

הפורום המשפטי למען ישראל (ע"ר)
עמותה מס' 7-212-044-58

המבקשת להגיב
כידיד בית המשפט :

ע"י עו"ד עידן אבוהב

ת.ד. 7442 ירושלים 9107302

טל': 02-5022202 ; פקס : 077-5558132 ; דוא"ל : office@haforum.org.il

העותרים:

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

נגד

המשיבים:

1. הכנסת
2. שר הפנים
3. שר הביטחון
4. השר לביטחון פנים
5. היועץ המשפטי לממשלה
על ידי פרקליטות המדינה

תגובת הפורום המשפטי למען ישראל לבקשה דחופה לצו ביניים

1. מוגשת בזאת תגובת עמותת "פורום משפטי למען ישראל" (להלן: המשיבה) לבקשה הדחופה לצו ביניים שאותה הגישו העותרים ביום 20.7.15
2. המשיבה הגישה בקשה להצטרף כידיד בית המשפט בעתירה 8665/14 (להלן: העתירה), הגישה עיקרי טיעון וניתנה לה רשות להופיע בדיון שנערך ביום 3.2.15.

3. הודעה על הבקשה לצו ביניים ועל המועד לתגובה נשלחה אל המשיבה ביום 20.7.15

4. על כן, מצאה המשיבה לנכון להגיב גם לבקשה דחופה זאת, כידיד בית המשפט, תוך שהיא מאירה סוגיות, מתחום יחסי הרשויות, הנוגעות לבקשה.



עו"ד עידן אבוהב

ב"כ הפרוס

עיקרי התגובה

עמדת המשיבה הינה, כי יש לדחות את הבקשה למתן צו ביניים (להלן: הבקשה) וזאת מן הנימוקים שלהלן:

1. טענה כללית – ניסיון להשגת הסעד העיקרי בדרך של סעד ביניים

- 1.1. בהגשת הבקשה העותרים מנסים לגרום לבית המשפט הנכבד לפסוק כי מעשה רשות האוכלוסין וההגירה (להלן: רשות האוכלוסין), הנעשה מכוח החוק למניעת הסתננות (עבירות ושיפוט), תשי"ד-1954 (להלן: החוק למניעת הסתננות), אותו הם תקפו בעתירה הראשית, צריך להיות בטל.
- 1.2. למעשה, העותרים מצפים מבית המשפט הנכבד, שיקבע כי התנהלות מכוח החוק אינה חוקתית וכל זאת מבלי שבית המשפט הנכבד קבע סופית את שאלת עמידת החוק למניעת הסתננות בתנאי פסקת ההגבלה בחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו.
- כך מנסים העותרים, במסווה של טענות מנהליות, להגיע להכרעה בטענה החוקתית – תוקפו של החוק למניעת הסתננות.
- 1.3. עצם הגשת הבקשה נראית כניסיון להשגת הסעד העיקרי בדרך של סעד ביניים, שהרי אם האכיפה מכוחו של החוק בטלה מה זה מעיד על החוק למניעת הסתננות עצמו?
- 1.4. לא זו אף זו, עיון בבקשה, ובעיקר בסעיף 6, מעלה את החשש שהבקשה אינה אלא "מהלך טקטי" וביקורת לא מוסווית על קצב עבודת בית משפט נכבד זה.

2. היעדרה של זכות העמידה

- 2.1. בעתירה עצמה עותרים שני אסירים בפועל (עותרים 1+2) אזרחי אריתריאה וסודן, לצד שורת עותרים ציבוריים. מכאן עולה כי שני הנתינים הזרים לא יפגעו כלל וכלל ממעשה רשות האוכלוסין, שבגיננו מוגשת הבקשה לצו הביניים, מאחר והם כבר אסירים בפועל. שהרי הבקשה מוגשת כדי להגן על מי שעדיין טרם זומן למתקן חולות.
- 2.2. אם כך, מאחר שהעותרים 1+2 לא יפגעו ממעשה רשות האוכלוסין העותרים שבעצם מגישים את הבקשה הם רק העותרים הציבוריים מבלי שצורפו נפגעים בפועל מהחלטת רשות האוכלוסין.
- 2.3. בית משפט נכבד זה קבע לא אחת כי הוצאת צו ביניים, נגד רשות מרשויות המדינה, הינה צעד קיצוני שיעשה בו שימוש רק במקרים בו מוצגת בפני בית המשפט פגיעה בפועל. ואילו במקרה זה לא הוצג אפילו קצה קצהו של נפגע מהחלטת רשות האוכלוסין.
- 2.4. אמנם בית המשפט העליון הרחיב מאוד את זכות העמידה של העותר הציבורי. בעיקר כאשר מדובר בעניין בעל אופי ציבורי. לפיכך מעמדו של העותר הציבורי הוכר גם מקום שהוא אינו יכול להצביע על נגיעה אישית ישירה או על פגיעה אישית בו. (בג"ץ 1635/90 ז'רז'בסקי נ' ראש הממשלה [6], בעמ' 763; בג"ץ 428/86 ברזילי נ' ממשלת ישראל, בעמ' 558-559)
- 2.5. ברם, בצד הרחבת תחום פריסתה של זכות העמידה נשמר הכלל שלפיו לא ייעתר בית-המשפט בדרך-כלל לעותר הציבורי, מקום שברקע העניין מצוי נפגע פרטי אשר אינו פונה לבית-המשפט

בבקשת סעד על פגיעתו. וכך, מקום שהעתירה תוקפת מעשה מינהלי הפוגע בזכות או באינטרס של אדם מסוים, ואותו אדם נמנע מלעתור לבית-המשפט, עשוי בית-המשפט שלא להכיר בזכות העמידה של העותר הציבורי גם אם העניין שהוא מבקש להביא להכרעה נוגע לנושא בעל חשיבות ציבורית כללית. **במקרה כזה ייחשב העותר הציבורי כמתערב במחלוקת לא לו, ופנייתו תידחה** (בג"ץ 651/03 האגודה לזכויות האזרח בישראל נ' יושב ראש ועדת הבחירות המרכזית לכנסת השש עשרה פ"ד נו(2) 62, 69)

2.6. הבקשה לצו ביניים, איננה מוגשת בשם מי שזומן למתקן חולות מכוח החלטת רשות האוכלוסין, אלא בשם העותרים הציבוריים בלבד. צירוף תצהירה של מנכ"ל ארגון למען מהגרי עבודה, שהינה אזרחית ישראל שהנוהל לא חל לגביה, אינו מהווה תחליף למציאת אדם שיפגע אישית ממעשה רשות האוכלוסין.

2.7. הרי ברור לכל כי המבקשים יודעים היטב להגיע לעותרים פרטיים כאשר הם נזקקים לכך. מדוע אם כן לא צורפו עכשיו עותרים כאלו? האם יתכן שאין בנמצא עותרים פרטיים, "שאמורים" להיות נפגעים מהמצב החדש?

2.8. ועוד טענה אחת שתעלה המשיבה – מה יקרה אם לא ימצא אף עותר, מקרב המוזמנים מכוח החלטת רשות האוכלוסין שירצה לעתור? את ריבו של מי ידון בית משפט נכבד זה? את ריבם של העותרים הציבוריים עם המדינה ותו לא!

2.9. המשיבה מכירה בכך שקיים חריג לכלל האמור בסעיף 2.5 לתגובה זאת, לפיו במקרה בו מדובר בסוגיה בעלת השפעה ציבורית רחבה מאוד, תינתן זכות עמידה לעותר ציבורי אף אם יש נפגע פרטי שלא עתר (בגץ 26/76 אנוש בר-שלום נ' מאיר זורע, מנהל מקרקעי ישראל פ"מ לא(1) 796, 802)

ברם, דומה כי לא ניתן להכליל סוגיה זאת בתוך החריג- אין מדובר בסוגיה המשותפת לכלל הציבור אלא לקבוצת המוזמנים, מכח החלטת רשות האוכלוסין, בלבד.

2.10. לפיכך, תטען המשיבה כי דין הבקשה להידחות ולו מטעם זה בלבד – שכן אף אדם פרטי הנפגע מהמצב לא צורף כמבקש.

3. חובת הרשות לאכוף את החוק

3.1. רשות האוכלוסין עשתה שימוש בסמכות המסורה לה מכח מכח סעיף 32 ד(א) לחוק למניעת הסתננות. חוק זה שחוקק, לאחר דיאלוג חוקתי ארוך ומורכב, שעורר מחלוקות ציבוריות וחוקתיות רבות בין הרשויות המחוקקת והמבצעת לבין הרשות השופטת, הינו חלק מספר החוקים בישראל והרשות המבצעת חייבת להסתמך עליו ולבצעו.

3.2. עיקרון שלטון החוק כולל גם את החובה לקיים את החוק ולאוכפו. בבג"ץ 295/65 אופנהיימר נ' שר הפנים והבריאות, פ"ד כ(1) 309 נקבע על ידי מ"מ מקום הנשיא (כתוארו דאז) כב' השופט זילברג (להלן: פרשת אופנהיימר):

"ההימנעות מלמש ולהגשים חוק קיים ומחייב, אינה מדיניות ואינה יכולה להיות מדיניות, מכל בחינה שהיא; היא רק גורמת לדמורליזציה ביחסי השלטון והאזרח, וגוררת אחריה פריקת עול של כל חוקי המדינה" (עמוד 328 לפ"ד)

3.3. על חובת הרשויות לפעול על פי חוק דיברה גם כב' השופטת (בדימוס) ארבל בבג"ץ 1027/04 פורום הערים העצמאיות נ' מועצת מקרקעי ישראל (פורסם בנבו) (להלן: פרשת פורום הערים)

"שומה, אפוא, על הפרטים החיים במדינה ועל רשויות השלטון לפעול על-פי חוק, גם אם סבורים הם כי מן הראוי לתקנו (זהו שלטון החוק במובנו הפורמאלי...) (פסקה 51) (הדגשה שלי – ע.א.)

ומאוחר יותר חזרה על האמור בפרשות אופנהיימר ופורום הערים גם כב' הנשיאה (אז בתוארה המשנה לנשיאה) השופטת נאור ב עעמ 2469/12 מוריס ברמר נ' עיריית תל אביב-יפו (פורסם בנבו) (להלן: פרשת ברמר) והוסיפה משלה :

" כל עוד לא שונה חוק העזר, נקודת המוצא היא שיש לקיימו" (עמוד 27 לפ"ד)

3.4. עוד תוסיף המשיבה כי תפקידה של הרשות המבצעת הינו אכיפת החוק. עניין זה עומד ביסוד שיטתנו המשפטית ומעוגן בחוק יסוד: הממשלה בסעיפים 1 ו-29.

3.5. לפיכך, ככל שסבורה רשות האוכלוסין כי הגיעה העת להגדיל את כמות המזומנים לחולות הרי לא רק שהיא רשאית לעשות כן אלא חייבת לעשות כן.

3.6. הנה כי כן, העותרים בבקשה לצו הביניים, מבקשים כי בית המשפט הנכבד יפגע בעיקרון שלטון החוק בעקרונות חוקתיים ובעיקרון חובת הרשות לאכוף את חוקי המדינה. כזאת לא יעשה במדינה דמוקרטית בה קיימת הפרדת רשויות.

4. חזקת התקינות המנהלית

4.1. המשיבה תטען כי להגנת הרשות עומדת חזקת התקינות המנהלית וכי המבקשים לא עמדו ברף ההוכחה הנדרש כדי לסתור אותה.

"חזקת התקינות המנהלית קובעת שברגיל ניתן להניח לטובתה של הרשות כי נהגה כדין. חזקה זו היא חזקה פרגמטית. רשויות המינהל אינן יכולות ואינן צריכות, כעניין שבשגרה, להתמודד עם טענות שיחייבו אותן להוכיח כל פעם, ומהתחלה, כי החלטות שהתקבלו בהן ומשמשות בסיס לפעולותיהן אכן התקבלו כדין.....

במקביל, זוהי חזקה הניתנת לסתירה, על מנת שלא להעמיד את האזרח בפני חומה ביורוקרטית בצורה ולא ניתנת להבקעה. על האזרח המבקש לסתור את החזקה "לסדוק" בהנחת התקינות, על ידי כך שיצביע על בעייתיות לכאורה

בפעולתה של הרשות" (ענמ 4072/11 עיריית בת-ים נ' ירדנה לוי (פורסם
בנבו) (להלן: פרשת עיריית בת-ים)

4.2. האם בענייננו מתקיימת חזקה זאת?

ראשית ניתן לטעון באופן כללי כי התשובה היא חיובית. וזאת נגזור מעיקרון "עדות שיטה" עליו מדברת כב' השופטת דפנה ברק ארזי בפרשת עיריית בת-ים. בפרשה זו נקבע כי פסילת תקינות מנהלית לגבי מקרה אחד עשויה להצביע על אי תקינות גם במקרים אחרים דומים.

על מנת לבסס את שיטת "עדות השיטה" במקרה דנן תטען המשיבה טענה הפוכה: אם הליך מנהלי אחד הוא תקין אזי הליך דומה לו, באותו עניין, יהיה תקין גם הוא. **והנה, קיים נוהל זימון למתקן חולות שעומד בתוקפו ואף המבקשים אינם טוענים לביטולו** (סעיף 2 לבקשה לצו ביניים).

ולא זו בלבד, אלא שהעותרים מעידים בעצמם שבקשתם, למתן צו ביניים שנועד לפסול את הנוהל הקודם של רשות האוכלוסין, נדחתה ביום 30.12.14 ע"י כבוד השופט דנציגר (סעיף 6 לבקשה לצו הביניים). משמע גם בית המשפט לא מצא לנכון לפסול את מעשה הרשות הקודם ויש בכך כדי להסיק על תקינותו.

סיכומו של דבר: קיים נוהל שאף בית המשפט הנכבד עצמו לא מצא מקום לבטלו ואף המבקשים אינם מבקשים לבטלו. תקינותו של נוהל זה יש בה כדי להשליך על חזקת התקינות של הנוהל החדש הדומה לו מאוד.

5. היעדר חובת הנמקה והיוועצות החלות על רשות האוכלוסין

5.1. העותרים טוענים לאי קיום חובת היוועצות/ טיעון מוקדמת לגבי תיקון הנוהל על ידי רשות האוכלוסין.

5.2. כאמור, ההחלטה בגינה מוגשת הבקשה לצו ביניים, נעשתה מכח סעיף 32ד (א) לחוק למניעת הסתננות שאינו מכיל חובת היוועצות המחייבת את רשות האוכלוסין בעת שהיא מגדירה נהלים לביצוע החוק.

5.3. העותרים טוענים אפוא, כי יש להעניק להם זכות טיעון לא מכוח הוראות החוק, אלא משום נסיבותיו המיוחדות של העניין. לשון אחר, טענתם היא לקיומה של זכות טיעון כללית, שאינה נובעת מהוראות החוק.

5.4. לא ברור על מה מבססים העותרים את זכותם להישמע בפני הרשות שהרי כבר ציינו כי אין אף נפגע בפועל שמגיש בקשה זאת.

5.5. זאת ועוד - הרי הכלל המקובל הוא כי "זכות הטיעון 'הטבעית' משתרעת עד למקום בו בחר המחוקק להגבילה" (בגץ 5699/07 פלונית (א) נ' היועץ המשפטי לממשלה, פ"ד סב(3) 550

5.6. החוק מגדיר זכות טיעון אישית בסעיף 32ד (ד) במסגרת שימוע שנערך לכל אדם ואדם המוזמן למתקן השהיה מכח החוק. משמע המחוקק מצא לנכון להגביל את זכות הטיעון הכללית ולהיכנס לגדרה של חובת שימוע וטיעון אישית. לא ניתן לומר כי בצידו של הסדר זה עומדת לאדם כל שהוא או לארגון ציבורי כל שהוא זכות טיעון כללית, במתכונת לה טוענים העותרים

5.7. לאור האמור לעיל, דין טענתם כאילו קיימת לה לרשות חובה להיוועץ עימם ומשהופרה חובה זאת יש בכך להביא לבטלות ההחלטה – להידחות מכל וכל.

6. **הבקשה מוגשת ללא שהיא מבוססת על ראיות כל שהן**

6.1. העותרים מבקשים כי בית המשפט יבטל את החלטת רשות האוכלוסין וכל זאת ללא שהם מתבססים על ראיות כל שהן.

6.2. בסעיף 8 לבקשתם העותרים טוענים כדלקמן:

”ייושמו הקריטריונים החדשים על קבוצה גדולה של מי שהוחזקו כבני ערובה על ידי מבריחים במחנות זוועה בסיני במטרה לסחוט דמי כופר מבני משפחותיהם. יש ביניהם אף כאלה שמעולם לא תכננו להגיע לישראל, אלא נחטפו בסודן על ידי מבריחים והוחזקו בחצי האי סיני במטרה לסחוט כספים מבני משפחותיהם. המוחזקים במחנות הם קורבנות לכליאה, לעינויים, להרעבה, לאלימות קיצונית, לאונס ולתקיפות מיניות, לקצירת איברים, לעושק ולסחיטה”

טענות אלו מושמעות ללא שהן מבוססות, ללא שיש להן ראיות אמיתיות. ושוב תזכיר המשיבה כי עד כה לא צירפו העותרים אף אדם שזומן מכח הנוהל החדש כך שלא ברור על מה הן מבססות את תיאורי האימים שנועדו להשפיע על בית המשפט, ללא שיש להן שום משקל של ממש.

לפיכך, ככל שהרשות השופטת רוצה לבטל מעשה מנהלי של הרשות המבצעת, שניתן מכח דין, לתכלית ראויה ובאופן מידתי, עליה להתבסס על ראיות מהותיות ולא רק על סיפורי אימים מפי העותרים.

7. **סיכום**

בקשתם של העותרים הינה דרסטית וכבדת משקל: הגבלת שיקול הדעת של הרשות הפועלת בהתבסס על חוק שריר וקיים. המשיבה גורסת שהן לאור היעדר זכות עמידה והן לאור עיקרון כיבוד הרשויות והיריסון והזהירות המשפטיים, ראוי כי בית המשפט נכבד זה ידחה את בקשת העותרים

8. המשיבה מבקשת להודות לבית המשפט נכבד זה על זמנו.

ב"כ המשיבה

עוה"ד עידן אבוהב