

העותרים:

1. מוקד סיוע לעובדים זרים
2. האגודה לזכויות האזרח בישראל

כולם על-ידי ב"כ עוה"ד מיכל פינצ'וק ו/או דן יקיר
ו/או רחל בנזימן ו/או הדס תגרי ו/או אבנר פינצ'וק
ו/או עאוני בנא ו/או לילה מרגלית ו/או מנאל חזאן
ו/או באנה שגרי- בדארנה ו/או שרון אברהם-ויס
מהאגודה לזכויות האזרח בישראל, רח' נחלת בנימין 75
תל-אביב, 65154 טל': 03-5608185 פקס: 03-5608165

נגד

המשיב:

שר הפנים
קריית הממשלה
ירושלים

עתירה למתן צו על תנאי ובקשה לדיון מוקדם

מוגשת בזה עתירה למתן צו על-תנאי המופנה למשיב, והמורה לו לבוא וליתן טעם כדלקמן:

1. מדוע לא ייקבע, כי הדרישה בסעיפים 13 ו-13טו(א)(2) לחוק הכניסה לישראל, תשי"ב-1952 (להלן "החוק"), לפיה ממונה ביקורת הגבולות ובית הדין לביקורת משמורת של שוהים שלא כדין (להלן "בית הדין") לא ישחררו בערובה שוהה שלא כדין אלא בהתקיים אחד מהתנאים המפורטים בסעיף 13(א)4-1, בטלה; ומדוע לא ייקבע, כי ממונה ביקורת הגבולות ובית המשפט ולחלופין בית הדין יורו על החזקה במשמורת של שוהה שלא כדין, רק אם שוכנעו כי החזקתו במשמורת דרושה להבטחת הרחקתו מישראל.

2. מדוע לא ייקבע, כי סעיף 13א לחוק בטל; ומדוע לא ייקבע, כי בפרק הרביעי לחוק יופיע במקום "בית דין" "בית משפט שלום". לחלופין, מדוע לא ייקבע, כי סמכות שר המשפטים ע"פ סעיף 13א(א) לחוק למנות בית דין לפי הצעת שר הפנים, ותנאי הכשירות להתמנות לבית הדין, הקבועים בסעיף 13א(ב), בטלים; ומדוע לא ייקבע, כי שר המשפטים ימנה כבית דין שופט בית משפט שלום.
3. מדוע לא ייקבע, כי הדרישה בסעיף 13ד(א) לחוק, כי מוחזק במשמורת יובא לפני בית הדין לא יאוחר מתום 14 ימים מיום תחילת החזקתו במשמורת, בטלה; ומדוע לא ייקבע, כי מוחזק במשמורת יובא לפני בית המשפט ולחלופין לפני בית הדין לא יאוחר מתום 24 שעות מתחילת החזקתו במשמורת.
4. מדוע לא ייקבע, כי הדרישה בסעיף 13ד(ב) לחוק, כי שוהה שלא כדיון, שהוחזר למשמורת לפי סעיף 13ז, יובא בפני בית משפט ולחלופין בפני בית הדין בהקדם, ולא יאוחר מ-72 שעות לאחר החזרתו, בטלה; ומדוע לא ייקבע כי יובא בפני בית משפט ולחלופין בפני בית הדין לאחר 24 שעות.
5. מדוע לא יקבע כי שיקול הדעת הנתון לבית הדין בסעיף 13טו(א)(1) להורות על בחינה נוספת של צו המשמורת תוך פרק זמן שאינו עולה על 30 יום בטל; ומדוע לא יקבע כי בית המשפט ולחלופין בית הדין חייב לבחון מחדש את צו המשמורת בתוך פרק זמן שלא יעלה על 14 יום.

בקשה לדיון מוקדם

חוק הכניסה לישראל (תיקון מס' 9), התשס"א-2001 (להלן "התיקון לחוק" או "התיקון"), שהוסיף לחוק את הסעיפים נשוא עתירה זו, חוקק ביום 7.8.01 ונכנס לתוקף ביום 7.11.01. התיקון מסדיר את הליך המעצר (להלן, כלשון החוק: "משמורת") והגירוש (להלן, כלשון החוק: "הרחקה") של אזרחים זרים, השוהים בישראל ללא היתר, או החשודים בשהייה בישראל ללא היתר. מאז נכנס התיקון לחוק לתוקף הוחזקו במשמורת כ- 2,700 אזרחים זרים. על אף שהחזקה במשמורת לצורך הרחקה אינה שונה מבחינת חומרתה והגבלת חירותו האישית של העצור ממעצר במסגרת הליכים פלילים או הליכים אזרחיים אחרים, הליך המעצר של אזרח זר, השוהה בארץ ללא היתר, והביקורת עליו על-פי התיקון לחוק, חורגים באופן קיצוני מאמות המידה המקובלות במשפט הישראלי בנוגע למעצרים אלו. בכך פוגע ההסדר אשר נקבע בתיקון פגיעה קשה בזכות לחירות אישית, בזכות לשוויון ובזכות לכבוד של האזרחים הזרים ונוגד את הוראות חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו.

במהלך שמונת החודשים מאז נכנס התיקון לחוק לתוקף ערכו העותרות מעקב אחר אופן ישומו הלכה למעשה; בין היתר שהו מתנדבי העותר 1 באופן קבוע בדיוני בית הדין לביקורת משמורת, השקיפו על אופן התנהלות בית הדין ובחנו את החלטותיו.

כל עוד עומדות בעינין הוראות החוק כנגדן מופנית העתירה, קיים חשש אמיתי, כי אזרחים זרים, השוהים בארץ ללא היתר או החשודים לשווא בכך, יוחזקו במשמורת פרק זמן ארוך מדי שלא לצורך ושלא כדין. על כן מתבקש בית המשפט לקבוע דיון מוקדם בעתירה.

ואלה נימוקי העתירה:

מבוא

1. עניינה של עתירה זו הינו הפגיעה הקשה של התיקון לחוק בזכות לחירות אישית, בזכות לשוויון ובזכות לכבוד של אזרחים זרים, השוהים בישראל ללא היתר או החשודים בשהייה כאמור. אף על פי שהתיקון לחוק חוקק לאחר חקיקת חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו, ההסדר המופיע בו מנוגד לחוק היסוד, בו מעוגנות זכויות אלה וניתנות לכל אדם באשר הוא, ואינן מסויגות לפי מעמדו בישראל.

2. חוסר המידתיות בהסדר שבתיקון לחוק בולט במיוחד נוכח התכלית המוגבלת של החזקה במשמורת מכוח חוק הכניסה לישראל:

"מטרת המעצר הנזכר בפיסקה (ג) של הסעיף היא הבטחת יציאת מי שהוצא נגדו צו גירוש מישראל או עד לגירושו ממנה. הסמכות למעצר בנסיבות אלה הינה סמכות נלווית, הבאה להבטיח את תכלית צו הגירוש, דהיינו יציאת או גירושו של העצור מישראל. אין המעצר בא לשרת מטרה עונשית.... הוא גם לא בא לשרת מטרת כפייה." (בג"צ 1468/90 בן ישראל נ' שר הפנים, פ"ד מד(4) 149, 151).

הצדדים לעתירה

3. העותר מס' 1 הוא עמותה, הפועלת להגנה על זכויותיהם של העובדים הזרים בישראל. במסגרת פעילותה מקיימת העמותה מעקב אחר פעילות בית הדין למשמורת, ומתנדביה נוכחים באופן קבוע בישיבות בית הדין.
4. העותרת מס' 2 היא עמותה, הפועלת לקידום זכויות האדם בישראל ובשטחים הנתונים לשליטתה. בכלל זה פועלת העותרת 2 להגנה על זכויות האדם של אזרחים זרים השוהים בישראל.
5. המשיב הוא המוסמך על ביצוע הוראות החוק נשוא העתירה.

התיקון לחוק נשוא העתירה

6. ביום 7.8.01 פורסם ברשומות התיקון לחוק, המתקן את חוק הכניסה לישראל, התשי"ב-1952. התיקון נכנס לתוקף ביום 7.11.01.
- התיקון לחוק מצ"ב ומסומן נספח ע/1.
7. לידתו של התיקון לחוק בעתירה אשר הגישו העותרת 2 ושלושה אזרחים מסירה-ליאון באוגוסט 1998 כנגד שר הפנים (בג"צ 4963/98 חסן בארי ססאי ואח' נ' שר הפנים). בעתירה, אשר הוגשה כארבעה חודשים וחצי לאחר מעצר העותרים, נדרש שר הפנים, בין היתר, לקבוע מדיניות, לפיה בכל מקרה של מעצר אדם מכח צו גירוש לפי חוק הכניסה לישראל תערך בדיקה בדבר האפשרות לשחררו ממעצר בתנאי שחרור, שייקבעו תוך התחשבות ביכולתו הכלכלית, ושיבטיחו את יציאתו מישראל. בעקבות העתירה הוצא "נוהל משרד הפנים בעניין מעצר לצורכי גירוש לתקופת הביניים שעד לחקיקת התיקון לחוק הכניסה לישראל", בו הוסדר לראשונה נושא המעצר של שוהים שלא כדין לצורכי גירוש מישראל. בין היתר כלל הנוהל התיחסות לשחרור העצור בערובה או בתנאים אחרים, ונקבע כי תפעל ערכאת ביקורת מינהלית על המעצר. חלק מהוראות הנוהל עוגנו מאוחר יותר במסגרת התיקון לחוק נשוא עתירה זו. עם חקיקת התיקון ונוכח השינוי במצב המשפטי הסכימו הצדדים על מחיקת העתירה.
- נוהל הביניים מצ"ב ומסומן נספח ע/2, וההחלטה הסופית בבג"צ 4963/98 מצ"ב ומסומנת נספח ע/3.

8. במסגרת התיקון הוסף לחוק פרק רביעי, שכותרתו "הרחקה ומשמורת", המסדיר לראשונה באמצעות חקיקה ראשית את הליך המעצר והגירוש של אזרחים זרים, השוהים בישראל ללא היתר. הסעיפים הבלתי חוקתיים, העומדים בלב ליבו של התיקון, הם: סעיף 13ו, הקובע באלו תנאים רשאי ממונה ביקורת הגבולות לשחרר בערובה שוהה שלא כדין וסעיף 13טו(א)(2), המחיל תנאים אלו גם על בית הדין; סעיף 13יא, העוסק בבית הדין ובאופן מינויו; סעיפים 13יד(א), 13יד(ב) ו- 13טו(א)(1), הקובעים את פרק הזמן, בו ניתן להחזיק אדם במשמורת, עד אשר יובא בפני ביקורת ראשונה וחוזרת.

9. ההליך לפי החוק המתוקן הינו כדלקמן:

(א) שוטר, שהמפקח הכללי למשמורת ישראל הסמיך לכך, רשאי להורות על החזקה במשמורת של אזרח זר, החשוד בשהייה שלא כדין, למשך 24 שעות ("משמורת זמנית").

(ב) המשך החזקה במשמורת של אדם החשוד בגין שהייה שלא כדין, יהא על-פי צו משמורת, שיינתן על-ידי הממונה על ביקורת הגבולות לא יאוחר מ- 24 שעות ממועד תחילת החזקת האזרח הזר במשמורת. באותו מעמד רשאי ממונה ביקורת הגבולות להורות גם על שחרור בערבות של השוהה שלא כדין. שחרור בערבות יעשה רק בהתקיים אחד מאלה: 1. שההייה הבלתי חוקית יסודה בטעות או בתקלה והשוהה שלא כדין יצא את הארץ במועד שקבע לו; 2. הממונה השתכנע, כי יצא מהארץ, וכי לא יהיה קושי באיתורו אם לא יצא בעצמו במועד שנקבע; 3. מחמת גילו או מצב בריאותו או מחמת נימוקים הומניטריים אחרים מוצדק לשחררו בערבות; 4. הוא שוהה במשמורת יותר מ- 60 יום. לא ישוחרר אדם בערבות אם מתקיים אחד מאלה: 1. הרחקתו מהארץ מתעכבת או נמנעת בשל חוסר שיתוף פעולה מלא מצדו; 2. יש בשחרורו כדי לסכן את בטחון המדינה, שלום הציבור ובריאות הציבור. בד בבד יינתן לשוהה שלא כדין צו ההרחקה.

על-פי סעיף 15(ב) ממונה על ביקורת הגבולות ימונה על-ידי שר הפנים מקרב עובדי משרדו, או מקרב עובדי המדינה במשרד אחר, בהסכמת השר הממונה על המשרד. רשימת הממונים פורסמה בילקוט הפרסומים, והיא כוללת בעלי תפקידים מרכזיים במשרד הפנים, ביניהם מנהל מינהל האוכלוסין, ממונה אשרות זרים וכדומה.

העתק רשימת המינויים מתוך י"פ 5039 התשס"ב, עמ' 730 מצ"ב ומסומן נספח ע/4.

(ג) ביקורת אוטומטית על ההחלטה להחזיק אדם במשמורת תבוצע על-ידי בית הדין, בהקדם האפשרי ולא יאוחר מתום 14 יום מתחילת החזקתו במשמורת. עת מדובר בשוהה שלא כדין אשר הוחזר למשמורת לאחר ששחרר בערובה, תבוצע הביקורת בהקדם האפשרי ולא יאוחר מ- 72 שעות לאחר החזרתו למשמורת.

יצויין, כי מוחזק במשמורת יכול לפנות מיוזמתו בכל עת לבית הדין (סעיף 13 לחוק), וכן יכול הוא לעתור כנגד צו המשמורת לבית המשפט לעניינים מינהליים (סעיף 12 לתוספת הראשונה לחוק בתי המשפט לעניינים מינהליים, התש"ס-2000), אולם כפי שיובהר בהמשך בודדים הם המקרים בהם נעשה הדבר בפועל.

10. משמע, מעצר, היכול להימשך עד 14 יום ללא כל ביקורת, נקבע כל כולו על-ידי גורמים מינהליים: תחילה על-ידי שוטר בתחנת המשטרה, ובהמשך על-ידי פקיד, הממונה על-ידי המשיב, ואשר קיימת סכנה כי יטה להותיר את השוהה הבלתי חוקי במעצר עד הרחקתו מהארץ. לבסוף, כהוספת חטא על פשע, גם משמופעלת ביקורת על ההחלטה, וזו כאמור יכול שתעשה רק כעבור 14 יום מתחילת החזקתו של אדם במשמורת, הרי היא נערכת על-ידי בית דין, הממונה על-ידי שר המשפטים, בהמלצת המשיב, לתקופה מוגבלת הניתנת להארכה.

11. האזרחים הזרים, השוהים בישראל ועשויים למצוא עצמם מושפעים מהתיקון לחוק, נחלקים לשלושה: אלו אשר בחרו במודע לעבור על החוק ולשהות בארץ ללא רשיון; אלו אשר איבדו את רשיון שהייתם בלא ידיעתם ובניגוד לרצונם ונפלו קורבן למדיניות העסקת העובדים הזרים הנהוגה כיום ולמעשים בלתי חוקיים של מעסיקיהם; ואלו המחזיקים בידיהם רישיון שהייה תקף אולם מסיבות שונות נחשדו כשוהים בלתי חוקיים.

12. על-פי מדיניות משרד הפנים כיום, מותנה תוקף רשיון הישיבה והעבודה שניתן לעובד זר בעבודתו אצל מעביד מסויים. סיום עבודתו אצל אותו מעביד גורם מאליו לפקיעת רשיון הישיבה והעבודה של העובד. הסדר זה ידוע כ"הסדר הכבילה".

13. לאחרונה הוציא משרד הפנים נוהל חדש, המסדיר את מעברו של העובד הזר מיוזמתו למעסיק חדש (נוהל מס' 5.3.0005). כמו כן, הוציאה הלשכה המשפטית של משרד הפנים ביום 15.1.02 הנחיות ללשכות מינהל האוכלוסין, לפיהן תונפק לעובד הזר אשרת תייר מסוג ב/2 למשך חודש ימים במהלכם הוא אמור למצוא מעסיק חלופי.

נוהל החלפת מעסיק לבעלי אשרה מסוג ב/1 והנחיות הלשכה המשפטית מצ"ב ומסומנים נספח ע/5 ונספח ע/6.

14. לכאורה פותרים נהלים אלו חלק ארי מבעיית אובדן המעמד החוקי של עובדים זרים, שכן הם מאפשרים לעובד המעוניין לעבור למעסיק חלופי לעשות כן, מבלי לאבד את מעמדו החוקי בארץ. בפועל לא כך הוא. הנהלים החדשים לא רק שאינם ידועים לעובדים הזרים, אשר את מעמדם הם מסדירים, אלא שגם עובדי לשכות מינהל האוכלוסין ומשטרת ישראל אינם מודעים לקיומם. כך,

בניגוד למדיניות המוצהרת של משרד הפנים, מדיניות המאפשרת, בהתקיים שורה של תנאים, מעבר של העובד הזר בין מעסיקים שונים, תוך שמירה על מעמדו החוקי בארץ, מאבדים עובדים רבים את מעמדם החוקי עם עזיבתם את מעסיקם, והופכים לשוהים בלתי חוקיים, חשופים למעצר ולגירוש.

15. רק לאחרונה דן בית משפט זה במעצר של עובדת זרה אשר התפטרה ממקום עבודתה ולא הספיקה להסדיר את העסקתה אצל מעביד חדש בהתאם לנהלי משרד הפנים. בית המשפט הורה על שחרור העובדת לאלתר, ביקר את המעצר, וקבע כי יש לנקוט באמצעים מידתיים אחרים בנסיבות שכאלו. בית המשפט הוסיף וציין, כי ראוי שיוצאו נהלים ברורים, אשר ימנעו מעצרם של עובדים זרים, המממשים את זכותם לעבור ממעסיק אחד למשנהו.

פסק הדין בבג"צ 2442/02 קיסוס ואח' נ' השר לביטחון פנים ואח', מצ"ב ומסומן נספח ע/7.

16. יתרה מכך, הנהלים החדשים אינם פותרים את בעיית העובדים הזרים, אשר רשיונם פקע ללא ידיעתם. הכוונה היא לעובדים, אשר מנויידים על-ידי מעסיקם ללא ידיעתם למעסיק אחר, ומרגע זה בשל הסדר הכבילה פוקע רשיונם, והם חשופים למעצר ולגירוש מהארץ. דוגמה מובהקת לכך היא העובדים הסינים, אשר מגיעים ארצה בקבוצות גדולות באשרה קבוצתית, כאשר על פי רוב העובד כלל אינו יודע מיהו מעסיקו הרשמי ומהי משמעות הדבר מבחינת מעמדו החוקי. עובדים אלו, אשר אינם דוברים עברית, נמצאים בקשר עם נציג של חברת כוח אדם סינית בלבד, מועברים מפרויקט לפרויקט וממעסיק למעסיק, מבלי ידיעתם. בנסיבות אלו הופכים העובדים, בניגוד לרצונם ולידיעתם, לשוהים בלתי חוקיים החשופים למעצר ולגירוש, אף על פי שבידיהם רשיון שהייה תקף.

17. חשוב להדגיש, כי אין מדובר בתופעה נדירה. כך, בתאריך 17.3.02, טענו 12 מתוך 36 מועמדים לגירוש שהופיעו בפני בית הדין לביקורת משמורת כי הם בעלי רשיון כחוק, ואכן לאחר בדיקה הוברר, כי הם נויידו ללא ידיעתם ובניגוד לחוק.

18. כאמור לעיל, גם אזרחים זרים בעלי רשיון שהייה תקף חשופים למעצר ולגירוש על-פי החוק. סעיף 13א(ב) לחוק קובע חזקה, כי אדם שוהה בישראל שלא כדין אם אין בידו להציג רשיון ישיבה בלא הסבר סביר. כך, עובדים זרים רבים, אשר דרכונם נלקח על-ידי מעסיקם בניגוד לחוק, ומתקשים בשל קשיי שפה להסביר לשוטר, לפקח משרד העבודה או לממונה ביקורת הגבולות מהו מעמדם בארץ, נידונים למעצר ולעיתים אף לגירוש, אף על פי שבפועל בידיהם רשיון שהייה תקף. גם אזרחים זרים, אשר הגישו בקשה למשרד הפנים להסדיר את מעמדם בישראל (בשל מעבר למעסיק אחר בהתאם לנוהל החדש, או בשל נישואים לבן זוג ישראלי בהתאם לנוהלי

ההתאזרחות), ואשר מתקשים להסביר לממונה ביקורת הגבולות מהו מעמדם החוקי, עשויים למצוא עצמם חשופים למעצר ולגירוש.

19. ההסדר שנקבע בתיקון לחוק נשוא עתירה זו, אינו מגן כראוי על קבוצה גדולה זו של אזרחים זרים, הזכאים להמשיך ולשהות בישראל בשל היותם בעלי רישיון שהייה תקף או בשל תחולת נהלי משרד הפנים על עניינם. נסיון העותרות מוכיח, כי גם אזרחים זרים אלו מוחזקים תקופות ארוכות במשמורת, ולעיתים אף מורחקים מהארץ מבלי שניתנה להם הזדמנות לעמוד על זכויותיהם.

20. מעת כניסתו של התיקון לחוק לתוקף ועד למועד הגשת עתירה זו הוחזקו במשמורת כ- 2700 איש. נסיון העותרות מלמד, כי ממוני ביקורת הגבולות נמנעים מלשחרר שוהים בלתי חוקיים בערבות, ומורים באופן אוטומטי על החזקתם במשמורת. מתנדבי העותר מס' 1 ערכו בדיקה אקראית של כ- 150 צווי ההרחקה והמשמורת, אשר הוצאו בתאריכים 8.11.01, 22.11.01 ו- 24.11.01. לא נמצא אף לא עצור אחד אשר נקבע לגביו, כי ניתן לשחררו בערבות. לאחרונה נודע לעותר 1 על שני מקרים חריגים בהם קבע ממונה ביקורת הגבולות ערבות של 30,000 ש"ח לעצור.

21. בתאריך 8.4.02 ערך העותר 1 בדיקה מדגמית של 207 מקרי מעצר של אזרחים זרים, המהווים 13% מכלל מעצרי הגברים מאז נכנס התיקון לחוק לתוקף ועד לתאריך 8.4.02, ושל 72 מקרי מעצר של אזרחיות זרות, המהווים 30% מכלל מעצרי הנשים נכון ליום 15.4.02.

מהמדגם עולה, כי גברים נאלצים להמתין במשמורת 6 ימים בממוצע עד הבאתם בפני בית הדין; 23% מהגברים ממתנינים למעלה משבוע ו-6% ממתנינים למעלה מ-13 יום. נשים נאלצות להמתין במשמורת בממוצע 15 יום עד הבאתן בפני בית הדין.

הנתונים מצורפים ומסומנים נספח ע/8.

22. האזרחים הזרים השוהים בישראל ללא היתר או חשודים בכך, מוחזקים תחילה בתחנות משטרה ובבתי מעצר משטרתיים ברחבי הארץ, ובהמשך מועברים לבתי הכלא מעשיהו ונווה תרצה.

23. מעט על התנאים הקשים, בהם מוחזקים המועמדים לגירוש בתחנות המעצר המשטרתיות, ניתן ללמוד מן המקרים הבאים:

- ביום 4.10.01 נעצרה בדרך לירושלים נ' ז', אזרחית מולדובה, בחשד לשהייה בלתי חוקית בישראל. היא הועברה למשטרת מעלה אדומים, שם שהתה אמנם רק 3 ימים, אלא שבמהלך ימים אלה הוחזקה באחד המסדרונות בתחנה, ואת הלילות בילתה על שורה של כיסאות

שסידרה למטרה זו, שכן לא הייתה מיטה פנויה בתחנה. כמו כן, לא הייתה לה אפשרות להתקלח.

- ביום 5.10.01 נעצרה בחיפה אזרחית מולדבית נוספת בשם ו' א'. ורוניקה נמצאה על ידי המשטרה בצהרי יום שישי, והועברה לבית המעצר קישון. המפקד התורן בבית המעצר פנה למנהלת "מוקד סיוע לעובדים זרים" בבקשה, כי יימצא מקום ל-ו', וזאת בטענה שאין לו כל אפשרות להחזיק את ו' בבית המעצר קישון, אף לא במשך סוף השבוע, שכן הצפיפות במקום היא בלתי נסבלת, עצרות רבות ישנות על הרצפה והוא "אינו יכול לעשות קומה שנייה על הרצפה".

- עצורי מחלק הזרים בת"א מוחזקים במשך יממה בתחנת משטרת "יפתח" בדרך לוד 100 ת"א. עצורים רבים התלוננו על כך שלמרות השהות הקצרה במקום (בדרך כלל מליל המעצר ועד למחרת אחר הצהריים) התנאים בהם הם מוחזקים הינם בלתי נסבלים: בתא יש שתי מיטות בלבד בעוד שמוחזקים בתוכו ארבעה עצורים, לעתים שישה ופעמים אף יותר. לדברי עצורים רבים, במהלך הלילה הם ישנו על שתי המיטות בתורנות. באחד המקרים אף התלוננו העצורים על כך שנעצרו בליל גשם ורצפת התא הייתה מוצפת מים. בעוד שני עצורים יכלו לישון במיטות, ארבעת העצורים האחרים נאלצו לעמוד, שכן לא רצו לשבת במים ולהרטיב בגדיהם עקב מזג האוויר הקר.

24. בכלא מעשיהו מוחזקים המועמדים לגירוש באגפים 3 ו-4. באגף 3 שוהים העצורים בתאים קטנים, 8 מועמדים לגירוש בתא אחד, בו 4 מיטות דו-קומתיות. אין בתאים אוורור למעט חלון קטן ומסורג בדלת התא. אין בתאים טלוויזיה, ואף משחקי קלפים אסורים על המועמדים לגירוש. העצורים יכולים לצאת לחצר למשך שעתיים ביום וזוהי ההזדמנות היחידה שלהם להתקשר מארבעת הטלפונים הציבוריים המצויים בחצר האגף. בחצר נמצאות גם מכונות לממכר סיגריות ושתייה (בעקבות לחץ שהפעילו העותרים על מפקד הכלא הקודם). אין לעצורים גישה לקנטינה, ואף כרטיסי טלפון הם יכולים לרכוש רק מאדם הנכנס לכלא למטרה זו פעם או פעמיים בשבוע ומוכר טלכרדים במחירים הגבוהים ממחירי הדואר. אין לעצורים כל אפשרות לעבוד או להרוויח אף סכומים קטנים כפי שנהוג לגבי אסירים פליליים (לעותרים לא ניתנה הזדמנות לראות את פנים התאים באגף 4).

סעיפי התיקון נוגדים את חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו

25. ההליך שנקבע בתיקון לחוק פגום מראשיתו ועד סופו, שכן הוא קובע ככלל, כי שוהה שלא כדין יוחזק במשמורת אלא אם ממונה ביקורת הגבולות, ובהמשך - בית הדין למשמורת, השתכנע כי

מתקיימים תנאים מוגדרים וברורים (דבר המנוגד לחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו ולהלכות בית משפט זה בעניין חלופות למעצר), ולאחר מכן דוחה, למועד מאוחר ובלתי סביר, את הביקורת על החלטה זו, וזו נערכת על-ידי ערכאה ספק מינהלית ספק משפטית.

26. להלן יפורטו סעיפי התיקון נשוא עתירה זו, תוך השוואתם, בין היתר, להסדר הקיים בחוק סדר הדין הפלילי (סמכויות אכיפה - מעצרים), התשנ"ו-1996 (להלן: "חוק המעצרים") והפסיקה אודותיו. חוק המעצרים, אשר נחקק על רקע חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו וברוחו, מבטא שינוי בהערכת האיזונים הראויים בין זכות הפרט לחירות אישית לבין אינטרס שלום הציבור וביטחונו, תוך שימת דגש מיוחד על ערך חירות הפרט. אי לכך, למרות הסייג, המופיע בסעיף 13ט לתיקון לחוק, הקובע, כי הוראות חוק המעצרים לא יחולו על ההליכים והסמכויות לפי חוק הכניסה לישראל, מהווה חוק המעצרים אמת מידה ראויה לבחינת חוקתיות סעיפי התיקון לחוק נשוא עתירה זו.

לעניין השפעת חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו על דיני המעצרים בכלל ועל חוק המעצרים בפרט ראו:

חיה זנדברג **פירוש לחוק המעצרים** (תשס"א) 16 ;
דנ"פ 2316/95 גנימאת נ' מ"י, פ"ד מט(4) 589, 633 ;
בג"צ 6055/95 צמח נ' שר הביטחון, פ"ד נג(5) 241 ;
בש"פ 3153/00 שלומוב נ' מ"י, תק-על 2000(2) 1157 ;
בש"פ 3604/00 פלונני נ' מ"י, פ"ד נב(2) 486.

סעיף 13 וסעיף 13טו(א)(2) - תנאים לשחרור בערובה

27. סעיף 13 קובע באלו נסיבות רשאי (ולא חייב) ממונה ביקורת הגבולות לשחרר בערובה שוהה שלא כדין. משתמע מנוסח הסעיף, כמו גם מנוסח סעיף 13א(ב), כי עצם השהות שלא כדין מהווה עילה להחזקת אדם במשמורת. החזקה במשמורת היא הכלל, ואילו שחרור בערובה הוא בגדר חריג לכלל ומותנה בתנאים מוגדרים, אשר על ממונה ביקורת הגבולות להשתכנע בקיומם. סעיף 13טו(א)(2) מחיל דרישה זו אף על בית הדין למישמורת.

28. בדומה לחוק המעצרים, גם כאן יכול השחרור בערובה להתבצע באחד משני שלבים: בתחנת המשטרה, שם פוגש השוהה שלא כדין את ממונה ביקורת הגבולות, ובבית הדין למשמורת. אולם הנחיית המחוקק בחוק הכניסה לישראל הפוכה מהנחייתו בחוק המעצרים. על-פי חוק המעצרים, שחרור בערובה הוא הכלל, ואילו החזקה במעצר היא החריג. כך סעיף 13א לחוק המעצרים, העוסק במעצר על-ידי שופט טרם הגשת כתב אישום, קובע כי "שופט לא יצווה על מעצרו של אדם אלא אם כן...." וסעיף 13ב(ב) מוסיף וקובע מפורשות, כי "שופט לא יצווה על מעצר לפי סעיף קטן

(א), אם ניתן להשיג את מטרת המעצר בדרך של קביעת ערובה ותנאי ערובה, שפגיעתם בחירותו של החשוד פחותה". הנחיה דומה נמצא בסעיף 21(ב)(1) לגבי מעצר עד תום ההליכים.

29. "במדינה דמוקרטית, אשר הציבה בראש חוקתה את הצו כי 'זכויות היסוד של האדם בישראל מושגות על ההכרה בערך האדם, בקדושת חייו ובהיותו בן חורין...' (סעיף 1 לחוק היסוד), מעצר ללא משפט צריך להתקיים רק במקרים חריגים ומיוחדים. הכלל הוא החירות. המעצר הוא החריג. הכלל הוא החופש, המעצר הוא החריג..."

ובהמשך: (מיוחדות המקרים בהם ניתן במדינה דמוקרטית להצדיק מעצר עד תום ההליכים וחריגותם, מ.פ.) "מבטאות גישה הרואה במעצר עד תום ההליכים אמצעי אחרון ולא אמצעי ראשון. הן משקפות תפיסה הבודקת בשבע עיניים אם נשקפת סכנה אם הנאשם ישוחרר, והן בוחנות היטב אם אין מקום לתחליף מעצר. זוהי החובה החוקתית המוטלת עלינו. אפילו מוצדק הוא לפגוע בחירות, הפגיעה לעולם אינה צריכה להיות מעבר לנדרש." (דנ"פ 2316/95 גנימאת נ' מ"י, פ"ד מט(4)589, 649)

30. דברים אלו של הנשיא ברק, אשר נאמרו בנוגע למעצר עד תום ההליכים, יפים פי כמה בענייננו, עת מדובר במעצר על-ידי רשות מינהלית, אשר "כל מטרתו היא להבטיח את הימצאותו של מי שניתן צו גירוש נגדו בהישג יד לצורך מימוש הצו, באם לא יצא את המדינה מרצונו ועל מנת למנוע את הימלטותו מאימת הגירוש, כשגירוש זה עומד להתבצע." (בג"צ 1468/90 בן ישראל נ' שר הפנים ואח', פ"ד מד(4)149, 151-152)

31. ההסדר הקבוע בסעיף מנוגד לחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו, שכן הוא פוגע בזכות לחירות אישית במידה העולה על הנדרש, ומתעלם מהנחייתו המפורשת של בית משפט זה בעבר לגבי אופן הפעלת סמכות המעצר, הקבועה בחוק הכניסה לישראל.

"בהפעלת סמכות המעצר וההחזקה יש לנהוג במידתיות... יש לבחון תחליפים שונים כגון החזקה שלא במעצר או התייצבות תקופתית במשטרה, וכיוצא באלה אמצעים אשר ישיגו את מטרת החזקה (אפקטיביות ביום הגירוש) בלא צורך בהחזקה פיזית. ודוק: דינו של מי שהוצא נגדו צו גירוש אינו כדין מי שנתון במעצר בשל חקירה המתנהלת נגדו או בשל כתב אישום שהוגש כנגדו. על כן, מראש החזקתו לצורכי גירוש אינה חייבת להיות בתנאים של 'מעצר', ויש לשקול לגבי דרכי החזקה התואמות את מטרת החזקתו." (בג"צ 4702/94 אל טאיי ואח' נ' שר הפנים ואח', פ"ד מט (3) 843,851)

32. נוכח מעמדה הרם של הזכות לחירות אישית, חייב בית המשפט את מדובר במעצר פלילי, וממונה ביקורת הגבולות ובית הדין למשמורת את מדובר במעצר בגין שהייה שלא כדין, לבחון קיומן של חלופות למעצר, ולמצות אפשרויות קיימות לשחרור, אם רק ניתן למצוא חלופה אשר תשרת כראוי את מטרת המעצר, תוך פגיעה פחותה באדם.

ראו: בש"פ 3153/00 שלומוב נ' מ"י, תק-על 2000(2) 1157 ;
בש"פ 3604/00 פלוני נ' מ"י, פ"ד נד(2), 486 ;
בש"פ 335/89 מ"י נ' לבן, פ"ד מג(2) 410, 418.

33. כאמור בסעיף 21 לעיל, מנסיון העותרות, ממוני ביקורת הגבולות נמנעים מלשחרר שוהים בלתי חוקיים בערבות, ומורים באופן אוטומטי על החזקתם במשמורת.

סעיף 13יב - ביקורת מעצר על-ידי בית דין מינהלי

34. סעיף 13יב לחוק קובע, כי ביקורת על החלטה בדבר החזקת שוהה שלא כדין במשמורת, לרבות לעניין שחרור בערובה ולענין התמשכות ההחזקה במשמורת בשל עיכוב בביצוע צו הרחקה, תעשה על-ידי בית דין לביקורת משמורת של שוהים שלא כדין (להלן: "בית הדין").

35. תפקיד בית הדין הינו תפקיד שיפוטי מובהק - הכרעה בדבר שלילת חירותו של אדם. על מנת לבצע את תפקידו כראוי מחוייב בית הדין לערוך איזון בין הזכות לחירות אישית, המעוגנת בחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו, לבין ערכים ראויים אחרים, ביניהם אינטרס המדינה להבטיח, כי אזרחים זרים, השוהים בשטחה ללא רשיון כדין, יורחקו. בית הדין מחוייב כל העת לשמור על עקרון המידתיות ולהקפיד ולשקול, האם ניתן לנקוט באמצעים, אשר פגיעתם בחירות האישית של השוהה שלא כדין פחותה.

36. בתי המשפט, הרגילים בעריכת איזונים מסוג זה ואמונים הן על אכיפת החוק והן על ההגנה על זכויות האדם, הם הגוף אשר ראוי כי יבצע את הביקורת על החלטה להחזיק במשמורת.

37. יתרה מכך, מאפיין מרכזי של בית דין מינהלי הוא התלות האישית של היושבים בו ברשויות האחרות של המדינה (ראו: ב. ברכה **משפט מינהלי**, (הוצאת שוקן), כרך א' עמ' 106). במקרה דנן, כתוצאה ממנגנון המינוי הקבוע בסעיף 13יא, לפיו ימנה שר המשפטים את בית הדין "לפי הצעת שר הפנים", תלוי בית הדין דווקא ברשות אשר את החלטותיה תפקידו לבקר. במצב זה קיים חשש אמיתי, כי בית הדין, המוסמך לבקר החלטות בדבר שלילת זכות יסוד ראשונה במעלה כדוגמת הזכות לחירות אישית, יהא נתול עצמאות שיפוטית ותלוי.

38. נוכח מעמדה הרם של הזכות לחירות, המקצועיות הרבה הנדרשת על מנת לאזנה כראוי אל מול אינטרסים ציבוריים אחרים, והחשיבות הרבה לשמירה על עצמאות הגוף המוסמך לבקר החלטה מינהלית הפוגעת בה, אין זה מפליא, כי בחוק הישראלי לא נמצא עוד מעצר, פלילי או אזרחי, הנתון לביקורת של בית דין מינהלי.

39. כך, על-פי חוק המעצרים מוסמך בית משפט השלום לדון במעצר של מי שטרם הוגש נגדו כתב אישום; על-פי חוק ההסגרה, תשי"ד-1954 יובא העצור ללא צו בפני בית משפט שלום; עצור מכח חוק ההוצאה לפועל, תשכ"ז-1967 יובא בפני ראש ההוצאה לפועל, אשר סמכויותיו נתונות לכל שופט של בית משפט שלום; עצור מכוח חוק סמכויות שעת-חירום (מעצרים), תשל"ט-1979, יובא בפני נשיא בית משפט מחוזי.

40. פרופ' ברוך ברכה מסווג בספרו את בתי הדין המינהליים השונים לפי מידת קרבתם לבתי המשפט הכלליים. בין בתי הדין, מציין פרופסור ברכה, ישנם כאלה אשר דומים כמעט בכל לבתי המשפט של המערכת הכללית. באותם בתי דין דאג המחוקק לשאלות הקשורות לכשירות היושבים לדין, לכללי הדיון ולדיני הראיות החלים על ההליכים, למקום מושב קבוע, לפומביות הדיון וכדומה. אחד האמצעים להבטיח במידה מסוימת ובעקיפין את עצמאות בתי הדין, הנה הצבת שופטים של בתי המשפט הכלליים בראשם. הצבת שופטים של בתי המשפט הכלליים מבטיחה כשירות משפטית של העומדים בראש בית הדין, ניהול תקין של הדיון וסממנים אחרים של הליכים מקובלים בבתי המשפט (ר' המשפט המינהלי עמ' 114-115).

41. למרות החשיבות הרבה של הזכות לחירות אישית, ועל אף כל האמור לעיל בדבר היות ההסדר דן הסדר חריג בחוק הישראלי, הקים המחוקק בית דין בעל מאפיינים, המרוחקים מרחק רב מבית משפט של המערכת הכללית. כך, אופן מינוי בית הדין לא רק שאינו מנסה להשיג עצמאות לבית הדין, אלא אף יוצר תלות אישית חמורה בין בית הדין לבין הגוף המינהלי אותו הוא מבקר; סידרי עבודת בית הדין ודיוניו נקבעים על ידי בית הדין עצמו ולא מכוחן של תקנות; בית הדין משוחרר מדיני הראיות הרגילים, ובשל מקום דיוניו, הוא מקום המשמורת בו מצוי המוחזק, נמנע הלכה למעשה עקרון פומביות הדיון.

42. יודגש כי במקרה דנן, היות ועסקינן בהליך המשליך על חירותו של אדם, ישנה חשיבות רבה לסדרי הדיון הנקוטים בפני בית הדין. רק באמצעות סדרי דין ראויים יובטח לנתון במשמורת הליך הוגן כנדרש לשם הגנה על זכותו לחירות.

"חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו שינה את מערך הזכויות הפלילי מיסודו. זכותו של אדם לחירות עוגנה. יש לה השלכה מהותית על ההליך הפלילי. זכות זו נאבקה בגדרו, אולי יותר מאשר בכל מגזר אחר של המשפט, על הבכורה. בתוך כך הוכרה זכותו של אדם להליך ראוי. משמעות הדברים היא שינוי של הפירמידה הערכית. סדרי הדיון הפליליים "עלו כיתה". מענף פרוצדורלי הם הפכו לכלי מרכזי בשירות

זכות היסוד החוקתית. אם זכויות הנאשם במשפט הפלילי נגזרו עד היום מהוראות סדרי הדין "מעטה ייגזרו הוראות סדרי הדין הפלילי מזכויות האדם המוגנות בדבר הליך פלילי" (בעז אוקון ועודד שחם "הליך ראוי ועיכוב ההליך הפלילי", משפט(תשנ"ו) 265)

ראו גם: בש"פ 537/95 גנימאת נ' מ"י, פ"ד מט(3) 355, 421.

מ"ח 3032/99 ברנס נ' מ"י, פ"ד נו(3) 354, 375.

43. אופן התנהלות בית הדין עד היום ממחיש היטב עד כמה רחוק מוסד זה מבית משפט במערכת הכללית:

- עד היום לא פורסמו באופן רישמי מקום התכנסות בית הדין ומועדי התכנסותו. עו"ד המעוניין ליצג אזרח זר המוחזק במשמורת יאלץ לברר פרטים אלו טלפונית עם עו"ד שרון בבלי, המכהנת כבית הדין, או על-ידי פניה לעותרות.
- עד היום לא פורסמו כתובת, תיבת דואר או מספר פקס באמצעותם ניתן להפנות באופן מסודר לבית הדין בקשות בכתב ומסמכים חדשים. עו"ד המעוניין לעשות כן, יאלץ גם בעניין זה לפנות טלפונית לעו"ד שרון בבלי.
- עד היום לא נקבע נוהל מסודר לפניית הנתון במשמורת, אשר אינו מיוצג ע"י עורך דין, לבית הדין.
- כאשר בית הדין מתכנס באגף 4 בכלא מעשיהו נערכים הדיונים במועדון העצורים בו מצוי שולחן פינג פונג וכך בזמן הדיון, עת מועלות לא פעם סוגיות מתחום צנעת הפרט, עשוי להתקיים משחק פינג פונג סוער בחלק האחורי של אולם הדיונים.
- עד היום פועל בית הדין ללא מתורגמן, וזאת למרות התחיבות מפורשת של המשיב במסגרת בג"צ 4963/98 חסן בארי ססאי ואח' נ' שר הפנים.

44. בתאריך 25.4.02 פנתה העותרת 2 למשיב בעניין בעיות בישום הוראות חוק הכניסה לישראל. במכתב התריעה העותרת בין היתר גם על הליקויים החמורים המוזכרים לעיל ועל הפגיעה הקשה הנגרמת לזכויות הנתונים במשמורת עקב כך. עד היום לא התקבלה תשובה מאת המשיב.

העתק המכתב מצ"ב ומסומן נספח ע/9.

45. נראה אם כן, כי חטא כפול חטא המחוקק: לא די שקבע כי הביקורת על החלטה המינהלית לשלול את חירותו של אזרח זר תערך על-ידי בית דין מינהלי ולא על-ידי בית משפט, אלא גם יצר בית דין בעל מאפיינים השונים במובהק ממאפייני בית משפט רגיל.

סעיף 13יא - אופן מינוי בית הדין

46. סעיף 13יא לחוק קובע את דרכי מינויו של בית הדין. ס"ק (א) קובע, כי שר המשפטים, לפי הצעת שר הפנים, ימנה בית דין אחד או יותר של דן יחיד לביקורת משמורת של שוהים שלא כדין לפי החוק. ס"ק (ב) קובע מיהו הכשיר להתמנות לבית הדין, וס"ק (ג) קובע, כי מינוי של בית הדין יהיה לתקופת כהונה של שלוש שנים, וכי ניתן יהיה לשוב ולמנותו באותה הדרך.

47. כפי שצויין קודם לכן, אחת הדרכים לצימצום התלות האישית של בית הדין ברשות המבצעת הינה על-ידי מינוי של שופטים מבתי המשפט הכלליים לעמוד בראשו. בכך, לדברי המלומד ברוך ברכה, מובטחת במידת מה ובעקיפין עצמאות בתי דין, הכשירות המשפטית של העומדים בראשם וכן ניהול תקין של הדיון וסממנים אחרים של הליכים מקובלים בבתי המשפט (המשפט המינהלי, שם). למרות זאת, במקרה דנן הסתפק המחוקק במינוי לבית הדין של אדם, הכשיר להיות שופט בית משפט השלום ולא שופט מבתי המשפט הרגילים.

48. יתרה מכך, על-פי התיקון לחוק, המשיב, האחראי על הוצאת צווי החזקה במשמורת של שוהים שלא כדין, הוא הממליץ היחיד על זהות האדם, המוסמך על-פי דין להפעיל ביקורת על החלטות אלו. כך יכול המשיב ואו האחראים במשרדו על תחום זה, להמליץ מלכתחילה על מינוי של גורם מקורב, המזדהה עם מדיניותם, או על אדם הידוע כקל לתימרון. תלות בית הדין במשיב מתחזקת היה וברצונו לשוב ולהתמנות לתפקיד.

49. תנאי הכשירות למילוי התפקיד, אופן המינוי והאפשרות להאריכו יוצרים חשש אמיתי, כי בית הדין יהא נטול עצמאות שיפוטית ותלוי. חמור מכך, אופן המינוי מקים חשש, כי בית הדין יהיה בעל אינטרס לשאת חן בעיני הגורם, אשר את החלטותיו הוא מבקר. נדגיש, כי השלכות מינויו של בית דין נטול עצמאות שיפוטית חמורות במיוחד עת מדובר בגוף כדוגמת בית הדין, המוסמך לבקר החלטות של רשות מינהלית, השוללות זכות בסיסית - הזכות לחירות אישית.

"אי-תלות השופט בשלטון מובטחת לו בחוק, אך אין די בכך; גם נפשו של שופט צריך שתהא מנותקת מכל מחשבה של הזדהות עם בעל דין והשופט חייב להשתחרר כליל מענינם של בעלי-הדין העומדים לפניו. השופט חייב לנהוג נייטרליות מוחלטת ואף לנטוע בלבם של בעלי-הדין את הבטחון

שינהג כד. (ע"א 716/76 "מען" אגודה שיתופית נ' מיכאל וינברג ואח', פ"ד לא (2) 485, 488-489)

ראו גם: בג"צ 14/86 לאור נ' המועצה לביקורת סרטים ומחזות, פ"ד מא(1) 421, 433 ; בג"צ 5364/94 עו"ד זאב ולנר נ' "המערך" מפלגת העבודה, פ"ד מט(1) 758, 794-795.

50. אופן התנהלות בית הדין עד כה מעיד, כי אכן אין מדובר בגוף ביקורת עצמאי, אלא בגוף הכפוף למשיב. כך, לדוגמה, מקבלת עו"ד שרון בבלי, המכהנת כבית הדין, את משכורתה ממשדד המשיב; כמו כן למרות שתפקיד בית הדין הינו לבקר את החלטות המשיב, נוכחת עו"ד בבלי בישיבות במשדד המשיב, בהן נקבעת מדיניותו בנוגע לחוק.

51. ביטוי מובהק לכפיפות בית הדין למשיב נמצא במקרים בהם מציג הנתון במשמורת בפני בית הדין טענות מהן משתמע כי הוא שוהה בישראל כדין. יודגש, כי על פי רוב הועלו הטענות בעבר בפני ממונה ביקורת הגבולות אולם לא זכו לכל התיחסות עניינית. במקרים אלו מועברות הטענות לבדיקת המשיב והחלטת בית הדין מעוכבת למשך שלושה עד חמישה ימים ולעיתים אף מעבר לכך. מנסיון העותרת 1, בכל המקרים אשר הועברו לתגובה, דחה המשיב את גירסת הנתון במשמורת ובית הדין החרה אחריו ונמנע מלשחרר בערבות את הנתון במשמורת.

ארבע החלטות, המעידות על נוהל זה מצ"ב ומסומנות נספח **ע/10 א' ב' ג' ד'.**

52. גם באותם מקרים מועטים בהם מחליט בית הדין לשחרר בערבות את הנתון במשמורת נדחה ביצוע ההחלטה ב 24 שעות על מנת לאפשר למשדד הפנים לערער על ההחלטה.

שלוש החלטות המעידות על נוהל זה מצ"ב ומסומנות נספח **ע/11 א', ב', ג'.**

53. ביטוי נוסף לכפיפות בית הדין למשיב נמצא עת נעדרת עו"ד שרון בבלי מתפקידה. במצב זה ממונה לבית הדין כמחליף זמני אחד מן היועצים המשפטים במשדדו של המשיב. ברי, כי אין כל אפשרות, כי פקיד ממשדדו של המשיב יוכל למלא את תפקיד בית הדין באופן עצמאי, בלתי תלוי, וללא משוא פנים. כך, בתאריך 25.3.02 ו 26.3.02 החליפו את עו"ד שרון בבלי עו"ד נעמה אלבה ועו"ד גלית לביא, שתיהן ממשדדו של המשיב.

החלטות בית הדין מיום 25.3.02 ומיום 26.3.02 מצ"ב ומסומנות נספח **ע/12 א' ב'.**

54. עצמאות בית הדין ואי תלותו חיוניים להבטחת הגינות ההליך ומסייעים לקיום מנגנון הבקרה והאיזון (CHECKS AND BALANCES), המונח ביסוד הפרדת הרשויות. כן חיוניים הם לשם הבטחת אמון הציבור בגוף השיפוטי:

"אין צורך להכביר מילים הרבה על מנת להבהיר - ולשכנע - שאין לך שיפוט ראוי לשמו, אלא אם כן השופט הינו עצמאי ובלתי תלוי. עצמאותו של השופט - קרי: אי תלותו בגורם כלשהו וכפיפותו לחוק בלבד - עומדת בבסיס האמון שרוחש הציבור למערכת השופטת והיא הערובה למשפט צדק. לא בכדי על כן, שומרים אנו על עצמאותו של השופט - בתיפקודו השיפוטי - מכל משמר. זהו נכס חברתי ראשון במעלה; כאשר כל כירסום בו, מעמיד בספק את צדקת ההכרעה השיפוטית הלוקה "בתלות" בגורם זר כלשהו." (בג"צ 188/96 צירינסקי נ' סגן נשיא בית המשפט השלום, פ"ד נב(3) 721, 737-736).

כן ראו: בג"צ 732/84 ח"כ יאיר צבן נ' השר לענייני דתות ואח', פ"ד מ(4) 141, 147-148; ע"א 835/93 איגנט נ' אגד אגודה שיתופית לתחבורה, פ"ד מט(2) 793, 810-809.

55. אמון הציבור בכלל, והמועמדים להרחקה מישראל בפרט, כי הרשות שדנה בעניינם עושה צדק על פי הדין, וכי הדיון מתקיים באופן הוגן ונייטרלי, תוך מתן יחס שווה לצדדים, וללא כל אבק של עניין אישי בתוצאה, נפגע קשות על-ידי הליך המינוי במקרה דנן.

סעיף 13ד(א) וסעיף 13ד(ב) - הבאה לפני בית הדין

56. סעיף 13ד(א) קובע, כי מוחזק במשמורת יובא לפני בית הדין בהקדם האפשרי ולא יאוחר מתום 14 ימים מיום תחילת החזקתו במשמורת, אלא אם כן הובא לפני בית הדין קודם לכן מיוזמתו הוא, כאמור בסעיף 13ז לחוק. סעיף 13ד(ב) קובע, כי מי ששוחרר בעבר בערבות והוחלט על-פי סעיף 13ז להחזירו למשמורת יובא לפני בית הדין בהקדם ולא יאוחר מ-72 שעות לאחר החזרתו למשמורת. הסעיף אינו מתייחס במפורש לאפשרות של מי שהוחזר למשמורת לפנות מיוזמתו לבית הדין, אולם אפשרות זו, הנתונה לכל אדם הנתון במשמורת, פתוחה גם במקרה זה.

57. נזכיר, כי מהמדגם שערכה העותרת 1 (נספח ע/8) עולה, כי גברים נאלצים להמתין במשמורת 6 ימים במוצע עד הבאתם לפני בית הדין. 23% מהם ממתינים למעלה משבוע, ו- 6% ממתינים למעלה מ-13 יום. נשים נאלצות להמתין במשמורת במוצע 15 יום עד הבאתן לפני בית הדין.

58. על פי סעיף 29 לחוק המעצרים, חובה להביא עצור בפני שופט בהקדם האפשרי, ולא יאוחר מ-24 שעות ממעצרו, וזאת פרט למקרים חריגים, בהם מתעורר צורך לבצע פעולות חקירה דחופות, המפורטות בחוק וגם במקרה זה חובה להביא את העצור בפני שופט בתוך 48 שעות. בדברי ההסבר לסעיפים אלו (סעיפים 25-27 בהצ"ח) הודגש, כי הסדר זה מוצע "במגמה להגן על זכויות האדם, להבטיח שאדם נעצר רק כשהמעצר הוא צעד הכרחי ולהעניק לבית המשפט סמכות בקרה על פעולות החקירה שבוצעו עד להבאתו של העצור לפניו". (הצ"ח התשנ"ה, עמ' 306, 317-316).

59. לאחר התיקון לחוק ניתן לשלול את חירותו של אדם השוהה בישראל שלא כדין ללא כל ביקורת שיפוטית לפרק זמן הארוך פי כמה מפרק הזמן, בו ניתן לעצור אדם החשוד בפלילים. תוצאה זו חמורה היא במיוחד נוכח המטרה המוגבלת של החזקה במשמורת.

60. יתרה מכך, פרק הזמן עד לקיום ביקורת על החלטה לשלול את חירותו של אדם על-פי התיקון לחוק סוטה באופן קיצוני לא רק מזה הקבוע בחוק המעצרים, אלא גם מפרקי הזמן המוכרים לנו מיתר דברי החקיקה. חוק סמכויות שעת חירום (מעצרים), התשל"ט-1979 קובע, כי ביקורת שיפוטית על צו מעצר מינהלי תעשה על-ידי נשיא בית המשפט המחוזי בתוך 48 שעות. חוק ההוצאה לפועל, תשכ"ז-1967 קובע, כי חובה להביא חייב, לגביו מתקיימת החזקה כי הוא משתמט מתשלום חובותיו, לביקורת שיפוטית בפני ראש ההוצאה לפועל בתוך 48 שעות, חוק ההסגרה, תשי"ד-1954 קובע, כי מי שנעצר ללא צו יובא בפני שופט תוך 48 שעות, וכיום בעקבות בג"צ 6055/95 צמח נ' שר הביטחון גם חוק השיפוט הצבאי, התשט"ו-1955, קובע כי חייל יובא תוך 48 שעות בפני שופט בית דין צבאי.

61. בית משפט נכבד זה כבר עמד בעבר על החשיבות הגדולה שבהבטחת ביקורת שיפוטית:

"בהיעדר ביקורת שיפוטית אין לקיים את שילטון החוק... אכן קיום אפקטיבי של משפט מחייב קיומה של ביקורת שיפוטית אפקטיבית; ללא ביקורת שיפוטית על הרשות המבצעת מתערערת הפרדת הרשויות. עמה נפגמת חירות האדם ונפגמים היסודות של משטר חופשי." (בג"צ 294/89 המוסד לביטוח לאומי נ' וועדת הערערים לפי חוק התגמולים לנפגעי פעולות איבה, תש"ל-1970, פ"ד מה(5) 445, 450)

62. דברים אלו יפים פי כמה עת מדובר בביקורת שיפוטית על החלטה של רשות מינהלית, השוללת את זכות היסוד לחירות אישית, אשר הוכרה כ"זכות חוקתית מן המעלה הראשונה... תנאי למימוש זכויות יסוד אחרות" (בג"צ 6055/95 צמח נ' שר הביטחון ואח', פ"ד נג(5)

241פסיקה 17), ואף עוגנה בסעיף 5 לחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו הקובע, בו נקבע כי "אין נוטלים ואין מגבילים את חירותו של אדם במאסר, במעצר, בהסגרה או בכל דרך אחרת".

63. "אין מידה ואין שיעור לערכה ולאורכה של חירות האדם" (בג"צ 5304/92 פר"ח 1992 סיוע לנפגעי חוקים ותקנות למען ישראל אחרת נ' שר המשפטים, פ"ד מז(4) 715, 765). אין זה מפליא, אם כן, כי דווקא בהקשר של ביקורת שיפוטית על מעצר בידי רשות מינהלית, בחר בית משפט זה להפעיל את סמכותו ולפסול דבר חקיקה. בבג"צ 6055/95 צמח נ' שר הביטחון, פ"ד נג (5) 241, קבע בית משפט זה, כי סעיף 234(א) לחוק השיפוט הצבאי, התשט"ו-1955, לפיו מוסמך קצין שיפוט לתת פקודת מעצר כנגד חייל למשך 96 שעות בטרם הבאתו בפני שופט, נוגד את חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו. הסעיף בוטל ותקופת המעצר קוצרה ל-48 שעות.

64. חשוב להדגיש, כי הביקורת שנדרש בית הדין לבצע אינה עניין פורמלי בלבד. בפועל ישנה פעמים רבות מחלוקת עובדתית הן על ההצדקה בהוצאת צו ההרחקה והן על ההצדקה של החזקת השוהה הבלתי חוקי במשמורת עד הרחקתו מהארץ. על-פי מדגם העותרת 1 ב- 7% מהמקרים החליט בית הדין לשחרר את הנתון במשמורת בערבות, ב- 2% מהמקרים החליט לשחרר ללא ערבות וב- 12% מהמקרים החליט להותיר את האיש במשמורת, אולם הורה על עיכוב הרחקתו, לשם בירור תוקף צו ההרחקה, היות שהתעורר חשש, כי האיש זכאי להישאר בארץ.

65. להלן מספר מקרים הממחישים היטב את התפקיד החשוב של ביקורת על מעצר שוהים בישראל.

- סיפורו של מר א': מר א', אזרח גאנה, נעצר בתאריך 6.3.02 בגין שהייה בלתי חוקית. מר א' שהה בישראל יחד עם אשתו, אשר היתה באותה עת בהריון מתקדם. בקשתו להשתחרר בערבות היות ואשתו בשמירת הריון ונזקקות לאדם שסייע לה 24 שעות ביממה בבית החולים, נדחתה על-ידי הממונה על ביקורת הגבולות, ומר א' נשלח למעצר בכלא מעשיהו. למחרת היום הופיע מר א' בפני בית הדין וזה, לאחר ששמע על נסיבותיו האישיות, הורה על שחרורו מטעמים הומניטריים, בערבות ובכפוף לשורה של תנאים. יום לאחר מכן שוחרר מר א' בתנאים מגבילים.

פרוטוקול הדיון מיום 7.3.02 מצ"ב ומסומן נספח ע/13.

- סיפורה של הגב' ט' א': גב' א', אזרחית הפיליפינים, אם לילדה בת שלוש, נעצרה בתאריך 20.11.02 בגין שהייה בלתי חוקית. תחינותיה כי יאפשרו לה להשתחרר היות ובתה בת השלוש נותרה לבד ללא השגחה לא עזרו, והיא נותרה במשמורת, עד אשר כעבור יומיים, בעקבות פניית עורך דינה, שוחררה הגב' א' בערבות נמוכה יחסית בסך 5000 ש"ח.

פרוטוקול הדיון מיום 22.11.02 מצ"ב ומסומן נספח ע/14.

- סיפורו של ק' מ' ו': מר וואן נעצר ביום 18.2.02 בגין שהייה שלא כדין. רק כעבור יומיים, לאחר שהופיע בפני בית הדין, והתברר כי הינו בעל אשרת שהייה בתוקף, שוחרר מר ו' ממעצרו ושב למעסיקו.

פרוטוקול הדיון מיום 20.2.02 מצ"ב ומסומן נספח ע/15.

- סיפורו של מר ג' ק': מר ק' נעצר ביום 11.3.02 בגין שהייה בלתי חוקית, אף על פי שהיה בעל רשיון שהייה בתוקף. בתאריך 14.3.02 הופיע מר ק' בפני בית הדין. בית הדין שמע את גירסתו לנסיבות המעצר ואת גירסת המשטרה, וקבע כי יש לשחררו ממעצר.

פרוטוקול הדיון מיום 14.3.02 מצ"ב ומסומן נספח ע/16.

- סיפורה של גב' מ': גב' מ' שהתה בארץ יחד עם בנה בן ה-12. בתאריך 30.1.02 נעצרה גב' מ' בגין שהייה בלתי חוקית. רק בתאריך 5.2.02, שישה ימים לאחר מעצרה, הופיעה גב' מ' בפני בית הדין, אשר קבע כי תשוחרר בלא ערבות כספית.

פרוטוקול הדיון מיום 5.2.02 מצ"ב ומסומן נספח ע/17.

66. הדרישה לקיום ביקורת שיפוטית מהירה אינה נסמכת, איפוא, רק על עקרונות המשפט וחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו, אלא מבוססת על צורך מעשי למנוע החזקה במשמורת לשווא.

67. לכאורה, יכולים המוחזקים במשמורת "למזער" את הפגיעה בזכויותיהם ולפנות לבית הדין מיוזמתם (סעיף 13 לתיקון לחוק). אולם בפועל, הדבר כמעט ולא נעשה בין היתר כיוון שהאזרחים הזרים הנתונים במשמורת אינם מודעים לזכותם לעשות כן. יצויין, כי למרות החובה, המוטלת על המשיב על-פי סעיף 13א(ה) לחוק, לידע את האדם המוחזק במשמורת על זכויותיו לפי החוק, עד היום לא דאג המשיב כי הדבר יעשה בצורה מסודרת. כך, לדוגמה, עד היום לא נתלה בכלא מעשיהו, בו מוחזקים עשרות אנשים במשמורת, שלט בו מפורטות זכויות העצורים.

68. מכל מקום, כיוון שמדובר בפגיעה חמורה בזכות יסוד, אין המשיב יכול להסתתר מאחורי האפשרות, התאורטית כאמור, כי המוחזק במשמורת יביא מיוזמתו לביקורת את החלטה בדבר החזקתו במשמורת תוך פרק הזמן העומד באמות המידה הקבועות בחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו, אלא חלה עליו החובה להבטיח זאת בעצמו על-ידי קביעה מפורשת בחוק.

69. תוצאותיו הקשות של ההסדר הסטטוטורי חמורות במיוחד נוכח הוראת סעיף 13, לפיה ממונה ביקורת גבולות לא ישחרר בערבות שוהה שלא כדין אלא בנסיבות מסוימות בלבד, ולאור נסיון העותרות המלמד, כי בפועל ממוני ביקורת הגבולות נמנעים מלשחרר שוהים בלתי חוקיים בערבות אלא מורים על החזקתם במשמורת באופן אוטומטי, וכן לאור התנאים הקשים בהם מוחזקים המועמדים להרחקה מהארץ.

70. בשל פרק הזמן הארוך מיום תחילת ההחזקה במשמורת ועד להופעה בפני בית הדין, יתכן שיבוצע צו ההרחקה, אשר הוצא לעיתים שלא בצדק, ושוהה כדין, אשר שילם ממיטב כספו על מנת לעבוד בישראל, יורחק מהארץ על לא עוול בכפו. כך גם יתכן, שהחלטת ממונה ביקורת הגבולות, שלא להפעיל את סמכותו לדחות את מועד ההרחקה על מנת שיתאפשר לשוהה שלא כדין לטפל בענייניו ובזכויותיו המשפטיות בישראל, לא תגיע לביקורת, והנתון במשמורת לא יזכה למצות את זכויותיו על-פי דין. אין צורך לומר, כי בשני המקרים נפגעות לא רק זכויותיו של האזרח הזר, אלא גם אינטרס הציבור הישראלי, ותפקיד בית הדין כערכאת ביקורת מתרוקן מתוכן.

ביקורת שיפוטית או מעיין שיפוטית על מעצר בגין שהייה שלא כדין - משפט משווה

- בצרפת קובע חוק מספר 45-2658 מנובמבר 1945, בדבר תנאי הכניסה לצרפת והשהייה בה של זרים ובדבר הקמת המשרד הלאומי להגירה, כי עם חלוף 48 שעות מהחלטת המעצר, יובא העניין בפני בית המשפט המחוזי וזה יחליט באם להאריך את המעצר או לשחרר את העצור בערבות. (Ordonnance no. 45-2658 du 2 novembre 1945 relative aux conditions d'entree et de sejour en France des etrangers et portant creation de l'Office national d'immigration)
- בקנדה קובע חוק ההגירה, כי אדם המוחזק במעצר לצורך חקירה בדבר שהות בלתי חוקית או לצורך ביצוע צו הגירוש יובא עם חלוף 48 שעות ממעצרו בפני פוסק (adjudicator), אשר יבדוק את הסיבות להמשך המעצר.
- בניו זילנד קובע חוק ההגירה מ-1987, כי מי שנעצר יובא בהקדם האפשרי ולא יאוחר מ-48 שעות בפני שופט מחוזי.

סעיף 13טו(א) - בחינה נוספת של ההחלטה לאשר את צו המשמורת

71. סעיף 13טו(א) קובע, כי במקרים בהם החליט בית הדין לאשר את צו המשמורת, רשאי הוא להורות כי עניינו של המוחזק יובא בפניו לבחינה נוספת, בתוך פרק זמן שקבע, ובלבד שפרק הזמן עד לקיום הבחינה הנוספת לא יעלה על 30 ימים.

72. העדר חובה לקיים בחינה נוספת של עניינו של המוחזק במשמורת, והותרת הדבר לשיקול הדעת של בית הדין, וכן הקביעה כי בחינה זו תערך בתוך פרק זמן שלא יעלה על 30 יום, פוגעים בזכות לחירות של הנתון במשמורת במידה העולה על הנדרש ובניגוד לחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו. בנסיבות שכאלו על הביקורת החוזרת להתקיים כדרך קבע, בתוך פרק זמן הקצר בהרבה, שכן יתכן שהשתנו הנסיבות, והתגבשה עילה לשחרורו של הנתון במשמורת והוא אינו מודע לזכותו לפנות מיוזמתו לבית הדין. כך, לדוגמה, יתכן כי ביכולתו לגייס ערבות, אשר תספק את חששו של בית הדין, כי לא יצא מישראל בזמן הנקוב או לחלופין שחלה התדרדרות במצבו הבריאותי או בבריאות בן/בת זוגו, דבר המצדיק שחרורו בערבות ע"פ החוק, ועוד כהנה וכהנה.

73. במדינות אחרות, בהן קיימת ביקורת שיפוטית או מעין-שיפוטית אוטומטית על מעצר לצורך גירוש, מועדי הביקורת הם כדלקמן:

צרפת - ביקורת שיפוטית ראשונה 48 שעות אחרי המעצר, וביקורת חוזרת כל חמישה ימים.
קנדה - ביקורת מעין-שיפוטית ראשונה 48 שעות אחרי המעצר, ביקורת חוזרת ראשונה לאחר שבעה ימים, ביקורת חוזרות לאחר מכן אחת ל-30 יום.
ניו-זילנד - ביקורת שיפוטית ראשונה תוך 48 שעות מהמעצר, ביקורת חוזרת ראשונה לאחר 21 יום, וביקורת חוזרות לאחר מכן כל שבעה ימים.

בטלות סעיפי החוק הסותרים את חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו

74. הסעיפים העומדים בבסיס עתירה זו פוגעים בזכויות אדם יסודיות וחוקתיות: הזכות לחירות אישית, הזכות לכבוד והזכות לשוויון. זכויות אלה, המוכרות ומעוגנות זה מכבר במשפט הישראלי, זכו להגנה נוספת עם חקיקת חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו, ועל הפגיעה בהן לעמוד בתנאי פיסקת ההגבלה שבחוק היסוד. חוק היסוד מגן על האדם באשר הוא אדם; הזכויות המעוגנות בו אינן מוגבלות לאזרח או לתושב, והן מוענקות לכל אדם ועל כן הן מוענקות גם למי שנכנס לישראל או מוכנס אליה שלא כדין (אהרון ברק **פרשנות במשפט, כרך שלישי - פרשנות חוקתית** (נבו, תשנ"ד) ע"מ 436).

הזכות לחירות, לשוויון ולכבוד

75. דומה שאין צורך להכביר מילים בדבר חשיבותם ומעמדם של החירות, השוויון וכבוד האדם במשפט הישראלי. החירות האישית אשר עוגנה בסעיף 5 לחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו "היא זכות חוקתית מן המדרגה הראשונה, והיא גם, מבחינה מעשית, תנאי למימוש זכויות אחרות. הפגיעה בחירות האישית, כמו פגיעת אבן במים, יוצרת מעגל מתרחב של פגיעה בזכויות יסוד נוספות: לא רק בחופש התנועה, אלא גם בחופש הביטוי, בצנעת הפרט, בזכות הקניין ובזכויות נוספות" (בג"צ 6055/95 צמח נ' שר הבטחון 241, 261)

76. ואילו השוויון - "הוא מנשמת אפו של המשטר החוקתי שלנו כולנו" (בג"צ 98/69 ברגמן נ' שר האוצר, פ"ד כג(1) 693, 698). עקרון השוויון מהווה עקרון הלכתי, אשר הוכר ופותח על ידי בתי המשפט בישראל, כעוגן נורמטיבי להכרה בזכות לשוויון של האדם בישראל (בג"צ 721/94 אל-על נתיבי אויר לישראל נ' דנילוביץ, פ"ד מח(5) 749, 759). עם חקיקת חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו עלתה הזכות לשוויון למעמד זכות חוקתית-על חוקית, שכן אף שאין חוק היסוד מתייחס לזכות השוויון מפורשות נקבע לא פעם על-ידי בית משפט זה, כי זכות זו נגזרת מעקרון כבוד האדם.

ראו: בבג"צ 5394/92 הופרט נ' יד ושם, פ"ד מח(3) 353, 362.
בג"צ 4541/94 מילר נ' שר הביטחון, פ"ד מ"ט(4) 94, 131-133.
בג"צ שדולת הנשים בישראל נ' ממשלת ישראל, פ"ד מ"ח(5) 521, 526.

77. חוק הכניסה לישראל חל על מי שאיננו אזרח ישראלי או בעל אשרת עולה או תעודת עולה (סעיף 1 לחוק הכניסה לישראל, התשי"ב-1952). משמע, ההסדר המופיע בחוק, והחורג באופן קיצוני מההסדרים המוכרים לנו מדיני המעצרים ומהלכות בית משפט זה, חל על אזרחים זרים בלבד. מכוח העקרון בדבר תחולה כללית של זכויות היסוד ושל ההגבלות עליהן, יש לבחון בקפדנות יתרה כל הגבלה לא שוויונית של הזכות לחירות אישית (השוו לעניין התחולה השוויונית של חופש העיסוק: בג"צ 726/94 כלל חברה לביטוח בע"מ נ' שר האוצר, פ"ד מח(5) 441, 471). במקרה זה אין כל הצדקה לפגיעה, המפלה בזכות לחירות אישית של האזרחים הזרים, וגם בשל כך דינו של החוק להתבטל.

78. "הפליה - שהינה ניגוד של השוויון - קיימת, אפוא, באותם מצבים בהם דין שונה לאנשים השונים זה מזה (מבחינה עובדתית) מבוסס על טעמים שאין בהם כדי להצדיק בחברה חופשית ודמוקרטית הבחנה ביניהם." (בג"צ 721/94 אל-על נתיבי אויר לישראל נ' דנילוביץ, פ"ד מח(5) 749, 761). כך, דין הקובע הסדר חריג ומאפשר פגיעה קשה בחירות האישית כדוגמת ההסדר דנן, וחל רק על אזרחים זרים, הנו דין מפלה.

79. התיקון לחוק אף פוגע בכבוד האדם של האזרחים הזרים, שכן בבסיסו עומדת ההנחה, כי האזרחים הזרים כקבוצה אינם בעלי זכות לחירות אישית, או למצער, זכותם לחירות אישית אינה שווה לזו של האזרח הישראלי. פגיעה זו על רקע קבוצתי עולה כדי השפלת האזרחים הזרים ופגיעה בכבודם כבני אדם. "לא כל פגיעה בשוויון עולה כדי השפלה ועל כן לא כל פגיעה בשוויון פוגעת בזכות לכבוד.... לא כך הדבר בסוגים מסוימים של הפליה לרעה על רקע קבוצתי, ובתוכם הפליה מחמת מין, כמו גם הפליה מחמת גזע. ביסודה של הפליה זו עומד ייחוס מעמד נחות למופלה, מעמד שהוא פועל יוצא ממהותו הנחותה כביכול. בכך טמונה, כמובן, השפלה עמוקה לקורבן ההפליה." (בג"צ 4541/94 מילר נ' שר הביטחון, פ"ד מט(4) 94, 132).

פיסקת ההגבלה

80. לא כל פגיעה בזכות אדם מוגנת תביא לתוצאה של בטלות החוק. על מנת להביא לבטלותו של חוק על בית המשפט לבחון אם הפגיעה בזכות המוגנת עומדת בתנאי פיסקת ההגבלה (סעיף 8 לחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו), דהיינו האם הפגיעה נעשתה בחוק, ההולם את ערכיה של מדינת ישראל, שנועד לתכלית ראויה ובמידה שאינה עולה על הנדרש. התיקון לחוק הכניסה לישראל אינו הולם את ערכיה של מדינת ישראל כמדינה יהודית ודמוקרטית ופוגע בחירות האישית של האזרח הזר ובזכותו לשוויון ולכבוד מעל לנדרש. לפיכך, אין התיקון לחוק הכניסה לישראל עומד בדרישת סעיף 8 ודינו להתבטל.

חוק ההולם את ערכיה של מדינת ישראל

81. התיקון לחוק אינו הולם את ערכיה של מדינת ישראל כמדינה יהודית ודמוקרטית שכן הוא כולל הסדר, המפלה לרעה אזרחים זרים ומאפשר פגיעה קשה בזכותם לחירות לעיתים שלא לצורך. כמדינה יהודית מחויבת ישראל לערכים הומניים, ערכי חירות, שוויון וצדק, המגולמים במסורת היהודית ובכתביה. כך, מחוייבים אנו לכבד את הגר ולדאוג לרווחתו: "וכי יגור אתך גר, בארצכם - לא תונו, אותו; כאזרח מכם יהיה לכם הגר אתכם, ואהבת לו כמוך - כי גרים הייתם, בארץ מצרים" (ויקרא, יט, לג). כך גם מחוייבים אנו לדין אחד לגר ולתושב: "ארור, מטה משפט גר יתום ואלמנה; ואמר כל העם, אמן" (דברים, כז, יט). כמדינה דמוקרטית מחויבת ישראל לזכויות האדם ולשמירה על האיזון הראוי בין לבין האינטרס הציבורי, להפרדת רשויות ולעצמאות הביקורת השיפוטית.

מידה שאינה עולה על הנדרש

82. שלושה מבחני משנה קבעה הפסיקה לקביעה האם הפגיעה בזכות היסוד היא מידתית (ע"א 6821/93 בנק המזרחי המאוחד בע"מ נ' מגדל כפר שיתופי, פ"ד מט(4) 221, 443-441):

- המבחן הראשון הוא מבחן הקשר הרציונלי. מבחן זה דורש התאמה בין האמצעי למטרה. העותרים מוכנים להסכים כי קיים קשר רציונלי בין האמצעי - החזקת השוהה שלא כדין במשמורת, למטרה - הבטחת יציאתו מהארץ.
- המבחן השני הוא מבחן האמצעי שפגיעתו בזכות פחותה. התיקון לחוק אינו עומד במבחן זה, שכן ניתן להבטיח את יציאת השוהים שלא כדין מישראל על ידי אמצעי, שפגיעתו בחירות האישית של אזרחים זרים השוהים בישראל כדין וכאלו השוהים בישראל שלא כדין תהא פחותה. כך, על-ידי הפעלת חלופות מעצר ככלל ולא כחריג, וכך על-ידי עריכת ביקורת שיפוטית תוך 24 שעות ולא בתוך 14 יום, על-ידי גוף שיפוטי עצמאי ובלתי מוטה.
- המבחן השלישי הוא מבחן הפגיעה מול התועלת. אף במבחן זה לא עומד התיקון. כתוצאה מהמנגנון הקבוע בחוק כיום, מוחזקים במשמורת אזרחים זרים בעלי היתר ונטולי היתר, פרקי זמן ממושכים שלא לצורך. בכך נפגעת זכותם לחירות אישית מעל ומעבר לנדרש וללא כל פרופורציה לתועלת המושגת על-ידי כך. דווקא על-ידי מנגנונים חלופיים, השומרים על זכויות האדם, ניתן יהיה להשיג את מטרת החוק באופן יעיל הרבה יותר.

ראו: בג"צ 1030/99, 1031/99, 1053/99, 1119/99, 1201/99 ח"כ אורון ואח' נ' יו"ר הכנסת, ח"כ דן תיכון (טרם פורסם); בג"צ 5016/96 חורב נ' שר התחבורה, פ"ד נא(4) 1, 53-54; בג"צ 3477/95 בן-עטיה נ' שר החינוך התרבות והספורט, פ"ד מט(5) 1, 12-13;

הסעד המבוקש

83. משנקבע כי הוראות החוק נשוא עתירה זו פוגעות שלא כדין בזכויות אדם חוקתיות, עומד בפני בית המשפט מגוון של סעדים ועליו לבחור את הסעד המתאים ביותר בנסיבות העניין. הסעד הראוי במקרה זה, בו עסקינן בתיקון לחוק, הקובע הסדר שלם וקוהרנטי לסוגיית המעצר והגירוש של השוהים בישראל שלא כדין, וכאשר אי החוקתיות נובעת בעיקרה מפרקי הזמן הממושכים עד לעריכת ביקורת וממאפייני הגוף המוסמך לבצע ביקורת זו, אינו הסעד החריף של

ביטול דבר החקיקה, אלא, כמבוקש בראש עתירה זו, ריפוי הפגם בדרך של עריכת שיחזור חוקתי של הסעיפים (reading in).

84. סעד השיחזור החוקתי ידוע בספרות ההשוואתית, ופותח בעיקר לעניין חוקים המפרים את עקרון השוויון (לעניין השימוש בסעד זה בארה"ב ובקנדה ראו אהרון ברק **פרשנות במשפט, כרך שלישי - פרשנות חוקתית** (נבו, תשנ"ד) עמ' 765-760). גם בישראל עשה בית המשפט שימוש בסעד זה על מנת לתקן הפליה בהסכם קיבוצי, ובאמצעותו העניק לידועים בציבור בני אותו מין טובת הנאה, אשר ניתנה על-פי ההסכם לידועים בציבור בני מין שונה בלבד (בג"צ 721/94 אל על נתיבי אויר לישראל נ' דנילוביץ, פ"ד מח(5) 749).

85. שיחזור חוקתי מקדם את התכלית העומדת ביסוד זכויות האדם המוגנות, מונע את הצורך לבטל דבר חקיקה ומגביל את ההתערבות השיפוטית בתוקף החקיקה. על-ידי שיחזור חוקתי של הסעיפים בית המשפט אינו קורא לתוך החוק מה שאין בו, ואינו קוטע חלקים ממנו תוך השארת חלל ריק. ע"י נקיטה בהליך השיחזור החוקתי ימנע בית המשפט את הפגיעה הקשה בזכות לחירות אישית של האזרחים הזרים, ויבצע את הצו הנורמטיבי, הקבוע בחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו, לפיו אין פוגעים בחירותו של אדם אלא בחוק ההולם את ערכיה של מדינת ישראל ובמידה שאינה עולה על הנדרש. לא בכדי הביע השופט ברק את תמיהתו על כך שבשם עקרון ההתאפקות מסרבים שופטים "לקטוע אבר מת מגוף החוק או לשתול בו אבר חי, אך אינם מהססים להביא למותו של הגוף כולו." (אהרון ברק **פרשנות במשפט, כרך שלישי - פרשנות חוקתית** (נבו, תשנ"ד) עמ' 775).

סיכום

86. תיקון מס' 9 לחוק הכניסה לישראל מסדיר לראשונה בחוק את סוגיית החזקתו במשמורת של אזרח זר השהה בישראל שלא כדין ואת הרחקתו מהארץ. ההסדר בחוק חורג באופן קיצוני מהסדרים המוכרים לנו מתחום דיני המעצרים. בעוד שלגבי מעצרים פלילים הכלל הוא חירות והחריג מעצר, קובע התיקון לחוק הסדר הפוך: החזקה במשמורת היא הכלל ושחרור בערבות החריג. בעוד שבדרך כלל מובא העצור לביקורת שיפוטית תוך 24 או לכל היותר 48 שעות, קובע התיקון, כי אדם המוחזק במשמורת יובא לביקורת שיפוטית תוך 14 יום, ועת מדובר באדם אשר הוחלט להשיבו למשמורת לאחר ששחרר בערבות, תוך 72 שעות. בעוד שבדרך כלל נערכת הביקורת השיפוטית על החלטה לשלול חירותו של אדם ע"י בית משפט, קובע התיקון כי במקרה דנן תערך הביקורת ע"י בית דין מינהלי, אשר אופן מינויו ודרך התנהלותו מטילים ספק כבד בדבר יכולתו לפעול ללא משוא פנים, כגוף ביקורת שיפוטי עצמאי. כל אלו פוגעים בזכות האזרח הזר

לחירות אישית, לכבוד ולשוויון, בחוק שאינו הולם את ערכיה של מדינת ישראל, ומעבר לנדרש,
בניגוד להוראות חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו.

אשר על כן, מתבקש בית המשפט לתת צו על תנאי בעתירה, ולאחר קבלת תשובת המשיב להפכו
למוחלט.

מיכל פינצ'וק, עו"ד
ב"כ העותרים