

העותרים: טשומה נגה דסטה ו-7 אח'

ע"י ב"כ עו"ד עודד פלר ו/או יונתן ברמן ו/או ענת בן-דור ו/או אלעד כהנא ו/או אסף וייצן ו/או רחל פרידמן ו/או אסנת כהן ליפשיץ

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
 הכנסת, ירושלים

2-5. שר הפנים ואח'

ע"י פרקליטות המדינה
 משרד המשפטים, ירושלים

תגובה מטעם העותרים לתגובת המשיבים 2-5 לבקשה למתן צו ביניים

ולבקשתם לביטול צו הארעי

בהתאם להחלטת בית המשפט הנכבד מאתמול, 28.12.2014, מתכבדים העותרים להגיש תגובה מטעמם לתגובת המשיבים 2-5 (להלן - המשיבים) לבקשה למתן צו ביניים ולבקשתם לביטול צו הארעי שניתן.

בית המשפט הנכבד מתבקש להורות על הפיכת צו הארעי מיום 18.12.2014 לצו ביניים שיעמוד בתוקף עד להכרעה בעתירה.

בנוגע לשאלת בית המשפט בדבר האפשרות שמתקן "חולות" ייסגר בעקבות מתן צו ביניים המונע את חידוש הוראות השהייה של המוחזקים בו, נקדים ונאמר שהעותרים סבורים, כפי שיפרטו להלן, שמוצדק למנוע הוצאת הוראות שהייה חדשות גם למי שהוצאו נגדם הוראות שהייה בעבר, כלומר למי שמוחזקים ב"חולות". **ואולם**, אפילו עמדה זו לא תתקבל, הרי שיש למנוע הוצאת הוראות שהייה חדשות לאלפי אנשים נוספים שאינם שוהים כיום במתקן, וכן למנוע שימוש בסמכויות הענישה הקשות עבור מי שימשיך לשהות במתקן – והכל עד להכרעה בעתירה.

ואלה טעמי התגובה :

מבוא

1. את תגובת המשיבים אפשר לתמצת בזאת: הבקשה צריכה להידחות לאור "חזקת החוקתיות" והואיל והחוק החדש שונה – לשיטת המשיבים שוני של ממש – מתיקון מס' 4 לחוק למניעת הסתננות. בנוסף, טוענים המשיבים שצו הביניים משמעו "סגירת מתקן חולות" ו"יציאתם" – לחופשי, יש לומר – "של כ-2242 'מסתננים' ממרכז השהייה 'חולות'".
2. תגובת המשיבים עמוסה ברטוריקה דרמטית. דומה שככל שהטיעון מוקשה כך גוברת הדרמה עד שמגיעים לקרשנדו ונטען שקבלת הבקשה כמוה כ"נטילת חזקת החוקתיות העומדת לחקיקתה הראשית של הכנסת" (סעיף 6 לתגובה), "ריקון החוק החדש מתוקף" (סעיף 7 לתגובה), הותרתה של "הממשלה בידיים ריקות" (סעיף 18 לתגובה) וחתימה "תחת יכולתה של מדינת ישראל להציב חסם נורמטיבי אפקטיבי, בפני מי ששוקל להסתנן לישראל היישר למרכזי הערים" (סעיף 32 לתגובה).
3. אלא שמילים, מרשימות ומאיימות ככל שיהיו, אינן יכולות להישאר מנותקות מן המציאות, ובהקשר המצער שלנו - מציאות בה בני אדם מאבדים את חירותם מכוח החלטות של פקיד משרד הפנים. הרי אותה הרטוריקה בדיוק שימשה את המשיבים בהליכים בעניין **אדם** ובעניין **איתן** כשביקשו לשכנע את בית המשפט שלא לפסול את שני התיקונים לחוק למניעת הסתננות שקדמו לחוק הנוכחי. ניתן להצר על כך שלדים של המשיבים מה שהיה הוא שיהיה, והגברת – היא החקיקה – היא אותה גברת באדרת כזו או אחרת.
4. יש לדייק בהיקף צו הביניים המבוקש ובהשלכותיו. צו הביניים מתייחס אך ורק לשני רכיבים מתוך "ארגז הכלים" שבו בחר המחוקק ואך לפרק אחד מתוך הוראות החוק. צו הביניים אינו מתייחס לכליאה לפי סעיף 30א, ולא להיבטים בלתי חוקתיים רבים ונוספים הגלומים בחוק. אכן, לא בנקל יתן בית משפט נכבד זה צו אשר יש בו לעכב יישומה של חקיקה ראשית. אולם נסיבות ענייננו חריגות ביותר הן נוכח הפגיעה הקשה בליבתן של זכויות האדם הבסיסיות ביותר והן נוכח שני פסקי הדין בפרשת **אדם** ובפרשת **איתן**, שהמשיבים אינם מקיימים את קביעותיהם. אלו הן בדיוק הנסיבות שבהן מוצדק והכרחי לתת את צו הביניים המבוקש.
5. עוד יש להצר על כך שהמשיבים בחרו להתעלם ממרבית טענות העותרים בבקשתם. כך חסרה התייחסותם של המשיבים לטענה שדחיית הבקשה תוביל להפיכתה של העתירה לתאורטית עבור אלפי בני אדם שכבר שהו או שוהים מזה זמן במתקני שירות בתי הסוהר (פרק ג' לבקשה). כן חסרה התייחסותם לטענה שאפילו לשיטתם האינטרס הציבורי מצדיק את מתן הצו המבוקש בשים לב לכך שהמשיבים, הלכה למעשה, רוקנו מתוכן את פסיקותיו של בית משפט זה בעניין אדם ובעניין **איתן** (פרק א' לבקשה). תגובתם אף אינה כוללת התייחסות עניינית לסיכויי העתירה (פרק ד' לבקשה). מעל לכל, צורמת התעלמות המשיבים מהטענות ביחס למאזן הנוחות, אשר נוטה במובהק לטובת העותרים (פרק ה' לבקשה).

6. בהקשר זה, חמורה לא פחות היא הבחירה המודעת של המשיבים לשמוט מתגובתם את עצם קיומו של עולם עובדתי. כך למשל, אין בתגובתם נתונים כלשהם אודות מי שמתבקש להוציא נגדם הוראות שהייה חדשות ואף לא דובר בהיקפו של ה"נזק" אשר נטען, בדרמטיות רבה, כי נגרם לאינטרס הציבורי כתוצאה מפסקי הדין של בית משפט נכבד זה בעניין **אדם**, בעניין **איתן** או במסגרת **הצו הארעי** בהליך זה. באופן לא מקרי אין בתגובה נתונים כלשהם אודות שינוי כלשהו בהיקף הכניסה ללא היתר לארץ מאז שלהיי שנת 2012 (עם השלמת בנייתה של גדר הגבול עם מצרים), מאז חודש ספטמבר 2013 (אז בוטל תיקון מס' 3 לחוק למניעת הסתננות), מאז חודש ספטמבר 2014 (ביטולו של תיקון מס' 4), או אפילו מאז יום 18.12.2014 (יום מתן הצו הארעי). במקום עובדות קיבלנו, שוב, איומים עמומים, מילים נרגשות ואינטרסים סתומים מסוג "חסם נורמטיבי" ו"מניעת השתקעות", אשר בית משפט זה כבר עמד פעמיים על כך שפגיעה בחירותם של "רק" כ-3,000 בני אדם ממילא אינה מקדמת אותם באופן ממשי, ומניה וביה לא באופן שצולח את מבחני המידתיות.

7. בהקשר זה, לא למותר לציין שככל שחששם התאורטי של המשיבים יראה ככזה שעשוי להתגשם וצו הביניים יוביל לפגיעה באינטרס ציבורי לגיטימי, הרי שמבלי לגרוע מכל טענה של העותרים, **בית המשפט מוסמך ממילא לבטל או לשנות את צו הביניים בכל עת** ומדובר בהליך קצר ומהיר שיתעורר, מטבע הדברים, ככל שתעלה טענה לשינוי של ממש בנסיבות העובדתיות שעמדו בבסיס מתן צו הארעי.

8. לכן, מכל האמור בבקשה לצו ביניים ובתגובה זו ובהינתן הנזק העצום, המוחשי והבלתי הפיך שנגרם לכל אדם שתוצא נגדו הוראת שהייה לפי ההסדר החדש ואשר מכוחה ייאלץ לשהות במתקן "חולות" תקופה של 20 חודשים (לא כולל תקופות משמורת קודמות) וכן לכל מי שיועבר למשמורת (של עד 120 ימים) בהליך עונשי מכוח הסמכויות הקבועות בסעיף 32 לחוק – ברור לחלוטין שיש להפוך את צו הארעי לצו ביניים. כך מתבקש בית המשפט להורות.

לעניין הטענה שהחוק החדש שונה מתיקון מס' 4

9. המשיבים מרחיבים בדבר הפער שבין תיקון מס' 4 להסדר שעומד לביקורת חוקתית בהליך דנן. העותרים, מצדם, הצביעו על הדמיון הלא מבוטל שבין ההסדרים והראו שבמסגרת פסק הדין בעניין **איתן** נקבע כי תיקון מס' 4, ומתקן "חולות" בפרט, אינו אלא "אותה גברת" – זו של תיקון מס' 3 – בשינוי אדרת" (שם, בפסקה 11 לפסק דינה של השופטת ארבל). הדברים נכונים עוד יותר בעניינינו, נוכח הצהרות המשיבים עצמם במסגרת הליך החקיקה, כי החקיקה החדשה אינה מאמצת את קביעות בית המשפט, אלא מקבלת רק חלק מ"הערויות" (כדברי שר הפנים בישיבת ועדת הפנים של הכנסת ביום 6.10.2014: "אנחנו בהחלט מוכנים לקחת בחשבון **חלק מההערות** של בית המשפט לגבי המתקן אבל לא את כולן ויש הערות שאני לא חושב שהן נכונות").

10. בפסק הדין בעניין **איתן** הורה, כאמור, בית המשפט על ביטול פרק ד' לחוק למניעת הסתננות, אשר במסגרת תיקון מס' 4 הקים והכשיר את פעולתו של "מרכז שהייה חולות" בניהול שירות בתי הסוהר. בית המשפט לא הכניס תיקונים בהסדר, אלא ביטל את ההסדר כולו בקובעו, כי כפיית שהייה במתקן פוגעת אנושות בחירות ובכבוד.

11. ההסדר שאושר כעת מאפשר לשוב ולשלוח אדם, השוהה בישראל תקופה ממושכת ואשר אין כל כוונה לגרשו מישראל, על כורחו למתקן חולות. כל זאת ללא ביקורת שיפוטית יזומה. מי שידו אינה משגת לממן ייצוג משפטי, ולקבל צו שיעכב את שילוחו ל"חולות", צפוי למצוא עצמו שם. במתקן ימושטרו חייו לתקופה בת עשרים חודשים על ידי שירות בתי הסוהר ורשות האוכלוסין וההגירה. כך, מבלי שנקבע כי חטא, מבלי שיועמד לדין פלילי ומבלי שניתן להרחיקו לארץ אחרת, הוא יוחזק במתקן בו נשללת זכותו לחירות, נשללת זכותו לחופש תנועה ונשללות כתוצאה מכך כל הזכויות הבסיסיות שכל בן אנוש זכאי ליהנות מהן כדי להתקיים כיצור אוטונומי. אין זכות אדם שאינה נשללת מן ה"מסתנן" שהצטוו להתגורר ב"מתקן השחייה". נשללת הזכות לפרטיות. נשללת הזכות לקבל החלטות בסיסיות ביחס לאלמנטים מרכזיים של חייו של האדם – כיצד יתנהל סדר-יומו, מה יאכל ומה ישתה, היכן יישן, עם מי יחלוק את החלל בו הוא ישן. נפגעת הזכות לחיי משפחה. אותו אדם שלא נקבע שחטא כפוף לסנקציות של שירות בתי הסוהר ושל רשות האוכלוסין וההגירה, לסמכויות חיפוש ומשמעת תמידיות, לפיקוח על החפצים שהוא נושא עליו ולמזון שהוא מבקש לצרוך. אותו אדם שלא חטא כפוף לסנקציות של שלילת חירות מוחלטת במשמורת מתוקף החלטת פקיד, וזאת אם הפר את כללי המשמעת להם הוא כפוף. אותו אדם, שלא נקבע שחטא, עובר אינפנטיליזציה מוחלטת. נוהגים בו כבילד – הוא נדרש לשהות בחדרו במשך שליש מן היממה, הוא אינו בוחר את מזונו, הוא אינו בוחר את מקום שהותו והוא מקבל "דמי כיס".

12. אם כן, וכפי שפורט בהרחבה רבה בעתירה, החקיקה פוגעת אנושות בקשת רחבה מאוד של זכויות אדם – בחירות, בכבוד, באוטונומיה, בחופש התנועה, בפרטיות, בזכות לחיי משפחה – המעוגנות כולן בסעיפים 2, 4, 5 ו-7 לחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו.

13. נבקש להפנות את תשומת הלב שתיקונים נוספים בחקיקה שהמשיבים מציגים כתיקונים משמעותיים, אינם אלא עיגון למצב הדברים כפי שהיה עובר לחקיקה עסקינן ובימי החלתו של תיקון מס' 4. נשים וילדים לא נשלחו ל"חולות" גם על פי תיקון מס' 4 (ר' סעיף 32 לחוק כנוסחו בתיקון מס' 4); הורים לילדים, ככל שהוכיחו לשיטת משרד הפנים את הורותם, לא נשלחו גם הם על פי נהלי משרד הפנים (ר' התצהירים שצורפו לעתירה כנספחים ע/12 ו-ע/13); חולים במחלות קשות ואנשים מבוגרים לא נשלחו או שוחררו פעמים רבות על פי החלטות משרד הפנים (ר' התצהירים שצורפו לעתירה כנספח ע/13); ושימועים טרם משלוח ל"חולות" נערכו זה מכבר בעקבות הליכים משפטיים (ר' עע"ם 2863/14 עלי נ' משרד הפנים – רשות האוכלוסין וההגירה (פורסם בנבו, פסק דין חלקי מיום 10.8.2014)). גברים סודנים ואריתראים, מאידך, נשלחו גם נשלחו ל"חולות" ובאלפיהם. בהם ובפגיעה האנושה בזכויותיהם עסק פסק הדין בעניין "איתן". בהם עוסק החוק החדש. אותם מבקשים המשיבים להוסיף ולשלוח ל"חולות", ואת הפגיעה הקשה בהם מבקשים הם לאפשר.

14. עוד נזכיר כי טווח פגיעתו של החוק רחב מן הפגיעה באותם אלפים שנשלחים ל"חולות" ושוהים במתקן. קיומם של "קריטריונים" ו"פטורים" לצורך משלוח ל"חולות" מתבטא במנגנון אדיר, פולשני ופוגעני שעוסק בכך – בבירור "פוטנציאל" למשלוח לחולות, במתן הוראות שהייה ובמתן "פטור". מנגנון זה חולש על כל עשרות אלפי מבקשי המקלט בישראל, ומשפיע על חייהם באורח דרמטי. על כולם, ללא יוצא מן הכלל, להתייצב בשלוש לשכות של משרד הפנים ברחבי הארץ, שיועדו לכך,

והפגיעה בהם היא רבה. העותרים עמדו על כך בהרחבה בעתירה (ר' סעיפים 142-152 לעתירה והנספחים ע/16 ו-ע/17 המלווים בתמונות).

15. המשיבים מודים שהשאלות החוקתיות דורשות ליבון ובירור (ר' סעיף 20 לתגובתם), אלא שלשיטתם, בירור זה חייב להיעשות בזמן שהפגיעה הקשה והבלתי הפיכה – זו שנמשכת הלכה למעשה כבר מאז שהתיקון הלא חוקתי הראשון החל להיות מיושם בחודש יוני 2012 – צריכה להימשך. כפי שפרטנו בבקשה, לכך אין – ולא יכולה להיות – עוד הצדקה. זהו **הדבר האמיתי היחיד שאין לו תקדים בשיטתנו המשפטית**. זהו העניין שמחייב את מתן הצו המבוקש.

לעניין הטענה כי מתקן "חולות" ייסגר אם ינתן צו הביניים

16. העותרים לא סברו, כי פרשנותו היחידה של צו הביניים היא שחרורם של כל המוחזקים ב"חולות", ואולם הם מקבלים את הפרשנות הראויה שהציעו המשיבים. אכן, בנסיבות העניין, ומכל הטעמים שפירטנו, מוצדק שלא להוציא הוראות שהייה חדשות גם למוחזקים ב"חולות". לו היו המשיבים פועלים בהתאם לעקרונות שהתווה בית המשפט הנכבד, מתקן "חולות" במתכונת הפעלתו הפוגענית לא היה נותר על מכונו. בשים לב להתנהלות המשיבים עד כה, למאזן הנוחות, לסיכויי ההליך ולסכנה שהעתירה תתייתר עבור מי שכבר שוהים ב"חולות" תקופה לא מבוטלת – צו ביניים הנוגע גם למוחזקים זה מכבר ב"חולות" מוצדק מאין כמוהו. גם זהותם של המוחזקים ב"חולות" מחדדת עניין זה. מנתונים שהעביר משרד הפנים בהליך אחר שתלוי ועומד בפני מותב זה (עע"ם 8667/14 עלי נ' **משרד הפנים**), עולה שלמעלה מ-1,500 מהמוחזקים ב"חולות" הם מבקשי מקלט שבקשתם למקלט מדיני טרם הוכרעה (ר' סעיף 26 לנספח ב' לבקשה לסעד זמני לתקופת הערעור מיום 18.12.2014). אלו האנשים בהם עסקינן, ובהם גם העותרים 1 ו-2.

17. כל אחד מהמוחזקים ב"חולות" מוחזק במתקני שירות בתי הסוהר תקופה שונה. רבים מהם הוחזקו תקופות של חודשים רבים ואף שנים במתקני שירות בתי הסוהר (בין אם מכוח התיקונים שנפסלו ובין אם מכוח המדיניות שהיתה נוהגת במועד בו נכנסו לארץ). התקופות שהוחזקו במשמורת **אינן נמנות** לפי החוק החדש במניין 20 חודשי השהייה במתקן. נוסף על תקופות המשמורת האמורות, מוחזקים רבים מאותם אנשים ב"חולות" כבר תקופה שמגיעה לכדי שנה תמימה והכל ללא שהתקיימה לגבי רובם אי פעם ביקורת שיפוטית או מעין שיפוטית כלשהי על כך. הם מוחזקים שם מכוח חוק שנפסל כלא חוקתי וימשיכו להיות מוחזקים שם, שוב ללא ביקורת שיפוטית כלשהי, מכוח חוק נוסף בלתי-חוקתי במפגיע. מדובר בעניין בלתי הפיך, בנזק עצום ומתמשך לזכויות יסוד חוקתיות ובמילים פשוטות וברורות יותר – בעול גמור.

18. **יחד עם זאת**, ככל שיסבור בית המשפט הנכבד, כי אין להכריע בעניינם של המוחזקים זה מכבר ב"חולות" במסגרת צו הביניים, ולהורות אך על "הקפאת המצב" ביחס למי שאינם נמצאים כיום ב"חולות", הרי שלגבי מי שאינם שוהים ב"חולות" לא ניתן לחלוק שמתן צו ביניים כמבוקש יהווה "הקפאת המצב" וימנע פגיעה אנושה באלפי בני אדם נוספים. לפיכך, ככל שבית המשפט הנכבד יסבור כאמור, יש ליתן צו ביניים המונע הוצאת הוראות שהייה למי שאינם שוהים כיום במתקן. ככל שזו תהיה החלטתו של בית המשפט הנכבד, יתבקש להבהיר, כי אין בכך למנוע בחינה שיפוטית של

הוראות שהייה במסגרת הליכים אחרים. כמו כן, יש למנוע שימוש בסמכויות הענישה עבור מי שימשיך לשהות במתקן למשך בירור העתירה מכל הטעמים שנקבעו בפרשת אדם ובפרשת איתן בדבר שימוש במשמורת לצרכי ענישה והרתעה.

לעניין הפסיקה שהציגו המשיבים

19. המשיבים מפנים בתגובתם להחלטות במסגרתן לא הוצאו צווי ביניים במסגרת עתירות חוקתיות. בכל הנוגע להחלטה של כב' השופט הנדל בעניין **גבריסלאסי** (בג"ץ 8425/13), הרי שזו התייחסה לתיקון מס' 4, מיד עם הקמתו של מתקן "חולות" והתחלת הפעלתו. לאור תוצאת פסק הדין בעניין **איתן**, הרי שאין לומר עוד כי החזקתם של אנשים ב"חולות" והעברתם למשמורת עונשית הן חוקתיות.

20. בכל הקשור להפנייה להחלטות אחרות, ובראשן לבג"ץ 1661/05 **המועצה האזורית חוף עזה נ' כנסת ישראל**, פ"ד נט(2) 481, 749 (2005), הרי שהחלטה זו מלמדת דווקא את ההיפך המוחלט ממה שמנסים המשיבים ללמוד ממנה. **ראשית**, החלטה זו מלמדת שניתן גם **ניתן להוציא צו ביניים כמבוקש בהליך זה**. ומאחר שניתן הרי שאין מקום ראוי ומתאים יותר מבמסגרתו של הליך זה, בו אנו עוסקים בפגיעה בחירות של האוכלוסייה המוחלשת ביותר, על ידי פקיד ללא ביקורת שיפוטית אפקטיבית, ולאחר שדברי חקיקה בעניין זה נפסלו כבר פעמים ללא שחיהם של מבקשי המקלט ישתנו לטובה כתוצאה מכך. **שנית**, בעניין המועצה האזורית חוף עזה הובהר, כטעם ראשון ומרכזי לאי הענקת צו הביניים, כך:

"הבקשות (לצווי ביניים) התייחסו להיבטים רחבים של חוק יישום ההתנתקות. בעיקרן, נתבקש בהן לעכב את כל המועדים הקבועים בחוק ובצווי הפינוי, כך שהמדינה לא תהא רשאית, והמפונים לא יידרשו, להתחיל לפעול על-פי ההסדרים הקבועים בחוק טרם שנכריע בעתירות. החלטנו לדחות את הבקשות משני טעמים עיקריים. **ראשית**, סברנו כי למעט הפינוי עצמו, כל הפעולות שיעשו על-פי החוק ובמסגרת המועדים הקבועים בו **הינן הפיכות, ולמיצער ניתנות הן להתאמה בדיעבד בהתחשב בהכרעות שבפסק הדין**. כך בנוגע להקמת הגופים לבירור תביעות ולהתנעת הליכי התביעה השונים, וכך אף באשר להוראות ייחוד העילה והוויתור עליה, שכל עוד עמדו בתוקפן ראוי היה לפעול על-פיהן, **ולנוכח ביטולן ניתן להתאים את החלטות המפונים למצב הדברים החדש**. אשר לפינוי, מועדו נקבע תחילה לחודש יולי 2005, ובהמשך נדחה בכחודש נוסף. **במצב זה ניתנה לבית המשפט שהות ראויה להכריע בעתירות בלא להתערב מראש במועד הפינוי עצמו**". (ההדגשות אינן במקור)

21. יצוין שדווקא ניתן שם צו ביניים (ר' החלטת הנשיא ברק מיום 22.5.2005 בבג"ץ 3761/05 (פורסם בנבו)).

22. בענייננו, כאמור, בהיתן שכל יום של שהייה במשמורת או במתקן "חולות" אינו חוזר ודאי שאין מדובר בעניין הפיך או בעניין שניתן להתאמה לאור תוצאת פסק הדין. ודאי לא לאחר שהעניין הזה "מתגלגל" לו כבר משנת 2012, דברי החקיקה נפסלים והפגיעה בזכויות כשהייתה ואף למעלה מכך.
23. כפי שהדגשנו בבקשה, נדמיין את האדם שהוחזק ב"חולות" 10, או 15, או 20 חודשים. "בתקופה ארוכה זו יידרש המסתנן להימצא במקום שבו חירותו נשללת. מהלך חייו ייקטע. לא יוכל הוא להוסיף ולעבוד בעבודה שעבד בה; לא יוכל הוא עוד לראות את חבריו שלא נקראו למרכזו השהייה; לא יוכל הוא לבחור איך לבלות את שעותיו; לא יוכל הוא עוד לנהל את יומו כרצונו. וכל זאת, לא כעונש על עצם הסתננותו, או במטרה לקדם את גירושו – אלא אך לשם 'מניעת השתקעותו במרכזי הערים והשתלבותו בשוק העבודה'" (עניין **איתן**, פסקה 150 לפסק דינו של השופט פוגלמן). האם פסק דין שישוּב ויחזור על קביעות בית משפט זה בענין **איתן** ויפסול פעם נוספת את ההסדר הקבוע בפרק ד' לחוק יאין את הפגיעה המתמשכת בזכויותיו הבסיסיות של מי שהוחזק במתקן "חולות" ותקופת החזקתו, או חלק ניכר ממנה, ממילא עברה חלפה לה טרם ניתן פסק הדין גם בעתירה בנוכחית? ודאי שלא.
24. ועוד: חשבו על אדם שנגזרו עליו 120 ימי מחבוש על ידי פקיד בהליך נטול ערובות דיוניות של ממש וללא שיהיה זכאי לייצוג משפטי. נחשוב על האדם הזה לאחר שריצה את כל תקופת העונש שנגזר עליו, כשישמע לפתע שארבעת החודשים בהם היה כלוא היו "לא חוקתיים". האם יש דבר מה שיפצה אותו על החודשים שחלפו לבלי שוב? ודאי שלא.
25. עוד נבקש לציין, כי צו ביניים שמונע יישומו של חוק אינו חסר תקדים בישראל. בג"ץ 1030/99 **אורון נ' יו"ר הכנסת**, פ"ד נו(3) 640 (2002) עסק בחוקתיות החוק שאיפשר את הפעלתה של תחנת הרדיו הפיראטית "ערוץ 7". בהליך ניתן צו ביניים, כפי שהוא מתואר בפסקה 14 לפסק הדין:
- "ביום 8.3.1999 ניתן על-ידי הרכב שלושה צו-על-תנאי כמבוקש בעתירות, פרט לכך שבבג"ץ 1201/99 התייחס הצו-על-תנאי, בהסכמת באי-כוחן של תחנות הרדיו האזוריות, לעתירה לביטול התיקון לחוק הבזק, ולא לעתירות החלופיות שהועלו במסגרתו. כן ניתן על-ידי ההרכב צו-ביניים, כהצעת בא-כוח היועץ המשפטי לממשלה, המכוון אל הממשלה, שרת התקשורת ואל הרשות השנייה לטלוויזיה ולרדיו, ועל-פיו עליהם להימנע מליישם את התיקון לחוק הבזק עד למתן החלטה סופית בעתירות. "
26. צו הביניים מלמד מעצמו, כי אין מניעה ליתן צו שכזה נגד החלתו של דבר חקיקה.
27. גם בפרשת החוק שאיפשר הפרטה של בתי סוהר ניתן צו ביניים, שאסר עד להכרעה בעתירה על הפעלתו בפועל של בית סוהר פרטי – כלומר על השמת של אסירים, לאחר הליך פלילי מלא ועל פי צו שיפוטי שהורה על כליאתם, בבית הסוהר הפרטי שנבנה על פי החוק:
- "עם הוצאת הצו-על-תנאי בעתירה ביום 18.6.2006 היו המשיבים 1-3 מודעים לכך שאין הכרעה בשאלת חוקתיותו של תיקון מס' 28. בנסיבות אלה התקדמות המשיבה 3

בביצוע פעולות שונות מעבר להקמתו הפיזית של מבנה בית הסוהר היתה על סיכונם של המשיבים 1-3. לפיכך, לאחר שעיינו בתגובות המשיבים 1-3 לעניין צו הביניים, ניתן בזאת צו ביניים לפיו יימנעו המשיבים 1-3 מהפעלת בית הסוהר. הצו יעמוד בתוקפו עד להחלטה אחרת. " (בג"ץ 2605/05 חטיבת זכויות האדם נ' שר האוצר (פורסם בנבו, החלטה מיום 18.3.2009).

28. להשלמת התמונה נבקש לציין, כי 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 יישומם 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. Zirriax*, 670 F.3d 1111 (10th cir.2012).)

29. 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 יישומם 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)). רעור שהגישה מדינת אריזונה לבית המשפט הפדראלי לערעורים נדחה, ובית המשפט הפדראלי השאיר על כנו את צו הביניים עד להכרעה בתיק העיקרי ((*Arizona v. US* F. 3d 339 (2011)). 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)).

סיכום

30. צו הביניים המבוקש הוא בעל תחולה נרחבת. עמדנו על כך במסגרת הבקשה ואיננו טוענים אחרת גם כיום. זהו צו חריג אולם הוא מתבקש בנסיבות חריגות ביותר שבהן ניתן כבר שני פסקי דין חוקתיים בהרכבים מורחבים אשר קבעו את עקרונות היסוד ובמסגרתם נפסלה חקיקה קודמת נוכח פגיעה קשה ומתמשכת בזכויות אדם בסיסיות של אלפי אנשים.

31. מתן צו הביניים יאפשר את ליבון העניינים החוקתיים המורכבים שעל הפרק בזמן שהאנשים המשתייכים לאוכלוסית מבקשי המקלט בארץ לא יושפלו עוד עד עפר ב"מתקן השהייה" ובמתקני המשמורת ותוך שלראשונה יתאפשר להם לטעום את טעמה של ההבטחה שהבטיח להם בית משפט זה עוד בחודש ספטמבר 2013 – שחייהם ישתנו "מכליאה חסרת פתרון ליציאה לחירות ותקווה לעתיד" (סי' 121 לפסק דינה של השופטת ארבל בעניין **אדם**).

29 בדצמבר 2014

אסף וייצן, עו"ד

ענת בן-דור, עו"ד

עודד פלר, עו"ד

רחל פרידמן, עו"ד

אלעד כהנא, עו"ד

אסנת כהן ליפשיץ, עו"ד

יונתן ברמון, עו"ד

באי כוח המבקשים