

המבקשים:

1. ט'שז'מה נג'ה ד'ס'טה, מבקש מקלט מאריתריאה, מס' אסיר 1492775
2. אנואר סולימאן ארבאב איסמעיל, מבקש מקלט מסודן, מס' אסיר 1494666
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 ע"י עו"ד עודד פלר ו/או יונתן ברמן
 מהאגודה לזכויות האזרח בישראל
 וכן ע"י עו"ד ענת בן-דור ו/או אלעד כהנא
 מהתכנית לזכויות פליטים, הפקולטה למשפטים, אוניברסיטת תל-אביב
 וכן ע"י עו"ד אסף וייצן ו/או רחל פרידמן
 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 היעוץ המשפטי
 הכנסת, ירושלים
2. שר הפנים
3. שר הביטחון
4. השר לביטחון פנים
5. היועץ המשפטי לממשלה
 ע"י פרקליטות המדינה
 משרד המשפטים, ירושלים

בקשה דחופה למתן צו ביניים

"צדק שנדחה הוא צדק שנשלל"

בית המשפט הנכבד מתבקש ליתן צו ביניים, עד להכרעה בעתירה, המורה לממונה ביקורת הגבולות כדלקמן:

א. להימנע מליתן הוראות שהייה חדשות לפי סעיף 32ד(א) לחוק למניעת הסתננות (עבירות ושיפוט), התשי"ד-1954 (להלן – **התיקון לחוק או החוק**), כפי שתוקן בחוק למניעת הסתננות ולהבטחת יציאתם של מסתננים מישראל (תיקוני חקיקה והוראות שעה), התשע"ה-2014, אשר פורסם ברשומות אתמול, יום 17.12.2014;

ב. להימנע מליתן צווי העברה עונשיים למשמורת בהתאם לסעיף 32כ לחוק.

כן מתבקש בית המשפט הנכבד ליתן צו ארעי עד להכרעה בבקשה זו, וזאת על מנת לשמר ולהקפיא את המצב הקיים ערב הגשתה ולמנוע בימים הקרובים עקירה של אנשים מחייהם ושליחתם ללב המדבר, על כך הכרוך בכך.

מבוא

1. עניינם של שני צווי המניעה המבוקשים הוא הקפאת המצב הקיים: אי-מתן "הוראות שהייה" לפי התיקון לחוק למי שאינם בני הרחקה מישראל, ואיסור על השמה במשמורת עונשית מכוח סמכויות הענישה הדקונויות שניתנו לממונה ביקורת הגבולות בסעיף 32כ לחוק. הכל עד להכרעה בעתירה.
2. צו הביניים המבוקש נועד לצמצם את הפגיעה ההרסנית, הקשה והבלתי הפיכה בזכויות יסוד חוקתיות עד למועד בו יכריע בית המשפט אם פגיעתו הרעה של החוק עומדת במבחנים החוקתיים שנקבעו על ידי בית משפט נכבד זה בעניין **אדם** (בג"ץ 7146/12 **אדם נ' הכנסת** (פסק דין מיום 16.9.2013)) ובעניין **איתן** (בג"ץ 7385/13 **איתן נ' ממשלת ישראל** (פסק דין מיום 22.9.2014)). כמפורט בהרחבה בעתירה, התיקון לחוק מעלה תמונה עגומה של היעדר כבוד והתעלמות מפסיקת בית משפט זה. יוצא מכאן שסיכויי העתירה גבוהים ביותר. עוד עולה מן העתירה ומעניין **איתן** בבירור, שאל מול הפגיעה הברורה והוודאית בבני אדם בשר ודם, הכרוכה בהפעלת הסמכויות המינהליות האמורות, עומד, אם בכלל, אינטרס ציבורי מעורפל ועמום שממילא יכולת החוק לקדמו רחוקה מלהיות ודאית. כך גם לשיטת חברי הכנסת שתמכו בתיקון תוך שהצהירו, כי מדובר בחוק "דרדלה" ו"עקר".
3. בראשית הדברים נבקש לעמוד על כך שמזה כשלוש שנים נשללת באופן בלתי חוקתי חירותם של אלפי בני אדם. למעלה מאלף ימים בהם מוחזקים אלפי בני אדם במתקני שירות בתי הסוהר באופן בלתי חוקתי. אף על פי שבית המשפט קבע, פעמיים, כי ההסדרים מכוחם כלואים מבקשי מקלט במתקן "משמורת" ומכוחם מוחזקים מבקשי מקלט ב"מתקן שהייה" אינם חוקתיים, לא היה ולו רגע אחד בו נפסקה הפגיעה החוקתית בזכות לחירות. במהלך ההליכים בעניין **אדם** הוחזקו אלפים במעצר מכוח תיקון מס' 3 לחוק למניעת הסתננות, שבדיעבד נקבע כי אינו חוקתי. עם פסילת החוק ניתנה לרשויות תקופה בת שלושה חודשים לטפל בשחרורם של העצורים מכוח תיקון מס' 3. במשך קרוב

לשלושה חודשים הוסיפו להיות אלפי אנשים כלואים מכוח הסדר לא חוקתי. או אז מיהרה הכנסת לחוקק חוק שני, תיקון מס' 4. בית המשפט דחה את הבקשה לצו ביניים, שהוגשה בעתירה נגד תיקון מס' 4, ובמשך תשעה חודשים נוספים, עד להכרעה בעתירה, הוסיפו להיות מוחזקים אלפי אנשים מכוח הסדר, שנקבע לבסוף כי אף הוא אינו חוקתי. נוכח השהיית הבטלות שנקבעה בפסק הדין בעניין **איתן**, אלפי אנשים מוסיפים להיות מוחזקים מכוח ההסדר הבלתי חוקתי, וכעת, רגע לפני תום תקופת השהיית הבטלות, נחקקה הוראת חוק שלישית במספר, אף היא בלתי חוקתית בעליל, מכוחה מוסיפה להיפגע ולהישלל חירותם של אלפי אנשים.

4. לאחר קרוב לשלוש שנים של שלילת חירות בלתי חוקתית, זו הפעם, לפחות עד להכרעה בעתירה, יש לצמצם את הפגיעה האנושה בחירות, באוטונומיה, בזכות להליך הוגן, בפרטיות ובחופש התנועה, וזאת באמצעות מתן צו ביניים, **שימנע את הוצאתן של הוראות שהייה חדשות.**

5. קבלת הבקשה משמעה מתן צו מניעה שיאסור על הפעלת חלק מהסמכויות שהוקנו לממונה ביקורת הגבולות במסגרת החוק למניעת הסתננות. ודוק, אין מדובר בהשעיית מכלול ההסדרים שנקבעו בחוק אלא רק במניעת השימוש בסמכות המינהלית החריגה והפוגענית שנקבעה בשניים מההסדרים הקבועים בו. אמנם, גם בהתחשב בכך, זהו צו מניעה בעל תחולה לא מבוטלת, אלא שדווקא מטעם זה הוא כה נחוץ. רק מתן הצו המבוקש ימנע פגיעה קיצונית בחירותם ובכבודם של אנשים רבים, ללא ביקורת שיפוטית יזומה אפקטיבית וכאשר חלקם הגדול חסר נגישות של ממש לערכאות. רק הצו המבוקש יאפשר להם לחיות חיים אנושיים בזמן ששאלת חוקתיותו של התיקון הנוסף לחוק למניעת הסתננות תתברר פעם נוספת, שלישית במספר, בפני בית משפט זה.

6. דחייתה של הבקשה, מאידך, תוביל לפגיעה מצטברת נוספת בזכותם לחירות ולכבוד של אלפי בני אדם. חמור לא פחות, עבור רבים מהם **יתייר לחלוטין הדיון בעתירה**, שכן עד להכרעה חוקתית צפויה לחלוף רובה או כולה של תקופת שהייתם במתקן או תקופת המשמורת העונשית שעומדת על תקופה מקסימלית בת 120 ימים.

7. 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?

8. ונדמיין את האדם שהוחזק ב"חולות" 10, או 15, או 20 חודשים. "בתקופה ארוכה זו יידרש המסתכן 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 למרכז 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 שישוב ויחזור על קביעות בית משפט זה בענין **איתן** ויפסול פעם נוספת את ההסדר הקבוע בפרק ד' לחוק יאיין את

הפגיעה המתמשכת בזכויותיו הבסיסיות של מי שהוחזק במתקן "חולות" ותקופת החזקתו, או חלק ניכר ממנה, ממילא עברה חלפה לה טרם ניתן פסק הדין בעתירה:

9. במובן זה, שעה שבהיעדר צו המניעה המבוקש תתייטר העתירה עבור אנשים כה רבים, מדובר בצו מניעה פרדיגמטי ממש. כך בפרט כשמדובר לא ב"פגיעה סתם" אלא בפגיעה קשה בזכויות חוקתיות ובראשן הזכות לחירות, שהצריכה כבר פעמיים את ביטולו של דבר חקיקה ראשי.

10. להלן נראה שהן מאזן הנוחות והן סיכויי העתירה, כל אחד לשעצמו וודאי במצטבר, מטים את הכף בבירור לעבר קבלתה של בקשה זו ביחס לכל אחד משני ראשיה. ביקשנו לקצר. לכן, בכל הנוגע לרקע העובדתי העומד בבסיס בקשה זו, הליך החקיקה החפוז וסעיפי החוק השונים, נסתפק בהפנייתו של בית המשפט לכל האמור בעתירה ונתפנה לעסוק מכאן בהיבטים הנוגעים אך לבקשה דנן. זה יהיה מהלך הטיעון בה:

- א. אין מדובר בצו עשה וגם לא בסעדים החופפים את המבוקש בעתירה;
- ב. האינטרס הציבורי מצדיק את מתן הצו המבוקש;
- ג. דחיית הבקשה תוביל לייטורה ולהפיכתה של העתירה לתאורטית ביחס לאלפי בני אדם שכבר שהו או שוהים מזה זמן במתקני שירות בתי הסוהר מכוח חקיקה שנפסלה כלא-חוקתית;
- ד. סיכויי העתירה גבוהים, בהיותה מופנית כלפי סעיפי חוק שפגיעתם בזכויות יסוד אינה מצומצמת מן ההסדר הקודם שנפסל;
- ה. מאזן הנוחות נוטה במובהק לטובת קבלת הבקשה.

א. אין מדובר בצו עשה וגם לא בסעדים החופפים את המבוקש בעתירה

11. הסעדים המבוקשים הם צווי מניעה "קלאסיים". הם נועדו לשמר את המצב כפי שהוא במועד הגשתה של הבקשה. אין חולק שהוצאתה של "הוראת שהייה" נגד אדם משנה את מצבו באופן דרמטי. גם אין חולק שההעברה העונשית למשמורת מכוח סעיף 32 כרוכה בשינוי לרעה של המצב הקיים והפיכתו של מי שלשיטת המדינה הוא בן חורין ל"אסיר מינהלי".

12. זו הסיבה לכך שבמסגרת הליכים מינהליים פרטניים – עתירות לבתי המשפט לעניינים מינהליים ועררים לבתי הדין לעררים במחוזות בהם הם קיימים – ואשר עסקו ב"הוראות שהייה" ובענישה מינהלית לפי סעיף 32 מכוח תיקון מס' 4 לחוק למניעת הסתננות, ניתנו צווים ארעים וצווי ביניים ביחס למי שהוצאה נגדם הוראת שהייה, והם היו בעלי הידע, הממון והאמצעים לשכור ייצוג משפטי הולם (ר' למשל עת"מ 1956-04-14 **האגוס נ' משרד הפנים** (החלטה מיום 1.6.2014); עת"מ 34580-01-14 **חוייני נ' משרד הפנים** (30.1.2014); עת"מ 5301-03-14 **עבדאללה נ' מדינת ישראל** (החלטה מיום 13.3.2014); עת"מ 39645-01-14 **עבדלרחמן נ' משרד הפנים** (החלטה מיום 29.1.2014); עת"מ 40612-02-14 **ג'עפר נ' משרד הפנים** (החלטה מיום 27.3.14); עת"מ 38465-03-14 **נג'מלדין נ' משרד הפנים**

(החלטה מיום 23.5.2014); כן ראו והשוו עת"מ 16785-01-14 באביקר נ' שר הפנים (החלטה מיום 29.1.2014 ופסק דין מיום 16.2.2014)).

13. אלא שלמספר הגדול של צווי הביניים שניתנו בעניינם של מי שהוצאו נגדם הוראות שהייה לפי תיקון מס' 4 אסור להטעות. על כל אדם שפנה לערכאות וקיבל צו ביניים היו רבים אחרים, במצב זהה או דומה לשלו, שבהיעדר ביקורת שיפוטית יזומה וללא הידע, הממון, האמצעים או הזכאות לייצוג משפטי הנדרשים בנסיבות העניין, הפכו ל"שוהים" ב"חולות" (ר' והשווה פסקה 179 לפסק דינו של השופט פוגלמן בעניין איתן). מדובר באלפים שזכויותיהם החוקתיות נפגעו – וממשיכות להיפגע במועד זה ממש – באופן קשה ובלתי הפיך. צו הביניים המבוקש ימנע מצב זה ביחס לאחרים, שטרם נשלחו למתקן, ויתרום תרומה אמיתית לשוויון ולהגינות המינהלית המתחייבת, למצער עד להכרעה בעתירה.

14. אף אין מדובר בסעד אשר חופף את המבוקש בעתירה, המבקשת את ביטולה של חקיקה ראשית של הכנסת. במסגרת בקשה זו, מתבקש אך להקפיא את עשיית השימוש בשתי סמכויות מינהליות שנקבעו בחוק, וגם זאת רק עד להכרעה בעתירה.

ב. האינטרס הציבורי מצדיק את מתן צו המניעה המבוקש

15. פעמיים ביטל בית משפט זה את התיקונים לחוק למניעת הסתננות. בית המשפט ביטל והמחוקק הקים לתחייה כעוף החול. כאמור, במסגרת העתירה עמדו המבקשים על כך שלא "דיאלוג חוקתי" עמד בבסיס התיקונים לחוק אלא רמיסה של בית משפט זה והתעלמות בוטה מפסקי הדין בעניין אדם ובעניין איתן. התעלמות מלשונם ומניה וביה מרוח פסקי הדין.

16. גם אם היינו מניחים, לטובת המשיבים, שמדובר היה ב"דיאלוג חוקתי" ענייני וכן, עדיין עולה השאלה מדוע זה בכל תקופת ה"דיאלוג" צריכים מבקשי המקלט – שממילא אינם רשאים ליטול חלק באותו דיאלוג ואשר קולם לא נשמע בו – לסבול מפגיעה קשה, שיטתית ומתמשכת בזכויות היסוד שלהם.

17. סביר יותר, הוגן יותר ובעיקר חוקתי הרבה יותר, ש"דיאלוג" מעין זה יתנהל שלא בזמן שזכויות חוקתיות נפגעות באופן אנוש. ההגיון קובע שרק בסופו של אותו "דיאלוג חוקתי", לאחר שיוכרע באופן ברור מה דינו של התיקון לחוק, יתקבלו החלטות מינהליות שיתאימו לקביעות ולממצאים החוקתיים של בית משפט זה. דברים אלה נכונים ביתר שאת לאחר שפעמיים כבר נשללה ונפגעה חירותם של אנשים מכוח תיקונים לא חוקתיים ובהיעדר ביקורת שיפוטית יזומה על הפגיעה בחירות.

18. כך תימנע פגיעה קשה נוספת, שלישית במספר, בשלטון החוק ובזכויות מוגנות, והכל מכוח חוק אודותיו נטען שהוא בלתי חוקתי ופסול. זאת יש לזכור: העובדה שהזכות לחירות ולכבוד של אלפי בני-אדם נשללה במשך כשנתיים וחצי, מכוח שני חוקים שנפסלו, פוגעת בעקרונות שלטון החוק

ובאינטרס הציבורי להבטיח שזכויות חוקתיות לא ייפגעו כשם שהיא פוגעת באנשים שנפלו קרבן לאותה חקיקה פסולה.

ג. דחיית הבקשה לצו מניעה תייתר עבור רבים את הדיון בעתירה גופה

19. רבים ממבקשי המקלט כבר נכלאו במשמורת או הוחזקו במתקן "חולות" תקופות של חודשים ושנים. הנזק שנגרם להם מכוח חוקים שנפסלו כלא חוקתיים הוא עצום ובלתי הפיך. דא עקא, הדיון בעתירה עשוי להימשך על פני תקופה לא מבוטלת, חודשים רבים, ואולי אף למעלה מכך. ללמדנו שעד שיכריע בית משפט זה בשאלות החוקתיות הכבדות שניצבות לפניו, יסיימו רבים מהמוחזקים ב"חולות" את תקופת 20 החודשים שנקבעה בחוק או פרק זמן משמעותי מתוך התקופה האמורה. עבור רבים מהם, כמעט כולם למעשה, תתווסף תקופה זו לתקופות קודמות בהן הוחזקו במשמורת מכוח התיקונים שנפסלו או הוראות חוק הכניסה לישראל, התשי"ב-1952.

20. מיותר לציין שאדם שנקרע מעולמו וחירותו נשללת אינו עסוק בדקדודי עניות ביחס למקור הנורמטיבי לפגיעה בחירותו. די לו בכך שחירותו נשללת ונפגעת באופן בלתי חוקתי במשך חודשים. משמעות הדבר היא שאם בית משפט זה יחליט לפסול את החוק כלא-חוקתי, יהיה זה מאוחר מדי עבור כל אותם אנשים. במובן זה, לא רק שפסק הדין לא יצמצם את הפגיעה בהם אלא הוא לא ישנה להם כהוא זה. מצד שני, ככל שהעתירה תדחה בסופו של ההליך, יפקע צו הביניים והרשות תהיה רשאית לנקוט בכל הליך חוקי וחוקתי לפי דין.

ד. סיכויי ההליך גבוהים

21. פסק דינו של בית משפט זה בעניין **איתן** מדבר בעד עצמו. העתירה היא במובנים רבים פרישה והצגה של התיקון לחוק על רקע פסק הדין. כל שנדרש לעשות הוא להתבונן בשני המסמכים – פסק הדין והתיקון לחוק – זה לצד זה: 20 חודשים של פגיעה קשה בחירות ללא ביקורת שיפוטית יזומה כלשהי ואף ללא הליך ביקורת מינהלית פנימית; 120 ימים של כליאה עונשית על-ידי פקיד ללא ערובות דיוניות מינימליות; היעדר הסדרה כלשהי לעשרות אלפי מבקשי המקלט שלא יזומנו ל"חולות" וכפועל יוצא מכך התמשכות והעמקה של הנטל הקשה על תושבי השכונות המוחלשות בדרום העיר תל-אביב ללא שיהיה בחוק כדי לשפר את המצב. על כל אלא עמד בית המשפט בעניין **אדם** ובעניין **איתן**.

22. בהינתן חוסר החוקתיות של החוק, המזדקר כבר על פני הדברים, והגם שמדובר בעתירה חוקתית על כל הכרוך בכך, סיכוייה דומים מאוד לסיכויי שתי העתירות החוקתיות שקדמו לה ואשר התקבלו על ידי בית המשפט בענין **אדם** ובעניין **איתן**. למעשה, בהינתן שבעתירה זו אנו פוסעים בשדה שנחרש באופן יסודי על ידי בית משפט זה, סיכוייה גבוהים אף יותר מסיכוייהן של שתי העתירות הקודמות.

23. אכן דברי חקיקה ראשית נהנים מ"חזקת חוקתיות", אולם אין מדובר בחזקה חלוטה. כאשר דבר חקיקה מאמץ את ההסדרים שנקבעו בשני דברי חקיקה קודמים תוך שינויים מינוריים שאינם מצמצמים משמעותית את מידת הפגיעה בזכויות יסוד מוגנות ושאין אפקטיביים יותר מן ההסדרים שנפסלו, חזקת החוקתיות נחלשת. במסגרת 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). דברים אלה נכונים, וביתר שאת, ביחס לתיקון הנוכחי בהשוואה לתיקון מס' 4.
24. הדברים נכונים עוד יותר נוכח הצהרות המשיבים עצמם, כי אין כל כוונה לאמץ בחקיקה החדשה את קביעות בית המשפט, אלא לקבל רק חלק מהן (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").
25. ודוק, במסגרת ההכרעה בבקשה זו בית המשפט אינו צריך לקבוע, כי ההסדר אינו חוקתי או שחזקת החוקתיות של דבר חקיקה שנפסל פעמיים ואומץ בשלישית "בשינוי אדרת" (והפעם, יש לומר, האדרת כה דומה לאדרת הקודמת, עד שכמעט קשה להבחין בין האדרות) נחלשת. אולם הדימיון בין ההסדרים שנפסלו לבין ההסדר החדש, כמו גם העובדה שההסדר החדש פוגע פגיעה אנושה בדיוק באותן הזכויות החוקתיות ותוך שימוש באותם האמצעים בהם נעשה שימוש בחוק הקודם, וללא תיקון מרבית הפגמים עליהם עמד בית המשפט בעניין **איתן**, מלמדים על סיכויי ההליך ומשליכים על השאלה האם יש ליתן צו ביניים.
- בעתירה עמדנו על ההבדלים בין תיקון מס' 4, שנפסל בפסק הדין בעניין **איתן**, לבין התיקון הנוכחי. בית המשפט מופנה לאמור בעתירה. יחד עם זאת, על מנת להבהיר, כי התיקון הנוכחי מפחית בצורה זניחה בלבד ממידת הפגיעה בזכויותיהם של מי שמזומנים ל"מתקן השהייה", נעמוד בקצרה על התיקונים בפרק ד', העוסק במתקן השהייה.
26. המתקן אותו מתקן, ניהולו מופקד בידי שירות בתי הסוהר, נעילתם של מבקשי המקלט על מנעול ועל בריח במשך שליש מן היממה עומד על כנו. רק שני שינויים מרכזיים הכניס התיקון הנוכחי לחוק: הפחתת מספר ההתייצבויות ביממה משלוש לאחת, והפחתת פרק הזמן המקסימלי להחזקה ב"מתקן השהייה" משלוש שנים לשנה ושמונה חודשים (שתתווסף לתקופות משמורת נוספות מכוח הסדרים אחרים).
27. בעניין **איתן** שופטי המיעוט, הנשיא גרוניס והשופט הנדל, סברו, כי על מנת שהחוק יהיה חוקתי די להפחית את מספר ההתייצבויות משלוש לשתיים. שופטי הרוב סברו אחרת, וקבעו כי גם הפחתת מספר ההתייצבויות לא תהפוך את החוק לחוקתי.

28. בהינתן שבהתאם לחוק נכלאים המוחזקים ב"מתקן השהייה" באגפיהם משעה 10 בערב עד 6 בבוקר (סעיף 32חא)) יוצא שמי שמוחזק במתקן צריך לשהות בו (נעול באגף בו הוא משוכן) מעשר בערב ועד 6 בבוקר; הוא אמנם לא צריך להתייצב בשעה 6 בבוקר, אך ממילא לא יוכל לצאת לפני שעה זו מהאגף בו הוא נעול; עליו להתייצב שוב בין השעות 8 ל-10 בערב; ושוב להינעל באגפו עד הבוקר. לכן, החובה להתייצב פעם אחת בלבד בערב תוך "ויתור" על התייצבות הבוקר אינה מפחיתה כהוא זה את הפגיעה בחירותו של המוחזק במתקן, שממילא הוא אינו יכול לצאת לפני השעה שש בבוקר. כך יוצא שמידת הפגיעה בזכות לחירות של הסדר ההתייצבויות שנקבע בחוק זהה לעמדת שופטי המיעוט, אף על פי שזו נמצאה בלתי חוקתית על ידי שופטי הרוב.

29. עוד ראוי להפנות לכך שהחודשיים האחרונים, מאז ניתן פסק הדין בעניין **איתן** ובוטלה חובת ההתייצבות בשעות הצהריים, מלמדים כי רוב המוחזקים במתקן לא עזבו אותו או את סביבתו הקרובה במהלך רוב שעות היום, משום שלא היתה להם אפשרות כלכלית או עניינית לעשות זאת. שלילת החירות נותרה במידה רבה כשהיתה. בהעדר הכנסה אין לאדם המוחזק ב"חולות" אפשרות לצאת את המתקן מדי יום ולהתרחק ממנו. אין לו אפשרות לעמוד בעלות הנסיעה מדי יום בתחבורה ציבורית מן המתקן ובחזרה אליו (אפשרות שאינה קיימת כלל בסופי שבוע). אין לו אפשרות לכלכל את עצמו במהלך היום מחוץ למתקן. אין לו מה לעשות בלי כסף ובלי אפשרות לעבוד מחוץ למתקן מדי יום.

30. השינוי המרכזי השני הוא הפחתת משך ההחזקה ב"מתקן השהייה" משלוש שנים ל-20 חודשים. בסופו של דבר אין מדובר בהפחתה דרמטית במשך השהייה במקום. מדובר בהפחתה של שנה וארבעה חודשים, לכל היותר. ראוי להזכיר כי בפסק הדין בעניין **אדם** נפסלה החזקת "מסתננים" במשמורת לפרק זמן של שלוש שנים לפי תיקון מס' 3, ונקבע כי תקופה זו אינה מידתית. המחוקק סבר כי די בהפחתת תקופת המעצר לשנה אחת בתיקון מס' 4, כדי להפוך את החוק לחוקתי. בעניין **איתן** הובהר, כי הפחתת תקופת המשמורת משלוש שנים לשנה אינה מביאה את החוק לגדרי החוקתיות. כך גם בענייננו. כמו ביחס לקיצור תקופת ההחזקה במשמורת בשנתיים, כך גם קיצור ההחזקה ב"מתקן חולות" בשנה וארבעה חודשים בלבד אינו יוצר הבדל מהותי. הוא אינו יוצר את ההבדל האיכותי הנדרש כדי להביא את החוק לגדרי החוקתיות. הוא אינו מרפא את הפגיעה בעיקרון, לפיו מי שחל עליו עקרון ה-*non-refoulement* וחל איסור לגרשו, אינו אמור להיות כפוף לסנקציה של שלילת חירות.

31. בית המשפט עמד על הנזק הבלתי הפיך הנגרם לאדם המוחזק שלוש שנים ב"מתקן השהייה":

"שהות בת שלוש שנים במרכז שהייה פוגעת לא רק בחירותם של המסתננים אלא גם בזכותם לכבוד. למימד הזמן השפעה של ממש על הפגיעה בכבודו של אדם שחירותו נשללת. שלילת חירות לתקופה קצרה מאפשרת לאדם להשיב את חייו למסלולם תוך זמן קצר. ככל שמתארכת שלילת החירות, כך נדרש אדם לוותר עוד ועוד על רצונותיו ומאוייו. זהותו האישית וקולו הייחודי טובעים בשגרת יום-יום ממושטרת ושוחקת. מי שנכנס למרכז השהייה ומשוחרר ממנו בחלוף שלוש שנים תמימות לא יוצא ממנו כשהיה. שלוש שנים – תקופת זמן שבמהלכה יכול היה אדם

להינשא ולהקים משפחה, להתקדם בעבודתו ולרכוש השכלה. פרק חיים שלא שב עוד." (עניין איתן, פסקה 154 לפסק דינו של השופט פוגלמן).

32. האמנם הפחתה של תקופת החזקה במתקן משלוש השנים לשנה ושמונה חודשים מאיינת את הפגיעה בכבוד הטמונה בהחזקתו של אדם ב"מתקן השהייה"? האם מי שנכנס ל"מתקן השהייה" לתקופה בת שלוש שנים "לא יוצא ממנו כשהיה", ואילו מי שנכנס אליו ויוצא ממנו כעבור 20 חודשים יוצא ממנו כשהיה? האם שגרת יום-יום ממושטרת ושוחקת משך 20 חודשים מאיינת את אי החוקתיות שבשגרה כזו משך שלוש שנים? ודאי שלא.

33. חשוב לזכור כי פסק הדין בעניין איתן לא פסל את תיקון מס' 4 אך בשל אורך תקופת החזקה ב"מתקן השהייה" ואף לא רק בשל מספר ההתייצבויות. בית המשפט עמד בעניין איתן על כך שעצם שגרת החיים במתקן כזה, המנוהל על ידי שירות בתי הסוהר, שבו נשללת הזכות לפרטיות ואנשים נמצאים בו חסרי מעש ללא תנאים מעבר לאלה הדרושים להישרדותם הפיזית, היא שאינה חוקתית. התיקון הנוכחי אינו פותר את אותו כשל חוקתי ולכן גם הוא מביא לפגיעה בזכויות יסוד באופן שאינו שונה מתיקון מס' 4.

34. ביחס להעברה העונשית למשמורת מכוח ס' 32 לחוק, יש לציין, כי תיקון נוסף שהוכנס נוגע לחובת בית הדין לביקורת משמורת לאשר העברה של "מסתנן" מ"מתקן השהייה" למעצר כעונש על אי התייצבות, הפרה של כללי המתקן וכן הלאה. זאת בעקבות קביעתו של בית המשפט כי גם הסדר זה נוגע באי חוקתיות. אלא שגם בכך אין כדי לרפא את אי חוקתיותו של פרק ד' לחוק. בדעת הרוב בעניין איתן נקבע כי הוספת "ביקורת שיפוטית יזומה" על העברה מ"מתקן השהייה" אל מתקן המשמורת לא הייתה מרפאת את הפגמים החוקתיים שבפרק ד' לחוק:

"עניין נוסף שאליו מבקש אני להתייחס הוא זה המתואר על ידי הנשיא כ'קושי המרכזי שמצאתי בהסדרים שנסקרו לעיל (ולא הוא): ההסדר המאפשר העברת מסתנן ממרכז השהייה למשמורת הקבוע בסעיף 32 לחוק. ראשית אבהיר כי כפי שעולה מדבריי עד כה, מסקנתי בדבר אי חוקתיותו של פרק ד' לחוק עומדת בעינה גם ללא כל זיקה להסדר אחרון זה." (עניין איתן, פסקה 93 לפסק דינו של השופט פוגלמן, ההדגשה הוספה).

35. כן נפנה לאמור בעתירה בדבר היעדר ערובות דיוניות וביקורת שיפוטית אפקטיבית גם לאחר התיקון האמור.

36. מהאמור בעתירה ומתמצית הדברים שהוצגה לעיל, ברור שסיכויי העתירה גבוהים. גבוהים מאוד. כך או כך, כשמדובר בפגיעה קשה בזכויות חוקתיות ושעה שכל שמתבקש הוא צו מניעה זמני, די בהינתן שהעתירה אינה משוללת יסוד כדי שעיקר הדגש יעבור לבחינת מאזן הנוחות.

37. מאזן הנוחות נוטה במובהק לטובת מתן צו הביניים המבוקש. השמה עונשית של אדם במתקן משמורת מכוח סעיף 32כ או העברתו למתקן "חולות" לתקופה בת 20 חודשים (אשר מצטברת לכל תקופה בה שהה במשמורת קודם לכן, לרבות מכוח הסדרים שנפסלו כלא חוקתיים) הן פגיעות קשות בזכויות חוקתיות. אלו פגיעות שאין להן אח ורע בשיטת המשפט הישראלית והן בלתי הפיכות (ודי בכך שיום שעובר אינו חוזר כדי להבהיר ענין זה).

38. טרם נעיין בעוצמת הפגיעה בזכויות, נציג את צדו השני של המאזן, הלא הוא "האינטרס הציבורי" ונראה עד כמה הוא קלוש, תלוש וחלוש. ככל שמדובר באינטרס שבמניעת כניסה לא מבוקרת וללא היתר לארץ, הרי שכאמור, בית משפט זה עמד על העמימות הקיימת ביחס לנסיבות שהובילו לעצירת התופעה. הכלל במשפט המינהלי הישראלי הוא שכאשר מדובר בפגיעה בזכויות ובפרט בזכויות יסוד, "הרשות תגבש החלטתה בהסתמך על ראיות ברורות, חד-משמעיות ומשכנעות" (ברוך ברכה, משפט מינהלי [נבו הוצאה לאור] (כרך ב'), עמ' 308). נדמה שאסור לצפות לפחות מכך גם ביחס לחקיקה ראשית.

39. ככל שמדובר באינטרס המפוקפק של "מניעת השתקעות", הרי שלא ברור כיצד תקופה בת 20 חודשים במתקן "חולות" מקדמת אינטרס זה באופן ממשי. המחוקק נתן דעתו לכך וחזר ושנה שמדובר ב"חוק דרדלה" ו"עקר". חוק שלצד פגיעתו הרעה, אין בו תרומה של ממש לאינטרס הציבורי. חברת הכנסת איילת שקד, למשל, אמרה בישיבת ועדת הפנים והגנת הסביבה ביום 8.12.2014, כי:

"ממילא החוק הזה "דרדלה" וצריך לתקן אותו."

ויו"ר הוועדה, חברת הכנסת מירי רגב, הבהירה באותה ישיבה כי:

"אני אצביע על חוק, שהוא לא חוק אידיאלי, הוא חוק עקר, הוא לא נותן שיניים להתמודדות בצורה רצינית עם מדיניות של כניסה של אלפי מסתננים לשטח מדינת ישראל, אבל פירוק חולות לא יהיה על מצפוני. לכן אני אאשר חוק עקר. [...]
הבטחתי ליש עתיד שאנחנו מעבירים את החוק כמו שהוא. למרות שהחוק הזה בעיני הוא עקר וחסר שיניים, אבל לפחות נסתכל לתושבי דרום תל-אביב ולא נסגור את חולות."

40. צא ולמד שהחוק הועבר כאשר ברור אפילו לתומכים בו שהוא לא ישיג דבר. אין שום הצדקה להוציא "הוראות שהייה" כאשר ממילא הגשמת תכליתו של החוק תלויה בחקיקת "חוק חזק" יותר בעתיד.

41. שעה שהחוק ה"דרדלה" הזה מתגלה כבעל שיניים נושכות ורעות כשמדובר בחייהם של מי שהוא מופעל על חייהם ועולמם, אז יש מקום להבהיר, כי גם אם תקופה בת 20 חודשים ב"חולות" משיגה תכלית ראויה כלשהי (ולא היא), ואף אם נסכים שתקופה בת 20 חודשים פוגעת בזכויות פחות משלוש

השנים שהיו קבועות במסגרת תיקון מס' 4 לחוק למניעת הסתננות, הרי שעדיין, עוצמת הפגיעה בזכויות גדולה לאין שיעור מ"התועלת" הגלומה בהחזקה ב"חולות".

42. פגיעה זו ניכרת וברורה מאליה. אף אם יהיו מי שלא "ישלימו" את תקופת השהייה ב"חולות", ככל שהעתירה תתקבל ובית המשפט הנכבד יורה על שחרורם, הרי שדי בעצם שליחתם ל"חולות", וקטיעת שגרת חייהם, כדי לפגוע בהם פגיעה אנושה. בעתירה מובאים תשעה עשר תצהירים שונים של אנשים שנשלחו ל"חולות", המתארים כולם פגיעה קשה בזכויות אדם, ייאוש קשה, תסכול, דכאון והעדר תקווה. המצהירים מתארים את הפגיעה בחירות, בכבוד, באוטונומיה, בפרטיות, בזכות לחיי משפחה ואת העדר השליטה המוחלט על ההיבטים הבסיסיים ביותר של חייהם. החולים הכרונים מתארים את הפגיעה בבריאותם. אלה מהם שנלקחו מרחבי ישראל מתארים כיצד נקטעו חייהם האנושיים, העצמאיים, הפרודוקטיביים והמועילים באחת. אלה מהם שהוחזקו ב"חולות" לתקופת מה (בין חודש למספר חודשים) ושחררו מסיבות שונות מתארים את הנזק הנורא שנגרם להם בעקבות כליאתם ב"חולות", את הדרדרותם המנטלית והכלכלית, את עוניים המרוד עם שחרורם ואת המאמצים האדירים הדרושים לשיקומם לאחר השחרור.

43. כך, למשל, בעתירה מובא תצהירו של מר יואל לגסה מאשו, אזרח אריתריאה, שנשלח ל"חולות" והותיר מאחוריו בת זוג בהיריון. רשות האוכלוסין וההגירה לא האמינה לו שהוא בעל משפחה, שכן השניים לא נישאו. בחודש ינואר 2014 נמסר לו, כי עליו להתייצב ב"חולות", ובלית ברירה הוא עשה כן בחודש פברואר 2014. הוא פוטר מעבודתו, בה החזיק תשעה חודשים. מר מאשו שהה ב"חולות" פחות מחודש – בחודש מרץ 2014 הצליח לשכנע את רשות האוכלוסין וההגירה, בסיוע המוקד לפליטים ומהגרים, כי זוגתו הרה, והספיק להגיע ללידה. כך הוא מתאר את חזרתו מ"חולות" לחיק משפחתו:

"למרות שהרגשתי הכי טוב בעולם כשיצאתי מחולות, היה לי קשה לבנות את החיים שלי מחדש. הרגשתי עצוב מאד על כל החברים שנשארו בחולות, ולמרות שניסיתי למצוא עבודה חדשה, לא הצלחתי. הרגשתי נורא – אחרי שמצאתי עבודה טובה, הייתי צריך לאבד אותה כדי ללכת לחולות, בלי שום סיבה. חודש אחד בחולות עלי לי בארבעה חודשים של אבטלה אחרי שיצאתי ממנו. בתקופה הזו, מאז שאיבדתי את העבודה שלי ועד שמצאתי חדשה, במשך חצי שנה, נאלצתי לקחת כסף מחברים כדי שאני, בת זוגי והתינוקת שלנו נוכל לחיות, לשלם על אוכל, על שכר דירה ועוד. היום תודה לאל אני עובד, אבל אני עדיין חייב המון כסף לאנשים בגלל החצי שנה הזו. עד היום אני חייב אלפי שקלים לחברים וצריך לעבוד קשה מאד כדי להחזיר.

אני מרגיש שחולות היה כמו פצע בחיים שלי, שאפילו שהיה רק לחודש אחד אני עדיין מרגיש אותו. אני עדיין חי עם כל הבעיות שהוא יצר לי, גם כלכלית וגם רגשית. החיים שלי ושל בת זוגי לא חזרו מאז להיות כמו שהם, בגלל כל הכסף שאנחנו חייבים והדברים שראיתי שם, וכל זה בלי שום סיבה."

44. לא נרחיב עוד בבקשה זו בדבר הנזקים שנגרמים למי שנאלצים, על כורחם, "לשהות" במתקן "חולות". בעתירה מובאות, כאמור, דוגמאות רבות לכך. גם בית משפט זה עמד על הדברים בעניין

איתן. כך גם ברורים הנזקים הנגרמים למי שיועברו למשמורת עונשית מכוח סעיף 32 לחוק ובהיעדר ערובות דיוניות מינימליות. גם בעניין זה הרחבנו בעתירה.

ו. סיכום

45. כשבית המשפט הנכבד בא להכריע בבקשה זו, מתבקש הוא לזכור ש"צדק שנדחה הוא צדק שנשלל". שנתיים וחצי של שלילה ופגיעה קשה בחירות ובכבוד הן פרק זמן ארוך. ארוך מדי. עבור חלק מהאנשים שהתיקון לחוק חל עליהם, הצדק שעשה בית המשפט כשביטל את תיקון מס' 3 ובהמשך את תיקון מס' 4 לחוק למניעת הסתננות הפך על ידי המשיבים לצדק נכה ונדחה. הימנעות מצו הביניים המבוקש תהפוך את פסקי הדין בעניין **אדם** ובעניין **איתן**, כמו גם את פסק דינו המיוחל של בית המשפט בהליך זה, לא רק לצדק נכה ודחוי, אלא לצדק שנשלל לחלוטין. מאחר שזה אינו יכול להיקרא עוד צדק, מתבקש בית המשפט להורות כמבוקש ברישא לבקשה זו.

18 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 ברמן, עו"ד	

באי כוח המבקשים