

1. טשומה נגה דסטה
  2. אנואר סולימאן ארבאב איסמעיל
  3. המוקד לפליטים ולמהגרים
  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 על-ידי עוה"ד עודד פלר ו/או יונתן ברמן  
מהאגודה לזכויות האזרח בישראל
- וכן על-ידי עוה"ד ענת בן-דור ו/או אלעד כהנא  
מהתכנית לזכויות פליטים, הפקולטה למשפטים, אוניברסיטת ת"א
- וכן על-ידי עוה"ד אסף וייצן ו/או רחל פרידמן  
מהמוקד לפליטים ולמהגרים
- וכן על-ידי עוה"ד אסנת כהן ליפשיץ  
מהקליניקה לזכויות מהגרים, החטיבה לזכויות אדם, המרכז האקדמי  
למשפט ולעסקים

רח' נחלת בנימין 75, תל-אביב-יפו 65154  
טל': 03-5608185; פקס': 03-5608165  
דוא"ל: oded@acri.org.il

#### העותרים

#### נגד

1. הכנסת  
על ידי הלשכה המשפטית של הכנסת  
משכן הכנסת, ירושלים  
טל': 02-6408636; פקס': 02-6753495
2. שר הפנים
3. שר הביטחון
4. השר לביטחון פנים
5. היועץ המשפטי לממשלה  
באמצעות פרקליטות המדינה, מחלקת בג"צים  
מרח' צלאח-א-דין 29, ירושלים 91010  
טל': 02-6466589; פקס': 02-6467011

#### המשיבים

#### תגובה מטעם המשיבה 1 לבקשה למתן צו ביניים ובקשה לביטול הצו הארעי

בהתאם להחלטת בית המשפט הנכבד מיום 18.12.2014, מתכבדת המשיבה 1 (להלן: המשיבה) להגיש תגובתה לבקשה למתן צו ביניים, כדלקמן:

1. עניינה של העתירה בתקיפת חוקתיותו של החוק למניעת הסתננות ולהבטחת יציאתם של מסתננים מישראל (תיקוני חקיקה והוראות שעה), התשע"ה-2014 (להלן: **התיקון החדש**), אשר תיקן את החוק למניעת הסתננות (עבירות ושיפוט), התשי"ד-1954 (להלן: **החוק**). התיקון החדש אושר בקריאה השנייה והשלישית בכנסת ביום 8.12.2014 ופורסם ברשומות ביום 17.12.2014, והוא נחקק בעקבות פסילת התיקון הקודם במסגרת פסק דינו של בית המשפט הנכבד בבג"ץ 8425/13 **גבריסלאסי נ' הכנסת** (פורסם בנבו, 22.9.2014) (להלן: **עניין גבריסלאסי**).
2. התיקון החדש כולל **שלושה** מרכיבים עיקריים: **האחד**, קביעת תקופת משמורת מקסימלית של **שלושה חודשים** למסתננים "חדשים" שייכנסו לארץ לאחר חקיקת החוק, והעברתם לאחר מכן למתקן שההייה הפתוח, בכפוף לתנאים מסוימים (סעיף 30 לחוק). **השני**, חקיקתו מחדש של פרק ד' לחוק שעניינו הפעלת מתקן שהייה פתוח שבו יוחזקו מסתננים לתקופה מקסימלית של **20 חודשים**, אשר נועד לתת מענה למסתננים שלא ניתן להרחיקם מישראל בעת הזו. **השלישי**, אשר לא נתקף במסגרת העתירה דן, כולל תיקוני חקיקה לחוק עובדים זרים, התשנ"א-1991, הקובעים הסדר פיקדון למסתננים מועסקים, המבוסס על הפקדות חודשיות של מעבידו של המסתנן, לצד ניכויים ממשכורתו.
3. מלבד בקשתם לצו על תנאי, שורה על ביטול סעיף 30א ופרק ד' לחוק, ואשר תגובת המשיבה בעניינה תובא בנפרד, כפי שייקבע על-ידי בית המשפט הנכבד, העותרים מבקשים גם כי בית המשפט הנכבד יוציא מלפניו צו ביניים המורה לממונה ביקורת הגבולות להימנע מליתן הוראות שהייה חדשות למתקן שההייה הפתוח לפי סעיף 32ד(א) לתיקון, וכן להימנע מליתן צווי העברה עונשיים למשמורת בהתאם לסעיף 32כ לתיקון. **הבקשה לצו הביניים עוסקת אם כן, בהסדר הנוגע למתקן שההייה הפתוח, ואינה עוסקת כלל בהסדר המשמורת מכוח סעיף 30א לחוק.**
4. סמוך לאחר הגשת העתירה, ביום 18.12.2014, הורה בית המשפט הנכבד על מתן צו ארעי המורה למשיבים "להימנע מליתן הוראות שהייה חדשות לפי סעיף 32ד(א) לחוק למניעת הסתננות (עבירות ושיפוט), התשי"ד-1954 (להלן: **החוק**), כפי שתוקן בחוק למניעת הסתננות ולהבטחת יציאתם של מסתננים מישראל (תיקוני חקיקה והוראת שעה), התשע"ה-2014, ולהימנע מליתן צווי העברה עונשיים למשמורת בהתאם לסעיף 32כ לחוק". עוד הורה בית המשפט הנכבד למשיבים להגיש את תגובתם לבקשה למתן צו ביניים עד ליום 28.12.14.
5. בהתאם לכך, מוגשת עתה תגובה זו מטעם המשיבה. **כמפורט להלן, עמדת המשיבה היא כי דין הבקשה לצו-ביניים להידחות ובהתאם לכך, גם דין הצו הארעי להתבטל.**
6. **ראשית**, יודגש כי המשמעות המעשית של הסעד המבוקש על-ידי העותרים היא השעיה של מרכיבים **מרכזיים** בחקיקה ראשית של הכנסת – הנוגעים לעצם הפעלתו של מתקן שההייה הפתוח המעוגן בפרק ד' לתיקון החדש, וזאת במסגרת הליך מקדמי, ימים ספורים

לאחר השלמת החקיקה בכנסת. העותרים עצמם אינם חולקים על כך בציינם כי יקבלת הבקשה משמעה מתן צו מניעה שיאסור על הפעלת חלק מהסמכויות שהוקנו לממונה ביקורת הגבולות במסגרת החוק למניעת הסתננות ... זהו צו מניעה בעל תחולה לא מבוטלת (פס' 5 לבקשה, הדגשה אינה במקור). ברי כי מדובר בסעד חריג ביותר אשר אינו מתיישב עם מעמדה של הכנסת ושל חקיקה ראשית היוצאת תחת ידה.

7. אכן, נקודת המוצא במשטרנו החוקתי היא כי חוק אשר אושר בכנסת נהנה מ"חזקת חוקתיות" (ראו למשל, בג"ץ 6055/95 צמח נ' שר הביטחון, פ"ד נג(5) 241, 288 (1999)). חזקת החוקתיות מבטאת את הכבוד שרוחשת הרשות השופטת לרשות המחוקקת וכן את הצורך לכבד את רצון הרוב, שעל יסודו נתקבל החוק. כפי שהסביר כב' השופט זמיר בבג"ץ 7111/95 מרכז השלטון המקומי נ' הכנסת, פ"ד נ(3) 485, 496 (1996) (להלן: מרכז השלטון המקומי), "חוק הכנסת כבודו במקומו מונח: עדיין החוק מבטא את רצון הריבון, הוא העם, ולכן החוק הוא ההולך לפני המחנה, ובו גם בית המשפט".

8. נוכח חזקת החוקתיות ממנה נהנים חוקי הכנסת, ברי כי, ככלל, אין מקום למתן סעד זמני המשעה את הפעלתו או כניסתו לתוקף של חוק, שכן בעצם ההשעיה יש משום סיכול "רצון הריבון" ופגיעה במרקם היחסים העדין שבין הרשויות, וכל זאת במסגרת הליך מקדמי ועוד בטרם התבררו טענות הצדדים לגופן. ראו לעניין זה פסק דינם של עשרת שופטי הרוב בבג"ץ 1661/05 המועצה האזורית חוף עזה נ' ראש הממשלה, פ"ד נ(2) 481, 749-750 (2005):

"משמעותו של מתן צו ביניים כפי שנתבקש בעתירות שלפנינו הייתה 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".

9. העותרים אינם חולקים על חזקה זו, אולם מבקשים הם לטעון כי יכאשר דבר חקיקה מאמץ את ההסדרים שנקבעו בשני דברי חקיקה קודמים תוך שינויים מינוריים שאינם מצמצמים משמעותית את מידת הפגיעה בזכויות יסוד מוגנות ושאינם אפקטיביים יותר מן ההסדרים שנפסלו, חזקת החוקתיות נחלשת (פס' 23 לבקשה לצו ביניים, ההדגשה אינה במקור). אף בהמשך חוזרים העותרים וטוענים כי "התיקון הנוכחי מפחית בצורה זניחה בלבד ממידת הפגיעה בזכויותיהם של מי שמזומנים לימתקן השחייה" (פס' 25 לבקשה, ההדגשה אינה במקור).

על יסוד הנחה זו, כי קיימים רק שינויים מינוריים בהסדר החדש, המפחיתים "בצורה זניחה בלבד" מן הפגיעה במסתננים, מבססים העותרים את טענתם כי "ברור שסיכוי העתירה גבוהים. גבוהים מאוד" (פס' 36 לבקשה).

10. ואולם, טענה זו של העותרים, העומדת בבסיס בקשתם, חסרת יסוד. למעשה, בניגוד לטענות העותרים, קיימים הבדלים מהותיים בין ההסדר החדש העוסק במתקן השהייה הפתוח ובין ההסדר שנפסל בפסק הדין בעניין גבריסלאסי. חשוב מכך, שינויים אלה נוגעים בדיוק לאותם מרכיבים בהסדר אשר עליהם הצביע בית המשפט הנכבד כבלתי חוקתיים בפסק דינו הקודם בעניין זה.

כך, בסיכום חוות הדעת העיקרית בפסק הדין בעניין גבריסלאסי, של כב' השופט פוגלמן, הוזכרו ההיבטים מרכזיים בהסדר הנוגע למתקן השהייה הפתוח, אשר הובילו להכרזה על אי חוקתיותו, כדלקמן:

י'עמדנו על ההסדר הקבוע בסעיף 32(חא) לחוק שמכוחו נדרש מסתנן להתייבב לשלוש ספירות יומיות. מצאנו כי הסדר זה פוגע בזכות לחירות ובזכות לכבוד באופן שאינו מידתי.

בחנו גם את הקשיים שמעורר סעיף 32 לחוק, המסמיך את שירות בתי הסוהר להפעיל את מרכז השהייה. הערנו כי אף שקשיים אלה אינם עולים כדי פגיעה עצמאית בזכויות חוקתיות, יש בהם כדי להעצים את הפגיעה הקיימת ממילא במרכז השהייה.

בהמשך, זנו בהעדרן של הוראות המגבילות את משך השהייה במרכז השהייה או קובעות עילות לשחרור ממנו. ראינו כי חסרון של הוראות מסוג זה מעצים את הפגיעה בזכות לחירות, ופוגע פגיעה עצמאית בזכות לכבוד. סברנו כי פגיעה זו אינה מידתית, וכי די בה – כשלעצמה – כדי להניח עילה לביטול של פרק ד' לחוק כולו.

סקרנו את ההסדר הקבוע בסעיף 32 לחוק, שעניינו סמכות מינהלית להעביר מסתנן למשמורת. הסדר זה נמצא ככזה הפוגע הן בזכות לחירות, הן בזכות להליך הוגן בשל כך שלהחלטת הרשות המינהלית לא נלווית ביקורת שיפוטית יזומה. דעתנו הייתה כי גם הסדר זה אינו מידתי.

לבסוף, מצאנו כי פרק ד' לחוק כולו אינו מידתי אף נוכח הצטברותם של ההסדרים הבלתי חוקתיים המרכיבים אותו. משכך, קבענו כי פרק ד' לחוק אינו צולח – גם כמכלול – את הבחינה החוקתית " (פסי' 208 לפסק דינו).

11. הנה כי כן, בית המשפט הנכבד התייחס לשלושה מרכיבים בהסדר הקודם אשר אינם חוקתיים כשלעצמם – (1) חובת ההתייבבות לשלוש ספירות יומיות; (2) היעדר הוראות המגבילות את משך השהייה במרכז השהייה או קובעות עילות שחרור ממנו; ו-(3) הסמכות המנהלית להעביר מסתנן למשמורת, אשר לא נלווית לה ביקורת שיפוטית יזומה. לצד זאת, התייחס בית המשפט הנכבד למרכיב נוסף המעורר קשיים, שאינם עולים כדי פגיעה עצמאית בזכויות חוקתיות – הפעלת מרכז השהייה בידי שירות בתי הסוהר. בית המשפט הנכבד אף קבע שהצטברותם של מרכיבים אלה מובילה לאי חוקתיותו של ההסדר בכללותו.

12. והנה, כל אחד משלושת המרכיבים האמורים, אשר בית המשפט הנכבד קבע כי אינם חוקתיים כשלעצמם, שונה בצורה משמעותית במסגרת התיקון החדש:

- ראשית, בוטלה הדרישה כי כל שוהה במתקן יתייבב לשלוש ספירות יומיות, ונקבעה חובת התייבבות אחת, בסמוך לשעת סגירת המרכז בלילה (ס'32חב) (ב לחוק). אכן, כפי שהדגיש בית המשפט הנכבד, "אין זין חיוב המסתנן לשהות

**בלילות במרכז שהייה – שאז יכול הוא – למצער במהלך היום ... – [לעסוק ב] פעילויות הכרוכות בהגשמת האוטונומיה שלו – כדין חיוב מסתנן להתייצב במרכז השהייה גם בצהריי היום** " פסי' 127 ו-131 לפסק דינו של כב' השופט פוגלמן).

• **שנית**, בניגוד להסדר הקודם שבו לא נקבעה כל מגבלה פורמאלית על משך השהייה במתקן השהייה הפתוח, גם אם דובר בהוראת שעה **לשלוש שנים** (36 חודשים), אשר, מטבע הדברים, ניתנת הייתה להארכה, **בתיקון החדש נקבעה תקופת שהייה מקסימאלית של 20 חודשים** (סעיף 32כא(א) לחוק). בנוסף, נקבע בתיקון החדש כי **לא יינתנו הוראות שהייה במתקן השהייה לקבוצות אוכלוסייה ייחודיות**, ובהן: קטינים, נשים, מי שגילו עולה על 60 שנים, קורבנות סחר בבני אדם, הורה לקטין הסמוך על שולחנו בישראל, ומי שממונה ביקורת הגבולות שוכנע כי מצבו הבריאותי (לרבות בריאותו הנפשית) מצדיק זאת (ס' 32ד(ב) לחוק), וכן נקבעה חובת שימוע בפני ממונה ביקורת הגבולות לפני קבלת החלטה בדבר הוצאת הוראת שהייה (סעיף 32ד(ד) לחוק). שינויים אלה נועדו לענות על הנחייתו של בית המשפט הנכבד בעניין קביעת תקופה מרבית מידתית להחזקה במרכז השהייה, וקביעת הסדרים מיוחדים 'לאוכלוסיית פגיעות במיוחד' (פסי' 187 לפסק דינו).

• **שלישית**, בכל הנוגע לסמכות המינהלית להעביר מסתנן המצוי במתקן השהייה הפתוח למשמורת בשל ביצוע עבירות משמעת שונות (לפי סעיף 32כ(א) לחוק), **נקבעה ביקורת שיפוטית יזומה** של בית הדין למשמורת על כל החלטה לפי סעיף זה, בהקדם האפשרי, ולא יאוחר מתום 96 שעות מתחילת החזקתו במשמורת (סעיף 32כ(ז) לחוק). כמו כן, **קוצרו משמעותית תקופות השהייה במשמורת** מכוח הסעיף, כך שהתקופה המירבית הועמדה על **120 ימים** במקום **שנה** בהסדר הקודם (סעיף 32כ(ב)-(ד) לחוק). גם **תיקונים אלה נועדו לתת מענה לדגשים שעלו בפסק הדין לעניין זה**.

13. נוכח כל האמור, ברי כי אין יסוד לטענת העותרים שמדובר "באותה גברת בשינוי אדרתי" או כי קיימים רק "הבדלים מינוריים" בין ההסדר שנפסל בפרשת **גבריסלאסי** ובין התיקון החדש, היכולים להצדיק את טענת העותרים כי ניתן לקבוע כי **'סיכויי העתירה גבוהים'**, או כי נחלשה חזקת החוקתיות העומדת לחקיקה הראשית של הכנסת. בהתאם לכך, גם אין הצדקה לנקוט בצעד החריג ביותר של השעיית חקיקה ראשית של הכנסת במסגרת של סעד זמני, ובטרם ניתנה למשיבים האפשרות לטעון בהרחבה באשר לחוקתיותו של התיקון החדש.

14. ככל שמדובר בטענות בעניין מאזן הנוחות, ובכלל זה, בדבר המשמעות של מתן צו הביניים המבוקש על המשך הפעלתו של מתקן השהייה "חולות", אין המשיבה רואה מקום להוסיף על טענות המדינה בעניין זה, ואף היא סבורה כי מאזן הנוחות נוטה במקרה זה לטובת המשיבים.

15. בשל כל האמור לעיל, מתבקש בית המשפט הנכבד לדחות את בקשת העותרים לצו ביניים ולבטל את צו הארעי שהוצא על-ידי בית המשפט הנכבד בהחלטתו מיום 18.12.2014.

היום: 28 בדצמבר 2014  
וי בטבת התשע"ה



ד"ר גור בליי, עו"ד  
ב"כ הכנסת