



היועץ המשפטי לכנסת

סימוכין: 04428413
ירושלים, כ"ב בכסלו התשע"ד
25 בנובמבר 2013

לכבוד
חה"כ מירי רגב
יו"ר ועדת הפנים והגנת הסביבה

שלום רב,

הנדון: הצעת חוק למניעת הסתננות (עבירות ושיפוט) (תיקון מס' 4 והוראת שעה), התשע"ד-2013

לקראת הדיון בהכנתה של הצעת החוק שבנדון לקריאה השניה והשלישית (בכפוף להחלטת ועדת הכנסת להעבירה לוועדת הפנים), להלן חוות דעתנו בעניינה של הצעת החוק:

תמצית

1. הערב, 25.11.2013, אישרה הכנסת בקריאה הראשונה את הצעת חוק למניעת הסתננות (עבירות ושיפוט) (תיקון מס' 4 והוראת שעה), התשע"ד-2013 (מ-817). הצעת החוק, שהיא הוראת שעה לשלוש שנים, נועדה ליצור הסדר חדש לטיפול בבעיית ההסתננות לישראל, זאת לאחר שבית המשפט העליון ביטל ביום 16.9.2013 את החוק שעיגן את ההסדר הקודם, מן הטעם שכליאתם של אנשים לתקופה ארוכה ללא משפט, הינה פגיעה בלתי מידתית בזכות החוקתית לחירות הקבועה בחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו. (בג"ץ 7146/12 אדם נ' הכנסת).
2. עיקרו של ההסדר הקודם, שנפסל, היה בקביעה המאפשרת את החזקתם במשמורת של המסתננים, הן אלה השוהים כבר בישראל, והן אלה שייכנסו בעתיד, לתקופה של שלוש שנים. עתה מציגה הממשלה בפני הכנסת הסדר שונה, שיש בו שני ראשים עיקריים:
האחד - קביעת תקופת משמורת בת שנה אחת, שתחול רק על מסתננים "חדשים" שייכנסו לארץ לאחר שיעבור החוק;
השני - הקמת מתקן שהייה פתוח למסתננים אשר לא ניתן להרחיקם מישראל בעת הזו, תוך אכיפת איסור העבודה המוטל עליהם וקביעת הסדרים מפורטים להפעלת מתקן השהייה.
3. כבר בפתח הדברים ראוי להדגיש כי ההסדר המוצע עתה, על שני מרכיביו, מאוזן ומידתי יותר מן ההסדר שנחקק בשעתו ושנפסל על-ידי בית המשפט העליון. אם בחוק שנפסל מרכז הכובד עמד על כליאתם של המסתננים לתקופה ארוכה, הרי שבהצעה הנוכחית מרכז הכובד עבר להשמתם במתקן שהייה פתוח, חלופה שהוזכרה כאפשרית בפסק הדין. לכך יש להוסיף גם את הקיצור המשמעותי של

תקופת המשמורת (משלוש שנים בהסדר שנפסל, לשנה אחת), ואת החלת ההסדר רק על מסתננים "חדשים", שיכנסו לישראל לאחר תחילת החוק (בניגוד להסדר שנפסל שהוחל גם על מסתננים ששהו בארץ בעת חקיקתו).

4. לצד זאת, ברצוננו להסב את תשומת לבם של חברי הוועדה למספר קשיים בהצעת החוק, אשר חשוב כי יידונו במהלך הליך החקיקה. הערותינו יתייחסו לשני ראשיה של הצעת החוק:

א. קביעת משמורת למסתננים "חדשים"

5. כאמור, הצעת החוק מקצרת משמעותית את תקופת המשמורת ביחס לחוק שנפסל ומעמידה אותה על שנה אחת. ואולם, לשון ההצעה קובעת כי ממונה ביקורת גבולות "רשאי" לשחרר אדם לאחר שנה במאסר, ואינו חייב לעשות כן. על כן, יש להבהיר גם בלשון החוק, כפי שמציגה הממשלה את הדברים בעל-פה, כי מדובר בתקופה מקסימלית ולא בתקופת מינימום התלויה בשיקול דעתו של הממונה.

6. קיצור התקופה לשנה, בהנחה שמדובר אכן בתקופה מקסימלית, עולה בקנה אחד עם עמדתם של שניים מתשעת שופטי ההרכב - הנשיא גרוניס והשופט הנדל - אשר התייחסו בפסק הדין מפורשות לאפשרות כי קיצור משמעותי של תקופת המשמורת יהפוך את הפגיעה בחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו למידתית יותר, וכך יתאים ההסדר למסגרות החוקתיות המקובלות.

7. אולם, יש להביא בחשבון כי שבעה שופטים נמנעו מלהתייחס לאפשרות של קיצור תקופת המשמורת כאמצעי חלופי מידתי יותר, והתייחסו לאפשרויות אחרות דווקא, כגון הקמת מתקן שהייה פתוח, הגבלות מגוריים וכיוצא באלה (ראו למשל, פס' 104 לפסק דינה של השופטת ארבל; פס' 40 לפסק דינו של השופט פוגלמן). יתר על כן, חלק מן השופטים חזרו והתייחסו להלכות שנקבעו בעבר על-ידי בית המשפט העליון, שלפיהן החזקה במשמורת של שוהים שלא כדין נועדה רק לצורך מימוש הליכי הרחקה מישראל ואינה יכולה להתמשך "על חודשים רבים" (פס' 36 לפסק דינו של השופט פוגלמן; פס' 2 לפסק דינה של המשנה לנשיא נאור; פס' 2 לפסק דינה של כב' השופטת חיות). בנוסף, חלק משופטי ההרכב העלו במפורש ספקות ביחס למידת הלגיטימיות של התכלית ההרתעתית העומדת בבסיס הסדר הכליאה של המסתננים.

8. אמירות אלה של רוב שופטי ההרכב מעוררות ספק האם פסילת ההסדר הקודם נבעה רק מאורך תקופת המשמורת, או שמא במישור העקרוני וללא קשר לאורך התקופה, עמדתם היא כי בהיעדר אפשרות מעשית להרחיק את המסתננים מישראל, עצם כליאתם ללא משפט אינה חוקתית.

9. כאמור, ציינו כי ההסדר החדש לא רק מקצר את תקופת המשמורת אלא גם מחיל אותה רק על מסתננים "חדשים", קרי: מסתננים שיכנסו לישראל לאחר תחילת החוק. גם בכך יש משום ריכוך משמעותי, שכן ההסדר לא יחול על עשרות אלפי המסתננים השוהים בישראל ויחול רק על מי ש"הוזהר" לגביו מראש. אולם מאידך, נוכח נתוני רשות האוכלוסין וההגירה לפיהם בעת הזו מעטים הם המסתננים "החדשים" לישראל, ונוכח העובדה שבית המשפט בפסק הדין התייחס לשיעור הגעת מסתננים חדשים כמרכיב רלבנטי בבחינת מידתיות ההסדרים בתחום זה, עלולה להישאל על ידו השאלה האם אין כאן שימוש בכלי רב-עוצמה של כליאה כמענה לתופעה קטנת-היקף של מסתננים חדשים.

10. עניין נוסף נוגע למועדי הביקורת העתית על השהייה במשמורת, אשר לפי המוצע הם שונים מאלה הקבועים בחוק הכניסה לישראל לגבי שוהים בלתי חוקיים. כך, מוצע כי מסתנן הנתון במשמורת יובא בפני ממונה ביקורת הגבולות בתוך 7 ימי עבודה מיום תחילת החזקתו במשמורת (במקום 24 שעות בחוק הכניסה לישראל) ובפני בית הדין לביקורת משמורת בתוך 14 ימים מיום תחילת החזקתו (לעומת 96 שעות בחוק הכניסה לישראל), וכי בחינה נוספת של בית הדין תיעשה בתוך 60 ימים (במקום 30 ימים בחוק הכניסה לישראל). מועדים אלה זהים למועדים שנקבעו בחוק שנפסל. אולם נוכח העובדה שכיום אין עוד מדובר בהליכים שאותם יש לערוך ביחס לאלפי מסתננים, אלא לגבי בודדים, יש מקום לשקול את התאמתם של המועדים להיקף הקיים של מסתננים חדשים.

בהקשר זה אף נציין כי בתגובת הממשלה לעתירה כנגד החוק שנפסל, צוין כי על אף הקביעה בחוק הקודם לעניין ביקורת בתוך "שבעה ימי עבודה" יש לקרוא הוראה זו כאילו נאמר בה "שבעה ימים קלנדריים", היינו אף הממשלה עצמה סברה כי ההסדר בחוק הקודם מרחיק לכת יתר על המידה בעניין זה.

הוא הדין בהוראה הקובעת את עילות השחרור ממשמורת מטעמים הומניטריים המפורטות בסעיף 30א(ב) להצעת החוק. על פי ההצעה, אין להסתפק בעילות עצמן, אלא תחולתן מותנית בכך שמדובר ב"מקרים חריגים", זאת כמו בהסדר הקודם שנפסל. אולם, הממשלה, בתגובתה לעתירה כנגד החוק שנפסל, כבר הכירה בכך שעילות שחרור אלה מצדיקות שחרור ללא צורך ב"חריגות" מיוחדת. גם כאן, לא ברור מדוע בחרה הממשלה להותיר בהצעת החוק עניין שהיא עצמה הבהירה, במסגרת הדיונים בבית המשפט, כי עמדתה שונה לגביו.

11. עוד נעיר כי ההצעה חוזרת על החזקה החלוטה שנכללה בחוק שנפסל, לפיה אדם אשר במדינת מושבו או באזור מגוריו מתקיימת פעילות העלולה לסכן את ביטחון ישראל, בהכרח מהווה בעצמו סכנה למדינה, ועל כן אסור לשחררו גם בחלוף שנה לשהייתו במשמורת. **כך, גם אם יהיה ברור מעל לכל ספק כי אדם מסוים אינו מהווה כל סכנה לביטחון ישראל או לשלום תושביה, לא ניתן יהיה לשחררו בערובה, והוא יהיה למעשה נתון במשמורת ללא הגבלת זמן.** הוראה זו, ללא שיש בה מנגנון המאפשר למסתנן לסתור חזקה זו, מנוגדת לטעמנו באופן ברור לפסיקת בית המשפט העליון ולעקרונות שנקבעו בדין הישראלי לעניין מעצרים מנהליים באופן כללי. כך למשל, קבע בית המשפט העליון כי "איש בעונו יעצר ואיש בחטאו יוחזק במעצר מינהלי. אין עוצרים במעצר מינהלי אלא את מי שעצמו, במעשיו שלו, מהווה סכנה לבטחון המדינה" (דנ"פ 7048/97). בית המשפט אף קבע בעבר כי הדרישה למסוכנות אישית בהקשר זה היא בעלת אופי חוקתי ו"מתחייבת כחלק מההגנה על הזכות החוקתית לכבוד ולחירות אישית" (ע"פ 6659/06).

12. סיכומו של דבר, עמדתנו היא כי יש להבהיר בחוק כי תקופת השנה היא התקופה המקסימלית להחזקתו של מסתנן במשמורת, וכי ככלל השחרור בתום התקופה אינו נתון לשיקול דעתו של הממונה על ביקורת הגבולות (אלא במקרים חריגים הנוגעים למסוכנות הספציפית הנשקפת מהאדם הנתון במשמורת). בנוסף, אנו סבורים כי יש לערוך את שאר התיקונים המתבקשים מההערות שלעיל. כמו כן, יש להביא בחשבון כי מפסק הדין עולה שחלק מן השופטים סבורים כי, בהיעדרו של הליך הרחקה אפקטיבי, אין מקום לכלוא מסתננים ללא משפט, וזאת ללא קשר לאורך התקופה, וכי הסדר המשמורת המוצע עומד במתח עם עמדה זו.

ב. הקמת מתקן שהייה פתוח למסתננים שלא ניתן להרחיקם מישראל

13. כפי שציינו, הקמת מתקן שהייה פתוח למסתננים הוזכר בפסק הדין כחלופה אפשרית להחזקת המסתננים במאסר, והיא בוודאי חלופה מידתית בהרבה. אולם, היות שמדובר במתקן מסוג שאינו מוכר בישראל, והואיל והשהייה בו אינה מוגבלת בזמן, יש לבחון בקפידה את ההסדרים הפרטניים הנוגעים אליו, וזאת כדי להבטיח שהמתקן לא יהיה דומה מדי באופיו למתקן "סגור".

14. אולם עוד קודם שבוחנים את ההסדרים הפרטניים, יש לעמוד על כך שעל-פי הנתונים שהוצגו בפני ועדת הפנים והגנת הסביבה על ידי רשות האוכלוסין וההגירה, קיבולת מתקן השהייה הפתוח עומדת על כ-3,500 מקומות, זאת בשעה שיש עשרות אלפי מסתננים שלא ניתן להרחיקם בעת הזו.

בהקשר זה יצוין כי, על-פי פסק הדין, המידה שבה ההסדר נותן מענה לבעיית המסתננים השוהים בישראל היא בעלת רלבנטיות בהערכת מידתיותו של ההסדר, ועלולה להיטען הטענה כי אין הצדקה לפגיעה בזכויות של בודדים שאינה נותנת פתרון של ממש לבעיה בכללותה. מאידך, אם רואים את ההסדר המוצע כחלק ממכלול רחב יותר של צעדים שבהם נוקטת הממשלה לטיפול בבעיית המסתננים ולא רק כעומד בפני עצמו, יתכן ויש בכך משום תשובה לטענה זו.

על כל פנים, שאלה חשובה העולה בהקשר זה, ואין לה מענה בהצעת החוק, היא כיצד יוחלט מי מבין עשרות אלפי המסתננים יועבר למתקן השהייה ומה יהיו הקריטריונים לכך. בהיעדר קריטריונים כלשהם עלולה להיטען טענה בדבר הפליה ואכיפה סלקטיבית בין המסתננים השונים.

15. עיון בהסדרים המפורטים בהצעת החוק מעלה כי יש מספר נושאים המחייבים לדעתנו בחינה וליבון על ידי הוועדה:

א. על פי ההצעה, שוהה במתקן השהייה יתייצב במתקן שלוש פעמים ביום לצורך רישום נוכחות, ולא ניתן יהיה לצאת ממנו בשעות הלילה. מכיוון שהמתקן המדובר ממוקם בנגב, בריחוק ממקום ישוב, מגבלות אלה עלולות למנוע כמעט כל יציאה אפקטיבית של המסתננים ממתקן השהייה כך שבפועל הוא עלול להיהפך למתקן סגור.

ב. הצעת החוק מאפשרת סמכויות חיפוש רחבות מהמקובל על גופו של אדם במתקן ובסביבתו הקרובה, עניין שאף הוא מקטין את הפער בין מתקן זה לבין מתקן סגור.

ג. על פי ההצעה, המתקן ינוהל על ידי שירות בתי הסוהר, המורגל בניהול מתקנים סגורים ובטיפול באוכלוסייה של אסירים. יש לוודא כי בידיו הכלים וההכשרה לטיפול באוכלוסייה שאינה מורכבת מאסירים כלואים.

ד. בנוסף, ההסדר המוצע להעסקת השוהים במתקן השהייה דומה מאוד לנהוג לגבי אסירים (ראו סימן ד' לפרק ב' בפקודת בתי הסוהר וסעיף 48 לחוק העונשין), ויש לבחון האם ראוי להחיל מודל העסקה של אסירים על אוכלוסייה שאינה מוגדרת ככזו.

ה. ההצעה מפרטת אמצעי משמעת כנגד מסתננים אשר חרגו מן ההוראות, לרבות אמצעי משמעת חריפים כגון איסור על יציאה מהמתקן לתקופות מסוימות והעברה למשמורת סגורה לתקופות

העשויות להגיע אף לשנה. על הוועדה לבחון את היחס שבין האמצעים המוצעים לבין הפרת ההוראות ולוודא כי מדובר בענישה מידתית, וכי הפעלת אמצעים אלה תיעשה תוך מתן זכויות דינויות הולמות.

1. בעוד שלגבי החזקה במשמורת נקבעו מקרים שבהם ישוחרר המוחזק מן המשמורת, כגון מצבים בהם יוותר קטין ללא השגחה או מסיבה רפואית, הרי שלגבי השהייה במתקן הפתוח חסרה כל התייחסות למקרים מעין אלה.

2. גם לגבי החלטות שונות של מנהל מתקן השהייה ועובדיו המשפיעות באורח ישיר על חירותו של השוהה, זכויותיו ומעמדו, לא נקבע כל הסדר ביקורת שיפוטית או מינהלית שיבטיח שמירה ראויה על זכויות השוהה. זאת אף במקרים שבהם ננקטים אמצעים משמעותיים כגון הגבלת יציאה מהמתקן או חיוב בפיצויים. אמנם, מוצע בהצעת החוק כי שר הפנים ימנה "ממונה בירור פניות השוהים במרכז", אך הצעת החוק אינה מקנה לו סמכויות כלשהן.

16. **לסיכום פרק זה, כעיקרון, יש במתכונת של מתקן שהייה פתוח כדי לצמצם את הפגיעה בזכויות שעליה עמד בית המשפט העליון בפסק הדין, אך מובן כי לא ניתן להסתפק בכינוי המתקן כ"פתוח" על מנת שיעמוד במבחן החוקתיות, ויש לוודא כי אכן נשמר פער משמעותי בינו לבין מתקן כליאה רגיל. אנו סבורים כי כדי לשמר פער זה יש לתת את הדעת להערות הפרטניות שהוזכרו לעיל ביחס להסדרים השונים הקבועים בהצעת החוק.**

סוף דבר

17. ראינו לנכון להביא בפניכם את חוות דעתנו באשר להצעת החוק שבנדון, בהתחשב בקביעותו של בית המשפט העליון בהקשר זה, ובעקרונות החוקתיים המקובלים. אנו סבורים כי ניתוח הוראות הצעת החוק מחייב לגשת אל מלאכת החקיקה בזהירות, תוך ליבון ההערות שפורטו לעיל ועמידה על התיקונים הנדרשים.

בברכה,
איל ינון

העתק:
חה"כ יולי (יואל) אדלשטיין, יושב ראש הכנסת
חה"כ גדעון סער, שר הפנים
חברי ועדת הפנים והגנת הסביבה
עו"ד דינה זילבר, משנה ליועץ המשפטי לממשלה (ייעוץ)
עו"ד תומר רוזנר, היועץ המשפטי לוועדת הפנים והגנת הסביבה
עו"ד דניאל סלומון, היועץ המשפטי, רשות האוכלוסין וההגירה