

בר"ם 4135/13

קבוע: 1.8.13

בבית המשפט העליון

בשבתו כבית משפט לערעורים מינהליים

הסניגוריה הציבורית

ע"י ב"כ עו"ד איילת עוז וואו רתם רוזנברג

מהסניגוריה הציבורית הארצית

רח' הנרייטה סולד 4, תל אביב

טל' 03-6932627, 054-4774560; פקס 03-6932617

המבקשת להצטרף

בעניין:

בקרי חסן טבור דילף (מס' מוחזק 502286, מס' אסיר 1457197)

ע"י ב"כ אסף וייצן ואח'

נחלת בנימין 75, תל אביב 65154

טל' 03-5602530, 052-7022290; פקס 03-5605175

המבקש

נגד

משרד הפנים

ע"י פרקליטות המדינה

רח' צאלח א-דין 29, ירושלים

טל' 02-6466590; פקס 02-6467011

המשיב

עמדה משלימה מטעם הסניגוריה הציבורית לבקשה להצטרף לדיון כ"ידיד בית המשפט"

כאמור בבקשה שהגישה הסניגוריה הציבורית ביום 9.7.13 (ראו סעיפים 20 ו-27 לאותה בקשה), בהמשך להחלטת בית המשפט הנכבד מיום 10.7.13, ולקראת הדיון שנקבע ליום 1.8.13, מגישה בזאת הסניגוריה הציבורית את עמדתה המפורטת באשר להליך שבנדון. העמדה מהווה חלק בלתי-נפרד מן הבקשה להצטרפותה של הסניגוריה כידיד בית המשפט.

א. מבוא

1. בבקשה שהוגשה ביום 9.7.13 ביקשה הסניגוריה להצטרף להליך שבנדון במעמד של "ידידת בית המשפט" והביאה בתמצית את עיקרי טענותיה כנגד "נוהל מסתננים המעורבים בהליך פלילי" (להלן: **הנוהל**), לפיהן הנוהל אינו חוקי, הוא מפר זכויות חוקתיות, ודינו בטלות.
2. בסעיפים 20 ו-27 לבקשתה, ציינה הסניגוריה כי עמדה מפורטת בסוגיות אלו תוגש לבית המשפט טרם המועד שייקבע לדיון בפני הרכב, וזאת על מנת לסייע לבית המשפט לקראת הדיון ולהביא בפניו את התמונה המלאה הנדרשת להכרעה בבקשת ההצטרפות וכן לגוף העניין.

3. יצוין, כי העמדה מוגשת כשבוע לפני המועד שבו נדרשת המדינה, בהתאם להחלטה מיום 10.7.13, להגיש את תגובתה לבקשת הסניגוריה, כך שנותר למדינה די זמן כדי להגיב לה.
4. להלן תובא עמדתה המפורטת של הסניגוריה הציבורית באשר לחוקיות וחוקתיות הנוהל. יובהר, כי עמדתה של הסניגוריה הציבורית נוגעת לסוגיות העקרוניות העולות מהבקשה לרשות ערעור בלבד. הסניגוריה אינה מבקשת ליטול חלק בבירור הסוגיות העובדתיות העולות מן הבקשה לרשות ערעור.
5. כמו כן, יובהר כבר עתה כי הסניגוריה איננה נוקטת עמדה במסגרת הליך זה באשר לחוקתיות החוק למניעת הסתננות. עמדת הסניגוריה הציבורית היא כי דינו של הנוהל הוא בטלות גם אם ידחה בית המשפט העליון את העתירה שהוגשה כנגד החוק (בג"ץ 7146/12 אדם נ' הכנסת). יחד עם זאת, מקל וחומר, ברי כי אם ימצא בית המשפט העליון כי החוק המסמיך בטל, בטל גם הנוהל שהוצא מכוחו.
6. בעמדה זו משתמשת הסניגוריה הציבורית בביטוי "מסתננים", כלשונו של החוק למניעת הסתננות. אין בכך כדי להביע עמדה בשאלת היותם של הכפופים לנוהל מבקשי מקלט או פליטים על פי הדין הבינלאומי.

ב. תקציר עמדתה של הסניגוריה הציבורית:

7. עמדתה של הסניגוריה הציבורית היא, בתמצית, כי נוהל "מסתננים המעורבים בהליך פלילי" איננו חוקי ואיננו חוקתי, ועל כן דינו בטלות. עמדה זו מבוססת בעיקרה על הנימוקים שיפורטו להלן:
 1. **הנוהל פוגע בזכות החוקתית לשוויון.** הנוהל יוצר מערכת אלטרנטיבית ומפלה לאכיפת חוק, המבחינה בין מסתננים לבין מי שאינם מסתננים. בניגוד לכללים המופעלים על חשודים, נאשמים ונידונים שאינם מסתננים – הזכאים להגנות מהותיות ופרוצדורליות משמעותיות מכוח הדין – הנוהל מאפשר את כליאתם הממושכת של מסתננים ללא הקפדה על הליך הוגן ועל שמירת זכויות הפרט.
 2. **הנוהל אינו סביר בשל השיקולים הזרים שהוא מחזיר להליך הפלילי.** קיומה של מערכת האכיפה האלטרנטיבית שקובע הנוהל יוצר עיוות בתמריצי המערכת הפלילית עצמה ופותח פתח לניצול לרעה של ההליך הפלילי. הנוהל גורם לחלחול של שיקולים בלתי ענייניים להליך הפלילי, פוגם ביכולתו של ההליך הפלילי להגשים את מטרותיו, ומאפשר את ניצולו של הליך זה לרעה.
 3. **הנוהל פוגע בזכויות החוקתיות לחירות ולהליך הוגן.** הנוהל מוביל לפגיעה חריפה ובלתי מידתית לחלוטין בזכות לחירות, ושולל בהינף יד מהכפופים לו את ההגנות הפרוצדורליות המינימאליות הנדרשות לפגיעה זו. בין היתר הוא קובע רף ראייתי נמוך לצורך שלילת חירות ממושכת, הוא אינו מאפשר שימוע משמעותי, שולל את הזכות לעיון בחומר הראיות, אינו מאפשר הבאת ראיות ועדי הגנה וחקירה נגדית של עדי התביעה, חותר תחת זכות הייצוג, פוגע בהפרדת הרשויות ואינו כולל כל ביקורת שיפוטית אפקטיבית.

4. **הנוהל מהווה חריגה מסמכות.** הנוהל יוצר הסדר ראשוני שאינו קבוע בחוק ופוגע בזכויות חוקתיות ללא הסמכה בחוק. הגם שהחוק המסמיך קובע אפשרות להשמה במשמורת של כלל המסתננים לצורך גירושם, אין הוא קובע מערכת אכיפת חוק חלופית להתמודדות עם עבריינות של מסתננים וודאי שלא הליך לבירור של אשמתם הלכאורית. הנוהל קובע הסדרים הפוגעים קשות בזכויות אדם חוקתיות, אשר חייבים להיקבע בחקיקה ראשית ולא על ידי הרשות המבצעת. לכך יש להוסיף, כי אפילו ניתן היה לקבוע הסדרים כאלו בחקיקה משנית, הרי שהנוהל לא הותקן כחקיקת משנה, ואף לא על ידי הרשות המוסמכת לכך בחוק. כמו כן, הנוהל חורג מתכלית החוק, ומקדם תכלית שונה מזו של התיקון לחוק למניעת הסתננות.

5. **הנוהל מפלה בין המסתננים לבין עצמם.** הנוהל קובע קריטריון בלתי סביר ובלתי מידתי להעברה למשמורת מינהלית ממושכת, אשר מוביל ליישום בלתי שוויוני של הסמכות להפקעת מעמד ולכליאה ממושכת המוקנית מתוקף החוק למניעת הסתננות.

6. **הנוהל מבוסס על מעצר בלתי חוקי.** הנוהל מאפשר שימוש במעצר הפלילי לצורך הגשמת צו הגירוש והמשמורת המנהלי, וזאת בניגוד לפסיקת בתי המשפט לפיה מעצר כזה אינו חוקי. כמו כן, החוק מונע את הגשמת הזכות לשינוי עילת סגירתו של תיק, הקבועה בסעיף 62 לחוק סדר הדין הפלילי [נוסח משולב], התשמ"ב-1982.

7. **הפגיעות החוקתיות אינן עומדות במבחני פסקת ההגבלה.** לאור כל הטעונונים העקרוניים שיפורטו, נראה כי המסקנה היחידה האפשרית היא שהנוהל אינו חוקתי.

ג. רקע משפטי ועובדתי: נוהל "מסתננים המעורבים בהליך פלילי", ותיקון מספר 3 לחוק למניעת הסתננות

8. בינואר 2012 תוקן החוק למניעת הסתננות (עבירות ושיפוט), תשי"ד-1954, בחוק למניעת הסתננות (עבירות ושיפוט) (תיקון מס' 3 והוראת שעה), התשע"ב-2012 (להלן: **החוק למניעת הסתננות** או **החוק המסמיך**). בעקבות התיקון, החוק מאפשר לכלוא במשמורת מנהלית לתקופה ארוכה ולמעשה בלתי מוגבלת (למעט חריגים מצומצמים ביותר) כל מי שהוגדר כ"מסתנן" והוצא נגדו צו גירוש. נגד התיקון לחוק הוגשה עתירה לבג"ץ, שנדונה בפני הרכב מורחב (ראו בג"ץ 7146/12 לעיל).

9. התכלית המרכזית אותה מבקש להגשים התיקון לחוק הינה, על פי דברי ההסבר להצעת החוק, תכלית הרתעתית. המטרה היא למנוע מזרים המעוניינים להסתגל לישראל את התמריץ להיכנס למדינה שלא כדין. כאמור בדברי ההסבר:

"בשנים האחרונות ניצבת מדינת ישראל בפני עלייה ניכרת בהיקף ההסתננות דרך הגבול עם מצרים, שלא דרך תחנות גבול. [...] כיום, מושמים המסתננים במשמורת, אך הם משוחררים ממנה לאחר פרק זמן קצר יחסית. [...] **מצב דברים זה יוצר, הלכה למעשה, תמריץ להמשך גל ההסתננות והתגברותו.** [...] **הצעת החוק נועדה, בעיקרה, לאפשר החזקה של מסתננים במשמורת למשך תקופה ארוכה באופן משמעותי מזו הקבועה בחוק הכניסה לישראל [...]**"

[ההדגשה הוספה, א.ע.ו-ר.]

ובהמשך, בדברי ההסבר לסעיפים מספר 30א-30ח :

**"הציפייה היא, כי משך החזקה במשמורת יביא לבלימת תופעת ההסתננות,
או למצער יצמצם את ממדיה."**

הצעת חוק למניעת הסתננות (עבירות ושיפוט) (תיקון מס' 3 והוראת שעה), התשע"א-2011 מצ"ב ומסומנת **נספח א'**.

10. רובם של הנכלאים מכוח החוק הם אזרחים זרים אפריקאים, אזרחי סודן ואריתריאה, שנכנסו לארץ דרך גבול מצרים אחרי תחילת הפעלתו של התיקון (יוני 2012), ומיד לאחר כניסתם לישראל הועברו למשמורת במתקני הכליאה "סהרונים", "קציעות" ו"גבעון". לגביהם, החוק מופעל באופן מלא, בלי קשר לשאלה האם ביצעו עבירות או לאו. קבוצה זו – אשר היא הקבוצה המרכזית הנדונה בעתירה כנגד החוק – אינה רלוונטית לעמדת הסניגוריה הציבורית המוצגת בהליך הנוכחי.

11. כלפי מי שנכנסו לישראל לפני יוני 2012, ככלל אין מפעילים את סמכות המשמורת שבחוק, ומשרד הפנים אף מחדש מעת לעת את רישיונות הישיבה שניתנו להם. אנשים אלו שוהים בישראל בדרך כלל על בסיס רישיונות ישיבה זמניים לפי סעיף 2(א)5 לחוק הכניסה לישראל, התשי"ב-1952 (על הערפול שבהיקף הזכויות המוענקות מכוח רישיון ישיבה זה ראו עע"ם 8908/11 **אספו נ' משרד הפנים** (ניתן ביום 17.7.2012)).

12. ואולם, החוק מוחל גם על מי שנכנסו לארץ לפני יוני 2012, אם יש ראיות מינהליות להיותם מעורבים בביצוע עבירות פליליות. באשר לאנשים אלו, הסמכות בחוק מופעלת בהתאם לנוהל שפרסמה רשות ההגירה – **נוהל מספר 10.1.0010**, "נוהל הטיפול במסתננים המעורבים בהליך פלילי" - והוא העומד במרכזו של ההליך שבכאן.

13. גרסתו הראשונה של הנוהל פורסמה ביום 24.9.12. על פי גרסא זו, הנוהל קובע שלוש חלופות בהן תופעל כנגד מסתנן הסמכות שבחוק, כך שיוצא נגדו צו גירוש לצורך החזקה במשמורת:

א. המסתנן נעצר במעצר פלילי, ויש כוונה לסגור את תיקו הפלילי כי אין די ראיות או מחוסר עניין לציבור, ככל שעניינו יועבר למסלול המנהלי - במקרה כזה, המשטרה מעבירה למטה מנהל אכיפה וזרים את חומר החקירה בתיק, בתוספת חוות דעת של משפטן לפיה מתקיימים התבחינים הבאים שאושרו על ידי המשנה ליועמ"ש (פלילי):

(1) מדובר בעבירת עוון ואין עניין לציבור להעמיד לדין, או שזו עבירת פשע או עוון ואין די ראיות להעמדה לדין;

(2) העבירה שבה נחשד המסתנן היא עבירה המסכנת את ביטחון המדינה או את שלום הציבור;

(3) הראיות המינהליות שקיימות בידי המדינה לביצוע העבירה הן "ברורות, חד-משמעיות ומשכנעות הקרובות לרמת הראיות הנדרשת בהליך הפלילי" (ככל שהתיק נסגר מחוסר ראיות) או שיש בתיק די ראיות להעמדה לדין פלילי אך אין עניין ציבורי בהעמדה לדין.

אז, המסתגן מועבר בתוך תקופת המעצר הפלילי למרחב האכיפה הרלוונטי של רשות ההגירה, עורכים לו שימוע ולאחריו מוצא נגדו צו גירוש לצורך העברה למשמורת (ראו סעיף א' לנוהל בגרסתו הראשונה).

ב. מסתגן שתיקו הפלילי נסגר בעבר והוא כבר משוחרר - במקרה כזה, המשטרה מעבירה למטה מינהל אכיפה וזרים את חומר החקירה וחוות דעת של משפטן לפיה מתקיימים התבחינים שפורטו לעיל באשר למסוכנות הנשקפת מן המסתגן ורמת הראיות הקיימת בעניינו. כן נדרשת חוות הדעת להראות כי המסתגן הינו "רצידיביסט", או שמדובר בעבירת עוון מרשימה סגורה של עבירות והתיק נסגר מחוסר עניין לציבור, או שמדובר בעוון או פשע שנסגר מחוסר ראיות. לאחר מכן, מכניסים הערה בתיקו של המסתגן במערכת הממוחשבת, וכשהוא מגיע ללשכת רשות ההגירה לצורך חידוש רישיון הישיבה שלו, עורכים לו שימוע, שלאחריו מוציאים לו צו גירוש לצורך החזקה במשמורת (סעיף ב' לנוהל בגרסתו הראשונה).

ג. מסתגן שהורשע בעבר, סיים לרצות את עונשו והוא משוחרר - במקרה כזה, המשטרה צריכה להעביר לרשות ההגירה את פסק הדין וחוות-דעת של משפטן לפיה העבירה מסכנת את ביטחון המדינה או את שלום הציבור. גם במקרה זה, מכניסים הערה בתיקו של המסתגן במערכת הממוחשבת, וכשהוא מגיע ללשכת רשות ההגירה לצורך חידוש רישיון הישיבה שלו עורכים לו שימוע, שלאחריו מוציאים לו צו גירוש לצורך החזקה במשמורת (סעיף ג' לנוהל בגרסתו הראשונה).

הגרסה הראשונה של הנוהל, מתאריך 24.9.2012, מצ"ב ומסומנת **נספח ב'**.

14. ביום 4.4.2013 פורסמה הגרסה השנייה של הנוהל. התיקונים שהוכנסו בגרסה זו הם מינוריים, ומרחיבים את מעגל המוסמכים להחליט בעניין העברת המסתגן למשמורת (ראו סעיפים א.2, ב.2, ג.2, ג.3 ו-ג.3 לנוהל).

הגרסה השנייה של הנוהל, מתאריך 4.4.2013, מצ"ב ומסומנת **נספח ג'**.

15. ביום 1.7.13 פורסמה הגרסה השלישית של הנוהל. גרסה זו מורידה באופן מהותי את הרף הנדרש לצורך הפעלת הנוהל, ומאפשרת לכלוא מכוח החוק המסמיך גם מי שחשודים במעורבות בעבירות מינוריות ושוליות.

הגרסה השלישית של הנוהל, מתאריך 1.7.13, מצ"ב ומסומנת **נספח ד'**.

מכתבו של היועץ המשפטי לממשלה מיום 3.7.13, המלווה את פרסום הנוהל המעודכן, מצ"ב ומסומן **נספח ה'**.

16. ראשית, בגרסה זו הושמטה הדרישה לפיה על המשטרה להראות כי העבירה שבה נחשד המסתגן היא עבירה המסכנת את בטחון המדינה או את שלום הציבור. במקומה, הוצב רף נמוך של "פגיעה ממשית בסדר הציבורי". חולשתו של מבחן זה של "פגיעה ממשית בסדר הציבורי" עולה מההגדרה המובאת בסעיף 5 לנוהל, הכוללת בתיבה זו גם מקרים קלים ביותר, ולמעשה קשה להעלות על הדעת עבירות שלא יכללו כעת במסגרת הנוהל. ההגדרה המובאת בנוהל היא:

”עבירה שיש בה פגיעה ממשית בסדר הציבורי – לרבות, עבירות רכוש במדרג הנמוך (דוגמת גניבת מכשירי טלפון ניידים וגניבת אופניים), עבירות זיוף (לרבות ובפרט זיוף אשרות ורישיונות) וכן עבירות אלימות (איומים במדרג הנמוך ועבירות תקיפה סתם)”.

17. תיקון זה של הנוהל הוא תוצאה ככל הנראה של מספר החלטות של בתי המשפט שהורו על שחרור מסתננים שנחשדו בעבירות קלות בלבד. כך למשל, בעמ”נ (מחוזי ב”ש) 68564-12-12 **אדם נ’ משרד הפנים**, נקבע כי גניבת מכשיר טלפון סלולרי אינה עבירה המסכנת את בטחון הציבור; בעמ”נ (מחוזי מרכז) 33551-11-12 **בישאה ג’מעה נ’ מדינת ישראל** קבע בית הדין כי עבירה של גניבת אופניים אינה עבירה המסכנת את שלום הציבור; ובעת”מ (מחוזי מרכז) 2599-10-12 **גברגרוס נ’ משרד הפנים** נקבע כי עבירת זיוף אינה מגיעה כדי סכנה לשלום הציבור. נראה, כי תגובתה של המדינה להחלטות שיפוטיות אלו הייתה שינוי של הנוהל על דרך של הרחבה משמעותית של רשת העבירות עליהן הוא חל.

18. שנית, הגרסה המעודכנת של הנוהל מותירה למשיב פתח רחב ליישום שרירותי של הנוהל, על ידי קביעת שיקולים רחבים ומושגי-שסתום פתוחים, המעניקים לגורם המוסמך שיקול דעת רחב באשר להפעלת סמכות הגירוש וההעברה למשמורת. שיקולים רחבים אלה מאפשרים למשיב לשנות את יישום הנוהל ללא מגבלות של ממש וליצוק לתוך הנוהל פרשנות משתנה התואמת את האינטרס של המדינה באותה עת. כך, למשל, כוללים השיקולים את ”היקף התופעה העבריינית בה מעורב המסתנן”, ”השלכת התנהגותו העבריינית של המסתנן על תחושת הביטחון של הציבור” וכן ”נסיבות נוספות אשר יש בהן כדי ללמד על קיומה של פגיעה ממשית בסדר הציבורי”. (ראו סעיף א.5. לנוהל)

19. שלישית, גרסה זו מורידה את רף הראיות הנדרש לצורך הפעלת הנוהל. במקום הרף לפיו המשפטן חייב להראות כי ”הראיות לביצוע העבירה על ידי המסתנן הן ראיות ברורות, חד-משמעיות ומשכנעות הקרובות לרמת הראיות הנדרשת בהליך הפלילי”, הגרסה המעודכנת של הנוהל מנמיכה את רמת הראיות הנדרשת במידה משמעותית וכן מאפשרת להסתמך על ראיות שאינן קבילות. כאמור בסעיף א.1.3.2. לנוהל המעודכן (וראו גם סעיף ב.1.4.2), על המשפטן לאשר כי:

”הראיות לביצוע העבירה על ידי המסתנן הן ראיות ברורות, חד-משמעיות ומשכנעות לרבות התייחסות למידע חקירתי ולמידע מודיעיני, ככל שקיים”.

20. על פי מכתבו של היועץ המשפטי לממשלה, מטרתו של תיקון הנוהל היא למנוע עבריינות מצד מסתננים; להרחיק מסתננים המעורבים בפלילים; למנוע פגיעה באיכות החיים של אזרחי ישראל; ולהגביר את תחושת הביטחון של הציבור הישראלי (נציין כבר עתה כי כל אלה הן מטרות מובהקות של הדין הפלילי, שבמסגרתו לא די כמובן בראיות מינהליות ולא ניתן לשלול חירות לתקופה ממושכת בשל עבירות קלות):

”לאחר תיקון החוק למניעת הסתננות (עבירות ושיפוט)(תיקון מס’ 3 והוראת שעה), תשי”ב-1952 ונוכח הגידול במספר העבירות המבוצעות ע”י מסתננים, החל מהלך ביוזמתו של ראש אח”מ, שביקש להחזיק במשמורת מסתננים המעורבים בפלילים, במטרה להרחיק באופן מיידי מסתננים המהווים איום על איכות חייהם של אזרחי ישראל ולאפשר מתן מענה במישור המנהלי

באותם המקרים בהם המשך המסלול הפלילי לא יוביל לתוצאה הרצויה. [...] התיאור העולה מפנייתכם שבסמך לפיו הפעלת הנוהל אינה מביאה את התוצאות המיוחלות, וגוררת העדר הרתעה של הגורמים העבריינים, זילות שלטון החוק ועידוד עבריינות, הובא לידיעת הגורמים הרלוונטיים במשרדי. [...] הגעתי לכלל מסקנה כי מטרתו המקורית של הנוהל שחותר להרחקתם של מסתננים המעורבים בפלילים ומניעת המשך פגיעה באיכות החיים של תושבי דרום תל אביב, הושגה באופן חלקי בלבד, ולפיכך נכון אכן לתקנו. [...] אני תקווה כי הנוהל המתוקן שומר על האיזון הראוי בין השיקולים הנוגעים לעניין וכן יהי בו כדי לסייע בהרחקתם של מסתננים המעורבים בפלילים במקרים המתאימים ובהגברת תחושת הביטחון של הציבור בישראל."

21. יודגש, כי הסניגוריה הציבורית סברה שגם גרסאותיו הקודמות של הנוהל עוררו בעיות חוקיות וחוקתיות קשות, ואף פנתה לבית המשפט בבקשה להצטרף כידיד בית-המשפט בעתירות שהוגשו נגד הנוהל (עת"מ (מחוזי ת"א) 38529-12-12). ואכן, רובן ככולן של הטענות שיפורטו להלן נכונות, בשינויים המחויבים, גם לגרסאות הקודמות של הנוהל. קל וחומר שטענות אלו נכונות באשר לנוהל בגרסתו המעודכנת.

ד. ייצוגה של הסניגוריה הציבורית את הכפופים לנוהל מסתננים המעורבים בהליך פלילי

22. הסניגוריה הציבורית פועלת מכוח חוק הסניגוריה הציבורית, התשנ"ו-1995, ומעניקה ייצוג משפטי לחשודים ונאשמים בכ-100,000 הליכים מדי שנה.

23. במסגרת עילות המינוי הקבועות בחוק, הסניגוריה הציבורית מייצגת בשגרה מסתננים אזרחי אריתריאה, סודן ומדינות נוספות, אשר מעורבים בהליך הפלילי. זאת, במסגרת הליכי החקירה, המעצר, ניהול התיק הפלילי או בוועדת השחרורים.

24. מאז התיקון לחוק ביוני 2012 ועד היום, ייצגה הסניגוריה מאות לקוחות המוגדרים "מסתננים" בהתאם להגדרות החוק למניעת הסתננות. כנגד לקוחות אלו של הסניגוריה ניתן להפעיל את סמכות הגירוש וההחזקה במשמורת הקבועה בחוק, וכנגד רבים מהם הסמכות הופעלה הלכה למעשה. יצוין כי ככלל, הסניגוריה הציבורית אינה מייצגת את המסתננים מרגע שהופעל נגדם הנוהל והופסקו ההליכים הפליליים תוך העברתם למסלול המינהלי.

25. כמו כן, מכוח מינויים כמבקרים רשמיים בבתי סוהר ובתי מעצר, עורכים נציגי הסניגוריה הציבורית באופן שוטף ביקורים רשמיים במתקנים בהם מוחזקים המסתננים – מתקני הכליאה "סהרונים", "גבעון" ו"קציעות" של שירות בתי הסוהר. לאחרונה, התקיימו ביקורים רשמיים במתקן "סהרונים" בחודש מאי 2012, בבית סוהר "גבעון" בחודש פברואר 2012, ובבית סוהר "קציעות" בחודש מאי 2013.

26. ניסיונה של הסניגוריה, כפי שיפורט להלן, מלמד כי הפעלתו של הנוהל מובילה לתופעות שהסניגוריה אינה מכירה מייצוגן של אוכלוסיות אחרות. הסניגוריה נתקלה שוב ושוב במקרים בהם נכלאו מכוח הנוהל לתקופה ארוכה לקוחות שכנגדם היו ראיות חלשות או שנחשדו בעבירות מינוריות, וכן במקרים בהם הועברו לקוחות למשמורת במהירות, מבלי שנשמרו זכויותיהם

החוקיות. ייצוגה של הסניגוריה הציבורית את לקוחותיה המסתננים בשלב המעצר הפלילי למעשה מאבד מערכו בשל הנוהל: גם במקרים בהם מורה בית המשפט הפלילי על שחרור הלקוח, כך שהסניגור הצליח כביכול באופן מלא בתפקידו, הרי הוא עובר למסלול המנהלי ונכלא לשנים ארוכות.

ה. הנוהל פוגע בזכות החוקתית לשיוויון

ה.1. הנוהל כקובע מערכת לאכיפת החוק

27. בפתח עמדתנו נבקש להבהיר כי מן הראוי, לטעמה של הסניגוריה הציבורית, לסווג את הנוהל ולהבין את המטרות העומדות בבסיסו במסגרת הדינים לאכיפת החוק ולמניעת עבריינות - הדין הפלילי ודיני המעצרים המינהליים. תפיסה זו של הנוהל תסייע להסביר את יתר הנימוקים הפרטניים שמכוחם יש להורות על בטלותו, לגישת הסניגוריה.

28. ראשית, יש לציין כי על אף שהחוק למניעת הסתננות עוסק בגירוש ובמשמורת לצורך גירוש, הנוהל עניינו בכללים להפעלה של סמכות **כליאה** ממושכת, ולא של סמכות גירוש. בעניין זה יובהר, שלו ניתן היה לגרש מישראל את אותם מסתננים החשודים בעבירות פליליות, ומשמעות הפעלתו של הנוהל הייתה מימוש מיידי של סמכות **הגירוש**, הרי שהשאלות המשפטיות המתעוררות היו שונות בתכלית. ואולם, אין זה מצב הדברים: המדינה מסכימה שבשלב זה לא ניתן לגרש בפועל את המסתננים בחזרה לארצותיהם ויש להמשיך להחזיקם בישראל; המדינה אף מסכימה כי מצב דברים זה עשוי להימשך זמן ארוך מאוד, כפי שבא לידי ביטוי בתיקון לחוק למניעת הסתננות המאפשר החזקה במשמורת למשך למעלה משלוש שנים; המסתננים אינם צפויים, אם כן, לגירוש מהיר למדינת הולדתם, אלא להחזקה במשמורת לתקופה ארוכה, אשר טמונה בה פגיעה חמורה בהרבה מזו הטמונה באופן רגיל באפשרות הגירוש – פגיעה קשה בזכות לחירות. חיזוק לכך אף ניתן למצוא באופן שבו מגדיר הנוהל את הסמכות – הוצאת "צו גירוש לשם העברה למשמורת" – אשר מבהיר כי למעשה אין מדובר בצו לצורך גירוש, אלא לצורך העברה למתקן כליאה (ראו, למשל, סעיף א.2. לנוהל המעודכן). גם אם ניתן היה לקבל את חוקתיות הנוהל לו היה כלי לצורך הפעלת סמכות מנהלית רגילה של גירוש (ואיננו נוקטים עמדה בעניין זה), אין הוא עומד בדרישות החוקתיות לצורך הפעלת סמכות מנהלית חריגה ביותר של **כליאה ממושכת**.

29. יתרה מכך, ניתן לראות שסמכות הכליאה שבה דן הנוהל מופעלת על בסיס שיקולים הדומים במהותם לשיקולים הסטנדרטיים ששוקלת מערכת אכיפת החוק בישראל, היינו, קיומו של חשד לפלילים, קיומן של ראיות לכאורה, פגיעה פוטנציאלית בסדר הציבורי וכו'. **המדובר, אם כן, בהיגיון שהוא פלילי במהותו (כשהוא צופה פני עבר), או היגיון של מעצר מינהלי (כשהוא צופה פני עתיד), ולא בהיגיון של גירוש**. עובדה זו בולטת ביתר שאת בנוהל המעודכן ובמכתבו הנלווה של היועץ המשפטי לממשלה, אשר זונחים למעשה כל יומרה להיותו של הנוהל אך אמצעי למימוש הסמכות שהוקנתה בחוק למניעת הסתננות או להגשמת תכליותיה. **הנוהל – זאת יש לומר בברור – מהווה בראש ובראשונה אמצעי לאכיפת החוק הפלילי ולהקלה על עבודתן של רשויות החוק בפעילותן השגרתית שנועדה למגר עבריינות, שאינה מיוחדת לסוגיית המסתננים**. במצב דברים זה, הרי שסמכות זו הופכת, הלכה למעשה, למעין **מערכת אכיפת חוק נפרדת ומתחרה**. את הנוהל יש להבין, אם כן, לא כהפעלת סמכות גירוש רחבה, אלא כהפעלת מערכת אלטרנטיבית לדין

הפלילי ולדיני המעצרים המינהליים. המדובר, למעשה, במערכת אכיפת חוק נפרדת שנוצרה עבור מסתננים יוצאי מדינות אפריקה, אשר חלות בה נורמות שונות מאלה החלות במערכת האכיפה הרגילה (רף ראייתי שונה, ביקורת שיפוטית צרה ביותר וכו') – זאת, חרף העובדה שהמטריה הפלילית שעמה מתמודדות שתי המערכות היא זהה במהותה. ככזה, תכליתו העיקרית היא לאפשר לרשויות החוק לעקוף את המסלול הפלילי הרגיל – על כל הזכויות והערבויות שהוא מקנה לחשודים ונאשמים – ולהחליפו בהליך בזק מנהלי, ללא משפט ותוך איון בפועל של הביקורת השיפוטית על הסנקציות המופעלות מכוחו. זוהי, מכל מקום, התוצאה הישירה של האופן שבו מיושם הנוהל.

30. ודוק:

- בשונה מהחוק, הנוהל אינו מתייחס לכלל אוכלוסיית המסתננים אלא אך לאלו שנפתח נגדם תיק פלילי או שהורשעו. מכאן, שהוא מכוון רק למי שאשם בפלילים או שנחשד בפלילים ואשמתו לא התבררה. מכאן גם המסקנה המתבקשת כי הנוהל נועד למעשה לאכוף את הדין הפלילי הכללי ולא את החוק למניעת הסתננות.

- הקריטריונים להפעלת הנוהל מבחינים – גם אם באופן חלקי – בין מי שתיקו הפלילי נסגר מחוסר אשמה לבין מי שתיקו נסגר בשל עילות אחרות, בין מי שהורשע או זוכה, ובין עבירות מדרגות חומרה שונות. הנוהל אף בוחן את תוכן הראיות עצמן, ודורש רף ראייתי מסוים. סוג זה של קריטריונים מתאים במהותו לקביעות סטנדרטיות מתחום המשפט הפלילי, כגון קיומה של עילת מעצר בהתאם לחוק המעצרים, קיומה של אשמה פלילית, חומרת העונש הראוי לעבריין וכדומה – ולא לקביעה בדבר שלילת ההגנה הקבוצתית ממסתננים בהתאם לחוק למניעת הסתננות. מכאן עולה, שתכלית הנוהל, בניגוד לחוק המסמך, איננה לטפל בתופעה הכללית של הסתננות, אלא בתופעה של עבריינות על ידי מסתננים.

- הכפופים לחוק ולנוהל מוחזקים במתקני כליאה של שבי"ס – ובעיקר "סהרונים", "גבעון" ו"קציעות". במתקן "קציעות" מוחזקים, לצד מסתננים, גם אסירים בטחוניים, עצורים עד תום ההליכים ועצורים מנהליים. ב"גבעון" מוחזקים לצד המסתננים גם אסירים פליליים השפוטים למאסרים קצרים או אסירים שנותרו להם עד חמש שנים למאסרם.

- מכתבו של היועץ המשפטי לממשלה שהובא לעיל אף מבהיר במפורש כי הנוהל נועד לתכלית של אכיפה פלילית, היא "להרחיק באופן מיידי מסתננים המהווים איום על איכות חייהם של אזרחי ישראל ולאפשר מתן מענה במישור המנהלי באותם המקרים בהם המשך המסלול הפלילי לא יוביל לתוצאה הרצויה". מכאן, שאף לגישת המדינה עצמה תכלית הנוהל היא להחליף את ההליך הפלילי, בשונה מתכליתו של החוק המסמך או של התיקון שנערך בו.

31. התוצאה היא, אם כן, שבשם ההבחנה הלכאורית בין "גירוש מנהלי" ל"דין פלילי", נוצרות למעשה שתי מערכות נפרדות של התמודדות עם עבריינות – אחת למסתננים-זרים, והשנייה לתושבי ישראל. העובדה שהמערכת שנוצרה לטיפול בעבריינות של מסתננים איננה מוגדרת, באופן רשמי, כמערכת אכיפת החוק הפלילי אלא כהסדר מנהלי של העברה למשמורת לשם גירוש, איננה משנה מציאות זו. נזכיר, כי כאשר בוחנים סמכות, או הסדר משפטי, יש לבחון את תוכנם מבחינה סובסטנטיבית ולא להסתפק בבחינה של הגדרתם הפורמלית. ההגנות הפרוצדורליות והמהותיות

צריכות להיגזר מחומרת הפגיעה בזכויותיהם של פרטים ומאופייה של הסנקציה, ולא מהבחנות משפטיות-מושגיות בין סמכויות פליליות ומנהליות (ראו: Carol S. Steiker, *The Limits of the Preventive State*, 88(3) *J. of Crim. L. and Crim.* 771 (1998), Issachar Rosen-Zvi & Talia Fisher, *Overcoming Procedural Boundaries*, 94 *Va. L. Rev.* 79 (2008)). מכאן, שאם בפועל מופעלת הסמכות בהתאם לקריטריונים דומים ולהיגיון דומה לאלו המנחים את פעילות רשויות אכיפת החוק, ואם תוצאות הפעלת הסמכות דומות באופיין לתוצאותיה של הפעלת סמכות האכיפה – הרי שמבחינה מהותית יש לומר כי מדובר במערכת פלילית ולא מנהלית. לכל הפחות, יש לומר כי מדובר ביצור כלאיים, שההיגיון הפלילי וההיגיון המנהלי משמשים בו בערבוביה.

ה.2.. הנוהל יוצר דין שונה למסתננים ולמי שאינם מסתננים המעורבים בפלילים

32. מערכת אכיפת החוק האלטרנטיבית שהתפתחה בישראל עבור מסתננים יוצאי מדינות אפריקה איננה פסולה רק מעצם היותה מערכת נפרדת, היוצרת מעין "סרגציה משפטית" בין מסתננים-זרים לשאר האוכלוסייה. המדובר בהסדר בלתי חוקי בעיקר משום שהוא יוצר דין מהותי שונה למסתננים ולמי שאינם מסתננים.

33. תכליתו המרכזית של הנוהל היא, כאמור, הגנה על הציבור מפני עבריינות של מסתננים ושמירה על הסדר ותחושת הביטחון הציבורי כתוצאה מכך. זוהי כמובן תכלית ראויה בפני עצמה (הגם שכפי שיפורט להלן איננה תואמת את תכלית החוק המסמיך). עם זאת, ברי כי אין לעניין זה כל הבדל רלוונטי בין מסתננים לבין קבוצות אחרות באוכלוסייה, שגם הן עלולות לבצע עבירות פליליות ולסכן את שלום הציבור והסדר הציבורי ותחושת הביטחון. עבריינות של מסתננים איננה מסוכנת יותר מעבריינות אחרת ואין צורך גדול יותר להגן על הציבור מפניה. ישנם אף נתונים המראים כי שיעור הפשיעה בקרב אוכלוסיית מבקשי המקלט הינו נמוך משיעור הפשיעה באוכלוסייה הכללית (ראו "פשיעה של מסתננים ומבקשי מקלט וכנגד מסתננים ומבקשי מקלט", הכנסת - מרכז המחקר והמידע, 25.5.2011, נמצא בקישור: <http://www.knesset.gov.il/mmm/data/pdf/m02844.pdf>). אף אין הצדקה להפעיל הרתעה דרקונית יותר כלפי מסתננים מפני עיסוק בפלילים מאשר כלפי אוכלוסיות אחרות. ודאי שלא יכולה להיות הצדקה לקבוע רף ענישה חמור יותר לגבי מסתננים מאשר זה שחל על אוכלוסיות אחרות, כפי שהבהיר רק לאחרונה בית המשפט הנכבד:

"ברי לכל כי בחברה מתוקנת לא ניתן להשלים עם קיומו של סטנדרט ענישה כפול שכן זה אינו עולה בקנה אחד עם עקרון השוויון – ממנו נגזרים עקרונות משנה אחרים בתורת הענישה כגון עקרון אחידות הענישה והאיסור בדבר אכיפה בררנית – המהווה נדבך מרכזי במאפייניה החוקתיים של שיטת המשפט הישראלית. יתר על כן, גזירת עונש בהתאם למוצאו של אדם, מינו, עדתו או דתו כמוה כשקילת שיקולים זרים. לא זאת אף זאת, מדיניות ענישה המביאה בחשבון את מוצאו האתני של אדם או השתייכותו החברתית עלולה לגרור השלכות חברתיות קשות כגון תיוג שלילי והכתמה של הקבוצה הרלוונטית" (ע"פ 5535/12 **כאברי נ' מדינת ישראל**, בפסקה 17 (טרם פורסם, 1.5.13)).

34. חרף עקרונות ידועים אלו, המשמעות המעשית של הפעלת הסמכות המנהלית באמצעות הנוהל היא יצירת דין עונשי שונה ומחמיר עבור נאשמים, נידונים וחשודים שהם מסתננים לעומת אלו שאינם מסתננים. ודוק:

35. **חשודים:** כאשר מדובר בחשוד בפלילים שאינו מסתנן ושהוחלט לסגור את תיקו בשל חוסר ראיות/חוסר עניין לציבור, מהווה ההחלטה בדרך כלל סוף פסוק מבחינת יכולתה של המדינה להטיל עליו סנקציות. המדינה איננה רשאית לאחוז את המקל בשתי קצותיו: הן להימנע מהעמדת החשוד לדין ועל ידי כך לפטור את עצמה מהצורך בהוכחת האשמה מעבר לספק סביר במשפט פלילי, והן לשלול את זכותו לחירות באמצעות החזקתו במאסר או מעצר. חובת המדינה להימנע מהגבלה משמעותית של זכויות הפרט, כל עוד לא הוכח ברמת ההוכחה הנדרשת כי מעשה שעשה מהווה עבירה על החוק, נגזרת מהעקרונות הבסיסיים ביותר הקיימים במשפט הפלילי, שבראשם עקרון החוקיות, חזקת החפות והחשש מענישת שווא.

36. כאשר מדובר בחשוד בפלילים שהוא מסתנן, לעומת זאת, נמוגים עקרונות היסוד הללו כלא היו. מסתננים שתיקם נסגר מחוסר עניין לציבור ואפילו מחוסר ראיות (עילת סגירה שהפער בינה לבין עילת העדר האשמה איננו גדול במקרים רבים), חשופים לפי הנוהל ככלל לכליאה לתקופה מינימאלית של שלוש שנים. כליאה זו דומה במהותה לעונש מאסר רגיל מבחינת הפגיעה בזכות לחירות הכרוכה בה, ופעמים רבות היא אף חמורה ממנה בהרבה מבחינת אורך הכליאה. חרף זאת, הנוהל מאפשר להשית אותה על מסתננים ללא משפט ואף ללא ביקורת שיפוטית ממשית, מבלי שהוכחה אשמתם ובמקרים רבים מבלי שיש אפילו ראיות לכאורה המספיקות לשם העמדתם לדין. למסתנן לא ניתנת כל ברירה בעניין זה ואין הוא יכול לעמוד על כך שיתקיים בעניינו הליך פלילי במטרה להימנע מכניסה למשמורת.

37. זאת ועוד, הנוהל מאפשר להעביר למשמורת למשך שלוש שנים לפחות גם מסתננים הנחשדים בעבירות מסוג עוון, שעונש המאסר המרבץ בגינן הוא, כידוע, שלוש שנות מאסר. משמעות הדבר שעל מסתנן **החשוד** בעבירה מסוג עוון תוטל כמעט תמיד תקופת כליאה ארוכה מזו שתוטל על אדם אחר **שהורשע** בעבירה מסוג עוון, גם אם מדובר בעבירה חמורה יותר!

38. **נאשמים:** כידוע, עקרון יסוד בהליך הפלילי הוא מניעת הרשעתם וענישתם של חפים מפשע, וכן הגנה על הנאשם מפני הרשעה בעבירה חמורה יותר מזו שביצע. לכן, על מנת לקבוע את אשמתו הפלילית של נאשם יש צורך בהוכחת האשמה מעבר לספק סביר על פי דיני הראיות ובאמצעות הליך הוגן. הליך זה נערך על ידי בית משפט עצמאי ולא על ידי הרשות המבצעת, ועשוי להסתיים בזיכוי ושחרורו של הנאשם בין היתר בשל פגמים שנפלו בחקירתו או ניצול אחר לרעה של כוחה של מערכת אכיפת החוק. כמו כן, במקרים בהם ההליך יכול להוביל לעונש מאסר, קובע הדין כי הנאשם חייב להיות מיוצג (על ידי סניגור פרטי או על ידי סניגור ציבורי במימון המדינה).

39. אולם, כאשר מדובר במסתננים, ניתן לשלול מהם את סטטוס ה"נאשם" ולוותר על קיומו של הליך פלילי לשם הוכחת אשמתם מעבר לספק סביר, על כל ההגנות שהליך זה מקנה לנאשמים אחרים. ההליך שבנוהל איננו הליך אדברסרי; הוא איננו מקנה זכאות לייצוג; למסתנן אין במסגרתו זכות לעיין בחומר החקירה בעניינו; הוא אינו יכול להתעמת עם מי שמאשים אותו בביצוע עבירה, להביא ראיות מטעמו או לחקור עדים בחקירה נגדית ועוד. בנוסף, רמת הראיות למעורבותו של אדם בפלילים המאפשרת להעבירו למשמורת מכוח הנוהל, איננה סבירה, וזאת בלשון המעטה.

המדובר ברף ראייתי נמוך בהרבה מרף ההוכחה בפלילים, שלא ניתן לומר כי הוא מצדיק העברתו של אדם למשמורת למשך שנים ארוכות. אף לא נדרש כי הראיות שעליהן מבוססת קביעת האשמה תהיינה קבילות בהליכים פליליים, דבר שמגביר מאוד את הסכנה לכליאה ממושכת של מי שכלל לא ביצע עבירה.

40. **נידונים:** כאשר מדובר בנידון שאינו מסתכן, אשר הורשע וסיים לרצות את עונשו, ככלל אין להטיל עליו הגבלות נוספות מעבר לעונש שנגזר עליו. יכולתה של המדינה להוסיף ולהצר את זכויותיו לאחר ריצוי העונש, מוגבלת למקרים חריגים בלבד שכלל (למעט לפי דיני המעצרים המינהליים) אינם מאפשרים את המשך כליאתו של הנאשם אלא רק את המשך הפיקוח עליו (למשל, ראו **חוק הגנה על הציבור מפני ביצוע עבירות מין**, התשס"ו-2006. ויודגש, כי בניגוד למקרה כאן, ההסדר בחוק ההגנה על הציבור נקבע במפורש בחוק של הכנסת, ולא בנוהל של הרשות המבצעת). ודאי שאיש לא יעלה על דעתו לקבוע כי אדם שהורשע בפלילים וריצה את עונשו, יוסיף להיענש על ידי המדינה, לא כל שכן ללא אישורו של בית המשפט, גם לאחר ששילם את חובו לחברה. קביעה כזו תהיה מנוגדת לעקרון האוסר כפל ענישה בגין אותו מעשה, לעקרון הפרופורציונאליות בענישה וכן לעקרון השיקום, שמכוחו יכול עבריין לפתוח "דף חדש" בחייו, לשוב ולהשתלב בחברה, ואף להביא בשלב מסוים למחיקת הרשעתו (ראו, למשל, ש.ז. פלר "הרהביליטציה: מוסד משפטי מיוחד מחוייב המציאות" **משפטים** א(2) 497 (התשכ"ט)).

41. ואולם, זוהי בדיוק משמעותו של הנוהל עבור מסתננים, שהורשעו וסיימו לרצות את עונשם. אותם אנשים יועברו, לאחר ריצוי העונש, אל מתקן כליאה, לעיתים לתקופת מאסר ארוכה יותר מזו שנגזרה עליהם במקור על ידי בית המשפט שהרשיע אותם. הגם שבאופן רשמי אין מדובר בכפל ענישה, הרי שהפגיעה בזכותו של המסתנן לחירות נמשכת בפועל גם לאחר שריצה את עונשו, ולכן זהו כפל ענישה דה-פקטו. משמעות הדבר כי על מסתננים יוטלו באופן אוטומטי תקופות כליאה ארוכות יותר מאשר על מי שאינם מסתננים וביצעו עבירות זהות. למעשה, נראה שבמקרים רבים יגרום הנוהל לכך שמסתננים שביצעו עבירות קלות יחסית ייכלאו לזמן ממושך יותר ממי שאינם מסתננים וביצעו עבירות חמורות. במצב דברים זה נשבר גם מדרג הענישה הפלילית, עבירות קלות מטופלות בדומה ואף ביתר חומרה מעבירות קשות וענישתם של מסתננים הופכת לבלתי פרופורציונאלית לעבירה שביצעו.

42. הנוהל מוביל, אם כן, להפלייתם לרעה של מסתננים בכל שלבי ההליך הפלילי: כחשודים, אין הם נהנים מהמשמעויות הרגילות של סגירת התיק מחוסר ראיות או חוסר עניין לציבור; כנאשמים, אין הם זכאים שאשמתם תוכח מעבר לספק סביר ובהליך הוגן בפני בית משפט; כנידונים, אין הם זוכים ליהנות מעקרונות האיסור על כפל ענישה והפרופורציונאליות בענישה והם נידונים – גם אם לא באופן רשמי – לתקופות מאסר ארוכות משמעותית מאלה המוטלות על נאשמים אחרים המורשעים בעבירות זהות.

43. **חשוב לשים לב, כי הנוהל שולל ממי שכפופים לו את ההגנות הרגילות הקיימות בפלילים אך ורק בשל היותם מסתננים יוצאי מדינות אפריקה.** במובן זה, הנוהל הוא קיצוני יותר אף מסמכויות מנהליות דומות, שבראשן מעצרים מנהליים. שהרי, ההחלטה האם לממש סמכויות מסוג זה נובעת אך ורק מאופי וחומרת המסוכנות האינדיבידואלית הצפויה ממי שהסמכות מופעלת כלפיו, ולא מהשתייכותו הקבוצתית.

44. כלומר, הנוהל מפלה מסתננים לרעה לעומת שאר האוכלוסייה לא רק בהקשר של הדין הפלילי, אלא גם בהקשר של דיני המעצרים המינהליים. כידוע, מעצר מנהלי הוא אמצעי דרסטי שהוגבל בפסיקה למצבים קיצוניים ביותר (ראו, למשל: עמ"ס 4794/05 **אופן נ' שר הביטחון** (פורסם בנבו, 12.6.05)), והוא כמעט לא הופעל עד היום בתוך גבולות ישראל נגד מי שאינם טרוריסטים. מבחינה פרוצדורלית, אדם העצור במעצר מנהלי מובא בפני נשיא בית משפט מחוזי לאישור ולהארכה תקופתית של מעצרו; לשם חריגה מדיני הראיות בעניינו יש צורך בהנמקה מיוחדת; מעצרו מוגבל לכתחילה לשישה חודשים וכיוצא בזה (ראו חוק סמכויות שעת-חירום (מעצרים), תשל"ט-1979). אף אחת מהגנות פרוצדוראליות אלו או דומות להן אינן מופעלות בצד הפעלת הנוהל, אשר הסמכות שבצדו קשה וחמורה יותר מבחינת משך זמן המשמורת.

45. כאמור, סבורה הסנגוריה הציבורית כי יש פסול בעצם קיומה של מערכת אכיפה נפרדת למסתננים יוצאי אפריקה. עצם ההפרדה, ספק אם היא יכולה לעלות בקנה אחד עם עקרון השוויון, שהרי "מדיניות של "נפרד אבל שווה" ("separate but equal") הינה מעצם טבעה בלתי שווה ("inherently unequal")" (Brown v. Board of Education, 347 U.S. 483 (1954)); בג"ץ 8060/95 **עאדל קעדאן נ' מינהל מקרקעי ישראל**, פ"ד נד(1) 258 (2000). ואולם, במקרה זה אף אין המדובר ב"נפרד אך שווה", אלא במערכת שונה לחלוטין, שאינה קובעת סייגים ראויים לשלילת חירותו של האדם. מכאן, שאין מנוס מהמסקנה כי הנוהל פוגע בזכות לשוויון. קשה לראות כיצד עשויה מציאות זו לעלות בקנה אחד עם קביעתו החשובה של בית המשפט הנכבד בע"פ 5535/12 (לעיל) כי "ברי לכל כי בחברה מתוקנת לא ניתן להשלים עם קיומו של סטנדרט ענישה כפול שכן זה אינו עולה בקנה אחד עם עקרון השוויון". ונזכיר, כי כאן לא מדובר רק בסטנדרט ענישה כפול, אלא בסטנדרט כפול החולש על ההליך הפלילי כולו.

46. הזכות לשוויון זכתה, כידוע, למעמד חוקתי על-חוקי בפסיקת בית המשפט העליון ונקבע כי "עקרון השוויון, אשר אינו אלא הצד השני של מטבע ההפליה, הוכר במשפט הארץ זה כבר כאחת ממידות הצדק וההגינות שעל פיהן כל רשות ציבורית מצווה לנהוג" (בג"צ 453/94 **שדולת הנשים בישראל נ' ממשלת ישראל**, מח (5) 501, 521 (1994)). עוד נקבע, כי הגם שהזכות לשוויון איננה מעוגנת באופן פורמאלי בחוק היסוד, הרי שישנם מקרים שבהם הפליה עולה כדי השפלה ופגיעה בזכות לכבוד, אשר אין ספק כי תכלית חוק היסוד היא להגן על האדם מפניהן. במקרים אלו, מהווה הפגיעה בזכות לשוויון פגיעה בזכות חוקתית בהתאם לחוק היסוד, ועליה להיעשות בכפוף לתנאי פסקת ההגבלה. (בג"צ 4541/94 **מילר נ' שר הביטחון**, פ"ד מט(4) 94 (1995); ראו גם בג"ץ 6427/02 **התנועה לאיכות השלטון בישראל נ' הכנסת**, פ"ד סא (1) 619, 687-689 (2007)).

47. לעניין זה הובהר, כי הפלייתו של אדם לרעה מחמת **השתייכותו הקבוצתית** פוגעת בזכות לכבוד, במקרים שבהם אין היא מבוססת על שונות רלוונטית. את הרלוונטיות של השונות יש לבחון, בכל מקרה נתון, בשים לב למטרה הפרטיקולרית שלשם השגתה מיושמת ההבחנה, תוך שנדרשת זיקה ישירה וקונקרטית בין המטרה שאותה מבקשים להשיג לבין התכונות המיוחדות המצויות באחד ואינן מצויות בזולתו (בג"צ 4541/94 לעיל, בעמ' 109 – 110, 131 – 133).

48. ניתן לראות, כי במקרה דנן עולה הפלייתה של קבוצת המסתננים לכדי הפליה קבוצתית פסולה, הפוגעת בכבוד האדם. כפי שנטען לעיל, אין כל הצדקה להבחין בין מסתננים לבין מי שאינם מסתננים, לצורך המטרה של אכיפת החוק ושמירה על הביטחון והסדר הציבורי, שהיא מטרת

הנוהל. מקבוצת המסתננים לא נשקפת סכנה יוצאת דופן לביטחון הציבור ואין בעניינה שוני רלוונטי המצדיק כי יוחל עליה דין פלילי שונה ומחמיר יותר, שאינו כולל את ההגנות הפרוצדוראליות המוקנות לכל נאשם או חשוד בפלילים. שלילת ההגנות הללו ממסתננים, שלילת חירותם לתקופה ממושכת מבלי שניתנה להם הזדמנות ממשית להתגונן וטיפול בהם במישור הפלילי בנפרד מיתר אזרחי ותושבי ישראל – כל זאת על רקע השתייכותם הקבוצתית ותו לא – היא ודאי הפליה שעולה כדי פגיעה בכבוד האדם ואסורה לפי חוק היסוד.

1. הנוהל אינו סביר מכיוון שהוא מעוות את תמריצי המערכת הפלילית ופותח פתח לניצולה לרעה

49. מן האמור לעיל מתבהרת התמונה הבאה, לפיה במדינת ישראל קיימות היום שתי מערכות חלופיות לאכיפת הדין הפלילי ולמניעת עבריינות. מערכת אחת היא **המערכת של הדין הפלילי**, הקובע גבולות ברורים לחקירה, למעצר, לקביעת הדין ולענישה. לצידה, מצויה **מערכת האכיפה של הנוהל**, שהיא מערכת נפרדת, המוחלת כלפי מסתננים בלבד, והיא חפה מהגנות פרוצדורליות ומהותיות אשר נועדו להגן על הכפופים לה.

50. קיומה של מערכת אכיפה נפרדת ובלתי שוויונית למסתננים הוא פסול לא רק בשל הפגיעה בזכויותיהם האינדיבידואליות של המסתננים והחשש מענישת חפים מפשע, אלא גם בשל השפעותיו הרוחביות על ההליך הפלילי בישראל. בחלק זה נראה כי מציאות זו יוצרת מערכת תמריצים מעוותת עבור השחקנים השונים בהליך הפלילי ומקשה בטווח הארוך על הגשמת מטרות הדין הפלילי. זאת, מאחר שעצם קיומו של "המסלול המהיר" של הנוהל לצד ההליך הפלילי מכניס שיקולים זרים לפעולתם של שוטרים, תובעים, פרקליטים ואפילו נאשמים וסניגורים, באופן החותר תחת האינטרס הציבורי וההצדקות החברתיות העומדות בבסיס ההליך הפלילי.

51. **שלב החקירה**: בשלב החקירה, קיומו של הנוהל מקטין את התמריץ של רשויות האכיפה ושל המשטרה להשקיע בפעולות חקירה ולהגיע לבירור האמת. נוצר למעשה מצב שבו התכלית המנהלית – העברה למשמורת – היא המובילה את השימוש בכלים הפליליים של החקירה והמעצר, ולא התכלית של בירור האמת, שהיא ממטרותיו העיקריות של ההליך הפלילי (ראו בג"ץ 11339/05 **מדינת ישראל נ' בית המשפט המחוזי באר שבע**, פ"ד סא(3) 93). התכלית המנהלית מכניסה באופן אינהרנטי שיקולים זרים לתוך ההחלטות הפליליות – ההחלטה את מי לעצור, אילו ראיות לאסוף, ועד כמה לבחון בעין ביקורתית את הראיות. קיומו של הנוהל משדר לשוטרים בשטח, למשל, כי לו יעצרו "מסתננים", מצבם יהיה קל יותר מאשר לו יעצרו ישראלים, שכן באשר למסתננים פעולתם לא תיבחן על ידי בתי המשפט ולכן לא ידרשו לעמוד הלכה למעשה בכל המבחנים המחמירים הנוגעים למעצר. בנוסף, כל שנדרש מהם מבחינת איסוף הראיות הוא רק להגיע לרף מספק לסגירת התיק. משכך, אין כל סיבה מבחינתם להשקיע באיסוף ראיות יקרות, או בבחינה ביקורתית ומעמיקה של הראיות, אלא די שישתפקו בתלונות או במידע בלתי-מבוסס אחר.

52. ואכן, הניסיון שנצבר עד היום מלמד על כך שבעולם המעשה, יש יותר מאשר חשש לכך שבשל קיומו של הנוהל, לא מתבצעות פעולות חקירה בסיסיות, אשר יכולות היו להצביע על חפותם של מסתננים (ראו בעניין זה גם סעיפים 51-57 לבקשת רשות הערעור).

53. כך, למשל, במ"י 43854-09-12 מ"י נ' **אחמד חוסיין יחיא עומר**, החשוד נעצר בחשד להחזקת רכוש גנוב, לאחר שנמצאו עליו 7 מכשירי פלאפון ומחשב נייד. החשוד טען שהוא טכנאי, שכל המכשירים ניתנו לו לצורך תיקון, ושהוא יכול להפנות לבעלי המכשירים. נוכח הסבריו, בית משפט השלום בת"א הורה לשחרר אותו בתנאים. אולם אז הפעיל כנגדו המשיב את הנוהל, והתיק הפלילי נסגר מחוסר עניין לציבור, מבלי שהמשטרה טרחה לבדוק את הטענה שהעלה. (יצוין, כי לאחר שערעור מנהלי שהוגש לבית המשפט המחוזי בבאר שבע בעניין זה נדחה, הוגשה לאחרונה בקשה להארכת מועד להגשת בקשת רשות ערעור לבית משפט נכבד זה. ראו בש"ס 4810/13).

54. במקרה אחר, מ"י 14142-10-12 מ"י נ' **מחגוב איזריס**, החשוד נעצר בחשד לקבלת נכסים שהושגו בפשע, החזקת סם שלא לצריכה עצמית ושוד. הוא טען לחפותו, וכי אין לו קשר לרכוש שנתפס בדירתו, דירה בה הוא מתגורר רק במשך יומיים בשבוע, כאשר ביתר ימי השבוע הוא עובד בחדרה ומתגורר שם, וכי למרות שהרכוש נמצא בחדרו, מדובר בחדר שבו מתגורר אדם נוסף, וכן החדר אינו נעול. התיק נסגר מחוסר עניין לציבור, אך הופעל כנגדו הנוהל. בעקבות עתירה מנהלית שהוגשה לבית המשפט המחוזי בבאר-שבע, הסכימה המדינה לשחרר אותו.

55. הפחתת רף החקירה אף מעודדת ניצול לרעה של ההליך הפלילי על ידי אחרים, ובכך מאפשרת פגיעה שרירותית באנשים מוחלשים ומעמידה את הכפופים לנוהל בעמדה קיצונית של פגיעות. הנוהל נוטל אוכלוסייה ענייה וחלשה, ומחליש אותה עוד יותר בכך שהוא הופך אותה מועדת לניצול ולקורבנות. כך, למשל, הכפופים לנוהל חשופים לסחיטה ולאיומים, כאשר האיום הוא הגשת תלונה במשטרה שסופה שנות כליאה ארוכות (וראו בעניין זה סעיפים 74-79 לבקשה לרשות ערעור).

56. בהקשר זה, ניתן להשוות את מצבם של המסתננים לקורבנותיו של הנאשם בבש"פ 4533/13 **פורטדו אניל נ' מדינת ישראל** (ניתן ביום 30.6.13). באותו מקרה, הועמד לדין אדם שיחד עם רכז מודיעין ברשות ההגירה סחט עובדים זרים (שאינם מסתננים) בכך שידאג לגרשם אם לא ישלמו לו סכומי כסף. מעשים חמורים, כמו המעשים המתוארים בבקשה לרשות ערעור, אלו יכולים להתקיים רק באקלים משפטי שבו ניתן להפעיל את הדין בצורה כה חמורה, וללא סייגים ראויים, כלפי אוכלוסיות הזרים המוחלשות.

57. **שלב הגשת כתב-אישום**: גם בשלב הגשת כתב-האישום, קיומו של הנוהל מחדיר שיקולים זרים לשיקוליהן של רשויות התביעה, ומקטין באופן משמעותי את התמריץ להגשת כתבי אישום פליליים, כך שהלכה למעשה, מערכת אכיפת החוק הטמונה בנוהל הולכת ומחליפה את המערכת הפלילית, בכל הנוגע למסתננים.

58. ביותר ויותר מקרים, הסניגוריה עדה לתופעה בה לאחר שהסניגור נקרא לתחנת המשטרה להענקת ייעוץ בטרם חקירה ללקוח "מסתנן", הוא מגלה בדיעבד כי פגישתם הקצרה בתחנת המשטרה הייתה פגישתם האחרונה. בדיעבד, מתברר לסניגור כי הלקוח הועבר ישירות לרשות האוכלוסין וההגירה, וכי התיק הפלילי נסגר. לסניגור אין בשלב זה מידע באשר למיקומו של הלקוח, או באשר לסטטוס המשפטי שלו מרגע זה ואילך.

59. כך, למשל, באחד המקרים אשר טופל על ידי הסניגוריה, התקיים בשעות הבוקר דיון הארכת מעצר בעניינו של לקוח סודני, ולאחר הדיון, בית-המשפט הורה על שחרורו בשעה 12:00. בשעה 12:15,

הסניגור ראה כי הלקוח היה עדיין מוחזק במעצר. מכיוון שלא הוגש ערעור, בשעה 12:30 הגיש הסניגור "בקשה דחופה לשחרור עצור" וביקש לשחרר את לקוחו. אך בשעה 13:00, בעת שהחל הדיון בבקשה לשחרור לאלתר, והשופט ביקש להעלות את הלקוח לאולם, נמסר משב"ס שהלקוח אינו מצוי עוד בבית-המשפט, אלא נשלח ל"סהרונים". יצוין, כי לאחר מכן, ומבלי שניתן לסניגור כל הסבר באשר להשתלשלות האירועים, נמסר לסניגור כי ההעברה לרשות ההגירה לא בוצעה, וכי הלקוח שוחרר.

בקשה ופרוטוקול במ"י 5911-05-13 **מדינת ישראל נ' אנדריאס מצ"ב ומסומן נספח ו'.**

60. מבירור שערכו הח"מ במערכת המחשוב של הסניגוריה, עולה כי באשר לכמחצית מן הלקוחות המסתננים, אשר יוצגו על ידי הסניגוריה במהלך החקירה או בהליכי הארכת מעצר ימים, לא קיים תיק פלילי במערכת הסניגוריה. ככל הנראה, משמעות הדבר היא כי נגד לקוחות אלו מעולם לא הוגש כתב-אישום, והם הועברו לטיפול במסגרת ההליך המנהלי. כמו כן, מן הנתונים עולה כי תופעה זו של שימוש בנהל כתחליף להליך הפלילי הופכת לנפוצה יותר ויותר. כפי שניתן לראות מהנתונים, במהלך השנה שבה מיושם הנוהל, ישנה עלייה הדרגתית בשיעור הלקוחות המסתננים אשר יוצגו בחקירה או במעצר ימים, אך לא הוגש נגדם כתב-אישום. כך, למשל, בעוד שבחודשים יולי-נובמבר 2012 נמצא כי לכ-45%-42% מן הלקוחות לא נפתח תיק פלילי, בחודשים מרץ-מאי 2013 מדובר בכ-67%-64% מן הלקוחות שכנגדם לא הוגש כתב אישום.

מסמך שנערך ע"י הח"מ, המפרט את היקף ייצוגם של מסתננים על ידי הסניגוריה הציבורית, מצ"ב ומסומן **נספח ז'.**

61. תהליך זה – בו מחליף הנוהל את המשפט הפלילי כאמצעי העיקרי לאכיפת החוק כנגד מסתננים – אין בו כדי להפגיע. שהרי, אם הנוהל יוצר "הליך מזורז" לאכיפת החוק, בו אין הגנות פרוצדורליות ואין פרופורציונליות בין המעשה לענישה, וודאי שלרשויות האכיפה קיים תמריץ משמעותי לנקוט בו, במקום להשקיע את המאמצים והעלויות הנדרשות לצורך הרשעה בהליך פלילי. אין כל פליאה מכך שרשויות האכיפה מעדיפות לנקוט בהליך שבו אין ייצוג, אין רף ראיתי גבוה, אין מגבלות של קבילות, ובמיוחד – אין בית משפט. מכיוון שהנוהל פוטר את המדינה מהצורך להוכיח את קיומן של ראיות ברמה גבוהה, ומהחובה לפעול לפי דיני הראיות והזכות להליך הוגן, הרי נוצר תמריץ משמעותי לנקוט בהליך המנהלי של הנוהל במקום להתמודד עם ההליך הפלילי.

62. דוגמא נוספת לשיקולים זרים המשפיעים על ההליך הפלילי היא כי כמעט לעולם לא יהא זה רציונלי מצד התביעה להגיש כתב-אישום בעבירות עוון שביצעו מסתננים. זאת, שכן גם אם יורשעו ויוטל עליהם העונש המקסימלי לעבירה, מוגבל עונש זה לשלוש שנות מאסר לכל היותר (ובדרך-כלל מדובר בעונשים קלים בהרבה). לעומת זאת, לו יופעל הנוהל, יימצא האדם במשמורת למשך שלוש שנים לכל הפחות. בנסיבות אלו, קשה לדמיין מצב שבו בעבירת עוון ייקבע כי קיים עניין לציבור בהעמדה לדין פלילי במקום נקיטה בהליך מנהלי, ומכאן, שתמיד יוחל הנוהל בעבירות עוון.

63. בנוסף, לרשויות התביעה ישנו תמריץ משמעותי ומסוכן להפעיל את הנוהל בכל מקרה שבו יש קושי בראיות, ויש סיכוי כלשהו לזיכוי. גם בעבירות חמורות וקשות, תעדיף המדינה לנקוט בהליך המנהלי, ולהבטיח את כליאתו של האדם, ולא להעמידו לדין פלילי, שמא "יחמוק" (לשיטתן) מן

הדין. ברי, כי בחירה זו לנקוט בנוהל במקום להעמיד את הראיות לבחינת בית המשפט חותרת תחת תכלית בירור האמת ותחת חזקת החפות.

64. גם כאשר בוחרת המדינה להעמיד מסתנן לדין פלילי, יוצר הנוהל תמריץ משמעותי למדינה לקצר את ההליך על ידי הצעת הסדר טיעון, גם במקרים בהם נסיבות התיק אינן מצדיקות זאת. אם ממילא צפוי האדם לכליאה ממושכת מכוח הנוהל, הרי אין משמעות אמיתית לסעיף האישום, לעובדות כתב האישום ולעונש שייקבע. ממילא, יוסיף הנאשם להיכלא תחת הנוהל לאחר ריצוי העונש. בכך, מוביל הנוהל לפגיעה בתכליתו של ההליך הפלילי להוציא את האמת לאור ולהביא לצדק עם הנאשם, עם נפגע העבירה ועם הציבור בכללותו.

65. ודוק: תמונת-הראי של שיקולי התביעה היא השפעת הנוהל על מערכת התמריצים הפועלת באשר לסניגורים וללקוחות עצמם. לסניגורים וללקוחות ישנו תמריץ משמעותי לדחות הסדרי טיעון, גם כשהם נוחים ומקלים, ולנהל גם תיקים שבנסיבות אחרות לא היו מנהלים. זאת, בשל הסיכוי שאם הלקוחות יזוכו, לא יועברו למשמורת, בעוד שאם יורשעו במסגרת הסדר, הרי שללא קשר לשאלה מה העונש שנקבע בהסדר, צפויה להם כליאה בלתי מוגבלת בזמן מכוח החוק למניעת הסתננות.

66. לסיכום, ניתן לומר כי הנוהל פוגע באופן אינהרנטי בשיקולי המשטרה ורשויות התביעה בעת ניהול ההליך הפלילי. במקום לחקור ולבחון את התיק במידת הביקורתיות של המשפט הפלילי, ישנו חשש כי המשטרה פועלת כלאחר-יד ולא בחינה מספקת, שכן היא יודעת שהחקירה וההחלטות של מערכת התביעה לעולם לא יובאו בפני ביקורת שיפוטית אפקטיבית כמו בהליך הפלילי. כמו כן, נוכח קיומו של הנוהל, נכנסים שיקולים זרים גם לשיקול הדעת של מערכת התביעה, אשר יכולה להקל על עצמה מפני התמודדות עם ההליך הפלילי על ידי שימוש בחלופה שמעמיד הנוהל.

67. התוצאה היא שהנוהל לא רק קובע מערכת עצמאית, מפלה ובלתי-אמינה לאכיפת החוק, הוא גם משחית את ההליך הפלילי עצמו, וחותר תחת מטרות גילוי האמת והגשמת הצדק באשר לנאשמים ולמתלוננים. בכך, הוא מבטל בהינף יד עקרונות וזכויות יסוד של המשפט החוקתי ושל המשפט הפלילי המודרני, ואת מערכת האיזונים והבלמים הטבועים בו, אשר עוצבו וגובשו בעמל רב במשך מאות שנים של מסורת ליברלית.

ז. הנוהל פוגע בזכויות החוקתיות לחירות ולהליך הוגן

68. מן המפורסמות היא, כי הזכות לחירות היא אחת מזכויות האדם הבסיסיות והחשובות ביותר הקיימות במשטרנו החוקתי. הזכות לחירות מעוגנת בסעיף 5 לחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו (להלן: **חוק היסוד**), הקובע כי "אין נוטלים ואין מגבילים את חירותו של אדם במאסר, במעצר או בכל דרך אחרת". זכות זו אף זכתה להכרה רחבה בפסיקת בית המשפט העליון, הקובעת כי:

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

כך לגבי כל מקרה של שלילת חירות וחופש ללא משפט והרשעה"
(דנ"פ 2316/95 גנימאת נ' מדינת ישראל, מט (4) 589, 649 (1995)).

69. אחד התנאים ההכרחיים בעת שלילת חירות הוא הקפדה על ערובות דיוניות משמעותיות והליך הוגן. בית המשפט העליון קבע בשורה של מקרים כי היקף ההגנה על הזכות להליך הוגן – אשר אין חולק כי, לפחות בנסיבות מסוימות, פגיעה בה תעלה כדי פגיעה בכבוד האדם - נקבע תוך "ראיה רחבה המתבססת על שיקולים כלליים של הגינות, צדק ומניעת עיוות דין" (ע"פ 5121/98 יששכרוב נ' התובע הצבאי, פ"ד סא(1) 461 (2006), בפסקה 66; ע"פ 4988/08 פרחי נ' מדינת ישראל (פורסם בנבו, 1.8.11), בפסקה 9). זכות זו נהנתה מאז ומתמיד ממעמד רם, ועם חקיקתם של חוקי-היסוד הוכרה כזכות חוקתית הנגזרת מן הזכות לכבוד (אהרון ברק פרשנות במשפט (כרך שלישי, פרשנות חוקתית, תשנ"ד) 431-432). להלן יפורט בקצרה כיצד שולל הנוהל מן הכפופים לו את הזכות החוקתית להליך הוגן.

70. **קביעת רף ראייתי נמוך**: על פני הדברים, קובע הנוהל כי יש צורך בראיות ברורות לאשמתו של מסתנן על מנת להעבירו למשמורת. עם זאת, בפועל ניתן לראות כי מדובר ברף ראייתי נמוך, החלש בהרבה מזה הנדרש במשפט הפלילי: ראשית, הנוהל חל במקרים שבהם לא היו די ראיות לשם העמדה לדין פלילי ומכאן שלא היה סיכוי סביר להרשעתו של המסתנן; שנית, נוסחו האחרון של הנוהל מוותר במוצהר על הדרישה כי הראיות נגד המסתנן יהיו קרובות לרף הנדרש בפלילים; שלישית, הנוסח האחרון אף קובע כי ניתן להסתמך על מידע מודיעיני, קרי, על ראיות שאינן קבילות בבית המשפט. נראה, כי אין בכוחו של רף ראייתי כה נמוך, הנשען על ראיות בלתי קבילות, להבטיח ולו במידה סבירה כי חפים מפשע לא ייקלעו מכוח הנוהל. למעשה, נראה כי קיים סיכוי סביר ביותר כי הנוהל יוביל לשלילת חירותם של מי שכלל לא ביצעו עבירות פליליות. מכאן, שמדובר באמצעי שאין בכוחו להגשים את תכלית הנוהל, שהיא להגן על הציבור מפני מסתננים **עבריינים**.

71. זאת ועוד. לו תוצאת החלתו של הנוהל לא הייתה כליאה לתקופה ממושכת, אלא סנקציה קלה יותר, יתכן כי ניתן היה לטעון שמדובר באמצעי מידתי. אכן, קיימים מקרים שבהם רשאים נציגי הרשות המבצעת לקבל החלטות הפוגעות בזכויות אדם על בסיס ראיות מנהליות בלבד. עם זאת, השימוש בראיות מנהליות הותר בפסיקה על רקע פרשות שבהן דובר בפגיעה קלה יחסית בזכויות אדם על ידי הרשות המנהלית, ולא בפגיעה חמורה כמו שלילה ארוכת טווח של הזכות לחירות (ראו, למשל, עש"מ 1/66, פסקל נגד היועץ המשפטי לממשלה, פ"ד כ(3) 71 (1966); בג"צ 442/71 לנסקי נ' שר הפנים, פ"ד כו(2) 337 (1972)). כאשר מדובר בכליאה ממושכת, הדומה מבחינת השלכותיה לעונש מאסר, אין הצדקה להורדת הרף הראייתי אלא יש לדרוש כי הרשות המנהלית תפעל בסטנדרטיים דומים לאלו החלים בבית המשפט.

72. **הפרת זכות הטיעון האפקטיבית**: על פני הדברים, קובע הנוהל כביכול זכות טיעון למסתננים, במסגרת השימוע הנערך בפני רשות האוכלוסין וההגירה (ראו סעיפים א.4., ב.4. ו-ג.4.). ואולם, הלכה למעשה, שימוע זה הינו **ריק מתוכו**, שכן הוא מתקיים ללא ערובות דיוניות מינימליות אשר יאפשרו למסתנן לשנות את דעתה של הרשות המנהלית. ללא יכולת לבחון לעומק את הראיות והנימוקים העומדים בבסיס ההחלטה ולהזים אותם, אין לשימוע כל ערך. משמעותה של זכות הטיעון היא כי הפעלתה של סמכות מנהלית מחייבת מתן הזדמנות **נאותה** לאדם להשמיע טענותיו

טרם הפעלת הסמכות. אין הרשות יוצאת ידי חובתה במתן הזדמנות פורמלית וטקסית בלבד לאדם להביע דברים.

73. **הפרת הזכות לעיין בחומר החקירה**: במשפט הפלילי עומדת לנאשם הזכות לעיין בחומר החקירה שנאסף נגדו על מנת לבחון את מהימנותו ולהזים את הראיות שהוצגו נגדו. גם במסגרת המשפט המנהלי, יכול האדם לדרוש ככלל כי הרשות תעביר לעיונו את החומר המוחזק ברשותה והנוגע אליו ואל זכויותיו. ואולם, במסגרת הנוהל הנתקף כאן, אין המסתנן מקבל לעיונו (ולא כל שכן בשפתו) את חומר החקירה נגדו. הראיות כלל אינן מועברות לעיונו באופן שמאפשר לו להתכונן לשימוע באופן מינימאלי.

74. **הפרת הזכות להביא ראיות ועדי הגנה ולחקור את עדי התביעה**: כעולה מן הדוגמאות שהובאו בעמדה זו וכן בבקשה לרשות ערעור, פעמים רבות מבוסס הנוהל על אימוץ מלא של דבריו של מתלונן, ללא שניתנה למסתנן אפשרות ראויה להפריך את הדברים או לחקור את המתלונן על עדותו. ללא זכות לחקירה נגדית – שהיא מיסודותיו של ההליך הפלילי – אין למסתנן כמעט שום דרך להוציא את האמת לאור ולהתעמת עם הראיות שהובאו נגדו.

75. **הפרת הזכות לייצוג**: הכפופים לנוהל אינם מיוצגים, כך שאין ביכולתם לבחון באופן אפקטיבי את עוצמת הראיות ודיוטן ולטעון טיעונים משפטיים. נוכח חולשתה הקיצונית של האוכלוסייה הכפופה לנוהל, הסובלת מפערי כוח, פערי שפה ופערי ידע עצומים אל מול מקבלי ההחלטות, ובהעדר ייצוג, לא יכולים הכפופים לנוהל לממש אפילו את מעט הזכויות המוקנות להם. בתיקון 49 לחוק סדר הדין הפלילי, הקובע חובת ייצוג במקרה שישנה אפשרות למאסר, הביע המחוקק את העיקרון לפיו אדם בישראל לא ישלח עוד למאסר (אפילו של יום אחד, ולא כל שכן מאסר ממושך) בשל עבירה פלילית ללא ייצוג. הכרעה ערכית זו תקפה גם כאשר הכליאה מקורה בסמכות מנהלית אך משמעותה פגיעה חמורה בזכות לחירות.

76. ויודגש, גם אם הסמכות הקבועה בנוהל הינה סמכות מנהלית, אין בכך כדי לפטור את המדינה מהקפדה על הזכות לייצוג. כך למשל, במקרים רבים, בהם עמדו על הכף פגיעות קשות בזכויות יסוד, קבעה הפסיקה זכות לייצוג גם בהליכים מנהליים, ונקבע כי זכות הטיעון בפני הרשות כוללת בחובה גם את זכותו של האדם כי ימונה לו עורך-דין שיטען עבורו. כך נקבע למשל בהליכי אשפוז כפוי (ראו רע"פ 2060/97 פלונית נ' הפסיכיאטר המחוזי, פ"ד נב(1) 697, 717-718). כך נעשה גם בהליכים אזרחיים, במקרים בהם הנסיבות מחייבות כי יתקיים שוויון בין הצדדים להליך (ראו למשל במסגרת דיני המשפחה, רע"א 6810/97 בן שושן נ' בן שושן, פ"ד נא(5) 375, 378-379). באשר לזכות לייצוג משפטי בהליכים מנהליים, ובין היתר בהליכי משמורת, ראו רון שפירא, "הזכות לייצוג משפטי בהליכים מנהליים לבר פליליים", **הסיניגור** 122 (2008).

77. **פגיעה בהפרדת הרשויות והעדרה של ביקורת שיפוטית אפקטיבית**: הפגיעה בזכות להליך הוגן נובעת לא רק מהעדרו של שימוע משמעותי, אלא גם מכך שמי שמחליט על הכליאה הממושכת אינו רשות שופטת עצמאית, אלא הרשות המבצעת עצמה. יתרה מכך, החלטתה של רשות האוכלוסין אינה נבחנת אף בדיעבד בביקורת שיפוטית אפקטיבית. ללא ביקורת שיפוטית אפקטיבית על פעולות המדינה, נותר בידי המדינה הלכה למעשה כוח כמעט בלתי מוגבל אשר להפעלת הנוהל כנגד מסתננים.

78. ויובהר – לכאורה, על פי החוק, צו הגירוש והמשמורת כפוף לביקורתן של שתי ערכאות דיוניות – בית הדין לביקורת משמורת, ובית המשפט לעניינים מנהליים. ואולם, בבחינת עולם המעשה, אף לא אחת מערכאות אלו יש בה כדי להבטיח הפעלה מיידית וחוקית של הסמכות שבנוהל.

79. ביקורתו של בית הדין לביקורת משמורת: על פי החוק למניעת הסתננות, לאחר העברתו למשמורת, רשאי בית הדין לביקורת משמורת של מסתננים להעביר תחת שבט ביקורתו את החזקתו של המסתנן במשמורת. ואולם, עמדתה של המדינה, כפי שהובעה במספר הליכים הנדונים כעת בפני בית המשפט הנכבד, היא כי לבתי הדין למשמורת אין עומדת סמכות לבחון את חוקיות הוצאתם של צווי הגירוש, גם כאשר מבחינת הדברים על פניהם, עולה כי תנאי הנוהל לא התקיימו ועל כן צווי הגירוש שהוצאו אינם חוקיים. עמדתה של המדינה היא שבתי הדין אינם מוסמכים לשחרר אדם ממשמורת, אלא בשל העילות המצומצמות המפורטות בחוק למניעת הסתננות (ראו בהקשר זה את המסמכים שהוגשו לבית המשפט הנכבד בבר"ם 3993/13 משרד הפנים נ' אקלילו ברהה שיסאי).

80. ביקורתו של בית המשפט לעניינים מנהליים: על פי סעיף 130 לחוק למניעת הסתננות, החלטתו של בית הדין לביקורת משמורת נתונה לביקורת לפני בית משפט לעניינים מנהליים. ואולם, תקיפה זו מחייבת יוזמה, ממון, ידע, אמצעים וייצוג משפטי לצורך מימושה. לרובם המוחלט של הכפופים לנוהל אין גישה לכל אלה (וכאמור, הם אינם זוכים לייצוג משפטי אשר יכול לממש עבורם את זכויותיהם). בהעדרה של ביקורת שיפוטית יוזמה, ברי כי ביקורת שיפוטית התלויה במשאביו של המסתנן עצמו, מופעלת אך במיעוט זניח מן המקרים, ואילו רובם של המסתננים נכלאים לתקופה ממושכת ללא שערכאה שיפוטית מוסמכת בחנה את הראיות נגדם ואת התקיימות התנאים האחרים הקבועים בנוהל.

81. כאמור, שלילת החירות מכוח החוק והנוהל חייבת להיעשות (לפחות בקירוב) בהתאם לאיזונים החוקתיים שנקבעו לשם כך בדברי החקיקה המרכזיים שעל פיהם מתנהל ההליך הפלילי (חוק העונשין, חוק המעצרים, חוק סדר הדין הפלילי ועוד), וכן על פי עקרונות היסוד של המשפט המנהלי. למרבה הצער, הנוהל איננו עומד באמות מידה בסיסיות אלו ואינו קובע הליך הוגן.

ח. הנוהל מהווה חריגה מסמכות

1.ח. החוק אינו כולל הסמכה מפורשת המאפשרת להקים מערכת אכיפה אלטרנטיבית

82. אין חולק כי החוק המסמך קובע אפשרות להשמה במשמורת של מסתננים. עם זאת, החוק אינו קובע מערכת חלופית להתמודדות עם עבריינות של מסתננים וודאי שלא הליך לבירור הראיות למעורבותם בפלילים ולהכרעה בדבר אשמתם הלכאורית. הסדרים אלו נקבעו רק בנוהל.

83. קביעה זו של מערכת אכיפה אלטרנטיבית בנוהל של הרשות המבצעת נוגדת את הפסיקה לפיה הסדרים ראשוניים, הקובעים את המדיניות הכללית ואת העקרונות המנחים, חייבים להיקבע בחקיקה ראשית (ראו בג"ץ 3267/97 רובינשטיין ואח' נ' שר הביטחון, פ"ד נב(5) 481). לכל הפחות, נדרש היה שאמות-המידה העיקריות לפיהן תיאכף הסמכות שבחוק ייקבעו בחוק.

84. יתרה מכך, ככל שהפגיעה בחירותו של הפרט גדולה יותר, כך נדרש הסדר בחקיקה הראשית הקובע את מהות הפגיעה או את היקף הפגיעה בחירות. כידוע, ככלל אין רשות מנהלית רשאית לבצע פעולות שלא ניתנה לה הסמכה מפורשת בחקיקה ראשית לבצען, לא כל שכן כאשר מדובר בפעולות הגורמות לפגיעה בזכויות אדם. כך למשל, בבג"צ 6824/07 **מנאע נ' רשות המיסים** (פורסם בנבו, 20.12.10), קבע כבוד השופט פוגלמן:

"כלל יסוד במשפט המינהלי ובשיטתנו המשפטית הינו כי הרשות המינהלית רשאית לפעול רק בתוך דל"ת אמות הסמכות שהוקנתה לה בחוק, והיא אינה מורשית לבצע פעולה שהיא לא הוסמכה במפורש לעשותה. [...] עיקרון זה, הוא עיקרון חוקיות המינהל, אף מגשים תכלית דמוקרטית, שכן הוא מחייב כי החלטות הנוגעות לסמכויות השלטון יהיו מבוססות על חוק שהתקבל ברשות מחוקקת נבחרת.

תחולתו של עיקרון חוקיות המינהל אינה מצטמצמת למצבים שבהם פוגעת הרשות בפעולתה בזכויות יסוד של הפרט. אכן, פרט המבקש לטעון כי בפעולתה חרגה הרשות מן הסמכות המוקנה לה בדין, אינו חייב להצביע על כך שפעולתה של הרשות גרמה לפגיעה בזכויות יסוד או בזכות חוקתית [...]. עם זאת, כשפעולתה של הרשות עלולה להביא לפגיעה בזכות יסוד מוכרת, מקבלת ההקפדה על עיקרון זה משנה חשיבות. לפיכך, נקבע כי **כאשר הפעולה המינהלית שבנדון עלולה להביא לפגיעה בזכויות הפרט, אין הרשות יוצאת ידי חובתה בהצבעה על הוראת חוק כללית שיכולה להתפרש כמקור הסמכה לפעולתה. במקרה שכזה, על ההסמכה לפעולה להיות ברורה, מפורטת ומפורשת בחקיקה ראשית.** [...]

כפועל יוצא, ככל שזכות היסוד שעלולה להיפגע נושאת זיקה עניינית הדוקה לזכויות אדם מוגנות, וככל שמדובר בזכות מרכזית יותר, כך תפורש ביתר הקפדה הדרישה לקיומה של "הסמכה מפורשת" בחוק" (שם, בעמ' 10 – 11. ההדגשה הוספה – א.ע.ור.ר).

85. באותה פרשה קבעה כבוד הנשיאה ביניש:

"לכשעצמי, אני סבורה שככלל יש לפרש סמכויות אכיפה פוגעניות המקנות לרשות כח כפייה באופן מצמצם המחייב קיומה של הסמכה מפורשת. במקרים מעין אלה יש לעשות שימוש זהיר, אם בכלל, בפרשנויות מן הסוג של "קל וחומר" – במיוחד מקום בו קיים ספק האם אכן מדובר בסמכויות אכיפה הנגזרות ונלמדות מן הסמכות המקורית" (שם, בעמ' 37).

86. כאמור לעיל, את הנוהל לא ניתן להבין אך כיישום פשוט של הסמכות המנהלית להעביר מסתננים למשמורת לצורך גירוש, אלא כיצירה של מנגנון אלטרנטיבי לאכיפת החוק בקרב מסתננים, תוך הכרעה בדבר אשמתם ומסוכנותם הלכאורית. מכאן, שמדובר ביצירת מערכת מקבילה למערכת האכיפה הפלילית הרגילה, זו הקיימת עבור יתר תושבי ישראל והמעוגנת בדברי חקיקה ראשית רבים, לרבות חוק העונשין, פקודת הראיות, חוק סדר הדין הפלילי וחוק המעצרים, בצירוף עם דיני המעצרים המינהליים. מערכת אכיפת החוק האלטרנטיבית שנוצרה מכוח הנוהל, הכוללת פגיעה

קשה בזכויות אדם חוקתיות - בזכות לשוויון, להליך הוגן ולחירות - לעומת זאת, לא עוגנה בחקיקה ראשית ואף לא קיבלה הסמכה מפורשת בחקיקה ראשית.

87. בהקשר זה, אין די בסעיף ההסמכה הלקוני הקבוע בחוק למניעת הסתננות. סעיף ההסמכה שבחוק, סעיף 35 לחוק למניעת הסתננות, קובע:

”שר הבטחון ממונה על ביצוע חוק זה, והוא רשאי להתקין תקנות בכל דבר הנוגע לביצועו”.

88. הנוהל מהווה סמכות אכיפה פוגענית, המובילה לפגיעה קשה בזכויות אדם בסיסיות. מכאן, שמדובר במקרה שבו יש לפרש בהקפדה יתרה את הדרישה להסמכה מפורשת וברורה בחקיקה ראשית ואין להסתפק בכך שהמדינה תצביע על הוראת חוק כללית שמכוחה היא עשויה לשאוב את סמכותה. האמירה הכללית בדבר הסמכות להתקין תקנות ”בכל דבר הנוגע לביצועו” של החוק אין בה די. (ראו גם בג”צ 5100/94 הועד הציבורי נ’ עינויים בישראל נ’ ממשלת ישראל, פ”ד נג(4) 817 (1999); בג”צ 1437/02 האגודה לזכויות האזרח בישראל נ’ השר לביטחון פנים, פ”ד נח(2) 746, 762 (2004); דפנה ברק-ארז משפט מינהלי 122 (2010)).

89. יתרה מכך – אף על פי סעיף ההסמכה עצמו, הנוהל מהווה חריגה מסמכות. כאמור, החוק למניעת הסתננות מקנה סמכות לשר הביטחון בלבד ומאפשר לו לפעול לביצוע החוק בדרך של חקיקה משנית על ידי התקנת תקנות. הענקת סמכות זו לשר הביטחון מלמדת גם על סוג השיקולים שהתקנות צריכות לכלול, הנוגעים להגנה על גבולות המדינה. הנוהל, לעומת זאת, הוצא על ידי רשות ההגירה, הכפופה להנחיותיו של שר הפנים, ולא של שר הביטחון. הוא אף איננו בבחינת חקיקה משנית. אין הוא תקנה, כי אם הנחיה מינהלית בלבד. מכאן, שלא ברור כלל מכוח איזו סמכות קובע הנוהל מנגנונים לביצוע החוק למניעת הסתננות ונראה כי אין בנמצא כל סמכות כזו.

90. מן הראוי לזכור בהקשר זה, כי לפי סעיף 1 לחוק העונשין, יכולה קביעת עונש להיעשות רק בחוק או על פיו וכי סעיף 2 לחוק מגביל את עונש המאסר שניתן לקבוע בתקנות לשישה חודשים בלבד. אף בכך יש כדי להצביע על עמדת המחוקק כי שלילת החירות בתגובה לביצוע עבירה פלילית, ככלל עליה להיקבע בחוק.

91. מכאן עולה, כי המדינה חרגה מסמכותה בקובעה את הנוהל: הנוהל אינו מבוסס על הסמכה ברורה ומפורשת בחקיקה ראשית, על אף שהוא קובע הסדרים ראשוניים, הפוגעים באופן קשה בזכויות אדם יסודיות. יתרה מכך, הנוהל לא עונה אפילו להגדרה של חקיקה משנית, וגם לו היה עונה להגדרה האחרונה, הרי שהייתה זו חקיקה משנית שנקבעה על ידי מי שלא הוסמך לכך. כל אלו מובילים למסקנה כי דינו של הנוהל בטלות.

2. הנוהל מהווה חריגה מסמכות, בכך שהוא חורג מתכלית החוק המסמיך

92. כפי שהוסבר לעיל, הנוהל עושה שימוש בסמכות המנהלית שמעניקים החוק למניעת הסתננות והתיקון שנערך בו, על מנת להגשים תכלית שונה מזו שעומדת בבסיסו של החוק המסמיך. בכך חורג הנוהל מתחום הסמכות שמעניק החוק, עד שלמעשה לא ניתן לומר עוד כי ממנו הוא שואב את כוחו.

93. יש לזכור, כי החוק למניעת הסתננות והתיקון שנערך בו נותנים כוח רב בידי הרשות המבצעת, ואולם, ההצדקה לשימוש בכוח זה ובשיקול-הדעת הרחב הטמון בו - בהנחה שהחוק חוקתי - נובעת מאופייה המנהלי של הסמכות, שנועדה לפי דברי ההסבר להצעת החוק להרתיע מסתננים מלגנוב את גבולה של ישראל ולהבטיח את ריבונות המדינה. זהו אכן תחום סמכותה של הרשות המבצעת. לעומת זאת, הכרעה בשאלות של חפות ואשמה, שתוצאתה היא כליאה ממושכת ופגיעה חמורה בחירות, מצויה בלב סמכותה של הרשות השופטת. שאלות מסוג זה אינן אמורות להיות מוכרעות בהתאם להיגיון המנחה את הרשות המבצעת בפעולותיה, אלא באמצעות "הקומפטיטיות המוסדית" ("institutional competence") הייחודית של בתי המשפט, היא היכולת להגיע להכרעות באמצעות התדיינות מנומקת ומושכלת (לעקרון "הקומפטיטיות המוסדית" וחשיבותו ראו HENRY M. HART, JR. & ALBERT M. SACKS, THE LEGAL PROCESS: BASIC PROBLEMS Edward L. Rubin, ; IN THE MAKING AND APPLICATION OF LAW (Tentative edition, 1958) *Commentary: The New Legal Process, the Synthesis of Discourse, and the Microanalysis of Institutions*, 109 HARV. L. REV. 1393, 1395 - 1396 (1995-1996); גלעד ברנע ויעל ברדה "תיאוריה חוקתית, אסטרטגיה ועריכת דין ציבורית בפרשת ביטול הפרטת בתי הסוהר" **מחקרי משפט** ג' 145 (2010)). סמכויות השייכות לתחום הפלילי ולא לתחום המנהלי, כמו הסמכות להחזיק במעצר או במאסר ממושכים, אינן מצדיקות מתן שיקול דעת כה רחב לרשות המבצעת, כי אם דווקא קביעה של איזונים ובלמים שנועדו להגביל את כוחה ולהבטיח כי החלטותיה ייבחנו על ידי גוף שיפוטי עצמאי באמות מידה שיפוטיות.

94. מעיון בדברי ההסבר לתיקון לחוק למניעת הסתננות, נראה כי הוא נוסח מתוך מודעות לצורך ליצור הפרדה ברורה בין המסלול המנהלי למסלול הפלילי. כך, למשל, בדברי ההסבר לסעיף 2 להצעת החוק, נקבע כי במישור הפלילי יטופלו מסתננים על ידי בתי המשפט הכלליים, ואילו במישור המנהלי הם יטופלו על ידי בתי הדין לביקורת משמורת הפועלים מכוח חוק הכניסה לישראל (הצעת חוק למניעת הסתננות (עבירות ושיפוט) (תיקון מס' 3 והוראת שעה), התשע"א - 2011, בעמ' 595). נראה ברור למדי שאם כוונת המחוקק הייתה כי אפילו עבירות על חוק הכניסה לישראל לא יטופלו במסגרת המסלול המנהלי, אלא במסגרת המסלול הפלילי הרגיל, הרי שלא יתכן כי התכוון לאפשר טיפול במישור המנהלי בעבירות שכלל אינן נוגעות לחוק הכניסה לישראל; בדברי ההסבר לסעיף 4 להצעת החוק, נאמר שהצעת החוק מבקשת להוסיף כהוראת שעה הוראות בדבר הטיפול במישור המנהלי במסתננים, להבדיל מהטיפול בהם במישור הפלילי (שם, בעמ' 596); בדברי ההסבר לסעיף 30 מודגש כי יש להקפיד על כליאתם המנהלית של מסתננים בנפרד מאסירים ועצורים פליליים (שם, בעמ' 598). מכאן, שהתיקון לחוק איננו מתיימר להוות מכשיר להתמודדות עם עבריינות של מסתננים. כאמור, הדבר עולה אף מתכליתו המוצהרת בדברי ההסבר - הרתעת מסתננים עתידיים מכניסה לישראל - שאיננה כוללת כל התייחסות לעבירות פליליות.

95. בכתב התשובה שהגישה המדינה ביום 13.5.13 לעתירה שהוגשה לבג"צ נגד התיקון לחוק למניעת הסתננות (בג"צ 7146/12), ניסתה המדינה אמנם לטעון לתכליות החורגות מלשונו של התיקון לחוק ומדברי ההסבר המלווים אותו. לגישת המדינה (בסעיף ג.2. לתגובה), לתיקון תכלית כפולה: הן להרתיע מסתננים חדשים מכניסה לישראל והן למנוע ממי שכבר הסתנן לישראל להשתקע בה. את התכלית השנייה מגדירה המדינה (בפסקה 50 לסעיף) כ"מניעת ההשפעות השליליות הנלוות

להשתקעותם הנמשכת של מסתננים בלתי חוקיים בחלק מערי ישראל". המדינה קובעת כי "במסגרת תכלית זו, מבקש התיקון לחוק לצמצם את האטרקטיביות שדבקה בערי ישראל כמוקד להגירת עבודה בלתי חוקית, על כל ההשפעות השליליות שתוארו לעיל".

96. בין ההשפעות השליליות שמנתה המדינה, ציינה גם את "העלייה בפשיעה", מבלי לפרט בדבר. פרט לכך, לא התייחסה המדינה לנושא אכיפת החוק ולא טענה כי אחת מתכליותיו של התיקון לחוק המסמך היא מיגור עבריינות בקרב מסתננים. טיעוניה של המדינה ביחס לצורך למנוע את השתקעותם של מסתננים בישראל התמקדו בצורך לבלום את התופעה של הגירת עבודה בלתי חוקית ולצמצם את יכולתם של מסתננים לעבוד בישראל וכתוצאה מכך גם לממן את הגעתם של מסתננים נוספים לישראל (פסקה 51 לתגובת המדינה).

החלקים הרלוונטיים מתגובת המדינה מיום 13.5.13 לבג"צ 7146/12 מצ"ב ומסומנים **נספח ח'**.

97. יש לומר, כמובן, שתגובת המדינה לבג"צ אינה אסמכתה לתכלית תיקונו של החוק המסמך. המדובר אך בפרשנות שנותנת המדינה לחוק, אשר אינה עולה בקנה אחד עם דברי ההסבר המלווים אותו. ואולם, גם בהנחה שניתן ללמוד מתגובת המדינה על תכלית התיקון לחוק, הרי שממילא אין המדינה טוענת כי תכלית זו היא אכיפת החוק הפלילי בקרב מסתננים. כל שטוענת המדינה הוא שהאפשרות לשים במשמורת גם מסתננים שכבר נמצאים בגבולות ישראל היא חיונית (ללא קשר לשאלה אם הם מעורבים בפלילים או לאו), וזאת על מנת להגשים את התכלית של **מניעת השתקעותם בישראל**. מכאן, שאף לגישת המדינה עצמה, לא נועד התיקון לחוק למניעת הסתננות לאכוף את החוק הפלילי בקרב מסתננים וודאי שאין זו אחת מתכליותיו המרכזיות.

98. והנה, עינינו הרואות כי במסגרת הנוהל עושה המדינה שימוש בסמכות המנהלית שניתנה לה מכוח החוק, על מנת להגשים מטרות מתחום האכיפה הפלילית, אשר המחוקק קבע לגביהן איזון שונה מזה שנקבע בחוק המסמך. כך מחדירה המדינה לתחום הפלילי סמכויות שאין מקומן בתחום זה ומערבבת מין בשאינו מינו. זאת ועוד, המדינה הופכת באמצעות הנוהל את שאלת המעורבות בפלילים לקריטריון **המרכזי** להעברתם של מסתננים למשמורת – שהרי, כפי שהובהר לעיל, אין היא מפעילה את התיקון לחוק על מסתננים שנמצאים כבר בגבולות ישראל, אלא כאשר מתעורר חשד למעורבותם בפלילים.

99. במובן זה, חורג הנוהל באופן קיצוני מתכליותיו של החוק המסמך ומהתיקון שנערך בו. החוק מסמך את רשות ההגירה, שהוציאה את הנוהל, לפעול רק במסגרת התכליות הקבועות בחוק והאמצעים המוקנים מכוחו. רשות ההגירה איננה מוסמכת לעשות דין לעצמה ולקבוע מטרות והסדרים שונים מאלו שקבעה הרשות המחוקקת. למרבה הצער, כך בדיוק נעשה במסגרת הנוהל, ועל כן דינו בטלות.

ט. הנהל מהווה יישום מפלה של הסמכות המנהלית להפקעת מעמד ולכליאה לצורך גירוש

100. כאמור, מאפשר התיקון לחוק למניעת הסתננות, באופן עקרוני, את כליאתו לתקופה ארוכה, לצורך גירוש, של כל מסתנן שנקבע כי אינו זכאי למעמד בישראל או שמעמדו נשלל. עם זאת, כפי שהוסבר לעיל, מסתננים שהגיעו לארץ לפני כניסת התיקון לתוקף, מצויים בפועל תחת מדיניות "ההגנה הקבוצתית", אשר אוסרת לגרשם, ומאפשרת להם לשהות ולעבוד בישראל.

המדינה איננה מפעילה את החוק כלפי אותם מסתננים, אלא כאשר קיים חשד כי ביצעו עבירה פלילית.

101. הגם שאין חולק כי למדינה סמכות להחליט לא להפעיל את החוק או להפעיל אותו באופן חלקי בלבד, הרי שההפעלה חייבת להתבצע באופן שוויוני והוגן ואינה יכולה לחול בצורה **בררנית**. משמעות הדבר שאם מבקשת המדינה להפעיל את סמכותה להפקעת מעמד ולהעברה למשמורת לצורך גירוש רק במקרים מסוימים ולא כלפי כל המסתננים, עליה לעשות כן על בסיס שוני רלוונטי (ראו, למשל, בג"צ 1213/10 **אייל ניר נ' יו"ר הכנסת** (פורסם בנבו, 23.2.12), בפסקה 13), שיהווה יישום סביר, שוויוני ומידתי, של הפקעת ההגנה הקבוצתית ביחס לאדם מסוים. לעמדת הסגוריה הציבורית, הקריטריון שקבעה המדינה בנוהל איננו יכול לשמש קריטריון רלוונטי להבחנה בין מסתננים שמדיניות ההגנה הקבוצתית כבר הוחלה עליהם.

102. כפי שהוסבר לעיל, הנוהל חורג באופן דרמטי מתכלית החוק המסמיך והתיקון שנערך בו וקובע לעצמו מטרות עצמאיות שלא קיבלו את אישור המחוקק. הן החוק עצמו והן התיקון לחוק כלל אינם מזכירים מטרות כגון שמירה על הסדר הציבורי (במובן הפלילי, להבדיל מהמובן של הפרת דיני הכניסה לישראל) או על שלום הציבור, אלא נועדו להרתיע מסתננים עתידיים מלגנוב את גבול המדינה. לפיכך, נראה שעצם הקריטריון של מעורבות בעבריינות איננו יכול להיות קריטריון רלוונטי להבחנה בין מסתננים לבין עצמם לעניין הפעלת החוק.

103. עם זאת, גם בהנחה שבית המשפט הנכבד יסבור כי מעורבות בפלילים עשויה להוות קריטריון רלוונטי לשם שלילת מעמד והעברה למשמורת בהתאם לחוק המסמיך, ברי כי לא די בכל חשד בלתי מבוסס למעורבות בפלילים בכדי לעמוד בתנאי זה: המטרות של מיגור עבריינות ושמירה על הסדר הציבורי לא יושגו אם מי שייכלאו יהיו חפים מפשע, ודאי בנסיבות שבהן לא נעשה כל ניסיון לברר את זהותו של האשם האמיתי בעבירה. על מנת לוודא שלא מדובר בחף מפשע יש צורך בהרשעה בהליך פלילי (או לפחות בהליך שבו הרף הראייתי דומה מאוד לרף הראייה הנדרש בפלילים), אחרת לא ניתן להבטיח את הגשמת מטרות הנוהל. מכאן, שלו היה הנוהל חל רק על מי שהורשע בעבירות חמורות יחסית שיש בהן סכנה ממשית לשלום הציבור או לסדר הציבורי, מצב הדברים היה שונה. במצב זה ייתכן שניתן היה לומר כי הנוהל מידתי יותר, במובן זה שקיים קשר רציונאלי בין מטרתו לבין האמצעי שבו הוא נוקט (הגם שקשיים אחרים, כגון פגיעה בלתי פרופורציונאלית בחירות שנגרמת כתוצאה מהעברה למשמורת של מי שריצה את עונשו, היו נותרים בעינם).

104. ואולם, הנוהל מוחל גם על מי שקיימות רק ראיות לכאורה לאשמתו, אף כאשר מדובר בעבירות קלות יחסית. כמו-כן אין הנוהל מספק הגנות פרודוראליות מתאימות, ועל אף שעל פי לשונו ניתן להחילו רק במקרים שבהם קיימות ראיות ברורות לאשמת המסתנן, הרי שבפועל הוא מוחל גם במקרים שבהן הראיות רחוקות מאוד מרף ההרשעה בפלילים. כפי שהראינו, לעיתים די בהגשת תלונה במשטרה נגד מסתנן בכדי לגרום להעברתו למשמורת (כך, למשל, במקרה נשוא ההליך דנן לא התקיים אפילו עימות במשטרה בין המבקש לבין המתלונן, וזאת בשל אי שיתוף פעולה מצד המתלונן). זו אינה יכולה להיות הצדקה לשלילת ההגנה הקבוצתית ממי שכבר זכה לה, או לשלילה ארוכת-טווח של זכותו לחירות, בנסיבות שבהן מסתננים אחרים יוסיפו ליהנות מן ההגנה. למעשה, מדובר בהפלייה בין מי שהוגשה נגדו תלונה לבין מי שלא הוגשה נגדו תלונה.

הבחנה זו בין מסתננים על בסיס חשד היא הבחנה אשר מבוססת על קריטריונים בלתי מספקים ועל גורמים העלולים להתברר כשרירותיים, אקראיים ותלויי-מזל – על כן היא איננה סבירה.

י. הנוהל מבוסס על מעצר פלילי בלתי חוקי והוא סותר את הוראות סעיף 62 לחוק סדר הדין הפלילי

105. כאמור, סעיף א.3. לנוהל קובע כדלהלן:
- "המסתנן, המצוי עדיין בידי משטרת ישראל במסגרת המעצר הפלילי, ילווה על ידי משטרת ישראל בתוך תקופת המעצר למרחב האכיפה הרלוונטי של רשות האוכלוסין וההגירה." [לצורך הוצאת צו גירוש, א.ע. ור.ר.]
106. במספר החלטות שניתנו על ידי בית המשפט, נקבע כי שימוש במעצר הפלילי לצורך הוצאת צו גירוש ומשמורת מינהלי אינו חוקי, וכי אין לעשות שימוש פסול במעצר הפלילי לשם הגשמת ההליך המנהלי.
107. בהחלטה בעניין מ"י (שלום ירושלים) 15546-03-13 מ"י נ' מדרק טספניס (12.3.2013), קבע השופט אוהד גורדון:
- "מעצרו של אדם בהליך פלילי כרוך בחקירה המתנהלת נגדו וכן בהליך הפלילי עצמו. במישור זה, אני מקבל את טענת הסניגור כי שעה שהוחלט שלא להמשיך בהליך הפלילי, לא ניתן עוד להגביל את חירותו של אדם לפי חוק המעצרים, ובכלל זה להורות על תנאי שחרור. הסמכות לעצור או לשחרר בתנאים כרוכה בעבירה הפלילית, ושעה שברור כי אין כוונה להמשיך בהליך הפלילי, סבורני כי סמכות זו פגה."
- ראו גם מ"י (שלום תל-אביב) 8483-04-13 מ"י נ' אוקמפו (5.4.13), בו קבע השופט שמאי בקר:
- "חוק סדר הדין הפלילי אינו מכיר עילה של החזקת חשוד פלוני ו'אחסונו' עד לגירושו."
108. משכך, קביעתו של הנוהל כי יש לעשות שימוש בסמכות המעצר הפלילית לצורך העברה לרשות ההגירה אינה חוקית. מרגע שהוחלט שלא להעמיד לדין את האדם, יש לשחררו לא לתב. החזקתו במעצר פלילי נוסף כאשר אין כל כוונה של ממש להעמידו לדין, אינה חוקית וחורגת מסמכות המעצר הנתונה למשטרה.
109. בהקשר זה יצויין עוד כי סעיף 62(ב) לחוק סדר הדין הפלילי [נוסח משולב], תשמ"ב-1982 קובע:
- "על החלטה שלא להעמיד לדין תימסר לחשוד הודעה בכתב שבה תצויין עילת סגירת התיק והחשוד יהיה רשאי לפנות לתובע שסגר את התיק בבקשה מנומקת לשנות את עילת הסגירה."
110. החוק מאפשר לכל חשוד לבקש את שינוי עילת הסגירה בתיקו, בשל ההשלכות השונות הנוגעות לעילת הסגירה (למשל, שינוי עילת הסגירה ל"חוסר אשמה" מוביל למחיקת הרישום מרישומי המשטרה. ראו סעיף 62(ב) סיפא לחוק סדר הדין הפלילי). וודאי שיש חשיבות לשינוי

עילת הסגירה במקרה דנן, שבו סיווג עילת הסגירה משמעו הפעלת הנוהל וכליאה ממושכת כשעילת סגירת התיק היא אחת, ושחרור לחופשי כאשר עילת הסגירה היא אחרת.

111. ואולם, הנוהל, על פי לשונו, נוטל מן הכפופים לו את הזכות לבקש את שינוי עילת הסגירה. כאמור בסעיף א' לנוהל, הנוהל מופעל מרגע ש"ישנה כוונה לסגור את תיקו" של המסתנן. על כוונה זו אין מיידעים את המסתנן החשוד, וברי כי אין הוא יכול לבקש את שינוי העילה בהתאם לזכות הנתונה לו בסעיף 62 באופן שימנע את הכנסתו למשמורת. .

יא. סיכום: הפגיעה בזכות לשוויון, לחירות ולהליך הוגן אינה עומדת בתנאי פסקת ההגבלה

112. מכל האמור לעיל עולה המסקנה לפיה הפגיעות החמורות בזכויות אדם בסיסיות הנגרמות מכוח הנוהל אינן עומדות במבחנים החוקתיים הקבועים בפסקת ההגבלה שבחוק היסוד:

113. "אין פוגעים בזכויות שלפי חוק יסוד זה": כאמור לעיל (בחלקים ה', ז' ו-ט'), הנוהל מוביל לפגיעה קשה ועמוקה בזכות החוקתית לשוויון, לחירות ולהליך הוגן. הנוהל מוביל ליצירת מערכת מפלה כלפי מסתננים, שולל את חירותם לתקופה ממושכת ומפשיט אותם מן ההגנות המהותיות והפרוצדוראליות המינימאליות הדרושות להבטחת הליך הוגן בטרם שלילת חירות ארוכה.

114. "אלא בחוק... או לפי חוק מכוח הסמכה מפורשת בו": כאמור לעיל (בחלק ח'), פגיעתו של הנוהל בזכות החוקתית לשוויון ולהליך הוגן אינה מעוגנת בחוק למניעת הסתננות, והחוק אף אינו קובע הסמכה כלשהי - לא כל שכן הסמכה מפורשת, העומדת בתנאים שקבעה הפסיקה - לצורך פגיעה בזכויות יסוד חוקתיות אלו באמצעות אקט מינהלי. הנוהל עושה דין לעצמו, בקובעו הסדר ראשוני שאינו מעוגן בחוק המסמך, באופן הנוגד את פסקת ההגבלה.

115. "ההולם את ערכיה של מדינת ישראל": הגם שהגנה על ריבונות המדינה וטיפול בעבריינות, כשלעצמם, הולמים את ערכיה של מדינת ישראל, הפגיעות הקיצוניות שפוגע הנוהל בחירות הפרט, בשוויון בפני החוק ובהליך ההגון חותרות תחת ערכי המדינה הבסיסיים ביותר כמדינה יהודית ודמוקרטית, כמו גם תחת ערכי הצדק והשוויון המעוגנים במגילת העצמאות.

116. "שנועד לתכלית ראויה": הגם שהתכלית של טיפול בעבריינות הינה תכלית ראויה ככלל, אין לומר כי טיפול בעבריינות המכוון כלפי אוכלוסייה מסוימת בלבד, על בסיס הבחנה קבוצתית הנגזרת ממוצאו של האדם, הוא תכלית ראויה. וודאי כך, כאשר תכלית זו אינה נובעת מתכליתו של החוק המסמך (ראו לעיל חלק ח.2).

117. "ובמידה שאינה עולה על הנדרש": כאמור לעיל, הפגיעות בחירויות היסוד על פי הנוהל הן פגיעות קשות וחמורות, הנוגעות ללב-ליבן של זכויות היסוד. כמו כן, הן אינן עומדות באף לא אחד ממבחני המשנה של המידתיות כפי שנקבעו בפסיקה:

א. מבחן הקשר הרציונלי: כאמור לעיל, הרף הראייתי הנמוך אותו קובע הנוהל איננו מאפשר להגשים את תכליתו המרכזית, שהיא הרחקה מן הציבור של מי שביצעו עבירות פליליות, ולא של חפים מפשע. ללא הליך הוגן, ורף ראייתי הדומה לזה שנדרש בפלילים, לא ניתן

להבחין בין מי שאכן ביצעו עבירות לבין חפים מפשע, וגרזן הכליאה הממושכת מופעל באופן שרירותי גם לגבי החפים.

ב. מבחן האמצעי שפגיעתו פחותה: ברי, כי ניתן להעלות על הדעת אמצעים רבים שיגשימו, לפחות בקירוב את אותה המטרה מבלי להסב פגיעה כה חמורה בזכויות אדם. אף ללא קיומו של הנוהל, יש בידי רשויות האכיפה כלים רבים לשם התמודדות עם פשיעה. בראש ובראשונה, מצויות בידי רשויות האכיפה הסמכויות הרגילות על-פי הדין הפלילי ודיני המעצרים, אשר כשלעצמן מייצגות איזון חוקתי ראוי בין הצורך להתגונן מפני פשיעה לבין ההגנה על זכויות אדם. אי-מידתיותו של הנוהל ברורה לעין כאשר בוחנים את הפער הרחב בין התנאים להפעלת הנוהל לבין התנאים להפעלת הסמכות לפי הדין הפלילי.

ג. מבחן המידתיות במובן הצר: לאור הפגיעה החמורה בזכויות בסיסיות מחד גיסא, והאמצעים הבלתי מספקים להגשמת תכליות הנוהל מאידך גיסא, ברור כי הנזק הנגרם כתוצאה מהנוהל - למסתננים עצמם, לאינטרס הציבורי בהגינותו ושוויוניותו של ההליך, ולצביונה הדמוקרטית של המדינה - עולה בהרבה על התועלת החברתית הגלומה בו. אמצעים כה דרקוניים אינם יכולים להיות מוצדקים גם בהנחה שתוגבר תחושת הביטחון של הציבור כתוצאה מהפעלתם.

סוף דבר

118. על בסיס העמדה המפורטת שהובאה לעיל, ומהנימוקים המובאים בבקשת הסניגוריה מיום 9.7.13, מתבקש בית המשפט הנכבד להעניק לסניגוריה הציבורית מעמד של "ידיד בית המשפט".

היום: ט"ו אב תשע"ג

22 יולי 2013

איילת עוז, עו"ד

הסניגוריה הציבורית הארצית

רתם רוזנברג, עו"ד

הסניגוריה הציבורית הארצית