

- המוקד לפליטים ולמהגרים • האגודה לזכויות האזרח בישראל**
- א.ס.ף – ארגון סיוע לפליטים ולמבקשי מקלט בישראל • קו לעובד**
- רופאים לזכויות אדם – ישראל • המרכז לקידום פליטים אפריקאים**
- הקליניקה לזכויות פליטים בפקולטה למשפטים באוניברסיטת תל-אביב**
- הקליניקה לזכויות מהגרים במרכז האקדמי למשפט ולעסקים ברמת-גן**
-

הערות הארגונים העותרים בבג"ץ 8665/14

לתזכיר חוק למניעת הסתננות (תיקוני חקיקה והוראת שעה), התשע"ו-2015

להלן הערות הארגונים העותרים בבג"ץ 8665/14 לתזכיר החוק שבנדון.

לרקע הליכי החקיקה

זוהי הפעם הרביעית בה מופץ תזכיר חוק למניעת הסתננות שבהמשך הופך, בשינויים מסויימים, להצעת חוק ולחוק. בפעמים הקודמות עמדנו על פגמים חוקתיים שונים בנוסח הצעות החוק והתרענו שהוראותיהן אינן חוקתיות. הממשלה והכנסת לא נתנו משקל מתאים לדברים ובית המשפט העליון נאלץ לבטל פעם אחר פעם הסדרים שנקבעו בחקיקה ראשית משום שאלו פגעו באופן לא מידתי בזכויות אדם (בג"ץ 7146/12 **אדם נ' הכנסת** (פסק דין מיום 16.9.2013)), בג"ץ 7385/13 **איתן – מדיניות הגירה ישראלית נ' ממשלת ישראל** (פסק דין מיום 22.9.2014) ובג"ץ 8665/14 **דסטה נ' הכנסת** (פסק דין מיום 11.8.2015) (להלן בהתאמה: **עניין אדם**, **עניין איתן** ו**עניין דסטה**)).

בפסק הדין בעניין **אדם** עמדה המשנה לנשיא (כתארה אז) מרים נאור על כך שסוגית כניסתם של מבקשי מקלט ומי שלא ניתן להרחיקם מישראל "מציבה קשיים, שאתגרים בצדם." המשנה לנשיא עמדה על כך ש"אתגרים אלה מחייבים פתרונות יצירתיים", והדגישה שזו "יכולה זאת להיות שעתה היפה של המדינה, שבמציאות שנכפתה עליה תשכיל למצוא פתרונות הומאניים, פתרונות התואמים לא רק את המשפט הבינלאומי אלא גם את התפישה היהודית" (סעיף 5 לפסק דינה של המשנה לנשיא נאור בעניין **אדם**).

במקום ליישם דברים אלה ולהטמיעם, אילצו הממשלה והכנסת את בית המשפט פעמיים נוספות להכריז על בטלותם של דברי חקיקה, תוך שבפסק הדין האחרון שניתן (ענין **דסטה**) הבהירה הנשיאה נאור בחריפות, כי "לא מרכז השהייה כפי שהוקם לימים ב"חולות" עמד מול עיני כאשר כתבתי דברים אלה", והוסיפה ש"כאזרחית, הייתי שמחה לראות את מדינת-שלי עם יותר חמלה, גם כלפי מי שחשוד בכך שהסתנן לישראל לשבור שבר." (סעיף 57 לפסק דינה של הנשיאה נאור בעניין **דסטה**).

מן התזכיר הנוכחי עולה שגם הפעם לא תהא זו שעתה היפה של המדינה. גם הצעת החוק הנוכחית נעדרת מידה מזערית של חמלה, לא כלפי מי שזכאים להגנה בינלאומית, המכונים בבז "מסתננים", ואף לא כלפי תושבי השכונות הנאלצים להצטופף יחד עמם. במקום שתהיה זו שעה של חמלה, או לפחות שעה של כבוד לפסיקת בית המשפט העליון, מבקשת הצעת החוק לשוב

ולחתור תחת פסקי הדין שניתנו בענין. הצעת החוק מבקשת להתעלם מהעקרונות החוקתיים ומאמות המידה שנקבעו בפסיקת בית המשפט באופן שמעורר תהיות אם אין מטרתה העיקרית להנציח את מחול הפסילות המתמשך, על התהליכים הפוליטיים המצערים האופפים אותו.

לכן, רגע לפני שנעמוד על הפער שבין הוראות הצעת החוק שבתזכיר לעקרונות המחייבים שנקבעו בפסיקה, נבקשכם פעם נוספת לשקול את היחס הכולל לאנשים שהחוק למניעת הסתננות, על תיקונו השונים, עוסק בהם; אנשים שניסיונות חייהם אילצו אותם להיעקר ממדינתם, הם זכאים להגנה בינלאומית וראויים לכבוד ולחמלה ככל אדם אחר, אם לא למעלה מכך (ראו גם סעיף 2 לפסק דינו של השופט עמית בעניין **אדם**).

למרות שהעולם מצוי במשבר הפליטות וההגירה החמור ביותר מאז מלחמת העולם השנייה (ראו סעיף 1 לפסק דינו של השופט פוגלמן בעניין **דסטה**), שוהים כיום בישראל, לפי נתוני רשות האוכלוסין וההגירה, לא יותר מכ-45,000 אנשים שנכנסו לארץ ללא היתר ומספרם של הנכנסים כך לאורך בשלוש השנים האחרונות – מאז הושלמה בניית הגדר בגבול מצרים – אפסי ממש. נתונים אלה תומכים, לכשעצמם, בשינוי הגישה שנקטה עד כה ובמתן משקל גדול יותר לזכויותיהם של מי ששוהים בארץ מזה שנים תחת "ערפל נורמטיבי מכביד" (ע"ם 8908/11 **אספו נ' משרד הפנים** 17.7.2012, פורסם בנבו). ערפל שלא רק שהצעת החוק הנוכחית אינה מסייעת בהפגתו, אלא שהיא אף מכבידה ומסמיכה אותו.

עיון בתזכיר הנוכחי מגלה שהוא אינו מתיימר אפילו לתת מענה לקשיים המעשיים שנובעים מהיעדר מדיניות כוללת ביחס לסוגית מבקשי המקלט בישראל. יישום ההוראות המופיעות בו יעצים את הפגיעה במבקשי המקלט בישראל ללא שישפר את מצבם של תושבי השכונות המצטופפים עמם וללא שישתרת תכלית ראויה כלשהי. ודאי שלא באופן שהולם את עוצמת הפגיעה. לכן אנו קוראים **שלא לקדם את התזכיר**, ותחתיו לבחון בקשות מקלט ולהכריע בהן בהתאם לסטנדרטים המקובלים בעולם; לקדם יוזמות המעודדות את העסקתם ברחבי הארץ של מי שאין אפשרות להרחיקם מישראל על ידי מתן רישיונות עבודה סדורים; לבטל את כל ההיטלים הכרוכים בהעסקה; ולהבטיח נגישות לשירותי בריאות ורווחה. מדיניות שכזו תמלא אחר חלק ממחויבויותיה של ישראל על פי האמנות הבינלאומיות שהיא צד להן; תשחרר בני קבוצה זו מן הצורך להסתמך על מנגנונים קהילתיים; תפתח בפניהם אפיקי תעסוקה מרוחקים מן המרכז (ובהם ענפים שבהם נדרשים עובדים וענפים שבהם מועסקים מהגרי עבודה המיובאים לישראל בעשרות אלפיהם); ותאפשר פיזור שיקטין את הנטל על האיזורים המוחלשים ממילא בהם הם מצטופפים.

התנהלות אחרת, ובעיקר המשך גרירת הרגליים בכל הקשור לבחינת בקשות מקלט, תלמד שהרשויות בוחרות להתנהל בחוסר תום לב ובניגוד להתחייבויות בינלאומיות שהמדינה נטלה על עצמה. להתנהלות מעין זו יש משמעויות חוקתיות שעשויות להוביל לכך שהמדינה תהיה מנועה מלהצדיק את החקיקה גם מכוח עקרון תום הלב (ראו סעיף 13 לפסק דינו של השופט מלצר בעניין **דסטה**). בנוסף, בשים לב לכך שהרוב המכריע של אלו שהצעת החוק עוסקת בהם נכנסו לישראל

ללא היתר כבר לפני שנים רבות, הבחירה להחיל עליהם נורמות מחמירות שיוצרות הבחנה קיצונית בינם לבין אחרים שלא ניתן להרחיקם מישראל, וזאת רק בשל האופן בו נכנסו לארץ, היא כשלעצמה בלתי חוקתית בשל פגיעתה הקשה בעקרון השוויון.

לתוכן התזכיר

הצעת החוק, שבעניינה עוסק התזכיר, גובשה בעקבות תוצאת פסק הדין בעניין **דסטה**. פסק הדין קבע שסעיפים 32ד(א) ו-32כא לחוק למניעת הסתננות ולהבטחת יציאת מסתננים מישראל (תיקוני חקיקה והוראות שעה), התשע"ה – 2014 (להלן: **התיקון הקודם**), שקצבו את תקופת שהייה במרכז לפרק זמן **מרב** של 20 חודשים, אינם חוקתיים ואישר – לא פעם בדוחק – הסדרים אחרים שנקבעו בתיקון הקודם (ראו סעיף 57 לפסק דינה של הנשיאה נאור בענין **דסטה**). בקשר לסנקציות העונשיות שנקבעו בסעיף 32כ לתיקון הקודם, סברו חלק מחברי ההרכב (השופטים פוגלמן ועמית) שהן "חוצות את הגבול שבין ענישה פלילית לענישה משמעתית" (סעיף 49 לפסק דינו של השופט פוגלמן בענין **דסטה**) ושפגיעתן אינה מידתית ואילו השופטים שהצטרפו לדעת הרוב בענין זה מצאו שההסדר אינו חף מקשיים (ראו למשל סעיף 5 לפסק דינה של השופטת חיות), אולם לא מצאו לפסול אותו ובלבד שיישם במידתיות ותחת ההנחה שהממונה, ככלל, לא יגזור בהכרח את תקופות המשמורת המרביות שנקבעו בחוק.

כן נקבעה בפסק הדין תקופה של ששה חודשים במהלכה תושעה הכרזת הבטלות תוך שמשך השהייה המרבי במרכז יעמוד על 12 חודשים, כשבית המשפט הבהיר בצורה שאינה משתמעת לשני פנים שמדובר ב**פרק הזמן המרבי** (ראו פסקאות 96 ו-115 לפסק דינה של הנשיאה נאור ופסקה 52 לפסק דינו של השופט פוגלמן). יש הרואים בפרק הזמן האמור איתות ברור ביחס לפרק הזמן המרבי שיעמוד מבחינת בית המשפט באמות המידה החוקתיות שנקבעו בענין **דסטה**.

אלא שהצעת החוק מבקשת להעמיד את תקופת השהייה במרכז על פרק זמן של 18 חודשים. מדובר במשך שהייה ארוך **פי אחד וחצי** מפרק הזמן המרבי שקבע בית המשפט לתקופת השעיית הבטלות; משך זמן שקצר אך ורק בעשרה אחוזים מזה שהוכרז כבלתי חוקתי בענין **דסטה**. בנוסף, הוחמרו בהצעת החוק הסנקציות העונשיות בתקופה של 30 ימים; בוטלה ההרגתו של הורה לקטין הסמוך על שולחנו מפגיעתו הרעה של מרכז השהייה; והוטלה מגבלה חריפה וחסרת תקדים על שיקול הדעת השיפוטי בכל מה שקשור למתן סעדים זמניים בהליכים, שבהם תוקפים את הוצאתה של הוראת שהייה, על הפגיעה בזכות לחירות הכרוכה בה. בנוסף, נעשו מספר תיקונים נוספים, כאשר **אף אחד מהם אינו מיטיב**.

כל אחד מהשינויים המרכזיים המופיעים בתזכיר פוגע בזכויות באופן לא מידתי. הצטברותם יחדיו אינה חוקתית במובהק. חלק מהתיקונים המוצעים מתייחסים לפסיקת בית המשפט בענין **דסטה** כאילו נועדה להכשיר ולהעניק לגיטימציה להעמקתה ולהרחבתה של הפגיעה בזכויות, ואילו תיקונים אחרים – בפרט זה הכרוך בהעמדת תקופת השהייה במרכז על פרק זמן דומה לזה שנפסל כלא חוקתי – מבקשים לחתור תחת פסק הדין כאילו מעולם לא ניתן.

התייחסות פרטנית לתיקונים המופיעים בתזכיר

סעיף 1(3) – העמדת תקופת השהייה על 18 חודשים

בית המשפט חזר בעניין **דסטה** על כך שמרכז השהייה "פוגע באופן משמעותי בזכויותיהם של השוהים במרכז השהייה ובעיקר בחירותם" (סעיף 60 לפסק דינה של הנשיאה נאור). לכן נקבע שתקופת השהייה **מרבית** של 20 חודשים אינה חוקתית. ודוק, אם בית המשפט היה סבור שתקופה מרבית של 20 חודשים יכולה לצלוח את המבחנים החוקתיים בנסיבות כלשהן – למשל דרך פירוש מצמצם של הסמכות המינהלית או קביעתה ביחס לקבוצה מסויימת מכלל מי שנכנסו ללא היתר – כך היה קובע.

באופן הזה, יכול היה בית המשפט לקבוע שתקופה מרבית בת 20 חודש היא חוקתית, בכפוף להתווית שיקול הדעת המינהלי, אלא שבית המשפט לא בחר בדרך הזו: נקבע שתקופה מרבית של 20 חודשים אינה חוקתית בכל מקרה שהוא. במילים אחרות, בית המשפט קבע ש"התועלת" המופקת מהוצאתה של הוראת השהייה לתקופה של 20 חודשים אינה יכולה, **בשום מקרה**, להשתוות לנזק שנגרם לאדם נגדו הוצאה הוראת השהייה. דברים אלה נאמרו בצורה מפורשת אף על-ידי השופט הנדל, שבדעת המיעוט בענין **דסטה**, הבהיר את עמדת שופטי הרוב בקשר לאי החוקתיות של תקופת השהייה (ראו את הסייפא לסעיף 5 לפסק דינו של השופט הנדל).

קביעתה של תקופה ארוכה פי 1.5 מהתקופה המרבית שהתיר בית המשפט למשך השעיית הבטלות – תקופה שקצרה בעשרה אחוזים בלבד מזו שנפסלה – היא התרסה בוטה כלפי בית המשפט, אם לא זילות גמורה שלו. מדובר בהחלטה לחוקק מחדש חוק זהה לזה שנפסל רק לאחרונה. הכל אחרי שבית המשפט כבר הבהיר ששיטתנו החוקתית מחייבת שחוק כזה, ככל שיחוקק מחדש, **יפסל שוב ושוב** (פסקה 3 לפסק דינה של המשנה לנשיאה נאור בעניין **איתן** ופסקה 22 לפסק דינה של הנשיאה נאור בעניין **דסטה**).

דומה שמנסחי התזכיר מודעים לקושי בחקיקתה של תקופה כה דומה לזו שנפסלה בעניין **דסטה**, ביקשו להתמקח עם פסק הדין ולחתור תחתיו כשקבעו שהוראות שהייה יוצאו לתקופה של עד 18 חודשים במקרה בו מדובר במי שנכנס לישראל לאחר פרסומו של החוק (סעיף 3(ב) לנוסח הצעת החוק שבתזכיר) או "מטעמים מיוחדים שירשמו" (סעיף 3(א) לנוסח הצעת החוק), וללא שיובהר – או ירמז – מה עשויים להיות "טעמים מיוחדים" שכאלה.

ביחס ל"נכנסים החדשים", יש לזכור שהתקופה האמורה **תתווסף** לתקופה של שלושה חודשים במהלכה יוחזקו במשמורת מכוח הוראות סעיף 30א לחוק למניעת הסתננות. כלומר, מדובר **בפרק זמן מצטבר של 21 חודשים במתקני שירות בתי הסוהר**, ללא שום קשר לשאלה מהן נסיבות כניסתם לארץ, האם הגישו בקשה למקלט וכולי. תקופה זה אינה מידתית (בקשר לאי-חוקתיות ההבחנה בין מי שנכנסו לאחר שהתיקון נכנס לתוקף לאחרים, ראו את האמור בסעיף 9 לפסק דינה של השופטת ארבל בעניין **איתן**).

עוד עולה מהצעת החוק שמי שנכנסו לארץ עוד טרם חקיקתה עלולים למצוא את עצמם נשלחים ל-18 חודשים במרכז השהייה, זאת **גם במקרה בו השתחררו כבר ממרכז השהייה לאחר ששהו בו שנה**, וגם הפעם ללא כל התחשבות בתקופות קודמות של החזקה במשמורת. מי שכבר שוחרר בעבר ממתקן השהייה עלולים לקבל הוראות שהייה חדשות לתקופה שנוותר להם "להשלים" כדי "לסגור" 18 חודשים במרכז; שוהים במרכז שמוחזקים בו לתקופה הקרובה ל-12 חודשים והם מתחילים לתכנן כיצד לשקם את החיים שהיו להם, ואשר נקטעו באכזריות חסר תכלית עם קבלתה של הוראת השהייה, עלולים לקבל זימון לשימוע ולמצוא את עצמם "שוהים" במרכז חצי שנה נוספת, וזאת ימים ספורים לפני שחרורם המיוחל, וכיו"ב.

עצם היכולת האריך את תקופת השהייה במרכז לשוהים שעומדים בפני שחרורם ואף למי שכבר שוחררו ממנו – **גם אם לא תמומש לעולם** – מהווה פגיעה עצמאית בזכות לכבוד. בית המשפט התייחס בדיוק לכך בעניין **איתן**, כשקבע, כי "בהינתן שהוראת השעה נתונה להארכה אפשרית, מסתנן שנשלח למרכז השהייה מצוי בחוסר ודאות מובנה בדבר מועד השחרור ממנו. חוסר ודאות זה אינו חלק מן הפגיעה בכבוד המובנית בכל שהייה במתקן-שולל-חירות: **זוהי פגיעה ייחודית ועצמאית בזכות לכבוד, הנובעת מן האופן שבו מעצים חוסר הודאות את הסבל הכרוך ממילא בשלילת החירות.**" (סעיף 155 לפסק דינו של השופט פוגלמן בעניין **איתן** (ההדגשה הוספה); כן ראו האמור בסעיף 4 לפסק דינו של השופט הנדל בדעת המיעוט בעניין **דסטה**). מאחר שאותם "טעמים מיוחדים" שנקבעו בהצעת החוק אינם מפורטים, והואיל ובתזכיר אין אפילו דוגמא לאופן בו ייקבעו, מידת חוסר הודאות, וכתוצאה מכך עוצמת הפגיעה בכבוד, רק מתעצמות.

אף אם הייתה וודאות בקשר לתקופה האמורה, זו אינה חוקתית בעליל. בעניין **דסטה** הובהר שתקופה **מרבית** של 20 חודשים אינה מידתית בכל מקרה וביחס לכל קבוצת אוכלוסיה אפשרית. עוד נקבע, שלמשך תקופת השעיית הבטלות תעמוד התקופה **המרבית** במרכז השהייה על 12 חודשים, תוך שנפסק שלא ניתן להוציא הוראת שהייה נגד אדם לתקופה המרבית ללא הפעלת שיקול דעת פרטני לגביו ויש לקצוב את הוראות השהייה לתקופות קצרות יותר בהתאם לנסיבות הפרטניות והקבוצתיות של כל אדם ואדם (ראו כאמור סעיף 115 לפסק דינה של הנשיאה נאור). המחשבה ש-18 חודשים יצלחו ביקורת חוקתית ש-20 חודשים לא צלחו מופרכת על פניה.

סעיף 1(1)(ב) – ביטול החרגתו של הורה לקטין שנשמך על שולחנו

הצעת החוק מבקשת לבטל את ההחרגה שנקבעה בתיקון הקודם, לפיה לא תוצא הוראת שהייה נגד הורה לקטין הנשמך על שולחנו. התזכיר מנמק הצעה זו בטענה כי "ממונה ביקורת הגבולות מוסמך לפעול על פי שיקול דעתו ועל פי ניסיונו בכל מקרה" ולכן אין צורך להחריג "אוכלוסייה" זו.

אלא שמנסחי התזכיר "שכחו" שמלכתחילה פסל בית המשפט את פרק ד' לחוק בין היתר בשל כך שהוא השאיר לשיקול דעתו ולניסיונו של הממונה את ההחלטה מי יישלח למרכז השהייה (ראו סעיף 195 לפסק דינו של השופט פוגלמן וסעיף 4 לפסק דינה של המשנה לנשיא נאור בעניין **איתן**). בתיקון הנוכחי נראה כאילו מנסחי התזכיר אימצו את עמדתו של הנשיא גרוניס בעניין **איתן**.

שסבר כי על-אף הבעייתיות הכרוכה בכך שאין עילות שחרור בחוק, ניתן להשלים את החסר הזה במסגרת התווית שיקול דעתו של ממונה ביקורת הגבולות (ראו סעיפים 32, 46 ו-54 לפסק דינו של הנשיא גרוניס בעניין **איתן**). אלא שעמדת הנשיא גרוניס נדחתה ונותרה **דעת מיעוט** גם לעניין זה.

נקודה נוספת שמעלה תמיהות בקשר לנימוק האמור היא העובדה ששאר עילות השחרור שנקבעו בסעיפים קטנים 32ד(ב) 1-3 ו-5-6 לא בוטלו. כך למרות שגם ביחס אליהן, לכאורה, ניתן היה לטעון שהממונה ממילא מפעיל שיקול דעת. בהיעדר הנמקה אחרת, נותר התיקון המוצע לעניין זה תלוש וחסר פשר. זאת אלא אם הכוונה היא להפריד הורים וילדים זה מזה כדי לקרוע משפחות ולשבור את רוחן.

התמיהות האמורות מצטרפות לכך שביטול ההחרגה הקיימת, לפיה הורה לקטין הסמוך על שולחנו לא יישלח למרכז השהייה, פוגע באופן לא מידתי בזכות החוקתית לחיי משפחה ולהורות (ר' בג"ץ 7052/03 **עדאלה – המרכז המשפטי לזכויות המיעוט הערבי בישראל נ' שר הפנים**, פ"ד סא(2) 202 (2006); בג"ץ 466/07 **גלאון נ' היועץ המשפטי לממשלה**, 11.1.2012, פורסם בנבו) ועומד בניגוד גמור גם להוראות המשפט הבינלאומי, שמעגן זכות זו בין היתר בהכרזה לכל באי עולם בדבר זכויות האדם (Universal Declaration of Human Rights) משנת 1948 (ראו סעיפים 12 ו-16 להכרזה), באמנה הבינלאומית בדבר זכויות אזרחיות ומדיניות משנת 1966 (ראו סעיפים 17, 23, ו-24(1) לאמנה) (ישראל חתמה על האמנה ביום 19.12.1966 ואשררה אותה ביום 18.8.1991, ראו כתבי אמנה 1040, כרך 31), באמנה הבינלאומית בדבר זכויות כלכליות, חברתיות ותרבותיות משנת 1966 (ראו סעיף 10 לאמנה) (ישראל חתמה על האמנה ביום 19.12.1966 ואשררה אותה ביום 3.10.1991, ראו כתבי אמנה 1037, כרך 31) וכמובן באמנה בדבר זכויות הילד משנת 1989 (ראו סעיפים 9, 10 ו-22, וכן סעיפים 2, 3 ו-5 לאמנה) (ישראל חתמה על האמנה ביום 3.7.1990 ואשררה אותה ביום 4.8.1991, ראו כתבי אמנה 1038, כרך 31). האמנות האמורות עומדות על כך שהמשפחה היא היחידה הבסיסית של החברה, והן מבהירות את חובותיהן של המדינות הריבוניות להגן על התא המשפחתי ולהימנע מפגיעה שרירותית בו כשהאמנה בדבר זכויות הילד אוסרת מפורשות על הפרדת ילד מהורה אלא אם כן ההפרדה היא לטובתו של הילד (סעיף 9 לאמנה).

סעיף 1(1) – הגבלת שיקול הדעת של הערכאות המוסמכות לתת סעד זמני לפני ההתייצבות במרכז השהייה למקרים בהם מתקיימים "טעמים מיוחדים שירשמו" בלבד

עניינו של סעיף זה בעיוות של סדרי הדין בהליכים מינהליים – יצירת סדר דין שונה ומפלה לרעה לקבוצה מופלית ממילא, תוך פגיעה בזכות הגישה לערכאות ובזכות להליך הוגן בעניינים העוסקים בחירות, לא פחות.

בפסק הדין בעניין **איתן** העיר השופט פוגלמן: "... שאלה היא אם לא נדרשת ביקורת שיפוטית יזומה גם ביחס לעצם הוראת השהייה שמכוחה נדרש מסתכן להתייצב במרכז השהייה, וזאת בגדרי הזכות החוקתית להליך הוגן" (סעיף 179 לפסק הדין). והנה, תחת לקבוע בחוק, כי עצם הוצאת הוראת השהייה תעמוד לביקורת שיפוטית יזומה, כי המדינה תספק ייצוג משפטי הולם למי

שיש כוונה להוציא נגדם הוראת שהייה וכי יינתן פטור מוחלט מתשלום אגרה והפקדת עירבון, מבקש התזכיר להגביל את הערכאות הדנות בהוצאת הוראת שהייה מלקיים ביקורת שיפוטית, אף כאשר ה"מוזמנים" פונים אליהן מיוזמתם ועל חשבונם.

הערכאות המוסמכות לדון בהליכים משפטיים נגד הוצאתה של הוראת שהייה פרטנית הם בתי הדין לעררים ובתי המשפט לעניינים מינהליים (במחוזות בהם טרם הוקמו בתי הדין). במסגרת הגשתו של הליך נגד הוצאתה של הוראת שהייה ניתן להעלות טענות משני סוגים עיקריים: ניתן לכפור בחוקיות ההחלטה להוציא את הוראת שהייה וניתן לכפור בסבירות ההחלטה המינהלית ותקינות ההליך בו נתקבלה.

בד בבד עם ההליך העיקרי, ניתן לבקש סעד זמני לפיו עד להכרעה שיפוטית יישמר המצב הקיים כפי שהיה במועד פתיחת ההליך. מדובר ב"צו מניעה". הפסיקה מבחינה בין צו כזה ל"צו עשה", שעניינו שינוי המצב הקיים ושכלל הנטל הנדרש על המבקש לקבלו במסגרת של הליך ביניים גבוה הרבה יותר.

סמכות בתי הדין לעררים לתת סעדים זמנים קבועה בסעיפים 12-14 לתקנות הכניסה לישראל (סדרי הדין והמינהל בבית הדין לעררים), תשע"ד-2014. סעיף 13 קובע את הסמכות להוציא צווי ארעי ומבהיר שזה יוצא רק במקום בו שוכנע בית הדין שהשהיית החלטתו תגרום "נזק חמור שאינו בר תיקון". סמכות בתי המשפט לעניינים מינהליים קבועה בתקנה 9 לתקנות בתי משפט לעניינים מינהליים (סדרי דין), תשס"א-2000 וגם שם התנאי למתן צו ארעי הוא "נזק שאין לו תקנה או נזק חמור". כלומר, המצב המשפטי כיום הוא שמי שמבקש לקבל צו ארעי צריך להוכיח, למצער, שייגרם לו נזק שאין לו תקנה או נזק חמור.

מכאן, ממילא נקבעו תנאים מחמירים למתן צו שיקפיא את הוראת שהייה טרם ההתייצבות במרכז. אכן, מזה זמן וככלל, בתי הדין לעררים נמנעים מלתת צווי ארעי אלא אם מדובר במקרים בהם שוכנעו כי גרם נזק חמור שאינו בר תיקון ובתי המשפט המוסמכים מאשרים החלטות אלו בהליכי ערעור שונים כענין שבשגרה. לראיה, דחה בית המשפט העליון בחודשיים האחרונים מספר לא מבוטל של בקשות רשות ערעור שעסקו בהחלטות לדחות בקשות לצווי ארעי (ראו למשל בר"ם Kesta 5893/15 נ' **משרד הפנים – רשות האוכלוסין וההגירה**) (החלטה מיום 1.9.2015, פורסם באר"ש).

הצד השני של התמונה הוא שבדיוק כפי שלעותרים שמורה הזכות לפנות לערכאות ולבקש לערער על החלטות ביניים שנתקבלו, כך גם המדינה יכולה לערער על החלטה לתת סעד זמני במקום בו היא סבורה שלא הייתה הצדקה לכך. ככל שמדובר בענין עקרוני, יכולה המדינה להגיע עד בית המשפט העליון ולבקש כי תיקבע הלכה בעניין. ככל שהמדינה סבורה שהערכאות הדיוניות נותנות סעדים זמנים בקלות יתרה (ולא כך הוא), הרי שהדרך פתוחה בפניה לערער ולבקש כי תקבע הלכה בקשר לאמות המידה למתן סעדים זמניים בעניין הוצאתן של הוראות שהייה. בחירתה של המדינה שלא לנקוט בדרך הזו מבהירה שאין מקום להגבלתו של שיקול הדעת השיפוטי במסגרת

החקיקה המוצעת. נשאלת שאלה מדוע לעשות שימוש בנשק בלתי קונבנציונלי – הגבלת שיקול הדעת השיפוטי בחקיקה – שעה שניתן לעשות שימוש בנשק קונבנציונלי – הגשת ערעור לבית המשפט העליון בבקשה להעמדת הלכה על מכונה – ולהגיע למעשה בדרך זו לאותה תוצאה? (ראו והשוו סעיף 58 לפסק דינו של הנשיא גרוניס בענין איתן).

לגופם של דברים, הדרישה, כי צו כאמור יינתן רק "מטעמים מיוחדים שיירשמו" היא הקשחה ביחס לכלל הרגיל – המחמיר לכשעצמו – לפיו בתי הדין צריכים להשתכנע שייגרם נזק חמור שאינו בר תיקון אם לא ינתן צו ארעי, או שמקבילית הכוחות שבין מאזן הנוחות לסיכויי ההליך אינם מצדיקים את מתן הסעד המבוקש (ככל שמדובר בהחלטה בדבר צו ביניים). עניין זה מבהיר שהנימוק אשר מופיע בתזכיר, לפיו נדרשים "טעמים מיוחדים שירשמו" משום שאין מדובר "במצב שהוא בלתי הפיך או שיגרום לנזק שאינו בר תיקון" מופרך כבר על פניו. גם היום לא ניתן סעד ארעי במקום בו בית הדין לא שוכנע שנגרם נזק כאמור. יוצא שמשמעות התיקון המוצע היא הכבדה נוספת שתגרום לכך שצווי ארעי לא יינתנו אף במקום בו נגרם נזק חמור שאינו בר תיקון, אלא "מטעמים מיוחדים שירשמו". אלא שלא פעם מתן צו ארעי הוא ענין דחוף ביותר, כך שבתי המשפט מוציאים צווי ארעי, לפחות בשלב ראשון, ללא נימוקים מפורטים. באופן חסר תקדים שולל התיקון המוצע מהערכאות המוסמכות את היכולת לעשות זאת. כאמור, יצירת סדר דין שונה ומפלה לרעה לקבוצה מופלית ממילא, תוך פגיעה בזכות הגישה לערכאות ולהליך הוגן בעניינים העוסקים בחירות, אינה חוקתית בעליל. מניה וביה כך הדבר אחרי שבית המשפט הבהיר עד כמה חיונית קיומה של ביקורת שיפוטית בנדון.

סעיף 1(2) – הארכת תקופות המשמורת העונשית על אי-התייצבות במרכז ב-30 ימים נוספים

הסנקציות העונשיות שנקבעו בסעיף 32 במסגרת תיקון מס' 4 לחוק למניעת הסתננות קוצרו בתיקון הקודם בעקבות פסק דינו של בית המשפט בעניין איתן. בית המשפט קבע, כי השמה במשמורת לתקופות ארוכות "חוצה את הגבול שבין סנקציה "משמעתית" שהיא בעיקרה הרתעתית, לבין סנקציה "עונשית" שהיא גמולית במהותה. משאין מחלוקת כי סמכות להעניש אינה אמורה להיות מוקנית לממונה ביקורת הגבולות, סנקציה מסוג זה לא תוכל לעמוד – וזאת בלא תלות בשאלה אם באה אחריה ביקורת שיפוטית אם לאו. [...] בהתוויית הסדר חקיקתי חדש, ככל שיוחלט על כך, יש לבחון – בקפידה רבה – גם את תקופת ההחזקה במשמורת. תקופת משמורת ארוכה מדי עלולה אף היא להיות לא מידתית (כשלעצמה) נוכח פגיעתה החריפה בזכות לחירות – וזאת אף אם החלטת הממונה תלווה בביקורת שיפוטית יזומה." (סעיף 184 לפסק דינו של השופט פוגלמן בעניין איתן).

בעקבות הדברים הסנקציות קוצרו בתיקון מס' 4, תוך שהיועץ המשפטי לממשלה מבהיר ביחס להצעת החוק בכללותה, אף בפני ועדת הפנים והגנת הסביבה של הכנסת שדנה בהצעת החוק להכנתה לקריאה שניה ושלישית, כי "כל הפרה משמעותית של האיזון יכול שתהפוך את החוק לבלתי חוקתי ובלתי ניתן להגנה."

אנו סברנו, כי הוראות פרק ד' בכללן, ובתוך כך הוראות סעיף 32 לתיקון הקודם, אינן חוקתיות. אף חלק מחברי ההרכב (השופטים פוגלמן ועמית) מצאו שהן "חוצות את הגבול שבין ענישה פלילית לענישה משמעתית" (סעיף 49 לפסק דינו של השופט פוגלמן בענין **דסטה**) ושפגיעתן אינה מידתית. השופטים שהצטרפו לדעת הרוב בענין זה מצאו שההסדר אינו חף מקשיים (ראו למשל סעיף 5 לפסק דינה של השופטת חיות בענין **דסטה**), אולם לא מצאו לפסול אותו ובלבד **שייושם במידתיות**.

ומה עשו מנסחי התזכיר עם פסיקת בית המשפט? האם ניתן משקל לבעייתיותו ולגבוליותו של ההסדר, עליהן עמדו חברי ההרכב? האם נקבעו, למשל, אמות מידה להפעלת סמכותו של ממונה ביקורת הגבולות או אולי צומצמה פגיעתה הרעה? לא ולא. במקום זאת, קיבלנו תוספת של 30 ימי כליאה נוספים. תוספת שמכפילה את הסנקציה ביחס לחלק מה"עבירות" ומאריכה את תקופת שלילת החירות העונשית עליה מוסמך הממונה להורות במסגרתו של הליך מינהלי לפרק זמן של **150 ימים**.

עמדתנו, בדומה לעמדת השופטים פוגלמן ועמית, היא כי מלכתחילה תקופות המשמורת חצו בהרבה את הגבול העליון האפשרי כשמדובר באמצעי משמעת מינהלי. לכן הן לא היו חוקתיות בנוסחן הקודם וממילא הן אינן מידתיות בתיקון המוצע.

בקשר לכך יש לזכור היבט נוסף, שטרם נבחן על-ידי בית המשפט. מי שהוצאה נגדו הוראת שהייה אינו יכול לעבוד ולכלכל את עצמו (סעיף 132 לחוק) ו"דמי הכיס" להם הוא זכאי הם בסכומים סמליים (כיום מדובר בסך של 16 ש"ח ליום, שגם ממנו ניתן להפחית בנסיבות מסויימות – ראו תקנות למניעת הסתננויות (עבירות ושיפוט) (מתן דמי כיס והטבה אחרת והתנאים לשלילתם) (הוראת שעה), תשע"ה-2015).

כפועל יוצא מכך, למי שנמצא במרכז אין אפשרות לשלם עבור ייצוג משפטי וממילא **אין להם אפשרות לשכור ייצוג הולם**. בהינתן שאין להם זכאות בחוק, או בפרקטיקה, לייצוג "פרו בוו" מטעם הסגוריה הציבורית או מטעמו של האגף לסיוע משפטי במשרד המשפטים, הם צפויים לעמוד להליך מינהלי שמאפשר לשלול את חירותם לתקופה של עד 150 ימים, ללא שיתאפשר להם, מבחינה מעשית, לקבל ייצוג (וכל שכן ייצוג הולם). ענין זה מקים פגיעה עצמאית נפרדת בזכות להליך הוגן אשר נגזרת מהזכות לכבוד, וזאת בנוסף לחוסר המידתיות של תקופות הענישה המוצעות.

סעיף 2(2) – החלת הסנקציות העונשיות גם על מי שלא מחדש רישיון שניתן לפי סעיף 2(א)(2)
גם ענין זה מרחיב ומעמיק את פגיעתו הרעה של החוק, באופן בו הסנקציות העונשיות – אשר על אי-חוקיותן עמדנו לעיל – יחולו גם על מיעוט מבקשי המקלט אשר שוהים בישראל, רובם מזה שנים רבות, עם רישיון ישיבה ועבודה כדין. **עמדתנו היא כי אין מקום להוראות העונשיות האמורות וממילא אין מקום להחילן על קבוצות נוספות של אנשים שעד היום הוחרגו מהן.**

היעדרן של הוראות מיטיבות בהצעת החוק שבתזכיר

בתזכיר אין הצעה אחת שאפשר לקרוא ככזו שנועדה לצמצם את הפגיעה בזכויות אדם. יוצא שהספקות שהשמיע בית המשפט בקשר ליכולתו של מרכז השהייה לספק מענה לצרכי החיים של ה"שוהים" בו נתקלו גם הפעם באדישות מוחלטת (ראו סעיף 23 לפסק דינו של השופט פוגלמן בענין דסטה).

כך שותק התזכיר בקשר לזכויותיהם הדלות של המוחזקים במרכז, המסתכמות באמירה כללית בדבר "תנאי מחיה הולמים, ובכלל זה שרותי בריאות ורווחה" (סעיף 32ה(א)); שותק בקשר לאפשרות ה"שוהים" בו לממש את האוטונומיה האישית ואת הפוטנציאל האנושי שלהם, לרבות בדרך של שרותי חינוך, תרבות ודת; שותק בקשר לזכויות כלשהי למתן סיוע משפטי במקרים המתאימים; שותק בקשר לתנאי המחיה הקשים במקום – הצפיפות, היעדר הפרטיות אבדן היכולת לצאת את המרכז יותר מפעמים ספורות בחודש, משטור החיים בידי סוהרי שירות בתי הסוהר, המזון המבזה המסופק שם וחוסר היכולת של המוחזקים להתקין את מזונם (ראו בג"ץ 4581/15 איסמעיל נ' נציב בתי הסוהר, קבוע לדיון ליום 17.3.2015).

התזכיר שותק גם בקשר לחיים לפני ה"שהייה" במתקן, אשר כפופים לסדרה אינסופית של חקירות פולשניות בכל חידוש של רישיון הישיבה (חקירות שעניינן לוודא את "ההתאמה" להישלח למרכז). חיים שרובץ עליהם צלו המשוקץ של המתקן ונוכחת בהם הידיעה החותכת שלא משנה מה יעשה אדם וכמה שנים יחיה כאן, תורו להישלח אל המתקן, אף אם יתמהמה, בוא יבוא.

והשתיקה נמשכת גם בקשר לחיים אחרי עידן ה"שהייה". כש"בוגרי חולות" מוצאים את עצמם מחוץ למתקן, אחרי תקופה ממושכת בה שהו בו בתנאים של אינפניטליזציה מוחלטת. הם משתחררים ללא רכוש, ללא מקורות מחייה, ללא מקום מגורים, ללא עבודה וללא תמיכה מינימלית מצד המדינה שלקחה מהם את כל אלו כאשר שלחה אותם למדבר.

בהקשר זה נספר שבין הפגעים הרעים שכרוכים בשליחתו של אדם למרכז השהייה, קיים גם אבדן רצף הביטוח הרפואי שנקנה לא פעם בעמל רב במשך שנים. כך הן משום שמרבית חברות הביטוח אינן מבטחות אדם שאינו מחזיק ברישיון ישיבה כדן והן משום שנאסר על ה"שוהים" במרכז לעבוד וממילא אין ביכולתם לממן ביטוח בריאות.

כל זאת ועוד אפשר לסכם בצער בקביעה שהתזכיר – כמו החוק שהוא מבקש לתקן – שותק בקשר לכל מה שמאפיין חיים אנושיים בכבוד מינימלי. שתיקה זו מקימה עילת פסלות עצמאית בשל הפגיעה הקשה בזכות למינימום של קיום אנושי בכבוד (ראו בג"ץ 10662/04 סלאח חסון נ' המוסד לביטוח לאומי, 28.2.2012, פורסם בנבו).

אנו קוראים שלא לקדם את הליכי החקיקה, ושבים ומפצירים שתישקל מחדש המדיניות הכוללת באופן שיתן מענה למצוקה של מי ששוהים בישראל ללא שניתן יהיה להרחיקם, כמו גם למצוקתם הכנה של תושבי השכונות המצטופפים עמם גם יחד.

גם הפעם מחובתנו להתריע – כפי שעשינו שוב ושוב בעבר – שהצעת החוק אינה חוקתית והיא רחוקה מרחק רב מאמות המידה החוקתיות שנקבעו בענין **דסטה**, בעניין **איתן** ובעניין **אדם**.