



המוקד להגנה הפרטית
HAMOKED Center for the Defence of the Individual
هموكيد - مركز الدفاع عن الفرد

תאריך: 13.12.10
בתשובה נא לציין: 65091

לכבוד
סרן מתן סולומש
לשכת יועמ"ש גדה

בפקס

שלום רב,

הנדון: **צו בדבר מניעת הסתננות (תיקון מס' 2) וצו בדבר הוראות ביטחון (תיקון מס' 112)**
שלנו: 37230 מימים 25.3.10, 11.4.10; 65091 מיום 26.4.10, 8.6.10, 8.7.10
שלכם: 707660 222/20 מיום 13.5.10, 4.8.10

1. הריני להשיבכם, בשם כלל הארגונים החתומים על מכתבינו הקודמים שבסימוכין, למכתבכם מיום 4.8.10, בנוגע לתיקונים שבנדון, אשר בינתיים אוחדו לצו בדבר הוראות ביטחון [נוסח משולב] (יהודה והשומרון) (מס' 1651), התשי"ע-2009 (להלן: **הצו המשולב**).

א. הגדרת מסתנן

2. במכתבכם האחרון כלל לא ניתנה התייחסות לטענתנו. בתשובתכם הרחבתם בנוגע לסמכות הקיימת לשיטתכם למפקד הצבאי, להרחיק פלסטינים שכתובתם ברצועת עזה, מהגדה, בהסתמך על הצו בדבר שטחים סגורים, וזאת תוך התעלמות גמורה מהערותינו בנוגע לצו המשולב.

3. אבקש להזכיר את טענתנו: דומה כי לא יכולה להיות מחלוקת על כך שהגדרת "מסתנן" שונתה בצו המשולב באופן דרמטי. ההגדרה החדשה שבסעיף 299 לצו המשולב אינה אך איחוד של הגדרת "מסתנן" שבסעיף 1 לצו הקודם בדבר מניעת הסתננות עם ההגדרה (לעניין הגירוש בלבד) שבסעיף 6 לצו הקודם בדבר מניעת הסתננות.

ההגדרה החדשה מבצעת מספר שינויים מרחיקי לכת, אשר מוחלים באופן רטרוספקטיבי על מי שהסתמכו על החקיקה שהתקיימה בעבר: **ראשית**, באיחודה בין ההגדרות, היא מחילה

את הדין הפלילי גם על מי שהוגדר בעבר כ"מסתנן" רק לעניין הגירוש. **שנית**, היא מאפשרת כעת להגדיר כמסתנן כל אדם, ללא קשר לשאלת מוצאו (דהיינו, לא רק מי שנכנס לגדה מ-4 המדינות שנמנו בסעיף 1 לצו בדבר מניעת הסתננות, אלא גם מי שהגיע ממדינות אחרות, ובאופן תיאורטי, אף תושבי השטחים הכבושים עצמם, שמעולם לא "נכנסו לשטחים" וחלקם אף מעולם לא "נכנסו לגדה").

שלישית, וחשוב מכל, היא מייתרת דרישה מהותית שנדרשה בעבר בסעיפים 1 ו-6 – היות שההות בגדה **שלא כדין** (בין משום שהכניסה אליה הייתה שלא כדין, ובין משום שהיא הייתה בהיתר שפג תוקפו או הופרו תנאיו והמשך השהות היה שלא כדין). דהיינו, ההגדרה החדשה אינה רק עניין טכני הקובע מי יהיה זכאי להליך ביקורת בפני הוועדה – **סעיף 299 הוא שמגדיר כעת מיהו "שוהה שלא כדין"**. כיום, על פי החלופה השנייה בהגדרה שבסעיף 299, די בקיומם של שני יסודות – "שהות" ו"ללא היתר מאת המפקד הצבאי" – על מנת שאדם יחשב כ"מסתנן" לגדה.

4. כלומר, הבעייתיות העצומה שבצו החדש היא בכך שהוא מאפשר לגרש מהגדה גם מי שערב כניסת הצו לתוקפו לא הוגדר – לא בצו בדבר מניעת הסתננות ולא בצו בדבר הוראות ביטחון – כ"לא חוקי" בגדה. זאת, אם כעת הוא שוהה בגדה אך אינו מחזיק בהיתר (למשל, מי שנולד בגדה, או מי שעבר אליה בהסכמה שאינה מוגבלת בזמן או בתנאים).

אכן, ידועה לנו עמדת המפקד הצבאי בנוגע לחלק מתושביו המוגנים של השטח, לפיה הם כביכול "שוהים שלא כדין" בגדה מכוח ההוראה הכללית בדבר היות הגדה שטח צבאי סגור. עמדתכם זו מתבררת כיום בבג"ץ. אלא שכאמור, הצו מגדיר על פי לשונו בני אדם כמסתננים בלא בשאלה האם הם שוהים כדין אם לאו. דהיינו, על פי הצו החדש, אף אם בג"ץ יפסוק כי אותם אנשים אכן שוהים כדין בגדה, עדיין יאפשר הצו החדש לגרשם. שהרי, התנאי היחיד הנדרש על מנת להגדיר אדם כ"מסתנן" הוא העדרו של היתר בכתב שטיבו לא מוגדר ומקורו החוקי לא נודע.

משכך, טענתנו אינה עוסקת בשאלת "חוקיות" שהייתה בגדה של קבוצה כזו או אחרת (למשל מי שכתובתו רשומה בעזה) בהתאם לחקיקה הצבאית הכללית, אלא בתחולתו של הצו החדש על כלל אוכלוסיית הגדה בלא קשר או תלות בשאלת חוקיות שהייתה על פי הדין. ברי כי המצב הקיים, בו הצו חל גם על קבוצת האנשים שנמצאים **כדין** בגדה – תהיה זהות חבריה אשר תהיה – הוא בלתי מתקבל על הדעת, ומאפשר (או שמא אף מחייב על פי לשונו) מעשים שמהווים הפרה חמורה של החוק הבינלאומי וחורגים מסמכותו של המפקד הצבאי שסמכויותיו מוגבלות על פי המשפט הבינלאומי.

5. בתשובתכם הקודמת מיום 13.5.10 הובאו התפלפלויות שונות המנסות להסביר מדוע לשיטת המפקד הצבאי אין הצו חל על מי שנמצא כדין בגדה, למשל, מי שנולד בה. התפלפלויות אלו סתרו בבירור את לשון ההגדרה שיצר המפקד הצבאי – "מי שנכנס לאזור שלא כדין לאחר היום הקובע אן מי ששוהה באזור ושאינו בידו היתר כדין". העובדה שאת החלופה הראשונה

של ההגדרה רשמתם באותיות מודגשות, בוודאי אינה משנה את משמעותה הלשונית של החלופה השנייה, שהיא ברורה ובהירה, ויכולה לחול גם על מי שנולד בגדה, וגם על מי שעבר להתגורר בה **כדין**.

6. על כל פנים, מובן כי להתפלפלויות והסברים כאלה או אחרים בנוגע לצו או מטרותיו, יש ערך שולי למדי, כל עוד לשון הצו נותרת כפי שהיא. אם עמדתכם היא כי הצו נועד לחול באופן שונה מהאמור בו, מובן שיש לתקן את הצו.

7. ממילא, אם לשון הצו אינה תואמת את כוונת המפקד הצבאי, אזי ברור כי לשון הצו היא עמומה ורחבה, ולכן סותרת הלכות בסיסיות של בית המשפט העליון בנוגע להוראות חוק המטילות סנקציות על האזרח.

8. יצוין, כי טענות אלו הועלו במכתבנו מיום 8.6.10, וחרף זאת, לא זכו לכל התייחסות בתשובתכם מיום 4.8.10, בה כל שנאמר הוא, שלשיטתכם, מי שכתובתו ברצועת עזה הפר את הצו בדבר שטחים סגורים (טענה שאין לה כל רלבנטיות לתכתובת זו). לצערנו, מתחזק בנו הרושם שמטרת התיקון היא בדיוק זו – לאפשר למפקד הצבאי להמשיך ולגרש פלסטינים, אף אם תדחה טענתו לפי הצו בדבר שטחים סגורים.

9. בשולי הדברים, אבקש להתייחס לאמור בסעיף 7 למכתבכם, בנוגע למחיקת ההגדרה של "תושב אזרח" שהגנה על תושבי הגדה מפני גירוש. בעבר, היה ברור כי הצו בדבר מניעת הסתננות אינו חל על תושב הגדה, שהוגדר בצו **כמי שמקום מגוריו הקבוע הוא בגדה**. כעת אין הצו מגן עוד על מי שמקום מגוריו הקבוע בגדה, ותחת זאת מכפיף את כל תושבי הגדה להחזקת היתרים בלתי מוגדרים, התלויים ברצונו השרירותי של המפקד הצבאי (וממילא עומד הדבר בניגוד לדין הבינלאומי בדבר זכויות תושבים מוגנים בשטח כבוש). לא ברור כיצד משטר היתרים מסתורי זה מקל עם מי שבעבר די היה בכך שהוא מתגורר בגדה על מנת להמשיך ולגור בה.

ב. ביקורת שיפוטית על צווי הגירוש

10. בניגוד לרושם המצטייר ממכתבכם, אנו כמובן סבורים שיש להכפיף כל צו גירוש לביקורת שיפוטית. אלא שלמרבה הצער, הצו החדש **חוסם** ביקורת שיפוטית.

11. אבקש להזכיר את טענתנו: ערב כניסת הצו לתוקפו, הייתה הסמכות להעביר ביקורת שיפוטית על צווי גירוש מכוח הצו בדבר מניעת הסתננות, נתונה לבג"ץ. מובן כי כל אדם זכאי היה לפנות לבג"ץ בכל עת כנגד ההחלטה לגרשו. מובן גם, כי לבג"ץ הייתה נתונה הסמכות ליתן צו ביניים כנגד הגירוש, וכן להורות על עיכוב הגירוש לבקשת המיועד לגירוש.

12. עם הקמת הוועדה הצבאית, הוקנתה לה הסמכות לדון בצווי הגירוש הפרטניים (סעיפים 305 ו-308(א)-(ב) לצו המשולב). עם זאת, לא נקבעו בצו הוראות מקבילות המאפשרות למיועד לגירוש לפנות לוועדה בכל עת (ואף אין הוראה המחייבת להביאו בפניה, אלא אם הוחלט

להחזיקו במשמורת, ועד 8 ימים מיום החלטה זו; לא נקבעה הוראה המסמיכה לעכב את הגירוש עד למתן הכרעה בעניינו של מיועד לגירוש; ולא נקבעה הוראה המסמיכה את הוועדה לעכב את החלטתה שלה לבקשת המיועד לגירוש (בשונה מעיכוב החלטתה לבקשת המפקד הצבאי, הוראה שדווקא כן נקבעה בצו).

13. אך מובן הוא כי במצב זה, הוועדה אינה מהווה סעד חלופי לביקורת השיפוטית שבבג"ץ, שכן באופן מעשי היא מסכלת ביקורת שיפוטית.

14. דברים אלו הובאו בפניכם בפניותינו הקודמות, ובמכתבם מיום 13.5.10 נענינו, גם בנושא זה, בהתפלפלויות בדבר תפישתכם בנוגע להוראה זו או אחרת (למשל, טענתכם התמוהה לפיה ההוראה המאפשרת לוועדה לעכב את החלטתה לבקשת המפקד הצבאי, למעשה מסמיכה אותה ליתן צו ביניים לבקשת המיועד לגירוש!).

15. במכתבנו מיום 8.6.10 הצבענו על חוסר ההיגיון שבהתפלפלות זו, ודרשנו כי הוראות המבטיחות ביקורת שיפוטית אפקטיבית יעוגנו בצו.

16. במכתבכם מיום 4.8.10 הופתענו לקרוא עמדה חדשה, שונה בעליל, והפוכה לגמרי, מזו שהצגתם עד כה. בסעיפים 11-13 למכתבכם נכתב הפעם, שלמעשה, הסמכות לדון בצווי הגירוש נותרה בבג"ץ, ומי שמעוניין לעשות כן, יכול לפנות אליו בכל עת כנגד הגירוש.

למרבה האבסורד, עמדה זו סתרה לא רק את הנאמר במכתבכם הקודם, אלא גם את העמדה שהצגתם במקביל לבית המשפט העליון. כידוע, במסגרת בג"ץ 6367/09 אבו ג'אמוס נ' שר הביטחון, 17.8.09, נטען על ידכם כי כיום הוועדה הצבאית דווקא כן משמשת כסעד חלופי לבית המשפט הגבוה לצדק, ומכאן שאין לדון בבג"ץ בתוקפם של צווי הגירוש. בהסתמך על עמדתכם זו, אף ניתן פסק דין שקיבל את עמדתכם.

17. משכך, נבקש כי הצו יתוקן כך שלא יחסום ביקורת שיפוטית על צווי הגירוש בבג"ץ, באמצעות פנייה ישירה מצד המיועד לגירוש (כעולה ממכתבכם מיום 4.8.10). למצער, יש להקנות לוועדה את הסמכויות החיוניות שאינן עומדות לה: הסמכות לעכב את הגירוש לבקשת המיועד לגירוש; הסמכות לעכב את החלטתה לבקשת מיועד לגירוש; וכמובן, להבטיח את זכותו של המיועד לגירוש לפנות אליה בכל עת (ולכל הפחות, כי לא יגורש בטרם יובא בפני הוועדה אף אם לא הוחזק במשמורת).

18. בשולי הדברים אעיר, שהעובדה שהמפקד הצבאי בוחר להציג עמדה אחת במכתב אחד, עמדה אחרת במכתב אחר, ועמדה אחרת בבית המשפט – מלמדת בדיוק עד כמה הצו פרוץ.

ג. החזקה במשמורת ללא ביקורת שיפוטית

19. כזכור, פגם נוסף הקיים בצו המשולב הוא תקופת ההחזקה במשמורת, במהלכה לא מובא אדם בפני שופט. מדובר בתקופה של עד 8 ימים בה ניתן להחזיק אדם במשמורת מבלי שיובא בפני שופט, ותקופות של עד 60 יום בטרם הבאה לעיון תקופתי.

20. במכתבכם מיום 4.8.10 התייחסתם לפער שבין המועדים בהם ניתן להחזיק במשמורת שוהה שלא כדין בישראל (4 ימים, במהלכם גם רשאי אותו אדם לפנות בכל עת לבית הדין למשמורת כנגד החזקתו, ו-30 ימים לעיון תקופתי) לבין המועדים בהם ניתן להחזיק במשמורת מסתגל לגדה.

21. עם זאת, בתשובתכם התעלמתם לחלוטין מטענתו המרכזית והעקרונית, לפיה הדבר עומד בניגוד גמור לפסיקת בג"ץ, שניתנה בבג"ץ 6055/95 **צמח נ' שר הביטחון**, פ"ד נג(5) 241 (1999).

22. נזכיר, כי באותה הפרשה נפסלה **חקיקה ראשית** שהתירה להחזיק אדם **במעצר** לתקופה של עד **4 ימים**, ללא ביקורת שיפוטית. ברי, כי צו המתיר להחזיק אדם במשמורת לתקופה כפולה מזו, לא יכול לעמוד במבחני החוקתיות שנקבעו בפסק הדין.

23. מעבר לכך, נזכיר כי בישראל שוהה שלא כדין מוחזק לתקופות קצרות בחצי מאלו הנמנות בצו, כשבמהלכן הוא אף יכול לפנות לבית הדין מיוזמתו. תשובתכם, לפיה מסתננים לאזור מסוכנים יותר ממסתננים לישראל, היא תמוהה, וספק אם היא עומדת במבחן המציאות, שהרי מאי נפקא מינה אם אדם בעל כוונות זדון המגיע מאזור פלוני נכנס לישראל שלא כדין, או שנכנס לגדה שלא כדין? מכיוון שברור שלא ניתן לטעון שהמקום שבו רגלו דורכת כעת הוא שמקים לו חזקת מסוכנות, הרי שאין כל הצדקה לפער בין התקופות.

24. למעלה מן הצורך נוסיף, כי לא ברור מדוע צרכי הביטחון ייפגעו אם יתאפשר לשוהה במשמורת (שככלל, אין סיבה להניח כי הוא מסכן את בטחון האזור) לראות שופט בתקופה קצרה מזו שקבועה כיום בצו. ממילא, כאמור, הדבר מחוייב מכוח המשפט החוקתי כעולה מבג"ץ **צמח**.

25. לפיכך, נבקש לתקן את הצו כך שיתאפשר למוחזק במשמורת לפנות בכל עת לוועדה הצבאית כנגד החזקתו במשמורת, ולחייב להביאו בפניה, אם לא עשה כן, לא יאוחר מתקופה של ארבעה ימים מעת החזקתו. כמו כן, נבקש לקצר את התקופה שנקבעה לעיון תקופתי ל-30 יום, כנעשה בישראל לגבי שוהים לא חוקיים, מכיוון שמדובר ביחס שונה לשוויים.

ד. הפעלת לחצים לא חוקיים על שוהים במשמורת

26. עניין נוסף אשר נדון במכתבינו, היה התנאי שהוסף כעת בסעיף 308(ג)(1) לצו המשולב, לפיו תישלל באחת סמכותה של הוועדה הצבאית לשחרר מוחזק במשמורת בערבות, אם "הרחקתו של המוחזק במשמורת מן האזור נפגעת או מתעכבת בשל העדר שיתוף פעולה מלא מצדו, לרבות לעניין הבהרת זהותו או הסדרת הליכי גירושו מן האזור, ולרבות סירוב בלתי מוצדק

לחזור למדינה ממנה הגיע לאזור או למדינה אחרת אם לא מתאפשרת חזרתו למדינה ממנה הגיע לאזור".

27. נזכיר, כי הצו המשולב שולל באופן גורף את שיקול דעתה של הוועדה בדבר שחרור בערובה, ולא ניתן לפרש באופן אחר הוראה זאת. עוד נזכיר, כי אין כל הצדקה להתנות שחרור בערובה של אדם, בכך שייתן את הסכמתו לגרש עצמו למדינות שמהן לא הגיע ובוודאי שלא להסדיר את גירושו אליהן.

28. במכתבכם מיום 13.5.10 נאמר, באופן תמוה, כי מדובר בדוגמא בלבד. כאמור, מלשון הצו ברור כי אין מדובר בדוגמא, אלא בהוראה מחייבת השוללת שיקול דעת מהוועדה (וממילא אינה מוצדקת גם כדוגמא, ונזכיר כי בבג"ץ 1268/10 **עומר מחמוד נ' המפקד הצבאי בוטלה** הוראה זהה עקב הערות בג"ץ). במכתבכם מיום 4.8.10 נאמר, כי אף אם אכן כך הדבר, הרי שהדבר מוצדק משיקולי ביטחון.

29. נשוב ונזכיר, ש"שיקולי ביטחון" אינן מילות קסם שניתן לשחררן לחלל האוויר סתם כך. ברי, כי שיקול הדעת בנוגע לקיומן של נסיבות ביטחוניות נתון לגוף השיפוטי או המעין שיפוטי, לרבות הוועדה הצבאית, בכל מקרה ומקרה, כשכל מקרה נדון לגופו. כך, אם מצאה הוועדה כי לא קיימים שיקולי ביטחון במקרה קונקרטי, **אזי לא קיימים שיקולי ביטחון**. ממילא, אם קיימים שיקולי ביטחון המונעים שחרור בערובה, קיימות הוראות אחרות בצו שנועדו להבטיח את בטחון האזור.

30. אין כל שיקול ביטחוני המצדיק הפעלת לחצים על אדם לגרש עצמו למקום שממנו לא הגיע. מדובר בהפעלה מובהקת של לחץ פסול, למטרה לא כשרה, וזאת תוך פגיעה מהותית בזכותו של אדם לחירות. כאמור, דרישה זהה בוטלה בעבר עקב שמיעת הערות בית המשפט.

31. משכך, נבקש לתקן את הצו כך שיובהר שסירובו של אדם לגרש עצמו לכל מדינה בעולם, אינו יכול להיות חסם מפני שחרורו בערבות, אם מצאה הוועדה שיש הצדקה לשחררו.

ה. הוראות שונות

32. לבסוף, נזכיר כי במכתבכם מיום 4.8.10 נאמר, שדרישתנו לעגן בצו את החובה ליתן רישיון ביקור למי שהוועדה הצבאית הורתה על שחרורו בערבות, תבחן בעבודת מטה. מאז חלפו כארבעה חודשים, ונבקש לעדכנו באיזה שלב עומדת עבודת המטה.

ו. סיכום

33. אין לנו אלא לשוב ולהביע צער על בחירתו של המפקד הצבאי להותיר על כנו צו צבאי פוגעני ומזיק, הלוקה באי-חוקיות מובהקת. בחירתו של המפקד הצבאי לספק התפתלויות מתפלפלות, לשנות את גרסתו ממכתב למכתב, להציג עמדות שונות לפונים אליו ולבית

המשפט ולנוסף במילים "שיקולי ביטחון" גם מקום בו אינן רלבנטיות בעליל, וכל זאת על מנת להימנע מפעולה פשוטה והכרחית של תיקון הצו – מעוררות חשד כבד בדבר מניעיו.

34. לפיכך, נבקש כי הצו יתוקן בהתאם להערותינו, אשר מובאות בפניכם שוב ושוב מזה למעלה מחצי שנה, ולא זכות למענה הולם.

35. נודה על תשובתך הדחופה בכתב.

בכבוד רב,

אלעד כהנא, עו"ד