

Waldemrim Gerges

המבקש:

על ידי ב"כ עו"ד יונה לרמן ו/או עו"ד תמר נבו
בייצוג מטעם הסיוע המשפטי
שדרות שאול המלך 39, בית "הדר דפנה" ת.ד. 16476 תל אביב 61163
טל. 03-6957683 פקס: 03-6959783 נייד: 0050-5439316

נ ג ד

מדינת ישראל

המשיבה:

באמצעות פרקליטות המדינה, משרד המשפטים
רח' צאלח א-דין 29, ירושלים
טל: 02-6466590; פקס: 02-6467011

המוקד לפליטים ולמהגרים

המבקש להצטרף:

ע"י ב"כ עוה"ד אסף וייצן ו/או מעין נייזנה
מהמוקד לפליטים ומהגרים
רח' נחלת בנימין 75, תל אביב 65154
טל: 03-5602530; פקס: 03-5605175

בקשה להצטרף כידידי בית המשפט

בית המשפט הנכבד מתבקש לצרף להליך כ"ידיד בית המשפט" את המבקש להצטרף.

א. הסוגיה העקרונית העומדת להכרעה וצירופו של המבקש להצטרף

- סעיף 13(ב)(2) לחוק הכניסה לישראל, תשי"ב-1952 (להלן: "חוק הכניסה לישראל") קובע כי מי שמוחזק במשמורת לא ישוחרר אם "יש בשחרורו כדי לסכן את ביטחון המדינה, את שלום הציבור או את בריאות הציבור".
- הפירוש מרחיק-הלכת שמקנה המשיבה לסעיף זה מאפשר, לשיטתה, קביעה ויישום של מדיניות מעצרים מינהליים כללית, מחמירה, בלתי מוגבלת בזמן ומפלה, שחלה על מי שנכנסו לישראל ללא היתר וישנן ראיות מינהליות למסוכנותם לציבור, אף אם מסוכנות זו רחוקה שנות-אור מרמת המסוכנות הנדרשת להפעלתם של מעצרים מינהליים כלפי כל אדם אחר, אף אם עמדו לדין וריצו את עונשם, ואף אם קיימים בדין אמצעים אחרים, מידתיים יותר, להתמודד עם מסוכנותם.
- כיום חלה מדיניות זו על למעלה מ 40,000 בני אדם. ביחס אליהם, עוקפת המשיבה את מכלול האיזונים שנקבעו בדין הפלילי, רומסת את ההלכה לפיה מעצר הגירתי מותנה בקיומו של הליך הרחקה אפקטיבי (ראו למשל סעיף 51 לפסק דינו של השופט פוגלמן בבג"ץ 7385/13 איתן נ' ממשלת ישראל (22.9.2014), פורסם באר"ש, להלן: "ענין איתן") וחותרת אפילו תחת הסמכות הקונקרטית – הבעייתית לכשעצמה – שנקבעה בחוק סמכויות שעת-חירום (מעצרים), תשל"ט-1979 (להלן: "חוק סמכויות שעת-חירום").
- פירוש זה של סעיף 13(ב)(2) לחוק הכניסה לישראל בא לידי ביטוי, בין היתר, גם בהנחיה מינהלית פנימית מיום 29.1.2014 בשם "המתווה לתיאום הטיפול במסתננים המעורבים בפלילים בין משטרת ישראל לרשות האוכלוסין וההגירה" (להלן: "המתווה"). המתווה צורף כנספח ב' לבקשת רשות הערעור. פירוש זה מותיר

מחוץ לשער החוק את מי שנכנסו ללא היתר ושוהים בארץ כדין מזה שנים רבות תחת "מדיניות אי ההרחקה". לא רק חירותם נשללת אלא אישיותם המשפטית וזכותם להליך הוגן ושווה לאחרים. **זכותם לזכויות**. האם פירושו הנכון של סעיף 13(ב)2 לחוק הכניסה לישראל יוצר "אי אקס-טריטוריאלי" כזה בדין הישראלי, בו הדין הכללי מתפרק ומפנה את מקומו להוראות חוק הכניסה לישראל? האם פירושו של הסעיף מקנה למשיבה **סמכות להתוות וליישם מדיניות כללית זו ואם כן – האם זו סבירה ומידתית?** אלו השאלות העקרוניות שעל הפרק.

6. עמדת המבקש להצטרף היא, כי לא ניתן לעקוף את הוראות הדין הפלילי, את ההלכות בדיני ההגירה, את הדין הנוגע לאשפוז כפוי ואת הדינים הכלליים הנוגעים להגנה על הציבור באמצעות שימוש – יצירתי ככל שיהיה – בתת סעיף בחוק הכניסה לישראל. כך הן במישור הסמכות ומאחר ששלילת חירות בהליכים מינהליים צריכה להיות חריג שבתריג ולהיקבע – אם בכלל – **בהסדר ראשוני מתאים**, הקובע במפורש את הגבלת החירות, ועומד במבחני החוקתיות; הן במישור המהותי, בהינתן הפגיעה בעקרון השוויון בפני החוק; והן מאחר שקיימים **אמצעים סבירים ומידתיים יותר** כדי להבטיח את האינטרס הציבורי.

7. כשאנו מדברים על אמצעים מידתיים אנחנו מכוונים, בראש ובראשונה, לדין הפלילי, על האיזונים הטבעיים בו. הדין הפלילי מבטיח את האינטרס הציבורי תוך שהוא מספק ערובות מפני שלילה שרירותית של החירות באמצעות חובת הבאה בפני בית המשפט, זכות וזכאות לייצוג, קיומה של חזקת החפות, חובת הוכחה מעל לספק סביר על ידי התביעה, קשר פרופורציונלי בין המעשה לבין העונש ("עקרון ההלימה") ועוד. אלא שבהליך זה – כבמקרים רבים אחרים – חירותו של המבקש נשללה לתקופה שאינה קצובה ("עד להרחקתו מישראל" – שבית המשפט קמא הבהיר שאינה צפויה בעתיד הנראה לעין (סעיף 17 לפסק הדין)) לאחר שכבר סיים לרצות את העונש שגזר עליו בית המשפט המוסמך, תוך עקיפה וייתור של ההליך הפלילי שנקט בעניינו ושל הסמכויות האחרות שקיימות בדין, לרבות חוק ההגנה על הציבור מפני ביצוע עבירות מין, התשס"ו-2006, אשר מכתבי הטענות של הצדדים עולה שהוא מכוחו צו פיקוח בעניינו של המבקש, וחוק טיפול בחולי נפש, התשנ"א-1991, אשר על אף מחלתו של המבקש, העולה בבירור מכתבי הטענות של הצדדים, לא נבחנה כלל האפשרות לנקוט בהליך אשפוז כפוי או צו אשפוז מרפאתי כפוי על פיו.

8. מכאן ברור שהליך זה חורג מעניינו הייחודי של המבקש והוא מעורר סוגיות עקרוניות בעלות חשיבות ציבורית כבדת משקל, הנוגעות לפרשנות הנכונה של הוראות חוק הכניסה לישראל ולמדיניות הכללית בנדון. במקרים שכאלו יכול גורם שלישי בעל מומחיות רלוונטית – כדוגמת ארגון זכויות האדם המבקש כאן אשר מזה שנים מנהל הליכים בקשר לפירושו של סעיף 13(ב)2 לחוק הכניסה לישראל – לתרום לגיבוש החלכה באמצעות סיוע לבית המשפט בהצגה מלאה ובהירה של ידע מתחום מומחיותו, המשליך על הסוגיות העקרוניות. לשם כך הכירו בתי המשפט בחשיבות צירופו של "ידיד בית המשפט" במקרים המתאימים (ראו מ"ח 7929/96 קוזלי נ' מדינת ישראל, פ"ד נג(1) 529, 553-555). המבקש חפץ להצטרף להליך זה "כידיד בית המשפט" לצורך צירוף חוות דעת מטעמו, ועל מנת לטעון לעניינים שבחוות הדעת. מעמדו ומידת מעורבותו של המבקש בהליך ייקבעו על ידי בית המשפט הנכבד, כפי שיראה לנכון.

9. להשלמת התמונה נציין שבית המשפט קמא פנה למבקש להצטרף וביקש שיטול על עצמו את ייצוגו של המבקש בערעור, אלא שמשיקולי מדיניות, לא התאפשר למבקש להצטרף לקבל על עצמו את הייצוג בתיק. המוקד לפליטים ולמהגרים הציע להצטרף כמשיב נוסף בערעור ושהמדינה תספק סיוע משפטי למבקש אלא שבית המשפט הבהיר שהוא אינו יודע באיזו מסגרת ניתן לעשות כן ושאינו מקום לצרף את המוקד כמשיב נוסף (החלטת בית המשפט קמא מיום 6.3.2016).

ב. לטענות המשיבה כי פירושה לסעיף 13(ב)(2) לחוק הכניסה לישראל אושר על ידי משפט זה

10. המשיבה טוענת כי שאלת פרשנותו של סעיף 13(ב)(2) לחוק הכניסה לישראל אינה מעוררת שאלת כללית כלשהי, שכן היא הוכרעה על-ידי בית משפט זה בעע"מ 4496/13 הבטום נ' משרד הפנים (12.11.13, להלן: "ענין הבטום"), עת נקבע כי "אין ניתן לומר מראש, כי בהעדר אפשרות עכשוית לגירוש, החלטה המורה על משמורת היא בלתי סבירה, כפי שאין ניתן לומר מראש שמדובר בהכרח בהחלטה סבירה" (סעיף טז לפסק דינו של השופט רובינשטיין).
11. אם זו ההלכה שתצא מבית משפט זה – שתתכבד ותצא נא. כפי שנראה להלן, בית משפט זה תזר ושנה – גם בהליכים מאוחרים לענין הבטום – כי שאלת פרשנותו של סעיף 13(ב)(2) לחוק הכניסה לישראל מעוררת שאלות שטרם הוכרעו. יתרה מכך, בענין הבטום עצמו הבהיר בית המשפט כי "הערעור הנוכחי אינו האכסניה ההולמת לבירורן של הטענות החוקתיות שהועלו (בעיקר על ידי הסניגוריה הציבורית). סבורנו, כי היבטים חוקתיים יש לבחון לאחר שיצטברו די נתונים בדבר הפעלת שיקול הדעת של הרשויות לפי סעיף 13(ב)(2), בנפרד ממקרה ספציפי כזה או אחר. חוששנו, כי טרם בשלה השעה לכך" (סעיף יג' לפסק הדין).
12. כעת נפתח סוגריים ונציג את פסיקת בית משפט זה ביחס לפרשנות סעיף 13(ב)(2) לחוק הכניסה לישראל כדי להראות שהכרעה – כל שכן הלכה – מעולם לא נקבעה בענין. נזכיר שראשיתו של המתווה בנוהל מס' 10.1.0010 של רשות האוכלוסין וההגירה שכותרתו: "נוהל הטיפול במסתננים המעורבים בחליך הפלילי" (להלן: "הנוהל"), מדובר בנוהל שפורסם ביום 24.9.2012 ועודכן פעמיים נוספות בימים 4.4.2013 ו- 1.7.2013. בגלגוליו השונים קבע הנוהל שניתן לשלול את חירותם של מי שנכנסו לישראל ללא היתר על רקע "מעורבות בפלילים". הנוהל פורסם לראשונה סמוך לאחר שהמשיבה החלה ליישם את הוראות תיקון מס' 3 לחוק למניעת הסתננות (עבירות ושיפוט), תשי"ד-1954 (להלן בהתאמה: "תיקון מס' 3" ו"החוק למניעת הסתננות").
13. מספר הליכים שעסקו בקשיים החוקתיים והחוקיים שמעורר הנוהל הגיעו לבית משפט נכבד זה, מבלי שהסוגיה העקרונית תוכרע. בעע"מ 8642/12 טספהונה נ' משרד הפנים (4.2.2013, פורסם בנבו) סבר בית המשפט שהטענה "כי הנוהל אינו חוקתי משום שהוא יוצר מערכת ענישה נפרדת למסתננים, שלא על פי כללי המשפט הפלילי... מעלה אמנם שאלות חוקתיות נכבדות" (פסקה 3 לפסק דינו של השופט דנציגר, ההדגשה לא במקור), אולם מצא שלא להכריע בהן בהנחה, כי "הדיון העקרוני בבית משפט זה בשבתו כבית המשפט הגבוה לצדק בדבר חוקיות הנוהל קבוע לדיון בתקופה הקרובה" ((הכוונה לדיון בבג"ץ 7146/12 אדם נ' הכנסת 16.9.2013, להלן: "ענין אדם") ראו הסיפא לפסק דינו של השופט הנדל, ההדגשה לא במקור)).
14. גם כששה חודשים לאחר מכן, בהחלטה מיום 1.8.2013 בבר"ם 4135/13 בקרי חסן טבור דילף נ' שר הפנים (7.1.2014), החליט בית משפט זה (השופטים גובראן, פוגלמן וברק-ארז) שלא לדון בחוקיותו של הנוהל מהנימוק שהשאלה העקרונית צפויה להיות מוכרעת בהליכים אחרים:
- "בדיון שהתקיים בפנינו הועלתה הטענה כי השאלה העקרונית בנוגע לחוקיות נוהל הטיפול במסתננים המעורבים בהליך פלילי עומדת לדיון בבית משפט זה במסגרת ערעורים אחרים... בשלב זה אין אפוא מקום לדיון מקביל בהליכים שלפנינו שהם בשלב מקדמי של בקשת רשות ערעור."
15. להחלטות נוספות שהותירו ללא הכרעה את השאלות העקרוניות ראו, כאמור, פסקה יג' לפסק דינו של השופט רובינשטיין בענין הבטום, פסקה יא' לפסק דינו של השופט רובינשטיין ופסק דינה של השופטת ברק ארז

בעע"מ 4326/13 הלהלו נ' משרד הפנים (3.11.13, להלן: "ענין הלהלו") וסעיף 2 לפסק הדין בבג"ץ 5156/13 באביקר נ' שר הפנים (21.7.2013).

16. ביום 16.9.2013, בזמן שחלק מההליכים ביחס לנוהל היו תלויים ועומדים, ניתן פסק דינו של בית משפט זה בענין אדם. פסק הדין ביטל את תיקון מס' 3 לחוק למניעת הסתננות, תוך שבית המשפט הדגיש את הכלל לפיו לא ניתן לעצור אדם במעצר הגירתי בהיעדר הליך הרחקה אפקטיבי (ראו למשל פסקה 2 לפסק דינה של המשנה לנשיא נאור, פסקאות 5, 19, 32-35 לפסק דינו של השופט פוגלמן ופסקה 2 לפסק דינה של השופטת חיות). השופטת ארבל, שכתבה את דעת הרוב בענין אדם, עמדה בפסקאות 71-76 לפסק דינה על חשיבותה של הזכות לחירות במשפט הישראלי והבהירה כי "לא בכדי נקבעו בהוראות החוק הישראלי סייגים ומגבלות רבים על שלילת חירותו של אדם, וזאת גם אם מדובר באדם שכבר הורשע בדין פלילי." בית המשפט הבהיר כי "ההקפדה והזהירות היתרה במשפט הפלילי בטרם שלילת חירותו של אדם באה לידי ביטוי מקל וחומר בתחומי משפט אחרים. יש לזכור כי מעצר ללא קביעת אחריות פלילית צריך להתקיים רק במקרים חריגים ומיוחדים" (סעיף 75 לפסק דינה של השופטת ארבל בענין אדם).

17. בעקבות פסילתו של תיקון מס' 3, הודיע היועץ המשפטי לממשלה ביום 23.9.2013 כי החליט "להקפיא לעת עתה את הפעלת הנוהל עד לאחר שהנושא יבחן בכללותו". כארבעה חודשים לאחר מכן, ביום 29.1.2014, הסתיימה "תקופת החקפאה" ונולד המתווה. יודגש: **המתווה פורסם רק לאחר שניתן פסק דינו של בית משפט זה בענין הבטום**. הוראותיו של המתווה פורטו בבקשת רשות הערעור (ראו סעיפים 29-30 לבקשה). נציין רק שרשימת העבירות אשר מפורטת בנספח למתווה רחבה מאוד וכוללת: "עבירות בטחון, עבירות שוד, עבירות אלימות, החזקת סכין למטרה לא כשרה, עבירות מין, עבירות התפרצות, עבירות זיוף ורישיונות בנסיבות מחמירות (זיוף תעודות זהות ורישיון נהיגה), נהיגה בשכרות ונהיגה ללא רישיון, עבירות סמים (למעט החזקת סם לצריכה עצמית)". כך ניתן לשלול חירות מכל מי שיש ראיות מינהליות לכך שביצעו עבירות המשתייכות לקטגוריות הרחבות האמורות ואף את מי שסיימן לרצות את העונש שגזר עליהם בית המשפט המוסמך (סעיף 11 למתווה). הכל במסגרת "סוג של מעצר מינהלי במינוח מכובס קמעא" (פסקה טז לפסק דינו של השופט רובינשטיין בענין הבטום).

18. מספר הליכים שעסקו בחוקיות המתווה הגיעו לפתחו של בית משפט זה אולם **השאלות העקרוניות נותרו ללא הכרעה** (ראו למשל פסקה 27 והסיפא לפסקה 28 להחלטה בבר"ם 298/14 מדינת ישראל נ' מוחמד איסמעיל (17.3.2014); בג"ץ 8662/15 המוקד לפליטים ולמהגרים נ' היועץ המשפטי לממשלה (5.1.2016)). בהקשר זה נציין שגם בתי הדין לעררים לא הכריעו מעולם בשאלה העקרונית ואולי אין תימה בכך בהינתן שהם יושבים במשרד המשפטים (שם גובש המתווה) ודייניהם נבחרים וכהונתם מוארכת על-ידי שרת המשפטים בהמלצתה של וועדת שלושה שיושבים בה, בין היתר, נציגו של היועץ המשפטי לממשלה (מי שגיבש את המתווה) והמנהלת הכללית של משרד המשפטים (להליך מינויים של דיינים ראו סעיף 13 כג לחוק הכניסה לישראל).

19. לאור התנהלות המשיבה **לאחר** מועד פסק הדין בענין הבטום, לרבות דרך פרסומו של המתווה ויישומו בפועל והעמקת הערפל הנורמטיבי החל על השוהים בישראל תחת מדיניות אי ההרחקה (ראו: פסק דינה של השופטת חיות בעע"מ 8908/11 אספו נ' משרד הפנים (17.7.2012)), נדרשת הכרעה בשאלת פירושו הנכון של סעיף 13(ב)(2) לחוק הכניסה לישראל.

ב. חוקיות הפירוש שנתנה המשיבה לסעיף 13(ב)(2) לחוק הכניסה לישראל ועיגונו במתווה

20.

בשיטתנו המשפטית, מעצר מינהלי אמור לשמש האמצעי האחרון, ואפשר לנקוט בו רק כאשר אי אפשר להגשים את תכליתו בכל דרך אחרת (ראו עמ"ם 4794/05 אופן נ' שר הביטחון (12.6.2005), סעיף 18; עמ"ם 8788/03 פדרמן נ' שר הביטחון, פ"ד נח(1) 176, סעיף 16). הליך פלילי, ועמידה בדרישות הדין, אינם מותרות.

21.

אף על פי כן, הופכים המתווה, ופרשנות המשיבה לסעיף 13(ב)(2), את היוצרות, והופכים את המעצר המינהלי על פי חוק הכניסה לישראל לכלל, ולדרך המלך להתמודדות עם מסוכנות מצידם של שוהים בלתי חוקיים. העבירות המנויות בנספח א' למתווה הן בליבת העיסוק והמומחיות של רשויות האכיפה ובהמשך של הפרקליטות ושל בתי המשפט. הן מופיעות בחוק העונשין, התשל"ז-1977 (להלן: "חוק העונשין") וביחס לכל אחת מהן קבוע עונש מאסר מרבי שנקבע על-ידי המחוקק. העונש יוטל רק לאחר הרשעה במסגרת הליך פלילי מלא, במסגרתו על המדינה להוכיח את-האשמה מעבר לכל ספק סביר, ולנאשם ניתנת הזדמנות לטעון לחפותו, ולשכנע, בין היתר, בקיומה של אחת מההגנות הקבועות בסעיף 34 לחוק העונשין. ככל שהתביעה מבקשת להטיל עונש מאסר, יש למנות סנגור ולאפשר לבית המשפט להגיע לחקר האמת (הכל בהתאם לתבחינים הקבועים בסעיף 18 לחוק הסניגוריה הציבורית, תשנ"ו-1995 ולחוק סדר הדין הפלילי (תיקון מס' 49), התשס"ו-2006). ככל שאשמתו של הנאשם הוכחה מעבר לספק סביר ולא מתקיים סייג לאחריותו הפלילית, על בית המשפט למצות עמו את הדין, ולהטיל עליו עונש המקיים יחס הולם לאשמתו, בהתאם להוראות החוק ולעקרונות שהשתרשו בפסיקה. על פסק דינה של הערכאה הדיונית יש זכות ערעור שגם במסגרתה יש זכאות לייצוג משפטי מטעם המדינה. השימוש של המדינה בסעיף 13(ב)(2) לחוק הכניסה לישראל יוצר הליך מקביל של שלילת חירות מבלי לקיים ולו אחד מעקרונות אלה.

22.

לכתחילה, הבסיס המשפטי למתווה ולפרשנותם של המשיבים לחוק הכניסה לישראל נבע, לכאורה, מסמכותו הרחבה של שר הפנים ומכך שהמדינה רשאית על פי הדין לבטל רישיון ישיבה של אדם החשוד בפלילים על יסוד ראיות מינהליות, ואף לגרשו מישראל (ראו עע"מ 9993/03 תמדאן נ' ממשלת ישראל נט(4) 134). המבקש להצטרף אינו חולק על כך שבנסיבות המתאימות ניתן לבטל רישיון ישיבה בישראל וכפועל יוצא מכך להרחיק אדם מישראל ככל שיש ראיות מינהליות מספיקות המעידות על ביצוע עבירה פלילית או על מסוכנות עתידית הנשקפת ממנו (הכל בכפוף לדין ולתבחינים המקובלים במשפט המינהלי). אלא שלא זה המצב הפרדיגמטי עליו חלה פרשנותם של המשיבים את סעיף 13(ב)(2): כאן מדובר – כבמקרה דנן – בעניינם של אזרחי סודן ואריתריאה שלא ניתן להרחיק מהארץ לעת הזו (ראו למשל סעיף 5 לפסק דינה של הנשיאה נאור בבג"ץ 8665/14 טשומה דסטה נ' הכנסת (11.8.2015), להלן: "ענין דסטה"), ולכן פרשנותם לדין מביאה לכליאה בלתי-מוגבלת בזמן של אנשים במצב בו לא ניתן היה לשלול את חירותם על פי דין כלשהו לו היו אזרחי או תושבי ישראל או אף במקום בו מדינת אזרחותם הייתה מקבלת אותם אליה חשש מרדיפה. לא למותר להזכיר בהקשר זה כי הזכות לחירות ולכבוד ו"הגנה זו מכוח חוק-היסוד אינה מוגבלת לאזרח ולתושב, אלא היא מוענקת לכל אדם, לרבות למי שנכנס לישראל שלא כדין" (סעיף 36 לפסק דינה של השופת פרקציה בבג"ץ 11437/05 קו לעובד נ' משרד הפנים (13.4.2011); להלן: "ענין קו לעובד").

23.

מדובר, אם כן, לא במעמד בישראל ובביצועה של הרחקה אלא בכליאה לתקופה שאינה קצובה על סמך ראיות מינהליות; זוהי מערכת משפטית נפרדת לשלילת חירות לכל דבר. מערכת שאינה מתיימרת להיות "שונה אבל שווה" או לקיים איזון מינימלי בין האינטרס הציבורי לערכים מתנגשים ולזכויות אדם. מערכת שקשה שלא לראות שכל מי שחירותם נשללת מכוחה הם כהי עור.

ב.1 פרשנותם של המשיבים לסעיף 13(ב)(2) לחוק הכניסה לישראל חורגת מן ההסמכה בחוק

24. אין חולק שסעיף 13(ב)(2) לחוק הכניסה לישראל מאפשר שלא לשחרר של מי שקימות ראיות ברורות חד משמעיות ומשכנעות כי הוא מסכן את שלום הציבור, בטחונו או בריאותו. גם אין חולק שהמשיבה רשאית לקבוע הנחיות פנימיות שיעגנו את המדיניות בנדון. עם זאת, לא ניתן ללמוד מהוראות הסעיף על הסמכה חוקית ליצור מערכת עונשית (או מניעתית) נפרדת ומחמירה יותר ללמעלה מארבעים אלף בני אדם ששוהים בישראל מזה שנים.

25. כך משום ש"כאשר תכלית ספציפית מבקשת לפגוע בזכויות אדם, עליה למצוא ביטוייה בלשונו המפורשת, התד-משמעית והברורה של דבר החקיקה עצמו" (בג"ץ 693/91 אפרת נ' הממונה על מרשם האוכלוסין פ"ד מז 749 (1993), סעיף 18 לפסק דינו של הנשיא ברק; להלן: "ענין אפרת").

26. ככל שהמחוקק היה מעוניין לקבוע מערכת נפרדת, זו צריכה הייתה להיקבע במפורש במסגרת חקיקה ראשית של הכנסת (ואיננו מתייחסים כאן לשאלה אם ייתכן שמערכות נפרדות כאלו, ככל שנקבעו בחקיקה ראשית, יצלחו את מבחני פסקת ההגבלה). פרשנותה מרחיקת-הלכת של המדינה לסעיף 13(ב)(2) נוגעת בלבד של ההליך הפלילי, וכן של הדינים המניעתיים האחרים, ומחליפה למעשה חלק מתכליותיהם. ככזו, היא מחייבת הסדר ראשוני ספציפי במסגרתו יתייחס המחוקק במפורש לסוגית ה"מעורבות בפלילים" של מי שלא ניתן להרחיק מישראל, וייצור הליך מפורש להתמודדות עם מסוכנות ועם עבירות על החוק שיבוצעו על-ידיהם. דא עקא, המחוקק הישראלי לא נתן התייחסות כלשהי בחקיקה הראשית – או בחקיקת משנה – למעמד של מי שחלה לגביהם מדיניות אי ההרחקה (לחובה לקבוע הסדר ראשוני: בג"ץ 3267/97 רובינשטיין נ' שר הביטחון, פ"ד נב(5) 481, 513-515 (1998)), בג"ץ 4542/02 עמותת "קו לעובד" נ' ממשלת ישראל, פ"ד סא(1) 346, 392 (2006), סעיף 91 לפסק הדין בענין איתן).

ב.2 – פרשנותה של המדינה לסעיף 13(ב)(2) אינה עומדת במבחני פסקת ההגבלה

27. פרשנותם מרחיקת-הלכת של המשיבים לסעיף 13(ב)(2) לחוק הכניסה לישראל פוגעת בזכות לחירות (ראו סעיף 5 לחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו), בזכות לשוויון (ביחס לכל מי ששוהה בישראל – כדין או שלא כדין – ונכנס כדין) ובזכות להליך הוגן אשר נגזרות מהזכות לכבוד (ראו סעיפים 169-178 לפסק דינו של השופט פוגלמן בענין איתן). הזכות להליך הוגן נפגעת מכך שהאיזונים הקיימים בהליך הפלילי, ובדינים המניעתיים האחרים, על הזכאות לייצוג, הביקורת היוזמה של בתי המשפט וההגנות הקיימות בדין הפלילי ובדינים האחרים מאויינים. ענין זה מסביר גם כיצד קורס עקרון השוויון בפני החוק ומתקיימת פגיעה ממשית בזכות לחירות.

28. הזכויות האמורות הן זכויות חוקתיות. למשיבים אסור לפגוע בהן (סעיף 2 לחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו) והם אף חייבים לסייע במימושן (סעיף 4 לחוק היסוד). פגיעה בזכות חוקתית – בין אם בדבר חקיקה ובין אם במסגרת של הנחיה מינהלית או החלטה קונקרטית – מותר שתיעשה רק תוך קיום הוראותיה של פסקת ההגבלה (סעיף 8 לחוק היסוד).

29. כפי שהראנו לעיל, סעיף 13(ב)(2) אינו מסמיך במפורש קביעה של מדיניות מעצרים וכליאה כללית כפי שזו מופיעה במתווה ובפרשנותה מרחיקת-הלכת של המדינה לסעיף. זאת אף זאת, גם אם בית המשפט סבור, בניגוד לעמדת המבקש להצטרף, שדי בהסמכה הכללית שנקבעה בחוק הכניסה לישראל, הרי שהמתווה

ופרשנותם של המשיבים אינם משמשים לתכלית ראויה ואינם עולים בקנה אחד עם ערכי המדינה. זאת משום שהמטרה החברתית שהם מבקשים להגשים (אכיפה עודפת ומדיניות ענישה מחמירה יותר ובלתי פרופורציונלית על מי שנכנסו לישראל ללא היתר) אינה עולה בקנה אחד עם ערכי המדינה וממילא אין היא מגלה רגישות מספקת לזכויות הנפגעות (ראו סעיפים 62-63 לפסק דינו של הנשיא ברק בענין **אפרת**; ביחס לזכותם של מהגרים לשוויון, ראו פסק דינו של השופט רובינשטיין בענין **קו לעובד**).

מבחני המידתיות

30. נוסף על האמור בפרקים הקודמים, פוגעת פרשנותם של המשיבים לסעיף 13(ב) (2) בזכויות חוקתיות מבלי שתעמוד באף אחד משלושת מבחני המידתיות. ככל שמדובר **במבחן הקשר הרציונאלי**, הרי שככלל, המתווה אינו מקדם את הביטחון של תושבי ישראל אלא להיפך. בהיעדר מיצוי של איסוף הראיות וגיבוש התשתית העובדתית אשר עומדת בבסיס ההליך הפלילי, עלולה ההגעה לחקר האמת להיזנח. אמון הציבור במשטרה ובגורמי אכיפת החוק עשוי להיפגע; מאידך, עבריינים אמיתיים עלולים להישאר חופשיים (ומסוכנים) בזמן שאחרים, שהליך החקירה כלל לא מוצה בעינינו, יוחזקו במשמורת לתקופה שאינה קצובה. גם בענייננו ברור כי **השארות של המבקש במשמורת, ללא כל טיפול ובהיעדר אופק שיקומי פשוט תדחה את הקץ**. מאידך, המבקש להצטרף מוכן להניח שהשארות של המבקש ב"משמורת עולם" מקיימת קשר רציונאלי, אלא שאז קל הרבה יותר להראות את היעדר המידתיות דרך מבחני המשנה הבאים.

31. ככל שבית המשפט יסבור שקיים קשר רציונאלי בין האמצעי שנבחר למטרה, הרי שקיימים **אמצעים שפגיעתם פחותה**. בראשם, כמובן, ההליך הפלילי על כל חוקתו ומשפטו. אם הליך זה טוב לכל דרי הארץ הזו, אין סיבה שלא יתאים גם למי שנכנסו לישראל ללא היתר ומעורבים, לכאורה, בפלילים. לצידו, מצויים אף הדינים המניעתיים הספציפיים, המאפשרים הטלת הגבלות על חירותם של אנשים אשר הוכח כי נשקפת מהם סכנה לציבור המצדיקה להגביל זכויות וחירויות שונות שלהם. בענייננו, מדובר כמובן בחוק הגנה על הציבור מפני ביצוע עבירות מין וחוק לטיפול בחולי נפש. שני חוקים אלה קובעים הסדרים פרטניים, ספציפיים, מאוזנים ומפורטים להליך הפרוצדורלי ולמבחנים המהותיים אשר בהתקיימם ניתן יהיה להגביל את חירותם של מי שהוגדרו כעברייני מין או כחולי נפש.

32. מעבר לכך, ומבלי לגרוע מהטענה שככלל, להליך הפלילי אסור שיהיו יוצאים מהכלל, אף ההסדר הנורמטיבי אשר קבוע **בחוק סמכויות שעת חירום** – אשר אינו חף מקשיים בעצמו – נותן מענה עדיף בהיותו מידתי יותר (כך!) מ"השמה במשמורת" על רקע פלילי. זאת משלושה טעמים: (1) מדובר בהסדר ראשוני-כללי אשר נקבע בחקיקה ראשית; (2) הסמכות להפעלתו נתונה לגורמים הבכירים ביותר ברשות המבצעת, שלהם ייעוץ משפטי צמוד; (3) קיימת ביקורת שיפוטית יזומה תוך **48 שעות** ולאחר מכן ביקורת עיתית מדי 3 חודשים לכל היותר. הביקורת מבוצעת על-ידי **משפטן בכיר** שאינו חלק מהרשות המבצעת (נשיא בית המשפט המחוזי) ובהיעדרה קמה **עילת שחרור מנדטורית** (סעיפים 4-5 לחוק). לענין זה ראו גם את האמור בסעיף 74 לפסק דינה של השופטת ארבל בענין **אדם**.

33. מנגד, ההסדר "הפלילי-הגירתי" מוביל לפגיעה בזכויות שמבוצעת על-ידי קציני משטרה זוטרים ופקידי משרד הפנים – ממנוי ביקורת הגבולות אשר מחליטים הן אודות ביטול רשיון הישיבה, הן ביחס להשמה במשמורת מלכתחילה והן בדבר קיומו של סייג לעילות שחרור לאורך כל תקופת המשמורת (על הבעייתיות בכך ראו: דפנה ברק ארז **משפט מינהלי** (כרך א') (2010) (להלן: **משפט מינהלי**), עמ' 535-537). מיותר לציין שאותם פקידים אינם משפטנים וקל וחומר הם אינם אווזים בהכשרה ובניסיון אשר מאפשרים לאזן כדבעי את מכלול

השיקולים המורכבים אשר מתעוררים בנסיבות העניין. לענין זה משקל משום ש"הבחינה הספציפית מיהו בעל התפקיד שקיבל את ההחלטה אינה ענין פורמלי" (משפט מינהלי, עמ' 125). גם יכולתם של ממוני ביקורת הגבולות – ובהמשך בתי הדין לביקורת משמורת – לקיים בירור עובדתי נופלת לעין שיעור מכל אחד מן המסלולים האחרים. כל זה נאמר מעבר לדרוש שכן, באופן עקרוני, שלילת חירות ממושכת על רקען של ראיות לפלילים צריכה להתברר בבתי המשפט המוסמכים ולא על-ידי הרשות המבצעת.

34. נפקותם המשפטית של הדברים ברורה. כשמדובר בפגיעה בזכויות חוקתיות יכולתה של הרשות לפעול באמצעים מידתיים יותר – הליכים פליליים, חוקים מניעתיים ספציפיים ובלית ברירה שימוש בסמכויות שמקנה חוק סמכויות שעת חירום – אינה בגדר המלצה. באשר לחובה להשתמש בהסדר המניעתי המידתי ביותר ראו איילת עוז, "האם בשלה העת לכינוס של "דיני הסיכון?" על הצורך בהרמוניה משפטית של ההסדרים המשפטיים למניעת סיכון עתידי?" **הסינוור** 232 (אוגוסט 2016) בעמ' 9.

35. גם במבחן המידתיות השלישי כושלת פרשנותם של המשיבים לסעיף 13(ב)(2). עוצמת הפגיעה בזכות לחירות ולשוויון פשוט אינה יכולה להשתוות לתועלת לאינטרס הציבורי. בהינתן שזכותם לחירות של מי שנכנסו ללא היתר לא נופלת מזכותו לחירות של כל תושב או אזרח ישראלי, ברור שאם היה מידתי להעביר למעצר הגירתי לתקופה שאינה קצובה, מידתי היה באותה מידה לעשות זאת ביחס לכל אזרח ותושב. ברור, לפיכך, שעוצמת הנזק גדולה מהתועלת החברתית המופקת מיישומו. הדבר עולה במפורש מכך שאין כל הסדר חוקי מקביל אחר – אף לא חוק הגנה על הציבור מפני ביצוע עבירות מין, שנחשב לחוק מגביל-חירות ביותר בדין הישראלי – היוצר הסדר חוקי הדומה באופן כלשהו ל"יד הקלה" העולה מפרשנותם של המשיבים לחוק הכניסה לישראל. מכאן שפרשנותם של המשיבים אינה עומדת באף אחד משלושת מבחני המידתיות ודינה בטלות גם בהשוואה לכל דין אחר שקיים במשפט הישראלי.

3.3 הפגיעה בעקרון השוויון

36. במצב בו ראובן, שמעון ויוחאי מבצעים, באותו מועד ומקום, את אותן עבירות לכאוריות בדיוק – **ואחד מהם יושב במעצר לתקופה בלתי קצובה בזמן שהשניים האחרים יחיו את חייהם כרגיל, או שיהיו כפופים להגבלות מידתיות וחלקיות בלבד על חופש התנועה שלהם או על זכותם לפרטיות, אינה נתפשת.** הדבר נכון באותה המידה במקום בו אחד מהם סיים לרצות את עונשו והשתחרר ואילו השני, שנסיבותיו זהות, סיים לרצות את עונשו ואף על פי כן הוא מוחזק במשמורת.

37. ענין זה עומד בניגוד לפסקי דינו של בית משפט נכבד זה בהליכים פלילים שהתקיימו בעניינם של מי שנכנסו ללא היתר למדינת ישראל. כך פסק השופט ג'ובראן בסעיף 35 לע"פ 1127/13 גברוגיי נ' מדינת ישראל (15.1.2014), כי "מוצאו האתני או השתייכותו הקבוצתית של נאשם אינם מהווים חלק מנסיבות העבירה, או חלק מהנסיבות החיצוניות לה, וכמובן שאינם יכולים להיכלל כנסיבה נוספת, מכוח סעיף 40 לחוק. גם על הסיבות לכך עמד בית משפט זה; נקבע שמדובר בדרך ענישה המנוגדת לעיקרון השוויון; וכן שהיא יכולה לגרור לתיוגה והכתמתה של קבוצה שלמה (...)" ברור שאם השתייכות קבוצתית אינה יכולה לשמש שיקול לחומרה בהליך הפלילי, קל וחומר שאסור לה לשמש עילה לשלילת חירות באמצעים מינהליים.

38. עמידתו של בית משפט זה על טוהרו של ההליך הפלילי הובילה את המשיבה לחילולו של המשפט המינהלי. אכן, "הבירוקרטיה היא מבנה, היא תהליך, היא תורת חיים. בידיים הנכונות של טהורי הלב יכולה היא להביא רווחה וקדמה לעולם, אך בידיים הלא נכונות היא עלולה לשמש גם נשק בלתי קונבנציונלי שבכוחו

להיות מקור ראשון במעלה לדיכוי ולחוסר שוויון." (דינה זילבר, "בירוקרטיה כפוליטיקה" (נבו, 2006), עמ' 294).

39. דחיית הבקשה לרשות ערעור משמעה חימושה של המדינה בנשק שכזה וקריסתו של עקרון השוויון בפני החוק. "ללא שוויון משפטי זה, שנועד במקורו לבוא במקום החוקים והסדרים הישנים של התבררה הפיאודלית, האומה מתפרקת להמון אנרכי של יחידים בעלי זכויות-יתר או נטולי זכויות" כתבה חנה ארנדט בהבהירה כי "חוקים שאינם שווים לכל חוזרים להיות העדפות ופריבילגיות, דבר המנוגד במהותו לעצם טבעה של מדינת-האומה. ככל שברורה יותר ההוכחה לאי יכולתן של מדינות לטפל בבני אדם חדלי-אזרחות כבישויות משפטיות, וככל שמתרחבת השליטה השרירותית של הצו המשטרתי, כך גם גדל הפיתוי המצוי לפתחן של המדינות לשלול מכלל האזרחים את מעמדם המשפטי ולשלוט בהם באמצעות משטרה כול-יכולה" (חנה ארנדט, יסודות הטוטליטריות (הקיבוץ המאוחד, 2010), עמ' 434).

40. הטענה אינה נגד משטרת ישראל, העושה עבודתה במסירות ימים כלילות (למעשה, טבעי לצפות שהמשטרה תשמה לעשות שימוש בכלים מינהליים שכאלו גם ביחס לקבוצות אוכלוסיה נוספות שמעסיקות אותה ללא הפוגה – מארגוני פשיעה ועד לחשודים בכירים במגזר הציבורי והעסקי). אלא שהמשפט המינהלי לא נועד לשמש נתיב עוקף להליך הפלילי בכל פעם שמתעורר קושי חקירתי מסויים או שהחלטות בתי המשפט אינן נוחות לרשויות האכיפה. דיני ההגירה אף לא נועדו לשמש נתיב עוקף לדינים מניעתיים ספציפיים ומפורשים אותם קבע המחוקק באשר לסכנות קונקרטיות ומוגדרות ותוך קביעת איזונים חוקתיים על הגבלת החירות. בהקשר זה, מה שעומד כאן על הפרק הוא אבדן רסן של הרשות המבצעת תוך רמיסת האיזונים העדינים אשר מאפשרים לנו למצוא מקום בעולם המשותף לנו. לא פחות מכך.

41. זה גם המקום לציין שההבחנה שעורך מתווה הטיפול במעורבים בפלילים בין כל מי ששוהה בישראל (כדין או שלא כדין) לבין מי שנכנסו ללא היתר ("מסתננים") אינה חוקתית בפני עצמה ולא ברור איזה ענין רלבנטי היא משרתת; מניח וביה בהקשר הקונקרטי של המתווה, שמשום מה חל רק על מי שנכנסו ללא היתר לישראל (וגם אם נכנסו לפני למעלה מעשר שנים). החשש הוא שמאחורי ההבחנה הזו מסתתרים מניעים שקשורים בעיקרם דווקא לארצות המוצא של מי שמוגדרים בישראל כ"מסתננים" והם מנותקים משאלת אופן הכניסה לארץ.

42. מיותר לציין שבמשפט הבינלאומי, כמו גם במשפט הישראלי הפנימי, כל אפליה, ובפרט אפליה על רקע מוצא ולאום, היא אפליה פסולה ואסורה (ראו למשל הוראות סעיפים 2, 4, ו-26 לאמנה בדבר זכויות אזרחיות ומדיניות משנת 1966 (ישראל חתמה על האמנה ביום 19.12.1966 ואשררה אותה ביום 18.8.1991, ראו כתבי אמנה 1040, כרך 31). אבל גם אם לא היה מדובר באפליה על רקע מוצא, בית הדין האירופי לזכויות אדם קבע כי התזקה במעצר של שוהים שלא כדין שלא מתקיים בעניינם הליך גירוש אפקטיבי מהווה הפרה של הזכות לחירות, הקבועה בסעיף 5 לאמנה האירופית בדבר זכויות אדם, וכי אף כאשר מדובר במי שנשקפת ממנו סכנה לביטחון הציבור, אין מקום לעוצרו מכוח צו גירוש, ויש להתמודד עם מסוכנותו באמצעות הכלים שנועדו לכך, קרי התקיקה הפלילית או הביטחונית (ר' : *Chahal v. United Kingdom* (1996) 23 EHRH 413, para. 113; *A & others v. the United Kingdom*, application no. 3455/05, 19 February 2009, para. 162-; *A (FC) v. Secretary of State for the Home Department* (164). כך קבעו גם בית הלורדים הבריטי (*Zadvydas v. Davis*, 533 US 678, 690, [2004] UKHL 56) ובית המשפט הפדראלי העליון של ארה"ב (699 (2001)).

.43

סיכום. הראנו שהפירוש שנותנת המדינה לסעיף 13(ב)2 לחוק הכניסה לישראל נעשה בחוסר סמכות (בהיעדר הסדר ראשוני הולם ושלא לתכלית ראויה), שהוא לא עולה בקנה אחד עם ערכי המדינה ושהוא לא מידתי באופן קיצוני (בפרט בקיומם של אמצעים חלופיים שפגיעתם פחותה). עוד עמדנו על פגיעתו בעקרון השוויון בפני החוק. עקרון זה, שעומד בבסיס התפיסה של שלטון החוק, נועד להבטיח שוויון והגנה לאלו אשר חולקים, גם אם בניגוד לרצונם, מרחב משותף. כשלחלק מבני האדם אין שוויון והגנה, לאיש אין. לכן ידע גם המקרא להבהיר, "מִשְׁפָּט אֶחָד יִהְיֶה לָכֶם כַּגֵּר כְּאִזְרָח יִהְיֶה כִּי אֲנִי יְהוָה אֱלֹהֵיכֶם." (ויקרא כד כב). מעצרו של המבקש בבקשת רשות הערעור ושל הדומים לו ללא משפט מנוגד לציווי המקראי ורחוק מלעמוד בנורמות היסוד של מדינה דמוקרטית.

.44

מכל האמור, למעלה מארבע שנים לאחר שבא לאויר העולם נוהל שהיה גלגולו הראשון של הפירוש שמיישמת המדינה ביחס לסעיף 13(ב)2 לחוק הכניסה לישראל, הגיע הזמן להכריע לאן פנינו: האם שער החוק הישראלי פתוח בפני מי שחוסים כאן תחת מדיניות אי ההרחקה או שהשומר שלפני השער – שומר שלבש את דמותו של סעיף 13(ב)2 לחוק הכניסה לישראל – ימשיך להשיב להם: "אולי. אבל עכשיו לא".

עמדת הצדדים להליך

.45

עוה"ד יוחנה לרמן, ב"כ המבקש, מסרה את הסכמתה לצירופו להליך של המבקש להצטרף.

.46

עוה"ד אודי איתן, ב"כ המשיבה, מסר כי "המשיבה תבקש להגיב לבקשה בהתאם למועד שיקבע בית המשפט הנכבד, וזאת בשים לב לכך שהבקשה הועברה למשיבה אך אתמול בשעות הלילה המאוחרות."

מעין ניזנה, עו"ד

אסף וייצן, עו"ד

ב"כ המבקש להצטרף

29.9.2016