

מדינת ישראל

משרד המשפטים

ייעוץ וחקיקה (משפט ציבורי-מנהלי)
ירושלים: כ"ב חשון תשע"ח
11 נובמבר 2017
תיקנו: 803-10-2017-000107
סימוכין: 803-99-2017-081544

לכבוד
משתתפי הדיון

שלום רב,

הנדון: ענישה משמעתית של מסתננים

סמך: תזכיר חוק מטעם רשות האוכלוסין מתאריך 15.10.2017; עמדת רשות האוכלוסין מתאריך 6.11.2017

1. בתאריך 15.10.2017 העבירה אלינו רשות האוכלוסין את תזכיר החוק שבסמך, המבקש להאריך את תוקפן של חלק מהוראות החוק למניעת הסתננות (עבירות ושיפוט), התשי"ד-1954 (להלן, בהתאמה: **התזכיר ו-החוק למניעת הסתננות**), שנקבעו כהוראות שעה, ולתקן חלק אחר מהן. התזכיר מצ"ב כנספח למכתב זה.

2. בהמשך לדיונים שהתקיימו בייעוץ וחקיקה (משפט ציבורי-מנהלי) בתאריך 2.11.2017 ובתאריך 7.11.2017 ביחס לתזכיר, אבקש להתייחס בהרחבה לרכיב אחד במסמך, שלדעת המחלקה למשפט ציבורי-מנהלי קיים בו קושי שמונע את קידומו: הצעת רשות האוכלוסין כי ייקבע שניתן להעביר למשמורת כל מסתנן שאיננו פועל לחידוש רישונו כמתחייב מהדין, או ששוהה בישראל בניגוד למגבלה גיאוגרפית שקבועה ברשיונו. תקופת המשמורת הקבועות כיום בחוק הן בין 60-90 ימים, אך מעמדת רשות האוכלוסין מתאריך 6.11.2017, המוזכרת בסמך, ניכר כי הרשות מוכנה לצמצם את מספר הימים האמור. תיקון כמבוקש בתזכיר ישנה את פרשנות בתי המשפט לדין הקיים, לפיה ניתן להשים במשמורת מסתננים שלא חידשו את רישונם, וזאת מכוח סעיף 32כ(ג) הנוכחי לחוק, רק אם בסיום תקופת המשמורת האמורה – ניתן להעביר את המסתנן למרכז השהייה 'חולות'.¹

עוד יצויין כי לדברי רשות האוכלוסין, אוכלוסיית הזרים שעליה יחול התיקון – קרי, הזרים שלא מחדשים את רישונם ואינם עומדים בתנאים להשמה ב-'חולות' – עומד על כ-1,300 אנשים. עוד כ-10,000 זרים אינם מחדשים את רישונם, ואולם ניתן להעבירם ל-'חולות', ועל כן סמכות ההשמה במשמורת כפי שהיא קיימת כיום יכולה לחול עליהם גם במצב הנוכחי.

¹ ראו: עמ"נ 27891-07-16 פול נ' משרד הפנים (לא פורסם, 16.8.2016).



מתוכם, 4,300 זרים אשר הופנו ל-יחולות' ובחרו שלא להתייצב, ו-2,300 זרים אשר נטשו את מרכז השהייה 'חולות' בטרם שהסתיימה תקופת שהייתם שם.

3. **הקושי המשפטי בהצעת הרשות נובע מכך, שקרוב לוודאי שהתיקון יאפשר ענישה פלילית על ידי גורם מינהלי – קרי, מצב שבו תתבצע שלילת חירות משמעותית ובהיקף נרחב, בהליך שאיננו הליך פלילי. מצב כזה עולה, להבנתי, כדי מניעה, על פי תפיסת המשפט החוקתי את הזכות לחירות ולהליך הוגן.**

אסביר את הדברים להלן, ובסוף הדברים אציע כלים משפטיים אחרים לפתרון הבעיה. נוכח לוחות הזמנים הקצרים הדיון יהיה תמציתי.

רקע

4. כיום, סעיף 32כ(ג) לחוק למניעת הסתננות, המאפשר להעביר מסתנן למשמורת אם הוא איננו מחדש את רישיונו, מפורש על ידי בתי המשפט כמשרת תכלית משמעותית הקשורה באופן הדוק לשהייה במרכז השהייה 'חולות', או לאפשרות להיות מועבר למרכז זה. כלומר, תכליתו של הסעיף היא למנוע מצב שבו מסתנן יימנע משהות ב-יחולות' על ידי אי-חידוש הרישיון שלו. כפועל יוצא מכך, לא ניתן כיום להפעיל את הסמכות להשמה במשמורת על מסתנן שלא ניתן להעבירו, לאחר תום תקופת המשמורת, למרכז 'חולות' (לדוגמה: נשים, קטינים וכד').

5. בית המשפט העליון בחן את חוקתיות סעיף 32כ לחוק מניעת הסתננות כולו (כולל סעיף 32כ(ג), שבו עסקינן כעת), במסגרת הביקורת השיפוטית השלישית על הפעלת מתקן 'חולות', ב-**פרשת דסטה**². בנושא סעיף זה הובעו שתי דעות: השופט פוגלמן סבר, בדעת מיעוט, כי סעיף 32כ כולו דינו בטלות מחמת חוסר חוקתיות, ואילו הנשיאה נאור קבעה, בדעת רוב, כי הסעיף הוא מידתי ואין לבטלו. אציג בקצרה את מהלך הניתוח של שתי העמדות, על מנת להראות שלמיטב הבנתי, על פי שתיהן התיקון המוצע כעת איננו עומד באמת-המידה החוקתית.

6. השופט פוגלמן, שהיה כאמור בדעת מיעוט, קבע את העקרון המנחה בסוגיה זו, והוא כי **ענישה פלילית "ממש" היא מותרת רק על באמצעות הליך פלילי, ולא בהליך מינהלי, וזאת מאחר שענישה פלילית בהליך מינהלי פוגעת באופן בלתי-מידתי בזכויות החוקתיות לחירות ולהליך הוגן:**

הנה כי כן, המחוקק הכיר בכך שבמערכות היררכיות מסוימות, הרשות המינהלית מוסמכת להטיל עונשים הכוללים שלילת חירות למטרות משמעותיות ... דא עקא, אין להסיק מהסדרים אלה כי ניתן להוציא את תפקיד הענישה הפלילית מידי הרשות השופטת. יש אפוא לעמוד עמוד היטב על קו התפר העדין שבין ענישה

² בג"צ 8665/14 דסטה נ' הכנסת (לא פורסם, 11.8.2015).

משמעתית לבין ענישה פלילית: ענישה משמעתית, בנסיבות המתאימות – יכולה להיות נתונה בידי הרשות המינהלית ... ברם ככל שהוענקה לממונה ביקורת הגבולות הסמכות לענוש בענישה פלילית מסתגן – סמכות זו לא תוכל לעמוד. זוהי פגיעה חריפה יתר על המידה בזכויות – בזכות לחירות ובזכות להליך הוגן. זכויות אלו כרוכות זו בזו. שלילת חירות משמעתית-כביכול החוצה את הרוביקון אל היבשת ה"פלילית" דורשת הליך פלילי בין כתליו של בית משפט, שהוא שמבטיח את הזכות להליך הוגן. ענישה פלילית – לבית המשפט מסורה היא, ולבית המשפט בלבד.³

7. כיצד יש להבחין בין ענישה משמעתית לבין ענישה פלילית? השופט פוגלמן הסביר כי מדובר בשאלה פרשנית לא פשוטה, שיש להכריע בה בהתחשב במספר שיקולים פרשניים:

א. האם מדובר בהתנהגות שלגביה קיימת עבירה פלילית? שלילת חירות בהליך מינהלי על התנהגות שלגביה קיימת עבירה פלילית, יכולה להיתפס כניסיון לעקוף את ההליך הפלילי, המחמיר יותר.⁴

ב. חומרת העבירה.⁵

ג. משכה המירבי של שלילת החירות.⁶

ד. ההקשר של ההתנהגות הרלבנטית – האם מדובר בענישה של התנהגות בתוך מערכת היררכית, או בהתנהגות שאיננה ממושטרת באופן הדוק. כך, השופט פוגלמן הזכיר שתי דוגמאות לענישה משמעתית שעומדת במבחני המידתיות, שהמשותף להן הוא קיומה של מערכת היררכית שבתוכה הפרט נמצא: ראשית, בצבא, בשירות בתי הסוהר ובמשטרה, ניתן לאכוף דין משמעתי שכולל שלילת חירות על העובדים במסגרות אלה; ושנית, קיימים הסדרים של אכיפת כללי משמעת הכוללים שלילת חירות בתוך בתי סוהר ובתי מעצר, על העצורים עצמם.⁷

8. השופט פוגלמן החיל מבחנים אלה על סעיף 32כ, והגיע למסקנה כי במקרה זה סמכויות הענישה הן פליליות ולא משמעתיות, ולפיכך יש מקום שהן יוכפפו להליך פלילי מלא, "לפי כל כללי ודקדוקיו".⁸

³ שם, בפיסקה 43 לפסק דינו של השופט פוגלמן.

⁴ שם, בפיסקה 45 לפסק דינו של השופט פוגלמן.

⁵ שם, שם.

⁶ שם, שם.

⁷ שם, בפיסקאות 42, 47 לפסק דינו של השופט פוגלמן.

⁸ הציטוט הוא מפיסקה 43 לפסק דינו של השופט פוגלמן, ומסקנתו של השופט פוגלמן מובאת בפיסקה 49 לפסק דינו.

9. הנשיאה נאור – שעמדתה משקפת כאמור את דעת הרוב – ניתחה את החקיקה באופן דומה לזה של השופט פוגלמן, ואולם היא פירשה אחרת את הסמכויות כאן, כסמכויות ענישה משמעותיות ולא פליליות.

10. כך, הנשיאה נאור קבעה במפורש כי היא מבינה את סעיף 32 כסעיף שתכליתו משטור התנהגות בתוך מערכת היררכית – מתקן 'חולות'. הנשיאה נאור קבעה כי: "מנגנון האכיפה שעוגן בסעיף 32 לחוק מקנה, כאמור, אמצעים יעילים לניהולו של מרכז השהייה, אשר בלעדיהם ייעשו כללי ההתנהגות לשהייה בו פלסטר";⁹ וכמו כן היא קבעה כי סמכויות ההשמה במשמורת משרתות תכלית אשר "מבקשת לאזן בין הצורך בשמירה על כללי השהייה במרכז לבין הרצון להגן על זכויותיהם הבסיסיות של השוהים בו".¹⁰ כלומר, הנשיאה נאור התמקדה בהקשר של ההתנהגות שאותה מבקשים להעניש, ומצאה שמכוון שמדובר בסמכויות שדומות במהותן לאלה שקיימות במוסדות היררכיים אחרים – האיזון שנעשה במסגרת החוק בין הצורך המדינתי לבין זכויות הפרט, הוא מידתי במקרה זה.

בחינת התזכיר נוכח קביעות בית המשפט

11. כעת, מבקש משרד הפנים לשנות במפורש את תכליתו של סעיף 32(ג), כך שיובהר שהוא לא יחול רק בהקשר של השהייה ב-'חולות', אלא בצורה כללית על כל מסתנן שלא חידש את רישיונו, גם אם לא ניתן להוציא הוראת שהייה ב-'חולות' לאותו המסתנן.

12. לדעתי, שינוי זה פוגע באופן קשה ביכולת להגן על הסמכות האמורה, ולהבנתי הוא עולה כדי מניעה, וזאת לפי שתי הגישות שהוצגו בפרשת דסטה:

13. לגישת השופט פוגלמן, המצב המשפטי הקודם היה לא חוקתי, והתיקון שלו כעת רק מחריף את הבעיה. הטעם לכך הוא שהחלת מבחן (ד) שנוכר לעיל, העוסק בהקשר של ההתנהגות שאותה מבקשים להעניש, תוביל כעת באופן חד-משמעי למסקנה כי לא ניתן להשוות את הסמכות על פי התזכיר לזו הניתנת לגורמי המדינה בארגונים היררכיים או במתקני מעצר ומאסר. לפיכך, ניטל מאמצעי האכיפה ההקשר המרכזי שיכול להכשיר אותו, קרי הקשר לניהול מתקן 'חולות'.

14. עוד אציין בהקשר זה, ביחס למבחן (א), כי קיימת עבירה פלילית הרלבנטית לסיטואציה העובדתית המדוברת.¹¹ כפי שציין השופט פוגלמן, "קיומה של נורמה פלילית מקבילה עשוי

⁹ שם, בפסקה 111 לפסק דינה של הנשיאה נאור; ההדגשה לא במקור.

¹⁰ שם, בפסקה 112 לפסק דינה של הנשיאה נאור; ההדגשה לא במקור.

¹¹ סעיף 12(1) לחוק הכניסה לישראל, התשי"ב-1952 קובע כי ישיבה בישראל ללא אשרה היא עבירה פלילית שדינה מאסר שנה.

לתמוך בדעה שלפיה אין מדובר באמצעי משמעתי אלא בניסיון לייצר "מסלול עוקף" להליך הפלילי.¹²

15. באשר לגישת הנשיאה נאור, זו התבססה, כזכור, על תפיסת סעיף 32 לחוק ככלי שתכליתו לאפשר לרשויות הרלבנטיות לאכוף את הסדר והמשמעת במתקן 'חולות'. ביחס לתכלית זו נקבע כי הסמכויות הן כדין, וזאת מכיוון שנמצא שקיימות סמכויות מקבילות במתקני שירות בתי הסוהר, בנוגע לעצירים ואסירים. ואולם ההצעה שבפנינו מבקשת לאפשר לגורם מינהלי "לנהל אוכלוסיה" גם מחוץ למתקנים שבהם אמורים לשרור סדר ומשמעת, וזאת על ידי השמה במשמורת, שתנאיה דומים מאוד לתנאי כליאה. קשה לראות כיצד גישת הנשיאה נאור יכולה להצדיק את המצב המוצע, לאחר שהמניע העיקרי להנמקתה של הנשיאה – הקשר לניהול מתקן 'חולות', והצורך בהפעלתו ללא תקלות – מוסר באופן מפורש על ידי משרד הפנים.

16. בדיונים הקודמים שקיימנו בנושא סברנו, שניתן **אולי** לפתור את הקושי על ידי הקטנת תקופת השהייה במשמורת, ובמקביל קביעת תנאי-סף מחמירים יותר להעברה למשמורת במקרים אלה (למשל, קביעה כי העברה למשמורת תהיה אפשרית רק לגבי מסתנן שלא חידש את רישונו במשך תקופה ארוכה). ואולם לאחר בחינת הנושא מחדש, נוכח עמדת המחלקה הפלילית, שהתנגדה גם להעברה למשמורת למספר ימים, נדמה לנו כעת שלא יהיה ניתן להגן על המידתיות של השמה במשמורת גם לתקופות קצרות יותר. הטעם לכך הוא שיהיה קשה עד בלתי אפשרי להציג תכלית לתזכיר שעומדת במבחני פסקת ההגבלה:

א. רשות האוכלוסין ציינה בדברי ההסבר לתזכיר, כי מטרת ההוראה הנידונה כאן היא להרתיע את המסתננים מאי-חידוש רישיונם.¹³ ואולם הנשיאה נאור קבעה כי "הרתעה כללית כשלעצמה אינה תכלית לגיטימית".¹⁴

ב. בדיונים שהתקיימו אצלנו, הוזכרה גם האפשרות להסתמך על התכלית של זיהויו של המסתנן וקיום בקרה עליו. אך גם תכלית זו איננה מאפשרת, על פי פסיקת בית המשפט, השמה במשמורת לתקופה ארוכה: ב-**פרשת דסטה** נקבע כי "כאשר נמצא שהמשך מעצרו של מסתנן אין בו כדי לשרת את תכלית הזיהוי וההרחקה, אין עוד הצדקה להמשיך ולהחזיקו במשמורת".¹⁵ והרי בענייננו – התכלית של זיהויו של המסתנן וקיום פיקוח עליו, הנובע מכך שהוא מחזיק ברישיון כדין, מתקיימת כבר ברגעיו הראשונים של השמתו של המסתנן במשמורת.

¹² **פרשת דסטה**, בפסקה 45 לפסק דינו של השופט פוגלמן.

¹³ ראו בפסקה 24 לתזכיר שבסמך.

¹⁴ בג"צ 7385/13 **איתן** – **מדיניות הגירה ישראלית נ' ממשלת ישראל** (לא פורסם, 22.9.2014), בפסקה 2 לפסק דינה של המשנה לנשיא (בתוארה אז) נאור; **פרשת דסטה**, בפסקה 35 לפסק דינה של הנשיאה נאור.

¹⁵ **פרשת דסטה**, בפסקה 41 לפסק דינה של הנשיאה נאור.

ג. אפשרות שלישית, שנמסרה על ידי רשות האוכלוסין בישיבה שהתקיימה בתאריך 7.11.2017, היא כי הסמכות המוצעת תכליתה היא למנוע השתקעות של מסתננים בישראל (ראו במסמך מטעם רשות האוכלוסין שבסמך). ואולם קשה לראות את הקשר הרציונלי בין תכלית זו לבין הסמכות המוצעת: מתקן 'חולות' הוא זה שהוכר בפסיקה כמשרת את התכלית של מניעת השתקעות (מאחר שהוא מעביר אנשים מחוץ לריכוזי הערים), ואילו הסמכות המוצעת כאן נוגעת בדיוק לאנשים שלא יוכלו להיכנס לחולות, מאחר שהם לא עומדים בקריטריונים לכך. אם יתקבל התזכיר, אזי לאחר שהות במשמורת, אותם הזרים יוחזרו למקום מגוריהם המקורי, וההשמה במשמורת לתקופה קצרה – לא תוביל למניעת השתקעות. ומעבר לכך, נדמה שאם המטרה היא מניעת השתקעות, קיים אמצעי שפגיעתו פחותה: הענקת רישיון עם הגבלה גיאוגרפית, שמונעת התגוררות במקומות מסוימים.

הצעות אחרות לפתרון

17. לדעתי, ניתן להשתמש בשלושה כלים משפטיים שקיימים כיום ואינם דורשים תיקון חקיקה, על מנת לתמרץ זרים לחדש את רישיונם:

א. ניתן לתעדף אכיפה של איסור ההעסקה, כנגד מעסיקים של זרים שעובדים ללא שחידשו את רישיונם, שכן אלו עובדים ללא אישור עבודה בתוקף.

ב. כאשר נתפס זר אשר לא חידש את רישיונו, ניתן להעניק לו רישיון שהייה חדש שבצידו הגבלת שהייה ועבודה גיאוגרפית, ובכך להרחיק אותו מן האזורים שבהם מתגוררים כיום רוב הזרים. כאמור בפסקה 16(ג), שימוש באמצעי זה יוביל באופן פשוט יותר להגשמת התכלית של מניעת השתקעות.

ג. ניתן לאכוף את העבירה הפלילית המצויה כבר כיום בספר החוקים, כנגד זרים שלא חידשו את רישיונם ולפיכך שוהים בישראל שלא כדין.

18. בצד הדברים האמורים, יש מקום לתהות האם הקושי שעליו הצביעה רשות האוכלוסין אכן כה חריף, שהוא מצדיק תיקון חקיקה או שינוי מדיניות אכיפה כלשהי. אזכיר שעל פי נתוני רשות האוכלוסין, האוכלוסייה שהרשות מבקשת לקבל כלים משפטיים חדשים לגביה עומדת על 1,300 אנשים, קרי כ-2.5% מכלל קבוצת הזרים הרלבנטית (שגודלה כ-50,000 אנשים). יתר על כן, נראה שנדרש טיפול דחוף יותר בקבוצות אחרות של זרים שאינם מחדשים את רישיונם: כ-4,300 זרים שלא התייצבו ל-'חולות' ואינם מחדשים את רישיונם, ועוד 2,400 זרים שנטשו את 'חולות' וגם הם אינם מחדשים את רישיונם. לגבי כל אלה, הסמכות להשמה במשמורת – קיימת כבר כיום, ואולם לא ברור האם מתבצעת כנגדם אכיפה, ומה

האפקטיביות שלה. בהינתן נתונים אלה, נראה שעדיף להתחיל בשימוש בסעיף 32כג) לחוק למניעת הסתננות על קבוצות הזרים הגדולות אשר לגביהן הסעיף תקף כבר היום.

בברכה,

ד"ר עמרי בן צבי, עו"ד

ייעוץ וחקיקה (משפט ציבורי-מנהלי)