



בבית המשפט העליון

בר"ם 7696/16

לפני : כבוד השופט י' דנציגר
כבוד השופט צ' זילברטל
כבוד השופטת ד' ברק-ארז

המבקש : טומגזי אריא

נגד

המשיב : משרד הפנים - רשות האוכלוסין וההגירה

המבקש להצטרף במעמד
"ידיד בית המשפט" : המוקד לפליטים ומהגרים

בקשת רשות ערעור על פסק דינו של בית המשפט המחוזי
בבאר-שבע בשבתו כבית משפט לעניינים מינהליים מיום
24.8.2016 בעמ"ן 44026-08-16 שניתן על ידי כבוד השופטת
ר' ברקאי

תאריך הישיבה : א' בכסלו התשע"ז (1.12.2016)

בשם המבקש : עו"ד מיכל פומרנץ

בשם המשיב : עו"ד רן רוזנברג, עו"ד אסנת הראל וינשטיין

בשם המבקש להצטרף במעמד
"ידיד בית המשפט" : עו"ד אסף וייצן, עו"ד מעין נייזנה

מתורגמן : מר רדה מלסה

פסק-דין

השופטת ד' ברק-ארז :

1. האם ניתן להחזיק במשמורת שוהה בלתי חוקי שסיים לרצות עונש מאסר בגין עבירות מין בשל המסוכנות המיוחסת לו, בין השאר על רקע ביצוע עבירה שבה הורשע ובגינה ריצה עונש מאסר? שאלה זו התעוררה בפנינו בשים לב לשני מאפיינים נוספים של נסיבות המקרה – העובדה שמדובר בשוהה בלתי חוקי שאין כיום היתכנות מעשית להרחיקו מישראל, מחד גיסא, וקיומן של סמכויות פיקוח שניתן לנקוט בהן ביחס למי שהורשע בעבירות מין, מאידך גיסא, סמכויות שאף הופעלו במקרה דנן.

2. ענייננו בבקשת רשות ערעור על פסק דינו של בית המשפט המחוזי בבאר-שבע מיום 24.8.2016 (עמ"ן 44026-08-16, השופטת ר' ברקאי). פסק הדין נסב על החלטתו של בית הדין לביקורת משמורת של שוהים שלא כדין (להלן: בית הדין לביקורת משמורת או בית הדין) מיום 15.8.2016 (ערר 1484985, הדיין ר' מרזוק). כבר עתה יצוין כי בדיון בבקשה שהתקיים בפנינו ביום 1.12.2016 הוחלט כי הבקשה מצדיקה מתן רשות ערעור. על כן, יכונה מעתה המבקש "המערער".

3. המערער הוא אזרח אריתריאה שנכנס לישראל שלא כדין בחודש אוגוסט 2010. ביום 17.12.2014 הרשיע בית משפט השלום את המערער על פי הודאתו, שניתנה במסגרת הסדר טיעון, בעבירה של מעשה מגונה תוך שימוש בכוח לפי סעיף 348(ג) לחוק העונשין, התשל"ז-1977 (ת"פ 57126-09-14, השופטת ש' דקל-נוה). לפי כתב האישום שעל בסיסו הורשע המערער, בחודש ספטמבר 2014 הוא תפס בכוח אשה שחלפה על פניו ברחוב ומישש את חזה. בהמשך להרשעתו נגזרו על המערער, בין היתר, 18 חודשי מאסר בפועל. בעקבות ערעור שהגיש המערער הפחית בית המשפט המחוזי את תקופת מאסרו ל-14 חודשים (עפ"ג 52290-03-15, הנשיא א' טל והשופטים ש' בורנשטיין ו-ד' עטר). המערער ריצה את עונשו במלואו, לאחר שבקשתו לשחרור מוקדם נדחתה.

4. במהלך תקופת מעצרו של המערער וטרם הרשעתו בדין ניתן צו לאשפוזו בבית חולים פסיכיאטרי. עם זאת, על-פי חוות הדעת הפסיכיאטרית שניתנה בעניינו, המערער נמצא כשיר לעמוד לדין.

5. עם שחרורו של המערער ממאסר, ביום 11.11.2015, נערך לו שימוע בפני הממונה על ביקורת גבולות, ובסיומו ניתן צו המורה על השמתו במשמורת "עד להרחקתו מישראל" בשל מסוכנותו לשלום הציבור. זאת, בהסתמך על סעיף 13(ב)(2) לחוק הכניסה לישראל, התשי"ב-1952 (להלן: חוק הכניסה לישראל או החוק) המורה כי לא ישוחרר בערובה שוהה שלא כדין אם "יש בשחרורו כדי לסכן את ביטחון המדינה, את שלום הציבור או את בריאות הציבור".

6. בו ביום אישר בית הדין לביקורת משמורת את הצו האמור, לאחר שציין כי התרשם שהמערער לא הפנים את חומרת מעשיו ושקיים חשש סביר שישוב לבצע

עבירות מין. עוד ציין בית הדין לביקורת משמורת כי המערער לא הציג חלופה נאותה והולמת לאיון המסוכנות הנשקפת ממנו.

7. במהלך התקופה שחלפה בין חודש נובמבר 2015 לחודש אוגוסט 2016 ערך בית הדין לביקורת משמורת מספר דיוני ביקורת בעניינו של המערער, ובהם אישר את המשך החזקתו במשמורת. ביום 3.3.2016 הורה בית הדין למשיב להגיש הערכת מסוכנות מעודכנת בעניינו של המערער, נוכח הזמן שחלף מאז השמתו במשמורת. לאחר שהערכה זו לא הוגשה, הורה בית הדין ביום 31.3.2016 על הכנתה של הערכת מסוכנות בעניינו של המערער באמצעות הפסיכיאטר המחוזי. ביום 4.4.2016 הודיע הפסיכיאטר המחוזי כי הערכת מסוכנות אינה מצויה בתחום מומחיותו ועל כן אין ביכולתו להגישה לבית הדין. בהמשך לכך, הורה בית הדין כי הערכת המסוכנות תיערך על ידי רכז בריאות הנפש של שירות בתי הסוהר. לאחר שלא התקבלה כל הערכה כאמור או הודעה בעניין זה, ביום 29.6.2016 נתן בית הדין החלטה ובה ציין כי הוא רואה בחומרה את העובדה שהמשיב אינו מתייחס להוראותיו, ואף חזר על כך בהחלטתו מיום 25.7.2016, שבה נדרש המשיב פעם נוספת להגיש את הערכת המסוכנות המעודכנת.

8. ביום 27.7.2016 הגיש המשיב בקשה לביטול ההחלטה המורה לו להגיש הערכת מסוכנות בעניינו של המערער. בבקשה טען המשיב כי בית הדין לביקורת משמורת אינו מוסמך על פי חוק הגנה על הציבור מפני ביצוע עבירות מין, התשס"ו-2006 (להלן: חוק הגנה על הציבור) לקבל לידיו הערכת מסוכנות, והוסיף כי ממילא מסוכנותו של המערער נלמדת מן הנסיבות, ודי בכך כדי להצדיק את החזקתו במשמורת.

9. ביום 4.8.2016 הגיש המשיב הודעה לבית הדין לפיה כבר ביום 2.3.2016 בית משפט השלום (סגן הנשיאה א' הימן) הטיל על המערער צו פיקוח לפי חוק הגנה על הציבור, וזאת למשך שנתיים מיום שחרורו ממאסר. צו הפיקוח קבע כי על שחרורו של המערער יחולו התנאים הבאים: חובה לשתף פעולה עם קצין הפיקוח; חובה לקיים מפגשים עם קצין הפיקוח במועדים ובתדירות שזה יקבע מעת לעת; חובת התייצבות במרכז הארצי להערכת מסוכנות לקראת תום תקופת הפיקוח לצורך הערכה עדכנית של המסוכנות המינית הנשקפת מהמערער; וכן איסור לעבוד או להתנדב במסגרת המאפשרת שהייה ביחידות עם קטינות או נשים.

10. בהמשך להתפתחויות המתוארות, ביום 15.8.2016 הורה בית הדין לביקורת משמורת על שחרורו של המערער ממשמורת, בכפוף לתנאים המגבילים שהושתו עליו במסגרת צו הפיקוח. בית הדין קבע כי אין זה סביר להותיר את המערער במשמורת בנסיבות שבהן מסוכנותו הנטענת נבחנה על ידי בית משפט השלום וכאשר הוטל עליו צו פיקוח שתכליתו לאיין מסוכנות זו. בהקשר זה קבע בית הדין כי המשיב לא הציג ראיות שיש בהן כדי ללמד כי מסוכנותו של המערער לא תאויין חרף צו הפיקוח שהוטל עליו. בית הדין הוסיף וציין כי תכליתה של המשמורת היא הרחקה ולא ענישה, וכי כאשר הליכי הרחקה אינם צפויים יש לבחון האם קיימת הצדקה להמשך ההחזקה במשמורת. בהקשר זה הדגיש בית הדין כי המערער הוא אזרח אריתריאה ולכן חוסה תחת מדיניות אי-ההרחקה הנוהגת ביחס לאזרחי מדינה זו, כך שהמשמורת לא צפויה להסתיים בהרחקתו של המערער מישראל.

11. המשיב הגיש ערעור לבית המשפט המחוזי על החלטתו זו של בית הדין. ביום 24.8.2016 קיבל בית המשפט המחוזי את הערעור. בפסק דינו קבע בית המשפט המחוזי כי בית הדין שגה בכך שהורה על שחרורו של המערער בשל קיומו של צו הפיקוח בעניינו. בית המשפט המחוזי סבר כי הטלתו של צו פיקוח על המערער עם שחרורו ממאסר מעידה בעצמה על כך שרמת הסיכון הנשקפת ממנו אינה נמוכה. עוד קבע בית המשפט המחוזי כי מסוכנותו של המערער נלמדת ממכלול הראיות, ובכלל זה נסיבות ביצועה של העבירה בה הורשע, התנהגותו בזמן המאסר והעובדה שלא שולב בתכנית שיקום. בית המשפט המחוזי הוסיף והצביע על שני אירועים שבהם היה מעורב המערער ומצביעים על מסוכנותו. במסגרת כך, צוין כי המערער ניסה לברוח עת אושפז בזמן מעצרו לצורך הסתכלות במחלקה פסיכיאטרית. עוד צוין כי בעת ששהה באולם בית המשפט לצורך הדיון בערעור, ניסה לאחוז בבעלת תפקיד מצוות הליווי בשירות בתי הסוהר. בית המשפט המחוזי קבע כי נוכח התנהגותו של המערער, קיים חשש כי הוא לא יכבד את תנאי הפיקוח שנקבעו בצו, והוסיף כי תנאים אלה אינם הדוקים דיים ואינם כוללים התייחסות למקום שהייתו או לקביעת ערבים להבטחת קיומם של התנאים האמורים. נוכח כל האמור, הורה בית המשפט המחוזי על המשך החזקתו של המערער במשמורת.

12. לצד האמור, בית המשפט המחוזי העיר כי אין להתעלם מהקושי שמעוררת השאלה עד מתי תיזקף לחובתו של המערער מסוכנות אשר תצדיק את השארתו במשמורת, ובפרט כאשר מדובר באזרח אריתריאה שחוסה תחת מדיניות אי-ההרחקה. בית המשפט המחוזי ציין כי חלוף הזמן עשוי לספק מענה לשאלה האמורה, במובן זה שמעקב צמוד אחר התנהגותו של המערער, לצד חוות דעת שיתקבלו בעניינו, עשויים

לסייע לצורך קביעת מסוכנותו. בהקשר זה הוסיף בית המשפט המחוזי כי יש לשקול אימוצו של מנגנון מסודר לקביעת מסוכנות לגבי שוהים במשמורת.

בקשת רשות הערעור והתשובה לה

13. הבקשה דנן נסבה על פסק דינו של בית המשפט המחוזי. המערער, המיוצג על ידי באת-כוח מטעם הסיוע המשפטי, טוען כי השימוש בסמכות הקבועה בסעיף 113(ב)(2) לחוק הכניסה לישראל לצורך החזקה במשמורת של שוהים בלתי חוקיים שלא ניתן או שאין כוונה להרחיקם מישראל אינה מקדמת את תכליתו של הסעיף, שנועד לעגן פתרון זמני עד להרחקה. המערער מוסיף כי המשיב משתמש דרך קבע בסמכות זו על מנת להחזיק במשמורת שוהים בלתי חוקיים שלא ניתן להרחיקם מישראל אשר היו מעורבים בפלילים, וזאת במשך תקופות זמן ארוכות ולמעשה ללא כל הגבלת זמן נראית לעין. בכך, לטענת המערער, נפגעת זכותם של אותם אנשים לחירות ולהליך הוגן באופן בלתי מידתי. כמו כן, המערער טוען כי אופן הפעלת סמכותו של המשיב בעניינו ובמקרים הדומים לו נוגד את המשפט הבינלאומי, ובפרט את הדינים החלים על פליטים ומבקשי מקלט. המערער מדגיש כי השאלה בדבר פרשנותו של סעיף 113(ב)(2) לחוק הכניסה לישראל עלתה בעבר במספר מקרים שהגיעו לפתחו של בית משפט זה, אולם טרם נדונה באופן ישיר – וכי כעת הגיעה השעה להכריע בה, נוכח השימוש הגובר של המשיב בסמכות האמורה במקרים דומים.

14. המערער מוסיף וטוען כי בקשתו מעוררת שאלות בנוגע ליחס שבין חוק הכניסה לישראל לבין חוק הגנה על הציבור, בכל הנוגע לזרים שהורשעו בביצוע עבירות מין. המערער סבור גם כי יש לבחון את היחס בין החוקים האמורים לבין ההסדר הקבוע בחוק טיפול בחולי נפש, התשנ"א-1991 (להלן: חוק טיפול בחולי נפש), נוכח העובדה שמצבו הנפשי אינו יציב. המערער טוען כי החוקים האמורים הם אלו שנועדו להתמודד עם סכנות לשלום הציבור, ועל כן מן הראוי לעשות בהם שימוש במקרים כגון דא, מבלי להזדקק לסמכויות המעוגנות בחוק הכניסה לישראל, שנועדו, כך נטען, למקרים קיצוניים ופרטניים.

15. לבסוף, המערער מדגיש את הקושי הכרוך בהשאתו במשמורת ללא מועד צפוי לסיומה. המערער טוען כי ישנה בעייתיות בהסתמכותו של בית המשפט המחוזי על בחינה תקופתית שיערוך בית הדין לביקורת משמורת, נוכח התנהלות המשיב מול בית הדין עד כה, ובכלל זה הסירוב לערוך למבקש הערכת מסוכנות מעודכנת. המערער מציין כי קושי זה אף נובע מן העובדה שהוא לא שולב בתהליך טיפול שיקומי בכלא,

נוכח היותו חסר מעמד. לטענת המערער, לא ניתן להשלים עם מצב שבו מחד גיסא נמנעה ממנו האפשרות לאיין את מסוכנותו באמצעות שיקום, ומאידך גיסא אותה מסוכנות היא שמשמשת כהצדקה להותירו במשמורת ללא הגבלת זמן. מכל מקום, המערער טוען כי מידת מסוכנותו לא הוכחה במידה מספקת, וכי ממילא לא הוכח שאין די בצו הפיקוח כדי לאיין את המסוכנות הנטענת.

16. ביום 25.10.2016 ניתנה החלטה המורה על הגשת תשובה לבקשה. בתשובה שהוגשה ביום 21.11.2016 נטען כי דין הבקשה להידחות.

17. בעיקרו של דבר, המשיב טוען כי החזקתו של המערער במשמורת נעשית בהתאם לחוק הכניסה לישראל ובמסגרת התנאים שקובע חוק זה. בהקשר זה מדגיש המשיב כי לאדם שאינו אזרח ישראל אין זכות קנויה להיכנס לישראל או להישאר בה, וכי שיקול הדעת המוקנה לשר הפנים בעניין זה הוא רחב ביותר. נוסף על כך, המשיב טוען כי פסק דינו של בית המשפט המחוזי עולה בקנה אחד עם פסיקתו של בית משפט זה בע"מ 4496/13 הבטום נ' מדינת ישראל (12.11.2013) (להלן: עניין הבטום), שם – כך נטען – נדונה ונדחתה הטענה לפיה לא ניתן להחזיק במשמורת שוהים שלא כדין אשר ידוע מראש שלא ניתן להרחיקם מישראל.

18. לגופו של עניין, המשיב טוען כי החזקתו של המערער במשמורת היא מוצדקת נוכח המסוכנות הגבוהה הנשקפת ממנו, הנלמדת מעברו הפלילי וחומרת מעשיו, מהוצאת צו הפיקוח בעניינו ומהתנהגותו בין כתלי בית הסוהר. בהקשר זה מציין המשיב כי במהלך ריצוי מאסרו היה המערער מעורב באירועים חריגים רבים ועל כן בין היתר נדחתה בקשתו לשחרור מוקדם. המשיב אף מוסיף כי במהלך גיבוש תשובתו לבקשת רשות הערעור הועברו משירות בתי הסוהר דיווח שלילי נוסף מחודש ספטמבר 2016 אודות התנהגות שלילית של המערער בעת השהייה במשמורת. המשיב טוען כי שאלת המשך החזקתו של המערער במשמורת היא שאלה של איזונים ולכן יש לבחון אותה מעת לעת. המשיב מזכיר כי בית הדין לביקורת משמורת יידרש לשאלה זו באופן עתי, בכל 30 ימים (או בהתאם לפניה של המערער לבית הדין – בכל עת). עם זאת, המשיב מדגיש כי אין מקום להציג לבית הדין הערכת מסוכנות בעניינו של המערער, נוכח העובדה שחוק הגנה על הציבור אינו מסמיך את בית הדין לקבל מסמך זה, המוגן בהוראת סודיות מפורשת (כאמור בסעיף 4 לחוק הגנה על הציבור). ממילא, המשיב סבור כי קיימות בעניינו של המערער די ראיות מינהליות מבוססות המלמדות על מסוכנותו.

19. לבסוף, המשיב טוען כי יש לדחות את טענות המערער באשר לשימוש בהסדרים חוקיים אחרים לשם הגנה על שלום הציבור. בהקשר זה טוען המשיב כי הטלת צו פיקוח לפי חוק הגנה על הציבור אינה מספיקה כדי לאיין את המסוכנות הנשקפת מן המערער, וכי מכל מקום הטלת צו פיקוח מכוח חוק זה נעשית בהתאם למערכת שיקולים ייחודית שאינה זהה באופייה ובמהותה למערך השיקולים הרלוונטיים לחוק הכניסה לישראל. באשר לשאלת תחולתו של חוק טיפול בחולי נפש, המשיב טוען כי הטענה בדבר מצבו הנפשי של המערער לא הוכחה, וכי מכל מקום המקרה דנן אינו עומד בתנאים הנדרשים על מנת שהפסיכיאטר המחוזי יפעיל את סמכותו לפי חוק זה.

20. להשלמת התמונה יוער כי ביום 4.11.2016 הגיש ארגון "המוקד לפליטים ולמהגרים" (להלן: המוקד) בקשה להצטרף להליך במעמד של "ידיד בית המשפט". המוקד מבקש כי יתאפשר לו להציג את עמדתו העקרונית ביחס לשאלת פרשנותו של סעיף 113(ב)(2) לחוק הכניסה לישראל. לשיטתו, אין מקום לפרשנות המוצעת על-ידי המשיב לסעיף האמור, מאחר שיש בה משום "עקיפה" של הדין הפלילי ושל דיני ההגירה, כמו גם פגיעה בשוויון בפני החוק ובזכות לחירות של השוהים שלא כדין אשר נשלחים למשמורת מכוח סעיף זה. באת-כוח המערער הסכימה לבקשת ההצטרפות, ואילו המשיב ביקש להגיב לה בכתב בהתאם למועד שייקבע לכך.

21. ביום 1.12.2016 קיימנו דיון בבקשת רשות הערעור. כאמור בראשית הדברים, בפתח הדיון ציינו כי השאלה שהבקשה מעוררת מצדיקה הענקת רשות ערעור. אנו דנים אפוא בבקשה כאילו הוגש ערעור על-פי הרשות שניתנה.

22. בדיון עצמו חזרו הצדדים על עיקרי טענותיהם. בהתייחס לנסיבותיו הקונקרטיות של המערער, שב המשיב וטען כי מן המערער נשקפת מסוכנות הנלמדת מכלל האירועים הרלוונטיים. כמו כן הוא טען כי יש קושי להבטיח תנאי פיקוח הדוקים לגביו. מנגד טענה באת-כוחו של המערער כי אין בסיס לטענות באשר לקשיי פיקוח במקרה זה, והוסיפה כי למערער בני משפחה בישראל שנמצאים עמו בקשר ומוכנים לסייע בשמירה על תנאי הפיקוח (כך שבין היתר המערער יתגורר עמם והם ישמשו כאנשי קשר עם קצין הפיקוח).

23. בשולי הדברים ייאמר כי הדיון בבקשה שבפנינו לא פרס את התמונה המלאה באשר להיקף השימוש בסעיף 113(ב)(2) לחוק הכניסה לישראל. באת-כוח המערער טענה כי מניסיונה נעשה שימוש נרחב בסעיף זה בעניינם של שוהים בלתי חוקיים

שעומדים בפני סיום של עונש מאסר שהושת עליהם, ואף ציינה כי היו מקרים שבהם שוהים בלתי חוקיים ששחררו שחרור מוקדם ממאסר על ידי ועדת השחרורים נשלחו למשמורת לפי הסמכות הקבועה בסעיף זה. מטעם המשיב נטען כי אין מדובר בשימוש גורף בסעיף, אם כי צוין שההערכה היא שקיימים כמה עשרות מקרים שבהם נעשה שימוש בסעיף זה.

24. עוד יוער, כי בנסיבות העניין לא ראינו צורך בהגשת טיעון נוסף בכתב מטעם המוקד, ואף לא בצירופו הפורמאלי להליך. זאת, בהתחשב בכך שבסופו של דבר ההליך שבפנינו הצריך התייחסות אך למקטע מסוים של השאלות שהמוקד ביקש לעסוק בהן, וכן נוכח הטיעון המפורט שהוגש מטעמו במסגרת בקשת ההצטרפות.

דיון והכרעה

25. לאחר שבחנתי את הדברים אני סבורה שדין הערעור להתקבל, וכך אציע לחבריי לעשות.

רקע כללי: החזקה במשמורת לפי חוק הכניסה לישראל

26. כידוע, לפי סעיף 1 לחוק הכניסה לישראל מי שאיננו אזרח ישראלי נדרש לרישיון ישיבה על מנת לשהות בישראל. על רקע זה, קובע החוק את סדרי הכניסה, היציאה והישיבה בישראל, ואף מקנה לרשויות סמכויות הרחקה ומשמורת של מי ששוהה במדינה שלא כדין. כך, סעיף 13(א) לחוק קובע כי מי שנמצא בישראל ללא רישיון ישיבה יורחק מהמדינה בהקדם האפשרי. בהמשך לכך, החוק קובע כי שוהה שלא כדין יוחזק במשמורת עד להרחקתו מישראל או יציאתו ממנה, אלא אם כן שוחרר בערובה (סעיף 13א לחוק).

27. תכליתו של מוסד המשמורת לפי חוק הכניסה לישראל מכוונת להפסקה מיידית של שהייה בלתי חוקית, תוך מתן אפשרות למדינה להסדיר את הרחקתו של מי ששוהה שלא כדין בישראל. במהות הדברים, המדובר בסמכות שהיא על-פי טבעה "סמכות עזר" לצורך הרחקה (גם אם אינה יכולה להיחשב סמכות עזר במובן הרגיל של מונח זה, בשל הדרישה להסמכה מפורשת ביחס לפעולות הפוגעות בזכויות אדם. ראו: דפנה ברק-ארז משפט מינהלי כרך א 147-148 (2010)). על כך כבר נאמר בעבר כי "מטרת משמורת לצורך הרחקה נועדה לא למטרת כפייה, ולא למטרה עונשית; היא מכוונת, כל כולה, להגשים את תכלית המדיניות לפקח על הנכנסים והשוהים בישראל שלא כדין,

ולתת בידי הרשות אמצעים יעילים להגשים מדיניות זו, תוך שמירה על עקרונות חוקתיים והגנה על זכויות האדם" (בר"ם 696/06 אלקנוב נ' בית הדין לביקורת המשמורת של שוהים שלא כדיון, פסקה 16 (18.12.2006)). ראו גם: בר"ם 7267/09 עבדולאי נ' משרד הפנים, פסקה 11 (21.12.2009); בג"ץ 7146/12 אדם נ' הכנסת, פסקה 19 לפסק דינה של השופטת ע' ארבל (16.9.2013) (להלן: עניין אדם); בג"ץ 8665/14 דסטה נ' הכנסת, פסקה 34 לפסק דינה של הנשיאה מ' נאור (11.8.2015) (להלן: עניין דסטה)).

28. בהתאם לתכליתו זו של מוסד המשמורת, נקבע בהלכה הפסוקה כי ההחזקה במשמורת היא "אסורה כשלא מתקיים בעניינו של המוחזק הליך הרחקה אפקטיבי, או כאשר לא נראית באופן אפשרות לגירוש מהארץ" (ראו: בג"ץ 8425/13 איתן – מדיניות הגירה ישראלית נ' ממשלת ישראל, פסקה 51 לפסק דינו של השופט ע' פוגלמן (22.9.2014) (להלן: עניין איתן), וההפניות שם). על רקע זה נקבע גם כי ככלל, כאשר המוחזק שוהה שישים יום ברציפות במשמורת מכוח חוק הכניסה לישראל, יורה הממונה על שחרורו, אלא אם קיים אינטרס ציבורי בעל משקל של ממש, המחייב את המשך החזקתו לתקופה שאינה חורגת מהסביר (עניין אדם, בפסקה 22 לפסק דינה של השופטת ארבל, וההפניות שם; עניין הבטום, בפסקה ט"ז).

29. במלים אחרות, החזקה במשמורת של מי שאין היתכנות להרחקתו מישראל מעוררת קושי בכל הנוגע לתכלית הטמונה בבסיס מוסד המשמורת שעליה עמדנו לעיל – קידום הליכי ההרחקה של המוחזק. בנוסף לכך, מתעורר החשש שמא – בהיעדר מועד מוגדר להחזרה לארצו – ייוותר השוהה במשמורת תקופה ארוכה במיוחד. בהקשר זה יש לציין כי הדין בישראל מסתייג באופן גורף משלילת חירות שאינה קצובה בזמן (ראו: בג"ץ 5190/94 אל טאיי נ' שר הפנים, פ"ד מט(3) 843, 851 (1995); עניין אדם, בפסקה 110 לפסק דינה של השופטת ארבל; עניין איתן, בפסק דינו של השופט פוגלמן; עניין דסטה, בפסקאות 98-99 לפסק דינה של הנשיאה נאור, ובפסקה 37 לפסק דינו של השופט פוגלמן). אכן, אין ספק כי החזקתם של שוהים בלתי חוקיים במשמורת כרוכה בכל מקרה בפגיעה בזכות היסוד לחירות, מעצם טבעה (עניין אלקנוב, בפסקה 13). עם זאת, הקושי הייחודי של שלילת חירות שאינה קצובה בזמן מתעורר רק בעניינם של מי שאין היתכנות מעשית להרחקתם מישראל (כדוגמת אזרחי אריתריאה וסודן בעת הזו) – להבדיל ממי שניתן להרחיקם.

רקע ספציפי: שחרור בערובה וסעיף 113(ב)(2) לחוק הכניסה לישראל

30. סעיף 113 לחוק הכניסה לישראל, המצוי במוקד הדיון שבפנינו, מסדיר אפשרות של שחרור בערובה ממשמורת. סעיף-קטן (א) מונה מספר מצבים שבגינם רשאי הממונה על ביקורת הגבולות לשחרר בערובה שוהה שלא כדין (למשל, אם הוא שוהה במשמורת יותר משישים ימים ברציפות, אם המשמורת עלולה לגרום נזק לבריאותו, או אם קיימים טעמים הומניטריים מיוחדים המצדיקים את שחרורו בערובה). בצד זאת, סעיף-קטן (ב) מונה מצבים שבהם שוהה שלא כדין לא ישוחרר בערובה, חרף האמור בסעיף-קטן (א), ובכלל זה במקרה שבו "יש בשחרורו כדי לסכן את ביטחון המדינה, את שלום הציבור או את בריאות הציבור", כלשונו של סעיף 113(ב)(2) לחוק.

31. שאלת פרשנותו של סעיף 113(ב)(2) לחוק הכניסה לישראל התעוררה בבית משפט זה מספר פעמים אך לא נדונה והוכרעה עד כה באופן ישיר ומחייב. באחד המקרים ציינתי כי פרשנות הסעיף "אכן מעוררת שאלות רבות, אשר טרם הוכרעו בפסיקתו של בית משפט זה" (בר"ם 298/14 מדינת ישראל – משרד הפנים נ' אסמעיל, פסקה 27 (17.3.2014) (להלן: עניין אסמעיל)). הפסיקה נדרשה, במספר אמרות אגב, לשיקולים רלוונטיים לביקורת שיפוטית על החזקתו של אדם במשמורת מכוחו של סעיף זה. בקווים כלליים, צוין כי השימוש בסמכות צריך להיעשות תוך איזון מידתי בין כל השיקולים הרלוונטיים, כדוגמת משך המשמורת, האפשרות להפיג את המסוכנות באמצעים פוגעניים פחות; וההיתכנות המעשית להרחקה אל מחוץ לישראל. כמו כן, נקבע כי אין לראות בהוראה הקבועה בסעיף 113(ב)(2) בגדר תחליף לנקיטת הליכים פליליים במקרים המתאימים לכך (ע"ם 4326/13 הלהלו נ' משרד הפנים (3.11.2013); עניין הבטום; עניין אסמעיל). עם זאת, כאמור, הדיון בשיקולים אלה נעשה, במידה רבה, בבחינת למעלה מן הצורך, ולמעשה התנאים לשימוש בסמכות הקבועה בסעיף 113(ב)(2) לא זכו לדיון מקיף. אף בענייננו לא נדרשה בסופו של דבר הכרעה בכל השאלות שסעיף זה מעורר, כמוסבר להלן.

החזקה במשמורת לאחר ריצוי עונש מאסר

32. בשונה ממקרים שבהם נעשה שימוש בסעיף 113(ב)(2) לחוק הכניסה לישראל כלפי מי שלא עמד לדין פלילי (סוגיה שאינה בפנינו), במקרה דנן הופעלה הסמכות כלפי שוהה שלא כדין שהורשע בביצוע עבירות פליליות וריצה את עונשו במלואו.

למרות זאת, ממונה ביקורת הגבולות החליט כי עדיין נשקפת ממנו מסוכנות באופן שמצדיק את המשך החזקתו במשמורת.

33. מקרה זה מעלה קשיים מיוחדים. ראשית, הפעלת הסמכות הקבועה בסעיף 113(ב)(2) לאחר מיצוי ההליך הפלילי עלולה לרוקן מתוכן את הליך גזירת הדין בעניינו של אותו אדם. המקרה שפנינו הוא דוגמה טובה לכך: עונש המאסר שהושת על המערער הופחת בארבעה חודשים על-ידי ערכאת הערעור, לאחר שנשקלו כלל השיקולים הרלוונטיים לגזירת הדין. אולם, להקלה זו לא הייתה שום משמעות מבחינתו של המערער מאחר שמיד עם סיום תקופת המאסר הוא הועבר למשמורת. שנית, הפעלת הסמכות במתכונת זו כופפת את האסיר לריצוי עונש מאסר בתנאים של אי-ודאות באשר למועד השחרור, תוצאה שהיא מכבידה מעצם טיבה ופוגעת במרכיב התקווה שנלווה להמתנה למועד השחרור. שלישית, פרקטיקה זו חותרת תחת חלק מן השיקולים העומדים ביסוד עונש המאסר שהושת על האסיר – שיקולים שעניינם הסיכוי להרתעתו מפני מעשים דומים ושיקום. קשיים אלה מעוררים שאלות של ממש ביחס להפעלת סעיף 113(ב)(2) לחוק הכניסה לישראל על מי שאך סיים לרצות עונש מאסר, וביתר שאת כאשר אין היתכנות להרחקתו מישראל.

34. מכל מקום, בנסיבות המקרה שבפנינו איננו נדרשים, כאמור, להכרעה כוללת באשר להיקף פריסתו של סעיף 113(ב)(2) לחוק הכניסה לישראל. זאת, מאחר שלפחות בעניינם של עברייני מין מורשעים קיים הסדר נורמטיבי ייעודי שתכליתו מכוונת להתמודדות עם בעיית המסוכנות שלהם במועד שחרורם במאסר – חוק הגנה על הציבור – וממילא יש לעשות בו שימוש כאמצעי המתאים יותר והמידתי יותר לכך, כמפורט להלן. על כן, אני סבורה שניתן להשאיר בצריך עיון את שאלת האפשרות לעשות שימוש בסעיף 113(ב)(2) לחוק הכניסה לישראל לגבי מי שסיימו לרצות את עונש המאסר שלהם וחוק הגנה על הציבור אינו חל עליהם.

היחס בין סעיף 113(ב)(2) לבין חוק הגנה על הציבור

35. תכלית החקיקה – חוק הגנה על הציבור, אשר נועד "להגן על הציבור מפני ביצוע עבירות מין חוזרות על ידי עברייני מין" (סעיף 1 לחוק) הוא הכלי המשלים שייעד המחוקק למקרים שבהם קיים חשש כי מי שהורשע בעבר בעבירת מין וריצה את עונשו ישוב לבצע עבירה דומה. לצורך כך, משרטט החוק הליך רב-שלבי, החל בביצוע הערכת מסוכנות, דרך הצעת תנאי פיקוח על ידי יחידת הפיקוח על עברייני מין בשירות בתי הסוהר, וכלה בהוצאת צו פיקוח על ידי בית המשפט (ראו: בש"פ 962/10 חורב נ' 1).

מדינת ישראל, פ"ד סג(3) 638, 649 (2010) (להלן: עניין חורב); דנה פוגין' "ביום שאחרי" – גישות חדשות במערכת המשפט לניהול סיכון של פגיעה מינית – מענישה בלבד לפיקוח ומניעה" הפרקליט נא 139, 144-145 (2011).

36. די בעיון קצר בשני ההסדרים שלפנינו כדי ללמוד שהיחס ביניהם הוא יחס של הסדר ספציפי והסדר כללי. חוק הגנה על הציבור חל רק בעניינו של מי שהורשע בעבירת מין, בעוד שסעיף 113(ב)(2) לחוק הכניסה לישראל חל על כל מי שיש בשחרורו כדי לסכן את ביטחון המדינה, את שלום הציבור או את בריאותו. מעבר לכך, חוק הגנה על הציבור קובע הוראות מפורטות המיועדות באופן ספציפי להתמודד עם מסוכנות מינית הנשקפת מאסירים משוחררים, בעוד שסעיף 113(ב)(2) הוא סעיף כללי שאינו אלא סייג לשחרור ממשמורת. למעשה, כפי שנראה בהמשך הדברים, לא זו בלבד שסעיף 113(ב)(2) אינו מקנה סמכויות ייעודיות לפיקוח על עברייני מין, הוא אף עשוי לעורר קושי בכל הנוגע לבחינת המסוכנות המינית הנדרשת לצורך שאלת השחרור.

37. כידוע, כאשר מתעוררת שאלה של התאמה ו"סינכרון" בין הסדרים חקיקתיים – האחד כללי והאחר ספציפי – הרי שההסדר הספציפי גובר על זה הכללי (ראו למשל: ד"נ 36/84 טייכנר נ' איר-פרנס נתיבי אוויר צרפתיים, פ"ד מא(1) 589, 599 (1987); ע"פ 3417/99 הר-שפי נ' מדינת ישראל, פ"ד נה(2) 766, 735 (2001); ע"פ 2947/00 מאיר נ' מדינת ישראל, פ"ד נו(4) 636, 645 (2002); בג"ץ 3037/14 אבו ספא נ' משרד הפנים והמנהל האזרחי, פסקה 11 (7.6.2015) (להלן: עניין אבו ספא)). על כך ניתן להוסיף כי בית משפט זה כבר ציין כי אף במקרים שבהם חלות על עניין שתי סמכויות "מקבילות" שאינן מבטלות או דוחות זו את זו (ראו: סעיף 19 לחוק הפרשנות, התשמ"א-1981; יצחק זמיר הסמכות המינהלית כרך א 234 (מהדורה שניה, 2010)), רצוי שהרשות תשתמש בדין "שנושאו קרוב יותר לאותו השטח" (בג"ץ 261/63 מגידוביץ נ' הועדה המחוזית, פ"ד יח(2) 289, 293 (1964)). ראו גם: בג"ץ 879/79 אפא"י אגודה שיתופית לפירות א"י בע"מ נ' שר התעשייה, המסחר והתיירות, פ"ד לד(2) 449 (1980); בג"ץ 256/88 מדאינווסט מרכז רפואי הרצליה בע"מ נ' מנכ"ל משרד הבריאות, פ"ד מד(1) 19, 37-40 (1989); עניין אבו ספא, בפסקה 13). עמדה זו מבטאת במידה רבה גם גישה של הרמוניה חקיקתית (ראו והשוו: בג"ץ 953/87 פורז נ' ראש עיריית תל-אביב-יפו, פ"ד מב(2) 309, 328-329, 334 (1988)).

38. האמצעי המתאים – לאמיתו של דבר, הקושי בהתאמתו של חוק הכניסה לישראל למקרים מן הסוג דנן עולה למעשה מטיעוני המשיב עצמו באשר לאופן ביצועה של ההחלטה התקופתית על המשכה של המשמורת. לטענת המשיב, ההחלטה

בנושא זה אמורה להתקבל ללא הערכת מסוכנות, ולמעשה על יסוד המידע "הרגיל" הקיים בעניינו של מי שנמצא במשמורת (הפרות משמעת וכדומה), בנוסף לנתונים המתבטאים בהליך הפלילי שבעברו. בהקשר זה הועלתה מטעם המשיב טענה כפולה. מחד גיסא, נטען כי בית הדין לביקורת משמורת אינו מוסמך לקבל לעיונו הערכת מסוכנות לפי הוראות סעיפים 3-4 לחוק הגנה על הציבור. מאידך גיסא, נטען גם כי בית הדין למשמורת אף לא יכול להזמין הערכת מסוכנות מטעמו הוא. אם כן – אוי לי מזה ואוי לי מזה והתוצאה היא שהחלטות על המשך המשמורת אמורות להתקבל, כך נטען, ללא הערכה מקצועית, ולהילמד למעשה מהתרשמות מנסיבות ונתונים חיצוניים שהגיעו אל הרשויות. במקרה דנן, אין צורך להידרש לסוגיה זו במלואה. עם זאת, ומבלי לקבוע מסמרות, דומה כי יהיה זה ראוי לבחון פתרונות שיאפשרו בחינה מבוססת יותר ומקצועית של המסוכנות הנשקפת מן השוהים במשמורת, אף מחוץ לחוק הגנה על הציבור. מכל מקום, במקרים שבהם קיימת האפשרות לפנות למסלול שקובע חוק הגנה על הציבור, הכולל גם את קבלתה של הערכת מסוכנות מקצועית – תיטה הכף לעבר הפעלתה של סמכות זו.

39. מידתיות – אכן, בהפעלת הסמכות הקבועה בסעיף 13(ב)(2) לחוק הכניסה לישראל יש כדי למנוע מסוכנות בצורה הרמטית יותר מכפי שמאפשר ההסדר הקבוע בחוק הגנה על הציבור. אולם, בשיקול זה בלבד אין כדי להכריע לטובת שימוש בסמכות הכללית על פני הסמכות הספציפית, בין היתר לנוכח עקרונות יסוד של מידתיות. בנוסף לכך, לא ניתן לומר כי חוק הגנה על הציבור אינו נותן מענה אפקטיבי ויציב לשמירה על שלום הציבור. לא למותר להזכיר כי צו הפיקוח יכול לעמוד בתוקפו עד לחמש שנים, ובמקרי הצורך אף ניתן להאריכו מעבר לכך (ראו: סעיף 14 לחוק הגנה על הציבור). כמו כן, בכל הנוגע לקשיי פיקוח מעשיים יוער כי לא פעם בתי משפט נדרשים לקביעת הסדרים ייחודיים בהתאם למפוקח הקונקרטי שבפניהם, אשר יבטיחו את טיב הפיקוח (ראו למשל: בש"פ 5847/16 מדינת ישראל נ' פלוני (7.8.2016)). לבסוף, חשוב להדגיש כי הפרה של צו פיקוח המוצא לפי חוק הגנה על הציבור מהווה בעצמה עבירה פלילית שהיא עילה להעמדה לדין פלילי ושבצדה עונש מאסר מקסימלי של שנתיים (ראו: סעיף 22 לחוק הגנה על הציבור). אם כן, "לא אלמן ישראל", והחלתו של חוק הגנה על הציבור אינה מובילה לחשיפה של הציבור לסיכון בלתי מבוקר.

40. סיכומו של דבר: אני סבורה כי ההליך הפלילי, אשר נותן מענה לעבירות שכבר בוצעו במישור העונשי, וההליך הקבוע בחוק הגנה על הציבור, המשלים את המישור המניעתי, הם המסלול שיעד המחוקק לטיפול בעברייני מין המהווים סיכון לשלום

הציבור, והם מכילים את האמצעים המתאימים להתמודדות עם מקרים אלה. במובן זה, השימוש בהם – כשהוא אפשרי למניעת מסוכנותו של שוהה בישראל שלא דין – יהיה עדיף על פניה להסדרים המצויים בחוק הכניסה לישראל. מבלי לקבוע מסמרות אציון, כי אפשר להעלות על הדעת חריגים לכלל זה, ככל שהדבר נעשה לפרק זמן מוגבל ביותר כמעין "הוראת שעה". אלה יכולים להיות פני הדברים, למשל, במקרה שבו נדרשת בחינה נוספת של הסדרי הפיקוח לפי חוק הגנה על הציבור.

41. ובחזרה למקרה שבפנינו. בהחלת הכלל האמור במקרה זה, המסקנה היא כי יש להורות על שחרורו של המערער ממשמורת. המערער הורשע בדין וריצה את עונשו במלואו. בהמשך לכך, כבר בחודש מרץ 2016 נתן בית משפט השלום צו פיקוח בעניינו. המערער הוא אזרח אריתריאה, כך שחלה לגביו מדיניות אי-ההרחקה שבה נוקטת המדינה ביחס לאזרחי מדינה זו. בנסיבות אלה, מן הראוי לפעול במסלול הקבוע בחוק הגנה על הציבור ולשחרר את המערער ממשמורת בתנאים מגבילים שייקבעו בצו פיקוח, בהתאם לשיקול דעתו של בית המשפט שלנגד עיניו תונח הערכת המסוכנות בעניינו של המערער. הליכה בדרך זו היא עניין של יום ביומו במדינת ישראל, אף בעניינם של עברייני מין מורשעים שעברם הפלילי מעיד לכאורה על מסוכנות רבה מזו של המערער. כל אימת שעברייני מין מסיים לרצות את עונשו וקיימת הערכת מסוכנות לגביו, שחרורו כרוך ב"החסרת פעימה". אולם, זהו האיזון שבו בחר המחוקק בין ההגנה על זכויות העברייני המורשע לבין ההגנה הנדרשת על הציבור.

שיקולים נוספים התומכים בשחרורו של המערער

42. לכאורה, ניתן היה לסיים את פסק הדין בשלב זה. יחד עם זאת, אני מוצאת לנכון להוסיף כי אפילו לא תתקבל דעתי בנוגע לכך שחוק הגנה על הציבור היה אמור להיות המסלול המתאים לטיפול בעניינו של המערער, ולא חוק הכניסה לישראל, הרי שמכלול הנסיבות בעניינו מוביל למסקנה הברורה כי מוצדק לשחרר את המערער ממשמורת בעת הזו. זאת, נוכח התקופה הארוכה שבה הוא שוהה במשמורת, העובדה שאין היתכנות להרחקתו מישראל, חומרת העבירות שבגינן הורשע וריצה עונש מאסר ונסיבותיו האישיות החריגות.

43. משך המשמורת – בחודש אוגוסט 2016, כאשר ניתנו ההחלטות מושא הבקשה דנן, המערער שהה במשמורת כתשעה חודשים. כיום מצוי המערער במשמורת למעלה משנה. מדובר בפרק זמן לא מבוטל כלל ועיקר, במיוחד בהתחשב בכך שהוא כמעט זהה באורכו לעונש המאסר שהמערער ריצה בגין העבירה שביצע. יש להזכיר כי לפי

חוק הכניסה לישראל, ככלל, יש להורות על שחרור ממשמורת של שוהה בלתי חוקי, המיועד לגירוש, בחלוף שישים ימים. אף החוק למניעת הסתננות (עבירות ושיפוט), התשי"ד-1954 קובע כי יש לשחרר מסתנן בערובה אם חלפו שלושה חודשים מיום תחילת החזקתו במשמורת (סעיף 30א(ג) לחוק (באשר לפרשנות הראויה של סעיף זה ראו עניין דסטטה, בפסקה 41 לפסק דינה של הנשיאה נאור)). הוראות אלה כפופות אמנם לחריגים שנקבעו בחוק, כדוגמת הסעיף הנדון בענייננו. עם זאת, יש בהן כדי להראות ששהות במשמורת במשך של יותר משנה היא חריגה בהיקפה. הדברים אמורים ביתר שאת בשים לב לכך שאין היתכנות להרחקתו של המערער מישראל. יתר על כן, כפי שהוסבר באריכות לעיל, לעובדה שלמשמורת קדמה תקופת מאסר מלאה שנגזרה על המערער במסגרת הליך פלילי, יש גם כן משקל של ממש בהקשר זה.

44. חומרת העבירות ומידת המסוכנות המיוחסת לשוהה במשמורת – אין להקל ראש בחומרתה של אף עבירת מין, ובכלל זאת גם לא בעבירה שביצע המערער. יחד עם זאת, יש לבחון את הדברים בהשוואה למקרים אחרים שבהם עבריינים מורשעים מסיימים לרצות את עונשם אף בגין עבירות חמורות יותר. אף העונש שהוטל על המערער בהליך הפלילי שהתקיים בעניינו משמש בהקשר זה כאמת מידה, ולא כל שכן קיצורו במקרה דנן בערכאת הערעור.

45. נסיבות אישיות חריגות – על כל האמור לעיל יש להוסיף כי במקרה דנן מתקיימות גם נסיבות אישיות חריגות בעניינו של המערער. כמתואר לעיל, טענות בדבר מצבו הרפואי-מנטלי של המערער הועלו כבר בראשיתו של ההליך הפלילי שהתנהל נגדו, ועל כן הוא נשלח להסתכלות פסיכיאטרית (שבסופה כאמור נקבע כי הוא כשיר לעמוד לדין). למותר לציין כי אם יתברר בהמשך שמצבו הרפואי-מנטלי של המערער מחייב התייחסות, כשלעצמו, הרי שאף בעניין זה קיים הסדר סטטוטורי מתאים – חוק טיפול בחולי נפש. אין בדברים אלה כדי לנקוט כל עמדה בעניין, אלא להבהיר שגם מבחינה זו "לא אלמן ישראל".

סיכום

46. לפני סיום יוער כי נפרסה בפנינו מסכת דיונית מסועפת ומורכבת, שבה לא תמיד התקיימו "זרימת" מידע ושיתוף פעולה נאותים בין מכלול הגורמים שטיפלו בעניינו של המערער. בפרט מעוררת קושי העובדה כי קיומו של צו הפיקוח שהטיל בית משפט השלום על המערער הובא לידיעתו של בית הדין לביקורת משמורת רק כחמישה חודשים לאחר שניתן. אף התנהלות המשיב בהליך שהתנהל בבית הדין עד להודעה על

הוצאת צו הפיקוח מעוררת שאלות (ראו לעיל בפסקה 7). יש לקוות אפוא שהליכים מן הסוג דנן, הכרוכים בין היתר בשלילת חירות, יתנהלו במשנה זהירות ותוך תיאום בין כלל גורמי המדינה הצריכים לעניין.

47. עם סיום העבודה על התיק, ובטרם חתימה, הגיש המערער הודעה ובה עדכון בדבר התפתחות שארעה לאחרונה בתיק נוסף שהוזכר על-ידי באי-כוח הצדדים בדיון שהתקיים בפנינו. לא מצאתי כי יש בהודעה זו כדי לשנות מחוות דעתי, וממילא אינני נדרשת אליה לגופה.

48. סוף דבר: אציע לחבריי כי הערעור יתקבל. עם זאת, אציע כי המועד לשחרורו של המערער יידחה למשך 21 יום, על מנת לאפשר למדינה לפנות לבית משפט השלום בבקשה להוציא צו פיקוח עדכני בעניינו של המערער. למותר לציין כי אינני נוקטת כל עמדה ביחס לתנאים שייכללו בצו זה. המשיב יישא בהוצאותיו של המערער בסך 7,500 שקלים.

ש ו פ ט

השופט י' דנציגר:

אני מסכים.

ש ו פ ט

השופט צ' זילברטל:

אני מסכים.

ש ו פ ט

הוחלט כאמור בפסק דינה של השופטת ד' ברק-ארז.

ניתן היום, ו' בטבת התשע"ז (4.1.2017).

ש ו פ ט

ש ו פ ט

ש ו פ ט