

המוקד לפליטים ולמהגרים ע"ר

# משפט אחד יהיה לכם

על מעצרו המנהלי של מבקשי  
מקלט מעורבים בפלילים

ספטמבר 2017

**"מִשְׁפֵּט אֶחָד יִהְיֶה לָכֶם"**  
**על מעצרו המנהלי של מבקשי מקלט**  
**מעורבים בפלילים**

המוקד לפליטים ולמהגרים ע"ד



כתיבה: עו"ד אסף וייצן

עריכה: ענת גוטמן

צילום שער: אורן זיו, אקטיבסטילס

עיצוב הסדרה: ענת וקנין אפלבאום

עיצוב גרפי: ענת גוטמן

### על המוקד לפליטים ולמהגרים

המוקד לפליטים ולמהגרים היא עמותה א-מפלגתית וללא מטרת רווח אשר שמה לה למטרה להגן ולקדם את זכויות האדם של מהגרי עבודה ופליטים ולמנוע סחר בבני אדם בישראל.

רחוב נחלת בנימין 75, תל אביב-יפו, 6515417

דואר אלקטרוני: [info@hotline.org.il](mailto:info@hotline.org.il)

טלפון: 03-5602530

אתר: [www.hotline.org.il](http://www.hotline.org.il)



פורסם בתמיכתה הנדיבה של הקרן להגירה, אוכלוסין וסביבה (PME)

# ראשי פרקים

4	<b>מבוא</b>
6	<b>העידן שקדם להנחיות הכתובות</b>
8	<b>"נוהל הטיפול במסתננים המעורבים בהליך הפלילי"</b>
8	יישומו של הנוהל הלכה למעשה
10	חוקיות הנוהל
11	פסיקת בית המשפט העליון ביחס לחוקיות הנוהל
13	קיצו של הנוהל
14	<b>לידתו מחדש של הנוהל כ"מתווה"</b>
16	פסק הדין בבר"ם 769/16 וההלכה נכון למועד כתיבתו של דוח זה
19	<b>סיכום</b>
20	המלצות

## מבוא

"תורה אחת ומשפט אחד יהיה לכם ולגר הגר אתכם"

במדבר טו, טז

מערכת המשפט הישראלית מתמודדת למעלה מעשור עם קיומם של בני-אדם אשר חיים בארץ ללא אופק של גירוש או קבלת מעמד. מצב זה מעורר, מטבע הדברים, קשיים מעשיים ומשפטיים כמעט בכל תחומי חייהם. בית המשפט העליון עמד כבר לפני שנים על כך ש"הערפל הנורמטיבי" בו הם שרויים יוצר "אי-וודאות מכבידה ביותר" וכי יש לקבוע הנחיות ונהלים ברורים בקשר לזכויותיהם ומעמדם בארץ<sup>1</sup>.

הנחיות ונהלים שכאלה לא נכתבו עד היום. אף על פי כן, אמורים היו להיות לכל הפחות כמה איים בטוחים וברורים גם בתוך הערפל. לרגע נראה היה שהדין הפלילי הוא אי שכזה: כשהיו קולות מתוך המערכת שקראו להחמיר את ענישתם של זרים בארץ, רק בשל כך שהם זרים, הבהיר בית המשפט העליון בקול ברור כי הדבר אסור וכי "מוצאו האתני או השתייכותו הקבוצתית של נאשם אינם מהווים חלק מנסיבות העבירה, או חלק מהנסיבות החיצוניות" וכי זו דרך ענישה המנוגדת לעיקרון השוויון אשר עלולה להוביל לתיוגה והכמתה של קבוצה שלמה<sup>2</sup>.

במקביל לקביעות לפיהן הדין הפלילי אינו מתיר להחמיר עם אזרחים זרים בשל היותם כאלה ולהבטחתו – החלקית תמיד – של עקרון השוויון והענקת מלוא הזכויות שמקנה הדין הפלילי לכל אדם שנאשם בביצוען של עבירות, יהיה מעמדו בארץ אשר יהיה, נוסד, באופן מטרדי, ערוץ מינהלי מפלה לכליאתם של אזרחים זרים ללא הגבלת זמן, ללא משפט, ולעיתים אף בניגוד להחלטות שיפוטיות. דוח זה עוסק בערוץ מינהלי זה וביחסן של בתי המשפט והרשויות לעתירות שתקפו את חוקיותו. ערוץ נפרד זה יצר הבחנה דרמטית ומפלה בין מצבם של תושבים, אזרחים, ואפילו זרים בני הרחקה המעורבים בפלילים, למצבם של זרים שלא ניתן להרחיק מהארץ אשר שוהים בישראל שלא כדין או כדין, מכוח סמכותו של שר הפנים להעניק אשרות ורשיונות ישיבה לפי הוראות חוק

<sup>1</sup> ע"פ 8908/11 אספו נ' משרד הפנים (17 ביולי 2012).

<sup>2</sup> ע"פ 11027/13 גברזניי נ' מדינת ישראל (15 בינואר 2014).

הכניסה לישראל, תשי"ב-1952. בניגוד לתיירים או למהגרי עבודה, מדובר באנשים אשר לא ניתן להרחיקם מהארץ מזה שנים בשל הפרת זכויות האדם המתמשכת בארצות מוצאם וטענותיהם לזכאות למקלט מדיני בישראל, מצב שאינו צפוי להשתנות בעתיד הנראה לעין. כיום מדובר ב-38,000 בני אדם בקירוב, שמוצאם בעיקר מאריתריאה וסודן<sup>3</sup>. אלו יכוננו להלן "מבקשי מקלט". כתיבת הדו"ח נסמכת על פסיקתם של בתי הדין לביקורת משמורת ובתי הדין לעררים, בתי המשפט המנהליים ובית המשפט העליון, לצד הנסיון הרב שנצבר במוקד לפליטים ולמהגרים (להלן: "המוקד") בחמש השנים האחרונות בקשר למדיניות – המשתנה מעת לעת – בה נקטו הרשויות בנדון.

ראשית, נסקור את הכרונולוגיה של השימוש בכלים מנהליים, כלומר, פעולות שרשויות המדינה מפעילות נגד מבקשי מקלט הנחשבים על-ידיהן כ"מעורבים בפלילים" שלא בהתאם לדין הפלילי בו קיימות גם הגבלות על כוחה של המדינה. נסקור גם את מיסודה (החלקי) של פרקטיקה זו בהנחיות מנהליות, כלומר, נהלים שנקבעים על-ידי הפקידות על-מנת ליצור קווים מנחים אחידים לטיפול בסוגיות מסוימות. לאחר מכן נציג את הבעייתיות הנובעת משימוש בכלים מנהליים לפי החוק למניעת הסתננות (עבירות ושיפוט), תשי"ד-1954 (להלן: "החוק למניעת הסתננות") ולפי חוק הכניסה לישראל, התשי"ב - 1952 (להלן: "חוק הכניסה לישראל") כדי להתמודד עם שאלות שעל הדין הפלילי להשיב עליהן בדרכו. בעיות אלו מתעוררות הן במישור הסמכות, כלומר, השאלה האם בכלל קיים חוק שמאפשר לעצור אנשים בהליך מנהלי בנסיבות אלו, והן בכל הקשור לאופן התוויתו והפעלתו של שיקול הדעת המנהלי, ככל שיש סמכות מעצר מלכתחילה. לסיכום נציג את תמונת המצב העדכנית והמלצותינו בנדון.

---

**3** לפי דו"ח נתוני זרים של רשות האוכלוסין וההגירה מחדש אפריל 2017, שהו בישראל 39,274 "מסתננים", מתוכם 28,110 אזרחים אריתריאים, 7,939 אזרחים סודנים וסך נוסף של 3,225 אזרחים זרים נוספים, שרובם המכריע הם אזרחים של מדינות אפריקה שונות. הדוח ניתן לצפייה כאן:

## העידן שקדם להנחיות הכתובות

עד חודש ספטמבר 2012 לא פורסמה הנחיה כתובה כלשהי בקשר למבקשי מקלט אשר נחשבו כ"מעורבים בפלילים". יחד עם זאת, היעדרן של הנחיות כתובות לא מנע מרשות האוכלוסין וההגירה מ"להעניש" מבקשי מקלט לגביהם התקיימו אינדיקציות מנהליות למעורבותם בפלילים. בהקשר שלנו, אינדיקציה מנהלית משמעה שפקיד ברשות המנהלית סבור כי אדם מסוים מעורב בפלילים לא משום שהועמד לדין והורשע אלא משום שישנן ראיות מנהליות נגדו. ראיות מנהליות הן אינדיקציות ברף משתנה, שככלל נמוך משמעותית מזה שנדרש בפלילים. עד חודש יוני 2012 "העונש" כלל סירוב בעל-פה לחדש את רשיון הישיבה לפי חוק הכניסה לישראל, שהיה מחודש מעת לעת עד אותו מועד. נוהג זה הותיר בני אדם ללא מסמכים מזהים כלשהם וללא רשיון ישיבה תקף, למרות שלא הייתה מחלוקת על העובדה שלא ניתן להרחיקם מישראל. ללא רשיון תקף, מבקשי המקלט לא יכולים למשוך כסף ולבצע פעולות בחשבון הבנק שלהם, לא יכולים לעבוד ולכלכל את עצמם או לקבל שירותי בריאות. הם אף חשופים למעצרים שרירותיים בידי המשטרה ופקחי ההגירה. הנימוק למדיניות לא כתובה זו היה, ככל הנראה, סמכותו הרחבה של שר הפנים להחליט אם – ובאילו תנאים – להעניק רשיונות ישיבה בישראל, אפילו במקום בו אדם מזוכה מהאישומים נגדו<sup>4</sup>. מאחר שדובר באנשים שהיו נגדם ראיות מנהליות למעורבות בפלילים, בחר השר שלא להעניק להם רשיונות ישיבה. לכאורה וככלל, ההחלטה שלא להעניק רשיון ישיבה לזר שקיימות ראיות מנהליות למעורבותו בפלילים מצויה עמוק במרחב שיקול הדעת של הרשות המנהלית ופעמים רבות תהיה זו החלטה סבירה. הקושי בדברים מתעורר כאשר לא ניתן רשיון ישיבה למי שממילא אי אפשר להרחיקם מהארץ, שהרי מתן רשיונות אלה מלכתחילה נועד – בראש ובראשונה – לשקף את המצב הקיים, קרי: את שהייתם בארץ בהתאם למדיניות הממשלה. כשסירוב לחדש רשיון ישיבה לא מוביל להרחקה מהארץ או להשמה במשמורת, אלא מותיר אדם ב'לימבו' משפטי, וכשהדבר נעשה בבחינת "תורה שבעל-פה" וללא הסדרה בחקיקה, בנהלים או בהנחיות פנימיות כלשהן, ברור כי מדובר בהתנהלות פסולה ולא חוקית. כך בפרט כשחוק הכניסה לישראל קובע במפורש כי יש חובה לתת רשיון בידי מי ששוחרר ממשמורת עד להרחקתו<sup>5</sup>. מאחר שמדיניות זו

<sup>4</sup> ע"מ 9993/03 חמדאן נ' ממשלת ישראל נט (4) 134.

<sup>5</sup> סעיף 13(ו) (ד) לחוק הכניסה לישראל.

7 \*משפט אחד יהיה לכם\* על מעצרו המינהלי של מבקשי מקלט מעורבים בפלילים

---

לא הייתה בכתובים ופניות המוקד בנדון טופלו לעיתים באופן פרטני, היה קושי ממשי לתקוף אותה בערכאות.

בחודש יוני 2012 החלה רשות האוכלוסין וההגירה ליישם את תיקון מספר 3 לחוק למניעת הסתננות שעבר בקריאה שניה ושלישית ביום 9 בינואר 2012. יישומו של החוק למניעת הסתננות הוביל לכליאתם ללא משפט, ולתקופה של שלוש שנים, של כל מבקשי המקלט שנכנסו לישראל החל ממועד סמוך לחודש יוני 2012. במקביל, נעשה שימוש בחוק כדי לעצור את מבקשי המקלט אשר נכנסו לישראל גם לפני המועד האמור ובלבד שנחשבו על-ידי הרשויות כ"מעורבים בפלילים". כך המעצר לפי החוק למניעת הסתננות החליף את המדיניות הלא כתובה של שלילת רשיון הישיבה והסירוב לחדשו.

טענת המדינה הייתה כי החוק מתיר לה לעצור כל מבקש מקלט לתקופה של 3 שנים. יחד עם זאת, במסגרת מדיניות של תעדוף, ומאחר שמספרם של מי שנכנסו לישראל שלא כדין ושהו בה באותה עת – כ-60,000 איש – היה גבוה בהרבה מכמות האנשים שניתן היה לכלוא במתקני הכליאה למהגרים, קבעה רשות האוכלוסין וההגירה סדר עדיפות בהפעלת הסמכות המנהלית: בשלב ראשון תישלל חירותם של מי שנכנסו לישראל ללא היתר ממועד יישומו של התיקון וכן יעצרו מי שנכנסו קודם לכן לישראל ובלבד שהיו נגדם ראיות מנהליות ל"מעורבות בפלילים".

מעצרו של "מעורבים בפלילים" מכוח הסמכויות הקבועות בחוק למניעת הסתננות נעשה, אם כך ובשלב ראשון, ללא הנחיות מנהליות כלשהן שיכוונו את אופן הפעלתו של שיקול הדעת המנהלי. בעקבות הליכים שונים שהגיעו במהרה לבתי המשפט לעניינים מנהליים, הבינו הרשויות שיש צורך לגבש הנחיות ברורות בעניין וכך נולד לאויר העולם "נוהל הטיפול במסתננים המעורבים בהליך הפלילי", אליו נפנה כעת.

---

**6** המוקד לפליטים ולמהגרים הגיש לבסוף עתירה עקרונית נגד הסירוב לתת רשיונות ישיבה וניתן בה, בהסכמה, פסק דין אשר חייב את הרשות לתת רשיונות בידי כל מי ששוחרר ממשמורת. ראו פסק דין מיום 3 בדצמבר 2012 והחלטה מיום 5 במרץ 2013 בעת"מ 6848-08-12 מוקד סיוע לעובדים זרים נ' ראש מנהל אכיפה זרים – רשות האוכלוסין וההגירה (פורסם בנבו). עם זאת, בשנים לאחר מתן פסק הדין חל כרטום מסויים בהתייבות הרשות.



## ”נוהל הטיפול במסתננים המעורבים בהליך פלילי”

ביום 24 בספטמבר 2012 פורסם נהל מספר 10.1.0010 של רשות האוכלוסין וההגירה שכותרתו: ”נוהל הטיפול במסתננים המעורבים בהליך הפלילי”. הנוהל עודכן פעמיים נוספות, ביום 4 באפריל 2014 וביום 1 ביולי 2013. בגלגוליו השונים, קבע הנוהל שניתן לשלול את חירותם של מי שנכנסו לישראל ללא היתר, על רקע ”מעורבות בפלילים”.

גרסתו הראשונה של הנוהל, מחודש ספטמבר 2012, נסמכה כאמור על הוראות החוק למניעת הסתננות וקבעה כי המשטרה ושירות בתי הסוהר יעבירו לרשות האוכלוסין בקשה להעביר אדם למעצר הגירתי בשל מעורבותו בפלילים. על הנוהל נמתחה ביקורת חריפה, בין היתר במכתבה של נציבות האו”ם לפלטיים מיום 24 באפריל 2013, בו הובהר שמבחינת הנציבות מדובר ב”נוהל דרקוני”.

### יישום של הנוהל הלכה למעשה

פרסומו של הנוהל הוביל לגל מעצרים של מבקשי מקלט שנחשדו כ”מעורבים בפלילים”. המשטרה גילתה שהשימוש בנהל מאפשר לה לסגור תיקי חקירה ללא הצורך בגיבוש תשתית ראייתית מתאימה ותוך חסכון במשאבים הנדרשים כדי לייצר תשתית כאמור ולהתמודד בהצלחה עם סניגורים, בתי משפט וערכאות ערעור. מטבע הדברים אין באפשרותנו להקיף את כל המקרים בהם בוצעו מעצרים מכוח הנוהל; אפילו לא את כל המקרים בהם טיפל המוקד. לכן נציג להלן רק מספר מקרים בהם המחלקה המשפטית של המוקד ייצגה באופן פרטני מבקשי מקלט שנעצרו מכוח הנוהל. במרבית המקרים עבר הטיפול לידי המחלקה המשפטית רק לאחר שבתי הדין לביקורת משמורת<sup>8</sup> אישרו

**7** נהל הטיפול במסתננים המעורבים בהליך הפלילי, 4 באפריל 2013:

refugee-law.tau.ac.il/wp-content/uploads/2013/01/4-פלילי-בהליך-המעורבים-במסתננים-הטיפול-במסתננים.pdf

נהל הטיפול במסתננים המעורבים בהליך הפלילי, 1 ביולי 2013:

<http://www.justice.gov.il/Publications/News/Documents/NohalMistanim.pdf>

מתווה לתאום הטיפול במסתננים המעורבים בפלילים בין משטרת ישראל לרשות ההגירה והאוכלוסין:

[www.refworld.org/cgi-bin/texis/vtx/rwmain/opendocpdf.pdf?reldoc=y&docid=55112f774](http://www.refworld.org/cgi-bin/texis/vtx/rwmain/opendocpdf.pdf?reldoc=y&docid=55112f774)

**8** ערכאה שבסמכותה לאשר או לבטל את החלטת הרשות המנהלית לעצור אדם ולהחזיקו במשמורת וכן לדון בתנאי שחרורו.

9 \*משפט אחד יהיה לכם\* על מעצרו המינהלי של מבקשי מקלט מעורבים בפלילים

את המעצר וההחזקה במשמורת וניסיונות צוות העובדים והמתנדבים ב"קו החם" של המוקד להביא לשחרורם על ידי מתן ליווי וסיוע פרה-משפטי - כשלו. היו גם מספר פעמים בהן בתי המשפט פנו למוקד מיזמתם וביקשו שייצג ללא תמורה: בערעורים לבתי המשפט המחוזיים על החלטות בתי הדין לביקורת משמורת לשחרר מבקשי מקלט. במקרים אלא שופט ניצב לראשונה במקום בו המדינה מיוצגת על-ידי עורכי דין ואילו מבקש המקלט, שכבר הוחלט לשחררו, נותר עצור ולא היה זכאי לייצוג משפטי כלשהו.<sup>9</sup>

עניינו של כל אחד מהנערים, מהנשים ומהגברים שיוצגו על-ידי המוקד שונה. חלקם הגיעו מסודן לאחר שעברו עינויים בידי הרשויות שם בשל מוצאם האתני או פעילותם הפוליטית. אחרים ברחו מהדיקטטורה האריתריאית. כל אחד ואחת מהם שהה ושהתה תקופה שונה בישראל והחל לבנות לעצמו מחדש, בעמל, את עולמו. הנקודה המשיקה לכולם באופן שמצדיק את הצגת עניינם במסגרת דו"ח זה היא אחת: נגד כל אלו נסגרו תיקי החקירה בסמוך למועד פתיחתם או לאחר שבית המשפט הבהיר שיסרב לבקשה להאריך את מעצר הימים שלהם בהיעדר כתב אישום. אלא שסגירת התיקים לא הפריעה למשטרת ישראל ולרשות האוכלוסין וההגירה להמשיך את החזקתם במעצר של אותם אנשים "באמצעים אחרים" ולהעבירם למשמורת ללא הגבלת זמן, בגין "מעורבות בפלילים". לא פעם הגיע מבקש המקלט לדיון בעניינו ומספר שעות לאחר שבית המשפט הורה על שחרורו, בזמן שהוא מנסה לקיים את תנאי השחרור שנקבעו עבורו, העבירה אותו המשטרה לידי רשות האוכלוסין וההגירה. כפועל יוצא מכך, רובם ישבו בכלא תקופות שונות ושחררו רק לאחר שהמוקד הגיש עבורם ערעור על החלטת בית הדין לביקורת משמורת או עתירה מנהלית.

בענין **פלונית**<sup>10</sup> דובר במבקשת מקלט מאריתריאה שהגישה תלונה על אונס. לאחר שנשאלה על-ידי החוקרים אם "גמרה" ואם "נהנתה מהאקט" ביקשה לחזור בה מהתלונה ונחשדה במסירת ידיעה כוזבת; בעניין **פלוני**<sup>11</sup> דובר במבקש מקלט מסודן שנחשד בהחזקת "ציוד צבאי" בדירה אותה שכר. בעל הבית הישראלי ניגש למשטרה מיזמתו והצהיר שמדובר בציוד אשר אופסן בחלק נפרד של הנכס וללא קשר למבקשי המקלט, שכן מדובר בציוד אשר משמש אותו לעבודתו בהפקות קולנוע (הציוד שם שימש בסרט הקולנוע "בופור"); בעניין **האגוס**<sup>12</sup> דובר במבקש מקלט מאריתריאה שנחשד בהסגת

9 ראו למשל עמ"נ 49420-02-16 רשות האוכלוסין וההגירה נ' Ereges Wldemrim (מיום 29 בפברואר 2016).

10 עמ"נ 28773-01-13 (פרטי התיק שמורים במוקד כדי להגן על צנעת הפרט של העותרת).

11 עמ"נ 25569-02-13 פלוני נ' שר הפנים (טרם פורסם).

12 עמ"נ 45536-02-13 טספאי האגוס נ' שר הפנים (פורסם בתקדיון, 9 במאי 2013).

גבול לאחר שעמד בכניסה לחצר במושב ושאל את בעל החצר אם יש עבורו עבודה; בעניין **אדם**<sup>13</sup> דובר במבקש מקלט מסודן שנחשד בגניבת טלפון סלולרי מעובדת זרה והכחיש זאת מכל וכל (המכשיר הנייד מעולם לא אותר); בעניין **בקרי**<sup>14</sup> נחשד מבקש המקלט בתקיפה על-סמך תלונה שהוגשה על-ידי אזרח סודני אחר (שנחקר בשפה העברית וטען שאדם בשם "בקרי" תקף אותו). המתלונן לא טרח להתייצב כשזמן לעימות והמשרה לא טרחה לאתרו ולהביאו, כך שתיק החקירה נסגר בהיעדר ראיות; בעניין **אימאן**<sup>15</sup> דובר במבקש מקלט, על הגבול בין קטינות לבגרות, שחברת כוח האדם שהעסיקה אותו הלינה את שכרו וכאשר תבע לקבלו, הוגשה נגדו תלונה בטענה שדרש את שכרו באופן מאיים בעודו מחזיק בידו "עט או עפרון"; בעניין **באבי**<sup>16</sup> דובר במבקש מקלט, שחקן תיאטרון מדארפור, שנעצר והושם במשמורת לאחר שלא הייתה לו קבלה על אופניים שהיו מונחות סמוך למספרה בה עבד. הוא נחשד גם בשימוש בטלפון גנוב, אבל הצליח להציג קבלת רכישה עליו.

בכל התיקים שפורטו לעיל – וברבים נוספים – שוחררו מבקשי המקלט רק לאחר שהוגשו עתירות או ערעורים בעניינם. לעתים השחרור התאפשר רק אחרי שהתקיים דיון בבית המשפט העליון. אלא שבניגוד להליכים אחרים שעוסקים בשלילת חירות בישראל, איש מהם לא היה זכאי לייצוג משפטי. וכך, על כל אדם אותו ייצג המוקד ללא תמורה והצליח לשחררו ממשמורת - נותרו רבים לא מיוצגים במתקני הכליאה למהגרים. עניין זה חיידך את הצורך בהכרעה שיפוטית ברורה, עקרונית ובעלת תחולה רחבה, בנוגע לחוקיותו של הנוהל.

## חוקיות הנוהל

"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 הרירותית של הצו המשטרתי, כך גם גדל הפיתוי המצוי לפתחן של המדינות לשלול מכלל האזרחים את מעמד המשפטי ולשלוט בהם באמצעות משטרה כול-יכולה"

(חנה ארנדט, יסודות הטוטליטריות (הקיבוץ המאוחד, 2010), עמ' 434).

---

**13** עמ"נ 58564-12-10 חוסיין אדם (אסיר) נ' משרד הפנים (פסק דין מיום 27 בינואר 2013, פורסם בנבו).

**14** ברים 4135/13 בקרי חסן טבור דילף נ' שר הפנים (פסק דין מיום 7 בינואר 2014).

**15** עמ"נ 36428-04-10 אימאן (אסיר) נ' משרד הפנים (פסק דין מיום 21 במאי 2013, טרם פורסם).

**16** עת"מ 43567-07-13 אברהים באביקר (באבי) נ' שר הפנים (פסק דין מיום 19 בפברואר 2014, טרם פורסם).

טענות כנגד הנוהל התמקדו בכך שלא ניתן לעקוף את הוראות הדין הפלילי באמצעות שימוש בחקיקת הגירה. כך הן משום ששלילת חירות בהליכים מנהליים צריכה להיות חריג שבחריג ולהיקבע – אם בכלל – בחוק ספציפי מתאים, הקובע במפורש את הגבלת החירות והן לאור הפגיעה בעקרון השוויון הנוצרת במצב בו שני אנשים מבצעים את אותן עבירות בדיוק, אך מבקש המקלט יכול לתקופה לא קצובה והאזרח הישראלי לא יעצר כלל. בנוסף הרי שהדין הפלילי, על האיזונים הטבעיים בו, הוא אמצעי סביר ומידתי יותר להבטחת האינטרס הציבורי תוך שמירה הן על מדרג ענישה שהולם את חומרת העבירה והן על ריסון כוחה של הרשות המבצעת ביחס לפרטים.

### פסיקת בית המשפט העליון ביחס לחוקיות הנוהל

מספר הליכים שעסקו בקשיים החוקתיים והחוקיים שעורר הנוהל הגיעו לבית המשפט העליון, הן בתקיפה ישירה והן בתקיפה עקיפה במסגרת ההליכים לשחרורו של אדם. באף אחד מאותם הליכים לא הכריע בית המשפט בשאלה העקרונית ובטענות שהעלה המוקד. בענין **טספהונה**<sup>17</sup>, אליו ביקשו האגודה לזכויות האזרח והמוקד לפליטים ולמהגרים להצטרף במעמד “ידידי בית משפט”, סבר הרכב השופטים 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), אולם מצא שלא להכריע בה בהנחה, כי “הדיון העקרוני בבית משפט זה בשבתו כבית המשפט הגבוה לצדק בדבר חוקיות הנוהל קבוע לדיון בתקופה הקרובה” (פסק דינו של השופט הנדל). כלומר, הבעייתיות החוקתית שבמעצרים האלו הוכרה על-ידי בית המשפט העליון לכל המאוחר בחודש פברואר 2013.

גם ששה חודשים לאחר מכן, בדיון מיום 1 באוגוסט 2013 בעניין **בקרי** שהתקיים בפני כב' השופטים ג'ובראן, פוגלמן וברק-ארז, החליט בית המשפט העליון שלא לדון בחוקיותו של הנוהל מנימוק דומה:

**“בדיון שהתקיים בפנינו הועלתה הטענה כי השאלה העקרונית בנוגע לחוקיות נוהל הטיפול במסתננים המעורבים בהליך פלילי עומדת לדיון בבית משפט זה במסגרת ערעורים אחרים, שבאחד מהם כבר התקיימו שני דיונים והוא ממתין להודעה מעדכנת של המדינה ובערעורים נוספים שנקבעו מועד לדיון בזמן הקרוב. בשלב זה אין אפוא מקום לדיון מקביל בהליכים שלפנינו שהם בשלב מקדמי של בקשת רשות ערעור.”** (ההדגשה לא במקור).

גם לאחר מכן ניתנו מספר החלטות נוספות שהשאירו ללא הכרעה את השאלה העקרונית<sup>18</sup>. מבין אותן החלטות בלט פסק דין אחד שהתקרב לתת מענה עקרוני לסוגיה, כשהרכב בראשות המשנה לנשיאה רובינשטיין קבע כי<sup>19</sup>:

"המחוקק קבע, בסעיף 3(א)4 לחוק הכניסה לישראל, כי – ככלל – יש להורות על שחרור ממשמורת של שוהה בלתי חוקי, המיועד לגירוש, בחלוף 60 יום. עם זאת, הניח המחוקק (בסעיף 3(ב)), כי יתכנו מקרים, שבהם – מן השיקולים המפורטים בסעיף זה, וביניהם הגנה על שלום הציבור ובטחונו – יהא צורך, או שמא הכרח, להאריך את פרק הזמן האמור. דבר זה מתיישב, כמובן, עם השכל הישר ונסיון החיים. והרי משמעותה האפשרית של התוצאה הבינארית היא, כי בהיעדר אפשרות גירוש לעת הזאת מטעם כזה או אחר, לא יוכלו הרשויות ובתי המשפט למלא תפקידם וחובתם בהגנה על שלום הציבור ובטחונו. משמעות זו אינה סבירה. אמנם על הרשויות להקפיד בזכויות האדם, ובית המשפט הוא מגינן; זכויות – ובוודאי הזכות לחירות. עם זאת יש לזכור, כי לצד זכותו של אדם – כל אדם, ושוהים בלתי חוקיים בכלל זאת – לחירות, ניצבים גם אינטרסים ציבוריים כבדי משקל, למשל שלום הציבור וביטחונו, שגם עליהם מצויים הרשויות ובתי המשפט להגן. קיים קושי להלום טענה לפיה על המדינה ועל בתי המשפט להתעלם מן האינטרס הציבורי, ולהניח לאותם שוהים בלתי חוקיים המהווים סכנה לשלום הציבור – וכמובן לא כולם כאלה – אשר קיימת מניעה עכשווית להרחיקם מישראל, להתהלך חופשיים ברחובות. לגורמי הממשל והמשפט אחריות לשלום הציבור כמו לזכויות היחיד. ואשר לזכויות הפרט, מן העבר השני, קיים קושי להלום גם את החזקתו של שוהה בלתי חוקי, בשל המסוכנות לציבור, במשמורת – סוג של מעצר מינהלי במינוח מכובס קמעה – מבלי להביאו למשפט פלילי, עד קץ הימים. הגם שכאמור אין עסקינן במהות בעתירה חוקתית, ניב המפתח, גם בהקשר הספציפי, היא איזון מידתי בין כלל השיקולים. בגדרי איזון זה יש לשקול את מכלול הנסיבות, ובתוך כך את חומרת העבירות המיוחדות לשוהה במשמורת והראיות הקיימות להוכחתן מזה, ואת משך הזמן בו מוחזק השוהה במשמורת וההיתכנות המעשית להרחקת השוהה אל מחוץ לישראל, מזה, וכמובן את האפשרות לשחרור לחלופת משמורת. הואיל ובענייני מידה ואיזונים עסקינן, אין ניתן

**18** להחלטות נוספות של בית המשפט העליון שלא לדון בשאלה העקרונית שמעורר הנוהל, ראו פסקה יג לפסק דינו של השופט רובינשטיין בעע"מ 4496/13 הבטום נ' משרד הפנים (12 בנובמבר 2013, להלן: 'ענין הבטום'); פסקה יא לפסק דינו של השופט רובינשטיין ופסק דינה של השופטת ברק ארז בעע"מ 4326/13 הלהלו נ' משרד הפנים (פסק דין מיום 3 בנובמבר 2013, פורסם באר"ש); בג"ץ 5156/13 באביק נ' שר הפנים (21 ביולי 2013).

**19** ראו פסק הדין בענין הבטום.

**לומר מראש, כי בהעדר אפשרות עכשווית לגירוש, החלטה המורה על משמורת היא בלתי סבירה, כפי שאין ניתן לומר מראש שמדובר בהכרח בהחלטה סבירה.”**

על אף הלשון המסוייגת בה נכתב פסק הדין, פירשה המדינה את האמור בענין הבטום כאילו הוא מכשיר את המעצר מכוח הוראות הנוהל. יחד עם זאת, דווקא בהליכים מאוחרים יותר בבית המשפט העליון שבו השופטים ועמדו על כך שהשאלות בקשר למעצרו המנהלי של מבקשי מקלט טרם הוכרעו בפסיקה תוך התעלמות מהאמירות בענין הבטום<sup>20</sup>.

## קצו של הנוהל

ביום 16 בספטמבר 2013, בזמן שחלק מההליכים ביחס לנוהל היו תלויים ועומדים, ניתן פסק דינו של בית המשפט העליון בענין **אדם**<sup>21</sup>. פסק הדין ביטל את תיקון מספר 3 לחוק למניעת הסתננות, תוך שבית המשפט הדגיש את הכלל לפיו לא ניתן לעצור אדם במעצר הגירתי בהיעדר הליך הרחקה אפקטיבי (פסקה 2 לפסק דינה של המשנה לנשיא נאור, כתוארה דאז; פסקאות 5, 19, 32-35 לפסק דינו של השופט פוגלמן; ופסקה 2 לפסק דינה של השופטת חיות). השופטת ארבל עמדה בפסקאות 71-76 לפסק דינה על חשיבותה של הזכות לחירות במשפט הישראלי בהבהירה כי “לא בכדי נקבעו בהוראות החוק הישראלי סייגים ומגבלות רבים על שלילת חירותו של אדם, וזאת גם אם מדובר באדם שכבר הורשע בדין פלילי... 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**).

לאור תוצאות העתירה החוקתית, רק מובן שכבר ביום 23 בספטמבר 2013 הודיע היועץ המשפטי לממשלה, כי החליט “להקפיא לעת עתה את הפעלת הנוהל עד לאחר שהנושא ייבחן בכללותו”. למרבה הצער, הקפאתו של הנוהל לא סייעה לשחרורם של מי שכבר הוחזקו בכלא מכוחו במועד הקפאתו וגם לא החזירה את השנים האבודות למי שנכלאו ושחררו לפני הקפאתו.

---

**20** ראו הפניות בה’ש 17 לעיל.

**21** בג”ץ 7146/12 אדם נ’ הכנסת (16 בספטמבר 2013, פורסם באר”ש).

## לידתו מחדש של הנוהל כ"מתווה"

ביום 29 בינואר 2014 הסתיימה תקופת ההקפאה ונולד המתווה לתיאום הטיפול במסתננים המעורבים בהליך הפלילי. המתווה הוא ההנחיה המנהלית התקפה במועד כתיבתו של דוח זה.

יישומו של המתווה על מי שנכנס ללא היתר והוא "מעורב בהליך הפלילי" מוביל לביטול רישיון ישיבה שניתן לפי חוק הכניסה לישראל ולהוצאת צווי הרחקה ומשמורת מכוח חוק הכניסה לישראל. בעוד שצו ההרחקה הוא פיקטיבי (בהיעדר אפשרות מעשית להרחיק את מבקשי המקלט ששוחררו ממשמורת לאחר שנכנסו לישראל ללא היתר), צו המשמורת, המשמש כאסמכתא החוקית להחזקה במשמורת "עד לביצוע ההרחקה", מוחשי לגמרי. עוד יש לציין, כי למרות שהמתווה נקבע כביכול מכוח הוראות חוק הכניסה לישראל, הוראותיו חלות רק על מי שנכנסו ללא היתר – כלומר רק על מי שמוגדר כ"מסתנן".

המתווה נסמך על סעיף 33(ב) (2) לחוק הכניסה לישראל. מדובר בשימוש יצירתי בתת-סעיף קטן, שהוא חריג לחריג. נסביר. הכלל שנקבע בחוק הכניסה הוא כי אדם שאין לו רישיון ישיבה בארץ יורחק מישראל. עד להרחקתו הוא ישהה, ככלל, במשמורת. בד בבד נקבעו מספר חריגים למשמורת: למשל כשמתקיימים טעמים הומניטאריים או כשאדם משתף פעולה עם הרחקתו או שוהה במשמורת למעלה מ-60 ימים. לחריגים אלו נקבעו בתורם שני סייגים: אחד מהם עוסק במצב בו אדם לא מורחק בגלל סירובו לשתף פעולה עם הליכי בירור זהותו או הרחקתו והסייג השני, הרלוונטי לענייננו, עוסק במצב בו אדם מהווה סכנה לשלום הציבור, לבריאותו או לבטחונו. כל כולו של המתווה נסמך על חריג זה, בטענה שמי שמעורב בפלילים מסכן את שלום הציבור ובטחונו.

על סמך אותו סייג קובע סעיף 2א למתווה שניתן להעביר למשמורת אדם שנעצר על-ידי משטרת ישראל ובלבד שמתקיימים בעניינו התנאים הבאים:

א. ישנה כוונה למצות את החקירה לשם הגשת כתב אישום או שישנה כוונה לסגור את תיקו בעילה של חוסר ראיות בלבד, אך קיימות די ראיות מנהליות שהן ברורות, חד משמעיות ומשכנעות לביצוע העבירה. על אף האמור, במקרים חריגים בהם

לא נפתחה חקירה, אך נעשו ניסיונות למיצויה, ניתן יהיה לשקול אף העברת מידע מודיעיני.

ב. מדובר בעבירה שיש בה לסכן את ביטחון המדינה או שלום הציבור, בהתאם לאמות המידה כמפורט בנספח א' להלן, או בנסיבות חריגות אחרות בהן הישנות המעשה, חומרת המעשה וחומרת הנסיבות מעידים על קיומה של סכנה לשלום הציבור וביטחונו ובאישור גורמי אח"מ.

ואלו העבירות המפורטות בנספח א' למתווה:

1. עבירות בטחון
2. עבירות שוד
3. עבירות אלימות
4. החזקת סכין למטרה לא כשרה
5. עבירות מין
6. עבירות התפרצות
7. עבירות זיוף ורישיונות בנסיבות מחמירות (זיוף תעודות זהות ורישיון נהיגה)
8. נהיגה בשכרות ונהיגה ללא רישיון
9. עבירות סמים, למעט החזקת סם לצריכה עצמית

בנוסף, ניתן להעביר למשמורת אדם "שהועמד לדין בגין עבירה פלילית, הורשע ועומד לסיים לרצות את עונשו", וזאת בהתאם להוראות סעיף בו שהאחריות לביצועו הוטלה על שירות בתי הסוהר.

כך נוצר מצב לפיו ניתן לעצור אדם לתקופה שאינה קצובה גם אם אין מספיק ראיות להעמדתו לדין פלילי (קל וחומר להרשעתו), ללא זכאות לייצוג משפטי מטעם המדינה וללא ביקורת שיפוטית יזומה של הרשות השופטת. בכלל זה ניתן להחזיק במשמורת את מי שחשוד בנהיגה ללא רישיון, את מי שביצע עבירות אלימות במדרג הנמוך ביותר, את מי שהחזיק סם מסוג "חשיש" שלא לצריכה עצמית ואת כל מי שישנן "נסיבות חריגות אחרות" בעניינם. בנוסף, ניתן גם להעביר למשמורת את כל מי שסיימו לרצות את העונש שגזר עליהם בית המשפט המוסמך. ביחס לכל אלו מתקיים הסייג לשחרור הקבוע בסעיף 30(ב) (2) לחוק הכניסה לישראל, כך שלכאורה אין סמכות להורות על שחרור ממשמורת וממילא אין חובה לעשות כן. ענין זה הופך את ההחזקה במשמורת לבלתי קצובה בזמן.

מספר הליכים שעסקו בחוקיות המתווה הגיעו לפתחו של בית המשפט העליון, אולם



בדומה לפסיקה ביחס לנוהל שקדם לו, השאלות העקרוניות נותרו תמיד ללא הכרעה<sup>22</sup>. למשך הזמן שחלף מבלי שתקבע הלכה בענין הייתה צריכה להיות משמעות משפטית. כך קבע בית המשפט בענין אלעמאלה, כשהחליט לדון בנושא על אף שנתר תאורטי<sup>23</sup> וכך היה גם בענין צמח<sup>24</sup>, שם נקבע כי בית המשפט ידון בענין תיאורטי כשהנסיבות מלמדות שאחרת לא ניתן לדון בדברים באופן יעיל. היעדרה של הלכה מחייבת בענין והתמשכות "הערפל הנורמטיבי" השורה על מי ששוהים בישראל תחת מדיניות אי ההרחקה היו צריכים לשמש טעמים מצטברים נוספים ליצירת הכרעה ברורה בדבר חוקיות המתווה.

### פסק הדין בבר"ם 16/7696 וההלכה נכון למועד כתיבתו של דוח זה

ביום 4 בינואר 2017 ניתן פסק דינו של בית המשפט העליון בבר"ם 7696/16 טומזגי אריא נ' מדינת ישראל. ההליך שם עסק באזרח אריתריאה שהורשע בביצוע של עבירות מין ונשפט לעונש מאסר. לאחר שסיים לרצות את עונשו הועבר למשמורת מכוח הוראות המתווה. בית הדין לביקורת משמורת הורה בשלב מסויים לשחררו וערער המדינה על כך התקבל בבית המשפט המחוזי. בקשת רשות הערעור אשר הוגשה לבית המשפט

**22** ראו פסקה 27 והסיפא לפסקה 28 להחלטה בבר"ם 298/14 מדינת ישראל נ' מוחמד איסמעיל (17 במרץ 2014), בג"ץ 8662/15 המוקד לפליטים ולמהגרים נ' היועץ המשפטי לממשלה (5 בינואר 2016) ובר"ם 4334/16 Weldemrim נ' מדינת ישראל (6 באוקטובר 2016).

**23** ראו דברי השופט זמיר: "נוכח העמדה של המשיב, אפשר לחשוש כי בשנים שעברו החירות נשללה מאנשים בדרך של מעצר מינהלי שלא כדיון, וחשוב מזה, צריך לחשוש כי בשנים שיבואו החירות תישלל מאנשים בדרך זאת שלא כדיון. במצב כזה המשיב צריך להיות מעוניין בתשובה מוסמכת מאת בית המשפט כדי שלא ייכשל במעצר שלא כדיון. וכי עדיף שהמשיב ימתין, אולי אף שנים רבות, כפי שאירע במקרה שבפנינו, עד שיבוא בפני בית המשפט עותר נוסף שיעלה אותה שאלה? וכאשר עותר כזה יבוא בפני בית המשפט, ואפשר שהוא ישוחרר מן המעצר תוך כדי התדיינות, כפי שאירע במקרה שבפנינו, האם צריך יהיה גם אז לדחות את התשובה פעם נוספת, אולי למשך שנים רבות? תמיהה היא שהמשיב, במצב זה, ביקש למחוק את העתירה, כיוון שנעשתה תיאורטית, ולהשאיר את הדיון, הקובע את סמכותו, בגדר ספק. מכל מקום, בית המשפט סבור כי בנסיבות המקרה, אף שהעותר שוחרר מן המעצר, ומבחינה זאת העתירה נעשתה תיאורטית, השאלה שהעתירה העלתה נותרה אקטואלית, ובשל חשיבות השאלה ראוי שבית המשפט ייתן לה תשובה לגוף העניין." בג"ץ 2320/98 עבד אל פתאח מחמוד אלעמאלה נ' מפקד כוחות צה"ל באזור יהודה ושומרון (19 ביולי 1998, פורסם באר"ש).

**24** בג"ץ 6055/95 צמח נ' שר הבטחון פ"ד נג(5), 241.

העליון באמצעות עוה"ד מיכל פומרנץ שייצגה את המערער מטעם הסיוע המשפטי<sup>25</sup> עסקה בהרחבה בחוקיותו של המתווה והמוקד לפלילים ולמהגרים הגיש בקשה להצטרף כידיד בית המשפט, תוך הבהרת החשיבות שבקביעת ההלכה בענין חוקיותו של המתווה ואופן השימוש בו<sup>26</sup>.

בפסק הדין עמדה השופטת ברק-ארז (אליה הצטרפו בהסמכה השופטים דנציגר וזילברטל), על כך ש"שאלת פרשנותו של סעיף 3(ב) (2) לחוק הכניסה לישראל התעוררה בבית משפט זה מספר פעמים אך לא נדונה והוכרעה עד כה באופן ישיר ומחייב "ואף לא זכתה "לדין מקיף"<sup>27</sup>. בה בעת, מצאה ברק-ארז כי גם במקרה הנוכחי ניתן להשאיר ב"צריך עיון" את השאלות שמעורר המתווה<sup>28</sup> תוך החרגתם של עברייני מין מורשעים מהוראותיו<sup>29</sup>.

במילים אחרות, ניתן להפעיל את הוראות המתווה ולעצור לתקופה שאינה קצובה מי שנהג ללא רשיון או סחר בסם מסוג מריחואנה וסיים לרצות את עונשו, אולם לא את מי שביצעו עבירות מין חמורות. בית המשפט מסביר ענין זה, שלכאורה מנוגד לאינטואיציות בסיסיות, באמצעות קיומו של חוק הגנה על הציבור מפני ביצוע עבירות מין, התשס"ו-2006, שנועד לתת מענה מניעתי למי שהורשעו בעבירות מין ובהינתן שמדובר בהסדר ספציפי ומידתי יותר, יש לבכר את השימוש בו על-פני המעצר ההגירתי. מנגד, ניתן כמובן לטעון כי הדין הפלילי, על האיזונים הטבעיים בו, הוא ההסדר הספציפי והמידתי שנועד לתת מענה לכלל ההיבטים הכרוכים במעורבות בפלילים ושלפיכך אין להעביר למשמורת גם לא את מי שנהג ללא רשיון. אלא ששאלה זו, בעודה נותרת ב"צריך עיון" על-ידי בית המשפט, מוכרעת מדי יום בבתי הכלא ומתקני המשמורת, בהם מוחזקים האנשים בזמן שבית המשפט העליון מותיר את העניין תלוי באוויר.

עדיין קשה לאמוד כיצד מיישמת המדינה את פסיקת בית המשפט העליון. מנתונים

---

**25** ככלל, הסיוע המשפטי אינו מייצג מבקשי מקלט בהליכים לשחרור ממשמורת. אחד החרגים הנדירים לכך הוא מקום בו המדינה מערערת ותחושת אי הנחת של בית המשפט, אשר ניצב בפני מוחזק במשמורת שאינו מיוצג, מובילה לייצוגו על-ידי הסיוע המשפטי.

**26** בקשה להצטרף כידיד בית המשפט מיום 3 בנובמבר 2016:

[hotline.org.il/wp-content/uploads/2017/07/DOC190717-19072017210955.pdf](http://hotline.org.il/wp-content/uploads/2017/07/DOC190717-19072017210955.pdf)

**27** פסקה 31 לפסק הדין.

**28** ראו למשל פסקה 34 לפסק הדין.

**29** ראו פסקה 40 לפסק הדין.

שמסרה הרשות במענה לבקשת חופש מידע שהגיש המוקד לפליטים ולמהגרים באמצעות הקליניקה לזכויות פליטים באוניברסיטת תל-אביב עולה כי מחודש ינואר 2016 עד חודש מרץ 2017 הוצאו 31 צווי מעצר ל"מעורבים בפלילים" (כשהרשות לא ידעה למסור כמה אנשים מוחזקים במתקני המשמורת מכוח הוראות המתווה וציינה שנתון זה עדיין בבדיקה)<sup>30</sup>. ההערכה מתוך העבודה היומיומית של המוקד במתקני המשמורת היא שהשימוש בפרקטיקת המעצרים הוגבל באופן ממשי, אולם הוא עדיין קיים.

---

**30** בקשת חופש המידע מיום 24 בנובמבר 2016 והתשובה לה מיום 6 במרץ 2017:

[pdf.לפילי-נוהל-מידע-חופש-בקשת-חופש-מידע-נוהל-פלילי.pdf](https://hotline.org.il/wp-content/uploads/2017/07/pdf.לפילי-נוהל-מידע-חופש-בקשת-חופש-מידע-נוהל-פלילי.pdf)

[pdf.לפילי-תשובה-חלקית.pdf](https://hotline.org.il/wp-content/uploads/2017/07/pdf.לפילי-תשובה-חלקית.pdf)

## סיכום

תמונת המצב שנושקפת מדו"ח זה היא בעלת פנים כפולים. מצד אחד, העבודה המשפטית והציבורית של המוקד לפליטים ולמהגרים בנדון, לצד הסניגוריה הציבורית, האגודה לזכויות האזרח בישראל, קליניקות משפטיות ועורכי דין פרטיים, הובילה לכך שהשימוש בפרקטיקה האמורה צומצם באופן משמעותי, והוא מיושם היום, ככל הנראה, על עשרות בודדות של מקרים. זהו הישג שיש להכיר בו, בייחוד בתקופה בה נראה שקשה יותר ויותר להגן על זכויות אדם ובפרט זכויותיהם של זרים בארץ.

בה בעת, מבלי לגרוע מההצלחה בצמצום מדיניות המעצרים המנהליים, חשוב להפנות זרקור לכך שעל-אף הבעיות הטבועה בשימוש באמצעים מנהליים לשלילת חירות ממושכת, המדיניות הזו נמשכת מזה שנים ובתי המשפט נמנעים מלדון ומלהכריע בשאלות העקרוניות שהתעוררו בהליכים שהגיעו לפתחם בעניין. הגם שתוצאת חלק מההליכים שהגיעו לבית המשפט העליון סייעה בצמצום משמעותי של השימוש בפרקטיקה המנהלית ובהבניית שיקול הדעת ביישומה באופן ברור יותר, נותרה ב"צריך עיון" עד מועד כתיבתו של דו"ח זה השאלה העקרונית שהתעוררה בכל אחד אותם תיקים: האם ניתן לעצור מבקשי מקלט לתקופה שאינה קצובה על רקע של "מעורבות בפלילים". כך יוצא שבמשך שנים ארוכות נעצרים מבקשי מקלט מכוחה של פרקטיקה שחוקיותה וחוקתיותה נותרת שוב ושוב ללא הכרעה. הכל בזמן שאי-חוקתיותה ברור – ולמצער אמור היה להיות ברור – כבר על פני הדברים.

ייתכן שאף יותר מהשאלות המטרידות שמעוררת הפרקטיקה המנהלית האמורה, על גלגוליה השונים, השארתה של השאלה העקרונית ב"צריך עיון" על-ידי בית המשפט העליון מעל מארבע שנים היא זו שאמורה להחסיר פעימה ממי ששלטון החוק והבטחתן של זכויות היסוד הם נר לרגליו. אפשר לקבוע שפרקטיקה מסויימת היא חוקית וסבירה. אפשר – ובהקשר זה אנו סבורים שגם ראוי ומתחייב – לקבוע שהיא פסולה. אסור שהנחיות מנהליות בעלות השפעות חוקתיות מרחיקות לכת על אוכלוסיה מוחלשת וחסרת זכאות לייצוג משפטי יישארו זמן כה ממושך ללא התייחסות. כשאנשים נמקים במתקני שירות בתי הסוהר ראוי לקצוב גם את "העיון" של בית המשפט בזמן. כך למרות – ואולי משום – הקושי הפוליטי-ציבורי שטמון בהחלטה משפטית עקרונית בסוגיה רגישה זו.

חנה ארנדט כתבה ב"סודות הטוטליטאריות" כי אפילו מצבם של חשודים בפלילים היה טוב ממצבם של חדלי האזרחות משום שהראשונים זכו להליך שיפוטי מוסדר ולאפשרות לשטוח את הנראטיב שלהם ולקבל יחס דומה או זהה לזה שניתן לאזרחים ואילו האחרונים היו חשופים למעצרים שרירותיים על רקע היעדר מעמד. ואכן, סוגית הטיפול במבקשי מקלט אשר 'מעורבים בפלילים' במדינת ישראל מלמדת כי ממבקשי מקלט בישראל נשללת לא פעם הזכות להליך משפטי הוגן.

במציאות בה רומסת מדינת ישראל את מבקשי המקלט כמעט בכל תחום – החל משיעורי ההכרה האפסיים בבקשות מקלט, דרך היעדר נגישות למערכות הבריאות והרווחה וכלה בכליאת מבקשי מקלט במתקן 'חולות' – ייתכן שמעצרו ללא משפט של מבקשי מקלט הנחשדים כ"מעורבים בפלילים" אינו הדוגמא הקיצונית ביותר לרוע. יחד עם זאת, הנכונות של המדינה ליצור נתיב עוקף לדין הפלילי ושתיקתו הרועמת של בית המשפט העליון ביחס להיבטים העקרוניים שהסוגיה עוררה צריכים להטריד כל מי ששלטון החוק יקר ללבו.

## המלצות

- א. יש להחיל את הדין הפלילי על כל מי שקיים חשד כי הוא מעורב בפלילים, ללא קשר למעמדו בישראל. על המדינה לחדול לאלתר משימוש בפרקטיקות מינהליות שפוגעות בהליך הפלילי ועליה לאפשר לכל אדם את יומו בבית המשפט.
- ב. כל עוד עושות הרשויות שימוש במתווה, מוטל עליהן לקיים פיקוח הדוק על יישומו: מספר המקרים בהם מוחל, סוגי המקרים ועוד. לשם כך מוטלת על הרשויות חובה לאסוף מידע ולהציגו לציבור באופן גלוי.
- ג. אם המוחזק מכוח הנוהל תקופה העולה על 6 חודשים יהא זכאי לייצוג משפטי מטעם המדינה.
- ד. יש לקחת בחשבון תקופות כליאה קודמות מכוח הנוהל או המתווה הפלילי בעת קביעת משך השהייה בחולות כך שהתקופה המצטברת במשמורת ובחולות לא תעלה על 12 חודשים.
- ה. אין להעביר למתקן חולות את מי שהוחזק במשמורת מכוח הנוהל או המתווה הפלילי לתקופה העולה על 12 חודשים.



פורסם בתמיכתה הנדיבה של הקרן לאוכלוסין, הגירה וסביבה (PME)

