

- העותרים :**
1., אזרח אריתריאה, מס' אסיר ...
 2., אזרח אריתריאה, מס' אסיר ...
 3. **המוקד לפליטים ולמהגרים** (לשעבר: מוקד סיוע לעובדים זרים)
 4. **האגודה לזכויות האזרח בישראל**
 5. **א.ס.ף. - ארגון סיוע לפליטים ומבקשי מקלט בישראל**
 6. **קו לעובד**
 7. **רופאים לזכויות אדם - ישראל**
 8. **המרכז לקידום פליטים אפריקאים**

כולם ע"י עו"ד עודד פלר /או יונתן ברמן
מהאגודה לזכויות האזרח בישראל
וכן ע"י עו"ד ענת בן-דור /או אלעד כהנא
מהתכנית לזכויות פליטים, הפקולטה למשפטים, אוניברסיטת תל-אביב
וכן ע"י עו"ד אסף וייצן /או נמרוד אביגאל
מהמוקד לפליטים ולמהגרים
וכן ע"י עו"ד אסנת כהן ליפשיץ
מהקליניקה לזכויות מהגרים, החטיבה לזכויות אדם, המרכז האקדמי למשפט ולעסקים

שכתובתם להמצאת כתבי בי-דין הינה:
האגודה לזכויות האזרח בישראל
רח' נחלת בנימין 75, תל אביב
טל': 03-5608185; טל' נייד: 052-2547163; פקס: 03-5608165
דוא"ל: oded@acri.org.il

נ ג ד

המשיבים: 1. הכנסת

ע"י הייעוץ המשפטי

בקשה דחופה למתן צו ביניים

בית המשפט הנכבד מתבקש ליתן צו ביניים, המורה למשיב 2 ולממונה ביקורת הגבולות, כדלקמן:

א להמשיך ולפעול בהתאם לסמכויות הנתונות בחוק הכניסה לישראל, התשי"ב-1952, בכל הנוגע לשחרור ממשמורת של מי שנכנס לישראל שלא דרך תחנת גבול שקבע שר הפנים, וזאת חלף הסמכויות הקבועות בסעיף 30א לחוק למניעת הסתננות (עבירות ושיפוט), התשי"ד-1954 (להלן – **החוק**);

ב הימנע מליתן הוראת שהייה לפי סעיף 32ד לחוק בעניינו של מי שאינו שוהה ב"מרכז השהייה למסתננים";

ג להשעות את תוקפן של הוראות שהייה שניתנו לפי סעיף 32ד לחוק, ובכלל זה את הוראות השהייה שניתנו לעותרים 1 ו-2;

ד להימנע מלעשות שימוש בסמכויות אשר ניתנו בסעיף 32כ לחוק.

רקע

1. עניינה של עתירה זו בחוקתיות הוראות חוק למניעת הסתננות (עבירות ושיפוט) (תיקון מס' 4 והוראת שעה), התשע"ד-2013 (להלן – **תיקון מס' 4**), שעבר בקריאה שנייה ושלישית בכנסת ביום 10.12.2013.

2. תיקון מס' 4 נחקק בחופזה ובפיזיות זמן קצר לאחר שבית משפט נכבד זה ביטל את סעיף 30א לחוק למניעת הסתננות (עבירות ושיפוט), תשי"ד-1954 (להלן – **החוק למניעת הסתננות**) בבג"ץ 7146/12 **אדם נ' הכנסת** (פורסם בנבו, 16.9.2013) (להלן – עניין **אדם**).

3. פסק הדין בעניין **אדם** נסב על הוראה שנוספה לחוק במסגרת חוק למניעת הסתננות (עבירות ושיפוט) (תיקון מס' 3 והוראת שעה), תשע"ב-2012 (להלן – **תיקון מס' 3**), ושעיקרה הסמכות להחזיק במעצר מינהלי את מי שהוגדר בחוק כ"מסתנן" לפרק זמן של שלוש שנים, ללא משפט, מבלי שהוכח כי עבר עבירה פלילית וגם אם אין אפשרות לגרשו.

4. פסק דינו של בית המשפט הנכבד בעניין **אדם** חזר על הלכה שהשתרשה בפסיקתו מאז שנות ה-50: בהעדר הליך גירוש אפקטיבי ומתוחם בזמן, אין מקום להחזקה במעצר הנלווה לצו גירוש. מעצר לצורך גירוש, כך חזר ושנה בית המשפט הנכבד, אינו יכול להימשך "שנים או חודשים ארוכים" אם הגירוש אינו יוצא אל הפועל. מעצר כזה אינו יכול לשמש כאמצעי להרתעת אחרים. מעצר

- כזה פוגע בזכות החוקתית לחירות במידה העולה על הנדרש ולכן אינו מקיים את תנאי חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו.
5. פסק הדין בעניין **אדם** הורה למשיבים לבחון בתוך 90 ימים את עניינם של כלל הכלואים לפי החוק למניעת הסתננות, ולשחרר את מי שמתקיימת בו עילת שחרור לפי חוק הכניסה לישראל, תשי"ב-1952 (להלן - **חוק הכניסה לישראל**). נקבע, כי נוכח הפגיעה החריפה בזכות לחירות אין מקום להשהות את בטלות סעיף 30א לחוק, כי יש להתחיל מיד בבחינה אינדיבידואלית של עניינם של העצורים, וכי יש לשחרר לאלתר את מי שאין עילה להחזיקו במעצר.
6. בית המשפט עמד על כך שרוב האנשים שהחוק חל עליהם – אזרחי אריתריאה וסודן המונים יחדיו למעלה מ-90% מהאנשים הבאים בגדריו של החוק – אינם בני גירוש לעת הזו. הוא עמד על כך שלא ניתן לבטל בהינף יד את טענותיהם של רוב העצורים מכוח החוק למניעת הסתננות להגנה בינלאומית, וכי על רובם חל עקרון "איסור הגירוש" (*non-refoulement*), בין שיוכרו כפליטים ובין אם לאו. חלק משופטי ההרכב קראו למציאת פתרונות אנושיים והולמים. חלקם סברו שזו עשויה להיות שעתה היפה של המדינה שתשכיל למצוא פתרונות הומאניים למבקשי המקלט. חלקם סברו, כי יש "לחבוש את פצעייהם בגוף ובנפש, להתייחס אליהם ברוחב לב ובמידת החמלה בכל הקשור לעבודה, רווחה בריאות וחינוך".
7. ומה בחרו המשיבים לעשות? מיום שניתן פסק הדין חזר והצהיר המשיב 2, שר הפנים, כי הוא סבור שבית המשפט הנכבד שגה בפסק דינו, אך כי "יכבד את פסק הדין". הדרך בה בחרו המשיבים לכבד את פסק הדין הייתה לעכב ככל שיעלה בידם את שחרורם של מי שאמורים היו להשתחרר בהתאם לפסק הדין, ולהעביר חקיקת בזק שתעקר את פסק הדין בעניין **אדם** מתוכן. לא פתרונות הומאניים, לא פתרונות יצירתיים ולא שעתה היפה של המדינה. עוד מאותו הדבר, ואף גרוע מכך.
8. תיקון מס' 4 עוסק בשני עניינים מרכזיים: הוא נופח חיים מחודשים בסעיף 30א שבוטל על ידי בית המשפט הנכבד וקובע הוראות בדבר הקמת "מרכז שהייה".
9. ראשית, תחת ההסדר שאיפשר להחזיק אנשים במעצר מינהלי לשלוש שנים לפי סעיף 30א הוא קובע כי ניתן יהיה להחזיק "מסתנן" במעצר לפרק זמן של שנה. נציגי הממשלה ודברי ההסבר של הצעת החוק נשענים על דעת המיעוט של

השופט הנדל ודעת היחיד של הנשיא גרוניס בעניין **אדם**, לפיהם אין מניעה לחוקק חוק שיקבע תקופת מעצר מינהלי קצרה יותר. דברי שבעת שופטי ההרכב, שדבקו בעיקרון המושרש בפסיקות של בית משפט זה, ולפיו שאלת המעצר נבחנת לפי קריטריון איכותי ולא כמותי – אין מקום למעצר מכוח צו גירוש כאשר לא מתקיים הליך גירוש אפקטיבי – נעלמו כלא היו.

10. שנית, תיקון מס' 4 מקנה סמכות להחזיק את מי שלא ניתן לגרשם ב"מרכז שהייה" ללא הגבלת זמן, ללא עילות שחרור וללא ביקורת שיפוטית יזומה. "מרכז שהייה" מנוהל על ידי שירות בתי הסוהר, ואת ההבדלים בינו לבין כלא קשה למצוא. הוא אינו דומה במאום לאמצעים המידתיים שהציעו חלק משופטי ההרכב בעניין **אדם**. חלק מן השופטים הצביעו על פתרונות אפשריים בדמות מתקנים פתוחים, בהם קיימת חובת נוכחות רק בלילות, מתקנים בהם השהייה רצונית ומתקנים שיבטיחו את חופש התנועה של המתגוררים בהם. לא זה המודל שבחרו המשיבים.

11. תיקון מס' 4 הביא להקמתו של "מרכז שהייה" המנוהל על ידי שירות בתי הסוהר בלב המדבר, בסמוך למתקן "סהרונים" ולכלא "קציעות", בהם הוחזקו עצורים לפי תיקון מס' 3. המתקן מבודד מכל מקום יישוב ומצוי בלב שטח אש של צה"ל. החוק מחייב את המוחזקים במתקן להתייצב שלוש פעמים ביום, ומשמעו כי לא יוכלו להתרחק מן המתקן. לשירות בתי הסוהר הסמכויות האופייניות לבתי כלא גם במתקן זה – סמכויות חיפוש, סמכויות ענישה, סמכות לקבוע מה הם החפצים המותרים להחזקה, סמכות להורות למוחזקים בו לציית להם, וסמכות להורות על פתיחתו וסגירתו של המתקן.

12. נוסף על כך, מעניק החוק לממונה ביקורת הגבולות – פקיד משרד הפנים – סמכות חסרת תקדים בדין הישראלי, ולמיטב הידיעה אף בעולם. לממונה סמכות להטיל עונשי מאסר מינהליים. מי שלא התייצב במועד במתקן, מי שהפר את כללי המשמעת ומי שנמצא מחוץ למתקן ולא חידש במועד את רישיון הישיבה שלו, רשאי ממונה ביקורת הגבולות להטיל עליו עונש בדמות העברה למתקן משמורת לפרק זמן שנקבע בחוק. לכל "הפרה" תג מחיר בצידה – בין חודש לשנה של מאסר מינהלי.

13. אף על פי שבית המשפט הנכבד הטיל ספק בעניין **אדם** בהיותה של מטרת ההרתעה תכלית ראויה, לא היססו המשיבים לשוב ולחוקק חוק שנועד להרתיע

אנשים נוספים מלחצות את הגבול. המשיבים אף הגדילו ועשו, והבהירו כי להחזקה ב"מרכז השהייה" מטרה פסולה נוספת. לכל אורך הליך החקיקה הובהר, כי מטרת ההחזקה במתקן היא להביא את המוחזקים בו "להסכים" לגירושם. בכך מרוקנים המשיבים מתוכן עולם מושגים שלם. לשיטתם, פגיעה בחירותו של האדם, שבירת רוחו וכיפוף רצונותיו עד שיאמר "רוצה אני" הם "הסכמה חופשית". כאמור, מדובר ב"הסכמה חופשית" של מי שבית המשפט קבע בעניין **אדם** שחל עליו עקרון ה-*non-refoulement* לוותר על הזכות שלא להיות מוחזר למקום אליו אסור להחזירו בכפייה. תכלית סחיטתה של "הסכמה" לחזרה למקום אליו אסור להחזיר אדם בכפייה חושפת את הרציונאל המסתתר מאחורי החוק וההחזקה ב"מרכז השהייה" – פגיעה כה קשה באדם עד שיעדיף לוותר על זכותו שלא להיות מגורש.

14. המשיבים לא הפנימו את שנקבע בפסק הדין בעניין **אדם**. הם לא הפנימו כי האדם הוא תכלית בפני עצמה. הם לא הפנימו כי מי שהחוק עוסק בעניינם – אותם אלה שהם מתעקשים להדביק בהם את הכינוי הפוגעני "מסתננים" – הם בני אנוש וכי יש להתייחס אליהם ככאלה.

15. תיקון מס' 4, כמו תיקון מס' 3 לפניו, מצוי מחוץ לגבולות החוקתיות ואינו מתיישב עם העקרונות שנקבעו בעניין **אדם**, עד שאין מנוס מלהורות על בטלותו.

על הצו המבוקש

16. משום הפעלתו המיידית של תיקון מס' 4, והעברתם במהלך סוף השבוע האחרון אל "מרכז השהייה" של מאות כלואים – אותם אלה שבית המשפט הנכבד הורה לשחררם לאלתר וללא דיחוי בפרשת **אדם**, ושהמתינו בחודשים האחרונים לשינוי שהובטח בפסק הדין "מכליאה חסרת פתרון ליציאה לחירות ותקווה לעתיד" – מוגשת בקשה זו.

17. למעט הצו השלישי המבוקש, העוסק באוכלוסיה זו, עניינם של יתר הצווים המבוקשים הוא הקפאת המצב הקיים: הותרת הסדרים הקבועים בחוק הכניסה לישראל לעניין שחרור ממשמורת, כפי שהורה בית המשפט הנכבד בפרשת **אדם**; אי-מתן "הוראות שהייה" חדשות למי שאי אפשר לגרשם מישראל; ואי הפעלת סמכויות הענישה שניתנו לממונה ביקורת הגבולות על השוהים ב"מרכז השהייה" ומחוצה לו. כל זאת, עד להכרעה בעתירה.

18. הצו השלישי המבוקש במסגרת בקשה זו – לעניין השעיית "הוראות השהייה" שהוצאו למי שהוחזקו במתקני הכליאה "סהרונים" ו"קציעות" עד לימים האחרונים – הוא צו מסוג צו "עשה", והוא נוגע, בין היתר, באופן קונקרטי לעותרים 1 ו-2. כפי שיפורט בהמשך, בנסיבות הייחודיות של ענייננו ונוכח הפגיעה הקיצונית בזכויות היסוד של האנשים עליהם ניתנו "הוראות השהייה", הצו מתחייב.

19. בתי המשפט בארה"ב מנעו לא פעם בצו ביניים את יישומו של חוק ידי הרשויות המינהליות, כשהם מבססים את החלטותיהם על החזקה, ולפיה הפרה זמנית של זכות חוקתית עד להכרעה בהליך גורמת, מעצם טבעה, נזק בלתי הפיך (ר'), למשל: (*Giovani Carandola, Ltd. v. Bason*, 303 F.3d 507, 511 (4th Cir. 2002)). בנסיבות אלה לא היססו בתי המשפט להשעות בצווי ביניים את יישומו של חוקים הפוגעים בזכויות חוקתיות (ר'), למשל: (*Ashcroft v. ACLU* 542 US 656; (2004); (*Lebron v. Sec't Florida Dep't of Children & Families, No. 11-15258 (11th Cir. February 26, 2013)*; (*Awad v. Ziriox*, 670 F.3d 1111 (10th cir.2012)). כך בכלל, וכך גם באשר לחוקים הפוגעים בזכויות חוקתיות של מהגרים. בשנת 2010 נתן בית המשפט הפדראלי המחוזי בארה"ב צו ביניים עד להכרעה בחוקתיותו של חוק של מדינת אריזונה. צו הביניים מנע את יישומו של חלקים נרחבים מתוך החוק של מדינת אריזונה, שהעניק לרשויות סמכויות הנוגעות לאכיפת האיסור על שהייה שלא כדין ((*US v. Arizona*, 703 F. Supp. 2d 980 (2010)). ערעור שהגישה מדינת אריזונה לבית המשפט הפדראלי לערעורים נדחה, ובית המשפט הפדראלי השאיר על כנו את צו הביניים עד להכרעה בתיק העיקרי (*Arizona v. Arizona* (2011) 3d 339 (US)). אריזונה לא השלימה עם צו הביניים, ביקשה לערער לבית המשפט הפדראלי העליון, וזה החליט לשמוע את ערעורה. בית המשפט העליון קבע כבר במסגרת הדיון בערעור על צו הביניים, כי חלקים מן החוק אינם חוקתיים ((*Arizona v. US* 567 (2012)).

20. צו הביניים המתבקש בענייננו נדרש על מנת לשמור על המצב הקיים ולמנוע, בראש ובראשונה, פגיעה נוספת בזכויות היסוד החוקתיות של אותם אנשים שעניינם נדון בפרשת אדם, ואשר כבר בילו תקופה ממושכת בכלא מכוח חקיקה שבדיעבד נקבעה כחקיקה בלתי חוקתית ובטלה.

הראש הראשון: להימנע משימוש בסמכויות לפי סעיף 30א לחוק

21. תיקון מס' 4 לחוק "מחייה" את סעיף 30א לחוק למניעת הסתננות שהוכרז כבטל על ידי בית המשפט בפרשת אדם. זו הפעם תקופת הכליאה עומדת על שנה, תחת שלוש שנים. למרות שינוי זה, החוק מתיר את כליאתם של אנשים שלא ניתן לגרשם מישראל לתקופה של שנה ובכך לוקה באותו פגם מהותי עליו עמד בית משפט נכבד זה בפרשת אדם: בהעדר הליך גירוש אפקטיבי ומתוחם בזמן, אין מקום להחזקה במעצר הנלווה לצו גירוש. מעצר לצורך גירוש אינו יכול להימשך "שנים או חודשים ארוכים" אם הגירוש אינו יוצא אל הפועל.

22. כמפורט בעתירה, בשלושת החודשים האחרונים מאז ניתן פסק הדין בעניין אדם נכנסו לישראל דרך גבולה הדרומי ארבעה גברים סודנים בלבד. במציאות בה נכנסו אנשים בודדים, לא ניתן להצדיק פגיעה חמורה כל כך בזכויות. דברים דומים אף הובעו על ידי היועץ המשפטי לכנסת (ר' נספח ע/23 לעתירה) ועל ידי נציגות נציבות האו"ם לפליטים בישראל (ר' נספח ע/25 לעתירה).

23. בשים לב לדמיון הרב שבין תיקון מס' 4 לבין ההסדר שבוטל, ולאור המספר המצומצם של הכניסות ללא היתר בחודשים האחרונים, אך מתבקש שהמשיב יעשה שימוש בסמכויות המוקנות לו בחוק הכניסה לישראל בכל הקשור להחזקתם של אנשים במשמורת, כפי שנקבע בעניין אדם והוחל באופן מיידי ביום מתן פסק הדין.

הראש השני: להימנע משימוש בסמכויות לפי סעיף 32ד לחוק

24. סעיף 32ד מקנה לממונה ביקורת הגבולות סמכות ליתן לגבי "מסתנן" שיש קושי בגירושו "הוראת שהייה", אשר תחייב שהייתו ב"מרכז שהייה" עד לגירושו מישראל, עד ליציאתו ממנה או עד למועד אחר שיקבע.

25. כמפורט בהרחבה רבה בעתירה, "מרכז השהייה" הוא מתקן "חולות", המצוי במתחם בתי הסוהר באזור קציעות שבנגב – סמוך לבתי הסוהר "סהרונים" ו"קציעות". על אף ש"מרכז השהייה" מוצג כ"מתקן פתוח", בו יקבלו השוהים מענה לכל צרכיהם וממנו יוכלו לצאת, הרי שלמעשה, כמפורט בעתירה, מדובר במתקן שמתכונתו כמעט זהה למתקן המעצר בו הושמו עד כה האנשים שיהיו הראשונים לאכלסו. המרכז מופעל בידי שירות בתי הסוהר, והעובדים במרכז הם סוהרי בית הסוהר "סהרונים". סל הזכויות שניתן לשוהים במתקן דל ביותר (ולמעשה המשיבים טרם טרחו להגדירו במדויק), ועל פניו נופל אף מזה שניתן לאסירים ומוגבל לשירותים הניתנים במתקן בלבד. לשוהים אסור לעבוד מחוץ

למתקן. השהות במרכז כפויה ונתונה לפיקוח שמטרתו להבטיח נוכחות הן בשעות הלילה (בין 22:00 בלילה ל-06:00 בבוקר), והן לאורך היום (על השהים להתייצב שלוש פעמים ביום). השהייה "במרכז השהייה" היא לתקופה שאינה מוגבלת או מוגדרת בחקיקה. לא נקבעו עילות שחרור כלשהן ממנו וממילא לא קיים מנגנון של ביקורת שיפוטית יזומה לגבי עצם ההחזקה במרכז. לאנשי שב"ס הוענקו סמכויות חיפוש והפעלת כוח, ולפקידי משרד הפנים הוענקו סמכויות ענישה מרחיקות לכת, שכוללות אפשרות לשלול חירות לפרקי זמן משמעותיים, ללא משפט, לגבי כל הפרה, קלה כחמורה, של ההסדרים השונים במרכז (כמו, למשל, חובת ההתייצבות שלוש פעמים ביום). עמדה ביחס להיות "מרכז השהייה" מתקן כליאה באופיו הביעו גם היועץ המשפטי לכנסת (ר' נספח **23/ע** לעתירה) ונציבות האו"ם לפליטים (ר' נספח **25/ע** לעתירה).

26. על פי הצהרות המשיבים, הקיבולת של מתקן "חולות" היא 3,300 מקומות, ומשרד הפנים מתכוון לשלוח אליו, נוסף על מי שהוחזקו עד כה על פי החוק למניעת הסתננות והועברו ממתקני הכליאה, כמה אלפים מבין עשרות האלפים ששהים בישראל מזה זמן, ולעיתים שנים ארוכות.

27. בנסיבות אלה, ומשמדובר בהמשך שלילת החירות של מי שאין אפשרות לגרשם מישראל, מתבקש צו המקפיא את המצב הקיים ואוסר על משרד הפנים לעשות שימוש בסמכות לפי סעיף 32ד על מנת לכפות על מי שאין אפשרות לגרשם מישראל לשהות במתקן.

הראש השלישי: השעיית "הוראות השהייה" שכבר ניתנו

28. לפי הצהרות המשיבים, הראשונים אשר הועברו בסוף השבוע האחרון ל"מרכז השהייה" היו אותם סודנים ואריתראים אשר היו כלואים עת ארוכה במתקני "סהרונים" ו"קציעות" (כמו העותרים 1 ו-2), ובחינת עניינם עוכבה על ידי משרד הפנים בכוונת מכוון בהמתנה לחקיקת תיקון מס' 4. בדיון ביום 9.12.2013, בבקשה שהוגשה על ידי הארגונים העותרים בעניין **אדם** לפי פקודת ביזיון בית המשפט, הצהירה ב"כ המשיבים שתיקון מס' 4 נועד רק כדי להוסיף כלי נוסף ל"ארגז הכלים" של ממונה ביקורת הגבולות ואין מניעה שחלק מהעצורים שנותרו אז במעצר ישוחררו על ידו ולא יועברו ל"מרכז השהייה". דברים אלה עוגנו בהחלטת בית המשפט הנכבד (נספח **30/ע** לעתירה).

29. בסופו של יום, מאות שלא שוחררו נשלחו אל "מרכז השהייה" במהלך סוף השבוע האחרון, כך שהם עדיין שוהים תחת מרותם של אותם הסוהרים שפיקחו על כליאתם, בצמוד למתקן בו הוחזקו קודם לכן, תחת מגבלות קשות על חירותם, פרטיותם, ויכולתם לנהל חיים נורמאליים. כך ארע גם לעותרים 1 ו-2.

30. העותר 1 נכנס לישראל בחדש אוגוסט 2012. הוא ברח מאריתריאה לאחר שאולץ לשרת בה שירות לאומי כפוי משך 16 שנים. העותר 1 נעצר פעמיים באריתריאה והוחזק על ידי הרשויות פעם אחת משך שמונה חודשים ופעם שנייה משך שישה חודשים, והכל ללא שהתקיים הליך כלשהו או משפט. הוא הבין שלא ישוחרר משירות, ושלא יזכה לזכויות כלשהן באריתריאה, וברח מן המדינה. מאז שהגיע לישראל, משך כשנה וארבעה חודשים, הוא הוחזק במתקן הכליאה "סהרונים" בשל הוראות תיקון מס' 3 לחוק למניעת הסתננות. לא נעשה כל ניסיון לגרשו מישראל. ביום 11.7.2013 הורה בית הדין לביקורת משמורת על שחרורו משום שחרף חלוף הזמן טרם ניתנה החלטה בבקשתו למקלט. ואולם הוא לא שוחרר, שכן לא הצליח להשיג את הערבות הכספית שנקבעה לשחרורו. ביום 28.7.2013 דחה משרד הפנים את בקשתו למקלט, ועל יסוד זאת ביום 6.8.2013 ביטל בית הדין את ההחלטה על שחרורו. העותר 1 הגיש בקשה לעיון מחדש בהחלטה לדחות את בקשתו למקלט. בחודשים האחרונים למד, שאנשים משוחררים מן הכלא בעקבות פסק דינו של בית משפט נכבד זה בעניין אדם. ואולם, הוא לא שוחרר. ביום 19.11.2013, למעלה מחודשיים לאחר פסק הדין בעניין אדם, הובא העותר 1 בפני בית הדין לביקורת משמורת. בית הדין ציין בהחלטתו שהחוק למניעת הסתננות בוטל בפסק הדין בעניין אדם, ואולם אישר את המשך החזקתו, משום שלשיתו, על פי פסק הדין, משרד הפנים הוא שצריך להחליט האם לשחרר בתוך 90 ימים ממועד פסק הדין, ולא בית הדין. ביום 10.12.2013 נלקח העותר 1 לראיון במשרד הפנים. הוא סבר שישתחרר, אך פשר הראיון לא הוסבר לו, ולא נמסרה לו כל החלטה. הוא נשאל בראיון כמה שנים יסכים לבלות בכלא, לפני שיבקש לחזור לאריתריאה.

31. העותר 2 נכנס לישראל בחדש יוני 2012. הוא נמלט מאריתריאה והותיר מאחריו את אשתו וארבעה ילדים בגילאים עשר, שבע, ארבע ושנתיים. העותר 2

סירב להתגייס לשירות בצבא אריתריאה משום שהוא כומר אורתודוקסי, ואמונתו אוסרת זאת. משך שנים ברח והסתתר משלטונות אריתריאה, תוך שהוא מנסה לקדם את זכותם של כמרים שלא להתגייס בניגוד לאמונתם. הרשויות עצרו את אשתו וילדיו על מנת שיסגיר עצמו לידיהן. לאחר הגיעו לישראל אושפז בבית החולים סורוקה, ולאחר שחרורו מבית החולים הגיע לתל-אביב. בסמוך לאחר מכן, בחדש יולי 2012, פנה ליחידת הטיפול במבקשי מקלט במשרד הפנים כדי להגיש בקשה. הוא הוזמן להגיע בראשית חודש ספטמבר 2012 לראיון במתקני היחידה בחולון. כשהתיצב, נעצר ונשלח תחילה למתקן הכליאה "גבעון" ולאחר מכן למתקן הכליאה "סהרונים". מאז, משך למעלה משנה ושלושה חודשים, הוחזק בכלא בשל הוראות תיקון מס' 3 לחוק למניעת הסתננות. ביום 15.9.2013, יום לפני שניתן פסק הדין בעניין אדם, ניתנה החלטה של בית הדין לביקורת משמורת לשחררו, משום שחורף חלוף הזמן טרם ניתנה החלטה בבקשתו למקלט. ואולם, הוא לא שוחרר. משרד הפנים מיהר לדחות ביום 17.9.2013 את בקשת המקלט שלו, ושב ופנה לבית הדין. ביום 29.9.2013 נעתר בית הדין לבקשת משרד הפנים וביטל את החלטת השחרור, מן הטעם שבקשתו למקלט נדחתה, ומן הטעם שלשיטת בית הדין, על פי פסק הדין בעניין אדם, משרד הפנים הוא שצריך להחליט האם לשחרר בתוך 90 ימים ממועד פסק הדין, ולא בית הדין. בית הדין שב ואישר את החלטתו זו ביום 20.10.2013 וביום 1.12.2013. העותר 2 נותר בכלא. הוא הבין שישוחרר בתוך 90 ימים ממועד פסק הדין, ואולם הדבר לא קרה.

32. ככל שיש מאפיין ייחודי לאנשים שלגביהם הוצאו כבר "הוראות שהייה", הרי זה הימצאותם חודשים ארוכים במעצר שבית המשפט הכריז עליו כבלתי חוקתי ובטל לאלתר. ודאי ש"מאפיין" זה אינו יכול להצדיק את העברתם והחזקתם ב"מרכז השהייה". כלואים אלה שהיו מודעים לפסק דינו של בית המשפט הנכבד בעניין אדם ציפו להשתחרר מן הכלא, בהתאם לפסק הדין. העברתם למתקן והמשך כליאתם תחת שחרורם מחמירה את הפגיעה בהם. עוד תצויין המקריות שבהשמתם של אנשים אלה דווקא ב"מרכז השהייה". לו היו הליכי חקיקת תיקון מס' 4, שהיו בפועל חפוזים מאוד, קצרים בשבוע אחד פחות, היו מצטרפים לכלואים ב"מרכז השהייה" כמאה עצורים אחרים, שזכו להשתחרר במהלך אותו שבוע מן הכלא. מצד שני, לו היו הליכי החקיקה נמשכים שבוע

אחד נוסף, ומועד 90 הימים מעת מתן פסק הדין בעניין אדם היה חולף, היו כל הכלואים שאין עילה להחזיקם משתחררים, ובהם העותרים 1 ו-2 (לעניין זה יצוין שבית המשפט הנכבד הביע בהחלטתו מיום 9.12.2013 את מורת רוחו מקצב התנהלותם של המשיבים בשחרורם הכלואים).

33. נזכיר, כי בית משפט נכבד זה הורה על בטלותו של סעיף 30א ביום 16.9.2013, והורה עוד על שחרורם של הכלואים, שאין עילה להוסיף ולהחזיקם, וזאת לאלתר וללא דיחוי. בית המשפט הניח, כי מדובר בכ-1,750 איש, ולא מצא כי ייגרם בשחרורם נזק. עתה, עניינו במי שנותרו מאותם 1,750 איש, שנמצא לגביהם כי אין עילה על פי חוק הכניסה לישראל להוסיף ולכלואם. אין כל דרך לטעון שדווקא הם, שבדיקת עניינם עוכבה, צריכים להוסיף ולהיכלא.

34. כפי שצוין לעיל, ראש זה של צו הבינים הוא היחיד שמהווה במהותו "צו עשה". אכן "הכלל הוא שצו עשה לא ניתן כדבר שבשגרה", אך "בהתקיים הצדקה לכך ניתן יהיה לחרוג מהכלל [...]", ואכן היו מקרים שנכנסו בגדר החריג וניתן בהם צו ביניים שמשמעו צו עשה" (בר"ם 4026/08 **מדינת ישראל – משרד הפנים נ' KANCHI JAGADESH** (פורסם בנבו, 29.6.2008), פסקה 9). כך למשל, במצבים בהם תיגרם פגיעה חריפה בזכויות נפסק שיש ליתן צו עשה (ר', למשל: בר"ם 10948/08 **קרואנט נ' משרד הפנים** (פורסם בנבו, 30.12.2008); בג"ץ 7937/06 **אוניסקו נ' משרד הפנים – מינהל האוכלוסין** (פורסם בנבו, 10.10.2006); בג"ץ 396/09 **אגליץ נ' שר הפנים** (פורסם בנבו, 22.3.2009)).

35. מפאת היותה של העתירה חוקתית, עשוי הדיון בה להימשך, למצער, מספר חודשים. ברי, כי הותרת הכלואים ב"מרכז השהייה" לאורך הדיון בעתירה דנו, תפגע בחירותם באופן קשה ביותר ככל שהזמן ילך ויחלוף.

36. נוכח האמור, בנסיבות הייחודיות של המקרה דנו מתקיים החריג המצדיק מתן צו עשה למשך הדיון בעתירה.

הראש הרביעי: להימנע משימוש בסמכויות לפי סעיף 32 לחוק

37. בעתירה הרחבנו אודות סעיף 32 לחוק, אשר מקנה בידי ממונה ביקורת הגבולות – פקיד של משרד הפנים – סמכויות שיפוט וענישה חסרות תקדים ביחס לשוהים במתקן, ואף ביחס למי שעלולים להישלח אליו. לראשונה מצהירה המדינה בפה מלא ובגלוי כי "השמה במשמורת", על פי דיני ההגירה, היא סנקציה עונשית למטרות גמול והרתעה. מעשים או מחדלים מסויימים

נקבעו כ"עבירות" שלצידן תגי מחיר, אשר הפחות שבהם הוא מאסר למשך חודש ימים והעליון הוא שנת מאסר. נבקש להפנות לכל האמור בעתירה בעניין זה ולעמוד להלן רק על הנקודות המצדיקות את מתן צו הביניים.

38. כמפורט בעתירה, היועץ המשפטי לוועדת הפנים והגנת הסביבה של הכנסת הבהיר לוועדה בדיון בסעיף זה לקראת הכנתו לקריאה שנייה ושלישית ביום 2.12.2013, כי "מדובר למעשה בסנקציות משמעתיות שמוטלות על ידי גורם מינהלי ואנחנו לא מכירים בחקיקה מקרה אחר או דומה שבו ניתן לגורם מינהלי אפשרות להטיל סנקציות מהסוג הזה." אכן, מדובר בסעיף שאין לו אחריות בחקיקה הישראלית. פקיד במשרד הפנים מוסמך להעניש אדם בגין מעשה או מחדל ולהורות על שלילת חירות קיצונית למשך שנה בלא לקיים הליך ראוי ומבלי שתתקיים ביקורת שיפוטית יזומה על החלטותיו.

39. שימוש בסמכויות שהוענקו לממונה בסעיף זה נושא עמו השלכות כבדות משקל בשני מישורים מקבילים: (א) פוטנציאל לפגיעה לא מידתית בחירותם האישית ובכבודם של מי שעלולים להידון לתקופות מאסר מכוחו; (ב) פגיעה בעקרון שלטון החוק ויצירת טשטוש מסוכן בין משמורת הגירתית לבין עונש מאסר במסווה של משמורת מנהלית.

40. בהיעדר צו הביניים המבוקש עלולים הכלואים המוחזקים ב"מרכז השהייה" להישלח שוב למתקן "סהרונים" לתקופות ממושכות בגין איחור לרישום במתקן, אי התייצבות לרישום, הפרת כללי ההתנהגות שקבע שב"ס למתקן, בגין גרימת נזק, בגין חבלה, בגין עבודה ובגין "נפקדות", והכל בהתאם לשיקול דעתן של פקיד במשרד הפנים.

41. גם אחרים, אשר שוהים בישראל כדין מזה שנים חשופים לסנקציות העונשיות הקבועות בסעיף 32 כמקרה שמכל סיבה שהיא לא חידשו במועד את רשיון הישיבה שניתן להם. בכך, ניתנה למשרד הפנים סמכות חסרת תקדים לעקור אנשים מסביבתם.

42. כל זאת, כפי שנטען בעתירה בהרחבה, ללא ביקורת שיפוטית יזומה על החלטות הממונה מכוח סעיף 32.

43. לכן, לנוכח האופי הדרקוני של סמכויות השיפוט והענישה שמקנה סעיף 32 לממונה ביקורת הגבולות, מתבקש בית המשפט הנכבד להורות, כי לא ייעשה בהן שימוש.

סיכויי העתירה

44. סיכויי העתירה טובים. בית המשפט הנכבד הורה אך לפני שלושה חודשים על ביטולה של הוראת החוק שאפשרה להחזיק במעצר שאינו מוגבל בזמן את מי שאי אפשר לגרשם. ההחזקה על פי סעיף 30א לחוק היא אותה כליאה בדיוק, ומאפייניו של המתקן מלמדים כי החזקה בו אינה שונה. מדובר בחוק שחוסר החוקתיות הגלום בו ברור על פניו.

מאזן הנוחות

45. מאזן הנוחות נוטה במובהק לטובת מתן צו הביניים המבוקש. כאמור, השמת אדם במתקן משמורת או ב"מרכז שהייה" מהווה פגיעה קשה בזכויותיו החוקתיות. "הוראות שהייה" ניתנו בסוף השבוע האחרון למי שאמורים היו להשתחרר זה מכבר על פי פסק דינו של בית המשפט הנכבד, והפגיעה בהם חריפה במיוחד.

46. מנגד, לא ייגרם כל נזק ממתן הצו. כפי שהרחבנו, בחודשים האחרונים לא נכנסו אלא ארבעה אנשים דרך הגבול הדרומי, ועל כן אין כל צורך בהוראת כליאה מנדטורית לשנה. אין אף כל צורך דחוף בהמשך כליאתם של מי שבית המשפט הנכבד הורה לשחררם לפני שלושה חודשים, וזאת מתוך עשרות אלפי מבקשי המקלט שמצבם זהה, השוהים כיום בישראל (שאף אותם חל איסור לכלוא בהעדר אפשרות לגרשם).

47. כמפורט בעתירה, הממשלה החליטה על הקמת "מרכז שהייה" כבר לפני למעלה מ-3 שנים, ובנתה אותו בפועל לפני חודשים ארוכים. חרף זאת, נמנעה מלהשמישו ולא ראתה בו כל צורך עד ליום שבו פסק בית משפט נכבד זה שתיקון מס' 3 בטל. דחיפות החקיקה והקמת המתקן מלמדות שהקמתו והפעלתו לא נבעו משיקולים ענייניים, כי אם מרצון להימנע משחרורם של הכלואים לחופשי, בניגוד לפסק הדין בעניין **אדם** (ומטעמים פסולים אחרים, עליהם עמדנו בהרחבה בעתירה).

מכל הטעמים האלה יתבקש בית המשפט הנכבד ליתן צו ביניים כמבוקש.

15 בדצמבר 2013

אסף וייצן, ע"ד

ענת בן-דור, ע"ד

עודד פלר, ע"ד

נמרוד אביגאל, ע"ד

אלעד כהנא, ע"ד

אסנת כהן ליפשיץ,
ע"ד

יונתן ברמן, ע"ד

באי כוח העותרים