



אזור	יהודה	והשומרון
לשכת	היועץ	המשפטי
ת"ד 5,	בית אל	90631
טל':	02-9977071/711	
פקס:	02-9977326	
222/20	707660	
כ"ט	באייר	התש"ע
13	במאי	2010

לכבוד  
גב' דליה קרשטיין, מנכ"לית  
"המוקד להגנת הפרט"  
בפקס 02-6276317

שלום רב,

**הנדון: הצו בדבר מניעת הסתננות (תיקון מס' 2) והצו בדבר הוראות ביטחון (תיקון**

**מס' 112) - מענה לפניח**

שדך: 37230 מיום 25.3.2010

11.4.2010 מיום 37230

**בללי**

1. במכתביך שבסמך, אשר מוענו למפקד פיקוד המרכז ולשר הביטחון, ביקשתם להביא את הערותיכם בנוגע לתיקוני החקיקה שבנדון, ולעכב את כניסתם לתוקף. על דעת מפקד פיקוד המרכז, להלן חתייחסותנו לכלל טענותיכם, בסדרן.

**רקע**

2. ביום 13 באוקטובר 2009, כ"ה בתשרי התש"ע, חתם מפקד כוחות צה"ל באיו"ש על תיקון מס' 112 לצו בדבר הוראות בטחון (צו בדבר הוראות בטחון (תיקון מס' 112) (יהודה והשומרון) (מס' 1649), התש"ע-2009) (להלן: "התיקון לצו בדבר הוראות ביטחון") וכן על תיקון מס' 2 לצו בדבר מניעת הסתננות (צו בדבר מניעת הסתננות (תיקון מס' 2) (יהודה והשומרון) (מס' 1650), התש"ע-2009) (להלן: "התיקון לצו בדבר מניעת הסתננות").

3. תיקוני החקיקה האמורים נחתמו לאחר עבודת מטה ממושכת, לה היו שותפים גורמי צה"ל, משטרת ישראל ומשרד המשפטים, וזאת לאור קביעות בית-המשפט העליון במספר עתירות, לפיהן ראוי להקים ערכאת ביקורת שיפוטית על צווי גירוש מסתננים. כפי שנקבע בבג"ץ 2737/04 כפארגה נ' מפקד כוחות צה"ל בעזה:

"ראוי למדינה כי תקדים ותפעל ליצירת מנגנון של ביקורת שיפוטית "פנימית" - בצד ביקורתו של בית משפט זה - על החזקתם של מורחקים מכוח תחיקת הביטחון באזור [...]. ככל הליך של שליכת חירות, אף החזקת מורחקים כאלה ראוי שתבוצע לפי כללים בהירים ומוגדרים, ושתהא נתונה לביקורת שיפוטית עיתית."

4. תיקוני החקיקה נכנסו לתוקפם לאחר 6 חודשים מיום חתימתם, ביום 13 באפריל 2010, על מנת לאפשר היערכות ראויה ליישומם. לאחר החתימה עליהם, פורסמו הצווים בעברית ובערבית בקובץ המנשרים, הצווים והמינויים וכן פורסמו לקהל, בין היתר בחדרי הסנגורים ובלוחות המודעות בבתי המשפט הצבאיים.

הגדרת "מסתנן"

5. במכתבכם טענתם, כי הגדרת ה"מסתנן" הורחבה באופן דרמטי, ולשיטתכם היא כוללת כיום גם את מי שנולד באיו"ש, "זרים ופלסטינים שעברו להתגורר בגדה מהרצועה" וכן ישראלים וחיילים הנמצאים באיו"ש, וזאת נוכח הצורך לקבל היתר כניסה בכתב, שלא ניתן לאף אחד מתנמנים על האוכלוסיות האמורות לעיל.
6. להבנתנו, פרשנותכם להגדרת המסתנן אינה מתחייבת כלל ועיקר ואינה עולה מלשונו של הצו. נחפוץ הוא.
7. ראשית, ההגדרה של מסתנן שונתה כך שהיא מגדירה את המסתנן כ"מי שנכנס לאזור שלא כדין לאחר היום הקובע, או מי ששוהה באזור ושאינו בידו היתר כדין". הדגשה זו הוספה על מנת להדגיש את הברור מאליו, כי מי ששוהה באזור בהיתר, בוודאי שאינו מסתנן. כך, מי שנולד באזור, לא "נכנס" אליו ועל כן לא יכול להתחשב כ"מסתנן" וכך גם לעניין מי שנכנס לאזור בהיתר (יהיה זה פלסטיני מרצועת עזה, זר או ישראלי), בין אם מדובר בהיתר כללי ובין אם מדובר בהיתר אישי.
8. שנית, המפקד הצבאי העניק בהיתר כניסה כללי (מס' 5) (תושבים ישראלים ותושבי חוץ) (יהודה והשומרון) חתש"ל-1970, היתר כניסה כללי לישראלים ולזרים בעלי היתר כניסה לישראל (אשרת ב/2 המונפקות על-ידי משרד הפנים), ועל כן בוודאי שהצו אינו חל על הנמנים על אוכלוסיות אלה, אשר נכנסים לאזור ושוהים בו בהיתר מתאים.
9. שלישית, לעניין זרים החיים באיו"ש שנים ארוכות ללא היתר נציין, כי במסגרת המחווה המדינית האחרונה הנוכרת במכתבכם טיפלה ישראל בבקשות שתוגשו וזרים אלה קיבלו מעמד באיו"ש. ככל הידוע לנו, לא הועברו בקשות נוספות על-ידי הרשות הפלסטינית בעניין זה, כך שלא ברור לנו על מה נסמכת טענתכם בעניין ולגבי אילו אוכלוסיות בדיוק, יש לטענה משמעות מעשית.
10. ולבסוף לעניין תושבי רצועת עזה נשיב, כי הן במסגרת העתירות שהוזכרו בפנייתכם והן בעתירות נוספות העוסקות בסוגיית "זכותם" של תושבי עזה להתגורר באיו"ש ללא היתר (דוגמת בג"ץ 660/08 עא"ש עאמר) עמדתנו נותרה כשהיתה, כי המפקד הצבאי באיו"ש רשאי לקבוע את תנאי הכניסה לאזור והשהיה בו. לעמדתנו, אין לתושבי עזה "פטור" מהחובה לקבל היתרי כניסה לאיו"ש והיתרים לשהיה בו.

עבירה פלילית

11. במכתבכם טענתם, כי הצו קובע עונשים מחמירים יתר על המידה, וזאת בעיקר ביחס לענישה המקבילה בישראל. עיון בצו מלמד, כי הענישה לא רק שלא הוחמרה ביחס לצו הקודם שהיה בתוקף, אלא אף הוקלה.
12. כך, ביחס למסתנן, העונש בצו עבירת ההסתננות הוקל ל-7 שנות מאסר, במקום 15 שנות מאסר שהיו קבועות בצו קודם לכן. בנוסף, ביחס להסתננות מזוינת נקבע, כי העונש בגין עבירה זו הינו 20 שנות מאסר, במקום מאסר עולם שהיה קבוע קודם לכן.
13. לבסוף, נקבעה ענישה מקלה יותר ביחס למסתנן, שיוכיח כי נכנס לאזור כדין, שדינו יעמוד על 3 שנות מאסר.
14. נעיר שתי הערות ביחס לטענותיכם בדבר "חוסר היגיון" בענישה שנקבעה. ראשית, להבנתנו, יש היגיון והצדקה לקבוע באזור עונשים שונים וחמורים ביחס לאלה הקבועים בחקיקה הישראלית, וזאת לאור מאפייניו הייחודיים של האזור. יוזכר, כי אזור יהודה והשומרון הוא שטח צבאי סגור המצוי בתפיסה לוחמתית. נוכח האמור, הנסיבות באזור שונות, ומכאן גם ההבדלים ביחס לדין החל במדינת ישראל.

בחקשר זה נפנה לקביעת בית-המשפט העליון בבג"ץ 1073/06 וליד מסאלמה נ' ביהמ"ש הצבאי לערעורים באיו"ש:

"גם לטענה בדבר הצורך בהשוואה בין רמת הענישה באזור לרמת הענישה בישראל אין מקום להיעתר ככלל. עניין זה עומד כמובן בבסיס ההבדלים שבין העונשים הקבועים בחוק הישראלי לבין העונשים בתחיקת הבטחון השוררת באזור, והוא נובע מן התמודדות עם הנסיבות באזור."

וכן לקביעת בית-המשפט בבג"ץ 10416/05 דראר אלחרוב נ' בית-המשפט הצבאי ביהודה:

"ההבדלים בין רמת הענישה באזור לרמת הענישה בישראל מקורם בשוני שבין הדינים הרלוונטיים החלים בישראל לעומת הדינים החלים באזור ועל כן כבר נפסק כי ככלל עתירות הנוגעות לסוגיה זו אינן באות בגדר המקרים החריגים המצדיקים את התערבותנו, כל עוד פועלים בתי המשפט הצבאיים במסגרת הדין."

ולאחרונה, קביעת בית-המשפט בבג"ץ 7932/08 דראר חרוב נ' מפקד כוחות צה"ל באיו"ש:

"קיומו של פער בין הדין באזור לבין הדין בישראל, כשלעצמו, אינו עילה להתערבות שיפוטית, והוא נובע מהנסיבות - ההיסטוריות והאקטואליות - השונות."

15. שנית, ביחס למסתנן שיוכיח כי נכנס לאזור כדון, לשיטתכם המדובר באפשרות תיאורטית שכן אינה ישימה ביחס למי שנכנס לאיו"ש מרצונת עזה. ביחס לכך נשיב, כי כאמור, עמדתנו בעניין הכניסה מרצונת עזה שונה, ולהבנתנו, מי שנכנס לאזור לפני שנת 2000 נדרש לחזור לביתו בעזה עם ביטול המעבר הבטוח. כך או כך, שאלה זו עדיין תלויה ועומדת בפני בית-המשפט העליון ואנו ממתניים להכרעתו בעניין.

16. כן טענתם, כי החלופה אינה ישימה ביחס למי שנכנס לאיו"ש לפני שנים ארוכות שכן הוא לא יוכל לאתר את ההיתר שניתן לו "לפני 20 שנים". להבנתנו, כאמור, עם השלמתה של המחווה המדינית שהוזכרה גם במכתבכם, לא אמורים להימצא באזור תושבים השוהים בו שנים ארוכות ללא היתר, שכן אלה קיבלו מעמד באזור זה מכבר. בכל הנוגע למי שנכנס לאזור לאחרונה, הרי שבודאי שהצו יחול עליו, וככל שנכנס לאזור בהיתר - הרי שיוכל להביא ראיה לכך בקלות.

#### גירוש בהעדר ביקורת שיפוטית

17. במכתבכם אתם מלינים על כך שהביקורת השיפוטית על צו הגירוש תיערך בפני הוועדה לבחינת צווי גירוש (להלן: "הוועדה") בתוך 8 ימים לכל היותר, אך למעשה ניתן יהיה להרחיק אדם קודם לכן, שכן לא קיימת כל אפשרות לפנות לוועדה אלא אם המפקד הצבאי בחר להביא את עניינו של המגורש בפני הוועדה. כמו כן הלנתם על כך שלא עוגנו בצו זכויות המיועד לגירוש לחיות מיוצג ולהיוועץ ברא-כוחו וכן הזכות לערער על ההחלטה.

18. ביחס לכך נשיב, כי להבנתנו את תיקון החקיקה, המגורש יוכל לפנות לוועדה בפרק הזמן בו לא יוכל להיות מורחק מהאזור (72 שעות מרגע הוצאת צו הגירוש בעניינו). בכוננתנו להטמיע הדבר בנוהל הפיקודי הנוגע לעניין, כך שלצד יידוע המיועד לגירוש על זכויותיו בהתאם לסעיף 3(א3) לצו, בהן בין היתר זכותו, כי תימסר הודעה על החזקתו במשמורת לאדם קרוב לו, בכוננתנו ליידעו, כי באפשרותו לפנות לוועדה לצורך הבאת צו הגירוש לבחינת הוועדה.

19. להבנתנו, הבאת הצו הפרטני לביקורת שיפוטית אינה מתחייבת בכל אחד ואחד מהמקרים, שכן קיימים מסתננים שלא יחפצו בכך ואשר יבחרו לצאת את האזור מיד עם קבלת צו הגירוש. זאת ועוד, הניסיון מלמד, כי במרבית המקרים מוחזקים חמיועדים לגירוש במשמורת עם קבלת צו הגירוש, וזאת עד לתיאום הגירוש עם מדינות המוצא שלהם, ועל כן יובאו בפני תועדה בתוך פרק הזמן הקבוע בצו - היינו 8 ימים מיום הוצאת צו הגירוש.

20. ביחס לזכות הייצוג, נפנה אתכם לסעיף 3(א3) לצו בדבר מניעת הסתננות, הקובע:

"ניתן צו גירוש לפי סעיף קטן (א), יימסר למסתנן, בכתב או בעל-פה, ככל האפשר, בשפה המובנת לו, מידע על זכויותיו לפי צו זה, וכן על זכותו, כי תימסר הודעה על החזקתו במשמורת לאדם קרוב לו ולעורך דין."

וכן לסעיף 87(ג) לצו בדבר הוראות ביטחון, הקובע מפורשות, כי "מוחזק במשמורת רשאי להעזר בנציג בטיעוניו בפני הוועדה...", ובכך מעגן את זכות הייצוג בפני הוועדה, אם יבחר בכך המוחזק במשמורת. נוכח האמור, לא מצאנו בסיס לטענתכם, לפיה נגרמת פגיעה בזכויות המסתננים אשר עניינם יובא בפני הוועדה.

21. ביחס לזכות הערעור נציין, כי מאחר שמדובר בוועדה שיפוטית ולא בבית דין, לא מצאנו מדוע קיימת חובה לאפשר זכות ערעור על החלטותיה בפני ערכאה נוספת. תקיפת החלטת הוועדה תוכל להתבצע, בדומה למתרחש כיום, בעתירה לבית-המשפט הגבוה לצדק.

#### החזקה במשמורת ושחרור בערבות

22. בעניין זה ציינתם במכתבכם, כי בשונה מחוקק הישראלי, הצוים אינם כוללים אפשרות לשחרור המוחזק במשמורת בשל חלופי זמן, וכי שיקול הדעת של המפקד הצבאי ושל הוועדה מוגבל בכל הנוגע להעדר שיתוף פעולה של המיועד להחזקה, זאת הן בשל העדר הגדרה ל"שיתוף פעולה" והן בשל הצורך באיתור מדינות שיסכימו לקבלו. בנוסף נטען, כי הגבלת שיקול הדעת ביחס לשופט לעניינים פליליים או מעצרים מנהליים אינה מוצדקת.

23. בעניין זה נשיב, כי נוכח השיקולים הביטחוניים הכרוכים בצורך בהחזקתם של מסתננים במשמורת, דוגמת המיועדים לגירוש כיום, נגדם הוצאו צווי גירוש והם מוחזקים במשמורת, הרי שחלופי הזמן **שלעצמו** אינו יכול ככלל להוות נסיבה לשחרור. עם זאת, מהוראות סעיף 87(ג) עולה, כי הוועדה תוכל להורות על שחרור המוחזק במשמורת אם שוכנעה, כי קיימים טעמים מיוחדים המצדיקים זאת, במקרה בו לא נשקפת משחרורו של המוחזק סכנה. לפיכך, אם ירצה המיועד לגירוש לשכנע את הוועדה כי יש לשחררו ממשמורת מאחר שמשך החזקתו הארוכה במשמורת מהווה טעם מיוחד המצדיק זאת, פתוחה בפניו הדרך לעשות כן.

24. לעניין שיקול הדעת בכל הנוגע להעדר שיתוף פעולה של המיועד לגירוש נציין, כי מטרתו של סעיף זה למנוע מצב בו הגירוש אינו מתאפשר בשל כך שהמיועד לגירוש מסכל את האפשרות לכך. להבנתנו, ההגדרה הרחבה בסעיף 87(ג1) אינה מחייבת "חיזור על פתחן של למעלה ממאה מדינות" מצד המיועד לגירוש, שכן נסיבה זו הינה נסיבה **מרחיבה** אשר נועדה לתת דוגמאות לשיקולים בעניין זה, אך אין בה כדי למצות את שיקולי הוועדה בעניין, אשר בזכור, הינה וועדה שיפוטית ששיקול דעתה רחב.

25. בנוסף, בכל הנוגע לטענתכם ביחס לשיקול דעתו וסמכותו של המפקד הצבאי, הרי שאלה יהיו נתונים מעתה לבחינתה של הוועדה. פרי, כי בכך יש כדי להיטיב עם המיועדים לגירוש שכן מדובר בוועדה שיפוטית, אשר תקיים עיון תקופתי על החזקה במשמורת, ותוכל לבחון בחינת נוספת את שאלת ההסתננות ואת שאלת המשמורת.

26. בכל הנוגע להגבלת שיקול הדעת של הוועדה סברנו, כי לוועדה הוענקו סמכויות רחבות ושיקול דעתה אינו מוגבל במובן המפורט במכתבכם. לעובדה שלשופט יהיו סמכויות מסוימות כחבר ועדה וסמכויות אחרות כשופט בבית המשפט בו הוא מכהן - אין רבותא. כך קורח גם בישראל, מקום בו יושב שופט בית-משפט שלום כרשם בבית-המשפט המחוזי, וסמכויותיו בכל אחת מהערכאות שונות לחלוטין, או במצב בו יושב שופט בית-המשפט המחוזי כחלק מהרכב פלילי ולחלופין בדיון על עתירה מנהלית - הסמכויות נגזרות מהערכאה ומהיקף שיקול הדעת שנמסר לה ע"י המתוקק.

#### הוראות מהותיות בנוגע לעבודת הוועדה

27. בחלקו האחרון של מכתבכם הלנתם על כך שהצו חסר הוראות מהותיות שכן לא ברור מה דינו של מי שהוועדה הורתה על שחרורו, כי לא ברור האם ניתן יהא לבטל צו גירוש במצב בו לא ניתן לגרש אדם למדינה ממנה הגיע, ולבסוף, כי לא ברורה מידת העצמאות ואי-התלות של הוועדה בשל הצורך לקבל את עמדת המפקד הצבאי במקרים מסוימים.

28. בנוגע לטענות אלה נשיב, כי תיקוני החקיקה מכילים את כל ההוראות המהותיות, ובתן סעיף 87(א) הנוגע לסדרי דין ולפיו "בכל עניין של סדר דין, אשר אינו מוזכר בפרק זה, תדון הוועדה בדרך הנראית לה מועילה ביותר לקבלת החלטה בעניין". סעיף זה מאפשר לוועדה שיקול דעת רחב בכל הנוגע לדרכי פעולתה, ודומה שיש בו כדי לאפשר דיונים מועילים והוגנים כמיטב שיקול דעתה השיפוטי של הוועדה.

29. ביחס לטענה הנוגעת לדינו של מי שהוועדה הורתה על שחרורו, הרי שעניינים אלה אינם נוגעים לוועדה ואינם רלוונטיים לתיקוני החקיקה בהם עסקינו. מעמדו של מי שהורתה הוועדה על שחרורו ממשמורת נתון למפקד הצבאי ונגזר משיקולים שונים, אשר הוועדה אינה מוסמכת ואינה יכולה לשקול, וזאת בין היתר נוכח השאלות המדיניות הכרוכות בנושא זה.

30. ביחס לטענתכם על חוסר האפשרות לבטל צו גירוש במצב בו לא ניתן לגרש אדם למדינה ממנה הגיע יוער, כי עובדה זו כשלעצמה אכן לא תוכל לשמש כעילה לביטול צו הגירוש על-ידי הוועדה וזאת מטעמים מובנים, בהם מדינות המוצא של חלק מהמסתננים לשטחי יהודה ושומרון מסרבות לקבל בחזרה לשטחן את תושביהן.

31. לבסוף, הצורך בקבלת עמדת המפקד הצבאי מתחייב במקרים מסוימים נוכח התשלכות הביטחוניות שעלולות להיות להחלטות הוועדה. כך הדבר במקרים של ביטול צו גירוש או שחרור ממשמורת. ברי, כי הצורך בקבלת עמדת המפקד הצבאי אין משמעותו קבלת עמדת המפקד הצבאי לגופה ללא שיקול דעת, ולא ברור על מה נסמכים חששותיכם בעניין זה.

32. לסיכום, תיקוני החקיקה נחתמו על-ידי מפקד כוחות צה"ל באיו"ש לפני למעלה משישה חודשים, פורסמו והובאו לידיעת הציבור בדרכים שונות. צווים אלה בוודאי אינם פוגעים ב"מספר עצום" של בני אדם, לאור מספרם הזעום של צווי גירוש שמוצאים מדי שנה על-ידי המפקד הצבאי, וכל תכליתם הייתה למעשה להיטיב את המצב המשפטי בכל הנוגע ליישומם של צווי גירוש המוצאים על-ידי המפקד הצבאי. נוכח כלל האמור, לא מצאנו מקום לבטל את תיקוני החקיקה או לעכב את כניסתם לתוקף.

בברכה,

לימור רמ"ד בשם  
 טחנאי, הרשם היועץ  
 רס"ן אוכלוסין המשפטי

שמור