

**בשבתו כבית משפט גבוה לצדק**

**העותרים:**

1. -----

(כמפורט בנספח א')

**139. המוקד לפליטים ולמהגרים**

כולם ע"י ב"כ עוה"ד אסף וייצן ו/או כרמל פומרנץ

**מהמוקד לפליטים ומהגרים**

רח' נחלת בנימין 75, תל אביב 65154

טל': 03-5602530; פקס: 03-5605175

**נ ג ד**

**המשיב:**

**משרד הפנים – רשות האוכלוסין וההגירה**

ע"י פרקליטות המדינה

משרד המשפטים, ירושלים

*"צדק שנדחה הוא צדק שנשלל"*

**עתירה למתן צו על תנאי**

מוגשת בזאת עתירה למתן צו על תנאי, המורה למשיב לבוא וליתן טעם מדוע לא תוכרז בטלותן, ולמצער יבוטלו לאלתר, הוראות השהייה שהוצאו נגד העותרים 1-138 (להלן – **העותרים**) לפי הוראות סעיף 32ד(א) לחוק למניעת הסתננות (עבירות ושיפוט) (תיקון מס' 4 והוראת שעה), התשע"ד-2013 (להלן – **החוק למניעת הסתננות**).

## מבוא ובקשה לקביעת מועד לדין דחוף

1. לאחר שהאבק ישקע ועניינם של העותרים יופשט ממחלצותיו יתברר מצב הדברים הבא: מזה כשנתיים ומעלה מוחזקים העותרים במתקני שירות בתי הסוהר במתחם קציעות שבפתחת ניצנה. תחילה מכוח חוק אחד ובהמשך מכוח חוק אחר. גם זה וגם זה הוכרזו כלא חוקתיים על-ידי הרכב מורחב של בית משפט זה ואף על-פי-כן חירותם של העותרים נשללת-מוגבלת וחייהם מפוקחים וממושטרים בידי פקידי משרד הפנים וסוהרים בשירות בתי הסוהר, ומועד לשחרורם – אין. מוצאם של חלק מהעותרים מסודן ושל אחרים מאריתריאה. הם מגיעים מאזורים שונים ונסיבותיהם שונות; איש איש ועולמו הוא. בד בבד, גורלם המשותף והתנהלותו המשפטית הזוהה של המשיב בעניינם מאפשרים, ולמעשה מחייבים, הגשתה של עתירה מאוחדת זו: כל אחד ואחד מהם מוחזק במתקני שירות בתי הסוהר תקופה ממושכת ביותר – שאינה נמדדת בשבועות ואף לא בחודשים ארוכים – "מבלי שנקבע כי חטא, מבלי שיועמד לדין פלילי ומבלי שניתן להרחיקו לארץ אחרת" (בג"ץ 7146/12 אדם נ' הכנסת (16.9.2013) (להלן – **עניין אדם**)), פס' 1 לפסק דינו של השופט עמית). בנוסף, מאחר שהם נכנסו לארץ בחוסר כל ומאז הם שוהים במתקני שירות בתי הסוהר, לאיש מהם אין את האמצעים לפנות לערכאות ללא סיועו של המוקד לפליטים ולמהגרים, עמותה ללא מטרות רווח בעלת אמצעים מוגבלים ביותר, המייצגם "פרו בונו", ולאחרון אין את האמצעים להגיש עשרות ומאות של עתירות פרטניות, גם אם הן זהות זו לזו. במילים אחרות, הדרך היחידה בה תתאפשר ביקורת שיפוטית על הפגיעה בזכויות היסוד של העותרים היא דיון לגופה של עתירה זו.
2. וזה יהיה סדר הדברים: ראשית נעמוד על זהותם של העותרים ועל הנסיבות העובדתיות המשותפות להם: תקופת החזקה-השהייה הממושכת במתקני שב"ס; גרירת הרגליים של המדינה וחוסר תום הלב בכל הנוגע ליישום פסק דינו של בית משפט זה בענין **אדם**; העברתם החטופה, ללא הליך מינהלי מינימלי, למתקן "חולות"; האופן בו התנהלה המדינה ביחס לעתירות פרטניות שהגיש המוקד (בקצרה: כשקיבל בית המשפט המחוזי עתירה פרטנית והורה על שחרורו של אדם שהשתייך לקבוצה זו – נמנע המשיב מלערער על פסק הדין ובה בעת לא נתן כל משקל לקביעות העקרוניות של בית המשפט המחוזי; מאידך, כשדחה בית המשפט לעניינים מינהליים עתירה פרטנית והוגש על כך ערעור, מיהר המשיב ושחרר את המערער באופן שייתר את הדיון בערעור); כן נעמוד על מיצוי ההליכים והפניות המוקדמות למשיב בדרישה לשחרר את העותרים בעקבות פסק דינו של בית משפט זה בבג"ץ 7385/13 איתן נ' ממשלת ישראל (22.9.2014) (להלן – **עניין איתן**).
3. לאחר מכן נעמוד על שני היסודות המשפטיים של עתירה זו: (1) הפגמים הזוהים בהליך המינהלי שמצדיקים את ביטול הוראות השהייה שהוצאו כנגד העותרים; (2) המשמעות המשפטית של החזקתם של העותרים בתנאי כליאה ובחוסר וודאות חריף מזה כשנתיים ומשמעותו המשפטית של האפקט המצטבר שיוצרת החזקה זו על חייהם ועל נפשותיהם.
4. לבסוף, כדי שלא נמצא חסרים, נבהיר מדוע בחרו העותרים להגיש את העתירה דן לבית משפט נכבד זה בשבתו כבית משפט גבוה לצדק ומדוע ניתן – ולשיטת העותרים ישנה חובה ממש – לדון ולהכריע בה במתכונת הנוכחית, וזאת בהיעדרו המוחלט (במישור המעשי) של סעד חלופי אפקטיבי.

5. בקשה לקביעת דיון דחוף. הואיל ומדובר בפגיעה קשה וממושכת בזכויות יסוד ובפרט בחירותם ובכבודם של העותרים, מתבקש בית המשפט הנכבד לקבוע את העתירה לדיון בדחיפות.

#### **א. התשתית העובדתית**

6. העותרים הם כולם אזרחי סודן ואריתריאה אשר נכנסו לישראל ללא היתר דרך גבול מצריים. מאז כניסתם לא נעשה ניסיון כלשהו להרחיקם, שכן חלה עליהם מדיניות אי ההרחקה הנוהגת כיום ביחס לאזרחי סודן ואריתריאה. זאת ללא קשר לטענות מקלט פרטניות כאלה ואחרות. הגם שמועד הכניסה לישראל שונה מעותר לעותר, ניתן לומר שרובם המכריע נכנסו לארץ כבר במהלך קיץ 2012. פירוט שמותיהם של העותרים ומספר המוחזק שלהם, ארץ מוצאם, תאריך כניסתם לארץ, המועד בו הגישו בקשה למקלט מדיני וסטטוס הטיפול בה מופיעים בטבלה מרוכזת אשר מצורפת לעתירה זו (יוער כי הטבלה הוכנה בעמל רב ואמצעות מתורגמנים. יחד עם זאת, לא ניתן לשלול את האפשרות שחרף מאמצים רבים נפלו בעובדות המפורטות בה טעויות מסוימות בשל פערי שפה ותיווך). כן נבקש להבהיר שבכל מקום בו נכתב כאילו בקשות מקלט הוגשו בתחילת שנת 2012 צ"ל 2013 ומדובר בטעויות סופר.

#### **העתק ריכוז נתוני העותרים מצ"ב כנספח א' לעתירה זו.**

7. יוער כי למיטב ידיעת המוקד לפליטים ולמהגרים, במתקן 'חולות' שוהים כעת פחות מ-200 איש הנמנים על בני קבוצה זו. 138 העותרים הם אלה שייפו את כוחו של המוקד לפנות לערכאות בעניינם. אותם 200 איש הינם חלק מקבוצה של קרוב ל-500 איש שהועברו בדצמבר 2013 מסהרונים לחולות'. כ-300 איש מבני קבוצה זו, אינם שוהים בעת הזו בחולות'. חלקם עזבו את הארץ "מרצון" (לדיון בסוגיה האם עזיבה זו הינה מרצון או מכפייה ר' עמ' 77-74 לפסק הדין בעניין **איתן**), חלקם שוחררו בנסיבות שונות וחלקם האחר יצא את מתקן השהייה ולא שב אליו. מטבע הדברים, הנתונים המדוייקים מצויים בידי המשיב ולא בידי העותרים.

8. במועד כניסתם של העותרים הוצאו נגדם צווי גירוש מכוחם הוחזקו במשמורת לפי הוראות סעיף 30א לחוק למניעת הסתננות. נקדים את המאוחר ונספר שאותה משמורת נמשכה עד לאמצע חודש דצמבר 2013. כלומר, ביחס למרבית העותרים **מדובר על תקופה של שלילת חירות קיצונית בתנאי כליאה לתקופה של כשנה וחצי או קרוב לכך**.

9. כמפורט בנספח א', מרבית העותרים הגישו בשלהי שנת 2012 או בתחילת שנת 2013 בקשות לקבלת מקלט מדיני בישראל. הבקשות הוגשו על אף קשיים עצומים שהערים המשיב על נסיונות להגיש בקשות כאלו מתוך מתקני המשמורת. קשיים שכללו, בין היתר, דרישה למילוי טפסים מסוימים בשפה האנגלית מבלי שהמוחזקים או באי-כוחם יודעו בצורך בטפסים מסוימים אלה דווקא ומבלי שהטפסים האמורים יהיו זמינים במתקני המשמורת במשך זמן רב. לביקורת על התנהלותו של המשיב בהקשר זה ראו למשל עמ"נ (בי"ש) 46175-03-13 פלוני נ' משרד הפנים (15.4.2013), פורסם בנבו). כפי שניתן ללמוד מהטבלה שצורפה כנספח א', חלק ניכר מבקשות המקלט של אזרחי אריתריאה נדחו ואילו הרוב המוחלט של הבקשות שהוגשו על-ידי אזרחי סודן טרם הוכרע למרות

הזמן הרב שחלף מאז הוגשו (על נתונים אלו ועל הפער בינם לבין המקובל במדינות הים ראו פסקה 35 לפסק דינו של השופט פוגלמן בעניין **איתן**).

10. בהקשר זה ראוי להפנות לנוסחו של סעיף 30א(ג)(2) לחוק למניעת הסתננות, כפי שהיה בתוקף טרם ביטולו של תיקון מס' 3 ואשר קבע שבהיעדר תשובה לבקשת המקלט, היו העותרים צריכים להשתחרר משחלפו 9 חודשים ממועד הגשת בקשת המקלט שלהם. דא עקא, לרבים מביניהם שבקשת המקלט שלהם כלל לא נבחנה והוכרעה באותו מועד לא סייע הדבר, שכן – והאבסורד כאן דוקר את העין ומקומם את הלב – ביום 16.9.2013 ביטל בית משפט נכבד זה את תיקון מס' 3, תוך שבית המשפט הבהיר שבעקבות פסק הדין חייהם של העותרים צפויים להשתנות "מכליאה חסרת פתרון ליציאה לחירות ותקווה לעתיד" (פסקה 121 לפסק דינה של השופטת ארבל בעניין **אדם**). במילים אחרות, **אלמלא פסק הדין שביטל את החוק שמכוחו נכלאו, זוכים היו חלק ניכר מהעותרים "לחירות ותקווה לעתיד" שצפה להם בית משפט זה כבר לפני כשנה**. כך מאחר שעם מתן פסק הדין בעניין **אדם** הפסיק המשיב לשחרר מוחזקים במשמורת בהתאם לעילות השחרור המעטות שנקבעו בתיקון מס' 3 לחוק למניעת הסתננות.

11. פסק הדין בעניין **אדם** קבע כי תיקון מס' 3 לחוק למניעת הסתננות בטל. לאור הפגיעה החמורה בזכויות, סירב בית המשפט להשעות את בטלות החוק אפילו ביום אחד וקבע יש לשחרר **לא לתור** את מי שיש לו עילת שחרור לפי חוק הכניסה לישראל (ראו למשל פסקה 44 לפסק דינו של השופט פוגלמן). קשה למצוא תום לב ויישום של פסק הדין "כרוחו וכלשונו" בפירוש פסק הדין החוקתי כאילו עיקר העיקרים בו היה דווקא ביטולן של מיעוט עילות השחרור שהיו קבועות בחוק שבוטל תוך השארת העותרים במשמורת. נגד התנהלות הכללית של המשיב הוגשו בחודשים שלאחר מועד פסק הדין שתי **בקשות בזיון**. באופן חסר תקדים נקבעו שתי הבקשות **לדיון בפני הרכב**. הגם שבשל אופיו החריג של ההליך בחר בית משפט זה שלא לקבל את בקשות הזיון, שמשמען כידוע הטלת סנקציות פליליות על גורמים במשרד הפנים, בוטאה מורת רוח מהתנהלות המשיב ונרשמה הצהרת באת-כוחו, לפיה: "יימשכו הבדיקות הפרטניות והמדינה אינה שוללת אפשרות שחרור של מי מאותם כלואים אם יימצא כי ראוי לשחררם, גם בהינתן החוק החדש."

#### **ההחלטות בבקשות הזיון מצורפות כנספחים ב' (1-2) לעתירה זו.**

12. כשלושה חודשים – הרף העליון שהקציב בית המשפט למשיב לשחרר **אחרון** המוחזקים – כיתת המשיב רגליים ונמנע מלבחון את עניינם של העותרים. גרירת הרגליים נמשכה עד לימים שבסמוך לחקיקת תיקון מס' 4 לחוק למניעת הסתננות, שאז נמלאו פקידי המשיב ברוח של עשייה נמרצת והדביקו פער של שלושה חודשים כש"ראיינו" מאות אנשים בתוך ימים ספורים. האם היו אלה הראיונות המיוחלים שנועדו לבדוק אם לעותרים קיימות עילות שחרור מכוח חוק הכניסה לישראל או אם דובר בראיונות מסתוריים אחרים, אין איש יודע עד עצם היום הזה. כותרת כלל הראיונות הייתה: "בחינה פרטנית" וכל שנמסר לעותרים במסגרתם הוא שהם זומנו "על מנת לבחון את עניינם".

#### **העתק לדוגמא של ראיון כאמור מצ"ב כנספח ג' לעתירה זו.**

13. ככלל, בסוף הראיונות הזהים שנערכו לעותרים לא נתקבלה החלטה כלשהי. מאחר שמהראיונות לא עלתה עילה מבוררת להמשך ההחזקה במשמורת, דומה שקשה להלום גם התנהלות זו עם הפירוש הלשוני היחיד למילה "לא לתר" שחזרה על עצמה בפסק הדין בעניין **אדם**: "עכשיו, תיכף ומיד".
14. על כל פנים, ביום 12.12.2013, ניתנו בבת אחת מאות החלטות "לשחרר" את העותרים ורבים אחרים ממשמורת ובד בבד הוצאו נגדם "הוראות שהייה" לפי סעיף 32ד(א) לחוק למניעת הסתננות, שפורסם ברשומות בסמוך לפני כן והם הועברו בכפייה וללא אפשרות בחירה למתקן "חולות".
- העתק לדוגמא של החלטת שחרור מצ"ב כנספח ד' לעתירה זו.**
- העתק לדוגמא של "הוראת שהייה" מצ"ב כנספח ה' לעתירה זו.**
15. מסיבה שלא נמסרה לעותרים וכפי שניתן לראות גם בהחלטת השחרור והוראת השהייה שצורפו לעתירה זו, **מועד שחרורם של רבים מהעותרים שונה בכתב יד ונדחה ביום** ליום 13.12.2013. מיותר לציין ששינוי זה נעשה ללא הליך כלשהו וממילא ללא שמיעת טענות או הנמקה. העותרים מעריכים ששינוי זה – ששלל את חירותם והותירם במשמורת **לא חוקית יממה נוספת** – בוצע רק מאחר שמתקן "חולות" לא היה ערוך לקליטתם באותו מועד. מתוך הנחה שחומרת הדברים ברורה (ר' סעיף 377 לחוק העונשין, תשל"ז-1977), לא נוסף לדון בכך.
16. ומכאן להחלטה המינהלית להפעיל את סמכות הרשות שנקבעה בסעיף 32ד(א) לחוק למניעת הסתננות ולהשים את העותרים לתקופה שאינה קצובה במתקן "חולות", מעברו השני של הכביש ממתקן "סהרונים". לכאורה מדובר במאות החלטות פרטניות, אלא שלמעשה מדובר בהחלטה אחת – לקחת את כל אזרחי אריתריאה וסודן שהוחזקו במשמורת והיו אמורים להשתחרר ולהעבירם אל מעבר לכביש למתקן "חולות". מכאן גם ברור מדוע כל ההחלטות ה"פרטניות" ניתנו באופן זהה: **ללא הליך מינהלי מינימלי, ללא שימוע, ללא קיומם של קריטריונים שיתוו את שיקול הדעת המינהלי; מבלי שב"כ העותרים מהמוקד לפליטים ולמהגרים יודעו בענין ויוכלו לייצגם וממילא ללא שנערכה אותה "בדיקה פרטנית" לה התחייבה המדינה במסגרת הדיון בבקשת הבזיון השניה שהוגשה בעניין אדם**. בדיקה פרטנית שכזאת הייתה יכולה – ולכן גם חייבת – לקחת בחשבון את מדינות מוצאם של העותרים, את המדיניות הכללית הנוהגת ביחס לאזרחי סודן ואריתריאה בישראל, את משך הזמן הרב שחלף מאז הוגשו בקשות המקלט שטרם הוכרעו, את היותם מוחזקים באותו מועד במשמורת (לא חוקתית) כשנה וחצי (רבים מהם חרף קיומן של עילות שחרור אפילו לפי החוק שבוטל), את גרירת הרגליים בכל הנוגע לטיפול בשחרורם ממשמורת, את מדיניות אי ההרחקה החלה עליהם, את השלכותיה של הכליאה וחוסר הודאות הנלווית לה על מצבם הנפשי, ועוד ועוד.
17. ביום 15.12.2013 נקטו מרבית העותרים באקט של מחאה פומבית לא אלימה, אמיצה ומרגשת, והחלו לצעוד לכיון ירושלים במחאה על כליאתם הממושכת, על הדחינות המכוונת שנקט המשיב בכל הנוגע לבחינת בקשתם למקלט מדיני ועל היחס המבזה אליהם חרף היותם מבקשי מקלט שאינם בני הרחקה. הטבלה שצורפה כנספח א' מבהירה מי מבין העותרים נטל חלק בצעדה זו, אשר פרופ' אייל גרוס, מרצה למשפט חוקתי ומשפט בינלאומי מאוניברסיטת תל-אביב הגדיר כ"מימוש המהותי של החוק, ולא כהפרתו" ("הארץ", 18.12.2013).
18. לכל אורך הדרך לוו העותרים על-ידי משטרת ישראל (שגילתה אדיבות ומיומנות ואף הציעה לסייע בהסעתם לירושלים) ואת הלילה עשו באחד מקיבוצי השפלה שפתח את שעריו בפני הצועדים ואירח

אותם, בסיוע מתנדבים שהגיעו מכל רחבי הארץ, בנדיבות ובטוב הלב אשר מאפיינים רבים מיושבי הארץ הזו, ושהעותרים, שהוחזקו בכלא מיום שהגיעו לארץ, לא זכו לפגשם עד לאותה העת. בירושלים הוזמנו העותרים להיכנס למשכן הכנסת כדי לשוחח עם חברי כנסת שונים, אולם טרם יכלו לעשות כן נעצרו באלימות מחפירה על-ידי פקחי המשיב ונלקחו חזרה למתחם קציעות; שם נגזרו על כל מי שצעד, ללא שהם מיוצגים ובידי פקידי משרד הפנים שאינם בהכרח משפטנים, כשלושה חודשי כליאה במתקן סהרונים. חלק מתקופות המשמורת קוצרו בהמשך ובסיומן הועברו העותרים חזרה מעבר לגדר, למתקן "חולות" (לביקורת חריפה שמתח בית המשפט המחוזי על הליך עונשי שכזה ראו: עת"מ (לוד) 16785-01-14 באביקר נ' משרד הפנים (16.2.2014, פורסם בנבו); כן ראו פרק ה(4)(iv) לפסק דינו של השופט פוגלמן בעניין איתן, אשר עסק בפגיעה האנושה בזכות להליך הוגן הגלומה בסמכויות העונשיות שניתנו לפקידי המשיב).

19. משמעות הדברים היא שכל מי שצעד לירושלים שהה במשמורת לא חוקתית תקופה נוספת של עד 3 חודשים, על כל המשתמע מכך. מאז "שחרורם" ממשמורת בשנית ועד היום שוהים העותרים במתקן "חולות" ועתידם לוט בערפל.

20. שנה לאחר פסק הדין בעניין אדם, ביום 22.9.2014, ביטל בית משפט זה גם את תיקון מס' 4 לחוק למניעת הסתננות (עניין איתן), תוך שגם דעת המיעוט של הנשיא גרוניס והשופט הנדל (שהיו היחידים מתוך תשעת חברי המותב שסברו שיש לבטל רק חלק מפרק ד' לחוק ולא את כולו) הכירה בכך שמתקן "חולות" דומה במאפייניו למתקן כליאה סגור בשל חובת ההתייצבות שלוש פעמים ביום. על הרלוונטיות של הקביעות שבפסק הדין נעמוד במסגרת הטיעון המשפטי, אולם נציין שלאור פסק הדין החוקתי שלחו הח"מ כבר ביום 8.10.2014, ערב חג הסוכות, מכתב למנכ"ל רשות האוכלוסין וההגירה, מר אמנון בן-עמי, וליועץ המשפטי לממשלה, ועמדו על שחרורם לאלתר של העותרים כאן ושל מי ששוהים ב"חולות" בנסיבות דומות. המשיב נתבקש להשיב למכתב זה לכל המאוחר עד ליום 22.10.2014.

#### **העתק הפניה מיום 8.10.2014 מצ"ב כנספח ו' לעתירה זו.**

21. ביום 22.10.2014 נשלחה תזכורת נוספת שהוכתרה כ"התראה לפני פניה לערכאות". באותה תזכורת הובהר שלאור דחיפות הנושא ועוצמת הפגיעה המתמשכת בזכויות, הרי שבהיעדר תשובה יעשו העותרים כל מאמץ להגיש את העתירה כבר ביום 23.10.2014. עוד עמדנו במכתב על טעויות הסופר שנפלו בטבלה (נספח א' לעיל).

#### **העתק הפניה מיום 22.10.2014 מצ"ב כנספח ז' לעתירה זו.**

22. הח"מ (עו"ד וייצן) אף יצר קשר טלפוני עם לשכת היועמ"ש והבהיר שהוא מתעתד להגיש עתירה לבית משפט זה ביום 23.10.2014. ממזכירות לשכת היועמ"ש נמסר ששתי הפניות המקדימות התקבלו והועברו לטיפול של המשנה ליועמ"ש, הגב' דינה זילבר, אולם לא ידעו למסור אם ומתי תתקבל תשובה להן. בנסיבות אלו, ומאחר שהפניות האמורות לא זכו למענה, מוגשת עתירה זו ללא דיחוי.

23. לא נכחד. דבר, גם לא קבלת עתירה זו לאלתר, לא יפצה את העותרים על השנים שעשו במתקני שירות בתי הסוהר, "תקופת זמן שבמהלכה יכול היה אדם להינשא ולהקים משפחה, להתקדם בעבודתו ולרכוש השכלה. פרק חיים שלא שב עוד" (סעיף 50 לפסק דינו של כב' השופט פוגלמן בעניין

איתן). יחד עם זאת, ניתן לפחות לוודא שהקף לתקופת הכליאה יגיע ושתינתן להם ודאות מינימלית לגבי עתידם. את זה בדיוק באה עתירה זו להשיג.

**הליכים קודמים בעניינם של מי שמצבם זהה לזה של העותרים והאופן בו המשיב הצליח למנוע את קיומה של ביקורת שיפוטית אפקטיבית בנדון**

24. כאמור, העותרים מעולם לא שהו בישראל מחוץ למתקני שב"ס, ואין בידם ממון, ידע או אמצעים שיאפשרו להם לנקוט בהליכים למען שחרורם. הגוף היחיד המעניק להם ייצוג משפטי ללא תמורה הינו המוקד לפליטים ולמהגרים (להלן – "המוקד"), בו מועסקים הח"מ. המוקד הינו גוף ללא מטרות רווח, שבידיו משאבים מוגבלים ביותר, ובאמצעותם עליו למצוא את הדרכים לסייע למספר המירבי של אנשים הנזקקים לשירותיו.

25. המוקד, על עורכי הדין הספורים העובדים בו, אינו יכול להגיש הליכים פרטניים בעניינם של כל אחד ואחד מהעותרים. כדי לסבר את האוזן, מחדש נובמבר ש"ז יועסקו במוקד רק שני עורכי-דין ומשמעות הדברים ברורה.

26. וזה המקום לתאר את האסטרטגיה בה נקט המוקד כדי להעמיד לביקורת שיפוטית את עניינם המשותף של העותרים: המוקד הגיש שלוש עתירות לבית המשפט המחוזי בבאר שבע, בשם שלושה מאותם אנשים שהועברו מ"סהרונים" ל-"חולות" ללא הליך מינימלי, יצאו לצעדת מחאה והועברו כעונש למתקן "סהרונים". אנשים אלה נבחרו רנדומלית. הח"מ סברו שהכרעות שיפוטיות בעתירות אלה, על הליכי ערעור אפשריים שיתקיימו בהן, יבטיחו את קביעתו של כלל משפטי שניתן יהיה להחיל על כל האנשים שנסיבותיהם דומות.

27. כך, סמוך לאחר העברתם של העותרים למתקן "סהרונים", ביום 16.1.2014, הגיש המוקד לפליטים ולמהגרים שלוש עתירות מינהליות זהות (עת"מ 34577-01-14 פומידין ע' נ' משרד הפנים (פס"ד מיום 19.8.14, ר' גם עע"ס 5715/14 פומידין ע' נ' משרד הפנים (פס"ד מיום 7.10.14); להלן – "עניין פומידין"; עת"מ (ב"ש) 34580-01-14 אלטהיר נ' משרד הפנים; ועת"מ (ב"ש) 34579-01-14 חוסיין נ' משרד הפנים (להלן יחדיו – "שלוש העתירות").

28. במסגרת כל אחת משלוש העתירות נתבקש בית המשפט המחוזי להורות על בטלות הוראות שהייה שהוצאו נגד העותר שם.

29. בהליך הראשון, עת"מ 34580-01-14, התקבלה העתירה (בידי כב' השופטת סלוטקי) בסמוך לאחר הגשתה והעותר שם שוחרר תוך ימים ספורים מסהרונים ובסמוך לאחר מכן גם מחולות. המדינה, בצדק מבחינתה, לא ערערה על פסק הדין.

**העתק פסק הדין בעת"מ 34580-01-14 מצ"ב כנספת ח' לעתירה זו.**

30. בהליך השני, עת"מ 34579-01-14, קיבל בית המשפט המחוזי (כב' השופט אזולאי) את הטענה כי נפלו פגמים בהליך המינהלי, אולם מצא שניתן להחיל את דוקטרינת "הבטלות היחסית" ולרפאם בדיעבד, תוך שהוא מורה לרשות לקיים שימוע לעותר שם. ערעור שהוגש על פסק הדין לבית משפט נכבד זה התייתר שכן משרד הפנים הודיע לח"מ שהערער שם יצא את הארץ ממתקני שירות בתי הסוהר "מרצון", בהליך עלום וללא יידוע ב"כ.

**העתק הודעה מעדכנת מיום 27.5.2014 והחלטת בית המשפט בעע"ם 1734/14 מצ"ב כנספח ט'(1-2) לעתירה זו.**

31. בהליך השלישי, בעניין **פומידין** נדחתה העתירה על הסף. כבי' השופט ביתן אימץ את עמדת המדינה כי החזרתו של העותר ל'חולות' (לאחר סיום ריצוי "עונשו" במתקן סהרונים) מהווה החלטה מינהלית חדשה, אותה יש לתקוף בעתירה מינהלית חדשה. על החלטה זו הוגש ערעור לבית המשפט הנכבד (עע"ם 3276/14), שהורה על החזרת התיק לבית המשפט המחוזי וציווה לדון בו בדחיפות.

32. ביום 19.8.14 ניתן פסק דין נוסף אשר דחה את העתירה **לגופה**. נאמר בקצרה כי פסק הדין היה ביטא אדישות קיצונית לזכות לחירות והיה זרוע קביעות משפטיות ועובדתיות בעייתיות ביותר, לגביהן קבע בית המשפט הנכבד (כבי' השופט מלצר) כי המדובר ב"התנסחות... לא כל כך מוצלחת. אני אומר זאת בעדינות" (רי' פרוטוקול הדין בעע"ם 5715/14, מיום 7.10.14)

**פרוטוקול הדין בעע"ם 5715/14 ופסק הדין מצ"ב כנספח י'(1-2) לעתירה זו.**

33. במהלך הדין בעניין **פומידין** טענה המדינה, כצפוי, כי אין לדון בשאלות המשפטיות שהועלו בכתב הערעור (שעניינן למעשה הסוגיות שהועלו בעתירה זו) מאחר שהערעור הפך לתיאורטי מרגע שהמערער שוחרר ממתקן 'חולות'. ב"כ המערער טען בתשובה:

"המערער שאל אותי בדרכנו לכאן "למה אני". מאתיים אנשים בנסיבות דומות נמצאים באותו מקום. אחד שוחרר בחודש ינואר והאחר התייתר הערעור בענייניו. בשם הצדק ובשם ההגינות אין שום מקום לאבחן בין האנשים"

(רי' פרוטוקול הדין, **נספח י'**, בעמ' 1, ש' 10-7)

על כך העיר כבי' השופט שוהם:

"**אדוני טוען בשם עלומי השם? זה לא המקום בכל הכבוד"**

(שם, עמ' 1, ש' 14-12; ההדגשה הוספה)

34. בסיום הדין קבע בית המשפט הנכבד כי:

"המשיב הודיע שבינתיים בוטלה הוראה השהייה מושא הערעור. לפיכך הערעור במתכונת שהוגש – התייתר, וזאת מבלי שנביע את דעתנו לגבי נכונות פסק הדין מושא הערעור והתבטאויות מסוימות שנכללו בו".

(פסק הדין, **נספח ז'**)

35. סיכמו של דבר: שלוש העתירות המנהליות הזהות שהוגשו הניבו תוצאות קוטביות וסותרות: אחד העותרים שוחרר תוך ימים ספורים; עותר אחר, בנסיבות זהות, נותר בתנאים דמויי-כליאה משך תשעה חודשים ויותר עד ששוחרר ערב הדין בענייניו בפני בית משפט זה; ועותר אחר התיימש ויצא את הארץ (רי' לעניין זה התייחסות ל"עזיבה מרצון" בעמ' 77-74 לפסק הדין בעניין **איתן**).

36. הנסיבות שפורטו לעיל הן שהביאו את העותרים להגיש את העתירה במתכונת הנוכחית. העותרים הם "עלומי השם" מעע"ם 5715/14 וכעת יש להם שמות, אשר מפורטים בנספח א' לעתירה זו.



37. ודוק: לעותרים אין סעד משפטי אחר. אין להם ממון לשכירת עורך דין, ואין אף גוף (כגון הסנגוריה הציבורית או הסיוע המשפטי) המעניק להם סיוע משפטי כנגד הפגיעה בחירותם. אי-היעתרות לעתירה זו במתכונתה הנוכחית משמעה הותרתם של רבים להינמק בתנאים דמויי כליאה לתקופה לא ידועה נוספת, פשוטו כמשמעו.

## ב. הטיעון המשפטי

### ב.1 הפגיעה בכללי הצדק הטבעי

38. ס' 32ד(א) לחוק למניעת הסתננות קובע כי ממונה ביקורת הגבולות, פקיד משרד הפנים, רשאי להוציא "הוראת שהייה" נגד מי "שיש קושי בביצוע גירושיו" (ס' 32ד(א) לחוק). מעבר לכך ובדומה לדברי חקיקה רבים אחרים, שותק המחוקק ביחס לאופיו של ההליך המינהלי שיש לקיים בנדון.

39. מאחר שכיום, ודאי לאחר פסק הדין בענין איתן, אין חולק שהוראת שהייה פוגעת באופן אנוש בזכויות חוקתיות, לא יכול להיות ספק שיש חובה לקיים הליך מינהלי דקדקני ויסודי טרם הוצאתה. הליך כזה חייב לכלול שימוע מוקדם והוגן (לרבות תוך מתן אפשרות להיות מיוצג במהלכו) שלאחריו תמסר לפרט הנפגע החלטה מנומקת ופירוט ממצה של דרכי ההשגה עליה (ראו למשל בג"צ 3/58 ברמן נגד שר הפנים, פ"ד יב' 1493, 1508; בג"צ 654/78 גינגולד נ' בית הדין הארצי לעבודה, פ"ד לה (2), 649; עע"ם 1038/08 מדינת ישראל נגד געאביץ, פסק-דין מיום 11.8.09 (פורסם בנבו) בס' יט' ו-כ' לפסק-דינו של כב' השופט רובינשטיין (להלן: עניין געאביץ); בג"ץ 3378/03 מוסטקי נגד פרקליטות המדינה, פ"ד נח (3) 865, 898; בג"ץ 2911/94 באקי נ' מנכ"ל משרד הפנים, פ"ד מח(5) 291, ס' 18; עע"ם 7201/11 רחמני ד.א. עבודות עפר בע"מ נ' רשות שדות התעופה (7.1.2014, פורסם בנבו) (להלן: עניין רחמני) וכן ראה והשווה תזכיר חוק – סדרי מינהל (הסדרת עבודות הרשות המינהלית וזכויות הפונה לרשות), התשע"ד-2014). התנהלות אחרת היא בניגוד גמור להלכה הפסוקה.

40. דא עקא, משרד הפנים סבר אחרת וטען, שוב ושוב, שלא מדובר ב"פגיעה בזכויות מוקנות". במסגרת הליך עקרוני שהתקיים בעניין (עע"ם 2863/14 עלי נ' משרד הפנים (פסק דין חלקי מיום 10.8.2014, פסק דין מיום 2.10.2014) הבהיר בית משפט נכבד זה שאין להסתפק בתשאולים שנערכו בלשכות האוכלוסין טרם הוצאת הוראות שהייה, ויש חובה לקיים שימוע כהלכתו, והמדינה אכן החלה לקיים שימועים טרם הוצאתן של הוראות שהייה החל מיום 6.6.2014. בפסק הדין מיום 2.10.2014 קבע בית משפט נכבד זה (הנשיא גרוניס והשופטים פוגלמן ועמית) שכל מי שזומן ללא שנערך לו שימוע (קרי, עובר ליום 6.6.14) רשאי לבקש שייערך לו שימוע ותינתן החלטה לפיו. בד בבד הובהר, לרבות בהתייחס לאותם אנשים שהועברו מ"סהרונים" למתקן 'חולות' (מבלי שנערך להם אפילו תשאול), היינו: העותרים כאן, "כי אין בהסדר האמור כדי למנוע הגשת עתירה על ידי שוהים שלא נערך להם כל תישאול". (ההדגשה הוספה).

41. מן האמור יוצא כי אין ולא יכולה להיות עוד מחלוקת כי היעדרו המוחלט של שימוע בעניינם של העותרים עולה כדי פגם חמור בהליך המינהלי שמכוחו הועברו למתקן "חולות".

### נפקות הפגמים בהליך המינהלי

42. מאחר שברור כעת שחובה לקיים שימוע קיימת, ושחובה זו הופרה בכוונת מכוון, נותר רק לדון בשאלת הסעד. במילים אחרות, האם דווקא עניינם של העותרים הוא זה שמצדיק לחרוג מהכלל לפיו פגמים חמורים בהליך המינהלי – והיעדר שימוע והנמקה בפרט – מחייבים את בטלותה של ההחלטה המינהלית הנתקפת.
43. ודוק, העותרים אינם חולקים על קיומה של דוקטרינת הבטלות היחסית (או "התוצאה היחסית"), לפיה שאלת תוקפה של ההחלטה המינהלית הפגומה תלוי במכלול נסיבות העניין (ר' למשל בג"ץ 3081/95 רומיאו נ' המועצה המדעית של ההסתדרות הרפואית בישראל, פ"ד נ(2), עמ' 193-194). כשמדובר בפגיעה כה משמעותית בזכויות חוקתיות של אוכלוסיה מוחלשת ונעדרת אמצעים, ומאחר שהפגיעה היא לתקופה שאינה קצובה ובהתאם לחוק שהוכרז כבלתי חוקתי באשר הוא פוגע במספר זכויות יסוד פגיעה לא מידתית, לא ברור כיצד ניתן להחיל כלל של בטלות יחסית בהיעדר הליך מינהלי מינימלי וכשמדובר בהחלטות לא מנומקות. כך בפרט כשהמשיב התעלם מפסיקות בתי המשפט המינהליים שניתנו כבר בחודש ינואר ש"ז. נעמוד על הנסיבות הרלוונטיות:
- א. המשיב הוציא נגד העותרים מאות החלטות מינהליות בניגוד מוחלט לכללי הצדק הטבעי, ללא קריטריונים, ללא שימוע מוקדם, ללא הנמקה ומבלי לאפשר להם להיות מיוצגים על ידי ב"כ. מדובר בפגמים מהותיים חמורים היורדים לשורשו של עניין;
- ב. לא זו אף זו: הקריטריונים (שפורסמו אך בפברואר 2014) אינם חלים, קטגורית, על אף אחד מהעותרים כאן, אשר נכנסו כולם במועד המאוחר ממועדי הכניסה עליהם הוחלו הקריטריונים להעברה ל"חולות", ולא נחשדו בפלילים מאחר ומעולם לא עזבו את מתקן המשמורת.
- ג. ההחלטות ניתנו על סמך הליכים פגומים (אם בכלל ניתן לקרוא לאקט ההעברה 'הליך') והן פוגעות באופן קשה בזכויות היסוד החוקתיות של האנשים נגדם הוצאו (בין היתר לאור פסק דינו של בית המשפט הנכבד בעניין אדם ופסק הדין בעניין איתן), והן פוגעות בזכותם החוקתית לחירות, להליך הוגן ולכבוד. בהקשר זה נזכיר את הקביעות ברע"פ 2524/01 סדריוק נ' התובע הצבאי הראשי, פ"ד נח(4) 279, שם הביע הנשיא ברק את העמדה השיפוטית הבאה ביחס לכלל של "בטלות יחסית": "איני משוכנע שבהקשר של גיוס-חובה, שיש בו פגיעה בחירות הפרט, ראוי להחיל כלל יחסי של בטלות במקרה של אי-חוקיות צו הגיוס";
- ד. מדובר ברשות ציבורית שניצלה את חולשתה ומצוקתה של האוכלוסיה המוחלשת ביותר שבנמצא כשלא הייתה כל סיבה שלא לקיים שימוע מסודר עובר למתן ההחלטה המינהלית. לא הייתה כל דחיפות בטחונית או פלילית.
- ה. העותרים היו מיוצגים על ידי המוקד לפליטים ולמהגרים וברור שלא היה באפשרותם לשכור עורכי דין פרטיים שיסייעו בידיהם;
- ו. מדובר בחוק חדש שהיה ניתן לבצע לגביו הערכת מצב מסודרת טרם הפעלתו בניגוד להלכה הפסוקה (ראו והשוו פסקה 2 לפסק דינו של השופט עמית בעניין רחמני);

- ז. הכלל הוא שפגמים בשימוע (כל שכן היעדרו!) מובילים לבטלות ההחלטה המינהלית וכך בפרט כשהחלטה אינה מנומקת כלל (ר' גם פסק דינו של השופט גו'בראן בעניין **רחמני**). אין כל טעם לחרוג מהכלל דווקא כאן ;
- ח. ההחלטות המינהליות ניתנו בניגוד גמור להלכה הפסוקה ואף לפסיקות חלוטות של בתי המשפט המחוזיים שהמשיב לא ערער עליהן. לא מדובר פה במחדל או בשגגה שנעשו בתום לב כי אם בהתעלמות מכוונת מההלכה הפסוקה ונקיטה של מעין "שיטת מצליח", ככל הנראה מתוך הנחה של המשיב שלא יידרש לשלם "בשל כך מחיר יקר" (ראו והשוו פסקה 29 לפסק דינו של הנשיא גרוניס בבג"ץ 3483/05 **די.בי.אס שרותי לוויין (1998)** בע"מ נ' שרת התקשורת (9.9.2007));
- ט. מדובר בהליך של "תקיפה ישירה" של חוקיות אופן הוצאתן של הוראות שהייה אשר הוגש לבית המשפט על-ידי הנפגעים הישירים עצמם. כאמור, מדובר באוכלוסיה מוחלשת, נטולת משאבים, אמצעים וידע, שאין בכוחו של כל אחד מאנשיה לפנות בנפרד ובאופן עצמאי לבית המשפט ;
- י. אמון הציבור – ובפרט ציבור מבקשי המקלט – במערכות השלטוניות והמשפטיות בישראל נפגע באופן חסר תקדים כתוצאה מהתנהלות המשיב. הכשרה בדיעבד של התנהלותו תעמיק את חוסר האמון ואת הפגיעה במראית פני הצדק ;
- יא. אין מדובר באנשים שמהווים סכנה לשלום הציבור או בטחונו וגם לא באנשים שניתן להרחיק מישראל בעתיד הנראה לעין. לכן, אין בשחרורם "חולות" כדי לפגוע באינטרס הציבורי. ודאי לא במידה שמצדיקה את המשך הפגיעה בזכויותיהם.

מכל האמור, אין לאפשר כלל של בטלות יחסית לפיו תצא הרשות – החוטאת – נשכרת.

## **2.ב הפגיעה המצטברת בזכויות העותרים – עוצמתה של הפגיעה ומשכה הופכים את המשך ההחזקה ב"חולות" לבלתי סביר באורח קיצוני**

44. דעת הרוב בעניין **איתן**, כפי שנכתבה על ידי כב' השופט פוגלמן, קבעה כך :

"תקופה זו [של שלוש השנים בהן תעמוד הוראת השעה בתוקף] אינה עומדת כל עיקר ביחס ראוי לפגיעות הטמונות בו. להשקפתי, תקופת זמן זו היא בלתי מידתית במובהק. היא ארוכה – ארוכה בהרבה – מן ההסדרים ההשוואתיים שעליהם עמדנו. ניתן לומר כבר עתה, כי מרכזו ההייה שהתווה המחוקק בפרק ד' לחוק פוגע בצורה חריפה בזכויות יסוד: זהו מרכז המנוהל בידי שירות בתי הסוהר ; נדרשת בו התייצבות שלוש פעמים ביום ; ואין כל עילת שחרור ממנו. שלילת חירות בתנאים אלה ולפרק הזמן שעליו עמדנו – פגיעתה קשה במיוחד, ואין היא מצדיקה את התועלת שהיא משיאה" (שם, בסעיף 60).

45. גם הנשיא גרוניס שכתב את דעת המיעוט הסכים עם מסקנה זו וקבע (בסעיף 34 לחוות דינו):
- "בנסיבות הקיימות, לא ניתן להחזיק מסתכן במרכזו שהייה מעבר לתקופה של שלוש שנים... ואף בהנחה כי לא חלה חובת התייצבות לרישום נוכחות בשעות הצהריים".
46. העותרים כולם שוהים במתקני שב"ס במתחם קציעות מזה כשנתיים ויותר. חלקם הגדול שוהים קרוב לשנתיים וחצי באותם מתקנים. את התקופה הראשונה לשהייתם בארץ (שארכה בין שנה לשנה ומחצה) בילו במתקן סגור לחלוטין ובתנאי כליאה לכל דבר וענין, ובשנה השניה שהו במתקן "חולות" בתנאים שבשלם, כפי שקבע הנשיא גרוניס בעניין **איתן** "לא ניתן להגדירו כמרכז שהייה "פתוח" או אף "פתוח למחצה" (סעיף 28 לחוות דעתו).
47. לגבי אותה שנה נוספת במתקן שהייה, נקבע בעניין **איתן** שגם אם קיימת בה אפשרות תיאורטית לצאת במהלך היום מהמתקן, הרי שבאופן שבו נוהל, על חובת ההתייצבות התלת-יומית, הבידוד הכרוך במיקומו הגיאוגרפי ועוד, הרי שאינו מהווה אפילו מתקן "פתוח למחצה" (זאת אף לשיטת עמדת המיעוט!).
48. ואכן, השופט (בדימוס) ארבל, ציינה בסעיף 11 לפסק דינה, כי "התמונה הכללית המתקבלת מכל האמור היא כי מדובר באותה גברת – זו של תיקון מס' 3 – בשינוי אדרת. אין מדובר ב"מתקן שהייה" פתוח או לילי כי אם במתקן משמורת. יתכן כי מתקן משמורת עם הקלות מה, אך עדיין מתקן המגביל באופן משמעותי את חירותו וחיייו של אדם המושם בו בעל כורחו וללא הגבלת זמן".
49. העותרים יטענו כי לאור הפסיקה בעניין **אדם** ובעניין **איתן**, אין ולא יכולה להיות מחלוקת שכליאה לתקופה של 12 חודשים ארוכים במתקן כליאה, במשולב עם החזקה בת קרוב לשנה במתקן "שהייה" באופן בו נוהל עד כה בהתאם לפרק ד' לחוק, הינה בלתי סבירה ובלתי מידתית באופן קיצוני. לא יעלה על הדעת שחוק אחרי חוק פוסל בית משפט נכבד זה והעותרים עדיין כלואים.
50. לכן, בשים לב לנסיבות החריגות הקיצוניות שמאפיינות את העותרים כאן ואת עוצמת הפגיעה בזכויותיהם, לא ניתן להמשיך להחזיקם במתקני שירות בתי הסוהר אפילו לא יום נוסף. וזאת ללא תלות במידת ה"פתיחות" של כל הסדר נורמטיבי חלופי שתגבש המדינה בתקופת 90 הימים של השעיית הבטלות, ככל שתגבש הסדר כלשהו. לכן גם לא ניתן יהיה להחיל על העותרים בעתיד הסדר שישאירם במתקן כזה או אחר וממילא מתייטר הטעם שבהחזקתם שם שמהלך תקופת השעיית הבטלות שנקבעה בעניין **איתן**.
51. לשון אחר: בית המשפט הנכבד קבע שהחזקה במשמורת לתקופה של שלוש שנים הינה בלתי חוקתית (עניין **אדם**); שהחזקה במשמורת לתקופה של שנה הינה בלתי חוקתית (עניין **איתן**); שהחזקה ב"חולות" בתנאי פרק ד' הינה בלתי חוקתית ואף שהחזקה בחולות לתקופה של שלוש שנים בתנאים משופרים בהרבה מאלו בהם הוחזקו העותרים הינה בלתי חוקתית אף היא (דעת הרוב בעניין **איתן**).
52. עוד הבהיר בית המשפט הנכבד בעניין **איתן** כי קיים קשר בל יינתק בין סוג המתקן ומאפייניו (המשפיעים על עצמת הפגיעה הגלומה בהם בזכות לחירות) לבין התקופה המקסימלית בה ניתן להחזיק בו אדם (ר' סעיף 92 לחוות דעתו של השופט פוגלמן).

53. ודוק: בעניינם של העותרים חרגה החזקתם כבר פעמיים מגבולות המותר שהותוו על ידי בית המשפט הנכבד, הן לעניין משך התקופה והן לעניין עוצמת הפגיעה בזכויות יסוד במהלכה: ראשית הוחזקו הרבה מעל לשנה במתקן משמורת, פרק זמן שנקבע שהינו בלתי מידתי בעניין **איתן**, ולאחר מכן הוחזקו כשנה במתקן "שהייה" שמאפייניו קרובים ביותר לכלא. סיכום הדברים: יהא אשר יהא ההסדר הנורמטיבי החדש שתגבש המדינה, ככל שתגבש כזה במסגרת תיקון נוסף לחוק למניעת הסתננות – הפגיעה בחירות שנגרמה לעותרים עד כה הגדישה את הסאה ואין כל אפשרות חוקתית וחוקית להוסיף ולהחזיקם בכל סוג שהוא של מתקן (ואין לעניין זה נפקות לשאלת השם שיינתן לו). עניין זה מקרין גם על סבירות ההחזקתם של העותרים שם.

#### **הפגיעה הנובעת מהמשך החזקת העותרים באי-ודאות**

54. בית המשפט הנכבד הבהיר בעניין **איתן** שהפגיעה שנגרמה לעותרים כתוצאה מהחזקתם בתנאים של חוסר ודאות מוחלט, ללא עילות שחרור וללא שיובטח להם שבתום שלוש שנות החזקתם ב'חולות' ישוחררו, הינה פגיעה חוקתית עצמאית בזכות לכבוד.

"חוסר ודאות זה אינו חלק מן הפגיעה בכבוד המובנית בכל שהייה במתקן-שולל-חירות: זוהי פגיעה ייחודית ועצמאית בזכות לכבוד" (סעיף 51 לחוות דעתו של השופט פוגלמן).

פגיעה זו

"נובעת מן האופן שבו מעצים חוסר הודאות את הסבל הכרוך ממילא בשלילת החירות. ואמנם, מחקרים פסיכולוגיים העלו כי חוסר ודאות הוא גורם לחץ משמעותי בחייו של אדם, והוא נקשר תכופות לחרדה ולדיכאון.

...

כאשר עסקינן בשלילת חירות, נודעות לחוסר הודאות השלכות קשות במיוחד...

דברים אלה נכונים מקל וחומר לגבי זרים ומבקשי מקלט, שהם אוכלוסייה פגיעה במיוחד לתופעות פוסט-טראומטיות הקשורות בשלילת החירות....

הסדר נורמטיבי השולל חירותו של אדם לתקופה בת שלוש שנים (לכל הפחות), וזאת אף מבלי לקצוב מראש באופן ודאי את משכה של תקופה זו – הוא הסדר הפוגע פגיעה שעוצמתה גבוהה בזכות לחירות ובזכות לכבוד".

(שם, בסעיפים 51-53; וראו שם לסקירה מקיפה של ספרות בנושא הפגיעה במבקשי מקלט השוהים במתקני שהייה הנובעת מחוסר הודאות).

55. האבחנות המצויות בספרות בנושא זה, עליהן עמד בית המשפט הנכבד, נכונות ביותר גם לעניינם של העותרים כאן. לאחר שנכנסו לישראל ונכלאו לתקופה של שלוש שנים; לאחר שהמתינו חודשים רבים בכליון עיניים לפסיקתו של בית המשפט הנכבד בעניינם; לאחר ההתרגשות, ההקלה והשמחה שהציפו אותם עם פרסום פסק הדין בעניין **אדם**, וההבטחה של בית המשפט שחייהם ישתנו לחיים

של "חירות ותקווה לעתיד"; לאחר כל אלו התחלפה שמחה זו באכזבה וייאוש נוכח התנהלות המשיב כלפיהם ועברתם למתקן 'חולות'.

56. ומאז: צעדה לירושלים שדוכאה באכזריות ושוב המתנה לדין בבג"צ; שוב המתנה לפסק דין חוקתי; שוב התרגשות ושמחה על כך שחייהם ינתנו בידיהם סוף כל סוף; ושוב, כמו בסרט אפל, מתעורר הייאוש והחשש נוכח הצהרות שר הפנים ואנשי משרד הפנים בדבר הליכי חקיקתו של תיקון נוסף, שלישי בשנתיים וחצי האחרונות, לחוק למניעת הסתננות.

57. לא ייפלא אם כן כי כה רבים מהם מדווחים על דיכאון וכי רבים מהם (לרבות העותר בעת"מ (ב"ש) 14-01-34579 שהוזכר לעיל) הרימו ידיים והסכימו לצאת "מרצון" למדינתם או למדינה שלישית בה עתידם לוט בערפל (להתייחסות למימד ה"רצוני" שבדברים, ראו כאמור עמ' 74-77 לפסק הדין של השופט פוגלמן בעניין איתן).

58. סיכומו של דבר: הקבוצה עליה נמנים העותרים נקלעה שלא בטובתה ל"דיאלוג חוקתי" נטול תקדים בעצימותו בהיסטוריה הפוליטית של ישראל, בין הרשויות המחוקקת, המבצעת והשופטת. לא יהיה זה מוגזם לומר שדיאלוג זה מתנהל במידה רבה על גבם של העותרים כאן. העותרים הם אינם חפצים שניתן להעביר ממתקן אחד למשנהו, או להניח בצד עד להחלטה מה יעשה בהם בעתיד. הם בני אדם, כמונו. גם הם זכאים למעט ודאות לגבי עתידם.

59. הלכה למעשה מתבקש בעתירה זו לקחת את המילים הנכוחות והיפות של שופטי הרוב בעניין אדם ובעניין איתן, ולתרגם אותם לחירותם ולכבודם של 138 בני אדם בשר ודם, הלא הם העותרים.

### ג. סמכות בית משפט נכבד זה לדון בעתירה

60. הסמכות לדון בהחלטות של המשיב שנתקבלו לפי סעיף 32ד(א) לחוק למניעת הסתננות מסורה לבית הדין לעררים במחוזות בהם הוא קיים (ראו והשוו פסקה 42 לפסק דינו של השופט פוגלמן בעניין איתן). לכן, לכאורה, העותרים רשאים היו לפנות לבית הדין לעררים בירושלים על ההחלטה שלא לשחררם (ואולי בכלל לבית המשפט המחוזי בבאר-שבע, שבסמכותו המקומית מצוי מתחם קציעות שם הוצאו נגדם הוראות שהייה לפני קרוב לשנה). אף על פי כן, מתבקש בית המשפט לדון בעתירה לגופה. להלן נפרט את טעמי העותרים לכך.

61. כידוע, סעיף 15(ד)(2) לחוק-יסוד: השפיטה מקנה לבית משפט נכבד זה סמכות מקבילה לדון בהחלטות של המשיב שנתקבלו לפי סעיף 32ד(א) לחוק למניעת הסתננות. בית משפט זה פסק לא פעם כי:

"אשר לטענה בדבר קיומו של סעד חלופי, אכן, בחינת החלטה של רשות בנושא עובדים זרים, מסורה, ככלל, לסמכותו של בית המשפט לעניינים מינהליים מכוח סעיף 15(1) ופרט 12 לתוספת הראשונה של חוק בתי משפט לעניינים מינהליים, התש"ס-2000 (להלן: חוק בתי משפט לעניינים מינהליים).

עם זאת, בית המשפט הגבוה לצדק הוסמך מכוח סעיף 15(ד)(2) לחוק-יסוד: השפיטה לדון בעתירות המופנות כנגד "מי שממלאים תפקידים ציבוריים על פי דין".

סמכותו של בית המשפט הגבוה לצדק לדון בעניינים מינהליים, ולתת צווים לממלאי תפקידים ציבוריים על-פי דין, נושאת מעמד על-חוקתי בהיותה מעוגנת בחוק-יסוד. סמכות זו לא צומצמה על-ידי הקניית סמכויות לבית המשפט לעניינים מינהליים מכוח חוק בתי משפט לעניינים מינהליים, המצוי במדרג חקיקתי נמוך יותר. מכאן, כי לבית המשפט הגבוה לצדק ולבית המשפט לעניינים מינהליים סמכות מקבילה בכל העתירות המינהליות שבית המשפט לעניינים מינהליים הוסמך לדון בהם. כן נתונה לבית המשפט הגבוה לצדק סמכות לדון בכל יתר העניינים המינהליים המובאים לפניו. **השאלה מתי יעשה בית המשפט הגבוה לצדק שימוש בסמכותו המקבילה לדון בעניין המצוי גם בסמכותו של בית המשפט לעניינים מינהליים היא ענין הנתון לשיקול-דעתו**, המונחה על-פי מבחנים שונים שאומצו בפסיקה (בג"צ 8071/01 יעקובוביץ נ' היועץ המשפטי לממשלה, פ"ד נז(1) 121, 128 (2002); ע"א 9379/03 צ'רני נ' מדינת ישראל, פסקה 11 (לא פורסם, 6.12.2006))

ראו: בג"ץ 11437/05 קו לעובד נ' משרד הפנים (13.4.2011) (להלן – **עניין קו לעובד**), פסקה 16 לפסק דינה של השופט פרוקצ'ה, ההדגשה הוספה.

62. הנסיבות המיוחדות הבאות מצדיקות להפעיל סמכות מקבילה זו בעניינים של העותרים: (א) עוצמת הפגיעה בזכויות אדם, דחיפות הנושא והחשיבות המשפטית והציבורית של העניין; (ב) קיומן של הכרעות סותרות ביחס למשמעות הפגמים המינהליים, סירובם של בתי המשפט המינהליים להידרש לתחולתו העקרונית של הפגם שבאי עריכת שימוע, התנהלות המדינה בתיקים פרטניים שהיו אמורים להתברר בפני בית משפט זה (שלמעשה סיכלה, כאסטרטגיה משפטית, את האפשרות לביקורת שיפוטית בעלת תחולה גורפת) ואופיה המוחלש של האוכלוסיה הרלוונטית.

63. בכל הנוגע לפגיעה בזכויות, הרי שבענייננו מדובר בפגיעה בעוצמה הגבוהה ביותר בזכויות יסוד, לרבות הזכות לחירות והזכות לכבוד ולהליך הוגן. פגיעה שאילצה את בית המשפט הנכבד לפסול פעם אחר פעם חקיקה ראשית. הדיון הציבורי והפוליטי בסוגיה זו, בפרט לאחר פסקי הדין החוקתיים בעניין **אדם** ובעניין **איתן**, ער וחרף וקשה לצפות שגורם כלשהו, מלבד בית משפט נכבד זה, ימצא כבעל הכלים והתעצמות הנדרשות ביחס לנושא כה רגיש. באופן דומה קבע בית משפט זה בעניין קו לעובד, כי:

”על-פי רוב, לא יזקק בית משפט זה, במסגרת שיקול-הדעת הנתון לו, לענין שקיים לגביו סעד חלופי. אולם, הוא יטה להפעיל את סמכותו בעניינים בעלי חשיבות עקרונית כללית מיוחדת (בג”צ 1661/05 המועצה האזורית חוף עזה נ’ כנסת ישראל, פ”ד נט(2) 481, 580-582 (2005); בג”צ 2208/02 סלאמה נ’ שר הפנים, פ”ד נו(5) 950, 953 (2002); בג”צ 6163/92 אייזנברג נ’ שר השיכון, פ”ד מז(2) 240, 229 (1993); בג”צ 991/91 פסטרנק נ’ שר הבינוי והשיכון, פ”ד מה(5) 50, 60 (1991)). וכך, עניינים המעלים שאלה משפטית או ציבורית חשובה, ובכלל זה נושאים הנוגעים לזכויות אדם, או כאלה שהיו בעלי דחיפות מיוחדת, נדונו בעבר בפני בית משפט זה חרף קיומו של סעד חלופי (שרגא ושחר, בעמ’ 231 ואילך). הוא הדין בעניינים שבשל נסיבותיהם הייחודיות מצא בית משפט זה לנכון לדון ולהכריע בהם חרף קיומו של סעד חלופי.”

64. כך, בעניין בעניין קו לעובד שנזכר לעיל, שם היה העותר מס’ 139, המוקד לפליטים ולמהגרים, צד

לעתירה, קבע בית המשפט העליון (פסקה 15 לפסק דינה של כב’ השופטת פרוקציה), כי:

”בנסיבות הענין יש מקום לדון בעתירה חרף העדר התייחסותה לעותרת ספציפית ולמערכת עובדות פרטנית...לעתירה ישנו נושא ונידן קונקרטי – הוא הוראות הנוהל – והיא אינה כללית ואינה תיאורטית על אף שהיא אינה נוגעת לאדם ספציפי... תוצאתו של ההליך במישור העקרוני מקרינה על המקרים הפרטניים מביאה לחסכון ניכר במשאבים, ובזמן שיפוטי יקר שצריך היה להקדישו לדיון בעתירות הפרטניות. מכלול נסיבות זה מצדיק דיון בעתירה במתכונתה האמורה.

יש להוסיף כי אופייה של העתירה כעתירה ציבורית מצדיק הכרעה בה הגם שהוגשה על-ידי עותרות ציבוריות בלבד, בלא צירוף עותרות ספציפיות שנפגעו או אשר עלולות להיפגע במישורין מהנוהל. כבר נפסק, כי עתירה העוסקת בעניין בעל אופי ציבורי רחב עשויה להידון במסגרת עתירה ציבורית באמצעות עותרים ציבוריים, גם בלא עותרים ספציפיים הנפגעים במישורין מהמעשה המנהלי (...). על אחת כמה וכמה כך הוא, משמדובר במקרה זה בנפגעות פוטנציאליות מהגרות עבודה, שמשאביהן מוגבלים ביותר, וניתן להניח שחסרים להם כלים של ידע, ממון והתמצאות, הנדרשים לצורך ייזום תביעה בענייניהן. טעם זה מהווה מענה לטענה הנטענת לפיה עתירה ציבורית לא תישמע בענין שיש בו נפגע פוטנציאלי מסוים אשר נמנע מלעתור ולבקש סעד.” (ההדגשות לא במקור)

65. עניין קו לעובד יפה לענייננו – בו יש עותרים ספציפים – מכוח קל וחומר. גם כאן, הימנעות מלהכריע בסוגיות שמעלה העתירה עלול (תיאורטית) להביא להצפת מערכת המשפט בכמאתיים עתירות פרטניות, שעניינן שאלה משפטיות זהה. באופן מעשי, עם זאת, תביא הימנעות מדיון בעתירה להיעדר סעד מן הצדק עבור העותרים, וזאת משום שהסיוע המשפטי היחיד שניתן להם – מאת המוקד



לפליטים ולמהגרים – נטול יכולת להגיש עתירות פרטניות בעניינם של כולם ואף לא בזה של מקצם. לתוצאה כזו אין כל הצדקה. נזכיר שוב: לעותרים אין משאבים או קשרים בישראל והם אינם זכאים לסיוע מאת הסנגוריה הציבורית או הסיוע המשפטי. כפועל יוצא מכך, גם אם עתירה זו, מבחינה משפטית טהורה, אינה "דרך המלך", היא ודאי וודאי דרכם היחידה של העותרים לחירות.

66. ונדגיש: האמור בעניין **קו לעובד** נכון מקל וחומר לענייננו. אם בית המשפט הנכבד מצא לנכון להתערב לתת סעד כללי-עקרוני בעניינן של מהגרות עבודה (השוהות בישראל כדין ומחזיקות ומרוויחות משכורת), וזאת על רקע היותן מוגבלות במשאבים וחסרות כלים של ידע, ממון והתמצאות - הרי שמניה וביה נכון הדבר ביחס לאנשים שנכנסו לארץ בחוסר כל ולא שהו יום אחד מחוץ לכותלי מתקני שב"ס כאנשים חופשיים בישראל.

67. ועוד. השתלשלות העניינים, כפי שפורטה לעיל, מראה כיצד מאמציהם של העותרים להביא להכרעה עקרונית באמצעות עתירות פרטניות מוכשלת על ידי אסטרטגיה משפטית של המשיב, שהוא שחקן חוזר במערכת, לפיה מונע המשיב מבית המשפט הנכבד לדון בשאלה המשפטית ולהכריע בה הכרעת באופן מחייב.

#### במקום סיכום

68. במסגרת עתירה זו הובא עניינם של 138 בני-אדם. כל שניסינו לעשות הוא, "להרים את המסך מעל אותו "גוש" מסתננים ולהישיר מבטנו אל כל אחד ואחד מהם." כפי שכתב השופט עמית בעניין איתן, "זו מהותה ותמציתה של אנושיות – ההכרה בכך שמה שנחזה ממרחק כתמונת קהל מטושטשת הוא ציבור המורכב מבני אנוש, ולכל איש יש שם, ולכל שם פנים-משלו ושפה-משלו ודרך-משלו לממש את כבודו האנושי." (פסקה 3 לפסק דינו של השופט עמית בעניין **איתן**).

69. בית המשפט הנכבד מתבקש לאפשר לעותרים, לאחר כשנתיים ויותר של החזקה במתקני שירות בתי הסוהר, למצוא את דרכם לכבוד אנושי ולחירות; למצוא מקום, גם אם זמני, בעולם אותו אנו חולקים.

70. עד שכך יקרה, לא ניתן לסכם דבר.

עתירה זו נתמכת בתצהיר מטעם מנכ"לית העותר מס' 139.

אסף וייצן, עו"ד

כרמל פומרנץ, עו"ד

ב"כ העותרים

23.10.2014

