

1. [REDACTED]
2. [REDACTED]
3. המוקד לפליטים ומהגרים
4. האגודה לזכויות האזרח בישראל
5. א.ס.ף- ארוע סיוע לפליטים ומבקשי מקלט בישראל
6. קו לעובד
7. רופאים לזכויות אדם- ישראל
8. המרכז לקידום פליטים אפריקאים

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

האגודה לזכויות האזרח בישראל
רח' נחלת בינמין 75 תל אביב
טלפון: 03-5608185, טלפון נייד: 052-2547163, פקס: 03-5608165
דוא"ל: oded@acri.org.il

העותרים

נ ג ד

1. הכנסת
על ידי הלשכה המשפטית של הכנסת
קריית בן גוריון ירושלים
טלפון: 02-6753333 פקס: 02-6753495

2. שר הפנים
3. שר הביטחון
4. השר לביטחון פנים
5. היועץ המשפטי לממשלה
על ידי פרקליטות המדינה,
משרד המשפטים, ירושלים
טלפון: 02-6466590; פקס: 02-6467011

המשיבים

תגובה מטעם המשיבים 2-5 לבקשה למתן צו ביניים

בהתאם להחלטת בית המשפט הנכבד (כב' השופט נ' הנדל) מיום 15.12.13, אשר הומצאה
לפרקליטות המדינה ביום 17.12.13, מתכבדים המשיבים 2-5 (להלן: המשיבים) להגיש את
תגובתם לבקשה למתן צו ביניים, כדלקמן.

1. עניינה של העתירה דנן בחוקתיות הוראות החוק למניעת הסתננות (עבירות ושיפוט) (תיקון מס' 4 והוראת השעה), התשע"ד-2013 (להלן: **תיקון מס' 4**). תיקון מספר 4 האמור נכנס לתוקפו ביום 11.12.13, עת פורסם ברשומות, והינו מהווה תיקון לחוק למניעת הסתננות, מתוך מטרה ליתן בידי הממשלה ורשויותיה כלים חדשים ומתאימים להתמודדות עם השלכותיה הקשות של תופעת ההסתננות הבלתי חוקית על החברה, המשק ומרכזי הערים בישראל; וזאת לאחר שסעיף 30א לחוק למניעת הסתננות (עבירות ושיפוט) (תיקון מס' 3 והוראת שעה), התשע"ב-2012 (להלן: **תיקון מס' 3**) בוטל בפסק דינו של בית המשפט הנכבד בבג"ץ 7146/12 **אדם נ' כנסת ישראל** (פורסם בנבו, 16.9.13) (להלן: **עניין אדם**).

2. בצד עתירתם למתן צו-על-תנאי שיורה על ביטולו של תיקון מספר 4, מבקשים העותרים מבית המשפט הנכבד כי יוציא מלפניו ארבעה צווי בניניים, **וזאת עוד בטרם תידון העתירה לגופה**. כפי שעוד יוצג להלן, וחרף החלוקה לכאורה אותה עורכים העותרים בין ארבעת הצווים השונים המתבקשים על ידם, הרי שבהיאספם יחד - זה לצד זה - מתבהרת התמונה המשפטית באשר למבוקש מבית המשפט הנכבד. הלכה למעשה, בית המשפט הנכבד מתבקש על ידי העותרים להוציא מלפניו **צו בניניים רחב היקף וחסר תקדים, המורה על השעיית תוקפה של חקיקה ראשית, על מלוא רבדיה, והחלפתה בהסדר בניניים חקיקתי אחר. זאת, ולא אחרת.**

3. המשיבים יטענו, כי צווי הבניניים המבוקשים הינם מרחיקי לכת; נעדרי כל תקדים משפטי ישראלי קודם שיהווה להם למשען הולם; ולמעשה היעדרות להם משמעה נטילת חזקת החוקתיות העומדת לחקיקתה הראשית של הכנסת, משל חזקה זו לא עמדה לה מעולם - וכל זאת עוד בטרם נדונה העתירה לגופה.

במלים אחרות, בית המשפט הנכבד מתבקש כעת להביא להקפאה מיידית של חקיקה ראשית, על מלוא רבדיה ותכליותיה, וזאת ימים ספורים בלבד אחרי חקיקתה. למעשה, העותרים מבקשים מבית המשפט הנכבד למנוע מן הכנסת את היכולת להעמיד לרשות הממשלה כלים חדשים להתמודדות עם השלכותיה הקשות של תופעת ההסתננות הבלתי חוקית על המשק, החברה והערים בישראל, וזאת במסגרת בקשה למתן צו בניניים.

4. לשיטת המשיבים, די באמור עד כה כדי להוביל למסקנה לפיה דין הבקשה, על כלל צווי הבניניים שהיא אוצרת בה, להידחות. בהקשר זה, ועוד למן ראשית הדברים, המשיבים יבקשו להפנות אל קביעותיו הנחרצות של בית המשפט הנכבד, בהרכב מורחב, בעניין חוק יישום תכנית ההתנתקות, התשס"ה-2005 (בג"ץ 1661/05 **המועצה האזורית חוף עזה ואח' נ' כנסת ישראל ואח'**, נט (2) 481, 749 (2005)). וכך מורה אותנו בית המשפט הנכבד בכגון דא:

"... משמעותו של מתן צו ביניים כפי שנתבקש בעתירות שלפנינו היתה התליית תוקפן של הוראות רבות בחקיקה ראשית, וכל זאת במסגרת סעד זמני. **כבר צוין, כי "עד שבית המשפט פוסל חוק הוא חייב לשבת שבעה נקיים" (השופט י' זמיר בפרשת הופנונג, עמ' 67). נכונים הדברים, מקל וחומר, בבוא בית המשפט למנוע ביצועו של חוק בצו ביניים, בלא שטענות הצדדים נתבררו והוכרעו באופן מלא.** הטענות החוקתיות שהוצגו לפנינו היו רבות ומורכבות. אכן, אף הניתוח החוקתי שנדרש להן, במסגרת פסק הדין, אינו פשוט כלל. במצב זה לא ראינו הצדקה להתערב בתוקפה של חקיקת הכנסת, טרם ליבון הסוגיות לגופן." (ההדגשה הוספה – הח"מ.)

5. עוד יובהר, שלא כפי שהעותרים מבקשים לצייר זאת, כי תיקון מס' 4 שונה הוא מתיקון מס' 3 שעמד לביקורתו החוקתית של בית המשפט הנכבד בעניין אדם. הגזירה האוטומטית אותה עורכים העותרים בין שני התיקונים השונים, מתעלמת מן ההבדלים המהותיים בין תיקון מס' 3 לתיקון מס' 4, הן ביחס לפרק ג' לחוק והן ביחס לפרק ד' לחוק שעניינו בהקמתו **לראשונה** של מרכז שהייה פתוח למסתננים. לעניין זה נבקש להפנות את בית המשפט הנכבד לדברי ההסבר שנלווים להצעת החוק הממשלתית, ובכלל זה הובהר שם כי:

"הצעת החוק המוצעת בזה עניינה בשניים: ראשית, מוצע, בסעיף 5 להצעת החוק, לקבוע בסעיף 30א לחוק, הסדר חקיקתי ייחודי שיחול על מסתננים, חלף ההסדר שבטל בבג"ץ אדם. **הסדר זה יחול רק על מסתננים פוטנציאליים שטרם נכנסו לישראל ערב תחילתו של החוק המוצע.** לפי הסדר זה, התקופה שבה יהיה אפשר להחזיק במשמורת מסתנן תעמוד על **שנה אחת** בלבד.

שנית, מוצע, בסעיף 6 להצעת החוק, להקים, בפרק ד' לחוק, מרכז שהייה למסתננים, שאליו ניתן יהיה להעביר כל מסתנן שנמצא קושי לגרשו (להלן: מרכז שהייה או המרכז). **על פי המוצע, תתאפשר כניסה ויציאה של מסתננים השוהים במרכז, במרבית שעות היממה, והמרכז יספק לשוהים בו תנאי מחייה הולמים, ובכלל זה שירותי בריאות ורווחה.**" [הצ"ח הממשלה - 817, 20.11.13, עמ' 122-123], [ההדגשות הוספו - הח"מ].

6. לא זו אף זו, המשיבים יטענו כי דין כל אחד מצווי הביניים, **כשלעצמו**, להידחות גם כן מטעמיו הוא. אולם טרם שנדרש לכך נעמוד, בתמצית, על המבוקש בכל אחד מצווי הביניים. לאחר מכן, נעמוד בקצרה על ההליכים שהובילו לחקיקת תיקון מספר 4. כאשר כל זאת יהיה באמתחתנו, נפרט את הטעמים בגינם דין הבקשות לצווי ביניים להידחות.

7. צו הביניים הראשון המבוקש עניינו בבקשת העותרים כי בית המשפט הנכבד יורה למשיבים "להמשיך ולפעול בהתאם לסמכויות הנתונות בחוק הכניסה לישראל, התשי"ב-1952", תחת הוראות סעיף 30א' לתיקון מספר 4. במלים אחרות, העותרים מבקשים כי בית המשפט הנכבד יוציא מלפניו, **בשם מסתננים פוטנציאליים המצויים כעת מחוץ למדינת ישראל**, צו ביניים אשר יימנע את ישומו של תיקון מספר 4 ביחס אליהם, אם וככל שיסתננו לישראל.

צו הביניים השני עניינו בנטילת הסמכות המסורה לממונה ביקורת גבולות ליתן הוראות שהייה, מכוח סעיף 32ד לתיקון מספר 4, ביחס ל"מי שאינו שווה ב'מרכז השהייה למסתננים".

משמעות הדברים פשוטה היא - העותרים מבקשים באמצעות צו הביניים השני **למנוע את יישומו של סעיף 32ד לתיקון מספר 4 ביחס לכל המסתננים המצויים כעת בערי ישראל, תוך ריקון תיקון מספר 4 מתוכנו ותוך שמיטת יכולתה של ממשלת ישראל לפעול למניעת השתקעותם ועבודתם של מסתננים בערי ישראל.**

צו הביניים השלישי עניינו בהשעיית תוקפן של הוראות השהייה שניתנו מכוח סעיף 32ד לתיקון מספר 4, ובכלל זה מתבקש בית המשפט הנכבד לבטל את הוראות השהייה שניתנו לעותרים 1 ו-2. בקשתם זו של העותרים, ויש לזכור שעסקינן בצו ביניים בלבד, מבקשת לשנות מצב משפטי קיים על ידי ביטול כלל החלטות שהתקבלו זה מכבר מכוח תיקון מספר 4.

ביטול זה לא רק שהוא מצריך את בית המשפט ליתן צו עשה - שאינו עולה בקנה אחד עם תכליתו המסורתית של מוסד צו הביניים - אלא הוא מבקש למעשה כי ינתן צו עשה גורף וכללי לביטול מאות החלטות מנהליות פרטניות, שאין ביכולתו של בית המשפט הנכבד להידרש להן.

צו הביניים הרביעי עניינו בחיוב ממונה ביקורת גבולות להימנע משימוש בסמכויות האכיפה אשר הוענקו לו בסעיף 32כ לתיקון מספר 4, ושעניין בהבטחת קיום תנאי השהייה במרכז ובהגשמת תכליתו של מרכז השהייה - קרי מניעת השתקעותם ועבודתם של מסתננים שניתנו ביחס אליהם הוראות שהייה במרכזי הערים בישראל.

8. כפי שנטען לעיל, ההפרדה הלכאורית שעורכים העותרים בין ארבעת צווי הביניים שהתבקשו אינה אלא בקשה למתן צו ביניים, שניתן להציגה בתמצית **כבקשה להשעיית תוקפה של חקיקה ראשית, וזאת עוד טרם נדונו טענות העותרים לגופן.** המשיבים יטענו, כי בקשתם זו של העותרים מעניקה משקל אפסי לעקרון הפרדת הרשויות ולמרכזיותו בשיטתנו החוקתית, והיא טומנת בחובה את האפשרות כי רצונה של הכנסת, בהיותה בית הנבחרים בישראל, יסוכל באחת (ראו לעניין זה: 4513/97 אבו ערער נ' יושב ראש הכנסת, פ"ד (נב) 26 (4) 1998); בג"ץ 6055/95 צמח נ' שר הביטחון, פ"ד נג(5) 241 (1999); בג"ץ 3434/96 ד"ר מנחם הופנונג נ' יו"ר הכנסת ואח', פ"ד נ(3) 57 (1996).

המשיבים יוסיפו ויטענו, כי אין זה מקרה שלא עלה בידי העותרים להצביע על תקדים משפטי ישראלי לביסוס המבוקש על ידם, וכי לא בכדי נאלצו להרחיק לכת אל שיטת המשפט האמריקאית. עסקינן בבקשה חסרת תקדים שעד כה נמנע בית המשפט הנכבד מלהיעתר לה, חרף העובדה כי הינו מפעיל את ביקורתו השיפוטית על חקיקתה של הכנסת כענין שבשגרה.

9. כעת, ומשהובהר את שמבקשים העותרים בבקשתם הגורפת למתן צו ביניים, יפנו המשיבים לעמוד בקצרה על ההליכים שקדמו לחקיקת תיקון מספר 4.

הרקע הצריך לעניין

10. כידוע, וכפי שהוזכר לעיל, ביום 16.9.13 ניתן פסק דינו של בית המשפט הנכבד בבג"ץ 7146/12 בעניין חוקתיותו של תיקון מס' 3 לחוק למניעת הסתננות, אשר איפשר להחזיק מסתננים במשמורת לתקופה של עד 3 שנים.

11. בית המשפט הנכבד ביטל בפסק דינו את סעיף 30א לחוק למניעת הסתננות, וקבע כי יש לראות בצווי הגירוש שהוצאו מכוחו כאילו היו אלה צווי משמורת וצווי הרחקה שהוצאו מכוח חוק הכניסה לישראל, התשי"ב-1952 (להלן: **חוק הכניסה לישראל**).

בהמשך פסק הדין, ועד לקביעת הסדר חקיקתי חלופי, כלל בית המשפט הנכבד הוראות אופרטיביות מפורטות בנוגע למסתננים המוחזקים במשמורת. על פי הנקבע בפסק הדין, על המדינה "להתחיל בהליך הבחינה הפרטנית והשחרור בערובה לאלתר. ככל שממונה ביקורת הגבולות קובע כי ניתן לשחרר מוחזק פלוני בערובה בהתאם לעילות השחרור הקבועות בחוק הכניסה לישראל והסייגים להן - יש לשחררו באופן מיידי" (פסקה 118 לפסק דינה של כב' השופטת ע' ארבל). כמו-כן, קבע בית המשפט הנכבד כי פרק הזמן שנקצב לשם השלמת מלאכת הבחינה הפרטנית הינו 90 ימים (פסקה 118 לפסק דינה של השופטת ארבל); וכי מדובר ב"רף עליון לבחינת עניינם של כלל המוחזקים, וכאמור, מי שהסתיימה הבחינה בעניינו, ואין מניעה לשחררו - ישוחרר ללא דיחוי" (פסקה 44 לפסק דינו של כב' השופט ע' פוגלמן).

12. יחד עם זאת, ובצד ביטול הוראות סעיף 30א' לתיקון מס' 3, עמד בית המשפט הנכבד באופן כללי על מספר חלופות אפשריות אחרות שיהיה בכוחן להגשים את תכליתו הראויה של תיקון מס' 3, כפי שנקבעה על ידי בית המשפט הנכבד - מניעת השתקעותם של מסתננים בערי ישראל - ואשר לשיטת בית המשפט הנכבד יהיה בהן כדי לעמוד במבחן המידתיות.

בין היתר, ועל כך יורחב מיד, ציינו חלק משופטי ההרכב הנכבד בעניין **אדם** את האפשרות לכלול תיחום מקום מגורים כחלק מתנאי רישיון הישיבה הזמני שינתן למסתננים. כמו-כן צוינה החלופה בדבר הקמת מתקן שהייה פתוח ואף צוינה האפשרות להקים מתקן שהייה פתוח למחצה. משאלו פני הדברים, ולאור מכלול קביעותיו של בית המשפט הנכבד בעניין **אדם**, יעמדו המשיבים על עיקרי התהליכים שנקטו לאחר פסק הדין, שבסופם נחקק גם תיקון מס' 4 מושא בקשה זו.

13. בשלב הראשון, ומיד לאחר מתן פסק הדין, החלו המשיבים בשיתוף משרדי ממשלה נוספים בהליך לימוד וניתוח פסק הדין על כלל קביעותיו הנורמטיביות והאופרטיביות.

בשלב השני, הוחל במשרדי הממשלה הרלוונטיים בתהליך של גיבוש חלופות משפטיות ואופרטיביות תחת ההסדר שבוטל במסגרת פסק הדין. במסגרת עבודת מטה מורכבת זו, הובאו הסוגיות הצריכות לענין לפתחו ולאישורו של הדרג המדיני: ראשית, בפני שר הפנים, ולאחר מכן בפני הדרג המדיני הבכיר ביותר - ראש הממשלה, וזאת בהשתתפות היועץ המשפטי לממשלה.

בשלב השלישי, ולאחר ניתוח קביעותיו האופרטיביות של פסק הדין, כמו-גם קביעותיו באשר לרעיונות אפשריים אחרים להתמודדות עם תופעת ההסתננות והשלכותיה הקשות על החברה והמשק בישראל; הוקם צוות בין-משרדי לבחינת חלופות אפשריות חלף ההסדר החקיקתי שבוטל בפסק הדין. צוות בין-משרדי זה הורכב מנציגי משרד הפנים, המשרד לביטחון פנים, שרות בתי הסוהר, משרד ראש הממשלה, משרד הביטחון, משרד המשפטים, משרד האוצר, משרד החוץ וכן גורמי מקצוע נוספים.

14. צוות בית משרדי זה ישב על המדוכה וביום 25.11.13 הובאה הצעת החוק הממשלתית לתיקון מס' 4 לחוק למניעת הסתננות לאישורה של הכנסת בקריאה ראשונה. הצעת החוק אושרה בקריאה ראשונה, נדונה בוועדת הפנים והגנת הסביבה, וביום 10.12.13 אושרה על ידי הכנסת בקריאה שניה ושלישית. יוער, כי בעקבות הדיונים בוועדת הפנים והגנת הסביבה, בה לקחו חלק גם באי-כוח העותרים, הוכנסו מספר שינויים בהצעת החוק שהובאה לאישור הכנסת בקריאה שניה ושלישית.

ביום 11.12.13 פורסם תיקון מס' 4 ברשומות (פורסם ב-ס"ח התשע"ד, עמ' 160). בין יתר הוראות תיקון מס' 4, קבעה הכנסת כי יוקם מרכז שהייה ייחודי, אשר יהיה פתוח במרבית שעות היממה, ובו ישוהו מסתננים שנכנסו לישראל, על-פי הוראת שהייה שתינתן בעניינם (להלן: **מרכז שהייה הפתוח**).

מרכז שהייה זה יהיה בו כדי להגשים את התכלית הציבורית בדבר מניעת השתקעותם של מסתננים בערי ישראל על כל המשתמע מכך מחד גיסא, לצד צמצום הפגיעה בחירותם האישית של המסתננים, מאידך גיסא. לעניין חשוב זה, העוסק במרכז שהייה, יבקשו המשיבים להפנות לתכלית החקיקה, כפי שעמדה עליה הממשלה במסגרת דברי ההסבר הנלווים להצעת החוק. וכך נקבע שם:

"ההסדר המוצע מטרתו לספק למסתננים את צרכיהם הבסיסיים מחד גיסא, ולמנוע את אפשרות העסקתם וכן את השתקעותם במרכזי הערים בתוככי מדינת ישראל מאידך גיסא.
[...]

מוצע לקבוע הסדר זה כהוראת שעה למשך תקופה של שלוש שנים מיום פרסומו של החוק המוצע, וזאת כדי לבחון את מידת הגשמת התכלית של מניעת השתקעותם של מסתננים בישראל והתמודדות המדינה עם השלכותיה הרחבות של תופעת ההסתננות, אשר הוכרה על ידי בית המשפט כתכלית ראויה בבג"צ אדם. בעוד שהשמה במשמורת לתקופה של שלוש שנים נמצאה על ידי בית המשפט לעת הזו כאמצעי בלתי מידתי, הרי שהקמת מרכז שהייה פתוח לצד מיתקן משמורת סגור שבו יוחזקו, בין השאר, שוהים שיפרו את תנאי השהייה במרכז, היא אמצעי מידתי להגשמת התכלית של מניעת העסקתם של המסתננים בתוככי ישראל והשתקעותם במרכזי הערים, תוך צמצום השלכותיה השליליות של תופעת ההסתננות בישראל.

[...]

מתכונת ההפעלה של מרכז השהייה המוצעת בהצעה זו, שונה במהותה ממתכונת ההפעלה של מיתקן משמורת סגור. על כן, לצד הקביעה כי שירות בתי הסוהר הוא שינהל את המרכז ויפעילו, מוצע לקבוע, בין השאר, הוראות לעניין הכשרה מתאימה לעובדים ולעניין סמכויותיהם של מנהל המרכז ועובדיו. [עמ' 126 לה"ח]

15. במקביל, נדרשה ממשלת ישראל בישיבותיה לעיגונה של תכנית פעולה משולבת ומתואמת לטיפול בתופעת ההסתננות הבלתי חוקית, וזאת בהמשך להחלטות ממשלה קודמות שמספרן 1506, 2104, 2507, 3936; ובהתאם להחלטות הממשלה העדכניות מס' 917, מיום 17.11.13, ומס' 922 מיום 18.11.13.
16. במסגרת החלטות אלה, הקצתה הממשלה תקציב ייעודי של כ-440 מיליון ש"ח לשם יישום תיקון מס' 4 לחוק למניעת הסתננות, כמו-גם לשם מימוש שאר רכיביה של תכנית הפעולה הכוללת טיפול בתופעת ההסתננות על כלל השלכותיה על המשק והחברה בישראל.
17. לבסוף, ולא בשולי הדברים אלא בעיקרם, ראוי עוד להדגיש, כי בצד קידום הליכי החקיקה ועיגון החלטות הממשלה שתוארו לעיל, רשות האוכלוסין וההגירה פעלה לשם יישום המתווה האופרטיבי שקבע בית המשפט הנכבד בפסקה 118 לפסק דינו בעניין אדם. בעניין זה, יש לציין כי שתי בקשות לפי פקודת ביזיון בית המשפט שהגישו העותרים בבג"ץ 7146/12 נדחו על ידי בית המשפט הנכבד, פעם אחר פעם, כאשר ההחלטה האחרונה ניתנה אך ביום 9.12.13. במסגרת תגובותיהם לבקשות העותרים לפי פקודת ביזיון בית המשפט, עמדו המשיבים על הליכי יישום פסק הדין, ובכלל זה ציינו במפורש כי בכוונת הממשלה לקדם הצעת חוק ממשלתית שתכלול, בין היתר, את הקמתו של מרכז השהייה הפתוח. עוד צוין במפורש, כי ככל שמרכז השהייה הפתוח יוקם במסגרת תקופת 90 הימים עליה הורה בית משפט הנכבד בפסקה 118 לפסק הדין בעניין אדם, אזי מסתננים המצויים במשמורת במתקן הסגור ישוחררו ממנו למרכז השהייה הפתוח - ולא בהכרח לערי ישראל.

עמדת המשיבים

18. כאמור לעיל, המשיבים יטענו כי דין בקשת העותרים למתן צו ביניים להידחות בכללותה, שכן הינה ביסודה בקשה למתן צו שיפוטי שיורה על השעיית תוקפה של חקיקה ראשית, תוך ביטול חזקת החוקתיות המתלווה לה. כל זאת עוד טרם נדונה העתירה לגופה וטרם נדרש בית המשפט הנכבד לטענות הצדדים, שעה שהמדובר בהסדר חקיקתי שלם ושונה מההסדר המשפטי נשוא תיקון מס' 3.

למעשה, ומן הבחינה האופרטיבית, השעיית תוקפו של תיקון מספר 4 עד להכרעתה של העתירה אינה אלא קבלת הסעד העיקרי המבוקש בעתירה - בטלות תיקון מספר 4 - תוך תחימת הבטלות בזמן (עד למתן ההכרעה) ותוך שמירת האפשרות המשפטית לשנות מתוצאה זו. אם כך יהיה, משמעות הדבר היא שעד להכרעת העתירה תיוותר הממשלה בידיים ריקות, ללא כל אמצעי - משפטי או מעשי - שיהיה בו כדי להגשים את התכליות הלגיטימיות עליהן עמד בית המשפט הנכבד בעניין **אדם**.

הילוך טענה זו שהעותרים מבקשים לקדם הינו חסר תקדים ועומד במתח חזיתי למושכלות ראשוניים לפיהן לא יינתן צו ביניים המתלכד במהותו עם הסעדים המוחלטים המבוקשים בעתירה. בהקשר אחרון זה, מהדהדת פסיקתו של בית המשפט הנכבד, עוד מלפני חמישה עשורים, בבג"ץ 345/61 אל-כאזן נ' מנהל שירות השידור, ירושלים, פ"ד טו 2364, 2366 (1961), שם נקבע כך:

"עוד לא נשמע בבית משפט זה כי מבקש יקבל צו-עשה בתורת צו-ביניים, אשר במתנו ובמילואו יש להלכה ולמעשה משום מתן וביצוע סעד כולו המבקש בבקשה גופה, במקרה שיינתן צו-על-תנאי והצו ייעשה החלטי. צווי-ביניים ניתנים על ידי בית-משפט גבוה לצדק על-מנת לשמור על המצב הקיים בעת הגשת הבקשה, כדי למנוע שיובא שינוי במצב זה לרעת אחד מבעלי-הדין או לטובתו כל עוד תלויים ועומדים ההליכים ביית-משפט זה; ואין בית-משפט זה נותן צווי-ביניים אשר בעצם קיומם וביצועם כהלכה היה עושה פלסתר כל דיון עניני הבא לאחריו."

19. על יסוד הלכה מושרשת זו, דחה בית המשפט הנכבד שורה של בקשות למתן צווי ביניים, שהוגשו לצד עתירות חוקתיות במטרה להשהות את תוקפה של חקיקה ראשית חדשה. כך היה לדוגמה בעניין העתירה שביקשה להביא לביטול חוק כליאתם של לוחמים בלתי חוקיים, התשס"ב-2002 (בג"ץ 2055/02 שייח עבד אל קארים עבייד נ' שר הבטחון (פורסם בנבו, 3.11.2002), החלטה מיום 7.3.2002); כך בעניין חוק יישום תכנית ההתנתקות שהוזכר לעיל (בג"ץ 1661/05 המועצה האזורית חוף עזה ואח' נ' כנסת ישראל ואח', פד נט (2) 481, 749 (2005)); וכך גם בעניין שתי העתירות שביקשו להביא לביטול חוק האזרחות והכניסה לישראל (הוראת שעה), התשס"ג-2003 (בג"ץ 7052/03 עדאלה המרכז המשפטי לזכויות המיעוט הערבי בישראל נ' שר הפנים, פד סא (2) 202 (2006), החלטה מיום 9.11.2003, ובג"ץ 466/07 ח"כ זהבה גלאון מר"צ-יחד נ' היועץ המשפטי לממשלה (פורסם בנבו, 11.1.12), החלטה מיום 16.1.07).

20. זאת ועוד. המשיבים יטענו כי בצד הטענה העקרונית לפיה אין מקום ליתן צו ביניים להשעיית תוקפה של חקיקה ראשית שזה עתה נחקקה, מתקיימים טעמים עצמאיים לדחיית כל אחד מן הצווים המבוקשים, בנפרד. נעמוד על טעמים אלו - דבר דבור על אופניו.

צו הביניים הראשון

21. העותרים טוענים במסגרת בקשתם לצו ביניים זה כי "תיקון מס' 4 'מחייה' את סעיף 30א לחוק למניעת הסתננות שהוכרז כבטל על ידי בית המשפט בפרשת **אדם**", ולכן אין להפעילו. לטענת העותרים, הדמיון הרב בין התיקונים מצדיק את השעיית תוקפו של סעיף 30א ואת החלתו של חוק הכניסה לישראל תחתיו.

22. המשיבים יטענו כי דין טענה זו להידחות בהישען על מספר נימוקים מצטברים.

ראשית, המשיבים יטענו כי סעיף 30א שנחקק בתיקון מס' 4 שונה הוא מסעיף 30א שבוטל על ידי בית המשפט הנכבד בפסק הדין בעניין **אדם**, וזאת במספר היבטים **משמעותיים ביותר**, אשר לשיטת המשיבים מביאים אותו לעמוד במסגרת תנאיה של פסקת ההגבלה. ממילא, שונות זו מחייבת את בית המשפט הנכבד להידרש לאיזונים החוקתיים החדשים שנערכו, ואין לקבל את האנלוגיה האוטומטית שעורכים העותרים.

כך, למשל, מתעלמים העותרים בבקשתם למתן צו ביניים מן העובדה כי סעיף 30א במתכונתו הנוכחית הינו סעיף **בעל תחולה פרוספקטיבית בלבד**, כך שלמעשה תחולתו הינה אך ביחס למסתננים שייסתננו לישראל לאחר חקיקתו (ראו סעיף 15 לתיקון מס' 4, המורה כי: "הוראות סעיף 30א לחוק העיקרי, כנוסחו בסעיף 5 לחוק זה, יחולו על מסתנן שנכנס לישראל לאחר תחילתו של חוק זה").

כמו-כן, סעיף 30א בתיקון מס' 4 מקצר באופן משמעותי את תקופת המשמורת מתקופה של שלוש שנים שנקבעה בתיקון מס' 3, לתקופה של שנה בלבד. כמו-כן, תיקון מס' 4 מבהיר הבהר היטב כי "ממונה ביקורת הגבולות ישחרר מסתנן בערובה אם חלפה שנה מיום תחילת החזקתו של המסתנן במשמורת" (ראו סעיף 30א(ג) לחוק בנוסחו החדש). המשיבים יטענו, כי קיצור משך התקופה לכדי שנה בלבד, וקביעתה כרף עליון, מחייבים להידרש מחדש לאיזון החוקתי שערכה הכנסת באמצעות תיקון מס' 4, ואין ניתן להקיש באופן אוטומטי, כטענת העותרים, מפסילת סעיף 30א לתיקון מס' 3 במסגרת פסק הדין בעניין **אדם**.

בנוסף, ולצד שינויים נוספים שערכה הכנסת בעקבות קביעות בית המשפט הנכבד בפסק הדין בעניין אדם, ראוי לציין כי התקופה לסיום בחינת בקשות המקלט של מי ששוהה במתקן משמורת קוצרה אף היא באופן ניכר מתשעה חודשים לשישה חודשים בלבד (סעיף 30א(ב)(6) לחוק).

23. בהיאסף כלל השינויים האמורים, המשיבים יטענו כי אין סעיף 30א לחוק, בנוסחו לאחר תיקון מס' 4, כדין סעיף 30א שנפסל על ידי בית המשפט הנכבד, כנוסחו בתיקון מס' 3. המשיבים יטענו, כי הבדלים משמעותיים אלו מחזקים את הטענה לפיה סעיף 30א בנוסחו החדש נהנה מחזקת החוקתיות, כל עוד לא יקבע בית המשפט הנכבד אחרת. במצב דברים זה, ונוכח חשיבותו של עקרון הפרדת הרשויות והזהירות שנוהג בית המשפט הנכבד בטרם יבטל או ישעה תוקפה של חקיקה ראשית, סבורים המשיבים כי דין הבקשה הראשונה למתן צו ביניים להידחות.

לסיכומה של נקודה זו, המשיבים יבקשו להפנות לדברי ההסבר הנלווים לחקיקתו של סעיף 30א' בנוסחו בתיקון מס' 4. וכך מדריכה אותנו הממשלה בדברי ההסבר (עמודים 124-125):

[...] "כאמור לעיל, הטעם שעמד בבסיס קביעתו של בית המשפט העליון כי ההסדר אינו חוקתי היה שאותו הסדר כרוך בפגיעה לא מידתית בזכות לחירות הקבועה בחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו. ההסדר המוצע בסעיף זה, שעיקרו בקיצור משך תקופת המשמורת בת שלוש השנים שנפסלה בפסק הדין, והחלת תקופת משמורת בת שנה אחת, על מסתננים שטרם נכנסו לישראל, כמו גם קיצור התקופה המרבית לבדיקת בקשות מקלט של המצויים במשמורת, מהווה הסדר מידתי ומאוזן יותר. [...]"

יצוין כי ההסדר המוצע נותן בידי הרשויות פרק זמן סביר ונאות בנסיבות העניין לברר את זהותם ואת מדינת אזרחותם או תושבותם של המסתננים, וזאת בשים לב למאפייניה הייחודיים של האוכלוסייה שהסתננה לישראל בשנים האחרונות בהיקף נרחב, בלא מסמך רשמי של מדינת חוץ ובאופן בלתי מתועד. פרק זמן זה הכרחי לשם קיום הליך הבירור, שבנסיבות הייחודיות לאותה אוכלוסייה הוא הליך מקיף ומורכב. בהעדר אפשרות לקיים בירור כאמור, נוצר קושי לבחון את אפשרויות הרחקתם של מסתננים ממדינת ישראל ולהרחיקם בפועל.

[...] ההסדר המוצע, בסעיף 30א לחוק, המקצר באופן משמעותי את תקופת המשמורת, משלוש שנים לשנה אחת, לצד ההצעה, בסעיף 13 לחוק המוצע, לקבוע כי סעיף 30א לחוק יחול רק על מסתנן שנכנס לישראל לאחר תחילתו של החוק המוצע ולא על עשרות אלפי המסתננים שכבר מצויים בישראל, יש בהם כדי להגשים

את תכליות החקיקה – למנוע את כניסתם של מסתננים חדשים לתחומי מדינת ישראל ואת השתקעותם במרכזי הערים בישראל, וכן להשפיע על התנהגותם של מסתננים פוטנציאליים במדינות המוצא ולבטל את התמריץ לכניסתם לתחומי המדינה – והכול תוך מתן משקל הולם לקשיים שנדונו בפסק הדין." [ההדגשות הוספו - הח"מ]

24. **שנית**, המשיבים יבקשו לעדכן כי נכון למועד כתיבת שורות אלו, נכנסו, לאחר חקיקתו של תיקון מס' 4, שלושה מסתננים, וזאת לאחר שעלה בידם לצלוח את הגדר שהקים משרד הביטחון בגבולה הדרומי של ישראל. במאמר מוסגר, יוער כי מספר ימים לפני קבלת החוק בכנסת צלחו עוד ארבעה מסתננים נוספים את הגדר.

במצב דברים זה, המשיבים יטענו כי משמעות צו הביניים המבוקש כאן הינה להשעות את תוקפו של סעיף 30א' לחוק, שהינו בעל תחולה פרוספקטיבית בלבד, בשם קבוצה בלתי ידועה ובלתי מסוימת של מסתננים פוטנציאליים השוקלים האם לנסות ולהסתנן לישראל, תוך עקיפת המכשול הפיזי העומד בדרכם.

בנסיבות אלו, ומשסעיף 30א' לחוק חל אך על מסתננים פוטנציאליים, קשה להלום את טענת העותרים בדבר פגיעתו החמורה כל כך של סעיף 30א' בזכויות המסתננים, וספק מהו הלבוש המשפטי החוקתי שיכולים מסתננים פוטנציאליים לעטות נגד חוקתיות תיקון מס' 4, עוד בטרם נכנסו לישראל. אשר למסתננים שהסתננו מבעד לגדר, חרף קיומו של החוק, הרי שעסקינן בשלושה בלבד ואין בכך כדי להצדיק את השעיית תוקפה של חקיקה ראשית ייעודית שנועדה במהותה להשלים את החסם הפיזי שהקימה ממשלת ישראל - חסם שאין בכוחו בלבד כדי לעמוד אל מול התמריצים החזקים המושכים מסתננים להגיע ממדינות אפריקה אל ישראל.

אם יקשה השואל, וישאל כלום אין בפגיעה הנגרמת לשלושת המסתננים שהושמו במשמורת מכוח סעיף 30א' לתיקון מס' 4 כדי להצדיק את צו הביניים המבוקש? על כך המשיבים ישיבו כי שאלות אלו דינן להתברר לגופה של העתירה, ולא במסגרת בקשה לצו ביניים, כפי שפורט לעיל. יתר על כן, מתן צו ביניים כאמור יש בו כשלעצמו כדי לתמרץ את המסתננים הפוטנציאליים המצויים כעת בארצות המוצא.

צו הביניים השני

25. צו הביניים השני המבוקש על-ידי העותרים עוסק בפרק ד' שהוסף לראשונה בתיקון מס' 4 לחוק למניעת הסתננות. המשיבים יטענו כי דינה של בקשה זו להידחות מכל וכל.

26. **בראש וראשונה**, אין חולק כי הוראות פרק ד' לחוק למניעת הסתננות לא נדונו כלל במסגרת פסק הדין בעניין **אדם**, כך שלא ניתן לקבל את טענת העותרים כי פסק דינו של בית המשפט הנכבד תומך בהשעיית תוקפו של פרק זה ביחס למסתננים השוהים בישראל. למעשה, העותרים מניחים בבקשתם זו את המבוקש. הנחתם היא גם מסקנתם – לשיטתם, מרכז השהייה הפתוח אינו אלא מתקן מעצר, ולכן קביעות בית המשפט הנכבד ביחס למשמורת הסגורה שעוגנה בתיקון מס' 3 תקפות גם לעניינו של מרכז השהייה שהינו פתוח במשך מרבית שעות היממה.

ברם, מאפייניו, תכליותיו ותנאיו של מרכז השהייה, כאמור בפרק ד' לתיקון מס' 4, מעולם לא נדונו על ידי בית המשפט הנכבד. ברי, כי שאלת מידת פתיחותו או סגירותו מצריכות דיון מורכב לגופה של העתירה ואין להכריע בשאלה סבוכה זו אגב הכרעה בבקשה למתן צו ביניים.

27. **שנית**, ובהמשך לנימוק הקודם, המשיבים יטענו כי ככל שישנה התייחסות כלשהי בפסק הדין בעניין **אדם** לאפשרות הקמתו של מרכז השהייה פתוח, הרי שבעמדות השופטים היו כאלו שתמכו, באופן רעיוני, בחלופה כגון זו. כבוד השופטת ע' ארבל ציינה, למשל, בפסקה 104 לפסק דינה כדלקמן:

“דומני כי ניתן לגבש מגוון אמצעים חליפיים שניתן לנקוט בהם ואשר ישיגו את התכלית המתבקשת באופן פוגעני פחות. כך למשל ניתן ליצור חובות דיווח וערבויות שונות (השוו עניין קו לעובד השני, פסקה 63 לפסק דינה של השופטת פרוקצ'ה); הגבלות מגורים על המסתננים באופן שיאפשר למדינה לשלוט ולפקח על המקומות בהם הם מתיישבים ועל פיזורם למקומות אוכלוסייה שונים (נוהל ברוח זו היה קיים בעבר ובוטל על ידי שר הפנים עוד בטרם נידונה חוקיותו על ידי בית משפט זה. ראו בג"ץ 5616/09 המרכז לקידום פליטים אפריקאיים נ' משרד הפנים (26.8.09)); **ניתן לשקול לחייב מסתננים לשהות בלילות במתקן שהייה שהוכן עבורם ואשר יספק את צרכיהם, ולצד זאת ימנע מהם קשיים אחרים**. יוער כי במקביל להליכי החקיקה של התיקון לחוק למניעת הסתננות הכין הייעוץ המשפטי של וועדת הפנים והגנת הסביבה של הכנסת טיוטת הצעת חוק חלופית (הצעת חוק המאבק בתופעת ההסתננות בגבול הדרום (הוראת שעה), התשע"ב-2011). על פי הצעה זו יוקם מרכז שהייה פתוח לשהיית מסתננים אשר ינוהל ויופעל על ידי משרד הפנים ואשר יספק לשוהים בו תנאים הולמים, לרבות מגורים, מזון, שירותים רפואיים, ביגוד וצרכים בסיסיים אחרים. באופן כללי קובעת הצעת החוק כי מסתנן שלא ניתן לו רישיון ישיבה בישראל אך קיימת מניעה לגרשו יועבר למרכז השהייה הפתוח” [ההדגשה אינה במקור - הח"מ].

אף כבוד השופט ע' פוגלמן התייחס לחלופה זו בפסקה 40 לפסק דינו, תוך שהוא מציין כי מרכז שהייה זה יכול שיהיה פתוח או פתוח למחצה. וכך הוא מציין:

"חברתי סוקרת מקצת מן האמצעים האפשריים בפסקאות 104-107 לפסק-דינה. ניתן לשקול להטיל מגבלות גיאוגרפיות על מקום מגוריהם של המסתננים כדי שלא רק רשויות מקומיות ספציפיות ותושביהן יידרשו להתמודד עם האתגרים שתופעה זו מציבה לפתחנו (ראו: הנחיות נציבות האר"ם בנושא מעצר וחלופותיו, נספח (iii)A); ניתן לחייב את המסתננים לגור במרכזי שהייה פתוחים או פתוחים למחצה, תוך הטלת מגבלות מידתיות על חופש התנועה (שם, נספח (iv)A);" [ההדגשה אינה במקור - הח"מ].

28. למקרא העתירה והבקשה למתן צו ביניים, ברור כי בין העותרים למשיבים נטושה מחלוקת באשר למידת פתיחות או סגירותו של מרכז שהייה. שאלות כגון אלו יעמדו, מטבע הדברים, בטבורה של ההתדיינות המשפטית גופה. הכרעה בהן מחייבת ברור משפטי ועובדתי מעמיקים שאינם מתאימים לדיון במסגרת בקשה למתן צו ביניים, אשר כזכור הוגש ימים ספורים בלבד אחר חקיקת תיקון מס' 4 ועוד טרם שניתן היה להידרש לבחינת אופן יישומו. אף מטעם זה דין הבקשה השניה למתן צו ביניים להידחות.

29. להשלמת התמונה, ובתמצית בלבד, המשיבים יטענו כי מרכז שהייה הפתוח מספק לשהים בו את מלוא צרכיהם, ובכלל זה מזון, שרותי בריאות הולמים ורווחה; תוך שהחוק מחייב לשהות בו בין השעה 22:00 לשעה 06:00 בלבד. על-פי תקנה 3 לתקנות למניעת הסתננות (עבירות ושיפוט) (נוכחות שוהה במרכז ויציאה ממנו) (הוראת שעה), התשע"ד-2013, על המסתננים השהים במרכז שהייה להתייצב בו, בכל יום בין השעות הבאות:

- "(1) בין השעות 6:00 ל-7:30;
- (2) בין השעות 13:00 ל-14:30;
- (3) בין השעות 20:30 ל-22:00."

בין לבין, השהים במתקן חופשיים לצאת הימנו, כאשר נכון לעת הזו ועל-פי הנמסר מרשות האוכלוסין וההגירה, פועלים מספר קווי אוטובוס ממרכז שהייה אל העיר באר-שבע. עוד יודגש, כי החלטת הממשלה שעניינה ביישום תיקון מס' 4 הפנתה תקציב ייעודי בסך שישה מליון ₪ לשם תגבור קווי התחבורה העוברים דרך מרכז שהייה. כל זאת, במטרה להגדיל את מידת פתיחותו של המרכז ואת יכולתם של המסתננים השהים בו לצאת הימנו.

כמו-כן, כל שוהה רשאי לפנות לממונה ביקורת גבולות, על יסוד טעמים מיוחדים, בבקשה לפטור אותו מחובת ההתייצבות במרכז לצורך רישום נוכחות או מאיסור השהייה מחוץ לתחומי המרכז לפרק זמן שלא יעלה על 48 שעות. אם הבקשה היא לשם אשפוז רפואי של השוהה או של בן משפחתו מדרגה ראשונה, רשאי הממונה לתת פטור לתקופה ארוכה יותר (ראו סעיף 32ח(ג) לחוק).

30. **שלישית**, השעיית תוקפו של פרק ד' לתיקון מס' 4, **חותרת תחת התכלית הלגיטימית שהוכרה בפסיקת בית המשפט הנכבד בעניין אדם, ושעייתה במניעת השתקעותם של מסתננים בערי ישראל ויכולתם לעבוד בה**. הולמים לעניין זה קביעותיו של כבוד השופט נ' הנדל בפסקה 2 לפסק דינו:

"ברמה המופשטת יותר, תכלית החוק היא עיצוב מדיניות הגירה. מדיניות זו היא בסמכות הריבון. האחרון רשאי לקבוע, ונדמה כי אף מוטלת עליו החובה לקבוע, מדיניות כלפי אנשים החפצים להיכנס בשערי ארצו. עיצוב המדיניות מצוי בלב הפררוגטיבה של הממשלה הנבחרת ושל כנסת ישראל. סוגיה זו אף מצויה בלב הויכוח הציבורי מזה תקופה ארוכה. בהתחשב בכל אלו, על בית המשפט לנקוט זהירות רבה בבואו לשקול את מידת החוקתיות של החוק. [...]"

הרתעת מסתננים פוטנציאליים איננה תכלית העומדת כשלעצמה. היא מהווה מעין תכלית-ביניים, בדרך להגשמת תכליתו המרכזית של החוק. נשאל את עצמנו: מדוע יש צורך בהרתעת מסתננים פוטנציאליים? מדוע יש לנקוט באמצעים שיצמצמו את היקף ההסתננות? התשובה היא שלהסתננות יש השלכות לא מבוטלות על מרקם החיים בישראל, על שוק העבודה ועל ניתוב תקציבי הרווחה והחינוך. כך בארץ, וכך בכל מדינה. תפקידו של החוק בו עסקינן הוא לנסות לנווט השלכות אלו. בכל מקרה, תכלית לגיטימית היא לצמצם את ההשלכות השליליות של אותן תופעות, כפי שנקבע בעבר בפסיקה (ראו סעיף 84 לחוות דעתה של חברתי השופטת ארבל).

להשקפתי, דברים אלו – כוחם יפה אף ביחס לעיקרון ההרתעה: ההרתעה במקרה דנא נועדה למנוע מראש את ההשלכות השליליות שיש להסתננות על החברה בישראל. אם נקבל כי מניעת

השתקעות המסתננים בישראל היא תכלית ראויה, הרי שלדידי אין מנוס מן המסקנה כי גם הרתעת מסתננים פוטנציאליים היא תכלית ראויה. זאת בכפוף להסתייגות שתוצג בהמשך, ושעיקרה משך התקופה בה ניתן להחזיק מסתנן במשמורת.

לא ניתן להתעלם מן המציאות שהולידה את התיקון לחוק. בשנים האחרונות, עשרות אלפי מהגרים ניצלו פרצות בגבול על מנת להסתנן לשטח ישראל באופן בלתי-חוקי. זרם המסתננים איים להפוך לשיטפון. תופעת ההסתננות הביאה עימה תוצאות קשות במגוון תחומים: הידרדרות ביטחון הפנים ותחושת הביטחון האישי באזורים שונים; פגיעה ברמות השכר והתעסוקה של עובדים רבים;

גידול בהוצאות תקציביות בגין שירותי רפואה, רווחה וחינוך; והתפתחות שווקים בלתי-מפוקחים. בית משפט זה - בתוך עמו הוא יושב: נדמה כי הנפגעים העיקריים, גם אם לא הבלעדיים, מן ההגירה הבלתי-חוקית המאסיבית והפתאומית הם בני השכבות הסוציו-אקונומיות החלשות יותר. חופש העיסוק, היכולת להשתכר שכר הוגן, שלום הציבור במובן הרחב ותחושת שלום הציבור - כל אלו ספגו פגיעה קשה. מצב זה לא היה תוצאה של מדיניות מכוונת, אלא תוצאה של זרם החיים ואולי אף של העדר מדיניות (ראו סעיף 1 לחוות דעתה של חברתי השופטת א' חיות).

זו הייתה המציאות עד לפני זמן לא רב. זוהי הקרקע שעליה צמחה אף הדרישה הציבורית לחולל שינוי במדיניות ההגירה של ישראל. מכאן הגיע התיקון לחוק, אשר ביקש להתמודד עם מציאות קשה זו. בנסיבות אלו, האם התיקון הוא לתכלית ראויה? לטעמי התשובה היא חיובית."

לעניין התכלית הלגיטימית בדבר מניעת השתקעותם של מסתננים בישראל, ויכולתם לעבוד בה, ציין כבוד השופט הנדל בסעיף 2 לפסק דינו כדלקמן:

"ביסוד התיקון לחוק עומדות, לגישת המדינה בעיקר שתי תכליות: האחת- מניעת השתקעות המסתננים בישראל, והשנייה- בלימת תופעת ההסתננות. **נדמה כי אין מחלוקת בין חברי ההרכב על כך שהתכלית הראשונה היא ראויה במובן של פסקת ההגבלה**".
[ההדגשה אינה במקור - הח"מ].

הווה אומר - אין חולק כי תכליתו של פרק ד' לתיקון מס' 4 הינה לגיטימית. בניגוד לטענות העותרים, המשיבים סבורים כי האמצעים שעוגנו בסעיף 32 לחוק להגשמתה של תכלית זו צולחים את מבחני פסקת ההגבלה. כך או כך - טענות אלו דינן להתברר לגופם של דברים, ולא אגב בקשה למתן צו ביניים.

31. על יסוד שלושת טעמים אלו, המשיבים יטענו כי גם דין הבקשה השנייה למתן צו ביניים להידחות.

צו הביניים השלישי

32. צו הביניים השלישי המבוקש על ידי העותרים מופנה להשעיית תוקפן של הוראות השהייה שכבר ניתנו מכוח סעיף 32 לחוק, ובכלל זה מתבקש בית המשפט הנכבד לבטל את הוראות השהייה שניתנו לעותרים 1-2. בקשתם זו של העותרים, ויש לזכור שעסקינן בצו ביניים בלבד, מבקשת לשנות מצב משפטי קיים על ידי ביטול כלל ההחלטות שהתקבלו זה מכבר מכוח תיקון מס' 4.

33. צו ביניים זה לא רק שהוא מצריך את בית המשפט הנכבד ליתן צו עשה - שאינו עולה בקנה אחד עם תכליתו המסורתית של מוסד צו הביניים - אלא שהוא מבקש את בית המשפט הנכבד ליתן צו עשה גורף וכללי לביטול מאות רבות של החלטות מנהליות פרטניות, שאין ביכולתו של בית המשפט הנכבד להיזרש להן. כמו-כן, המשיבים יטענו כי ההחלטות אליהן הפנו העותרים בפסקה 34 לבקשתם הינן החלטות התחומות לנסיבות הייחודיות של אותם מקרים, שעסקו בעניינם הפרטני של צדדים מוגדרים. החלטות אלו אינן דומות במאום לבקשת העותרים בצו הביניים השלישי.
34. לא זו אף זו, צו הביניים השלישי המבוקש על ידי העותרים עוקף למעשה את המסלול שהתווה המחוקק הראשי לתקיפת החלטות המתקבלות מכוח החוק למניעת הסתננות, וזאת בדמות הגשת עתירה מנהלית לבית המשפט לעניינים מינהליים (וראו סעיף 15(1) לחוק בתי המשפט לעניינים מינהליים, התש"ס-2000, בצירוף פרט 12(8) לתוספת הראשונה לחוק זה). החלטת ממונה ביקורת גבולות ליתן הוראת שהייה מכוח סעיף 32ד לחוק הינה "החלטה" הנתונה לביקורתו השיפוטית של בית המשפט לעניינים מינהליים.
35. מעבר לעובדה שהמחוקק הראשי מצא להסדיר את המתווה המתאים להפעלתה של ביקורת שיפוטית על החלטותיו של ממונה ביקורת גבולות מכוח סעיף 32ד, המשיבים יטענו כי העותרים לא הציגו כל תשתית משפטית לתמיכת בקשתם - ביטול מאות החלטות מנהליות, אגב הכרעה בבקשה למתן צו ביניים.
36. בבקשתם למתן צו הביניים מעלים העותרים טענות שונות ביחס ליישום פסק דינו של בית המשפט הנכבד בעניין אדם, אולם טענות אלו אינן אלא חזרה על טענות שהועלו זה מכבר על ידם בשתי בקשותיהם לפי פקודת ביזיון בית משפט בעתירה הקודמת.
- כפי שהוזכר לעיל, בקשות אלו נמחקו על ידי בית המשפט הנכבד בשתי החלטות שונות, וזאת על סמך תגובת המשיבים לבקשות האמורות ולאחר דיון בהן בפני מותב של שלושה משופטי ההרכב המורחב. במסגרת תגובתם לבקשות, עמדו המשיבים על כוונתם לקדם הצעת חוק שתעגן את הקמתו של מרכז שהייה פתוח. המשיבים אף הבהירו כי ככל שמרכז שהייה יפתח בטרם יחלפו 90 הימים ליישום פסק הדין בעניין אדם, הרי שבכוונתם לשחרר את המסתננים ממתקן המשמורת בסהרונים למרכז שהייה הפתוח. כפי שעולה מהחלטות המחיקה של בית המשפט הנכבד, רשות האוכלוסין וההגירה קיימה את פסק דינו של בית המשפט הנכבד בעניין אדם.
37. טענתם של העותרים, כי מתקן המשמורת הסגור "סהרונים" ומרכז שהייה הפתוח "חולות" אחד הם, הינה טענה שהמשיבים מבקשים לדחות מכל וכל. מעבר לעובדה שדין טענה זו להתברר לגופה של העתירה; ומעבר לעובדה כי עסקינן במתקנים שנבנו באופן שונה מבחינה פיזית, ואשר הוקמו מכוחם של דברי חקיקה שונים; הרי שדי בעשרת הימים שחלפו מאז החל לפעול מרכז שהייה הפתוח כדי ללמד על פתיחותו ועל שונותו ממתקן המשמורת הסגור ב"סהרונים".

לשם המחשת הדברים, יצוין כי על-פי הנמסר מרשות האוכלוסין וההגירה, מתוך 483 המסתננים ששחררו מסהרונים וניתנו להם הוראות שהייה במרכז השהייה הפתוח, הרי שנכון ליום 17.12.13 (חמישה ימים מאז נפתח המרכז) נמצאו 307 מתוך השוהים בעיר ירושלים. יצוין עוד, כי 153 מתוכם שהו מחוץ למרכז השהייה במשך תקופה העולה על 48 שעות, ללא קבלת אישור מקדים לכך.

38. אשר על כל האמור לעיל, ובשים לעובדה כי הצו המבוקש הוא **צו עשה כללי וגורף**; ולנוכח העובדה **שהצו מופנה לביטול מאות החלטות מינהליות הנתונות לביקורתו השיפוטית** של בית המשפט לעניינים מינהליים, המשיבים יטענו כי דינו להידחות.

צו הביניים הרביעי

39. צו הביניים הרביעי עניינו בחיוב ממונה ביקורת גבולות להימנע משימוש בסמכויות האכיפה אשר הוענקו לו בסעיף 32 לתיקון מספר 4, ושעניין בהבטחת קיום תנאי השהייה במרכז ובהגשמת תכלית הפעלתו של מרכז זה – קרי, מניעת השתקעותם ועבודתם של מסתננים בישראל.

40. המשיבים יטענו, כי דין בקשה זו לצו ביניים להידחות גם כן.

טרם שנדרש לטעמים המשפטיים, ובהמשך למפורט לעיל, המשיבים יבקשו לעדכן כי על-פי נתונים שהועברו על-ידי רשות האוכלוסין וההגירה, עולה התמונה הבאה: נכון ליום 23.12.13, למעלה מ-360 שוהים הפרו את תנאי הוראת השהייה שלהם, כאשר 213 מתוכם לא התייצבו במרכז השהייה במשך תקופה העולה על 48 שעות. יתרה מכך - 46 מסתננים ששהו במרכז השהייה יצאו הימנו, ועד כה לא אותרו. נתונים אלו ממחישים כי מסתננים רבים אשר ניתנו להם הוראות שהייה במרכז השהייה הפתוח מפריים, הלכה למעשה, את תנאי השהייה בו.

עוד יבקשו המשיבים לציין, כי על-פי הנמסר מרשות האוכלוסין וההגירה, בין כלל השוהים במרכז השהייה, אשר עשו דין לעצמם תוך הפרה של הוראות תיקון מס' 4 ותנאי השהייה שנקבעו בהוראות השהייה שבעניינם, מצויים גם העותרים 1-2. העותרים 1-2 נמנעו מלהתייצב בשעות הצהריים במרכז השהייה, כנדרש מהם על-פי דין, שעה שהשתתפו ביום 17.12.13 בהפגנה שהתארגנה מול הכנסת. בהתנהגותם זו עשו העותרים 1-2 דין לעצמם, תוך הפרת חובתם לנהוג בנקיון כפיים בבואם בשערי בית המשפט הנכבד.

41. מן הבחינה המשפטית, המשיבים יבקשו להבהיר, כי סעיף 32 לחוק אינו מעניק לממונה ביקורת גבולות סמכות ליתן סנקציות עונשיות, כטענת העותרים, אלא עניינו במתן אמצעי אכיפה מינהליים להבטחת קיום תנאי השהייה במרכז השהייה.

42. ללא הפעלתם של של אמצעי אכיפה, על-פי נסיבות כל מקרה ומקרה, תשמט הקרקע תחת יכולת המשיבים להתמודד עם הפרה של תנאי מרכז השהייה הפתוח. הפרה רציפה של תנאי השהייה בו תסכל את יכולתו של מרכז השהייה להגשים את תכליותיו - מניעת השתקעותם של מסתננים שהסתננו לישראל באופן בלתי חוקי, וכן מניעת יכולתם לעבוד בה. לשון אחרת - המבוקש בצו הביניים הרביעי הוא להפוך את מרכז השהייה הפתוח ל"מתקן התנדבותי". ברצותו - ישהה בו המסתנן; וברצותו - לא. תוצאה כאמור סותרת את תכלית החקיקה ויש בה כדי לסכל לחלוטין היתכנותה של חלופת משמורת. מבחינה מעשית היא אף שקולה להקפאת הפעלתו של מרכז השהייה הפתוח, חלופה שבית המשפט הנכבד דיבר בה במפורש בפסק דינו, וכל זאת במסגרת בקשה למתן צו ביניים. סעד כאמור כונן במהותו את הסעד העיקרי המבוקש בעתירה לגופה, ומשכך דין הבקשה להידחות.

43. יתרה מכך. המשיבים יטענו כי סעיף 32כ' לחוק תוחם באופן מפורש ומפורט את שיקול דעתו של ממונה ביקורת גבולות בבואו להפעיל את סמכויות האכיפה המצויות בידיו. בניגוד לטענות העותרים בבקשה למתן צו ביניים, בחינת סעיפיו הקטנים של סעיף 32כ' לחוק, מלמדת כי הכנסת ביקשה ליצור מדרג מידתי ומאוזן של סמכויות אכיפה שיבטיחו את קיום תנאי השהייה במרכז מחד-גיסא; לצד תחימת הפגיעה בזכות לחירות הכרוכה בהעברה למשמורת למימדים ההכרחיים בלבד, מאידך גיסא.

כך, למשל, מצא המחוקק לתחום את סמכויות האכיפה השונות שנמסרו לממונה ביקורת גבולות ולהגבילן על ידי הצבת סייגים מוגדרים להשתכללותן. לא כאן המקום לעמוד על מכלול אמצעי האכיפה שנקבעו בסעיף 32כ', כמו-גם על הסייגים שבצידן, אלא אך במסגרת הדיון בעתירה לגופה. עם זאת, מספיק לעיין בהוראות סעיף 32כ' כדי ללמוד על האיזון המורכב שערך המחוקק בסוגיה דנן.

כך, לדוגמה, סעיף 32כ'(א)(1) קובע כי רק הפרות שנעשו "באופן חוזר ונשנה", ללא קבלת אישור, בענין איחור לרישום נוכחות יקימו את הסמכות להורות בצו על העברת המסתנן למשמורת. סעיף 23כ'(א)(2), שעניינו בהפרת כללי ההתנהגות במרכז השהייה, אף מוסיף על התיבה "באופן חוזר ונשנה" ומורה כי סמכות ההעברה תקום רק מקום "שיש בו כדי לפגוע פגיעה של ממש בסדר במרכז".

לא זו אף זו, המחוקק הראשי אף מצא לקבוע רף עליון בצד כל אחד מאמצעי האכיפה אשר מסר בידי ממונה ביקורת גבולות. רף עליון זה, שנקבע בחקיקה הראשית, הינו דרך נוספת וחשובה לתחימת שיקול דעתו של ממונה ביקורת גבולות ולשמירת אפקטיביות אמצעי האכיפה מזה, והיות האמצעי מידתי מזה.

44. טרם סיום, ישובו המשיבים וידגישו כי פרק ד' שהוסף לחוק במסגרת תיקון מס' 4 מקים לראשונה מרכז שהייה פתוח למסתננים. טבעו של מרכז השהייה, תנאיו ואמצעי האכיפה הנלווים להפעלתו, כאמור בסעיף 32כ', מחייבים בחינה חוקתית מורכבת של מכלול הוראות החוק. בחינה כאמור חורגת מגדרה של בקשה למתן צו ביניים ועליה להיעשות במסגרת בירור העתירה לגופה.
45. בשולי עניין זה, ואשר לעותרים 1-2, המשיבים יציינו כפי שאף עולה מן הבקשה גופה, כי בקשת המקלט שהגישו נדחתה על ידי שר הפנים בהחלטה מנומקת.

סוף דבר


46. על יסוד כל המקובץ עד כה, המשיבים יטענו כי צווי הביניים המבוקשים הינם גורפים, כלליים ומרחיקי לכת; נעדרי כל תקדים משפטי ישראלי קודם היכול להוות להם למשען הולם; ולמעשה היעדרות להם משמעה נטילת חזקת החוקתיות העומדת לחקיקתה הראשית של הכנסת, עוד טרם נדונה העתירה לגופה.
47. כמו-כן, המשיבים יטענו כי מתן כל אחד מצווי הביניים המבוקשים, עוד בטרם נדונה העתירה לגופה, יביא לפגיעה בעקרון הפרדת הרשויות ולסיכול רצון הכנסת ליתן בידי הממשלה אמצעים חדשים להתמודדות עם השלכותיה המשמעותיות והקשות של תופעת ההסתננות הבלתי חוקית על החברה והמשק בישראל.
48. לפיכך, המשיבים יטענו כי דין הבקשה להידחות.
49. תגובה זו נתמכת בתצהירו של מר יוסי אדלשטיין, ראש מינהל אכיפה וזרים ברשות האוכלוסין וההגירה, המהווה חלק בלתי נפרד הימנה.

היום, כ"ג טבת תשע"ד

26 דצמבר 2013


רון רוזנברג, עו"ד
סגן לפרקליט המדינה

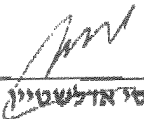

מיכל מיכלין-פרידלנדר, עו"ד
סגנית בכירה
בפרקליטות המדינה


יוכי גנסיין, עו"ד
מנהלת תחום בכירה
(עניינים מינהליים)
בפרקליטות המדינה

תצהיר

אני הח"מ, מר יוסי אדלשטיין, לאחר שהוזהרתי כי עלי להצהיר אמת וכי אם לא אעשה כן אחיה צפוי לעונשים הקבועים בחוק, מצהיר בזאת כלהלן:

1. הנני משמש בתפקיד ראש מינהל אכיפה וזרים ברשות האוכלוסין וההגירה.
2. תצהירי זה ניתן לתמיכה בתגובת המדינה מיום 26.12.13 לבקשת העותרים לצו ביניים בבג"ץ 8425/13 (להלן: **התגובה**).
3. העובדות המפורטות בתגובה ידועות לי מתוקף תפקידי וממידע שנמסר לי בתוקף תפקידי, והינן נכונות למיטב ידיעתי. הטענות לפי עצה משפטית שקיבלתי.
4. זה שמי, זו חתימתי ותוכן תצהירי אמת.


יוסי אדלשטיין

אישור

אני הח"מ, Yosi Adelshteyn, עו"ד, מאשר בזה כי ביום 26.12.13 הופיע בפני מר יוסי אדלשטיין, המוכר לי אישית, ולאחר שהוזהרתי כי עליו לומר את האמת, שאם לא יעשה כן יהיה צפוי לעונשים הקבועים בחוק, חתם בפני על תצהירו.

גלי טולדנו, עו"ד
46079
גלי טולדנו, עו"ד