

3.11.2021

עו"ד אביטל שטרנברג
ממונה על משפט מינהלי ואוכלוסין
ייעוץ וחקיקה, משרד המשפטים
באמצעות מייל Avitals@justice.gov.il

לכבוד
מר יוסי אדלשטיין
ראש מינהל אכיפה וזרים
רשות האוכלוסין וההגירה, משרד הפנים
באמצעות מייל: josephed@piba.gov.il

שלום רב,

הנדון: הערות המוקד לפליטים ולמהגרים לנוהל הוצאת צווי הרחקה ומשמורת לפי חוק הכניסה לישראל, התשי"ב-1952

בשם המוקד לפליטים ולמהגרים (להלן גם: "המוקד") הריני לפנות אליכם בנוגע לנוהל רשות האוכלוסין וההגירה 10.3.0001 "הוצאת צווי הרחקה ומשמורת לפי חוק הכניסה לישראל, התשי"ב-1952" אשר פורסם ביום 27.7.2020. נוהל זה החליף את נוהל "הוצאת צווי הרחקה"¹ ואת נוהל "הוצאת צווי משמורת"²; ונועד להסדיר את הליך הוצאת צווי המשמורת וההרחקה בהתאם להוראות חוק הכניסה לישראל (להלן: "החוק").

המוקד מברך על חלק מהשינויים אשר הוכנסו בנוהל, אשר ניכר שנועדו לשפר הליכים של הוצאת צווי הרחקה ומשמורת ולהבטיח שמירה על זכויותיהם של האנשים והילדים המעורבים בהליכים אלה. עם זאת, ברצוננו להתריע כי גם בנוסחו המעודכן והמשופר, הנוהל מעורר קשיים ולא מבטיח הגנה על זכויותיהם של חסרי מעמד בישראל במספר היבטים מהותיים.

במרבית החודשים שחלפו מאז פרסום הנוהל, לא ביצעה רשות האוכלוסין וההגירה פעולות שימוע והרחקה של זרים למדינות מוצאם, זאת בשל משבר וירוס הקורונה הפוקד את העולם והקושי בביצוע פעולות הרחקה של זרים למדינותיהם. עם זאת, בחודשים האחרונים חודשו פעולות האכיפה והמוקד לפליטים ולמהגרים המשיך לקבל עדויות על התנהלות פוגענית של עובדי רשות האוכלוסין הכפופים לו. מקרים אלו הדגישו את הצורך בהטמעת תיקונים בנוהל, ויחידו אל מול עובדי הרשות. בנוסף, באפריל האחרון הצטרפה מדינת ישראל לאמנת מועצת אירופה בדבר פעולה נגד סחר בבני אדם,³ והתחייבה לנקוט באמצעים ספציפיים לזיהוי והגנה על קורבנות סחר. התחייבות זו דורשת תיקון הליך הוצאת צווי המשמורת וההרחקה כפי שהוא מוסדר בנוהל. כמו כן, פסק הדין שנתן לאחרונה בית המשפט לעניינים מינהליים בעניין **מדואביצי' אונו**,⁴ אשר עסק במערך השיקולים שעל ממונה ביקורת הגבולות לשקול טרם

¹ נוהל 10.4.0001 "הוצאת צווי הרחקה לפי חוק הכניסה לישראל, התשי"ב-1952".

² נוהל 10.3.0001 "הוצאת צווי משמורת לפי חוק הכניסה לישראל, התשי"ב-1952".

³ אמנת מועצת אירופה מס' 197 בדבר פעולה נגד סחר בבני אדם (16.5.2005) (להלן: "אמנת מועצת אירופה").

⁴ עמ"נ (מינהליים מרכז) 64729-06-21 סמואל מדואביצי' אונו נ' מדינת ישראל- משרד הפנים (נבו) 15.08.2021



הוצאת צו משמורת, חיזק אף הוא את הצורך לתקן את הנוהל.

להלן נציג את הקשיים העולים מהנוהל ואת הפתרונות שאנו מציעים להם, בחלוקה לשלושה פרקים:
עקרונות והוראות חסרים בנוהל; סעיפים בנוהל הדורשים תיקון; ופרק נפרד שיוקדש לצורך להסדיר
הליכי הרחקה ומשמורת כאשר מעורבים בהם קטינים.

עקרונות והוראות חסרים בנוהל

א. הגדרת מטרת השימוע שעורך ממונה ביקורת הגבולות

1. כידוע, מטרת הליך השימוע כפי שהתוותה בפסיקה ובספרות היא לתת לאדם הזדמנות נאותה להשמיע את טיעוניו טרם קבלת החלטה העתידה לפגוע בזכות או אינטרס מוגן שלו, ולהשפיע על ההליך באמצעות הצגת טענות ועובדות הרלוונטיות להחלטה. בכך, השימוע תורם לדמוקרטיזציה של ההליך המינהלי באמצעות שיתוף, ומעניק לאדם תחושה של צדק והגינות ביחס לתהליך קבלת החלטה.⁵
2. שילוב החקירה או ה"תישאל" בשימוע שעורך ממונה ביקורת הגבולות (להלן גם: "הממונה") מוסיף לו מטרות נוספות: בירור עובדתי בדבר חוקיות שהייתו של הנשמע בישראל ומודעותו לכך; קיומם של הליכים בנושא מעמדו; סטטוס אישי וזוגיות עם אזרח ישראלי; קיומם של טעמים הומניטריים המצדיקים עיכוב הרחקה, הימנעות מהשמה במשמורת או טיפול אחר (כגון העברתו של האדם להכרה בו כקרובן סחר בבני אדם); ובירור מצבו הבריאותי. לצד אלה, שילוב החקירה בשימוע נועד גם להתרשמות ישירה מאמינותו של הנשמע ונכונותו לצאת מישראל או לעמוד בתנאים שלא יצריכו החזקתו במשמורת. מטרה נוספת של החקירה היא "לכבד את הנתין הזר ולשמוע את סיפורו האישי מפיו, טרם קבלת החלטה בעניינו".⁶
3. לצערנו, ניסיונו המצטבר של המוקד מלמד שהאופן שבו נערכים שימועים במתקני האכיפה של הרשות פוגע באפשרות הגשמת מטרות השימוע, ובפרט מונע בירור עובדתי אפקטיבי ושמיעת טענות הנשמע בנפש חפצה ותוך שמירה על פרטיותו ועל כבודו. אך לפני שנה וחצי הגיש המוקד לבית המשפט העליון בקשת הצטרפות כידיד בית משפט בהליך הנוגע לאופן עריכת השימועים ברשות. במסגרת בקשת הצטרפות, פורטו תלונות ותצהירים של מספר אנשים אשר העידו על יחס משפיל, איומים, התעמרות, פגיעה בפרטיות ופגיעות נוספות שמתרחשות במהלך השימועים.⁷ גם כיום, לאחר פרסומו של הנוהל, נתקלנו במקרים בהם האופן שבו הממונה עורך את השימוע אינו מממש את מטרתו, והעברנו תלונותינו לרשות במקרים המתאימים.

⁵ דפנה ברק ארז משפט מינהלי כרך א 498 (2010).

⁶ כתב תשובת הרשות בבר"מ 8707/19 טינה לופז נ' רשות האוכלוסין וההגירה (נבו 15.10.2020) (להלן: עניין לופז), פס' 64.

⁷ ר' המקרים המתוארים בבקשת המוקד לפליטים ולמהגרים להצטרף כידיד בית משפט להליך בעניין לופז, פס' 54-74.

זמינה בקישור: <https://hotline.org.il/legal-action/hearingsbaram>.



4. לנוכח הצטברות מקרים שכאלו; ובהתחשב בממד החקירתי של השימוע ובתוצאותיו האפשריות, הכוללות פגיעה בחירותו של הנשמע או בזכויות בסיסיות אחרות (למשל, חופש התנועה) – יש חשיבות מיוחדת להגדיר באופן מדויק ומפורש מהי מטרתו ולהתוות את אופן עריכתו.
5. והרי, סעיף 2.1.ד לנוהל ממילא מורה לממונה להסביר לנשמע את מטרת השימוע בתחילתו, ואולם, מטרת השימוע כלל אינה מוגדרת בנוהל. לכן, יש להוסיף לנוהל סעיף אשר יגדיר את מטרת השימוע והחקירה המשולבת בתוכו, כמפורט מעלה.

ב. שימוש במשמורת כאמצעי אחרון

6. משמורת, שהיא מעצר לכל דבר ועניין, פוגעת פגיעה אנושה בשלל זכויות, ביניהן הזכויות החוקתיות לכבוד האדם, לחירות, לפרטיות ולקניין.⁸ לכן, החלטה על החזקה במשמורת כפופה לדרישת המידתיות שבפסקת ההגבלה,⁹ ובכלל זאת עליה לעמוד ב"מבחן המידתיות השני" שנקבע בפסיקה (מבחן האמצעי שפגיעתו פחותה).¹⁰ פרשנות חוקתית וראויה של סעיף 13א(ב) לחוק, אשר מכוחו מסמך הנוהל את ממונה ביקורת הגבולות להוציא צו משמורת, היא שסמכות זו תופעל רק בהיעדר אמצעי חלופי, פוגעני פחות, להבטחת הרחקתו של הנשמע. זאת, כאשר נקודת המוצא היא ש"מעצר ללא קביעת אחריות פלילית צריך להתקיים רק במקרים חריגים ומיוחדים",¹¹ ובהתאם לפסיקת בית המשפט העליון, לפיה "ניתן להחזיק [אדם] במשמורת רק אם החזקה במשמורת נחוצה לשם הבטחת הרחקתו מישראל".¹²
7. כדי להבטיח שממונה ביקורת הגבולות יחליט על החזקה במשמורת רק בהיעדר חלופה ראויה, יש לעגן זאת מפורשות בנוהל, תוך פירוט האלטרנטיבות שעל הממונה לשקול טרם קבלת ההחלטה.

ג. הסדרה מפורשת של הליך השימוע לשם גיבוש ההחלטה בדבר הוצאת צו הרחקה

8. על פי סעיף המטרה בנוהל, הוא נועד להסדיר שני הליכים נפרדים, הראשון תלוי בשני:¹³ הוצאת צו משמורת, החלטה שהיא בסמכות ממונה ביקורת הגבולות לפי סעיף 13א(ג) לחוק; והוצאת צו הרחקה, החלטה שהיא בסמכות שר הפנים או מי שהוא הסמיכו לכך, לפי סעיפים 13(ב) ו-16(א) לחוק. שתי ההחלטות מחייבות מתן זכות שימוע לפני שהן מתקבלות.¹⁴ הנוהל מאחד את הליכי שמיעת הטענות בנוגע לשתי ההחלטות (משמורת והרחקה) בהליך שימוע אחד שמתבצע בפני

⁸ חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו, סעיפים 2-5, 7; בג"ץ 7146/12 נג'ט סרג' אדם נ' הכנסת, סו(1) 717 (2013), פסי' 72 לפסק דינה של הש' ארבל (להלן: "עניין אדם").

⁹ חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו, סעיף 8; עע"מ 8101/15 אלמסגד גרויסוס צגטה נ' שר הפנים (נבו) 28.08.2017, פסי' 106 לפסק דינה של הנשיאה נאור וההפניות שם (להלן: "עניין צגטה").

¹⁰ דפנה ברק ארז משפט מינהלי כרך ב 779 (2010).

¹¹ עניין אדם, פסי' 74 לפסק דינה של הש' ארבל וההפניות שם.

¹² עניין צגטה, פסי' 106 לפסק דינה של הנשיאה נאור.

¹³ עניין לופז, פסי' 26-29 וההפניות שם.

¹⁴ סעיף 13א(ד) לחוק קובע שצו משמורת לא יינתן אלא לאחר שניתנה לפרט הזדמנות להשמיע את טענותיו. החובה לערוך שימוע לפני הוצאת צו הרחקה מעוגנת בפסיקה, ונובעת מכללי הצדק הטבעיים (ר' עניין לופז פסי' 32, בג"ץ 3648/97 סטמקה נ' שר הפנים, פ"ד נג(2) 728, 775 (1999)).

ממונה ביקורת הגבולות - בעל הסמכות להוציא צו משמורת.

9. החובה לערוך שימוע בעניין ההרחקה היא סמכות נלווית לסמכות להוציא צו הרחקה, ולכן היא נתונה לשר הפנים או למי שהוא הסמיכו לכך לפי סעיף 16(א) לחוק. בהיעדר הסמכה מפורשת, לממונה ביקורת הגבולות אין את הסמכות להוציא צו הרחקה,¹⁵ ולכן השימוע שהוא עורך לא עונה על חובת הרשות לתת זכות שימוע לפני הוצאת צו הרחקה. אין מדובר בדרישה פורמלית בלבד. בשל הזכויות העומדות על הכף וההשלכות של הוצאת צו הרחקה, על השימוע להיערך בפני בעל הסמכות להוציא צו הרחקה, אשר ידע לשאול את השאלות הרלוונטיות להחלטתו ולשמוע ולהתרשם ישירות מהנשמע טרם קבלת ההחלטה.

10. לכן, יש לקבוע בנוהל שימוע בנושא הוצאת צו הרחקה יערך על ידי מי שהוסמך להוציא, בהתאם לסעיפים 13(ב) ו-16(א) לחוק.

ד. שמירה על זכויות האדם של הנשמע

11. על עורך השימוע מוטלת החובה להגן על כבוד האדם של הנשמע ועל פרטיותו. חובה זו נובעת ממעמדו כנציג רשות מינהלית,¹⁶ אך מעבר לכך, פגיעה בזכויות אלה חותרת תחת האפשרות של הנשמע להביא את עמדתו בפני הרשות באופן אפקטיבי, שיש בו כדי להגשים את תכליות השימוע. במסגרת השימוע הנשמע נדרש למסור מידע פרטי ביותר, בין היתר לגבי מעמדו האישי ונסיבותיו המשפחתיות, מצבו הבריאותי, מצבו הנפשי, אירועים טראומטיים שחוה ושאלת היותו קורבן לעבירות סחר בבני אדם או החזקה בתנאי עבדות. בירור סוגיות אלו לא יכול להתבצע ללא שמירה מירבית על פרטיותו ועל כבודו של הנשמע.

12. לכן, יש לקבוע בנוהל כללים ברורים לעריכת השימוע באופן שיבטיח הגנה על כבודו ופרטיותו של הנשמע. בין היתר, יש לקבוע שהשימוע יערך במקום פרטי ומוגן, הרחק מטווח שמיעתם של זרים או עובדי רשות שאינם עורכים את השימוע, תוך שמירה על התנהלות מכבדת ובהתחשבות ברגישות מגדרית.

13. בנוסף, יש לעגן בנוהל את חובת עורך השימוע להבטיח כי זכויות היסוד של הנשמע יזכו להגנה. מעצם היותם חסרי מעמד, האנשים המובאים בפני הממונה שייכים לאוכלוסיות מוחלשות, החשופות לפגיעה וניצול מצד עבריינים, מעסיקים או גורמים פרטיים. פעמים רבות, אנשים אלה אינם מודעים לזכויות המגיעות להם ולדרכים למצות אותן. כמי שמייצג את המדינה בפני אותם אנשים, על ממונה ביקורת הגבולות לדעת להפנות את המובאים בפניו לגורמים רלוונטיים לצורך מיצוי זכויותיהם והגנה מפני פגיעה נוספת (כגון הממונה על זכויות עובדים זרים בעבודה,

¹⁵ האמור מבוסס על הודעות על העברת סמכויות לפי חוק הכניסה לישראל שפורסמו בילקוט הפרסומים; כאשר העברת הסמכויות לפי סעיף 13(ב) לחוק האחרונה שפורסמה היא מיום 14.11.2018 (הודעה על העברת סמכויות, י"פ התשע"ט 8002).

¹⁶ ר' למשל בג"ץ 10662/04 סלאח חסן נ' המוסד לביטוח לאומי, סה(1) 782 (2012), פס' 33.



המרכז לפניות לעובדים זרים – האגף להסכמים בילטרליים, הסיוע המשפטי במשרד המשפטים,
רשויות הרווחה וכו').

14. יתר על כן, יש לעגן בנוהל את חובת ממונה ביקורת הגבולות לבחון אם סמכויות האכיפה שהופעלו כנגד הנשמע הופעלו כדין, ואם שיקול דעת גורמי האכיפה הופעל במידתיות ובשוויוניות, בהתאם לקריטריונים ברורים שנקבעו בנהלים ותוך פגיעה מינימלית בזכויות הפרט. מדובר בשאלות המשליכות על ההצדקה להוצאת צו משמורת, כפי שאישר לאחרונה בית המשפט לעניינים מינהליים בעניין **מדואביצ'י אונו**. כך, למשל, במקרים בהם הנשמע עוכב בשטח, על הממונה לבחון אם מלכתחילה היה לגורם שפנה אליו יסוד להניח כי שהייתו בישראל מחייבת רישיון ישיבה לפי החוק,¹⁷ ולוודא כי הפנייה לא נעשתה על סמך מאפייניו החזותיים ("פרופיילינג").¹⁸

ה. החובה לגבש תשתית עובדתית מלאה

15. בהתאם לכללי המשפט המינהלי, על ההחלטות בדבר הוצאת צווי משמורת והרחקה להתקבל על בסיס תשתית עובדתית מלאה.¹⁹ שאלות בנוגע למצבו הזוגי והמשפחתי של הנשמע, מצבו הבריאותי, היותו קורבן סחר בבני אדם או החזקה בתנאי עבדות, קיומם של טעמים הומניטריים או קיומה של עילת מקלט – כל אלה הכרחיים לגיבוש החלטה מבוססת בשאלת ההרחקה והמשמורת. לכן, יש להסדיר **בנוהל את חובת המומנה לברר באופן יזום כלל סוגיות אלו במסגרת השימוע**. בהקשר זה, נפרט להלן על אודות חובת הרשות לפעול באופן יזום לזיהוי קורבנות סחר והחזקה בתנאי עבדות.

הסדרת הליכי זיהוי קורבנות סחר בבני אדם והחזקה בתנאי עבדות

16. החובה לברר האם הנשמע נפל קורבן לעבירות סחר בבני אדם או החזקה בתנאי עבדות לא רק מתחייבת מחובת הרשות לגבש תשתית עובדתית מלאה ומהתחייבויותיה בהליך בעניין **לופז**. כצד ל"פרוטוקול פלרמו",²⁰ מחויבת המדינה להגן על קורבנות סחר בבני אדם ולסייע להם; ולמנוע סחר בבני אדם. נגזרת מחובות אלה החובה לפעול לאיתור וזיהוי קורבנות סחר בבני אדם.

17. לאחרונה, עם הצטרפותה לאמנת מועצת אירופה,²¹ התחייבה מדינת ישראל לנקוט באמצעים ספציפיים לזיהוי והגנה על קורבנות סחר. האמנה מחייבת את המדינה לאייש את הרשויות הבאות במגע עם קורבנות סחר, ובכלל זאת רשויות ההגירה, בבעלי תפקידים שעברו הכשרה והסמכה לזהות קורבנות סחר בבני אדם ולהפנותם לארגוני הסיוע הרלוונטיים. עוד מחייבת האמנה שיתוף פעולה בין הרשויות השונות ובינן לבין ארגוני הסיוע, כך שהליך הזיהוי ייקח

¹⁷ חוק הכניסה לישראל, סעיף 13ה(א)(1).

¹⁸ עניין **מדואביצ'י אונו**.

¹⁹ בג"ץ (ירושלים) 987/94 יורונט קווי זהב (1992) בע"מ נ' שרת התקשורת, הגב' שולמית אלוני, מח(5) 412 (1994)

²⁰ פרוטוקול למניעה, לדיכוי ולהענשה על סחר בבני אדם, בעיקר נשים וילדים, המשלים את אמנת האומות המאוחדות נגד פשע מאורגן חוצה גבולות, 15.11.2000 (כ"א 56).

²¹ אישור הצטרפות מדינת ישראל לאמנת מועצת אירופה בדבר פעולה נגד סחר בבני אדם (13.4.2021) (זמין ב: https://www.gov.il/he/departments/policies/dec956_2021).



בחשבוך את נסיבותיהם הייחודיות של נשים וילדים, ושבמקרים המתאימים הם יקבלו היתר שהייה.²² בנוסף, האמנה קובעת שמרגע שמתעורר ברשות יסוד סביר להאמין שאדם הוא קורבן סחר בבני אדם, חל איסור להרחיקו מהמדינה עד להשלמת הליך הזיהוי על ידי הרשות המוסמכת, ויש לספק לו את הסיוע לו הוא זכאי לפי האמנה.²³

18. ביוני האחרון פירסמה מחלקת המדינה האמריקאית את הדוח השנתי בנושא סחר בבני אדם לשנת 2021. הדוח מעביר ביקורת חריפה על הטיפול בתופעת הסחר בבני אדם בישראל, וקובע, בין היתר, כי הצעדים שהמדינה נוקטת לשם איתור וזיהוי קורבנות סחר אינם מספקים. אחת ההמלצות העיקריות בדוח הוא הסמכת עובדי ציבור נוספים לאיתור וזיהוי קורבנות סחר.²⁴

19. קורבנות סחר רבים שוהים שלא כדין במדינה בה הם נתונים לניצול.²⁵ בשל הסיכון שהרשות תזזה קורבנות סחר כשוהים שלא כדין, מבלי לאפשר להם לממש את זכויותיהם, עומדים דברי ההסבר לאמנה על החשיבות העליונה שיש לזיהוי הנכון, הליך מסובך המצריך בדיקה מפורטת.²⁶ צעדים אלו גם מתבקשים כדי לממש את מה שלטעמנו נדרש לצורך מאבק אפקטיבי בסחר בבני אדם: קביעת יעדים מספריים ברורים לזיהוי קורבנות סחר בבני אדם עבור רשויות הבאות במגע ישיר עם אוכלוסיות פגיעות לסחר, עבדות ועבודות כפיה; והטלת חובה על הרשויות לעמוד ביעדים אלו.

20. לנוכח זאת, יש לקבוע בנוהל שהשימוע יערך על ידי גורם שעבר הכשרה לזיהוי קורבנות סחר בבני אדם והחזקה בתנאי עבדות, וכללים ברורים לעריכת השימוע אשר יבטיחו איתור וזיהוי של קורבנות סחר ועבדות שאינם מחזיקים ברישיון שהייה תקף (על פי יעדים מספריים ברורים). בנוסף, יש לקבוע בנוהל שבמקרה שמתעורר יסוד סביר להאמין שהנשמע הוא קורבן לעבירות סחר בבני אדם או החזקה בתנאי עבדות, חל איסור להוציא נגדו צווי הרחקה ומשמורת עד לתום בירור שאלה זו על ידי הגורם המוסמך לכך.

סעיפים בנוהל הדורשים תיקון

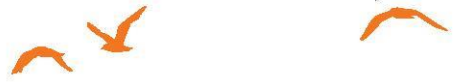
21. סעיף ד.1.5 - בירור מצבו המשפטי של הנשמע: סעיף זה קובע שככל שמוזנת במערכת הערה שקיים בעניינו של הנשמע תיק בטיפול משפטי, על הממונה ליצור קשר עם היועץ המשפטי המטפל בעניינו. הוספת הוראה זו היא נכונה ומבורכת, שכן הבירור שהיא מחייבת ימנע נקיטת הליכי אכיפה בניגוד להחלטות שיפוטיות, ויקנה לבעלי הסמכות מידע רלוונטי להחלטותיהם.

²² אמנת מועצת אירופה, סעיף 11(1). לנסיבות בהן יש לתת לקורבן הסחר היתר שהייה ראו סעיף 14 לאמנה. חובת עובדי רשויות ההגירה לעבור הכשרה בדבר מניעת סחר בבני אדם והגנה על קורבנות סחר קבועה גם בסעיף 10(2) לפרוטוקול פלרמו.

²³ סעיף 10(2) לאמנת מועצת אירופה. לסיוע לו זכאי אדם שמתעורר לגביו יסוד סביר להאמין שהוא קורבן סחר, ר' סעיפים 12(1)+2 לאמנה.

²⁴ US Department of State 2021 Trafficking in Persons Report – Israel (available at: <https://www.state.gov/reports/2021-trafficking-in-persons-report/israel/>)

²⁵ דברי ההסבר לאמנת מועצת אירופה (Explanatory Report to the Council of Europe Convention on Action)
²⁶ שם, סעיף 127. (against Trafficking in Human Beings), סעיף 131.



22. מסיבה זו, יש להוסיף להוראת הסעיף הבהרה כך שביטוי כאמור יערך גם כשקיים בעניינו של הנשמע הליך מינהלי להסדרת מעמד בישראל, למשל מכוח זוגיות עם ישראלי²⁷ או מטעמים הומניטריים;²⁸ או הליך בחינת קיומה של ראשית ראייה לכך שהנשמע קורבן עבירות סחר בבני אדם או החזקה בתנאי עבדות. זאת, משום שקיומו של הליך מינהלי שיש לו השלכה על מעמדו של השוהה בישראל הוא נתון קריטי להחלטה אם קיימת עילה להוצאת צווי הרחקה ומשמורת נגדו.²⁹

23. סעיפים ד.1.6 ו-ד.2.9 – שפת עריכת השימוע ושירותי תרגום: החובה לערוך את השימוע בשפה אותה דובר ומבין הנשמע נובעת מעקרונות כלליים של המשפט המינהלי, ובראשם שמירה על זכות הטיעון המוקנית למי שעלול להיפגע מהחלטה מינהלית, ומן הצד השני – חובת השימוע המוטלת על הרשות.³⁰ היעדר תקשורת אפקטיבית בשימוע או תרגום לקוי או בלתי מקצועי פוגעים בתשתית הראייתית עליה בעל הסמכות מקבל את החלטתו; וכך עלולים להוביל להחלטה שגויה בעניינו של הנשמע, לכליאתו במשמורת שלא כדין, לפיספוס זיהוי של קורבנות סחר או איתור עברייני סחר בבני אדם, לפיספוס נתונים לגבי מצבו הבריאותי או הנפשי של הנשמע או למניעת מימוש זכויותיו של הנשמע אל מול מעסיקו טרם הרחקתו.

24. משכך, מוטלת על הרשות החובה לקיים השימוע בשפה המובנת לנשמע, ובמקרה הצורך לספק לו שירותי תרגום מתאימים. חובה זו הודגשה לאחרונה על ידי בית המשפט העליון בעניין **לופז**, שם הצהירה הרשות שאינה חולקת על חובתה זו.³¹

25. נושא שפת עריכת השימוע מוסדר בסעיף ד.1.6 רישא לנוהל, הקובעת שהשימוע ייערך "בשפה הרשמית של ארץ מוצאו אותה דובר השוהה שלא כדין או בשפה האנגלית". נוסח זה עלול להוביל לפרשנות שגויה מצד עובדי הרשות לפיה ככל שהנשמע אינו דובר את השפה הרשמית של ארץ מוצאו, יש לקיים את השימוע בעניינו באנגלית, והוא אינו זכאי לשירותי תרגום לשפה אותה הוא דובר. לכן, **יש לתקן את הרישא לסעיף ד.1.6 כך שייקבע שהשימוע ייערך בשפה אותה דובר ומבין הנשמע** (בדומה לנוסח הקיים בנוהל עריכת ראיונות של הרשות).³²

26. נושא שירותי התרגום שעל הרשות לספק לנשמע מוסדר בסעיפים ד.1.6 סיפא ו-ד.2.9. מנוסחם של סעיפים אלו עולה שממונה ביקורת הגבולות רשאי לערוך את השימוע באמצעות תרגום טלפוני או באמצעות אדם שאינו בהכרח מתורגמן בהכשרתו.³³ בכך, הנוהל מאפשר לרשות להפר

²⁷ נוהל הטיפול במתן מעמד לבני זוג של ישראלים, לרבות בני זוג מאותו המין (מס' נוהל 5.2.0009); נוהל הטיפול במתן מעמד לבן זוג זר הנשוי לתושב קבע (מס' נוהל 5.2.0011); נוהל הטיפול במתן מעמד לבן זוג זר הנשוי לאזרח ישראלי (מס' נוהל 5.2.0008); נוהל הטיפול במעמד לבן זוג של פליט מוכר (מס' נוהל 10.1.0018).

²⁸ נוהל הסדרת עבודתה של הוועדה הבינמשרדית המייעצת לקביעה ומתן מעמד בישראל מטעמים הומניטריים (מס' נוהל 5.2.0022).

²⁹ ר' למשל עניין **צגטה**, פס' 111; בר"מ 8698/13 **יעיש דבסאי נ' משרד הפנים** (נבו 12.01.2014), פס' 6.

³⁰ עע"מ 8675/11 **מספן מזמור טדסה נ' יחידת הטיפול בי מקלט** (נבו 14.05.2012) (להלן: "עניין טדסה"), פס' 12.

³¹ עניין **לופז**, פס' 16.

³² נוהל עריכת ראיונות (מס' נוהל 5.1.0013, עודכן לאחרונה ב-31.8.2016), סעיף ו.1.

³³ סעיף ד.1.6 סיפא קובע שבמקרה הצורך השימוע ייערך באמצעות "מתורגמן שהוא עובד היחידה או עובד של חברת תרגום" וש"ככל שאין בנמצא מתורגמן – רשאי ממונה ביקורת הגבולות להסתייע גם בתרגום טלפוני". בהמשך, סעיף ד.2.9 קובע ש"בנסיבות בהן יש קושי בנוכחות מתורגמן רשאי ממונה ביקורת הגבולות לערוך את השימוע באמצעות תרגום טלפוני,



את חובתה לספק במסגרת השימוע שירותי תרגום מתאימים.³⁴ מחובה זו נגזרת החובה לקיים את השימוע באמצעות מתורגמן שעבר הכשרה בנושא תרגום התוכן הרגיש שעשוי לעלות בשימוע (למשל, שאלות בנושאי אלימות מגדרית, סחר בבני אדם והחזקה בתנאי עבדות); ובנושא כללי האתיקה והסודיות המחייבים אותו.

27. גם האפשרות לקיים את השימוע באמצעות תרגום טלפוני מפרה את חובת הרשות לספק שירותי תרגום מתאימים. הליך השימוע נועד להיות פרונטלי. כפי שנקבע בפסיקה, בתרגום טלפוני יש טעם לפגם ופגיעה בנשמע, ויש בו פתח לתקלות בהעברת המידע.³⁵ ניסיונו המצטבר בייצוג בשימועים וראיונות בפני פקידי הרשות מלמד שזה אכן מצב הדברים. בנוסף, תרגום טלפוני אינו מבטיח שמירה על כללי הסודיות החלים על ההליך, ובכך פוגעים בזכותו של הנשמע לכבוד ולפרטיות.

28. לכן, יש להוסיף לנוסח סעיף ד.1.6.1 הבהרה שהמתורגמן שבאמצעותו ייערך השימוע יהיה מתורגמן שעבר הכשרה מתאימה לצורך תרגום בהליכים מסוג זה. בנוסף, יש להסיר מסעיפים ד.1.6.1 ו-ד.2.9 את האפשרות לקיים את השימוע באמצעות תרגום טלפוני. לכל הפחות, יש לקבוע בנוהל שניתן לקיים שימוע באמצעות תרגום טלפוני רק בנסיבות חריגות, בהן לא ניתן היה להיערך לשימוע מראש ואין אפשרות לבצע את השימוע בנוכחות מתורגמן בתוך זמן סביר; וזאת בהחלטה מנומקת בכתב. במקרים אלה, יש לקבוע, על השימוע להיות מתועד באמצעי קולי-חזותי, שיאפשר הפעלת ביקורת שיפוטית על הליך השימוע והתרגום בו.

29. עוד יש להוסיף לנוהל הוראה לפיה במקרים בהם השימוע לא נערך בעברית, והנשמע מיוצג על ידי עורך דין שאינו דובר את שפת השימוע, תבטיח הרשות כי השימוע יתורגם לב"כ הנשמע, ולחלופין תעדכן אותו בדבר עריכת השימוע בשפה אחרת, כדי שיוכל להיערך בהתאם.³⁶

30. סעיף ד.1.7 - הזכות לייצוג משפטי בשימוע: במסגרת ההליכים בעניין לופז התחייבה הרשות שבתחילת כל שימוע, וככל הניתן עוד בשלב בו מעוכב הנשמע, הוא ייודע על זכותו להיוועץ בעורך דין, שיוכל לנכוח גם בשימוע.³⁷ סעיף ד.1.7 לנוהל אמנם קובע חובה לברר אם הנשמע מיוצג ע"י עורך דין ומסדיר את אופן מימוש זכותו להיוועץ בו, אך אינו קובע את חובת היידוע על זכות ההיוועצות והייצוג בשימוע.

31. ללא ידיעה על זכות ההיוועצות והייצוג בשימוע, לא יוכל הנשמע להסדיר ייצוג משפטי טרם תחילת השימוע ובכך לממש את זכותו. לכן, יש להוסיף לנוהל את החובה ליידע את הנשמע בהקדם האפשרי על זכותו להיוועץ בעורך דין לפני השימוע, ולהיות מיוצג על ידו במהלכו.

הן של מתורגמן מטעם חברת תרגום והן באמצעות עובד המשרד שדובר את השפה של השובה שלא כדין". עוד קובע הסעיף ש"בנסיבות חריגות בהן לא ניתן לאתר מתורגמן לשפתו של השובה שלא כדין – רשאי ממונה ביקורת הגבולות להסתייע באדם אחר ובלבד שניתנה הסכמתו של השובה שלא כדין ובאישור מנהל מרחב. ההסכמה תתועד על גבי פרוטוקול שמיעת טענות".

³⁴ עניין טדסה, אליו בית המשפט העליון מפנה בעניין לופז (בפסי' 16).

³⁵ עת"מ (מינהליים ב"ש) 13902-02-10 סארה סוארחה נ' משרד הפנים (נבו 22.06.2010), פסי' 4.

³⁶ עת"מ (מינהליים ב"ש) 61259-03-15 פלוני נ' מדינת ישראל - משרד הפנים (נבו 04.05.2015).

³⁷ תגובת רשות האוכלוסין וההגירה בעניין לופז, פסקאות 62 ו-85.



32. סעיף ד.1.8 – אי המתנה לעורך דין: הסעיף קובע שבמקרה שעורך דינו של הנשמע מבקש להיות נוכח בשימוע, ממונה ביקורת הגבולות ימתין לו פרק זמן סביר, וככל שעורך הדין לא יתייצב תוך פרק זמן זה יהיה רשאי הממונה לערוך את השימוע בהיעדרו. היות שאי המתנה לב"כ הנשמע פוגעת באפשרותו לממש את זכות הטיעון שלו, ובאפשרותו של הממונה לגבש תשתית עובדתית מלאה הנחוצה לקבלת החלטתו, יש להוסיף לנוהל את החובה לאפשר לנשמע לממש את זכות ההיוועצות והייצוג במסגרת השימוע, גם במקרים בהם ב"כ הנשמע אינו יכול להתייצב במתקני היחידה תוך פרק זמן סביר. במקרים אלה, על עורך השימוע לשקול לדחות את מועד עריכתו, וכשדחייה זו אינה מתאפשרת, יש לאפשר לנשמע להיוועץ בעורך הדין טלפונית, וכן לאפשר לעורך הדין להשמיע את טענותיו בתחילת השימוע ובסיומו בשיחה טלפונית.

33. סעיף ד.1.10 – תיעוד החלטה לערוך שימוע בלא נוכחות עורך דין: סעיף זה קובע את החובה לתעד בחירה של עורך דין שלא להיות נוכח בהליך השימוע. תיעוד זה הוא חשוב, שכן הוא מאפשר ביקורת שיפוטית אפקטיבית על הליך השימוע וסוגיית הייצוג בו. מסיבה זו, יש להבהיר בסעיף שגם החלטה של הממונה לערוך את השימוע בלא נוכחות עורך הדין – בין אם בשל החלטה שלא להמתין להגעתו ובין אם מכל סיבה אחרת – צריכה להיות מנומקת ומתועדת בפרוטוקול השימוע.

34. סעיף ד.2.1 – המידע הנמסר לנשמע בפתח השימוע: כלל ידוע הוא שתנאי למימוש זכות הטיעון הוא הבאה לידיעתו של הפרט את מהות הטענות העומדות נגדו והמידע עליו הן מבוססות, וציון מפורש של ההחלטה העומדת על הפרק.³⁸ סעיף ד.2.1 מפרט את המידע שעל הממונה למסור לנשמע בתחילת השימוע, אך לא כולל בו מידע בסיסי זה, שללא מסירתו לא יכול להתקיים שימוע אפקטיבי.

35. לכן, יש לתקן את הסעיף ולהוסיף לו את ההוראה שטרם תחילת השימוע, הממונה יידע את הנשמע מהן הטענות העומדות נגדו; יציג בפניו את העובדות עליהן הן מבוססות; ויציין שהשימוע יהווה בסיס להחלטה בשאלת השמתו במשמורת או קביעת תנאי שחרורו, ובמקרים המתאימים שהוא גם יהווה בסיס להחלטה בשאלת הרחקתו.

36. סעיף ד.2.3 – תיעוד השימוע: סדרי מינהל תקינים מחייבים את הרשות המינהלית לערוך פרוטוקול שישקף את עיקרי המידע שהובא בפניה ואת ההחלטות שקיבלה על בסיסו. שורשיה של חובת תיעוד זו במשפט המינהלי הכללי ובעיקרון השקיפות.³⁹ חובת תיעוד השימוע מוסדרת בסעיף ד.2.3, הקובע שהשימוע יערך תוך תיעוד מלא בכתב של כל השאלות שנשאל הנשמע ושל תשובותיו לשאלות. מנוסחו של סעיף זה משתמע שחובת התיעוד חלה רק לגבי שלב ה"חקירה" בשימוע, ולא לגבי השימוע במלואו, שעיקרו מתן הזדמנות נאותה לנשמע (בעצמו או באמצעות בא כוחו) להביע באופן מלא את עמדתו, ללא הגבלת אפשרותו להביע את טענותיו.

37. לכן, וכדי שהרשות תקיים את חובת התיעוד באופן מלא, יש להוסיף לסעיף ד.2.3 את החובה

38 בג"ץ 656/80 סאלב אבו רומי נ' שר הבריאות, לה(3) 185 (1981), פס' 7; דפנה ברק ארז משפט מינהלי כרך א 499 (2010).
39 עע"מ 2418/05 צ'רלס מילגרום נ' הוועדה המחוזית לתכנון ובניה (נבו) 24.11.2005.



לתעד בפרוטוקול השימוע את מלוא טענותיו של הנשמע, לרבות טענותיו של בא-כוחו, ככל שהנשמע מיוצג.

38. בנוסף, מתוך הכרה בכך שהקלדת השימוע אינה יכולה לשקף את מהלכו בשלמותו, וכי ייתכן שפרטים או דקויות "יאבדו בתרגום", יש לקבוע **בנוהל שבמקביל לעריכת פרוטוקול מלא, השימוע יתועד באמצעי קולי או חזותי**. תיעוד זה יאפשר ביקורת שיפוטית אפקטיבית על הליך השימוע, ויבטיח שמלוא המידע והטענות הרלוונטיים יעמדו בפני הגורם המחליט על בסיסם.

39. סעיף ד.2.11 – זכויות הנשמע בתום השימוע: הסעיף קובע שבתום השימוע יחתום הנשמע על פרוטוקול השימוע ויאשר שתוכנו הוסבר לו. הסעיף לא לוקח בחשבון שנשמעים רבים אינם דוברים או קוראים עברית, ולכן לא יכולים לאשר בחתימתם שהפרוטוקול משקף את מלוא הדברים שנאמרו בשימוע ואותם בלבד. לכן, יש להוסיף לנוסח הסעיף הבהרה שעל הממונה ביקורת הגבולות להסביר לנשמע את תוכן פרוטוקול השימוע ואת ההחלטה שקיבל בסופו; וש במקרה בו הנשמע אינו קורא ומבין עברית, הפרוטוקול וההחלטה יתורגמו ויוסברו לנשמע **טרם חתימתו**.

40. בנוסף, כפי שנקבע בעניין **לופז**, כפי שהסכימה הרשות באותו הליך⁴⁰ וכפי שמתחייב מזכות העיון של הנשמע, הנשמע ובא כוחו זכאים לקבל העתק של פרוטוקול השימוע בסמוך לאחר קיומו. חובה זו של הרשות אינה קבועה בנוהל, ולכן יש להוסיף לסעיף את חובת הממונה למסור לנשמע ולבא כוחו העתק של פרוטוקול השימוע בסמוך לאחר קיומו.

41. סעיף ד.2.7 – שיקולי הממונה בהחלטה על הוצאת צו משמורת: סעיף זה קובע שממונה ביקרת הגבולות רשא לשקול קיומו של הליך להסדרת מעמד מכוח זוגיות לאזרח או תושב ישראלי בהחלטה על הוצאת צו משמורת. מכיוון שקיומו של הליך להסדרת מעמד, ובוודאי שזוגיות לאזרח ישראלי, הם תמיד שיקולים רלוונטיים לסוגיית ההחלטה על החזקה במשמורת, יש לשנות את נוסח הסעיף כך שבכל מקרה בו קיים הליך להסדרת מעמד הממונה ישקול זאת בהחלטתו.

הסדרת הוצאת צווי הרחקה ומשמורת בהליכים המערבים קטינים

42. הנוהל מסדיר לראשונה הליכי הוצאת צווי הרחקה ומשמורת כנגד קטינים. הרקע לכך הוא שתי הנחיות שהוציא משרד המשפטים בנושא "הרחקת ילדי שוהים שלא כדין"⁴¹, וסוגיות שעלו במסגרת ההתדיינות בעניין **לופז**. למרות שעל פניו מדובר בהתקדמות לעומת המצב הקודם, נוסח הנוהל בהקשר זה לוקה בחסר, ואינו מבטיח הגנה על זכויות קטינים כמתחייב על פי הדין המקומי והבינלאומי.

43. הליכי הרחקה והחזקה במשמורת של קטינים או בני משפחותיהם מחייבים הסדרה מיוחדת,

40 עניין **לופז**, פס' 16 ו-42.

41 מכתבים מטעם מחלקת ייעוץ וחקיקה (משפט ציבורי-מינהלי) במשרד המשפטים בנושא "הרחקת ילדי שוהים שלא כדין" [מיזם 10.10.2019 ומיום 3.12.2019](https://www.hotline.org.il).



בשל השיקולים והעקרונות הספציפיים העומדים בבסיס החלטות אלה. בראש ובראשונה, על הליכים אלה חולש עיקרון טובת הילד, שהוא ערך יסוד במשפט הישראלי בכל הליך הנוגע בליבתו לעניינם של קטינים, גם כאשר מדובר בהפעלת סמכות מינהלית.⁴² עיקרון טובת הילד מעוגן בסעיף 3(1) לאמנת האו"ם בדבר זכויות הילד,⁴³ הקובע ש"בכל הפעולות הנוגעות לילדים, בין אם ננקטות בידי מוסדות רווחה סוציאלית ציבוריים או פרטיים ובין בידי בתי משפט, רשויות מינהל או גופים תחיקתיים, תהא טובת הילד שיקול ראשון במעלה". הפסיקה הכירה בטובת הילד כשיקול הכרחי בהכרעה על מעמדם האזרחי של תושבים זרים וילדיהם.⁴⁴ לכן, בעת החלטה בדבר הרחקה או השמה במשמורת של קטין או של הורה, על ממונה ביקורת הגבולות לשקול את טובת הילד ואת השפעת ההחלטה על מצבו כשיקול עיקרי.

44. עיקרון נוסף החל על הליכים אלה הוא עיקרון ההשתתפות, המעוגן בסעיף 12 לאמנה. ס"ק (1) מחייב את המדינה להבטיח לכל קטין המסוגל לחוות דעה משל עצמו את הזכות להביא דעה זו בחופשיות בכל עניין הנוגע לו, תוך מתן משקל ראוי לדעותיו בהתאם לגילו ולמידת בגרותו. למטרה זו, קובע ס"ק (2), יש לתת לקטין הזדמנות להישמע בכל הליך שיפוטי או מינהלי הנוגע לו במישרין או בעקיפין, באמצעות נציג או גוף מתאים, בצורה המתאימה לסדרי הדין המקומי.

45. קיים טעם נוסף לכך שקטין השוהה בישראל ללא רישיון שהייה זכאי ליחס שונה מזה שניתן לבגיר. הקטין אינו אחראי לשהייתו במדינה ללא רישיון, והוא נקלע לסיטואציה זו בעל כורחו. כפי שנקבע בפסיקה,

"ילדיהם [של שוהים ללא רישיון] "מצאו עצמם" בישראל, לעתים לתקופות ארוכות ובשנים בעלות חשיבות מיוחדות להתפתחות הילד, ועל כן – על אף שגם הם נחשבים משפטית כ-"שוהים בלתי חוקיים", ברי כי יש להתייחס אליהם בצורה שונה – כ"תינוקות שנשבו". היחס השונה נדרש גם מכיוון שקיימים מצבים שבהם קריעתם של הילדים מן המדינה, בגיל מבוגר יחסית ומבלי שיש להם סיכוי אמיתי להשתלב במדינת מוצאם (שהינה, לעתים, רק מדינת המוצא של הוריהם) עלולה, פעמים, שלא לעלות בקנה אחד עם אופיה היהודי והדמוקרטי של מדינת ישראל, עם מחויבותה לשמירה על זכויות האדם, או עם התחייבויותיה הבינלאומיות לשמור על "עקרון טובת הילד".⁴⁵

46. להלן נפרט את השינויים שיש להכניס בנוהל כדי להבטיח שמירה מירבית על זכויותיהם של קטינים המעורבים בהליכי הרחקה ומשמורת.

⁴² עע"מ 5718/09 מדינת ישראל נ' הודא מחמד יוסף סרור, סד(3) 319 (2011)
⁴³ אמנה בדבר זכויות הילד, כ"א 1038 (31), 221 (נחתמה ב-1990, אושררה ב-1991) (להלן: "אמנת זכויות הילד" או: "האמנה"). המדינה מחוייבת למלא אחר הוראותיה, והיא הוכרה ככלי פרשני שיש ליישם בכל החלטה הנוגעת לילדים בישראל. סעיף 12(1) לאמנה קובע שהמדינות החברות בה יבטיחו ויכבדו את הזכויות המפורטות באמנה לכל ילד שבתחום שיפוטי, ללא אפליה משום סוג שהוא, ובכלל זאת ללא קשר למוצא הילד או מעמדו.
⁴⁴ דנג"ץ 8916/02 מריו דימיטרוב נ' משרד הפנים - מינהל האוכלוסין (נבו) 06.07.2003, פס' 8.
⁴⁵ עע"מ 9094/07 קרן אסטריד סנצ'ס נ' משרד הפנים (נבו) 04.03.2013, פס' 13.



מעצר קטינים

47. העיקרון לפיו שימוש במשמורת צריך להיות אמצעי אחרון⁴⁶ נכון על אחת כמה וכמה לגבי החלטה המשליכה על קטינים (כלומר, מעצר קטינים או בני משפחתם).

48. אמנת זכויות הילד מורה כי מעצרו או כליאתו של קטין יהיו בהתאם לחוק וישמשו רק כאמצעי אחרון ולפרק זמן מתאים הקצר ביותר.⁴⁷ עיקרון זה עוגן בהקשר של מעצר ומאסר פליליים בחוק הנוער (שפיטה, ענישה ודרכי טיפול),⁴⁸ המסדיר את נושא כליאתם של קטינים בחוק מיוחד, נפרד מ"חוק המעצרים הכללי",⁴⁹ ומציב תנאים מחמירים ומגבלות נוספות לשלילת חירותם. ביחס למעצר חשוד בביצוע עבירה, קובע החוק כי אין לעצור קטין "אם ניתן להשיג את מטרת המעצר בדרך שפגיעתה בחירותו פחותה, והמעצר יהיה לפרק הזמן הקצר ביותר הנדרש לשם השגת המטרה כאמור"; וכי "בקבלת החלטה על מעצרו של קטין, יובאו בחשבון גילו והשפעת המעצר על שלומו הגופני והנפשי ועל התפתחותו".⁵⁰ בכל מקרה, לא ניתן לעצור קטין שגילו מתחת ל-12, גם אם ביצע מעשה שמוגדר כעבירה חמורה וגם אם נשקפת ממנו מסוכנות גבוהה, שכן הוא אינו נושא באחריות פלילית.⁵¹ ביחס לקטין שהורשע בביצוע עבירה, קובע החוק שבכל מקרה, "קטין שבשעת גזירת דינו טרם מלאו לו ארבע עשרה שנה, לא יוטל עליו מאסר".⁵²

49. לצד המחויבות לעקרון טובת הילד, הרציונל של הכלל לפיו "מעצרו של נאשם קטין מאחורי סורג ובריה הוא דבר חריג שבחריגים"⁵³ הוא הפגיעה המשמעותית שנגרמת לקטין עקב כליאתו, בשל היעדר בשלות וחוסן נפשי; הניתוק מהסביבה והמסגרות; והפגיעות הנפשיות והפיזיות שלהן קטין חשוף במהלך המעצר. בתי המשפט הכירו בהגנה המוגברת לה זקוקים קטינים, ובכך ש"לגבי קטין במיוחד תנאי מעצר ובית-כלא יש בהם כדי לגרום להלם ולזעזוע נפשיים חמורים" (ההדגשה הוספה).⁵⁴

50. ואם כך בהליכים פליליים, בהם נשקפת מהקטין מסוכנות והוא אחראי למעשיו – קל וחומר שאין לכלוא קטין במעצר הגירתי, בו לא נשקפת ממנו כל סכנה, הוא לא ביצע כל עבירה והוא נקלע למצב בו אין לו מעמד בעל כורחו.⁵⁵

51. פרשנות זו גם נובעת מהדין הקיים. הנזק החמור שכליאה גורמת לקטין הופך את החזקתו במשמורת ללא מידתית, ואף נופל בגדר "טעם הומניטרי מיוחד" המצדיק שחרור בערובה, בהתאם לסמכות הממונה כאמור בסעיף 13(א) לחוק.⁵⁶

⁴⁶ פסקאות 6-7 לעיל.

⁴⁷ סעיף 37(2) לאמנת זכויות הילד.

⁴⁸ חוק הנוער (שפיטה, ענישה ודרכי טיפול), תשל"א-1971.

⁴⁹ חוק סדר הדין הפלילי (סמכויות אכיפה – מעצרים), תשנ"ו-1996.

⁵⁰ חוק הנוער (שפיטה, ענישה ודרכי טיפול), תשל"א-1971, סעיף 10א.

⁵¹ חוק העונשין, התש"ז-1977, סעיף 134.

⁵² חוק הנוער (שפיטה, ענישה ודרכי טיפול), תשל"א-1971, סעיף 25(ד).

⁵³ בש"פ 3313/19 מדינת ישראל נ' פלוני (נבו) 19.05.2019, פסי' 13.

⁵⁴ שם, פסקה 14, ציטוט מתוך רינת קיטאי סנג'רו המעצר: שלילת החירות טרם הכרעת הדין 240-241 (התשע"א).

⁵⁵ ר' פסקה 45 לעיל.

⁵⁶ ע"מ"נ 49899-08-19 ולסקו נ' משרד הפנים (29.8.2019), פסי' 55.



52. הדרישה לערוך התאמות בנהלי הרשות הנוגעים להליכי הרחקה ומשמורת נגד קטינים הוצבה עוד לפני פרסום הנוהל דנן, בהנחיות מחלקת ייעוץ וחקיקה במשרד המשפטים.⁵⁷ בהנחיות, אשר ניתנו בהסכמת כלל הגורמים הרלוונטיים בממשלה ואומצו בפסיקה,⁵⁸ הובהר שככלל, החזקה במשמורת של קטינים היא האמצעי האחרון שניתן לנקוט בו לצורך הבטחת יציאתם מישראל; וזאת רק כאשר עולה, בסבירות גבוהה, שאמצעים אחרים להבטחת היציאה לא יהיו אפקטיביים. לכן, מורות ההנחיות, כאשר מדובר במשפחה עם קטינים המיועדת להרחקה, הכלל הוא שחרור בתנאים שיבטיחו את יציאתה מישראל.⁵⁹

53. לכן, יש לעגן בנוהל מפורשות את ההוראה לפיה אין להחזיק קטין במשמורת. בנוסף, כנובע מהתחייבות המדינה לעיקרון טובת הילד, בנסיבות בהן נשקלת השמתו במשמורת של בן משפחה של קטין, יש לעגן בנוהל את חובת הממונה לשקול את השלכת ההחלטה על טובת הילד כשיקול ראשון במעלה.

הליך השימוע לקטינים

54. זכותם של קטינים לשימוע טרם קבלת החלטה המשליכה עליהם נובעת מזכות הטיעון, ומעקרון ההשתתפות המעוגן באמנה לזכויות הילד. סעיף 12 לאמנה קובע תנאים בסיסיים למימוש זכות ההשתתפות של הקטין: יש לאפשר לקטין להביע את דעתו בנוגע לכל הליך הנוגע לו, במישרין או בעקיפין; על השימוע להתנהל באופן המאפשר לקטין להביע את דעתו בחופשיות; על השימוע להיערך באמצעות נציג או גוף מתאים באופן המתאים לסדרי הדין המקומי; ויש לתת משקל ראוי לדעותיו בהתאם לגילו ולמידת בגרותו. בהקשר של הוצאת צו משמורת, הזכות לשימוע של קטין נובעת גם מסעיף 13א(ד) לחוק הכניסה לישראל.

55. הליך שמיעתם של קטינים טרם הוצאת צו משמורת (ובמשתמע, גם טרם הוצאת צו הרחקה) מוסדר בסעיף ד.3 לנוהל. להלן נראה כיצד נוסח הסעיף מפר את חובת הרשות לשקול כשיקול ראשון במעלה את עיקרון טובת הילד, מונע את מימושה של הזכות להישמע של קטינים ואף אינו עומד בדרישות המינימליות שהציב משרד המשפטים בנושא; ונציג את התיקונים הדרושים בו.

הגורם בפניו נערך השימוע

56. כאמור, לשם מימוש הזכות להישמע כמשמעותה באמנה, שימוע לקטין צריך להיערך באמצעות נציג או גוף מתאימים.⁶⁰ כדי לענות על דרישה זו, על הגורם השומע להיות איש טיפול שימונה לתפקיד זה לאחר שעבר הכשרה מתאימה.

57. בנוהל אין כל ערובה לכך שממונה ביקורת הגבולות, הגורם המוסמך בו לערוך שימוע לקטינים

⁵⁷ מכתבים מיום 10.10.2019 ומיום 3.12.2019, הי"ש 41 לעיל.

⁵⁸ ר' למשל בר"מ 3646/20 מדינת ישראל רשות האוכלוסין וההגירה נ' פלונית (נבו 29.11.2020); עמ"נ (מנהלי תל אביב-יפו) 34635-09-19 סופאן רקסקה נ' רשות האוכלוסין וההגירה (נבו 06.01.2020) ערר 4605-19 (3.11.2019); ערר 4627-19 (3.11.2019).

⁵⁹ מכתב מיום 3.12.2019, הי"ש 41 לעיל. הרשות הגישה מכתב זה בתגובתה בעניין לופז.

⁶⁰ ס' 12(2) לאמנה.



מגיל 12 (סעיף ד.3.2.ד), יענה על דרישה זו. בניגוד להליכים אחרים המערבים קטינים,⁶¹ הנוהל אינו מציב דרישה כי הוא יעבור הכשרה מיוחדת לשמיעת קטינים טרם הסמכתו לכך.

58. פנייה ישירה לקטין על ידי גורם שאינו איש מקצוע מתאים ושלא הוכשר לכך, ובסביבה שאינה מתאימה לכך (מתקני האכיפה), עלולה לגרום לו למצוקה נפשית קשה. במצב זה, לא יוכל הקטין להביא את עמדתו כראוי ובוודאי שלא להתבטא בחופשיות.

59. לעריכת השימוע על ידי איש טיפול מוכשר יש חשיבות נוספת, והיא יכולתו להעריך את השלכות ההחלטות בדבר הרחקה ומשמורת על הקטין. הערכה זו הכרחית לשם גיבוש החלטה שתקח בחשבון את עיקרון טובת הילד, והיא דורשת מומחיות שאין לממונה. היא מחייבת בירורים עובדתיים מורכבים, ובכלל זאת פנייה וקבלת חומר רלוונטי ממוסדות רפואיים, מורים ומנהלים בבתי ספר, מדריכי תנועות נוער, קרובי משפחה, חברים והורי חברים.

60. הנוהל אף אינו מעגן את הדרישות המינימליות שהציבו כלל הגורמים הרלוונטיים בממשלה, לפיהן ממוני ביקורת הגבולות יעברו הדרכה מקצועית בנושא הדרך הראויה והנכונה לשימוע וקבלת החלטה בנוגע לקטינים, והחובות וההנחיות הרלוונטיות מהמשפט הבינלאומי בנושא; וכי הדרכה זו תועבר בסיועם של הגופים הרלוונטיים העוסקים בסוגיה, בממשלה ומחוצה לה.⁶²

61. לכן, יש לקבוע בנוהל שכל קטין המסוגל לחוות דעה משלו יישמע בפני איש טיפול בלתי תלוי ובעל הכשרה מיוחדת לשמיעת ילדים; שיפעל בהתאם לכללי האתיקה המקצועית בתחומו; יאסוף את מלוא המידע הרלוונטי בעניינו של הקטין; ויסכם בכתב בדיווח מטעמו את עמדתו של הקטין, אשר תוגש לממונה ביקורת הגבולות ובעל הסמכות להוציא צו הרחקה.

62. לכל הפחות, יש לקבוע בנוהל את ההכשרה שממונה ביקורת הגבולות חייב לעבור טרם הסמכתו לשמיעת קטינים, כאמור בדרישות שהציבו הגורמים הרלוונטיים בממשלה.

63. כן יש להוסיף הבהרה כי שימוע לקטין לא יכלול רכיב חקירתי או תשאול, שכן להבדיל מבגירים, מטרתה של שמיעת הקטין היא אך ורק לתת לו הזדמנות להישמע ולהשתתף בהליך שיש לו השפעה מכרעת על חייו.

שלילת הזכות לשימוע מילדים צעירים מגיל 12

64. הנוהל קובע בסעיף ד.3.1. כלל לפיו קטין ייוצג בשימוע בפני ממונה ביקורת הגבולות על ידי הורה; ולצדו, בסעיף ד.3.2, חריג לפיו קטין יהיה זכאי לשימוע אם מלאו לו 12 שנים ובהתקיים תנאים נוספים. הוראות אלו שוללות באופן גורף את זכות ההשתתפות והשימוע מכל קטין שטרם מלאו לו 12 שנים.

⁶¹ הליכים לפי חוק הנוער (טיפול והשגחה), תש"ך-1960; חוק לתיקון דיני הראיות (הגנת ילדים), תשט"ו-1955; חוק הנוער (שפיטה), ענישה ודרכי טיפול, תשל"א-1971.

⁶² מכתבים מיום 10.10.2019 ומיום 3.12.2019, הי"ש 41 לעיל.



65. הזכות להשתתפות בהליך קבלת החלטה בעניין הרחקה או השמה במשמורת של קטין או של בני משפחתו עומדת לכל קטין המסוגל לחוות דעה משל עצמו. השתתפות זו הכרחית לעמידת הרשות בחובתה לתת משקל ראוי לדעותיו של הילד בהחלטתה,⁶³ אך יש לה גם ערך עצמאי כזכות יסוד פרוצדורלית.

66. זכותו של קטין להישמע לגבי החלטות הנוגעות בו מושרשת היטב בדין הישראלי. כך למשל, בהליכים בפני בית משפט לענייני משפחה, הגיל המינימלי לשמיעת קטין על ידי בית המשפט עומד על 6 שנים, ובנסיבות מסוימות ניתן אף לשמוע קטין צעיר מכך.⁶⁴ חוק הנוער (טיפול והשגחה), קובע שבית המשפט לא ייתן החלטה לפי חוק זה טרם שמיעת הקטין.⁶⁵ החוק אינו מציב מגבלת גיל לשמיעת הקטין, כל עוד הקטין מסוגל להבין את העניין והבאתו בפני בית המשפט אינה עלולה לסכן את שלומו.⁶⁶ בתי המשפט הכירו בזכות להשתתפות גם במקרים בהם חוק הנוער (טיפול והשגחה) לא מחייב שמיעה של הקטין, וגם בגילאים צעירים מ-12 שנים, בהתבסס על סעיף 12 לאמנה אשר לא קובע גיל מינימלי לשמיעת הקטין.⁶⁷ גם חוק הנוער (שפיטה, ענישה ודרכי טיפול) קובע את זכותו של כל קטין להביע בעצמו את עמדתו, רצונו ורגשותיו לעניין החלטה לגביו, למעט במקרים מיוחדים בהם מתן ההזדמנות להביע עמדה יגרום לפגיעה ממשית בקטין.⁶⁸

67. ההסדר שקובע הנוהל, לפיו קטינים מתחת לגיל 12 יושמעו באמצעות הוריהם, לא עונה על חובת הרשות להבטיח לכל קטין המסוגל לחוות דעה משל עצמו את הזכות להביא דעה זו בחופשיות. זאת במיוחד בשל מעמדם המוחלש של הוריהם של ילדים חסרי מעמד, נעדרי הידע, השפה וההיכרות עם מוסדות השלטון. בנסיבות אלה, פעמים רבות הם לא יכולים לייצג את ילדיהם בצורה מיטבית ולהציג בפני מקבלי ההחלטות את התמונה המלאה.

68. הדרה של ילדים מתחת לגיל 12 מהליך השימוע מובילה אם כן להפרת זכויות משולשת: הפרת הזכות להישמע, הפרת זכותו של הקטין שרצונו יילקח בחשבון בעת קבלת ההחלטה, והפרת זכותו של הקטין שטובתו תישקל כשיקול ראשון במעלה (שכן טובתו יכולה להילמד מעמדתו). לכן, **יש לקבוע בנוהל שכל קטין המסוגל לחוות דעה משל עצמו זכאי להשמיע טענותיו בפני גורם טיפולי מוכשר טרם קבלת החלטה בנושא הרחקה או משמורת שיש לה השלכה עליו**.

חשיפת הקטין לשימוע שעוברים הוריו

69. הנוהל קובע בסעיף ד.3.2.ב ששמיעת הקטין תיעשה במסגרת השימוע שנערך להוריו. חשיפת הקטין לשימוע ולחקירה שהוריו עוברים לא רק שאינה נחוצה, אלא אף עלולה להזיק לבריאותו הנפשית של הקטין, בכך שהוא עד למצוקה בה נתונים הוריו. זאת על אחת כמה וכמה לנוכח המתכונת המעמדת שבה נערכים שימועים כיום, כאשר חלקם העיקרי הוא חקירה. בנוסף,

⁶³ סעיף 12 לאמנת זכויות הילד.

⁶⁴ תקנה 51 לתקנות בית משפט לענייני משפחה (סדרי דין), תשפ"א-2020.

⁶⁵ חוק הנוער (טיפול והשגחה), תש"ך-1960, סעיף 8.

⁶⁶ שם, סעיף 9.

⁶⁷ למשל, בנוגע להחלטת ביניים לפי סעיף 12 לחוק הנוער (טיפול והשגחה) בעניין של קטינות בנות 10: רע"א 492/17 פלוני נ'

עיריית חולון - מחלקת רווחה (נבו 19.01.2017); ע"מ (מחוזי תל אביב-יפו) 1034/01 פלוני נ' אלמוני (נבו 17.01.2002).

⁶⁸ חוק הנוער (שפיטה, ענישה ודרכי טיפול), תשל"א-1971, סעיף ב1.



חשיפת הקטין לשימוע הוריו עלולה להניע אותו מלהשמיע את דעתו, לאחר שייחשף לחקירה הצולבת שהוריו עוברים.

70. לכן, יש לתקן את הנוהל ולקבוע שככלל, שימוע לקטין יערך בנפרד מהשימוע שנערך להוריו, וכי הקטין לא יהיה נוכח בשימוע הוריו, אלא אם טובתו מחייבת זאת.

מועד עריכת השימוע

71. הנוהל לא קובע הוראה ספציפית לעניין מועד קיום השימוע כאשר החלטה בנושא ההרחקה והמשמורת נוגעת לקטינים, כך שגם בעניינם חל הכלל הקבוע בסעיף ג.4, לפיו השימוע ייערך תוך 7 שעות ממועד ההגעה ל"מתקני היחידה", אלא אם קיימות נסיבות חריגות שיירשמו.


72. בעניין לופז נקבע כי בנסיבות בהן נשקלת הרחקת קטינים, מתקיים טעם ענייני לדחיית מועד השימוע בעניין ההרחקה, כך שהוא לא יתקיים בפרק הזמן של 24 השעות ממועד תחילת ההשמה במשמורת הזמנית ועד לקבלת החלטה בנושא ההחזקה במשמורת וההרחקה הקבוע בסעיף ג.13 לחוק. עוד נקבע בפסק הדין כי על דחיית מועד השימוע במקרים המערבים קטינים להיות לפרק זמן שיבטיח איזון בין יעילות ההליכים לבין מתן אפשרות סבירה להיערכות.

73. שימוע לפני החלטה בנושא הרחקה המערבת קטינים דורש היערכות מיוחדת, הכוללת איסוף מידע ומסמכים משלל גורמים הבאים במגע עם הקטין או משפחתו, ובחלק מהמקרים הסדרת ייצוג משפטי. לצד זאת, מאחר שבמקרים אלה מדובר בילדים הרשומים למסגרות חינוכיות ובמשפחות בעלות כתובת רשומה וידועה, אין כל דחיפות לקיים לבני המשפחה את השימוע ולהחליט בדבר השמה במשמורת והרחקה בטרם הספיקה המשפחה להיערך לשימוע ובטרם גובשה התשתית העובדתית המלאה הדרושה לקבלת החלטות אלו.

74. לכן, יש להטמיע בנוהל את שנקבע בעניין לופז, ולקבוע ששימוע לפני החלטה בנושא הרחקה המערבת קטינים ייערך במועד שיאפשר למשפחה היערכות סבירה לשימוע, לרבות הסדרת ייצוג משפטי ואיסוף מסמכים רלוונטיים.

סיכום:

אנו רואים חשיבות רבה בהסדרת הליכי הוצאת צווי הרחקה ומשמורת, הכרוכים בפגיעה קשה בזכויות יסוד של אוכלוסיות מוחלשות ופגיעות, אשר פעמים רבות אינן מצויות בדין המקומי ואינן מודעות לזכויות שלהן. אנו מקווים שהערותינו ייבחנו ויישמו, ונודה על קבלת התייחסותכם בהקדם.

בברכה,


מיכל שורח, עו"ד
המוקד לפליטים ולמהגרים

"וגר לא תונה ולא תלחצנו כי גרים הייתם בארץ מצרים" שמות כ"ב, פסוק כ'
*לשעבר מוקד סיוע לעובדים זרים



מכותבות

ח"כ מיכל שיר סגמן, יו"ר הוועדה המיוחדת לזכויות הילד
עו"ד שונית שחר, הלשכה המשפטית, רשות האוכלוסין וההגירה
גב' אורית שרמי, מנהל אכיפה וזרים, רשות האוכלוסין וההגירה
עו"ד דינה דומיניץ, מנהלת היחידה למאבק בסחר בבני אדם, משרד המשפטים
עו"ד ורד וינדמן, מנכ"לית המועצה לשלום הילד