמכה להמשיך ולהחזיקו במעצר ללא הגבלת זמן, עד למימוש צו הגירוש. הסדר סטטוטורי כזה אינו קשוב דיו לזכות לחירות של מי שהוצא נגדו צו גירוש כאמור, הגם שהינו שווהה שלא כדין בישראל. הסדר סטטוטורי כזה אינו נותן את הדעת לאיזון הנדרש בין חובתה של המדינה לוודא כי ניתן יהיה לממש את צו הגירוש שהוצא וכי בתקופת הביניים לא ייפגע שלום הציבור וביטחונו (בייחוד כאשר אותו שווהה שלא כדין הינו אזרח של מדינה עוינת), לבין זכותו של השווהה שלא כדין כי חירותו לא תיפגע מעבר למידה הנדרשת לצורך הגנה על האינטרסים של המדינה והציבור בישראל המפורטים לעיל. אולם, את שהחסינו ההסדרים הסטטוטוריים הנ"ל,

השלימה פסיקתו של בית המשפט הגבוה לצדק בקביעת עקרונות וסטנדרטים שעל-פיהם ראוי לרשות לפעול בהקשר זה (ראו, למשל, פסק הדין בעתירה הראשונה וכן בג"ץ 1468/90 בן ישראל נ' שר הפנים, פ"ד מד(4) 149 (1990) (להלן: עניין בן ישראל)).

25. למען שלמות התמונה יצוין כי בשנת 2001, על רקע ההתרחבות הדרמטית של תופעת השוהים שלא כדין בישראל ועל רקע עתירה לבג"ץ של האגודה לזכויות האזרח ואזרחי סירה ליאון (שנעצרו בישראל לצורך גירוש), לקביעת מדיניות והליך מסודר בדבר שחרור בערובה של אנשים שעצורים לצורך גירוש, הוציא שר הפנים נוהל ביניים בעניין מעצר לצורכי גירוש, וכן נחקק תיקון מס' 9 לחוק הכניסה לישראל, הקובע בחקיקה ראשית הסדר מקיף בנוגע למעצר מכוח צו גירוש (ראו בג"ץ 4963/98 ססאי נ' שר הפנים (לא פורסם, 27.12.2001)). תיקון מס' 9 נכנס לתוקף בראשית חודש נובמבר 2001, ובדברי ההסבר להצעת החוק נאמר, בין היתר, כי:

"כוונת התיקון למצוא איזון הולם בין זכותה של מדינת ישראל כמדינה ריבונית לקבוע מי יבוא בשעריה, ומי ישהה בתחומה, לכמה זמן ובאילו תנאים, לבין הצורך להבטיח את זכויותיו האנושיות הבסיסיות של הזר ואת החובה שלא לפגוע בחירותו מעבר למידה הנדרשת, גם אם הוא שוהה בישראל שלא כדין" (הצעת חוק הכניסה לישראל (תיקון מס' 8), התשס"א-2000, ה"ח 107, 109 (להלן: הצעת התיקון לחוק הכניסה לישראל)).

במסגרת תיקון זה נשתנתה גם הטרימינולוגיה של החוק. תחת "גירוש" עושה החוק שימוש במונח "הרחקה" ותחת "מעצר" עושה החוק שימוש במונח "משמורת" (ראו גם כותרת הפרק הרביעי - "הרחקה ומשמורת" - שנוסף לחוק בעקבות תיקון מס' 9). עם זאת, נותר על כנו העיקרון הכללי שהיה קבוע בחוק הכניסה לישראל לפיו מוסמך שר הפנים להרחיק שוהים שלא כדין (לניסוח הקטגורי שבסעיף 13(א) לחוק, המורה כי שוהה שלא כדין "יורחק מישראל בהקדם האפשרי" ולשיקול הדעת אשר עדיין מסור לשר הפנים לעניין ההרחקה במקרים מתאימים ראו: ע"מ 1644/05 פרידה נ' משרד הפנים, פסקה ו(3) (לא פורסם, 29.6.2005) (להלן: עניין פרידה); בג"ץ 4370/01 לפקה נ' משרד הפנים, פ"ד נז(4) 920, 931-932 (2003); ע"מ 4614/05 מדינת ישראל נ' אורן, פ"ד סא(1) 211, 234-235 (2006)). כמו כן נותר על כנו לאחר התיקון העיקרון לפיו שוהה שלא כדין יוחזק במשמורת עד ליציאתו מישראל או עד להרחקתו ממנה, אלא אם שוחרר בערובה (סעיף 13א(ב) לחוק).

החידוש החשוב שנקבע בתיקון מס' 9 עניינו בשורה ארוכה של הוראות אשר "נועדו להבטיח את תקינות המעצר ומניעת התארכותו מעבר לנדרש [ו] זאת לצד קביעה נורמטיבית שתבחין בין מעצר פלילי לבין מעצר לצורכי גירוש והסדרה בחוק של עילות השחרור ממעצר כזה" (הצעת התיקון לחוק הכניסה לישראל, 108; לפירוט הוראות אלה ומהותן ראו בר"ם 1662/11 בירה נ' משרד הפנים (טרם פורסם, 1.9.2011), מפי חברי השופט ח' מלצר). בעניין פרידה ציין בית המשפט כי על-פי ההסדר הסטוטורי כפי שתוקן בתיקון מס' 9 "ניתנה לשר הפנים ולבאים מכוחו, לשם מניעת לית דין, לית דיין ולית שלטון, סמכות לפעול להרחקתם של שוהים בלתי חוקיים, ולסמכות זו הוספו איזונים, הגבלות וסדרי ביקורת שיפוטיים, כדי שלא תופעל בשרירות" (שם, פסקה ו(6)). כך, למשל, נקבעה במפורש האפשרות לשחרור שוהה שלא כדין בערובה לפי ההוראות הקבועות לעניין זה בחוק, וכן נקבעו העילות שבגינן רשאי ממונה ביקורת הגבולות לשחרר בערובה שוהה שלא כדין (ראו סעיף 13א(ב) וסעיף 113 לחוק), לרבות עילה שעניינה החזקתו של אדם במשמורת יותר משישים ימים ברציפות (לעניין זה ראו בר"ם 173/03 מדינת ישראל - משרד הפנים נ' סלאמה (לא פורסם, 9.5.2005)). עוד נקבע בחוק כי השחרור בערובה לא יבוצע מקום שבו ההרחקה מישראל אינה מתאפשרת בשל העדר שיתוף פעולה מלא מצד השוהה שלא כדין או כאשר יש בשחרורו כדי לסכן את ביטחון המדינה, את שלום הציבור או את בריאות הציבור, ובחריג הקבוע לעניין זה בסיפא של סעיף 113(ב) לחוק (ראו לעניין זה בר"ם 7363/06 מדינת ישראל נ' ארטשם (לא פורסם, 17.12.2006)); ולדחיית הטענה בדבר אי חוקיות הוראת החוק הקובעת את המשך החזקתו במשמורת של שוהה בלתי חוקי מטעמי אי שיתוף פעולה בהליכי הרחקתו ראו בר"ם 696/06 אלקנוב נ' בית הדין לביקורת המשמורת של שוהים שלא כדין (לא פורסם, 18.12.2006)).

נוסף על כך עוגנה בחוק זכותו של השוהה שלא כדין להשמיע את טענותיו טרם הוצאת צו משמורת נגדו (סעיף 13א(ד) לחוק); נקבע כי יש למסור לאדם המוחזק במשמורת מידע על זכויותיו לפי חוק הכניסה לישראל (סעיף 13א(ה) לחוק); נקבעו תנאי ההחזקה במשמורת, ובין היתר נקבע כי "שוהה שלא כדין הנתון במשמורת יוחזק בתנאים הולמים שלא יהיה בהם, בהתחשב בנסיבות העניין לרבות משך החזקתו במשמורת, כדי לפגוע בבריאותו ובכבודו" (סעיף 13ח(א) לחוק). חידוש חשוב נוסף במסגרת התיקון הוא הקמת בית הדין לביקורת משמורת של שוהים שלא כדין, שהינו טריבונל ייעודי העורך ביקורת שיפוטית יזומה בדבר החזקתו של שוהה שלא כדין במשמורת (סעיפים 13א-13כא לחוק); לשינויים המערכתיים שביצעה המדינה בכל הנוגע ליישומו של תיקון מס' 9 לחוק ראו בג"ץ 6535/02 מוקד סיוע לעובדים זרים נ'

שר הפנים (לא פורסם, 3.1.2005)). מאז שנת 2001 אף הוכנסו תיקונים בפרק הרביעי של חוק הכניסה לישראל, ואלה משולבים בחוק כמתכונתו העדכנית הנוכחית.

הצו בדבר מניעת הסתננות תוקן אף הוא לאחרונה (ראו צו בדבר מניעת הסתננות (תיקון מס' 2) (יהודה והשומרון) (מס' 1650), התשס"ט-2009; צו בדבר הוראות בטחון (תיקון מס' 112) (יהודה והשומרון) (מס' 1649), התשס"ט-2009 לפיו הוקמה בין היתר ועדה לבחינת צווי גירוש; וכן סעיפים 299-315 לצו בדבר הוראות ביטחון [נוסח משולב] (יהודה והשומרון) (מס' 1651), התש"ע-2009). להשלמת התמונה יצוין כי לאחרונה הוצע לתקן את החוק למניעת הסתננות (עבירות ושיפוט), התשי"ד-1954 באופן שיאפשר החזקה של מסתננים במשמורת למשך תקופה הארוכה משמעותית מזו הקבועה בחוק הכניסה לישראל ותוך קביעת מנגנוני ביקורת על ביצוע צו הגירוש ועל ההחזקה במשמורת. על-פי דברי ההסבר להצעת החוק "הציפייה היא, כי משך ההחזקה במשמורת יביא לבלימת תופעת ההסתננות, או למצער יצמצם את ממדיה". עוד מצוין בהצעה כי היא תיושם באופן העולה בקנה אחד עם מחויבויותיה של מדינת ישראל על-פי אמנות בינלאומיות לרבות עיקרון ה-Non-Refoulement הקבוע באמנת הפליטים (ראו הצעת חוק למניעת הסתננות (עבירות ושיפוט) (תיקון מס' 3 והוראת שעה), התשע"א-2011, ה"ח 594, 595, 597, אשר נכון לעת הזו עברה בקריאה ראשונה בכנסת).

26. כפי שצוין, לא היה בתקופה שטרם תיקון מס' 9 לחוק הכניסה לישראל - היא התקופה הרלוונטית לענייננו - הסדר סטטוטורי מפורט לעניין הרחקה ומשמורת דוגמת ההסדר הקיים היום והכולל, בין היתר, הוראות בדבר ביקורת שיפוטית יזומה על המשמורת בפני טריבונל ייעודי דוגמת בית הדין למשמורת שהוקם בינתיים (לביקורת על התנהלותו של בית הדין למשמורת ראו עם זאת מאמרו של יובל לבנת "מעצרו ושחרורו לחופשי של הזר שסירב להזדהות" המשפט טו 227, 247-256 (תש"ע)). ההסדר הסטטוטורי החסר שהיה בתוקף בתקופה הרלוונטית לענייננו הותיר אפוא בידי שר הפנים שיקול דעת רחב במיוחד בכל העניינים הנוגעים להוצאת צו הגירוש והסובבים את החזקתו במעצר של מי שהוצא נגדו צו כזה (לשיקול הדעת הרחב המוקנה לשר הפנים באופן כללי בהפעלת סמכויותיו לפי חוק הכניסה לישראל ראו למשל בג"ץ 10533/04 ויס' נ' שר הפנים, פסקה 19 (טרם פורסם, 28.6.2011)). אך גם בתקופה שקדמה לתיקון מס' 9 וגם בהעדר טריבונל ייעודי והסדר סטטוטורי מקיף ומפורט בענייני הרחקה ומשמורת של השוהים שלא כדין בישראל, הפעיל בית המשפט הגבוה לצדק, כפי שכבר צוין, ביקורת שיפוטית על התנהלותו של שר הפנים בעניינים אלה. כבר בשנת 1954 פסק בית המשפט הגבוה לצדק בבג"ץ 199/53 פלוני נ' שר

הפנים, פ"ד ח 243 (1954) לעניין הפעלת סמכותו של שר הפנים על-פי סעיף 13 לחוק הכניסה לישראל כי "... [צו גירוש ומעצר... אשר נראה על פניו כשורה מבחינה חוקית ביום הוצאתו, נעשה פסול ומאבד את תקפו אם לאמיתו של דבר מוחזק העציר במעצר לא לשם גירוש כי אם למטרה אחרת, או אם וכאשר מוכח שהשלטונות הממונים על ביצוע הגירוש אינם נוקטים בכנות, ביעילות ובזריזות, תוך זמן מתקבל על הדעת במסיבות המיוחדות של כל מקרה ומקרה בצעדים ובאמצעים הדרושים לביצוע הגירוש...] (שם, 247). עוד הודגש בפסיקתו של בית המשפט הגבוה לצדק כי אף שלשר הפנים נתון שיקול דעת רחב על-פי חוק הכניסה לישראל ואף שעל-פי סעיף 9(ב) לחוק לתיקון סדרי המינהל (החלטות והנמקות), תשי"ט-1958 אין עליו חובה לנמק את החלטותיו לפי חוק זה (למעט החריג הקבוע שם), אין מדובר בפעולה שלטונית הפטורה לחלוטין מביקורת שיפוטית (ראו: בג"ץ 482/71 קלרק שר הפנים, פ"ד כז(1) 113, 117 (1972); בג"ץ 209/73 עודה (לאפי) נ' שר הפנים, פ"ד כח(1) 13, 17 (1973); בג"ץ 100/85 בן ישראל נ' מדינת ישראל, פ"ד לט(2) 45, 47 (1985)). גישה זו לפיה חרף שיקול הדעת הרחב המסור לשר הפנים על-פי חוק הכניסה לישראל אין מדובר בסמכות ללא גבול ויש להפעילה במסגרת מטרות החוק המסמיך, התפתחה ונתחדדה עד למיצוב הכלל לפיו "השיקולים הכלליים הפוסלים כל שיקול-דעת מינהלי, פוסלים גם את שיקול-דעתו של שר הפנים לעניין גירושו של אדם מישראל" (בג"ץ 282/88 עווד נ' ראש הממשלה ושר הפנים, פ"ד מב(2) 424, 434 (1988); ראו גם: בג"ץ 3648/97 סטמקה נ' שר הפנים, פ"ד נג(2) 728, 770 (1999); דברי כב' השופט מ' חשין בבג"ץ 758/88 קנדל נ' שר הפנים, פ"ד מו(4) 505, 527-528 (1992); בג"ץ 3403/97 אנקין נ' משרד הפנים, פ"ד נא(4) 522, 525-526 (1997)).

העקרונות אשר לאורם על רשויות המדינה להפעיל את סמכות המעצר מכוח חוק הכניסה לישראל ומכוח הצו למניעת הסתננות נטבעו אם כן בתקופה הרלוונטית לענייננו - טרם תיקון מס' 9 לחוק הכניסה לישראל והתיקונים בצו בדבר מניעת הסתננות - בפסיקתו של בית המשפט הגבוה לצדק. תמציתם של עקרונות אלה היא כי המעצר טרם גירוש נועד להבטיח את האפקטיביות של צו הגירוש ואינו בא לשרת כל מטרה עונשית או הרתעתית, וכי בהפעלת סמכות המעצר, כבהפעלתה של כל סמכות שלטונית, על המדינה לנהוג במידתיות, במובן זה שאם הגירוש אינו מתבצע תוך זמן סביר, ניתן להצדיק את המשך המעצר רק אם קיים חשש כי תכלית הגירוש לא תוגשם, למשל משום שהמגורש יימלט או משום שבהיותו משוחרר קיים חשש כי הוא יפגע בביטחון הציבור ובשלומו. עוד נקבע כי החזקתו של המיועד לגירוש אינה חייבת להיות בתנאי מעצר ויש לשקול לגביו דרכי החזקה התואמות את מטרת החזקתו. הנה כי כן, למרות ההסדר החסר שהיה קבוע בחוק הכניסה לישראל טרם תיקון מס' 9, לא

איפשר בית המשפט הגבוה לצדק מעצר "לנצח" ללא הגבלת זמן של השוהים בישראל שלא כדין (ראו עניין בן ישראל, 152) וקבע כבר אז כי בהקשר זה "... יש צורך לאזן בין צורכי ביטחון הציבור ושלומם מזה, לבין חירותו של הפרט מזה, ויש לבחור באמצעי שפגיעתו בחירות היא במידה שאינה עולה על הנדרש" (פסק הדין בעתירה הראשונה, 851).

27. הסדר נורמטיבי נוסף אשר לו חשיבות לענייננו הוא אמנת הפליטים. אמנה זו אשר נתקבלה לאחר תום מלחמת העולם השנייה, הגדירה לראשונה את המונח "פליט" כאדם הנמצא מחוץ לארץ אזרחותו בשל פחד מבוסס להיות נרדף מטעמי גזע, דת, אזרחות, השתייכות לקיבוץ חברתי מסוים או להשקפה מדינית מסוימת, ואינו יכול להיזקק להגנתה של אותה ארץ או אינו רוצה בכך בשל הפחד האמור (ראו סעיף 1(2) לאמנה). תחילה הוגבלה ההגדרה לאדם הנמצא מחוץ לארץ אזרחותו בשל מאורעות שאירעו לפני יום 1.1.1951, אך בפרוטוקול הנלווה לאמנה משנת 1967 בוטלה הגבלה זו. האמנה עיגנה את זכויותיו של מי שהוכר כפליט ואחת הזכויות המרכזיות שנקבעו בה נוגעת לעיקרון ה-Non-Refoulement לפיו לא ניתן לגרש או להחזיר פליט אל מקום שבו יהיו חייו או חירותו נתונים בסכנה מטעמי גזע, דת, אזרחות, השתייכות לקיבוץ חברתי מסוים או להשקפה מדינית מסוימת (ראו סעיף 33 לאמנה). כמו כן מסדירה האמנה סוגיות שונות הנוגעות למעמדם המשפטי של פליטים, לרבות מעמד אישי, זכות ההתאגדות, גישה לבתי משפט, עבודה בשכר וזכויות רווחה לרבות שיכון, חינוך, תחיקת עבודה וביטחון סוציאלי ועוד.

מדינת ישראל, אשר הייתה בין עשרים ושש המדינות שנציגיהן נטלו חלק בניסוח האמנה, חתמה עליה בשנת 1951 ואשררה אותה בשנת 1954 (כתבי אמנה 65, 5; לעניין זה ראו טלי קריצמן, אדריאנה קמפ "כינונו של משטר פליטים בישראל: בין מדינה לחברה אזרחית" העצמה במשפט 55, 64 (גיא מונדלק ומימי אייזנשטט עורכים, 2008) (להלן: קריצמן וקמפ)). בהמשך אף הצטרפה מדינת ישראל אל הפרוטוקול בדבר מעמדם של פליטים משנת 1967 (כתבי אמנה 690, 23). אולם, עד היום לא נחקק חוק המאמץ אל המשפט הישראלי את הוראות האמנה. על כן, ובהיות האמנה התחייבות במישור הבינלאומי ההסכמי, אין היא מהווה חלק מן המשפט הפנימי החל בישראל. יחד עם זאת, נקבעה בפסיקה חזקה פרשנית, לפיה קיימת התאמה בין חוקי המדינה לבין נורמות של המשפט הבינלאומי המחייבות את מדינת ישראל. על כן, חוקי המדינה יתפרשו - ככל הניתן - באופן העולה בקנה אחד עם הדין הבינלאומי (ראו: דנ"פ 7048/97 פלוני נ' שר הביטחון, פ"ד נד(1) 721, 742-743, 767 (2000); בג"ץ 4542/02 עמותת "קו לעובד" נ' ממשלת ישראל, פ"ד סא(1) 346, 386 (2006); תומר

ברודי "מעמדו של המשפט הבינלאומי במשפט המדינתי" משפט בינלאומי 69, 72-74 (רובי סיבל עורך, מהדורה שנייה, תש"ע). המדינה בטיעוניה אף אינה כופרת בצורך לכבד את הוראות האמנה, בכפוף להוראות הדין הפנימי הישראלי, ומציינת כי היא מכבדת את האמנה ופועלת ליישומה ובפרט בכל הנוגע לסעיף 33 שבה, הקובע את עיקרון ה-Non-Refoulement הנזכר לעיל. זאת, מתוך הכרה בכך שזהו כלל של המשפט הבינלאומי המינהגי (לעניין זה ראו: יפה זילברשץ "חופש התנועה: כניסה למדינה, שהות בה והיציאה ממנה" משפט בינלאומי 221, 230 (רובי סיבל עורך, מהדורה שנייה, תש"ע); *The 1951 Convention Relating to the Status of Refugees and its 1967 Protocol; A Commentary* 1343-1346 (Andreas James C. Hathaway "Leveraging Zimmermann ed., 2011); אך ראו והשוו James C. Hathaway "Leveraging Zimmermann ed., 2011); *Asylum* 45 *Tex. Int'l L.J.* 503 (2010). המשיבים אינם מסתפקים בכך וטוענים כי האמנה כולה "הוכרה זה מכבר כחלק מהמשפט הבינלאומי המינהגי, ועל כן הוראותיה מחייבות את המדינה כחלק מהדין הפנימי המחייב". מבלי לקבוע מסמרות לעניין זה, דומה כי המשיבים לא הצליחו לבסס את טיעונם זה באסמכתאות מתאימות והמאמר היחיד אליו הפנו בהקשר זה (Rainer Hofmann "Asylum and Refugee Law" *The Legal Position of Aliens in National and International Law* 2045 (Jochen Abr. Frowein, Torsten Stein (Hrsg.) eds., 1987) מדגיש אומנם כי הגדרת המונח "פליט" ועיקרון ה-Non-Refoulement באמנה הפכו לחלק מכללי המשפט המינהגי, אך קשה למצוא בו תימוכין של ממש למסקנה הגורפת לפיה אמנת הפליטים כולה הפכה לחלק מכללים אלה.

28. בתקופה הרלוונטית לענייננו, ולמעשה עד היום, לא קיים בישראל הסדר סטטוטורי מיוחד לטיפול בעניינם של מבקשי מקלט ופליטים (ראו מבקר המדינה - דוח שנתי 358 לשנת 2007 ולשנת הכספים 2006, עמ' 97, 103 (מאי 2008)). קשה להאמין אך עד שנת 2001 אף לא נקבעו בישראל נהלים פנימיים מסודרים לטיפול בעניינים אלה. משכך, הנציגות של נציבות האו"ם לענייני פליטים בישראל היא זו אשר טיפלה בבקשות לקבלת מעמד של פליט בישראל, תוך תיאום עם המשרד הראשי של נציבות האו"ם לענייני פליטים בז'נבה (ראו: קריצמן וקמפ, 64-65; ענת בן-דור, רמי אדוט מדינת ישראל - מקלט בטוח? בעיות בטיפול של מדינת ישראל בפליטים ובמבקשי מקלט 22 (דו"ח ונייר עמדה של הפקולטה למשפטים באוניברסיטת תל-אביב בשיתוף עם עמותת רופאים לזכויות אדם, 2003) (להלן: מדינת ישראל - מקלט בטוח?). על-פי הכתיבה האקדמית בנושא, תהליך המיון של הפליטים על-ידי הנציבות ארך כשנתיים ימים בממוצע אך לעתים גם יותר מכך, וזאת מן הטעם שנדרש תיאום בין נציבות האו"ם לענייני פליטים בז'נבה לבין משרד הפנים אשר העניק את המעמד הלכה

למעשה (ראו קריצמן וקמפ, 65). במהלך תקופת ההמתנה הוענק עם זאת למבקשי המקלט על-ידי נציב האו"ם לפליטים מסמך המאשר כי הם נמצאים תחת הגנתו וממתינים להכרעה. לאחר שמבקש מקלט הוכר כפליט, הוענקה לו בדרך כלל תושבות זמנית למשך שנה אשר הוארכה מעת לעת (ראו מדינת ישראל - מקלט בטוח? 22-23; לפירוט הבקשות להכרה במעמד פליט ומבקש מקלט בישראל מאז 1998 לפי שנה וארץ מוצא ראו שלמה אבינרי, ליאב אורגד, אמנון רובינשטיין התמודדות עם הגירה גלובלית: מתווה למדיניות הגירה לישראל 48 (רות גביזון עורכת, נייר עמדה של מרכז מציל"ה, 2009) (להלן: התמודדות עם הגירה גלובלית)).

שנת 2001, שבה נחקק תיקון מס' 9 לחוק הכניסה לישראל, הייתה שנת מפנה גם בכל הנוגע לטיפול בעניינם של מבקשי מקלט ופליטים, ובה נקבעו לראשונה על-ידי משרד הפנים נהלים מסודרים לטיפול במבקשי מקלט ובפליטים. נוהל זה ("נוהל הסדרת הטיפול במבקשי מקלט בישראל") הופעל על-ידי משרד הפנים מאז שנת 2002 לאחר שגובש על-ידי צוות בין-משרדי בראשות המשנה ליועץ המשפטי לממשלה דאז, עו"ד מני מזוז, בשיתוף ובתיאום עם נציבות האו"ם לענייני פליטים (ראו קריצמן וקמפ, 65). על החשיבות שבקביעת נהלים לטיפול בבקשות של מבקשי מקלט באופן שיאפשר את מימוש מחויבויותיה של מדינת ישראל לפי אמנת הפליטים עמדה כב' הנשיאה ביניש בבג"ץ 7302/07 מוקד סיוע לעובדים זרים נ' שר הביטחון (טרם פורסם, 7.7.2011) (להלן: עניין מוקד סיוע לעובדים זרים), באומרה:

"נציבות האו"ם לפליטים מצאה במהלך השנים להדגיש עמדתה באשר לחשיבות שבקביעת הסדרים פרוצדוראליים שונים שיאפשרו טיפול ראוי ואפקטיבי בבקשות מבקשי מקלט ממדינות שונות, תוך קביעת קווים כלליים מנחים שיסייעו למדינות העולם ביישום הוראות אמנת הפליטים בהיבטים הנוגעים, בין היתר, להגדרת המונח פליט והליכי הטיפול במבקשים כי יוענק להם מעמד כאמור. בהתאם לכך, אף אימצו מדינות רבות הסדרים שונים הנשענים בין היתר על עקרונות אלה, ובכך אין תמה שכן אין ספק כי קביעה של נהלים ודרכי טיפול בזרים החוצים גבולות שלא כדין והאפשרות שיש ביניהם מבקשי מקלט מחייבת הבאה בחשבון של כללים וסטנדרטים בינלאומיים המתבססים על אמנת הפליטים" (שם, פסקה 13).

עיקר החידוש בנוהל מ-2001 התבטא בהגברת מעורבותן של רשויות המדינה בהליך הטיפול בבקשות המקלט (לפרטיו של הנוהל האמור ולשלבי הטיפול על-פיו ראו: מדינת ישראל - מקלט בטוח? 27-28; קריצמן וקמפ, 65-66). בסעיף 6 לאותו

הנוהל, אליו הפנה בית משפט קמא, נקבע כי "מדינת ישראל שומרת לעצמה את הזכות שלא לקלוט בישראל ולא להעניק אשרת שהיה בישראל לנתיני מדינות אויב או מדינות עוינות - כפי שייקבעו מעת לעת על-ידי הרשויות המוסמכות, וכל עוד הן במעמד זה, ושאלת שחרורם בערבות תיבחן בכל מקרה לגופו, בהתאם לנסיבות, עפ"י שיקולי ביטחון. ישראל מעריכה את הודעת הנציבות כי עד להסדר פוליטי כולל באזורנו ייעשה על ידה כל מאמץ למצוא לפליטים ארץ מקלט במדינה אחרת". עוד נקבע בנוהל האמור (בסעיף 7) כי הטיפול בבקשות למקלט מדיני ייעשה בהתאם לדין בישראל ובשים לב למחויבויותיה של המדינה לפי אמנת הפליטים והפרוטוקול.

להשלמת התמונה יצוין כי בינתיים נכנס לתוקף ביום 2.1.2011 נוהל חדש ומפורט לטיפול במבקשי מקלט בישראל ובמי שהוכרו כפליטים על-ידי שר הפנים מכוח אמנת הפליטים והפרוטוקול. הנוהל החדש מבטא שינוי בסיסי בתפישה ככל שהדבר נוגע לגורם המטפל בבקשות המקלט, שכן הסמכות למיין, לסנן ולבחון בקשות אלה עם הגשתן הועברה מנציבות האו"ם לפליטים אל רשויות המדינה (תהליך הדרגתי בעניין זה החל עוד קודם לכן; ראו התמודדות עם הגירה גלובלית, 70-71 ה"ש 119). בפתח הנוהל מצוין כי הוראותיו אינן גורעות מסמכויותיו של שר הפנים לפי חוק הכניסה לישראל, אך נקבע בו כי לא יורחקו מישראל שוהים שלא כדין אשר הגישו בקשה למקלט מדיני, וזאת עד לקבלת ההחלטה המינהלית הסופית בבקשתם. סעיפים 6 ו-7 לנוהל הקודם, אותם פירטנו לעיל, מצאו את מקומם גם בנוהל החדש. עוד צוין בנוהל החדש כי אין בו "כדי לגרוע מההלכה הפסוקה, לפיה אין לגרש אדם למקום שבו צפויה לו סכנת נפשות על פי עיקרון Non-Refoulement".

מן הכלל אל הפרט

29. בהינתן התשתית הנורמטיבית אותה פירטנו לעיל, ככל שהיא מתייחסת לתקופה הרלוונטית לענייננו, יש לבחון על רקע תשתית זו האם התנהלות המדינה ביחס למשיבים 1-7 עומדת בסטנדרטים של סבירות מנקודת הראות של דיני הנזיקין והאם צדק בית משפט קמא בקובעו כי המדינה התרשלה משום שהחזיקה אותם במעצר לתקופה העולה על שישה חודשים ועליה לפצותם בשל כך. מנגד יש לבחון את טענת המשיבים 1-7 כי החזקתם במעצר למן היום הראשון שבו נתפסו עולה כדי התרשלות מצד המדינה ועל כן יש לפצותם בגין מלוא תקופת המעצר וכן בגין התנהלותה מאז שחרורם מן המעצר בשנת 1995 ועד הרחקתם מישראל (אחרון המשיבים עזב את ישראל בשנת 2002). כידוע, "סבירות התנהגותו של המזיק נבחנת לעולם על-פי הנתונים הקיימים בעת ההתרחשות, ולא בראייה שלאחר מעשה" (עניין עזבון המנוח חגי

יוסף ז"ל, פסקה 81; ראו גם ע"א 5604/94 חמד נ' מדינת ישראל, פ"ד נח(2) 498, 507 (2004)). ככל שאנו מבקשים למצוא בהוראות חוק הכניסה לישראל, במתכונתו טרם תיקון מס' 9, ובצו בדבר מניעת הסתננות שהיה תקף אותה עת, מקור המקרין על קביעתן של אמות מידה ראויות להתנהלותה של רשות סבירה בהקשר זה, עלינו לזכור את שכבר צוין כי ההסדרים הסטטוטוריים הללו היו אותה עת הסדרים חסרים אשר לא כללו הגבלה ברורה וחדה באשר למשך המעצר או הסדר מפורט בכל הנוגע לאפשרות של שחרור בערובה. עוצמתו של חסר זה מתחדדת ובולטת במיוחד אם משווים את ההסדר שהיה קיים במועד הרלוונטי להסדר המפורט והמקיף הקיים כיום בפרק הרביעי לחוק הכניסה לישראל. הנה כי כן, בתקופה שטרם תיקון מס' 9 לחוק הסמיך המחוקק את גורמי משרד הפנים לעצור אדם עד לביצוע צו הגירוש והעניק להם שיקול דעת רחב ביותר בעניין זה, מבלי שקבע סייגים, מגבלות או הנחיות מפורטות לגבי האופן שבו יש להפעיל את שיקול הדעת. עם זאת, גם בהינתן ההוראות הסטטוטוריות הכלליות והבלתי מפורטות הללו, מחויבת הייתה הרשות להפעיל את סמכותה באופן סביר לצורך הגשמת התכלית שלשמה נועדה ובאופן שאינו פוגע מעבר לנדרש בזכויות אדם. זאת על-פי העקרונות עליהם עמדנו לעיל, שנקבעו לעניין זה בפסיקתו של בית המשפט הגבוה לצדק. במונחים של עוולת הרשלנות ניתן לומר כי בהפעילה את הסמכות הסטטוטורית הנתונה לה בהקשר זה מוטלת הייתה על הרשות חובת זהירות לצפות כי פגיעה במידה העולה על הנדרש בזכויות יסוד של מי שכלפיו מופעלת סמכות זו, עלולה לגרום לנזק וכי בנסיבות מתאימות עשויה פגיעה כזו להיחשב כהתרשלות אשר בגינה תחויב הרשות לפצות את הנפגע על נזקיו (ראו והשוו ברק-ארז, עוולות חוקתיות, 192).

השאלה האם נפגעה במידה העולה על הנדרש חירותם של המשיבים 1-7 והאם יש למצוא התרשלות בהתנהלותה של הרשות בהקשר זה, תיבחן להלן תוך התייחסות לראיות שהובאו בבית משפט קמא. בראיות אלו נכללים גם מסמכים, כתבי בי דין ותצהירים מהליכים קודמים שהתנהלו בין הצדדים, אשר הוצגו בבית משפט קמא מתוקף ההסכמה הדיונית שהושגה ביניהם בהקשר זה ביום 10.12.2006.

30. כזכור, המשיבים 1-7 נתפסו ונעצרו עם כניסתם לישראל בחודשים אפריל-מאי 1994 (למעט המשיב 4 אשר נתפס ונעצר עוד בחודש נובמבר 1993). סמוך לאחר מכן, ביום 28.7.1994 פנה בא-כוח המשיבים אל מנהל מינהל האוכלוסין בבקשה לשחרר את המשיבים ממעצר ולהחיל לגביהם הסדר הדומה לזה שהושג לגבי שניים-עשר עצורים איראניים (ושני עצורים סודאניים) במסגרת בג"ץ 2651/92. על-פי הסדר זה, שוחררו אותם עצורים מן המעצר וניתן להם עד למימוש צו הגירוש רישיון ישיבה ורישיון

עבודה זמני בישראל (ראו עש/4/ג ו-ד; וראו באותו עניין גם סעיף 38 לעתירה הראשונה וסעיפים 98-104 לעיקרי הטיעון בעתירה זו). בתשובתו מיום 2.8.1994 מסר מנהל מינהל האוכלוסין לבא-כוח המשיבים כי העניין בטיפול, וכשבועיים לאחר מכן הגישו המשיבים את העתירה הראשונה לבג"ץ. במסגרת עתירה זו הודיעה המדינה ביום 29.9.1994 (עש/4/ו) כי "בשלב זה אין למשיבים ידיעה על מדינה כלשהי המוכנה לקלוט את העותרים אליה". עוד צוין כי בחודש ינואר 1994 מינה ראש הממשלה צוות בין-משרדי "לבדיקת נושא הטיפול במסתננים" בראשות מנהלת מחלקת הבג"צים דאז בפרקליטות המדינה, גב' נילי ארד. בדיוני הצוות, כך נמסר, נבחנו ההיבטים העקרוניים של הטיפול "בבעיית המסתננים" וכן היבטים פרטניים הנוגעים לעצורים השונים "לרבות תנאי מעצרם והאפשרויות למתן פתרון במקרים מסוימים". עמדת המדינה הייתה כי המשיבים "נחשבים כמסתננים לפי החוק למניעת הסתננות (עבירות ושיפוט)", התשי"ד-1954 וכי הם מוחזקים במעצר כדין מכוח חוק הכניסה לישראל והצו בדבר מניעת הסתננות. אשר לאפשרות לשחרר את המשיבים ממעצר, בדומה למהלך שבוצע בעניין בן ישראל ובעניינם של העצורים האיראניים, צוין בהודעת המדינה כי "בענייננו מדובר בכמה עשרות מסתננים ממדינת אויב, אשר הסיכון הביטחוני אשר יילקח עם שחרורם מן המעצר יהיה גדול הרבה יותר מכל המקרים שנדונו בעבר". עמדת המדינה הייתה, אפוא, כי יש לאפשר לצוות הבין-משרדי להשלים את עבודתו ויש לקוות כי זו תמצא מענה ראוי לבעיה במישור העקרוני "ואולי גם במישור הפרטני". עוד ציינה המדינה באותה הודעה כי "המשיבים עצמם פועלים בדרכים שונות לבחון אפשרויות לגירוש העותרים למדינות שונות, אך ניסיונות אלה לא הניבו עד כה פרי". המדינה אף הביעה חשש כי שחרורם של המשיבים בתחומי ישראל ללא פתרון ראוי לגירוש "עלול לעודד רבים אחרים ללכת בעקבותיהם על כל הסיכון הביטחוני הכרוך בכך". בהתאם לעיקרון ה-Non-Refoulement התחיבה המדינה עם זאת שלא לגרש את המשיבים למדינה בה יהיו צפויים לרדיפה בשל מוצאם, אמונתם, דתם וכדומה.

ביום 3.10.1994 התקיים דיון בעתירה הראשונה ובעקבותיו הוצא צו על תנאי (שצורף וסומן עש/4/ח). בחודש נובמבר 1994 הגישה המדינה תצהיר תשובה של מר יוסף טוב, אשר כיהן באותה עת כמנהל מינהל האוכלוסין (בפועל) במשרד הפנים (עש/4/ז). בתצהירו ציין מר טוב, בין היתר, כי הניסיונות הרבים שנעשו על-ידי רשויות המדינה ועל-ידי ארגונים בינלאומיים לאתר מדינה שתהא מוכנה לקלוט את המשיבים לא עלו יפה (סעיף 9 לתצהיר), אך לאחרונה אותרה מדינה ערבית שכנה שניתן לגרש אליה את המשיבים ושבה לפיה ההערכה לא צפויה להם סכנת רדיפה או סכנת חיים (לגבי שמה של אותה מדינה הוצאה תעודת חיסיון). כמו כן צוין בתצהיר כי

ברור למדינה שבהעדר ארץ יעד לגירוש המשיבים "יש צורך לערוך איזון בין מידת הסכנה הצפויה משחרורם של העותרים בתחומי ישראל... לבין זכותם של העותרים לילך חופשי" (סעיף 74 לתצהיר). בעקבות איזון האינטרסים שערכה המדינה על-פי האמור באותו תצהיר הוחלט כי ששת המשיבים אשר לגביהם "ידוע בבירור כי ביצעו פעילות עוינת כנגד ישראל, כמפורט בחוות הדעת של אגף המודיעין בצה"ל, ימשיכו להיות מוחזקים במעצר עד למימוש צווי הגירוש שהוצאו נגדם". בכל הנוגע ליתר המשיבים, ובהם המשיבים 1-7, צוין כי אלה "ימשיכו להיות מוחזקים במעצר למשך תקופה נוספת, שלא תעלה על מספר חודשים. במהלך תקופה זו ייעשה מאמץ לאתר עבורם ארץ יעד לגירוש, ובמקביל יבצע אגף המודיעין בצה"ל חקירה מקיפה לגבי מי מביניהם שיש לו עניין בכך, זאת לצורך גיבוש מידת הסכנה הצפויה משחרורם" (סעיף 75 לתצהיר). המשיבים, מצידם, ציינו בעיקרי הטיעון שהגישו בעתירה הראשונה כי הם מתנגדים לגירושם ללבנון וכן לירדן ולסוריה, אם כי חלקם הסכימו להיות מורחקים למצרים ולערב הסעודית (סעיפים 72-74 לעיקרי הטיעון).

31. על המאמצים שנעשו לאיתור מדינה אשר תיאות לקבל את המשיבים ניתן ללמוד, בין היתר, גם ממכתב אשר נשלח ביום 25.10.1994 מאת נציבות האו"ם לפליטים אל הגב' זינה הרמן, שכיהנה אז כקורספונדנט כבוד בישראל של הנציב העליון לפליטים של האו"ם. באותו מכתב הובעה תודת הנציבות על מאמציה הרבים של הגב' הרמן לקדם את שחרורם של המשיבים והבטחת שלומם בישראל וכן צוין באותו מכתב כי הרשויות בישראל ובייחוד משרד החוץ משתפים פעולה עם הנציבות לצורך מציאת פתרון לבעייתם של המשיבים (עש/6/ה). ואכן, מתצהיר שהוגש מאוחר יותר על-ידי הגב' הרמן (ראו עש/5 מיום 26.6.1996) עולה כי היא ראינה את המשיבים וביקרה אותם בכלאם; כי לגבי חלק מהם היא יצרה קשר עם המשרד של הנציב העליון לפליטים בעמאן, ואף עמדה בקשר מתמיד לגביהם עם המשרד הראשי של הנציב העליון לפליטים בג'נבה. עוד ציינה גב' הרמן באותו תצהיר כי עמדת המשרד הראשי של הנציב העליון לפליטים היא שמדינה החתומה על אמנת הפליטים, שהיא מדינה בטוחה ובה מדוברת שפתו של הפליט, צריכה לקלוט את הפליט בעצמה ולהעניק לו מקלט זמני עד למציאת פתרון קבוע (במכתב מאוחר יותר משנת 1999 מטעם הנציגות בישראל של נציבות האו"ם לפליטים צוין כי המשיבים הוכרו כפליטים "Sur Place" בשל העובדה שהם נכנסו לישראל מירדן (עש/4/א; וראו גם מכתבו של מר מיקי בבלי, קורספונדנט בישראל מטעם הנציב העליון לפליטים, מיום 31.7.2003 - עש/39).

אולם, חרף מאמציו לא מצא המשרד הראשי של האו"ם מדינה שתהא מוכנה לקלוט את המשיבים ובתצהירה הוסיפה וציינה הגב' הרמן בהקשר זה כי במטה הנציב העליון נאמר לה ש"קשה ביותר למצוא מדינה מחוץ למזרח התיכון שתקלוט פליטים מעיראק, בכלל, ולגבי אלה שברחו לישראל, בפרט, לא ניתן להבטיח את ביטחונם האישי במדינה ערבית כלשהי". במכתב נוסף מיום 21.2.1995 שהופנה מטעם הנציבות אל גב' הרמן, שבה הנציבות ומודה לגב' הרמן על מאמציה. כמו כן צוין באותו מכתב כי אין לגרש את המשיבים למדינה ערבית שכנה וכי גם יישובם מחדש במדינה כלשהי אינו פתרון רצוי, מסיבות שונות (עש/6/1). ביום 2.8.1995 כתבה גב' הרמן לבא-כוח המשיבים (עש/6/2) כי המטה בג'נבה מביע דאגה נוכח מעצרים הארוך של המשיבים, ומכך שאחד מן האזרחים העיראקיים (סאלח אל-טאי) ניסה לאבד עצמו לדעת. באותה פניה ציינה גב' הרמן כי ידוע לה שמציאת פתרון הוגן עבור המשיבים מעורר קושי וכי "המטה בג'נבה מתקשה למצוא מדינה שלישית שמוכנה להעניק להם מקלט פוליטי ולפי דעתם, עלינו לאפשר להם להישאר כאן באופן זמני (Temporary Asylum) עד למציאת סידורים סבירים עבורם" (להתכתבות נוספת בערוץ זה ראו עש/6/ט, עש/7/ה, עש/1/7).

32. לאחר שלוש ישיבות שהתקיימו בעתירה הראשונה (בשלב שלאחר הוצאת צו על תנאי) וכשנה לאחר שהוגשה, ניתן ביום 11.9.1995 פסק הדין בעתירה שאת עיקריו סקרנו לעיל. חלק מן הדיונים בעתירה התקיימו בדלתיים סגורות, ובנוכחות באי כוח הצדדים בלבד. כמו כן עיין בית המשפט במסגרת העתירה בחומר חסוי שהוצאה לגביו תעודת חיסיון, והקשור לסיכון הביטחוני הנשקף מן המשיבים. לאחר עיון באותו החומר נמסרה למשיבים בהוראת בית המשפט פרפראזה בנוסח הבא: "לעניין שישה מהעותרים, הפעילות העוינת המיוחסת להם הינה בעבור גורמי מודיעין עוינים; לעניין שאר העותרים, קיים חשד, ברמות ודאות שונות, לקשר עם גורמי מודיעין עוינים". כמו כן צוין בפסק הדין כי נעשה ניסיון להסדיר את הסוגיה השנויה במחלוקת בדרך מוסכמת, וכי הגורמים המוסמכים קיימו דיונים ובחנו את עמדותיהם ואף העלו הצעות שונות ובין היתר נבחנה במהלך תזכורת שהתקיימה ביום 10.8.1995, האפשרות לגרש את המשיבים לירדן בהנחה כי היא תסכים לקלוט אותם ותימנע מלגרשם לעיראק. חלק ניכר מן המשיבים הסכימו לאפשרות זו אך גם בעניין זה לא הושגה לבסוף הסכמה בין הצדדים. על כן סיכם בית המשפט את פסק דינו בקביעה כי על המדינה לחזור ולשקול, במהירות הראויה, את אפשרות גירושם של המשיבים מן הארץ וכי ככל שהגירוש לא יתממש, על המדינה לקבל במהירות הראויה החלטה באשר להמשך מעצרים, בהתאם לעקרונות שהותוו בפסק הדין.

33. בעקבות פסק הדין שניתן בעתירה הראשונה, התקיים ביום 22.10.1995 דיון במשטרת ישראל בראשות שר המשטרה ובנוכחות שורה ארוכה של גורמים הנוגעים בדבר, ובו נבחן עניינם של המשיבים וכן עניינם של תושבי מדינות ערב אחרים שהוחזקו במשמורת מכוח חוק הכניסה לישראל (בסך הכול מדובר היה בקבוצה של 43 אנשים). מסיכום הדיון (עש/4) עולה כי שר המשטרה הציע להעביר חלק מן המשיבים לתחומי הרשות הפלסטינית, בהסכמתם, ובתנאי שהרשות תתחייב לשמור על ביטחונם ולא להעבירם לעיראק. צוין כי 18 מתוך 32 האזרחים העיראקיים הסכימו לעבור לתחומי הרשות, אך זו חזרה בה מההסכמתה לקלוט אותם "על רקע אי שחרור כל האסירות הביטחוניות". על כן, הועלתה באותו שלב על דעת ראש הממשלה הצעה לבדוק את אפשרות שחרורם "לשטח ישראל עד שיימצא פתרון ע"י גירושם למדינה אחרת בהתאם לנוהלי הדין הבינלאומי". נציג השב"כ ציין באותו דיון כי המלצתו היא שלא לשחררם לשטח ישראל ומכל מקום ביקש להסב את תשומת הלב לכך ששישה מבין המשיבים חשודים כי נשלחו לישראל לצורך ריגול. עו"ד אורית קורן, מטעם פרקליטות המדינה, הוסיפה ואמרה באותו הדיון, בין היתר:

"לשאלת כבוד שר המשטרה מי הגוף המוסמך לשחרר או לגרש כלואים אלה. העניין עד היום אינו מוסדר ולכן מונתה ועדה בראשות גב' נילי ארד לקבוע את הגוף המוסמך להורות על גירוש מסתננים. ...".

בהקשר זה לא למותר לציין כי מסקנותיה של הוועדה הבין-משרדית אשר מונתה על-ידי ראש הממשלה "לבדיקת נושא הטיפול במסתננים" לא הוצגו בפני בית משפט קמא ובשלב גילוי המסמכים צוין מסמך זה כמסמך חסוי (לגבי חוסר הבהירות שהיה קיים לגבי הגורם המוסמך והמתאים לטפל בנושא ראו גם מכתבו של שר הפנים מיום 17.1.1996 - נספח 26א לסיכומי המשיבים; וכן "סיכום דברים בין שר הפנים והשר לביטחון פנים מיום 5.2.96" ומכתבו של שר הפנים מיום 21.2.1996 - נספח 25 לסיכומי המשיבים).

היועץ המשפטי של חיל המודיעין, מצידו, הסב את תשומת לב הנוכחים בישיבה לכך שמבחינת אגף המודיעין (אמ"ן) אין לשלול אפשרות "שכל הכלואים האלה נשלחו לישראל לצרכי ריגול. הכלואים נחקרו על ידינו באופן רדוד ולכן החשש לגבי השישה שנשלחו לצרכי ריגול חל גם לגבי שאר הכלואים". נציג השב"כ הוסיף כי "שב"כ שקל והחליט שלא לחקור את הכלואים האלה". ואילו גב' אראלה הדר ממשרד החוץ ציינה כי:

"נכון להיום אף מדינה לא מוכנה לקלוט את הכלואים.
נעשה ניסיון לבדוק אצל [ה]אוסטרלים אפשרות גירושם
לאוסטרליה, אך משהו בארגון הבינלאומי דאג להכשיל
את הנושא. ...".

בסיכום אותה ישיבה נקבע, בין היתר, כי שירות בתי הסוהר יעביר סקירה
אודות כל כלוא ליועצת המשפטית של משרד המשטרה, אשר תעביר את הסקירות
לבדיקת אגף המודיעין והשב"כ על-מנת שיבחנו האם ישנה סכנה משחרורם בתוך שטח
ישראל; והשב"כ והמשטרה יקבעו תנאים ביטחוניים לשחרור בנוסף לתנאים שדורש
משרד הפנים בהקשר זה (ראו גם מכתביו של מר יהודה שי, סגן רמ"ט לענייני שב"ס,
מיום 22.10.1995 - עש/4).

זמן קצר לאחר אותה ישיבה, ומשהתברר כי אין אפשרות באותו שלב להרחיק
את המשיבים 7-1 מישראל למדינה המוכנה לקלוט אותם, הם שוחררו מן המעצר (ביום
5.11.1995).

34. המסקנה העולה מבחינת המסמכים והראיות הצריכים לעניין היא כי המדינה
פעלה בכל האמצעים שעמדו לרשותה אותה עת על-מנת למצוא מדינה מתאימה אליה
ניתן יהיה לגרש את המשיבים 7-1, תוך שמירה על עיקרון ה-Non-Refoulement
אשר אליו ראתה עצמה מחויבת וככל הניתן תוך תיאום ושיתוף פעולה עם המשיבים
עצמם. מאמצים אלה דווחו באופן שוטף לבית המשפט הגבוה לצדק במסגרת העתירה
הראשונה ומתוך הודעות אלה וכן מסקירת המסמכים והראיות שפורטו לעיל עולה כי
המאמצים למצוא מדינה מתאימה שתקלוט את המשיבים 7-1 נתקלו בקשיים לא
מבוטלים ועל כן נמשכו זמן רב. בזכרנו את הכלל לפיו לעולם יש לבחון את סבירות
התנהגותו של הנתבע בנזיקין על-פי הנתונים הקיימים בעת ההתרחשות ולא בראייה
שלאחר מעשה, ובהינתן מכלול האילוצים והנסיבות המפורטים לעיל וכן בהתחשב
בעובדה כי הגורמים הנוגעים בדבר נדרשו לפעול בעניין זה בהעדר תשתית נורמטיבית
ברורה ומוסדרת מבחינת הדין הפנימי הישראלי, אינני סבורה כי יש למצוא התרשלות
באופן אשר בו התנהלו גורמים אלה בתקופה הרלוונטית כדי להכשיר את הקרקע
למימוש צו הגירוש שהוצא לגבי המשיבים 7-1.

אשר להחזקתם של המשיבים 7-1 במעצר עד ליום 5.11.1995. בית משפט קמא
כרך את קביעתו בדבר אי סבירות משך המעצר שבו היו משיבים אלה נתונים עם פרק
הזמן הסביר אשר נדרש לשיטתו לצורך חקירתם, ואותו העמיד על שישה חודשים.
גישה זו שגויה בעיני, ויש להבדיל בהקשר זה בין מעצר לצרכי חקירה משטרתית ובין

מעצר הנלווה לצו גירוש או משמורת הנלווית לצו הרחקה על-פי הטרמינולוגיה הנקוטה מאז תיקון מס' 9 לחוק הכניסה לישראל. חקירתו של מי שנתפס שוהה בישראל שלא כדין ועל אחת כמה וכמה מי שהגיע ממדינת אויב, היא מהלך מתבקש ואולי אף הכרחי, אך המשך החזקתו במעצר לאחר מיצוי אותה החקירה אינו נגזר מצורכי החקירה אלא מן הצורך להבטיח כי ניתן יהיה לבצע את צו הגירוש שהוצא בעניינו וכן מן הצורך להגן על ביטחון הציבור ושלומו. עמדת המדינה בהקשר זה, כפי שהוצגה במסגרת העתירה הראשונה, הייתה כי עד שתימצא מדינה אשר תסכים לקלוט את המשיבים 7-1, מן הראוי להותירם במעצר. כך, למשל, ציינה המדינה בהודעה שהגישה לבג"ץ בחודש ספטמבר 1994 כי "הסיכון הביטחוני אשר יילקח עם שחרורם [של המשיבים] מן המעצר יהיה גדול הרבה יותר מכל המקרים שנדונו בעבר". עמדה זו שהציגה המדינה במהלך התקופה שבה הייתה העתירה הראשונה תלויה ועומדת, יש בה טעם על פניה בהינתן העובדה כי מדובר באזרחי עיראק, שהיא מדינת אויב, אשר שנים ספורות קודם לכן פתחה במלחמה בין היתר נגד מדינת ישראל (מלחמת המפרץ), והיא גובשה לאחר שהמדינה הפעילה שיקול דעת וקיבלה הערכות מאת גורמי המודיעין. הערכות אלה אף הוצגו בפני בית המשפט הגבוה לצדק בדיונים שהתקיימו בעתירה. משלא הורה בית המשפט על שחרור מי מהמשיבים באותו שלב, ואף לא במסגרת פסק הדין שניתן בעתירה הראשונה בסופו של יום, רשאית הייתה המדינה להניח כי עמדתה זו, הנסמכת על שיקול הדעת הרחב המסור לה בעניינים אלה, היא עמדה סבירה וכי אין מנוס מהמשך המעצר לאורך תקופה זו על-מנת להבטיח את ביצוע צווי הגירוש ועל-מנת לנטרל את פוטנציאל הסיכון הנשקף מן המשיבים בתקופת הביניים.

כזכור, שוחררו המשיבים 7-1 בסופו של דבר לחלופות מעצר בחודש נובמבר 1995, דהיינו כחודשיים לאחר הינתן פסק הדין בעתירה הראשונה. מן הסקירה העובדתית שפורטה לעיל עולה כי לאחר מתן פסק הדין נערכה בדיקה רצינית ומקיפה בהשתתפות כל הגורמים הנוגעים בדבר על-מנת לבחון אפשרויות שונות למימוש צו הגירוש ובהן גם הרחקה אל תחומי הרשות הפלסטינית. עוד עולה מאותה סקירה כי משכשלו כל המאמצים למימוש הצו באותו שלב, ובהינתן חלוף הזמן וההוראות שהורה בית המשפט הגבוה לצדק בפסק הדין הנ"ל, נשקלה אפשרות השחרור בתנאים של המשיבים או מי מהם בתחומי ישראל. על-פי הערכות גורמי המודיעין אשר נשקלו ונבחנו בהקשר זה, נקבעה באותו שלב ומטעמים ביטחוניים, הבחנה בין ששת המשיבים אשר הוחשדו כי נשלחו לישראל לצורכי ריגול לאחר מגע עם גורמי מודיעין עוינים, לבין המשיבים 7-1 אשר לגביהם האינדיקציות בהקשר זה היו ברמות ודאות פחותות. הבחנה זו בין ששת המשיבים לבין המשיבים 7-1 מלמדת אף היא על כך שהמדינה שקלה ובדקה את הסוגיה באופן ראוי לצורך קבלת ההחלטה בעניין שחרור

המשיבים או מי מהם בתחומי מדינת ישראל עד למימוש צו הגירוש. בנסיבות אלה כולן אני סבורה כי אין מקום לייחס למדינה התרשלות גם באשר למשך המעצר בתקופה שמאז מתן פסק הדין בעתירה הראשונה ועד לשחרור המשיבים 1-7 כחודשיים לאחר מכן, בתנאים שנקבעו.

35. שאלת זכאותם של המשיבים להיחשב כפליטים או כמבקשי מקלט לעניין תחולת אמנת הפליטים לא הוכרעה בעתירה הראשונה (וראו לעניין זה גם ההחלטה בדנג"ץ 5974/95). בית משפט קמא אף הוא לא ראה צורך להכריע בשאלה זו ומן החומר המצוי בתיק אין אפשרות ואף אין זה ראוי בשלב הערעור להגיע למסקנות נחרצות בהקשר זה. משלא הוכרע כי אכן מדובר בפליטים או במבקשי מקלט כמובנם באמנה, אין מקום לבחון במקרה דנן את התנהלותה של המדינה לעניין עוולת הרשלנות על-פי סטנדרטים שהותוו באמנת הפליטים. עם זאת ראוי לציין כי טיעוני הצדדים בסוגיית ההכרה במשיבים כפליטים או כמבקשי מקלט הציפו בעיות לא מבוטלות הנוגעות לטיפול בעניינים אלה בישראל. סוגיה מורכבת זו והצורך בקביעת הסדר סטטוטורי מפורט ומקיף לטיפול בה נותרו רלוונטיים ואולי ביתר שאת כיום נוכח התופעה המתרחבת והולכת של אנשים המסתננים לישראל ושל אנשים המבקשים בה מקלט. יש להצטער על כך שבמשך שנים לא זכתה בעיה זו לטיפול מערכתי, סדור ושיטתי וכן על כך שעד שנת 2001 לא הותקנו אף לא נהלים פנימיים לצורך טיפול בנושא. יש לקוות כי עתה, ונוכח ממדי התופעה בייחוד בגבול שבין מצרים לישראל, תוקדש תשומת הלב הראויה לצורך הקיים בהנחת תשתית נורמטיבית הולמת אשר יהא בה משום מענה לשאלות המורכבות העולות בהקשר זה (בעניין זה ראו: בג"ץ 212/08 מוקד סיוע לעובדים זרים נ' שירות בתי הסוהר (טרם פורסם, 6.2.2008); בג"ץ 6312/10 קו לעובד נ' הממשלה (טרם פורסם, 16.1.2011); יובל לבנת "פליטים, מעסיקים, ופתרונות מעשיים" בבג"ץ: בעקבות בג"ץ 6312/10 קו לעובד נ' הממשלה" משפטים על אתר ג 23 (תשע"א); עניין מוקד סיוע לעובדים זרים; ראו גם מסמכי המחקר של ד"ר גלעד נתן: הטיפול במסתננים מגבול מצרים (הכנסת-מרכז המחקר והמידע, 26.5.2010); סוגיות הקשורות במסתננים ומבקשי מקלט מאפריקה השוהים בישראל (הכנסת-מרכז המחקר והמידע, 21.11.2010); וכן התמודדות המדינה עם מסתננים ומבקשי מקלט הנכנסים לישראל מגבול מצרים והטיפול בהם (הכנסת-מרכז המחקר והמידע, 25.1.2011)).

פיצוי המשיבים 7-1 בגין אי-הסדרת מעמדם לאחר שחרורם

36. בערעור שכנגד מעלים המשיבים 7-1 את הטענה כי שגה בית משפט קמא בדחותו את טענותיהם לעניין התרשלות המדינה בכל הנוגע לאי הסדרת מעמדם בישראל בתקופה שלאחר שחרורם מן המעצר ועד עזיבתם את הארץ (טענות אלו אינן מתייחסות לששת המשיבים, אשר שוחררו לקיבוצים ושהו שם עד לגירושם מבלי שהתעוררו בעניין זה בעיות כלשהן). בפסק דינו דחה בית משפט קמא את טענות המשיבים 7-1 בהקשר זה, בקובעו כי לא תבעו בגינו בכתב התביעה פיצוי בסכום מוגדר. עוד קבע בית המשפט כי גם לגופו של עניין דין הטענה להידחות, בציינו כי במועד שחרורם מן המעצר הוסדר עניינם, הם שוחררו לעבודה אצל מעסיקים שונים והמדינה יכולה הייתה לצפות שהם יעבדו ויתפרנסו עד גירושם מן הארץ. כמו כן קבע בית המשפט כי לא הוכחה טענת המשיבים 7-1 לפיה הם עבדו בתנאים מחפירים, וכי מכל מקום לא ניתן לקבוע כי המדינה התרשלה או הפרה חובה כלשהי כלפיהם בכך ששחררה אותם לעבוד דווקא אצל אותם מעסיקים ספציפיים. בית המשפט סבר כי העובדה שהמשיבים 7-1 בחרו לעזוב את המעסיקים אליהם שוחררו, תוך הפרת תנאי השחרור שלהם, אינה מקנה להם עילת תביעה.

הנימוק הנוגע לאי כימות הנזק, אותו ציין בית משפט קמא, הוא נימוק המעורר קושי נוכח ההחלטות שניתנו במסגרת קדם המשפט מיום 6.9.1999 ומיום 29.11.1999 על-ידי כב' השופט ברוש. אולם, אין בכך כדי להועיל למשיבים 7-1 משום שדין טענותיהם בהקשר זה להידחות לגופם של דברים מן הטעמים שמנה בית משפט קמא. אכן, בהתחשב בכך שהמשיבים 7-1 בחרו לעזוב מיוזמתם את מקומות העבודה שהוסדרו עבורם תוך הפרת ההתחייבויות שנטלו על עצמם בהקשר זה; בהתחשב בכך שב"זמן אמת" לא נשמעה מפיהם תלונה כי כך נהגו בשל תנאי עבודה בלתי הולמים; בהתחשב בכך שעל-פי מכתבו של אחד המעסיקים, שהאמור בו לא נסתר, מדובר בפעולה מאורגנת מצד המשיבים ואחרים (ראו מכתבה של ס. נופי ובניו בע"מ מיום 10.12.1995 - נספח 6 מטעם המדינה); ובהתחשב בכך שעל-פי דברי אותו מעסיק שלא נסתרו, עו"ד ריש עצמו אף ציין בפניו כי אין מניעה לפטרם בעקבות כך, נראה כי אין לייחס למדינה אשם או התרשלות בשל מצב הדברים שאליו נקלעו המשיבים 7-1 לאחר שחרורם מן המעצר.

37. מכל הטעמים המפורטים לעיל, אציע לחבריי לקבל את ערעור המדינה, לבטל את פסק דינו של בית משפט קמא, ולדחות את הערעור שכנגד.

עוד אציע לחבריי שלא לעשות צו להוצאות בנסיבות העניין.

ש ו פ ט

השופט י' עמית:

אני מסכים לחוות דעתה המקיפה של חברתי השופטת חיות.

כפי שציינה חברתי בפסקה 24 לחוות דעתה, אין שוויון מתמטי בין סמכות סטטוטורית לבין חובת זהירות ברשלנות. מכאן, שלא כל אימת שבית משפט זה בשבתו כבית המשפט הגבוה לצדק דוחק ברשות המינהלית, מבקר את הרשות המינהלית או אף פוסק כנגד הרשות המינהלית, הדבר יוצר מיניה וביה עילת תביעה בנוזיקין. על הצורך להישמר מטשטוש הגבולות בין דיני הנזיקין לדין המינהלי עמדתי במקום אחר, ואיני רואה להרחיב (יצחק עמית "על טשטוש תחומים, טשטוש גבולות ואי-ודאות במשפט" דין ודברים ו' 17, 21-24 (2011)).

ש ו פ ט

השופט ח' מלצר:

הנני מצטרף בהסכמה לפסק דינה הממצה של חברתי, השופטת א' חיות.

ש ו פ ט

הוחלט כאמור בפסק דינה של השופטת א' חיות.

ניתן היום, י"ט בכסלו תשע"ב (15.12.2011).

ש ו פ ט

ש ו פ ט

ש ו פ ט